

אי-קיום החלטות בג"ץ ככשל מוסדי: הצעה למודל של אכיפה שיפוטית

אורי אהרונסון*

אי-קיום החלטות של בג"ץ על-ידי המדינה מסתמן בשנים האחרונות כתופעה של ממש. משאין בידיו אמצעים אפקטיביים לאכיפת צוויו, ואף לא לפיקוח על מאמצי המדינה לקיימם, בית-המשפט העליון מוצא את עצמו בדילמה: מצד אחד, הוא נזהר לא להוביל את המערכת למשבר חוקתי בכל מקרה של אי-קיום, ופונה תחת זאת לכלים רכים של תמרוץ וביוש לצורך השגת רמה נסבלת של קיום; מצד אחר, כדי למנוע שחיקה של מעמדו, הוא נמנע לא אחת מלהסכים לדחיות ולהפרות שונות של החלטותיו, מה שמוביל לעיתים לעימות ישיר עם הרשויות הפוליטיות, כמו במקרה של פינוי היישוב עמונה, למשל. המאמר מציג קווי מתאר למודל דיוני-מוסדי שנועד למתן את עוצמת הדילמה של בג"ץ ולשפר את רמת הקיום של החלטותיו על-ידי המדינה, באמצעות הפקדת סמכויות האכיפה והביקורת על קיום פסקי-הדין בידיהן של ערכאות הדיון. המאמר טוען כי לבית-המשפט העליון, דווקא מפאת "עליונותו", חסרים כלים חיוניים לביורר ראיתי, לגיבוש תמונה עובדתית מלאה על מאמצי הרשות, ולהטלת סנקציות אישיות על פקידי הממשל שמסכלים את קיום צוויו. ערכאת דיון, דוגמת בית-המשפט המחוזי, עשויה להיות זירה אפקטיבית יותר לפיקוח נמשך אחר ביצוע החלטות של בג"ץ, במיוחד כאלה שקיומן מורכב מבחינה פוליטית או מוסדית.

מבוא

פרק א: סוגים של אי-קיום

פרק ב: סוגי המענים השיפוטיים

פרק ג: מגבלותיהם של מנגנוני האכיפה הקיימים

פרק ד: אי-קיום ככשל מוסדי

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, ori.aronson@biu.ac.il. אני מודה לעוזרי-המחקר עידית טלר, דנה כהן, משה פוקס ובר פרג'ון על סיועם בשלבים שונים של המחקר. תודה לעורכי משפט ועסקים ולקורא האנונימי על הערותיהם לטיוטת המאמר, אשר שיפרו אותו רבות.

- פרק ה: הצעה למודל של אכיפה שיפוטית
1. בית-המשפט העליון כאוכף של צוויר-הוא
 2. אכיפה באמצעות ערכאות הדיון
 - (א) הדוגמה האמריקאית
 - (ב) יישום לישראל
 - (ג) משפט ציבורי מקובל
 3. פרטי המודל ודרכי יישומו
 - (א) שני מסלולי אכיפה
 - (ב) לאיזו ערכאה?
 - (ג) כיצד ינוהל ההליך?
 - (ד) כיצד תמומש הרפורמה?

סיכום

מבוא

בעשור האחרון גוברת המודעות למקרים של אי-קיום החלטות של בית-המשפט הגבוה לצדק על-ידי רשויות המדינה. באותם מקרים נדירים שבהם בית-המשפט מוציא מתחת ידיו צו-ביניים או אף צו מוחלט, הרשויות הציבוריות מתמהמהות לא אחת בציות לצו, מקיימות אותו באופן חלקי בלבד או מתעלמות ממנו כליל. נוסף על כך, התחייבויות שגופי הציבור נוטלים על עצמם (מפיהם של פרקליטי המדינה) במסגרת הדיונים בבג"ץ – אשר מובילות במקרים רבים לסיום העתירה ללא צו מוחלט – אינן מקוימות במלואן או נדחות בסחבת מנהלית או ב"גרירת רגליים" פוליטית. במאמר זה אבקש לאפיין את התופעה של אי-קיום החלטות בג"ץ, להציג את הרקע הנורמטיבי והמוסדי המאפשר אותה, ולהציע כיווני חשיבה חדשים באשר לפיתוחים מוסדיים ודיוניים שעשויים להקל את חומרת הבעיה (מבחינת אלה הרואים באי-הקיום בעיה).

מופעים של אי-קיום של צווי בג"ץ מתגלים בנסיבות מגוונות. כך, למשל, המדינה נמנעה מקיום פסק-הדין המנחה של בית-המשפט העליון בנושא הפליית יישובים ערביים בהקצאת אזורים עדיפות לאומית בתחום החינוך;¹ עיכבה במשך שנים ביצוע שורה של פסקי-דין שעניינם שינוי תוואי גדר הביטחון והסרת מכשולים נוספים ביהודה ושומרון,² וכן אכיפת דיני הקניין והתכנון באותם אזורים;³ התקדמה בעצלתיים בקיום

1 בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 23.11.2008) (להלן: בג"ץ ועדת המעקב (2008)).

2 ראו, למשל, בג"ץ 1748/06 ראש עיריית דאהריה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 5 להחלטה (פורסם בנבו, 24.7.2007) (להלן: בג"ץ ראש עיריית דאהריה (2007)); בג"ץ 8414/05 יאסין נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 15.12.2008) (להלן: בג"ץ יאסין).

3 ראו, למשל, בג"ץ 9060/08 עבדאללה נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 7.5.2012) (להלן: בג"ץ

החלטות של בג"ץ והתחייבויות של המדינה שמשמעותן גיבוש מדיניות או השקעה תקציבית, כגון מיגון בתי התושבים באזור עוטף עזה,⁴ הקמתם או הנגשתם של בתי-ספר לתלמידים בקהילות מודרות שונות,⁵ או ביטול "הסדר הכבילה" של מהגרי-עבודה;⁶ ולא עמדה בהתחייבותה לבית-המשפט לקבוע נהלים להבטחת ייצוג נשים בוועדות ציבוריות.⁷

אומנם אין בנמצא סקר אמפירי ממצה שיתאר את היקף התופעה של אי-קיום פסקי-דין של בג"ץ, ויוכיח בעזרת ממצאים כמותניים מהימנים כי שכיחותה אכן עלתה בעשור האחרון. כפי שיוסבר בהמשך המאמר, עריכת סקר מסוג זה עשויה להיות משימה קשה עד בלתי-אפשרית – הן משום שגבולותיה של התופעה קשים לתיחום אובייקטיבי ומושפעים מעמדות נורמטיביות ומושגיות ביחס למעמדו של בית-המשפט וביחס לכוחה של המדינה וסמכויותיה; והן משום שלפחות חלק מביטויי התופעה, אף אם יוגדרו באופן בהיר, אינם מתועדים, וקשים לזיהוי ולאיתור. אכן, אחת המסקנות המרכזיות שבהן יעסוק המאמר נוגעת בהעדרו של מנגנון מפותח ופומבי למעקב אחר ביצוע פסקי-דין של בג"ץ.

עם זאת, למרות העדרו של בסיס נתונים אמפירי, מידע ומסרים מכמה מקורות מגוונים מצטרפים כיום לביסוס טענה תיאורית משכנעת בדבר עלייה בשכיחות המקרים של אי-קיום פסקי-דין של בג"ץ על-ידי רשויות המדינה, ואולי גם במידת "חוסר הבושה" של פקידים ורשויות ביחסם להוראות בג"ץ ובאופן שבו הם ניגשים לקיימן. בפברואר 2010 חיברה עו"ד יהודית קרפ, בעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, תזכיר אשר סיכם שורה של מקרים כאלה והציג אותם באופן משכנע כתופעה של ממש.⁸ התזכיר וכן מסמך משלים לו⁹ נשלחו ליועץ המשפטי לממשלה בדרישה שיפעל לתיקון המצב. עם או בלי קשר להתכתבות זו, הכיר במשתמע גם היועץ המשפטי לממשלה, יהודה וינשטיין, בצורך להסדיר את נושא קיומן של פסיקות בג"ץ. הוא עשה זאת

-
- עבדאללה (2012); בג"ץ 9669/10 קאסם נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 8.9.2014); בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 14.11.2016) (להלן: בג"ץ חמאד (2016)).
- 4 בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 13.11.2007).
- 5 ראו, למשל, בג"ץ 3834/01 חמדאן נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 6.2.2011); בג"ץ 6773/05 גבועה נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 15.11.2011) (להלן: בג"ץ גבועה).
- 6 בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.11.2008) (להלן: בג"ץ "קו לעובד" (2008)).
- 7 בג"ץ 5660/10 עמותת איתך – משפטניות למען צדק נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סדן (1) 501, פס' 25 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (2010) (בהתייחס להפרת התחייבות שנכללה בפסק-הדין של בית-המשפט בבג"ץ 2475/09 עמותת איתך משפטניות למען צדק חברתי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 21.1.2010)).
- 8 מכתב מיהודית קרפ, עורכת דין, ליהודה וינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה (2.9.2010) www.acri.org.il/pdf/karp1.pdf.
- 9 מכתב מיהודית קרפ, עורכת דין, ליהודה וינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה (24.3.2011) www.hamoked.org.il/files/2011/114250.pdf (להלן: קרפ "אי כיבוד החלטות ביניים").

בהנחיה שפרסם באוגוסט 2010, שבה קבע כי ביצוע פסק-דין שניתן נגד המדינה הינו "חובה בסיסית" של רשויותיה. באותה הנחיה פירט היועץ את סדר הצעדים שפקידי הרשות הציבורית נדרשים לנקוט כדי להבטיח ציות לצווים שיפוטיים, וקבע כי יש לקיים מערך ביקורת פנימי על הציות (שבמוקדו היועצים המשפטיים של יחידות השלטון השונות).¹⁰ ההנחיה אינה מתייחסת לחובת המדינה לעמוד בהתחייבויות שנטלה על עצמה בהליכים שלא הסתיימו בצו מוחלט נגדה,¹¹ ולפי שעה קשה לאמוד את תועלתה אף בתחומים שבהם התיימרה לטפל.

כד בכד החל גם בית-המשפט העליון עצמו להצביע על מה שנתפס בעיני שופטיו כהתגברות התכיפות של אי-קיום פסיקות שנתן בשבתו כבג"ץ. כך, לדוגמה, בהליך שעסק בהתמהמהות המדינה בקיום פסק-דין בנושא קביעה מחדש של אזורי עדיפות לאומית בחינוך, אמרה נשיאת בית-המשפט העליון, השופטת ביניש, בהסכמת ששת שופטי ההרכב הנוספים, כי "העניין שלפנינו הוא ביטוי חמור לחרות שנוטלים לעצמם המשיבים שלא לקיים את פסק דינו של בית משפט זה".¹² בהליך אחר, שעסק בעיכוב בן חמש שנים בסלילת דרך שהמדינה התחייבה לפני בג"ץ כי תסלול, קבעה הנשיאה ביניש כי "ההתנהלות שנתגלתה בפרשה זו מבטאת זלזול בוטה בהתחייבויותיה של המדינה בפני בית משפט זה".¹³ ואילו במסגרת פסק-דין שהורה על הסרת בנייה לא-חוקית במאחז בשומרון, הקדים הנשיא גרוניס את המאוחר באומרו (בהסכמת שתי שופטות ההרכב הנוספות): "לצערנו הניסיון השיפוטי מלמד כי המדינה אינה עומדת במועדים שנקבעו לביצועם של פסקי דין בעניין פנימי בתים או דרכים בתחומי יהודה והשומרון... אי-איתור חלופות למחזיקים בקרקע אינו עילה להארכות מועד".¹⁴

הסוגיה היא אפוא אמיתית ונוכחת, גם אם קשה לכימות. היא מציבה את בית-המשפט העליון באופן תדיר יחסית בפני אתגרים מורכבים – פוליטיים, מוסדיים, דיוניים ודוקטרינריים. היא עשויה להיתפס כמערערת על הלגיטימציה של בית-המשפט, ואף לעורר שאלות-יסוד באשר ליחסים שבין רשויות השלטון השונות ובאשר למודל הסופיות של המעשה השיפוטי. שאלת הרקע הסיבתי להופעת מגמה זו ולהנכחתה

10 "ביצוע פסקי דין של בתי משפט נגד המדינה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1006 (התש"ע) www.justice.gov.il/Units/YoezMespati/HanchayotNew/Seven/61006.pdf (להלן: הנחיה 6.1006). הנחיה זו משלימה הנחיה קודמת שעניינה הוצאה לפועל של פסקי-דין שחייבו את המדינה בתשלום סכום כסף – "הוצאה לפועל של פסקי דין נגד המדינה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1003 (התשס"ג) www.justice.gov.il/Units/YoezMespati/HanchayotNew/Seven/61003.pdf (להלן: הנחיה 6.1003).

11 קרפ "אי כיבוד החלטות ביניים", לעיל ה"ש 9, פס' 1. עם זאת, בניגוד לאמור בתזכיר העדכון של קרפ, הנחיית היועץ המשפטי לממשלה הוחלה גם על החלטות-ביניים שניתנו נגד רשויות המדינה. ראו הנחיה 6.1006, לעיל ה"ש 10, פס' 6.

12 בג"ץ ועדת המעקב (2008), לעיל ה"ש 1, פס' 5 להחלטה.

13 בג"ץ גבועה, לעיל ה"ש 5.

14 בג"ץ 9051/05 תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון, פס' 11 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 20.8.2014) (להלן: בג"ץ תנועת "שלום עכשיו").

בתודעה הציבורית והמוסדית היא חשובה ומורכבת, אך לא אעסוק בה באופן ישיר במאמר הנוכחי. ניתן לשער כי שילוב של כוחות פוליטיים, מוסדיים, אידיאולוגיים ואישיותיים הוא שהוביל למצב הנוכחי, אך הדברים ראויים להתברר בנפרד. במאמר זה אני מבקש להתמקד בשאלת יכולתו של בית-המשפט לשפר את רמת הציות לפסיקותיו, וזאת בהינתן שברשות המבצעת פועלים כוחות נוגדים בעניין זה. במובן זה נקודת המוצא של המאמר היא שקיום פסקי-הדין של בג"ץ על-ידי המדינה הינו דבר רצוי, ושיש טעם בחקר האמצעים לשיפורו. מובן שזו כשלעצמה עמדה שניתן לחלוק עליה, למצער בנסיבות מסוימות, אך אין בכוונתי להגן עליה במאמר הנוכחי. שלטון החוק הוא פרדיגמה מרכזית בהווה החוקתית של ישראל ושל דמוקרטיה ככלל, ולרוב נהוג לגזור ממנו ציפייה לקיום החלטות סופיות של בית-המשפט, בוודאי העליון. מאמר זה נכתב בתוך הפרדיגמה הזו, ובמסגרתה הוא מבקש לברר שאלות של כשירות מוסדית ולבדוק אפשרויות של חידוש מוסדי לקידום ההתמודדות עם נושא הציות.

באופן נקודתי אבקש להראות כי בית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לוקה בגירעון מוסדי ייחודי באמצעים לאכיפת פסקי-הדין שלו ולמעקב אחר קיומם, וזאת אף שהוא נהנה מכוח וממעמד ייחודיים בנוף הפוליטי בארץ, כמו-גם בנוף המשפטי ההשוואתי. לעומת בית-המשפט העליון (הדן כבג"ץ), אשר שילוב של חסכים דינוניים ודוקטרינריים – ובראשם העדרו של הליך אכיפה מובנה – מקשה עליו להתמודד עם התופעה של אי-קיום פסיקותיו, דווקא לערכאות הנמוכות יותר במערכת המשפט יש כלים מגוונים יחסית לביקורת על קיום פסקי-דין ולהטלת סנקציות בגין הפרה. באמצעות כלים אלה – הכוללים, בעיקרו של דבר, איסוף ראיות, חקירות עדים ושימוש אפקטיבי בסנקציות בגין בזיון בית-משפט – ערכאות הדיון עשויות להציע פתרון מוסדי לפחות לחלק ממופעי אי-הקיום של פסקי-הדין של בג"ץ על-ידי רשויות המדינה. תוך שאיבת השראה מן הניסיון המפותח בארצות-הברית של פיקוח שיפוטי בערכאות נמוכות על תהליכים מורכבים של תיקון משפטי אשר הונעו בפסיקות חוקתיות של בית-המשפט העליון, אבקש להציע כי גם בישראל יופנו הליכי האכיפה של פסקי-דין של בג"ץ המעוררים קשיי קיום אל ערכאות הדיון. ערכאות אלה יוכלו לנצל את יתרונותיהן המוסדיים לשיפור רמת האכיפה והקיום של פסקי-הדין של בג"ץ, ובדרך זו לשפר את שלטון החוק בישראל ובעקיפין גם את מעמדו של בג"ץ כמכריע אפקטיבי בשאלות של משפט ציבורי.

המאמר מתחיל בטיפולוגיה תיאורית של המופעים העיקריים של אי-קיום מדינתי של החלטות בג"ץ בשנים האחרונות. הטיפולוגיה מועילה הן בהבהרת מגוון הפרקטיקות שעוללות להוביל, הלכה למעשה, להפרה של החלטות בג"ץ, והן בהמחשת המורכבות של פיתוח פתרון מוסדי אפקטיבי להתמודדות עם האתגר. לאחר-מכן אציג את הכלים שעומדים מנסה בג"ץ להתמודד בשנים האחרונות עם גילויים של אי-קיום מדינתי. הדין הפוזיטיבי מקנה לבית-המשפט העליון אמצעים מוגבלים ביותר לפיקוח על קיום החלטותיו, ולכן אין זה מפתיע שהוא פונה לכלים "רכים" של אכיפה, כפי שנראה. על רקע זה אציג את מה שנתפס בעיניי ככשל המוסדי הבסיסי המקשה על בג"ץ – אולי אף יותר מאשר על ערכאות רבות אחרות במערכת – להיות סוכן יעיל של הבטחת ציות.

אטען כי דווקא ערכאות הדין שתחת בית-המשפט העליון – למשל, בתי-המשפט המחוזיים – עשויות להיות שותפות מועילות בפרויקט המשותף של שיפור רמת הציות לצווים של בג"ץ. טענה זו מובילה למסקנות נורמטיביות באשר לעיצוב מחודש של חלק מהליכי המשפט הציבורי בישראל, ולנושא זה מוקדש החלק האחרון במאמר.

פרק א: סוגים של אי-קיום

הימנעות של המדינה מקיום החלטות של בג"ץ יכולה ללבוש צורות שונות – חלקן מובהקות יותר וחלקן פחות. בחלק מן המצבים ניתן לחלוק על אפיון המעשה כהפרה של צו שיפוטי, והמדינה אכן מתאמצת לעשות זאת, כמובן, כאשר הדברים מגיעים לליטיגציה. אף-על-פי-כן אציין להלן את המקרים הטיפוסיים ביותר תוך אימוץ תפיסה מרחיבה יחסית של המושג "אי-קיום". אין בכך שאיפה להציג את רשויות המדינה כפורעות-חוק סדרתיות, אלא ניסיון לאפיין את הנסיבות שבהן מתקיים פער בין מה שבית-המשפט ונמעני פסיקותיו (בעלי-הדין, הקהילה המשפטית, הציבור) עשויים לצפות שיתרחש לאחר מתן החלטה שיפוטית נגד המדינה לבין מה שקורה בפועל.

להלן אתאר את הסוגים העיקריים של אי-קיום שהופיעו בהתנהגות המדינה בשנים האחרונות. איני מתיימר למנות את כל הסוגים האפשריים של אי-קיום, אשר משתרעים על טווח רחב מזה שהתקיים עד כה בישראל, כפי שעולה מהסתכלות על תקופות ומקומות אחרים. כמו-כן, אסטרטגיה אחת של אי-קיום אינה מוציאה את חברתה, ואכן קיימים מקרים לא-מעטים שבהם אסטרטגיות שונות שימשו את המדינה במשולב.

א. **אי-ציות מובהק** – זהו המקרה החריף ביותר של אי-קיום החלטה שיפוטית. מטעם זה הוא אינו הנפוץ ביותר, אך הוא קיים. במקרה זה בית-המשפט העליון שומע עתירה, מקבל אותה – בין בפסק-דין מנומק ובין על-ידי אימוץ הסדר שאליו הגיעו הצדדים – ומנפק צו מוחלט נגד המדינה או פסק-דין המאמץ את התחייבויות המדינה כציווי שיפוטי. תרגומו של הציווי השיפוטי לשפת המעשה עשוי להיות מורכב יותר או פחות. לעיתים הקיום אמור להיות ישיר ופשוט באופן יחסי, במובן זה שהצו עצמו כולל הנחיות מפורשות לגבי פעולות שעל המדינה לנקוט (אף שהפעולות עצמן עשויות להיות יקרות או שנויות במחלוקת), ולעיתים הקיום אמור לכלול בניית תשתית מוסדית או נורמטיבית חדשה בהתאם לקביעות השיפוטיות. למרות זאת, לאחר מתן פסק-הדין המדינה אינה מבצעת את ההוראה שנכללה בו, והמציאות שנועדה להשתנות עקב הפסיקה נותרת על כנה (אף שהמשפט עצמו השתנה כמובן בעקבות הפסיקה). הדבר יכול להתרחש עקב הפרה ניצחת, בעקבות מחלוקת פרשנית על משמעותו של הצו השיפוטי, או בשל עיכובים מוסדיים או פוליטיים בהשלמת תהליך הקיום. הנה שתי דוגמות:

- בעתירה שעסקה במחסום בטון שהוקם מטעמים בטחוניים בדרום הר חברון, הוציא בית-המשפט העליון צו מוחלט שבו נקבע כי "על המשיבים לפרק בתוך

ששה חודשים את מעקה הבטון שבנו בין היישוב כרמל לבין היישוב טנא, לאורך כביש 60, כביש 317 והכביש המוביל אל היישוב טנא. המשיבים רשאים להקים מכשול חלופי, אשר עומד בקנה אחד עם פסק דינו זה.¹⁵ בחלוף כשבעה חודשים וחצי אמר בג"ץ את הדברים הבאים: "הנה התברר, כי המדינה המתינה משך כל תקופת הזמן שניתנה לה, נמנעה מלהסיר את המכשול ואף בחנה חלופה המבוססת על המכשול הקיים... המדינה בחרה שלא למלא אחר צו בית המשפט...".¹⁶

• בעתירה בעניין "הסדר הכבילה", שהתנה שהייה של מהגר-עבודה בארץ בעבודה בעבור מעסיק מסוים, הוציא בית-המשפט העליון צו מוחלט שלפיו "שר הפנים אינו רשאי להתנות את רישיון הישיבה שניתן בידי עובדים זרים בתנאי האמור. חובתם של המשיבים... הנה לגבש הסדר העסקה חדש – מאוזן ומידתי – ביחס לעובדים זרים בענפי-עבודה אלה, אשר לא ייסד עצמו על כבילת העובד המגיע לישראל למעסיק יחיד, ויימנע מכריכת פעולת ההתפטרות בסנקציה כלשהי, ובכלל זה אבדן המעמד בישראל... המשיבים יחויבו להשלים את גיבושו של הסדר חדש בתוך ששה חדשים מיום מתן פסק-הדין".¹⁷ בחלוף כשנתיים וחצי אמר בג"ץ כך: "חרף חלוף השנים טרם מילאו המשיבים אחר פסק דינו של בית משפט זה... אנו רואים בחומרה מחדל זה עמו לא נוכל להשלים...".¹⁸

ב. "גרירת רגליים" בקיום – באורח תדיר המדינה פונה לבית-המשפט לאחר הפסיקה בבקשה למתן דחייה במועד כניסתה לתוקף של ההחלטה או לעדכון אחר באופן החלתה של הצו. בניגוד למקרים הקודמים, כאן אין מדובר עוד בפעולה חד-צדדית של הרשות המבצעת, אלא בניסיון להימנע מקיום הצו באמצעות היתר שיפוטית. זהו מקרה עדין יותר של אי-קיום, כי המדינה מכירה פורמלית בחובתה לקיים את הצו

15 בג"ץ 1748/06 ראש עיריית דאהריה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 22 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 14.12.2006).

