

אליה וקוץ בה: המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה

מאת
בל יוסף*

תקציר

מאמר זה מאיר תופעה שלא נדונה קודם לכן: בית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, באופן מתמשך, נותן מעמד ליוזמות חקיקה בסוגיה המונחת לפניו. עצם קיומן של הצעות חוק או "יוזמות חקיקה" מוביל פעמים רבות להשגחה, לדחייה או למחיקה של ההליך המשפטי. הטענה המרכזית היא כי מדובר בתופעה רצויה, בראש ובראשונה משום שהיא מקדמת את הדו-שיח החוקתי בין הכנסת לבין בית-המשפט העליון. כמו-כן היא מקדמת ערכים כיעילות, ומהווה הכרה במקצועיותם של הגורמים האמונים על קידום החקיקה. אולם בד בבד יש לתופעה זו חסרונות בולטים, כגון העדר ידיעה על גורלה של יוזמת החקיקה, פגיעה בעקרונות שלטון החוק, פגיעה בפרטים המתדיינים, פגיעה בוודאות ומתן כוח רב בידי המדינה. על-כן נדרש ניתוח נורמטיבי של התופעה, שבמרכזו איזון בין היתרונות לחסרונות. המאמר מצביע על הצורך במסגרת עיונית למתן מעמד ליוזמות חקיקה, וכתוצאה מכך מציע מודל סדור למתן מעמד כאמור. מודל זה מורכב משבע אמות-מידה מנחות, שרק לאחר בחינתן יחליט בית-המשפט, בצורה מושכלת ומודעת, אם ליתן מעמד ליוזמת חקיקה.

מבוא

א. מתן מעמד ליוזמות חקיקה – הלכה ומעשה

1. הלכת מישראל

2. הלכה ואין מורין כן – מתן מעמד ליוזמות חקיקה בפסיקת בג"ץ

(א) השפעה דיונית טהורה

(ב) השפעה דיונית-מהותית

(ג) השפעה מסיימת-הליך

(ד) העדר השפעה

* תלמידה לתואר שלישי, הפקולטה למשפטים, מרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים, אוניברסיטת תל-אביב. מאמר זה מבוסס על עבודת-גמר לתואר שני בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. תודתי העמוקה נתונה לפרופ' אייל גרוס על ההנחיה ועל הערותיו החדות והמדויקות, וכן למרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים על התמיכה והסיוע בשלבי המחקר והכתיבה. תודות נוספות וגדולות לברק מדינה, לגאי כרמי, לחיים זנדברג, לעידו בן-יצחק, לרועי פלד ולחברי מערכת עיוני משפט על הערות והארות מאירות-עיניים. אני מבקשת להודות גם לפרופ' טווי נבות, שבזכותה רכשתי אהבה גדולה למשפט החוקתי.

3. הדין החדש
- ב. על הדבש ועל העוקץ: היתרונות והחסרונות של מתן מעמד ליוזמות חקיקה
1. ביקורות מרכזיות
 - (א) כלי בידי המדינה
 - (ב) פגיעה בעקרון שלטון החוק
 - (ג) הטעמים המעשיים – גורלה של יוזמת החקיקה
 - (ד) פגיעה בפרטים המתדיינים
 - (ה) פגיעה בוודאות
 2. יתרונות מרכזיים
 - (א) קידום הדו־שיח החוקתי וכיבוד הכנסת
 - (ב) יעילות
 - (ג) מקצועיות
 3. על שיקולים ותהיות (לבר־)משפטיים
- ג. הדו־שיח החוקתי ואמות־המידה המנחות
1. דו־שיח חוקתי בישראל
 2. אמות־המידה המנחות
 - (א) על הצעת החוק לעמוד במשך פרק־זמן סביר
 - (ב) יש לתת להליך החקיקה מעמד למשך פרק־זמן קצוב וסביר
 - (ג) אין לתת מעמד להצעת חוק שנדחתה מפורשות
 - (ד) על הליך החקיקה להיות בשלב רשמי
 - (ה) יש לבחון את היתכנותו של הליך החקיקה
 - (ו) יש לבחון את הפגיעה בצדדים
 - (ז) יש לבחון את ציבוריותה ורגישותה של הסוגיה

סיכום

מבוא

לאחרונה הולכים וגוברים הקולות והמאמרים שדנים ברבדים שונים של הדו־שיח החוקתי שבין בית־המשפט העליון לכנסת. במאמר זה אבקש להוסיף עוד מקצת: אבקש לחשוף לראשונה את העובדה שבית־המשפט העליון, כעניין שבשגרה, נותן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה; לדון במשמעות הנורמטיבית של הסוגיה;¹ ולטעון כי יש בכוחו של מעמד זה כדי לקדם את הדו־שיח החוקתי.

1 אהרן ברק וברק מדינה אך נגעו בסוגיה. אצל שניהם נערך הריון בעקיפין ועל קצה המזלג, אך בשורה התחתונה כל אחד מהם, מנקודת־מבטו, סבר כי מדובר בתופעה רצויה. אהרן ברק "שותפות ודיאלוג בין הרשות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת" מאזני משפט ד 68, 51 (2005) (להלן: ברק "שותפות ודיאלוג"); Barak Medina, *Strategic Considerations*

במה דברים אמורים? מתנהל הליך בג"ץ באשר לסוגיה מסוימת, ובמקביל אליו מונעת יוזמת חקיקה. לנוכח קיומה של אותה יוזמת חקיקה, בית-המשפט עושה בה שימוש פרשני-השראתי, משהה את הדין, משהה את ההכרעה או דוחה או מוחק את העתירה. הדבר עומד בניגוד לדין הקיים. ידועה ההלכה שהשתרשה לה בעניין מישראל², שלפיה יש לפעול על בסיס הדין הקיים, ולא על בסיס זה שאולי – אם בכלל – יהיה. קביעה זו רלוונטית לא רק לרשות המנהלית, אלא גם – ולטעמי בעיקר – לבית-המשפט עצמו, ולו לנוכח עקרון שלטון החוק. זאת ועוד, המעמד האמור ניתן בהעדר דיון סדור ברצותו ובהנמקות שיש להביא בחשבון בעת נתינתו.

מדובר למעשה במעין "הלך-רוח פסיקטי": כפי שיהיה אפשר להיווכח בהמשך, מדובר בתופעה, ולא אך בהחלטה נקודתית של שופטת פלונית. הפסיקה מגלה נטייה של ממש לעשות שימוש באפשרות זו שבידיה. נטייה זו התעצבה בהעדר יד מכוונת, באופן לא-סדור ואף סותר לעיתים, במקרים מסוימים כמעט שרירותי ובהקשרים אחרים עם צביון פוליטי. ברובם הכמעט-מוחלט של המקרים לא הקדישה הפסיקה כל דיון לכך, והאזכורים של פסקי-דין קודמים בהקשר זה הם דלים ביותר. אף-על-פי-כן נוצר מצב עקבי כמעט, שבו בית-המשפט העליון נוטה להביא בחשבון במערך שיקוליו את קיומה של יוזמת חקיקה, וזו משפיעה על ההליך המשפטי או על ההכרעה. לכן המאמר מבקש לבחון את התופעה משתי נקודות-מבט (וזמן) שונות: בכל הנוגע באופן שבו עוצב הלך-הרוח הפסיקטי, יהיה הדיון דסקריפטיבי ובמבט לאחור; ואילו בכל הנוגע בשאלה כיצד ראוי לעצבו, יהא הניתוח נורמטיבי באופיו ויצפה פני עתיד.

הדיון הדסקריפטיבי ייערך בפרק א: אציג את הלכת מישראל ואת הטעמים שביסודה, ולאחר-מכן אתמקד באופן שבו הסוגיה באה לידי ביטוי כיום. באמצעות חלוקה של הסוגיה לכמה קטגוריות אדגים כיצד נתן בית-המשפט משקל ליוזמות חקיקה במקרים שבהם הובא לידיעתו דבר קיומן. פרק ב יתבסס על קודמו, ויבחן את יתרונותיה וחסרונותיה של התופעה. יש מאלה ומאלה, והם ישמשו בסיס לעיצוב אמות-המידה המנחות למתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה. פרק זה ייחתם בדיון בטיבם של השיקולים הלבנר-משפטיים שמתחייבים מהדיון במתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה. בפרק ג ארחיב על הדו-שיח החוקתי הישראלי, הוא-הוא התשתית המצדיקה המרכזית להכרה במעמדן הנורמטיבי של יוזמות חקיקה, ולאחר-מכן אפרוש את שבע אמות-המידה המנחות, שביכולתן להוביל להגשמה ניכרת של היתרונות הגלומים בתופעה ולמזעור משמעותי של החסרונות הקיימים בה.

הטענה המרכזית במאמר היא כי מתן מעמד ליוזמות חקיקה משקף ככלל ריסון שיפוטי, ותורם לכבוד ההדדי בין בית-המשפט העליון לכנסת ולקידום הדו-שיח החוקתי בין שתי רשויות חשובות אלה. קידום הדו-שיח החוקתי הוא תוצר רצוי בפני עצמו, לנוכח יכולתו הניכרת של דו-שיח זה לקדם זכויות אדם. אולם לנוכח החסרונות המשמעותיים הקיימים בתופעה, על הריסון להיות מרוסן גם הוא. מכאן הצורך באמות-המידה המנחות, שעליהן

Behind Normative Explanations: Lessons from Israel's Supreme Court Expropriations

.Case: *A Reply to Haim Sandberg*, 11 INT'L J. CONST. L. 771, 773–76 (2013)

2 בג"ץ 3872/93 מישראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הרתות, פ"ד מ(5) 485 (1993) (להלן: עניין מישראל).

יהא על בית-המשפט להישען בשוקלו ליתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה: על הצעת החוק לעמוד במשך פרק-זמן סביר (לפני מתן המעמד); על בית-המשפט לתת להליך החקיקה מעמד למשך פרק-זמן קצוב וסביר; אין לתת מעמד להצעת חוק שנדחתה מפורשות; על הליך החקיקה להיות בשלב רשמי; יש לבחון את היתכנותה של יוזמת החקיקה; יש לבחון את הפגיעה בצדדים; וכן יש לבחון את ציבוריותה ורגישותה של הסוגיה.

ביסוד המודל המוצע עומד איזון. זהו איזון עדין ושברירי, שנע בין הרצון ליצור דר-שיח פורה, אמיתי ומכבד בין בית-המשפט העליון לכנסת, שיוביל לקידום זכויות אדם, לבין הרצון לשמור על דוקטרינות ועקרונות-יסוד המושרשים בשיטת המשפט שלנו. משכך, יש מקרים שבהם ראוי ליתן בכורה לעצם העובדה שהכנסת מצויה בהליך חקיקה ועמלה על סוגיה שעומדת לפתחה, ויש מקרים שבהם אינטרסים שונים יתנו את הבכורה להכרעה השיפוטית, שלא תוכל לחכות עד אין קץ או עד אשר יאמר המחוקק את דברו. מודל זה, שמבקש להציע תשתית תיאורטית שנעדרת מהשיח כיום, שואף להגיע לאותו איזון.

א. מתן מעמד ליוזמות חקיקה – הלכה ומעשה

בפרק זה אבקש להצביע על מקרים שבהם לקיומה של יוזמת חקיקה היה משקל כלשהו במסגרת הליך שיפוטי. הווה אומר, סוגיה כלשהי מונחת לפני בית-המשפט, במהלך הדיונים עולה כי יש יוזמת חקיקה שבכוחה להשפיע על אותה סוגיה, ובית-המשפט, בהכרעתו, מביא בחשבון את קיומה. הבחירה במונח "יוזמת חקיקה" אינה מקרית כלל. כפי שיהיה אפשר להיווכח בהמשך, בית-המשפט אינו תוחם את עצמו למצב של הצעת חוק במובנה הפורמלי – זו שמוסדרת בתקנון הכנסת ומפורסמת בפרסום רשמי מטעם הכנסת (הידוע כ"נוסח כחול" או "נוסח פונץ'-בננה").³ בית-המשפט מתייחס לרוב אל כל שלבי החקיקה כאל מקשה אחת, ונמנע מלהבחין בין שלבים מקדמיים מאוד של הליך החקיקה (דוגמת שלבים של גיבוש חקיקה או אף הצהרת כוונות ממשלתית ביחס לחקיקה עתידית) לבין שלבים מגובשים יותר של הצעת החוק (דוגמת הכנה בוועדה לקראת הקריאות השנייה והשלישית). לנוכח זאת, ההתייחסות במאמר זה היא אל יוזמות חקיקה – מונח שיכלול את כל השלבים של הליך החקיקה, הפורמליים והלא-פורמליים כאחד.

המאמר מבקש להתמקד ככל האפשר ביחסים שבין בית-המשפט העליון לכנסת. בחינה מעמיקה של היחסים הללו מגלה עולם עשיר – עשיר בהרבה משאלת הלגיטימיות של ביקורת שיפוטית שבה נהוג לעסוק בהקשר של יחסים אלה. מוסדות אלה הם שעומדים ביסוד התופעה, ולנוכח יחסים מוסדיים אלה ייערך הדיון הנורמטיבי כולו. הדו-שיח החוקתי שבו אדון במאמר זה, ואשר אליו אתייחס כאל התוצר הראוי והרצוי של המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה, מוציא מתחולתו שחקנים נוספים.⁴ על-כן, ראשית, אסופת המקרים שעליה

3 נוסח כחול הוא הנוסח המונח על שולחן הכנסת לפני הקריאה הראשונה (רלוונטי רק להצעות חוק מטעם חברי כנסת או ועדות הכנסת), ונוסח פונץ'-בננה הוא הנוסח המונח על שולחן הכנסת לקראת הקריאות השנייה והשלישית. נוסח זה קרוב לרוב בתוכנו לנוסח הסופי.

4 לגישות דיאלוגיות אחרות, שמביאות בחשבון טווח רחב יותר של שחקנים חוקתיים (דוגמת הממשלה, גופים בין-לאומיים, הציבור הרחב, החברה האזרחית), ראו, למשל: Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577 (1993); Kent Roach, *Constitutional*,

אצביע מתמקדת אך בהליכי בג"ץ שהתייחסו ליוזמות של חקיקה ראשית. זאת, אף שניתן להוות תופעה זו גם כאשר בית-המשפט העליון יושב כבית-משפט לערעורים,⁵ וגם בהתייחס ליוזמות של חקיקת-משנה.⁶ שנית, סוגיות אחדות מתקשרות באופן ישיר לנדבכים שונים של המשפט המנהלי, של יחסי כנסת-ממשלה או של בג"ץ כמוסד. הדבר בלתי-נמנע, כמובן. הקשר בין הכנסת לממשלה, על כל שעולה הימנו, הוא דק, עדין ומורכב לא פחות מהקשר שבין הכנסת לבין בית-המשפט העליון. אי-אפשר לדון בדו-שיח החוקתי כמובן שבו אני דנה תוך התעלמות מוחלטת מהסוגיות שעולות ממנו, בין במישור המנהלי הטהור ובין דרך הבחינה החוקתית של יחסי כנסת-ממשלה. אולם התובנות המרכזיות שאבקש לדון בהן במאמר זה יידונו מהזווית שבמרכזה הדו-שיח החוקתי, ולא מהזוויות האחרות (והמרתקות כשלעצמן) המתקשרות לדיון. שלישית, פריזמת הבחינה של מתן מעמד ליוזמות חקיקה תידון ברמה המוסדית. הניתוח הטקסטואלי של הפסיקה אינו צופה פני שופט מסוים, ואינו מנסה לנתח מגמות שונות אצל שופטים שונים.⁷ הוא צופה פני בית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, ומבקש להצביע על עצם קיומה של התופעה ועל כלל השלכותיה.⁸

Remedial, and International Dialogues about Rights: The Canadian Experience, 40
(Roach, *Dialogues about Rights*: (להלן: TEX. INT'L L.J. 537, 547 (2005).

5 ראו ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו"ד (4) 1, 4-5 (2002); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 4.5.2006); דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 196 (2005) (להלן: דנ"א א.ש.ת.).

6 למקרים שבהם השהה בית-המשפט את העתירה לנוכח קיומם של הסדרים, שינויי מדיניות והליכים של התקנת תקנות, ראו בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, פס' 8-9 לפסק-דינו של השופט לוי (2006); בג"ץ 5917/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים, פס' 5 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 8.10.2009); בג"ץ 2467/05 גורנברג נ' הממונה על ארכיון צה"ל ומערכת הביטחון, פס' 9 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 13.1.2010). עוד ראו בג"ץ 4128/14 ישיבת "אשרי האישי" נ' משרד החינוך, פס' 10 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 7.9.2014), שם נדחתה העתירה כליל אך משום קיומה של עבודת מטה לבחינת מדיניות התמיכה במוסדות תורניים.

7 יתר על כן, אין כל טעם לקיים במסגרת זו ניתוח פרסונלי ולהעלות השערות באשר לתפיסת-העולם השיפוטית של שופט זה או אחר. זאת, משום שלעיתים, כפי שיהיה אפשר להיווכח, אותו שופט נותן מעמד להצעת החוק במקרה מסוים ומסרב לעשות כן במקרה אחר. משכך, במקרה זה הטעם בניתוח פרסונלי הוא קל-ערך, וממילא חורג ממסגרת דיוני.

8 ראו גישה זו לניתוח מוסדי גם אצל מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 139 (1993): "מובן, כי בדברנו על בית-המשפט העליון, אין אנו דנים רק במוסד מופשט, אלא באנשים בשר-ורם, המאיישים אותו. מבחינה זו, אין ספק כי דרך פעולתו של בית-המשפט מושפעת מן ההשקפות, מבנה האישיות והניסיון האישי של שופטי. אולם, דרך פעולתם של מוסדות מותנית באופן חלקי בלבד בזהותם של בני-האדם המאיישים אותם... בעלי-תפקידים, יהיה אופיים אשר יהיה, מוצאים עצמם תמיד מוגבלים על-ידי מספר מסוים בלבד של דרכי פעולה, שמעמידה לרשותם הסביבה שבגדרה הם פועלים, ובין היתר, על-ידי מספר מסוים בלבד של אופציות תרבותיות, העומדות לרשותם כדרכי פעולה שייחשבו קבילות ואפשריות על-ידי בני-האדם שבקרבם הם פועלים."

כפי שיהיה אפשר להיווכח, טווח זמנים רחב משקף את התופעה, ובכל קטגוריה שתוגדר בהמשך יהיה אפשר לראות שפסקי-הדין בה הם עדכניים ומתפרשים על-פני עשור לכל-הפחות. מלאכת איתורם של פסקי-הדין נעה על ציר זמן ממושך, שתחילתו בסוף שנת 1993, כאשר ניתנה הלכת מישראל, ועד אפריל 2015. המחקר שם דגש מיוחד בתקופה שבין ינואר 2012 לאפריל 2015, על-מנת להציג תיאור מעודכן ומקיף ככל האפשר.

1. הלכת מישראל

בשלהי אוקטובר 1993 ניתן פסק-הדין בעניין מישראל. פרשה זו עסקה במדיניות הממשלה שלפיה אין להתיר ייבוא פרטי של בשר. ברקע הדברים התנהל תהליך של גיבוש מדיניות ממשלתית להפרטת ייבוא הבשר, אשר עד לאותה נקודה נעשה על-ידי המדינה בלבד. העותרת עתרה לקבלת היתר לייבוא בשר לא-כשר, וסורבה על בסיס אותה מדיניות.⁹ טיעונה העיקרי של העותרת היה שהמדיניות הממשלתית שלפיה אין להפריט את שוק ייבוא הבשר נעוצה בשיקול דתי של כשרות, המהווה שיקול זר לעניין זה, שהממשלה אינה רשאית להתחשב בו. הממשלה טענה כנגד זה כי על-אף תמיכתה בהפרטת שוק ייבוא הבשר, היא החליטה להקפיד את המדיניות הנהוגה "עד שהכנסת תאמר את דברה".¹⁰ בית-המשפט מיאן לקבל את טענת הממשלה, שנסמכה על הליך החקיקה שהתקיים באותה עת בכנסת. השופט אור, שכתב את פסק-הדין העיקרי, ניסח את השאלה שעלתה בעקבות טענה זו כך: "האם בכך שבית המחוקקים מתבקש לומר את דברו ולהסדיר את הנושא הנדון בעתירה הסדר של קבע, יש כדי למנוע התערבות בית-משפט זה בהחלטת הרשות הציבורית, אם ימצא שדינה להיפסל לגופו של עניין?"¹¹ על שאלה זו השיב השופט אור בשלילה. תוך הסתמכות מפורשת על עניין מנינג,¹² שם נדחתה הטענה כי דיון בוועדה מוועדות הכנסת יש בו כדי לעכב הליכי הסגרה, ועל עניין פר"ח,¹³ שבו נקבע כי בהליכי גיבוש תקנות אין כדי לשנות מהכרעת בית-המשפט,¹⁴ הוא קבע כך: "אכן, על כל רשות מינהלית לפעול ולהפעיל סמכותה בהתאם לדין הקיים, ואין היא רשאית שלא לעשות כן בגלל אפשרות שחקיקה עתידית תשנה את התמונה ותפתור בדרך כלשהי את הבעיה

9 לפירוט ראו עניין מישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 491-496, ואצל: Tsvi Kahana, *Majestic Constitutionalism? The Notwithstanding Mechanism in Israel*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 73, 77-78 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

10 עניין מישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 495.

11 שם.

12 בג"ץ 3806/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז(3) 420 (1993).

13 בג"ץ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת – עמותת נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715 (1993) (להלן: עניין פר"ח).

14 על יוזמת החקיקה שהייתה ברקע הדברים כתב השופט אלון כך: "הצעות אלה תבוא – לכשתבוא – שעת העיון והדיון בהן על-ידי אלה המוסמכים לכך. אנו אין לנו אלא לפסוק את דיננו בפרשת הדברים והטענות כפי שעלו לפנינו." שם, בעמ' 733. הדברים נעדרו תשתית עיונית נוספת.

המתעוררת עתה בבית המשפט.¹⁵ השופט אור ציין שני טעמים להלכה זו: האחד, חובתה של הרשות המנהלית להחליט לפי הדין הקיים – הרשות אינה יכולה להתפרק מסמכותה אך לנוכח הסיכוי שחקיקה עתידית תפתור את הסוגיה; והאחר, אי-הוודאות המאפיינת את הליך החקיקה מעצם טיבו. בהקשר אחרון זה הוא פירט ארבעה טעמים: אי-אפשר לדעת אם החוק יחוקק; אי-אפשר לדעת מתי החוק יחוקק; אי-אפשר לדעת כמה זמן יימשך הליך החקיקה; ואי-אפשר לדעת מה יהיה תוכן החוק.¹⁶

על-כן קבע השופט אור בזו הלשון: "סיכומה של נקודה זו הוא אפוא, שאין בהחלטה על הגשת הצעת חוק בנושא הפרטת יבוא הבשר מענה לעתירת העותרת, ומן הראוי לבחון את החלטת הממשלה על עיכוב ההפרטה, על נימוקיה, לגופה".¹⁷ היבט בעל חשיבות מכרעת הוא שאמירה אחרונה זו לא נאמרה ביחס לממשלה, המשיבה, אלא הופנתה לבית-המשפט פנימה.¹⁸ משתמעת ממנה חובתו של בית-המשפט להכריע במקרה שלפניו על-סמך הדין הקיים. כפי שהדגיש גם ברק מדינה, בתי-המשפט "צריכים לפסוק בהתבסס על הדין הקיים, ולא על בסיס הדין שיהיה אם החקיקה החדשה שבלב הבחינה תיכנס לתוקף".¹⁹ כך עולה גם מעניין פ"ח וכן מעניין יקותיאל, שם הדגיש השופט חשין את אותה חובה המוטלת על בית-המשפט: "כהלכה המקובלת עלינו מכבר נפסוק על-פי הדין הקיים ולא נמתין לשינוי הדין".²¹

15 עניין מיטראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 496.

16 שם. שני הטיעונים הראשונים הוזכרו פעמיים – כאשר לחוק בשלמותו וכאשר לעצם הדיון בהצעת החוק. זאת ועוד, השופט אור אינו מבאר כל אחד מהטעמים ואת ההבחנות היסודיות שבין "מתי החוק יחוקק" לבין "כמה זמן יימשך הליך החקיקה", למשל. אולם ניתן להניח שהיבטים מעשיים – כגון חקיקה שנמשכת זמן רב, האפשרות להחיל דין רציפות וכדומה – הם שעמדו ביסוד ההבחנה.

17 שם, בעמ' 496-497. באותו מקרה הובילה בחינת ההחלטה לגופה לקבלת העתירה. נקבע כי השיקול הרתי שאותו שקלה המדינה בדונה אם להפריט את שוק יבוא הבשר הוא שיקול פסול, אף אם הוא נובע מהסכם קואליציוני, שנהוג להתערב בו בצמצום בלבד.

18 זאת, מבלי להפחית מחשיבותה של ההלכה אשר פונה לרשות המנהלית ומדגישה את חובתה לעשות רק את אותן פעולות שהיא הוסמכה לעשות בחוק. ברק-ארז עמדה על כך מפורשות: "בחינת חוקיות פעולתה של הרשות נעשית בהתייחס לדין החל עליה במועד ההחלטה. בפסיקה הודגש, בכמה הזדמנויות, כי הרשות אינה יכולה לפעול בהתאם לתחזיותיה לגבי הסיכויים במצב המשפטי. כל עוד לא שונה החוק, על הרשות לפעול בהתאם למצב המשפטי הנוהג." דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 100 (2010). וראו בפסיקה: בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353, 357 (1994); בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עיוניים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 831 (1999); בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פס" 16 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 2.7.2014) (להלן: עניין ייצוא הגז הטבעי).

19 Medina, לעיל ה"ש 1, בעמ' 773.

20 בג"ץ 6741/99 יקותיאל נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673 (2001). ראו גם שם, החלטה מיום 19.11.2000 (פורסמה באר"ש).

21 עניין יקותיאל, לעיל ה"ש 20, בעמ' 717. הדברים בולטים במיוחד כאשר משווים אותם לבג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.3.1994) ולבג"ץ 28/94 צרפתי נ' שר הבריאות,

2. הלכה ואין מורין כן – מתן מעמד ליוזמות חקיקה בפסיקת בג"ץ

חרף כל אותן פסיקות שצוינו לעיל, פסקי-דין רבים ושונים נתנו מעמד ליוזמות חקיקה. אסקור להלן כמה פסקי-דין בולטים בהקשר זה, תוך הצגתם בצורה תכליתית ביותר במטרה להתמקד במתן המעמד. מובן שלא כל פסקי-הדין ישקפו את המסקנה האמורה באותה עוצמה. לעיתים הדבר נאמר מפורשות, ולעיתים בין השיטין. לעיתים המעמד הוא מובהק ומשמעותי, ולעיתים הוא קל-ערך ונוזח לצד. אף-על-פי-כן, בכל פסקי-הדין הללו יש כדי להוביל למסקנה שקיימת נטייה לתת מעמד ליוזמות חקיקה.

פסקי-הדין שעליהם יתבסס הטיעון מחולקים לשלוש קטגוריות. יוער כבר עתה כי התופעה של מתן מעמד ליוזמות חקיקה קיימת גם ברמה הפרשנית, כאשר היא מהווה מקור השראה להכרעה, אחד מני רבים,²² אולם מעמד פרשני-השראתי אינו מעלה את אותם

פ"ד מט(3) 804 (1995). בשני אלה נשען בית-המשפט על הלכת מישראל, אך בה-בעת השהה את עתירתו כדי לתת לרשויות שהות לקדם את הליכי החקיקה. ניתן לסבור כי במקרים אלה ראה בית-המשפט את ההלכה כחלה אך על הרשות המנהלית, ולא עליו.

22 ראו, למשל, בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 26 (1996); בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(2) 757, 778, 783 (1997); בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נ(4) 203, 214 (2002); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פס' 3 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 13.6.2006); בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, פ"ד סא(3) 93, פס' 20 לפסק-דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 8.10.2006); בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פס' 14 (פורסם בנבו, 5.2.2013); בג"ץ 2030/12 הדר נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון – משרד האוצר, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 26.2.2013); בג"ץ 5975/12 חטיבת מפיצי הסיגריות במכונות אוטומטיות נ' משרד הבריאות, פס' 13-14 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 3.7.2013) (להלן: עניין חטיבת מפיצי הסיגריות); בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אורחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון (פורסם בנבו, 14.10.2013) (להלן: עניין אומ"ץ); בג"ץ 7009/04 עיריית הרצליה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 67 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 5.2.2014); בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים לפי חוק הסכמים לנשיאת עובדים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פס' 17-18 לפסק-דינה של השופטת חיות ופס' מה-מו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 18.9.2014); וכן בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פס' 39 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 15.4.2015).

יוער כי גם העובדה שיוזמת חקיקה כלשהי לא קודמה יכולה להוות מקור לאותה "השראה פרשנית". ראו בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 518-519 (2004); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 482 (2005); בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פס' 10 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 28.7.2008); עניין בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, לעיל בהערה זו, פס' 13 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה; דנג"ץ 5967/10 המוסד לביטוח לאומי נ' כהן, פס' 50 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור, פס' ו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין ופסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 14.4.2013) (להלן: דנג"ץ כהן). את התופעה הזו אני מכנה "מעמד פרשני שלילי". אין מדובר בהעדר מעמד, קרי, בכך

יתרונות וחסרונות שארון בהם בהמשך, ולכן אינו מהווה קטגוריה עצמאית הראויה לבחינה. הסקירה שלהלן תבקש להתמקד באותם מקרים שבהם למתן המעמד הייתה השפעה ממשית. הקטגוריה הראשונה שתיבחן היא של השפעה דיונית.²³ זוהי קטגוריה רחבה, שכוללת שני סוגים של מצבים. האחד הוא מצב של "השפעה דיונית טהורה": ההליכים הושהו, אך יוזמת החקיקה לא הבשילה, ופסק-הדין ניתן לבסוף על בסיס הדין שהיה קיים גם קודם ליוזמת החקיקה. המצב האחר הוא מצב של "השפעה דיונית-מהותית": ההליכים הושהו, בתוך תקופת זמן זו הבשילה יוזמת החקיקה לכלל חוק, ופסק-הדין שניתן לבסוף התבסס על הדין החדש. בכל המקרים שנסקרו המשתייכים לתת-קטגוריה זו הסתיים ההליך בדחייה או במחיקה של העתירה. חשוב להדגיש כי החלוקה להשפעה דיונית טהורה ולהשפעה דיונית-מהותית נועדה רק לצורך הצגה טובה וברורה יותר של המקרים, ואין לה משמעות נורמטיבית, שהרי לומר כי רק השפעה דיונית טהורה היא ראויה ויש בה כדי להוביל לדיאלוג משולה לאמירה שלפיה בית-המשפט צריך לכבד את המחוקק רק כל עוד המחוקק אינו משנה דבר.²⁴ העדר הכרה במעמד נורמטיבי שמובייל להשפעה דיונית-מהותית משול להעדר הכרה בכל סוג של מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה. ניתן להדגים זאת באמצעות התייחסות למוסדות השונים. ההכרה במעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה היא דוקטרינה שיפוטית מופנית לבית-המשפט. היכולת לחוקק, גם אם בזמן ההליך המשפטי, מופנית כמוכח לכנסת. המעמד הדיוני (הטהור או המהותי) צריך לבחון את ההפעלה השיפוטית של הדוקטרינה, ולא את השאלה אם החוק הבשיל בסופו של יום. לכן ההבחנה בין השפעה דיונית טהורה להשפעה דיונית-מהותית היא לצורכי נוחות בלבד, ואין בה כדי להוות בסיס לניתוח הנורמטיבי שבהמשך. הקטגוריה השנייה עניינה השפעה מסיימת-הליך. לפסקי-הדין בקטגוריה זו – אשר נבדלים לעיתים זה מזה, בעיקר במשך הזמן שבו היה בית-המשפט נכון להמתין ליוזמת החקיקה – יש שלושה מאפיינים משותפים: יוזמת החקיקה לא הבשילה עד למתן פסק-הדין; היא היוותה את הטעם העיקרי לסיום חיי העתירה; והעתירה באה לסופה בדחייה או במחיקה של ההליך.

שבית-המשפט אינו נותן כל משקל לקיומה של יוזמת החקיקה, אלא מדובר במעמד נורמטיבי לכל דבר: בית-המשפט נותן משקל (שלילי) לכך שקיימת יוזמת חקיקה שלא קודמה, ומבקש ללמוד מכך מסקנה נורמטיבית. אולם הסקת מסקנה פרשנית מהעדר הבשלה של יוזמת חקיקה אינה עומדת במרכזה של רשימה זו, לנוכח השוני בהשלכות הנורמטיביות שלה.

23 יוער כי ניתן להצביע גם על מקרים שבהם הובילה יוזמת החקיקה להצעה שיפוטית להסדר דיוני. כך היה בבג"ץ 7197/13 שמש נ' המשרד לשירותי דת, פס' ט לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 22.10.2014), ובבג"ץ 9488/11 מישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד החקלאות ופיתוח הכפר, פס' יב לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 3.2.2015) (להלן: עניין מישראל 2015), שבהם נדחו לבסוף הצעות אלה על-ידי הצדדים, וכך היה גם בבג"ץ 6657/97 פרמינגר נ' לשכת עורכי הדין בישראל (פורסם באר"ש, 14.6.1999).

24 לדיון דומה ראו את ביקורתו של וולדרון באשר לתיאוריית הדיאלוג. לגישתו, הגם שמכנים את יכולת התגובה החקיקתית של המחוקק "דיאלוג", הלכה למעשה מצופה שהמחוקק יטמיע את פסיקת בית-המשפט, ולא ינהג באופן עצמאי כפי שהוא מוצא לנכון. Jeremy Waldron, *Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators*, 23 Sup. Ct. L. Rev. 7, 7–8 (2004). ראו גם: .F.L. Morton, *Dialogue or Monologue*, POLICY OPTIONS 23 (Apr. 1999).

הקטגוריה השלישית היא של העדר השפעה. עניינה בפסקי-הדין שבהם סירב בית-המשפט ליתן מעמד ליוזמת החקיקה שהייתה ברקע ההליך.

כבר כעת, בהסתכלות על תמונה מספרית בלבד של הפסיקה שניתנה מינואר 2012 עד אפריל 2015 (בתקופה זו נבחנו כל פסקי-הדין של בית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ שפורסמו), ניתן לראות הן את עצם התופעה והן את חוסר האחידות. מתוך עשרים וארבעה פסקי-הדין מתקופת זמן זו שבהם נמצא אזכור כלשהו של יוזמת חקיקה, בשבעה שימשה יוזמת החקיקה להשראה פרשנית,²⁵ ובאחד ניתן לה מעמד פרשני שלילי;²⁶ בארבעה השהה בית-המשפט את הדיון לנוכח קיומה של יוזמת חקיקה;²⁷ בשמונה הובילה יוזמת החקיקה לדחיית העתירה או למחיקתה;²⁸ בשניים הובילה יוזמת החקיקה להסדר דינוי;²⁹ ובשניים הוחלט כי אין ליתן מעמד ליוזמת החקיקה.³⁰ יוער כי במסגרת תמונה מספרית זו לא היה כל משקל לשאלה אם דובר בעתירה נגד חוקתיותה של חקיקה ראשית.

