

## 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”<sup>1</sup>.

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, לבד מהתבססות 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 על השורשים השמרניים של פסק הדין באמצעות עיון בעיגון האגבי של סמכות זו בחוק יסודות המשפט ובפנייה למקורות מורשת ישראל בעקבותיו. המאמר טוען כי הפניה זו אינה קישוט רטורי אלא מלמדת על תפיסת התחום החוקתי ההליכי כתחום שקיימת בו “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 מזאת, לשם השלמתה פונה בית המשפט למקורות מורשת ישראל – פנייה שכשלעצמה משקפת היצמדות מסוימת ל“ערכים שמרניים”. בד בבד התוצאה היא ביקורת שיפוטית מחמירה ונטולה עיגון פורמלי יציב. תופעה זו יוצרת פרדוקס שמרני

\* עמית מחקר בתוכנית בתר-דוקטורט במרכז ספרא, אוניברסיטת תל אביב. גילוי נאות: שימשי עוזר משפטי של השופט 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, לעמיחי וסרטי, ברק מדינה, לצילי נאה, לדני סטטמן ולבני פורת, וכן לקוראי ועורכי כתב העת, על הערות חשובות ומועילות לטיוטת המאמר.

מאז שהמאמר התקבל לפרסום ופורסם באתר האינטרנט של כתב העת, בחודש ספטמבר 2022, עבר המשפט החוקתי בישראל שינויים רבים. תהליכים במישור הפוליטי והמשפטי התמקדו בשאלות של סמכות והפרדת רשויות, המצויות במוקד הניתוח המוצע כאן. אני מצר על כך שהמסגרת המבואית המתוארת בחלקים א-ב של המאמר אינה עדכנית בשל כך. יתרה מזאת, פסקי הדין העקרוניים שניתנו אך לאחרונה ואשר עוסקים בסמכותו של בית המשפט לבקר חקיקת יסוד מעוררים מחשבה מחודשת על השלכותיו של הניתוח המוצע במאמר; יש יסוד להרהור שלפיו השופט סולברג חזר בו, למצער חלקית, מן ההנחות התורת-משפטיות שהנחו אותו בפרשת **קוונטינסקי**. אני מקווה לשוב לכך בעתיד.

<sup>1</sup> דברי השופט סולברג בבג”ץ 3390/16 **עדאלה – המרכזי המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ’ הכנסת**, פס’ 56 (נבו 8.7.2021).

מעניין, והמאמר עומד על מקורותיו, על קשייו ועל הפוטנציאל 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. השימוש הקונקרטי במשפט העברי – "רובו מתוך כולו". 1. קשיים ואתגרים לעתיד: מעין סיכום.**

## מבוא

בפרשת קוונטינסקי פסל בית המשפט העליון ברוב דעות, לראשונה, חקיקה ראשית של הכנסת בשל פגמים בהליך החקיקה.<sup>2</sup> פסק הדין עוסק בהסדר "מס ריבוי דירות" (שכונה בציבור "מס דירה שלישית") ובהליך החקיקה החפזו שבו נדון בוועדת הכספים. דעת הרוב, מפי השופט סולברג ובהסכמת הנשיאה נאור, השופטת חיות 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 העופות<sup>3</sup> – ההלכה המכוננת בתחום הביקורת השיפוטית על הליכי חקיקה.<sup>4</sup> ביתר פירוט, בדעת הרוב נקבע כי

<sup>2</sup> בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו 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 רבתי' 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, שבמסגרתו נכתבו כמה 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*, Roznai, IACL-AIDC BLOG (May 17, 2019), <https://bit.ly/3XhgOnm> (להלן: Roznai, *Constitutional Paternalism*). להתייחסויות אגביות נוספות לפסק הדין, ראו רפי רוניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המקורנות? לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי" **משפטים על אתר** יב Rafi Reznik, *The Rise of American*; (להלן: רוניק "ירידת הפרשנות התכליתית"); (2018) 95–94, 67 Reznik, *The Rise of American*; (להלן: Reznik, *The Rise of American*), 8 PENN S. J. L. & INT'L AFF. 383, 437 (2020) Nadiv Mordechai & Yaniv Roznai, *A Jewish and (Declining) Democratic State?* (2017) 77 MD. L. REV. 244, 257. **בג"ץ ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14 (2004).

<sup>3</sup> הכרה עקרונית בסמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית בשל פגמים פרוצדורליים בהליך החקיקה הוכרה בפסקי דין קודמים להלכת **מגדלי העופות**, אולם פסקי הדין 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). בהלכת **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 3, נקבע לראשונה כי ניתן לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית בשל פגיעתו של הליך החקיקה 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").

כדי לעמוד בעקרון ההשתתפות, חובה שתהיה אפשרות לקיים דיון מושכל בחוק (בשונה 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 יישומו בנדרון הקונקרטי.<sup>5</sup> פסק הדין הוא אחד משיאיו הנוכחיים<sup>6</sup> של תהליך עיצוב ההסדרים החוקתיים הפרוצדורליים והמוסדיים<sup>7</sup> על ידי הרשות השופטת.<sup>8</sup>

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,<sup>9</sup> לפסול חקיקה ראשית של הכנסת בשל פגיעה בהליך החקיקה, עילה שאין לה אחיזה ברורה בחוקי היסוד ואף לא תקדים יישומי בהלכה הפסוקה?<sup>10</sup> 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 ארגון הכלים החוקתיים. מטרתו של מאמר זה לספק תשובה לשאלה זו דרך קריאה וזירה בפסק הדין, מתוך מודעות לרקע השמרני של כותבו ומתוך התבוננות בנדרך אחד שכן קיים בהנמקת פסק הדין: הפנייה

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

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

<sup>7</sup> 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 (פרוצדורלית) 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-פרוצדורלי 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 למשל בחובת הרשות המחוקקת לקבוע הסדרים ראשוניים (אם קיימת חובה כזו). ניתן לבחון את פסק הדין בפרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 2, דרך הפריזמה של שתי ההבחנות. מכיוון שפסק הדין עסק בביקורת הליכית על הליכי החקיקה, אתמקד בהיבט זה. עם זאת אני סבור שהטענות שאפתח כאן רלוונטי לתחום המוסדי במידה נרחבת יותר, כפי שאסביר בהמשך.

<sup>8</sup> על תהליך זה ומשמעויותיו 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, ואפנה אליה בתוך כדי הדיון.

<sup>9</sup> אדגים את הזיהוי העצמי של השופט סולברג כשמרן בהמשך המאמר, וראו בייחוד המקורות המובאים להלן בה"ש 15, וכן להלן בה"ש 88 ובטקסט הסמוך לה.

<sup>10</sup> גם עמדתו המרסנת של השופט מזוז עשויה להפתיע על רקע תפיסתו השיפוטית הכללית. אדון בכך להלן בסמוך לה"ש 98. לרפלקסייה אישית של השופט מזוז על פסיקה זו, ראו גם גידי וייץ "מני מזוז הדהים את כולם כשפרש מהעליון. כעת הוא מוכן לספר מדוע" **הארץ** (23.12.2021) <https://bit.ly/3ZoUQAH>.

לחוק יסודות המשפט, ובעקבותיו למקורות ההלכה היהודית, כדי לנמק בעזרתן את תוצאת פסק הדין.<sup>11</sup>

אטען כי ההסתמכות על חוק יסודות המשפט אינה מקרית. אכן, אין חידוש בעצם פנייתו של השופט סולברג למשפט העברי, שהרי הוא ידוע כחובב המשפט העברי, והוא מרבה להשתמש בו.<sup>12</sup> 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 מזאת: כפי שאנסה להראות, קונסטרוקציה חוקתית זו יונקת את כוחה מאידאולוגיה שיפוטית שמרנית<sup>13</sup> 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 שהוא עתיד לפנות למשפט העברי לשם ביסוס הכרעתו. ההקשר שבו נאמרים הדברים חושף מעט מתפיסתו את 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 פשוטה, 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 המוסדות ומעוגנות בתקנון הכנסת תתקיים

<sup>11</sup> סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ס-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, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל". המילים "המשפט העברי ו..." נוספו בחוק יסודות המשפט (תיקון), התשע"ח-2018, ס"ח 638 לאחר שניתן פסק הדין בעניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 2.

<sup>12</sup> על חשיבות המשפט העברי בעניניו של השופט סולברג, ראו ע"א 8954/11 **פלוגי נ' פלוגי**, פס" 134-135 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 24.4.2015); נעם סולברג וחגי שלזינגר "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** (נבו 1.3.2016); רע"א 1554/16 **י.ש. אבן ישראל בע"מ נ' שולמן** (נבו 5.6.2016); ע"א 8713/11 **צאיג נ' חברת ע.לוחן נכסים והשקעות בע"מ** (נבו 20.8.2017); בג"ץ 2293/17 **גרסגור נ' הכנסת**, פס" 37 (נבו 23.4.2020).

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

ביקורת שיפוטית, כלום לא יהא כך ביחס לליכת 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 כמצוות המחוקק בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 ל"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".<sup>14</sup>

מדברים אלה עולה הקושי שחש בית המשפט בעריכת ביקורת שיפוטית חוקתית על אופן התנהלותה של הרשות המחוקקת, בהיעדר 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 המשוואה הזו מעוררים קושי ועניין כאחד. כפי שנראה בהמשך, הם מנוגדים למסקנותיו התאורטיות של ברק, שדן הן בהגדרתה של לקונה חוקתית והן באפשרות להסתמך על חוק יסודות המשפט לשם פתרונה. במשתמע, במודע או שלא במודע, חולק השופט סולברג על עמדתו של ברק בסוגיות אלה, וברשימה זו אציע הסבר לזה. הסבר זה יינתן מתוך התבוננות בקונטקסט הרחב של פרשת קוונטינסקי – מצבו של המשפט החוקתי המוסדי בישראל (ובייחוד 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".<sup>15</sup>

דרך הילוכי יהא 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 אידאולוגיות שמרניות. החלק הראשון יציג את הפער בין התחומים ואת הקשיים הנוצרים בעקבותיו, והחלק השני יסקור את האסטרטגיות השיפוטיות שהוצעו ושאומוצו בבית המשפט, בייחוד בשנים האחרונות, כדי 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, בהדגשת 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 "לקונה

<sup>14</sup> פרשת קוונטינסקי, לעיל ה"ש 2, בפס' 55 לפסק דינו של השופט סולברג (ההדגשה הוספה).

<sup>15</sup> ראו 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 "שמרנותו" של השופט סולברג בקשר לתורת הפרשנות שלו, ראו רוניק "ירידת הפרשנות התכליתית", לעיל ה"ש 2, וכן ביתר הרחבה Reznik, *The Rise*, לעיל ה"ש 2.

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 תאוריה שיפוטית שעשויה לשמש הצדקה להכרעתו של בית המשפט בפרשת **קוונטינסקי**. החלק האחרון יוקדש להצגתם של קשיים שתאוריה זו מעוררת, להתפתחויות מוסדיות לאחר מתן פסק הדין ולאתגרים עתידיים שהוא עשוי להשפיע עליהם.

## א. משפט חוקתי מוסדי בעידן זכויות האדם

כדי 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 זה מזה: המשפט הציבורי המוסדי, העוסק בגדרי התפקיד והסמכות של רשויות השלטון השונות ובכללים החלים על אופן פעולתן; דיני זכויות האדם, העוסקים בהגנה המשפטית על זכויות יסוד מפני פגיעה שלטונית.<sup>16</sup> כללים השייכים למשפט הציבורי המוסדי הם למשל תחומי הסמכות הנפרדים של הרשות השופטת,<sup>17</sup> של הרשות המחוקקת<sup>18</sup> ושל הרשות המבצעת;<sup>19</sup> הכללים החלים על הבחירות;<sup>20</sup> החובה לעגן הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית;<sup>21</sup> דיני ההדחה של נבחרי ציבור שסרחו;<sup>22</sup> הגבלת יכולתה של הכנסת לחוקק חוקים המשפיעים על חבריה במישרין;<sup>23</sup> הגבלתה של חקיקה פרסונלית<sup>24</sup> או רטרואקטיבית,<sup>25</sup> וכיוצא באלה. חלק מן הכללים המשפטיים הללו עוגנו בחוקי יסוד העוסקים ברשויות השלטון, חלקם הוסדרו בחקיקה רגילה ואף בחקיקת משנה,<sup>26</sup> וחלקם פותחו לאורך השנים על ידי ההלכה הפסוקה של בית

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

<sup>17</sup> ראו חוק-יסוד: השפיטה; חוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984.

<sup>18</sup> ראו חוק-יסוד: הכנסת; חוק הכנסת, התשנ"ד-1994.

<sup>19</sup> חוק-יסוד: הממשלה.

<sup>20</sup> ראו ס' 4-11 לחוק-יסוד: הכנסת; חוק הבחירות לכנסת (נוסח משולב), התשכ"ט-1969; חוק מימון מפלגות, התשל"ג-1973.

<sup>21</sup> ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 631, וכן בספרות ובפסיקה הנדונות שם.

<sup>22</sup> ראו ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת; בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.5.2018).

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

<sup>24</sup> ראו מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" **חוקים** יב 173 (2018) (להלן: טמיר "חקיקה פרסונלית"); חיים גזן "על כלליות של נורמות משפטיות" **עיוני משפט** טז 579 (1992); אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל – כך ב: רשויות השלטון ואזרחות** 286 (2005).

<sup>25</sup> ראו 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).

<sup>26</sup> אריאל בנדור "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת" **משפטים** כב 571 (1994).

המשפט העליון.<sup>27</sup> פסק הדין בפרשת קוונטינסקי עוסק באחד התחומים הללו – החובות החלות על הרשות המחוקקת במסגרת הליך החקיקה – תחום אשר החיסרון בהסדרתו (מלבד הכללים המנויים בתקנון הכנסת) בולט לעין.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup> מצב זה השתנה לכאורה בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק ופרשת בנק המזרחי,<sup>30</sup> שהכירה בסמכות לערוך ביקורת שיפוטית חוקתית על פיהם. לפי תורת הסמכות המכוננת שנקבעה בפסק הדין,<sup>31</sup> 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 בכלל חוקי היסוד, גם

<sup>27</sup> כמו הדינים החלים על נבחר ציבור המואשם בפלילים. ראו בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז"ד (5) 404 (1993); יואב דותן "הדחה שיפוטית של נבחר ציבור במבחן חוקתי" ICON-S-IL Blog (4.5.2020) <https://bit.ly/3jPFB3d>.