16 בג"ץ ראש עיריית דאהריה (2007), לעיל ה"ש 2, פס' 5 להחלטה. ראו באופן דומה את ההחלטה בבג"ץ 2759/09 לבום נ' שר הביטחון, עמ' 2 (פורסם באר"ש, 26.5.2010): "על פני הדברים נראה כי המשך הסלילה בסמוך למאחז הושלם לאחר שניתן צו ביניים ועניין זה – אם אמנם כך הוא – אנו רואים בחומרה רבה."

17 בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 393–394 (2006) (להלן: בג"ץ "קו לעובד" (2006)).

18 בג"ץ "קו לעובד" (2008), לעיל ה"ש 6, פס' 7 להחלטה. בית-המשפט אישר אומנם שנעשו מהלכים ראשוניים לקיום פסק-הדין, אך אלה לא הוטמנו בנוהלי הרשויות הרלוונטיות, ובפועל עדיין מקיימים את ההסדר שבוטל בהחלטת בג"ץ. ראו גם בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פס' 2 להחלטה (פורסם בנבו, 3.12.2009) (להלן: בג"ץ "קו לעובד" (2009)) ("אלא שלמשיבים לא אצה הדרך ליישומו של אותו צו. לאורך תקופה ממושכת – במה שאין לכנותו אלא עשיית דין עצמית שעמה אין להשלים, הם נמנעו מלגבש ולהטמיע כדבעי הסדרים חלופיים וחמור מכך – היו בהם שהתקשו להפנים את השינוי המתחייב").

השיפוטי, ורק מבקשת מבית-המשפט לשנות את תנאיו, ובמשתמע מקבלת את האפשרות שאם בקשתה תידחה יקוים הצו כלשונו. אלא שבמציאות בקשות אלה מבטאות לא אחת התנהגות אסטרטגית מתוחכמת מצד המדינה. באופן תדיר הן מוגשות "בדקה התשעים", כלומר קרוב למועד האחרון שבו על המדינה לקיים את הצו, וזאת מבלי שעד אותו שלב נעשו הכנות של ממש לאפשרות שהבקשה תידחה.¹⁹ במצבים כאלה מונח לפני בית-המשפט איום מרומז שלפיו דחיית הבקשה להארכת התקופה לקיום הצו תוביל בליט בררה להפרתו – תוצאה שאינה רצויה לבית-המשפט עצמו. כך, למשל:

- בעתירה שצוינה לעיל בעניין המכשול בדרום הר חברון פנתה המדינה לבית-המשפט בתום התקופה שנקצבה לה להסרת המכשול וביקשה זמן נוסף לצורך גיבוש חלופה שתממש את הצרכים הבטחוניים באזור.²⁰
- בעתירה נגד קווי התיחום של אזורי עדיפות לאומיים בחינוך קבע בית-המשפט העליון כי החלטת הממשלה שקבעה את אזורי העדיפות ניתנה בחוסר סמכות והיא גם מפלה ולכן בטלה. עם זאת, בית-המשפט השעה את הכרזת הבטלות בשנים-עשר חודשים ממועד מתן פסק-הדין.²¹ "כחלוף שנה ביום 1.3.07, היום האחרון שנועד ליישום פסק הדין, הגישה המדינה בקשה לדחיית מועד הבטלות של החלטת הממשלה עד ליום 1.9.07",²² ואילו "ביום 7.6.07 הגישה המדינה הודעת עדכון נוספת ובמסגרתה ביקשה כי יתאפשר לה להתחיל ליישם את פסק הדין באופן מדורג".²³
- בעתירה שעסקה בבנייה על קרקע פלסטינית פרטית סמוך לבית-אל ("גבעת האולפנה") נתן בית-המשפט העליון פסק-דין קצר שבו רשם את הודעת המדינה שלפיה הבנייה תוסר בתוך שנה מיום הגשת ההודעה, וקבע כי "בהודעה זו באה העתירה לידי מיצוי וההליך הסתיים".²⁴ למרות זאת, בחלוף שנה מאז נמסרה

19 ראו את דבריו של הנשיא גרוניס בבג"ץ **תנועת "שלום עכשיו"**, לעיל ה"ש 14, פס' 11 לפסק-הדין: "לא אחת אנו נתקלים בבקשות ארכה, שלעתים מזומנות מוגשות כנגד האחרון, המלוות בנימוק כי מסיבות כאלו או אחרות לא היה סיפק בידי המדינה לקיים את הצווים השיפוטיים... אנו מעירים את הדברים מעתה כדי שהמשיבים הרלוונטיים כולם לא יפתחו ציפיות שאין להן מקום". כן ראו את דבריה של הנשיאה נאור בבג"ץ 5023/08 **שחארה נ' שר הבטחון**, פס' 4 לפסק-דינה (פורסם בנבו, 8.2.2015): "עד לתום פרק הזמן שנקבע יש לאכוף את צווי ההריסה ללא ניסיונות נוספים לדחיית הקץ, כמקובל, לצערי, בתיקים מסוג זה."

20 בג"ץ **ראש עיריית דאהריה** (2007), לעיל ה"ש 2, פס' 5 להחלטה: "...הוגשה לנו מטעם המדינה בקשה לדחיית הביצוע של פסק הדין רק בתום התקופה של שישה חודשים שניתנו למדינה כדי שהמכשול יוסר."

21 בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 27.2.2006).

22 בג"ץ **ועדת המעקב** (2008), לעיל ה"ש 1, פס' 2 להחלטה.

23 שם, בעמ' 4.

24 בג"ץ 9060/08 **עבדאללה נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 21.9.2011).

הודעת המדינה, "צווי ההריסה לא מומשו. תחת זאת... ימים ספורים לפני תום המועד להריסת המבנים, הגישה המדינה הודעה ובקשה 'לחידוש הדיון בעתירה'²⁵ לנוכח שינוי מדיניותה של הממשלה בנושא.

• בעתירה שעסקה בבנייה על קרקע פלסטינית פרטית בעמונה נתן בית-המשפט העליון צו מוחלט שהורה על פינוי מתחם היישוב, בהתאם להתחייבותה של המדינה עצמה. בית-המשפט הורה שהצו ימומש בתוך שנתיים מיום מתן פסק-הדין.²⁶ לקראת סוף התקופה הגישה המדינה בקשה לדחיית הקיום בשבעה חודשים נוספים. בית-המשפט, מפי הנשיאה נאור, דחה את הבקשה, והלין: "במקרה שלפנינו, כמקרים אחרים בעבר, התבקשו ב'דקה התשעים' להאריך מועד לפינוי שנקבע בפסק-דין. עינינו הרואות, כי כל פרק זמן שניתן, ארוך ככל שיהיה, אינו מספיק... מציאות זו לא ניתן לקבל, במיוחד כאשר שותפה לה המדינה המופקדת על שלטון החוק. עלינו להישמר ממצב שבו בקשות להארכת מועד לביצועם של פסקי דין בסוגיות מסוימות תהפוכנה למעין מנהג קבוע (ריטואל)... עלינו להיזהר פן מועדים שנקבעו בפסק-דין יהפכו להמלצה."²⁷

ג. **אמצעים שאינם עולים כדי אי-קיום** – להשלמת התמונה יש לציין שתי אסטרטגיות נוספות שפרקליטות המדינה נוקטת, אשר אינן מהוות אי-קיום של החלטה אך יש בהן כדי לאתגר את הפרדיגמה המסורתית של ליטיגציה במשפט ציבורי, ובדרך זו למנוע את בית-המשפט מלכפות שינוי בפרקטיקה מדינתית קיימת:

1. **"משיכת" ההליך לפני פסיקה** – אמצעי זה מוכר כאסטרטגיה של ליטיגציה בכל תחום, אך הוא מקבל אופי מיוחד בהקשר של עתירות ציבוריות. הוא בא לידי ביטוי בעיקר בבקשות רבות שמוגשות תוך כדי ההליך לדחיית מועדים שנקבעו להגשת הודעות וסיכומים ולקיום דיונים. זאת, בדרך-כלל, מן הטעם שמתקיימים הליכים במסגרת הרשויות המבצעת או המחוקקת לבחינת ההחלטה או המדיניות המותקפות בעתירה, כך שיתכן שינוי במצב העניינים גם ללא התערבות בג"ץ. בקשות מסוג זה נענות בדרך-כלל בחיוב על-ידי בית-המשפט, בשאיפה שהנושא יוסדר בלי צורך בהתערבות שיפוטית, ומתוך כיבוד הרשויות האחרות ותהליכי קבלת ההחלטות בהן. מובן שבאין פסק-דין גם אין אי-קיום, אך ניתן לראות בהתנהגות זו אמצעי לסיכול ההגעה לרגע הפסיקה, המסתמך על העדפתו של בית-המשפט להימנע ככל האפשר מפסיקה אקטיביסטית. אכן, יש שביקרו את בית-המשפט על שהוא נכון לשמש "מנהל סכסוכים" במקום לפסוק

25 בג"ץ **עבדאללה** (2012), לעיל ה"ש 3, פס' 4 להחלטה.

26 בג"ץ 9949/08 **חמאד נ' שר הביטחון**, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 25.12.2014) (להלן: בג"ץ **חמאד** (2014)).

27 בג"ץ **חמאד** (2016), לעיל ה"ש 3, פס' 28 להחלטתה של הנשיאה נאור.

באשר למצב המשפטי הקיים, בין היתר במצבים שבהם נראה כי דין העתירה להתקבל.²⁸

2. **קיום בין הצדדים בלבד** – פרקטיקה זו רלוונטית בעיקרה להליכים שמתנהלים בבית-המשפט לעניינים מנהליים, באשר לפסקי-הדין שלו יש מעמד כשל פסקי-דין של בית-משפט מחוזי, כלומר, הם אינם מהווים תקדים מחייב. כאשר המדינה מפסידה בהליך מנהלי כזה, נתונה לה לכאורה האפשרות לקיים את פסק-הדין ביחס לעותר המסוים אך לשמר את מדיניותה – שנמצאה לא-חוקית ביחס לעותר – ביחסיה עם כל מי שלא היה חלק מן ההליך. זאת, כל עוד הנושא לא הוכרע באופן תקדימי על-ידי בית-המשפט העליון (במסגרת ערעור מנהלי או בבג"ץ). שאלת חוקיותה של פרקטיקה זו היא סבוכה. אף שהפרקטיקה עשויה להתיישב עם דיני התקדים, לא ברור שהיא הולמת את חובת המדינה להתייחס באופן שוויוני לאנשים שדומים זה לזה בכל ההיבטים הרלוונטיים ואשר השוני היחיד ביניהם נעוץ בשאלה אם הם עתרו לבית-המשפט המחוזי או לא.²⁹ הנושא כורך ממילא גם שאלות בדבר עליונות פרשנית ובדבר היקף סמכותה של המדינה לגבש פרשנות משפטית עצמאית לנורמות המסמכות אותה. לנוכח המורכבות המיוחדת של פרקטיקה זו, אותיר אותה למחקר נפרד, והמאמר הנוכחי לא יעסוק בה עוד. אציין רק כי בית-המשפט העליון פסק לאחרונה באופן שניתן להבינו כביקורת על התנהגות שלטונית כזו.³⁰

בשני החלקים הבאים אבקש לאפיין את דרכי ההתמודדות המשפטיות עם תופעת אי-הקיום שתוארה לעיל, ובעיקר להמחיש את קוצר-ידו של בית-המשפט במתן מענה אפקטיבי למצב הקיים. חלק ב' יתאר כמה אמצעים שמשמשים בפועל בשנים האחרונות את בית-המשפט העליון בבואו להגיב על אי-קיום מדינתי של פסקי בג"ץ. חלק ג' ידון בתשתית הנורמטיבית הכללית בנושא הפרת צווים שיפוטיים, ויראה את קשיי החלתה בבג"ץ.

28 ראו אריאל בנדור "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" **משפט וממשל** יד 377, 379–389 (2012). כפי שבנדור מציין (שם, בעמ' 386–387): "...ניהול הליכים במשך שנים, בלא צו-ביניים, עלול לגרום בפועל להפרה מתמשכת של הדין, אשר לא פעם אינה הפיכה אף אם בתום ההליכים בית-המשפט מקבל את העתירה. זאת, גם במקרים שבהם היה ברור מתחילת ההליך כי התנהלותה של הרשות אינה כדין, וכל מטרתם של ההליכים המתמשכים הייתה להביא לידי תיקון הפגם בלא הכרעה שיפוטית פורמלית."

29 לטיעון ברוח זו בהקשר האמריקאי ראו: Dan T. Coenen, *The Constitutional Case Against Intracircuit Nonacquiescence*, 75 MINN. L. REV. 1339 (1991).

30 ראו ע"א 6847/13 **אדגר השקעות ופיתוח בע"מ נ' עיריית פתח תקווה**, פס' 10–12 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 29.7.2015). כן ראו אורי אהרונוסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית" **משפט וממשל** טז 9, 45–48 (2014) (להלן: אהרונוסון "הטיעון הדמוקרטי").

פרק ב: סוגי המענים השיפוטיים

אף שמקובל לתפוס את העשייה השיפוטית כסדרה של "מעשי דיבור" (speech acts) – היגדים שעצם ביטויים יוצר מניה וביה שינוי במצב הדברים הנורמטיבי³¹ – בפועל קיימים מקרים רבים שבהם אין במתן פסק-הדין כדי לסיים את מעורבותו של בית-המשפט בעניין שבו פסק. אכן, בית-המשפט העליון נחשף לא אחת לתופעה של אי-קיום פסקיו, גם כאשר היא מתרחשת אחרי שטיפולו בעתירה הסתיים. הדבר מתרחש בדרך-כלל בהליכי בתר-פסק שמוגשים בתיק הסגור על-ידי אחד הצדדים: העותרים, המלינים על הפרת ההחלטה; או המשיבים, המבקשים שינוי במועדים או בתנאים לקיומה. במענה להפרת החלטותיו, בית-המשפט נוקט אחת מכמה דרכים חלופיות, שאותן אבקש לסווג כעת. אלך מהקל אל הכבד, כלומר, מן המענה שניתן לסווגו כ"רך" ביותר אל זה שנתפס כחמור מהאחרים. כמקודם, גם כאן ייתכן שילוב של כמה סוגי מענה במהלך הטיפול באותו עניין.

א. **דחיית המועד האחרון לקיום** – זו אולי התגובה הנפוצה ביותר של בית-המשפט על מצבים שבהם החלטתו לא קוימה במועד או בטווח הזמן שיועד לה. לעיתים קרובות בית-המשפט משתכנע שהמדינה עושה מאמץ כן או מגלה כוונה כנה לקיים את פסק-הדין, אך הנסיבות המוסדיות או הפוליטיות הופכות את התהליך למורכב או לממושך מהצפוי, ולכן יש הצדקה למתן שהות נוספת להשלמת תהליך הקיום. אתגרי הפיתוח של מדיניות חלופית, הצורך באיתור מקורות תקציביים חדשים, מצב חירום שמסיט משאבי מערכת או בחירות שמקפיאות תהליכי קבלת החלטות – כל אחד מאלה עשוי לספק עילה לדחיית המועד האחרון לקיום פסק-דין.³² עם זאת, קיימים גם מצבים שבהם בית-המשפט דוחה את המועד האחרון לקיום לא מתוך הערכה למאמצי המדינה, אלא באין מוצא אחר. הדבר בולט באותם מצבים שתוארו לעיל, שבהם המדינה מבקשת הארכה של תקופת הקיום קרוב מאוד למועד האחרון שנקצב לה, ובמיוחד כך כאשר הקיום יחייב פעולות ממושכות שאין

31 ראו, למשל: Pintip Hompluem Dunn, *How Judges Overrule: Speech Act Theory and the Doctrine of Stare Decisis*, 113 YALE L.J. 493 (2003).

32 ראו, למשל, את שש ההחלטות שניתנו בבג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסמו בנבו, 5.5.2013, 20.2.2014, 2.11.2014, 28.1.2015, 19.7.2015, 30.11.2015) – שש דחיות רצופות, בהחלטות בתר-פסק, של כניסה לתוקף של הצהרת בטלות חוקתית, לפרק-זמן כולל של כשנתיים וחצי מעבר לשנה שנקצבה בפסק-הדין המקורי, ועוד היד נטויה. בפתח ההחלטה הרביעית הודה בית-המשפט כי "העניין אכן מתמשך", אך ציין כי "בשים לב לפיזור הכנסת" יש מקום להארכה הנוספת; בחמישית נאמר כי "הגיעה השעה לסיים את העניין"; ובשישית הובהר כי ההארכה היא "לתקופה קצרה על מנת לאפשר את השלמת הליכי החקיקה" (ההדגשה במקור). כן ראו את ארבע ההחלטות שניתנו במסגרת בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון (פורסמו בנבו, 13.11.2007, 14.11.2010, 17.10.2011, 22.1.2012), שעניינן היענות לבקשות פרטניות של המדינה – בהסכמה עקרונית של העותרים – לדחיית המועדים להשלמת מיגונם של בתי-ספר שונים בעוטף עזה.

אפשרות מעשית להשלימן עד המועד הקצוב. בנסיבות אלה בית-המשפט מצוי בדילמה: אם ידחה את הבקשה (ככל שאין לה הצדקה עניינית), פסיקתו לא תקינה, ולתוצאה זו יש עלויות הן במישור של שלטון החוק (הנצחת מצב לא-חוקי) הן במישור תדמיתו הציבורית של בית-המשפט. לעומת זאת, הארכה של תקופת הקיום משמרת את הסיכוי שהפסיקה תקיים בעתיד, ובה-בעת נזהרת לכאורה בכבודו של בית-המשפט, שכן הדחייה נעשית באישורו, ולא בהתעלם ממנו. ייתכן, עם זאת, שכמשחק אסטרטגי בהשתתפות שחקנים חוזרים – וזה הרי אופי היחסים בין בית-המשפט למדינה בליטיגציה הבג"צית³³ – נכונות שיפוטית חוזרת לדחות את המועדים האחרונים לקיום החלטות הינה אסטרטגיה נפסדת, כי היא מעודדת את רשויות המדינה לדחות את הקיום ולסמוך על כך שחששו של בית-המשפט לשלטון החוק ולכבודו שלו יבטיחו התקפלות ברגע האחרון. בית-המשפט, שנעשה מודע יותר ויותר לסיכון זה, פונה לכן לעיתים למענים תקיפים יותר.

ב. **ביוש** – ככל שהדחיות והסחבת בקיום החלטותיו מחמירות, ניתן לזהות גם הקצנה בלשון שבית-המשפט נוקט כלפי רשויות המדינה ונציגיה. אף שלבית-המשפט אין חרב ואין ארנק, יש לו כוח המילה, ויש לו גישה לקהלים ולפלטפורמות שיתעדו את מילותיו וידווחו עליהן לציבור ולאליטות הדומיננטיות בתוכו. אכן, עיתונאים עטים כמוצאי שלל רב על אמירות חריפות של שופטי בית-המשפט העליון – בין באולם הדיונים ובין בהחלטות כתובות – הגוערות במדינה על סחבת, עיכוב או זלזול בהחלטות שיפוטיות.³⁴ במשחק האסטרטגי מול רשויות המדינה, שאיפתו של בית-המשפט במסרים אלה היא להעלות את המחיר שאי-קיום כרוך בו – אם לא ישירות מול בית-המשפט, אזי מול שחקנים אחרים בציבור שתומכים באג'נדה השיפוטית או באידיאל של שלטון החוק ואשר יש להם משקל בתהליך קבלת ההחלטות של הרשויות הפוליטיות והמנהליות. כוחה של אסטרטגיה זו תלוי כמובן בתפיסה הציבורית של בית-המשפט ושל נושא הקיום, כמו-גם בתוכנה של ההחלטה המופרת ובזהותם של מי שאמורים ליהנות ממנה: אם המדינה נמנעת מלקיים פסק-דין שרבים בציבור סוברים כי הוא אינו מוצדק (נושא שאיני עוסק בו במאמר זה, כאמור), אזי ביושה בשל כך אינו צפוי להיות אפקטיבי.³⁵

33 ראו, למשל, עמרי ידלין "שיקול-דעת שיפוטי" ו"אקטיביזם שיפוטי" כמשחק אסטרטגי "מחקרי משפט יט 665 (2003); יואב דותן "קדם-בג"ץ" ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" **משפט וממשל** ז 159 (2004).

34 ראו, למשל, מערכת וואלה! חדשות "המדינה לא הזיזה הגדר – ותצטרך עכשיו לשלם" **וואלה! News** 6.10.2009 news.walla.co.il/item/1584641; אביעד גליקמן "בג"ץ: למה לא הורסים את מתקן הטיהור בעפרה?" **ynet** 27.6.2010 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3911257,00.html.

35 לדין באסטרטגיות של ביוש ובמגבלותיהן במסגרת היחסים שבין בית-המשפט לבין הכנסת ראו אורי אהרונוסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קו כקושי אנטי-רובני" **עיוני משפט** לז 509, 545–548 (2016).

ג. **הטלת הוצאות** – מענה זה אינו אמצעי אכיפה ישיר, אלא סנקציה בדיעבד אשר בית המשפט העליון החל משית באופן תדיר יותר בשנים האחרונות. כאשר בית המשפט משתכנע כי המדינה לא עשתה מאמץ מספק לקיים את פסק-הדין, וכי נדרשה פעולה חוזרת של העותרים בהליכי בתר-פסק כדי לחשוף את העניין ולהמריץ את הקיום, הוא עשוי לתגמל את העותרים בהוצאות משפט.³⁶ בבסיסו זהו כמובן אמצעי להטבת העלויות שנשאו העותרים (אשר זכו בעתירה), אך מטרתו היא להניע את המדינה לעשות את מה שהיה עליה לעשות ממילא. מובן שההוצאות אינן רק אמצעי מתקן אקס-פוסט, אלא גם כלי ליצירת תמריצים אקס-אנטה להתנהגות רצויה אצל בעלי-דין.³⁷ האיום בהטלת הוצאות בגין ניהול לא-ראוי של ההליך (ובכלל זה אי-קיום בלתי-מוצדק של החלטה שיפוטית) אמור להרתיע בעלי-דין ולהבטיח שהם יעשו מאמץ להתנהג כראוי. עם זאת, הטלת הוצאות על המדינה אינה שקולה להטלת הוצאות על בעל-דין פרטי. תמריץ מסוג זה יכול לפעול רק אם מי שאת התנהגותו מבקשים לכוון הוא שמפנים את עלות הסטייה מהסטנדרט הרצוי. אך כאשר ההוצאות מוטלות על "המדינה" ונגבות מתקציבה – אשר מורכב, באופן אירוני, מכספי הציבור, כולל (לרוב) העותרים עצמם – אין ביכולתנו להבטיח שהיא תפנים את העלות המוטלת עליה ותתרגם אותה להתנהגות צייתנית.³⁸ באין הסדר המאפשר להטיל על פקיד מסוים את העלות הכספית, ובאין מנגנון ארגוני שיתרגם את המחיר ששולם לתמריץ נקודתי, הוצאות הן כלי אכיפה בעל אפקטיביות מוגבלת בלבד.

