

בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת

מאת
רון פוליאק*

תקציר

מאמר זה דן בדרישת הבשלות במשפט החוקתי כעילת-סף המנתבת כל עתירה לבג"ץ אל אחד משני מסלולים של ביקורת שיפוטית: המסלול היישומי והמסלול המופשט. המאמר מציע אמות-מידה ליישום דרישת הבשלות כמודל "יחסי", אשר מחזק את מעמדן של העובדות הקונקרטיות כמרכיב מרכזי בהליך החוקתי, מצד אחד, אך מכיר במצבים טיפוסיים הראויים לבחינה חוקתית במסלול המופשט, מצד אחר. דרישת הבשלות היא בסיס רעיוני לעריכת רפורמה בהליך החוקתי בישראל תוך הדגשת המרכיבים של קונקרטיות ותקיפה עקיפה. לפרשנות המוצעת לדרישת הבשלות יש השלכות על מגוון היבטים במשפט החוקתי, ביניהם ההבנה של המושג "פגיעה בזכות חוקתית"; מעמדה של הרשות המבצעת במסגרת הדיאלוג החוקתי; מעמדו של בית-המשפט העליון כבית-משפט לערעורים חוקתיים; ומיקוד מלאכתו של בג"ץ לדיון בעתירות חוקתיות שתועלו למסלול המופשט.

מבוא

א. אפיון דרישת הבשלות

1. דרישת הבשלות בפסיקה

2. רובד סמוי של דרישת הבשלות: כלפי בית-המשפט

(א) הבשלות כעילת-סף חוקתית

(ב) הבשלות והמושג "פגיעה בזכות חוקתית"

(ג) הבשלות כדרישה "יחסית"

3. רובד סמוי של דרישת הבשלות: כלפי הרשות המבצעת

(א) הבשלות והפרקטיקה החוקתית

(ב) חשיבות העמדה הפרשנית של הרשות המבצעת

(ג) סבירות העמדה הפרשנית של הרשות המבצעת

* עמית-מחקר ותלמיד לתואר דוקטור, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודותיי לנגה בליקשטיין, ליואב דותן, לשרון וינטל, לברק מדינה, לאסף פוזנר, לילנה צ'צ'קו, לשרון שקרג'י וליהלי שרשבסקי על הערותיהם המועילות. תודה גם למערכת עיוני משפט, ובמיוחד לעורך הראשי אביחי דורפמן, לעורך גלעד זוהרי ולחברות המערכת עירית אולמן, מאיה בן מאיר ומורן פרידל, על הסיוע הרב והערות מצוינות.

4. ניתוח ריאליסטי של דרישת הבשלות
 - (א) הרשות המבצעת בקו ההגנה החוקתי הראשון
 - (ב) יתרוונותיה של הבשלות מנקודת־מבטו של בג"ץ
 - (ג) חסרונותיה(?) של הבשלות מנקודת־מבטו של בג"ץ
 - (ד) הצדקת יחסיותה של הבשלות
 - ב. הפעלתה של דרישת הבשלות היחסית
 1. שיקול־דעת שיפוטי
 2. מצבים טיפוסיים למסלול המופשט
 - (א) כל יישום יגרום פגיעה
 - (ב) השפעה מצננת
 3. מצבים טיפוסיים לסטייה מן המסלול היישומי
 - (א) מאזן נוחות חוקתי
 - (ב) חשש ממשי מפני ניצול לרעה של המסלול היישומי
 - ג. השלכותיה של דרישת הבשלות היחסית על ההליך החוקתי
 1. בשלות וקונקרטיזציה
 - (א) קונקרטיזציה ולגיטימציה לביקורת שיפוטית
 - (ב) קונקרטיזציה ופגיעה הסתברותית
 - (ג) קונקרטיזציה ועתירה תיאורטית
 2. בשלות ותקיפה עקיפה
 - (א) בשלות לעומת סעד חלופי
 - (ב) בשלות ותקיפה עקיפה: הערכאה המתאימה לניהול המסלול היישומי
 3. בשלות וביקורת שיפוטית חוקתית ביזורית
 - (א) המודל הביזורי
 - (ב) מצבים טיפוסיים למסלול היישומי־הבג"צי
 4. סיכום המודל המשולש
 - ד. השלכותיו של המודל המשולש
 1. בית־משפט עליון לערעורים חוקתיים
 2. תפקידו של בג"ץ
- סיכום

מבוא

באחרונה גבר השימוש של בג"ץ בדרישת ה"בשלות" כטעם לדחיית עתירות חוקתיות.¹ דרישת הבשלות "מאפשרת לבית המשפט להחליט שההכרעה בשאלה החוקתית המונחת לפניו תתקבל בשלב מאוחר יותר, אם בכלל",² וזאת "עקב היעדרה של מערכת עובדות קונקרטיים, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית".³ זוהי, בתמצית, דרישת הבשלות החוקתית.

דרישת הבשלות היא חלק מהמשפט החוקתי בישראל.⁴ רשימה זו נועדה לנתח את השלכותיה של דרישת הבשלות על ההליך החוקתי. הרובד הגלוי של דרישת הבשלות, כפי שהיא בפסיקה, הוא דחיית הביקורת השיפוטית במישור הזמן.⁵ הטענה ברשימה זו היא כי לדרישת הבשלות יש גם מימד סמוי, ובו מצוי העיקר. דרישת הבשלות היא עוגן לשינוי משמעותי בהליך החוקתי בישראל. היא אבן-פינה למודל משולש של ביקורת שיפוטית חוקתית: קונקרטיים, עקיפה וביזורית.

מהלך הדיון יהיה כדלקמן. החלק הראשון של הרשימה יתמקד בטיבה של דרישת הבשלות. יובהר כי רק במצבים מסוימים היא מוצדקת, ולכן יוצע לכנותה "בשלות יחסית". בהמשך יוצגו שני רבדים סמויים של דרישת הבשלות, כפי שיש להבינה: הרובד האחד מכונן לרשות השופטת, ותפקידו לנתב את הדיון בעתירה החוקתית לאחד משני מסלולים – מסלול הבחינה היישומית או מסלול הבחינה המופשטת; הרובד האחר מכונן לרשות המבצעת, ותפקידו, ככל שהוחלט לנתב את הדיון למסלול היישומי, לתת הזדמנות לרשות המבצעת לאמץ פרשנות סבירה המסירה את הפגם החוקתי. בסופו של חלק זה ייערך ניתוח ריאליסטי,

-
- 1 בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, פס' 28 (פורסם בנבו, 5.1.2012) (להלן: עניין התיכון הערבי); בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל, פס' 15 (פורסם בנבו, 5.2.2012) (להלן: עניין איגוד הנאמנים); בג"ץ 5440/11 חננאל [חן] נ' שר המשפטים, פס' 5 (11.3.2012).
 - 2 בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 18.1.2006) (להלן: עניין לובל).
 - 3 שם, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת נאור. לדוקטרינה דומה במשפט החוקתי בארצות-הברית (The Ripeness Doctrine) ראו בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 4 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 11.1.2012) (להלן: עניין גלאון); ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות: בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר ובג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל" משפטים מג 419, 439-447 (2012).
 - 4 "דוקטרינת היעדר בשלות... תפסה שבת אף בפסיקה הישראלית" (בג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 14 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 7.6.2012) (להלן: עניין המועצה המוסלמית ביפו)).
 - 5 עניין לובל, לעיל ה"ש 2, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת נאור ("החלטה לדחות את ההכרעה במקרה שהובא לפני בית המשפט, על יסוד דוקטרינת הבשלות, עשויה לעכב את ההכרעה אך לא בהכרח למנוע אותה"). ראו גם צ'צ'קו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 436, 451.

שבו יודגש כי השימוש בדרישת הבשלות מחזק הן את מעמדה של הרשות המבצעת והן את יכולת התמרון של בית-המשפט במסגרת מה שמכונה "הדיאלוג החוקתי".

בחלק השני של הרשימה יוצעו שיקולים מספר להבניית שיקול-הדעת השיפוטי ביישום דרישת הבשלות היחסית. שיקולים אלה יחולקו לשני ענפים מרכזיים. הענף הראשון עניינו שיקולים "פנימיים" של דרישת הבשלות, דהיינו, מצבים טיפוסיים שבהם מלכתחילה אין לנתב את העתירה למסלול היישומי. הענף השני עניינו שיקולים "חיצוניים" שיש בהם כדי לגבור על בררת-המחדל של דרישת הבשלות, באופן המצדיק סטייה מן המסלול היישומי לטובת המסלול המופשט.

בחלק השלישי של הרשימה ינותחו ההשלכות של דרישת הבשלות על ההליך החוקתי בישראל. דרישת הבשלות, כפי שיש להבינה, באה לשנות מן הפרקטיקה החוקתית בישראל, אשר מושתתת על ביקורת שיפוטית חוקתית מופשטת⁶ בבג"ץ⁷. על-פי המודל המוצע ברשימה זו, יש להכיר בשני מתווים נוספים, אשר עדיפים, בנסיבות שיפורטו, על המתווה הקיים: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית בבג"ץ וביקורת שיפוטית חוקתית יישומית בערכאה הדיונית. המודל המוצע משקף איזון זהיר יותר בין המסלול היישומי (as-applied review) לבין המסלול המופשט (facial review). מדובר בנושא "חם" גם במשפט החוקתי בארצות-הברית.⁸ הוא מצדיק התאמת פתרונות ייחודיים לשיטה החוקתית בישראל.

טענה נוספת ברשימה היא כי לדרישת הבשלות, כפי שיש להבינה, יש השלכה פוטנציאלית ארוכת-טווח על ביסוס מודל חדש של ביקורת שיפוטית חוקתית בישראל. לפי "המודל המשולש" המוצע, ניתוב העתירות החוקתיות למסלול היישומי, כתוצאה מדרישת הבשלות, יביא לידי כך שחלק ניכר מן השאלות החוקתיות יידונו בדרך של תקיפה עקיפה בערכאות הדיוניות. מסלול זה יחזק את מעמדו של בית-המשפט העליון כבית-משפט לערעורים חוקתיים. לעומת זאת, עתירות שינוטבו למסלול המופשט ימשיכו להידון בבג"ץ. על-פי תפיסה זו, דרישת הבשלות היא שלב נוסף בפיתוח המהפכה החוקתית בישראל.

6 המקרים שבהם נפסלו הוראות חקיקה בישראל בשל פגיעה בלתי-חוקתית בזכות אדם חוקתית הם לרוב מקרים שבהם בוטלה ההוראה "על פניה", קרי, במסלול המופשט, וזאת לרבות ביחס לחוקים שכבר יושמו, אשר נבחנו אף הם בראייה מופשטת. ראו ברק מדינה "הזכות לקיום אנושי בכבוד: בעקבות פסק-דין חסן" בלוג המרצים למשפטים, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים ס' 2 (להלן: co.il/2012_03_01_archive.html); ברק מדינה "ביקורת שיפוטית על חקיקה: פסקי-הדין בעניין חוק טל וחוק הנכבה" בלוג המרצים למשפטים, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים ס' 3 (להלן: hebrewu-law.blogspot.co.il/2012_02_01_archive.html); מדינה "ביקורת שיפוטית על חקיקה". ראו גם יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" משפטים לט 386, 347 (2010) (להלן: מרזל "מעמד הכנסת").

7 מרזל "מעמד הכנסת", שם, בעמ' 373.

8 ראו: Richard H. Fallon, Jr., *Fact and Fiction About Facial Challenges*, 99 CALIF. L. REV. 915 (2011); *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739, Rev. 915 (2011); (להלן: עניין Salerno) (1987) 745.

בחלק הרביעי והאחרון של הרשימה יפורטו שתי השלכות אפשריות – ורצויות – של המודל המשולש. אטען כי המודל המוצע עשוי להביא לידי שרטוט מחדש נכון יותר של גבולות הגזרה בין בית־המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור לבין בית־המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. עוד יובהר כי המודל המוצע עשוי להוביל לשיפור היתרון היחסי של בג"ץ בהתמקדות בעתירות חוקתיות שבהן נדרשת התערבותו המיידית והנחרצת, וכי התמקדות זו עשויה להעצים את ההגנה על זכויות חוקתיות בישראל.

א. אפיון דרישת הבשלות

1. דרישת הבשלות בפסיקה

דרישת הבשלות היא יצירה שיפוטית שהופיעה בפסקי־הדין של בית־המשפט העליון בישראל עוד בשנות השמונים של המאה הקודמת, כמנגנון מווסת שבאמצעותו "יוכל בית־המשפט לנעול שערי במקום שהוא סבור כי אין זה ראוי לדון בעניין".⁹ השימוש הרווח בדרישה זו נעשה במשפט המנהלי, כתת־קטגוריה של עילת־הסף בדבר עתירה מוקדמת.¹⁰ לעומת זאת, במשפט החוקתי, במיוחד בעידן חוקי־היסוד בעניין זכויות האדם, לא נעשה בה שימוש כמעט.

בשנת 2006 ניתנה לראשונה הצדקה רעיונית לדרישת הבשלות כעילה עצמאית לדחיית עתירה חוקתית. השופטת נאור, בדעת יחיד, קבעה כי יש לדחות עתירה שהוגשה נגד חוקתיותו של סעיף בחוק יישום ההתנתקות, התשס"ה-2005, שקבע עברה פלילית ביחס למפונים אשר שהו בשטח המפונה לאחר יום הפינוי, וזאת "עקב היעדרה של מערכת עובדות קונקרטיה, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית".¹¹ באותה שנה דחה בג"ץ עתירה אחרת, שהוגשה נגד חוקתיותו של סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, בהתבסס על הצדקה דומה. בית־המשפט ציין, מפי הנשיא ברק, כי "לא הובאו בפנינו מקרים בהם התעוררה שאלת תחולתו" של הסעיף האמור, ו"טרם בשלה העת להכריע בחוקתיותו... הרבה תלוי באופן יישומו ובפירושו שיוענק להוראות הסעיף".¹²

-
- 9 בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד' (4) 440, 429 (1980) (להלן: עניין סגל).
- 10 ראו יואב דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כ 93, 98 (1996) (להלן: דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית").
- 11 עניין לובל, לעיל ה"ש 2, פס' 3 לפסק־דינה של השופטת נאור. עמדה זו הגשימה את עצמה. לבסוף אימצה התביעה הכללית מדיניות מצמצמת ביחס להעמדה לדין, ובהמשך אף נחקק חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות, התש"ע-2010, ס"ח 2225. בג"ץ דחה עתירה חוקתית שהוגשה נגד החוק האמור. ראו בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 23.2.2012) (להלן: עניין ניר).
- 12 בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פס' 31 לפסק־דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 12.12.2006) (להלן: עניין חוק הנזיקים האזרחיים).

בהתאם, הרובד הגלוי המשותף לפסקי-הדין הללו וכן לפסקי-הדין הערכניים שבהם נעשה שימוש בדרישת הבשלות¹³ הוא דחיית ההכרעה החוקתית במישור הזמן, עד אשר יתקיים התנאי הבא: יישום של החוק בפועל על-ידי הרשות המבצעת במסגרת מערכת של עובדות קונקרטיות. בחינה מעמיקה יותר של דרישת הבשלות, כפי שיש להבינה, חושפת מימד סמוי שלה. מימד זה מכונן לשתי כתובות שונות – הכתובת האחת היא בית-המשפט עצמו, והכתובת האחרת היא הרשות המבצעת. אלה הם שני הרברים הסמויים של דרישת הבשלות, שבהם אתמקד להלן.

2. רובד סמוי של דרישת הבשלות: כלפי בית-המשפט

(א) הבשלות כעילת-סף חוקתית

דרישת הבשלות מעוגנת בשיקול-הדעת הרחב של בג"ץ מכוח חוק-יסוד: השפיטה.¹⁴ רשימת עילות-הסף המאפשרות לבג"ץ לדחות עתירה חוקתית על הסף אינה רשימה סגורה, וניתן לשנותה ולמלאה תוכן חדש על-פי צורכי הזמן והמקום.¹⁵ על פני הרברים, בדומה לדרישת הבשלות המנהלית,¹⁶ דרישת הבשלות החוקתית נועדה לטייב את הדיון בעתירה החוקתית. זוהי תכלית אינסטרומנטלית המתמקדת בעיקר ביעילות השימוש בזמן השיפוטי,¹⁷ ובהיבט מחזקת את האתוס בדבר תקפותה¹⁸ ומקצועיותה¹⁹ של ההכרעה השיפוטית.

-
- 13 אשר פורטו לעיל בה"ש 1.
- 14 ס' 15(ג) ו-15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה, התשמ"ד-1984. ראו עוד עניין התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 25; יצחק זמיר השפיטה בעניינים מינהליים 60 (1975).
- 15 בג"ץ 453/84 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד לח(4) 617, 620-621 (1985).
- 16 רשימה זו אינה עוסקת בדרישת הבשלות המנהלית. לדיון בה ראו דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית", לעיל ה"ש 10, בעמ' 95-97.
- 17 החיסכון במשאבים מושג על-ידי הימנעות מהשקעת זמן שיפוטי במקרים שבהם ההכרעה עשויה להתייתר: "אירוע מאוחר עשוי לחדד את המחלוקת בין הצדדים או לייתר את הצורך בהכרעה בהיבטים מסוימים של המחלוקת, אף אם היא מעוררת שאלה חוקתית" (עניין לובל, לעיל ה"ש 2, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת נאור). אובדן זמן שיפוטי משמעו פגיעה גם במתדיינים אחרים שהיה אפשר לשמוע את תיקיהם. ראו רע"א 8327/05 צדיק נ' פנימי, פס' 4 (פורסם בנבו, 14.9.2005).
- 18 "Abstract or hypothetical questions, removed from a concrete factual setting, prevent courts from reaching an informed judgment" (LOUIS FISHER, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 98 (2nd ed., 1995)). ראו גם דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית", לעיל ה"ש 10, בעמ' 99.
- 19 "safe guides to sound judgment" (Liverpool, New York & Philadelphia S.S. Co. v. Commissioners of Emigration, 113 U.S. 33, 39 (1885)). "The demand for specificity, therefore, stems from a judicial desire for better lawmaking" (Gene Nichol, *Ripeness and the Constitution*, 54 U. CHI. L. REV. 153, 177 (1987)). לשיקול זה בישראל ראו עניין התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 33.

לצד האמור יש לבחון את דרישת הבשלות בהקשר הייחודי של המשפט החוקתי. דרישת הבשלות החוקתית נבדלת מדרישת הבשלות המנהלית בכך שהיא "מתכתבת" עם מושג חשוב בשלב הראשון של הבחינה החוקתית בישראל, הוא המושג "פגיעה בזכות חוקתית". דרישת הבשלות, כפי שיש להבינה, היא פיתוח של המושג "פגיעה" באופן היוצק לתוכו תוכן קונקרטי. תפקידה לוודא כי עתירה חוקתית שתוגש לבית-המשפט תציג לפניו את התשתית המלאה הנדרשת להכרעה בשאלה אם הוכחה פגיעה בזכות חוקתית. לכך יוקדש התת-פרק הבא.

(ב) הבשלות והמושג "פגיעה בזכות חוקתית"

המסורת החוקתית בישראל, בעידן שלאחר חקיקתם של חוקי-היסוד בעניין זכויות האדם,²⁰ מכירה בשלושה שלבים של בחינה חוקתית: (א) הוכחת פגיעה בזכות-יסוד חוקתית; (ב) הגעה למסקנה כי הפגיעה אינה עומדת בארבעת תנאיה של פסקת ההגבלה (בחוק או על-פי חוק; הולם את ערכיה של מדינת-ישראל; תכלית ראויה; מידתיות); (ג) הערכה כי הפגיעה מצדיקה פסיקת סעד שיפוטי.²¹ מבחינה לשונית איסור הפגיעה הוא חלק מלשונה של פסקת ההגבלה,²² אך מקובל לראות בו תנאי נפרד השייך לשלב הראשון של הבחינה החוקתית.²³ מכאן שהוכחת קיומה של "פגיעה" היא תנאי הכרחי להמשך הבחינה החוקתית,²⁴ ורק לאחריה ניתן לפנות לבחינת תנאיה של פסקת ההגבלה, ולקבוע אם הפגיעה בזכות היא גם הפרדה של הזכות. מידת הפגיעה בזכות משפיעה על האופן שבו יבחן בית-המשפט כל אחד מרכיביה של פסקת ההגבלה.²⁵

שלושת השלבים האמורים חלים הן ביחס לפגיעה בזכויות אדם חוקתיות והן ביחס לפגיעה בערכי-יסוד הקבועים בחוקי-היסוד האחרים, אף שאין בהם פסקת הגבלה מפורשת.²⁶ דרישת הבשלות, כעילת-סף חוקתית שמקורה בשיקול-הדעת השיפוטי מכוח חוקי-יסוד: השפיטה,

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

21 ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 342-340 (2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית).

22 ס' 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992.

23 ראו עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 428; בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 75 (פורסם בנבו, 2.9.2010); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 24 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 28.2.2012) (להלן: עניין חסן); אהרן ברק "אילוץ דאונטולוגי, תרבות ההצדקה ומחוקק היורה בתותח: תשובה למבקרים" משפט ועסקים טו 417, 439 (2012) (להלן: ברק "תשובה למבקרים").

24 ראו בג"ץ 5887/08 נפאע נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 18.6.2009).

25 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פס' 52 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 21.2.2012) (להלן: עניין רסלר).

26 בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750, 756 (2003).

