

## חצי יובל לפסק דין בנק המזרחי: שאון תופי המהפכה וקולו של הפיקולו – מורשתו החוקתית של השופט מישאל חשין\*

יואב דותן\*\*

בפסק הדין הידוע בעניין **בנק המזרחי נקבעה**, בדעת הרוב, הגישה המנחה את המשפט החוקתי בישראל. לפי גישה זו, חוקי היסוד שנקבעים על ידי הכנסת מהווים את "החוקה" של ישראל, ובהתאם לכך לבתי המשפט בישראל יש סמכות לפסול חקיקה רגילה של הכנסת שעומדת בניגוד לאמור בחוקי היסוד. מול גישת הרוב הוצגה עמדת המיעוט של השופט חשין. לפי גישתו, חוקי היסוד אינם חוקה, ואין להם מעמד נורמטיבי עליון בשיטה. אלא שבאמצעות חוקי היסוד הכנסת מוסמכת לכבול את הכנסות הבאות אחריה, כך שחקיקה מאוחרת יותר לא תוכל לסתור את האמור בחוקי היסוד אלא אם כן הכנסת המאוחרת קובעת מפורשות בחקיקה כי ברצונה לעשות כן.

גישתם של שופטי הרוב בפסק הדין התקבלה לכאורה ללא עוררין בפסיקת בתי המשפט כגישה החוקתית המקובלת, ואילו גישתו של חשין נותרה כדעת מיעוט שחשיבותה היסטורית או אקדמית גרידא. אולם הטענה המרכזית במאמר זה היא שהלכה למעשה ניתן להסביר חלק ניכר מההתפתחויות במשפט החוקתי שלנו בשלושת העשורים האחרונים באמצעות גישתו של חשין. גישה זו מתיישבת לטענתי עם פסיקה חשובה של בית המשפט העליון טוב יותר מאשר גישת הרוב. כדי להדגים את הטענה, אני דן בשלוש פרשות מרכזיות הנוגעות במעמדם של חוקי התקציב, בעקרון ההסדרים הראשוניים ובמעמדו של עקרון השוויון. המאמר מדגים כי בכל שלוש הפרשות גישתו החוקתית של חשין מספקת

---

\* "משלמדנו כי תרבות ה'לא ייעשה כן במקומנו' נחלשה, ואנו דלוננו עד-מאוד, האם לא ראוי היה כי המשפט ישמיע את קולו ברמה? כי קולו לא יהא אך כקולו של הפיקולו, ז'ך וטהור אך נבלע בהמולה?" דברי השופט חשין בבג"ץ 8192/04 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה**, פ"ד נט(3) 145, 177 (2004).

\*\* פרופסור, ראש הקתדרה למשפט ציבורי ע"ש גודמן, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

תשתית תיאורטית עקיבה יותר ביחס להכרעת בית המשפט מאשר גישת הרוב בעניין **בנק המזרחי**. בסיכום המאמר אני טוען כי גם בסוגיה החשובה של "התיקון החוקתי הלא-חוקתי", העומדת כיום לפתחו של בית המשפט, גישתו החוקתית של חשין מציעה פתרון חוקתי עקיב ומשכנע יותר מאשר העמדה שהתקבלה בבית המשפט.

מבוא

- פרק א: על חוקה, חוקתנות ומעמדו של הטקסט החוקתי
1. פרשת בנק המזרחי – הטקסט החוקתי ומה שמחוץ לו
  2. דעת הרוב ודעת המיעוט במבחן הזמן
- פרק ב: ניתוח יישומי של פסקי דין בולטים
1. פרשות התנועה המסורתית ויקותיאלי – המעמד החוקתי של חקיקת התקציב
  2. פרשת רובינשטיין ועקרון ההסדרים הראשוניים
  3. עקרון השוויון – פרשת התנועה לאיכות השלטון
- פרק ג: מבט לעתיד – התיקון החוקתי הלא-חוקתי  
סיכום

**מבוא**

מעטים יחלקו על העובדה שפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **בנק המזרחי** (להלן: פסק הדין) היווה ציון דרך במשפט החוקתי של מדינת ישראל.<sup>1</sup> גם אלה המטילים ספק בקביעת הנשיא ברק כי חוקי היסוד של שנת 1992, כפי שפורשו על ידי בית המשפט בפסק הדין, הפכו את ישראל ל"דמוקרטיה חוקתית"<sup>2</sup> לא יערערו על כך שפסק הדין התחיל עידן חדש במשפט הפוזיטיבי, כמו גם בשיח התיאורטי הנוגע במשפט החוקתי בישראל. עם זאת, פסק הדין סימן במידה רבה את תחילתו של הוויכוח על ה"חוקתיזציה" של ישראל, ולא את סופו. הטענות הארוכים והמורכבים של השופטים השונים בפסק הדין העלו שאלות חדשות וקושיות סבוכות במשפט החוקתי שלנו יותר משהשיבו עליהן. פסקי הדין הרבים שניתנו במהלך שני העשורים האחרונים על ידי בית המשפט העליון ענו בחלקם על חלק מן השאלות הללו, אך לעיתים רק הגבירו את חוסר הבהירות וחוסר הלכידות של המשפט החוקתי שלנו. ככל שהדברים

1 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין **בנק המזרחי**).

2 שם, בעמ' 352.

אמורים לגבי המחקר האקדמי, דומה שהוויכוח בשאלות היסוד שבהן עסק פסק הדין עודנו שריר וקיים. שאלות רבות – כגון אם יש לישראל חוקה; ואם כן, מהי חוקה זו ומהם תכניה; מהן הדרכים ליישם אותה, לחרוג ממנה או לשנותה; ומהי חלוקת העבודה בין ה"שחקנים" השונים הפועלים בזירה החוקתית – נותרו במידה רבה ללא מענה או שאין לגביהן, גם כיום, תשובה ברורה ומוסכמת.

מטרתי ברשימה זו אינה לנסות לענות על שאלות נכבדות אלו, אלא היא צנועה הרבה יותר. בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי** הוצגו שתי עמדות עקרוניות, שחלקן זו על זו, בשאלות היסוד של החוקה בישראל. האחת, דעת הרוב, הייתה כי החל במועד שבו התקבלו חוקי היסוד של שנת 1992 (או למצער החל במועד מתן פסק הדין) קיימת בישראל חוקה, שתכניה מעוגנים בחוקי היסוד, ואשר מכילה, לפחות באופן עקרוני או בקירוב, את הפרמטרים המקובלים של חוקה פורמלית, כמקובל ברוב שיטות המשפט בעולם.<sup>3</sup> העמדה האחרת, דעת המיעוט של השופט מישאל חשין, הייתה כי חוקי היסוד, לרבות אלה שנחקקו בשנת 1992, אינם מהווים חוקה שיש לה עליונות נורמטיבית על החקיקה הרגילה של הכנסת. מכאן שגם לאחר 1992 אין לישראל חוקה פורמלית.<sup>4</sup> השופט חשין לא הסתפק בשלילת עמדת הרוב לגבי מעמדם החוקתי של חוקי היסוד, אלא הציג תזה חלופית ומקיפה משלו לגבי אופייה של החוקה בישראל. ברשימה זו ברצוני לטעון כי אף שלכאורה המחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט בעניין **בנק המזרחי** הוכרעה באופן ברור, בפועל, עשרים וחמש שנה לאחר מתן פסק הדין, התזה החוקתית של השופט חשין עודנה חיה וקיימת. לכאורה, למן פרשת **בנק המזרחי** אימץ בית המשפט את התפיסה הדואליסטית, שלפיה קיימים בשיטת המשפט שלנו שני רבדים נורמטיביים עיקריים: האחד חוקתי, הכולל את חוקי היסוד; והאחר סטטוטורי, הכולל את החקיקה הרגילה של הכנסת, ואשר מצוי במעמד נורמטיבי נמוך יותר וכפוף לרובד החוקתי. אולם הלכה למעשה, כך אטען, דווקא גישתו של השופט חשין יכולה להסביר באופן בהיר ועקיב יותר את הפסיקה שהתקבלה במהלך שני העשורים האחרונים בכמה מקרים מרכזיים שבמסגרתם דן בית המשפט בשאלות חוקתיות חשובות.

בטרם אכנס לעובי הקורה מן הראוי שאקדים ואבהיר את מעמדו המתודולוגי של הטיעון שאציג להלן. המציאות החוקתית בישראל, כידוע, מורכבת ביותר. זאת, בראש ובראשונה, משום שאין לנו חוקה פורמלית מוצהרת ואחודה שהתקבלה בהליך מיוחד.

3 שם, בעמ' 447. העמדה שהתקבלה לכאורה על ידי רוב השופטים הוצגה על ידי הנשיא אהרן ברק בפס' 108 לפסק דינו. אפשר להתפלפל ולהטיל ספק במעמדה של עמדה זו כעמדת רוב, לנוכח העובדה שכל הדיון החוקתי בפסק הדין היה אמרת אגב, שכן בפועל בית המשפט לא פסל את החוק שחוקתיותו הועמדה לדיון. ראו רות גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21, 26–27 (1997). ניתן גם לטעון כי לפחות במישור הטכני נקבע בפסקת הסיכום של פסק הדין כי ההחלטה היא "כאמור בפסק-דינו של הנשיא שמגר", שעמדתו הייתה שונה בעניינים רבים מזו של הנשיא ברק (עניין **בנק המזרחי**, שם, בעמ' 588). ראו רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטטי של חוקת הכלאיים הישראלית" **עיוני משפט** לח 501, 513–514 (2016).

4 ראו עניין **בנק המזרחי**, שם, בעמ' 473–476.

המצע החוקתי שלנו מורכב ממקטעים בדידים, שכל אחד מהם נחקק בשלב אחר, והמסגרת הכללית שבה התקבלו חוקי היסוד השונים אינה ברורה ואינה אחידה. מה שחשוב אף יותר הוא שאין במצע זה התייחסות לשורה ארוכה של מרכיבים שמקובל לראותם כמרכזיים בחוקות, כגון ההליכים לשינוי או לתיקון של החוקה, עקרון השוויון, הזכויות הפוליטיות ועוד. במצב דברים זה אין פלא שקשה למצוא עקיבות אנליטית בהתפתחות הפסיקה בתחום החוקתי, כמו גם שהחוקרים השונים ואפילו השופטים עצמם מצביעים על חוסר העקיבות, הסתירות הפנימיות ואי־הבהירות שבפסקי הדין השונים.<sup>5</sup> במצב דברים זה אך טבעי הוא שיש תיאוריות שונות ומתחרות, שבכוחה של כל אחת מהן לתת תשובה לחלק מן התמונה הכוללת של ההתפתחויות החוקתיות אצלנו, אולם אף לא אחת מהן מצליחה לספק הסבר מלא ולכיר שיקף את כל ההתפתחויות הללו וייתן מענה עקיב ושלם לכל השאלות והמצבים שנדונו בפסיקה.<sup>6</sup> אין מטרתי ברשימה זו להצביע על החסרים, הסתירות הפנימיות והקשיים ביישום התיאוריה הדואליסטית שאימצה דעת הרוב בעניין **בנק המזרחי**, משום שמלאכה זו כבר נעשתה בכתיבה האקדמית הענפה בנושא.<sup>7</sup> אין בכונתי גם לטעון כי התיאוריה החוקתית שהציג השופט חשין נותנת הסבר מלא לכל ההתפתחויות החוקתיות למן פסק הדין. הטיעון שיוצג כאן מוגבל הרבה יותר וצנוע במטרותיו. בכונתי להראות כי אף שהתזה החוקתית של חשין נדחתה לכאורה על ידי דעת הרוב, הלכה למעשה היא חיה וקיימת כחלופה ממשית לקו המנחה לכאורה את הרטוריקה הפסיקתית. במילים אחרות, אם נשקיף על חלק מההתפתחויות המרכזיות בפסיקה מבעד לפריזמה של התיאוריה ה"חשינית", נוכל להבינן ולהסבירן באופן בהיר ועקיב הרבה יותר מאשר אם ננסה לכפות עליהן, הר כגיגית, את התיאוריה הדואליסטית של דעת הרוב בעניין **בנק המזרחי**.

5 ראו, למשל, בג"ץ 4908/10 **בריאון נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד(3) 275, פס' 11–15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2011), שם בית המשפט מתלבט בשאלה מהו המבחן הראוי לזיהוי של חוק יסוד; אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי־יסוד" **ספר ברנזון** כרך שני – בְּנֵי סֶפֶרָה 119, 140–142 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000), הדין באותה שאלה; אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א – עקרונות יסוד 78–92 (מהדורה שישית, 2005), שם הכותבים מתלבטים בשאלה מהו המבחן שלפיו יש לקבוע אם לכנסת מוקנית סמכות מכוננת.

6 ראו את ניתוחה המקיף של וייל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 505–508, הטוענת כי קיימות ארבע תיאוריות מתחרות לגבי מהות החוקתיות בשיטת המשפט שלנו: תיאוריית הריבונות המוגבלת של המחוקק; תיאוריית האופן והצורה, המכירה ביכולת של כבילה עצמית חלקית של המחוקק; התיאוריה הדואליסטית של מודל ריבונות העם; והתיאוריה היסודנית, המבוססת על ערכים חוקתיים. וייל טוענת כי לכל אחת מהתיאוריות הללו ניתן למצוא תימוכין, אך גם ראיות לסתור, בפסיקה החוקתית של שני העשורים האחרונים.

7 ראו, למשל, שם, בעמ' 542–544; גביוון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 120–122; גרעון ספיר **המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד** 84–85 (2010). אני עצמי הייתי שותף לביקורת על התיאוריה של הרוב. ראו יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח 149 (1997) (להלן: דותן "חוקה למדינת ישראל?").

מבנה הרשימה יהא אפוא כדלהלן: תחילה אציג הקדמה תיאורטית קצרה לשאלה שהיא לדעתי השאלה העיקרית שבה התגלעה המחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט בעניין **בנק המזרחי**, והיא מעמדו ומרכזיותו של הטקסט החוקתי אצלנו. לאחר מכן אנתח את העמדות הנוגדות של דעת הרוב ודעת המיעוט בשאלה זו. אדון בכמה פרשות מרכזיות שבהן נדרש בית המשפט להכריע בסוגיות חוקתיות חשובות, והן פרשת **התנועה המסורתית**,<sup>8</sup> פרשת **יקותיאלי**,<sup>9</sup> פרשת **רובינשטיין**<sup>10</sup> ופרשת **התנועה לאיכות השלטון**.<sup>11</sup> אנסה להראות כי בארבעתן, למרות מחויבותו המוצהרת לתיאוריה החוקתית של דעת הרוב, יישם בית המשפט, הלכה למעשה, תפיסה חוקתית שתאמה יותר את דעת המיעוט של השופט חשין בפרשת **בנק המזרחי**. לאחר מכן אבחן, זו מול זו, את גישת הרוב ואת עמדת חשין ביחס לסוגיה החוקתית האקטואלית של התיקון החוקתי הלא-חוקתי, ואטען כי גם ביחס לסוגיה זו, שעשויה לעמוד במרכז סדר היום החוקתי שלנו בשנים הקרובות, גישתו של חשין מציעה דרך לכידה יותר מהגישה שאימץ בית המשפט. לסיום יובא ניתוח מסכם קצר של המסקנות.

