

חוק יסודות המשפט החוקתי? על השורשים השמרניים בפרשת קוונטינסקי

מאת

חגי שלזינגר*

“אין זה מן הראוי, כי השופט ישלים חסר בחוקה מכוחם של הכללים 'הרגילים' החלים על השלמת לאקונה בחוק”¹.

בפרשת קוונטינסקי פסל בית המשפט חקיקה ראשית בשל פגם בהליך החקיקה. הסמכות לעשות כן אינה מעוגנת במפורש בחקיקת יסוד, ובית המשפט ממעט לדון במקור סמכותו, מעבר להתבססות על הלכת מגדלי העופות שקבעה בעבר כי סמכות כזו קיימת. תופעה זו מעניינת על רקע זהותו של כותב פסק הדין, השופט סולברג, שאפיין את עצמו בכמה הקשרים כשופט 'שמרן' הנוטה לכבד הכרעות רובניות.

המאמר מתחקה אחר השורשים השמרניים של פסק הדין באמצעות עיון בעיגון האגבי של סמכות זו בחוק יסודות המשפט, ובפניה למקורות מורשת ישראל בעקבותיו. המאמר טוען כי הפניה זו אינה קישוט רטורי, אלא מלמדת על תפיסת התחום החוקתי ההליכי כתחום שבו קיימת 'לקונה' בחוקה. תפיסה זו נובעת מעמדה שמרנית הסבורה שתפקיד בית המשפט לפקח בעיקר על ההליך ופחות על תוכן ההכרעה של השלטון. הדין החוקתי הפוזיטיבי בישראל, שבו דיני זכויות האדם מפותחים יותר מאשר הגנה על נורמות מוסדיות והליכיות, משקף עיוות לפי תפיסת עולם זו. פרספקטיבה זו מאפשרת להתבונן על הסיטואציה כעל לקונה המצדיקה השלמה. יתרה מכך, לשם השלמתה פונה בית המשפט למקורות מורשת ישראל – פנייה שהיא כשלעצמה משקפת היצמדות מסוימת ל'ערכים שמרניים'. בד בבד, התוצאה היא ביקורת שיפוטית מחמירה ונטולה עיגון פורמלי יציב. תופעה זו יוצרת פרדוקס שמרני מעניין, והמאמר עומד על מקורותיו, קשייו, והפוטנציאל הגלום בו לפיתוח המשפט החוקתי.

מבוא. א. משפט חוקתי מוסדי בעידן זכויות האדם. ב. המעמד החוקתי של נורמות מוסדיות: מגמות בפסיקה. ג. הבסיס השמרני של פיתוח המשפט החוקתי המוסדי בפסק הדין. ד. קיומה של לקונה חוקתית. ה. השלמת הלקונה על פי חוק יסודות המשפט. 1. חוק יסודות המשפט כמקור סמכות חוקתי פורמלי. 2. ההפניה לחוק יסודות המשפט כהפניה לערכים שמרניים. 3.

* עמית מחקר בתכנית בתר-דוקטורט במרכז ספרא, אוניברסיטת תל אביב. גילוי נאות: שימשי כעוזר משפטי של השופט נעם סולברג בעת שניתן פסק הדין הנדון, אך לא הייתי מופקד על הטיפול הלשכתי בתיק זה (למעשה, עיקרה של הטיוטה נכתב בעת שהתקיימה שביתת עוזרים משפטיים). אני מודה מאוד לנטע ברק-קורן, עמיחי וסרטייל, ברק מדינה, צילי נאה, דני סטטמן ובני פורת, וכן לקוראי ועורכי כתב העת, על הערות חשובות ומועילות לטיוטת המאמר.

¹ דברי השופט סולברג בכג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכזי המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת, פסקה 56 (8.7.2021) (להלן: עניין עדאלה).

השימוש הקונקרטי במשפט העברי – רובו מתוך כולו'. ו. קשיים ואתגרים לעתיד: מעין סיכום.

מבוא

בפרשת קוונטינסקי פסל בית המשפט העליון ברוב דעות, לראשונה, חקיקה ראשית של הכנסת בשל פגמים בהליך החקיקה.² פסק הדין עוסק בהסדר 'מס ריבוי דירות' (שכונה בציבור 'מס דירה שלישית') ובהליך החקיקה החפוז שבו נדון בוועדת הכספים. דעת הרוב, מפי השופט סולברג ובהסכמת השופטות נאור וחיות והשופט הנדל, קבעה כי הליכי החקיקה אינם עומדים בעקרון ההשתתפות של חברי הכנסת בהליך החקיקה, הנגזר מעקרונות היסוד של שלטון החוק ושל הפרדת רשויות, כפי שנקבע בהלכת מגדלי העופות³ – ההלכה המכוננת בתחום הביקורת השיפוטית על הליכי חקיקה.⁴ ביתר פירוט, בדעת הרוב נקבע כי על מנת לעמוד בעקרון ההשתתפות, חובה שתהיה אפשרות לקיים דיון מושכל בחוק (להבדיל מן החובה לקיים דיון כזה בפועל), ואפשרות כזו לא ניתנה לחברי הכנסת. בדעת מיעוט ניצב השופט מזוז, אשר חלק הן על הפיתוח האמור של הלכת מגדלי העופות, והן על היישום שלו

² בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017). פסק הדין עורר מטבעו עניין מחקרי: ראו, בין היתר, איתי בר-סימן-טוב "בג"ץ קוונטינסקי נ' הכנסת בעניין מס דירה שלישית: החלטה מתבקשת או 'סטייה רבת' בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה?" מחקרי משפט לב 889 (2020) (להלן: בר-סימן-טוב "קוונטינסקי"); הבלוג למשפט ציבורי ICON-S-IL ערך מיני-סימפוזיון בעניין פסק הדין, במסגרתו נכתבו מספר רשימות שדנו בהיבטים שונים של פסק הדין: ראו יניב רוזנאי "מיני-סימפוזיון בעקבות בג"ץ קוונטינסקי ואח' נ' הכנסת – הקדמה" ICON-S-IL Blog (13.3.2018) ויתר הרשימות שנכתבו במסגרתו; כן ראו Yaniv Roznai, *Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset*, IACL-AIDC BLOG (17 May 2019) <https://blog-iacl-aidc.org/2019-posts/2019/5/17/constitutional-paternalism-the-israeli-supreme-court-as-guardian-of-the-knesset> (להלן: Roznai, *Constitutional Paternalism*). להתייחסויות אנביות נוספות לפסק הדין ראו רפי רוזניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית הקונקרנות? לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי" משפטים על אתר יב 67, 94-95 (2018); Rafi Reznik, *The Rise of American Conservatism in Israel*, 8 PENN S. J. L. & INT'L AFF. 383, 437 (2020); Nadiv Mordechai & Yaniv Roznai, *A Jewish and (Declining) Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel*, 77 MD. L. REV. 244, 257 (2017).

³ בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004) (להלן: עניין מגדלי העופות).

⁴ הכרה עקרונית בסמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית בשל פגמים פרוצדורליים בהליך החקיקה הוכרה בפסקי דין קודמים לעניין מגדלי העופות, אולם הללו עסקו בביקורת מכוח תקנון הכנסת. ראו בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868 (1989); בג"ץ 975/89 nimrodi land development ltd נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154 (1991). בעניין מגדלי העופות נקבע לראשונה כי ניתן לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית בשל כך שהליך החקיקה פגע בעקרונות יסוד של השיטה, ולא על-פי מסמך נורמטיבי מחייב. לסקירת ההתפתחות בביקורת החוקתית על הליך החקיקה בישראל ראו איתי בר-סימן-טוב "מהפכה או המשכיות? מקומו של פסק-דין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל יט 271 (2018) (להלן: בר-סימן-טוב "מהפכה").

בנדון הקונקרטי.⁵ פסק הדין מהווה את אחד משיאיו הנוכחיים⁶ של תהליך עיצוב ההסדרים החוקתיים הפרוצדורליים והמוסדיים⁷ על ידי הרשות השופטת.⁸

תשומת לב לבעלי המחלוקת בפסק הדין מעוררת תהייה: מה הניע את השופט סולברג, המזהה את עצמו במפורש כשופט שמרן הממעט להתערב בהחלטותיהם של המוסדות הנבחרים,⁹ לפסול חקיקה ראשית של הכנסת בשל פגיעה בהליך החקיקה, עילה שאין לה אחיזה ברורה בחוקי היסוד ואף לא תקדים יישומי בהלכה הפסוקה?¹⁰ כפי שאראה להלן, השאלה מתעצמת כאשר מעיינים בהנמקה החוקתית של השופט סולברג ובעיקר במה שאין בה: היא נעדרת ניסיון להצדקת הסמכות שנטל לעצמו על פי ארגו הכלים החוקתי הקיים. מטרתו של מאמר זה לספק תשובה לשאלה זו דרך קריאה זהירה בפסק הדין, מתוך מודעות לרקע השמרני של כותבו ומתוך התבוננות בנדבך אחד שכן קיים בהנמקה פסק הדין: הפנייה לחוק יסודות המשפט, ובעקבותיו למקורות ההלכה היהודית, על מנת לנמק בעזרתן את תוצאת פסק הדין.¹¹

⁵ עמדת הרוב והמיעוט נחלקות על השאלה הרפלקסיבית בדבר טיבו של הפיתוח ההלכתי – אם מדובר ב'ליטוש' ההלכה, או ב'סטייה מהותית' ממנה – כלשון השופטים סולברג ומזון. לניסיון להכריע במחלוקת זו ראו בר-סימן טוב "קוונטינסקי", לעיל ה"ש 2.

⁶ נקודת שיא נוספת היא פסקי הדין העוסקים בשימוש לרעה בסמכות המכוננת, החל מבג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (6.9.2017) (להלן: עניין **המרכז האקדמי**), והמשך בבג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (23.5.2021) ודעת המיעוט בבג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל** (12.7.2021) (להלן: עניין **ממשלת החילופים**). ראו להלן, פרק 2.

⁷ יש להבחין בין שתי הבחנות בתחום המשפט הציבורי: האחת היא ההבחנה בין משפט ציבורי מוסדי לבין דיני זכויות האדם, והשנייה היא ההבחנה בין ביקורת שיפוטית הליכית (פרוצדוראלית) לביקורת שיפוטית תוכנית (סובסטנטיבית). ביקורת שיפוטית הליכית קשורה בקשר הדוק לתחום המוסדי, שכן מטרתה להגן על עקרונות השייכים לתחום המוסדי (אך היא איננה חייבת להסתפק בכך – השוו למודל הסמי-פרוצדוראלי שפיתח איתי בר-סימן טוב "ביקורת שיפוטית תוכנית וביקורת שיפוטית הליכית: הילכו שניים יחדיו? לקראת מודל סמי-פרוצדוראלי בישראל" **ספר דורית ביניש** 299 (2018)); ואילו ביקורת שיפוטית תוכנית יכולה להתקיים בשני התחומים – בית המשפט יכול לבחון אם תוכנו של חוק פוגע בזכות אדם מוגנת, או, במשל, בחובת הרושת המחוקקת לקבוע הסדרים ראשוניים (ככל שחובה כזו קיימת). ניתן לבחון את פסק הדין בעניין **קוונטינסקי** דרך הפריזמה של שתי ההבחנות. מכיוון שפסק הדין עסק בביקורת הליכית על הליכי החקיקה, אתמקד בהיבט זה. יחד עם זאת אני סבור שהטיעון שאפתח כאן רלוונטי לתחום המוסדי באופן נרחב יותר, כפי שאסביר בהמשך.

⁸ על תהליך זה ומשמעותו נכתב רבות, מזוויות שונות. לדיון במכלול ראו ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" **עיוני משפט** מ 595 (2017). ספרות רבה עסקה בהיבטים ספציפיים של התופעה, ואציין לה תוך כדי הדיון.

⁹ אדגים את הזיהוי העצמי של השופט סולברג כשמרן בהמשך המאמר, וראו בפרט המקורות המובאים להלן ה"ש 15, ולהלן ה"ש 87 ובטקסט הסמוך לה.

¹⁰ גם עמדתו המרסנת של השופט מזון עשויה להפגיע על רקע תפיסתו השיפוטית הכללית. אדון בכך להלן בסמוך לה"ש 97. לרפלקסיה אישית של השופט מזון על פסיקה זו ראו גם גידי וייץ "מני מזון הדהים את כולם כשפרש מהעליון. כעת הוא מוכן לספר מדוע" **הארץ** 23.12.2021 <https://www.haaretz.co.il/magazine/2021-12-23/ty-article-magazine-highlight/0000017f-db4b-df9c-a17f-ff5bbdf40000>

¹¹ סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, קובע כך: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, הישור והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל". המילים 'המשפט העברי' [...] נוספו בחוק יסודות המשפט (תיקון), התשע"ח-2018, לאחר שניתן פסק הדין בעניין **קוונטינסקי**.

אטען כי ההסתמכות על חוק יסודות המשפט אינה מקרית. אכן, אין חידוש בעצם פנייתו של סולברג למשפט העברי, שהרי השופט סולברג ידוע כחובב המשפט העברי, ומרבה לעשות בו שימוש.¹² אולם במקרה הנוכחי השימוש בחוק יסודות המשפט הוא ייחודי בשל הקונסטרוקציה החוקתית המרומזת המובילה אליו – קיומה של לקונה חוקתית וסמכותו של השופט למלאה. במובן הפשוט, זוהי פעם ראשונה שבית המשפט קובע כי חוקתיותו של חוק היא "שאלה משפטית הטעונה הכרעה", כי קיימת לקונה במקור התשובה לשאלה זו, וכי ניתן לענות עליה בעזרת מקורות מורשת ישראל. אולם יתרה מכך: כפי שאנסה להראות, קונסטרוקציה חוקתית זו יונקת את כוחה מאידיאולוגיה שיפוטית שמרנית¹³ בדבר תפקידו של בית המשפט בשדה החוקתי המוסדי בכלל וההליכי בפרט, תפיסה שבאופן פרדוקסלי מובילה כאן את בית המשפט להכרעה (ולהנמקה) אנטי-שמרנית מובהקת.

כבר בפסקת הפתיחה לדיון על 'אמות המידה לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה', מרמז לנו השופט סולברג על כך שהוא עתיד לפנות למשפט העברי לשם ביסוס הכרעתו. ההקשר שבו נאמרים הדברים חושף מעט מתפיסתו לגבי תפקידו של בית המשפט בעריכת ביקורת שיפוטית בתחום ההליכי:

ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה איננה עניין של מה בכך. הקושי הטמון בביקורת מעין זו גובר לנוכח העובדה שאין בנמצא מסמך המעגן חובות קונקרטיות של הרשות המחוקקת ביחס להליך החקיקה, זולת הוראותיו הפרוצדורליות והבסיסיות של תקנון הכנסת. אין מדובר בסוגיה פעוטה, לא בעניין זניח, אלא בהיבטים הנוגעים לליבת העשייה של בית המחוקקים. במצב דברים זה, לא יתכן שדווקא העדר הסדרה יוביל לכך שהנושא יחמוק מביקורת. אין לאפשר למחדל, להפוך למפלט ולמקלט. לא תהא פהנת כפונדקית? אם על החלטות המוסדרות ומעוגנות בתקנון הכנסת תתקיים ביקורת שיפוטית, כלום לא יהא כך ביחס לליבת האופן שבה מחוקקת הכנסת את חוקיה? ברם, העדר ההסדרה עלי-ספר מחייב כי הנושא יבחן במלוא הזהירות. כך ננהג אף בעניין שלפנינו, בהמשך לדרכה של ההלכה הפסוקה בעניין **מגדלי העופות; מכיון שהנושא חסר מן הספר ואינו מוסדר, נפנה גם**

¹² על חשיבות המשפט העברי בעיניו של השופט סולברג ראו ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פסקאות 135-134 (24.4.2015); נעם סולברג וחגי שלינגר "המשפט העברי בין משפט וצדק – עיון בפסיקתו של השופט י' טירקל" **דין ודברים** יד 413 (2021); נעם סולברג "משפט עברי לתועלת" **מחקרי משפט** לג 7 (2021). לדוגמאות מן השנים האחרונות ראו חוות דעתו בבג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ אורחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל (1.3.2016) (להלן: עניין תנועת אומ"ץ); רע"א 1554/16 י.ש. אבן ישראל בע"מ נ' שולמן (5.6.2016); ע"א 8713/11 צאיג נ' חברת ע.לוזון נכסים והשקעות בע"מ (20.8.2017); בג"ץ 2293/17 גרסגור נ' הכנסת, פסקה 37 (23.4.2020).

¹³ המונח 'אידיאולוגיה שיפוטית שמרנית' הוא רב פנים; ספרות תאורטית רבה נכתבה על השמרנות השיפוטית, בעיקר בקשר למשפט האמריקני. אדון בכך, אם כי באופן תמציתי בלבד, להלן בפרק 3. בנייתו פסק הדין בפריזמה של האידיאולוגיה השיפוטית המנחה את בית המשפט, מצטרף המאמר למאמץ מחקרי רחב יותר; ראו למשל רוניק, לעיל ה"ש 2, ובפרט בעמ' 70-71; Reznik, שם; איתי בר-סימן-טוב "ג'ון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי" **דין ודברים** ט 67 (2016) (להלן: בר-סימן-טוב "גרוניס").

כמצוות המחוקק בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 ל'עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל'.¹⁴

מדברים אלה עולה הקושי שחש בית המשפט בעריכת ביקורת שיפוטית חוקתית על אופן התנהלותה של הרשות המחוקקת, בהעדר טקסט חוקתי קונקרטי המסדיר את חובותיה. התשובה לקושי הזה מחולקת למענה מהותי ולמענה פורמלי. המענה המהותי הוא ש"לא יתכן שדווקא העדר הסדרה יוביל לכך שהנושא יחמוק מביקורת". נשוב בהמשך למענה זה, ונתמקד כעת במענה הפורמלי: "מכיון שהנושא חסר מן הספר ואינו מוסדר, נפנה גם כמצוות המחוקק בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 ל'עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל'". אם נתייחס להפניה זו ברצינות, ואנסה להראות שכך יש לעשות, הרי שלפי פסק הדין ניצב בית המשפט בפני לקונה חוקתית, ופתרונה של הלקונה מצוי בחוק יסודות המשפט. שני חלקי המשואה הזו מעוררים קושי ועניין כאחד. כפי שנראה בהמשך, הם מנוגדים למסקנותיו התאורטיות של אהרן ברק, שדן הן בהגדרתה של לקונה חוקתית והן באפשרות להסתמך על חוק יסודות המשפט לשם פתרונה. במשתמע, באופן מודע או בלתי-מודע, חולק השופט סולברג על עמדתו של ברק בסוגיות אלה, וברשימה זו אציע לכך הסבר. הסבר זה יינתן מתוך התבוננות בקונטקסט הרחב של פרשת קוונטינסקי – מצבו של המשפט החוקתי המוסדי בישראל (ובפרט המשפט החוקתי ההליכי) עובר לפסק הדין, והאתגרים שהוא מעורר מן הזווית של תפיסת המשפט הציבורי הכוללת של השופט סולברג, אשר הוא עצמו אפיין אותה כ'שמרנית'.¹⁵

דרך הילוכי היא כדלקמן: שני החלקים הראשונים של המאמר יוקדשו לרקע כללי על אודות הפער הקיים במשפט החוקתי הפוזיטיבי בין תחום זכויות האדם לבין התחום המוסדי. רקע זה חיוני לצורך הבנת מקומו של פסק הדין במארג ההתפתחות של המשפט החוקתי המוסדי ובבעיות שהיא מעוררת מנקודת מבטן של אידיאולוגיות שמרניות. החלק הראשון יציג את הפער בין התחומים ואת הקשיים הנוצרים בעקבותיו, והחלק השני יסקור את האסטרטגיות השיפוטיות שהוצעו ושאומוצו על ידי בית המשפט, בפרט בשנים האחרונות, על מנת להתמודד עם האתגר שהמשפט החוקתי המוסדי נוסח ישראל יוצר. החלק השלישי יעבור לדיון בפסק הדין עצמו. אבקש לנתח את המניעים האפשריים של בית המשפט להרחבת סמכותו בהקשר ההליכי, תוך דגש על הזווית השמרנית. על הרקע הזה יעסקו שני החלקים הבאים במשמעות ההישענות של השופט סולברג על חוק יסודות המשפט. בחלק הרביעי אדון באפשרות לראות בתחומים מוסדיים שנעדרים הסדרה חוקתית מפורשת כ'לקונה חוקתית' הדורשת השלמה על ידי בית המשפט; בחלק החמישי אדון באפשרות למלא את הלקונה על סמך חוק יסודות המשפט, ובמשמעויות שיש להיזקקות למקורות יהודיים דווקא במסגרת הליך ההבניה וההנמקה של הביקורת החוקתית המוסדית. שני החלקים הללו במכלול יציגו תיאוריה שיפוטית שעשויה לשמש הצדקה להכרעתו של בית המשפט בפרשת קוונטינסקי. החלק האחרון יוקדש להצגתם של קשיים שתיאוריה זו מעוררת, להתפתחויות מוסדיות לאחר מתן פסק הדין, ולאגריים עתידיים שהוא עשוי להשפיע עליהם.

¹⁴ עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 2, פסקה 55 (ההדגשה הוספה).

¹⁵ נעם סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה" דין ודברים ח 13 (2014); נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18, 37 (2020) (להלן: סולברג "ערכים סובייקטיביים"). לדיון על 'שמרנות' של סולברג בקשר לתורת הפרשנות שלו, ראו רוניק, לעיל ה"ש 2 (וביתר הרחבה Reznik, שם).

א. משפט חוקתי מוסדי בעידן זכויות האדם

על מנת לנתח את המהלך החוקתי שבבסיס ההכרעה בפרשת קוונטינסקי, יש לעמוד – אף אם בקווים כלליים – על ההבחנה בין המשפט החוקתי המוסדי למשפט החוקתי העוסק בהגנה על זכויות האדם. חלק זה יעסוק בטיבה של ההבחנה ובפער הקיים במשפט החוקתי הפוזיטיבי בין התחומים, ואילו החלק הבא יעמוד על מגמות בפסיקה המגיבות לפער הזה, שההכרעה בפרשת קוונטינסקי היא חלק מהן.

מקובל לחלק את המשפט הציבורי לשני תחומים נבדלים: המשפט הציבורי המוסדי, העוסק בגדרי התפקיד והסמכות של רשויות השלטון השונות ובכללים החלים על אופן פעולתן, ודיני זכויות האדם, העוסקים בהגנה המשפטית על זכויות יסוד מפני פגיעה שלטונית.¹⁶ כללים השייכים למשפט הציבורי המוסדי הם, למשל, תחומי הסמכות הנפרדים של הרשות השופטת,¹⁷ הרשות המחוקקת¹⁸ והרשות המבצעת;¹⁹ הכללים החלים על הבחירות;²⁰ החובה לעגן הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית;²¹ דיני ההדחה של נבחרי ציבור שסרחו;²² הגבלת יכולתה של הכנסת לחוקק חוקים המשפיעים על חבריה במישרין;²³ הגבלתה של חקיקה פרסונאלית²⁴ או רטרואקטיבית;²⁵ וכיוצא באלה. חלק מן הכללים המשפטיים הללו עוגנו בחוקי יסוד העוסקים ברשויות השלטון, חלקם הוסדרו בחקיקה רגילה ואף בחקיקת משנה,²⁶ וחלקם פותחו לאורך השנים על ידי ההלכה הפסוקה של בית המשפט העליון.²⁷ פסק הדין בעניין קוונטינסקי עוסק באחד התחומים הללו – החובות

¹⁶ אף שההבחנה אינה תמיד חדה, יש לה יסודות עיוניים מבוססים. להצעה אחת לתחמת קו הגבול ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 610.

