

חידושים והתפתחויות במשפט הציבורי בישראל בשנת 2014

מאת

אמנון רייכמן*

סקירת החידושים אשר הביאה עימה שנת המשפט תשע"ד בתחום המשפט הציבורי עוסקת בארבע תימות מרכזיות: יחסיות המשפט הציבורי, עלייתה של החשיבה הקבוצתית באשר לזכויות הפרט, מגבלות ההגנה על עקרונות המשפט הציבורי ובכלל זה זכויות במצבי קיצון, וכן המתח שבין הדמוקרטיה לבירוקרטיה, אשר עולה בין השאר בתחום יחסי שלטון מרכזי-שלטון מקומי. באשר לשאלת היחסיות, הסקירה מראה כיצד מרבית מרכיביו של המשפט הציבורי – אם לא כולם – עוברים תהליך של יחסיות. במסגרת תהליך זה הכללים החלים על קביעת גודל סמכותה של הרשות (המבצעת או המחוקקת), הכללים החולשים על ההליך שבמסגרתו מפעילה הרשות את כוחה המשפטי וכן העקרונות שלפיהם על הרשות להפעיל שיקול דעתה – כולם הולכים והופכים יחסיים במובן זה שמעל כולם מרחפת מעין מדתיות כללית. כך, גם בהקשר הסעדים. מבחינה נורמטיבית, מציעה הסקירה לעגן במפורש חזקה לפיה דבר דין (חוק, חקיקת משנה, צו כללי או צו אישי) אשר נפל פגם משמעותי יוחזק כבטל, אלא אם יקבע בית המשפט אחרת. באשר לשאלת ההבניה של הזכויות, מציעה הסקירה, לאחר תיאורה של מגמה אפשרית זו, לחזור למושכלות ראשונים ולהכיר בזכויות פרט גם במקום שבו אין מדובר בהקשר חברתי המשייך זכות כזו או אחרת לקבוצה מוחלשת (ובלבד שאכן מדובר בפרט שאין בידיו כלים כאלה ואחרים להפעיל מנופי השפעה על הרשות). באשר ללחץ אשר לוחץ מצב החירום את כללי המשפט הציבורי, מראה הסקירה כיצד נאלצים בתי המשפט לתמרן באופן יישום כללי המשפט, וקוראת להקפדה ראייתית, שמא אין המדובר בלחץ הנובע ממצב החירום עצמו אלא בלחץ הנובע מתחושת החירום, מבלי ששיש בהכרח בתחושה זו כדי להצדיק פגיעה בכללים, לרבות

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. סקירה זו מסכמת את פיתוחי המשפט הציבורי בשנת המשפט תשע"ד וזמן רב חלף מאז שנכתבה ועד לירידתה לדפוס; מטבע הדברים, ככל שהערות בשולי הסקירה מתייחסות להתפתחויות שארעו מאז, הרי שהתייחסות זו הינה נקודתית בלבד ואינה מתיימרת למצות את הדיון. פרסומה של הסקירה מהווה הזדמנות להודות לכל המשתתפים הרבים בכנסי שנת המשפט, אשר היה לי הכבוד לייסד בשנת תשע"ט ולארגן עד לשנת תשס"ד. תודתי נתונה לחברי מערכת כתב העת דין ודברים על עבודתם היסודית והערותיהם המועילות. ולבסוף, סקירה זו לא הייתה נכתבת ללא עזרת המחקר המצוינת של הגב' יעל קרן. האחריות על אי-דיוקים וטעויות כמובן עלי.

זכויות, אשר נועדו דווקא להגן מפני תחושות חירום כאלו ואחרות. הסוגיה הראייתית אינה מיוחדת למצבי החירום: הסקירה מראה כי, כשאלת חתך, יש צורך לחשוב מחדש על האופן שבו ניתן לבסס תשתית ראייתית בפני בתי המשפט העוסקים בשאלות מתחום המשפט הציבורי, שכן לעיתים סוגיות ראייתיות נמצאות בלב המחלוקת, ובעידן שבו בתי המשפט לעניינים מנהליים נושאים בנטל הליטיגציה ניתן לחשוב על פתרונות שמאפשרים כירור מחלוקת ראייתיות. ולבסוף, סקירה זו מראה כי נדרש עיון מחדש בהיבטים שונים ביחס שבין השלטון המקומי לשלטון המרכזי, כסוגיה ספציפית הקשורה ליחס שבין שלטון נבחר לגורמי המקצוע ובין שאלות שאופין כלל-ארצי לשאלות שבהן ישנו ערך בריבוי גישות. עניין זה בעל חשיבות מיוחדת בעניינים הקשורים לשבת ולהיבטים נגזרים של הזכות לתרבות. בהקשר זה, כמו גם בהקשרים אחרים, סוגיית מעמדו של היועץ המשפטי לרשות מצריכה המשך מחשבה, מתוך הבנת חשיבותו כשומר סף.

מבוא. א. שינויים בחקיקה: חוקי יסוד, חוקים ותזכיר הצעת חוק; 1. חוקי יסוד; 2. חקיקה; 3. תזכיר חוק. **ב. המגמות הכולטות בפסיקה;** 1. יחסיות; 2. שיח הזכויות. **ג. זכות וסמכות במצב חירום. ד. השלטון המקומי. סיכום.**

מבוא

שנת המשפט תשע"ד הביאה עמה התפתחויות רבות ובעלות משמעות במשפט הציבורי בישראל: חלקן בתחום החקיקה – חוקים, תזכיר הצעת חוק בעל חשיבות מיוחדת ואף חקיקת חוקי יסוד; חלקן בתחום הפסיקה, הן בעתירות לבג"ץ והן בפסיקתם של בתי המשפט המחוזיים בשבתם כבתי משפט לעניינים מנהליים; חלקן בשדה היישום והפעולה, ללא שינוי החוק או הפסיקה עלי ספר. מטבע הדברים תקצר היריעה מלנתח, או אף לפרט, את ההתפתחויות כולן. בדבריי אתמקד בהצגת ההתפתחויות המרכזיות ואתייחס לכמה מגמות שעולות מן הפסיקה בשנים האחרונות, בזהירות המתבקשת מהיעדר הריחוק. אדבר על יחסיות המשפט הציבורי, אציג את המעבר לתפיסה קבוצתית של זכויות פרט, אתייחס למגבלות המשפט הציבורי במצבי קיצון ואומר כמה דברים על המתח בין דמוקרטיה לבירוקרטיה, העולה ביחסי שלטון המקומי-מרכזי. תשומת לב תוקדש לסוגיית הבירור הראייתי וכן לשאלת מעמד היועץ המשפטי כשומר סף כסוגיות רחב.

מבחינה מתודולוגית, הסקירה מבכרת מבט "רוחבי", הנוגע בכמה דוגמאות בשדות שונים, על פני ניתוח "עומק", אשר צולל לנבכי מספר מצומצם של פרשות, כמקובל בהערות פסיקה או חקיקה. גישת הרוחב חשופה לביקורת, שכן היא אקלקטית בהגדרה ואינה מובילה בהכרח למארג קוהרנטי. אך זהו כוחה – להציף מתוך שלל הפיתוחים המשפטיים את אלו שנתפסים, בזמן אמת, כבעלי חשיבות, ולהעלות השערות בדבר

משמעותם, ככל שניתן. גישה זו משרטטת תמונת מצב בפרק זמן מוגדר – שנת משפט – ולכן היא בעלת חשיבות גם בראייה דיאכרונית. משום שגישה זו היא תיאורית באופייה, היא אינה מתימרת בהכרח להוכיח מסקנות כאלה ואחרות בדבר מהות המשפט הציבורי בישראל של תשע"ד (2014), אלא אך להעלות השערות באשר למגמות אפשריות (ככל שניתן; לעתים לא ניתן, אם משום היעדרה של פרספקטיבה היסטורית ואם משום היעדר די תימוכין, לבד מפרשה מסוימת או מתיקון חקיקתי זה או אחר. במקרים אלו הסקירה אך תציין התפתחות, מבלי לשייך אותה בהכרח למגמה). לצד אלו מקום שאפשרית טענה נורמטיבית בעלת היבט ביקורתי, היא תועלה, אך בזהירות המתבקשת. אין תכליתה של סקירת רוחב להציב ולבסס פתרונות חלופיים – עיסוק המחייב מחקר עומק, כמקובל בסוגות אחרות (דוגמת הערת פסיקה).

מבחינה מבנית, הסקירה תתמקד ראשית בשינויים בדין החקוק בישראל: חוקי יסוד וחוקים. מכיוון שבשנה זו הוצג גם תזכיר הצעת חוק בעל חשיבות של ממש, אתיחס גם אליו. לאחר מכן אפנה למגמות כלליות בדין יציר הפסיקה, ככל שאלו באו לידי ביטוי גם בשנת תשע"ד. במסגרת ניתוח זה אתיחס לפסיקה שקדמה לשנת המשפט הנוכחית, ככל שפסיקה זו מאירה התפתחויות שנראות כבעלות משמעות בשנת המשפט שבמוקד מאמר זה. פרק זה יתייחס לשתי מגמות בולטות: היחסיות במשפט הציבורי ופועלה של הזכות במשפט הציבורי. למגמות אלו כמה היבטים, אשר באו לידי ביטוי בתקופת הזמן הרלוונטית לסקירה זו. הפרקים השלישי והרביעי יעסקו בסוגיות ספציפיות יותר, אשר אף הן בעלות חשיבות: השלכות שעת החירום על מרכיבי יסוד במשפט הציבורי והתפתחויות בתחום השלטון המקומי. כאמור, בפרקים אלו אתיחס לחידושים שאירעו בשנת המשפט תשע"ד, וזאת, כפי שצוין לעיל, מתוך הכרה בכך שפרקים אלו אינם מתיימרים בהכרח לפרוס משנה סדורה באשר למלוא היבטיו של המשפט הציבורי בשנה הנבחרת או בכלל.

א. שינויים בחקיקה: חוקי יסוד, חוקים ותזכיר הצעת חוק

1. חוקי יסוד

שנת תשע"ד הביאה עמה כמה שינויים מהותיים ברובד החוקתי. בתוך ימים ספורים בחודש מרץ בתשע"ד תוקנו כמה חוקי יסוד, ובמהלך חקיקתי אחוד הושלם שינוי ישיר ברובד זה. התיקון הראשון נעשה בחוק יסוד: הממשלה והחיה הסדר שהיה בעבר חלק מחוק היסוד אך בוטל בשנת 1999.¹ התיקון שב והקים הגבלה על מכסת השרים וסגני השרים בממשלה, והעמידה על שמונה-עשר שרים, ולצדם ראש ממשלה ועד ארבעה

1 חוק-יסוד: הממשלה (תיקון), התשע"ד–2014, ס"ח 346.