## פרק א: על חוקה, חוקתנות ומעמדו של הטקסט החוקתי

כל מי שמציג טיעון חוקתי ובוודאי מי שמחזיק בתיאוריה חוקתית – יהא זה שופט, מחוקק, פוליטיקאי או משפטן – חייב לגבש עמדה בשאלה מרכזית אחת, והיא מעמדו של הטקסט החוקתי והיחס בינו לבין עקרונות יסודי מִטְ-טקסטואליים. בניגוד לענפים אחרים של המשפט, שבהם, לפחות באופן עקרוני, ניתן לטעון טיעונים משפטיים שמבוססים אך ורק על טקסט משפטי נתון (בהנחה, כמובן, שהטקסט הזה בהיר, מפורט די הצורך והחלטי), בתחום המשפט החוקתי כל טיעון מבוסס תמיד על התייחסות גומלין בין רכיבים טקסטואליים לרכיבים מִטְ-טקסטואליים. אף אם נניח שיטת משפט דמונית שבה קיימת חוקה שלמה, אחודה ומפורטת לפרטי פרטים, המתיימרים לתת מענה לכל מצב אפשרי, גם חוקה כזו תיזקק, לכל הפחות, לעיקרון מִטְ-טקסטואלי אחד שעליו יבוסס כלל הזיהוי שלה.<sup>12</sup> אלא שבמציאות תפקידם של עקרונות מִטְ-טקסטואליים בדיון החוקתי רחב הרבה יותר. גם בשיטות שבהן יש חוקה מוסכמת,

8 בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337 (1999).

9 בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142 (2010).

10 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).

11 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון).

12 ראו גביוון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 53; ווייל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 521.

מוצהרת, אחודה ומפורטת שמור עדיין מקום של כבוד לעקרונות יסוד מִטְ-טקסטואליים, שהם הבסיס לפיתוח הסביבה המוסדית והפוליטית שבה החוקה מתפתחת.<sup>13</sup> מה שנכון לשיטות משפט ולעמדות של שופטים נכון בוודאי, ואולי אף ביתר שאת, לעמדות של תיאורטיקאים חוקתיים. יש תיאוריות חוקתיות המציבות במרכז את הטקסט החוקתי. דוגמה טובה לתיאוריה כזו היא התיאוריה החוקתית האורגינליסטית, שלפיה על הפרשן החוקתי לשאוף להסתמך תמיד, בראש ובראשונה (ואולי אך ורק), על הטקסט החוקתי ועל הכוונה המקורית (או הערכים המקוריים) של מכוני החוקה.<sup>14</sup> דוגמה נגדית של תיאוריה מִטְ-טקסטואלית מובהקת היא תיאוריית ההליך של Ely, שעל פיה יש לפרש תמיד את המנדט החוקתי של בית המשפט לאור התפקיד האינהרנטי שלו בשיטה הדמוקרטית להבטחת קיומם של ההליכים הדמוקרטיים ולהגנה על חירויות הפרט, במיוחד של המיעוט.<sup>15</sup> שתי הדוגמאות הללו מייצגות את שני הקצוות של הקשת, וביניהן יש מנעד רחב של תיאוריות חוקתיות המשלבות טיעונים טקסטואליים עם עקרונות מִטְ-טקסטואליים.

המתח בין השאיפה להציב במרכז את הטקסט החוקתי לבין מעמדם של עקרונות יסוד מִטְ-טקסטואליים קיים בכל השיטות החוקתיות, לרבות אלה שבהן אין מחלוקת עקרונית לגבי זיהויו של הטקסט החוקתי ותוכנו, ולגבי מעמדו המרכזי של אותו טקסט בהווה החוקתית. כך, למשל, התיאוריות החוקתיות המנוגדות כל כך שהוזכרו לעיל פותחו שתייהן על ידי תיאורטיקאים של המשפט החוקתי האמריקני, וביחס לאותה חוקה עצמה. עם זאת, ברור שלאופיו ולתכניו של הטקסט החוקתי, כמו גם להיסטוריה של פיתוחו בשיטת משפט נתונה, עשויה להיות השפעה מכרעת על מרכזיותו ומעמדו באותה שיטת משפט. דהיינו, ככל שהטקסט החוקתי ברור, מוצהר ומפורט יותר, ככל ש"האתוס ההיסטורי" הכרוך בקבלתו נהנה מתמיכה קונסנזואלית חזקה יותר וככל שהליך כינונו זכה בהסכמה חברתית עמוקה יותר, כן תגבר אי-נכונותו של הפרשן לחרוג ממנו לטיעונים המבוססים על עקרונות מִטְ-טקסטואליים.<sup>16</sup> לעומת זאת, ככל שהטקסט החוקתי דל וחסר יותר, וככל שאין הסכמה חברתית רחבה באשר לנסיבות קבלתו ובאשר

13 ראו, למשל, Herbert M. Kritzer & Mark J. Richards, *Jurisprudential Regimes and Supreme Court Decisionmaking: The Lemon Regime and Establishment Clause Cases*, 37 LAW & SOC'Y REV. 827 (2003).

14 ראו, למשל, Henry Paul Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 COLUM. L. REV. 723, 725-27 (1988); ROBERT H. BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW* 143-160 (1990); ANTONIN SCALIA, *A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW* (Amy Gutmann ed. 1997).

15 ראו JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980).

16 ראו דותן "חוקה למדינת ישראל?", לעיל ה"ש 7, בעמ' 179-180. על רקע זה ניתן להבין מדוע התיאוריה המוניסטית של ELY, שם, למרות כוח המשיכה התיאורטי החזק שלה, עוררה ביקורת נוקבת, ולא התקבלה ככלל על ידי בתי המשפט האמריקניים. ראו, למשל, Bruce A. Ackerman, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 YALE L.J. 1013 (1984).

ללגיטימיות של ההליכים שקדמו לכך, כן מעמדם של העקרונות הכלליים, המִטָּה-טקסטואליים, בהליך הפרשנות החוקתית צפוי לגבור. מבחינה זו אין ספק שהשיטה החוקתית שלנו נמצאת בקצה הקשת עם אותן שיטות משפט שבהן הטקסט החוקתי דל יחסית, ומעמד קבלתו – מבחינת ההסכמה הפוליטית והתהליכים ההיסטוריים שקדמו לו – רחוק מאוד מאותו "מעמד הר סיני", קרי, מאותו "רגע חוקתי" חגיגי שבו חוקה אמורה לבוא לעולם.<sup>17</sup> על רקע זה נבחן כעת את עמדות הרוב והמיעוט בפרשת **בנק המזרחי**.

### 1. פרשת בנק המזרחי – הטקסט החוקתי ומה שמחוץ לו

עד שנת 1992 לא הייתה כמעט מחלוקת על כך שלישראל אין חוקה פורמלית,<sup>18</sup> כלומר, שלא קיים אצלנו מסמך כתוב (או רובד של מסמכים) שמזוהה כנורמה עליונה ואשר כולל את המרכיבים התוכניים המרכזיים בחוקות, לרבות עיקרי שיטת המשטר, חלוקת הסמכויות בין הרשויות והמוסדות השונים, ובדרך כלל גם מגילת זכויות אזרח. אומנם, משנת 1965 ואילך קיבלה הכנסת, כידוע, שורה של חוקי יסוד שעסקו, רובם ככולם, בהגדרת תפקידיהן וסמכויותיהן של רשויות שונות, ובראשן הכנסת (חוק-יסוד: הכנסת משנת 1965), הממשלה (חוק-יסוד: הממשלה משנת 1968) והרשות השופטת (חוק-יסוד: השפיטה משנת 1984). אולם למעט סעיפים ספורים בהם, חוקים אלו (כמו גם חוקי יסוד אחרים) לא שוריינו על ידי הכנסת מפני שינויים ברוב רגיל בבית המחוקקים.<sup>19</sup> זאת ועוד, אומנם כבר בשנת 1969, בהלכת **ברגמן** הידועה, נתן בית המשפט העליון תוקף להוראת השריון של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, בכך שפסל חוק שסתר הוראה זו לא ברוב הנדרש.<sup>20</sup> אולם אותו בית משפט דחה בשתי ידיים, במהלך שנות השבעים והשמונים, כל ניסיון להסיק מהלכה זו עליונות חוקתית אינהרנטית של חוקי היסוד על חקיקה רגילה.<sup>21</sup>

17 ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 474–475 (דברי השופט חשין).

18 לצורך הדיון כאן אני יכול לעשות שימוש בהגדרת העבודה של ווייל שלפיה חוקה פורמלית מצריכה שלושה תנאים: זיהוי, עליונות וכבילה או נוקשות. ראו ווייל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 510. חוקה פורמלית נבדלת מחוקה "מהותית" או "בלתי כתובה", שמשמעותה אוסף של נורמות, החלטות ועקרונות הקובעים את כללי השלטון. ראו שם, בעמ' 509; גביוון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 38.

19 הסעיפים היחידים ששוריינו היו ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת, שקובע את אופיים היחסי והשוויוני של הבחירות לכנסת, וכן ס' 42 לחוק-יסוד: הממשלה (בנוסחו המקורי), שקבע כי אין לשנות או להפקיע את סעיפי החוק באמצעות תקנות שעת חירום אלא ברוב של חברי הכנסת.

20 בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969).

21 בג"ץ 148/73 **קניאל נ' שר המשפטים**, פ"ד כז(1) 794 (1973); ע"פ 107/73 **"נגב" – תחנת שירות לאוטומוביל בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(1) 640 (1974); בג"ץ 60/77 **רסלר נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת**, פ"ד לא(2) 556, 560 (1977). ראו דותן "חוקה למדינת ישראל?", לעיל ה"ש 7, בעמ' 167–168; גביוון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 90–91; אך השווה Claude Klein, *A New Era* in Israel's Constitutional Law, 6 ISR. L. REV. 376 (1971).

במובן זה, עמדת רוב השופטים בפרשת **בנק המזרחי** היוותה ללא ספק חידוש חוקתי מרעיש ומרחיק לכת. בית המשפט קבע, בפעם הראשונה, כי עם קבלתם של חוקי היסוד של שנת 1992 יש מקום להכיר בכך שלכנסת יש סמכות חוקתית של כינון (כלומר, יצירה ותיקון של חוקה), וכי סמכות זו באה לידי ביטוי באמצעות חקיקת חוקי היסוד. בד בבד, ובהתאם, קבע בית המשפט כי לרשות השופטת יש סמכות לפסול חוקים רגילים של הכנסת אם הם עומדים בניגוד להוראות החוקתיות של חוקי היסוד. עם זאת, למרות אורכו המופלג (ובמידה מסוימת אולי בגללו), השאיר פסק הדין שובל ארוך של שאלות פתוחות, אי-בהירויות וסתירות פנימיות, אשר לא פשוט ליישבן. ראשית, לא הייתה הסכמה בין השופטים בשאלת מקורה, היקפה ומשמעויותיה של סמכות הכינון. העמדה שזכתה בהקשר זה במרבית התמיכה הייתה זו של הנשיא ברק, ולפיה סמכות הכינון של הכנסת נובעת מ"ירושתה" של סמכות הכינון המקורית של הכנסת הראשונה, אשר נבחרה כידוע כאספה מכווננת.<sup>22</sup> לעומת זאת, הנשיא (בדימוס) שמגר השתית את סמכות הכינון של הכנסת על התיאוריה של "הריבונות הבלתי-מוגבלת" של הכנסת, המאפשרת לה לכבול את כוחה שלה באמצעות חוקי יסוד.<sup>23</sup> שנית, מפסק הדין לא היה ברור מה המשמעות של הכרה בסמכות הכינון שמכוחה נחקקו חוקי היסוד לגבי מעמדם הנורמטיבי ביחס לחקיקה רגילה. זאת, משום שבעניין **בנק המזרחי** גרס הנשיא ברק כי העליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד על חקיקה רגילה – במובן זה שאסור לכנסת לחוקק בחוק רגיל הוראה הסותרת חוק יסוד – היא רק לגבי חוקי יסוד משוריינים.<sup>24</sup> אולם בשורה של הלכות מאוחרות יותר שינה בית המשפט את עמדתו בעניין זה, והכיר בעליונות הנורמטיבית של כל חוקי היסוד.<sup>25</sup> שלישית, מפסק הדין לא היה אפשר להבין בבירור מהו כלל הזיהוי הבסיסי של אותן נורמות הנכללות בחוקה, כלומר, מהו המבחן שלפיו ייקבע אם חוק מסוים הוא חוק יסוד (למעשה, שאלה זו לא זכתה בתשובה חותכת עד עצם היום הזה).<sup>26</sup> נוסף על כך, בית המשפט גם הותיר בערפל את המשמעות של

22 ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, פס' 108 לפסק דינו של הנשיא ברק. אליו הצטרפו השופט דב לוי, פס' 28 לפסק דינו; השופט זמיר, פס' 5 לפסק דינו; השופט מצא, בפתיח לפסק דינו; וכנראה גם השופט גולדברג, פס' 1 לפסק דינו.

23 שם, בעמ' 287. למחלוקת בין שמגר לברק לגבי מקורה של סמכות הכינון יש השלכות חשובות הן על היקפה של סמכות הכינון, הן על מעמדה של חקיקה הסותרת אותה והתנאים שבהם הכנסת יכולה להחריג את חוקיה ביחס לחוקי היסוד, והן על שאלות חוקתיות אחרות. ראו ווייל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 515 ואילך, ובמיוחד בעמ' 519–522.

24 ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 408–409.

25 ראו בג"ץ 3434/96 **הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נ(3) 57 (1996); בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(1) 750 (2003) (עניין חרות); ע"ב 92/03 **מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(3) 793 (2003). ראו גם אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" **משפט וממשל** 305 ו 306–307 (2003); ווייל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 535.

26 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 92–98; ווייל, שם, בעמ' 252; עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 5, פס' 10–17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.



מונחי יסוד מרכזיים בשיטה החוקתית החדשה, לרבות המשמעות של "שריון" חקיקה (והבחנה בהקשר זה בין כבילה הנעשית בחקיקת יסוד לבין כבילה הנעשית בחקיקה רגילה), ההבחנה בין "שינוי" חוקתי (קרי, שינוי של חוק יסוד) לבין "פגיעה" של חוק רגיל בחוק יסוד או סתירה ביניהם, ועוד ועוד.<sup>27</sup> על כל אלה נוסף הקושי הנכר ליישב את התיאוריה החוקתית החדשה עם ההיסטוריה והמסורת החוקתיות שקדמו לפסק הדין, כמו גם עם התודעה הציבורית ועם ההיסטוריה של חקיקת חוקי היסוד של 1992 עצמם.<sup>28</sup>

אולם, למרות הקשיים, אי-הבהירויות, הסתירות הפנימיות והביקורות על העמדה החוקתית של דעת הרוב בפסק דין **בנק המזרחי**, אי-אפשר להתעלם מהעובדה שעמדה זו ביטאה הכרעה ברורה בשאלה מרכזית אחת, והיא קיומה של חוקה טקסטואלית המעוגנת בחוקי היסוד. כלומר, בעוד שלפני פסק הדין היה אפשר לטעון כי יש לנו חוקה "מטריאלית", המורכבת מאוסף של טקסטים (חוקי יסוד, חוקים ופסקי דין) ועקרונות כלליים שהטקסטים הללו מביאים לידי ביטוי אף שאין לישראל חוקה פורמלית, לאחר מתן פסק הדין נהפכה הקערה, במובן זה שמאותו רגע ואילך, לפחות אליבא דרוב שופטי בית המשפט העליון, לישראל יש חוקה פורמלית. כדברי הנשיא ברק, נהפכנו ל"דמוקרטיה חוקתית".