ד. **חידוד הצו השיפוטי** – כפי שצוין, לעיתים בית המשפט העליון מנסח את פסק-דינו באופן שמחייב פרשנות בתהליך תרגומו לכלל מעשה. שדה פרשני זה חשוף לניצול על-ידי רשויות שעשויות לבחור בדרך קיום אשר סוטה מן הכוונה המקורית או מההבנה הסבירה של הצו השיפוטי. אף שבתי-משפט נוטים להירתע משינוי של צו שיפוטי או מהבהרתו – בפרט לנוכח העובדה שקיים ספק ביחס לסמכותם לעשות כן³⁹ – במצבים שבהם נראה כי מרחב פרשני בלשון הפסק הוא שמאפשר למדינה להימנע מקיום, בית המשפט עשוי, במסגרת הליכי בתר-הפסק, להוסיף מידע או הנחיות שיקלו את תרגום ההוראה השיפוטית לכלל מעשה ויצמצמו את הפער

36 ראו, למשל, בג"ץ ראש עיריית דאהריה (2007), לעיל ה"ש 2, פס' 5; בג"ץ יאסין, לעיל ה"ש 2, פס' 10; בג"ץ "קו לעובד" (2009), לעיל ה"ש 18, פס' 10.

37 ראו אלון קלמנט "סדר הדין האזרחי" הגישה הכלכלית למשפט 1001–1008 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012); ROBERT G. BONE, CIVIL PROCEDURE: THE ECONOMICS OF CIVIL PROCEDURE (2003) 158–186.

38 ראו: Daryl J. Levinson, *Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Costs*, 67 U. CHI. L. REV. 345 (2000).

39 ראו, למשל, ע"א 769/77 יוסיפוב נ' יוסיפוב, פ"ד לב (1) 667 (1978); ע"פ 1100/91 מדינת ישראל נ' ג'עפרי, פ"ד מז (1) 418 (1993); ע"א 159/90 סולל בונה בע"מ נ' ברק אור בע"מ, פ"ד מז (4) 17, 21–22 (1993); ע"א 3197/98 יורשי ברזל נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נה (5) 385, 388–389 (2001); בג"ץ 9631/04 סדיק נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 5.1.2005): "בית משפט זה אינו מקיים הליך של הבהרת פסק דין...".

הפרשני. דוגמה טיפוסית לאסטרטגיה זו היא אותם מצבים שבהם בית-המשפט קוצב לבסוף מועד מדויק להשלמת הקיום, לאחר שפסק-הדין לא הגדיר את פרק-הזמן לקיום או עשה שימוש בסטנדרט בלבד, כגון זמן סביר.⁴⁰ אך לעיתים חידוד הצו השיפוטי מגיע לכדי הנחיות מפורטות לרשות השלטונית באשר לסוג ההסדר שעליה לגבש כדי שתימצא מקיימת את פסק-הדין המקורי. כך, למשל, בעתירה שעסקה במחדלו של שר הבריאות בהתקנת תקנות בנושא מעונות-יום שיקומיים לפעוטות עם מוגבלות,⁴¹ העיכוב בניסוח התקנות – אשר בסופו של דבר פורסמו⁴² – הוביל את בית-המשפט לכלול בהחלטת בתר-פסק גם התייחסות מפורטת לטיטת התקנות ולרכיבים בה המחייבים שינוי לצורך עמידה בסטנדרט שנקבע בפסק-הדין.⁴³ מסקנה בהירה למדי מהטיפולוגיה לעיל של המענים השיפויים היא שבית-המשפט לוקה בחסך של ממש באמצעים אפקטיביים לאכיפת החלטותיו על רשויות המדינה ולהתמודדות עם תופעת אי-הקיום. בשורה התחתונה, בית-המשפט זקוק לשותפות ולנכונות מצד המדינה, או לפחות מצד סוכני ביצוע בקרב רשויותיה, כדי שהחלטותיו ימומשו. כאשר כוחות השותפות הללו נשחקים, ובאין חרב או ארנק משל עצמו, בית-המשפט נותר בעיקרו של דבר עם אמצעי ביטוי ושיח, שכוחם בשימור הלגיטימציה שלו ובהפעלת לחץ עקיף בלבד על הרשויות לקיים את הוראותיו. אכן, במונחים הולמסיאניים, המדינה היא "האיש הרע" מהסוג הגרוע ביותר,⁴⁴ כי היא בעל-הדין היחיד שאי-אפשר להמריצו לציית לחוק באמצעות איום בהפעלת כוחה הכופה של המדינה. האיום בהפעלת אלימות לגיטימית, אשר כרוך בכל ציווי שיפוטי, אינו ישים

40 ראו, למשל, בג"ץ 1020/99 דואק נ' ראש-עיריית קרית ביאליק, פ"ד נה(2) 602, 611 (2001) (להלן: בג"ץ דואק) – החלטה בתר-פסק שקצבה שבועיים לקיום פסק-הדין, שבו לא הייתה התייחסות לפרק-הזמן הנדרש לקיום; בג"ץ 3487/03 נתן נ' משרד החינוך – הגף להערכת תארים אקדמיים (פורסם בנבו, 13.10.2004) – החלטה בתר-פסק שקבעה מועדים מדויקים לתחילת תהליך הקיום של פסק-הדין ואף לסיומו.

41 בג"ץ 7974/04 פלוני נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 21.4.2005) (להלן: בג"ץ פלוני).

42 תקנות מעונות יום שיקומיים (רישוי, סל שירותים לפעוטות עם מוגבלות ותנאי טיפול בהם), התשס"ח-2008.

43 ראו בג"ץ 7974/04 פלוני נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 23.7.2006). כן ראו בג"ץ דואק, לעיל ה"ש 40, פס' 8–5 לחוות-דעתה של השופטת ביניש – הנחיות מפורטות, במסגרת הליך בתר-פסק, באשר לאופן הקיום הנדרש של פסק-דין שהורה במקור למשיבים לפעול "...בהתאם לעקרונות שהותוו בפסק דין זה..." (שם, פס' 1); בג"ץ "קו לעובד" (2009), לעיל ה"ש 18, פס' 1 – דיון מפורט, בהחלטת בתר-פסק, במשמעויות המעשיות של פסק-דין שהורה למדינה, במשפט יחיד, "לגבש הסדר העסקה חדש – מאוון ומידתי" שלא יכלול את הרכיב שנפסל בהסדר הקיים (כבילת העובד הזר למעבידו).

44 ראו: O. W. Holmes, Jr., *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 459 (1897): "If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience"

לאורגנים המופקדים על הפעלתה של אותה אלימות, או לפחות לא באותו אופן שבו הוא נועד לפעול ביחס לנמענים אחרים של הנורמה המשפטית. אתגר זה מקבל משנה תוקף באותם עניינים במשפט ציבורי שבהם הציווי השיפוטי מחייב שינוי מוסדי, גיבוש מדיניות חדשה או ניהול הליך פוליטי – תהליכים מורכבים שאינם נענים על-פירוב לאפיון דיכוטומי של ציות/הפרה.

פרק ג: מגבלותיהם של מנגנוני האכיפה הקיימים

האתגר הפוליטי האינהרנטי באכיפת ציווי שיפוטי נגד המדינה – או במילים אחרות, אתגר "שלטון החוק בשלטון"⁴⁵ – ניכר גם מהמגבלות הטבועות בכלים הדוקטרינריים הקיימים לאכיפת החלטות שיפוטיות במשפט האזרחי:

א. **הוצאה לפועל** – הביטוי המוסדי הישראלי לאיום האלים בהפעלת כוחה הכופה של המדינה, המגבה כל ציווי שיפוטי במשפט האזרחי, הוא רשות האכיפה והגבייה, אשר מוסמכת לתרגם היגדים שיפוטיים סופיים למעשים של כפיית ציות או של ביצוע במקום החייב.⁴⁶ אך אף שניתן לתבוע בישראל את המדינה בתובענה אזרחית, ומעמדה בהליך אזרחי שקול לזה של בעל-דין רגיל,⁴⁷ דיני ההוצאה לפועל אינם חלים ככלל על פסק-דין שניתן נגד המדינה.⁴⁸ תחת זאת קיים הסדר חקוק המורה למשרד המשפטים ולמשרד האוצר כיצד עליהם לקיים פסקי-דין,⁴⁹ ללא התייחסות לאפשרות שהליך זה לא יקוים. ניתן להבין מדוע הוחרגה המדינה מתחולתם של דיני ההוצאה לפועל: ראשית, המשפט הישראלי, במסורת המשפט המקובל, מתאפיין בחזקת הגינות המיוחסת לרשויות השלטון, שמשמעותה הנחה שפסק-דין שניתן נגד המדינה יקוים כדבעי;⁵⁰ שנית, ברמה המעשית אכן קשה לצפות שפקידי מדינה

45 בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 698 (1995).

46 חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967.

47 ראו ס' 2 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958 (להלן: חוק המדינה כבעל-דין) – "לענין הליך [משפטי בעניין אזרחי] דין המדינה כדין כל אדם". עם זאת, למדינה יש מעמד מיוחד בהליך: בין היתר, היא אינה משלמת אגרות או ערבונויות, והיא מחויבת בייצוג על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו (ס' 8 סיפא ר-4 לחוק).

48 שם, ס' 7 סיפא.

49 שם, ס' 7 רישא; תקנות הוצאה לפועל של פסקי דין נגד המדינה, התשל"ז-1976.

50 ראו, למשל, עת"ם (מנהליים ת"א) 1293/04 דומברובסקי נ' שר הפנים, עמ' 5 (פורסם בנבו, 1.6.2004) (להלן: עת"ם דומברובסקי): "בחוקקו את סעיף 7 [לחוק המדינה כבעל-דין], גילה המחוקק דעתו כי אין זה ראוי שיופעלו הליכי הוצאה לפועל נגד המדינה, הנתפסת כגוף המכבד את דברו של בית משפט." אכן, מקורה של החרגה זו בגרסה המנדטורית של החוק, אשר רכיבים רבים שלה השתמרו בחוק שהחליפה. ראו ס' 6 לפקודת משפטים ממשלתיים, חא"י א 472.

יפעילו אמצעי אכיפה כוחניים – עיקול חשבונות, כניסה לחצרים – כלפי רשויות מדינתיות אחרות.

עם זאת, יש לציין כי כתוצאה ממה שנראה כתקלה חקיקתית שהשתמרה עם השנים, דווקא הליכים המתנהלים בבג"ץ – ובהם המאמר הנוכחי עוסק – אינם כלולים בהוראה המוציאה פסקי־דין נגד המדינה מתחולתם של דיני ההוצאה לפועל; כלומר, לפחות לפי לשון הדין, כאשר המדינה מתדיינת בבג"ץ (ורק בו), היא אכן כפופה לדיני ההוצאה לפועל. כך, חוק המדינה כבעל־דין, אשר מכפיף את המדינה להליך האזרחי, מצד אחד (סעיף 2), ומחריג אותה מתחולתם של דיני ההוצאה לפועל, מצד אחר (סעיף 7), כולל הוראה נוספת שלפיה החוק "אינו חל על עניינים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק או בוועדת ערעורים או עררים" (סעיף 10). סעיף זה אינו מצמצם את עצמו רק להוראה כזו או אחרת מתוך הוראות החוק (כפי שהוא נועד ככל הנראה לעשות, לפי ההיסטוריה החקיקתית שלו)⁵¹, כך שלפי לשונו הוא חל על החוק כולו, ובכלל זה, לכאורה, גם על ההחרגה מדיני ההוצאה לפועל. כאשר נדרש לשאלה בהקשר אחר, אישר בית־המשפט העליון כי לנוכח הלשון החד־משמעית של ההחרגה בסעיף 10 אי־אפשר אלא לקרוא אותה כחלה על כל הוראות החוק.⁵² הנשיא מאיר שמגר רמז באותו מקרה כי ראוי לתקן את החוק כך שהגיונו של סעיף 10 יובהר,⁵³ אך הסעיף עודנו עימנו.

מבחינה פורמלית אפוא, לכאורה לפחות, דיני ההוצאה לפועל אכן חלים על המדינה בבג"ץ (ובוועדות ערעור וערר). אף־על־פי־כן זהו מסלול שלא נעשה בו שימוש, וניתן להבין מדוע. לפחות בחלק מהמצבים שבג"ץ עוסק בהם, ביניהם כאלה שעוררו קשיים של אי־ציות, לא ברור כיצד רשות האכיפה והגבייה יכולה לממש את תפקידה. דוגמה קיצונית היא צווים המורים לצה"ל לבצע משימות שונות בשטחי יהודה ושומרון, כגון הסרת מכשול או פירוק מבנה. לרשות האכיפה אין היכולת האופרטיבית – וביהודה ושומרון גם ספק אם יש לה סמכות השיפוט – לבצע צווים כאלה במקום הצבא, ובמונחים של איום אלים גרידא גם אין לה היכולת לכפות את הקיום על הצבא, שהרי בעימות של כוח בכוח מעמדה נחות כמובן. בהקשרים

51 ראו בג"ץ 151/82 בר אילן נ' מנהל מס שבח מקרקעין, נתניה, פ"ד לו(4) 654, 658–659 (1982) (להלן: בג"ץ בר אילן).

52 שם, בעמ' 660. באותו עניין נידונה הוראה אחרת בחוק המדינה כבעל־דין, אשר בוטלה לימים בשנת 1998, ולפיה המדינה רשאית להימנע מביצוע פסק־דין שניתן נגדה כל עוד ערעורה נגד הפסק תלוי ועומד. ראו חוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין) (תיקון), התשנ"ט-1998, ס"ח 34 (להלן: התיקון משנת 1998 לחוק המדינה כבעל־דין); דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין) (תיקון) (מתן סעד זמני וביצוע פסק דין נגד המדינה), התשנ"ט-1998, ה"ח 1, 2. מנהל מס שבח, אשר ערער לבית־המשפט העליון על החלטה של ועדת ערר שבה חויב לשלם הוצאות לעותר, ביקש ליהנות מהוראה זו ולהמתין עם תשלום ההוצאות עד לביורר הערעור. העותר בבג"ץ טען, בהסתמך על ס' 10, כי הוראה זו אינה חלה בהליכים לפני ועדות ערר. בקשת המדינה לפרש את ס' 10 לחוק כך שיחול רק על חלק מהסדרי החוק נדחתה על־ידי בית־המשפט.

53 בג"ץ בר אילן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 660.

בג"ציים אחרים מסלולי האכיפה של דיני ההוצאה לפועל מאבדים כל רלוונטיות – למשל, בהקשר של צו מוחלט המורה לראש הממשלה או לשר להדיח פקיד אחד או למנות אחר, 54 או להעביר חקיקה או תקינה חדשה. 55 במקרים אלה הפעולה המחויבת יכולה להתבצע – בהתאם לעקרונות חוקיות המנהל – רק על-ידי האורגן המוסמך, ולא תועיל מעורבותם של גורמי אכיפה. מורכבת אף יותר מכך אכיפתם של צווים אשר מורים למדינה להימנע ממדיניות מסוימת או לגבש מדיניות חדשה. בהקשרים אלה נדרשת פעילות מוסדית מורכבת וממושכת לשם קיום הצו, והכלים שבידי ההוצאה לפועל אינם מפותחים דיים – כיום לפחות – לעסוק בציות מסוג זה.

ב. **בזיון בית-משפט** – רוב ההתדיינות בנושא אי-קיום מתנהלת כיום בזירה של דיני בזיון בית-משפט (בין היתר לנוכח התחושה, הנכונה בעיקרה, שמנגנוני ההוצאה לפועל אינם יכולים להועיל באופן ממשי לאכיפת הקיום בהקשרים הטיפוסיים של עתירות לבג"ץ). בקשות לסנקציה בגין בזיון בית-משפט עקב אי-קיום 56 מוגשות במסגרת העתירה המקורית, בהליך פשוט וללא עלות נוספת (להבדיל מהאגרות הכרוכות בהליכי הוצאה לפועל או בפתיחת הליך חדש). הן נשמעות בדרך-כלל לפני ההרכב שנתן את פסק-הדין המקורי, ונידונות באורח לא פורמלי מאוד וללא הגדרה בהירה של הגבולות הדוקטרינריים של התחום. למעשה, בית-המשפט העליון טרם הכריע באופן מפורש ותקדימי אם פקודת בזיון בית-משפט חלה בכלל על המדינה, וככל שהיא חלה – באיזה אופן. 57 הספק נובע בעיקרו של דבר מאופיין של הסנקציות שבית-משפט מוסמך להשית עקב אי-קיום לפי פקודת הביזיון – מאסר או קנס – ומהקושי ליישמן למערכות ציבוריות ולתהליכי החלטה פוליטיים וביורוקרטיים. 58 קושי זה מעורר את השאלה – אשר טרם נענתה באופן מנומק

54 ראו, למשל, בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993) – צו המורה לראש הממשלה להפעיל את סמכותו ולהעביר את שר הפנים מתפקידו; בג"ץ 8134/11 אשר נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 29.1.2012) – צו המורה לשר האוצר להמליץ לממשלה על מינוי אדם מסוים למנהל רשות המיסים; בג"ץ 6549/13 תנועת אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ראש עיריית בת ים (פורסם בנבו, 20.10.2013) – צו המורה למועצת העיר בת-ים להדיח את ראש העירייה.

55 ראו, למשל, בג"ץ פלוני, לעיל ה"ש 41; בג"ץ ועדת המעקב (2008), לעיל ה"ש 1; בג"ץ "קו לעובד" (2006), לעיל ה"ש 17.

56 ראו ס' 6 לפקודת בזיון בית משפט, חא"י א 332 (להלן: פקודת בזיון בית-משפט או פקודת הביזיון), המורה כי לבתי-משפט תהא "...הסמכות לכוף אדם בקנס או במאסר לציית לכל צו שניתן על ידם והמצוה לעשות איזה מעשה או האוסר לעשות כל מעשה".

57 ראו, למשל, בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל באמצעות מזכיר הממשלה, בעמ' 2 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 6.7.2009) – "מבלי להכריע בטענה המורכבת לפיה לא ניתן לקיים הליכי בזיון בית משפט נגד המדינה..."; בר"ם 6261/13 באקי נ' משרד הפנים, פס' 13 להחלטה (פורסם בנבו, 3.11.2013) (להלן: בר"ם באקי) – "...לא נדרשת הכרעה בשאלת תחולתה של פקודת הביזיון על המדינה...".

58 ראו ע"פ 7029/11 ועדת הזכאות לפי חוק יישום תכנית ההתנתקות נ' חגור תעשיות בע"מ, פס' 7 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 8.11.2011) (להלן: ע"פ חגור תעשיות בע"מ) – התייחסות, בהקשר של

כאמור על-ידי בית-המשפט העליון – אם דיני הביזיון, לפי הגיונם, אינם הולמים ישום למוסדות מדינתיים.

אומנם, להבדיל מהמגבלות המוקנות של דיני ההוצאה לפועל, דיני הביזיון יכולים באופן עקרוני לפעול גם נגד פקידי ציבור ואף נבחרי ציבור בנסיבות שהן רלוונטיות לעבודת בג"ץ. הרי ניתן לדמיין צו שיפוטי שמורה על הטלת קנס אישי או אף מאסר נגד ראש ממשלה שממאן לפטר שר, נגד שר שמתעכב בהתקנת תקנות, נגד מנכ"ל שמשחה שינוי מדיניות או נגד מפקד צבאי שמעכב הסרתו של מבנה. אך ניתן גם להבין מדוע הסיכוי שצו כזה יינתן על-ידי בית-המשפט העליון הוא נמוך ביותר, לפחות בתרבות החוקתית הישראלית, אשר כורכת באופן אירוני הנחה בדבר כיבוד שלטוני של הצו השיפוטי עם בעיית לגיטימציה מחריפה של בית-המשפט העליון. אכן, אין זה מפתיע שאחת הפעמים היחידות בעשורים האחרונים שבהן עשה בג"ץ שימוש בסנקציות הקנס והמאסר של פקודת בזיון בית-משפט הייתה כלפי צדדים פרטיים שלא היו משיבים כלל בהליך המקורי. כוונתי ל"פרשת עמנואל" הנודעת, שעסקה בהפליית תלמידות מזרחיות בבית-ספר חרדי בעמנואל. בפרשה זו ניתן פסק-דין נגד גופים ציבוריים (משרד החינוך, רשות מקומית ומוסד חינוך), אך הסנקציה בגין הפרתו הוטלה על הורי התלמידות ב"מגמה החסידית" בבית-הספר, לאחר שנקבע כי פעולותיהם מסכלות את אפשרות קיום הפסק.⁵⁹

אף-על-פי-כן, בית-המשפט העליון נכון לדון כעניין שבשגרה בבקשות לפי פקודת בזיון בית-משפט נגד רשויות המדינה. במצבים נפוצים אלה הליך הביזיון אינו משמש ככלל להצגת איום אמין בדבר הפעלת הסנקציות הקבועות בפקודה נגד פקיד או אורגן כלשהו של המדינה. במקום זאת, תחת המסגרת של בזיון בית-משפט, שהיא מוגבלת לכאורה מבחינה דוקטרינרית ופרוצדורלית, התפתחה בשנים האחרונות פרקטיקה ענפה של הליכי בתר-פסק שבהם בית-המשפט העליון מקבל

דיני הביזיון, אל "...הקושי המתעורר בחיוב המדינה כבעל דין בתשלום קנס (שעובר מכיס אחד של המדינה למשנהו)..."; בג"ץ **גבועה**, לעיל ה"ש 5 – "...יש קושי להחיל על העניין שלפנינו [הפרת התחייבותה של המדינה להכשיר דרך גישה מיישוב בדווי לבית-הספר הסמוך] את הסנקציות הקבועות בפקודת בזיון בית המשפט". לעיתים המדינה גם מנסה לטעון כי דיני בזיון בית-משפט אינם חלים עליה מכוח הוראה בדין הפוזיטיבי – ס' 42 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]: "אין חיקוק בא לגרוע מכל זכות של המדינה, או להטיל עליה חובה, אלא אם נאמר בו במפורש." ראו, למשל, כש"א (שלום י"ם) 5688/06 **הילה מ.ט. אבטחה ושירותים בע"מ נ' רשות המיסים בישראל**, פס" 13, 22–25 (פורסם בנבו, 21.7.2006); ת"א (מחוזי י"ם) 906/93 **יפת השמש – חב' לנכסים והשקעות בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד השיכון והבינוי**, פס' 1 (פורסם בנבו, 1.9.2010). (להלן: **פרשת יפת השמש**); עת"ם (מנהליים חי') 1196-05-10 **נצאר נ' משרד הפנים**, עמ' 5 (פורסם בנבו, 24.11.2011). אך טיעון זה אינו זוכה בקשב שיפוטי של ממש, ונדמה שבדין כך, בין היתר לנוכח הוראת ס' 2 לחוק המדינה כבעל-דין.

59 ראו בג"ץ 1067/08 **עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך**, פ"ד סג(2) 398 (2009) (פסק-הדין (להלן: בג"ץ **"נוער כהלכה"** (2009)); בג"ץ 1067/08 **עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך** (פורסם בנבו, 17.5.2010) (החלטת הביזיון).