סגני שרים.² הגבלה זו נועדה, לדברי יוזמי התיקון, לרסן את גודלה של הממשלה (על קשיי המשילות והמשמעות התקציבית הנגזרת ממספר השרים) וכן לרסן את כוחה של הקואליציה (ולכן הוצבה המגבלה בחוק היסוד המשוויין ולא בחוק הממשלה).³ עם זאת חוק היסוד מאפשר הקמתן של ממשלות ללא מגבלה על מספר השרים וסגני השרים, אם הכנסת תביע אמון בממשלה כזאת ברוב של 70 חברי כנסת ויותר. כידוע, קיים ספק (המעוגן בדעת היחיד של השופט חשין) באשר לתוקפה של הוראה הדורשת רוב העולה על 61 חברי כנסת.⁴ אך גם אם דרישת רוב זו תקפה, משמעותה האופרטיבית היא שקואליציה גדולה תוכל להתאים את מספר השרים וסגני השרים כרצונה, ודווקא בקואליציה גדולה הלחץ הפוליטי צפוי להוביל להגדלת מספר השרים וסגני השרים. מכאן פועלו הצפוי של התיקון לחוק היסוד – אף לו יוותר לאורך זמן על מכונו כלשונו⁵ – מוגבל למדי ויכסה ממשלות המייצגות קואליציה בת 61 עד 69 חברי כנסת. כמו כן חשוב לציין כי ניתן לתקן את חוק היסוד עצמו ברוב של 61 ח"כים, וכך למעשה המגבלה הזו היא מגבלה "לכשהכנסת תרצה".⁶ חשובה לא פחות היא העובדה שהסדר החקיקתי אינו עוסק במספר המשרדים אלא במספר השרים. כידוע, הקושי התקציבי אינו נגזר ממספר השרים אלא ממספר המשרדים, שכן לכל משרד תקציב משלו, ובכלל זה תקציב ניהול משרד. גם קשיי המשילות, אם ישנם, אינם ממוקדים דווקא במספר השרים (הפועלים במסגרת קואליציונית) אלא נובעים, אם בכלל, מהצורך לתאם פעולה המשותפת לכמה רשויות ומשרדי ממשלה. לכן לא ברור עד כמה ההבטחה הטמונה בתיקון החוק אכן תוביל להגשמת מלוא הפוטנציאל הטמון במהלך.

הסדר נוסף שנחקק בחוק היסוד מעצב מחדש את מנגנון הבעת אי-האמון.⁷ לפי התיקון, הבעת אי-אמון תהיה כרוכה בהבעת אמון בממשלה אחרת, ובכלל זה בקווי היסוד של מדיניותה ובחלוקת התפקידים המוצעת של נבחריה. מגבלה זו נועדה להקשות על הגשת אי-אמון בשל הפילוג הקיים בדרך כלל בין סיעות האופוזיציה השונות באשר לממשלה חלופית. עם זאת לא ברור מה הצורך המעשי בתיקון זה: בהגדרה, אם

-
- 2 ס' 5 לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון), התשע"ד–2014.
 - 3 דברי הסבר להצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון) (הגברת המשילות), התשע"ג–2013, ה"ח הכנסת 512.
 - 4 עמדתו של השופט חשין בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).
 - 5 כפי שניתן היה לצפות, החוק תוקן. בשנת 2015 קבלה הכנסת תיקון לחוק היסוד, ובאמצעות "הוראת שעה" פטרה את הכנסת ה-20 מתחולת המגבלה על מספר השרים (וכן מן המגבלה על כהונתו של שר בלי תיק). ס"ח תשע"ה מס' 2491 מיום 13.5.2015, עמ' 188 (ה"ח 915). ימים יגידו האם "הוראת שעה" זו תחבר כהסדר קבוע.
 - 6 ימים יגידו אם סיעות הכנסת המיוצגות בממשלה יפעילו את כוחן בעתיד לדחייה נוספת של המגבלה, או אף לביטולה, או שמא ההסדר יאריך ימים (למשל משום שהגורמים הפוליטיים שפעלו לכינונה יהוו חלק מן הקואליציה בעתיד).
 - 7 ס' 28 לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 1), ס"ח התשס"א 1780.

הקואליציה אינה נהנית מרוב בכנסת, היא תתקשה לתפקד, וסביר שהכנסת תקבל חוק המקדים את מועד התפזרותה. ההבדל המרכזי אפוא הוא בעקיפת סדר הזמנים שהיה קבוע בהסדר הקודם לעניין מועד הבחירות, אלא שבפועל עניין זה לא היווה קושי, שכן מקובל היה להגיע להסכמה על מועד בחירות כל אימת שהקואליציה איבדה את הרוב בכנסת. נראה אם כן שהמשמעות של התיקון לחוק היא בהגבלת האפשרות לקיים דיון בכנסת בהצבעת אי-אמון – כלי מרכזי בידי האופוזיציה אף בהיעדר רוב להצבעת אי-אמון בממשלה. במצב החדש, בידי הקואליציה האפשרות להשיב להצעת אי-האמון לא לגופו של עניין אלא בנימוק שהצעת אי-האמון אינה כוללת הצעת ממשלה חלופית, ובכך הדיון הציבורי בשאלת כשלי הממשלה (לטענת האופוזיציה) יעוקר. זוהי התפתחות מצערת.⁸

נוסף על כך, עשתה הכנסת שימוש נוסף בכוחה המכוון עם חקיקת חוק יסוד משאל עם.⁹ כבר בשנת 1999, אישרה הכנסת חוק, שקבע כי ייערך משאל עם ביחס למסירת שטח שבו חלים המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל.¹⁰ עם זאת, נקבע בחוק זה כי ההסדר ייכנס לתוקף רק לאחר חקיקתו של חוק שיסדיר את אופן הביצוע של משאל העם. לאחר דיונים רבים וממושכים, אושר בסוף שנת 2010 חוק זה.¹¹ בעקבות אישורו הוגשה לבג"ץ עתירה בטענה שאין לאשר הסדר מסוג זה בחוק רגיל, הן בשל סתירה

8 לחיקון לחוק עשויה להיות משמעות נוספת – החלפת ממשלה שלא באמצעות הליכה לבחירות אם מתגבש רוב חלופי בכנסת. אלא שמבחינת התאוריה הפוליטית, לא ברורה מידת הלגיטימיות של מהלך זה ללא קבלת מנדט מחודש מן הבוחר. יוזכר שבמקור הצבעת אי-אמון בממשלה הובילה מניה וביה להפלת הממשלה. עם השינוי המשטרי שהיה כרוך בחוק הבחירה הישירה, ומיד לאחר מכן בביטולו, שונה ההסדר לאי-אמון קונסטרוקטיבי. אם נמצאו 61 ח"כים תומכים שתמכו ספציפי, אזי רואים בממשלה כאילו התפטרה, ולמועמד עד 42 יום (כולל הארכה) להרכבת ממשלה חלופית. עם השלמת המלאכה הכנסת נדרשת להביע בממשלה החלופית אמון. אם לא זכתה ממשלה חלופית באמון, תתקיימנה בחירות תוך 90 יום. ההסדר הזה תאם מבחינת זמנים את פיזור הכנסת באמצעות צו, שגם שם למועמד (שהוצע על ידי רוב הח"כים) יש 42 יום לבניית ממשלה (ולפני כן, לכנסת עצמו 21 יום לבקש מועמד). בהסדר החדש אין די בהצעת מועמד מועדף אלא יש צורך בהצבעת אמון בממשלה חלופית. המשמעות הפוליטית היא שכל עבודת ההכנה אמורה להתבצע לפני הצבעת אי-האמון, ומכאן הקושי שניצב בפני האופוזיציה. אציין כי הנשיא, שהיה הגורם המקשר בין הכנסת למועמד בחוק הקודם, נעלם מההסדר בחוק היסוד החדש. כמו כן חשוב לציין שבכל שנותיה של המדינה נפלה הממשלה בהצבעת אי-אמון רק פעם אחת. עם זאת אדגיש כי להצעת אי-אמון חשיבות רבה במישור הסמלי, ולכן להצבעת אי-אמון בממשלה, אף אם לא כללה מועמד חלופי, הייתה השפעה על השיח הציבורי. לא ברור אם בכלל ניתן יהיה לקיים כזו הצבעה על פי החוק החדש.

9 חוק יסוד: משאל עם, ס"ח התשע"ד 400.

10 חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט–1999, ס"ח 86.

11 חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל) (תיקון), התשע"א–2010, ס"ח 58.

אפשרית לחוקי יסוד אחרים והן משום שמדובר בעניין שראוי שיוסדר ברמה החוקתית.¹² אף שהעתירה טרם הוכרעה בבג"ץ, חוקקה הכנסת לאחרונה את חוק היסוד. ביקורת נמתחה על המהלך גם במישור הלגיטימיות (בהתחשב בכך שלא בוצע משאל עם להרחבת השטח הנתון לשיפוט, למשפט ולמנהל של מדינת ישראל) וגם בשל היעדרה של תרבות פוליטית בישראל התומכת בקיומם של משאלי עם. מן העבר השני ניתן לטעון שהחוק לא בהכרח יוביל למשאל עם: אם הקואליציה לא תחפוץ במשאל עם, ביכולתה לשנות את חוק היסוד. כשהקואליציה רחבה, אין צורך בתיקון החוק – די בתמיכת שמונים חברי כנסת (בהקשר זה יצוין שהסכמי שלום עם מדינות נהנו בעבר מתמיכה מאסיבית בכנסת, ופועלו של חוק היסוד הזה אמור להתייחס בראש ובראשונה להסכם שלום צפוי עם סוריה). במישור הטכני חוק היסוד מגביל את הממשלה אך אינו מגביל את הכנסת. המונחים שבהם נעשה שימוש הם "אשרור הסכם" בממשלה ו"החלטת ממשלה, שלא בדרך של הסכם" כמקרים שמחייבים משאל עם, ואילו אישור ההסכם בכנסת לא נדון בחוק היסוד, ומקרה של מסירת שטח בדרך של חוק, ובכלל זה נסיגה חד-צדדית, אינו מוסדר ככזה שמחייב משאל עם. מכאן שבאופן מעט פרדוקסאלי פועלו המרכזי של החוק עשוי להיות באשר לאופן התנהלות הממשלה: אם יגובש הסכם או תגובש החלטה כאמור, אפשר שיובאו לאישור קבינט ולא לאישור ממשלה, או שיובאו ישירות לאישור הכנסת, ואז על פי לשונו היבשה של החוק לא יצריכו רוב של 80 חברי כנסת. אם כן, ניכר פער מסוים בין הרמה האקספרסיבית של חוק היסוד – הניסיון "לחשק" את נבחרי הציבור באמצעות משאל עם – ובין הרמה המשפטית-טכנית של חוק היסוד. אפשר שמנסחי החוק סברו שבאמצעות קבלת חוק היסוד ייווצר לחץ ציבורי על ראש הממשלה לקיים משאל עם אף במצבים שאינם מכוסים בחוק.

