

מהפכה או המשכיות? מקומו של פסק-דין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל

איתי בר-סימן-טוב*

מאמר זה בוחן את מקומו של פסק-דין **בנק המזרחי** בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל. המאמר מנתח את ההתפתחויות שחלו לאורך השנים ביחסה של הפסיקה למודלים השונים של ביקורת שיפוטית: מעידן ריבונות הפרלמנט; דרך פרשת **ברגמן**, שיצרה מודל של ביקורת שיפוטית סמי-פרוצדורלית הנובעת מסעיף שריון חוקתי; ופרשת **נמרודי**, שהכירה במודל הפרוצדורלי שנים מספר לפני פסק-דין **בנק המזרחי**, אשר הכיר בתורו במודל החוקתי הסובסטיביבי; ועד פסק-דין **קוונטינסקי** בעניין מס ריבוי דירות, שניתן ממש לאחורונה, ואשר היה הראשון אי-פעם שביטל חוק מכוח המודל הפרוצדורלי. במסגרת ניתוח זה המאמר מתמקד בבחינת השפעתו של פסק-דין **בנק המזרחי** על ההתפתחויות הללו. המאמר טוען כי אף שפסק-דין **בנק המזרחי** לא התיימר לבטל את שני המודלים שקדמו לו – המודל הסמי-פרוצדורלי של פסק-דין **ברגמן** והמודל הפרוצדורלי של פסק-דין **נמרודי** – בפועל הוא יצר מהפכה, ולנוכח הדומיננטיות שלו, המודל הסובסטיביבי של ביקורת שיפוטית שהוא יצר זכה בבכורה ודחק את שני המודלים האחרים. על רקע זה המאמר עובר לדיון נורמטיבי בדבר היחסים הראויים בין המודלים השונים של ביקורת שיפוטית. המאמר מבקר את המגמה של דחיקת המודל הפרוצדורלי לטובת המודל הסובסטיביבי, שהסתמנה בפסיקה לפחות עד לפסק-דין **קוונטינסקי**, וסותר את הטענות הנורמטיביים שעשויים להצדיקה. המאמר טוען כי יש מקום לשני המודלים, זה לצד זה, וכי בית-המשפט יכול (וצריך) להפעיל את שניהם. לעומת זאת, המאמר טוען כי ירידת המודל של פסק-דין **ברגמן** היא בעייתית פחות, ומסיים בהצעה להחליפו במודל סמי-פרוצדורלי חדש.

* מרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. על הערות מועילות על טיוטות קודמות אני מודה לשופטים/ות האנונימיים/ות של המאמר, לאסף אברמזון, לאורי גורלי, ליואל לביא, לאילן סבן, לאמנון רייכמן, לדין תירוש ולמשתתפי הכנס "עשרים שנה לפרשת בנק המזרחי" שנערך באוניברסיטת חיפה. תודה לדב שלומוביץ על העזרה במחקר. מחקר זה (מס' 1436/15) נתמך על-ידי הקרן הלאומית למדע.

מבוא. א. התפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית עד לפסק-דין בנק המזרחי: 1. עידן ריבונות הפרלמנט – העדר ביקורת שיפוטית (1948–1969); 2. עידן ברגמן – עידן המודל הסמי-פרוצדורלי (1969–1990); 3. בג"ץ נמרודי והופעתו של המודל הפרוצדורלי הטהור (1991); 4. פסק-דין בנק המזרחי – הופעתו של המודל הסובסטנטיבי (1995). ב. יחסו של פסק-דין בנק המזרחי למודלים הקודמים – המשכיות או מהפכנות? 1. פסק-דינו של השופט זמיר – המשכיות; 2. פסק-דינו של הנשיא ברק – מהפכנות והמשכיות; 3. פסק-דינו של הנשיא (בדימ') שמגר – המשכיות ומהפכנות; 4. סיכום. ג. המודלים של ביקורת שיפוטית בפסיקה הישראלית בעידן שלאחר בנק המזרחי: 1. עלייתו של המודל הסובסטנטיבי והתבססותו; 2. המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי בעידן ההבחנה בין שינוי לפגיעה; 3. הפער הגדול בין התיאוריה לפרקטיקה של ביקורת פרוצדורלית; 4. בג"ץ קוונטינסקי ועתידו של המודל הפרוצדורלי – מהפכה או המשכיות? ד. היחס הראוי בין המודלים השונים של ביקורת שיפוטית: 1. מקומו הראוי של המודל הפרוצדורלי מול המודל הסובסטנטיבי; 2. מקומו הראוי של המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי לעומת המודלים הסובסטנטיבי והפרוצדורלי; 3. ממודל סמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי למודל סמי-פרוצדורלי פסיקתי חדש? 4. סיכום: היחס הראוי בין המודלים השונים של ביקורת שיפוטית. ה. סיכום.

מבוא

מעטים יחלקו על כך שפסק-דין בנק המזרחי הוא ההתפתחות החשובה והדרמטית ביותר בתחום הביקורת השיפוטית בישראל.¹ כידוע, פסק-דין זה הכריז בקול תרועה רמה על המהפכה החוקתית, על מעמדם החוקתי של חוקי-היסוד ועל סמכותו של בית-המשפט לקיים ביקורת שיפוטית חוקתית. לנוכח הדומיננטיות הרבה של פסק-דין זה, קל לשכוח שהביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית לא החלה עם פסק-דין בנק המזרחי. ביקורת שיפוטית מכוח סעיף שריון פרוצדורלי, כגון סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, הוכרה כבר בפסק-דין ברגמן בשנת 1969.² כמו-כן, כמעט חמש שנים לפני פסק-דין בנק המזרחי, בפרשת נמרודי משנת 1991, הכיר בית-המשפט בסמכותו לקיים ביקורת שיפוטית מסוג נוסף על חקיקה ראשית: ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה.³ על-כן אטען בפרק א כי כאשר פסק-דין בנק המזרחי הגיע לזירה, כבר התקיימו בישראל שני מודלים של ביקורת שיפוטית – המודל הסמי-פרוצדורלי של ברגמן והמודל הפרוצדורלי של נמרודי – ובנק המזרחי הוסיף מודל שלישי: מודל חוקתי סובסטנטיבי. על רקע זה אבחן את מקומו של פסק-דין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של הביקורת השיפוטית בישראל. בפרק ב אתייחס לעמדתו של פסק-דין בנק המזרחי עצמו בסוגיה זו. אטען כי בנק המזרחי לא ביטל את שני המודלים שקדמו לו, אך ניתן לזהות בפסק-דין זה שני קולות: קול אחד של המשכיות וקול אחד של מהפכנות. אטען כי פסק-דינו של השופט זמיר מייצג בצורה המובהקת ביותר את קול המשכיות, בעוד פסקי-דינם של הנשיאים ברק ושמגר מייצגים שניות בין המשכיות למהפכנות.

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

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

3 בג"ץ 975/89 nimrodi land development ltd נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154 (1991) (להלן: פרשת נמרודי).

לאחר-מכן, בפרק ג, אבחן את השפעתו בפועל של פסק-דין בנק המזרחי על התפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית. אטען כי אף שבנק המזרחי לא התיימר לבטל את שני המודלים שקדמו לו, בפועל הוא יצר מהפכה, ולנוכח הדומיננטיות שלו, המודל הסובסטיבי של ביקורת שיפוטית שהוא יצר דחק את שני המודלים האחרים. טענתי תהיה שניתוח הפסיקה הישראלית בעידן שלאחר בנק המזרחי חושף כי יחסה למודלים השונים מתאפיין בפלורליזם דה-יורה אך בנטייה גוברת למונוליתיות דה-פקטו, שבמסגרתה המודל הסובסטיבי של בנק המזרחי זוכה בכורה, בעוד המודל הסמי-פרוצדורלי של ברגמן והמודל הפרוצדורלי של נמרודי נהפכים לתיאורטיים בעיקרם. עם זאת, אסיים את הדיון בפרק זה בניתוח פסק-דין קוונטינסקי שניתן לאחרונה בעניין מס ריבוי דירות.⁴ אבחן עד כמה פסק-דין זה – הראשון אי-פעם שביטל חוק מכוח המודל הפרוצדורלי – משנה את התמונה, אם בכלל.

לבסוף, בפרק ד אעבור לדיון נורמטיבי שיבחן אם התפתחות זו – קרי, השתלטות המודל הסובסטיבי של בנק המזרחי ודחיקתם דה-פקטו של המודלים האחרים – היא רצויה. אבקר את המגמה של דחיקת המודל הפרוצדורלי לטובת המודל הסובסטיבי, שהסתמנה בפסיקה לפחות עד לפסק-דין קוונטינסקי, ואבקש לסתור את הטענות הנורמטיביות שעשויות להצדיקה. אטען כי יש מקום לשני המודלים, זה לצד זה, וכי בית-המשפט יכול (וצריך) להפעיל את שניהם. לעומת זאת, אטען כי ירידת המודל של ברגמן היא בעייתית פחות, וכי יש מקום להחליפו במודל סמי-פרוצדורלי חדש.

א. התפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית עד לפסק-דין בנק המזרחי

יחסה של הפסיקה הישראלית לביקורת שיפוטית לסוגיה השונים – סובסטיבית, פרוצדורלית וסמי-פרוצדורלית – התפתחה והשתנתה לאורך ההיסטוריה החוקתית שלנו. ההיסטוריה החוקתית בישראל מראשית המדינה ועד למהפכה החוקתית נדונה בהרחבה במקומות אחרים.⁵ לא אחזור אפוא על הסיפור המוכר לעייפה, ולא אעסוק אף בסוגיות כגון ההתפתחות שחלה (ומגוון הדעות) ביחס לסמכותה המכוננת של הכנסת ולמעמד של חוקי-היסוד. מטרתו של פרק זה היא לנתח אך ורק את ההתפתחות ביחסה של הפסיקה הישראלית למודלים השונים של ביקורת שיפוטית ובעמדתה באשר ליחסים הראויים בין מודלים אלה.⁶ את ההתפתחות הזו ניתן לחלק לארבע תקופות, אשר יידונו בחלקים הבאים על-פי סדרן.

4 בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.8.2017).

5 ראו, למשל, דוד קרצ'מר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" משפטים כח 359 (1997); גרעון ספיר *מהפכה החוקתית: עבר, הווה, עתיד* (2010); רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את

6 עצמה?" משפטים כח 21 (1997); ניר קידר *בן-גוריון והחוקה* (2015).
מפאת קוצר היריעה לא ארחיב גם על ההבחנות בתוך המודל הסובסטיבי בין ביקורת שיפוטית סובסטיבית מכוח חוק-יסוד בעל פסקת הגבלה לבין ביקורת שיפוטית סובסטיבית מכוח חוק-יסוד נטול פסקת הגבלה (על-ידי הפעלת פסקת הגבלה שיפוטית), ובין שתי אלה לבין ביקורת שיפוטית סובסטיבית מכוח עקרונות-יסוד של השיטה (ביקורת שיפוטית מִטְּ-טקסטואלית). בשני נושאים אלה אגע בקצרה בלבד, במסגרת הדיון במודל הסובסטיבי.

1. עידן ריבונות הפרלמנט – העדר ביקורת שיפוטית (1948–1969)

בעידן הראשון, למן קום המדינה ועד סוף שנות השישים של המאה העשרים, עקבה הפסיקה באדיקות אחר התפיסה הבריטית המסורתית של ריבונות הפרלמנט.⁷ כפועל יוצא מכך, התפיסה המקובלת הייתה ש"אין כלל להעלות על הדעת" ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, בין שמדובר בביקורת סובסטנטיבית, פרוצדורלית או סמי-פרוצדורלית.⁸

2. עידן ברגמן – עידן המודל הסמי-פרוצדורלי (1969–1990)

העידן השני החל בפסק-דין ברגמן משנת 1969,⁹ ונמשך עד תחילת שנות התשעים של המאה העשרים. בפרשת ברגמן הועלתה טענה כי חוק של הכנסת סותר את סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. המיוחד בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת הוא שריונו הפרוצדורלי (המכונה לפעמים בפסיקה "שריון פורמלי" או "שריון צורני"). כלומר, לצד הקביעה החוקתית הסובסטנטיבית כי "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות", נקבע בסיפא של סעיף 4 (ובסעיף 46 לחוק-היסוד) כי אין לשנות (במפורש או במשתמע) את האמור בסעיף "אלא ברוב של חברי הכנסת" בכל שלביו של הליך החקיקה. העותר בפרשת ברגמן טען כי תוכנו של חוק מימון הבחירות פוגע בעקרון השוויון בבחירות, המעוגן בחלק הסובסטנטיבי של סעיף 4, וכי החוק נחקק בהליך חקיקה שלא קיים את דרישות השריון הפרוצדורלי (כלומר, לא זכה ברוב הדרוש של שישים ואחד קולות בהליך חקיקתו). אכן, הניתוח בפסק-הדין כולל שילוב של פן פרוצדורלי – בחינה של הליך החקיקה, שמצאה כי הליך חקיקת החוק לא עמד

7 David Kretzmer, *The Supreme Court and Parliamentary Supremacy*, in PUBLIC LAW IN ISRAEL 303, 303, 305–306 (Itzhak Zamir & Allen Zysblat eds., 1996); Michael J. Beloff, *Old Land – New Land: A Comparative Analysis of the Public Law of the United Kingdom & Israel*, in ISRAEL AMONG THE NATIONS: INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW PERSPECTIVES ON ISRAEL'S 50TH ANNIVERSARY 35, 39–40 (Alfred E. Kellenmann, Kurt Siehr & Talia Einhorn eds., 1998).

8 ע"א 228/63 עוזו נ' עזר, פ"ד יז 2541, 2547 (1963) ("נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת או של הוראה בחוק הכנסת שנעשה כדין על יסוד נימוק זה או אחר"); בג"ץ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט(1) 337, 349 (1965) ("הכנסת היא הרשות המחוקקת במדינה וכל חוק שלה... מקבל תוקף ביום פירסומו ברשומות והפרסום משמש ראיה כי החוק ניתן ונחתם כדין... הכנסת היא ריבונית בחקיקת חוקים. היא חופשיה בבחירת הנושא לכל חוק ובקביעת תוכנו, וכל חוק היוצא מבית היוצר שלה יש לתת לו ולכל חלק שבו תוקף. חושבני, כי הכל מסכימים שאין בתי-המשפט יכולים להרהר אחרי מידותיו של המחוקק הריבוני, כפי שהן מוצאות את ביטויין בחוקים המתקבלים על-ידיו. בית-המשפט יכול רק לפרש חוק הכנסת ולא להעמיד בסימן שאלה תוקפו של חוק ונכונות הדברים האמורים בו... אם חוק הפרלמנט הושג שלא כראוי, ענינו של המחוקק הוא לתקנו על-ידי ביטולו, ואולם כל זמן שהוא קיים כחוק, על בתי-המשפט לציית לו..."). ראו גם יזהר טל "מחוקק כל-יכול: האמנם? ביקורת ההלכה לפיה אין הגבלות לכוח החקיקה של הכנסת" עיוני משפט י 361, 362–363, 370–368 (1984); יעקב ש' צמח "בעיית אי-שפיטות ההליכים הפרלמנטריים" עיוני משפט ג 752 (1974).

9 פרשת ברגמן, לעיל ה"ש 2.

בדרישה הפרוצדורלית הקבועה בחוק-היסוד¹⁰ – ושל פן סובסטנטיבי, דהיינו, בחינה אם תוכן החוק אכן סותר את תוכן ההסדר הסובסטנטיבי בחוק-היסוד, אשר כללה פרשנות של החוק ובעיקר פרשנות של ההסדר החוקתי, שהובילו למסקנה כי חוק מימון הבחירות אכן פוגע בעקרון השוויון בבחירות המעוגן בחוק-היסוד.¹¹

שילוב זה של ביקורת שיפוטית פרוצדורלית על הליך החקיקה עם ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית על תוכן החוק הוא שהופך מודל זה של ביקורת שיפוטית למודל סמי-פרוצדורלי. כלומר, הפגם בהליך החקיקה אינו מצדיק כשלעצמו את פסילת החוק, וגם הפגם החוקתי בתוכן החוק אינו מצדיק כשלעצמו את פסילת החוק, אלא רק השילוב של שניהם, כתנאים הכרחיים ומצטברים, מביא לידי פסילת החוק. בכך מודל זה נבדל מהמודל הפרוצדורלי הטהור, שלפיו תוקף החוק נקבע אך ורק לאור בחינתו של הליך החקיקה (ללא קשר לתוכן החוק ולחוקתיותו), ופגם בהליך מהווה כשלעצמו עילה לפסילת החוק. בכך מודל זה נבדל גם מן המודל הסובסטנטיבי הטהור, שלפיו חוקתיותו של החוק נקבעת אך ורק לאור בחינת תוכן החוק מול תוכן החוקה ועמידתו של תוכן החוק במבחנים החוקתיים הסובסטנטיביים, כגון פסקת ההגבלה (ללא קשר להליך החקיקה). כפי שראינו, מודל סמי-פרוצדורלי זה נובע ממבנהו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, כלומר, מקיומו של סעיף שריון פרוצדורלי.¹²

הנה כי כן, פסק-דין ברגמן, אשר פסל לראשונה חוק של הכנסת, אף הכיר לראשונה בביקורת שיפוטית סמי-פרוצדורלית הנובעת מסעיף שריון פרוצדורלי. בעקבותיו באו שלושה פסקי-דין סמי-פרוצדורליים נוספים שביטלו חוק שתוכנו פגע בהסדר הסובסטנטיבי שנקבע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת מבלי שהליך חקיקתו קיים את דרישת השריון הפרוצדורלי.¹³ עידן ברגמן התאפיין בשני מאפיינים אשר רלוונטיים לענייננו: (א) העדר הבחנה בין שינוי לבין פגיעה; (ב) בלעדיותה של הביקורת הסמי-פרוצדורלית.

(א) העדר הבחנה בין שינוי לבין פגיעה

בעידן ברגמן השימוש בביקורת סמי-פרוצדורלית הנובעת משריון פרוצדורלי נעשה ללא הבחנה בין שינוי לבין פגיעה בחוק-יסוד. סעיף השריון הפרוצדורלי הרלוונטי שהיה קיים בעידן ברגמן היה בחוק-יסוד: הכנסת. לפי לשונו, סעיף זה עוסק לכאורה רק בשריון מפני

10 שם, בעמ' 695–696.

11 שם, בעמ' 697–700.

12 להסבר מפורט יותר על המודל הסמי-פרוצדורלי ככלל ועל המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע מסעיף שריון פרוצדורלי בפרט, וכן על ההבדלים ביניהם לבין המודל הפרוצדורלי הטהור והמודל הסובסטנטיבי הטהור, ראו איתי בר-סימן-טוב "ביקורת שיפוטית תוכנית וביקורת שיפוטית פרוצדורלית: הילכו שניים יחדיו? לקראת מודל סמי-פרוצדורלי בישראל" ספר דורית ביניש 299, 302–306 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018) (להלן: בר-סימן-טוב "לקראת מודל סמי-פרוצדורלי").

13 בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה (4) 1 (1981); בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז (3) 141 (1983); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד (3) 529 (1990).

שינוי של הסעיף (להבדיל מפגיעה בו). סעיף 4 לחוק-היסוד קובע כי "אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת", ואילו סעיף 46, המפרט מתי דרוש רוב מיוחד, חוזר אף הוא על הביטוי "שינוי" ומוסיף כי "שינוי" – בין מפורש ובין משתמע". אולם בפסק-דין ברגמן, וכן בפסקי-הדין החוקתיים שבאו בעקבותיו, החיל בית-המשפט את סעיף השריון הפרוצדורלי בסעיף 4 האמור על מקרים של פגיעה בסעיף 4 (להבדיל משינויו).¹⁴ כפי שאראה בהמשך המאמר, תפיסה זו, שהתפתחה בעידן ברגמן, עומדת במתח עם ההבחנה שנוצרה בעידן בנק המזרחי בין שינוי חוקתי לבין פגיעה חוקתית.¹⁵

(ב) הבלעדיות של הביקורת הסמי-פרוצדורלית

בעידן ברגמן הכיר בית-המשפט רק באפשרות של ביקורת שיפוטית סמי-פרוצדורלית הנובעת מסעיף שריון פרוצדורלי, תוך שהוא מדגיש כי הוא אינו מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית טהורה ואף לא ביקורת פרוצדורלית טהורה. עמדה זו סוכמה היטב בראשית שנות השמונים על-ידי הנשיא לנדוי (אשר כתב גם את פסק-דין ברגמן):

דעת הכול היא, לפי ההסדר החוקתי הקיים אצלנו לעת עתה, כי בנתון לבעיה המיוחדת של הוראות חוק משוריינות, אין בית-משפט זה נוטל לעצמו סמכות ביקורת על תוכן חקיקתה של הכנסת. אפילו מפרה הכנסת הוראה "בלתי משוריינת" של חוק היסוד או של תקנון הכנסת במה שנוגע לדרכי חקיקה, שאלה רבה היא בעיניי, באיזו מידה יכול בית-משפט זה לתקן את המעוות. כך הוא בהעדר חוקה כתובה, כדבר חקיקה, העומד מעל לחקיקה רגילה של הרשות המחוקקת...¹⁶

על עמדה זו חזר בית-המשפט גם בבג"ץ תנועת לאור בשנת 1990.¹⁷ פסק-דין זה זכור כיום בעיקר בזכות דברים שכתב השופט ברק בסוף פסק-דינו, שבהם העלה את האפשרות התיאורטית לביקורת שיפוטית סובסטנטיבית מכוח עקרונות-היסוד של השיטה.¹⁸ לכאורה ניתן לראות בדבריו אלה של השופט ברק מעין רמז מקדם לביקורת השיפוטית הסובסטנטיבית שהוכרה כעבור חמש שנים בפרשת בנק המזרחי. אולם פסק-דין תנועת לאור דווקא מסכם היטב את העמדה הרווחת בשעתו, שלפיה ביקורת שיפוטית סמי-פרוצדורלית הנובעת מסעיף שריון פרוצדורלי היא החריג היחיד לכלל שלפיו בית-המשפט אינו מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית (סובסטנטיבית או פרוצדורלית) על חקיקה ראשית. אכן, יש לזכור כי מסקנתו הסופית של השופט ברק הייתה כי "לאור התפיסות החברתיות-משפטיות הנהוגות בישראל, ולאור

14 ראו פרשת ברגמן, לעיל ה"ש 2; פרשת דרך ארץ, לעיל ה"ש 13; פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 13; פרשת תנועת לאור, לעיל ה"ש 13. לדיון מפורט יותר ראו רבקה ווייל "האם המחוקק ירה בתותח כדי לפגוע בזכויות? על מידתיות במשפט" משפט ועסקים טו 337, 353, 385–386 (2012).
 15 ראו להלן תת-פרק 3, ליד ה"ש 60 ואילך.
 16 בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118, 135–136 (1981).
 17 פרשת תנועת לאור, לעיל ה"ש 13.
 18 שם, בעמ' 551–554.

הפסיקה העקבית של בית-משפט זה במשך השנים, אין זה ראוי, כי נסטה מגישתנו המקובלת והמשקפת את המסורת המשפטית-פוליטית שלנו, ואין זה ראוי, כי נאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותו של חוק – שאינו סותר הוראה משוריית בחוק-יסוד...¹⁹.

פסק-דינו של המשנה לנשיא אלון, שכתב את דעת הרוב בבג"ץ תנועת לאו"ר, ממחיש בצורה חדה אף יותר את עמדת הפסיקה באותה עת. השופט אלון שלל ביתר קלות וביתר נחרצות את האפשרות של ביקורת שיפוטית סובסטיבית טהורה, וציין כי "כלל גדול בדינו, כי חוק שנחקק ונתקבל בכנסת אין שאלת תוקפו של החוק נתונה לביקורת שיפוטית. יסוד מוסד של משטרנו... הוא, שאין אנו מהרהרים אחר מעשה בית המחוקקים בחקיקתו"²⁰, ועל כך הוסיף כי "יוצא מהכלל הגדול האמור הוא חוק... שתוכנו נוגד הוראת חוק-יסוד, והכנסת 'שריינה' אותה הוראה על-ידי קביעה מפורשת בחוק-יסוד... במקרה כגון דא מצווה גם המחוקק לקיים את ה'שריון' שהוא, במפורש, קיבל על עצמו..."²¹. בהמשך פסק-הדין התייחס השופט אלון לפסקי-דין מתחילת שנות השמונים שעסקו בביקורת שיפוטית על הליכים פרלמנטריים שאינם הליך חקיקה, אך הדגיש כי הדעות שהובעו באותם פסקי-דין "הנן] לעניין הבקורת השיפוטית על מעשה בית המחוקקים שנעשה שלא בדרך החקיקה הראשית. אך לית מאן דפליג... כי בדרך כלל, תוקף חקיקת הכנסת אינו נתון לביקורת שיפוטית, פרט ליוצא מן הכלל, כאשר חקיקת הכנסת נעשתה בניגוד ל'שריון' של חוק-יסוד"²².

3. בג"ץ נמרודי והופעתו של המודל הפרוצדורלי הטהור (1991)

בין עידן ברגמן לעידן בנק המזרחי ניתן לציין התפתחות נוספת: הופעת הביקורת השיפוטית הפרוצדורלית. התפתחות זו חלה בשנת 1991 בפסק-דין נמרודי,²³ אשר הכיר לראשונה בסמכותו של בית-המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה אף בהעדר סעיף שריון פרוצדורלי, ולבטל חוק שחוקק בניגוד להוראות תקנון הכנסת באשר להליכי החקיקה.²⁴ כדברי השופט ברק באותה פרשה:

19 שם, בעמ' 554.

20 שם, בעמ' 555.

21 שם.

22 שם, בעמ' 556.

23 פרשת נמרודי, לעיל ה"ש 3.

