

פרשנות שמרנית אקטיביסטית: קריסת התיוגים המחנאיים בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות

רונית לוין-שנור וליאור נאוי*

תורת הפרשנות התכליתית נתפסת בעיני מבקריה כאחד מביטויי הרעים של האקטיביזם השיפוטי. נטען כי התרחקות מגישה זו, תוך אימוץ גישות פרשניות "שמרניות" - ובהן פרשנות מקורנית ופרשנות הסתברותית, היא הדרך הראויה למבקשים להימנע מאקטיביזם שיפוטי. במאמר זה אנו טוענים כי הגישות הפרשניות החלופיות מתאפיינות בעצמן במידה לא מועטה של אקטיביזם עת הן מיושמות. אקטיביזם "שמרני" זה מתבטא בפסק הדין בעניין החוק לביטול עילת הסבירות בשתי דרכים שונות (לפחות). ראשית, העדפתו של "השמרן" את כלל הפרשנות המקיימת, שתכליתו לקיים את החוק אם יש בו כדי למנוע ביטול נורמה חוקתית שאיננה חוקתית. קביעת סדר הכרעה זה, שלפיו פרשנות מקיימת עדיפה על כוונת המחוקק, מלמדת על דחיית תורת פרשנות "שמרנית" הדבקה בלשון ובכוונת המחוקק על פני ערך הניצב מעליה, והופכת אותה לאמצעי להגשמת מטרה (היינו, לא למחויבות בעלת ערך אבסולוטי). שנית, העדפתו של "השמרן" את דברי ההסבר הכתובים להצעת החוק - אף על פי שמידע בעל פה מזמן אמת סותר את ערכם לגילוי כוונת המחוקק, ואף על פי שהם מייצגים את עמדתם של סגלים מקצועיים ולא של המחוקקים - מלמדת גם היא על דחייה הן של הפרשנות המקורנית

* ד"ר רונית לוין-שנור, חברת סגל בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב. ליאור נאוי, סטודנט לתואר שני (M.A.) במשפטים, טכנולוגיה וחדשנות עסקית, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן. תודות לרפי רזניק, למשתתפי הפאנל על אקטיביזם שיפוטי בכנס השנתי של הסניף הישראלי של האגודה הבינלאומית למשפט ציבורי, שהתקיים באוניברסיטה העברית בירושלים, במאי 2024, לעזרת רוני שקד ולמערכת כתב העת **מעשי משפט** על הערות מעולות ומועילות.

והן של הפרשנות ההסתברותית מפני ערך הניצב מעליה - ההעדפה להימנע מהתוצאה של ביטול הנורמה. לפיכך, אם אקטיביסט הוא תכליתן אזי שמרן הוא תכליתן לא פחות. מכאן נטען שגישות חלופיות לפרשנות תכליתית במובנה המקובל, המקודמות על ידי הזרם ה"שמרני", עשויות להתברר כאקטיביסטיות באותה מידה. בנוסף על כך, העובדה כי הפרשן שנחשב ל"מקורן" והפרשנית שנחשבת ל"אקטיביסטית", מגיעים לאותן המסקנות הפרשניות ובאותה הדרך, מלמדת כי אין בנמצא תורות פרשנות נבדלות. לפיכך, טענתנו היא שאין מתודולוגיה פרשנית המובילה בהכרח לפרשנות "אקטיביסטית" ואין מתודולוגיה פרשנית המונעת בהכרח פרשנות "אקטיביסטית": כל פרשנות היא מלאכה המערבת קביעת סדר עדיפויות ערכי וראייתי מצד מפעיל הסמכות הפרשנית, סדר עדיפויות שהוא אקטיביסטי במהותו שכן לסוכן הפעולה מעורבות בהתרחשותה.

מבוא

פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה ושריה,¹ עוסק במגוון רחב, רחב מני ים, של סוגיות משפטיות, חוקתיות וציבוריות. במאמר זה נבקש להתמקד בשאלה אחת, לכאורה צדדית: כיצד בא לידי ביטוי בפסק הדין השיח הציבורי והמשפטי שהתפתח בשנים האחרונות הנוטה למיין שופטים באופן קטגוריאלי לפי השאלה האם הם פרשנים "אקטיביסטים" או "שמרנים".

שאלה זו מתבקשת לאור שינויים שהתרחשו בשיח המשפטי והציבורי בישראל בפרט בעשור האחרון, כאשר תיוגים כמו "שמרן", "ליברל", "פסיביסט" ו"אקטיביסט" החלו להיות משויכים לשופטים שונים ולתפוס מקום מרכזי בשיח.² בעוד שבעבר התמקד השיח הביקורתי על שופטים בעיקר במונחים משפטיים ברמה המתודולוגית, ללא הקשר פוליטי-חברתי מחייב שיוחס להם, הסיווגים הרווחים כיום, נושאים עימם מטען ערכי-אידיאולוגי (שלילי על פי רוב) המיוחס לשופטים המתויגים ככאלה.³

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 1.1.2024) (להלן: בג"ץ הסבירות).

2 ראו לדוגמה שוקי שגב "הבית (משפט) תמיד מנצח: על מהפכת-הנגד השמרנית בישראל" **רשות הרכים** (2.6.2020); קרן וינשל "השלכות תכנית לויין על קבלת החלטות אידיאולוגיות ואקטיביזם שיפוטי בבית המשפט העליון – ניתוח אמפירי" **ICON-S-IL Blog** (15.2.2023); טובה צימוקי "ניצחון לאגף השמרני: נבחרו 4 שופטי עליון חדשים" **Ynet** (22.2.2017); מור שמעוני "שלושה שופטים שמרנים בדרך לעליון; שקד: 'היום עשינו היסטוריה'" **מעריב** (22.2.2017).

3 עידו פורת "שמרנות, ליברליות, ופולריזציה שיפוטית – מבט השוואתי ומקומי" **ICON-S-IL Blog** (6.4.2022).

אחת הזירות שבהן מתרחש הדיון על סיווג השופטים הוא תחום הפרשנות השיפוטית. בהקשר זה, השיח הציבורי והאקדמי מזהה את גישת הפרשנות התכליתית עם ערכים רפורמטיביים ופרוגרסיביים.⁴ גישת הפרשנות התכליתית נתפסת ומוצגת ככזו המאפשרת שיקול דעת שיפוטי רחב המוביל למה שמכונה "אקטיביזם שיפוטי". כלומר, לכך שהשופט אינו מתיימר "להישען על יצירתו הנורמטיבית של המחוקק" אלא עשוי ליצור "נורמה שיפוטית חדשה בניגוד לנורמה שיצר המחוקק".⁵ הטענה היא כי גישת הפרשנות התכליתית, אשר על טיבה יש מחלוקת ולכן לא ניתן להגדירה בתמצית ללא כניסה לעובי הקורה, היא אקטיביזם, שכן גישה זו "מעוניינת בעיקר בתוצאת היישום, ולא דווקא בכוונת המנסח", כלומר, כי "מחובתו של בית המשפט להכריע בהתאם לתוצאה הטובה ביותר, גם אם הכרעה כזו דורשת ביצוע רפורמה בנורמה שיצר המחוקק".⁶ לעומת זאת, נטען כי גישה שמרנית לפרשנות שיפוטית היא כזו המתמקדת ברצונו של המחוקק ונמנעת מלאמץ הכרעות ערכיות שונות מאלה שלו. גישה זו, כך נטען, נשענת על מתודולוגיה המבקשת להיצמד למילות החוק ולכוונת המחוקק בלבד.⁷ במילים אחרות: שופט הנצמד ללשון החוק ולכוונת המחוקק יתפס כ"שמרן", בעוד ששופט הנוקט את גישת הפרשנות התכליתית יתפס כ"אקטיביסט".⁸

פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות מספק הזדמנות ייחודית לבחון שיח חדש זה, המבקש למיין שופטים וגישות שיפוטיות באופנים קטגוריאליים ביחס לתבחין של תפקודם כפרשנים "אקטיביסטים" או "שמרנים". ייחודה של הזדמנות זו נובע מחמש סיבות עיקריות.

ראשית, פסק הדין מאפשר לבחון את עמידותן של התיאוריות הפרשניות דווקא במצב מורכב מבחינה פרשנית, שבו ההכרעה הפרשנית נדרשת להתמודד עם מתחים פנימיים ומגבלות יישומיות. מקרים כמו זה, שבהם מתעורר הצורך ליישב עקרונות מנוגדים או להגיב לנסיבות המעמידות את גבולות התיאוריה במבחן, מספקים הזדמנות לחשוף את הקוהרנטיות שבתיאוריה, כמו גם את מגבלותיה. כך, הפרשן נדרש לבחון את התיאוריה במלוא מורכבותה, ולהדגים האם וכיצד עקרונות

4 שמעון נטף **פרשנות החקיקה בישראל** 50–51 (2023); ארז תדמור **מדוע אתה מצביע ימין ומקבל שמאל** 52 (2017).

5 נטף, לעיל ה"ש 4, בעמ' 51.

6 שם.

7 אוריאל חרל"פ "אוריג'ינליזם אינו מה שחשבתם" **פורום עיוני משפט** מז, פרק ה' (2023); להרחבה על פרשנות תכליתית בחקיקה ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ב – פרשנות החקיקה פרק ז' (1993).

8 פרפרזה על דברי השופט אלכס שטיין בטקס בוגרים/ות ומוסמכים/ות של הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה (@HaifaLaw) **פייסבוק** (1.7.2021) <https://www.facebook.com/HaifaLaw/posts/4027164987331414>. ראו רפי רוניק "פרשנות שיפוטית שמרנית לעידן האמריקניזציה של הימין הישראלי" **האמריקניזציה של הימין הישראלי** 241, 257–258 (יואב פרומר ואילן פלג עורכים) (2024).

מופשטים פועלים במציאות מורכבת. לפיכך, מקרים מהסוג הזה אינם רק מאתגרים את התיאוריה אלא מספקים תובנות ייחודיות על עקביותה, יכולת היישום שלה, והאופן שבו היא מתמודדת עם מתח ערכי בין יסודותיה. **שנית**, כיוון שהדיון נערך על אודות פירוש חקיקה חדשה⁹ בשלב שעוד טרם ניתן לה כל פירוש או גובשה לגביה כל פרקטיקה, ולכן התנאים הם סטרייליים יחסית שהרי הדיון הוא בבחינת חוקתיותה של החקיקה עם קבלתה.¹⁰ **שלישית**, כיוון שהדיון אינו עוסק בסוגיה המשפיעה דווקא על בעלי דין באופן אשר ההשלכות של התוצאות עשויות לערפל את הדיון או להטות את מסקנתו בשל כך.¹¹ **רביעית**, כיוון שהיקף וגיוון המקורות המעידים על כוונת המחוקק הם נדירים וחריגים בעושרם ובטיבם. זאת, בין היתר לאור קולו של המחוקק – נציג הקואליציה – אשר נשמע ברמה הן בדיון בבית המשפט בעניין פרשנות החוק, הן עובר לאימוץ החקיקה בקריאות השנייה והשלישית בכנסת וכן בדיונים בוועדת החוקה בכנסת, אשר הכינה וקידמה את ההצעה. **חמישית**, פסק הדין אף מיוחד בכך שלכל שופטי ושופטות בית המשפט העליון המכהנים ניתנה האפשרות להתייחס בו בזמן ובאופן רפלקטיבי האחד ביחס לשני בנוגע לשאלת הפרשנות של דבר החקיקה, ולשאלת היחס בין שאלת הפרשנות לשאלת הביקורת השיפוטית על תוקפו של התיקון.¹²

נקדים למאחר את מסקנת הדיון: פסק הדין המונומנטלי בעניין החוק לביטול עילת הסבירות מלמד כי תיתכן פרשנות שיפוטית שמרנית שהיא אקטיביסטית, לא פחות אקטיביסטית מהאקטיביזם אשר נטען כמיוחס לליברלים. מפסק הדין עולה כי פרשנות שיפוטית שמרנית אקטיביסטית יכולה להתרחש גם כאשר הפרשן משתמש בכלים פרשניים "שמרניים" כפרשנות מקורנית או הסתברותית. לפיכך, אנו סבורים, כי השיח המבקש למיין שופטים וגישות שיפוטיות באופנים קטגוריאליים ביחס לתבחין של פרשנות "אקטיביסטית" או "שמרנית" נדון לכישלון.

המשך המאמר יהיה כדלקמן: **בפרק א'** נציג את המחלוקת בשאלת הגישות לפרשנות שיפוטית, ואת השימושים הרווחים במושגים של שמרנות ואקטיביזם בהקשר זה. על בסיס כך נציג את הטענה ששופטים מתמיינים בבירור לפי סיווגים

- 9 חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), ס"ח 3066 התשפ"ג 548 (להלן: **התיקון**).
- 10 השוו לשאלת הכפיפות לפרשנות רשות מאסדרת בנוגע להנחיותיה, דנ"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (נבו 4.7.2021).
- 11 זאת מכיוון שפסק הדין עוסק בשאלות רוחב ציבוריות, והצדדים לו הם עותרים ציבוריים שונים למול המחוקק. משכך, ההכרעה בפסק הדין אינה מושפעת מאינטרסים פרטניים של מי מהצדדים ולא תיצור השפעה ישירה על בעלי הדין. השוו רע"א 10011/17 **מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן** (נבו 19.8.2019); בג"ץ 8029/21 **בן ארי נ' השר לביטחון פנים**, פס' 59 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 30.5.2022); בג"ץ 9098/01 **גניס נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נט(4) 241, 289 (2004).
- 12 במובן זה אנו רואים יתרון בכך שבית המשפט העליון דן במותב הכולל את כל שופטיו. כך ניתנת הזדמנות לשופטים – כמו גם לציבור – לבחון את עמדותיהם האחד ביחס לאחר, ולחדד את גישתם "על ירכי חבריהם".

אלה. בפרק ב' נציג את פסק הדין בעניין התיקון לחוק-יסוד: השפיטה בנוגע להחלת עילת הסבירות על החלטות הממשלה והשרים, וננתח בתמצית את עמדות השופטים בפסק הדין בשאלות הפרשניות השונות שעל הפרק. בפרק ג' נצלול לעמדתו של השופט שטיין, המעוררת עניין מיוחד נוכח מחויבותו המוצהרת למתודולוגיה פרשנית שמרנית מגובשת, כפי שבאה לידי ביטוי בכתיבתו האקדמית. בפרק ד' נבחן את עמדתו של השופט סולברג ונראה האם הוא מעמיד חלופה של פרשנות שמרנית פסיביסטית.

א. המחלוקת בנוגע לגישות הפרשנות השיפוטית

התחום של גישות לפרשנות שיפוטית הוא תחום רחב ועמוק אשר הכתיבה והפסיקה מרובים בו עד מאוד. בשנים האחרונות החלו חוקרים לבחון את התחום דרך המשקפיים של גישות שמרניות למשפט, והתעורר המהלך שעליו עמדנו לעיל של קטלוג שופטים (והכרעות שיפוטיות) לפי מידת קרבתם לקוטב "שמרני" לעומת קוטב "ליברלי", ובסינונים – אקטיביסטי. ואולם, על אף שכיחותם של מושגים אלה בשיח המשפטי והאקדמי, ואולי בדיוק בשל כך, הם אינם נהנים מהגדרה אחידה ומוסכמת. במסגרת זו איננו מבקשים לנתח את כלל המשמעויות האפשריות של מונחים אלה. אנו אף לא מבקשים להכריע בשאלה האם אקטיביזם פרשני או שמרנות פרשנית הם רצויים או מזיקים. כאן נבקש רק להציג את הדרך שבה מושגים אלה מתפקדים עת שהם מוצגים כמעומתים זה עם זה.