חקיקה

בד בבד עם תיקון חוק-יסוד: הממשלה קיבלה הכנסת תיקון לחוק שירות ביטחון, ולפיו יעדי הגיוס בקרב תלמידי הישיבות יושגו בהליך הדרגתי.¹³ על פי החוק, הישיבות יבחרו מי יהיו העילויים שלא יתגייסו, ואי-עמידה במכסות הגיוס עלולה להוביל לסנקציות פליליות. כמו כן בחוק מוסדר מסלול ישיבות ההסדר, היוצר שירות משולב של לימוד בישיבה ושל שירות צבאי שלא יפחת מ-17 חודשים. נוסף על זה מוסדרת דחיית שירות

¹² בג"ץ 9419/10 ותד נ' כנסת ישראל (פורסם בנוב, 2011).

¹³ חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 19), התשע"ד–2014, ס"ח 350. ההסדר קובע כי עד לשנת 2017 תחול תקופת הסתגלות שבמהלכה יוכלו תלמידי הישיבות לבחור אם להתגייס לשירות סדיר, לשרת בשירות אזרחי או להמשיך ללמוד בישיבה. בשנת 2014 יתגייסו לצה"ל ולשירות לאומי 3,800 חרדים, בהמשך בשנת 2015 יתגייסו 4,500, ולבסוף היעד הסופי יהיה כ-5,200 חרדים. בשלב זה תתאפשר דחיית שירות עד גיל 21. אם יעמדו ביעד הגיוס, יהיה ניתן לדחות את השירות של שאר החרדים המיועדים לגיוס עד לגיל 26, ואז יינתן להם פטור מלא.

לתלמידי הישיבות הגבוהות הציוניות, ותלמידים אלו יוכלו לדחות את שירותם עד גיל 23. התיקון בא בעקבות פסיקת בג"ץ בנושא,¹⁴ ומובן שיש לברך על שהכנסת נרתמה להגן על הזכויות אשר בית המשפט קבע שנפגעו מן ההסדר הקודם (אם כי לדעתי פסק הדין הקודם אינו חף מביקורת). על כל פנים, לצערי, תיקון זה בעייתי, במישורים מספר. ראשית, אף שבא מתוך מחויבות ליישום עקרון השוויון, עיקרון זה לא בא לידי מימוש בחוק משום החריגים הרבים שבו. יוצא שחוק שנולד כשהוא נושא את סממת השוויון, מפאת חריגיו הרבים, דווקא מקבע את השוני.¹⁵ מלבד זאת, שניים הם לדעתי פגמיו המרכזיים: ראשית, לא ברור בעיניי מהי ההצדקה ליצירת סוג חדש של ישיבות – ישיבות ציוניות גבוהות; שנית, לראשונה במדינת ישראל חוק הכנסת מייצר מכסות גיוס על פי מגזרים.¹⁶ זוהי התפתחות שיש להצטער עליה, כי היא בעלת השלכות קשות. לגופו של עניין, ימים יגידו אם אופן הפעולה שנקטה הכנסת אכן יוביל להגדלת מספר המתגייסים או לתגובת נגד, וכן אם גיוס זה יבוא על חשבון שוויון נשים בצה"ל,¹⁷ אם יגביר ויחריף מגמות הדתה בצה"ל, ואם יוביל לשילוב החרדים בחברה, או שמא ייצור סכנה להעדפת הוראת הרב על פני הוראת המפקד (בהנחה, כאמור, שהמפקד אינו רב...). במאמר מוסגר בהקשר זה יצוין כי לראשונה, ככל הידוע לי, במדינת ישראל הוציא מפקד חטיבה בצה"ל

14 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנוב, 2009).

15 החוק מקבע את מסלול ישיבות ההסדר (בהסמיכו את שר הביטחון לקבוע רשימת ישיבות הסדר בהתחשב בהמלצת ועד הישיבות בישראל או איגוד ישיבות ההסדר). החוק אינו מסמיך את שר הביטחון להכיר במוסד חילוני כמאפשר שירות משולב מקביל, הכולל זמן לימוד. כמו כן החוק מכיר ב"ישיבה גבוהה ציונית" (במפורט בסעיף 22ב) ומסמיך את שר הביטחון לדחות שירות של הלומדים בה לפי שיקול דעתו, וזאת לפרקי זמן שניתן לצברם עד הגיע המבקש לגיל 26, ובלבד שמספר המבקשים דחיית שירות בשנתם הראשונה לא יעלה על 300. באשר למסלול החרדי החוק מקים תקופת הסתגלות לתלמידי ישיבה שמלאו להם 18 אך טרם מלאו להם 22, אשר בה רשאי שר הביטחון להעניק למבקש דחיית שירות עד להגיעו לגיל 24. בהגיעו לגיל זה (ולמעשה, לפי סעיף 26טו(ו), כבר בגיל 22) רשאי שר הביטחון לפטור את המבקש בצו משירות סדיר ובכך להכפיפו להסדר שילוב בתעסוקה שנקבע בחוק. לצד אלו קיימת כמובן האפשרות לשירות אזרחי-לאומי, גם לאלו אשר גיוסם נדחה עד אשר הגיעו לגיל 21 (והדחייה לא חודשה עד הגיעם לגיל 24), וגם לאלו שהפוקד מצא שאינם מתאימים לשירות בשירות הביטחון. מן האמור לעיל יוצא שהחוק מייצר קבוצות שונות של אנשים הזכאים לפטורים מסוגים שונים, ואין זה ברור מהם הקריטריונים אשר לפיהם נקבעו הקבוצות הללו (ומהו המשקל שניתן לעוצמת השוני שבין הקבוצות השונות ביחס לשוני במנגנון הפטורים).

16 ראו סימנ ד': יעדי גיוס.

17 קיים חשש אשר בא לידי ביטוי אנקדוטלי, ששילוב חרדים בצבא יקשה על פעילותן של נשים בצה"ל – אם בתחומי החינוך והתרבות, לפי גישה שלפיה יש לוודא שאישה לא תשיר, לא תופיע, ואפשר שגם לא תדריך גברים חרדים – ואם בתחומים המבצעיים-קריביים, מסיבות של איסור נגיעה.

פקודת קרב לפיה הקרב אליו יוצאים חייליו הוא נגד אויב טרוריסטי אשר "מחרף, מנאץ ומגדף אלוקי מערכות ישראל".¹⁸

ברמה הטכנית, השלבים האופרטיביים של ההסדר נועדו להתרחש בכנסת העשרים, וחלקם אף לאחר מכן. אין תמה אפוא שהכנסת העשרים תעסוק בנושא, ובכלל זה תקהה עוקצם של מגנוני הסנקציה (הכוללים סנקציה פלילית).¹⁹ לא מן הנמנע שגם באשר להסדר זה תוגש עתירה לבג"ץ,²⁰ אשר אפשר שאף תתקבל,²¹ אם עקב הפגמים בקבוצות השוויון שתוארו לעיל, ואם בשל קצב שילוב החרדים (בצבא ובכלכלה).²² בסופו של יום נראה שמוטב לו היה המהלך שנקט המחוקק בנוגע לציבור החרדי מבוסס היה על גישה שלפיה השירות בצבא הוא בראש ובראשונה זכות, ומי שאינו נוטל חלק במימוש הזכות מחליש (או אף שומט) את תביעתו להטבות הקשורות במימוש הזכות לשרת והנובעות ממנה. גישה זו עדיפה על פני המהלך שנקט המחוקק, המבוסס על הגישה שהשירות בצבא הוא סוג של עונש, ומי שאינו ממלא את חובתו בו כפוף לסנקציות. למען הסר ספק, איני טוען שיש להחליף את שירות החובה בישראל בשירות התנדבותי. אינני חושב שישראל בשלה למעבר שכזה (ואף ישנן טענות בעלות משקל אשר תומכות בשירות חובה גם לו דומה היה המצב באזורנו למצב בשוויץ). טענתי מתמקדת ברובד האקספרסיבי של הדיון: בבחירה שבין התייחסות לשירות בצה"ל כאל חובה אל מול ההתייחסות כאל זכות, עדיפה הגישה השנייה. ברובד המעשי, בבחירה שבין גישת הסנקציה הפלילית לגישת שלילת ההטבות האזרחיות (הן ברמת הפרט והן ברמת המוסד

18 גילי כהן "מחט גבעתי: אלוקי ישראל אנו נלחמים כנגד אויב המנאץ שמך" **הארץ** (11.7.2014).

19 ואכן, לאחר כתיבת שורות אלו תוקן חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 21), התשע"ו-2015, ס"ח 2512.

20 ואכן, לאחר כתיבת שורות אלו, הוגשה עתירה, ולאחר מכן עתירה אף כנגד ההסדר המתוקן. ראו עתירה לבג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** אשר הוגשה במרץ 2014, ואוחדה עם עתירות אחרות ועם העתירה אשר תקפה את התיקון לחוק (בג"ץ 8017/15).

21 הערכה זו נשענת לא רק על הרחבת ההרכב, אלא על הוצאתו של צו על תנאי (מיום 13.6.2014), אשר לו התווספה דרישה שיפוטית לנתונים שעל המדינה להמציא לבית המשפט על מנת שזה ישתכנע שאין בעתירה ממש. בין השאר, כוללת ההחלטה דרישה לנתונים בשאלת מספר תלמידי הישיבות שהתגייסו בין השנים 2012 ל-2017 (ולפיכך יש להניח שלא תתקבל החלטה שיפוטית לפני שנה זו), וכן בשאלת התקצוב של הישיבות. ראו החלטה מיום 18.11.2014, אשר הוחלה לאחר מכן גם ביחס לתיקון לחוק. ואכן, עם ירידת סקירה זו לדפוס, התקבלה העתירה. ראו: בג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (12.9.2017).

22 לצד אלו, כוללים התיקונים לחוק (מספר 19 ומספר 21) בעיות נוספות. "חרדי" מוגדר אף כמי שהפסיק לחיות ארוך חיים חרדי לצורך השגת היעדים המספריים. כמו-כן, אין זה ברור מה יעלה בגורלו של ההסדר לאחר שנת 2023, המועד שבו אמור לפוג על פי החוק. דומה שדווקא בגלל הצורך לייצר מסלול ארוך טווח, טוב היתה עושה הכנסת לו היתה מתייחסת גם לתקופה שמעבר לתקופה המוגדרת בחוק.