מידע על תהליך קיום פסיקותיו ומבקר את הרשויות על הפרות או עיכובים בהחלטות עוקבות.⁶⁰ פרקטיקה זו – המבוססת על דיני הראיות הנהוגים בבג"ץ, כלומר, תצהירי פקידים והצהרות פרקליטים ללא חקירה – כוללת בדרך-כלל תלונה מצד העותרים על אי-קיום, דיווח מצד המשיבים על מה שנעשה ועל הסיבות לעיכוב או לסטייה מן האמור בפסק-הדין, והערכה פומבית של בית-המשפט באשר לרמת הציות של המדינה ולצעדים הבאים שיש לנקוט. זו גם המסגרת שבה בית-המשפט נוהג לדחות מועדים או לקבוע תנאי קיום מפורטים יותר, כפי שתואר לעיל בטיפולוגיה של המענים השיפוטיים. בהעדר מסגרת דיונית מובנית לניהול הליכים אלה – אשר הסמכות לקיימם מונחת אך אינה מוכחת – בית-המשפט העליון נוטה לצמצם את היקפם, וגם אם הנחיותיו אינן ממומשות במלואן, במקרים רבים הוא קובע, אחרי סיכוב או שניים של הליכי ביזיון, כי הנושא "מוצה" או "הסתיים", וכי בירור שלם של המצב המשפטי והעובדתי שנוצר מחייב פתיחת הליך חדש על אדנים דיוניים עצמאיים.⁶¹

לעומת השימוש הייחודי של בית-המשפט העליון בהליך הביזיון כאמצעי זמני לפיקוח על קיום החלטותיו, אשר מעוקר בפועל מאמצעי האכיפה האלימים של קנס ומאסר, ניכר שדווקא ערכאות הדיון – במיוחד בתי-המשפט המחוזיים בשבתם כבתי-משפט לעניינים מנהליים וגם בסמכותם השירותית במשפט האזרחי – נכונות לעשות שימוש בסנקציות החומריות של פקודת הביזיון מול רשויות ציבוריות שמפרות את החלטותיהן. בעיקר בולט השימוש בסנקציות אלה (או באיום בהפעלתן) נגד פקידים בכירים כזוטרים בשלטון המקומי, להבדיל מהשלטון המרכזי. בהליכים אלה בתי-המשפט המחוזיים נכונים לעיתים להטיל קנסות על רשויות או על ראשיהן, ואף לאיים בסנקציות חמורות יותר, וזאת מבלי לדון כלל

60 ראו, למשל, שלוש החלטות שניתנו בבג"ץ 3487/03 נתן נ' משרד החינוך – הגף להערכת תארים אקדמיים (פורסמו בנבו, 13.10.2004 ו-19.6.2005) ובבג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה (פורסם בנבו, 11.1.2005) – מעקב במסגרת בקשות ביזיון אחר קיום פסק-דין שהורה למדינה לשנות מדיניות בתחום ההכרה בתארים מחוץ-לארץ ולקיים בחינה אישית של אלפי מקרים; שתי החלטות בבג"ץ 4299/13 ברקוביץ נ' שר האוצר (פורסמו בנבו, 18.11.2014 ו-7.5.2015) – מעקב במסגרת בקשות ביזיון אחר ניהול משא-ומתן בין הצדדים בעקבות פסק-דין שאימץ פשרה; ע"ם 1753/13 עמותת תושבים למען נווה צדק נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז תל אביב (פורסם בנבו, 28.12.2015) – דחייה של בקשת ביזיון לגופה לאחר שהוברר כי המשיבות – עירייה וועדת תכנון מקומית – עמדו בחובותיהן לפי פסק-הדין.

61 ראו, למשל, בג"ץ "קו לעובד" (2009), לעיל ה"ש 18, פס' 10: "...העתירה שהוגשה, על הבקשה לפי פקודת בזיון בית-המשפט שבגדרה, הגיעה אל קץ דרכה", ואם יתברר שהמדינה אינה עומדת בחובותיה, "...דרכם של העותרים לשוב ולפנות בעתירה חדשה לבית-משפט זה לעולם פתוחה"; בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פס' 20 (פורסם בנבו, 14.9.2010) – קביעה כי הדיון בעתירה ובהליך הביזיון שהתנהל אחריה "הסתיים לעת הזו", ושאלות חדשות שהתעוררו לנוכח אופן קיומו של פסק-הדין "ייוותרו... לעת מצוא".

בשאלת הסמכות לעשות כן.⁶² עם זאת, בתי-המשפט המחוזיים עוסקים גם בשאלת תחולתם של דיני בזיון בית-משפט על אורגנים של המדינה (להבדיל מהשלטון המקומי). בתחום זה מתנהל בשנים האחרונות דיון משפטי ער בערכאות הדיון, וזאת בלא הנחיה של ממש מבית-המשפט העליון. אף שקיים גיוון מסוים בעמדות השיפוטיות בנושא זה, הגישה הנפוצה היא שאין מניעה להחיל את דיני הביזיון על המדינה, במיוחד אם ניתן לאתר פקיד מסוים באורגן המדינתי שאחראי להפרה.⁶³

62 ראו, למשל, עת"ם (מנהליים נצ') 326/09 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית בית שאן** (פורסם בנבו, 1.6.2011) – תיאור הליך ממושך שנוהל בבקשה לפי פקודת בזיון בית-משפט נגד שורה של רשויות מקומיות. כן ראו עת"ם (מנהליים ת"א) 7094-08-13 **חורובסקי נ' ראש עיריית בני ברק** (פורסם בנבו, 3.2.2014), שם הורה בית-המשפט למשיבים – העירייה וראשיה – לפעול "לא לתור" לקיום פסק-דין, והטיל עליהם קנס יומי בסך 4,000 ש"ח בגין כל עיכוב נוסף בביצוע פסק-הדין. ערעור לבית-המשפט העליון על פסק-הדין נדחה, אך בהסכמת הצדדים ניתנו לעירייה ארבעה חודשים נוספים לקיום הפסק. בית-המשפט קבע כי "מועדים אלה **קשיחים**... וככל שהמועדים יכובדו במדויק, יבוטל הקנס שהושת בהליך הביזיון" – עע"ם 3055/13 **ראש עיריית בני ברק נ' חורובסקי**, פס' ו לפסק-הדין (פורסם בנבו, 24.3.2014) (ההדגשה במקור). כן ראו בג"ץ **דואק**, לעיל ה"ש 40 – נכונות של בית-המשפט העליון לדון בבקשת בזיון בעתירה נגד רשות מקומית. במקרה אחר הוטל על ראש רשות מקומית, ראש עיריית ירושלים, לשלם מכיסו מחצית מן ההוצאות שנפסקו נגד העירייה בעתירה מנהלית שבה נקבע כי העירייה מפרה את חופש הביטוי והשוויון של העותרים – עת"ם (מנהליים י"ם) 526/05 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים** (פורסם בנבו, 26.6.2005).

63 ראו, למשל, עת"ם **דומברובסקי**, לעיל ה"ש 50, בעמ' 8: "...מקום בו ניתן לאתר באמצעים סבירים, זהות המפירים של הצד, לא יהסס בית המשפט ליישם את הוראות הפקודה, בנסיבות המתאימות, אף על אורגנים של המדינה"; ע"ב (אזורי ת"א) 1596/03 **עובד אברהם – לשכת הקשר נתיב**, פס' 13.3 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 30.4.2007): "...אין כל מניעה עקרונית להגיש בקשת בזיון כנגד המדינה, בין בבית הדין לעבודה ובין בבית המשפט האזרחי"; בש"א (מנהליים חי') 596/08 **מוטפא נ' שר הפנים**, פס' 4 להחלטה (פורסם בנבו, 14.4.2008): "אין דבר בלשון החוק שאינו מאפשר הפעלת הסמכות כלפי אדם הממלא תפקיד ציבורי או אחר מטעם המדינה. פקיד ציבור הממלא תפקיד שלטוני כזה או אחר, כפוף להוראות בית המשפט וניתן לאכוף את ביצוע ההוראות גם באמצעות הסנקציות הקבועות בסעיף 6 [לפקודת בזיון בית-משפט]; בש"א (מנהליים י"ם) 251/08 **אבנים מור בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, עמ' 11 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 6.8.2008): "...אין מניעה עקרונית להחיל את פקודת בזיון בית המשפט על המדינה... אין כל מקום לדבוק בגישה המיושנת לפיה 'The king can do no wrong', גישה אשר איננה מקובלת כיום גם על מדינת מוצאה." עם זאת, קיימות בפסיקה גם קביעות שלפיהן פקודת הביזיון אינה חלה על המדינה. ראו, למשל, בר"ם **באקי**, לעיל ה"ש 57, פס' 8: תיאור החלטה של בית-המשפט המחוזי בעמ"נ (מנהליים מר') 48900-12-10 **פאלאיי נ' משרד הפנים** (לא פורסם, 15.8.2013), שלפיה "פקודת הביזיון אינה חלה על המדינה". לגישה המציעה להבחין בין סוגים שונים של הפרות לעניין תחולתם של דיני הביזיון ראו, למשל, פרשת **יפת השמש**, לעיל ה"ש 58, פס' 10: "נראה בעיני כי [לעניין החלתם של דיני בזיון בית-משפט על המדינה] יש להבחין בין פסק דין המכיל חיוב כספי לבין פסק דין המחייב את המדינה לפעול לעשיית מעשה, או אז הביצוע מורכב יותר." במקרה אחר המיר בית-משפט מחוזי את סנקציית הקנס בחיוב המדינה בתשלום פיצוי שבועי לצד שכנגד בגין עיכוב נמשך בתשלום סכום

אני סבור כי נכונותן של ערכאות הדיון לעשות שימוש ממשי בדיני בזיון בית-משפט נגד רשויות ציבוריות היא נתון חשוב, בהעידו על מאפיינים שהם ייחודיים לערכאות אלה. אדון בכך במפורט בהמשך.

ג. **אישום פלילי / תביעה אזרחית** – הפרה של צו שיפוטי יכולה לשמש גם בסיס להליך משפטי עצמאי שמטרתו אכיפת הצו שניתן. במשפט הפלילי קיימת העברה של הפרת הוראה חוקית,⁶⁴ שנועדה להטיל אחריות פלילית על מי שמפר צו שיפוטי שניתן נגדו. מובן, עם זאת, שאי-אפשר להפעיל את העברה נגד המדינה, שאינה כפופה לדין הפלילי. לכאורה, פקידים ברשויות המדינה עשויים להיות חשופים להפעלת הסנקציה הפלילית אם נמצא כי הם מפריים צו שיפוטי, אך לשם כך נדרש שהמדינה עצמה תאשים את עובדה בהפרת צו שניתן נגדה, וניתן להבין מדוע קשה לתאר שתרחיש כזה קורה בפועל, בוודאי כאשר מדובר בפקידים בכירים ובנבחרי ציבור. גם העוולה הנזיקית של הפרת חובה חקוקה⁶⁵ עשויה לכאורה לשמש עותר במקרה של הפרת צו שיפוטי,⁶⁶ ובהליך כזה אין בעיה פורמלית של תחולה על המדינה.⁶⁷ הקושי נעוץ כמובן במגבלות המוכנות של התביעה הנזיקית, אשר עוסקת בהטבת נזקים חומריים, ולא באכיפה נמשכת של חובה קיימת; זאת, לצד ההיבט הרקורסיבי שבניסיון לתבוע סעד שיפוטי נגד מי שלא קיים סעד שיפוטי.

שנפסק לחובתה – ראו ע"ו (מחוזי י"ם) 27849-06-10 **חגור תעשיות בע"מ נ' ועדת הזכאות מנהלת סלע**, פס' 13 להחלטה (פורסם בנבו, 8.9.2011). אולם החלטה זו בוטלה, בלי נימוקים, על-ידי בית-המשפט העליון בע"פ 7029/11 **ועדת הזכאות לפי חוק יישום תכנית ההתנתקות נ' חגור תעשיות בע"מ** (פורסם בנבו, 25.1.2012), וזאת לאחר שהשופט פוגלמן הצביע בהחלטות-ביניים בהליך על ה"קושי" שבהטלת פיצויים בהליך לפי פקודת הביזיון – ראו ע"פ **חגור תעשיות בע"מ**, לעיל ה"ש 58.

64 ס' 287 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

65 ס' 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

66 ראו, למשל, ע"פ 8225/12 **פלונית (קטינה) נ' פלוני**, פס' 17 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 24.2.2013): "אנו חיים במדינת חוק, ולהפרת צו שיפוטי יש תוצאות בעולם המעשה. כך, הפרת צו איסור פרסום עלולה לשאת בצידה סנקציות שונות: מי שנגרם לו נזק כתוצאה מן הפרה יכול להיפרע מן המזיק בגדר עילת הפרת חובה חקוקה..."; תמ"ש (משפחה י"ם) 48750-07-12 **י. ש. נ' צ. כ.**, עמ' 29 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 19.2.2014): "ההוראה שהופרה הינה החלטת בית המשפט אשר עצם הפרתה מהווה הפרת חובה שנקבעה בחיקוק"; בנימין שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט" **המשפט** יב 285, 294–297 (2007).

67 ראו, למשל, ת"א (מחוזי נצ') 9180/93 **גדיר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 22.5.2002) – הטלת אחריות על המדינה בהפרת חובה חקוקה בגין עיכוב בתשלום פיצוי שהוטל עליה בהליך קודם בין הצדדים; זאת, בין היתר, משום שמדובר בנסיבות שבהן "אין הזוכה עפ"י פסה"ד יכול לאכוף את ביצועו של פסק הדין בהוצאה לפועל או בהליכי בזיון בית המשפט...". (שם, פס' 6). כן ראו תא"ם (שלום כ"ס) 29187-05-12 **גינזבורג נ' מדינת ישראל המשרד לשרותי דת** (פורסם בנבו, 4.9.2014) – הטלת אחריות על המדינה ברשלנות ובהפרת חובה חקוקה עקב עיכוב בקיום חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ו-1996 (עיכוב שגם בג"ץ העיר עליו בהליכים קודמים).

פרק ד: אי-קיום ככשל מוסדי

אי-קיום החלטות בג"ץ על-ידי המדינה מהווה אפוא אתגר רב-מישורי: הוא משקף את קשיי הלגיטימציה הפוליטית של רשות שלטונית שמיקמה את עצמה במוקדים מרכזיים של קבלת החלטות ציבוריות חשובות, וזאת בלא חרב וארנק לגיבוי החלטותיה; ⁶⁸ ובה-בעת הוא משקף את מגבלותיהם של ההסדרים המשפטיים הקיימים, אשר אינם מתוחכמים דיים להתמודד עם הנסיבות המיוחדות של המשפט הציבורי בכלל ושל המשפט הציבורי בישראל של המאה העשרים ואחת בפרט. לצד שני מישורים אלה, אני מבקש להאיר נדבך שלישי לאתגר האכיפה של החלטות בג"ץ, שעניינו **המאפיינים המוסדיים** של עבודת בית-המשפט העליון בדונו במשפט ציבורי. מבלי להפחית מחשיבותם של המישורים האחרים (וכנגזר מכך, אף לא מאחריותם הפוליטית, האתית או המשפטית של פרטים וגופים שפועלים באותם מישורים), אני סבור שיש ערך לבחינת התנאים המוסדיים של עבודת בג"ץ ולבדיקה אם ניתן לשפר את איכות הקיום של החלטותיו באמצעות כלים של עיצוב מוסדי.

את הדיון המוסדי מתבקש למקד לכאורה בבחינת הליכי הקיום ברשות המבצעת.⁶⁹ בית-המשפט, לפי האידיאל הקלסי של שלטון החוק במשטר דמוקרטי של הפרדת רשויות, אמור "לומר את דברו" – ולהסתפק בכך. האחריות לקיום, וכן ליצירת התנאים המוסדיים לכך שיהיה קיום, מוטלת על הרשות המבצעת, אשר כשמה כן היא – מופקדת על ביצוע הדין, בין שהוא חיקוק ובין שהוא פסק-דין. למרות זאת, הניסיון ההשוואתי עשיר במצבים שבהם בכירי הרשות המבצעת המרו הוראות שיפוטיות: חלקם זכו

68 ראו, למשל, רות גביון "התקווה החלולה: האם בתי משפט יכולים להביא לשינוי חברתי?" **מעשי משפט** כ 15, 28 (2009): "...כאשר יש התנגדות בולטת – או אף סמויה – [למהלכים של שינוי חברתי שמוביל בית-המשפט העליון], ההצלחה מוגבלת הרבה יותר... אין זה פלא כי בית המשפט מתח לאחרונה ביקורת על גרירת הרגליים ביישום פסיקתו בשתי סוגיות שבהן פועלים נגדה אינטרסים פוליטיים וכלכליים רציניים." השוו: Adam Shinar, *Accidental Constitutionalism: The Political Foundations and Implications of Constitution-Making in Israel*, in SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS 207, 229–231 (Denis J. Galligan & Mila Versteeg eds., 2013) – ביקורת הטענה שמעורבות שיפוטית ביצירת המשטר החוקתי עלולה לכרסם במחויבות השלטונית לקיום פסקי-דין.

69 גם הרשות המחוקקת עשויה באופן עקרוני להימצא כפופה לצו שיפוטי, וממילא להפר אותו. אך בתחום פעילותה העיקרי – חקיקה – בית-המשפט העליון נמנע באופן עקבי ממתן צווי עשה, אף שכעניין נורמטיבי הדבר אינו בלתי-אפשרי. ראו, למשל, בג"ץ 129/13 **אקסלרוד נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 26.1.2014); בג"ץ 7717/13 **קוליאן נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 2.10.2014); אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" **משפט וממשל** יז 9 (2016). במישורי הפעילות האחרים של הכנסת שכפופים לפיקוח שיפוטי, דוגמת דיני חסינות, הדיון שלהלן בנושא הרשות המבצעת יחול בהתאמה.

במקום של כבוד בתורת שלטון החוק,⁷⁰ בעוד אחרים מצאו את עצמם בצד הלא-נכון של ההיסטוריה.⁷¹ התנאים התרבותיים, הפוליטיים והמוסדיים המשפיעים על תמריצי הקיום של פסיקות שיפוטיות אצל הרשות המבצעת הינם סוגיה רחבה וסבוכה, ואין בכונתי להעמיק בה במאמר זה.⁷² כעניין פוזיטיבי המשפט הישראלי עוסק באופן קיומן של פסיקות שיפוטיות על-ידי המדינה. כזכור, הנושא מוסדר, בין היתר, בחוק המדינה כבעל-דין ובתקנות הוצאה לפועל של פסקי דין נגד המדינה.⁷³ אלא שחיקוקים אלה עוסקים באופן קיומם של חיובים כספיים, ואינם מפרטים את ההליך לקיום פסקי-דין מסוג צו,⁷⁴ שהם פסקי-הדין הטיפוסיים לבג"ץ ואשר בהם המאמר הנוכחי עוסק.

70 הדוגמה הקלסית היא זו של הנשיא לינקולן בעת מלחמת-האזרחים בארצות-הברית, שסירב לקיים צו שיפוטי אשר הורה לשחרר אדם שנעצר תוך הפרת ההליך החוקתי של habeas corpus עקב פעילותו נגד המאמץ המלחמתי של הממשל הפדרלי (הצפון). בהצדיקו את המהלך, טבע לינקולן את אחד הביטויים הקנוניים של תורת "הדמוקרטיה המתגוננת": "Are all the laws but one to go unexecuted, and the Government itself go to pieces lest that one be violated?" (Abraham Lincoln, *Special Session Message*, July 4, 1861, available at <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=69802>). לעיון בהשפעתה העמוקה של אפיזודה זו על התרבות החוקתית האמריקאית ראו: WILLIAM H. REHNQUIST, ALL THE LAWS BUT ONE: CIVIL LIBERTIES IN WAR TIME (1998). דבריו של לינקולן חלחו גם לפסיקה בג"ץ, בהחלטתו המכוננת של הנשיא אגרטל בעניין פסילת רשימות לכנסת – ראו ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 388–389 (1965).

71 הדוגמה האמריקאית המובהקת היא זו של מושל מדינת ארקנסו, אורוול פובוס (Faubus), אשר הורה בשנת 1957 למשמר הלאומי של מדינתו לחסום בכוח את כניסתם של תשעה תלמידים שחורים לבית-ספר ציבורי בעיר ליטל רוק, כדי למנוע את הדה-סגרגציה הגזעית שנכפתה על המדינה על-ידי בית-המשפט העליון בהחלטה המפורסמת בעניין Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954) (להלן: *Brown v. Board* (1954)). ראו: Tony A. Freyer, *Enforcing Brown in* (2004) 6 J. APP. PRAC. & PROCESS 67. *the Little Rock Crisis*, דוגמה מן ההיסטוריה הרחוקה יותר היא האמירה הבאה משנת 1832, המיוחסת לנשיא הפופוליסטי אנדרו ג'קסון (Jackson), בתגובה על פסיקה של נשיא בית-המשפט העליון האמריקאי ג'ון מרשל (Marshall) שצמצמה את כוחן של המדינות מול הממשל הפדרלי: "John Marshall has made his decision, now let him enforce it" Edwin A. Miles, *After John Marshall's Decision: Worcester v. Georgia and the Nullification Crisis*, 39 J. S. HIST. 519 (1973).

72 לדיונים מאירי-עיניים ראו, למשל: MORTIMER R. KADISH & SANFORD H. KADISH, DISCRETION TO DISOBEY: A STUDY OF LAWFUL DEPARTURES FROM LEGAL RULES (Quid pro books, 2010)(1973); Adam Shinar, *Dissenting from Within: Why and How Public Officials Resist the Law*, 40 FLA. ST. U. L. REV. 601 (2013); יאיר שגיא "למנצח שיר מזמור? לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל" **משפט וממשל** טז 65 (2014).

73 ראו לעיל ה"ש 47–49. למעשה, בנוסח המקורי של החוק נקבע כי בית-משפט אינו רשאי כלל לתת "...סעד נגד המדינה בדרך צו מניעה או ביצוע בעין; והוא כשאינו בחוק הוראה אחרת" (ס' 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958, ס"ח 118, 119) – הסדר שצמצם את תחום הציוויים

לחלל זה נכנס היועץ המשפטי לממשלה, אשר בהנחיותיו ליחידות הרשות המבצעת הסדיר את הנושא של קיום צווים שיפוטיים. בשלב הראשון פורסמו הנחיות היועץ בדבר ביצוע חיובים כספיים שנפסקו נגד המדינה. בהנחיות אלה, שהינן פירוט ויישום של החקיקה והתקנות בנושא, מודגש כי "משחויבה המדינה בפסק-דין לשלם סכום פלוני לזוכה, אין התשלום או מועד ביצועו מסורים לשיקול דעתו של המשרד הנוגע בדבר".⁷⁵ מחלוקות בתוך הרשות המבצעת באשר ליחידה שמתקציבה ישולם החיוב אינן מצדיקות על-כן עיכוב בקיום הפסק. בשנת 2010 הוסיף היועץ הנחיה חדשה אשר מתייחסת לראשונה לקיום פסקי-דין לא-כספיים שניתנו נגד המדינה. הנחיה זו נפתחת בקביעה כי "הציות לפסקי דין הינו חובה המוטלת לא רק על תושבי המדינה וכל הבאים בשעריה, אלא בראש ובראשונה על המדינה עצמה, כמאמר חז"ל – 'נאה דורש נאה מקיים'".⁷⁶ שתי ההנחיות מבוססות על מערכת של חילופי מידע, דיווחים ועדכונים בין פרקליטים, יועצים משפטיים ועובדים של המוסד שבו נגעה הפסיקה השיפוטית, כך שיתקיים מעקב אחר הקיום.⁷⁷ הן אינן מפרטות, עם זאת, סנקציות או תמריצים כלשהם, ואינן עוסקות באופן מפורש בחיובים המוטלים על אישיות פוליטיות או באופן הניהול של תהליכי ביצוע פסק הכרוכים בגיבוש מדיניות או בשינוי מוסדי (לבד מן החובה לעמוד בזמנים שנקצבו על-ידי בית-המשפט ומן האופן שבו יש לבקש דחיית מועד במקרים מתאימים).⁷⁸

הרשות המבצעת – למצער משפטניה – עוסקת אפוא בתוכה פנימה בנושא של קיום החלטות שיפוטיות. אני מבקש כאמור להסיט את המבט לרשות השופטת עצמה, ולתהות אם ניתן לאתר גם בסדרי עבודתה רכיבים סיבתיים בתופעת אי-הקיום של החלטות בג"ץ, וכן אפשרויות לשינויים מוסדיים שישפרו את המצב בתחום זה. אני מבקש לקדם טענה שהיא במידה מסוימת נוגדת-אינטואיציה: כערכאת שיפוט גבוהה, בית-המשפט העליון – במיוחד בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק – לוקה בגירעון מובנה ביכולת האכיפה של החלטותיו בתחומי המשפט הציבורי. דווקא מאפיינים הכרוכים

נגד המדינה רק להליכים מיוחדים, כגון עתירה לבג"ץ. סעיף זה בוטל בתיקון משנת 1998 לחוק המדינה כבעל-דין, לעיל ה"ש 52.