<sup>28</sup> כבר בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט"ד (4) 221 (1995) קיימת התייחסות לחסרונם 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, פס' 5 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (נבו 23.2.2012); בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד" (3) 275, פס' 20, 36 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2011); עניין המרכזי האקדמי, לעיל ה"ש 6, בפס' לו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, וכן שם בפס' 6 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

<sup>29</sup> עד לשנת 1992 עסקו כל חוקי היסוד בפן המוסדי של החוקה, אך שאלת מעמדם כעל-חוקיים הועלתה בפסיקה פעמים ספורות 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)). החרגה העיקרי לכך הוא סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ופירושו של בית המשפט אותו למן פרשת ברגמן (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג" (1) 693 (1969)). סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת 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 שם, בס' 46). בית המשפט פירש סעיף זה כמגביל את כוחה של הכנסת בחקיקת חוקי מימון מפלגות הפוגעים בשוויון בבחירות. מגבלת השוויון בבחירות היא מגבלה מוסדית באופייה (חרף 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; דותן "החקיקה העצמית", לעיל ה"ש 23; ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל 509 (2003).

<sup>30</sup> פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 28.

<sup>31</sup> תורת הסמכות המכוננת או תורת שני הכובעים היא התאוריה החוקתית שהציג ברק בפסק הדין ואשר השתרשה לאחר פרשת בנק המזרחי (שם) בפסיקה. לעניין הטענה הנטענת כאן די בהפנמת ההיסטוריוגרפיה הנורמטיבית שאימץ בית המשפט העליון באשר לתאוריה החוקתית המובילה אותו. לניתוח מורכב ועשיר יותר של התאוריות החוקתיות המתחרות ביניהן במשפט הישראלי העכשווי, ראו רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנט של חוקת הכלאיים הישראלי" עיוני משפט לח 501 (2016) (להלן: ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי").



המוסדיים.<sup>32</sup> המהפכה החוקתית פתחה אפוא פתח תאורטי להכרה בנורמות מוסדיות כבעלות עליונות חוקתית.

ואולם התאוריה החוקתית שתאמה את האמור בחוקי היסוד של דיני זכויות האדם מתקשה, לאמיתו של דבר, לשמש מסגרת תאורטית הולמת גם למסגור העליונות החוקתית של נורמות מוסדיות. המהפכה החוקתית לוותה ביצירת מסגרת נורמטיבית סדורה להצדקה ולהבנייתה של 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 עליונותן החוקתית של זכויות היסוד ואת מתודת הביקורת השיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אלה. סעיפים כאלה נעדרים מחקיקת היסוד העוסקת בהסדרים מוסדיים.<sup>33</sup> מלבד היותו של היסוד זה מעורר ספק עיוני בדבר תורת הסמכות המכוננת במובנה הרחב, הוא יוצר קושי מעשי בהפעלתה, בהיעדר כלים ברורים להפעלת ביקורת שיפוטית על חוקים מן הזווית המוסדית.<sup>34</sup>

שנית, הזכויות החוקתיות רוכזו, אומנם בצורה לא שלמה, בשני חוקי יסוד, ואילו ההסדרים המוסדיים מפוזרים במגוון רחב של דברי חקיקה – חקיקת יסוד, חקיקה רגילה וחקיקת משנה – ובהלכה הפסוקה, ותחומים שונים, ובייחוד דיני הליכי החקיקה של חקיקה ראשית וחקיקת יסוד, אף אינם מוסדרים כלל. מנגד, חוקי היסוד עצמם מכילים גם הסדרים הנראים "פעוטים" שניתן להתווכח אם מקומם בחוקה עצמה.<sup>35</sup> כפועל יוצא של זה, שלא כמו חוקי היסוד של זכויות האדם,<sup>36</sup> חוקי היסוד המוסדיים משתנים תדיר בידי המחוקק לפי צרכיו הפוליטיים, שינויים שחלקם מינורי אך לחלקם השפעה גדולה על מבנה המשטר במדינה.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> ראו בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(1) 750 (2003); בג"ץ 9631/07 **כץ נ' נשיא המדינה**, פס' 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 14.4.2008); מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 601–602.

<sup>33</sup> 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 בסעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה. על כך ראו Suzie Navot, *Judicial Review of the Legislative Process*, 39 ISR. L. REV. 182, 192 (2006). אלא שסמכות 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.

<sup>34</sup> 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. אומנם פסקת ההגבלה השיפוטית מציעה מבנה סדור לביקורת השיפוטית, אולם מבנה זה אינו מתאים לכל סוגיה מוסדית, והוא גם מעורר בעיה של לגיטימציה דמוקרטית. ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 599–600.

<sup>35</sup> למשל: מועד פרסום תוצאות הבחירות (ס' 11 לחוק יסוד: הכנסת); הסדרים פרטניים בנוגע ליו"ר הכנסת וסגניו (שם, בס' 20–22א).

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

<sup>37</sup> דוגמאות בולטות הם תיקוני חוק היסוד לשם כינון ממשלת חילופים, שנדונו בעניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 6.



במצב דברים זה קשה לראות בחוקי היסוד הללו מקור איתן לעגן בו נורמות חוקתיות מוסדיות.<sup>38</sup> יתרה מזאת, העובדה ששינויים אלה נערכים בתוך המסגרת של חוקי היסוד יוצרת קושי אנליטי בדבר האפשרות לערוך ביקורת שיפוטית על השינויים התכופים הללו, ובית המשפט נאלץ לפתח לשם זה דוקטרינות חוקתיות באופן יצירתי, כפי שיפורט להלן.

לבסוף, המבנה החוקתי והרטוריקה החוקתית שאומצו בפרשת **בנק המזרחי** ובעקבותיה מצמצמים את יכולתו של בית המשפט לערוך ביקורת חוקתית המבוססת על תאוריה יסודנית (foundationalism) או מטה-טקסטואלית, כלומר המבוססת על ערכי יסוד של השיטה ולא מכוח חוקה כתובה.<sup>39</sup> בשלבים מוקדמים של השיח החוקתי, לפני המהפכה החוקתית, העלה בית המשפט בדעתו את האפשרות לבקר חקיקה ראשית על היותה חורגת בקיצוניות מערכי יסוד לא כתובים. מקרים אלה עסקו בעיקר בהיבטים מוסדיים של שיטת הבחירות ולא דווקא בהגנה על זכויות אדם.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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 רשאית לפגוע בנורמות הקבועות בחוקי היסוד (כפוף לתנאים הקבועים בחוקי היסוד עצמם). קביעה כי חוק הוא לא חוקתי ולפיכך בטל מבוססת על קביעה שיפוטית בדבר חוסר התאמתו לנורמה חוקתית הקבועה בחוק יסוד, המצוי בשלב יסודי יותר בפירמידת 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 ממש, ונוכחותו מסתכמת בעיקר באותן הערות אגב המתלבטות באפשרות זו.<sup>42</sup> התפיסה החוקתית שבבסיס פרשת **בנק המזרחי** לא גרעה אפוא זרם ממשי בפסיקה, אך היא הקשתה מאוד את פיתוחו של הפוטנציאל החוקתי הזה. במסגרתו של נרטיב חוקתי חלופי ומדומיין ביקורת שיפוטית מוסדית מטה-טקסטואלית הייתה יכולה להתפתח באופן הלכתי ומבוקר,

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

<sup>39</sup> על ביקורת שיפוטית כזו, ראו ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי", לעיל ה"ש 31, בעמ' 553; דותן "החקיקה העצמית", לעיל ה"ש 23; טמיר "חקיקה פרסונלית", לעיל ה"ש 24.

<sup>40</sup> ראו 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). כן ראו דותן "החקיקה העצמית", לעיל ה"ש 23. 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.

<sup>41</sup> ווייל מכנה מודל זה, שהשראתו היא המודל האמריקני כפי שעוצב בפסק הדין בעניין **מדיסון נ' מדיסון** (Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, (1803)) – מודל דואליסטי. ראו ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי", לעיל ה"ש 31, בעמ' 537. להלן נראה כי הכיוון היסודני מתעורר מחדש, בייחוד בהקשרים מוסדיים, ובין היתר בעניינינו שלנו.

<sup>42</sup> ראו לעיל ה"ש 40.

למצער בנוגע להיבטים מסוימים של המשפט החוקתי המוסדי; נרטיב זה נדחק לשולי הפסיקה בעקבות המהפכה החוקתית, שהתמקדה בדיני זכויות האדם.

דוגמה מובהקת לגדיעה זו משתקפת בוויכוח בין השופטים חשין וברק בפרשת **חוק טל**.<sup>43</sup> שני השופטים סברו שהחוק הפוטר את תלמידי הישיבות משירות בצה"ל איננו חוקתי, אולם ברק הגיע לזה 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 יסוד של השיטה. לעמדה זו הגיב ברק, אגב אזכור הערת אגב שלו עצמו בדבר הקושי לערוך ביקורת חוקתית מטה-טקסטואלית,<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup>

אם כן, דווקא המהפכה החוקתית, אשר גיבשה מסגרת חוקתית סדורה להגנה על זכויות האדם, היא שמעמידה מחסומים בפני התפתחות שיפוטית מטה-טקסטואלית של הסדרים חוקתיים, ובכלל זה של הסדרים חוקתיים מוסדיים.<sup>46</sup> 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 בהשתמשו 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 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;<sup>47</sup> הפרתן של נורמות מוסדיות אחדות נדונה כפגיעה בכבוד האדם, בפריזמה של הזכות

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

<sup>44</sup> בעניין **לאור**, לעיל ה"ש 40, בעמ' 554.

<sup>45</sup> עניין **חוק טל**, לעיל ה"ש 43, בפס' 73 לפסק דינו של הנשיא ברק.

<sup>46</sup> בפסקה המצוטטת ברק מותיר פתח לביקורת חוקתית בשל פגיעה בערכי יסוד המשתמעים מהחוקה. להלן נדון בפתח זה ובמשמעותו לפרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 2.

<sup>47</sup> ראו אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" **ספר שלמה לוי** 31, 34–33 (2013); בג"ץ 2171/06 **כהן נ' יו"ר הכנסת**, פס' 19 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (נבו 29.8.2011).

הספציפית שנפגעה מהפרת הנורמה;<sup>48</sup> חובת השוויון בבחירות נדונה כחלק מן הזכות החוקתית לשוויון;<sup>49</sup> עקרון ההסדרים הראשוניים הוכר כעיקרון חוקתי רק כאשר ההסדר הנדון פוגע בזכויות חוקתיות.<sup>50</sup> על תופעה זו ועל הקשיים שהיא יוצרת עמדו ברק מדינה ועשור ויצמן במאמר חשוב, ונסתפק אפוא בתיאור תמציתי זה.<sup>51</sup>

אפיק שני הוא פיתוח ביקורת מוסדית על סמך עקרונות יסוד לא כתובים חרף החלשתה האמורה של ביקורת כזו בעקבות המהפכה החוקתית. בחירה מפורשת במסלול זה אינה שכיחה, אך כפי שנראה, זו הגישה שננקטה 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".<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup> אולם פסק הדין וההלכה שנקבעה בהלכת **מגדלי העופות** מצביעים גם על ההתלבטות העצמית של בית המשפט, שכן חרף ההכרזה העקרונית על

<sup>48</sup> 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 מההפרטה; עניין **גניס**, לעיל ה"ש 25, שם נבחנה הוראה רטרואקטיבית בפריזמה של הפגיעה בקניין בעקבותיה.

<sup>49</sup> ראו מדינה ויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 649; בר-סימן-טוב "מהפכה", לעיל ה"ש 4.

<sup>50</sup> יוער כי במצבים של פגיעה בזכות חוקתית נדרש בלאו הכי כי הפגיעה תיעשה לפי חוק, לפי פסקת ההגבלה. על תהליך זה ראו מדינה ויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 631–634 ובמקורות הרבים שם.

<sup>51</sup> שם. על חלשת הביקורת השיפוטית בתחום המוסדי, ראו גם עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** מד 87, 149, 161–166 (2021).

<sup>52</sup> הלכת **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 3, בפס' 16 לפסק דינה של השופטת ביניש (בציטוט מעניין **מיעארי**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 873). אין זה המקום לנתח את הלכת **מגדלי העופות** כשלעצמה, אולם נדמה שבית המשפט תיאר באותו עניין את הכרעתו (ומכך הסיק את גדריה) 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.

<sup>53</sup> הלכת **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 3, בפס' 19–24. כדי ליישב בין מהלכים מטה-טקסטואליים כאלה לבין המבנה החוקתי שאומץ בפרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 28, פיתח ברק את רעיון הפרשנות החוקתית המשתמעת, 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, בחוות דעת המיעוט בפרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 2, השופט מזוז משתמש בגישה זו כדי ליישב את תפיסתו הקליזאנית עם הלכת **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 3 (אף שמושג ההשתמעות איננו מופיע בה). לזיהוי פסקי דין נוספים עם נימוקים יסודניים, ראו ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי", לעיל ה"ש 31, בעמ' 554. 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 אין נדרשת הגדרה חוקתית בהכרח (שכן מוסכם על הכול כי גם בהיעדרה של הגדרה זו לא כל דבר שנחזה להיות חוק הוא אכן חוק). על כך ראו למשל איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" **עיוני משפט** לו 645 (2016). מכל מקום, הנמקה כזו אינה קיימת בפרשת **קוונטינסקי** עצמה.

סמכות זו מעולם לא נעשה בה שימוש בפועל עד לפרשת קוונטינסקי, גם במצבים שבהם הפגיעה בעקרונות אלה הייתה חמורה.<sup>54</sup> מכל מקום, אף שגישה מטה-טקסטואלית זו אינה רווחת כאסטרטגיה ישירה, היא מהווה בסיס עיוני רחב לכמה דוקטרינות חוקתיות נוספות יצירות הפסיקה, כפי שאפרט כעת.

תוצר של שני אפיקי החשיבה הללו הוא פיתוח דוקטרינות חוקתיות המשמשות במיוחד (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. לעיתים הן נשענות על פיתוח המבנה החוקתי המקובל; לעיתים, במשתמע, על עקרונות חוקתיים מטה-טקסטואליים; לעיתים על ייבוא של כללי המשפט המינהלי או כללים משפטיים מתחומים אחרים אל תוך העולם החוקתי.<sup>55</sup> בנוגע לביקורת שיפוטית על שינויים בחוקי היסוד מפתח בית המשפט בשנים האחרונות, בעת ובעונה אחת, שתי טכניקות – דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי ודוקטרינת השימוש לרעה בחוק היסוד.<sup>56</sup> בלי לדון בדוקטרינות אלה לעומקן, שתיהן יכולות להתפרש הן כפיתוח של המבנה החוקתי הקלאסי,<sup>57</sup> הן כהתבססות על עקרונות לא כתובים<sup>58</sup> והן, למצער חלקית, על עקרונות משפטיים כלליים מתחומים אחרים כמו חובת תום הלב.<sup>59</sup> דוגמה מכיוון אחר היא פיתוח מעמדו של המנהג החוקתי.<sup>60</sup> דוקטרינה זו ניתנת להבנה כהטמעה של כלי משפטי מתחומים משפטיים אחרים במשפט החוקתי, אך את המוטיבציה שבהכרה בה יש לחפש בחולשות בתחום החוקתי-מוסדי שעליהן עמדנו,

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

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

על דוקטרינות אלו ראו, בין היתר, אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" **ספר גבריאל בן** 361 (2011) (להלן: ברק "תיקון שאינו חוקתי"); YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL 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 לאחרונה אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוונת" **חוקים** יא 9 (2018). יודגש כי סוגיית הביקורת על שינויים בחוקי יסוד אינה מתוחמת דווקא לנורמות מוסדיות, והיא עשויה להתפרס גם על שינויים בזכויות האדם המוגנות. במסגרת זו אנו מתמקדים בכוחן של הדוקטרינות הללו במישור המוסדי.