החינוכי), הגישה השנייה נראית עדיפה כברת מחדל, כשמדובר בבחירה שלא לשרת בצה"ל מטעמי דת קולקטיביים,²³ וכשצה"ל עצמו אינו מציף צורך בתחום כוח האדם. שלילת הטבות זו, כל עוד היא יציבה לאורך זמן (ואינה בגדר הסדר זמני), כוללת מסר המסתייג מאי-השרות מבלי לכפות כפיית יתר על כלל המערכות הרלוונטיות, ועשויה להשיג את ההבחנה הנדרשת בין אלו המממשים זכותם לשרת ובין אלו הבוחרים ללמוד תורה.²⁴

התיקון האחרון שאזכיר בסקירה זו עוסק בהעלאת אחוז החסימה.²⁵ סעיף 81 לחוק הבחירות לכנסת תוקן באופן שרשימה תיכנס לכנסת רק אם זכתה ב-3.25% מסך הקולות הכשרים – משמע ארבעה מנדטים ויותר. הנימוק לתיקון זה כפול: ראשית, הרצון להימנע מאבדן קולות כשרים בשל הצבעה למפלגות שלא עברו את אחוז החסימה. הטענה בהקשר זה היא שהעלאת אחוז החסימה תרתיע אזרחים מלבחור במפלגות רסיס אשר בסופו של דבר אכן אינן עוברות את אחוז החסימה. הטענה המרכזית בעד העלאת אחוז החסימה הייתה שריבוי מפלגות קטנות פוגע במשילות, שכן מפלגות רסיס הן בעלות כוח מיקוח לא פרופורציונלי ביחס לגודלן, וריבויין מקשה על יצירת מכנה משותף. לדעתי, גם בהקשר זה יש להצטרף על המהלך החקיקתי. אני מקבל את חשיבות הבניית הכללים באופן שיצומצם אבדן הקולות בגלל הצבעה למפלגה שאינה עוברת את

23 המיוחד בפטור מטעמי דת שניתן לגברים הוא שהוא אינו זהה לפטור מטעמי דת או מצפון אינדיבידואליים – טענה שבסיסה זהותו הפרטיקולרית של האדם. הפטור מטעמי דת כולל מרכיב קולקטיבי במובן זה שחלק מהרציונל שבבסיסו מתייחס לקבוצה עצמה והצורך של הקבוצה בשימור הפטור על מנת לשמר את מאפייניה הייחודיים. נוכחותו המודגשת של המרכיב הקבוצתי מעתיקה את מרכז הכובד מן המתח בין צורכי המדינה לזכותו של הפרט הבודד – מצפון, אמונתו, זהותו – אל המתח שבין צורכי המדינה והצרכים המאפיינים את חברי הקבוצה מכוח חברותם בקבוצה, ובכלל זה זכותם לשימור התרבות של הקולקטיב הקבוצתי. בכך מוענקת לפרט המשתייך לקבוצה הגנתה של הקבוצה מפני המדינה מחד, ומציף את חובתה של המדינה להגן על פרט מפני הקבוצה שאליה הוא משתייך מאידך. זוהי דינמיקה שונה, אשר במסגרתה ניתן לחשוב על תגובה מדינתית לבחירתו של הפרט במסגרת הקולקטיב אשר מתייחסת אף היא לצרכים המסופקים לפרט מאת הקולקטיב. כך, ניתן לחשוב על מעבר למשטר של התניה – conditionality – כל עוד אין מדובר בהתניה שפוגעת בליבתה של חירות מוגנת. בהקשר מושא הדיון ניתן לחשוב על הטבות התלויות בשירות צבאי אשר לא תינתנה לאלו אשר בחרו שלא לשרת מטעמי השתייכות קולקטיביים. להשוואה, ראו **ישראל דורון**, וכן מאמרם של **גדעון ספיר ודניאל סטטמן**.

24 ברמה הערכית, חשוב שילובם של החרדים במשק (באופן שאינו נשען על "כלכלה שחורה"). סוגיית שירותם בצבא ההגנה לישראל במספרים גדולים מורכבת יותר, ובכל מקרה מעוררת שאלה של כוחה של הפסיקה לחולל שינוי כאמור. ראו דבריה של השופטת חיות (כתוארה דאז) בבג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 2009). בהקשר זה יש לתת את הדעת לאפשרות שקצב חלוף "הזמן החברתי" בקרב העדה החרדית אינו בהכרח קצב חלוף הזמן בקרב החברה המודרנית, ולפיכך יש מקום לשקול מיסוד תהליכים ארוכי טווח הכוללים גרף שבו השיפוע המייצג השתלבות בצבא מתון.

25 חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 62), התשע"ד–2014, ס"ח 347.

אחוז החסימה, ואף מוכן אני להניח שהעלאת אחוז החסימה תסייע בכיוון זה.²⁶ אך מבחינה לוגית אין סיבה להניח שהעלאת אחוז החסימה תשפר את המשילות. המשתנה הרלוונטי אינו מספר המפלגות אלא כוחן היחסי (וכמובן, מידת ההסכמה על בסיס אינטרסים משותפים). קשיי משילות של ממש אפשריים בקואליציה בין שתי מפלגות גדולות, אשר יחדיו עוברות את סף 61 חברי הכנסת, בהיעדר הסכמות או בהינתן אינטרסים נוגדים, כפי שחייה של ממשלה הנשענת על קואליציה בת שש מפלגות יכולים להיות שלווים, אם כל המפלגות מקבלות את אשר הן רוצות, ואין להן אינטרס לייצר משבר. מבחינה ניהולית מוכן שקל יותר לקיים ישיבה של ראשי סיעות הקואליציה אם היא מורכבת רק משתי מפלגות, אך אין לבלבל בין הנוחות הניהולית למושג המשילות. זאת ועוד: מבחינה עיונית, מעבר למפלגות גדולות עלול אף לפגוע במשילות. שוו בנפשכם תוצאות בחירות המגבשות שני גושים: האחד בן 59 מנדטים, והשני בן 57 מנדטים, כאשר ארבעה מנדטים נותרו לא משויכים. אם אנו משווים מצב שבו ארבעת המנדטים הללו מחולקים בין שתי מפלגות (כל אחת בת שני מנדטים) למצב שבו ארבעת המנדטים הללו כולם בידי מפלגה אחת, הדעת נותנת שכוח המיקוח של המפלגה האחת כמפלגת לשון מאזניים גבוה הרבה יותר, ולכן ביכולתה לייצר קשיי משילות חריפים יותר מאשר במצב שבו בפני ראש הגוש הגדול, בן 59 המנדטים, הייתה אפשרות לנהל משא ומתן עם כל אחת משתי המפלגות הקטנות על מנת להבטיח רוב של 61. מטבע הדברים, הדוגמה נכונה גם במספרים אחרים, המשמרים את אותו העיקרון: החלפת שתי מפלגות קטנות במפלגה אחת גדולה יותר, ההופכת להיות לשון מאזניים, רק מקשה על המשילות. נגזרת של מצב זה הובילה למעשה להקדמת הבחירות בכנסת ה-19: כוחן היחסי של "הבית היהודי" ו"יש עתיד", אשר תיאמו מהלכים ביניהן, היה שווה לכוחה של מפלגת השלטון, ובכך נפגעה יכולתה של מפלגה זו למשול.²⁷ למותר לציין שלהעלאת אחוז החסימה השלכות שליליות מסוימות במישור הייצוג.²⁸ ודוק: אינני

26 מבחינה חשבונאית, אין זה ברור, שכן צמצום מספר המפלגות אינו אומר בהכרח שמספר הקולות האבודים יקטן. אפשר ששלוש מפלגות המצויות על סף הארבעה מנדטים לא תעבורנה סף זה, והדבר יוביל לאבדן קולות שווה לזה שיאבדו בשל הצבעה לשש מפלגות שהתנדדנו על סף שני המנדטים. עם זאת ההנחה היא שמספר המפלגות שמבחינה ראלית תמנינה כארבעה מנדטים יהיה קטן ממספרן של מפלגות שתמנינה כשני מנדטים, ולו משום שקשה להשיג ארבעה מנדטים יותר משקשה להשיג שני מנדטים.

27 יש האומרים שמהלך הקדמת הבחירות היה קשור להצעת החוק להגנה על העיתונות הכתובה, אשר נועד למנוע הפצה של עיתון יומי בחינם כל עוד המודל העסקי של העיתון החינמי אינו רווחי (או לא ברור אם המודל רווחי). הצעת חוק זו הייתה פוגעת באופן התנהלותו של "ישראל היום", המוכר כשופר של ראש הממשלה מר בנימין נתניהו, ומסייעת בידי עיתון "ידיעות אחרונות".

28 יוזכר כי לצד הפגיעה בייצוג, הנובעת מהעלאת חסם הכניסה לכנסת, עשויה העלאת אחוז החסימה להוביל גם לתוצאות חיוביות, ככל שפחות קולות יופנו למפלגות שאינן עוברות את אחוז החסימה. במילים אחרות, אחוז חסימה גבוה יחסית עשוי להרתיע בוחרים מלבחור במפלגות אשר אין ודאות שהן עוברות את אחוז החסימה, ובכך עשוי לקטון מספר

טוען כי אך בשל כך יש לבטל את אחוז החסימה, או כי אין להעלותו כלל, אלא שיש להתאימו לנתונים החברתיים בשיטה נתונה. לו היה אחוז החסימה שנקבע כעת – ארבעה מנדטים – בתוקף בעבר, לא היו מפלגות מרכזיות בתולדות ישראל נכנסות לכנסת,²⁹ וזאת כאמור בלא שקיים אינטרס משילות מוכח בצדה השני של המשוואה. ככלל אצבע נראה אפוא שכאשר יש ספק, מוטב להעלות את אחוז החסימה העלאה מתונה ככל שניתן (דהיינו, במקרה שלנו, משני מנדטים לשלושה ולא לארבעה). בהקשר הספציפי של ייצוג המיעוט יש להצטרף על שכנסת ישראל כופה על המפלגות הערביות להתאחד, הן משום שאין בסיס אידאולוגי משותף בין מפלגה קומוניסטית יהודית-ערבית כחד"ש למפלגה לאומנית כבל"ד לבד מן העובדה ששתיהן אינן ציוניות.³⁰ איחוד כאמור ירדד את הבחירה העומדת בפני אזרחי מדינת ישראל הערבים (ואף היהודים אשר הצביעו בעבר לחד"ש וכעת יתקשו להצביע למפלגה מאוחדת הכוללת מרכיבים אסלאמיים או לאומניים),³¹ ועלול לעודד איחודים למראית עין או לחלופין להגביר מגמות שיסוע

הקולות היורדים לטמיון. אלא שהשלכה חיובית זו נשענת, כאמור, על כמה הנחות חברתיות (רתיעה מהצבעה למפלגה שאינה עוברת את אחוז החסימה, יכולת הערכה סבירה באשר למעבר או אי-מעבר כאמור). לא ברור אם הנחות אלו מתקיימות תמיד, וכאשר אין מתקיימות – קרי כאשר בכל זאת ציבור לא מבוטל מצביע למפלגה שבסופו של דבר אינה עוברת את אחוז החסימה הגבוה – המשמעות היא אבדן קולות רב יותר (כפי שקרה בכישלונה של מפלגת הימין "יחד"). זאת ועוד: התנהגות זהירה יתר על המידה של הציבור עלולה להעצים את הפגיעה בייצוג, שכן היא עלולה לפגוע בכל מפלגה אשר על פי הסקרים מצויה במרחק של מנדט או שניים מעל אחוז החסימה, שמא מפלגה זו לא תיכנס בסופו של דבר לכנסת.