¹⁷ חוק יסוד: השפיטה; חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

¹⁸ חוק יסוד: הכנסת; חוק הכנסת, התשנ"ד-1994.

¹⁹ חוק יסוד: הממשלה.

²⁰ סעיפים 4-11 לחוק יסוד: הכנסת; חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969; חוק מימון מפלגות, התשל"ג-1973.

²¹ ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 631 ובספרות ובפסיקה הנדונים שם.

²² סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת; בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.5.2018).

²³ יואב דותן "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים 771 (2001) (להלן: דותן "החקיקה העצמית"); מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 644.

²⁴ מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" חוקים יב 173 (2018) (להלן: טמיר "חקיקה פרסונלית"); חיים גנז "על כלליותן של נורמות משפטיות" עיוני משפט טז 579 (1992); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 286 (2005).

²⁵ בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004); יניב רוזנאי "רטרואקטיביות – יותר מאשר 'רק עניין של זמן'! מחשבות על ניתוח חקיקה רטרואקטיבית בעקבות בג"ץ גניס" משפט ועסקים ט 395 (2008).

²⁶ אריאל בנדור "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת" משפטים כב 571 (1994).

²⁷ כמו הדינים החלים על נבחר ציבור המואשם בפלילים (ראו בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993); יואב דותן "הדחה שיפוטית של נבחרי ציבור במבחן חוקתי" ICON-S-IL Blog (4.5.2020)).

החלות על הרשות המחוקקת במסגרת הליך החקיקה – תחום אשר החיסרון בהסדרה שלו (מעבר לכללים המנויים בתקנון הכנסת) בולט לעין.²⁸

מאמר זה מתמקד במעמד החוקתי של הסדרים מוסדיים, כלומר בהסדרים מוסדיים המצויים במעמד נורמטיבי גבוה משל חקיקה רגילה, ובסמכותו של בית המשפט לערוך על פיהם ביקורת שיפוטית חוקתית. עד למהפכה החוקתית כמעט לא הוכרו במפורש כללים מוסדיים שכוחם עולה על סמכות החקיקה של הכנסת, וחובות מוסדיות יצירות הפסיקה הוטלו על הרשות המבצעת (והשופטת) בלבד.²⁹ מצב זה השתנה לכאורה בעקבות חוקי היסוד כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק, ופסק-דין **בנק המזרחי**³⁰ שהכיר בסמכות לערוך ביקורת שיפוטית חוקתית על פיהם. לפי תורת הסמכות המכוננת שנקבעה בפסק הדין,³¹ חוקי היסוד הללו נמצאים במעמד נורמטיבי הגובר על חקיקה רגילה, וחקיקה כזו יכולה לפגוע בזכויות החוקתיות המנויות בחוקי היסוד הללו, רק אם היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. כעיקרון הכירה הפסיקה במאפיין זה של חוקי היסוד ביחס לכלל חוקי היסוד, גם המוסדיים.³² המהפכה החוקתית פתחה אפוא פתח תיאורטי להכרה בנורמות מוסדיות כבעלות עליונות חוקתית.

ואולם התיאוריה החוקתית שתאמה את האמור בחוקי היסוד של דיני זכויות האדם מתקשה, לאמיתו של דבר, לשמש מסגרת תיאורטית הולמת גם למסגור העליונות החוקתית

²⁸ כבר בעניין **בנק המזרחי**, להלן ה"ש 30, קיימת התייחסות לחסרונו של חוק יסוד: החקיקה, אך זאת בהקשר של הצורך לעגן את מעמד חוקי היסוד כעל-חוקיים ולקבוע את נורמות השריון והפגיעה בהם. בהקשר של דיני החקיקה עצמם ראו בג"ץ 1213/10 **ניר נ' יו"ר הכנסת**, פסקה 5 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (23.2.2012); בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד (3) 275, פסקה 20 ופסקה 36 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש; עניין **המרכזי האקדמי**, לעיל ה"ש 6, פסקה לו לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין, ופסקה 6 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ) ג'ובראן.

²⁹ עד לשנת 1992 כל חוקי היסוד עסקו בפן המוסדי של החוקה, אך שאלת מעמדם כעל-חוקיים הועלתה בפסיקה פעמים בודדות בלבד, ולא נדונה ברצינות (לסקירה ראו, למשל, דוד קרצמר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" **משפטים** כח 359, 367 (1997)). החריג העיקרי לכך הוא סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, והאופן שבו פירש אותו בית המשפט למן פרשת **ברגמן** (בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג (1) 693 (1969)). סעיף זה קובע כי "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת" (וראו גם סעיף 46 לחוק היסוד). בית המשפט פירש סעיף זה כמגביל את כוחה של הכנסת בחקיקת חוקי מימון מפלגות הפוגעים בשוויון בבחירות. מגבלת השוויון בבחירות היא מגבלה מוסדית באופיה (חורף שיתוף השם עם השוויון כזכות אדם, כפי שניתחו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 645). לניתוח עמדת הפסיקה העכשווית בעניין סעיף זה ראו בר-סימן-טוב "מהפכה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 290-293. וראו דותן "החקיקה העצמית", לעיל ה"ש 23; ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" **משפט וממשל** ו (2003).

³⁰ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין **המזרחי**). תורת הסמכות המכוננת או תורת שני הכובעים היא התיאוריה החוקתית שהציג ברק בפסק הדין, ואשר השתרשה לאחר עניין **בנק המזרחי** בפסיקה. לעניין הטענה הנטענת כאן, די בהפנמת ההיסטוריוגרפיה הנורמטיבית שאימץ בית המשפט העליון באשר לתיאוריה החוקתית המובילה אותו. לניתוח מורכב ועשיר יותר של התיאוריות החוקתיות המתחרות ביניהן במשפט הישראלי העכשווי, ראו רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנט של חוקת הכלאיים הישראלית" **עיני משפט** לח 501 (2016).

³¹ בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נו(1) 750 (2003); בג"ץ 9631/07 **כץ נ' נשיא המדינה**, פסקה 19 לפסק הדין של השופט פוגלמן (14.4.2008); מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 601-602.

של נורמות מוסדיות. המהפכה החוקתית לוותה ביצירת מסגרת נורמטיבית סדורה להצדקת והבניית הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית הפוגעת בזכויות חוקתיות; אולם מסגרת זו אינה מתאימה לביקורת שיפוטית מוסדית, בשל כמה טעמים מצטברים. ראשית, בחוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם יש בסיס טקסטואלי סביר המעגן את העליונות החוקתית של זכויות היסוד ואת מתודת הביקורת השיפוטית כלפי חוקים הפוגעים בזכויות אלה. סעיפים כאלה נעדרים מחקיקת יסוד העוסקת בהסדרים מוסדיים.³³ מעבר לכך שחסרון זה מעורר ספק עיוני לגבי תורת הסמכות המכוננת במובנה הרחב, הוא יוצר קושי מעשי בהפעלתה, בהעדר כלים ברורים להפעלת ביקורת שיפוטית על חוקים מן הזווית המוסדית.³⁴ שנית, בעוד שהזכויות החוקתיות רוכזו, אמנם בצורה לא שלמה, בשני חוקי יסוד, הרי שההסדרים המוסדיים מפורזים במגוון רחב של דברי חקיקה – חקיקת יסוד, חקיקה רגילה וחקיקת משנה – ובהלכה הפסוקה, ותחומים שונים, ובפרט דיני הליכי החקיקה של חקיקה ראשית וחקיקת יסוד, אף אינם מוסדרים כלל. מנגד, חוקי היסוד עצמם מכילים גם הסדרים הנראים 'פעוט' שניתן להתווכח אם מקומם בחוקה עצמה.³⁵ כפועל יוצא, שלא כמו חוקי היסוד של זכויות האדם,³⁶ חוקי היסוד המוסדיים משתנים באורח תדיר על ידי המחוקק לפי צרכיו הפוליטיים, שינויים שחלקם מינורי אך חלקם משפיע באופן משמעותי על מבנה המשטר במדינה.³⁷ במצב דברים זה, קשה לראות בחוקי היסוד הללו מקור איתן לעגן עליו נורמות חוקתיות מוסדיות.³⁸ יתרה מכך, העובדה ששינויים אלה נערכים בתוך המסגרת של חוקי היסוד יוצרת קושי אנליטי בדבר האפשרות לערוך ביקורת שיפוטית על השינויים התכופים הללו, ובית המשפט נאלץ לשם כך לפתח דוקטרינות חוקתיות באופן יצירתי, כפי שיפורט להלן.

³³ יש לציין כי ניתן לעגן את הסמכות הפורמלית של בית המשפט בעריכת ביקורת שיפוטית גם במצבים אלה, על סמך הסמכות הכללית לערוך ביקורת על רשויות המדינה הקבועה בס' 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה. על כך ראו אלא סמכות זו אינה פותרת את שאלת הדין המהותי – יחסי הכוחות שבין הסדר מוסדי שבחוק יסוד, לבין חקיקה נוגדת, סמכות שמופיעה באופן מפורש יותר בחוקי היסוד העוסקים בזכויות אדם.

³⁴ כדי להתמודד עם הקושי המעשי, פיתחה הפסיקה את פסקת ההגבלה השיפוטית, שעניינה ייבוא התנאים לפגיעה בזכות חוקתית לפי סעיף 8 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, גם אל תוך חוקי יסוד אחרים. ראו למשל אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" **ספר אליהו מצא** 77 (2015). לשאלת תחולתה של פסקת ההגבלה המשתמעת על הסדרים מוסדיים מובהקים, ראו שם, בעמ' 97. פסקת ההגבלה השיפוטית אמנם מציעה מבנה סדור לביקורת השיפוטית, אולם מבנה זה אינו מתאים לכלל סוגיה מוסדית, והוא מעורר גם בעיה של לגיטימציה דמוקרטית. וראו ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 599-600.

³⁵ למשל: מועד פרסום תוצאות הבחירות (סעיף 11 לחוק יסוד: הכנסת); הסדרים פרטניים בנוגע ליו"ר הכנסת וסגניו (שם, סעיפים 20-22א).

³⁶ עקרונית, גם חוקי היסוד הללו ניתנים לשינוי פשוט בהעדר פסקת שריון, אך בפועל האקלים המשפטי-פוליטי אינו מאפשר לכך לקרות. לדיון בתופעה זו ראו אורי אהרונסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס קוו כקושי אנטי-רובני" **עיוני משפט** לז' 509 (2016).

³⁷ דוגמא בולטת היא תיקוני חוק היסוד לשם כינון ממשלת חילופים, שנדונו בעניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 6.

³⁸ לבעיה זו ראו עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 28, פסקאות 21-19 לפסק הדין של הנשיאה ביניש; אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" **משפט וממשל** ב' 443 (1994); עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 6, פסק הדין של השופט הנדל; Suzie Navot and Yaniv Roznai, *From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*, 3(21) EURO. J. L. REFORM 403 (2019).

לבסוף, המבנה החוקתי והרטוריקה החוקתית שאומצו בפרשת **בנק המזרחי** ובעקבותיה מצמצמים את יכולתו של בית המשפט לערוך ביקורת חוקתית המבוססת על תיאוריה יסודנית (foundationalism) או מטה-טקסטואלית, כלומר המבוססת על ערכי יסוד של השיטה ולא מכוח חוקה כתובה.³⁹ בשלבים מוקדמים של השיח החוקתי, לפני המהפכה החוקתית, העלה בית המשפט בדעתו את האפשרות לבקר חקיקה ראשית בשל כך שהיא חורגת באופן קיצוני מערכי יסוד בלתי-כתובים. מקרים אלה עסקו בעיקר בהיבטים מוסדיים של שיטת הבחירות, ולא דווקא בהגנה על זכויות אדם.⁴⁰ הנרטיב המרכזי של הפסיקה בפרשת **בנק המזרחי** ולאחריה גודע את קו החשיבה הפוטנציאלי הזה, שכן הוא מאמץ את דפוס החשיבה של ביקורת שיפוטית לאורה של חוקה כתובה וקשיחה.⁴¹ המבנה העיוני שיצר בית המשפט הוא מבנה פורמלי, קלזיאני באופיו, שלפיו בפירמידת הנורמות מצויים חוקי היסוד במדרג גבוה מזה של החקיקה הראשית הרגילה, ועל כן חקיקה כזו אינה ראשית לפגוע בנורמות הקבועות בחוקי היסוד (בכפוף לתנאים הקבועים בחוקי היסוד עצמם). קביעה כי חוק הוא בלתי-חוקתי ולפיכך בטל מבוססת על קביעה שיפוטית בדבר חוסר התאמתו לנורמה חוקתית הקבועה בחוק יסוד, המצוי בשלב יסודי יותר ב'פירמידת הנורמות'. את המשמעות המהפכנית של המהפכה החוקתית במישור המעשי של האיזון בין רשויות השלטון, ריכך בית המשפט באמצעות רטוריקה פורמליסטית קשיחה, שאינה מותירה מקום לביקורת יסודנית. חשוב להבהיר כי בפסיקה שקדמה למהפכה החוקתית קו החשיבה היסודני הזה לא פותח באופן ממשי, ונוכחותו מסתכמת בעיקר באותן הערות אגב המתלבטות באפשרות זו.⁴² התפיסה החוקתית שבבסיס פרשת **בנק המזרחי** לא גדעה אפוא זרם ממשי בפסיקה, אך היא הקשתה מאוד על פיתוחו של הפוטנציאל החוקתי הזה. במסגרתו של נרטיב חוקתי חלופי ומדומיין, ביקורת שיפוטית מוסדית מטה-טקסטואלית הייתה יכולה להתפתח באופן הלכתי ומבוקר, למצער בנוגע להיבטים מסוימים של המשפט החוקתי המוסדי; נרטיב זה נדחק לשולי הפסיקה בעקבות המהפכה החוקתית שהתמקדה בדיני זכויות האדם.

דוגמא מובהקת לגדיעה זו משתקפת בוויכוח בין השופטים חשין וברק בפרשת **חוק טל**.⁴³ שני השופטים סברו שהחוק הפוטר את תלמידי הישיבות משירות בצה"ל איננו חוקתי, אולם ברק הגיע לכך באמצעות עיגון הזכות לשוויון כחלק מן הזכות לכבוד האדם, ואילו חשין סבר שהחוק אינו פוגע בזכות חוקתית מנויה, אולם יש להורות על בטלותו בשל פגיעתו בעקרונות

³⁹ על ביקורת שיפוטית כזו ראו ווייל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 553; דותן "החקיקה העצמית", לעיל ה"ש 23; טמיר "חקיקה פרסונלית", לעיל ה"ש 24.

⁴⁰ ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365 (1965); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד (3) 529 (1990) (להלן: עניין לאו"ר); וראו דותן "החקיקה העצמית", שם. אני מסווג את הדיון בסוגיות אלה לתחום המוסדי, חרף העובדה שהוא מערב בתוכו גם את מושג הזכות (אם בהיבט השוויון, ואם בהיבט הזכות להיבחר); ראו לעיל ה"ש 29.

⁴¹ ווייל מכנה מודל זה, שהשראתו היא המודל האמריקני כפי שעוצב בפסק הדין בעניין מרבורי נ' מדיסון – מודל דואליסטי. ראו ווייל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 537. להלן נראה כי הכיוון היסודני מתעורר מחדש, במיוחד בהקשרים מוסדיים, ובין היתר בעניינינו-שלנו.

⁴² ראו לעיל ה"ש 40.

⁴³ בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619 (2006) (להלן: עניין חוק טל).

יסוד של השיטה. לעמדה זו הגיב ברק, תוך אזכור הערת אגב שלו-עצמו בדבר הקושי לערוך ביקורת חוקתית מטה-טקסטואלית,⁴⁴ והדגיש כי –

דברים אלה נכתבו לפני חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. הם נאמרו לפני פסק דינו בפרשת בנק המזרחי המאוחד. הם מקבלים משנה תוקף – לעניין כל חוק יסוד, בין "משוריין" ובין "שאינו משוריין" – לאחר חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ולאחר פסק הדין בפרשת בנק המזרחי המאוחד. אלה העניקו לחוקי היסוד מעמד חוקתי-על-חוקי. הם איפשרו בדיקת חוקתיותם של חוקים הנוגדים ערכי יסוד ועקרונות יסוד הקבועים בחוקי היסוד. זאת, בין אם הקביעה בחוקי היסוד היא מפורשת (כגון פגיעה בכבוד האדם או בפרטיות), ובין אם היא משתמעת (כגון פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ועצמאות הרשות השופטת). כתוצאה מכך, הצורך להיזקק לשאלת החוקתיות של חקיקה מחוץ למסגרת של חוקי היסוד קטן עד מאוד.⁴⁵

אם כן, דווקא המהפכה החוקתית אשר גיבשה מסגרת חוקתית סדורה להגנה על זכויות האדם, היא זו שיוצרת חסמים על התפתחות שיפוטית מטה-טקסטואלית של הסדרים חוקתיים, ובכלל זה של הסדרים חוקתיים מוסדיים.⁴⁶ עם זאת, אין לומר שהמעמד החוקתי של המשפט הציבורי המוסדי נזנח מאז המהפכה החוקתית. בעשורים האחרונים התמודד בית המשפט בהזדמנויות רבות עם הקושי הקיים במישור זה, תוך שימוש בכמה קונסטרוקציות משפטיות מגוונות. בחלק הבא אסקור בקצרה אמצעים אלו.

ב. המעמד החוקתי של נורמות מוסדיות: מגמות בפסיקה

ניתן לחלק את ההתמודדות של בית המשפט עם המשפט החוקתי המוסדי לשני אפיקי פעולה עיקריים. הראשון, והרווח למדי, הוא זיהוי של הנורמה המוסדית עם זכות יסוד מוגנת, ועריכת ביקורת שיפוטית על סעיף החוק הנדון בשל פגיעתו באותה זכות יסוד. כך, לצורך הדוגמה, הנורמה המוסדית של עצמאות הרשות השופטת נדונה כחלק מזכות הגישה לערכאות;⁴⁷ הפרתן של נורמות מוסדיות אחדות נדונה כפגיעה בכבוד האדם, בפריזמה של הזכות הספציפית שנפגעה כתוצאה מהפרת הנורמה;⁴⁸ חובת השוויון בבחירות נדונה כחלק מן הזכות החוקתית לשוויון;⁴⁹ ועקרון ההסדרים הראשוניים הוכר כעיקרון חוקתי רק כאשר

⁴⁴ בעניין לאור, לעיל ה"ש 40, בעמ' 554.

⁴⁵ עניין חוק טל, לעיל ה"ש 43, פסקה 73 לפסק הדין של הנשיא ברק.

⁴⁶ בפסקה המצוטטת ברק מותר פתח לביקורת חוקתית לאור פגיעה בערכי יסוד המשתמעים מהחוקה. להלן נדון בפתח זה ובמשמעותו לעניין קוונטינסקי.

⁴⁷ אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לוי 31, 33-34 (2013); בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פס' 19 לפסק הדין של הנשיא ביניש (29.8.2011).

⁴⁸ ראו למשל בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009), שם נבחנה הפרטה של סמכויות שלטוניות גרעיניות כפגיעה בכבוד האדם וכפגיעה בחירות כתוצאה מההפרטה; עניין גניס, שם נבחנה הוראה רטרואקטיבית בפריזמה של הפגיעה בקניין כתוצאה ממנה.

⁴⁹ מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 649; בר-סימן-טוב "מהפכה", לעיל ה"ש 4.

ההסדר הנדון פוגע בזכויות חוקתיות.⁵⁰ על תופעה זו ועל הקשיים שהיא יוצרת עמדו ברק מדינה ועשור ויצמן במאמר חשוב, ונסתפק אפוא בתיאור תמציתי זה.⁵¹

אפיק שני הוא פיתוח ביקורת מוסדית על סמך עקרונות יסוד בלתי-כתובים, חרף החלשתה האמורה של ביקורת כזו בעקבות המהפכה החוקתית. בחירה מפורשת במסלול זה אינה שכיחה, אך כפי שנראה זו הגישה שנקטה בפרשת **קוונטינסקי**. מהלך פסיקתי בולט לאפיק פעולה זה הוא פסק הדין שעליו הסתמך בית המשפט בפרשת **קוונטינסקי** – הלכת **מגדלי העופות**. בהלכה זו נקבעו עקרונות יסוד לא כתובים של הליך החקיקה, שהתעלמות המחוקק מהם עשויה להביא לביטול החקיקה. עקרונות אלו עשויים להיפגע גם אם לא נפגע כלל פורמלי של תקנון הכנסת, והם מבוססים על "ערכים מהותיים של משטרנו החוקתי".⁵²

העקרונות שנמנו בפסק הדין (למעט עקרון הכרעת הרוב ועקרון הפומביות) לא עוגנו בפסק הדין בהוראה כלשהי של חוק יסוד, אלא נגזרו מן העקרונות של שלטון הרוב, דמוקרטיה ייצוגית והפרדת הרשויות.⁵³ אולם פסק הדין וההלכה שנקבעה בעניין **מגדלי העופות** מצביעים גם על ההתלבטות העצמית של בית המשפט, שכן חרף ההכרזה העקרונית על סמכות זו, מעולם לא נעשה בה שימוש בפועל עד לעניין **קוונטינסקי**, גם במצבים שבהם הפגיעה בעקרונות אלה הייתה חמורה.⁵⁴ מכל מקום, אף שגישה מטה-טקסטואלית זו אינה רווחת כאסטרטגיה ישירה, היא מהווה בסיס עיוני משמעותי לכמה דוקטרינות חוקתיות נוספות יצירות הפסיקה, כפי שאפרט כעת.

⁵⁰ יוער כי במצבים של פגיעה בזכות חוקתית נדרש בלאו הכי כי הפגיעה תעשה לפי חוק, בהתאם לפסקת ההגבלה. על תהליך זה ראו מדינה ויצמן, שם, בעמ' 634-631 ובמקורות הרבים שם.

⁵¹ מדינה ויצמן, שם. על חולשת הביקורת השיפוטית בתחום המוסדי ראו גם עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופולזים והדמוקרטיה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** מד 87, 149, 161-166 (2021)

⁵² עניין **מגדלי העופות**, פסקה 16 לפסק הדין של השופטת ביניש, תוך ציטוט מעניין **מיצארי**, בעמ' 873. אין זה המקום לנתח את הלכת **מגדלי העופות** כשלעצמה, אולם נדמה שבית המשפט באותו עניין תיאר את הכרעתו (והסיק את גדיה עקב כך) כהמשך טבעי לפסקי דין קודמים שעסקו בביקורת על הליכי החקיקה, חרף הפער העקרוני שבין אותם פסקי דין, שעסקו בביקורת על הפרת תקנון הכנסת, לבין פסק הדין עצמו שעסק בביקורת חוקתית ללא מקור טקסטואלי ברור.