75 הנחיה 6.1003, לעיל ה"ש 10.

76 הנחיה 6.1006, לעיל ה"ש 10.

77 השוו לס' 88 לתקנון לעבודת הממשלה ה-33 בראשות בנימין נתניהו (מזכירות הממשלה, 7.4.2013) www.pmo.gov.il/Secretary/Documents/takanon33.pdf – קביעת הגורמים ברשות המבצעת האחראים למעקב אחר ביצוע החלטות הממשלה ודיווח על-אודותיו.

78 עם זאת, היועץ פועל גם באופן פרטני לקידום פעילות שלטונית שמיועדת לקדם קיום פסקי-דין של בג"ץ. ראו, למשל, מכתב מיהודה וינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה, לבנימין נתניהו, ראש הממשלה, וליאיר לפיד, שר האוצר "הסדרה כוללת של הטבות המס לישובים" (4.4.2013), עותק בידי המחבר) – מכתב המתריע מפני התקרבות המועד האחרון לקיום פסק-הדין של בית-המשפט העליון בבג"ץ 8300/02 נטר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012), אשר ביטל הסדר מפלה של הטבות מס ליישובים ונתן למדינה שנה ליצור הסדר חוקתי תחתיו. בינתיים ניתנו למדינה ארכות נוספות לקיום הפסק – ראו לעיל ה"ש 32.

ב"עליונותו" של בית-המשפט ובייחודיותו של בג"ץ הם שחושפים את צוויו לסיכון של אי-קיום מצד רשויות המדינה. במישור העיצוב המוסדי, הלקח מטענה ביקורתית זו יהיה שדווקא מעורבות של **ערכאות נמוכות** בתהליכי הפירוש והאכיפה של החלטות בג"ץ עשויה לחזק את תוקפן של הפסיקות ולצמצם את אפשרויות ההפרה שלהן. אך תחילה להצגת הטענה בנוגע לבית-המשפט העליון.

אני מבקש להצביע על שני מאפיינים ייחודיים לשפיטה הבג"צית, אשר שילובם, כך אטען, תורם לגרעון האכיפה המובנה של בית-המשפט העליון:

ראשית, השילוב של סוגי העתירות המגיעות לפתחו של בית-המשפט בעידן האקטיביזם השיפוטי של העשורים האחרונים, ושל נטייתו הדוקטרינרית להעניק לרשויות השלטון מתחם רחב של שיקול-דעת בבחירת דרך פעולה חוקית, מוביל לכך שכאשר בג"ץ מקבל עתירה ומוציא צו מוחלט נגד המדינה, הוא נוטה לעשות זאת בדרך של פסילת המעשה השלטוני המותקף, מבלי להגדיר לרשות קווי מתאר של מדיניות חלופית מותרת. אפילו כאשר הסעד הבג"צי ניתן כצו עשה, מדובר בדרך-כלל בקביעה של רף תוצאתי כלשהו שעל המדינה לקיים, מבלי לקבוע את האופן שבו תושג התוצאה או את האמצעי שיש לנקוט כדי להשיגה. מאפיין זה של החלטות בג"ץ בולט במיוחד, כמובן, בעתירות המחייבות שינוי מוסדי משמעותי בדרכי הפעולה של הרשות השלטונית. במקרים כאלה אין מדובר בסעד פרטני או ממוקד (יש לממש צו הריסה; יש להתיר לאדם לשהות בישראל; יש להחזיר לעסק רישיון שנשלל), אלא בהוראה להפסקת פרקטיקה אסורה ולהחלפתה בהסדר אחר, אשר לשם יצירתו נדרשות עבודת הכנה, מומחיות מוסדית והתחשבות בשיקולים מגוונים של מוסר, מדיניות ועלות – היבטים שאינם בתחום כשירותו הטיפוסי של בית-המשפט.⁷⁹

נוסף על פער הכשירות, הגיוני שבית-המשפט גם נזהר בכבודן של הרשויות האחרות, ועסוק בשימור מעמדו ובבלימה של שחיקת הלגיטימציה שלו עקב האקטיביזם. דוגמה מוכרת לתופעה זו היא אחד הסבבים הידועים של העימות כנסת-בג"ץ מן העשורים האחרונים, אשר נסב על-אודות עתירות חוקתיות בנושא "הקיום בכבוד". באותה פרשה נתן בית-המשפט העליון צו על-תנאי שבו הורה למדינה לנמק מדוע היא אינה קובעת סטנדרט לקיום בכבוד⁸⁰ – פרויקט שמורכבותו והרגישות הפוליטית הכרוכה בו היו עצומות. בתגובה על הצו פרסמה הכנסת החלטה חריגה המביעה "דאגה" לנוכח "גלישת בית המשפט העליון לנושאים שבמובהק הם בתחום הסמכות של הרשות המבצעת והמחוקקת", ו"מתריעה מפני המשך מגמה זו, העלולה להתפתח למשבר חוקתי בישראל".⁸¹ בחלוף כחודשיים תוקן הצו על-תנאי והושב אל

79 ראו: Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353, 394-405 (1978) – על האתגר השיפוטי שבהתמודדות עם בעיות "פוליציטריות".

80 בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 5.1.2004).

81 ד"כ 208, 8861 (התשס"ד).

"אזור הנוחות" של בית-המשפט, קרי, לשאלת הבטלות של נורמה שלטונית (באותו מקרה – חקיקה שקיצצה בקצבאות הבטחת הכנסה).⁸²

שנית, הסדר סמכויות השיפוט בישראל מסמיך את בית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לדרך כערכאה שהיא ב־זמנית ראשונה ואחרונה (court of first and last resort)⁸³ ברוב העניינים החוקתיים, ברבים מהעניינים המנהליים, וכמעט בכל העניינים הנוגעים בפעילות צה"ל בשטחים שבשליטת ישראל. המשמעות היא שנתחים נרחבים מהמשפט הציבורי הישראלי, אשר למשפט המקובל יציר-השפיטה יש תפקיד מרכזי בעיצובו, נידונים לפני ערכאה המקיימת סדרי דין ודיני ראיות ייחודיים – כאלה המתאפיינים במה שניתן לכנות מידה של "רפות" ביחס לנהוג בערכאות דיון טיפוסיות, ובראשן בתי-משפט השלום ובתי-המשפט המחוזיים. כך, בהשוואה לפירוט הרב המאפיין את סדרי הדין בהליכים אזרחיים אחרים, תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק הן לקוניות ביותר.⁸⁴ הן קובעות, בסעיפים ספורים, רק את עיקרי העיקרים של ההליך, ומותרות את השאר לשיקול-דעתו של בית-המשפט, המודרך בדבר הצורך לעשות צדק, תוך קבלת היתר להישען על הנהוג בבית-המשפט המחוזי.⁸⁵ נשיאי בית-המשפט העליון פרסמו אומנם לאורך השנים הנחיות המסדירות חלק מן ההיבטים הדיוניים הכרוכים בניהול הליך לפני בית-המשפט – למשל, בדבר עריכת כתבי טענות ותצהירים, המצאות, הגשת בקשות והסדרי ייצוג.⁸⁶ אך תחומים משמעותיים של ניהול ההליך אינם מוסדרים עדיין באופן אחיד ומפורט – למשל, ניסוח כתבי טענות,⁸⁷ גילוי מוקדם,⁸⁸ סעדים

82 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (פורסם באר"ש, 16.3.2004).
83 אומנם קיימת אפשרות לקיים דיון נוסף על פסק-דין של בג"ץ, ובמובן זה אין מדובר תמיד בערכאה אחרונה. ראו ס' 18 לחוק-יסוד: השפיטה; ס' 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי-המשפט). אך כפי שנראה, דיון נוסף בבג"ץ מתאפיין בכל אותם היבטים שמעוררים את קשיי האכיפה של הליך בהרכב של שלושה, ולכן אפשרות זו אינה משפיעה על הניתוח המוצג במאמר הנוכחי.

84 תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין בבג"ץ).
85 ראו תק' 20(ב) לתקנות סדר הדין בבג"ץ.

86 ראו "הנחיות נשיאת בית המשפט העליון" (2010) elyon1.court.gov.il/heb/dover/html/hanchayot_new.htm.

87 תק' 2 לתקנות סדר הדין בבג"ץ קובעת רק כי "העתירה תפרט את פרטי האישיים של העותר ואת הנימוקים, שבעובדה ושבחוק, שעליהם היא מתבססת...". השוו להסדר המפורט בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקסד"א), הפרוש על-פני עשרות סעיפים (בכלל זה תק' 9-17 ו-70-90).

88 תק' 11-13 לתקנות סדר הדין בבג"ץ מסדירות הליך של החלפת "פרטים נוספים" בין הצדדים. אך זהו הליך גמיש וקצר יותר ממקבילו במשפט האזרחי, שם הגילוי המוקדם הוא לעיתים קרובות ליבת ההתדיינות מבחינת המשאבים המושקעים בה והסיכונים והסיכויים הגלומים בה. אכן, כמאמר בית-המשפט העליון עצמו, "...שאלון פרטים נוספים אינו שאלון בתביעת נזיקין, והליך ההכרעה בבג"ץ אינו ככלל הליך של קביעת עובדות פרטניות בדומה לבית משפט אזרחי" – בג"ץ 6474/10 עיריית ראשון לציון נ' שר הפנים, פס' יא להחלטה (פורסם בנבו, 21.3.2013).

זמניים⁸⁹ או סדרי הטיעון.⁹⁰

במישור של דיני הראיות, "ככלל, ההליכים בפני בית המשפט הגבוה לצדק מתמצים בהגשת תצהירים בלי לשמוע עדים ולנהל הליכי חקירה שכנגד".⁹¹ אכן, ההליך הבג"צי מבוסס באופן בלבדי כמעט על תצהירים – ראשית של העותר, ובהינתן צו על-תנאי גם של פקיד מהמנהל הציבורי. לא נשמעות בו כמעט אף פעם עדויות בעל-פה, בין של בעלי-הדין ובין של עדים אחרים. נוסף על כך, וחשוב יותר, בבג"ץ לא מתקיימות חקירות נגדיות על תצהיריהם של הצדדים. אפשרות כזו אומנם מוכרת בתקנות, אולם היא כפופה להיתר של בית-המשפט, "אם ראה צורך בכך לשם עשיית צדק",⁹² ובפועל הדבר אינו מתרחש כמעט.⁹³ לעיתים בית-המשפט נכון אומנם לשמוע התייחסות בעל-פה לעתירה ישירות מן הפקיד הרלוונטי (ולא רק מהפרקליט), אך גם במקרים אלה אין מדובר ב"עדות" במובנה המשפטי (כלומר, בעדות המקימה, בין היתר, איסור פלילי לשקר), ובעל-הדין שכנגד אינו זכאי ככלל לחקור את הדובר בעצמו. ראיות לא-מילוליות, כגון תמונות או מוצגים אחרים, נדירות אף יותר בבג"ץ. באין דיני ראיות, גם אין תפקיד לכללי הקבילות הרגילים, ותכנים מגוונים מוצגים לפני בית-המשפט ללא הערכה מובנית של מהימנותם או משקלם.

לריכוך המאפיינים הדיוניים והראייתיים הטיפוסיים של ההליך האדוורסרי בעתירות לבג"ץ יש הצדקות והסברים שונים, שחלקם עקרוניים וחלקם נסיבתיים. בוודאי יש לכך גם עלויות מסוימות – למשל, מבחינת דיוק החלטותיו של בית-המשפט במצבים של ספק עובדתי (שאף עשוי לא להיחשף כלל) או מבחינת יכולת התמרון העודפת של בעלי-דין חזקים (בראש ובראשונה המדינה כמשיבה לעומת העותרים, אך גם עותרים חזקים בהשוואה לעותרים חלשים) בתנאים של עמימות דיונית. אך אין בכוונתי לעסוק

89 תק' 19 לתקנות סדר הדין בבג"ץ קובעת רק כי "בית המשפט רשאי ליתן צווי ביניים, לבטלם ולשנותם, כפי שייראה לו בנסיבות הענין". השוו להסדר המפורט בתק' 360–392 לתקסד"א.

90 תק' 17 לתקנות סדר הדין בבג"ץ קובעת רק כי "בשעת הדיון יפתח המשיב ולעותר תהיה הזכות להשיב, ורשאי בית המשפט להרשות למשיב להשיב לטענות העותר". השוו לתק' 158–160 לתקסד"א.

91 הנשיאה נאור בבג"ץ 6269/12 הנהגת ההורים הארצית נ' שר החינוך, עמ' 2 להחלטה (פורסם בנבו, 21.1.2015).

92 תק' 18(א) לתקנות סדר הדין בבג"ץ.

93 ראו, למשל, את דבריו של השופט רובינשטיין בעע"ם 2611/08 בנימין נ' עיריית תל-אביב, עמ' 11 (פורסם בנבו, 5.5.2010) – "כשלעצמי סבורני אפוא, כי יש לבחון במקרים מתאימים – בפתיחות דעת, אם גם במידה נכונה – חקירת מצהירים בבית המשפט לעניינים מינהליים, אף שהדבר כמעט שאינו מתאפשר בבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, נוכח דרכי הדיון הנוהגות בו בפועל, שבהן חקירת מצהירים היא חריג שבחריג גם נוכח העומס...". ספק, אגב, אם התקנה המכפיפה את החקירה הנגדית לשיקול-דעתו של בית-המשפט היא חוקית, בהתחשב בכך שהזכות לחקירה נגדית של מצהיר קבועה בחקיקה ראשית, כלומר, בנורמה מדרגה גבוהה יותר – ראו ס' 17(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971; עומר דקל "חקירה נגדית בבג"ץ ובבית-המשפט לעניינים מינהליים" עיוני משפט לה 151, 177–179 (2012).

בשאלות אלה במאמר הנוכחי.⁹⁴ ההתייחסות למאפיינים אלה נועדה להצביע על כך שבג"ץ הוא בית-משפט של ערכאה ראשונה אשר חסר את אחד היסודות הבסיסיים ביותר של ערכאות דיון אחרות – היכולת לקיים בירור עובדתי ממצה.

* * *

נטייתו הדוקטרינרית של בג"ץ למתן צווים בעלי רקמה נורמטיבית פתוחה במקרים של עתירות מוסדיות, בשילוב המבנה הדיוני הרך של השיפוט בבג"ץ, מובילים לשני תוצרים קשורים: ראשית, למדינה ניתן במקרים רבים שיקול-דעת רחב באשר לאופן קיומו של פסק-הדין, ומשמעות הדבר היא שאי-אפשר לדעת מראש מה ייחשב "קיום" של פסק-הדין. נוצר אפוא שדה של ספק – ושל מניפולציה – שבו למדינה יש שליטה הן בפירושו של פסק-הדין ובהגדרת מובן הקיום שלו, והן בחשיפה של תוכניותיה לקיים את פסק-הדין ושל פרטי הפעולות שהיא מבצעת לשם כך. כאשר שדה זה מתקיים בעידן שבו הציוויים השיפוטיים נוגעים באופן תדיר בתחומים סבוכים ורגישים מבחינה פוליטית, מוסדית ותקציבית, החשש להתפתחות תופעות מגוונות של אי-קיום גָּל. שנית, בית-המשפט נעדר כלים אפקטיביים לאיסוף, לעימות ולאימות של מידע בנוגע לעתירות שלפניו, מעבר למידע שמסופק לו באופן חד-צדדי בתצהירי המדינה ובדברים בעל-פה של נציגי המדינה באולם בית-המשפט (אשר מתועדים לעיתים בהחלטותיו). זו בעיה כללית של ההליך הבג"צי (שכן לעותרים אין ככלל גישה למידע על הליכים פנימיים ברשות השלטונית),⁹⁵ אך היא מחריפה במצבים של מחלוקת באשר לכנות המאמץ הממשלתי לקיים את הציווי השיפוטי.

כאמור, הנחת המאמר היא שאי-קיום החלטות של בג"ץ יוצר בעיה חברתית שיש לפעול לצמצומה, ושאי-אפשר להסתפק במנגנוני האחריות הפוליטית והמנהלית לשם כך. מתעוררת אפוא שאלה של עיצוב מוסדי: בהתחשב במאפיינים הקיימים של ההליך הבג"צי, אשר אתייחס אליהם כאל נתון (הן מפני שהם מושרשים בתרבות המוסדית והפוליטית של המשפט הציבורי הישראלי והן משום שיש להם הצדקות עצמאיות שאיני מבקש לערער במאמר זה), אילו חידושים דיוניים ניתן לשלב בשלב שאחרי פסיקת בג"ץ על-מנת לשפר את רמת הקיום של החלטותיו? אבחן שתי חלופות מוסדיות עיקריות, שנלמדות מהניסיון של מערכת המשפט הישראלית כמורגם מהמשפט המשווה: (1) שימור מעורבותו של בית-המשפט העליון בעתירה גם אחרי הפסיקה לצורך בקרה על קיום צוויו-הוא, לפחות במקרים שבהם עניינו של הצו שינוי מוסדי ואופן קיומו של הצו אינו מסתבר מלשוננו; (2) הפקדת הסמכות לפירוש, ליישום ולאכיפה של צווי בג"ץ בידי ערכאות הדיון של המערכת השיפוטית, ברוח המסורת

94 לדיונים מקיפים ראו דקל, שם; רענן הר-זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק (1991); יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295 (1993).

95 ראו אדם שנער "בכמה קולות מדברת המדינה? על מתן מעמד לרשות חולקת בהליכים משפטיים" עיוני משפט לח 361, 370–371 (2016).

ההייררכית של המשפט המקובל בענפי המשפט האזרחי והפלילי. בחלק הבא אתייחס ביתר פירוט לכל אחת משתי החלופות, וארחיב על השנייה. אכן, אבקש לשכנע כי אף שבישראל ננקטת בעיקר החלופה הראשונה, יש טעמים טובים לזניחתה לטובת החלופה השנייה.

פרק ה: הצעה למודל של אכיפה שיפוטית

אכיפה שיפוטית של פסקי-הדין של בג"ץ יכולה להתקיים באחת משתי דרכים – על-ידי בית-המשפט העליון עצמו או באמצעות ערכאות אחרות במערכת שעליהן תופקד המשימה. אדון בקצרה באפשרות הראשונה, ואבקש להעמיק בשנייה, שהיא לדעתי המבטיחה מבין השתיים.

1. בית-המשפט העליון כאוכף של צוויו-הוא

כפי שתואר לעיל, זו לאמיתו של דבר הפרקטיקה הנהוגה בבית-המשפט העליון כיום. כאשר הוא מקיים הליכי בתר-פסק – בין במסגרת דיני הביזיון ובין מחוץ להם – בית-המשפט מוצא את עצמו, כעניין שבשגרה, מתאמץ להביא את המדינה לידי קיום הפסק, בעיקר באמצעות הגדרה מפורטת יותר ויותר של לוחות-זמנים ואמות-מידה לביצוע החלטותיו (ותוך רתיעה מהטלת סנקציות אישיות בגין ביזיון). אכן, אם עולה בידי המדינה לשכנע את בית-המשפט עוד בשלבים המוקדמים של ההליך בדבר מורכבותו או רגישותו של הסוגיות הנידונות בעתירה, בית-המשפט עשוי אף להירתע מפסיקה כליל. במצבים אלה בית-המשפט מרבה בהחלטות-ביניים ל"ניהול" ההליך, שבהן נקצבים למדינה פרקי-זמן ממושכים (לעיתים של שנים) לבחינה מחדש של מדיניותה ולעדכון עמדתה במענה לעתירה, תחת מתן פסק-דין סופי לכאן או לכאן.

אומנם, האסטרטגיה של ניהול נמשך של העתירה – גישת "ההליך המתגלגל" בלשונו של אריאל בנדור⁹⁶ – מצליחה לעיתים להביא את המדינה לידי קיום הפסק (במצבים שבהם ניתן פסק-דין) או לידי שינוי מדיניותה באופן שמוביל להתייתרות העתירה (לפני מתן פסק-דין). אולם היא נושאת גם עלויות משמעותיות, ונראה שאף השופטים עצמם אינם מחסידיה,⁹⁷ שכן משמעותה היא שתיקים נותרים פתוחים למשך תקופות ארוכות, לעיתים ארוכות ביותר. ראשית, זהו מצב בעייתי למערכת משפטית

96 בנדור, לעיל ה"ש 28, בעמ' 379–389.

97 ראו, למשל, בג"ץ 1254/10 פלוני נ' רשות האוכלוסין וההגירה ומעברי הגבול – משרד הפנים, פס' ב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 4.4.2012): "חבל שנושא מעין זה שב ומטעים את תפקידו של בית המשפט זה כשמרטף של פעולות הממשלה בנושאים שונים, כדי להבטיח שהפעולות הראויות על פי דין יינקטו...".

אשר טרודה כל העת בביקורות על עומס ועיכובים,⁹⁸ במיוחד כאשר אלה מאפיינים את הערכאה הגבוהה ביותר. שנית, וחשוב יותר, זהו מצב שמכרסם בעתודות הלגיטימציה של בית-המשפט, בשדרו מסר כאילו הכל נתון למשא-ומתן, אין ודאות שתיתן פסיקה, ומשניתנת פסיקה אין ודאות שהיא סופית ותקיים כלשונה.

תחושת אי-הנוחות המתעוררת לנוכח מדיניות של ניהול נמשך של עתירות, אשר נעשה ללא כל ביסוס דוקטרינרי באשר לעקרונותיו או לגבולותיו, ניכרת במיוחד כאשר בית-המשפט מחליט – לעיתים על יסוד נתון שרירותי כלשהו – כי הטיפול הנמשך בעתירה "מיצה" את עצמו, ומורה על סילוק העתירה בעילה כזו או אחרת.⁹⁹ רקע מוכר למקרים כאלה הוא פרישה קרבה של אחד משופטי בית-המשפט שהיה מעורב בטיפול בעתירה, שאז נוצר תמריץ מוסדי לא להותיר קצוות פתוחים.¹⁰⁰ רקע שכזה אחר הוא שינוי בנסיבות העומדות בבסיס העתירה – שינוי שעשוי להיות תוצר של הגשת העתירה וניהולה אך גם של עצם חלוף הזמן – במידה שאינה מאפשרת לבית-המשפט לטפל בסוגיה במסגרת עתירה שנכתבה בעידן אחר ועל יסוד תשתית עובדתית או נורמטיבית שונה. אף שהחלטות "מיצוי" כאלה מתירות על-פירוב לעותרים לחדש את עתירתם במסגרת הליך נפרד ועדכני, הן כשלעצמן מותירות את הצדדים – בדרך-כלל העותרים – כשחצי תאורתם בידם, מבלי לספק סטנדרט משפטי מנחה או להבטיח את המשך מגמת השינוי במצב הדברים.

מעל לכל, גם אילו ביקש בית-המשפט העליון לעסוק באופן רציני באכיפת פסיקותיו ובמעקב אחר הציות להן, המאפיינים המוסדיים של ההליך הבג"צי מקשים עליו לעשות זאת בהצלחה. כזכור, בבג"ץ לא מתקיימת חקירה של עדים, כך שבית-המשפט תלוי באופן מעשי במידע שמסופק לו על-ידי נציגי המדינה לצורך גיבוש תמונת מציאות אמינה על מה שנעשה בשטח. אומנם, הפרקליטים במחלקת הבג"צים במשרד המשפטים

98 ראו קרן וינשל-מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבלוס "יצירת מדד משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל" **משפטים** מד 769 (2015).