24 יש לציין כי רמזים מוקדמים לשינוי הגישה – מהגישה הבריטית המסורתית, שלפיה הליך החקיקה הוא פררוגטיבה של המחוקק הריבון ולא תיתכן ביקורת שיפוטית עליו, לגישה התומכת בביקורת שיפוטית מסוג זה – צצו כבר בפסקי-דין משנות השמונים, כגון בג"ץ פלאטו שרון, לעיל ה"ש 16 (שהכיר לראשונה בסמכות לביקורת שיפוטית על החלטה מעין-שיפוטית שהתקבלה בוועדת הכנסת); בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982) (שהכיר בסמכות לביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית של יושב-ראש הכנסת הנוגעת בקביעת סדר-היום של המליאה); בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85 (1985) (שהתערב בהחלטתו של יושב-ראש הכנסת לא להניח על שולחן הכנסת שתי הצעות חוק פרטיות של חבר הכנסת כהנא); וביתר שאת בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868 (1989) (שהכיר באפשרות התיאורטית של ביקורת שיפוטית על הליך חקיקה תוך כדי ההליך – להבדיל

הליך החקיקה, ככל הליך שלטוני אחר, הוא הליך "נורמטיבי", כלומר, הליך ששלביו מוסדרים בדין... על-מנת שיתקבל "חוק", יש לקיים את הוראות התקנון באשר להליכי החקיקה. ביסוד הליכים אלה... עומדות שלוש הקריאות (במליאה) והדיון בוועדה... אם אחד מהשליבים האלה נעדר, כגון שלא קוימה אחת הקריאות או שבהצעה לא קיבלו בהן רוב או שלא התקיים דיון בוועדה או שנפל באחד ההליכים הללו פגם היורד לשורש ההליך, ההצעה לא מתגבשת לכדי דבר חקיקה, ובית-משפט מוסמך... להכריז על בטלות "החוק".²⁵

פסק-דין זה יצר מודל פרוצדורלי טהור, מכיוון שהביקורת השיפוטית נעשית אך ורק על הליך החקיקה, ומשום שפגם בהליך החקיקה עשוי להוביל כשלעצמו לפסילת חוק, ללא תלות בתוכן החוק.²⁶ יצוין כי בפרשת נמרודי הגיע בית-המשפט למסקנה כי במקרה קונקרטי זה לא נפל בהליך החקיקה פגם המצדיק את ביטול החוק, כך שמבחינה פורמלית (ובדומה לפסק-דין בנק המזרחי) מדובר באוביטר. אולם, כפי שנקבע במפורש בפסיקה מאוחרת יותר, אין ספק שפסק-דין זה הוכר כפסק-הדין שקבע את סמכותו של בית-המשפט לבטל חוק של הכנסת בשל פגם בהליך חקיקתו.²⁷

פסק-דין זה ניתן לפני המהפכה החוקתית: כשנה לפני חקיקתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם בשנת 1992 וכמעט חמש שנים לפני פסק-דין בנק המזרחי. בישראל אפוא הכיר בית-המשפט בסמכותו לקיים ביקורת שיפוטית פרוצדורלית טהורה לפני שהכיר בסמכותו לקיים ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית טהורה. עקב כך הייתה בין עידן ברגמן לעידן בנק המזרחי תקופה קצרה, שנמשכה פחות מחמש שנים, שבה התקיימו זה לצד זה המודל הסמי-פרוצדורלי שהוכר בפרשת ברגמן והמודל הפרוצדורלי הטהור שהוכר בפרשת נמרודי, תוך כדי המשך הגישה השוללת את המודל הסובסטנטיבי הטהור.

כפי שאראה בהמשך, המודל הפרוצדורלי המשיך להתפתח גם בעידן שלאחר בנק המזרחי, בעיקר בהלכת מגדלי העופות.²⁸ עם זאת, חרף פסק-דין אלה, בפועל מעולם לא התקיים בפסיקה עידן המודל הפרוצדורלי.²⁹

מפסילת חוק בשל פגם בהליך חקיקתו – כאשר מדובר בהפרה של סעיף שריון פרוצדורלי בחוק-יסוד). אולם רק בפרשת נמרודי, לעיל ה"ש 3, הוכרה לראשונה סמכותו של בית-המשפט לבחון את הליך החקיקה (להבדיל מהליכים מעין-שיפוטיים או מנהליים) ולבטל חוק של הכנסת רק בשל פגם בהליך, ואף בהעדר חוק-יסוד משוריין בשריון פרוצדורלי. לפיכך פסק-דין נמרודי הוא בעיניי תחילתו של עידן המודל הטהור של ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה.

25 פרשת נמרודי, לעיל ה"ש 3, פס' 4 לפסק-דינו של השופט ברק.

26 להסבר מפורט על המודל הפרוצדורלי הטהור ראו בר-סימן-טוב "לקראת מודל סמי-פרוצדורלי", לעיל ה"ש 12, בעמ' 303.

27 ראו, למשל, בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד (נב) 26, 35 (1998); בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד (נט) 14, 39–40 (2004).

28 פרשת מגדלי העופות, שם.

29 ראו להלן תת-פרק ג3.

4. פסק-דין בנק המזרחי – הופעתו של המודל הסובסטנטיבי (1995)

העידן הרביעי החל בסוף שנת 1995 בפסק-דין בנק המזרחי.³⁰ כידוע, פסק-דין זה הכריז על המהפכה החוקתית שחלה בעקבות חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק בשנת 1992.³¹ איני נדרש כאן לשאלה – שכבר נדונה בהרחבה בספרות – אם הכנסת או בית-המשפט (או שניהם יחד) הם שיצרו את המהפכה החוקתית.³² החשוב לענייננו הוא שפסק-דין זה הכיר לראשונה בסמכותו של בית-המשפט לקיים ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית (אף בהעדר סעיף שריון פרוצדורלי).³³ בעקבות חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר אינו כולל סעיף שריון פרוצדורלי אלא רק פסקת הגבלה, הכיר בית-המשפט באפשרות של ביקורת שיפוטית מכוח שריון חוקתי סובסטנטיבי בדמות פסקת הגבלה. בעוד במקרה של ביקורת שיפוטית סמי-פרוצדורלית הנובעת משריון פרוצדורלי (שברק מכנה אותו "פורמלי" ואילו זמיר מכנה אותו "צורני") חוקתיות הפגיעה נקבעת על-ידי בחינת הליך החקיקה ועמידתו בדרישות הפרוצדורליות שקבע סעיף השריון, במקרה של שריון סובסטנטיבי (שברק מכנה אותו "מהותי"), חוקתיות הפגיעה נקבעת על-ידי בחינת תוכן החוק ועמידתו בדרישות הסובסטנטיביות הקבועות בפסקת ההגבלה.³⁴ בכך אימץ בנק המזרחי מודל סובסטנטיבי טהור של ביקורת שיפוטית, שלפיו בית-המשפט קובע הן את שאלת הפגיעה והן את שאלת חוקתיותה של הפגיעה על-ידי בחינת תוכנו של החוק (להבדיל מבחינת הליך

30 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1.

31 ראו, למשל, את פסק-דינו של הנשיא ברק שם, בעמ' 352–353.

32 למגוון הדעות בסוגיה זו ראו, למשל, אורי אהרונוסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו כקושי אנטי-רובני" עיוני משפט 509 (2016); אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3, 16–21 (2004); גביוון, לעיל ה"ש 5; אוריאל לין "חוקי-היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" המשפט ה 267 (2000); משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג 697 (1996); גדעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" משפט וממשל יא 571 (2008); יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א 323 (1993); אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה 339 (2000); אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 79 (2012); יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט'" מאזני משפט ה 125 (2006).

33 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 265, 274–277, 296–299, 301–306, 352–353, 408–410, 418–441, 447, 468–469.

34 שם, בעמ' 409 ("חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל הוראת שריון. אין זה שריון פורמאלי הדורש רוב מסוים לקבלת החוק הפוגע. זהו שריון מהותי... [שלפין] בזכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד אין לפגוע על-ידי חוק רגיל אלא אם כן החוק הרגיל מקיים דרישות מהותיות באשר לתוכנו"). ראו גם את דברי השופט זמיר שם, בעמ' 469 ("בפרשת ברגמן, קבע בית המשפט רק את העיקרון של כבילה צורנית, כלומר, כבילה הדורשת רוב מיוחד של חברי הכנסת. עכשיו עומדת על הפרק כבילה מהותית, כלומר, כבילה הדורשת התאמה של חוק רגיל לערכים ולעקרונות שנקבעו בחוקי היסוד החדשים").

החקיקה), והניתוח החוקתי מתמקד בבחינת עמידתו של תוכן החוק במבחנים סובסטנטיביים הקבועים בפסקת ההגבלה ובפסיקה.³⁵

ב. יחסו של פסק-דין בנק המזרחי למודלים הקודמים – המשכיות או מהפכנות?

פסק-דין בנק המזרחי לא הפך באופן פורמלי את פסקי-הדין ברגמן ונמרודי, ולכאורה הותיר את שני המודלים האחרים של ביקורת שיפוטית על כנם. בחינה של פסק-דין בנק המזרחי מעלה כי פסק-דין נמרודי אינו מוזכר בו כלל, ואין בו גם כל דיון בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, כלומר, במודל הפרוצדורלי הטהור.³⁶ היחס לפסק-דין ברגמן מורכב בהרבה. פסק-דין זה נדון כמובן לא מעט בפסק-דין בנק המזרחי.³⁷ אולם טענתי היא שניתן לזהות שניות בפסק-דין בנק המזרחי ביחס לפסק-דין ברגמן ולתפיסה החוקתית של עידן ברגמן. שניות זו נעה בין המשכיות למהפכנות. אתמקד בעיקר בפסק-דינו של השופט זמיר, המייצג בצורה המובהקת ביותר את תפיסת ההמשכיות, ובפסקי-דינם של הנשיאים ברק ושמגר, שהם שני פסקי-הדין המרכזיים, ואשר לגביהם אטען כי הם מייצגים שניות בין המשכיות למהפכנות. לסיום הפרק אסכם את ההשלכות של הקביעות בפסק-דין בנק המזרחי על המודלים האחרים של ביקורת שיפוטית.

1. פסק-דינו של השופט זמיר – המשכיות

התפיסה כי פסק-דין בנק המזרחי הוא אך המשך טבעי של פסק-דין ברגמן באה לידי ביטוי באופן המובהק ביותר בפסק-דינו הקצר של השופט זמיר. אכן, פסק-דינו מתחיל במילים אלה:

המהפכה החוקתית לא התחוללה עכשיו, כשנחקק חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. היא התחילה לפני שנות דור, בפרשת ברגמן. כידוע, בפרשת ברגמן נקבע לראשונה כי הכנסת יכולה לכבול את עצמה על-ידי הוראה משוריינת בחוק יסוד וכי בית המשפט מוסמך לפסול חוק רגיל הנוגד הוראה כזאת. פסק הדין... חולל מהפכה כיוון שנחת על הקהילה המשפטית בהפתעה מוחלטת ושינה סדרי בראשית: הוא הפך על פיה את התפיסה שהייתה עד אז בבחינת מושכלות ראשונים בדבר מעמד הכנסת, מעמד בית המשפט והיחס ביניהם.³⁸

35 שם, בעמ' 428–441. להסבר מפורט על המודל הסובסטנטיבי הטהור ראו בר-סימן-טוב "לקראת מודל סמי-פרוצדורלי", לעיל ה"ש 12, בעמ' 302–303.

36 אם כי בהערת-אגב אעיר כי חלק מהדברים שכתב השופט חשין בדעת המיעוט שלו בהקשר של יכולת הכבילה של הכנסת, ובעיקר בפרק העוסק ב"התארגנות" הכנסת לפעילות, מהווים לדעתי טיעונים התומכים למעשה בביקורת שיפוטית פרוצדורלית. ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 530–535.

37 למעשה, הוא מאוזכר בו 32 פעמים.

38 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 468.

בהמשך הוסיף השופט זמיר:

המהפכה החוקתית של פרשת ברגמן הייתה, כדרכן של מהפכות מוצלחות, רק שלב ראשון בתהליך מורכב וממושך. היא סללה את הדרך לשלב השני של המהפכה שנפתח, לפני שלוש שנים לערך, על-ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. שלב זה, אף שמבחינה מעשית חשיבותו עולה לאין שיעור על חשיבותו של השלב הראשון, מבחינה עיונית אין בו פריצת דרך. חוקי היסוד החדשים... [אך] מרחיבים את העיקרון שנקבע בפרשת ברגמן, שבינתיים זכה להסכמה כללית, הוא העיקרון שהכנסת רשאית לכבול עצמה בחוק יסוד. אכן, בפרשת ברגמן, קבע בית המשפט רק את העיקרון של כבילה צורנית, כלומר, כבילה הדורשת רוב מיוחד של חברי הכנסת. עכשיו עומדת על הפרק כבילה מהותית, כלומר, כבילה הדורשת התאמה של חוק רגיל לערכים ולעקרונות שנקבעו בחוקי היסוד החדשים.

בשלב זה, המעבר, במסגרת אותו עיקרון, מן הכבילה הצורנית אל הכבילה המהותית, הינו קל וחלק. זוהי התפתחות טבעית... עכשיו, בפסק-דין זה, היא זוכה למעמד של הלכה. כדברי הנשיא שמגר... "מבחינה הגיונית, אין מקום להבחין בין כבילה צורנית לכבילה מהותית". זוהי, על רגל אחת, כל ההלכה כולה. ואידך זיל גמור, כאשר תבוא השעה ותעלה הדרישה, בפסק-דין שעוד יגיעו.³⁹

השופט זמיר אף טוען כי הצלחת המהפכה שיצר פסק-דין ברגמן נובעת, בין היתר, מכך שפסק-הדין לא נזקק לתיאוריה ונמנע מפולמוס בשאלות החוקתיות הנכבדות, וכי היה ראוי ללכת בדרך זו גם בפרשת בנק המזרחי.⁴⁰

2. פסק-דין של הנשיא ברק – מהפכנות והמשכיות

פסק-דין של הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי היה אחד משני פסקי-הדין הראשיים בפרשה, לצד פסק-דין של הנשיא היוצא שמגר. הוא זכור אומנם כמתפלמס בעיקר עם דעת היחיד של השופט חשין (אשר כפר בקיומה של סמכות מכוננת) ועם פסק-דין של הנשיא (בדימ') שמגר (אשר הגיע לתוצאה זהה לזו של ברק אך מתוך תיאוריה חוקתית אחרת), אולם בהקשר של השאלה הרלוונטית לענייננו – אם מדובר במהפכה או בהמשכיות – ניתן להנגידו לפסק-דין של השופט זמיר.

בניגוד לזמיר, הנשיא ברק נזקק גם נזקק לתיאוריה, ונכנס לפולמוס ארוך ומקיף בכל אחת מן השאלות החוקתיות הנכבדות. יתרה מזו, בעוד השופט זמיר מבקש לגמד את מידת מהפכנותו של פסק-דין בנק המזרחי, הנשיא ברק פותח את פסק-דין בהצהרות חגיגיות שכל-כולן הכרזה על המהפכה. בפסקת המבוא שפותחת את פסק-דין הוא כותב:

39 שם, בעמ' 468–469.

40 שם.

עם חקיקתם [של חוקי-יסוד: חופש העיסוק וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו] חל שינוי מהותי במעמדן של זכויות האדם בישראל. הן הפכו לזכויות חוקתיות. ניתן להן מעמד חוקתי על-חוקי. חוק "רגיל" של הכנסת אינו יכול לשנותן. חקיקה רגילה אינה יכולה לפגוע בזכות אדם מוגנת אלא אם כן מתקיימות הדרישות הקבועות בחוקי היסוד. אי-קיום הדרישות החוקתיות הופך את החוק הרגיל לחוק לא חוקתי. זהו חוק שנפל בו פגם חוקתי. בית המשפט עשוי להכריז על בטלותו.

ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. עתה הצטרפנו לקהילת המדינות הדמוקרטיות... אשר להן מגילת זכויות אדם (Bill of Rights) חוקתית. הפכנו להיות חלק ממהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים... הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים הפוגעים בזכויות האדם הפכה לנחלת רוב רובן של המדינות. מהפכה זו לא פסחה גם עלינו. הצטרפנו אליה במרץ 1992.⁴¹

מייד לאחר פסקת מבוא זו, המהווה תמצית של פסק-דינו של הנשיא ושל קביעותיו העיקריות, הפרק הראשון לפסק-דינו מוקדש ל"מהפכה החוקתית בזכויות האדם".⁴² פרק זה מבהיר את מהותה של המהפכה החוקתית שפסק-הדין מכריז עליה, ועומד על תפקידם המשותף של הכנסת ושל בית-המשפט ביצירתה של מהפכה זו.⁴³ בהסבירו את מהותה של המהפכה, כותב הנשיא בחלק הרלוונטי לענייננו:

חוק רגיל הפוגע בזכות חוקתית המעוגנת בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו בלא לקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה... אינו חוקתי, ובית המשפט יצהיר על בטלותו. זהו שורש השינוי החוקתי. כדבר הזה לא היה בעבר. עד כה שררה בישראל ההשקפה כי... "נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת או של הוראה בחוק הכנסת שנעשה כדין על יסוד נימוק זה או אחר..."⁴⁴ בהשקפה חוקתית זו חל שינוי.⁴⁴

מן האמור עד כה, היה אפשר לחשוב שברק מציג את חוקי-היסוד של 1992, ובעקבותיהם את פסק-דין בנק המזרחי, כיוצרים מהפכה רדיקלית היישר מן העמדה ששלטה בכיפה בעידן ריבונית הפרלמנט לגישה חוקתית חדשה שלפיה הכנסת מוגבלת על-ידי חוקי-יסוד בעלי מעמד חוקתי על-חוקי, ובית-המשפט מוסמך לראשונה לקיים ביקורת שיפוטית חוקתית סובסטנטיבית. אולם כבר בפרק ראשון זה שדן במהפכה החוקתית ניכרת השניות בין מהפכנות

41 שם, בעמ' 352.

42 שם, בעמ' 353.

43 שם, בעמ' 352–355.

44 שם, בעמ' 354–355.

להמשכיות, שכן הנשיא כותב בו גם כי "מהפכה חוקתית זו היא פרי התפתחות רבת שנים ותהליך חוקתי רב ממדים",⁴⁵ וכי כשם שהכנסת לא יצרה את המהפכה החוקתית יש מאין, כך גם "בית המשפט העליון לא יצר יש מאין. פסיקתנו היום משתלבת בפסיקתנו מאז פרשת ברגמן".⁴⁶

בהמשך פסק-דינו של הנשיא נמשכת השניות בשאלת המהפכנות או ההמשכיות ביחס לעידן ברגמן. מצד אחד, פסק-דין ברגמן והפסיקה שבאה בעקבותיו משמשים את הנשיא ברק כטיעון נוסף התומך בהבנה החוקתית שלפיה לכנסת יש סמכות מכוונת לקבל חוקה וכן סמכות לשריין את הוראות חוקי-היסוד שלה מפני חקיקה רגילה;⁴⁷ וחשוב מכך לעניינו – הם משמשים כתמיכה לעמדתו כי לבית-המשפט נתונה הסמכות לקבוע את דבר אי-חוקתיותו של חוק שתוכנו סותר את חוקי-היסוד ולהצהיר על בטלותו.⁴⁸ מבחינה זו ברי כי פסק-דין בנק המזרחי לא הפך את פסק-דין ברגמן; להפך, קיימים פנים בפסק-דינו של הנשיא ברק אשר מציגים את קביעותיו כהמשך של פסק-דין ברגמן.

מצד אחר, פסק-דינו של הנשיא ברק הופך במפורש את ההבנה החוקתית מעידן ברגמן שלפיה ניתן לשנות חוקי-יסוד באמצעות חוק רגיל,⁴⁹ וסוטה מההבנה החוקתית מעידן ברגמן שלפיה בהעדר הוראת שריון פרוצדורלי בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהסדריו של חוקי-יסוד.⁵⁰ לעניין אחרון זה קובע ברק כי לפחות כאשר קיים שריון סובסטנטיבי בדמות פסקת הגבלה, החוק הרגיל חייב לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה (גם כאשר אין מדובר בחוקי-יסוד בעל שריון פרוצדורלי).⁵¹ מובן כי הפועל היוצא מכך הוא ביטול בלעדיותה של הביקורת השיפוטית הסמי-פרוצדורלית והכרה בביקורת שיפוטית סובסטנטיבית.⁵²

3. פסק-דינו של הנשיא (בדימי) שמגר – המשכיות ומהפכנות

הנשיא (בדימי) שמגר נוקט רטוריקה מהפכנית פחות מזו של הנשיא ברק. אולם, כמו ברק (ובניגוד לגישת זמיר), הוא נזקק בהחלט לתיאוריה, ונכנס אף הוא לפולמוס ארוך ומקיף בכל אחת מן השאלות החוקתיות הנכבדות. כמו בפסק-דינו של הנשיא ברק, גם אצל הנשיא (בדימי) שמגר ניתן לזהות שניות בין המשכיות לבין מהפכנות ביחס לעידן ברגמן.

מצד אחד, הנשיא (בדימי) שמגר משתמש בפסק-דין ברגמן ובפסיקה שבאה בעקבותיו כתמיכה לקביעתו כי הכנסת מוסמכת להוציא מתחת ידה אקטים בעלי מעמד נורמטיבי על-חוקי ולכבול את עצמה.⁵³ הוא אף מציג את ההתפתחות מההכרה בכבילה פרוצדורלית בפרשת ברגמן להכרה בכבילה סובסטנטיבית כטבעית: "באשר לכבילה הצורנית – ההלכה המנחה

45 שם, בעמ' 353.

46 שם.

47 שם, בעמ' 386, 387–386.

48 שם, בעמ' 418–419.

49 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 407.

50 שם, בעמ' 408–409, 411–414.

51 שם.

52 ראו חלק 4 לעיל.

53 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 274, 292, 293.

הראשונה היא הילכת ברגמן... ההכרה ביכולת הכנסת לכבול עצמה במישור הצורני הולידה את המסקנה בדבר כוחה של הכנסת לכבול עצמה במישור המהותי. אכן, מבחינה הגיונית, אין מקום להבחין בין כבילה צורנית לכבילה מהותית.⁵⁴ הנשיא (בדימ') שמגר אף מצייין כי "מקובל עלינו, לפחות מאז פרשת ברגמן, כי בית המשפט מוסמך להחליט על היעדר תוקפה של חקיקה הסותרת הוראה של חוק יסוד או פוגעת בו".⁵⁵ מצד אחר, פסק-דינו של הנשיא (בדימ') שמגר הופך במפורש את ההבנה החוקתית מעידן ברגמן שלפיה ניתן לשנות חוק-יסוד באמצעות חוק רגיל. הנשיא (בדימ') שמגר מצייין כי הוא ער לכך שפסיקתו בעניין סותרת הלכות קודמות מעידן ברגמן (בפרשות נגב, קניאל ורסלר),⁵⁶ אך קובע כי –

עם התקדמות גיבושה של חוקה וההכרח לאמץ תיזה היוצרת תשתית עיונית לחקיקתן של הוראות חוקתיות, מן הנכון... שנתווה דרך חדשה המבטאת את קיומו של המידרג הנורמאטיבי החקיקתי. במילים אחרות, על רקע חקיקת שני חוקי היסוד החדשים הדנים במישורין בהגנה על זכויות יסוד נפתח עתה לפני הרכב מורחב זה פתח להתוויית שיטה שלמה, המותאמת למטרייה החוקתית שלפנינו, בדומה למה שנעשה בשעתו בבית-משפט זה, במישור אחר ובצורה אחרת... [ב]פרשת ברגמן. מעתה ואילך, מן הנכון לאמץ כלפי כל חוקי היסוד את המדיניות החקיקתית שהיא ביטוי לתורת המידרג הנורמאטיבי, ולפיה אין משנים חוק יסוד אלא על-ידי חוק יסוד.⁵⁷

חלק זה מבטא אפוא גישה מהפכנית, המתנתקת במופגן מהחשיבה החוקתית בעידן ברגמן. כמו-כן, הנשיא (בדימ') שמגר מכיר בכך שהוא הופך את התפיסה החוקתית ששלטה בכיפה בעידן ברגמן שלפיה "לא ניתן היה, לפי החלטותינו עד כה, לקיים פיקוח שיפוטי המעביר חוק (להבדיל מחקיקת משנה או אקטים מינהליים) בשבט הביקורת של הפיקוח השיפוטי, הבוחן את מידת החוקתיות שלו, אלא אם כן הייתה בו הוראת שריון [פרוצדורלית]".⁵⁸ אולם הוא קובע כי חקיקת חוקי-היסוד של 1992 מהווה שינוי של המציאות הנורמטיבית, אשר צריך להוביל לשינוי בתפיסה זו.⁵⁹ כמו אצל הנשיא ברק, גם אצל הנשיא (בדימ') שמגר הפועל היוצא מכך הוא כמובן ביטול בלעדיותה של הביקורת השיפוטית הסמית-פרוצדורלית הנובעת משריון פרוצדורלי, והכרה בביקורת שיפוטית סובסטנטיבית.

54 שם, בעמ' 293.

55 שם, בעמ' 288. ראו גם שם, בעמ' 325: "בחנינת החוקיות או החוקתיות של חוק נעשית מאז פרשת ברגמן, בדרך הביקורת השיפוטית. אימוץ שיטה זו במשך שנים רבות, בהזדמנויות חוזרות ונשנות, ללא התנגדות, יוצר דפוס פעולה חוקתי מקובל".

56 שם, בעמ' 274. הכוונה לע"פ 107/73 "נגב" – תחנת שירות לאוטומוביל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 640 (1974); בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794 (1973); בג"ץ 60/77 רסלר נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא(2) 556 (1977).

57 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 274.

58 שם, בעמ' 325.

59 שם, בעמ' 325–326.

פסק-דינו של הנשיא (בדימ') שמגר בפרשת בנק המזרחי יצר מתח נוסף עם פסק-דין ברגמן, אשר רלוונטי במיוחד, כפי שאראה בהמשך, לעניין מקומה של הביקורת הסמי-פרוצדורלית הנובעת משריון פרוצדורלי. פסק-דין בנק המזרחי יצר לראשונה הבחנה בין שני סוגים שונים של סתירה בין חוק לבין חוק-יסוד: שינוי ופגיעה. כפי שהבהיר הנשיא (בדימ') שמגר, הבחנה חדשה זו התבקשה מחוקי-היסוד החדשים של 1992, ובעיקר מחוק-יסוד: חופש העיסוק, אשר קבעו הסדרים שונים למקרים של פגיעה בחוק-היסוד ולמקרים של שינויו.⁶⁰ כאמור, הבחנה זו לא הייתה מוכרת בעידן ברגמן ובחוקי-היסוד שקדמו למהפכה החוקתית.⁶¹ הנשיא (בדימ') שמגר היה מודע למתח בין גישתו החדשה לבין הפסיקה בעידן ברגמן, אשר פירשה את ה"שינוי" הנזכר בסעיף השריון הפרוצדורלי בחוק-יסוד: הכנסת ככולל גם "פגיעה", ולפיכך החילה את דרישת סעיף השריון הפרוצדורלי גם על מקרים שהיו באופן מובהק פגיעה (להבדיל משינוי). חרף מתח זה, ואולי כדי לבסס את הלגיטימיות של בנק המזרחי כהמשך של ברגמן,⁶² אשרר הנשיא את הפרשנות האמורה מעידן ברגמן:

מן הבחינה התאורטית, שינוי – לחוד, ופגיעה – לחוד. אולם בפרשת ברגמן החיל בית המשפט את הסייגים החלים על שינוי חוק היסוד גם על הוראת חוק שאך נוגדת את עקרון השוויון בחוק היסוד, היינו, אך פוגעת בו... [פסק-דין ברגמן] הרחיב בכך את הוראות הסיפה לסעיף 4 הנ"ל וכלל את "הפגיעה" ב"שינוי" אשר בו מדבר חוק היסוד. אין צריך להוסיף כי לטעמי פעל בית המשפט בעניין זה כדין ובמסגרת סמכויותיו.⁶³

4. סיכום

ההשלכה המובהקת והמפורשת ביותר של פסק-דין בנק המזרחי על המודלים של ביקורת שיפוטית היא הפיכת ההשקפה שהייתה שלטת בעידן ברגמן בדבר בלעדיותו של המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי. בנק המזרחי ביטל את התפיסה שלפיה רק חוק-יסוד עם שריון פרוצדורלי הוא עליון על חוק רגיל, וקבע כאמור מודל של ביקורת שיפוטית סובסטיביבית אף בהעדר הוראת שריון פרוצדורלית (לפחות כל עוד קיים שריון סובסטיביבית בדמות פסקת הגבלה).⁶⁴

על פניו נראה שבית-המשפט לא התכוון שהמודל הסובסטיביבי שיצר יחליף את המודל הסמי-פרוצדורלי של ברגמן או את המודל הפרוצדורלי של נמרודי, אלא יצטרף אליהם. כלומר, פסק-דין בנק המזרחי ביטל את בלעדיותו של המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע מסעיף

60 שם, בעמ' 274–276.

61 ראו לעיל תת-פרק א2(א).

62 ווייל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 385–386.

63 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 276. ראו והשוו גם שם, בעמ' 407 (הנשיא ברק): "אמת, הוראה זו קובעת כי 'אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת'. הנני מציע כי נקבע כי הוראה זו מתייחסת לפגיעה בשיטת הבחירות – כגון פגיעה בעקרון השוויון אשר נדונה בפרשת ברגמן ובנותיה – ולא בשינוי שיטת הבחירות עצמה".

64 ראו לעיל תת-פרק א4.

שריון פרוצדורלי, אך לא התכוון בהכרח להחליף אותה בבלעדיות של המודל הסובסטנטיבי. בעוד שהמודל הפרוצדורלי של נמרודי לא נדון כלל (לחיוב או לשלילה) בפסק-דין בנק המזרחי, לפחות לגבי המודל הסמי-פרוצדורלי של ברגמן ניתן לראות שקיימים פנים בפרשת בנק המזרחי (בוודאי בפסק-דינו של השופט זמיר, אך גם בפסקי-דינם של הנשיאים ברק ושמגר) המהווים אשרור של פסק-דין ברגמן וניסיון להציג את בנק המזרחי כהמשך שלו.⁶⁵ עם זאת, בפסקי-דינם של הנשיאים ברק ושמגר קיימים גם יסודות מובהקים של מהפכנות ונטישה של התפיסה החוקתית מעידן ברגמן.

לפיכך, לפחות מבחינה פורמלית, התוצאה המצטברת של פסק-דין בנק המזרחי ושל ההתפתחות הפסיקתית ההדרגתית שקדמה לו היא שכיום קיימים בישראל המודל הסמי-פרוצדורלי שהוכר בפרשת ברגמן בשנת 1969, המודל הפרוצדורלי שהוכר בפרשת נמרודי בשנת 1991 והמודל הסובסטנטיבי שהוכר בפרשת בנק המזרחי בשנת 1995. עם זאת, כפי שאראה בפרק הבא, השפעתו האמיתית של פסק-דין בנק המזרחי התבררה כגדולה בהרבה מאשר ביטול בלעדיותו של המודל הסמי-פרוצדורלי וההכרה לראשונה בסמכותו של בית-המשפט לקיים ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית.

ג. המודלים של ביקורת שיפוטית בפסיקה הישראלית בעידן שלאחר בנק המזרחי

מבחינה פורמלית, למן פסק-דין בנק המזרחי המודלים השונים של ביקורת שיפוטית ממשיכים להתקיים זה לצד זה. אולם בפרק זה אטען כי ניתוח הפסיקה חושף כי יחסה של הפסיקה הישראלית למודלים השונים מתאפיין בפלורליזם דה-יורה אך בנטייה גוברת למונוליתיות דה-פקטו, שבמסגרתה המודל הסובסטנטיבי זוכה בבכורה. תחילה אתאר את עלייתו של המודל הסובסטנטיבי למן בנק המזרחי. לאחר-מכן אנתח את מקומם של המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי ושל המודל הפרוצדורלי הטהור בפסיקה שלאחר בנק המזרחי.

1. עלייתו של המודל הסובסטנטיבי והתבססותו

אף-על-פי שבעניין בנק המזרחי נמנע בית-המשפט מלהפעיל את סמכותו החדשה, מה שהפך את רוב פסקי-הדין לאוביטר, מהפסיקה שהתקבלה מאז ועד היום עולה בבירור כי סמכותו של בית-המשפט לקיים ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית אינה מוטלת כלל בספק.

המחשה בולטת לכך ניתן למצוא בפסקי-הדין של המשנה לנשיא חשין ושל השופט גרוניס בפרשת חוק טל.⁶⁶ כפי שציין הנשיא ברק (אשר כתב את דעת הרוב באותו הרכב מורחב), שני השופטים הללו כתבו דעות יחיד שבהן הן אתגרו (כל אחד מכיוונו) את הגישה המקובלת

65 ראו גם אריאל בנדור "שריון וחוקה – פסק-דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל" משפטים לא 821 (2001); קרצ'מר, לעיל ה"ש 5; ווייל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 385.

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

בפסיקה ביחס לביקורת שיפוטית למן **בנק המזרחי**.⁶⁷ אולם אפילו שני שופטים אלה הקפידו להבהיר במפורש כי אין הם חולקים כמובן על הסמכות שהוכרה בפרשת **בנק המזרחי** לקיים ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית. כך, המשנה לנשיא חשין הטעים כי "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".⁶⁸ בהמשך דבריו הבהיר המשנה לנשיא כי הוא אינו חולק על סמכות זו, אלא רק טוען כי הביקורת השיפוטית הסובסטנטיבית אינה צריכה להצטמצם לחוקים הסותרים זכויות המעוגנות בחוקי-יסוד, אלא יכולה להתפרש גם על חוקים הנוגדים עקרונות-יסוד בלתי-כתובים.⁶⁹

בתגובה על ביקורתו של הנשיא ברק, שגרס כי גישתו של השופט גרוניס אינה מתיישבת עם פסיקתו של בית-המשפט למן פסק-דין **בנק המזרחי**, הדגיש השופט גרוניס אף הוא כי "איני חולק על ההלכה שבפרשה זו, וברי מחוות דעתי כי מסכים אני שבשיטתנו המשפטית קיימת ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה".⁷⁰ עוד הדגיש השופט גרוניס כי "כמובן, איני חולק על הצורך בביקורת שיפוטית ועל הצידוק לקיומה. דומה, שהוויכוח העיקרי עוסק בשאלת היקפה של הביקורת השיפוטית".⁷¹ בדבריהם של השופטים חשין וגרוניס יש המחשה בולטת במיוחד להתבססותו של המודל הסובסטנטיבי שהוכר בפרשת **בנק המזרחי**, שכן הראשון כתב כידוע את דעת המיעוט המפורסמת בפרשת **בנק המזרחי**, אשר כפרה במהפכה החוקתית,⁷² ואילו השני הציג את האתגר המרכזי ביותר לגישת הנשיא ברק ביחס לביקורת שיפוטית למן **בנק המזרחי**.⁷³

הפסיקה למן **בנק המזרחי** אשררה כבר פעמים רבות את סמכותו של בית-המשפט לקיים ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית, ואף גילתה נכונות הולכת וגוברת ליישמה בפועל. למן **בנק המזרחי** ביטל בית-המשפט העליון שבעה-עשר חוקים (או חלקי חוקים) במסגרת המודל הסובסטנטיבי.⁷⁴ בחינת פסקי-דין אלה במישור הזמן מלמדת, לדעתי, על נטייה גוברת (אף אם

67 שם, פס' 71–81 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

68 שם, פס' 47 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין.

69 שם.

70 שם, פס' 14 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

71 שם, פס' 13 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

72 ראו פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, פסק-דינו של השופט חשין.

73 ראו איתי בר-סימן-טוב "ג'ון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי" דין ודברים ט 67, 76–78 (2015) (להלן: בר-סימן-טוב "ג'ון הארט גרוניס?").

74 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 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(1) 750 (2003); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1 (2006) (להלן: פרשת עדאלה נ' שר הביטחון); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: פרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010); בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד

זהירה עדיין) להפעיל ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית. כך, בחמש השנים הראשונות לאחר בנק המזרחי (1995–2000) ביטל בית המשפט העליון רק שני חוקים; בחמש השנים הבאות (2001–2005) הוא ביטל שלושה חוקים; בחמש השנים שלאחר-מכן (2006–2010) הוא ביטל ארבעה חוקים; ובחמש השנים הבאות (2011–2015) הוא ביטל שבעה חוקים. עוד יודגש כי נתונים אלה מתייחסים רק לביטול חוקים על-ידי בית המשפט העליון. אם מוסיפים על כך את הנתונים על ביטול חוקים על-ידי ערכאות נמוכות, דומה כי נטייה זו אף מתחזקת קלות.⁷⁵ זאת ועוד, נכונותו הגוברת של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית באה לידי ביטוי לא רק בהיבט הכמותני, קרי בעלייה במספר החוקים המבוטלים ובקצב ביטולם, אלא גם בהיבט האיכותני – והחשוב יותר, לדעתי – של טיב החוקים שביטל בית המשפט העליון למן בנק המזרחי. בשנים הראשונות ביטל בית המשפט רק סעיפי חוק זניחים יחסית, שאינם בליבת המדיניות המרכזית של הממשלה ואינם בעלי משמעות פוליטית רבה. דוגמאות לכך הן ביטול הוראות-המעבר בחוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה–1995, בנוגע לחובת הבחינות של מנהלי השקעות; ביטול הוראה בחוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 32) (תיקון), התשנ"ח–1998, בדבר תקופת המעצר של חייל שנעצר על-ידי שוטר צבאי עד שהוא מובא לפני שופט צבאי; וביטול חלק מההוראות בעניין הפיצויים הניתנים למפונים במסגרת תוכנית ההתנתקות.⁷⁶ קו פרשת המים היה לדידי בשלהי כהונתו של הנשיא ברק ובתחילת כהונתה של הנשיאה ביניש, אז ביטל בית המשפט סעיף בחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה–2005, אשר שלל מפלסטינים זכויות בנוזיקין לעניין מעשי נזיקין שבוצעו על-ידי כוחות הביטחון באזור עימות.⁷⁷ לאחר-מכן כבר ביטל בית המשפט חוקים משמעותיים – כאלה הנוגעים במישרין במדיניות הממשלתית ונושאים עימם השלכות פוליטיות מרחיקות-לכת. דוגמאות לכך ניתן לראות בביטול החוק בעניין הפרטת בתי-הסוהר, בביטול החוק בעניין גמלת הבטחת הכנסה לאברכים

75 סד (1) 142 (2010); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013); בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014); בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 15.4.2015); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.2015); בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 12.9.2017). בשולי הדברים אציין כי קיימת שאלה אם את פרשת חרות, שם, יש להבין כביטול חוק או כפרשנותו באופן שפותר את הבעיה החוקתית. לדעתי, נכון יותר לסווגו כביקורת שיפוטית סובסטנטיבית וביטול חוק מסוג as-applied, ולא רק כפרשנות.

76 מהנתונים המופיעים במחקרו של אהרונסון עולה כי משנת 1994 – שבה ניתנו שני פסקי-הדין המחוזיים שהיו מושא הערעור בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1 (שכזכור הפך את החלטת בתי- המשפט המחוזיים לבטל את החוק) – ועד שנת 2000 לא בוטל כל חוק על-ידי ערכאות נמוכות; בין 2000 ל-2005 בוטלו שני חוקים על-ידי ערכאות נמוכות; ואילו בין 2006 ל-2010 בוטלו שבעה חוקים על-ידי בתי-המשפט הנמוכים. אורי אהרונסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית" משפט וממשל טז 9, 20–21 ה"ש 36 (2014).

77 ראו, בהתאמה, פרשת לשכת מנהלי ההשקעות בישראל, לעיל ה"ש 74; פרשת צמח, לעיל ה"ש 74; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 74.

77 פרשת עדאלה נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 74.

הלומדים בכולל, בביטול שני החוקים שעסקו בפטור מגיוס לבחורי ישיבות ובביטול שלושת החוקים למניעת הסתננות.⁷⁸ נכונותו של בית-המשפט לבטל את חוק המסתננים שלוש פעמים – מקרה נדיר מאוד גם ברמה העולמית⁷⁹ – מלמדת אולי יותר מכל על נכונותו של בית-המשפט לעשות שימוש בסמכותו לבטל חוקים כאשר הוא סבור שתוכנם אינו חוקתי.

היבט איכותני נוסף המעיד על התבססותו והתרחבותו של השימוש בביקורת שיפוטית סובסטנטיבית הוא נכונותו של בית-המשפט לבטל גם חוקים שתוכנם פוגע בזכויות בלתי-מנויות, כגון שוויון וחופש ביטוי.⁸⁰ על כך ניתן להוסיף את הנכונות לבטל גם סעיף בחוק התקציב שתוכנו אינו סותר חוק-יסוד, אלא את חוק יסודות התקציב.⁸¹ על כך ניתן להוסיף את התראת הבטלות שניתנה לאחרונה בעניין התקציב הדו-שנתי, המלמדת על נכונות לערוך ביקורת שיפוטית אף על חוקי-יסוד.⁸²

לסיום, היבט איכותני נוסף המעיד על התבססותו והתרחבותו של המודל הסובסטנטיבי בפסיקה הוא החלתו על חוקים הפוגעים בחוקי-יסוד נעדרי שריון סובסטנטיבי או פרוצדורלי, על-ידי הפעלתה של פסקת הגבלה שיפוטית (משתמעת).⁸³ נקודה זו היא חשובה שכן פסק-דין בנק המזרחי ביטל את בלעדיותו של המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע מסעיף שריון פרוצדורלי, וקבע כי לפחות כאשר מדובר בחוקי-יסוד בעלי סעיף שריון סובסטנטיבי (קרי, רק חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) תופעל ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית. לגבי כל יתר חוקי-היסוד הושאר הדבר ב"צריך עיון". הפסיקה המאוחרת יותר, שקבעה כי פגיעה בחוקי-יסוד שותקים אלה תיבחן באמצעות פסקת הגבלה שיפוטית, קבעה בכך למעשה שגם על חוקי-יסוד אלה יחול המודל הסובסטנטיבי.⁸⁴ כפי שאראה בחלק הבא, להרחבה זו של

78 ראו, בהתאמה, פרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 74; פרשת יקותיאל, לעיל ה"ש 74; פרשת רסלר, לעיל ה"ש 74; פרשת אדם, לעיל ה"ש 74; פרשת איתן, לעיל ה"ש 74; פרשת דסטה, לעיל ה"ש 74; בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 74. ראו גם קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ "הקדמת העורכים" ספר דורית ביניש 7, 9 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).

79 השופט מלצר מציין (בפס' 2 לפסק-דינו בבג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 74) שני תקדימים לביטול חוק שלוש פעמים – אחד מגרמניה ואחד מאיטליה. שני המקרים האחרים היחידים שמוכרים לי – אף לאחר שהתייעצתי עם חוקרי דיאלוג מובילים – הם חקיקה פרובינציאלית של קוויבק בעניין ה-Charter of the French Language, שבוטלה שלוש פעמים על-ידי בית-המשפט העליון של קנדה, ושלושת פסקי-הדין של בית-המשפט החוקתי בהודו בעניין סמכותו לבטל תיקון חוקתי שאינו חוקתי. אני מודה ל-James Kelly על שהפנה אותי למקרה קנדי יחיד זה, וכן ל-Jennifer Bond, Janet Hiebert, Adam Dodek ול-Wade Wright על שאישרו כי הם אינם מכירים מקרים נוספים של ביטול אותו חוק שלוש פעמים.

80 ראו פרשת רסלר, לעיל ה"ש 74 (שוויון); פרשת נסר, לעיל ה"ש 74 (שוויון); פרשת אבנרי, לעיל ה"ש 74 (חופש ביטוי).

81 פרשת יקותיאל, לעיל ה"ש 74.

82 בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.9.2017).

83 ראו פרשת חרות, לעיל ה"ש 74.

84 לדיון נרחב יותר בסוגיה זו ולדוגמאות נוספות מהפסיקה (אף אם לא הגיעו בסופו של דבר לכדי ביטול חוק) ראו, למשל, אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל 305, 305–307 (2003); אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא 77 (אהרן ברק,

השימוש בפסקת ההגבלה יש נפקות מיוחדת לשאלת מקומה של ביקורת שיפוטית סמי-פרוצדורלית הנובעת משריון פרוצדורלי בעידן בנק המזרחי. יודגש כי לצורך דיון זה איני מביע עמדה בשאלה אם ביטולי החוקים בכל המקרים שנדונו לעיל היו מוצדקים לגופו של עניין. איני מביע עמדה אף בשאלה מה היה חלקה של הכנסת בחקיקת חוקים בלתי-חוקתיים. כן אדגיש כי איני טוען שביטולם של 17 חוקים על-ידי בית-המשפט העליון (ועוד כ-10 חוקים על-ידי ערכאות נמוכות) על-פני תקופה של כ-22 שנים מעיד בהכרח על אקטיביזם שיפוטי.⁸⁵ לשם השוואה, בית-המשפט העליון האמריקאי ביטל 133 חוקים (פדרליים ומדינתיים) ב-18 השנים בין 1995 ליוני 2013;⁸⁶ ואילו בגרמניה בוטלו 111 חוקים בתקופה של 12 שנים בלבד, בין 2000 ל-2012.⁸⁷ כל טענתי היא שההתפתחויות שתוארו בחלק זה מעידות על עלייתה של הביקורת הסובסטיבית והתבססותה בפסיקה שלמן פרשת בנק המזרחי. כפי שנראה, התפתחויות אלה יהיו בולטות במיוחד בהשוואה לעמדתה של הפסיקה ביחס לשני המודלים האחרים של ביקורת שיפוטית.

2. המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי בעידן ההבחנה בין שינוי לפגיעה

כפי שראינו בפרק ב, פסק-דין בנק המזרחי לא הפך את פסק-דין ברגמן, ואף לא את פרשנותו שלפיה המודל הסמי-פרוצדורלי יוחל גם במקרים של פגיעה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת (להבדיל משינויו). אולם עם השנים התחדדה השאלה מה דינם של חוקים הפוגעים בחוק-יסוד בעל שריון פרוצדורלי, כגון סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. האם במקרים אלה ימשכו להחיל מודל סמי-פרוצדורלי הבוחן את עמידתו של הליך החקיקה בדרישות של סעיף השריון הפרוצדורלי, כפי שנעשה בעידן ברגמן, או שמא יחילו מודל סובסטיבטי הבוחן את עמידת תוכנו של החוק בדרישותיה של פסקת ההגבלה השיפוטית?

שאלה זו התעוררה לא רק בשל המתח האנליטי בין ההבחנה שנוצרה בפסק-דין בנק המזרחי בין שינוי לפגיעה לבין גישת ברגמן, אשר לא הכירה בהבחנה בין שינוי לפגיעה, אלא אף כתוצאה מהתרחבות השימוש בפסקת הגבלה שיפוטית למן בנק המזרחי.⁸⁸ עקב התרחבות זו התפתחה בפסיקה התפיסה כי מקרים של פגיעה בחוק-יסוד ייבחנו על-ידי המודל

אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, (2015); אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד" הפרקליטי מח 293 (2006).

85 למונחים "אקטיביזם שיפוטי" מול "ריסון שיפוטי" יש כמובן פרשנויות שונות ומדדים שונים, ביניהם מידת הנכונות לפסול חוקים. ראו והשוו, למשל, Lee Epstein & Andrew D. Martin, *Is the Roberts Court Especially Activist? A Study of Invalidating (and Upholding) Federal, State, and Local Laws*, 61 EMORY L.J. 737 (2012).

86 Tom Keck, *Research Updates for THE MOST ACTIVIST SUPREME COURT IN HISTORY* (last updated June 27, 2013), <https://tmkeck.expressions.syr.edu/research-updates-for-the-most-activist-supreme-court-in-history/>

87 Jeff King, *Parliament's Role Following Declarations of Incompatibility Under the Human Rights Act*, in *PARLIAMENTS AND HUMAN RIGHTS: REDRESSING THE DEMOCRATIC DEFICIT* 165 (Murray Hunt, Hayley J. Hooper & Paul Yowell eds., 2015).

88 ראו את המקורות המאוזכרים לעיל בה"ש 84.

הסובסטנטיבי ולאור פסקת הגבלה – בין פסקת הגבלה מפורשת, במקרים של פגיעה בחוקי-היסוד של 1992, ובין פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית), במקרים של פגיעה בחוקי-היסוד שאין בהם כל שריון.⁸⁹ זאת ועוד, בפרשות הופנונג ומופז עלתה הגישה שלפיה פסקת הגבלה שיפוטית תחול גם במקרים של פגיעה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת (ולא רק במקרים של חוק-יסוד "שותק" הנעדר כל שריון).⁹⁰ מפסקי-דין אלה לא היה ברור אם הכוונה היא שפסקת ההגבלה השיפוטית תחליף את דרישת השריון הפרוצדורלי בסעיף 4 או שמא תצטרף אליה באופן כלשהו.⁹¹ על רקע זה התעוררו גישות שונות בכתיבה האקדמית, שהציעו מגוון אפשרויות ביחס לפגיעה בסעיף 4: אפשרות אחת היא שתמשיך לחול אך ורק דרישת השריון הפרוצדורלי בסעיף 4; אפשרות אחרת היא שדרישת השריון הפרוצדורלי תוחלף בפסקת הגבלה שיפוטית, כך שבמקרים של פגיעה (להבדיל משינוי) תחול אך ורק הדרישה של פסקת ההגבלה; אפשרות שלישית היא ששתי הדרישות יתקיימו זו לצד זו כמסלולים חלופיים לפגיעה (כמעין פסקת הגבלה ופסקת התגברות); ואפשרות נוספת היא ששתי הדרישות יתקיימו זו לצד זו כדרישות מצטברות (כך שחוק פוגע יצטרך לקיים את שתיהן).⁹²

ההתפתחות האחרונה והחשובה ביותר בפסיקה (נכון למועד כתיבתן של שורות אלה) חלה בבג"ץ גוטמן, אשר עסק בטענה כי החוק שהעלה את אחוז החסימה בבחירות לכנסת פוגע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.⁹³ חוק זה נחקק בהתאם לדרישת השריון הפרוצדורלי בסעיף 4, כלומר, הוא זכה ברוב של יותר משישים ואחד חברי כנסת בשלוש קריאות. בתשובתה לעתירה חלקה הכנסת על "עצם האפשרות" להחיל פסקת הגבלה שיפוטית במקרה שבו חוק שנטען כי הוא פוגע בסעיף 4 התקבל בהתאם לדרישת השריון הפרוצדורלי בחוק-היסוד. הכנסת טענה כי "אם מתקיימת דרישת הרוב המיוחס, אין להוסיף ולהעמיד את החוק במבחניה של פסקת הגבלה שיפוטית", ואף "הדגישה, כי החלת פסקת הגבלה שיפוטית מקום בו נמנע המחוקק מקביעת פסקת הגבלה מהותית בחוק-היסוד: הכנסת, מסכלת את רצונו".⁹⁴

אף-על-פי-כן, לפחות חמישה מתשעת שופטי ההרכב נטו לדעה כי פסקת ההגבלה השיפוטית תחול על חוק הפוגע בסעיף 4 גם במקרה של קיום רוב מיוחס. עמדה זו נדונה בהרחבה בפסק-דינו של השופט ג'ובראן (שהיה היחיד שסבר כי יש מקום לפסול את החוק כבר

89 ש.ם.

90 בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57 (1996); ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נ(3) 793 (2003). לדיון נרחב יותר בפסקי-דין אלה ראו ווייל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 385–390.

91 ש.ם, בעמ' 386–389.

92 ראו, למשל, אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית וגבולותיה 182–186 (2010); שרון וינטל "פסקת הגבלה שיפוטית: על היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים" מאזני משפט ט 177, 224–226 (2014); ווייל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 385–390; קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד", לעיל ה"ש 84, בעמ' 302–305; אביגדור קלגסבלד "מהלכת רובינשטיין עד ספר רובינשטיין – על פירושו הערכני של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 182 (2012).

93 בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.3.2015).

94 ש.ם, פס' 13 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס, במסגרת הצגת טענות הצדדים.

עתי).⁹⁵ השופט ג'ובראן הפך במפורש את עמדת הפסיקה בעידן ברגמן כעמדה שאינה עולה בקנה אחד עם המהפכה החוקתית שחלה בעקבות חקיקתם של חוקי-היסוד של 1992 ופסק-דין בנק המזרחי.⁹⁶ כן דחה השופט ג'ובראן את פרשנותה של הכנסת לפסק-דין מופז, שלפיה הדרישה הפרוצדורלית בסעיף 4 היא מסלול חלופי לפגיעה, כמו פסקת התגברות. במקום זאת הוא קבע כי הפרשנות הראויה של פרשת מופז היא ש"תנאי עמידת החוק הפוגע בפסקת ההגבלה השיפוטית היה תנאי הכרחי ולא חלופי לתנאי הפורמאלי הדרוש של רוב מיוחס של 61 חברי כנסת בשלוש קריאות".⁹⁷ לפיכך הכריע השופט ג'ובראן במפורש כי "אין די בעמידתו של החוק הפוגע בדרישת הרוב המיוחס, אלא יש להעמידו במבחני פסקת ההגבלה השיפוטית".⁹⁸ בהמשך דבריו הבהיר השופט ג'ובראן כי כוונתו אינה ששתי הדרישות יחולו במצטבר, אלא (כפי שהציע לאחרונה גם פרופ' ברק בכתיבה אקדמית) שיש ליצור הבחנה ברורה שלפיה במקרה של שינוי תחול אך ורק דרישת הרוב המיוחס שבסעיף 4 לחוק-היסוד: הכנסת, ואילו במקרה של פגיעה תחול אך ורק פסקת ההגבלה השיפוטית.⁹⁹

פסק-דינו של השופט ג'ובראן מייצג אפוא בצורה מובהקת את העדפת הפן המהפכני על פן ההמשכיות בפסק-דין בנק המזרחי. במידה רבה הוא משלים את המהפכה של פסק-דין בנק המזרחי ואת ההתנתקות מהחשיבה החוקתית של עידן ברגמן.

הנשיאה נאור, המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופטים חיות ומלצר הצטרפו לעמדתו של השופט ג'ובראן, שלפיה יש להחיל פסקת הגבלה שיפוטית אף במקרה שבו החוק הפוגע נחקק ברוב מיוחס, ודומה שהם הצטרפו גם לעמדה שלפיה שתי דרישות אלה אינן מצטברות, אלא שבמקרה של פגיעה תחול פסקת ההגבלה בלבד.¹⁰⁰ איש מבין שופטי ההרכב לא חלק על קביעה זו. שאר שופטי ההרכב פשוט לא הכריעו בסוגיה זו, אם משום שממילא הם דחו את העתירה בשל העדר בשלות (כעמדת הנשיא (בדימ') גרוניס),¹⁰¹ ואם משום שהם סברו כי החוק ממילא עומד בתנאיה של פסקת הגבלה שיפוטית (כעמדת השופט פוגלמן).¹⁰²

בהנחה שעמדתם של השופטים ג'ובראן, נאור, רובינשטיין, חיות ומלצר בפסק-דין גוטמן מבטאת את עמדתה המסתמנת של הפסיקה, יש לעמדה זו משמעות דרמטית בנוגע ליחסה של הפסיקה למודלים השונים של הביקורת השיפוטית. המשמעות האופרטיבית של עמדה זו היא הרחבה נוספת של המודל הסובסטנטיבי – לא רק למקרים של חוקי-יסוד בעלי שריון סובסטנטיבי (כלומר, פסקת הגבלה מפורשת) ואף לחוקי-יסוד שותקים (כלומר, נעדרי שריון מכל סוג), אלא אפילו לחוקי-יסוד בעלי שריון פרוצדורלי. יתרה מזו, פסק-דין זה מבטא גם את

95 ראו שם, פס' 23–37 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.
 96 שם, פס' 27–28 ו-37 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.
 97 שם, פס' 33 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.
 98 שם, פס' 35 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.
 99 שם, פס' 35–37 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן. לתמיכה בעמדה זו בכתיבה האקדמית של פרופ' ברק ושל כותבים נוספים ראו את המקורות המאוזכרים לעיל בה"ש 92.
 100 פרשת גוטמן, לעיל ה"ש 93, פס' 2 לפסק-דינה של הנשיאה נאור, פס' ג לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת חיות ופס' 6(ב) לפסק-דינו של השופט מלצר.
 101 שם, פס' 63 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס.
 102 ראו שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

הבכורה שהפסיקה מעניקה למודל הסובסטנטיבי, במובן זה שלא זו בלבד שהוא יחול בכל המקרים שבהם חוק פוגע בחוק-יסוד (מכל סוג), אלא שבכל המקרים הללו הוא יהיה המודל הבלעדי שיחול. פסק-דין זה הוא אפוא חוליה נוספת ומרחיקת-לכת בעלייתו של המודל הסובסטנטיבי ובהתרחבות פרישתו.

בין השורות ניתן כבר להבין כי לעמדה המסתמנת בפרשת גוטמן יש משמעות דרמטית גם למודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי. מודל זה, אשר שלט בכיפה בעידן ברגמן, צפוי להצטמצם עד-מאוד וליהפך לזניח בעידן שבעקבות בנק המזרחי וגוטמן. מודל זה לא יחול עוד על מקרים של חוקים הפוגעים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת (או בכל מקרה אחר של פגיעה בחוק-יסוד בעל שריון פרוצדורלי מפני שינוי). תחולתו של המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי תצומצם אפוא רק למקרים שבהם נטען כי החוק אינו סתם פוגע בחוק-היסוד בעל השריון הפרוצדורלי, אלא משנה אותו (שאו השינוי צריך להיעשות באמצעות חוק-יסוד ובהתאם לדרישות הפרוצדורליות בסעיף השריון),¹⁰³ או למקרים של חוק שנחקק בהתאם לפסקת ההתגברות (שהיא למעשה מעין שריון פרוצדורלי מפני פגיעה).¹⁰⁴ קרוב לוודאי שמקרים אלה יהיו נדירים שבנדירים, בהתחשב בכך שעד היום כל המקרים של סתירה בין חוק לבין סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת עסקו בסתירות מסוג פגיעה, ולא שינוי, ובכך שפסקת ההתגברות קיימת רק בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ועד היום נעשה בה שימוש רק פעם אחת.¹⁰⁵

העמדה המסתמנת בפסיקה ביחס לסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת מבטאת אפוא היטב את טענתי כי בנק המזרחי בישר את עידן המודל הסובסטנטיבי; היא ממחישה כיצד עלייתו של המודל הסובסטנטיבי של בנק המזרחי מביאה לידי דחיקתם של המודלים האחרים, כגון המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי.

3. הפער הגדל בין התיאוריה לפרקטיקה של ביקורת פרוצדורלית

בעוד המודל הסובסטנטיבי הולך ומתבסס בפסיקה הן דה-יורה הן דה-פקטו, הפסיקה ביחס למודל הפרוצדורלי מתאפיינת בדיסוננס הולך וגדל בין ההכרה התיאורטית במודל זה לבין הנכונות לעשות בו שימוש בפועל.

ברמה העקרונית התיאורטית, עמדתו של בית-המשפט הישראלי מעידה על נכונות מרחיקת-לכת יחסית להכיר בסמכותו לבטל חוק בשל פגמים בהליך חקיקתו. אחד המדדים להיקפו של המודל הפרוצדורלי נוגע בשאלה אילו דרישות פרוצדורליות בהליך החקיקה יאכוף בית-המשפט, או במילים אחרות: אילו סוגי פגמים בהליך יצדיקו ביטול חוק על-ידי בית-המשפט.¹⁰⁶ כך, הגישה המקובלת במדינות רבות היא שבת-המשפט יאכפו רק דרישות פרוצדורליות המעוגנות בחוקה. בחלק מהמדינות בתי-המשפט מסכימים ללכת צעד נוסף

103 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 407.

104 שם, בעמ' 413–414.

105 גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" משפטים 103, 372–374, 391–392 (2007).

106 Ittai Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process*, 91 B.U.L. REV. 1915, 1921–1922 (2011) (להלן: Ittai Bar-Siman-Tov, *Puzzling Resistance*).

ולאכופ גם דרישות המעוגנות בחקיקה ראשית, ואילו הנכונות לאכופ גם דרישות המעוגנות בתקנון הפרלמנט היא נדירה יחסית.¹⁰⁷ בישראל, לעומת זאת, כבר בגרסה הראשונית של המודל הפרוצדורלי, שהוכר בבג"ץ נמרודי, הכריז בית-המשפט כי הוא מוסמך באופן עקרוני לבטל חוק שנחקק תוך הפרת הוראותיו של תקנון הכנסת באשר להליכי החקיקה.¹⁰⁸ במודל הפרוצדורלי המעודכן, שפיתחה השופטת ביניש בבג"ץ מגדלי העופות, הלך בית-המשפט רחוק יותר וקבע כי הוא מוסמך עקרונית לבטל חוק בשל פגמים בהליך החקיקה גם כאשר לא הופר כל כלל פורמלי וכל סעיף בתקנון הכנסת, אלא רק עקרונות בלתי-כתובים שבית-המשפט הגדירם "עקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי".¹⁰⁹ בית-המשפט הישראלי יוצא-דופן יחסית ברמה ההשוואתית גם בכך שהוא הכיר בסמכותו לקיים ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה עוד לפני שהוא הכיר בסמכותו לקיים ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית.¹¹⁰

אולם ככל שנקפו השנים נותרה סמכות זו תיאורטית בלבד. כפי שציין השופט אור בפרשת אבו עראר, "שאלת כוחו של בית-משפט זה להצהיר על בטלותה של חקיקה ראשית, בשל פגמים שנפלו... בהליכי החקיקה הקבועים בתקנון הכנסת, אינה שאלה פשוטה. עד כה, אין תקדים להתערבות כזו, אף שבעיקרון הוכר כוחו של בית-המשפט לעשות כן (דברי השופט ברק בבג"ץ [נמרודי]...)".¹¹¹ אבחנה זו של השופט אור נותרה נכונה עד לאוגוסט 2017,¹¹² כלומר, יותר מעשרים ושש שנים למן פרשת נמרודי (ושלוש-עשרה שנים מאז ניתנה ההלכה המכוננת בעניין מגדלי העופות) לא בוטל אפילו חוק אחד בשל פגמים בהליך חקיקתו. לטענתי, נתון זה אינו מקרי, ואף אינו נובע מכך שבכל השנים הללו לא נפלו בהליך החקיקה פגמים שעשויים להצדיק ביטול חקיקה. למעשה, במשך השנים הללו דחה בית-המשפט עתירות רבות שהוגשו נגד חוקים בטענה כי הליך חקיקתם הפר דרישות פרוצדורליות המעוגנות בחקיקה ראשית, בתקנון הכנסת או בעקרונות-היסוד של הליך החקיקה.¹¹³ מתוך

107 ראו שם. כן ראו Suzie Navot, *Judicial Review of the Legislative Process*, 39 *ISR. L. REV.* 182, 201–210 (2006); 1 NORMAN J. SINGER & SHAMBIE SINGER, *SUTHERLAND STATUTES AND STATUTORY CONSTRUCTION* § 7:4 (2009); PETER W. HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* 309–314 (3rd ed. 1992).

108 פרשת נמרודי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 157. ראו גם בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577, פס' 14 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2004). לביקורת על גישה זו ראו אריאל בנדור "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת" משפטים כב 571 (1993).

109 פרשת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 27.

110 Navot, לעיל ה"ש 107, בעמ' 194.

111 פרשת אבו עראר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 35.

112 שאז ניתן פסק-הדין בפרשת קוונטינסקי, לעיל ה"ש 4.

113 ראו, למשל, פרשת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 27; פרשת ליצמן, לעיל ה"ש 108; בג"ץ 1139/06 ארדן נ' יושב-ראש ועדת הכספים (פורסם בנבו, 12.12.2006); בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 29.8.2011); בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה (פורסם בנבו, 4.6.2013); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005); בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פ"ד סד(2) 581 (2011); בג"ץ 5998/12 רונן נ' כנסת (פורסם בנבו, 25.8.2013); בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 26.6.2013); פרשת אבו עראר, לעיל ה"ש 27;

פסקי-הדין הללו אתמקד בשלוש דוגמאות הממחישות לדעתי בצורה הבולטת ביותר את חוסר הנכונות הניכר של הפסיקה להפעיל בפועל את המודל הפרוצדורלי: פרשת ליצמן, פרשת ארדן ופרשת אורון.¹¹⁴

בפרשת ליצמן נדון אחד מהליכי החקיקה השערורייתיים ביותר שהובאו לפני בית-המשפט: פרשת ההצבעות הכפולות, שבה הצביעו כמה חברי כנסת גם במקומם של חברי כנסת אחרים.¹¹⁵ הליך חקיקה זה עורר סערה ציבורית,¹¹⁶ והניע חמישים חברי כנסת לדרוש הצבעה חוזרת (בקשה שלא נענתה במלואה ביחס לכל ההצבעות שבהן נפל הפגם).¹¹⁷ ההליך נתפס כחמור עד כדי כך שוועדת האתיקה של הכנסת נקטה סנקציות נגד חברי הכנסת שבנוגע אליהם היו די ראיות, ובצעד חריג אף הוגשו כתבי אישום בעברות של זיוף בכוונה לקבל דבר במרמה בנסיבות מחמירות, מרמה והפרת אמונים, שהובילו בסופו של דבר להרשעות.¹¹⁸ אכן, כפי שהדגישה ועדת האתיקה של הכנסת, "נושא קבלת ההחלטות על ידי הכנסת, ההצבעה וההשתתפות בה... הם נשמת אפה של הדמוקרטיה ומהווים את לב לבה של העבודה הפרלמנטרית. כל פגיעה בהצבעה או שיבוש סדרי ההצבעה על ידי חבר הכנסת... מהווים פגיעה חמורה ביותר בדמוקרטיה וסכנה ממשית לקיומה".¹¹⁹ וכפי שציין גם בית-המשפט בהליך הפלילי נגד אחד מחברי הכנסת, "מעשה ההצבעה בכנסת הוא מנישמת אפו של הליך החקיקה... פגיעה במעשה ההצבעה ע"י הטיית תוצאותיה במירמה, היא פגיעה בציפור נפשו של בית המחוקקים..."¹²⁰.

בפסק-דינו בפרשת ליצמן ציטט הנשיא ברק בהסכמה את הדברים האמורים של ועדת האתיקה, וקבע כי במקרה דנן אכן "הופרו הכללים החלים על סדרי ההצבעה", וכי "הצבעה

פרשת אורון, לעיל ה"ש 74; בג"ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.5.2012); בג"ץ 7138/03 המועצה המקומית יאנוח-ג'ת נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 709 (2004); בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 10.5.2006); בג"ץ 494/03 עמותת רופאים למען זכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 328, 322 (2004); בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.9.2010); בג"ץ 687/15 ידיד נ' הכנסת (פורסם בנבו, 9.7.2015); בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.8.2016). לדוגמאות נוספות של פסקי-דין שדחו תקיפת חוקים על רקע פרוצדורלי ראו פרשת קוונטינסקי, לעיל ה"ש 4, בפס' 54 לפסק-דינו של השופט סולברג וכן בדעת המיעוט של השופט מוזו. לדוגמאות נוספות ולתמיכה בטענה בדבר הפער בין הנכונות התיאורטית לקיים ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה לבין הנכונות בפועל ראו גם אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב 727–731, 252–250 (מהדורה שישית, 2005), Navot; לעיל ה"ש 107, בעמ' 196.

114 פרשת ליצמן, לעיל ה"ש 108; פרשת ארדן, לעיל ה"ש 113; פרשת אורון, לעיל ה"ש 74.

115 פרשת ליצמן, לעיל ה"ש 108.

116 שם, פס' 3.

117 ביחס לחלק מההצבעות הפסולות נערכו הצבעות חוזרות, אך ביחס לאחרות לא. ראו שם, פס' 21.

118 לסיקור פרשה זו על גלגוליה הרבים ראו סדרת הכתבות תחת הכותרת "פרשת ההצבעות הכפולות" וואלה! news.walla.co.il/item/414664.

119 החלטה של ועדת האתיקה של הכנסת "קובלנה של יו"ר הכנסת ואח' נ' ח"כ מיכאל גורלובסקי" פס' 3.4 (10.6.2003).

120 ת"פ (שלוש י-ם) 4324/04 מדינת ישראל נ' חזן, פס' 5 לגזר-הדין (פורסם בנבו, 19.6.2006).

אסורה זו פגעה בערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי המונחים ביסוד כללי ההצבעה.¹²¹ הנשיא הוסיף כי "הצבעה פסולה פוגעת קשות" בעקרון הייצוג ובעקרון השוויון, ומהווה פגיעה הן ב"דמוקרטיה הפורמלית" הן ב"דמוקרטיה המהותית".¹²² על רקע זה קשה לחשוב על מקרה מובהק יותר המקיים את אמת-המידה שהתקבלה בפסיקה לביטול חוק בשל פגם בהליך החקיקה: פגם המהווה פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה.¹²³ אולם חרף כל זאת סירב בית-המשפט לבטל את החוק ודחה את העתירה, מן הנימוק שהחוק היה מתקבל גם אלמלא ההצבעות הכפולות.¹²⁴ הנשיא ברק פסק כי אפילו במקרה שבו "הפגם לא נרפא [על-ידי הצבעה חוזרת שבה לא חזר הפגם – א' ב'], והוא פגע בערכי היסוד המונחים ביסוד הליך החקיקה, אך לא היה בו כדי להשפיע על תוצאות ההצבעה", אין מקום לפסול את החוק.¹²⁵ נימוק זה מרוקן מתוכן את המבחן שנקבע בפסיקה (לרבות בפסק-דין ליצמן עצמו) לביטול חוק בשל פגמים בהליך חקיקתו,¹²⁶ ומחליפו למעשה במבחן תוצאתי צר, המתרכז אך בשאלה אם הפגם השפיע על תוצאות ההצבעה. מבחן תוצאתי זה אינו עולה בקנה אחד עם עמדת הפסיקה שלפיה "תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה הינו להגן מפני פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי", כדברי השופט ביניש בהלכת מגדלי העופות,¹²⁷ ועם התובנה כי לעקרונות אלה (ולדיני החקיקה בכלל) יש חשיבות אינסטרומנטלית ואינטרניזית החורגת מהשפעתם על תוצאת ההליך.¹²⁸

דוגמה נוספת למקרה מובהק שבו היה בית-המשפט אמור להפעיל את המודל הפרוצדורלי, לפי אמות-המידה העקרוניות שנקבעו בהלכת מגדלי העופות, היא פרשת ארדן נ' יושב-ראש ועדת הכספים.¹²⁹ בהלכת מגדלי העופות נקבע כי עקרון ההשתתפות, המחייב הליך חקיקה שבו תהיה לחברי הכנסת הזדמנות נאותה והוגנת להשתתף בהצבעה על הצעת החוק, הוא מעקרונות היסוד המרכזיים בהליך החקיקה.¹³⁰ לפיכך, "חרף האיפוק הרב שבית-משפט זה מטיל על עצמו בפיקוח על פעולות הכנסת מקום שבו תישלל, שלא כדין, האפשרות מחבר-הכנסת להשתתף בהליכים הפרלמנטרים ולמלא את תפקידו כחבר-כנסת, לא יהיה מנוס מהתערבות שיפוטית".¹³¹ באותו פסק-דין קבעה השופטת ביניש כי עקרון ההשתתפות אינו מתמצה במתן אפשרות פיזית לנכוח בהצבעה, ופיתחה עיקרון זה כך שגם הליך חקיקה מזוורז מסוג חוק ההסדרים עשוי להיחשב כפוגע בעיקרון זה.¹³² אולם החשוב לענייננו הוא קביעתה

121 פרשת ליצמן, לעיל ה"ש 108, פס' 17.
 122 שם.
 123 פרשת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 27, בעמ' 42; פרשת ליצמן, לעיל ה"ש 108, פס' 16.
 124 שם, פס' 18.
 125 שם.
 126 שם; פרשת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 27, בעמ' 42.
 127 שם, בעמ' 54.
 128 ראו אייתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לו 645 (2016).
 129 פרשת ארדן, לעיל ה"ש 113.
 130 פרשת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 27, בעמ' 46–50.
 131 שם, בעמ' 47.
 132 שם, בעמ' 49–50.

כי "בלוז של זכותו של חבר-הכנסת ליטול חלק בהליך הדמוקרטי של קבלת חוק מצויה הזכות להשתתף בהצבעה על הצעת החוק. עקרון ההשתתפות מקנה אפוא, אף במובנו הצר ביותר, לכל חבר-כנסת את הזכות להשתתף בכל אחת מן הקריאות במליאה ולהצביע בהן, למעט אותם מקרים חריגים וקיצוניים שבהם נשללת זכות זו כדין".¹³³ בהמשך דבריה, על-מנת להמחיש את הטענה כי עקרון ההשתתפות הוא "עקרון יסוד הכרחי המשלים למעשה את עקרון הכרעת הרוב" ("שהרי מה תועלת יש בעקרון הכרעת הרוב כאשר הרוב מושג על-ידי הליך חקיקה שבו נמנעת השתתפותם של המתנגדים לחוק"),¹³⁴ הציגה השופטת ביניש את הדוגמה ההיפותטית הבאה:

טול למשל מקרה קיצוני שבו יושב-ראש הכנסת, המעוניין בחקיקתו של חוק מסוים, מרחיק שלא כדין מאולם המליאה את חברי-הכנסת המתנגדים להצעת החוק על-מנת להבטיח "רוב" באחת הקריאות. ברי כי הליך זה הוא פגום במידה שתחייב את התערבותו של בית-המשפט. אכן, דומה כי אף הדוגלים בגירסה צרה ומצומצמת של ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה יסכימו כי "החלטה שהתקבלה על-ידי קבוצה של חברי-הכנסת, מבלי שלכל חברי-הכנסת ניתנה הזדמנות נאותה והוגנת להשתתף בהצבעה, אינה חוק"¹³⁵...

בפרשת ארדן¹³⁶ נדון מקרה דומה במידה רבה למקרה ההיפותטי הקיצוני שהמציאה השופטת ביניש לשם המחשה, ואשר אליו התייחסה כדוגמה למקרה הפרדיגמטי שבו "ברי כי [ה]הליך... פגום במידה שתחייב את התערבותו של בית-המשפט". באותו מקרה נטען כי יושב-ראש ועדת הכספים, שהיה מעוניין בחקיקת תקנות מסוימות, הבטיח רוב בעד קבלתן על-ידי כך שערך, שלא כדין, מניפולציה בסדר הדיון ובמועד ההצבעה כדי למנוע את חברי הוועדה המתנגדים לתקנות מלנכוח בהצבעה. עוד נטען כי יושב-ראש הוועדה הגדיל לעשות וערך מניפולציה נוספת כדי למנוע מאותם חברי כנסת את האפשרות לבקש הצבעה חוזרת לאחר שהתגלה להם כי ההצבעה נערכה בלעדיהם.¹³⁷ לפיכך טענו חברי הכנסת העותרים כי נשללה מהם הזכות

133 שם, בעמ' 49.

134 שם.

135 שם (הציטוט הפנימי שבסוף הפסקה לקוח מבנדור "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת", לעיל ה"ש 108, בעמ' 583).

136 פרשת ארדן, לעיל ה"ש 113.

137 טענות העותרים בתמצית היו כדלהלן: ועדת הכספים קבעה לשעה 10:30 ישיבה שבה הייתה אמורה להתקיים הצבעה על תקנות מסוימות. סדר-היום פורסם בעוד מועד על-ידי יושב-הראש, וכלל שני נושאים. עניין התקנות שובין בנושא השני. לטענת העותרים (שבה כפר יושב-הראש הוועדה), הדיון נפתח שתי דקות מוקדם מן המועד שפורסם. בפתיחת הישיבה נכחו בחדר, מתוך שמונה-עשר חברי הוועדה, רק יושב-הראש ועוד שלושה חברי כנסת שהיו ידועים לו כתומכים בתקנות. לטענת העותרים, יושב-הראש דאג לערוך הצבעה בטרם יגיעו יתר חברי הוועדה, בהשתתפות ארבעה חברי כנסת בלבד, כדי להבטיח כי התקנות יאושרו. לשם כך הפך יושב-הראש את סדר הנושאים לדיון, והודיע כי הנושא הראשון על סדר-היום יהיה אישור התקנות, וזאת בניגוד לנוהג המקובל בכנסת ליידע בעוד מועד את חברי הוועדה על שינוי סדר-היום. כמו-כן, יושב-הראש ניגש להצבעה באופן מיידי, ללא עריכת דיון מקדים, אף-על-פי שלפני הדיון הוגשו לוועדה שתי חוות-דעת משפטיות סותרות בעניין, והגם שבבוקר הישיבה הוא התחייב לפני

להשתתף בהליך החקיקה במובנה הגרעיני והבסיסי ביותר, קרי, במובן של היכולת הפיזית להיות נוכחים בהצבעה.¹³⁸ המשיב, יושב-ראש הוועדה, לא חלק על רוב הטענות העובדתיות של העותרים (למעט בסוגיה ספציפית אחת הנוגעת בשעה המדויקת שבה החל הדיון), אך טען כי כל פעולותיו נעשו במסגרת סמכותו לפי התקנון, וכי "כל עוד אין חריגה מהוראות הדין המפורשות, יש לראות בפעולות אלו חלק מטכסיסים לגיטימיים של הזירה הפוליטית".¹³⁹ טיעון זה של המשיב אינו עולה בקנה אחד עם הלכת מגדלי העופות, אשר דחתה במפורש טענה דומה שלפיה אין מקום להתערבות שיפוטית כל עוד אין חריגה מהוראות התקנון, וקבעה כי המבחן להתערבות שיפוטית אינו אם הייתה הפרה של הוראות התקנון אם לאו, אלא אם ההליך פגע בעקרונות-היסוד של הליך החקיקה.¹⁴⁰ הנה כי כן, אם יש מקרה שבו היה אפשר לצפות שבית-המשפט לכל-הפחות יבחן את העתירה בקפדנות, על-מנת לבדוק אם נשללה מחברי הכנסת, שלא כדיון, הזכות להשתתף בהליך החקיקה – זהו המקרה.

העותרים שקודם להצבעה ייערך דיון בסוגיה זו ובחוות-הדעת שהוגשו. ארבעת הנוכחים הצביעו בעד אישור התקנות.

מייד בהמשך הודיע יושב-הראש כי הוא מבקש לערוך הצבעה מחודשת בעניין, במסגרת נוהל המכונה "דיון מחודש". לטענת העותרים, ההצבעה החוזרת שיוזם יושב-הראש מייד לאחר קיום ההצבעה הראשונה נעשתה ללא הצדקה עניינית, ומתוך כוונה לחסום באופן מיידי דרישה להצבעה חוזרת מצד חברי הוועדה שטרם נכנסו לדיון. ההצבעה בבקשת הדיון המחודש נערכה לאלתר, והבקשה נדחתה.

שתי ההצבעות – בעניין התקנות ובעניין הדיון המחודש – נערכו בתוך דקות ספורות, ובשעה 10:34, בעוד רוב חברי ועדת הכספים עודם נכנסים אל חדר הישיבות, כבר הסתיים הדיון בתקנות והן אושרו. חברי הוועדה שנכנסו לחדר הישיבות ביקשו לקיים דיון והצבעה מחודשים בעניין, אולם בקשותיהם נדחו על-ידי יושב-הראש. העותרים טענו כי השתתפותם בהצבעה לאישור התקנות נשללה לא כדיון, וכי מדובר במניעת הזכות ליטול חלק בהליך חקיקה. שם, פס' 2–3.

138 שם, פס' 2–5.

139 שם, פס' 4.

140 בפרשת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 27, טענו המשיבים כי אין בסיס להתערבות שיפוטית בהליך חקיקה מסוג חוק ההסדרים, מכיוון שחרף כל הקשיים הכרוכים בו, הוא נעשה בהתאם לסמכותה של הכנסת לפי תקנון הכנסת. על כך השיבה השופטת ביניש כי אף שבית-המשפט ינהג ריסון בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, "אין באמור כדי להביא למסקנה כי הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה מוגבלת לפגמים מסוג חריגה מסמכות או לפגמים פורמאליים בלבד בהליך החקיקה, כפי שטוענת באת-כוחם של המשיבים". השופטת ביניש הוסיפה כי "המבחן להתערבותו של בית-משפט זה בהליך החקיקה הוא אם הפגם שנפל בהליך החקיקה הינו פגם היורד לשורש ההליך", וכי "השאלה מהו פגם היורד לשורש ההליך אינה נקבעת על-פי סיווגו של הפגם כפגם מסוג חריגה מסמכות או כהפרה פורמאלית של סעיף מסוים בתקנון הכנסת". עוד הוסיפה השופטת ביניש כי "לא באמצעות מבחנים טכניים ופורמאליים יובטחו האיפוק והריסון השיפוטי המתחייבים בביקורת על הליכי החקיקה, כי אם באמצעות הפרשנות שניתן למושג פגם היורד לשורש ההליך, המגבילה אותו רק לפגמים קשים ונדירים שיש בהם פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי". לפיכך סיכמה השופטת ביניש את מבחן ההתערבות במילים הבאות: "הנה-כי-כן, בין שמדובר בפגם פורמאלי ובין שמדובר בפגם שאין בו הפרה פורמאלית של תקנון הכנסת... על בית-המשפט לבחון בכל מקרה לגופו אם נפל בהליכי החקיקה פגם היורד לשורש ההליך אשר יצדיק התערבות שיפוטית, ורק פגם שיש בו פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי יצדיק התערבות שיפוטית בהליך החקיקה" (שם, בעמ' 41–42).

אולם הנשיא (בדימ') ברק, אשר כתב את פסק-דין ארדן, לא ראה כלל צורך לבחון את טענות העותרים לגופן, ודחה את העתירה בפסק-דין קצרצר (כמעט על הסף):

אין אנו מוצאים צורך לדון ולהכריע בשאלות השנויות במחלוקת בין הצדדים. זאת משום שמצאנו כי המקרה שלפנינו אינו נופל בגדר אותם מקרים חריגים אשר יצדיקו את התערבותו של בית המשפט בהליכי הפנימיים של הרשות המחוקקת. אין המדובר בענייננו בתפקיד "מעין שיפוטי" של ועדת הכנסת כי אם בתפקיד מינהלי-חקיקתי מובהק... בכגון אלה, הביקורת השיפוטית הינה מוגבלת ומרוסנת.

...

לא מצאנו כי המקרה שבפנינו, אף אם נקבל את גירסת העותרים במלואה, נופל לגדר אותן פגיעות קשות העולות כדי "פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי", המצדיקות את התערבותנו בהליכי החקיקה. בנסיבות אלה, יש להעדיף את עקרון עצמאות הרשות המחוקקת, ולהימנע מהתערבות בהליכים פנים-פרלמנטריים. אפילו סטה [יושב-ראש הוועדה] מהוראות הדין – ובעניין זה אין אנו מביעים עמדה – הרי זו סטייה שחייבת למצוא פתרון בהליכים הפנים-פרלמנטריים עצמם.¹⁴¹

מכל האמור עד כה נקל לראות מדוע קשה מאוד, לדעתי, להלום את תוצאתו של פסק-דין זה עם הלכת מגדלי העופות. אולם גם מעבר לתוצאה, סבורני שפסק-דין ארדן מבטא בצורה מובהקת את חוסר הנכונות הניכר של בית-המשפט לעסוק בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה. הנשיא סירב לחלוטין לבחון את המקרה לגופו של עניין, וסבר כי אפילו תתקבל גרסת העותרים במלואה ואפילו סטה יושב-ראש הוועדה מהוראות הדין, אין מקום לבחינה שיפוטית של מקרה זה. זאת ועוד, אף שפסק-הדין נכתב בשנת 2006, בשלהי כהונתו של הנשיא ברק, הנמקתו חוזרת בצורה מפתיעה לתפיסה שאפיינה את הפסיקה בראשית שנות השמונים, כאשר רק התחילה הביקורת השיפוטית על הליכים פרלמנטריים (שאינם חקיקה), וכאשר בית-המשפט הדגיש כי אף-על-פי שהוא מוסמך לערוך ביקורת שיפוטית על הליכים מסוימים (כגון הליך מעין-שיפוטי), הליך החקיקה מצוי מחוץ לתחום.¹⁴²

מעניין שבשתי הפרשות הללו – ליצמן וארדן – דמו פסקי-הדין לדחיות על הסף גם במובן זה שהעתירות נדחו על אתר והנימוקים ניתנו מאוחר יותר (אף שלכאורה לא הייתה דחיפות מיוחדת במתן פסק-דין באותם מקרים). מעניינת אף יותר היא העובדה שפסקי-הדין הבעייתיים הללו ניתנו פה אחד.

141 פרשת ארדן, לעיל ה"ש 113, פס' 5.

142 עובדה זו באה לידי ביטוי גם בכך שהנשיא ברק אומנם הקפיד לאזכר גם את פרשות מגדלי העופות (לעיל ה"ש 27) וליצמן (לעיל ה"ש 108), אך הנמקתו הסתמכה בעיקר על הלכת שריד (לעיל ה"ש 24) משנת 1982.

למיטב ידעתי, בעשרים ושש השנים מאז הוכרה סמכותו של בית-המשפט לבטל חוק בשל פגמים בהליך חקיקתו לא נכתבה אפילו דעת מיעוט אחת שסברה כי יש לבטל חוק מכוח המודל הפרוצדורלי.¹⁴³ נתון מדהים זה מתחדד כאשר זוכרים כי בעשרים ושתיים השנים שחלפו למן בנק המזרחי בוטלו מכוח המודל הסובסטיבי שבעה-עשר חוקים על-ידי בית-המשפט העליון (ועוד כעשרה חוקים על-ידי ערכאות נמוכות).¹⁴⁴ לטענתי, פער ניכר זה אינו מקרי, אלא משקף העדפה ברורה בפסיקה של המודל הסובסטיבי על המודל הפרוצדורלי. פסק-דין שממחיש היטב העדפה זו הוא בג"ץ אורון, אשר ביטל את התיקון לחוק הבזק שהכשיר את ערוץ 7.¹⁴⁵ באותה פרשה עמדו לפני בית-המשפט שתי אפשרויות לפסילת החוק: בשל פגמים בהליך חקיקתו או בשל אי-החוקתיות של תוכנו. השופט אור, אשר כתב את פסק-הדין, ציין כי "בכל [חמש] העתירות נטען כי יש לבטל את התיקון לחוק הבזק בשל פגם היורד לשורשו של עניין בהליכי חקיקתו",¹⁴⁶ והוסיף בהמשך דבריו כי "העתירות תוקפות גם את חוקתיות תוכנו של התיקון לחוק הבזק".¹⁴⁷ עוד ציין השופט אור כי לפחות אחת מהעתירות התמקדה בטיעון הפרוצדורלי, ולא בסובסטיבי.¹⁴⁸ חשוב מכך, השופט אור הוסיף וציין כי "היועץ המשפטי לממשלה מצטרף לעמדת העותרים כי דין התיקון לחוק הבזק להתבטל בשל פגמים שנפלו בהליכי חקיקתו" (כמורגם לעמדת העותרים שלפיה דין התיקון לחוק להתבטל גם בשל פגיעתו בחופש העיסוק ובשוויון).¹⁴⁹ נראה אפוא כי המסלול הפרוצדורלי במקרה זה היה אופציה אפשרית לא פחות מהמסלול הסובסטיבי.

עם זאת, השופט אור בחר באופן מובהק ומפורש במודל הסובסטיבי:

העתירות מעוררות שאלות מספר בעלות חשיבות, הן כאלה הנוגעות להליך החקיקה והן כאלה הנוגעות לפרשנות הוראות חוקיות אשר על-פי הטענה פוגעות בזכויות יסוד. כאמור לעיל, אשים דגש על טענה אחת, והיא שהתיקון

143 נראה שדעת היחיד הקרובה ביותר לכך היא הערתו של השופט רובינשטיין בבג"ץ 4927/06 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 25.9.2007). שבה ציין השופט כי "בהתלבטות רבה מצטרף אני לתוצאה שאליה הגיעה חברתי הנשיאה, אשר הביעה דעתה על הליך החקיקה בו מדובר". השופט רובינשטיין קבע כי מדובר במקרה גבולי מאוד, ולבסוף סיים את פסק-דינו במילים הבאות: "בית משפט זה רואה כחובתו לגלות איפוק בהתערבות בחקיקה ובהליכיה, מטעמים טובים של כיבוד הרשויות זו את זו ומכלול טעמים אחרים שתיארה חברתי בפרשת מגדלי העופות... אבל חזות קשה אני חווה, כי ככל שימשך הליך חוק ההסדרים ולא ישתנה מהותית, חרף פסיקתו של בית משפט זה וחוות הדעת של היועצים המשפטיים לממשלה ולכנסת, עלולות להישאל שאלות גוברות והולכות באשר למידת ההתערבות השיפוטית בסיטואציות של 'כאילו'...".

144 ראו לעיל ה"ש 74 והטקסט שלידה.

145 פרשת אורון, לעיל ה"ש 74.

146 שם, בעמ' 647.

147 שם, בעמ' 648.

148 שם, בעמ' 647.

149 שם, בעמ' 649. עמדת היועץ המשפטי לכנסת, לעומת זאת, הייתה שאין לבטל את החוק. הכנסת הגבילה את תשובתה לתקינותם של הליכי החקיקה, ונמנעה מלהביע עמדה בנוגע לחוקתיות תוכנו של התיקון לחוק, אך זאת רק משום שלפי הדין שחל בשעתו, בהתאם להנחיות הפסיקה, היא הייתה מחויבת לעשות זאת.

לחוק פוגע בזכות החוקתית לחופש עיסוק, ופגיעה זו אינה מידתית, ועל-כן אינה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה. אומר כבר כאן, כי טענה זו מקובלת עליי, ועל יסוד טענה זו דין העתירות להתקבל.¹⁵⁰

אכן, השופט אור ביסס את כל פסק-דינו על המודל הסובסטנטיבי (ולמעשה על המודל הסובסטנטיבי הטהור, ללא כל התייחסות להליך החקיקה במסגרת הניתוח של חוקתיות החוק).¹⁵¹ טענות העותרים לעניין הליך החקיקה (שהיו מקובלות כאמור גם על היועץ המשפטי לממשלה) לא זכו בבחינה. את הטענות הללו (יחד עם טענות נוספות) הזכיר השופט אור בשורות ספורות בסוף פסק-דינו הארוך, תחת הכותרת "הערות לפני סיום".¹⁵² השופט אור לא דן בטענות אלה לגופן, אלא הסתפק בקביעה כי "איני סבור כי מתעורר הצורך במקרה זה להכריע בטענה זו. הראיתי בהרחבה כי התיקון לחוק אינו עומד בביקורת חוקתית בשל פגיעה בלתי מידתית בזכות החוקתית לחופש עיסוק. די בכך על-מנת להביא לקבלת העתירות".¹⁵³ הנה כי כן, כאשר מעיינים לא רק בהלכות העקרוניות ובהצהרות שנקבעו בפסיקה ביחס למודל הפרוצדורלי, אלא בוחנים את נכונותה של הפסיקה לעשות שימוש במודל זה בפועל, מגלים כי בניגוד למודל הסובסטנטיבי, שאותו אימצה הפסיקה לחיקה, ביחס למודל הפרוצדורלי בית-המשפט מגלה עדיין דו-ערפיות (אמביוולנטיות) והססנות רבה.

4. בג"ץ קוונטינסקי ועתידו של המודל הפרוצדורלי – מהפכה או המשכיות?

כחצי שנה לאחר הגשתו של מאמר זה לפרסום, וזמן קצר לפני ירידתו לדפוס, ניתן פסק-דין קוונטינסקי, אשר פסל את ההסדר המוכר בציבור כ"חוק דירה שלישיית"¹⁵⁴ בשל פגמים בהליך חקיקתו.¹⁵⁵ לנוכח חשיבותו ותקדימיותו של פסק-הדין, שהיה הראשון אי-פעם שפסל חוק מכוח המודל הפרוצדורלי, יוקדש חלק זה לניתוח ראשוני קצר שלו.¹⁵⁶ אתמקד בעיקר בשאלה בדבר השלכותיו של פסק-הדין על התמונה שהצטיירה עד כה. אטען כי באופן הדומה מעט לניתוח שהצעתי לפסק-דין בנק המזרחי, גם בפסק-דין זה ניתן לזהות שני נרטיבים: נרטיב אחד

150 שם, בעמ' 650.

151 למעשה, בניתוח חוקתיותו של החוק ניתח השופט אור אך ורק שני רכיבים (סובסטנטיביים באופן מובהק) של פסקת ההגבלה – התכלית והמידתיות – תוך שהוא מציין כי הוא מדלג על דרישת ה"חוק", אף-על-פי שהעותרים העלו טענות גם ביחס לרכיב זה (והיועץ המשפטי לממשלה הצטרף לטיעוניהם). ראו שם, בעמ' 661–662.

152 שם, בעמ' 671.

153 שם.

154 או בשמו הרשמי והמדויק יותר – "הסדר מס ריבוי דירות", אשר נחקק במסגרת פרק יב לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו-2018), התשע"ז–2016.

155 פרשת קוונטינסקי, לעיל ה"ש 4.

156 חלק זה מבוסס, בשינויים מסוימים, על איתי בר-סימן-טוב "החלטה מתבקשת או 'סטיה רבתי' בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה? הערת פסיקה על בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל בעניין מס דירה שלישיית" (2017), זמין בכתובת <https://ssrn.com/abstract=3050539> (להלן: בר-סימן-טוב "הערת פסיקה").

שמציג את פסק-הדין כהמשך של הפסיקה הקיימת, ונרטיב אחר שמציג את פסק-הדין כמהפכני.

נרטיב ההמשכיות בא לידי ביטוי באופן הבולט ביותר בפסק-דינה של הנשיאה נאור, אחת משופטי הרוב בפסק-הדין. הנשיאה נאור מדגישה במפורש כי "פסק דינו אינו סוטה מההלכות שנקבעו בעבר בבית משפט זה אלא מיישם אותן".¹⁵⁷ מפסק-דינה אף עולה בבירור הנרטיב שלפיו אין לראות בפסק-הדין סטייה מהמדיניות של הריסון והאיפוק בהפעלת המודל הפרוצדורלי, אלא יש לראותו כחריג נדיר הנובע מנסיבות המקרה יוצאות-הדופן. הנשיאה מדגישה כי "התערבותנו בחקיקה במקרה דנן הינה מחויבת המציאות"¹⁵⁸ מכיוון ש"במקרה שלפנינו נחצו כל הקווים האדומים".¹⁵⁹ מוטיב דומה ניתן למצוא בדבריו של השופט הנדל, הקובע כי "בנסיבות החריגות של העתירות שלפנינו, אין צורך לשרטט באופן מלא את קווי הגבול המדויקים של זכות ההשתתפות", מכיוון שהעובדות מלמדות כי מדובר במקרה ש"אינו גבולי כלל וכלל".¹⁶⁰ השופטת חיות מדגישה אף היא כי בית-המשפט אימץ "אמות מידה מחמירות ביותר" להפעלת המודל הפרוצדורלי, שלאורך "נדחו פעם אחר פעם עתירות שבהן נטען לפגמים שנפלו בהליכי חקיקה",¹⁶¹ אלא ש"התקווה שאותה הביע בית המשפט... כי המקרים הקיצוניים והנדירים אשר יצדיקו התערבות שיפוטית בהליך החקיקה אינם צפויים במציאות הפרלמנטרית שלנו, נכזבה למרבה הצער" בנסיבות המקרה דנן.¹⁶²

אולם בפסק-הדין מצוי גם נרטיב אחר לחלוטין, אשר מתאר את פסק-הדין כמהפכני. כך, השופט מזוז, בדעת מיעוט, מציג את פסק-הדין של הרוב כלא פחות מאשר "סטייה רבתיה מההלכה הפסוקה והמבוססת היטב בסוגיה זו";¹⁶³ "סטייה מהותית – לא מוצדקת – מההלכה הפסוקה העקבית הנוהגת בבית משפט זה"; "שינוי מהותי של ההלכה"; ו"שינוי מרחיק לכת במערכת היחסים העדינה והרגישה שבין בית המשפט לבין הכנסת".¹⁶⁴

בין שני הנרטיבים הקוטביים הללו מצוי פסק-דינו של השופט סולברג, אשר כתב את פסק-הדין המרכזי של דעת הרוב. השופט סולברג דוחה אומנם את ביקורתו של השופט מזוז כתיאור לא-מדויק של פסק-דינו,¹⁶⁵ אולם הוא אינו מציג את פסק-דינו כהמשך מוחלט של הפסיקה הקודמת, אלא מודה כי פסק-דינו מאמץ גישה שונה מעט, אשר "מהווה פיתוח מסוים להלכת מגדלי העופות".¹⁶⁶ לדידו, מדובר ב"התפתחות מסויימת ומתחמת",¹⁶⁷ שהוא מתארה כ"ליטוש" של הלכת מגדלי העופות.¹⁶⁸

157 פרשת קוונטינסקי, לעיל ה"ש 4, פס' 6 לפסק-דינה של הנשיאה נאור.

158 שם, פס' 5.

159 שם.

160 שם, פס' 14 לפסק-דינו של השופט הנדל.

161 שם, פס' 1 לפסק-דינה של השופטת חיות.

162 שם.

163 שם, פס' 16 לפסק-דינו של השופט מזוז.

164 שם, פס' 2–4 לפסק-דינו של השופט מזוז.

165 שם, פס' 105–112 לפסק-דינו של השופט סולברג.

166 שם, פס' 107 לפסק-דינו של השופט סולברג.

167 שם.

168 שם, פס' 59 לפסק-דינו של השופט סולברג.

ניתוח מפורט של פסק-דינו של השופט סולברג על רבדיו השונים, ושל המידה שבה הוא ממשיך את הלכת מגדלי העופות או סוטה ממנה, חורג מגבולותיו של מאמר זה ומצדיק מאמר נפרד.¹⁶⁹ לענייננו אומר רק בקצרה כי אני מסכים עם השופט מזוז שאין לראות בפסק-הדין רק יישום של ההלכה הקיימת, ושקיימת בו בהחלט הרחבה מסוימת לעומת הלכת מגדלי העופות. עם זאת, מידת הסטייה הטמונה בו לעומת הלכת מגדלי העופות דרמטית פחות בעיניי מכפי שהשופט מזוז מציגה.¹⁷⁰

מכל מקום, בעיניי, יש ממש בעמדתם של שופטי הרוב שלפיה זהו אכן מקרה נדיר ביותר שבו היה ברור, כבר תוך כדי הליך החקיקה, כי מדובר בהליך חקיקה פגום באופן יוצא-דופן.¹⁷¹ חברי כנסת מהאופוזיציה ומהקואליציה כאחד, היועצת המשפטית של ועדת הכספים, היועץ המשפטי לכנסת, ואפילו יושב-ראש הכנסת עצמו, התריעו בזמן-אמת על קיומו של פגם היורד לשורש ההליך, וקראו ליושב-ראש הוועדה לתקן את הפגם. היועץ המשפטי לכנסת אף העיד כי "זו הפעם הראשונה בכל שנותיו בכנסת" שהוא נאלץ לעשות זאת.¹⁷² בא-כוח הכנסת, הגם שביקש להימנע מביטול החוק ולהסתפק בהתראת בטלות, הודה במפורש בתשובתו לעתירה כי "עמדת המשיבים היא כי הליך החקיקה של פרק מס ריבוי דירות הוביל לפגיעה קשה וניכרת בעקרון השתתפות של חברי הכנסת, העולה כדי פגם היורד לשורש ההליך", וכי "זהו מקרה מובהק מצדיק בעקרון בטלות של חוק".¹⁷³ אפילו בא-כוח הממשלה, אשר היה היחיד שייצג את העמדה שלפיה הפגם שנפל בהליך החקיקה "לא הגיע עד לאותו רף מאד חריף" שיצדיק ביטול חוק, הודה כי מדובר ב"פגם חמור".¹⁷⁴

אוסף עוד בשולי הדברים כי פסק-דינו של השופט מזוז מאשרר במידה רבה את ניתוח הפסיקה שהצעתי בחלק הקודם בדבר הריסון השיפוטי מרחיק-הלכת בהפעלת המודל הפרוצדורלי.¹⁷⁵ בפסק-דינו מפרט השופט מזוז בהרחבה את הפסיקה הקודמת, תוך פירוט מקרים שבהם סירב בית-המשפט להתערב חרף פגמים בהליך שהיו אף חמורים מהפגם במקרה

169 ראו בר-סימן טוב "הערת פסיקה", לעיל ה"ש 156.

170 לפירוט נימוקיי למסקנות אלה ראו שם.

171 פסקה זו לקוחה מהערת הפסיקה שלי, שם, שבה מפורטים ביתר הרחבה נימוקיי למסקנות אלה.

172 פרשת קוונטינסקי, לעיל ה"ש 4, פס' 3 לפסק-דינה של הנשיאה נאור.

173 תגובה מטעם משיבי הכנסת בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' הכנסת, פס' 12–13 (21.2.2017).

174 פרשת קוונטינסקי, לעיל ה"ש 4, פס' 26 לפסק-דינו של השופט סולברג. זהו בתמצית הפגם שנפל

בהליך החקיקה במקרה דנן: הסדר מס ריבוי דירות נחקק כחלק ממנגנון החקיקה של חוק

ההסדרים, כחלק מהצעת חוק ארוכה ומורכבת שעסקה במגוון נושאים ונחקקה בהליך חקיקה

מזורז. עיקר הפגם שנפל בהליך החקיקה במקרה דנן מתמקד בדיון שנערך בוועדת הכספים

בהסדר מס ריבוי דירות. למעט דיון ראשוני כללי וקצר, עיקר הדיון בהסדר מורכב זה נערך

במסגרת דיון מרתוני מזורז אחד, שהחל לקראת חצות ונערך במשך כל הלילה, כאשר חברי

הכנסת כבר היו מותשים לאחר יום דיונים ארוך, וכאשר היום הקודם הסתיים אף הוא באמצע

הלילה. הדיון הלילי האמור נערך באווירה בהולה, כאשר כל העת דוחקים בחברי הכנסת למהר.

יתרה מזו, בדיון לילי זה נאלצו חברי הוועדה לדון בנוסח מעודכן של הסדר מס ריבוי דירות, שהם

לא הספיקו כלל לקרוא לפני הדיון מכיוון שהם קיבלוהו רק כשעתיים לפני כן, בזמן שדנו

בנושאים אחרים.

175 ראו לעיל תת-פרק 3ג.

דנן, לפחות לדידו של השופט מזוז.¹⁷⁶ פסק-דינו של השופט מזוז עצמו אף מייצג בעיני באופן מובהק ובצורה מפורשת ביותר את הדו-ערפיות כלפי המודל הפרוצדורלי ואת העדפת המודל החוקתי הסובסטיבי של בנק המזרחי. בעוד שברבים מפסקי-הדין הקודמים באה דו-ערפיות זו לידי ביטוי ביישום יותר מאשר בהנמקה, פסק-דינו של השופט מזוז מציג את ההנמקה התיאורטית והנורמטיבית המקיפה והמנומקת ביותר לעמדה זו.¹⁷⁷

סיכומו של דבר, דעתי היא שפסק-דין קוונטינסקי הוא אומנם התפתחות חשובה מאוד, מעצם העובדה שמדובר בפעם הראשונה שבה ביטל בית-המשפט חוק מכוח המודל הפרוצדורלי, ואף מבחינה מהותית יש בפסק-הדין כאמור הרחבה ופיתוח מסוימים לעומת הלכת מגדלי העופות. אעיר עוד כי לכאורה ניתן למצוא בפסק-הדין העדפה של המודל הפרוצדורלי על הסובסטיבי, לפחות במקרה דנן, שכן העותרים העלו טיעונים משני הסוגים אך כבר בצו על-תנאי התמקד בית-המשפט רק בפגמים בהליך. עם זאת, היא זה מוקדם ומוגזם להסיק כי פסק-דין קוונטינסקי מהווה בהכרח אינדיקציה לסטייה מהקו שאפיין את יחסה של הפסיקה למודל הפרוצדורלי. זאת, משום שיתכן בהחלט שמדובר בחריג, הנובע מהנסיבות הנדירות של המקרה יותר מאשר משינוי מדיניות שיפוטית.

על רקע ההתפתחויות האמורות ביחסה של הפסיקה למודלים השונים של ביקורת שיפוטית, אפנה לפיתוח העמדה הנורמטיבית בנוגע ליחס הראוי בין המודלים הללו.

ד. היחס הראוי בין המודלים השונים של ביקורת שיפוטית¹⁷⁸

מן המתואר בחלקים הקודמים עולה כי העידן שלאחר בנק המזרחי היה עידן המודל הסובסטיבי, ושני המודלים האחרים – הפרוצדורלי והסמי-פרוצדורלי הנובע מסעיף שריון פרוצדורלי – הלכו ונעשו תיאורטיים בעיקרם. לאחרונה ממש ניתן פסק-דין קוונטינסקי, שצמצם במעט את הפער בין התיאוריה לפרקטיקה של המודל הפרוצדורלי, אך עוד מוקדם להעריך אם מדובר במגמה חדשה.

על רקע זה מתעוררות השאלות הבאות: מהו היחס הראוי בין המודלים השונים של ביקורת שיפוטית בעידן שלאחר בנק המזרחי? האם יש מקום להמשך קיומו של המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי לצד המודל הסובסטיבי או שמא המגמה המסתמנת בפסיקה למן פרשת בנק המזרחי (ובעיקר למן פרשת גוטמן) – של השתלטות המודל הסובסטיבי ודחיקתו של המודל האחר – היא רצויה? ומהו מקומו של המודל הפרוצדורלי לעומת המודל הסובסטיבי, אשר הועדף באופן מובהק על זה הפרוצדורלי, לפחות עד להגעתו של פסק-דין קוונטינסקי?

176 פרשת קוונטינסקי, לעיל ה"ש 4, פס' 18–36 לפסק-דינו של השופט מזוז.

177 שם, פס' 7–17, 37–49 לפסק-דינו של השופט מזוז.

178 חלקים מסוימים בחלק זה מבוססים על דברים שכתבתי לאחרונה בהקשר אחר – ראו בר-סימן-טוב "לקראת מודל סמי-פרוצדורלי", לעיל ה"ש 12, בעמ' 330–337. עם זאת, אדגיש כי החפיפה חלקית בלבד.

לפני שאשיב על שאלות אלה, חשוב להבהיר את גדרי הדיון. לצורך מאמר זה אני עוסק במקור הסמכות הפורמלית לביקורת שיפוטית על-פי כל אחד מהמודלים, ולא אזדקק לטיעונים טקסטואליסטיים, אוריגינליסטיים, תכליתיים (או תורת-משפטיים) המנסים לעגן סמכות זו בפרשנותם של חוקי-היסוד, בהיסטוריה החוקתית הישראלית, בכוונת המחוקק וכדומה.¹⁷⁹ כמו-כן, מובן שדיון נרחב בהצדקות התיאורטיות לביקורת שיפוטית על סוגיה השונים (ובביקורות על הצדקות אלה) חורג מגדרו של מאמר זה. דיון זה אף אינו נדרש, שכן ספרות ענפה מאוד הוקדשה כבר לדיון בהצדקות לביקורת שיפוטית סובסטנטיבית,¹⁸⁰ ואילו בהצדקות למודלים הפרוצדורלי והסמי-פרוצדורלי עסקתי בהרחבה בכמה מאמרים אחרים.¹⁸¹ מצד אחד, לכל אחד משלושת המודלים – הסובסטנטיבי, הפרוצדורלי והסמי-פרוצדורלי – הוצעו הצדקות שונות ומגוונות, ומצד אחר, כל אחד מהם גם עורר התנגדויות וטיעונים ביקורת שונים (שהתייחסו, בין היתר, ללגיטימציה, לכשירות השיפוטית ולהפרדת הרשויות). במקום לחזור על מגוון הטיעונים, התת-טיעונים וטיעוני-הנגד בספרות נרחבת זו, ישאב מאמר זה מטיעונים אלה בדבר ההצדקות המרכזיות של המודלים השונים רק ככל שהדבר דרוש לדיון בשאלה הממוקדת והמצומצמת בהרבה: מהו היחס הראוי בין המודלים הללו?

את הדיון בדבר היחס הראוי בין המודלים השונים בישראל בעידן שלאחר בנק המזרחי אחלק לכמה סוגיות: (1) מקומו הראוי של המודל הפרוצדורלי מול המודל הסובסטנטיבי; (2) מקומו הראוי של המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי לעומת המודל הסובסטנטיבי והמודל הפרוצדורלי; (3) האפשרות להחלפת המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי במודל סמי-פרוצדורלי פסיקתי חדש. החלק האחרון של הפרק יוקדש לסיכום היחס הראוי בין המודלים השונים לאור הדיון בחלקים הקודמים.

1. מקומו הראוי של המודל הפרוצדורלי מול המודל הסובסטנטיבי

לדעתי, יש מקום הן לביקורת שיפוטית סובסטנטיבית והן לביקורת שיפוטית פרוצדורלית, ואין האחת שוללת את האחרת. מכיוון שהמגמה ששלטה בפסיקה (לפחות עד לאחרונה) הייתה דחיקת המודל הפרוצדורלי לטובת זה הסובסטנטיבי, אתמקד תחילה בסתירת ההנחה שהופעתה של ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית מאיינת את הצורך בביקורת פרוצדורלית או את

179 כך, למשל, אחת מהשופטות האנונימיות של המאמר טענה כי הסיבה להעדפת המודל הסובסטנטיבי על זה הפרוצדורלי היא שלראשון, בניגוד לאחרון, יש עיגון טקסטואלי ברור יותר בחוקי-היסוד. הד לטיעון זה ניתן למצוא גם בדעת המיעוט של השופט מזוז בפרשת קוונטינסקי, לעיל ה"ש 4. בעיניי, מבחינה נורמטיבית, טענה זו אינה צריכה להיות מכרעת, אך מכל מקום טענה זו מחייבת עיון נפרד, אשר חורג מגדרו של מאמר זה.

180 ראו, למשל, Barry Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the* *Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, 112 YALE L.J. 153, 155 (2002) אשר טוען כי פיתוח הצדקות לביקורת שיפוטית (סובסטנטיבית) נגד הטיעון האנטי-רובני היה האובססיה המרכזית של האקדמיה המשפטית זה עשורים.

181 לדיון נרחב ראו, למשל, Bar-Siman-Tov, *Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 106; Ittai Bar-Siman-Tov, *Legislative Supremacy in the United States?: Rethinking the "Enrolled Bill" Doctrine*, 97 GEO. L.J. 323 (2009); Ittai Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, 6 LEGISPRUDENCE 271 (2012). כן ראו Navot, לעיל ה"ש 107.

ההצדקה שבבסיסה. כדי להבין מדוע הנחה זו מוטעית, יש להבין תחילה כי ההבדל בין שני מודלים אלה של ביקורת שיפוטית אינו מתמצה במתודולוגיה שונה לבחינתו של תוקף החוק (האחד בוחן את התוכן בעוד האחר בוחן את ההליך). ההבדל המהותי יותר הוא בכך שכל מודל ממלא פונקציה אחרת ומגן על אינטרסים וערכים שונים.

הפונקציה המרכזית שהמודל הסובסטנטיבי ממלא היא לספק הגנה שיפוטית על תוכן ההסדרים המעוגנים בחוקה. במסגרת זו תפקידו הבולט והקלסי של המודל הסובסטנטיבי הוא לספק הגנה שיפוטית על זכויות אדם, זכויות מיעוטים ועקרונות הדמוקרטיה הסובסטנטיבית.¹⁸² איני מכחיש כמובן שהמודל הסובסטנטיבי יכול למלא פונקציות נוספות, וכי בספרות התיאורטית הוצגו הצדקות נוספות רבות ומגוונות למודל זה.¹⁸³ אולם נראה שמעטים יחלקו על כך שזוהי ההצדקה הקלסית והמרכזית למודל זה.¹⁸⁴ מכל מקום, הנקודה החשובה לענייננו היא שהמודל הסובסטנטיבי, עם כל חשיבותו וההצדקות העומדות בבסיסו, אינו יכול להחליף את המודל הפרוצדורלי, שכן הוא אינו יכול למלא את הפונקציות שהמודל הפרוצדורלי ממלא.

גם למודל הפרוצדורלי הוצעו בספרות שלל הצדקות,¹⁸⁵ אך לענייננו חשובות שתי פונקציות מרכזיות. האחת היא הפונקציה של זיהוי חוק תקף, במובן הבסיסי של חוק המקיים את תנאי התוקף ב"כלל ההכרה"¹⁸⁶ של מערכת המשפט.¹⁸⁷ זיהויה של נורמה תקפה במובן של כלל ההכרה מחייב בחינה של הליך החקיקה, על-מנת לוודא שהחוק נחקק בהתאם

182 להצדקת ביקורת שיפוטית כהגנה על הדמוקרטיה הסובסטנטיבית וזכויות אדם ראו, למשל, RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 6–32 (1996); אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" משפט וממשל ג 403, 409–415 (1996); ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" דין ודברים ג 399, 419–424 (2007) (להלן: מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית"); Erwin Chemerinsky, *The Price of Asking the Wrong Question: An Essay on Constitutional Scholarship and Judicial Review*, 62 TEX. L. REV. 1207, 1211–1215, 1226–1233, 1259–1261 (1984).

183 ראו והשוו ספיר "שלושה מודלים של חוקה", לעיל ה"ש 105, בעמ' 372–374, 391–392.
184 יש הטוענים כי הגנה על זכויות אדם היא ההצדקה היחידה והבלעדית לביקורת שיפוטית. ראו, למשל, Jesse H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, 54 DUKE L.J. 1457 (2005). אולם גם מי שאינם מקבלים עמדה מרחיקת-לכת זו מסכימים עם הטענה שהגנה על זכויות אדם היא ההצדקה הקלסית והנפוצה ביותר לביקורת שיפוטית (סובסטנטיבית). ראו, למשל, Yuval Eylon & Alon Harel, *The Right to Judicial Review*, 92 VA. L. REV. 991, 995 (2006); Adrienne Stone, *Judicial Review Without Rights: Some Problems for the Democratic Legitimacy of Structural Judicial Review*, 28 OXFORD J. LEGAL STUD. 1, 1–2 (2008).

185 ראו, למשל, Bar-Siman-Tov, *Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 106.

186 הרעיון של כלל ההכרה לקוח כמובן מ- H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 94–95 (2nd ed. 1994).

187 להסבר מפורט יותר של טיעון זה ראו בר-סימן-טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 128, בעמ' 657–659. Bar-Siman-Tov, *Puzzling Resistance*; לעיל ה"ש 106, בעמ' 1944–1952.

לדרישות הפרוצדורליות הבסיסיות שקיומן מסמן למערכת המשפט כי הכנסת קיבלה חוק.¹⁸⁸ כך, למשל, מסמך אשר נחזה לחוק אך לא התקבל בכנסת בשלוש קריאות אינו חוק כלל.¹⁸⁹ לעניין זה אין נפקא מינה מה תוכנו של אותו מסמך ואם תוכן זה הולם את ערכיה של המדינה, מקדם תכלית ראויה, אינו פוגע בזכויות מעבר לנדרש וכולי. פונקציה זו של המודל הפרוצדורלי קיבלה ביטוי יפה בדבריו של השופט ברק בבג"ץ נמרודי: "על-מנת שיתקבל 'חוק', יש לקיים את הוראות התקנון באשר להליכי החקיקה... [ובראשן] שלוש הקריאות (במליאה) והדיון בוועדה (לאחר הקריאה הראשונה וכהכנה לקריאה השנייה)... אם... לא קוימה אחת הקריאות או שבהצבעה לא קיבלו בהן רוב או שלא התקיים דיון בוועדה... ההצעה לא מתגבשת לכדי דבר חקיקה, ובית-משפט מוסמך... להכריז על בטלות 'החוק'".¹⁹⁰ פונקציה זו מחייבת אפוא ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה. מובן שביקורת שיפוטית סובסטנטיבית טהורה, שמתמקדת אך ורק בתוכן החוק, אינה יכולה למלא פונקציה זו.¹⁹¹ פונקציה מרכזית נוספת של המודל הפרוצדורלי היא הגנה שיפוטית על עקרונות הדמוקרטיה הפרוצדורלית.¹⁹² פונקציה זו של המודל הפרוצדורלי קיבלה ביטוי יפה בהלכת מגדלי העופות, שלפיה "תפקידה של הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה הינו להגן מפני פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה".¹⁹³ כפי שמבהירה השופטת ביניש, עקרונות פרוצדורליים אלה "הם עקרונות היסוד הנגזרים מעקרונותיה של הדמוקרטיה הפורמאלית ומעצם קיומו של משטר דמוקרטי פרלמנטרי... הם עקרונות יסוד אשר בלעדיהם (ובלעדי עקרונותיה של הדמוקרטיה המהותית) לא תתקיים הדמוקרטיה בישראל".¹⁹⁴ אכן, כשם שהמודל הסובסטנטיבי מגן על עקרונות הדמוקרטיה הסובסטנטיבית, המודל הפרוצדורלי מגן על עקרונות הדמוקרטיה הפרוצדורלית.¹⁹⁵ אני מודע כמובן לכך שקיימות תיאוריות חוקתיות פרוצדורליות (כגון תורתו של אילי) המנסות להצדיק ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית בטענה שביקורת זו מגינה על הדמוקרטיה הייצוגית ועל ההליך הדמוקרטי.¹⁹⁶ אולם, אף מבלי להיכנס לביקורת השונות על תיאוריות אלה, לדעתי תיאוריות אלה משכנעות הרבה יותר

188 ש.ם.

189 פרשת נמרודי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 158; פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 534. שאלה אחרת היא אילו דרישות פרוצדורליות, נוסף על הדרישה לשלוש קריאות במליאה, הן חלק מכלל ההכרה בשיטת המשפט בישראל. על שאלה זו ראו בר-סימן טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 128, בעמ' 657-658.

190 פרשת נמרודי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 158.

191 שאלה אחרת היא אם כלל ההכרה מורכב רק מדרישות פרוצדורליות או שמא ניתן לטעון שהוא כולל גם דרישות סובסטנטיביות. לטענה שכלל ההכרה כולל הן דרישות פרוצדורליות והן דרישות סובסטנטיביות, ושלפיכך טיעון כלל ההכרה יכול להצדיק הן ביקורת פרוצדורלית והן ביקורת סובסטנטיבית, ראו Matthew D. Adler & Michael C. Dorf, *Constitutional Existence* (2003) 89 VA. L. REV. 1105.

192 Bar-Siman-Tov, *Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 106, בעמ' 1934.

193 פרשת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 27, בעמ' 54.

194 ש.ם, בעמ' 43.

195 Bar-Siman-Tov, *Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 106, בעמ' 1971.

196 JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 73-104 (1980); בר-סימן טוב "ג'ון הארט גרוניס?", לעיל ה"ש 73, בעמ' 73-74.

כהצדקה למודל פרוצדורלי טהור (או סמי-פרוצדורלי) מאשר למודל הסובסטנטיבי.¹⁹⁷ מכל מקום, ברי כי מודל סובסטנטיבי טהור, שלפיו אין להסתכל כלל על הליך החקיקה בבחינת החוקתיות, אינו יכול להגן על עקרונות-היסוד של הדמוקרטיה הפרוצדורלית בהליך החקיקה. למען הסר ספק אדגיש כי כשם שהמודל הסובסטנטיבי אינו יכול למלא את הפונקציות של זה הפרוצדורלי, גם ההפך נכון. המודל הפרוצדורלי אינו יכול להחליף את המודל הסובסטנטיבי או לייתרו, שכן הוא אינו מתאים להגנה על תוכן ההסדרים המעוגנים בחוקה (למעט ההסדרים הפרוצדורליים המסדירים את הליך החקיקה). הסיבה לכך היא שהמודל הפרוצדורלי הטהור מתרכז אך ורק בבחינת הליך החקיקה, ואינו בוחן כלל אם החוק פוגע בהסדרים הסובסטנטיביים המעוגנים בחוקה, בעקרונות הדמוקרטיה הסובסטנטיבית או בזכויות אדם. המודל הפרוצדורלי יכול אומנם לתרום בעקיפין להגנה על תוכן ההסדרים המעוגנים בחוקה, על עקרונות הדמוקרטיה הסובסטנטיבית ועל זכויות אדם, שכן הדרישות הפרוצדורליות בהליך החקיקה הן "ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש", כפי שציינה השופטת דורנר.¹⁹⁸ עם זאת, מובן שהאפקטיביות של השפעה עקיפה זו, חשובה ככל שתהא, היא מוגבלת, ואין בה כדי ליתר הגנה שיפוטית ישירה על תוכן ההסדרים המעוגנים בחוקה.

עד כה טענתי כי המודל הסובסטנטיבי אינו מאיין את הצורך במודל הפרוצדורלי או את ההצדקה לביקורת פרוצדורלית, מכיוון שכל אחד מהמודלים משרת פונקציה אחרת. אולם בכך אין כדי לבסס את טענתי נגד דחיקת המודל הפרוצדורלי לטובת המודל הסובסטנטיבי. לכאורה ניתן לטעון כי אף אם שני המודלים ממלאים פונקציות שונות ואינם מוציאים זה את זה (כלומר, אינם mutually-exclusive), לפעמים אין מנוס מלבחור ביניהם, וכאשר נאלצים לבחור – יש לבחור במודל הסובסטנטיבי. טיעון זה (אשר מזוהה בעיקר עם Jesse Choper אך מהדהד גם בכתיבתה של רות גביון),¹⁹⁹ נחלק למעשה לשניים: (1) לבית-המשפט יש משאבים מוגבלים, ובעיקר אשראי מוגבל מבחינת לגיטימציה ציבורית, ולפיכך אין לו ה"לוקוס" לקיים ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית וביקורת פרוצדורלית גם-יחד, אלא עליו להתמקד רק במודל המוצדק ביותר; (2) בבחירה זו יש להעדיף את המודל הסובסטנטיבי, מכיוון שבסופו של דבר ההצדקה

197 Bar-Siman-Tov, *Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 106, בעמ' 1958–1962; בר-סימן-טוב "ג'ון הארט גרוניס?", לעיל ה"ש 73, בעמ' 97–99. ראו גם משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" **משפט וממשל** י 521 (2007), התומך בעמדה שהנוסח הקיים של פסקת ההגבלה והפרקטיקה הקיימת של ביקורת שיפוטית (סובסטנטיבית) אינן עולות בקנה אחד עם התיאוריה הפרוצדורלית של אילי.

198 בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נגד (4) 673, 684 (1999). ראו גם בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב (4) 715, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה בניש (2008); בר-סימן-טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 128; אורן גזל "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'?" **משפט וממשל** ד 381, 382–383 (1998); ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" **משפטים** מב 449, 471 (2012); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 113, בעמ' 726–727.

199 ראו Choper, לעיל ה"ש 184; Ruth Gavison, *The Role of Courts in Rifted Democracies*, 33; (1999) *ISR. L. REV.* 216, 233.

המרכזית לביקורת שיפוטית היא הגנה על זכויות אדם. סבורני שטיעון זה, על שני מרכיביו, מוטעה.

הטיעון שלפיו בית-המשפט חייב לבחור בין המודל הסובסטנטיבי לפרוצדורלי מפריו, לדעתי, במידה שבה פסילת חוקים מכוח המודל הפרוצדורלי (כאשר הדבר נדרש) תפגע ביכולתו של בית-המשפט לפסול בעתיד חוקים מכוח המודל הסובסטנטיבי. אין יסוד לחשש שהמודל הפרוצדורלי ידחק את המודל הסובסטנטיבי, שכן כל מודל ממלא כאמור פונקציה אחרת, אשר אין המודל האחר יכול למלאה. אין גם להפריז בחשש שביטול חוק מכוח המודל הפרוצדורלי יוביל לתגובת-נגד ציבורית ופוליטית עזה עד כדי כך שהיא לא תותיר לבית-המשפט משאבי לגיטימציה להפעלת המודל הסובסטנטיבי. זאת, בין היתר, משום שביטול חוק מכוח המודל הפרוצדורלי אינו מהווה התערבות בתוכן המדיניות שקבעה הכנסת, ואינו מונע אותה מלחוקק מחדש אותו חוק ממש (רק תוך שמירה הפעם על הליך חקיקה תקין).²⁰⁰ אכן, כפי שטען השופט Hans Linde כבר לפני כארבעים שנה: "It is far more cause for resentment to invalidate the substance of a policy that the politically accountable branches and their constituents support than to invalidate a lawmaking procedure that can be repeated correctly..."²⁰¹ הנחה זו נתמכת גם במחקרים בנוגע לתפיסות הציבור, המאששים את הסברה כי הסיכוי להסכמה חברתית רחבה – חוצת גבולות אידיאולוגיים, אתניים, מגדריים וחברתיים – כלכליים – ביחס לאמות-המידה להגדרתו של הליך חקיקה כלגיטימי גבוה בהרבה מן הסיכוי להסכמה ביחס ללגיטימיות של תוכנה של מדיניות כלשהי.²⁰²

הנחה זו נתמכת על-ידי הניסיון בהקשר של ביטולי חוקים מכוח המודל הסמי-פרוצדורלי בעידן ברגמן, אשר התאפיין בהעדר תגובת-נגד מצד הכנסת.²⁰³ אף שמוקדם עדיין להעריך, ניתן לומר, בזהירות המתחייבת, כי טענה זו נתמכת גם מהתגובות הראשוניות במערכת הפוליטית על פסק-דין קוונטינסקי, שביטל את מס דירה שלישית בשל פגמים בהליך חקיקתו. אין זה מפתיע שחברי כנסת מהאופוזיציה בירכו על פסק-הדין,²⁰⁴ אך המעניין הוא שאפילו חברי כנסת מהקואליציה, שאינם ידועים בחיבה יתרה לאקטיביזם שיפוטי, קיבלו את פסק-הדין. כך, חבר הכנסת משה גפני מיהדות התורה, יושב-ראש ועדת הכספים (אשר הדיון שניהל בוועדה היה בבסיסו של ביטול החוק ובמרכז ביקורתו של פסק-הדין), אמר: "אני כמעט אף

Richard Neely, *Obsolete Statutes, Structural Due Process, and the Power of Courts to Demand a Second Legislative Look*, 131 U. PA. L. REV. 271, 277–278 (1982) 200

Hans A. Linde, *Due Process of Lawmaking*, 55 NEB. L. REV. 197, 243 (1976) 201

Tom R. Tyler, *Governing Amid Diversity: The Effect of Fair Decisionmaking Procedures on the Legitimacy of Government*, 28 LAW & SOC'Y REV. 809, 826, 829 (1994); Tom R. Tyler, *What Is Procedural Justice?: Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures*, 22 LAW & SOC'Y REV. 103, 132 (1988) 202

Gal Dor, *Governmental Avoidance Versus Judicial Review: A Comparative Perspective on Israeli Decision-Making Strategies in Response to Constitutional Adjudication*, 13 TEMP. INT'L & COMP. L.J. 231 (1999) 203

ראו, למשל, את תגובותיהם של חברי הכנסת מיקי רוזנטל ומרב מיכאלי (המחנה הציוני) ושל חבר הכנסת מיקי לוי (יש עתיד) המצוטטות אצל צבי זרחיה "מכה לכחלון: בג"ץ ביטל את חוק מס דירה שלישית" **TheMarker** (6.8.2017) www.themarker.com/reaalestate/1.4324301 204

פעם לא מסכים עם שופטי בג"ץ. הפעם אני מסכים לחלוטין עם מה שכתבה הנשיאה נאור. היא צודקת. אני לא מחוקק ככה".²⁰⁵ יושב־ראש ועדת הכנסת, חבר הכנסת יואב קיש מהליכוד, אמר כי "אני מתנגד לפסילת חוקים או מעורבות דעתנית בחקיקה על ידי בג"ץ... אך כשמדובר בשיפוט על הליך פגום ולא מהות, זו בהחלט סמכות שקיימת לבג"ץ".²⁰⁶ אפילו חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ', מהבית היהודי, אמר:

למרות התוצאה הקשה שבה בית המשפט מבטל חוק של הכנסת, הפעם מדובר בפסק דין נכון גם בעיניים שמרניות... כאן בית המשפט לא פסל את החוק בשל תוכנו אלא בשל פגיעה בכללי המשחק הדמוקרטיים במסגרת הליכי החקיקה. במסגרת הפרדת הרשויות תפקידו של בית המשפט מתמצא בהקפדה על קיום הפרוצדורה והשמירה על כללי המשחק הדמוקרטיים. זה מה שעשה כאן בית המשפט.²⁰⁷

זאת ועוד, בתי־משפט לא־מעטים מקיימים ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הליך החקיקה ומבטלים חוקים מכוח המודל הפרוצדורלי, וזאת לצד המודל הסובסטיבי, ואיני מכיר טענות שהמודל הפרוצדורלי החליש את יכולתם לעשות שימוש במודל הסובסטיבי.²⁰⁸ איני מכיר גם טענות שלפיהן ביקורת פרוצדורלית עוררה תגובת־נגד חזקה מצד המחוקק. לאמיתו של דבר, "יש הטוענים כי 'Fear of legislative resentment at judicial interference is not borne out by experience where procedural review exists...'²⁰⁹ יש אפוא בסיס טוב לסברה שביטול חוק מכוח המודל הפרוצדורלי לא יערער את הלגיטימציה הציבורית והפוליטית של בית־המשפט במידה שלא תאפשר לו להמשיך לקיים ביקורת שיפוטית סובסטיבית. בשולי הדברים אציין עוד כי הטיעון שלפיו בית־המשפט אינו יכול להרשות לעצמו להפעיל את שני המודלים גם־יחד (הפרוצדורלי והסובסטיבי), בשל משאביו המוגבלים, לוקה לדעתי גם בהערכת־חסר של משאב הלגיטימציה הציבורית העומד לבית־המשפט כמוסד.²¹⁰ אומנם בעשור הקודם דובר רבות על הירידה באמון הציבור בבית־המשפט, אלא שהנתונים העדכניים

205 עמירם ברקת "הערכה: חוק מס דירה שלישית יחזור לוועדת הכספים – וימות שם" גלובס www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001200218 (7.8.2017)

206 זרחיה, לעיל ה"ש 204.

207 שם.

208 דרום־אפריקה וגרמניה הן דוגמאות בולטות. ראו SUSAN ROSE-ACKERMAN, STEFANIE EGIDY & JAMES FOWKES, *DUE PROCESS OF LAWMAKING* (2015).

209 Linde, לעיל ה"ש 201, בעמ' 243.

210 אני מודע כמובן למורכבותו של המושג "לגיטימציה", הן משום שלמושג זה יש מובנים רבים והן משום שקיים מכלול של גורמים המשפיעים על הלגיטימציה של בתי־המשפט. בהקשר של מאמר זה כוונתי ללגיטימציה סוציולוגית בבית־המשפט כמוסד. ראו, למשל, Or Bassok, *The Supreme Court's New Source of Legitimacy*, 16 U. PA. J. CONST. L. 153, 155–157 (2013); Richard H. Fallon, Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787, 1794–1801 (2005); James L. Gibson, Gregory A. Caldeira & Lester Kenyatta Spence, *Measuring Attitudes Toward the United States Supreme Court*, 47 AM. J. POL. SCI. 354 (2003).

מצביעים על עלייה ניכרת באמון הציבור בבית-המשפט למן תחילת העשור.²¹¹ מהנתונים השנתיים שדווחו ב"מדד הדמוקרטיה" האחרון מסתמן שההתאוששות באמון הציבור בבית-המשפט החלה בשנת 2009, אך הקפיצה המשמעותית באמון הציבור חלה בשנת 2011, ומאז בית-המשפט נהנה מרוב מוצק יחסית מקרב הציבור שמביע בו "די הרבה או הרבה מאוד אמון".²¹² מכל מקום, טיעוני נגד דחיקת המודל הפרוצדורלי אינו כרוך בדחיית הטענה שמשאבי הלגיטימציה של בית-המשפט מוגבלים או בשלילת הגישה שלפיה על בית-המשפט להביא בחשבון במסגרת שיקוליו את תלותו במשאב המוגבל שמכונה "אמון הציבור".²¹³ טענותי, המסתמכות על כל הנימוקים שפורטו לעיל, היא שאין להפריז בחשש שהפעלת ביקורת שיפוטית מכוח המודל הפרוצדורלי תדלל את משאבי הלגיטימציה של בית-המשפט ותסכל את יכולתו להפעיל את המודל הסובסטנטיבי.

יתרה מזו, גם אילו קיבלנו את הטענות שלבית-המשפט יש משאבים מוגבלים, ואף את ההנחה שהפעלת המודל הפרוצדורלי תבוא במידה מסוימת על-חשבון הפעלת המודל הסובסטנטיבי, אין בכך כדי להצדיק ויתור מוחלט (או מוחלט דה-פקטו) על המודל הפרוצדורלי לטובת המודל הסובסטנטיבי. במילים אחרות, אף אם אין מנוס משקלול תמורות (trade-off) מסוים בין היקף השימוש במודל הסובסטנטיבי לבין היקף השימוש במודל הפרוצדורלי, העדפה מוחלטת של האחד על האחר אינה הפתרון הראוי. היא אינה משקפת איזון נכון, שכן אף אם אין בה משום הפרזה בהצדקה להגנה שיפוטית על זכויות,²¹⁴ היא לוקה בהערכת-חסר של ההצדקה להגנה שיפוטית על הליך החקיקה. אכן, ייתכן שחוסר הנכונות של הפסיקה לקיים ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה מושפע גם מהתפיסה הרווחת שלפיה ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית ("מהותית") עוסקת ב"מה שחשוב באמת", בעוד הליך החקיקה הוא "ענייני טכני... או נושא חסר חשיבות אשר רלוונטי לכנסת בלבד".²¹⁵ על הטעות ביסודה של תפיסה זו ועל החשיבות הנורמטיבית והמעשית הרבה הטמונה בהליך החקיקה – לא רק לגבי הפרלמנט, אלא לגבי החברה והדמוקרטיה בכללותן – עמדתי בהרחבה במקום אחר,²¹⁶ ולפיכך אין זה המקום להרחיב בנושא זה. לענייננו די שאטען כי טעות זו אמורה

211 השו, למשל, בין הנתונים אצל תומר זרחין "דו"ח חושף: ירידה חדה באמון הציבור במערכת בתי המשפט" הארץ (22.6.2010) www.haaretz.co.il/news/law/1.1208174 לבין הנתונים אצל תומר זרחין "מדד הדמוקרטיה ל-2012: האמון בביהמ"ש העליון רשם שיא של עשור" הארץ www.haaretz.co.il/news/politi/1.1818201 (6.9.2012).

212 תמר הרמן ואח' מדד הדמוקרטיה הישראלית 2014 119 (2015). לממצאים מעודכנים, שלפיהם "למרות ה'מתקפה' הפוליטית על בית המשפט העליון, האמון בו בקרב הציבור הישראלי נותר בשנה האחרונה יציב", ראו תמר הרמן ואפרים יער "רה"מ או שופטי העליון: במי הישראלים נותנים יותר אמון?" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (4.10.2017) [www.idi.org.il/articles/18776?ct=t\(19_10_17_10_19_2017](http://www.idi.org.il/articles/18776?ct=t(19_10_17_10_19_2017).

213 על סוגיה זו ראו מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט – תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל ולהרורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור" המשפט ט 491 (2004).

214 כאמור, איני חולק על החשיבות שבהגנה על זכויות אדם וזכויות מיעוטים.

215 בר-סימן-טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 128, בעמ' 651. ראו גם צמח, לעיל ה"ש 8, בעמ' 757.

216 בר-סימן-טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 128. ראו גם Bar-Siman-Tov, *Puzzling Resistance*, לעיל ה"ש 106, בעמ' 1936–1927, 1967–1971.

להיות ברורה וגלויה ביחס לגרסת המודל הפרוצדורלי שאומצה מאז ניתן פסק-דין מגדלי העופות, שלפיה תפקידה של הביקורת השיפוטית הפרוצדורלית אינו לאכוף בצורה קפדנית כלל פורמלי המצוי בתקנון הכנסת, ואף לא להבטיח הליך חקיקה דליברטיבי או מיטבי, אלא להגן מפני פגיעה באותם עקרונות-יסוד פרוצדורליים בסיסיים ביותר, "אשר בלעדיהם (ובלעדי עקרונותיה של הדמוקרטיה המהותית) לא תתקיים הדמוקרטיה בישראל".²¹⁷

מובן שהתומכים בתיאוריות דמוקרטיות פרוצדורליות יסכימו כי זה תפקידה הראוי של הביקורת השיפוטית.²¹⁸ אולם כדי לקבל את חשיבות ההגנה השיפוטית על אותם עקרונות פרוצדורליים בסיסיים, כגון הכרעת הרוב, השוויון הפוליטי (שלפיו "קול אחד לכל אחד") ועקרון ההשתתפות, אין צורך לאמץ תיאוריה דמוקרטית פרוצדורלית דווקא, ובוודאי אין צורך לאמץ תיאוריות פרוצדורליות "עבות", כגון דמוקרטיה התדיינותית והשתתפותית.²¹⁹ דומה שגם החסידים הגדולים ביותר של תפיסות הדמוקרטיה הסובסטרטיבית יסכימו כי כדי לקיים דמוקרטיה אמיתית אין די בהגנה על זכויות הפרט, אלא יש להבטיח גם את התנאים המינימליים והבסיסיים לקיומו של הליך ההכרעה הדמוקרטי. התומכים בתפיסת הדמוקרטיה הסובסטרטיבית תוקפים את התפיסה המזהה דמוקרטיה עם עקרון הכרעת הרוב, וטוענים כי תפיסות דמוקרטיות פורמליות ופרוצדורליות מבטאות תפיסה צרה מדי של דמוקרטיה. אולם ככלל הם אינם חולקים על החשיבות הרבה של מנגנון ההכרעה הדמוקרטי ועל עקרונות-היסוד של הדמוקרטיה הפרוצדורלית, אלא טוענים כי עקרונות אלה אינם חזות הכל, וכי יש להוסיף עליהם עקרונות נוספים, סובסטרטיביים.²²⁰ לעניין זה יפים דבריו של הנשיא ברק בפרשת חוק טל: "תפקידם של שופטים הוא להגן על הדמוקרטיה בהיבטה העשיר והרב-גווני... תפקיד זה אינו מוגבל אך לשמירת עקרון הייצוגיות והשוויון בהשתתפות בקבלת ההכרעות הדמוקרטיות. אלה חשובות, ובלעדיהן אין דמוקרטיה. הן תנאי הכרחי, אך לא מספיק. דמוקרטיה היא גם הליך וגם תוכן. על כל אלה יש להגן".²²¹ דברים אלה ממחישים היטב את טענתי דווקא בשל העובדה שהנשיא ברק הוא התומך המובהק של תפיסת הדמוקרטיה הסובסטרטיבית,²²² ודווקא משום שהדברים האמורים נאמרו בהקשר של ביקורתו של ברק על התיאוריה הפרוצדורלית של

217 פרשת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 27, בעמ' 43. ראו גם שם, בעמ' 54.

218 ראו, למשל, Christopher F. Zurn, *Judicial Review, Constitutional Juries and Civic*, *Constitutional Fora: Rights, Democracy and Law*, 58 THEORIA 63 (2011).

219 לסקירה על תיאוריות דמוקרטיות באופן כללי ראו DAVID HELD, *MODELS OF DEMOCRACY* (3rd ed. 2006). לסקירה המתמקדת בהבחנות בין התיאוריות הדמוקרטיות הפרוצדורליות והסובסטרטיביות השונות ראו, למשל, David Estlund, *Democratic Theory*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CONTEMPORARY PHILOSOPHY 208 (Frank Jackson & Michael Smith eds., 2006); David Estlund, *Introduction*, in DEMOCRACY 1 (David Estlund ed., 2002).

220 ראו DWORKIN, לעיל ה"ש 182, בעמ' 6-7, 14-32; COREY BRETTSCHEIDER, *DEMOCRATIC RIGHTS: THE SUBSTANCE OF SELF-GOVERNMENT* 7-27 (2007); אהרן ברק "הפרלמנט ובית-המשפט העליון – מבט לעתיד" הפרקליט מה 5, 7 (2000); אהרן ברק "על תפקידי כשופט" משפט וממשל ז 33, 38-39 (2004).

221 פרשת חוק טל, לעיל ה"ש 66, פס' 77 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

222 ראו מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 182.

אילי והשופט גרוניס.²²³ תהא זו אפוא טעות לחשוב שאימוץ תפיסה דמוקרטית סובסטנטיבית (כפי שאכן אימצה הפסיקה הישראלית) צריך להוביל למסקנה שתפקידה של הביקורת השיפוטית צריך להצטמצם להגנה על זכויות אדם ועקרונות הדמוקרטיה הסובסטנטיבית בלבד. לסיכום, ההנחה שבית-המשפט צריך לוותר לחלוטין על המודל הפרוצדורלי כדי לקיים את המודל הסובסטנטיבי אינה מבוססת ואף אינה מוצדקת. לטענתי, בית-המשפט יכול – ואף צריך – להפעיל הן ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית והן ביקורת שיפוטית פרוצדורלית. אפילו נכונה ההנחה שהשימוש במודל אחד בא במידה מסוימת על-חשבון האחר (לנוכח משאביו המוגבלים של בית-המשפט), הפתרון הראוי אינו ויתור מוחלט על האחד לטובת האחר, אלא איפוק מסוים בהפעלת כל אחד מן המודלים.

2. מקומו הראוי של המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי לעומת המודלים הסובסטנטיבי והפרוצדורלי

הדיון השיפוטי והאקדמי בדבר הפרשנות הראויה של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת בעידן שלאחר בנק המזרחי התרכזו בטיעונים פרשניים (כגון טיעונים טקסטואליסטיים, טיעונים בדבר הרמוניה בין חוקי-היסוד, טיעונים בדבר היחס הראוי בין הפסיקה הישנה לבין הלכת בנק המזרחי וכו').²²⁴ אולם השאלה המעניינת אותי במאמר זה היא השאלה הנורמטיבית והתיאורטית הרחבה יותר בדבר מקומו הראוי של המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי לעומת המודל הסובסטנטיבי והמודל הפרוצדורלי. לצורך מתן מענה לשאלה זו חשובה פחות הפרשנות של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ומעניינת יותר השאלה מהן הפונקציות שמודל זה ממלא ומהן הצדקותיו.

בניגוד להבחנה שערכתי בין המודל הפרוצדורלי למודל הסובסטנטיבי, נראה לי כי המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי נבדל מהמודל הסובסטנטיבי בעיקר במתודולוגיה, אך לא בפונקציה. במילים אחרות, המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי ממלא אותה פונקציה של המודל הסובסטנטיבי – הגנה על התוכן המעוגן בחוקה. ההבדל הוא בעיקר במתודולוגיה: בשני המקרים השאלה הראשונה היא אם תוכן החוק פוגע בתוכן ההסדר החוקתי הסובסטנטיבי, אלא שבמודל הסובסטנטיבי חוקתיות הפגיעה נקבעת לפי בחינת תוכן החוק מול פסקת ההגבלה, ואילו במודל הסמי-פרוצדורלי האמור חוקתיות הפגיעה נקבעת לפי בחינת הליך החקיקה מול סעיף השריון הפרוצדורלי. הזהות בפונקציה וההבדל במתודולוגיה של המודלים נובעים מטבעו של השריון הפרוצדורלי עצמו. שריון זה (בין בסעיף 4 האמור ובין בפסקת ההתגברות) הינו מנגנון חלופי לפסקת הגבלה בכל הנוגע בהגנה על תוכן ההסדרים הקבועים בחוקה (או בחוק-היסוד). בדומה לכך, הוא גם מסלול חלופי לפסקת ההגבלה בהיבט של מתן אפשרות לפגיעה חוקתית בהסדרים אלה.

נהנה כי כן, בניגוד ליחס בין המודל הסובסטנטיבי למודל הפרוצדורלי, המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי ממלא אותה פונקציה שהמודל הסובסטנטיבי ממלא,

223 כהן-אליה, לעיל ה"ש 197.

224 ראו המקורות המאזכרים לעיל בתת-פרק 2ג.

ושניהם יכולים לשמש אמצעי להגנה על אותם אינטרסים ועקרונות. הבחירה בין שני המודלים הללו (בניגוד לבחירה בין המודל הסובסטנטיבי למודל הפרוצדורלי) אינה כרוכה אפוא בויתור על פונקציות הכרחיות של הביקורת השיפוטית, ואף לא בויתור מוחלט על הגנה על אינטרסים או עקרונות יסוד מסוג מסוים. מכך גם נובע (ושוב – בניגוד לבחירה בין המודל הסובסטנטיבי למודל הפרוצדורלי) שאין מניעה עקרונית ששני מודלים אלה יתקיימו זה לצד זה, כשני מסלולים חלופיים, אך גם אין מניעה עקרונית שהאחד יחליף את האחר ואף ייתרו.

ההכרעה בדבר היחס הראוי בין המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי לבין המודל הסובסטנטיבי נגזרת אפוא משאלות אחרות בהשוואה להכרעה בדבר היחס בין המודלים הסובסטנטיבי והפרוצדורלי. כפי שאבקש להראות, שאלות אלה הן קונטינגנטיות במהותן, ותלויות בהערכות שונות בדבר האפקטיביות היחסית של כל מודל בהגשמת הפונקציות של ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית, וכן בתפיסות עולם שונות בשאלות רחבות יותר בדבר האיזון הראוי בין ההצדקות לביקורת שיפוטית חזקה (ולמעשה לחוקה נוקשה, עליינה ואכיפה) לבין הטיעונים הדמוקרטיים בעד ריבונות הפרלמנט.

כך, למשל, נשאלת השאלה מהו המודל האפקטיבי יותר להגשמת הפונקציה של הגנה על הערכים וההסדרים המעוגנים בחוקה. לכאורה נראה שביקורת שיפוטית סובסטנטיבית מספקת הגנה חזקה יותר מביקורת סמי-פרוצדורלית מכוח שריון פרוצדורלי, בוודאי כזה המסתפק בדרישת רוב של שישים ואחד חברי כנסת. שריון פרוצדורלי מאפשר לכנסת להתגבר (בקלות יחסית) על ביטול חוק על-ידי בית-המשפט, או אף לחסן את החוק מראש מפני ביקורת שיפוטית, על-ידי חקיקתו ברוב הנדרש,²²⁵ וזאת במיוחד במשטר פרלמנטרי-קואליציוני, שבו נראה כי קואליציה נחושה מספיק לא תתקשה לגייס רוב של שישים ואחד חברי כנסת.²²⁶ אולם שאלה זו מורכבת יותר מכפי שעשוי להיראות במבט ראשון. בסופו של דבר דומני שמידת האפקטיביות של המודל הסמי-פרוצדורלי מכוח שריון פרוצדורלי תלויה במידת השריון ובצורתו, כלומר: בטיבן של דרישת הרוב או פרוצדורת ההתגברות;²²⁷ במשתנים פוליטיים, כגון מידת הכוח והלכידות של הקואליציה;²²⁸ וכן במשתנים הקשורים לתרבות הפוליטית, כגון המידה שבה חוקי-היסוד, זכויות האדם וערכים חוקתיים הופנמו וקודשו ברמה כזו שפגיעה בהם תהיה כרוכה במחיר פוליטי משמעותי.²²⁹ שאלה זו תלויה גם במידה שבה

225 ראו אייל גרוס "המלה האחרונה עוברת לכנסת" הארץ (8.4.2012) www.haaretz.co.il/news/ law/1.1681579; עמיר פוקס "פסקת ההתגברות: פרצה בגדר" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (7.10.2014) tinyurl.com/ozug269

שם.

226 ראו הלל סומר "קרש הצלה או גלולת רעל? עיון חוזר במנגנון ההתגברות" (טרם פורסם).
 227 יש המניחים, כאמור לעיל, שיכולתה של הקואליציה לגייס רוב של שישים ואחד (ואף שישים וחמישה) חברי כנסת היא רבה מאוד – ראו גרוס, לעיל ה"ש 225; פוקס, לעיל ה"ש 225.
 לעומתם, יש הטוענים כי "במציאות הישראלית של קואליציות מפולגות בתוך עצמן לא ברור שיהיה קל מאוד לגייס רוב כזה". אדם שנער "תזכיר חוקי-יסוד: החקיקה – הערכה ראשונית" הטרקלין (8.4.2012) hatraklin.org/2012/04/08/basic_law_legislation.

229 על הרעיון של הפנמת ערכים חוקתיים או העלאתם לדרגה מקודשת עד כדי כך שהמחוקק יגביל את עצמו מלפגוע בהם, גם אם לא ירשתו עליו מגבלות שימנעוהו מלעשות זאת, ראו Frederick Schauer, *Legislatures as Rule-Followers, in THE LEAST EXAMINED BRANCH: THE ROLE OF*

סומכים על יכולתם של שופטים (ושל ההליך השיפוטי) להגן על ערכים חוקתיים לעומת המידה שבה סומכים על יכולתם של מחוקקים (ושל הליך החקיקה) לעשות זאת,²³⁰ שכן המודל הסובסטנטיבי נותן תפקיד מהותי יותר לבתי-המשפט, בעוד המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי נותן משקל רב יותר לרוב (המיוחס) הפרלמנטרי.²³¹ שאלה נוספת היא איזה מודל מגשים בצורה טובה יותר את הפונקציה הדיאלוגית של ביקורת שיפוטית. תיאוריות חוקתיות דיאלוגיות טוענות כי פונקציה מרכזית של ביקורת שיפוטית היא לעורר דיאלוג חוקתי בין בית-המשפט למחוקק (ובקרב החברה בכללותה).²³² תנאי-סף הכרחי לקיומו של דיאלוג חוקתי בין הרשויות הוא יכולתו של המחוקק להגיב על פסילות חוקים על-ידי בית-המשפט. לכאורה, מבחינה זו המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי נראה מתאים יותר לפונקציית הדיאלוג, מכיוון שהוא מאפשר למחוקק להגיב בקלות יחסית על ביטולי חוק ומשאיר למחוקק את המילה האחרונה.²³³ אולם לדעת, בניגוד לאינטואיציה המקובלת, ייתכן שדווקא המודל הסובסטנטיבי עשוי לקדם בצורה טובה יותר את הפונקציה הדיאלוגית, וזאת מכמה סיבות. ראשית, שריון פרוצדורלי מאפשר לכנסת לחסן מראש את החוק מפני ביקורת שיפוטית, וכך לסכל לגמרי דיאלוג בין בית-המשפט למחוקק. שנית, מחקרים מארצות שונות מראים כי בניגוד להנחה הנפוצה, גם מכוח המודל הסובסטנטיבי לא נתונה לבית-המשפט המילה האחרונה, שכן ביטול החוק מותר מקום לתגובת המחוקק על ביטולי חוקים. כך, למשל, מחקר אמפירי מפורסם שנערך בקנדה גילה כי

LEGISLATURES IN THE CONSTITUTIONAL STATE 468 (Richard W. Bauman & Tsvi Kahana Frederick Schauer, *The Political Risks (If Any) of Breaking the Law*, 4 J. LEGAL ANAL. 83 (2012), באשר ליישומה של טענה זו לישראל, יש הטוענים כי בתרבות הפוליטית בישראל, בעיקר לנוכח השינויים שחלו בה בעשורים האחרונים, יש לצפות שהכנסת תעשה שימוש רב בפסקת התגברות. ראו מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס "המהפכה האנטי-חוקתית" עורך הדין 16, 24 (2012). על שינויים אלה בתרבות הפוליטית ראו גם עמיר פוקס, דנה בלאנדר ומרדכי קרמניצר חקיקה אנטי-דמוקרטית בכנסת ה-18 (2009–2013) 153–161 (2015). לעומת זאת, יש הטוענים כי "יהיה הרוב הנדרש להפעלת פסקת ההתגברות אשר יהיה, ספק אם ניתן יהיה אי-פעם לאסוף רוב כזה כדי לעשות שימוש בפסקה. כדי להפעיל את מנגנון ההתגברות תצטרך הכנסת להודות קבל עם ועדה שבמעשיה היא מפרה את הוראות החוקה, או אם תרצו, שהיא פוגעת בזכויות אדם מבלי שיש לכך הצדקה מנקודת מבט חוקתית. מי מחברי הכנסת יהיה מוכן לומר דבר כזה?" גדעון ספיר "תזכיר חוק יסוד: החקיקה – נח בשבע שגיאות" על הפרק: משפטים (1.5.2012) biulawblog.blogspot.co.il/2012/05/blog-post_01.html.

- 230 מובן שגם שאלה זו מורכבת יותר מכפי שעשוי להיראות במבט ראשון. לדיון עדכני בוויכוח ארוך-שנים זה ראו Malcolm Langford, *Why Judicial Review?* 2 OSLO L. REV. 36 (2015). לגישה ביקורתית הטוענת כי שאלה זו אינה ניתנת להכרעה ראו Alon Harel & Tsvi Kahana, *The Easy Core Case for Judicial Review*, 2 J. LEGAL ANAL. 227 (2010).
- 231 עם זאת, ניתן לומר שדווקא המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי מאפשר הגנה שיפוטית רבה יותר מאשר המודל הסובסטנטיבי, וזאת על בסיס ההנחה (שהוסברה בחלק הקודם) שבית-המשפט יוכל "להרשות לעצמו" לעשות שימוש רב יותר במודל זה, שכן החשש לתגובת-נגד חריפה של המחוקק קטן יותר במקרים של ביטול חוק על בסיס פרוצדורלי.
- 232 גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה", לעיל ה"ש 105, בעמ' 372–374, 392–391; Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577 (1993).
- 233 ראו והשוו ספיר "שלושה מודלים של חוקה", לעיל ה"ש 105.

במקרים רבים של ביטולי חוקים מכוח המודל הסובסטנטיבי הגיב הפרלמנט בחוק חדש, ועשה זאת ברוב המכריע של המקרים מכוח פסקת ההגבלה, ולא מכוח פסקת ההתגברות.²³⁴ שלישית, המודל הסמי-פרוצדורלי עלול לאפשר למחוקק לערוך דיאלוג פורמלי גרידא ולהימנע מדיאלוג סובסטנטיבי.²³⁵ במילים אחרות, המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי מאפשר למחוקק לחוקק מחדש אותו חוק על-ידי גיוס הרוב הדרוש, מבלי להידרש לדיון סובסטנטיבי כלשהו על השאלות החוקתיות שהעלה פסק-הדין. לעומת זאת, מכוח המודל הסובסטנטיבי, לפחות באופן אידיאלי, יש מקום רב יותר לדיאלוג חוקתי סובסטנטיבי, מכיוון שחיקת החוק בעקבות הביטול מצריכה את התאמתו לפסקת ההגבלה ולקביעות החוקתיות בפסק-הדין המבטל.²³⁶

לצד שתי השאלות ה"תוצאתיות" הללו בדבר האפקטיביות של המודלים השונים בהגשמת הפונקציות של ביקורת שיפוטית, קיימת שאלה עקרונית המשפיעה על הבחירה בין המודל הסובסטנטיבי למודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי. שאלה זו נוגעת בתפיסה בדבר האיוון הראוי בין עקרון ריבונות הפרלמנט והעיקרון הדמוקרטי, המותירים את ההכרעה הסופית בידי רוב נציגיו הנבחרים של העם, לבין הרצון להגן על ערכים חוקתיים מסוימים (לרבות זכויות אדם וזכויות מיעוטים) מפני כוחו של הרוב.²³⁷ המודל הסובסטנטיבי משקף עמדה עקרונית שלפיה פגיעות בערכים חוקתיים מסוימים (או ליתר דיוק – פגיעות מסוימות בערכים חוקתיים, כלומר, פגיעות שאינן לתכלית ראויה, שאינן מידתיות וכולי) צריכות להיות אסורות ללא קשר לרוב הפרלמנטרי שתמך בהן.²³⁸ לעומת זאת, המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי משקף עמדה עקרונית שלפיה כל עוד רוב פרלמנטרי גדול מספיק

Peter W. Hogg & Allison Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures* 234
(Or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All), 35 OSGOODE HALL L.J. 75
(1997); Peter W. Hogg, Allison A. Bushell Thornton & Wade K. Wright, *Charter Dialogue*
.Revisited – Or "Much Ado About Metaphors", 45 OSGOODE HALL L.J. 1 (2007)

235 ראו והשוו Dor, לעיל ה"ש 203.

236 אני מסייג את הדברים באמצעות התוספת "באופן אידיאלי", מכיוון שגם בדיאלוג שנוצר בעקבות ביטול חוק מכוח המודל הסובסטנטיבי הכנסת עשויה כמובן להימנע מדיון חוקתי סובסטנטיבי בהליך החקיקה. המקרים של חוק המסתננים הם לדעתי דוגמה טובה לכך. ראו Ittai Bar-Siman, *Tov, Dysfunctional Constitutional Dialogue? The Consideration of Constitutional Rights in the Legislative Processes of the Prevention of Infiltration Acts* (unpublished paper presented at the International Expert Seminar on "The Deliberative Performance of Constitutional Courts: An Empirical Perspective", University of Antwerp, Belgium, February 2017). כן, כפי שציינתי, כי אף לא אחד מהמודלים הללו מבטיח שבפועל יתקיים דיאלוג חוקתי סובסטנטיבי. טענתי היא שהמודל הסובסטנטיבי עשוי לאפשר דיאלוג סובסטנטיבי יותר בהשוואה למודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי, אך איני טוען שפוטנציאל זה יתממש בהכרח.

237 על מתח זה ועל השפעתו בבחירת מודלים של חוקה ראו ספיר "שלושה מודלים של חוקה", לעיל ה"ש 105.

238 ראו והשוו קרמניצר ופוקס, לעיל ה"ש 229, בעמ' 26 ("חוקה המשררת מסר כי רוב (ולצורך זה לא משנה עד כמה הוא מיוחס) מסוגל להתגבר על זכויות היסוד של אזרחיה ולחוקק כאוות נפשו היא חוקה חלשה, ואולי אף אינה ראויה להיקרא חוקה. כיצד העובדה שגוים רוב של 65, 70 או 75 ח"כים מתקנת את הפגיעה בזכות הנפגעת?").

תומך בפגיעה בערכים המעוגנים בחוקה, יש להשאיר את ההכרעה בידיהם של נבחרת הציבור.²³⁹

השיקולים שנדונו עד כה, ובעיקר השיקול האחרון, יכולים להשפיע לא רק על השאלה איזה מן המודלים עדיף, אלא גם על היחסים הראויים בין שני המודלים הללו,²⁴⁰ שכן כאמור, מכיוון שמודלים אלה יכולים למלא אותן פונקציות, ניתן להסתפק באחד מהם, אך גם אין מניעה לבחור באופציה המותירה את שניהם זה לצד זה. כאן האפשרויות הן קשת שבצידה האחד יתקיימו שני המודלים כשני מסלולים חלופיים להכשרת הפגיעה (כך שעמידה בפסקת הגבלה או בדרישות הפרוצדורליות יהיה בה כדי להכשיר את הפגיעה), ובצידה האחר יהיה מודל המשלב את ההיבט הסובסטנטיבי ואת ההיבט הסמי-פרוצדורלי כדרישות מצטברות, במובן זה שכדי שהפגיעה תהיה מותרת, יהא על החוק לעמוד הן בדרישותיה של פסקת ההגבלה והן בדרישות השריון הפרוצדורלי. בטווח שבין שני קצוות אלה תימצא הבחירה באחד המודלים כמודל בלעדי: בלעדיות למודל הסובסטנטיבי, המאפשר פגיעה רק מכוח עמידה בדרישותיה של פסקת ההגבלה, או בלעדיות למודל הסמי-פרוצדורלי, המאפשר פגיעה רק מכוח עמידה בדרישות השריון הפרוצדורלי. הבחירה כאן תהיה תלויה, לדעתי, בעיקר בשאלה עד כמה רוצים להעניק הגנה שיפוטית חזקה לתוכן המעוגן בחוקה או לחלופין עד כמה רוצים לשמר את כוחו וגמישותו של הפרלמנט ואת יכולתו להגיב על ביטולי חוקים. האפשרות הראשונה מעודדת יותר את הרציונלים העומדים בבסיס אימוצה של חוקה נוקשה ועליונה, אך היא חשופה יותר לביקורות נגד ביקורת שיפוטית (בעיקר לטיעון האנטי-רובני) ועלולה להציב רף גבוה מדי לחקיקה, שיצמצם את הפוטנציאל הדיאלוגי.²⁴¹

כמתואר לעיל בחלק ג, כל אחת מהאופציות הללו היא פרשנות אפשרית שעלתה בכתובה על פרשנותו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.²⁴² כפי שניסיתי להראות בחלק זה, כל אחת מהאופציות אפשרית גם מבחינה עקרונית ומבחינת הרציונלים התיאורטיים של המודלים של ביקורת שיפוטית והפונקציות שהם ממלאים. ההכרעה בין האפשרויות השונות תלויה, כאמור, בשיקולים קונטינגנטיים. אף שאיני רוצה לקבוע מסמרות בעניין, המגמה המסתמנת בפסיקה, של דחיקת המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי לטובת המודל הסובסטנטיבי, נראית לי לפיכך עמדה אפשרית וסבירה. מכל מקום, מגמה זו בפסיקה בעייתית לדידי הרבה פחות מאשר דחיקת המודל הפרוצדורלי לטובת המודל הסובסטנטיבי.

239 ראו והשוו יואב דותן "מי מפקח מחוק עוקף בג"ץ?" הארץ (6.11.2014) www.haaretz.co.il/.../opinions/premium-1.2478805.

240 אגב אורחא אעיר כי השיקולים שנדונו בחלק זה יכולים להשפיע לא רק על בחירת המודלים של ביקורת שיפוטית, אלא גם על שאלות של עיצוב חוקתי, ובפרט על השאלה אם ראוי להגן על ערכים חוקתיים סובסטנטיביים באמצעות שריון סובסטנטיבי בדמות פסקת הגבלה או שריון פרוצדורלי בדמות פסקת התגברות (ועל השאלה הספציפית אף יותר אם ראוי להוסיף פסקת התגברות לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או לחוק-יסוד: החקיקה) וכן על השאלה כיצד ראוי לעצב פסקות שריון אלה. ראו והשוו בר-סימן-טוב "לקראת מודל סמי-פרוצדורלי", לעיל ה"ש 12, בעמ' 338–340.

241 ראו והשוו ספיר "שלושה מודלים של חוקה", לעיל ה"ש 105.

242 ראו חלק ג לעיל, ובעיקר את המקורות המצוטטים בה"ש 92 לעיל.

לסיום, באשר ליחס בין המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי לבין המודל הפרוצדורלי: על-אף הדמיון המתודולוגי בין המודלים, המתבטא בכך שבשניהם מתקיימת בחינה של הליך החקיקה, הם ממלאים לדעתי פונקציות שונות. כאמור, המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי ממלא פונקציות דומות לאלה של המודל הסובסטנטיבי. לעומת זאת, אף שהוא בוחן את הליך החקיקה, הוא אינו יכול למלא את הפונקציות של המודל הפרוצדורלי. הסיבה לכך היא שהמודל הסמי-פרוצדורלי האמור בוחן את הליך החקיקה אך ורק כאשר תוכן החוק סותר את תוכן ההסדר החוקתי, וכן שבחינת הליך החקיקה מתמקדת בפרמטר אחד ויחיד: הרוב שהצביע בעד הצעת החוק בקריאות השונות. מודל זה אינו יכול אפוא להחליף או לייתר את המודל הפרוצדורלי הטהור, המשקף את העמדה שלפיה אין לתת תוקף לחוק שהליך חקיקתו לא קיים את הדרישות הפרוצדורליות שהן חלק מכלל ההכרה או שנחקק תוך הפרה קשה של עקרונות-היסוד של הליך החקיקה, יהא תוכנו של החוק אשר יהא. לעומת זאת, כפי שנאמר גם ביחס למודל הסובסטנטיבי, אין כל מניעה עקרונית שהמודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי יתקיים לצד המודל הפרוצדורלי.

3. מודל סמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי למודל סמי-פרוצדורלי פסיקתי חדש?²⁴³

כפי שפירטתי לאחרונה בהרחבה במקום אחר,²⁴⁴ לצד הגרסה הוותיקה והמוכרת יותר של ביקורת שיפוטית סמי-פרוצדורלית הנובעת משריון פרוצדורלי (כמו במודל של ברגמן), בשנים האחרונות מסתמנת בעולם גרסה חדשה יחסית של ביקורת סמי-פרוצדורלית שהיא יצירת הפסיקה.²⁴⁵ לפי גרסה זו, בית-המשפט מפעיל ביקורת סמי-פרוצדורלית גם ללא שריון חוקתי פרוצדורלי. בית-המשפט יוצר, בפיתוח שיפוטי, דוקטרינות שיפוטיות חדשות, אשר משלבות ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה כחלק מקביעת חוקתיותו הסובסטנטיבית של החוק. בית-המשפט עורך את הבחינה של הליך החקיקה, ויוצר את הדרישה הפרוצדורלית המוגברת במקרים של חוק שתוכנו פוגע בזכויות חוקתיות או בערכים חוקתיים אחרים.²⁴⁶ בביקורת סמי-פרוצדורלית יצירת הפסיקה, הביקורת הפרוצדורלית אינה מחליפה את מבחני הפסיקה הסובסטנטיביים הרגילים לקביעת חוקתיות (כגון מבחינה של פסקת ההגבלה), אלא מיתוספת עליהם, ובדרך-כלל משולבת בתוכם, בעיקר בתוך מבחני המידתיות.²⁴⁷ זאת ועוד, הבחינה הפרוצדורלית אינה מתמקדת במספר הקולות שבה זכתה הצעת החוק, אלא בטיבו של הליך החקיקה, תוך שימת דגש בשאלות כגון אם התקיים דיון מספק בהליך החקיקה ואם ניכר מהליך החקיקה כי המחוקק שקל שיקולים חוקתיים ושאלות של מידתיות (למשל, אם נשקלו הזכויות שעלולות להיפגע, אם נבחנה מידת ההתאמה של האמצעי לתכלית, אם נשקלו חלופות פוגעות

²⁴³ חלק זה לקוח, בשינויים מסוימים, מבר-סימן-טוב "לקראת מודל סמי-פרוצדורלי", לעיל ה"ש 12, בעמ' 306, 330–337.

²⁴⁴ ש.ם.

²⁴⁵ ש.ם. כן ראו Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, לעיל ה"ש 181.

²⁴⁶ ש.ם.

²⁴⁷ ש.ם.

פחות, אם נשקלה מידת התועלת שבחוק לעומת מידת הפגיעה בזכויות וכולי). לפי מודל סמי-פרוצדורלי פסיקתי זה, טיבו של הליך החקיקה והשאלה אם נערך בו דיון ראוי מהווים כאמור שיקול חשוב, אך לא בלעדי, בהכרעה אם החוק מידתי, ובאופן כללי יותר – בקביעת מידת החוקתיות הסובסטנטיבית של החוק. הדוגמה הקלסית אשר מדגימה בצורה המפורשת והברורה ביותר ביקורת שיפוטית סמי-פרוצדורלית יצירת הפסיקה היא פסק-דינו של השופט סטיבנס (Stevens) מבית-המשפט העליון של ארצות-הברית בפרשת *Fullilove*:

Although it is traditional for judges to accord the same presumption of regularity to the legislative process no matter how obvious it may be that a busy Congress has acted precipitately, I see no reason why the character of their procedures may not be considered relevant to the decision whether the legislative product has caused a deprivation of liberty or property without due process of law. Whenever Congress creates a classification that would be subject to strict scrutiny under the Equal Protection Clause... it seems to me that judicial review should include a consideration of the procedural character of the decisionmaking process.²⁴⁸

לפי המודל שהציע סטיבנס, הביקורת על הליך החקיקה שולבה במבחנים הקיימים של ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית, ובפרט במבחן ההתאמה (כלומר, אם האמצעי שנבחר הוא "narrowly tailored"):

[R]ather than take the substantive position... I would hold this statute unconstitutional on a narrower ground. It cannot fairly be characterized as a "narrowly tailored" racial classification because it simply raises too many serious questions that Congress failed to answer or even to address in a responsible way.²⁴⁹

אכן, ביישום גישתו בחן השופט סטיבנס את הפרוטוקולים מהליך החקיקה, ומצא העדר דיון מספק בהליך החקיקה והעדר ראיות לכך שהקונגרס שקל כיאות את השאלה החוקתית שהחוק מעורר. סטיבנס פסק כי העדר הדיון של המחוקק בשאלה חוקתית כה משמעותית ("This kind of perfunctory consideration of an unprecedented policy decision of profound constitutional importance") הינו שיקול מספיק לפסילת החוק.²⁵⁰

גישתו של סטיבנס היא סמי-פרוצדורלית מכיוון שהיא משלבת את הביקורת ההליכית בתוך הביקורת התוכנית. היא סמי-פרוצדורלית גם משום שמחד גיסא איכותו של הליך החקיקה הינה שיקול מכריע לפסילת החוק, אך מאידך גיסא – כפי שהדגיש סטיבנס עצמו גם בפסק-דין

Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448, 550–551 (1980) 248

שם, בעמ' 552. 249

שם. 250

מאוחר יותר – דרישה זו להליך חקיקה נאות ולדיון מספק חלה רק כאשר תוכן החוק מעורר שאלה חוקתית משמעותית.²⁵¹
 דוגמה בולטת נוספת ניתן למצוא בפסיקתו של בית-המשפט האירופי לזכויות אדם (ה-*Animal Defenders International* (European Court of Human Rights) בעניין):

It emerges from that case-law that, in order to determine the proportionality of a general measure, the Court must primarily assess the legislative choices underlying it... The quality of the parliamentary... review of the necessity of the measure is of particular importance in this respect, including to the operation of the relevant margin of appreciation.²⁵²

אכן, ביישום גישה זו על אותו מקרה ייחס בית-המשפט חשיבות מרכזית (central importance) ומשקל רב ("considerable weight") לטיב הדיון הפרלמנטרי בהערכת המידתיות:

Turning therefore to the proportionality of this general measure, the Court has, in the first place, examined the national parliamentary and judicial reviews of its necessity which reviews are, for the reasons outlined... above, of central importance to the present case.²⁵³

"[t]he prohibition was therefore כי ומצא דנן במקרה דנן ומצא כי the culmination of an exceptional examination by parliamentary bodies of the cultural, political and legal aspects of the prohibition... and all bodies found the prohibition to have been a necessary interference with Article 10 rights"²⁵⁴ לנוכח זאת קבע בית-המשפט כי "this] Court, for its part, attaches considerable weight to these exacting and pertinent reviews... and to their view that the general measure was necessary"²⁵⁵

251 שם, בעמ' 551. כן ראו Gonzales v. Raich, 545 U.S. 1, 21 (2005) ("[W]e have never required Congress to make particularized findings in order to legislate... absent a special concern such as the protection of free speech")

252 Animal Defenders International v. the United Kingdom [GC], no. 48876/08, para. 108, ECHR 362, 2013.

253 שם, פס' 113. על גישה זו נשמעה ביקורת מצד שופטי המיעוט, שגרסו כי פסק-דינו של הרוב מעניק "excessive importance" לטיב הדיון הפרלמנטרי. לדיון נוסף בפסק-הדין ראו גם Jeff King, *Deference, Dialogue and Animal Defenders International*, U.K. CONST. L. BLOG (2013) available at <https://ukconstitutionallaw.org/2013/04/25/jeff-king-deference-dialogue-and-animal-defenders-international/>

254 עניין *Animal Defenders International*, לעיל ה"ש 252, פס' 114.

255 שם, פס' 116.

במאמר אחר פיתחתי לאחרונה את ההצדקה לאימוצו של מודל סמי-פרוצדורלי פסיקתי דומה גם בישראל.²⁵⁶ במאמר זה אתמקד בשאלת היחס הראוי בין מודל חדש זה לבין שלושת המודלים שבהם דנתי עד כה.

בדומה למודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי, אני סבור שאף המודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי יכול למלא את הפונקציות של המודל הסובסטנטיבי (אך לא לייתרו לחלוטין, ואף לא לייתר לגמרי את המודל הפרוצדורלי). עם זאת, כפי שאראה להלן, ההצדקות של המודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי, האופן שבו הוא ממלא את הפונקציות השונות של ביקורת שיפוטית והאינטראקציה שלו עם המודלים האחרים (לרבות הפרוצדורלי) שונים מאלה של המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע מסעיף שריון. לפיכך, כפי שאטען להלן, מכמה בחינות אני רואה יתרון למודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי על זה הנובע משריון פרוצדורלי, לפחות בהינתן נוסחו הנוכחי של סעיף השריון הקיים כיום, דוגמת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

אני סבור שהמודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי עשוי להיות אפקטיבי בהגשמת הפונקציה של הגנה על הערכים וההסדרים המעוגנים בחוקה יותר מהמודל הנובע משריון פרוצדורלי. לדעתי, אחד מיתרונותיו הייחודיים של המודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי טמון בכך שהוא מציע דרך-ביניים: בניגוד למודל הנובע משריון פרוצדורלי, המודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי אינו מחליף לגמרי את מבחני האיזון הסובסטנטיביים (מבחני פסקת ההגבלה), אלא מצטרף אליהם. יתרה מזו, המבחנים הפרוצדורליים מצטרפים למבחנים הסובסטנטיביים לא כדרישות נוספות ומצטברות, אלא כבחינה משלימה, אשר מאפשרת להתייחס לטיבו של הליך החקיקה ולעמידתו בדרישות הפרוצדורליות כשיקול הקובע את עוצמת הביקורת השיפוטית הסובסטנטיבית. בדרך זו, התייחסות לטיבו של הליך החקיקה יכולה לשמש שיקול להחמרת הביקורת השיפוטית כאשר הליך החקיקה היה לקוי והמחוקק לא שקל כלל את השאלה החוקתית, אך באותה מידה היא יכולה לשמש שיקול לריסון שיפוטי כאשר המחוקק קיים הליך חקיקה נאות שהתייחס לשאלה החוקתית. באופן זה המודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי יכול אפוא להיות הן אמצעי לביקורת שיפוטית מוגברת וקפדנית יותר והן אמצעי לריסון שיפוטי לשם כיבוד המחוקק (במובן של deference למחוקק).

לגישה זו יש כמה יתרונות. ראשית, לפי גישה זו, המודל הסמי-פרוצדורלי עשוי להיות שביל-זהב בין ההצדקות הקלסיות של ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית (הצורך בהגנה על ערכים חוקתיים ועל זכויות אדם וזכויות מיעוטים) לבין הטעונונים נגד ביקורת שיפוטית (לרבות הטעונון בדבר הקושי האנטי-רובני).²⁵⁷ שנית, דרך-ביניים זו מעניקה למחוקק תמריץ אפקטיבי – הכולל הן "מקל" בדמות האיום בביטול חוק והן "גזר" בדמות ההבטחה לביקורת שיפוטית מקילה – להקדיש בעצמו תשומת-לב רבה יותר לשיקולים החוקתיים בהליך החקיקה.²⁵⁸ דרך

256 בר-סימן-טוב "לקראת מודל סמי-פרוצדורלי", לעיל ה"ש 12.

257 Patricia Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, לעיל ה"ש 181, בעמ' 282–285; Popelier, *Preliminary Comments on the Role of Courts as Regulatory Watchdogs*, 6 LEGISPRUDENCE 257, 260 (2012).

258 Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, לעיל ה"ש 181, בעמ' 296. ראו גם מרכי קרמניצר "בין התקרמות לעבר ליברליזם חוקתי לבין נסיגה ממנו: על הצורך בחוקה ליברלית

זו עשויה להגביר את ההגנה המצרפית על ההסדרים החוקתיים, מכיוון שלצד הגנה שיפוטית אפקטיבית (גם אם לא מקסימליסטית) היא עשויה לחזק את ההגנה הפרלמנטרית על הסדרים אלה (ובכך לצמצם את מספר המקרים שיחייבו התערבות שיפוטית).²⁵⁹

אני סבור שהמודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי עשוי להיות מבטיח יותר מהמודלים האחרים גם בהגשמת הפונקציה הדיאלוגית של ביקורת שיפוטית, מאחר שהוא חולק עם המודלים הפרוצדורליים והסמי-פרוצדורליים האחרים את התכונה שמאפשרת למחוקק לחוקק מחדש את החוק בתנאי שההליך יהיה נאות. אולם הדרישה הפרוצדורלית הגלומה בו, בניגוד לזו הגלומה במודלים האחרים, מחייבת מטבעה את המחוקק להתייחס לשאלה החוקתית הסובסטנטיבית, שכן הדרישות הפרוצדורליות לפי מודל זה הן דיון בסוגיה החוקתית, שקילת אמצעים חלופיים וכדומה. בניגוד למודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי (ולמודל הפרוצדורלי הטהור), למודל זה יש לפיכך פוטנציאל רב יותר לעודד דיאלוג חוקתי סובסטנטיבי בהליך החקיקה של החוק שייחקק בתגובה על ביטול החוק.²⁶⁰ יתרה מזו, מהסיבות שכבר פורטו, למודל זה, בניגוד למודל הסובסטנטיבי, יש פוטנציאל רב יותר לתמרץ את המחוקק לקיים דיון חוקתי נאות בהליך החקיקה – הן בחקיקת החוק המקורי לפני הביקורת השיפוטית והן בחקיקת חוק חדש המחליף חוק שכבר בוטל. במילים אחרות, למודל זה יש פוטנציאל מבטיח יותר מאשר למודלים האחרים לעודד דיאלוג חוקתי אמיתי בין בית-המשפט לכנסת, שבו שתי הרשויות ייטלו חלק בדיון הסובסטנטיבי בחוקתיות.²⁶¹

נוסף על יכולתו המבטיחה של המודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי להגשים את תפקידיו של המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי (ומכאן גם את תפקידיו של המודל הסובסטנטיבי), המודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי יכול גם לעודד את אחת התכליות החשובות של המודל הפרוצדורלי: הגנה על עקרונות הדמוקרטיה הפרוצדורלית. מבחינה מסוימת למודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי יש פוטנציאל להגשים תפקיד זה בצורה מרחיקת-לכת אף יותר מאשר למודל הפרוצדורלי הטהור, שכן המודל הפרוצדורלי הטהור מסתפק בהגנה על העקרונות הפרוצדורליים הבסיסיים ביותר שבלעדיהם לא תהא דמוקרטיה, כגון הכרעת רוב, קול אחד לכל אחד והשתתפות. המודל הפרוצדורלי הטהור אינו מרחיב את עצמו לדרישות

ובביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה 691, 717 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

259 עם זאת, יש לציין שחלק מהמשתנים הקונטינגנטיים שהזכרתי בחלק הקודם ביחס למודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי, ובעיקר התרבות הפוליטית והיחס לזכויות חוקתיות, יהיו רלוונטיים גם כאן. כמו-כן, אני מודע כמובן לכך שהטיעון שלפיו ביקורת שיפוטית (והאיום של ביטול שיפוטי של חוקים) אכן תגרום לכך שהמחוקק ינהג באחריות רבה יותר על-מנת להימנע מביטול החוק הוא טיעון שנוי במחלוקת, המחייב הרחבה וביסוס. אולם דיון זה חורג מגדרו של מאמר זה. לענייננו אסתפק בהפניה לדיון נרחב בטייעון זה, לרבות הפניות לכתיבה ענפה התומכת בו (והתמודדות עם טענות-הנגד), במאמרי Ittai Bar-Siman-Tov, *The Role of Courts in Improving the Legislative Process*, 3 THEORY & PRAC. LEGIS. 295 (2015).

260 Dan T. Coenen, *A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue*, 42 WM. & MARY L. REV. 1575 (2001); Christine Bateup, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71 BROOK. L. REV. 1109, 1128–1131 (2006).

261 Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, לעיל ה"ש 181, בעמ' 283–284.

פרוצדורליות מרחיקות-לכת יותר, כגון דיון ראוי, הליך קבלת החלטות רציונלי ומבוסס-מידע, שיתוף הציבור וכולי.²⁶² המודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי, לעומת זאת, מדגיש בדיוק את הדרישות הפרוצדורליות הללו של דיון ראוי, ולפיכך יכול להשלים את המודל הפרוצדורלי הטהור ולהוסיף לעודד ערכים דמוקרטיים פרוצדורליים מעל ומעבר לאלה המקודמים באמצעות המודל הפרוצדורלי. המודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי יכול אפוא להוסיף על המודל הפרוצדורלי ולהשלים אותו. עם זאת, הוא אינו יכול לייתר את המודל הפרוצדורלי הטהור, משום שהוא אינו חל על כל חוק שהליך חקיקתו היה פגום (אלא רק על אלה שתוכנם סותר את החוקה), ואינו מתמקד בהכרח באותן דרישות פרוצדורליות של המודל הפרוצדורלי. מסיבה זו הוא אינו יכול למלא את הפונקציה של זיהוי חוק תקף לפי כלל הכרה, והוא מסוגל למלא רק באופן חלקי וחסר את הפונקציה של הגנה על עקרונות-היסוד של הליך החקיקה.²⁶³ בדומה לכך, אני סבור כי המודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי אינו יכול להחליף לגמרי את המודל הסובסטיביבי הטהור. ראשית, יש להכיר בכך שייתכנו מקרים שבהם גם הליך חקיקה נאות ואפילו מיטבי יוביל לחוקים שתוכנם פוגע בצורה קשה וקיצונית בזכויות ובערכים המעוגנים בחוקה. הליך חקיקה נאות צפוי לצמצם באופן ניכר את הסכנה לחקיקתם של חוקים כאלה, אך אין הוא ערובה מוחלטת לכך.²⁶⁴ שנית, לצד הכרה בתובנה אמפירית זו, אני מקבל את העמדה הנורמטיבית שלפיה ייתכנו פגיעות בזכויות (או בערכים חוקתיים אחרים) שיהיו קשות עד כדי כך ששום הליך חקיקה – אף הטוב ביותר – לא יוכל להצדיקן.²⁶⁵ שלישית, המודל הסמי-פרוצדורלי אינו מתאים למקרים של פגיעות קשות וקיצוניות בזכויות בשל ההבטחה הדיאלוגית-הפרוצדורלית הטמונה בו, קרי, ההבטחה שאם המחוקק יקיים הליך חקיקה נאות, הוא יוכל לחוקק מחדש אותו חוק. במקרים אלה יש מקום למודל סובסטיביבי טהור, שיעביר מסר ברור שלפיו אף אם ייתן המחוקק את דעתו לסוגיה החוקתית וידון בה באופן מיטבי, פגיעה כה קיצונית בזכויות לא תוכל להיות מאושרת כחוקתית.

הנה כי כן, המודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי אינו תרופת-קסם היכולה לייתר לגמרי את המודלים האחרים. אולם טמונים בו יתרונות רבים, העולים על מעלותיו של המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע משריון פרוצדורלי, וכן גלום בו פוטנציאל רב להשלים את המודל הסובסטיביבי ואת המודל הפרוצדורלי הטהור.

4. סיכום: היחס הראוי בין המודלים השונים של ביקורת שיפוטית

לדעתי, יש מקום לשלושה מודלים של ביקורת שיפוטית: המודל הסובסטיביבי הטהור, המודל הפרוצדורלי הטהור והמודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי. סבורני שאין קושי עקרוני גם בקיומו של מודל רביעי בדמות המודל הפרוצדורלי הנובע מסעיף שריון, כגון סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת (או פסקת התגברות), אך איני רואה קושי גדול גם בהחלפתו במודל הסובסטיביבי הטהור ובמודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי. כל המודלים הללו – לפחות הסובסטיביבי,

²⁶² פרשת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 27, בעמ' 51–54.

²⁶³ על הקשר בין הגנה על עקרונות-היסוד של הליך החקיקה, לרבות עקרון ההשתתפות, לבין דוקטרינת ההליך הנאות ראו שם.

²⁶⁴ ראו פסק-דינה של השופטת דורנר בפרשת לם, לעיל ה"ש 198.

²⁶⁵ ראו והשוו קרמניצר ופוקס, לעיל ה"ש 229, בעמ' 26.

הפרוצדורלי והסמי-פרוצדורלי הפסיקתי – צריכים להתקיים לדעתי זה לצד זה. מובן שקיום בר-זמני זה יחייב פיתוח קווים מנחים כלליים בנוגע ליחס הראוי ביניהם ולמקרים שבהם יש להעדיף את השימוש בכל אחד מהם, אך נושא זה הוא עניין למאמר נפרד.²⁶⁶

ה. סיכום

פסק-דין בנק המזרחי לא המציא את הביקורת השיפוטית בישראל. קדמו לו פרשת ברגמן, שיצרה מודל של ביקורת שיפוטית סמי-פרוצדורלית הנובעת מסעיף שריון חוקתי, ופרשת נמרודי, שיצרה מודל פרוצדורלי טהור. לכאורה, פסק-דין בנק המזרחי לא התיימר לבטל מודלים אלה, אלא רק להוסיף עליהם מודל שלישי, הוא המודל הסובסטנטיבי. בהיבט זה התאפיין פסק-הדין בשניות בין מהפכנות להמשכיות.

אולם בפועל הייתה לפסק-דין בנק המזרחי השפעה דרמטית, ובפסיקה מאוחרת יותר ניתנה לו פרשנות מהפכנית (אולי אף מהפכנית משהתכוונו כותביו, ובוודאי השופט זמיר, אשר העדיף את דרך ההמשכיות על דרך המהפכנות). כתוצאה מכך, המודל הסובסטנטיבי של בנק המזרחי "בלע" דה-פקטו (גם אם לא דה-יורה) את שני המודלים של ביקורת שיפוטית שקדמו לו. העמדה הפורמלית בפסיקה עודנה מכירה אומנם בשלושת המודלים, זה לצד זה, אולם ניתוח הפסיקה חושף כי בפועל, למן בנק המזרחי, המודל הסובסטנטיבי הולך ומשתלט על הפסיקה, תוך שהוא דוחק את המודלים האחרים.

בכתובה התיאורטית והנורמטיבית בתחום יש הסבורים כי אין מקום לריבוי המודלים, וכי יש אכן לבכר את המודל הסובסטנטיבי של בנק המזרחי כמודל בלעדי. במאמר זה ביקשתי לאתגר עמדה זו, וטענתי כי יש מקום לפחות לשניים מן המודלים – הסובסטנטיבי והפרוצדורלי – וכי בתי-המשפט צריכים (ויכולים בהחלט) להפעיל את שניהם. באשר למודל של ברגמן, הוא המודל הסמי-פרוצדורלי הנובע מסעיף שריון חוקתי, טענתי כי צמצומו בעייתיות פחות, וכי ייתכן שיש מקום להחליפו במודל סמי-פרוצדורלי פסיקתי חדש.

כפי שהראיתי במאמר זה, יחסה של הפסיקה הישראלית למודלים השונים של ביקורת שיפוטית התאפיין בגישות שונות לאורך עידנים שונים. במשך שנים היינו בעידן ברגמן, שבו שלטה בכיפה הביקורת הסמי-פרוצדורלית הנובעת מסעיף שריון פרוצדורלי כמודל בלעדי דה-יורה ודה-פקטו. זה כעשרים ושתיים שנים אנו מצויים בעידן בנק המזרחי, הוא עידן המודל הסובסטנטיבי כמודל בלעדי דה-פקטו. המודל הפרוצדורלי טהור, לעומת זאת, הופיע בין עידן ברגמן לעידן בנק המזרחי, אך במשך שנים רבות הוא לא זכה לעבור משלב דה-יורה לשלב דה-פקטו. רק לאחרונה, בפרשת קוונטיסקי, נפסל בפעם הראשונה חוק מכוח המודל הפרוצדורלי. כעת, לאחר התבססותו של המודל הסובסטנטיבי של בנק המזרחי, הגיעה העת לעבור מעידן המונוליתיות דה-פקטו של המודל הסובסטנטיבי לעידן חדש. בעידן חדש זה ילכו שניים – ולמעשה שלושה – יחדיו: המודל הסובסטנטיבי, המודל הפרוצדורלי והמודל הסמי-פרוצדורלי הפסיקתי.

²⁶⁶ לדיון נרחב בנושא זה ראו בר-סימן-טוב "לקראת מודל סמי-פרוצדורלי", לעיל ה"ש 12, בעמ' 335 ואילך.