⁵³ עניין **מגדלי העופות**, שם, פס' 19-24. על מנת ליישב בין מהלכים מטה-טקסטואליים כאלה לבין המבנה החוקתי שאומץ בפרשת **בנק המזרחי**, מפתח ברק את רעיון הפרשנות החוקתית המשמעת, שרמז לו ניתן לראות כבר בפסקה המצוטטת לעיל מעניין **חוק טל** (לעיל בסמוך לה"ש 45). לפי מודל פרשני זה, ניתן לאתר באמצעות ההשתמעות מן החוקה ערכי יסוד מהותיים המגבילים את כוחה של הרשות המחוקקת. ראו אהרן ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה" **משפטים** מה 573 (2016). כפי שנראה להלן, השופט מזוז בחוות דעת המיעוט בפרשת **קוונטינסקי** משתמש בגישה זו כדי ליישב את תפיסתו הקלואיאנית עם הלכת **מגדלי העופות** (אף שמושג ההשתמעות איננו מופיע בה).

לזיהוי פסקי דין נוספים עם נימוקים יסודניים, ראו ווייל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 553. להצעה לעיגון הסדר מוסדי חדש על סמך עקרונות מטה-טקסטואליים ראו טמיר "חקיקה פרסונלית", לעיל ה"ש 24.

יוער שיש טעמים טובים להסתמכות על כלים מטה-טקסטואליים לפחות בקשר להיבטים הפרוצדורליים של הליך החקיקה, גם כאשר קיימת חוקה כתובה ונוקשה, שכן ניתן לטעון שבפועלו במישור הזה בית המשפט מפעיל 'כלל זיהוי' לשם הקביעה מהו בכלל חוק תקף, ולשם כך לא נדרשת הגדרה חוקתית בהכרח (שכן מוסכם על הכול כי גם בהעדרה של הגדרה זו, לא כל דבר שנחזה להיות חוק הוא אכן חוק). על כך ראו למשל אתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" **עיוני משפט** לז 645 (2016). מכל מקום, הנמקה כזו אינה קיימת בפרשת **קוונטינסקי** עצמה.

⁵⁴ בר-סימן-טוב "מהפכה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 293.

תוצר של שני אפיקי החשיבה הללו הוא פיתוח דוקטרינות חוקתיות המשמשות בפרט (אך לא רק) בהקשר של ביקורת על חוקי היסוד. דוקטרינות אלה עשויות להישען על האדנים התאורטיים של שני האפיקים הקודמים שסקרנו, וכן על אדנים תאורטיים נוספים. לעתים הן נשענות על פיתוח המבנה החוקתי המקובל; לעתים, במשתמע, על עקרונות חוקתיים מטה-טקסטואליים; ולעתים על ייבוא של כללי המשפט המינהלי או כללים משפטיים מתחומים אחרים אל תוך העולם החוקתי.⁵⁵ בנוגע לביקורת שיפוטית על שינויים בחוקי היסוד מפתח בית המשפט בשנים האחרונות, במקביל, שתי טכניקות – דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי, ודוקטרינת השימוש לרעה בחוק היסוד.⁵⁶ מבלי לדון בדוקטרינות אלה לעומקן, שתייהן יכולות להתפרש הן כפיתוח של המבנה החוקתי הקלאסי,⁵⁷ הן כהתבססות על עקרונות בלתי כתובים,⁵⁸ והן, למצער באופן חלקי, על עקרונות משפטיים כלליים מתחומים אחרים כמו חובת תום הלב.⁵⁹ דוגמא מכיוון אחר היא פיתוח מעמדו של המנהג החוקתי.⁶⁰ דוקטרינה זו ניתנת להבנה כהטמעה של כלי משפטי מתחומים משפטיים אחרים אל תוך המשפט החוקתי, אך את המוטיבציה שבהכרה בה יש לחפש לאור החולשות בתחום החוקתי-מוסדי שעליהן עמדנו, המובילות לשאיבת נורמות חוקתיות מן הפרקטיקה הנוהגת.⁶¹ בית המשפט טרם הכריע באשר למעמדה של דוקטרינה זו. באחד מפסקי הדין האחרונים בנושא זה⁶² רמז

⁵⁵ להקשר רחב יותר ראו עידו פורת "המנהליזציה של המשפט החוקתי" עיוני משפט 713 (2016); יואב דותן "האם הכנסת כפופה לדרישה חוקתית לענייניות?" משפטים על אתר יב (2018).

⁵⁶ על דוקטרינות אלו ראו, בין היתר: אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בן 361 (2011); YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL AMENDMENTS – THE LIMITS OF AMENDMENT POWER (2017), Navot & Roznai, לעיל ה"ש 38; רבקה ווייל "על שימוש לרעה בסמכות מכוונת ותיקון חוקתי שאינו חוקתי" IL-S-ICON Blog (6.10.2019). כיוון נוסף של ביקורת מטה-חוקתית על שינויים בחוקי יסוד הוא עיגון על-חוקתי של מגילת העצמאות, כפי שהציע לאחורונה ברק: אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוונת" חוקים יא 9 (2018). יודגש כי סוגיית הביקורת על שינויים בחוקי יסוד אינה מתוחמת דווקא לנורמות מוסדיות, ועשויה להתפרש גם על שינויים בזכויות האדם המוגנות במסגרת זו אנו מתמקדים בכוחן של הדוקטרינות הללו במישור המוסדי.

⁵⁷ כלומר, מתוך הנחה שבמסגרת המבנה הקלזיאני שלפיו חוקי היסוד גוברים על חקיקה רגילה, חייבים חוקי היסוד למלא תנאים מהותיים וצורניים, על מנת שאכן ייחשבו כעל-חוקיים, ומתוך הבחנה בין סמכות מכוונת מקורית לסמכות מכוונת נגזרת. אכן, שני הרעיונות מצויים כבר בעניין **בנק המזרחי**: לעניין תיקון חוקתי לא חוקתי ראו שם בעמ' 327, 394, 546; לעניין שימוש לרעה בחוק יסוד ראו שם בעמ' 406.

⁵⁸ שכן אותם תנאים נדרשים אינם מפורטים בחוקה עצמה, ויש להגדירם ולדון בפגיעה בהם ללא מקור טקסטואלי. ראו ווייל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 553 ואילך.

⁵⁹ להקשר רחב יותר ראו David E. Posen, *Constitutional Bad Faith*, 129 HARV. L. REV. 885 (2016).

⁶⁰ שמעון שטרית "המנהג במשפט הציבורי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 375 (1993); בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455 (2001); דנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' זוהר, פ"ד סד(2) 421 (2010); בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (1.2.2017); בג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (20.8.2020) (להלן: עניין הוועדה לבחירת שופטים).

⁶¹ השוו בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל (13.4.2016), פסקה 7 לחוות דעתו של השופט (כתארו אז) מלצר.

⁶² עניין אבירם, לעיל ה"ש 60, שעסק בנציג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים.

השופט הנדל על כוונה להכיר בתוקפו של המנהג החוקתי ואולי גם על כך שהוא עשוי לגבור על חקיקה הנוגדת אותו,⁶³ אולם בפסק דין אחר הסתייג מעמדה זו השופט עמית.⁶⁴ היישום המעשי של דוקטרינות אלה עודנו מצומצם. בית המשפט אימץ הלכה למעשה את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת ופסל על פיה, דה-פקטו, שתי הוראות חוק יסוד,⁶⁵ אולם נמנע עד כה מהכרעה מפורשת בדבר מעמד חוקתי על-חוקי של נורמות מוסדיות אחרות. לדוגמה, עד כה נמנע בית המשפט מלהכריע בשאלת המעמד החוקתי של כלל ההסדרים הראשוניים, הקובע כי הרשות המחוקקת היא אשר צריכה להכריע בשאלות יסוד ערכיות, וכי היא אינה יכולה להאציל את סמכות ההכרעה בהן לרשות המבצעת.⁶⁶ כמו כן טרם הוכרעה שאלת מעמדה של דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי במשפט הישראלי.⁶⁷ במקרים מסוימים, דחיית עתירה חוקתית מוסדית נעשתה תוך ביקורת על ההסדר החוקי או על התיקון לחוק היסוד, אך דחייתה נומקה בשל עילות סף כמו עילת הבטלות⁶⁸ או תוך קבלת העתירה במישור העקרוני ודחייתה במישור המעשי באמצעות 'התראת בטלות'.⁶⁹

ג. הבסיס השמרני של פיתוח המשפט החוקתי המוסדי בפסק הדין

כאמור, בשנים האחרונות הולך וגובר עיסוקן של בית המשפט בחוקתיות של הסדרים מוסדיים, ומפתח כלים פסיקטיים לשם כך, אף אם למעשה השימוש בכלים אלו מצומצם עד כה (ועניין קוונטינסקי, העומד במרכז רשימה זו, מהווה אחד החריגים לכך). מטבע הדברים אין לחפש הסבר אחד ויחיד לתהליך זה, וניתן להסבירו באמצעות כמה גורמים. ראשית, חלק

⁶³ העתירה עצמה נדחתה בשל שיהוי, אך השופט הנדל הצמיד לה מעין 'התראת בטלות' (עניין אבירם, שם, פסקה 19; ראו להלן ליד ה"ש 164). על עליונותו האפשרית של מנהג חוקתי על חקיקה רגילה ראו יניב רוזנאי "אכיפה שיפוטית של מנהג חוקתי" IDC Law Blog (14.8.2020).

⁶⁴ עניין הוועדה לבחירת שופטים, לעיל ה"ש 60. השופט עמית עמד על הקושי המעשי שבהכרה במנהג חוקתי מקום שהחוק עצמו מסדיר את הסוגיה ונסוג מן העמדה שהביע השופט הנדל בעניין אבירם.

⁶⁵ עניין המרכז האקדמי ועניין שפיר, לעיל ה"ש 6. מטעמים מעשיים הדבר נעשה כהתראת בטלות, אך כזו "שמשמעותה מובהקת" (עניין המרכז האקדמי, פס' לד). וראו להלן ה"ש 69.

⁶⁶ זאת מעבר להקשרים שבהם נפגעת זכות חוקתית, ראו לעיל ה"ש 50 ובטקסט הצמוד לה.

⁶⁷ ראו עניין בן מאיר; ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי", לעיל ה"ש 56; בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021).

⁶⁸ כמו בבג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה - מדינת ישראל (12.3.2015) שעסק בהעלאת אחוז החסימה. על דוקטרינת הבטלות ראו ילנה צ'צ'יקו "על בשלות וחוקתיות" משפטים מג 419 (2012); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לז 45 (2014); אריאל בנדר "בשלות ועוד" משפטים על אתר ח 33 (2016); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 98 (2016); סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דו שיח בכלים מוסדיים" משפטים על אתר יב 99, 121 (2018) (להלן: נבות "הדיאלוג החוקתי"). לדחיית עתירה מוסדית בשל שיהוי רגיל, ראו עניין אבירם.

⁶⁹ בית המשפט השתמש ב'התראת בטלות', כלומר בקביעה שהחקיקה או הפרקטיקה המדוברת אינם חוקתיים אך ייפסלו רק מכאן ולהבא, במספר הקשרים מוסדיים: בעניין המרכז האקדמי ועניין שפיר (תקציב דו-שנתי ודחיית מועד העברת חוק התקציב); בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל (13.4.2016) (החזקת תיקי שר על ידי ראש הממשלה); בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל (23.8.2015) וכן בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, מר בנימין נתניהו (9.6.2009) (סגן שר במעמד שר); ובמובן מסוים גם בעניין אבירם (ראו לעיל ה"ש 63). על התראת הבטלות ראו נבות "הדיאלוג החוקתי", לעיל ה"ש 68, בעמ' 129; בל יוסף "הדיאלוג החוקתי בישראל: שתי נקודות מבט" משפט ועסקים כב 327, 377 (2019).

מן ההסדרים המוסדיים מבוסס על עקרונות דמוקרטיים חיוניים, והפגיעה בהם, או השינוי המתמיד שלהם בשל צרכים פוליטיים ארעיים, עשוי לערער את היציבות המשטרית ללא קשר לפגיעה הנגרמת בעטיים של שינויים אלה לזכות יסוד קונקרטי. בית המשפט מפנים את הנקודה הזו, בפרט לאור התדירות העולה של שינויים בכללי המשחק המוסדיים בשל צרכים פוליטיים משתנים,⁷⁰ ומפתח כלים לביקורת שיפוטית אפקטיבית יותר במישור זה. שנית, השברירות של הכללים המוסדיים, ובפרט של אותם כללים המוסדרים בחוקי היסוד עצמם, פוגעת בתדמית החוקתית האחידה והקשיחה שבית המשפט 'מספר' על חוקי היסוד למן פרשת **בנק המזרחי**; גם נימוק היסטוריוגרפי זה עשוי להסביר את הפיתוח של מסגרות משפטיות שיכולות לשפר את ההתמודדות עם השברירות הזו. בנוסף, המגמה המתוארת יכולה להיות מוסברת על רקע תהליכי עומק רחבים יותר, מקומיים ובינלאומיים, של הגברת היקף הביקורת השיפוטית החוקתית ושכלול כליה במסגרת הדיאלוג (או המאבק) בין רשויות השלטון השונות.⁷¹ אף שכל אלה מן הסתם מצויים ברקע עמדת הרוב בפרשת **קוונטינסקי**,⁷² הרי שגלוי על פני השטח בחוות הדעת העיקרית נימוק נוסף והפוך באופיו למהלך המרחיב של בית המשפט: הצורך באסדרה חוקתית של הליך החקיקה נובע, כך נראה, דווקא מנטייה שמרנית של בית המשפט. בנטייה זו והשפעתה על הנמקת פסק הדין, אבקש לעסוק כעת.⁷³ בשנים האחרונות מתפתח בשיח המשפטי הישראלי, הן בשיח האקדמי והן בשיח הציבורי, דיון המכיר באידיאולוגיה שיפוטית שמרנית כאידיאולוגיה שיפוטית מובחנת,

⁷⁰ דוגמאות בולטות הן שינוי במספר השרים בממשלה (כינון וביטול ס' 5(1) לחוק יסוד הממשלה), וכינון מוסד ממשלת החילופים שדון בבג"ץ **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 6. על ההקשר הפוליטי הרחב יותר ראו גם כהן ורוזנאי, לעיל ה"ש 51.

⁷¹ על חלק מן הזוויות הללו ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8; סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי", לעיל ה"ש 68; Mordechai & Roznai, לעיל ה"ש 2; פורת "מנהליזציה של המשפט החוקתי", לעיל ה"ש 55; Navot & Roznai, לעיל ה"ש 38.

⁷² למשל: היבט בולט בפסק הדין הוא שאיפה לאזן כראוי בין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, והגנה על הרשות המחוקקת מפני דורסנות של הרשות המבצעת. על כך ראו גילה שטופלר "בית המשפט העליון כבלם מפני השתלטות עוינת של הממשלה על סמכויות הכנסת" ICON-S-IL Blog (25.3.2018); Roznai, *Constitutional Paternalism*, לעיל ה"ש 2; עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 6, פסקאות לז-לח לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין; וראו גם בג"ץ 2144/20 **התנועה לאיכות השלטון נ' יושב ראש הכנסת** (23.3.2020), שבו הורה בית המשפט ליושב ראש הכנסת לכנס את הכנסת לטובת הצבעה על מינוי יושב ראש קבוע, מנימוקים דומים. היבט נוסף הוא תחושה שאיתותי אזהרה למחוקק ולרשות המכוננת בעניין הליך החקיקה אינם נשמעים, ולכן יש צורך בנקיטת צעדים שיפוטיים משמעותיים יותר (ראו למשל פסקה 108 לפסק הדין).

⁷³ הניתוח המוצע במאמר מתמקד בחוות הדעת העיקרית מפי השופט סולברג, ובהנגדתה לעמדת המיעוט של השופט מזוז. אינני מנתח כאן את פסקי הדין של השופטים והשופטות שהצטרפו לעמדת הרוב, שאינם מונעים ככל הנראה מהתיאוריה השמרנית המוצגת להלן. העדפתם לחזק את הביקורת החוקתית ההליכית בניגוד לאינטואיציה הפורמליסטית של השופט מזוז דורשת עיון נפרד. ניתן לשער שהיא מבוססת על מכלול הנימוקים המובאים בראשיתה של הפסקה שלמעלה לנטייתו הגוברת של בית המשפט לעסוק בהסדרים מוסדיים בכלל, ובפרט על הצורך שבית המשפט רואה בהגנת הרשות המחוקקת מפני הרשות המבצעת כאמור לעיל ה"ש 72. מכל מקום, ניתוח תוכני וטקסטואלי של עמדות אלה חורג מהמסגרת אותה הצבתי במאמר זה.

מגמה שהשופט סולברג הוא בין דובריה הגלויים.⁷⁴ אידיאולוגיה שמרנית בכלל, ובהקשר השיפוטי בפרט, יכולה ללבוש צורות שונות, והספרות התאורטית, המשפטית והפוליטית, העוסקת בשמרנות לתת-גווייה ענפה ומגוונת.⁷⁵ מכיוון שתחת קורת הגג הכללית של 'שמרנות' ניתן להכליל עמדות שונות ואף מנוגדות, יש להדגיש מראש כי המהלך התאורטי שאותו אשרטט כאן אינו ממצה את הדיון במושג זה. אבקש להראות כיצד קו חשיבה מסוים, היונק מחשיבה שמרנית כפי שאסבירה כעת, מספק הצדקה תאורטית להכרעה ולהנמקה של פסק הדין. אין ספק שחשיבה שמרנית עשויה להוביל גם לתוצאות אחרות, ושפרספקטיבות שמרניות רבות לא יזדהו עם התיאוריה שאציג כאן (ולא עם תוצאת פסק הדין). אפתח אפוא בתיאור כללי של מושג השמרנות, אעמוד על מרכיבים מנוגדים הטמונים בו, ואראה כיצד הניגודים הללו באים לידי ביטוי בהקשר המשפטי בכלל ובמשפט הישראלי בפרט. לאור הדיון הזה אעבור לניתוח פסק הדין ולווריאציה השמרנית הספציפית העולה ממנו.

אחד האתגרים התאורטיים העיקריים בנוגע למחשבה על שמרנות, היא ההבחנה בין שמרנות כאידיאולוגיה התומכת בשימור מצב קיים, לבין אידיאולוגיה התומכת בערכים קונקרטיים. מחד גיסא, כשמה, השמרנות היא משפחה של אידיאולוגיות פוליטיות המבקשת לשמר את הערכים והמוסדות הקיימים ומעדיפה את הסדר הפוליטי והחברתי הקיים על פני שינויו. מתוך ספקנות באשר לתבונה האנושית, דחיית האוטופיה שהציבה הנאורות באשר לתיקון האדם ומתוך הדגשת החשיבות של יציבות חברתית, השמרנות סומכת ידיה על מצב הדברים הקיים וחשדנית כלפי ניסיונות לשינויו.⁷⁶ מאידך גיסא, שמרנים מבקשים להגן על ערכים קונקרטיים מפני שינוי, כמו, למשל, ערכי משפחה. ערכים אלה עשויים להשתנות בהקשרים חברתיים שונים, ולפיכך שמרנות היא גם עניין לוקאלי. חשוב לציין שהיבטים שונים של האידיאולוגיה השמרנית עשויים לעמוד במתח זה עם זה. רבים עמדו על כך שבהקשר האמריקני מצויים שלושה ערכים שמרניים עיקריים – שמרנות כלכלית, שמרנות דתית ושמרנות ביטחונית, ושהללו מצויים לעתים במתח זה עם זה.⁷⁷ בנוסף, ערכים קונקרטיים שנתפסים כשמרנים עשויים להימצא במתח עם התפיסה העקרונית של השמרנות כשימור המצב הקיים. כאשר המצב הקיים אינו משקף 'ערכים שמרניים' אלה, ניצבת בפני

⁷⁴ ראו סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה", לעיל ה"ש 15; סולברג "ערכים סובייקטיביים", שם. במאמר האחרון מזהה סולברג את עצמו במפורש במחנה ה"שמרנים", אליו שייכים לדבריו גם השופטים לנדוי וגרוניס (בהקשר של עילת הסבירות; שם, בעמ' 50).

⁷⁵ ראו, בין היתר, Ernest A. Young, *Judicial Activism and Conservative Politics*, 73 U. COLO. L. REV. 1139 (2002); NOMOS LVI: AMERICAN CONSERVATISM (Sanford V. Levinson et. Al eds., 2016); VARIETIES OF POLITICAL CONSERVATISM (Matthew Holden, Jr. eds., 1974), לעיל ה"ש 2.

⁷⁶ על השמרנות כשימור המצב הקיים (ללא תלות בתוכנו) ועל האידיאולוגיות שבבסיס נטייה זו, ראו למשל David Sidorsky, *An Interpretation of American Conservative Thought: Political Issues, Conceptual Differences, and Attitudinal Disjunctions*, in NOMOS LVI: AMERICAN CONSERVATISM 55 (Sanford V. Levinson et. Al eds., 2016), לעיל ה"ש 75, בעמ' 1182.

⁷⁷ James R. Kurth, *A History of Inherent Contradictions: The Origins and End of American Conservatism*, in NOMOS LVI: AMERICAN CONSERVATISM 13 (Sanford V. Levinson et. Al eds., 2016).

השמרן דילמה: האם לשאוף לשינוי ערכי על חשבון שימור הקיים? כפי שנראה, דילמה זו מונחת, במונח מסוים, גם בתשתית פסק הדין שלפנינו.

כמו בהקשרים אחרים, גם בהקשר השיפוטי ניתן להבחין בין מופעים שונים של שמרנות ובמתחים ביניהם. הגם שלא נוכל במסגרת זו לדון באופן מקיף במושג השמרנות השיפוטי, ניתן לעמוד על כמה הבחנות בסיסיות. ראשית, הבחנה חשובה היא בין תוצאת פסק הדין להנמקתו. גישה פרגמטית תבחן את שאלת 'שמרנותו' של פסק דין על פי תוצאתו, ותטען ששפיטה שמרנית היא כזו המגשימה בפועל ערכים שמרניים. פסק דין שתוצאתו מניעת שינוי חברתי או חיזוק זכות הקניין הפרטי על חשבון צדק חלוקתי – הוא פסק דין שמרני, ללא תלות בדרכי הנמקתו או בתשתית המשפטית שלו.⁷⁸ מאידך גיסא, ניתן לתאר הנמקות משפטיות או השקפות תורת-משפטיות כ'שמרניות', ללא תלות בהשלכות של יישומן בפועל. למשל, במתח שבין כללים וסטנדרטים, ניתן לטעון שערך היציבות החברתית יוביל את השמרן להעדפתם של כללי אצבע קשיחים על חשבון אי-צדק במקרה קונקרטי (שניתן למונעו באמצעות סטנדרט). בנוסף, ערך היציבות עשוי לשכנע את השופט השמרן להימנע ככל הניתן מסטייה מן התקדים.⁷⁹ בהקשר הפרשני, ההיצמדות אל כוונת המחוקק עשויה לנבוע ממניעים שמרניים של שימור הסדר החברתי הישן מצד אחד (ומכאן תיוג העמדה המקורנית (אוריג'ינלסטי) בפרשנות חוקתית כשמרנית),⁸⁰ וריסון שיקול הדעת השיפוטי לערוך בו שינוי באמצעות כלים פרשניים מצד שני. ריסון שיקול הדעת השיפוטי, וכיבוד החלטותיהן של רשויות נבחרות, עשוי להצטייר כעמדה שמרנית בשל דחייתה המשתמעת של יכולתם של ערכים תבוניים להגיע לתוצאות טובות יותר מאשר עמדת הציבור (ונציגי). אידיאולוגיה שיפוטי שמרנית יכולה אפוא לבוא לידי ביטוי בשלל הקשרים. בין היתר, במישור הפרשני, היא תוביל להעדפת כוונת המחוקק (שמרנות פרשנית); במישור הדיוני, היא תעדיף היצמדות לכללים נוקשים באופן פורמליסטי (שמרנות פורמליסטית); ובמישור המהותי, היא תרסן את ביקורת שיקול דעת הרשויות הנבחרות (שמרנות רובנית).⁸¹ אולם, שלושת המישורים הללו יכולים לעמוד במתח זה עם זה,⁸² כמו גם עם תפיסת השמרנות

⁷⁸ ראו דיונו של Reznik, לעיל ה"ש 2, בעמ' 419. בדוגמה זו הנחתי שהזכות לקניין פרטי הוא ערך 'שמרני' יותר מצדק חלוקתי; זו הנחה נפוצה בשיח על אודות השמרנות האמריקנית, אך יש להסתפק בקשר לנכונותה בהקשר הישראלי.