(א) השפעה דיונית טהורה

ברנג"ץ ברנר-קדיש³¹ דובר בעתירתן של שתי נשים שחיות יחדיו, ולהן ילד, אשר ביקשו מבג"ץ כי יורה לשר הפנים לרשום את האם הלא-ביולוגית כאם המאמצת של בנן. זאת, לאחר שבמדינת קליפורניה כבר ניתן צו אימוץ. בבג"ץ נקבע כי יש להורות על הרישום

25 עניין פלונית נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 22; עניין חטיבת מפיצי הסיגריות, לעיל ה"ש 22; עניין עיריית הרצליה, לעיל ה"ש 22; עניין הדר, לעיל ה"ש 22; עניין אומ"ץ, לעיל ה"ש 22; עניין משה, לעיל ה"ש 22; עניין אבנרי, לעיל ה"ש 22.

26 דנג"ץ כהן, לעיל ה"ש 22.

27 בג"ץ 5436/07 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הרשות הארצית לענייני דתות (פורסם בנבו, 19.5.2013) (להלן: עניין המועצות הדתיות); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012); בג"ץ 3895/13 פינגל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 17.6.2013) (להלן: עניין בחירת הרבנים הראשיים); בג"ץ 8347/09 פלונית נ' הממונה על תשלום גימלאות בצה"ל (פורסם בנבו, 8.4.2015) (להלן: עניין הגמלאות בצה"ל).

28 עניין ישיבת "אשרי האישי", לעיל ה"ש 6; בג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 8.5.2012) (להלן: עניין ההכרזה על מצב החירום); בג"ץ 9416/10 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' המשרד לביטחון פנים (פורסם בנבו, 6.2.2013) (להלן: עניין האמצעים החזותיים); דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 18.3.2013) (להלן: דנג"ץ גלוטן); בג"ץ 933/12 מרכז צדק לנשים נ' ועדת המינויים למינוי דינים עפ"י חוק הדיינים (פורסם בנבו, 18.6.2013) (להלן: עניין הוועדה לבחירת דינים); בג"ץ 5823/12 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 1.4.2014) (להלן: עניין חרו"ש); בג"ץ 6120/12 פלונית נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 13.1.2015); בג"ץ 4550/13 בהט נ' שרת הבריאות (פורסם בנבו, 6.10.2013).

29 עניין שמש, לעיל ה"ש 23; עניין מישראל 2015, לעיל ה"ש 23.

30 בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.4.2013) (להלן: עניין איתנית); בג"ץ 6665/12 אי.סיג בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות (פורסם בנבו, 3.12.2014) (להלן: עניין הסיגריות האלקטרוניות).

31 דנג"ץ 4252/00 שר הפנים נ' ברנר-קדיש (פורסם בנבו, 2.3.2008) (להלן: דנג"ץ ברנר-קדיש).

המבוקש,³² ועל כך הוגשה בקשה לדיון נוסף מטעם שר הפנים. לכל אורך חיי התיק בדיון הנוסף אין דיון בסוגיה המשפטית עצמה. החלטות אחרות, שהתקבלו לאורך שנתיים ימים, עוסקות אך בהליך החקיקה לתיקון חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, אשר קודם באותה עת, ומעלות אך דרישה לעדכון בית-המשפט באשר להתקדמות בהליך החקיקה.³³ הליך החקיקה לא קודם עד מתן פסק-הדין, והעתירה באה אל סופה כאשר שר הפנים החליט למשוך את עתירתו בהמלצת בית-המשפט.³⁴

בעניין הפרשת בתי-הסוהר בוטל החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004, שענין בחוק הקמת בית-סוהר שינוהל על-ידי זכיון פרטי. הנשיאה ביניש, שכתבה את פסק-הדין העיקרי, ביקשה להסביר את הטעם להתמשכות ההליכים. העתירה הוגשה במרץ 2005. בנובמבר אותה שנה נבחרה חברה זכיינית לניהול בית-הסוהר, וזמן קצר לאחר-מכן נחתם עימה הסכם הזיכיון. ביוני 2006 הוציא בית-המשפט צו על-תנאי, אך רק בנובמבר 2009, מעט יותר משלוש שנים לאחר-מכן, ניתן פסק-הדין. פער זמנים זה מוסבר בדברי הנשיאה: באוגוסט 2006 הודיעה הכנסת לבית-המשפט כי יש הצעות חוק המיועדות לבטל את התיקון מושא העתירה, ועל-מנת לאפשר לכנסת למצות את הליכי החקיקה, נדחה המשך שמיעת התיק. הנשיאה הדגישה כי העיכוב במתן פסק-הדין נבע ממורכבותן של הסוגיות שבלב העתירה, "אך בעיקר מרצונו של בית משפט זה לאפשר לכנסת למצות את הליכי החקיקה".³⁵ רק שנה לאחר-מכן המשיך בית-המשפט לדון בתיק, כאשר נוכח מהודעות העדכון של המדינה כי הצעת החוק שהייתה על הפרק לא קודמה דייה, ולבסוף פסק כי תיקון מס' 28 פוגע בזכות לחירות אישית ובזכות לכבוד, המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מבלי לעמוד במבחניה של פסקת ההגבלה.

בעניין נסר נתקפה חוקתיותן של הוראות מיסוי, ובראשן ההוראות בחוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 146), התשס"ה-2005, אשר הקנו הטבות מס ליישובי פריפריה באופן שאינו שוויוני. בין הגשת העתירה לבין מתן פסק-הדין חלפו כעשר שנים. שש מתוכן יוחסו, ישירות ומפורשות, להמתנתו של בית-המשפט לכנסת ולממשלה בציפייה שאלה ייזמו הליכי חקיקה.³⁶ ארבעה מהדיונים בעתירה, מתוך השבעה שנערכו, העלו על הפרק את שאלת החקיקה המתקנת שתסיר את הפגם החוקתי כתוצאה מחוסר השוויון הקיים. עם תום תקופה זו הודיעה המדינה כי לא עלה בידיה לקדם את הליך החקיקה. כשנה לאחר-מכן ניתן פסק-הדין, שבו החליט בית-המשפט להתערב, בין היתר, באמצעות סעד חריג של קריאה אל תוך החוק על-מנת לתקן את הפגם החוקתי.

כן ניתן להצביע על מקרים נוספים שבהם נרשמה השפעה דיונית טהורה, דוגמת עניין פרמינגר, שם נדחתה שמיעת העתירה בשישה חודשים, הואיל ו"משרד המשפטים עומד ליוזם

32 בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000) (להלן: עניין ברנר-קדיש).

33 דנג"ץ ברנר-קדיש, לעיל ה"ש 31, החלטות מימים 16.5.2006, 15.10.2006, 15.1.2007, ו-9.12.2007 (פורסמו באר"ש).

34 דנג"ץ ברנר-קדיש, לעיל ה"ש 31.

35 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ד) 58-026630-2, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פס' 1 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנוב, 19.11.2009) (להלן: עניין הפרשת בתי-הסוהר).

36 עניין נסר, לעיל ה"ש 27, פס' 2-5 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש.

הליכי חקיקה בנושא העתירה", והסתיימה בהסדר דיוני;³⁷ עניין בחירת הרבנים הראשיים, שבו דובר בשהות קצרצרה בת שבועיים;³⁸ עניין לוי;³⁹ שם הוחלט בהמלצת בית-המשפט להשהות את שמיעת התיק למשך שישה חודשים, "בתקווה שיסתיימו הליכי החקיקה";⁴⁰ החלטות-הביניים בעניין לימודי-הליבה,⁴¹ שם ניתן פרק-זמן ארוך מהרגיל להגשת כתב תשובה מטעם המדינה, אשר נומק מפורשות כך: "נוכח מורכבות הנושאים הנדונים בעתירה, ובהתחשב בכך שהצעת החוק הונחה על שולחן הכנסת, אנו סבורים כי יש מקום לאפשר לכנסת לקיים את ההליך שהחל סמוך לאחר הגשת העתירה";⁴² וכן עניין המועצות הדתיות, שבו נתן בית-המשפט שהות בת שנתיים וחצי לקידום חקיקה, עד שהתגלה כי הליך החקיקה נתקל בקשיים ובית-המשפט הכריע בסוגיה.⁴³

(ב) השפעה דיונית-מהותית

התמונה העולה מהסתכלות על המישור המוסדי של פעולות בית-המשפט והחלטותיו בעניין חוק האזרחות משקפת היטב את הסוגיה שבה עסקינן. במקרה זה דובר בחוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. בתארו את השתלשלות האירועים בעתירה, כתב הנשיא ברק כי החוק הוארך שוב ושוב, וכי התקיימו הליכי חקיקה במטרה לתקן את החוק ולהרחיב את החריגים שבו. לנוכח זאת החליט בית-המשפט להשהות את שמיעת העתירה, הואיל ו"ראוי שפסק דיננו יינתן על בסיס המציאות הנורמטיבית החדשה העתידה להיווצר".⁴⁴ רק לאחר שהושלמו הליכי החקיקה והחוק פורסם, המשיך בית-המשפט בשמיעת הצדדים והתיר להם להשלים את טיעוניהם. אמירה עקרונית זו של הנשיא ברק משתקפת גם באופן מעשי בהחלטות שניתנו לאורך חיי התיק, כאשר בית-המשפט נענה לבקשות ארכה שונות של המדינה לנוכח קידום הצעת החוק,⁴⁵ ואף השהה עתירות קשורות.⁴⁶ פסק-הדין ניתן לבסוף כשנה לאחר-מכן, במאי 2006. על חודו של קול הוחלט לדרות את

-
- 37 עניין פרמינגר, לעיל ה"ש 23, החלטה מיום 11.11.1998 (פורסמה באר"ש) (להלן: החלטה מנובמבר 1998 בעניין פרמינגר). העתירה נמחקה לבסוף לנוכח הסדר דיוני שהושג בין העותר לבין לשכת עורכי-הדין.
- 38 עניין בחירת הרבנים הראשיים, לעיל ה"ש 27.
- 39 בג"ץ 1662/05 לוי נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 3.3.2009).
- 40 שם, פס' 1 להחלטה מיום 15.11.2006 (פורסמה באר"ש).
- 41 בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014) (להלן: עניין לימודי-הליבה).
- 42 שם, פס' 3 להחלטה מיום 19.9.2010 (פורסמה באר"ש).
- 43 עניין המועצות הדתיות, לעיל ה"ש 27, החלטות מימים 4.2.2009, 9.11.2009, 5.5.2010, 11.11.2010, 13.9.2011 ו-25.12.2011 (פורסמו באר"ש).
- 44 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד (א) 202, פס' 16 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: עניין חוק האזרחות).
- 45 שם, החלטות מימים 14.12.2004, 1.3.2005, 15.6.2005 (פורסמו באר"ש).
- 46 ראו בפרט בג"ץ 4022/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים (פורסם באר"ש, 11.1.2007), שבו בשורה ארוכה של החלטות-ביניים (מימים 12.6.2002, 14.7.2002, 19.12.2002, 17.7.2003 ו-13.11.2003) – פורסמו באר"ש) השהה בית-המשפט את הדיון וההכרעה לנוכח הצעת החוק האמורה.

העתירה, אף שרוב שופטי ההרכב סברו כי החוק אינו חוקתי. עתירות נוספות שהוגשו נגד החוק (שתוקן והוארך שוב ושוב) נדחו גם הן בפסק־דין נוסף מינואר 2012.⁴⁷

בעניין קורן⁴⁸ דובר בעתירה נגד כלל 73 לכללי לשכת עורכי הדין (סדרי הדין בכתי הדין המשמעותיים), התשכ"ב-1962 (להלן: כללי לשכת עורכי־הדין), שבו נקבע כי בהליכי משמעת של עורכי־דין תישמר סודיות הדין. המדינה, בתגובה, התייחסה לרצונו של שר המשפטים לקדם הליכי חקיקה בנושא. העתירה הוגשה ביוני 2001. שבע שנים לאחר־מכן, בספטמבר 2008, ניתן פסק־הדין, בן שלוש פסקות, שהורה על מחיקת העתירה בהסכמת העותר לנוכח העובדה שהנושא הוסדר בחקיקה. בין שני אלה ניתנו תשע החלטות, שכולן יועדו לאפשר לשר המשפטים "לגבש עמדה" בנושא, לברר "מה עלה בגורל יוזמת החקיקה", לעדכן באשר להתקדמות החקיקה בנושא וכדומה.⁴⁹

בעניין לוינסון נדונה עתירה נגד הכנסת על כך שהיא אינה מקיימת את חובתה למנות את נציגי הדורות הבאים מכוח פרק ח לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, בנוסחו דאז.⁵⁰ הכנסת, בתגובתה על העתירה, טענה כי מתקיים הליך חקיקה לביטול פרק ח האמור, אשר מייתר את המינוי. לנוכח זאת, ללא דיון מהותי בחובת הכנסת כרשות מנהלית, קבע השופט דנציגר כי על העותר להודיע לבית־המשפט אם הוא עומד על עתירתו.⁵¹ בהחלטה נוספת ניתן לכנסת פרק־זמן בן שלושה חודשים לעדכן את בית־המשפט באשר להתקדמות בהליך החקיקה.⁵² הליכי החקיקה הושלמו כשבוע לאחר החלטה זו. לאחר הודעת העדכון מטעם הכנסת באשר לתיקון, מחק העותר את עתירתו.⁵³

כן ניתן להצביע על עניין חדו"ש, שכליבו עמדה העובדה שאף־על־פי שבעניין חוק טל משנת 2012 נפסל ההסדר שנקבע בחוק טל,⁵⁴ טרם גויסו בחורי הישיבות שחבו בגיוסם מכוח החלטה זו. במקביל לדיונים בעתירה החל הליך החקיקה, שהתגבש לכלל חוק שירות ביטחון (נוסח משולב) [תיקון מס' 19], התשע"ד-2014, וחוק שירות לאומי־אזרחי, התשע"ד-2014. כפי שפורט בפסק־הדין, שניתן על דעת כל תשעת שופטי המותב, קיומם של שני אלה היה הבסיס הבלעדי לדחיית העתירה.⁵⁵ כך היה גם בעניין פלונית נ' שר הביטחון, שבמסגרתו נתן בית־המשפט לפרקליטות שהות כדי לעדכן על התקדמות החקיקה בנושא הרחבת

47 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44 (2012).

48 בג"ץ 4557/01 קורן נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין (פורסם באר"ש, 9.9.2008).

49 ראו שם, החלטות מימים 3.3.2002, 20.11.2002, 20.11.2003, 3.4.2005, 23.5.2006, 19.2.2007, 6.8.2007, 27.1.2008 ו־31.7.2008 (פורסמו באר"ש).

50 בג"ץ 7670/10 לוינסון נ' יושב ראש הכנסת (פורסם בנבו, 29.12.2010).

51 שם, החלטה מיום 24.11.2010 (פורסמה באר"ש).

52 שם, החלטה מיום 5.12.2010 (פורסמה באר"ש).

53 עניין לוינסון, לעיל ה"ש 50.

54 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1 (2012) (להלן: עניין חוק טל 2012).

55 עניין חדו"ש, לעיל ה"ש 28, פס' 4 לפסק־הדין. באותה פרשה המשיך בית־המשפט "ללוות" את ההליך במקביל להליכי החקיקה. ראו שם, החלטה מיום 4.2.2014, צו על־תנאי מיום 15.11.2012 והחלטות מימים 22.8.2013 ו־19.3.2014 (פורסמו באר"ש).

ההכרה ביתומי צה"ל, שהתגבשה לכלל חוק שהוביל לדחיית העתירה לגופה.⁵⁶ עוד יפה לסוגיה זו עניין הוועדה לבחירת דיינים, שם נענתה קריאתו של בית-המשפט למחוקק כאשר לצורך להסדיר את הנושא בחקיקה,⁵⁷ והחלה יוזמת חקיקה בנושא.⁵⁸ בתוך תקופה קצרה מאוד הבשילה יוזמת החקיקה, ולנוכח התיקון שהתקבל לחוק ניתן פסק-דין שהורה על מחיקת העתירה.⁵⁹

ניתן להצביע גם על שני מקרים "מיוחדים" בתוך הקטגוריה של השפעה דינמית-מהותית. האחד הוא עניין ההכרזה על מצב החירום. מדובר בעתירתה של האגודה לזכויות האזרח בישראל, אשר תקפה את ההכרזה הנמשכת ומתמשכת של מצב החירום במדינה. ליבה של העתירה עסק בדברי חקיקה שונים (ורבים), בתחום האזרחי והבטחוני כאחד, המקנים למדינה סמכויות נרחבות אשר קשורות בטבורן להכרזה על מצב חירום ונובעות ממנה. בפסק-דינו לא התמקד בית-המשפט בשאלת ההכרזה על מצב החירום,⁶⁰ אלא בשאלת ניתוקם של דברי החקיקה האמורים ממצב החירום. בין הגשת העתירה לפסק-הדין עברו שלושה-עשרה שנים. במהלך חיי התיק התקיימו שנים-עשר דיונים,⁶¹ וניתנו שלושים החלטות-ביניים, מהן שתיים-עשרה החלטות מהותיות שעסקו באופן כזה או אחר בהתייחסות להליכי החקיקה, בגעירות על העדר התקדמות או בשבחים על התקדמות ניכרת, לצד דרישות חוזרות ונשנות מהמדינה לעדכונים נוספים.⁶² בית-המשפט קבע לבסוף בפסק-דינו כי יש התקדמות חקיקתית ניכרת בנושא, שמעידה על מחויבות של המדינה לנתק את הסמכויות השונות שבחקיקה מעצם ההכרזה על מצב חירום, וזאת בלא קשר לעתירה. על-כן, קבע בית-המשפט, יש למחוק את העתירה. מקרה נוסף בעל ייחוד מסוים בהשוואה לשאר פסקי-הדין הוא עניין הגמלאות בצה"ל, שם המתין בית-המשפט כשנתיים וחצי לחקיקה, שאכן נכנסה לתוקף ותמכה בדחיית העתירה.⁶³ אולם באותו מקרה כניסת החוק לתוקף לא הייתה הגורם הבלעדי לסיום חייה של העתירה.

(ג) השפעה מסיימת-הליך

בפרשת מרשם האוכלוסין עסק בית-המשפט בנוהג שלפיו יש חיבור ישיר בין מחשבי משרד הפנים לבין המחשבים של מס הכנסה, המוסד לביטוח לאומי, רשות השידור, בנק ישראל והבנקים המסחריים, כך שמשרד הפנים יכול להעביר לאלה מידע. בג"ץ קבע כי יש לחדול

56 עניין פלוגית נ' שר הבטחון, לעיל ה"ש 28, פס' 3 לפסק-דינו של השופט פוגלמן. ראו גם שם, החלטה מיום 2.12.2013 (פורסמה באר"ש).

57 עניין הוועדה לבחירת דיינים, לעיל ה"ש 28, החלטה מיום 26.11.2012 (פורסמה באר"ש).

58 שם, החלטה מיום 30.5.2013 (פורסמה באר"ש).

59 עניין הוועדה לבחירת דיינים, לעיל ה"ש 28.

60 לשאלה זו הוקדש אך דיון קצר, אשר מסקנתו הייתה כי במצב הבטחוני, גם זה ה"רגוע" ששרר באמצע 2012, אין מקום להתעלם מהאיומים השונים הנשקפים למדינת-ישראל מבחינה בטחונית.

61 עניין ההכרזה על מצב החירום, לעיל ה"ש 28, פס' 1 לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

62 שם, צו על-תנאי מיום 4.10.1999 והחלטות מימים 27.12.1999, 20.9.2000, 18.6.2001, 7.12.2002, 12.3.2004, 8.9.2004, 9.6.2005, 1.8.2006, 1.8.2007, 8.9.2008, 2.10.2011 ו-7.12.2011 (פורסמו בנבו).

63 עניין הגמלאות בצה"ל, לעיל ה"ש 27, פס' 20 ו-48 לפסק-דינו של השופט מלצר.

מנוהג זה על-שום הפגיעה בפרטיות, וקרא למחוקק להסדיר סוגיה זו בחקיקה מתאימה.⁶⁴ איגוד הבנקים בישראל הגיש בקשה לדיון נוסף, שנדחתה על-ידי השופט חשין בזו הלשון:

"משהציע בית המשפט למדינה לפעול לתיקון החוק; ומשהודיעה המדינה כי בכוונתה אמנם לפעול לתיקון החוק; אין עוד מקום כי בית המשפט יוסיף וידון בסכסוך המשפטי. ראוי כי נסיג ידינו ונותר את הזירה למחוקק למציאת הסדר חוקי מתאים..."⁶⁵

בעניין מיוחס⁶⁶ נדונו סדרי הדין באשר לוועדות הערר לענייני ארנונה. העותרים עתרו להחיל כמה דינים מנהליים על ועדות ערר אלה, ואילו המדינה העלתה בתגובה את דבר קיומה של הצעת חוק העיריות, התשס"ז-2007, אשר כוללת, בין היתר, הוראות בנושאים אלה. בפסק-הדין, בן שני עמודים, קבע המשנה לנשיאה ריבלין כי בנסיבות אלה, כאשר קיימת הצעת חוק שאמורה לתת מענה לטענות העותרים, "אין מקום לקיים דיון בטענות העותרים והיום", וכך דחה את העתירה.⁶⁷

פרשת קרסיק⁶⁸ עסקה בשאלה אם לאחר הפקעת קרקע מתנתק הקשר בין בעל הקרקע המקורי לקרקע שהופקעה. בשנת 2001, חמש שנים לאחר שהוגשה העתירה, נתן בית-המשפט החלטה עקרונית שבה נקבע כי קשר זה אינו מתנתק,⁶⁹ ובה קראו תשעת שופטי המתב למחוקק להסדיר את הסוגיה.⁷⁰ קריאותיו של בית-המשפט מצאו מענה בבית-המחוקקים. בפסק-הדין, שניתן בשנת 2009, תיארה הנשיאה ביניש את השתלשלות האירועים מאז ניתנה אותה החלטה עקרונית, והצביעה על התקדמות – אף אם איטית – של הליכי החקיקה, שאליה גילה בית-המשפט סבלנות רבה.⁷¹ אכן, גם בפרשת קרסיק, בדומה לעניין חוק האזרחות, בחינה של ההחלטות הרבות שניתנו לאורך חיי התיק מגלה תמונה של סבלנות ניכרת מצד בית-המשפט. עשר החלטות שונות ניתנו, שבהן נענה בית-המשפט – בין ברצון ובמינוח של "ראוי" ובין תוך הכעת חוסר נוחות מהמצב הקיים – לבקשת המדינה להמתין עם הכרעתו

64 בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842 (2004).

65 דנג"ץ 4907/04 איגוד הבנקים לישראל נ' האגודה לזכויות האזרח בישראל, פס' 7 להחלטתו של השופט חשין (פורסם בנבו, 12.8.2004) (להלן: דנג"ץ מרשם האוכלוסין).

66 בג"ץ 10285/06 מיוחס נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 26.8.2007).

67 המשנה לנשיאה ריבלין הוסיף כי דברים אלה נכונים בהנחה שהחקיקה תושלם בתוך פרק-זמן סביר, ואכן תשקף את ההסדרים שאותם פירטה המדינה. שם.

68 בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.2.2009) (להלן: פסק-הדין בעניין קרסיק או פרשת קרסיק).

69 שם, פ"ד נה(2) 625 (2001) (להלן: ההחלטה העקרונית בעניין קרסיק). אף שהשופטים נחלקו בדעותיהם אם זיקה זו לקוחה מהמשפט האזרחי או הציבורי, כולם פסקו כי קשר זה נשמר.

70 שם, בעמ' 694 (השופט חשין), בעמ' 704 (השופט זמיר), בעמ' 706 (השופט שטרסברג-כהן), בעמ' 713 (הנשיא ברק), בעמ' 714 (המשנה לנשיא ש' לוי), בעמ' 717 (השופט דורנר), בעמ' 719 (השופט ביניש) ובעמ' 720 (השופט אור והשופט מצא).

71 פסק-הדין בעניין קרסיק, לעיל ה"ש 68, פס' 4 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

לנוכח קיום הליך החקיקה.⁷² בחלוף שמונה שנים למן ההחלטה העקרונית, ושלוש-עשרה שנים למן הגשת העתירה, הכריע בית-המשפט לא להכריע:

"כיוון שהכנסת החלה לפעול להסדרה חקיקתית של הסוגיות השונות הנוגעות להפקעתם של מקרקעין, בהתאם לקריאתו של בית משפט זה בהחלטה בעניין קרסיק, ומשניצבת בפני הכנסת הצעת חוק קונקרטי מטעם הממשלה, הכוללת רפורמה מקיפה בפקודת הקרקעות שנוגעת ישירות לסוגיות שנותרו להכרעה בעתירות שלפנינו, דומה כי הכיבוד ההדדי בין הרשויות מחייב לתת לרשות המחוקקת הזדמנות למצות את הליך החקיקה; אף אם הליך זה לא הושלם במהלך תקופת כהונתה של הכנסת הנוכחית..."⁷³

כמו בקטגוריות של ההשפעה הדיונית וההשפעה הדיונית-המהותית, גם כאן ניתן להצביע על מקרים משמעותיים נוספים, לצד שלושת המקרים שפורטו לעיל, שבהם הובילה יוזמת החקיקה שהייתה על הפרק לדחיית העתירה או למחיקתה, דוגמת פסק-דינו של השופט לוי בעניין חוק האזרחות, שסבר כי מכיוון שהסוגיה עומדת לפתחה של הכנסת, אין להתערב בחוק ובהסדריו;⁷⁴ עניין מילועוף, שם היה די בקיומה של טיוטת הצעת חוק להביא לידי דחיית העתירה;⁷⁵ עניין האמצעים החזותיים, שם הספיקה "פעילות" של ועדת השרים לענייני חקיקה לשינוי ההגדרות שבחוק להביא לידי דחיית העתירה;⁷⁶ דג"ץ גלוטן, שבו סברה דעת הרוב כי בשל הנסיבות הקשורות להליך זה, "ובמיוחד מאחר שנעשים מאמצים להסדרת הנושא בחקיקה",⁷⁷ יש לדחות את העתירה (הגם שדובר בשלב מקדמי מאוד של הליך החקיקה, והגורמים הרלוונטיים חזו כי ההליך יימשך זמן רב);⁷⁸ וכן פרשת פקודת העיתונות, שם דחה בית-המשפט עתירה שנייה באותו נושא תוך הסתמכות בלעדית על קיומו של תזכיר חוק – תזכיר שכעבור אחת-עשרה שנים לא התגבש לכלל חוק, וניצב כיום בפני עתירה שלישית.⁷⁹

- 72 שם, החלטות מימים 24.7.2002, 16.12.2004, 14.7.2005, 29.1.2006, 4.6.2006, 15.10.2006, 5.6.2007, 23.12.2007, 6.5.2008 ו-14.5.2008 (פורסמו באר"ש).
- 73 פסק-הדין בעניין קרסיק, לעיל ה"ש 68, פס' 6 לפסק-דינה של הנשיאה ביניו. פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) אכן תוקנה בשנת 2010, אולם ההסדר שנקבע בה רוקן מתוכן את ההחלטה העקרונית משנת 2001.
- 74 עניין חוק האזרחות, לעיל ה"ש 44, פס' 1 לפסק-דינו של השופט לוי.
- 75 בג"ץ 9682/10 מילועוף אינטגרציית פטם אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' שר החקלאות – משרד החקלאות ופיתוח הכפר, פס' 5 לפסק-דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 24.11.2011) (להלן: עניין מילועוף).
- 76 עניין האמצעים החזותיים, לעיל ה"ש 28, פס' 4-5 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.
- 77 דג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 28, פס' 21 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.
- 78 שם, פס' 2 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור ופס' 13-14 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.
- 79 פרשת זו מאגדת שלוש עתירות שונות, וטרם הגיעה אל קיצה, כאמור. מדובר בעתירתה של האגודה לזכויות האזרח בישראל לביטול סעיפים בפקודת העתונות, חא"י ב (ע) 1191, (א) 1214 (להלן: פקודת העיתונות המנדטורית), המקנים לשר הפנים סמכויות רישוי של עיתון (ובכלל זה סמכות לקבוע התנאות שונות עד כדי סגירה), תוך פגיעה בחופש העיסוק, בחופש העיתונות ובחופש הביטוי. העתירה הראשונה נדחתה לנוכח חקיקת סעיף שמירת הדינים בחוק-יסוד:

(ד) העדר השפעה

הקטגוריה השלישית עוסקת בפסקי־דין שבהם סירב בית־המשפט לתת מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה – הן ברמת ההלכה והן ברמת המעשה. בכל המקרים האמורים לא אזכר בית־המשפט כלל את הלכת מישראל, אם כי בחלקם הוא הציג תשתית עיונית הדומה לזו שהופיעה שם.

כך, למשל, בעניין ארד⁸⁰ דובר בעתירה של משפחת הנווט השבוי רון ארד נגד שחרור שלושה־עשר עצירים לבנונים שנעשה מכוח פסק־דינו של בית־המשפט העליון שנודע כעניין קלפי המיקוח.⁸¹ המשפחה טענה, בין יתר טענותיה, כי הכנסת עתידה לדון בהצעת חוק שעניינה סמכות המעצר בנוגע לאסירים בטחוניים,⁸² ומן הראוי שהחקיקה, לכשתקודם, תחול גם על שלושה־עשר העצירים הלבנונים. על־כן יש להורות על מעצרו עד תום הליכי החקיקה. המדינה, לעומת זאת, טענה כי אין בהליכי החקיקה האמורים כדי להקים סמכות מעצר נוספת.⁸³ הנשיא ברק, שכתב את פסק־הדין, דחה את טענת המשפחה, תוך הדגשה שחירות האדם היא העומדת על הפרק. "עצם פתיחתם הקרובה של הליכי חקיקה, אין בהם כדי להסמיך שלילת חירותו של אדם, גם אם החקיקה – לאחר שתתקבל בכנסת – תאפשר שלילת חירות זו."⁸⁴

בולטת במיוחד הנמקתו של השופט ריבלין בעניין חוק האזרחות, שהיה ברעת יחיד לעניין זה: אף שבית־המשפט, ברמה המוסדית, נתן מעמד דיוני להצעת החוק, הסתייג השופט ריבלין מהסתמכות על הליך החקיקה שהתנהל ברקע ההליכים המשפטיים. בדבריו הוא הסתמך על שתי הנמקות מעשיות שעמדו ביסוד הלכת מישראל: שאלת קיומו העתירי של החוק ושאלת תוכנו. לגישת ריבלין, באותו עניין דובר למעשה בעתירה תיאורטית, שכן החוק החדש טרם בא אל העולם, ואילו החוק הישן עומד לפוג ממנו. על החוק שהיה בהליך

חופש העיסוק במקביל לקיום ההליכים המשפטיים (בג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 117 (1998)). העתירה השנייה נדחתה לאחר שנתיים, בפסק־דין בן פסקה אחת, לנוכח פרוסום תזכיר חוק העיתונות, התשס"ה-2004 (שיועד לבטל את פקודת העיתונות המנדטורית) (בג"ץ 2459/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 25.10.2004) (להלן: העתירה השנייה בעניין פקודת העיתונות)). בשנת 2014 הוגשה על־ידי האגודה לזכויות האזרח בישראל עתירה שלישית (בג"ץ 6175/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים (תלוי ועומד) (להלן: העתירה השלישית בעניין פקודת העיתונות)). כתב העתירה ניתן לצפייה בכתובת www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2014/09/hit6175.pdf. גם בעתירה השלישית (הנוכחית) בית־המשפט ממשיך להשהות את ההליך לנוכח יוזמות חקיקה. בית־המשפט המתין להליכי החקיקה שמונה חודשים עד שנתן צו על־תנאי. ראו שם, החלטות מימים 13.4.2015, 4.11.2015 ו־3.1.2016 (פורסמו בנבו).

80 בג"ץ 2967/00 ארד נ' כנסת ישראל, פ"ד נד(2) 188 (2000).

81 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000).

82 מה שהתגבש, שנתיים אחר כך, לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002.

83 יש לשים לב כי בהסתכלות אל הצדדים זוהי עמדה חריגה, שכן על־פי־רוב המדינה היא שמבקשת להיבנות מקיומן של יוזמות חקיקה.

84 עניין ארד, לעיל ה"ש 80, בעמ' 191.

חקיקה הוא כתב "אם אכן תבחר הכנסת הנכנסת לחוקק חוק כזה",⁸⁵ ועל תוכן הצעת החוק הוא פירט בזו הלשון:

"גם אם ישוב המחוקק וייתן תוקף מחודש, לתקופה קצובה, להוראת השעה, אין לנו בסיס להניח כי ההוראה החדשה תהא זהה לזו שאותה אנו מבקרים היום. ניסיון העבר מלמד כי המחוקק שינה גם שינה, בעבר, מהוראות החוק הזה... אל ניסיון העבר הזה מצטרפת, כאמור, אי הוודאות של העתיד. בחוסר הוודאות הזו (שהיא עצמה מסיגה את פסק דיננו אל גבול חוות הדעת המייעצת) טמונה ודאות אחת חשובה: המחוקק, שאת פעולותיו מתבקשים אנו לחזות היום, שונה מזה שנגדו מבקשים אנו לדבר היום. את נשק הביקורת השיפוטית מבקשים אנו להפנות נגד חשש שאנו תולים בחוקי עבר ואשר את פשרו יכולים אנו אך להניח."⁸⁶

בעניין איתנית ובעניין המרכז לפלורליזם יהודי לא נימק כלל בית-המשפט את סירובו ליתן מעמד ליוזמות חקיקה.⁸⁷ סירוב נוסף עולה מעניין הסיגריות האלקטרוניות, שם חלפו שנתיים מאז החל הליך החקיקה ועד ההכרעה, "ואילו מיקדו המשיבים את מאמצייהם מלכתחילה בערוץ זה, שהוא הערוץ הנכון והמתחייב, סביר להניח כי הליכים אלה היו כבר מגיעים לכלל השלמה".⁸⁸ בעניין נמרודי סירב בית-המשפט בעקיפין לתת מעמד ליוזמות חקיקה, בכך שקבע (ברומה לקביעה בעניין מנינג, שעליו נשענה ההנמקה בעניין מישראל) כי ועדת מפקדים שמונתה לעניין הורדה בדרגה אינה צריכה להמתין לסיום הליכי חקיקה בטרם תדון בעניינו של העותר.⁸⁹

-
- 85 עניין חוק האזרחות, לעיל ה"ש 44, פס' 6 לפסק-דינו של השופט ריבלין.
- 86 שם. הנמקה דומה ניתנה בבג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה (5) 15 (2001) (להלן: עניין הרכבה של מועצת מקרקעי ישראל), שם עתרה האגודה לזכויות האזרח על כך שאין כל חבר ערבי במועצת מקרקעי ישראל. באותה נקודת זמן, כך עולה מתשובת המדינה, נדונה בכנסת הצעת חוק שמטרתה הייתה להגדיל את מספר החברים במועצה, דבר שיאפשר מינוי של נציג ערבי. השופט זמיר, שכתב את פסק-הדין, התייחס לכך באומרו כי הצעת החוק עברה אומנם בקריאה הראשונה, אך טרם הוגשה לקריאות השנייה והשלישית, "ואין לדעת אם ומתי תיעשה חוק" (שם, בעמ' 24). יושם אל לב כי במקרה זה לא הייתה להעדר המעמד כל השפעה מעשית, שכן ממילא התפנה מקום במועצה והמדינה הוריעה כי בכוונתה למנות אליו נציג ערבי.
- 87 ראו עניין איתנית, לעיל ה"ש 30, פס' 21 לפסק-דינו של השופט הנדל; בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד (סב) 4 (571 (2008) (להלן: עניין המרכז לפלורליזם יהודי), שם ציינה השופטת פרוקצ'יה את הצעת החוק שעמדה ברקע הדברים (ואשר ימים ספורים לפני מתן פסק-הדין התגבשה לכלל חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008), אך לא נתנה לה כל משקל. לבסוף ניתן פסק-דין עקרוני אך ללא צווים אופרטיביים, לנוכח הבשלת החקיקה.
- 88 עניין הסיגריות האלקטרוניות, לעיל ה"ש 30, פס' 27 לפסק-דינו של השופט מזוז.
- 89 בג"ץ 4344/04 נמרודי נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 29.6.2004).

3. הדין החדש

ההעדפה שמתגלה בפסיקה למתן מעמד ליוזמות חקיקה נמשכת זה שנים מספר. שיאה, לגישתי, בשנתיים האחרונות, ובפרט בעניין משה,⁹⁰ שם הדברים עולים ככלל מגובש. באותו מקרה דובר בזוג עותרות שביקשו לבצע הליך הפריה, כך שלכל אחת מהן יהיה קשר (ביולוגי או גנטי) לתינוק שייוולד. השתיים נתקלו בסירוב של משרד הבריאות לנוכח העובדה שהחקיקה הקיימת אינה מאפשרת לבצע הליך זה בישראל (הגם שניתן לבצעו בחוץ-לארץ ולקבל הכרה ישראלית בהורות). השתיים עתרו נגד משרד הבריאות על-מנת שתינתן להן האפשרות לבצע את ההליך בישראל. ברקע הדברים עמד על הפרק שינוי חקיקתי של הגדרת "הורים מיועדים" בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996. שלושת השופטים, ברוב ובמיעוט, עמדו על כך ששינוי חקיקתי זה צריך להוביל לריסון בהתערבות השיפוטית.

השופט רובינשטיין, בדעת הרוב, מצא לנכון לציין כי התזכיר קיבל את אישורה של ועדת השרים לענייני חקיקה,⁹¹ וכתב כי "קיומם של הליכי חקיקה עכשוויים להרחבת מעגל הזכאות הקיים בחוק הפונדקאות מצדיק מטבע הדברים ובצו השכל הישר ריסון שיפוטי בבית משפט זה, כדי שלא לזנב במחוקק".⁹² השופטת חיות, שחלקה על התוצאה, סברה גם היא כי "נראה כי ככל שהדבר נוגע למכשלה הניצבת בפני העותרות בשל ההגדרה הקיימת של 'הורים מיועדים' בחוק הפונדקאות, יש לאפשר למחוקק למצות את הליכי החקיקה ולהימנע לעת הזו מהתערבות שיפוטית בהוראות חוק הפונדקאות",⁹³ ועמדה על ה"ריסון העצמי שבית המשפט מחויב בו כאשר מתבקשת התערבות בהליך החקיקה טרם שזה הסתיים".⁹⁴ ניתן בהחלט לבקר את עניין משה. ראשית, הדברים הוצגו ככלל, אך נעדרים משמעות מעשית, שכן שלושת השופטים סברו כי ממילא אין ביוזמות החקיקה שהיו על הפרק, אף אם יקודמו, כדי ליתן מזור לבעיית העותרות.⁹⁵ שנית, הדברים הוצגו ככלל מגובש בהעדר כל תשתית עיונית. שלישית, ביסוסו של הכלל אינו מדויק. בית-המשפט נמנע מלהציג את הפסיקה העקרונית יותר (שהוצגה לעיל) שביכרה ליתן מעמד ליוזמות חקיקה, ואף בחר במקרים מסוימים בפסיקה שאינה משקפת את הכלל האמור.⁹⁶ אך על-אף הביקורות האמורות, הנה עדות ברורה כי אט-אט, עם חלוף השנים, התגבש לו בין השורות כלל משפטי חדש המורה כי יש ליתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה.

* * *

- 90 עניין משה, לעיל ה"ש 22.
- 91 שם, פס' מה לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.
- 92 שם, פס' מו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.
- 93 שם, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת חיות.
- 94 שם.
- 95 שם, פס' 6 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור, פס' מה לפסק-דינו של השופט רובינשטיין ופס' 18 לפסק-דינה של השופטת חיות.
- 96 ראו שם, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת חיות, שתמכה את הדברים בדנ"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 5, שאכן רלוונטי לעניין, אך גם בבג"ץ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169 (1987), אשר עוסק בהתערבות בעצם הליך החקיקה ועל-כן אינו ממין העניין.

מהסתכלות על מכלול הפסיקה, עולות שלוש תופעות שונות: ראשית, בית-המשפט העליון אכן נותן מעמד ליוזמות חקיקה; שנית, המעמד הניתן אינו אחד – לעיתים זהו מעמד השראתי שאינו מוביל בהכרח לתוצאה מסוימת, לעיתים ניתן מעמד שמוביל להשגחה דינית של העתירה, לעיתים המעמד שניתן מוביל לדחייה או למחיקה של העתירה, ולעיתים לא ניתן מעמד כלל; שלישית, מדובר בסתירה מפורשת של הלכת מישראל ללא כל התמודדות חזיתית (או בכלל) עם ההלכה ועם הגיון הדברים שביסודה.⁹⁷ תופעה אחרונה זו ראויה לדיון, אך במאמר זה אבקש לדון בהשלכות של שתי התופעות הראשונות, ובעיקר של זו הראשונה: אבחון מה המשמעות הנורמטיבית של מתן מעמד ליוזמות חקיקה, וכיצד ניתן לתת מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה באופן סדור ועקבי, שיקדם את הדרושי החוקתי.

ב. על הדבש ועל העוקץ: היתרונות והחסרונות של מתן מעמד ליוזמות חקיקה

עד כה ביקשתי להראות כי כיום יש מציאות משפטית חדשה שבה בית-המשפט העליון שבבתו ככג"ץ נותן במקרים רבים מעמד ליוזמות חקיקה. מדובר בתופעה רוחבית: היא חוצה שאלות של ציבוריות, של הרכב השופטים, של מידת הפגיעה בעותר הקונקרטי, של דחיפות ושל חשיבות המקרה. מציאות חדשה זו מעלה שתי שאלות יסודיות שבהן אעסוק בפרק זה. הראשונה עוסקת ביתרונות ובחסרונות הגלומים בתופעה האמורה. אבקש להראות כי באלה כמו באלה אין כדי להצדיק או לשלול באופן אינהרנטי את מתן המעמד ליוזמות חקיקה, אף

97 הדבר ראוי כמובן לביקורת. ברק כותב כי על בית-המשפט "להתחשב במלוא השיקולים התומכים בכיבוד התקדים ובהליכה בעקבותיו" ובה-בעת לתת את דעתו לשיקולים התומכים בסטייה מהתקדים, אשר נהפך ללא-ראוי באותה עת. אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית 251–252 (1994) (להלן: ברק פרשנות חוקתית). הוא דן בקשת של שיקולים שיש לבחון, אך בשום שלב בדיון אין הוא נותן את דעתו להתעלמות מתקדים קיים או ל"זניחתו". שם, בעמ' 253–258. בכתיבה מאוחרת יותר ברק מסביר כי שינויים חברתיים הם שמובילים לשינויים בהלכה ובדיון, גם אם השינויים הללו לא נעשו באופן פורמלי. אלה שינויים שנראים לרוב רק ממרחק הזמן. אהרן ברק מבחר כתבים א' 791–792 (יצחק זמיר וחיים כהן עורכים, 2000). כהנא כינה את התופעה "הפיכתה השקטה של הלכה". ראו צבי כהנא "על ארכיטקטורה, על נורמות ראויות, ועל הפיכתה השקטה של הלכה" הפרקליט מא 385 (1994). על הפער בין הלכה ליישומה, ללא התמודדות שיפוטית עם תוכן ההלכה או תוך ריקון איטי של ההלכה מתוכן, נמתחה ביקורת רבה בהקשרים שונים ובתחומי משפט רבים. ראו, למשל, ש"ז פלר "לענין הזכות להגנה פרטית: סימני כפירה בהלכת הורוביץ" (ע"פ 298/88 טויטו נ' מ"י) עיוני משפט טו 189 (1990); שלום לרנר "עשור להלכת קולומבו: הלכה, מציאות והרהורי 'חזרה בתשובה'" ספר ויסמן 407 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002); בועז שנור "הלכה ואין מורין כן: על היחס בין קביעת הלכה משפטית להכרעת הדין במקרה הספציפי: בעקבות דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל-חיפה נ' מלול" עלי משפט 7 י (2012); יוסי מרקוביץ' "על מה שנשאר מהלכת א.ש.י.ר: עיון מחדש ביחסי הקניין הרחוני ועשיית העושר" שערי משפט 35 (2014).

שיש לתת להם משקל בעת עיצוב אמות המידה המנחות. השנייה עוסקת בעובדה שהסוגיה מושא המאמר משקפת שקילת שיקולים שהם לבר-משפטיים באופיים על-ידי בית-המשפט.

1. ביקורות מרכזיות

(א) כלי בידי המדינה

יש לשים לב לקשר ההדוק שבין קבלת הטענה באשר לקיומה של יוזמת חקיקה לבין ההשפעה על ההתערבות השיפוטית, המוטה באופן מובהק לטובת המדינה. ניתן לראות כי כבר בעניין פר"ח ובעניין מיטראל,⁹⁸ המשמעות דה-פקטו של מתן מעמד ליוזמת החקיקה, אילו ניתן מעמד כזה, הייתה העדר התערבות שיפוטית. אכן, ימים חלפו, וקבלת הטענה בדבר קיומן של יוזמות חקיקה אכן הובילה להעדר התערבות שיפוטית של בג"ץ בעתירות שעמדו על הפרק. כך היה, לשם ההמחשה, בדנג"ץ מרשם האוכלוסין, בעניין ההכרזה על מצב החירום, בפסק-דינו של השופט לוי בעניין חוק האזרחות, בעניין מיוחס, בפסק-הדין בעניין קרסיק, בעניין לוינסון, בעניין מילועוף, בעניין האמצעים החזותיים ובעתירה השנייה בעניין פקודת העיתונות.⁹⁹

במקרים אחרים הובילה קבלת הטענה בדבר קיומן של יוזמות חקיקה להשגחה של ההליך השיפוטי. על-פי-רוב דובר בהשגחה ממושכת, שהסתיימה רק כעבור שנים לא-מעטות. כך אירע בעניין פרמינגר, בעניין חוק האזרחות, בעניין הפרטת בתי-הסוהר, בעניין המועצות הדתיות, בעניין לימודי-הליבה, בעניין קורן, בדנג"ץ ברנר-קדיש ובעתירה השלישית בעניין פקודת העיתונות.¹⁰⁰

אלה כמו אלה שירתו את עמדת המדינה. הסוג הראשון של המקרים הניב למדינה תועלת רבה יותר, מכיוון שידיה שוחררו מעולן של אותן עתירות. אולם גם הסוג השני הסיר משקל לא-מבוטל מכתפיה העמוסות לעיפה של פרקליטות המדינה. מתן מעמד להליכי חקיקה משאיר כוח רב בידיהם של נציגי המדינה, וזאת במציאות שבה ממילא יש להם כוח רב. למעשה, הודות להעלאת הטענה בדבר קיומה של יוזמת חקיקה, נציגי המדינה "מרוויחים זמן" מעצם השהיית הדיון המשפטי, ולעיתים, כפי שהראיתי, מדובר בהסטת הדיון כולו, עד כדי העדר צורך להגיש תגובה עניינית באשר לסוגיה המשפטית מושא הדיון.

מבין הדוגמות שלעיל, שתיים בולטות במיוחד ומשקפות היטב את הקושי. האחת היא עניין לוינסון,¹⁰¹ שם דובר בעתירה נגד הכנסת על כך שהיא לא מילאה את חובתה למנות את נציבי הדורות הבאים מכוח פרק ח לחוק הכנסת, כנוסחו דאז. באותו יום שבו הוגשה העתירה הצביעה הכנסת בקריאה הראשונה על תיקון מס' 29 לחוק הכנסת, שיועד לבטל את פרק ח לחוק הכנסת. כעולה מהחלטת בית-המשפט, בתגובתה על העתירה התמקדה הכנסת אך בהליך החקיקה לביטול מוסד נציבי הדורות הבאים, ולא באי-מילוי חובתה. יושם אל לב שבמקרה זה הושבו ריקם שני פניה של הלכת מיטראל: בית-המשפט גם לא פסק כי על הרשות המנהלית לפעול על-סמך הדין הקיים, וגם השהה את המשך שמיעת העתירה

98 לעיל ה"ש 13 וה"ש 2, בהתאמה.

99 לעיל ה"ש 65, 28, 44, 66, 68, 50, 75, 28 ו-79, בהתאמה.

100 לעיל ה"ש 23, 44, 35, 27, 41, 48, 31 ו-79, בהתאמה.

101 לעיל ה"ש 50.

כדי להמתין לתוצאת הליך החקיקה. במילים אחרות, הכנסת הניפה את דגל החקיקה, ודי היה בכך. במהלך ההליך המשפטי לא אולצה הכנסת להתמודד עם אי-מילוי חובתה כרשות מנהלית.¹⁰² הדוגמה השנייה היא מה שאירע בדנג"ץ **מרשם האוכלוסין**, שם די היה ב"הודעה" של המדינה כי "בכוונתה אמנם לפעול לתיקון החוק" להביא לידי כך שבית-המשפט ימשוך את ידו מהמקרה.¹⁰³ לא דובר בגיבוש תזכיר, ובוודאי לא ב"תקופת הנחה" של הצעת חוק שפורסמה; דובר אך ב"כוונה" לפעול לתיקון החוק, ובכל-זאת היה בכך כדי להוביל את השופט חשין לדחיית העתירה לדיון נוסף.

(ב) פגיעה בעקרון שלטון החוק

בחלק מהמקרים שנדונו, מתן מעמד ליוזמות חקיקה פגע בשלטון החוק, שהרי כאשר קיומה של יוזמת חקיקה מוביל לסתימת הגולל על ההליך המשפטי, לא החוק הוא שמוביל את ההליך המשפטי, אלא יוזמת חקיקה.

אין צורך לדון במלוא משמעותו (המורכבת, יש לציין) של עקרון שלטון החוק,¹⁰⁴ ודי לענייננו לפנות אל אחד מפניו, שהוא המובן השגור שנהוג להתייחס אליו כאשר משתמשים במושג זה¹⁰⁵ – שלטון החוק במובנו הפורמלי. הנשיא ברק הגדיר היטב את משמעותו: "שלטון החוק במובנו הפורמאלי משמעותו, שכל הגורמים במדינה, בין הפרטים כיחידים וכהתאגדויות ובין זרועות המדינה, חייבים לפעול על-פי החוק, ופעולה בניגוד לחוק צריכה להיתקל בסנקציה המאורגנת של החברה."¹⁰⁶ הוא הדגיש שעקרון שלטון החוק פונה הן לרשויות השלטון והן לפרטים בחברה, אך הוא מופנה ראשית אל הרשות השופטת: על השופט לפעול על-פי החוק.¹⁰⁷

102 אומנם מידת ההתערבות בהחלטות הכנסת ככובעה כרשות מנהלית היא ממילא מצומצמת למדי (ראו בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982)), אך יש טעם לפגם בהעדר כל טענה לגוף העניין.

103 דנג"ץ **מרשם האוכלוסין**, לעיל ה"ש 65, פס' 7 להחלטתו של השופט חשין.

104 בפסיקה ובספרות עמדו פעמים רבות על מורכבותו של עיקרון זה, ועל הקושי לגזור ממנו אמירה קונקרטית. הדבר בא לידי ביטוי באופן בולט בכתיבתו של רובינשטיין (אמנון רובינשטיין "שלטון החוק: התפישה הפורמלית והמהותית" הפרקליט כב 453 (1966)) ואומץ גם בפסיקה (רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485, 516 (1994)). ראו גם ליאון שלף "מ'שלטון החוק' ל'מרות המשפט': הרהורים וערעורים על מושג-יסוד" עיוני משפט טז 559 (1991).

105 יצחק זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט גיליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי-הדין 61, 61 (1987).

106 בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 621 (1986).

107 אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" מבחר כתבים א 319, 321 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000). דברים אלה באו לידי ביטוי גם בפסיקה. ראו עניין שריד, לעיל ה"ש 102, בעמ' 202; בג"ץ 400/87 כהנא נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מא(2) 729, 738 (1987); בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 157 (1985).

שלטון החוק במובנו הפורמלי אינו בוחן את תוכן החוק, אלא את חובתן של כל הרשויות לפעול בהתאם לחוק.¹⁰⁸ בדומה לכך, גם הביקורות שמתעוררות לנוכח מתן המעמד ליוזמות חקיקה אינן עוסקות בתוכנה של יוזמת חקיקה פלונית, אלא בעצם מתן המעמד. מכאן לב הטיעון: מתן מעמד ליוזמות חקיקה – כאשר מדובר במעמד שאינו השראתי בלבד, אלא כזה שמוביל להשהיית העתירה, לדחייתה או למחיקתה – אינו עולה בקנה אחד עם שלטון החוק במובנו הפורמלי, שלפיו גם על בתי-המשפט להישלט על-ידי החוק.

עניין מנינג, עניין פר"ח ועניין מיטראל¹⁰⁹ – שלושת פסקי-הדין שביססו את ההלכה המורה כי אין לתת מעמד ליוזמות חקיקה – לא הזכירו כלל את עקרון שלטון החוק בהקשר זה. הדבר מעניין במיוחד לנוכח העובדה שחובת הרשות המנהלית לפעול על-פי הדין הקיים (ועימה עקרון חוקיות המנהל) – החלק הבולט, הזכור והמובן מאליו ביותר של הלכת מיטראל – נובעת ישירות מעקרון שלטון החוק במובנו הפורמלי. אכן, מעיון בפסיקה העוסקת בסוגיה מושא מאמר זה עולה כי רק פעם אחת ויחידה הוזכר שלטון החוק בהקשר זה.¹¹⁰ הימנעותה של הפסיקה מלדון בכך שמתן מעמד ליוזמות חקיקה אינו מתיישב עם עקרון-על זה נובעת מעצם העובדה (הבעייתית, יש להדגיש) שהפסיקה לא הקדישה כל מחשבה ודיון סדורים לעצם מתן המעמד ליוזמות חקיקה (למעט, כאמור, התייחסותו היחידה של השופט זמיר). בהעדר דיון, אין ספק שעקרון שלטון החוק אינו יכול לקבל משקל הולם.

ג) הטעמים המעשיים – גורלה של יוזמת החקיקה

מדובר בקבוצה של טעמים מעשיים שעליה עמד השופט אור כבר בעניין מיטראל כאשר נימק מדוע אין ליתן מעמד להצעת החוק שעמדה שם במרכז הדיון: אי-אפשר לדעת אם החוק יחוקק; אי-אפשר לדעת מתי החוק יחוקק; אי-אפשר לדעת כמה זמן יימשך הליך החקיקה; ואי-אפשר לדעת מה יהיה תוכן החוק.¹¹¹ טיעונים אלה לא נגזזו עם הלכת מיטראל, והם עומדים ומתממשים במלוא הדרם גם במבט אל הפסיקה העדכנית.

כך, למשל, בעניין המועצות הדתיות עדכנה המדינה לגבי התקדמותו של הליך החקיקה, שהיה נדמה כי קרם עוד וגידים, עד שלאחר שנתיים ומחצה התברר כי הדיונים "לא מוצו".¹¹² משך זמן משמעותי יותר נרשם בעניין נסר,¹¹³ שם בין הגשת העתירה להכרעה בה חלפו עשר

108 רובינשטיין, לעיל ה"ש 104, בעמ' 456.

109 לעיל ה"ש 12, 13 ו-2, בהתאמה.

110 מדובר בפסקי-דין של השופט זמיר בבג"ץ 5692/97 דורון נ' ראש-עיריית ראשון לציון, פ"ד נא(5) 380, 383 (1997).

111 עניין מיטראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 496. גילד-חיו ושהב, במאמרו העוסק בעריכת-דין חקיקתית, עומדות על כך שמנקודת-הראות של הפרקטיקה בחקיקה, תהליך החקיקה כרוך באי-ודאות ניכרת באשר לתוצאותיו. הן מסבירות כי אי-ודאות זו נגרמת כתוצאה מכך ש"הזירה הפוליטית, יותר מכל זירה אחרת, רוויה במנגנונים מאזנים, 'עסקאות חבילה', הסכמים קואליציוניים, הסכמים בין סיעתיים, הסכמי הצבעות, אינטרסים שונים זרים לעניין ועוד". דבי גילד-חיו וסיגל שהב "עריכת-דין חקיקתית ככלי לשינוי חברתי" מעשי משפט ב 69, 76 (2009).

112 ראו, למשל, עניין המועצות הדתיות, לעיל ה"ש 27, החלטות מימים 5.5.2010 ו-11.11.2010 (פורסמו באר"ש).

113 לעיל ה"ש 27.

שנים, אשר שש מהן הוקדשו למיני יוזמות חקיקה שנועדו לתקן את חוסר השוויון הבוטה שהיה קיים בחוק. תקופה זו הייתה גדושה ביוזמות חקיקה ובוועדות שונות, אך אף לא אחת מהן התגבשה לכלל חקיקה. גם המשיבות בדנג"ץ ברנר-קדיש¹¹⁴ המתינו שנים רבות, שיועדו ליתן למדינה שהות לתקן את חוק אימוץ ילדים, אלא שהתיקון המובטח לא נכנס לתוקף עד היום הזה (הגם שדובר בהצעת חוק ממשלתית, ונהוג לראות הצעות חוק מסוג זה כציבוריות).¹¹⁵ גם תזכיר החוק שהוביל לדחיית העתירה השנייה בפרשת פקודת העיתונות¹¹⁶ טרם הבשיל לכלל חקיקה. לא זו אף זו, אותו תזכיר הוזכר גם באחת ההחלטות בעתירה השלישית בעניין פקודת העיתונות, כאשר צוין כי "לגבי הפקודה נעשה לפני פחות מעשור מאמץ לחקיקת חוק עתונות חדש תחתיה, שלא צלח".¹¹⁷

נראה כי גם בהעדר דיון סדור בעצם מתן המעמד ליוזמות חקיקה, בית-המשפט ער לאותם קשיים מעשיים.¹¹⁸ אלה קיבלו מקום משמעותי, למשל, בהכרעתו של השופט ריבלין בעניין חוק האזרחות. ריבלין עמד על כך שאין זה ברור כלל אם הכנסת תבחר לחוקק חוק חדש שיחליף את החוק הנתקף בעתירה, ובמקרה שתבכר לעשות כן – מה יהיה תוכנו. הוא הוסיף והדגיש כי "גם אם ישוב המחוקק וייתן תוקף מחודש, לתקופה קצובה, להוראת השעה, אין לנו בסיס להניח כי ההוראה החדשה תהא לזו שאותה אנו מבקרים היום. ניסיון העבר מלמד כי המחוקק שינה גם שינה, בעבר, מהוראות החוק הזה".¹¹⁹ באופן דומה, בדנג"ץ גלוטן הרחיבו ארבעה משופטי ההרכב על הסוגיה, ודנו בחוסר הוודאות לגבי השאלה אם ומתי יימצא פתרון חקיקתי לסוגיה, ובקושי שבהמתנה לאותו הסדר.¹²⁰

114 לעיל ה"ש 31.

115 תוכן התיקון הוצא מתוך תיקון מס' 4 לחוק, והופרד לימים להצעת תיקון מס' 5, אשר לא קודמה. בהמשך הוא התגבש לכלל הצעת תיקון מס' 7, אך גם זו לא קודמה.

116 לעיל ה"ש 79.

117 העתירה השלישית בעניין פקודת העיתונות, לעיל ה"ש 79, החלטה מיום 13.4.2015 (פורסמה בנבו).

118 בהקשר של הליך חקיקת-משנה ראו בג"ץ 939/05 ברבי נ' שר התמ"ת, פס' 20 לפסק-דינו של השופט ד' חשין (פורסם בנבו, 18.6.2007), שם ביקשה המדינה להישען על הליך התקנת תקנות שהתקיים באותו זמן. השופט דוד חשין התייחס מפורשות בפסק-דינו לכך שטיוטת התקנות הוגשה לוועדת העבודה והרווחה שלוש שנים לפני מתן פסק-הדין, אך הן לא אושרו בשל אי-הסכמה בקרב חברי הוועדה (אשר נותרה על כנה גם בעת מתן פסק-הדין). במציאות זו, שבה אין זה ברור אם הליך התקנת התקנות בנוסח הנוכחי יושלם, הדגיש השופט חשין את נפקותה הרבה של הלכת מישראל.

119 עניין חוק האזרחות, לעיל ה"ש 44, פס' 6 לפסק-דינו של השופט ריבלין. גישה דומה הביע השופט ג'ובראן (אם כי בעמדת מיעוט) באשר לאופיו של הליך החקיקה, בכותבו כי "על-פי-רוב, הצעות חוק אינן שומרות על נוסחן המקורי, אלא עוברות שינויים בהתאם לעמדת הוועדה" (עניין ייצוא הגז הטבעי, לעיל ה"ש 18, פס' 95 לפסק-דינו).

120 דנג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 28, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת נאור, פס' 13 לפסק-דינה של השופטת ארבל, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת חיות ופס' 6 לפסק-דינו של השופט הנדל. עוד ראו את דבריו של השופט גרוניס בבג"ץ 2105/06 כהן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 16 לפסק-דינו (פורסם בנבו, 26.7.2010): "אין זה ברור באיזה שלב נמצאים הליכי החקיקה כיום והאם הצעות החוק עומדות עדיין על הפרק...". ראו ברוח דומה גם את דבריו של השופט זמיר

דרך נוספת ליתן משקל לטיעוני אי־הוודאות מצויה בפסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין בעניין מיוחס.¹²¹ העתירות בעניין זה נדחו אך ורק על יסוד קידומה של הצעת חוק העיריות, התשס"ז–2007, אולם בצד הדחייה כתב המשנה לנשיאה ריבלין כי למחיקת העתירה יש משמעות רק תחת ההנחה שהליכי החקיקה אכן יושלמו בתוך פרק־זמן סביר ושתוכנם יהיה "ברוח הדברים" שפורטו בהודעת המדינה. אם אלה לא יקרו, הוא הדגיש, תהא דלתו של בית־המשפט פתוחה לפני העותרים.

לכאורה הדרך שבה הילך בית־המשפט בעניין מיוחס נותנת מענה לאי־הוודאות שבהליכי החקיקה, אך לא כך הדבר. גם אם דלתו של בית־המשפט פתוחה לעותרים, אין לחדד שהגשת עתירה חדשה כרוכה במשאבים ניכרים. ניתן לשער כי גם אם הליכי החקיקה לא יקודמו, לא כל העותרים ירוצו להתדפק שנית על דלתו של בית־המשפט. יש לציין שהצעת חוק העיריות טרם גובשה לכלל חוק, אף שאנו כבר בשנת 2017, יותר מתשע שנים לאחר מתן פסק־הדין בעניין מיוחס. הנה כי כן, החששות שעליהם עמד השופט אור בעניין מישראל התמשו שוב.

על־אף כל האמור, יש להיזהר מלהעמיס על גבם של טיעוני אי־הוודאות יותר מאשר בכוחם לשאת. למעשה, ניתן לעצור רגע בנקודה זו ולהביט על ארבעת "טיעוני אי־הוודאות" שהעלה השופט אור בעניין מישראל: אי־אפשר לדעת אם החוק יחוקק; אי־אפשר לדעת מתי החוק יחוקק; אי־אפשר לדעת כמה זמן יימשך הליך החקיקה; ואי־אפשר לדעת מה יהיה תוכן החוק. אכן, ארבע קושיות – קושיות קשות. אך בחלקן, כאמור, הן פתירות. הפרקליטות או הכנסת יכולות לתת על־פירוב תאריך־יעד להליך החקיקה.¹²² לרוב ברור מהלך־הרוח הפוליטי אם בכונת המחוקק לדון בהצעת החוק האמורה. גם אם לא נצפה שבי־המשפט יעריך את הלך־הרוח הפוליטי, הפרקליטות והכנסת יכולות בהחלט לעשות זאת, ואכן עושות זאת.¹²³ גם את משכו של הליך החקיקה ניתן לאמוד, ואין כאן ממילא צורך בדיוק

בעניין הרכבה של מועצת מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 86, בעמ' 24, שם כתב כי הצעת החוק שהייתה ברקע הדברים אומנם עברה בקריאה הראשונה אך טרם הוגשה לקריאה השנייה, "ואין לדעת אם ומתי תיעשה חוק".

121 לעיל ה"ש 66.

122 ראו, למשל, בעניין יקותיאל, לעיל ה"ש 20, שם ידעה הפרקליטות להעריך כי הליך התקנתן של התקנות שעמדו במוקד הדיון יימשך כשבעה חודשים. כך גם בעניין משה, לעיל ה"ש 22, פס' 11 לפסק־דינה של השופטת חיות, שם העריכה המדינה כי בתוך כחצי שנה יתגבש הליך החקיקה לכלל חוק.

123 לרוב הדבר נעשה בהתנהלות ה"פנימית" שבין המדינה לבג"ץ – בכתבי הטענות אך בעיקר בדיונים שבעל־פה. חרף זאת יש מקרים שבהם ההערכה הפוליטית מוצאת את ביטויה בהחלטות השיפוטיות. ראו, למשל, בעניין חוק האזרחות, לעיל ה"ש 44, החלטה מיום 1.3.2005 (פורסמה באר"ש). כעולה מההחלטה, הפרקליטות התייחסה לשינויים פוליטיים (כניסה לתפקיד של שר פנים חדש) ולהשפעתם על יוזמות החקיקה. שם, פס' 3 להחלטה. כן ראו בעתירה השלישית בעניין פקודת העיתונות, לעיל ה"ש 79, שם הסבירה המדינה לבג"ץ כי "שר הפנים סילבן שלום מנוע מלטפל בנושא העיתונות בשל זיקתה של רעייתו לגורם מרכזי בעיתונות היומית, ולפיכך נתבקשה אורכה של חודשים וחצי למינוי שר אחר שיהיה ממונה על הנושא ולקידום החקיקה". לאחר־מכן הוסבר כי שר הפנים התפטר מתפקידו, ולכן התבקשה ארכה נוספת. ראו

מיוחד. באשר לתוכנה של הצעת החוק, אכן קיימת בעניין זה אי־ודאות אם בוחרים לתת מעמד להצעת חוק בשלבי גיבוש ראשוניים או במסגרת הקריאה הטרוםית. אך אם מדובר בהצעת חוק שעברה את דיוני הוועדה לאחר הקריאה הראשונה ואשר מוכנה לקריאות השנייה והשלישית, יש טעם סביר להניח שההסדרים המצויים בה כאשר היא מונחת על שולחן הכנסת יהיו דומים במידה ניכרת להסדרים שייקבעו בחוק בסופו של דבר. אומנם, יש היגיון רב מאחורי הדברים שכתב השופט אור בעניין מיטראל, ואשר אומצו בהמשך בכמה פסקי־הדין, אך אין להאדיר קושי זה וליצור בו את שאין בו. בנסיבות מסוימות, ובפרט בנסיבות שמבוססות על שיתוף־פעולה מצד פרקליטות המדינה והכנסת,¹²⁴ משקלם של טיעוני אי־הוודאות אינו כה רב כפי שנדמה.

(ד) פגיעה בפרטים המתדיינים

כמעט לכל אורכה של סקירת הפסיקה ההתייחסות היא מוסרית: בית־המשפט טען כך או כך; בית־המשפט שם דגש בזה או בזה; היה ראוי להתייחס לטיעון א או לטיעון ב. אך אל לנו לשכוח שמאחורי כל פסק־דין עומדים צדדים, ושלצדדים אלה יש אינטרסים ממשיים – רגשיים, כלכליים, משפחתיים או מכל סוג אחר.

כמובן, בנסיבות מסוימות יש טעם להאריך ולהשהות ולשקול שוב ושוב, אך גלום בכך חיסרון ניכר שיש לתת לו את הדעת. פעמים לא־מעטות מתן מעמד ליוזמות חקיקה ניתן על גבם של הצדדים. ליתר דיוק, מכיוון שעסקינן בהליכי בג"ץ, המשמעות הפוטנציאלית של מתן מעמד ליוזמות חקיקה אינה פגיעה ב"צדדים", שהרי המדינה אינה נפגעת; המשמעות הפוטנציאלית של מתן מעמד ליוזמות חקיקה היא פגיעה בפרט.¹²⁵ גם כאשר מדובר בעותר ציבורי, הפגיעה שנובעת ממתן מעמד ליוזמות חקיקה מוכוונת בסופו של יום לפרט – אותו פרט שמיצג בו גם אם אין הוא נוטל בו חלק באופן פורמלי.

מתן מעמד ליוזמות חקיקה פוגע לעיתים בעניינם של הצדדים, הממתינים לא פעם שנים רבות להכרעתו של בית־המשפט, באופן שעולה כדי עינוי־דין.¹²⁶ כך היה, למשל, בעניין

את תיאור ההתפתחויות המשפטיות בעניין זה באתר האגודה לזכויות האזרח, שהיא העותרת באותה פרשה: דן יקיר "ביטול פקודת העיתונות" אתר האגודה לזכויות האזרח בישראל www.acri.org.il/he/32938 30.11.2016

124 ראו, למשל, בעניין ההכרזה על מצב החירום, לעיל ה"ש 28, שם עדכונים בדבר התקדמות החקיקה היוו כמעט את לב ההליך המשפטי.

125 גם ברק מדינה מתייחס לעיכוב בפתרון המקרה הפרטני של הצד להתדיינות כ"עלות" שנובעת מהשהיית הדיון המשפטי לנוכח קיומה של יוזמת חקיקה. Medina, לעיל ה"ש 1, בעמ' 775.

126 להתייחסות לעינוי־דין כאל התמשכות בלתי־סבירה של ההליכים המשפטיים ראו שמעון שטרית "על מי יוטל מחיר העיכובים והתקלות בהליך השיפוטי" משפטים 1, 584, 584, 596, 600, 602 (1976). בהקשר זה יש להדגיש כי לעינוי־הדין יש פרספקטיבה שיוצאת מעניינו של הפרט. כך, למשל, הודגש כי מניעת עינוי־דין משקפת אינטרס הן של הפרט והן של הציבור (מנחם אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה – על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" מחקרי משפט יד 269, 284 (1998)), וכי עצם קיומה של התופעה מוביל לירידה באמון הציבור במערכת השפיטה (מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט – תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל ולהרחורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור" המשפט ט 491, 495 (2004)).

ברנר־קדיש, שם הסתיים ההליך בבג"ץ בשנת 2000, אך פסק־הדין בדנג"ץ ניתן רק בשנת 2008, כך שרותי, ניקול וילדיהן נאלצו להמתין שנים רבות עד תום הדיון בעניינם. כך היה גם בעניין נטר, שם המתינו העותרים (שעתירתם התקבלה לבסוף) שש שנים (מתוך העשר שהוקדשו להליך) לנוכח נסיגות כושלים לקידום הליכי החקיקה, ובכל אותן שנים לא זכו בהטבות המס שנדרונו שם. גם בפרשת קרסיק נרשמה תקופה ארוכה של שמונה שנים (מתוך שלוש־עשרה השנים של הדיון בתיק) שבהן נמנע בית־המשפט מלהתערב לנוכח הודעות המדינה כי יוזמת החקיקה מקודמת.¹²⁷ בכל התקופה הזו ביקשו העותרים לדעת אם הם יזכו בפיצוי בגין הקרקעות שהופקעו מהם ואשר מטרת הפקעתן תמה. בית־המשפט עצמו הכיר באינטרס הכלכלי של העותרים שעמד על הפרק.¹²⁸

אך הדברים אינם מתמצים בכך. ראשית, הפגיעה בפרט יכולה להיגרם גם כאשר משך הזמן שבו ניתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה הוא סביר. המציאות מעידה כי גם משך זמן סביר יכול להיות יותר מדי. כך טענה השופטת ארבל, בשמם של העובדים הזרים, בדנג"ץ גלוטן: "אכן, מדובר בסוגיה סבוכה ואין ספק שראוי היה שתיתפר על ידי המחוקק... עם זאת, לא ניתן להותיר ללא מענה את תקופת הביניים (שלא ניתן לדעת מה אורכה) עד שיוסדר הנושא, כאשר זכויותיה הבסיסיות של קבוצה מוחלשת ביותר נפגעות באופן ממשי ללא כל הגנה של המשפט והחוק...".¹²⁹ שנית, ככל שעל הפרק קיים אינטרס בעל ערך כלכלי, הפגיעה הפוטנציאלית (ולעיתים הממשית) אינה רק בפרט, אלא יכולה להיות גם בתאגיד. פגיעה כזו הורגשה היטב על־ידי א.ל.א. ניהול והפעלה (2005) בע"מ – החברה הזכיינית שהייתה עתידה להפעיל את בית־הסוהר הפרטי אילולא בוטל החוק הרלוונטי בעניין הפרשת בתי־הסוהר; וכן על־ידי איגוד הבנקים בישראל, אשר עתירתם לדיון נוסף בדנג"ץ מרשם האוכלוסין נדחתה אך משום קיומן של יוזמות חקיקה.

על אלה יש להוסיף גם את שאלת ה"הסכמה" של העותרים ככל שמדובר במחיקת העתירה. לכאורה, אם העותרים נתנו את הסכמתם למחיקת העתירה, אל להם להלין על כך שהם נפגעו. אולם איזו בררה אמיתית עומדת לעותרים המעוניינים להשיג את מבוקשם? הרי אם לא ייתנו את הסכמתם, יידחו טענותיהם ממילא ברוב המוחלט של המקרים. טלו מקרים שהתמשכו שנים רבות, דוגמת פרשת פקודת העיתונות ועניין קורן. בשני המקרים נתנו העותרים את הסכמתם למחיקה.¹³⁰ האם מהעובדה שהעותרים נתנו לבסוף את הסכמתם, בשלב מאוחר מאוד של ההליך, יש כדי לעקר את העובדה שהם המתינו יותר משבע שנים לפסק־הדין אך משום קיומן של יוזמות חקיקה?

127 ראו התייחסות פרטנית לפרשה זו כמשקפת עינוי־דין אצל חיים זנדברג "פרשת קרסיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות" מחקרי משפט כז 409, 409 (2011).

128 פסק־הדין בעניין קרסיק, לעיל ה"ש 68, פס' 7 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש.

129 דנג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 28, פס' 13 לפסק־דינה של השופטת ארבל. ראו בהקשר זה גם את פסק־דינו של השופט הנדל, שסבר כי "לא ניתן להותיר את עובדי הסיעוד משוללי זכויות עד שהמחוקק יתפנה לומר את דברו" (שם, סוף פס' 1 לפסק־דינו).

130 במקרה הראשון מבין השניים ניתנה הסכמת העותרים בעתירה השנייה בעניין פקודת העיתונות, לעיל ה"ש 79.

הדיאלוג שמתקיים בין בית-המשפט העליון לכנסת כתוצאה ממתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה – או למצער הדיאלוג שראוי שיתקיים במצב זה – אינו רואה את העותרים כשחקן במסגרתו.¹³¹ הדבר נכון בין שהעותרים מחו על השפעתה של יוזמת החקיקה שהייתה מונחת על הכף ובין שהם הסכימו לה, ואף אם עשו את שניהם בשלבים שונים של ההליך. לכן את אמות-המידה למתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה יש לעצב באופן שיעניק הגנה "פנימית" לעותרים, מתוך הכרה בכך שיש לשקול היטב את עניינם גם אם אין הם שחקנים פומביים בדיאלוג.

(ה) פגיעה בוודאות

מלבד שאלת הרציות של מתן מעמד ליוזמות חקיקה, יש לתת את הדעת גם לאופן מתן המעמד, ובפרט ליישום הבלתי-אחיד של התופעה האמורה. כפי שעולה מהסקירה בתת-פרק 2א, אין כל אחידות, עקביות או משנה סדורה באשר למתן מעמד ליוזמות חקיקה. אופן היישום הנוכחי פוגע בפגיעה משמעותית בוודאות המשפטית, שהוא עיקרון בעל ערך עצמאי אשר יש להמעיט את הפגיעה בו.¹³²

מאופיו הספורדי של מתן המעמד, ומאיי-הוודאות הנלווית לכך, נובעים שני קשיים נוספים. האחד הוא החשש לשרירות בהכרעה המשפטית. "הרי מכוח התקדים מטפלים במקרים זהים באופן זהה. נקיטת הדרך ההפוכה, היינו טיפול במקרים זהים באופן שונה זה מזה, זוכה, בדרך כלל, בכינוי של מעשה שרירות וכפועל יוצא מכך רואים דרך כאמור כבלתי הוגנת ובלתי צודקת."¹³³ הקושי האחר הוא ההפרה של עקרון השוויון: בענייניו של אלמוני יוחלט לתת מעמד ליוזמת חקיקה המונחת ברקע הדברים, ואילו בענייניו של פלוני יוחלט לא לתת מעמד כאמור, וזאת מבלי שיש שוני מהותי בין המקרים אשר נבחן באופן ענייני והצדיק את ההפעלה השונה של הדין.¹³⁴

מכאן עולה הדרישה כי אופן מתן המעמד ליוזמות החקיקה יהיה עקבי וסדור. אין ספק שיישומו צריך להשתנות בהתאם לנסיבות, אך כך המצב באשר לרוב הכללים המשפטיים. במצב הנוכחי, אופן מתן המעמד רחוק מלהיות ברור או עקבי. כל אימת שעותר מבקש ללמוד מסקנה פרשנית מקיומה של יוזמת חקיקה, וכל אימת שהמדינה מבקשת את השתיית העתירה לנוכח קיומן של יוזמות חקיקה, הם ניצבים בפני הטלת קובייה: הם אינם יכולים

131 לגישה שבה העותר הוא חלק מהדיאלוג עצמו (בפרט בכל הנוגע בעיצוב הסעדים הדיאלוגיים) ראו: Kent Roach, *Remedial Consensus and Dialogue under the Charter: General Declarations and Delayed Declarations of Invalidity*, 35 U.B.C. L. Rev. 211 (2002) (להלן: Roach, *Remedial Consensus*).

132 יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" דין ודברים ו 17 (2011). ראו גם אהרן ברק *שופט בחברה דמוקרטית* 239 (2004) (על מקומה של הוודאות בשיטת המשפט הישראלית); מיכל טמיר (יצחקי) "עילת חוסר-הוודאות במשפט הציבורי" *משפט וממשל* ה 497, 550 (2000) (על ודאות כרציונל לקידום עקביות ושוויון).

133 מאיר שמגר "על התקדים ועל ודאות הדין" *משפטים* יז 433, 435 (1987). ראו גם עמית, לעיל ה"ש 132, בעמ' 38. כן ראו את הדיון אצל יהושע (שוקי) שגב "הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל – בחינה מחודשת" *מאזני משפט* ג 303, 307, 330-331 (2004).

134 ראו טיעון זה גם אצל שנוור, לעיל ה"ש 97.

לדעת אם בית-המשפט יקבל את הטיעון בזרועות פתוחות או ידחה אותו בהינף-יד. כך, למשל, אין זה ברור מה היה הטעם לדחייה בעניין איתנית, ומה מבדיל מקרה זה מעניין חטיבת מפיצי הסגריות או מעניין הדר.¹³⁵ במצב זה יש צורך אמיתי ביצירת מסגרת עיונית שתתחום ותתווה את מתן המעמד הנורמטיבי ליוזמות חקיקה.

2. יתרונות מרכזיים

(א) קידום הדו־שיח החוקתי וכיבוד הכנסת

הדו־שיח החוקתי בין בית-המשפט העליון לכנסת הוא דו־שיח מורכב וטעון, בלשון המעטה. למעשה, מעטים הם המקרים ומעטות הן המדינות שבהם אין מדובר בדו־שיח מורכב וטעון, מעצם הסמכות הרחבה של בתי-משפט עליונים והשפעתם על סוגיות ממשליות. אולם בישראל ניתן – ונדרמה שכך גם נהוג – לחלק את היחסים הללו לשתי תקופות: לפני המהפכה החוקתית ואחריה.¹³⁶ הטעם לכך מובן מאליו כמעט – בפרשת בנק המזרחי קבע בית-המשפט העליון כי חוק־יסוד: חופש העיסוק וחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מקנים לו סמכות להכריז על בטלות חוקים שעומדים בסתירה אליהם.¹³⁷ ביקורת כזו – אשר דומה לה הוכרזה בעניין ברגמן,¹³⁸ וגם שם מטעמים פורמליים בלבד – הובילה באופן טבעי להגברת המתח והחשש מצד רבים מיושבי הכנסת מפני פסילת חקיקה. היא שינתה, בעיקר לרעה, את יחסה של הכנסת לבית-המשפט העליון.¹³⁹

את היחסים המתוחים בין שתי הרשויות ניתן לראות, למשל, במתקפה על הרשות השופטת בימים שלאחר ההכרעה בעניין קרסיק.¹⁴⁰ לא דובר אך במתקפה ציבורית, אלא גם בנקיטת צעדים מעשיים לצמצום כוחה של הרשות השופטת.¹⁴¹ כך גם באשר לחילופי-הדברים בין בית-המשפט העליון לבין הכנסת שאירעו בינואר 2004. הנשיא דאז ברק, בנאומו בטקס

135 לעיל ה"ש 30, 22 ו-22, בהתאמה.

136 אולם אין בכך כדי לפגום בתוקפה של האמירה שיחסים אלה היו מורכבים מאז הוקם בית-המשפט העליון. ראו פנינה להב "העוז והמשרה: בית-המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד 479, 487-488 (1989).

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

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

139 בוודאי כך כאשר בית-המשפט העליון יושב כבית-משפט גבוה לצדק. מעצם סמכויותו הייחודיות של בג"ץ אך טבעי הוא שייוצר מתח מסוים. כך, למשל, יאיר שגיא עמד על כך שבג"ץ הוא "עובדת חיים" במדינת-ישראל, ודווקא בשל ייחודו ומרכזיותו הוא מהווה מוקד תמידי לחילוקי-דעות ולדין ציבורי (יאיר שגיא "למען הצדק? על הקמתו של בית-המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כח 225, 227 (2004)).

140 ההחלטה העקרונית בעניין קרסיק, לעיל ה"ש 69.

141 זנדרבג, לעיל ה"ש 127, בעמ' 438. דובר שם בכמות ניכרת של הצעות חוק לשינוי חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1994, וחוק־יסוד: השפיטה, לצד הצעות חוק פרטיות שביקשו להקנות סמכות לבית-משפט לחוקה. ראו אסמכתות מפורטות אצל: Haim Sandberg, *Strategic Considerations Behind Normative Explanations: Lessons from Israel's Supreme Court Expropriations Case*, 11 INT'L J. CONST. L. 751, 768 (2013).

השבעת שופטים, התבטא נגד התערבות הכנסת בתיקים תלויים ועומדים,¹⁴² ואילו הכנסת מצידה דנה בהתערבות בג"ץ בסוגיות כלכליות, תוך שרבים מחברי הכנסת מטיחים דברים קשים בבית-המשפט העליון.¹⁴³

כפי שאטען בפרק הבא, דר־שיח בין בית-המשפט העליון לכנסת הוא רצוי, באשר יש בכוחו להוביל להגנה טובה יותר על זכויות אדם,¹⁴⁴ וכן ליצור תהליך דליברטיבי בנוגע לסוגיות ליבה ציבוריות אשר לעיתים לא היה מתרחש בלעדיו.¹⁴⁵ משכך, את הבעת הכבוד הניכרת מצד בית-המשפט העליון כלפי הכנסת, הבאה לידי ביטוי במתן מעמד ליוזמות חקיקה, יש לראות כיתרון משמעותי. אכן, בחלק מפסקי-הדין שנתנו מעמד ליוזמות חקיקה נעשה שימוש ברטוריקה מכבדת כלפי הכנסת, ברטוריקה של הושטת־יד והבעת אמון. כך, למשל, כאשר פירטה הנשיאה ביניש מדוע התמשכו ההליכים בעניין הפרשת בתי-הסוהר,

142 לדיווח על האמור ראו מערכת הארץ "אהרן ברק: 'הדיאלוג בין הרשויות נפסק, הכוח מחליף את שיקול הדעת – הכלים נשברים'" *TheMarker* 13.1.2004 www.themarker.com/law/1.222110.

143 פרטוקול ישיבה מס' 93 של הכנסת ה־16 (13.1.2004) fs.knesset.gov.il/16/Plenum/16_ptm_129164.doc.

144 בולטת בהקשר זה גישתו של קנט רוץ', המבססת תפיסה שלמה של דר־שיח אשר נסבה כולה על ההגנה על זכויות אדם. *Roach, Dialogues about Rights*, לעיל ה"ש 4, במיוחד בעמ' 541, שם הוא כותב כי דר־שיח בא לידי ביטוי בכך שבית-המשפט מוודא שהמחוקק מביא בחשבון את הבטחת הזכויות, ולמחוקק מצידו יש אפשרות להסביר לבית-המשפט את ההנמקה והצידוק להגבלת הזכויות. ראו גם: *Kent Roach, Dialogue or Defiance: Legislative Reversals of Supreme Court Decisions in Canada and the United States*, 4 INT'L J. CONST. L. 347, 348–49 (2006) (להלן: *Roach, Dialogue or Defiance*). לא במקרה רוץ' רואה פגיעה בזכויות מיעוט כתחימה של גבולות דר־שיח. כך, הוא טוען כי מקום שמדובר בזכויות של קבוצה שאין לה הגנה או ייצוג הולם בבית-המחוקקים, ויש סבירות שזכויותיה יידרסו בהליך ההצבעה הרובני, על בית-המשפט להימנע מלכבד את המחוקק בחקיקת-המשך, ולהעדיף את ההגנה על זכויות המיעוטים על קיום דר־שיח, גם כאשר הדבר כרוך באקטיביזם שיפוטי. שם, בעמ' 366; *Roach, Remedial Consensus*; לעיל ה"ש 131, בעמ' 214–215.

145 Peter W. Hogg & Allison A. Bushnell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*, 35 OSGOODE HALL L.J. 75, 79, 81 (1997); Graham Gee & Grégoire C.N. Webber, *Same-Sex Marriage in Canada: Contributions from the Courts, the Executive and Parliament*, 16 KING'S COLLEGE L.J. 132, 142 (2005); Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and Its Critics*, 23 SUP. CT. L. REV. 49, 68–69, 89 (2004) (להלן: *Roach, Dialogic Judicial Review*).

כך גם בהקשר הפרטני של השימוש בפסקת ההתגברות – שם, בעמ' 56. אולם ראו גם ביקורת הגורסת כי תיאוריה של דר־שיח אינה משקפת תהליך דליברטיבי אמיתי: Luc B. Tremblay, *The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures*, 3 INT'L J. CONST. L. 617 (2005). וולדרון אף סובר כי התעקשותם של תומכי הביקורת השיפוטית כי בית-המשפט הוא בהכרח זה שיוצר את התהליך הדליברטיבי היא מתנשאת. הוא סבור כי דווקא בשל ההתערבות השיפוטית ייפגע התהליך הדליברטיבי אצל המחוקק: Waldron, לעיל ה"ש 24, בעמ' 28–29.

היא ציינה כי הדבר נובע ממורכבותם של ההליכים, "אך בעיקר מרצונו של בית משפט זה לאפשר לכנסת למצות את הליכי החקיקה... וזאת בטרם נידרש לשאלה המורכבת הנוגעת לכיטול חקיקה ראשית של הכנסת".¹⁴⁶ כך נימק את החלטתו גם השופט חשין בדג"ץ מרשם האוכלוסין: "משהציע בית המשפט למדינה לפעול לתיקון החוק; ומשהודיעה המדינה כי בכוונתה אמנם לפעול לתיקון החוק; אין עוד מקום כי בית המשפט יוסיף וידון בסכסוך המשפטי".¹⁴⁷ דבריו של השופט חשין אופפים בהילת כבוד לכנסת.

את הבעת הכבוד ניתן לגלות לא רק במינוח, אלא גם באופן הפעולה של בית המשפט. הדבר בא לידי ביטוי במיוחד במקרים שבהם לאורך החלטות רבות בית המשפט מגלה סבלנות רבה כלפי התמשכותם של הליכי החקיקה. כך אירע בעניין קורן,¹⁴⁸ שם המתין בית המשפט שבע שנים עד שהליך החקיקה צלח והתגבש לכלל חוק. גם עניין ההכרזה על מצב החירום,¹⁴⁹ שהתבסס ברובו על יוזמות החקיקה שברקע, נמשך – יש להזכיר – שלוש-עשרה שנים. לא פסק-הדין ואף לא אחת משלושים החלטות-הביניים שבתיק לוו מינוח מעין זה, אולם המספרים מדברים בעד עצמם.

הדוגמות הבוטות ביותר הן בוודאי אלה שבהן כיבוד הכנסת בא לידי ביטוי הן בכתובים והן במעשים. פרשת קרסיק משקפת זאת היטב. מן המועד שבו התחיל הליך החקיקה ועד שניתן פסק-הדין, נתן בית המשפט, בעשר החלטות שונות, שהות אחר שהות. גם בפרשה זו התלווה לרבות מן ההחלטות מינוח של כבוד ושל "ראוי". כך, למשל, בית המשפט סבר כי "לא יהא זה נכון אם נחליט לאלתר בנושא תקופת תחולתה של ההלכה, בהקדימנו את המחוקק המבקש לברר ולברור הכרעה הנראית ראויה בעיניו".¹⁵⁰ את הדברים הללו שבה והדישה הנשיאה ביניש גם בפסק-הדין: "כיוון שהכנסת החלה לפעול להסדרה חקיקתית של הסוגיות השונות הנוגעות להפקעתם של מקרקעין, בהתאם לקריאתו של בית משפט זה בהחלטה בעניין קרסיק, ומשניצבת בפני הכנסת הצעת חוק קונקרטית מטעם הממשלה, הכוללת רפורמה מקיפה בפקודת הקרקעות שנוגעת ישירות לסוגיות שנותרו להכרעה בעתירות שלפנינו, דומה כי הכיבוד ההדדי בין הרשויות מחייב לתת לרשות המחוקקת הזדמנות למצות את הליך החקיקה..."¹⁵¹

146 עניין הפרשת בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 35, פס' 1 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

147 דג"ץ מרשם האוכלוסין, לעיל ה"ש 65, פס' 7 להחלטתו של השופט חשין.

148 לעיל ה"ש 48.

149 לעיל ה"ש 28.

150 פרשת קרסיק, לעיל ה"ש 68, פס' 6 להחלטה מיום 24.7.2002 (פורסמה באר"ש). כמעט אותן מילים חזרו על עצמן שם, בהחלטה מיום 14.7.2005 (פורסמה באר"ש).

151 פסק-הדין בעניין קרסיק, לעיל ה"ש 68, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת ביניש. תמונה דומה עולה גם מהסבלנות שגילה בית המשפט במסגרת עניין חוק האזרחות, לעיל ה"ש 44, שם ניתנו למדינה כמה ארכות לצורך חקיקת החוק החדש. גם שם ביכר בית המשפט מינוח שלפיו "בנסיבות אלה אנו סבורים שלא יהיה זה ראוי כי יינתן צו ביניים" (שם, פס' 3 להחלטה מיום 15.6.2005 (פורסמה בנבו)). למעשה, החריג המשמעותי היחיד הוא עניין המרכז לפלורליזם יהודי, לעיל ה"ש 87. תגובת בית המשפט על קיומה של הצעת החוק, שאף התגבשה לכלל חוק עוד לפני מתן פסק-הדין, משקפת בית-משפט אמוציונלי. כך ברמת התוצאה, וכך גם מבחינת המינוח של השופטת פרוקצ"ה לאורך פסק-דינה. ראו בהקשר זה את ביקורתם של מנפרדי

עולה התהייה אם לכיבוד הרשות המחוקקת בהקשר זה, הבא לידי ביטוי באורך-רוח ארוך במיוחד, יש תמונת-ראי של חיסרון בדמות פגיעה במעמדו של בית-המשפט. מקרים דוגמת עניין קורן או עניין חוק האזרחות, שבהם דחה בית-המשפט את הכרעתו שוב ושוב, עשויים בהחלט לעורר ביקורת כזו. עם היבט זה אבקש להתמודד בעת עיצוב אמות-המידה המנחות. בשלב זה ניתן להסתפק בעובדה שנהוג לראות את בג"ץ כבית-משפט יציב, חזק ועצמאי,¹⁵² ולא כבית-משפט כנוע. תרמית זו מאפשרת לצפות שבית-המשפט הוא שיהיה הצד הסבלני, בהינתן שציפייה כזו מהרשויות הפוליטיות אינה מציאותית על-פי-רוב.

(ב) יעילות

בית-המשפט העליון ניצב, באופן יומיומי, בפני עומס רב. זאת, הן במובן של מספר התיקים והן במובן של המשקל "הסגולי והציבורי של סוג העניינים המובאים לפני בית-המשפט חדשות לבקרים", כפי שתיאר זאת דותן כבר לפני שני עשורים.¹⁵³ הגם שדוחות עדכניים מעידים על תחילתה של ירידה בעומס, מדובר עדיין באלפי תיקים כל שנה.¹⁵⁴ משכך יש היגיון רב בהקצאה מושכלת ומדודה יותר של הזמן השיפוטי. אי-היענות לתיקים שדנים בנושא שקיימת בו יוזמת חקיקה מובילה להשקעה יעילה של הזמן השיפוטי בבית-המשפט העליון.¹⁵⁵ ניתן לשאול לעניין זה את ההיגיון שבבסיסה של דוקטרינת הבשלות, שגם היא "יצירה שיפוטית מווסתת"¹⁵⁶ המוצאת בימינו אחיזה איתנה בפסיקת בית-המשפט

-
- וקלי שלפיה התנהלות שבה המחוקק מוביל לחקיקה במהלך ההליך השיפוטי, אך בית-המשפט מחליט בכל-זאת לתת פסק-דין מפורט ומנומק, אינה משקפת דרישה כלל: Christopher P. Manfredi & James B. Kelly, *Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell*, Manfredi & Kelly, *Six Degrees* (להלן: OSGOODE HALL L.J. 513, 522–23 (1999) Christopher P. Manfredi & James B. Kelly, *Dialogue, Deference and (of Dialogue Restraint: Judicial Independence and Trial Procedures*, 64 SASK. L. REV. 323, 328–30 (2001) (להלן: Manfredi & Kelly, *Dialogue, Deference and Restraint*).
- 152 Brice Dickson, *Comparing Supreme Courts*, in JUDICIAL ACTIVISM IN COMMON LAW SUPREME COURTS 1, 11 (Brice Dickson ed., 2007).
- 153 יואב דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית-המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כ 93, 126 (1996) (להלן: דותן "עתירה כללית").
- 154 הרשות השופטת במדינת ישראל דין וחשבון לשנת 2014 לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (2015) elyon1.court.gov.il/heb/haba/dochot/doc/hofesh_meida2014.pdf. השוו לנתונים שהתפרסמו בשנתיים הקודמות: הרשות השופטת במדינת ישראל דין וחשבון לשנת 2013 לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (2014) elyon1.court.gov.il/heb/haba/dochot/doc/hofesh_meida2013.pdf; הרשות השופטת במדינת ישראל דין וחשבון לשנת 2012 לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (2013) elyon1.court.gov.il/heb/haba/dochot/doc/hofesh_meida2012.pdf.
- 155 על שיקולי יעילות באופן ניהולו של ההליך השיפוטי ראו מיכל אגמון-גונן "אי-תלות שיפוטית? האיום מבפנים?" המשפט י 213, 225 (2005).
- 156 בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 18.1.2006).

העליון בעתירות חוקתיות.¹⁵⁷ בית־המשפט עמד על כך שאחד הרציונלים היסודיים בבסיסה של הדוקטרינה הוא השקעה מושכלת של הזמן השיפוטי.¹⁵⁸ כך גם באשר לעתירה המוקדמת (שיש לה קווי דמיון משמעותיים לדוקטרינת הבשלות): לנוכח העובדה שייתכן כי הסוגיה מושא העתירה לא תבוא כלל לעולם (או במקרה שבו אני דנה – תמצא מזור בחקיקה), אין טעם שבית־המשפט יבזבז עליה את זמנו המועט והיקר.¹⁵⁹

הגם שטיעון היעילות פונה אל הרשות השופטת, יש במתן המעמד כדי לקדם גם את יעילותה של הרשות המנהלית.¹⁶⁰ חיזוק לדברים האמורים ניתן לראות בעניין לוינסון,¹⁶¹ שעסק במינויו של נציג הדורות הבאים, כפי שנקבע בתיקון מס' 14 לחוק הכנסת.¹⁶² גם הליך זה, כמו כל מינוי ציבורי, היה מורכב וכרוך בעלויות: היה צורך לכנס לשם כך ועדה ציבורית, ובה שישה חברים;¹⁶³ הוועדה הייתה אמורה לבדוק את כשירותם והתאמתם של

157 ראו שם; בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סכ"1 (1) (2006); בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 22.3.2009); בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.2012) (להלן: עניין בוגרי התיכון הערבי); בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.2.2012); בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014); בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.3.2015); עניין אבנרי, לעיל ה"ש 22. לביקורות על השימוש הגובר בדוקטרינה זו (עוד בטרם ניתנו שלושת פסקי־הדין האחרונים, שם הוצגו הדברים כהלכה מוגמרת) ראו ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות" משפטים מג 419 (2012) (הגם שחלקים משמעותיים מביקורת זו קיבלו מענה בפסק־דינו של הנשיא גרוניס בעניין סבח, שם הוא עיצב את הדוקטרינה במידה רבה לאורה של ביקורת זו). כן ראו רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לו 45 (2014); אריאל בנדור "בשלות ועוד" משפטים על אתר ח 33 (2016).

158 "במסגרת בחינת השיקולים השונים התומכים או שוללים דיון בעתירה פלונית, על בית המשפט לקחת בחשבון גם את הצורך בארגון הזמן השיפוטי. הזמן השיפוטי הינו משאב מוגבל. כאשר מוגשת לבית משפט זה עתירה אותה הוא מוצא כעתירה דחופה מקדיש בית משפט זה ימים ולילות על מנת להכריע בשאלה שעומדת לפתחו. ואולם, כאשר מוגשת עתירה שאינה בשלה, אשר אינה כוללת מערכת עובדות קונקרטית ברורה ושלמה, על בית המשפט לשקול האם נסיבות המקרה מצדיקות דיון עקרוני באותו שלב." עניין בוגרי התיכון הערבי, לעיל ה"ש 157, פס' 33 לפסק־דינה של השופטת נאור. ראו גם עניין סבח, לעיל ה"ש 157, פס' 6 לפסק־דינו של השופט הנדל: "דרישת הבשלות היא דרישה יעילה. היא מאפשרת לבית המשפט למקד את משאביו המוגבלים, כגון הזמן השיפוטי, רק בשאלות אשר חיוני כי יכריע בהן כעת...".

159 רותן "עתירה כללית", לעיל ה"ש 153, בעמ' 96.

160 על היעילות כערך במשפט המנהלי ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית 674-675 (1996).

161 לעיל ה"ש 50.

162 חוק הכנסת (תיקון מס' 14), התשס"א-2001, ס"ה 199.

163 יושב־ראש ועדת הכנסת, יושב־ראש הוועדה לענייני מחקר ופיתוח מדעי וטכנולוגי של הכנסת, יושב־ראש הוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת וכן שלושה נציגי אקדמיה המומחים באחד התחומים המפורטים בפרק (דוגמת איכות סביבה, מדע, בריאות, דמוגרפיה, תכנון, משפטים ועוד).

מועמדים לתפקיד, ולהמליץ על מועמדים מתאימים; ומבין המועמדים שעליהם המליצה הוועדה, היה על יושב-ראש הכנסת למנות מועמד לתפקיד בהסכמתם של רוב חברי ועדת הכנסת.¹⁶⁴ האם לנוכח כל אלה היה היגיון של ממש בעמידה שיפוטית דווקנית על פעולה על-פי הדין הקיים, כאשר ניכר שהחוק עומד להשתנות בקרוב עד-מאוד, באופן שיהפוך את הליך הבחירה והמינוי כולו להליך-סרק?

אולם טיעון היעילות אינו יכול להצדיק בפני עצמו מתן מעמד ליוזמות חקיקה. זאת, משום שיעילות כשלעצמה אינה קודש-הקודשים. יש ערכים, אינטרסים וזכויות שמשקלם עולה על זה של ערך היעילות. זמיר, למשל, ראה את ההגינות – שהיא ערך-יסוד נוסף במשפט המנהלי – כערך שיש לאזנו אל מול יעילותה של הרשות המנהלית, ולעיתים אף להעדיפו עליה.¹⁶⁵ גם הליך החקיקה עצמו, הסביר זמיר, אינו יעיל (בגלל פרסום הצעות החוק, השיתוף בהליכי החקיקה, מספר הקריאות במליאה, הדיונים בוועדות והוויכוח הציבורי בנושא), אולם כל הגורמים שהופכים אותו לבלתי-יעיל הם גורמים "דרושים ורצויים מבחינת רבות".¹⁶⁶ גישה דומה הביעה מיכל אגמון-גונן, אשר עמדה מפורשות על כך שיש שיקולים חשובים יותר מהיעילות כערך: "היום הכול ערים לעניין היעילות. אולי הרחקנו לכת יותר מדי בעניין היעילות על חשבון הצדק, על חשבון איכות השפיטה ועל חשבון אי-תלותו של השופט הבאה להבטיח את הצדק, את חירויות הפרט ואת הדמוקרטיה."¹⁶⁷

(ג) מקצועיות

היבט נוסף התומך במתן מעמד ליוזמות חקיקה הוא מקצועיותם של הגורמים האמונים על תהליך החקיקה. בית-המשפט הדגיש – ולא פעם – כי הליך החקיקה נשען על הערכות מקצועיות או על איסוף נתונים, וכי יש לתת למחוקק או לממשלה להשלים את המלאכה בהקשר זה. סוגיה זו קיבלה את הבכורה בדג"ץ גלוטן, שם מיאן בית-המשפט להתערב בהסדר הקיים בחוק, שכן ברקע הדברים הייתה יוזמת חקיקה שהתעתדה להסדיר את הנושא. בית-המשפט עמד על כך שנדרשת עבודה מקצועית רבה לפני מתן פתרון, ואת זו ביכולתו של המחוקק לספק, בעוד בית-המשפט נעדר כלים להתאים את החוק למתכונת ההעסקה המורכבת של עובדי הסיעוד.¹⁶⁸ השופט הנדל ניסח את הדברים היטב: "הפתרון עומד לפתחו של המחוקק. עיצובו מצריך מקצועיות ומיומנות, עריכת מחקר, אסיפת נתונים ובחינת השלכות רוחב ועומק. מלאכה זו היא למחוקק ולא לבית המשפט."¹⁶⁹ גם העדר ההכרעה השיפוטית בפרשת קרסיק¹⁷⁰ שויכה בפסיקה מאוחרת לרצון להותיר את ההכרעה למחוקק

164 הסקירה האמורה מבוססת על ס' 37-40 לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, כנוסחם דאז.

165 זמיר הסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 160, בעמ' 675-676.

166 יצחק זמיר "חקיקה מינהלית: מחיר היעילות" משפטים ד 63, 63 (1972). ראו דוגמה מהפסיקה בבג"ץ 8533/13 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 29.6.2014), שם דחתה המשנה לנשיא נאור פעם אחר פעם את טיעון היעילות הדיונית כטעם להצדקת כריכתה של סוגיית ברית-המילה בתביעת גירושים.

167 אגמון-גונן, לעיל ה"ש 155, בעמ' 221-222.

168 דג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 28, פס' 13 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

169 שם, פס' 8 לפסק-דינו של השופט הנדל.

170 לעיל ה"ש 68.

לנוכח מורכבותה של הסוגיה כמו גם השלכותיה הכספיות והציבוריות.¹⁷¹ גם בעניין האמצעים החזותיים¹⁷² הכיר בית-המשפט בצורך בבחינה מקצועית לצורך שינוי ההגדרה של "עברת ביטחון", ועל בסיס זה נתן מעמד ליוזמת החקיקה ורחח את העתירה.

בהנחה שהמקצועיות מהווה הצדקה העומדת מאחורי מתן המעמד – ומחלק מפסקי-הדין נדמה שאכן זה המצב – יש בכך היגיון רב. הכנסת והממשלה (אשר מעורבת גם היא עדי-מאוד בהליך החקיקה, אם לא שולטת בו)¹⁷³ הן המתאימות ביותר מבחינה מקצועית לשם קידום חקיקה. כאשר מדובר במעורבות ממשלתית, זוהי מלאכתם של פקידי הציבור המקצועיים; וכאשר מדובר בהליך בכנסת, לרשותם של חברי הכנסת עומדים מרכזי המחקר והמידע, עוזרים פרלמנטריים והמחלקה המשפטית, אשר אמונים כולם על ייעוץ לתהליך החקיקה. כל אלה שוקלים את ההיבטים השונים של הצעות החוק העוברות תחת ידי הכנסת – העובדתיים, המקצועיים, המשפטיים, הכלכליים והפוליטיים. מבט משולב זה ייחודי להליך חקיקה אשר נעשה כולו על-ידי הגורם האמון על כך, ואינו ברה-השגה כאשר מדובר בהתערבות שיפוטית.