99 ראו, למשל, בג"ץ 517/00 **חמאמדה נ' שר הבטחון** (פורסם בנבו, 7.8.2012) – עתירות בנוגע לאפשרות גישה של פלסטינים לשטחי מרעה והקלאות, שהיו תלויות במשך עשור, "מיצו את עצמן" ויימחקו לנוכח שינוי המצב הנורמטיבי, תוך שטענות העותרים שמורות להם; בג"ץ 1477/12 **חברת חלקה 303 בגוש 26 בע"מ נ' השר לבטחון פנים**, עמ' 4 (פורסם בנבו, 24.8.2015) – עתירה לאכיפת חוקי התכנון בתחום שטחה המוניציפלי של ירושלים מעבר לגדר הביטחון "מיצתה את עצמה" ותימחק לנוכח הודעת המשיבים כי מתקיימת אכיפה ובשל אי-ודאות באשר להתממשות חששותיהם של העותרים, אך "בבוא העת, וככל שימצאו העותרים צורך, שערי בית משפט זה פתוחים בפניהם להגיש עתירה חדשה בעניין זה".

100 ראו, למשל, בג"ץ 3091/99 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת**, עמ' 8 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 8.5.2012) – מחיקת עתירה בת יותר מעשור בנושא חוקתיותה של חקיקה לשעת חירום משום שהיא "מיצתה עצמה, אף שאמנם לא תמה המלאכה" של המרת חקיקת-החירום בחקיקה רגילה, וזאת שלושה שבועות לפני פרישתה הסופית של הנשיאה (בדימ') ביניש, חברת ההרכב; בג"ץ 4797/07 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה** (פורסם בנבו, 10.3.2015) – מחיקת עתירה בת שמונה שנים בנושא מדיניות הבידוק הבטחוני בנמלי-התעופה בישראל משום שהיא "מיצתה עצמה", וזאת כחודש לפני פרישתו הסופית של הנשיא (בדימ') גרוניס, חבר ההרכב.

מתאפיינים ככלל במחויבות ערה לשלטון החוק ובזיקה מקצועית-תרבותית לקהילה המשפטית ששופטי בית-המשפט העליון הם ראשיה.¹⁰¹ נתונים אלה אמורים להבטיח שהמידע המסופק לבית-המשפט על מאמצי הקיום של פסיקותיו הוא אמין או לפחות משקף את מלוא המידע המצוי ברשות הפרקליטים.¹⁰² אך חשוב לזכור כי בניגוד לשלב ההתדיינות בעתירה, אנו עוסקים כאן בהליכי בתר-פסק, שבהם כבר ניתן צו שיפוטי נגד המדינה ויש ספק באשר לציות לו, כלומר, במצבים שבהם עוצמת העימות בין המשפט למנהל חריפה במיוחד. אף שלעיתים הפרקליטים מסגירים את אי-הנחת שלהם ממעשיהם (או ממחדליהם) של לקוחותיהם ברשויות המדינה, ובדרך זו מרמזים כי השדה חשוף למניפולציה ולא-קיום, במקרים רבים קיים עדיין צורך בביורור עובדתי נוקב – הליך שלבית-המשפט העליון אין הכלים לבצע.

2. אכיפה באמצעות ערכאות הדיון

המודל החלופי שאני מבקש להציע לבחינה במאמר זה מבוסס על שימוש בערכאות הדיון הכפופות לבית-המשפט העליון כזירה לניהול ההליכים הדרושים לפירוש פסקי-הדין של בג"ץ, ליישומם ולאכיפתם. לפי מודל זה, עם מתן צו (או החלטה מחייבת אחרת) נגד המדינה בעתירה לבג"ץ, התיק עובר לערכאה דיונית מתאימה – למשל, בית-המשפט המחוזי שבתחום שיפוטו מצויים המוסדות, הפקידים או הנכסים הרלוונטיים¹⁰³ – לשם ניהול הליכי בתר-פסק, הוספת פרטים כגון לוחות-זמנים וסדרי פעולה, ליווי תהליך הקיום, יישוב מחלוקות ביחס להוראות בית-המשפט העליון ולקיומן, והפעלת האמצעים המגוונים הזמינים לערכאות הדיון לצורך איסוף עובדתי וכפיית ציות במקרים של אי-קיום. העברת התיק יכולה להיות אוטומטית בכל מקרה של צו מוחלט או של קבלת העתירה בדרך אחרת (כגון מתן תוקף שיפוטי להסכם פשרה), אך היא יכולה גם להיות כפופה לשיקול-דעתו של בית-המשפט העליון, שיוכל לסנן ולהעביר לערכאות הדיון רק את פסקי-הדין שיש להם השלכות של שינוי מוסדי ולכן מצדיקים פירוט, מעקב וניהול שיפוטי גם אחרי הפסיקה. אתיחס לפרטים אלה בהמשך, כאשר אדון בהיבטים היישומיים של המודל המוצע.

(א) הדוגמה האמריקאית

המודל המוצע שואב השראה מכמה קבוצות של הליכים שהתנהלו בבתי-המשפט

101 ראו: YOAV DOTAN, LAWYERING FOR THE RULE OF LAW: GOVERNMENT LAWYERS AND THE RISE OF JUDICIAL POWER IN ISRAEL 119–146 (David Dyzenhaus & Adam Tomkins eds., 2014) – על ה"דילמה" של הפרקליטים במחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה כ"משרתיהם של שני אדונים".

102 אכן, זו אחת ההצדקות להימנעות מהליך שלם של בירור עובדתי בבג"ץ. ראו דותן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 169–173; דקל, לעיל ה"ש 93, בעמ' 169–170.

103 ברוח דיני הסמכות המקומית בבית-המשפט לעניינים מנהליים – ראו תק' 2 (א) לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), התשס"א-2000 (להלן: תקנות בתי-משפט לעניינים מנהליים).

המחוזיים הפדרליים בארצות-הברית (ה-district courts, שהם הערכאה הדיונית הראשונה בשיטה זו) בין שנות החמישים לשנות השמונים של המאה העשרים, ואשר בהם נדרשו שופטי ערכאות הדיון לפקח על מלאכת התרגום של הכרעות עקרוניות של בית-המשפט העליון בתחום ההגנה על זכויות חוקתיות לכלל תוכניות ביצוע מפורטות ברמה המקומית. הקבוצה הידועה ביותר של הליכים כאלה היא זו שעסקה בביטול ההפרדה הגזעית בבתי-הספר הציבוריים ברחבי ארצות-הברית, בעקבות פסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין *Brown*.¹⁰⁴ אחד המאפיינים הייחודיים של פסק-הדין בפרשה זו הוא היחס ההפוך שבין משקלו הערכי וההיסטורי לבין אורכו ורמת הפירוט שלו. בין היתר כדי להשיג את תמיכתם של כל תשעת שופטי ההרכב בהחלטה, בחר נשיא בית-המשפט, השופט וורן, לנסח את פסק-הדין בקיצור נמרץ, מבלי להרחיב לא במליצות ערכיות או היסטוריות ואף לא – וזה החשוב לענייננו – בניחות האופן שבו יש ליישם את הקביעה העקרונית שלפיה הפרדה בחינוך הציבורי בין תלמידים שחורים ולבנים היא הפליה גזעית אסורה.¹⁰⁵ כך, אף שעלה בידי בית-המשפט לנפק את אחת ההחלטות החשובות בהיסטוריה של דיני ההפליה בארצות-הברית ובעולם כולו,¹⁰⁶ ב"שטח" מה שנוצר היה בוקה ומבולקה של מחלוקות, הפרות ניצחות יותר או פחות, ומאבק פוליטי ומשפטי ממושך על משמעויות הפסק.¹⁰⁷

בית-המשפט העליון נדרש למשמעויות אלה – או במילים אחרות, לשאלת הסעד החוקתי – זמן קצר לאחר נתינתו, בהחלטה שכונתה *Brown II*.¹⁰⁸ כך ציין שם בית-המשפט:

"Full implementation of these constitutional principles may require solution of varied local school problems. School authorities have the primary responsibility for elucidating, assessing, and solving these problems; courts will have to consider whether the action of school authorities constitutes good faith implementation of the governing constitutional principles. Because of their proximity to local conditions and the possible need for further hearings, the courts which originally heard these cases can best perform this judicial

104 *Brown v. Board* (1954), לעיל ה"ש 71.

105 ראו: Jack M. Balkin, *Brown v. Board of Education – A Critical Introduction*, in WHAT BROWN V. BOARD OF EDUCATION SHOULD HAVE SAID 3, 34–39 (Jack M. Balkin ed., 2001).

106 ראו, למשל: Richard J. Goldstone & Brian Ray, *The International Legacy of Brown v. Board of Education*, 35 MCGEORGE L. REV. 105 (2004); בג"ץ "נוער כהלכה" (2009), לעיל ה"ש 59, פס' 4 לפסק-דינו של השופט מלצר.

107 ראו: MICHAEL J. KLARMAN, FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS: THE SUPREME COURT AND THE STRUGGLE FOR RACIAL EQUALITY 344–442 (2004).

108 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955).

appraisal. Accordingly, we believe it appropriate to remand the cases to those courts."¹⁰⁹

בית-המשפט העליון מצא אפוא כי יישום בפועל של פסק-הדין העקרוני שלו יחייב התאמה לתנאי המקום המשתנים ולמורכבויות המוסדיות הכרוכות בדה-סגרציה של בתי-הספר הציבוריים ברחבי ארצות-הברית. רשויות המנהל הרלוונטיות (במקרה זה – מועצות החינוך האזוריות) הופקדו על גיבוש פרטי ההסדרים המתאימים, ולערכאות הדיון, בעלות הגישה המקומית והיכולת לגבות ראיות נוספות, נמסרה הסמכות לפקח על תהליך קיומו של פסק-הדין. בהנחותיו את ערכאות הדיון במשימה זו, ציין בית-המשפט:

"In fashioning and effectuating the decrees, the courts will be guided by equitable principles. Traditionally, equity has been characterized by a practical flexibility in shaping its remedies and by a facility for adjusting and reconciling public and private needs. These cases call for the exercise of these traditional attributes of equity power... [T]he courts will require that the defendants make a prompt and reasonable start toward full compliance with our May 17, 1954, ruling. Once such a start has been made, the courts may find that additional time is necessary to carry out the ruling in an effective manner."¹¹⁰

כלומר, ניתן לבתי-המשפט שיקול-דעת רחב להפעיל את דיני היושר כדי לקיים את הגמישות והמעשיות הנדרשות לשם עיצוב ההסדרים המתאימים, איזון בין צרכים ציבוריים ופרטיים, קביעת לוחות-זמנים ופיקוח נמשך על קיום ההלכה העקרונית. הסטנדרט המפורסם בעמימותו שקבע בית-המשפט העליון באותה החלטה לגבי טווח הזמנים הראוי להשלמת תהליך הדה-סגרציה – "with all deliberate speed"¹¹¹ – הפקיד בפועל בידי ערכאות הדיון את מלוא הסמכות לעקוב מקרוב אחר התהליך ולבקש את התקדמותו. עם זאת, בית-המשפט העליון אינו יוצא לגמרי מהתמונה, ושמורה לו האפשרות לשוב ולהתערב בתהליך אם הוא מתרשם כי מחלוקות סביב היבט נקודתי מסוים מתרבות ונגררות ואינן מוצאות פתרון מקומי, עד כדי כך שהן נהפכות לאתגר עקרוני. או-אז התיקים יכולים לשוב ולטפס במעלה המדרג השיפוטי ולקבל מענה סופי מן הערכאה הגבוהה.¹¹²

109 שם, בעמ' 299.

110 שם, בעמ' 300 (הערות-השוליים המופיעות במקור הושמטו).

111 שם, בעמ' 301.

112 כך היה, למשל, במקרים של אי-ציות חריף בארקנסו (Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1401 (1958)) ובוירג'יניה (Griffin v. County School Board of Prince Edward County, 377 U.S. 218 (1964)), אשר העיבו על תוקפו הכולל של פסק-הדין העקרוני; או במחלוקות העמוקות שהתעוררו

מה שהתפתח בעקבות *Brown II* היה תופעה מוסדית ייחודית של ערכאות דיון אשר אינן עוסקות עוד רק בהכרעה בינרית ונקודתית של סכסוכים אזרחיים או פליליים, אלא מעורבות בתהליך נמשך של רפורמה מוסדית כמנחות וכמפקחות של פרויקט רגולטורי מורכב וממושך. בית-המשפט המחוזי (כאמור, הערכאה הראשונה מתוך שלוש במבנה הפדרלי) נהפך במקרים רבים ללב הפועם של תהליך הדה-סגרגציה, שלפניו התכנסו הפקידים, המומחים ובעלי העניין מן המוסדות והקהילות המעורבות לצורך הכנת תוכנית לרפורמה ולשם מעקב אחר ביצועה. בהתאם לנסיבות קיבלו ההתדייניות הללו אופי משפטי-פורמלי יותר או פחות: בלשכת השופט או באולם בית-המשפט; בהעדה בשבועה לשם ליבון מחלוקת עובדתית או בדיון במתכונת של שולחן עגול בניסיון להגיע להסדר; תחת איום בסנקציות אישיות בגין ביזיון או בכלים של שכנוע ופשרה.

מה שהחל בתחום הדה-סגרגציה הגזעית של בתי-הספר הציבוריים התפשט בעשורים שבין שנות החמישים לשנות השמונים של המאה הקודמת לתחומים נוספים שבהם נקבע צורך חוקתי ברפורמה מוסדית עמוקה – בין בהנחיית בית-המשפט העליון ובין מכוח פרשנות עצמאית שנתנו ערכאות הדיון לחוקה, לחקיקת זכויות האזרח ולרוח המשפטית שנשבה מבית-המשפט העליון, גם בלי הכרעות מנחות מפורשות. בשורה של עניינים נטלו ערכאות הדיון על עצמן את משימת ההובלה המעשית של רפורמות, לעיתים לאורך שנים רבות, שבמהלכן הן בחנו את כנותם ואיכותם של המאמצים השלטוניים לקדם את הרפורמות, וסיפקו החלטות נוספות אשר פירטו, הכווינו או הרתיעו את הרשות או את פקידיה לצורך הבטחת קידומן של הרפורמות המתחייבות. כך היה, למשל, בתחום המודרניזציה של מערכות הכליאה בדרום ארצות-הברית, אשר שימרו פרקטיקות משפילות וגזעניות מן המאה הקודמת;¹¹³ בתחום שידוד המוסדות הציבוריים לאשפוז פסיכיאטרי כפוי, כך שיתחשבו בכבודם ובחירותם של המטופלים המאושפזים בהם;¹¹⁴ בתחום הפיקוח על מערכות התיחום של אזורי בחירה במדינות שונות, אשר הובילו להנצחת פערי ייצוג בין קבוצות-מוצא שונות;¹¹⁵ בתחום הבטחת

במחוזות שיפוט רבים ברחבי ארצות-הברית ביחס להסעת תלמידים משכונות הומוגניות לבתי-ספר מעורבים) (1971) 402 U.S. 1 *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*; (1974) 418 U.S. 717 *Milliken v. Bradley*.

113 ראו, למשל: Susan Sturm, *Resolving the Remedial Dilemma: Strategies of Judicial Intervention in Prisons*, 138 U. PA. L. REV. 805 (1990); MALCOLM M. FEELEY & EDWARD L. RUBIN, *JUDICIAL POLICY MAKING AND THE MODERN STATE: HOW THE COURTS REFORMED AMERICA'S PRISONS* 39–46 (1999).

114 ראו, למשל: Jonathan Brant, *Pennhurst, Romeo, and Rogers: The Burger Court and Mental Health Law Reform Litigation*, 4 J. LEGAL MED. 323 (1983); Lloyd C. Anderson, *Implementation of Consent Decrees in Structural Reform Litigation*, 1986 U. ILL. L. REV. 725, 768–774.

115 ראו, למשל: Lisa Marshall Manheim, *Redistricting Litigation and the Delegation of Democratic Design*, 93 B.U. L. REV. 563 (2013).

דיוור ציבורי ודיוור ברהשגה למיעוטים גזעיים בשכונות מעורבות; 116 ובתחומים נוספים.¹¹⁷

המשותף להליכים מגוונים אלה היה התפתחותו של מודל ליטיגציה חדש, שניצל את המאפיינים הייחודיים לערכאות הדיון הפדרליות כדי לסטות מן המתכונת האדוורסרית הקלסית, שבה בית-המשפט נתפס כשחקן סביל המיישב סכסוכים בינריים ואינו מתערב בתנאי-הרקע החברתיים. המודל החדש – שנודע במאמרי-היסוד בתחום כ"ליטיגציית משפט ציבורי" (public law litigation)¹¹⁸ או כהליכי "רפורמה מבנית" (structural reform)¹¹⁹ – נתפס על-ידי רבים כהתפתחות החשובה ביותר שחלה בשפיטה הציבורית בארצות-הברית במחצית השנייה של המאה העשרים, והעסיק רבות את הספרות המחקרית שם.¹²⁰ הוא התאפיין במעורבות שיפוטית נמשכת בעיצוב ההסדר המוסדי שנועד להוביל לסיום ההפרה המשפטית; בהרחבת קהל המשתתפים בדיון השיפוטי כך שיכלול לא רק את הטוען לסעד ואת נציגי הרשות, אלא גם את הפקידים והמומחים הרלוונטיים לקידום המענה המוסדי; ובהמשך לכך גם בהגמשת רעיון הסעד כולו, כך שלא יהיה כבול להגנת זכות אישית של תובע או עותר, אלא יתורגם לצווים כלליים, ברמות שונות של פירוט וסופיות, בנוגע לביצוע השינוי המוסדי ולדיווח על-אודותיו. משאביה הייחודיים של ערכאת הדיון סיפקו את התנאים ליצירת ההליך הזה: האפשרות לקיים ישיבות חוזרות לאורך זמן בתנאים לא-פורמליים ותוך ניצול יעיל של זמן שיפוטי; הזמינות של אמצעים דיוניים לכינוס ישיבות, לזימון עדים, לניהול חקירות, לעדכון פרטים ולמתן צווים מדויקים ומפורטים; ואף הגישה המקומית של בית-המשפט לזירה הרלוונטית, שניזונה ממערכת אינטימית של קשרים מקצועיים בין המעורבים בהליך ומהיכרותו של השופט עם מאפייני המקום.

116 ראו, למשל, ביחס לעיר יונקס שבמדינת ניו-יורק: LISA BELKIN, SHOW ME A HERO: THE STORY OF AN URBAN TRAGEDY – AND OF THE HOUSING REVOLUTION THAT IS CHANGING AMERICA'S NEIGHBORHOODS (1999) וביחס לשיקגו, אילינוי: Joseph Seliga, *Gautreaux a Generation Later: Remediating the Second Ghetto or Creating the Third?*, 94 NW. U. L. REV. 1049 (2000).

117 ראו: Myriam Gilles, *An Autopsy of the Structural Reform Injunction: Oops... It's Still Moving!*, 58 U. MIAMI L. REV. 143 (2003).

118 Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281 (1976).

119 OWEN M. FISS, THE CIVIL RIGHTS INJUNCTION (1978); Owen M. Fiss, *The Social and Political Foundations of Adjudication*, 6 L. & HUM. BEHAV. 121 (1982).

120 ראו, למשל: Donald L. Horowitz, *Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institutions*, 1983 DUKE L.J. 1265; Richard L. Marcus, *Public Law Litigation and Legal Scholarship*, 21 U. MICH. J.L. REFORM 647 (1988); Charles F. Sabel & William H. Simon, *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, 117 HARV. L. REV. 1015 (2004); John C. Jeffries, Jr. & George A. Rutherglen, *Structural Reform Revisited*, 95 CAL. L. REV. 1387 (2007).

"תהילתם" של הליכי הרפורמה המוסדית באה להם בעיקר מצד כותבים ליברליים, שראו בהם הבטחה למודל שיפוטי חדש אשר צופה פני עתיד, כלומר, עוסק בהשלכות החברתיות של המעשה השיפוטי, ולא עוד מגביל את עצמו למשימה צופת פני העבר של השבת המצב לקדמותו. מתוך תפיסה שמדיניות "יישוב הסכסוך" שואפת לשמר את הסטטוס־קוו, המתאפיין באי־צדק חלוקתי, ראו בה תומכי הגישה החדשה פוטנציאל לתפקיד שיפוטי פרוגרסיבי בערעור הסדרים קיימים, וזאת במיוחד בתקופות שבהן הרשויות הפוליטיות מתאפיינות בנטיות שמרניות. אכן, לפחות בחלק מן התחומים ובחלק מן הזירות הובילה הפעילות השיפוטית הנמשכת לשינויים מרחיקי־לכת בתנאים המבניים של מוסדות מרכזיים בחיים החברתיים האמריקאיים, הן במישור המקומי והן במישור הארצי. כמוכן, מסיבות אלה ממש ספג המודל השיפוטי האקטיביסטי הזה ביקורות מגוונות – מחוגים שמרניים המתנגדים לו מבחינה אידיאולוגית, מפורמליסטים חוקתיים החרדים להפרדת הרשויות, מפונקציונליסטים המסופקים באשר לכישוריו המוסדיים של בית־המשפט להוביל רפורמות שלטוניות, ומדמוקרטים החושדים בעוצמה שלטונית שאינה מבוססת על בחירת העם.¹²¹ הביקורות זכו כמוכן במענים, בעיקר בהתבסס על טענות כי המודל אינו רדיקלי כפי שהוא עשוי להיראות, וכי בפועל יש בו פוטנציאל לחיזוק היסודות הדמוקרטיים של השלטון, ולא דווקא לחתירה תחתיהם.¹²² אולם עליית כוחות שמרניים בתוך מערכת המשפט הובילה לצמצום מופעיו של המודל הפרוגרסיבי בשפיטה הפדרלית, גם אם לא להיעלמותו.¹²³

מכל מקום, במסגרת המהלך שאני מבקש להציג במאמר הנוכחי אין לנו צורך להתערב בדיון העשיר והסבוך הזה, שכן ענייננו, כזכור, במקרים שבהם בית־המשפט העליון, בדרך־כלל בשבתו כבג"ץ, כבר עשה את ההכרעה העקרונית, כלומר המעורבות השיפוטית היא עובדה מוגמרת מבחינה פוליטית, וכעת נשאלת שאלת הביצוע והאכיפה. במישור זה הניסיון של ערכאות דיון, כמו מן העידן של הרפורמות המבניות בארצות־הברית, נראה מבטיח לצרכים הישראליים, וזאת ללא קשר לאופייה של הפסיקה מבחינה אידיאולוגית.

(ב) יישום לישראל

אמת, בארצות־הברית אין בית־משפט חוקתי או מנהלי ריכוזי מסוגו של בג"ץ, ומכאן שערכאות הדיון הן המקום שבו כל ההליכים מתחילים, וכאשר העניין חוזר אליהן לאכיפה ולמעקב, הן כבר מעורבות בנושא ובקיאות בפרטיו. בישראל, כל עוד היא אינה

121 ראו, למשל, Horowitz, לעיל ה"ש 120; Paul J. Mishkin, *Federal Courts as State Reformers*, 35 WASH. & LEE L. REV. 949 (1978); William A. Fletcher, *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, 91 YALE L.J. 635 (1982); John Choon Yoo, *Who Measures the Chancellor's Foot? The Inherent Remedial Authority of the Federal Courts*, 84 CAL L. REV. 1121 (1996).

122 ראו, למשל, Sabel & Simon, לעיל ה"ש 120; Theodore Eisenberg & Stephen C. Yeazell, *The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation*, 93 HARV. L. REV. 465 (1980).