29 לדוגמה, אם נתבונן בבחירות לכנסת השמונה-העשרה מדובר במפלגות מרצ, הבית היהודי ובל"ד.

30 ראו בהקשר זה הוויכוח בין ח"כ מיכל רוזין לח"כ רונן הופמן: פרוטוקול ישיבה מס' 119 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19 (20.1.2014).

31 ניתן לטעון מנגד כי איחוד כפוי מוביל לפשרנות ולמציאת מכנים משותפים, ומשכך מגדיל את היכולת לחבר בין זרמים שונים. אלא שטענה זו לוקה בכשל אם בחברה נתונה אותו מכנה משותף מחייב נטישת מרכיבים אידאולוגיים מרכזיים, הראויים, מבחינה ערכית, להגנה. כך, אם אחוז החסימה יחייב את כלל המפלגות היהודיות להתאחד למפלגה אחת, לא נאמר, אני מניח, שרעיון זה מוצלח משום שהוא מוביל לפשרנות ולמציאת מכנים משותפים. במילים אחרות, העלאת אחוז חסימה שנועדה לכפות איחוד על בעלי זהות אתנית (או דתית) מסוימת לשבת במפלגה אחת שאם לא כן לא יהיה ייצוג אותנטי לאותו מרכיב אתני או דתי, בהתעלם ממחלוקות אידאולוגיות עמוקות שבין הזרמים ההיסטוריים השונים, חשוף לביקורת של ממש, שכן הוא מניח שהמוצא האתני חשוב ממשנה אידאולוגית. במקרה של הרשימה הערבית המשותפת, חבריה יידרשו כעת, יותר מבעבר, להדגיש את המרכיב הלאומי-אתני במשנתם, אשר הוא למעשה היחיד המשותף להם.

ולאומנות.³² יצוין בהקשר זה שעניין העלאת אחוז החסימה כבר נידון בעבר, ואף הוקמה ועדה לבחינת שיטת הבחירות בישראל אשר הציעה הצעה לשינוי החוק במתווה אחר.³³ הקושי הגדול ביותר לדעתי במהלך שתואר לעיל, אשר הוביל להעלאת אחוז החסימה, להגבלת מספר השרים ולשינוי חוק שירות הביטחון הוא הליכי – שלושה תיקונים אלו הועברו כ"עסקת חבילה" באמצעות יצירת התחייבות הקושרת שלושה נושאים לא קשורים אלו זה בזה באמצעות הסכם פוליטי ברמה של הסכם קואליציוני. כל אחד מחוקים אלו קודם על ידי מפלגה אחת החברה בקואליציה, אשר התנתה את תמיכתה בחוקים האחרים (ובמשתמע אף את תמיכתה בהמשך חברותה בקואליציה) בכך שתתקבל תמיכה לחוק אותו היא מקדמת. ודוקו: אין מדובר בהסכם קואליציוני "מן המניין", אשר הסכמים כמותו קיימים משחר ימי הקואליציות בישראל. מדובר בהסכם המדבר על התניית חקיקה ספציפית בחקיקה ספציפית אחרת ומגדיל ומכוון מנגנון אכיפה פוליטי, הקושר את ההצבעות באותם הימים, תוך הגבלת זמן הדיון בכנסת כדי לוודא שאכן שלושת החוקים יעלו כמקשה אחת. אומנם דרך זו הוכיחה עצמה כיעילה – חבילת החקיקה זכתה לרוב הדרוש בכנסת – אולם המחיר לדמוקרטיה הישראלית רב. לכול היה ברור שהדיון בכנסת בחוקים המוצעים יהיה לצורכי הצגה בלבד, אך חמור מכך – קשירת מין בשאינו מינו (גיוס בחורי ישיבות עם העלאת אחוז חסימה, ואלו השניים עם מספר השרים בממשלה ובמנגנון אי-האמון) חותר תחת תפיסת כנסת ישראל כמוסד דליברטיבי שאמור לעסוק בנושאים לגופם ולא (רק) בסחר-מכר פוליטי. מהלך זה מראה שאין בסיס לטענה של קשיי משילות – הנה הקואליציה מראה כיצד יכולה היא להפעיל כוחה ולהעביר מהלכים כבדי משקל אשר כל אחד מהם, כשלעצמו, בעייתי. אומנם מבחינה תיאורטית ניתן לומר שהפשרה שהושגה נשענת על סדרי עדיפויות: לכל מפלגה בקואליציה היה חשוב לקדם את הרפורמה הקרובה ללבה מאשר להתנגד

32 בפני רשימה אשר לפי הסקרים עומדת על סף אחוז החסימה החדש ניצב כעת תמריץ "לקרוע" ממפלגה שכנה חבר כנסת אחד או שניים (ככל שחברי כנסת אלו אלקטביליים, במובן זה שיוכלו להזיז עמם מנדט נבחר). בכך תגבר דווקא מגמת השיסוע, ובכלל זה ההקצנה.

33 ראו בהקשר את האמור בדיון וחשבון המסכם של ועדת נשיא המדינה לבחינת מבנה הממשל בישראל (2007) www.ceci.org.il/?CategoryID=175&ArticleID=174. הוועדה שמה במוקד הדיון שלושה שיקולים עיקריים: הצורך להגדיל את מידת האחיותיות של הנבחר לנבחרי; הצורך לעודד את היציבות על ידי יצירת גושים פוליטיים גדולים יותר; הצורך לשמור על מידה סבירה של ייצוגיות במיוחד של קבוצות מיעוט. הוועדה המליצה על רפורמה כוללת כדלקמן: 60 חברי כנסת ייבחרו בבחירות הארציות יחסיות, ו-60 חברי כנסת ייבחרו בבחירות אזוריות; כדי לשמור על ייחודות מפלגתית ולמנוע פיצול יוכל כל בוחר להצביע עבור מפלגה אחת בלבד, ובחירתו תשמש גם לבחירות האזוריות וגם לארציות; על מנת להשתתף בחלוקת המנדטים יש לעמוד באחד משני תנאים: השגת 2.5% מכלל הקולות בבחירות הארציות או הצלחת המפלגה בבחירות נציג אזורי בשלושה אזורים שונים לפחות. ניתן לחשוב גם על מנגנונים אחרים, ובהם הגדלת מספר חברי הכנסת בד בבד עם הוספת מרכיב אזורי.

לרפורמה שאינה שלמה אתה. אך התוצאה בפועל היא שברמת החקיקה הבודדת לפנינו הסדרים שלו היו עולים להצבעה בפני עצמם, נראה, לפי התבטאויות חברי כנסת מן הקואליציה ובשל הקשיים הטמונים בכל אחד מן ההסדרים שאומצו, שלא היו זוכים לרוב כפי שהם. ואכן, האופוזיציה הייתה ערה לכך שמדובר בהליך חריג (ביותר) מבחינת אופן התנהלותה של הכנסת (קרי אופן ניהול הדיון וההצבעה בשלושת החוקים הלא-קשורים הללו) ובחירה אף היא להגיב תגובה חריגה (ביותר): נציגיה חברו יחד – אירוע נדיר כשלעצמו – לא השתתפו כלל בדיונים במליאה ובהצבעות בכל שלושת החוקים (אשר כאמור נדונו בצמוד) אלא קיימו דיון חלופי באחד מאולמות הכנסת. מכאן שגם במישור זה השנה האחרונה היא מצערת.

2. תזכיר חוק

לצד החוקים שקיבלה הכנסת בשנת תשע"ד הופץ תזכיר חוק לסדרי מנהל (הסדרת עבודת הרשות המנהלית וזכויות הפונה אל הרשות).³⁴ לראשונה בישראל נעשתה עבודת קודיפיקציה מקיפה להסדרת המשפט המנהלי. מחד זוהי פעולה מבורכת, אשר יש בה כדי להוביל להאחדת הדין. בלי שום ספק לנו, מרצי המשפט הציבורי, יש מקור נוסף ומצוין להתייחסות (וכמובן להרחבת חומר הקריאה בהתאם...), ומאידך לא ברור באיזו מידה יש בתחום המשפט הציבורי בישראל, אשר התפתח כדין יציר פסיקה, צורך בהאחדה כאמור, אשר גובר על היתרון שבפיתוח המשפט המקובל עקב בצד אגודל בתחום זה. במילים אחרות: למעבר מהסדרה בדין יציר פסיקה לקודיפיקציה יש יתרון – האחדה – אך גם חיסרון – פגיעה אפשרית בדרכי התפתחותו של הדין והתאמתו להתפתחויות חברתיות. נוסף על זה, הושמעה ביקורת על התזכיר מפי האגודה לזכויות האזרח, ולפיה האמור בו משקף פרשנות מצמצמת דין יציר הפסיקה הקיים, ואין בו בשורה מנקודת המבט של ה"פונה" אל הרשות. זוהי ביקורת חשובה, אשר יש לתת עליה את הדעת טרם יאומץ התזכיר על ידי הכנסת. יצוין כי במשפט הקונטיננטלי, ואף בישראל, מקובל שמפעלי קודיפיקציה מלווים, אם לא מובלים, על ידי ועדת מומחים, בין השאר על מנת לוודא שעמדת משרדי הממשלה (ובראשם משרד המשפטים) אינה משתלטת על השיח (ועל הנוסח הסופי), וכי העמדות השונות זוכות לדיון ולליבון. לזכותו של משרד המשפטים ייאמר כי נעשו מאמצים, אומנם לאחר הפצת התזכיר, לערב את ציבור המומחים באמצעות ימי עיון, אולם המגמה הכללית היא עדיין ריכוזית. לנקודה הליכית זו חשיבות רבה, שכן אימוץ קודיפיקציה הוא גם הזדמנות לתקן, ועיון בתזכיר אינו מגלה מקרים רבים שבהם תוקנה הפסיקה באופן שמטיל חובות נוספות על הרשות. במישור העיוני עולה השאלה אם הגישה שביסוד התזכיר, שלפיה המשפט

34 תזכיר חוק סדרי מנהל (הסדרת עבודת הרשות המנהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014.