גם את ההיבטים התקציביים של החקיקה ניתן לייחס להיבט המקצועיות. ניתן לראות את הדברים האמורים במנגנון העוסק בהצעת חוק תקציבית ובהסתייגות תקציבית, המוסדר בסעיף 3ג לחוק-יסוד: משק המדינה. הצעת חוק תקציבית היא הצעת חוק שלא הוגשה על-ידי הממשלה ולא זכתה בהסכמתה, ואשר עלות הוצאתה לפועל מוערכת בסכום של כשישה מיליון ש"ח¹⁷⁴ ומעלה (למעט הצעת חוק שעניינה פיזור הכנסת וקיום בחירות). לצורך קבלה של הצעת חוק תקציבית נדרש רף מינימלי של 50 חברי כנסת שיצביעו בעד קבלתה.¹⁷⁵ הווה אומר, כאשר מדובר בהצעת חוק בעלת פוטנציאל השפעה על קופת המדינה, הנושא מקבל משקל ודיון ענייני בעת הליך החקיקה. אין ספק שלרוב גם בית-המשפט מודע לכך שלשאלות עקרוניות רבות יש השלכות כלכליות רבות. לעיתים הוא אכן נמנע מלהתערב מטעם זה בלבד.¹⁷⁶ אולם כאשר בית-המשפט נחוש להתערב, גם השלכה תקציבית ניכרת עדי-

171 בג"ץ 2254/13 סמואל נ' שר האוצר, פס' 10 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 15.5.2014). ראו גם את הניתוח שהציע זנדברג בהקשר זה, שלפיו שיקול המקצועיות לא היה גורם אמיתי להכרעה, וכי זו נבעה משיקולים אסטרטגיים (Sandberg, לעיל ה"ש 141, בעמ' 756), ואת מאמר התגובה של מדינה, שסבר גם הוא כי אין רציונל אמיתי של כיבוד המחוקק ופועלו ביסוד ההכרעה האמורה (Medina, לעיל ה"ש 1, בעמ' 776).

172 לעיל ה"ש 28.

173 מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" משפטים כח 211, 216 (1997).

174 6,027,309 ש"ח נכון לשנת 2017. ההערכה התקציבית נעשת על-ידי הוועדה מוועדות הכנסת שדנה בנושא, לרוב על בסיס הערכה מטעם משרד האוצר.

175 הדברים האמורים נכונים גם להסתייגות (שיכולה לעלות בשלב הקריאה השנייה של החוק) שמשמעות קבלתה היא הוצאה של כשישה מיליון ש"ח בשנה מסוימת ואשר אינה על דעת הממשלה (הסתייגות תקציבית). ראו ס' 3ג(ב) ו-3ג(ד) לחוק-יסוד: משק המדינה.

176 קיימת הלכה מבוססת בדבר התערבות מצומצמת ומרוסנת כאשר מדובר בחקיקה בנושאים כלכליים. ראו, על קצה המזלג, בג"ץ 6792/10 די.בי.אס שרותי לוויין (1998) בעמ' נ' כנסת ישראל, פס' 61 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 20.7.2014); בג"ץ 240/98

מאוד אינה עומדת בדרכו.¹⁷⁷ מתן מעמד ליוזמות חקיקה מוביל לכך שההיבטים התקציביים של הצעת החוק ייבחנו לעומק. המחוקק והממשלה, שהם הגופים האמונים לא רק על תוכנה המיטבי של הצעת החוק, אלא גם על אומדן השלכותיה הכלכליות, הם שנותנים את כוונת המשקל גם להיבטים אלה של החקיקה, ולא בית-המשפט.

3. על שיקולים ותהיות (לבר-)משפטיים

עד כה דנתי באופן שבו בית-המשפט נתן (או לא נתן) מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה, והצבעתי על השלכותיה של תופעה זו לחיוב ולשלילה. כפי שכבר טענתי, אני סבורה כי לתופעה זו יש היבטים חיוביים משמעותיים, אך לא "בכל מחיר". בפרק הבא אפרט כיצד, לגישתי, יש לתת את המעמד באופן שימצה את מלוא הפוטנציאל הדיאלוגי שלו, אך קודם לכן יש לבחון שתי סוגיות שעולות – האחת צופה פני עבר, והאחרת צופה פני עתיד. הראשונה היא מדוע עד כה ניתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה באופן לא-עקבי? מדוע הלכת מישראל לעיתים נזנחה, לעיתים יושמה היטב ולעיתים הוכנה באופן שגוי? מדוע עד כה לא נערך בפסיקה דיון סדור ומנומק בשאלה שבה עסקינן? תשובות ברורות לכך אינן בנמצא, אך אפשר להעלות השערות. בשלב זה יש שלוש משמעותיות, לגישתי, שמצליחות לתת יחדיו מענה לסוגיה. אחת עוסקת בכך שגם אם התופעה קיימת, היא אינה בולטת, ועל-כן מעולם עד כה לא שוימה. לא זיהו שמדובר בהערפה רוחבית של הפסיקה. כך במיוחד לנוכח העובדה שיש לה מאפיינים שלעיתים סותרים זה את זה (למשל, שאלת ההשהיה של הדיון, שלעיתים מתרחשת ולעיתים לא, ושאלת ההבשלה של החוק בעת ההליך השיפוטי) ומקשים מציאת שיטתיות בתופעה עצמה. תשובה אפשרית אחרת היא כמותית: מדובר רק בעשרות פסקי-דין, שניתנו על-ידי שופטים שונים, בתקופה של קרוב לעשרים שנה. אך טבעי הוא שכאשר מדובר בשני פסקי-דין לשנה בערך, "תחמוק" התופעה גם מבעד לעיניים פקוחות. השלישית עוסקת בטיבם של פסקי-הדין שבהם עלתה הסוגיה. רבים מהם היו פסקי-דין מרכזיים במשפט הישראלי – בין במשפט החוקתי, המנהלי, הקנייני וכדומה. כך, למשל, פסקי-דין כגון חוק האזרחות, הפרטת בתי-הסוהר,

עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 189-191 (1998); בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143, 153 (1993). לסקירה ראו גלעד נוה "התערבות בתי המשפט בנושאים בעלי השלכות תקציביות" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 2010) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02639.pdf 177 ראו, למשל, את דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 122 (1995): "חברה המכבדת את ערכי היסוד שלה ואת זכויות היסוד של חבריה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר על-מנת שערך השוויון לא יעמוד ככלי ריק מתוכן, אלא יקבל ביטוי ויישום הלכה למעשה". ראו גם את הדברים שכתבה השופטת נאור בע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי, פס' 2 לפסק-דינה (פורסם בנבו, 30.4.2009): "לאחר דיון ממצה שהתקיים בפני ההרכב ביקש מנכ"ל משרד האוצר להתייצב בפנינו ולהצביע על ההשלכות התקציביות של דחיית הערעור. לכך לא היה מקום. אם – וזו מסקנתנו המשפטית – מדובר בהוצאה המותרת בניכוי, אין לצפות כי מסקנתנו תשתנה בשל ההשלכות התקציביות, ככדות ככל שיהיו."

נסר, לימודי-הליכה, הנג"ץ גלוטן, קרטיק וברנר-קדיש¹⁷⁸ היו כולם פסקי-דין בעלי חשיבות משפטית ניכרת. כאשר עולה שאלה משפטית מורכבת או שנויה במחלוקת, היא זו שמקבלת את כובד המשקל בפסקי-הדין, ולא סוגיה "זניחה" כקיומן של יוזמות חקיקה והשאלה אם צריך, כדאי או ראוי לתת להן משקל כלשהו במסגרת ההליך המשפטי.

מכאן גם חוסר הטעם בהתחקות אחר הסברים מפורטים מדוע ביכר בית-המשפט לתת מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה בכל מקרה פרטני. לגישתי, לא הייתה יד מכוונת מאחורי הנטייה לתת מעמד, והדבר נעוץ בנסיבות המקרים. ההסבר היחיד שאי-אפשר בלעדיו הוא זה המוסדי-הפוליטי: בית-המשפט אינו מעוניין להיות שחקן פוליטי שמפנים אליו שאלות שנויות במחלוקת ומצפים שהוא יכריע בהן במקום הרשויות שזהו תפקידן. אין חדש כמובן בטיעון זה, והוא עלה מפורשות גם בפסיקה.¹⁷⁹ זהו טעם מצדיק (מנקודת-מבטו של בית-המשפט) למתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה, גם אם הדבר לא נאמר מפורשות, וגם אם הוא כוסה לעיתים באצטלה של כיבוד הכנסת.

לכך מתקשרת הסוגיה השנייה, אשר צופה פני עתיד. הטיעון המרכזי במאמר זה הוא שקידום הדרושיח החוקתי מהווה הצדקה חזקה ומשמעותית למתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה (במסגרת המגבלות שיפורטו בהמשך). אך מהם השיקולים שבית-המשפט נדרש לשקול כאשר הוא עושה כן, והאם אלה שיקולים ראויים מבחינה נורמטיבית?

את השיקולים הלכרי-משפטיים ניתן לחלק לשניים: שיקולים שהם פנימיים למערכת המשפט ושיקולים שהם חיצוניים לה. בין השיקולים הפנימיים ניתן למנות אינטרסים כגון יעילות,¹⁸⁰ ודאות¹⁸¹ ואמון הציבור.¹⁸² אלה שיקולים שלרוב אין חולקים על מידת הלגיטימיות

178 לעיל ה"ש 44, 35, 27, 41, 28, 68 ו-32, בהתאמה.

179 ראו, למשל, את האופן שבו הנשיא גרוניס חותם את פסק-דינו בבג"ץ ייצוא הגז הטבעי, לעיל ה"ש 18, בביקורת על כך שחלק מהעותורים הם חברי כנסת שראו את העתירה כ"מהלך 'משלים' ליוזמת חקיקה פרטית". שם, פס' 49-50 לפסק-דינו. כן ראו את הביקורת הגלויה של הנשיאה (בדימ') ביניש בעניין נסר, לעיל ה"ש 27, על כך שהכנסת והממשלה נמנעו מלהסדיר את הסוגיה והותירו אותה להכרעה שיפוטית. שם, פס' 2-5 לפסק-דינה.

180 בין היתר כרציונל מצדיק לדוקטרינת הבשלות. ראו לעיל ה"ש 158.

181 שעליה עמדו השופטים בגלוי בשלל הקשרים. ראו, למשל, בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 401 (1995) (פסקת ההגבלה ככזו שנועדה לשמר ודאות במשפט); בג"ץ 7159/02 מרדכי נ' פקיד שומה גוש דן, פ"ד ס(3) 317, 328 (2005) (הוודאות כאמת-מידה להחלה רטרואקטיבית של נורמה מיסויית); ע"א 752/78 הרשות המוסמכת לפי חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957 נ' עזבון פריש, פ"ד לג(3) 197, 208 (1979) (חקיקה שיפוטית כפוגעת בעקרונות הוודאות במשפט). ראו גם רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 373 (1998): "אכן, ודאות במשפט הינה גורם חשוב ביותר, שכן כך – ורק כך – יוכלו אנשים לכלכל מעשיהם ולתכנן דרכיהם מראש."

182 "אמון הציבור ברשות השופטת הוא הנכס היקר ביותר שיש לה לרשות זו." בג"ץ 732/84 צבן נ' השר לענייני התות, פ"ד מ(4) 141, 148 (1986). ראו גם בג"ץ 89/01 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ועדת השחרורים, בית הסוהר מעשיהו, שב"ס, פ"ד נה(2) 838, 865 (2001) (אמון הציבור במערכת המשפט כאוכפת חוק); רע"א 3203/03 מדינת ישראל נ' יוסף, פ"ד נח(3) 541, 546 (2004) (אמון הציבור בשופטים); בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל

שלהם, והם נשקלים בפסקי-הדין בריש גלי. שיקולים חיצוניים למשפט הם כאלה שנהוג לכנותם "שיקולים אסטרטגיים". בין אלה ניתן למנות, למשל, קיבוע של הנורמה הרצויה על-ידי בית-המשפט,¹⁸³ העברת מסרים פוליטיים,¹⁸⁴ ניסיון לצפות את התגובה הפוליטית על ההחלטה השיפוטית או חשש מתגובה צפויה,¹⁸⁵ ורצון שיפוטי להימנע ממתן החלטה.¹⁸⁶ שיקולים אלה נסתרים בדרך-כלל מן העין, והשופטים מכחישים לרוב את קיומם בפסיקה,¹⁸⁷ בהתבטאויות מחוץ לאולמות בית-המשפט¹⁸⁸ ובספרות.¹⁸⁹

ומה כאשר לשיקולים בין-מוסדיים? הרי אין חולק שאלה שיקולים לבר-משפטיים, אך האם יש לייחסם לקבוצת השיקולים שאנו נוהגים לראותם כגליטימיים וגלויים או שמא לקבוצת השיקולים האסטרטגיים שראוי כי לא ייאמרו בריש גלי או לא יישקלו כלל?

- האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד סא(3) 537, פס' יז-יח לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (2006) (דעת מיעוט שלפיה אמון הציבור הוא טעם לריסון שיפוטי).
- 183 Robert D. Cooter, *The Strategic Constitution* 226–29 (2002); עמרי ידלין "שיקול-דעת שיפוטי" ו'אקטיביזם שיפוטי' כמשחק אסטרטגי" מחקרי משפט יט 665 (2003).
- 184 דוד זכריה קולו הוזק של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור (2012).
- 185 כדוגמה ניתן לציין את החשש השיפוטי של בתי-המשפט הקנדיים משימוש חקיקתי בפסקת ההתגברות כטעם להנסגת דעתו של בית-המשפט והימנעות שלו מהכרזה על אי-חוקקתיות של חקיקה בגלגול שני: Roach, *Dialogue or Defiance*, לעיל ה"ש 144, בעמ' 368; Rosalind Dixon, *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference*, 47 OSGOODE HALL L.J. 235, 254 (2009). זה גם אחד הטעמים שזנברג מונה לפער הניכר בין ההחלטה העקרונית בעניין קרסיק, לעיל ה"ש 69 (משנת 2001), לבין פסקי-הדין בעניין קרסיק, לעיל ה"ש 68 (משנת 2009), בהסבירו כי הוא נובע מסדרה של איומים על עצמאותו, כוחו וסמכותו של בית-המשפט העליון. זנברג, לעיל ה"ש 127, בעמ' 438–439.
- 186 Margo Schlanger, *What We Know and What We Should Know about American Trial Trends*, 2006 J. DISP. RESOL. 35, 40–41. הטעון מוצג שם בהיפוחה עקרונית לירידה בכמות המשפטים שנערכים בהתדיינויות אזרחיות בבתי-המשפט הפדרליים בארצות-הברית.
- 187 "בית המשפט פוסק על-פי פרשנות נאמנה של החוק ולפי מיטב מצפונו, יהיו הכוונות השלטוניות או המפלגתיות הלבר-שיפוטיות אשר יהיו. בית המשפט אינו פוזל לעבר רשויות אחרות כדי להשביע רצונו, אלא מנסה, כמיטב יכולתו והבנתו, לפסוק פסקו על-פי הדין, תוך נאמנות לתפיסות היסוד החוקתיות שלנו. הידיעה כי זוממים לבטל דברו המוסמך של בית המשפט אחרי השמעתו, אין בה כהוא זה, כדי לשחרר את בית המשפט מחובותיו, כדי לרפות ידיו או כדי לפגוע בשיקולו העצמאי, לפי מיטב מצפונו והבנתו. הנאמנות לחוק ולמצפון היא נכס צאן ברזל של כל רשות שיפוטית במדינה דמוקרטית, ובוודאי של זו הפועלת בישראל." בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 783 (1995).
- 188 במפגש עם שופטים לרגל פרישתה, אמרה הנשיאה ביניש: "אוי ואבוי אם כאשר שופט יכתוב פסק דין, הוא יחשוב על האימפקט שיהיה לפסקתו. נועם שרכיט ווהר שחר לוי "בראש הוועדה לבחירת שופטים – נשיא העליון" nrg 6.2.2012 www.nrg.co.il/online/1/ART2/334/253.html.
- 189 "אין לשופט 'אסטרטגיה' כאשר לצעדיו האפשריים של המחוקק, וכיצד למנוע אותם או לזרז אותם. 'אסטרטגיה' זו זרה היא לשופט. הוא אינו חושב במונחים אלה." ברק "שותפות ודיאלוג", לעיל ה"ש 1, בעמ' 59.

לגישתי – ואמות-המידה המוצעות בפרק הרביעי באות לקדם זאת – שיקולים בין-מוסדיים, שיקולים דיאלוגיים, הם שיקולים פנימיים למשפט ורצויים מבחינה נורמטיבית. ראשית, יש לתת משמעות לכך שמדובר במערך שיקולים מקובל מבחינה מוסדית. ניתן להקיש גם לעניין זה מדוקטרינת הבשלות, שביסודה התפיסה כי בית-המשפט יכול לדחות עתירה משום העדר מערכת עובדתית קונקרטית על אופן יישומו של החוק שנתקף.¹⁹⁰ האין דוקטרינת הבשלות משקפת אורך-רוח וכבוד דומים כלפי הממשלה, האמונה על ביצוע החוקים? האין היא נותנת לממשלה הזדמנות משמעותית למלא את תפקידה (תוך הקפדה על נורמות חוקתיות) בטרם יתערב בית-המשפט? במידה רבה זו גם המשמעות של מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה. שנית, אלה שיקולים פנימיים למשפט גם משום שהם מהווים ביטוי – "גרסה מודרנית" – של עקרון הפרדת הרשויות.¹⁹¹ עקרון הפרדת הרשויות לא רק שאינו חיצוני למשפט, אלא מהווה אחד מעיקרי הדמוקרטיה בישראל.¹⁹² מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה מוביל להגשמת עיקרון נורמטיבי זה, ומרחיק גם כמובן זה את מתן המעמד הנורמטיבי ליוזמות חקיקה משדה השיקולים האסטרטגיים.

התנגדות עקרונית לשקילת שיקולים בין-מוסדיים בעת פרשנות חוקתית הביע בנדור, אשר כינה שיקולים אלה "מדיניות של ביקורת שיפוטית". לגישתו, שקילת שיקולים אלה פוגעת בפעילותן של הרשויות הנבחרות, שאינן יכולות לדעת במדויק מהם הכללים החוקתיים שחלים עליהן (לנוכח אותה הנמקה משולבת של הדין החוקתי המהותי לצד שיקולים לבר-משפטיים). כמו-כן היא אינה עולה בקנה אחד עם עקרון שלטון החוק, נעדרת תשתית נורמטיבית מתאימה, פוגמת בטיב ההכרעה השיפוטית ופוגעת בתדמיתו הציבורית של בית-המשפט.¹⁹³

האם ביקורות אלה תקפות גם לגבי מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה? ראשית, לגישתי, ההנמקה של מתן מעמד ליוזמות חקיקה אינה צריכה להיות משולבת; להפך, היא צריכה לזכות בדיון עצמאי ומנומק העומד על שתי רגליו. ה"הסתרות" של מתן המעמד הנורמטיבי ליוזמות חקיקה מאחורי שיקולים וסוגיות משפטיות אחרות היא אחד הגורמים המרכזיים להעדר העקביות של התופעה וליישומה השגוי. נוסף על כך, אמות-המידה מיועדות לספק הנחיה לא רק לבתי-המשפט, אלא גם לכנסת ולממשלה, ובכך למנוע אי-ודאות. גם אין כל סיבה שתדמיתו הציבורית של בית-המשפט תיפגע, שכן בית-המשפט יהיה מוכן לנקוט אורך-רוח בתחילה, אך תוך הצבת גבולות ברורים לסיום. דווקא מקרים שבהם אין

190 בנדור, לעיל ה"ש 157.

191 יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" **משפט ועסקים** יד 199, 254 (2012). טענה זו עולה גם אצל אנדרברג, לעיל ה"ש 127, בעמ' 420. לדיון מורחב שבמרכזו עקרון הפרדת הרשויות, מחד גיסא, ותפיסת הדרושיח, מאידך גיסא, ראו חגי קלעי "מעבר לאיזונים ובלמים – הדיאלוג בין הרשויות כבסיס לשינוי חברתי" (2014) papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2438200.

192 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).

193 Ariel L. Bendor, *The Purpose of the Israeli Constitution*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 41, 48–49 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

גבולות ברורים, ובית־המשפט נותן ארכה אחר ארכה, הם שפוגעים בתדמיתו הציבורית של בית־המשפט.¹⁹⁴ בהתוויית אמות־המידה למתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה יש גם כדי להדגיש כי שלטון החוק הוא הכלל, וכי מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה הוא החרג, שכן עליו לעמוד בתנאי־סף מסוימים.

לסיכום הדברים, במתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה כרוכים באופן אינהרנטי שיקולים בין־מוסדיים. כעניין פוזיטיבי, שיקולים אלה נשקלים באופן תדיר ובאופן גלוי. כעניין נורמטיבי, ראוי לשקול אותם. ייתכנו הקשרים אחרים שבהם שקילת שיקולים בין־מוסדיים לא תהיה ראויה באותה מידה או לא תהיה ראויה כלל, והביקורות באשר לאלה יעמדו במלוא הדרן. אולם לא זה המקרה. באשר לשיקולים אסטרטגיים, איני טוענת כי בית־המשפט אינו שוקל שיקולים אסטרטגיים. כפי שטענתי, סביר להניח כי שיקולים אסטרטגיים, לפחות מהסוג של רצון להימנע מהכרעה, אכן נטלו בעבר חלק במערך השיקולים השיפוטי. אולם איני סבורה שהתופעה של מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה נבנתה על מערך של שיקולים אסטרטגיים, גם אם אלה התקיימו בחלק מהמקרים. במבט צופה פני עתיד, שקילת השיקולים הבין־מוסדיים, אשר טבועה באמות־המידה המנחות, היא לגיטימית, רצויה ומשקפת איוון מפוכח.

ג. הדו־שיח החוקתי ואמות־המידה המנחות

1. דו־שיח חוקתי בישראל

עד כה הראיתי כי בית־המשפט נוטה במקרים רבים לתת מעמד נורמטיבי (דיוני או מסיים־הליך) ליוזמת החקיקה שמונחת לפניו. דנתי בכך שלנטייה זו יש חסרונות שאי־אפשר להתעלם מהם, אך גם כמה יתרונות משמעותיים. היתרון הבולט ביותר, שלאורו יש לעצב את אמות־המידה המנחות למתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה, הוא קידום הדו־שיח החוקתי. הדו־שיח החוקתי כשלעצמו אינו מטרה, אלא אך אמצעי.¹⁹⁵ נהוג לראותו כאמצעי המשרת שתי מטרות עיקריות. הראשונה היא ריכוך הקושי האנטי־רובני. כך בקנדה, שם התיאוריה מתבססת בראש ובראשונה על יכולת התגובה החוזרת של המחוקק על הפסיקה וחוזר חלילה,¹⁹⁶ והן בארצות־הברית, שם נהוג לדבר במונחים של "דיאלוג פרשני", המבוסס בעיקר על הפעלת שיקול־הדעת השיפוטי ועל התגובה הציבורית על פסק־הדין.¹⁹⁷

194 יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39, 80-81 (2005).

195 ברק "שותפות ודיאלוג", לעיל ה"ש 1, בעמ' 66. גישה זו עולה גם מהדיון לאורך ספרו של גרעון ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד (2010).

196 Hogg & Bushell, לעיל ה"ש 145.

197 Friedman, לעיל ה"ש 4. להרחבה באשר לקבלה ציבורית המרככת את הקושי האנטי־רובני ראו: Or Bassok & Yoav Dotan, *Solving the Counter-majoritarian Difficulty?*, 11 INT'L J. CONST. L. 13 (2013). לסוגים שונים של דיאלוג פרשני ראו את הסקירה המקיפה אצל: Christine Bateup, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71 BROOK. L. REV. 1109 (2006).

כפי שאפרט בהמשך, הקלות שבה אפשר לשנות את חוקי-היסוד, ובפרט את חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לצד העובדה שהרוב הגדול של ביטולי חקיקה ראשית הובילו לתגובה חקיקתית,¹⁹⁸ מוציאים הרבה מעוקצו של הקושי האנטי-רובני בראייה הישראלית. על-כן הנר לגליו של הדו-שיח החוקתי המהותי שאני מבקשת לטעון לו הוא קידום זכויות אדם והגנה עליהן. במסגרת תפיסה של דו-שיח, הדבר נעשה הן על-ידי עצם סמכותו של בית-המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה, ובכלל זה לנקוט מנעד של סעדים חוקתיים (בטלות מיידית, בטלות מושהית, שימוש בעקרון ההפרדה ובמקרי-קצה גם קריאה אל תוך החוק), והן על-ידי הכרה בכך שלמחוקק יש מגוון אפשרויות להגשים את התכלית החקיקתית הרצויה בעיניו, כל עוד האמצעים עולים בקנה אחד עם האופן שבו עיצב בית-המשפט את הנורמות החוקתיות בפרשנותו. שני אלה יוצרים, בראש ובראשונה, תהליך דליברטיבי מעמיק יותר, שמחזק את ההגנה על זכויות אדם.¹⁹⁹ למעשה, הדיאלוג משמיע, בראש ובראשונה, תנודה של סוגיה מרשות אחת לרעותה, תוך בחינה חוזרת ונשנית שלה. בכל פעם התהליך נעשה על-ידי גוף אחר, ואף אם הוא חוזר אל אותו גוף, במקרים רבים הוא נעשה על-ידי מותב (חקיקתי או שיפוטי) אחר. כל פעם מצטרפות לשיח דעות נוספות, המבקשות "למשוך" את האיזון הנדרש למחוזות אחרים. המעורים בשיח משמיעים את קולם, ושומעים את קולו של האחר.²⁰⁰ זהו ליבו של תהליך דליברטיבי, שאינו מתקיים במלואו כאשר הסוגיה מתחילה במוסד אחד ופשוט עוברת למוסד אחר ומסתיימת בו. מובן שאין צורך שבכל סוגיה משפטית יתקיים תהליך דליברטיבי מעמיק, מקיף ומלא. סוגיות רבות מתחילות ומסתיימות במשכן הכנסת, ואחרות מסתיימות אחרי תקיפה שיפוטית. אך רבות מהסוגיות שמעלות שאלה נוקבת – מבחינה משפטית, ציבורית, חברתית וכדומה – חוזרות שוב ושוב. יכולת החזרה של הסוגיה (והנכונות השיפוטית להחזירה, כפי שבאה לידי ביטוי במתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה), היא מנגנון שמאפשר תהליך דליברטיבי טוב יותר.²⁰¹

מניין הצורך בתהליך דליברטיבי טוב יותר, ומה הקשר בינו לכין קידום זכויות אדם? מלבד הערך הנורמטיבי שבתהליך טוב יותר,²⁰² העיקר בהקשר זה הוא התפיסה שתהליך

198 בל יוסף "זה נהנה וזה לא חסר: חובת המחוקק לשקול את פסק הדין" (טרם פורסם).

199 ראו את גישתו של קנט רויץ', אחד התיאורטיקאים החשובים ביותר של הדיאלוג החוקתי. ראו לעיל ה"ש 144 והאסמכות שם.

200 השאלה מהו תהליך דליברטיבי ועד כמה הוא רצוי (לעומת צבירת העדפות של פרטים) שנויה במחלוקת. אולם קיימת הסכמה על ההגדרה הצרה של תהליך דליברטיבי רצוי ככזה שמכיל "שיח מועיל שבו שחקנים דמוקרטיים מחליפים ביניהם מידע ודעות". ADRIAN VERMEULE, *MECHANISMS OF DEMOCRACY: INSTITUTIONAL DESIGN* WRIT SMALL 6-7 (2007).

201 להדגמה ראו Roach, *Dialogic Judicial Review*, לעיל ה"ש 145. באמצעות בחינת-עומק של שתי סוגיות בולטות ושנויות במחלוקת במשפט הקנדי – הפלות ונישואים חד-מיניים – רויץ' מראה כיצד כובד המשקל עובר במידה רבה למחוקק ולמשלה, בין אם הם הניעו חקיקה ואישורה ובין אם לאו (שם, בעמ' 76-89). הוא מדגיש כי דמוקרטיה אינה נמדדת רק ביכולת להפוך את החוק, אלא גם בתהליך הדליברטיבי שנוצר כתוצאה מפסיקת בתי-המשפט, אשר היה נרחב ונמרץ הרבה יותר מזה שהיה מתקיים בלעדי ההתערבות השיפוטית (שם, בעמ' 89).

202 דוגמת הענקת לגיטימציה להחלטה שהתקבלה. גרט וורמילוד עומדים על כך שהחשיפה והשיתוף של מידע פרטי והחשיפה של דעות קיצוניות ומקוטבות לאפקט הממתן של דיון

טוב יותר מוביל לתוצר טוב יותר. הכתיבה מתחום מדעי המדינה,²⁰³ כמו־גם התיאוריה המשפטית²⁰⁴ והכתיבה האספירטיבית,²⁰⁵ הכירו בכך שתהליך דליברטיבי מעמיק יותר מוביל לחקיקה טובה יותר ולהגנה מעמיקה יותר על זכויות אדם. על־כן, אם יש בכוחו של מתן מעמד נורמטיבי לקדם דרישה חוקתית, ובכך להעמיק את השיח הציבורי ואת ההגנה על זכויות אדם, לצד מיתון החסרונות שגלומים בתופעה, אזי ראוי לעשות כן. בהמשך הפרק אציג את אמות־המידה המנחות למתן מעמד ליוזמות חקיקה, אך קודם לכן יש לעמוד בקצרה על טיבו של הדו־שיח החוקתי הקיים כיום בישראל ושל זה הרצוי.

שאלת הדו־שיח החוקתי, ובפרט השאלה בדבר מתן מעמד ליוזמות חקיקה כנגזרת של הדו־שיח החוקתי, מעוררות באופן טבעי שאלה באשר להעדפה של אקטיביזם שיפוטי או של ריסון שיפוטי.²⁰⁶ לכאורה, מתן מעמד ליוזמות חקיקה אכן משקף ריסון שיפוטי. כך, למשל, דבריו של השופט חשין בדנג"ץ מרשם האוכלוסין משקפים ריסון. חשין נעזר בעקרון הפרדת הרשויות כדי לתת מעמד ליוזמת חקיקה שטרם החלה, בהכריזו כי מרגע שהמדינה הודיעה על כוונתה לפעול לשינוי החוק, "ראוי כי נסיג ידינו".²⁰⁷ אולם אין בסוגיה מושא מאמר זה

-
- ויוכוח המכילים טיעונים שונים, וכל זאת לצד הצורך לנמק את ההחלטה שהתקבלה לבסוף, מעניקים לגיטימציה לתוצר, גם אם הוא אינו מקובל לגמרי מבחינת תוכנו. Elizabeth Garrett & Adrian Vermeule, *Institutional Design of a Thayerian Congress*, 50 DUKE L.J. 1277, 1291 (2001). ראו גם את הדיון אצל איתי בר־סימן־טוב: Ittai Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, 52 WM. & MARY L. REV. 805, 815–16 (2010).
- 203 ראו, למשל: Gary W. Cox, *On the Effects of Legislative Rules*, 25 LEGIS. STUD. Q. 169, 174–88 (2000); Nathan W. Monroe & Gregory Robinson, *Do Restrictive Rules Produce Nonmedian Outcomes? A Theory with Evidence from the 101st–108th Congresses*, 70 J. POL. 217, 229 (2008).
- 204 איתי בר־סימן־טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לו 645, 665–664 (2016); רוזנאי, לעיל ה"ש 191, בעמ' 247; Garrett & Vermeule, לעיל ה"ש 202, בעמ' 1291.
- 205 VERMEULE, לעיל ה"ש 200; CHRISTOPHER F. ZURN, *DELIBERATIVE DEMOCRACY AND THE INSTITUTIONS OF JUDICIAL REVIEW* (2007).
- 206 מעניינת במיוחד בהקשר זה הכתיבה הקנדית במסגרת תיאוריית הדו־שיח, אשר מוסיפה "שחקן חדש" על אלה הישראלים בציר המוכר של ריסון־אקטיביזם, הוא מושג ה־"deference" (הגם שמושג זה היה מוכר הרבה קודם לכן בתיאוריה החוקתית האמריקנית). מלומדים שונים עושים בו שימושים מגוונים בהקשרים שונים. כך, למשל, יש הרואים אותו כ"כבוד" או כ"היענות" (חיוביים) כלפי המחוקק (Dixon, לעיל ה"ש 185), ויש הרואים אותו כ"כניעות" (שלילית) כלפי המחוקק (Jamie Cameron, *Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: A Comment on R. v. Mills*, 38 ALTA. L. REV. 1051 (2001)). לענייני אשתמש במושג שהנחיל פרופ' ברק – "הנסגת דעת". יוער כי ההבחנה בין הנסגת דעת לריסון אינה כה ברורה תמיד (ראו, למשל: Manfredi & Kelly, *Dialogue, Deference and Restraint*, לעיל ה"ש 151), אך ניתן להצביע על נטייה להשתמש דווקא במושג הראשון כאשר מדובר בביקורת שיפוטית בגלגול שני על חקיקת־המשך (legislative sequels) – חקיקה שנוצרה כתוצאה מפסיקת בית־המשפט בגלגול הראשון).
- 207 דנג"ץ מרשם האוכלוסין, לעיל ה"ש 65, פס' 7 להחלטתו.

כדי להצביע על העדפה כללית או גורפת לריסון שיפוטי (או להנסגת דעת).²⁰⁸ אמות-המידה המנחות מיועדות כאמור לשקף איזון, כך שמתן המעמד ליוזמות חקיקה (שמצביע לרוב על ריסון) יהיה מרוסן בעצמו. מכאן שאין להעדיף באופן גורף אחד משני הקצוות, אלא יש לבחון באופן מושכל ומודע את ההשלכות – לחיוב ולשלילה – של מתן מעמד ליוזמות חקיקה. זו במידה רבה המהות מאחורי תפיסה של דו-שיח: הנורמה החוקתית היא זו שראוי להעניק לה את הבכורה. לעיתים נורמה זו תוגשם על-ידי החקיקה, אך לעיתים המחוקק לא ישיכל לזהות את הנורמה החוקתית או ליישמה באופן שבו הוכרה ועוצבה, כך שתידרש התערבות שיפוטית. הבכורה, ברמת ההגדרה, אינה נתונה לבית-המשפט או למחוקק, אלא לנורמה החוקתית עצמה, אשר מוגשמת על-ידי שתי הרשויות – בין תוך שיתוף-פעולה חוקתי ובין תוך הכרה בכך שהצד האחר לדו-שיח קיבל החלטה שמגשימה את הנורמה החוקתית. ברמת הפשטה גבוהה יותר, תפיסת הדו-שיח הנהוגה כיום בישראל היא התפיסה הקלסית של הדו-שיח. זוהי תפיסה צרה יחסית, שניתן לדמותה למשחק פינג-פונג: הכנסת מחוקקת חוק; בית-המשפט פוסל את החוק; והכנסת יכולה לקבל את הכרעת בית-המשפט בלא תגובה או להגיב עליה בשינוי חקיקתי שמתאם לפסק-הדין או בחקיקה חוזרת דומה.²⁰⁹ במילים אחרות, לפי התפיסה הקלסית של הדו-שיח החוקתי שמתנהל בין הרשות המחוקקת לבית-המשפט העליון, אחד השחקנים מקבל החלטה, החלטה זו מוצגת כעובדה מוגמרת לפני השחקן האחר, ועליו לקבלה או לשנותה. כאן מצוי, במידה רבה, ההבדל בין התפיסה הקלסית לתפיסה המהותית של הדו-שיח החוקתי. לפי תפיסה אחרונה זו, השחקנים –

208 מה-גם שלא בכל המקרים הדבר אפשרי. דוגמה בולטת היא פרשת קרסיק, לעיל ה"ש 68. פרשה זו שיקפה במקביל הן אקטיביזם שיפוטי והן ריסון שיפוטי. להרחבה ראו Sandberg, לעיל ה"ש 141, בעמ' 753-754. כך ניתן לטעון גם באשר לעניין ההכרזה על מצב החירום, לעיל ה"ש 28: בית-המשפט אומנם מחק לבסוף את העתירה, והותיר לרשויות המדינה לעשות את מלאכתן, אולם הדרישות הבלתי-פוסקות מהמדינה בהחלטות-הביניים לחוקק יותר, ומהר יותר, בוודאי אינן משקפות גישה של בית-משפט מרוסן.

209 על כך יש להוסיף את הגישה שהציג ברק בכתיבתו. גם אם ביסודה זו תפיסה קלסית, היא מעט רחבה יותר, ורואה כחלק מקשת האפשרויות שקיימות למחוקק גם את האפשרות לחוקק חוק חורג כאשר מדובר בפגיעה בחופש העיסוק או תיקון חוקתי לחוקי-היסוד עצמם (הגם שאפשרות אחרונה זו בוודאי אינה משקפת דו-שיח בריא ורצוי). ברק "שותפות ודיאלוג", לעיל ה"ש 1, בעמ' 61-63. זאת ועוד, בספרו פרשנות חוקתית (שנכתב בשנת 1994, יש להזכיר) הוא דן באפשרויות שקיימות לבית-המשפט כאשר הוא נתקל בחקיקה שיש בה פגם חוקתי. בהקשר זה הוא מכיר בעקרון ההפרדה, בקריאה למטה ("פרשנות מצמצמת"), בהשעיית הכרות הבטלות ובקריאה אל תוך החוק ("הרחבת היקף החקיקה"). אולם הוא מייחס את האפשרויות הללו לשיקול-הרעת השיפוטי, ולא לתפיסה של דו-שיח. ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 97, בעמ' 731-769. ברק כותב אומנם כי יש להתחשב במעמדו המוסדי של המחוקק, וכי שיקול זה מאפשר לבית-המשפט להימנע מלפסול דבר חקיקה של המחוקק או לרכך את הפסילה. אולם במקביל הוא סובר גם כי חקיקה שאינה חוקתית גורמת פגיעה כפולה: האחת, הפגיעה החוקתית בזכות האדם; והאחרת, הפגיעה בחקיקה. לגישתו, שתי הפגיעות אינן מצויות באותה רמה נורמטיבית, שכן זכות האדם נעלית על החוק הרגיל שפגע בה. "גיבוש התרופה החוקתית צריך להתחשב בסדר עדיפויות זה" (שם, בעמ' 772 ו-774-775). גישה זו קרובה הרבה יותר לתפיסה הקלסית של הדו-שיח מאשר לתפיסה המהותית שלו.

ובעיקר בית-המשפט העליון – מצוידים בארגז כלים ובו דוקטרינות וכללי פרשנות שונים המאפשרים לשחקן האחר להשמיע את קולו לפני קבלת החלטה, במקביל אליה ואחריה. כאמור, התפיסה הקלסית של הדו-שיח החוקתי מצאה אחיזה במשפט הישראלי. כך, ברק הדגיש כי "בתי המשפט אינם מנהלים מלחמה עם המחוקק. הם אינם מבקשים להראות כי ידם על העליונה. אין הם חלק ממאבקי כוח"²¹⁰. אולם לצד זאת הוא הכיר בכך שהמציאות אינה כה ורודה תמיד, ו"לעתים המתח בין הרשויות מביא להתדרדרות ביחסים שביניהן. הדיאלוג בין הרשויות נפסק. תחתיו בא מונולוג. הכוח מחליף את שיקול הדעת. הכלים נשברים"²¹¹. ברק סבר כי חקיקת חוק שמשנה מתוצאות הפרשנות של בית-המשפט מהווה "פרקטיקה בריאה", וכי בתגובה חקיקתית על פרשנות חוקתית שיפוטית שאינה נראית למחוקק אין כל פגיעה ברשות השופטת.²¹²

גם יואב דותן כתב במונחים של דו-שיח שנצמד במידה רבה לתפיסה הקלסית. לדבריו, בכל הנוגע בביקורת שיפוטית על חוקתיותה של חקיקה קיימים שני כלים "לא-קונסטיטוציונליים" בארגז הכלים של השופט ושל המחוקק: הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית של בית-המשפט וסמכות הכינון של הכנסת.²¹³ דותן הדגיש מימד נוסף בכל הנוגע בתפיסת הדו-שיח: הוא סבר כי על-מנת ליתן גושפנקה נורמטיבית וציבורית לבית-משפט שנוקט אקטיביזם שיפוטי מתוך תפיסת דו-שיח, נדרש שינוי מחשבתי: על בית-המשפט, הכנסת וכל הגורמים הפוליטיים והציבוריים לראות חקיקה שהופכת פסיקה שיפוטית כחלק מדו-שיח בריא, ולא כעימות בין הרשויות. לא פסילת חוק מצד בית-המשפט ולא תיקון חוק מצד הכנסת מהווים "קריאת-תיגר" על מעמדו של המוסד האחר.²¹⁴

מודל שונה מעט מהמודל הקלסי עולה מכתבתו של גרעון ספיר, שסבר כי המציאות הישראלית אינה מאפשרת כלל דו-שיח חוקתי אמיתי. הטעמים שהוא ייחס לכך הם המבנה החוקתי הקיים ומה שהוא כינה "הלך הרוח המתלווה למצב הקיים"²¹⁵. ספיר עמד על כך שבמסגרת תפיסה של "חוקה כדיאלוג" בית-המשפט הוא אומנם שחקן-מפתח, אך לא השחקן היחיד, וגם לא בעל זכות המילה האחרונה. ספיר סבר כי מקומו של בית-המשפט העליון בשיח החוקתי הוא כנרדף: עליו לדחוף את המחוקק לדיון מעמיק באותן שאלות משפטיות שבאות לידי ביטוי בעתירות שלפניו.²¹⁶ נראה שכוחו של בית-המשפט במודל של ספיר חלש בהרבה מזה שקיים בתפיסה הקלסית של הדו-שיח, וכי התפקיד המרכזי של בית-המשפט במסגרתו הוא כשל יועץ, ולא כשל בעל יכולת הכרעה.

210 ברק "שותפות ודיאלוג", לעיל ה"ש 1, בעמ' 60.

211 שם, בעמ' 67.

212 שם, בעמ' 61-63.

213 יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 149, 189-190 (1997) (להלן: דותן "חוקה למדינת ישראל?").

214 שם, בעמ' 207.

215 ספיר המהפכה החוקתית, לעיל ה"ש 195, בעמ' 219-222.

216 שם, בעמ' 198-200.

נקודת המוצא של רשימה זו היא כאמור קיומו של דו־שיח.²¹⁷ הוא רחוק מלהיות מושלם, הוא אינו "מהותי" דיו, גבולותיו בוודאי אינם ברורים, ויש שרשות אחת מבקשת להיכנס – לעיתים לא בצדק – לשטחה של רעותה. אבל תפיסה של דו־שיח (גם תפיסה קלסית וצרה מעט, ובוודאי תפיסה מהותית ורחבה) אינה אמורה לשקף ערכים בינריים מוחלטים של 0 ו־1. אין מדובר במצב שבו דו־שיח חוקתי מתקיים באופן מוחלט או נעדר באופן מוחלט. בית־המשפט נוהג לרוב בכבוד כלפי הכנסת וכלפי דברי החקיקה שיוצאים מתחת ידיה, והכנסת פועלת על־פני־רוב לאור הנחיותיו וקביעותיו של בית־המשפט העליון.

על־אף האחיזה החזקה של המודל הקלסי, בשנים האחרונות ניתן לזהות מגמה מבורכת של תפיסת דו־שיח מהותית יותר ורחבה יותר. מדובר, למעשה, בארגו של כלים שיוצרים אפשרויות חדשות לפעולה ולתגובה – הן מצד הכנסת והן מצד בית־המשפט. בהקשר של ביטול חקיקה ראשית, לדוגמה, בכוחם של אלה להוביל להנסגת דעתו של בית־המשפט באשר לביטול חקיקה או לחלופין לריכוך ההשפעה של ביטול החקיקה. ברובם הכנסת מהווה שחקן משמעותי, ואכן מדובר בדו־שיח, ולא בחד־שיח. כאן נעוץ שוני נוסף בין התפיסה הקלסית לתפיסה המהותית והרחבה: ארגו הכלים של התפיסה הקלסית, כפי שעולה מפורשות גם מכתבתו של דותן, מכיל את עצם סמכות ההכרעה – הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית מצד בית־המשפט, והסמכות לחוקק חוקים ולכונן חוקה מצד הכנסת. ארגו הכלים של התפיסה המהותית והרחבה כבר יוצא מנקודת־הנחה שהסמכות קיימת, והכלים שמצויים בתוכו – מנגנונים שונים שפועלים לקידום הדו־שיח החוקתי – מאפשרים להימנע מהכרעה, להשהותה ולבקש את תגובת השחקן שממול בטרם ייעשה הצעד האחרון.

ארגו הכלים של התפיסה המהותית והרחבה מכיל, למשל, את הדוקטרינה של השעיית הכרזת הבטלות. משמעותה היא שבית־המשפט פוסק כי חוק (או פעולה של הרשות המבצעת) אינו יכול להמשיך לעמוד בתוקפו, אך משהה את כניסתה לתוקף של פסיקתו למשך תקופה מסוימת, שבמסגרתה המחוקק יכול לשנות את החוק ולייתר את הקביעה השיפוטית. כך נעשה, למשל, בעניין לשכת מנהלי ההשקעות,²¹⁸ בעניין חוק טל 2012,²¹⁹ ולאחרונה גם בעניין איתן²²⁰ ובעניין דסטה.²²¹ יגאל מרזל הצביע על כך שבית־המשפט נוקט סעד זה

217 ראו תמיכה באמור בגישתו של איל בנבנשתי, שסבר כי במציאות של שנת 2001 (שנראה כי לא השתנתה באופן קיצוני), לנוכח הביקורת השיפוטית, אכן מתקיים דו־שיח בין הכנסת לבג"ץ ואף "הפרייה ותמיכה הדרית" (איל בנבנשתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" משפטים לא 797, 816 (2001)). בנבנשתי סבר כי ביקורת שיפוטית על חקיקה אינה מחלישה את הכנסת, אלא דווקא מחזקת אותה. לטענתו, הודות למהפכה החוקתית התחזקה הכנסת אל מול הממשלה החזקה, אשר שולטת במערכי הכוחות. הוא גרס כי "בין הכנסת לבג"ץ נוצרה ברית של תמיכה הדרית אל מול הממשלה", וכי במשולש זה של יחסי כוחות העדיף בית־המשפט להיות "כינור שני" לכנסת (שם, בעמ' 797).

218 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).

219 עניין חוק טל 2012, לעיל ה"ש 54.

220 בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פס' 189 לפסק־דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 22.9.2014) (להלן: עניין איתן).

221 בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.2015). במקרה זה ניתן חלק מהצו האופרטיבי באופן מיידי (שחרור השוהים במתקן השהייה "חולות" במשך שנים־עשר חודשים או יותר),

על-אף חסרונותיה של הדוקטרינה, בעיקר מטעמים של הפרדת הרשויות וכיבוד הרשות המחוקקת.²²² הוא עמד על כך שמנקודת-מבט של דו-שיח, השעיית הכרות הבטלות מרככת את השימוש באותו "נשק לא-קוננוציונלי" של ביטול חקיקה, שכן אם הרשות המחוקקת קובעת בתוך תקופת ההשעיה חקיקה חדשה שמרפאת את הפגם, אין למעשה כל ביטול של אקט חקיקתי.²²³ מנגנון נוסף הוא הנחיה שיפוטית – מצב שבו בית-המשפט מציע למחוקק, ברמת פירוט זו או אחרת, לפעול לשינוי חקיקה. אורגד ולביא ראו את ההנחיה השיפוטית ככלי שבאמצעותו בית-המשפט מבקש לקדם דו-שיח חוקתי עם הכנסת. זאת, משום שכלי זה מאפשר לבית-המשפט "להתוות נורמה מבלי להופכה לכלל נוקשה מחייב".²²⁴ לטענתם, מדובר בתופעה ראויה ורצויה. גם את הסוגיה של מעמד הכנסת בעתירות נגד חוקתיותה של חקיקה ניתן לשייך לארגז הכלים של התפיסה המהותית והרחבה של הדו-שיח. אליבא דמרזל, אשר תומך במתן מעמד לכנסת בעתירות מעין אלה (גם אם לא כדבר שבשגרה), הכרה במעמד הכנסת כבעלת-דין בעתירות לעניין חוקתיותה של חקיקה מהווה "שלב" בדו-שיח החוקתי.²²⁵ לדעתו, אין הצדקה לשלילת הדו-שיח הזה גם ברמת-הביניים, קרי, במסגרת ההליכים הפנימיים המתקיימים לפני שמתקבלת הכרעה מחייבת.²²⁶

- ובחלקו הושעתה הכרות הבטלות למשך שישה חודשים (בהקשר זה נקבע כי תקופת הזמן המרבית לשהייה, שעמדה על שנים-עשר חודשים, אינה מידתית).
- 222 מרזל "השעיית הכרות הבטלות", לעיל ה"ש 194, בעמ' 44. גם בשיטה הקנדית, שהיא שיטת המשפט המנחה בכל הנוגע במודל זה, נהוג להסתכל על אלה כעל הרציונלים שבבסיס הפעלתה של הדוקטרינה. שם, בעמ' 63. להרחבה ראו: PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 742–43 (2009).
- 223 מרזל "השעיית הכרות הבטלות", לעיל ה"ש 194, בעמ' 75–76.
- 224 ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית-המשפט העליון" עיוני משפט לר' 437, 440 (2011). ראו בהקשר זה גם את מחקרו של זכריה, לעיל ה"ש 184, בעמ' 98, הרואה את ה"איתותים" של בית-המשפט כפרשנות אסטרטגית, כדרך שיפוטית להעברת מסרים בלתי-מחייבים לרשויות המדינה.
- 225 יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" משפטים לט' 347 (2010) (להלן: מרזל "מעמד הכנסת בעתירות"). הנמקה עקרונית ביסוד טיעונו של מרזל נעוצה בעקרון הפרדת הרשויות. בעוד נהוג לראותו כטעם לשלול מהכנסת מעמד בעתירות נגד חוקתיותה של חקיקה, מרזל מציג ראייה של עקרון הפרדת הרשויות לא כמוחלט, אלא כיוצר מערך של איזונים ובלמים, שבגדרו מצוי דו-שיח חוקתי. לכל רשות יש היכולת לעשות שימוש בסמכות המוקנית לה (הווה אומר, הכרעה שיפוטית או חקיקה), אך אין מדובר במילה האחרונה. בניסוחו של מרזל, הרשות אינה משתמשת ב"מלוא עוצמתה", כדי לאפשר לרעותה לתקן ולשנות את המצב מבלי לפגוע במרקם העדין שבין הרשויות. שם, בעמ' 361. אין זה מקרי שגם בתי-המשפט הקנדיים, כאשר הם עושים שימוש בתפיסת הדו-שיח, נותנים משקל לתהליך החקיקה (ואף לדברי ההסבר). ראו אצל Cameron, לעיל ה"ש 206, בעמ' 1061.
- 226 מרזל "מעמד הכנסת בעתירות", לעיל ה"ש 225, בעמ' 359–360. לעומתו, חבר הכנסת לשעבר מיכאל איתן הצביע על מעמד הכנסת בעתירות חוקתיות מזווית-ראייה של נסיונות ריסון לנוכח אקטיביזם שיפוטי גובר, ולא מזווית-ראייה של דו-שיח. מיכאל איתן "מעמדה של הכנסת בעתירות לפסילת חוקים: בעקבות בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון" הארת דין ד' 91 (2006).

בנקודה זו ניתן לראות במה התפיסה המהותית והרחבה של הדו-שיח שונה מהתפיסה הקלסית של הדו-שיח. ראשית, התפיסה המהותית מבשרת על שינוי "תודעתי"²²⁷ – על מעבר מתודעה לעומתית לתודעה של הכרה הדדית במרחב הפעולה הלגיטימי של כל אחד מהצדדים;²²⁸ מעליונות מוסדית מובהקת וכוחניות אל מודל-ביניים שמבוסס על ויכוח והפריה הדדיים ורצויים. השוני היסודי השני בתפיסה המהותית של הדו-שיח נעוץ בכך שהיא מעשירה את ארגז הכלים של שתי הרשויות. לבית-המשפט העליון ולכנסת – הוא ממקומו והיא ממקומה – יש אפשרויות רבות יותר לפעול לפיהן. ההנחיה השיפוטית, למשל, יכולה להוביל למצב שבו המחוקק ישים יתר דגש בחוקתיותה של החקיקה, לאור הנחייתו של בית-המשפט, והחוק לא יגיע כלל לפסילה. באופן דומה, השעיית הכרזת הבטלות יכולה להוביל לכך שמי שבסופו של יום תערוך את התיקון המהותי של החוק תהיה הכנסת, והכרעת בית-המשפט שפסלה את החוק תתייטר. מזווית אחרת, מתן מעמד לכנסת בעתירות שעניינן חוקתיותה של חקיקה מאפשר לכנסת להשמיע את קולה. מכל אלה נשמע הד של שיתוף-פעולה חלף עליונות של רשות מסוימת.

אל מנגנונים אלה מצטרף המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה. בכתיבה האקדמית בישראל ניתן לזהות אך שלוש התייחסויות נקודתיות לסוגיה זו. האחת היא בכתיבתו של ברק, אשר סבר כי חקיקה שמתנהלת במקביל להליך שיפוטי ובאה לשנות את תוצאותיו אינה מעלה כל קושי נורמטיבי (ובוודאי אינה מעלה את שאלת סמכותה של הכנסת לעשות כן), כל עוד מטרת החקיקה היא לא להשפיע על שיקול-דעתם של השופטים, אלא להסדיר סוגיה קונקרטיה שעומדת לפתחו של בית-המשפט.²²⁹ באופן דומה כתב מדינה כי יש הצדקה להשהיית הליכים משפטיים לנוכח יוזמות חקיקה, וזאת במטרה למנוע הגבלות לא-רצויות על שיקול-הדעת של המחוקק.²³⁰ חגי קלעי כתב גם הוא על מצב שבו המדינה מודיעה לבית-המשפט כי מתקיים הליך חקיקה, אף שבפועל לא חל כל שינוי במצב המשפטי. הוא סבר כי מצב זה הוא "מקרה סמוי מהעין של הביקורת הציבורית על פעילות רשויות המדינה", שכן מקרים אלה מסתיימים במחיקת העתירה בהמלצת בית-המשפט או בהשעיית ההליכים המשפטיים.²³¹

מתן מעמד ליוזמות חקיקה הוא כלי מעשי שיכול להוביל לשיפור הדו-שיח הדמוקרטי בין שתי הרשויות. סוגיה כלשהי נתקפת בבית-המשפט העליון; הכנסת עוסקת במקביל בהליכים להסדרה חקיקתית של אותה סוגיה; ובית-המשפט, במסגרת כלל השיקולים שהוא מביא בחשבון, מבקש להתחשב בכך שקיימת יוזמת חקיקה להסדרת הנושא. עצם העובדה שבית-המשפט משהה את הדיון לנוכח קיומה של יוזמת חקיקה שולחת למחוקק מסר של

227 שעליו עמדו כאמור דותן וספיר: דותן "חוקה למדינת ישראל?", לעיל ה"ש 213, בעמ' 207;

ספיר המהפכה החוקתית, לעיל ה"ש 195, בעמ' 219-221.

228 היברט כינתה זאת the relational approach – גישה שלפיה אין מדובר בצדדים מתחרים, אלא במוסדות בעלי תפקידים שונים, אינטרסים שונים ודרכי פעולה שונות. JANET L. HIEBERT, CHARTER CONFLICTS: WHAT IS PARLIAMENT'S ROLE? 52 (2002).

229 ברק "שותפות ודיאלוג", לעיל ה"ש 1, בעמ' 68.

230 Medina, לעיל ה"ש 1, בעמ' 773-776.

231 קלעי, לעיל ה"ש 191, בעמ' 20.

אורך-רוח, מסר מכבד. בנקודה זו ניתן רק לקוות שהמחוקק יטמיע את המסר, וייענה לבית-המשפט כאשר יידרש לכך.

אחד מיתרונותיו של מנגנון זה הוא ששימוש בו אינו מוביל לפיחות או לפגיעה בכוחו של בית-המשפט. כדי לראות זאת, הבה נניח שבית-המשפט מבכר לתת מעמד ליוזמת חקיקה רלוונטית שעומדת על הפרק. אם יוזמת החקיקה מתגבשת לכלל חוק, אזי לבית-המשפט שמורה הסמכות לדרון בחוקתיותו, על כל הסעדים המשתמעים מכך; אם יוזמת החקיקה אינה מבשילה לכלל חקיקה, לבית-המשפט יש הסמכות להכריע גם בהעדר החוק החדש (ואף רצוי שיעשה כן). כך או כך, אם כן, כוחו של בית-המשפט אינו נפגע. מתן הכבוד הדמוקרטי לכנסת, על-ידי השהיית הדיון, אינו מוביל לפיחות במעמדה של מי משתי הרשויות, אלא מוביל לשיתוף-פעולה ביניהן.

יועד כי כובד האחריות במנגנון זה אכן מוטל על כתפיה של הרשות השופטת. אולם לנוכח היבטיו הפורמליים של עקרון הדמוקרטיה אך טבעי הוא להטיל את האחריות בהקשר זה על בית-המשפט, שהרי הכנסת מורכבת מנבחרים העם, אשר חזקה עליהם שהם מייצגים את העם ואת רצונותיו. על חקיקת המחוקק (ובוודאי על חוקי-היסוד) לקבל את הבכורה. גישה זו נובעת במידה רבה מהקושי האנטי-רובני שהוזכר, אשר נהגה כבר לפני יותר מחמישים שנה על-ידי אלכסנדר ביקל. לפי גישה זו, כאשר בית-המשפט העליון פוסל חוק של המחוקק, הוא פוגע ברצונם של הנבחרים הישירים של העם. משכך, ביקורת שיפוטית עומדת בניגוד לאופייה הייצוגי של הדמוקרטיה, והיא אינה דמוקרטית.²³² בטיעון זה נהוג להשתמש כהנמקה מדוע אין לערוך ביקורת שיפוטית חוקתית.²³³ אך במציאות הישראלית הטיעון האנטי-רובני בוודאי אינו יכול לעמוד כבסיס עיוני להנמקה נגד ביקורת שיפוטית חוקתית, לנוכח קלות שינויים של חוקי-היסוד.²³⁴ העדר הנוקשות ברוב הסעיפים של חוקי-היסוד מקנה לכנסת כוח רב הן להתגבר על פסיקת בית-המשפט במקרה קונקרטי והן

ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR* 232 OF POLITICS (1962). ראו גם את גישתו של ברוס אקרמן, שלפיה אין ספק שהטיעון האנטי-רובני נגד ביקורת שיפוטית יעמוד תמיד, ויישאר ותמיד מנת-חלקו של בית-המשפט העליון. Bruce A. Ackerman, *Neo-Federalism?*, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY 153, 187 (Jon Elster & Rune Slagstad eds., 1988).

233 ראו התנגדות עקרונית לטיעון זה אצל מדינה, אשר סבר כי גישה שלפיה ביקורת שיפוטית היא אנטי-דמוקרטית היא שגויה, שכן היא נעוצה בתפיסה פורמלית של דמוקרטיה, הרואה בה רק את שלטון הרוב. לטענתו, בתפיסה מהותית של דמוקרטיה, אשר שמה במרכזה שיקולים ערכיים, כגון הגנה על זכויות אדם, שמכוחן קיימות הגבלות על שלטון הרוב, אין כל סתירה בין ביקורת שיפוטית לבין דמוקרטיה. ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית" דין ודברים ג 399, 420-421 (2007). ראו גם אצל ברק "שותפות ודיאלוג", לעיל ה"ש 1, בעמ' 64, הסובר כי הדרישה החוקתית מוביל לפתרונו של הקושי האנטי-רובני, שכן ההכרעה נותרת בידי המחוקק.

234 ראו גם ברק "שותפות ודיאלוג", לעיל ה"ש 1, בעמ' 61-63; דותן "חוקה למדינת ישראל?", לעיל ה"ש 213, בעמ' 188-189. אולם ראו את גישתו של טושנט, שלפיה צורה חלשה של ביקורת שיפוטית (קרי, כזו שנעדרת עליונות שיפוטית), שאליה נהוג לשייך את ישראל, מאפשרת לבתי-המשפט להזכיר למחוקק את מחויבותיו החוקתיות, ועדיין לאפשר למחוקק

"לשנות את חוקי המשחק" כאשר למידת התערבותו של בית־המשפט באופן כללי. אולם הטיעון האמור יכול לשמש הצדקה להטלת האחריות על הרשות השופטת, קרי, לציפייה שהיא תהיה הסבלנית מבין השתיים, ושגם לנוכח התנהגות מוסדית לא־קולגיאלית מצד הכנסת תמשיך הרשות השופטת לעמוד איתנה ומקצועית ונכונה לשיתוף־פעולה. כך אכן נהגה הפסיקה. עניין קורן, פרשת קרסיק ועניין ההכרזה על מצב החירום ממחישים זאת היטב.²³⁵ שוב ושוב גילה בית־המשפט סבלנות ואיתנות לנוכח כנסת משתהה, מתוך אותן רצינות גלוי ומפורש של הבעת כבוד למחוקק ולפועלו.

מעבר לאותם מנגנונים שניתנים לסיווג כדוקטרינות חדשות שמתרשות להן בפסיקת בית־המשפט העליון, גם הנימה של הפסיקה מעידה על ניצנים של שינוי. דוגמה בולטת ועדכנית מצויה בפרשיות העוסקות במבקשי המקלט – עניין אדם,²³⁶ עניין איתן²³⁷ ועניין דסטא.²³⁸ באותם מקרים דובר בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, שתוקן בשנת 2012 לנוכח גל ההגירה של מבקשי מקלט לישראל.²³⁹ לב התיקון היה סעיף 30א לחוק, בנוסחו דאז, שאפשר להחזיק את המהגרים לתקופה של שלוש שנים. סעיף זה נפסל בעניין אדם²⁴⁰ לנוכח הפגיעה הבלתי־מידתית בזכות לחירות. כשלושה חודשים לאחר שנפסל תיקון מס' 3, נחקק בדצמבר 2013 תיקון מס' 4,²⁴¹ שכלל שני הסדרים: סעיף 30א לחוק, בנוסח חדש, אשר השינויים העיקריים שנערכו במסגרתו הם קיצור תקופת הכליאה משלוש שנים לשנה אחת והחלה פרוספקטיבית בלבד, דהיינו, רק על מבקשי מקלט שייכנסו לישראל לאחר חקיקתו; וכן פרק ד לחוק, שיצר סמכות להקמת "מרכזי שהייה" שבהם ישוהו המגורשים עד לגירושם, ובו הסדרים שונים באשר לשהיית המהגרים במרכזים אלה. דעת הרוב בעניין איתן (שניתן בספטמבר 2014) פסלה את תיקון מס' 4 בשלמותו. שופטי המיעוט, הנשיא גרוניס והשופט הנדל, סברו כי יש לפסול רק את ההוראה הדורשת התייצבות במתקן השהייה בצהרי היום. הם תמכו את פסק־דינם בכך שהחקיקה המחודשת של סעיף 30א, לנוכח פסילת החוק בעניין אדם, עומדת באמות־המידה שהותוו שם.²⁴² הם ראו את תיקון מס' 4 כמשקף שינויים חיוביים שעשתה הכנסת לנוכח פסיקת בית־המשפט.²⁴³ גם לפסק־הדין של שופטי הרוב נלווה מינוח מפורש של דו־שיח חוקתי. המשנה לנשיא נאור,

להפוך את ההחלטה גם בהעדר שינוי חוקתי. Mark Tushnet, *Weak-Form Judicial Review: Its Implications for Legislatures*, 23 Sup. Ct. L. Rev. 213, 224 (2004).

- 235 לעיל ה"ש 48, 68 ו־28, בהתאמה.
- 236 בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013).
- 237 לעיל ה"ש 220.
- 238 לעיל ה"ש 221.
- 239 חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, ס"ח 119.
- 240 עניין אדם, לעיל ה"ש 236.
- 241 חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013, ס"ח 74 (להלן: תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות).
- 242 עניין איתן, לעיל ה"ש 220, פס' 1 לפסק־דינו של הנשיא גרוניס ופס' 13 לפסק־דינו של השופט הנדל.
- 243 שם, פס' 45-46 לפסק־דינו של הנשיא גרוניס.

השופט עמית והשופטת חיות התייחסו גם הם לכך שהשתלשלות העניינים בפרשה היא תוצר של דו־שיח.²⁴⁴

כבר בדצמבר 2014, כתוצאה מפסק־הדין בעניין איתן, נחקק תיקון נוסף,²⁴⁵ שהעמיד את תקופת ההחזקה במשמורת על שלושה חודשים ואת השהייה במרכזים על עשרים חודשים. בעניין דסטה (שניתן באוגוסט 2015) אישר בית־המשפט פה אחד את חוקתיותה של ההחזקה במשמורת (בכפוף לכך שעצם ההחזקה במשמורת תתקיים רק אם מתקיימים הליכי זיהוי או נבחנים הליכי הרחקה), אך דעת הרוב פסלה את תקופת השהייה של עשרים החודשים במתקן השהייה. בית־המשפט סבר כי תקופה זו אינה מידתית, והעמידה על תקופה של שנים־עשר חודשים, תוך שהוא קובע כי שוהים שכבר מוחזקים במרכז השהייה יותר משנים־עשר חודשים ישוחררו תוך חמישה־עשר ימים. עוד נקבע כי אם המחוקק לא יתקן את החוק בתוך שישה חודשים בכל הנוגע במשך השהייה במרכז, תפוג סמכותו של ממונה ביקורת הגבולות ליתן הוראות שהייה.²⁴⁶

244 "מסקנתי היא שהסדר הקבוע בסעיף 30 לחוק אינו חוקתי. משמעות קביעה זו היא כי יש לפסול את סעיף 30 לחוק, וזאת אף על פי שלפני שנה בלבד פסל בית משפט זה תיקון קודם של החוק הרלוונטי. תוצאה זו מחויבת, לנוכח הפגמים החוקתיים שנפלו בחוק. כפי שציין חברי השופט ע' פוגלמן... 'לא ברצון עשינו זאת; מכוח חובתנו עשינו זאת'. בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת מתקיים דיאלוג חוקתי: הכנסת מחוקקת חוק, התואם לדעתה את המבחנים החוקתיים; בית המשפט מעביר את החוק תחת שרביט הביקורת החוקתית. לעיתים, לאחר הבחינה, מגיע בית המשפט למסקנה שהחוק או חלקו אינם חוקתיים. הדיאלוג אינו מתמצה בכך: במידת הצורך, הכנסת מחוקקת מחדש... עם זאת, לאחר שבית המשפט מצא כי דבר חקיקה הוא בלתי חוקתי, אל לרשות המחוקקת לחזור ולחוקק אותו בלא כל שינוי, או בשינוי שאין בו כדי לפתור את הסתירה עם חוקי היסוד, אשר עליה הצביע בית המשפט; שכן חקיקה שכזו 'יש בה פגיעה בחוקי היסוד עצמם'... בחוק העומד עתה לבחינתנו לא תיקנה הכנסת את הפגם שעליו הצבענו בפניה. על כן, עם כל אי הנחת בפסילת חלק מחוק בשנית תוך זמן קצר – אינו רואה מנוס אלא לבטל גם הסדר זה, הלוקה באותו פגם עצמו, שבו לקה כאמור ההסדר הקודם." שם, פס' 3 לפסק־דינה של המשנה לנשיא נאור. בדומה לכך, גם השופט עמית התייחס מפורשות לביטול תיקון מס' 3 ולחקיקת תיקון מס' 4 כחלק מדו־שיח חוקתי בין בית־המשפט לכנסת (שם, פס' 1 לפסק־דינו), ואף השופטת חיות אימצה את דברי ארבל מעניין אדם (לעיל ה"ש 236), וראתה את חובתו של בית־המשפט לפסול את תיקון מס' 4 כנובעת מהדו־שיח החוקתי (עניין איתן, לעיל ה"ש 220, פס' 2 לפסק־דינה). ראו באופן רחב יותר את התייחסותם של שאר השופטים לשוני בין התיקונים, ואת ההכרה בכך שהפגיעה בתיקון מס' 4 מרוככת בהשוואה לזו שהייתה קודם לכן (הגם שהיא אינה עומדת עדיין באמות־המידה של פסקת ההגבלה): שם, פס' 23 ו־70 לפסק־דינו של השופט פוגלמן, פס' 7 ו־12 לפסק־דינו של השופט עמית, פס' 11 לפסק־דינו של הנשיא גרוניס, פס' 1 לפסק־דינה של השופטת חיות וכן פס' 5 לפסק־דינו של השופט הנדל. היחידה שחלקה על כך הייתה השופטת (ברד"מ) ארבל, שסברה כי תיקון מס' 4 הוא "אותה גברת... בשינוי אדרת" (שם, פס' 11 לפסק־דינה).

245 חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה–2014, ס"ח 84.

246 החוק תוקן, ותקופת השהייה קוצרה מעשרים חודשים לשנים־עשר חודשים. הפרשנות השיפוטית שניתנה לס' 30א, שדרשה קיומם של הליכי זיהוי או הרחקה לשם החזקה במשמורת, לא הוטמעה

מדובר למעשה בגלגול שלישי של תקיפת הסוגיה בכללותה (ובגלגול שני בהסתכלות צרה יותר על ההסדרים שנתקפו, שכן הקמת מתקן השהייה וההסדרה המשפטית שלו בחוק נעשו רק לאחר פסק־הדין הראשון בעניין אדם). גם לעניין דסטה, כמו לקודמו, נלווה מינוח עקבי של דו־שיח. אף לא אחד מבין תשעת שופטי בית־המשפט חלק על הסמכות (והצורך) לבקר את החקיקה פעם נוספת, ולבחון באופן ענייני את חוקיותו של החוק. כמעט כולם הזכירו כי מדובר בגלגול שלישי. רבים מהם השתמשו במינוח מדויק של דו־שיח. כך, למשל, השופט פוגלמן ראה את ההכרעה של בית־המשפט ככזו שתוביל להמשך הדו־שיח בין בית־המשפט העליון לכנסת;²⁴⁷ השופטת חיות הצטרפה לגישה זו, וסברה כי הדו־שיח שנוצר כתוצאה מהפרשה צמצם במידה ניכרת את הפגיעה בזכויות אדם;²⁴⁸ השופט עמית כתב כי הפרשה משקפת "דיאלוג פורה";²⁴⁹ והשופט מלצר אף פרש תשתית רעיונית בבסיס השתרותה של תיאוריית הדו־שיח במשפט הישראלי, וסבר כי על הפתרון המוצע לשקף "דיאלוג רצוי".²⁵⁰ בראייה דיאלוגית, התבלטה במיוחד הנמקתו של שופט המיעוט הנדל. הוא סבר כי העובדה שסוגיה מגיעה לבית־המשפט בגלגול שלישי אינה רצויה. את ביקורתו הוא לא הפנה החוצה, אל המחוקק שלא הטמיע די את הערות הפסיקה, אלא פנימה, אל בית־המשפט. לגישתו, היה אפשר להבין מפסקי־הדין הקודמים שהאופן שבו תיקן המחוקק את החוק הוא מידתי. הנדל סבר גם הוא שמתקיים דו־שיח בין בית־המשפט לכנסת, אך לא דו־שיח בין שותפים שווים, אלא דו־שיח שבו לכל מוסד יש תפקיד שונה. בהקשר זה הוא טען כי בית־המשפט לא מילא את תפקידו כראוי, כאשר כלל "שיפור דרישות ואיתור קשיים נוספים בגלגול שני ואף שלישי, קשיים שניתן היה להצביע עליהם כבר בגלגול הקודם".²⁵¹

לתוך החוק. ראו חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הוראת שעה), התשע"ו–2016, ס"ח 544.

247 עניין דסטה, לעיל ה"ש 221, פס' 51 לפסק־דינו.

248 "הדבר התאפשר משום שבעקבות האמור בפסקי הדין שניתנו בשתי העתירות הללו הייתה הכנסת נכונה פעם אחר פעם להשקיע מאמץ בתיקון החוק ובמציאת פתרונות חוקתיים מתאימים". שם, פס' 1–2 לפסק־דינה.

249 שם, פס' 1 לפסק־דינו.

250 שם, פס' 1–3 ו־5–6 לפסק־דינו.

251 שם, פס' 3–4 לפסק־דינו. וראו גם פס' 8 לפסק־דינו: "לא ניתן להתעלם מכך שהכנסת אכן 'הפנימה' את הצורך בתיקון כפי שעלה מחוות דעת הרוכז בעניין איתן. באשר למשמורת, על אף שניתן היה לקבוע תקופה מקסימלית מעל ל־3 חודשים, ודאי עד 6 חודשים, הכנסת הסתפקה בתקופה הקצרה יותר. באשר למרכז השהייה, דרישת ההתייצבות הוגבלה לפעם אחת ביממה. הנוכחות במתקן מחויבת רק בין 22:00 ל־6:00. נקבעו פטורים רחבים לקבוצות אוכלוסייה שונות וכן עילות שחרור פרטניות. התקופה המקסימלית צומצמה ל־20 חודש, בהשוואה לתקופה הקודמת של 36 חודש לפחות. כאשר הכנסת פועלת ברצינות ובשיקול דעת – אל לבית המשפט לתקן אלא אם אין מנוס מכך. כמובן, על הכנסת לכבד את הוראות בית המשפט, ואף החוק המתוקן איננו חסין מפני ביקורת. ברם על בית המשפט לתת משקל רב לחקיקת הכנסת שנעשתה תוך הפנמת הביקורת החוקתית. לא נכון בכל פעם 'לחשב מסלול מחדש' ולמקד מחדש את הפגם החוקתי. כמובן, תפקידו של בית המשפט לתקן פגיעות חוקתיות ברורות, נוקבות ועקרוניות. אך לא כל חילוקי דעות אפשריים בדבר הדין הרצוי נכנסים לסיווג זה. כמובן זה, הראייה חייבת להיות 'מלמעלה'."

לא רק הנימה של פרשיות מבקשי המקלט ממלאת תפקיד, אלא גם ההכרעה המעשית. כך, למשל, הן בעניין איתן והן בעניין דסטה (אם כי באחרון באופן חלקי בלבד) ביכר בית-המשפט להשעות את הכרזת הבטלות, במטרה לאפשר למחוקק עצמו לתקן את הפגם החוקתי שבחוק. בעניין דסטה אף העדיף בית-המשפט לקרוא למטה את החוק, כך שיהיה אפשר להחזיק שוהים במשמורת רק כל עוד מתקיימים בעניינם הליכי בירור ובחינה של אפשרות הרחקתם. קריאה זו, כך הדגישו שופטי הרוב, לא התאפשרה בגלגול השני, שם תקופת הזמן להחזקה הייתה ארוכה יותר.²⁵² הווה אומר, גם בחירת הסעד שיקפה דו-שיח חוקתי ויחסים מוסדיים של כבוד חלף עליונות.

אלה ניצני השינוי. כעת גם בית-המשפט אינו מדבר עוד (לרוב) במינוח כללי של ריסון, אלא במינוח של דו-שיח. יש בכך כדי להעיד גם על רוחו של הדו-שיח – לא עוד פינג-פונג, אלא דו-שיח שמצמיח חובות, שיוצר ספקות, שמעלה תהיות, ואשר מאלץ כל אחת מהרשויות לעשות את המיטב כדי להרגיש שהיא ממלאת את חובתה הדמוקרטית כלפי החברה וכלפי רעותה. יש בדברים אלה כדי להדגיש היבט חשוב נוסף: תפיסה מהותית של דו-שיח היא רחבה יותר מאשר "רק אקטיביזם שיפוטי" או "רק ריסון שיפוטי"; היא מכילה את שניהם ומכירה בצורך בשניהם. הדבר מתיישב היטב עם העובדה שהן שופטי הרוב והן שופטי המיעוט תמכו את פסק-דינם בדו-שיח, אם במוצהר ואם בין השיטין. אומנם מדובר בביטול חוק, ולא סתם ביטול חוק (ככל שביטול חוק יכול להיות "סתם"), אלא ביטול שלישי של דבר חקיקה דומה. אך עולה הרושם שזהו ביטול חוק שנעשה בהדרת כבוד כלפי הכנסת, תוך הכרה במאמצים שזו עשתה ודרבונה לעשות מאמצים נוספים.²⁵³ בכך התקדמו צעד נוסף ומשמעותי בדרך לאותה תפיסה מהותית של הדו-שיח.

הבחירה להביט על פרשיות מבקשי המקלט בעיניים דיאלוגיות אינה מובנת מאליה. במציאות החוקתית הישראלית הביעו כותבים לא-מעטים תרעומת על התנהלותו של הממשל סביב הפרשיות הללו.²⁵⁴ גם באשר לפוליטיקאים שהתבטאו בנחרצות יש קושי לומר כי

252 שם, פס' 40 ו-48 לפסק-דינה של הנשיאה נאור ופס' 8 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

253 ראו בהקשר זה את התפיסה שהציג ספיר בנוגע לבית-המשפט כזרו. ספיר המהפכה החוקתית, לעיל ה"ש 195, פרק 6. כן ראו לעיל ליד ה"ש 216.

254 ראובן (רובי) ציגלר "מסע בארץ התכליות הנסתרות: בעקבות בג"ץ 8665/14 הטראקלין (אוגוסט 2015) - <http://hatraklin.org/2015/08/16/%D7%9E%D7%A1%D7%A2-%D7%91%D7%90%D7%A8%D7%A5-%D7%94%D7%AA%D7%9B%D7%9C%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%94%D7%A0%D7%A1%D7%AA%D7%A8%D7%95%D7%AA-%D7%91%D7%A2%D7%A7%D7%91%D7%95%D7%AA-%D7%91%D7%92%D7%A5-8665/14/>; מאמר המערכת "לפסול בפעם השלישית" הארץ 3.2.2015; www.haaretz.co.il/opinions/editorial-articles/1.2555453; ראובן (רובי) ציגלר "פסילת תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות: בדרך לסיכוב שלישי?" המכון הישראלי לדמוקרטיה www.idi.org.il/%D7%A1%D7%A4%D7%A8%D7%99%D7%9D-%D7%95%D7%9E%D7%90%D7%9E%D7%A8%D7%99%D7%9D/%D7%9E%D7%90%D7%9E%D7%A8%D7%99%D7%9D/infiltration_law/; אייל גרוס "הכליאה בחולות לקראת 'יציאה' מישראל מסכנת את מבקשי המקלט" הארץ www.haaretz.com, 16.9.2014.

הם ראו את הפסיקות כחלק ממרחב ההכרעה הלגיטימי של בית-המשפט העליון.²⁵⁵ יתרה מזו, פרשיות מבקשי המקלט גם מגלמות את החשש שהמודל הדיאלוגי, גם אם הוא נראה במבט ראשון כחיובי ומקדם, ייתן "הכשר תיאורטי" להתנצחות מוסדית נמשכת ולפגיעה חוזרת בזכויות אדם.

על קשיים אלה ניתן להוסיף את אי-ההסכמה היסודית השוררת בתוך התיאוריה הדיאלוגית, המכילה מנעד של דעות. דיון היפותטי בגישות הדיאלוגיות המרכזיות יוכל להעיד עד כמה מנעד זה רחב. לנוכח אופיו של הדו-שיח הישראלי, ולנוכח אופיין של פרשיות מבקשי המקלט, יתוכם הדיון שלהלן לתיאוריה הקנדית, אשר מעמידה במרכזה את יכולת התגובה החוזרת של המחוקק (להבדיל מתפיסה פרשנית של דיאלוג).²⁵⁶ על-אף השוני בין התיאוריה הקנדית לבין זו הישראלית, אשר בא לידי ביטוי בראש ובראשונה בפסקת ההתגברות (שבישראל

co.il/news/education/.premium-1.2434965; ענת בן-דוד ואסנת כהן ליפשיץ "חולות של תקווה" *ynet* 22.9.2014 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4574079,00.html

255 שר הפנים סער קרא בעקבות הפסיקה בעניין איתן לתקן את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו באופן שיגביל את התערבותו של בית-המשפט העליון, ושר הכלכלה בנט אמר את הדברים הבאים: "בימים של מצוקה בטחונית וכלכלית, בג"ץ שיגר הזמנה פתוחה לעשרות אלפי מסתננים לבוא לישראל, כל המסתנן זוכה. עלינו לכבד את שלטון החוק, אולם בג"ץ מגלה עודף אקטיביזם ולמעשה נוטל סמכויות מהממשלה, שנושאת באחריות עליונה לבטחון וטובת ישראל." אילן ליאור ושיירלי סידלר "סער: לבחון תיקון חוק יסוד כבוד האדם וחירותו באופן שיגביל התערבות בג"ץ" *הארץ* 22.9.2014 www.haaretz.co.il/news/law/1.2441374 .חבר הכנסת לוי אמר בתגובה על אותה החלטת שיפוטית כי "פסק הדין הפוסט ציוני של בית המשפט העליון חותר תחת עצם קיומה של ישראל כמדינה יהודית ורומס ברגל גסה גם את ריבונות הכנסת". עומרי אפרים ומורן אזולאי "יזום החוק נגד מסתננים, שר הפנים גדעון סער: 'להגביל סמכות בג"ץ, נותרנו בלי כלים'" *ynet* 22.9.2014 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4574030,00.html .ראו גם את הדברים שכתבה שרת המשפטים שקד בדף הפייסבוק שלה שעות מספר לפני פרסום פסק-הדין בעניין *דסטה*, ואת תגובתה של חברת הכנסת לבני, שלפיה תפקידה של שרת המשפטים הוא להגן על בג"ץ, ולא לתקוף אותו. מורן אזולאי "ביקורת בדרום תל אביב על איילת שקד: תפסיקי להסית, תשקיעי בנו" *ynet* 12.8.2015 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4690005,00.html .יושבת-ראש ועדת הפנים של הכנסת, חברת הכנסת רגב, שנכחה בדיון בבג"ץ במסגרת העתירה השלישית, הצהירה כי אם העתירה בעניין *דסטה* תתקבל, היא תיזום פסקת התגברות שתאפשר לכנסת להפוך את החלטתו של בית-המשפט. אילן ליאור "בג"ץ על התיקון לחוק המסתננים: נעשתה כברת דרך אך השאלה היא אם מגבלת החירות נותרה בעינה" *הארץ* 3.2.2015 www.haaretz.co.il/news/education/1.2555714

256 גם היא, כמוכן, אינה נקיה מביקורת. לביקורות בולטות ראו Cameron, לעיל ה"ש 206; Tremblay, לעיל ה"ש 145; Waldron, לעיל ה"ש 24; Morton, לעיל ה"ש 24; Andrew Petter, *Taking Dialogue Theory Much Too Seriously (Or Perhaps Charter Dialogue Isn't Such a Good Thing After All)*, 45 OSGOODE HALL L.J. 147 (2007); Mark Tushnet, *Judicial Activism or Restraint in a Section 33 World*, 53 TORONTO L.J. 89 (2003) (להלן: Tushnet, *Judicial Activism or Restraint*).

חלה רק על חוקי-יסוד: חופש העיסוק²⁵⁷ ולכן לא היה אפשר להשתמש בה בפרשיות מבקשי המקלט), ניתן בהחלט להשליך על המשפט הישראלי את התמה המרכזית של ההוגים הקנדים המרכזיים. זאת, כדי להדגים עד כמה תפיסה דיאלוגית אינה עשויה מקשה אחת, וכי מה שייתפס על-ידי אחד כדיאלוג או כהפעלה חיובית של שיקול-הדעת השיפוטי או החקיקתי עשוי להתפס על-ידי אחר כמונולוג או כהפעלה שגויה של אותו שיקול-דעת.²⁵⁸ הגישה הכוללנית לדיאלוג, זו שהוצגה על-ידי הוג ובושל-תורנטון, תראה את פרשיות מבקשי המקלט כדיאלוג. לגישתם, כל פסק-דין שמאפשר תגובה חקיקתית²⁵⁹ וכן כל תגובה חקיקתית על פסיקה שאפשרה זאת מעידים על דו-שיח.²⁶⁰ במאמריהם ניתן לראות דוגמות פרטניות לפרשיות בגלגול שני שאותן הם רואים באור חיובי כמשקפות דו-שיח,²⁶¹ וכן את תמיכתם המפורשת בכך שבית-המשפט אינו צריך להנסיג את דעתו אך משום העובדה שמדובר בגלגול שני או יותר.²⁶²

מנפרדי וקלי סוברים, בניגוד להוג ולבושל-תורנטון, כי לא כל תגובה חקיקתית (או העדרה) משקפת דו-שיח אמיתי או רצוי, וכי הדו-שיח מורכב יותר מאותה גישה מונוליתית. את המקרים שנסקרו במאמרם המקורי של הוג ובושל-תורנטון משנת 1997²⁶³ חילקו מנפרדי וקלי לשש "דרגות", ומתוכן סברו כי רק תיקון נקודתי של החוק בהתאם להחלטת בית-המשפט הוא בגדר דו-שיח חיובי. שאר הסוגים – דוגמת הפיכת ההחלטה השיפוטית, תיקון חקיקתי נרחב, העדר תגובה של המחוקק וכדומה – מהווים לדעתם דו-שיח שלילי.²⁶⁴ לנוכח העובדה שלאחר עניין אדם ועניין איתן ערך המחוקק תיקון נקודתי של החוק ברוח פסיקתו של בית-המשפט (ככל שניתן לראות את הוספת פרק ד לחוק למניעת הסתננות כתיקון נקודתי), נדמה שדווקא לסיטואציה מורכבת כפרשיות מבקשי המקלט יתייחסו השניים

257 להבריל מקנדה, שם פסקת ההתגברות חלה גם על חופש הביטוי ונגזרותיו, על זכויות במשפט ועל הזכות לשוויון.

258 ראו אצל פטר, מתנגד מובהק ועקרוני של תיאוריית הדו-שיח, אשר מכיר בכך שבתוך תיאוריה זו יש הנוטים לריסון ויש הנוטים לאקטיביזם: Andrew Petter, *Twenty Years of Charter Justification: From Liberal Legalism to Dubious Dialogue*, 52 U.N.B. L.J. 187, 198 (2003). טושנט, לעומתו, אינו כותב על מנעד של גישות בתוך תיאוריית הדו-שיח, אלא שתיאוריית הדו-שיח עצמה ממוקמת באמצע הציר של אקטיביזם-ריסון. Tushnet, *Judicial Activism or Restraint*, לעיל ה"ש 256, בעמ' 89.

259 דהיינו, כזה שאינו פוסל את תכלית החקיקה כלא-ראויה, דבר שנעשה רק פעמים ספורות (Roach, *Dialogic Judicial Review*, לעיל ה"ש 145, בעמ' 58-59; Allison, Peter W. Hogg, *Charter Dialogue Revisited – Or 'Much Ado about Metaphors'*, 45 OSGOODE HALL L.J. 1, 39 (2007) או כזה שפוסל את החקיקה על בסיס זכויות שניתן לעשות לגביהן שימוש בפסקת ההתגברות (Roach, *Dialogic Judicial Review*, לעיל ה"ש 145, בעמ' 62-63).

260 Hogg & Bushell, לעיל ה"ש 145, בעמ' 79-80.

261 שם, בעמ' 89.

262 Hogg, Bushell Thornton & Wright, לעיל ה"ש 259, בעמ' 48.

263 Hogg & Bushell, לעיל ה"ש 145.

264 Manfredi & Kelly, *Six Degrees of Dialogue*, לעיל ה"ש 151, בעמ' 520-521.

כאל דו־שיח חיובי. אולם יש לסייג אמירה זו, שכן מרכיב יסודי בתיאוריה של השניים הוא שעל־מנת להשיג דו־שיח אמיתי, נדרשת הכרה במחוקק כפרשן חוקתי מוסמך שווה־ערך לבית־המשפט.²⁶⁵ מן ההיבט הרחב והעקרוני הזה, פסקי־הדין האמורים בוודאי אינם מהווים הכרה שיפוטית בסמכותו הפרשנית של המחוקק. ההפך הוא הנכון: בית־המשפט הנחה את המחוקק, המחוקק שעה ככלל להנחיותיו אך סטה מהן מעט, ובית־המשפט שב וחזר על פרשנותו שלו.²⁶⁶ לנוכח גישה זו של בית־המשפט, יש להניח כי מנפרדי וקלי לא יראו בפרשיות מבקשי המקלט משום דו־שיח חיובי.

גישה אחרת וכוללת היא זו של רוץ', ולפיה עניין דסטה מדגים את סופו של הדו־שיח. רוץ' סובר כי ביקורת שיפוטית בגלגול שני אינה מצריכה אפריורית הנסגת דעת, ותומך בכך שבגלגול שני על המחוקק לעשות שימוש בפסקת ההתגברות, חלף חקיקה רגילה, כדי להביע מפורשות את העדפתו לפרשנות חוקתית מסוימת.²⁶⁷ אולם לפי גישה זו, סיום הדו־שיח באקטיביזם שיפוטי הינו מוצדק בהקשר זה, שכן מדובר בקבוצת מיעוט שלא תזכה בהגנה ראויה אצל המחוקק. זו, מבחינת רוץ', הגבלה לגיטימית של כוחו של הדו־שיח.²⁶⁸ גישה של הנסגת דעת בגלגול שני, כפי שהציגה דיקסון, משקפת עמדה שלפיה בוודאי אין מדובר בדיאלוג. דיקסון סבורה כי כדי להגשים תפיסה של דו־שיח, יש להתרחק מהמודל האמריקני, ובתוך כך על בית־המשפט להיענות לחקיקת־המשך בגלגול שני.²⁶⁹ דיקסון רואה את הנסגת הדעת, באמצעות הצהרה צרה בגלגול השני, כמובילה לדו־שיח אמיתי, שכן היא מעניקה לבית־המשפט הן גמישות והן לגיטימציה לביקורת השיפוטית בגלגול הראשון. מצב שבו בית־המשפט מתעקש שוב ושוב על פרשנותו החוקתית, ופוסל שוב ושוב חקיקת־המשך, אינו מצב רצוי לגישה – לא מנקודת־מבט של דו־שיח ולא מנקודת־מבט של ודאות משפטית.²⁷⁰

לסיכום הדברים, המשפט החוקתי הישראלי הולך לכיוון דיאלוגי בכל הנוגע במערכת היחסים שבין בית־המשפט העליון למחוקק. מרחק השנים מעת חקיקתם של חוקי־היסוד ומפרשת בנק המזרחי, ההתחקות המשמעותית אחר המשפט הקנדי, שינויים פוליטיים ושינויים פרסונליים משמעותיים שחלו הן בכנסת והן בבית־המשפט העליון – כל אלה תרמו להתפתחות זו, כך ניתן לשער. הדו־שיח שמשקף מפרשיות מבקשי המקלט הוא מורכב ומרובד, ומעלה עדיין קשיים רבים, אך הוא ההתחלה.

בהתחלה זו משתלב מתן המעמד הנורמטיבי ליוזמות חקיקה. בפרק זה ביקשתי להצביע על רציונותה של תופעה זו, שיש בה כדי לחזק תפיסה דיאלוגית בין בית־המשפט העליון לכנסת. אולם רציונות זו בוודאי אינה מוחלטת. למעט מקרים פרטניים, האופן שבו ניתן עד כה המעמד ליוזמות חקיקה לא הוביל כשלעצמו לקידום הדו־שיח החשוב הזה: לעיתים הוא ניתן, ולעיתים לא; לעיתים ניתן מעמד משמעותי, ולעיתים זניח; לעיתים הוא ניתן באופן

265 Manfredi & Kelly, *Dialogue, Deference and Restraint*, לעיל ה"ש 151, בעמ' 336.

266 ראו בהקשר זה את ביקורתו של השופט הנדל לעיל בה"ש 251 ובטקסט שלידה.

267 Roach, *Dialogic Judicial Review*, לעיל ה"ש 145, בעמ' 72.

268 Roach, *Dialogue or Defiance*, לעיל ה"ש 144, בעמ' 366.

269 Dixon, לעיל ה"ש 185.

270 שם, בעמ' 256-257.

מנומק ומוסבר, ולעיתים בהינף קולמוס. המנגנון האמור רצוי כאשר מאחורי הפעלתו עומדת מתודה, כאשר יש לו מטרה וכאשר קיימת בבסיסו תשתית עיונית. כאן מקומן של אמות-המידה המנחות. אלה מיועדות להוביל למתן מעמד מושכל, סדור ועקבי. ברי כי איני מציעה מדיניות של מתן מעמד בכל מקרה, ואין ספק שאופן השימוש באמות-המידה המנחות ישנתה ממקרה למקרה. אך עצם קביעתן של אמות-המידה יש בה כדי ליתן מידה מסוימת של ודאות – הן לצדדים המתדיינים והן לדוקטרינה המשפטית עצמה.

2. אמות-המידה המנחות

עד כה הצגתי את הקשיים הלא-מבוטלים שמתן מעמד ליוזמות חקיקה עלול לעורר. קשיים אלה כוללים קשיים עקרוניים וקשיים מעשיים, ומשני סוגי הקשיים הללו אין להתעלם. אולם בה-בעת גלומה במעמד האמור הבטחה גדולה – קידום היחסים שבין בית-המשפט העליון לכנסת. מציאות שבה היחסים בין שתי הרשויות הללו הם יחסים תקינים היא רצויה וראויה מבחינה משפטית, מבחינה פוליטית ומבחינה חברתית. מכאן שהשורה התחתונה היא שיש ליתן מעמד ליוזמות חקיקה, אולם בכפוף למגבלות מסוימות. מתן המעמד אינו יכול להיות חופשי ונטול רסן. אמות-המידה שיוצעו להלן מיועדות לשרטט גבולות ראויים מתי וכיצד יש לתת מעמד ליוזמות חקיקה, כך שיועצמו היתרונות הגלומים במתן המעמד ויופחתו ככל האפשר החסרונות הטמונים בו.

בטרם אציג את אמות-המידה עצמן, יש לתת את הדעת לתכונה חשובה שנדרשת מבית-המשפט בהקשר זה, והיא מודעות. על בית-המשפט להיות מודע למהלך שהוא עושה ולמעמד שהוא נותן. אם בית-המשפט מבכר לתת מעמד להצעת חוק שלא הבשילה זה זמן רב, להצעת חוק פרטית של חבר אופוזיציה או ליוזמה חקיקתית שאין כל שמץ של הבטחה כי תישא פרי, עליו להיות מודע לכך, ולא לעצום את עיניו.²⁷¹ בכך טמון כוחן של אמות-המידה המנחות. הן משקפות ראייה מפוכחת, המכירה ביתרונות כמו-גם בחסרונות. מכיוון שאמות-המידה מבקשות להשיג איזון, אף לא אחת מהן תוכל להגשים את היתרונות במלואם או להעלים לחלוטין את החסרונות שעליהם עמדתי בפרק ב. כך, למשל, בנוגע לעקרון שלטון החוק: עיקרון זה תומך בהעדר מעמד; על-מנת להגשימו במלואו, אין כל טעם באמות-המידה המנחות, ויש להחליפן בכלל גורף נגד מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה. אולם כלל גורף זה, גם אם יעלה על נס את עקרון שלטון החוק, יוביל להחמצה גדולה של ההזדמנות לקדם זכויות אדם באמצעות התפיסה המהותית של הדרושי החוקתי. מכאן שאפשר בהחלט

271 ראו כדוגמה את פסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה בעניין ועד פוריה עלית, לעיל ה"ש 22, שבו ציינה את שתי הצעות חוק-יסוד: זכויות חברתיות – הראשונה משנת 1994 והשנייה משנת 2002. פסק-הדין ניתן בשנת 2002, והשופטת פרוקצ'יה התייחסה לשתי ההצעות כאל מקשה אחת, אף-על-פי שהצעת חוק-היסוד משנת 1994 מעולם לא קודמה (שם, בעמ' 214). היש אכן היגיון בהתייחסות גם להצעת חוק-היסוד משנת 1994 כאל חלק מהליכי החקיקה התלויים ועומדים או שמה מדובר בעצימת-עיניים שיפוטית? כן ראו את מתן המעמד להצעת החוק בשלבי-הביניים בעניין לימודי-הליבה, לעיל ה"ש 41, שם דובר כזכור בהצעת חוק בקריאה טרומית שהוגשה על-ידי חברי כנסת מהאופוזיציה.

לתת מעמד ליוזמות חקיקה גם אם מתן המעמד כרוך באי־אלה חסרונות. אך יש לעשות זאת באופן מושכל ומבוקר, כשלנגד עיניו של השופט היושב בדיון מצויה התמונה המלאה. אמות־המידה המנחות המצויות בלב המודל כשמן כן הן – הן מיועדות לתת קנה־מידה של "ראוי". אף לא אחת מהן מוחלטת או יכולה לעמוד לבדה. למעשה, שימוש בהן מצריך עבודה כפולה: ראשית, יישום של עובדות המקרה לאורן; ושנית, בחינה ושקלול של כולן יחדיו, על־מנת להגיע למסקנה אם מוטב לתת מעמד להצעת חוק באותו מקרה. מדובר, כדרכו בקודש של המשפט הישראלי, באיזון. יכול שאמת־מידה אחת תוביל למסקנה אחת ואילו אחרת תוביל למסקנה שונה. רק הסתכלות כוללת על כולן, ועל מידת העצימות שבה כל אמת־מידה באה לידי ביטוי, תוכל ליתן תשובה.

מסקנה שעולה מאמות־המידה המנחות היא שהמעמד שראוי לתת הוא דיוני באופיו, ולא מעמד מכריע. כך עולה, למשל, מקציבת טווחי הזמן להכרעה. אין ספק שהחסרונות שעליהם עמדתי בפרק ב באים לידי ביטוי הן במעמד דיוני והן במעמד מסיים־הליך, אך באחרון הם משמעותיים יותר, ויש קושי רב לרככם. משכך, אמות־המידה המנחות משקפות העדפה לפתרון דיוני.²⁷²

(א) על הצעת החוק לעמוד במשך פרק־זמן סביר

אמת־מידה זו צופה פני עבר בכל הנוגע בהליך המשפטי. היא בוחנת את משך הזמן שחלף מרגע לידתה של יוזמת החקיקה ועד שהיא עלתה בדיון המשפטי. הואיל ולא כל הצעות החוק מקודמות באופן מיידי, והבשלתה של חקיקה במשך חודשים לא־מעטים היא טבעית ביותר, נדמה שפרק־זמן סביר לקידום יוזמת חקיקה הוא מושב אחד או שניים של הכנסת. מן ההזן ניתן ללמוד על הלאו: הסתמכות על יוזמת חקיקה שלא קודמה במשך יותר משנה אינה רצויה; אם הכנסת אינה עמלה לקדם את הצעת החוק במשך זמן ניכר, אין במתן המעמד לאותה יוזמת חקיקה כדי לקדם את הדו־שיח בין הרשויות.

כך, למשל, ניתן להביט בחיוב על ההתנהלות השיפוטית בעניין הפרטת בתי־הסוהר.²⁷³ בית־המשפט ביקש – וכך כתב מפורשות – להשהות את הדיון בעתירה על־מנת לכבד את הכנסת, שהחלה בהליך חקיקה במקביל להליך המשפטי. לאחר שנה, משעלה מהודעות העדכון של המדינה כי הצעת החוק לא קודמה דייה, המשיך בית־המשפט את הדיונים בסוגיה. נראה כי פרק־זמן זה הוא סביר ורצוי, וטוב עשה בית־המשפט שלא המתין יתר על המידה. בציפייה למחוקק.²⁷⁴ יישום נכון לאמת־מידה זו מצוי גם בעניין הסיגריות האלקטרוניות.

272 לתמיכה בגישה זו ראו Medina, לעיל ה"ש 1, בעמ' 774. הגם שתמיכתו בהשהיית הדיון לנוכח יוזמות חקיקה מונעת מטעמים אחרים (שימור העיקרון של עליונות הרשות השופטת וניתוח כלכלי של עלות החקיקה), גם מדינה מוצא כי דחייה דיונית של ההליך השיפוטי היא ראויה.

273 לעיל ה"ש 35.

274 לשם השוואה ראו את דעת המיעוט של השופט לוי בעניין בית המשפט המחוזי בכאר־שבע, לעיל ה"ש 22, פס' 20 לפסק־דינו, ואת דבריו של הנשיא גרוניס בעניין עיריית הרצליה, לעיל ה"ש 22, פס' 67 לפסק־דינו. שניהם הסתמכו, גם אם ברמה פרשנית־השראית, על הצעות חוק שלא קודמו זה זמן רב (שתי הצעות חוק שעמדו האחת במשך ארבע־עשרה שנים והאחרת במשך שבע שנים בעניין בית המשפט המחוזי בכאר־שבע, והצעת חוק שעמדה במשך ארבע שנים בעניין עיריית הרצליה).

השופט מזוז הדגיש כי חלפו שנתיים מאז החל הליך החקיקה והופץ תזכיר החוק. הוא סבר כי שנתיים הן "פרק זמן לא קצר גם לקידום הליכי חקיקה", והוסיף כי אילו היה משרד הבריאות מעוניין למקד את מאמציו בקידום הצעת החוק, היא הייתה כבר נהפכת לחוק.²⁷⁵ על בסיס זה הוא נמנע מליטן מעמד ליוזמת החקיקה, וקיבל את העתירה לגופה. זאת ועוד, יש להבחין בין הצעת חוק שנזנחה בצד ואינה מקודמת כלל לבין הצעות חוק שפשוט נדרש זמן רב כדי לקדמן. בעניין קורן,²⁷⁶ למשל, התייחס בית-המשפט להצעת חוק שקודמה וגובשה במשך שבע שנים. זהו זמן לא-מבוטל, אך במהלכו נמסרו הודעות עדכון של המדינה על צעדים פעילים לקידום הצעת החוק. תמונה דומה עולה גם מעניין ההכרזה על מצב החירום.²⁷⁷ מצב דומה ניתן לזהות בפרשת קרסיק,²⁷⁸ שם דובר בהליך חקיקה שהחל כבר בשנת 2002. בפברואר 2009, כאשר ניתן פסק-הדין, טרם התגבש הליך החקיקה לכלל חוק, אולם מהודעות המדינה הפרושות בהחלטות לכל אורך חיי התיק עולה כי הליך החקיקה אכן קודם. במצב זה אין זה נכון למנוע את מתן המעמד רק מפאת משך עמידתה של הצעת החוק. יש יוזמות חקיקה מורכבות יותר מאחרות – בין מטעמים כלכליים, פוליטיים או אחרים – אשר נדרש זמן רב יותר כדי לקדמן. משעמל המחוקק על הצעת החוק, אף אם מדובר במשך זמן ארוך, יש מקום לכבד זאת.

(ב) יש לתת להליך החקיקה מעמד למשך פרק-זמן קצוב וסביר

במקביל לאמת-המידה הקודמת, שעסקה בשאלה אימתי יש ליתן מעמד, יש לבחון גם כיצד יש לעשות כן. בראש ובראשונה יש להגדיר מראש את משך הזמן שיינתן לצורך קידום הצעת החוק מאותה נקודה שבה קיומה של יוזמת החקיקה הועלה כטיעון במסגרת ההליך המשפטי. אמת-מידה זו צופה פני עתיד, ולמעשה משלימה את אמת-המידה הראשונה. לכאורה, אמת-מידה זו כבר מיושמת הלכה למעשה, שהרי בית-המשפט נותן כל פעם החלטה ובה משך זמן מוגדר, לרוב בן חודשים ספורים, לצורך קידום הליך החקיקה. אולם לאחר כל פרק-זמן מעין זה ניתנת לרוב הודעת עדכון מטעם המדינה, שבעקבותיה ניתנת החלטה שיפוטית נוספת על ארכה. בולטת בהקשר זה פרשת פקודת העיתונות:²⁷⁹ העתירה השנייה בעניין פקודת העיתונות נדחתה משום קיומן של יוזמות חקיקה. הדבר לא מנע את בית-המשפט, כאשר הוגשה עתירה שלישיית בנושא, מלהמתין (שוב) במשך שמונה חודשים לעדכונים נוספים של המדינה בטרם הוציא צו על-תנאי. זאת, לאחר שהמותב עצמו ציין כי זוהי עתירה אשר "מעוררת שאלה שכיום כבר צברה לה ותק הן בכנסת הן בבית משפט זה", וכי יש נסיבות זה עשור לחוקק חקיקה חדשה חלף פקודת העיתונות המנדטורית.²⁸⁰ אופן היישום הנכון יותר הוא שבית-המשפט יגדיר מלכתחילה תקופת זמן (רוגמת תום המושב

275 עניין הסיגריות האלקטרוניות, לעיל ה"ש 30, פס' 27 לפסק-דינו.

276 לעיל ה"ש 48.

277 לעיל ה"ש 28.

278 לעיל ה"ש 68.

279 לעיל ה"ש 79.

280 העתירה השלישית בעניין פקודת העיתונות, לעיל ה"ש 79, החלטה מיום 13.4.2015 (פורסמה בנבו).

או זמן מסוים מתום התכנסותה של כנסת חדשה) שבמסגרתה תינתן לכנסת האפשרות לממש את הליך החקיקה. אם בית-המשפט לא יעשה כן, אין דרך למנוע את הישנותן של פרשיות דוגמת עניין נסר, שבו במשך עשר השנים שבהן התנהל ההליך השיפוטי ניסו הכנסת והממשלה לגלגל כל אחת את הסוגיה לפתחה של הרשות האחרת.²⁸¹

תחיימת פרק-זמן קצוב וסביר תוכל להגשים את המטרות של כיבוד הכנסת ומתן שהות לגורמים המקצועיים לפעול, ותאפשר למחוקק לקבל החלטה בסוגיה חלף בית-המשפט.²⁸²

תחיימת פרק-הזמן האמורה גם תמנע (או תפחית במידה משמעותית) את הפגיעה בצדדים, ותקצר באופן ניכר את השפעתם של טיעוני אי-הוודאות. זאת ועוד, פרק-זמן קצוב וסביר ימנע את הפיכת מתן המעמד לכלי בידיה של המדינה, שכן יהיה ברור לצדדים כולם כי פרק-זמן זה הוא סופי, ולא יוארך אך משום שהצעת החוק הועברה לוועדה כלשהי או עקב צעד דומה אחר. בוודאי כך במציאות שבה כאשר יש למחוקק אינטרס כבד-משקל לקדם הצעת חוק, אפילו בנושאים רגישים ביותר, הוא עושה זאת במהירות.²⁸³ זאת ועוד, תחיימת פרק-זמן אפרורי, שאינו ניתן להארכה, תמנע את זילות כבודו של בית-המשפט, אשר נאלץ פעם אחר פעם להיענות לבקשות ארכה של המדינה.²⁸⁴

281 ראו עניין נסר, לעיל ה"ש 27, פסק-דינו של המשנה לנשיא ריבלין. יוער כי באותו מקרה סבר לבסוף בית-המשפט כי גרשה הסאה, ובהחלטת-ביניים קצב למדינה פרק-זמן תחום לתיקון הסעיף הבעייתי בפקודת מס הכנסה – עד להסדרת חקיקת התקציב לשנים 2011–2012 – והבהיר כי אם לא ייעשה התיקון הנדרש, תינתן בתיק הכרעה שיפוטי (שם), החלטה מיום 15.9.2010 (פורסמה בנבו).

282 הפעלת אמת-מידה זו, כמו חברותיה, צריכה להיעשות כמובן בשיקול-הדעת הראוי. זאת, שכן יש מקרים – הגם שמדובר לרוב בחריג שבחריג – שבהם אין מדובר אך בהצעת חוק אחת, אלא במכלול רחב של חקיקה, כפי שהיה בעניין ההכרזה על מצב החירום, לעיל ה"ש 28. אר-אז מתן פרק-זמן קצוב (אף אם ארוך, דוגמת שלוש או ארבע שנים, עד תום כהונתה של הכנסת) לא יהיה הולם וסביר, לנוכח הצורך לשנות מהיסוד חקיקה אזרחית ובטחונית כה רבה.

283 ראו, למשל, באשר לחוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א–2011. הצעת החוק הועלתה להצבעה במליאה בקריאה הראשונה ביום 28.2.2011, וחודש ויומיים לאחר-מכן, ב-30.3.2011, היא אושרה כחוק. מהירות קידומה של הצעת החוק ניכרת במיוחד לנוכח העובדה שדובר בנושא רגיש עד-מאוד מבחינה כלכלית (וחברתית), שהצריך לא פחות מאחד-עשר דיונים שהתקיימו בתקופה זו. דוגמה נוספת היא חוק הכנסת (תיקון מס' 29), התשע"א–2010, ס"ח 94, שנדון בעניין לוינסון, לעיל ה"ש 50. בין הקריאה הטרום-מית לקריאות השנייה והשלישית, שבהן אושר החוק, עברו פחות מחודשיים. ראו גם את תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות, שנדון בעניין איתן, לעיל ה"ש 220. פסק-הדין שביטל את תיקון מס' 3 לחוק זה ניתן אך ביום 16.9.2013 (עניין אדם, לעיל ה"ש 236), ותיקון מס' 4, שנועד להחליפו, עבר בקריאות השנייה והשלישית פחות מחודשיים לאחר-מכן, ביום 10.12.2013. יש להדגיש כי במקרה זה כלל אותו טווח של חודשיים גם גיבוש של נוסח עדכני, ולא אך את המרווחים שבין הקריאות שבהם נדון החוק בוועדה.

284 ראו לעניין זה את הדין בעניין חוק האזרחות לעיל בחלק א2(א) ואת ההפניות השונות להחלטות שם. כן ראו את הדין אצל מרזל "השעיית הכרות הבטלות", לעיל ה"ש 194, בעמ' 52–55, בהתייחסו לכג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).

אין לכחד כי עולה כאן השאלה אם אמת-מידה מוצעת זו אינה מהווה כניסה בלתי-רצויה לשטחה של הרשות המחוקקת תוך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. כפי שעמד על כך מרזל בהקשר של השעיית הכרזות הבטלות, בית-המשפט מכתוב למעשה למחוקק לוח-זמנים לפעולה. אולם התשובה לשאלה האמורה היא בשלילה, שהרי בית-המשפט מעניק למחוקק שהות לקדם את הצעת החוק המדוברת. אם הצעת החוק אינה מתגבשת לכלל חקיקה בפרק-זמן זה, בית-המשפט מקבל הכרעה על בסיס המצב החוקי הנתון. בכך אין כל פגם. ומה מצידו של המחוקק? ירצה – יקדם את החוק, אף אם משמעותו היא שינוי של החלטת בית-המשפט; לא ירצה – ידחה את הצעת החוק או ישאיר אותה תלויה ועומדת, כאשר התיק עצמו כבר הוכרע ואינו ממתין לדבר המחוקק. גם בכך אין כל פגם. להפך, זה חלק ממהות הדרושיח.

(ג) אין לתת מעמד להצעת חוק שנדחתה מפורשות

אף אם יש היגיון בטענה שקיומה של הצעת חוק משקף הלך-רוח של המחוקק, כיצד ניתן לומר שהצעת חוק שנדחתה משקפת הלך-רוח של המחוקק? מדובר בקל וחומר מהטיעון באשר לפרק-הזמן הסביר לעמידתה של הצעת חוק; אם אנו מבקשים לא להישען על הצעת חוק שיושבת זה זמן רב על שולחן הכנסת ואינה מקודמת, קל וחומר בן בנו של קל וחומר שנבקש לא להישען על הצעת חוק שהוסרה בצעד פעיל (הצבעה של הכנסת) מאותו שולחן. תמיכה לדברים האמורים באה לידי ביטוי באופן בוטה בוויכוח שעלה בעניין משה.²⁸⁵ שופטת המיעוט חיות סברה כי הפתרון המשפטי הראוי לסוגיה שעלתה שם הוא קריאה אל תוך החוק של סעיף חריגים. אותו סעיף חריגים עלה מפורשות בדיוניה של ועדת-המשנה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת, אך גם נדחה מפורשות בדיוני הוועדה, לנוכח גישתו של הרב ד"ר מרדכי הלפרין, נציג הוועדה לביו-אתיקה של משרד הבריאות, שלפיה אם בית-המשפט ירצה ליצור חריג לחוק, הוא אינו צריך סעיף חריגים, והוא יעשה זאת על-אף לזונו המפורשת של החוק, אם ירצה בכך. השופטת חיות סברה כי נכון לקרוא אל תוך החוק סעיף חריגים זה, תוך שהיא מתבססת על כך ש"דבריו אלה של הרב הלפרין אין להם בסיס".²⁸⁶ על גישה זו נמתחה ביקורת נוקבת על-ידי המשנה לנשיא נאור וכן על-ידי השופטים רובינשטיין וג'ובראן. השופט רובינשטיין שלל מפורשות הסתמכות זו, אשר סותרת בכירור את גישת המחוקק, אף שגם הוא, בדומה לשופטת חיות, חלק על הדברים שנאמרו ואשר לאורם נפסל הסעיף בשלב החקיקה.²⁸⁷

למעשה, העולה מן האמור הוא שבאותו מקרה ביקשה השופטת חיות לתת מעמד מפורש לסעיף שנדחה מפורשות. שלושה שופטים שללו וביקרו גישה זו. הנפקות המעשית של נקיטת גישתה של השופטת חיות היא שבית-המשפט שם את עצמו בנעלי המחוקק; בוחר את תבונת החוק, את טיבו ואת רציותו; ומחליף – באופן בוטה באותו מקרה – את שיקול-דעתו של המחוקק בשלו עצמו. ממעשה זה מוטב, בגדרה של אמת-מידה מנחה זו, להימנע.

285 עניין משה, לעיל ה"ש 22.

286 שם, פס' 38 לפסק-דינה של השופטת חיות.

287 שם, פס' יד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין. כן ראו שם, פס' 6 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור ופס' 5 ו-10 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

(ד) על הליך החקיקה להיות בשלב רשמי

המונח שבו השתמשתי כדי לתאר את הליך החקיקה הוא "יוזמות חקיקה", וכזכור, לא בכדי. בית-המשפט נותן מעמד לשלבים מקדמיים ביותר של הליך החקיקה, חסרי כל פורמליות או תחושת מחויבות מצד הגורמים הנוגעים בעניין. כך, למשל, בעניין פרמינגר די היה בכך ש"משרד המשפטים עומד ליוזם הליכי חקיקה בנושא העתירה"²⁸⁸; בעניין האמצעים החזותיים דובר ב"פעילות" של ועדת השרים לענייני חקיקה;²⁸⁹ בדנג"ץ גלוטן דובר ב"עבודת מטה" מטעם הממשלה;²⁹⁰ ובעניין ההכרזה על מצב החירום הסתמך בית-המשפט בערכוביה על שלבים שונים של יוזמות חקיקה – החל ב"תהליכי חקיקה ראשוניים" שטיכם לא פורט, המשך בתזכירי חוק וכלה בהצעות חוק שפורסמו ברשומות.²⁹¹ לנוכח טיעוני אי-הוודאות, יש קושי ניכר להסתפק אך בהצהרה, חסרת כל מחויבות של ממש, כי המדינה תפעל לקדם הליך חקיקה. יש טעם לפגם בכך שאמירה של המדינה אשר אינה נשענת על כל מחויבות מעבר לזו שבתצהיר המוגש לבג"ץ (במקרה הטוב) מהווה עילה להשהיית עתירה, לא כל שכן לדחייתה או למחיקתה. זאת, במיוחד לנוכח העובדה שבמצב הדיום, כפי שניתן לראות, בית-המשפט אינו נותן כל משקל לשאלה באיזה שלב של הליך החקיקה מדובר.

להבדיל מאמות-המידה האחרות, שמותירות מרווח תמרון לשני הצדדים, אמת-מידה זו היא בינרית. היא הופכת למעשה את מתן המעמד ליוזמות חקיקה למתן מעמד להצעות חוק. בכך גלום פתרון (גם אם חלקי) לשני קשיים שמתן המעמד מעלה – מתן המעמד ככלי בידי המדינה וטיעוני אי-הוודאות. המדינה תוכל "לשלוף" את הטיעון של קיום הליכי חקיקה רק מרגע שמדובר בהליך קונקרטי, מסודר ורשמי. לא כל התלחשות במסדרונות הממשלה תכונה "כוונה ליוזם הליכי חקיקה", ולא כל פגישה ראשונית תהווה "עבודת מטה". בכך מצוי כאמור גם פתרון חלקי לטיעוני אי-הוודאות: הפיכת "יוזמת חקיקה" ל"הצעת חוק" מעידה במידה מסוימת על כוונה ממשית לקדם את הצעת החוק ולהניע את הגורמים המעורבים בחקיקתה. אמת, אי-אפשר לדעת עדיין כמה זמן תימשך החקיקה, אם היא אכן נתגבש לכלל חוק, ומה יהיה תוכנה. אולם מעבר של המשוכה הזו הוא תחילתו של הפתרון.

(ה) יש לבחון את היתכנותו של הליך החקיקה

אמת-מידה זו מציעה כי בין יתר שיקוליו יבחן בית-המשפט את היתכנותה של החקיקה המוצעת. מבין כל אמות-המידה המנחות, זו המורכבת והרגישה ביותר, שכן היא דורשת מבית-המשפט להיכנס לנבכי ההליך הפוליטי עצמו. מכתבתו של השופט אור בפסק-דינו בעניין מיטראל עולה אי-הנוחות שחש בעשותו כן. כזכור, כדי להדגיש את אי-הוודאות

288 החלטה מנובמבר 1998 בעניין פרמינגר, לעיל ה"ש 37.

289 עניין האמצעים החזותיים, לעיל ה"ש 28, פס' 4 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

290 דנג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 28, פס' 6 לפסק-דינו של השופט הנדל.

291 עניין ההכרזה על מצב החירום, לעיל ה"ש 28, פס' טז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין. עוד ראו דנג"ץ מרשם האוכלוסין, לעיל ה"ש 65, שם הסתפק השופט חשין בכך שהמדינה הודיעה כי היא תפעל להיקון החוק; וכן את עניין מילועוף, לעיל ה"ש 75, שבמסגרתו נתן השופט גרוניס מעמד לטיוטה של הצעת חוק, אשר מבירור בדיעבד עולה כי מעולם לא פורסמה ברשומות ולא הגיעה להצבעה בכנסת.

בנוגע להתגבשותה של הצעת החוק שהייתה שם על הפרק לכלל חוק של ממש, הוא ביקש להראות כיצד שיקולי אי-הוודאות מוצאים ביטוי בסוגיה שלפניו: דובר שם בנושא רגיש מבחינה דתית (ייבוא בשר לא-כשר), המצוי במחלוקת ציבורית, ולסיעת ש"ס – שישבה בקואליציה באותה עת, ואשר הסדרת הנושא בחקיקה לא הייתה מקובלת עליה – הייתה, על-פי ההסכם הקואליציוני, זכות וטו ביחס לחקיקה בענייני דת ומדינה. לאחר שהביא דברים אלה, הוסיף השופט אור: "הטעם להביא את הרקע הפוליטי לחקיקה אפשרית בנושא הנדון בעתירה זו, הוא רק הצורך בהדגשת חוסר הוודאות לגבי גורלה של יוזמת החקיקה שעליה החליטה הממשלה"²⁹².

על-אף חוסר הנוחות והקשיים שאמת-מידה זו מעלה, אין להתעלם ממנה. ראיה לכך מצויה בעניין לימודי-הליבה,²⁹³ שם נתן בית-המשפט פרק-זמן ארוך במיוחד להגשת כתב תשובה מטעם המדינה, שנמשך עד לאחר פתיחת מושב החורף של הכנסת. בפרק-זמן זה הייתה עתירה להסתיים תקופת הנחתה של הצעת חוק לימודי יסוד במערכת החינוך, התש"ע-2010, שנועדה לבטל את חוק מוסדות תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008. סיכוייה של ההצעה האמורה לעבור היו קלושים, וקשה לטעון שבית-המשפט לא ידע זאת. אם לא ידע זאת, כנראה בחר לעצום את עיניו. דובר בהצעת חוק פרטית, לפני קריאה טרומית, שתוכנה היה מנוגד באופן יסודי לגישתן של המפלגות החרדיות שישבו בממשלה ובקואליציה. יש להזכיר שאת החוק שאותו ביקשה ההצעה לבטל העבירו המפלגות הדתיות ככנסת רק שנתיים לפני כן (ברוב גדול),²⁹⁴ ויחסי הכוחות לא השתנו כמעט בין הכנסת השבע-עשרה לכנסת השמונה-עשרה בכל הנוגע בכוחן של המפלגות החרדיות. אכן, הצעת החוק לא עברה כלל קריאה טרומית. היא עלתה לדיון ביום 18.5.2011, 22 חברי כנסת הצביעו בעד העברתה לוועדה, ואילו 47 חברי כנסת התנגדו.²⁹⁵ משמעות הדברים היא שזוהי הצעת חוק שמלכתחילה לא היה ראוי לתת לה מעמד. למעשה, בכך ניתן לתחום את ההיגיון מאחורי אמת-מידה זו, שדורשת כפפות של משי: להימנע ממתן מעמד להצעות חוק שגורלן המר ידוע, אשר אינן מביאות לידי ביטוי את היתרונות הגלומים במתן המעמד ובמקביל מעצימות את החסרונות הגלומים בכך.

טלו גם את שאירע בעתירה השנייה בעניין פקודת העיתונות. פסק-הדין, שבמסגרתו נמחקה העתירה בהסכמה, ניתן באותו יום שבו הופץ תזכיר חוק העיתונות, התשס"ה-2004, ובעקבותיו.²⁹⁶ נדמה כי מדובר במעשה פזיז מעט, ועולה החשש כי עצם פרסומו של התזכיר (בוודאי במועד שבו פורסם) שימש אך מס-שפתיים. במקרה זה אומדן שיפוטי של היתכנות הליך החקיקה היה יכול להוביל לתוצאה שונה.

292 עניין מישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 496. ראו גם מרזל "השעיית הכרזת הבטלות", לעיל ה"ש 194, בעמ' 82, שעמד על הקושי בכך שבית-המשפט עורך אומדן שהוא פוליטי בטיבו.

293 לעיל ה"ש 41.

294 החוק אושר ברוב של 39 תומכים מול 6 מתנגדים. ראו ההצבעה באתר הכנסת: www.knesset.gov.il/vote/heb/Vote_Res_Map.asp?vote_id_t=11116.

295 ראו ההצבעה באתר הכנסת: www.knesset.gov.il/vote/heb/Vote_Res_Map.asp?vote_id_t=15813.

296 לתיאור עובדתי ראו פס' 13 לכתב העתירה בעתירה השלישית בעניין פקודת העיתונות, לעיל ה"ש 79.

יש גם מקרים שבהם שאלת ההיתכנות פשוטה יותר. כך המצב, למשל, כאשר יש השערה מוצהרת של נציגי המדינה בנוגע לשאלה זו. דוגמה לכך מצויה בדנג"ץ גלוטן. השופט נאור התייחסה בפסק-דינה מפורשות לכך שבאת-כוחו של היועץ המשפטי לממשלה אמרה בדיון כי יש קשיים בקידום החקיקה מושא הדיון.²⁹⁷ דוגמה מעין זו מאפשרת לבית-המשפט לגבש השערה באשר להיתכנות החקיקה מבלי להיכנס לנבכי הפוליטיקה. במצב מעין זה, שבו נציגי המדינה עצמם מעידים כי ההיתכנות נמוכה, מוטב שבית-המשפט יימנע מלתת להצעת החוק מעמד.²⁹⁸ קיימים כמובן גם המקרים ההפוכים, שבהם יש קידום ממשי של הצעת החוק. כפי שניתן לראות מהדיון בפרק א, בהתדיינויות רבות המדינה ששה לנדב מידע על התקדמותו של הליך החקיקה.²⁹⁹ גם במקרים אלה ניתנת לבית-המשפט האפשרות לאמוד את היתכנות קידומה של הצעת החוק מבלי להיכנס לנבכי ההליך הפוליטי. מקום שאין הערכה מטעם גורמים מהכנסת או מהממשלה, בחינת ההיתכנות יכולה להיעשות גם באופן טכני יותר. כך, למשל, ניתן ליתן משקל לשאלה אם מדובר בהצעת חוק תקציבית; אם מדובר בהצעת חוק פרטית או ממשלתית; במקרה של הצעת חוק פרטית – מה הייתה העמדה לגביה בוועדת השרים לענייני חקיקה,³⁰⁰ וכדומה. אלה מאפשרים להעריך את היתכנותה של הצעת החוק באופן פורמלי, ובכך מצטמצמת מראש הביקורת על כניסה שיפוטית להלך-הרוח הפוליטי.

(ו) יש לבחון את הפגיעה בצדדים

לנוכח העובדה שאחד החסרונות של מתן המעמד הוא פגיעה בצדדים, זוהי סוגיה שיש לבחון כאשר בית-המשפט שוקל לתת מעמד להצעת חוק. ניתן להצביע בקלות על מקרים שבהם הייתה פגיעה ישירה בפרט מעצם השהיית הדיון, דוגמת דנג"ץ ברנר-קדיש, פרשת קרסיק, עניין נסר או דנג"ץ גלוטן.³⁰¹ בחינתה של אמת-מידה זו מתחלקת לשני שלבים. בשלב הראשון יש לזהות אם מתקיימת בכלל פגיעה בפרט. ניתן לזהות שני סוגים עקרוניים של עתירות שבהן אין פגיעה ישירה בצדדים: הסוג האחד הוא עתירות שהן תיאורטיות באופיין כלפי העותר הספציפי (דוגמת

297 דנג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 28, פס' 2 לפסק-דינה.

298 דוגמה נוספת מצויה בעניין ההכרזה על מצב החירום, לעיל ה"ש 28, שם הודיעה המדינה בכנות כי בכל הקשור לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957, יידרשו "שנים" לשם שינויו (שם), החלטה מיום 8.9.2008 (פורסמה באר"ש).

299 או על כוונתה לקדמו. ראו, למשל, את הצהרתן המקבילה של פרקליטות המדינה והכנסת כי נעשה מאמץ לקדם במהירות את הליכי החקיקה לגיוס בחורי הישיבות (עניין חדו"ש, לעיל ה"ש 28, פס' 8 להחלטה מיום 22.8.2013 (פורסמה בנבו)). אכן, לאחר שבעה חודשים התגבשו הליכי החקיקה לכלל שני חוקים שביקשו לפתור את הסוגיה.

300 ראו, למשל, את האופן שבו מצא השופט רובינשטיין לנכון לציין כי תזכיר החוק שהיה ברקע ההליך בעניין משה, לעיל ה"ש 22, עבר את אישור ועדת השרים לענייני חקיקה (שם, פס' מה לפסק-דינו).

301 לעיל ה"ש 31, 68, 27 ו-28, בהתאמה.

בג"ץ צמח),³⁰² אשר בית-המשפט ממילא ממעט לדון בהן;³⁰³ והסוג האחר הוא עתירות שבהן הפגיעה היא אך באינטרס הציבורי, ולא בעותר. כך היה, למשל, בעניין קורן,³⁰⁴ שם נדון כלל 73 לכללי לשכת עורכי-הדין, שקבע כי בהליכי משמעת של עורכי-דין תישמר סודיות הדין; בעניין האמצעים החזותיים,³⁰⁵ שבו נתקף סעיף 17 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002, שעניינו פטור מחובת תיעוד חזותי כאשר מדובר בחשוד בעברות ביטחון; בעניין ההכרזה על מצב החירום,³⁰⁶ שם נדונה עצם ההכרזה המתמשכת על מצב חירום במדינה, על נגזרותיה והשלכותיה, ובעיקר החקיקה הענפה והרחבה שהקנתה סמכויות ממשל רחבות מכוח ההכרזה; וניתן לטעון זאת גם באשר לשלוש העתירות בפרשת פקודת העיתונות.³⁰⁷ בכל אלה לא היה עותר קונקרטי שנפגע, ומבחינה זו של פגיעה בעותר לא הייתה מניעה להעניק מעמד ליוזמות החקיקה שעמדו על הפרק.

אם בשלב הראשון של הבחינה עולה כי העתירה המונחת לפני בית-המשפט משתייכת לאחד משני סוגים אלה, אין כל טעם להימנע מלתת מעמד להצעת החוק על בסיס אמת-מידה זו. ודוק: אין חולק שיש לבחון גם את האינטרס הציבורי. זו למעשה מהות האיזון השיפוטי, מהות ההליך השיפוטי. הרי הפגיעה באינטרס הציבורי היא-היא תקיפת חוקתיותה של ההוראה; היא-היא לב האיזון שאותו בית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ עורך השכם וערב; היא-היא תוצאת ההליך המשפטי. הרי כמעט בכל עתירה העותר טוען גם לפגיעה באינטרס הציבורי, מלבד הפגיעה בעניינו שלו (אם קיימת). האם בעניין קרסיק לא טענו העותרים לפגיעה באינטרס הציבורי מעצם ניתוק הזיקה בין הבעלים המקורי לקרקע? האם בעניין הפרשת בתי-הסוהר לא טענו העותרים לפגיעה באינטרס הציבורי (ובו בעיקר) מעצם ניהולו של בית-סוהר על-ידי גורם פרטי? כמעט כל עתירה טומנת בחובה פגיעה באינטרס הציבורי, ועל-כן אין בפגיעה באינטרס הציבורי – מהותה של העתירה גופה – כדי להשפיע על שאלת מתן המעמד להצעת החוק. לכן הדגש בהקשר זה הוא בהבחנה בין פגיעה בעותר הקונקרטי עקב מתן מעמד להצעת החוק לבין פגיעה באינטרס הציבורי עקב מתן מעמד כאמור. האינטרס הציבורי עומד לעולם במוקד בחינתו של בג"ץ. אי-אפשר לטעון זאת בהכרח על זכות הפרט.³⁰⁸

אם בשלב הראשון של הבדיקה עולה כי העתירה נובעת מפגיעה בזכות של העותר, יש לעבור לשלב השני ולבחון את טיבה של הפגיעה. כך, מן הראוי לשלול מתן מעמד להצעת חוק, ולו מטעמים פורמליים, כאשר מדובר בפגיעה בזכות המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם

302 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999). כן ראו מקרה דומה בעניין יששכרוב, לעיל ה"ש 5.

303 הגם שאין ספק כי יש פרטים אחרים – אשר אינם העותר המסוים שבא בשערי בית-המשפט העליון – שנפגעים מהמצב הקיים.

304 לעיל ה"ש 48.

305 לעיל ה"ש 28.

306 לעיל ה"ש 28.

307 לעיל ה"ש 79.

308 ראו את גלגוליה השונים של פרשת קרסיק, המדגימים היטב טיעון זה. בפסק-הדין משנת 2009 שמר בית-המשפט היטב על האינטרס הציבורי, אך האינטרס הפרטי של העותרים הוכרע ונזנח (פסק-הדין בעניין קרסיק, לעיל ה"ש 68).

וחירותו או בחוקי-יסוד: חופש העיסוק. שני אלה מכילים תנאי יסודי המצוי בפסקת ההגבלה, שלפיו הפגיעה חייבת להיות בחוק (או מכוח הסמכה מפורשת בו). הצעת חוק אין דינה כדין חוק, ועל-כן אין ליתן מעמד במקרים אלה.³⁰⁹ לכן בצדק, לגישתי, סירב בית-המשפט בעניין ארד לתת מעמד ליוזמת החקיקה שהייתה על הפרק. לא היה אפשר לפגוע בחירותם (המעוגנת בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו) של שלושה-עשר העצורים הלכנונים אך משום קיומה של הצעת חוק שהייתה עתידה ליצור הסמכה לשלילת חירותם.³¹⁰

אמת-מידה זו צריכה לחול לא רק מקום שמדובר בזכות המעוגנת מפורשות בחוקי-היסוד, אלא גם כאשר מדובר בזכויות שנהוג לראותן כנגזרות של זכויות מעוגנות מפורשות. כך, למשל, פגיעה בגרעינו של עקרון השוויון, דוגמת הפליה קשה על בסיס מין או גזע, לא תוכל גם היא להתבסס על הצעת חוק. על-כן, לאור אמת-מידה זו, היה מוטב לא ליתן מעמד נורמטיבי ליוזמות החקיקה שהיו על הפרק בעניין נסר, בין משום הפגיעה בזכות הקניין של תושבי היישובים ובין משום הפגיעה בשוויון.

ניתן ומוטב לצעוד צעד נוסף, ולטעון כי יש להימנע ממתן מעמד כאשר מדובר בפגיעה בכל זכות-יסוד. מימים-ימימה נדרשה הרשות המבצעת שכל פגיעה שלה בזכות אדם תהא מכוח חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו.³¹¹ על-כן ניתן להחיל את הדרישה גם על הזכות לבחור והזכות להיבחר, שהן זכויות המעוגנות בחוקי-יסוד: הכנסת, אשר אין בו פסקת הגבלה עם תנאי פורמלי של פגיעה בחוק. יש לומר בפשטות ובבהירות: הצעת חוק אינה כחוק; היא לא עברה את הליך החקיקה ולא קיבלה גושפנקה חוקית. כל עוד היא בגדר הצעה בלבד, אשר לא זכתה ברוב בבית-המחוקקים בשלוש קריאות, אין בכוחה לאפשר פגיעה בזכות אדם. חסרונה הניכר של אמת-מידה זו הוא שהיא מצמצמת באופן ניכר את שיעור המקרים שבהם יש ליתן מעמד להצעת חוק. אולם היא בוודאי אינה צריכה ליצור חסינות ממתן המעמד האמור. בחינת אמת-מידה זו צריכה להיות מהותית, ולא דווקנית. בבחינתה יש לשקול מהי הזכות הנפגעת; אם הפגיעה היא בליבת הזכות או בשוליה; ואם הפגיעה היא חמורה או שמא קלה וזניחה. יתרה מזו, פגיעה כללית, היפותטית או משוערת אין בה כשלעצמה כדי למנוע מתן מעמד כאמור. אולם ככל שהפגיעה יסודית וממשית יותר, היא תוכל להוות שיקול של ממש מדוע אין לתת מעמד להצעת החוק שעל הפרק.

309 לדיון בשאלה מה עומד בתנאי-היסוד "בחוק" ראו אורן גול "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק' משפט וממשל ד 381 (1998).

310 ראו את התייחסותו של הנשיא ברק בהקשר זה, אף שהוא לא ציין מפורשות כי התנאי היסודי "בחוק" הוא שמנע את מתן המעמד. עניין ארד, לעיל ה"ש 80, בעמ' 191.

311 ראו, למשל, בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר-המשטרה, פ"ד ב 80, 82 (1949); בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 358, 337 (1983); בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד סב(2) 57, פס' 9 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (2007). הרבר בולט במיוחד דווקא בעניין מישראל, לעיל ה"ש 2, שקיבל מקום של כבוד לכל אורכו של מחקר זה. באותו עניין הכריע השופט אור את הדיון עוד בטרם נדרש לחוקי-היסוד, והדיון בפגיעה בחופש העיסוק, שעוגן בחוקי-יסוד: חופש העיסוק, נערך כולו בהערת-אגב.

(ז) יש לבחון את ציבוריותה ורגישותה של הסוגיה

כאשר מדובר בסוגיה שיש בה רגישות מיוחדת – בטחונית, מדינית, דתית, חברתית, כלכלית וכדומה – ואשר מהווה חלק מסדר-היום הציבורי, יש יתרון דמוקרטי בהותרת ההחלטה בידי המחוקק. בית-המשפט עצמו עמד על כך באופן תדיר ונשנה.

דוגמות בולטות לפסקי-דין שעסקו בשאלה ציבורית מובהקת הן פסקי-הדין בעניין חוק טל 2012³¹² ובעניין חוק האזרחות.³¹² בשתי הפרשות שעה בית-המשפט לבקשת המדינה, ונתן לה פעם אחר פעם ארכה ליישום החוק, לתיקונו, להארכת הוראת-השעה וכדומה. הוא עשה זאת, כפי שנומק בריש גלי בפסקי-הדין עצמם, משום רצונו לתת למחוקק את האפשרות לפתור את הסוגיה בעצמו, דווקא לנוכח החשיבות הגדולה שגלומה בסוגיות אלה.

אמת-מידה זו בוודאי אינה מציעה כלל של ריסון מוחלט. גם אין כל היגיון בכלל גורף מעין זה לנוכח העובדה שרבות מהסוגיות שמגיעות לפתחו של בג"ץ אכן מעוררות סוגיה בטחונית, מדינית, דתית, חברתית או כלכלית. אמת-מידה זו מציעה למעשה העדפה למתן מעמד להצעת חוק כאשר מתקיימים שלושה תנאים: ראשית, מדובר בסוגיה שנמנית עם הנושאים האמורים; שנית, סוגיה זו עומדת בליבו של שיח ציבורי, ו"עוצמת הציבוריות" שלה גבוהה; ושלישית, קיימת הצעת חוק המתעתדת להסדיר את הסוגיה.

אמת-מידה זו אינה יכולה לעמוד לבדה, כמובן: מצד אחד, בעובדה שאין מדובר בסוגיה ציבורית אין, כשלעצמה, כדי לרחות מתן מעמד להצעת חוק; ומן הצד האחר, בעובדה שמדובר בסוגיה שעוצמת הציבוריות שלה גבוהה עד-מאוד אין כדי להצדיק מתן מעמד להליכי חקיקה מבלי לבחון באופן ענייני את שאר אמות-המידה. כך, אני סבורה כי גם כאשר מדובר בסוגיה ציבורית, אין טעם לתת מעמד להצעת חוק שעומדת זה זמן רב על שולחן הכנסת ואינה מקודמת באופן פעיל; וגם להליכי חקיקה פעילים שמתעתדים להסדיר את הסוגיה יש לתת פרק-זמן סביר וקצוב (אם כי ניתן לתת בהקשר של סוגיה ציבורית פרק-זמן ארוך מן הרגיל). האיזון המורכב והקשה ביותר בהקשר זה הוא במקרים שבהם מדובר בציבוריות גבוהה אל מול פגיעה קשה בפרט. אולם יש לזכור כי שתי אמות-מידה אלה אינן עומדות לבדן, וההחלטה שתתקבל לבסוף – אם ליתן מעמד נורמטיבי להצעת חוק אם לאו – תושפע ממשקלן הסגולי של כלל אמות-המידה. כך או כך, אין ספק שהכרה שיפוטית בעוצמת ציבוריות גבוהה של הנושא המונח לפתחו של בית-המשפט, תוך מתן העדפה להכרעה של המחוקק, יש בה כדי להוביל לקידום הדו-שיח החוקתי.³¹³

סיכום

במאמר זה ביקשתי להאיר פרקטיקה שלא קיבלה עד כה את תשומת-הלב הראויה, שבמסגרתה בית-המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, נותן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה. לאחר-מכן ביקשתי להצביע על יתרונות וחסרונות הגלומים בתופעה זו. לבסוף הצעתי מודל, שמורכב משבע אמות-מידה מנחות, העוסק בשאלות מתי וכיצד יש ליתן מעמד ליוזמות חקיקה. את המודל הנחתה שאיפה לקידום הדו-שיח החוקתי בין בית-המשפט

312 לעיל ה"ש 54 ו-44, בהתאמה.

313 ראו אצל Sandberg, לעיל ה"ש 141, בעמ' 756.

העליון לכנסת, והוא נכתב לאורה של תפיסה מהותית של הדו־שיח החשוב הזה, אשר יש בכוחו להוביל לשינוי משפטי ודליברטיבי בכל הנוגע בזכויות אדם ובמשקל שהן מקבלות. הניסיון שבא לידי ביטוי במאמר זה הוא להוסיף כלי נוסף – "קונוונציונלי" – לארגז הכלים המצוי בדיהן של שתי הרשויות.

לאורך המאמר כתבתי רבות על "רטוריקה מכבדת", על "הושטת־יד", על "אורך־רוח" ועל "סבלנות". אלה באו תמיד מצידו של בית־המשפט העליון והופנו כלפי הכנסת. האם ציירתי תמונה ורודה מדי? האם אכן דובר בכיבוד אמיתי או שמא באילווצים, במאבקי כוח או ברטוריקה ששימשה אך אצטלה? שאלות אלה עולות בהחלט, ויעלו תמיד ככל שמדובר בדו־שיח חוקתי בין שני המוסדות הללו, אשר מעצם טיבו מתלווה אליו מתח תמידי (ובמידה ניכרת גם רצוי). גם השיקולים הלב־משפטיים שהזכרתי קיימים ככל הנראה. אך לא אחריהם ביקש מאמר זה להתחקות. חלף זאת הוא ביקש לבקר את שהיה בעבר, ולהציע כיצד יש לנהוג בעתיד. בכוחן של אמות־המידה המנחות להפשיט את אותם שיקולים "אסטרטגיים", ולהלביש את השאלה אם מוטב לתת מעמד נורמטיבי להצעות חוק בכסות נורמטיבית.

על שופטי בית־המשפט העליון מוטלת מלאכה קשה: עליהם להלך בין הטיפות ולקדם את הדו־שיח החוקתי כדו־שיח כן, מכבד ואמיתי, ובמקביל להיצמד לעקרונות־היסוד שהותוו בשישים ותשע שנות חקיקה ופסיקה. משכך, המודל המוצע אינו משקף כלל של ריסון, הנסגת דעת או התערבות. התופעה עצמה, הרצויה ככלל, משקפת ריסון שיפוטי, ואילו המודל, שדן באופן יישומה, מבקש לרסן את הריסון, קרי, לוודא שבית־המשפט יפעל בדרך זו של מתן מעמד נורמטיבי להליכי חקיקה רק כאשר ניתן למזער את החסרונות הכרוכים בתופעה זו ולהעצים את יתרונותיה. התקווה הגלומה בתופעה זו רבה. אני סבורה כי אם בית־המשפט העליון יבחר לתת את דעתו, במודע ובגלוי, להשלכות של מתן מעמד ליוזמות חקיקה, נצא כולנו נשכרים.