חלה אפוא ביחס לכל טענה חוקתית בדבר פגיעה בחוקי־היסוד. פגיעה בחוקי־היסוד האחרים עשויה להוביל כמובן גם לפגיעה בזכויות אדם (למשל, הזכות לבחור ולהיבחר). קביעה בדבר קיומה של "פגיעה בזכות חוקתית" היא קביעה פרשנית שלפיה החוק הפוגע גורע מעניין שנכלל בהיקפה של זכות חוקתית כלשהי. מסקנה בדבר פגיעה כזו מחייבת מתן פרשנות הן לזכות והן לחוק.²⁷ פרשנות הזכות היא מתפקידיה המובהקים של הרשות השופטת,²⁸ והיא תיעשה ברמת הפשטה גבוהה.²⁹ לעומת זאת, פרשנות החוק החשוד כפוגע עוסקת גם בשאלה אם החוק אכן פוגע בזכות החוקתית, ולשאלה זו אומנם אפשר ככלל לתת מענה הן באופן מופשט והן באופן יישומי, אך המענה המקובל בישראל הוא המענה היישומי.³⁰ שאלת פרשנותו של החוק היא אפוא שאלה הכרוכה לרוב בהצבת תשתית משפטית ועובדתית גמיחה.³¹ פרשנות החוק צריכה להביא בחשבון היבטים שונים של טיב הפגיעה, כגון אם הפגיעה בפרט היא מכוונת ואם היא אירעה במעשה של הרשות המבצעת או במחדל שלה, וכן שיקולים נוספים שעניינם הנסיבות הקונקרטיות של הפגיעה. במסגרת זו נבחנת, בין היתר, השאלה אילו מעשים (או מחדלים) שלטוניים פגעו בזכות החוקתית.³² בהקשר זה עשתה הפסיקה שימוש רטורי במונח "מבחן התוצאה".³³

- 27 "בשלב הראשון של הבדיקה החוקתית המקובלת במשפטנו... נפרש ונקבע את היקפה של הזכות החוקתית לכבוד בהקשר הנדון על ידינו ואת ההוראה שנטען לגביה כי היא פוגעת בזכות" (עניין חסן, לעיל ה"ש 23, פס' 32 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש); "קביעת היקפה של הזכות החוקתית מזה וקביעת היקפה של ההוראה בחוק הפוגעת בה, לפי הטענה, מזה. קביעת היקפם של ההסדרים הרלבנטיים היא תהליך פרשני" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 24 לפסק־דינו של הנשיא ברק (2006)).
- 28 אהרן ברק "נטל ההוכחה ופגיעה בזכויות חוקתיות" מגמות בידיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 53, 57 (ענת הרוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009) (להלן: ברק "נטל ההוכחה").
- 29 אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 69–70 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט).
- 30 "כאשר הבחינה היא מופשטת... ניתן להסתפק בהשוואה בין החוקה לחוק. בהליכים החוקתיים הישראליים, רוב רובן של הבדיקות אינן מופשטות אלא הן בעלות אופי קונקרטי... בדיקה קונקרטית מתבססת על פגיעה קונקרטית. זו, מצדה, מתרחשת על בסיסה של מערכת עובדות קונקרטית" (ברק "נטל ההוכחה", לעיל ה"ש 28, בעמ' 57–58).
- 31 "בהיעדר תשתית משפטית ועובדתית מספקת לעניין הפגיעה בזכויות חוקתיות הנגרמת כתוצאה מהוראת החוק נשוא העתירה, אין העתירה יכולה לעמוד ורינה להירחות מטעם זה בלבד" (בג"ץ 6976/04 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר, פס' 10 (פורסם בנבו, 1.9.2005)).
- 32 ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה': בעקבות ספרו של אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010) "משפט ועסקים טו 281, 284–286 (2012) (להלן: מדינה "פגיעה בזכות חוקתית"). לגישה שונה, הכורכת את הגדרת הזכות בקיומה של פגיעה, ראו אורן גול־אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים בזכויות חוקתיות?" משפטים מא 97, 99 (2011).
- 33 "בהיותה טענה תוצאתית לא ניתן לבחון אותה באופן ערטילאי ומופשט והבחינה היא לעולם קונקרטית" (בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק־דינה של השופטת נאור

המסקנה היא כי השלב הראשון של הבחינה החוקתית אינו מופשט לחלוטין.³⁴ כך, למשל, לעניין הזכות לכבוד האדם נפסק כי הוכחת פגיעה כרוכה ב"תשתית עובדתית מלאה, ממנה יהיה ניתן להסיק את הפגיעה בכבוד". כך, בית-המשפט ייזקק לפירוט, "המבוסס בתיעוד מתאים, של מקורות ההכנסה ושל ההוצאות השוטפות והקבועות שבהן אותו אדם נושא";³⁵ ואילו לעניין הזכות לחופש עיסוק נפסק כי יש להוכיח "פגיעה ישירה או עקיפה באפשרות המימוש של עיסוק".³⁶

בדרך-כלל – אך כפי שנראה בהמשך, לא בהכרח³⁷ – ההכרעה בשלב הראשון של הבחינה החוקתית כרוכה בבחינת יישום החוק על-ידי הרשות המבצעת במקרה מסוים. תפקידה של דרישת הבשלות, כפי שיש להבינה, הוא למתוח את הקו בין המקרים הללו. על רקע זה ניתן להשקיף על דרישת הבשלות כעל שלב מקדמי – צומת של הכרעה חוקתית – שבו בג"ץ מסווג את הטענה החוקתית העולה בעתירה לאחד משני מסלולים: מסלול הבחינה היישומית או מסלול הבחינה המופשטת.

על-פי המודל המוצע, קביעה כי העתירה אינה בשלה משמעה שהיבט הדומיננטי של הטענה החוקתית מחייב בירור במסלול היישומי, ושבעתירה המונחת לפתחו של בג"ץ לא הונחה תשתית יישומית כנדרש. תקיפת החוק הנידון תיעשה במסלול היישומי, באופן המחייב הגשת עתירה חדשה שתתמקד בניתוח השלב הראשון של הבחינה החוקתית מנקודת-מבט יישומית. הביקורת השיפוטית החוקתית שתערוך הערכאה המוסמכת תהיה מן הסוג היישומי (להלן בחלק 2ג(ב) יובהר אם יש להגיש את העתירה החדשה לבג"ץ או לערכאה הדיונית). במסלול היישומי, כדי להוכיח קיומה של פגיעה חוקתית, יהא על העותר להציג תשתית עובדתית לגבי מקרה מסוים שבו יושם החוק על-ידי הרשות המבצעת. יודגש: במסלול היישומי חובה על העותר להוכיח – בעתירה החדשה – פגיעה קונקרטית בזכות חוקתית. ללא הוכחה כאמור תידחה העתירה החדשה, מן הטעם שלא הוכחה פגיעה בזכות חוקתית כנדרש במסלול היישומי. העתירה החדשה נועדה לתקן את העתירה הקודמת, ולא לעקוף

(פורסם בנבו, 11.2.2010) (להלן: עניין פלוני); "הבחינה היא לעולם קונקרטית ותוצאתית" (בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 485 (2005) (להלן: עניין עמותת מחויבות)); "בית-משפט זה עמד בעבר על חשיבות הספציפיות והקונקרטיות של הסכסוך המובא בפניו... כך הדבר בכל עניין הנדון לפני בית-המשפט" (בג"ץ 10026/01 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נז(3) 31, 48 (2003)).

34 "על הכרעה שיפוטית מושכלת להיות קשורה בטבורה לעובדות קונקרטיות העולות מהמקרה, וזאת אף אם המקרה מעורר שאלה חוקתית" (עניין לובל, לעיל ה"ש 2, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת נאור).

35 עניין עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 33, בעמ' 485. ליישום גישה זו ראו, באחרונה, בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פס' 41-42 לפסק-דינה של השופטת ארבל ופס' 24 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 4.6.2013) (להלן: עניין עדאלה נ' משרד הרווחה).

36 בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 260 (2002).

37 ראו להלן בפרק ב.

את הניתוב למסלול היישומי לאחר שבג"ץ הכריע לטובתו (אלא אם כן מתקיים אחד מן המצבים הטיפוסיים, שיפורטו בהמשך, שבהם מתאפשר מעבר כזה).

לעומת זאת, בקביעה כי העתירה בשלה משמעה אחת משתיים. אפשרות אחת היא שההיבט הרומיננטי של הטענה החוקתית מחייב בירור במסלול היישומי, ובעתירה המונחת לפתחו של בג"ץ אכן הונחה תשתית יישומית כנדרש. במקרה זה ימשיך בג"ץ לדון בטענה החוקתית לגופו של עניין במסלול היישומי. הביקורת השיפוטית החוקתית שיערוך בג"ץ במקרה זה תהיה אם כן מן הסוג היישומי. זהו אותו מסלול שבו ידון בג"ץ בעתירה חדשה לאחר שעתירה קודמת נדחתה על-ידיו בקביעה כי היא אינה בשלה, וזאת ככל שהעתירה החדשה תוגש לבג"ץ, ולא לערכאה הדיונית.

האפשרות האחרת היא שההיבט הרומיננטי של הטענה החוקתית מחייב בירור במסלול המופשט. הביקורת השיפוטית החוקתית שיערוך בג"ץ במקרה זה תהיה אם כן מן הסוג המופשט. במסלול זה, כדי להוכיח קיומה של פגיעה חוקתית, לא יידרש העותר להציג תשתית עובדתית לגבי מקרה מסוים שבו יושם החוק על-ידי הרשות המבצעת. עם זאת, ניתוח השלב הראשון של הבחינה החוקתית (קיומה של פגיעה) לא יתייחר; הוא פשוט ייערך מנקודת-מבט מופשטת, והיינו, פרשנות הזכות ופרשנות החוק באופן מופשט, שאינו מחייב הוכחת מעשה (או מחדל) שלטוני הפוגע קונקרטי בזכות חוקתית. במסלול זה צפוי שעיקר הדיון החוקתי ייערך בשלב השני של הבחינה החוקתית, קרי, במסגרת בירור השאלה בדבר קיום תנאיה של פסקת ההגבלה, ובראשם דרישת המידתיות.

על-פי המודל המוצע, דרישת הבשלות היא עילת-סף חוקתית מורכבת, אשר משקפת הכרעה מקדמית של בג"ץ בדבר המסלול הראוי לטעמו להמשיך הטיפול בעתירה: המסלול היישומי או המסלול המופשט. נלווית לה, כפי שיובהר להלן בחלק ג(ב), הכרעה גם ביחס לערכאה המוסמכת לדון בשאלה החוקתית. עתירה שצלחה את דרישת הבשלות תידון לרוב בבג"ץ (אלא אם כן קיימות עילות-סף אחרות המצדיקות את דחיית העתירה על הסף, כגון שיהוי). לעומת זאת, כפי שנראה להלן בתת-פרק 3ג באשר למרכיב הביזורי של המודל המוצע, עתירה שנכשלה במבחן הבשלות תידון לעיתים בערכאה הדיונית ולעיתים בבג"ץ (בהתקיים מצבים טיפוסיים שיתוארו). מתווה זה מעניק תמריץ לעותרים המעוניינים בהכרעה של בג"ץ דווקא – תוך הפחתת הסיכון שהם יחויבו להעלות את השאלה החוקתית בערכאה הדיונית תחילה – להגיש מלכתחילה לבג"ץ עתירה שעומדת בדרישת הבשלות.³⁸ פסק-הדין בעניין לקסר³⁹ הוא המחשה טובה להכרעה של בג"ץ לטובת המסלול היישומי. העתירה תקפה את חוקתיותן של הוראות שנוספו לפקודת מס הכנסה במסגרת תיקון לפקודה, בטענה של פגיעה בזכות החוקתית לקניין. בג"ץ דחה את העתירה, בין היתר, בקביעה כי היא אינה בשלה, מכיוון ש"העותר נמנע מלהביא לפנינו מקרים קונקרטיים המדגימים את הפגיעה אשר נגרמת, לטענתו".⁴⁰ בקובעו כן הדגיש בג"ץ את הזיקה ההדוקה שבין דרישת

38 על דרישת הבשלות ככלי אסטרטגי להכוונת התנהגותם של עותרים ראו: David Franklin, *Looking Through Both Ends of the Telescope: Facial Challenges and the Roberts Court*, 36 HASTINGS CONST. L.Q. 689, 692 (2008–2009).

39 בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר, פס' 24 (פורסם בנבו, 22.3.2009).

40 שם, פס' 26.

הבשלות כעילת־סף לבין העובדה שבשלב הראשון של הבחינה החוקתית הוא מבין את המושג "פגיעה" כמושג הנמדד במונחים יישומיים.

חיזוק הזיקה בין דרישת הבשלות לבין המושג "פגיעה בזכות חוקתית" הוא חידוש חשוב במשפט החוקתי, וזאת בשני היבטים. ראשית, עד כה נמנע בית־המשפט העליון מלתת הגדרה ברורה לקיומה של "פגיעה", מעבר לקביעת המינימום, שלפיה אין די בהוכחת פגיעה זניחה ("של מה בכך").⁴¹ הגדרה מינימליסטית זו אינה הולמת את מרכזיותו ומורכבותו של השלב הראשון של הבחינה החוקתית.⁴² ניתן אפוא לראות בדרישת הבשלות מהלך שנועד להעמיק את ההבנה והניתוח של שלב זה. שנית, העמקת השיח סביב ניתוח המושג "פגיעה", בין היתר מבעד לפריזמה של דרישת הבשלות, יביא לידי איזון נכון יותר בין שלושת השלבים של הניתוח החוקתי. קיימת נטייה של בג"ץ "לדלג" לעיתים על השלב הראשון כדי להעביר את מרכז־הכובד של הבחינה החוקתית אל השלב השני, דהיינו, אל פסקת ההגבלה בכלל ואל עקרון המידתיות בפרט.⁴³ על "דילוג" זה נמתחה ביקורת הן בפסיקה⁴⁴ והן בספרות. כפי שהסביר פרופ' מדינה, מהלך זה מציב את עקרון המידתיות ככלל ההכרעה החברתי, באופן המגביל את כוחן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת במקרים רבים למדי.⁴⁵ שימת הדגש בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, בעיקר במסלול היישומי, מאזנת מגמה

- 41 בג"ץ 3434/96 הפוננג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 68 (1996); ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 29, בעמ' 135-139; גזל־אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 32, בעמ' 143.
- 42 ראו ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449, 466-467, 473-474 (2012) (להלן: מדינה "הכלל החוקתי").
- 43 ראו, למשל, את דבריו של הנשיא ברק בע"פ 4424/98 סילגרו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 546-547 (2002).
- 44 ראו את דבריה של השופטת שטרסברג־כהן שם, בעמ' 553-554; בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פס' 6 לפסק־דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008). אולם באחרונה מתקיימת במקרים לא־מעטים הכרעה מפורטת וברורה בסוגיית הפגיעה בשלב הראשון של הבחינה החוקתית. לדעות השונות ראו, למשל, עניין ניר, לעיל ה"ש 11, פס' 17 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש ("אין צורך להכריע בשאלה זו באופן חד משמעי, כיוון שגם אם מדובר בפגיעה העולה כדי הרף החוקתי הדרוש, באנו כאמור לכלל מסקנה כי ההסדר שבחוק עומד בדרישות פסקת ההגבלה"), ולצד זה את עמדתה של השופטת נאור כי אין פגיעה בשוויון (שם, פס' 2 לפסק־דינה) מול עמדת השופט ג'ובראן כי יש פגיעה בשוויון (שם, פס' 38 לפסק־דינו). כן ראו עניין עדאלה נ' משרד הרווחה, לעיל ה"ש 35. השופטת ארבל נטתה לקבוע כי הזכות החוקתית לשוויון נפגעה, אך לא קבעה כן במפורש ("אין צורך למעשה להכריע בשאלה זו, וזאת לאור המסקנה אליה הגעתי כי הפגיעה כאמור ממילא עומדת בדרישות פסקת ההגבלה" – שם, פס' 53 לפסק־דינה). לעומתה, השופטות חיות וברק־ארז בחרו להכריע בסוגיית הפגיעה בזכות במפורש: השופטת חיות קבעה כי זכות זו לא נפגעה (שם, פס' 1 לפסק־דינה), ואילו השופטת ברק־ארז קבעה כי הזכות אכן נפגעה ("התיקון פוגע בשוויון, באופן שמחייב לבחון האם הוא עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה" – שם, פס' 58 לפסק־דינה).
- 45 מדינה "פגיעה בזכות חוקתית", לעיל ה"ש 32, בעמ' 288.

זו, ועשויה להניב ניתוח חוקתי שלם יותר. יתר על כן, היא עשויה להעשיר את ניתוחם של מבחני המידתיות עצמם.⁴⁶

(ג) הבשלות כדרישה "יחסית"

השלב הראשון של הבחינה החוקתית עשוי להיות מושפע, כאמור, מנתונים קונקרטיים. הוצע לראות בדרישת הבשלות צומת הכרעה מקדמי בבחינת הדומיננטיות של הטענה החוקתית, באופן המסווג את המשך הטיפול בעתירה לאחר משני מסלולים – המסלול היישומי או המסלול המופשט. נשאלת השאלה מהן אמות-המידה לקביעת ה"דומיננטיות" של הטענה החוקתית. עיצובן של אמות-המידה הנדרשות (ראו בהמשך הרשימה) מוביל לתפיסה מורכבת של דרישת הבשלות, באופן הממצב אותה כאחת מעילות-הסף המרכזיות אך גם המסובכות במשפט החוקתי.

בכל עתירה המוגשת לבג"ץ יש לבחון את אופייה הדומיננטי של הטענה החוקתית: האם היא נעוצה בנתונים קונקרטיים או שמא די בניתוח מופשט לצורך הכרעה בטענה החוקתית? תפיסה זו מחייבת פיתוח דרישה של בשלות "יחסית". דהיינו, הבשלות אינה נשענת על מודל דיכוטומי (בשלות אל מול אי-בשלות), אלא על תפיסה של יחסיות ודומיננטיות. תפיסה זו תפורט בפרק ב, שבו יוצעו אמות-מידה להבניית שיקול-הדעת השיפוטי בדרישת הבשלות. אולם לפני כן יש להשלים את הדיון ברובד הסמוי השני של דרישת הבשלות, המכוון כלפי הרשות המבצעת.

3. רובד סמוי של דרישת הבשלות: כלפי הרשות המבצעת

(א) הבשלות והפרקטיקה החוקתית

המושג "פגיעה" משקף הדדיות: העותר הוא הנפגע, אך מיהו הפוגע? דרישת הבשלות, כפי שיש להבינה, מפנה את הזרקור לבחינת התנהלותו של המשיב. היא אינה מתמקדת רק בממשק שבין החוק לבין העותר, אלא גם בממשק שבין החוק לבין המשיב, ובעיקר בסבירותה של הפרשנות שהעניק המשיב לחוק.

הפרקטיקה המקובלת בישראל היא שהמשיב העיקרי בעתירות חוקתיות הוא גורם ברשות המבצעת שפעל מכוח החוק.⁴⁷ גם כאשר בג"ץ שומע, כמצוות המחוקק,⁴⁸ את באי-כוחה של הכנסת, ניכר כי הוא מעדיף את עמדתה המשפטית של הרשות המבצעת כפי שהוצגה על-ידי מחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה.⁴⁹ הטעם לכך נעוץ בשיקולים מעשיים, שכן

46 "יכול ושאלת ישומו של חוק תהא בעלת השפעה לצורך קביעה האם הוא מקיים את מבחני המידתיות" (בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פס' 33 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 28.5.2012) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח)). ראו גם עניין רסלר, לעיל ה"ש 25, פס' 19-21, 55 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. 47 ראו מרזל "מעמד הכנסת", לעיל ה"ש 6, בעמ' 373. לדוגמות לפרקטיקה זו ראו שם, בעמ' 374-373, ה"ש 101.

48 ס' 17(ג) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994.

49 ראו, למשל, בג"ץ 9843/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים, פס' 6-8 (פורסם בנבו, 8.1.2009); בג"ץ 5113/12 פרידמן נ' כנסת ישראל, פס' 3-4 לפסק-

לרוב (אך לא תמיד – ראו מייד) הגוף המגשים את האפקט הפוגעני של החוק הוא הגורם השלטוני אשר מיישם את החוק הלכה למעשה. הפגיעה תיעשה כמעט בהכרח בהחלטה מנהלית שהתקבלה בעקבות החוק. בלשונה של הנשיאה ביניש, "חוקתיותו של החוק תלויה, מלכתחילה במידה רבה בתוכן הפרשני שיינתן להוראותיו, והדבר יתברר רק בשלב יישומו. ההכרעה בדבר הנסיבות וההיקף שבהן ייושם החוק ובדבר הפרשנות שניתן לו, עוברת בראש ובראשונה דרך ההליך והגבולות שתציב לו הרשות המבצעת".⁵⁰

לעיתים הגורם המיישם את החוק הוא גוף של הרשות השופטת. כך, למשל, כאשר החוק מעניק לערכאה דיונית סמכות לפגוע בזכויות, כגון סמכות להאריך מעצר ללא נוכחות הנאשם.⁵¹ דרישת הבשלות מלכתחילה אינה אמורה להתעורר כאן, מכיוון שבמהלך העניינים הרגיל תתעורר השאלה החוקתית במסגרת תקיפה עקיפה, המתבססת על נתונים קונקרטיים, וסוגיית הפגיעה תיבחן במונחים יישומיים. אם העותר בחר בכל־זאת להעלות טענה כזו דווקא בבג"ץ, ראוי שהעתירה תנותב למסלול היישומי, באופן שיחייב את העותר להעלות את הטענה החוקתית בתקיפה עקיפה, תחילה לפני הגורם השיפוטי הרלוונטי ברשות השופטת אשר מיישם את החוק שחוקתיותו נתקפת. כידוע, ועניין זה יובהר בהמשך הרשימה, ניתן להעלות טענה חוקתית בתקיפה עקיפה לפני כל גורם שיפוטי, והוא מוסמך להכריע בה באופן מחייב.⁵² על החלטתו של הגורם השיפוטי האמור, שהיא החלטה של הרשות השופטת, יהיה אפשר להגיש ערעור לבית־המשפט המוסמך. השאלה החוקתית תגיע בסופו של דבר להכרעת בית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים, ולא כבג"ץ. זאת, אלא אם כן טענת אי־החוקתיות של החוק עלולה "להדביק" בפסלות גם את בית־המשפט העליון דרך נתיב הערעור, ולכן מבחינה מוסדית בג"ץ הוא המוסד שראוי לבידור העתירה.⁵³ במצב עניינים זה אין הצדקה להמתין להחלטה יישומית קונקרטית, ויש להכריע בעתירה במסלול המופשט. מצב זה אינו ממצה את כל המקרים שבהם עדיפה הכרעה במסלול המופשט בבג"ץ. מצבים טיפוסיים לעניין זה יפורטו בהמשך הרשימה, והם חלים, באופן עקרוני, גם כאשר הגורם המיישם את החוק הוא גוף של הרשות השופטת.

מכאן ואילך יתמקד הדיון במצב שבו הגורם המיישם את החוק הוא גוף של הרשות המבצעת.

דינה של השופטת ארבל וכן פסק־דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 7.8.2012) (להלן: עניין פרידמן).

50 עניין התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פסק־דינה של הנשיאה ביניש.

51 ראו עניין פלוני, לעיל ה"ש 33, פס' 5 לפסק־דינה של השופטת נאור.

52 להגדרת תקיפה עקיפה ראו להלן תת־פרק 2.

53 "העתירות תוקפות, בין היתר, את עצם החוקתיות של המסלולים המשפטיים שהחוק מתווה... אין הוועדות מהוות אפוא תחליף ראוי לביקורת שיפוטית של חוקתיות החוק בבית משפט זה" (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 482 (2005) (להלן: עניין חוף עזה)).

(ב) חשיבות העמדה הפרשנית של הרשות המבצעת

על רקע דבריה של הנשיאה ביניש שצוטטו לעיל, יש להבין את דרישת הבשלות כך: כאשר בג"ץ קובע כי העתירה החוקתית אינה בשלה, הוא מחייב את הרשות המבצעת לנקוט עמדה פרשנית ביחס לחוק שחוקתיותו עומדת למבחן. בחינת חוקתיותו של החוק תיעשה רק לאחר שהתקבלה לפחות החלטה יישומית אחת של הרשות המבצעת, אשר מיישמת את הפרשנות הראשונית שלה לחוק על מקרה קונקרטי.⁵⁴ במקביל יימנע בג"ץ מלהכריע בסוגיה החוקתית "טרם שהנורמה החקוקה נתגבשה וקודם שהשפעתה הורגשה בהתרחשות קונקרטי, בפועל".⁵⁵ יש לשים לב כי אין מדובר כאן במתן קדימות נורמטיבית לעמדתה הפרשנית של הרשות המבצעת, אלא במתן קדימות במישור הזמן בלבד. אין דבר בדרישת הבשלות שבא לשנות מן ההלכה אשר מעגנת את מעמדו של בית-המשפט העליון כפוסק האחרון לעניין פרשנות הדין.⁵⁶ אף-על-פי-כן יש לדרישת הבשלות, כפי שיש להבינה, משמעות סמויה החורגת ממתן קדימות במישור הזמן גרידא. זו תובהר כעת.