להכרעה האמורה של בית המשפט יש כמובן השלכות מרחיקות לכת על מעמדן של כל שלוש הרשויות ועל היחסים ביניהן. היא מעצימה במידה רבה את כוחו של בית המשפט כגורם שבסמכותו לפסול דברי חקיקה של הכנסת, אך גם את כוחה של הכנסת, כרשות מכוונת.<sup>29</sup> אולם להכרעה זו יש גם השלכות מרחיקות לכת על **המתודולוגיה** של הדיון החוקתי, שהיא העניין הנדון כאן. הכרעה זו קובעת כי החוקה של מדינת ישראל היא חוקה פורמלית, ובכך היא שמה במרכז הדיון החוקתי את הטקסט. במילים אחרות, בעוד במצב דברים שבו אין לנו חוקה פורמלית מעמדו של הטקסט החוקתי אינו ברור ומוסכם, וגם היחסים בינו לבין עקרונות חיצוניים לו אינם מוגדרים (בין היתר משום שלא תמיד ברור מהו הטקסט החוקתי), במצב שבו קיימת חוקה פורמלית מוכרת הטקסט החוקתי חייב לעמוד במרכזו של כל ניתוח וכל דיון חוקתי. הוא חייב להיות, למצער, נקודת המוצא לניתוחו של הפרשן החוקתי (אם לא העוגן המרכזי ואפילו הבלעדי של ניתוחו). הפרשן או השופט אינם יכולים עוד להצהיר על קיומם של "עקרונות" חוקתיים מופשטים, רק על סמך ניתוח מבני, ערכי או היסטורי-התפתחותי שאין לו עיגון בטקסט (או גרוע מכך – שהטקסט החוקתי סותר אותו במפורש). במילים אחרות, אחת התוצאות של אימוץ גישה חוקתית טקסטואלית היא שהפרשן אינו יכול

27 ראו רובינשטיין ומדינה, שם, בעמ' 82–86, 98–108 ו-110–118.

28 ראו ווייל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 544–548; דותן "חוקה למדינת ישראל?", לעיל ה"ש 7, בעמ' 166–168. ראו גם יהודית קרפ "חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א 323, 375 (1993).

29 ראו בג"ץ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, פ"ד נ(3) 485, פס' 2 לפסק דינו של השופט זמיר (1996); דותן "חוקה למדינת ישראל?", לעיל ה"ש 7, בעמ' 202.

עוד להתייחס באופן שווה לחומרים הנמצאים בטקסט המוכר כחוקה ולא להנמיך את מעמדה של טקסט מסוים מחוץ לו או להיות שווה נפש להבדל בין השניים. להכרה במעמדו של טקסט מסוים כחוקה יש השלכות לגבי התכנים הנכללים בטקסט, וגם לגבי מה שאינו נכלל בו. מרגע שאומצה חוקה "פורמלית" הפרשן אינו יכול עוד "ללכת עם ולהרגיש בלי" טקסט חוקתי. במובן זה, אימוצה של חוקה כתובה הוא מהלך שמרחיב את סמכויותיה של הרשות השופטת, מחד גיסא, אך עשוי גם להגביל את מרחב הפעולה שלה, מאידך גיסא. אומנם, אין פירוש הדבר שעם קבלתה של חוקה פורמלית אין כל תפקיד לערכים שאינם מעוגנים באופן מפורש בטקסט, שהרי כבר הצבעתי על העובדה שבכל שיטה חוקתית קיימים ערכים מסוימים שאינם יכולים להיות מבוססים על הטקסט עצמו.<sup>30</sup> זאת ועוד, טקסטים חוקתיים כוללים לא פעם הפניות לערכים שהם "חיצוניים" לטקסט (כגון ההפניה בסעיפי המטרה של חוקי הזכויות ל"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית").<sup>31</sup> אולם ברי שעם קבלתו של טקסט פורמלי כבסיס לביקורת השיפוטית החוקתית, הפרשן החוקתי אינו חופשי עוד לבור לו כאוות נפשו "עקרונות יסוד" שאין להם עיגון בטקסט (או שהעיגון שלהם עקיף או קלוש) ולהתייחס אליהם כשווי מעמד לקביעות מפורשות המופיעות בטקסט עצמו, שאם לא כן קשה להבין מה הרבותא בקבלת טקסט חוקתי כזה. כלומר, טענתי היא שככל שאנו מייחסים מעמד מרכזי יותר לטקסט חוקתי פורמלי – כפי שעשתה דעת הרוב בעניין **בנק המזרחי** – כן מצטמצמת **בהכרח** האפשרות לייחס חשיבות מרכזית לעקרונות מִטְ-טקסטואליים (לפחות כאלה שאין להם עיגון ממשי בטקסט החוקתי) ולהשתית עליהם את הביקורת השיפוטית.

לעובדה זו הייתה כמובן השלכה על המתודולוגיה של לא מעט מפסקי הדין שניתנו לאחר **בנק המזרחי**, וניכר בהם מאמץ של בית המשפט לעגן את הניתוח החוקתי בטקסט של חוקי היסוד, לפחות כנקודת מוצא. עם זאת, כפי שנראה להלן, בית המשפט לא נחל הצלחה רבה בהפגנת עקיבות אנליטית או פרשנית בהקשר זה. אך קודם שאכנס לדיון בנושא, אציג את הגישה האחרת, דעת המיעוט בעניין **בנק המזרחי**, היא דעתו של השופט חשין.

חשין היה היחיד מבין השופטים שישבו לדין בפרשת **בנק המזרחי** אשר שלל את התיאוריה של סמכותה החוקתית של הכנסת. שלילה זו התייחסה הן לטיעון שלכנסת יש ריבונות בלתי מוגבלת, שאותו דחה חשין על קרבו וכרעיו כנוגד את העיקרון

30 ראו את הדיון ליד ה"ש 12 לעיל. בהתאם, אין להבין מן הנאמר כאן כי לשיטתו של הנשיא ברק, שכתב את דעת הרוב בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, אין שום תפקיד לעקרונות חוקתיים שאינם מעוגנים ישירות בטקסט במסגרת הניתוח החוקתי. אלא לשיטתו על הפרשן לעשות כל מאמץ לעגן עקרונות אלו במסגרת של הטקסט החוקתי, והפנייה לעקרונות מִטְ-טקסטואליים תיעשה רק במקרים חריגים ביותר – למשל, במקרים שבהם חוק או חוק יסוד פוגעים בליבת הדמוקרטיה. ראו, למשל, פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 11, פס' 73–74 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 4676/94 **מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל**, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996).

31 ראו ס' 1 (וס' א1) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המפנה ל"עקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"; וכן, בהתאמה, ס' 1 (וס' 2) לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

הדמוקרטי<sup>32</sup>, והן לטיעון לגבי סמכותה המכוננת של הכנסת (מה שהוא מכנה "תורת שני הכתרים"), שאותו דחה בהסתמך על ניתוח היסטורי מפורט, המובא בפסק דינו, ועל נימוקים עקרוניים נוספים.<sup>33</sup> חשין לא הסתפק בשלילת התיאוריה החוקתית של דעת הרוב, אלא הציג בפסק הדין, באופן מעמיק ומפורט, תיאוריה חלופית – תיאוריה של חוקה מטריאלית. תיאוריה זו מבוססת על ההכרה בכוחה של הכנסת לכבול את עצמה – בגבולות העיקרון הדמוקרטי – במסגרת סמכותה האינהרנטית לקבוע לעצמה מגבלות של "אופן וצורה", כלומר, מגבלות הנוגעות באופן ההתארגנות שלה ובסדרי פעולתה כמחוקק הדמוקרטי הנבחר.<sup>34</sup> אולם לצד ניתוח הפן הארגוני וההליכי בפעולת הכנסת – כבסיס להכרה באפשרות הכבילה של חוקי הכנסת, מחד גיסא, ובמגבלותיו של כוח הכבילה הזה, מאידך גיסא – הקדיש חשין מקום נרחב בפסק דינו לדיון בעקרונות מִטְ-טקסטואליים המהווים חלק מהחוקה המטריאלית של ישראל.<sup>35</sup>

מעמדו של חשין נובע, מצד אחד, שלכנסת שמור הכוח לכבול את עצמה באופן שיחייב את הכנסות שלאחריה לקיים את הדרישות שקבעה הכנסת הכובלת (וגם יאפשר לבית המשפט לאכוף את הכבילה). זאת, בכפוף למגבלה שהכבילה אינה יכולה להתייחס לרוב מיוחד של יותר משישים ואחד חברי כנסת, בשל העיקרון הדמוקרטי.<sup>36</sup> כמו כן, כבילה זו אינה מעניקה לשיטתו עליונות חוקתית, אלא רק מהווה ביטוי לרצונה של הכנסת – רצון שהכנסות הבאות אחריה יכולות לבחור לא לקיימו, אך בתנאי שיעשו זאת באופן מפורש.<sup>37</sup> מצד אחר, חשין מדגיש את חשיבותם של עקרונות היסוד של השיטה החוקתית – ובראשם העיקרון הדמוקרטי – בהליך הבחינה החוקתית.<sup>38</sup>

התזה של חשין היא אפוא תזה חוקתית "מוניסטית" מובהקת, שבמרכזה התפיסה של דמוקרטיה כדרגה אחת (one-track democracy). גישתו מייחסת אומנם משקל לעמדתו של המחוקק הקודם באשר לאפשרות ליצירת כבילה (מוגבלת), אך משמרת בקנאות את כוחו של המחוקק העכשווי להתנער ממגבלות שהוטלו עליו על ידי "כבילות" בחקיקה קודמת, בתנאי שיעשה זאת במפורש. בד בבד, המוניזם של הגישה הזו בא לידי ביטוי

32 ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, פס' 47 ו-67 לפסק דינו של השופט חשין.

33 ראו שם, פס' 24 ואילך, 35 ואילך ו-49 ואילך לפסק דינו של השופט חשין.

34 ראו שם, פס' 82-101 לפסק דינו של השופט חשין. ראו גם ווייל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 528-530; דותן "חוקה למדינת ישראל?", לעיל ה"ש 7, בעמ' 173-174.

35 ראו עניין **בנק המזרחי**, שם, פס' 87 ואילך, ובמיוחד פס' 101 לפסק דינו של השופט חשין.

36 שם, פס' 96-101 לפסק דינו של השופט חשין.

37 שם, פס' 85 ו-126 לפסק דינו של השופט חשין.

38 כאן המקום לדייק ולציין כי אין זהות בין שני סוגי המגבלות שחשין קובע כי הכנסת כפופה להם, ובצדק ווייל מבחינה בין תיאוריית "האופן והצורה" לבין מגבלות מִטְ-טקסטואליות הנובעות מעקרונות הדמוקרטיה. ראו ווייל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 528 ואילך לגבי "אופן וצורה" ובעמ' 553 ואילך לגבי התיאוריה של כפיפות המחוקק לערכי-על מהותיים, שאותה היא מכנה התיאוריה היסודית. עם זאת, מה שמשותף לשני סוגי המגבלות הללו, וחשוב לדיון כאן, הוא ששניהם מבוססים על עקרונות מִטְ-טקסטואליים, קרי, כאלה שאינם מעוגנים בהכרח – וגם אינם מצריכים עיגון – בטקסט חוקתי פורמלי.

בכך שהיא אינה מכירה בכך שבין החקיקה הרגילה לבין העקרונות החוקתיים המגבילים אותה קיים רובד טקסטואלי חוקתי ש"מתווך" את בחינת ההתאמה של החקיקה למסגרת החוקתית-הערכית הזו. להשקפתו, סמכותו של המחוקק נבחנת על ידי בית המשפט באופן ישיר בהתאמה לאותם עקרונות יסוד שבית המשפט גוזר ממהותה של הדמוקרטיה וממהותם של המוסדות השונים הפועלים במסגרת הדמוקרטיה. המשמעות המעשית של גישה זו היא שמחד גיסא, לכנסת יש סמכות לחוקק חוק רגיל שיעמוד בסתירה להוראה בחוק יסוד, בתנאי שהחוק הרגיל קובע מפורשות כי בכוונתו לסתור את הוראת חוק היסוד; ומאידך גיסא, לבית המשפט יש סמכות לפסול הוראות בכל חוק של הכנסת, לרבות חוק יסוד, אם הן עומדות בניגוד לעקרונות היסוד של השיטה הנגזרים ישירות ממהותה של הדמוקרטיה.<sup>39</sup>

## 2. דעת הרוב ודעת המיעוט במבחן הזמן

דומה שמנקודת הראות של תלמיד השנה הראשונה של "דיני חוקה" לא יכול להיות ספק לגבי השאלה אילו משתי העמדות בעניין **בנק המזרחי** – זו של הרוב או זו של המיעוט – נהפכה ל"הלכה" הקובעת במשפט החוקתי שלנו. בעשרים וחמש השנים שחלפו למן פסק הדין ניתנו מאות רבות של פסקי דין על ידי בית המשפט העליון, כמו גם על ידי בתי משפט אחרים, ובכולם השתרשה התפיסה כי יש לכנסת סמכות חוקתית מכוונת, הבאה לידי ביטוי בחוקי היסוד, וכי אלה מהווים רובד חוקתי עליון ומחייב ביחס לחקיקה רגילה של הכנסת – הכל כאמור בדעת הרוב של הנשיא ברק. יתרה מזו, אף שהיה אפשר – ולו בדוחק – להתייחס ל**בנק המזרחי** כאל "אמרת אגב" (גם אם כזו שאורכה כאורכו של ספר עב כרס), במרוצת השנים פסל בית המשפט העליון לא פעם דברי חקיקה של הכנסת שעמדו בניגוד לחוקי היסוד (ובמיוחד לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), וזאת באופן שנשמך לכאורה על הסמכות החוקתית שעל קיומה הכריזה דעת הרוב.<sup>40</sup> לא זאת אף זאת, התפיסה החוקתית של דעת הרוב אף שוכללה, יסודותיה הועמקו, ותחולתה הורחבה במידה רבה מעבר לתזה המקורית של פסק הדין. כך, כפי שצוין לעיל, בית המשפט הכיר במעמדם החוקתי העליון של כל חוקי היסוד, ולא רק של חוקי היסוד המשוריינים;<sup>41</sup> פותחה התפיסה שקיימת "פסקת הגבלה שיפוטית", כלומר, שבחינת התאמתם של חוקים לכל חוקי היסוד תיעשה על פי המסגרת של פסקת ההגבלה של חוקי היסוד של 1992;<sup>42</sup> ופרשנותם של חוקי היסוד הללו הורחבה כך שהיא הוחלה –

39 ראו דותן "חוקה למדינת ישראל?", לעיל ה"ש 7, בעמ' 174–175; ווייל, שם, בעמ' 557.  
40 ראו, למשל, בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי**, פ"ד סה(1) 782 (2012). לרשימה המלאה של פסקי הדין שפסלו חוקים ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 33–34 (2016).

41 עניין **מופז ועניין חרות**, לעיל ה"ש 25; בג"ץ 3511/02 **עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות**, פ"ד נו(2) 102 (2003). לביקורת על המהלך הזה ראו ספיר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 89–92.  
42 ראו את המקורות המאוזכרים בה"ש 25 לעיל, וכן רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 106–108.

