

# קוּמִי צְאִי מִתּוֹךְ הַהִפְכָּה

## היוזמה לשינוי מערכת המשפט בישראל בראי המשפט העברי

בני פורת | חגי שלזינגר

סקירה



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

---

# קומי צאי מתוך ההפכה היוזמה לשינוי מערכת המשפט בישראל בראי המשפט העברי

---

בני פורת | חגי שלזינגר

The Plan to Reform Israel's Judicial System from the Perspective  
of Jewish Law

Benjamin Porat | Chagai Schlesinger

עורכת הטקסט: ענת ברנשטיין  
עיצוב הסדרה והעטיפה: AlfaBees  
ביצוע גרפי: רונית גלעד, ירושלים  
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב: ISBN 978-965-519-426-5

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרד או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2023  
נרפס בישראל, תשפ"ג/2023

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

טל': 02-5300888

אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: [www.idi.org.il/books](http://www.idi.org.il/books)

דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)

טל': 02-5300800

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חנם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

## המכון הישראלי לדמוקרטיה

---

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי א־מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליוזם רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המובאים בספר זה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

## תוכן העניינים

7	תקצירי הפרקים
11	מבוא
	פרק ראשון
23	הרכב הוועדה לבחירת שופטים
	פרק שני
42	ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת (פסילת חוקים בידי בג"ץ)
	פרק שלישי
53	מעמדו של הייעוץ המשפטי לממשלה ולשרים
63	סיכום
iii	Abstract



## תקצירי הפרקים

---

### פרק ראשון: הרכב הוועדה לבחירת שופטים

1. מן המשפט העברי למדנו כי אין דרך אחת ויחידה לעיצוב הרכב הוועדה לבחירת שופטים. תיתכן גמישות בנושא, ויש מקום למגוון הרכבים כך שבאחדים מודגש הרכיב של גורמים מקצועיים פנימיים הממנים שופטים ובאחרים מודגש הרכיב של נציגי הציבור;

2. עם זאת, מן המשפט העברי למדנו כי כאשר מדובר בדגם המהגיש את נציגי הציבור במינוי שופטים, יש סכנה רבה במתן כוח בלתי מוגבל לנציגי הציבור בבחירת שופטים, בעיקר כשמדובר בנציגי הרוב, ללא כל בלמים ומנגנונים

מרסנים. התנהלות שכזאת מזמינה את הכנסתם של שיקולים לא-ראויים להליך בחירת השופטים ויצירת תלות בעייתית של השופטים בנציגי הציבור. מגמה זו עלולה לעוות את פסיקותיהם של השופטים בדין;

3. מן המשפט העברי למדנו שאפשר לנטרל בעיה זו באמצעות קביעה שדרוש רוב גדול יותר ממספר נציגי הקואליציה בוועדה לבחירת שופטים, ונציגים אלו יצטרכו לשכנע את נציג האופוזיציה או את אחד מנציגי השופטים להצטרף אליהם בבחירתם;

4. ברוח העולה מן המשפט העברי יש לעגן בחוק הקצאת מקום לנציג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים (כפי שאכן מובא בהצעת שר המשפטים יריב לוין). ברם אין די בהקצאת מקום סמלי לנציג אחד בלבד, אלא יש להקצות לאופוזיציה מקומות בשיעור יחסי, פחות או יותר, למשקלה בכנסת.

#### פרק שני: ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת

1. רבים מחכמי המשפט העברי הורו כי מנהיגי הציבור אינם רשאים לחוקק כל שברצונם אלא אך ורק בכפוף לדין ולעקרונות היושר והצדק. לפיכך הם ביטלו תקנות קהל שנמצאו נוגדות את עקרונות היושר והצדק של המשפט העברי;

2. כדי לאפשר ביקורת יעילה על תקנות הקהילה פיתחו אותם מחכמי המשפט העברי שתי עילות ראשיות:

(א) ביטול תקנות קהילה שנמצא שהן מאפשרות לרבים לגזול את היחידים. עילה זו נועדה למנוע מצב של דורסנות הרוב את המיעוט;

(ב) ביטול תקנות קהילה שנמצא שהן פועלות להריסת הגדרים, כלומר להרס החיים בקהילה;

3. חכמי המשפט העברי לא הכירו באפשרות של הציבור לחוקק מחדש תקנה שנפסלה בשל היותה פוגענית, יהיה הרוב התומך בחקיקה זו אשר יהיה;

4. בעולמו של המשפט העברי, הגורם המוסמך לבקר את תקנות הקהילה היה פוסקי ההלכה. במדינת ישראל, שאינה מדינת הלכה, סמכות זו צריכה להינתן בידי גוף א-רובני אחר, דוגמת הגוף השיפוטי העליון (בית המשפט העליון);



5. פסילה של תקנות הקהילה בידי פוסק ההלכה לא הותנתה בקיומו של הרכב מיוחד או של רוב מיוחס. די היה בכך שפוסק הלכה יחיד יפסול את תקנות הקהילה. עם זאת, הדעת נותנת כי לנוכח ההבדלים בין מעמדם של פוסקי ההלכה בעניין תקנות הקהילה לבין מעמדם של שופטי בג"ץ באשר לתקנות הכנסת, אין ללמוד שפסילת חוקי הכנסת בידי בג"ץ תוכל להיעשות בהרכב רגיל וברוב קטן.

### פרק שלישי: מעמדו של הייעוץ המשפטי לתמשלה ולשרים

1. המשפט העברי התנה את סמכותה של מנהיגות הקהילה להתקין תקנות בכך שקודם להתקנת התקנה עליה להיוועץ ב"אדם חשוב" ולקבל את אישורו לתקנה החדשה;

2. על פי מרבית הפוסקים, דרישה זו חלה לא רק כאשר מדובר בתקנות פנימיות של איגודים מקצועיים (גילדות), אלא גם כאשר מדובר בתקנות של מנהיגות הקהילה עצמה;

3. על פי מרבית הפוסקים, "האדם החשוב" צריך להיות גם תלמיד חכם וגם ממונה על הדאגה לצרכים של תושבי העיר;

4. הטעם לדרישה ל"אדם חשוב" הוא כדי שהוא יודא שתקנות הקהילה תואמות את דרישות הדין ושהן אינן פועלות לטובת קבוצה אחת בקהילה על חשבון קבוצה אחרת. ההנחה הייתה שכאשר מדובר בתקנות בעייתיות של הקהילה, אין די במתן אפשרות לתקוף אותן כדיעבד בפני בית דין, אלא יש למנוע את התקנתן מלכתחילה;

5. נמצא אפוא שכדי לוודא שהתקנות של מנהיגות הקהילה יעמדו בדרישת החוקיות ולא יפגעו שלא כדין באינטרסים של קבוצות בתוך הקהילה, המשפט העברי דרש כי התקנות יובאו מראש לעיונו של גוף רגולטורי חיצוני שיאשר את תוקפן, ובמחיר של הגבלה מסוימת על חופש ההחלטות של המנהיגות הקהילתית;

6. מדינת ישראל אינה מדינת הלכה. "האדם החשוב" בפרשנות הישראלית צריך להכיר את דרישות החוק, להיות עצמאי ובלתי תלוי ולהכיר את מכלול הצרכים של החברה הישראלית כדי לוודא שהחלטות הממשלה לא יפגעו שלא כראוי באינטרסים של קבוצות מיעוט. הצבת יועצים משפטיים בלתי תלויים, המלווים

את משרדי הממשלה בהחלטותיהם, היא אפשרות ראויה לגילום ישראלי מודרני של הדרישה ההלכתית עתיקת היוםין להתניית החלטות הקהילה בקבלת האישור מ"אדם חשוב";

7. הצעה לשינוי מערכת המשפט הישראלית שהציג שר המשפטים יריב לוין, אשר מבקשת להקנות לממשלה משילות מרבית אגב הפחתת כוחו של הייעוץ המשפטי, פועלת בכיוון הפוך לעקרונות שהתוו חכמי המשפט העברי. הצעה זו פועלת כדי לאפשר לממשלה לפעול כרצונה מתוך שהיא מבטלת את מנגנוני הבקרה הפנימיים – נטייה שפוסקי ההלכה לדורותיהם חששו מפניה ופעלו לסיכולה.

## מבוא

---

### 1. פתח דבר

---

בתאריך ה' בטבת תשפ"ג, 29 בדצמבר 2022, הוקמה ממשלת ישראל ה-37 בראשות בנימין נתניהו. פרויקט הדגל של ממשלה זו הוא שינוי מהותי של מערכת המשפט בישראל. את היוזמה מובילים שר המשפטים יריב לוין ויו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, חבר הכנסת שמחה רוטמן. תכליתה של היוזמה היא החלשת כוחה של הרשות השופטת מול הרשות המחוקקת והרשות המבצעת ודלדול משמעותי ביכולתה של הרשות השופטת לבקר את מעשיהן של הרשויות המחוקקת והמבצעת. ביתר פירוט – יוזמת לוין-רוטמן כוללת ארבעה רכיבים עיקריים:

1. שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, כך שלנציגי הקואליציה תהיה שליטה על בחירת השופטים<sup>1</sup>;

2. צמצום, עד כדי ביטול הלכה למעשה, של יכולתו של בג"ץ לפסול דברי חקיקה של הכנסת, בשלושה אמצעים עיקריים: קביעה שבג"ץ אינו מוסמך לבקר חוקי יסוד; הקשחת האפשרות של בג"ץ לפסול חוקים רגילים; ומתן האפשרות לכנסת להתגבר על החלטת בג"ץ לפסול דבר חקיקה ("פסקת ההתגברות")<sup>2</sup>;

3. צמצום עילת הסבירות כמכשיר לביקורת שיפוטית על ההחלטות של הרשויות המינהליות;

4. שינוי במעמדם של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה, הן בנוגע לדרכי המינוי שלהם הן בכך שחוות דעתם בדבר אי-חוקיות של פעילות הממשלה וזרועותיה לא תחייב את הממשלה.

כל אחד מרכיבים אלה מכיל פרטים רבים נוספים, שמקצתם יידונו בהמשך דברינו. הנקודה החשובה לענייננו היא הצטרפותם לתמונה כוללת: מתן האפשרות לרוב הקואליציוני למשול כרצונו ללא ביקורת שיפוטית אפקטיבית על חקיקת חוקים והחלשה ממשית של הביקורת השיפוטית על פעילותן של הרשויות המינהליות. היטיב לתמצת את הדברים חבר הכנסת רוטמן: "לכנסת מגיע מעמד [...] מחוקק כל יכול. היא יכולה לחוקק מה שהיא רוצה ולא צריכה להיות עליה ביקורת"<sup>2</sup>.

באופן שקשה היה לצפות אותו מראש, חלקים נרחבים בחברה הישראלית התקוממו נגד הצעה זו. היא נתפסת כשינוי מהותי בכללי המשחק המשטריים בישראל, שיגרום לקריסת ההפרדה בין שלוש הרשויות והותרת הסמכויות השלטוניות כולן בידי הרשות המבצעת והעומד בראשה, בלי מנגנוני איזון ובקרה על החלטות הממשלה. קבוצות גדולות בחברה הישראלית חשו כי הבית בוער

1 בעקבות המחאה הציבורית בישראל במהלך חורף השפ"ג (2022/23) הוחלפה הצעה זו בגרסה מרוככת של שליטת הקואליציה בבחירת שני שופטים לבית המשפט העליון וכן בקביעת זתווה של נשיא בית המשפט העליון. לכך נתייחס להלן.

2 טובה צימוקי "רוטמן: לכנסת מגיע מעמד שהיה לה – מחוקק כל יכול" ynet (7.2.2023).

וכי הפעם אין די ברטינה על גבי הספה בסלון הבית. מאות אלפים יצאו להפגנות חסרות תקדים בכל רחבי הארץ, והמחאה התפשטה גם בקרב חיילי המילואים והטילה איום ממשי על כושרו המבצעי של צה"ל. גם בכירי הכלכלה הישראלית הצטרפו למחאה, לרבות הסתדרות העובדים, בדגש מיוחד על הקטר של המשק הישראלי – תעשיית ההיי־טק. רבים מרגישים כי מדינת ישראל הגיעה קרוב מאי פעם לסיפה של מלחמת אזרחים. נכון לימים אלה (מאי 2023), ראש הממשלה הכריז על השהיה זמנית של היוזמה לשינוי מערכת המשפט, ועתידה אינו ברור. בבית הנשיא מתקיימים בתקופה זו דיונים בהשתתפות נציגי הקואליציה והאופוזיציה כדי להגיע לפתרונות מוסכמים. טרם ידוע אם דיונים אלה יבשילו לכלל הסכמות כלשהן.

הוויכוח על היוזמה לשינוי מערכת המשפט מאיים לקרוע לגזרים את החברה הישראלית. הלהבות שהתרוממו מן התבערה שהוצתה היו גבוהות מכל ויכוח ציבורי אחר שזכור מן העשורים האחרונים. לכול היה ברור כי הפולמוס על היוזמה נוגע בעצבים רגישים וחשופים של החברה הישראלית, הרבה מעבר לוויכוח מקצועי על כמה סעיפי חוק אפרוריים, שבימים כתיקנם מעניינים אך ורק קבוצה קטנה של מומחים בתחום המשפט החוקתי. רבים ניסו אפוא להגדיר את הנקודה הארכימדית שהציתה תבערה כה גדולה בשני המחנות של תומכי היוזמה ומתנגדיה, לעמוד על "הוויכוח שמאחורי הוויכוח", להצביע על סיפור־העל שבתוכו ממוסגר הוויכוח הציבורי על היוזמה לשינוי מערכת המשפט.

מהו אפוא שעומד בשורשו של הוויכוח הציבורי הער על יוזמה זו? אפשר להעלות השערות מהשערות שונות ולהתבונן בשאלה מנקודות מבט מרובות, שלא בהכרח סותרות זו את זו. אחת מנקודות המבט הללו היא מגמה בינלאומית רחבה, חוצת גבולות ומדינות, של עליית הפופוליזם והלאומנות. לפי טענה זו, את הוויכוח העז בישראל על היוזמה לשינוי מערכת המשפט יש לראות בתוך הקשר בינלאומי רחב. במדינות רבות מגיעה במאה העשרים ואחת לשיאה ההתנגשות בין הלאומיות לבין הליברליזם, שהצליחו להתקיים יחדיו במהלך המאה העשרים אך כעת מתקשים להמשיך לדור בכפיפה אחת. קונפליקט זה מאפיין סעעים מקבילים שפוקדים פינות שונות בעולם המערבי, דוגמת המאבק הייצרי שגורר הטרוראמפיזם בארצות הברית, סערת הברקזיט בבריטניה, העלייה הגדולה בכוחן של מפלגות לאומניות במדינות רבות באירופה או הירדרדותן של

מדינות כהונגריה ופולין לדיקטטורה דה־פקטו. לפי גישה זו, בוויכוח הניטש היום בישראל הממשלה מבקשת לחזק את כוח המשילות של הרוב, המייצג את הזהות הלאומית היהודית, בעוד בג"ץ מגן על זכויות הפרט, תוך שהוא אמון על מחויבות לערכים ליברליים. מנקודת מבט זו, הוויכוח על היוזמה לשינוי מערכת המשפט בישראל הוא ביטוי מקומי לקונפליקט תרבותי רחב ממדים הפושה במערב כולו. אף שלדעתנו יש אמת רבה בפרשנות זו, הממקמת את הוויכוח הפרובינציאלי בישראל על רקע מגמות בינלאומיות רחבות, היא מחמיצה את המאפיינים הייחודיים שיש לפולמוס זה במדינת ישראל.

מזווית ראייה אחרת יש הטוענים כי את הוויכוח העכשווי על היוזמה לשינוי מערכת המשפט יש לראות כחוליה נוספת במאבק ארוך שנים בין ה"יהודים" לבין ה"ישראלים", כלומר בין הדבקים בשימור הזהות היהודית המסורתית לבין הדוגלים בשלילת הגולה ומבקשים להחליף את השטעטל בזהות ישראלית חילונית מודרנית. מנקודת מבט זו, היוזמה לשינוי מערכת המשפט מבקשת לחזק את יכולתה של הממשלה להעמיק ולבסס את האופי היהודי של ישראל מול פסיקות בג"ץ, שפעם אחר פעם הכשיל דברי חקיקה של הכנסת והחלטות ממשלה שנועדו למטרה זו. ניתוח זה מבוסס על דיכוטומיה שבין הזהות ה"יהודית" – העומדת על ערכים כגון דתיות, מסורתיות, שמרנות ולאומיות – לבין הזהות ה"ישראלית" – הדוגלת בערכים כגון חילוניות, דמוקרטיה, ליברליזם וזכויות אדם. דיכוטומיה זו נועדה להעצים את הוויכוח בישראל לכדי מאבק איתנים בין הזהות היהודית בת אלפי השנים, שהצליחה לעמוד בפני היוונים והרומאים, הנוצרים והמוסלמים, לבין הזהות הישראלית הצעירה שאך זה מקרוב באה. גיוס ההיסטוריה והתרבות היהודיות, עתיקות היומין ועמוסות הרבדים והמשמעויות, אמור להכריע את המערכה לטובת ה"יהודים" על פני ה"ישראלים".

בריוק בנקודה זו משתלב החיבור המוצג כאן, בקוראו תיגר על דיכוטומיה זו. מלבד העובדה שהזהויות של האנשים בקבוצות השונות מורכבות הרבה יותר מחלוקה דיכוטומית זו, טענת היסוד הנפרשת לאורך החיבור היא שיוזמת לוידן־רוטמן עצמה מנוגדת לעקרונות יסוד שהתפתחו במקורות ההלכה היהודית. שאיפתם של לוידן ורוטמן להעניק כוח בלתי מרוסן ובלתי מבוקר לרוב הקואליציוני סוטה מעקרונות יסוד שהתפתחו בעולמה של מורשת המשפט היהודית, בעיקר בנוגע לאיזונים ולהגבלות על סמכותה של הקהילה לחוקק את חוקיה. את היוזמה לשינוי

מערכת המשפט יש לבחון אפוא לא רק על רקע חריגתה מעקרונות דמוקרטיים; מן הראוי להצביע גם על כך שהיא מתקשה לעלות בקנה אחד עם מושכלות יסוד במסורת היהודית עצמה. במילים אחרות, תהיה זו טעות לרדד את המאבק המתחולל לנגד עינינו למאבק בין הזהות היהודית לבין הזהות הישראלית. לא פחות מכך – זהו פולמוס על אופייה של הזהות היהודית עצמה.

חיבור זה נכתב פרקים-פרקים, בחורף תשפ"ג (2022/23), בעקבות הסערה הציבורית שעוררה היוזמה לשינוי מערכת המשפט. הוא נכתב בתחילה כשלוש חוות דעת נפרדות עבור ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת, כל אחת על רכיב אחר של יוזמת לוין-רוטמן (מעמדם של היועצים המשפטיים; הוועדה לבחירת שופטים; ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה).<sup>3</sup> כעת קובצו חוות דעת אלה לכלל חיבור שלם, ואף עודכנו, בתקווה שהשלם גדול מסך כל חלקיו.

אומנם חיבור זה מתיימר לבחון את היוזמה לשינוי מערכת המשפט לאור "גישת המשפט העברי", אולם הוא עושה זאת בידיעה שבין אלפי פוסקי ההלכה לדורותיהם אין בהכרח גישה מוסכמת אחת כי אם ריבוי דעות ומחלוקות. קשה אפוא לדבר בקול אחד בשם "המשפט העברי". עם זאת, בדברינו להלן השתדלנו להביא את הקולות המרכזיים ביותר בקרב בעלי ההלכה, המייצגים את הזרמים המרכזיים והדומיננטיים בקרב חכמי המשפט העברי ממזרח וממערב, בלי לבטל את מקומם של קולות הלכתיים אחרים.