⁷⁹ בראיה רחבה יותר, על המשמעות השמרנית של ה-common law כשיטה משפטית, ראו Ken I. Kersch, *Constitutive Stories about the Common Law in Modern American Conservatism*, in NOMOS LVI: AMERICAN CONSERVATISM 211 (Sanford V. Levinson et. Al eds., 2016).

⁸⁰ ראו למשל, Jonathan O'Neill, *Constitutional Conservatism and American Conservatism*, in NOMOS LVI: AMERICAN CONSERVATISM 292 (Sanford V. Levinson et. Al eds., 2016); Reznik, לעיל ה"ש 2.

⁸¹ לדיון בשלושת המאפיינים הללו ראו גם Reznik, שם, בעמ' 421.

⁸² למשל, כאשר היצמדות לכללים נוקשים או לפרשנות המבוססת על כוונת המחוקק, מובילים דווקא ליתר התערבות בהכרעות רובניות עכשוויות. בהקשר הישראלי, תופעה זו עולה ממחקרם של מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, אשר עמדו על כך שחוסר היצמדות לכללים מוסדיים נוקשים מאפשר דווקא לרסן את הביקורת השיפוטי. לדוגמה נוספת לכך ראו המחלוקת בין השופטים חיות ושטיין בבג"ץ 4455/19 **עמותת טבקה** – **צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל** (25.1.2021), ובהקשר אחר ע"מ 1798/20 **עמותת פורום המזרח התיכון בישראל נ' עיריית תל-אביב יפו** (7.1.2021).

כשימור המצב הקיים (אם, למשל, התקדים המשפטי מנוגד לחשיבה שמרנית זו).⁸³ הם עשויים גם לעמוד במתח עם 'ערכים שמרניים' מסוימים, במקרים שבהם תוצאתה של חשיבה שמרנית מסוג זה או אחר מוביל לתוצאות מעשיות המנוגדות לערכים אלה.⁸⁴ בפסיקתו וכתבתו של השופט סולברג ניתן לזהות הן שמרנות פרשנית,⁸⁵ הן שמרנות פורמליסטית⁸⁶ והן שמרנות רובנית.⁸⁷ כעת אטען כי בהקשר החוקתי המוסדי בישראל, הזוויות השמרניות השונות מצויות במתח אשר מניע את השופט סולברג דווקא להוסיף וליטול לעצמו סמכויות חדשות בתחום החוקתי שאינן מצויות בחקיקת היסוד הקיימת; ואף לנמק הכרעה זו ללא התייחסות כלשהי לחוקי היסוד הקיימים ולמבנה החוקתי הקלזיאני הקלאסי. דווקא השופט מזוז, שעל-פניו אינו אוהז בגישה שיפוטית שמרנית, מצא את עצמו בעמדת מיעוט ובוויכוח חריף עם השופט סולברג על מקומו של הפורמליזם במשפט החוקתי. נעמוד מעט על קו החשיבה האפשרי הזה ועל מופעיו בפסק הדין.

יש מספר טעמים לכך שעמדה שיפוטית מרוסנת של שמרנות רובנית תעדיף להתמקד בביקורת חוקתית מוסדית במקום להתמקד בביקורת חוקתית בתחום זכויות האדם.⁸⁸ כל ביקורת חוקתית, הבוחנת את הלגיטימציה של הכרעת הרוב בבית המחוקקים, מצויה במתח

⁸³ דוגמה מעניינת ניתן לזהות בהצהרותיו האחרונות של השופט מינץ בחוות דעתו בעניין **שפיר** ובעניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 6, שלפיהם יש לחשוב מחדש על סמכויותיו של בית המשפט לפסול חוקים – ובמילים אחרות, לפתוח מחדש את הלכת **בנק המזרחי**. גם אם היסודות התאורטיים של עמדה כזו הם 'שמרניים' לפי חלק מהמובנים שהוצעו כאן, היא בוודאי איננה מכוונת לשמירת המצב הקיים וליציבות המשפטית כפי שהשתרשו בישראל בשלוש העשורים האחרונים.

⁸⁴ דוגמה ישראלית מעניינת היא החלטתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין להעניק דיון נוסף בנוגע לחוקי העזר על פתיחת מרכולים בשבת (דנג"ץ 3660/17 **התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים** (12.7.2017)), חרף העובדה שלפי פשוטו, לא נקבעה בפסק הדין כל הלכה. באופן חריג להחלטות מסוג זה, רובינשטיין נימק את החלטתו להעניק דיון נוסף, ובמסגרת ההנמקה ניסה להסביר (באמצעים פרשניים לא שמרניים) מדוע יש עלילה להעניק דיון נוסף. ברי, כי שיקול מרכזי היה התוצאה של פסק הדין, המנוגדת לערכים שמרניים דתיים ('ראויה השבת, שעל מעמדה בעולמה של יהדות אין צורך להכביר מלים, שעניינה יידון וילובן [...] שם, פסקה יב).

⁸⁵ על היצמדות לכללים פורמליסטיים ראו סולברג 'שמרו משפט ועשו צדקה', לעיל ה"ש 15, ובפרט את דרישתו למיצוי הליכים ולהצבעה ברורה על זכות עמידה (לדוגמאות מייצגות: בג"ץ 112/12 **אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ממשלת ישראל** (24.5.2012); ע"מ 3782/12 **מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי**, פ"ד סו(2) 159 (2013)).

⁸⁶ למישור הפרשני ראו דיוניו של רפי רוניק, לעיל ה"ש 2, העוסקים בבג"ץ 6494/14 **גיני נ' הרבנות הראשית לישראל** (6.6.2016); דנג"ץ 5026/17 **גיני נ' הרבנות הראשית לישראל** (12.9.2017); ודנג"ץ 3660/17 **התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים** (26.10.2017).

⁸⁷ על ריסון שיפוטי בביקורת שיקול הדעת ראו סולברג 'ערכים סובייקטיביים', לעיל ה"ש 15, באשר לעילת הסבירות; וכן עניין **עמותת פורום המזרח התיכון בישראל**, לעיל ה"ש 82. סולברג מוצא עצמו לרוב בעמדת מיעוט בפסקי דין הקובעים אי-חוקתיותו של חוק מחמת פגיעה בזכות אדם. ראו למשל בג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (12.9.2017) (גיוס תלמידי ישיבות); בג"ץ 1308/17 **עריית סלואר נ' הכנסת** (9.6.2020) ('חוק ההסדרה'); עניין **גרסגור**, לעיל ה"ש 12 ('חוק הפיקדון').

⁸⁸ אכן, כבר הוצעו הסברים ברוח זו לפסק הדין 'החריג' של השופט סולברג בעניין **קוונטיסקי**. ראו רוניק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 95; בר-סימן-טוב 'קוונטיסקי', שם, בעמ' 899 (המצטט גם את דבריו של ח"כ בצלאל סמוטריץ', שלפיו במקרה הנדון 'אפילו לפי משנתו של איליי [...] יש סמכות להתערבות בית המשפט').

עם עמדה שמרנית רובנית בשל הקושי האנטי-רובני שבכך.⁸⁹ אולם מתח זה עשוי להחריף כאשר עסקינן בביקורת מתחום זכויות האדם המחייב דיון ערכי מפורש. בשל אופיו של הטקסט החוקתי, הזכויות המנויות בו מנוסחות כסטנדרטים כלליים, המאפשרים במסגרת הביקורת השיפוטית קשת רחבה של פרשנויות.⁹⁰ במישור התוכני, בסוגיות בעלות ממד ערכי גבוה, מעורבות שיפוטית עשויה להצטייר כהשלטת ערכים תבוניים על הרצון הריאלי של החברה.

קשיים אלה (מנקודת מבט שמרנית) פוחתים באופן משמעותי בהקשר המוסדי בכלל, ובהקשר ההליכי בפרט. אמנם, גם ביקורת חוקתית מוסדית היא ביקורת על תוכן הכרעתו של המחוקק, אולם לרוב היא נבדלת מהגנה על זכויות אדם בהקשרים שהוזכרו. ראשית, דינים מוסדיים נוטים להיות מנוסחים ככללים ופחות כסטנדרטים. שנית, פעמים רבות המימד הערכי של סוגיות מוסדיות פחות מזה העולה בביקורת חוקתית מכוח דיני זכויות האדם. סוגיות אלה משקפות, כמובן, ערכים העומדים בבסיס ההסדרים הקונקרטיים, אולם היבטים ערכיים אלה אינם מצויים בליבת הוויכוח הפוליטי והתערבות בהן אינה מצטיירת כקידום עמדה תבונית על חשבון עמדת הציבור.

מטבע הדברים, אין מדובר בהבחנה גורפת בין התחומים אלא בעניין של מידה. כמובן שייחננו מצבים שבהם כללים מוסדיים משקפים הכרעות ערכיות יסודיות, ומעורבות שיפוטית בהן תיעשה על יסוד סטנדרט עמום.⁹¹ במצבים אלה, רתיעתו של השמרן הרובני ממעורבות שיפוטית לא תהא שונה מרתיעתו בהקשר של דיני זכויות האדם. אולם כהבחנה כללית, נדמה שיש בה ממש. יתרה מכך, בהקשר המסוים שבו עוסקת פרשת **קוונטינסקי** – ביקורת חוקתית הליכית – הדברים מקבלים משנה תוקף. כאשר בית המשפט בוחן היבטים פרוצדורליים של הליך החקיקה, הוא אינו עוסק כלל בתוכן הכרעותיו של המחוקק אלא בהקפדה על הפרוצדורה הנדרשת לשם קבלת ההכרעה.⁹² לאור זאת, תיאוריות חוקתיות מרוסנות עשויות למקד את אחריותו של בית המשפט בשמירה על כללי המשחק הדמוקרטיים במקום על תוצריו של ההליך הדמוקרטי. תפיסה זו של תפקיד בית המשפט בהגנה על החוקה עומדת כמובן בניגוד לתפיסה שלפיה מוקד החוקה הוא ההגנה על זכויות האדם,⁹³ וחשיבות

⁸⁹ עיקרו של הקושי האנטי-רובני הוא בלגיטימציה של הרשות השופטת, שאינה פועלת כמייצגת את הכרעת הרוב, לערוך ביקורת שיפוטית על החלטות רובניות. על הקושי האנטי-רובני בהקשר הישראלי ראו, למשל, אהרונסון, לעיל ה"ש 36; יואב דותן "האם ישראל צריכה בית משפט לחוקה?" **משפט וממשל** ה' 117, 135 (2000); גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" **משפטים** לו 349 (2007); יניב רוזנאי "וולדרון בירושלים" **פורום עיוני משפט** (2020).

⁹⁰ ראו, למשל, עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 1, פס' 52-51 לפסק הדין של השופט סולברג.
⁹¹ למשל, אם נכיר בכלל ההסדרים הראשוניים (לעיל ה"ש 21) או באיסור על חקיקה פרסונלית (לעיל ה"ש 24) כנורמה מוסדית, מדובר בנורמות שניתן בעלות אופי של סטנדרט הניתן לקשת רחבה של פרשנויות.

⁹² טענות בדבר ריכוך הקושי האנטי-רובני באמצעות מיקוד הביקורת השיפוטית בהקשר של כללי המשחק הדמוקרטיים מבוססת לרוב על כתיבתו של John Hart Ely; לניתוח משנתו בהקשר הישראלי, ובפרט בהקשר המוסדי וההליכי, ראו בר-סימן טוב "גרונס", לעיל ה"ש 13, ובפרט בעמ' 97.

⁹³ ראו למשל התיאור של ספיר "שלושה מודלים של חוקה", לעיל ה"ש 89; אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" **משפטים** מא 97, 129 (2011).

כמובן שהתיאור המובא כאן, של תיאוריות חוקתיות ממוקדות זכויות אדם אל מול תיאוריות חוקתיות ממוקדות נורמות מוסדיות, הוא תיאור סכמטי וגם בלבד. קיימת ספרות ענפה העוסקת בצידוקים לביקורת חוקתית, בין

ההגנה על נורמות מוסדיות נמדדת רק ברדוקציה למידת הסכנה שהפרתן של נורמות אלה תוביל לפגיעה בזכויות אדם.⁹⁴

נקודת מבט שמרנית המעדיפה את ההכרעה הרובנית על פני ביקורת שיפוטית, עשויה אפוא להצדיק עריכת ביקורת שיפוטית הליכית (או מוסדית באופן כללי), יותר מאשר ביקורת שיפוטית העוסקת בהגנה על זכויות אדם. דא עקא, שבהקשר הישראלי מסקנה זו אינה פשוטה, בשל העדרה של סמכות פורמלית מבוססת לעריכת ביקורת שיפוטית מסוג זה. הנטייה לכיבוד ההכרעה הרובנית במישור התוכני, מתנגשת עם ההיצמדות לפשוטה של החוקה במישור הפרשני, ולגדרי הסמכות הפורמלית של בית המשפט במסגרתה.⁹⁵ כפי שראינו לעיל, דווקא תחום ההגנה על זכויות אדם נהנה מלגיטימציה פורמלית רבה יותר מאשר התחום המוסדי בכלל, וההליכי – הנעדר כל הסדרה חוקתית – בפרט. דיני זכויות האדם החוקתיים מעוגנים בחוקי יסוד שאופיים החוקתי בולט ושנובעת מהם, למצער בפרשנות טקסטואלית סבירה, הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית תוכנית ולבחון את פגיעתו של החוק בזכות החוקתית; זאת, בניגוד לתחום המוסדי, שעיון נורמות מתוכו ברמה חוקתית סובל משורה של קשיים, שעליהם עמדנו לעיל, ובין היתר הקושי במציאת עיון סביר לעצם הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית, ולמתודה של ביקורת כזו.⁹⁶

פסק דין קוונטינסקי מנכיח היטב את המתח הזה, הן בדעת הרוב והן בדעת המיעוט. שתי העמדות הסתמכו על הלכת מגדלי העופות, והתווכחו בשאלת גבולותיה של ההלכה

היתר בדגש על הצורך להגיב לקושי האנטי-רובני, ואין הכרח שריכוך הקושי האנטי-רובני ייעשה דווקא באמצעות התמקדות בהליך החקיקה ובכללי המשחק המוסדיים. יחד עם זאת, לצורך הדיון בפרשת קוונטינסקי, דיני בטענה שהביקורת השיפוטית על נורמות מוסדיות, בדגש על כללי המשחק הדמוקרטיים, אכן מהווה מוקד משיכה עבור הוגים (ושופטים) בעלי נטייה שמרנית-רובנית, וכי מניתוח פסק הדין עולה שכך רואה השופט סולברג את הדברים.

⁹⁴ לניסוח מפורט של העמדה שלפיה החשיבות של הנורמות המוסדיות נגזרת מזכות הפרט להכרעות שלטוניות ראויות ראו מזינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 606. לניסוח מוקדם של תפיסה זו במשפט הישראלי ראו דברי השופט (כתארו אז) ברק בבג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונינים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 743 (1980), הנדונים שם.

⁹⁵ להיצמדות של השופט סולברג לדרכי הביקורת החוקתית הקלאסיות מתוך עמדה פורמליסטית-שמרנית ראו עניין בן מאיר, פסקה 4 ופסקה 15 לחוות דעתו של השופט סולברג; בג"ץ 6411/16 הועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות נ' כנסת ישראל, פסקה 30 (19.6.2018).

⁹⁶ מן הזווית השמרנית, אכן יש הטוענים כי ניתוח היסטורי של 'כוונת המכונן' בקשר לחוקי היסוד של זכויות האדם איננו מלמד על כוונת יצירתה של סמכות ביקורת חוקתית. ניתוח כזה, יחד עם התנגדות מהותית לביקורת אנטי-רובנית, משמשים כהצדקות לגרסה חזקה של שמרנות משפטית, המבקשת לדחות באופן גורף את הלכת בנק המזרחי (גישה המשתקפת בדברי השופט מינץ, ראו לעיל ה"ש 83). כפי שצוין בהערה הקודמת, השופט סולברג לא הביע התנגדות לעצם הקונסטרוקציה החוקתית שהתקבלה מאז הלכת בנק המזרחי, גם אם הוא נוקט בקו מרוסן בתוך כללי המשחק שנקבעו בהלכה זו. אציע לכך כמה הסברים משלימים: האחד הוא כי מבחינה מהותית סולברג תומך בעצם קיומה של סמכות ביקורת חוקתית להגנה על זכויות אדם (גם אם בצמצום), ובמובן זה הוא אינו נוקט עמדה שמרנית 'חזקה' (ראו 'שמרו משפט ועשו צדקה', לעיל ה"ש 15). שנית, יתכן שבמקרה זה הוא יסבור שקריאה טקסטואלית סבירה של חוקי היסוד שנתקבלו עדיפה על ניתוח היסטורי של כוונת המכונן (וראו עמדתו בעניין זה בפרשת עדאלה, לעיל ה"ש 1, ולהלן ה"ש 105); ושלישית, יש להוסיף למשוואה גם את ההיבט השמרני של שימור המצב הקיים – הכולל את הזהירות שיש לנקוט בסטייה מהלכות פסיקות ומושרשות. במובן זה, שופט שמרן עשוי להיצמד להלכות לא שמרניות בתוכן, בשל החשיבות שהוא רואה ביציבות המוסדית של הרשות השופטת.

ותחולתה בנדון הקונקרטי.⁹⁷ לכאורה, הוויכוח ביניהם נוגע לאופן יישומה ופיתוחה של ההלכה, וניתן לתחם את גבולות המחלוקת להקשר מצומצם זה. אלא שהוויכוח נוסח בצורה חריפה, וניכר שעל הפרק עומדים לא רק השאלה הקונקרטית ואף לא רק גבולות דיני החקיקה, אלא תפיסה חוקתית רחבה יותר המצויה ביסוד המחלוקת הזו – ואותה נבקש לנתח. כעסו של השופט מזוז, אם ניתן להתבטא כך, כלפי דעת הרוב, אינו מבוסס רק על כך שלדעתו דעת הרוב יוצרת פרשנות מרחיבה מדי להלכת **מגדלי העופות**, אלא על כך שהיא זונחת את המודל החוקתי הקלאסי שאומץ בפרשת **בנק המזרחי**, ומבססת את הביקורת החוקתית על עקרונות יסוד בלתי-כתובים במקום על הוראות מפורשות של חוקי היסוד ככאלה המצויים במדרג נורמטיבי גבוה מדבר החקיקה.⁹⁸ חוות דעת המיעוט מתאפיינת בפורמליזם חוקתי, תוך שהיא פותחת בתיאור פירמידת הנורמות של קלזן, ומבארת כי בטלותו של חוק נגזרת מהצבעה על נורמה חוקתית קונקרטית שהופרה, בין אם זו נורמה מוסדית ובין אם זו נורמה מתחום זכויות האדם.⁹⁹ זאת, בניגוד בולט לחוות דעת הרוב, שבמסגרת הנמקתה אינה מספקת מקור פורמלי ל'עקרון ההשתתפות' (עיקרון היסוד המצדיק בחינה חוקתית של הליך החקיקה) בחקיקת היסוד, ולו באמצעים פרשניים מרחיבים, ומנמקת את תוקפו של העיקרון, בעקבות הלכת **מגדלי העופות**, בביסוס מטה-טקסטואלי ישיר על עקרון הפרדת הרשויות.

השופט מזוז אכן מתקשה, מנקודת מבטו, להסביר את עצם האפשרות לבקר את הליך החקיקה, כפי שנקבע בהלכת **מגדלי העופות** המקורית. על מנת ליישב אותה עם התפיסה החוקתית הפורמליסטית שהציג, הוא נעזר ברעיון הפרשנות המשתמעת: סמכות זו מבוססת על "נורמות חוקתיות לא-כתובות **המשתמעות מחוקי היסוד** והמבטאות את עקרונות היסוד של משטרנו החוקתי".¹⁰⁰ גם סמכות זו יש להפעיל בצמצום ובריסון, לאור הזליגה-לכאורה של פרשנות מרחיבה מעין זו מהמבנה הקלזיאני הקלאסי.¹⁰¹ לעמדה זו מגיב השופט סולברג בציניות מסוימת:

בשל העדרה של סמכות חוקתית על-חוקית מפורשת לבקר את הפן ההליכי של חקיקה ראשית, מתקשה חברי בסמכות הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה, להבדיל מביקורת שיפוטית על תוכנה. לכך אשיב בשניים: ראשית, הביקורת השיפוטית דכאן אינה קלוטה מן האוויר, כפי שעלול להשתמע מחוות דעתו של חברי בהרצותו על 'פירמידת הנורמות' של הנס קלזן. את הביקורת השיפוטית עשינו על סמך עקרון יסוד מובהק של שיטתנו המשפטית: הפרדת הרשויות [...]¹⁰²

⁹⁷ לדיון מפורט במחלוקת לגופו של עניין ראו בר-סימן-טוב "קוונטינסקי", לעיל ה"ש 2.
⁹⁸ לאור דברינו לעיל (ראו לעיל ה"ש 52), סטייה זו כבר קיימת בהלכת **מגדלי העופות** עצמה, ודומה שהשופט מזוז מתקשה בהצדקתה של ההלכה המקורית, כפי שמפורט להלן.

⁹⁹ עניין **קוונטינסקי**, פסקה 8 לפסק הדין של השופט מזוז.
¹⁰⁰ שם, פסקה 9 (ההדגשה במקור). על הפרשנות המשתמעת ראו לעיל ה"ש 53.

¹⁰¹ כראיה לגישתו מביא השופט מזוז את הציטוט מעניין **חוק טל** שהובא לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 45, שם אכן מוצג מהלך מחשבתי דומה: לאור חוקי היסוד החדשים והמבנה החוקתי שאומץ בעקבותיהם, אין עוד מקום להשתמש בעקרונות יסוד של השיטה לביקורת חוקתית.

¹⁰² עניין **קוונטינסקי**, פסקה 109 לפסק הדין של השופט סולברג.