123 Gilles, לעיל ה"ש 117.

עוברת למודל ביזורי מובהק,¹²⁴ יידרשו הערכאות שאליהן יופנו בעלי-הדין לצורך מעקב ואכיפה ללמוד את הנושא שהוכרע בבג"ץ, לפתח היכרות עם השחקנים והתנאים המוסדיים והמשפטיים, ולקבל על עצמן תפקיד חדש בניהול המחלוקת. ראוי, עם זאת, לא להפריז בהערכת האתגר הזה – כבר כיום ערכאות הדיון עוסקות ברגיל בעניינים של משפט מנהלי ובמגע רצוף עם רשויות המדינה ונציגיה. כך הדבר בוודאי בבית-המשפט המחוזי הדין כבית-משפט לעניינים מנהליים, אך כך, כמובן, גם בתחומים מגוונים אחרים – המשפט הפלילי, דיני התכנון והשלטון המקומי, דיני המס ועוד. כל ערכאות הדיון עוסקות ברגיל בשיפוט עניינה של המדינה ובביקורת נהגיה המוסדיים.

נכון גם שישראל היא מדינה קטנה מאוד, ובמובן זה יתרונות הלוקליות שהושגו במודל האמריקאי אינם כה מודגשים בה. אולם גם בישראל קיימות סוגיות ציבוריות לא-מעטות – כולל כאלה שהגיעו לליטיגציה שיפוטית בבג"ץ – שיש להן אופי מקומי, ואשר היו יכולות ליהנות מתשומה של קהילות מקומיות בתהליך תרגומה של הכרעה עקרונית לצעדים של ביצוע ואכיפה.¹²⁵ כך, למשל, קהילות המהגרים מאפריקה, שעניינן נידון בשנים האחרונות בשורה של עתירות חוקתיות ומנהליות, משפיעות בדרכים שונות על ערים ושכונות ברחבי ישראל;¹²⁶ מעמדה של השבת והיתרי המסחר והתחבורה ביום המנוחה הם נושאים שמטופלים זה עשורים ברמה המקומית, תוך התערבות מוגבלת בלבד של השלטון המרכזי, אך במישור השיפוטי בית-המשפט העליון עוסק בתחום כל העת;¹²⁷ ואת הרגולציה של מכירת בשר חזיר הכפיף בג"ץ עצמו לשיקול-דעת ברמה המוניציפלית ואף לשונות ברמת השכונה בתוך גבולותיה של רשות מקומית.¹²⁸

בה-בעת, שני חסכי האכיפה המוכנים של בג"ץ שתוארו לעיל – פסיקות כלליות וזהירות, והעדר כלים דיוניים לאיסוף עובדתי ולהרתעה אישית – יכולים למצוא מענה בתנאי הליטיגציה בערכאת הדיון. העלויות הנמוכות יותר של ההתדיינות בערכאות דיוניות, הן במובן של העלויות החומריות למערכת והן במובן של הנראות הציבורית, מאפשרות להן לקיים דיונים תכופים יותר, לזמן אליהן משתתפים רבים ומגוונים יותר, להעידם ולאפשר את חקירתם, לתת צווים מפורטים, ולקיים מעקב רציף באמצעות הודעות מעדכנות, דיוני תזכורת, קביעת תנאי-סף להשלמת שלבים שונים בהליך, ולבסוף גם שימוש באמצעי האכיפה האינדיווידואליים של פקודת הביזיון במקרה של אי-ציות. כפי שצוין לעיל, לכאורה אין מניעה דיונית פורמלית שבג"ץ יעשה שימוש בכל הכלים הללו, אך המציאות המוסדית היא שבית-המשפט העליון אינו פועל כך. הוא עמוס מדי, פומבי מדי, ואף אינו כשיר לעסוק ברמת הדיוק והפירוט הנדרשת לשם

124 לטיעון הקורא לעריכת רפורמה כזו ראו אהרונסון "הטיעון הדמוקרטי", לעיל ה"ש 30.

125 ראו ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילונים בישראל" **דין ודברים** 85 (2011).

126 ראו, למשל, בג"ץ 8665/14 **דסטה נ' הכנסת**, פס' 64–75 לפסק-דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 11.8.2015).

127 ראו, למשל, ע"מ 2469/12 **ברמר נ' עיריית תל אביב-יפו** (פורסם בנבו, 25.6.2013).

128 ראו, למשל, בג"ץ 953/01 **סולודקין נ' עיריית בית-שמש**, פ"ד נח(5) 595 (2004).

אכיפה נמשכת של סטנדרט משפטי בתהליך של עיצוב מוסדי.¹²⁹ גם כאשר בג"ץ מחליט לשמר עתירה פתוחה ולקיים "מעקב" אחר טיפול המדינה בה, הדבר נעשה בדרך-כלל בזהירות, תוך הימנעות ככל האפשר משימוש בצווים מוחלטים והסתמכות משמעותית על הודעות מערכנות של פרקליטי המדינה. כפי שראינו, מדיניות זו אינה מצליחה להבטיח קיום עקבי של הכרעות בג"ץ, ובפועל היא מותירה לרשות המבצעת את עיקר הכוח להחליט מתי וכיצד, אם בכלל, תיושם ההחלטה השיפוטית.

אכיפה על-ידי ערכאות הדיון צפויה אפוא להיות זולה יותר במונחים של עלויות מערכת, ותקיפה יותר במונחים של אפקטיביות נורמטיבית. בכוחן של ערכאות אלה לאסוף מידע מפורט, להעריך את המשמעויות הפרטניות של חלופות מדיניות, לחשוף מה האורגנים של המדינה עשו (או לא עשו), ולהנחותם כיצד לפעול לצורך קיום ההוראה הכללית של בית-המשפט העליון. בתהליך זה ערכאות הדיון יכולות גם לזהות קשיים או חסרים בפסיקתו של בית-המשפט העליון, וליידע בהם את הערכאה הגבוהה, וזאת כחלק מן השיח הפנים-שיפוטי, במסלול הערעור או האיבעיה, ולא במסגרת ביקורת של הרשות המבצעת המתבטאת באי-קיום ובבקשות לשינוי צווים. כמובן, ככל תוספת של הליך, יהיה בכך כדי להכביד את עומס התיקים של ערכאות הדיון, אך בתמורה תושג הפחתה בהליכי בתר-פסק בבית-המשפט העליון, שעלויותיהם בציודם. חשוב מכך, לאורך זמן יגביר המודל המוצע, אם יהיה אפקטיבי דיו, את ההרתעה מפני הפרת צווי בג"ץ, כך שתושג הפחתה נוספת בהליכי האכיפה.

(ג) משפט ציבורי מקובל

אף שתכלית המודל שהוצג כאן היא לשפר את איכות הקיום של פסקי-הדין של בג"ץ, לטיעון המוסדי יש גם שאיפה יומרנית יותר ביחס למשפט הציבורי הישראלי. אבקש לטעון בקצרה כי שילוב ערכאות הדיון בתהליך האכיפה של פסיקותיו העקרוניות של בג"ץ עשוי גם לשפר את תוכנו של המשפט הציבורי הישראלי, באמצעות העצמת מאפייני "המשפט המקובל" (common law) בתהליך פיתוחו. כידוע, בית-המשפט הגבוה לצדק הינו תופעה מוסדית ייחודית בנוף ההשוואתי של בתי-משפט עליונים או חוקתיים. הגישה אליו – הנתונה הן ליחידים בעלי עניין אישי והן לעותרים ציבוריים – היא אחת הרחבות בעולם. מדי שנה בג"ץ דן ביותר מ-1,600 עתירות בנושאים חוקתיים ומנהליים, ברובן המוחלט של העתירות הללו הוא מכריע במתכונת של "סיבוב אחד" (one shot) הנערך לפני הרכב של שלושה שופטים, ופרק-הזמן הנדרש לשם הכרעה בהן קצר יחסית ליתר התיקים.¹³⁰ בג"ץ הוא אפוא מוסד בעל כשירות ייחודית לקבע נורמות

129 ראו, למשל, בג"ץ 712/16 פלוגית נ' נציבות שירות המדינה, פס' 5 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 14.2.2016) (להלן: בג"ץ פלוגית) – מחיקה על הסף של הליך והפניית העותרות להגישו בבית-הדין לעבודה "מאחר שהוא נדרש, לפחות באופן חלקי, לבירור עובדתי מן הסוג שאינו אפשרי על-פי סדרי הדין בבית משפט זה".

130 ראו הרשות השופטת בישראל דו"ח שנתי 2015 13–15 (2016) elyon1.court.gov.il/heb/ .haba/dochot/doc/shnati2015.pdf. בשנת 2015 הוגשו לבית-המשפט העליון 1,863 עתירות לבג"ץ.

ציבוריות סופיות באופן מהיר והחלטי.¹³¹ זו אחת ממעלותיו החברתיות, במיוחד במדינה רוויה מחלוקות פוליטיות וחוקתיות.

בה־בעת, ההסדר הייחודי המקנה לבג"ץ סמכות שיפוט רחבה ומיידית משמעותו גם שאין בישראל תשתית מוסדית לקיום תהליך נמשך של פרשנות החלטותיו של בית־המשפט העליון בתחומי המשפט הציבורי. בניגוד ליתר תחומי המשפט, כגון דיני העונשין, החיובים, הקניין או התאגידים, שבהם החלטותיו של בית־המשפט העליון מהוות בפועל תבניות שאת תוכנן משלימות ערכאות הדיון בתהליך ממושך של פרשנות ויישום, חלקים נרחבים מהמשפט הציבורי הישראלי ניזונים בפועל אך ורק מההיגדים הכלליים של בית־המשפט העליון. המשמעות היא שבמשפט הציבורי הישראלי חסר התהליך השיחני־הדליברטיבי שבמסגרתו ערכאות רבות עוסקות במקביל בשאלות דומות, נחשפות לקשיים ולמענים שפותחו במקרים אחרים, ומתכנסות לאורך זמן – לעיתים בסיוע מהלך מרפז או מכריע של ערכאות הערעור – לכלל עמדה פרשנית עקבית ומוסכמת. במילים אחרות, יתרונות הפעופע והעיבוד הנמשך של שאלות משפטיות בין ערכאות שונות ולאור מערכות משתנות של נסיבות עובדתיות – דהיינו, היתרונות הקלסיים של שיטת המשפט המקובל¹³² – אינם זמינים לפיתוח אותם נתחים משמעותיים של המשפט הציבורי הישראלי המצויים בסמכותו הייחודית של בג"ץ.¹³³

מעבר לגריעה מאיכותו של המשפט הציבורי עקב העדר תשומה של ערכאות הדיון בפיתוחו, תוצאה נוספת של נתון זה היא מרכזיותה של הרשות המבצעת כפרשנית העיקרית של ההחלטות החוקתיות של בית־המשפט העליון, במסגרת תהליך ההפנמה והביצוע של הפסיקות. בהעדר הנחיה שיפוטית נמשכת, הרשויות הפוליטיות, המונחות על־ידי משפטני המנהל הציבורי, נעשות סוכני היישום העיקריים של המשפט הציבורי של בג"ץ, וכפי שראינו – הדבר מתבטא גם במופעים של אי־קיום. אך הטענה כאן היא שיש עלויות חברתיות נוספות לאופי החד־פעמי של הפסיקות העקרוניות של בג"ץ, וזאת הן במישור איכות המשפט ודיוקו והן במישור הפומביות והנגישות של עשיית המשפט. במישור האיכות והדיוק, העדר תהליך נמשך של בחינת מוכנה של ההכרעה העקרונית של בית־המשפט העליון ומשמעויותיה – כפי שנעשה בערכאות הדיון ביתר תחומי המשפט – משמעו ויתור על המומחיות השיפוטית בפרשנותן של נורמות כלליות,

¹³¹ "אורך החיים" הממוצע של עתירה לבג"ץ הוא 8.9 חודשים, לעומת תקופות ממוצעות שנעות בין 11.5 ל־18.3 חודשים לגבי יתר סוגי התיקים.

¹³² ראו: Larry Alexander & Frederick Schauer, *Defending Judicial Supremacy: A Reply*, 17 CONST. COMMENT. 455, 473–481 (2000) המרחיבים על הערך הציבורי הגלום ביישוב סופי של מחלוקות חוקתיות, לכיוון כזה או אחר, ועל יכולתו הייחודית של בית־משפט עליון לספק את השירות הזה.

¹³³ ראו, למשל: Oona A. Hathaway, *Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System*, 86 IOWA L. REV. 101 (2001).

¹³³ ראו, באופן דומה, אמנון רייכמן "קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית־המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 185, 238 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

על אתוס העצמאות והאובייקטיביות, ועל משטר ההגיונות הדיונית המייחדים את ההליך השיפוטי מיתר הליכי קבלת ההחלטות במערכות השלטון האחרות. וככל שלמאפיינים אלה של ההליך השיפוטי יש תפקיד בשיפור איכותן של ההחלטות בעניין פרשנות פסיקותיו של בית-המשפט העליון, יש להצטער על כך שדווקא בתחומי המשפט הציבורי, היורדים לשורשם של הסדרי החיים המשותפים של הקהילה הפוליטית הישראלית, איננו נהנים מהתשומה הזו.

במישור הפומביות והנגישות – או במילים אחרות, במישור האחריותיות הדמוקרטית – אם כוח הפירוש של הנורמות הכלליות שבית-המשפט העליון מנפק מופקד בידי הרשות המבצעת ומשפטניה, משמעות הדבר היא המשך תהליך פיתוחו של הדין וחיידודו במסגרות מוסדיות שאינן חשופות למעורבות אזרחית רצופה. עקרון הגישה לערכאות, המחייב גם לקיים דיון פתוח לפני החלטה וגם לנמק באופן רציונלי ופומבי את ההחלטה משניתנה, נועד להבטיח שפיתוח הדין – אשר נעשה במקרה זה באמצעות פרשנות ויישום של פסיקה עקרונית של בג"ץ – יתבצע באופן הוגן ויוביל לתוצאות המבוססות על טעמים ענייניים. אף שפסק-דין עקרוני של בג"ץ חותם במובן מסוים את העיסוק בנושא שהוכרע, מובן שאין בו כדי לסיים את העיסוק הציבורי, הפוליטי וגם המעשי-היישומי באותו נושא. אכן, במובן אחר פסק-הדין של בג"ץ – בעיקר בתחומים המחייבים רפורמה מוסדית, ניסוח חקיקה חדשה או ניהול תהליך מורכב של ביצוע – פותח למעשה פרק חדש בעיסוק הציבורי בנושא שהוכרע, ודרישות האחריותיות הדמוקרטית חלות גם בשלב זה. במצב העניינים הנוכחי, בתי-המשפט נעדרים מן הפרק הזה, למעט באותם דיוני בתר-פסק לא-פורמליים המתקיימים לעיתים בבית-המשפט העליון עצמו עקב טענות להפרה. מסורת המשפט המקובל מלמדת כי ניתן לכלול את בתי-המשפט גם בשלב זה, וזאת באמצעות חידוש הליטיגציה בערכאות הדיון, וככל שהדבר נדרש – הגעה חוזרת לבית-המשפט העליון בדרכים הרגילות של טיפוס במעלות הערעור. יש טעם באימוץ התוכנות המוסדיות הללו גם בתחומי הפסיקה של בג"ץ.

3. פרטי המודל ודרכי יישומו

המאמר קורא לחדשנות מוסדית ודיונית ביחס להליכי בג"ץ: הוא ממליץ על שילוב ערכאות הדיון בשלב שלאחר מתן פסק-הדין, לצורך מעקב אחר קיום פסק-הדין והנחיה נמשכת של הרשויות במקרה הצורך. נדרש אפוא מסלול בתר-פסק שבו עתירה שהתקבלה על-ידי בג"ץ תופנה להמשך מעקב ואכיפה בערכאת דיון. הסדר כזה יצטרך לקבוע ולפרט כמה עניינים.

(א) שני מסלולי אכיפה

את התופעה של אי-קיום פסק-דין של בג"ץ ניתן לחלק לשני סוגים של מקרים, אשר כל אחד מהם מעורר צרכים מוסדיים שונים בתחום האכיפה: אכיפה בדיעבד (לאחר הפרה) או אכיפה מראש (למניעת הפרה). הסוג הראשון עניינו הפרה בוטה וישירה של צו בהיר שאין ספק סביר ביחס לפירושו, כלומר, של צו פשוט מבחינה משפטית, אף שהוא עשוי

להיות מורכב מבחינה פוליטית. צווים המורים על הסרת מחסום, על הריסת בית, על הימנעות מגירוש אדם מהארץ, על הדחה מתפקיד או מינוי לתפקיד, על מתן סטטוס כלשהו או על איון של נורמה שמשמעו שאין פועלים לפיה עוד – הם צווים שקל לבצעם אך אף-על-פי-כן עשויים להיות מופרים. כאשר בג"ץ מנפק צווים כאלה, לא מתעורר הצורך המערכתי המקדמי בפורום לניהול מתמשך של הליכי קיום, מן הסוג שהודגם מהניסיון האמריקאי ומוצע לאמץ בישראל. הליכי אכיפה במצבים אלה נדרשים רק כאשר אי-קיום עומד על הפרק, כלומר, כאשר המדינה הפרה את חובתה והעותר מלין על כך, או כאשר המדינה מבקשת לא לקיים את חובתה ומעוניינת להשתחרר מן החובה או לשנות את תנאי קיומה. למצבים אלה נדרש אפוא הליך אכיפה אד-הוק שיפעל בדיעבד, דהיינו, כאשר אי-הקיום הוא עובדה מוגמרת או אפשרות ממשית. הליך אכיפה זה יתנהל על-פי ההצעה בערכאת הדיון, ביוזמתו של העותר (המלין על הפרה) או ביוזמתה של המדינה (המבקשת להפר). כאן ינצלו ערכאות הדיון את היתרונות הדיוניים שלהן בגביית ראיות, בהטלת אחריות אישית וסנקציות אישיות, ובמעקב שוטף אחר התנהגותם של פקידי המנהל בהקשרים ספציפיים.

הסוג השני עניינו אותם פסקי-דין שמעוררים צורך בתהליך מוסדי מורכב של שינוי מדיניות, ניסוח חקיקה, פיתוח פתרונות שלטוניים חדשים וכדומה. המודל של "ליטיגציית המשפט הציבורי" שתואר לעיל הולם היטב מקרים כאלה. מתבקש להפעילו מייד לאחר מתן פסק-הדין, כדי שבת-המשפט יהיו חלק בלתי-נפרד מתהליך הפירוש והיישום של פסק-הדין, כבר מתחילתו, וגופי השלטון ידעו כי אחריותם בקיום הפסק נתונה בפיקוח שיפוטי. המשמעות היא שפסקי-דין שמתאימים לקטגוריה זו יש להפנות להליך-המשך של קיום מייד לאחר נתינתם, כך שזוה יהיה ההמשך הטבעי של פסקי-דין של רפורמה מוסדית. במילים אחרות, אין להמתין להפרה או למחלוקת ביחס לקיום כדי לשלב מחדש את בת-המשפט בטיפול בנושא, אלא יש למקם את בת-המשפט כמובילי תהליך הקיום – בזיהוי גורמי-המפתח שיהיו אחראים לביצוע, בהתוויית לוחות-הזמנים ובמעקב אחר תהליך הביצוע.

הגיוי שבררת-המחדל תהיה לכלול את פסקי-הדין של בג"ץ בקטגוריה הראשונה מבין השתיים, המצריכה התערבות אכיפתית של ערכאת הדיון רק במקרה של הפרה ממשית. בסופו של יום רוב הצווים של בג"ץ הם אישיים ומיידיים, ורובם מקוימים. ההנחה צריכה להיות שאין צורך בהליך אכיפה, אלא אם כן אחד הצדדים יוזם אותו. אולם נשאלת עדיין השאלה כיצד ייקבע אילו תיקים יופנו להליך האכיפה מראש של הקטגוריה השנייה – מי יהיה אחראי לזיהוי ההחלטות המחייבות מעקב שוטף של ערכאת הדיון מרגע מתן פסק-הדין, כך שאפשרות ההפרה תישלל מראש, ולא תופל בדיעבד?

ייתכנו שתי אפשרויות חלופיות. אפשרות אחת היא להקנות לבית-המשפט העליון עצמו את שיקול-הדעת לקבוע אם פסק-דין שנתן מצדיק המשך מעקב ואכיפה בערכאה נמוכה. לפי הסדר זה, במסגרת פסק-הדין תיכלל הוראה להמשך הטיפול בתיק בערכאה אחרת, ברוח הצו של בית-המשפט העליון האמריקאי בפרשת *Brown II* (אף ששם, כאמור, דובר בהחזרת הנושא לערכאות שכבר עסקו בו קודם לכן). החלטה כזו יכולה

להינתן ביוזמת בית-המשפט העליון עצמו, המזהה פסיקה שמחייבת מעקב נמשך אחר קיומה, או לבקשת בעל-דין.

האפשרות האחרת היא להסמיך את ערכאת הדיון שבידיה תופקד סמכות האכיפה לקבוע אם יש מקום להפעיל סמכות זו ביחס לפסק-דין נתון של בג"ץ. כאן מתבקש ליצור הסדר של "רשות אכיפה" (על משקל "רשות ערעור"), שבו עותר הסבור כי נדרשת אכיפה שיפוטית נמשכת של פסק-דין של בג"ץ יפנה בקשה בעניין לערכאה האוכפת, וזו תשמע טיעון בנושא ותכריע אם לפתוח הליך אכיפה או לדחות את בקשתו של העותר. הסדר זה חוסך את הצורך בהליך בתר-פסק בבית-המשפט העליון, וגם מנטרל את סיכויי ההטיה של בית-המשפט העליון, אשר עלול להירתע מליטול תיק שהוכרע על-ידיו ולהפקיד את המשך הטיפול בו בידי ערכאה נמוכה ממנו. מאידך גיסא, אפשרות זו תקנה לערכאות הדיון האוכפות שיקול-דעת אם להוסיף הליכים למאגר התיקים העמוס שלהן, וגם בכך טמון סיכון להטיה.

מנקודת-מבטם של בעלי-הדין, כדי לחסוך בהליכי-סרק לביורור הצורך באכיפה (שהרי צפוי שעותרים ירצו כמה שיותר אכיפה שיפוטית), ניתן לייצר מערך תמריצים שיבסס על הסדר אגרות מתוחכם – למשל, כזה שיבטיח החזר אגרה לעותר שבקשתו לאכיפה התקבלה ויגבה את האגרה רק מאלה שבקשותיהם נדחו בעליל. יצוין כי ההסדר המתיר לבעלי-דין לבקש אכיפה (ואינו מבוסס כולו על יוזמה שיפוטית) יכול לאפשר גם למדינה לבקש את המשך הטיפול השיפוטי בתיק לאורך תהליך הקיום – למשל, אם היא צופה שיידרשו הנחיות או הבהרות נוספות, ומוכנה לקבל על עצמה את הנטל של עמידה לחקירות והיחשפות לסנקציות הכרוכות בניהול הליך אכיפה בערכאת דיון.

(ב) לאיזו ערכאה?