חיבור זה נכתב בלוח זמנים קצרצר כדי להציג את חוות הדעת לפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בסד הזמנים הלוחץ של דיוני הוועדה. אין זה אפוא מחקר מדעי במלוא מובן המילה, המחייב צלילה למכלול הספרות ההיסטורית הרלוונטית, כניסה פרטנית לתתי-גישות ולסייגים-סייגים נדרשים ובדיקת עדי נוסח, ובעיקר זרק השתהות מחקרית ארוכה. חיבור קצר זה אינו אלא משיחות מכחול גסות וראשוניות, ואנו תקווה כי הוא ישמש זרז ובסיס למחקרים שיטתיים ומקיפים יותר שיעשו בעתיד סביב הנושאים הנידונים כאן.

3 בשל השהיית היוזמה לשינוי מערכת המשפט (אפריל 2023) טרם הוגשה חוות הדעת השלישית לוועדת החוקה חוק ומשפט.

הדברים נכתבו במשותף בידי שני חוקרים, בוגרי עולם הישיבות הציוני-דתי, המשולבים בתוך עולם המחקר המשפטי האקדמי. מצד אחד אנו כותבים מתוך כבוד וענווה כלפי ההישגים שמערכת המשפט הישראלית הצליחה להשיג עד כה ומתוך ההבנה שמדינת ישראל לא הייתה מצליחה להגיע לאן שהגיעה אילולא הייתה לה מערכת משפט טובה ואיכותית. מצד שני, אנו מכירים בפגמים הקיימים במערכת המשפט הישראלית כיום ובצורך לפעול לתיקונם. עם זאת, אנו סבורים כי יש להבחין בין מהלכים הדרושים לתיקון מערכת המשפט לבין מהלכים המסכנים את קיומה. את אלה האחרונים יש לעצור לא רק מטעמים דמוקרטיים אלא גם מטעמים יהודיים, המעוגנים במורשת המשפט היהודית.

2.

## **הלכות הנהגת הקהילה והבקרה על החלטות הרוב**

באיזה הקשר עסקה ההלכה היהודית בשאלות של הרכב הוועדה לבחירת שופטים או במעמדם של יועצים משפטיים? האם ניתן להקיש מתוך הקשר זה על השאלות המקבילות שבהן מתחבט המשפט החוקתי במדינת ישראל?

עם העלייה במעמדה של הקהילה היהודית כישות אוטונומית המארגנת את החיים החברתיים היהודיים, בעיקר מראשית ימי הביניים, התחדרו שאלות אופייניות כגון מה יהיה אופי הנהגתה, בידי מי תונהג וכיצד. ככלל, פוסקי ההלכה הכירו בכוחם של בני הקהילה למנות לעצמם מנהיגות אזורית שתפעל במקביל למנהיגות הרבנית ותהיה בעלת סמכויות עצמאיות. למנהיגי הקהילה, שנקראו בשמות שונים כגון "טובי העיר", "טובי הקהל" או "ברורים", הייתה הסמכות להתקין תקנות ולנהל את ענייניה השוטפים של הקהילה. סמכות זו הייתה רחבה למדי, ובתחומים רבים של המשפט האזרחי יכלו מנהיגי הקהילה אף לסטות מדין תורה. המקור ההלכתי הראשי שעליו נבנתה סמכות זו של מנהיגי הקהילה היה דברי התוספתא: "רשאין בני העיר להתנות על השערים ועל המידות ועל שכר פועלים, רשאין לעשות קיצתן [לכפות החלטתם]"<sup>4</sup>.

4 תוספתא, בבא מציעא יא, כג. וראו מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך א 558 (מהדורה שלישית, התשמ"ח).



סמכות זו שהוקנתה למנהיגות הקהילתית העלתה שאלות מתבקשות הנוגעות להתנגשויות הצפויות בין ההנהגה האזרחית של הקהילה לבין ההנהגה התורנית. על הפוסקים היה להכריע מהו מרחב הפעולה שיש למנהיגי הקהילה, אשר מצידם מעוניינים למשול ולנהל את הקהילה כהבנתם, ומה טיבה והיקפה של הביקורת השיפוטית שבית הדין או הרב המקומי יכולים להפעיל נגד החלטות שונות של מנהיגי הקהילה. כך הלך והתהווה קונפליקט מובנה בין הנהגתה האזרחית של הקהילה, שתפקדה, במובנים מסוימים, הן כרשות מחוקקת הן כרשות מבצעת, לבין פוסקי ההלכה, שתפקדו, בין השאר, כרשות שופטת. קונפליקט זה התפרט לכמה שאלות קונקרטיות, המקבילות לשלושה מרכיבי היסוד של היוזמה העכשווית לשינוי מערכת המשפט בישראל: האם בעת תהליכי התקנת התקנות חובה על מנהיגי הקהילה להיוועץ בסמכות הרבנית המקומית ולקבל את אישורה המוקדם לחקיקה המתהווה; האם לאחר התקנת תקנה בידי מנהיגי הקהילה רשאי בית הדין לבטל אותה ובאלו עילות; ומהי מידת המעורבות האפשרית של מנהיגי הקהילה בבחירת הדיינים שימונו לבית הדין? נקל לראות את החוט המקשר בין שלוש שאלות אלה, המבטאות, מחד גיסא, את רצונה של הנהגת הקהילה במשילות מרבית, ומאידך גיסא את הכרתם של הפוסקים בחשיבות שבהפעלתה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית על ההחלטות של הנהגת הקהילה, כדי לוודא כי הנהגת הקהילה פועלת על פי הדין ואינה מנצלת לרעה את הכוח שהופקד בידה. כפי שנראה להלן, חכמי ההלכה לא העניקו למנהיגי הקהילה את הסמכות לשלוט בלא מצרים, אלא העמידו מנגנוני ביקורת עליהם באמצעות קביעת הלכות מפורטות בשלוש השאלות לעיל.<sup>5</sup>

לא רחוק יהיה לשער כי אחד ממקורות ההשראה הדתית לקביעת הפוסקים שאין להעניק כוח בלתי מוגבל למנהיגי הקהילה, הצריכים להיות כפופים לביקורת שיפוטית אפקטיבית מצד הסמכות הרבנית, הוא המעשה המפורסם של סדום ועמורה בספר בראשית. לאחר שרואה הקב"ה את חטאתם הרבה של אנשי סדום ועמורה הוא מחליט על החרבת עריהם. בשלב זה אברהם מתייצב לפני הקב"ה

5 מפאת קוצר הזמן ובשל מיעוט המקורות הרלוונטיים לדיון לא נכנסנו במסגרת זו להערכתה של עילת הסבירות. כפי שיפורט בהמשך, עילות הביקורת של חכמי המשפט העברי על תקנות הקהילה הן עילות רחבות ועמומות, והשוואתן לעילת הסבירות המודרנית עשויה להיות מפרה. נותר סוגיה זו למחקר עתידי.

ויוצא נגד הרעיון של הענשה גורפת של כל אנשי סדום ועמורה, לרבות מי שלא חטאו. בכך מדגיש אברהם כי אפילו הקב"ה עצמו אינו מחוקק כול יכול המשוחרר מאמות מידה של צדק ויושר: "חָלְלָה לְךָ מַעֲשֵׂת כְּכֹכַב הַזֶּה לְהִמִּית צָדִיק עִם רָשָׁע וְהָיָה כְּצָדִיק כְּרָשָׁע, חָלְלָה לְךָ, הַשֶּׁפֶט כָּל הָאָרֶץ לֹא יַעֲשֶׂה מִשְׁפָּט" (בראשית יח, כה). אומנם הקב"ה משיבו שהגזרה שנגזרה על סדום ועמורה עומדת במבחן זה ואינה חורגת מגבולות הצדק והיושר, שכן אנשי סדום ועמורה חטאים כולם. אולם הלקח הנלמד מסיפור זה בעינו עומד: אם לקב"ה אין סמכויות של מחוקק חסר גבולות שאינו כפוף למגבלות של צדק ויושר, על אחת כמה וכמה שכן הוא כאשר מדובר במחוקקים בשר ודם.

מקור השראה נוסף לגישתם של הפוסקים לריסון יכולת המשילות של הנהגת הקהילה הוא המגבלות שקובעת התורה על שלטון המלך. כידוע, יחסו של המקרא למוסד המלוכה הוא אמביוולנטי, וכך בכך עם הציווי על המלכת המלך (דברים יז, יד) מופיעה בו גם אזהרת הנביא שמואל מפני עריצותו האפשרית של המלך (שמואל א יב). יתרה מזו, בניגוד למוסד המלוכה בעולם העתיק, שראה עצמו יונק את סמכותו מן האלים ולפיכך נמצא מעל החוק, מלך ישראל המקראי הוגדר כמי שכפוף לחוק: הוא מחויב במצוות מיוחדות שמיועדות להגבלת כוחו הצבאי וגבהות ליבו, ועליו לשאת את ספר התורה בכל מקום שילך בו כדי לזכור את כפיפותו לחוק. לפיכך קבעו חכמי התלמוד כי מלכי בית דוד כפופים לדין ואין להם חסינות משפטית מפני הבאה לדין בגין מעשיהם (בבלי, סנהדרין יט, ב).<sup>6</sup>

דווקא משום שיש המנסים למסגר את הפולמוס דהיום על היוזמה לשינוי מערכת המשפט בישראל כמאבק בין ה"יהודים" ל"ישראלים", יש חשיבות רבה להצבת פולמוס זה על פני רצף מתמשך של דיונים הלכתיים שנערכו בדיוק בנושא זה,

6 רק בנסיבות שאינן מיטביות, שבהן דובר במלכים אלימים שלא ראו עצמם כפופים לדין (מלכי ישראל), העדיפו חכמים להימנע מלדון את המלך. הם נהגו כך כדי שלא להגיע להתנגשות בלתי אפשרית, שתסכן את היציבות כולה, בין מוסד המלוכה לבין בית הדין. שאלת החסינות של ראשי המדינה מפני העמדה לדין ותרומת המשפט העברי לשאלה זו מצדיקות דיון נרחב בפני עצמו, שאין מקומו כאן. על כך ראו בנימין פורת אתיקה שלטונית בראי המסורת היהודית: כשירות של מנהיגי ציבור המעורבים בפלילים (מינוי, חסינות, הדחה וחזרה לחיים ציבוריים) (עמיד לראות אור בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה).

תוך חידוד הטענה שההתנגדות ליוזמה לשינוי מערכת המשפט בישראל מבוססת על מושכלות יסוד במקורות ההלכה ובמסורת המשפט היהודית.

### 3.

## האם ניתן להקיש מהלכות הקהילה למשפט המדינה?

ביסוד חיבור זה עומדת ההנחה שניתן, ואף ראוי, להקיש מהלכותיה של הקהילה היהודית בימי הביניים להסדרים המשפטיים הראויים במשפט החוקתי בישראל. בכך תעמוד מדינת ישראל

כחוליית המשך של החיים היהודיים לאורך מאות ואלפי שנים, וההלכות שהתפתחו בידי חכמי ישראל באשר לקהילה היהודית יוכלו לשמש מקור השראה למשפט החוקתי הישראלי.<sup>7</sup> עם זאת, אנו מודעים לפערים העקרוניים הקיימים בין ניהול הקהילה היהודית-דתית בימי הביניים ובעת החדשה לבין עיצוב המשפט החוקתי במדינת ישראל כיום. פערים אלה מחייבים לנקוט אמצעי זהירות בעת עריכת השוואה זו, ועליהם נעמוד כעת.

בעולמה של הקהילה היהודית ההיסטורית, שהייתה קהילה שומרת מצוות, הייתה הסמכות לבקר את החלטות מנהיגות הקהילה מסורה בידי המנהיגות הרבנית של הקהילה ובידי דייניה. לזו הייתה מדינת ישראל מדינת הלכה, המיישמת את סעיפי השולחן ערוך ככתבם, אזי הדעת נותנת שהסמכות לבקר את החלטות הממשלה והכנסת הייתה צריכה להיות נתונה בידי המנהיגות הרבנית הפועלת על פי דין תורה. אולם ישראל אינה מדינת הלכה; החלטות הממשלה אינן מובאות לאישורם של הרבנים הראשיים לישראל, ולבתי הדין הרבניים אין סמכות לבקר את חקיקת הכנסת. לפיכך השאלה הרלוונטית שמדינת ישראל צריכה לשאול את עצמה היא לא מהי הדרך ליישום הלכתי מדויק של המנגנונים שקבעו חכמי ההלכה בהקשר זה, אלא מהי הפרשנות הישראלית הראויה למקורות אלה. וביתר פירוט: מה אפשר ללמוד מן החשש של הפוסקים מפני מתן כוח רב מדי בידי מנהיגות הקהילה, ומהם השיקולים היסודיים – הרלוונטיים אף היום – שהנחו

7 לדיון בשאלה אם הרצף היהודי המחאים להיות מקור השראה למדינת ישראל הוא הקהילה היהודית בימי הביניים או שמה ממלכה היהודית ראו בנימין פורת "הזכות לקיום כבוד בראי המשפט העברי: מעמדה החוקתי" משפטים נא 383, 414 (תשפ"ב).

את חכמי המשפט העברי למתן כוח זה על ידי פיקוח של גוף א־פוליטי? מיהן המקבילות הישראליות לסמכות הרבנית הראויות לשמש גוף שיפוטי שילווה את החלטות הממשלה והשרים ויבקר את דברי החקיקה של הכנסת? בנקודה זו, כך אנו סבורים, יש משקל רב להשוואה האפשרית בין הלכותיה של הקהילה היהודית בימי הביניים לבין ההסדרים החוקתיים הראויים במדינת ישראל.

כביקורת על ההשוואה שאנו מבקשים לעשות ניתן להעלות כמה הבדלים יסודיים בין המתח שהיה בין טובי הקהל ורבני הקהילה לבין המתח העכשווי בין הרוב הקואליציוני ושופטי בית המשפט העליון. יש ליתן את הדעת להבדלים אלה שעה שמבקשים להשוות בין הלכות הקהילה למשפט החוקתי של מדינת ישראל. להלן נמנה את ההבדלים העיקריים.

## 1. פוסקים ושופטים

מעמדם של פוסקי ההלכה בקהילתם אינו דומה למעמדם של המשפטנים (שופטי בית המשפט העליון והיועצים המשפטיים) בחברה הישראלית. פוסקי ההלכה נהנו, פעמים רבות, לא רק ממעמד של דינים ידענים הבקאים בחוק, אלא נתפסו גם כמנהיגי ציבור המשמשים מצפן ערכי ומגדלור מוסרי לקהילתם. הדבר שונה ממעמדם של שופטי בג"ץ ושל היועצים המשפטיים בחברה הישראלית, שאומנם עשויים להיות מוערכים כמשפטנים מקצוענים, אך לאו דווקא כמנהיגי ציבור המשמשים מגדלור מוסרי לחברה הישראלית. במיוחד אמורים הדברים משום שהחברה הישראלית רבת-רבנותית ומקוטבת בשאלות ערכיות.

## 2. קהילה ומדינה

קשה להשוות בין הנהגת קהילה ימי-ביניימית, המתמודדת עם אתגרים מוניציפליים קלים יחסית, לבין הנהגת מדינה מודרנית, המתמודדת עם שאלות הרות גורל הכרוכות בענייני ביטחון, כלכלה, הגירה וכדומה. בשעה שאין מחיר כבד לביקורת שיפוטית-הלכתית על החלטותיה של הקהילה, שלכל היותר יעוכבו במעט, לביקורת שיפוטית על החלטותיה של הנהגת המדינה, המתקשה למשול ולקדם את מדיניותה, עלול להיות מחיר כבד.

## 3. המבנה הנורמטיבי

בעולם המשפט העברי, פוסקי ההלכה הם שהעניקו לקהילות את הסמכות להתקין תקנות ולחוקק. לפיכך קל היה להם להגביל את סמכות החקיקה כאשר הם מצאו שהיא נעשית לרעה ולא לטובה. לעומת זאת, במדינת ישראל המבנה הנורמטיבי הפוך: הכנסת היא הקובעת את סמכויותיו של בית המשפט.<sup>8</sup> ביקורת שיפוטית אפשרית בישראל רק מכוח נורמה גבוהה יותר מחקיקה רגילה של הכנסת, כגון מכוח היות החקיקה סותרת את אחד מחוקי היסוד. במילים אחרות, במודל הקיים בישראל, שלפיו ביקורת חוקתית של בית המשפט נעשית מכוח חוקי היסוד שכוונה הכנסת, הביקורת על תוכן החקיקה נובעת גם היא מהכרעת הרוב. ולכן בעוד שקל היה לפוסקי ההלכה להצדיק את הביקורת השיפוטית שלהם על החלטות הנהגת הקהילה, שכן הם העניקו למנהיגי הקהל את סמכותם, קשה יותר להצדיק את הביקורת השיפוטית של שופטי בג"ץ על החלטות הכנסת והממשלה, שכן הכנסת היא המעניקה לשופטי בג"ץ את סמכותם.

\* \* \*

חרף הבחנות אלה אנו סבורים כי הלמידה מהלכות הנהגת הקהילה כמקור השראה למשפט החוקתי הישראלי, כשהיא נעשית בזהירות המתבקשת, אפשרית, ואף רצויה. הלקח הכללי הנלמד ממקורות המשפט העברי הוא שהרבים אינם מחזיקים בסמכות כול יכולה (גם בתחומים הנתונים לסמכות המחוקק), אלא הם כפופים לעקרונות בסיסיים של צדק ויושר. לשם כך יש צורך בגוף חיצוני שיפקח על ההנהגה הפוליטית, ופיקוח זה צריך להיות מסור לגורם לא־רובני אלא משפטי־מקצועי. עקרונות אלה, הנלמדים מהלכות הקהילה, יפים גם למישור היחסים בין הרשות המחוקקת והרשות השופטת במדינה המודרנית.

מכל מקום, ההבחנות שהועלו כאן כוחן יפה לטענה שאין להעתיק בהכרח את ההסדרים המדויקים שפיתחו פוסקי ההלכה ולהחילם, ככתבם וכלשונם, על המשפט החוקתי הישראלי, אלא יש צורך לערוך התאמות מתבקשות. מקורות ההלכה אינם מספקים אפוא נוסחה חד־משמעית להיקפה הרצוי של הביקורת

8 במסגרת חוק־ייסוד: השפיטה וחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984.

השיפוטית ולדרכים לכחירת השופטים במדינת ישראל, ובוודאי יש בנמצא מנעד רחב של אפשרויות העולה בקנה אחד עם עקרונות ההלכה שננתח בחיבור זה. ברם, בהחלט אפשר, ואף ראוי, ללמוד ממקורות ההלכה שיוזמה המאיימת לאיין למעשה את הביקורת השיפוטית החוקתית ולהעניק סמכויות לא-מוגבלות לרוב הקואליציוני עומדת בניגוד חריף לאבני יסוד מעולמו של המשפט העברי.

זו הסיבה לכך שחיבור זה עוסק בעיקרו בניתוח ביקורתי של יוזמת לויין-רוטמן ואין הוא דן לעומק בחלופה הראויה לתיקון מערכת המשפט – לא משום שאנו סבורים שמערכת המשפט הנוכחית שלמה ומתוקנת אלא ההפך: אנו סבורים כי מערכת המשפט בישראל זקוקה לתיקונים לא-מבוטלים (השונים במהותם מאלה שיוזמת לויין-רוטמן מבקשת לקדם). עם זאת, איננו סבורים שניתן לחליץ מתוך מקורות ההלכה מודל מדויק עבור המשפט החוקתי בישראל כי אם קווי מתאר כלליים בלבד. ההבחנות שמנינו לעיל בין הלכות הקהילה היהודית לבין המשפט החוקתי בישראל מחייבות התאמות רבות, והן מותירות מרחב של שיקול דעת ושיקולל שיקולים נוספים שאינם לקוחים בהכרח מעולם ההלכה. טענתנו היא צנועה יותר. אנו טוענים כי מן המקורות היהודיים עולים קווי מתאר כלליים שבתוכם יש לפעול, קווים אדומים שאותם אין לחצות, וכי היוזמה לשינוי מערכת המשפט בישראל אינה עולה בקנה אחד עם מושכלות יסוד אלה במסורת המשפט היהודית.