כלומר, מתוך הנחה שבמסגרת המבנה הקלזיאני, שלפיו חוקי היסוד גוברים על חקיקה רגילה, חייבים חוקי היסוד למלא תנאים מהותיים וצורניים כדי שאכן ייחשבו על-חוקיים, ומתוך הבחנה בין סמכות מכוונת מקורית לסמכות מכוונת נגזרת. אכן, שני הרעיונות מצויים כבר בפרשת **בנק המזרחי** (לעיל ה"ש 28): לעניין תיקון חוקתי-לא-חוקתי ראו שם, בעמ' 327, 394, 546; לעניין שימוש לרעה בחוק יסוד ראו שם, בעמ' 406.

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

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

ראו 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 (נבו) 1.2.2017; בג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (נבו) 20.8.2020 (להלן: עניין הוועדה לבחירת שופטים).

המובילות לשאיבת נורמות חוקתיות מן הפרקטיקה הנוהגת.<sup>61</sup> בית המשפט טרם הכריע באשר למעמדה של דוקטרינה זו. באחד מפסקי הדין האחרונים בנושא זה<sup>62</sup> רמז השופט הנדל על כוונה להכיר בתוקפו של המנהג החוקתי ואולי גם שהוא עשוי לגבור על חקיקה הנוגדת אותו,<sup>63</sup> אולם בפסק דין אחר השופט עמית הסתייג מעמדה זו.<sup>64</sup>

היישום המעשי של דוקטרינות אלה עודנו מצומצם.<sup>65</sup> בית המשפט אימץ הלכה למעשה את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת ופסל על פיה, דה פקטו, שתי הוראות בחוקי היסוד,<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup> כמו כן טרם הוכרעה שאלת מעמדה של דוקטרינת התיקון החוקתי-הלא-חוקתי במשפט הישראלי.<sup>68</sup> במקרים מסוימים דחיית עתירה חוקתית מוסדית נעשתה אגב ביקורת על ההסדר החוקי או על התיקון לחוק היסוד, אך דחייתה נומקה בעילות סף כמו עילת הבטלות<sup>69</sup> או אגב קבלת העתירה במישור העקרוני ודחייתה במישור המעשי באמצעות "התראת בטלות".<sup>70</sup>

<sup>61</sup> השוו בג"ץ 3132/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל**, פס' 7 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (נבו 13.4.2016).

<sup>62</sup> עניין **אבירם**, לעיל ה"ש 60, שעסק בנציג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים.

<sup>63</sup> העתירה עצמה נדחתה בשל שיהוי, אך השופט הנדל הצמיד לה מעין 'התראת בטלות' (עניין **אבירם**, שם, בפס' 19 לפסק דינו של השופט הנדל, וכן להלן בסמוך לה"ש 165). על עליונותו האפשרית של מנהג חוקתי על חקיקה רגילה, ראו יניב רוזנאי "אכיפה שיפוטית של מנהג חוקתי" **IDC L. Blog** (14.8.2020) <https://bit.ly/3GqYLnN>.

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

<sup>65</sup> כאמור לעיל בהערת הכוכבית, הדברים שלהלן נכתבו בטרם ניתנו פסקי הדין העוסקים בביטול עילת הסבירות בחוק-יסוד: השיפוט (בג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נגד הכנסת** (1.1.2024)), ובתיקון סעיף הנבצרות בחוק-יסוד: הממשלה (בג"ץ 2412/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (3.1.2024)), ומשכך היריעה חסרה. את השלכותיהם של פסקי הדין הללו על הניתוח המוצע כאן, הן באופן כללי והן באשר לניתוח עמדתו של השופט סולברג, אותיר לעתיד לבוא.

<sup>66</sup> ראו עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 6; עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 6. מטעמים מעשיים הדבר נעשה כהתראת בטלות, אך כזו "שמשמעותה מובהקת" (עניין **המרכז האקדמי**, שם, בפס' לד). כן ראו להלן ה"ש 70.

<sup>67</sup> נוסף על ההקשרים שבהם נפגעת זכות חוקתית, ראו לעיל ה"ש 50 ובטקסט הסמוך לה.

<sup>68</sup> ראו עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 22; ברק "תיקון שאינו חוקתי", לעיל ה"ש 56; בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל** (נבו 8.7.2021).

<sup>69</sup> כמו בבג"ץ 3166/14 **גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 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** לו 45 (2014); אריאל בנדור "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**, לעיל ה"ש 60.

<sup>70</sup> בית המשפט השתמש ב"התראת בטלות", כלומר בקביעה שהחקיקה או הפרקטיקה המדוברת אינן חוקתיות אך ייפסלו רק מכאן ולהבא, בכמה הקשרים מוסדיים: בעניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 6; ובעניין **שפיר**, לעיל ה"ש 6 (תקציב דו-שנתי ודחיית מועד העברת חוק התקציב); בג"ץ 3132/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל** (נבו 13.4.2016) (החזקת ראש הממשלה בתיקי שר); בג"ץ 3132/15 **מפלגת יש**

## ג. הבסיס השמרני של פיתוח המשפט החוקתי המוסדי בפסק הדין

כאמור, בשנים האחרונות הולך וגובר עיסוקו של בית המשפט בחוקתיותם של הסדרים מוסדיים, והוא מפתח כלים פסיקטיים לשם כך, אף אם למעשה השימוש בכלים אלו מצומצם עד כה (ופרשת קוונטינסקי, העומדת במרכז רשימה זו, היא בין החריגים לכך). מטבע הדברים אין לחפש הסבר אחד ויחיד לתהליך זה, וניתן להסבירו באמצעות כמה גורמים: ראשית, חלק 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 קונקרטית. בית המשפט מפנים את הנקודה הזו בעיקר בשל התדירות העולה של שינויים בכללי המשחק המוסדיים בשל צרכים פוליטיים משתנים,<sup>71</sup> והוא מפתח כלים לביקורת שיפוטית אפקטיבית יותר במישור זה; שנית, שברירותם של הכללים המוסדיים, ובייחוד 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 פיתוחן של מסגרות משפטיות שיכולות לשפר את ההתמודדות עם השברירות הזו. נוסף על זה, אפשר להסביר את המגמה המתוארת על רקע תהליכי עומק רחבים יותר, מקומיים ובין-לאומיים, של הגברת היקף הביקורת השיפוטית החוקתית ושכלול כליה במסגרת הדיאלוג (או המאבק) בין רשויות השלטון השונות.<sup>72</sup> אף שכל אלה מן הסתם מצויים ברקע עמדת הרוב בפרשת קוונטינסקי,<sup>73</sup> 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 ובהשפעתה על הנמקת פסק הדין אבקש לעסוק כעת.<sup>74</sup>

עתידי בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל (נבו 23.8.2015) וכן בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (נבו 9.6.2009) (סגן שר במעמד שר); ובמובן מסוים גם בעניין אבירם, לעיל ה"ש 60 (כן ראו לעיל ה"ש 63). על התראת הבטלות, ראו נבות "הדיאלוג החוקתי", לעיל ה"ש 69, בעמ' 129; בל יוסף "הדיאלוג החוקתי בישראל: שתי נקודות מבט" **משפט ועסקים** כב 377, 327 (2019).  
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.

על חלק מן הזוויות הללו, ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8; סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי", לעיל ה"ש 69; Mordechai & Roznai, לעיל ה"ש 2; פורת "מנהליזציה של המשפט החוקתי", לעיל ה"ש 55; Navot & Roznai, לעיל ה"ש 38.

למשל: היבט בולט בפסק הדין הוא השאיפה לאזן כראוי בין הרשות המחוקקת לרשות 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) <https://bit.ly/2NnCPMM>; Roznai, *Constitutional Paternalism*, לעיל ה"ש 2; עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 6, בפס' לז–לח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. ראו גם בג"ץ 2144/20 **התנועה לאיכות השלטון נ' יושב ראש הכנסת** (נבו 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 המבצעת בעניין הליך החקיקה אינם נשמעים, ולכן יש צורך בנקיטת צעדים שיפוטיים מחמירים יותר (ראו למשל פרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 2, בפס' 108 לפסק הדין של השופט סולברג).

הניתוח המוצע במאמר מתמקד בחוות הדעת העיקרית מפי השופט סולברג ובהנגדתה לעמדת המיעוט של השופט מזוז. אינני מתח כאן את פסקי הדין של השופטים והשופטות שהצטרפו לעמדת הרוב, שאינם מונעים



בשנים האחרונות מתפתח בשיח המשפטי הישראלי, הן בשיח האקדמי והן בשיח הציבורי, דיון המכיר באידאולוגיה שיפוטית שמרנית כאידאולוגיה שיפוטית מובחנת, מגמה שהשופט סולברג הוא מדובריה הגלויים.<sup>75</sup> אידאולוגיה שמרנית בכלל ובהקשר השיפוטי בפרט יכולה ללבוש צורות שונות, והספרות התאורטית, המשפטית והפוליטית העוסקת בשמרנות לתת-גווניה ענפה ומגוונת.<sup>76</sup> מכיוון שתחת קורת הגג הכללית של "שמרנות" ניתן להכליל עמדות שונות אלה מאלה ואף מנוגדות, יש להדגיש מראש כי המהלך התאורטי שאותו אסרטט 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 התאוריה שאציג כאן (ולא עם תוצאת פסק הדין). אפתח אפוא בתיאור כללי של מושג ה"שמרנות", 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 כאידאולוגיה התומכת בשימור מצב קיים לבין אידאולוגיה התומכת בערכים קונקרטיים. מחד גיסא, כשמה, השמרנות היא משפחה של אידאולוגיות פוליטיות המבקשת לשמר את הערכים ואת המוסדות 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.<sup>77</sup> 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 האידאולוגיה השמרנית עשויים להיות במתח זה עם זה. רבים עמדו על כך שבהקשר האמריקני מצויים שלושה ערכים שמרניים עיקריים – שמרנות כלכלית, שמרנות

ככל הנראה מהתאוריה 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, ועל הצורך שבית המשפט רואה בהגנת הרשות המחוקקת מפני הרשות המבצעת, כאמור לעיל ה"ש 73, בפרט.

מכל מקום, ניתוח תוכני וטקסטואלי של עמדות אלה חורג מהמסגרת שאותה קבעתי במאמר זה. ראו סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה", לעיל ה"ש 15; סולברג "ערכים סובייקטיביים", לעיל ה"ש 15. במאמר האחרון מזהה השופט סולברג את עצמו במפורש כמשתיך למחנה ה"שמרנים", שאליו משתייכים לדבריו גם השופטים לנדוי וגרוניס (בהקשר של עילת הסבירות, ראו שם, בעמ' 50).

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. ed., 1974).

כן ראו Reznik, *The Rise*, לעיל ה"ש 2.

על השמרנות כשימור המצב הקיים (ללא תלות בתוכנו) ועל האידאולוגיות 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); Young, לעיל ה"ש

76, בעמ' 1182.



דתית ושמרנות ביטחונית – ושהללו מצויים לעיתים במתח זה עם זה.<sup>78</sup> נוסף על זה, ערכים קונקרטיים שנתפסים כשמרנים עשויים להיות במתח עם התפיסה העקרונית של השמרנות כשימור המצב הקיים. כאשר המצב הקיים אינו משקף "ערכים שמרניים" אלה, ניצבת בפני השמרן דילמה: האם לשאוף לשינוי ערכי על חשבון שימור הקיים? כפי שנראה, דילמה זו מונחת, במובן מסוים, גם בתשתית פסק הדין שלפנינו.

כמו בהקשרים אחרים, גם בהקשר השיפוטי ניתן להבחין בין מופעים שונים של שמרנות ובמתחים ביניהם. הגם שלא נוכל לדון במסגרת זו דיון מקיף במושג "השמרנות השיפוטית", 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.<sup>79</sup> מנגד, ניתן לתאר הנמקות משפטיות או השקפות תורת-משפטיות כ"שמרניות" ללא תלות בהשלכות של יישומן בפועל. למשל, במתח שבין כללים לסטנדרטים ניתן לטעון שערך היציבות החברתית יוביל את השמרן להעדפתם של כללי אצבע קשיחים על חשבון אי-צדק במקרה קונקרטי (שניתן למונעו באמצעות סטנדרט). נוסף על זה, ערך היציבות עשוי לשכנע את השופט השמרן להימנע ככל הניתן מסייח מן התקדים.<sup>80</sup> בהקשר הפרשני, ההיצמדות אל כוונת המחוקק עשויה לנבוע ממניעים שמרניים של שימור הסדר החברתי הישן מצד אחד (ומכאן תיוג העמדה המקורנית (אוריג'ינליסטית) בפרשנות חוקתית כשמרנית),<sup>81</sup> וריסון שיקול הדעת השיפוטי לערוך בו שינוי באמצעות כלים פרשניים מצד אחר. ריסון שיקול הדעת השיפוטי וכיבוד החלטותיהן של רשויות נבחרות עשוי להצטייר כעמדה שמרנית בשל דחייתה המשתמעת של יכולתם של ערכים תבוניים להגיע לתוצאות טובות מאלה שלפי עמדת הציבור (ונציגיו).

אידאולוגיה שיפוטית 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); במישור המהותי היא תרסן את ביקורת שיקול הדעת של הרשויות הנבחרות (שמרנות רובנית).<sup>82</sup> אולם

<sup>78</sup> 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).

<sup>79</sup> ראו דיונו של Reznik, *The Rise*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 419. בדוגמה זו הנחתי שהזכות לקניין פרטי היא ערך "שמרני" יותר מצדק חלוקתי; זו הנחה נפוצה בשיח על אודות השמרנות האמריקנית, אך יש להסתפק בקשר לנכונותה בהקשר הישראלי.

<sup>80</sup> Ken I. Kersch, על המשמעות השמרנית של ה-common law כשיטה משפטית, ראו *Constitutive Stories about the Common Law in Modern American Conservatism*, in NOMOS LVI: AMERICAN CONSERVATISM 211 (Sanford V. Levinson et al. eds., 2016).

<sup>81</sup> ראו למשל, Johnathan O'Neill, *Constitutional Conservatism and American Conservatism*, in NOMOS LVI: AMERICAN CONSERVATISM 292 (Sanford V. Levinson et al. eds., 2016).