המנהלי מופרד מן המשפט החוקתי, אכן ראויה, ואם ראוי להפריד בין "סדרי עבודת הרשות המנהלית" ל"זכויות הפונה לרשות" כפי שעולה משמו של החוק המוצע, או שמא יש ראשית לפרט את הזכויות כלפי כלל גופי השלטון, ומהן לגזור את סדרי עבודת הרשות. כמו כן יש לדעתי חשיבות רבה במציאת פתרון טוב יותר לסוגיית ניהול הליך הביקורת השיפוטית וביסוס התשתית הראייתית במסגרת הליך זה. נושא זה ראוי למאמר משלו, אולם על קצה המזלג אציין כי דומה שמן הראוי לאפשר לערכאות השיפוטיות השונות לבסס תשתית עובדתית במסגרת ההליך באופן שאינו נשען על ההליך הבג"צי נטול החקירה הנגדית. ולבסוף תוזכר הביקורת המוכרת כלפי המשפט הציבורי, אשר צפה ועולה גם בפרק הזמן הנבחן במאמר זה (למשל בהקשר של חברות התשתית והפיננסים) שלפיה עלי ספר לפחות אין הבדל מבחינת עילות המשפט הציבורי בין עתירתו של תאגיד רב נכסים נגד המדינה לעתירתו של פרט אשר אינו מחובר למוקדי כוח, ידו אינה משגת בהכרח את מיטב השירותים המשפטיים, ולעתים קרובות אינו יכול להרשות לעצמו את אורך הרוח הנדרש לניהול הליך ממושך ומורכב. זה שנים מספר שבהרצאות שונות עולה הקריאה לייצר מנגנוני הבחנה לעניין זה על מנת לשמר את החובה הבסיסית של המדינה לשים את האזרח במרכז, מבלי לסכל מהלכי רגולציה חשובים באשר לתעשיות שונות. קודיפיקציה מודרנית מצופה להתמודד עם קושי זה ולאפשר פיתוחם של כללים אשר מביאים בחשבון את ההיבט ההקשרי אשר במסגרתו מופעל כלל כזה או אחר של המשפט הציבורי, וכך מיהותם של הגופים העותרים כנגד הרשות וההקשר החברתי שממנו צומחת העתירה ובו הסכסוך נטמע יובאו בחשבון (לכאן או לכאן).³⁵ במיוחד לא ברור אם על הדין להתייחס באופן זהה למצב שבו נפגעת זכות בסיסית של פרט (או כאשר חורגת הרשות מסמכותה או מנהלת הליך שאינו תקין ביחס לפרט) ולמצב שבו אל מול הרשות ניצבים תאגידיים גדולים ועתירי משאבים, הנהנים לא אחת מיתרונות מידע ומיתרונות אחרים. נראה שהן מן הבחינה המוסדית (למשל, באמצעות הקמת מוסדות קורגולציה המביאים בחשבון את עמדת התעשייה) והן מבחינת הדין המהותי (למשל, באמצעות פיתוח מרכיבים הקשריים כחלק מן הדוקטרינה), ניתן לחשוב על שימור תפקידו הבסיסי של בית המשפט בהגנה על האזרח הקטן בבואו להגן על אינטרס מוגן (או זכות) מפני הרשות, מבלי להטיל בהכרח נטל לא סביר על הרשות בכבואה להגשים מדיניות כזו או אחרת אשר לה השלכות בעיקר על מגזר רחב המצוי בביקוחה.

35 אמנון רייכמן, רשות התקשורת החדשה: מודלים של ביקורת שיפוטית, **רשות תקשורת חדשה? המשפט, השוק והשיח הציבורי**, תשס"ה, 61; eblaw.haifa.ac.il/he/Research/; אייל פלג, **אתגר העוני של המשפט המנהלי**, ובו הוא מפתח את התפיסה של המשפט המנהלי ההקשרי. ResearchCenters/techlaw/DocLib/telecom.pdf

ב. המגמות הבולטות בפסיקה

אעבור עתה לסקור שתי מגמות אשר עולות ומתגבשות במשפט הציבורי בשנים האחרונות, כאמור בכפוף למגבלות המתודולוגיות הקשורות לניתוח מגמות מתוכן ומבלי ריחוק מתאים.

1. יחסיות

אחד המוטיבים החוזרים בפסיקתו של בית המשפט הוא מוטיב היחסיות, אשר בשנים האחרונות הלך והתפתח עד אשר עטף את מרכיבי המשפט הציבורי כולם וחדר אליהם, החל מעילות הסף, עבור בדיון בסמכות, הליך ושיקול דעת (ובכלל זה הדיון בזכויות) וכלה בדיון בסעדים. כל זאת מבלי שהתקיים בכך דיון שיטתי ומסודר, ולעתים מבלי שבית המשפט ער, או מעיד שהוא ער, למהלך זה. לדוגמה, הבה נתבונן בסוגיית "הבעיה שאינה בשלה"³⁶ אם עוקבים אחר שפתו של בית המשפט, בחינתו של חוסר הבשלות דומה לא פעם למבחן המידתיות במובן הצר, אשר יש הטוענים שהפך לחזות הכול.³⁷ בית המשפט בוחן את היחס שבין התועלת המופקת מהדיון בעתירה בשלב הנתון לבין גורמים כמו מידת הנזק הפוטנציאלי ומועד התגבשותו של נזק זה. זוהי זליגה של המידתיות לשדה שעד כה לא שלטה בו, ולא ברור אם קיימת הצדקה לשליטתה בו. לפי הפסיקה החדשה, ככל שהפגיעה בזכות או באינטרס מובהקת וממשית יותר, כך גובר הסיכוי שבית המשפט יאות לדון בעתירה לגופה. אולם בטווח הביניים, שבו השפעות הפגיעה אינן ברורות, קל יותר לבית המשפט לומר כי ראוי להמתין. "מתחם יחסיות" זה מאפשר הותרתן של הפרות כללי המשפט הציבורי על כנן עד שנזקן יהיה מוחשי דיו. בכך יש קושי בהיבט שלטון החוק. מבחינה פורמלית קיימת אפשרות שפעולה לא חוקית של הרשות תיוותר על מכונה בהיעדר פסיקה של בית המשפט לגופו של עניין. מבחינה מהותית קיימת אפשרות שפגיעה בזכות מוגנת תיוותר ללא מענה שיפוטי מספק, שכן אם התערבותו של בית המשפט תגיע רק לאחר שהפגיעה הממשית בזכות כבר אירעה, לא אחת אין בידי בית המשפט סל סעדים שיעמיד, באופן אפקטיבי, את קבוצת האנשים שזכותם נפגעה באותו המצב שבו היו לולא הפגיעה בזכות. כמו כן לא אחת אין בידי המשפט הציבורי הכלים הראייתיים לוודא שמקרי הפגיעה בזכות יגיעו לדיון שיפוטי ויזכו להכרה שיפוטית נאותה, ולכן לא ברור אם שקלול הנזק אל מול התועלת הגלום בדוקטרינת הבשלות כפי שנוסחה בבית המשפט מביא בחשבון את קשיי ההוכחה הללו,

36 להרחבה על הדוקטרינה ראו: רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" **עיוני משפט** לו (2014) 45.

37 אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות" **משפטים** מב (2012) 1097, בעמ' 1127–1128; רבקה וויל "האם המחוקק ירה בתותח כדי לפגוע בזכות" **משפט ועסקים** טו (2012).

אם נדרשים העותרים להמתין עד אשר תתגבש פגיעה בפועל בזכות. מכאן שהמעבר לחשיבה מידתית מתיר למעשה פגיעה "מידתית" בשלטון החוק הפורמלי והמהותי, וזוהי התפתחות מדאיגה.³⁸ כמו כן ניתן לטעון כי הנחתו הסמויה ולעתים הגלויה של בית המשפט, כי ייתכן שהחוק המדובר לא ייושם כלל בפועל, מוסיפה אף היא רובד מסוים של "יחסיות" כלפי שלטון החוק (שכן ההנחה שחוקים חוקקו וייוותרו כאבן שאין לה הופכין היא כשלעצמה אינה נקייה מספקות במישור שלטון החוק). אין אני טוען, כמובן, שאין ערך לדוקטרינת הבשלות; זוהי דוקטרינה אשר מאפשרת לבית המשפט לא רק לשמר את הונו המוסדי אלא גם לוודא שאכן ההליך המשפטי מונע כאשר מתקיימים תנאים בסיסיים להנעתו. אלא שהמשגתה של הדוקטרינה לפי עקרון המידתיות היא צעד נוסף בבמגמת הפיכתו של המשפט הציבורי כולו ליחסי, ולכך ישי מחיר. לפיכך נראה שהגיעה השעה לפתח דוקטרינה מסודרת באשר למקרים שבהם תופעל ביקורת שיפוטית קונקרטיית באשר להסדר החקיקתי כפי שמופעל בשטח (as applied) על פני ביקורת שיפוטית מופשטת על החוק עצמו כפי שכתוב (on its face) אך טרם יושם. כאמור, יש יתרונות לדרך פעולה המעדיפה התמקדות בזכות שהופרה, למשל במישור הגדרת הזכות והפגיעה בה (כל עוד כמובן ניתן מענה ראוי לסוגיה הראייתית ולשאלות הנטל, שעליהן עמדתי למעלה).³⁹ מנגד, ניתן לחשוב על מצבים שבהם הכרחי דווקא לפנות למישור המופשט (משיקולי שמירה על שלטון החוק מחד, ואפקט מצנן מאידך). כאמור, נכון לכתיבת שורות אלו לא מצאתי הלכה מחייבת, סדורה ועקבית המסדירה שאלה חשובה זו, ולפיכך עילת חוסר הבשלות, אשר כשלעצמה כוללת מרכיבים יחסיים, מיושמת באופן שניתן לכנותו יחסי.⁴⁰

לשם המחשה נבחן את פסק הדין העוסק בוועדות הקבלה.⁴¹ בשנת 2011 אושר תיקון לפקודת האגודות השיתופיות, שקבע כי ועדת קבלה תוכל להתנות על הקצאת מקרקעין ביישוב הממוקם בנגב או בגליל.⁴² החוק כולל סעיף האוסר על הפליה וקובע כי במסגרת שיקולי ועדת הקבלה היא אינה יכולה לסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית. עם זאת בחוק מוגדרת לוועדה סמכות רשות שלא לאשר

38 למען הסר ספק, איני מרהיב עוז לטעון כאילו עקרון שלטון החוק היה מוחלט, וכעת הפך הוא ליחסי. טענתי היא שעקרון שלטון החוק היה יחסי פחות (דהיינו קשיח יותר), ועם ריבוי היבטים יחסיים החודרים אל ליבתו מתעורר חשש באשר להשלכות השליליות אשר עלולות ללוות תהליך זה, הן ברמה הסמלית והן ברמה המעשית.

39 פוליאק (לעיל הערה 36).

40 השוו למשל לוויכוח באשר להפרטת בתי הסוהר והקיצוץ בהבטחת הכנסה בעבר: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005).

41 בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (פורסם בנבו, 2014).

42 חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011.