במפתיע, מובילי היוזמה לשינוי מערכת המשפט בישראל לא ראו לנכון לתמוך את יתדותיהם במקורות ההלכה. אכן, מקורות ההשראה של לויין ורוטמן נלקחו מהשקפת העולם הפוליטית הנאו-שמרנית נוסח המפלגה הרפובליקנית האמריקאית, ולא מכתבי הרמב"ם ורבי יוסף קארו. לדעתנו, דיון מעמיק בשאלות חוקתיות עמוקות העומדות ברומו של עולם במדינת ישראל ראוי שיעשה לאור הלקחים שניתן ללמוד ממקורות ההלכה וממורשת המשפט היהודית. "הלכות המדינה" המודרנית צריכות להתעצב בזיקה עם הלכות הקהילה שפיתחו פוסקי המשפט העברי בימי הביניים. במיוחד אמורים הדברים כשמדובר בקבוצת ימין שחרתה על דגלה שמרנות וחזוק יסודות המסורת היהודית. חיבור זה מבקש אפוא להציג עמדה שמרנית-מסורתית, הסבורה כי עיון במקורות המשפט העברי מלמד על תמרורי האזהרה הבוהקים שחכמי המשפט העברי הציבו מול מגמות הדומות לאלה שמובילה יוזמת לויין-רוטמן לשינוי מערכת המשפט בישראל.

## פרק ראשון

### הרכב הוועדה לבחירת שופטים

—

”קביעות הדיינים לא יהיה ע”י בחירת העם שאז יחנפו תמיד את העם הבוחרים אותם”<sup>9</sup>.

דומה כי הרכיב הראשי של היוזמה לשינוי מערכת המשפט שמציע שר המשפטים הוא שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים. הצעה זו עברה כמה גלגולים. על פי ההצעה המקורית, הוועדה תורחב מתשעה חברים לאחד עשר. חבריה יהיו

שלושה שופטים מבית המשפט העליון, שלושה שרים ושלושה ראשי ועדות של הכנסת (שניים מן הקואליציה ואחד מן האופוזיציה), וכן שני נציגי ציבור שימונו בידי שר המשפטים. חבר הכנסת רוטמן, יו”ר ועדת החוקה חוק ומשפט, הציע תוכנית מעט אחרת. לפי הצעתו המקורית, הוועדה תמנה תשעה חברים, והרכבה יהיה שלושה שופטים, שלושה שרים ושלושה חברי כנסת (אף כאן – שניים מן הקואליציה ואחד מן האופוזיציה)<sup>10</sup>. הרציונל של השינוי הוא הגדלת הרכיב של

1.

### **מבוא: השינויים המוצעים בדרכים לבחירת השופטים**

9 מלבי”ם, שמות יח, כא.

10 כאשר בניגוד למצב היום, הרוב הדרוש לבחירה יהיה רוב רגיל גם כאשר מדובר בשופטי בית המשפט העליון. להצעת השר לוינן המקורית ראו תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט); להצעת יו”ר ועדת החוקה המקורית ראו הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות).

הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בוועדה לבחירת שופטים, על חשבון דילול משקלם של נציגי הרשות השופטת, ומתן ביטוי מוגבר לנציגי הציבור בבחירת שופטים.

נקל לראות כי במבנה זה יש רוב מובטח למפלגות הקואליציה – שלושה שרים, שני חברי כנסת מן הקואליציה ושני נציגי ציבור שימונו בידי שר המשפטים, כלומר שבעה מתוך אחד עשר חברי הוועדה (ולפי הצעתו של חבר הכנסת רוטמן – חמישה מתוך תשעת חברי הוועדה). לאחר דיוני ועדת החוקה במהלך חורף תשפ"ג (2022/23), ובין היתר בעקבות המחאה הציבורית העזה, הונחה על שולחן הכנסת הצעה חדשה, ולפיה הוועדה תורכב מאחד עשר נציגים שמתוכם שישה נציגי קואליציה וממשלה, תוך הבחנה – ברמת הרוב הנדרש – בין המינוי של שני השופטים הראשונים של בית המשפט העליון בוועדה מסוימת (כלומר, של הממשלה המכהנת), שבהם הבחירה תיעשה לפי רוב חברי הוועדה, לבין מינויים נוספים, שיחייבו רוב גדול יותר. לפי הצעה זו, שליטת הקואליציה במינוי שני שופטים נשמרת, וכך גם בבחירת נשיא בית המשפט העליון.<sup>11</sup>

השינוי המוצע מעלה שתי סוגיות עקרוניות. האחת היא יחסי הכוחות שבין נציגי הציבור לבין נציגי הרשות השופטת בבחירת השופטים – כלומר, האם ראוי ששופטים ימנו שופטים או שמא ראוי שהציבור ימנה שופטים? ומהו היחס הרצוי בין שני רכיבים אלה? הסוגיה השנייה היא יחסי הכוחות בתוך נציגי הציבור עצמם, כלומר בין נציגי הרוב שבקואליציה לבין נציגי המיעוט שבאופוזיציה. שאלות אלה הטרידו את חכמי המשפט העברי לדורותיהם, והם גיבשו בעניינן עמדה מורכבת.

בתמצית, עיון במקורות המשפט העברי מעלה כמה דגמים לגיטימיים למינוי שופטים, הנעים בין מינוי בידי הרשות השופטת עצמה, שהוא הדגם המקורי, לבין מינוי באמצעות נבחרים. קשה לחלץ אפוא מן המשפט העברי דגם אחד ויחיד של מינוי שופטים. תחת זאת יש מרחב של אפשרויות להרכב הוועדה. עם

11 הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (הונחה על שולחן הכנסת לקריאה שנייה ושלישית ביום 27.3.2023).



זאת, המשפט העברי מלמדנו כי גם כאשר הונהג דגם של בחירת שופטים בידי נבחרי הציבור, חכמי ההלכה הציפו את הבעיות המהותיות שהדבר עלול ליצור והציעו מנגנוני ריסון לבחירת הרוב. לאור זאת יש לבקר את ההצעה הנוכחית של שר המשפטים, שאינה מכילה מנגנוני איזון להכרעת הרוב, ולפיכך יש לראות בה כנוגדת את עקרונות המשפט העברי.

לאורך ההיסטוריה של המשפט העברי התקיימו שלושה דגמים עיקריים למינוי שופטים. המעברים בין דגמים אלה נעשו בהתאמה עם שינויים חברתיים, בעיקר שינויים במידת העצמאות והריכוזיות של החיים היהודיים. להלן נסקור בקצרה שלושה דגמים אלה. נתמקד בדגם השלישי – בחירת הדיינים בידי הציבור.

## 2. יחסי הכוחות שבין נציגי הציבור לנציגי הרשות השופטת: מגוון דגמים למינוי דיינים במשפט העברי

מינוי שופטים בידי שופטים  
על פי הדגם הראשון, שאותו אנו מוצאים כבר במקורות חכמי המשנה, השופטים הם הבוחרים את השופטים. דגם זה התקיים בעת שנהגה רשות שופטת מרכזית – הסנהדרין בירושלים.<sup>12</sup> כך מתארת התוספתא את תהליך מינוי השופטים ברחבי הארץ בידי הסנהדרין:

ומשם שולחין ובודקין כל מי שהוא חכם ועניו ושפל וירא חטא ופרקו טוב ורוח הבריות נוחה עליו עושין אותו דין בעירו.

12 לענייננו אין חשיבות רבה לשאלה ההיסטורית אם ועד כמה המקורות על הסנהדרין משקפים מוסד שהתקיים ממש, או שמא הם משקפים את גישתם של חז"ל למוסד שראוי היה להתקיים. כך או כך, מקורות אלה מבטאים את תפיסתם המשפטית של חכמי המשנה.

משנעשה דיין בעירו מעלין ומושיבין אותו בהר הבית. משם מעלין ומושיבין אותו בלשכת הגזית.<sup>13</sup>

בעקבות דברים אלו גם הרמב"ם פוסק כי דיני הסנהדרין הם הממנים את השופטים:

אמרו חכמים שמבית דין הגדול היו שולחים בכל ארץ ישראל ובודקין כל מי שימצאוהו חכם וירא חטא ועניו ושפוי ופרקו נאה ורוח הבריות נוחה הימנו, עושין אותו דיין בעירו, ומשם מעלין אותו לפתח הר הבית ומשם מעלין אותו לפתח העזרה, ומשם מעלין אותו לבית דין הגדול.<sup>14</sup>

כרגם זה לא הייתה מעורבות של זרועות שלטון אחרות בהליך מינוי השופטים, ואף לא מעורבות של הציבור או נציגיו. הטרמה של דגם זה מופיעה כבר במקרא (שמות יח), כאשר משה רבנו, המשמש דיין יחיד, הוא הממנה את שאר הדיינים שימשו עימו לשפוט את העם.<sup>15</sup>

13 תוספתא, סנהדרין ז, א (מהדורת וילנא). גישה דומה מופיעה במדרש ספרי דברים, פרשת דברים, פיסקא יג: "ואשימם בראשיכם", יכול אם מניחם אחם אוחם – ממונים, ואם לאו אינם ממונים? תלמוד לומר 'ואשימם בראשיכם' אם מניחם – הרי הם ממונים, אם לאו אינם ממונים".

14 משנה תורה, הלכות סנהדרין ב, ח. אך ראו שם, פרק ג, הלכה ח, שם משמע שגם המלך וראש הגולה רשאים למנות דיינים.

15 "ויבחר משה אנשי חיל מכל ישראל וישם אותם ראשים על העם שרי אלפים שרי מאות שרי חמשים ושרי עשרה. וישפטו את העם בכל עת את הדבר הקשה יביאון אל משה וכל הדבר הקטן ישפטוהם" (שמות יח, כה-כו). וכך פירש רבי חיים בן עטר: "ואתה תחזה – פירוש לא שהעם ימנו עליהם אלא הוא יחזה" (אור החיים, שמות יח, כא). הדבר שונה במידת מה מן התיאור המקביל המופיע בדברים (א, יג-טו), שם נראה כי הציבור שותף בבחירת נציגיו לשופטים, ומשה משלים את בחירתם: "הבו לכם אנשים חכמים ונבנים וידעו לשבטיכם ונאשימם בראשיכם. ותענו אותי ותאמרו טוב הדבר אשר דברת לעשות. נאקח את ראשי שבטיכם אנשים חכמים וידעו ונאמן אותם ראשים עליכם שרי אלפים ושרי מאות ושרי חמשים ושרי עשרת ושרים לשבטיכם".

## מינוי שופטים בידי הנהגה מרכזית

דגם זה חדל להתקיים עם הפסקת פעולתה של הסנהדרין, שכן לא הייתה עוד רשות שיפוטית מרכזית. כתחליף לכך התגבש בתקופת התלמוד ובתקופת הגאונים דגם של מינוי שופטים בידי ההנהגה המרכזית של העם היהודי – לעיתים ההנהגה הדתית ולעיתים ההנהגה הפוליטית.<sup>16</sup> ראש הגולה או ראשי ישיבות סורא ופומבדיתא בבבל הם שמינו את הדיינים בכל עיר ועיר. כאשר היה מדובר במינוי של ראשי הישיבות, שכיהנו אף הם כדיינים, היה זה מינוי מכוחו של "בית הדין הגדול" של אותה תקופה.<sup>17</sup> באזורים שבהם שליטתו הפוליטית של ראש הגלות – תפקיד פוליטי בחסות השלטון הנוכרי – הייתה דומיננטית, היה הוא ממנה את הדיינים.<sup>18</sup> דגם זה של מינוי "מלמעלה" אפשר עצמאות שיפוטית לדיין כלפי הקהילה שבה כיהן, שכן הוא לא היה זקוק לבחירתם בו כדי לרדוף, אלא כוחו בא לו מן השלטון המרכזי. אם הקהילה לא הייתה מרוצה מתפקודו של הדיין, היא הייתה פונה להנהגה הריכוזית, וזו הייתה יכולה להחליט להעבירו מתפקידו אם מצאה שיש צדק בתלונה. אולם הקהילה לא הייתה יכולה לעשות זאת באופן עצמאי.<sup>19</sup> במושגים של ימינו דומה הדבר במידת-מה לשיטת ממשל פדרלית שבה השלטון המרכזי ממנה שופטים עבור הפדרציות, בלא מעורבות ישירה שלהן.

16 מודל משולב נמצא בסוגיית הירושלמי: "אמרו: בית דין שמינה שלא לדעת הנשיא אין מינויו מינוי, ונשיא שמינה שלא לדעת בית דין מינויו מינוי. חזרו והתקינו שלא יהו ב"ד ממנין אלא מדעת הנשיא ושלא יהא הנשיא ממנה אלא מדעת ב"ד" (ירושלמי, סנהדרין א, ב). על כך ראו גם DAVID C. FLATTO, THE CROWN AND THE COURTS: SEPARATION OF POWERS IN THE EARLY JEWISH IMAGINATION 182 (2020)

17 תשובות הגאונים (הרכבי), סימן קפ: "כך ראינו כי המנהג בבבל שבית דין הגדול הן ממנין דיינים בכל פלך ופלך".

18 למקור סמכותו של ראש הגלות למנות דיינים ראו בבלי, סנהדרין ה, ע"ב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ג, סעיף ד.

19 שמחה אסף בתי הדין וסדריהם לאחר חתימת התלמוד, 40-41 (תרפ"ד). לדיון ביחסו של המשפט העברי למינוי שופטים, אגב התייחסות למקורות רבים המובאים להלן, ראו גם מיכאל ויגודה "מינוי שופטים" פרשת השבוע - פרשת דברים (תשס"ב).

מינוי שופטים  
 בידי נבחרו ציבור:  
 המודל וסייגיו

רק בשלב שלישי, לאחר שפסקה להתקיים הנהגה מרכזית לעם היהודי בבבל או בארץ ישראל וכל קהילה ברחבי התפוצות עמדה לעצמה, החלו קהילות ישראל לאמץ דגם של מינוי דיינים באמצעות בחירת נציגי הקהל המקומי עצמו, לעיתים במינויים קצובים בזמן. נוהג זה התפשט הן בצפון אירופה והן בספרד. גם במסגרת דגם זה הייתה לפעמים מעורבות משתנה של ההנהגה הדתית בהליך המינוי.<sup>20</sup>

במקומות רבים עברה ההכרעה במלואה לידי נבחרו הציבור, ואחדים מהפוסקים הטעימו כי מינוי כזה תקף מכוח "קבלת הציבור".<sup>21</sup> יתרה מזו, היו אף בקרב חכמי ההלכה שראו במנגנון זה דרך שלכתחילה, ולא רק אילוץ שבדיעבד.<sup>22</sup> לעומתם, כפי שנראה להלן, היו בקרב חכמי ההלכה מי שגיננו בכל פה את הרעיון של בחירת שופטים בידי הציבור וראו בכך לכל היותר הכרח שבדיעבד האופייני לתקופת הגלות.

בין שבחירת השופטים בידי הציבור הייתה עניין שלכתחילה ובין שבדיעבד, מדברי פוסקים רבים במשפט העברי נראה כי הם היו מודעים לשתי בעיות קשות הקשורות זו בזו והנוצרות בגלל בחירת שופטים בידי הציבור, והם, אכן, עמלו להתמודד עימן. ראשית, קרה שנציגי הציבור שהשתתפו בבחירת הדיינים שקלו אינטרסים אישיים צרים שלא עלו בקנה אחד עם טובת הכלל; שנית, מינוי הדיינים בידי נציגי הציבור יצר תלות של הדיינים בנציגי הציבור הבוחרים בהם,

20 דוגמאות: שו"ת רשב"א, חלק ב, סימן רצ; שו"ת תשב"ץ, חלק א, סימן קסא (דנים ביחס שבין מינוי דין בידי הנהגה הלכתית לבין החובה לקבל את הסכמת הקהילה).

21 למשל, שו"ת רשב"ש, סימן תריא.

22 ראו למשל פירוש אברבנאל לדברים טז, יח: "ענין משה במינוי השופטים היה להוראת שעה אבל לדורות לא רצה שיהיה זה על פי נביא כי יהיה זה אליו טורח מופלג למנות שופטים בכל ערי ישראל גם כי תסתלק הנבואה ולא ישאר מי שימנו אותם ולכן מסר זה לשבטים. וזהו אמרו אשר ה' אלהיך נתון לך לשבטיך. יחזור למינוי הנזכר שכל שבט ימנה השופטים היותר חכמים ויראי אלהים שיהיו בשבטים בכל עיר ועיר מאותו שבט"; פירוש הרד"צ הופמן לדברים א, יג: "עצם המינוי בתור שופט היתה בידו של משה רבינו, כמו שהוא מבטא זאת גם כאן במלים 'ואשימם בראשיכם' (השוה באופן מיוחד פסוק טו), בכל זאת ראה הוא להכרחי, שהעם יצביע לו על האנשים שהוא הוגה להם אימון, מפני שדווקא הבחירה בידי העם נתנה למשה רבינו את הערובה, שהנבחר הוא בעל המדות הדרושות".

כך שלא רק מורא החוק היה על הדיינים אלא אף מורא נציגי הציבור, מה שהיה עלול לעוות את פסקי הדין שלהם. פוסקי ההלכה הציעו כמה דרכים לפתרון בעיות אלה.

#### א. שבועה לשקול שיקולים ענייניים

אחד הפתרונות היה התניית ההשתתפות של נציגי הציבור בבחירת השופטים בנקיטת שבועה לשקול שיקולים ענייניים בלבד. זהו מהלך הלכתי חריג, שכן בדרך כלל נציגי הציבור אינם נדרשים לשבועה מיוחדת בעת שהם דנים ומקבלים החלטות בענייני הציבור. הטעם לקביעת שבועה זו הוא החשש המיוחד מפני שקילת שיקולים לא־ראויים בידי נציגי הציבור בעת מינוי השופטים. כך מתאר רבי יצחק בר ששת (ספרד ואלג'יריה, המאה הי"ד) את השבועה שנהגה בקהילת ברצלונה: "וישבועו בספר תורה בזרועם [...] לעשות הברירות [הבחירות] הנזכרות ביושר ואמונה ולתועלת הקהל שלא ידברו מענין הברירות הנזכר עם שום אדם זולתי חבריהם ושלא ישמעו לדברי שום אדם שידבר עמהם בענין הברירות".<sup>23</sup> עצם הצורך בשבועה זו מלמד על חששם של חכמי ההלכה מפני שימוש לרעה ופוליטיזציה של בחירת שופטים, הנובעים מ"בעיית הנציג" של נציגי הציבור המשתתפים בבחירת השופטים. כרי כי מנגנון זה של שבועה יכול להועיל רק בחברה דתית ימי־ביניימית, שבה השבועה הייתה כלי מרתיע כדי לפתור את הבעיה שנציגי הציבור עלולים לבחור בשופטים על פי שיקולים לא־ראויים.<sup>24</sup>

23 שו"ת ריב"ש, סימן ריד. לדוגמה כזו מאזור פולין ראו גם אסף, לעיל ה"ש 19, בעמ' 44.

24 המקבילה בזמננו לשבועה זו היא הצהרתם של חברי כנסת "לשמור אמונים למדינת ישראל ולמלא באמונה את שליחותי בכנסת" (סעיף 15(א) לחוק־יסוד: הכנסת) ושל ראש הממשלה והשרים "לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, למלא באמונה את תפקידי כראש/כחבר הממשלה ולקיים את החלטות הכנסת" (סעיף 14 לחוק־יסוד: הממשלה). ברם, האופי ההתעתי של השבועה אינו דומה לאופי הסמלי של הצהרות אלה.