<sup>82</sup> ראו גם Reznik, *The Rise*, לעיל ה"ש 2. לדיון בשלושת המאפיינים הללו ראו שם, בעמ' 421.

שלוש המישורים הללו יכולים להיות במתח זה עם זה<sup>83</sup> כמו גם עם תפיסת השמרנות כשימור המצב הקיים (אם למשל התקדים המשפטי מנוגד לחשיבה שמרנית זו).<sup>84</sup> הם עשויים להיות במתח גם עם "ערכים שמרניים" מסוימים, במקרים שבהם תוצאתה של חשיבה שמרנית מסוג זה או אחר מובילה לתוצאות מעשיות המנוגדות לערכים אלה.<sup>85</sup> בפסיקתו ובכתיבתו של השופט סולברג ניתן לזהות הן שמרנות פרשנית,<sup>86</sup> הן שמרנות פורמליסטית<sup>87</sup> והן שמרנות רובנית.<sup>88</sup> 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 הקליזאני הקלאסי. דווקא השופט מזזו, שעל פני הדברים אינו אוחד 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.

<sup>83</sup> למשל, כאשר היצמדות לכללים נוקשים או לפרשנות המבוססת על כוונת המחוקק מובילה 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 השיפוטית. לדוגמה נוספת ראו המחלוקת בין השופטים חיות ושטיין בבג"ץ 4455/19 **עמותת טבקה – צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל** (נבו) (25.1.2021), ובהקשר אחר ע"מ 1798/20 **עמותת פורום המזרח התיכון בישראל נ' עיריית תל-אביב יפו** (נבו) (7.1.2021).

<sup>84</sup> דוגמה מעניינת ניתן לזהות בהצהרותיו האחרונות של השופט מינץ בחוות דעתו בעניין **שפיר** (לעיל ה"ש 6) ובעניין **ממשלת החילופים** (לעיל ה"ש 6), שלפיהן יש לחשוב מחדש על סמכויותיו של בית המשפט לפסול חוקים, ובמילים אחרות, לפתוח מחדש את פרשת **בנק המזרחי** (לעיל ה"ש 28). 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 בשלושת העשורים האחרונים.

<sup>85</sup> 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** (נבו) (12.7.2017)). חרף העובדה שלפי פשוטו, לא נקבעה בפסק הדין כל הלכה. כצעד חריג בעניין החלטות מסוג זה רובינשטיין נימק את החלטתו להעניק דיון נוסף, ובמסגרת ההנמקה ניסה להסביר (באמצעים פרשניים לא שמרניים) מדוע יש עילה 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 [...]"), ראו שם, בפס' יב).

<sup>86</sup> על היצמדות לכללים פורמליסטיים, ראו סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה", לעיל ה"ש 15, ובייחוד את דרישתו למיזוג הליכים ולהצבעה ברורה על זכות עמידה. לדוגמאות מייצגות, ראו בג"ץ 112/12 **אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ממשלת ישראל** (נבו) (24.5.2012); ע"מ 3782/12 **מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי**, פ"ד סו(2) 159 (2013).

<sup>87</sup> למישור הפרשני ראו דיוניו של רפי רזניק "ירידת הפרשנות התכליתית", לעיל ה"ש 2; Reznik, *The Rise*, לעיל ה"ש 2) העוסקים בבג"ץ 6494/14 **גיני נ' הרבנות הראשית לישראל** (נבו) (6.6.2016); דנג"ץ 5026/17 **גיני נ' הרבנות הראשית לישראל** (נבו) (12.9.2017); ודנג"ץ 3660/16 **התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים** (נבו) (26.10.2017).

<sup>88</sup> על ריסון שיפוט בביקורת שיקול הדעת ראו סולברג "ערכים סובייקטיביים", לעיל ה"ש 15, באשר לעילת הסבירות; וכן עניין **עמותת פורום המזרח**, לעיל ה"ש 83. השופט סולברג מוצא עצמו לרוב בעמדת מיעוט בפסקי דין הקובעים אי-חוקיותו של חוק מחמת פגיעה בזכות אדם. ראו למשל בג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו) (12.9.2017) (גיוס תלמידי ישיבות); בג"ץ 1308/17 **עיריית סלואר נ' הכנסת** (נבו) (9.6.2020) ("חוק ההסדרה"); עניין **גרסגור**, לעיל ה"ש 12 ("חוק הפיקדון").

יש כמה טעמים לכך שעמדה שיפוטית מרוסנת של שמרנות רובנית תעדיף להתמקד בביקורת חוקתית מוסדית במקום להתמקד בביקורת חוקתית בתחום זכויות האדם.<sup>89</sup> כל ביקורת חוקתית הבוחנת את הלגיטימציה של הכרעת הרוב בבית המחוקקים מצויה במתח עם עמדה שמרנית רובנית בשל הקושי האנטי-רובני שבכך.<sup>90</sup> 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.<sup>91</sup> 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 במידה ניכרת בהקשר המוסדי בכלל ובהקשר ההליכי בפרט. אומנם 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 הממד הערכי של סוגיות מוסדיות פחות מזה העולה בביקורת חוקתית מכוח דיני זכויות האדם. סוגיות אלה משקפות כמובן ערכים המצויים בבסיס ההסדרים הקונקרטיים, אולם היבטים ערכיים אלה אינם מצויים בליבת הוויכוח הפוליטי, והתערבות בהם אינה מצטיירת כקידום עמדה תבונית על חשבון עמדת הציבור.

מטבע הדברים, אין מדובר בהבחנה גורפת בין התחומים אלא בעניין של מידה. מובן שייתכנו מצבים שבהם כללים מוסדיים משקפים הכרעות ערכיות יסודיות, ומעורבות שיפוטית בהן תיעשה על יסוד סטנדרט עמום.<sup>92</sup> 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 מזאת, 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.<sup>93</sup> לפיכך תאוריות חוקתיות מרוסנות עשויות למקד את אחריותו של בית המשפט בשמירה על כללי המשחק הדמוקרטיים במקום

<sup>89</sup> אכן, כבר הוצעו הסברים ברוח זו לפסק הדין ה"חריג" של השופט סולברג בפרשת **קוונטינסקי** (לעיל ה"ש 2). ראו רוניק "ירידת הפרשנות התכליתית", לעיל ה"ש 2, בעמ' 95; בר-סימן-טוב "קוונטינסקי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 899 (המצטט גם את דבריו של ח"כ בצלאל סמוטריץ', שלפיו במקרה הנדון "אפילו לפי משנתו של איליי [...] יש סמכות להתערבות בית המשפט").

<sup>90</sup> 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); גרעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" **משפטים** לו 349 (2007); יניב רוזנאי "וולדרון בירושלים" **פורום עיוני משפט** (2020).

<sup>91</sup> ראו למשל פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 51–52 לפסק דינו של השופט סולברג.  
<sup>92</sup> למשל, אם נכיר בכלל ההסדרים הראשוניים (לעיל ה"ש 21) או באיסור על חקיקה פרסונלית (לעיל ה"ש 24) כנורמה מוסדית, מדובר בנורמות בעלות אופי של סטנדרט הניתן לקשת רחבה של פרשנויות.

<sup>93</sup> טענות בדבר ריכוך הקושי האנטי-רובני באמצעות מיקוד הביקורת השיפוטית בהקשר של כללי המשחק הדמוקרטיים מבוססות לרוב על כתיבתו של John Hart Ely; לניתוח משנתו בהקשר הישראלי, ובייחוד בהקשר המוסדי וההליכי, ראו בר-סימן-טוב "גרונים", לעיל ה"ש 13, בייחוד בעמ' 97.

על תוצריו של ההליך הדמוקרטי. תפיסה זו של תפקיד בית המשפט בהגנה על החוקה מנוגדת כמובן לתפיסה שלפיה מוקד החוקה הוא ההגנה על זכויות האדם,<sup>94</sup> וחשיבות ההגנה על נורמות מוסדיות נמדדת רק ברדוקציה למידת הסכנה שהפרתן של נורמות אלה תוביל לפגיעה בזכויות אדם.<sup>95</sup>

נקודת מבט שמרנית המעדיפה את ההכרעה הרובנית על פני ביקורת שיפוטית עשויה אפוא להצדיק עריכת ביקורת שיפוטית הליכית (או מוסדית ככלל) יותר משתצדיק ביקורת שיפוטית העוסקת בהגנה על זכויות אדם. דא עקא, שבהקשר הישראלי מסקנה זו אינה פשוטה בשל היעדרה 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.<sup>96</sup> כפי שראינו לעיל, דווקא תחום ההגנה על זכויות אדם נהנה מלגיטימציה פורמלית רבה מזו שזוכה לה 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, בניגוד לתחום המוסדי, שעיון נורמות מתוכו ברמה חוקתית סובל מכמה וכמה קשיים, שעליהם עמדנו לעיל, ובין היתר הקושי במציאת עיון סביר לעצם הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית ולמתודה של ביקורת כזו.<sup>97</sup>

<sup>94</sup> ראו למשל התיאור של ספיר "שלושה מודלים של חוקה", לעיל ה"ש 90. כן ראו אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" **משפטים** מא 97, 129 (2011). מובן שהתיאור המובא כאן של תאוריות חוקתיות ממוקדות-זכויות-אדם אל מול תאוריות חוקתיות ממוקדות-נורמות-מוסדיות, הוא אך תיאור סכמטי וגם. קיימת ספרות ענפה העוסקת בצידוקים לביקורת חוקתית, בין היתר בהדגשת הצורך להגיב לקושי האנטי-רובני, ואין הכרח שריכוך הקושי האנטי-רובני ייעשה דווקא באמצעות התמקדות בהליך החקיקה ובכללי המשחק המוסדיים. עם זאת לצורך הדיון בפרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 2, דייני בטענה שהביקורת השיפוטית על נורמות מוסדיות, ובעיקר על כללי המשחק הדמוקרטיים, היא אכן מוקד משיכה עבור הוגים (ושופטים) בעלי נטייה שמרנית-רובנית, וכי מניתוח פסק הדין עולה שכך רואה השופט סולברג את הדברים.

<sup>95</sup> לניסוח מפורט של העמדה שלפיה חשיבותן של הנורמות המוסדיות נגזרת מזכות הפרט להכרעות שלטוניות ראיות ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 606. לניסוח מוקדם של תפיסה זו במשפט הישראלי ראו את דברי השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(3) 729, 743 (1980).

<sup>96</sup> להיצמדות של השופט סולברג לדרכי הביקורת החוקתית הקלאסיות מתוך עמדה פורמליסטית-שמרנית ראו

עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 22, בפס' 4, 15 לפסק דינו של השופט סולברג; בג"ץ 6411/16 **הועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות נ' כנסת ישראל**, פס' 30 (נבו 19.6.2018).

<sup>97</sup> 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, ועימו התנגדות מהותית לביקורת אנטי-רובנית, משמשים הצדקות לגרסה חזקה של שמרנות משפטית, המבקשת לדחות דחייה גורפת את הלכת **בנק המזרחי** (גישה המשתקפת בדברי השופט מינץ, ראו לעיל ה"ש 84). כפי שצוין בהערה הקודמת, השופט סולברג לא הביע התנגדות לעצם הקונסטרוקציה החוקתית שהתקבלה מאז פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 28, גם אם הוא נוקט קו מרוסן בתוך כללי המשחק שנקבעו בהלכה זו. אציע לכך כמה הסברים משלימים: האחד הוא כי מבחינה מהותית השופט סולברג תומך בעצם קיומה של סמכות ביקורת חוקתית להגנה על זכויות אדם (גם אם בצמצום), ובמובן זה הוא אינו נוקט עמדה שמרנית "חזקה" (ראו סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה", לעיל ה"ש 15); השני הוא שיתכן שבמקרה זה הוא יסבור שקריאה טקסטואלית סבירה של חוקי היסוד שנתקבלו עדיפה מניתוח היסטורי של כוונת המכונן (וראו עמדתו את השופט סולברג בעניין זה בפרשת **עדאלה**,

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 ותחולתה בנדון הקונקרטי.<sup>98</sup> לכאורה, הוויכוח ביניהם נוגע לאופן יישומה ופיתוחה של ההלכה, וניתן לתחם את גבולות המחלוקת להקשר מצומצם זה. אלא שהוויכוח נוסח בחריפות, וניכר שעל הפרק עומדים לא רק השאלה הקונקרטית ואף לא רק גבולות "דיני החקיקה" אלא תפיסה חוקתית רחבה יותר המצויה ביסוד המחלוקת הזו – ואותה אבקש 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 גם על כך שהיא זונחת את המודל החוקתי הקלאסי שאומץ בפרשת בנק המזרחי ומבססת את הביקורת החוקתית על עקרונות יסוד לא כתובים במקום על הוראות מפורשות של חוקי היסוד ככאלה המצויים במדרג נורמטיבי גבוה מדבר החקיקה.<sup>99</sup> חוות דעת המיעוט מתאפיינת בפורמליזם חוקתי, כשהיא פותחת בתיאור פירמידת הנורמות של קלזן ומבארת כי בטלותו של חוק נגזרת מהצבעה על נורמה חוקתית קונקרטית שהופרה, בין שזו נורמה מוסדית ובין שזו נורמה מתחום זכויות האדם.<sup>100</sup> כל זאת בניגוד בולט לחוות דעת הרוב, שבמסגרת הנמקתה אינה מספקת מקור פורמלי ל"עקרון ההשתתפות" (עקרון 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. כדי 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".<sup>101</sup> גם סמכות זו יש להפעיל בצמצום ובריסון, בשל הזליגה לכאורה של פרשנות מרחיבה מעין זו מהמבנה הקלאסי.<sup>102</sup>

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,

לעיל ה"ש 1, וכן ראו להלן ה"ש 106); ההסבר השלישי הוא שיש להוסיף למשוואה גם את ההיבט השמרני של שימור המצב הקיים – הכולל את הזהירות שיש לנקוט בסטייה מהלכות פסוקות ומושורות. במובן זה, שופט שמרן עשוי להיצמד להלכות לא שמרניות בתוכן בשל החשיבות שהוא רואה ביציבות המוסדית של הרשות השופטת.

לדין מפורט במחלוקת לגופו של עניין ראו בר-סימן-טוב "קוונטינסקי", לעיל ה"ש 2. לאור דברינו לעיל (ראו לעיל ה"ש 52), סטייה זו כבר קיימת בהלכת מגדלי העופות (לעיל ה"ש 3) עצמה, ודומה שהשופט מזוז מתקשה בהצדקתה של ההלכה המקורית, כפי שמפורט להלן.

פרשת קוונטינסקי, לעיל ה"ש 2, בפס' 8 לפסק דינו של השופט מזוז.