מועמד מעילות כמו אי-התאמה לחיי חברה בקהילה (לכך נדרשת גם חוות דעת מקצועית) או חוסר התאמה של המועמד למרקם החיים החברתיים כאשר יש יסוד להניח כי המרקם עלול להיפגע. יתר על כן, ההסדר כולל עילה מופשטת יותר לפיה יהיה ניתן שלא לאשר מועמד בשל מאפיינים ייחודיים של היישוב שאושרו בידי הרשם. העתירה שעסקה בחוקתיות החוק נדחתה בספטמבר 2014 בשל חוסר בשלות. בג"ץ קבע כי העתירות הוגשו סמוך לאישור החוק, וכי לא נתמכה תשתית עובדתית, "ואפילו דוגמה אחת למקרה בו משפחה או אדם נפגעו כתוצאה מהחוק". אכן, החוק טרם יושם במקרה ספציפי שהגיע לפתחו של בית המשפט, אך העיסוק בסוגיית ועדות הקבלה הוא ותיק. לדוגמה, בשנת 2011 התקבלה עתירתם של בני הזוג זבידאת, אשר נדחו פעמיים על ידי ועדת הקבלה של היישוב רקפת, בדיוק בשל אחת מהעילות המנויות בחוק, לפיה הם אינם מתאימים לחיי הקהילה.⁴³ בשל קיומן של עתירות דומות נדרשו השופטים להתייחס לעיסוק הקודם בסוגיית הוועדות. בנוגע לכך הם פסקו כי העתירות הקודמות אינן מבססות תשתית עובדתית, משום שהן נידונו לפני חקיקת החוק, וברובן לא עסקו בשאלה העקרונית. בדעת מיעוט התייחס השופט ג'ובראן לטענת העותרים, לפיה ייתכן כי ניסוחו של החוק יאפשר מנגנון הפליה סמוי, ובכך ייצור בעיית תשתית עובדתית גם בעתיד בשל הקושי באיתורם של מקרים קונקרטיים. השופט הסביר כי הדחייה בשל אי-הבשלות תכשיר הפליה זו, ובהמשך אף קבע כי החוק אינו חוקתי. עתירה נוספת הקשורה לסוגיה הוגשה נגד חוקיותו של חוק יסודות התקציב, המסמיך את שר האוצר להפחית מתקציבם של גופים מתוקצבים או נתמכים שציינו את יום העצמאות (או יום הקמת מדינת ישראל) כיום אסון (נכבה) סכום של עד פי שלושה מעלות ההוצאה שהוצאה לצורך ציון כאמור. גם בעתירה זו טרם יושם החוק במקרה ספציפי, ולכן היא נדחתה על הסף בהיעדר תשתית ראייתית להפרת כללי המשפט הציבורי.⁴⁴ וגם בנושא זה לא ברור אם דוקטרינת הבשלות, בהגדרתה היחסית, מובילה לתוצאה משכנעת, בשל אפשרות קיומו של אפקט מצנן. אפשר שגופים יימנעו מהוצאת כספים אשר עלולה לגרום בעקבותיה קנס, ובכך תתגבש פגיעה בחופש ביטוי אשר מידתיותה לא תגיע לכדי דיון שיפוטי, שכן מבחינה טכנית החוק טרם יושם. גם בעניין העלאת אחוז החסימה נדחתה עתירה לבג"ץ נגד חוקיות התיקון, בין היתר בשל היעדר בשלות, כיוון שטרם יושם החוק וטרם נראו השלכותיו.⁴⁵ אופן פעולה זה מניח שבידי המשפט כלים להשיב את המצב לקדמותו אם הבחירות לכנסת ייפגעו יתר על המידה בהיבטים שונים של הזכות לבחור ולהיבחר ובשוויון בבחירות.

43 בג"ץ 8036/07 זבידאת נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 2011).

44 בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 2012).

45 בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2015).

היבט נוסף של הגישה היחסית לכללי המשפט הציבורי עלה בפרשת **פלקסר**, שניתן בבית המשפט העליון באוגוסט 2014.⁴⁶ העתירה עסקה בשאלת החסינות האישית של עובדי ציבור מפני תביעות נזיקין. פסק הדין מטריד משום שבית המשפט העליון החיל באופן "יחסי" את הדרישה הברורה הקבועה בחוק לתיקון סדרי מנהל (החלטות והנמקות), לפיה היעדר הנמקה (ועל פי פרשנות בית המשפט, גם הנמקה לאקונית) יוביל להיפוך הנטל. במקרה הנדון לא קוימה חובה זו עד לשלב מאוחר (מאוד), אך בית המשפט מצא שמכיוון שלא הוכח שנגרם נזק לעותר, ומכיוון שהרשות התחייבה לנמק החלטותיה להיכנס לנעלי הנתבע מעתה והלאה, אין צורך להפעיל את הוראת החוק. במאמר מוסגר (ואגב אורחא), פסק דין זה, כמו מקצת פסקי הדין שאוזכרו בסוגיית הבשלות, שב וחושף בעיה מוכרת ומובנית והיא היכולת לייצר תשתית עובדתית מספקת בהליך הבג"צי, אותה הזכרתי בהקשר תזכיר החוק. אף שקיימת הציפייה כי כלל העובדות והנתונים יפורשו במלואם בידי הצדדים, העותרים נתקלים לא פעם בקושי יישומי בהצגת מלוא הנתונים המצויים בידי הרשות, ובפרשת **פלקסר** בלט הקושי של התובע להטיל ספק בנתונים שמציגה הרשות. קושי זה קשור ברמה כזו או אחרת ביחסיותו של המשפט הציבורי, שכן הוא מעצים את האלמנט היחסי הקיים ממילא ביחסו של המשפט כלפי האמת העובדתית. לכן ברמה הנורמטיבית נראה כי הגיעה העת לשקול במסודר הקניית כלים לבית המשפט המחוזי בשכתו כבית משפט לעניינים מנהליים לנהל הליך לקביעת עובדות כל אימת שהתשתית הראייתית שעומדת בפני הרשות היא אלמנט הכרחי לדיון בעתירה.

מוטיב היחסיות מלווה אותנו גם בשאלת הגדרת הפגיעה בזכות עצמה. לא אחת מתקשה בית המשפט לשרטט את גבולות הזכות המוגנת, ויש גישה שלפיה יש לשרטט את גבולות הזכות המוגנת באופן יחסי לפגיעה האפשרית בזכויות הסובכות אגב הפרדה בין הזכות לבין דרכי המימוש של הזכות.⁴⁷ למותר לציין שגישה זו מעמעמת את אחד מתפקידיו הבסיסיים של המשפט הציבורי – הגנה על זכויות. מושג הזכות אמור להיות מוחלט גם אם הזכות עצמה יחסית במובן זה שכאשר היא מתנגשת עם זכויות אחרות או עם אינטרסים ציבוריים כבדי משקל, נדרש איזון (אם באמצעות מבחני האיזון האנכיים והאופקיים ואם באמצעות פסקת ההגבלה). אם נפגעה זכות מוגנת נדרש איזון, ואם לא נפגעה אנו מצויים במישור משפטי אחר.⁴⁸ במישור אחר של היחסיות קבע בית המשפט

46 ע"א 1649/09 **פלקסר נ' מדינת ישראל** – **משטרת ישראל** (פורסם בנבו, 2014). וראו דיון בה"ש 173 להלן.

47 עמדתו של השופט חשין בבג"ץ 7052/03 **עראלה נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 2006).

48 בהקשר זה יוזכרו ההערות בכנס **שנת המשפט תשע"ג**, באשר לניצנים של בדיקה מוקפדת יותר של קיומה של זכות טרם פנייה לפסקת ההגבלה. דברים ברוח זו אמר למשל אביחי דורפמן. גם בשנת תשע"ד באה מגמה זו לידי ביטוי בפסיקה. השופט הנדל אגב דיון בעתירה נגד תקצוב מוסדות שאינם מלמדים לימודי ליבה (בבג"ץ 3752/10 **רובינשטיין נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 2014)), התייחס למגמת הפסיקה שלא להכריע במעמדה של הזכות

זה מכבר יחס שונה לזכויות על פי חשיבותן החברתית: ככל שהזכות חשובה יותר, או מרכזית יותר, כך יידרש בית המשפט להגנה קפדנית יותר כאשר היא נפגעת – אם באופן ישום פסקת ההגבלה, ואם כאשר מדובר בהפעלת מבחני האיזון המסורתיים (מבחן האיזון ה"אנכי" ומבחן האיזון ה"אופקי").⁴⁹ יתרונותיה של גישה זו ברורים: היא מאפשרת מיקוד ההון המוסדי של בית המשפט בהגנה על אותן זכויות יסוד שההצדקה המוסרית שבבסיסן היא החזקה ביותר, דוגמת הזכות לחיים, הזכות לכבוד והזכות לשוויון. עם זאת דומה כי הגיעה העת לשקול גם את החסרונות שבגישה המדרגת זכויות על פי חשיבותן היחסית – חשיבות אשר לא בא זכרה בחוקי היסוד. מבחינה אנליטית ניתן להציג חלופה על פיה כל הזכויות שוות; משהוכרה זכות כזכות יסוד, על בית המשפט להגן עליה כפי שמגן הוא על כל זכות אחרת, שכן ההצדקות לביקורת שיפוטית חלות על כל הזכויות כאחת.⁵⁰ על כל פנים, הדיון בגישות השונות לשרטוט גבולות הזכות ובהגדרת הפגיעה בזכות חורג מגבולות סקירה זו ומחייב מאמר בפני עצמו, אשר אינו מיוחד להתפתחויות במשפט הציבורי בשנת 2014.

מוטיב היחסיות ממשיך ומלווה אותנו גם בבחינת דרישת ההסמכה – אבן הפינה הן ברמה החוקתית (כחלק מפסקת ההגבלה) והן ברבדים התת-חוקיים (במסגרת המשפט הציבורי האחד של מדינת ישראל). כזכור, בפסקי הדין הראשונים נדרשה הסמכה מפורשת לפגיעה בזכות (כאמור בפרשת בז'רנו),⁵¹ ולפי גישת המשפט הבריטי נקבע כי אין לה לרשות אלא הכוח שנתן לה החוק המסמיך גם במקרים שבהם אין פגיעה ישירה בזכות. בהמשך, בפסק דין פורז,⁵² עוצב מבחן התכלית הנחושה המאפשר לרשות לפגוע בזכות גם ללא הסמכה מפורשת, ובלבד שתוכיח כי לא תוכל למלא תכליתה אם לא יהיה בידה הכוח לפגוע בזכות. לאחר מכן, בפרשת ארקו הראשונה,⁵³ הובהר כי אין לפרש את פקודת הפרשנות ככוללת הסמכה (במקרה שנדון, לחקיקה רטרואקטיבית). והנה,

לחינוך כחוקתית והביע הסתייגות מהפעלת מבחני פסקת ההגבלה כאשר אין בכך צורך. כמו כן הוא קבע כי לעמדתו לא יהיה נכון להכיר בזכות החינוך כזכות חוקתית הכרה גורפת. להשקפתו, קביעה ברורה אם אכן נוצרה פגיעה בזכות חוקתית במקרים ספציפיים תביא לפיתוח מושכל ונכון של השיטה החוקתית.

49 ראו למשל את דבריה של הנשיאה ביניש בבג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס" 31 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 2012).