## 1. הסכמה פה אחד

פתרון אחר היה דרישה להסכמה פה אחד של הנציגים בעת בחירת הדיינים, אף שכדרך כלל התקבלו החלטות על פי הכרעת הרוב. אם נציגי הציבור לא הצליחו להגיע "לידי אחד והסכמה בבחירות", הועברה ההכרעה ל"רב המלכות", כלומר לדמות רבנית חיצונית לקהילה.<sup>25</sup> החובה של הוועדה הבוחרת להגיע להסכמה פה אחד בבחירות מחייבת לבחור במועמדים המקובלים על הציבור כולו ולא רק באלה המקובלים על קבוצת הרוב.<sup>26</sup> בדרך זו היה כדי לצמצם את החשש מפני שקילת שיקולים לא-ענייניים בעת בחירת הדיינים, וכן לוודא שאין הרוב כופה את עמדתו על המיעוט בנושא בחירת הדיינים.

בשולי הדברים יש להוסיף כי בשנת 2008 הוביל חבר הכנסת גדעון סער פתרון דומה, שלפיו כדי לבחור שופט לבית המשפט העליון יידרש רוב של שבעה מתוך תשעת חברי הוועדה לבחירת שופטים (ולא רוב של חמישה מתוך תשעה).<sup>27</sup> משמעותו של תיקון זה היא שבחירת שופטים לבית המשפט העליון מחייבת

25 כך נקבע בחקנות שלוחי הקהילות הקשטיליות משנת 1432, המובאות אצל שמחה אסף, לעיל ה"ש 19, בעמ' 42. ראו גם יצחק בער תולדות היהודים בספרד הנוצרית 373-374 (מהדורה שנייה, 1965); וכן Louis Finkelstein, Jewish Self-government in the Middle Ages (1924) 356-357. אומנם בחקנה לא נאמר במפורש כי בחירת הדיינים צריכה להיעשות פה אחד, אלא באמצעות "אחד והסכמה בבחירות", כלשון אסף (לעיל ה"ש 19). אולם מן הדברים עולה בבירור כי אין הכוונה להכרעה ברוב רגיל, אלא להכרעה הדורשת הגעה להסכמה בין כל חברי הוועדה, כלומר הסכמה פה אחד (ולכל הפחות – רוב מיוחס, המחייב "אחד והסכמה" כאמור).

26 לאמיתו של דבר, יסוד דרישה זו מופיע כבר בדברי שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רצ. הרשב"א (ספרד, המאה הי"ג) נשאל כיצד ינהגו קהילות בעניין מינוי דיינים אם "אין שם מי שיוודע אפילו אות אחת". תשובתו הייתה שהלכה היא שניתן למנות דיינים שאינם מומחים אם הדבר נעשה "מדעת בעלי הדין", כלומר אם המינוי מוסכם על שני הצדדים בעלי הדין. ולכן, באופן קהילות שאין דיינים מומחים, "אם קבלום עליהם אנשי העיר מותר ואין אחד מהם יכול לפסלן", שכן כאשר כל בני העיר קיבלום עליהם, הרי שכל בעלי הדין הרלוונטיים הסכימו למינוי של אותם דיינים. משמעות הדבר היא שכדי להכשיר מינוי דיינים בדרך זו יש צורך בהסכמת כל אנשי העיר הנוגעים בדבר, ואי-אפשר למנות באמצעות הרוב בלבד.

27 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 55), התשס"ח-2008; סעיף 7(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

הסכמה בין נשיא בית המשפט העליון ובין שר המשפטים. בכך ניטל הכוח מכל אחת מן הקבוצות המרכיבות את הוועדה למנות בעצמן את השופטים ללא הסכמה רחבה. הדבר דומה במידת מה לעולה מתוך מקורות המשפט העברי הדורשים הסכמה פה אחד בעת בחירת הדיינים.

### ג. מבחן איכות מוקדם

עוד פתרון שהציעו הפוסקים היה שילוב בין רכיב בחירת הציבור לבין הרכיב של פיקוח "מלמעלה" על איכות הדיינים הנבחרים, כך שהציבור לא יוכל לבחור כרצונו דיינים לא־ראויים. על פי רבי משה סופר (חתם סופר, הונגריה, המאה הי"ח-י"ט), מינוי דיינים על פי בחירת הציבור עלול להוביל לבחירת דיינים לא־ראויים שהציבור מעוניין בהם בשל פסיקותיהם המוטות המשרתות בעלי אינטרסים. לפיכך, בחירת הציבור צריכה להיות מוגבלת לקבוצת מועמדים שעומדים במבחן איכות מוקדם, שנועד להגביל את טווח האפשרויות של בחירת הציבור:

משו"ה [משום כך] דייקו בתקנותם והתנו שיהי'ה] "ברצון רוב הקהל ומפני חשיבותם". משום שפעמים מסכימים רוב הקהל על דייני בור ומי שמקיל להם מגיז להם ואומרים לעץ אבי אתה. ע"כ בעי ג"כ [לכן דרוש גם] "מפני חשיבותם" ולא תהי'ה] אחרי רבים לרעות. ולפעמים איכא [יש] אדם חשוב וגדול אלא שאין הציבור חפיצים בו גם זה לא יתכן [...] ע"כ [על כן] היה תנאי בתקנה הנ"ל שיהי'ה] צירוף שניהם – רוב הציבור חפיצים בו גם שיהי'ה] חשוב והגון.<sup>28</sup>

ד. ביקורת הפוסקים על בחירת דיינים בידי הציבור: חשש ניגוד עניינים, תלות השופטים והטיית דין מובנית

כד בכד עם הניסיונות למנוע ניצול לרעה של הליך מינוי הדיינים בידי נציגי הציבור היו פוסקי הלכה שיצאו נגד עצם הרעיון של בחירת הדיינים בידי הקהל

ונציגיו, בפרט כאשר הדיינים עומדים לבחירה חוזרת מדי פרק זמן כלשהו. על כך כותב המהר"ל מפראג (המאה ה"ז): "אוי לנו מיום הדין, כי הדיינים, והם הרבנים שהם במדינות אלו, כולם תלויים בראשי וביחיד הקהל, שכל שנה או שלש שנים הם חוזרים להעמיד אותו על רבנות שלו".<sup>29</sup> המהר"ל אף הוסיף כי מחמת שדיין שנבחר בידי הקהל תלוי בהם, הרי הוא נחשב נוגע בדבר, ולכן "ראוי לומר כי דיין כזה פסול לדין".

בן דורו, רבי שלמה אפרים מלונטשיץ (פראג, המאה ה"ז-י"ז), אף הוא מתרעם על תופעה זו של בחירת הדיינים בידי נציגי הקהל. לדעתו, אף אם הדיין יכול לדון דין אמת, עצם תלותו בבחירתו תיצור הטיית דין מובנית אף שהוא עצמו עלול שלא להיות מודע לה: "יש צד שוחד אחד שאינן נזהרים בו, כי מדרכם להחניף לכל מי אשר בו תלוי מינוי הדיינים לשנה הבאה [...] אף על פי שמסכים בדעתו לדון דין אמת, מכל מקום דבר זה מסמא עין שכלו, שאינו רואה חובה לזה שהוא תלוי בו".<sup>30</sup>

מאוחר יותר הביע רבי מאיר ליבוש וייזר (המלבי"ם, רומניה, המאה הי"ט) חשש דומה מפני מנגנון של בחירת דיינים באמצעות בחירת הציבור, דבר שעלול להביא לתלות של הדיינים בבחירתיהם: "ושמת עליהם ר"ל [רוצה לומר] וגם קביעות הדיינים לא יהיה ע"י בחירת העם שאז יחנפו תמיד את העם הבוחרים אותם, רק אתה תשים עליהם".<sup>31</sup>

29 נתיבות עולם, נחיה הדין, סוף פרק ב.

30 ספר עמודי שש, עמוד מוסר הדין (הובא אצל אסף, לעיל ה"ש 19, בעמ' 45). וראו גם בפירושו – כלייקר, דברים טז, יח: "ביאור הענין הוא שפסוק זה ציווי למי שיש סיפק בידו למנות דיינים שימנה אותם על מנת שיהיו דיינים ולא יחניפו אפילו לזה הממנה אותם, וזה שאמר חתן לך על עצמן ונמשך בזה בקל וחומר שישפטו את כל העם משפט צדק כי אם לא יחניפו גם לך קל וחומר לכל העם, לכך אמר ושפטו לשון הודעת דברים לומר שכן יהיה בודאי בקל וחומר. לא כמנהג דורינו שכל מי אשר סיפק בידו למנות דיינים בורר לו קרובו או מידעו דומה כאילו התנה עמו בפרוש על מנת שיחניף לו וכן עושים, ונמשך מזה שגם כל העם אפילו רחוקים לא ישפטו בצדק כי הדיין צריך להשוות כל הדיינים שלא יאמרו לו אתמול פסקת כך וכך לקרובך או למיודעך או לבן עירך ועכשיו אתה משנה בדין לזה".

31 מלבי"ם, שמוח יח, כא.



ממקורות המשפט העברי עולה אפוא כי המודל המקורי לבחירת הדיינים הוא בידי הסנהדרין, ששימשה הן רשות שופטת הן הנהגה דתית, כפי שנפסק בידי הרמב"ם. בהיעדרה, באה החלופה של מינוי בידי ההנהגה המרכזית של העם, שאף היא מנעה תלות של הדיינים בקבוצות לחץ בתוך הציבור. עם היחלשות ההנהגה הריכוזית עבר המינוי לידיהם של נציגי הקהל. אף שחכמי ההלכה הצדיקו הליך מינוי זה באמצעות הרעיון של "קבלת הציבור", עוררה דרך זו בעיות קשות של שקילות שיקולים זרים בידי נציגי הציבור שבחרו את הדיינים, וכן יצירת תלות חזקה של הדיינים בנציגי הציבור שבחרים אותם.

ה. גישת הרב ולדנברג: מינוי שופטים באמצעות נשיא, מוסד בחירה עליון או מאגר מועמדים

בשנות החמישים של המאה העשרים פרסם אחד מגדולי הפוסקים בירושלים, הרב אליעזר יהודה ולדנברג, חיבור ייחודי שכותרתו "הלכות מדינה", אשר כשמו כן הוא: עניינו בהתוויית דרכים בתחומי חוקה ומשטר לאור המשפט העברי. אחד הפרקים בחיבור מוקדש למנגנון של בחירת שופטים. בפרק זה עומד הרב ולדנברג בהרחבה על הסכנה הרבה הגלומה במתן סמכות לנציגי הציבור לבחור את השופטים, מה שעלול להביא להשחתת המערכת השיפוטית. לפיכך קובע הרב ולדנברג כי אף שבדרך כלל הכרעות בענייני ציבור צריכות להתקבל בדרך דמוקרטית של הכרעת רוב נציגי הציבור, מינוי שופטים הוא חריג ואסור להפקידו בידי נציגי הציבור בלבד. הרב ולדנברג מציע שלושה מנגנונים אפשריים לנטרול הסכנה שבפוליטיזציה של בחירת שופטים. מנגנון אחד הוא מינוי "מלמעלה" בידי נשיא המורם מעם שהוא גדול תורה; מנגנון שני הוא בניית מוסד עליון שחברים בו מומחי הלכה ומשפט הנבחרים בידי הציבור שיהיה מופקד על בחירת השופטים; והמנגנון השלישי הוא בחירת הציבור במאגר של מועמדים פוטנציאליים לתפקיד שפיטה, שמתוכו יבחרו הנשיא או המוסד העליון הנזכרים לעיל את המועמדים הראויים:

לכן מהיות טוב כדי שנפיק התועלת הכפולה שהמתמנה יהיה אדם חשוב וגדול וגם שהמינוי יהא במי שהציבור חפצים בו, מן הראוי שבחירת ומינוי השופטים לא תעשה כשאר בחירות לעניינים ציבוריים הנעשים על ידי המון כל קהל ציבור

הבוחרים, כי אם שהבחירה תעשה על ידי הנשיא המורם מעם גדול התורה והיראה – או נשיאי התורה, אשר יתייפו לכך בתוקף כח בחירתם על ידי קהל בוחריהם, או על ידי מוסד עליון שיושבים בו נבחרי קהל, אשר יד ושם להם בתורת חוקי התורה ומשפטיה לדעת בינה לעתים להבחין במי מאישי ההוראה לבחרו בכדי למנותם לדיינים ושופטים בפועל, או שכל קהל הבוחרים יבחרו ברשימה שלימה כמועמדים לשופטים, והנשיא או המוסד העליון יבחרו מבין המועמדים האלה את היותר מתאימים.<sup>32</sup>

הינה כי כן, פוסק מרכזי בן זמננו יוצא בכירור נגד הרעיון של בחירת שופטים בידי הרוב הקואליציוני. קשה לחשוב על מקור הלכתי ברור יותר היוצא חוצץ נגד הרעיון שבבסיס יוזמת לוין-רוטמן לשינוי הוועדה לבחירת שופטים.

לקחי המשפט  
העברי

על פי הרפורמה שמציעים שר המשפטים ויו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, כוחם של נציגי הציבור גדל, אגב ביטול יכולתם של נציגי הרשות השופטת להתנגד לבחירת שופטים לא-מתאימים (למצער לגבי מרבית המינויים). מטבע הדברים, למשפט אין העברי עמדה חדה בעניין נקודת האיזון המדויקת בין נציגי הציבור לבין נציגי הרשות השופטת במסגרת הוועדה לבחירת שופטים, אולם המשפט העברי בהחלט מציב תמרון אזהרה ברור בדבר הצורך לכונן מנגנוני בקרה על הבחירה שעושים נציגי הציבור, פן בעת בחירת השופטים הם ישקלו שיקולים שאינם לטובת הציבור בכללותו, ופן יהיו השופטים תלויים יתר על המידה בנציגי הציבור שבחרו בהם. נראה כי הצעת הרפורמה של שר המשפטים אינה נותנת משקל לתמרון אזהרה זה, בהעניקה סמכות לרוב הקואליציוני בהליך בחירת השופטים, ללא מנגנוני ריסון ובניגוד לגישה העולה ממקורות רבים במשפט העברי לדורותיהם.

ולכן, אף אם יוזמי הרפורמה מבקשים להגדיל את משקלם של נציגי הציבור בוועדה לבחירת שופטים, מן הראוי שיקבעו מנגנון שיבטיח כי לקואליציה לא יהיה רוב אוטומטי, אלא תהיה נחוצה פעולת שכנוע של נציג האופוזיציה או אחד מנציגי השופטים להצטרף אליהם. למשל, אם על פי הצעת השר לזמן נציגי הקואליציה יהיו שבעה מתוך אחד עשר חברי הוועדה, ראוי לקבוע כי יידרש רוב של שמונה מתוך אחד עשר כדי להביא לבחירת שופט.

אומנם אפשר לטעון לכאורה כי החשש של תלות השופט בנציגי הציבור, שמפניה התריעו חכמי המשפט העברי, אינו חשש משמעותי במערכת המשפט הישראלית משום שמינוי השופטים לא נעשה לפרק זמן קצוב אלא לתקופה לא־מוגבלת. ברם הדבר אינו כן, שהרי שופט שיתמנה בידי נציגי הציבור לערכאה מסוימת (כגון בית משפט שלום או בית משפט מחוזי) יהיה תלוי בנציגי הציבור כאשר הוא ירצה להתקדם ולהתמנות לערכאה גבוהה יותר. מניסיונו של המשפט העברי אנו למדים כי מנגנון זה של בחירת שופטים בידי נציגי הציבור עלול להוליד שופטים שיבקשו למצוא חן בעיני נציגי הציבור שבחרו בהם באופן שיעוות את פסיקותיהם.

לאמיתו של דבר, בריאיון מאוחר שהעניק שר המשפטים יריב לוין הוא הודה שהצעתו המקורית לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים נוגדת מושכלות יסוד של משטר דמוקרטי. לדבריו –

אני מוכרח לומר בצורה הכי חדה וברורה – יש הרבה טענות באמת חסרות בסיס שנשמעות מצד מתנגדי הרפורמה, אבל היתה טענה אחת שבעיניי היא טענה אמיתית: באים ואומרים הרי בשיטה שבה ברוב קואליציוני אפשר למנות מספר בלתי מוגבל של שופטים אנחנו נימצא במצב שקואליציה מסוימת – שגם ככה יש לה שליטה גם בממשלה וגם בכנסת – תשתלט באותה קדנציה על בית המשפט העליון ולמעשה תביא למצב שבו כל שלוש הרשויות תהפוכנה לרשות אחת.<sup>33</sup>

33 בריאיון שהוענק לערוץ 14, מרץ 2023; מצוטט אצל מיכאל האוזר טוב "לוין: החוק המקורי שקידמנו לשינוי בחירת השופטים "לא יכול להתקיים במדינה דמוקרטית" הארץ (3.4.2023).

כפי שראינו לעיל, חשש זה מפני השתלטות לא־ראויה של הרוב הקואליציוני על הרשות השופטת מבוסס היטב במקורות רבים מן המשפט העברי. בעקבות המחאה הציבורית הציב, כאמור, יו"ר ועדת החוקה, שמחה רוטמן, גרסה מרוככת של היוזמה, ולפיה הקואליציה תשלוט במינוי שני שופטים לבית המשפט העליון והיא שתבחר את נשיא בית המשפט העליון (במקום שיטת הסניוריטי הנהוגה כיום). לנוכח הדברים שראינו בפרק זה מובן מדוע גרסה מרוככת זו אינה פותרת את בעיות היסוד שביוזמת לוי־רוטמן. כיוון שמינוי שופטים בידי רוב קואליציוני עלול לגרום תלות של אותם שופטים בפוליטיקאים, אין זה משנה אם מדובר במינוי השופטים כולם או שמא "רק" במינויים של שני שופטים וכן של נשיא בית המשפט העליון החולש על מערכת השפיטה כולה. גם לעניין זה נאים דבריו של המלבי"ם שצוטטו לעיל: "שאז יחנפו תמיד את העם הבוחרים אותם", וכן דברי רבי אפרים שלמה לונטשיץ: "אף על פי שמסכים בדעתו לדון דין אמת, מכל מקום דבר זה מסמא עין שכלו, שאינו רואה חובה לזה שהוא תלוי בו".

מן המשפט העברי ניתן לדלות עוד תובנה חשובה: הסקירה לעיל מלמדת כי אין מנגנון אחד ויחיד הראוי לבחירת שופטים; מנגנונים שונים לבחירת שופטים שימשו חליפות לאורך ההיסטוריה היהודית והותאמו בכל פעם לצרכים ולתנאים החברתיים המשתנים. גם כיום לא הכרחי לאמץ דגם אחד ויחיד לבחירת כל שופטי מדינת ישראל. אפשר ליצור הבחנה בין שתי ועדות לבחירת שופטים: ועדה לבחירת שופטי בית המשפט העליון, שתעניק משקל יתר לנציגי הציבור (אך לא משקל בלעדי), וועדה לבחירת שאר השופטים, שתעניק משקל יתר לגורמים מקצועיים מתוך מערכת השפיטה.<sup>34</sup>

34 הד לרעיון של שתי ועדות לבחירת שופטים ניתן למצוא בפירוש אברבנאל, שהציע להבחין בין דרך המינוי של דייני הערכאה העליונה – הסנהדרין, שצריך לדעתו שיתמנו בידי המלך – לבין דרך המינוי של הדיינים בשאר הערכאות המקומיות – שצריך לדעתו שייבחרו בידי הציבור המקומי (ראו פירוש אברבנאל לדברים טז, יח ולדברים יז, ח. אה שיטתו ביאר בהרחבה הרב ולדנברג, הלכות מדינה, לעיל ה"ש 32). ההצעה המובאת כאן הפוכה מזו של אברבנאל בכך שדווקא במינוי לערכאה העליונה מודגש הצורך בשילוב נציגי הציבור, ואילו במינוי לערכאות התחתונות מודגש הצורך בגורמים מקצועיים.

### 3.

## יחסי הכוחות שבין נציגי הציבור בהליך מינוי שופטים: רוב ומיעוט בקרב נציגי הציבור שבוועדה - העיקרון "רובו מתוך כולו"

כעת נדון בהרכב של נבחרי הציבור בוועדה לבחירת שופטים, בין שנציגי הציבור הם חלק מחברי הוועדה ובין שהם רובם או כולם. מהו היחס המספרי הראוי בוועדה בין נציגי הרוב (הקואליציה) לבין נציגי המיעוט (האופוזיציה)?

בהצעת לוי־רוטמן מעוגנת לראשונה בחוק החובה להקצות משבצת לנציגי האופוזיציה, שלא כמו המצב הנהוג עד כה – מנהג חוקתי שמעמדו המשפטי לא־ברור. שינוי נוסף נוגע למשקלו של נציג האופוזיציה. עד עתה היה מקובל כי לאופוזיציה יש נציג אחד מתוך תשעת חברי הוועדה, לעומת שלושה נציגים לקואליציה (שני שרים וחבר כנסת אחד). כלומר, לקואליציה לא היה רוב מובטח. על פי השינויים המוצעים בהצעת לוי־רוטמן בהרכב הוועדה, לקואליציה יהיה רוב מובטח בוועדה, למעט במצבים שבהם יידרש יותר מרוב רגיל,<sup>35</sup> כאשר לאופוזיציה יהיה נציג אחד מתוך תשעה<sup>36</sup> או שניים מתוך אחד עשר.<sup>37</sup>

ייצוג הולם של  
המיעוט בהליכי  
הכרעה ציבוריים

מלבד הצורך להגביל את הרוב האוטומטי שיש לנציגי הקואליציה, באמצעות המנגנונים שעליהם עמדנו לעיל, לפי עקרונות המשפט העברי יש חובה לייצוג הולם של המיעוט בהליכי הכרעה ציבוריים. למשפט העברי עמדה עקרונית בדבר החשיבות של שיתוף המיעוט – במסגרת העיקרון ההלכתי "רובו מתוך כולו". דהיינו, הכרעת הרוב תקפה רק אם היא נעשתה במעמד כלל נציגי הציבור, ובכללם נציגי המיעוט, שיוכלו להשמיע את קולם ולנסות לשכנע את הרוב.

35 לפי הצעת החוק שהונחה על שולחן הכנסת לקריאה שנייה ושלישית יידרש רוב רגיל בוועדה בעת המינוי של שני השופטים הראשונים של בית המשפט העליון בוועדה, שלא כמו מינויים נוספים, שבהם יידרש רוב גדול יותר.

36 לפי הצעת החוק המקורית שהגיש יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט.

37 לפי הצעת החוק שהונחה על שולחן הכנסת לקריאה שנייה ושלישית.

כאשר פוסקי ההלכה דנו ברציונל של עקרון שלטון הרוב, הם העלו את הטענה שהמיעוט מקבל על עצמו "מאחורי מסך בערות" לציית להכרעת הרוב, אך רק בתנאי שהרוב יסכים לשמוע את עמדת המיעוט וייתן לו הזדמנות לשכנע. כך ניסח זאת המהרי"ט (צפת, המאה ה"ז):

שאע"פ שהוסכם ביניה'ם] שכל דבריה'ם] יהיה נפסק על פי הרוב, הרוב מכלל כלו בעינן [דרוש] [...] ועתה שהסכימו ללכת אחר הרוב ויהא כאלו הסכימו כלם – צריך שיהא מדעת כלם, וכל אחד ואחד מרצה דבריו לפנייהם ואז הולכים אחר הרוב, וכל שלא עשו כן אין מעשיהם כלום [אין תוקף להחלטתם].<sup>38</sup>

ברוח זו נפסק כי הכרעת הרוב תקפה רק כאשר המיעוט השתתף גם הוא בדיון וניתנה לו ההזדמנות לשכנע בעמדתו. כך, למשל, מנסח הרשב"א (ספרד, המאה הי"ג) דרישה זו: "אין הרוב יכול להסכים על דבר עד שיהיו כולם במעמד אחד ומתוך מעמדם יסכים הרוב, דומיא דבית דין [בדומה לבית הדין]".<sup>39</sup> אומנם, חכמי ההלכה הכירו בקושי המעשי שבכינוס כל אנשי הרוב (או נציגיהם) וקבעו כי על הרוב להעניק למיעוט זכות הוגנת להשתתף בדיון, ואם נציגי המיעוט לא השתתפו – כי אז הם ויתרו על זכותם. עם זאת, כאשר החלטה התקבלה על פי הרוב מתוך ניצול מכוון של היעדר נציגי המיעוט או הדרתם הלכה למעשה, ההכרעה אינה תקפה.<sup>40</sup>

חשוב לומר שבית המשפט העליון אימץ לתוך הדין הישראלי את העיקרון "רובו מתוך כולו" בכמה הקשרים.<sup>41</sup> אחד ההקשרים הוא הרכב הוועדה לבחירת שופטים. בפרשת אבירם, שבה נידון מעמדו של חבר האופוזיציה בוועדה לבחירת

38 שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן צה.

39 שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן כו.

40 ראו אלון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 580–586; אליאב שוחטמן "רובו מתוך כולו: חוקפם של חוקים המתקבלים במליאת כנסת שאינה מלאה" מחשבות על דמוקרטיה יהודית 407 (בנימין פורת עורך, 2010).

41 עע"מ 1207/15 רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק (18.8.2016); בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (1.2.2017); בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017).

שופטים, נסמך השופט ניל הנדל על המשפט העברי כחלק מתיאור חשיבותו של נציג האופוזיציה בוועדה. בנקודה זו, אם כן, הצעת הרפורמה הנוכחית, המבקשת לעגן בחוק את חברותו של נציג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים, תואמת לכאורה את העיקרון "רובו מתוך כולו" שבמשפט העברי.

ברם מעיון במקורות רבים נראה שאין די בנציג אחד למיעוט שייצג בדיון את העמדה ואת האינטרסים של המיעוט, אלא נדרשת נציגות ממשית שתבטיח שהאינטרסים הללו לא ייפגעו פגיעה שאינה מידתית. כך, לדוגמה, מסביר החת"ם סופר (הונגריה, המאה הי"ח-י"ט) את המנגנון הייצוגי הקיים בחלק מהקהילות: בוועדה שמקבלת החלטות עבור הקהילה יהיו לכל שכבה כלכלית ("עשירים, בינוניים וחתחונים") שלושה נציגים: "כדי שיהיה בית דין [של שלושה] לכל אחת מהכתות, שלא יזוק אחת מהכתות האלו".<sup>42</sup> גם בשו"ת דברי ריבות (סלוניקי, המאה ה"ז) מתואר מנגנון של ייצוג השכבות החברתיות-כלכליות באופן שווה: "מהם עשירים, מהם בינוניים, מהם עניים, כדרך כל הקהילות יצ"ו, באופן שיהיה כל העם מקצה מושגחים בכל עניניהם".<sup>43</sup>

בדומה למנגנונים ייצוגיים אלה, גם הרכב נבחרו הציבור שבועדה לבחירת שופטים ראוי שישקף, בקירוב, את יחסי הכוחות הריאליים שבין הקואליציה והאופוזיציה בכנסת וייתן משקל ממשי גם לנקודות המבט של נציגי מפלגות המיעוט. אומנם אי-אפשר להגיע לייצוג מדויק של מפלגות המיעוט, ואף על פי כן דומה כי ייצוג האופוזיציה באמצעות נציג אחד בלבד מתוך תשעה, או שניים מתוך אחד עשר, מול נציגיה הרבים של הקואליציה, שלמעשה מרכיבים בכל ההצעות את הרוב הרגיל של הוועדה, נועד לתת ייצוג סמלי בלבד לאופוזיציה ולא ייצוג ממשי, ועל כן הוא אינו עולה בקנה אחד עם תשובות הפוסקים שראינו לעיל.

42 שו"ת חתם סופר, חושן משפט, סימן קטז.

43 שו"ת דברי ריבות, סימן רכז.

ממקורות המשפט העברי עולה כי אין דרך אחת ויחידה לעיצוב הרכב הוועדה לבחירת שופטים. לאורך ההיסטוריה היהודית עוצבו מנגנונים שונים לבחירת הדיינים, על פי הנסיבות החברתיות והמשטריות. עם זאת, לקח חשוב מן המקורות הוא שיש סכנה בהותרת מנגנון הבחירה בידי הציבור או נציגיו ללא מנגנונים מרסנים. מצב כזה עלול להוביל לשקילת שיקולים לא-ראויים בעת בחירת השופטים ואף ליצור תלות של השופטים בנציגי הציבור, שעלולה לעוות את פסיקותיהם. מן המנגנונים השונים שמציעים המקורות ראוי לציין את החשיבות שבהגעה להסכמות פה אחד בין כלל נציגי הציבור או צירוף של אנשים בעלי מומחיות בתחום המשפט להליך הבחירה.<sup>44</sup>

עוד עניין העולה ממקורות המשפט העברי הוא החשיבות שבייצוג המיעוט בהליכי הכרעה רובניים – ובכללם בהליכי בחירת השופטים. מן הראוי לעגן בחוק את ייצוג האופוזיציה הפרלמנטרית בוועדה (כפי שאכן הוצע בידי שר המשפטים לויז). עם זאת, מן המקורות עולה שייצוג כלל קבוצות האינטרס בהליך הבחירה צריך להיות ממשי ולא סמלי. אלא שהרכב הוועדה המוצע ביוזמת לויז-רוטמן אינו עולה בקנה אחד עם עיקרון זה.

חרף הניסיונות של הפוסקים למתן את הסכנות שבבחירת דיינים באמצעות נציגי הקהל, לאורך ההיסטוריה זעקו כמה מפוסקי ההלכה על העיוותים הנוצרים בשל

44 בעקבות גזרות קנ"א (1391) ברח רבי יצחק בר ששת, הריב"ש (מאות י"ד-ט"ו), מספרד לאלג'יריה. עם בואו החליט השלטון האלג'יראי, באופן חד-צדדי, על מינויו של הריב"ש לדיין יחיד בקהילה היהודית, ללא התייעצות מוקדמת עם הקהילה. מינוי זה עורר ביקורת רבה מכמה טעמים, כגון משום שהריב"ש מונה בידי השלטון הנוכרי, וכן משום שהוא מונה כדיין יחיד ללא הרכב דיינים לציודו, ועוד פגמים נוספים (ראו תשב"ץ, חלק א, סימנים קנח-קסב). פגם נוסף במינויו היה שהמינוי נעשה ללא התייעצות מוקדמת עם הציבור, אף שבחלמוד נאמר "אין מעמידין פרנס על הציבור אלא אם כן נמלכין בציבור" (בבלי, ברכות נה ע"א). בעקבות הביקורת החליט הריב"ש שלא לקבל עליו את המינוי. על פרשה זו ראו מבואו של הרב יואל קטן **לספר התשב"ץ** (תשנ"ח); וכן אברהם הרשמן, **רבי יצחק בר ששת: דרך חייו ותקופתו** כט (תשט"ז); רועי אביחי שויקה, "עוד על מינוי דיינים", **גליון פרשת השבוע של משרד המשפטים** 413 (תשע"ג). מעשה זה אכן מבטא את החשיבות של שיתוף נציגי הציבור בהליכי מינוי השופטים. עם זאת, דבר אחד הוא היועצות בנציגי הציבור ושיתופם בהליך בחירת השופטים, ודבר אחר לגמרי הוא מתן סמכות בלעדית לרוב הקואליציוני לבחור בעצמו את השופטים.



הליך בחירה זה, ואף טענו כי משום כך דיינים פסולים מלדון. היוזמה להעניק לקואליציה שליטה מלאה בבחירת השופטים, כפי שמציעה יוזמת לוי־רוטמן, עומדת בניגוד גמור למקורות אלה שבמשפט העברי, המזהירים בדיוק מפני מגמה זו.

## פרק שני

ביקורת שיפוטית על חקיקת  
הכנסת (פטילת חוקים בידי בג"ץ)

—

"פשוט הוא שאין כח ביד בני העיר לתקן תקנות רק  
מה שבידן מכח הדין ולא מה שתעלה על רוחם, וזה  
לא היה ולא יהיה".<sup>45</sup>

אחד מרכיבי הרפורמה המשפטית של שר  
המשפטים לוינ'ר ויו"ר ועדת חוקה חבר הכנסת  
רוטמן הוא צמצום דרמטי בביקורת השיפוטית  
של בג"ץ על חקיקת הכנסת.

**1.**  
**מבוא**

לאחר חקיקת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו (בשנת 1992) קבע בג"ץ כי  
בסמכותו לפסול חוק העומד בסתירה לחוק יסוד.<sup>46</sup> במרוצת השנים בוטלו כ-22  
חוקים או סעיפי חוק בדרך זו.

סמכות בג"ץ לבטל חקיקה של הכנסת העומדת בסתירה לחוק יסוד מעוגנת  
בסעיף 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובהלכות שיפוטיות שהרחיבו את

45 שו"ח הרמ"א, סימן עג.

46 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221  
(9.11.1995).

הדברים לחוקי יסוד נוספים. לא נקבעו כללים ברורים מיהו הגוף המוסמך לבטל דבר חקיקה ובאיזה הרכב או רוב הדבר צריך להיעשות. סמכות זו אינה מוגבלת לבג"ץ לבדו, ותאורטית גם ערכאות נמוכות יותר יכולות להורות על ביטול דבר חקיקה הסותר חוק יסוד. כמו כן לא נקבע הרכב מיוחד או רוב מיוחס הנדרשים לבחינת חוקתיותו של חוק ופסילתו. מבחינה עקרונית בג"ץ יכול לפסול את חקיקת הכנסת גם בהרכב של שלושה שופטים ברוב של שניים נגד אחד.

לאחרונה, בפרט בהקשר של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, העלו שופטי בג"ץ את האפשרות שגם חוקי היסוד עצמם עשויים לעמוד לביקורת שיפוטית, על סמך פיתוח מיוחד של הדוקטרינה המכונה "תיקון חוקתי בלתי-חוקתי", השמורה בישראל – שבה החוקה אינה שלמה – למצבים שחוק היסוד פוגע בהיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. עניין זה טרם הוכרע בידי בג"ץ.

דרך נוספת הפתוחה לפני בג"ץ לפסילת חוקי יסוד היא הגדרת הליך חקיקתו כ"שימוש לרעה בסמכות מכוננת". היקף הביקורת השיפוטית בעילה זו נמצא במחלוקת פנימית בין שופטי בית המשפט העליון.

הצעת הרפורמה המשפטית של השר לויז וחבר הכנסת רוטמן נועדה לצמצם את כוחו של בג"ץ בפסילת חוקים ולחזק את כוחה של הכנסת מולו. הצעה זו מורכבת מארבעה רכיבים:

1. פסילת חוק תוכל להיעשות רק בהרכב מלא של בג"ץ, וברוב מיוחס של 80% משופטי ההרכב;
2. פסילת חוק תוכל להיעשות רק אם ייקבע כי החוק סותר בבירור הוראה בחוק יסוד;
3. אם בג"ץ יחליט על פסילת חוק, תוכל הכנסת לחזור ולחוקק אותו ברוב של 61 ("פסקת ההתגברות");
4. בג"ץ לא יוכל לפסול חוק יסוד.

המשמעות המעשית של מגבלות אלה היא שהביקורת השיפוטית של בג"ץ על חקיקת הכנסת תהפוך להיות כמעט חסרת משמעות מעשית. הרציונל שבבסיס

הצעה זו ניתן לתמצות במילותיו של חבר הכנסת רוטמן: "לכנסת מגיע מעמד [...] מחוקק כל יכול. היא יכולה לחוקק מה שהיא רוצה ולא צריכה להיות עליה ביקורת".<sup>47</sup>

גישה זו עומדת בסתירה עם עקרונות יסוד המצטיירים ממקורות רבים במשפט העברי. פוסקי ההלכה אומנם העניקו למנהיגי הציבור סמכויות חקיקה (תקנות הקהל), ועם זאת רבים מהם הניחו כדבר המובן מאליה שמנהיגי הציבור אינם רשאים לחוקק כל שברצונם, אלא אך ורק בכפוף לדין ולעקרונות היושר והצדק. לשם כך הופעלה מערכת של ביקורת שיפוטית, שהגיעה עד כדי ביטול תקנות קהל שנגדו את עקרונות היושר והצדק כפי שהגדירם פוסקי ההלכה. הרעיון שלנציגי הציבור יהיה מעמד של מחוקק כול יכול, ללא כל ביקורת שיפוטית על חוקיהם, הוא אנטי-הלכתי במהותו, והוא מבקש להקנות לבני אדם סמכויות חקיקה שאינן קיימות אפילו לקב"ה עצמו (בראשית יח, כה: "חָלְלָה לְךָ מַעֲשֵׂת פְּדָבָר הַזֶּה לְהִמְיִית צַדִּיק עִם רָשָׁע וְהָיָה כְּצַדִּיק פְּרָשָׁע, חָלְלָה לְךָ, הַשֹּׁפֵט כָּל הָאָרֶץ לֹא יַעֲשֶׂה מִשְׁפָּט").

שאלת הביקורת השיפוטית על דברי החקיקה של הנהגת הציבור אינה חדשה בדברי ימי עמנו. היא מלווה את הקהילה היהודית כל שנותיה. בשורות הבאות נסקור כמה ממאפייני הביקורת השיפוטית של הפוסקים על תקנות הקהל.<sup>48</sup>

סמכותה של הקהילה להתקין תקנות המחייבות על פי ההלכה עוגנה בתוספתא, הקובעת: "ורשאין בני העיר להתנות על השערים ועל המידות ועל שכר הפועלים" (בבא מציעא יא, כג). סמכות הקהילה הייתה להתקין תקנות בעיקר בתחומי המשפט (בין אדם לחברו) ובתחומי הדת (בין אדם למקום). אלא שיש הברל בין שני התחומים: בתחומי הדת הייתה הקהילה רשאית להתקין

.2

## **סמכותם של פוסקי ההלכה לבקר את תקנות הקהילה**

47 צימוקי, לעיל ה"ש 2.

48 סקירה זו היא בעקבות אלון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 614-630.

תקנות להחמיר על הדין אך לא להקל עליו, ואילו בתחומי המשפט הייתה לקהילה הסמכות להתקין תקנות לא רק בתחומים שלא הוסדרו על ידי ההלכה, אלא גם בתחומים שכבר הוסדרו על ידי ההלכה אגב סטייה ממנה.<sup>49</sup>

תקנות בני העיר הועמדו לביקורת בשני שלבים. השלב הראשון היה בעת הליכי קביעת התקנה, אז היה על מתקיני התקנה לקבל את אישורו של "אדם חשוב" (כפי שיבואר להלן). החיוב לקבלת האישור נועד לוודא שהתקנה עולה בקנה אחד עם דרישות החוק, קרי המשפט העברי, ועם האינטרס הציבורי.<sup>50</sup> השלב השני היה לאחר שהתקנה הותקנה – אדם שחש כי הוא נפגע מהתקנה היה יכול לעתור נגדה בפני פוסק הלכה, אשר בסמכותו היה לבטלה.

נקודת המוצא של רבים מפוסקי המשפט העברי הייתה שהקהילה אינה רשאית לחוקק כל שברצונה, אלא תקנותיה נתונות לביקורת שיפוטית. כך למשל ניסח את הדברים רבי משה איסרליש, הרמ"א (פולין, המאה הט"ז):

דבר פשוט שאין כח לטובי העיר לתקן דבר כי אם על פי הדין והמשפט ולא לילך בחזקה עם היחידים, ואין לרבים כח לגזור היחיד [...] ולכן פשוט הוא שאין כח ביד בני העיר לתקן תקנות רק מה שבידן מכח הדין ולא מה שתעלה על רוחם, וזה לא היה ולא יהיה.<sup>51</sup>

מהן עילות הביקורת השיפוטית שפוסקי ההלכה החילו על תקנות הקהלה? עילות אלה נחלקות לשלושה סוגים, וענייננו כאן בסוג השלישי. הסוג הראשון קשור בסתירה חזיתית בין תקנת הקהילה לבין דין תורה (בדינים שלא ניתן להתנות עליהם), כגון תקנות הכרוכות במעבר על איסורי שבת או על איסורי ריבית. כיוון שדין תורה גובר על תקנת הקהילה, זו האחרונה בטלה.

49 על בסיס העיקרון שניחן להתנות על דיני ממונות.

50 על כך ראו להלן, בפרק השלישי.

51 שו"ת הרמ"א, סימן עג.

הסוג השני של הביקורת נגע לדרך חקיקתה של התקנה. המשפט העברי הציב דרישות הליכיות שונות להתקנת תקנות – כגון הכרעת רוב או דרישה לקוורום מלא ("רובו מתוך כולו"). אם הליך התקנת התקנה נמצא פגום, היה בכך כדי להביא לביטולה.

הסוג השלישי של הביקורת, והוא שעומד במוקד עיוננו כאן, הוא בחינת תוכנה של התקנה כדי לוודא שהיא אינה סותרת את עקרונות היושר והצדק של המשפט העברי. אם בחינת התקנה מעלה שהיא גורמת עוול, היא מוכרזת בידי הפוסקים כמבוטלת. הפוסקים הניחו כדבר המובן מאליו שכוח החקיקה של מנהיגות הקהילה אינו בלתי מוגבל והיא אינה יכולה לתקן תקנות ככל העולה על רוחה. ואכן, פוסקי ההלכה היו מוסמכים לבדוק שהתקנות אינן סותרות את עקרונות הצדק והיושר של המשפט העברי. הדוגמאות למקרים כאלה בספרות השו"ת רבות מאוד, ואת מקצתן נביא להלן.

### 3.

#### **שתי עילות לביטול תקנות בשל פגיעה בעקרונות הצדק והיושר**

עיון בדוגמאות הרבות שבהן הפוסקים הפעילו ביקורת שיפוטית על תוכנן של תקנות הקהילות ופסלו אותן בשל חוסר הצדק שנמצא בהן מבליט שתי עילות עיקריות. העילה הראשונה היא גזל הרבים את המעטים. אם נמצא כי התקנה פוגעת פגיעה לא-מוצדקת באינטרסים מוגנים של

יחידים או של קבוצות מיעוט בקהילה, הכריזו הפוסקים שיש לבטלה, שכן הרבים לאו גזלנים הם, כלומר אסור להם לנהוג כגזלנים. דוגמאות רבות לביקורת שיפוטית זו נמצאו לגבי תקנות בתחום המיסים. ההלכה העניקה אוטונומיה רחבה לקהילות לקבוע בתקנות את דרכי שומת הרכוש, קביעת המס וגבייתו. עם זאת, פעמים רבות פנו יחידים לבית הדין ותבעו את הקהילה על שהתקנות שקבעה מנהיגות הקהילה פוגעות בהם שלא כדין. בנקודה זו נדרש פוסק ההלכה לבדוק אם הפגיעה הצפויה באותו אדם היא כדין או שלא כדין, ואם נמצא שהתקנה מאפשרת לרבים לגזול את היחידים, הכריז הפוסק על בטלותה.

כך לדוגמה, רבי שלמה בן אדרת, הרשב"א, דן בשאלה אם אדם החי בעיר פלונית ורכושו נמצא בעיר אלמונית חייב במיסי אותה עיר פלונית. הרשב"א הכריע

מה שהכריע, ואין הדבר מענייננו כאן. על בסיס הכרעתו זו נשאל הרשב"א אם הקהילה רשאית לסטות מהכרעה זו ולקבוע בתקנה הסדר אחר. על כך השיב:

והטענה שאמרת דיש [שיש] לקהל לעשות חוקים ודינים בדבר זה. נראה לי שאין זה אלא גזל ואין יכולים להתנות על הגזלות [...] שלא כל כמינו של קהל לגזול את ממונו של זה ולקח אותו לעצמן.<sup>52</sup>

כלומר, כוח החקיקה של הקהילה מוגבל, ויש שהביקורת השיפוטית מצדיקה את ביטול תקנת הקהילה. גישה דומה מוצגת באחת מתשובותיו של רבי חיים אור זרוע (אוסטריה, המאה הי"ג), שבה נידונה תקנת קהילה בעניין הדרך לאמוד את הנכסים של נישומי מס. אחד מחברי הקהילה טען כי התקנה גורמת לו להתחייב בתשלום מס בגין רכוש שאינו שלו. על כך נקבע בתשובה כי הדין עם התובע והתקנה בטלה, שכן בחינת התקנה מלמדת שהקהל –

גוזרים ומחייבים אדם לתת מה שאין לו. דאטו [שהאם] רבים גזלנים נינהו [הם] חלילה!<sup>53</sup>

חשוב לחדד את ההרחבה שנעשתה במסגרת עילה זו. מובן מאליו כי לקהל אין סמכות לתקן תקנות שעניינן נטילת קניינו של היחיד, אלא אם מדובר בסיבות מוצדקות כגון הטלת קנסות על עבריינים או הטלת מיסים. החידוש בתשובות שהובאו לעיל הוא שגם כאשר הקהילה מפעילה את סמכותה כדין בתחום המיסים

52 שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קעח. בהמשך מוסיף הרשב"א שהתקנה תהיה תקפה רק אם היא התקבלה פה אחד על ידי כל בני העיר, לרבות מי שעלול להיפגע ממנה. לעומת זאת, אם היא לא התקבלה פה אחד, אין בכוח הרוב לקבוע תקנה שיש בה כדי לפגוע שלא כדין בזכות הקניין של היחיד: "ומ"מ [ומכל מקום] אם התנו כל בני העיר בכך וקבלו עליהם כל קהל תנאם מועיל לאותם שבאו באותו תנאי ולבאים אחריהם. אבל אם היה אחד בעיר שלא רצה באותו תנאי אינו בכלל תנאם שלא כל כמינו של קהל לגזול את ממונו של זה ולקח אותו לעצמן".

53 שו"ת מהר"ח, אור זרוע, סימן רכב. לדוגמאות נוספות ראו שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן קו; שו"ת זכרון יהודה, סימן קא; שו"ת נודע ביהודה מהדורא תניינא, חושן משפט, סימן מ; שו"ת חוות יאיר, סימן פא. להיבטים נוספים של העיקרון "וכי הרבים גזלנים הם" ראו אביעד הכהן "וכי 'הרבים גזלנים הם' על הפקעת מקרקעין ופגיעה בזכות הקניין במשפט העברי" שערי משפט א 39 (תשנ"ז).

ומחוקקת תשלומים שהיא רשאית לגבות מחברי הקהילה, היא אינה רשאית לפעול באופן שרירותי, הפוגע פגיעה לא־מוצדקת בזכויות היחיד. במילים אחרות, עילה זו שפיתחו פוסקי המשפט העברי נועדה להגן על יחידים בקהילה מפני חקיקה הנובעת מדורסנות הרוב, "שהאם רבים גזלנים הם חלילה!?".

נקודה חשובה נוספת היא שעילת ביקורת זו – "וכי רבים גזלנים הם?" – מקורה בדברי התלמוד העוסקים ברבים שפעלו שלא מכוח סמכותם השלטונית.<sup>54</sup> ואולם חכמי ימי הביניים חידשו שגם בכובעם השלטוני, סמכות הרבים מוגבלת לפעולות שאינן בגדר "גזל". בהקשר זה הקביעה מהו גזל ומהי הפקעה שלטונית לגיטימית אינה נתונה להכרעת הרוב אלא להכרעתו של פוסק ההלכה, אף שמדובר בקטגוריה עמומה שישומה נתון לוויכוח. בהמשך דברינו נדון בלקחים שאפשר ללמוד מנקודה זו לענייננו.

העילה השנייה שבשמה ביטלו פוסקי ההלכה תקנות של הקהילה הייתה אם נמצא שהתקנה אינה לגדר ולתיקון אלא להריסה. במסגרת עילה זו, הפגם שנמצא בתקנה אינו העדפת אינטרס הרוב על חשבון אינטרס של יחידים (בדרך כלל בהקשרים כלכליים), אלא שבבחינה כוללת התקנה עתירה להביא תוצאות הרסניות לקהילה ועל כן יש לשלול את תוקפה. ובלשון הרשב"א:

אם הוא דבר שאין גדר ותיקון בכך, אפילו עשו אותו ראש  
ציבור וגדוליו, אין רוב הציבור מחוייבים לנהוג על פי רצונם.<sup>55</sup>

הינה דוגמה לכך. באחת הקהילות התקבלה תקנה בתחום סדר הדין שנועדה למנוע את האפשרות להגיש תביעה לבית הדין בשם פגיעה שנעשתה לאדם אחר. כלומר, התקנה דרשה שרק הנפגע עצמו יוכל להגיש תביעה ובכך הגבילה את זכות העמידה לפני בית הדין. הרשב"א טען שאין הדבר בסמכותה של הקהילה לתקן (ולכן פירשה בצמצום, כמתייחסת לעניין אחר). נימוקו היה שתקנה זו הרסנית לחיים הקהילתיים במקום לתקנם, שכן יש בקהילה רבים שאינם יכולים לתבוע בעצמם בגין פגיעות שנעשו להם אלא זקוקים לאחרים שיתבעו בשמם:

54 בבלי, בבא בתרא ק, ע"א.

55 שו"ת הרשב"א, חלק ז, סימן קח.



שאילו היה כן לא הוי דברים גדרות ותקנות רק הריסת הגדרים וקלקול המתקן. שאם תהיה ההסכמה [התקנה] שלא לתבוע שום אדם תביעה של ממון כי אם תביעת עצמו, אם כן בטלתם כל אפוטרופוסות שאין האפוטרופוס תובע תביעת עצמו. ובטלתם כל בן בית, ונמצאו הנשים האלמנות מאבדות כתובותיהם וכל מה שיש להם אצל יהודים, כי כל כבודה בת מלך פנימה ואינן מפרסמות עצמן אצל הבתי דינין וכל שכן אצל הערכאות, וגם איש על בנו ובתו ובן על האב וחולה וזקן.<sup>56</sup>

במילים אחרות, חקיקה המגבילה באופן קיצוני מדי את זכות העמידה הוכרה בידי הרשב"א כלא-חוקתית, ולכן ראויה לביטול. עילה זו מעניינת במיוחד, שכן בעוד העילה הקודמת התמקדה בפגיעה בזכות הקניין של היחיד, העילה של "הריסת הגדרים" מבוססת על עקרונות צדק כלליים שאין להם מקור ברור ומוגדר.

נסכם את הדברים בלשונו של פרופ' מנחם אלון, מי שהיה שופט בבית המשפט העליון ומגדולי חוקרי המשפט העברי בדורנו:

המעשה המכריע והקובע בשילוב תקנות הקהל בכלל מערכת המשפט העברי היתה [כך במקור!] מסירת סמכות הפיקוח לחכמי ההלכה, פיקוח שמגמתו להבטיח, שלא יחרגו תקנות הקהל – אם נאמר בלשונה של מערכת משפטית הנהוגה כיום – מעקרונות הצדק והיושר הכלליים שבמשפט העברי [...]. אסור היה לתקנת הקהל שתהיה מנוגדת לעקרונות מהותיים שביסוד כל מערכת המשפט העברי, כגון לעקרון השוויון בפני החוק, לעקרון הגנה על זכויות המיעוט והחלש, לשאיפה לתיקון המשמעת והסדר החברתיים, וכיוצא באלה.<sup>57</sup>

56 שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן רפז.

57 אלון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 614. אלון מכביר בדוגמאות רבות נוספות מספרות השו"ת, אך קצרה היריעה מלהביאן כאן.

#### 4. בין הביקורת השיפוטית של פוסקי ההלכה לבין הביקורת השיפוטית של בג"ץ

ההשוואה בין הביקורת השיפוטית של פוסק ההלכה על תקנות הקהילה לבין הביקורת השיפוטית של בית המשפט על חקיקת הכנסת היא השוואה מורכבת. ראשית, משום שבעולם המשפט העברי נהנו פעמים רבות פוסקי ההלכה לא רק ממעמד של דיינים ידענים, אלא גם ממעמד של מנהיגי ציבור, המשמשים מצפן ערכי ומגדלור מוסרי לקהילתם. הדבר שונה ממעמדם של שופטי בג"ץ בחברה הישראלית, שאומנם מוערכים כמשפטנים מקצוענים, אך לאו דווקא כמנהיגי ציבור המשמשים מגדלור מוסרי לחברה הישראלית. במיוחד אמורים הדברים לנוכח העובדה שהחברה הישראלית היא חברה רבת-תרבותית ומקוטבת בשאלות ערכיות.

שנית, בעולם המשפט העברי, פוסקי ההלכה הם שהעניקו לקהילות את הסמכות להתקין תקנות ולחוקק. לפיכך קל היה להם להגביל את סמכות החקיקה כאשר הם מצאו אותה נעשית לרעה ולא לטובה. לעומת זאת, במדינת ישראל הפנסת היא הקובעת את סמכויותיו של בית המשפט.<sup>58</sup> ביקורת שיפוטית אפשרית בישראל רק מכוח נורמה גבוהה יותר מחקיקה רגילה של הכנסת, כגון מכוח היות החקיקה סותרת את אחד מחוקי היסוד. במילים אחרות, בדגם הקיים בישראל, שלפיו ביקורת חוקתית של בית המשפט נעשית מכוח חוקי היסוד שכוננה הכנסת, הביקורת על תוכן החקיקה נובעת גם היא מהכרעת הרוב.

חרף הבחנה זו אנו סבורים שהעיקרון העולה מן המשפט העברי – שהרבים אינם מחזיקים בסמכות כול יכולה (גם בתחומים הנתונים לסמכות המחוקק) כי אם כפופים לעקרונות בסיסיים של צדק ויושר, וכן שהפיקוח על הגוף המחוקק צריך להיות מסור לגורם לא-רובני אלא משפטי-מקצועי – הוא עיקרון שכוחו יפה גם למישור היחסים שבין הרשות המחוקקת לרשות השופטת במדינה המודרנית. אומנם אפשר להתווכח על היקפה הרצוי של הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת, אולם המתווה המוצע כיום בהצעת לויין-רוטמן – אשר לפי הבנתנו

מבקשת לאיין למעשה את היכולת להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת – עומד בניגוד חריף לעיקרון זה מעולמו של המשפט העברי.

עם זאת, להבחנה זו עשויות להיות, כאמור, השלכות למיניהן. לדוגמה, בעוד אנו מבחינים כיום בין חקיקה ראשית רגילה לבין חוקי יסוד (נורמות חוקתיות), המשפט העברי לא הבחין בין שני סוגים של תקנות הקהילה. כל החקיקה הקהילתית נחשבה חקיקה רגילה הנתונה לביקורת שיפוטית של חכמי ההלכה, בלי הכרה בקיומם של חוקי יסוד קהילתיים שחסינים מביקורת שיפוטית. במשפט הישראלי, לעומת זאת, יש מקום לדון בשאלה אם חוקי יסוד צריכים להיות נתונים לביקורת שיפוטית. בלי להביע עמדה בוויכוח על הדוקטרינה של "תיקון חוקתי בלתי חוקתי", אנו סבורים כי המשפט העברי לא התייחס לסוגיה זו, ולא במקרה, ולכן אי-אפשר לשאוב ממנו תובנה בעניין זה.

עוד הבדל קשור במהותו ובהיקפו של הגוף המפעיל את הביקורת השיפוטית. כאשר פסלו הפוסקים את תקנות הקהילה, בשל היותן "גזל הרבים" או "הריסת הגדרים", לא נדרש הרכב מיוחד של הפוסקים. המשפט העברי לא דרש כי לשם כך יתכנסו מספר מסוים של פוסקי הלכה ושהם יקבלו החלטה פה אחד וגם לא דרש רוב מיוחד לפסול את תקנת הקהילה; די היה בכך שפוסק יחיד יפסוק כי תקנת הקהילה סותרת את עקרונות היושר והצדק של המשפט העברי. ניתן לייחס קלות זו של פסילת תקנות הקהילה לכך שההלכה היא שהאצילה לקהילות את הסמכות להתקין תקנות, וכן למעמדם הציבורי הדומיננטי של פוסקי ההלכה. הדעת נותנת כי לא הכרחי ללמוד מכך שגם פסילת חוקי הכנסת בידי בג"ץ יכולה להיעשות בהרכב רגיל וברוב קטן. יש מקום לקבוע הליך נוקשה יותר לפסילת חוקים בידי בג"ץ, כגון הרכב מורחב ורוב מיוחד.

מכל מקום, עצם הרעיון שהמחוקק אינו כול יכול ושדברי החקיקה שלו צריכים להיות נתונים לביקורת שיפוטית מתבקש על פי תפיסתו של המשפט העברי.

מיהו הגורם שראוי להיות מוסמך להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת? בעולמה של הקהילה היהודית, שהייתה קהילה שומרת מצוות, סמכות זו ניתנה לפוסקי ההלכה. במדינת ישראל, שאינה מדינת הלכה, סמכות זו צריכה להינתן לידי גוף א־רובני, כדוגמת הגוף השיפוטי העליון, קרי בית המשפט העליון שבשבתו כבג"ץ. זה אינו הבדל של מה בכך, שכן לא ראי מעמדם של פוסקי ההלכה

בקהילה היהודית בימי הביניים כראי מעמדם של שופטי בג"ץ במדינת ישראל המודרנית. עם זאת, ממקורות המשפט העברי למדנו על עצם הנחיצות שבהקמת מנגנון שיפקח על החלטות הרוב כדי לוודא שהן אינן דורסות את היחידים ואינן גורמות ל"הריסת הגדרים וקלקול המתוקן".

לכסוף חשוב לומר כי לאחר שתקנה מסוימת של הקהילה הוכרה כבלתי חוקתית וראויה לכיטול – אם משום שהיא בבחינת גזל הרבים את היחיד, ואם משום שהיא "הריסת הגדרים וקלקול המתוקן" – לא היה אפשר לרפא אותה בנוסחה המוצע באמצעות חקיקתה מחדש, אפילו לא ברוב מיוחד. רעיון מעין זה של פסקת התגברות, כלומר שהציבור יחוקק מחדש חקיקה שנפסלה בגין היותה פוגענית, לא עלה על דעתם של חכמים. אין לגוף המחוקק הסמכות לתקן תקנות פוגעניות, יהיה הרוב התומך בכך מוצק ככל שיהיה. הדרך היחידה לריפוי תקנות בעייתיות הייתה באמצעות שינוי תוכןן והסרת הפגמים שהיו בהם.

מאותה סיבה חכמי המשפט העברי גם לא הכירו בדגם מעין זה הפועל בבריטניה. על פי הדגם הבריטי, בית המשפט יכול להכריז שאחד מחוקי הפרלמנט לוקה ב"אי-התאמה" עם אחת הזכויות שהוכרו באמנה האירופית לזכויות אדם. הכרזה על "אי-התאמה" אינה פוגעת בתוקפו של החוק, אלא מפנה את תשומת ליבם של המחוקקים ל"אי-התאמה". פוסקי המשפט העברי, מנגד, לא הסתפקו בהפניית תשומת ליבה של הקהילה לבעייתיות שיש בתקנות שהותקנו, אלא הורו על כיטול תקנות בעייתיות.

## פרק שלישי

### מעמדו של הייעוץ המשפטי לממשלה ולשרים

—

”ואפילו כל בני העיר לא כל כמיניהו [אין בכוחם]  
להתנות אם לא מדעת אדם חשוב.”<sup>59</sup>

אחד הרכיבים הראשיים של הצעת לויין-רוטמן לשינוי מערכת המשפט בישראל עניינו תפקיד היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה. על פי ההצעה, תפקיד היועץ המשפטי ישתנה, ומעתה תפקידו יהיה לייעץ, משרתו תוגדר משרת אמון ועצותיו לא יחייבו את השר, ולכן הוא לא יוכל להטיל וטו על החלטה שהשר מקדם אף אם הוא, היועץ המשפטי, סבור שהחלטה בעייתית מבחינה משפטית.<sup>60</sup> הטעם להצעה זו, כך על פי יריב לויין, שר המשפטים, ”לא עוד כפיפות של הממשלה לדרג לא נבחר. היועצים המשפטיים כשם כן הם, יועצים ולא מחליטים. כשהם מייצגים את המדינה, הם צריכים לייצג את הממשלה ולא

59 פסקי הרא"ש, בבא בתרא א, לג.

60 השינוי במעמדן של עצות הייעוץ המשפטי מוצע במסגרת הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – סמכויות הממשלה בענייניה המשפטיים), החשפ"ג-2023. השינוי בדרכי המינוי של הייעוץ המשפטי נדון בהסכמים הקואליציוניים שקדמו להקמת הממשלה הנוכחית.

את הפרקליטות"<sup>61</sup>. ביסוד הצעה זו עומדת ההנחה שתפקיד הממשלה למשול לפי הבנתה, ולפיכך היא לא צריכה לקבל אישור מוקדם לעמדותיה מגורם שיפוטי חיצוני לה. לפי הצעה זו, אם בעתיד יהיה מי שסבור כי הוא נפגע מהחלטות ממשלה שאינן חוקיות, הוא יוכל לעתור נגדה לבג"ץ בדיעבד.

אנו סבורים כי הצעה זו אינה עולה בקנה אחד עם כלל בסיסי שפיתחו פוסקי המשפט העברי בתחום המשפט המינהלי. בקצרה: פוסקי המשפט העברי עמדו על קיומו של חשש מתמיד שהתקנות שהתקינה מנהיגות הקהילה היהודית עלולות לעמוד בניגוד לדין או בניגוד לטובת הכלל. כדי למנוע מראש מצב שכזה הם פיתחו כלל משפטי שעניינו התניית תוקפן של תקנות מנהיגי הקהל בכך שהן יקבלו אישור מוקדם מגורם משפטי רגולטורי – "אדם חשוב", בלשונו של המשפט העברי – שיוודא כי התקנות תואמות את דרישות החוק וכי הן אכן לטובת הכלל. המשפט העברי הדגיש כי חייב להיות גורם המלווה את מנהיגות הקהילה ובוחן מראש את חוקיות תקנותיה. דרישה זו אולי גרמה להאטה ביכולתה של המנהיגות הקהילתית להתקין תקנות, וודאי שהצרה במקצת את צעדיה, אך הייתה נחוצה כדי לוודא שהתקנות שתתקין מנהיגות הרוב בקהילה יהיו לטובת כלל הקהילה.

בעקבות סוגיית התלמוד הבבלי (כבא בתרא ט, ע"א) קבעו פוסקי ההלכה המרכזיים כי תוקפן של תקנות מנהיגי הקהילה מותנה בכך שהן יקבלו את אישורו של אדם חשוב. כך פסק למשל רבנו אשר (אשכנזי־ספרד, המאה הי"ג-י"ד):

"ואפילו כל בני העיר לא כל כמינייהו [אין בכוחם] להתנות אם לא מדעת אדם חשוב"<sup>62</sup>. וכן פסק רבי שלמה בן אדרת (הרשב"א): "דבר ברור הוא, שהציבור רשאים לגדור ולתקן תקנות ולעשות הסכמות כפי מה שיראה בעיניהם [...] ובלבד

1.

## הדרישה לקבלת אישור מ"אדם חשוב"

61 טובה צימוקי "רפורמת המשפט של לוי: ביטול עילת הסבירות ופסקת התגברות ברוב של 61" כלכליסט (4.1.2023).

62 פסקי הרא"ש, בבא בתרא א, לג.

שיהיה בהסכמות אלו תלמיד חכם שבעיר [...] או אדם חשוב שנתמנה פרנס על העיר; שאם יש תלמיד חכם או פרנס שנתמנה על הציבור ועשו שלא מדעתם – אין הסכמתם הסכמה".<sup>63</sup> הלכה זו נקבעה בספרי ההלכה המרכזיים.<sup>64</sup> יודגש כי מדברי הפוסקים עולה שלא רק שיש דרישה מלכתחילה שתקנות הקהילה יובאו לאישורו של "אדם חשוב", אלא גם שאם הדבר לא נעשה כן – התקנה תהיה חסרת תוקף.

אומנם מיעוט מהפוסקים סברו כי הצורך באישור מ"אדם חשוב" חל רק כאשר התקנה היא של איגודים מקצועיים (גילדות), שאינם מייצגים את הציבור כולו, אז נדרש לוודא שתקנות אלה אינן פוגעות בחברי הקהילה. לדעתם, מנהיגות הקהילה עצמה אינה זקוקה לאישור מ"אדם חשוב".<sup>65</sup> ברם השדרה המרכזית של פוסקי ההלכה, דוגמת הרא"ש (שראינו לעיל) ופוסקים נוספים שהלכו בעקבותיו, סברו כי גם התקנות של מנהיגות הקהילה מותנות באישור "אדם חשוב".<sup>66</sup> והנימוק: גם הנהגת הקהילה עלולה להתקין תקנות שהן לטובת הרוב בקהילה על חשבון קבוצות מיעוט בה.

לצורך באישור מ"אדם חשוב" הועלו טעמים אחדים, שהעיקריים שבהם הם שהדבר נדרש כדי לוודא כי התקנה שהקהילה מבקשת להתקין אינה סותרת כללים אחרים במשפט העברי, כלומר כדי לוודא את חוקיותה, וכן כדי לוודא כי התקנה אינה פוגעת פגיעה לא־ראויה באינטרסים של קבוצות מסוימות בתוך הקהילה. ובלשון רבי יום טוב בן אברהם אשבילי (הריטב"א, ספרד, המאה הי"ג-י"ד): "כדי שיראה [האדם החשוב] שיעשו כראוי ושאין בו הפסד לבני העיר".<sup>67</sup>

63 שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קפה. בעוד הרשב"א מייצג בדבריו את הגישה המקובלת בקרב הפוסקים בדבר נחיצות אישורו המוקדם של "אדם חשוב" לתקנות הקהילה, הגדרתו של הרשב"א לזהות "האדם החשוב" לא התקבלה על דעת רוב הפוסקים. על נקודה חשובה זו ראו להלן.

64 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יד, הלכה יא; טור חושן משפט סימן רלא; שולחן ערוך חושן משפט, סימן רלא, סעיף כח.

65 ראו למשל שו"ת הריב"ש, סימן שצט.

66 ראו למשל לשונו של רבי יוסף קארו, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רלא, סעיף כח.

67 חידושי הריטב"א, בבא בתרא ט, א, ד"ה "הנהו".

"שיעשו כראוי" משמע שהתקנה עולה בקנה אחד עם דרישות החוק (ההלכה); "שאינן בו הפסד לבני העיר" משמע שהתקנה אינה פועלת לטובת קבוצות מסוימות בקהילה על חשבון קבוצות מיעוט אחרות.<sup>68</sup> במילים אחרות, ה"אדם החשוב" נתפס כאחד משומרי הסף של שלטון החוק. וכך ניסח את טעמו של הכלל פרופ' אליאב שוחטמן:

טעמה של דרישה זו הוא, שיש צורך בפיקוח הלכתי שימנע פגיעה לא מוצדקת בחלק מן הציבור, או שנבחרי הציבור עלולים לתקן תקנה בעניין שאינו בסמכותם מבחינת ההלכה, או שהיא בניגוד לדין ולא באה לתקן כלל אלא לקלקל, ולפיכך נחוץ פיקוח של חכמי הלכה מוסמכים על מעשה החקיקה שלהם.<sup>69</sup>

ההיסטוריה היהודית מלמדת על מקרים חוזרים ונשנים של קהילות שביקשו להשתחרר מדרישה זו ולהתקין תקנות בלא הצורך בקבלת אישור מ"אדם חשוב". במילים אחרות, הן ביקשו את האפשרות למשול באופן חופשי ללא פיקוח משפטי מחייב אשר יבחן את חוקיות החלטותיהן. פוסקי ההלכה עשו כל שביכולתם כדי להיאבק במגמה זו, ולהכפיף את מנהיגות הקהל לצורך בבדיקת חוקיות תקנותיהם. כך למשל כתב רבי לוי בן חביב (ירושלים, המאה ה"ו) לאחת הקהילות שהתעלמה מן החובה לאשר את תקנותיה באמצעות "אדם חשוב": "וקודם כל דבר ראינו להודיעכם, שראוי לכם להשתדל בכל התקנות וההסכמות כלליות שתתקנו לענין תיקון הקהלות, שישכים עמכם החכם השלם הר' בנימין, כי בלא הסכמתו כמעט נאמר שאינם כלל".<sup>70</sup> וכן כתב רבי יואל סירקיס (פולין, המאה ה"ז-י"ז): "ואם באנו לדרון על גוף התקנות בחרמות יש להרהר מי התיר

68 הריטב"א העלה טעם אפשרי נוסף להלכה זו - "מפני כבודו" של האדם החשוב. לפי זה, הטעם לדרישה לקבל את אישורו של "אדם חשוב" לא נועדה לכך שהוא שיפקח על התקנה, אלא כדי לכבד את מעמדו, בדומה לדרישה הקיימת כיום שנשיא המדינה יחתום על חוקים חדשים שהכנסת מאשרת, חתימה שאינה אלא עניין סמלי.

69 אליאב שוחטמן "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" שנתון המשפט העברי טז-יז 417, 476 (תשנ"ן-תשנ"א).

70 שו"ת מהרלב"ח, סימן צט.



לכם להחרים על הכלל כולו בלי הסכמת גדולי החכמים?! ואף על פי שאתם נבררים ונשלחים מכל הקהלות שבמלכות, מכל מקום אפשר שאין ממש כמעט בכל מה שהחרמתם".<sup>71</sup>

עניין מיוחד יש באחד החריגים שנקבעו לדרישה לקבל אישור מ"אדם חשוב". בקרב הפוסקים יש מי שהדגישו כי דרישה זו חלה כאשר התקנה שהתקנה מנהיגות הקהילה עלולה לפגוע באינטרסים מסוימים של חלק מחברי הקהילה, אז נדרש האישור מ"אדם חשוב" – כדי לוודא שפגיעה זו חוקית ומוצדקת. אולם אם התקנה צפויה להיטיב עם כל חברי הקהילה שווה בשווה, כי אז אין צורך בקבלת האישור מ"אדם חשוב".<sup>72</sup> חריג זה מבליט את טעמו של הכלל ואת חשיבותו, שנועד לוודא שיהיה גורם חיצוני בלתי תלוי שיפקח על תקנות הקהילה כך שלא יפגעו שלא כדין באינטרסים של קבוצות בתוך הקהילה. ולפיכך כאשר היה מדובר בתקנה המיטיבה עם כל חברי הקהילה שווה בשווה, היו פוסקים שהסכימו לוותר על דרישת האישור מ"אדם חשוב".

נמצא אפוא כי כדי לוודא שתקנות מנהיגות הקהילה יעמדו בדרישת החוקיות ולא יפגעו שלא כדין באינטרסים של קבוצות בתוך הקהילה, המשפט העברי דרש כי התקנות יובאו מראש לעיונו של גוף רגולטורי חיצוני שיאשר את תוקפן, במחיר של הגבלה מסוימת על חופש ההחלטות של המנהיגות הקהילתית.

## 2.

### זהות "האדם החשוב"

מיהו אותו "אדם חשוב" שאישורו נדרש לתקנות הקהילה? בשאלה זו נחלקו הפוסקים. כך למשל, לדעת הרשב"א המצוטט לעיל ישנן שתי חלופות להגדרת "אדם חשוב" – תלמיד חכם או ממונה על הציבור. ובלשונו: "ובלבד שיהיה בהסכמות אלו תלמיד חכם שבעיר אם ישנו בעיר או אדם חשוב שנתמנה פרנס על העיר. שאם יש תלמיד חכם או פרנס

71 שו"ת הב"ח החדשות, סימן מג.

72 בית יוסף, חושן משפט, סימן רלא; הגהת הרמ"א, חושן משפט, סימן רלא, סעיף כח.

שנתמנה על הציבור ועשו שלא מדעתם אין הסכמתם הסכמה"<sup>73</sup>. אולם דרך המלך בקרב פוסקי ההלכה הייתה ששני המאפיינים הכרחיים באופן מצטבר בדמותו של "אדם חשוב", כלומר תלמיד חכם שהוא ממונה בתפקיד ציבורי רשמי. וכלשון רבי מאיר הלוי אבולעפיה (ספרד, המאה הי"ב-י"ג): "והאי אדם חשוב דקאמרינן [ואדם חשוב זה שאמרנו] דוקא תלמיד חכם הממונה פרנס על הצבור כרבא בדורו, אבל פרנס שאינו תלמיד חכם, אי נמי [או גם] תלמיד חכם ולא פרנס, אף על גב דאתנו בלא דעתיה, תנאיהו תנאה [אף על גב שהתנו בלא דעתו תנאיהם תנאין]"<sup>74</sup>. הטעם לדרישה להצטברות כפל המאפיינים של "אדם חשוב" ברור: עליו להיות תלמיד חכם – כדי שיוכל לוודא שתקנת הקהילה עולה בקנה אחד עם דרישות החוק (ההלכה); ועליו לשאת בתפקיד ציבורי רשמי – כדי שיוכל לוודא שהתקנה היא לטובת הכלל ואינה משרתת קבוצות מסוימות בקהילה על חשבון קבוצות אחרות. ברוח זו הדגישו שאר פוסקי ההלכה כי "אדם חשוב" הוא הסמכות הרבנית המכהנת בתפקיד רשמי של דאגה לצרכים של תושבי אותה עיר. כך לדוגמה, לדעת הרמב"ם "אדם חשוב" הוא "חכם חשוב לתקן מעשה המדינה ולהצליח דרכי יושביה"<sup>75</sup>; לדעת רבי יעקב בן אשר הוא "חכם ומנהיג"<sup>76</sup>; ולדעת רבי יוסף קארו הוא "חכם חשוב ממונה על הצבור"<sup>77</sup>.

73 שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קפה.

74 יד רמ"ה, מסכת בבא בתרא ט, ע"א.

75 רמב"ם, הלכות מכירה יד, יא. לכן, למשל, לדעת הרב משה פיינשטיין, אין בארצות הברית "אדם חשוב", שכן רבני הקהילות בארצות הברית אומנם דורשים ופוסקים הלכות, אולם הם אינם ממונים לתפקיד רשמי כאחראים למילוי צרכי הציבור (שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק א, סימן נט).

76 טור חושן משפט, סימן רלא.

77 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רלא, סעיף כח. לפיכך אין לקבל את גישתו של הרב עדו רכניץ ש"האדם החשוב הוא המנהיג של הקהילה [...] ולכן יש צורך באישורו. זאת בדומה לצורך באישור שר [הפנים?] לחלק מחוקי העזר של הרשויות המקומיות" (עדו רכניץ **שינוי מעמדו של היעוץ המשפטי לאור המשפט העברי** (נייר עמדה מטעם מכון "משפטי ארץ" עבור ועדת חוק ומשפט בכנסת בעניין). האדם החשוב אינו רב המשמש המנהיג העליון של הקהילה, אלא הדמות הרבנית המכהנת בתפקיד רשמי כדי לסייע במילוי צרכי הקהילה (אך ראו גישתו של רבי אליהו מזרחי, שו"ת רא"ם, סמן נז). וראו למשל דברי הפוסקים הדנים בעניין זהות "האדם החשוב" במדינת ישראל (להלן, ה"ש 81), שבה הממסד הרבני ודאי לא נחשב מנהיג מדינת ישראל. ראו גם דברי הרב יעקב אריאל, להלן, ליד ה"ש 84.

כדאי לשים לב להיבט מעניין נוסף של התניית תוקף תקנות הקהילה בקבלת אישור מ"אדם חשוב". על פי ההלכה שהתקבלה בעקבות סוגיית התלמוד, דרישה זו תקפה רק אם יש "אדם חשוב" באותה עיר. אולם אם אין "אדם חשוב" בעיר, יש תוקף לתקנות הקהילה אף בלא קבלת אישור מ"אדם חשוב". וכפי שניסח זאת, לדוגמה, הרמב"ם: "במה דברים אמורים? במדינה שאין בה חכם חשוב לתקן מעשה המדינה ולהצליח דרכי יושביה. אבל אם יש בה אדם חכם חשוב אין התנאי שלהן מועיל כלום ואין יכולין לענוש ולהפסיד על מי שלא קיבל התנאי אלא אם כן התנה עמהם ועשו מדעת החכם".<sup>78</sup>

מה הטעם לכך? כיצד ניתן לוותר על הדרישה לבדוק את חוקיות תקנות הקהילה במקום שאין "אדם חשוב"? מדוע לא דרשה ההלכה כי במקום שאין "אדם חשוב" יובאו החלטות הקהילה לאישור סמכות רבנית מעיר אחרת?<sup>79</sup> דומה כי ההסבר לכך שלוב משני רכיבים העומדים בבסיסו של דין "אדם חשוב". ראשית, "האדם החשוב" צריך להיות בשר מבשרה של הקהילה. אין די בכך שהוא יהיה בקיא בהלכה; עליו להיות מעורב בהליכותיה של קהילה מסוימת זו כדי שיוכל להבין את המשמעויות המעשיות שיש לתקנות השונות בתוך מרקם החיים הקהילתי. לפיכך אין להביא את החלטות הקהילה לאישורו של גוף רבני החי ופועל בקהילה אחרת. שנית, אם אין "אדם חשוב" בקהילה, אי-אפשר להאט עד כדי כך את גלגלי תקנות הקהילה עד כי תקנותיה יצטרכו להיות מובאות לאישורו של גוף רבני בעיר אחרת, וכל שכן שלא ניתן לעצור לחלוטין את תקנות הקהילה. לשון אחר, בעיר שאין "אדם חשוב" עדיף המצב שיתקבלו תקנות קהילתיות גם אם לא עמדו לביקורת ממצב שהנהגת הקהילה תהיה משותקת ולא תוכל להתקין תקנות כלל.

78 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יד, הלכה יא.

79 שאלה זו עולה לפי הטעם העיקרי שניתן לדרישת "אדם חשוב", שלפיו עליו לבדוק את חוקיות החלטות הקהילה ושאינן בהם הפסד לבני העיר. אולם שאלה זו אינה עולה לפי הטעם שראינו לעיל, שדרישת "אדם חשוב" היא מפני כבודו של אדם חשוב (ראו לעיל, ה"ש 68). לפי טעם זה, ברור מדוע כאשר אין בעיר "אדם חשוב", אין צורך לקבל את אישורו.

## 3.

### בין "אדם חשוב" ליעוץ המשפטי לממשלה

בעולמה של הקהילה היהודית בימי הביניים היה זה אך טבעי שהגוף הרגולטורי יהיה הסמכות הרבנית המקומית, שהיא דמות המכירה את דרישות החוק (המשפט העברי) על בוריין וכן שהיא בלתי תלויה<sup>80</sup> במנהיגות הקהילה ולכן יש

בכוחה לבדוק את צדקת תקנותיה. אולם מדינת ישראל אינה מדינת הלכה, והחלטות הממשלה אינן מובאות לאישורם של הרבנים הראשיים לישראל.<sup>81</sup> ולכן השאלה שמדינת ישראל צריכה לשאול את עצמה אינה מהו היישום ההלכתי של דין "אדם חשוב" בחיים הציבוריים בישראל, אלא מהי הפרשנות הישראלית הראויה לדין זה.

"האדם החשוב", בפרשנות הישראלית, צריך לענות על שלושה קריטריונים: עליו להכיר היטב את דרישות החוק ואת המצב המשפטי – כדי לוודא את החוקיות של החלטות השרים; עליו להיות בעל ראייה רחבה של מכלול הצרכים של החברה הישראלית – כדי לוודא שהחלטות הממשלה (המשקפות את דעת הרוב) לא יפגעו שלא כראוי באינטרסים של קבוצות בתוך החברה הישראלית; ועליו להיות עצמאי ובלתי תלוי בממשלה – כדי שיוכל לבקר בלא מורא את החלטות הממשלה והשרים ללא תלות במוצא פיהם.

ישנן כמה דרכים ליישומן של דרישות אלו. דומה כי הצבת יועצים משפטיים בלתי תלויים, המלווים את משרדי הממשלה בהחלטותיהם, היא אפשרות ראויה לגילום ישראלי מודרני של הדרישה ההלכתית עתיקת היוםין להתניית החלטות הקהילה בקבלת אישור מ"אדם חשוב".<sup>82</sup> כאשר הייעוץ המשפטי מתריע כי החלטת הממשלה או אחת מזרועותיה היא בלתי חוקית, מן הראוי שהחלטה זו

80 על החשיבות שגאית-תלות של ההנהגה הרבנית בהנהגה הפוליטית של הקהילה דנו לעיל, בפרק הראשון העוסק בדרכי בחירת השופטים. כפי שפורט שם, אי-תלות זו נתפסה כערך מרכזי אצל חכמי המשפט העברי, גם אם הפוסקים לא יכלו תמיד, לאורך ההיסטוריה, להקפיד עליה הלכה למעשה.

81 על כך ראו מאמריהם של הרבנים אברהם שפירא, עובדיה יוסף ודב ליאור שכונסו בכרך ג של כתב העת תחומין (תשמ"ב). להרחבה ראו שוחטמן, לעיל ה"ש 69.

82 עם זאת, יש לשים לב להבדל בין התחומים הנתונים על פי ההלכה לביקורתו של "אדם חשוב" לבין התחומים הנתונים לביקורת הייעוץ המשפטי לממשלה ולשרים. ההלכה דרשה כי

תחייב את הממשלה להימנע מקבלת החלטתה זו. זהו ההבדל בין גוף עסקי פרטי, שיכול לקבל עליו את הסיכון שבאיי-קבלת חוות דעתו של יועצו המשפטי, לבין הממשלה וזרועותיה, שהן גוף ציבורי המנהל את המדינה ולכן חייב להישמר מראש מנקיטת פעולה הנחשדת כחריגה מגבולות החוק, למשל משום שהיא פוגעת שלא כדין באינטרסים של קבוצות מיעוט.

הרפורמה שהציע שר המשפטים לוי, אשר מבקשת להקנות לממשלה משילות מרבית בלי הדרישה לקבלת אישור מהייעוץ המשפטי, פועלת בכיוון הפוך לעקרונות שהתוו חכמי המשפט העברי. הרפורמה המוצעת פועלת כדי לאפשר לממשלה לפעול כרצונה מתוך שהיא מבטלת את מנגנוני הבקרה הפנימיים – נטייה שפוסקי ההלכה לדורותיהם כה חששו מפניה ופעלו לסיכולה. כפי שראינו לעיל, פוסקים דוגמת רבי לוי בן חביב ורבי יואל סירקיס ביקרו בחריפות קהילות שהתעלמו מדרישה הלכתית זו, ודומה כי ביקורת זו ראויה להיות מושמעת אף עתה.

חשוב לחדד עניין נוסף. כפי שראינו לעיל, הפוסקים הדגישו כי "אדם חשוב" הוא תלמיד חכם הממונה לצורך מילוי צורכי קהילתו. הדעת נותנת כי במסגרת מינויו של "האדם החשוב" יש מקום ליתן משקל מסוים לעמדתם של גורמים בהנהגה הפוליטית של הקהילה. אכן, גם כיום הליך מינויים של היועצים המשפטיים מבוסס על הדגם של ועדת איתור, שבו יש משקל הן לגורמים מקצועיים הן לגורמים פוליטיים. איננו נכנסים כאן לשאלת האיזון המדויק בין הגורמים הממנים.<sup>83</sup> ואולם לאור מה שראינו לעיל ממקורות המשפט העברי, פשיטא כי אין להפוך את מינויו של "האדם החשוב", ולכן גם לא את מינוי היועץ המשפטי לממשלה ולשרים, ל"משרת אמון" פוליטית, שבה המשך הכהונה תלוי ברצונו הבלעדי של

---

תקנות הקהילה יובאו לאישורו של "אדם חשוב". אולם כיום הייעוץ המשפטי מלווה לא רק את התקנות שמחייבים הממשלה והשרים אלא גם את כלל ההחלטות של הרשויות המנהליות.

83 שאלה נוספת שאיננו נכנסים אליה כאן היא שאלת הייצוג של הממשלה בערכאות כאשר מתגלית מחלוקת משפטית בין השרים לבין היועצים המשפטיים במשרדיהם. בהקשר זה יש לדון בשאלה אם חינתן לשרים האפשרות להציג את עמדתם לפני בית המשפט אף שהיא מנוגדת לעמדת היועץ המשפטי של משרדם.

השר הממנה. התנהלות כזאת תשלול מן היועץ המשפטי את עצמאותו, ולכן הוא גם יהיה מנוע מלבקר את פעילות השר האחראי.

כנגד היוזמה לקדם משילות מרבית של הממשלה והשרים, בלא צורך בגוף רגולטורי מחייב שילווה את מעשיהם ויוודא את חוקתיות החלטותיהם, כדאי לצטט מדבריו של הרב יעקב אריאל, רבה הראשי של העיר רמת גן, שבהסתמך על דין "אדם חשוב" כתב כך:

לדעת הרמ"א (חו"מ סי' רלא סכ"ח) הכרעת רוב תקפה רק כאשר החכם, המקובל כאישיות אובייקטיבית ע"י כל בני העיר, קובע אם הרוב חורג מסמכותו או לא. החכם אינו מכתוב לבני העיר החלטות. ההכרעה היא דמוקרטית. אולם הדמוקרטיה עצמה טעונה שמירה, שהרוב לא ינצל את כוחו לרמוס ולדרוס את המיעוט. זו הדמוקרטיה במיטבה!<sup>84</sup>

הותרת היועצים המשפטיים בתפקיד גופים המלווים את פעילות משרדי הממשלה ומוודאים את חוקיות החלטותיה – שומרי סף – היא הדרך הראויה שבאמצעותה מדינת ישראל תהיה חוליית המשך למסורת המשפטית היהודית עתיקת היומין. בכך היא תיתן ביטוי ראוי לרעיון המדינה היהודית והדמוקרטית.

84 הרב יעקב אריאל "הלכה ודמוקרטיה" למעשה: אקטואליה הלכתית מבית מכון התורה והארץ.

## סיכום

---

בד בבד עם הענקת הסמכות לרוב הפוליטי להנהיג את הקהילה היהודית באמצעות קבלת החלטות והתקנת תקנות, פוסקי ההלכה לדורותיהם חששו מפני רצונו של הרוב במשילות מרבית ללא מגבלות, הן משום שהחלטותיו של הרוב עלולות להתנגש עם דרישות החוק (ההלכה), הן משום שהן עלולות להיות כרוכות ברמיסת הזכויות של יחידים ומיעוטים. כדי להימנע ממצב עניינים שכזה פיתחו פוסקי ההלכה מגבלות שנועדו לוודא שהנהגת הקהילה תפעל על פי דרישות החוק ועל פי אמות המידה של צדק ויושר באופן התואם את האינטרס הציבורי הכללי. לשם כך קבעו פוסקי ההלכה כי התקנת תקנות בידי הנהגת הקהילה מותנית בקבלת אישור מוקדם מ"אדם חשוב", שיוודא באופן אובייקטיבי כי התקנות הותקנו כראוי ולתועלת הכלל. לאחר שהקהילה התקינה תקנות, היה

בית הדין מוסמך לבטלן אם מצא שהן בכחינת גזל הרבים את היחידים או שהן להריסה ולא לתיקון. ולבסוף, ואולי החשוב מכול, פוסקי ההלכה חידדו את הבנת הבעייתיות החמורה שעלולה להתהוות במתן כוח לרוב בקהילה לבחור את הדיינים, נוהג שעלול להוביל להשחתת השפיטה. ולכן הם פיתחו שורה של סייגים ומגבלות על בחירת דיינים כך שהרוב לא יוכל לבחור את שופטיו אך ורק לפי רצונו.

בניית גשרים בין הלכות הקהילה היהודית לדורותיה למשפט החוקתי של מדינת ישראל אינה מלאכה פשוטה או קלה. קהילה אינה מדינה, "אדם חשוב" אינו חופף לגמרי ליועץ המשפטי לממשלה, ופסילת תקנות בידי בית הדין אינה זהה לגמרי לפסילת חוקים בידי בג"ץ. לכך יש להוסיף כי מדינת ישראל אינה מדינת הלכה. עם זאת, ממקורות ההלכה למדנו כי אין ראוי להעניק לרוב שלטון בלא מצרים בלי שיהיה גוף אובייקטיבי ועצמאי שילווה את דרכיו ויפקח על מעשיו כדי לוודא שהחלטות הרוב תורמות לתועלת הציבורית הכללית. דרושה אפוא פרשנות ישראלית עכשווית למקורות ההלכה שנצרכו בכור ההיתוך של הקהילה היהודית בימי הביניים.

בוויכוח הציבורי המתנהל בימים אלה בעקבות היוזמה לשינוי מערכת המשפט הישראלית חשוב להשמיע את קולם של מקורות מסורת המשפט היהודית. חכמי המשפט העברי העמיקו את היסודות של החובה שבהצבת מנגנוני בקרה לרוב הקואליציוני. הם עשו זאת מתוך תפיסה עמוקה המאמינה כי מנהיגות הקהילה מחויבת לפעול בתוך מסגרת של אמות מידה של צדק ויושר, למען תועלת הקהילה כולה ולא בשביל הרוב לבדו. אם הקב"ה עצמו מחויב לאמות מידה אלה ואינו מורשה לחרוג מהן ("השופט כל הארץ לא יעשה משפט"), על אחת כמה וכמה נכוחים הדברים כאשר מדובר במחוקקים בשר ודם.

בצומת הדרכים שאנו מצויים בו בשנת תשפ"ג-2023, בעקבות היוזמה לשינוי מערכת המשפט, אין עימות בין "יהודית" לבין "דמוקרטית". גם המסורת היהודית, לא פחות מן המסורת הדמוקרטית, ואולי אף יותר ממנה, עומדת על החשיבות ועל הנחיצות שבכינון מנגנוני פיקוח על הרוב הפוליטי כך שהוא יוכל להנהיג לטובת הכלל כולו ולא למען קבוצת הרוב לבדה. בכך תוכל מדינת ישראל להעניק משמעות עמוקה להיותה "מדינה יהודית ודמוקרטית".





---

# **The Plan to Reform Israel's Judicial System from the Perspective of Jewish Law**

---

Benjamin Porat | Chagai Schlesinger

## Abstract

The 37th Government of Israel, headed by Benjamin Netanyahu, took office on December 29, 2022 (5 Tevet 5783). Its flagship project is a major overhaul of the Israeli judicial system, spearheaded by Justice Minister Yariv Levin and MK Simha Rothman, the chair of the Knesset Constitution, Law, and Justice Committee. Its objective is to weaken the judicial branch relative to the legislative and executive branches and to significantly dilute the courts' power to review the actions of these latter two branches. In greater detail, the Levin-Rothman plan has four main elements:

1. Changing the composition of the Judicial Selection Committee so that the coalition controls the selection of judges.<sup>1</sup>
2. Curtailing and effectively eliminating the High Court's ability to strike down Knesset legislation, via three primary means: (a) denying the High Court the power to review Basic Laws; (b) making the conditions for its rejection of regular laws more stringent; (c) enabling the Knesset to override a High Court decision to strike down legislation (the "override clause").

<sup>1</sup> In reaction to the public protests held throughout the early months of 2023, this clause was replaced by a milder version that would give the coalition control of the appointment of two justices to the Supreme Court and the selection of the president of the Supreme Court. We address this issue further on in this study.

3. Narrowing the ground of reasonability as the basis for judicial review of decisions by administrative agencies.

4. Modifying the status of the attorney general and the ministerial legal advisors, both with regard to the mode of their appointment and by stipulating that their determination that some act by the government and its agencies is unlawful would no longer be binding on the government.

Each of these elements includes many additional details, some of which will be addressed in this research. What is important here is that they are all part of the overarching ambition to enable the coalition majority to rule as it sees fit, with no effective judicial oversight of legislation and with a serious weakening of judicial review of the actions of administrative bodies. MK Rothman summed it up very well: "The Knesset should have the status of an omnipotent legislature. It can enact whatever it wishes and there should be no oversight of it."<sup>2</sup>

In a manner that was hard to anticipate, large sectors of Israeli society rose up against this proposal. It is seen as a substantive change in the rules of the game and the system of government in Israel, which would do away with the separation of powers among the three branches and leave full control in the hands of the executive and the person leading it, without checks and balances and without oversight of government decisions. Large sections of Israeli society felt that their house was on fire and concluded that this time it was not enough to sit home and grumble. Hundreds of thousands poured into the streets for unprecedented demonstrations all over the country; the protest spread among reserve soldiers and officers and posed a serious threat to the IDF's operational readiness. Senior figures in the Israeli economy, too, joined the protest,

<sup>2</sup> Tova Zimuki, "[Rothman: The Knesset should have the status of an omnipotent legislature](#)," Ynet, February 7, 2023 [Hebrew].

including the General Federation of Labor, with particular focus on the engine of Israel's economy—the high-tech sector. Many feel that Israel has come closer than ever to the verge of civil war. As of this writing (May 2023), the prime minister has announced a temporary freeze of the plan to overhaul the judicial system, leaving its future unclear. Negotiations between representatives of the coalition and the opposition are being held at the President's Residence in an attempt to find solutions to the imbroglio. It is not yet clear whether these talks will lead to any agreements.

Some argue that the current debate about the plan to overhaul the judicial system should be seen as another episode in the battle that has been waged for years between the “Jews” and the “Israelis”; that is, between those who want to maintain traditional Jewish identity and those who reject it and want to replace the shtetl with a modern and secular Israeli identity. In this perspective, the proposed judicial reform would enhance the government's power to strengthen and expand the Jewish character of Israel, despite High Court rulings, which time after time have overturned Knesset legislation and government decisions that pursued this goal. This analysis rests on the dichotomy between “Jewish” identity—based on values of religious observance, traditionalism, conservatism, and nationalism—and “Israeli” identity, which champions principles such as secularism, democracy, liberalism, and human rights. This dichotomy magnifies the debate in Israel into a titanic struggle between Jewish identity, which dates back millennia and managed to withstand the Greeks and the Romans, the Christians and the Muslims, and the much younger Israeli identity, only recently born. The enlistment of Jewish history and culture in the current battle, with their long history and many layers of meaning, is intended to tip the scales in favor of the “Jews.”

This is precisely where the present study enters the picture and challenges this dichotomy. Aside from the fact that the identities of members of the various groups are much more complex than this binary division suggests, the basic argument set forward here is that the Levin-Rothman plan itself contravenes the fundamental principles that have evolved in halacha (Jewish law). The two men's desire to grant unlimited and unsupervised power to a coalition majority deviates from the basic concepts of the Jewish legal tradition, notably with regard to the balances and limits on the community's power to enact regulations. The plan to overhaul the judicial system should accordingly be studied not only in light of how it deviates from democratic principles; we should also recognize that it is difficult to reconcile it with the fundamental axioms of Jewish tradition itself. In other words, it is wrong to reduce the struggle taking place before our eyes to one between Jewish identity and Israeli identity. It is at least as much a debate about the nature of Jewish identity itself.

## **Chapter Summaries**

### **Chapter 1: The Composition of the Judicial Selection Committee**

1. From Jewish law we learn that there is no single recipe for the composition of the Judicial Selection Committee. A degree of flexibility is possible and there is room for diverse memberships, with some giving more weight to professional jurists and others to public representatives.
2. Nevertheless, from Jewish law we learn that models favoring representatives of the public are tainted by the great danger of granting these representatives unlimited power in this matter, particularly when they are representatives of the majority, with no mechanism to restrain them. Such a situation invites the inclusion of improper considerations

in the appointment process and creates an unhealthy dependence of judges on the public representatives. This could bias their rulings.

3. We learn from Jewish law that this problem can be neutralized by the requirement of a majority that is larger than the number of coalition representatives on the Judicial Selection Committee, so that they must persuade the opposition representative or one of the Supreme Court justices to support their candidate.

4. In the spirit of Jewish law, legislation should guarantee the inclusion of a representative of the Knesset opposition on the Committee (this is included in Justice Minister Levin's proposal). But it is not enough to allot a symbolic single slot to the opposition; rather, it should receive a number of Committee members that is more or less proportional to its weight in the Knesset.

## **Chapter 2: Judicial Review of Knesset Legislation**

1. Many of the sages in Jewish law taught that public representatives are not entitled to enact whatever laws they please, but only those that comply with the principles of fairness and justice. On this basis they nullified community regulations found to contravene these principles.

2. To permit effective oversight of community regulations, those rabbis and scholars developed two main grounds for nullification:

(a) Nullification of community regulations that would enable the many to despoil the few. This is intended to avoid a situation in which the majority preys on the minority.

(b) Nullification of community regulations that would “demolish boundaries”—that is, destroy communal life.

3. The sages of Jewish law did not recognize the public's right to reenact a regulation that was overturned as harmful, no matter the size of the majority in favor of the regulation.
4. In the world of Jewish law, the halachic decisors were the party authorized to review community regulations. In Israel, which is not a halachic state, this power needs to be held by some non-rabbinic body, such as the highest judicial authority (the Supreme Court).
5. The halachic decisors had no need for a special body or supermajority in order to overturn community regulations: a single decisor could do so. However, given the difference in the status of rabbis vis-à-vis community regulations and that of Supreme Court justices vis-à-vis Knesset legislation, we should not infer from the halachic situation and allow any panel of the Court to strike down a law with a bare majority.

### **Chapter 3: The Status of the Attorney General and Ministerial Legal Advisors**

1. Jewish law made the community leaders' authority to enact regulations conditional on prior consultations with an "eminent person" who assented to the new regulation.
2. According to most decisors, this requirement applied not only to the internal regulations of professional guilds but also to enactments by the community leadership.
3. According to most decisors, the "eminent person" must be a Torah scholar as well as someone charged with attending to the needs of the residents.
4. The requirement of the approval by an "eminent person" was intended to ensure that community regulations complied with the requirements of Jewish law and did not favor one group in the community over

another. The premise was that if a community regulation is problematic, it is not enough for there to be a possibility to address it post factum in the rabbinical court; it should not be allowed to pass in the first place.

5. Thus in order to make sure that community leaders' enactments met "constitutional" standards and did not improperly harm the interests of smaller groups within the community, Jewish law insisted that every regulation be submitted in advance to an outside regulatory agency that would confirm its validity, even though this meant a certain restriction on the community leaders' freedom to decide.

6. Israel is not a halachic state. Today, the "eminent person" needs to be knowledgeable in Israeli law, to be independent, and to be familiar with the overall needs of Israeli society in order to ensure that government decisions do not inappropriately damage the interests of minority groups. The existence of independent legal advisors who vet ministry decisions in advance is an appropriate way for contemporary Israel to translate to the current reality the age-old halachic requirement that community enactments receive the approval of an "eminent person."

7. The proposal to overhaul the Israeli judicial system advanced by Justice Minister Yariv Levin, which would endow the government with maximum sway while reducing the power of the legal advisors, runs counter to the principles of Jewish law established by the sages. The proposal would allow the government to do as it pleases by eliminating the internal oversight mechanisms—a direction that decisors throughout the centuries were wary of and endeavored to prevent.



Text Editor (Hebrew): Anat Bernstein  
Series & Cover Design: AlfaBees  
Typesetting: Ronit Gilad  
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN: 978-965-519-426-5

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

**Copyright © 2023 by the Israel Democracy Institute (RA)**

Printed in Israel

**The Israel Democracy Institute**

4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602

Tel: (972)-2-5300-800

Website: <http://en.idi.org.il>

Online Book Store: [en.idi.org.il/publications](http://en.idi.org.il/publications)

E-mail: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)

The views expressed in this book do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

**פרופ' בני פורת** הוא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה וראש המכון לחקר המשפט העברי בפקולטה למשפטים שבאוניברסיטה העברית בירושלים.

**ד"ר חגי שלזינגר** הוא פוסט־דוקטורנט במרכז ספרא לאתיקה בפקולטה למשפטים שבאוניברסיטת תל אביב.