שם, בפס' 9 (ההדגשה במקור). על הפרשנות המשתמעת, ראו לעיל ה"ש 53. כראיה לגישתו מביא השופט מזוז את הציטוט מעניין חוק טל, לעיל ה"ש 43 (שהובא לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 45), שם אכן מוצג מהלך מחשבתי דומה: בשל חוקי היסוד החדשים והמבנה החוקתי שאומץ בעקבותיהם אין עוד מקום להשתמש בעקרונות יסוד של השיטה לביקורת חוקתית.

98

99

100

101

102

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 שיטת משפטנו: הפרדת הרשויות [...] <sup>103</sup>

הצגת עמדתו של השופט מזוז כ"הרצאה" תאורטית בתורת המשפט מדגישה את התמקדותו של השופט סולברג במהות תפקידו אגב המעטה בחשיבות הדיון בסמכותו הפורמלית לעשות כן. אולם הלכה למעשה, לפי התפיסה החוקתית הרווחת בפסיקת בית המשפט, ושהשופט מזוז 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. <sup>104</sup> כאמור, השופט מזוז עצמו מציע לה הצדקה כזו (כדי להצדיק את הלכת **מגדלי העופות**, שעליה איננו חולק) – פרשנות משתמעת של חוקי היסוד הקיימים וחילוץ "ערכי היסוד של השיטה" מתוכם. אפשרות זו מבוססת על פסיקתו של ברק, אשר פיתח אותה בכתביו האקדמיים. <sup>105</sup> 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 שחווה 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. השופט סולברג מוכן ליטול לידי סמכות לפסול חוק אך משום שהלה פוגע בעיקרון יסוד של השיטה – הפרדת רשויות – ללא עיגון פורמלי בפירמידת הנורמות הקלזיאנית. מייד נראה מדוע מוכן השופט סולברג לאמץ לעצמו סמכות חוקתית זו, אך ראשית נשאל: מדוע הוא אינו מוכן להשתמש במתודה הפרשנית שמציעים לו ברק והשופט מזוז, בדמות חילוץ 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. <sup>106</sup> קווי הפרשנות שסרטט השופט סולברג עד כה מקשים

פרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 2, בפס' 109 לפסק דינו של השופט סולברג.

<sup>103</sup> חשוב להדגיש שהשופט סולברג מספק כמובן בסיס פורמלי לפסק הדין בדמות ההיצמדות לתקדים המחייב של הלכת **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 3. ההיצמדות להלכה הפסוקה היא כשלעצמה מאפיין שמרני, אבל אין די בה כדי לייצר את הדיון שאני עורך בסמכות הפורמלית ככזו שנגזרת מהמבנה החוקתי עצמו – אשר נעדרת לחלוטין מפסק הדין: 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; שלישית, מפני שהיא מצופה – במיוחד בשל עמדת המיעוט – לדון דיון מעמיק יותר בשאלת הסמכות שבבסיס הלכת **מגדלי העופות** (שם) עצמה, דיון שכאמור נעדר מפסק הדין. מכל מקום, אדגיש כי הדיון כאן מתמקד כולו בשאלת הסמכות כנגזרת של המבנה החוקתי, מלבד העובדה שקיים תקדים שקבע סמכות כזו. עוד על מקומה של התקדים במארג השמרני של פסק הדין ראו בפרק 6 להלן, בסמוך לה"ש 168.

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

<sup>105</sup> ראו לעיל ה"ש 88. ראו לציין שבפרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 1, השופט סולברג הביע עמדה שמרנית פחות באשר לפרשנות חוקתית. באותו עניין דן השופט סולברג במעמד החוקתי של עקרון השוויון לנוכח היעדרו מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וטען שבשל מאפייניו של טקסט חוקתי יש להפחית במסגרת פרשנותו ממעמד התכלית הסובייקטיבית. עם זאת הוא הדגיש כי החיפוש אחר תכלית או בייקטיבית צריך להתמקד במקורות שיש

אימוץ מתודה פרשנית המחלצת ערכים משתמעים מן החוקה שמכוחם ניתן לפסול דברי חקיקה של הכנסת. בין האפשרויות של עיגון פורמלי של סמכותו החוקתית (שאינה נאמנת לשמרנות פרשנית) לבין התבססות על ערכי יסוד במישרין (שאינה נאמנת לשמרנות פורמליסטית) השופט סולברג בוחר בעיקרו של דבר בדרך השנייה.

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

שנית, עד שחושש חברי לפגיעה בריבונותה של הכנסת, גבי ידידי החשש כבוד עוד יותר כאשר בביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק עסקינן. נקל לו לחברי לפסול חוק של הכנסת על שום תוכנו, אולם קשה בעיני 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.<sup>107</sup>

בדברים אלה מבטא השופט סולברג היטב את ההצדקה המהותית לגישתו לאור הנטייה השמרנית להתמקד בכללי ההליך במקום בתוכן התוצר. בשל 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. לראיתו, ביקורת הליכית פוגעת בריבונות הכנסת – כלומר בהכרעת הרוב – פחות מביקורת תוכנית על תוכן החקיקה. המדד ללגיטימציה דמוקרטית הוא הפגיעה בהכרעת 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 בחוקי היסוד בצורה מובהקת יותר מאשר הסמכות לעריכת ביקורת על הליך החקיקה, אשר לכל היותר משתמעת מעקרונות יסוד המופיעים בחוקי היסוד. אך לדעת השופט סולברג, שאלה פורמלית זו היא משנית ביחס לשאלה המהותית בדבר הלגיטימציה הריאלית של בית המשפט להתערב בדבר חקיקה עכשווי שנחקק באמצעות הרוב בכנסת. אשר לשאלה זו, הלגיטימציה בתחום ההליכי גדולה ועדיפה מהלגיטימציה 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**,<sup>108</sup> אך הוא בוחן את שאלת מעמדה של הביקורת ההליכית על רקע קיומה היציב והמתמשך של סמכות זו. מנקודת

בעניינם לגיטימציה דמוקרטית (שם, בפס' 57–62 לפסק דינו של השופט סולברג), ודומה שעמדה זו תישאר חשדנית כלפי יישום מרחיב של תאוריית ההשתמעות של ברק (ראו להלן בסמוך לה"ש 136).

פרשת קוונטינסקי, לעיל ה"ש 2, בפס' 109 לפסק דינו של השופט סולברג.

ראו לעיל ה"ש 97.

107

108



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 ייתכן שאפשרות זו תימנע בתחומים בסיסיים של פרצדורת החקיקה. כפי שנראה בחלק הבא, קל וחומר זה הוא המאפשר לראות בשאיפה לכינונו של חוק יסוד המסדיר תחום זה לא רק משאלת לב הטעונה השלמה במישור הדין הרצוי אלא גם לקונה של ממש שהשופט סולברג אינו יכול להשלים עימה. אם הרשות המכוננת אינה משלימה חסר זה, על בית המשפט מוטל להשלימו – והוא מוסמך להשלימו.<sup>109</sup> 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 (מלבד הסתמכותו על הלכת מגדלי העופות) – הגדרת המצב המשפטי שהוא ניצב מולו כחסר חוקתי והסתמכות על חוק יסודות המשפט להשלמתו. על פני הדברים, קביעה זו על שני ראשיה מנוגדת לעמדתו של ברק בקשר לחסר החוקתי. אטען כעת כי מחלוקת זו אינה מקרית אלא משקפת פער בין תפיסות חוקתיות שונות.

בכתיבתו התאורטית הבחין ברק בין שלושה אופנים שבהם בית המשפט מפתח את הדין: באמצעות פרשנות, בפיתוח "משפט מקובל" ובהשלמת חסר.<sup>110</sup> הפרשנות עוסקת בחילון משמעות מתוך דבר החקיקה; המשפט המקובל עוסק בפיתוח הדין במנותק מהחקיקה; השלמת החסר עוסקת במצבים שבהם יש 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 לפיענוח באמצעים פרשניים. בהקשר זה הוא מבחין בין שלושה סוגים של שתיקה החוק – שתיקה שמשמעה הסדר שלילי; שתיקה שמעידה על אי-הסדרה; שתיקה המעידה על חסר. סיווג שתיקתו של המחוקק הוא עניין פרשני: הפרשן יכול להגיע למסקנה שמכלל לאו נשמע הן, כלומר שההסדר הוא שלילי, ואז אין צורך בהשלמת הדין באופן שיפוטי; הוא

<sup>109</sup> עמדה זו מעלה כמובן את שאלת גבולותיו של החסר במישור המוסדי: אימתי יחוש השופט השמרן שהיעדר הסדרה חוקתית-מוסדית היא כה חריפה עד שהיא מצדיקה השלמה שיפוטית? דומני שאת התשובה לכך יש לחלץ מתוך קווי החשיבה השמרניים שעמדתי עליהם. למשל, במקרה של פרשת קוונטינסקי (לעיל ה"ש 2) הפגם הנטען בהליך החקיקה מבטא פגם ברצון הרובני, ולכן נטייה שמרנית יכולה לראות בו סוגיה מהותית. נוסף על זה, הוא נעדר הסדרה חוקתית לחלוטין, ולכן אין מתעוררת התנגשות פוטנציאלית בין ההשלמה השיפוטית לכוונת המכונן. כידוע, השופט סולברג (כמו עשרת חבריו להרכב) לא התייחס לכהונתו של ראש ממשלה עם כתב אישום כסוגיה מוסדית הטעונה השלמה חוקתית (בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 27.5.2020)), וייתכן 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.

<sup>110</sup> ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית 427 (1992) (להלן: ברק תורת הפרשנות הכללית); אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר, ופיתוח המשפט" הפרקליט 167 (1990) (להלן: ברק "היצירה השיפוטית").

יכול להגיע למסקנה שהמחוקק בחר שלא להסדיר את הסוגיה, וגם מצב זה אינו בגדר לקונה הדורשת השלמה.<sup>111</sup> 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".<sup>112</sup> כלומר, רק כאשר העיון (הפרשני) בתכלית החוק מלמד שהחסר הקיים בהסדר המשפטי נוגד את תכליתו של ההסדר, נדרש השופט להשלים את ההסדר. הוא עושה כן על פי "דין השיור" הקיים באותה שיטת משפט, ובשיטתנו - לפי הוראת חוק יסודות המשפט.<sup>113</sup>

עקרונית, אותם עקרונות לזיהוי לקונה חלים גם במסגרת הפרשנות החוקתית. כעיקרון, ייתכן חסר חוקתי. ברק כתב 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 מכוון הנוגד את מהותו של ההסדר ואת שאיפתו לשלמות. הוא זועק להשלמה. כאשר שתיקתו של הטקסט החוקתי מדברת בקול שלישי זה, הטקסט החוקתי חסר.<sup>114</sup>

לפי ההגדרה המצומצמת של ברק ללקונה דומה שאפשרות זו תאורטית למדי. הכוח הרב שהוא מעניק לאמצעים פרשניים, מצד אחד,<sup>115</sup> וההדרגתיות של הליך חקיקת חוקי היסוד, מצד אחר,<sup>116</sup> מוליכים למסקנה שקשה לדמיין מצב שבו, לפי ברק, נתקל שופט בלקונה חוקתית. אכן, ברק מטעים כי תחומים שעדיין לא הוסדרו בחוקי היסוד, בהגדרתם אינם יכולים להיחשב לקונה:

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

<sup>111</sup> אם כי לגישתו ניתן להשלים את ההסדר במסגרת פיתוח המשפט המקובל (שם, בעמ' 274).

<sup>112</sup> ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה", לעיל ה"ש 53, בעמ' 583.

<sup>113</sup> לתיאור שלושת סוגי השתיקות של המחוקק, וייחודיותו של החסר כנוגד את תכלית ההסדר, ראו גם שם, בעמ' 582; ברק **תורת הפרשנות הכללית**, לעיל ה"ש 110, בעמ' 472–457; אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 106 (2003); אהרן ברק **מידתיות במשפט** 84–80 (2010); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי: פרשנות חוקתית 138 (1994) (להלן: ברק **פרשנות חוקתית**).

<sup>114</sup> שם, בעמ' 138–139. לניסוח נוסף של שאלה זו, הנוטה לעמדה שלילית לגבי אפשרות להשלמה שיפוטית של לקונה חוקתית בישראל ראו אהרן ברק **כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה** כרך א 289 (2014) (להלן: ברק **כבוד האדם**); ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה", לעיל ה"ש 53, בעמ' 584.

<sup>115</sup> בהקשר של הפרשנות החוקתית, הן באמצעות פרשנות משתמעת (שם) והן באמצעות פרשנות מרחיבה של הזכות לכבוד האדם (ראו למבט כללי ברק **כבוד האדם**, לעיל ה"ש 114).

<sup>116</sup> ראו שם, בעמ' 289; ברק "תיקון שאינו חוקתי", לעיל ה"ש 56, בעמ' 380. ההדרגתיות מושכת לכך שהיעדר הסדרה של תחום חוקתי מעיד על שתיקה (זמנית) ולא על לקונה.

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 שלם בדבר זכויות האדם, השיטה שלנו לקויה, אך היא אינה חסרה (אין בה לאקונה).<sup>117</sup>

ברק כתב כאן על המצב שלפני 1992, כלומר: 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 חסרוננו של חוק-יסוד: החקיקה, גם אם הם עסוקים בפיתוח משפט חוקתי-מוסדי יציר ההלכה הפסוקה.<sup>118</sup>

לעומת זאת בפרשת **קוונטינסקי** התבונן 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 פיתח השופט סולברג ביקורת חוקתית הליכית בהתעלמו 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. מסיבה זו, מלבד ההישענות 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, היא תגובת-נגד עצמית לויתור על דיון במקורות הסמכות הפורמליים של פסק הדין.

שנית, להפניה לחוק יסודות המשפט יש להתייחס ברצינות דווקא על רקע השימוש הנרחב יחסית של השופט סולברג במקורות המשפט העברי. השופט סולברג תומך בשימוש פסיקתי במשפט העברי,<sup>119</sup> אולם הוא אינו רגיל להסמך את ההיזקקות למשפט העברי על חוק יסודות המשפט.<sup>120</sup> הרגל זה אינו מקרי אלא נובע מעמדה עקרונית המתנגדת לשימוש במשפט עברי מתוך הטלת חובה על השופט.<sup>121</sup> אולם בפסק הדין הזכיר השופט סולברג את חוק יסודות המשפט פעמיים: הן בפסקה שבה פתחתי, באמרו כי "מכיון שהנושא חסר מן הספר ואינו מוסדר, נפנה גם כמצוות המחוקק בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 ל'עקרונות

<sup>117</sup> ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 113, בעמ' 139.

<sup>118</sup> ראו לעיל ה"ש 28. נקודה זו אינה סותרת את המגמה שעליה עמדתי לעיל בדבר הגברת הביקורת החוקתית על הסדרים מוסדיים, אלא שטעמיה אינם נובעים מראיית החסר כלאקונה, אלא ממניעים אחרים (ראו לעיל ה"ש 72-74 ובטקסט הצמוד להן).