הצגת עמדתו של השופט מזוז כ'הרצאה' תאורטית בתורת המשפט מדגישה את התמקדותו של סולברג במהות תפקידו תוך המעטת חשיבות הדיון בסמכותו הפורמלית לעשות כן. אולם הלכה למעשה, לפי התפיסה החוקתית הרווחת בפסיקת בית המשפט, ושמזוז מייצג אותה בחדות, הביקורת השיפוטית הזו אכן 'קלוטה מן האוויר'; היא דורשת הצדקה פורמלית, בוודאי מנקודת המבט של שפיטה שמרנית. על הרקע הזה, הנמקת פסק הדין של השופט סולברג מפתיעה.¹⁰³ כאמור, מזוז עצמו מציע לה הצדקה כזו (כדי להצדיק את הלכת מגדלי העופות, שעליה איננו חולק) – פרשנות משתמעת של חוקי היסוד הקיימים, וחילוף ערכי היסוד של השיטה' מתוכם. אפשרות זו מבוססת על פסיקתו של אהרן ברק, אשר פיתח אותה בכתיבתו האקדמית.¹⁰⁴ השופט מזוז מעניק אפוא לשופטי הרוב 'חבל הצלה' אנליטי לאחוז בו כדי להסביר באופן פורמלי את מקור סמכותם. אך השופט סולברג אינו מאמץ את ההסבר הזה. לא זו בלבד שחוות הדעת העיקרית נעדרת דיון ממשי בשאלת מקור הסמכות הפורמלי לעריכת ביקורת שיפוטית חוקתית על הליך החקיקה, אלא שה'הרצאה' של השופט מזוז על פירמידת הנורמות נתקלת כאן כמעט בלעג. סולברג מוכן ליטול לידיו סמכות לפסול חוק אך משום שהלה פוגע בעיקרון יסוד של השיטה – הפרדת רשויות – ללא עיגון פורמלי בפירמידת הנורמות הקלזיאנית. מיד נראה מדוע מוכן השופט סולברג לאמץ לעצמו סמכות חוקתית זו, אך ראשית נשאל: מדוע הוא אינו מוכן להשתמש במתודה הפרשנית שמציעים לו ברק ומזוז, בדמות חילוף עקרון הפרדת הרשויות באמצעות 'פרשנות משתמעת' של חוקי היסוד הקיימים? אציע כי הטעם לכך נעוץ במאפיין שמרני אחר שהשופט סולברג אימץ בכמה מקומות, ואף נותח בהרחבה, במישור הפרשני: העדפת פרשנות על פי כוונת המחוקק על פני פרשנות על פי ערכי יסוד מופשטים שאינם עולים מתוך לשון החוק.¹⁰⁵ קווי הפרשנות ששרטט סולברג עד כה מקשים על אימוץ מתודה פרשנית המחלצת ערכים משתמעים מן החוקה, שמכוחם ניתן לפסול דברי חקיקה של הכנסת. בין האפשרות של עיגון פורמלי של סמכות החוקתית (שאינה נאמנת לשמרנות פרשנית), לבין התבססות על ערכי יסוד במישורן (שאינה נאמנת לשמרנות פורמליסטית), סולברג בוחר בעיקרו של דבר בדרך השנייה.

¹⁰³ חשוב להדגיש שהשופט סולברג מספק, כמובן, בסיס פורמלי לפסק הדין בדמות ההיצמדות לתקדים המחייב של הלכת מגדלי העופות. ההיצמדות להלכה הפסוקה היא כשלעצמה מאפיין שמרני, אבל אין די בה כדי לייתר את הדיון שאני עורך בסמכות הפורמלית כזו שנגזרת מהמבנה החוקתי עצמו – אשר נעדרת בהחלט מפסק הדין. זאת, ראשית, מפני שאין מדובר ביישום מדויק של ההלכה אלא, לכל הפחות, ב'ליטושה' (וקיומה של עמדת המיעוט יוכיח); שנית, מפני שהרטוריקה של פסק הדין היא רטוריקה של דין רצוי, ולא של יישום כפוי של הלכה קיימת; ושלישית, מפני שהיא מצופה – במיוחד לאור עמדת המיעוט – לדון באופן מעמיק יותר בשאלת הסמכות שבבסיס הלכת מגדלי העופות עצמה, דיון שכאמור נעדר מפסק הדין. מכל מקום, אדגיש כי הדיון כאן מתמקד כולו בשאלת הסמכות כנגזרת של המבנה החוקתי, מעבר לעובדה שקיים תקדים שקבע סמכות כזו. עוד על מקומו של התקדים במארג השמרני של פסק הדין ראו להלן, פרק 6, בסמוך לה"ש 167.

¹⁰⁴ לניסוח עכשווי של עמדתו בהקשר זה ראו ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה", לעיל ה"ש 53.

¹⁰⁵ ראו לעיל ה"ש 87. ראוי לציין שבפרשת עדאלה, לעיל ה"ש 1, השופט סולברג הביע עמדה פחות שמרנית באשר לפרשנות חוקתית. באותו עניין דן סולברג במעמד החוקתי של עיקרון השוויון לאור העדרו מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וטען שבשל מאפייניו של טקסט חוקתי, יש להפחית במסגרת פרשנותה ממעמד התכלית הסובייקטיבית. עם זאת, הוא הדגיש כי החיפוש אחר תכלית אובייקטיבית צריך להתמקד במקורות שיש לגביהם לגיטימציה דמוקרטית (ראו שם, פסקאות 57-62), ודומה שעמדה זו תישאר חשדנית כלפי יישום מרחיב של תאוריית ההשתמעות של ברק. וראו להלן ליד ה"ש 135.

אך מדוע בכלל סבור השופט סולברג שעליו ליטול לעצמו את הסמכות החוקתית הלא שגרתית הזו? ראינו כי מנקודת ראות שמרנית-רובנית, ביקורת חוקתית הליכית מוצדקת יותר מביקורת חוקתית תוכנית, אך האם די בכך כדי להגיע לתוצאה שמגיע אליה בית המשפט בפרשת **קוונטינסקי**? כדי לענות על כך, נעיין בהמשך דבריו הנזכרים של השופט סולברג, במענה לעמדתו של השופט מזוז. הוא מוסיף:

שנית, עד שחושש חברי לפגיעה בריבונותה של הכנסת, גבי דידי החשש כבד עוד יותר כאשר בביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק עסקינן. נקל לו לחברי לפסול חוק של הכנסת על שום תוכנו, אולם קשה בעינינו לעשות כן בשל העדר כל אפשרות מעשית לחברי הכנסת להשתתף באופן מהותי בהליך החקיקה. עיגונו של כבוד האדם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מחסן את הביקורת השיפוטית מפני פגיעה בריבונותה של הכנסת, יותר מאשר ביקורת שיפוטית שעניינה אינו בתוכן, אלא בהליכי החקיקה. אדרבה.¹⁰⁶

דברים אלה מבטא השופט סולברג היטב את ההצדקה המהותית לגישתו, לאור הנטייה השמרנית להתמקד בכללי ההליך במקום בתוכן התוצר. לאור נטייה זו הוא נכון להניח כי הוא צועד על קרקע יציבה מבחינת ההכשר הדמוקרטית של הביקורת שהוא מפעיל. הלגיטימציה אינה מבוססת על עיגון פורמלי בחוקי היסוד, אלא על תפיסת עולם חוקתית. לראייתו, ביקורת הליכית פוגעת בריבונות הכנסת – כלומר בהכרעת הרוב – פחות מאשר ביקורת תוכנית על תוכן החקיקה. המדד ללגיטימציה דמוקרטית הוא הפגיעה בהכרעה הערכית הנוכחית והקונקרטית של הרוב בכנסת, ולא העיגון הפורמלי של סמכות הביקורת השיפוטית בחקיקת היסוד. מבחינה פורמלית, הצדק עם השופט מזוז שהסמכות לעריכת ביקורת סובסטנטיבית על תוכן החקיקה מעוגנת בצורה מובהקת יותר בחוקי היסוד, מאשר הסמכות לעריכת ביקורת על הליך החקיקה, אשר לכל היותר משתמעת מעקרונות יסוד המופיעים בחוקי היסוד. אך לדעת סולברג, שאלה פורמלית זו היא משנית ביחס לשאלה המהותית בדבר הלגיטימציה הריאלית של בית המשפט להתערב בדבר חקיקה עכשווי שנחקק באמצעות הרוב בכנסת. לגבי שאלה זו, הלגיטימציה בתחום ההליכי גדולה ועדיפה מאשר הלגיטימציה לעריכת ביקורת סובסטנטיבית.

הצדקה מהותית זו מוצגת בדברי השופט סולברג כהצדקה השוואתית. העמדת שני הסוגים של הביקורת החוקתית, המהותית וההליכית, כניצבות זו לעומת זו, אינה מקרית; היא נחוצה להבנת ההנמקה של פסק הדין. השופט סולברג אינו חולק על עצם קיומה של סמכות הביקורת השיפוטית התוכנית שאימץ בית המשפט בפרשת **בנק המזרחי**,¹⁰⁷ אך הוא בוחן את שאלת מעמדה של הביקורת ההליכית על רקע קיומה היציב והמתמשך של סמכות זו. מנקודת מבט זו מתקיים כאן מעין קל וחומר, המבסס את הצורך בביקורת חוקתית הליכית; אם על תוכנה של חקיקה, שבחינתה פוגעת ברצון הציבור המובע באמצעות המוסדות הרובניים, קיימת סמכות לערוך ביקורת שיפוטית, קל וחומר שסמכות כזו צריכה להתקיים כלפי פגיעה בנורמות הליכיות. אם בית המשפט עורך ביקורת שיפוטית על תוכן דברי חקיקה כדי להגן על זכויות יסוד, לא יתכן שאפשרות זו תימנע ביחס לתחומים בסיסיים של פרוצדורות החקיקה. כפי שנראה בחלק הבא, קל וחומר זה הוא המאפשר לראות בשאיפה לכינונו של

¹⁰⁶ עניין **קוונטינסקי**, פסקה 109 לפסק הדין של השופט סולברג.

¹⁰⁷ ראו לעיל ה"ש 96.

חוק יסוד המסדיר תחום זה לא רק משאלת לב הטעונה השלמה במישור הדין הרצוי, אלא לקונה של ממש שהשופט סולברג אינו יכול להשלים עמה. אם הרשות המכוננת אינה משלימה חסר זה, על בית המשפט מוטל להשלימו – והוא מוסמך להשלימו.¹⁰⁸ להעמקה בנקודה זו נפנה כעת.

ד. קיומה של לקונה חוקתית

הדין שערכנו עד כה מוביל אותנו להפניה הפורמלית היחידה והאגבית-לכאורה של השופט סולברג למקור סמכותו (מעבר להסתמכותו על הלכת מגדלי העופות) – הגדרת המצב המשפטי שהוא ניצב מולו כחסר חוקתית, והסתמכות על חוק יסודות המשפט להשלמתו. על פני הדברים, קביעה זו על שני ראשיה מנוגדת לעמדתו של אהרן ברק בקשר לחסר החוקתית. אטען כעת כי מחלוקת זו אינה מקרית, אלא משקפת פער בין תפיסות חוקתיות שונות. בכתובתו התאורטית הבחין ברק בין שלושה אופנים שבהם בית המשפט מפתח את הדין: באמצעות פרשנות, בפיתוח 'משפט מקובל', ובהשלמת חסר.¹⁰⁹ הפרשנות עוסקת בחילוף משמעות מתוך דבר החקיקה, המשפט המקובל עוסק בפיתוח הדין במנותק מהחקיקה, והשלמת החסר עוסקת במצבים שבהם ישנו חסר בחקיקה הטעון השלמה. את עיקר תפקידו של בית המשפט בפיתוח הדין ייחס ברק לתחום הפרשני או לפיתוח המשפט המקובל, ואילו הגדרתו ללקונה היא מצומצמת. לגישתו, לא כל שתיקה של המחוקק מוגדרת כלקונה, שכן חלקה ניתן לפענוח באמצעים פרשניים. בהקשר זה הוא מבחין בין שלושה סוגים של שתיקה החוק – שתיקה שמשמעה הסדר שלילי; שתיקה שמעידה על אי-הסדרה; ושתיקה המעידה על חסר. סיווג שתיקתו של המחוקק היא עניין פרשני: הפרשן יכול להגיע למסקנה שמכלל לאו נשמע הן, כלומר שההסדר הוא שלילי – ואז אין צורך בהשלמת הדין באופן שיפוטי; הוא יכול להגיע למסקנה שהמחוקק בחר שלא להסדיר את הסוגיה – וגם מצב זה אינו בגדר לקונה הדורשת השלמה.¹¹⁰ רק במצב שבו החסר זועק מתוך ההסדר החוקי, מוגדר המצב כלקונה בדבר החקיקה: "חסר קיים במקום שבו הסדר משפטי השואף לשלמות אינו שלם, ואי-שלמות זו נוגדת את תכליתו".¹¹¹ כלומר, רק כאשר העיון (הפרשני) בתכלית החוק מלמד

¹⁰⁸ עמדה זו מעלה כמובן את שאלת גבולותיו של החסר במישור המוסדי: אימתי יחוש השופט השמרן שהעדר הסדרה חוקתית-מוסדית היא כה חריפה עד שהיא מצדיקה השלמה שיפוטית? דומני שאת התשובה לכך יש לחלץ מתוך קווי החשיבה השמרניים שעמדנו עליהם. למשל, המקרה של פרשת קוונטינסקי הוא מקרה שבו הפגם הנטען בהליך החקיקה מבטא פגם ברצון הרובני, ולכן נטייה שמרנית יכולה לראות בו סוגיה מהותית. בנוסף, הוא נעדר הסדרה חוקתית באופן מוחלט, ולכן לא מתעוררת התנגשות פוטנציאלית בין ההשלמה השיפוטית וכוונת המכונן. כידוע, סולברג (כמו עשרת חבריו להרכב) לא התייחס לכוונתו של ראש ממשלה עם כתב אישום כסוגיה מוסדית הטעונה השלמה חוקתית (בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (27.5.2020)), ויתכן שהדבר נובע מהשוני בשני ההיבטים הללו (הן הרצון הרובני הבא לידי ביטוי בבחירות, הן ההסדרה החלקית של הסוגיה שעשויה להצביע על הסדר שלילי). להרחבת נקודה זו ראו להלן, בפרק השישי.

¹⁰⁹ אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר, ופיתוח המשפט" הפרקליט לט 167 (1990) (להלן: ברק "היצירה השיפוטית"); (להלן: ברק פרשנות חוקתית); אהרן ברק פרשנות במשפט – כרך א: תורת הפרשנות הכללית 427 (1992) (להלן: ברק תורת הפרשנות הכללית).

¹¹⁰ אם כי לגישתו ניתן להשלים את ההסדר במסגרת פיתוח המשפט המקובל – ראו ברק "היצירה השיפוטית", שם, בעמ' 274.

¹¹¹ ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה", לעיל ה"ש 53, בעמ' 583.

על כך שהחסר הקיים בהסדר המשפטי נוגד את תכליתו של ההסדר, נדרש השופט נדרש להשלים את ההסדר. הוא עושה כן על פי 'דין השיור' הקיים באותה שיטת משפט – ובשיטתנו, לפי הוראת חוק יסודות המשפט.¹¹² באופן עקרוני, אותם עקרונות לזיהוי לקונה חלים גם במסגרת הפרשנות החוקתית. כעיקרון, ייתכן חסר חוקתי. ברק כותב בהקשר החוקתי כי –

כמו בכל טקסט נורמטיבי אחר, אין משמעה האחת והיחידה של שתיקת הטקסט ביחס לנורמה המשפטית החלה על מערכת מסוימת של עובדות, כי קיים חסר בטקסט. השתיקה מדברת בכמה קולות [...] יתכן שהיעדר הסדר חוקתי נובע מחסר חוקתי. תכליתו של ההסדר החוקתי היתה להסדיר באופן חוקתי ממצה מערך מסוים של זכויות, ואי התייחסות לזכות פלונית מצביע על אי שלמותו של ההסדר. החומה החוקתית לא הושלמה; יש בה חור בלתי מכונן הנוגד את מהותו של ההסדר ואת שאיפתו לשלמות. הוא זועק להשלמה. כאשר שתיקתו של הטקסט החוקתי מדברת בקול שלישי זה, הטקסט החוקתי חסר.¹¹³

לאור ההגדרה המצומצמת של ברק ללקונה דומה שאפשרות זו תאורטית למדי. הכוח הרב שהוא מעניק לאמצעים פרשניים מצד אחד,¹¹⁴ וההדרגתיות של הליך חקיקת חוקי היסוד מצד שני,¹¹⁵ מוליכים למסקנה שקשה לדמיין מצב שבו, לפי ברק, נתקל שופט בלקונה חוקתית. אכן, ברק מטעים כי תחומים שלא הוסדרו עדיין בחוקי היסוד, בהגדרתם אינם יכולים להיחשב כלקונה:

הוא-הדין בחקיקת היסוד בישראל בטרם הוחקו חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. איש לא יטען, כי היעדרו של פרק בדבר זכויות האדם בין חוקי-היסוד מהווה חסר. מתוך ההקשר ההיסטורי ועל-פי החלטת הררי ברור, כי אנו מצויים בתהליך חוקתי מתמשך. רק חלק מהפרקים כבר הוחק. אין לומר, אפוא, באופן גורף, כי כל מה שלא הוחק מצביע על חסר בחקיקה הקיימת. הפרקים שטרם הוחקו אמנם חסרים, אך זהו חסר מבחינת המשפט הרצוי, ולא מבחינת המשפט המצוי. בשל היעדרו של פרק

¹¹² לתיאור שלושת סוגי השתיקות של המחוקק, וייחודיותו של החסר כנוגד את תכלית ההסדר, ראו גם ברק **תורת הפרשנות הכללית**, לעיל ה"ש 109, בעמ' 472-457; אהרן ברק **פרשנות במשפט – כרך ג: פרשנות חוקתית** 138 (1994); אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 106 (2003); ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה", לעיל ה"ש 53, בעמ' 582; אהרן ברק **מידתיות במשפט** 84-80 (2010).

¹¹³ ברק **פרשנות חוקתית**, שם, בעמ' 139-138. לניסוח החלטי יותר, שלפיו אין כל מקום להשלמה שיפוטית של לקונה חוקתית בישראל, לאור מצבו הייחודי של המשפט החוקתי שלה, ראו אהרן ברק **כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה – כרך א** 289 (2014) (להלן: ברק **כבוד האדם**); וראו ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה", לעיל ה"ש 53, בעמ' 584.

¹¹⁴ בהקשר של הפרשנות החוקתית, הן באמצעות פרשנות משתמעת (ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה", לעיל ה"ש 53) והן באמצעות פרשנות מרחיבה של הזכות לכבוד האדם (ראו באופן כללי ברק **כבוד האדם**, שם).

¹¹⁵ ברק **כבוד האדם**, שם, בעמ' 289; ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי", לעיל ה"ש 56, בעמ' 380. ההדרגתיות מושכת לכך שהעדר הסדרה של תחום חוקתי מעיד על שתיקה (זמנית) ולא על לקונה.

שלם בדבר זכויות האדם, השיטה שלנו לקויה, אך היא אינה חסרה (אין בה

לאקונה).¹¹⁶

ברק כותב כאן על המצב שלפני 1992, כלומר כאשר חוקי היסוד המוסדיים מפותחים יחסית, אך חוקי זכויות האדם חסרים. כשלושים שנה לאחר מכן התחלפו היוצרות – המעמד החוקתי של התחום המוסדי מצוי בחסר ביחס למעמד החוקתי המפותח של דיני זכויות האדם. לפי קו החשיבה של ברק, כך נראה, זהו חסר שהשלמתו מוטלת על הרשות המכוננת, אך הוא אינו בגדר לקונה שעל בית המשפט להשלימה. זוהי גם הרטוריקה של פסקי דין המבכים את חסרונו של חוק יסוד: החקיקה, גם אם הם עסוקים בפיתוח משפט חוקתי-מוסדי יציר ההלכה הפסוקה.¹¹⁷

לעומת זאת, בפרשת **קוונטינסקי** מתבונן השופט סולברג על דיני החקיקה כעל לקונה חוקתית הטעונה השלמה על ידי בית המשפט. יש להתייחס לאמירה זו ברצינות, ולא כקישוט רטורי בלבד שנועד להפנות בסופו של דבר למקורות מורשת ישראל דרך חוק יסודות המשפט. ראשית, כפי שראינו, בפסק הדין מפתח השופט סולברג ביקורת חוקתית הליכית תוך התעלמות מן הצורך בעיגון פורמלי של סמכותו בחוקי היסוד. על רקע חוות דעת המיעוט של השופט מזוז ויחסו אליה, חוסר העיגון הזה נעשה במפגיע ובכוונת מכוון. לאור זאת, מעבר להישענות על הלכת **מגדלי העופות**, ההפניה לחוק יסודות המשפט היא ההתייחסות הישירה היחידה של השופט סולברג למקור סמכותו להכרעה החוקתית החריגה שבפסק הדין. ההישענות על תורת החסר ועל חוק יסודות המשפט, אף אם ברמיזה ולא באופן מפותח, מהווה תגובת-נגד עצמית לויתור על דיון במקורות הסמכות הפורמליים של פסק הדין.

שנית, את ההפניה לחוק יסודות המשפט יש לקחת ברצינות דווקא על רקע השימוש הנרחב יחסית של השופט סולברג במקורות המשפט העברי. השופט סולברג תומך בשימוש פסיקטי במשפט העברי,¹¹⁸ אולם הוא אינו רגיל להסמין את ההיזקקות למשפט העברי על חוק יסודות המשפט.¹¹⁹ הרגל זה אינו מקרי אלא נובע מעמדה עקרונית המתנגדת לשימוש במשפט עברי מתוך הטלת חובה על השופט.¹²⁰ אולם בפסק דין זה מזכיר סולברג את חוק יסודות המשפט פעמיים: הן בפסקה שעמה פתחנו, באמרו כי "מכיון שהנושא חסר מן הספר ואינו מוסדר, נפנה גם כמצוות המחוקק בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 ל'עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל'";¹²¹ והן כאשר הוא פורע שטר

¹¹⁶ ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 112, בעמ' 139.

¹¹⁷ ראו לעיל ה"ש 28. נקודה זו אינה סותרת את המגמה שעליה עמדנו לעיל בדבר הגברת הביקורת החוקתית על הסדרים מוסדיים, אלא שטעמיה אינם נובעים מראיית החסר כלאקונה, אלא ממניעים אחרים (וראו לעיל ה"ש 71-73 ובטקסט הצמוד להן).

¹¹⁸ ראו לעיל ה"ש 12.

¹¹⁹ למקרים חריגים ראו עניין **פלוגי**, לעיל ה"ש 12, שם; דנג"ץ 10190/17 **מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן**, פסקה 2 לפסק הדין של השופט סולברג (9.9.2019).

¹²⁰ ראו סולברג "משפט עברי לתועלת", לעיל ה"ש 12; סולברג ושלזינגר, שם. לגישתו השימוש במשפט העברי הוא זכות ולא חובה, ועל כן כאשר הוא רואה ששימוש זה תורם להכרעת פסק הדין, הוא עושה בו שימוש במישרין ולא כמחויב על פי חוק.

¹²¹ עניין **קוונטינסקי**, פסקה 55 לפסק הדין של השופט סולברג.

זה ופונה לעיין בעמדת המשפט העברי בסוגיית הליך החקיקה הראוי.¹²² החריגה הזו, אפוא, אינה מקרית.