(ג) סבירות העמדה הפרשנית של הרשות המבצעת

השילוב של דרישת הבשלות ושל חזקת החוקיות החלה על פעולות של הרשות המבצעת במישור המשפט המנהלי⁵⁷ מביא לידי כך שהנפקות היא מעבר למישור הזמן גרידא. בהתאם לחזקת החוקיות, נקודת המוצא היא שהפרשנות הראשונית שתיתן הרשות המבצעת לחוק היא סבירה, ועומדת באמות-המידה החוקתיות: "אין בסיס, לעת הזו, להנחה כי שיקול הדעת אשר יופעל על-ידי גופי האכיפה – יהא שיקול דעת בלתי סביר... במובן זה, העתירה היא עתירה בלתי בשלה".⁵⁸

ככל שבג"ץ הכריע בצומת של דרישת הבשלות כי העתירה שהוגשה היא בלתי-בשלה, לכשתוגש העתירה החדשה – לאחר שהרשות המבצעת כבר קבעה עמדה פרשנית ראשונית ויישמה אותה במקרה קונקרטי – לא יהיה אפשר לדחות את העתירה מטעמים של חוסר

54 "בבוא בית המשפט לבחון את חוקתיותו של חוק שכתוצאה ממנו נפגעות זכויות מוגנות, עליו לבחון אם הרשות המבצעת מפרשת ומיישמת כדבעי את החוק; וככל שרשות זו פועלת כראוי, מכוונים מבטי הביקורת לחוק עצמו" (עניין רסלר, לעיל ה"ש 25, פס' ה לפסק-דינו של השופט רובינשטיין); "אין חולק כי כל דבר חקיקה תלוי בביצועו על ידי הגורמים הרלוונטיים" (שם, פס' 57 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש); "כל עוד החוק אינו קובע אמות מידה או יעדים לביצועו, הגשמת התכליות נתונה לחסדי הרשות המבצעת, שחופשייה לבחור אם וכיצד ליישם את החוק" (שם).

55 עניין איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 1, פס' 16.

56 "בית המשפט העליון הוא הגורם הפוסק האחרון בכל מחלוקת משפטית" (ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לח(3) 88,85 (1984)); ע"א 8797/99 אנדרמן נ' ועדת הערר המחוזית לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, חיפה, פ"ד נו(2) 466, 474 (2001).

57 בג"ץ 8150/98 תיאטרון ירושלים לאמנויות הבמה נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נר(4) 433, 445 (2000); עע"ס 4072/11 עיריית בת-ים נ' לוי, פס' 30-31 (פורסם בכנו, 6.11.2012).

58 עניין איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 1, פס' 12 (ההדגשה במקור).

בשלות. הביקורת השיפוטית החוקתית במסלול היישומי תתמקד, בין היתר, בשאלה אם העמדה הפרשנית הראשונית שאימצה הרשות המבצעת ויישמה במקרה הקונקרטי⁵⁹ היא עמדה סבירה.

מכאן שכאשר העתירה נותנה למסלול היישומי, יש להוסיף שלב נוסף על שלושת שלבי הבחינה החוקתית – הוכחת הפגיעה, בדיקת העמידה בפסקת ההגבלה וקביעת הסעד – והוא השלב של בחינת סבירות פרשנותה של הרשות המבצעת. שלב זה הוא השלב הראשון במסלול היישומי, והוא עשוי ליתר את המשך הדיון החוקתי לגופו של עניין. זאת, מכיוון שהוא מכיר בכוחה של הרשות המבצעת לאמץ פרשנות סבירה של החוק⁶⁰ אשר מסירה את הפגם החוקתי. כאמור, ניתוב העתירה למסלול היישומי מחייב את הרשות המבצעת לנקוט עמדה פרשנית כלשהי. במסגרת המסלול היישומי, ככל שבית המשפט ישתכנע כי עמדתה הפרשנית של הרשות המבצעת היא סבירה, באופן שמביא לידי הסרת הפגם החוקתי, יש לדחות את העתירה החוקתית, וזאת לא מטעמים של חוסר בשלות, אלא מטעם אחר, והוא הגישה המקובלת שלפיה "עדיפה פרשנות סבירה של חוק על פני הכרעה בשאלת חוקתיותו".⁶¹ בכוחה של פרשנות סבירה – לרבות כזו שנקבעת על ידי הרשות המבצעת – ליצור התאמה בין החוק לבין החוקה, ולהביא בכך לידי הסרת הפגם החוקתי. למשל, פרשנות סבירה של הרשות המבצעת, שמכוחה נמנעת פגיעה בזכות החוקתית, מיתרת את הקביעה כי זכות חוקתית נפגעה, וממילא את הצורך לקבוע כי הופרה זכות חוקתית.⁶² כך, למשל, הנחיה של היועץ המשפטי לממשלה שלפיה הפעלת הסמכות הפוגענית תיעשה רק בתנאים מסוימים ובכפוף לאישורו עשויה, בנסיבות מסוימות, להיחשב פרשנות סבירה המסירה את הפגם החוקתי.⁶³

- 59 נדרש שהרשות המבצעת אימצה עמדה פרשנית כלשהי ביחס לחוק הנתקף (למשל, התקינה תקנות ליישום החוק או אימצה הנחיות מנהליות) ונוסף על כך יישמה עמדה פרשנית זו בהחלטה קונקרטית אחת לפחות (למשל, אכיפת התקנות ביחס לאדם מסוים).
- 60 דהיינו, פרשנות עניינית הניתנת להצדקה ונראית לרשות המבצעת ראויה. ראו ברק "תשובה למבקרים", לעיל ה"ש 23, בעמ' 455.
- 61 בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 814 (1996). ראו גם בג"ץ 9098/01 גנים נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 276 (2004) (להלן: עניין גנים); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, פס' 7-8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008) (להלן: עניין חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים); עניין פרידמן, לעיל ה"ש 49, פסק דינו של השופט פוגלמן.
- 62 "פרשנות (החוק) והשלכותיו אינה ידועה בשלב זה... אין זה מן הנמנע כי... חששם של העותרים כלל לא יתממש... בשל הפעלת הסעיפים באופן שלא יפגע בעותרים" (עניין התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 29, 32).
- 63 ראו, למשל, עניין חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, לעיל ה"ש 61, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ("מאחר והמדינה נמנעה עד כה מעשיית שימוש בחוקה הקבועה בסעיף 7 לחוק, לא מתעוררת בפנינו השאלה... האם יש בכך כדי לפגוע יתר על המידה בזכות החוקתית לחירות... לפיכך, נותיר שאלות אלה ללא הכרעה... אם תבחר המדינה לעשות בעתיד שימוש בחוקה הקבועה בסעיף 7 לחוק ולא תוכיח מסוכנות ברמה הנדרשת, תהא פתוחה הדרך להבאת השאלות האמורות בפני בית המשפט, בהינתן הצורך להכריע בהן באופן קונקרטי

מהו המסר הסמוי שעובר לרשות המבצעת במצב זה? זהו מסר החורג ממתן קדימות במישור הזמן גרידא. בג"ץ מנחה את הרשות המבצעת לקבוע בעצמה פרשנות ראשונית לחוק. הנחה זו – שובר בצידה. אם הרשות המבצעת תפעל באופן המצופה ממנה – קרי, תאמץ פרשנות ראשונית סבירה אשר תסיר את הפגם החוקתי הנטען⁶⁴ – היא "תזכה" שפרשנותה תאומץ על ידי בית המשפט כפרשנות המחייבת, וזאת גם אם מדובר בפרשנות שונה מזו של בית המשפט. מהלך זה מחזק את המשקל שיש לעמדה הפרשנית של הרשות המבצעת במשפט החוקתי בהשוואה למעמד שניתן לה במשפט המנהלי, שבו מקובל להתחשב בפרשנותה של הרשות המנהלית רק "כאחד השיקולים הנשקלים לצורך ההכרעה"⁶⁵. מעמד פרשנותה של הרשות המבצעת במשפט החוקתי הוא חזק יותר לנוכח התלכדותן של חזקת החוקיות וחזקת החוקתיות⁶⁶ ובהתחשב בכך שעקרון הריסון במשפט החוקתי הדוק מעקרון הריסון במשפט המנהלי.⁶⁷ מכאן של"אור הירוק" שהרשות השופטת מעניקה לרשות המבצעת – באמצעות דרישת הכשלות – לקבוע פרשנות ראשונית של החוק יש משנה תוקף החורג ממישור הקדימות בזמן. לפרשנותה של הרשות המבצעת יש פוטנציאל ליהפך לפרשנות המחייבת של החוק, ובלבד שפרשנותה (אשר ככל אקט מנהלי חייבת להיות כמובן במתחם הסבירות⁶⁸) מקיימת את תכליתה של הביקורת השיפוטית החוקתית – שיפור ההגנה על זכויות האדם – על ידי הסרת הפגם החוקתי הנטען.

במהלך זה משקלה של העמדה הפרשנית של הרשות המבצעת נהפך משיקול אחד מני רבים לשיקול דומיננטי לצורך ההכרעה בשאלה החוקתית. הבחינה החוקתית נעשית במסלול

64 ולא בעלמא". השוו למדיניותו של היועץ המשפטי לממשלה, אשר נמנע בעבר מלהעלות טענת התיישנות בתביעות פיצוי הפקעה, אף שהסמכות להעלות טענת התיישנות לפי ס' 2 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, היא לכאורה בלתי-מוגבלת. ראו ע"א 5964/03 עזבון ארידור נ' עיריית פתח-תקוה, פ"ד ס(4) 437, 494 (2006). מדיניות כזו כפופה, כמובן, לכללי המשפט המנהלי, ועליה להיות סבירה (שם, בעמ' 500). ראו גם ד"א 1595/06 עזבון ארידור נ' עיריית פתח תקוה, פס' 52 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנוב, 21.3.2013).
64 למשל, פרשנות במסגרת מדיניות אכיפה, שלפיה הרשות תאכוף רק את הסנקציות הקלות הקבועות בחוק. ראו: Aziz Huq, Enforcing (But Not Defending) 'Unconstitutional' Laws, 98 Va. L. Rev. 1001, 1029 (2012).

65 דפנה ברק-ארז "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" עיוני משפט כז 209, 246-247 (2003).
ראו גם בג"ץ 6395/98 אלקושי נ' קצין התגמולים – משרד הבטחון, פ"ד נד(1) 454, 462 (2000).

66 בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 839 (2003) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון); בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 699 (1969).

67 עניין עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 33, פס' 5 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין. ראו גם: "יש לדעתי לנהוג ריסון בהתערבות שיפוטית [חוקתית]... יתר על זה הנהוג במשפט המנהלי בכלל" (עניין רסלר, לעיל ה"ש 25, פס' לו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין); "התערבותו האופרטיבית של בית המשפט העליון בתחום של ביקורת שיפוטית על חקיקה היא מצומצמת הרבה יותר בהשוואה לביקורת על פעולות מנהליות" (דפנה ברק-ארז "מהפיכת השיפוטות: הערכת מצב הפרקליט נ 3, 18 (2008) (להלן: ברק-ארז "הערכת מצב")).

68 למתחם הסבירות המנהלי ראו עניין עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 33, בעמ' 488.

היישומי מבעד לפריזמה של הפרשנות שנתנה הרשות המבצעת. מהלך זה מחזק את מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה, שהינו ה"פרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת".⁶⁹ פרשנות (סבירה) מטעמו אשר תביא לידי הסרת הפגם החוקתי תקבל גושפנקה מבית המשפט כפרשנות המחייבת, אף אם אין היא הפרשנות הראויה או הנכונה לדעת בית המשפט. דרישת הבשלות, כפי שיש להבינה, היא אפוא אמצעי חוקתי המטיל את נטל ההגנה על הזכות החוקתית בראש ובראשונה על הרשות המבצעת – עליה מוטלת האחריות לאמץ פרשנות ראשונית (סבירה) לחקיקה באופן שיסיר את הפגם החוקתי הנטען בעתירה. בג"ץ ממקם אם כן את הרשות המבצעת כ"קו ההגנה הראשון" להנחלת ערכים חוקתיים. ככל שבג"ץ ניתב את הדיון בשאלה החוקתית למסלול היישומי, תיערך הבחינה החוקתית באופן הבא: תחילה תפרש הרשות המבצעת את החוק. רק לאחר יישומה של פרשנות זו במקרה קונקרטי יהיה אפשר להגיש עתירה חדשה לבית המשפט המוסמך (ראו להלן חלק ג2(ב)). זו לא תידחה מטעמים של חוסר בשלות. או-אז יבחן בית המשפט המוסמך את סבירות פרשנותה של הרשות המבצעת. פרשנות סבירה של הרשות המבצעת אשר תביא לידי הסרת הפגם החוקתי תאומץ על-ידי בית המשפט כפרשנות המחייבת, אף אם אין היא הפרשנות הראויה לדעת בית המשפט. העתירה תידחה על-פי הרציונל שלפיו פרשנות סבירה של חוק עדיפה על הכרעה בשאלת חוקתיותו. לעומת זאת, במקרים שבהם פרשנותה של הרשות המבצעת לא תביא לידי הסרת הפגם החוקתי, ורק במקרים אלה, יידרש בית המשפט לערוך את הבחינה החוקתית המלאה.

במסגרת זו בית המשפט עשוי להידרש גם לשאלת קיומה של פגיעה בזכות. הדרישה כי פרשנותה של הרשות המבצעת תסיר את הפגם החוקתי אין משמעה שפרשנות זו תסיר בהכרח את הפגיעה בזכות החוקתית. עשוי להיות מצב שבו פרשנותה של הרשות המבצעת אינה מסירה את הפגיעה בזכות החוקתית אך מביאה לידי כך שהפגיעה עומדת במבחניה של פסקת ההגבלה. במקרה כזה תוצאת המסלול היישומי היא שהחוק פוגע בזכות החוקתית באופן מידתי, ולכן הוא חוקתי ואין הצדקה לסעד חוקתי. גם במצב זה הפרשנות הראשונית של הרשות המבצעת, אף אם אין היא הפרשנות שאותה היה בית המשפט קובע בעצמו, תיהפך לפרשנות המחייבת, מכיוון שיש בה כדי להסיר את הפגם החוקתי.⁷⁰ עם זאת, המסקנה כי החוק צלח את מבחן החוקתיות אינה מחייבת את המסקנה כי הפרשנות המסוימת של החוק, כפי שנקבעה על-ידי הרשות המבצעת, תעמוד על כנה ככל דבר ועניין. פרשנותה של הרשות המבצעת עשויה עדיין להיפסל במישור אחר, הוא מישור המשפט המנהלי.⁷¹

69 בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 425 (1993). ראו גם: "חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה בשאלה משפטית משקפת, מבחינת הממשלה, את המצב המשפטי הקיים והמצוי" (בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 473 (1993)).

70 השוו': John Wright, *Ambiguous Statutes and Judicial Deference to Federal Agencies*, 22 J. THEOR. POLIT. 217, 235 (2010) ("courts will sometimes prefer the certainty of an agency's rule – even when the rule deviates considerably from the court's ideal policy – to the vagaries of the legislative process").

71 השוו': "ייתכנו מצבים בהם ההחלטה המנהלית תהא מידתית על-פי תוצאתה ותכליתה, אולם בר-בבד יימצא כי בהליך המנהלי שקדם להחלטה נפל פגם" (בג"ץ 3798/09 גורווד נ' נ' 61

תוצאה זו אפשרית בהתחשב בכך שעל-פי ההלכה הנוהגת בישראל, עקרון הריסון במשפט החוקתי חזק כאמור מעקרון הריסון במשפט המנהלי.

לאחר שבית-המשפט הגיע למסקנה כי הפגיעה בזכות החוקתית כתוצאה מיישום פרשנותה של הרשות המבצעת במקרה קונקרטי אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה, הוא מוסמך, בשלב השלישי של הבחינה החוקתית (קביעת הסעד החוקתי), לאמץ פרשנות אחרת מטעמו, שיש בה כדי להסיר את הפגיעה בזכות או להפוך אותה לכזו המקיימת את מבחניה של פסקת ההגבלה. מה שאי-אפשר להשיג באמצעים הפרשניים הנתונים לרשות המבצעת עשוי להיות מושג כעת באמצעים פרשניים של בית-המשפט.⁷² או-אז תיהפך פרשנות זו, מטעם בית-המשפט, לפרשנות המחייבת. כך לא יהיה צורך בסעד חוקתי קיצוני של בטלות ההוראה החוקתית עצמה. מכאן שאין בדרישת הבטלות, במודל המוצע ברשימה זו, כדי לשנות ממעמדו של בית-המשפט העליון כפוסק האחרון בעניין פרשנות הדין וכמומחה לפרשנות חוקתית לעניין ההסמכות החוקתיות.⁷³ יודגש: אם בג"ץ מעריך מראש – במסגרת אמות-המידה ליישום דרישת הבטלות היחסית, אשר יפורטו בהמשך הרשימה – כי אין כל פרשנות סבירה שיכולה להסיר את הפגם החוקתי, אזי מלכתחילה תנותב העתירה למסלול המופשט. עניין זה יובהר בהמשך.

למודל המוצע יש יתרונות מבחינת בג"ץ, אך יש לו גם חסרונות. אלה ואלה יידונו בתת-פרק הבא.

4. ניתוח ריאליסטי של דרישת הבטלות

(א) הרשות המבצעת בקו ההגנה החוקתי הראשון

על-פי המודל המוצע, בג"ץ הופך את הרשות המבצעת, ובראש ובראשונה את מערך הייעוץ המשפטי שלה, ל"סוכן" מרכזי בהנחלת נורמות חוקתיות, ומציב אותה כקו הגנה ראשון להסרת פגמים חוקתיים. מהלך זה מתבקש במקרים שבהם קו ההגנה המקדמי, בדמות מערך הייעוץ המשפטי בכנסת, לא הצליח להביא לידי הסרת הפגם החוקתי הנטען.⁷⁴

72 המפקח הכללי משטרת ישראל, פס' 16 (פורסם בנוב, 7.12.2010) (ההדגשות במקור).
 "Executive actions do not present the same opportunity to 'cure' the constitutional deficiency; courts simply have more options for saving statutes" (Dru Stevenson, *Judicial Deference to Legislatures in Constitutional Analysis*, 90 N.C. L. REV. 2083, 2132 (2012)).

73 למעמדו זה של בית-המשפט העליון ראו ברק "תשובה למבקרים", לעיל ה"ש 23, בעמ' 445, וכן את פסקי-הדין המאזכרים לעיל בה"ש 56.

74 הנוהג שלפיו מערך הייעוץ המשפטי בכנסת בודק את חוקתיותן של הצעות חוק הוא "חלק ממוסד מתהליך החקיקה בכנסת" (אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל 352, 339 (2000)). ראו גם יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" משפט ועסקים יד 199 (2012), אשר מציע לתקן את תקנון הכנסת כך שיכלול הוראה מפורשת בנושא (שם, בעמ' 203). האפקטיביות של קו ההגנה המקדמי מוגבלת (שם, בעמ' 250), בין היתר, משום שחוות-הדעת הניתנת במסגרתו היא מייעצת בלבד (שם, בעמ' 244-245).

ניתן לומר כי בג"ץ "מקרב" אליו את הרשות המבצעת, כבעלת-ברית, לטובת ריסון חקיקה פוגענית של הרשות המחוקקת. קירוב זה עשוי להביא לידי חיזוק מעמדה של הרשות המבצעת, במובן זה שהיא נהנית מלגיטימציה מטעם בג"ץ לקבוע בעצמה את הפרשנות הראשונית לחקיקה.⁷⁵ הוא מגביר את ההסתברות שפרשנותה של הרשות המבצעת תיהפך גם לפרשנות המחייבת.

בכך רשימה זו מציבה חלופה רעיונית לעמדה אחרת – שמצאה ביטוי הן בפסיקה⁷⁶ והן בספרות בישראל⁷⁷ ובארצות-הברית⁷⁸ – הרואה בדרישת הבשלות בעיקר ביטוי לפוליטיקה שיפוטית שתכליתה הימנעות מהכרעות חוקתיות שנויות במחלוקת ציבורית. עמדה אחרת זו, שניתן לכנותה "הימנעות שיפוטית", מכירה בכך שההקפדה על דרישת הבשלות נעשית במחיר של פגיעה בזכויות הפרט, אך סבורה כי פגיעה זו משתלמת מכיוון שהיא מחזקת את מעמדו של בג"ץ בטווח הארוך. בעוד גישת ההימנעות השיפוטית מתמקדת בבשלות ככלי המבטיח כי בית-המשפט ידרש לסוגיה החוקתית בזמן הנכון לבית-המשפט, הגישה המוצעת ברשימה זו מתמקדת בבשלות ככלי המבטיח כי בית-המשפט ידרש לסוגיה החוקתית בזמן הנכון לסוגיה עצמה,⁷⁹ וכפי שיובהר מיד, היא אינה נעשית במחיר של פגיעה בזכויות הפרט. קירובה של הרשות המבצעת באמצעות הפעלתה של דרישת הבשלות היחסית נעשה לתכלית ראויה – לטובת העצמת ההגנה על זכויות הפרט.⁸⁰ דרישת הבשלות היחסית נועדה

75 לדברים ברוח זו, במסגרת המשפט המנהלי, ראו: "אין בית-משפט זה, בשבתו כבית-זה] משפט הגבוה לצדק, מתערב בעניין שלגביו טרם התקבלה החלטה על ידי הרשות המנהלית המוסמכת. שאם לא כן, הוא שם את עצמו בנעליה של הרשות המנהלית ומכריע במקומה" (בג"ץ 1468/11 בן סערון נ' השר לענייני תרות (פורסם בנבו, 7.4.2011)).

76 עניין גניס, לעיל ה"ש 61, פס' 2 לפסק-דינו של השופט ריבלין ("אמצעי מילוט מהבחינה החוקתית").

77 דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית", לעיל ה"ש 10, בעמ' 118 (אגישתו של בג"ץ] נועדה לשרת את האינטרסים של בית המשפט עצמו ולחסוך לשופטיו מאמצים, התלבטויות ואולי גם הכרעות קשות ומעוררות מחלוקת. אך ההגנה שהשפיע בית המשפט על עצמו באה על חשבון האינטרסים של הפרט").

78 ראו, למשל: William Eskridge, *Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics*, 114 YALE L.J. 1279, 1310 (2005) ("The Supreme Court has plenty of doctrinal tools that can keep it from fanning the flames of high-stakes identity politics issues. These include the 'passive virtues,' where the Court deploys procedural doctrines to avoid decisions that might settle controversial issues prematurely"); Alexander Bickel, *Forward: The Passive Virtues*, 75 HARV. L. REV. 40, 43, 58 (1961).

79 David Fontana, *Docket Control and the Success of Constitutional Courts*, in: השו: HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 624, 629 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon eds., 2010).

80 השו: David Gans, *Strategic Facial Challenges*, 85 B.U. L. REV. 1333 (2005). לטענתו, יש לערוך בכל עתירה מאזן עלות-תועלת שיבחן איזה מסלול – היישומי או המופשט – יספק את ההגנה המיטבית לזכות החוקתית. הניתוח הריאליסטי בקטע הבא מתמקד בעניין

לשמר את יתרונותיה של דרישת הבשלות ככלי הימנעות,⁸¹ ובמקביל לצמצם את החשש שמא הימנעותו של בית-המשפט תגרום לפגיעה בזכויות הפרט.⁸² במילים אחרות, הגישה המוצעת ברשימה זו מנסה למצוא את שביל-הזהב שיאפשר שימוש בדרישת הבשלות כך שיושגו הן היתרונות הגלומים בשימוש בה (לטובת חיזוק מעמדו של בית-המשפט) והן התכלית העיקרית של ביקורת שיפוטית חוקתית, קרי, העצמת ההגנה על הזכויות החוקתיות. ההבניה של אמות-המידה להפעלת הבשלות היחסית, אשר תוצג בהמשך, נועדה למזער את החשש שהשימוש בדרישת הבשלות ייעשה משיקולים של פוליטיקה שיפוטית.⁸³ להבהרת העניין נערוך להלן ניתוח משלים, ריאליסטי, של דרישת הבשלות.

(ב) יתרונותיה של הבשלות מנקודת-מבטו של בג"ץ

שימוש מושכל בדרישת הבשלות מאפשר לבג"ץ להעביר מסר לרשות המבצעת שלפיו הוא "סומך" עליה שתפרש את החוק כך שהפגם החוקתי יוסר. בכך הוא משיג כמה "דיווידנדים": הוא רותם את הרשות המבצעת לצידו בביצור המהפכה החוקתית ובהנחלת נורמות חוקתיות; הוא מעצים את כוחם של היועצים המשפטיים כשומר-יֶסֶף; הוא מגדיל את הסיכוי שחלק מהעתירות החוקתיות יתייתרו בעקבות הסרת הפגיעה הנטענת, והוא לא יידרש להכריע בהן; והוא מבטיח כי אותן עתירות שיובאו לפניו יגיעו בשלב מתקדם שבו ההערכה השיפוטית תהיה אפקטיבית ויעילה.

זאת ועוד, מיקומה של הרשות המבצעת בקו ההגנה הראשון, בתווך בין בית-המשפט לבין הכנסת, מגוונת את קשת הסעדים החוקתיים של בית-המשפט, ומקטינה את הסתברות השימוש ב"נשק יום הדין" – בטלות החקיקה. במה דברים אמורים? הסעד החוקתי הרלוונטי כאן הוא פסילת פרשנותה של הרשות המבצעת, ולא פסילת החוק. בשלב השלישי של הבחינה החוקתית (הסעד החוקתי), לאחר שנקבע כי הוכחה פגיעה בלתי-מידתית בזכות חוקתית, בית-המשפט עשוי לקבוע כי תחת הפרשנות של הרשות המבצעת תבוא פרשנות אחרת מטעמו, שיש בה כדי להסיר את הפגם החוקתי. במקרה כזה ההתערבות השיפוטית נושאת אופי מתון יותר, באשר היא מכוונת את חיציה אל הרשות המבצעת, ולא אל הרשות המחוקקת. הבשלות מוסיפה אפוא כלי מתוחכם ועקיף לדיאלוג בין הרשות השופטת לבין

אחר, והוא השפעת השימוש בדרישת הבשלות על מעמדו של בית-המשפט במסגרת הדיאלוג החוקתי. ראו גם Franklin, לעיל ה"ש 38, בעמ' 698.

81 ראו Fontana, לעיל ה"ש 79, הסבור כי שימוש בטכניקות הימנעות הופך את בית-המשפט ל"מוצלח" יותר: "doctrinal control [is] such a powerful contributor to the success of constitutional courts... meaning the ability of the constitutional court to have their decisions enforced, their legitimacy respected and their political relevance ensured" (שם, בעמ' 625).

82 לחשש זה ראו שם, בעמ' 636; Lawrence Gene Sager, *Fair Measure: The Legal Status of*; 91 HARV. L. REV. 1212 (1978). *Underenforced Constitutional Norms*.

83 לחשש זה ראו Fontana, לעיל ה"ש 79, בעמ' 634-635; Gerald Gunther, *The Subtle Vices of the "Passive Virtues" – A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review*, 64 COLUM. L. REV. 1, 24-25 (1964).

הרשות המחוקקת.⁸⁴ היא מאפשרת לבג"ץ להעביר "רמז חוקתי"⁸⁵ מבלי להיכנס לעימות ישיר עם הרשות המחוקקת: הרמז מכוון לרשות המבצעת כאשר ליישום הראוי של החוק,⁸⁶ ודרכה גם לרשות המחוקקת.⁸⁷ ככלל, המסר העולה מדרישת הבשלות, כפי שיש להבינה, מקרין לטובת שימוש מתון יותר בסעדים חוקתיים,⁸⁸ ומשקף נטייה לטובת סעדים חוקתיים מן "הזן הפרשני", כגון "קריאה לתוך החוק".⁸⁹

דרישת הבשלות מניבה גיוון של קשת הסעדים החוקתיים גם כאשר הרשות המבצעת לא הסירה את הפגם החוקתי במלואו. כיצד? הקפדה על דרישת הבשלות על-פי המודל המוצע היא מהלך צופה פני עתיד, שנועד להכשיר שימוש עתידי של בית-המשפט, למשל, בסעד של הפרדה בין החלק החוקתי לבין החלק הבלתי-חוקתי של החוק ("עיפרון כחול"). שימוש בסעד זה הוא מהלך "מדויק" יותר כאשר הוא נעשה לאחר שהחוק יושם בפועל ותוצאתו הפוגענית ניתנת לייחוס לסעיפים ספציפיים בחוק.⁹⁰ הקפדה על דרישת הבשלות, על-פי המודל המוצע, מאפשרת "תפירה ידנית" טובה יותר של הסעד החוקתי.

84 לרעיון הדיאלוג החוקתי ראו יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 163, 187 (1997) (להלן: דותן "חוקה למדינת ישראל").

85 לרעיון של רמזים חוקתיים לרשות המחוקקת ראו יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39, 89 (2005) (להלן: מרזל "השעיית הכרזת הבטלות"). לרעיון של רמזים חוקתיים לרשות המבצעת, באמצעות דרישת הבשלות במשפט המנהלי, ראו דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית", לעיל ה"ש 10, בעמ' 112.

86 ראו את קביעתו של בית-המשפט בעניין איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 1, שלפיה "אין לבטל את נימוקי העותרים במחי יד", ואת ההערה ביחס לשיקולים רלוונטיים שיש לשקול, וזאת מבלי להכריע בהם (שם, פס' 10). זוהי דוגמה לרמז לרשות המחוקקת בדבר הפירוש הראוי לחוק או בדבר הסיכוי שפרקטיקה מנהלית מסוימת תיחשב סבירה בעתיד, כאשר היא תיושם במקרים קונקרטיים. השוו יואב דותן הנחיות מנהליות 187 (1996) (להלן: דותן הנחיות מנהליות).

87 "חסי הרשות השופטת והרשות המבצעת הם לעתים, הלכה למעשה, יחסי הרשות השופטת והרשות המחוקקת" (מרזל "השעיית הכרזת הבטלות", לעיל ה"ש 85, בעמ' 91). לדוגמה מן העת האחרונה לרמז עקיף לרשות המחוקקת, באמצעות ה'כונה פרשנית של הרשות המבצעת, ראו עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 46, פס' 33: "קביעות פסק דינו והפרשנות הראויה להפעלתו של החוק בוודאי יסייעו לשמירה על מידתיות פעולתן של הרשויות במסגרת החוק, ואף מן הטעם הזה ראוי לאפשר לרשויות כולן – הן הרשויות הפועלות בהתאם לחוק והן אלה האמונות על הליכי הביקורת על הפעלתו – לייצר שגרת פעילות מקובלת בהתאם לגדרים ולמגבלות עליהם הצבענו."

88 ראו מרזל "מעמד הכנסת", לעיל ה"ש 6, בעמ' 374.

89 לשימוש מעשי בסעד חוקתי זה ראו בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 57-60 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 22.5.2012). זוהי הפרשה האחרונה, נכון למועד כתיבתה של רשימה זו, שבה בוטלה הוראת חקיקה ראשית (שם, פס' 54 לפסק-הדין). כן ראו בג"ץ 3734/11 דוידאן נ' כנסת ישראל, פס' 59-61 (פורסם בנבו, 15.8.2012).

90 לרעיון דומה הקיים בארצות-הברית – דוקטרינת ה-Severability – ראו Fallon, לעיל ה"ש 8. לפי דוקטרינה זו, "invalid applications can be separated from valid ones" (שם, בעמ' 919; ראו גם שם, בעמ' 955-959).

סיכומם של דברים: דרישת הבשלות, על-פי המודל המוצע, משכללת את הכלים האסטרטגיים שעומדים לרשות בית-המשפט במסגרת הדיאלוג החוקתי. הדיאלוג החוקתי עובר ממודל דו-קוטבי למודל תלת-קוטבי, המשלב גם את הרשות המבצעת. בית-המשפט יכול לכוון במידה מדויקת יותר את המסר שלו, ולמתן את האפקט הפוגעני הנעוץ בהתערבות ישירה בחקיקת הכנסת. בהיבט זה דרישת הבשלות היא אמצעי נוסף המבטא ריסון שיפוטי,⁹¹ אשר מרחיק את הסתברות השימוש בסעד של התערבות שיפוטית ישירה בדבר חקיקה של הכנסת. בכך עולה תרומה של דרישת הבשלות, על-פי המודל המוצע, הן בשלב הראשון של הביקורת השיפוטית החוקתית (מושג הפגיעה) והן בשלב האחרון שלה – במישור של דיני הסעדים החוקתיים בישראל.

ג) חסרונותיה(?) של הבשלות מנקודת-מבטו של בג"ץ

מדוע על בג"ץ להסתפק ברמז חוקתי עקיף, במקום "לחלץ" את הפרשנות הסבירה והבלתי-פוגענית בעצמו, ולהנחות את הרשות המבצעת במפורש בפסק-הדין? לכאורה, בג"ץ מוותר כאן על נכס – לקבוע בכל מקרה ומקרה את הפרשנות הראויה לשיטתו. אולם ניתן להרהר אחר התפיסה כי מדובר כאן ב"ויתור". התשובה לשאלה זו כרוכה במידה רבה בפילוסופיה שיפוטית. ויתור כזה עולה בקנה אחד עם פילוסופיה של צניעות שיפוטית, שלפיה אין לבית-המשפט הכלים להעלות על דעתו את כל המצבים היישומיים האפשריים.⁹² ניתוב העתירה למסלול היישומי מתבסס כאמור על ההערכה כי השאלה החוקתית היא בעלת היבט קונקרטי דומיננטי. בנסיבות אלה יש יתרון מובהק במתן פרק-זמן לרשות המבצעת ליישם את החוק – עניין שהוא ממלאכתה וממומחיתה היומיומית (וזאת, כאמור, למעט במקרים טיפוסיים שיפורטו בהמשך).

יתר על כן, אין מדובר בויתור, אלא ב"הכלה" של הרשות המבצעת במעגל ההגנה על זכויות האדם. מתן הקדימות הפרשנית במישור הזמן אינו אלא אמצעי שיפוטי שנועד לחזק את הגורמים המשפטיים המקצועיים ברשות המבצעת, ולאפשר להם להשפיע "מבפנים"

91 אמצעים נוספים הם חזקת החוקיות, חזקת החוקתיות, מתחם הסבירות, הכלל שלפיו אין בית- המשפט מחליף את שיקול-דעתה של הרשות בשיקול-דעתו שלו וכן עילות-הסף של המשפט המנהלי. ראו עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 66, בעמ' 836. כן ראו מרזל "השעיית הכרות הבטלות", לעיל ה"ש 85, בעמ' 87-88.

92 למונח "צניעות שיפוטית" ראו Franklin, לעיל ה"ש 38, בעמ' 698, 715. הקושי לצפות את כל המצבים האפשריים אינו ייחודי למשפט הציבורי; הוא קיים גם במשפט האזרחי, שם ניתן למצוא מקבילה רעיונית מעניינת לדרישת הבשלות. הכוונה היא לתפיסה שלפיה על בית-המשפט להחליט רק בסוגיה שהיא הכרחית להכרעה בסכסוך. ראו את הביטוי "נחצה את הגשרים כשנגיע אליהם" בע"א 1326/07 המר נ' עמית, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 28.5.2012), וברע"א 9444/12 זאבי נ' פלוני, פס' 12 לפסק-דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 28.4.2013). ניתן לומר כי דרישת הבשלות היא ביטוי מסוים ל"נדידה" של רעיון הצניעות השיפוטית מהמשפט האזרחי למשפט החוקתי. תודה לעו"ד אסף פוזנר על נקודה זו. יובהר כי גישת הבשלות היחסית המוצגת ברשימה זו מכירה ברעיון זה, במסגרת המשפט החוקתי, באופן חלקי בלבד, לנוכח ההכרה במצבים טיפוסיים לביקורת שיפוטית חוקתית מופשטת.

על המדיניות באופן שיגשים הלכה למעשה את המדיניות הרצויה לפי תפיסתו של בית- המשפט, לתכלית של העצמת ההגנה על זכויות חוקתיות.⁹³ כל זאת תוך שבג"ץ⁹⁴ שומר על מעמדו כבעל "המילה האחרונה" במישור הפרשני במקרים שבהם הפגיעה בזכות החוקתית היא בלתי-מידתית. בג"ץ הדגיש כי דחיית עתירה מטעמים של חוסר בשלות אינה מונעת התערבות שיפוטית במקרה קונקרטי בעתיד, בין על-ידי ובין על-ידי הערכאה הדיונית.⁹⁵ אולם ניתן לכאורה לדבר על "מחיר" אחר מנקודת-מבטו של בג"ץ: הקפדה על דרישת הבשלות מטילה מגבלה על אחד היתרונות העיקריים של בג"ץ – מתן סעד שיפוטי נחרץ ומייד בזמן-אמת.⁹⁶ לטענתי, אין מדובר בחשש ממשי. דרישת הבשלות המוצעת ברשימה זו היא דרישה יחסית, כפי שנפרט מיד. אין בה הצבת מגבלה קשיחה לשיקול-דעתו של בג"ץ – ובוודאי לא לסמכותו – להתערב באופן נחרץ ומייד במקרים מובהקים של פגיעה בזכות חוקתית. בג"ץ בוחן באמצעות דרישת הבשלות את הדומיננטיות של המרכיב הקונקרטי הנדרש לצורך הכרעה בשאלה החוקתית. אין מניעה שבג"ץ יגיע כבר בשלב ההערכה המקדמית למסקנה כי המרכיב הקונקרטי אינו דומיננטי, וינתב את הדיון בעתירה למסלול הביקורת השיפוטית המופשטת. ניתוב זה אינו גורם לעיכוב בזמן, ושומר על כוחו של בג"ץ לספק הגנה חוקתית מיידית ונחרצת, לרבות באמצעות צווים זמניים.

על כך ניתן להוסיף את ההערכה כי ה"מחיר" הגלום בריסון מסוים של הביקורת השיפוטית החוקתית הוא נמוך, בהתבסס על ההנחה שבמקרים לא-מעטים אכן תאמץ הרשות המבצעת – באמצעות יועציה המשפטיים, הכפופים לנורמות החוקתיות היוצאות מפי בית-המשפט העליון – פרשנות שתסיר את הפגם החוקתי, ובכך "תוציא את הערמונים מן האש".⁹⁷ זאת, בהתחשב בכך שהרשות המבצעת עצמה כפופה לחובה לכבד את הזכויות החוקתיות⁹⁸ וכן לחובה לקיים את כללי המידתיות.⁹⁹ ככל שהנחה זו תתברר כתקוונת-שווא שלא השיגה את התכליות המקוות, בג"ץ יכול להימנע משימוש בדרישת הבשלות, שהיא כאמור עילת-סף הנתונה לשיקול-דעתו.

93 "What looks like judicial deference to the agency's interpretive views might, on this account, actually reflect agency accommodation of the judiciary's interpretive views" (Matthew C. Stephenson, *Statutory Interpretation by Agencies*, in RESEARCH HANDBOOK ON PUBLIC CHOICE AND PUBLIC LAW 285, 309 (Daniel Farber & Anne O'Connell eds., 2010)).

94 או בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים, אם המסלול היישומי התנהל בערכאה הדיונית.

95 עניין התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 32.

96 ראו יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 5, 6-7 (רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, 2000).

97 ראו בהקשר המנהלי בג"ץ 9594/03 בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פס' 12 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 21.8.2011).

98 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("פסקת הכיבוד"). ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 29, בעמ' 516.

99 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 29, בעמ' 469-470; ברק "תשובה למבקרים", לעיל ה"ש 23, בעמ' 453.

ומה באשר לסרבול הכרוך בהגשת עתירות חדשות או מתוקנות, שעשוי להשפיע על מספר העתירות שיוגשו לבסוף? גם כאן אין מדובר, לדעתי, בחשש של ממש. צוואר-הבקבוק בניתוב עתירות כבר קיים בעצם השימוש בדרישת הבשלות בדין הקיים. מבחן הבשלות היחסית המוצע ברשימה זו נושא אופי מקדמי, והכרעה בו אינה מחייבת את בית-המשפט להיכנס לעובי הקורה של הטענה החוקתית. יתר על כן, הוא מוסיף רציונליזציה לשימוש האינטואיטיבי בדרישת הבשלות בדין הקיים. זאת ועוד, המודל המוצע נועד לתכלית של העצמת ההגנה על הזכויות החוקתיות בישראל. זוהי תכלית ראויה להגשמה, גם אם היא מושגת במחיר של ניתוח מקדמי מורכב יחסית, אשר עשוי להיראות מסורבל בשלב זה.

ניתן להוסיף ולטעון כי קיים חשש שמא המודל המוצע מרחיב יתר על המידה את כוחה של הרשות המבצעת על-חשבונה של הרשות המחוקקת. טענה זו אינה משכנעת. עקרון הפרדת הרשויות מגביל את מרחב התמרון של הרשות המבצעת. בכוחה של הרשות המחוקקת לתחום את שיקול-דעתה של הרשות המבצעת באמצעות חקיקה מפורטת יותר (מראש או באמצעות תיקון חקיקה). הרשות המבצעת כפופה כאמור לעקרונות-היסוד של המשפט הציבורי, ולכן ההחלטה הפרשנית שלה, ככל החלטה מנהלית, צריכה להיות סבירה.¹⁰⁰ הרשות המבצעת אינה יכולה לנצל לרעה את דרישת הבשלות ולאמץ פרשנות שנועדה לסכל את תכלית החוק (למשל, פרשנות המתעלמת מהחוק לחלוטין), מכיוון שפרשנות זו תיחשב מן הסתם בלתי-סבירה.¹⁰¹

זאת ועוד, כפי שיובהר בהמשך, הגישה היחסית לדרישת הבשלות מצמצמת את החשש מפני הרחבת סמכויותיה של הרשות המבצעת יתר על המידה, בהכירה במצבים טיפוסיים שבהם מוצדק לקיים ביקורת שיפוטית חוקתית מופשטת אף בטרם יושם החוק על-ידי הרשות המבצעת. אחד מן המצבים האלה הוא כאשר קיים חשש לניצול לרעה כאמור. אולם אין מקום להניח מראש כי הרשות המבצעת תנצל לרעה את כוחה. נקודת מוצא כזו מנוגדת לרציונלים שבבסיסה של חזקת החוקיות. גם ניתוח התנהגותי מלמד כי אין זה נכון להניח כי הרשות המבצעת תבחר בהכרח בפרשנות "אגרסיבית" שמחזקת את כוחה. בנסיבות מסוימות, שבהן עלויות ההתדיינות גבוהות, יש לרשות המבצעת תמריץ לאמץ דווקא פרשנות "מתונה", אשר תפחית את הסיכון שהיא תותקף בבית-המשפט.¹⁰²

(ד) הצדקת יחסיותה של הבשלות

עד כאן נדחו החסרונות שהועלו, ובחלק מהסוגיות ראינו כי הגישה היחסית לדרישת הבשלות נותנת מענה טוב לחששות. דומה כי החשש המרכזי שמכריע את הכף לטובת גישה יחסית של בשלות הוא החשש שהקפדה על דרישת הבשלות תרחיב יתר על המידה

100 בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 442 (1980).

101 השור ע"ע"ם 963/11 הועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז מרכז נ' אבי יצחק, פס"מ לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 18.8.2011) ("התעלמות ממצוות המחוקק אינה יכולה להפוך לכלי לביסוס טענת המדינה").

102 ראו: Yehonatan Givati, *Strategic Statutory Interpretation by Administrative Agencies*, 12 Am. Law. Econ. Rev. 95, 114 (2010) ("an increase in the level of judicial deference .may result in the agency choosing a less aggressive statutory interpretation")

את כוחה של הרשות המבצעת על-חשבונם של הפרטים, שייוותרו חשופים מדי לסכנת פגיעה בזכויותיהם החוקתיות.

מצד אחד, אחת התכליות של דרישת הבשלות על-פי המודל המוצע היא מתן "רמז חוקתי" לרשות המבצעת לטובת שיפור ההגנה על זכויות חוקתיות. המודל המוצע מכיר בכוחה של הרשות המבצעת לאמץ פרשנות (סבירה) של החוק שיש בה כדי להסיר את הפגם החוקתי, קרי, למנוע פגיעה בלתי-מוצדקת בזכות החוקתית. ככלל, המסר העולה מדרישת הבשלות במודל המוצע הוא כי על הרשות המבצעת לאמץ את הפרשנות שתפגע פחות בפרט, ובלבד שזו נכללת במתחם הפרשנויות הסבירות של החוק.

עם זאת, יש מצבים שבהם אין די ב"רמז חוקתי" כזה, והחשש מפני הפרה של זכות חוקתית עומד על מכונו. האתגר הניצב בבסיסה של דרישת הבשלות, כפי שיש להבינה, הוא להגדיר את המצבים הטיפוסיים שבהם הקפדה על דרישת הבשלות באופן מוחלט (ולא יחסי) עלולה להוביל להכשרה דה-פקטו של הפרה של זכות חוקתית. על רקע זה מוצע לאמץ גישה של "בשלות יחסית", ולהכיר במצבים טיפוסיים שבמסגרתם תיערך הביקורת השיפוטית החוקתית אף בטרם יושם החוק על-ידי הרשות המבצעת. תכלית-העל של הכרה במצבים אלה היא העצמת ההגנה על זכויות חוקתיות. מצבים טיפוסיים אלה יוגדרו בפירוט בחלק הבא של הרשימה.

ב. הפעלתה של דרישת הבשלות היחסית

1. שיקול-דעת שיפוטי

בג"ץ הבהיר כי הכרעה בדרישת הבשלות כדין הקיים תיעשה ב"כל מקרה ונסיבותיו"¹⁰³. תפיסה זו אופיינית גם לדרישות אחרות במשפט החוקתי, אשר כפופות אף הן לאיזונים נסיבתיים.¹⁰⁴ זוהי כמובן נוסחה כללית מאוד שאינה מספקת הכולונה ראויה ליישום דרישת הבשלות. היא מתירה לבג"ץ שיקול-דעת רחב מדי, כמעט בלתי-מוגבל, לשימוש בדרישת הבשלות, וזאת ללא הנמקה משכנעת.¹⁰⁵ יתר על כן, כדברי פרופ' יצחק זמיר, "פרקטיקה

103 עניין התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 31. ראו גם עניין איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 1, פסק-דינו של השופט פוגלמן; עניין לובל, לעיל ה"ש 2, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת נאור; עניין המועצה המוסלמית בפרו, לעיל ה"ש 4, פס' 14 לפסק-דינו של השופט עמית.

104 לאיזון נסיבתי בהקשר החוקתי ראו, באופן כללי, מרזל "השעיית הכרות הבטלות", לעיל ה"ש 85, בעמ' 92 ("רעיון זה של יחסיות הזכות והאינטרס... חל גם על עקרונות יסוד של המשפט החוקתי והמנהלי כשהם עומדים בפני עצמם"). באופן קונקרטי, ביחס לעילת המידתיות ראו בריק "תשובה למבקרים", לעיל ה"ש 23, בעמ' 450, וביחס לעילת השפיטות ראו בריק-ארז "הערכת מצב", לעיל ה"ש 67, בעמ' 27. יש להבין מגמה זו על רקע גישתו העקרונית של בית-המשפט העליון, אשר מבסס כיום את פסיקתו על עקרונות, ולא על כללים (שם).

105 דוגמה יוצאת-דופן לכך היא בג"ץ 1143/11 מכון ירושלים לצדק נ' הכנסת (פורסם בנבו, 18.10.2012), שבו נדחתה בקצרה עתירה חוקתית תוך הנחה בדבר שינויים חקיקתיים עתידיים שטיבם לא הובהר.

ללא תיאוריה עשויה להיראות בלתי־מובנת, ולעיתים גם להיות בלתי־צפויה ואף להיחשב שרירותית.¹⁰⁶

רשימה זו מציעה לאמץ גישה מדויקת יותר של בשלות "יחסית". תכליתו של פרק זה היא למפות את המצבים הטיפוסיים שבהם מוצדק לקיים ביקורת שיפוטית חוקתית במסלול המופשט, קרי, בטרם יושם החוק על־ידי הרשות המבצעת.

מן הדיון בחלק הקודם של הרשימה ניתן לגזור שתי קטגוריות של מצבים טיפוסיים כאלה. הקטגוריה האחת עניינה מצבים טיפוסיים שבהם הבחינה המקדמית של דרישת הבשלות מגלה כי המרכיב הקונקרטי אינו המרכיב הדומיננטי הדרוש לצורך הכרעה בשאלת חוקתיותו של החוק. במצב זה בג"ץ מנתב מלכתחילה את הדיון בעתירה החוקתית למסלול המופשט. הקטגוריה האחרת עניינה מצבים טיפוסיים שבהם יש טעם מיוחד לסטייה מן המסלול היישומי, גם אם זהו המסלול הנכון מבחינת הדומיננטיות שלו, ולמעבר אל המסלול המופשט.

המשותף לשתי הקטגוריות הללו הוא שבשתיהן אין יתרון במתן קדימות פרשנית (במישור הזמן) לטובת הרשות המבצעת או שיתרון זה נדחה מפני שיקולים אחרים עדיפים. בהתאם לכך, במקרים טיפוסיים אלה יש לראות בכנסת משיב שווה־ערך לרשות המבצעת, ואולי אף חשוב ממנה, באופן המצדיק מתן משקל נכבד לעמדת היועץ המשפטי של הכנסת כמשיב על העתירה החוקתית.¹⁰⁷

יודגש כי המצבים הטיפוסיים שיפורטו אינם "חריגים" לדרישת הבשלות, אלא יישום שלה. אפיון מצבים אלה יסייע בגיבוש מסגרת דוקטרינרית־אנליטית ליישום דרישת הבשלות היחסית על־פי המודל המוצע, שתוצאתה ניתוב העתירה החוקתית לאחד משני מסלולים: ביקורת שיפוטית חוקתית מופשטת או ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית. ניגש אפוא לאפיון המצבים, ונפתח בקטגוריה הראשונה.

2. מצבים טיפוסיים למסלול המופשט

בחלק הראשון של הרשימה נטען כי בכל עתירה חוקתית יש לבחון את אופייה הדומיננטי של הטענה החוקתית, קרי, אם היא נעוצה בנתונים קונקרטיים אם לאו. המשותף לשני המצבים הטיפוסיים שיפורטו מייד הוא שהם משקפים העדר דומיננטיות של הנתונים הקונקרטיים. במצבים אלה ניתן לקבוע כי העתירה "בשלה" עוד בטרם יושם החוק על־ידי הרשות המבצעת, ולפיכך הם מחייבים ניתוב של העתירה למסלול המופשט. בחינת הטענה החוקתית במסלול זה אמורה להביא לידי העצמת ההגנה על הזכויות החוקתיות (בהשוואה למסלול היישומי).

(א) כל יישום יגרום פגיעה

מצב טיפוסי ראשון תלוי בהערכה מקדמית בדבר יישומו הצפוי של החוק. אם בהערכה המקדמית נראה שכל יישום אפשרי של החוק יביא לידי פגיעה בזכות חוקתית, אזי הפגיעה

106 יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה לתיאוריה" משפט ועסקים טו 225, 231 (2012) (להלן: זמיר "מפרקטיקה לתיאוריה").

107 ראו ס' 17(ג) לחוק הכנסת; מרזל "מעמד הכנסת", לעיל ה"ש 6, בעמ' 386.

ודאית, ועיכוב ההכרעה השיפוטית לא ייתר אותה.¹⁰⁸ דוגמה מובהקת לכך היא חוק גזעני,¹⁰⁹ או בדרגת הפשטה גבוהה יותר – חוק שתכליתו פסולה ולכן חוקתיתו אינה תלויה באופן יישומו.¹¹⁰ דוגמה נוספת היא חקיקה המבודדת קבוצה מסוימת באוכלוסייה על-פי אמת-מידה "חשודה" מבחינה חוקתית, שאז הפגם הוא בלשון החוק.¹¹¹ במקרים אלה ניתן לומר כי עצם הופעתה של ההוראה החקיקתית בספר החוקים היא פגם חוקתי, אשר מצדיק דיון בעתירה במסלול המופשט, ללא צורך להמתין לפרשנות של הרשות המבצעת וליישומה.¹¹² דוגמה "ישראלית" מצויה בפסק-הדין בעניין הפרטת בתי-הסוהר, אף שסוגיית הבשלות לא עלתה בו במפורש. הנשיאה ביניש הדגישה כי הפגיעה בכבוד האדם נובעת מ"הוראות התיקון כשלעצמן וללא תלות באופן בו ייושמו בפועל".¹¹³ דוגמה נוספת היא פסק-הדין בעניין חסן, שם נפסק כי סעיף 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980, "פוגע בזכות

108 "The question of facial validity is whether any state of facts is imaginable to which the rule could validly be applied." PETER STRAUSS, ADMINISTRATIVE JUSTICE IN THE UNITED STATES 329 (2nd ed., 2002). זהו המקרה הטיפוסי ל"facial review בארצות-הברית – ראו עניין Salerno, לעיל ה"ש 8. השוו לבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נדר (1) 258 (2000), שבו טענה המדינה כי העתירה לוקה ב"אי-בשלות" מכיוון ש"העותרים לא הגישו כלל בקשה להתקבל כחברים באגודה השיתופית. בקשתם לא נדונה לגופה, וממילא לא נדחתה" (שם, בעמ' 267). בג"ץ דחה את הטענה, בציינו כי "כפי שעולה מהתשתית העובדתית שהונחה לפנינו, מוסכם על הכול, כי אילו פנו העותרים לאגודה השיתופית קציר בבקשה להתקבל כחברים בה, הייתה בקשתם נדחית. בנסיבות אלה, אין תוחלת בפנייה חסרת כל ממשות" (שם, בעמ' 268).

109 "All statutes that mandate racial separation are unconstitutional on their faces" Fallon, לעיל ה"ש 8, בעמ' 921). במקרה כזה יש הצדקה לבחינה חוקתית מופשטת: "For the most part, both courts and commentators have tended to adopt a definition of facial challenges as ones seeking to have a statute declared unconstitutional in all possible applications" (שם, בעמ' 923). ראו גם עניין Salerno, לעיל ה"ש 8, בעמ' 745: "A facial challenge to a legislative Act is, of course, the most difficult challenge to mount successfully, since the challenger must establish that no set of circumstances exists under which the Act would be valid". בהתאם לכך נפסק כי חוק שמתיר אכיפה ברירנית צריך להבחן באופן מופשט, מכיוון שפגיעתו בשוויון קיימת בכל יישום אפשרי שלו. ראו Fallon, לעיל ה"ש 8, בעמ' 961. לדוגמות נוספות ראו: Michael Dorf, Facial Challenges to State and Federal Statutes, 46 STAN. L. REV. 235, 279–281 (1994). "statutes can be facially invalid because they have forbidden purposes" Fallon, לעיל ה"ש 8, בעמ' 965).

110 חקיקה המבודדת קבוצה מסוימת בלבד, בפרט כאשר מדובר בקבוצת מיעוט, היא חקיקה חשודה שמצדיקה ביקורת שיפוטית מופשטת. ראו Franklin, לעיל ה"ש 38, בעמ' 714. "אף חוקים שהינם סימבוליים... לא ניתן לזלזל בחשיבותם החברתית הכללית... זאת, גם תחת ההנחה שמספר המושפעים [מהם] הוא קטן באופן יחסי או מוחלט" (עניין ניר, לעיל ה"ש 11, פס' 19–20 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן).

113 בג"ץ 2605/05 המרכז האקרמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פס' 36 ו-67 בהתאמה לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.11.2009) (להלן: עניין הפרטת בתי-הסוהר).

לקיום אנושי בכבוד משום שהוא קובע כלל קטיגורי... ללא כל תלות בשאלה הפרטנית", כך שכל יישום של ההוראה החקיקתית יביא לידי פגיעה בזכות החוקתית.¹¹⁴ קביעה זו (אף שהיא אינה מובנת מאליה¹¹⁵) אפשרה לבג"ץ לנהל את העתירות "ברמה העקרונית", מבלי להידרש "לעניינן הפרטני של העותרות והעותרים".¹¹⁶ ניתוב העתירה למסלול המופשט אינו מחייב כמובן את המסקנה כי הפגיעה עולה כדי הפרה של זכות חוקתית, שכן בית-המשפט עשוי להגיע למסקנה, במסלול המופשט, כי הפגיעה מידתית. אולם לצורך מסקנה זו, ככל שהעתירה נותבה למסלול המופשט, אין צורך להמתין לפרשנות של הרשות המבצעת וליישומה.

לעומת זאת, אם בהערכה המקדמית נראה שיייתכנו נסיבות שבהן יישום החוק לא יביא לידי פגיעה בזכות חוקתית, אזי יש מקום לתת עדיפות (במישור הזמן) לפרשנותה של הרשות המבצעת, ולדחות את העתירה מטעמים של חוסר בשלות, תוך ניתוב למסלול היישומי.¹¹⁷

(ב) השפעה מצננת

מצב טיפוסי שני תלוי בטענה בדבר השפעה מצננת (chilling effect). על-פי טענה זו, חוק שמתמרץ את הפרט להימנע מהתנהגות מסוימת יוצר פגיעה ממשית, וזאת עוד לפני יישומו של החוק בפועל. לפי הטענה, עצם האיום בסנקציה עתידית או עצם חוסר הוודאות ביחס לאפשרויות של הגשמת הזכות מקימים פגיעה נפרדת ועצמאית, המצדיקה ביקורת שיפוטית חוקתית מרגע כניסת החוק לתוקף, ללא תלות באופן יישומו.¹¹⁸ הלך-המחשבה הוא שקביעת סנקציה חוקתית – פלילית, משמעית, מנהלית או אזרחית – על מעשה או על מחדל של פרטים שקולה להטלת איסור על עשיית המעשה. אזרחים המקבלים על עצמם את שמירת החוק כערך בפני עצמו, כמו גם כאלה המקפידים על החוק עקב חששם מסנקציות, יימנעו מהתנהגות שהחוק אוסר, בין במפורש ובין במשתמע. במקרים כאלה הטלת האיסור כשלעצמה – המשתכללת עם חקיקת החוק ופרסומו – שקולה לפגיעה בזכות חוקתית ככל שביצוע המעשה נכנס לגדר זכות חוקתית. לפי גישה זו, יישומו של החוק באמצעות הטלת הסנקציה עשוי להיות כרוך בפגיעה נוספת בזכות, אך זוהי פגיעה נוספת.

114 עניין חסן, לעיל ה"ש 23, פס' 40 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

115 ראו מדינה "הזכות לקיום אנושי בכבוד", לעיל ה"ש 6, ס' 2.

116 עניין חסן, לעיל ה"ש 23, פס' 72 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

117 ראו, למשל, עניין איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 1, פס' 12 ו-21. השוו בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העיניניים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, פס' 64 (2006) ("אין לקבוע מראש כי כל סיכול ממוקד הוא אסור... דיני הסיכול הממוקד קבועים במשפט הבינלאומי המנהגי, וחוקיותה של כל פגיעה אינדיבידואלית צריכה להיקבע לאורם").

118 ראו Nichol, לעיל ה"ש 19, בעמ' 170-171.

דיון בסוגיית ההשפעה המצננת במשפט החוקתי בישראל מצוי בחיתוליו. הסוגיה עלתה בפסק-הדין בעניין התיכון הערבי, אך בית-המשפט העליון לא דן בה במפורש,¹¹⁹ ולמעשה לא נקט בה עמדה כלל.¹²⁰

המפתח לפתרון הסוגיה מצוי בהערכה מקדמית של בג"ץ בדבר תקפותה של טענת ההשפעה המצננת, וזאת במסגרת ניתוח של דרישת הבשלות היחסית. ככל שהטענה הוכחה כדבעי – ולאמת-המידה הראויה להוכחה כזו אתיחס מיידי – התוצאה צריכה להיות ניתוב העתירה החוקתית לדיון במסלול המופשט.

מתי ראוי לקבל טענה בדבר השפעה מצננת? בהתחשב בחזקת החוקתיות, הנטל מוטל על העותר לשכנע כי החשש מפני השפעה מצננת, כשלעצמו, מצדיק סתירה של חזקת החוקתיות. הדרישה היא לנטל שכנוע, ולא לנטל ראיה.¹²¹ דרישה ראייתית עומדת כמובן בסתירה להבנה של טענת ההשפעה המצננת כטענה שמצדיקה ניתוב של העתירה למסלול המופשט. כאשר הטענה היא לפגיעה מסוג של השפעה מצננת, אין משמעות למרכיב הראייתי של חזקת החוקתיות, אשר מטיל על העותר את נטל הוכחת העובדות הקשורות לפגיעה (מסוג זה) בזכות החוקתית.¹²² מכאן שאמת-המידה הרלוונטית עניינה עוצמת ההשפעה המצננת המצדיקה סתירה של חזקת החוקתיות.¹²³ ראוי לקבוע כי רק השפעה מצננת ממשית מצדיקה סתירה של חזקת החוקתיות באופן שמחייב ניתוב של העתירה למסלול המופשט. כעת יובהר מדוע.

היקש מתאים ניתן לערוך מהשיטה הישראלית עצמה, מבלי שנידרש לפנות למשפט המשווה.¹²⁴ טלו, למשל, את הכלל האוסר ניגוד עניינים. כידוע, האיסור החל על ניגוד

119 הטענה נזכרה בפרק הטענות בעתירה (עניין התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 14), אך בג"ץ לא חזר עליה במפורש בפרק הדיון, למעט במשתמע בפס' 31, ביחס לחקיקה הקובעת סנקציה פלילית.

120 לביקורת על הימנעות זו ראו מדינה "ביקורת שיפוטית על חקיקה", לעיל ה"ש 6, ס' 3.
121 השוו להצעתו של פרופ' יצחק זמיר להנמיך את הרף הראייתי ביחס לטענות חוקתיות: יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295, 305 (1992) (להלן: זמיר "ראיות בבג"ץ").

122 למרכיב הראייתי בחזקת החוקתיות ראו ברק "נטל ההוכחה", לעיל ה"ש 28, בעמ' 72.
123 השוו עניין ניר, לעיל ה"ש 11, פס' 18 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

124 להיקש מהמשפט האמריקני ראו צ'צ'קו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 446-447, שמציעה לאמץ את הצעתו של פרופ' דורף (Dorf), לעיל ה"ש 109, בעמ' 265-266) להבחין בין שלוש קטגוריות של זכויות-יסוד, שרק ביחס לחלק מהן – ובראשן חופש הביטוי ועקרון השוויון – יש להכיר בטענה של השפעה מצננת כהצדקה לביקורת שיפוטית מופשטת. ראו גם Fallon, לעיל ה"ש 8, בעמ' 965; Gans, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1333-1334, 1350. הפתרון האמריקני נשען על עוצמת (או חשיבות) הזכות המושפעת, בעוד הפתרון המוצע ברשימה זו מתבסס על עוצמת ההשפעה המצננת עצמה. ספק אם הפתרון האמריקני מתאים לישראל, בהתחשב בכך שגישה הדוגלת בקטגוריזציה של זכויות אדם בהקשר אחר – מידת הנחיצות להגשמת התכלית הראויה – לא התקבלה כפשוטה בישראל (ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 349; ברק "תשובה למבקרים", לעיל ה"ש 23, בעמ' 446). אכן, "ספק גם אם יש לנו לשון מפורשת בחוקה הישראלית התומכת ביצירת מדרג בין זכויות חוקתיות... אין לנו

עניינים במשפט המנהלי אינו כרוך בשאלה אם ניגוד העניינים התממש בפועל, אלא די ב"מצב" של ניגוד עניינים ("אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים"¹²⁵). גם השפעה מצננת היא "מצב" שאין הכרח שיתגשם בפועל לכלל מניעת התנהגות של פרטים, שהרי טענה בדבר השפעה מצננת מבוססת כאמור על כך שעצם הטלת האיסור בחוק שקולה למניעת התנהגות של פרטים. הן החשש (הממשי) מפני ניגוד עניינים והן החשש (הממשי) מפני השפעה מצננת מצדיקים התערבות שיפוטית, וזאת ללא תלות בשאלה אם החשש התממש בפועל.

בהתאם לכך מוצע לקבוע כי עוצמת ההשפעה המצננת שמצדיקה את סתירתה של חזקת החוקתיות היא מסוג של חשש ממשי. אמת-מידה זו מקובלת במשפט הישראלי גם לגבי טענות אחרות בדבר חששות ספקולטיביים¹²⁶ – למשל, לגבי הטענה בדבר "אפקט מצנן" (להבדיל מ"השפעה מצננת") בהקשר של דיונים פנימיים בוועדות מנהליות.¹²⁷ שאלת קיומו של חשש ממשי עשויה להיות פונקציה של נתוני-רקע קונקרטיים, ביניהם ההסתברות שהעותר יפר את החוק בהתחשב במאפייניו כאדם שומר חוק וכן ההסתברות האכיפה של הסנקציה נגדו בהתחשב במאפייני האכיפה של הרשות המנהלית הרלוונטית ומאפייני החוק הנידון (טיב הסנקציה הקבועה בו).¹²⁸ על רקע זה, סתירתה של חזקת החוקתיות צריכה להיעשות תוך התייחסות נסיבתית מצידו של העותר להשפעת החוק עליו באופן אישי,¹²⁹ אך אין כאמור דרישה להוכחת עובדות הפגיעה במישור הראייתי.¹³⁰

-
- גם היסטוריה מקבילה לזו של ארצות-הברית, שבה המדרג נובע מכך שבית-המשפט נאלץ ליצור סינתזה בין-דורית בין תיקוני חוקה שונים" (רבקה ווייל "האם המחוקק ירה בתותח כדי לפגוע בזכוּבוּ?" – על מידתיות במשפט" משפט ועסקים טו 337, 396 (2012)). ברשימה זו יוצע להלן פתרון אחר, אשר מתבסס כאמור על היקש פנימי לשיטת המשפט הישראלית.
- 125 בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 569, 566 (1980).
- 126 ראו רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 526 (1995).
- 127 ראו בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בראילן נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, פס' 4 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 31.1.2011); עע"ם 3300/11 מדינת ישראל – משרד הביטחון נ' גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע, פס' 17 לפסק-דינו של השופט עמית ופס' 1 לפסק-דינה של השופט חיות (פורסם בנבו, 5.9.2012) (להלן: עניין גישה).
- 128 ראו ה"ש 29 לפסק-הדין בעניין: Regional Rail Reorganization Act Cases, 419 U.S. 102 (1974).
- 129 השוו עניין גישה, לעיל ה"ש 127, פס' 34 לפסק-דינו של השופט עמית. ראו גם Franklin, לעיל ה"ש 38, בעמ' 696; Washington State Grange v. Washington State Republican Party, 552 U.S. 442 (2008).
- 130 השוו: Laird v. Tatum, 408 U.S. 1 (1972), שבו נפסק כי טענה בעלמא בדבר השפעה מצננת אין בה כדי לצלוח את דרישת הבטחה. פסק-הדין עסק בתביעה ייצוגית נגד מעקב שערך צבא ארצות-הברית אחר פעילות פוליטית של אזרחים. העותרים טענו כי המעקב "מצנן" פעילות מחאה המוגנת בחוקה, אולם נקבע כי העותרים לא הצביעו על מקרה מסוים שיש בו כדי ללמד על נזק מוחשי או מידי כתוצאה מפעילות המעקב.

דוגמה למצב שבו לא מתקיים חשש ממשי כאמור היא כאשר קיימת אי־ודאות לגבי גודל הקבוצה שעשויה להיות מושפעת מן החוק. בהשאלה מן הביטוי המקובל בהקשר זה בדיני הנזיקין,¹³¹ ניתן לומר כי קיימת כאן "עמימות חוקתית" שמצדיקה את ניתוב העתירה החוקתית למסלול היישומי, שבו יינתן מענה לעמימות זו.¹³² דוגמה נוספת היא כאשר ניתן לצמצם את החשש מפני השפעה מצננת באמצעות כלים של המשפט המנהלי שיופעלו בהליכים קונקרטיים שבהם ייושם החוק – למשל, באמצעות הגשת בקשה לצו מניעה (בערכאה אזרחית) או לצו־ביניים (בבית־המשפט לעניינים מנהליים) שימנעו את הפעלת החוק לגבי העותרים, ולו באופן זמני.¹³³

סיכומו של דבר: אם בתום הערכה מקדמית של בג"ץ, במסגרת דיון בדרישת הבשלות, המסקנה היא כי לא מתקיים חשש ממשי להשפעה מצננת, יש לנתב את העתירה למסלול היישומי. לעומת זאת, אם מתקיימת אמת־המידה האמורה, יש לנתב את העתירה למסלול המופשט. במסגרת מסלול זה תיבחן שאלת הפגיעה בזכות החוקתית, לרבות שאלת הפגיעה הנפרדת כתוצאה מן ההשפעה המצננת עצמה. ייתכן בהחלט שבבחינה לגופו של עניין יגיע בית־המשפט – במסגרת המסלול המופשט – למסקנה כי לא הוכחה פגיעה בזכות חוקתית או כי לא הופרה זכות חוקתית. אך מסקנה זו לא תהיה תוצר של מבחני הבשלות היחסית, אלא של יתר שלבי הבחינה החוקתית – למשל, לאחר שבית־המשפט שוכנע כי הפגיעה היא מידתית. לצורך מסקנה זו, ככל שהעתירה נותבה למסלול המופשט, אין צורך להמתין להחלטה יישומית של הרשות המבצעת.

3. מצבים טיפוסיים לסטייה מן המסלול היישומי

המשותף לשני המצבים הטיפוסיים שיפורטו להלן הוא שהם משקפים מצב שבו חרף הדומיננטיות של מרכיב הקונקרטי, שלכאורה מצדיק ניתוב של העתירה למסלול היישומי, קיימים טעמים מיוחדים לסטייה ממנו לטובת המודל המופשט. אכן, "לא בכל עת [שבה] מוגשת עתירה שאינה בשלה, בשל העדר תשתית עובדתית קונקרטית, יש לדחותה על הסף".¹³⁴ הפעם מדובר במצבים המשקפים שיקול "חיצוני" שגובר על הדומיננטיות של המרכיב הקונקרטי. גם מצבים אלה הם חלק מדרישת הבשלות היחסית. בהתקיימם ניתן לקבוע כי העתירה "בשלה" עוד בטרם נעשה יישום קונקרטי של החוק על־ידי הרשות

131 לעמימות עובדתית בדיני הנזיקין ראו דנ"א 4693/05 בי"ח כרמל־חיפה נ' מלול, פס' 15-16 לפסק־דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 29.8.2010).

132 ראו צ'צ'קו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 448 ("ריסון שיפוטי בשאלות חוקתיות וכן חשש מהכרעה שיפוטית לא מדויקת בשל העמימות באשר לאופן שבו תפעל החקיקה, הם טעמים טובים להימנע מהכרעה במקרים כאלה תוך שימוש בעילת הבשלות").

133 "ניתן יהיה במסגרת עתירה מנהלית לבקש סעד זמני בעניין אי הפעלת הסנקציה... ככל שייפגעו העותרים או מי מהם או אחרים מהפעלת החוק, קיים להם סעד חלופי בבית המשפט לעניינים מנהליים, שם יוכלו להגיש גם בקשה לצו ביניים המונע את הפעלת החוק לגביהם" (עניין התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 34, 36).

134 שם, פס' 31.

המבצעת, וכי חרף חשיבותו של המרכיב הקונקרטי, יש לבחון את השאלה החוקתית שהועלתה במסלול המופשט.

(א) מאזן נוחות חוקתי

המצב הטיפוסי הראשון מעוגן כבר בדין הקיים. בג"ץ קבע כי ניתן להתגבר על דרישת הבשלות אם זו "תסב לעותרים נזק רב".¹³⁵ ברמת הפשטה גבוהה, מצב זה עניינו הכרה באינטרס ציבורי חשוב הגובר על דרישת הקונקרטיות במסגרת מאזן נוחות תוצאתני: השוואה בין התועלת שבעיכוב ההכרעה השיפוטית (עקב עמידה על מרכיב הקונקרטיות) לבין הנזק שייגרם לצדדים כתוצאה מעיכוב ההכרעה השיפוטית. נוסחה זו מאמצת את מבחן הבשלות המקובל במשפט החוקתי בארצות-הברית.¹³⁶

המקרה הפרדיגמטי שבו מאזן הנוחות החוקתי מצדיק סטייה מן המסלול היישומי הוא כאשר עיכוב ההכרעה מקים חשש להתגבשות נזק רב¹³⁷ או מייד¹³⁸ לעותר (אדם או חברה¹³⁹) או לציבור הרחב.¹⁴⁰ כל אלה הם טעמים מיוחדים לסטייה מן המסלול היישומי. נראה כי ההצדקה הרעיונית להם מצויה בתחולתו של עקרון המידתיות על הרשות השופטת

135 שם, פס' 30.

136 דרישת הבשלות בארצות-הברית משקפת נוסחת איזון בין שני שיקולים נוגדים: "the hardship to the parties of fitness of the issues for judicial decision", מצד אחד, ו"withholding court consideration" מן הצד האחר. ראו: *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136, 149 (1967) [adopted] a formula that was relatively simple, yet flexible enough to be used in a wide range of situations" (Ronald M. Levin, *The Story of the Abbott Labs Trilogy: The Seeds of the Ripeness Doctrine*, in *ADMINISTRATIVE LAW STORIES* 431, 474 (Peter Strauss ed., 2006))

137 למשל, כאשר החוק שהותקף בעתירה הגביל פיצויים בגין נזק מתאונה גרעינית, נפסק כי העתירה החוקתית בשלה אף שהחוק טרם יושם, וכי אין צורך להמתין להתרחשותו של אסון גרעיני. ראו: *Duke Power Co. v. Carolina Envtl. Study Group*, 438 U.S. 59, 81–82 (1978). לניתוח פסק-הדין ראו: Jonathan Varat, *Variable Justiciability and the Duke Power Case*, 58 *TEX. L. REV.* 273, 296–298, 303–307 (1980)

138 הכוונה לנזק שמקורו בעלות הכרוכה בעצם הציות לחוק. למשל, חוק הקובע רגולציה שתחולתה מיידית מחייב את העותר, לרוב חברה פרטית, לערוך התאמות מיידיות הכרוכות בשינוי הליך הייצור. דוגמה נוספת היא נזק עתידי אך ודאי שמקורו בסנקציות שהחוק קובע כלפי הגוף שלא יציית לחוק. ראו Levin, לעיל ה"ש 136, בעמ' 463.

139 ניתן לראות באינטרס של חברה פרטית גם אינטרס ציבורי, שעניינו הרצון לא להסתמך על חקיקה שעלולה להיפסל ככלתי-חוקתית. ראו Levin, לעיל ה"ש 136, בעמ' 466.

140 הכוונה לפגיעה בציבור הרחב כתוצאה מעיכוב ההכרעה. השוו למאזן הנוחות במשפט המנהלי: "גם נזק לציבור הוא נזק" (בר"ם 2127/07 אחים בן רחמים (צפון) בע"מ נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ, פס' 10 (פורסם בנבו, 14.3.2007)).

עצמה, שלפיו עליה להימנע מלגרום פגיעה בלתי־מידתית באינטרסים של הפרט כתוצאה משימוש בעילות־סף חוקתיות.¹⁴¹

(ב) חשש ממשי מפני ניצול לרעה של המסלול היישומי

המצב הטיפוסי השני נובע מן החשש – הנזכר לעיל – כי ניתוב העתירה למסלול היישומי רחבי יתר על המידה את כוחה של הרשות המבצעת על־חשבונם של הפרטים הכפופים לסכנת פגיעה בזכויותיהם החוקתיות. דרך אחרת לנסח את הדברים היא שקיים חשש שהרשות המבצעת תנצל לרעה את ההכרעה השיפוטית לטובת המסלול היישומי – למשל, על־ידי יצירת "מעשה עשוי" שפוגע פגיעה בלתי־הדירה בזכות חוקתית, שאותה יתקשה בית־המשפט לתקן באמצעות סעד חוקתי בשלב מאוחר יותר. הוא הדין באשר לחשש מפני שימושי־יתר של הרשות המבצעת בסמכות חקיקתית פוגענית או מפני הרחבת הסמכויות שניתנו לה בחוק, באמצעות פרשנות מטעמה, אל מקרים שמחוץ לגבולות הראויים של תחולתן.

טענות אלה הן בעלות אופי ספקולטיבי. לכן, בהתאם לדיון לעיל בהקשר של השפעה מצננת ולנוכח חזקת החוקיות המנהלית, נראה כי אמת־המידה הראויה היא קיומו של חשש ממשי מפני ניצול לרעה כאמור. חשש בעוצמה כזו הוא טעם מיוחד המצדיק סטייה מן המסלול היישומי לטובת ביקורת שיפוטית חוקתית מופשטת. אמת־המידה האמורה עשויה להתקיים, למשל, כאשר הכנסת מאצילה סמכות לרשות מנהלית מסוימת שקיים לגביה ניסיון "בעייתי" בהתנהלותה בענייני זכויות אדם,¹⁴² או שקיימים טעמים אחרים לאימוץ חזקת חוקיות חלשה ביחס לאותה רשות מנהלית ספציפית.¹⁴³

דוגמה נוספת שמתאימה לקטגוריה זו עניינה טענה בדבר הפרה של עקרון ההסדרים הראשוניים כעיקרון חוקתי. עקרון ההסדרים הראשוניים, כפי שנקלט בדין הקיים בישראל, קובע כי אסור למחוקק לאצול לרשות המבצעת את הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים מבלי לקבוע אמות־מידה ברורות לכך.¹⁴⁴ אם החוק הנתקף בעתירה קובע סמכות להטיל סנקציות פליליות או כספיות על הפרט, וזאת מבלי להגדיר אמות־מידה ברורות להטלתן, נדרשת זהירות יתרה מצידו של בית־המשפט בטרם ינתב את העתירה למסלול היישומי. יש להימנע ממצב שבו בחירה במסלול היישומי תתורגם על־ידי הרשות המבצעת לכלל "אור

141 לפיתוח רעיון זה ביחס לכלי שיפוטי אחר, בשלב השלישי של הבחינה החוקתית, ראו מרזל "השעיית הכרזת הבטלות", לעיל ה"ש 85, בעמ' 95. לדעתו, "אין להשעות את הכרזת הבטלות אם הנזק שבהשעיה זו עולה על התועלת הנשקפת ממנה" (שם, בעמ' 100).

142 השוו עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 46, פס' 33 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש: "אין לעת הזאת מקום להתערבות מטעמנו בהיבטים הנוגעים ליישומו של החוק... עם זאת... החשש מפני שימוש יתר בכלים שמקנה החוק, במיוחד נוכח הגידול המשמעותי במספר הבקשות המוגשות, אינו קלוט מן האוויר... לפיכך, ככל שבעתיד יחול שינוי בנקודת האיוון באשר לשימוש שיעשה בחוק, איננו שוללים את האפשרות כי יהיה בידי העותרות או שכמותן לשוב ולפנות לבית המשפט בבקשת סעד."

143 ראו Levin, לעיל ה"ש 136, בעמ' 464.

144 ראו יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379, 400 (2012); מדינה "הכלל החוקתי", לעיל ה"ש 42, בעמ' 465-466.

ירוק" לפגיעה בזכויות חוקתיות של פרטים בנסיבות שבהן מלכתחילה הרשות המנהלית נהנית משיקול־דעת רחב (בהעדר הכוונה חקיקתית מספקת).¹⁴⁵ גם במצב זה מוטב לנתב את העתירה למסלול המופשט, מבלי להמתין לגיבוש עמדה פרשנית של הרשות המבצעת וליישומה במקרה קונקרטי.

לסיכום, בפרק הנוכחי הוצגו אמות־המידה הראויות להפעלת דרישת הבשלות היחסית. תוצאתן של אמות־המידה הללו היא הכרה בשני מסלולים פרדיגמטיים של ביקורת שיפוטית חוקתית – יישומית או מופשטת. תוצאה זו היא השלכה ראויה אחת של דרישת הבשלות היחסית על־פי המודל המוצע ברשימה זו. השלכות ראויות נוספות, אשר בהצטברותן עשויות להביא לידי שינוי פניו של ההליך החוקתי בישראל, יידונו בפרק הבא.

ג. השלכותיה של דרישת הבשלות היחסית על ההליך החוקתי

על רקע האמור עד כה יש לדרישת הבשלות היחסית המוצעת ברשימה זו מאפיינים אשר ממקמים אותה כאבן־פינה בדוקטרינה חדשה של ביקורת שיפוטית חוקתית בישראל. דוקטרינה זו מבוססת על שלושה אדנים, אשר יכוננו להלן "המודל המשולש" וידונו כסדרם: (1) בשלות וקונקרטיזם; (2) בשלות ותקיפה עקיפה; (3) בשלות וביזוריות.

1. בשלות וקונקרטיזם

מן הדיון עד כה עולה כי החידוש בדרישת הבשלות אינו מצוי בשילוב הדרישה העובדתית כשלעצמה בכחינה החוקתית. הדרישה העובדתית נגזרת מן התפיסה המקובלת כי נטל ההוכחה של פגיעה בזכות חוקתית מוטל על העותר.¹⁴⁶ החידוש של דרישת הבשלות, כפי שיש להבינה, מצוי ברובד עמוק יותר.

(א) קונקרטיזם ולגיטימציה לביקורת שיפוטית

החידוש בדרישת הבשלות מצוי, בין היתר, בעוצמת ההדגשה של העובדות ובדרכי הוכחתן. דרישת הבשלות שמה במרכז הניתוח החוקתי את העובדות. היא מחדשת – בשדה המשפט החוקתי – את התפיסה שלפיה נקודת המוצא של כל הכרעה שיפוטית "חייבת לעלות באופן טבעי מן הפסיקה במקרה הקונקרטי",¹⁴⁷ וכי "בית המשפט דן בבעיות מזווית ראייה של אנשים ספציפיים. אין הוא דן בבעיות במופשט, ואין הוא מעניק סעד אלא כדי

145 השוו מדינה "הכלל החוקתי", לעיל ה"ש 42, בעמ' 463.

146 עניין חסן, לעיל ה"ש 23, פס' 30 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש.

147 משה לנדוי "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון" עיוני משפט ח 503, 500 (1982).

פתרונה של בעייתו של התובע או העותר אשר בפניו.¹⁴⁸ קשה להימנע מן המסקנה שמדובר בהכרעה אידיאולוגית ביחס לתפקידו של שופט העוסק בעניינים חוקתיים.¹⁴⁹ אידיאולוגיה זו משתלבת בתפיסת הלגיטימציה המהותית¹⁵⁰ לביקורת שיפוטית חוקתית בישראל מטעמים של מומחיות ומקצועיות.¹⁵¹ לא אחת חיזק בית המשפט העליון תפיסה זו, בהדגישו כי המלאכה השיפוטית המקצועית נשענת על העיקרון *ex facto jus oritur* ("הדין נגזר מן העובדות").¹⁵² דרישת הבשלות היחסית מעתיקה את בסיס הלגיטימציה הזו ביתר תוקף אל שדה המשפט החוקתי, ובפרט לשלב הראשון של הבחינה החוקתית. בכך דרישת הבשלות היחסית המוצעת ברשימה זו שונה מן הגישה המדגישה את מרכיב הקונקרטיזם בשלב השני של הבחינה החוקתית, בגדרי המידתיות.¹⁵³ גם אלה הרואים במודל המומחיות והמקצועיות השיפוטית משום "מיתוס" אינם יכולים להתעלם מכך, בלשונו של פרופ' יואב דותן, ש"לדבקות השיפוטית במודל המקצועי עשוי... להיות ערך חשוב לא רק משום שהיא

148 אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 249 (1987). ראו גם אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת)" *משפט וממשל* ח 13, 19 (2005) (להלן: ברק "ביקורת שיפוטית צנטרליסטית") ("ברבים מהמקרים באמצעות קביעה סופית של התשתית העובדתית ניתן לפתור את הבעיה המתעוררת בלי צורך לבחון את חוקתיות החוק. וכאשר צורך זה נוצר, נערך הדיון על בסיס מצב עובדתי קונקרטי ונמנע דיון מופשט בשאלת חוקתיות החוק").

149 Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* 5 (1999).

150 להבדיל מהלגיטימציה הפורמלית לביקורת שיפוטית חוקתית בישראל, אשר נקבעה במשתמע בחוקי-היסוד (ברק "תשובה למבקרים", לעיל ה"ש 23, בעמ' 457-458).

151 בית המשפט העליון נהנה מתמיכה ציבורית המבוססת בעיקר על תדמיתו כגוף מקצועי ונייטרלי (דותן "חוקה למדינת ישראל", לעיל ה"ש 84, בעמ' 208); יואב דותן "האם ישראל צריכה בית-משפט לחוקה?" *משפט וממשל* ה 117, 137, 154 (1999) (להלן: דותן "בית-משפט לחוקה?"). לתמיכה במודל המומחיות השיפוטית ראו עניין *בנק המזרחי*, לעיל ה"ש 20, פס' 81 לפסק-דינו של הנשיא ברק. עוד על הזיקה ההדוקה בין דרישת הבשלות לבין הלגיטימציה לביקורת שיפוטית חוקתית ראו Fontana, לעיל ה"ש 79, בעמ' 627.

152 "העובדות מונחות ביסוד הדין, והדין עולה מתוך העובדות (*ex facto jus oritur*)" (בג"ץ 7957/04 *מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל*, פ"ד ס(2) 477, פס' 61 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2005)); "כפי שהדגישה לא אחת השופטת מ' נאור בדיונים שנערכו לפני בית משפט זה 'הדין נגזר מן העובדות'. אמירה זו היא בבחינת מושכלות ראשונים במסגרת המלאכה השיפוטית" (דנ"פ 5852/10 *מדינת ישראל נ' שמש*, פס' 3 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 9.1.2012)); "הסעד הולך לא רק אחר הדין, אלא קודם כל אחר העובדות" (בג"ץ 1759/94 *סרוברג נ' שר הביטחון*, פ"ד נה(1) 625, 628 (1994)). ראו גם ברק שופט *בחברה דמוקרטית*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 235. בארצות-הברית ידועה אמרתו הקלסית של השופט פרנקפורטר (Frankfurter) שלפיה: "Facts and facts again are decisive" (Frankfurter, *A note on Advisory Opinions*, 37 *HARV. L. REV.* 1002, 1005 (1924)).

153 ראו ברק "תשובה למבקרים", לעיל ה"ש 23, בעמ' 431 ("ההתחשבות בנסיבות הקונקרטיזם היא חשובה בתחום זכויות האדם. דבר זה מושג בגדרי המידתיות, המתחשבת בנסיבות הקונקרטיזם"). ראו גם לעיל ה"ש 46.

עשויה לשמר את אמון הציבור בבית המשפט... אלא גם משום שבמישור המהותי היא עשויה להשפיע על התנהגות השופטים" באופן שיצמצם את המשקל שייתן בית המשפט להשקפה הערכית של השופט היושב בדיון במסגרת תהליך ההכרעה השיפוטית.¹⁵⁴ השיקול המכריע כאן, במנותק מן ההכרעה האידיאולוגית, הוא בסופו של דבר השיקול המעשי. יש קושי בדיון במסלול המופשט כאשר מתעוררת שאלת חוקתיותו של חוק מורכב, הכולל הסדרים רבים, שכל אחד מהם מחייב דיון וניתוח נפרדים. מבחינה תיאורטית, אין מניעה לערוך ביקורת שיפוטית מופשטת פרטנית לכל הסדר והסדר כ"תרגיל מחשבתית". אולם מבחינה מעשית נכון יותר להיעזר במסלול היישומי לצורך מיקוד הקשיים החוקתיים העיקריים שהחוק מעורר¹⁵⁵ (ובלבד שמחיר המיקוד אינו כבד מדי על-פי מאזן הנוחות החוקתי). למיקוד זה יש כאמור יתרונות אינסטרומנטליים ניכרים – הן במישור היעילות השיפוטית והן במישור של מגוון הסעדים החוקתיים, ובראשם סעד הפרדה החוקתי – המביאים לידי הסרה מדויקת יותר של הפגם החוקתי כמו ב"תפירה ידנית".¹⁵⁶ בהתאם, ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית נחשבת אחת הדרכים האפקטיביות ביותר להגנה על זכויות אדם.¹⁵⁷

טעמים אלה, המבססים את הזיקה בין דרישת הבשלות היחסית לבין מרכיב הקונקרטיזם כמרכיב חשוב בכל הכרעה שיפוטית, לרבות במישור החוקתי, מביאים לידי כך שבררת המחדל של דרישת הבשלות היחסית היא ניתוב העתירה לביקורת שיפוטית חוקתית במסלול היישומי, אלא אם כן מתקיימים אותם מצבים טיפוסיים ומוגדרים שמצדיקים ניתוב למסלול המופשט.

כאמור ניתן לטעון לשיקול רלוונטי נוסף שמחזק את בררת המחדל האמורה, והוא עקרון התקדים המחייב.¹⁵⁸ לפי עיקרון זה, יש לבחור את המקרה המתאים מן הבחינה העובדתית לצורך פיתוח ההלכה.¹⁵⁹ בהעדר תשתית עובדתית מגובשת, כך הטענה, התקדים שיווצר עלול להיות גרוע.¹⁶⁰ אולם אין מדובר בשיקול מכריע. גישת הבשלות היחסית מכירה,

154 דותן "בית-משפט לחוקה?", לעיל ה"ש 151, בעמ' 161.

155 כדוגמה למיקוד טענות חוקתיות באמצעות בחינה קונקרטיזט – אם כי של הסכם, להבדיל מחוק – השוו ע"א 6378/03 "אגד" – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' מורון, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 22.2.2005).

156 השוו: "החייט המנהלי צריך לתפור את החליפה המנהלית באופן שתהא גזורה בהתאם למטרה המנחה אותו, תוך בחירה באמצעי הפוגע פחות באדם" (בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 12 (1996)).

157 "concrete judicial review is generally perceived as one of the most effective instruments in securing individual rights" (Juliane Kokott & Martin Kaspar, *Ensuring Constitutional Efficacy*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* 795, 812 (Michel Rosenfeld & András Sajó eds., 2012)).

158 לעקרון התקדים המחייב ראו עמרי בן-צבי "התקדים כמוסד פילוסופי" משפטים מ 777, 782-788 (2011).

159 ראו, למשל, רע"א 8306/07 מכבי שירותי בריאות נ' עיריית תל אביב-יפו, פס' 3 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 4.8.2010).

160 דותן הנחיות מנהליות, לעיל ה"ש 86, בעמ' 186.

כאמור, בטעמים ענייניים לביקורת שיפוטית חוקתית מופשטת. מכאן שאין מניעה לקבוע תקדים מחייב לעניין חוקתיות של החוק גם במסלול המופשט, ¹⁶¹ אשר מאפשר לבית-המשפט לראות את "התמונה הכוללת", לרבות "מטרות ושיקולים שהתמקדות במקרה היחיד אינה חושפת". ¹⁶²

(ב) קונקרטיות ופגיעה הסתברותית

עד כה תואר מודל בינרי של פגיעה בזכות חוקתית: יש פגיעה קונקרטית או אין פגיעה קונקרטית. מודל בינרי זה מניח כי פגיעה קונקרטית התרחשה בעבר או מתרחשת בהווה. מהן ההשלכות של מודל הבשלות היחסית ביחס לפגיעה שהיא עתידית? כאמור, המודל המוצע אינו שולל את האפשרות שפגיעה בעלת אופי היפותטי-ספקולטיבי מסוג מסוים (כגון השפעה מצננת) תצדיק ביקורת שיפוטית חוקתית במסלול המופשט. עם זאת, שאלת הפגיעה ההסתברותית רחבה מסוגיית ההשפעה המצננת, ¹⁶³ ויש כמה שיקולים נוספים, שכאן המקום לפרטם.

מבחינה לשונית, איסור הפגיעה בזכות חוקתית אינו מוגבל במישור הזמן, ¹⁶⁴ וניתן לפרשו כחל גם על פגיעה עתידית. בחינה הסתברותית היא בחינה מקובלת בגרריו של מבחן המידתיות הצר, ¹⁶⁵ כך שההרמוניה החוקתית עשויה להצדיק הכרה בשיקולים הסתברותיים גם בשלב הראשון של הבחינה החוקתית. עוד ניתן לטעון כי פגיעה הסתברותית בזכות בדרגה של קרבה לוודאות שקולה לקיומה של פגיעה קונקרטית, כך שהעתירה בשלה ויש לדון בה. ¹⁶⁶ זו הייתה דעתה של השופטת פרוקצ'יה בעניין הפרטת בתי-הסוהר. ¹⁶⁷ אולם המודל המוצע ברשימה זו שולל קיצור-דרך כזה. טעם מרכזי בבסיסה של דרישת הבשלות

161 לניסוח מחדש של עקרון התקדים המחייב ברוח זו ראו: Jan Komárek, *Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedence*, 61 Am. J. Comp. L. 149 (2013), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2150133.

162 מרדכי קרמניצר "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 165, 195 (רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב רותן עורכים, 2000).

163 לדיון מפורט ראו גזל-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 32, בעמ' 140-143. הסוגיה כרוכה גם בהבחנות פילוסופיות, ביניהן ההבחנה בין doing לבין allowing. ראו שם, בעמ' 117.

164 ראו ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה").

165 במבחן-המשנה הראשון של המידתיות הכוונה היא לכך שהוא "מחייב התייחסות לרמת ההסתברות הנדרשת כדי שנוכל לקבוע שהאמצעים מגשימים או לא מגשימים את תכליות החוק" (עניין רסלר, לעיל ה"ש 25, פס' 51 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש). במבחן-המשנה השלישי של המידתיות הכוונה היא לשקילת תוחלת התועלת הגלומה בתכלית הראויה של החוק מול תוחלת הנוק שהחוק עלול לגרום (עניין גלאון, לעיל ה"ש 3, פס' 31 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין).

166 *Pennsylvania v. West Virginia*, 282 U.S. 553, 593 (1923).

167 עניין הפרטת בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 113, פס' 26 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה. השוו, במשפט המנהלי, בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד סב(2) 57, פס' 27 לפסק-דינה של השופטת ארבל (2007).

היחסית – הימנעות מהכרעה חוקתית שעשויה בסופו של דבר להתייטר עקב אי-התממשות הפגיעה – חזק במיוחד כאשר מדובר בפגיעה הסתברותית עתידית, ובנסיבות מסוימות הוא עשוי להצדיק המתנה להתרחשותה של הפגיעה בפועל.¹⁶⁸ זו הייתה עמדתה של הנשיאה ביניש בעניין הפרטת בתי-הסוהר, שלפיה "ככל שעסקינן בפגיעה פוטנציאלית בזכויות אדם, להבדיל מפגיעה ממשית, הרי ככלל לא יהיה בפגיעה כזו כדי להצדיק התערבות שיפוטית לביטולה של החקיקה. הבחינה החוקתית של דבר החקיקה תתקיים בשלב של הבחינה התוצאתית, ולאחר שיתברר האופן בו הוא מיושם הלכה למעשה".¹⁶⁹ אולם עמדה זו, כידוע, לא הובילה לכך שבתי-המשפט נמנע מלבחון את חוקתיותו של החוק: הבחינה החוקתית של העתירה בעניין הפרטת בתי-הסוהר נערכה גם נערכה – אומנם לא במסלול היישומי, אך במסלול המופשט.

המשותף לשתי הגישות (זו של השופטת פרוקצ'יה וזו של הנשיאה ביניש) הוא ההכרה בכך שפגיעה הסתברותית שאינה בדרגה של קרבה לוודאות לא תיחשב "פגיעה בזכות חוקתית". המודל המוצע ברשימה זו מחמיר פחות מנקודת-מבטו של הפרט, ומכיר בדרגה נמוכה יותר של הסתברות כמצדיקה ביקורת שיפוטית חוקתית במסלול המופשט. ניתן להקיש כאן מן הדיון לעיל בסוגיית ההשפעה המצננת, שם דובר על הצורך בקיומו של חשש "ממשי", אך לאו דווקא בדרגה של קרבה לוודאות. כאמור, כאשר מתקיים חשש ממשי, מוצדק לנתב את העתירה למסלול המופשט. הביקורת השיפוטית החוקתית ביחס לפגיעה הסתברותית ממשית תיערך במסלול המופשט, ולא במסלול היישומי, וזאת מבלי להידרש לפיקציה של "שקילות" הפגיעה ההסתברותית לפגיעה קונקרטית. מכאן שהכרה בפגיעה הסתברותית ממשית ככזו שמתאימה לביקורת שיפוטית חוקתית מופשטת אינה סותרת את דרישת הבשלות, אלא רק מצדיקה ניתוב של העתירה למסלול המופשט, כחלק מיישומה של דרישת הבשלות היחסית.

(ג) קונקרטיות ועתירה תיאורטית

חשוב להבחין בין דרישת הבשלות היחסית, על-פי המודל המוצע ברשימה זו, לבין עילת-סף חוקתית אחרת, שלפיה בג"ץ רשאי לרחות עתירה שהיא "תיאורטית".¹⁷⁰ עתירה

168 "A hypothetical threat is not enough. We can only speculate as to the kinds of political activity the appellants desire to engage in or as to the contents of their proposed public statements or the circumstances of their publication" (United Public Workers v. Mitchell, 330 U.S. 75, 89 (1947))

169 עניין הפרטת בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 113, פס' 67 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. ראו גם עניין המוצעה המוסלמית ביפו, לעיל ה"ש 4, פס' 14 לפסק-דינו של השופט עמית ("הפגיעה הנטענת היא בגדר השערה שעשויה שלא להתממש... בית המשפט אינו מכריע לצורך צדק צופה פני עתיד").

170 "השאלה היא עקרונית וחשובה, אך כאשר אין עוד צורך קונקרטי לדון בה במקרה זה, מוטב להניח את השאלה לעת מצוא" (בשג"ץ 5540/95 גורטלר בראשי נ' הממונה על הוצאת הרכוננים במשרד הפנים (פורסם בנבו, 7.9.1995)). בארצות-הברית עילה זו מכונה mootness, והיא נבדלת מדרישת הבשלות (המכונה ripeness). ראו: Henry Monaghan, Constitutional Adjudication: The Who and the When, 82 YALE L.J. 1363, 1381 (1974)

היא תיאורטית כאשר ההכרעה השיפוטית בה מגיעה לאחר שהאירוע כבר התרחש, כך שהסעד המבוקש התייתר¹⁷¹ או שאין בו כדי להשפיע על זכויותיהם של הצדדים להליך הקונקרטי.¹⁷² לכלל זה קיים חריג שמאפשר בירור של העתירה באופן מופשט כאשר הקפדה על מרכיב הקונקרטיות עלולה להביא לידי כך שמבחינה מעשית בית-המשפט "לא ידון [בעתירה] לעולם, שכן מעצם מהותה היא תהא לעולם מוקדמת מדי או מאוחרת מדי".¹⁷³ יודגש כי חריג זה נקבע ביחס לעילת-הסף בדבר עתירה תיאורטית, ולא ביחס לדרישת הבשלות. הרציונל שניתן בו לביקורת שיפוטית חוקתית מופשטת שונה מהרציונלים שבבסיס המצבים הטיפוסיים לביקורת שיפוטית חוקתית מופשטת במודל המוצע של בשלות יחסית. לצד האמור, עילת-הסף בדבר עתירה תיאורטית שונה מדרישת הבשלות בשני היבטים מרכזיים. ראשית, הטעם לדחיית העתירה נעוץ במקום אחר במישור הזמן. עתירה בלתי-בשלה היא כזו שמוגשת מוקדם מדי, בעוד עתירה תיאורטית היא כזו שמוגשת מאוחר מדי.¹⁷⁴ שנית, אמת-מידה חשובה בדרישת הבשלות היא כאמור מידת הדומיננטיות של המרכיב הקונקרטי של הפגיעה החוקתית. לעומת זאת, לפי עילת העתירה התיאורטית, אין מחלוקת שפגיעה קונקרטית אכן התרחשה, אך בחינה חוקתית שלה התייתרה.¹⁷⁵ במילים אחרות, בעוד על-פי דרישת הבשלות קיים ספק בשאלה אם הבחינה החוקתית תתייתר, בעתירה תיאורטית אין ספק שהעתירה אכן התייתרה.

2. בשלות ותקיפה עקיפה

פוטנציאל נוסף הגלום בדרישת הבשלות היחסית מצוי בעוצמת ההעדפה של מסלול התקיפה החוקתית העקיפה. כדי להבהיר נקודה זו, יש להתייחס לעילת-סף חוקתית נוספת – קיומו של סעד חלופי.

(א) בשלות לעומת סעד חלופי

מקובל לומר כי תקיפה "ישירה" היא הליך שבו שאלת חוקתיותו של החוק היא השאלה העיקרית המתעוררת בו, ואילו תקיפה "עקיפה" היא הליך שבו שאלת חוקתיותו של החוק מתעוררת כשאלה אגבית.¹⁷⁶ על רקע הבחנה זו ניתן לדחות עתירה חוקתית שהוגשה לבג"ץ מן הטעם שקיים סעד חלופי, כלומר, קיימת ערכאה אחרת שמוסמכת לתת את הסעד

171 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241, 250 (1999).

172 בג"ץ 9672/04 כהן נ' ראש המועצה האיזורית מטה בנימין, פס' 4 (פורסם בנבו, 3.11.2004).

173 בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 146 (1985).

174 "questions of ripeness – whether the harm asserted has matured sufficiently to warrant judicial intervention – and of mootness – whether the occasion for judicial intervention persists" (Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 499 n. 10 (1975))

175 "בדרך כלל בית המשפט לא ידון בעתירה, אף אם הייתה אקטואלית, משעה שנעשתה תיאורטית" (בג"ץ 2406/05 עיריית באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס' 4 (פורסם בנבו, 27.7.2005)).

176 ראו מרזל "מעמד הכנסת", לעיל ה"ש 6, בעמ' 372; זמיר "מפרקטיקה לתיאוריה", לעיל ה"ש 106, בעמ' 260; יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 604, 587 (1993).

העיקרי המבוקש בעתירה, שאינו סעד חוקתי, אך מוסמכת לדון גם בשאלת חוקתיותו של החוק שמתעוררת כשאלה אגבית. מקובל להסיק קיומו של סעד חלופי כאשר קיים חוק מסוים שמגדיר את סמכותה של הערכאה האחרת במפורש. כך, למשל, כאשר חוק ספציפי שחוקתיותו נבחנת קובע במפורש מנגנון לביקורת שיפוטית על החלטות שנקבעו לפיו. לרוב נפסק כי שאלת חוקתיותו של החוק עשויה להתעורר לפני אותו מנגנון.¹⁷⁷ המקרה הנפוץ של סמכות מפורשת קשור כמובן לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים), אשר מגדיר במפורש עניינים מסוימים שיידונו לפניו. בג"ץ הכיר בסמכותו של בית-המשפט לעניינים מנהליים להכריע גם בשאלה חוקתית שמתעוררת אגב הכרעה בעניינים מנהליים אלה.¹⁷⁸

לעומת זאת, דרישת הבשלות היחסית המוצעת ברשימה זו מאפשרת להסיק קיומו של סעד חלופי גם כמשתמע, ככל שבג"ץ מנתב את העתירה למסלול היישומי ומבהיר כי המסלול היישומי יערך בערכאה הדיונית, ולא בבג"ץ.¹⁷⁹ מקור סמכותה של הערכאה הדיונית להכריע בשאלה החוקתית במקרה כזה אינו נמצא בהוראותיו של חוק מסוים (יהא זה החוק שחוקתיותו נבחנת או חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים), אלא במודל כללי של ביקורת שיפוטית חוקתית ביזורית (ראו בהמשך בתת-פרק 3ג), שלפיו כל ערכאה דיונית מוסמכת, באופן עקרוני, לדון בטענה חוקתית כשאלה אגבית במסגרת תקיפה עקיפה.

(ב) בשלות ותקיפה עקיפה: הערכאה המתאימה לניהול המסלול היישומי

כאמור, ניתוב העתירה למסלול היישומי מתבסס על ההערכה כי ההיבט הדומיננטי של הטענה החוקתית מחייב ברור במסלול היישומי. ניתן לקיים את המסלול היישומי, על-פי המודל המוצע, באחת משתי דרכים¹⁸⁰. הדרך האחת היא בבג"ץ, על-ידי תיקון או עדכון של העתירה הקיימת¹⁸¹ או הגשת עתירה חדשה, בדומה לעותר המגיש את עתירתו

177 "מסגרת הדיון בבית המשפט המחוזי מהווה סעד חלופי, המצדיק את הימנעותנו מליתן סעד לעותרים" (בג"ץ 2055/02 עביד נ' שר הבטחון, פס' 6 (פורסם בנבו, 12.12.2002), ביחס לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002). ראו גם פסק-דינו של הנשיא ברק בעניין לובל, לעיל ה"ש 2, פס' 13 (ביחס לסעיפים שקבעו תנאי זכאות למענקים ולפיצויים בחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005) ופס' 12 (ביחס לסעיפים שקבעו עברות פליליות בחוק האמור); עניין חוק הנוזקים האזרחיים, לעיל ה"ש 12, פס' 31 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

178 ראו בג"ץ 6090/08 ברגר נ' שר המשפטים, פס' 6 (פורסם בנבו, 11.8.2008).

179 "כמובן שבמסגרת העתירה שתוגש לבית המשפט לעניינים מינהליים יוכלו העותרים להעלות גם את טענותיהם בדבר חוקתיות החוק" (עניין התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 34).

180 שם, פסק-דינה של הנשיאה ביניש, אשר הותירה סוגיה זו ללא הכרעה: "איני רואה לדון בשאלה... אם החלטה על פי החוק תידון בכוא העת בבית המשפט המנהלי או בבית משפט זה. שאלה זו אף היא תהיה בעתיד תלויה נסיבות."

181 לדוגמה במשפט המנהלי ראו בג"ץ 4797/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 22.5.2012), שבו הוחלט להשאיר את העתירה תלויה ועומדת בבג"ץ, חרף ניתובה למסלול היישומי, וזאת בהתחשב, בין היתר, ב"חשיבות העצומה שיש להליך הבידוק הביטחוני בשדות התעופה" (שם, פס' 7).

לראשונה לבג"ץ לאחר יישום החוק (קרי, עתירה בשלה). בכל המקרים הללו בג"ץ הוא שידון בעתירה במסלול היישומי. הדרך האחרת היא לקיים את המסלול היישומי מחוץ לבג"ץ, על-ידי הפניית העותרים להעלות את הטענה החוקתית בתקיפה עקיפה בערכאה הדיונית.¹⁸² מהי הדרך העדיפה?

במסלול היישומי המרכיב הדומיננטי הוא המרכיב הקונקרטי. בירור המרכיב הקונקרטי יחייב על-פירוב ניתוח של המצב העובדתי ביישום החוק. כידוע, "בירור עובדות איננו הצד החזק של בית-המשפט הגבוה לצדק",¹⁸³ וזאת עקב מגבלותיהם של הכלים הראייתיים בבג"ץ ומשיקולים של עומס.¹⁸⁴ היתרון היחסי של הערכאה הדיונית – לרבות בית-המשפט לעניינים מנהליים¹⁸⁵ – על בג"ץ נעוץ בכלים העומדים לרשותה לצורך בירור עובדתי. דרך ההוכחה של העובדות בערכאה הדיונית היא פרטנית וסדורה, ולכך יש יתרון מובהק במסלול היישומי, לנוכח המשקל הדומיננטי שיש לעובדות הקונקרטיות בהבנת המושג "פגיעה בזכות" (בניגוד למסלול המופשט, שבו דרך הוכחת העובדות שאינן מרכיב דומיננטי בטענה החוקתית עשויה להיות גמישה יותר, כפי שמקובל בבג"ץ). על רקע זה, ובהתחשב בכך ש"בהדרגה הולכת ומתגבשת הדעה שראוי לאפשר תקיפה עקיפה בכל טענה שאפשרית בתקיפה ישירה",¹⁸⁶ הנטייה היא לטובת קיום המסלול היישומי בערכאה הדיונית, ולא בבג"ץ. קיום המסלול היישומי בערכאה הדיונית יבטיח כי השאלה החוקתית תעלה בהקשר קונקרטי,¹⁸⁷ שהרי בתקיפה עקיפה תמיד מתקיים מאפיין הקונקרטי – בהכרח נידון לפני הערכאה הדיונית יישום קונקרטי של החוק ביחס לנפגע ספציפי.¹⁸⁸ נראה כי דרך זו היא גם הוגנת יותר, מכיוון שהיא מאפשרת לצדדים לערער (בזכות או ברשות) על פסק-הדין, וזאת בניגוד לפסק-דין של בג"ץ.¹⁸⁹ לצד האמור, יש לדרך התקיפה העקיפה בערכאה הדיונית יתרונות מוסדיים נוספים, אך פירוטם חורג ממסגרת הרשימה הנוכחית, מהגם שהם נידונו בהרחבה בספרות.¹⁹⁰ להגשמת המסלול היישומי בערכאה הדיונית יש כמובן

182 עניין התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 34 ("דרך המלך" בה יש לנקוט היא בהגשת עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים).

183 זמיר "ראיות בבג"ץ", לעיל ה"ש 121, בעמ' 296.

184 שם, בעמ' 312, 322; עומר דקל "חקירה נגדית בבג"ץ ובבית-המשפט לעניינים מנהליים" עיוני משפט לה 151, 163 (2012).

185 לכלים הקיימים בדין הקיים לצורך הבירור העובדתי ראו דקל, שם, בעמ' 155-156, 177-179.

186 זמיר "מפרקטיקה לתיאוריה", לעיל ה"ש 106, בעמ' 261.

187 ראו עניין התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 35 ("הפניה לבתי המשפט לעניינים מנהליים תיעשה, אם בכלל, וככל שיהיה בכך צורך על יסוד תשתית קונקרטית").

188 ראו Fallon, לעיל ה"ש 8, בעמ' 963: "A party against whom a statute is being enforced: coercively is always entitled to argue that the statute is invalid".

189 לחשיבותה של זכות הערעור ולמעמדה החוקתי ראו יגאל מרזל "זכות הערעור או ערעור בזכות? סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה ומהותו של ערעור" ספר שלמה לזין 141 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013).

190 לדיון מפורט ביתרונותיו של מסלול התקיפה העקיפה ראו דותן "בית-משפט לחוקה?", לעיל ה"ש 151, בעמ' 126-161. דותן מגיע למסקנה כי מודל התחולה העקיפה עדיף על

תקדימים, שבמסגרתם הגיעה השאלה החוקתית לפתחו של בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים.¹⁹¹

אולם מדובר בנטייה בלבד לטובת הדרך האמורה, ולא בסגירת הדלת בפני האפשרות לערוך את המסלול היישומי בבג"ץ עצמו. דרישת הבשלות היחסית מכירה הן במקרים טיפוסיים שמצדיקים ביקורת שיפוטית חוקתית מופשטת בבג"ץ, באופן הסוטה ממאפיין הקונקרטיות (מצבים אלה נידונו לעיל), והן במצבים טיפוסיים נוספים שמצדיקים ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית בבג"ץ. במצבים אלה, אשר יפורטו להלן ויכוננו "מצבים טיפוסיים למסלול היישומי-הבג"צי", המודל הביזורי נסוג מפני קיומם של טעמים טובים לקיום המסלול היישומי בבג"ץ דווקא.

3. בשלות וביקורת שיפוטית חוקתית ביזורית

(א) המודל הביזורי

כאמור לעיל בסוף חלק ג2(א), מקור סמכותה של הערכאה הדיונית לדון בטענה חוקתית במסלול היישומי, במסגרת התקיפה העקיפה, נעוץ במודל הביזורי לביקורת שיפוטית. דרישת הבשלות היחסית אינה מובילה בהכרח למודל הביזורי, אך מודל זה מאפשר להגשים את דרישת הבשלות היחסית, במסלול היישומי, בערכאה הדיונית, על-ידי הכרה בכך שכל בית-משפט מוסמך לדון בטענה חוקתית.¹⁹² לכן המודל הביזורי הוא חלק מהמודל המשולש. קיימת אפוא זיקה הדוקה בין ביקורת שיפוטית חוקתית במסלול היישומי לבין ביקורת שיפוטית חוקתית ביזורית.¹⁹³

אין להתעלם מכך שהפרקטיקה החוקתית המקובלת בישראל אינה משקפת את המודל הביזורי. הביקורת השיפוטית החוקתית נוטה להתקיים במודל ריכוזי בבג"ץ.¹⁹⁴ זאת, בעיקר עקב החיסרון הפרגמטי של המודל הביזורי.¹⁹⁵ מודל זה מכניס גורם של אי-יציבות למשפט

החלופות הקיימות הן מן ההיבט הדיוני-המערכתי והן מן ההיבט הפוליטי-המוסדי. ראו גם ברק "ביקורת שיפוטית צנטרליסטית", לעיל ה"ש 148, בעמ' 19.

191 לצד עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 20, כמובן, ראו, למשל, רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נז(5) 385, 396, 413 (2003). ראו גם דותן "בית-משפט לחוקה?", לעיל ה"ש 151, בעמ' 124.

192 ראו דותן "בית-משפט לחוקה?", לעיל ה"ש 151, בעמ' 124.

193 Kokott & "decentralized judicial review... can only start from specific disputes" Kaspar in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 197, 199 (Georg Nolte ed., 2005); לעיל ה"ש 157, בעמ' 814; Michel Rosenfeld, *Constitutional Adjudication*.

194 מרזל "מעמד הכנסת", לעיל ה"ש 6, בעמ' 385-386 ("הלכה למעשה העתירות בתחום זה ושל ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים מתרכזות בבית המשפט הגבוה לצדק").

195 ברק "ביקורת שיפוטית צנטרליסטית", לעיל ה"ש 148, בעמ' 20.

החוקתי, מכיוון שלא כל פסק־דין מגיע לערעור,¹⁹⁶ וגם כאשר היציבות מושגת (למשל, כאשר יש הכרעה בערעור), שולם במהלך הדרך מחיר של זמן שיפוטי רב בערכאות הדיוניות.¹⁹⁷ אולם אין מדובר בחיסרון המכריע את הכף נגד המודל הביזורי, והוא עדיין רלוונטי למודל המוצע. מבחינה פורמלית, הביקורת השיפוטית החוקתית בישראל מושתתת עדיין על המודל הביזורי.¹⁹⁸ מבחינה מהותית, הבעיה של אי־יציבות הדין עד להכרעת בית־המשפט העליון אינה ייחודית לביקורת שיפוטית חוקתית. היא קיימת גם לגבי הכרעה שיפוטית באשר לתוקפן של תקנות ונורמות כלליות אחרות.¹⁹⁹ ניתן לטעון – ודומה שזו עמדתו של הנשיא גרוניס – כי בעניינים מסוימים אין מדובר כלל בחיסרון, אלא ביתרון, מכיוון שפרק־הזמן שיחלוף עד להכרעה של בית־המשפט העליון עשוי לשמש לליבון היבטים שונים של הסוגיה המשפטית.²⁰⁰ גם אם נאמר כי בעניינים חוקתיים (להבדיל מאחרים) אכן מדובר בחיסרון, יש כלים דיוניים המאפשרים להתגבר על בעיה זו גם במסגרת ההליך הקיים, כפי שהבהיר פרופ' יואב דותן. למשל, בגרדי ההליך של בקשת רשות ערעור בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים ניתן לערוך התאמות שיאפשרו הליך ערעורי מהיר כאשר הערכאה הדיונית פסקה כי חוק מסוים הוא בלתי־חוקתי.²⁰¹ אפשרות אחרת היא להכיר באפשרות להגיש עתירה לבג"ץ נגד פסק־הדין של הערכאה הדיונית.²⁰² מתווה זה עולה בקנה אחד עם הצעתו של הנשיא גרוניס, בהרצאה שנשא באחרונה בכנס של העמותה למשפט ציבורי, כי הכרעתה של הערכאה הדיונית בשאלה החוקתית תהא מוגבלת לצדדים לאותו עניין בלבד.²⁰³ מכאן שהשיקול הפרגמטי אינו מכריע, כאמור. לבסוף, גם השיקול

196 ראו זאב סגל "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים: הסמכות להכריז על אי־חוקתיות חקיקה – למי?" **משפטים** כח 239, 253 (1997). אי־היציבות נובעת מהעיקרון שלפיו "הכרזה של בית המשפט [הרגיל] מחייבת [רק] את הצדדים להליך המשפט. הכרזה על בטלות החוק יציאה מפי בית המשפט העליון, מחייבת (מכוח עקרון התקדים) את הציבור כולו" (אהרן ברק "השלכותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **מבחר כתבים** כרך א 401, 402 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000)).

197 יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" **משפט וממשל** א 395, 410 (1992).
198 תזכיר הצעת חוק־יסוד: החקיקה, התשע"ב–2012, בא לשנות מצב זה, אך הוא מבחיר כי לעת הזו המודל הביזורי הוא המודל הנהוג בישראל ("מציע התיקון לאמץ מודל ריכוזי של ביקורת שיפוטית שעד כה טרם היה נהוג במשפטנו").

199 ראו דותן "בית־משפט לחוקה?", לעיל ה"ש 151, בעמ' 129.
200 "טמון, לגישתי, הגיון רב בקיומן של שלוש ערכאות נפרדות, במסגרתן ישנו טיפוס הדרגתי במעלות השפיטה. הדרגתיות זו מקדמת את הבירור העובדתי של הסוגיה במחלוקת, מאפשרת לצדדים אפשרות לערער על החלטות, ומותירה מרווח זמן עד לבירור בערכאה הגבוהה ביותר, במסגרתו יכולים הצדדים, כמו גם הקהילה המשפטית, לעמוד על היבטיה השונים של הסוגיה." אשר גרוניס "דברים במושב הפתיחה של כנס העמותה למשפט ציבורי ביום 20.12.2012 (נוסח מצוי בידי המחבר) (להלן: גרוניס "דברים במושב הפתיחה").

201 להצעה זו ראו דותן "בית־משפט לחוקה?", לעיל ה"ש 151, בעמ' 131.

202 להצעה חלופית זו ראו שם, בעמ' 131–132, ה"ש 37.