לפחות במידה מסוימת – גם על חירויות יסוד שאינן כתובות במפורש בחוקי יסוד אלו.<sup>43</sup> כלומר, ככל שהדברים אמורים בבחינה של "ההלכה הנוהגת" או של העמדה שהתקבלה "על ידי המערכת", לא יכול להיות ספק שדעת הרוב בפסק הדין היא שהתקבלה במשפטנו כתזה החוקתית ה"מנצחת". על האמור לעיל ניתן אף להוסיף כי השופט חשין עצמו לא חזר בפסקי דין מאוחרים יותר על עמדתו במחלוקת בינו לבין דעת הרוב. מפסקי הדין שלו שעסקו בשאלות חוקתיות ניתן לכאורה להסיק, לפחות על פני הדברים, כי הוא קיבל עליו את עמדת הרוב כהלכה שיש לנהוג על פיה.<sup>44</sup> לבסוף, אין ספק שפסק דין **בנק המזרחי** לא רק יצר שינוי משפטי פורמלי, אלא אף הוביל לשינוי מרחיק לכת באורחות הפעולה של הכנסת ובשיח הציבורי והפוליטי בישראל בכלל.<sup>45</sup> לנוכח כל האמור ניתן לטעון כי העיסוק בשיטתו החוקתית של חשין בשלב זה אינו יותר מאשר פלפול אקדמי, שאין לו ערך מעשי רב. לדעתי, אין לקבל טענה זו מכמה טעמים. ראשית, במישור העיוני, שאלת מקורה של הסמכות החוקתית לא הוכרעה באופן חד-משמעי בפסק דין **בנק המזרחי** או בפסקי הדין שניתנו לאחריו.<sup>46</sup> שנית, וכפועל יוצא מכך, המשמעויות וההשלכות של ההכרעה בשאלה זו רחוקות מלהיות ברורות במשפטנו גם כיום, חצי יובל לאחר פסק הדין. שלישית, הלכה למעשה אי-אפשר להסביר באופן כולל ועקיב את הפסיקה הענפה של בית המשפט במרוצת שני העשורים האחרונים אך ורק על סמך התיאוריה הדואליסטית שהוצגה בדעת הרוב. במקרים רבים יש יותר מתיאוריה אחת שיכולה לבאר את העמדות של בית המשפט, ובמקרים לא מעטים, ולא חסרי חשיבות, התיאוריה שמבהירה טוב יותר את הפרקטיקה השיפוטית היא דווקא זו

43 ראו, למשל, ע"א 105/92 **ראם מהנדרסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית**, פ"ד מז(5) 189, 200 (1993) (לעניין חופש הביטוי); בג"ץ 5394/92 **הופרט נ' יד ושם**, **רשות הזיכרון לשואה ולגבורה**, פ"ד מח(3) 353, 362 (1994) (לעניין הזכות לשוויון). ראו גם ספיר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 107–110, וכן את הדין בעקרון השוויון להלן בתת-פרק 3.

44 ראו, למשל, פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 11, פס' 47 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין: "מאז פרשת **בנק המזרחי** אין איש חולק על סמכותו של בית-המשפט להכריז דבר-חוק שיצא מלפני הכנסת והנוגד הוראה מהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (או: חוק-יסוד: חופש העיסוק) להיותו דבר-חוק בטל מעיקרו." חשין עצמו טען לאחר פרישתו מכס השיפוט כי לא שינה מעולם את תפיסתו העקרונית שבאה לידי ביטוי בדעת המיעוט בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1. ראו מישאל חשין "תגובות" **מאזני משפט** ו 503 (2007). אולם השוו ספיר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 101–107, שטוען כי ה"אופוזיציה" של חשין "נמוגה" לאחר פסק הדין בעניין **בנק המזרחי**. ראו גם ווייל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 504, והערה 6 שם. לטעמי, השאלה העובדתית או ה"היסטורית" אם חשין שינה את עמדתו או לא חשובה הרבה פחות מהשאלה בדבר מעמדה ותוקפה של התזה שהוצגה בפסקי דינו, בוודאי לצורך הניתוח העיוני המוצג כאן.

45 לניתוח השפעתם של חוקי היסוד על הליכי החקיקה בכנסת ראו, למשל, אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה 339 (1999); יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" **משפט ואדם – משפט ועסקים** יד 199 (2012); מדינה **דיני זכויות האדם בישראל**, לעיל ה"ש 40, בעמ' 34–35.

46 ראו ווייל, לעיל ה"ש 3.

המוניסטית של השופט חשין.<sup>47</sup> לבסוף, לדיון במקור הסמכות החוקתית של הכנסת יש השלכות חשובות גם לגבי הדיון בשאלה החשובה של סמכותו של בית המשפט להגביל את סמכותה המכוננת של הכנסת (היא שאלת "התיקון החוקתי הלא-חוקתי"), שנהפכה לאחרונה לשאלה אקטואלית מאין כמוה במשפט החוקתי שלנו.<sup>48</sup> אשר על כן, יש חשיבות לעיסוק בתיאוריה האמורה לא רק מבחינה עיונית טהורה, אלא גם במישור המשפטי המעשי העכשווי.

## פרק ב: ניתוח יישומי של פסקי דין בולטים

כדי להדגים את החשיבות שיש לתיאוריה החוקתית המוניסטית של השופט חשין בפסיקה בשני העשורים האחרונים, בחרתי להתמקד במספר קטן יחסית של פסקי דין חשובים. למותר כמעט לציין שפסקי הדין שנבחרו אינם מהווים מדגם מייצג, ואף אין הם משקפים בהכרח את הקו המוביל בפסיקה החוקתית שלנו. אולם אלה פסקי דין חשובים ומרכזיים שבית המשפט הקדיש להם מאמץ ניכר ותשומת לב. לפיכך, אם שורת פסקי הדין הזו מתיישבת עם התיאוריה החוקתית ה"חשינית" טוב יותר מאשר עם התיאוריה הדואליסטית של דעת הרוב בעניין **בנק המזרחי**, אזי אין מדובר בעניין של מה בכך, אלא הדבר מעיד על הרלוונטיות של עמדת חשין למשפט החוקתי העכשווי שלנו. פסקי הדין שבהם בחרתי להתמקד הם פסקי הדין בעניין **התנועה המסורתית**<sup>49</sup> ובעניין **יקותיאל**,<sup>50</sup> שעסקו במעמד החוקתי של חקיקת התקציב; פסק הדין בעניין **רובינשטיין**,<sup>51</sup> שעסק בעקרון ההסדרים הראשוניים; ופסק הדין **התנועה לאיכות השלטון**,<sup>52</sup> שעסק בעקרון השוויון. במקרה או לא במקרה, כל פסקי הדין הללו דנים, באופן כזו או אחר, בהטבות שהממשלה והכנסת העניקו למגזר החרדי במסגרת הקצאת התקציבים או הענקת פטורים מגיוס. הסיבה לכך שפסקי הדין הללו עוררו שאלות סבוכות מנקודת הראות של חקיקת היסוד של שנות התשעים היא ככל הנראה שמדובר בפסקי דין שעסקו אומנם בשאלות חוקתיות נכבדות אך לא נגעו באופן ישיר בפגיעה בחירויות הפרט. מכאן הקושי שבית המשפט נתקל בו בבואו לדון בנושאים אלו בפריזמה של חוקי הזכויות.<sup>53</sup>

47 שם, בעמ' 508.

48 ראו דיון להלן בפרק ג.

49 ראו לעיל ה"ש 8.

50 ראו לעיל ה"ש 9.

51 ראו לעיל ה"ש 10.

52 ראו לעיל ה"ש 11.

53 כאן המקום לציין כי פסקי הדין הללו אינם פסקי הדין היחידים שניתן להביא כתימוכין לטיעון המוצג כאן, אלא קיימים פסקי דין חשובים נוספים שהיו יכולים לשמש למטרה זו. ראו, למשל, עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 5, שבו הכיר בית המשפט בכוחה של הכנסת לקבל חוק יסוד כ"הוראת שעה". גם

## 1. פרשות התנועה המסורתית ויקותיאלי – המעמד החוקתי של חקיקת התקציב

בפרשת התנועה המסורתית ובפרשת יקותיאלי עלתה לפני בית המשפט השאלה בדבר מעמדן החוקתי של הוראות של חוקי תקציב שנתיים אשר סתרו – על פי טענות העותרים – את הוראת סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985. הוראה זו קובעת, כידוע, שכאשר הממשלה מעוניינת לחלק תמיכות תקציביות למוסדות שונים, עליה לעשות זאת על סמך אמות מידה אחידות ושוויוניות, שייקבעו בהיוועצות עם היועץ המשפטי לממשלה.<sup>54</sup> בפרשת התנועה המסורתית עמדה לדיון הוראה שנקבעה בחוק התקציב השנתי לשנת 1997 שעל פיה תמיכת משרד הדתות בתרבות תורנית וחרדית תינתן לארגונים ארציים בלבד. בהסתמך על הוראה זו סירב משרד הדתות להעניק תקציב לעותרת, בטענה שהיא אינה עומדת באמת המידה האמורה. בית המשפט, בפסק דין שניתן על ידי השופט זמיר, קיבל בסופו של דבר את העתירה, אך על בסיס קביעתו כי העותרת עומדת באמת המידה האמורה על פי פרשנותה הנכונה. עם זאת, בית המשפט הוסיף וקבע כמה קביעות עקרוניות לגבי מעמדם של חוקי התקציב השנתיים ביחס לחוק יסודות התקציב, כדלקמן:

"לדעתי, יש משקל לטענה כי חוק תקציב שנתי כפוף מבחינה מהותית לחוק יסודות התקציב. אמנם נכון שחוק תקציב שנתי הוא חוק, וחוק יסודות התקציב אף הוא חוק, ולא חוק יסוד. נכון גם שכלל גדול בתורת המשפט הוא שחוק מאוחר גובר על חוק מוקדם, אולם היחס בין חוק תקציב שנתי לבין חוק יסודות התקציב שונה מן היחס בין שני חוקים רגילים."<sup>55</sup>

ולאחר ניתוח מפורט של חוק התקציב וחוק יסודות התקציב הוא מסכם ואומר:

"על יסוד כל אלה ניתן לטעון כי חוק יסודות התקציב וחוק תקציב שנתי אינם עומדים על אותה מדרגה בפירמיה של הנורמות. אכן, גם זה וגם זה מצויים בפירמיה זאת באותה משבצת, היא המשבצת של חוקים, מתחת למשבצת של חוקי היסוד ומעל המשבצת של תחיקת המשנה. אולם גם נורמות המצויות באותה משבצת אינן עומדות בהכרח על אותה מדרגה. בתוך כל משבצת בפירמיה של הנורמות יש מדרגות. כך, למשל, בחוקי יסוד יש הוראות רגילות

פסק דין זה מתיישב לכאורה עם התיאוריה ה"חשינית" טוב הרבה יותר מאשר עם התיאוריה הדואליסטית של דעת הרוב. השוו ווייל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 515.

54 ראו ס' 3א(ד) לחוק יסודות התקציב: "הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבור יחולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים." ס' 3א(ה) לאותו חוק קובע כי המבחנים ייקבעו בהיוועצות עם היועץ המשפטי לממשלה.

55 עניין התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 8, פס' 14 לפסק דינו של השופט זמיר.

ויש הוראות משוריינות, ובמסגרת של תחיקת המשנה יש תקנות (הקרויות לעתים בשם צווים) המוצאות מכוח תקנות, ולכן הן כפופות לתקנות. בדומה לכך אין לשלול את האפשרות שגם במשבצת של חוקים יהיה חוק מעל חוק. גם אם אין זה רגיל, ואפילו אם בדרך-כלל אין זה מצב רצוי, עדיין אפשר שזה המצב, כמצב מיוחד במינו, ביחס שבין חוק תקציב שנתי לבין חוק יסודות התקציב. **ואם כך, אפשר גם שבית-המשפט מוסמך לפסול הוראה בחוק תקציב שנתי אם היא סותרת הוראה בחוק יסודות התקציב, למשל: אם הוראה בחוק תקציב שנתי בדבר תמיכה במוסדות ציבור סותרת את סעיף 3א לחוק יסודות התקציב. אין זה אומר, כמובן, שאין בידי המחוקק לסטות בחוק תקציב שנתי מחוק יסודות התקציב, אם בשנה מסוימת ואם בדרך-כלל. אולם הדרך הראויה לעשות זאת היא, באמצעות תיקון של חוק יסודות התקציב, באופן שימנע את הסתירה.**<sup>56</sup>

אומנם, בסופו של דבר השופט זמיר מקבל כאמור את העתירה על סמך ניתוח פרשני של סעיף התקציב הרלוונטי, ואף מציין במפורש כי אינו קובע הלכה ביחס למעמדה של חקיקת התקציב, אלא משאיר את השאלה ב"צריך עיון", אולם הערותיו המפורטות בעניין התנועה המסורתית היוו את הבסיס להתייחסותה של הפסיקה למעמדה של חקיקת התקציב מאותו שלב ואילך.<sup>57</sup>

שאלת מעמדם הנורמטיבי של חוקי התקציב שבה והתעוררה בעניין יקוּתִיאֵלִי. כאן טענו העותרים כי הוראות בחוקי התקציב השנתיים שהעניקו הבטחת הכנסה לאברכים הלומדים במוסדות דת עמדו בסתירה הן להוראות סעיף 3א לחוק יסודות התקציב והן להוראות חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980, שאסרו הענקת קצבת הבטחת הכנסה לתלמידים הלומדים במוסדות לימוד שנקבעו על ידי שר הרווחה בתקנות, לרבות מוסדות ללימוד דת. כלומר, במקרה זה הסתירה שהתגלעה בחוק התקציב השנתי הייתה לא רק בינו לבין חוק יסודות התקציב, אלא גם בינו לבין חוק הבטחת הכנסה, שהוא חוק "רגיל" של הכנסת. גם כאן נדרש בית המשפט באריכות, בפסק הדין העיקרי שכתבה הנשיאה ביניש, לשאלת מעמדה של חקיקת התקציב ביחס לחוק יסודות התקציב. בין היתר קובעת שם הנשיאה כדלקמן:

56 שם, פס' 14 סיפא לפסק דינו של השופט זמיר (ההדגשות הוספו – י' ד'). השופט חשין, שישב אף הוא בהרכב, הסכים והוסיף כי "חוק יסודות התקציב – כשמו-כך הוא: נועד הוא לשמש יסוד לכל חוקי התקציב השנתי שיבואו אחריו; הוא היסוד: עליו ייבנו חוקי התקציב השנתיים, ובו תימצאנה הקביעות הנורמטיביות השליטות בכל חוקי התקציב". שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט חשין.

57 ראו, למשל, בג"ץ 11585/05 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' המשרד לקליטת עליה, פס' 11 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם באר"ש, 19.5.2009); בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פס' 36 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 17.9.2014); בג"ץ 8749/13 שפיר נ' שר האוצר, פס' 2 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם באר"ש, 13.8.2017). כן ראו להלן את הדיון בפרשת יקוּתִיאֵלִי, לעיל ה"ש 9.