שמרנות משפטית היא גישה המעמידה במרכזה עקרונות פורמליסטיים לצד סט ערכים אידיאולוגיים-חברתיים.¹³ מבחינת העקרונות הפורמליסטיים, הכוונה היא בעיקר ליציבות הדין ושמירה על המסגרת המשפטית הקיימת, תוך מחויבות לשימור הסדר המשפטי כפי שנקבע על ידי המחוקק. שמרנות משפטית נשענת על ההנחה כי תפקידה המרכזי של מערכת המשפט אינו לעצב מחדש את הדין, אלא לשמרו ולקיימו.

גישת השמרנות הפרשנית מתאפיינת בשתי מגמות עיקריות: הראשונה היא הדגשת חשיבות הדבקות בלשון החוק ובכוונת המחוקק. גישת הפרשנות השמרנית גורסת כי אין פעולה יצירתית בפרשנות טקסט, אלא פעולה החושפת את כוונת המחוקק בלבד,¹⁴ ולכן היא מבקשת להתרחק מפרשנות "תכליתית אובייקטיבית

13 ראו לדוגמה יונתן גרין "על שמרנות ישראלית – שבעה עקרונות" Publius פובליוס (4.12.2019), <https://publius.co.il/conservatism-principles>; חרל"פ, לעיל ה"ש 7. על שמרנות כאידיאולוגיה חברתית-פוליטית ראו אנדרו הייוד אידיאולוגיות פוליטיות מודרניות (מהדורה שישית, פנחס שטרן עורך, יורם שדה מתרגם (2023)).

14 Alex Stein, *Probabilism in Legal Interpretation*, 107 IOWA L. REV. 1389 (2022). ראו גם הפורום למשפט וחירות, פאנל "פרשנות הסתברותית: לשון, כוונה ותכלית – השופט אלכס שטיין ומגיבים" YouTube (15.11.2022) <https://www.youtube.com/watch?v=-6dEF-> Ohuw4; ראו גם אלכס שטיין "הגישה ההסתברותית לפרשנות" משפטים (עתיד להתפרסם).

המציבה במרכזה העדפות ערכיות-אישיות של השופט.¹⁵ המגמה השנייה היא ריסון שיפוטי, המבטא את ההימנעות הנחוצה מפני התערבות בהחלטות של רשויות שלטוניות אחרות, מתוך הכרה בכך שהתערבות כזו עלולה לשבש את האיזון בין הרשויות ולהביא לשינוי של מדיניות ציבורית שאינה צריכה להיות בידיה של הרשות השופטת. אף על פי כן, שמרנות משפטית אינה בהכרח סותרת שינויים בדין הנובעים מפרשנות.¹⁶

הגישות השמרניות לפרשנות מתהדרות בכך שהן נבדלות מגישות פרשניות "ליברליות" ה"סובלות" מאקטיביזם שיפוטי.¹⁷ האקטיביזם השיפוטי, בהקשר הפרשני, מוגדר על ידי מתנגדיו כגישה הנכונה להעניק לחוק משמעות, גם אם בניגוד למשמעותו המקורית, באופן שמביא לתוצאה הראויה ביותר, במקרה המסוים לדעת הפרשן.¹⁸ במובן זה הפרשן הלא-שמרן, כך נטען, הוא אקטיביסט, שכן הוא נכון: (א) לסטות מכוונת המחוקק; (ב) ליצור דין כדי לקדם תוצאה הראויה בעיניו. נטען, כי לצד הניסיון של הפרשן האקטיביסט לפרש באופן מילולי את לשון החוק, ולצד הישענותו על כוונת המחוקק כפי שהיא באה לידי ביטוי בהיסטוריה החקיקתית ובמקורות חוץ-משפטיים נוספים, מסמן הפרשן האקטיביסט גם את התכלית ה"אובייקטיבית" של החקיקה, כלומר התכלית המתאימה לערכי היסוד של השיטה. כאן, טוענים השמרנים, ממיר למעשה השופט את ערכי המחוקק בערכיו שלו,¹⁹ תוך שהוא מפעיל שיקול דעת כמעט בלתי מוגבל המאפשר לו להגיע לכל תוצאה שיחפוץ בה, בלי להיות מוגבל להכרעת המחוקק כלל.²⁰ הפרשנות השמרנית, כך נטען, נמנעת מכל זאת ועל כן היא איננה "אקטיביסטית".

אף שגישת הפרשנות השמרנית מציגה לכאורה מערכת עקרונית מגובשת החפה מאקטיביזם שיפוטי, בחינה מעמיקה חושפת מתחים פנימיים משמעותיים בין סט הערכים השמרני לבין הכלים לממשם בהקשר הפרשני, באופן המעמיד בסימן שאלה את נבדלותה מהגישה הליברלית כגישה פרשנית אקטיביסטית.²¹ כך למשל, עשוי להיווצר מתח בין כללי פרשנות שמרניים לבין השאיפה המהותית לצמצם את

15 יונתן גרין "הישראליות של הימין המשפטי" האמריקניזציה של הימין הישראלי 265, 270 (יואב פרומר ואילן פלג עורכים) (2024).

16 ראו נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18, 37 (2020) <https://tinyurl.com/bdf4fpum>.

17 אלון הראל "שמרנות במשפט" ICON-S-IL Blog (6.3.2022).

18 נטף, לעיל ה"ש 4, בעמ' 50.

19 שם, בעמ' 59.

20 שם, בעמ' 221.

21 חיים זנדברג "עסקה בזכות אובליגטורית או בזכות במקרקעין? תכלית, לשון ואקטיביזם שיפוטי" משפטים על אתר יג 79 (2019) מייחס לשופט אהרן ברק אקטיביזם שיפוטי הנעשה תוך "הפגנת שמרנות שיפוטית מובהקת" במקרה שבו דבק לכאורה באופן נמרץ בלשון החוזה כדי להשיג יעד הלכתי בסוגיה אחרת. הפרשנות השמרנית האקטיביסטית שאנו מתייחסים אליה אינה במצב שבו שופט אקטיביסט לכאורה נוקט טקטיקה שמרנית, אלא מצב שבו שופט שמרן דבק בטקטיקה שמרנית ודבקות זו היא אקטיביסטית.

הביקורת השיפוטית ולהרחיב את עצמאות שיקול הדעת של הרשויות המבצעת והמחוקקת. באופן דומה, ייתכן ניגוד בין מחויבות לדבקות נוקשה בלשון החוק לבין השאיפה לקדם יציבות משפטית או למנוע שינויים רדיקליים במערכת המשפט. כך, במקרים מסוימים, דווקא פרשנות הנצמדת ללשון החוק עלולה להוביל לתוצאה המערערת את היציבות המשפטית או לשינוי משמעותי בדין הקיים. במצב כזה, הפרשן המחזיק בגישה שמרנית נדרש לבחור בין שני עקרונות מנחים, וכל הכרעה אשר יבחר בה תחשוף ממד "אקטיביסטי" בפעולתו.

כאשר פרשן המחזיק בגישה שמרנית בוחר להעדיף תכליות שמרניות על פני דבקות בלשון החוק, הוא למעשה מבצע הכרעה ערכית, שבמסגרתה ממוקמים הערכים השמרניים מעל למחויבות ללשון החוק ולכוונת המחוקק. הכרעה זו, אף שהיא מוצגת כשמרנית, כוללת בתוכה שיקול דעת ערכי הדומה במהותו לשיקול הדעת של גישות הנתפסות כ"אקטיביסטיות". במקרה כזה, הפרשנות השמרנית אינה נשארת נאמנה באופן מוחלט ללשון החוק, אלא משמשת כלי להגשמת תכליות עליונות בעיני הפרשן, בדומה לאופן שבו פועלת פרשנות אקטיביסטית.

גם כאשר הפרשן המחזיק בגישה שמרנית בוחר להיצמד באופן מוחלט ללשון החוק, תוך התעלמות מודעת ממידע שאליו נחשף על אודות כוונת המחוקק, גם אז מתבצעת הכרעה שניתן לראותה כאקטיביסטית. זאת משום שהוא מעניק לחוק משמעות המתיישבת עם הערך שהוא רואה כעליון – דבקות בלשון החוק, על פני הערך של איתור כוונת המחוקק. יתרה מכך, גם כאשר הפרשן השמרן דבק בלשון החוק, הגישה המקובלת היא שעליו לתת משמעות סבירה ללשון, כפי שהיה נותן לה "הקורא הסביר",²² עצם ההכרעה מהי נקודת המבט ה"אובייקטיבית" הראויה טומנת בחובה הכרעה ערכית. כך, על אף הצהרתו על אובייקטיביות, פעולתו של הפרשן השמרן עשויה ללבוש צורה של אקטיביזם שיפוטי.²³ דוגמה נוספת לכך, וכפי שנראה בהרחבה בהמשך, פרשן הנוקט גישה שמרנית עשוי להחזיק בעמדה הכוללת שלושה עקרונות מרכזיים – המחויבות להימנע מביטול חוקים, צמצום עילות הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה ושריה, ופרשנות לפי כוונת המחוקק. המתח בין עקרונות אלה מתגלה כאשר הימנעות מביטול חוק וצמצום עילת הסבירות מחייבים סטייה מכוונת המחוקק.

מכאן אנו למדים כי הסתירה המובנית בין תכליות שמרניות שונות אינה ניתנת ליישוב מלא במסגרת השמרנות עצמה. בכל מקרה של קונפליקט בין היסודות

22 Frank H. Easterbrook, *The Role of Original Intent in Statutory Construction*, 11 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 59, 65 (1988). מעניין כמובן להבחין בהקשר זה עד כמה המחויבות לסטנדרט של סבירות ואובייקטיביות עומדת גם בבסיסה של התיאוריה הנחשבת לשמרנית ביותר מבחינה פרשנית.

23 ראו הראל, לעיל ה"ש 17. השוו לדבריו של נטף, לעיל ה"ש 4, בעמ' 49, על פסיקתו של השופט סולברג בעניין ע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל אביב יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, פ"ד סו(2) 159, 206 (2013).

השונים, הכרעת השופט תחייב הפעלת שיקול דעת ערכי. שיקול דעת זה, בין שהוא נוטה לטובת תכליות שמרניות לבר-פרשניות ובין שהוא נוטה לטובת גישה פרשנית דווקנית-לשונית, מבטא יסוד אקטיביסטי, שכן הוא מחייב את הפרשן ליצור מדרג ערכי לצורך הכרעה. האקטיביזם, אם כן, אינו רק תוצאה של התרחקות מהשמרנות, אלא הוא מהווה חלק בלתי נפרד מהמבנה הפנימי שלה, כיוון שהפרשן נדרש להכריע בין יסודות המצויים במתח מתמיד. הפרשן המחזיק בגישה שמרנית עשוי אם כן לעמוד בפני פוזיציה מורכבת, כאשר הנאמנות לכללי ההכרעה השמרניים (לשון החוק, כוונת המחוקק) עשויה דווקא לחתור תחת סדר היום השמרני.

מתח נוסף טמון בטיב המקורות העומדים לרשות הפרשן עת שהוא מתחקה אחר כוונת המחוקק. בין גישות פרשניות שונות – אם הן נחשבות לשמרניות ואם לאו – ישנו רצף מבחינת מידת המחויבות ללשון החוק (הטקסט) לבין מידת המחויבות לכוונה או למטרה (התכלית) של המחוקק. מרבית הגישות, בין שהן מכוונות בכינוי זה ובין שבכינוי אחר, פונות להיסטוריה החקיקתית – דברי ההסבר להצעת החוק ופרוטוקולים שליוו את הליך החקיקה. הגישה הנחשבת למידת הקצה השמרנית, ה"טקסטואליזם", דוגלת בכך שהחוק המחייב הוא הטקסט שהמחוקק השתמש בו, כפי שהוא מובן על ידי אדם סביר-אובייקטיבי²⁴. הדווקנים ביותר המחזיקים בגישה זו נמנעים לחלוטין מלפנות להיסטוריה של הליך החקיקה, בעוד אחרים סבורים שיש לפנות אליו במקרים של אי-בהירות, וזאת כדי לעמוד על משמעות הטקסט. אלה המבקשים להפגין נאמנות רבה יותר לכוונת המחוקק ולא דווקא לטקסט של לשון החוק, פונים גם כן להיסטוריה החקיקתית כדי לאתר את ההכרעה שהמחוקק התכוון לה.

הפנייה להיסטוריה החקיקתית יוצאת מתוך נקודת מוצא שהיא משקפת את עמדת המחוקק. לצורך כך, נדרש כי אותה היסטוריה תהיה פרי עמלם של המחוקקים. כפי שנראה להלן, כאשר מתברר כי דברי ההסבר להצעות חוק לא ממשלתיות אינם נכתבים על ידי המחוקק אלא על ידי הצוות המקצועי של הכנסת או הוועדה הרלוונטית, או כאשר המחוקק מסתייג במפורש בהליך החקיקה מדברי ההסבר, צריך הדבר לייצר קושי פנימי לפרשן להסתמך על ההיסטוריה החקיקתית המשתקפת בדברי ההסבר כמקור לאיתור כוונת המחוקק. כך, פרשן הדבק בנסיבות אלה בדברי ההסבר בטוענו כי הדבר הוא הביטוי הטוב ביותר לכוונת המחוקק, מבצע בבירור הכרעה ערכית המבוססת על טעמיו.

עד היום עיקר המחלוקת בין "מחנות" פרשניים היה בשאלה מהו כלל ההכרעה העדיף – פרשנות התכלית הסובייקטיבית – הנשענת על ההיסטוריה החקיקתית, או פרשנות התכלית האובייקטיבית – שאינה מוגבלת להיסטוריה החקיקתית. משהתברר בפסק הדין, כפי שנראה להלן, כי להיסטוריה החקיקתית מגבלות של ממש בייצוג כוונתו (הסובייקטיבית) של המחוקק, על הפרשן להיקרע בין שתי

24 ראו Easterbrook, לעיל ה"ש 22 וטקסט נלווה.

חלופות קצה: האחת, טקסטואליסטית דווקנית, המתעלמת מכל מידע ושיקול מחוץ ללשון החוק, והאחרת, תכליתנית – או כפי שהיא מכונה לרוב, אקטיביסטית – המביאה בחשבון מערך שיקולים שלם. אולם גם שתי גישות קצה אלה מאפשרות לפרשן להעניק לחוק טווח של משמעויות: הפרשן התכליתני יכול לעשות זאת באמצעות פרשנות מרחיבה של "עקרונות השיטה", והפרשן הטקסטואליסט יכול להגיע לאותה תוצאה על ידי פרשנות מרחיבה של מהי "הבנת הקורא הסביר" את הטקסט. בשני המקרים, הפרשן יכול להצדיק את התוצאה הרצויה בעיניו תוך הסתמכות על המבחן האובייקטיבי שבחר. משכך, עצם הבחירה במבחן "אובייקטיבי" – בין שאלה עקרונות השיטה ובין שזהו מבחן הקורא הסביר – אינה יכולה להוות בטוחה לאופייה של ההכרעה, ואין בסיס לטענה כי גישה אחת מועדת יותר לאקטיביזם מרעויה.