203 "מתן אפשרות לכל שופט להכריע בשאלת חוקתיות חוקים תאפשר לצדדים לערער על ההחלטה עד לבית המשפט העליון. מסלול זה יאפשר לבית המשפט לדון בשאלות חוקתיות, ככלל, על רקע מקרים קונקרטיים, ולאחר שהערכאות הנמוכות בחנו את ההיבטים השונים

של משאב הזמן השיפוטי בערכאות הדיוניות אינו חד־משמעי. לעיתים "הכרעה עובדתית בבית משפט השלום (שעשויה לייתר הכרעה משפטית בבית המשפט העליון)" עדיפה על "הכרעה משפטית עקרונית בבית המשפט העליון (שעשויה לייתר דיון עובדתי בבית משפט השלום)".²⁰⁴

המסקנה היא כי אין לשלול את המודל הביזורי, ובמסגרתו, את האפשרות לקיים את המסלול היישומי של דרישת הבשלות היחסית גם מחוץ לבג"ץ, קרי, בערכאה הדיונית. ההכרעה אם לקיים את המסלול היישומי בבג"ץ או בערכאה הדיונית עשויה להיות תלויה נסיבות.²⁰⁵ להלן יפורטו מצבים טיפוסיים המצדיקים קיום של המסלול היישומי בבג"ץ דווקא ("מצבים טיפוסיים למסלול היישומי הבג"צי"). ביתר המקרים שינותבו למסלול היישומי אין עדיפות כזו לבג"ץ, ומוטב יהיה לקיים את המסלול היישומי בערכאה הדיונית, אשר נהנית כאמור מיתרון יחסי בכירור העובדתי, שהוא דומיננטי במסלול היישומי.²⁰⁶ על־פי המודל הביזורי, הערכאה הדיונית שתדון בטענה החוקתית תהיה מוסמכת כמובן להעניק גם סעד חוקתי ביחס לשאלה החוקתית שהוצגה לפניה, ולו ביחס לצדדים להליך שלפניה.

(ב) מצבים טיפוסיים למסלול היישומי הבג"צי

דרישת הבשלות היחסית, המוצעת ברשימה זו, מכירה במצבים טיפוסיים שבהם אף־על־פי שהביקורת השיפוטית החוקתית נותבה למסלול היישומי, קיימת הצדקה לערוך אותה בבג"ץ דווקא, ולא בערכאה הדיונית. בחלק הראשון של הרשימה הוגדרו מצבים טיפוסיים לביקורת שיפוטית חוקתית מופשטת בבג"ץ. כאן נשלים את התמונה על־ידי התייחסות למצבים טיפוסיים לביקורת שיפוטית חוקתית יישומית בבג"ץ. המצבים הטיפוסיים האחרונים מאפשרים לבג"ץ, במסגרת המסלול היישומי, להשאיר את העתירה תלויה ועומדת בטיפולו לצורך השלמת פרטים קונקרטיים או לאפשר לעותרים להגיש לבג"ץ עתירה חדשה או מתוקנת, לאחר שהתקבלה החלטה יישומית קונקרטית. הביקורת השיפוטית החוקתית היישומית תיערך במצבים אלה בבית־המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, ולא בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים. יוזכר כי כאשר העתירה נותבה למסלול המופשט, ממילא ייערך המשך הדיון בה בבג"ץ.

המשותף למצבים הטיפוסיים שיתוארו מייד הוא שהעדפת המסלול הבג"צי על הערכאה הדיונית באותם מצבים מבוססת על הערכה מקדמית של בג"ץ, במסגרת יישומה של דרישת הבשלות היחסית, שלפיה התרומה הצפויה של הערכאה הדיונית לכירור העובדתי (במסלול היישומי) תהא נמוכה, כך שנשמט היתרון היחסי שלה, או שהיא נדחית מפני שיקולים

של השאלה החוקתית, אם אמנם הדבר יידרש. כדי למנוע את החשש מפני פגיעה בוודאות המשפטית בעקבות פסיקות סותרות של בתי משפט שונים, הצעתי היא שתוקפה של הכרעה חוקתית שתתקבל בערכאות הנמוכות יוגבל לצדדים לאותו עניין בלבד ולגבי ההליך המסוים, ולא תחול כלפי כולי עלמא. "גרונים" דברים במושב הפתיחה", לעיל ה"ש 200.

204 רע"א 732/05 האפוטרופוס הכללי נ' סלמה, פס' 19 (פורסם בנבו, 4.1.2007). ראו גם רע"א 8339/08 חברת כביש חוצה ישראל בע"מ נ' פורת, פס' 7 (פורסם בנבו, 3.12.2012).

205 עניין התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פסק־דינה של הנשיאה ביניש.

206 בית־המשפט העליון יוכל להידרש לשאלה החוקתית במסגרת ערעור (ולא כבג"ץ).

אחרים גוברים, באופן המצדיק בירור עובדתי (במסלול היישומי) בבג"ץ. מכיוון שמדובר במסלול היישומי, יש עדיין צורך בפרשנות ראשונית מטעם הרשות המבצעת וכיישומה במקרה קונקרטי אחד לפחות, שעל בסיסם תיערך הביקורת השיפוטית החוקתית בבג"ץ. (א) העובדות אינן חיוניות או שהן מוסכמות – הכוונה לשאלה שפתרונה אינו תלוי במצע עובדתי כלל²⁰⁷ או שהבירור העובדתי, אף שהוא עשוי לסייע, אינו חיוני להכרעה בה.²⁰⁸ מצב דומה נוסף הוא כאשר הצדדים מודיעים לבית המשפט על עובדות קונקרטיות מוסכמות, באופן שמיתר בירור עובדתי משלים מצידו של בית המשפט.²⁰⁹ ככל שקיימת חפיפה בין מצב זה לבין המצב שבו "כל יישום" יגרום לפגיעה, מלכתחילה יש לנתב את העתירה למסלול המופשט בבג"ץ.

(ב) הצורך בהכרעה שיפוטית מנחה – הכוונה לשני מצבים שבהם יש יתרון מוסדי לכך שהשאלה החוקתית תוכרע בהליך ריכוזי בבג"ץ, ולא בערכאה הדיונית. המצב האחד הוא כאשר הכרעה בבג"ץ עשויה לחסוך שורה של הליכים קונקרטיים²¹⁰ – למשל, כאשר מדובר בפגיעה מסוימת שעלולה לחזור על עצמה בהקשרים קרובים. מצב זה מבוסס על שיקולים של יעילות, האופייניים גם למצב הטיפוסי של "מאזן נוחות חוקתי" שתואר לעיל. אם הוא מתקיים, אזי מלכתחילה יש לנתב את העתירה למסלול המופשט בבג"ץ. המצב האחר הוא כאשר הכרעה בבג"ץ הכרחית על מנת להסיר חוסר בהירות סביב טענת הפגיעה.²¹¹ מצב זה מבוסס על שיקולים דומים לאלה המצויים בבסיסן של טענות בדבר פגיעה הסתברותית בכלל והשפעה מצננת בפרט. כאמור לעיל בחלק 2(ב), מצב של עמימות חוקתית עשוי להצדיק בירור של השאלה החוקתית במסלול היישומי. כאן ניתן להוסיף כי בג"ץ הוא ככלל הערכאה המתאימה לבירור שאלה זו, ככל שמתחייבת הכרעה מנחה שתסיר את חוסר הבהירות סביב טענת הפגיעה. אם הוכח קיומו של חשש ממשי להשפעה מצננת, אזי מלכתחילה יש לנתב את העתירה למסלול המופשט בבג"ץ.

"The issue here is purely legal, and will not be clarified by further factual development" 207
(Thomas v. Union Carbide Agric. Prods. Co., 473 U.S. 568, 581 (1985)).

"although it would be useful to have the benefit of California's interpretation of what 208
constitutes a demonstrated technology or means for the disposal of high-level nuclear
waste, resolution of the pre-emption issue need not await that development" (Pac. Gas
& Elec. Co. v. State Energy Res. Conservation & Dev. Comm'n, 461 U.S. 190, 201
(1983)).

Levin, לעיל ה"ש 136, בעמ' 463-464. 209

רותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית", לעיל ה"ש 10, בעמ' 100. 210

קיים צורך בהכרעה מיידית שתסיר את חוסר הבהירות סביב זכויות הפיצוי למפונים. 211
הפניית העותרים אל ועדות הזכאות לא תספק את ההכרעה המיידית והכללית המתחייבת
לאלתר" (עניין חוף עזה, לעיל ה"ש 53, בעמ' 582 (ההדגשה הוספה)). לגישה זו בארצות-
הברית ראו Fallon, לעיל ה"ש 8, בעמ' 964: "It is the Court's function sometimes to
resolve uncertainty and to ensure effective constitutional implementation by laying
down broad, clear rules or tests that may have the effect of establishing not just that a
.particular statute is unconstitutional in all applications, but that many others are, too"

(ג) הצורך בהכרעה שיפוטית בעלת חשיבות מיוחדת – כידוע, בג"ץ מוסמך להתערב בהליכים אזרחיים ופליליים תלויים ועומדים אשר מתבררים בערכאות הדיוניות עוד בטרם הוגש ערעור לבית־המשפט העליון. אמת־המידה הקבועה לכך היא מחמירה אך אפשרית – כאשר "העתירה מעלה לדיון נושא עקרוני ביותר, בעל השלכות רחבות טווח, ובנסיבות בהן דחייתה של העתירה תגרום להיווצרותו של נזק בלתי הפיך"²¹².

(ד) מצב התקלה המוסדית – הכוונה למצב שבו החוק עצמו, שחוקתיותו נבחנת, יוצר סיטואציה שבה אי־אפשר להעלות את הטענה החוקתית אלא בתקיפה ישירה בבג"ץ. דוגמה לכך מצויה בפסק־הדין שדן בחוק לביטול עבירות שנעשו בתקופת ההתנתקות, אשר משקף סוגיה חוקתית שאי־אפשר להעלותה אלא בתקיפה ישירה בבג"ץ, מכיוון שלשני הצדדים להליך בערכאה הדיונית אין אינטרס לתקוף את חוקתיות החוק, ואילו העותר הציבורי אינו יכול להצטרף כצד להליך בערכאה הדיונית.²¹³ עדיין, הביקורת השיפוטית החוקתית בבג"ץ במצב זה היא יישומית, במובן זה שהיא מחייבת החלטה קונקרטית של הרשות המבצעת (בין החלטה לקיים את החוק, בדרך מסוימת, ובין החלטה לא לקיים את החוק).

בכל המצבים הללו ראוי שבירור השאלה החוקתית, אשר נותבה למסלול היישומי, ייערך בבג"ץ. כאשר מצבים טיפוסיים אלה – שנתונים לשיקול־דעתו של בג"ץ – אינם מתקיימים, המודל המוצע מורה כי הביקורת השיפוטית החוקתית במסלול היישומי תיערך בערכאה הדיונית המוסמכת, אשר נהנית מיתרון יחסי בבירור העובדתי הנדרש.

4. סיכום המודל המשולש

שילוב של כל המרכיבים עד כה מביא לידי שכלול המודל לביקורת שיפוטית חוקתית באופן הבא:

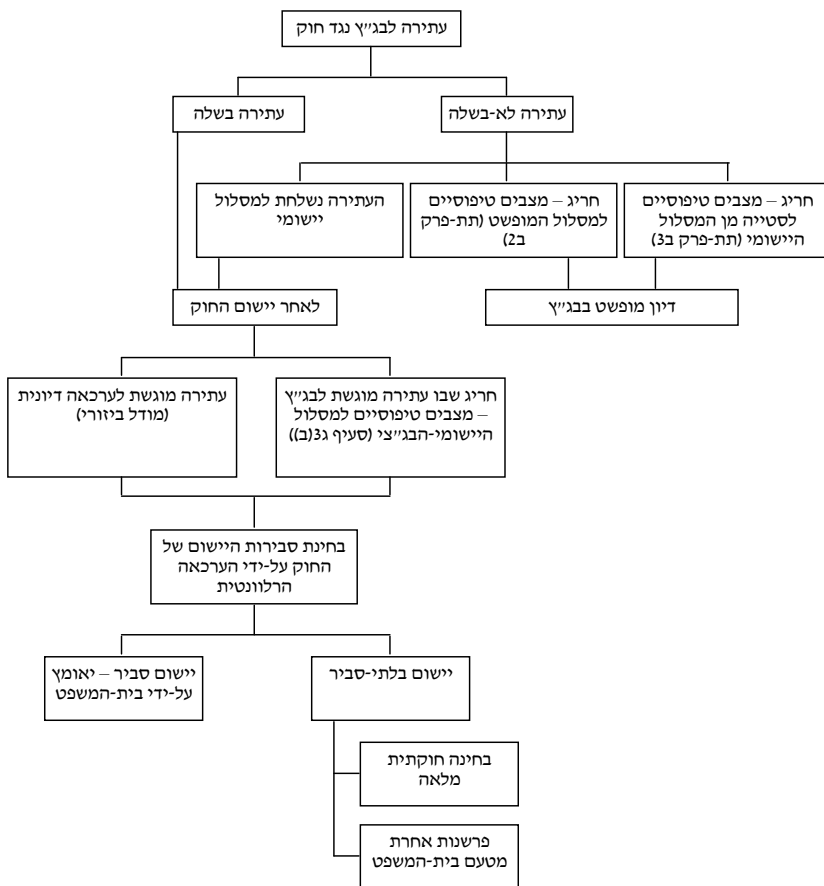
א. הפעלת דרישת הבשלות היחסית – כל עתירה חוקתית המוגשת לבג"ץ תיבחן על־פי עילת־הסף של בשלות יחסית. בג"ץ ינתב את העתירה למסלול היישומי או למסלול המופשט. עתירה שנותבה למסלול המופשט תידון לפניו (מצבים טיפוסיים למסלול המופשט ומצבים טיפוסיים לסטייה מן המסלול היישומי). לעומת זאת, עתירה שנותבה למסלול היישומי תידון בבג"ץ (מצבים טיפוסיים למסלול היישומי־הבג"צי) או בערכאה הדיונית והיא תקיים את דרישות המסלול היישומי.

212 בג"ץ 731/11 התנועה למען איכות השלטון נ' נשיאת בית המשפט המחוזי, פס' 7 (פורסם בנבו, 9.2.2011). השווו לאמת־המידה בעניינים מנהליים הקבועה בס' 6 לחוק בתי־משפט לעניינים מנהליים, שלפיו: "מצא בית משפט לעניינים מנהליים, לבקשת בעל דין, היועץ המשפטי לממשלה, או מיוזמתו, כי עתירה מינהלית שבפניו מעלה ענין בעל חשיבות, רגישות או דחיפות מיוחדת, רשאי הוא, לאחר שקיבל את תגובת בעלי הדין, להורות על העברת הדיון בעתירה לבית המשפט העליון בשבתו ככית משפט גבוה לצדק."

213 ראו עניין ניר, לעיל ה"ש 11, שבו החוק שנידון, במקרים שבהם הוא חל, שלל הליך בערכאה הדיונית וקבע חנינה מראש. העותרים, בעתירה לבג"ץ, לא יכלו על־כן להיות צד להליך משפטי רלוונטי בערכאה הדיונית (שם, פס' 18 לפסק־דינו של השופט ג'ובראן).

- ב. המסלול היישומי – תחילה תקבע הרשות המבצעת עמדה פרשנית ביחס לחוק הנידון, ותיישם אותה במקרה קונקרטי. עתירה שתוגש לבג"ץ או לערכאה הדיונית קודם למועד זה תידחה מטעמים של חוסר בשלות.
- ג. לאחר יישום קונקרטי ראשון תידון הטענה החוקתית בערכאה המתאימה (מצבים טיפוסיים למסלול היישומי-הבג"צי יידונו כבג"ץ, ואילו האחרים יידונו בערכאה הדיונית). ערכאה זו תבחן את סבירות פרשנותה של הרשות המבצעת. אם זו מביאה לידי הסרת הפגם החוקתי הנטען, תידחה הטענה החוקתית מטעמים של העדפת פרשנות מקיימת. לעומת זאת, אם פרשנותה של הרשות המבצעת אינה מביאה לידי הסרת הפגם החוקתי, תבחן הערכאה את חוקתיות החוק.
- ד. ככל שהטענה החוקתית הוכרעה בערכאה הדיונית, יהיה אפשר לערער על ההכרעה בזכות או ברשות, לפי העניין, לבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים. תרשים 1 מסכם את המודל המוצע.

תרשים 1: סיכום המודל המשולש המוצע של ביקורת שיפוטית חוקתית



מהן ההשלכות של מודל זה על כיוון התפתחותו של המשפט החוקתי בישראל? לכך יוקדש חלקה האחרון של הרשימה.

ד. השלכותיו של המודל המשולש

1. בית-משפט עליון לערעורים חוקתיים

הפרקטיקה החוקתית בישראל נעה בין הקוטב הקונטיננטלי לבין הקוטב האמריקני.²¹⁴ בטווח הארוך, שימוש גובר בדרישת הבשלות היחסית, כפי שיש להבינה, עשוי להוביל לשינוי בתפיסת תפקידו של בית-המשפט העליון ולהפיכתו לבית-משפט עליון לערעורים חוקתיים, בדומה למתכונת האמריקנית, המושתתת על פְּרִירַת תיקים עקרוניים,²¹⁵ כמקובל גם בשיטות משפט נוספות שבהן הביקורת השיפוטית החוקתית היא ביזורית.²¹⁶ הערכה זו מתבססת על שני טעמים עיקריים. ראשית, דרישת הבשלות מהווה מעטפת "מחזקת" לכמה מעילות-הסף החוקתיות הקיימות ממילא, אשר שמות דגש בתפקידו של בית-המשפט העליון כמכריע בסכסוך קונקרטי (ביניהן עתירה מוקדמת, עתירה כללית, עתירה תיאורטית וקיומו של סעד חלופי). שנית, דרישת הבשלות היחסית, כפי שהוצעה ברשימה זו, היא דוקטרינה עצמאית המאפשרת לבג"ץ לפתח כללים משלימים לצורך ויסות הטיפול בעתירות החוקתיות על-פני המערכת השיפוטית כולה.

בניגוד למה שנראה במבט ראשון, צעד כזה אינו כה מרחיק-לכת בשיטת המשפט. הוא עשוי להיות החוליה המשלימה במסורת המגובשת של בית-המשפט העליון שבבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים, פליליים ומנהליים. לפי מסורת זו, בית-המשפט העליון מעניק רשות ערעור רק בסוגיות בעלות חשיבות משפטית החורגת מן העניין הקונקרטי שיש לצדדים הישירים בהכרעה במחלוקת ביניהם.²¹⁷ אכן, "בית המשפט העליון שלנו, שהוא גם בית משפט עליון אזרחי וגם בית משפט עליון מנהלי, מן הדין שיהיה גם בית משפט עליון חוקתי".²¹⁸

האם אחרי שנים של ביקורת שיפוטית חוקתית מופשטת בבג"ץ, "בשלה" שיטת המשפט בישראל לעריכת שינוי כזה? פסקי-הדין שעסקו בדרישת הבשלות בעת האחרונה משקפים ניצנים של שינוי זהיר והדרגתי. על אופייה של השיטה החוקתית יש ללמוד לא רק מן המקרים שבהם התערב בג"ץ בחקיקה ראשית, אלא גם מן המקרים שבהם נמנע בג"ץ מלהתערב בחקיקה ראשית, והאחרונים משקפים מידה לא-מבוטלת של ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית. דרישת הבשלות היחסית היא קונסולידציה של רכיבים יישומיים שקיימים כבר בשיטה, והיא מעלה אותם אל פני השטח ומגבשת אותם לכלל מסגרת דוקטרינרית ברורה.

214 ברק "ביקורת שיפוטית צנטרליסטית", לעיל ה"ש 148, בעמ' 21; מרזל "מעמד הכנסת", לעיל ה"ש 6, בעמ' 385.

215 Kokott & Kaspar, לעיל ה"ש 157, בעמ' 812.

216 Fontana, לעיל ה"ש 79, בעמ' 626-627, 631.

217 ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור בע"מ, פ"ד לו(3) 123, 128 (1982).

218 אהרן ברק "יסודותיה של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת" מבחר כתבים כרך א 309, 315 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).

בעוד השיטה החוקתית בישראל עודנה בשלבי עיצוב, קשה לומר שמדובר בדוקטרינה הנוגדת את השיטה החוקתית. לעומס התיקים ההולך וגובר על בג"ץ עשויה להיות השלכה – לאורך זמן – גם על הפיתוח הדוקטרינרי של דרישת הבשלות כחלק מהמשפט החוקתי המהותי וככלי מרכזי להתמודדות עם העומס.²¹⁹

2. תפקידו של בג"ץ

המודל המשולש אינו שולל, כמובן, את עצם סמכותו של בג"ץ לדון בסוגיות חוקתיות בתקיפה ישירה (מופשטת או יישומית), מכוח סמכותו שבסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה.²²⁰ עם זאת, מערך השיקולים המורכב המשתקף מהמודל המשולש מביא לידי שרטוט מחדש של חלוקת העבודה בין בית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לבין בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים חוקתיים, ומייחד לבג"ץ שתי משימות עיקריות. המשימה הראשונה היא מקדמית, דהיינו, ניתוב העתירות החוקתיות לאחד משני המסלולים (היישומי והמופשט) באמצעות יישום דרישת הבשלות היחסית. המשימה השנייה היא דיון לגופו של עניין בעתירות החוקתיות אשר מקיימות את המצבים הטיפוסיים שאותם הגדרנו ברשימה זו: מצבים טיפוסיים למסלול המופשט; מצבים טיפוסיים לסטייה מן המסלול היישומי לטובת המסלול המופשט; ומצבים טיפוסיים למסלול היישומי-הבג"צי.

התמקדות זו תחזק את מעמדו של בג"ץ כמוסד שנותן סעד מידי ונחרץ במקרים של פגיעה בזכויות חוקתיות, שבהם יש להתערבותו יתרון יחסי על התערבותן של ערכאות אחרות ברשות השופטת. הפחתת העומס על בג"ץ, באמצעות משימתו הראשונה, עשויה להופכו למוסד אפקטיבי יותר,²²¹ ואולי אף משכנע יותר,²²² ובכך להעצים את תרומתו להגנה על זכויות האדם החוקתיות בישראל.

סיכום

דרישת הבשלות היא כלי מרכזי לוויסות עתירות חוקתיות המוגשות לבג"ץ.²²³ היא מאפשרת לבג"ץ לנתב את העתירות החוקתיות שמוגשות אליו בשני שלבים: בשלב הראשון דרישת הבשלות משמשת צומת הכרעה בנוגע להליך החוקתי הראוי – מסלול הבחינה

219 ראו Fontana, לעיל ה"ש 79, בעמ' 631; Peter Strauss, *One Hundred Fifty Cases per Year: Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action*, 87 COLUM. L. REV. 1093 (1987).

220 ראו עניין התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 33; מרזל "השעיית הכרות הבטלות", לעיל ה"ש 85, בעמ' 86.

221 "An overloaded constitutional court is problem with regard to constitutional efficiency" (Kokott & Kaspar), לעיל ה"ש 157, בעמ' 812.

222 "the more cases a court has to decide, the less convincing its decisions will be" (Fontana), לעיל ה"ש 79, בעמ' 631.

223 עניין התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 33; עניין לובל, לעיל ה"ש 2, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת נאור.

היישומית או מסלול הבחינה המופשטת; ובשלב השני היא משמשת אבן־פינה לרפורמה בהליך החוקתי בישראל.

השיקולים הנורמטיביים שבבסיסה של דרישת הבשלות היחסית, לצד הניתוח הריאליסטי שהוצע ברשימה זו, מובילים למסקנה כי מנגנון הוויסות המובנה בדרישת הבשלות היחסית הוא כלי אסטרטגי בידיו של בית־המשפט העליון, אך זאת לטובת העצמת ההגנה על הזכויות החוקתיות בישראל, ולא לטובת התחמקות מאחריותו זו. המצבים הטיפוסיים שתוארו, המובנים אל תוך דרישת הבשלות היחסית, משמרים את מעמדו של בג"ץ כערכאה ראשונה ואחרונה לתקיפה חוקתית ישירה של חוקתיות החוק. אך זאת, כאמור, במקרים שבהם יש לבג"ץ יתרון יחסי, תוך אימוץ אמות־מידה ברורות יותר להפעלת דרישת הבשלות במשפט החוקתי. דרישה זו אינה אלא – כפי שהוצע ברשימה זו – דרישה של בשלות יחסית.