לצד זיהוי התיקים המצדיקים המשך אכיפה בערכאות הדיון נדרש גם להכריע אילו ערכאות יוסמכו לשאת בנטל האכיפה ולהנחות את המדינה בתהליך הקיום. היות שהנושאים הנידונים כאן מצויים כיום בסמכותו המקורית של בית-המשפט הגבוה לצדק, דיני הסמכות העניינית אינם נותנים תשובה פשוטה לשאלה זו. הם קובעים אומנם בררת-מחדל – בית-המשפט המחוזי¹³⁴ – ואכן ניתן לקבוע כי ששת בתי-המשפט המחוזיים יוסמכו לקבל את התיקים הזקוקים לניהול אכיפה לאורך זמן. בתי-המשפט המחוזיים נהנים ממעמד ומיוקרה, הן בציבור והן כלפי רשויות המדינה ופרקליטיה. הם כפופים ישירות לבית-המשפט העליון במסגרת הייררכיית הערעור, כך שהחלטות האכיפה שלהם יכולות להיבחן באופן מהיר יחסית על-ידי בית-המשפט העליון עצמו. יתרה מזו, בבתי-המשפט המחוזיים פועלים גם בתי-המשפט לעניינים מנהליים, ומאז נוצר ראש-הסמכות הזה בשנת 2000, התפתחה במסגרתו מומחיות מוסדית עשירה של שיפוט בענייני ציבור ושל ביקורת המדינה הרגולטורית. ההיבט המצער ביחס לבתי-המשפט לעניינים מנהליים הוא הבחירה החקיקתית להתייחס אליהם כאל מעין "בג"ץ

134 ס' 40(1) רישא לחוק בתי-המשפט.

קטן", בין היתר מן ההיבט הראייתי והדיוני.¹³⁵ בתי-המשפט לעניינים מנהליים נדרשים לפעול "בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים" הנהוגים בבג"ץ,¹³⁶ הם הוחרגו מתחולתן של תקנות סדר הדין האזרחי,¹³⁷ והראיות נגבות בהם ברגיל בדרך של תצהיר.¹³⁸ אם כן, דווקא הכלים המצדיקים את הפניית האכיפה לערכאות הדיון אינם זמינים באופן מלא וישיר בבתי-המשפט לעניינים מנהליים. נושא זה יחייב תיקון במסגרת הסדר האכיפה החדש, ככל שהוא יתבסס על מתכונת העבודה הקיימת של בתי-המשפט לעניינים מנהליים.

קיימות כמובן גם אפשרויות נוספות. ראשית, ניתן לבצע את האכיפה דווקא בבתי-המשפט המחוזיים, במסגרת סמכות השיפוט השיורית הכללית שלהם במשפט האזרחי. חלופה זו היא אולי אינטואיטיבית פחות, בהינתן קיומה של מסגרת מתמחה לשיפוט בעניינים מנהליים, אך היא תבטיח שמלוא העוצמה הראייתית והאכיפתית הזמינה ברגיל לבית-המשפט המחוזי תהיה חלק מתהליך הקיום של פסיקת בג"ץ. מאידך גיסא, תור ההליכים האזרחיים בבית-המשפט המחוזי עמוס ואיטי יותר מזה של ההליכים המנהליים, ונתון זה עלול לעורר קושי במקרים שבהם תהליך האכיפה מחייב זמינות שיפוטית רבה ומיידית. שנית, ניתן לצמצם את היריעה באמצעות מיקוד כל סמכויות האכיפה בבית-משפט יחיד שיפתח מומחיות מעשית בתחום זה, ובכלל זה יעסוק גם בליטושה של דוקטרינה מעשית של בזיון בית-משפט למקרים של הפרה מדינתית. הערכאה המתבקשת למשימה זו היא בית-המשפט המחוזי בירושלים, שהוא ערכאת הדיון השיורית הכללית, אשר אוחת גם בכמה סמכויות שלטוניות ייחודיות הנובעות ממיקומה בבירת ישראל.¹³⁹ ריכוז כל סמכויות האכיפה בבית-משפט יחיד יחסוך גם את עלויות ההתמודדות עם שאלת הסמכות המקומית של הליך האכיפה – הבחירה לאיזה ממחוזות השיפוט יופנה כל אחד מן התיקים שהוכרעו בבג"ץ. בקצה האחר של הטווח ניתן לדמיין גם ביזור מוחלט של מנגנון האכיפה, כך שיופנה לבתי-משפט השלום הפזורים ברחבי הארץ. יתרונה של חלופה זו הוא בהעצמת היבטי המקומיות והנגישות של הליך האכיפה, והיא גם הולמת את המגמה הכללית של המשפט הישראלי להעצים את בתי-משפט השלום כערכאות הדיון המרכזיות של המערכת.¹⁴⁰ עם זאת, במדינה קטנה כישראל, ובהתחשב ברקע הבג"צי של הליך, יש טעם בייחוד סמכות האכיפה לבתי-המשפט המחוזיים.

135 ראו אורי גורן ומיכאל דן בירנהק "בית-המשפט לעניינים מינהליים" משפט וממשל ד 243, 275–277 (1997).

136 ס' 8 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000.

137 ס' 20(א) רישא לתקנות בתי-משפט לעניינים מנהליים.

138 שם, ס' 15(א).

139 ראו, לדוגמה, ס' 1 לחוק הנפט, התשי"ב-1952; ס' 3 לחוק ההסגרה, התשי"ד-1954; ס' 117 לחוק השידור הציבורי הישראלי, התשע"ד-2014.

140 ראו, למשל, רע"א 3749/12 בריעוז נ' סטר, פס' 15–20 לפסק-דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 1.8.2013).

(ג) כיצד ינוהל ההליך?

לאחר הגעת העניין לערכאת הדיון שהופקדה על אכיפת ההחלטה של בג"ץ, בין במסלול האכיפה בדיעבד (עקב הפרה) ובין במסלול האכיפה מראש (בצווי רפורמה מוסדית), יידרש בית-המשפט האוכף למפות את השחקנים הרלוונטיים לעניין ולזמנם כצדדים להליך. לשם כך מתבקש שבית-המשפט יורה למדינה – או לרשות הרלוונטית שעניינה נידון בבג"ץ ואשר עליה הוטל לקיים את ההחלטה – להודיע באופן מפורט מיהם הגוף, היחידה או נושא-המשרה שיהיו אחראים לקיום ההחלטה לפני בית-המשפט. אדם/אורגן זה יידרש להיות הגורם השלטוני המתאים ביותר, מבחינה עניינית, לקיום ההחלטה, כלומר, הפקיד או היחידה בעלי הסמכות האפקטיבית ליישם את ההחלטה (להבדיל מ"פקיד קיום צווים" או לחלופין מנציג הייעוץ המשפטי). מי שיסומן על-ידי הרשות כאחראי לקיום ייקבע כצד בהליך האכיפה שבערכאת הדיון, והוא יהיה הכתובת לפעולות האכיפה שיקיים בית-המשפט. בהתאם למורכבות הצו ולמספר הגורמים שיש לערב בקיומו, מתבקש שלעיתים ייקבעו כמה אנשים או גופים כצדדים בהליך האכיפה – הכל כפי שנדרש כדי להבטיח קיום שלם. כמובן, כחלק מתהליך הפירוש והיישום של החלטת בג"ץ, בית-המשפט האוכף עשוי לגלות כי חסר בהליך פקיד או גוף כלשהם, ויהיה בכוחו לצרפו להליך בבחינת "צד דרוש"¹⁴¹.

זיהוי אישי של הפקידים, היחידות השלטוניות או האורגנים האחראים לקיום פסק-הדין חיוני להצלחתו של מודל האכיפה. שחקנים אלה יהוו את הכתובת מבחינת בית-המשפט והעותרים לגביית ראיות, לחקירה נגדית ולהבאת המידע הפנימי המלא על תהליך הקיום – מה נעשה, מה לא נעשה, ואילו קשיים התגלו בתרגום פסיקתו העקרונית של בג"ץ לשפת המעשה. אותם אנשים שיזוהו כאחראים לקיום יהיו כפופים באופן אישי לדיני העדות ולדיני הביזיון מול בית-המשפט, כמו-גם לדין המשמעתי של המנהל הציבורי אם ימצא כי הם מפירים הוראות שיפוטיות מפורשות. יש לקוות כי נכונותן הרבה יותר של ערכאות הדיון לתבוע מעדיהן דיווח-אמת מפורט ולהטיל סנקציות בגין ביזיון, יחד עם הזיהוי האישי של האחראים לקיום, ייצרו תמריץ חדש לפקדי השלטון להתאמץ ולקיים את החלטות בג"ץ.

ההליך שיתנהל מרגע זיהוי הצדדים יהיה בעל אופי ייחודי, שכן הוא לא יתאפיין במבנה האדוורסרי הרגיל שבבסיסו סעד המבוקש על-ידי צד אחד נגד צד אחר. אכן, כפי שתואר ביחס לדוגמות האמריקאיות, ההליך של ליטיגציית משפט ציבורי אינו מבוסס על חיתוך בינרי של זכויות וחביות, בסגנון משחק-סכום-אפס. ה"סעד", במובן של התוצר הסופי של ההליך, הוא יעד מוסדי שמוגדר על-ידי בית-המשפט תוך כדי תנועה, לאחר שמתברר מהם הצרכים, היכולות והתנאים המבססים את קיום הפסק, ומה מתחייב מההנחיה של בית-המשפט העליון. במקרים רבים תהיה זו הערכאה האוכפת עצמה שתצטרך לקבוע אם ומתי הושג קיום מספק של פסיקת בג"ץ וההליך הגיע לכלל

141 השוו לתק' 24 סיפא לתקסד"א – בית-המשפט רשאי לצרף כצד להליך את מי "שנוכחותו בבית המשפט דרושה כדי לאפשר לבית המשפט לפסוק ולהכריע בייעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה".

השלמה. הליך כזה יכול להיות קצר וחד – למשל, אם כל מה שנדרש הוא איום אמין בהפעלת סנקציה אכיפתית נגד פקיד על-מנת שיקיים ציווי בהיר של בית-המשפט העליון; אך הוא יכול להיות גם ממושך ועמוס דיונים, ראיות וצווי-ביניים – למשל, אם מדובר במהלך לרפורמה של מדיניות התקצוב או הניהול של מערכת ציבורית כלשהי.

מתבקש שעל החלטות האכיפה של ערכאת הדיון יתאפשר ערעור לערכאה שמעליה – בדרך-כלל, מן הסתם, יהיה זה בית-המשפט העליון. אומנם יש בכך כדי לסרב ולהאריך הליך שהוא גם כך הימשכות של הליך קודם, אולם ציווי אכיפה עשויים לכלול מגוון של הוראות חדשניות או פוגעניות בעלות השפעות רחבות (כולל, כמובן, סנקציות אישיות בגין בזיון בית-משפט, אשר מקנות במשפטנו זכות ערעור),¹⁴² וראוי להחיל את יתרונות הביקורת הערעורית על מצבים אלה. הדבר יכול אומנם להוביל לדיון חוזר של בית-המשפט העליון במשמעות של פסקי-הוא, אך זאת במסורת הרגילה של ערעורים על החלטות העוסקות בפרשנות הלכותיו של העליון, כלומר, בלא חידוש של ממש מבחינת ההרגלים המוסדיים של שיטת המשפט. מכל מקום, יש לצפות שעיקר הביקורת הערעורית בהליכי אכיפה תעסוק בשיקול-דעתה של ערכאת הדיון בהחלטות צופות פני עתיד – כלומר, בסבירותן של ההנחיות שיינתנו לפקיד השלטון כיצד לקיים את פסק-הדין של בג"ץ – ובתחום זה לא מתעורר קושי מיוחד במעורבות חוזרת של בית-המשפט העליון.

(ד) כיצד תמומש הרפורמה?

נראה כי אין כיום במשפט הישראלי מסגרת הליכית מובהקת שתאפשר יישום מידי של מודל האכיפה שהוצע כאן: ההליכים שאנו עוסקים בהם נפתחים ומוכרעים בבית-המשפט העליון, וזה אינו מוסמך לכאורה להפנות את המשך הטיפול בתיק שנפתח אצלו לערכאה נמוכה ממנו. זו מן הסתם הסיבה שבעטייה בית-המשפט העליון מוכן דרך הרגל לנהל בעצמו הליכי בתר-פסק, אף שגם מקור הסמכות לתופעה זו אינו ברור תמיד, כפי שצוין. באותם מקרים שבהם בג"ץ מחליט לא לדון בעתירה מן הטעם שקיים "סעד חלופי" בדמות ניהול הליך בערכאה נמוכה יותר, הוא מסלק את העתירה על הסף ושולח את העותרים ליזום את ההליך המתאים בערכאת הדיון הרלוונטית לפי דיני הסמכות הרגילים.¹⁴³ אומנם, במאמציו להפנות נתחים של תיקים מנהליים לבית-המשפט המחוזי (לפני הקמתם של בתי-המשפט לעניינים מנהליים), הפגין בג"ץ בעבר יצירתיות בפירוש החקיקה המסמיכה – למשל, בדיני המכרזים ובדיני התכנון והבנייה.¹⁴⁴ אך אז דובר

142 ס' 18(1) לפקודת בזיון בית-משפט.

143 ראו, לדוגמה, את ההחלטות המנויות אצל אהרונסון "הטיעון הדמוקרטי", לעיל ה"ש 30, בעמ' 19; Coenen, לעיל ה"ש 29; בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 129.

144 ראו מני מזוז "רפורמה בשיפוט המינהלי בישראל – חוק בתי-משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000" משפט וממשל ו 233, 237-238 (2001).

בניהול ההליך כולו בערכאה הנמוכה במסגרת דיני הסמכות הקיימים, ולא בפיצול ההליך כך שראשיתו תהיה בעליון ואחריתו בערכאת הדיון, שיהיה בגדר תופעה חדשנית בנוף הדיוני הישראלי.¹⁴⁵

דרך-המלך לתיקון המצב תהא אפוא הסמכה חקיקתית מפורשת: יצירה סטטוטורית – בחוק-יסוד: השפיטה או בחוק בתי-המשפט – של הליך לאכיפת פסקי-הדין של בג"ץ, אשר תקבע את האופן שבו יועברו התיקים מבית-המשפט העליון ואת היקף הסמכויות שיינתנו לערכאה האוכפת. הסדר סטטוטורי כזה יתייחס כמובן גם לשאלות שצוינו לעיל – בדבר סינון התיקים המתאימים לאכיפה, בדבר זיהוי הערכאה המתאימה ובדבר אופיו של הליך האכיפה. אך יצירת הסדר כזה אינה צפויה כמובן בקרוב: היא מחייבת הכרה של המדינה, ושל נסחי החקיקה בתוכה, בבעיית אי-הקיום ובגרעון האכיפה השיפוטי, והבאה לכנסת של חוק שיוסיף נטלים חדשים על המדינה כבעלת-דין ויפחית את כוחן של הרשויות הפוליטיות מול הרשות השופטת.

החלופה הסבירה יותר, אף שהיא מורכבת יותר מבחינה דינונית, היא ייזום של הליך חדש נגד המדינה בבית-המשפט המחוזי, בתביעה לקיום פסק-דין סופי של בג"ץ. היות שהעילות המאפשרות הגשת עתירה מנהלית מוגבלות בחקיקה, נראה שיידרש הליך אזרחי: המרצת פתיחה בבקשה לסעד של צו עשה. יש לצפות כמובן שהתגובה המיידית – הן של המדינה כמשיבה והן של בית-המשפט שידון בתיק – תהיה להעביר את העניין לשיפוטו של בג"ץ, בהתאם לגישה המקובלת שלפיה הערכאה שנתנה החלטה היא שמפקחת ככלל על קיומה. יידרש אפוא תמרוץ מפורש מכיוונו של בית-המשפט העליון לערכאות הדיון לשמר את התיקים הללו אצלן ולנצל את היתרונות המוכּנים שלהן לצורך מעקב אחר קיום החלטותיו. לשם כך יהיה על שופטי בית-המשפט העליון לתמוך כמובן במודל המוצע כאן, אך אני סבור שניתן להשיג את תמיכתם. אומנם, המודל כרוך לכאורה בצמצום שליטתו של בית-המשפט העליון בתיקים שבהם הוא דן – נתון שעלול להתפרש כהחלשתו של בית-המשפט, וזאת דווקא כאשר הוא עסוק במאבק על מעמדו מול הרשויות הפוליטיות. אך אם יהיה בכך כדי לשפר את רמת הקיום של החלטותיו, ובה-בעת לצמצם את החיכוך המביך שלו עם רשויות מפורות, תהא בכך תועלת של ממש לבית-המשפט העליון.

145 לרתיעתו של בית-המשפט העליון מיצירת הליכים חדשים בעלי השלכות מערכתיות ראו, למשל, רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בוק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010).

סיכום

העיסוק הציבורי בהחלטות בג"ץ שחייבו את פינוי היישוב עמונה, וההתלבטויות הפוליטית והמשפטית כיצד לטפל ב"בעיה"¹⁴⁶ שיצר פסק-הדין, מיצו באופן בהיר את המתחים המוסדיים המתעוררים כאשר בית-המשפט פוסק בתחום שהוא גם רגיש מבחינה אידיאולוגית (מעמד ההתיישבות הישראלית ביהודה ושומרון וזכויות התושבים הפלסטינים שם) וגם מורכב מבחינה יישומית (פינוי יישוב שלם ואיתור חלופת מגורים חוקית לתושביו). בניסיון גלוי למנוע מראש אי-קיום מדינתי, נתן בג"ץ למדינה, במסגרת פסק-הדין המקורי מ-2014, שנתיים תמימות לביצוע הצו (וזאת בעתירה שהוגשה עוד ב-2008 ואשר המדינה לא חלקה באופן מהותי על נכונותה).¹⁴⁷ בקשת המדינה, ערב סיומה של תקופת השנתיים, להארכה של שבעה חודשים נוספים, לצורך מיצוי המאמצים להסכמה על פינוי לא-אלים, נדחתה על-ידי בג"ץ.¹⁴⁸ בקשה נוספת, שהוגשה חמישה ימים לפני המועד האחרון, להארכה קצרה יותר של 45 ימים אושרה לבסוף, משהושגה התחייבות של התושבים להתפנות בדרכי שלום, ותוך הדגשה כי "זוהי ארכה סופית ואחרונה, וזאת גם אם לא יימצא פתרון חלופי כזה או אחר".¹⁴⁹

ברקע להליכים אלה בבג"ץ התקיימו הליכי חקיקה בכנסת שאיימו לאיין את תוצאת פסק-הדין באמצעות חוק שיתיר, באופן רטרופקטיבי, תפיסה של השטח שהיישוב ממוקם עליו.¹⁵⁰ בה-בעת התנהלו, הן במשרד המשפטים והן בערכאות שיפוטיות, הליכים מגוונים שנועדו לברר את שאלות הבעלות על הקרקעות שמהן נדרש היישוב להתפנות,¹⁵¹ את האפשרויות המשפטיות של שימוש בקרקעות סמוכות,¹⁵² ואת מידת המהימנות של המסרים ששידרו תושבי עמונה בדבר נכונותם להתפנות בדרכי שלום.¹⁵³ בג"ץ – בהיותו מודע לרגישות הפוליטית הרבה של חלקו בפרשה – נמנע באופן מופגן

146 מורן אזולאי "נתניהו: מודעים למצוקת תושבי עמונה, פועלים לפתור את הבעיה" *ynet* 14.11.2016. www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4878869,00.html

147 בג"ץ **חמאד** (2014), לעיל ה"ש 26, פס' 17–18 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

148 בג"ץ **חמאד** (2016), לעיל ה"ש 3.

149 בג"ץ 9949/08 **חמאד נ' שר הביטחון**, פס' 18 להחלטה (פורסם בנבו, 22.12.2016) (להלן: בג"ץ **חמאד** (2016)).

150 ראו הצעת חוק להסדרת התיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2016, פ/3433/20 (של חברי-הכנסת סמוטריץ', קיש, מועלם-רפאלי וביטן מיום 2.11.2016).

151 ראו בג"ץ **חמאד** (2014), לעיל ה"ש 26, פס' 7 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (תיאור הליכים המתנהלים במקביל בבתי-משפט השלום, המחוזי ולעניינים מנהליים).

152 ראו, למשל, חיים לוינסון "היועמ"ש הסכים להעתקת עמונה לאדמות נכסי נפקדים באופן קבוע" **הארץ** 5.12.2016 1.3142536 www.haaretz.co.il/news/politics/premium-1.3142536

153 ראו בג"ץ **חמאד** (2016), לעיל ה"ש 3, פס' 21 להחלטתה של הנשיאה נאור; בג"ץ **חמאד** (2016), לעיל ה"ש 149, פס' 12–14 להחלטה.

מנקיטת עמדה באיזו מהשאלות הללו,¹⁵⁴ ונצמד תחת זאת לאכיפת תוכן הצו המקורי שנתן ב־2014. זאת, אף שמוכן שמכלול הנושאים הללו השפיע באופן ישיר על גישתה של המדינה לקיום פסק־הדין; וטוב היה אילו התאפשר להם להתברר במסגרת דיונית הולמת, תוך הפחתת הלחץ הפוליטי שבו היה בית־המשפט העליון נתון לנוכח האיזמים לפגוע בסופיות פסיקותיו.

אכן, בעיית הקיום של פסק־הדין של בג"ץ על־ידי רשויות המדינה היא בראש ובראשונה סוגיה חוקתית־פוליטית. עניינה בעוצמתו של שלטון החוק במדינת־ישראל, מצד אחד, ובתפיסת הלגיטימיות הדמוקרטית של מעורבות שיפוטית בתחומים שונים של ממשל ומדינה, מצד אחר. במישורים אלה מתבקש כמובן דיון עיוני וציבורי, והוא אכן מתנהל ברמות משתנות של עוצמה ותחכום, במיוחד בשני העשורים שלמן "המהפכה החוקתית" ועלייתו של עידן האקטיביזם השיפוטי. במאמר הנוכחי ביקשתי להימנע מהצגת טיעון במישורים אלה, ותחת זאת פניתי לבחינת ההיבט המוסדי של קיום הפסיקות. הנחתי כי תהא רמת האקטיביזם של בג"ץ אשר תהא, בכל מקרה היא צפויה לעורר – במקרים רבים יותר או פחות – מחלוקות בשאלת קיומן של ההחלטות, ומכאן הצורך לעיין בתנאים המוסדיים המיטביים להתמודדות עם מחלוקות אלה. טענתי כי בית־המשפט העליון, למרות "עליונותו" ולמעשה בגללה, לוקה בחסך בכלים אפקטיביים לפיקוח על קיום החלטותיו־הוא, בוודאי כאשר ההחלטה מחייבת תהליך קיום ממושך הכרוך בשינוי מוסדי ובפיתוח מענים מפורטים לנסיבות משתנות, שאינן מובאות בהכרח בחשבון בהכרעה המשפטית העקרונית של בג"ץ. ערכאות הדיון – למשל, בתי־המשפט המחוזיים – עשויות למלא תפקיד בעל ערך בתהליך זה, ויש טעמים ציבוריים רבים לפנות אליהן לצורך מימושו של התפקיד הזה.

154 ראו, למשל, בג"ץ **חמאד** (2014), לעיל ה"ש 26, פס' 18 לפסק־דינו של הנשיא גרוניס ("אין בהכרעתנו כדי להביע עמדה כלשהי ביחס להליכים השונים המתקיימים בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי, לסעדים המבוקשים שם ולהשלכותיהם"); בג"ץ 9949/08 **חמאד נ' שר הביטחון**, פס' 2 להחלטה (פורסם בנבו, 22.12.2016) (החלטת־ביניים) ("בית המשפט, גם אם ייעתר לבקשת הדחיה, אינו אמור להתייחס לחוקיותו של המתווה ולהיתכנות מימושו"); בג"ץ **חמאד** (2016), לעיל ה"ש 3, פס' 21 להחלטתה של הנשיאה נאור ("מהחומר שהונח לפנינו עולה כי ההיתכנות של פינוי בהסכמה ובדרכי שלום מוטלת בספק... [לטענת המדינה,] התנגדותם של התושבים למעבר לשבות־רחל מזרח נועדה לשרת את מאבקם הנוכחי, ולמעשה, כך נרמז, החלופה שהוצעה להם מקובלת עליהם. לא אוכל לקבל טענה זו. כידוע, אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות").