

הדיאלוג החוקתי בישראל: שתי נקודות מבט

בל יוסף*

המושג "דיאלוג חוקתי" הולך וצובר תנופה בישראל בשנים האחרונות. בכתיבה החוקתית ניתן לזהות יותר ויותר אזכורים שלו, הצדקות דרכו ודיונים בטיבו. למרות פריחה זו, עד כה לא עצרה הכתיבה החוקתית לבחון אם במשפט החוקתי הישראלי אכן מתקיים דיאלוג. על כך מחקר זה מבקש לענות. על בסיס הספרות העיונית הקיימת, המאמר מפתח מתודולוגיה חדשה למדידת דיאלוג, המורכבת הן מנקודת המבט של בית המשפט והן מנקודת המבט של המחוקק. במסגרת זו נבחנים הרטוריקה השיפוטית להצדקת ביקורת שיפוטית חוקתית, דוקטרינות מבוססות תגובה, סעדים חוקתיים ותגובות חקיקתיות. מאמר זה מציע מחקר אמפירי איכותני רחב היקף שמתפרש על פני מאות פסקי דין, ומבקש לבחון את ארבעת המדדים הדיאלוגיים הללו דרכם. מסקנת המאמר היא כי מבחינה דסקריפטיבית המשפט הישראלי מתאפיין ככלל בסממנים דיאלוגיים חזקים מאוד, אם כי בשנים האחרונות ניתן לזהות תחילתו של שינוי מגמה. מסקנה זו מבקשת להעשיר ולפתח את השיח בשאלות שעולות ממושג הדיאלוג ומן האופן שבו הוא נטמע במשפט הישראלי. בד בבד המאמר מעלה גם תהיות אחדות לעתיד לבוא לאורם של הממצאים העולים ממנו.

* מרצה מן החוץ, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. המאמר הוא עיבוד של מחקר שנעשה כחלק מעבודת הדוקטורט "הדיאלוג המהותי: מודל לקידום דיאלוג בין בית משפט עליון למחוקק". תודתי נתונה למרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים ולמלגת נשיא המדינה למצוינות וחדשנות מדעית. אלמלא תמיכתם הנדיבה, לא היה מחקר זה יוצא לפועל. תודתי העמוקה נתונה גם לאייל גרוס, מנחה עבודת הדוקטורט; לתמר קריכלי-כץ, על סיוע וייעוץ רבים בהיבטים האמפיריים של המחקר; למשתתפים ולמשתתפות בסדנת החוקרים הצעירים של העמותה למשפט ציבורי לשנת 2017; ולמערכת **משפט ועסקים** ולקורא החיצוני, על תרומה רבה ומשמעותית בשיפור המאמר. אני מודה מאוד לכולכם ולכולכן. באשר לטעויות ולפרשנות הממצאים – אלה באחריותי בלבד. להערות ולהארות: Bel.shp@gmail.com.

מבוא

- פרק א : מחשבות נורמטיביות מקדמיות
 פרק ב : מחשבות אמפיריות מקדמיות
 פרק ג : מתודולוגיה
 פרק ד : ממצאים
1. רטוריקה שיפוטית
 2. דוקטרינות מבוססות תגובה
 (א) קריאה למטה
 (ב) הנחיה שיפוטית
 (ג) התראת בטלות
 (ד) מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה
 (ה) מעמד לכנסת בעתירות בעניין חוקתיותה של חקיקה
3. סעדים חוקתיים
 (א) עקרון ההפרדה
 (ב) השעיית הכרזת הבטלות
 (ג) קריאה אל תוך החוק
 (ד) סעד הליווי
 (ה) סעדים נוספים
4. תגובות חקיקתיות
 (א) דיאלוג המשפט המקובל
 (ב) תגובות חקיקתיות לאחר חוקי היסוד של 1992
- פרק ה : מסקנות
 אחר הדברים האלה
 נספח

מבוא

בעשור האחרון החלו כותבים ישראלים שונים להציע התייחסות תיאורטית לדיאלוג החוקתי שמתרחש בין בית המשפט העליון לרשויות הפוליטיות. בעיכוב טיפוסי של עשור אחר שכנות בולטות מהמערב, התחלנו גם אנו בישראל לראות את הפרדיגמה הדיאלוגית כבסיס תיאורטי אפשרי להמשגת היחסים המוסדיים הללו. סקירה של הספרות בשאלות חוקתיות שונות מגלה כי כותבים לא מעטים יוצאים במחקריהם מנקודת הנחה שבמשפט הישראלי אכן מתקיים דיאלוג חוקתי,¹ ביניהם גם כאלה

1 ראו, למשל, חיים זנברג "פרשת קרסיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות" **מחקרי משפט** כז 409, 434 (2011); איל בנבנשתי "ביקורת שיפוטית וכשלי

שהקדישו לו דיון נורמטיבי עצמאי תוך תהייה באשר לטיבו.² מולם יש שחולקים על כך שהמשפט הישראלי ניתן לאפיון כדיאלוג, בין מפאת ראיית עולם עקרונית ואידיאולוגית,³ ובין מפאת האופן שבו הם קוראים את המשפט והפוליטיקה בישראל.⁴ למחקרים אלה יש חשיבות אדירה, ויש בהם תרומה גדולה לפיתוח הדיון החוקתי הישראלי באקדמיה, בפוליטיקה, בתרבות ובבתי המשפט. עליהם, ולאורם, אבקש להוסיף גם אני. על בסיס תפיסה יסודית כי לאופן התנהלותו של הדיאלוג בפועל יש השפעה של ממש על התפיסות הנורמטיביות שראוי כי ילוו אותו,⁵ אני מבקשת להוסיף במאמר זה מימד דסקריפטיבי-אמפירי למהלך הדיאלוגי (הנורמטיבי ברובו) שקיים בספרות.

מחקר זה מציג בחינה אמפירית-איכותנית של עשרים ושש שנים של פסיקה חוקתית, ושל פסיקה שעסקה בחוקתיות חקיקה בפרט, תוך זיהוי הסממנים הדיאלוגיים שמאפיינים אותה, וכן של האופנים השונים שבהם המחקר הגיב על פסיקה זו. האחד

הדמוקרטיה: על פערי המידע והדרכים השיפוטיות לצמצומם" **עיוני משפט** לב 277, 299 (2010); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 263 (2016); שמעון שטרית "בית המשפט העליון על פרשת דרכים – המודל הראוי לביקורת שיפוטית על חוקים בישראל" **מאזני משפט** ה 23, 63 (2006); יורם רבין **הזכות לחינוך** 94 (2002); יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" **משפט ועסקים** יד 199, 254 (2012); אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" **עיוני משפט** כו 241, 296–297 (2002) (להלן: סבן "הזכויות הקיבוציות").

2 אהרן ברק "שותפות ודיאלוג בין הרשות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת" **מאזני משפט** ד 51 (2005); יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח 149 (1997); גדעון ספיר **המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד** (2010); מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" **משפטים** כח 211 (1997); חגי קלעי "מעבר לאיזונים ובלמים – הדיאלוג בין הרשויות כבסיס לשינוי חברתי" papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2438200; ברק מדינה "פרק יא: משפט ציבורי" **הגישה הכלכלית למשפט** 565, 630–631 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012); גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" **עיוני משפט** כב 129, 158–159 (1999); אורי אהרונסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו אנטי-רובני" **עיוני משפט** לו 509, 516–522, 560–562 (2016).

3 ראו, למשל, את ספרו של פרידמן ואת המונח "בג"ץ עוקף חוק יסוד" שבו השתמש, אשר ממחיש היטב את כוונת המשורר. דניאל פרידמן **הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה** 197, 236 (יהודה יערי עורך, 2013).

4 ראו את עמדתו של גדעון ספיר, שכתב כי "הלך הרוח בחברה הישראלית" אינו בשל לדיאלוג מעין זה. ספיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 19 ו-264.

5 ראו בהקשר זה את דבריו של הנשיא (בדימ') שמגר בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, פס' 21 לפסק דינו (1995) (להלן: **עניין בנק המזרחי**): "כל תורה עיונית המנתחת מערכת יחסים משפטית קיימת, חייבת לעגן עצמה במציאות המשפטית; היא אינה תלויה על בלימה אלא מפנה עיניה אל מבנה משפטי קיים שהוא נתון שאין אפשרות להתעלם ממנו. היא איננה מנותקת מן הנושא שאותו היא מבקשת לנתח, ותיזה שאינה נותנת לו את דעתה היא בלתי מציאותית."

אינו שלם בלעדי האחר, וזה קו המחשבה שמלווה את המחקר. אני סבורה כי ראוי להקדים את המאוחר ולומר כבר עתה כי המשפט הישראלי מתאפיין בסממנים דיאלוגיים חזקים בכל ארבעת המדדים הדיאלוגיים. טווח השנים של 2006 עד 2016 הוא הדיאלוגי ביותר. משנת 2017 ניתן לראות מגמה מעט שונה ככלל, ופסקי דין שהיו בעלי פוטנציאל דיאלוגי חזק נדמים כמשנים כיוון, אולם עדיין מוקדם מכדי להכריע בשאלה אם המשפט הישראלי הולך ומאבד את אופיו הדיאלוגי. אני סבורה כי המגמה היא עדיין שקיים כיום דיאלוג משמעותי במשפט הישראלי בתוך השיח של חוקתיות חקיקה, ובדיאלוג הזה נוטלים חלק פעיל גם בית המשפט העליון וגם הכנסת.

כפי שאראה בהמשך, חלק מהמחקר מוקדש לסקירה של דוקטרינות שיפוטיות מבוססות תגובה וסעדים חוקתיים. יש להדגיש כבר בשלב זה כי דוקטרינות אלה אינן נקיות מספק נורמטיבי, וכמוהן גם סעדים שונים שיידונו בהמשך. כך, למשל, מה הדין – או מה ראוי שיהיה הדין – אם פעם אחר פעם המחוקק אינו שועה לעצה השיפוטית? כיצד יש להתייחס למצב שבו בית המשפט נוקט אזהרה שיפוטית, ובהמשך אולי אף התראת בטלות, אך אינו מממש אותן על אף התעלמותם של הגורמים הפוליטיים? מה המשמעות של זניחת העותרים בעת השעיית הכרזת הבטלות? ומה המשמעות של ליווי עוד לפני שבית המשפט הכריע כי יש כאן הפרה של הדין? סוגיות אלה מעלות שאלות יסודיות, בפרט בכל הנוגע ביחסים שבין בית המשפט לרשויות הפוליטיות. חלקן כבר זכו בדיון, רחב יותר או רחב פחות,⁶ ולא זה המקום לכך. לעת עתה תיוותר הסקירה בקווים דסקריפטיביים, ולא נורמטיביים: אבחן אם הדוקטרינות והסעדים מהווים חלק מההכרעה השיפוטית, כיצד ובאיזו מידה משתמשים בהם, ומה הבסיס הרעיוני לשימוש בהם. דברים דומים ניתן לומר על תוכן הפסיקה: איני עוסקת בטיבה; איני מבקרת את ההחלטות הענייניות, ואיני בוחנת אם הן "טובות" אם לאו או אם הן "נכונות" אם לאו. הערך שאני מבקשת לזקק מהפסיקות במחקר זה הוא הערך הדיאלוגי שלהן ותו לא.

פרק א יוקדש לכמה מחשבות מקדמיות ונורמטיביות על הדיאלוג. אלה חיוניות, לשיטתי, על מנת להצליח להסביר את חשיבותו של המחקר, ומדוע יש בכלל מקום לעסוק בדיאלוג חוקתי, קל וחומר במחקר אמפירי שלו. בפרק ב אבקש להפריד בין המובנים הנורמטיביים לבין המובנים הדסקריפטיביים של מושג הדיאלוג החוקתי, ואציג סקירה קצרה של האופן שבו גישות שונות ניגשו למדידת הדיאלוג. הסקירה מראה כי מדידת הדיאלוג מתאפיינת לרוב בצורות חלף רוחב, ועוסקת באופן שבו הגיב המחוקק על פסיקה או באופן שבו הפסיקה מתיישרת עם הדעה הציבורית. כל החלק המהותי שנמצא בתוך ההליך השיפוטי וההנמקה השיפוטית נעדר לרוב מסגרון מדידה זה. מסקנה

6 ראו, למשל, את הכלים של הנחיה שיפוטית, השעיית התראת הבטלות, מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה וסעד החובה לחוקק, אשר זכו כל אחד בדיון דוקטרינרי: ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית המשפט העליון" **עיוני משפט** לד 437, 441 (2011); יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" **משפט וממשל** ט 39 (2005); בל יוסף "אליה וקוץ בה: המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה" **עיוני משפט** מ 253 (2017) (להלן: יוסף "אליה וקוץ בה"); רונן פוליאק "סעד החובה לחוקק: הצעה למתווה הדרגתי" **משפטים** מז 675 (2017).

זו היא שתוביל לפרק ג, שבו אעסוק במתודולוגיה של מדידת דיאלוג. אטען כי מדידת דיאלוג רק באמצעות קיומם של מנגנונים פורמליים עלולה להטעות, ואינה נותנת תמונה מלאה של הקיים, ואציע דרך חלופית למדידת דיאלוג תוך הישענות על האופן שבו הוא מתרחש הלכה למעשה. כן אשים דגש בחקיקה ובאופן שבו היא הגיבה על פסיקה חוקתית, מתוך תפיסה יסודית שהדיאלוג צריך להימדד דרך שתי נקודות מבט: משפטית ופוליטית. לאחר מכן, בפרק ד, שהוא הפרק המרכזי, אציג את הממצאים השונים. בפרק ה אסכם את הממצאים, ואעלה עוד כמה תהיות נורמטיביות ודרכים אפשריות לפתוח את השיח באמצעות שאלות שעולות ממחקר זה. הפרק האחרון יציג מחשבות אחדות על "היום שאחרי".

פרק א: מחשבות נורמטיביות מקדמיות

לפני הדיון האמפירי, שיקבל את הבכורה במאמר זה, אני סבורה כי מוטב להקדיש דיון, ולו קצר, בטיבו של הדיאלוג החוקתי שאותו אני מבקשת למדוד, שאם לא כן תתקשה הקוראת להבין מדוע בכלל לדון בדיאלוג, לפתח כלים למדידתו או להציע מסקנות על אודותיו. דיון זה גם נועד, במידה מסוימת, להסיר "מעקשים נורמטיביים" משאר הדרך, ולהותירה דסקריפטיבית, לכל מי שימצא בה עניין.

תיאוריית הדיאלוג המרכזית שבה אעסוק התפתחה בקנדה בתחילת שנות השמונים עם כינונו של הצ'רטר הקנדי.⁷ במרכזו כמה מנגנונים המיועדים להעניק באופן מפורש סמכות לביקורת שיפוטית חוקתית, מצד אחד,⁸ ולשמר את יכולת התגובה החקיקתית של הרשויות הפוליטיות, מן הצד האחר.⁹ כך, פסקת ההגבלה מיועדת לאפשר למחוקק להגשים את המדיניות הרצויה בעיניו, בכפוף למבחני מידתיות ותכלית; ופסקת ההתגברות משמרת את יכולת ההכרעה הגורפת שלו, אך כרוכה במחיר פוליטי שיש לשלמו. מהר מאוד לאחר כינון הצ'רטר החלו כותבים אחדים לנקוט מינוח של "דיאלוג" בדברם על התייחסות הגומלין הבין-מוסדית שנוצרה מכוח הצ'רטר:¹⁰ חוק נתקף בבית

7 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, *being* Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11 (U.K.), laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html.

8 זאת, לאחר שמגילת זכויות האדם הקנדית משנת 1960 לא הצליחה להוביל לשינוי משמעותי במשפט הקנדי – הן מפאת המעמד הלא-חוקתי שלה והן בגלל העדר אכיפה שיפוטית. PETER W. HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA* 701, 722–723 (2009).

9 מבחינה פורמלית מדובר במחוקק, אך לנוכח שליטת הממשלה בתהליך החקיקה בממשל הקנדי, יתייחס המינוח לרשויות הפוליטיות בכללותן. גם כאשר המינוח כולל את הממשלה, מדובר בכובעה כשולטת בתהליך החקיקה או כמשפיעה עליו, ולא בכובעה הביצועי, שהוא נושא לדיון אחר.

10 Paul C. Weiler, *Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version*, 18 U. TAW. MICH. J.L. REFORM 51 (1984); Brian Slattery, *A Theory of the Charter*, 25 OSGOODE

המשפט, בית המשפט מבטל את החוק, והמחוקק ברצותו מגיב (דרך פסקת ההגבלה או פסקת ההתגברות) וברצותו שותק – משחק טניס או פינג-פונג שבו הכדור קופץ כל הזמן מרשות אחת לרעותה. בשנת 1997 התפרסם המאמר המכונן של התיאוריה הדיאלוגית פרי עטם של הוג ובושל-תורנטון, אשר הגיעו למסקנה – באמצעות בחינה אמפירית באופייה של תגובות חקיקתיות על פסיקה שעסקה בחוקתיות חקיקה – כי בין בתי המשפט העליונים בקנדה לבין המחוקקים מתקיים דיאלוג.¹¹ דיאלוג זה מתאפשר, טענו השניים, הודות לפסקת ההגבלה, לפסקת ההתגברות, לשיקול הדעת הרחב לעניין הסעדים החוקתיים, ולזכויות בעלות הסמכה פנימית לפגיעה.¹² הוג ובושל-תורנטון ביססו במאמרם לא רק את תיאוריית הדיאלוג, אלא גם את המימד התגובתי (responsive) שלה, אשר מזוהה עד היום באופן חזק עם התיאוריה הקנדית: הדיאלוג מבוסס על שימור יכולת התגובה של המוסד האחר.¹³

בעשרים השנים האחרונות קיבלה תיאוריית הדיאלוג חיים עצמאיים, ובעיקר עומק רב. מתיאוריה חשובה אך דו-ממדית, שמבוססת רק על ביקורת שיפוטית, תגובה חקיקתית וחזר חלילה, היא זכתה בעומק. בשנים אלה החלה הסתכלות לא רק על השורה התחתונה, אלא גם על הדרך. ניתן לזהות בכתיבה עושר של מנגנונים שונים, המתקשרים לשלבים שונים של העשייה החוקתית (בקרב המחוקק ובקרב בית המשפט, יחד ובנפרד), ובכולם ניתן לזהות תכונות דיאלוגיות. הבולטים מבין כולם הם הסעדים החוקתיים, אשר מאפשרים לבית המשפט לבחור כיצד לעצב את ההזמנה לתגובה חקיקתית, לעודד אחריות חוקתית פוליטית, ובחלק מהמקרים אף להקל על המחוקק בגיבוש התגובה החקיקתית. בשנים האחרונות הערך הדיאלוגי של סעדים אלה זוכה בהכרה ניכרת.¹⁴ לצידם מצויות דוקטרינות שיפוטיות שמהוות את שלב הכניסה לבחינה החוקתית. הן אינן חוסמות את הדיון החוקתי,¹⁵ אך הן מצמצמות את היקפו או את השלכותיו. גם ברבות מדוקטרינות אלה זיהתה הספרות ערך רב בקידום דיאלוג.¹⁶

HALL L.J. 701, 702–703 (1987); Patrick J. Monahan, *Judicial Review and Democracy: A Theory of Judicial Review*, 21 U.B.C. L. REV. 87 (1987); Nitya Duclos & Kent Roach, *Constitutional Remedies as "Constitutional Hints": A Comment on R. v. Schachter*, 36 MCGILL L.J. 1 (1991).

Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*, 35 OSGOODE HALL L.J. 75 (1997).

12 שם, בעמ' 82–88.

13 יודגש: הדיאלוג אינו מבוסס בהכרח על הבחירה להגיב, אלא בעיקר על שימור היכולת לעשות כן.

14 ראו, למשל, אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" **משפט ועסקים** כ 301 (2017); KENT ROACH, *THE SUPREME COURT ON TRIAL: JUDICIAL ACTIVISM OR DEMOCRATIC DIALOGUE* 377–379 (rev. ed. 2016).

15 להבדיל מעילות הסף. ראו הרחבה בעניין זה בפרק ד.

16 ראו, למשל, בהקשר של התראת הבטלות, בל יוסף "שבע הערות קצרות על התראת הבטלות" israeliconstitutionalism.wordpress.com/2018/05/15/% 15.5.2018 **ICON-S-IL Blog**

שינוי זה היה למעשה מעבר מהמודל הקלסי של הדיאלוג למודל המהותי של הדיאלוג.

אני סבורה כי דיאלוג חוקתי מהותי בשלב הביקורת השיפוטית החוקתית הוא ראוי משורה של טעמים. ברוב המוחלט של המקרים הוא מותיר את ההחלטה במרחב הפוליטי. בית המשפט מעצב את העיקרון החוקתי, ומותיר למחוקק את ההכרעה כיצד לפרוט את העיקרון לפרטים ובאילו אמצעים להשתמש. נבחרי העם, אשר נבחרו בבחירה רובנית ומייצגים אותו, הם שמקבלים את ההחלטה. גם מבחינה מקצועית נכון יותר שההחלטה תתקבל בזירה המתאימה, היא הכנסת, המצוידת במערך תמיכה מקצועי מתאים על מנת לקבל ולשמוע את מירב הידע, הנתונים והקולות הרלוונטיים לפני קבלת ההחלטה.¹⁷ לדיאלוג יש גם כוח מעניק-לגיטימציה אדיר, מעצם שימור ההכרעה בידיים פוליטיות, באופן שמרכז רבות מהטענות בדבר האנטי-דמוקרטיות או האנטי-רובניות של הביקורת השיפוטית.¹⁸ נוסף על כך, התנהלות דיאלוגית, בעלת רוחב ועומק גם יחד, מאפשרת למקם שוב ושוב את הזכות החוקתית במרכז. הזכות החוקתית היא במרכז ההכרעה השיפוטית. היא עוברת למחוקק, עם "גבולות גזרה חוקתיים", כדי שזה יאזן אותה מול האינטרסים והמדיניות שברצונו להגשים. נוסף על כך, הדיאלוג החוקתי מניע תהליך דליברטיבי מקיף הן בבית המחוקקים והן בקרב הציבור.¹⁹ בכך גלום יתרון נוסף

D7%A9%D7%91%D7%A2-%D7%94%D7%A2%D7%A8%D7%95%D7%AA-%D7%A7%D7%A6%D7%A8%D7%95%D7%AA-%D7%A2%D7%9C-%D7%94%D7%AA-%D7%A8%D7%90%D7%AA-%D7%94%D7%91%D7%98%D7%9C%D7%95%D7%AA-%D7%91%D7%9C-%D7%99%D7%95%D7%A1/ Richard M. Re, *The Doctrine of One Last* (2018) 99 יב אתר יב 99 (2018); Chance, 17 GREEN BAG 2D 173 (2014). בהקשר של המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה ראו יוסף "אליה וקצן בה", לעיל ה"ש 6. בהקשר של הנחיה שיפוטית ראו אורגד ולביא, לעיל ה"ש 6; דוד זכריה קולו הוך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור 98–99 (2012); Ronald J. Krotoszynski, Jr., *Constitutional Flares: On Judges, Legislatures, and Dialogue*, 83 MINN. L. REV. 1 (1998).

17 להרחבה בנוגע לשיקול זה ראו Bell Yosef, *The Legal Supremacy of Legislative Initiatives in Judicial Proceedings: The Israeli Lesson*, part 3.2 (not yet published).

18 זה הטיעון הבסיסי שביסוד מאמרם של הוג ובושל-תורנטון – Hogg & Bushell, לעיל ה"ש 11 – ואשר אומץ עם אימוץ התיאוריה כולה.

19 ראו, למשל, Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 49 AM. J. COMP. L. 707 (2001); Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and Its Critics*, 23 SUP. CT. L. REV. 49, 89 (2004); ALISON L. YOUNG, *DEMOCRATIC DIALOGUE AND THE CONSTITUTION*, 147 (2017); Christine Bateup, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71 BROOK. L. REV. 1109, 1111 (2006) (להלן: Bateup, *The Dialogic Promise*). ראו גם בגישה האמריקנית לדיאלוג, כמתואר לכל אורך מאמרו של ברי פרידמן: Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577 (1993).

של קידום אחריות חוקתית פרלמנטרית והסרת מה שכונה "המונופול השיפוטי" על זכויות אדם ופרשנות חוקתית.²⁰

מן העבר האחר, תיאוריית הדיאלוג החוקתי חשופה גם לשורה של ביקורות.²¹ המשמעותית ביותר בעיניי היא זו הטוענת, ובצדק, כי על פי רוב העותרים הם שמשלמים את מחיר הדיאלוג.²² גם בחינת הפסיקה שנסקרה במסגרת מחקר זה מגלה כי פעמים רבות בית המשפט להוט לכבד את המחוקק או לנהל עימו דיאלוג עד כדי זניחת טענות העותרים²³ או זכותם לסעד (אם הוכיחו את צדקת טענותיהם).²⁴ זו הנקודה שבה דיאלוג נהפך להנסגת דעת (deference) על חשבון העותרים. על כן אני סבורה כי אין זה ראוי שדיאלוג מהותי ייותר במובנו המוסדי הטהור. שיקולים של זכויות אדם צריכים לקבל מקום כחלק פנימי מהדיאלוג. אם במרכז הדיאלוג מצויה גם הזכות החוקתית, ולא רק שיקולים של לגיטימציה בין-מוסדית, אזי ההגנה עליה היא חלק מהותי ממנו.

היבט נוסף שמאפיין את הדיאלוג המהותי, אשר בשנים האחרונות נעשה גלוי לעין יותר ויותר, הוא העדר ההפרדה בין המשפטי לפוליטי. כך, למשל, מתעוררות שאלות

20 ביקורת זו מושמעת תדיר בשדה הדיאלוגי. ראו, למשל, Christopher P. Manfredi & James B. Kelly, *Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell*, 37 OSGOODE HALL L.J. 513, 523–524 (1999). בייטאפ, שביצעה אנליטיקה וטיפולוגיה רחבות היקף של התיאוריות הדיאלוגיות השונות, אפינה את תיאוריית הדיאלוג כמושתתת על כך שלבית המשפט אין (כעניין אמפירי) ולא צריך להיות (כעניין נורמטיבי) מונופול על הפרשנות החוקתית. כאשר בתי המשפט מפרשים נורמות חוקתיות, הם אינם משמרים בלעדיות, אלא מקיימים שיחה על הפרשנות החוקתית עם הזרועות הפוליטיות. מדובר בתהליך של שיתוף פעולה בין הגורמים. Bateup, *The Dialogic Promise*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1109.

21 לרשימת ביקורות חלקית, אך חשובה במיוחד, ראו F.L. Morton, *Dialogue or Monologue?*, in JUDICIAL POWER AND CANADIAN DEMOCRACY 111 (Paul Howe & Peter H. Russell eds., 2001); Jamie Cameron, *Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: A Comment on R. v. Mills*, 38 ALTA. L. REV. 1051 (2001); Mark Tushnet, *Judicial Activism or Restraint in Tushnet, Judicial Activism or a Section 33 World*, 53 U. TORONTO L.J. 89 (2003); Christopher P. Manfredi, *The Life of a Metaphor: Dialogue in the Supreme Court, 1998–2003*, 23 SUP. CT. L. REV. 105 (2004); Jeremy Waldron, *Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators*, 23 SUP. CT. L. REV. 7 (2004); Luc B. Tremblay, *The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures*, 3 INT'L J. CONST. L. 617 (2005).

22 ROACH, לעיל ה"ש 14, בעמ' 226, 368 ו-377; Cameron, לעיל ה"ש 21.

23 ראו במקרה של המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה, למשל. יוסף "אליה וקוץ בה", לעיל ה"ש 6. ראו גם בפרספקטיבה השוואתית בהקשר הספציפי של סעדים רכים: Kent Roach, *Remedial Consensus and Dialogue Under the Charter: General Declarations and Delayed Declarations of Invalidity*, 35 U.B.C. L. REV. 211, 224–226 (2002) (*Remedial Consensus*).

24 להרחבה עקרונית באשר לטיעון זה ראו Bell E. Yosef, *Constitutional Dialogue Under Pressure: Constitutional Remedies in Israel as a Test Case* (not yet published).

כברות משקל שעניינן: האם ניתן לדבר על דיאלוג חוקתי ובמקביל לדון במשבר חוקתי בישראל?²⁵ מה הערך הדיאלוגי של פסקת ההתגברות המוצעת,²⁶ שמצויה בכותרות, כאשר נראה כי הכוונה שביסודה אינה דיאלוגית כלל וכלל? האם ההתרחשויות הפוליטיות הן שהובילו לירידה הדרסטית ב"מידת הדיאלוגיות" של היחסים בין בית המשפט העליון לכנסת, ואם כן – עד כמה? כל אחת מן השאלות הללו ראוייה בוודאי לדיון עצמאי, אך במסגרת הנוכחית, שנועדה להיות מבואית ותו לא, הן נועדו להמחיש את חשיבות ההכרה בחוסר היכולת להפריד בין המשפט לפוליטיקה כאשר עוסקים במשפט חוקתי, בביקורת שיפוטית חוקתית ובתגובות חוקתיות. גישות אחרות, שמציעות הפרדה גמורה,²⁷ הן מלאכותיות לשיטתי, ואינן יכולות לעמוד במציאות החוקתית שמתבטאת ביומיום.

25 Yaniv Roznai, *Israel: A Crisis of Liberal Democracy?*, in CONSTITUTIONAL DEMOCRACY IN CRISIS? 355 (Mark A. Graber, Sanford Levinson & Mark Tushnet eds., 2018); Nadiv Mordechai & Yaniv Roznai, *A Jewish and (Declining) Democratic State? Constitutional Retrogression in Israel*, 77 MD. L. REV. 244 (2017); Rivka Weill, *The Strategic Commonlaw Court of Aharon Barak and Its Aftermath: On Judicially-Led Constitutional Revolutions and Democratic Backsliding* (2018), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3296578; עירי פורת "שקד לא תצליח להכריע את ביהמ"ש" **הארץ** 11.5.2015; www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.2634086; Gila Stopler, *Constitutional Capture in Israel*, INT'L J. CONST. L. BLOG (Aug. 21, 2017), www.icconnectblog.com/2017/08/constitutional-capture-israel/.

26 הנוסח הבולט ביותר הוא זה שהוגש על ידי חברת הכנסת שקד במהלך כהונתה של הכנסת התשע-עשרה כתיקון לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג), התשע"ד-2013, פ"פ 19/1944. הצעת החוק טרם נדונה באופן פורמלי, אף שבשנים האחרונות היו נסיגות רבים לקדמה.

27 ראו, למשל, את הגישה הלגליסטית לשפיטה החוקתית, אשר בשדה מדעי המדינה נדחת פעם אחר פעם לטובת גישה אסטרטגית או אטיטודינלית. דחייה משמעותית של המודל הלגליסטי מצויה בספרם של סגל וספאת. מבחינה אמפירית הם דוחים הסתמכות על המודל הלגליסטי, ומראים כי על פי רוב השופטים מחליטים אם לרבוק בתקדים בהתאם לעמדתם האידיאולוגית. JEFFERY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, *THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL* HAROLD J. SPAETH & JEFFREY A. SEGAL, *MAJORITY RULE OR MINORITY WILL: ADHERENCE TO PRECEDENT ON THE U.S. SUPREME COURT* (1999). במחקר זה הם מוצאים כי רק ב-11.9% מהמקרים בית המשפט מושפע באופן ממשי מתקדימים, וכי התקדימים עצמם מושפעים במידה ניכרת מהאידיאולוגיה של השופטים היושבים בדיון. יתרה מזו, נטען כי הגם ששופטים רבים וכותבים בולטים בשיח המשפטי דבקים במודל זה, הגישה הלגליסטית אינה יכולה לעמוד גם בהיבט הרעיוני, שכן כמעט בכל המקרים קיימים תקדימים משני הצדדים, באופן שיכול לתמוך בטענות נגדיות. Jeffery A. Segal & Albert D. Cover, *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*, 83 AM. POL. SCI. REV. 557, 562 (1989).

פרק ב: מחשבות אמפיריות מקדמיות

לפני שאעסוק במחקרים הקיימים שביקשו למדוד דיאלוג או להעיד על קיומו, חיוני לעסוק בנקודה אחת, והיא המושג "דיאלוג" עצמו. על המושג כשלעצמו נמתחו ביקורות רבות. טענו כי הוא אינו משקף נכונה את היחסים המוסדיים שבהם עסקינן,²⁸ כי לדיאלוג אין כל כוח נורמטיבי,²⁹ כי התיאוריה הדיאלוגית כולה משקפת "כאוס מושגי".³⁰ אף הוג ובושל-תורנטון, שעומדים מאחורי המאמר המכונן של תיאוריית הדיאלוג הקנדית, וכן רואוץ', שהוסיף את הפיתוח המשמעותי ביותר של התיאוריה, הכירו בכך שלא תמיד המושג "דיאלוג" הוא המתאים ביותר.³¹

ביקורות אלה עומדות בפני עצמן, והן חשובות וראוי להביאן בחשבון.³² אכן, דווקא משום כך יש הכרח בהפרדה במחקר זה בין ההיבט הנורמטיבי של הדיאלוג שבו עסקתי בפרק הקודם – דהיינו, מהן המסקנות שיש לגזור על אופן הפעולה הראוי של בית המשפט העליון והמחוקק לאור תיאוריות דיאלוגיות – לבין ההיבט הדסקריפטיבי של הדיאלוג. במחקר זה אני מבקשת לעסוק באחרון בלבד. כעת אני מבקשת לספר סיפור על האופן שבו ניתן להמשיג את היחסים המוסדיים הללו כדיאלוג, ולא כיצד ראוי שהדיאלוג הזה ייראה. לעת עתה די בהבחנה שבין דיאלוג כמושג נורמטיבי, שמעורר

28 הביקורת היסודית ביותר בהקשר זה היא של מנפרדי וקלי, במאמר התגובה שלהם, שזכה בתהודה גדולה: Manfredi & Kelly, לעיל ה"ש 20. מִתֵּן טענה כי במושג "דיאלוג" אין כל ערך חוץ מאשר לספק לבית המשפט מוצא נוח – מסגרת טובה ו"יפה" למקם בה את הדיון בביקורת שיפוטית. למושג עצמו, לטענתה, אין כל יכולת לקדם דיון נורמטיבי בשאלת הביקורת השיפוטית. Carissima Mathen, *Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on "Charter Dialogue Revisited"*, 45 OSGOODE HALL L.J. 125, 130–131 (2007) קוואנו אף הלכה רחוק יותר וטענה כי הוא "מעוות" את השיח החוקתי ומוביל לפישוט יתר של מורכבות היחסים בין בית משפט עליון למחוקק. Aileen Kavanagh, *The Lure and the Limits of Dialogue*, 66 U. TORONTO L.J. 83 (2016). גם כהן תקפה את חוסר האחידות של השימוש במונח "דיאלוג": Margit Cohn, "Everything Flows": Mark Tushnet's Rights Revolution and the Impact of Constitutional Dialogue, 42 ISR. L. REV. 472 (2009).

29 Tremblay, לעיל ה"ש 21, בעמ' 631–633.

30 לביסוס הטיעון דרך טיפולוגיה של מושג הדיאלוג החוקתי ראו Emmett Macfarlane, *Conceptual Precision and Parliamentary Systems of Rights: Disambiguating "Dialogue"*, 17 REV. CONST. STUD. 73 (2012).

31 Peter W. Hogg, Allison A. Bushell Thornton & Wade K. Wright, *Charter Dialogue Revisited – Or "Much Ado About Metaphors"*, 45 OSGOODE HALL L.J. 1, 7 (2007); Peter W. Hogg, *Constitutional Dialogue Under a Bill of Rights*, 23 NAT'L J. CONST. L. 127, 133 (2007/8); ROACH, לעיל ה"ש 14, בעמ' 390–393.

32 הגם שיש שטוענים, ובצדק למדי לגישתי, כי העיסוק בסמנטיקה הוא מוגזם, ומוטב לעסוק במהות. ראו, למשל, ROACH, שם, בעמ' 428.

שאלות בפני עצמו, לבין ההיבט הדסקריפטיבי של הדיאלוג, אשר נשען על אמפיריקה, כפי שאעשה מיד.

האופן שבו אני תופסת את מושג הדיאלוג החוקתי, ובהתאם מציעה בחינה אמפירית שלו, הוא כאפיון מסוים של היחסים הבין-מוסדיים בין בית המשפט העליון לבין הגורמים הפוליטיים-המחוקקים. הדיאלוג החוקתי, כאמור בפרק ב וכפי שיורחב גם בהמשך, מאפיין במיוחד יחסים בין-מוסדיים אלה כאשר מדובר בביקורת שיפוטית על חוקתיותה של חקיקה ראשית. אולם יש להדגיש כי אין זה המושג היחיד של דיאלוג, וגם לא היחיד של דיאלוג חוקתי. כך, למשל, ניתן להצביע על דיאלוג בין-שיפוטי בשאלות של זכויות אדם, מן הסוג שנפוץ במיוחד באיחוד האירופי,³³ ועל סוגים נוספים של דיאלוגים שמתנהלים בין בית המשפט לבין הציבור בשאלות הנוגעות בזכויות חוקתיות.³⁴

כדי להציג תמונה רעיונית רחבה לצורך המחקר, אפרט דרך כמה הקשרים – השוואתיים או בין-תחומיים – מה נעשה עד כה בשאלה של **מדידת** דיאלוג. השדה הפורה ביותר לאמפיריקה של דיאלוג חוקתי מצוי במחקרי הפרדת רשויות אמריקניים, אשר נעשים לרוב בתחום של ממשל ומדעי המדינה. הדעה הקונוונציונלית היא שפרשנותו של בית המשפט העליון האמריקני היא סופית, ושלמחוקק אין יכולת להגיב תגובה עניינית;³⁵ כל שביכולתו לעשות הוא לפעול בדרך של "תקיפה מוסדית" (institutional attack)³⁶ – הווה אומר, לנקוט נסיונות שונים לפגוע בבית המשפט כמוסד כדי "ליישר" אותו – או לחוקק תיקון חוקתי, שידוע כהליך פרוצדורלי נוקשה וכמעט בלתי אפשרי.³⁷

33 ראו YOUNG, לעיל ה"ש 19; (Amrei Müller ed., JUDICIAL DIALOGUE AND HUMAN RIGHTS 2017); David S. Law & Wen-Chen Chang, *The Limits of Global Judicial Dialogue*, 86 WASH. L. REV. 523 (2011); Vicki C. Jackson, *Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse*, 65 MONT. L. REV. 15 (2004); CONSTITUTIONAL DIALOGUES IN COMPARATIVE PERSPECTIVES (Salley J. Kenney, William M. Reisinger & John C. Reitz eds., 1999).

34 ראו, למשל, זכריה, לעיל ה"ש 16; לירון דוד "החיפוש אחר 'סעדים חברתיים'" **מעשי משפט** ד 109, 123 (2011); שלומי בלבן ותומר ברודי "בין ז'נווה לירושלים: יחסי ממשל-חברה אזרחית בדיווח לוועדות האו"ם כאמצעי להטמעת זכויות האדם הבין-לאומיות בישראל" **חוקים** י 9 (2017).

35 דעה זו מעוגנת היטב בדעה הנחרצת שביטא בית המשפט העליון האמריקני. ראו לאורך השנים: Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803); Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958); Dickerson v. City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997). בעניין United States, 530 U.S. 428 (2000). אף קבע בית המשפט העליון האמריקני כי לקונגרס אין סמכות לשנות החלטה חוקתית בחקיקה רגילה.

36 בדין מקיף בעניין זה ראו Bethany Blackstone, *An Analysis of Policy-Based Congressional Responses to the U.S. Supreme Court's Constitutional Decisions*, 47 LAW & SOC'Y REV. 199 (2013); TOM S. CLARK, *THE LIMITS OF JUDICIAL INDEPENDENCE* (2011).

37 גם חוקרים בולטים מחזיקים לעיתים בגישה זו: Rafael Gely & Pablo T. Spiller, *The Political Economy of Supreme Court Constitutional Decisions: The Case of Roosevelt's Court-*

למרות זאת, מחקרים אלה מגלים כי יכולת התגובה החקיקתית אכן קיימת. המחקרים שאציג, יש לציין, מצויים במיעוט יחסי: הכותבים האמריקנים נוטים לעסוק בהיבטים אמפיריים של השאלה האמריקנית הנצחית "מיהו הפרשן העליון של החוקה", ופחות בשאלת התגובות החקיקתיות. לכן חלק ניכר מהכתיבה משתמשת במונחי co-ordinate construction, ולא במונחי dialogue. במקרי קצה אפילו קבוצות זהות של ממצאים הובילו לאי-הסכמה אמפירית בשאלה יסודית זו.³⁸

אם תוחמים את השאלה לתגובות החקיקתיות עצמן, המחקר פורץ הדרך הוא מחקר של רוברט דהל משנת 1957. דהל ביקש להוכיח את הלגיטימיות של בית המשפט העליון, ועשה כן על ידי הצבעה על קיומן של תגובות חקיקתיות בקונגרס על החלטות חוקתיות של בית המשפט העליון, אשר ביטלו או שינו את ההחלטה השיפוטית. דהל מצא כי כך אירע ב-26 מתוך 78 ביטולי החקיקה שנעשו בתקופת הזמן הנחקרת.³⁹ ברוב המקרים שבהם נמנע המחוקק מלהגיב, טען דהל, לא היה פער של ממש בין העמדה השיפוטית לבין עמדת הקונגרס באותה תקופה (בתוך כך הדגיש דהל כי עמדת החוק ועמדת הקונגרס בזמן נתון אינן זהות בהכרח).⁴⁰

לאחר שקט יחסי שנמשך ארבעים שנה, פורסמו מחקרים אחדים אשר שבו והציעו עיגון אמפירי ליכולתו של המחוקק להגיב על פסיקה חוקתית בחקיקה רגילה. מחקרים אלה ראו ביכולת התגובה דיאלוג פוליטי (או co-ordinate construction). המחקרים נבדלים זה מזה במתודולוגיה, באחוזי התגובה שהם מצאו ובהיבטים נוספים, אך כולם ביקשו למדוד את אותה "תופעה" של דיאלוג פוליטי באותה דרך עקרונית – בחינת יכולתו של המחוקק להגיב בחקיקה על פסיקה חוקתית.

כך, למשל, מירניק ואינגני, במחקרם משנת 1997,⁴¹ הראו כי מסך של 569 מקרים,⁴² ב-444 (78%) לא היה ניסיון להפוך את ההחלטה. ב-125 מקרים (22%) הצביעו בית הנבחרים או הסנט על הצעת חוק שמיועדת להפוך את ההחלטה השיפוטית.

Packing Plan, 12 INT'L REV. L. & ECON. 45, 45 (1992) גם סגל וספאת טוענים כי תגובות חקיקתיות שהופכות החלטה שיפוטית חוקתית הן virtually impossible. ראו SEGAL & SPAETH, לעיל ה"ש 27, בעמ' 112.

38 מוכר במיוחד הוויכוח שבין מקנוה לפישר. ראו Abner J. Mikva, *How Well Does Congress Support and Defend the Constitution?*, 61 N.C. L. REV. 587 (1983); Louis Fisher, *Constitutional Interpretation by Members of Congress*, 63 N.C. L. REV. 707 (1985).

39 Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 J. PUB. L. 279, 288 (table 5) (1957).

40 שם, בעמ' 292.

41 James Meernik & Joseph Ignagni, *Judicial Review and Coordinate Construction of the Constitution*, 41 AM. J. POL. SCI. 447 (1997).

42 שהם כל המקרים בטווח השנים 1954 עד 1990 שבהם ביטל בית המשפט העליון (בשלמות או באופן חלקי) חוקים של מדינות (497), חוקים פדרליים (65) או צווים נשיאותיים (7) על בסיס היותם בלתי חוקתיים. שם.

ב-41 מתוכם (33%) הצליח הקונגרס להעביר חקיקה שמשנה את ההחלטה החוקתית.⁴³ מכאן הם לומדים שהקונגרס אינו חושש לקרוא תיגר על כוחו של בית המשפט העליון; שהקונגרס יכול להפוך החלטות חוקתיות של בית המשפט ואכן עושה זאת; ושכנייה חוקתית משותפת אכן קיימת ומתאפשרת בממשל החוקתי האמריקני.⁴⁴ שנים מספר אחר כך התפרסם ספרו החשוב של פיקריל.⁴⁵ פיקריל מצא במחקרו כי מתוך 71 החלטות שבהן בוטלו 74 חוקים פדרליים (או חלקים מהם), פעם אחת בלבד הובילה לתיקון חוקתי, וב-35 מקרים הגיב המחוקק בתיקון נקודתי או בחקיקה חדשה בנושא. הווה אומר, ב-48% מהמקרים פעל הקונגרס על מנת "להציל" את המדיניות שהוא רצה בה. ב-14% מהמקרים הפגין המחוקק הנסגת דעת מוחלטת כלפי בית המשפט, ורק ביטל את החוק שנתקף, ובכל המקרים הנותרים (38%) לא הגיב הקונגרס כלל.⁴⁶ פיקריל הוסיף והסביר גם את הגורמים לתגובה חקיקתית או להעדרה. הוא הראה כיצד גורמים כגון אופייה של הביקורת השיפוטית (יישומית או מופשטת), העדר טעם מעשי בשינוי החקיקה, שאלת האיום הפוליטי הגלום בהחלטה השיפוטית והשאלה באיזה קונגרס נחקק החוק שבוטל (קונגרס קודם או זה הנוכחי) משפיעים על ההחלטה אם להגיב.⁴⁷

המחקר המקיף העדכני ביותר בנושא זה הוא מחקרה של בתני בלקסטון משנת 2013.⁴⁸ בלקסטון בוחנת נסיונות להגיב תגובות חקיקתיות (ולא רק את התגובות שהתקבלו לבסוף), ומציפה כמה ממצאים חשובים: יש תגובות חקיקתיות בנושאים חוקתיים רבים, ולא רק בסוגיות ספציפיות;⁴⁹ החשיבות והתהודה הציבורית של המקרה משפיעים על הסבירות לתגובה חקיקתית – 65% מהתגובות החקיקתיות היו בתגובה על תיקים שניתן להגדירם במדדים שונים כבעלי חשיבות ציבורית;⁵⁰ בתקופת כהונתו של קונגרס נרשמים בממוצע 13.88 נסיונות להגיב תגובות חקיקתיות מבוססות מדיניות.⁵¹

43 שם, בעמ' 458.

44 שם, בעמ' 459.

45 J. MITCHELL PICKERILL, CONSTITUTIONAL DELIBERATION IN CONGRESS: THE IMPACT OF JUDICIAL REVIEW IN A SEPARATED SYSTEM (2004).

46 שם, בעמ' 41. המחקר בחן החלטות שיפוטיות שביטלו חקיקה פדרלית בלבד משנת 1952 עד שנת 1997. ראו גם התייחסות לפרקי הזמן שם, בעמ' 42–43.

47 שם, בעמ' 37–38 ו-55–57. לניתוח רחב יותר של הגורמים המשפיעים על קיומה של תגובה חקיקתית ראו Alicia Uribe, James F. Spriggs II & Thomas G. Hansford, *The Influence of Congressional Preferences on Legislative Overrides of Supreme Court Decisions*, 48 LAW & SOC'Y REV. 921 (2014).

48 Blackstone, לעיל ה"ש 36.

49 שם, בעמ' 208. למימד הזמן ראו שם, בעמ' 210.

50 שם, בעמ' 209. ניתן לראות ממצא דומה גם ביחס לתגובות חקיקתיות על החלטות שיפוטיות על בסיס חוקי (ולא חוקתי). ראו Joseph Ignagni, James Meernik & Kimi Lynn King, *Statutory Construction and Congressional Response*, 26 AM. POL. Q. 459, 477 (1998).

51 אם כי ראו את ההשוואה שבלקסטון עורכת (Blackstone, לעיל ה"ש 36, בעמ' 210) למחקרו של קלרק (CLARK, לעיל ה"ש 36).

כמו כן, באופן צפוי למדי, רוב הנסיונות שנבעו ממחוקק ליברלי הגיבו על חקיקה שמרנית, ורוב הנסיונות לתגובה חקיקתית של מחוקק שמרני היו כלפי פסק דין ליברלי.⁵² בכל הנוגע באחוזי ההצלחה של הנסיונות להגיב תגובה חקיקתית, בלקסטון מצביעה על כך שאחוזי ההצלחה של הצעות החוק (קרי, הבשלתן לכלל חוק) הם ככלל נמוכים מאוד. אולם מתוך 111 נסיונות החקיקה שנסקרו, 68 נסיונות הגיעו לשלבים מתקדמים של שימוע בוועדה (61%), ו-18 מתוכם (16.22%) הבשילו לכלל חקיקה. אלה אחוזים משמעותיים, לטענת בלקסטון, בוודאי ביחס לאחוז הכללי של הצעות חוק שמבשילות לכלל חקיקה, שעמד באותה תקופת זמן על 4.82% בלבד.⁵³

לנוכח הקרבה הרעיונית הגדולה בשאלות חוקתיות בין שני השדות של משפטים ומדעי המדינה, גם התיאוריה הנורמטיבית האמריקנית השיאה תרומה משמעותית. התפיסה האמריקנית בנוגע לדיאלוג נסבה על השאלה מיהו הפרשן העליון של החוקה.⁵⁴ החל במחקרו של דהל משנת 1957, דרך מחקרו של פירש משנת 1985 ועד למחקרו הבולט של פרידמן משנת 1993,⁵⁵ השאלה מנותבת לאותה נקודה: מיהו הפרשן המוסמך? מחקריהם של דהל ופירש בחנו, מנקודת מבט אמפירית (דהל) או היסטורית (פירש), את האפשרות שהקונגרס יקיים פרשנות חוקתית כחלק מתהליך החקיקה. פרידמן הציע פיתוח שונה של הטיעון: באמצעות מחקר אמפירי, הנשען במידה רבה על סקרי דעת קהל, הוא מצא כי בית המשפט העליון האמריקני מתיישר לאורך זמן עם העמדות הציבוריות בסוגיות הליבה בחברה – אותן עמדות שהמחוקק משקף. תהליך ה"התיישרות" המדובר הוא-הוא הדיאלוג שבין בית המשפט, הקונגרס והציבור.⁵⁶ על מאמר זה, שנחשב משמעותי ופורץ דרך, נמתחו ביקורות מתודולוגיות משמעותיות, שעיקרן שימוש שגוי בממצאים ממחקרים בתחום מדעי החברה ועצם ההסקה של מסקנות נורמטיביות מתוך סקרי דעת קהל.⁵⁷

ארצות הברית היא כר פורה ללמידה השוואתית הודות לעושר המחקר שקיים בה בהקשר של מחקרי הפרדת רשויות. קנדה היא כר פורה (אף יותר) למחקר השוואתי מסיבה שונה: הפיתוח של תיאוריית הדיאלוג – במובן שמקובל לדבר עליו בקנדה,

52 Blackstone, לעיל ה"ש 36, בעמ' 211.

53 שם, בעמ' 221.

54 ראו בל יוסף "זה נהנה וזה לא חסר: חובת המחוקק לשקול את הנמקת פסק הדין" **מחקרי משפט** לג (צפוי להתפרסם ב-2020) (להלן: יוסף "חובת המחוקק לשקול את הנמקת פסק הדין"); זכריה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 111–113 ו-219.

55 Dahl, לעיל ה"ש 39; Fisher; לעיל ה"ש 38; Friedman, לעיל ה"ש 19.

56 Friedman, שם. לטיעון דומה מזווית שונה מעט, הנסמך גם הוא על סקרי דעת קהל, ראו Or Bassok & Yoav Dotan, *Solving the Counter-majoritarian Difficulty?*, 11 INT'L J. CONST. L. 13 (2013).

57 Michael E. Solimine & James L. Walker, *The Supreme Court, Judicial Review, and the Public: Leadership Versus Dialogue*, 11 CONST. COMMENT. 1, 2–3 (1994).

בישראל ובארצות נוספות, כאנגליה, אוסטרליה וניו זילנד⁵⁸ – משויך לקנדה. תחילתו בצ'רטר הקנדי, שהוביל לכינון של פסקת הגבלה ופסקת התגברות, בפעם הראשונה בהקשר חוקתי-מדינתי.⁵⁹ פסקות ההגבלה בחוקי היסוד של 1992 (ולאחר מכן 1994) אצלנו בישראל,⁶⁰ פסקת ההגבלה בחוקת דרום אפריקה,⁶¹ ופסקות ההגבלה וההתגברות בצ'רטר של ויקטוריה⁶² – כולן תולדה של הניסיון הקנדי עם מנגנונים אלה. גם חוק זכויות האדם באנגליה⁶³ ומגילת זכויות האדם בניו זילנד⁶⁴ ניחנים בהיגיון דיאלוגי חזק,⁶⁵ אף שהם אינם כוללים ביקורת שיפוטית מלאה המאפשרת לפסול חקיקה פרלמנטרית. בין ישראל לקנדה יש נקודות דמיון בולטות: קיומה של ביקורת שיפוטית אופרטיבית ומלאה על חקיקה; שליטה ממשלתית בתהליך החקיקה באופן שמאפשר להעביר חקיקה בקלות ובמהירות יחסית; פסקת ההגבלה כמכשיר חוקתי מרכזי; ושיקול דעת רחב בנוגע לסעדים החוקתיים. כל אלה הופכים את הלמידה מהניסיון הקנדי לטבעית, אף שאין ספק שיש להיזהר בה.⁶⁶ ההבדל המרכזי בין שתי המדינות הוא לא הסנט או המלוכה הייצוגית לעומת הנשיאות, אלא מידת המחויבות העקרונית לזכויות אדם שנדמה שקיימת בכל אחת מהמדינות,⁶⁷ וזהו הבדל בעל חשיבות רבה כאשר עסקינן בהשוואה חוקתית.

- 58 מינוח זה של New Commonwealth Model of Constitutionalism, לאור המאפיינים המשותפים, משויך לסטיבן גרדבאום. Gardbaum, לעיל ה"ש 19.
- 59 עד אותה עת היה נהוג להשתמש במנגנוני חריגה באמנות בין-לאומיות. ראו International Covenant on Civil and Political Rights (1966), art. 4.
- 60 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
- 61 S. Afr. Const., 1996., art. 36.
- 62 Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006. arts. 7, 28, 31, 32, 37 (Victoria); Human Rights Act 2004, arts. 28–32 (ACT).
- 63 Human Rights Act 1998, c. 42, arts. 3, 4.
- 64 New Zealand Bill of Rights Act 1990, No 109, arts. 5, 6.
- 65 ראו Janet L. Hiebert & James B. Kelly, Parliamentary Bills of Rights: The Experiences of New Zealand and the United Kingdom (2015). אולם מחקרם המקיף של השניים מוביל אותם למסקנה שיש רצון מועט יחסית בהגנה פרלמנטרית אותנטית על זכויות אדם, בוודאי לעומת הרצון הפוליטי להעביר חקיקה בקלות.
- 66 כותבות וכותבים אחדים כבר הצביעו על פוטנציאל הלמידה הרב בהקשר פרטני זה, וכך בבר על הזהירות שבה יש לעשות זאת, דווקא לנוכח הדמיון הניכר. ראו, למשל, Iddo Porat, *The Use of Foreign Law in Israeli Constitutional Adjudication*, in *ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING* 151 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013); Lorraine Weinrib, *The Canadian Charter as a Model for Israel's Basic Laws*, 4 CONST. F. 85 (1993); Rivka Weill, *Juxtaposing Constitution-Making and Constitutional Infringement Mechanisms in Israel and Canada: On the Interplay Between Common Law Override and Sunset Override*, 49 ISR. L. REV. 103 (2016); Adam Dodek, *The Canadian Override: Constitutional Model or Bête Noire of Constitutional Politics*, 49 ISR. L. REV. 45 (2016).
- 67 פרופ' פיטר הוג, מאנשי האקדמיה החוקתיים הבולטים בקנדה, כותב בהקשר זה כך: "הצ'רטר

בחזרה לאמפיריקה: ניתן לראות כי מידת החשיבות של תיאוריית הדיאלוג הקנדית עומדת ביחס הפוך למידת העומק של האמפיריקה הדיאלוגית בקנדה. אף שקנדה היא "המדינה האם" של תיאוריית הדיאלוג החוקתי במובנה הנורמטיבי, האמפיריקה בה היא הדלה ביותר בכל הקשור למדידת דיאלוג.⁶⁸ הוג ובושל-תורנטון, במאמרם האמור משנת 1997, בחנו 65 פסיקות של בית המשפט העליון הקנדי ושל בתי משפט לערעורים בפרובינציות שביטלו חקיקה בשל אי-עמידתה בהוראות הצ'רטר, ומצאו כי 80% מהן הובילו לתגובה חקיקתית.⁶⁹ מכך הם הסיקו כי ניתן לאפיין את המשפט החוקתי הקנדי כדיאלוג בין בתי המשפט למחוקק.⁷⁰ על גישה זו, כמו גם על ההגדרה הרחבה מאוד של דיאלוג שהציעו השניים (שכללה כל סוג של תגובה חקיקתית, לאחר ההליך או במהלכו, וכן קבלה אוטומטית של פסק הדין על ידי המחוקק ולעיתים אף העדר תגובה חקיקתית),⁷¹ נמתחו ביקורות מתודולוגיות רבות. הבולטים מבין המבקרים הם מנפרדי וקלי, שטענו נגד בחירת התיקים הבירנית והצרה של השניים.⁷² כעשור לאחר פרסום מאמרם, פרסמו הוג ובושל-תורנטון (יחד עם רייט) מחקר המשך על בסיס אותו קו מתודולוגי.⁷³ הם בחנו את 23 המקרים שבהם ביטל בית המשפט העליון הקנדי חקיקה על בסיס חוקתי למן שנת 1997, ומצאו כי ב-61% מהמקרים הגיב המחוקק בחקיקה.⁷⁴ חוקרים קנדים נוספים הסיקו גם הם מסקנות נורמטיביות על בסיס הפסיקה והתגובות עליה, אך מדובר לרוב בבחינה איכותנית, דוקטרינרית, של קבוצה קטנה של

לעולם לא ייהפך למגן הטוב ביותר על חירויות האזרח בקנדה. ההגנה העיקרית תמשיך להיות אופיים הדמוקרטי של המוסדות הפוליטיים הקנדיים, עצמאותה של הרשות השופטת והמסורת המשפטית של כבוד לחירויות האזרח. הצ'רטר אינו תחליף למי מהם, והוא לא יהיה ישים אם אחד מהם לא יתקיים." Hogg, לעיל ה"ש 8, בעמ' 728.

68 בייטאפ הצביעה על כך שזה אחד המאפיינים של התיאוריה הקנדית: הכותבים הקנדים נוהגים להגדיר דיאלוג כסוג ספציפי של התייחסות גומלין בין-מוסדית שנהפכת לאפשרית לנוכח המבנה הייחודי של הצ'רטר, עוד לפני שהם בוחנים אם התייחסויות גומלין כאלה אכן מתקיימות במציאות. Christine Bateup, *Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective*, 21 TEMP. INT'L & COMP. L.J. 1, 4 (2007).

69 Hogg & Bushell, לעיל ה"ש 11, בעמ' 97.

70 אחת הביקורות המשמעותיות שעלו נגד המאמר הוא הערעור בין הממדים הנורמטיביים לדסקריפטיביים שלו. ראו, למשל, Kavanagh, לעיל ה"ש 28, בעמ' 93–95.

71 לדיון בסוגים שונים של תגובות כדיאלוג ראו Hogg & Bushell, לעיל ה"ש 11, בעמ' 98, 100 ו-103.

72 כך, למשל, הם טענו נגד אי-הכללת מקרים של שינוי חקיקה על ידי פרשנות, נגד הבחירה הבירנית של מקרים מרכזיים בערכאות ערעור בפרובינציות, נגד עצם השימוש בהחלטות שאינן של בית המשפט העליון ולכן אינן יציבות, וכן נגד ההתייחסות לתיקים קשורים כאל דיאלוגים שונים, חלף דיאלוג אחד. Manfredi & Kelly, לעיל ה"ש 20, בעמ' 515–519.

73 Hogg, Bushell Thornton & Wright, לעיל ה"ש 31.

74 שם, בעמ' 51.

מקרים, ולא בבחינה אמפירית רוחבית או כוללנית שתאפשר למידה על דיאלוג.⁷⁵ לאלה, כמו לרבים אחרים, הייתה תרומה רבה לפיתוח התיאוריה והשיח, אך תרומה מעטה בלבד להיבטים האמפיריים של מדידת דיאלוג. על רקע זה עומדת ביקורתו החשובה של רואוין, שמבקר את הבחירה למדוד דיאלוג דרך תגובות חקיקתיות, וזאת הן משום שהמחקרים הכמותיים שונים זה מזה באופן שבו הם תופסים ומגדירים מהי תגובה שמשקפת דיאלוג (כך, שלושה מחקרים שונים הצביעו על שני שלישים, שליש ו-17% של תגובות חקיקתיות), והן משום שהם מפספסים משתנים חשובים רבים בדיאלוג מעצם בחירתם בהגדרה הבינרית של ציות לפסק הדין או דחייה שלו. רואוין סובר כי מערכת היחסים בין בתי משפט למחקרים היא מורכבת יותר, וכי יש להעדיף גישה איכותנית והקשרית שבוחנת את התמונה המלאה ואת התחנות שבדרך (למשל, האם פסק הדין הותיר מקום לתגובה חקיקתית? האם בית המשפט ביטל את החוק תוך השעיית ההכרזה או שמא הוא "קרא למטה" את החוק? כיצד הצדיק המחקר את סטייתו מהזכויות החוקיות?).⁷⁶

סקירה זו מראה, ראשית, שהאמפיריקה של הדיאלוג בכתיבה המשפטית דלה מאוד, ושנית, שהבחינה של הדיאלוג נוטה להיות כמותנית בלבד או איכותנית ודוקטרינרית בלבד. בכל השדות שעליהם הצבעתי, כמו גם במשפט הישראלי, אין מחקר שהציע בחינה כוללת ורוחבית של דיאלוג, שמביאה בחשבון את פועלן של שתי הרשויות, את שתי נקודות המבט.

בטרם אדון במתודולוגיה שאימצתי למחקר זה, חיוני להדגיש נקודה מרכזית שתעמוד ברקע הדיון ותסייע בהבנתו. נקודה זו חשובה במיוחד משום מרכזיותן של התגובות החקיקתיות בפרדיגמה הדיאלוגית, ומשום ההזנחה הכמעט-גורפת שלהן במחקר הישראלי: את החקיקה של תגובות חקיקתיות (או "חקיקת המשך") נהוג לשייך לקיומן של פסקת ההגבלה או פסקת ההתגברות. פסקת ההגבלה היא הכלי המרכזי, בעיקר לנוכח העובדה שבפסקת ההתגברות לא נעשה עד כה שימוש כדי להכשיר חקיקה שנפסק כי היא אינה חוקתית.⁷⁷ אף במקרה שבו היה המחקר יכול להשתמש בפסקת

75 ראו, למשל, Duclos & Roach, לעיל ה"ש 10; Cameron, לעיל ה"ש 21; Graham Gee & Grégoire C.N. Webber, *Same-Sex Marriage in Canada: Contributions from the Courts, the Executive and Parliament*, 16 K.C.L.J. 132 (2005); Christopher P. Manfredi, *The Day the Dialogue Died: A Comment on Sauvé v. Canada*, 45 OSGOODE HALL L.J. 105 (2007); Dennis Baker & Rainer Knopff, *Davault Dialogue: The Strange Journey of Canada's Intoxication Defence*, 19 REV. CONST. STUD. 35 (2014). מקפולן ביקש להוסיף מעט עומק לבחינה זו כאשר בחן את תוכן התגובות החקיקתיות: Emmett Macfarlane, *Dialogue or Compliance? Measuring Legislatures' Policy Responses to Court Rulings on Rights*, 34 INT'L POL. SCI. REV. 39 (2012).

76 ROACH, לעיל ה"ש 14, בעמ' 335–337.

77 השימוש (היחיד) שנעשה בפסקת ההתגברות היה כידוע בחוק בשר קפוא, התשנ"ד-1994 (לימים חוק בשר ומוצרי, התשנ"ד-1994), ונועד להתגבר על החלטה שיפוטית נגד הרשות המבצעת. האוביטר של השופט אור בבג"ץ 3872/93 מישראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד (מז) 5.

ההתגברות⁷⁸ הוא העדיף להשתמש בחקיקת המשך דרך פסקת ההגבלה. אך התגברות החקיקתיות מתאפשרות לא רק לנוכח קיומה של פסקת ההגבלה, אלא גם לנוכח העובדה שבית המשפט מאפשר אותן. למעט מקרה אחד, שאליו אתייחס בהמשך, בכל אחד מהמקרים של פסילת חקיקה אפשר בית המשפט בפסק דינו את קיומה של חקיקת המשך.

כיצד בית המשפט יכול למנוע חקיקת המשך? הדרך המרכזית לעשות זאת היא פסילת התכלית כלא ראויה.⁷⁹ אם התכלית אינה ראויה, אין נפקא מינה מהם האמצעים שאותם העדיף המחוקק כדי להוציא אותה לפועל. אם התכלית נפסלת, המשמעות היא שהמחוקק צריך לוותר עליה, ולכל היותר להחליפה בתכלית אחרת. זו משימה מורכבת הרבה יותר, מבחינה מעשית ופוליטית, מאשר לאתר אמצעי מידתי יותר. בית המשפט מעולם לא עמד בריש גלי על כך שפסילת התכלית חוסמת את המחוקק, מהווה את סופו של הדיאלוג ומציפה חלק מהקשיים הדמוקרטיים שנשמעים תדיר נגד ביקורת שיפוטית חוקתית.⁸⁰ אולם אין ספק שהוא מודע לזה, שכן אף שהיו מקרים שבהם שאלת התכלית העלתה קושי וספקות,⁸¹ היא מעולם לא נקבעה כלא ראויה.⁸²

485 (1993) (להלן: עניין מיטראל 1993), היה זרז משמעותי לכינון פסקת ההתגברות, וזאת לצורך השימוש בה בהקשר פרטני זה. להרחבה ראו Tsvi Kahana, *Majestic Constitutionalism? The Notwithstanding Mechanism in Israel*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 73, 78 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

78 בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997) (להלן: עניין לשכת מנהלי ההשקעות), שם נפסל החוק על בסיס פגיעתו בחופש העיסוק.

79 דרך תיאורית נוספת היא לקבוע כי החוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל. אולם בית המשפט העליון מתעלם פעמים רבות, באופן שיטתי כמעט, מרכיב זה של פסקת ההגבלה.

80 להרחבה ראו בל יוסף "גבולות הדיאלוג החוקתי" משפט וממשל כא (צפוי להתפרסם ב-2020).

81 בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, פס' 32–35 לפסק דינו של השופט אור (2002); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 48 לפסק דינה של הנשיאה (בדמי') ביניש (פורסם באר"ש, 22.5.2012); בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142, פס' 43 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2010); בג"ץ 4513/97 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, פס' 2 לפסק דינה של השופטת דורנר (1998); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1, פס' 9 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (במיעוט) (2012) (להלן: עניין חוק האזרחות 2012); בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל (פורסם באר"ש, 11.9.2016) (להלן: עניין הר"י (טיפול כפוי)), שם העלתה שאלה זו קושי משמעותי, וחלקים נרחבים מפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, שכתב את דעת הרוב המרכזית, הוקדשו לשאלה זו (שם, פס' ס–עא, קיג–קכו וקלז–קלט לפסק דינו). לאלה מצטרפים שלושת גלגוליה של פרשת מבקשי המקלט: בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717 (2013); בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 22.9.2014) (להלן: עניין איתן); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם באר"ש, 11.8.2015).

82 המקרה היחיד שלא אפשר תגובה חקיקתית למעשה (גם אם אפשר אותה להלכה) הוא בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: עניין הפרשת בתי הסוהר), לנוכח ההנמקה ששללה הפקדת כל כוח כופה כלפי

פרק ג: מתודולוגיה

המתודולוגיה שעל בסיסה נערך המחקר היא בעלת אופי אמפירי, ומתמקדת בניתוח איכותני של פסיקת בית המשפט העליון ושל התגובות החקיקתיות על פסיקות שהורו על בטלות חקיקה. ניתוח אמפירי זה מחייב התמודדות עם שאלה ראשונית ביותר, והיא: מה מעיד על קיומו של דיאלוג?

בספרות נהוג לכתוב על כמה מנגנונים בעלי אופי דיאלוגי, ולגזור מהם אמירה נורמטיבית על קיומו של דיאלוג. הראשון והפופולרי ביותר הוא מנגנון ההתגברות, אשר מאפשר למחוקק – בתנאים פורמליים מסוימים – לחוקק את החוק מחדש על אף פסיקת בית המשפט שפסלה אותו. פסקת ההתגברות מאפשרת למחוקק להביע בקול רם וצלול את רצונו, אך לרוב גלום בה גם מחיר פוליטי בשל הפגיעה בזכויות הנעשית במסגרתה. קיים בה גם סעיף שקיעה, שאורכו לרוב כאורך כהונתו של הפרלמנט, אשר מחייב חשיבה מחדש על הפגיעה בזכות.⁸³ מנגנון נוסף הוא פסקת ההגבלה, שהיא הכלי המרכזי המאפשר את הדיאלוג.⁸⁴ פסקת ההגבלה מאפשרת למחוקק לפגוע בזכויות חוקתיות כל עוד הפגיעה עומדת בתנאים פורמליים ומהותיים. היא הכלי שבאמצעותו בית המשפט בוחן את חוקתיות החקיקה, והיא גם הכלי שמנחה את המחוקק כיצד לשוב

אסירים בדייים פרטיות. זאת, על אף נסיונות רטוריים להציג את מצב הדברים כאחר. ראו שם, פס' 65 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ופס' 28 לפסק דינה של השופטת נאור.

83 לראייה של פסקת ההתגברות ככלי דיאלוגי ראו Slattery, לעיל ה"ש 10, בעמ' 702–703; Hogg & Bushell, לעיל ה"ש 11, בעמ' 83–84; Kent Roach, *Dialogue or Defiance: Legislative Reversals of Supreme Court Decisions in Canada and the United States*, 4 INT'L J. CONST. L. 347, 348–349 (2006) (להלן: Roach, *Dialogue or Defiance*); Rosalind Dixon, *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference*, 47 OSGOODE HALL L.J. 235, 240 (2009); Margit Cohn, *Sovereignty, Constitutional Dialogues, and Political Networks: A Comparative and Conceptual Study*, in SOVEREIGNTY AND THE LAW: DOMESTIC, EUROPEAN AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES 236, 241–243 (Richard Rawlings, Peter Cohn, *Sovereignty, Constitutional* Leyland & Alison L. Young eds., 2013) (להלן: Cohn, *Sovereignty, Constitutional Dialogues, and Political Networks*). ROACH, sober second chance. רוארץ' כינה אותה *sober second chance*. ראו ROACH, לעיל ה"ש 14, בעמ' 298, 307–311 ו-312.

בישראל ראו אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 383–384 (2004); יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריות – מבט השוואתי" **משפט וממשל** י' 489, 517–518 (2007); ספיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 261–259; Rivka Weill, *Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On the Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power*, 39 HASTINGS CONST. L.Q. 457 (2012) (להלן: Weill, *Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review*); סכן "הזכויות הקיבוציות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 296–297.

84 ROACH, לעיל ה"ש 14, בעמ' 177; Mark S. Harding & Rainer Knopff, "Charter Values" vs. *Charter Dialogue*, 31 NAT'L J. CONST. L. 161, 181 (2013).

ולחוקק את החוק. הבחירה של בתי המשפט להימנע מלפסול את התכלית, כפי שצוין בסוף הפרק הקודם, מטה את הדיון למידתיותם של האמצעים. בכך בית המשפט מאפשר למחוקק לשוב ולהוציא לפועל את התכלית הרצויה באמצעות חקיקה חדשה, ובלבד שינקוט אמצעים חדשים שיעמדו באמות המידה של המידתיות.⁸⁵

אלה שני המנגנונים הפופולריים ביותר, ועליהם מיתוסים עוד כמה מנגנונים שכבר זכו בהתייחסות בספרות. אחד מהם הוא זכויות אדם בעלות הסמכה פנימית לפגיעה (דוגמת האיסורים החלים על ענישה אכזרית או על חיפוש לא סביר), אשר מבנות מלכתחילה את האפשרות של המחוקק לפגוע בזכויות, תוך קביעת אמת המידה המאפשרת זאת לחקיקה (העדר אכזריות, סבירות) באופן זהה לאמת המידה השיפוטית הראשונית שעל בסיסה היא תיבחן. לצידן של זכויות אלה קיים מוסד ההפניה החוקתית, מן הסוג שקיים בקנדה,⁸⁶ שגם הוא כלי בעל פוטנציאל דיאלוגי: הגורמים הפוליטיים בוחרים מיוזמתם להפנות שאלה חוקתית לבית המשפט העליון, ובית המשפט מנפק חוות דעת חוקתית שאינה מחייבת את הרשויות הפוליטיות. גם כאן, בדומה לשאר המנגנונים, מדובר בכלי שאינו כופה, אלא מאפשר תגובה.⁸⁷

מנגנון נוסף שאוזכר בספרות, ואשר חשוב משני קודמיו לגישתי, הוא ממשל פרלמנטרי הנשלט על ידי קבינט.⁸⁸ מאפיין מובנה בסוג זה של ממשל הוא היכולת הכמעט-ודאית, ולרוב גם המהירה, להעביר חקיקה שהממשלה מעוניינת בה. זהו בסיס יסודי שמאפשר הלכה למעשה את קיומן של תגובות חקיקתיות. במובן מסוים, כאן נעוץ חלק גדול מההבדל בין הדיאלוג האמריקני שהציג פרידמן לבין הגישה הקנדית התגובתית בנוגע לדיאלוג החוקתי: הקושי לחוקק בממשל האמריקני, המתאפיין במחסומי חקיקה רבים, מקטין גם את היכולת לחוקק חקיקה חוזרת.

השאלה היא אם כל אותם מנגנונים חשובים הם אכן מדדים לדיאלוג. לגישתי, התייחסות זו אינה מדויקת, וראיתי זו היא שמבנה את הבחינה האמפירית כולה: אלה

85 על כך שעונה התפיסה של פסקת ההגבלה ככלי דיאלוגי ומובנה תגובה. ראו, למשל, Slattery, לעיל Hogg & Bushell; 703–702 בעמ' 703–702, לעיל ה"ש 11, בעמ' 85–83; Roach, *Dialogue or Defiance*, לעיל ה"ש 83, בעמ' 349–348; Cohn, *Sovereignty, Constitutional Dialogues, and Political Networks*, לעיל ה"ש 83, בעמ' 243–241; Christine Bateup, *Reassessing the Dialogic Possibilities of Weak-Form Bills of Rights*, 32 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 529, 541–542 (2009).

86 Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, art. 53. ראו גם את עיצוב המוסד בחוקת הודו: INDIA CONST. art. 43. השוו לאופן הכופה שבו מוסד ההפניה החוקתית מוסדר באירלנד: CONSTITUTION OF IRELAND 1937 art. 26.

87 Roach, *Dialogue or Defiance*, לעיל ה"ש 83, בעמ' 360. המציאות מעידה כי מקום שהמוסד קיים במבנה וולונטרי, המדינות נוהגות להסתמך עליו גם אם הוא אינו מחייב מבחינה פורמלית. ראו בקנדה: HOGG, לעיל ה"ש 8, בעמ' 261–260; Gee & Webber, *Same-Sex Marriage in Canada*; 136–135 בעמ' 136–135. ובהודו: Manoj Mate, *The Rise of Judicial Governance in The Supreme Court of India*, 33 B.U. INT'L L.J. 169, 189 (2015).

88 Roach, *Dialogic Judicial Review and Its Critics*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 66–65.

מנגנונים מאפשרי דיאלוג; הדיאלוג אינו נמדד בהם. הדוגמה הטובה ביותר היא פסקת ההתגברות, אשר רבים מהכותבים הדיאלוגיים משליכים עליה את יהבם.⁸⁹ בקנדה, במישור הפדרלי, פסקת ההתגברות מעולם לא הופעלה. הסיבה המרכזית לכך היא הדה-לגיטימציה שנעשתה לה, כבר מן האופן שבו היא התקבלה.⁹⁰ גם בפירובינציות היא הופעלה מספר מצומצם בלבד של פעמים, והיא אינה מהווה כלי שדרוך המחוקק מודיע תדיר על חוסר שביעות רצונו מההחלטה השיפוטית. בישראל יש לפסקת ההתגברות משמעות קטנה אף יותר, שכן היא מהווה כלי העומד לרשות המחוקק רק באשר לפסילות חקיקה על בסיס חוק-יסוד: חופש העיסוק. רק פעמיים עד כה פסל בית המשפט חקיקה מטעם זה,⁹¹ וממילא פסקי דין שבוחנים פגיעה בחופש העיסוק אינם מעוררים אותה תהודה ציבורית כמו פסיקות על בסיס אחיז – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האם משמעות הדבר היא שבקנדה, כמו גם בישראל, היחסים אינם מתאפיינים בדיאלוג? אין ספק שלא זו המשמעות. כך גם באשר לפסקת ההגבלה. היא הרי כלי דיאלוגי מובהק אף יותר מפסקת ההתגברות, והיא נועדה לאפשר חקיקת המשך. אם היא קיימת אך המחוקק אינו עושה בה שימוש, ומקבל את פסיקת בית המשפט כפי שהיא מבלי "לפצות פה", האם משמעות הדברים היא שמתרחש דיאלוג באותה שיטת משפט? ככלל, התשובה היא שלילית. יתרה מזו, נראה שמקרה מעין זה מציף את כל הביקורות המשמעותיות על קיומו של מונולוג שיפוטי, במקום דיאלוג בין-מוסדי.⁹²

89 הדוגמאות הבולטות ביותר לעניין זה הן מחקרם של הוג ובושל-תורנטון (Hogg & Bushell), לעיל (ה"ש 11) וטיעון הנסגת הדעת אקס פוסט של דיקסון (Dixon), לעיל (ה"ש 83).

90 על תהליך כינונו של הצ'רטר ועל היותה של פסקת ההתגברות פשרה פוליטית ראו HOGG, לעיל (ה"ש 8, בעמ' 131–130); Tsvi Kahana, *Understanding the Notwithstanding Mechanism*, 52 U. TORONTO L.J. 221 (2002); ויינריב מסבירה כי התפיסה המסורתית ראתה את ס' 33 לצ'רטר – בוודאי לנוכח האופן שבו הוא נחקק, ברגע האחרון – כפשרה פוליטית, כסעיף שאינו עולה בקנה אחד עם ההגנה על זכויות אדם. Lorraine Eisenstat Weinrib, *Learning to Live with the Override*, 35 MCGILL L.J. 541, 563–564 (1990). אולם זו רק העמדה הקונוונציונלית. וולדרון ולוינסון, למשל, סוברים, בהקשרים שונים, כי הסיבה לכשלונה של פסקת ההתגברות היא שהתרבות הפוליטית רואה בה התגברות על החוקה במקום הבעת עמדה עצמאית של המחוקק אשר שונה מזו של בית המשפט. Waldron, לעיל (ה"ש 21, בעמ' 38–36); Sanford Levinson, *Consensus, Dissensus, and Constitutionalism*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 59, (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013) 66. טושנט, לעומתם, הניח את אצבעו על המבנה של הליך החקיקה כגורם שמסכל את השימוש בפסקת ההתגברות. Tushnet, *Judicial Activism or Restraint*, לעיל (ה"ש 21).

91 עניין לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל (ה"ש 78, ועניין אורון, לעיל (ה"ש 81).

92 המחזיק המרכזי בטיעון זה הוא וולדרון: Waldron, לעיל (ה"ש 21, בעמ' 7–9). ראו גם Morton, לעיל (ה"ש 21). הסקרופט מנסח טיעון זה במונחים של "חוקתיות מלמעלה למטה": Grant Huscroft, *Rationalizing Judicial Power: The Mischief of Dialogue Theory*, in CONTESTED CONSTITUTIONALISM: REFLECTIONS ON THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS 64, 65 (James B. Kelly & Christopher P. Manfredi eds., 2009); יוסף "חובת המחוקק לשקול את הנמקת פסק הדין", לעיל (ה"ש 54).

טענתי המרכזית, שלאורה עוצב המחקר, היא שדיאלוג נמדד על בסיס המציאות הפוליטית והמשפטית שהוא מצוי בה. כדי למדוד את הדיאלוג, יש הכרח להתייחס לאופן שבו הוא פועל במערכת החוקתית של מדינה נתונה, ולענייננו – בישראל.⁹³ תמיכה בגישה זו מצויה אצל ובר (Webber), שכתב כי בין שנתלים במנגנוני התגברות חקיקתית ובין שנאחזים בפסקות הגבלה או בסמכות רחבה להענקת סעדים חוקתיים, אל לנו להישען יתר על המידה על המנגנונים עצמם. ובר הכיר בחשיבותם של מנגנונים אלה ובהיותם הבסיס לדיאלוג, אך העיקר לדידו הוא התרבות הפוליטית, האופן שבו המחקר ובית המשפט נוהגים בפועל.⁹⁴ היגיון דומה מעט ניתן לזהות בגישתו של רואוץ', שסובר כי לא ייתכן מודל דיאלוגי אחיד שיתאים לכל מדינות העולם (או לחלקן), שכן האופן שבו המוסדות (והציבור) מגיבים זה כלפי זה תלוי במכלול ההקשרים הציבוריים, הפוליטיים, המשפטיים והחוקתיים באותה מדינה.⁹⁵

דברים אלה מדגימים את הצורך בהבחנה בין מנגנונים מאפשרי דיאלוג, שעליהם הכתיבה הדיאלוגית הקלסית בנויה, לבין **מדדים דיאלוגיים**, שעליהם נכון שתיבנה הכתיבה הדסקריפטיבית. המדדים הדיאלוגיים הם אלה: רטוריקה שיפוטית, בהקשר המסוים של הצדקת הפעלתה (או אי־הפעלתה) של ביקורת שיפוטית חוקתית; דוקטרינות שיפוטיות שונות מבוססות תגובה, שאינן כופות במהותן; סעדים חוקתיים מרוככים, המצמצמים את ההתערבות השיפוטית בחקיקה; וכן קיומן של תגובות חקיקתיות. בחינת עומק של כל הארבעה – בוודאי כאשר היא נעשית על מספר משמעותי של תיקים חוקתיים – מאפשרת, לשיטתי, הבנה והסקת מסקנות מעמיקות יותר בנוגע לשאלה אם קיים דיאלוג מבוסס ביקורת שיפוטית חוקתית בשיטת משפט פלונית, ומה טיבו.⁹⁶

מדדים אלה נבחרו משום שביכולתם להקיף במידה רבה את השיח כולו, הן מצד הכנסת והן מצידו של בית המשפט, וזאת מתוך אימוץ הביקורת שלפיה הסתכלות חד־

93 דברים אלה מדהדהים במידה רבה את הגישה שווייל מקדמת, שלפיה אופי החוקה וסוג הביקורת השיפוטית הנעשית במסגרתה הם תולדה של האופן שבו התקבלה החוקה בפועל, ולא של עיגונם הלשוני של מנגנונים שונים בחוקה. טענה זו שזורה במחקרה: Rivka Weill, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism Notwithstanding: On Judicial Review and Constitution-Making*, 62 AM. J. COMP. L. 127 (2014); רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנט של חוקת הכלאים הישראלית" **עיוני משפט** לח 501, 505–504 (2016).

94 Grégoire C.N. Webber, *The Unfulfilled Potential of the Court and Legislature Dialogue*, 42 CAN. J. POL. SCI. 443, 455 (2009). על אף הזיהוי החשוב של ובר, הוא לא הציע כל דרך מעשית למדוד את קיומו של הדיאלוג.

95 ROACH, לעיל ה"ש 14, בעמ' 392.

96 לטיעון דומה, הרואה ערך בבחינת אופן הפעלתה של הביקורת השיפוטית לאורך מקרים רבים באמצעות קריאת עומק של פסקי דין, ראו ROBERT LECKEY, *BILLS OF RIGHTS IN THE COMMON LAW* (2015).

מוסדית, שכולה סביב בית המשפט, אינה רצויה.⁹⁷ בתוך מדדים אלה נדרשת בחירה מהם המנגנונים הספציפיים שיש לבחון. בנקודה זו המחקר מונחה על ידי כמה מגבלות. האחת היא מיקוד מחקרי: החלטה לבחון כל דוקטרינה שיפוטית באשר היא הנוגעת בביקורת השיפוטית או בהפעלתה תהפוך את המחקר למשימה בלתי אפשרית כמעט, ובכך תוביל להכשלתו. מכאן נובעת מגבלה שנייה: הונחתי על ידי הספרות הקיימת בתחום, ובחרתי לבחון רק מנגנונים שכותבים נוספים זיהו את הפוטנציאל הדיאלוגי שלהם.⁹⁸ המגבלה השלישית היא שהמחקר עוסק בקיים. כך, למשל, מנגנונים בעלי ערך דיאלוגי ניכר, דוגמת הצהרת אי-התאמה, נעדרים מהמחקר מכיוון שהם אינם מהווים חלק מהמשפט החוקתי הישראלי.

ממדדים דיאלוגיים אלה השמטתי, במכוון, גם את עילות הסף. עילות הסף, להבדיל מהדוקטרינות השיפוטיות מבוססות התגובה, אינן כלי דיאלוגי לרוב, באשר הן חוסמות את הדיון. הן אינן מובילות לדיון חוקתי משמעותי לא בבית המשפט, לא בבית המחוקקים ולא בציבור. הן אינן ממקמות את הזכות החוקתית במרכז, ואינן יוצרות תהליך דליברטיבי סביב ההגנה על הזכות וסביב האופן שבו יש לאזן בינה לבין אינטרסים אחרים. העותרים עצמם בוודאי נפגעים, בשובם מבית המשפט בידיים ריקות לאחר שעתירתם לא נדונה לגופה. מטעם זה, למשל, סברתי כי על מנת לשמור על אופייה הדיאלוגי של דוקטרינת המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה, יש הכרח לשמור עליה כפתרון דיוני בלבד.⁹⁹ וכי הפיכתה לעילת סף, כפי שהתרחשה בשני מקרים לאחרונה,¹⁰⁰ מרוקנת את כל יתרונותיה הבין-מוסדיים מתוכן.¹⁰¹

מרשימת המדדים הדיאלוגיים השמטתי מנגנון נוסף, והוא דברי ההסבר של החקיקה. הפוטנציאל הדיאלוגי האדיר של דברי ההסבר כבר זכה בהכרה בספרות הקנדית.¹⁰² הם מאפשרים למחוקק להאיר לפני בית המשפט את הגיון החוק, את

97 JANET L. HIEBERT, CHARTER CONFLICTS: הביקורת הבולטת ביותר ברוח זו היא של היברט: WHAT IS PARLIAMENT'S ROLE? (2002). ראו לכל אורך ספרה, ובפרט בעמ' 46.

98 למעט התראת הבטלות, שהיא כלי חדש למדי, ונכון למועד זה טרם זכתה במחקר של ממש. למעט שקיים ראו לעיל ה"ש 16.

99 יוסף "אליה וקוץ בה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 309.

100 בג"ץ 491/18 עפגין נ' שרת המשפטים, פס' 7 לפסק דינו של השופט מינץ (פורסם באר"ש, 8.4.2018); בג"ץ 7189/17 החברה להגנת הטבע נ' הממונה על ענייני הנפט, פס' 9–11 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 3.7.2018).

101 בל יוסף "המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה כעילת סף" ICON-S-IL Blog 4.12.2018 israeliconstitutionalism.wordpress.com/2018/12/04/%D7%94%D7%9E%D7%A2%D7%9E%D7%93-%D7%94%D7%A0%D7%95%D7%A8%D7%9E%D7%98%D7%99%D7%91%D7%99-%D7%A9%D7%9C-%D7%99%D7%95%D7%96%D7%9E%D7%95%D7%AA-%D7%97%D7%A7%D7%99%D7%A7%D7%94-%D7%9B%D7%A2%D7%99%D7%9C%D7%AA/

102 Kent Roach, *The Uses and Audiences of Preambles in Legislation*, 47 MCGILL L.J. 129 (2001).

תכליותיו ואת הפרשנות החוקתית והחוקית של המחוקק עצמו, מבלי להוות נורמה מחייבת. הם מהווים את מה שמרזל מכנה "דיאלוג בשלב הביניים"¹⁰³, ולמעשה ערוץ תקשורת לא מחייב נוסף בין שני המוסדות. עם זאת, על המשפט הישראלי להיפרד מספרות זו, לנוכח העובדה שבישראל זהו פוטנציאל רעיוני בלבד. האופן שבו דברי ההסבר מוסדרים (או מדויק יותר: אינם מוסדרים) כחלק מתהליך החקיקה בישראל מוביל לכך שהם אינם משקפים את החוק במופעו הסופי, ובפועל הם מקשים על בית המשפט – גם אילו רצה – ללמוד ממנו מסקנות על רצונו של המחוקק. בית המשפט, מצידו, אינו מייחס כל ערך דיאלוגי לדברי ההסבר.¹⁰⁴

היבט נוסף שלא זכה במדידה אמפירית הוא השיח הפוליטי. הביטוי "שיח פוליטי" הוא רחב, ויכול לכלול שלל היבטים שיש בהם סממנים דיאלוגיים, דוגמת התייחסות להלכות החוקתיות של בית המשפט העליון במסגרת תהליך החקיקה; שיח פוליטי (תקשורתי לעיתים) אשר משדר לבית המשפט מסרים שונים, בין כלליים ובין באשר לתיקים קונקרטיים; אסטרטגיות פוליטיות והתבטאויות באשר לאופי השופטים שרצוי למנות; ועוד. בטוחני כי לאלה יש השפעה של הדיאלוג. כפי שכתבתי בתחילה, העשייה החוקתית אינה מנותקת מהסביבה הפוליטית הטבעית שלה. עם זאת, הם אינם חלק ישיר מהדיאלוג. יש לזכור כי הדיאלוג החוקתי הוא בין-מוסדי. ככזה, הוא נמדד ברמת המוסד, ולא ברמת הפרט. התבטאות פוליטית של חברת כנסת מימין או משמאל אינה שקולה לתגובה חקיקתית, כשם שהתבטאות של שופטת בכנס אקדמי אינה שקולה לפסק דין. לשיטתי, הן מבחינה רעיונית והן מבחינה מתודולוגית נכון יותר להותיר את הבחינה במישור המוסדי, אם כי יש להמשיך להכיר בכך שלאותו שיח פוליטי אכן יש השפעה על אופן התנהלותו של הדיאלוג, אף אם הוא אינו נמדד בצורה ישירה.

את ארבעת המדדים הדיאלוגיים שמצאתי כמסייעים במלאכת איתורו של הדיאלוג ניתן לאתר בשני מקומות. האחד הוא פסיקת בית המשפט העליון, והאחר הוא חקיקת המחוקק. הספרות היסודית בתחום זה, הן בקנדה והן אצלנו בישראל, מכירה בכך שהדיאלוג החוקתי מתרחש בעוצמה הרבה ביותר בעת בחינת חוקתיותה של חקיקה פרלמנטרית. רוב התיאורטיקאים של הדיאלוג ממקדים את העדשה במישור זה.¹⁰⁵ בהתאם לכך, ההשערה שלי, על בסיס הספרות והפסיקה המרכזית בתחום, הייתה שאת הפוטנציאל לדיאלוג (או להעדרו לעיתים) יהיה אפשר לאתר בעיקר בהקשר זה. לנוכח זאת נסקרו כל העתירות בנוגע לחוקתיותה של חקיקה משנת 1992 ועד סוף 2017, בין שהן התקבלו ובין שהן נדחו.¹⁰⁶

103 הווה אומר, דיאלוג כחלק מתהליך מוסדי פנימי. יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" **משפטים** לט 347, 362 (2010) (להלן: מרזל "מעמד הכנסת בעתירות").

104 נועה קברטץ-אברהם ובל יוסף "דברי ההסבר במשפט הישראלי" (טרם פורסם).

105 ראו את המקורות מהספרות הקנדית שאוזכרו לעיל בה"ש 28–31, 75 ו-83. כולם עוסקים בדיאלוג בין בית משפט (עליון לרוב) שבוחן את התאמת החקיקה לחוקה לבין המחוקק המגיב על כך.

106 איתור פסקי הדין נעשה באמצעות מאגר המידע "נבו" – המאגר הזמין והמקיף ביותר מבין אלה המאפשרים חיפוש גם על בסיס תוכן בפסקי הדין. חיפוש פסקי הדין נעשה לפי תחימת השנה האזרחית (מ"1 בינואר ועד 31 בדצמבר) ולפי התוכן המופיע בפסקי הדין, שם הזנתי "חוק יסוד:

כדי לבסס ביתר שאת את ההשערה (המקובלת בספרות, כאמור) שלפיה שיאו של הדיאלוג בא לידי ביטוי בעת בחינת חוקתיותה של חקיקה ראשית, הוספתי על פסקי הדין בעתירות לעניין חוקתיותה של חקיקה רובד נוסף של פסקי דין, שאני מכנה אותם "עקרוניים". אלה פסקי דין חשובים שאינם עוסקים בחוקתיותה של חקיקה ראשית אך מכילים התייחסויות חשובות לשאלות הנוגעות במשפט החוקתי המוסדי או בזכויות אדם. כדוגמאות בולטות ניתן למנות פסקי דין שעסקו בביקורת שיפוטית על עבודת הכנסת לסוגיה, פסקי דין שעסקו ביכולתו של המחוקק להתגבר על פסיקת בית המשפט העליון, פסקי דין שהעמידו במרכזם את המתח בין הממשלה לכנסת, ועוד רבים אחרים בעלי חשיבות. מכיוון שסקירתם של פסקי דין אלה נועדה לאשש אינטואיציה מחקרית, ואינה נדרשת לאור הגישות הקיימות בספרות ההשוואתית, היא "רכה" יותר מטיבה ומטבעה מהסקירה המלאה, השיטתית והעקבית של העתירות לעניין חוקתיותה של חקיקה. כפי שיהיה אפשר לראות בהמשך, רוב פסקי הדין העקרוניים אינם מעוררים את הדיאלוג באותה עוצמה, ולעיתים הם אינם מעוררים אותו כלל.

קידוד פסקי הדין נעשה לאור ארבעת מדדי הדיאלוג. בכל אחד מפסקי הדין במאגר נעשו קריאה וקידוד לפי כל אחד מהפרמטרים הבאים: רטוריקה שיפוטית בנוגע להצדקת ביקורת שיפוטית חוקתית; דוקטרינות שיפוטיות שונות – קריאה למטה, הנחיה שיפוטית, התראת בטלות, מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה ומתן מעמד דיוני לכנסת בעתירות לעניין חוקתיות חקיקה; סעדים חוקתיים – עקרון ההפרדה, עקרון ההפרדה במובנו הפרטי, השעיית הכרזת הבטלות, קריאה אל תוך החוק, סעד הליווי, סעדים נוספים וסעדים מוחלטים; סקירת אופן הבחינה השיפוטית של פסקת ההגבלה, תוך שימת דגש בשאלה אם הייתה התמודדות משמעותית עם סוגיית התכלית.¹⁰⁷

המישור השני שבחנתי הוא חקיקה, במטרה להצביע על קיומה של חקיקת המשך. איתור התגובות החקיקתיות נעשה גם כן במאגר המידע "נבו", שבו קיים ריבוד של החקיקה, המקל את זיהוי התיקונים השונים. ראשית נבחנו כל התיקונים בכל חוק שבוטל, בחלקו או בשלמותו. התיקונים נבחנו מנקודת הזמן של פסק הדין ועד ינואר 2018. במסגרת זאת נבחנו הן תוכן התיקונים, כדי להצביע על קשר ענייני בין ההוראות שבוטלו לבין התיקונים, והן דברי ההסבר, אשר אזכרו לעיתים את פסק הדין שהורה על בטלות. כמו כן נעשה חיפוש במאגר הצעות החוק של "נבו" לפי מספרי ההליך של כל פסקי הדין שהורו על בטלות חקיקה, במטרה לזהות תגובות חקיקתיות שאינן באות לידי ביטוי באופן ישיר בחוק שבוטל.¹⁰⁸

כבוד האדם וחירותו" או "חוק-יסוד: חופש העיסוק" על מנת לאתר כל פסק דין שבו הופיעה התייחסות לאחד מחוקי היסוד. קראתי את כל פסקי הדין שהתקבלו ביחס לכל שנה, ומתוכם הותרתי רק את אלה שזיהיתי בהם טענה לפסילת חקיקה ראשית על בסיס אחד משני חוקי היסוד.

107 העיגון התיאורטי של אופן הקידוד נעשה כתיאוריה מעוגנת בשדה. ראו אשר שקדי **מילים המנסות לגעת: מחקר איכותני – תאוריה ויישום** 155–168 (2003).

108 יש הסבורים כי ניתן ללמוד מסקנות על קיומו של דיאלוג גם מכך שהמחוקק לא הגיב, וכי די בכך שהוא נמנע מלשנות את תוצאת פסק הדין. כך, למשל, הוג ובושל-תורנטון סוברים כי גם מקום שבו המשפט פסל חוק ולאחר מכן נערך בקרב הרשויות דיון שבו הוחלט להותיר את החלטת בית

מתוך בחינה זו נוצר מאגר מידע שכולל 376 פסקי דין שניתנו מיום חקיקתם של חוקי היסוד של זכויות האדם ועד תום תקופת המחקר – 31.12.2017. החלק הראשון של המאגר כולל 160 פסקי דין מגוונים מאוד העוסקים בנושאים רבים ושונים, ולכולם מכנה משותף אחד: הם מכילים תקיפה חוקתית של חקיקה ראשית. התקיפה יכולה להיות ישירה (כפי שאכן היה ברוב הגדול של המקרים) או עקיפה; והיא יכולה להתקבל, להידחות לאחר בירור ענייני, להידחות על הסף או להימחק. עומק הדיון בעתירה, מספר הדיונים ומשכם הכולל, ומידת ההתעניינות התקשורתית בפרשה – בכל אלה פסקי הדין נבדלים זה מזה ויוצרים מאגר עשיר ומגוון.

מאגר המידע השני הוא מאגר של פסיקה עקרונית, שעסקה בשאלות רבות ומגוונות מאלה של המאגר הראשון. המאגר נתחם לאותן שנים (1992–2017), וכולל 215 פסקי דין. קשה להצביע על מכנה משותף לפסקי דין אלה מלבד העיסוק בשאלות של משפט ציבורי (בין מוסדיות ובין של זכויות אדם). בעתירות אלה גלומה תרומה גדולה לאישוש ההשערה שמוקד הדיאלוג מצוי בעתירות בנוגע לחוקתיותה של חקיקה, והן אף מסייעות להאיר היבטים שונים במסגרת הדוקטרינות מבוססות התגובה. להבדיל מסעדים חוקתיים ומתגובות חקיקתיות, ששייכים לשדה של אתגרים חוקתיים בלבד, דוקטרינות מבוססות תגובה מהוות חלק משמעותי מהמשפט הציבורי בכללותו, והדיונים בהנחיה השיפוטית ובמעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה יעידו על כך היטב.

המאגר האחרון מבין השלושה הוא זה של התגובות החקיקתיות (ראו נספח). בתת-פרק 4 ארחיב על טיבו, אך כבר עתה יש לומר כי רובם הגדול של פסקי הדין הובילו לתגובה חקיקתית.

פרק ד: ממצאים

כאמור, ארבעת מדדי הדיאלוג שהצעתי הם רטוריקה שיפוטית במסגרת הצדקת ביקורת שיפוטית חוקתית, שימוש בדוקטרינות שיפוטיות מבוססות תגובה, הפעלת סעדים חוקתיים ותגובות חקיקתיות. אסקור אותם כסדרם. בטרם אדון בממצאים לגופם, חשוב להדגיש כי הבחינה שאני מציעה היא בחינה אמפירית איכותנית. היא אינה מוחלטת או מדויקת. אופייה הדיאלוגי של פעולה אינו בינרי, אלא מצוי על ספקטרום. לעיתים יהיה אפשר לאפיין בקלות את מושאי הבדיקה כהחלטות, פעולות או מסרים דיאלוגיים, אך

המשפט על כנה, מדובר בדיאלוג. Hogg & Bushell, לעיל ה"ש 11, בעמ' 82. אני מבקשת להימנע מגישה זו. אי-אפשר ללמוד מהעדר תגובה חקיקתית את שניתן ללמוד מקיומה. זאת ועוד, לנוכח כמות החסמים החקיקתיים הפועלים לא פעם כלפי המחוקק, אי-אפשר לטעון בוודאות כי בשתיקתו המחוקק מביע את הסכמתו לפסק הדין. מורטון, למשל, מייחס שתיקה כזו להעדר יכולת פוליטית (Morton, לעיל ה"ש 21), וטושנט מייחס אותה להיבטים מבניים (Tushnet, *Judicial Activism or Restraint*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 96–97).

לגבי חלק ייתכנו חילוקי דעות וקושי בסיווג. לעיתים האופי הדיאלוגי של פעולה יבוא לידי ביטוי בשורה התחתונה שלה, ולעיתים במסר שמגולם בה. ניתן – ולעיתים רצוי – לחלוק על הסיווגים שאציע; פתיחת השיח בשאלות אלה היא במידה רבה אחת ממטרות המאמר.

1. רטוריקה שיפוטית

התבוננות כוללת על הרטוריקה בפסיקה שבחנה חוקתיות של חקיקה משנת 1992, שנת חקיקתם של חוקי היסוד (או שמא משנת 1995, שבה ניתן פסק הדין בעניין **בנק המזרחי**¹⁰⁹), מעלה כי ככלל מדובר ברטוריקה מאופקת מאוד. באותו פסק דין מכונן בפרשת **בנק המזרחי** קבע בית המשפט, גם אם תוך חילוקי דעות והבדלי ניואנסים בין שופטי המותב, כי חוקי היסוד של זכויות האדם העניקו מעמד חוקתי "על-נורמטיבי" לזכויות האדם המעוגנות בהם, ובכך הקנו לבית המשפט סמכות לערוך ביקורת שיפוטית מהותית על תוכן חקיקתו של המחוקק. הנשיא (בדימ') שמגר כתב – ודברים אלה צוטטו ברבים מפסקי הדין העוקבים – כי כאשר השופט עורך ביקורת שיפוטית חוקתית, הוא אינו מבקר את תבונת החוק, אלא את חוקתיותו. תבונת החוק והמדנייות שהוא מיועד להגשים הן עניין למחוקק, ולא לבית המשפט.¹¹⁰ שנים מעטות לאחר מכן כונה עיקרון זה "הריסון המתחייב בבוא בית המשפט העליון להעביר תחת שבט ביקורתו חקיקה ראשית" – ניסוח שמוכר, בשינויים קלים, מפסקי דין אינ-ספור; ונוסח אחר, שבמהרה התחבב במיוחד על השופטים, דיבר על "שבעה נקיים" שבית המשפט חייב לשבת לפני שהוא פוסל חוק.¹¹¹

פסק הדין עצמו נעדר כל התייחסות דיאלוגית, וכך גם פסקי הדין שניתנו סמוך לו, אשר שבו והדגישו את כבוד המחוקק והחקיקה.¹¹² ניתן לזהות רטוריקה שחזרה כמנטרה במשך שנות פסיקה רבות: רטוריקה של הריסון המתחייב כאשר בית המשפט בוחן חקיקה ראשית – רטוריקה משלימה של סמכות בית המשפט לפסול חקיקה – חזרה לרטוריקה מרוסנת.¹¹³ למעשה, כמעט בכל המקרים שבחנו חקיקה באופן מעמיק

109 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 5.

110 שם, פס' 85 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') שמגר. ראו דברים דומים שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט גולדברג.

111 בג"ץ 3434/96 **הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נ(3) 57, פס' 9 לפסק דינו של השופט זמיר (1996).

112 ראו, למשל, בג"ץ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, פ"ד נ(3) 485, פס' 2 לפסק דינו של השופט זמיר (1996) (להלן: עניין **מרכז השלטון המקומי (חוק החסינות)**), שם הדגיש השופט זמיר כי חוקי היסוד "...לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מחוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט". עוד שאל השופט זמיר: "האם כסדרם היינו לעמורה דמינו...?", שפתאום יש צורך בביקורת שיפוטית חוקתית על חקיקה כה רבה? שם, פס' 2 לפסק דינו.

113 מבנה זה של טיעון המכיל רטוריקה זו מופיע באופן מובהק במקרים הבאים: שם, פס' 2 לפסק דינו

ומשמעותי יש התייחסות לאותו "ריסון מתחייב", החל בעניין לשכת מנהלי ההשקעות,¹¹⁴ ועד היום.¹¹⁵ דווקא הרטוריקה המשלימה, זו שמדגישה את סמכותו של

של השופט זמיר; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 756–758 (השופט לוי במיעוט); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, פס' 29 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008) (להלן: עניין חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים); עניין הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 82, פס' 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פס' 19–24 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 17.9.2014) (להלן: עניין רובינשטיין (לימודי הליכה)); עניין אדם, לעיל ה"ש 81, פס' 67 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין הר"י (טיפול כפוי), לעיל ה"ש 81, פס' עד–עה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; בג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל, פס' ל לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.9.2017).

114 עניין לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 78, בעמ' 387 (הנשיא ברק).
115 בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ביניש (2002); בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים, משרד הבריאות, פ"ד נו(1) 419, פס' 9 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2002); עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 113, בעמ' 552 (דעת הרוב המשותפת) ו-757–758 (השופט לוי במיעוט); בג"ץ 6976/04 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר, פס' 9 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 1.9.2005); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 6 לפסק דינו של השופט עדיאל (2006) (להלן: עניין חוק האזרחות 2006); בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, פס' 11 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2006) (להלן: עניין חוק טל 2006); בג"ץ 153/06 טקסי "המרכז" בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(2) 820, פס' י לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2006) (להלן: עניין טקסי המרכז); עניין חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, לעיל ה"ש 113, פס' 29 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב(4) 406, פס' 31 לפסק דינה של השופטת חיות (2008); בג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים, פס' 1 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 14.7.2008); עניין הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 82, פס' 14 ו-67 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ופס' 21 ו-30 לפסק דינו של השופט לוי (במיעוט); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500, פס' 34 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2010) (להלן: בש"פ פלוני); בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 62 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 2.9.2010) (להלן: עניין לה"ב); בג"ץ 85/12 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 3–4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 16.1.2012); בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פס' 27 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (בדעת רוב), פס' 2 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (במיעוט) (פורסם בנבו, 23.2.2012); עניין רובינשטיין (לימודי הליכה), לעיל ה"ש 113, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (בדעת רוב) ופס' 22 לפסק דינה של השופטת ארבל (במיעוט); בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פס' 37 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 4.6.2013) (להלן: עניין עדאלה (חיסונים)); בג"ץ 5998/12 רונן נ' כנסת, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 25.8.2013); בג"ץ 2254/13 סמואל נ' שר האוצר, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 15.5.2014); בג"ץ 2311/11 סבא נ' הכנסת, פס' 8 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (בדעת רוב), פס' 84 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (במיעוט) (פורסם בנבו,

בית המשפט, אינה קיימת תמיד,¹¹⁶ אך עצם הנכונות השיפוטית לבחון את החקיקה מדברת בפני עצמה. לעיתים בית המשפט מדגיש את מרחב התמרון של המחוקק¹¹⁷ באופן שמצמצם את ההתערבות השיפוטית.¹¹⁸ בנסיבות מסוימות, כך הודגש, הריסון

17.9.2014); בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פס' 10 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 18.9.2014); עניין איתן, לעיל ה"ש 81, פס' 212 לפסק דינו של השופט פוגלמן, פס' 1 לפסק דינו של השופט דנציגר, פס' 5, 9 ו-13 לפסק דינו של השופט הנדל, פס' 16 לפסק דינו של השופט עמית ופס' 1 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; בג"ץ 7717/13 קוליאן נ' שר האוצר, פס' 8 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 2.10.2014); בג"ץ 6133/14 גורביץ נ' כנסת ישראל, פס' 1 לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 26.3.2015); בג"ץ 687/15 ירד נ' הכנסת, פס' 22–23 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 9.7.2015) (להלן: עניין ירד 2015); בג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת, פס' 23 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 21.4.2016); בג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים בישראל נ' כנסת ישראל, פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 29.9.2016) (להלן: עניין איגוד הבנקים); עניין הר"י (טיפול כפוי), לעיל ה"ש 81, פס' עד-עה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; בג"ץ 6321/14 כן לזקן – לקידום זכויות הזקנים נ' שר האוצר, פס' 1 לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 9.3.2017) (להלן: עניין כן לזקן); בג"ץ 8097/15 דור נ' כנסת ישראל, פס' 3 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.12.2017).

116 גם לה יש כמובן מנעד, והיא נעה בין אמירות עדינות, דוגמת "...על בית המשפט למלא את התפקיד המוטל עליו במשטרנו החוקתי ולבחון את חוקתיותה של החקיקה היוצאת מתחת ידיה של הרשות המחוקקת" (עניין הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 82, פס' 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש), לבין דברים נחרצים יותר, דוגמת "ריסון שיפוטי אסור לו שיביא לשיתוק שיפוטי. כאשר המחוקק פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוקי היסוד, והפגיעה היא מעבר למידה הדרושה, אין מנוס מנקיטת עמדה שיפוטית ברורה", ואף התייחסות לכך שלבית המשפט, מתוקף תפקידו, אסור להותיר על כנו חוק שאינו חוקתי" (עניין לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 78, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק). ראו דברים דומים בעניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 113, בעמ' 553 (דעת הרוב המשותפת); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, פס' 6–7 לפסק דינה של השופטת ארבל (2012); בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 40 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 12.9.2017) (להלן: עניין גיוס בחורי הישיבות 2017).

117 הדיון בנקודה זו הוא בהקשר הפרטני של הצדקת ביקורת שיפוטית. רטוריקה דומה עד כדי זהה מופיעה גם בדיונים השיפוטניים על מבחני המידתיות, ועל מבחן המידתיות השני בפרט, אך במסגרת הנוכחית הקשר זה אינו מענייני.

118 עניין לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 78, בעמ' 387 (הנשיא ברק); עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 113, בעמ' 550–551 (דעת הרוב המשותפת); עניין חוק טל 2006, לעיל ה"ש 115, פס' 48 לפסק דינו של הנשיא ברק; עניין טקסי המרכז, לעיל ה"ש 115, פס' 1 לפסק דינו של השופט רובינשטיין; בג"ץ 6061/08 ישראל נ' משרד החקלאות, פס' 21 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 19.8.2009); עניין ניר, לעיל ה"ש 115, פס' 27 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; בג"ץ 5113/12 פרידמן נ' כנסת ישראל, פס' 1 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 7.8.2012); בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, פס' 1 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 26.6.2013); עניין רובינשטיין (לימודי הליבה), לעיל ה"ש 113, פס' 19 לפסק דינו של השופט הנדל; ועניין קוליאן, לעיל ה"ש 115, פס' 9 לפסק דינו של השופט סולברג.

השיפוטי יהיה ניכר אף יותר, בעיקר כאשר מדובר בעניינים כלכליים ומשקיים.¹¹⁹ כך נכתב גם כאשר להתערבות בנושאים של ביטחון ומדיניות חוץ,¹²⁰ בסוגיות בעלות חשיבות חברתית¹²¹ או בשאלות בעלות מורכבות או חידוש משמעותיים,¹²² וכן כאשר לביקורת שיפוטית חוקתית המבוססת על ערכי יסוד.¹²³

מקרים אחרים, נדירים יותר, אינם מכילים כל דיון בשאלת הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית, שהוא הדיון שמגביע את אותה רטוריקה מדוברת.¹²⁴ כן ניתן לזהות בפסיקה

119 הדוגמה המובהקת לכך היא דבריה של השופטת ביניש בעניין **מנחם**, לעיל ה"ש 115, בעמ' 263–264, אשר צוטטו בפסקי דין רבים. לדוגמאות בולטות במיוחד ראו עניין **יקותיאל**, לעיל ה"ש 81, פס' 26 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ופס' 1 לפסק דינו של השופט לוי (במיעוט); וכן עניין **לה"ב**, לעיל ה"ש 115, פס' 63 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. עוד ראו בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14, פס' 35 לפסק דינה של השופטת ביניש (2004) (להלן: עניין **ארגון מגדלי העופות**); עניין **חסן**, לעיל ה"ש 116, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ארבל; בג"ץ 4947/03 **עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל**, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 10.5.2006); בג"ץ 9163/02 **וינטראוב נ' שר העבודה והרווחה**, פסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 9.8.2006); עניין **אלחנתי**, לעיל ה"ש 115, פס' 31 לפסק דינה של השופטת חיות; עניין **ישראל**, לעיל ה"ש 118, פס' 21 לפסק דינה של השופטת ארבל; בג"ץ 3734/11 **דודיאן נ' כנסת ישראל**, פ"ד סו(1) 65, פס' 30 ו-39 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (2012); עניין **עדאלה (חיסונים)**, לעיל ה"ש 115, פס' 37 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין **רונן**, לעיל ה"ש 115, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; עניין **רובינשטיין (לימודי הליבה)**, לעיל ה"ש 113, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; עניין **גביש**, לעיל ה"ש 115, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה נאור; ועניין **איגוד הבנקים**, לעיל ה"ש 115, פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

120 עניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 113, בעמ' 758–759 (השופט לוי במיעוט).
121 בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד סה(3) 1, פסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (במיעוט) (2012) (להלן: עניין **חוק טל 2012**); עניין **רובינשטיין (לימודי הליבה)**, לעיל ה"ש 113, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

122 עניין **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 115, פס' 9 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן; עניין **סמואל**, לעיל ה"ש 115, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל; עניין **סבח**, לעיל ה"ש 115, פס' 84 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (במיעוט); עניין **גביש**, לעיל ה"ש 115, פס' 57 לפסק דינה של הנשיאה נאור ופס' 5 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

123 עניין **הפרטת בתי הסוהר**, לעיל ה"ש 82, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות; עניין **חוק טל 2006**, לעיל ה"ש 115, פס' 73–74 לפסק דינו של הנשיא ברק.

124 כן, למשל, בבג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241, 283 (1999), השופט זמיר אומנם מצדיק בדבריו את הביקורת השיפוטית, אך הוא עושה כן רק במסגרת הדיון בסעד ומבלי ללבן את הסוגיה לעומק, כאשר הוא סבור כי השאלה אינה מעלה כל קושי שכן אפילו המדינה אינה חולקת על הצורך לקצר את משכי המעצר הקבועים בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, בנוסחו באותה עת. בבג"ץ 8276/05 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1 (2006) (להלן: עניין **עדאלה (חוק הגזיקים האזרחיים)**), בעניין נסר, לעיל ה"ש 81, ובבג"ץ 5239/11 **אבני נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 15.4.2015), שבכולם בוטלה החקיקה, אין כל הנמקה או התמודדות עם שאלת הביקורת השיפוטית.

מודלים של ביקורת שיפוטית שצרים בהרבה מן המקובל, אשר מובילים לרטוריקה מרוסנת אף יותר,¹²⁵ נעדרת כל סממן דיאלוגי.

* * *

הגם שהרטוריקה ה"קלסית" היא השלטת בפסיקה, היא אינה היחידה. הרטוריקה הדיאלוגית קיימת גם היא, ובמקרים רבים למדי, גם אם לא באותו מינון. שיאה בטווח השנים שבין 2006 ל-2016. ניתן לזהות אותה בעיקר אצל שופטים מסוימים: הנשיא ברק, הנשיאה ביניש, הנשיאה נאור, המשנה לנשיאה רובינשטיין, המשנה לנשיאה גובראן, השופט מלצר והשופט הנדל.

להבדיל מהמנטרה הקבועה בדבר "הריסון המתחייב", על גווניה, לרטוריקה הדיאלוגית אין מנטרה, אין "שטנץ". היא משתנה מאוד ממקרה למקרה, לאור הנסיבות ולאור גישתו של השופט היושב בדין. כך, למשל, פסק בית המשפט העליון בעניין **המועצה האזורית חוף עזה**, בהרכב של עשרה שופטים, עם ביטול כמה הסדרים בחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, לאחר שתיאר את הסעדים השונים שניתנו:

"למותר לציין כי ביטול ההוראות שעליהן עמדנו אינו סוף פסוק. הוא חלק מהדיאלוג הנמשך בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת. על-כן מוסמכת הכנסת כמובן לבחון את התוצאה המתקבלת מביטולן של כמה הוראות בחוק יישום ההתנתקות. היא רשאית לשנות הסדרים אלה או אחרים, על-פי שיקול-דעתה, כדי להגשים יעדים חקיקתיים הנראים לה כרצויים והמקיימים את הדרישות שהיא עצמה קבעה בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם."¹²⁶

ברוח זו כתבה גם השופטת נאור בעניין **הפרטת בתי הסוהר**,¹²⁷ בבש"פ פלוני (במיעוט)¹²⁸ ובעניין **איתן**.¹²⁹ בחירה במינוח מפורש של דיאלוג מצויה גם בעניין **רובינשטיין (לימודי הליכה)**, שם תיאר השופט עמית את שלושת פסקי הדין המרכזיים שהובילו לחקיקת חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008, וכתב כך:

125 ראו את דבריו של השופט קדמי (במיעוט) בעניין **צמח**, שם, בעמ' 287–288; את גישתו של השופט (ולמים הנשיא) גרוניס, כפי שבוטאה בפסק דינו בעניין **חוק טל 2006**, לעיל ה"ש 115, בפסק דינו בעניין **חוק טל 2012**, לעיל ה"ש 121, ובפסק דינו בבג"ץ 4921/13 **אומ"ץ אורחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון** (פורסם בנבו, 14.10.2013) (להלן: עניין **אומ"ץ**); ואת פסקי דינו של השופט ריבלין בעניין **חוק האזרחות 2006**, לעיל ה"ש 115, בעניין **חוק האזרחות 2012**, לעיל ה"ש 81, ובבג"ץ 3803/11 **איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.2.2012).

126 עניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 113, פס' 479 (דעת הרוב המשותפת).

127 עניין **הפרטת בתי הסוהר**, לעיל ה"ש 82, פס' 28 לפסק דינה של השופטת נאור.

128 ראו בבש"פ פלוני, לעיל ה"ש 115, פס' 5 לפסק דינה של השופטת נאור (במיעוט).

129 עניין **איתן**, לעיל ה"ש 81, פס' 3 לפסק דינה של השופטת נאור.

"פסק הדין בעניין המרכז לפלורליזם קבע כי למדינה אסור לתקצב בתי ספר מוכרים ופטורים שאינם מלמדים את תוכנית-היסוד, והורה למשרד החינוך לקיים מנגנון פיקוח יעיל לשם כך. אין חולק כי החוק נועד במפורש לקדם את 'פני הרעה', בבחינת הקדם תרופה לבג"ץ. זו זכותו של בית המחוקקים בישראל, במסגרת הדיאלוג המתקיים בין בית המשפט לכנסת, ובמסגרת דיאלוג פורה זה, שומה עלינו לבחון את חוקיותו של החוק."¹³⁰

זוהי התייחסות מעניינת ודיאלוגית במיוחד, שכן מובלע בדברים שיפוט שלילי (ערכי, גם אם לא חוקתי) של החוק, ובד בבד הכרה בלגיטימיות של התגובה החקיקתית. דווקא הסתירה הזו הופכת את הדברים לדיאלוגיים הרבה יותר. הרי קל לקבל ברצון דיאלוג כאשר הצד האחר מחוקק כפי שבית המשפט הכווין אותו. מורכב יותר לקבל דיאלוג כאשר הוא אינו משקף את העדפותיו החוקתיות של בית המשפט. השופט עמית מקבל על עצמו בעניין זה את הדיאלוג אף שתוצאותיו אינן נוחות ואינן אידיאליות מבחינתו.

גם המשנה לנשיאה ג'ובראן נקט בחירה דיאלוגית בעניין **ארד-פנקס** – פסק הדין שאותו בחר להקריא במועד פרישתו – כאשר חתם את דבריו באלה המילים:

"בהחלטתנו זו משעים אנו את ההכרעה בסוגיות כבודות המשקל שאליהן התייחסתי לעיל. אנו עושים זאת מתוך כבוד לרשות המחוקקת, ולמערכת היחסים בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת. מערכת יחסים זו היא מערכת יחסים מורכבת, המושתתת על דו-שיח שבין בית המשפט לבין המחוקק. דו-שיח זה נסוב על עקרונות היסוד ועל החוקים של מדינת ישראל ובמסגרתו שואפות שתי הרשויות לקדם את מטרות המדינה ולהתמודד בצורה מיטבית עם האתגרים הניצבים בפניה – זאת תוך שמירה על זכויות היסוד המוקנות לכל אדם מכוח חוקי-היסוד. בסופו של דו-שיח זה, מצופה כי תתקבל תוצאה משפטית אשר הולמת את עקרונות היסוד של המדינה ומגנה על חירויות הפרט. כעת, תורה של הרשות המחוקקת לומר את דברה. חזקה עליה כי תגשים את חובותיה החוקתיות ותפעל להגשמה של הזכויות החוקתיות... כתמיד, בית משפט זה יקשיב בקשב רב לדברי הרשות המחוקקת; וכתמיד, תהא דלתו פתוחה ואוזנו כרויה לכל אדם הטוען כי נפגעה זכותו החוקתית. כך בהמשך הטיפול בעתירה שלפנינו, וכך בעתירות הבאות."¹³¹

130 עניין רובינשטיין (לימודי הליכה), לעיל ה"ש 113, פס' 4 לפסק דינו של השופט עמית.

131 בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים על פי חוק הסכמים לנשיאת עובדים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פס' 51 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן (פורסם באר"ש, 3.8.2017).

הרטוריקה הדיאלוגית זכתה במיני זוויות. זווית אחת היא זו שהדגישה את תרומתה של הביקורת השיפוטית לטיוב החקיקה, כאשר כל צד עושה את מלאכתו ומגיב על מלאכת הצד האחר, שאותה ניתן לראות במקרי גלגול שני בעיקר;¹³² זווית אחרת, חשובה ומרכזית, היא זו שבה בית המשפט מדגיש – ולא פעם – את יכולתו של המחוקק לפעול בדרך של חקיקת המשך ואת הלגיטימיות שלה;¹³³ פרספקטיבה דיאלוגית נוספת היא הדגשת ההנחה השיפוטית שפסק הדין יוביל לחשיבה מחודשת של הרשויות הפוליטיות;¹³⁴ ובמקרים אחרים הרטוריקה הדיאלוגית משרתת הן טעמים דסקריפטיביים והן טעמים נורמטיביים.¹³⁵ מקרים נוספים הובילו את הרטוריקה הדיאלוגית לביקורת עצמית של בית המשפט על האופן שבו כיוון את המחוקק.¹³⁶ לשם

132 עניין **חוק טל 2012**, לעיל ה"ש 121, פס' 67 ו-71–72 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, פס' 4 לפסק דינה של השופטת נאור ופס' 17 לפסק דינו של השופט מלצר; עניין **איתן**, לעיל ה"ש 81, פס' 44, 67 ו-70 לפסק דינו של השופט פוגלמן, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית, פס' 2 לפסק דינו של השופט הנדל ופס' 45 לפסק דינו של הנשיא גרוניס. ראו, לעומת זאת, אצל השופטת (בדימ') ארבל, שסברה כי "מדובר באותה גברת – זו של תיקון מס' 3 – בשינוי אדרת". שם, פס' 4 ו-11 לפסק דינה. ראו גם עניין **דסטא**, לעיל ה"ש 81, פס' 26, 28, 54, 87 ו-97 לפסק דינה של הנשיאה נאור, פס' 15 ו-34 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופס' 3 לפסק דינו של השופט מלצר. הנשיאה ביניש אף כינתה זאת "תודעה חוקתית". ראו בג"ץ 4908/10 **בריאון נ' כנסת ישראל**, פ"ד (סד) 275, פס' 23 לפסק דינה (2011) (להלן: עניין **התקציב הדורשני I**).

133 עניין **הפרטת בתי הסוהר**, לעיל ה"ש 82, פס' 65 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין **איתן**, לעיל ה"ש 81, פס' 81 (באשר לס' 30 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954), 195 (התייחסות לפרק ד לחוק) ו-200 לפסק דינו של השופט פוגלמן. ראו גם שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט עמית, פס' 45 לפסק דינו של הנשיא גרוניס, פס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות ופס' 14 לפסק דינו של השופט הנדל. כן ראו עניין **סמואל**, לעיל ה"ש 115, פסק דינו של השופט הנדל. עניין **דסטא**, לעיל ה"ש 81, היה יוצא דופן במובן זה שהודגשה בו לא רק יכולת התגובה החקיקתית, אלא אף החובה לעשות כן. שם, פס' 51–52 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

134 עניין **אדם**, לעיל ה"ש 81, פס' 41 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

135 עניין **גיוס בחורי הישיבות 2017**, לעיל ה"ש 116, פס' 1 ו-9, בהתאמה, לפסק דינו של השופט הנדל (במיעוט). לצד אלה, במספר מועט של מקרים בפסיקה השתמשו השופטים במילים "דיאלוג" או "שיח", אבל ההנמקה העניינית שהוצעה לצד רטוריקה זו דווקא לא הייתה כזו שהעידה על דיאלוג, שיתוף פעולה או התייחסות גומלין בין-מוסדית. ראו, למשל, עניין **הפרטת בתי הסוהר**, לעיל ה"ש 82, פס' 21 לפסק דינו של השופט לוי (במיעוט); עניין **חוק האזרחות 2006**, לעיל ה"ש 115, פס' 41 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

136 בולטת ונישאת מעל כולם היא ביקורתו של השופט הנדל בעניין **איתן**, לעיל ה"ש 81, פס' 13 לפסק דינו: "באשר למשמורת, היה מקום לכוון את המחוקק בצורה יותר ברורה. האם החזקה במשמורת היא פסולה לחלוטין בכל מצב? האם הוויכוח הוא אכן 'כמותי', כהגדרתו של הנשיא? פסק הדין הנוכחי בא לכאורה להבהיר את הדברים, אך דומני שהמבוכה רק גדלה... לצערי התוצאה, גם של פסק דין זה, איננה חדה מספיק לטעמי וחוששני שהיא עלולה להביא להמשך ההתכתשות המשפטית-חוקתית. הקושי מתחדד עוד יותר מאחר שמדובר בפעם השנייה שבה החוק נפסל, לאחר שנעשו מאמצים רבים על מנת לעמוד בסטנדרטים החוקתיים." ראו גם את דבריו של השופט הנדל בעניין **דסטא**, לעיל ה"ש 81, פס' 4 לפסק דינו: "אכן יש סוג של שיח חוקתי בין בית המשפט לבין

הצגת תמונה רחבה, יש לציין כי הרטוריקה הדיאלוגית אינה נחלתם הבלעדית של פסקי הדין שבחנו חוקתיות חקיקה, גם אם בהם היא באה לידי ביטוי במלוא הדרה. היא קיימת באופן בולט ומפורש גם בפסקי דין נוספים וחשובים, דוגמת עניין ולגר,¹³⁷ עניין קרסיק,¹³⁸ דנג"ץ גלוטן,¹³⁹ עניין אבר-ערפה¹⁴⁰ ואחרים.¹⁴¹ לצד הרטוריקה הדיאלוגית המפורשת, גם רטוריקה "מאוכזבת" של הפסיקה היא רטוריקה דיאלוגית. על פי רוב מדובר בדברי ביקורת של בית המשפט, שנדמים כנובעים מאכזבה שלו מכך שהמחוקק אינו מגלה שיתוף פעולה כמצופה במסגרת דיאלוג. דברים ברוח זו הציגה השופטת ביניש בעניין **חוק האזרחות 2006**. היא עמדה על הקושי בכך שנתקפת לא רק פעולת מנהל, אלא גם חקיקה ראשית, ועל הריסון שבית המשפט מפגין במקרה מעין זה, והוסיפה:

הכנסת. אך אין זה שיח בין שותפים לתפקיד. לכל גוף – תכלית וסמכויות שונות. לטעמי, היה וקיים קושי חוקתי גם בתקופה מקסימלית שהיא כמחצית מהתקופה של שלוש שנים – נכון היה לומר זאת בפסק הדין הקודם. אין זה ראוי כי השיח יכלול שיפור דרישות ואיתור קשיים נוספים בגלגול שני ואף שלישי, קשיים שניתן היה להצביע עליהם כבר בגלגול הקודם.¹³⁷ בג"ץ 5364/94 ולגר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק (1995): "...בחקוקי חוק הבא לשנות מפסקתו של בית המשפט, המחוקק מגלה הבנה לפעילות השיפוטית הפרשנית, שוקל אותה לגופה ומגיב עליה על בסיס יתרונותיה וחסרונותיה. זהו ה'דו-שיח' הבלתי פוסק בין מחוקק ושופט, בין אורגן אחד של גוף המדינה לאורגן אחר שלו."

¹³⁸ בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 9.2.2009). (להלן: פסק הדין בעניין קרסיק): "...כיוון שהכנסת החלה לפעול להסדרה חקיקתית של הסוגיות השונות הנוגעות להפקעתם של מקרקעין, בהתאם לקריאתו של בית משפט זה בהחלטה בעניין קרסיק, ומשניצבת בפני הכנסת הצעת חוק קונקרטית מטעם הממשלה, הכוללת רפורמה מקיפה בפקודת הקרקעות שנוגעת ישירות לסוגיות שנתרו להכרעה בעתירות שלפנינו, דומה כי הכיבוד ההדדי בין הרשויות מחייב לתת לרשות המחוקקת הזדמנות למצות את הליך החקיקה..."

¹³⁹ דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סו(1) 518 (2013) (להלן: דנג"ץ גלוטן). ראו בהקשר זה את הפער בין חוות הדעת של השופט הנדל (שם, פס' 8 לפסק דינו) לבין חוות הדעת של השופט גובראן (שם, פס' 7 לפסק דינו).

¹⁴⁰ בג"ץ 7803/06 אבר ערפה נ' שר הפנים, פס' 13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') גובראן (פורסם בנבו, 13.9.2017): "רצף זה של צעדים ותגובות מצד בית המשפט מחד גיסא והמחוקק מאידך גיסא מהווה ביטוי לדו-שיח ער ופורה בין הרשויות, שהוא אבן יסוד בדמוקרטיה חוקתית המושתתת על איזונים ובלמים... סבורני אפוא שאין להצר על כך שהסוגיה עשויה לשוב לפתחו של בית משפט זה, אם אכן תעוגן הסמכות בחוק ותישמע טענה שלפיה אין היא הולמת את חוקי היסוד. ליבון חוקתי זה מגשים את מצוות חוק היסוד ומבטיח כי פעולותיהן של כלל רשויות השלטון יתקפו את ערכי היסוד של מדינת ישראל."

¹⁴¹ ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי, פס' 33 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 30.4.2009); דנג"ץ 5967/10 המוסד לביטוח לאומי נ' כהן, פס' 2 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 14.4.2013) (להלן: דנג"ץ כהן).

"בשים לב לכך שהחוק נחקק כהוראת שעה, המתנו פעמים אחדות לכך שעם תפוגת תוקפו של החוק תישקל מחדש הארכתו או מתכונתו, אם וכאשר יחודש. ציפינו, כי המחוקק יקבע נקודת איזון חדשה, גם אם ישוב ויחליט להותיר על כנו את החוק המגביל כניסת בן-זוג של ישראלי. החוק אכן הוארך ואף תוקן לאחרונה... דא עקא, שלא היה בתיקון האמור כדי לחסוך מאיתנו את הצורך להפעיל את ביקורתנו השיפוטית. מתכונתו הבסיסית של החוק נותרה כשהייתה: כוללנית, גורפת וללא מנגנון לקיום בחינה פרטנית על בסיס אינדיווידואלי, והאפשרות כי יוארך תוקפו של החוק פעם נוספת לא נשללה. בנסיבות אלה, נותרה ההכרעה מונחת לפתחנו..."¹⁴²

כך היה גם, למשל, בעניין **נסר**, שם כתבה הנשיאה ביניש איך שוב ושוב תלה בית המשפט את יהבו ברשויות הפוליטיות אך אלה סירבו להכריע בסוגיה;¹⁴³ בעניין **דסטה**, לאחר שגם בגלגול השלישי לא מצא המחוקק לנכון לקבוע בחוק קשר בין מיצוי אפיקי הרחקה לבין החזקה במשמורת;¹⁴⁴ ובעניין **גיוס בחורי הישיבות 2017**, שבו בחר המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין לפתוח את פסק דינו באלה המילים:

"יאוש. אין בפי מלה אחרת באשר לנושא דנא. הגיחוך – חוכא ואיטלולא – שנוצר בגלגולי ה'פינג פונג' בין הרשויות בעניין היורד לשורש השויון וההגינות האנושית הבסיסית, בעוד אין נפגע לימוד התורה החשוב כל כך כהוא זה, מציב את השאלה אם לצחוק צריך או לבכות בכי תמרורים."¹⁴⁵

יש סממנים דיאלוגיים דומים גם בפסיקה שלא עסקה בחוקתיות חקיקה, אם כי בהיקף קטן יותר.¹⁴⁶ גם אם הרטוריקה הדיאלוגית היא לרוב פיתוח משמעותי של השנים האחרונות, התיאור הדסקריפטיבי של דיאלוג, במובן של השפעת הרשות השופטת על הרשות

142 עניין **חוק האזרחות 2006**, לעיל ה"ש 115, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ביניש.

143 עניין **נסר**, לעיל ה"ש 81, פס' 2–5 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.

144 עניין **דסטה**, לעיל ה"ש 81, פס' 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

145 עניין **גיוס בחורי הישיבות 2017**, לעיל ה"ש 116, פס' א לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין. בולט במיוחד בהקשר זה הוא פסק דינה של הנשיאה נאור, שכתבה את פסק הדין המרכזי. ראו שם, לכל אורך פסק דינה, ובמיוחד בפס' 106. כן ראו שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט מלצר ופס' 1–3 לפסק דינה של השופטת חיות.

146 בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998); דג"ץ **גלוטן**, לעיל ה"ש 139, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ארבל (במיעוט) ופס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל; בג"ץ 566/11 **ממט-מגר נ' משרד הפנים**, פ"ד סו(3) 493, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ארבל (2014); דג"ץ **כהן**, לעיל ה"ש 141, פס' 50 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור ופס' 11 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; בג"ץ 7625/06 **רגז'ובה נ' משרד הפנים**, פס' ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, פס' 10 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 31.3.2016).

המחוקקת, מופיע בפסיקה זה שנים רבות. במסגרת זו אין כל הבחנה בין פסיקה שעסקה בחוקתיות חקיקה לבין פסיקה עקרונית אחרת, שכן התייחסות לדיאלוג, שבמסגרתו השפיעה הפסיקה על חקיקה, קיימת בפסקי דין רבים, גם במנותק מהסוגיה שבה עסקו. מדובר במה שכונה בספרות "דיאלוג של המשפט המקובל", שבמסגרתו לשופט יש הסמכות לפרש את החוק ואילו למחוקק יש האפשרות לשנות פרשנות זו.¹⁴⁷ הסתכלות זו מאפשרת לראות כי תפיסה דיאלוגית מוטמעת בתורת המשפט הציבורי הישראלי, וכי הפסיקה הביאה את הדיאלוג במפורש – גם אם בדרכים שונות – אל קדמת הבמה.

ניתן לחלק התייחסות זו לארבע קטגוריות. האחת, שנפוצה מאוד בפסיקה, היא תיאור אינפורמטיבי של דיאלוג, נקי משיפוט נורמטיבי. השופטים השונים מתארים, באופן עובדתי וענייני, כיצד פסק דין מסוים השפיע על החקיקה.¹⁴⁸ הקטגוריה השנייה היא תיאור אינפורמטיבי בלוויית שיפוט נורמטיבי חיובי.¹⁴⁹ בעניין ולנר ביקש בית

147 להרחבה ראו ROACH, לעיל ה"ש 14, בעמ' 73–75 ו-285–286; Kent Roach, *Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures*, 80 CAN.

BAR REV. 481 (2001); ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 83, בעמ' 380.

148 לתיאור הדיאלוג שהוביל ללידתו של חוק בשר קפוא ולכינונה של פסקת ההתגברות בחוק יסוד: חופש העיסוק ראו בג"ץ 7198/93 מישראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 844, פס' 16 לפסק דינו של השופט זמיר (1994). תיאור דומה הופיע כשנתיים מאוחר יותר בבג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, פס' 6–7, 12–13 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996). כן ראו כיצד תיאור המשנה לנשיא ברק והשופט דורנר – בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, פס' 5–8 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק, פס' 7 לפסק דינה של השופטת דורנר (1995) – את ההתפתחויות בדיני המעצר כתוצאה ממעורבות משותפת של בתי המשפט והמחוקק; כיצד תיאר השופט טל – בבג"ץ 1031/93 פסור (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, 713–714 (1995) – את השינויים במרשם האוכלוסין לאור פסיקת בית המשפט העליון והחקיקה שנחקקה בתגובה לה; וכיצד תיאר הנשיא ברק את חוק התשריר באשר לאגרות הטלוויזיה בבג"ץ 4562/92 זנברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, פס' 19 לפסק דינו (1996). הנשיאה ביניש תיארה כך את מקורו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, בעניין חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, לעיל ה"ש 113, פס' 6 לפסק דינה; את הרקע לחקיקת ס' 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, בעניין יקותיאל, לעיל ה"ש 81, פס' 29 לפסק דינה; ואת הדיאלוג שהוביל לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, בבג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פס' 4 לפסק דינה (פורסם בנבו, 29.8.2011). השופט הגדל תיאר כך את השתלשלות העניינים שהובילה לחקיקת חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010, בעניין סמואל, לעיל ה"ש 115, פס' 1–3 לפסק דינו; המשנה לנשיא נאור תיארה כך את השינויים בחוק השבות כתוצר של דיאלוג בבג"ץ 1188/10 פורסקי נ' משרד הפנים, פס' 21–22 לפסק דינה (פורסם בנבו, 31.7.2013); והמשנה לנשיאה רובינשטיין תיאר כך את ס' 7א לחוק יסוד: הכנסת כתוצר של השפעת הפסיקה בא"ב 1095/15 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' זועבי, פס' י לפסק דינו (פורסם בנבו, 10.12.2015).

149 ראו, לדוגמה, בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, פס' 40 לפסק דינו של השופט ברק (1993); בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, פס' 1–2 לפסק דינו של השופט זמיר (1999); עניין ולנר, לעיל ה"ש 137, פס' 10 ו-34 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק.

המשפט לקבע עמדה זו, כאשר כלל שופטי ההרכב, מי ברוב מי במיעוט, סברו כי תגובה חקיקתית על פסק דין היא לגיטימית לגמרי, כל עוד היא עניינית.¹⁵⁰ הקטגוריה השלישית במסגרת זו היא תיאור אינפורמטיבי בלוויית שיפוט נורמטיבי שלילי, אשר רואה את התגובה החקיקתית על פסק הדין כלא רצויה וככזו שהיה מוטב להימנע ממנה.¹⁵¹ בעוד ב"אכזבה הדיאלוגית" בית המשפט מבקר את המחוקק על אי-העשייה, בסוג זה בית המשפט מבקר אותו על התגובה החקיקתית שנקט. הקטגוריה האחרונה היא "דיאלוג ליוזמי ח"ן": התפתחות חקיקתית בעקבות הפסיקה שאינה מתוארת כלל כדיאלוג.¹⁵²

צידה האחר של התמונה הוא המקרים שבהם בית המשפט דוחה בהנמקתו את הרטוריקה הדיאלוגית, ולעיתים אף משתמש ברטוריקה "אנטי-דיאלוגית". מקרים כאלה אינם רבים, אך קיימים. הם מתאפיינים בכך שבית המשפט מבקש לחסום את המחוקק מלהגיב;¹⁵³ מתאר את עקרון הפרדת הרשויות כחיץ, "איסור חציית גבולות" ואוטונומיה גמורה של כל רשות;¹⁵⁴ או נואש מאותו דיאלוג – מעין שלב שלאחר האכזבה הדיאלוגית שבו בית המשפט כבר קץ בנסיונות לגייס את הרשויות הפוליטיות לשיתוף פעולה.¹⁵⁵ במקרים אחרים דחיית רטוריקה דיאלוגית נעשית על ידי הדגשת

150 עניין ולנר, שם, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא שמגר, פס' 1 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק ופס' 3 לפסק דינו של השופט גולדברג.

151 ראו, לדוגמה, בג"ץ 878/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, פס' 25 לפסק דינו של השופט לין (1994); עניין חוק האזרחות 2012, לעיל ה"ש 81, פס' 6–7 לפסק דינו של השופט לוי ופס' 1–2 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין רובינשטיין (לימודי הליבה), לעיל ה"ש 113, פס' א לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571, פס' 83 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008) (להלן: עניין המרכז לפלורליזם יהודי).

152 בג"ץ 2055/02 עביד נ' שר הבטחון, פס' 1–2 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 12.12.2002). למעשה, מי שאינו יודע שחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים הוא התוצר של דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000), לא יזהה בהכרח קשר סיבתי בין פסק הדין לבין החקיקה, בהעדר אמירה כזו מצידו של הנשיא ברק (ראו את הפער מול האופן שבו הציגה הנשיאה ביניש את מקורו של החוק בעניין חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, לעיל ה"ש 113, פס' 6 לפסק דינה). באופן דומה הציגה השופטת (בדימ') ארבל את חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008, כאילו ניתן "במקרה" ימים אחדים לפני פסק הדין בעניין המרכז לפלורליזם יהודי, לעיל ה"ש 151, ולא כתוצר ישיר של פסקי הדין בגלגולים הקודמים של סוגיית לימודי הליבה. ראו עניין רובינשטיין (לימודי הליבה), לעיל ה"ש 113, פס' 5–13 לפסק דינה.

153 בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, פס' 27–28, 36 לפסק דינו של השופט חשין (2004).

154 בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, פס' 22, 25–28 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין (2006).

155 מדובר בעיקר במקרים שבהם הרשויות הפוליטיות "משליכות" סוגיות – שוב ושוב – לפתח של הרשות השופטת. ראו דנג"ץ כהן, לעיל ה"ש 141, פס' ו-ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין ממט"מגד, לעיל ה"ש 146, פס' א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

עליונותו של בית המשפט בפרשנות הטקסט החוקתי.¹⁵⁶ לחלופין, בית המשפט נוקט לעיתים רטוריקה מכבדת, אשר נוטה או כמעט נוטה לעליונות המחוקק – כזו שצועדת מעבר לאותה אמירה של ריסון קלסי בביקורת שיפוטית, ומפנה את אור הזרקורים כולו כלפי הכנסת. רטוריקה זו ניתן לזהות בכמה פסקי דין שעסקו בחוקתיותה של חקיקה ראשית,¹⁵⁷ כמו גם בפסיקת בג"ץ שעסקה בשאלות מתחום המשפט הציבורי שאינן נוגעות בחוקתיותה של חקיקה ראשית.¹⁵⁸

שאלה נוספת הנובעת מהעיסוק ברטוריקה של הפסיקה היא מה הייתה הרטוריקה כאשר בית המשפט עסק בשדות אחרים של התערבות בעבודת הכנסת. ניתן לומר בכלליות כי בהקשרים אלה הרטוריקה מרוסנת מאוד על פי רוב, ואינה מתאפיינת בנטיית דיאלוגיות. כך, למשל, באשר להתערבות בהליך החקיקה כתב השופט אור, בעניין אבו עראר, כי הסמכות קיימת אך יש לעשות בה שימוש "רק במקרים נדירים של פגם היורד

156 בג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, פס' 14 לפסק דינו של השופט חשין (1998) (להלן: עניין עדאלה (הפליה במשרד הדתות)); עניין חוק טל 2006, לעיל ה"ש 115, פס' 17 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין; בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פס' כד, לה לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.9.2017) (להלן: עניין התקציב הדרשני II). יש לציין כי בית המשפט ביקש לא פעם להדגיש את עליונותו גם מחוץ לשאלות של חוקתיות חקיקה ראשית. ראו, למשל, עניין ולנר, לעיל ה"ש 137, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא שמגר; בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, פס' 10 לפסק דינו של השופט זמיר (2001) (החלטה) (להלן: ההחלטה העקרונית בעניין קרסיק).

157 בג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 117, פס' 37 לפסק דינו של השופט גולדברג (1998); בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, פס' 2–3 לפסק דינו של השופט חשין (2004); בג"ץ 7138/03 המועצה המקומית יאנוח-ג'ת נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 709, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') אור (2004); עניין ארגון מגדלי העופות, לעיל ה"ש 119, פס' 2–4 לפסק דינו של השופט חשין; עניין גנים, לעיל ה"ש 153, פס' 37–38 לפסק דינו של השופט חשין; בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושבת-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685, פס' 5 לפסק דינו של השופט חשין (2004) (להלן: עניין חד"ש-תע"ל); וכן בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, פס' 5–6 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2005) (להלן: עניין מחויבות).

158 בג"ץ 1508/93 פנחסי נ' יושבת-ראש הכנסת, פ"ד מז(1) 510, פס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיא א'לון (1993); עניין מישראל 1993, לעיל ה"ש 77, פס' 11 לפסק דינו של השופט אור; ההחלטה העקרונית בעניין קרסיק, לעיל ה"ש 156, פס' 65–66 לפסק דינו של השופט חשין (אם כי שם עמדה הרטוריקה בניגוד גמור להכרעה, שהיוותה חקיקה שיפוטית מובהקת); בג"ץ 10145/03 דורון נ' ח"כ ויז'ר ההסתדרות הכללית החדשה, פסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 3.1.2005); עניין ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל, לעיל ה"ש 154, פס' 32 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין (דברים המתיישים היטב עם הרטוריקה האנטי-דיאלוגית שהציג השופט חשין קודם לכן באותה פרשה); בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537, פס' טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2006) (הדברים מרוככים למדי, במיוחד בהשוואה לדבריו של השופט חשין שהוזכרו).

לשורשו של עניין, ותוך התקדמות זהירה ממקרה למקרה.¹⁵⁹ רטוריקה זו נשמרה בפסיקה בנושא, ואף במקרה היחיד שבו ביטל בית המשפט חקיקה בשל פגמים בהליך החקיקה.¹⁶⁰

רטוריקה מרוסנת דומה קיימת גם כאשר להתערבות בניהול ענייניה הפנימיים של הכנסת, שהכתיבה מבחן מחמיר של "פגיעה קשה במרקם החיים הפרלמנטרי". רטוריקה זו באה לידי ביטוי בשורה של פסקי דין שעסקו ברבדים שונים של עבודת הכנסת וועדותיה.¹⁶¹ למעשה, הרטוריקה הזו נסוגה לרוב רק ככל שמדובר בהחלטות מעין-

159 עניין **אבו עראר**, לעיל ה"ש 81, פס' 10 לפסק דינו של השופט אור.
 160 בג"ץ 5131/03 **ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נט(1) 577, פס' 9–16 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004); עניין **המועצה המקומית יאנוח-ג'ת**, לעיל ה"ש 157, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') אור; עניין **ארגון מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 119, פס' 15–16 לפסק דינה של השופטת ביניש; בג"ץ 494/03 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר**, פ"ד נט(3) 322, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004); בג"ץ 3106/04 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת**, פ"ד נט(5) 567, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק, פסק דינו של השופט טירקל (2005) (להלן: עניין **האגודה לזכויות האזרח (חוק ההסדרים)**); עניין **עיריית באר-שבע**, לעיל ה"ש 119, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ביניש; בג"ץ 4927/06 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, עמ' 5–6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 25.9.2007) (להלן: עניין **הר"י (הנפקת תרופות מרשם)**); בג"ץ 4302/09 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' ממשלת ישראל**, פס' 3 ו-5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 9.6.2009); עניין **לה"ב**, לעיל ה"ש 115, פס' 71 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; בג"ץ 6784/06 **שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות**, פ"ד סד(2) 581, פס' 37 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2011); עניין **שטנגר**, לעיל ה"ש 118, פס' 17–18 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; בג"ץ 6792/10 **די.בי.אס שרותי לווין (1998) בע"מ נ' כנסת ישראל**, פס' 60 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 20.7.2014) (להלן: עניין **די.בי.אס**); בג"ץ 1609/14 **התאחדות התעשיינים בישראל נ' כנסת ישראל – מרכז המחקר והמידע של הכנסת**, פס' 3 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 20.5.2014); עניין **גורביץ**, לעיל ה"ש 115, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; בג"ץ 3132/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל**, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 13.4.2016) (פסק דין משלים) (להלן: עניין **יש עתיד (כהונה מקבילה של ראש ממשלה)**); בג"ץ 8612/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פס' 11 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 17.8.2016) (להלן: עניין **הרפורמה ברשות החשמי**); עניין **איגוד הבנקים**, לעיל ה"ש 115, פס' 65 לפסק דינה של הנשיאה נאור; בג"ץ 10042/16 **קוונטיסנקי נ' כנסת ישראל**, פס' 35–36 לפסק דינו של השופט סולברג, פס' 2 לפסק דינו של השופט הנדל, פס' 4 ו-43 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 6.8.2017). החריג היחיד הוא האופן שבו השופט סולברג מדגיש בסוף פסק דינו כי הכנסת יכולה לשוב ולחוקק את החוק, ובלבד שהדבר ייעשה בהליך חקיקה תקין. שם, פס' 103 לפסק דינו. פסקי דין לא מעטים תקפו את הליך החקיקה במקביל לתקיפת חוקתיותה אל מול הוראות חוקי היסוד. לכן היו מקרים לא מעטים, כפי שמציגה הסקירה בחלק זה, שבהם בראש אחד של העתירה הרטוריקה היא דיאלוגית, ובראש האחר של העתירה הרטוריקה אינה כזו.

161 בג"ץ 1843/93 **פנחס נ' כנסת ישראל**, פ"ד מט(1) 661, פס' 39 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק (1995); עניין **ולנר**, לעיל ה"ש 137, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא שמגר; בג"ץ 971/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת**, פ"ד נו(6) 117, פס' 35–37 לפסק דינו של השופט

שיפוטיות של הכנסת, שלגביהן הצהיר בית המשפט כי ככלל בתחום זה אין לכנסת עדיפות או מעמד נעלה על גורם מעין-שיפוטי אחר באופן שירסן את הביקורת השיפוטית.¹⁶² גם במקרים אלה הרטוריקה נעדרת סממנים דיאלוגיים כלשהם. דווקא כאן בית המשפט נותן משקל לתהליך הפוליטי ולאופי הפוליטי המובהק שלו, ומצייר את ה"משחק" כמתנהל בעיקרו על ידי שחקן אחד (המחוקק), ולא כדיאלוג.

סוג נוסף של רטוריקה הוא זה שבית המשפט נוקט ככל שמדובר בביקורת של הכנסת על הממשלה (והביקורות המתמשכות על הליכי החקיקה של חוק ההסדרים הן למעשה מקרה פרטי של סוגיה זו). במקרים אלה בית המשפט כבר אינו שחקן, אינו זז לתהליך דליברטיבי ציבורי, אלא בורר, המשול – אם נשתמש במינוח של אילי – לשופט במשפט כדורגל (referee), שתפקידו לדאוג שכולם ישמרו על הכללים. אולם בתפקידו זה כ-referee, הרטוריקה של בית המשפט (גם אם לא ההכרעה) נוטה לרוב להעדיף את הכנסת ולהדגיש כי בית המשפט מתערב במטרה להגן על הכנסת מפני הממשלה,¹⁶³ ואינה מבוססת על מינוח דיאלוגי.

חשין, פס' 3–1 לפסק דינו של השופט ריבלין (2002); בג"ץ 306/05 סיעת המפר"ל בכנסת נ' ממשלת ישראל, פס' 11–13 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 21.8.2005); בג"ץ 9156/06 פולק נ' חברי הכנסת ה-17, פס' 7–10 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 14.11.2006); בג"ץ 1139/06 ארדן נ' יושב-ראש ועדת הכספים, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק (פורסם בנבו, 12.12.2006); בג"ץ 2704/07 התנועה להגנינות שלטונית נ' ועדת הכנסת, פס' 6–7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 28.1.2008); בג"ץ 1111/12 קם נ' יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת, פס' 6–8 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 15.4.2012); עניין אומ"ץ, לעיל ה"ש 125, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

¹⁶² ראו, למשל, עניין פנחסי נ' כנסת ישראל, שם, פס' 40–41 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק; בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 865, פס' 46–50 לפסק דינו של הנשיא ברק, פסק דינו של השופט ריבלין (2005); בג"ץ 12002/04 מחיל נ' הכנסת, פ"ד ס(2) 325, פס' 16–21 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005); בג"ץ 6706/14 זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת, פס' 37 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 10.2.2015) (אם כי במקרה האחרון נקבע כי ההתערבות בהחלטותיה של ועדת האתיקה של הכנסת תהא מצומצמת מההתערבות בהליכים מעין-שיפוטיים אחרים).

¹⁶³ בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פס' יז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (במיעוט) (פורסם בנבו, 2.7.2014) (להלן: עניין ייצוא הגז); בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל, פס' קמב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 27.3.2016) (להלן: עניין מתווה הגז). לתמונה רחבה יותר ראו גם שם, פס' קב ורקאמ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, פס' 15 לפסק דינו של השופט ג'ובראן ופס' 8 לפסק דינה של השופטת חיות; עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 160, פס' 40 לפסק דינו של השופט סולברג ופס' 5 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

2. דוקטרינות מבוססות תגובה

בקטגוריה זו מדובר בדוקטרינות שיפוטיות שונות שבית המשפט העליון נוטה להשתמש בהן. מאפיין שמחבר בין כולן הוא שהן מאפשרות תגובה מסוגים שונים (בין מבחינה מהותית ובין מבחינה דיונית). מאפיין מרכזי נוסף שלהן הוא שלרוב לא נלווה להן ההד הציבורי שנלווה להכרזה על פגם חוקתי בחקיקה שמוביל לבטלות. הדוקטרינות שנחקרו כאן בוודאי אינן היחידות שקיימות במשפט החוקתי הישראלי, אך הן המרכזיות שביניהן ככל הנוגע בערך הדיאלוגי הפוטנציאלי הגלום בהן.

(א) קריאה למטה

"קריאה למטה" היא טכניקה פרשנית המאפשרת לבית המשפט לפרש את החוק (לרוב בצמצום) באופן שירפא את הפגם החוקתי.¹⁶⁴ השימוש בדוקטרינה זו מאפשר להימנע מהוראה על בטלות החוק, כך שבית המשפט אינו מגיע כלל לשלב הסעד החוקתי.¹⁶⁵ בד בבד נשמרת זכותו של המחוקק לערוך שינוי בחקיקה כדי לשנות את הפרשנות השיפוטית שניתנה. כפי שאראה מיד, הדוקטרינה התפתחה בעיקר בפסקי הדין בעניין **זנדברג**¹⁶⁶ ובעניין **גניס**,¹⁶⁷ ובית המשפט רואה אותה לרוב כדוקטרינה שגרתית וכמוצא ראשון – או בין הראשונים – בבואו לעסוק בחוקתיות חקיקה.¹⁶⁸ עם זאת, יש להדגיש כי השימוש בדוקטרינה אינו משויך לתיאוריה דיאלוגית; נהפוך הוא, אם יש בסיס רעיוני מאחורי דוקטרינה זו, הוא לרוב כיבוד המחוקק ותפקידו, ברטוריקה שמזכירה מעט עליונות פרלמנטרית. לכן, הגם שיש ערך דיאלוגי בדוקטרינה זו, היא אינה נתפסת

¹⁶⁴ יוער כי סיווגה של דוקטרינה זו כטכניקה פרשנית, ולא כסעד חוקתי, אינו נקי מספקות, אך הוא עדיין החלופה הנכונה ביותר, לגישה, מבחינה אנליטית. לתמיכה בגישה זו ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ג – פרשנות חוקתית 737 (1994) (להלן: **ברק פרשנות חוקתית**); עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" **משפט וממשל** ד 433, 435 (1998); זמר בלונדהיים ונדיב מרדכי "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרגציה בביקורת שיפוטית חוקתית" **משפטים** מד 569, 624 (2014); אפרת בר-נתן **תרופת ה'קריאה פנימה'/ה'הרחבה' כתרופה חוקתית במשפט האנגלוסקסי ובמשפט הישראלי** 27–28 (עבודת גמר לתואר שני, אוניברסיטת תל אביב, 1999); HOGG, לעיל ה"ש 8, בעמ' 900; Dale Gibson, *Non-destructive Charter Responses to Legislative Inequalities*, 27 ALTA. L. REV. 181, 185 (1989); Michael Bishop, *Remedies*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA 9-1 (Stuart Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed., 5th rev. 2013).

¹⁶⁵ ברק **פרשנות חוקתית**, שם, בעמ' 737. להרחבה ראו HOGG, לעיל ה"ש 8, בעמ' 390.

¹⁶⁶ עניין **זנדברג**, לעיל ה"ש 148.

¹⁶⁷ עניין **גניס**, לעיל ה"ש 153.

¹⁶⁸ גם מנקודת מבט השוואתית היא מהווה פעמים רבות את הבחירה הראשונה של בתי המשפט, עוד לפני בחינת חוקתיותה של החקיקה. בקנדה ראו – Kent Roach, *Enforcement of the Charter* – Subsections 24(1) and 52(1), 62 SUP. CT. L. REV. 473, 494–495 (2nd ed. 2013) (להלן: Eric S. Fish, *Constitutional* Roach, *Enforcement of the Charter*; בארצות הברית ראו Eric S. Fish, *Constitutional* Roach, *Enforcement of the Charter*; Avoidance as Interpretation and as Remedy, 114 MICH. L. REV. 1275, 1276–1278 (2016) בדרום אפריקה ראו Bishop, *Remedies*, לעיל ה"ש 164, בעמ' 86–98.

כדיאלוגית. זוהי תופעה מעניינת במיוחד, שכן דווקא שינוי חקיקתי של פרשנות הוא קל יותר מבחינת המחוקק, משום שהוא אינו מאלץ אותו להתמודד עם ההד הפוליטי והתקשורתי של "התגברות" על פסיקת בית המשפט.

כאמור, פסק הדין המנחה, והראשון מבחינת סדר הזמנים, הוא עניין **זנדברג** משנת 1996, שבו התווה הנשיא ברק (בהסכמת שנים-עשר שופטי המותב) את הכלל המנחה והבסיסי שלפיו "מבין שני פירושים אפשריים יש לבחור באותו פירוש המתיישב עם החוקה", ולהימנע ככל האפשר מלהגיע לפירוש שמטיל ספק בחוקתיות החוק.¹⁶⁹ הנשיא ברק הבהיר שם גם כי על פרשנות החוק להיעשות לפני הבחינה החוקתית שלו מבעד למשקפיה של פסקת ההגבלה,¹⁷⁰ וכי אף על פי שהפרשנות צריכה להימנע בלשון החוק, יש ליתן קדימות לתכלית גם כאשר היא מעלה קושי לשוני.¹⁷¹ ההנמקה שביסוד הגישה הפרשנית שהוצגה שם נשענה על הכלל שלפיו "עדיף להגיע לצמצום היקפו של חוק בדרך פרשנות, על פני הצורך להגיע לאותו צמצום עצמו בדרך של הכרזת חלק מחוק כבטל בהיותו נוגד להוראת חוק יסוד", וכן על הצורך להבטיח "אחדות חוקתית" בפרשנות החקיקה.¹⁷²

הגישה שבוטאה בעניין **זנדברג** השתרשה בפסיקה שבחנה חוקתיות חקיקה.¹⁷³ יתר על כן, במקרים אחדים המדינה עצמה הציעה קריאה למטה של חקיקה שתייתר את

169 עניין **זנדברג**, לעיל ה"ש 148, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק.

170 שם, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא ברק.

171 שם, פס' 7-12 ו-21 לפסק דינו של הנשיא ברק.

172 שם, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא ברק.

173 ראו, למשל, עניין **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 115, פסק דינו של השופט חשין ופס' 9 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן; בג"ץ 7159/02 **מרדכי נ' פקיד שומה גוש דן**, פ"ד ס (3) 317 (2005). בהקשר שאינו בחינת חוקתיותה של חקיקה ראשית ראו גם בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז (1) 750, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003) (להלן: עניין **חרות**). ניתן לראות זאת היטב בהשתלשלות של פרשת מבקשי המקלט: בעניין **אדם**, לעיל ה"ש 81, צוין כי על אף ההעדפה לפרש את החוק חלף הכרזה על בטלותו, אי-אפשר להציע לחוק "פרשנות מקיימת" (שם, פס' 42 לפסק דינו של השופט פוגלמן); בעניין **איתן**, לעיל ה"ש 81, עלתה שוב האפשרות של פרשנות החוק בפסק דינם של שופטי המיעוט, כחלופה שעדיפה על הכרזת בטלותו של ס' 30א בשלמותו (ראו שם, פס' 50-52 לפסק דינו של הנשיא גרוניס ופס' 13 לפסק דינו של השופט הנדל), הגם שהיא נדחתה ברעת הרוב (השופט פוגלמן הציג לכך הנמקה כפולה – האחת, מדובר בחקיקה שיפוטית, ואילו הוא מעדיף להותיר את המלאכה ואת שיקול הדעת למחוקק; והאחרת, גם אילו היה אפשר להתגבר על המכשול הלשוני, ממילא דינו של הסעיף פסלות לנוכח משך ההחזקה, שאינו מידתי (שם, פס' 200-201 לפסק דינו)); ובעניין **דסטא**, לעיל ה"ש 81, הביע בית המשפט נכונות לקרוא למטה את ס' 30א, שכן לגישתו הדבר מתאפשר בנוסח החוק בעת העתירה, לנוכח קיצור תקופת המשמורת (שם, פס' 40 ו-48 לפסק דינה של הנשיאה נאור). הנשיאה נאור תמכה את החלטתה לקרוא למטה את החוק בפלל המגלה העדפה לפרשנות החוק חלף ביטולו, ובכך שפרשנות זו מאפשרת להגשים את תכלית החוק. שם, פס' 42 לפסק דינה. לתמיכה נוספת בגישה זו ראו שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

הבחינה החוקתית של החוק, ולא פעם נענה לכך בית המשפט,¹⁷⁴ תוך שהוא מדגיש כי פרשנות זו היא שהופכת את ההוראה לחוקתית.¹⁷⁵

בשנת 2004, קרוב לעשור לאחר פסק הדין בעניין **זנדרברג**, ניתן פסק הדין בעניין **גניס**, שהכיל גם הוא דיון עשיר ומקיף בדוקטרינה הפרשנית. בית המשפט שב ואימץ את הכלל שלפיו עדיפה "פרשנות מקיימת" בטרם יידרש בית המשפט לבחינת חוקתיותה של החקיקה. השופט חשין הוסיף כי אם הפרשנות תוכל לרפא את הפגם, אזי "אפשר יתייחס מאליו הדיון בנושא החוקתי".¹⁷⁶ ההנמקה הבסיסית שביסוד פסק דינו אינה דיאלוגית, אלא הנמקה של כבוד המחוקק ("שומה עלינו לעשות כמיטבנו למען יחיה החי; שדבר המחוקק יחיה, ככל הניתן, ולו בחלקו").¹⁷⁷ הנשיא ברק, לעומתו, שהצטרף לתוצאה, ביכר הנמקה של הרמוניה פרשנית חלף שיקולים מוסדיים או בין-מוסדיים.¹⁷⁸ דעת המיעוט שם סברה כי כבוד המחוקק מחייב דווקא את בטלות החוק, משום הפער הניכר בין לשון החוק לבין הפרשנות שהוצעה.¹⁷⁹

שני פסקי דין אלה הספיקו כדי לבסס היטב את הדוקטרינה במשפט הישראלי, אף שיישומה נעדר דיוק אנליטי באשר למיקום הגיאומטרי הנכון שלה. כך, לעיתים נעשתה פרשנות החוק לאחר שזוהתה פגיעה בזכות יסוד ולפני בחינת החוק מבעד

174 בג"ץ 1911/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר האוצר**, פס' 3–4 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם באר"ש, 12.11.2003); עניין **ארגון מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 119, פס' 51 ו-54 לפסק דינה של השופטת ביניש (באשר לסמכויותיהן של המנהלות הזמניות); בג"ץ 5846/11 **קעדאן נ' מדינת ישראל**, פס' 3–6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם באר"ש, 26.9.2011); ועניין **פרידמן**, לעיל ה"ש 118, פס' 3 ו-5–7 לפסק דינה של השופטת ארבל, פסק דינו של השופט פוגלמן ופס' א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

175 ראו כהריג את הפרשנות המצמצמת שניתנה בהסכמת המדינה בבג"ץ 3809/08 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרת ישראל**, פ"ד סה(2) 694 (2012) (להלן: עניין **האגודה לזכויות האזרח (נתוני תקשורת)**). בית המשפט הדגיש שם (באשר להסדר הראשון שצומצם על דרך פרשנות) כי הבחירה בפרשנות זו אינה נעוצה בהסכמת המדינה (כפי שהיה במקרים שצוינו לעיל), אלא בגישתו של בית המשפט שלפיה זו הפרשנות הראויה מבחינה חוקתית. שם, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש. בהסדר השני שפורש בצמצום הגישה אינה כה ברורה, ונראה כי שם ניתן משקל גדול יותר להסכמת המדינה, אך בעיקר לפרקטיקה המשטרית בנושא. שם, פס' 26–27 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש. ראו גם את סירובה של הנשיאה נאור להיענות לבקשת המדינה לעשות כן בעניין **איגוד הבנקים**, לעיל ה"ש 115, פס' 58 לפסק דינה. ההנמקה נשענה הן על לשון החוק והן על מורכבות הנורא. עוד ראו בג"ץ 1046/09 **מני נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם באר"ש, 15.8.2010) בעניין החלת הוראותיו של חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, העוסקות בעקרונות בית גם על גברים. אומנם לא דובר שם בתקיפה חוקתית של חקיקה, אך רוח הדברים דומה.

176 עניין **גניס**, לעיל ה"ש 153, פס' 15 לפסק דינו של השופט חשין.

177 שם, פס' 32 לפסק דינו של השופט חשין.

178 שם, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא ברק.

179 שם, בעמ' 271–272 (המשנה לנשיא מצא), בעמ' 285 (השופט טירקל), פס' 2–3 לפסק דינו של השופט ריבלין. בדג"ץ 5026/16 **גיני נ' הרבנות הראשית לישראל** (פורסם באר"ש, 12.9.2017) ביקש השופט סולברג (במיעוט) לשוב ולחזק גישה פרשנית זו. שם, פס' 20–21 לפסק דינו.

למשקפיה של פסקת ההגבלה,¹⁸⁰ ואילו בהקשרים אחרים נעשתה הקריאה למטה במסגרת הבחינה החוקתית, כדי לאפשר את עמידתה במבחני המידתיות, ולא כבחינה חיצונית לפסקת ההגבלה.¹⁸¹ חוסר הדיוק האנליטי בא לידי ביטוי לעיתים בהיבטים נוספים.¹⁸² כך או כך, ההנמקה נותרה לרוב ממוקדת בכבוד המחוקק ובהרמוניה פרשנית וחיקתית.¹⁸³

(ב) הנחיה שיפוטית

הנחיה שיפוטית הינה אמירה לא מחייבת של בית המשפט, שממוקמת באופן רעיוני במרכז הציר שבין הלכת הפסק לבין אמרת אגב.¹⁸⁴ הנחיה שיפוטית – או בשמות

180 עניין **חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים**, לעיל ה"ש 113, פס' 20–21 (צמצום ההגדרה של לוחם בלתי חוקי כך שלא יחול על גורמי "פנים") ו-22 (הראיות הנדרשות לצורך הוכחה לפי החוק) לפסק דינה של הנשיאה ביניש; בג"ץ 729/10 **תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל**, פס' 39 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש (פורסם באר"ש, 24.5.2012) (להלן: עניין **דרור ישראל**); עניין **עדאלה (חיסונים)**, לעיל ה"ש 115, פס' 59 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

181 עניין **חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים**, לעיל ה"ש 113, פס' 41 ו-44 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין **חוק האזרחות 2012**, לעיל ה"ש 81, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל. גם בבש"פ **פלוגי** גילתה השופטת נאור (במיעוט) העדפה לקריאה למטה רק לאחר שכבר קבעה כנקודת מוצא כי הוראות החוק אינן חוקתיות, ולכן נדמה שבמובן מסוים היא בחנה את הפרשנות כסעד חוקתי. בש"פ **פלוגי**, לעיל ה"ש 115, פס' 4–5 לפסק דינה. פסק הדין שהציף את חוסר הלכידות ואי-הדיוק בשאלה זו הוא עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 124. ראו את הדיון ואת חילוקי הדעות בין השופטים באותה פרשה – שם, פס' 39–40 ו-56 לפסק דינו של השופט מלצר, פס' 1, 8 ו-10–14 לפסק דינו של השופט פוגלמן, פס' 41–42 לפסק דינו של השופט דנציגר, פס' 48 לפסק דינו של השופט עמית ופס' 1–2 ו-4 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

182 ראו בג"ץ 7339/15 **האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' משרד הפנים**, פס' לג לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (פורסם באר"ש, 31.8.2017), שם ניתן להצביע על חוסר הבחנה בין עקרון ההפרדה (ובפרט מושגית) לבין קריאה למטה. אופי הפרשנות העלה קושי בעניין **סבת**, לעיל ה"ש 115, שם נהפכה הקריאה המצמצמת לקביעת אמות מידה פרטניות – ראו שם, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות. השופט מלצר הצטרף לגישה זו.

183 ראו, לדוגמה, עניין **האגודה לזכויות האזרח (נתוני תקשורת)**, לעיל ה"ש 175, פס' 15–16 ו-26–27 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש. מעניינת במיוחד גישתו של השופט מלצר באותה פרשה. לדבריו, הנימוק לבחירה בפרשנות מצמצמת של ההוראה, חלף ביטולה, הוא כפול. לפי הנימוק האחד, "ביטולה של הוראת חוק הוא אכן אמצעי אחרון. קודם לנקיטתו יש לנסות ולפתור את הפירוט – אם אפשרי הדבר – על דרך של פרשנות". נימוק זה נוטה לכיבוד המחוקק ולהעדרת פועלו. אולם לפי הנימוק האחר, "ביטולו של סעיף החוק מותיר אפשרות שלעתיד לבוא ייווצר הסדר נורמטיבי בלתי מספק אחר. לעומת זאת, פרשנות הסעיף האמור על אתר פותרת את הקושי החוקתי 'אחת ולתמיד'". שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט מלצר. נימוק זה נוטה באופן מובהק להדגשת עליונותה של הרשות השופטת, בהוציאו מידי המחוקק את האפשרות לשנות את קביעתו הפרשנית של בית המשפט.

184 לניתוח רוחבי רחב היקף של התופעה במשפט הישראלי ראו אורגד ולביא, לעיל ה"ש 6.

אחרים "איתותים" או "הערות לתיקוני חקיקה" – מאפשרת לבית המשפט להעביר מסר לא מחייב למחוקק, כמו גם לגורמים אחרים.¹⁸⁵

במחקר מקיף שערכו אורגד ולביא הציעו השניים לחלק את תופעת ההנחיה השיפוטית – שהם מצאו כי היא נפוצה למדי במשפט הישראלי – לשלוש קטגוריות. האחת היא עצה שיפוטית: מצב שבו בית המשפט ממליץ למחוקק על תיקונים בחוק או על צורך בחקיקה, באופן שמבטא העדפה שיפוטית אך לא דרישה.¹⁸⁶ בתוך קטגוריה זו ניתן לכלול – אף שאורגד ולביא לא הציעו זאת – גם מצב שבו בית משפט מביע דעה חוקתית (חיובית לרוב) על סוגיה נוספת שהוא לא התבקש כלל לחוות דעה בעניינה, וגם אמירה של בית המשפט מה הוא לא קבע בפסק דינו. קטגוריה שנייה היא מפת דרכים שיפוטית, שבמסגרתה בית המשפט מציע למחוקק (בין במפורש ובין במשתמע) כיצד להטמיע שינויים בחוק על מנת להתגבר על הפגמים הקיימים בו. מדובר במצב שבו בית המשפט משנה באופן כלשהו את הדין הקיים אך מציע למחוקק כיצד להתגבר על פסיקתו. הקטגוריה השלישית היא אזהרה שיפוטית. בהקשר החוקתי כתבו אורגד ולביא כי "מדובר במקרים שבהם בית המשפט מאשר בדוחק חוקתיות של חוק, ומבהיר כי אף שהחוק 'עדיין חוקתי', הוא עלול ליהפך לבלתי-חוקתי בעתיד".¹⁸⁷ התראת בטלות היא מעין מקרה פרטי של אזהרה שיפוטית, אך לנוכח השיום המפורש שלה וההתייחסות הנפרדת אליה בפסיקה, אראה בה גם אני בהמשך קטגוריה נפרדת. החלוקה של אורגד ולביא מבוססת היטב מבחינה עיונית ואמפירית, ולכן אאמץ אותה כמסגרת רעיונית להצגת הדברים. מבחינת מימד הזמן, מחקרם של השניים מעודכן לפסיקת בית המשפט העליון עד שנת 2008, ואבקש להראות כי גם בעשור האחרון, ואולי במיוחד בעשור האחרון, זוהי תופעה נפוצה שתורמת להשתרשותו של דיאלוג חוקתי במשפט הישראלי. חשיבותה של ההנחיה השיפוטית על כל גווניה, הן לצורך תיאור של דיאלוג והן לצורך קידום שלו, היא משמעותית.¹⁸⁸ אורגד ולביא כותבים כי "הנחיות שיפוטיות הן חלק מהדיאלוג הבין-מוסדי. הן מהוות מנגנון גמיש המאפשר לבית המשפט להתוות נורמה מבלי להופכה לכלל נוקשה מחייב".¹⁸⁹ לשיטתם, סקירה ובחינה של ההערות השיפוטיות בפסיקתו של בית המשפט העליון ממחישה כיצד בית המשפט העליון מבקש לקדם דיאלוג עם הכנסת.¹⁹⁰ נראה כי הפרקטיקה השיפוטית משקפת דברים אלה. יתרה

185 זה המוקד המרכזי שהדגיש זכריה בכתבתו, תוך ניתוח של אמירות שיפוטיות מעין אלה בפסיקות בית המשפט העליון שעסקו בטרור. זכריה, לעיל ה"ש 16.

186 ראו גם את דבריו של השופט רובינשטיין בבג"ץ 1475/10 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' ד לפסק דינו (פורסם באר"ש, 14.4.2010), שם הוא עמד על האופי הוולונטרי של עצה שיפוטית הממליצה למחוקק לשנות את החוק.

187 אורגד ולביא, לעיל ה"ש 6, בעמ' 441.

188 ראו, למשל, זכריה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 244–258; Krotoszynski, לעיל ה"ש 16, בעמ' 4–5; פוליאק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 701–700; Neal Kumar Katyal, *Judges as Advicegivers*, 50 STAN. L. REV. 1709, 1711 (1998).

189 אורגד ולביא, לעיל ה"ש 6, בעמ' 440.

190 שם, בעמ' 439.

מזו, גם אם הדיאלוג מצוי בפסיקה שעוסקת בחוקתיות חקיקה, בחינה מעמיקה של הפסיקה ושל ההערות הלא-מחייבות שנאמרו במסגרתה מגלה כי אין תרומה משמעותית להבחנה בין פסיקה שעסקה בחוקתיות חקיקה לבין פסיקה אחרת שעסקה בשאלות ציבוריות.¹⁹¹

הראשונה מבין הקטגוריות היא כאמור עצה שיפוטית, אך גם בתוך הקטגוריה יש מנעד. כך, למשל, בעניין **אורון** הביע השופט אור דעה חוקתית בנוגע להצעת חוק שעמדה באותה עת על הפרק (ונתן לה הכשר חוקתי);¹⁹² בעניין **עראלה (חוק הנוזקים האזרחיים)** החווה בית המשפט דעה חוקתית – מבלי שהתבקש – על תיקון מס' 4 לחוק הנוזקים האזרחיים;¹⁹³ בעניין **הפרטת בתי הסוהר** תחמה הנשיאה ביניש את הכרעתה, והדגישה מה לא נאמר בפסק הדין, על מנת להימנע מהשלכות רוחב מקיפות יתר על המידה של פסק הדין;¹⁹⁴ ובבש"פ **פלוגי** הביע השופט רובינשטיין עמדה כי במצב של "פצצה מתקתקת" אפשר שההסדר הקיים היה חוקתי.¹⁹⁵

הסתכלות רחבה יותר, על כלל הפסיקה שעסקה בחוקתיותה של חקיקה ראשית או בשאלות חוקתיות עקרוניות, מגלה תמונה מגוונת ומנעד רחב אף יותר. מנעד זה נע, למשל, בין דחיקה במחוקק להשלים מהלך חקיקתי קיים¹⁹⁶ לבין פסקי דין שבהם הדגיש כמעט כל המותב את הצורך שהמחוקק יסדיר בחקיקה סוגיה כלשהי שלא הייתה מוסדרת באותה עת.¹⁹⁷ גם ברטוריקה יש מנעד שנע בין אמירות נפוצות המופנות

191 גם אורגד ולביא, שם, נמנעו מלערוך הבחנה זו.

192 עניין **אורון**, לעיל ה"ש 81, בעמ' 668.

193 עניין **עראלה (חוק הנוזקים האזרחיים)**, לעיל ה"ש 124, פס' 35 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

194 עניין **הפרטת בתי הסוהר**, לעיל ה"ש 82, פס' 65 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

195 בש"פ **פלוגי**, לעיל ה"ש 115, פס' טז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

196 כפי שהיה בעניין **אבו עראר**, לעיל ה"ש 81, פס' 23–24 לפסק דינו של השופט אור, וכן בבג"ץ 24/01 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד נו(2) 699, פס' 17 לפסק דינו של השופט מצא (בהסכמת כל שופטי המותב) (2002).

197 בג"ץ 6432/02 **איגוד קופות הגמל הענפיות נ' שר האוצר**, פ"ד נו(3) 918, פס' 38 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003) (והשופט שטרסברג-כהן הצטרפה לדבריו בפסק דינה); עניין **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 115, פס' 52 לפסק דינו של השופט חשין, פס' 1 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן, פסק דינה של השופטת ביניש, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא לוין ופסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; בג"ץ 1678/07 **גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד סג(3) 209, פס' 11, 28–29 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2009); דנג"ץ **גלוטן**, לעיל ה"ש 139, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא גרוניס, פס' ג–ד וידי לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 38 לפסק דינה של השופטת ארבל, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל, פס' 10 לפסק דינו של השופט מלצר ופס' 7 לפסק דינו של השופט דנציגר; בג"ץ 2105/06 **כהן נ' המוסד לביטוח לאומי**, פס' 45 לפסק דינו של השופט גרוניס, פסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 26.7.2010); דנג"ץ **כהן**, לעיל ה"ש 141, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא גרוניס, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ארבל ופס' 3 לפסק דינו של השופט מלצר; בג"ץ 4077/12 **פלוגי נ' משרד הבריאות**, פ"ד סו(1) 274, פס' א, כב, נה, סז ורעד לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 33 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (2013); עניין **ממט-מגר**, לעיל ה"ש 146, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל (והמשנה לנשיא נאור הצטרפה לדברים אלה בפסק דינה);

למחוקק שלפיהן "ראוי כי" או "אין זה ראוי כי..." – חלקן כלליות מאוד¹⁹⁸ וחלקן מצביעות על פגמים קונקרטיים טעוני תיקון¹⁹⁹ – לבין מקרים "עדינים יותר" שבהם בית המשפט מקווה כי המדינה "תגלה נכונות ל..."²⁰⁰ או סבור כי "יתכן, אפוא, שהחקיקה צריכה לה שתשקול..."²⁰¹ או אף מביע העדפות שיפוטיות.²⁰² המנעד משתרע גם בין פסקי דין הכוללים אמירות ייעודיות העוסקות בתהליך החקיקה²⁰³ – בפרט הערות

עניין **איגוד הבנקים**, לעיל ה"ש 115, פס' ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, פס' 4 לפסק דינו של השופט ג'ובראן ופס' 7 לפסק דינו של השופט מלצר. ראו גם מקרים כלליים יותר שבהם ביטא בית המשפט אמירה על הצורך ב"בחינה מקיפה של הנושא", גם אם לא הסדרה חקיקתית קונקרטית, אך נמנע מלהתערב: בג"ץ 2887/04 **אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד (סב) 57, פס' 49 לפסק דינה של השופטת ארבל (2007); עניין **גביש**, לעיל ה"ש 115 (פסק הדין רווי אמירות חוזרות ונשנות, מצד כל שופטי ההרכב כמעט, בדבר הצורך בבחינה ציבורית נוספת של הסוגיה).

198 דוגמת בג"ץ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט**, פ"ד נג(4) 92, פס' 7 לפסק דינה של השופטת דורנר (1999): "אכן, ככלל אין זה רצוי שחוקי יסוד – המהווים פרקים של חוקת המדינה – יתקבלו או יתוקנו לצורך סיפוק צורכי שעה קואליציוניים."

199 עניין **פנחסי נ' כנסת ישראל**, לעיל ה"ש 161, פס' 71 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק; עניין **אדם טבע ודין**, לעיל ה"ש 157, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 6893/05 **לוי נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 876, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005); בג"ץ 4634/04 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים**, פ"ד סב(1) 762, פס' 35 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, פסק דינו של השופט ד' חשין (2007) (לכאורה מתחייב סיווג של פרשה זו כמפת דרכים (הקטגוריה השנייה), שכן בית המשפט קיבל באותו עניין את העתירה ופסק כי אכן מוטלת על המדינה חובה להליך כל אסיר במיטה, אולם ההנחיה השיפוטית במסגרת דבריו של בית המשפט אינה משקפת הצעה למדינה כיצד לשנות את פסק הדין, אלא מבקשת ממנו שיעשה צעד נוסף על זה שעשה בית המשפט ויעגן בחקיקה קביעה זו, כמו גם קביעות נוספות שבית המשפט מצא כחיוניות); בג"ץ 1662/05 **לוי נ' ממשלת ישראל**, פס' 60 לפסק דינה של השופטת נאור, פס' ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 3.3.2009); בג"ץ 6259/08 **ירסקי נ' הרשות – מנהל האגף לרכב ולשירותי תחזוקה במשרד התחבורה**, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם באר"ש, 28.10.2010); עניין **יש עתיד (כהונה מקבילה של ראש ממשלה)**, לעיל ה"ש 160, פס' יא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, פס' 4–5 לפסק דינו של השופט הנדל; בג"ץ 9029/16 **אבירם נ' שרת המשפטים**, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל, פסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם באר"ש, 1.2.2017); עניין **כן לזקן**, לעיל ה"ש 115, פס' טז ו-ימג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; עניין **ארדי-פנקס**, לעיל ה"ש 131, פס' 45–50 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן ופס' 4 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

200 כפי שנכתב בעניין **אלחנתי**, לעיל ה"ש 115, פס' 32 לפסק דינה של השופטת חיות, ובבג"ץ 2755/12 **ששר נ' שר הביטחון**, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם באר"ש, 18.6.2013).

201 כך היה, למשל, בעניין **מני**, לעיל ה"ש 175, פס' 6–8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; בג"ץ 5492/07 **בוארון נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד סד(2) 166, פסק דינה של הנשיאה ביניש (2010); עניין **חוק האזרחות 2012**, לעיל ה"ש 81, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל: "טוב תעשה המדינה אם..."

202 עניין **רובינשטיין (לימודי הליכה)**, לעיל ה"ש 113, פס' 22 לפסק דינו של השופט עמית.

203 דוגמת עניין **חד"ש-תע"ל**, לעיל ה"ש 157, פס' 41 לפסק דינו של הנשיא ברק (על החופזה שבה התקבל תיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה שנדון שם); בג"ץ 5887/08 **נפאע נ' כנסת ישראל**, עמ' 2 לפסק הדין המשותף (פורסם באר"ש, 18.6.2009) (הטלת ספקות בנוגע לרוב הדרוש לקבלת תיקון

שונות ("המלצות") באשר לחוק ההסדרים,²⁰⁴ אשר בתוך שנים ספורות התגבשו לכלל אזהרות שיפוטיות – לבין אמירות העוסקות בתוכן של חקיקת הכנסת, ונכנסות לפרטיו (ולעיתים לפרטי פרטיו) של ההסדר החקיקתי העתידי הרצוי.²⁰⁵

הטיפולוגיה הפנימית של העצה השיפוטית אינה מסתיימת כאן, וניתן להצביע על מקרים שבהם כמעט כל פסק הדין הוא עצה שיפוטית,²⁰⁶ על מקרים שבהם העצה השיפוטית נועדה לשבח את המחוקק על מעשה שעשה,²⁰⁷ על מקרים שבהם העצה השיפוטית ניתנה מתוך אמון במחוקק,²⁰⁸ ולעומת זאת על מקרים שבהם ביטא בית המשפט אכזבה – כמעט ייאוש – מן המחוקק.²⁰⁹

הקטגוריה השנייה – של מפת דרכים שיפוטית – אינה בעלת טווח רחב כמו קודמתה. ברוב המקרים המשתייכים לקטגוריה זו מדובר בתופעה זהה כמעט: בית המשפט בחר להתערב, וכעת הוא מבהיר למחוקק אם הוא יכול לשנות את פסק דינו, ואם כן – כיצד. מקרב פסקי הדין שביטלו חקיקה ראשית, כך נעשה בעניין **לשכת מנהלי ההשקעות**,²¹⁰ בעניין **צמח**,²¹¹ בעניין **המועצה האזורית חוף עזה**,²¹² בבש"פ **פלוגי**,²¹³

החקיקה שנדון שם); בג"ץ 6494/14 **גיני נ' הרבנות הראשית** (פורסם באר"ש, 6.6.2016) (על הצורך להשתמש "באופן מדוד" בכלי של ועדות מיוחדות); עניין **איגוד הבנקים**, לעיל ה"ש 115, פס' 3 לפסק דינו של השופט דנציגר (המזכיר כי חוק צריך להיות "פרי של מלאכת מחשבת", וכי עליו להיבחן בכובד ראש).

²⁰⁴ הדוגמה המובהקת היא עניין **ארגון מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 119, פס' 31 לפסק דינה של השופטת ביניש, שם מדובר בהמלצה כללית "לשקול את היקף השימוש במנגנון החקיקה הבעייתי של חוק ההסדרים".

²⁰⁵ עניין **חוק האזרחות 2006**, לעיל ה"ש 115, פס' 101 לפסק דינו של הנשיא ברק, פס' 126 לפסק דינו של השופט חשין, פס' 24 לפסק דינה של השופטת נאור, פס' 7 לפסק דינו של השופט עדיאל, פס' 17 לפסק דינו של השופט ריבלין ופס' 9 לפסק דינו של השופט לוי. מהלכים דומים, לעיתים מפורטים באותה מידה ולעיתים פחות, ניתן לזהות גם בעניין **חוק האזרחות 2012**, לעיל ה"ש 81, פס' 35–37 לפסק דינה של השופטת ארבל; ובעניין **האגודה לזכויות האזרח (נתוני תקשורת)**, לעיל ה"ש 175, פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.

²⁰⁶ עניין **התקציב הדרושני II**, לעיל ה"ש 156; בג"ץ 3166/14 **גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל**, פסק דינו של השופט מלצר (פורסם באר"ש, 12.3.2015).

²⁰⁷ בג"ץ 6971/11 **איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פס' 42 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם באר"ש, 2.4.2013) (להלן: עניין **איתנית**); בג"ץ 7557/13 **לשכת רואי חשבון בישראל נ' כנסת**, פס' 11 לפסק דינה של המשפחה לנשיא נאור (פורסם באר"ש, 12.5.2014).

²⁰⁸ "חזקה על המחוקק כי יבחן". עניין **משה**, לעיל ה"ש 115, פס' נ-ב רנה לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

²⁰⁹ "המחוקק, עורה!" דנג"ץ **גלוטן**, לעיל ה"ש 139, פס' יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

²¹⁰ עניין **לשכת מנהלי ההשקעות**, לעיל ה"ש 78, לכל אורך פסק דינו של הנשיא ברק.

²¹¹ עניין **צמח**, לעיל ה"ש 124, בעמ' 284 (השופט זמיר).

²¹² עניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 113, בעמ' 748 ו-816.

²¹³ בבש"פ **פלוגי**, לעיל ה"ש 115, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרוניס.

בעניין **חוק טל 2012**,²¹⁴ בעניין **חסן**,²¹⁵ בעניין **אדם**,²¹⁶ ובעניין **איתן**,²¹⁷ הסמוכים, וכן בעניין **גיוס בחורי הישיבות 2017**, אשר בהיבטים מסוימים נדמה כי פסק הדין פונה כל כולו למחוקק ולתוכנה של חקיקה עתידית.²¹⁸ גם בג"ץ **התקציב הדו-שנתי II** מתקשר לרבדים רבים של ההנחיה השיפוטית. השופטים הבהירו למחוקק בדרכים שונות כיצד עליו להעביר תקציב דו-שנתי אם ירצה בכך (בתיקון של קבע),²¹⁹ ואף השתמשו בהעדר הקשב של המחוקק לעצות השיפוטיות בבג"ץ **התקציב הדו-שנתי I**,²²⁰ כפלטפורמה להצדקת ההתערבות השיפוטית.²²¹ עם המעבר מעצה שיפוטית למפת דרכים שיפוטית, אין זה מקרי שחלק מחוות הדעת של השופטים נדמות כמוטות יותר ויותר גם לכיוון של אזהרה שיפוטית.²²² יש להדגיש שגם מפת הדרכים השיפוטית אינה נחלתם הבלעדית של דיונים בחוקתיות חקיקה, וניתן לזהותה במקרים נוספים.²²³

214 עניין **חוק טל 2012**, לעיל ה"ש 121, פס' 64 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. ראו ברמת פירוט גבוהה גם בפסק דינו של השופט מלצר, שם, פס' 12–13 לפסק דינו. הדברים בולטים במיוחד אל מול פסק דינו של השופט הנדל, שהדגיש (שם, בפס' 2 לפסק דינו) כי "תוצאה זו מותירה חלל משפטי ואתגר למחוקק. נוצר צורך לחוקק חוק חדש שיעמוד בדרישותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מלאכה זו אין היא מתפקידו של בית המשפט. תפקידנו לאתר מתי ההסדר החקוק אינו חוקתי".

215 עניין **חסן**, לעיל ה"ש 116, פס' 64 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.
216 עניין **אדם**, לעיל ה"ש 81, פס' 104 ו-106–107 לפסק דינה של השופטת ארבל, פס' 4 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור, פס' 39–40 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.
217 עניין **איתן**, לעיל ה"ש 81, פס' 130 ו-179 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

218 רוב השופטים עמדו מפורשות על כך שהם צופים תגובה חקיקתית. ראו עניין **גיוס בחורי הישיבות 2017**, לעיל ה"ש 116, פס' 1 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית ופס' 1 לפסק דינו של השופט שהם. להתייחסויות שיפוטיות להסדר שיוצב בעתיד ראו שם, פס' 7–10 לפסק דינו של השופט עמית, פס' 7 לפסק דינו של השופט פוגלמן, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל ופס' 11–13 לפסק דינו של השופט מלצר. לרמזים (ללא הכרעה) על פגמים חוקתיים בהסדר הקיים ראו, למשל, שם, פס' 99 לפסק דינה של הנשיאה נאור ופס' 7 לפסק דינו של השופט עמית. ראו גם את הערתו של השופט סולברג (הגם שבמיעוט) על חשיבותה של הכוונה המחוקק בנוגע להסדר שעתידי לבוא. שם, פס' 31 לפסק דינו.

219 עניין **התקציב הדו-שנתי II**, לעיל ה"ש 156, פסק דינו של השופט דנציגר ופס' 3–5 לפסק דינו של השופט הנדל.

220 עניין **התקציב הדו-שנתי I**, לעיל ה"ש 132.

221 עניין **התקציב הדו-שנתי II**, לעיל ה"ש 156, פס' 1 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

222 שם, פס' 13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') גובראן.

223 ראו, למשל, את ההחלטה העקרונית בעניין **קריסיק**, לעיל ה"ש 156. כך קבע השופט חשין בסוף פסק דינו (שם, פס' 92 לפסק דינו): "משהכרענו בדין הדוקטרינה, רואים אנו מחובתנו להפנות קריאה למחוקק כי יעשה – ובמהרה – להסדרת נושא הפקעתם של מקרקעין בחוק מקיף ומסודר. פקודת ההפקעות דהאידיא נחקקה בתקופת המנדט – בשנת 1943 – ובקרב תחגוג שישים שנים להיוולדה. עתה, עם בואה של דוקטרינת-הזיקה, אין ספק בדעתנו כי תצונו מפה-ומשם שאלות לא-מעט – שעל חלקן עמדנו בדברינו למעלה – ושאלות אלו, למצער עיקרן, ראוי שתמצאנה פתרון בחוק חרות. באותה משיכה ראוי שהמחוקק ייתן דעתו להוראות ההפקעה שבחוק התכנון וישקול אפשרות

הקטגוריה השלישית והאחרונה של הנחיה שיפוטית היא אזהרה שיפוטית. במאמרם של אורגד ולביא הדיון בקטגוריה זו אינו עשיר כקודמיו, ולו משום פסקי הדין המעטים שנקטו טקטיקה שיפוטית זו. אולם בעשור האחרון נוספו כמה פסקי דין לקטגוריה זו, כגון האזהרות השיפוטיות שניתנו בעניין הר"י (הנפקת תרופות מרשם),²²⁴ בעניין שליטנר,²²⁵ בעניין התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה²²⁶ ובעניין גוטמן.²²⁷ סקירת הפסיקה שלעיל מדגימה היטב עד כמה התופעה של הנחיה שיפוטית נפוצה בפסיקות חוקתיות שניתנות על ידי בית המשפט העליון. עם ריבוי השימוש בדוקטרינה בפסיקה, נרשמו לאחרונה גם כמה מקרים שבהם ביקש בית המשפט להציע דיון עיוני באשר לשימוש בה: אימוץ חלקי בעניין דסטא, תוך שיוך מפורש לתפיסה של דיאלוג חוקתי;²²⁸ אימוץ דוקטרינרי נוסף בעניין ארד-פנקס, אשר נשען גם הוא על פרדיגמה עקרונית שביסודה הדיאלוג החוקתי;²²⁹ וויכוח עקרוני בעניין אבו ערפה, שם הדגישו

להאחדת הדין. המלאכה מרובה ועת לעשות." כאמור, רוב שופטי המותב הצטרפו לאמירה זו – ראו שם, פס' 4' לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן, פס' 10' לפסק דינו של הנשיא ברק, פסק דינו של המשנה לנשיא לוי, פס' 6' לפסק דינה של השופטת דורנר, פסק דינה של השופטת ביניש, פסק דינו של השופט אור ופסק דינו של השופט מצא.

עוד ראו עניין מישראל 1993, לעיל ה"ש 77, פס' 24' לפסק דינו של השופט אור; בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עניינים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, פס' 39' לפסק דינו של הנשיא ברק, פסק דינו של השופט קדמי (1999); עניין אומ"ץ, לעיל ה"ש 125, פס' 56' לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור, פס' 11' לפסק דינו של השופט הנדל, פס' 1' לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 9' לפסק דינה של השופטת ארבל ופס' 16' לפסק דינו של הנשיא גרוניס (במיעוט); עניין אבו ערפה, לעיל ה"ש 140, פס' 3' לפסק דינה של השופטת חיות. יש מקרים מעטים שבהם ההנחיה השיפוטית צרה מאוד, וניתנת אך מטעמים מעשיים. כך היה, למשל, בעניין חרות, לעיל ה"ש 173, פס' 11' לפסק דינו של הנשיא ברק, וכן בעניין פרי, לעיל ה"ש 141, פס' 2' לפסק דינה של השופטת נאור.

224 עניין הר"י (הנפקת תרופות מרשם), לעיל ה"ש 160, פס' 1' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
225 עניין שליטנר, לעיל ה"ש 160, פס' 1 ו-29' לפסק דינו של השופט מלצר. אומנם היה אפשר לסווג את אמירתו של השופט מלצר גם כעצה שיפוטית (ובהקשר זה עמדו אורגד ולביא, לעיל ה"ש 6, בעמ' 448, על הקושי לזהות אזהרה שיפוטית לפני ש"הצ'ק נפרע" בפסיקה מאוחרת), אבל השפה של השופט מלצר – דוגמת "קצה הגבול" של מרחב התמרון החקיקתי והצורך בתיקון חקיקה "בהקדם" – מקרבת את פסק דינו יותר לכיוון האזהרה השיפוטית.

226 בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, פס' 31' לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם באר"ש, 5.1.2012). במקרה זה דובר בצעד חריג של אזהרה שיפוטית בנוגע להצעת חוק, בניגוד להלכה שלפיה בית המשפט נמנע מלהביע דעה על תוכנו של הצעות חוק.

227 עניין גוטמן, לעיל ה"ש 206, פס' 52' לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס.

228 עניין דסטא, לעיל ה"ש 81, פס' 6-8 ו-11' לפסק דינו של השופט מלצר. למעשה, גם אם לא להלכה, הטמיע השופט מלצר בפסיקה את דוקטרינת ההנחיה השיפוטית על כל רבדיה כמעט, בעיקר כפי שעיצבו אותה אורגד ולביא.

229 עניין ארד-פנקס, לעיל ה"ש 131, פס' 1' לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין ופס' 4-8' לפסק דינו של השופט מלצר.

שופטי המיעוט את הנכונות "לשרטט עבור המחוקק... בקווים מנחים", בעוד שגישת הרוב סברה כי אין זה מתפקידו של בית המשפט.²³⁰

(ג) התראת בטלות

התראת בטלות היא כאמור צורה ספציפית של אזהרה שיפוטית: בית המשפט מודיע למדינה מעל דפי פסק הדין כי הסדר מסוים מצוי על גבול חוסר החוקתיות (או החוקיות, בהקשר הלא-חוקתי), וכי ככל שהוא יימשך, הוא יבוטל בפסק דין של בית המשפט.²³¹ למחוקק הבחירה אם להותיר את המצב הקיים ולהסתכן בבטלות ההסדר או לשנות את המצב המשפטי ולהימנע מאותו סיכון.²³² בית המשפט מעודד למעשה הליך פוליטי-דליברטיבי במקרה שמונח לפתחו. לא תמיד התראת הבטלות מסווגת על ידי השופטים עצמם כ"התראת בטלות", ובחלק מהפעמים היא מכונה "סעד", הגם שהיא אינה מעניקה כל סעד לעותר.²³³ כמו אמה, האזהרה השיפוטית, התראת הבטלות אינה דוקטרינה שבית המשפט מרבה להשתמש בה, אך מבין הפעמים הספורות שבהן הוא השתמש בה, בשתיים הוא גם פרע את הצ'ק שנים לא רבות לאחר מכן.

כך, למשל, דברי דעת הרוב בעניין **חוק טל 2006** משולים להתראת בטלות, גם אם הם לא כונו בשם זה.²³⁴ פסק הדין לא הוביל לשינוי משמעותי בחקיקה, ושש שנים אחר כך החוק בוטל. התראת בטלות בולטת לא פחות, גם אם כזו שהופנתה הפעם לממשלה, ננקטה בפסק הדין בעניין **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, שניתן בשנת 2009, שם נקבע כי "על המערכת הממשלתית ליתן דעתה כי פסק דין זה, אף אם לא הביא להתערבות שיפוטית נוכח הרקע שתואר, מהווה תמרור

230 עניין **אבו ערפה**, לעיל ה"ש 140, פס' 72–73 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופס' 38–39 לפסק דינו של השופט הנדל.

231 בארצות הברית כונתה הדוקטרינה "דוקטרינת ההזדמנות האחרונה" או "העברה למחוקק אקס אנטה". ראו, בהתאמה, Re, לעיל ה"ש 16; 63 Eric S. Fish, *Choosing Constitutional Remedies*, 322, 362–363 (2016) U.C.L.A. L. REV.

232 להרחבה באשר לערך הדיאלוגי של המנגנון, כמו גם באשר לחסרונותיו, ראו יוסף "שבע הערות קצרות על התראת הבטלות", לעיל ה"ש 16. להרחבה מזווית נוספת ראו גם ליה יונה ורעות כהן "בזמן שהחרמת: על הצעות חוק רטרופקטיביות וביקורת שיפוטית, בעקבות הצעת חוק החרם **הארת דין** 110 (התשע"ג).

233 לגישות המבקשות למקם את העותר במרכז הסעד ראו ברק "על תורת הסעדים החוקתיים", לעיל ה"ש 14, בפרט בעמ' 359–360 ו-370–373. קנט רואוין' הקנדי, שתרם רבות לפיתוח תיאוריית הדיאלוג, הוא מהבולטים שמבקשים להעמיד במרכז את העותרים, עוד לפני שקילת שאר השיקולים, ואת ההגנה על זכותם לקבלת סעד מלא ואפקטיבי. ראו, למשל, Duclos & Roach, לעיל ה"ש 10, בעמ' 2–3 ו-15–17; Roach, *Remedial Consensus*; 23, בעמ' 224–226 ו-256–258; Kent Roach, *A Dialogue About Principle and a Principled Dialogue: Justice Iacobucci's Substantive Approach to Dialogue*, 57 U. TORONTO L.J. 449, 477 (2007); Kent Roach, *Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship*, 45 OSGOODE HALL L.J. 169, 176 (2007).

234 עניין **חוק טל 2006**, לעיל ה"ש 115, פס' 70 לפסק דינו של הנשיא ברק.

לעתיד²³⁵, הממשלה לא שעתה לקריאותיו של בית המשפט, ושש שנים לאחר מכן קיבל בית המשפט עתירה נגד חוקיות המעמד של "סגן שר במעמד שר", בפרט באשר למשרד הבריאות.²³⁶

הערך הדיאלוגי של התראת הבטלות בולט בעניין **יש עתיד** (כהונה מקבילה של ראש ממשלה), הגם שפסק הדין פונה לממשלה. השופט הנדל, על אף ביקורת משמעותית שמתח על ההסדר הקיים, בחר להדגיש דווקא את הערך הדיאלוגי של התראת בטלות, והקביל את התראת הבטלות להשעיית הכרזת הבטלות: בשניהם המחוקק יכול להגיב ולייתר את הסעד (בהינתן ראייה של הדוקטרינה כסעד). ההתראה, הוא כתב, נובעת מהשאפה לצמצום ההתערבות השיפוטית ומן האופן המכבד שבו בית המשפט נוהג כלפי רשויות השלטון.²³⁷

בעניין **אבירם**²³⁸ ניתנה התראת (או "כמעט" התראת) בטלות, אשר לא סווגה ככזו. השופט הנדל נמנע ממתן הכרעה דוקטרינרית בשאלה שעמדה לפתחו, וכתב: "נאמר זאת בצורה ברורה: אין אנו מתערבים במקרה הנוכחי. עם זאת, היה ותחליט הכנסת בבחירות הבאות לוועדה לבחירת שופטים שלא למנות מטעמה בעת הבחירות לוועדה נציג מסיעות האופוזיציה – תעמוד בפניה משוכה משפטית רצינית."²³⁹ גם בעניין **קוונטינסקי** עלתה הדוקטרינה לדיון כסעד אפשרי,²⁴⁰ אך נדחתה, בראש ובראשונה משום חומרת הפגם ומשום שבעבר ניתנו כבר "תמרורי אזהרה" רבים שלא הובילו לשינוי.²⁴¹

כל אלה הובילו להתראת הבטלות המשמעותית ביותר שניתנה עד כה, בעניין **התקציב הדרשני II**.²⁴² התראת בטלות זו נעדרת כל היבטים דיאלוגיים, באופייה

235 בג"ץ 3002/09 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פס' מא לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 9.6.2009).

236 בג"ץ 3132/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם באר"ש, 23.8.2015) (פסק דין חלקי). השופט ג'ובראן הדגיש (שם, בפסק דינו) כי התראת הבטלות שניתנה שנים קודם לכן "לא נלקחה ברצינות הראויה", והמשנה לנשיאה רובינשטיין התייחס (שם, בפס' ל לפסק דינו) לצורך להפעיל את התראת הבטלות שניתנה קודם לכן, "כדי למנוע 'חוזר חלילה' – Perpetuum Mobile".

237 "חשיפת נורות האזהרה הנדלקות מאפשרת לכנסת ולממשלה לבחור, מבעוד מועד, בדרך פעולה שעשויה לייתר התערבות שיפוטית עתידית". עניין **יש עתיד** (כהונה מקבילה של ראש ממשלה), לעיל ה"ש 160, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

238 עניין **אבירם**, לעיל ה"ש 199.

239 שם, פס' 19 לפסק דינו של הנדל.

240 היעץ המשפטי לכנסת הוא שביקש מבית המשפט שיוציא התראת בטלות באותו מקרה. עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 160, פס' 25 לפסק דינו של השופט סולברג. ראו גם את פרוטוקול הדיון באותה פרשה מיום 9.5.2017.

241 שם, פס' 100 לפסק דינו של השופט סולברג.

242 ראו כיצד המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין מגדיר אותה כ"כרטיס אדום", לעומת "תמרור אזהרה" או "תמרור לעתיד", שכבר ניתנו במקרים קודמים. עניין **התקציב הדרשני II**, לעיל ה"ש 156, פס' לד לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

ובהנמקתה. כך כתב המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין כאשר הסביר את הבחירה:

"ראשית, כיון שבית משפט זה טרם התערב בחקיקת יסוד של הרשות המכוננת, וראוי שהדבר ייעשה בזהירות יתרה בפתיחת דרך חדשה. שנית – וחשוב לא פחות – מטעם מעשי, כיון שתקציב המדינה נכנס לתקפו לפני זמן רב, וקביעה כעת כי על המדינה למהר ולהכין תקציב חדש לשנת 2018, יהיו לה משמעות מרחיקות לכת מבחינה כלכלית וממשלית כאחד, שבנסיבות נראה כי אין להתעלם מהן. ואולם, אל יטעה איש: **עסקינן בהתראת בטלות, שמשמעה כי הבטלות הייתה על הסף, והיא עשויה להיות בעלת משמעות עתידית בתפועל, נוכח כל האמור מעלה, אם יחקק חוק יסוד נוסף על דרך של הוראת שעה של תקציב דרשנית.**"²⁴³

(ד) מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה

מדובר בתופעה שבה לנוכח קיומה של יוזמת חקיקה, שמתרחשת במקביל להליך משפטי, בית המשפט משתמש ביוזמת החקיקה לצורך השראה פרשנית, לצורך השהיה דיונית של ההליך או לצורך סיום ההליך באמצעות מחיקתו או דחייתו. הערך הדיאלוגי בדוקטרינה זו הוא רב, שכן בית המשפט מותיר ככלל את הבכורה לשינוי הדין למחוקק, אך בד בבד יש לו היכולת והסמכות להכריע גם על בסיס הדין הקיים. בית המשפט מאפשר זכות תגובה חלף החלטה כופה. מקרים בולטים של מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה לוו גם רטוריקה מכבדת כלפי המחוקק, שביקשה להותיר לו בריש גלי את זכות ההכרעה, אך מבלי לפגוע בסמכותו של בית המשפט. הסקירה שלהלן תוכל להעיד עד כמה מדובר בתופעה שכיחה – מגמה של ממש אשר שבה וחוזרת במקרים רבים.

במחקר קודם הצעתי חלוקה של פסקי הדין הרלוונטיים לדוקטרינה זו לכמה קטגוריות, בהתבסס על האופן שבו השפיעה לבסוף יוזמת החקיקה על ההליך המשפטי. האחת היא **מעמד פרשני-השראתי** – בית המשפט נשען על קיומה של יוזמת החקיקה לצורך גיבוש מסקנה פרשנית. קטגוריה זו אינה מעוררת קשיים בולטים, אך בד בבד אין לה ערך דיאלוגי. מדובר במקור משני, ממש כשם שבית המשפט משתמש לצורך פרשנותו באמנות במעמד הסכמי שאינן מחייבות. קטגוריה שנייה היא **השפעה דיונית**, קרי, קיומה של יוזמת החקיקה הוביל להשהיית ההליך. בחלק מהמקרים דובר בהשהיה דיונית טהורה, שם המתין בית המשפט ליוזמת חקיקה, אך זו לא התגבשה לכלל חוק, ולבסוף הוא הכריע על בסיס הדין הקיים; ובחלקם האחר דובר בהשפעה דיונית מהותית, שכן יוזמת החקיקה הבשילה לכלל חוק, ופסק הדין ניתן על בסיס הדין החדש, מה שהוביל למחיקת העתירה או לדחייתה. קטגוריה נוספת היא **השפעה מסיימת הליך**. מדובר במקרים שבהם ההליך כולו נדחה או נמחק רק בשל קיומה של יוזמת חקיקה, אף

²⁴³ שם (ההדגשה במקור). ראו את ההנמקות הנוספות שמפורטות בפסק דינו שם, וכן את פסק דינו של השופט דנציגר, פס' 2 ו-11 לפסק דינו של השופט מלצר ופס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל.

שזו לא הבשילה לכלל חקיקה בתוך חייו של ההליך השיפוטי. הקטגוריה האחרונה כוללת את המקרים שבהם **בית המשפט סירב לתת מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה**.

מבין הקטגוריות השונות, שתי הקטגוריות שעוסקות במעמד דיוני הן בעלות הערך הדיאלוגי הרב ביותר, והן מגשימות היטב תפיסה דיאלוגית: בית המשפט מוכן להמתין פרק זמן מסוים על מנת שהמחוקק יוביל לתיקון חקיקה. אם בתקופה זו נהפכה יוזמת החקיקה לחוק, ייתן בית המשפט את פסק דינו על בסיס הדין החדש; אם לא, הוא יכריע בעצמו על בסיס הדין הקיים. כך או כך, יש כאן "הזמנה לשיח" מצידו של בית המשפט, ולא פעם (כפי שהשפעה דיונית-מהותית מראה) גם היענות מצידו של המחוקק.²⁴⁴

בהקשר זה של מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה אין משמעות לשאלה אם מדובר בפסק דין חוקתי או לא, גם אם הדיאלוג החוקתי מצוי בשיאו במסגרת הליכים לבחינת חוקתיותה של חקיקה. התרומה והערך הדיאלוגיים שבדוקטרינה זו מתקיימים בכל מקרה. זאת ועוד, לשאלה אם מדובר בחוקתיות חקיקה אין לרוב השפעה על עצם מתן המעמד ליוזמות חקיקה ועל אופיו.²⁴⁵

הקטגוריה של מעמד פרשני נעדרת כאמור ערך דיאלוגי ורטוריקה דיאלוגית, וגם אינה מעוררת את מערך הקשיים שהקטגוריות של מעמד נורמטיבי דיוני או מסיים הליך מעוררות. עם זאת, היא כוללת מספר לא מבוטל של פסקי דין, שכן בית המשפט מבקש לא פעם ללמוד מסקנה פרשנית מקיומה של יוזמת חקיקה.²⁴⁶

הקטגוריה הבאה – השפעה דיונית של יוזמת החקיקה – מתחלקת כאמור לשתיים: השפעה דיונית טהורה, שם התוצר של יוזמת החקיקה היה עיכוב מסוים של ההליך המשפטי ותו לא; והשפעה דיונית-מהותית, שם בית המשפט פסק לבסוף על בסיס הדין החדש שהתגבש בתקופת ההשהיה של ההליך המשפטי שעליה הורה בית המשפט. בשורה של פסקי דין ניתן להצביע על השפעה דיונית טהורה, אשר נלוותה אליה לרוב גם

244 להרחבה ראו יוסף "אליה וקוץ בה", לעיל ה"ש 6.

245 שם, בעמ' 262.

246 בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, פס' 7 לפסק דינו של השופט אור (2002); בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, פס' 5 לפסק דינה של השופטת דורנר (2002); ע"מ 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פ"ד נח(3) 782, פס' 6, 9, 11 לפסק דינו של השופט גרוניס (2004); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פס' 3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם באר"ש, 13.6.2006); בג"ץ 4193/04 גרנטר-גולדשמידט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס' 3 לפסק דינה של השופטת נאור, פסק דינה של השופטת ארבל (פורסם באר"ש, 20.6.2010); בג"ץ 5975/12 חטיבת מפיצי הסיגריות במכונות אוטומטיות נ' משרד הבריאות, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם באר"ש, 3.7.2013) (להלן: עניין חטיבת מפיצי הסיגריות); עניין פלוגית נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 197, פס' 11–12 ו-14 לפסק דינו של השופט עמית; עניין גביש, לעיל ה"ש 115, פס' 61 לפסק דינה של הנשיאה נאור ופס' 15 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; עניין אבירם, לעיל ה"ש 199; דג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית ופס' 23 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם באר"ש, 26.10.2017); עניין ארד-פנקס, לעיל ה"ש 131, פס' 26 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן.

רטוריקה של כיבוד הכנסת.²⁴⁷ השפעה דיונית טהורה מאפיינת גם את פסק הדין החלקי בעניין **ארד-פנקס** – המקרה הראשון והיחיד עד כה שבו דן בית המשפט באופן מקיף בדוקטרינה, הן ברמה היישומית והן ברמה העיונית, והחליט לאמצה בריש גלי תוך יישום אמות המידה שהוצעו בעניין זה. באותו מקרה דובר בהצעת חוק שנועדה, בין היתר, להרחיב את הגישה להסכמי פונדקאות, באופן שענה (אף אם באורח חלקי) על טענות העותרים. באותו מקרה, אף שהמדינה ביקשה לדחות את העתירה לנוכח קיומה של הצעת החוק, ביכר בית המשפט השעיה דיונית של ההליך, תוך שהוא דן באופן מעמיק בסוגיה ושייך שוב ושוב את הבחירה להשתמש בהשעיה הדיונית לדיאלוג החוקתי שבין בית המשפט העליון לבין הכנסת.²⁴⁸

הסוג האחר של השפעה דיונית הוא זה שמוביל כאמור בסופו של דבר להשפעה מהותית. ניתן להצביע על מקרים בולטים הנכללים בסוג זה, דוגמת עניין **ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות**,²⁴⁹ עניין **האגודה לזכויות האזרח (חקיקת שעת חירום)**²⁵⁰ ועניין **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון**.²⁵¹ אלה אינם עומדים לבדם, וניתן להצביע על מקרים נוספים שבהם הסתיימה העתירה רק לנוכח הבשלה של הליכי חקיקה²⁵² או שהבשלת החקיקה השפיעה על התוצאה המשפטית.²⁵³

²⁴⁷ עניין **אורון**, לעיל ה"ש 81, פס' 14–15 לפסק דינו של השופט אור; עניין **הפרטת בתי הסוהר**, לעיל ה"ש 82, פס' 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין **נסר**, לעיל ה"ש 81, פס' 2–6 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש; עניין **משה**, לעיל ה"ש 115, פס' 10–11 לפסק דינה של השופטת חיות; עניין **רגצ'ובה**, לעיל ה"ש 146, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה נאור. לשם השוואה, בבג"ץ 5436/07 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הרשות הארצית לענייני דתות**, פס' 5–8 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 19.5.2013), הרטוריקה הייתה קונקרטי מאוד, ולא עסקה ביחסי הרשויות, לאחר שחלקים נכבדים מההליך הוקדשו אך לשאלת קידום של הליכי החקיקה בנושא.

²⁴⁸ עניין **ארד-פנקס**, לעיל ה"ש 131, פס' 2–18 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן. עוד ראו שם, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה נאור, פס' ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות ופס' 4–5 לפסק דינו של השופט מלצר.

²⁴⁹ בג"ץ 4822/02 **ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם באר"ש, 31.7.2003).

²⁵⁰ בג"ץ 3091/99 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת**, פס' טו–טז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 8.5.2012) (להלן: עניין **האגודה לזכויות האזרח (חקיקת שעת חירום)**).

²⁵¹ בג"ץ 5823/12 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון**, פס' 3–4 לפסק הדין המשותף של כל שופטי ההרכב (פורסם באר"ש, 1.4.2014).

²⁵² בג"ץ 6120/12 **פלוגית נ' שר הביטחון**, פס' 3 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם באר"ש, 13.1.2015); עניין **חוק האזרחות 2006**, לעיל ה"ש 115, פס' 16 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 8893/16 **ככל נ' שר התקשורת** (פורסם באר"ש, 8.1.2017).

²⁵³ ראו, למשל, בג"ץ 6972/07 **לקסר נ' שר האוצר**, פס' 7–9 לפסק דינו של השופט דניציגר (פורסם באר"ש, 22.3.2009); עניין **יקותיאלי**, לעיל ה"ש 81, פס' 6–9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

מעניינת לא פחות מקודמותיה היא הקטגוריה של השפעה מסיימת הליך. המקרים בקטגוריה זו מתאפיינים לרוב בשיקוף של עליונות חקיקתית חלף דיאלוג. הרטוריקה נוטה להיות מכבדת מאוד כלפי הכנסת, לעיתים עד כדי העלמת תפקידו של בית המשפט בהכרעה בסכסוך.²⁵⁴ בעניין **משה** הדברים מוצגים היטב. השופטת חיות תיארה התפתחויות שונות בהליך החקיקה, והוסיפה:

"נוכח התפתחויות אלה, נראה כי ככל שהדבר נוגע למכשלה הניצבת בפני העותרות בשל ההגדרה הקיימת של 'הורים מיועדים' בחוק הפונדקאות, יש לאפשר למחוקק למצות את הליכי החקיקה ולהימנע לעת הזו מהתערבות שיפוטית בהוראות חוק הפונדקאות..."²⁵⁵

השופט רובינשטיין הצטרף לגישה זו:

"קיומם של הליכי חקיקה עכשוויים להרחבת מעגל הזכאות הקיים בחוק הפונדקאות מצדיק מטבע הדברים ובצו השכל הישר ריסון שיפוטי בבית משפט זה, כדי שלא לזנב במחוקק... כמובן, אם לא יתקיימו הליכי חקיקה אין להוציא מכלל אפשרות התערבות שיפוטית חוקתית... ואולם הכתובת הראויה לשינויים אלה היא בראש וראשונה המחוקק, וקיומם של הליכי חקיקה מתקדמים מצדיק אותו ריסון שיפוטי."²⁵⁶

הקטגוריה האחרונה היא כאמור אותם מקרים שבהם בית המשפט מסרב ליתן מעמד נורמטיבי ליוזמת החקיקה. ההנמקות הן לרוב מעשיות, ונשענות על אי-הוודאות הרבה

254 עניין **חוק האזרחות 2006**, לעיל ה"ש 115, פס' 1 לפסק דינו של השופט לוי (במיעוט); בג"ץ 4542/02 **עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 346, פס' 61 לפסק דינו של השופט לוי (2006); פסק הדין בעניין **קריסק**, לעיל ה"ש 138, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ביניש; בג"ץ **גלוטן**, לעיל ה"ש 197, פס' 29 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; דג"ץ **גלוטן**, לעיל ה"ש 139, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא גרוניס ופס' 13 לפסק דינו של השופט מלצר; בג"ץ 11044/04 **סולומטין נ' שר הבריאות**, פ"ד סד(3) 778, פסק דינה של השופטת חיות (2011); בג"ץ 9682/10 **מילרעוף אינטגרציות פטם אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' שר החקלאות – משרד החקלאות ופיתוח הכפר**, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם באר"ש, 24.11.2011) (להלן: עניין **מילרעוף**); בג"ץ 9416/10 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' המשרד לביטחון פנים**, פס' 4–5 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם באר"ש, 6.2.2013); בג"ץ 4669/14 **נמרוד נ' רשם האגודות השיתופיות**, פס' 15 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם באר"ש, 10.5.2015); בג"ץ 3217/16 **המרכז הרפורמי לדת ומדינה התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים** (פורסם באר"ש, 17.9.2017).

255 עניין **משה**, לעיל ה"ש 115, פס' 17 לפסק דינה של השופטת חיות.

256 שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

האופפת את תהליך החקיקה הן מבחינת משכו והן מבחינת תוכנו,²⁵⁷ ולעיתים בית המשפט אינו מנמק כלל את אי-היענותו לבקשה ליתן מעמד נורמטיבי ליוזמת חקיקה.²⁵⁸ על רקע זה בולטת הנמקתו של השופט מזוז בעניין **אי.סיג**, שהטיל את האחריות לאי-קידומה של הצעת החוק על המדינה: "מאז החלו פניות העותרת למשיבים והוגשה העתירה המקורית חלפו למעלה משנתיים. זהו פרק זמן לא קצר גם לקידום הליכי חקיקה, ואילו מיקדו המשיבים את מאמציהם מלכתחילה בערוץ זה, שהוא הערוץ הנכון והמתחייב, סביר להניח כי הליכים אלה היו כבר מגיעים לכלל השלמה."²⁵⁹ הנמקה מוסדית מצויה גם בפסק דינו של השופט ריבלין בעניין **חוק האזרחות 2012**.²⁶⁰ הסבר אחרון שהוצע להעדר המעמד הוא זה הנשען על הפגיעה

257 עניין **מישראל 1993**, לעיל ה"ש 77, פס' 7–8 לפסק דינו של השופט אור. פסק הדין נשען על שני מקרים קודמים: בג"ץ 3806/93 **מנינג נ' שר המשפטים**, פ"ד מז(3) 420 (1993), שם סירב בית המשפט לעכב הליך הסגרה חרף קיום דיון בנושא בוועדה מועדוה הכנסת – ראו שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט ברק; ובג"ץ 5304/92 **פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרות נ' שר המשפטים**, פ"ד מז(4) 715 (1993) (להלן: עניין **פר"ח**), שם סירב המשנה לנשיא אֶלון לתת מעמד לפרורמה עתידית בדיני הוצאה לפועל. ראו גם את דבריו הבולטים של השופט ריבלין בעניין **חוק האזרחות 2006**, לעיל ה"ש 115, בפס' 2 לפסק דינו: "הביקורת על חוקתיותו של החוק, ככל שהיא באה לצפות פני עתיד, מתייחסת, בהכרח, לחוק שטרם בא לעולם, לחוק שאת הוראותיו יקשה לצפות היום. מה שהיה הוא לא (בהכרח) מה שיהיה – אם יהיה." בהמשך (שם, בפס' 6 לפסק דינו) הוא הרחיב כי למעשה העתירה מאוחרת מדי ומוקדמת מדי ("החוק החדש טרם הבשיל – אם אכן תבחר הכנסת הנכנסת לחוקק חוק כזה, ומנגד החוק הקיים עומד לפקוע"), ולכן המחלוקת נהפכת לתיאורטית ואין טעם להכריע בה. לפסקי דין נוספים שתמכו בגישה זו ראו דנג"ץ **גלוטן**, לעיל ה"ש 139, פס' 2 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור; וע"ס 3782/12 **מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי**, פ"ד סו(2) 159, פס' 54 לפסק דינו של השופט סולברג ופס' 17–16 לפסק דינו של השופט פוגלמן (2013).

258 עניין **פר"ח**, שם, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיא אֶלון: "הצעות אלה תבוא – לכשתבוא – שעת העיון והדיון בהן על-ידי אלה המוסמכים לכך. אנו אין לנו אלא לפסוק את דינו בפרשת הדברים והטענות כפי שעלו לפנינו"; עניין **פרי**, לעיל ה"ש 141, פס' 30 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין; בג"ץ 2376/01 **מרכז השלטון המקומי בישראל נ' שר המדע, התרבות והספורט**, פ"ד נו(6) 803, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2002); עניין **ירסקי**, לעיל ה"ש 199, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל; עניין **איתנית**, לעיל ה"ש 207, פס' 21 לפסק דינו של השופט הנדל: "איני רואה טעם לדון בטענת הפליה אל מול הצעת חוק שטרם התקבלה."

259 בג"ץ 6665/12 **אי.סיג בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות**, פס' 27 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם באר"ש, 3.12.2014). ראו את טענות המדינה המובאות שם, בפס' 7–8 לפסק דינו של השופט מזוז, ואת האופן שבו הוא השיב עליהן שם, בפס' 27–28 לפסק דינו.

260 "אילו הייתה המדינה משכילה לגבש הסדר כולל בענייני הגירה בתקופת שמונה השנים שחלפו מאז הוחק חוק האזרחות לראשונה, אילו כך היה ובמועד, אפשר שהייתה מלאכתנו תמה, שכן לשיטתי, כאמור, על פי כללי הכיבוד בין הרשויות, טוב עושה המחוקק כשהוא נוטל על עצמו את ההסדר הנורמטיבי הכולל ואינו מטיל לפתחו של בית המשפט שאלות של מדיניות הראויות להסדר חוקי מקיף. אלא שזאת לא נעשה." עניין **חוק האזרחות 2012**, לעיל ה"ש 81, פס' 16 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

בזכויות אדם, כפי שנומק בדנג"ץ גלוטן. השופט ארבל הדגישה כי העובדים הזרים הם קבוצת מיעוט נעדרת ייצוג פרלמנטרי שידאג לעניינם, ואי-אפשר להותיר אותם במעין "תקופת ביניים", שמשכה אינו מוגדר, עד שהמחוקק יסדיר את הסוגיה.²⁶¹

(ה) מעמד לכנסת בעתירות בעניין חוקתיותה של חקיקה

סוגיה זו נדמית לכאורה טכנית, אך מחקר שערך מרזל האיר כי סוגיה זו מגיעה עד לרעיונות הליברליים בדבר הפרדת הרשויות, עצמאות החוק ופרשנות תכליתית וחוקתית. לדעת מרזל, מתן מעמד דיוני לכנסת בהליכים העוסקים בבחינת חוקתיותו של חוק הוא "שלב ביניים" בדיאלוג החוקתי.²⁶²

ראשיתו של הדיון בסוגיה זו מצויה בפסק הדין בעניין לשכת מנהלי ההשקעות, שם קבע בית המשפט כי הכנסת אינה בעל דין בהליך החוקתי:

"ההרכב החליט על מחיקתן של הכנסת וועדת הכספים כמשיבות בעתירה. אכן, משהוחק החוק הוא מנתק עצמו ממחוקקו... הטענות החוקתיות מכוונות כנגד החוק, ולא כנגד הכנסת. המחוקק אינו צד לסכסוך, שבו מתבררת שאלת חוקתיותו של חוק. על-כן, אין לצרף את הכנסת כצד בהליכים שבהם נדונה חוקתיותו של חוק שחוקק על-ידי הכנסת."²⁶³

בשנת 2000 נערך תיקון משמעותי לחוק הכנסת,²⁶⁴ שבו תוקן כל פרק ז לחוק, העוסק בייצוג המשפטי של הכנסת. בשנת 2008 נערך תיקון ממוקד בסוגיה זו, שבמסגרתו נחקק סעיף 17(ג), שלפיו "ראה בית משפט בהליך שלפניו, כי נדרש לברר את שאלת תוקפו של חוק, יזמין את הכנסת להתייצב בהליך, והיא תהיה רשאית להשמיע את טענותיה להוכחת תוקפו".²⁶⁵

261 דנג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 139, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ארבל. ראו הנמקה דומה שם, בפס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות ובפס' 1 ו-6 לפסק דינו של השופט הנדל.

262 "יש לראות בהכרה במעמד אפשרי של הכנסת בהליכים לעניין חוקתיות החוק משום 'שלב ביניים' בתוך שלבי סולם הדיאלוג החוקתי. נכון כי עיקר הדיאלוג מתבצע בין רשויות, כלומר, בין סמכויות: בית המשפט מגיב למחוקק (בפסיקה) והמחוקק מגיב לבית המשפט (בחקיקה). זו דרך המלך וכך עולם המשפט נוהג מימים ימימה. אולם, כל עוד נשמרת הפרדת הסמכויות במוכח זה שבית המשפט עוסק בעיקר בשפיטה והמחוקק עוסק בעיקר בחקיקה, מדוע מוצדק לשלול כליל את הדיאלוג גם ברמת הביניים, כלומר: במסגרת ההליך המתקיים בכל רשות ורשות בגדרי סמכותה?" מרזל "מעמד הכנסת בעתירות", לעיל ה"ש 103, בעמ' 362.

263 עניין לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 78, בעמ' 380–381 (הנשיא ברק).

264 חוק הכנסת (תיקון מס' 10) (היועץ המשפטי לכנסת), התשס"א-2000, ס"ח 50.

265 חוק הכנסת (תיקון מס' 23), התשס"ח-2008, ס"ח 205.

כיום ההתייחסות לכנסת כצד להליך, וכן לטענותיה המהותיות, היא כמעט תמיד עניינית, ומתן מעמד לכנסת בעתירות בנוגע לחוקתיות חקיקה נהפך לעניין שבשגרה.²⁶⁶ למעשה, אמירות נגד התייצבות הכנסת לא חזרו כמעט על עצמן גם לפני התיקון בשנת 2008. כבר באותה תקופה לא עוררו רוב המקרים קושי, הגם שבאותה תקופה מיקדה הכנסת את טענותיה על פי רוב בחוקיותו של תהליך החקיקה.²⁶⁷ ברוב המכריע של פסקי הדין שאחרי התיקון לחוק הכנסת משנת 2008 התייחס בית המשפט בצורה עניינית לטענותיה של הכנסת, גם כאשר אלה ביקשו להגן באופן ישיר על חוקתיותו של דבר החקיקה שנתקף.²⁶⁸ לא רק שמעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיותה של חקיקה נהפך

266 יש לציין כי מרזל, הגם שתמך במתן מעמד לכנסת בעתירות מעין אלה, סבר כי יש לעשות כן רק במקרים המתאימים. מרזל "מעמד הכנסת בעתירות", לעיל ה"ש 103, בעמ' 362.

267 עניין **האגודה לזכויות האזרח (חוק ההסדרים)**, לעיל ה"ש 160, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא ברק; עניין **טקסי המרכז**, לעיל ה"ש 115, פס' 2 לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין **הר"י (הנפקת תרופות מרשם)**, לעיל ה"ש 160, בעמ' 4 לפסק הדין (הנשיאה ביניים) ופס' 9 לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

268 עניין **הפרטת בתי הסוהר**, לעיל ה"ש 82, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניים (השופטת נאור, לעומת זאת, נקטה בחירה רטורית שונה מעט – את טענות הפרקליטות היא הציגה כטענות המדינה או כעמדת המדינה, ואילו את טענותיה של הכנסת כמשיבה היא הציגה כ"עמדת הכנסת", עם מירכאות; הפער זניח, אבל קיים); עניין **התקציב הדרושני I**, לעיל ה"ש 132, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניים; עניין **כהן נ' יו"ר הכנסת**, לעיל ה"ש 148, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה ביניים; עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 174, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה ביניים; בג"ץ 6192/11 **ורק נ' שר האוצר**, פס' 6 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 18.12.2011); עניין **חוק טל 2012**, לעיל ה"ש 121, פס' 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניים; עניין **נסר**, לעיל ה"ש 81, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניים; עניין **בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי**, לעיל ה"ש 226, פס' 20–23 לפסק דינה של השופטת נאור; עניין **ניר**, לעיל ה"ש 115, פס' 8 ו-17 לפסק דינה של הנשיאה ביניים; בג"ץ 1932/12 **נוף נ' השר לביטחון פנים**, פס' 5 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם באר"ש, 13.5.2012); עניין **דרור ישראל**, לעיל ה"ש 180, פס' 23 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניים; עניין **עדאלה (חיסונים)**, לעיל ה"ש 115, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין **שטנגר**, לעיל ה"ש 118, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; עניין **חטיבת מפיצי הסיגריות**, לעיל ה"ש 246, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; עניין **רונן**, לעיל ה"ש 115, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; עניין **די.בי.אס**, לעיל ה"ש 160, פס' 1, 20–23, 30, 38, 52, 53, 66, 67 ו-69 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור; עניין **סבח**, לעיל ה"ש 115, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; עניין **רובינשטיין (לימודי הליבה)**, לעיל ה"ש 113, פס' 17–18 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ארבל (במיעוט) ופס' 10 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (בדעת רוב); עניין **אדם**, לעיל ה"ש 81, פס' 57 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין **איתן**, לעיל ה"ש 81, פס' 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן; עניין **משה**, לעיל ה"ש 115, פס' 14 לפסק דינה של השופטת חיות; עניין **גוטמן**, לעיל ה"ש 206, פס' 11–13 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס, פס' 1–2 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות; עניין **גורביץ**, לעיל ה"ש 115, פס' טז–כב רגט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 124, פס' 3 לפסק דינו של השופט מלצר; בג"ץ 919/13 **מועצה אזורית מטה יהודה נ' הכנסת**, פס' 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם באר"ש, 3.6.2015); עניין **דסטה**, לעיל ה"ש 81, פס' 17, 31, 37, 40 ו-63 לפסק דינה של הנשיאה נאור ופס' 5 ו-23 לפסק דינו

ככלל לעניין שבשגרה ולחלק תדיר מהמערכת החוקתית בישראל, אלא שהחלו גם לצוץ שאלות המשך שבבסיסן הנחת מוצא איתנה בדבר מעמדה הדיוני של הכנסת בתיקים אלה. כך היה בעניין **בהט**, שם נשקלה האפשרות לדחות על הסף עתירה בעניין חוקתיותה של חקיקה רק בשל אי-צירוף הכנסת כמשיבה.²⁶⁹ במקרים אחרים עלו גם שאלות נוספות, כגון אם הכנסת מוסמכת לטעון לפרשנות החקיקה גם בשאלות שאינן חוקתיות,²⁷⁰ ואם בסמכותה לטעון לאי-חוקתיותה של חקיקה.²⁷¹

3. סעדים חוקתיים

סעדים חוקתיים, לצד דוקטרינות שיפוטיות מבוססות תגובה, הם המופעים המעשיים, הממשיים, של הדיאלוג המהותי. סעדים דיאלוגיים הם הדרך הטובה ביותר להגשים את הדיאלוג, שכן גלומה בהם הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית חוקתית, מחד גיסא, והם מרוככים באופן שמותיר אפשרות תגובה שמגשימה את תפקיד המחוקק, מאידך גיסא.²⁷² הסמכות להענקת סעדים דיאלוגיים – ככל שבית המשפט מעוניין להעניקם –

של השופט פוגלמן; עניין **ידיד** 2015, לעיל ה"ש 115, פס' 3 ו-53 לפסק דינו של השופט סולברג; עניין **גביש**, לעיל ה"ש 115, פס' 20 לפסק דינה של הנשיאה נאור; עניין **הרפורמה ברשות החשמל**, לעיל ה"ש 160, פס' 14 לפסק דינה של השופטת חיות; עניין **הר"י (טיפול כפוי)**, לעיל ה"ש 81, פס' לט-מו, נט ו-סא-סג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין ופס' 2 לפסק דינו של השופט מזוז; עניין **איגוד הבנקים**, לעיל ה"ש 115, פס' 23, 29 ו-68 לפסק דינה של הנשיאה נאור; בג"ץ 4231/16 **ידיד נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסק דינה של השופטת ברון (פורסם באר"ש, 15.6.2017); עניין **הראל**, לעיל ה"ש 113, פס' טו-יח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; עניין **האגודה לשמירת זכויות הפרט**, לעיל ה"ש 182, פס' יז-כ לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין; עניין **התקציב הדו-שנתי II**, לעיל ה"ש 156, פס' ט-י לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

החריג היחיד עד כה לגישת בית המשפט (בשנים שאחרי התיקון) מצוי בעניין **לה"ב**, משנת 2010, שם כתבה השופטת פרוקצ'יה – בפסקה פורמלית לגמרי, נטולת כל הסבר עיוני – כי "על-פי החלטת בית המשפט, לא נדרשה מעורבות הכנסת בהליך". עניין **לה"ב**, לעיל ה"ש 115, פס' 4 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. החלטת ביניים בתיק זורה מעט אור על הנושא, ונראה כי הכנסת היא שביקשה לא להגיש תגובה. שם, החלטה מיום 7.12.2009 (פורסמה באר"ש).

269 בג"ץ 4550/13 **בהט נ' שרת הבריאות**, פס' 22 לפסק דינו של השופט זילברטל (פורסם באר"ש, 6.10.2013).

270 בג"ץ 10017/09 **קרן דולב לצדק רפואי נ' ממשלת ישראל** (פורסם באר"ש, 20.5.2010); בג"ץ 9843/08 **פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים**, פס' 5-8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם באר"ש, 8.1.2009).

271 עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 160, פס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות.

272 לקשר שבין סעדים דיאלוגיים ראו Duclos & Roach, לעיל ה"ש 10, בעמ' 25-26; Roach, לעיל ה"ש 14, בעמ' 171 ו-226-230; Roach, Remedial Consensus, לעיל ה"ש 23; Roach, Enforcement of the Charter, לעיל ה"ש 168, בעמ' 534. לאימוץ הגישה בכתביה הישראלית ראו ברק "על תורת הסעדים החוקתיים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 329.

קיימת,²⁷³ ובית המשפט אכן משתמש בסמכות זו: מבין כל תקיפות החקיקה שהתקבלו, רק בשלושה מקרים ניתן סעד מלא ומיידי של בטלות.²⁷⁴

(א) עקרון ההפרדה

עקרון ההפרדה (המכונה גם "עקרון העיפרון הכחול") מאפשר לבית המשפט להפריד חלק מהחוק ולהורות על בטלותו של החלק המופרד בלבד. התנאי היסודי לשימוש בעקרון ההפרדה הוא שיתר החוק, שלא נפסל, יכול לעמוד על כנו באופן עצמאי ולהמשיך להגשים את תכלית החוק.²⁷⁵ סעד זה דיאלוגי במובן זה שהוא מצמצם את ההתערבות השיפוטית בחקיקה, ומאפשר להגשים ככל שניתן את התכלית החקיקתית דרך החוק המקורי. סעד זה אינו סעד מבוסס תגובה, אף שגם עליו, כמו ביתר המקרים, המחוקק יכול להגיב בחקיקה חדשה.

סעד זה שגור עד כדי כך שברוב הגדול של המקרים בית המשפט לפחות מנסה לעשות בו שימוש, ואם הדבר אינו מסתייע בידו, הוא מנמק לרוב מדוע.²⁷⁶ ניתן לאפיין

273 לסמכות השיפוטית הרחבה לפיתוח סעדים חוקתיים ראו שם, בעמ' 345, Bishop, Remedies, לעיל ה"ש 164. בישראל נהוג לראות עיגון לשוני לסמכות זו בס' 15(ג) ו-15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה, שאף פורש באופן רחב (ראו עניין התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 149, פס' 31 לפסק דינו של השופט זמיר). גרוס וברק טענו, בהקשרים שונים, כי ההסמכה החוקתית לנקיטת סעדים מצויה כחלק מאוגדן הזכויות, ולא כהוראה חוקתית-מוסדית. ראו גרוס, לעיל ה"ש 164, בעמ' 440, וכן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 312–317. גם הפסיקה התיישרה בשלב מוקדם מאוד עם גישה זו. כבר בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 5, בפס' 28 לפסק דינו, עמד הנשיא (בדימ') שמגר על כך שהדין מכיר גם בתרופות חוקתיות מרוככות (הוא ציין בהקשר זה את עקרון ההפרדה ואת השעיית הכרזת הבטלות), מבלי שמצא צורך להיכנס לעובי הקורה בנושא.

274 מדובר בעניין אורון, לעיל ה"ש 81; בעניין הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 82; ובכש"פ פלוני, לעיל ה"ש 115. אני סבורה שגם מאלה כדאי להיזהר בטרם לומדים מסקנה נחרצת. בראשון אף היועץ המשפטי לממשלה לא הגן על חוקתיות התיקון שנתקף שם, כך שקשה להסתמך על צורך מוסדי לרכך את ההכרעה השיפוטית. השני שאזכר הוא פסק דין בעל היבטים וממדים דיאלוגיים רבים, כאמור בדיונים לעיל, ובית המשפט אף בחן שם את האפשרות להעניק סעדים מרוככים והסביר מדוע אפשרות זו אינה מסתייעת בידו.

275 HOGG, לעיל ה"ש 8, בעמ' 387–388; ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 164, בעמ' 735–737; גרוס, לעיל ה"ש 164, בעמ' 450. בארצות הברית, לעומת זאת, הבסיס להכרעה אינו תכלית החוק, אלא כוונת המחוקק. Brian Charles Lea, *Situational Severability*, 103 VA. L. REV. 735, 745–746 (2017).

276 ראו, למשל, עניין לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 78, בעמ' 413–414 (הנשיא ברק); עניין חוק האזרחות 2006, לעיל ה"ש 115, פס' 97–98 לפסק דינו של הנשיא ברק; עניין הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 82, פס' 65 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ופס' 56 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; בכש"פ פלוני, לעיל ה"ש 115, פס' 8 לפסק דינה של השופטת נאור; עניין אדם, לעיל ה"ש 81, פס' 116 לפסק דינה של השופטת ארבל ופס' 43 לפסק דינו של השופט פוגלמן; עניין איתן, לעיל ה"ש 81, פס' 81 לפסק דינו של השופט פוגלמן (ביחס להוראת ס' 30 לחוק למניעת הסתננות); עניין גיוס בחורי הישיבות 2017, לעיל ה"ש 116, פס' 102 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

את השימוש בסעד זה גם בכך שהוא נתפס כקונוונציונלי לחלוטין²⁷⁷ וכחלק טריוויאלי מתהליך הבחירה השיפוטית בסעד,²⁷⁸ ובכך שבית המשפט אינו מייחס לו משקל דיאלוגי. בדומה למקרים אחרים, גם סעד זה זלג לתחומים אחרים של המשפט החוקתי מלבד חוקתיות חקיקה.²⁷⁹

המושג ה"קלסי" של עקרון ההפרדה אינו עומד לבדו. נלוות אליו שתי קטגוריות נוספות.²⁸⁰ האחת היא הפרדה מושגית (notional severance), שבמסגרתה בית המשפט קובע כי ניתן לא להחיל את החוק על קבוצה מסוימת של מקרים, ומחריג אותם מתחולתו.²⁸¹ זהו סעד נדיר למדי, אשר עד כה לא נעשה בו שימוש בפסיקה הישראלית, וגם הכתיבה עליו מועטה ביותר.²⁸² את הקטגוריה האחרת אני מכנה "הפרדה פרטנית": מדובר בביטול של מילים מסוימות מלשון החוק, ולא של סעיף או פרק בחוק בשלמותם. בפסיקה הישראלית נעשו נסיונות אחדים להשתמש בעקרון ההפרדה במובנו הפרטני,²⁸³ אך רק נסיון אחד צלח, בעניין **המועצה האזורית חוף עזה**, וגם שם לא התקיים כל דיון דוקטרינרי או עיוני באשר להפעלת סעד זה.²⁸⁴

(ב) השעיית הכרזת הבטלות

השעיית הכרזת הבטלות כשמה כן היא – מצב שבו ההכרזה על בטלות חוק בשל אי-חוקתיותו מושהית. בפתחו סעד זה במשפט החוקתי הישראלי, נשען בית המשפט על שני מקורות עיקריים: האחד, בטלות מושהית או בטלות יחסית – סעד שהיה קיים במישור המנהלי גם לפני 1995; והאחר, המשפט הקנדי, שם סעד זה נפוץ במיוחד, כמעט עד כדי קונסנזוס.²⁸⁵ סעד זה מאפשר לבית המשפט לתת למחוקק הזדמנות לרוקן

277 עניין **גניס**, לעיל ה"ש 153, פס' 34 לפסק דינו של השופט חשין.

278 עניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 113, בעמ' 552 (דעת הרוב המשותפת).

279 בעניין **מתווה הגז**, לעיל ה"ש 163, בפס' 15 לפסק דינה, הציעה השופטת חיות (במיעוט לעניין זה) לבטל אך את פסקת היציבות, ולא את ההסדר כולו.

280 למושג ההפרדה יש למעשה מופע נוסף, בעל אופי אמריקני, שבמסגרתו בית המשפט בוחן אם יש לבטל חוק נוסף אך משום שהוא קשור לחוק שבוטל. תשובה חיובית מובילה להפעלה רדיקלית למדי של עיקרון זה. לדיון ראו Fish, *Choosing Constitutional Remedies*, לעיל ה"ש 231, בעמ' 351 ו-382.

281 Bishop, *Remedies*, לעיל ה"ש 164, בעמ' 9-104-102.

282 לדיון בו בכתבה הישראלית ראו ברק "על תורת הסעדים החוקתיים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 350-352.

283 עניין **מרכז השלטון המקומי (חוק החסינות)**, לעיל ה"ש 112, פס' 6 לפסק דינו של השופט חשין (במיעוט); עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 124, פס' 8 לפסק דינו של השופט פוגלמן. ראו גם שם, פס' 41-42 לפסק דינו של השופט דנציגר, פס' 48 לפסק דינו של השופט עמית, פס' 1-2 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

284 עניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 113, בעמ' 746-748 (דעת הרוב המשותפת). הסעד הופעל ביחס לגיל הזכאות למענק אישי בשל ותק ולהסדרי "השנה האבודה". ראו שם.

285 Roach, *Remedial Consensus*, לעיל ה"ש 23.

את ההצהרה על בטלות החוק מתוכן, ובכך מצוי ערכו הדיאלוגי הרב:²⁸⁶ בית המשפט קובע כי הכרזת הבטלות מושהית לתקופה מסוימת, ואם בתוך תקופה זו המחוקק מחוקק מחדש את החוק (מה שאכן קורה פעמים רבות), ההצהרה על הבטלות אינה נכנסת לתוקף. זהו מקרה מובהק של סעד מבוסס תגובה, אם כי גם כאשר הצו האופרטיבי אינו נכנס לתוקף, המשמעות הפוליטית, הציבורית והחינוכית של פסק הדין אינה נעלמת.

ניתן לאפיין את הסעד בכך שברוב המקרים הוא הופעל לתקופות שבין שלושה לשמונה עשר חודשים.²⁸⁷ בתחילה ההצדקה להפעלת הסעד הייתה "מקרים מיוחדים המצדיקים זאת",²⁸⁸ אך עד מהרה החל בית המשפט לראות את הפעלת הסעד כדבר שבשגרה.²⁸⁹ ההנמקה סביב שאלת השימוש בסעד נעה בין הנמקה מעשית²⁹⁰ לבין

286 מרזל "השעיית הכרזת הבטלות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 72–74; HOGG, לעיל ה"ש 8, בעמ' 742–743 ו-888–889. ראו גם בפסקתו של המשנה לנשיא מצא (במיעוט) בעניין גניס, לעיל ה"ש 153, בעמ' 273: "דרך אפשרית שלישית היא להכריז על בטלותו – המלאה או החלקית – של החוק הפוגע, אך להשעות את תוקף הבטלות לתקופה שתאפשר למחוקק לתקן את הפגם החוקתי... נראה לי כי גם בענייננו יש לנקוט דרך זו בהיותה עדיפה על פני הדרכים האפשריות האחרות. יתרונותיה של דרך זו גלויים לעין: היא מאפשרת למחוקק לשקול את סוגיית ההסתמכות הקשורה בהתלייתו של החוק המזכה, סוגיה שאותה לא שקל בעת חקיקתו של החוק המתלה; התערבותה בעבודת המחוקק היא מינימלית; אין היא מעמיסה על בית-המשפט משימה שאינה מתאימה לכשירותו המוסדית. השעיית תוקפה של הכרזת הבטלות לא תגרור תוצאה אופרטיבית מיידי, וממילא לא תגרור – למצער עד לתיקונו של הפגם – עלידי המחוקק או עד לתום תקופת ההשעיה – לפגיעה בחלקיו החוקתיים של החוק או בתקציב המדינה. באופן זה המחוקק, ולא בית-המשפט, הוא שיקבע את עיתויה, את אופייה ואת היקפה המדויקים של הפגיעה התקציבית, שכלעצמה היא בלתי נמנעת."

287 במקרים נדירים השאיר בית המשפט את דלתו פתוחה לבקשות ארכה מטעם המדינה. ראו עניין **לשכת מנהלי ההשקעות**, לעיל ה"ש 78, בעמ' 417; עניין **חוק האזרחות 2006**, לעיל ה"ש 115, פס' 99 לפסק דינו של הנשיא ברק (במיעוט).

288 עניין **לשכת מנהלי ההשקעות**, לעיל ה"ש 78, בעמ' 416. רוח זו תואמת את אופן ההתייחסות המקורי להשעיית הכרזת הבטלות גם בקנדה, שהיה נהוג שם עדיין באותן שנים. Roach, Remedial Consensus, לעיל ה"ש 23, בעמ' 218–220.

289 ראו, למשל, בג"ץ 450/97 **תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(2) 433, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998). זאת, למעט מקרים חריגים, דוגמת פסק דינו של השופט מלצר בעניין **חוק האזרחות 2012**, לעיל ה"ש 81, פס' 43 לפסק דינו, אשר קבע (אך ללא הנמקה) כי "הוראת ההשעיה צריך שתעמוד במבחנים חוקתיים".

290 ראו, לדוגמה, עניין **צמח**, לעיל ה"ש 124, בעמ' 284 (השופט זמיר); עניין **הפרטת בתי הסוהר**, לעיל ה"ש 82, פס' 69 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין **יקותיאל**, לעיל ה"ש 81, פס' 51–52 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין **חוק טל 2012**, לעיל ה"ש 121, פס' 62 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין **נסר**, לעיל ה"ש 81, פס' 54 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש (באשר לראש העתירה שעל בסיסו הורה בית המשפט על בטלות); עניין **רובינשטיין (לימודי הליבה)**, לעיל ה"ש 113, פס' 84 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ארבל (במיעוט).

הנמקה מוסדית-דיאלוגית²⁹¹ או שילוב של השתיים.²⁹² במקרים ספורים השעה בית המשפט "דה פקטו" את הבטלות, כאשר נתן צו מידי שלפיו אין לשוב ולחוקק את החוק כאשר יתום תוקפו (מהלך שמשמעותו זהה כמעט להשעיית הכרות הבטלות ואשר מאפשר גם הוא תגובה חקיקתית)²⁹³ או כאשר קבע הסדר חלופי לתקופת ביניים.²⁹⁴ את אחד הדיונים הבולטים ביותר בהקשר זה ערך השופט (בדימ') לוי בעניין **חוק האזרחות 2012**. הדיון שערך בסעדים – כל כולו דיאלוג, או למצער ניסיון דיאלוגי, שכן בסופו של דבר הוא העדיף להעניק לעותרים סעד מוחלט, לנוכח העובדה ש"מאום מן הנדרש לא נעשה".²⁹⁵ לאחר שפרש רקע באשר לבטלות החוקתית,²⁹⁶ הוא כתב את הדברים הבאים:

"דומני כי לדוקטרינת ההשעיה מעלה עיקרית ומצויה היא בתרומתה לרעיון של דיאלוג חוקתי. היינו, להבנה כי ההגנה על הערכים המגולמים בחוקה וקידומם – מלאכה משותפת היא **לשלוש רשויות השלטון יחדיו**. הבנה זו אינה חותרת תחת עקרונות היסוד הדמוקרטיים בדבר הפרדת הרשויות ורעיון האיזונים והבלמים, אלא עניינה הוא בהעמקת השיח בין זרועות השלטון וברגישות הדדית של האחת לרעותה. מכירה היא בכך שהמפעל החוקתי אינו נחלתה של רשות שלטונית יחידה. אין הוא רובץ לפתחה של איזו מבין הרשויות לבדה... הבנה זו מניחה תשתית לתפישה שלפיה מוטב יהא העיסוק בשאלות החוקתיות פרי של דיאלוג

291 כפי שהיה בעניין **חוק האזרחות 2006**, לעיל ה"ש 115, פס' 97 לפסק דינו של הנשיא ברק (במיעוט); בבש"פ **פלוגי**, לעיל ה"ש 115, פס' 1 ו-8 לפסק דינה של השופטת נאור (במיעוט לעניין זה); בעניין **חסן**, לעיל ה"ש 116, פס' 71 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש; בעניין **נסר**, לעיל ה"ש 81, פס' 60 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש (באשר לראש העתירה שעל בסיסו הורה בית המשפט על קריאה אל תוך החוק); ובעניין **גיוס בחורי הישיבות 2017**, לעיל ה"ש 116, פס' 103–104 לפסק דינה של הנשיאה נאור ופס' 1 לפסק דינו של השופט שהם.

292 ראו במיוחד עניין **חוק האזרחות 2012**, לעיל ה"ש 81, פס' 32–34 לפסק דינה של השופטת ארבל (במיעוט) לעומת פס' 38 לפסק דינה. הנמקה כפולה דומה נתנה גם הנשיאה ביניש באותו פסק דין – שם, פס' 17–18 לפסק דינה. ראו גם עניין **אדם**, לעיל ה"ש 81, פס' 117 לפסק דינה של השופטת ארבל.

293 עניין **יקותיאלי**, לעיל ה"ש 81, פס' 51–52 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין **חוק טל 2012**, לעיל ה"ש 121, פס' 62 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. השופטת ארבל הבינה זאת כהשעיית הכרות הבטלות לכל דבר ועניין. ראו שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת ארבל. ראו גם כיצד התייחס השופט מלצר לסוגיה – שם, פס' 9–11 לפסק דינו.

294 עניין **אדם**, לעיל ה"ש 81, פס' 117 לפסק דינה של השופטת ארבל. מבחינה פורמלית סירבה השופטת ארבל להשעות את הכרות הבטלות לנוכח הפגיעה הקשה בזכות לחירות (שם, פס' 117–118 לפסק דינה), אך מבחינה מהותית פרק הזמן שניתן למחוקק היה שקול להשעיה (ראו, למשל, שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל). ראו גם עניין **דסטה**, לעיל ה"ש 81, פס' 115 לפסק דינה של הנשיאה נאור; עניין **איתן**, לעיל ה"ש 81, פס' 189–191 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

295 עניין **חוק האזרחות 2012**, לעיל ה"ש 81, פס' 43 ו-46 לפסק דינו של השופט (בדימ') לוי (במיעוט).

296 שם, פס' 40–41 לפסק דינו של השופט (בדימ') לוי.

כן, רציף ומתמשך, בין הרשויות. דבר זה עשוי להיטיב עם ההתנהלות השלטונית ככלל. הוא עשוי להיטיב עם זכויות האדם. בכוחו לסלק אנטגוניזם הנקשר לאחת במושג הזכות וההגנה עליה. בכוחו לסייע בפיתוחן של זכויות חוקתיות נוספות. מאפשר הוא לזכויות היסוד לחלוק את אור הזרקורים עם ערכים אחרים שקידומם הוא לציבור מטרה חשובה.²⁹⁷

בית המשפט השתמש לא פעם בהשעיית הבטלות גם בפסיקה שהופנתה כלפי הממשלה, כאשר כחלק מתוצאת פסק הדין נדרשה חקיקה מתאימה. גם כאן ההנמקה היא לעיתים דיאלוגית²⁹⁸ ולעיתים מעשית.²⁹⁹ כך או כך, הרציונל לבחירה בסעד החוקתי בהקשר זה ברורה: יש ליתן לכנסת שהות להסדיר את המצב בחקיקה. קיומה של השעיית הכרזת הבטלות, תדירות השימוש בה וההנמקות שמלוות אותה מעידים גם כי בית המשפט מצפה לתגובה החקיקתית. כמעט בכל פסקי הדין שבהם בחר בית המשפט להעניק את השעיית הכרזת הבטלות, הוא יצא מנקודת הנחה שהמחוקק ידרש לכך.

(ג) קריאה אל תוך החוק

מבין הסעדים החוקתיים המקובלים, סעד זה נחשב הרדיקלי מכולם. במסגרתו בית המשפט מורה כי אף שיש בחוק פגם חוקתי, הוא לא יבוטל. חלף זאת הוא ייקרא כאילו כלולות בו מילים נוספות, שהוספו לחוק על ידי בית המשפט. בדומה לעקרון ההפרדה במובנו הפרטני, מדובר דה פקטו בשינוי שיפוטי של לשון החוק.³⁰⁰ ככלל, הסעד מאפשר לבית המשפט להתמודד עם פגיעה חוקתית בשוויון על ידי כך שבמקום להורות על ביטול ההטבה הניתנת בחוק, הוא מורה להעניקה גם לקבוצה נוספת שנמצאת כבעלת זכאות חוקתית.³⁰¹ גם כאן המחוקק יכול לשנות, באמצעות חקיקה חדשה, את

297 שם, פס' 42 לפסק דינו של השופט (בדימ') לוי (ההדגשה במקור).

298 עניין רובינשטיין נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 146, פס' 43 לפסק דינו של הנשיא ברק; עניין הוועד הציבורי נגד עינניים בישראל, לעיל ה"ש 223, בעמ' 847–848 (השופט קדמי בדעת יחיד); בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות (2004). ראו הנמקה מוסדית-דיאלוגית גם ביסוד פסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (במיעוט) בעניין רגצ'ובה, לעיל ה"ש 146, פס' ג לפסק דינו. ראו גם עניין אבו ערפה, לעיל ה"ש 140, פס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות.

299 בג"ץ 2921/03 קאופמן נ' מנהל אגף למקצועות רפואיים, פסק דינה של השופטת (בדימ') דורנר (פורסם באר"ש, 29.4.2004); עניין ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל, לעיל ה"ש 154, פס' 26–28 לפסק דינו של הנשיא ברק ופסק דינה של השופטת ביניש; בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פס' 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008); עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 163, פס' קמז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

300 אם כי גישתו של פרופ' ברק היא שמדובר בשינוי חיצוני למילות החוק. ראו בפסקה הבאה את הדיון בבג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אור לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994), ובדבריו המצוטטים של המשנה לנשיא ברק מאותו פסק דין להלן ליד ה"ש 304. להרחבה ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 164, בעמ' 766–767.

301 Hogg, לעיל ה"ש 8, בעמ' 898; גרוס, לעיל ה"ש 164, בעמ' 458.

בררת המחדל שיצר בית המשפט. הדיון להלן מבקש לתאר את התפתחותו של הסעד, ולכן ייעשה לפי סדר כרונולוגי, ללא תלות בטיב הפסיקה שעסקה בו.

כרקע חשוב יש לתת את הדעת לפסק הדין הראשון שבו התקיים דיון מקיף בסעד הקריאה אל תוך החוק, הוא פסק דינו של המשנה לנשיא ברק בעניין **דנילוביץ** משנת 1994. דובר בעתירה של חברת אל-על נגד החלטתו של בית הדין הארצי לעבודה להעניק לדייל הומוסקסואל ולבן זוגו הטבה שאל-על העניקה רק לבני זוג הטרוסקסואלים. השאלה כיצד לרפא את הפגיעה בשוויון שנוצרה שם הייתה ה"פתח" להטמעתו של סעד הקריאה אל תוך החוק במשפט הישראלי. המשנה לנשיא ברק עמד ראשית על האפשרות לרפא פגיעה בשוויון באמצעות דוקטרינת ההפרדה, המאפשרת להפריד את החלק המפלה בטקסט ובכך לרפא את חוסר השוויון. אולם באותו עניין לשון הטקסט לא אפשרה טכניקה זו. סעד חלופי אך לא רצוי, כך הסביר, הוא ביטול גורף של ההטבה, בבחינת "תמות נפשי עם פלשתים".³⁰² התרופה הראויה, לגישתו, היא זו שמעניקה את טובת ההנאה לכל אלה הזכאים לה. הוא הדגיש כי תרופה זו "ידועה בספרות ההשוואתית" ומקובלת במשפט האמריקני ובמשפט הקנדי,³⁰³ והסביר את האופן שבו בית המשפט נוקט את הסעד: "השופט אינו נוגע כלל בטקסט הקיים. פעולתו של בית המשפט שונה היא. הוא קובע, כי כל עוד הטקסט הקיים עומד בעינו – וכאמור, השופט אינו 'נוגע בו' כלל – מתבקש מתן טובות הנאה דומות לקבוצה נוספת, המצויה מחוץ לטקסט. הענקתה של טובת הנאה זו נגזרת במישור מתוך עקרון השוויון, שהוא עיקרון נורמאטיבי אשר הטקסט כפוף לו וחייב לציית לו."³⁰⁴ למעלה מן הצורך הדגיש המשנה לנשיא ברק כי תרופות אלה "ראויות הן במישור החוקתי", שכן הן מקדמות את תכלית החקיקה ומונעות את הצורך לבטל את החוק.³⁰⁵ הוא גם עמד על כמה אמות מידה להפעלת הסעד. כך, הוא קבע כי יש לבחון אם ההרחבה פשוטה; אם אין היא מהווה "התערבות יתרה במירקם החקיקתי"; אם השפעותיה התקציביות אינן מופרזות; וכן אם מדובר בהענקת טובת הנאה לקבוצה קטנה, שכן אין להעניק הטבה לקבוצה גדולה באמצעות קריאה אל תוך החוק.³⁰⁶

רק כשש שנים לאחר מכן נדון הסעד שוב בפסיקה, בעניין **עמותת "עם חופשי"**. במקרה זה הוגשה עתירה נגד הרשות המנהלית בהתבסס על פגיעה בשוויון: בעיר החרדית אלעד ניתנו לרוכשים (החרדים) הטבות משמעותיות ברכישת הדירה, ואילו לרוכשים אחרים לא ניתנה אפשרות לרכוש במחירים אלה באותו אזור. הנשיאה ביניש קבעה כי אכן מדובר בפגיעה בשוויון, וקביעה זו עוררה את הדיון בשאלת הסעד

302 עניין **דנילוביץ**, לעיל ה"ש 300, פס' 18–19 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק.

303 שם, פס' 20–21 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק. מידת ההסתמכות על הגישות המקובלות שם היא ניכרת, כפי שניתן ללמוד מפסק דינו.

304 שם, פס' 20 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק.

305 שם, פס' 23 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק.

306 שם.

הראוי.³⁰⁷ יישומן של אמות המידה שפורטו לעיל במקרה שנדון כעת הוביל דווקא לביטול ההטבה לזכאים שטרם מימשו אותה.³⁰⁸ בעניין **משפחה חדשה**, שנפסק שנתיים לאחר מכן, ניתן לראות אימוץ דומה של הסעד, ובעיקר של מגבלותיו, תוך הדגשה כי אין לנקוט סעד זה ב"נושא מורכב שהשלכותיו אינן ברורות, ושמיטבו הוא טעון הסדרה על-ידי המחוקק".³⁰⁹ גם בעניין **ליפשיץ** ניתן לזהות יישום רחב של מגבלות הסעד, אם כי שם ההסדר כולו היווה חריגה מסמכות ולכן לא היה חוקי – היבט שהסיר מעל הפרק כל אפשרות למעט הפסקת השימוש בהסדר.³¹⁰ בד בבד הדגיש המשנה לנשיא (בדימ') מצא כי סעד זה אינו הסעד ההכרחי או המתבקש מקום שנמצאה פגיעה בשוויון, ובתוך כך גם דן במגבלותיו של הסעד, בעיקר אלה התקציביות.³¹¹ על דחייה זו ביססה הנשיאה נאור את דחיית הענקת הסעד כשנה לאחר מכן בעניין **לוי נ' מדינת ישראל**,³¹² אשר משקף – בדומה למקרים אחרים, דוגמת עניין **איגוד הבנקים**³¹³ – בלבול מושגי בפסיקה סביב השימוש בסעדים חוקתיים.³¹⁴ הנמקה מוסדית-עקרונית ניתנה בעניין **המועצה האזורית חוף עזה**, שם הטעם הראשוני לסירוב להעניק סעד זה לעותרים היה ש"בית-

307 בג"ץ 4906/98 **עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נד (2) 503, פס' 16–17 לפסק דינה של השופטת ביניש (2000).

308 שם, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ביניש.

309 עניין **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 115, פס' 1 לפסק דינו של המשנה לנשיא לוי.

310 בג"ץ 6758/01 **ליפשיץ נ' שר הביטחון**, פ"ד נט (5) 258, פס' 20–23 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') מצא (2005). זאת, שכן עקרון השוויון, גם אם הוא מעוגן בזכות חוקתית, אין בכוחו להצדיק את חיוב השלטון לפעול בניגוד לחוק. שם, פס' 24 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') מצא.

311 שם, פס' 25–26 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') מצא. הדגש שניתן שם הוא היקף הקבוצה שלא ינתן לה הסעד והמגבלות התקציביות (שהיו אדירות והוערכו באותו מקרה ביותר ממיליארד ש"ח).

312 בג"ץ 2223/04 **לוי נ' מדינת ישראל**, פס' 41 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם באר"ש, 4.9.2006).

313 עניין **איגוד הבנקים**, לעיל ה"ש 115.

314 בעניין **לוי נ' מדינת ישראל**, לעיל ה"ש 312, דובר בעתירה נגד ס' 19 לחוק תשלום קצבאות לחיילי מילואים ולבני משפחותיהם, החשס"ב-2002, הקובע כי הוראותיו יחולו מיום 1.1.1999. נטען שם כי סעיף התחולה יוצר הפליה בין מי שנפצע לפני יום התחולה לבין מי שנפצע לאחריו. השופטת נאור קבעה כי החוק עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה, ובכל זאת ערכה דיון היפותטי בסעד הקריאה אל תוך החוק. אולם במקרה דנן לא דובר בקריאה אל תוך החוק, אלא בבטלות של סעיף התחולה. השופטת נאור השתמשה בתשתית העיונית ובמבחנים המבחינים של קריאה אל תוך החוק – שהוא סעד בעל מאפיינים שונים לגמרי מבטלות – כדי להסיק מהם באשר לבטלות של סעיף התחולה, וזאת ללא כל התייחסות לפער בין שני הסעדים. שם, פס' 42 לפסק דינה של השופטת נאור. בעניין **איגוד הבנקים**, לעיל ה"ש 115, ניתן להצביע על ערפול ניכר אף יותר, שבו הן העותרים, בבקשם סעד חוקתי, והן בית המשפט, בדונו בו, אינם מדייקים באפיון ובהגדרה של הסעד. באותו מקרה לא ברור (לא מבקשת העותרים ולא מפסיקתה של הנשיאה נאור) מה בין קריאה אל תוך החוק, שינוי גורף של לשון החוק ופרשנות חוקתית. שם, פס' 69 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

משפט זה אינו שם עצמו בנעליה של הכנסת, וככלל אין בידו להורות על הוספת סעיפים לחקיקה ראשית של הכנסת.³¹⁵

עניין נסר הוא פסק הדין שערך את הדיון המקיף ביותר בשאלה של קריאה אל תוך החוק, והוא גם הפעם היחידה במשפט הישראלי שבה נעשה שימוש בסעד זה בהקשר החוקתי. למעשה, הדיון ואופיו משקפים עד כמה סעד זה רדיקלי ומהי רמת ההצדקה שהוא מצריך. בפסקי הדין הקודמים, שבין עניין דנילוביץ לעניין נסר, לא עמד בית המשפט על סמכותו להפעיל את הסעד, אלא על הסייגים שמונעים אותו מלעשות כן. הפעם, כאשר בית המשפט התכוון להפעילו הלכה למעשה, הרחיבה הנשיאה ביניש גם על מקורותיה וההצדקות שביסודו.

באותה פרשה דובר בשתי קבוצות של עתירות: באחת בוטל סעיף חוק שהוסיף יישובים לא כדין תוך פגיעה בשוויון; ואילו באחרת, אשר היא שעוררה את הסעד, הושמטו שמות של יישובים שהיו זכאים להטבות לפי קנה המידה החוקתי. הנשיאה ביניש החלה את הדיון בעמידה על הקושי שבקריאה אל תוך החוק בהקשר זה (אף שהיא כינתה בתחילה את הסעד "הוצאת צו מוחלט המורה לכנסת לתקן את הפקודה, כך ששם של היישובים הללו ייכלל בה"), שכן "הוספת יישובים אלה לרשימת היישובים הזכאים להטבות מס כמוה כעידוד הפרקטיקה החקיקתית הבעייתית שנקטה בה הכנסת".³¹⁶ אולם היא הסבירה כי נסיבות העניין – ובפרט התמשכות העתירות בציפייה נכזבת שהגורמים הפוליטיים יעשו דבר מה כדי לתקן את העוול – הן שמצדיקות זאת.³¹⁷

עם תום הקביעה העקרונית החלה הנשיאה בדיון העיוני בסעד. היא פתחה בכך שהוא מקובל במשפט האמריקני ובמשפט הקנדי,³¹⁸ ותיארה את התפתחותו במשפט הישראלי דרך עניין דנילוביץ. הנה כי כן, בעניין נסר יש לראשונה התייחסות גם לאפשרות להעניק, ולא רק למגבלות שחלות עליו.³¹⁹ לאחר מכן הראתה הנשיאה כיצד במשפט המשווה תרופה זו נתפסת כ"טבעית" וכ"ראויה".³²⁰ בצד זאת התייחסה הנשיאה גם למגבלות המוטלות על בית המשפט בבואו לבחון את השימוש בסעד, שכולן התבססו על עניין Schachter הקנדי³²¹ – מפסקי הדין המכוננים בשאלת הסעדים בעשור שלאחר חקיקת הצ'רטר הקנדי. היו אלה אותן מגבלות שציינן המשנה לנשיא ברק כשני עשורים קודם לכן. אולם בד בבד הדגישה הנשיאה ביניש כי עלות תקציבית ניכרת

315 עניין המוצעה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 113, פס' 186 לדעת הרוב המשותפת. שתי ההנמקות האחרות עסקו במועד האפשרי של סיום פעולות המנהלה, ובכך שהוראת החוק מאפשרת להסמיק גורם נוסף לבצע את פעולות המנהלה.

316 עניין נסר, לעיל ה"ש 81, פס' 55 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.

317 שם, וראו גם שם, פס' 57 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.

318 שם.

319 שם, פס' 58 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.

320 שם, פס' 59 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.

321 Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679 (Can.).

לבדה אינה יכולה להכריע את הכף בשאלת השימוש בסעד.³²² לאחר שיישמה מבחנים אלה, היא מצאה כי הסעד ראוי בנסיבות העניין, וכי הוא מגשים את עקרון השוויון מבלי לפגוע בסעיף החוק.³²³

העמדה שהציגה הנשיאה ביניש בעניין נסר משקפת גישה עניינית מאוד, של בחינת כל מקרה לגופו. כך, בעניין **האגודה לזכויות האזרח (נתוני תקשורת)** נותרה הנשיאה נאמנה לגישה זו, ודחתה את בקשת העותרים לסעד של קריאה אל תוך החוק מן הטעם המרכזי שקריאה אל תוך החוק נועדה לרפא פגם חוקתי של פגיעה בשוויון, ובמקרה דנן לא דובר כלל בפגיעה בשוויון ולכן יש להעדיף פתרון פרשני.³²⁴ דגש נוסף הוסיפה המשנה לנשיא נאור בעניין **דודיאן**, כאשר ציינה כי סעדים חוקתיים מסוג קריאה אל תוך החוק ודומיו הם "סעדים חוקתיים כבדי משקל, שבית המשפט משתמש בהם במקרים נדירים ובוהירות המתחייבת". היא גם סברה כי מבחינה עניינית נסיבות העניין אינן מאפשרות את השימוש בסעד זה.³²⁵ סירוב ענייני ניתן גם בעניין **אדם**.³²⁶

היבט עקרוני נוסף של המניעה משימוש בסעד הודגש בעניין **משה**, בעקבות פסק דינה של השופטת חיות במיעוט, אשר ביקשה לקרוא אל תוך החוק סעיף חריגים שיוכל להתגבר על הקושי החוקתי שנוצר מהמצב החקיקתי הקיים.³²⁷ אולם סעיף חריגים מעין זה נדון בוועדת המשנה שדנה בחוק, ונדחה שם מפורשות.³²⁸ שופטי ההרכב הביעו על כך ביקורות מפורשות ומנומקות, שבמרכזן הטענה כי גם אם הבסיס לדחיית סעיף החריגים בוועדת המשנה הוא שגוי, "מקום שעמדת המחוקק ברורה, גם על פי תכלית החוק כפי שנחקק (להבדיל משאלות פרשנות במקום הנתון לפרשנות) – על בית המשפט לנקוט זהירות ואין הוא בן חורין להחליט 'על פי מידת כף רגלו', גם אם המדובר במטרה ראויה – וכאן יש להמתין למחוקק".³²⁹

לסיכום, ההתערבות השיפוטית באמצעות הסעד של קריאה אל תוך החוק היא נדירה בהסתכלות כוללת, ומנומקת תמיד. בית המשפט תופס סעד זה כרדיקלי וכחריג. הסקירה מראה גם כי בניגוד לעשור הראשון אחרי המהפכה החוקתית, שבו הדיון בסעד זה היה נדיר, הדיון בקריאה אל תוך החוק הולך וגובר (או שמא נכונותם של העותרים לבקש סעד זה מבית המשפט היא שהולכת וגוברת). יתר על כן, כמעט כל פסקי הדין בסוגיה

322 עניין **נסר**, לעיל ה"ש 81, פס' 59 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.

323 שם, פס' 60 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.

324 עניין **האגודה לזכויות האזרח (נתוני תקשורת)**, לעיל ה"ש 175, פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.

325 עניין **דודיאן**, לעיל ה"ש 119, פס' 59 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור.

326 עניין **אדם**, לעיל ה"ש 81, פס' 116 לפסק דינה של השופטת ארבל.

327 לדיון העקרוני שערכה השופטת חיות בסעד ראו עניין **משה**, לעיל ה"ש 115, פס' 36–38 לפסק דינה.

328 שם, פס' 38 לפסק דינה של השופטת חיות.

329 שם, פס' יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין. ראו גם שם, פס' 5 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור וכן פס' 5 לפסק דינו של השופט ג'ובראן: "בסופו של יום המחוקק החליט שלא לכלול בחוק תרומת ביציות סעיף סל כללי או חריג ספציפי המאפשר מקרה כמו מעין זה שלפנינו. בנסיבות אלה, מספקני אם יש בידינו לקרוא קריאה אשר אינה מתיישבת עם כוונת המחוקק."

הם בעלי ערך דיאלוגי. כמעט בכולם מצוינת העדיפות להתערבות מינימלית בעבודת המחוקק, ועדיפות זו עומדת בליבת המבחנים החוקתיים לשימוש בסעד.

(ד) סעד הליווי

סעד הליווי הוא פרקטיקה חדשה יחסית בפסיקת בית המשפט העליון.³³⁰ מדובר במצב שבו הדיון כולו נהפך מדיון משפטי לגופו של עניין לדיון באשר לאופן הביצוע של החלטות הביניים או פסק הדין. במישור המנהלי מדובר בפיקוח שיפוטי על האופן שבו הממשלה מיישמת את הוראות בית המשפט, ובמישור החקיקתי מדובר בפיקוח שיפוטי על התקדמותם של הליכי חקיקה (בעיקר כאשר העתירה גופה היא לעניין ייזומם או קידומם של הליכי חקיקה). הגם שבשני המקרים מדובר בסעד ליווי, שני הסוגים מעוררים שאלות שונות, לנוכח מיהות הגורם שאליו הם פונים: סעד הליווי המנהלי פונה אל הרשות המבצעת, בעוד סעד הליווי החקיקתי פונה אל הרשות המחוקקת. רק האחרון הוא שמעורר את שאלת הדיאלוג שבה אני עוסקת.

את סעד הליווי יש דרכים רבות להפעיל: הוא יכול להתלוות לצו המצהיר על זכויות העותרים, אך יכול להתנהל שנים רבות גם בהעדרו; הוא יכול להתבסס על אקטיביות של העותרים או על אקטיביות של בית המשפט; ניתן לקבוע יעדים מוגדרים ומדידים או לקבוע עיקרון רחב ולהותיר למדינה את שיקול הדעת כיצד להוציאו אל הפועל, ועוד.³³¹ על כן קשה לאפיין סעד זה אפריורית כבעל אופי דיאלוגי או כנעדר אופי כזה. צורות ההפעלה השונות שלו משנות לגמרי את פניו ואת מאפייניו. כך או כך, יש לתת את הדעת לכך שככלל הוא אינו סעד מביע אמן; הוא סעד משמרטף (babysitting), שעוסק בצורך החוזר לדווח לבית המשפט על ההתקדמות.

פסקי הדין הבולטים של ליווי הם דווקא מהתחום המנהלי, דהיינו, פסקי דין שבהם בית המשפט נתן צו ודרש דיווחים חוזרים בדבר האופן שבו הממשלה ממלאת אחר צו זה. התנהלות זו שגורה בתיקים מנהליים רבים, אך יש כמה פסקי דין בולטים שבהם הדיון עוסק כמעט כל כולו בליווי הרשות, ולא בשאלה המשפטית עצמה.³³² במצב

330 קלעי טוען כי זו פרקטיקה מושרשת, אולם הוא מתייחס לסעד הליווי באופן רחב מאוד, הכולל גם השעיית הליכים על מנת לאפשר לרשויות הפוליטיות לבחון את מדיניותן. קלעי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 39.

331 לדין בחלק מההבחנות שהוצעו כאן ראו: MARK TUSHNET, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 248–249 (2008). ראו גם את ההבחנה בין ליווי "גמיש ומנחה" לבין ליווי "יצירתי וחריף" אצל דוד "החיפוש אחר 'סעדים חברתיים'", לעיל ה"ש 34, בעמ' 122, וכן את ההבחנה בין צו נוקשה לצו מרוכך שהציע מגנט: Joseph Eliot Magnet, *Constitutional Litigation Against Institutions: Remedies*, 42 OTTAWA L. REV. 285, 287 (2011). האפיון העדכני והרחב ביותר של ליווי חקיקה בספרות הישראלית הוצע אך לאחרונה על ידי דוד. ראו לירון דוד "שמרטפות בבג"ץ: בעקבות פרוטוקול הדיון בבג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה (טרם פורסם).

332 ראו בבג"ץ 8397/06 אדוארדו נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007) (מיגון מוסדות חינוך ביישובים

הקלסי בית המשפט מפקח על הרשויות במשך שנים רבות או מזרז אותן להתקדם צעד נוסף.³³³ התרומה המרכזית שיש לפסקי דין אלה לדיון הנוכחי היא תרומה רעיונית לביסוס סעד הליווי. הם נעדרים משמעות דיאלוגית, שכן גם אם ההחלטות העקרוניות בהן ניתנו על יסוד פגיעה בזכויות אדם, אין מדובר בפגיעה בשל חקיקה, אלא בשל יישום החקיקה או יישום סמכויותיה של הרשות המבצעת.

דרך ההפעלה הדיאלוגית ביותר של סעד הליווי היא כאשר בית המשפט קובע החלטה עקרונית ומשאיר לרשויות המדינה את שיקול הדעת כיצד למלא את חובתן. כך עשה השופט לוי (במיעוט) בעניין מחיבות. הוא גרס כי יש להורות למדינה לכבד את זכותם של העותרים לקיום מינימלי בכבוד, אולם בד בבד עמד על כך שבית המשפט יכול אומנם לקבוע אמירה נורמטיבית כי יש רף של קיום מינימלי בכבוד אך אינו יכול לזהותו או להגדירו – משימה זו מוטלת על המדינה.³³⁴ סעד זה דיאלוגי מאוד, ונותן מקום למרחב ההכרעה של הרשויות הפוליטיות. העובדה שהוא בעל "רקמה פתוחה" היא נקודת החוזק שלו אך במקביל גם נקודת החולשה הגדולה שלו, שכן המציאות מראה כי לעיתים, גם כאשר בית המשפט נותן צו אופרטיבי, אין זה מספיק, ויש צורך בפיקוח.

"השלב הבא" של הסעד הוא סעד הליווי של החקיקה. לסוגיה זו יש קשר, לעיתים הדוק, למתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה, שם בית המשפט מצפה לעדכונים מהמדינה באשר להתקדמות של תהליך החקיקה. אולם יש מקרים מובהקים יותר מאלה,

בעוטר עזה; בג"ץ 5587/07 עוזיאל נ' מס רכוש וקרן פיצויים (פורסם באר"ש, 2.3.2008) (מינוי ועדת ערר לפי תקנות 11–12 לתקנות מס רכוש וקרן פיצויים (תשלום פיצויים) (נוק מלחמה ונוק עקיף), התשל"ג-1973); בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך (פורסם באר"ש, 6.2.2011) (כיתות לימוד לילדי מזרח ירושלים); בג"ץ 9949/08 חמאד נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 25.12.2014) (פינוי עמונה); בג"ץ 2455/14 העמותה לקידום הפיזיותרפיה בישראל נ' המועצה להשכלה גבוהה (פורסם באר"ש, 29.9.2016) (הסדרת מערך ההתנסות הקלינית של לימודי הפיזיותרפיה בישראל); בג"ץ 6906/13 טוהא נ' רשות מקרקעי ישראל (פורסם באר"ש, 7.2.2017) (הקצאת מקרקעין בכפר ראמה); בג"ץ 2297/15 ראש מועצת כפר יאסוף נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 7.2.2017) (פינוי תפוח מערב); בג"ץ 5019/14 אבו עפאש נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 26.3.2017) (מיגון מפני רקטות בפזורה הבדווית); בג"ץ 8749/13 שפיר נ' שר האוצר (פורסם באר"ש, 13.8.2017) (גיבוש נוהל לעבודה משותפת של ועדת הכספים ומשרד האוצר); בג"ץ 2792/17 דלאל נ' שר הפנים (פורסם באר"ש, 18.10.2017) (העומס בלשכת רישום האוכלוסין במזרח ירושלים); בג"ץ 5833/08 עמותת נגישות ישראל נ' שר התחבורה (טרם נפסק) (התקנת תקנות נגישות לבעלי מוגבלות) – ראו בפרט שם, החלטה מיום 9.4.2017 (פורסמה באר"ש); בג"ץ 8213/14 כהנא דרור נ' השר לשירותי דת (פורסם בנבו, 15.8.2017) (שינוי תקנות המאפשרות לנשים לכהן בתפקידי ניהול בבתי הדין הרבניים).

333 ראו עניין עוזיאל, שם, פס' ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין, אשר עומד שם על תפקידו של בית המשפט, שלא עסק ב"כתיבת פסק דין משפטי מלומד, אלא בליווי הרשויות תוך עידוד וחירוז פעולתן, מעשה אומנות או שמרטף... תפקיד זה משמעו שהתיק אינו נסגר ונגנז אלא נותר חי, עד להסדר סביר של הבעיה שהועלתה בעתירה".

334 עניין מחיבות, לעיל ה"ש 157, פס' 24–26 לפסק דינו של השופט לוי.

שכל כולם נסכים סביב ליווי החקיקה, כאשר בית המשפט אינו "מגלה נכונות" להמתין לחקיקה, אלא מבקש לדרכן אותה. כך היה בכמה מקרים שבהם עמד בית המשפט בריש גלי על כך שההחלטות השיפוטיות מיועדות לזרז את הליך החקיקה הרצוי.³³⁵ במקרים אחרים, לעומת זאת, החליט בית המשפט מפורשות להימנע מלהיות זרז או תמריץ שיפוטי לחקיקה.³³⁶

בולט במיוחד בקטגוריה זו הוא פסק הדין בעניין **האגודה לזכויות האזרח (חקיקת שעת חירום)**. פסק דין זה מדגים היטב את הקשר שבין מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה לבין סעד הליווי. המדינה לא חלקה כלל על הצורך לנתק את דברי החקיקה מקיומה של שעת חירום, והדיונים המרובים נסבו כולם סביב ההתקדמות – חוק אחר חוק, תזכיר אחר תזכיר – של החקיקה בנושא. העתירה הוגשה בשנת 1999, ופסק הדין ניתן בשנת 2012. שלושה עשר שנים תמימות חלפו בין שני המועדים. בפסקות לא מעטות תיאר השופט רובינשטיין את השתלשלות העניינים העובדתית, הבטחונית, החקיקתית והמשפטית בתיק.³³⁷ לאחר מכן הוא קבע כי לנוכח ההתקדמות החקיקתית המשמעותית, אין צורך באותה עת במעורבות של בית המשפט, אם כי דלתותיו נותרות פתוחות לפני העותרים. בד בבד הוא הדגיש כי לעיתים אין מוצא משמרטפות שיפוטיות שבכוחה להניע את גלגלי החקיקה, וכי מחויבותה העתידית של המדינה להמשיך את תהליכי החקיקה עומדת בעינה.³³⁸

מקרים אחרים שילבו ליווי הן של החקיקה והן של יישומה, כפי היה בעניין מינויה של מועצת מקרקעי ישראל, כאשר בית המשפט כחן הן את השינויים בחקיקה ליצירת חובת ייצוג הולם והן את המינויים שנעשו בשטח באותה תקופה.³³⁹

335 שם, פס' טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין **חוק טל 2012**, לעיל ה"ש 121, פס' 2 ו-21 לפסק דינה של השופטת ארבל (במיעוט) ופסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. ראו גם בג"ץ 9604/10 **ארגון אלמנות ויתומי צה"ל נ' שר הבטחון** (פורסם באר"ש, 21.9.2011).

336 חודשיים לאחר פסק הדין בעניין **ארגון אלמנות ויתומי צה"ל**, שם, ניתן פסק הדין בעניין **מילועוף**, לעיל ה"ש 254, שבו דחה בית המשפט הענקת סעד של ליווי חקיקתי. השופט גרוניס השתכנע שהגורמים הרלוונטיים פועלים בנושא, לאחר שניכרה התקדמות ממשיית בשנתיים שקדמו להגשת העתירה (מינוי ועדה בין-משרדית, הגשת המלצות וגיבוש טיוטה ראשונית להצעת חוק). אומנם גם הוא סבר כי הרשויות אינן "זריזות" דיין, וכי מוטב לפעול בקצב מהיר יותר להסדרת הנושא, אך בהתחשב בכך שאכן נרשמה התקדמות, "אין סיבה להותיר את העתירה תלויה ועומדת על מנת שתשמש כממריץ לפעולה מהירה יותר של הרשויות. יש לקוות שהנושא אכן יוסדר בלא צורך במעורבות של בית המשפט". ראו שם, פס' 5–6 לפסק דינו של השופט גרוניס. (ראו בהקשר זה את הפער בין גישה זו לבין הימנעותו של השופט גרוניס מלהשעות את הסעד בבש"פ **פלוגי**, לעיל ה"ש 115, פס' 7 לפסק דינו, בהנמקה שאי-ההשעיה תתמרץ את המחוקק לפעול מהר יותר).

337 עניין **האגודה לזכויות האזרח (חקיקת שעת חירום)**, לעיל ה"ש 250, פס' ה–י לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

338 שם, פס' יג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

339 בג"ץ 8318/10 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הממשלה** (פורסם באר"ש, 24.8.2017).

(ה) סעדים נוספים

המעיינת בפסיקה תגלה כי הסקירה שהצגתי עד כה משקפת לרוב את רוח הפסיקה, אך לא באופן ממצה. יש לעמוד על כך שיש סעדים שבית המשפט מוכן להעניק באופן חריג, ויש סעדים שבית המשפט נמנע באופן שיטתי מלהעניק. רובם, עם זאת, אינם מרכזיים דיים במשפט הישראלי באופן שיצדיק התמקדות בכל אחד מהם מזווית ראייה דיאלוגית.

מקרה בולט הוא שינוי שיפוטי מפורש של לשון החוק לא באמצעות אחד הסעדים החוקתיים המוכרים, שיש להם הצדקות כמו גם מגבלות. המקרה היחיד מסוג זה שנרשם עד כה בפסיקה החוקתית בישראל הוא עניין **המועצה האזורית חוף עזה**, שם שינה בית המשפט ממש את לשון החוק.³⁴⁰ בעניין **שליטנר**, כשש שנים אחר כך, ביקשו העותרים סעד דומה, אך נדחו בהנמקה שזוהי מלאכה למחוקק, והסעד המבוקש שמור למקרים "חריגים שבחריגים".³⁴¹ גישה אחרונה זו היא שהשתרשה בפסיקה.³⁴² גם קביעה שיפוטית של אמות מידה מהווה סעד מרחיק לכת. לרוב בקשה זו מובילה לסירוב, תוך הנמקה מפורשת שאין זה מתפקידו של בית המשפט,³⁴³ אך לעיתים היא דווקא זוכה בתמיכה ובהיענות שיפוטית.³⁴⁴ בהקשרים אחרים בית המשפט עורך תמרונים משפטיים "יצירתיים" כדי להגיע לתוצאה חוקתית רצויה.³⁴⁵

340 נקבע כי מנגנון אי-החזרה בשומה פרטנית הוא בלתי חוקתי, ולכן ההוראה בוטלה. אולם, מכיוון שחלק מהמפונים כבר נמנעו מלפנות למסלול של שומה פרטנית עקב אי-יכולת החזרה שנקבעה בסעיף שבטל, שינה בית המשפט גם את המועד שצוין בס' 37(ג) לחוק, וקבע כי הוא יהיה שלוש ימים מיום מתן פסק הדין. עניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 113, בעמ' 746.

341 עניין **שליטנר**, לעיל ה"ש 160, פס' 29 לפסק דינו של השופט מלצר.
342 עניין **רונן**, לעיל ה"ש 115, פס' 18 לפסק דינו של השופט גרוניס; בג"ץ 8940/14 **א.פ.ט אדוונסד פאואר טכנולוגי בע"מ נ' כנסת ישראל**, פסק דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 18.1.2015); עניין **איגוד הבנקים**, לעיל ה"ש 115, פס' 69 לפסק דינה של הנשיאה נאור. כחריג בולט ראו עניין **סבח**, לעיל ה"ש 115, פס' 18–19 לפסק דינו של השופט הנדל (במיעוט), שסבר כי יש להורות על בטלות הסעיף הקובע את ההרכב הנוכחי, ותחתיו לקבוע סעיף חדש שבו לחברי היישוב אין רוב בהרכב של ועדת הקבלה. הוא לא דן ברקע העיוני להענקת סעד זה, אך הוא דן בטיב השינוי ("שוליי") ובהשלכותיו (בעל השלכה ממשית).

343 עניין **נסר**, לעיל ה"ש 81, פס' 62 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין **עדאלה (הפליה במשורר הדתות)**, לעיל ה"ש 156, פס' 3 לפסק דינו של השופט חשין.

344 עניין **סבח**, לעיל ה"ש 115, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות; בג"ץ 1355/01 **סולודקין נ' עיריית בית-שמש**, פ"ד נח(5) 595 (2004), שם במסווה של הנחיה שיפוטית קבע הנשיא ברק אמות מידה מפורטות מאוד לשקילה על ידי הרשות. שם, פס' 38–39 לפסק דינו.

345 דוגמה מצוינת לכך מצויה בעניין **איגוד הבנקים**, לעיל ה"ש 115. קושי מרכזי באותו מקרה העלתה "תקופת ההתארגנות", שבמסגרתה בכירים בעלי שכר גבוה יכולים לעזוב בתנאים הקודמים שהובטחו להם, שמשכה היה רק חצי שנה מפרסום החוק. כפי שהסבירה הנשיאה נאור, בית המשפט לא היה יכול לשנות את התקופה. שם, פס' 69 לפסק דינה. הפתרון שנמצא נשען על צו הביניים שניתן בעתירה כחודשיים לפני פסק הדין, שבו "הוקפאה" תקופת ההתארגנות למשך ארבעים וחמישה ימים מההכרעה בעתירה (או ביטול צו הביניים). שם, החלטה מיום 11.7.2016 (פורסמה

סעד מרכזי שבית המשפט מסרב באופן עקבי למדי לתיתו (אם כי לא תמיד באופן שמתיישב לחלוטין עם סעד הליווי, למשל, שמאיץ בכנסת לחוקק) הוא להורות לחוקק לחוקק. דווקא בהקשר זה, שם יש הצדקות רבות לכלל, ההנמקה לרוב מינימליסטית.³⁴⁶ מצוטטת במיוחד ההנמקה התכליתית של המשנה לנשיא חשין בעניין **עמותת "אלערפאן"**:

"העתירה הנוכחית מבקשת אותנו כי נורה את שר האוצר ואת שרת החינוך כי יעשו לתיקון הוראת סעיף 3א לחוק-יסודות התקציב, ואנו לא ידענו מניין היא סמכותנו כך להורות את הממשלה ושרים בה. אכן, היוזמה לתיקון חוק מצויה בסמכותן של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת וזו תורת הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות. אם מבקשת היא העותרת כי ייעשה לתיקון חוק יסודות התקציב – או כל חוק אחר – לתיקון ההפליה, חייבת היא למצוא סעד ומזור ברשות המחוקקת או ברשות המבצעת. לא בבית משפט."³⁴⁷

באר"ש). הנשיאה הורתה בצעד חריג להאריך את צו הביניים בכשלושה חודשים נוספים ממועד פסק הדין, ובכך, הלכה למעשה, יצרה תקופת התארגנות ארוכה יותר. השופט מלצר הצטרף לגישה זו. שם, פס' 9 לפסק דינו. המשנה לנשיאה רובינשטיין ניסה לפתור את הקושי שנוצר באמצעות האמירה שלפיה "דומה כי הארכת צו הביניים מהווה למעשה מעין תמונת ראי של הפרקטיקה, אשר הורתה בפסיקה, של השעיית הסעד הסופי בעתירה" (שם, פס' יד לפסק דינו), והפנה לעניין **לשכת מנהלי ההשקעות** (לעיל ה"ש 78). ראו גם, למשל, עניין **דסטו**, לעיל ה"ש 81, פס' 14 לפסק דינו של השופט מלצר, שם בצעד יוצא דופן המליץ השופט מלצר להחזיר את החוק לכנסת על מנת שזו תדון באפשרויות השונות באשר לחלופת התיחום, ותחוקק חלופה העומדת במבחני המידתיות בהתאם להערותיו של בית המשפט. סעד יחסי דומה ניתן במסגרת בטלות חקיקה – אך לא מפאת אי-חוקתיותו של החוק – בעניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 160. אף שהסוגיה עלתה לדיון בהליכי הביניים והיועץ המשפטי לממשלה התנגד נחרצות למתן סעד זה (ראו שם, פרוטוקול הדיון מיום 9.5.2017; החלטה מיום 9.5.2017 (פורסמה באר"ש); הודעת המדינה מיום 15.5.2017), נקט בית המשפט את הסעד והורה על בטלות הדיונים בוועדת הכספים לקראת הקריאות השנייה והשלישית, תוך שהוא נמנע מלבטל את ההליך כולו מבראשית. שם, פס' 98–104 לפסק דינו של השופט סולברג.

346 בג"ץ 6789/93 **"תכלית נכונה לקליטה" נ' שר הבריאות**, פ"ד נא(1) 520 (1997) (פסק דין משותף לשופטים גולדברג, קדמי וזמיר); בג"ץ 10253/04 **העמותה לקידום הפיזיותרפיה בישראל נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות**, פס' 2, 4 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם באר"ש, 30.1.2005).

347 בג"ץ 5677/04 **עמותת "אלערפאן" נ' שר האוצר**, פסק דינו של המשנה לנשיא חשין (פורסם באר"ש, 16.3.2005). ראו גם עניין **דודיאן**, לעיל ה"ש 119, פס' 60 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור; בג"ץ 5472/12 **קליין נ' משרד התמ"ת**, פסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם באר"ש, 18.12.2012); בג"ץ 6820/12 **שמיר נ' כנסת ישראל**, פסק דינו של השופט זילברטל (פורסם באר"ש, 24.12.2012); בג"ץ 5186/13 **מאיר נ' ממשלת ישראל**, פס' 4 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם באר"ש, 4.12.2013); בג"ץ 7251/16 **שמיר נ' כנסת ישראל** (פורסם באר"ש, 5.6.2017).

דברים אלה תקפים גם כיום,³⁴⁸ אך החלו לבצבץ חריצים בסירובו האיתן של בית המשפט בהקשר זה.³⁴⁹ במקרים אחרים נדחו סעדים נוספים בשל היותם לא סבירים או לא מעשיים.³⁵⁰ בית המשפט נמנע גם מלהעניק סעד הפוטר את רשויות המדינה מלציית לחוק קיים.³⁵¹ נוסף על כך, בשורה של מקרים קבע בית המשפט כי יש להימנע מלהתערב בתהליך החקיקה כל עוד הוא נמשך, "למעט במקרים נדירים ויוצאי דופן".³⁵² גם סעדים מסוג פטור חוקתי,³⁵³ פיצויים חוקתיים³⁵⁴ והצהרת אי-התאמה³⁵⁵ טרם יושמו בפסיקה.

348 בג"ץ 11716/05 פרץ נ' יו"ר הכנסת, פס' 3 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם באר"ש, 7.3.2006); בג"ץ 129/13 אקסלרוד נ' ממשלת ישראל, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 26.1.2014); בג"ץ 8233/13 כץ נ' כנסת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם באר"ש, 10.3.2014); עניין ייצוא הגז, לעיל ה"ש 163, פס' 48 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; עניין פלונית נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 252, פס' 2 לפסק דינו של השופט פוגלמן; בג"ץ 4191/16 דולב נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם באר"ש, 12.9.2017).

349 בבג"ץ 343/08 רוה נ' שר המשפטים, פס' 3 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם באר"ש, 29.7.2008), כתבה השופטת פרוקצ'יה כי ייתכן לכך חריג "במצבים קיצוניים של פגיעה בזכויות אדם" (אמירה זו אינה מדויקת מבחינה אנליטית, שכן אין מדובר בהתערבות בהליכי חקיקה, אלא בייזום חקיקה, וזו סוגיה שונה באופן יסודי). לפתח רחב יותר בפסיקה העדכנית ראו עניין ארד-פנקס, לעיל ה"ש 131, פס' 8 לפסק דינו של השופט מלצר. מעניין שיש "תזווה" גם בספרות בתחום זה, ומוצעים בסיסים עיוניים למתן הכשר למהלך שיפוטי מעין זה. אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" ספר מרדכי (מוטה) קרמניצר 15 (אריאל בנדור, חאלד גנאים ואילן סבן עורכים, 2017); ברק "על תורת הסעדים החוקתיים", לעיל ה"ש 14; פוליאק, לעיל ה"ש 6. פוליאק אף הדגיש את הערך הדיאלוגי של השימוש בסעד זה, ככל שהוא נעשה באופן מדורג ומבוסס תגובה.

350 ראו, למשל, בג"ץ 7722/05 בר אילן נ' ממשלת ישראל, פסק דינו של השופט ריבלין (פורסם באר"ש, 16.8.2005).

351 עניין שליטנר, לעיל ה"ש 160, פס' 85 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, פס' 1 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

352 בג"ץ 4572/03 המועצה הלאומית לשלום הילד נ' ממשלת ישראל 3 (פורסם באר"ש, 26.5.2003); עניין העמותה לקידום הפיזיותרפיה בישראל, לעיל ה"ש 346, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוניס; בג"ץ 10270/07 האגודה לזכויות החולה נ' הכנסת, פס' 2, 6–7 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם באר"ש, 26.12.2007); עניין מאיר, לעיל ה"ש 347, פס' 4 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

353 לגישה התומכת בהענקת פטור חוקתי נלווה להשעיית הכרזות בטלות, וכן לגישה דומה לה, ראו גם את כתיבתו של ברק עור בשנת 1994: ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 164, בעמ' 743. יותר משני עשורים אחר כך הוא המשיך לדבוק בגישה זו: ברק "על תורת הסעדים החוקתיים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 373. ראו גם מרזל "השעיית הכרזות הבטלות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 99; מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 269; Roach, Enforcement of the Charter; לעיל ה"ש 168, בעמ' 507; Grant R. Hoole, Proportionality as a Remedial Principle: A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law, 49 ALTA L. REV. 107, 128–131 (2011).

4. תגובות חקיקתיות

הגם שפרק זה של המחקר מתמקד בפסיקות חוקתיות על בסיס זכויות אדם – ומכאן צמצום טווח המחקר לפסיקות חוקתיות ועקרוניות החל בשנת 1992 עם כינון חוקי היסוד בדבר זכויות האדם – אציע סקירה קצרה גם של ארבעת פסקי הדין שביטלו חקיקה על בסיס פורמלי, דרך סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. זאת, כדי לחדד את המסקנה שדיאלוג הבנוי על תגובה חקיקתית אינו זר למשפט הישראלי, ומהווה נדבך יסודי בו כבר מסוף שנות השישים.³⁵⁶ לאחר מכן אדון בפסקי הדין שביטלו חקיקה ראשית משום שזו סתרה את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או את חוק-יסוד: חופש העיסוק מבלי לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה. בכל אחד מהמקרים אתייחס לשאלה אם הייתה תגובה חקיקתית – אם הייתה, אתאר מה היה טיבה; ואם לא הייתה, אסביר מדוע להשעיתי לא הייתה. אסיים את הדיון בהצבעה על כמה מאפיינים של תגובות חקיקתיות שיש להם תרומה לדיאלוג.

(א) דיאלוג המשפט המקובל

פסק הדין הראשון שביטל חקיקה ראשית היה עניין **ברגמן** מסוף שנות השישים.³⁵⁷ בית המשפט קבע כי סעיף 6 לחוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת), התשכ"ט-1969, אשר הגביל את המימון למפלגות המיוצגות בכנסת השישית בלבד (הכנסת היוצאת בעת חקיקת החוק), פוגע בשוויון הסיכויים של מפלגות חדשות להיבחר לכנסת, המעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. החוק בוטל שכן הוא לא נחקק ברוב הדרוש של שישים ואחד חברי כנסת. חמישה ימים לאחר פסק הדין פורסמו יחדיו שתי הצעות חוק, אשר נועדו, לפי המבוא ודברי ההסבר להצעות, לתקן את החוק בהתאם לקביעה השיפוטית.³⁵⁸ האחת הייתה הצעת חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת) (תיקון), אשר אימצה את הצעתו של השופט לנדוי בפסק הדין (הענקת מימון בדיעבד למפלגות חדשות, לאחר בחירתן, בתנאים זהים לאלה של שאר המפלגות); והאחרת הייתה הצעת חוק הבחירות (אישור תקפם של חוקים), ובה סעיף אחד, שלפיו "ההוראות

354 לדיון בפיוזיים חוקתיים, אם כי בעיקר מבעד לפריזמה של הפרת זכויות חוקתיות על ידי הרשות המבצעת, ראו רע"א 2063/16 **גליק נ' משטרת ישראל** (פורסם באר"ש, 19.1.2017).

355 ראו דחייה אקטיבית של סעד זה בעניין **האגודה לשמירת זכויות הפרט**, לעיל ה"ש 182, פס' לו-לז לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

356 ראו סקירה של דיאלוג המשפט המקובל גם אצל ווייל: Weill, *Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review*, לעיל ה"ש 83.

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

358 מבוא להצעת חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת) (תיקון), התשכ"ט-1969, ה"ח 318; דברי ההסבר להצעת חוק הבחירות (אישור תקפם של חוקים), התשכ"ט-1969, ה"ח 322. מכאן ואילך, מקום שתיאור התגובה החקיקתית אינו מתייחס למבוא או לדברי ההסבר בהצעת החוק, משמעות הדבר היא שאין בהצעה התייחסות לפסק הדין.

הכלולות בחוקי הבחירות לכנסת הן תקיפות לכל דין ולכל דבר וענין מיום תחילתן".³⁵⁹ שני החוקים התקבלו ברוב של שישים ואחד חברי כנסת בכל אחת מהקריאות, ופורסמו תשעה-עשר ימים לאחר פסק הדין.

בעניין דרך ארץ,³⁶⁰ משנת 1981, עמד חוק הבחירות (דרכי תעמולה) (תיקון מס' 6), התשמ"א-1981, לבחינה חוקתית. התיקון שינה את המכסות של זמן התעמולה באופן שהעניק זמן תעמולה רב יותר למפלגות קיימות והקטין את זמן התעמולה של מפלגות חדשות.³⁶¹ בית המשפט קבע כי גם מבלי לתחום מהי מסגרת הזמן המדויקת שמגשימה את עקרון השוויון (היחסי), תיקון מס' 6 פוגע בעקרון השוויון שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ולפיכך, משלא נחקק ברוב של שישים ואחד חברי כנסת, אין הוא יכול לעמוד. תוך תשעה-עשר ימים מהצו שניתן בפסק הדין, ועוד לפני שפורסמו הנימוקים, פורסם בספר החוקים חוק הבחירות (דרכי תעמולה) (תיקון מס' 7), התשמ"א-1981. בתיקון הוספו שתי דקות לכל מפלגה (קיימת או יוצאת) בשידורי הרדיו ובשידורי הטלוויזיה. מכסות הזמן לחברי כנסת במפלגה המיוצגת בכנסת היוצאת נותרו כפי שנקבעו בתיקון מס' 362.6

בעניין רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת³⁶³ נדונה חוקתיותו של סעיף 9 לחוק מימון מפלגות (תיקון מס' 5), התשמ"ב-1982. דובר בהגדלה רטרופקטיבית של יחידת המימון לפי חוק מימון מפלגות, התשל"ג-1973, לאחר שהתברר כי חמש סיעות בכנסת היוצאת חרגו מהוצאות הבחירות המותרות באופן ששלל מהן את יתרת מימון הבחירות. בית המשפט קיבל את העתירה, ופסק כי ההחלה הרטרופקטיבית של התיקון בסעיף 9 הובילה לפגיעה בשוויון הסיכויים של המפלגות בכנסת היוצאת שכלכלו את עצמן בהתאם להוראות החוק כפי שהיה בתוקף קודם לכן, ונמנעו מלחרוג מהוצאות הבחירות המותרות. משכך, הואיל והתיקון לא נחקק ברוב של שישים ואחד חברי כנסת, אי-אפשר ליישם את הוראות חוק מימון מפלגות לאורו. פסק הדין לא הוביל לחקיקת המשך. נסיבות המקרה, ובפרט העובדה שדבר החקיקה שנתקף לא היה התיקון עצמו, אלא

359 ס' 1 (א) להצעת חוק הבחירות (אישור תקפם של חוקים). ס' 1 (ב) מציין כמה חוקי בחירות פרטניים, והסיפא שלו כולל גם כל הוראת חוק אחרת הנוגעת בבחירות. בבג"ץ 410/91 בלום נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מו(2) 201 (1992), נתן בית המשפט תוקף מלא לתגובה חקיקתית זו, כאשר נתקפה חוקתיותו של חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 11), ס"ח התש"ן 196.

360 בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981).
361 ההסדר שהיה בתוקף לפני תיקון מס' 6 לחוק הבחירות העניק 25 דקות למפלגה (קיימת או חדשה) ו-4 דקות לכל חבר במפלגה המיוצגת בכנסת היוצאת בשידורי רדיו, ו-10 דקות למפלגה ו-4 דקות לכל חבר במפלגה המיוצגת בכנסת היוצאת בשידורי טלוויזיה. תיקון מס' 6 קבע כי יש להעניק 23 דקות למפלגה ו-6 דקות לכל חבר במפלגה המיוצגת בכנסת היוצאת בשידורי רדיו, ו-8 דקות למפלגה ו-6 דקות לכל חבר במפלגה המיוצגת בכנסת היוצאת בשידורי טלוויזיה.

362 אם כן, לאחר תיקון מס' 7 לחוק הבחירות העניק ההסדר 25 דקות למפלגה ו-6 דקות לכל חבר במפלגה המיוצגת בכנסת היוצאת בשידורי רדיו, ו-10 דקות למפלגה ו-6 דקות לכל חבר במפלגה המיוצגת בכנסת היוצאת בשידורי טלוויזיה.

363 בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983).

האופי הרטרופקטיבי שלו כך שיחול על המפלגות בכנסת היוצאת, לא השאירו כל טעם בתגובה חקיקתית משמעותית. אומנם, במישור התיאורטי יכלה הכנסת לשוב ולחוקק את אותו חוק ברוב של שישים ואחד חברי כנסת, אך ספק אם באותה עת היא הייתה יכולה לגייס רוב למהלך, שכן רוב המפלגות (שלא חרגו מהוצאות המימון המותרות) היו נפגעות ממהלך זה, ועל כן סביר להניח שהן לא היו נותנות את ידן להכשרתו.

בעניין לאור³⁶⁴ נדון סעיף 2 לחוק מימון מפלגות (תיקון מס' 8), התשמ"ט-1988, שביקש לאשרר את החלטת ועדת הכספים של הכנסת שהגדילה באופן רטרואקטיבי את יחידת המימון שכל סיעה זכאית לה. הצעת החוק עברה את הקריאה הטורמית ברוב רגיל, ואת שאר הקריאות ברוב של יותר משישים ואחד חברי כנסת. בפסק הדין נקבע כי האופי הרטרואקטיבי של התיקון פוגע בעקרון השוויון שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, שכן "הוא משנה למפרע את הציפיות הסבירות ואת ההזדמנויות שעמדו לרשות הסיעות השונות".³⁶⁵ עוד נקבע כי קריאה מוקדמת מהווה שלב משלבי החקיקה, כאמור בסעיף 46 לחוק-יסוד: הכנסת. על כן, לנוכח הפגיעה בשוויון ואי-העמידה בתנאים הפורמליים שסעיף 46 מציב, סעיף 2 האמור בטל. כעבור חודש ומחצה תוקן חוק-יסוד: הכנסת בתיקון מס' 11, אשר שינה את הקביעה השיפוטית והכשיר רטרואקטיבית את סעיף 2. התיקון שינה את סעיף 46 לחוק היסוד, וקבע מפורשות את הנוסח "בקריאה הראשונה, בקריאה השנייה ובקריאה השלישית"; נתן לסעיף תוקף רטרואקטיבי מיום חקיקת חוק היסוד; ואשרר רטרואקטיבית את התיקון שנתקף בעניין לאור³⁶⁶. דברי ההסבר להצעת החוק הפנו לפסק הדין, ביקשו לאמץ את דעת המיעוט של השופט ברק, והוסיפו: "תוצאותיה של פסיקת הרוב עשויות לפגוע בתקפה של חקיקה קיימת, מעבר לזו שנדונה בפסיקה האמורה של הבג"ץ; מוצע על כן לתקן את החוק כך שיאמר במפורש את אשר לא היטיב המחוקק בשעתו להביע בניסוחו".³⁶⁷

(ב) תגובות חקיקתיות לאחר חוקי היסוד של 1992

בעניין לשכת מנהלי ההשקעות נפסלה הוראת המעבר בחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995 (כיום חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995). החוק הציב דרישת רישיון לצורך עיסוק בניהול תיקי השקעות, ולצורך זה נקבעה בחינת רישוי. הוראת המעבר קבעה כי רק מי שעסק בישראל לפחות שבע שנים בניהול תיקי השקעות פטור מבחינה זו (בכפוף לחריג שלפיו ניתן להעניק רישיון גם למי שעסק תקופה קצרה מזו

364 בג"ץ 142/89 תנועת לאור – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990).

365 שם, בעמ' 538.

366 "למען הסר ספק נקבע בזה כי חוק לשינוי סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, שנתקבל לפני תחילתו של חוק-יסוד זה ושמליאת הכנסת החליטה לגביו בקריאה הראשונה, השנייה והשלישית ברוב של חברי הכנסת, יהיה תקף מיום פרסומו, לכל דין ולכל דבר וענין, אף אם החלטת מליאת הכנסת בדין המוקדם של אותו חוק היתה ברוב רגיל." ס' 3 לחוק-יסוד הכנסת (תיקון מס' 11).

367 דברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 23), ה"ח התש"ן 280.

"מנימוקים מיוחדים"). בית המשפט קבע כי ההוראה פוגעת בחופש העיסוק, המעוגן בחוק-יסוד: חופש העיסוק, באופן שאינו מידתי. הסעד הושעה למשך שלושה חודשים.³⁶⁸

תשעה חודשים לאחר מכן נחקק חוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון מס' 4), התשנ"ח-1998. ההסדר החדש קבע פטור מלא מבחינות רישוי³⁶⁹ למי שעסק בניהול תיקים או ביעוץ השקעות בתקופת ארבע השנים שקדמו לפרסום התיקון.³⁷⁰ בדברי ההסבר מצוין כי בהתאם לפסיקת בית המשפט יש לקבוע הסדר חדש.³⁷¹

בעניין צמח³⁷² עסק בית המשפט בשאלת חוקתיותו של ההסדר הקבוע בסעיף 237א(א) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, המאפשר לקצין שיפוט שהוא שוטר צבאי להורות על מעצרו של חייל לתקופה מרבית של תשעים ושש שעות. הגם שדובר בתיקון מיטיב לעומת ההסדר החוקי הקודם, נפסק כי ההסדר פוגע בזכות לחירות אישית במידה העולה על הנדרש, ולכן בטל. הכרזת הבטלות הושעתה למשך תקופה של שישה חודשים.

כעבור כמעט שישה חודשים נחקק חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 36), התש"ס-2000. התיקון קיצר את תקופת המעצר בסעיף 237א(א) לארבעים ושמונה שעות (משך זמן שבית המשפט ראה כמידתי)³⁷³ ואף קיצר מועדים נוספים בחוק.³⁷⁴ בדברי ההסבר מבוואר כי בית המשפט קבע בעניין צמח כי משך תקופת המעצר הקיים אינו מידתי, ו"החוק המוצע בזה בא לתקן מצב זה". המטרה, כפי שהוצגה, היא להשוות את משך הזמן למועדים הקבועים בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (שהם קצרים יותר), תוך איזון מול "צורכי המשמעת, הסדר והיעילות הצבאיים".³⁷⁵

368 יוער כי ממילא הוסכם בין הצדדים במסגרת ההליכים המשפטיים כי עד יום 31.12.1997 (המועד שבו היה הסעד עתיד להיכנס לתוקף, בהעדר חקיקה מתקנת) יוכלו כלל העוסקים הישנים בניהול תיקי השקעות להמשיך לעבוד במקצוע גם בהעדר רישיון. עניין לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 78, בעמ' 416 (הנשיא ברק).

369 למעט בחינה באתיקה מקצועית, שעל הצורך בה לא חלקו כלל העותרים.
370 השוו לפסק הדין, שם הכיר בית המשפט בכך שגם הסדר מדורג יעמוד באמות המידה החוקתיות. עניין לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 78, בעמ' 410 (הנשיא ברק).

371 דברי ההסבר להצעת חוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון מס' 2) התשנ"ח-1997, ה"ח 82.

372 עניין צמח, לעיל ה"ש 124.
373 ואף המדינה ראתה בכך פרק זמן רצוי, כפי שפורט בפסק הדין. שם, בעמ' 283–284 (השופט זמיר).

374 בסיכומי טענותיה בהליך המשפטי הצביעה המדינה על כוונה לקצר את תקופות המעצרים בחוק ולהשוותן לתקופות המעצרים האזרחיות. שם, בעמ' 274. אולם מפסק הדין עולה כי "כוונה" זו הייתה קיימת זמן רב, ולכן ניתן להסיק כי ההליך המשפטי הוא שהניע הלכה למעשה את הרפורמה החקיקתית, גם אם הייתה כוונה עקרונית לערוך אותה קודם לכן.

375 דברי ההסבר להצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 36) (קיצור תקופת המעצר), התש"ס-2000, ה"ח 247.

בבג"ץ אורון³⁷⁶ נתקפה חוקתיותו של סעיף 3(7) לחוק הבזק, התשמ"ב-1982 (כיום חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982), אשר פטר כל מי שהפעיל במשך חמש שנים רצופות תחנת רדיו שנקלטה במרבית שטחי ישראל מחובת הרישיון הדרוש לשם הפעלת תחנת רדיו. הפגיעה המרכזית שזוהתה בתיקון, אשר הלכה למעשה העניק פטור מרישוי לערוץ 7, היא פגיעה בחופש התחרות, שמוגן כחלק מהזכות לחופש העיסוק. התכלית נמצאה ראויה, אף שבדוחק רב, אך נקבע כי הסעיף אינו עומד בשום מבחן ממבחני המשנה של המידתיות.

ניתן לעמוד על שני טעמים מסבירים להעדר התגובה החקיקתית. האחד הוא מעשי: עם סגירת התחנה החל ערוץ 7 לשדר את שידוריו במרשתת, ולכן לא היה צורך ממשי בתגובה חקיקתית כדי להכשיר את שידוריו. האחר הוא פוליטי: סעיף 3(7) לא הופיע בהצעת החוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1997, שהובאה לכנסת לקריאה הראשונה,³⁷⁷ והוא חוקק כתוצאה מהסתייגות של חבר הכנסת צבי הנדל בדיון.³⁷⁸ הסעיף שתוקן לא שיקף אם כן אינטרס מוסדי של הכנסת, ואפילו היועץ המשפטי לממשלה הצטרף לעמדת העותרים. מכאן שהצורך בתגובה חקיקתית מנקודת מבטה של הכנסת נדמה כקלוש, אף שפסק הדין אפשר תגובה מעין זו.

בעניין המועצה האזורית חוף עזה³⁷⁹ נתקפה חוקתיותו של חוק יישום תכנית ההתנתקות. העתירות תקפו הן את חוקתיותן של הוראות הפיננסי והן את חוקתיותם של הסדרי הפיצוי השונים. ראשי העתירה שעסקו בחוקתיות הפיננסי נדחו, בעוד שהטענות נגד ארבעה הסדרים בחוק הנוגעים בפיצוי התקבלו לנוכח הפגיעה הבלתי-מידתית שלהם בזכותם של המפונים לקניין.

אף שבית המשפט ביטל כמה הסדרים, שחלקם היו מרכזיים (כגון כלל ייחוד העילה ויתור על עילה מכוח החוק בסעיפים 134 ו-135 לחוק), הכנסת לא הגיבה. זאת, אף שהסדרים כלכליים פרטיים אחרים בחוק שונו בחקיקה בשנים לאחר מכן. ייתכן שהסיבה לכך היא הרגישות הציבורית והחברתית העצומה שתוכנית ההתנתקות עוררה, ורצון המדינה להיטיב עם המפונים. גם לסמיכות הזמנים בין מתן פסק הדין, ביוני 2005, לבין ביצוע תוכנית ההתנתקות, חודשיים לאחר מכן, היה ככל הנראה משקל. נדמה כי "המחיר הכלכלי" של פסק הדין היה נמוך מהמחיר הציבורי שהיה עלול להיות לתגובה חקיקתית שמשמעה פגיעה נוספת במפונים.

במוקד הדיון בעניין עדאלה (חוק הנזיקים האזרחיים)³⁸⁰ עמדה שאלת חוקתיותו של סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952. הסעיף קבע כי

376 עניין אורון, לעיל ה"ש 81.

377 הצעת החוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1997, ה"ח 20.

378 עניין אורון, לעיל ה"ש 81, פס' 5 לפסק דינו של השופט אור.

379 עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 113.

380 עניין עדאלה (חוק הנזיקים האזרחיים), לעיל ה"ש 124.

למדינת ישראל אין חבות נזיקית בגין פעולות של כוחות הביטחון באזור עימות (במנותק מהשאלה אם מדובר ב"פעולה מלחמתית"), בכפוף להריגים אחדים. בפסק הדין נקבע כי שלילת ההגנה הנזיקית מאזרחים פלסטינים פוגעת בזכותם לקניין, לצד זכויותיהם לחיים, לכבוד, לחירות ולפרטיות, ומכיוון שפגיעה זו אינה עומדת במבחני המידתיות, דינו של הסעיף בטלות.

חמש שנים וחצי לאחר מתן פסק הדין נחקק תיקון מס' 8 לחוק הנזיקים האזרחיים.³⁸¹ נקבע שם כי סעיף 5 לחוק העיקרי בטל, וכן נקבעה הגדרה חדשה למושג "פעולה מלחמתית".³⁸² בדברי ההסבר מבואר כי בית המשפט פסק בפרשה זו כי החוק בטל בשל היותו בלתי מידתי, ועל כן מוצע למחוק את הסעיף.³⁸³ בעניין הפרטת בתי הסוהר³⁸⁴ בוטל החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004, שענין בחוק הקמת בית סוהר שיוקם וינוהל על ידי תאגיד פרטי. נקבע כי עצם ההפעלה של סמכויות הכליאה על ידי ידיים פרטיות מגלמת פגיעה בלתי מידתית בזכויות האסירים לכבוד ולחירות.

כפי שצוין, פרשה זו היא חריגה וייחודית לעומת יתר פסקי הדין שנסקרו. הסיבה לכך היא שההנמקה, גם אם שללה את מידתיות האמצעי ולא את היות התכלית ראויה, לא אפשרה תגובה חקיקתית שתגשים את התכלית החקיקתית הרצויה "להביא לשיפור ישיר ועקיף בתנאי הכליאה של האסירים בעלות תקציבית מופחתת".³⁸⁵ כל אמצעי שייבקש להוציא את סמכות הכליאה מידי המדינה לידי גורם פרטי (ובכך להביא לידי הפחתת העלויות המדוברת) יעמוד בסתירה לקביעות החוקתיות שבפסק הדין. במילים אחרות, גם אם התכלית ראויה, אין אמצעי מידתי שיאפשר להגשים אותה. בבש"פ פלוני³⁸⁶ נדון סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, אשר מאפשר להאריך מעצר של עצור החשוד בעבירת ביטחון גם לא בנוכחותו. נקבע כי הזכויות לחירות ולכבוד המעוגנות בחוק

381 חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשע"ב-2012, ס"ח 522. תגובה חקיקתית זו חורגת מטווח חמש השנים המקובל בספרות למדידת תגובה חקיקתית. William N. Eskridge, Jr., *Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions*, 101 YALE L.J. 331 (1991); Ignagni, Meernik & King, לעיל ה"ש 50. אולם לנוכח הקשר ההדוק שבין פסק הדין לבין ביטולו הטכני של החוק, מקומו בסקירה זו. הדברים האמורים נכונים גם באשר לתגובה החקיקתית על עניין יקותיאל, לעיל ה"ש 81. ראו להלן ליד ה"ש 389-390.

382 תיקון הגדרת המושג "פעולה מלחמתית" הצר את ההגדרה, מחד גיסא, כאשר הוסיף את התיבות "פעולה בעלת אופי לוחמתי", אך גם יצר אפשרות ניכרת להרחבתה, מאידך גיסא, כאשר אפשר להתחשב במכלול הנסיבות של הפעולה. בתיקון נכללו גם היבטים נוספים שאינם מתקשרים לדיון שנערך בסוגיה בפסק הדין.

383 דברי ההסבר להצעת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשס"ח-2008, ה"ח הממשלה 598, 600.

384 עניין הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 82.

385 שם, פס' 45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

386 בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 115.

יסוד: כבוד האדם וחירותו כוללות גם את גרעינה של הזכות להליך פלילי הוגן, וכחלק ממנה – את הזכות היסודית של עצור להיות נוכח בהארכת מעצרו. מתן האפשרות להאריך את מעצרו של עציר לא בנוכחותו, בעיקר לנוכח האפשרות למנוע ממנו פגישת עם עורך דין (המעוגנת בסעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים)), יוצר פגיעה בלתי מידתית, ולכן דינו של הסעיף בטלות.

לאחר עשרה חודשים נחקק תיקון מס' 2 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירה ביטחון) (הוראת שעה),³⁸⁷ אשר עסק בהיבטים פרוצדורליים שונים של אפשרות המעצר. נקבע, למשל, כי הסמכות להארכת מעצר לפני הגשת כתב אישום של חשוד בעברות ביטחון נתונה לבית המשפט העליון, ונדרש דרג בטחוני גבוה יותר לשם בקשת הארכת המעצר. כן קוצרו מועדים שונים של תקופת המעצר. בדברי ההסבר נכתב כי התיקון מיועד להאריך את הוראת השעה, "ובמקביל, לערוך תיקונים בהוראת השעה בעקבות הפקת לקחים מהפעלתה ובעקבות החלטת בית המשפט העליון בבש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל".³⁸⁸

בעניין יקותיאל³⁸⁹ פסל בית המשפט סעיף תקציבי בחוק התקציב אשר העניק תמיכה כלכלית לאברכי כוללים. נפסק כי הענקת תמיכה מעין זו מבלי שהיא ניתנת גם לסטודנטים שמצבם הכלכלי זהה מהווה הפליה אל מול קבוצת שוויון רלוונטית ולכן פוגעת בשוויון. מכיוון שפגיעה זו אינה עומדת במבחני המידתיות, דינו של הסעיף פסול.

כשש שנים וחצי לאחר מכן נחקק חוק סיוע כלכלי לעידוד לומדי תורה וסטודנטים נזקקים, התשע"ז-2017. החוק מתרכז ברובו המכריע בתקצוב אברכים, אך מכיל הוראה יסודית באשר ליחס בין גובה המענק לאברכי כוללים לבין תקציבה של קרן הסיוע במענקים והלוואות לסטודנטים במוסדות להשכלה גבוהה. דברי ההסבר עומדים מפורשות על התכלית הראויה והרצויה של תמיכה באברכי כוללים, שכבר נעשית זה שלושים וחמש שנים, ובד בבד על קביעתו של בית המשפט בעניין יקותיאל כי התמיכה רק באברכי כוללים מפרה את חובת השוויון בהקצאת כספים שהמדינה חייבת בה.³⁹⁰

בעניין חוק טל³⁹¹ 2012 בוטל חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002. הוחלט שם כי לאחר עשר שנים של יישום החוק ניתן לקבוע כי התכליות הראויות שביסודו לא הושגו, לנוכח ההסדרים השונים שקיימים בחוק. החוק בכללותו פוגע בעקרון השוויון, והאמצעים שנקט החוק אינם מידתיים. על כן

387 חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירה ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשע"א-2010, ס"ח 118.

388 דברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירה ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התש"ע-2010, ה"ח הממשלה 1406.

389 עניין יקותיאל, לעיל ה"ש 81.

390 דברי ההסבר להצעת חוק סיוע כלכלי ללומדי תורה נזקקים, התשע"ו-2016, ה"ח הממשלה 1466.

391 עניין חוק טל 2012, לעיל ה"ש 121.

נקבע כי עם תום תוקפו, חצי שנה לאחר מתן פסק הדין, לא תוכל הכנסת להאריך את החוק.

כשנתיים לאחר פסק הדין פורסמו בספר החוקים חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19), התשע"ד-2014, וחוק שירות לאומי-אזרחי, התשע"ד-2014, כחלק מתיקון רחב היקף שיועד להתמודד עם הסוגיה. דברי המבוא לשתי הצעות החוק מקיפים. הם מפרטים את ההשתלשלות החקיקתית והשיפוטית של ההסדרה השונה של גיוס בחורי הישיבות, ומציינים מפורשות את תכליות החוק המרכזיות, אשר נדונו בהרחבה בפסק הדין – נשיאה שוויונית בנטל לצד השתלבות המגזר החרדי בשוק העבודה.³⁹² החקיקה יועדה ליצור מערך גיוס הדרגתי שעולה בקנה אחד עם הרוח שנשבה מפסיקת בית המשפט.³⁹³ הדיון בעניין **חסן**³⁹⁴ נסב סביב חוקתיותו של סעיף 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980, שקבע חזקה חלוטה שלפיה מי שבשימושו או בבעלותו רכב, רואים את הרכב "כנסך אשר מופקת ממנו הכנסה חודשית שסכומה אינו נמוך מסכום הגמלה".³⁹⁵ בית המשפט קבע כי שלילת גמלת הבטחת הכנסה באופן אוטומטי (ולא על בסיס מבחני הכנסה פרטניים) רק על בסיס שימוש או בעלות ברכב פוגעת בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד, המעוגנת במסגרת הזכות לכבוד בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כחצי שנה לאחר מכן נחקק חוק הבטחת הכנסה (תיקון מס' 40), התשע"ב-2012. התיקון קבע כי החזקה החלוטה האמורה תקום רק כאשר מבקש הגמלה הוא "בעל רכב" של שני רכבים או יותר או של רכב שעולה על שווי שקבע השר. "בעל רכב" הוגדר כבעלים רשום או מי שנוהג ברכב מנהג בעלים. כן נקבע כי ניתן לנכות מסכום הגמלה לנוכח קיומו של רכב, אך תוך התחשבות בגילו של מבקש הגמלה, בסכום הכנסתו ובשווי הרכב. בדברי ההסבר נכתב כי ההסדר החדש בא תחת ההסדר הישן שנקבע כבלתי מידתי בעניין **חסן**.³⁹⁶

בעניין **נסר**³⁹⁷ פסק בית המשפט בשאלת החוקתיות של הקצאת הטבות מס ליישובים בהעדר אמת מידה ברורה ואחידה להבחנה בינם לבין יישובים אחרים.³⁹⁸ נקבע כי רשימת היישובים בסעיף 11(ב) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], כפי שתוקנה בחוק

392 מבוא להצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19 והוראת שעה) (שילוב תלמידי ישיבות), התשע"ג-2013, ולהצעת חוק שירות אזרחי לתלמידי ישיבות (הוראת שעה), התשע"ג-2013, ה"ח הממשלה 1120, 1121-1120.

393 כוחם של שני חוקים אלה הוצר במידה משמעותית בחוק שירות ביטחון (תיקון מס' 21), התשע"ו-2015, ס"ח 262, ושני התיקונים לחוק שירות ביטחון – מס' 19 ומס' 21 – בוטלו בעניין **גיוס בחורי הישיבות 2017**, לעיל ה"ש 116.

394 עניין **חסן**, לעיל ה"ש 116.

395 שם, פס"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

396 הצעת חוק הבטחת הכנסה (תיקון מס' 40), התשע"ב-2012, ה"ח הממשלה 1224.

397 עניין **נסר**, לעיל ה"ש 81.

398 למעט "אזור קו עימות דרומי", כפי שהופיע בס' 11(ב)(2) לפקודת מס הכנסה. נוסח זה שונה מן היסוד במסגרת חוק הטבות במס וייעוץ במס (תיקוני חקיקה), התשע"ו-2015, ס"ח 270.

לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 146), התשס"ה-2005, פוגעת בזכות לשוויון כחלק מהזכות לכבוד האדם באופן שאינו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה. בקבוצת עתירות אחת ניתן סעד של בטלות חלק ב לתוספת הראשונה לפקודה, שהוסיף חמישה יישובים לרשימת היישובים שזכו בהטבות, ואילו בקבוצת העתירות האחרת, של יישובים פרטניים שלא זכו בהטבה, ניתן סעד של קריאת שם היישובים אל תוך החוק. שני הסעדים הושעו למשך שנה כדי לאפשר את תיקון החוק.

לאחר שלוש שנים וחצי נחקק תיקון מס' 214 לפקודת מס הכנסה, כחלק מחוק הטבות במס וייעוץ במס (תיקוני חקיקה), התשע"ו-2015. החוק הגדיר אמות מידה ברורות ואחידות לזכאות להטבות מס. הצעת החוק, שפורסמה קודם לתיקון,³⁹⁹ אינה מכילה את סעיף 11 שתוקן לבסוף בחוק.

בעניין אדם⁴⁰⁰ נדון החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, שבליבו הוספת סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, שעיגן את האפשרות להחזיק במשך תקופה של שלוש שנים מבקשי מקלט שהוצא נגדם צו גירוש. הסעיף בוטל באופן מושהה למשך שלושה חודשים, וחלקו הוחלף באופן זמני בהסדרים מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.

בתוך פחות מחודשיים הגיבה הכנסת בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013. בסעיף 30א לחוק העיקרי, שבוטל בעניין **אדם**, קוצרה תקופת הכליאה משלוש שנים לשנה אחת, והחלתו הייתה פרוספקטיבית בלבד. כן הוסף לחוק פרק ד, שעיגן בחוק הקמת "מרכז שהייה", שיועד למבקשי מקלט שלא היה אפשר להרחיקם מישראל באותה עת. דברי ההסבר מרחיבים על היקפי הכניסה לישראל ועל הצורך להתמודד איתם, ומתייחסים באופן ישיר לפסק הדין ולקביעותיו, כמו גם לכך שהחלופה שנקבעה לפי חוק הכניסה לישראל אינה נותנת מענה מלא "לתופעת ההסתננות בכללותה ולצורך להתמודד עמה באמצעים אפקטיביים".⁴⁰¹

חוקתיותו של תיקון מס' 4 נתקפה בעניין **איתן**.⁴⁰² בית המשפט ביטל את סעיף 30א ואת פרק ד לחוק משום הפגיעה הניכרת והלא-מידתית שהייתה גלומה בהם הן בזכות לחירות הן בזכות לכבוד. מרכז הקושי החוקתי באשר לסעיף 30א היה תקופת הזמן הארוכה שנקבעה בו. הקשיים החוקתיים העקרוניים שהתעוררו בפרק ד, לפי בית המשפט, היו חובת ההתייצבות במרכז השהייה (בפרט זו שבצהרי היום), ניהול מרכז השהייה על ידי שירות בתי הסוהר וסמכויות הסוהרים ביחס לשוהים, העדר תחימה של משך השהייה במרכז והעדר עילות לשחרור ממנו, והאפשרות להעברה למשמורת בגין

399 הצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנות התקציב 2015 ו-2016), התשע"ו-2015, ה"ח הממשלה 1566.

400 עניין **אדם**, לעיל ה"ש 81.

401 דברי ההסבר להצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013, ה"ח הממשלה 122.

402 עניין **איתן**, לעיל ה"ש 81.

הפרות משמעותיות לתקופות זמן משמעותיות. חלק מהוראות הבטלות הושעו לפרקי זמן שבין עשרה ימים לשלושה חודשים.

עניין **איתן** הוביל, תוך פחות משלושה חודשים, לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014. בסעיף 30א נתחמה ההחזקה במשמורת לתקופה קרפית של שלושה חודשים, ופרק ד עבר כמה שינויים משמעותיים: השהייה במרכז השהייה הוגבלה לתקופה קרפית של עשרים חודשים; נקבע כי לא תינתן הוראת שהייה לקטינים, לנשים, להורים לקטינים ששוהים בישראל, לאנשים מעל גיל שישים, לקורבנות סחר בבני אדם ולמי שהשהייה עלולה לפגוע בבריאותו; דרישת ההתייצבות במרכז השהייה צומצמה לפעם אחת ביום בשעות הערב; ותקופות המשמורת בשל הפרות משמעותיות קוצרו. התיקון כלל גם תיקונים בחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991, אשר הגביל את אפשרויות התעסוקה ואת הכנסתם הפוטנציאלית של מבקשי המקלט. דברי ההסבר חופפים במידה רבה את דברי ההסבר של תיקון מס' 4: הם מתייחסים לעניין **אדם** ולעניין **איתן**, ונכתב בהם כי ההסדר הקיים הוא מידתי ומתון יותר מהתיקון הקודם.⁴⁰³

בעניין **אבנרי**⁴⁰⁴ נתקפו כמה הוראות בחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, הקובע כי קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל מהווה עוולה אזרחית ויכולה להוביל לסנקציות מנהליות שונות. נקבע כי החוק פוגע בזכות לחופש הביטוי, המהווה חלק מכבוד האדם, וכי מבין הוראות החוק, ההוראה המקנה פיצויים ללא הוכחת נזק בגין קריאה לחרם על מדינת ישראל אינה עומדת במבחני המידתיות ועל כן אינה חוקתית. כבר בסוף 2017 הונחה על שולחן המחוקק הצעת חוק לתגובה חקיקתית.⁴⁰⁵ הנמקת פסק הדין, כשלעצמה, מאפשרת קשת של כלים חקיקתיים נוספים להתמודדות עם התופעה.

בעניין **דסטטה**⁴⁰⁶ בוטל החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014, שהיה כזכור תגובה חקיקתית על עניין **איתן**. ההוראות שהובילו לקושי חוקתי ניכר היו העדר דרישה לקיומה של אפשרות מעשית להרחקה לצורך החזקה במשמורת, ומשך השהייה הארוך, שעמד על עשרים חודשים. ההוראה הראשונה נקראה למטה כך שדרישה זו תיכלל בחוק. ההוראה השנייה בוטלה ותחתיה נקבע פרק זמן זמני של שנים-עשר חודשים. כן קבע בית

403 דברי ההסבר להצעת חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים ועובדים זרים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014, ה"ח הממשלה 422, 423.

404 עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 124.

405 הצעת חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם (תיקון – פיצויים ללא הוכחת נזק), התשע"ז-2017, פ/4555/20. ההצעה מבקשת לקבוע פיצוי ללא הוכחת נזק חלף פיצוי עונשי. ההצעה עברה קריאה טרומית ביום 22.11.2017 (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 278 של הכנסת ה-20, 38 (22.11.2017)) ואושרה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביום 6.6.2018 (פרוטוקול ישיבה מס' 626 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 33 (6.6.2018)).

406 עניין **דסטטה**, לעיל ה"ש 81.

המשפט כי היה אם הכנסת לא תתקן את החוק בתקופה זו, תפקע סמכותו של ממונה הגבולות לתת הוראות שהייה.

שישה חודשים לאחר מכן פורסם החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הוראת שעה), התשע"ו-2016. החוק היה צר בהיקפו וחולל שינוי נקודתי של קיצור תקופת השהייה מעשרים חודשים לשנים-עשר חודשים. הפרשנות שניתנה לסעיף 30א לא הוכנסה לחוק. דברי ההסבר נוקטים רוח שונה מקודמיהם, ומדגישים כי בית המשפט נתן הכשר חוקתי לרוב ההסדרים הקיימים בחוק, למעט פרק הזמן של עשרים החודשים להחזקה במשמורת, וכי התיקון לחוק נעשה לאור אמירתו של בית המשפט כי אם החוק לא יתוקן, תפקע הסמכות לתת הוראות שהייה.⁴⁰⁷

שני פסקי דין ביטלו דברי חקיקה בשנת 2017. האחד הוא פסק הדין בעניין **גיוס בחורי הישיבות 2017**,⁴⁰⁸ שם נפסלו תיקונים 19 ו-21 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986. נקבע כי ההסדר החדש אינו מגשים את תכליות החוק, ובראשן צמצום הפערים ואי-השוויון בין הנושאים בנטל השירות הצבאי לבין הפטורים ממנו. הבטלות הושעתה לשנה, על מנת לאפשר למחוקק להידרש לנושא. פסק הדין האחר הוא בעניין **קוונטינסקי**,⁴⁰⁹ שם נקבע כי בהליך חקיקתו של הסדר המיסוי לדירה שלישית נפל פגם היורד לשורש ההליך בשל פגיעה יסודית וחמורה בעקרון ההשתתפות. נקבע כי הדיונים בוועדת הכספים בהכנה לקריאות השנייה והשלישית בטלים, וכי יהיה אפשר לחוקק מחדש את החוק מנקודה זו. בשני פסקי הדין הותיר בית המשפט פתח רחב מאוד לתגובה חקיקתית. עוד מוקדם לומר אם הוא ינוצל וכיצד.

* * *

בהסתכלות על התמונה הרחבה, עד סוף שנת 2016 ביטל בית המשפט חמישה-עשר דברי חקיקה ראשית על יסוד פגיעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או חוק-יסוד: חופש העיסוק. אחד-עשר מתוך פסקי הדין הללו (73.3%) הניבו תגובה חקיקתית. ארבעה פסקי דין נוספים ביטלו דברי חקיקה לנוכח פגיעה בעקרון השוויון בבחירות, המעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. שלושה מביניהם (75%) הניבו תגובה חקיקתית. בסך הכל, ארבעה-עשר פסקי דין מתוך תשעה-עשר (73.6%) הניבו תגובה חקיקתית. לא רק שהכנסת נטתה להגיב, לרוב היא גם הגיבה מהר. טווח הזמן לתגובה חקיקתית נע בין 19 ימים ל-78 חודשים. ב-71.4% מהמקרים (עשר מתוך ארבע-עשרה התגובות החקיקתיות) הגיבה הכנסת בחקיקה תוך 10 חודשים לכל היותר. בממוצע, משך הזמן שבין פסק הדין לתגובה החקיקתית עומד על 18.5 חודשים.

407 דברי ההסבר להצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 5 והוראת שעה), התשע"ו-2016, ה"ח הממשלה 430.

408 עניין **גיוס בחורי הישיבות 2017**, לעיל ה"ש 116.

409 עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 160.

מסקנות מעניינות וחשובות בהרבה מאלה העולות מהמספרים ניתן להסיק מאופיין של התגובות החקיקתיות. בראש ובראשונה יש לתת משקל לכך שהתגובות באות כחקיקה רגילה, ולא כחוקי יסוד. שנית, על אף איומים משמעותיים (למשל, באשר לכינון פסקת התגברות או לשינוי אופן מינויים של השופטים), הן ענייניות, ואינן מבקשות לשנות את ההסדרים היסודיים של תהליכי השפיטה והחקיקה כשלעצמם. שלישית, ניכר גיוון בטיבן של התגובות החקיקתיות – חלקן ביקשו להפוך ולייתר את פסק הדין, חלקן ביטאו יישום מינימלי של האופן שבו עיצב בית המשפט את הנורמה החוקתית, חלקן העידו על מחוקק עצמאי שביקש ליצור הסדרים חדשים חלף אלה שבוטלו, בחלקן נוצרו רפורמות חקיקתיות כתגובה על פסק הדין, ובאחת מדובר ביישום טכני של פסיקת בית המשפט. למעשה, אי-אפשר להעיד על מגמה גורפת בתגובות החקיקתיות. גם אם אפשר (ואפשר) לחלוק על תוכנן של חלק מהתגובות החקיקתיות (ולא זה המקום לעשות זאת), מפרספקטיבה דיאלוגית זהו מצב רצוי, שכן הדבר מעיד על דיאלוג אמיתי, ולא מונולוג שיפוטי (כפי שהביקורות מרבית לטעון), ומעקר קשיים, דוגמת עיוות מדיניות (policy distortion) והחלשה של הדמוקרטיה (democratic debilitation).⁴¹⁰

אני סבורה כי שיעור התגובות, היותן חקיקה רגילה, אופיין הענייני והגיוון בטיבן ובמידת ההיענות שלהן לפסק הדין מהווים נתונים שקשה לחלוק עליהם. מהגיוון בתגובות החקיקתיות שלאחר המהפכה החוקתית ניתן להסיק מסקנה חיובית נוספת: נראה כי המחוקק שוקל בצורה עניינית את פסיקת בית המשפט וכיצד (ואם) להגיב עליה. זהו מאפיין יסודי ביותר של הדיאלוג החוקתי.⁴¹¹ התגובות אינן "אוטומטיות" – לא בקיומן ולא בטיבן. למחוקק יש אפשרות לבחון לעומק את פסיקת בית המשפט, על חלקה המחייב ועל הערות האגב שבה, ולהגיב בהתאם; לראות כיצד בית המשפט עיצב את הנורמה החוקתית, וכיצד אפשר ליישם את העיצוב החוקתי המדובר לאור התכלית החקיקתית הרצויה. התגובות החקיקתיות שנסקרו מעידות כי כך אכן נעשה בפועל ברוב המקרים.

פרק ה: מסקנות

במחקר זה ביקשתי לבחון אם המשפט החוקתי הישראלי – ובפרט עתירות לעניין חוקתיותה של החקיקה – מתאפיין בהיבטים דיאלוגיים. בחנתי זאת דרך שתי נקודות מבט – זו של בית המשפט וזו של המחוקק – ובאמצעות ארבעה מדדים: הרטוריקה

410 לדיון בקשיים אלה ראו: Mark Tushnet, *Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty*, 94 MICH. L. REV. 245 (1995).

(1995). לביקורת עקרונית כי הדיאלוג משקף למעשה מונולוג ראו לעיל ה"ש 52.

411 יוסף "חובת המחוקק לשקול את הנמקת פסק הדין", לעיל ה"ש 54.

השיפוטית שבית המשפט נוקט בשעה שהוא מנמק (או שמא "מצדיק") ביקורת שיפוטית בעניין חוקתיותה של חקיקה ראשית, דוקטרינות שיפוטיות מבוססות תגובה, סעדים חוקתיים ותגובות חקיקתיות.

באשר לרטוריקה, מצאתי כי הגם שהרטוריקה הקלסית של "הריסון השיפוטי שבית המשפט חב בו כאשר הוא מבקר את חוקתיותה של חקיקה ראשית" היא עדיין השלטת בפסיקה, ניתן למצוא הנמקות רבות ומפורשות בעלות אופי דיאלוגי. חלקן מעלות את הדיאלוג על נס, ומוצאות בו לגיטימציה או גושפנקה; חלקן משתמשות בדיאלוג כדי לתמרץ את הרשויות הפוליטיות לעשייה; חלקן עושות זאת כדי להביע את מורת רוחו של בית המשפט, מתוך ציפייה נכזבת לדיאלוג, עם שאריות של אמונה בכוחו; ובמקרים אחרים נדמה כי בית המשפט כבר נואש מהדיאלוג.

בכל הנוגע בדוקטרינות שיפוטיות מבוססות תגובה, נדמה שכאן התמונה חדה הרבה יותר: בית המשפט משתמש שוב ושוב בכל הכלים בארגז הכלים שלו שמצויים רגע או כמה רגעים לפני הכרזה על בטלות חקיקה, כדי להימנע מכך. חלק מהדוקטרינות הן דיאלוגיות גם בהשלכותיהן וגם בהנמקתן, ודוגמאות מובהקות לכך הן ההנחיה השיפוטית והמעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה; ואילו אחרות, כגון מתן מעמד דיוני לכנסת בעתירות לעניין חוקתיותה של חקיקה, הן דיאלוגיות במהותן אך לא בהנמקתן.

תמונה דומה וחדה עוד יותר נגלית באשר לסעדים חוקתיים. בית המשפט הוא דיאלוגי, ומגלה נכונות ניכרת לאפשר לרשויות הפוליטיות לתקן את הטעון תיקון. גם בהקשר זה הצבעתי על כך שחלק מהסעדים מיועדים – ובריש גלי – לצמצם את ההתערבות השיפוטית בחקיקה, כפי שניתן לראות באשר לעקרון ההפרדה; בחלקם ההנמקה מעשית, כמו בפסקי הדין השונים שבהם נקט בית המשפט את סעד הליווי; ולעיתים – גם וגם. האופן שבו השעיית הבטלות מופעלת מדגים זאת היטב. העובדה שרק שלוש מבין מאות העתירות החוקתיות שהוגשו עד כה הובילו לבטלות מוחלטת ומיידית של החקיקה מדברת בעד עצמה.

נקודת המבט האחרת, שעניינה תגובות חקיקתיות, מגלה גם היא תמונה דיאלוגית. בשלב זה, וכמילות סיכום בלבד, ניתן להצביע על שלושה מאפיינים מרכזיים של התגובות החקיקתיות. ראשית, הן קיימות ולרוב גם מהירות – הרוב הגדול של ביטולי החקיקה עד שנת 2016 הניב תגובה חקיקתית, אשר ברוב המוחץ של המקרים אירעה תוך פחות משנה. שנית, התגובות החקיקתיות נבדלות זו מזו בטיבן ובאופיין, וכן במידת הקשב שהמחוקק מגלה לאופן שבו עיצב בית המשפט את הזכות החקיקתית. משמעות הדברים היא עיקור חלק גדול מהביקורות על מונולוג שיפוטי, שכן נשמרת למחוקק יכולת להגיב במנעד רחב למדי של תגובות. המאפיין השלישי והאחרון הוא שהתגובות החקיקתיות הן ענייניות – לא court packing ולא court bashing. הגם שהושמעו כלפי בית המשפט לא מעט איומים לפגיעה בכוחו ובסמכויותיו, עד כה נמנעו הרשויות הפוליטיות מלעשות כן. הן שיחקו במסגרת כללי המשחק ולא שינו אותם.

אם אבקש למצות את כל אלה למסקנת-על אחת, היא תהיה שלרוב בית המשפט דיאלוגי למעשה, ובחלק מהמקרים הוא דיאלוגי גם להלכה (דהיינו, גם במישור ההנמקה). הדוקטרינות כמו גם הסעדים השונים מעידים כי בית המשפט אכן מצפה

שהמחוקק יגיב בחקיקה, והמחוקק מצידו נענה להזמנה, לעיתים בחפץ לב ולעיתים פחות.

בנקודה זו מתעורר מערך ניכר של שאלות. חלק משמעותי מהן נוגע בהיבטים הנורמטיביים של הדיאלוג. כשלעצמי, אני סבורה שלמושג הדיאלוג החוקתי יש היבטים נורמטיביים חזקים, ואני סבורה שהוא גם רצוי. עם זאת, אני סבורה שלדיאלוג יש גבולות שיש להכיר בהם.⁴¹² פרשת מבקשי המקלט, על גלגוליה החוקתיים, הראתה איך הדיאלוג, גם אם הוא מתקיים, עלול ליהפך לעיתים לאצטלה לפגיעה בזכויות אדם.⁴¹³ יש גם ערכים אחרים – דוגמת זכויות העותרים הקונקרטיים בתיק או שלטון החוק – שעלינו להיזהר מלפגוע בהם בקלות יתרה בשם הדיאלוג החוקתי.⁴¹⁴ לדיאלוג החוקתי יש כוח אדיר: הוא יכול להגביר משילות, מחד גיסא, באמצעות החזרת סוגיות לפתחה של הרשות המחוקקת; והוא יכול להעצים את ההגנה על זכויות אדם, מאידך גיסא, הן באמצעות הכרה בחיוניותו של שיקול הדעת השיפוטי בהענקת סעדים חוקתיים והן באמצעות נכונות שיפוטית לפסול תכליות פסולות מיסודן. יש בכוחו להגשים הן את עקרון החוקתיות והן את עקרון הדמוקרטיה, ולהפיג את המתח השורר בין שני העקרונות.⁴¹⁵ בדומה לעיקרון הרחב, גם השימושים הדיאלוגיים בכל דוקטרינה או סעד שנסקרו במחקר זה יכולים לעורר שאלות נורמטיביות. השאלה, בסופו של יום, היא שאלה של יישום.

לבסוף, כמו על רציותו של הדיאלוג החוקתי, גם על המתודולוגיה למדידתו ניתן לחלוק. כפי שהראיתי, לא הייתה דרך קונוונציונלית לצעוד בה, שכן עד כה לא נעשתה בחינה אמפירית שלמה וכוללת של דיאלוג, שהקיפה את כל מדדי הדיאלוג: הנמקת הביקורת השיפוטית, שימוש בדוקטרינות מבוססות תגובה, שימוש שיפוטי בסעדים חוקתיים ותגובות חוקתיות. חילוקי דעות על המתודולוגיה שהצעתי במחקר ודיון

412 ראו יוסף "גבולות הדיאלוג החוקתי", לעיל ה"ש 80.

413 בהקשר זה ניתן להצביע על הנחרצות שבה בית המשפט מאפשר קיומן של תגובות חקיקתיות עתידיות באמצעות הימנעות מפסילת התכלית. הדברים מקבלים חיזוק דווקא בפרשה זו, על שלושת גלגוליה, עקב הקשיים הנורמטיביים שעלו מהתכליות השונות של החקיקה. הרי אם בית המשפט פוסל את החוק משום העדר מידתיות, הדבר מאפשר למחוקק לשוב ולחוקק (לממש את התכלית) באמצעים אחרים. כאמור, יש לכך ערך דיאלוגי רב. אולם בד בבד, אם התכלית מעלה קושי חוקתי, דחוק או משמעותי, יש הכרח לומר זאת ולפעול בהתאם, שאם לא כן תנסה המדינה שוב ושוב להגשים את אותה תכלית אשר בה עצמה יש פגם חוקתי. לטיעון דומה, בהקשר הפרטני של פרשיות מבקשי המקלט, ראו ראובן ציגלר "מסע בארץ התכליות הנסתרות: בעקבות בג"ץ 8665/14 "המכון הישראלי לדמוקרטיה" (17.8.2015) www.idi.org.il/articles/3019. במידה מסוימת נראה שלחוסר הנחרצות של בית המשפט העליון בשאלת התכלית בעניין אדם, לעיל ה"ש 81, ובעניין איתן, לעיל ה"ש 81, הייתה תרומה לכך שהסוגיה נמשכה במשך שלושה גלגולים. הדבר מדגים היטב את המחיר שזכויות אדם עלולות לשלם בשם הדיאלוג, ומכאן ההכרח להציב לדיאלוג גבולות.

414 ראו לעניין זה את אמות המידה המנחות למתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה שעוצבו ברוח זו. יוסף "אליה וקץ בה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 308–318.

415 לדין במתח זה ראו Stephen Holmes, *Precommitment and the Paradox of Democracy*, in Jon Elster & Rune Slagstad eds., (1988) CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY 195.

במדדים הדיאלוגיים השונים הם רצויים ומבורכים, ויגשימו במידה רבה את המטרה שביסוד מחקר זה – לפתוח ולפתח את השיח הדיאלוגי.

אחר הדברים האלה

בין השאלות שלא ציינתי בסיכום מצויה שאלה חשובה, בעלת אופי דסקריפטיבי ונורמטיבי גם יחד, והיא מה עתיד לבוא, במיוחד בשנים הקרובות. יש שנים אחדות שניתן להצביע עליהן כנקודת מפנה במשפט החוקתי הישראלי. שנת 2006 בהחלט הייתה כזו.⁴¹⁶ שנת 2017 מסתמנת ככזו גם כן. למעט מספר מועט ביותר של פסקי דין, הגישה הדיאלוגית הולכת ומתמעטת, לאחר ששופטים בעלי נטייה דיאלוגית חזקה מאוד – כנשיאה נאור והמשנים לנשיאה רובינשטיין וג'ובראן – פרשו מכס השיפוט. בד בבד, לחקיקה של הכנסת העשרים ייחסו יותר ויותר מאפיינים לא דמוקרטיים,⁴¹⁷ וכותבים מסוימים החלו להשתמש במונחים של "משבר חוקתי".⁴¹⁸

אם בתחילת 2018 היה אפשר לומר כי שנת 2017 נדמית כחריג בנוף הדיאלוגי, בשלהי 2019 קשה יותר לומר זאת. התבטאויות פוליטיות בוטות, חידודן והשבטן של הקריאות לכינון פסקת התגברות, הסטת סמכויות מבית המשפט העליון לבתי המשפט המחוזיים,⁴¹⁹ הצעת חוק למינוי פוליטי של יועצים משפטיים במשרדי הממשלה,⁴²⁰ תוכניות למינוי שופטים בעלי סדר יום מוגדר וברור – כל אלה התרחשו ברובם בשנים 2018 ו-2019. מן העבר האחר, פסקי הדין – הבולטים לפחות – מתמעטים ומתקצרים בהתאם. אלה, לשיטתי, אינם מבשרים טובות מנקודת מבט דיאלוגית. דיאלוג אינו שקול להנסגרת דעת. שתיקה שיפוטית "עד יעבור זעם" אינה דיאלוג.

⁴¹⁶ סבן זיהה גם הוא את שנת 2006 כנקודת מפנה, כאשר שם את האצבע על פרישתו של הנשיא ברק מכס השיפוט; על התבהרות השלכותיה של המהפכה החוקתית, בפרט באשר לזכות לשוויון ולנכונות השיפוטית להגן עליה; ועל המפנה הפוליטי-הבטחוני, שבא לידי ביטוי בעליית החמאס, בהשתלטותו על עזה ובירי הרקטות לעבר ישראל, כמו גם בצורך לבחון את מדיניות ישראל בשטחים. תמורות רבות אלה ושלובן הובילו, אליבא דסבן, לנסיגות של המערכת הפוליטית להרתיע את בית המשפט העליון ולהשפיע על פסיקותיו. אילן סבן "תגובת-הנגד הפוליטית ל'מהפכה החוקתית' המרחב הציבורי", 13, 13, 26–23 (2017).

⁴¹⁷ לסקירה ראו האגודה לזכויות האזרח בישראל **צמצום המרחב הדמוקרטי בישראל – הכנסת ה-20: תמונת מצב** (2018) law.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2018/03/anti-democratic-legislation0318.pdf. ראו גם סימפוזיון בנושא חוק-יסוד: הלאום ופסקת ההתגברות **ICON-S-IL Blog** (2018) israeliconstitutionalism.wordpress.com/2018/10/.

⁴¹⁸ ראו את המקורות לעיל בה"ש 25.

⁴¹⁹ ראו, למשל, חוק בתי משפט לעניינים מינהליים (תיקון מס' 117), התשע"ח-2018, ס"ח 912.

⁴²⁰ הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשע"ז-2017, פ/4012/20.

אולם יש להיזהר גם מנבואות זעם. עוד מוקדם לדבר על סופו של הדיאלוג. אני סבורה כי הסממנים הדיאלוגיים של מערכת המשפט והפוליטיקה הישראלית הם איתנים דיים, ולא ייעלמו מהר כל כך. כפי שהראיתי, הם מצויים ברבדים שונים של הבחינה החוקתית, הן בקרב בית המשפט העליון והן בקרב המחוקק. קשה להתכחש לכך שנדמה כי התחזית משתנה מעט, אולם מוקדם מכדי לדבר על חילופי עונות.

נספח

פסק הדין	החוק שנדרן (בנוסחו דאז)	התגובה החקיקתית
לשכת מנהלי ההשקעות	ס' 48 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995	חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון מס' 4), התשנ"ח-1998
צמח	ס' 237א(א) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955	חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 36), התש"ס-2000
אורון	ס' 3(7) לחוק הבזק, התשמ"ב-1982	—
המועצה האזורית חוף עזה	כמה הסדרים כלכליים פרטניים בחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005	—
עדאלה (חוק הנזיקים האזרחיים)	ס' 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952	חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשע"ב-2012
הפרטת בתי הסוהר	החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004	—
בש"פ פלוני	ס' 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006	חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשע"א-2010
יקותיאל	סעיף תקציבי מס' 20-38-21 בחוק התקציב השנתי	חוק סיוע כלכלי לעידוד לומדי תורה וסטודנטים נזקקים, התשע"ז-2017
חוק טל 2012	חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002	חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19), התשע"ד-2014
חסן	ס' 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980	חוק הבטחת הכנסה (תיקון מס' 40), התשע"ב-2012

נסר	ס' 11(ב) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (החוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 146), התשס"ה-2005)	חוק הטבות במס וייעוץ במס (תיקוני חקיקה), התשע"ו-2015
אדם	ס' 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954	חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013
איתן	ס' 30א ופרק ד לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954	חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מ ישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014
אבנרי	ס' 2(ג) לחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011	—
דסטה	ס' 32ד(א) וס' 32(כא) לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954	חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הוראת שעה), התשע"ו-2016