"חוק יסודות התקציב מהווה מעין הוראת שריון מהותי החלה על חוקי תקציב שנתיים, והוא נחקק במגמה להדק את הפיקוח על התקציב... הדבר נלמד הן מהוראות החוק עצמו והן מהנסיבות שבהן התקבל. עיון בהוראותיו של חוק יסודות התקציב מראה כי יש לחוק שתי מטרות עיקריות. האחת, להסדיר את המסגרת הנורמטיבית לחוקי התקציב ולהבטיח שחוקי התקציב השנתיים המתקבלים מיום חקיקתו של חוק יסודות התקציב ואילך יחוקקו בהתאם לשורה של הוראות. השנייה, להגביר את הפיקוח על ההקצאה ועל השימוש בתקציב השנתי של תאגידים, של רשויות מקומיות ושל גופים נתמכים אחרים."<sup>58</sup>

לאחר שהיא קובעת כי בין חוק התקציב לחוק יסודות התקציב מתקיים יחס מדרגי, היא מסכמת ואומרת:

"מההיררכיה שבין חוק יסודות התקציב לבין חוק התקציב השנתי מתבקשת המסקנה כי על הכנסת ועל הממשלה, בהכינה את התקציב השנתי, מוטלת החובה לוודא שהוראותיו תואמות את ההוראות הקבועות בחוק יסודות התקציב. התוצאה המתחייבת מכך היא כי, ככלל, הוראה בחוק התקציב השנתי העומדת בסתירה להוראה בחוק יסודות התקציב אין בכוחה לעמוד."<sup>59</sup>

בהמשך פסק הדין הנשיאה ביניש מוסיפה הערת אגב מפורטת שבה היא מציינת כי ספק אם סעיפים בחוק התקציב השנתי יכולים לעמוד בסתירה אף להוראה מהותית בחקיקה רגילה של הכנסת,<sup>60</sup> אך היא מוסיפה ומציינת כי היא משאירה שאלה זו ב"צריך עיון".<sup>61</sup> בסופו של דבר היא קובעת כי יש לקבל את העתירה ולפסול את הסעיפים הרלוונטיים בחוקי התקציב שעמדו לדיון, משום שהם עומדים בניגוד להוראות סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, שכן הם פוגעים בזכות לשוויון, ופגיעתם אינה עומדת בתנאי המידתיות של פסקת ההגבלה.<sup>62</sup>

השורה התחתונה של שני פסקי הדין היא כי קיים מדרג נורמטיבי ברור שלפיו חוקי התקציב השנתיים נחותים מחוק יסודות התקציב וכפופים להוראות שנקבעו בו, ואולי אף להוראות מהותיות בחקיקה רגילה של הכנסת.<sup>63</sup> בשלב זה מתעוררת השאלה על

58 פרשת יקותיאל, שם, פס' 19 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

59 שם, פס' 26 רישא לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

60 שם, פס' 27 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

61 שם, פס' 27 סיפא לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

62 שם, פס' 40-47 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

63 כאן המקום לציין כי כפיפותה של חקיקת התקציב לחקיקה מטריאלית רגילה אומנם מוצגת על ידי הנשיאה ביניש בעניין יקותיאל כהערת אגב בלתי מחייבת, ופסק הדין נסמך על הרציונל של סתירה של סעיפי התקציב ביחס לס' 3א לחוק יסודות התקציב. אולם ניתן להטיל ספק רציני בעצם תחולתו של ס' 3א על הסיטואציה שנדונה בפרשת יקותיאל, לעיל ה"ש 9, משום שהסעיף האמור קובע חובת הקצאה שוויונית של תקציבים למוסדות ציבור, בעוד שבאותו עניין נדונו הקצבות שניתנו

סמך מה ניתן להכיר במדרג הנורמטיבי הזה? הרי חוק יסודות התקציב אינו חוק יסוד, אלא חוק רגיל (וכמוהו גם, כמובן, חוק הבטחת הכנסה). מהי אפוא התיאוריה שמכוחה בית המשפט יוצר את המדרג הנורמטיבי החדשני הזה בין חקיקת תקציב לבין חקיקה אחרת?

דומה כי התפיסה המדרגית הזו אינה מתיישבת באופן מניח את הדעת עם "גישת שני הכובעים" המוצגת על ידי דעת הרוב בעניין **בנק המזרחי**, שלפיה המדרג הנורמטיבי הוא תוצר בלעדי של ההכרה בסמכותה המכוננת של הכנסת, הבאה לידי ביטוי אך ורק בחוקי יסוד. זאת ועוד, בעניין **בנק המזרחי** נטה בית המשפט (לפחות ככל שעסקינן בעמדתו של הנשיא ברק) לייחס לא רק את העליונות הנורמטיבית לרובד החוקתי, אלא גם את סמכות הכבילה של הכנסת. זו הייתה הסיבה לכך שהוא ביטא ספקות גלויים ביחס לאפשרות של הכנסת לכבול את עצמה בחקיקה רגילה שאינה חוק יסוד.<sup>64</sup> בהתאם, גם הדברים המצוטטים למעלה מפי השופט זמיר בפרשת **התנועה המסורתית**, שלפיהם "נורמות המצויות באותה משבצת אינן עומדות בהכרח על אותה מדרגה. בתוך כל משבצת בפירמידה של הנורמות יש מדרגות", אינם מתיישבים כלל עם הגישה של דעת הרוב **בבנק המזרחי**. זאת, משום שלפי גישת שני הכובעים, העליונות (או הכפיפות) הנורמטיבית של נורמות אינה נקבעת ואינה יכולה להיקבע על ידי התוכן של הנורמות הרלוונטיות או על ידי כוונת יוצריהן, אלא רק על פי המעמד הנורמטיבי האפריורי שלהן, הנובע ממהות הגוף היוצר אותן (אספה מכוננת או המחוקק הרגיל) ומהליך יצירתן (חקיקת יסוד או חקיקה רגילה). אפשר כמובן לטעון כי מדרג הנורמות שיצר בית המשפט בתחום של חקיקת התקציב הוא מדרג נפרד שאין לו קשר למדרג שנוצר בעניין **בנק המזרחי** בין חקיקת יסוד לחקיקת רגילה. אולם טענה כזו אינה יכולה להסביר מהו מקור סמכותו של בית המשפט ליצור את אותו מדרג נפרד או מהו הבסיס האנליטי שעליו מדרג זה אמור להיות מבוסס.

לעומת זאת, ההלכה שנקבעה בעניין **התנועה המסורתית** ובעניין **יקותיאלי** מתיישבת היטב – כמו כפפה ליד – עם גישתו החוקתית של השופט חשין. לפי גישה זו, כאמור, הכנסת רשאית לכבול את עצמה (בכפוף לעיקרון הדמוקרטי) באופן שיחייב את הכנסות הבאות אחריה, ואלה האחרונות חייבות לכבד את הוראות הכבילה, כל זמן שהן אינן מחליטות **במפורש** לסטות מהן. כלומר, הכבילה תקפה וקיימת כל עוד הכנסת המכהנת לא קיבלה החלטה מודעת ומפורשת לסטות ממנה או לבטלה. אם נבחן בעיון את ה"כבילה" שבחוק יסודות התקציב, נראה שהיא בדיוק כזו שאליה כיוונו דבריו של

ליחידים, ולא למוסדות. לפיכך ניתן לטעון כי הלכה למעשה האדן הממשי היחיד שפסק הדין יכול להיסמך עליו הוא דווקא זה המבוסס על הוראות חוק הבטחת הכנסה. ראו ברק מדינה "החוקיות של הענקת קצבאות הבטחת הכנסה לאברכי כוללים" **בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית** 28.10.2010 [www.hujiawblog.com/single-post/2010/10/28](http://www.hujiawblog.com/single-post/2010/10/28) החוקיות-של-הענקת-קצבאות-הבטחת-הכנסה-לאברכי-כוללים.

64 ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, פס' 66 לפסק דינו של הנשיא ברק. המצב שונה לעניין זה על פי גישת "הריבונות הבלתי-מוגבלת" של הנשיא (בדימ') שמגר, כפי שברק עצמו מציין.

השופט חשין בעניין **בנק המזרחי**. בשתי הפרשות הללו הדגיש בית המשפט את העובדה שהכנסת, בחוקקה את חוק יסודות התקציב, התכוונה ליצור מסגרת עקרונית והליכית שבתוכה יחוקקו חוקי התקציב. מסגרת זו מחייבת את כל הכנסות מאותו שלב ואילך בשעה שהן עוסקות בחקיקה תקציבית. כבילה זו שרירה וקיימת בכל מקרה שבו הכנסת, בחקיקת תקציב, חורגת מן העקרונות, ההליכים והמסגרות שנקבעו בחוק יסודות התקציב, כלומר, כל עוד היא ממשיכה לראות את עצמה מחויבת למסגרות הללו. אולם הכנסת רשאית גם לקבוע במפורש או לבטא בגלוי את רצונה לסטות מן המסגרת האמורה בחוק תקציב פלוני. או אז יגברו הוראותיו של חוק התקציב על אותה מסגרת מקדמית.<sup>65</sup>

## 2. פרשת רובינשטיין ועקרון ההסדרים הראשוניים

אחת ההתפתחויות החשובות במשפטנו החוקתי בשני העשורים האחרונים היא הצגתו של עקרון ההסדרים הראשוניים. לפי עיקרון זה, נושאים עקרוניים ומרכזיים בחשיבותם, הנחשבים "הסדרים ראשוניים", צריכים להיקבע – לפחות ברמת ההכרעה העקרונית – בחקיקה של הכנסת, ולא על ידי הרשות המבצעת. הכנסת אינה רשאית להתפרק מסמכויותיה בעניינים כאלה, והרשות המבצעת אינה מוסמכת לקבוע לגביהם קביעות קודם שהכנסת הסדירה את העניין בחקיקה. העיקרון הוצג לראשונה כעיקרון משפטי מחייב בבג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**,<sup>66</sup> שבו נדונה, בפעם המיידע־כמה, שאלת חוקיותו של הפטור מגיוס לצבא שניתן על ידי שר הביטחון לאברכים הלומדים בישיבות. הוא מצוי בדבריו הבאים של הנשיא ברק:

"כלל בסיסי של המשפט הציבורי בישראל קובע, כי מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מינהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות־המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה הוראת המינהל. בלשון 'טכנית' יותר קובע הכלל הבסיסי, כי 'הסדרים ראשוניים' הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים – צריכים להיקבע בחוק של הכנסת, ואילו התקנות או הוראות המינהל צריכות לקבוע אך 'הסדרים משניים'..."<sup>67</sup>

עקרון ההסדרים הראשוניים הוא עיקרון מורכב למדי, ויש לו פרשנויות שונות ומופעים שונים. ברשימה זו אין צורך לנתח באופן מפורט את משמעויותיו השונות של

65 ראו, למשל, עניין **רובינשטיין נ' הכנסת**, לעיל ה"ש 57, פס' 36 לפסק דינו של השופט עמית. ראו גם סוזי נבות "הערה על מעמד הנורמטיבי של חוקי התקציב – בעקבות בג"צ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות" **המשפט** ו 123, 140–143 (2001).

66 ראו פרשת **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 10, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק.

67 שם.

העיקרון ואת השלכותיהן על המשפט הציבורי שלנו.<sup>68</sup> לצורך הדיון הנוכחי די לנו שנתמקד באופן שבו הוצג העיקרון במשפטנו ובקשר שלו לתשתית החוקתית שלנו. ניתן למצוא ביסוס היסטורי מסוים לטענה שעקרון ההסדרים הראשוניים היה קיים כעיקרון חוקתי מנחה במשפטנו כבר משלביו המוקדמים,<sup>69</sup> אולם אין ספק שהצגת העיקרון בצורתו הנוכחית במשפט הציבורי שלנו נעשתה – במידה רבה – "יש מאין" – בפסק דינו של הנשיא ברק בעניין **רובינשטיין**. דהיינו, קשה להטיל ספק בכך שעובר לפסק הדין הזה לא היה עקרון ההסדרים הראשוניים חלק ממשפטנו הפוזיטיבי. הראיה הטובה ביותר לכך היא העובדה שבפסק הדין הידוע בפרשת **רסלר**, שעסק גם הוא בשאלת גיוסם של תלמידי הישיבות לצבא, ניסו העותרים לעשות שימוש בעיקרון זה כדי לתמוך בו את עתירתם, אך השופט ברק עצמו דחה ניסיון זה בשתי ידיים, תוך שהוא מציין כי אין מדובר בעיקרון המהווה חלק מהמשפט הפוזיטיבי שלנו.<sup>70</sup> אולם בעניין **רובינשטיין** הוא מציג, באופן סדור ומפורט, תזה חוקתית חדשה, אשר מאותו שלב ואילך נהייתה הלכה שבית המשפט מיישם אותה בשורה ארוכה של פסקי דין נוספים.<sup>71</sup> קודם שאגש לבחינת פסק דין **רובינשטיין**, מן הראוי להקדים כמה מילים בנוגע למעמדו של עקרון ההסדרים הראשוניים במשפט המשווה. עקרון ההסדרים הראשוניים

68 עשיתי זאת, ובהרחבה, במקום אחר. ראו יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" **משפטים** מב 379 (2012) (להלן: דותן "הסדרים ראשוניים"). הטלתי ספק בכך שעקרון ההסדרים הראשוניים הוא הלכה למעשה עיקרון במשפט החוקתי שלנו, וטענתי כי העיקרון הוא, ביסודו של דבר, גרסה מסוימת של עקרון החוקיות המנהלי. שם, בעמ' 404–411. ראו, למשל, בג"ץ 4374/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פס' קל לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם באר"ש, 27.3.2016): "עקרון ההסדרים הראשוניים הוא למעשה ביטוי של העיקרון בדבר חוקיות המינהל, שלפיו לרשות מינהלית אין סמכות זולת הסמכות שהוענקה לה לפי חוק...". ראו גם בג"ץ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סז(1) 177, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא גרוניס ופס' 2 לפסק דינו של השופט סולברג (2014). כן ראו את הדיון אצל גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" **עיוני משפט** לב 5 (2010); ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" **משפטים** מב 449 (2012).

69 הכוונה, בראש ובראשונה, לכתיבתו של פרופ' הנס קלינגהופר במהלך שנות החמישים. ראו הנס קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" **הר"המשפט** 11, 202 (1957). מאמר זה מצוטט בהרחבה בפסק דינו של הנשיא ברק בפרשת **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 502–506 ו-513–519 והוא מצוטט גם בהלכות קודמות שדנו בעיקרון.

70 ראו בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441, 501–502 (1988). בפרשת **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 10, בפס' 18 לפסק דינו, ברק משקיע מאמץ לא מבוטל כדי להסביר את הסתירה בין עמדתו בנושא זה בעניין **רסלר** לעיל לבין עמדתו המחודשת. וראו גם את הדיון להלן.

71 ראו, למשל, בג"ץ 4253/02 **ראש עיריית טבריה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סג(2) 86 (2009); בג"ץ 11075/04 **גרבי נ' שרת החינוך התרבות והספורט** (פורסם באר"ש, 5.12.2007); בג"ץ 2908/05 **אלסנע נ' מנהל מקרקעי ישראל ע"י המנהלה לקידום הבדואים בנגב** (פורסם באר"ש, 12.10.2008); בג"ץ 6215/12 **באסטאקאר נ' שר האוצר**, פס' 25 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 16.6.2015). ראו גם עניין **התנועה למען איכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 68.

אינו מהווה חלק מרוב שיטות המשפט המוכרות לנו, ובמיוחד לא מאלה הדומות לשלנו, כגון אלה של בריטניה, קנדה או אוסטרליה.<sup>72</sup> שתי שיטות המשפט שבהן עיקרון זה מוכר הן האמריקנית והגרמנית, שבהן יש חוקה פורמלית נוקשה, המציבה את עיקרון הפרדת הרשויות כעיקרון מוצהר בעל מעמד מרכזי אשר מעוגן בטקסט החוקתי.<sup>73</sup> דהיינו, בשיטות שבהן אין טקסט חוקתי פורמלי ואחוד, ואשר עיקרון הפרדת הרשויות אינו מעוגן בהן היטב, אין לעקרון ההסדרים הראשוניים שריד וזכר.<sup>74</sup>

בפסק דין **רובינשטיין** הנשיא ברק מציב אפוא במשפטנו עיקרון חוקתי חדש, שיש לו חשיבות ראשונה במעלה. לנוכח העובדה שעיקרון זה הוצג זמן קצר לאחר קבלת חוקי היסוד של 1992 ולאחר עיגון מעמדם של חוקי היסוד הללו כחלק מהחוקה של מדינת ישראל בפרשת **בנק המזרחי**, מתבקשת השאלה מהו היחס בין העיקרון החוקתי הזה לבין אותה חוקה ואותה תזה של חוקתיות שעמדה במרכזה של דעת הרוב בעניין **בנק המזרחי**. מי שקורא את פסק דינו של הנשיא בעניין **רובינשטיין** אינו יכול לא להתמלא תמיהות, משום שפסק הדין פוסח בעניין זה על שתי הסעיפים.

מצד אחד, בפסק הדין ברק מציג את עקרון ההסדרים הראשוניים כעיקרון מִטָּ-טקסטואלי מובהק. הוא קובע בפסק דינו כי העיקרון מבוסס על שלושה טעמים מרכזיים: עקרון הפרדת הרשויות, עקרון שלטון החוק והעיקרון הדמוקרטי.<sup>75</sup> לגבי כל אחד מהם הוא מציג תזה רעיונית נרחבת ומפורטת הקושרת, לשיטתו, בין עקרון ההסדרים הראשוניים לבין שלושת האדנים הרעיוניים הללו. הקישורים הללו מבוססים על ניתוח רעיוני טהור, וגם על מובאות מהפסיקה ומהספרות האקדמית, בישראל ובחו"ל, תוך שימת דגש מיוחד דווקא בפסיקה ובספרות האקדמית בישראל בתקופה שלאחר קום המדינה.<sup>76</sup> בדיון הזה אין כמעט התייחסות לטקסט החוקתי של חוקי היסוד, ואין שום ניסיון רציני של הנשיא ברק לטעון כי עקרון ההסדרים הראשוניים מעוגן בטקסט החוקתי או מבוסס עליו. החריג היחיד לאמור לעיל הוא התייחסות קצרה לסעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע כי "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה", וזאת לצד התייחסות לתפקידה כרשות המחוקקת בסעיפים המקבילים שעסקו בכנסת בפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ובחוק המעבר, התש"ט-1949.<sup>77</sup> ההתייחסות הטקסטואלית הקצרה הזו אינה מהווה – ואינה מתיימרת להוות – בסיס לטענה שעיקרון ההסדרים הראשוניים מבוסס על הטקסט, אלא מטרתה להבהיר כי עיקרון זה נובע

72 ראו דותן "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 68, חלק ד(ד).

73 לסקירה נרחבת ראו שם, חלקים ד(ב) ו-ד(ג), בהתאמה.

74 כאן המקום לציין שגם בחלק מהשיטות שיש בהן חוקה פורמלית אחודה שמעגנת את עקרון הפרדת הרשויות העיקרון אינו מוכר כחלק מהמשפט החוקתי. זה המצב, למשל, במשפט הצרפתי. ראו שם, ה"ש 186.

75 פרשת **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 10, פס' 20–22 לפסק דינו של הנשיא ברק.

76 ברק מסתמך בעיקר על כתיבתו של הנס קלינגהופר משנות החמישים ועל פסיקה שמצטטת כתיבה זו. ראו שם, פס' 19, 21, 23 ו-25 לפסק דינו של הנשיא ברק.

77 שם, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק.

מ"מהותה" של הכנסת, הבאה לידי ביטוי, בין היתר, בסעיפי חוק שונים.<sup>78</sup> מי שקורא את פסק הדין אינו יכול להימנע מהשאלה הבאה: אם עקרון ההסדרים אכן מרכזי כל כך בשיטתנו המשפטית, היכן נמצא עיגונו בחוקה שלנו, כלומר, בחוקי היסוד? מן הצד האחר, ברק עושה מאמצים ניכרים להבהיר כי מבחינתו קבלת ה"חוקה" בשנת 1992 (או 1995) משפיעה גם משפיעה על מעמדו של עקרון ההסדרים הראשוניים. הוא מבחין, לעניין מעמדו של העיקרון, בין התקופה שקדמה ל**בנק המזרחי** לבין התקופה שלאחר מכן.<sup>79</sup> הוא מציין כי בתקופה הראשונה, לפני חוקי היסוד של 1992, עקרון ההסדרים היה רק בבחינת עיקרון "מנחה", שהכנסת הייתה רשאית לסטות ממנו.<sup>80</sup> לא זה המצב בתקופה השנייה, שלאחר 1992. מאז ואילך עברה מערכת המשפט "קונסטיטוציונליזציה", שמשפיעה על כל מערכת המשפט ועל כל העקרונות המשפטיים. לגבי כלל ההסדרים הוא קובע כדלקמן:

"שינויים אלה משפיעים על 'מעמדו' המשפטי של הכלל הבסיסי, שלפיו ההסדרים הראשוניים צריכים להיקבע בחקיקה ראשית. על מלוא היקפם של שינויים אלה אין לנו צורך לעמוד בפסק-דיננו זה... די אם נציין כי יש בחוקי היסוד על דבר זכויות האדם כדי לחזק את הכלל הבסיסי. חיזוק זה מתבטא בכך כי החזקה הפרשנית, שלפיה ההנחה הינה שתכליתו של החוק לא הייתה להעניק לרשות המבצעת סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים מקבלת עוצמה נוספת."<sup>81</sup>

מי שקורא את הדברים הללו אינו יכול לא לתמוה: מה הקשר בין תהליך ה"חוקתיזציה" שעבר משפטנו לבין עקרון ההסדרים הראשוניים? הרי הקשר הזה חייב לעבור, אליבא דגישת ברק בעניין **בנק המזרחי**, דרך הטקסט של חוקי היסוד שאותם קיבלה הכנסת ככובעה המכונן, אולם עקרון ההסדרים הראשוניים אינו מעוגן בטקסט, וברק גם לא ניסה לטעון שמעמדו המיוחד נובע מהכללתו בטקסט החוקתי. אפשר כמובן לטעון כי המשמעות היחידה של קביעותיו של ברק בהקשר זה בעניין **רובינשטיין** היא שכל הסדר ממשלי הפוגע בזכויות המעוגנות בחוקי היסוד החדשים הוא בבחינת "הסדר ראשוני", וככזה הוא חייב להיעשות בחקיקה של הכנסת (שעומדת במבחניה של פסקת ההגבלה).<sup>82</sup> אולם אם זו המשמעות הממצה של העיקרון, אזי לא ברור כלל מה הרבותא

78 ראו שם: "היא [הכנסת] מהווה את 'בית המחוקקים' (סעיף 1 לחוק המעבר, תש"ט-1949) ואת 'הרשות המחוקקת' (סעיף 7(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948)..."

79 שם, פס' 27 לפסק דינו של הנשיא ברק.

80 שם, פס' 28 סיפא לפסק דינו של הנשיא ברק: "עם זאת, הייתה זו 'הנחיה' שהכנסת הייתה רשאית לסטות ממנה."

81 שם, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק.

82 על היחס שבין המונח "הסדרים ראשוניים" לבין פגיעה בחירויות ראו דותן "הסדרים ראשוניים", לעיל ה"ש 68, בעמ' 411-413. ראו גם עניין **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים**, לעיל ה"ש 68, פס' 22-26 לפסק דינו של הנשיא גרוניס. על האמור כאן ניתן להוסיף שברק גם לא ניסה לטעון בפרשת

בו ביחס לעקרונות החוקתיים הכלליים של חוקי היסוד החדשים. ברור בעליל שברק הציג את העיקרון בפרשת **רובינשטיין** באופן מקיף ומפורט כל כך לא רק כעיקרון שנוגע בזכויות היסוד, אלא כעיקרון חוקתי מבני כללי הנגזר מעקרונות מבניים נוספים של השיטה.

אם נסכם את הדברים, ניתן לומר כי בפרשת **רובינשטיין** קיים מתח ניכר בין הגישה החוקתית המִטְט־טקסטואלית של ברק לבין המתודולוגיה הטקסטואלית הכללית שהוצגה בדעת הרוב בעניין **בנק המזרחי**. פסק דינו של הנשיא ברק בעניין **רובינשטיין** מבטא מתודולוגיה מִטְט־טקסטואלית מובהקת. מחויבותו לטקסט החוקתי, או למתודולוגיה חוקתית טקסטואלית, היא מינימלית, ולמעשה אינה קיימת כמעט. הניסיון בפסק הדין לקשר בין העיקרון החוקתי המרכזי והחדש המוצג בו – עקרון ההסדרים הראשוניים – לבין המסגרת החוקתית הכללית של חוקי היסוד הוא מעורפל ובלתי משכנע.

לעומת זאת, השופט חשין, שישב גם הוא בדין בפרשת **רובינשטיין**, לא נתקל בקשיים דומים, ולא נזקק להפתלויות מיותרות כדי לקשור בין עקרון ההסדרים הראשוניים לבין המסגרת החוקתית של משפטנו.<sup>83</sup> הדבר אינו מפתיע, שהרי ככל שהמגבלה המקשה על הכנסת להתפרק מסמכותה לטובת הרשות המבצעת נובעת מ"מהותה" של הכנסת ומ"צורת ארגונה", היא מהווה בהכרח חלק אינהרנטי מהמשפט החוקתי שלנו. הכל במסגרת אותן מגבלות של "אופן וצורה" הכרוכות במהותה העקרונית של הכנסת, ולנוכח הקשר שבין אותן מגבלות לבין עקרונות היסוד של הפרדת הרשויות והדמוקרטיה, שהם חלק בלתי נפרד מן המסגרת החוקתית.<sup>84</sup> במילים אחרות, לפי שיטתו של חשין, הפרשן החוקתי אינו צריך להשליך את יתרו על הטקסט החוקתי הפורמלי, שהוא ממילא דל וחסר מאוד בשיטתנו, אלא עליו לגזור את העקרונות החוקתיים מן העקרונות המארגנים של המוסדות השלטוניים שלנו על פי השיטה הדמוקרטית. ההכרה בעקרון ההסדרים הראשוניים כחלק ממשפטנו החוקתי תואמת את העקרונות המארגנים של המוסדות הללו, כלומר, את "האופן והצורה" שבהם הכנסת והממשלה מאורגנות ואת ההיסטוריה החוקתית שלנו.<sup>85</sup> לכן לפרשן החוקתי האוחז במתודולוגיה הזו לא צריכה להיות בעיה לגזור ממנה גם עקרונות מבניים ופורמליים הכרוכים בעקרון הפרדת הרשויות, אף אם אין להם כל אזכור בטקסט של חוקי היסוד.<sup>86</sup>

**רובינשטיין**, לעיל ה"ש 10, כי מתן הפטור מגיוס לתלמידי הישיבות מהווה פגיעה בחירויות הפרט.

אך השוו לדין בחלק הבא בפרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 11.

83 אכן, חשין מסכים בקצרה לקביעותיו העקרוניות של ברק לגבי עקרון ההסדרים הראשוניים והחלתו על המקרה הנדון – ראו פרשת **רובינשטיין**, שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט חשין – ומקדיש את עיקר דינו לפגיעה בעקרון השוויון. ראו גם נבות, לעיל ה"ש 65.

84 ראו את הדיון לעיל ליד ה"ש 34.

85 ראו לעיל ה"ש 69 והטקסט שלידה.

86 דברים דומים ניתן לומר על השימוש של בית המשפט בדוקטרינה של "הליך חקיקה נאות". פסק הדין המנחה העיקרי הראשון בסוגיה זו הוא בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14, פס' 18–29 לפסק דינה של השופטת

### 3. עקרון השוויון – פרשת התנועה לאיכות השלטון

ה"סאגה" של גיוס האברכים תלמידי הישיבות לצה"ל, אשר החלה בתחילת שנות השבעים<sup>87</sup> ונמשכת עד עצם היום הזה, לא הסתיימה בפרשת רובינשטיין. שנים ספורות לאחר אותה פרשה הגיעה השאלה לפתחו של בית המשפט ל"סיבוב נוסף". הפעם נעשה הדבר על רקע "חוק טל" הידוע, אשר נחקק בעקבות פסיקת בג"ץ בעניין רובינשטיין על מנת לעגן בחקיקה את הפטור מגיוס (להלן: חוק דחיית השירות).<sup>88</sup> בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת<sup>89</sup> עמד אפוא תוקפו של החוק לבחינה בבג"ץ.

נושא הפטור מגיוס בכלל, וחוק דחיית השירות בפרט, הציבו אתגר של ממש בפני השיטה החוקתית שלנו. מחד גיסא, דובר בהסדר שעיגן מצב של הפליה בוטה ובעייתית בין תלמידי הישיבות, שנהנו מהפטור, לבין כל השאר, שנותרו כפופים לחובת הגיוס, כפי שקבע בג"ץ בשורה של פסקי דין קודמים שעסקו בנושא.<sup>90</sup> מאידך גיסא, התשתית המשפטית והחוקתית להתמודדות עם הפגיעה בעקרון השוויון הייתה חסרה ובעייתית, בראש ובראשונה משום שחוקי היסוד של 1992 לא כללו התייחסות לעקרון השוויון, וההשמטה בהקשר זה מצד הכנסת הייתה רחוקה מלהיות מקרית.<sup>91</sup> בית המשפט העליון אומנם פיתח במהלך השנים תורת משפט מקיפה שהעלתה על נס את עקרון השוויון כערך יסודי בשיטתנו המשפטית, אולם פיתוח העיקרון נעשה בעיקרו על בסיס הנחות לגבי פרשנות חקיקה, ולא על בסיס ראיית העיקרון כעליון ביחס לקביעותיה של

ביניש (2004), שם פירט בית המשפט את "עקרונות היסוד של הליך החקיקה" שלאורם בית המשפט עשוי לפסול חקיקה של הכנסת בשל פגם בהליך החקיקה. עקרונות אלו שימשו את בית המשפט כבסיס לפסילת הסדר המס על ריבוי דירות בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם באר"ש, 6.8.2017). ראו גם בג"ץ 3234/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יו"ר הכנסת, פס' 12-9 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם באר"ש, 9.7.2015); בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם באר"ש, 17.8.2016). גם לעקרונות אלו אין כידוע שום בסיס בטקסט של חקיקת היסוד, והם כל כולם עקרונות מבניים שהפסיקה גזרה מהתבנית החוקתית של השיטה הדמוקרטית שלנו. גם כאן, גזירת עקרונות כאלה תואמת הרבה יותר את המתודולוגיה ה"חשינית" של בחינת "האופן והצורה" מאשר מתודולוגיה שמבוססת על טקסטים חוקתיים, אשר אינם מכילים כאמור כל התייחסות שהיא לעקרונות אלו.

87 ראו בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הבטחון, פ"ד כד(1) 238 (1970).

88 חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, ס"ח 521.

89 פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 10.

90 ראו, למשל, עניין רסלר, לעיל ה"ש 70, בעמ' 513; פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 10, פס' 14-15 לפסק דינו של השופט חשין.

91 קרפ, לעיל ה"ש 28; מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 40, בעמ' 31 ו-279. קיימים עם זאת חוקים לא מעטים של הכנסת שמענגנים את עקרון השוויון כמעט בכל תחומי החיים. ראו שם, בעמ' 277-280.



הכנסת.<sup>92</sup> זאת ועוד, לאחר חקיקתם של חוקי היסוד של 1992 נדרש בית המשפט פעמים מספר לשאלת היחס בין עקרון השוויון לבין פגיעה בכבוד האדם, אולם הגישה שאומצה בהקשר זה לא קיבלה את הטענה שכל פגיעה בשוויון היא גם פגיעה בזכות לכבוד האדם. במקום זאת אומצה גישה מוגבלת יותר שלפיה רק פגיעות קשות במיוחד בשוויון עשויות להיחשב "פגיעה" כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>93</sup> גישה זו, שהגבילה את סוגי הפגיעות בשוויון הנכללים במושג "כבוד האדם", יצרה לכאורה בעיה קשה במיוחד למי שביקש לראות בדחיית השירות פגיעה כזו. זאת, בראש ובראשונה, משום שדחיית השירות העניקה הקלה או יתרון לקבוצה קטנה יחסית שהופלתה לטובה מתוך כלל המתגייסים, להבדיל ממצב שבו הקבוצה המופלית היא קבוצת מיעוט המקבלת יחס רע יותר בהשוואה לכלל הציבור. מצב זה של "הפליה לטובה" של האחר (המשתייך לקבוצת מיעוט) מציב לכאורה משוכה גבוהה (ואולי בלתי עבירה) בפני מי שמבקש לראות בו פגיעה בכבודם של אלה המשתייכים לכלל הציבור.<sup>94</sup> כך או כך, ההסדר הסטטוטורי המפלה שעוגן בחוק דחיית השירות הציב כאמור אתגר ממשי בפני בית המשפט, ומהווה מצע נוח לבחינת המתודולוגיות החוקתיות של השופטים השונים שישבו בדין.

גם בפרשה זו ניתן פסק הדין העיקרי של דעת הרוב על ידי הנשיא ברק. בפסק דין מקיף ברק סוקר את תולדות הפטור מגיוס לתלמידי הישיבות, את פסקי הדין שעסקו בסוגיה ואת הרקע העובדתי לחקיקת חוק דחיית השירות.<sup>95</sup> בניגוד לעניין רובינשטיין, בעניין התנועה לאיכות השלטון, שבו עמדה לדיון באופן ישיר השאלה בדבר חוקתיות חוק של הכנסת, ברק מאמץ את המתודולוגיה הטקסטואלית של חקיקת היסוד על פי המסגרת של **בנק המזרחי**. הוא קובע כי החוק הנדון פוגע בעקרון השוויון.<sup>96</sup> מקביעה זו הוא עובר לדון בשאלה הקשה של הקשר בין הפגיעה בשוויון, בנסיבות המקרה הנדון, לבין הפגיעה בכבוד האדם. זאת, תוך שהוא שומר גם על המסגרת שנקבעה בפסיקה קודמת של "מודל הביניים", שלפיו רק פגיעות חמורות במיוחד בעקרון השוויון יוכרו כפגיעות בכבוד האדם.<sup>97</sup> קביעה זו מובילה אותו למסקנה כי דחיית השירות הניתנת

92 ראו, למשל, בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988); יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה' 165, 182-183 (1999); מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 40, בעמ' 280-281.

93 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, פס' 4 לפסק דינה של השופטת דורנר (1995); בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 204 (1998); עניין מרכז השלטון המקומי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 497. ראו גם דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב 675-677 (2010).

94 על ההבחנה בין הפליה לטובה לבין הפליה לרעה ראו יואב דותן "הפליה לטובה אחר" משפט וממשל א 489 (1993).

95 פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 11, פס' 1-15 לפסק דינו של הנשיא ברק.

96 שם, פס' 28-29 לפסק דינו של הנשיא ברק.

97 שם, פס' 33-40 לפסק דינו של הנשיא ברק.

לאברכים שתורתם אומנותם פוגעת פגיעה קשה בכבוד האדם של מי שנאלצים להתגייס. את הקביעה הזו הוא מנמק במילים הבאות:

"על פי מודל הביניים, פגיעתו של חוק דחיית השירות בשוויון מקימה פגיעה בכבוד האדם. החוק פוגע באותם זכויות וערכים, העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש בחירה ובחופש פעולה של האדם כיצור חופשי. הוא פוגע באותו אגד של זכויות וערכים, ששמירתם נדרשת כדי לקיים את כבוד האדם של כל אחד מקבוצת הרוב, המחויב בשירות צבאי. בעוד שמרבית בני החברה מחויבים בשירות צבאי מלא וממושך, תוך סיכון לעתים של היקר מכל, לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם ניתנת האפשרות להשתחרר משירות זה. מצב דברים זה פוגע בשוויון הבסיסי והאלמנטרי ביותר שבין בני החברה. הוא פוגע במעמדו של האדם המחויב בשירות צבאי כשווה בין שווים, על יסוד השתייכותו החברתית, אמונתו הדתית ואורחות חייו. הוא מפר הפרה קשה את השוויון בזכויות ובחובות האזרחיות הבסיסיות. הוא גורם להפליה ולקיפוח... הטלת חובה זו על האחד ושחרור ממנה של האחר פוגעת קשות בזהותו העצמית של האדם; היא 'מכרסמת עד כלות ביחסים שבין בני-אנוש'... היא פוגעת בכל אחד מקבוצת הרוב המחויב בשירות צבאי בשל ההפליה הקשה שהיא יוצרת כלפיו לעומת מי שתורתו אומנתו. בעוד שהאחד מחויב בשירות צבאי, קשה, תובעני וממושך, שירות שיש לו מחיר כלכלי ואישי מובהק והכרוך לא פעם בסיכון החיים ושלמות הגוף, האחר פטור למעשה משירות זה; בעוד שלאדם אחד אין ניתנת יכולת הבחירה ב'שנת הכרעה' בין גיוס לדחייתו, לאדם אחר ניתנת הבחירה בין גיוס לבין דחייתו (שסופה פטור משירות), או בחירה בין גיוס לבין שירות אזרחי, או בין גיוס רגיל לבין מסלול שירות צבאי מיוחד. האחד חייב ללחום בטרם ילמד. האחר רשאי ללמוד ולא ללחום. אכן, הפרת השוויון לגבי חובת השירות הצבאי ובאשר להיקף חופש הבחירה הנתון לכל אדם מביאה להפליה הפוגעת בכבוד האדם."<sup>98</sup>

אין ספק שיש בדברים הללו כדי להדגיש את העובדה שהסדר דחיית השירות פוגע קשות בעקרון השוויון. אולם היש באמת בדברים הללו כדי לשכנע את הקורא שהפגיעה בכבודו של המתגייס נגרמת כתוצאה מהפטור הניתן לאברכים? דומה שחלק גדול מהפגיעות שברק מייחס לכבודו של המתגייס – לרבות אלה הנוגעות בחופש הבחירה שלו, בפגיעה הכלכלית ובסיכון חייו ושלמות גופו – נובעות מחובת הגיוס עצמה, ולא מהעובדה שקבוצה קטנה יחסית של אברכים פטורה ממנה. בצדק עונה לו השופט חשין בדברים הבאים:

98 שם, פס' 41–42 לפסק דינו של הנשיא ברק.

"...נעלם ממני כיצד זה שנפגעת 'אוטונומיית הרצון הפרטי' של המתגייס לצבא אך באשר בני ישיבה שתורתם אומנותם אינם מתגייסים לצבא, ולא ידעתי מה טעם נאמר כי 'חופש הבחירה' של המתגייס נפגע אך באשר מועמדים אחרים לגיוס שהם בני ישיבה שתורתם אומנותם, אינם מגויסים לצבא. בוודאי יאמרו אותם דברים על 'השלמות הפיסית והרוחנית' של האדם ועל 'מכלול אנושיותו'. כללם של דברים: אינני כופר ולא אכפור בפרישתו של מושג כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על פני מרחבים כדברו של "מודל הביניים", ואולם כופר אני, ובכל תוקף, בפרישתו של כבוד האדם גם על מערכי עובדה שאפשר פוגעים הם בזכות מזכויותיו של היחיד אך פגיעה בכבוד האדם לא נמצאה לנו.

...

אתקשה לאתר במשפט מעשה או מחדל שבהפליה אשר אינם פוגעים או שורטים בכבוד האדם. ראובן [המתגייס] יחוש זעם וכעס על הרשויות שכך מעניקות הן יחס בלתי שווה – ובלתי צודק – לצעירים מכאן ומכאן. במובן מסויים יחוש ראובן – וכמותו בני החברה – עלבון על שרשויות המדינה נוהגות כפי שהן נוהגות. אך כעס ועלבון אלה יחוש ראובן כאזרח המדינה – כיחיד מבין הכלל – ולא כיחיד שכבודו נפגע. אפשר נפגע כבודו הלאומי של ראובן, שכן לא למדינה זו פילל והתפלל; לא כן כבודו האישי כמובנו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>99</sup>

השופט חשין דוחה אפוא את הטענה כי ניתן לפסול את ההסדר הסטטוטורי של דחיית השירות על יסוד אי-התאמתו לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דחייה זו מציבה את חשין פנים אל פנים מול הצורך לבחון את הסדר דחיית השירות על פי הפרמטרים והדרישות של התזה החוקתית שלו עצמו. אכן, דומה שעל רקע ההפליה החמורה שבהסדר דחיית השירות, חשין אינו מהסס לשלוף מאמתחתו את הכלים ה"כבדים" ביותר שהתזה החוקתית המִטְטֶטֶקסטואלית מעמידה לרשותו. הוא פותח חלק זה של פסק דינו בשרטוט הקווים המתודולוגיים הכלליים שבהם הוא מתכוון ללכת:

"על דרך הכלל מדברים אנו בדבר-חוק הנוגד זכות מזכויות היסוד המנויות בחוק-היסוד – זכות-יסוד או שלוחה שלזכות-יסוד – ואולם אין כל כורח אפריורי, בוודאי שאין הצדק ראוי, כך לצמצם את סמכותו של בית-המשפט לבטל דבר-חוק של הכנסת. יש עיקרי-יסוד בחיי המדינה שלא נוכל בלעדיהם ואין אנו זכאים להתעלם מהם. שאם נעבור ונתעלם, אנו לא עוד נהיה אנו. הדוגמה הבולטת ביותר שנקרתה על דרכנו עד כה הייתה בפרשת ירדור. באותו מקרה לא דובר אמנם בביטול דבר-חוק של הכנסת, ואולם עיקרים שנקבעו

99 שם, פס' 37 ו-39 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין (ההדגשות במקור).

בפסק-הדין יפים – על דרך ההיקש הישיר – לעניין ביטולו של חוק הכנסת אף-  
הוא.<sup>100</sup>

חשין בוחן אפוא את הסדר דחיית הגיוס על פי העקרונות הכלליים, המִטָּ-  
טקסטואליים, של חוקת המדינה. הוא קובע כי הסדר מפלה זה נוגד הן את העיקרון  
הדמוקרטי, אשר מכוחו – ורק מכוחו – הכנסת מוסמכת לפעול,<sup>101</sup> והן את העיקרון  
ההישרדותי הבסיסי של הלאום היהודי, העומד ביסוד קיומה של המדינה (אותו עיקרון  
שכבר הוכר על ידי השופטים בפרשת ירדור<sup>102</sup> הידועה).<sup>103</sup> תוצאת הניתוח הזה היא  
שחשין קובע (בדעת מיעוט) כי הסדר דחיית השירות צריך להיפסל על ידי בית המשפט  
לאחר.<sup>104</sup>

נכונותו של השופט חשין לפסול חקיקה של הכנסת תוך שימוש ישיר בעקרונות  
מסגרת חוקתיים ומִטָּ-טקסטואליים מוכיחה כי הוא נותר נאמן לשיטתו ועקיב, וגם  
מבטאת אומץ אינטלקטואלי מרשים. מאידך גיסא, אין ספק שפסק דינו בעניין התנועה  
לאיכות השלטון גם מדגים את הבעייתיות של המתודולוגיה הזו מנקודת ראות של  
פוליטיקה שיפוטית. מובן שמבחינה ציבורית קל לבית המשפט הרבה יותר לסמוך  
החלטה בדבר פסילת חקיקה של המוסד הרובני הנבחר על טקסט חוקתי מוכר מאשר על  
עקרונות מסגרת חוקתיים מִטָּ-טקסטואליים. זאת, גם אם הטקסט החוקתי עצמו הוא  
מוגבל וחסר, וגם אם השימוש בו על ידי בית המשפט מצריך לוליינות פרשנית ניכרת.<sup>105</sup>  
אולם דומה שגם מי שיחלקו על היזקקותו של חשין למסגרת המִטָּ-טקסטואלית באותה  
פרשה<sup>106</sup> לא יחלקו על החשיבות של פסק דינו ועל תרומתו לפיתוח המסגרת החוקתית  
הכוללת שלנו. פסק דין זה מדגים לא רק את העקיבות האינטלקטואלית והרעיונית של  
חשין, אלא גם את הרלוונטיות של המתודולוגיה המִטָּ-טקסטואלית לדיון החוקתי  
בישראל.<sup>107</sup>

100 שם, פס' 47 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין (ההדגשה הוספה).

101 שם, פס' 51 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

102 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965).

103 פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 11, פס' 60 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

104 שם, פס' 56–57 ו-60 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין. זאת, בניגוד לדעת הרוב, שגרסה  
כי יש לדחות את העתירות על מנת להותיר לכנסת שנה להתאים את ההסדרים המעשיים הנוגעים  
בדחיית השירות לדרישות החוקתיות.

105 ראו דותן "חוקה למדינת ישראל?", לעיל ה"ש 7, בעמ' 179–182.

106 לביקורת של הנשיא ברק על המתודולוגיה ה"חשינית" ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל  
ה"ש 11, פס' 73–74 לפסק דינו.

107 כאן המקום לציין כי בפרשת התנועה לאיכות השלטון, שם, ביטא גם השופט גרוניס גישה חוקתית  
מִטָּ-טקסטואלית מובהקת. הוא גרס כי אין מקום שבית המשפט יתערב בעניין הפטור שניתן  
לאברכים מגיוס, משום שאין מדובר בהפליה לרעה של קבוצת מיעוט חלשה, אלא במצב שבו הרוב  
החליט להעניק הטבה לקבוצת מיעוט. עמדה זו הסתמכה באופן ישיר על תיאוריית ההליך של BLY,

פרק ג: מבט לעתיד – התיקון החוקתי הלא-חוקתי<sup>108</sup>

המתח בין הגישה החוקתית הטקסטואלית שאימצה דעת הרוב בעניין **בנק המזרחי** לבין הגישה המִטְ-טקסטואלית של השופט חשין בא לידי ביטוי מובהק בשאלה נוספת, והיא שאלת סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על התכנים והקביעות שבחוקי היסוד עצמם, כלומר, להפעיל ביקורת על סמכותה המכוננת של הכנסת. ניתן לומר שהדילמות הכרוכות בשאלה זו נוצרו כבר בעת הצגת התזה של דעת הרוב בעניין **בנק המזרחי**, שהרי גישת שני הכובעים, כפי שכבר ציינתי במקום אחר, העניקה אומנם לבית המשפט סמכות חוקתית להעמיד לביקורת את חוקי הכנסת, אך בד בבד העניקה כוחות חוקתיים חדשים לכנסת לפעול בכובעה המכונן.<sup>109</sup> השאלה שהועמדה בעקבות זאת על הפרק הייתה כיצד ינהג בית המשפט אם הכנסת תעשה שימוש בסמכותה המכוננת באופן שייראה לבית המשפט כעומד בניגוד לערכי היסוד של השיטה, כפי שהוא תופסם. כאן המקום לציין שהשאלה לא נעלמה מעיניהם של השופטים בעניין **בנק המזרחי**. השופט חשין מעלה את הסוגיה במסגרת ביקורתו על תיאוריית שני הכובעים של דעת הרוב, תוך שהוא תוהה כיצד יוכל בית המשפט לעגן את סמכותו לבקר את תכניה של אותה חוקה שהוא עצמו רומם אל על במסגרת אותה תיאוריה,<sup>110</sup> ואילו הנשיא ברק, מצידו, משאיר את השאלה ב"צריך עיון".<sup>111</sup>

אלא שהשאלה שנראתה אולי בזמנו כשאלה עיונית גרידא נהפכת לאחרונה לאקטואלית יותר ויותר. זאת, משום שבשנים האחרונות בית המשפט נאלץ יותר ויותר, שלא בטובתו, לדון בעתירות שבהן הכנסת עושה שימוש הולך וגובר בכוחה החוקתי לקבלת חוקי יסוד שתוכנם מאתגר את מושכלות היסוד של הדמוקרטיה בישראל, כפי שגובשו בפסיקת בית המשפט עצמו. תחום אחד שבו התעוררה הסוגיה היה השימוש שהונהג בעשור האחרון בהוראות שעה לתיקון חוקי יסוד, במיוחד כדי לאפשר לממשלה ולכנסת להכשיר את הפרקטיקה של התקציב הדו-שנתי בניגוד להוראות המקוריות של חוק-יסוד: משק המדינה, אשר חייבו את הממשלה להניח לפני הכנסת תקציב מדי שנה.<sup>112</sup> כבג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל** אישר בית המשפט את חוקתיותה של הפרקטיקה, אף שהביע חוסר נחת מהזילות של השימוש בסמכות המכוננת בצורה

לעיל ה"ש 15. לביקורתו של הנשיא ברק על הגישה הזו ראו פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, שם, פס' 75–80 לפסק דינו.

108 לדין מקיף בדוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי ראו YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS (2017).

109 ראו דותן "חוקה למדינת ישראל?", לעיל ה"ש 7, בעמ' 186.

110 ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, פס' 94 סיפא לפסק דינו של השופט חשין. כן ראו דותן "חוקה למדינת ישראל?", שם, בעמ' 187.

111 עניין **בנק המזרחי**, שם, פס' 43 סיפא לפסק דינו של הנשיא ברק.

112 ס' 3(א) לחוק-יסוד: משק המדינה.

כזו.<sup>113</sup> אולם שנים מספר מאוחר יותר, בבג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל**, כבר מיאן בית המשפט לעבור לסדר היום, והוציא צו שאסר על הכנסת להמשיך לעגן את הפרקטיקה הזו באמצעות הוראות שעה המתקנות את חוק היסוד.<sup>114</sup>

התערבותו של בית המשפט לפסילת התיקונים לחוקי היסוד בסוגיית התקציב הדו-שנתי לא הסתמכה באופן ישיר על הקביעה כי לבית המשפט יש סמכות להתערב בתכנים של חוקי היסוד על סמך אי-התאמתם לעקרונות היסוד של השיטה. במקום זאת סמך בית המשפט את התערבותו על תיאוריה שונה במקצת שלפיה יש לו סמכות להתערב במצבים שבהם הכנסת עושה שימוש לרעה בסמכות המכוננת באופן שסותר את התנאים הבסיסיים שהוגדרו להפעלת הסמכות.<sup>115</sup> התערבות כזו, הנעשית על בסיס מעין-פרוצדורלי, אינה סותרת את גישת שני הכובעים, משום שהיא עוסקת בשאלת התנאים להפעלת הסמכות המכוננת, ולא בשאלת התאמתם של תוכני חוק היסוד לעקרונות-על מהותיים שמצויים מחוץ לטקסט החוקתי.<sup>116</sup>

אולם גישה זו לא יכלה להועיל לבית המשפט כאשר באו לפניו עתירות שבהן נטען כי הכנסת עושה שימוש בכוחה המכונן כדי לפגוע בחירויות היסוד המעוגנות בחוקי הזכויות ובעקרונות יסוד אחרים של השיטה הדמוקרטית. המקרה הבולט ביותר בהקשר

113 ראו עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 5, פס' 29 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. ראו גם בג"ץ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט**, פ"ד נג(4) 92 (1999), שם נעשה שימוש בהוראת שעה כדי להתגבר על הגבלת מספרם של חברי הממשלה בחוק-יסוד: הממשלה.  
114 בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל**, פס' לד לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (פורסם באר"ש, 6.9.2017) (להלן: עניין **המרכז האקדמי נ' כנסת ישראל**).

115 ראו שם, דיונו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין. להבחנה בין שתי הגישות ראו שם, פסק דינו של השופט מלצר; וכן ROZNAI, לעיל ה"ש 108, בעמ' 141–144. עם זאת, לנוכח דלותן של הדרישות הדיוניות החלות על הכנסת בעת קבלת חוקי יסוד, ההבחנה בין גישה זו לבין הגישה המגבילה את הסמכות המכוננת של הכנסת מכוח עקרונות-על מהותיים (שתידון בהמשך) רחוקה מלהיות חדה, כפי שמעיד דיונו האמור של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

116 ראו עניין **המרכז האקדמי נ' כנסת ישראל**, לעיל ה"ש 114, פס' 24 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן, פס' 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן וכן פסק דינו של השופט הנדל; והשוו אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" **ספר גבריאל בכך** 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכך עורכים, 2011). עם זאת, הקושי העיקרי ביישום הגישה במשפטנו הוא שהואיל וחוק-יסוד: החקיקה לא נחקק עדיין במשפטנו, אין בטקסט החוקתי שלנו דרישות פרוצדורליות ברורות ביחס לדרך קבלתם של חוקי יסוד, ולכאורה די בכך שהכנסת הכתירה את החוק בכותרת "חוק יסוד" להפכו לחלק מן החוקה. ראו, למשל, עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 5, פס' 11–15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. למעשה, אם כן, גישת "השימוש לרעה" מתמקדת בשימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד". ראו שם, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. כאן המקום להוסיף כי גישת השימוש לרעה מתיישבת היטב גם עם גישתו של חשין לעניין מגבלות "האופן והצורה" החלות על הכנסת. ראו יואב דותן "איסור החקיקה העצמית" כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון "משפטים לא 771, 774–775 (2001).

זה הוא בג"ץ 5744/16 **בן מאיר נ' הכנסת**, שבו תקפו העותרים את התיקון לחוק-יסוד: הכנסת שהסמיך את הכנסת להדיח חברי כנסת שהיה במעשיהם משום הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין נגד המדינה (להלן: חוק ההדחה).<sup>117</sup> הואיל וחוק ההדחה פגע ישירות בחירויות דמוקרטיות בסיסיות, חייב הדבר את בית המשפט להתייחס ישירות למעמדה של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי במשפטנו. אומנם, העובדה שבית המשפט קבע, פה אחד, כי התיקון לחוק היסוד אינו מכיל פגיעות קיצוניות בעקרונות היסוד, כאלה שיצדיקו שימוש בדוקטרינה, אפשרה לו להציג את עמדותיו לעניין עצם מעמדה כאמרות אגב. אולם ברי מקריאת דברי השופטים כי שאלת ההיזקקות לדוקטרינה היא עניין שעומד על הפרק ומעסיק אותם, וברור גם שרוב השופטים מוכנים להכיר באופן עקרוני בסמכותו של בית המשפט לעשות שימוש בדוקטרינה בעתיד או למצער אינם מוכנים לשלול אפשרות כזו.<sup>118</sup>

בהנחה שבעתיד הלא-רחוק ייאלץ בית המשפט להתמודד ישירות עם חוקי יסוד שתוכנם עלול להתנגש ישירות בעקרונות היסוד של השיטה החוקתית שלנו, כפי שהוכרו בפסיקת בית המשפט במהלך השנים, נשאלת השאלה מהי המסגרת העיונית שתאפשר לבית המשפט להצדיק את סמכותו להפעיל ביקורת שיפוטית על תוכניהם של חוקי יסוד.<sup>119</sup> גם כאן דומה שהתיאוריה הטקסטואלית שאומצה על ידי בית המשפט למן פרשת **בנק המזרחי** תפריע לבית המשפט יותר מאשר תסייע לו. זאת, מכיוון שככל שבית

117 בג"ץ 5744/16 **בן מאיר נ' הכנסת** (פורסם באר"ש, 27.5.2018).

118 ראו שם, דברי הנשיאה חיות, שכתבה את פסק הדין העיקרי. בפסק הדין כללה הנשיאה חיות סקירה מקיפה למדי של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי (שם, פס' 19–25 לפסק דינה), שהסתיימה בקביעה כי "מכל מקום, ההליך שלפנינו אינו מצריך הכרעה בסוגיה סבוכה זו, משום שאפילו היינו בוחנים את חוק ההדחה על פי איזו מן הדוקטרינות הנוהגות בעולם לעניין תיקון חוקתי שאינו חוקתי, נראה כי הוא צולח את המבחן. ניתן, אפוא, להשאיר לעת-מצוא את השאלה המורכבת הנוגעת לתחולתה של הדוקטרינה בדין הישראלי". השופט פוגלמן והמשנה לנשיאה מלצר הפנו בפסקי דינם להתייחסויות קודמות שלהם, שלא שללו את סמכותו של בית המשפט להיזקק לה בעתיד. ראו גם עניין **המרכז האקדמי נ' כנסת ישראל**, לעיל ה"ש 114, פס' 23–30 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופס' 8–11 לפסק דינו של השופט מלצר, והשוו לפס' 3–8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימי) ג'ובראן, שתמך במפורש בהכרה בדוקטרינה כחלק מהמשפט הפוזיטיבי. השופט מזוז בעניין **בן מאיר**, שם, פס' 8–12 לפסק דינו, הוסיף גם הוא הערת אגב ארוכה למדי, שבה סקר את מעמדה של הדוקטרינה באופן שהותיר לפחות פתח להחלתה העתידית במקרים המתאימים, וכך התבטא גם השופט סולברג, שם, פס' 3–4 לפסק דינו. שאר שופטי ההרכב הסתפקו בקביעה שאין מקום לדיון במעמדה של הדוקטרינה באותו מקרה.

119 ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג בעניין מסתננים), פ/5497/20, שהונחה על שולחן הכנסת ב-18.6.2018. ביוזמת חברת הכנסת שולי מועלם-רפאלי, [main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestionssearch&lawitemid=2071500](http://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestionssearch&lawitemid=2071500), וכן את ההצעות השונות שהועלו – ביתר שאת לאחרונה – לחוקק פסקת התגברות. ראו "פסקת התגברות" **ויקיפדיה** [he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%A1%D7%A7%D7%AA\\_%D7%94%D7%94%D7%AA%D7%92%D7%91%D7%A8%D7%95%D7%AA](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%A1%D7%A7%D7%AA_%D7%94%D7%94%D7%AA%D7%92%D7%91%D7%A8%D7%95%D7%AA).

המשפט ירבה להשליך את יהבו – כלומר את פיתוח הביקורת החוקתית – על הטקסט החוקתי הקיים, הוא ימצא את עצמו מחויב יותר ויותר למה שהכנסת כללה בטקסט. דהיינו, ככל שבית המשפט ירומם ויפאר יותר ויותר את "הסמכות המכוננת" של הכנסת, וככל שהוא יבסס את הסמכות החוקתית שלו עצמו על עצם קיומה של "החוקה הכתובה" שלנו, כן יקשה עליו להסביר מניין נובעת סמכותו לבחון את תכניו של אותו טקסט חוקתי רם ונישא.<sup>120</sup> במילים אחרות, אם בית המשפט יתיימר לפסול חוקי יסוד (או סעיפים בחוקי יסוד) על סמך "עקרונות יסוד" בלתי כתובים, יעורר הדבר מייד שאלות קשות בנוגע לאפשרות ליישב פסיקה כזו עם התיאוריה החוקתית שבית המשפט אוחד בה למן פסק הדין בעניין **בנק המזרחי**. הרי אם סמכות הביקורת של בית המשפט נובעת כל כולה מקיומה של "חוקה" כתובה, אזי בהעדר סעיפים בחוקה עצמה המגבילים את אפשרות שינויה (וכאלה, כידוע, אינם קיימים אצלנו) לא ברור מניין נובעת סמכותו של בית המשפט לפסול תיקונים שעומדים בדרישות הדינאיות (המינימליות) לחקיקת חוקי יסוד. זאת ועוד, אם בית המשפט אכן יבסס התערבות כזו על "עקרונות יסוד" בלתי כתובים, אזי תישאל השאלה מה בכלל הרבותא בהכללת עיקרון מסוים, זכות מסוימת או קביעה מסוימת בחוקי היסוד, שהרי ממילא, לפי תיאוריית התיקון החוקתי הלא-חוקתי, יש לבית המשפט סמכות "אינהרנטית", מכוח עקרונות היסוד, לפסול חוקי יסוד (ומסתמא, גם חוקים רגילים). דומה גם שהתשובה המקובלת כיום ברטוריקה השיפוטית, שלפיה ההבדל הוא בזהירות ה"מיוחדת במיוחד" שבה תופעל הסמכות העל-חוקתית<sup>121</sup> (בהשוואה לקריאה השיפוטית השכיחה לזהירות ה"מיוחדת סתם" שבה מופעלת גם הסמכות החוקתית ה"רגילה"), תישמע חלולה ובלתי משכנעת בעליל.

כל הקשיים הללו אינם קיימים כמובן בשיטה החוקתית שהוצעה על ידי השופט חשין בעניין **בנק המזרחי**. כמי שחזה היטב את העתיד, סירב חשין להשליך את יהבו, לעניין הביקורת החוקתית, על הטקסט של חוקי היסוד ועל סמכות-העל המכוננת של הכנסת, אלא ביסס את שיטתו על כפיפותם של כל האורגנים החוקתיים שלנו, לרבות הכנסת, לעקרונות-העל החוקתיים הנובעים מהשיטה הדמוקרטית שלנו. מבחינתו, אין הבדל עקרוני בין חוקי יסוד לבין חוקים רגילים של הכנסת. אלה ואלה ראויים לכבוד ולריסון שיפוטי, בהיותם תוצר של רצון המחוקק הנבחר. אך בד בבד אלה גם אלה כפופים לעקרונות היסוד, שאותם יאכוף בית המשפט לכשיתעורר הצורך והצידוק לעשות כן, ויוצא שגם הסוגיה החשובה והאקטואלית של התיקון החוקתי הלא-חוקתי מבליטה את הלכידות והעוצמה האינטלקטואלית שבגישתו של חשין בהשוואה לגישה המנחה כיום את בית המשפט.

120 ראו דותן "חוקה למדינת ישראל?", לעיל ה"ש 7.

121 ראו, למשל, עניין **המרכז האקדמי נ' כנסת ישראל**, לעיל ה"ש 114, פס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימי) ג'ובראן (הפעלת הסמכות בהתאם ל"אמות מידה קפדניות").



## סיכום

עמדת המיעוט של השופט חשין בעניין **בנק המזרחי** אומנם לא נהפכה לתיאוריה השלטת בכיפת המשפט החוקתי בישראל, אולם העוצמה האנליטית והערכית של גישה זו, התאמתה לתשתית ההיסטורית של התפתחות המשפט הציבורי והפוטנציאל הניכר שלה בכל הקשור להתמודדות עם מקרים קשים משמרים את מעמדה כחלופה שרירה וקיימת לגישה הדואליסטית המקובלת. במקרים לא מעטים אפשר לראות כיצד גישה זו מוסיפה להוות – במודע או לא במודע – מורת דרך מאירת עיניים להתמודדות עם שאלות חוקתיות קשות. היא עשויה אף, בסופו של דבר, להוכיח את עצמה כשיטה ה"מנצחת", אם וכאשר ייאלץ בית המשפט להתמודד עם סוגיית התיקון החוקתי הלא-חוקתי. מבעד לשאון התופים של המהפכה החוקתית מוסיף להישמע, זך וצלול, קול הפיקולו – קולו של השופט מישאל חשין.