אם כנים הדברים, עלינו לשאול מהי נקודת המחלוקת של השופט סולברג עם הנשיא ברק, ומדוע הוא מזהה בעניין שלפניו לקונה חוקתית. בעוד שברק מציג לפנינו כדרכו תיאוריה חוקתית מקיפה, אין לדלות מתוך פסק הדין עמדה סדורה וכוללת מפיו של השופט סולברג בעניין זה. יתכן שהוא אוהז בגישה פרגמטית וכלל אינו מוטרד מן ההבחנה בין סוגים של עשייה שיפוטית כל עוד הם מוליכים לאותה תוצאה. יתכן שהמחלוקת אינה קשורה לתחום החוקתי אלא לפרשנות המושג לקונה באופן כללי.¹²³ תהא עמדתו המקורית אשר תהא, בשורות הבאות אבקש להציע תיאוריה חוקתית שיכולה לשמש בסיס לעמדתו של השופט סולברג ואשר מתיישבת עם מכלול ההנמקה שבפסק הדין כפי שניתחנו אותו לעיל, ועם פסיקתו וכתבתו של השופט סולברג בהקשרים אחרים. לפי הסבר זה, יש לקבל את ההגדרה המצמצמת של ברק שלפיה לקונה מתרחשת רק כאשר ההסדר 'זועק מתוכו' להשלמה; נקודת החידוש שבעמדת השופט סולברג מתמצה בכך שלדעתו כך אכן הוא המצב. במילים אחרות, אם בדיני השלמת החסר הרגילים שתיקת המחוקק נבחנת כדברי ברק לאור תכלית ההסדר החוקי, הרי שבמישור החוקתי, את המחלוקת (המדומיינת) בדבר קיומה של לקונה חוקתית בתחום המוסדי יש לבחון לאור התפיסות השונות באשר לתפקידה ולתכליתה של החוקה בכללותה, ולתפקידו של בית המשפט בשמירה על הוראותיה.

תפיסה הרואה בשני הענפים של המשפט החוקתי – הענף המוסדי וענף זכויות האדם – כענפים מנותקים שלכל אחד קיום עצמאי, לא תכיר במצב החוקתי הישראלי כלקונה: "הפרקים שטרם הוחקו אמנם חסרים, אך זהו חסר מבחינת המשפט הרצוי, ולא מבחינת המשפט המצוי".¹²⁴ לעומת זאת, השופט סולברג אינו רואה בשני הענפים של המשפט החוקתי כענפים מנותקים ושווי ערך. כפי שכבר נרמז, וכפי שאפרט כעת, הוא אוהז בתפיסה חוקתית המבוססת על שמרנות רובנית, המודעת לקושי של בית המשפט להתערב בתוכן ההכרעות הערכיות של הרוב הפוליטי; לאור תפיסה זו יש להבין את התפקיד הבסיסי של הביקורת החוקתית כתפקיד הליכי ומוסדי, ורק כקומה שנייה ובאופן מצומצם יותר, כפעילות סובסטנטיבית של הגנה על זכויות אדם. משכך, מצב בו בקומה השנייה נערכת ביקורת שיפוטית אפקטיבית ואילו בקומה הראשונה אפשרות שכזו אינה קיימת כלל, הוא מצב שאינו בבחינת 'טעון השלמה לעתיד לבוא' בלבד, אלא חסר 'הזועק מתוכו' – כלומר לקונה הטענה השלמה. לפי תיאוריה זו, היוצרת היררכיה בין סוגים שונים של ביקורת חוקתית, בדין הקיים ישנו עיוות ביחסי הכוחות בין ביקורת שיפוטית תוכנית לביקורת שיפוטית הליכית. לפיכך, החסר בביקורת מן הסוג האחרון נחזה כלקונה 'הזועקת' להשלמה.

¹²² שם, פסקה 72 לפסק הדין של השופט סולברג: "חשיבותו של עקרון ההשתתפות במסגרת הליך קבלת החלטות, וכנגזרת ממנו – עצם קיומו של דיון, מוצאים ביטוי נרחב במקורות המשפט העברי, שאליו אנו פונים כמצוות סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980" (ההדגשה במקור).

¹²³ ובתמונת ראי – יתכן שהיא מונעת ממחלוקת על אודות גבולות הפרשנות הלגיטימית (כפי שניתח רוניק, לעיל ה"ש 2). הוויכוח יכול להיות מונע גם מהיקף התחולה הרצוי של חוק יסודות המשפט, על המטען האידיאולוגי שלו. בעניין זה אדון להלן.

¹²⁴ ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 112, שם. יש להניח, על דרך קל וחומר, כי כך יסברו תפיסות הוראות בשמירה על זכויות האדם את עיקר תפקידה של החוקה, ואת עיגון הנורמות המוסדיות כטפל לו וכמבוסס עליו (ראו לעיל ה"ש 94).

עמדה כזו באה לידי ביטוי בפסק הדין עצמו, ומעוגנת גם בפסיקתו הרחבה של השופט סולברג. נתחיל ברטוריקה של פסק הדין עצמו. כפי שכבר צוטט, השופט סולברג מתבונן על המצב החוקתי הקיים כמצב שלא ייתכן להשלים עמו: "אין לאפשר למחדל, להפוך למפלט ולמקלט", קובע השופט, ומוסיף בתמיהה, "לא תהא פהנת כפונדקית? אם על החלטות המוסדרות ומעוגנות בתקנון הכנסת תתקיים ביקורת שיפוטית, כלום לא יהא כך ביחס לליבת האופן שבה מחוקקת הכנסת את חוקיה?".¹²⁵ זעקה זו מנוסחת כאן ביחס לפער שבין קיומה של ביקורת שיפוטית מכוח תקנון הכנסת, להעדר ביקורת שיפוטית מכוחם של כללים חוקתיים מוסדיים והליכיים בסיסיים יותר; אולם בשיפולי פסק הדין, בדין ודברים שעורך השופט סולברג אל מול דעת המיעוט, מבוטאת – בתמצית אך בחריפות – עמדה עקרונית יותר, בדבר הבעייתיות שבעריכת ביקורת שיפוטית תוכנית, ללא שנלווית לה ביקורת שיפוטית הליכית. כפי שהובא לעיל, על רקע ניסיונו של השופט מזוז להסביר מצב דברים זה על פי המודל הקלזיאני, קובע סולברג כי "עיגונו של כבוד האדם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מחסן את הביקורת השיפוטית מפני פגיעה בריבונותה של הכנסת, יותר מאשר ביקורת שיפוטית שעניינה אינו בתוכן, אלא בהליכי החקיקה. אדרבה."¹²⁶ במילה אחת – 'אדרבה' – מקפל סולברג את התפיסה ההיררכית הרחבה יותר בין ביקורת חוקתית תוכנית לבין ביקורת חוקתית הליכית, היררכיה המבוססת על הלגיטימציה הרובנית של סוגי הביקורת השונים.

יחסי הליך-תוכן בולטים בפסיקתו של השופט סולברג גם במבט רחב יותר. התערבות בתוכן החקיקה איננה מוצדקת, כאשר ההליך היה מוקפד. בדעת המיעוט שלו בפרשת 'חוק ההסדרה', פותח סולברג את הכרעתו לטובת דחיית העתירות בתיאור הבא:

חוק ההסדרה מבטא הכרעה ערכית עקרונית של כנסת ישראל בדילמה קשה מאד [...] לא בחופזה ולא בקלות דעת התקבל חוק ההסדרה בכנסת ישראל; קדם לכך הליך חקיקה יסודי, מעמיק ומקיף. לטובת הדיון בחוק ההסדרה הוקמה ועדה מיוחדת – ועדה משותפת לוועדת חוקה, חוק ומשפט ולוועדת החוץ והביטחון – ובמסגרת דיוניה נשמעו, נשקלו ונדונו בכובד ראש טענות מטענות שונות, של תומכי החוק ומתנגדיו. הליך החקיקה שיקף נאמנה – לא אחת בחריפות ובעוצמה – לא רק את המחלוקת המשפטית באשר לחוק ההסדרה, אלא גם את המחלוקת הפוליטית הנוקבת שחוצצת בין תומכי החוק למתנגדיו.¹²⁷

בפסקה זו מנגיד השופט סולברג בין התוכן – שהוא בגדר שאלה 'ערכית' ו'פוליטית' – לבין ההליך. ההיררכיה הנוצרת בין ביקורת ההליך לביקורת התוכן מודגשת על ידו גם בהתנגדותו לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. מכיוון שמדובר בביקורת על חקיקת חוקי יסוד, שמרנות רובנית עשויה להתנגד לה באופן גורף. כאשר בית המשפט ביקש להגן על דוקטרינה זו מפני ביקורת 'רובנית' כזו, הודגש לא אחת שהדוקטרינה מתמקדת בהליך ולא בתוכן.¹²⁸

¹²⁵ עניין קוונטינסקי, פסקה 55.

¹²⁶ שם, פסקה 109.

¹²⁷ עניין עיריית סלואד, לעיל ה"ש 87, פסקה 1 לחוות דעתו (ההדגשה במקור).

¹²⁸ ראו עניין שפיר, לעיל ה"ש 6, בפרט בחוות הדעת של השופטת ברק-ארז. על ההיבט השמרני הזה ראו גם חגי שלזינגר "בין פרשות קוונטינסקי ושפיר" ICON-S-IL Blog (21.7.2021).

התנגדותו של השופט סולברג לדוקטרינה אינה מערערת על ההבחנה התאורטית בין הליך ותוכן. הבחנה היררכית זו מקובלת עליו לחלוטין, אלא שהוא טוען שהדוקטרינה משמשת, הלכה למעשה, גם לבחינת התוכן של חוקי יסוד – ולכך אינו יכול להסכים.¹²⁹ את עמדתו בדבר ההתמקדות בהליך אל מול התוכן, הבהיר סולברג גם בהקשרים מינהליים – ובפרט לגבי עילת הסבירות. באחת הפרשיות החשובות בעניין זה, הדגיש סולברג את ההבדל בין ביקורת ההליך לביקורת התוכן וקבע כי "משנחה דעתנו כי לא נפל פגם בדרך קבלת ההחלטה המנהלית, ומשעסקינן בהחלטתו של דרג נבחר – השר לביטחון הפנים, שוב אין אנו נדרשים לבחון את סבירותה **התוכנית-מהותית** של ההחלטה, להעריך ולאמוד את שיקוליה ומידותיה".¹³⁰ הנימוק לכך מבוסס הן על הפרדת רשויות, והן על העדר מומחיות של בית המשפט.¹³¹

אנו רואים אפוא שהרמזו הדק שבפרשת **קוונטינסקי** לקיומה של היררכיה בין ביקורת שיפוטית הליכית לבין ביקורת שיפוטית תוכנית, משקף תפיסה סדורה של השופט סולברג בעניין זה. היררכיה זו במישור התאורטי נתקלת בדין פוזיטיבי שבו דווקא ביקורת תוכנית מעוגנת בחוקי יסוד, לעומת נורמות מוסדיות 'החסרות מן הספר'. הרקע התאורטי הזה מוביל את השופט סולברג, במשתמע, לראות את החסר כ'זועק להשלמה'. מנקודת המבט התאורטית שלו, המצב אינו רק חסר – אלא מעוות ומחייב השלמה.

ניתן לראות בנקל כי למרות שהתיאוריה הזו נובעת מתפיסה שהגדרנוה שמרנית, תוצאתה רחוקה מלהיחשב ככזו. השופט אמנם מזהה לקונה בחוקה וחש כי היא זועקת להשלמה, ובכל זאת: האם מן הראוי כי ההשלמה תבוא מפיה של הרשות השופטת? לכאורה, אותה אידיאולוגיה שיפוטית שמרנית, שבגינה יש לזהות כאן לקונה הטעונה השלמה, היא זו אשר צריכה לרסן את השופט מלהשלימה – ומלפסול את תוקפו של דבר חקיקה של הכנסת. כאמור, סולברג אינו מנסה באמצעים מלאכותיים לקשר בין פסק דינו לבין חוקי היסוד הקיימים, אך הוא גם לא מסתמך על העקרונות הבלתי-כתובים בלבד; הוא זקוק להכשר רובני. נדמה שחוק יסודות המשפט, המורה לשופט כיצד לנהוג כאשר הוא מזהה לקונה, משמש כאן כאמצעי לשיכוך הדיסוננס השמרני-אקטיביסטי שבפסק הדין. נעזין אפוא בכך.

¹²⁹ עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 6, פסקאות 23-29 לחוות דעתו; עניין **ממשלת החילופים**, שם, פסקה 31 לחוות דעתו.

¹³⁰ בג"ץ 4252/17 **ג'בארין נ' הכנסת**, פסקה 24 לחוות דעתו (14.7.2020) (ההדגשות במקור). הדברים נאמרו מתוך מחלוקת עם השופט ג'ורג' קרא על גבולות הגזרה הרצויים של עילת הסבירות.

¹³¹ "אין הצדקה מצידנו לבכר איזון אחר על פני האיזון שעשה השר. הכרעה בדבר המידה והמשקל שיש להעניק לכל אחד מן האינטרסים המתרוצצים לפנינו, הריהי הכרעה ערכית בעיקרה. אין מדובר בשאלות שבפתרון ישנו יתרון לבית משפט זה, על פני הדרג הנבחר" (שם, פסקה 25). עמדות אלה הושמעו על ידי השופט סולברג במגוון הקשרים, ראו למשל ראו עניין **תנועת אומץ**, לעיל ה"ש 12, בפסקה 15 לחוות דעתו; בג"ץ 5428/17 **רום נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 לחוות דעתו (18.6.2018) ("אין יתרון לתפיסה ערכית שלנו, כשופטים, על פני תפיסה ערכית שדוגל בה כל אדם אחר"); לתפיסתו הכללית של סולברג את מושג הסבירות ואת הקושי הטמון בו מנקודת מבט של שמרנות רובנית, ראו סולברג "ערכים סובייקטיביים", לעיל ה"ש 15 (המציע להגביל את יישומה של הדוקטרינה לדרג מבצע ולא לדרג נבחר).

ה. השלמת הלקונה על פי חוק יסודות המשפט

1. חוק יסודות המשפט כמקור סמכות חוקתי פורמלי

נעבור אם כן לזווית השנייה של הפסקה שעמה פתחנו: השימוש בחוק יסודות המשפט לשם השלמתו של החסר החוקתי. גם בנקודה זו חולק סולברג, במשטמע, על גישתו של ברק, שאינו מכיר בחוק יסודות המשפט כמקור סמכות להשלמת חסר חוקתי באופן שיפוטי: שאלה יפה היא מהו הדין בישראל. האם רשאי שופט ישראלי להשלים חסר בחוק-יסוד משוריין? שאלה זו קשה היא. אין למצוא לה תשובה בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. הטעם לכך נעוץ במציאות הנורמטיבית, לפי[ה] חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 הוא ברמה נורמטיבית של 'חוק' ולא ברמה נורמטיבית על-חוקית. נראה לי כי חוק 'רגיל' אינו יכול להסמיך שופט להשלים חסר בהוראה חוקתית על-חוקית. אכן, התשובה לשאלה בדבר השלמת חסר בחוקה שלנו צריכה להימצא במסורת ובתרבות של שיטת המשפט ובתפיסות היסוד של הקהילייה המשפטית בישראל. שאלה יפה היא, מהי מסורת זו לעניין השלמת חסר בחוקי-היסוד, ומה תוכנה של תרבות זו? דומה שטרם התפתחה כל מסורת בעניין זה. על רקע זה יש מקום לשקול ההצעה לעגן את הוראותיו של חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 בחוק-יסוד (משוריין), ובכך להעניק לו מעמד חוקתי-על-חוקי.¹³²

עמדתו של ברק, לפיה חוק במדרג נורמטיבי רגיל אינו יכול לשמש מקור להשלמת חסר בתחום החוקתי העל-חוקי, היא עמדה מסתברת לאור המבנה החוקתי הקלזיאני הכולל שעסקנו בו. מכיוון שהשופט יונק את סמכותו לערוך ביקורת שיפוטית מחוקי היסוד, המצויים במדרג נורמטיבי עליון, יש היגיון בעמדה הגורסת שחקיקה רגילה אינה יכולה להנחות אותו בפעולה זו.¹³³ גם בהקשר זה אין זה ברור אם השופט סולברג היה מודע לבעייתיות הזו כשהסתמך על חוק יסודות המשפט, ואם יש לו עמדה סדורה בקשר לשאלה זו, אך תשומת הלב להיבט זה של ההסתמכות על חוק יסודות המשפט מעוררת עניין על רקע פסק הדין כולו.

מצד אחד, העדר דיון רפלקסיבי בשאלת הלגיטימציה של ההסתמכות על החוק משתלב היטב עם מגמתו הכללית של פסק הדין, המתייחסת ללגיטימציה של הביקורת החוקתית מנקודת מבט מהותית, מבלי להגיש לקורא דין וחשבון פורמלי על מקורה של הסמכות

¹³² ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 112, בעמ' 140. בכתיבה מאוחרת יותר ענה ברק תשובה שלילית החלטית יותר לשאלה זו. ראו ברק מידתיות במשפט, שם, בעמ' 82; ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה", לעיל ה"ש 53, בעמ' 584.

¹³³ אף שאינה עמדה הכרחית. היא תלויה בשאלה הכללית, האם דברי חקיקה המופנים כלפי אופן הפעלת הסמכות השיפוטית מחייבים את בית המשפט גם כאשר הוא דן בפרשנות הוראה חוקתית. האם, למשל, פקודת הפרשנות [נוסח חדש] או חוק הפרשנות, התשמ"א-1981 חלים על פרשנות של חוק יסוד? מכיוון שמדובר בכללי הכרעה, יש יסוד סביר לפרש אותם כחלים על מכלול הכרעותיו של בית המשפט, גם בהקשר החוקתי, אף שבאופן פורמלי בכך משפיעה הרשות המחוקקת על הדין החל במישור החוקתי שמעליה. אכן, 'שאלה יפה היא', ואין כאן המקום להרחיב בה (לעמדה שלפיה יש להחיל את חוק יסודות המשפט בשפיטה חוקתית ראו יוסף מ' אדרעי "בג"ץ חסן: על (היעדר) מתודולוגיה שיפוטית, על חוק יסודות המשפט ועל התעלמות מהלכות פסוקות והלכות שנפסקו" ספר שטרסברג-כהן 65 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2017)).

לעשות זאת. אך מאידך גיסא, ההיזקקות לחוק זה "כמצוות המחוקק"¹³⁴ מהווה קונטרה למהלך זה. ערכי היסוד המבססים את הביקורת המוסדית-הליכית, ובעיקר הפרדת הרשויות, אינם מעוגנים כדבעי בחוקי היסוד ולפיכך חשופים, מנקודת מבט של שמרנות פרשנית, למניפולציה של השופט וערכיו האישיים. במקום לפתח פרשנות משתמעת 'מרחיבה' של ערכי יסוד, כפי שהציע השופט מזוז, ובכך להשתלב במודל פירמידת הנורמות הקלאסי, השופט סולברג בוחר בכיוון אחר – הישענות על חוק יסודות המשפט. באמצעותו הוא מבקש לחבר את המהלך השיפוטי היצירתי-אקטיביסטי שלו ל"מצוות המחוקק" ולהעניק לו את הלגיטימציה הרובנית ואת התשתית השמרנית שהוא זקוק לה.

לאחרונה, בפרשת **עדאלה**, עסק השופט סולברג בזווית אחרת של פרשנות חוקתית 'מרחיבה' – עיגון ערך השוויון כערך חוקתי חרף העדרו המפורש. סולברג דן בבעיה זו לאור עמדתו הפרשנית, והדגיש כי אף שלעתים יש הצדקה לפרשנות חוקתית 'מרחיבה' החורגת מהתכלית הסובייקטיבית של חוק היסוד, פרשנות זו צריכה להיות מן במקורות הזוכים לגיטימציה דמוקרטית, כלומר כאלה שניתן להניח לגביהם כי הם זוכים להסכמה רובנית (כגון דברי חקיקה אחרים או מגילת העצמאות), ואין להסתפק בערכי יסוד מופשטים.¹³⁵ הפנייה לחוק יסודות המשפט כדי להשלים את הלקונה במארג החוקתי מבוססת על מוטיבציה דומה: כאשר תפקידו של בית המשפט בעיצוב ההסדר החוקתי הוא דומיננטי, עליו להצביע על הלגיטימציה הרובנית שלו. 'מצוות המחוקק' המובעת בחוק יסודות המשפט היא המענה לכך.

2. ההפניה לחוק יסודות המשפט כהפניה לערכים שמרניים

עד כה עסקנו בתפקידו של חוק יסודות המשפט כ'דין שיוור' המכוון את השופט כיצד להשלים לקונה בדין. הפנייה לדיון השיוור, וחילוץ נורמה מוסדית על פיו, מספקת הצדקה פורמלית לביקורת החוקתית שעורך בית המשפט. אולם לפנייה לחוק יסודות המשפט תפקיד נוסף, הנגלה מהתבוננות בתוכנו הייחודי של דין שיוור זה. הדין המהותי שאליו מפנה חוק יסודות המשפט הוא חלק חיוני מהבנת התצרף.

כידוע, לחוק יסודות המשפט מימד פוליטי-ערכי משמעותי והוא היווה נקודת התנגשות בין עמדות אידיאולוגיות המבכרות את האופי הדמוקרטי של המדינה לבין עמדות המבכרות את האופי היהודי שלה.¹³⁶ החוק עצמו, המפנה את השופט לערכים מתוך מורשת ישראל,

¹³⁴ כלשון השופט סולברג בפסקה 55 לפסק הדין.

¹³⁵ פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 1, פסקאות 62-57.

¹³⁶ ד"ר 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה(2) 785 (1981); ד"ר 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701 (1982); בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, **מר יצחק שמיר**, פ"ד מה(1) 749 (1991); אהרן ברק "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" **שנתון המשפט העברי** יג 265 (התשמ"ז); מנחם אלון "עוד לעניין חוק יסודות המשפט" **שנתון המשפט העברי** יג 227 (התשמ"ז); בנימין פורת "המשפט העברי בישראל: אתגרי העתיד והיערכות מחודשת" **חוק יסודות המשפט: הצעה לתיקון ודברי ביקורת** 11, 20 (2016) (להלן: פורת "המשפט העברי בישראל"); מנחם מאוטנר "הוויכוח בין מנחם אלון לבין אהרן ברק על הזהות התרבותית של המשפט הישראלי" **הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון** 109 (אריה אדרעי ואח' עורכים, 2018). לא מן הנמנע כי הוויכוח באשר לתוכן המצוי והראוי של דין השיוור השפיע גם על שאלת ההגדרה המרחיבה או המצמצמת של מוסד הלקונה. ראו ברק "היצירה השיפוטית", לעיל ה"ש 109, בעמ' 276; פורת "המשפט העברי בישראל", שם.

נוסח במקור באופן של פשרה פוליטית,¹³⁷ ושופטי בית המשפט – בפרט השופטים ברק ואלון – הביעו דעתם עליו באמצעות האופן שבו פירשו אותו. לפיכך, השימוש בחוק יסודות המשפט אינו רק עוגן פורמלי לתלות עליו את הסמכות החוקתית בפסק הדין, אלא הוא עוגן סמכות מסוים – המכוון את תהליך העיצוב של החוקה המוסדית, ולמצער את ההנמקה החוקתית של תהליך זה, למקורות מורשת ישראל דווקא. דבר זה מעניק להנמקת פסק הדין רובד שמרני נוסף. רובד זה מתבטא הן בכך שהוא מדגיש את מקומם של נימוקים חוקתיים פרטיקולריים (ואינו מסתפק בנימוקים אוניברסליים), והן בכך שנימוקים פרטיקולריים אלה מזוהים עם ערכים שמרניים-דתיים.

הדרכים שבהם שופטים ושופטות מנמקים את ההכרעות החוקתיות שלהם, וההצדקות שהם נותנים להתערבותם בהכרעות רובניות, נדונות מזוויות שונות בספרות המשפטית.¹³⁸ שופטים האוחזים בתפיסת עולם שמרנית רובנית, עשויים להיות מוטרדים במיוחד משאלות אלה. כפי שצינתי לעיל, השופט סולברג דן בבעיה זו בפרשת **עדאלה** כאשר הדגיש את החשיבות של רכישת הכשר רובני להכרעות מעין אלה. בהכללה, יש להניח שהנמקה חוקתית שמרנית תעדיף להתמקד ולהתבסס על מקורות משפטיים, תאורטיים ותרבותיים פרטיקולריים, ולא להסתפק במקורות אוניברסליים. עיגון ההנמקה של בית המשפט בהקשר פרטיקולרי מסייעת לגיבושו של אותו הכשר רובני שבית המשפט זקוק לו. כאשר השופט השמרן סבור שיש לסטות מן הנטייה הרובנית, המרסנת, המדריכה אותו בדרך כלל, הוא זקוק להכשר רובני ברמת הפשטה גבוהה יותר שיצדיק את התערבותו בהכרעה הרובנית הקונקרטי. במצב זה, השופט אינו יכול להסתפק בערכי יסוד המבוססים על הנמקות אוניברסליות. ערכי יסוד מסוג זה אמנם משכנעים מבחינה רציונלית או אתית, אך מהם בלבד קשה לגזור מוסכמה רובנית קונקרטי בחברה פרטיקולרית נתונה.¹³⁹ לעומת זאת, ככל שביט המשפט מפחית בחשיבות ההכשר הרובני הקונקרטי של הכרעה, הפניה למקורות ולהנמקות אוניברסליים בהקשר החוקתי מתבקשת.¹⁴⁰

¹³⁷ באמצעות השימוש בנוסחה העמומה "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל"; ראו ברק **תורת הפרשנות הכללית**, לעיל ה"ש 109, בעמ' 492. החוק תוקן במסגרת פשרה פוליטית נוספת שמנעה את עיגונו בחוק יסוד, ראו לעיל ה"ש 11.

¹³⁸ בהקשר הישראלי ראו סוזי נבות "הנמקה חוקתית" **המשפט** כד 75 (2018).

¹³⁹ יש הסוברים כי דווקא בשל המאפיין הא-פוליטי והאוניברסלי של זכויות האדם, התבססות עליהם זוכה להסכמה רובנית רחבה. כך, למשל, מדינה וויצמן כותבים כי "הכללת הנורמות ה'מוסדיות' במסגרת זכויות האדם נועדה להשיג הכשר ציבורי לאכיפה השיפוטית של הנורמות הללו, בהתבסס על מעמדן הציבורי הרם של זכויות האדם" (מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 598). אולם דומה שיש כאן 'הסכמה קונסטרוקטיבית' יותר מאשר הסכמה ריאלי. השופט השמרן עשוי לפקפק בהנחה אמפירית אופטימית כזו. תהליכים חברתיים שהובילו לעליית קרנה של האומיות, בארץ כמו בעולם כולו, מעלים על נס את הערכים הפרטיקולריים של החברה הישראלית, תהליכים שבמסגרתם נתפס המוסר האוניברסלי דווקא כמאיים על התרבות המקומית וערכיה. הישענות על ערכי יסוד אוניברסליים שאין להם עיגון ברור בעמדות רובניות המקובלות הוא אפוא בעייתי בעיני השופט האוחז בעמדה שיפוטית רובנית.

¹⁴⁰ לדוגמאות לפנייה למסמכים בינלאומיים ככלי להכרעה חוקתית ראו בג"ץ 6650/04 **פלונת נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה**, פ"ד סא(1) 581, פסקה 9 (2006); בע"מ 5082/05 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגי**, פ"ד ס(3) 201, 230 (2005); בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פסקאות 4-6 לפסק הדין של השופט (כתארו אז) ג'ובראן (2006) (להלן: עניין **איחוד המשפחות**);

ההתחבטות בין הנמקה אוניברסלית להנמקה פרטיקולרית אינה ייחודית לישראל. הפולמוס האמריקני באשר להיזקקות למשפט משווה ולמשפט בינלאומי במסגרת העשייה השיפוטית, פולמוס שנערך בעשורים האחרונים בעוצמה משתנה, נותח באורח דומה על ידי Martha Minow.¹⁴¹ היא מציינת כי בעוד שבעבר הייתה הפנייה למשפט משווה ולמשפט בינלאומי מוכרת ומקובלת בבתי המשפט האמריקניים, הרי שמצב זה השתנה. ההתנגדות לפנייה למקורות זרים נתפסת כאיום על הערכים הייחודיים לאומה האמריקנית, וכהשלטת אמות מידה לא רלוונטיות על השיח החוקתי המקומי. לאור דברינו עד כה, אין להתפלא על כך שהקו המפריד בין המחנות בפולמוס הזה הוא, בעיקרו של דבר, הקו שבין שמרנים לפרוגרסיביים בבית המשפט העליון האמריקני. כמובן, אינני טוען לזהות בין הפולמוסים הללו או להשפעת הפולמוס האמריקני על השיח המשפטי הישראלי. השופט סולברג עצמו בעניין קוונטינסקי תומך את עמדתו בהרחבה גם על משפט משווה, וההיבט האוניברסלי בפסק הדין בולט. יחד עם זאת קיים דמיון מושגי מעניין בהקשר זה בין הפולמוס האמריקני הנדון לבין האופן שבו מנומקת ההכרעה בפרשת קוונטינסקי.

הפנייה למקורות מורשת ישראל דרך חוק יסודות המשפט משענה את הלגיטימציה של פסק הדין על ערכים פרטיקולריים – יהודיים – מובהקים. לפיכך, הפניה זו עושה חסד עם השופט סולברג בשני מובנים: הן כמקור להכשר רובני פורמלי, במובן זה שהוא יכול לנסח את הכרעתו כפעולה על פי מצוות המחוקק, והן משום שהמחוקק שולח אותו, לגישתו, לערכים הנטועים באתוס הפרטיקולרי של עקרונות מורשת ישראל.¹⁴²

כמובן שהמתח בין אוניברסליות ופרטיקולריות במשפט החוקתי איננו דיכוטומי. עיקר ההנמקה של פסק הדין היא במובהק 'אוניברסלית' – היא מושתתת על עקרונות כמו הפרדת הרשויות, ועל מבט מעמיק במשפט המשווה. מנגד, בפסקי דין חוקתיים רבים מובא גם המשפט העברי כדי לתמוך בהכרעה, ובפסק הדין הנוכחי אין אפוא חידוש במובן זה.¹⁴³ אולם העיגון הפורמלי של מקור הסמכות החוקתית על 'מצוות המחוקק' בכלל, ועל מקורות מורשת ישראל בפרט, מסייעים במידה רבה לשיכוך הדיסוננס בין תפיסת יחסי תוכן-הליך השמרנית-רובנית של השופט סולברג, והשלמת הלאקונה החוקתית האנטי-רובנית הנגזרת ממנה.

בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך, פסקה 32 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (6.2.2011); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122, פסק הדין של השופט (כתארו אז) ג'וראן (2011). להקשר רחב יותר ראו Mark Tushnet, *Book Review: The Universal and the Particular in Constitutional Law: An Israeli Case Study*, 100 COLUM. L. REV. 1327 (2000)

¹⁴¹ Martha Minow, *The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States*, 52 HARV. INT'L L.J. ONLINE 1 (2010), http://www.harvardilj.org/2010/08/online_52_minow/

¹⁴² יש להדגיש כי אין מדובר כאן בתפיסה ריאלי-אמפירית של ערכי יסוד קיימים, שהלא אנו עוסקים רק בערכים שמקורם בחברת הרוב היהודי, והן משום שגם בחברת הרוב עצמה קיימות מחלוקות ערכיות בדבר המקום של ערכים אלו בחברה. מדובר אפוא באתוס פרטיקולרי מדומיין. אינני חושב שהדבר מפחית מחשיבותו, הן כהצדקה פנימית לפסק הדין והן במישור הרטורי כלפי חוץ. לביקורת מן הכיוון הזה ראו להלן, בפרק השישי.

¹⁴³ ראו למשל: בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44, פסקה מה לפסק הדין של השופט (כתארו אז) רובינשטיין (2012); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1, פסק הדין של השופט הנדל (2012); עניין עליאן, לעיל ה"ש 119, בפסקי הדין של השופטים הנדל וסולברג; בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717, פסק הדין של השופט הנדל (2013); עניין גרסגור, לעיל ה"ש 12, בפסקה 44 לפסק הדין של הנשיאה חיות, וכן בפסקי הדין של השופטים עמית וסולברג.

לבסוף, יש להתבונן ברובד שלישי של המשמעות השמרנית הטמונה בפנייה למקורות מורשת ישראל. כאשר הצגתי לעיל את ריבוי ההיבטים של מושג השמרנות, עמדתי על ההבדל שבין שמרנות כהעדפת המצב הקיים והטלת ספק בכוחה של התבונה האנושית להוביל לפרוגרס, לבין תמיכה בערכים ספציפיים המזוהים עם השמרנות. הנטייה הרובנית שבה התמקדנו יונקת את כוחה מן ההיבט הראשון, והיא אינה תלויה בתוכן של הכרעות הרוב. אך הפנייה לערכי מורשת ישראל דווקא משייכת את הכרעת בית המשפט גם לעולם התוכן של 'ערכים שמרניים' – ערכים דתיים. כאמור, חוק יסודות המשפט מהווה סלע מחלוקת משפטי-פוליטי באשר לזהות משפט המדינה, בדומה לוויכוחים על ציר היהודית-דמוקרטית, ובמובן זה, ערכי מורשת ישראל נתפסים על פי רוב כמשקפים ערכים שמרניים.¹⁴⁴ כלומר, המשמעות השמרנית של הפנייה לחוק יסודות המשפט היא משולשת: היא מספקת מקור הסמכה פורמלי להשלמת הלקונה החוקתית; היא מאפשרת להסמיך את הכרעת בית המשפט על מערכת ערכים פריטיקולרית, ולא רק על עקרונות אוניברסליים; ולבסוף, מצד תוכנה, מערכת ערכים זו משקפת ערכים שמקובל לראותם כשמרניים.

בהקשר אחרון זה, הנמקת פסק הדין עשויה במבט ראשון להפתיע. בעזרת המקורות היהודיים מנמק השופט סולברג מגבלות חוקתיות על הליכי החקיקה, ומבסס על ידם את סמכותו לפסול חקיקה ראשית. כלומר, בעזרת 'ערכים שמרניים' לכאורה, מבסס השופט סולברג מגבלות לא שמרניות על כוחו של הרב. לאמיתו של דבר תופעה זו אינה צריכה להפתיע. מעבר לכך שניתן לפקפק בזיהוי האוטומטי של ערכים יהודיים כערכים שמרניים, הרי שאין לצפות לחפיפה בין 'ערכים שמרניים' לבין שמרנות רובנית. ערכים דתיים עשויים להיות מנוגדים לערכים ליברליים, מצד תוכנם, והם אכן מוצגים כך לעתים בפסיקה החוקתית.¹⁴⁵ לעומת זאת, התודעה השמרנית המצויה בבסיס פסק הדין בעניין קוונטינסקי, אינה עוסקת ב'ערכים שמרניים' אלא בכיבוד הכרעת הרוב והטלת מגבלות חוקתיות עליו – ללא קשר לתוכן הספציפי של הכרעת הרוב. חפיפה בין ערכים שמרניים לבין שמרנות רובנית היא לכל היותר קונטינגנטית ותלויה הקשר. בנוסף, אין להתעלם מכך שהדיון עוסק במגבלות חוקתיות הליכיות שנועדו ליצור הליך חקיקה תקין שישקף כראוי את דעת הרוב – כלומר, במגבלות על כוחו של הרוב המבוססות על תפיסה רובנית מעמיקה. ואכן, השופט סולברג מראה כיצד מקורות הלכתיים מבססים מגבלות משמעותיות על הליך החקיקה, מתוך תפיסה פילוסופית ייחודית באשר למשמעות עקרון הכרעת הרוב עצמו. לפיכך, המשמעות של הפנייה למקורות הלכתיים לקישור ההכרעה ל'ערכים שמרניים' היא מורכבת ומעניינת. על מנת לבסס טענה אחרונה זו, נדרש להניח שהמקורות ההלכתיים אינם בגדר קישוט טוררי בלבד, אלא תורמים תרומה ממשית לתשתית העיונית של ההכרעה. עיון בחוות דעתו של השופט סולברג, ובפסיקה נוספת שעשתה שימוש במקורות אלה, אכן מצביע על תרומה ממשית לדיון. כדי לעמוד על נקודה זו, אפנה עתה לעיין קמעא במקורות הללו.

השוו לתפישות שמרניות בארצות הברית: Kurth, לעיל ה"ש 77.

¹⁴⁴ לדוגמא ראו עניין פלוני, לעיל ה"ש 12 (בעוד שבחשיבה ליברלית-אמריקנית מקובל ליחס יותר משקל לחופש הביטוי מאשר לזכות לפרטיות, עמדת ההלכה היהודית מייחסת משקל יתר לזכות לפרטיות על פני חופש הביטוי). קיימות כמובן גם דוגמאות הפוכות, שבהם מובאים מקורות יהודיים כדי לתמוך בהכרעות ערכיות ליברליות. לדוגמא ראו עניין גרסגהר, שם, אצל הנשיאה חיות והשופט עמית.

3. השימוש הקונקרטי במשפט העברי – 'רובו מתוך כולו'

במסגרת ההנמקה ההלכתית שבפסק הדין, השופט סולברג נשען על דוקטרינה המכונה 'רובו מתוך כולו' שבמשפט המינהלי העברי.¹⁴⁶ בתמצית, דוקטרינה זו עוסקת בתנאים הליכיים הנדרשים לשם כך שעמדת הרוב הדמוקרטית תחייב גם את המיעוט, ובעיקרה הדרישה כי המיעוט יהיה נוכח בהצבעה ותיתן לו האפשרות להביע את דעתו ולנסות לשכנע את הרוב בצדקתו.¹⁴⁷ את ייבוא הדוקטרינה הזו לתוך הפסיקה יש לזקוף לזכותו של השופט ניל הנדל, אשר עשה בה שימוש חשוב בשנים האחרונות בשני הקשרים.¹⁴⁸

הרעיון של הכרעת הרוב במישור המנהלי אינו קיים במפורש במקורות ההלכה הקלאסיים. עקרון זה נמצא בקשר להכרעה השיפוטית (והכרעת מחלוקת בהלכה),¹⁴⁹ והוא אומץ בימי הביניים על ידי פוסקי ההלכה גם לתחום הציבורי-מנהלי.¹⁵⁰ דומה שדווקא ההעדר הזה, והייבוא המודע של העיקרון הדמוקרטי מתחום ההכרעה השיפוטית, אילץ את פוסקי ההלכה לקיים דיון ברצינות המצדיק את זכותו של הרוב לכפות את דעתו על המיעוט. מעבר לגימוקים פרגמטיים,¹⁵¹ עסקו פוסקי ההלכה בהשוואה בין הליך קבלת ההחלטות השיפוטית להליך הדמוקרטי, תוך הדגשת החשיבות שבקיום דיון ושכנוע הדדי, וכן החובה המוטלת על כל אחד ואחד מן הדיינים לגבש עמדה בנושא ולהציגה לחבריו.¹⁵² תוך הפנמת החשיבות הזו ניסח המהרי"ט (1568–1639) את עקרון הכרעת הרוב כנובע מסוג של אמנה חברתית, שהסכמת היחידים לחתום עליה נובעת משמירת זכותם להשתתף בהליך קבלת ההחלטות:

דאם לא היה תנאי זה ביניהם לא היו יכולים הרוב לכופף את המיעוט, במילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי [= בדבר שיש רווח לזה והפסד לזה], ועתה שהסכימו ללכת אחר הרוב ויהא כאלו הסכימו כלם – צריך שיהא מדעת כלם,

¹⁴⁶ בפסק הדין מפנה השופט סולברג גם למקורות נוספים, המדגימים את תרבות המחלוקת וההתדיינות שבהלכה. מקורות אלה מעמידים את דוקטרינת 'רובו מתוך כולו' בקונטקסט תורת-משפטי רחב יותר, אך לא אעסוק בהם כאן.

¹⁴⁷ על העיקרון באופן כללי ראו אליאב שוחטמן "רובו מתוך כולו: תוקפם של חוקים המתקבלים במליאת כנסת שאינה מלאה" **מחשבות על דמוקרטיה יהודית** 407 (בנימין פורת עורך, 2010); מנחם אלון **המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו**, עקרוניו כרך א 580-586 (מהדורה שלישית, התשמ"ח). בהקשר של פסק הדין ראו בנימין פורת "עקרון ההשתתפות: תרומת המשפט העברי לפסיקת בית המשפט העליון" **ICON-S-IL Blog** (4.4.2018) (להלן: פורת "עקרון ההשתתפות").

¹⁴⁸ הפעם הראשונה הייתה בע"מ 1207/15 **רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק** (18.8.2016). במסגרת פרשנות פקודת העיריות (נוסח חדש). הפעם השנייה, שעסקה בסוגיה חוקתית מוסדית, היא עניין **אבירם** שעסק במינוי נציג האופוזיציה הפרלמנטרית בוועדה לבחירת שופטים. הרלוונטיות של הדוקטרינה למשפט הישראלי נדונה כבר בעבר; ראו לעיל ה"ש 147.

¹⁴⁹ ראו למשל משנה תורה, הלכות סנהדרין, פרק ח, הלכה א. מקורו של הכלל בהקשר השיפוטי בפרשנות חז"ל לפסוק "אחרי רבים להטות" (שמות כג 2).

¹⁵⁰ ראו למשל שו"ת הרא"ש, כלל ו, סימן ה: "דע, כי על עסק של רבים אמרה תורה: אחרי רבים להטות. ועל כל ענין שהקהל מסכימים, הולכים אחר הרוב, והיחידים צריכים לקיים כל מה שיסכימו עליהם הרבים".

¹⁵¹ כדוגמת זה שמביא הרא"ש, שם: "דאם לא כן, לעולם לא יסכימו הקהל על שום דבר, אם יהיה כח ביחידים לבטל הסכמתם".

¹⁵² על החשיבות שרואה ההלכה בקיום דיון בין חברי ההרכב ראו גם איתי ליפשיץ "דין ודברים בקרב שופטים" **שנתון המשפט העברי** כו 263 (התשס"ט-התשע"א).

וכל אחד ואחד מרצה דבריו לפנייהם ואז הולכים אחר הרוב וכל שלא עשו כן

אין מעשיהם כלום [=אין תוקף להחלטתם].¹⁵³

כפועל יוצא מן ההשוואה להליך השיפוטי, בו נדרש כי כל אחד מן הדיינים יגבש דעה עצמאית וינסה לשכנע את עמיתיו, ומן ההצדקה העיונית לדרישה זו במסגרת הכרעת הרוב הפוליטית, נפסק כי הכרעת הרוב תקפה רק כאשר המיעוט השתתף אף הוא בדיון וניתנה לו הזדמנות לשכנע בעמדתו. כך, למשל, מנסח הרשב"א דרישה זו: "אין הרוב יכול להסכים על דבר עד שיהיו כולם במעמד אחד ומתוך מעמדם יסכים הרוב, דומיא דבית דין [=בדומה לבית הדין]".¹⁵⁴

אף שההגנה המובעת בדוקטרינה הזו על זכויות המיעוט שובת לב, יישומה כפשוטה הוא בלתי אפשרי. זאת, הן בשל הקושי האובייקטיבי לכינוס כלל בעלי זכות ההצבעה, ובעיקר בשל הווסטו הניתן בכך לאוחזים בדעת המיעוט, שברצונם ייעדרו מן הדיון ובכך יובילו לביטול ההחלטה. חכמי ההלכה הגבילו אפוא, באופן ממשי, את תחולתו של העיקרון. באמצעות מנגנונים משפטיים שונים, קבעו חכמי ההלכה כי מי שיכול היה להגיע לדיון ולא הגיע – ויתר על זכות ההשתתפות שלו ומסר אותה לציבור שהגיע. בכך סוכלה האפשרות להטלת וטו על ידי המיעוט. הדוקטרינה נותרה בתוקף, עם זאת, כאשר ההחלטה התקבלה על פי הרוב תוך ניצול מכוון של העדר נציגי המיעוט או הדרתם בפועל.¹⁵⁵

תפיסת הכרעת הרוב הדמוקרטית במסגרת דוקטרינה זו שונה מתפיסות קלאסיות של עקרון הכרעת הרוב בהגות הדמוקרטיות המערבית.¹⁵⁶ הצורך בהצדקת הכפפת המיעוט להכרעת הרוב הוליד מעין תפיסת 'אמנה חברתית' שבה מוכן המיעוט לוותר על עמדתו ולפעול על פי הכרעת הרוב; אך הסכמה זו – מחירה בצדה: המיעוט מוכן לוותר על חירותו כל עוד ניתנה לו ההזדמנות להשמיע את עמדתו ולשכנע את הרוב בצדקתו ובנימוקיו. הכרעת הרוב ללא קיומו של הליך ראוי במובנים אלו מפירה את אותה ההסכמה הקונסטרוקטיבית, ולפיכך לא ניתן להצדיק לאכוף אותה על המיעוט.

כאמור, השופט הנדל ייבא את הדוקטרינה הזו לתוך הפסיקה הישראלית בשני הקשרים שבהם נדונה מידת ההשתתפות של האופוזיציה (המוניציפלית במקרה אחד והפרלמנטרית במקרה שני) בהליך קבלת החלטות.¹⁵⁷ לעומת זאת, השימוש שנעשה בה בעניין קוונטינסקי פחות טריוויאלי, שכן פסק הדין אינו עוסק במצב שבו המיעוט לא קיבל את יומו במהלך הדיון¹⁵⁸ – אלא דווקא במצב שבו נמנעה מן הרוב האפשרות לערוך דיון, וזאת בשל יחסים בעייתיים שבין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת.¹⁵⁹ בפסק הדין נקבע כי הדיון של חברי ועדת הכספים בהצעת החוק היה כה חפוז, עד שלא הייתה להם האפשרות לגבש דעה על

¹⁵³ שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן צה.

¹⁵⁴ שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן כו.

¹⁵⁵ ראו אלון, לעיל ה"ש 147; שוחטמן, שם.

¹⁵⁶ בעניין רוחמקין השופט הנדל מציג את גישת ההלכה כמקבילה של תאוריית Deliberative democracy, מבית מדרשו של וולדרון. מבלי לדון בטיב הזיהוי הזה, אכן צודק השופט הנדל בכך שתאוריית דמוקרטיות קלאסיות אינן מתאימות לאפיונה של הדוקטרינה. וראו פורת "עקרון ההשתתפות", לעיל ה"ש 147.

¹⁵⁷ לעיל ה"ש 148.

¹⁵⁸ לא למותר לציין כי בשלב מסוים של הדיון הפרלמנטרי, נציגי האופוזיציה עזבו במחאה את הדיון בוועדת הכספים; עזיבה זו לא הרשימה את בית המשפט. ראו פסקה 96 לפסק הדין.

¹⁵⁹ ראו לעיל ה"ש 72.

הצעת החוק ולקיים דיון מינימלי על אודותיה. על מנת לתמוך בחשיבותו של קיום דיון על ההצעה כחלק אימננטי מגיבוש העמדה לגביה, פונה השופט סולברג לדוקטרינת 'רובו מתוך כולו'. במקרה הזה, פסק הדין אינו עוסק בייצוג המיעוט בהליך, אלא באפשרותו של הרוב המחוקק עצמו לקיים דיון, אפשרות שנלקחה ממנו בשל לחץ הרשות המבצעת לחוקק. לפיכך, הפנייה לדיון 'רובו מתוך כולו' לא נגעה לחובה לשמוע את המיעוט בהליך הדמוקרטי, אלא לרציונל שבבסיס החובה הזו: השמעת קולו של המיעוט נחוצה כי היא עשויה לשכנע את הרוב לשנות את עמדתו. השופט סולברג עמד על הרציונל של העיקרון, שלפיו כפיפותו של המיעוט לרוב מותנית באפשרותו להרצות את דבריו בפני הרוב, ובנוסף דן במקור הלכתי העוסק במצב שבו ניתנה הזדמנות הצבעה שווה גם למיעוט, אך לא התקיים דיון: מצב של מעין 'משאל טלפוני' שבו כל אחד מהמצביעים העביר פתק שבו רשם אם הוא בעד או נגד ההצעה, ועל יסוד ההצבעה הזו התקבלה ההחלטה.¹⁶⁰ במקרה הזה אין בעיה של נוכחות המיעוט בהליך, או של האפשרות הפורמלית שלו להצביע, שכן ההליך כולו היה וירטואלי; החיסרון במצב הזה הוא העדרו של הדיון עצמו. באותו עניין נקבע כי ההחלטה חסרת תוקף בדיוק מן הטעם הזה – ובכך תומך סולברג את עמדתו בנוגע לגבולות הגזרה החוקתיים של הליך החקיקה, שבליבתם מצויה האפשרות לקיים דיון. כפי שמראה איתי בר-סימן-טוב, אחד החידושים המרכזיים שבפיתוח הלכת **מגדלי העופות** בפסק הדין, היא הצבתו של הדיון הפרלמנטרי במוקד עקרון ההשתתפות.¹⁶¹

אני רחוק מלטעון כי למקורות ההלכתיים הללו הייתה השפעה מכרעת על גיבוש חוות דעתו של השופט סולברג, אולם אני חושב שאין להתייחס אליהם כקישוט בלבד. בית המשפט נדרש לעצב בעצמו את דיני החקיקה החוקתיים, והמקורות הללו, המציעים תפיסה הליכית אלטרנטיבית לעקרון הכרעת הרוב הדמוקרטי הקלאסי, מהווים חלק חשוב מעיצוב ההכרעה. העובדה שתפיסה זו אינה ממוקמת באופן אינטואיטיבי על ציר ערכי מקוטב ידוע, מסייעת אף היא לראייתם של המקורות הללו כהנמקה פרטיקולרית וקונצנזואלית כאחד. על מנת להדגיש את פוטנציאל ההשפעה שלו במישור החוקתי-מוסדי, כדאי לשוב כאן לאחד מפסקי הדין הקודמים שבהם עשה השופט הנדל שימוש בדיון 'רובו מתוך כולו'. בפסק דין זה רמז הנדל כי הוא נכון להסתמך על דין זה במסגרת נורמטיבית אחרת העוסקת בהשלמת המשפט החוקתי המוסדי – המנהג החוקתי.¹⁶² פסק דין זה עסק בייצוג האופוזיציה הפרלמנטרית בוועדה לבחירת שופטים, כאשר טענת העותרים הייתה שייצוג שכזה הפך למנהג חוקתי מחייב. בחלק השני הזכרנו את תפקידו הפוטנציאלי של מוסד המנהג החוקתי בארגון הכלים המוסדי של בית המשפט בפיתוח המשפט החוקתי-מוסדי, וכאן נקרתה הזדמנות לבית המשפט לעשות בו שימוש. באותו עניין נמנע אמנם בית המשפט מלעשות זאת, אך צעד צעד נוסף לקראת כך. העתירה נדחתה בשל השיהוי בהגשתה, אך אין המדובר בדחייה קלאסית על הסף. בית המשפט ערך דיון לגופן של כמה סוגיות, ולענייננו חשוב דיון

160 שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קט; נדון בפסקה 75 לפסק הדין.

161 בר-סימן-טוב "קונטנסטינסקי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 907.

162 עניין **אבירם**, לעיל ה"ש 60. להצעה להתבסס גם בהקשר זה על חוק יסודות המשפט, כדי למלא את הלקונה שבהסדרת דוקטרינת המנהג החוקתי, ראו נטע ברק-קורן "החובה לייצג קבוצות מיעוט בוועדות של הרשות המקומית" **Youtube**

<https://www.youtube.com/watch?v=7PjXWuyCbAs&feature=youtu.be>

אחד, שנגע להצדקה הנורמטיבית למנהג החוקתי הנטען. למרות שבית המשפט נמנע מלקבוע שבשלים התנאים להכרזה על ייצוג האופוזיציה בוועדה כמנהג חוקתי מחייב, הוא הבהיר היטב כי עקרונות היסוד החוקתיים-מוסדיים תומכים בנוהג זה. בעניין זה הסתמך השופט הנדל על הדיון הפילוסופי שערך בנושא זה בעבר,¹⁶³ והזכיר, אמנם בקצרה, גם את עמדת המשפט העברי שנדונה שם. לאור הדיון הזה נקבעת המסקנה שלפיה קיימת חשיבות רבה בייצוג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים. לפיכך, העתירה אמנם נדחה מפאת השיהוי, אך לצדה מעין 'התראת בטלות'.¹⁶⁴

בעניין **אבירם** נכון היה השופט הנדל להכיר, בין היתר לאור דין 'רובו מתוך כולו', בנוהג חוקתי מחייב על אף שהחוק המסדיר את הסיטואציה באופן מפורט שותק בעניין זה.¹⁶⁵ נכונות זו עשויה להיות מובנת על רקע החסר החוקתי המוסדי שעליו עמדנו בתחילת הדרך, וההצדקה להשלמתו (כאן באמצעות מנהג חוקתי) נעשית גם כאן בתמיכת המשפט העברי. אמנם, בפסק דין מאוחר בסוגיה זו בית המשפט נסוג מן המגמה הזו, בכל הנוגע לסוגיה הספציפית של הוועדה לבחירת שופטים.¹⁶⁶ אך הצורך בהשלמת המשפט החוקתי המוסדי ודרכי ההנמקה של ההשלמה הזו רחוקים מלהגיע, בעת הזו, למיצוי.

ו. קשיים ואתגרים לעתיד: מעין סיכום

במאמר זה הצעתי תיאוריה חוקתית שבכוחה להבהיר הן את התוצאה והן את ההנמקה של פסק הדין בעניין **קוונטינסקי** מנקודת מבט שמרנית רובנית, כלומר כזו המבכרת ככל הניתן את הכרעותיהם של מוסדות רובניים על פני מעורבות שיפוטית. מנקודת המבט הזו קיימת היררכיה תאורטית בין ביקורת שיפוטית מוסדית, ובפרט הליכית, לביקורת שיפוטית מכוח דיני זכויות האדם, אולם במישור הפוזיטיבי מתקיים פער הפוך בין פיתוח תחום זכויות האדם לפיתוח המשפט החוקתי המוסדי. מזווית זו ניתן להשקיף על המשפט החוקתי כעל בניין שבו בנויה הקומה השנייה, אך הקומה הראשונה רעועה. לאור תמונת מאקרו זו, החלקיות החוקתית ההליכית הופכת ללקונה במובנה המשפטי, משום שהחיסרון 'זועק להשלמה'. כך לטענתי השקיף השופט סולברג על תחום דיני החקיקה במסגרת פסק הדין. השלמת החסר הזה לא נעשתה באמצעות עיגון פורמלי במשפט החוקתי הקיים (דרך פיתוח 'פרשנות משתמעת' וכדומה) משום שעיגון כזה מנוגד לתפיסה שמרנית פרשנית, בהיותו חורג מכוונת הרשות המכוננת. כתחליף היא מנומקת (מעבר להסתמכות על הלכת **מגדלי העופות**) באמצעות שני קווים מקבילים: האחד הוא הסתמכות במישרין על ערכי יסוד מוסדיים (הפרדת רשויות) תוך הבהרת ההכרח התאורטי להיזקק להם, והשני הוא על ידי היזקקות לחוק יסודות המשפט, המעניק כאן את הגושפנקה הפורמלית לנטילת הסמכות להשלמת הלקונה. במקרה הקונקרטי דכאן היא מאפשרת לבית המשפט לבסס את הנמקתו על אדני

¹⁶³ עניין **רוחמקי**.

¹⁶⁴ עניין **אבירם**, פסקה 19. בית המשפט לא יישם את התראת הבטלות הזו כאשר דן שוב בסוגיה, והפעם במצב מובהק שבו נמנעה הכנסת מלמנות נציג אופוזיציה. ראו עניין **הוועדה לבחירת שופטים**, לעיל ה"ש 60, והדיון לעיל ה"ש 63.

¹⁶⁵ כפי שהשופט עמית מציין, הן בעניין **אבירם** והן בעניין **הוועדה לבחירת שופטים**, החוק קובע חובת ייצוג לנשים בוועדה, אך מתעלם משאלת ייצוג האופוזיציה. קשה שלא לראות בכך הסדר שלילי במישור החוקי.

¹⁶⁶ בעניין **הוועדה לבחירת שופטים**, לעיל ה"ש 60.

ההלכה היהודית, ובכך לחזק את ההכרעה באמצעות ההקשר התרבותי הפרטיקולרי (והשמרני לכאורה) שבו פועל השופט.

דומני שההסבר הזה מתיישב יפה עם קריאה טקסטואלית זהירה של הנמקת פסק הדין מצד אחד, ועם האידיאולוגיה השיפוטית שמציג השופט סולברג בפסיקתו ובכתיבתו בהקשרים אחרים. עם זאת, חשוב להבהיר כי מטרתו ממוקדת בהצגת התיאוריה השיפוטית הזו כהסבר למתרחש במסגרת פסק הדין, ולא בהגנה עליה או בהצדקתה (ובוודאי שלא בהצדקת התשתית השמרנית שעליה היא מבוססת). היא איננה חפה מקשיים. בנוסף, היא מעלה שאלות עתידיות שנתרו פתוחות, לגבי המשך פיתוחו של המשפט החוקתי המוסדי מצד אחד, והמשמעות של חוק יסודות המשפט מצד שני. לסיכום אבקש להתייחס הן לקשיים והן לאתגרים.

מנקודת מבט שמרנית, זיהוי התחום המוסדי כתחום חסר הזועק להשלמה והגדרתו כלקונה חוקתית אינו מעורר קושי, אולם הקפיצה ה'לא-שמרנית' מתרחשת כאשר בוחר סולברג ליטול לידי את סמכות השלמתה. אמנם ההימנעות מעיגון הסמכות באמצעים פרשניים יצירתיים בחוקי היסוד הקיים מתיישבת אף היא באופן סביר עם עמדה שמרנית (פרשנית), אך שני אפיקי ההנמקה החלופיים מעוררים קושי מנקודת המבט הזו. האפיק הראשון, המטה-טקסטואלי, יוצר פרדוקס מרתק אך קשה לעיכול שמרני: האם אידיאולוגיה שיפוטית שמרנית יכולה להיחשב כ'ערך יסוד בלתי-כתוב' המאפשר יצירתיות שיפוטית – שהיא בעצמה איננה שמרנית כלל? האם ניתן לזהות בפסק דין ניצנים של הנמקה חוקתית 'חשינית', מטה-טקסטואלית, אשר ההבדל בינה לבין אביה הרוחני מתמצה אך בכך שהערכים המכוונים את הכרעתה הם ערכים שמרניים או יהודיים? האפיק השני – חוק יסודות המשפט – אכן מיועד לפתור את הקושי הזה, אך כאן מתגנב הספק בלב הקורא: האמנם בכוחו של חוק יסודות המשפט לשאת את המשא הכבד שביצירת סמכות חוקתית? זאת, לא רק בשל הספק התאורטי שהעלה ברק אלא בשל הקושי להאמין שתוצאת פסק הדין תלויה בחוק זה. בנוסף, חשוב להטיל ספק בזיהוי בין ערכי מורשת ישראל עם ערכים קונצנזואליים-רובניים, כפי שניסיתי לעשות. בהנחות אלה יש ממד לא מבוטל של פיקציה. ערכי מורשת ישראל שייכים לכל היותר לתרבות הרוב היהודי, וגם בקרבה יש להניח (אף שלא בהכרח במקרה הזה) שמעמדם נתון במחלוקת ציבורית. אין זה ברור שהישענות על פיקציה זו עדיפה (עבור השמרן) מהישענותו של השופט מזוז על פרשנות משתמעת מחוקי היסוד. לאור קשיים אלה ניתן לתהות האמנם יש כאן מהלך שמרני 'נקי' של פיתוח המשפט החוקתי המוסדי, או שמא השופט סולברג מעוניין להשיג תוצאה שהיא (אולי) שמרנית, אך לשם כך מוכן להשתמש באמצעים שאינם שמרניים כלל ועיקר.

בהקשר זה יש להוסיף תהייה נוספת, הקשורה ליחס שבין ההסתמכות על חוק יסודות המשפט לבין ההסתמכות על הלכת מגדלי העופות כתקדים מחייב. פסק הדין יונק את עיקר כוחו מהלכת מגדלי העופות. ספק רב אם המהלך השמרני שבפסק הדין היה מתרחש אלמלא הלכה זו: קשה להניח שהשופט סולברג היה מאמץ דוקטרינה של ביקורת הליכית יש מאין, אף ששום שלב בהנמקה שלו מסדר ראשון אינו מונע זאת. לאור הצגת פסק הדין כיישום של הלכת מגדלי העופות, בעיית ההנמקה החוקתית של פסק הדין מתעוררת רק כאשר אנו מבקשים להבין את הרציונל החוקתי מעבר ל'מילת הקסם' ששמה התקדים המחייב. כבר הערנו שהסתמכות על התקדים כשלעצמו, מבלי לרדת בהכרח לסוף דעתו, הוא מהלך שמרני

באופיו. כלומר, יתכן שהלכת **מגדלי העופות** היא כשלעצמה מופע של אקטיביזם שיפוטי, אך ההסתמכות עליה בפרשת **קוונטינסקי** כ'חי הנושא את עצמו' הוא אקט שמרני.¹⁶⁷ ואכן, בכמה מקומות בפסק הדין נוקט השופט סולברג ברטוריקה מצטנעת ומטיל את 'אשמת' החדשנות על הלכת **מגדלי העופות**.¹⁶⁸ ברם, ההסתמכות על ההלכה הפסוקה עומדת במתח עם הצגת הביקורת ההליכית כלאקונה והפנייה לחוק יסודות המשפט. זאת, משום שחוק יסודות המשפט עצמו מגדיר את קיומה של לאקונה כמצב שבו השופט לא מצא תשובה לבעיה המשפטית בהלכה הפסוקה: רק אם "לא מצא לה תשובה [...] בהלכה פסוקה", השאלה הניצבת בפני בית המשפט נחשבת ללאקונה. משמעות הדבר היא שהדגשה יתרה של ההסתמכות על ההלכה הפסוקה כאקט שמרני, גורעת מהאפשרות להדגיש את ההסתמכות על חוק יסודות המשפט 'כמצוות המחוקק'.

הביקורות והתהיות הללו חושפות את המורכבות והפרדוקסליות הנשקפים מפסק הדין. לא אוכל ליטול על עצמי לודן בהן במסגרת זו, אולם חשוב להציבן כדי להראות שהתיאוריה המסבירה את פסק הדין אותה הצגתי כאן רחוקה מלהיות נקייה מספקות. התמונה העשירה והמורכבת שנגלתה לעינינו מעוררת כמובן את השאלה אם עשויה להיות לה השפעה עתידית על המשפט החוקתי המוסדי בכלל, המצוי בתהליך מואץ של יצירה, והמשפט החוקתי ההליכי בפרט. בפסקי דין שניתנו מאז פרשת **קוונטינסקי** ושעסקו בביקורת על חוקי יסוד, הבחין בין המשפט בין ביקורת התוכן של חוקי היסוד (באמצעות דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי) לבין ביקורת על הליכי חקיקתם (באמצעות דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת), ושם את הדגש על הביקורת ההליכית דווקא. בפסקי דין אלה בולטת דעת מיעוט 'שמרנית' מפי כמה משופטי בית המשפט העליון – והשופט סולברג בכללם. אך כפי שכבר צוין לעיל, התנגדותו אינה מבוססת רק על טעמים רובניים קלאסיים, אלא גם על חשד כבד שהבחנה בין ביקורת ההליך לביקורת התוכן תרוקן מתוכן על ידי בית המשפט.¹⁶⁹ לפיכך, אין זה ברור אם במצבים אחרים, שבהם ההיבט ההליכי מובהק יותר וההקשר הרובני חלש יותר, תובא תפיסת תחום זה כלקונה הזועקת להשלמה לידי ביטוי. פסק הדין מלמד כי אין להסיק מסקנה חפוזה מן התיוג 'שמרני'; אידיאולוגיה שיפוטית שמרנית אינה עשויה מעור אחד, ויתכן שדווקא הנטייה השמרנית מסוגלת להצדיק את מה שאין בכוחה של תפיסה חוקתית אקטיבית יותר לשאת.¹⁷⁰ מצד שני, אין להתכחש לכך שהנסיבות של פרשת **קוונטינסקי** ייחודיות בכמה היבטים. ראשית, הערך שעליו הגן בית

¹⁶⁷ אין כאן המקום לודן במשמעות השמרנית של התקדים המחייב; על הפילוסופיה שבבסיס מוסד התקדים ראו למשל: עמרי בן צבי "התקדים כמוסד פילוסופי" **משפטים** מ' 777 (2011); נילי כהן "זיכרון, שכחה ותקדים" **המשפט** יג 195 (2008); מאיר שמגר "על התקדים ועל ודאות הדין" **משפטים** יז 433 (1988). וראו לעיל ה"ש 96, באשר ליחסו השמרני האפשרי של השופט סולברג להלכת **בנק המזרחי**.

¹⁶⁸ למשל, בפסקה 109 לפסק הדין שאותה ניתחנו לעיל (בסמוך לה"ש 106-102) מצייין סולברג לגבי ההישענות על ערך היסוד של הפרדת הרשויות כי "הדברים עוגנו בהלכת **מגדלי העופות**, ואין כל חידוש בעניין זה בחוות דעתי".

¹⁶⁹ ראו הדיון בעניין **שפיר** ועניין **ממשלת החילופים** (לעיל ה"ש 6), לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 128. בהקשר זה חשוב לציין, לאור טענתם של מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, כי שפיטה 'מוסדית' עשויה להתערב יותר בהחלטות שלטוניות בשל אופיים של כללים מוסדיים ככללים שאינם ניתנים לאיזון, בניגוד לשפיטה מבוססת זכויות אשר מטבען ניתנות לאיזון. ראו לעיל ה"ש 82. כמו כן ראו שלזינגר "בין פרשות קוונטינסקי ושפיר", לעיל ה"ש 128 (עיון בחוות הדעת של השופטת ברק-ארו בפרשת **שפיר** ברוח זו).

המשפט מתיישב בעצמו עם תפיסה רובנית – יכולתו של המחוקק לגבש את דעתו כהלכה; שנית, דיני החקיקה הם תחום שבו כמעט ואין הסדרה חוקתית, בניגוד למקרים שבהם ההסדרה קיימת אך חלקית או בעייתית. מצבים כאלה עשויים לעורר רגישות רבה יותר בקשר לקיומה של לקונה ולהתנגשות בין הכרה בה לבין ניתוח כוונת המכונן. לבסוף, מדובר במקרה שבו למקורות מורשת ישראל אכן הייתה תרומה ממשית לדיון ולכן הפנייה לחוק יסודות המשפט משכנעת יותר כמקור סמכות. קשה להעריך אפוא אם לפסק הדין ולהסבר שהצעתו לו תהיה השפעה עתידית, וכיצד ייראו פניה.¹⁷¹

פסק הדין מעורר גם עניין בקשר למעמדו העתידי של חוק יסודות המשפט. בשנת 2018, בעת הליכי החקיקה של חוק-יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי, הועלתה הצעה להעלות את חוק יסודות המשפט למעמד חוקתי, כחלק מחוקי היסוד. ההצעה נפלה בדיוני החקיקה בדיוק בשל הרגישות הנלווית למתח שבין מדינה יהודית לדמוקרטיה.¹⁷² דומה שמעניי המעורבים בלהט הוויכוח על אופיו של המשפט הישראלי נתעלמה העובדה שדווקא אהרן ברק, שהמעייט בהערכת חשיבותו המעשית של החוק, הוא אשר הציע להעלותו לדרגה חוקתית¹⁷³ – ולא כדי לחזק את מעמד המשפט העברי, אלא כדי להרחיב את סמכויותיו של בית המשפט במישור החוקתי ולהסמיכו להשלים לקונה בחוקה.

מעבר להשפעתו האפשרית של החוק על הסמכות החוקתית הפורמלית, מעניין לשאול אם יש עתיד ממשי לניסיון לדלות ממקורות הלכתיים קווים מנחים ליצירתן ולביסוסן של נורמות מוסדיות. אמנם, יש המניחים שלמקורות ההלכה חסרה היכולת לתרום תרומה ממשית לתחום המשפט הציבורי,¹⁷⁴ אולם לפחות לאור פרשת **קוונטינסקי** ופסקי הדין הנוספים שעשו שימוש בדין 'רובו מתוך כולו', יש מקום לפקפק בהנחה הזו.¹⁷⁵ יהא זה אפוא מעניין לראות אם ניסיון מעין זה עתיד לחזור על עצמו, ואם תהיה לו תרומה ממשית לדיון, מעבר לקישוט רטורי בלבד.

¹⁷¹ וראו לעיל ה"ש 108.

¹⁷² ראו ההודעה לתקשורת: "עימות קואליציוני; יו"ר הוועדה המשותפת לחוק הלאום: "סעיף המשפט העברי לא יישאר בנוסחו" אתר הכנסת (3.1.2018) <https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Huka/News/pages/press3118.aspx>.

כחלק מהפשרה הפוליטית תוקן חוק יסודות המשפט הקיים, ונתווספו לו המילים המפורשות "המשפט העברי" (ראו לעיל ה"ש 11). לפולמוס מוקדם יותר בנוגע להצעות לתיקון חוק יסודות המשפט ראו הוויכוח של בני פורת ומרדכי קרמניצר בקובץ **חוק יסודות המשפט: הצעה לתיקון ודברי ביקורת**, לעיל ה"ש 136.

¹⁷³ לעיל ה"ש 132.

¹⁷⁴ מרדכי קרמניצר "ההצעות לתיקון חוק יסודות המשפט: נזק ללא תועלת" **חוק יסודות המשפט: הצעה לתיקון ודברי ביקורת** 95, 103 (2016) ("ההזמנה לשאוב השראה מתחום זה, כמוה כהזמנה לשאוב השראה מחור שחור").

¹⁷⁵ פורת "עקרון ההשתתפות", לעיל ה"ש 147. תחום אחד מן המשפט הציבורי המוסדי שבו עשו שופטים שימושים מעניינים במקורות ההלכה במסגרת הנמקת פסק הדין הוא מינויים והדחתם של נבחרי ועובדי ציבור שהוגש נגדם כתב אישום. ראו למשל בג"ץ 43/16 **תנועת אומ"ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל**, חוות דעתו של השופט סולברג (2016); בג"ץ 232/16 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פסקאות 15–16 לחוות דעתו של השופט הנדל (2016). תחום שבו טרם נעשה שימוש משמעותי במקורות אלה ושעשוי להיות מפרה הוא ביקורת שיפוטית על הענקת חסינות לחברי הכנסת, רעיון שחלק דומיננטי מן המקורות ההלכתיים מביעים התנגדות עמוקה אליו. ראו למשל זרח ורהפטיג **חוקה לישראל: דת ומדינה** 475 (1988).