פתרון ביניים, לכאורה, המוצע על ידי הטקסטואליסטים האמריקאים הוא הפנייה לקאנונים שיפוטניים, המהווים כללי הכרעה שכן הם משקפים, כך נטען, מוסכמות בנוגע לפרשנות חקיקה. חזקות פרשניות אלה, כוללות את החזקה שהמחוקק אינו משחית מילותיו לריק ואת קאנון החוקתיות שלפיו חזקה שחוק אינו סותר את החוקה.²⁵ בהקשר הישראלי, זהו הכלל המכונה פרשנות מקיימת.²⁶ אולם, כפי שנראה להלן, השימוש בקאנון – המאפיין לכאורה גישה פרשנית שמרנית – עשוי להיחשב לפעולה פרשנית אקטיביסטית שכן הוא מונחה תוצאה.²⁷ לא בכדי, כפי שנראה להלן, רק שופט (המסומן כ) "שמרן", הסבור כי אין כל סמכות לבטל חוקי יסוד בשל אי-חוקתיות, יכול לעמוד ללא כחל וסרק מאחורי פרשנות המתחקה באמת אחר כוונת המחוקק מבלי להסתתר מאחורי כלל פרשנות מקיימת.

אנו טוענים על כן כי בניגוד לניסיון להציג דפוסי פרשנות כשמרנים או כאקטיביסטיים, אין פרשנות א' ומולה פרשנות ב' – יש פרשנות. מלאכת הפרשנות, כפי שאנו מראים מתוך עיון בעמדות כל שופטי בית המשפט העליון בעניין עילת הסבירות, היא מלאכה יצירתית שמבוססת על אימוץ כללי הכרעה מסדר ראשון ומסדר שני. הבחירה בין כללי הכרעה אלה במקרה נתון לעולם נתונה לשיקול דעת השופט, ובחירה זו משקפת עמדה ערכית ביחס לתוצאה או ביחס לחשיבות שיש לייחס לכללי הכרעה שונים בעיני השופט. על כן, בחינת פעולת הפרשנות אינה ניתנת לאפיון באמצעות תוויות של אקטיביזם או שמרנות, אלא בהתבוננות על שיקולי ההכרעה המניעים את הפרשן בתוך מתח בלתי נמנע בין לשון החוק והצורך לתת פורקן לתכליות שונות – של המחוקק כמחוקק ושל הפרשן כפרשן. נפנה עתה להדגים את טיעוננו זה באמצעות חוות דעת שופטי בית המשפט העליון, בהרכבו המלא, בפסק הדין בעניין עילת הסבירות.

25 Amy Coney Barrett, *Substantive Canons and Faithful Agency*, 90 B.U. L. REV. 109 (2010).

26 ראו בג"ץ 4562/92 **זנדברג נ' רשות השידור**, פ"ד נ(2) 793, פס' 26 לפסק הדין של הנשיא ברק (1996); וראו להלן טקסט סמוך לה"ש 34.

27 השוו לנטף, לעיל ה"ש 4, בעמ' 208.

ב. פסק הדין בעניין הסבירות: השאלות הפרשניות העיקריות בדיון

תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, קבע כי:

על אף האמור בחוק-יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לא ידון בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר, ולא ייתן צו בעניין כאמור; בסעיף זה, "החלטה" – כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות.²⁸

לצד שאלות חוקתיות ומשטריות מורכבות, פסק הדין עוסק בשאלה פרשנית מרכזית אחת: מהי תכולתה של המילה "סבירות" בהוראת החוק האמורה. במילים אחרות, מהו היקף האיסור שמטיל התיקון על מי שבידו סמכות שפיטה בנוגע לביקורת על החלטות הממשלה והשרים? השאלה הפרשנית לגבי תכולת המילה "סבירות" נובעת, בין השאר, מריבוי המשמעויות שנקשרו ב"עילת הסבירות", ואשר פרקים רבים בפסק הדין עוסקים בה ובוויכוח על אודותיה בפרוטרוט. בבואנו לתאר מחלוקת זו אנו מבקשים להימנע מאימוץ עמדה של אחד הצדדים לוויכוח על השאלה מהי עילת הסבירות עובר לפסק הדין, שאלה שהיא קודמת לשאלה מהי עילת הסבירות שהחוק חל עליה ונפרדת ממנה.

לצורך הבנת עיקרי המחלוקת (מבלי להכריע בה כאן) ניתן להיעזר בחלוקה הבאה. עילת הסבירות כוללת שלושה סוגי היבטים: (1) היבטים של אי-סבירות מהותית: ובהם אי-סבירות כמופרכות או שרירותיות. יש המכנים היבטים אלה – "סבירות נוסח וודנסברי";²⁹ (2) היבטים של אי-סבירות איזונית: כאשר לא ניתן בהחלטה "משקל ראוי" לאינטרסים השונים שעל הרשות להתחשב בהם בעת הפעלת שיקול הדעת. יש המכנים היבטים אלה – "סבירות נוסח דפי זהב";³⁰ (3) היבטים של אי-סבירות הליכית או דיונית:³¹ כאשר נפל פגם בהליך שלפיו יש להחליט, ובכלל זה בזהות הגורמים שאמורים להשתתף בהכרעה, אלה שיש להיוועץ עימם, אלה שיש לשמוע אותם לפני החלטה ואלה שאסור להתחשב בעמדתם, בשל חשש לניגוד עניינים; מועד התחולה של ההחלטה (הסבירות של ההחלטה למפרע או

28 סעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה כפי שהוסף בחוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), ס"ח 3066 התשפ"ג 548.

29 Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation, 1 KB 223 (1948) (להלן: עניין וודנסברי).

30 בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421 (1980); בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, מגלה מחלוקת עמוקה בשאלה האם חלוקה זו אכן משקפת את הפסיקה. ראו לדוגמה שם, בפס' 9 לחוות הדעת של השופטת ברון; שם, בפס' 65 לפסק הדין של השופטת ברק-ארו.

31 ראו יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר א 417 (2003).

ההחלה הנדחית של ההחלטה המינהלית; חובת ההנמקה והיבטים אחרים שקשורים ל"צורה".³²

עיקר המחלוקת הפרשנית בשאלת תכולת התיקון סב סביב השאלה האם "סבירות" כלשון התיקון כוללת גם את ההיבטים של אי-סבירות מהותית. בנוגע לאי-סבירות איזונית לא היה כל ספק כי היא כלולה במונח "סבירות" כאמור בלשון החוק. היבטים של אי-סבירות הליכית זכו לתשומת לב פחותה במסגרת פסק הדין, אם בכלל, והדבר צריך במידת מה להפתיע.

פרט לשאלה הפרשנית עמדה בפני בית המשפט, בין השאר, שאלת הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. כפי שטענו לעיל, ישנו קשר בין השאלות, במובן זה שכאשר הפרשן מחזיק בעמדה שלפיה יש סמכות להכריז על בטלות חוקי יסוד או הוראה מהוראותיהם, אזי אם הוא מחויב לעמדה שלפיה יש למעט בהפעלת סמכות זו (משיקולים שמרניים), הדבר עשוי להעמידו בקונפליקט ביחס למחויבותו לפרשנות הנצמדת לכוונת המחוקק, ככל שכוונה זו אינה מספקת את אותו ה"סולם" להישען עליו על מנת להימנע מהתוצאה של הכרזת בטלות.

בטבלה בנספח א' אנו בוחנים ביחס לכל אחת מ-15 חוות הדעת של שופטי בית המשפט העליון את השאלות הבאות: (1) האם יש סמכות להכריז על בטלות חוק יסוד; (2) האם יש להכריז על בטלות התיקון במקרה דנן; (3) האם יש עיגון לשוני לטענה כי החוק חל רק על סוג אחד של סבירות (היינו סבירות איזונית בלבד); (4) לאילו נתונים יש לתת משקל בקביעת כוונת המחוקק; (5) מה המשקל שיש לייחס לדברי ההסבר בנסיבות העניין ומה עולה מהם; (6) מהי התכלית הסובייקטיבית של התיקון.

להלן המסקנות העולות מן הניתוח המוצג בטבלה. פסק הדין מתאפיין בהסכמה רחבה מאוד בין קבוצת שופטי הרוב בעניין הסמכות, הכוללת 13 מתוך 15 השופטים, לכך שיש סמכות להכריז על ביטול חוק יסוד, אם כי גבולות סמכות זו שנויים במחלוקת בקרב חלק מהשופטים.³³ חמישה מהשופטים הסבורים שיש סמכות כעיקרון, אינם מוצאים לנכון לבטל את התיקון במקרה זה (להלן: קבוצת המיעוט מקרב קבוצת הרוב לעניין הסמכות).

חמשת השופטים שבקבוצת המיעוט מקרב קבוצת הרוב לעניין הסמכות מתפלגים כך: בקרב שלושה מהם הדבר נגזר מעמדתם הפרשנית ביחס לתיקון (השופטים וילנר, כנפי-שטייניץ ושטיין), שלפיה יש עיגון לשוני לטענה כי החוק חל רק על סוג אחד של אי-סבירות (אי-סבירות איזונית). שופט אחד (השופט אלרון) אינו מוצא לנכון לבטל את התיקון בשל היעדר בשלות, אך סבור כי לכאורה אין עיגון לשוני לטענה כי החוק חל רק על סוג אחד של אי-סבירות. שופט נוסף (השופט

³² ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 50: ההצעה לביטול תחולת עילת אי-סבירות על החלטות הממשלה, השרים ונבחרי ציבור אחרים" (הופץ ביום 25.6.2023), <https://www.lawprofsforum.org/post/pp50>.

³³ לגבי עמדתו של השופט אלרון בנושא, ראו להלן, ה"ש Error! Bookmark not defined.

כשר) אינו מוצא לנכון לבטל את התיקון בשל אי-עמידה בסטנדרט החוקתי להכרזה על ביטול חוק יסוד, תוך שהוא אינו מכריע בשאלה הפרשנית.

קבוצת הרוב מקרב קבוצת הרוב לעניין הסמכות, המונה שמונה שופטים, סבורה כי יש סמכות ונכון להפעילה במקרה זה, וכן כי אין עיגון לשוני לטענה כי החוק חל רק על סוג אחד של סבירות.

מקרב קבוצת המיעוט לעניין הסמכות, היינו שני השופטים הסבורים שאין כלל סמכות להכריז על בטלות חוק יסוד, שופט אחד (השופט סולברג) סבור כדעת קבוצת הרוב מקרב קבוצת הרוב לעניין הסמכות כי אין עיגון לשוני לטענה כי החוק חל רק על סוג אחד של סבירות, והאחר (השופט מינץ) סבור כדעת קבוצת המיעוט מקרב שופטי הרוב לעניין הסמכות כי יש עיגון לטענה זו.

היחס לדברי ההסבר ולמקורות (הנתונים) שלהם יש לתת משקל בעת קביעת כוונת המחוקק שנוי במחלוקת בין השופטים: יש שופטים הסבורים כי לדברי ההסבר אין משקל, בין משום שנוסחו על ידי הייעוץ המשפטי לוועדת הכנסת (ועדת החוקה במקרה זה) ואינם משקפים את עמדת המחוקק (השופט סולברג), ובין משום שהגם שעולה מהם פרשנות צרה לתכולת ה"סבירות", אין להעניק להם משקל בנסיבות העניין נוכח נתונים אחרים על אודות כוונת המחוקק (השופטים עמית, פוגלמן, כבוב, ברון). שופטות אחדות סבורות שמדברי ההסבר לא עולה בהכרח פרשנות צרה (הנשיאה חיות והשופטת רונן), ואילו שופטים אחרים סבורים שמדברי ההסבר בהכרח עולה פרשנות צרה ויש לתת להם משקל בנסיבות העניין (השופטים וילנר, שטיין, כנפי-שטייניץ ומינץ). את עמדת ארבעה מן השופטים בנוגע לדברי ההסבר לא ניתן לחלץ באופן ברור (השופטים גרוסקופף, ברק-ארז, כשר ואלרון).

מבחינת איתור התכלית הסובייקטיבית של התיקון, ארבעה שופטים סבורים כי היא עשויה להיות ביטול הסבירות האיונית בלבד (השופטים וילנר, כנפי-שטייניץ, שטיין ומינץ), ואילו לשיטתו של השופט שטיין הדבר אינו משתמע לשתי פנים. השופטות וילנר וכנפי-שטייניץ טוענות כי הן מאמצות "פרשנות מקיימת" המאפשרת לראות בתיקון כמבטל אך את הסבירות נוסח דפי זהב. לפי כלל הפרשנות המקיימת "עדיפה פרשנות סבירה של חוק על פני הכרעה בשאלת חוקתיותו" [ההדגשה הוספה].³⁴ נדרש לפיכך להודות, והשופטות נמנעות מכך, כי זוהי פרשנות סבירה לקבוע כי התכלית הסובייקטיבית נוגעת לביטול הביקורת השיפוטית מכל עילת סבירות שהיא.³⁵ השופטים שטיין ומינץ נכונים לאמץ את גישת "הפרשנות המקיימת" מתוך שהיא הקרובה ביותר לעמדתם. לעומתם, השופט סולברג אינו מוצא לנכון לאמץ את התכלית הסובייקטיבית הצרה או את הפרשנות המקיימת, אך לדבריו ראוי היה כי לאור דעת הרוב היו השופטים מוסיפים בשולי

34 עניין זנדברג, לעיל ה"ש 26.

35 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 38 לפסק הדין של השופטת וילנר; וכן ראו שם, בפס' 78 לפסק הדין של השופט כבוב.

פסק הדין כי מעתה והלאה יסיגו את הגלגל לאחור ולא ישתמשו עוד בעילת הסבירות נוסח דפי זהב, וזאת כדרך לעשות "כמידת היכולת" על מנת "להגשים את רצונו של המכונן".³⁶

את שני הפרקים הבאים נקדיש לבחינת עמדתם הפרשנית של שניים מסמני ההתנגדות הבולטים לאקטיביזם השיפוטי בנוגע לפרשנות – השופטים שטיין וסולברג. נבחן האם יש בידם להציע פרשנות שמרנית שאינה אקטיביסטית לשאלות שעל הפרק.

ג. גישתו הפרשנית של השופט שטיין מול תורתו הפרשנית של פרופ' שטיין

בפסק דינו קובע השופט שטיין כי "כל מעשה חקיקה של הכנסת – חוק רגיל, ואפילו חוק יסוד – כפוף לגבולות ההסמכה שנקבעו בהכרזת העצמאות",³⁷ ולכן בית המשפט מוסמך לבטל מעשי חקיקה. עמדה זו, שאותה השמיע לראשונה השופט שטיין זמן קצר לפני כן בעניין **חוק טבריה**,³⁸ מייחסת להכרזה "מעמד חוקתי מכונן כ'כלל ההכרה' הבסיסי: נורמת יסוד עליה עומד המשפט הישראלי כולו".³⁹ זו עמדה פורצת דרך, והיא בוודאי אינה שמרנית, אולם היא אינה במוקד עיונו.⁴⁰ משלטעמו של השופט שטיין ניתן להורות על בטלות חקיקה, כולל חקיקת יסוד, שאלת פירושה הנכון של ההוראה עומדת על כן במרכז פסק דינו.⁴¹ הוא מדגיש כי אילו הייתה הפרשנות הנכונה של ההוראה משום הענקת חסינות מלאה, או כמעט מלאה, מפני ביקורת שיפוטית, כפי שטוענים העותרים וכפי שאישר בפני בית המשפט ח"כ שמחה רוטמן "מטעם ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, שבראשה הוא עומד", כי לכך הייתה "כוונתם של הוגי ההוראה החוקתית החדשה",⁴² הוא לא היה מהסס לקבוע כי הכנסת לא הייתה מוסמכת לכונן אותה.⁴³ ואולם, כך הוא קובע, הוראת התיקון "לפי פירושה הנכון, לא נפגמה בחוסר סמכות".⁴⁴

36 שם, בפס' 250 לפסק הדין של השופט סולברג. לדרך אחרת שבה הלך השופט סולברג כדי להימנע מביטול חוק, ראו חוות דעתו בבג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (נבו 9.6.2020).

37 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 12 לפסק הדין של השופט שטיין.

38 חוק הרשויות המקומיות (בחירות) (תיקון מס' 53), התשפ"ג–2023, ס"ח 3057.

39 בג"ץ 5119/23 **התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת**, פס' 23 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 26.10.2023) (להלן: **עניין חוק טבריה**).

40 ראו בהקשר זה: ברק מדינה "פסק-הדין של השופט שטיין בעניין מעמדה של הכרזת העצמאות" **בלוג המרצים למשפטים של האוניברסיטה העברית** (21.12.2023), <https://tinyurl.com/yku9wvwm>; צבי כהנא "מתחת לרדאר: פסק הדין המהפכני של השופט השמרן" **מקור ראשון** (11.12.2023), <https://www.makorishon.co.il/opinion/708373>.

41 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, כפי שמציין השופט גרוסקופף, בפס' 66 לחוות דעתו, בהתייחס לפס' 7–8 לפסק הדין של השופטת וילנר ולפס' 98–99 לפסק הדין של השופט שטיין.

42 שם, בפס' 33 לפסק הדין של השופט שטיין.

43 שם, בפס' 102. כן ראו שם, בפס' 55 לפסק הדין של השופטת וילנר.

44 שם, בפס' 13 לפסק הדין של השופט שטיין.

לגישתו של השופט שטיין, הגישה הראויה לעילת הסבירות, אשר נשתמרה בעינה לפי פרשנותו לתיקון לחוק היסוד ולא נשללה במסגרתו, אינה רואה בחוסר סבירות קיצוני עילה עצמאית להתערבות בהחלטת הרשות. לפי מה שהוא מכנה "הגישה הראייתית" להפעלתה של דוקטרינת הסבירות, יש לשאול ביחס להחלטה של רשות: האם עסקינן בהחלטה שעל פני הדברים מתקבלת על הדעת? אם המענה הוא שלילי – "ברי הוא כי לפנינו החלטה שלבטח נפגמה בפגם כלשהו כדוגמת שרירות, זדון, חוסר תום לב, שיקולים זרים, התעלמות משיקול ענייני או הפליה". כך, "חוסר סבירות קיצוני מוכיח את קיומו של אחד הפגמים הקונקרטיים בהחלטת הרשות".⁴⁵ לטעמו, ההוראה נושא הדיון מבטלת רק את עילת חוסר הסבירות הקיצוני כעילה עצמאית להתערבות בהחלטת הרשות, היינו רק את "הסבירות האיונית". זאת, תוך שאין בה כדי לפגוע בגישה הראייתית לסבירות כך שהיא אינה חוסמת שום טענה שמייחסת להחלטת ממשלה או שרים שרירות, חוסר תום לב, הפליה, שיקולים זרים, אי-שקילת שיקולים מהותיים או הפרת כללי הצדק הטבעי, ואינה מונעת את הוכחת הפגמים האמורים על ידי היות ההחלטה מעוותת, אבסורדית ומופרכת על פניה.⁴⁶

כיצד מצדיק השופט שטיין את אימוצה של פרשנות לתיקון הנוגדת בבירור ובפירוש את עמדתו הברורה של חה"כ רוטמן אשר הביאה בפני בית המשפט "מטעם"⁴⁷ ועדת החוקה? הכול נובע מהסתמכותו בבחינת חזות הכול על דברי ההסבר של הצעת החוק. לדבריו, התכלית הסובייקטיבית של חוק כזה או אחר אינה מצויה "אלא בהחלטתם של חברי הכנסת להצביע בעד חקיקת החוק לאור האמור בהצעת החוק ובדברי ההסבר אשר מלווים אותה".⁴⁸ כפי שנראה להלן, בנסיבות העניין, עמדה זו, הנסמכת לכאורה על גישת הפרשנות ההסתברותית של פרופ' שטיין, מעידה על סתירה פנימית בין המהות למתודולוגיה הטמונה בגישה. כאשר, כפי שהיה במקרה זה, דברי ההסבר אינם עולים בקנה אחד עם עובדות אמפיריות של תקשורת פומבית של המחוקק כפי שביטאם בהליך החקיקה, אין מקום לייחס להם משקל ראייתי להוכחת המשמעות הפומבית שיש לייחס לחוק. כך, ייחוס משקל

45 שם, בפס' 92.

46 שם, בפס' 104. לביקורת על אפשרויות פרשניות כאלה ראו למשל, שם, בפס' 15 לפסק הדין של מ"מ הנשיאה פוגלמן.

47 אפשר בהחלט לחלוק על כך שיו"ר ועדה יכול לייצג את עמדת הוועדה שהוא עומד בראשה, אם הוא אינו מתייחס לוועדה כגוף קולגיאלי. על הוועדה כגוף קולגיאלי ראו אורי אהרונוסון, איתי בר-סימן-טוב, עדן ישראלי לוי, רונית לוי-שנור, דורין לוסיטג ואיסי רוזן-צבי "מחוקתיות פוגענית להליך חוקתי ראוי: נורמות הליכיות בחקיקת חוקי יסוד ובחקיקה במסלול ועדה" **עיוני משפט** מח (עתיד להתפרסם),

https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/mkh-1/aronson_and_others.

48 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 110 לפסק הדין של השופט שטיין.

ראיתי מכריע לדברי ההסבר איננו מספק את הדרישה המהותית להסתמך על המשמעות הפומבית של החוק כפי שתיקשר אותה המחוקק.⁴⁹

תורת הפרשנות ההסתברותית

במהלך הדיון שהתקיים בבית המשפט העליון בעתירות בעניין התיקון התפתח דיאלוג מעניין ואף מפתיע בין השופט שטיין לחה"כ רוטמן, יו"ר ועדת חוקה.⁵⁰ במרכז דבריו של השופט שטיין עמדה שאלתו איזו פרשנות יש או ניתן לצקת לתיקון. בפרט – האם כוונתו של התיקון היא לבטל את הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית מכול וכול, או רק את הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית במובנה לאחר פסק הדין בעניין דפי זהב, היינו תוך חזרה להלכת וודנסברי.

השופט שטיין פנה לחה"כ רוטמן ואמר לו כך: "יש לי כמה שאלות לאדוני, על מה התכוונתם להגיד בחוק הזה?", והמשיך: "האם נכון יהיה לפרש את הכוונה שלכם כך שרציתם לחזור לוודנסברי ולדין שקדם למהלך שנעשה בדפי זהב?" [ההדגשות הוספו].⁵¹ גם שופטים אחרים שנו ושאלו את חה"כ רוטמן שאלות דומות לגבי "כוונת המחוקק".⁵² כך למשל, כאשר נשאל חה"כ רוטמן על ידי השופטת ברוך: "כתוב בחוק שבית משפט לא ידון בעניין סבירות החלטה של ממשלה ושריה. אדוני אומר מה לי סבירות כזו מה לי סבירות אחרת" [ההדגשות הוספו], השיב חה"כ רוטמן: "אכן. אמת ויציב". והנשיאה חיות הוסיפה: "בל יראה ובל ימצא".

מדוע עשו זאת? מהו הערך הראיתי של דבריו של חה"כ רוטמן בדיון כעת בנוגע לחוק שכבר נחקק? אף כי ההתרחשות כולה – שבה חה"כ רוטמן כמחוקק נשאל בידי השופטים לעמדתו של "המחוקק", וזאת בפרט בשעה שוועדת החוקה מיוצגת בדיון על ידי נציג הכנסת – היא למיטב ידיעתנו חריגה ומערערת סדרי יסוד, וביחס לשופט שטיין עולה שאלה ייחודית, לאור אופי גישתו הפרשנית.

במאמר אקדמי שפרסם לא מכבר, פיתח פרופ' שטיין שיטת פרשנות המבקשת לאתגר את שיטות הפרשנות המסורתיות מפרספקטיבה חדשה.⁵³ לפי גישתו, שאותה הוא מכנה "פרשנות הסתברותית" (Probabilism), יש ליישם עקרונות מדיני הראיות

49 השופט אלרון מצביע על כך שקיימת "אי-התאמה מסוימת בין דברי ההסבר [...] לבין נוסח הסעיף". שם, בפס' 18 לחוות דעתו. כך גם בפס' 49 לפסק הדין של השופט עמית ובפס' 30 לפסק הדין של השופטת כנפי-שטייניץ ("[...] הפער בין נוסחו הגורף של התיקון [...] לבין דברי ההסבר של החוק [...]").

50 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת ותיקים נוספים, דיון מיום 12.9.2023; ראו דוברות הרשות השופטת "דיון בבית המשפט העליון בעתירות נגד תיקון מס' 3 לחוק היסוד: השפיטה בעניין עילת הסבירות" YouTube (12.9.2023) <https://www.youtube.com/watch?v=prX5ctVAI1w&t=27530s> (להלן: ההקלטה).

51 שם, החל מ-1:49:00 להקלטה.

52 שם, ראו לדוגמה את שאלתו של השופט סולברג, החל מ-1:50:52 להקלטה.

53 Stein, לעיל ה"ש 14; וראו גם המקורות הנוספים המוזכרים לעיל ה"ש 14.

על תחום הפרשנות המשפטית. בהקשר של פרשנות תחיקה, יש לבחון מהי ההסתברות, מבחינת מידת התמיכה הראייתית, שהמחוקק ביקש להעביר מסר מסוים ולא אחר בבוחרו במילים ובמשפטים מסוימים. משדורגו החלופות מבחינה הסתברותית, יש להעדיף את הפרשנות שהסתברותה הגבוהה ביותר.

תזה זו רואה בטקסטים משפטיים כמסרי תקשורת של המחוקק,⁵⁴ כאשר המטרה העיקרית של שופטים העוסקים בפרשנות החוק היא לחשוף את הכוונה הנכונה ביותר עובדתית הטמונה במסר.⁵⁵ לשם כך, הדוקטרינה פועלת בשני שלבים: בשלב הראשון יש להתחקות אחרי כוונת המחוקק באמצעים אמפיריים. אם השופט מצא שיש כמה פרשנויות מסתברות ושקולות לטקסט, עליו לפנות לשלב הבא. בשלב השני על השופט לפנות לכללים "שוברי שיווין" כגון הייחוס המשפחתי של המושג, ומקסום הרווחה המצרפית.⁵⁶

לצורך התחקות אמפירית אחר כוונת המחוקק, מדגיש פרופ' שטיין במאמרו, יש לתת קדימות לרשומות רשמיות ופרסומים היסטוריים, שכן אלה בעלי סטנדרטים ראייתיים אמינים יותר מאשר כל עדות פרטית:

First, and most importantly, those rules should generally prioritize official records and peer-reviewed historical publications over any private opinion evidence offered by a self-motivated litigant.⁵⁷

לכאורה, עמדה זו משתקפת בפסק דינו של השופט שטיין בעניין הסבירות, שם הוא מתעדף את דברי ההסבר להצעת החוק על פני כל מידע אחר, ובפרט על פני דבריו של חה"כ רוטמן בדיון בפניו.⁵⁸ אכן, במאמר מחדד פרופ' שטיין כי שופטים צריכים

54 Stein, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1394. במאמרו, מזהה פרופ' שטיין את ההליך הפרשני כתקשורת בין המחוקק לציבור: "[P]robabilism maintains that judges should view legal rules as a means of communication between individuals. The parties to that communication are the lawmakers, who give their commands in the form of rules, and the individuals who receive those commands. What these commands say and do not say is a purely empirical fact"

55 יש בגישה התקשורתית שנוקט שטיין במאמר משום הפחתה בערך של מנגנונים מוסדיים שכן לפיה חוק עובר רדוקציה לתקשורת בין-אישית. תודה לרפי רוניק על הערה זו.

56 איננו דנים כאן בהצדקות לגישה פרשנית זו או במגבלותיה. ראו בהקשר זה רבקה ווייל "ארבע זוויות לאיתגור גישתו הפרשנית של השופט שטיין" ICON-S-IL Blog (23.1.2023).

57 Stein, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1409.

58 לגישה שלפיה בפרשנות חוקי יסוד יש לתת לטקסט החוקתי "משמעות המשקפת איזון בין ההיסטוריה של התפתחותו, תכליתו האובייקטיבית ועקרונות היסוד של השיטה", כל עוד יש לאפשרות זו עיגון חוקתי, ראו בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 72, 80 לפסק הדין של השופט מינץ. לעומת זאת, ראו בפס' 22 לפסק הדין של השופט ברוך ("ואולם בהינתן התכלית הסובייקטיבית המובהקת של התיקון לחוק היסוד, כמפורט לעיל, מתן הבכורה לתכלית האובייקטיבית של החוק אינה אלא כחיבת חוק-יסוד חדש – וזאת בוודאי שאין בסמכותו ולא מתפקידו של בית המשפט העליון" [ההדגשה במקור]). וראו עוד בהקשר זה להלן ה"ש 118.

להיזהר מחיווי דעה פרטיים כראיות לפירוש כללים או נורמות חוקתיות, משום שחיווי דעה אלה אינם תואמים את סטנדרט האמינות הנחוץ המתקיים במסמכים הרשמיים. פרופ' שטיין עומד על כך שעדויות של מתדיינים בעלי מוטיבציה-פרטית ושל אנשי צוות המעורבים בהליך החקיקה הן גם משרתות אינטרסים פרטיים וגם ספקולטיביות, ולכן אין להישען עליהן, למעט מקרים חריגים:

Private opinion evidence as to what a statutory or constitutional rule means to say generally fails to satisfy the credibility standards met by official records and professional expert testimony. Such evidence is both self-asserting and speculative. More often than not, it is offered on a 'believe me' basis and can neither be verified nor refuted on empirical grounds. For that reason, judges should not rely on it in ascertaining the meaning of the law, save for very exceptional cases.⁵⁹

משכך, פנייתו של השופט שטיין אל חה"כ רוטמן לשמוע ממנו "למה התכוונתם" מעוררת לכאורה קושי.⁶⁰ לפי עמדתו של פרופ' שטיין, דבריהם של בעלי עניין ומתדיינים כעדות בעל פה, הם לכאורה בעלי ערך ראייתי נמוך ביותר, אם בכלל, לצורך איתור הסתברותי של כוונת המחוקק. ואולם, ניתן להשיב לכך כי כיוון שהמטרה היא כוונת המחוקק שאותה ביקש לתקשר, אין לראות בעדותו של חה"כ רוטמן כעדות "רגילה" של מתדיינים, במובן של אנשים חיצוניים להליך החקיקה. עדותו של חה"כ רוטמן כיו"ר הוועדה מאפשרת לבית המשפט להיחשף לכוונת המנסחים במובן של זיהוי המשמעות שביקש מנסח המילים לתקשר.⁶¹ לכן, נאמנות לשיטתו של פרופ' שטיין המתמקדת בתקשורת בין המחוקק לפרט מחייבת להעניק משקל משמעותי לעדויות המשקפות באופן ישיר ולא מתווך את כוונת המחוקק. ניתן למצוא תימוכין לכך בשלושה טעמים. ראשית, אף שטיין מסביר כי ייתכנו "מקרים חריגים", שבהם עדויות בעל פה יקבלו משקל ראייתי בעת "חשיפת" הטקסט על ידי הפרשן.⁶² שנית, לפי הגישה הראייתית יש להעדיף את הראיה הטובה ביותר ולא "עדות שמועה", ומה היא אם לא דברי המחוקק בכבודו ובעצמו? שלישית, כפי שהתברר במשפט, לא ניתן להסתמך על דברי ההסבר כמקור לביטוי עמדת המחוקק.

59 Stein, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1409.

60 ודוק: הקושי נובע מאי-בהירות בנוגע ליישום דיני הראיות בהקשרה של הפרשנות ההסתברותית. מתוך המאמר עולה אי-בהירות פרוצדורלית הנוגעת לסדר הפעולות בטיפול בראיות – האם לפסול על הסף או לשמוע ואז להחליט על המשקל.

61 Stein, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1409.

62 שם.

משקל דברי ההסבר כביטוי תקשורת של המחוקק

כאשר חה"כ רוטמן הציג לראשונה את הצעתו לוועדת החוקה להכין הצעת חוק לביטול עילת הסבירות, ביום 17.1.2023, וגם כאשר הציגה בפעם השנייה (אז נדונה למעשה לראשונה), ב-20.6.2023, היא הוצגה ללא דברי הסבר כלל או מצע לדיון.⁶³ הצבעת חברי הוועדה על אישור ההצעה כהצעת חוק מטעם ועדה נעשתה מבלי שדברי ההסבר הונחו בפניהם.⁶⁴ רק כאשר פורסמה הצעת החוק לקריאה הראשונה ברשומות, נכללו בה דברי ההסבר. מניין הגיעו אלה? בעת הדיון פונה השופט שטיין לחה"כ רוטמן ושואל אותו "שאלה עובדתית, שאלה אמפירית": "אני קורא את דברי ההסבר להצעת החוק והשאלה שלי מי כתב אותם. זה מטעם הוועדה מה שנכתב בדברי ההסבר?". כלומר, השופט שטיין מבקש, לכאורה, בהתאם לשיטתו, להעריך את המשקל הראייתי שיש לייחס לדברי ההסבר. כאן חה"כ רוטמן משיב כי:⁶⁵

דברי ההסבר אינם נכתבים מטעם הוועדה. דברי ההסבר נכתבים על ידי הייעוץ המשפטי לוועדה, לא בהחלטת חברי הוועדה ואף לא בהחלטת יו"ר הוועדה. [...] המעורבות בכתיבתם לא קיימת או דלה [...] מי שחתום על דברי ההסבר זה הייעוץ המשפטי, הם משקפים את עמדתם, את תפיסתם בנוגע לחוק [...] אם היו שואלים אותי בהצעות חוק מטעם ועדה כדי לזהות את כוונת המחוקק הייתי מסתמך יותר על פרוטוקולים ועל הדיונים [ההדגשות הוספו].⁶⁶

אף השופט סולברג מציין בפסק דינו כי לאור הנתון העובדתי, שלדבריו הופתע לגלותו,⁶⁷ שלפיו בהצעות חוק פרטיות ובהצעות חוק של ועדה, דברי ההסבר מנוסחים על ידי הייעוץ המשפטי לוועדה, יש בכך כדי לבחון האם, ועד כמה יש ליתן מקום לדברי ההסבר במסגרת ההליך הפרשני, קרי, במסגרת איתור "התכלית הסובייקטיבית". לאור כך, לשיטתו של השופט סולברג, נוהג זה למעשה מרוקן מתוכן את ההבחנה המסורתית בין תכלית סובייקטיבית לאובייקטיבית, שכן דברי ההסבר – שאמורים לשקף את כוונת המחוקק – מנוסחים על ידי גורם חיצוני המפרש את החוק באופן אובייקטיבי, מה שמערער את יכולת הפרשן להסתמך על

63 אהרונסון ואח', לעיל ה"ש 47.

64 ההצבעה התקיימה ביום 4.7.2023, ודברי ההסבר פורסמו ביום 5.7.2023. במילים אחרות, הוועדה לא אישרה את דברי ההסבר.

65 להתייחסות לדברים אלה ראו גם בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 120 לפסק הדין של השופט עמית.

66 לפי עמדת הכנסת בהליך (במסגרת השלמת הטיעון מטעמה), גם ביחס להצעות חוק פרטיות מנוסחים דברי ההסבר, באופן בלעדי, על ידי הייעוץ המשפטי לוועדה. ראו שם, בפס' 165 לפסק הדין של השופט סולברג.

67 ראו גם שם, בפס' 167.

אותם דברי הסבר ככלי לחשיפת התכלית הסובייקטיבית של החוק.⁶⁸ יצוין כי בהקשר זה, יש להתפלא על עמדתה של השופטת וילנר, אשר מצד אחד מייחסת משקל מרכזי לדברי ההסבר,⁶⁹ ומצד שני מסתייגת ממתן "משקל ממשי" לעמדותיהם של היועצים המשפטיים במסגרת הליך החקיקה (אשר הבהירו כי הניסוח איננו מסווג לסבירות ממין מסוים), אשר אינם, לדבריה "חלק מהגוף המחוקק".⁷⁰

לפיכך, לשאלתו של השופט שטיין, התשובה לשאלה האמפירית מי כתב את דברי ההסבר, היא – לא הוועדה. מכל מקום, גם לו הייתה זו הוועדה, עולה השאלה האם הוועדה היא "המחוקק", כך במיוחד כאשר ועדת החוקה אינה פועלת כגוף קולגיאלי החוצה קווי קואליציה-אופוזיציה.⁷¹ החשש שמעלה השופט סולברג, שלפיו "שמא ואולי, לעיתים מתוך תחושת שליחות, רצון לתקן עולם, גורם כלשהו בייעוץ המשפטי לוועדה, עשוי לעשות שבת לעצמו, ולנסח ביועצין דברי-הסבר שאינם תואמים לעמדת חה"כ היוזם, וגם לא לעמדתם של שאר חברי הוועדה",⁷² אינו מביא בחשבון את העובדה כי המדובר בחקיקה במסלול ועדה אשר לפי דפוס עבודתה המסורתי היא פועלת כגוף קולגיאלי. לכן, רצונו אולי של הייעוץ המשפטי לכוון בדברי ההסבר למובן "אמצעי" או פשרני ביחס לחקיקה המיועדת, נעשה מתוך רצון להביא להסכמה בין חלקי הוועדה.⁷³ מכל מקום, לאחר פרסום דברי ההסבר במהלך הדיונים בוועדה בהכנה לקריאות השנייה והשלישית, הבהיר היועץ המשפטי לוועדת החוקה, כי "נוסח התיקון לא מותיר ביחס לנבחרי ציבור עילה של חוסר סבירות קיצונית במובן של מופרכות".⁷⁴ לכן, קובעת הנשיאה חיות, "בראית הייעוץ המשפטי לוועדה, אשר ניסח את דברי ההסבר [...] האזכור של עניין דפי זהב בדברי ההסבר אין משמעו כי התיקון נועד לחול על עילת הסבירות רק במובן אשר נדון באותו עניין".⁷⁵

זאת ועוד, דברי ההסבר משקפים, לכל היותר, את הכוונה ביחס להצעת החוק בקריאה הראשונה. ככל שיש שוני בנוסח בקריאות השנייה והשלישית, שוני זה אינו

68 שם, בפס' 170. וראו בהקשר זה תגובתה של השופטת וילנר, שם, בפס' 96 לחוות דעתה, הסבורה כי זהות מנסח דברי ההסבר כלל אינה רלוונטית, שכן "משקלם הפרשני של דברי ההסבר שמור להם בשל העובדה כי אלה ניצבו לנגד עיני חברי הכנסת בעת ההצבעה, וסייעו להם, לצד לשון החוק, להבין את פשרו ולגבש את עמדתם ביחס אליו". אולם, כפי שנראה להלן, במקרה זה "ניצבו" בפני חברי הכנסת בקריאות השנייה והשלישית דברי הסבר אחרים.

69 שם, בפס' 50 לפסק הדין של השופטת וילנר. ראו גם שם, בפס' 79 לפסק הדין של השופט מינץ.

70 שם, בפס' 96 לפסק הדין של השופטת וילנר. ראו בהקשר זה את ביקורתו של מ"מ הנשיאה פוגלמן, שם, בפס' 17 לחוות דעתו.

71 ראו אהרונסון ואח', לעיל ה"ש 47.

72 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 171 לפסק הדין של השופט סולברג.

73 ראו אהרונסון ואח', לעיל ה"ש 47.

74 פרוטוקול ישיבה 121 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25, 11 (28.6.2023).

75 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 130 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

משתקף בכתיבה מחדש של דברי ההסבר.⁷⁶ העובדה כי במקרה זה, לדוגמה, הצעת החוק לא רק שלא רוככה לקראת אישורה הסופי, אלא אף הוחרף נוסחה,⁷⁷ שכן הוטמעה בה הגדרת "החלטה" – "כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות", היא כשלעצמה נתון אמפירי שערכו עשוי לדרוס את ערכם של דברי ההסבר. המקרה הנדון ייחודי גם בהיבט נוסף, שעליו נעמוד עתה. כבר בזמן אמת בעת ההצבעה בקריאות השנייה והשלישית, עמד חה"כ רוטמן על כך שדברי ההסבר אינם משקפים את כוונת המחוקק.⁷⁸ בהופעתו בפני מליאת הכנסת להצגת החוק לקריאות הקובעות, הסתייג חה"כ רוטמן באופן ברור מדברי ההסבר הרשמיים והעמיד תחתם את דברי ההסבר "שלו". יש להדגיש, כי חה"כ רוטמן היה מודע היטב לכך שדברי ההסבר נוסחו על ידי הייעוץ המשפטי לוועדה (ואינם מייצגים את עמדת חברי הכנסת שכן לא נוסחו על ידם) – עובדה אשר הייתה נסתרת מידעת השופטים במשך עשרות שנים שבהן הסתמכו על דברי הסבר, עד שכאמור כך נאמר להם בדיון בעל פה מפי חה"כ רוטמן עצמו.⁷⁹

חה"כ רוטמן הסביר כי דבריו בנוגע לתיקון, אשר אין בהם צמצום של ביטול עילת הסבירות במובן של "חזרה לוודנסברי", אלא ביטולה של העילה, כך שרשות שיפוטית לא תוכל לדון בעניין סבירות החלטת הממשלה, ראש הממשלה או השרים, "בין אם מכוח עילת הסבירות המקורית ובין אם מכוח עילת הסבירות החדשה" – הם המשקפים מבחינת אלה שהצביעו בעד החוק "ואני חושב שאני מדבר בשם חבריי לקואליציה בוודאי, את העקרונות ואת היסודות שבבסיס ההצעה הזו".⁸⁰

76 יוסף וקברטץ-אברהם מדגישות את העובדה כי דברי ההסבר נכתבים לקראת ההצבעה בקריאה ראשונה ואינם מעודכנים לאחר מכן כאחד הטעמים להסתייגות מדברי ההסבר כמקור ללמוד ממנו על כוונת "המחוקק", לצד טעמים נוספים: הם אינם אחידים במידת הפירוט ובתוכן שלהם, לעיתים כוללים טעמים נורמטיביים התומכים בהצעה ולעיתים לא; ומיועדים לקהלים שונים שבית המשפט המפרש הוא רק אחד מהם. ראו כל יוסף ונועה קברטץ-אברהם "פרשנות תכליתית החותרת תחת התכלית: על מעמדם של דברי ההסבר בחוק ובפסיקה" **עיוני משפט** 5, 25–30 (2022). כן ראו רפי רוזניק "האם הפרשנות התכליתית היא הדין?" **משפטים** (טרם פורסם).

77 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 1, בפס' 139 לפסק הדין של הנשיאה חיות.
78 ראו גם שם, בפס' 14 לחוות דעתה של השופטת רונן; בפס' 19, 21 לפסק הדין של השופטת ברון, ובפס' 86 לפסק הדין של השופט כבוב.

79 שם, בפס' 157, 162 לפסק הדין של השופט סולברג. ראו גם לעיל ה"ש 67.
80 להתבטאויות נוספות של חברי הכנסת שתמכו בחוק ראו ד"כ 23.7.2023, 552; ד"כ 3.7.2023. ראו את עמדתו של חה"כ ישראל אייכלר, שם, בעמ' 153 וכן, עמדתו של חה"כ ניסים ואטורי, שם, בעמ' 198; השוו: ריאיון של חה"כ ניסים ואטורי, **כאן ב'** 95.5 מיום 21.7.2023, מוזכר אצל בן כספית (@bencaspit) **פייסבוק** (21.7.2023), <https://www.facebook.com/watch/?v=689557623023080&ref=sharing>; וכן ד"כ 17.7.2023. ראו את עמדתו של חה"כ דוד אמסלם, בעמ' 40–41; פרוטוקול מס' 112 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט (28.6.2023): ראו את עמדתו של חה"כ חנוך דב מלביצקי, וכן את עמדתו של חה"כ עמית הלוי; פרוטוקול מס' 126 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט (16.7.2023): ראו את עמדתו של חה"כ רוטמן לגבי האפשרות לצמצם, כפי שהיא מוצגת

כפי שכתב לאחר מכן (ביום הדיון בעתירות) עוזרו של חז"כ רוטמן, שמעון נטף, המוזכר בנאומו של רוטמן בכנסת כמי שסייע בידו לנסח את דברי ההסבר "שלו" –

למעשה כל הסיבה שבגללה ניסחנו דברי הסבר משלנו לקראת הקריאה השנייה והשלישית היא בגלל חוסר שביעות הרצון מדברי ההסבר שניסחו ביעוץ המשפטי לקראת הראשונה. התברר היום שצדקנו. זה בדיוק כל העניין. [ההדגשות הוספו].⁸¹

לכן, כשאומר השופט שטיין במהלך הדיון: "אני קורא את הצעת החוק שהייתה מונחת, אני מניח, בפני חברי הכנסת שהצביעו בעד ההצעה הזו. ועדיין אני מאמין גדול כמי שמפרש חוקים בין היתר לאור האמור בהצעת חוק, שזה לא יד נעלמה שכתבה אותם אלא הייתה כוונת מכוון" – הרי שעובדתית, אמפירית, לא כך היה.

מהות ומתודולוגיה בפרשנות הסתברותית כגישה שיפוטית

לטענתנו, לאור המגבלות המובנות של דברי ההסבר הרשמיים כפי שנחשפו לעיל, הרי שלפי תורת הפרשנות ההסתברותית יש קושי של ממש לייחס להם משקל ראייתי משמעותי. מכל מקום, נאמנות למהות התפיסה הפרשנית הזו החותרת אחר המשמעות הפומבית של החקיקה, כפי שתוקשרה על ידי המחוקק, אינה יכולה מבחינה מתודולוגית להסתמך על דברי ההסבר כאשר משקלם של אלה נסתר מיניה וביה בזמן אמת ובסמוך לאחר מכן על ידי אלה שאת כוונתם יש לפרש.⁸²

בוועדה; תזכיר חוק-יסוד; חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט), וכן הצעת חוק-יסוד פרטית (פ/25/1937) שהונחה על שולחן הכנסת ביום 23.1.2023. בטיסה זו הוצע להוסיף לחוק יסוד סעיף שמספרו 15 ב"כ וכוונתו "ביטול עילת חוסר הסבירות". השו"ב בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 170 לפסק הדין של השופט סולברג; ראו ציטוטים נוספים מוועדת החוקה: שם, בפס' 14–16 לפסק הדין של השופט רות רונן, בפס' 131, 148 לפסק הדין של הנשיאה חיות; בפס' 21 לפסק הדין של השופט ברון; ובפס' 199 לפסק הדין של השופט סולברג; כן ראו "חדשות הכנסת: הצעת החוק לביטול עילת הסבירות אושרה בקריאה ראשונה" (11 ביולי 2023, כ"ב בתמוז התשפ"ג, בשעה 01:00), נאום שר המשפטים יריב לוין לפני ההצבעה על צמצום עילת הסבירות מיום 24.7.2023 על דוכן הכנסת YouTube (24.7.2023), TH1XsyOa4FM, <https://www.youtube.com/watch?v=TH1XsyOa4FM>, (11:57, 12.9.2023), **טוויטר** (@shimonnataf) Shimon Nataf 81, <https://twitter.com/ShimonNataf/status/1701701637499433442>.

82 להבחנה בין דברים מפי המחוקק לפני ואחרי החקיקה, ראו גם את דבריה של השופטת וילנר בבג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 96 לחוות דעתה; כן ראו Stein, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1404–1401. לטענתו של שטיין "סטנדרט ההוכחה" לעניין סבירותה של הפרשנות מחייב, בין היתר, תמיכה ראייתית. במקרי שוויון, הפרשנות ההסתברותית דוחה באופן מפורש שיקולים תועלתניים, כמו למשל תפיסה שלפיה משמעות כלשהי עשויה להיטיב עם החברה.

נדמה שלנוכח ההסבר האמור על ההסתייגות של חה"כ רוטמן מדברי ההסבר שנוסחו על ידי הייעוץ המשפטי לוועדה, מתאימים בהקשר זה במיוחד דבריו של פרופ' שטיין במאמרו המזהירים מפני הסתמכות על עדויות של צוותים מקצועיים:

Under probabilism, judges should also be wary of potentially self-serving evidence coming from staffers entrusted with drafting congressional committee reports and other documents that move the legislative process forward.⁸³

השופט שטיין מציין בדבריו בדיון כי:

ובהצעת החוק נאמר, שחור על גבי לבן,⁸⁴ פסקה שתיים ושלוש, שהכוונה כאן היא לבטל את דוקטרינת האי-סבירות האיונית כפי שנקבעה בפסק דין דפי זהב על ידי השופט ברק כתוארו אז, וזה למעשה, הכוונה היא רק את זה מבטלים וחוזרים למה שהיה קודם שזה וודנסברי [...] נדמה לי לאור כל ההיסטוריה הזו ולאור האמור בהצעת החוק, מישוהו כאן, בין אם זה בוועדה בין אם זה בייעוץ משפטי אבל זה לא משנה עדיין, חברי הכנסת הצביעו עבור משהו שמתיימר לבטל רק פן אחד של נוסחת דפי זהב ותו לא, וזה אומר חוזרים לוודנסברי [ההדגשות הוספו].⁸⁵

אולם, גישה זו אינה יכולה לעמוד בוודאי במקרה זה. חברי הכנסת לא הצביעו עבור משהו שמתיימר לבטל רק פן אחד, אם בזמן אמת עמדו בפניהם דברי הסבר אחרים ואם בזמן אמת הם הסתייגו במפורש מדברי ההסבר שנוסחו על ידי אנשי הצוות

83 Stein, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1409. וראו בהקשר זה גם את דבריו של השופט סולברג בבג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 177 לחוות דעתו.

84 בניגוד לאמור, הדברים לא נאמרו שחור על גבי לבן. בעניין זה יש לתמוה גם על עמדתה של השופטת וילנר, שם בפס' 56 לחוות דעתה, המציינת כי "[...] הכוונה העולה מדברי ההסבר ברורה וחד-משמעית, כבענייננו" (ראו גם שם, בפס' 61), שכן לכל היותר דברי ההסבר קושרים בין הביקורת שנמתחה על עילת הסבירות של עניין דפי זהב לבין התיקון המוצע באמצעות מילת הקישור "לפיכך", העשויה להתפרש במובנים שונים. כך, גם אם תכלית החוק היא ביטול הסבירות האיונית אין זה אומר שבביטולה של הסבירות "במובן זה" מסתפק המחוקק. זאת, שכן גם אם לא נמתחה "ביקורת דומה על עילת הסבירות הצרה" (השופטת כנפי-שטייניץ, שם, בפס' 32 לחוות דעתה), כפי שהבהיר חה"כ רוטמן, הוא אינו רואה דרך שבה תיתכן הפרדה בין מרכיבים שונים של עילת הסבירות, ולכן כדי להגשים את התכלית אין מנוס אלא לבטל את העילה כל כולה. וראו בהקשר זה שם, בפס' 14 לפסק הדין של השופטת רונן ("ניתן לקרוא את ההתייחסות בדברי ההסבר לפסק הדין בעניין דפי זהב ולהתרחבות שחלה לכאורה בהפעלת עילת הסבירות מאז ועד היום, כהתייחסות שנועדה לספק רקע ולהוות בסיס למסקנה לפיה יש לבטל באופן מוחלט את עילת הסבירות ביחס להחלטות של הממשלה, ראש הממשלה ושריה").

85 ראו ההקלטה, לעיל ה"ש 51.

הפרלמנטרי, שבעצמם הבהירו שנוסח התיקון אינו מתיישב עם גישת ה"פן האחד". עובדה זו מתחדדת לאור העובדה שהחקיקה עברה בקולות הקואליציה בלבד, בהצבעה של 64–0, כאשר חברי הקואליציה הצביעו כאיש אחד בשל משמעת קואליציונית הדוקה שעוגנה בהסכמים הקואליציוניים. לכן, כשמדגיש השופט שטיין בפסק דינו כי "החלטתם של חברי הכנסת להצביע בעד חקיקת החוק [היא] לאור האמור בהצעת החוק ובדברי ההסבר אשר מלווים אותה"⁸⁶ – הדברים אינם נכונים עובדתית. הצעת החוק לא הייתה מונחת בפני חברי הכנסת אלא עמדו בפניהם דבריו של חה"כ רוטמן שהוצגו כ"דברי ההסבר" המשקפים מבחינת הקואליציה.

לפיכך, נראה כי הכרעתו של השופט שטיין, הרואה את דברי ההסבר כהסתברות הגבוהה ביותר לחשיפת כוונת המחוקק – אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות גישת הפרשנות ההסתברותית שפיתח פרופ' שטיין. בנסיבות המקרה, כאשר חה"כ רוטמן, מנסח החוק ומקדמו מטעם הקואליציה, הביע עמדה ברורה וחד-משמעית שעמדה בסתירה לדברי ההסבר – מתחייבת דווקא פרשנות הפוכה על פי אותה תורת הפרשנות. בחירתו של השופט שטיין להעדיף את דברי ההסבר על פני כוונת המחוקק המפורשת והמתועדת, מדגימה בעינינו את הפער בין התיאוריה לבין המציאות בפועל. אם מטרתה של הפרשנות היא זיהוי המשמעות הפומבית באמצעות מסרי התקשורת של המחוקק המובעים בחקיקה ובהליך החקיקה,⁸⁷ אזי משקלם של דברי ההסבר לא יכול להיות מוחלט ובלתי תלוי בנסיבות ובכלל מסרי התקשורת של המחוקק בהליך החקיקה. השופט פרופ' שטיין הבין זאת אינטואיטיבית כשלא התאפק ושאל את חה"כ רוטמן באולם לכוונתו, אך בפסק הדין נחלש האיחוד בין השניים.

לסיכום, נראה כי גישתו הפרשנית של השופט שטיין אינה יכולה לעלות בקנה אחד עם תורתו הפרשנית של פרופ' שטיין. הלכה למעשה, השופט שטיין יוצר נורמה בלי טקסט, עת שהוא מעניק לתיקון משמעות השונה בתכלית מכוונת המחוקק המוצהרת. פרשנותו של השופט שטיין לא רק שאינה מיישמת את החוק, אלא יוצרת שינוי חוקתי מבלי להצהיר על כך במפורש, ובכך מבטאת כוונה מודעת לעצב מחדש את הדין באופן המשפיע על מבנה החוק והפעלתו. השופט שטיין סבור כי "חזקה כי המחוקק אינו משחית את מילותיו לריק".⁸⁸ ברם, פרשנותו מבקשת לקרוא בטקסט את שאין בו: "אמור מעתה: המילים 'לא ידון בעניין סבירות ההחלטה', בהן עשתה הכנסת שימוש בהוראה נושא דיונו, משמען שבית משפט זה לא ידון בעניין סבירותה של החלטה כאמור כנושא עצמאי בהתאם לנוסחת דפי

86 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 110 לפסק הדין של השופט שטיין.

87 Stein, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1394 : "At its core, probabilism maintains that judges should view legal rules as a communication between individuals".

88 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 108 לפסק הדין של השופט שטיין.

זהב".⁸⁹ כפי שהגדיר זאת פרופ' פרידמן: "כאשר הפירוש לא רק שאיננו מתחייב מהאמור בחוק, אלא הוא ממש מנוגד לאמור בו ולכוונת המחוקק. פירוש כזה [...] הוא... בגדר אקטיביזם רדיקלי".⁹⁰

ד. גישתו הפרשנית של השופט סולברג: האם תיתכן פרשנות שיפוטית שמרנית לא אקטיביסטית?

במסגרת מאמר זה ביקשנו לדון בשאלה, הצדדית לכאורה, כיצד בא לידי ביטוי בפסק הדין השיח הציבורי והמשפטי שהתפתח בשנים האחרונות הנוטה למיין שופטים באופן קטגוריאלי כ"אקטיביסטים" או "שמרנים" בהתאמה למתודולוגיה הפרשנית שהם נוקטים. במסגרת זו בפרק ג' הצבענו על עמדתו של השופט שטיין, שהיא בעלת חשיבות רבה לשאלה נשוא המאמר, וזאת לאור כמה סיבות: ראשית, חוות דעתו נסמכה ברובה על שאלת הפרשנות, שכן לדידו לבית המשפט קיימת סמכות לפסול חוקי יסוד. שנית, עמדתו מעוררת עניין מיוחד נוכח מחויבותו המוצהרת למתודולוגיה פרשנית-שמרנית מגובשת. שלישית, בשל היותו סמן מובהק להתנגדות לאקטיביזם שיפוטי באמצעות דיני הפרשנות.

לעומת זאת, השופטים סולברג ומינץ החזיקו בעמדה שלפיה אין לבית המשפט סמכות לפסול חוקי יסוד. משכך, התעמקות בעמדתם בשאלה הפרשנית המעסיקה אותנו עשויה אולי להתייטר – משאין סמכות לבית המשפט לפסול חוקי יסוד, אין צורך לבחון את גישתם הפרשנית לשאלה שהצבנו. אכן, השופט מינץ סבור ככלל, כדעתו של השופט אלרון, כי דיון בקשר לפרשנות התיקון הוא "במידה רבה מוקדם וחסר בשלות".⁹¹ עם זאת, לגופו של עניין, לשיטתו של השופט מינץ, בפרשנות חוקתית נקודת האחיזה היא אומנם בלשון, אולם מכין האפשרויות שיש להן עיגון לשוני "יש ליתן לטקסט החוקתי משמעות המשקפת איזון בין ההיסטוריה של התפתחותו, תכליתו האובייקטיבית ועקרונות היסוד של השיטה",⁹² תוך אימוץ "מבט רחב" באופן המאפשר "את הפרשנות המיטיבה ביותר להגשמת עקרונות השיטה".⁹³

עיון בפסק דינו של השופט סולברג מעלה נקודות ייחודיות בהקשר הפרשני הנוגעות להצעותיו לחבריו להרכב, ואף לעתידה של המתודולוגיה הפרשנית שלו.

89 שם, בפס' 106.

90 דניאל פרידמן "מאקטיביזם שיפוטי למהפכה" השילוח 23, 33 (2021), <https://tinyurl.com/35vcuerv>; ראו גם אלון הראל "הרהורים ספקניים על אוריגליזם – מדוע פרשנות אוריגליסטית מחייבת אקטיביזם שיפוטי" דיומא (29.11.2022), <https://dyoma.co.il/law/1524>.

91 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 69, 77 לפסק הדין של השופט מינץ.

92 שם, בפס' 72.

93 שם, בפס' 73.

לשופט סולברג יש המייחסים את פיתוח תורת הפרשנות המקורנית, אשר המרכיב המרכזי בה הוא הפנייה לכוונה המקורית של המחוקק, דהיינו התכלית הסובייקטיבית.⁹⁴ ההתייחסות לפרויקט המקורני עסקה בפרשנות חקיקה, כאשר שאלת ההשפעה על טקסטים שאינם חוקים, כמו חוקי יסוד – נשארה פתוחה.⁹⁵ ברם, בפסק הדין בעניין **שלילת הקצבאות** עמד השופט סולברג על השקפתו לפירוש הוראה חוקתית.⁹⁶ לדידו, בפרשנות טקסט חוקתי, התכלית האובייקטיבית גוברת על התכלית הסובייקטיבית, בניגוד לפרשנות חקיקה רגילה שבה ידה של התכלית הסובייקטיבית על העליונה (היינו, פרשנות מקורנית).⁹⁷ עליונותה של התכלית הסובייקטיבית נדחתה בנוגע לטקסט חוקתי, בשל אופייה הייחודי של ההוראה החוקתית, כטקסט על-זמני, אשר נועד להבטיח את ערכי היסוד של החברה לדורות.⁹⁸ אין זה אומר שיש להתעלם מהתכלית הסובייקטיבית – זו מהווה נקודת מוצא, אולם היא איננה נקודת הסיום.⁹⁹ על השופט-פרשן לילך על "קרקע יציבה". עליו "לבסס את מסקנתו על מקורות אשר נהנים מלגיטימציה דמוקרטית מוצקה",¹⁰⁰ שמא התכלית האובייקטיבית תושפע מהשקפתו הסובייקטיבית של השופט-פרשן.¹⁰¹ כלומר, יש להסתמך על מקורות מגוונים, תוך בחינה זהירה של ההקשר והלימה לערכי החברה בהווה. אלה אמצעים המבטיחים כי הפרשנות לא תתבסס על השקפתו הסובייקטיבית של השופט-פרשן אלא תייצג באופן מאוזן ומבוסס את רוח החוקה ואת ערכי היסוד של השיטה.¹⁰²

על רקע זה ביקרו המחברות יוסף וקברטץ-אברהם את הנמקתו של השופט סולברג בעניין **שלילת הקצבאות**, תוך שהן מצביעות על חוסר הקוהרנטיות בניתוחו באשר לתכלית החקיקה.¹⁰³ לטענתן, השופט סולברג עצמו הכיר בפער שבין התכלית שהוצגה בדברי ההסבר בתחילת הליך החקיקה – לבין התכלית המאוחרת יותר, שנוסחה מחדש עובר לקריאה הראשונה. חרף פער זה, שהוא עצמו ציין באופן מפורש, המשיך השופט סולברג להישען על דברי ההסבר כחלק מהמערך הפרשני שלו, מבלי לבחון באופן ביקורתי את הלגיטימציה הדמוקרטית של אותם דברי

94 רפי רזניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית הקונקרטיות? לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי" **משפטים על אתר** יב 67 (2018).

95 שם, בעמ' 80, 95.

96 בג"ץ 3390/16 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת** (נבו) (8.7.2021) (להלן: **עניין שלילת הקצבאות**); ראו גם יוסף וקברטץ-אברהם, לעיל ה"ש 76, בעמ' 36.

97 **עניין שלילת הקצבאות**, לעיל ה"ש 96, בפס' 57–59 לפסק הדין של השופט סולברג.

98 שם, בפס' 60.

99 שם, בפס' 61.

100 שם, בפס' 62.

101 שם.

102 שם, בפס' 63–70.

103 יוסף וקברטץ-אברהם, לעיל ה"ש 76, בעמ' 36.

הסבר, האמצעי אשר לדעתו ימנע מהשופט-פרשן לקרוא לתוך התכלית האובייקטיבית את השקפתו.¹⁰⁴

אי-עקביות זו הגיעה לסיומה בפסק הדין בעניין הסבירות. השופט סולברג עמד על הגילוי שנתגלה לו במסגרת ההליך על כך שאת דברי ההסבר מנסח הייעוץ המשפטי לנכנסת, מה שעורר אצלו "הרהורי כפירה" שיש בהם כדי "לפתוח מחדש" את השאלה עד כמה ובאיזו מידה, אם בכלל, יש ליתן מקום לאותם דברי-הסבר, בהליך פרשני המבקש לתור אחר 'התכלית הסובייקטיבית' בחקיקה.¹⁰⁵ הרהורי כפירה אלה אפשרו לשופט סולברג להתמודד עם "הסתירה החזיתית" בין דברי ההסבר לבין "לשונו הגורפת של התיקון" על דרך של ביטול משקלם של דברי ההסבר בגלל ה"פגם הגנטי" שממנו הם סובלים – כתיבתם על ידי הייעוץ המשפטי לוועדה.¹⁰⁶ תובנה זו, לדעתנו, מדגימה את הקושי הפרשני באיתור התכלית הסובייקטיבית ככלל, וכאמור היא מתחזקת בפרשנות "מקורנית" המסתמכת על אותה תכלית ככלל הכרעה בפרט.

לדעתנו, לא ניתן לקבוע כלל הכרעה יחיד, ברור וחקף, כאמצעי המצמצם את מידת שיקול דעתו של הפרשן. החיפוש אחר "התכלית הסובייקטיבית" כנוסחה להתחקות אחר רצון המחוקק על פני רצון השיטה, עלול להיות מטעה לא רק בשל הפרקטיקה הנוהגת לאופן כתיבת דברי ההסבר, אלא, ואולי בעיקר – הקושי לייחס כוונה למחוקק. בשונה מההליך בעניין הסבירות, לרוב העזרים החוץ-טקסטואליים לא מראים עמדה ברורה באשר לכוונת המחוקק, ומסיבה זו הם מתאזנים עם התכלית האובייקטיבית בסופה של ההכרעה. מכאן, שדווקא שיקולים "מסדר שני" כגון פורמליזם או מקורנות, יכולים להרחיק את השופט-פרשן מרצון המחוקק בפועל, שכן הוא ברובו מורכב מהתכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית גם יחד.¹⁰⁷ כוחם של כלים פרשניים לכבילת שיקול דעתו של הפרשן אינם מהווים, לדעתנו, אמצעי אשר יש בכוחו להשפיע על הסובייקט המפרש. לאור זאת אנו סבורים שלא ניתן לקטלג כלים פרשניים למחנות אידיאולוגיים, ולאור זאת אנו סבורים שמחנות אידיאולוגיים לא משפיעים על מידת "האקטיביזם" הנובע מהם. הכלים הפרשניים הם לא הרבה יותר מאשר אמצעים רטוריים, דרכם הפרשן מנמק את עמדתו. חיזוק לעמדה זו אנו מוצאים דווקא באמירת האגב של השופט סולברג בעניין הסבירות. הצעתו של השופט סולברג, שלפיה על בית המשפט להצהיר כי הוא מקבל

104 עניין שלילת הקצבאות, לעיל ה"ש 96, בפס' 144–150 לפסק הדין של השופט סולברג.
105 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 167 לפסק הדין של השופט סולברג; רפי רוניק "בעיית היד המתה של העבר בבג"ץ הסבירות" ICON-S-IL Blog (7.3.2024).
106 אף שהשופט סולברג מציין בבג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 153 לחוות דעתו, כי הוא מאמץ את "ההוכחות החותכות" שנסקרו והתבארו בחוות דעתה של הנשיאה חיות, הוא אינו מאמץ, כך נראה, את עמדתה לפיה מאזכור עניין דפי זהב בדברי ההסבר לא עולה כי התיקון נועד לחול רק על מובן זה. ראו שם, בפס' 130 לפסק הדין של הנשיאה חיות.
107 רוניק, לעיל ה"ש 76.

את הביקורת שהושמעה, ולכן יעשו השופטים "כמידת יכולתנו, על מנת להגשים את רצונו של המכונן" ולא ימתינו לחקיקתו של חוק יסוד חדש שיקבע הסדר דומה אלא יאמצו את מבחן הסבירות הצר,¹⁰⁸ משקפת ממד אקטיביסטי, גם אם בכוונתו להציע פתרון מאוזן.¹⁰⁹

עמדתו של השופט סולברג, שלפיה יש לאמץ מבחן סבירות נוסח וודנסברי¹¹⁰ תוך קיום "רגולציה עצמית", משקפת אף היא מאפיינים "אקטיביסטיים" במהותם, ובפרט "אקטיביזם מרסן" כפי שטען דניאל פרידמן.¹¹¹ לשיטתו, אקטיביזם מרסן הוא צורת אקטיביזם שבה בית המשפט מצמצם את תחומי התערבותו, מרסן את כוחו בהשוואה לרשויות האחרות, ומותיר למחוקק את עיקר האחריות להסדרת הסדרים נורמטיביים. עם זאת, גם בריסון זה יש ממד אקטיביסטי, משום שהשופטים אינם פועלים אך ורק כפרשני החוק, אלא מעצבים באופן פעיל את כללי ההתנהלות של המערכת המשפטית.¹¹²

השופט סולברג מציע מהלך שבו בית המשפט "יגשים את רצונו של המכונן", כהצהרתו, אך ההצעה עצמה, כפי שציין סולברג, אינה משתקפת ברצון המכונן. בפסק דינו עומד השופט סולברג על כך שרצונו הברור של המחוקק היה לבטל לחלוטין את עילת הסבירות, ובכל זאת הוא מציע להותיר את עילת הסבירות במתכונת מצומצמת, תוך אימוץ מבחן הסבירות בנוסח וודנסברי. מהלך זה מדגים את המורכבות של המונח "אקטיביזם" – שהרי הוא אינו תוצאה של חריגה משיטה פרשנית מסוימת, אלא יסוד אינהרנטי למבנה הפעולה השיפוטית עצמה. גם אם נגדירו כ"מרסן" כאשר בית המשפט מצמצם את שיקול הדעת השיפוטי ומגביל את עצמו, הוא אינו מסתפק בפרשנות טקסטואלית גרידא, אלא מתווה גבולות חדשים לשיקול הדעת השיפוטי.

בהצעתו מנסה השופט סולברג ליצור איזון בין ההכרה בעליונות המחוקק לבין שמירה על יכולתה המינימלית של מערכת המשפט להגן על עקרונות יסוד במקרים חריגים. בכך, הוא נמנע מהתכחשות לרצון המחוקק, אך גם אינו פועל בכפוף לו באופן מוחלט. הגם שהכוונה היא להפחית את ההתערבות של בית המשפט ולהשיבו למקום מצומצם יותר, עמדתו של השופט סולברג עדיין טומנת בחובה אקטיביזם, משום שהוא מציע לעצב פתרון חדש יש מאין, באופן שהמחוקק לא קבע ואף ביקש במובהק להימנע ממנו.

108 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 250 לפסק הדין של השופט סולברג.

109 אין אנו מתייחסים כאן להצעה לגופה.

110 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 250 לפסק הדין של השופט סולברג.

111 דניאל פרידמן "מאקטיביזם שיפוטי למהפכה" **דיומא** (4.10.2021), <https://dyoma.co.il/law/910>.

112 ראו גם Keren Weinshall, *Reconceptualizing Judicial Activism: Intervention Versus Involvement in the Israeli Supreme Court*, 1 J. L. & EMPIRICAL ANALYSIS 343 (2024).

סיכום

במאמר זה בחרנו להתמקד בשאלה האם, לאורו של פסק הדין, תיתכן פרשנות שיפוטית שמרנית שאינה אקטיביסטית. ביקשנו להראות כי פסק הדין מלמדנו שההבחנות בין פרשנות שמרנית לפרשנות אקטיביסטית אין להן במה לאחוז. בית המשפט העליון אינו מתפלג בין מחנות פרשניים שונים לפי קריטריון של אקטיביזם. יתר על כן, המחלוקות בין השופטים אינן מתנקזות לשייכות אידיאולוגית עמוקה בשאלות פרשניות.¹¹³

מפסק הדין עולה כי כל פרשנות שיפוטית "שמרנית" ביחס לשאלה שעל הפרק – מהי תכולת עילת הסבירות אשר ביקורת שיפוטית בעטייה על החלטות הממשלה ושריה נשללה בתיקון לחוק היסוד – היא אקטיביסטית. זאת, בין משום שהיא נובעת מהתכלית ה"אובייקטיבית" של החקיקה (כלומר, לא זו שנגלית מעמדת המחוקק ה"סובייקטיבית"), ובין משום שהיא נובעת מהתכלית ה"אובייקטיבית" של אימוץ הכלל הפרשני בדבר פרשנות "מקיימת",¹¹⁴ המאפשר להימנע מהתוצאה המוערכת כ"חמורה" יותר של ביטול דבר החקיקה (ובמקרה זה, חקיקת היסוד).¹¹⁵ רק אימוץ של נורמת סבירות מרחיבה ממש של החלפת שיקול הדעת של המחוקק בשיקול הדעת של השופט (היינו, לא סבירות כמופרכות ואפילו לא סבירות איזונית), מאפשר להחיל במקרה דנן את הכלל הנוגע לפרשנות מקיימת שלפיו "עדיפה פרשנות סבירה של חוק על פני הכרעה בשאלת חוקתיותו" [ההדגשה הוספה].¹¹⁶ במובן זה, אימוץ הפירוש הצר של עילת הסבירות (ביחס לתיקון), מחייב אימוץ פירוש מרחיב של הסבירות (לצורך החלת כלל הפרשנות המקיימת), תוך שהשאיפה להביא להרמוניה בין הכללים החלים נסתרת ועימה ההיגיון. השופטים האקטיביסטיים, לכאורה, הם אלה אשר התקוממו כנגד מהלך פרשנות מקיימת שכזה, בקוראם לו מהלך פרשני דחוק.¹¹⁷ העולה בגדר כתיבה מחדש של חוק היסוד.¹¹⁸

¹¹³ השו" וינשל, לעיל ה"ש 2 (המסכמת כי במחקריה בנושא נמצא כי "עמדות אידיאולוגיות משפיעות על שופטי בית המשפט העליון בישראל בעיקר בנושא חופש הדת. ביתר הנושאים שבחנתי הייתה לעמדות השופטים השפעה מועטה בלבד, עד כדי כך שבחלק מהנושאים היא נכשלה במבחני מובהקות סטטיסטית").

¹¹⁴ השו" דורון מנשה ואיל גרונר "פרשנות מקיימת לתיקון מס' 3 לחוק-יסוד השפיטה: שאלת סתירת חזקת הפרשנות המקיימת בהיבט של פרגמטיזם בלשני" *ICON-S-IL Blog* (22.4.2024) ("אם הלשון מאפשרת פרשנות מקיימת אז לא נסתרה חזקת הפרשנות המקיימת ולכן חובה להחיל את חזקת הפרשנות המקיימת").

¹¹⁵ בג"ץ 5555/18 *חסון נ' כנסת ישראל*, בפס' 59 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו 8.7.2021).

¹¹⁶ עניין *זנדברג*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 811.

¹¹⁷ בג"ץ *הסבירות*, לעיל ה"ש 1, בפס' 71 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

¹¹⁸ שם, בפס' 61 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז. ראו בהקשר זה Christine Landfried, *Constitutional Review and Legislation in the Federal Republic of Germany*, in *CONSTITUTIONAL REVIEW AND LEGISLATION: AN INTERNATIONAL COMPARISON* 154 (Christine Landfried ed., 1988); יניב רוזנאי "בג"ץ הסבירות – לא מה שחשבת! שמרנות,

לבסוף, פסק הדין חושף כי הרצון לילך בדרך של פרשנות מקורנית מתוך הישענות על פנייה בראש ובראשונה להיסטוריה החקיקתית "כמקור המצביע באופן הנאמן ביותר על כוונת המחוקק"¹¹⁹ מתנגש באופן חזיתי עם האמת שנגלתה במסגרת ההליך שלפיה דברי ההסבר להצעת החוק אינם יכולים לייצג נאמנה את כוונת המחוקק בהיותם טקסט שנכתב, לפחות במקרה של הצעות חוק במסלול ועדה והצעות חוק פרטיות, על ידי הייעוץ המשפטי לכנסת (וביחס לנוסח בקריאה הראשונה) ולכן אינו יכול לשמש כמקור המייצג את כוונת המחוקק. לאן נפנה מכאן בשאלת הפרשנות החקיקתית והחוקתית? אולי ראוי שנתחיל מהסכמה רחבה בנקודה אחת: התיוגים למחנות אידיאולוגיים על בסיס גישה פרשנית הם חסרי תכלית.

אקטיביזם והתיקון החוקתי הלא-חוקתי" פסק דין הסבירות עיונים ראשונים: בעקבות בג"ץ 5858/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת 191, 195 (סודי נבות וענת טהון-אשכנזי עורכות 2024).

119 רזניק "פרשנות שיפוטית שמרנית", לעיל ה"ש 8, בעמ' 252.

נספח א'

סיכום תמציתי של עמדות השופטים בפסק הדין¹²⁰

סמכות להכריז על ביטול חוק יסוד	הכרזה על בטלות התקון	עיגון לשוני לחלות החוק על סוג אחד של סבירות	לאילו נתונים יש לתת משקל בקביעת כוונת המחוקק	המשקל שיש לייחס לדברי ההסבר ומה עולה מהם	מהי התכלית הסובייקטיבית
--------------------------------	----------------------	---	--	--	-------------------------

השופטת חיות

V	V	¹²¹ X	לעמדת משיבי הממשלה (טיעון משלים + בעל פה), עמדת ח"כ רוטמן בעל פה, עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת, ח"כים וגופי מקצוע בהליך החקיקה כולל ח"כ רוטמן לפני הקריאות השנייה והשלישית. ¹²²	מאזכור עניין דפי זהב בדברי ההסבר לא עולה כי התיקון נועד לחול רק על מובן זה. ¹²³	כל מובן של סבירות. ¹²⁴
---	---	------------------	--	--	-----------------------------------

השופט אלרון

¹²⁵ V	X (היעדר בשלות)	X (על פני הדברים) ¹²⁶	לא מתייחס.	קיימת אי-התאמה מסוימת בין לשון החוק לדברי ההסבר. ¹²⁷	טרם הבשילה העת לקבוע. ¹²⁸
------------------	-----------------	----------------------------------	------------	---	--------------------------------------

¹²⁰ גרסה מוקדמת וחלקית של טבלה זו פורסמה בכתבתו של משה גורלי "ירושת הנשיאה חיות: המבצר לא רק עומד, הוא גם חי ובוטט" כלכליסט (3.1.2024), https://www.calcalist.co.il/local_news/article/sksxe0boa.

¹²¹ בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 125 לפסק הדין של הנשיאה חיות ("לשונו הגורפת והבלתי-מסויגת של התיקון היא אכן מפורשת וחד-משמעית". היא נעדרת נקודת אחיזה לפרשנות המצמצמת המוצעת, ואינה מותירה מקום לשום ספק באשר לתחולתו של התיקון על עילת הסבירות בכללותה. בעיניי, אין בסעיף, על פי לשונו, עיגון כלשהו להבחנה המוצעת בין מובנים שונים של עילת הסבירות כפי שהתפתחה בפסיקה [...]).

¹²² שם, בפס' 129–133.

¹²³ שם, בפס' 130.

¹²⁴ שם, בפס' 132.

¹²⁵ שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט אלרון, החוזר על עמדתו בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פס' 9–10 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 23.5.2021).

¹²⁶ בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 18 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹²⁷ שם.

¹²⁸ שם, בפס' 25.

סמכות להכריז על ביטול חוק יסוד	הכרזה על בטלות התיקון	עיגון לשוני לחלות החוק על סוג אחד של סבירות	לאילו נחונים יש לתת משקל בקביעת כוונת המחוקק	המשקל שיש לייחס לדברי ההסבר ומה עולה מהם	מהי התכלית הסובייקטיבית
השופט וילנר					
V	X	^{129}V	לעמדת הממשלה המקורית (להבדיל מדברי נציג הממשלה בדיון בעל פה ובהשלמת הטיעון). פרוטוקולים. ההיסטוריה החקיקתית, כמו גם הרקע הרלוונטי לחקיקה. ¹³⁰	יש להעניק לדברי ההסבר משקל משמעותי, והכוונה העולה מהם ברורה וחד משמעית. ¹³¹	סבירות איזונית בלבד. ¹³²
השופט גרוסקופף					
V	V	^{133}X	עמדת משיבי הממשלה, עמדת חה"כ רוטמן בדיון, פרוטוקולים של ועדת חוקה. ¹³⁴	לא מתייחס.	כל מובן של סבירות. ¹³⁵
השופטת ברק-ארז					
V	V	^{136}X	ההיסטוריה החקיקתית, טענות משיבי הממשלה. ¹³⁷	לא מתייחסת.	כל מובן של סבירות. ¹³⁸

129 שם, בפס' 38 לפסק הדין של השופטת וילנר ("המונח 'סבירות' הוא מושג מורכב ועמום, אשר משמעותו המשפטית עשויה להשתנות בהתאם להקשר [...] במצב דברים זה, משעה שהמחוקק עיגן בתיקון את המונח 'סבירות', בלשון כללית – מבלי שהבהיר את משמעותו, היקפו ומהותו – מתעוררת שאלה פרשנית ביחס למשמעות המונח") [ההדגשה הוספה].

130 שם, בפס' 49–61.

131 שם, בפס' 56.

132 שם, בפס' 38.

133 שם, בפס' 68 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

134 שם, בפס' 69.

135 שם.

136 שם, בפס' 61 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

137 שם, בפס' 62, 71.

138 שם, בפס' 96.

סמכות להכריז על ביטול חוק יסוד	הכרזה על בטלות התיקון	עיגון לשוני לחלות החוק על סוג אחד של סבירות	לאילו נחונים יש לתת משקל בקביעת כוונת המחוקק	המשקל שיש לייחס לדברי ההסבר ומה עולה מהם	מהי התכלית הסובייקטיבית
השופט שטיין					
V	X	¹³⁹ V	ללשון החוק ולדברי ההסבר. דוחה את דברי חה"כ רוטמן בעת הדיון שכן אינם מעת החיקוק. וכן את עמדת היועצים המשפטיים שליוו את הליך החקיקה. ¹⁴⁰	ניתן ללמוד מהם בבירור על מובן צר בלבד. חזקה כי המחוקק אינו משחית את מילותיו לריק. ¹⁴¹	ביטול עילת הסבירות נוסח דפי זהב בלבד. ¹⁴²
השופט עמית					
V	V	¹⁴³ X	מפנה לדבריו של חה"כ רוטמן בדיון בעל פה. ¹⁴⁴	דברי ההסבר הקצרים להצעת החוק מתייחסים רק למופע של סבירות איוונית. בכל אופן, מפנה לדבריו של חה"כ רוטמן אשר שלל את ההסתמכות על דברי ההסבר. ¹⁴⁵	כל מובן של סבירות.

139 שם, בפס' 104 לפסק הדין של השופט שטיין.

140 שם, בפס' 109.

141 שם, בפס' 110.

142 שם, בפס' 109–110.

143 שם, בפס' 49 לפסק הדין של השופט עמית ("לשונו המפורשת של הסעיף מלמדת כי הוא חל על כל מופעי הסבירות").

144 שם, בפס' 120.

145 שם.

סמכות להכריז על ביטול חוק יסוד	הכרזה על בטלות התיקון	עיגון לשוני לחלות החוק על סוג אחד של סבירות	לאילו נתונים יש לתת משקל בקביעת כוונת המחוקק	המשקל שיש לייחס לדברי ההסבר ומה עולה מהם	מהי התכלית הסובייקטיבית
השופטת כנפי-שטייניץ					
V	X	¹⁴⁶ V	דיוני הוועדה. ¹⁴⁷	דברי ההסבר תומכים לכאורה באפשרות המצמצמת. ¹⁴⁸	יש עוגן משמעותי לעילת הסבירות האיונית בלבד. ¹⁴⁹
השופטת רונן					
V	V	¹⁵⁰ X	פרוטוקולים של הדיונים בוועדה, עמדות משיבי הממשלה וחה"כ רוטמן כפי שהוצגו לפני בית המשפט. ¹⁵¹	אף שדברי ההסבר עשויים להתפרש באופן העולה בקנה אחד עם הפרשנות המצמצמת, ניתן להבינם גם באופן אחר. ¹⁵²	כל מובן של סבירות. ¹⁵³
השופט כשר					
V	¹⁵⁴ X	לא מכריע. ¹⁵⁵	לא מתייחס.	לא מתייחס.	לא מתייחס.
השופט פוגלמן					
V	V	¹⁵⁶ X	אין להסתמך על עמדת משיבי הממשלה שהיא מאוחרת להליך החקיקה. יש להתייחס לדברי חה"כ רוטמן בהליך החקיקה. ¹⁵⁷	דברי ההסבר נוסחו על ידי הייעוץ המשפטי לוועדה שהבהיר בהליך החקיקה שנוסח התיקון לא מותיר פתח לעילת סבירות כלשהי. ¹⁵⁸	כל מובן של סבירות. ¹⁵⁹

146 שם, בפס' 31 לפסק הדין של השופטת כנפי-שטייניץ ("מתחם האפשרויות הלשוניות מותר עמנו את שתי האפשרויות הפרשניות העומדות לבחינתנו").

147 שם, בפס' 32.

148 שם.

149 שם, בפס' 31.

150 שם, בפס' 6, 13 לפסק הדין של השופטת רונן.

151 שם, בפס' 14.

152 שם.

153 שם, בפס' 18.

154 שם, בפס' 35 לפסק הדין של השופט כשר.

155 שם, בפס' 32.

156 שם, בפס' 16 לפסק הדין של מ"מ הנשיא פוגלמן.

157 שם, בפס' 17.

158 שם.

159 שם.

סמכות להכריז על ביטול חוק יסוד	הכרזה על בטלות התיקון	עיגון לשוני לחלות החוק על סוג אחד של סבירות	לאילו נחונים יש לתת משקל בקביעת כוונת המחוקק	המשקל שיש לייחס לדברי ההסבר ומה עולה מהם	מהי התכלית הסובייקטיבית
השופט מינץ					
X	X	¹⁶⁰ V	איתור "כוונת המחוקק" באופן נחרץ על בסיס אמירות שונות בדיוני ועדה מוועדות הכנסת אינו כה פשוט. ¹⁶¹	דברי ההסבר תומכים בפרשנות שאינה גורפת. ¹⁶²	אינה חד-משמעית והיא נושאת אופי כפול. ¹⁶³
השופט כבוב					
V	V	¹⁶⁴ X	פרוטוקולים של הדיונים בוועדה, עמדות משיבי הממשלה, היועמ"שית לממשלה והעותרים, וחה"כ רוטמן כפי שהוצגו לפני בית המשפט. ¹⁶⁵	דברי ההסבר תומכים לכאורה בפרשנות הצרה, ברם במסגרת התיקון בוטלה עילת הסבירות בכללותה. ¹⁶⁶	כל מובן של סבירות. ¹⁶⁷

¹⁶⁰ שם, בפס' 77 לפסק הדין של השופט מינץ ("הלשון היא עמומה-כללית-פתוחה" ומאפשרת יציקת תוכן משמעותי לתוכה. הטענה כי המובן המילולי של המונח "סבירות" בהוראת חוק היסוד מסוגל לבטא אך ורק היבט גורף וחסר הבחנה של סוגים שונים, מונחים שונים ופרשנויות המוכרות בדין של 'סבירות', היא מוקשית, והיא עצמה חסרת עוגן בסעיף") [ההדגשה הוספה].

¹⁶¹ שם ("עלינו לחזור על הכלל שהוזכר לעיל, על פיו איתור 'כוונת המחוקק' באופן נחרץ על בסיס אמירות שונות בדיוני ועדה מוועדות הכנסת אינו כה פשוט, בלשון המעטה").

¹⁶² שם, בפס' 79-80 ("על אחת כמה וכמה שלא ניתן להתעלם בהקשר זה, כפי שהצביעה חברתי השופטת י' וילנר [...] מדברי ההסבר לחוק המפנים בהקשר זה באופן מפורש לעניין דפי זהב ומציינים את הביקורת שנשמעה על שימוש בחוסר סבירות 'במובנה זה', היינו כפי שפורשה בעניין דפי זהב [...] זאת ודאי כאשר דברי ההסבר תומכים בפרשנות שונה...").

¹⁶³ שם, בפס' 80 ("אכן, התכלית הסובייקטיבית של התיקון כשלעצמה אינה חד-משמעית והיא נושאת אופי כפול").

¹⁶⁴ שם, בפס' 80, 86 לפסק הדין של השופט כבוב.

¹⁶⁵ שם, בפס' 73-75, 86.

¹⁶⁶ שם, בפס' 87.

¹⁶⁷ שם.

מהי התכלית הסובייקטיבית	המשקל שיש לייחס לדברי ההסבר ומה עולה מהם	לאילו נחונים יש לתת משקל בקביעת כוונת המחוקק	עיגון לשוני לחלות החוק על סוג אחד של סבירות	הכרזה על בטלות התיקון	סמכות להכריז על ביטול חוק יסוד
השופטת ברון					
כל מובן של סבירות. ¹⁷¹	הישענות על דברי ההסבר לטובת הפרשנות המקיימת היא מהלך פרשני חסר אחיזה בטקסט החוקתי ובתכלית הסובייקטיבית שלו. ¹⁷⁰	מסיבת העיתונאים שבה יצאה הרפורמה לדרך, מהלך החקיקה, דברי חה"כ רוטמן בקריאות השנייה והשלישית, גורמי מקצוע בפני הוועדה, חה"כ רוטמן בטיעון בעל פה. ¹⁶⁹	¹⁶⁸ X	V	V
השופט סולברג					
כל מובן של סבירות. ¹⁷⁵	יש סתירה חזיתית בין דברי ההסבר לבין לשונו הגורפת של החוק, אך ישנו פגם גנטי בדברי ההסבר. ¹⁷⁴	ההיסטוריה החקיקתית, מפנה לסקירת הנשיאה חיות. כמו פוגלמן – עמדה מאוחרת להליך החקיקה מצריכה צמצום המשקל שניתן לה, ולעמדת משיבי הממשלה משקל נמוך שכן זו הצעת חוק מטעמה של ועדה. ¹⁷³	¹⁷² X	X	X

168 שם, בפס' 12, 19 לפסק הדין של השופטת ברון.

169 שם, בפס' 13–17, 19, 21.

170 שם, בפס' 21.

171 שם.

172 שם, בפס' 153 לפסק הדין של השופט סולברג.

173 שם, בפס' 153–155.

174 שם, בפס' 156–157.

175 שם, בפס' 172–174.

סמכות להכריז על ביטול חוק יסוד	הכרזה על בטלות התיקון	עיגון לשוני לחלות החוק על סוג אחד של סבירות	לאילו נתונים יש לתת משקל בקביעת כוונת המחוקק	המשקל שיש לייחס לדברי ההסבר ומה עולה מהם	מהי התכלית הסובייקטיבית
סיכום					
13/15	8/15	4/15 + 1 שלא מכריע.	קשת רחבה מאוד של עמדות בנוגע למקורות הרלוונטיים.	1/15 אין לדברי ההסבר משקל הגם שמעידים על מטרה צרה (סולברג). 4/15 עולה מדברי ההסבר פרשנות צרה אך אין להעניק להם משקל בנסיבות העניין (עמית, פוגלמן, כבוב, ברוך). 2/15 לא עולה מדברי ההסבר שהם פרשנות צרה בהכרח (חיות, רונן). 4/15 עולה מדברי ההסבר פרשנות צרה ויש להעניק להם משקל (וילנר, שטיין, כנפי-שטייניץ, מינץ). 4/15 לא מתייחסים או לא ברור (גרוסקופף, ברק-ארז, כשר, אלרון).	9/15 כל מובן של סבירות. 4/15 התכלית הסובייקטיבית אינה חד-משמעית או סבירות איזונית בלבד. 2/15 לא מכריעים.