<sup>119</sup> ראו לעיל ה"ש 12.

<sup>120</sup> למקרים חריגים ראו עניין **פלוגי**, לעיל ה"ש 12, שם; דנג"ץ 10190/17 **מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן**, פס' 2 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 9.9.2019).

<sup>121</sup> ראו סולברג "משפט עברי לתועלת", לעיל ה"ש 12; סולברג ושלזינגר, לעיל ה"ש 12. לגישתו השימוש במשפט העברי הוא זכות ולא חובה, ועל כן כאשר הוא רואה ששימוש זה תורם להכרעת פסק הדין, הוא משתמש בו במישרין ולא כמחויב על פי חוק.

החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל<sup>122</sup>, והן כאשר הוא פורע שטר זה ופונה לעיין בעמדת המשפט העברי בסוגיית הליך החקיקה הראוי<sup>123</sup>. החריגה הזו אפוא אינה מקרית.

אם כנים הדברים, עלינו לשאול מהי נקודת המחלוקת של השופט סולברג עם ברק, ומדוע הוא מזהה בעניין שלפניו לקונה חוקתית. ברק מציג לפנינו כדרכו תאוריה חוקתית מקיפה, אך אין לדלות מתוך פסק הדין עמדה סדורה וכוללת מפיו של השופט סולברג בעניין זה. ייתכן שהוא אוהז בגישה פרגמטית ואינו מוטרד כלל מן ההבחנה בין סוגים של עשייה שיפוטית כל עוד הם מוליכים לאותה תוצאה. ייתכן שהמחלוקת אינה קשורה לתחום החוקתי אלא לפרשנות המושג לקונה ככלל<sup>124</sup>. תהא עמדתו המקורית אשר תהא, בשורות הבאות אבקש להציע תאוריה חוקתית שיכולה לשמש בסיס לעמדתו של השופט סולברג ואשר מתיישבת עם מכלול ההנמקה שבפסק הדין כפי שניתחתי אותו לעיל, ועם פסיקתו וכתביו 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 אכן זה 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 – ענפים 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"<sup>125</sup>. לעומת זאת השופט סולברג אינו רואה בשני הענפים של המשפט החוקתי ענפים 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; לפי תפיסה זו יש להבין את התפקיד הבסיסי של הביקורת החוקתית כתפקיד הליכי ומוסדי, ורק כקומה שנייה ובאופן מצומצם יותר, כפעילות סובסטיבית של הגנה על זכויות אדם. משכך, מצב שבו בקומה השנייה נערכת ביקורת שיפוטית אפקטיבית, ואילו בקומה הראשונה אפשרות שכזו אינה קיימת כלל, אינו בבחינת "טעון השלמה לעתיד לבוא" בלבד אלא חסר "הזועק מתוכו", כלומר לקונה הטעונה השלמה. לפי תאוריה זו, היוצרת הייררכייה בין סוגים שונים של ביקורת חוקתית, יש בדין

<sup>122</sup> פרשת קוונטינסקי, לעיל ה"ש 2, בפס' 55 לפסק דינו של השופט סולברג.

<sup>123</sup> שם, בפס' 72: "חשיבותו של עקרונן 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"ס-1980".

<sup>124</sup> ובתמונת ראי – ייתכן שהיא מונעת ממחלוקת בדבר גבולות הפרשנות הלגיטימית (כפי שניתח רוזניק "ירידת הפרשנות התכליתית", לעיל ה"ש 2). הוויכוח יכול להיות מונע גם מהיקף התחולה הרצוי של חוק יסודות המשפט, על המטען האידאולוגי שלו. בעניין זה אדון להלן.

<sup>125</sup> ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 113. יש להניח, על דרך קל וחומר, כי כך יסברו תפיסות הרואות בשמירה על זכויות האדם את עיקר תפקידה של החוקה, ואת עיגון הנורמות המוסדיות כטפל לו וכמבוסס עליו (ראו לעיל ה"ש 95).

הקיים עיוות ביחסי הכוחות בין ביקורת שיפוטית תוכנית לביקורת שיפוטית הליכית. לפיכך החסר בביקורת מן הסוג האחרון נחזה כלקונה ה"זועקת" להשלמה. עמדה כזו באה לידי ביטוי בפסק הדין עצמו, והיא מעוגנת גם בפסיקתו הרחבה של השופט סולברג. נתחיל ברטוריקה של פסק הדין. כפי שכבר צוטט, השופט סולברג מתבונן על המצב החוקתי הקיים כמצב שלא ייתכן להשלים עימו: "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?"<sup>126</sup> זעקה זו מנוסחת כאן בנוגע לפער שבין קיומה של ביקורת שיפוטית מכוח תקנון הכנסת להיעדר ביקורת שיפוטית מכוחם של כללים חוקתיים מוסדיים והליכיים בסיסיים יותר. אולם בשיפולי פסק הדין, בדיון ודברים שעורך השופט סולברג אל מול דעת המיעוט, מבוטאת – בתמצית אך בחריפות – עמדה עקרונית יותר בדבר הבעייתיות שבעריכת ביקורת שיפוטית תוכנית בלא שנלווית לה ביקורת שיפוטית הליכית. כפי שהובא לעיל, על רקע ניסיונו של השופט מזוז להסביר מצב דברים זה על פי המודל הקלזיאני קובע השופט 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".<sup>127</sup> במילה אחת – "אדרבה" – מקפל השופט סולברג את התפיסה ההיררכית הרחבה יותר בין ביקורת חוקתית תוכנית לבין ביקורת חוקתית הליכית, הייררכיה 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" פתח השופט סולברג את הכרעתו לטובת דחיית העתירות בתיאור הזה: 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.<sup>128</sup>

בפסקה זו מנגיד השופט סולברג בין התוכן – שהוא בגדר שאלה "ערכית" ו"פוליטית" – לבין ההליך. את ההייררכייה הנוצרת בין ביקורת ההליך לביקורת התוכן הוא מדגיש גם בהתנגדותו לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. מכיוון שמדובר בביקורת על חקיקת חוקי יסוד, שמרנות רובנית עשויה להתנגד לה התנגדות גורפת. כאשר בית המשפט ביקש להגן על דוקטרינה זו מפני ביקורת "רובנית" כזו, הודגש לא אחת שהדוקטרינה

<sup>126</sup> פרשת קוונטינסקי, לעיל ה"ש 2, בפס' 55.

<sup>127</sup> שם, בפס' 109.

<sup>128</sup> עניין עיריית סלואד, לעיל ה"ש 88, בפס' 1 לפסק דינו של השופט סולברג.

מתמקדת בהליך ולא בתוכן.<sup>129</sup> התנגדותו של השופט סולברג לדוקטרינה אינה מערערת על ההבחנה התאורטית בין הליך לתוכן. הבחנה הייררכית זו מקובלת עליו לחלוטין, אלא שהוא טוען שהדוקטרינה משמשת הלכה למעשה גם לבחינת התוכן של חוקי יסוד – ולכן אינו יכול להסכים.<sup>130</sup>

את עמדתו בדבר ההתמקדות בהליך אל מול התוכן הבהיר השופט סולברג גם בהקשרים מינהליים – ובייחוד בדבר עילת הסבירות. באחת הפרשיות החשובות בעניין זה הדגיש השופט 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".<sup>131</sup> הנימוק לכך מבוסס הן על הפרדת רשויות והן על היעדר מומחיות של בית המשפט.<sup>132</sup>

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

ניתן לראות בנקל כי אף שהתאוריה הזו נובעת מתפיסה שהגדרנו אותה כשמרנית, תוצאתה רחוקה מלהיחשב ככזו. אומנם השופט מזהה לקונה בחוקה וחש כי היא זועקת להשלמה, ובכל זאת: האם ראוי כי ההשלמה תבוא מפיה של הרשות השופטת? לכאורה אותה אידאולוגיה שיפוטית שמרנית, שבגינה יש לזהות כאן לקונה הטעונה השלמה, היא שצריכה לרסן את השופט מלהשלימה – ומלפסול את תוקפו של דבר חקיקה של הכנסת. כאמור, השופט סולברג אינו מנסה לקשר באמצעים מלאכותיים בין פסק דינו לבין חוקי היסוד הקיימים, אך הוא גם אינו מסתמך על העקרונות הלא כתובים בלבד; הוא זקוק להכשר רובני. נדמה שחוק יסודות המשפט, המורה לשופט כיצד לנהוג כאשר הוא מזהה לקונה, משמש כאן אמצעי לשיכוך הדיסוננס השמרני-אקטיביסטי שבפסק הדין. נעניין אפוא בכך.

<sup>129</sup> ראו עניין שפיר, לעיל ה"ש 6, בייחוד בפסק דינה של השופטת ברק-ארז. על ההיבט השמרני הזה, ראו גם חגי שלזינגר "בין פרשות קוונטינסקי ושפיר" ICON-S-IL Blog (21.7.2021) <https://bit.ly/3XbirsG>.

<sup>130</sup> עניין שפיר, לעיל ה"ש 6, בפס' 23–29 לפסק דינו של השופט סולברג; עניין ממשלת החילופים, לעיל ה"ש 6, בפס' 31 לפסק דינו.

<sup>131</sup> בג"ץ 4252/17 ג'בארין נ' הכנסת, פס' 24 לפסק דינו (נבו 14.7.2020). הדברים נאמרו מתוך מחלוקת עם השופט ג'ורג' קרא על גבולות הגזרה הרצויים של עילת הסבירות.

<sup>132</sup> שם, בפס' 25: "אין הצדקה מצידנו לבפר 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". עמדות אלה הושמעו מפי השופט סולברג במגוון הקשרים. ראו למשל עניין תנועת אומץ, לעיל ה"ש 12, בפס' 15 לפסק דינו של השופט סולברג; בג"ץ 5428/17 רום נ' מדינת ישראל, פס' 10 לפסק דינו (נבו 18.6.2018) ("אין יתרון לתפיסה ערכית שלנו, כשופטים, על פני תפיסה ערכית שדוגל בה כל אדם אחר"). לתפיסתו הכללית של השופט 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

אם כן, אעבור לזוויית השנייה של הפסקה שבה פתחתי: השימוש בחוק יסודות המשפט לשם השלמתו של החסר החוקתי. גם בנקודה זו חולק השופט סולברג, במשתמע, 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 משריין? שאלה זו קשה היא. אין למצוא לה תשובה בחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980. הטעם לכך נעוץ במציאות הנורמטיבית, לפי[ה] חוק יסודות המשפט, התש"ס-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"ס-1980 בחוק-יסוד (משריין), ובכך להעניק לו מעמד חוקתי-על-חוקי.<sup>133</sup>

עמדתו של ברק, שלפיה 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.<sup>134</sup> גם בהקשר זה לא 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, היעדר דיון רפלקסיבי בשאלת הלגיטימציה של ההסתמכות על החוק משתלב היטב עם מגמתו הכללית של פסק הדין, המתייחסת ללגיטימציה של הביקורת החוקתית מנקודת מבט מהותית, בלי להגיש לקורא דין וחשבון פורמלי על מקורה של הסמכות לעשות זאת, ומאידך גיסא ההיזקקות לחוק זה "כמצוות המחוקק"<sup>135</sup> היא בבחינת קונטרה למהלך זה. ערכי היסוד המבססים את הביקורת המוסדית-הליכית, ובעיקר הפרדת הרשויות, אינם

<sup>133</sup> ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 113, בעמ' 140. וראו לעיל ה"ש 114.

<sup>134</sup> אף שאינה עמדה הכרחית. היא תלויה בשאלה הכללית אם 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 שפורמלית 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)).

<sup>135</sup> כלשון השופט סולברג בפרשת קוונטינסקי, לעיל ה"ש 2, בפס' 55.



מעוגנים כדבעי בחוקי היסוד, ולפיכך הם 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 היעדרו המפורש. השופט סולברג דן בבעיה זו לאור עמדתו הפרשנית והדגיש כי אף שלעיתים יש הצדקה לפרשנות חוקתית "מרחיבה" החורגת מהתכלית הסובייקטיבית של חוק היסוד, פרשנות זו צריכה להתמך במקורות הזוכים ללגיטימציה דמוקרטית, כלומר כאלה שניתן להניח שהם זוכים להסכמה רובנית (כגון דברי חקיקה אחרים או מגילת העצמאות), ואין להסתפק בערכי יסוד מופשטים.<sup>136</sup> 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 עסקתי בתפקידו של חוק יסודות המשפט כ"דין שיור" המכוון את השופט כיצד להשלים לקונה בדין. הפנייה לדיון השיור וחילוף נורמה מוסדית על פיו מספקים הצדקה פורמלית לביקורת החוקתית שעורך בית המשפט. אולם לפנייה לחוק יסודות המשפט תפקיד נוסף, הנגלה מהתבוננות בתוכנו הייחודי של דין שיור זה. הדין המהותי שאליו מפנה חוק יסודות המשפט הוא חלק חיוני בהבנת התצרף.

כידוע, לחוק יסודות המשפט ממד פוליטי-ערכי מרכזי והוא נקודת התנגשות בין עמדות אידאולוגיות המבכרות את האופי הדמוקרטי של המדינה לבין עמדות המבכרות את האופי היהודי שלה.<sup>137</sup> החוק עצמו, המפנה את השופט לערכים מתוך מורשת ישראל, נוסח במקור כפשרה פוליטית,<sup>138</sup> ושופטי בית המשפט – בעיקר השופטים ברק ואלון – הביעו

פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 57–62.

ראו 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'רזבסקי נ' ראש הממשלה**, 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); 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); בנימין פורת "המשפט העברי בישראל: אתגרי העתיד והיערכות מחודשת" **חוק יסודות המשפט: הצעה לחיקון ודברי ביקורת** 11, 20 (2016) (להלן: פורת "המשפט העברי בישראל"). לא מן הנמנע שהוויכוח באשר לתוכן המצוי והראוי של דין השיור השפיע גם על שאלת ההגדרה המרחיבה או המצמצמת של מוסד הלקונה. ראו שם; ברק "היצירה השיפוטית", לעיל ה"ש 110, בעמ' 276.

באמצעות השימוש בנוסחה העמומה "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל"; ראו ברק **תורת הפרשנות הכללית**, לעיל ה"ש 110, בעמ' 492. החוק תוקן במסגרת פשרה פוליטית נוספת שמנעה את עיגונו כחוק יסוד, ראו לעיל ה"ש 11.

<sup>136</sup>

<sup>137</sup>

<sup>138</sup>

דעתם עליו באמצעות פרשנותם 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 בהדגשתו את מקומם של נימוקים חוקתיים פרטיקולריים (ואינו מסתפק בנימוקים אוניברסליים) והן בהיותם של נימוקים פרטיקולריים אלה מזוהים עם ערכים שמרניים-דתיים.

הדרכים שבהן שופטים ושופטות מנמקים את ההכרעות החוקתיות שלהם ואת ההצדקות שהם נותנים להתערבותם בהכרעות רובניות נדונות בספרות המשפטית מזוויות שונות.<sup>139</sup> 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 ברכישת הכשר רובני להכרעות מעין אלה. בהכללה, יש להניח שהנמקה חוקתית שמרנית תעדיף להתמקד במקורות משפטיים, תאורטיים ותרבותיים פרטיקולריים ולהתבסס עליהם, ולא להסתפק במקורות אוניברסליים. עיגון ההנמקה של בית המשפט בהקשר פרטיקולרי מסייע 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 הקונקרטית. במצב זה השופט אינו יכול להסתפק בערכי יסוד המבוססים על הנמקות אוניברסליות. אומנם ערכי יסוד מסוג זה משכנעים מבחינה רציונלית או אתית, אך מהם בלבד קשה לגזור מוסכמה רובנית קונקרטית בחברה פרטיקולרית נתונה.<sup>140</sup> לעומת זאת כשכשית המשפט מפחית בחשיבות ההכשר הרובני הקונקרטי של הכרעתו, הפניה למקורות ולהנמקות אוניברסליים בהקשר החוקתי מתבקשת.<sup>141</sup>

<sup>139</sup> בהקשר הישראלי, ראו סוזי נבות "הנמקה חוקתית" **המשפט** כד 75 (2018).

<sup>140</sup> יש הסוברים כי דווקא בשל המאפיין הא-פוליטי והאוניברסלי של זכויות האדם התבססות עליהם זוכה להסכמה רובנית רחבה. מדינה וויצמן למשל 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 משיש הסכמה ריאלית. השופט השמרן עשוי לפקפק בהנחה אמפירית אופטימית כזו. תהליכים חברתיים שהובילו לעליית קרנה של הלאומיות, 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.

<sup>141</sup> לדוגמאות לפנייה למסמכים בין-לאומיים ככלי להכרעה חוקתית, ראו בג"ץ 6650/04 **פלוגית נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה**, פ"ד סא(1) 581, פס' 9 (2006); בע"מ 5082/05 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, 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, פס' 4-6 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (2006) (להלן: עניין **אחד המשפחות**); בג"ץ 5373/08 **אבו לבדה נ' שרת החינוך**, פס' 32 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (6.2.2011); בג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים**, פ"ד סד(3) 122, פסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן (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).

ההתחבטות בין הנמקה אוניברסלית להנמקה פרטיקולרית אינה ייחודית לישראל. הפולמוס האמריקני באשר להיזקקות למשפט משווה ולמשפט בין-לאומי במסגרת העשייה השיפוטית, פולמוס שנערך בעשורים האחרונים בעוצמה משתנה, נותח באורח דומה בידי Martha Minow.<sup>142</sup> היא מציינת כי בעבר הייתה הפנייה למשפט משווה ולמשפט בין-לאומי מוכרת ומקובלת בבתי המשפט האמריקניים, אולם מצב זה השתנה. ההתנגדות לפנייה למקורות זרים נתפסת כאיום על הערכים הייחודיים לאומה האמריקנית וכהשלטת אמות מידה לא רלוונטיות על השיח החוקתי המקומי. לפי דבריי עד כה אין להתפלא על שהקו המפריד בין המחנות בפולמוס הזה הוא, בעיקרו של דבר, הקו שבין שמרנים לפרוגרסיבים בבית המשפט העליון האמריקני. כמובן, אינני טוען לזהות בין הפולמוסים הללו או להשפעת הפולמוס האמריקני על השיח המשפטי הישראלי. השופט סולברג עצמו תומך בעניין **קוונטינסקי** את עמדתו בהרחבה גם במשפט משווה, וההיבט האוניברסלי בפסק הדין בולט. 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.<sup>143</sup>

מובן שהמתח בין אוניברסליות לפרטיקולריות 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.<sup>144</sup> אולם העיגון הפורמלי של מקור הסמכות החוקתית על "מצוות המחוקק" בכלל ועל מקורות מורשת ישראל בפרט מסייע במידה רבה לשיכוך הדיסוננס בין תפיסת יחסי תוכן-הליך השמרנית-רובנית של השופט סולברג להשלמת הלקונה החוקתית האנטי-רובנית הנגזרת ממנה.

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

Martha Minow, *The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States*, 52 HARV. INT'L L.J. ONLINE 1 (2010), <https://bit.ly/3k6Ugrb>.

<sup>142</sup> יש להדגיש כי אין מדובר כאן בתפיסה ריאליסטית-אמפירית של ערכי יסוד קיימים, שהלא אנו עוסקים רק בערכים שמקורם בחברת הרוב היהודי, וכן 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.

<sup>143</sup> ראו למשל בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 44, פס' מה לפסק דינו של השופט 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 120, בפסקי הדין של השופטים הנדל וסולברג; בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת**, פ"ד סו(1) 717, פסק דינו של השופט הנדל (2013); עניין **גרסגהר**, לעיל ה"ש 12, בפס' 44 לפסק דינה של הנשיאה חיות, וכן שם בפסקי הדין של השופטים עמית וסולברג.

התמקדתי יונקת את כוחה מן ההיבט הראשון, והיא אינה תלויה בתוכנן 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 הוא 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.<sup>145</sup> 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 פרטיקולרית ולא רק על עקרונות אוניברסליים; לבסוף, 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 את סמכותו לפסול חקיקה ראשית. כלומר, בעזרת "ערכים שמרניים" לכאורה מבסס השופט סולברג מגבלות לא שמרניות על כוחו של הרוב. לאמיתו של דבר, תופעה זו אינה צריכה להפתיע. נוסף על האפשרות לפקפק בזיהוי האוטומטי של ערכים יהודיים כערכים שמרניים, אין לצפות לחפיפה בין ערכים שמרניים לבין שמרנות רובנית. ערכים דתיים עשויים להיות מנוגדים לערכים ליברליים מצד תוכנם, והם אכן מוצגים כך לעיתים בפסיקה החוקתית.<sup>146</sup> לעומת זאת התודעה השמרנית המצויה בבסיס פסק הדין בפרשת קוונטינסקי אינה עוסקת בערכים שמרניים אלא בכיבוד הכרעת הרוב והטלת מגבלות חוקתיות עליו – ללא קשר לתוכנה הספציפי של הכרעת הרוב. חפיפה בין ערכים שמרניים לבין שמרנות רובנית היא לכל היותר קונטינגנטית ותלויה הקשר. כמו כן 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 שונות על הליך החקיקה מתוך תפיסה פילוסופית ייחודית באשר למשמעותו של עקרון הכרעת הרוב עצמו. לפיכך המשמעות של הפנייה למקורות הלכתיים לקישור ההכרעה לערכים שמרניים היא מורכבת ומעניינת. כדי לבסס טענה אחרונה זו נדרש להניח שהמקורות ההלכתיים אינם בגדר קישוט רטורי בלבד אלא הם תורמים תרומה ממשית לתשתית העיונית של ההכרעה. עיון בחוות דעתו של השופט סולברג ובפסיקה נוספת שהשתמשה במקורות אלה אכן מצביע על תרומה ממשית לדיון. כדי לעמוד על נקודה זו אפנה עתה לעיין קמעא במקורות הללו.

<sup>145</sup> השוו לתפיסות שמרניות בארצות הברית אצל Kurth, לעיל ה"ש 78.

<sup>146</sup> לדוגמה ראו עניין פלוני, לעיל ה"ש 12 (בחיבה ליברלית-אמריקנית מקובל לייחס לחופש הביטוי משקל רב מזה שמייחסים לזכות לפרטיות, ואילו עמדת ההלכה היהודית מייחסת משקל רב יותר לזכות לפרטיות לעומת חופש הביטוי). קיימות כמובן גם דוגמאות הפוכות, שבהן מובאים מקורות יהודיים כדי לתמוך בהכרעות ערכיות "ליברליות". לדוגמה ראו עניין גרסגור, לעיל ה"ש 12, בפסקי הדין של הנשיאה חיות והשופט עמית.

### 3. השימוש הקונקרטי במשפט העברי – "רובו מתוך כולו"

במסגרת ההנמקה ההלכתית שבפסק הדין נשען השופט סולברג על דוקטרינה המכונה "רובו מתוך כולו" שבמשפט המינהלי העברי.<sup>147</sup> בתמצית, דוקטרינה זו עוסקת בתנאים הליכיים הנדרשים לשם כך שעמדת הרוב הדמוקרטית תחייב גם את המיעוט, ובעיקרה הדרישה כי המיעוט ינכח בהצבעה, ותינתן לו האפשרות להביע את דעתו ולנסות לשכנע את הרוב בצדקתו.<sup>148</sup> את ייבוא הדוקטרינה הזו לתוך הפסיקה יש לזקוף לזכותו של השופט ניל הנדל, אשר השתמש בה שימוש חשוב בשנים האחרונות בשני הקשרים.<sup>149</sup>

הרעיון של הכרעת הרוב במישור המנהלי אינו קיים במפורש במקורות ההלכה הקלאסיים. עיקרון זה קשור להכרעה השיפוטית (ולהכרעת מחלוקות בהלכה),<sup>150</sup> והוא אומץ בימי הביניים בידי פוסקי ההלכה גם לתחום הציבורי-מנהלי.<sup>151</sup> דומה שדווקא ההיעדר הזה והייבוא המודע של העיקרון הדמוקרטי מתחום ההכרעה השיפוטית אילץ את פוסקי ההלכה לקיים דיון ברציונל המצדיק את זכותו של הרוב לכפות את דעתו על המיעוט. מלבד נימוקים פרגמטיים<sup>152</sup> עסקו פוסקי ההלכה בהשוואה בין הליך קבלת ההחלטות השיפוטית להליך הדמוקרטי, כשהם מדגישים את החשיבות שבקיום דיון ושכנוע הדדי, וכן את החובה המוטלת על כל אחד ואחד מן הדיינים לגבש עמדה בנושא ולהציגה לחבריו.<sup>153</sup> בתוך כדי 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 לכופ את המיעוט, במילתא דאיכא ריווחא להאי ופסידא להאי [=בדבר שיש רווח לזה והפסד לזה], ועתה שהסכימו ללכת אחר הרוב ויהא כאלו הסכימו כלם – צריך שיהא מדעת כלם,

<sup>147</sup> בפרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 2, 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 מעסוק בהם כאן.

<sup>148</sup> על העיקרון במבט 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** כרך א 580–586 (מהדורה שלישית התשמ"ח) (להלן: **אלון המשפט העברי**). בהקשר של פסק הדין ראו בנימין פורת "עקרון ההשתתפות: תרומת המשפט העברי לפסיקת בית המשפט העליון" **ICON-S-IL Blog** (4.4.2018) <https://bit.ly/2y6aeXn> (להלן: פורת "עקרון ההשתתפות").

<sup>149</sup> הפעם הראשונה הייתה בע"מ 1207/15 **רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק** (נבו 18.8.2016) במסגרת פרשנות פקודת העיריות (נוסח חדש). הפעם השנייה, שעסקה בסוגיה חוקתית מוסדית, היא עניין **אבירם**, לעיל ה"ש 60, שעסק במינוי נציג האופוזיציה הפרלמנטרית בוועדה לבחירת שופטים. הרלוונטיות של הדוקטרינה למשפט הישראלי כבר נדונה בעבר; ראו לעיל ה"ש 148.

<sup>150</sup> ראו למשל משנה תורה, הלכות סנהדרין, פרק ח, הלכה א. מקורו של הכלל בהקשר השיפוטית בפרשנות חז"ל לפסוק "אחרי רבים להטות" (שמות כג 2).

<sup>151</sup> 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".

<sup>152</sup> כדוגמת זה שמביא הרא"ש, שם: "דאם לא כן, לעולם לא יסכימו הקהל על שום דבר, אם יהיה כח ביחידים לבטל הסכמתם".

<sup>153</sup> 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].<sup>154</sup>

כפועל יוצא של ההשוואה להליך השיפוטי, שבו 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]".<sup>155</sup>

אף שההגנה המובעת בדוקטרינה הזו על זכויות המיעוט שובת לב, יישומה כפשוטה הוא בלתי אפשרי, הן בשל הקושי האובייקטיבי לכינוס כלל בעלי זכות ההצבעה, והן, ובעיקר, בשל הווסטו הניתן בכך לאוחרים בדעת המיעוט, שברצותם ייעדרו מן הדיון ובכך יובילו לביטול ההחלטה. חכמי ההלכה הגבילו אפוא את תחולתו של העיקרון. באמצעות מנגנונים משפטיים שונים קבעו חכמי ההלכה כי מי שהיה יכול להגיע לדיון ולא הגיע – ויתר על זכות ההשתתפות שלו ומסר אותה לציבור שהגיע. בכך סוכלה האפשרות להטלת וטו על ידי המיעוט. עם זאת הדוקטרינה נותרה בתוקף כאשר ההחלטה התקבלה על פי הרוב אגב ניצול מכוחן של היעדר נציגי המיעוט או הדרתם בפועל.<sup>156</sup>

תפיסת הכרעת הרוב הדמוקרטית במסגרת דוקטרינה זו שונה מתפיסות קלאסיות של עקרון הכרעת הרוב בהגות הדמוקרטיות המערבית.<sup>157</sup> 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 הסכמה קונסטרוקטיבית, ולפיכך לא ניתן להצדיק את אכיפתה 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.<sup>158</sup> לעומת זאת השימוש שנעשה בה בפרשת **קוונטינסקי** טריוויאלי פחות, שכן פסק הדין אינו עוסק במצב שבו המיעוט לא קיבל את יומו במהלך הדיון<sup>159</sup> אלא דווקא במצב שבו נמנעה מן הרוב האפשרות לערוך דיון בשל יחסים בעייתיים שבין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת.<sup>160</sup> בפסק הדין נקבע כי הדיון של חברי ועדת הכספים בהצעת החוק היה כה חפוז, עד שלא הייתה להם האפשרות לגבש דעה על הצעת

<sup>154</sup> שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן צה.

<sup>155</sup> שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן כו.

<sup>156</sup> ראו אלון **המשפט העברי**, לעיל ה"ש 148; שוחטמן, לעיל ה"ש 148.

<sup>157</sup> בעניין **רוחמקין**, לעיל ה"ש 149, מציג השופט הנדל את גישת ההלכה כמקבילה של תאוריות Deliberative democracy, מבית מדרשו של וולדרון. בלי לדון בטיב הזיהוי הזה, אכן צודק השופט הנדל באומרו שתאוריות דמוקרטיות קלאסיות אינן מתאימות לאפיונה של הדוקטרינה. ראו פורת "עקרון ההשתתפות", לעיל ה"ש 148.

<sup>158</sup> לעיל ה"ש 149.

<sup>159</sup> לא למותר לציין כי בשלב מסוים של הדיון הפרלמנטרי עזבו נציגי האופוזיציה במחאה את הדיון בוועדת הכספים; עזיבה זו לא הרשימה את בית המשפט. ראו בפרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 2, בפס' 97.

<sup>160</sup> ראו לעיל ה"ש 73.

החוק ולקיים דיון מינימלי על אודותיה. כדי לתמוך בחשיבותו של קיום דיון על ההצעה כחלק אימננטי מגיבוש העמדה בעניינה 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 לדין "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 לפני הרוב, ונוסף על זה 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.<sup>161</sup> במקרה הזה אין בעיה של נוכחות המיעוט בהליך או של האפשרות הפורמלית שלו להצביע, שכן ההליך כולו היה וירטואלי; החיסרון במצב הזה הוא היעדרו של הדיון עצמו. באותו עניין נקבע כי ההחלטה חסרת תוקף בדיוק מן הטעם הזה, ובכך תומך השופט סולברג את עמדתו בנוגע לגבולות הגזרה החוקתיים של הליך החקיקה, שבליבתם מצויה האפשרות לקיים דיון. כפי שמראה איתי בר-סימן-טוב, אחד החידושים העיקריים שבפיתוח הלכת **מגדלי העופות** בפסק הדין היא הצבתו של הדיון הפרלמנטרי במוקד עקרון ההשתתפות.<sup>162</sup>

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 חלופית לעקרון הכרעת הרוב הדמוקרטי הקלאסי, הם חלק חשוב מעיצוב ההכרעה. העובדה שתפיסה זו אינה ממוקמת אינטואיטיבית על ציר ערכי מקוטב ידוע מסייעת אף היא לראייה במקורות הללו הנמקה פרטיקולרית וקונצנזואלית כאחד.

כדי להדגיש את פוטנציאל ההשפעה שלו במישור החוקתי-מוסדי כדאי לשוב כאן לאחד מפסקי הדין הקודמים שבהם השתמש השופט הנדל בדין "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.<sup>163</sup> 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 להשתמש בו. אומנם באותו עניין נמנע בית המשפט מלעשות זאת, אך צעד צעד נוסף לקראת זאת. העתירה נדחתה בשל השיהוי בהגשתה, אך אין מדובר בדחייה קלאסית על הסף. בית המשפט ערך דיון לגופן של כמה סוגיות, ולענייננו חשוב דיון אחד,

<sup>161</sup> שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קט (הנדון בפרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 2, בפס' 75 לפסק דינו של השופט סולברג).

<sup>162</sup> בר-סימן-טוב "קוונטינסקי", לעיל ה"ש 2, בעמ' 907.

<sup>163</sup> 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** (26.1.2017) <https://bit.ly/3ITN9N9>.



שנגע להצדקה הנורמטיבית למנהג החוקתי הנטען. אף שבית המשפט נמנע מלקבוע שהתנאים להכרזה על ייצוג האופוזיציה בוועדה כמנהג חוקתי מחייב בשלים, הוא הבהיר היטב כי עקרונות היסוד החוקתיים-מוסדיים תומכים בנוהג זה. בעניין זה הסתמך השופט הנדל על הדיון הפילוסופי שערך בנושא זה בעבר<sup>164</sup> והזכיר, אומנם 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".<sup>165</sup>

בעניין **אבירם** היה השופט הנדל נכון להכיר, בין היתר לאור דין "רובו מתוך כולו", בנוהג חוקתי מחייב אף שהחוק המסדיר את הסיטואציה במפורט שותק בעניין זה.<sup>166</sup> 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. אומנם בפסק דין מאוחר בסוגיה זו בית המשפט נסוג מן המגמה הזו בכל הנוגע לסוגיה הספציפית של הוועדה לבחירת שופטים,<sup>167</sup> 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 תאוריה חוקתית שבכוחה להבהיר הן את התוצאה והן את ההנמקה של פסק הדין בפרשת **קוונטינסקי** מנקודת מבט שמרנית רובנית, כלומר כזו המבכרת ככל הניתן את הכרעותיהם של מוסדות רובניים על פני מעורבות שיפוטית. מנקודת המבט הזו קיימת הייררכייה תאורטית בין ביקורת שיפוטית מוסדית, ובייחוד הליכית, לביקורת שיפוטית מכוח דיני זכויות האדם, אולם במישור הפוזיטיבי קיים 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. לפי 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 (מלבד ההסתמכות על הלכת **מגדלי העופות**) באמצעות שני קווים מקבילים: האחד הוא הסתמכות במישרין על ערכי יסוד מוסדיים (הפרדת רשויות) אגב הבהרת ההכרח התאורטי להיזקק להם, והשני הוא בהיזקקות לחוק יסודות המשפט, המעניק כאן את הגושפנקה הפורמלית לנטילת הסמכות להשלמת הלקונה. במקרה הקונקרטי דכאן

<sup>164</sup> עניין **רוחמקין**, לעיל ה"ש 149.

<sup>165</sup> עניין **אבירם**, לעיל ה"ש 60, בפס' 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. כן ראו את הדיון לעיל בה"ש 63.

<sup>166</sup> כפי שהשופט עמית מציין, הן בעניין **אבירם** (לעיל ה"ש 60) והן בעניין **הוועדה לבחירת שופטים** (לעיל ה"ש 60), החוק קובע חובת ייצוג לנשים בוועדה, אך מתעלם משאלת ייצוג האופוזיציה. קשה שלא לראות בכך הסדר שלילי במישור החוקי.

<sup>167</sup> שם.

היא מאפשרת לבית המשפט לבסס את הנמקתו על אדני 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 האידאולוגיה השיפוטית שמציג השופט סולברג בפסיקתו ובכתיבתו בהקשרים אחרים מצד אחר. עם זאת חשוב להבהיר כי מטרתי ממוקדת בהצגת התאוריה השיפוטית הזו כהסבר למתרחש במסגרת פסק הדין ולא בהגנה עליה או בהצדקתה (ודאי שלא בהצדקת התשתית השמרנית שעליה היא מבוססת). היא איננה חפה מקשיים. נוסף על זה, היא מעלה שאלות עתידיות שנותרו פתוחות בדבר המשך פיתוחו של המשפט החוקתי המוסדי מצד אחד, והמשמעות של חוק יסודות המשפט מצד אחר. 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 השופט סולברג בוחר ליטול לידי את סמכות השלמתה. אומנם ההימנעות מעיגון הסמכות באמצעים פרשניים יצירתיים בחוקי היסוד הקיימים 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 אידאולוגיה שיפוטית שמרנית יכולה להיחשב "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 בהיותם של הערכים המכוונים את הכרעתה ערכים שמרניים או יהודיים? האפיק השני – חוק יסודות המשפט – אכן מיועד לפתור את הקושי הזה, אך כאן מתגנב הספק אל לב הקורא: האומנם בכוחו של חוק יסודות המשפט לשאת את המשא הכבד שביצירת סמכות חוקתית? שאלה זו עולה לא רק בשל הספק התאורטי שהעלה ברק אלא גם בשל הקושי להאמין שתוצאת פסק הדין תלויה בחוק זה. נוסף על זה, חשוב להטיל ספק בזיהוי ערכי מורשת ישראל עם ערכים קונצנזואליים-רובניים, כפי שניסיתי לעשות. בהנחות אלה יש ממד לא מבוטל של פיקציה. ערכי מורשת ישראל שייכים לכלל היותר לתרבות הרוב היהודי, וגם בקרבה יש להניח (אף שלא בהכרח במקרה הזה) שמעמדם נתון במחלוקת ציבורית. לא ברור שהישענות על פיקציה זו עדיפה (עבור השמרן) מהישענותו של השופט מזוז על פרשנות משתמעת מחוקי היסוד. בשל קשיים אלה ניתן לתהות אם אומנם יש כאן מהלך שמרני "נקי" של פיתוח המשפט החוקתי המוסדי, או שמא השופט סולברג מעוניין להשיג תוצאה שהיא (אולי) שמרנית, אך לשם כך הוא מוכן להשתמש באמצעים שאינם שמרניים כלל ועיקר.

בהקשר זה יש להוסיף עוד תהייה, 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. בשל הצגת פסק הדין כיישום של הלכת מגדלי העופות, בעיית ההנמקה החוקתית של פסק הדין מתעוררת רק כאשר אנו מבקשים להבין את הרציונל החוקתי שמעבר ל"מילת הקסם" ששמה התקדים המחייב. כבר הערתי שהסתמכות על התקדים כשלעצמו, בלי לרדת בהכרח לסוף דעתו, הוא מהלך שמרני

באופיו. כלומר, ייתכן שהלכת **מגדלי העופות** היא כשלעצמה מופע של אקטיביזם שיפוטי, אך ההסתמכות עליה בפרשת **קוונטינסקי** כ"חי הנושא את עצמו" הוא אקט שמרני.<sup>168</sup> ואכן, בכמה מקומות בפסק הדין נוקט השופט סולברג רטוריקה מצטנעת ומטיל את "אשמת" החדשנות על הלכת **מגדלי העופות**.<sup>169</sup> ברם ההסתמכות על ההלכה הפסוקה מצויה במתח עם הצגת הביקורת ההליכית כלקונה ועם הפנייה לחוק יסודות המשפט, משום שחוק יסודות המשפט עצמו מגדיר את קיומה של לקונה כמצב שבו השופט לא מצא תשובה לבעיה המשפטית בהלכה הפסוקה: רק אם "לא מצא לה תשובה [...] בהלכה פסוקה", השאלה הניצבת לפני בית המשפט נחשבת ללקונה. 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 ואת הפרדוקסליות הנשקפות מפסק הדין. לא אוכל ליטול על עצמי לדון בהן במסגרת זו, אולם חשוב להציבן כדי להראות שהתאוריה המסבירה את פסק הדין שאותה 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, ועל המשפט החוקתי ההליכי בפרט. בפסקי דין שניתנו מאז פרשת **קוונטינסקי** ושעסקו בביקורת על חוקי יסוד הבחין בית 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 שההבחנה בין ביקורת ההליך לביקורת התוכן תרוקן מתוכן על ידי בית המשפט.<sup>170</sup> לפיכך לא 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 "שמרן"; אידאולוגיה שיפוטית שמרנית אינה עשויה מעור אחד, וייתכן שדווקא הנטייה השמרנית מסוגלת להצדיק את מה שאין בכוחה של תפיסה חוקתית אקטיבית יותר לשאת.<sup>171</sup> מנגד, אין להתכחש לכך

<sup>168</sup> אין זה המקום לדון 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 97, באשר ליחסו השמרני האפשרי של השופט סולברג לפרשת **בנק המזרחי** (לעיל ה"ש 28).

<sup>169</sup> למשל, בפרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 2, בפס' 109 לפסק דינו (שאותה ניתחנו לעיל בסמוך לה"ש 103–107) מצייין סולברג בעניין ההישענות על ערך היסוד של הפרדת הרשויות כי "הדברים עוגנו בהלכת **מגדלי העופות** ואין כל חידוש בעניין זה בחוות דעתי".

<sup>170</sup> ראו הדיון בעניין **שפיר** (לעיל ה"ש 6) ובעניין **ממשלת החילופים** (לעיל ה"ש 6), לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 129.

<sup>171</sup> בהקשר זה חשוב לציין, בשל 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 83). ראו גם שלזינגר "בין פרשות קוונטינסקי ושפיר", לעיל ה"ש 129 (עיון בחוות הדעת של השופטת ברק-ארוז בפרשת **שפיר**, לעיל ה"ש 6, ברוח זו).

שהנסיבות של פרשת קוונטינסקי ייחודיות, בכמה היבטים: ראשית, הערך שעליו הגן בית המשפט מתיישב בעצמו עם תפיסה רובנית – יכולתו של המחוקק לגבש את דעתו כהלכה; שנית, דיני החקיקה הם תחום שבו כמעט אין הסדרה חוקתית, בניגוד למקרים שבהם ההסדרה קיימת אך חלקית או בעייתית. מצבים כאלה עשויים לעורר רגישות יתר 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.<sup>172</sup>

פסק הדין מעורר עניין גם 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.<sup>173</sup> דומה שמעניי המעורבים בלהט הוויכוח על אופיו של המשפט הישראלי נעלמה העובדה שדווקא ברק, שהמעיט בהערכת חשיבותו המעשית של החוק, הוא אשר הציע להעלותו לדרגה חוקתית<sup>174</sup> – ולא כדי לחזק את מעמד המשפט העברי אלא כדי להרחיב את סמכויותיו של בית המשפט במישור החוקתי ולהסמיכו להשלים לקונה בחוקה.

מלבד השפעתו האפשרית של החוק על הסמכות החוקתית הפורמלית, מעניינת השאלה אם יש עתיד ממשי לניסיון לדלות ממקורות הלכתיים קווים מנחים ליצירתן ולביסוסן של נורמות מוסדיות. אומנם יש המניחים שלמקורות ההלכה חסרה היכולת לתרום תרומה ממשית לתחום המשפט הציבורי,<sup>175</sup> אולם לפחות לפי פרשת קוונטינסקי ופסקי הדין האחרים שהשתמשו בדין "רובו מתוך כולו", יש מקום לפקפק בהנחה זו.<sup>176</sup> יהא אפוא מעניין לראות אם ניסיון מעין זה עתיד לחזור על עצמו, ואם תהיה לו תרומה ממשית לדיון, מלבד קישוט רטורי.

<sup>172</sup> ראו לעיל ה"ש 109.

<sup>173</sup> ראו ההודעה לתקשורת: "עימות קואליציוני; יו"ר הוועדה המשותפת לחוק הלאום: 'סעיף המשפט העברי לא יישאר בנוסחו'" הכנסת (3.1.2018) <https://bit.ly/3vQBZAR>. 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 את הוויכוח של בני פורת ומרדכי קרמניצר פורת "המשפט העברי בישראל", לעיל ה"ש 137.

<sup>174</sup> ראו לעיל ה"ש 133.

<sup>175</sup> מרדכי קרמניצר "ההצעות לתיקון חוק יסודות המשפט: נזק ללא תועלת" פורת "המשפט העברי בישראל" 103 (2016) ("ההזמנה לשאוב מתחום זה, כמוה כהזמנה לשאוב השראה מחור שחור").

<sup>176</sup> פורת "עקרון ההשתתפות", לעיל ה"ש 148. תחום אחד מן המשפט הציבורי המוסדי שבו השתמשו שופטים שימושים מעניינים במקורות ההלכה במסגרת הנמקת פסק הדין הוא מינוקם והדחתם של נבחרי ועובדי ציבור שהוגש נגדם כתב אישום. ראו למשל עניין **תנועת אומ"ץ**, לעיל ה"ש 12, בפסק דינו של השופט סולברג; בג"ץ 232/16 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פס' 15–16 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 8.5.2016). תחום שבו טרם נעשה שימוש רב 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).