50 אורן גול-איל ואמנון רייכמן, "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא (2011) 97.

51 בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב(1) 80 (1949).

52 בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית ת"א-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988).

53 בג"ץ 1149/95 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש-עיריית ראשון לציון, פ"ד נד(5) 547 (2000).

בפרשת ארקו השנייה,⁵⁴ אשר המשיכה את המגמה שבאה לידי ביטוי בפרשת המפקד הלאומי,⁵⁵ דרישת ההסמכה אף היא הפכה לדרישה יחסית, התלויה במשתנים נוספים כמו טיב הזכות הנפגעת והטעמים שבבסיסה, חשיבותה החברתית היחסית של הזכות, השלכותיה החברתיות, מיהות הרשות הפוגעת ועצמתה של פגיעה זו. זוהי התפתחות עמוקה, המאתגרת את מושכלות היסוד של המשפט הציבורי. על אף התפתחות מובהקת זו ניתן להבחין מפעם לפעם בשטחים אפורים בהם לא ברור אם בית המשפט ידרוש הסמכה מפורשת או יסתפק בהסמכה יחסית. לדוגמה, באוגוסט 2014 קבע בית המשפט כי אין נתונה למנכ"ל משרד הבריאות הסמכות להורות לרופא לחדול מביצוע טיפולים מסוימים אף אם הם אינם חוקיים.⁵⁶ זאת, למרות עמדתו של משרד הבריאות, לפיה הטיפולים המדוברים כללו תרופות ניסיוניות שאינן רשומות בישראל. אין ספק כי הזכות לחופש העיסוק, אשר עמדה ברקע, היא כבדת משקל, אך כך גם אחריותו של משרד הבריאות כלפי הציבור. אלא שבמקרים אחרים התקשה בית המשפט לשרטט את גבולות הזכות לחופש העיסוק באופן שמעניק לזכות את היקף ההגנה הראוי,⁵⁷ ולכן לא ברור מדוע במקרה זה מצא לנכון לפעול אחרת. כך, גם משקלו של האינטרס הציבורי במקרה זה מרכזי לא פחות מבמקרים אחרים, ולפחות לכאורה ניתן לתהות מדוע דרישת ההסמכה לא תוגמש בניסיון אלו לאור ההשלכות החברתיות הפוטנציאליות של המשך טיפולים אלו.⁵⁸ נראה אפוא כי הפיכתה של ההסמכה ליחסית לא רק מייצרת רוברד נוסף של אי־ודאות במשפט הציבורי, אלא עלולה אף לחתור תחת הבסיס הפורמלי שעליו נשען המבנה.

בנוסף, הצטרפה היחסיות גם לרכיבי התכלית הראויה. הובהר כי תמיד נדרשת ההתחשבות במהות הזכות הנפגעת ועצמתה של הפגיעה, וכן במידת הדחיפות והנחיצות שבפעולת המחוקק, מחוקק המשנה, מוציא הצווים הכלליים או מוציא הצווים האישיים בבואנו לבחון עד כמה ראויה התכלית שבבסיס פעולת הרשות כאשר זכות נפגעת. מכאן שגם התשובה לשאלה אם תכלית ראויה או לא היא יחסית. לאחרונה אף היינו עדים

54 דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון (פורסם בנבו, 19.10.2009).

55 בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2007).

56 בג"ץ 1405/14 סלויין נ' המשנה למנכ"ל משרד הבריאות (פורסם בנבו, 2014).

57 בג"ץ 7956/10 גבאי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 2012).

58 בית המשפט עמד על דרישת ההסמכה המפורשת במקרה זה וציין כי "גם כאשר רשות פועלת מתוך מחשבה של מילוי חובה ציבורית, אין הדבר מכשיר את מעשיה, אם אלה בוצעו תוך חריגה מסמכות". השוו לפסק דינו של השופט רובינשטיין בבג"ץ 5413/07 פלונית נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 2007), שעסק בשאלת הסמכות שלא להכיר בניתוחי השתלת איברים בחו"ל, וכן לבג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2012), שעסק בהצגת תערוכת הגופות בישראל, בו קבע בית המשפט כי מועד התערוכה לא יוארך (מבלי שבסיס הסמכות לקביעה זו ברור).

להגמשת דרישת התכלית הראויה עד כדי קבלתה של תכלית אינסטרומנטלית לחלוטין – פשרה פוליטית בין שתי גילדות (לשכת עורכי הדין ולשכת רואי החשבון) – כתכלית ראויה לפגיעה בזכות לחופש העיסוק.⁵⁹ אעמוד על כך בהקשר אחר בהמשך. בהקשר זה תצוין גם עמדתו של בית המשפט בשאלה אם קיומה של תכלית פסולה בהליך החקיקה די בה כדי לפסול אך בשל כך את החוק. בית המשפט נרתע מקביעה ברורה שתכלית פסולה אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, כאשר קיימת לחוק גם תכלית לגיטימית. לגופו של עניין, קביעה זו אינה נקייה מספקות, והיא תלויה בהכרעה באשר לתפקיד הביקורת השיפוטית: האם אין לומר שהביקורת השיפוטית נועדה לוודא שחוק מתקבל אך על סמך תכליות ראויות? על כל פנים, כשבית המשפט מתיר קיומה של תכלית פסולה לצד תכלית לגיטימית, למשל משום שהתכלית הלגיטימית היא התכלית הדומיננטית, שוב מרימה היחסיות את ראשה, שכן קביעת היחס בין התכליות מחייב ניתוח יחסי.⁶⁰ כפי שהוזכר בקצרה לעיל, גם באשר להפעלת מבחני המידתיות עצמם ניכרת הגישה היחסית: ככל שהזכות הנפגעת נתפסת על ידי בית המשפט כחשובה יותר, וככל שהפגיעה נתפסת על ידי בית המשפט כחריפה יותר, כך יפעיל בית המשפט את מבחני המידתיות, בדגש על המבחן השני והשלישי, באופן הדוק יותר.⁶¹ זוהי גישה יחסית למבחן האמריקני שמכיר ברמות שונות של ביקורת שיפוטית, אך לעומת הגישה האמריקנית, הפועלת ברמת הקטגוריות המשפטיות, הגישה הישראלית המתגבשת פועלת ברמת המקרה עצמו (לטוב ולרע).

בהקשר זה יוזכר כי החלת מבחני המידתיות עצמם ברובד התת-חוקי (קרי ברובד הקרוי "המשפט המנהלי") איננה מחויבת המציאות במקרים שבהם נפגעת זכות יסוד. על פני הדברים החלפת מבחני ההסתברות (ובעיקר מבחן האיזון האנכי) במבחני המידתיות אינה מיטיבה בהכרח עם ההגנה על זכויות. מבחני ההסתברות דורשים מן המדינה להראות כי קיימת הסתברות של ממש (ובדרך כלל, הסתברות קרובה לוודאי) לפגיעה של ממש (ובדרך כלל לפגיעה קשה וממשית) באינטרס ציבורי מרכזי, ואילו מבחני המידתיות, אשר עוצבו במשפט הזר (למשל בקנדה)⁶² כמותאמים לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית (ולכן מתירים מרחב מדיניות מסוים), הם גמישים במהותם ומובילים לא אחת למסקנה כי הפגיעה בזכות היא מידתית (ובישראל אף מטילים את הנטל על

59 בג"ץ 7956/10 גבאי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 2012).

60 ראו: בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 2013) ובג"ץ 7385/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2014). בגלגול השלישי של הפרשה בבג"ץ 8665/14 דסטא נ' הכנסת (פורסם בנבו, 2015) החורג ממסגרת סקירה זו, נקבע כי התכלית הפסולה (שימוש באדם ככלי להרתעת אחרים, מבלי שנקבע שיפוטית שעבר עבירה) היא נסבלת כל עוד היא מהווה תכלית משנית שנלווית לתכלית ראויה (מניעת השתקעות מסתננים).

61 גזל-אייל ורייכמן (לעיל הערה 50).

62 Supreme Court of Canada (S.C.C.): *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103 (Can.).

העותרים להראות כי קיימת חלופה שיש בה כדי להשיג את התכלית אנב פגיעה פחותה בזכות).⁶³ כך, עטיפת מבחן האיזון האנכי במעטפת של סבירות (והתמקדות בשאלה אם המסקנה כי קיימת הסתברות קרובה לוודאי לפגיעה קשה וממשית אליה הגיעה המדינה היא קביעה סבירה)⁶⁴ מובילה אף היא להגמשתו של כלל משפטי ש"מהונדס"⁶⁵ באופן שיעדיף א-פריורית זכות על פני אינטרס ציבורי (אלא אם מדובר בפגיעה בליבת האינטרס, שאז האינטרס הציבורי גובר) לסטנדרט אשר נשען על משקלם היחסי של השיקולים והנתונים שעמדו בפני הרשות.⁶⁶

נוסף על ההיבטים שצוינו, היחסיות שבה ומופיעה גם בשימוש הגובר בסעד הבטלות היחסית (או התוצאה היחסית), המאפשר לבית המשפט לעדן את התערבותו בנורמה המשפטית הנתקפת (ובכלל זה בהחלטת הרשות).⁶⁷ כך למשל קבע בית המשפט לעניינים מקומיים במעלה אדומים כי חוק העזר שנחקק על-ידי מועצת עיריית ביתר עילית ועסק באבטחת פעולותיהם של הפועלים הפלסטינים שבתחומה, נחקק ללא סמכות.⁶⁸ עם זאת מכוחה של הדוקטרינה התיר בית המשפט את האבטחה ואת תוקפו של חוק העזר למשך שנה נוספת על מנת לאפשר התארגנות מתאימה.⁶⁹ בפסק דין אחר

63 ראו דברי הנדל בפרשת **איתנית**, בג"ץ 6971/11 **איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פס' 31–32 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 2013).

64 ראו למשל: בג"ץ 3989/11 **תנועת נאמני הר הבית בארץ ישראל נ' ועדת הכנסת לביקורת המדינה**, פס' 15, 22 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 2012).

65 מיכאל בירנהק, "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות", **מחקרי משפט יט** (2003) 591, בעמ' 627–629.

66 לניסיון לקלוט את תוך מבחני פסקת ההגבלה מרכיבים של מבחן ההסתברות ראו: בג"ץ 951/06 **שטיין נ' רב ניצב משה קראדי** (פורסם בנבו, 2016). ספציפית אל תוך מבחן התכלית הראויה נעשה ניסיון, באמצעות רעיון ה"צורך הציבורי הלווחץ", לקלוט את דרישת ההסתברות הקרובה לוודאי, לכל הפחות כאשר מדובר בהפעלת הסמכות (הוצאת צו אישי).

67 להלן רשימה מדגמית של פסקי דין אשר תוצאתם הייתה בטלות יחסית בשנת 2014: עת"מ (ת"א) 56040-05-14 **מלון מרינה תל אביב בע"מ נ' ועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה מחוז תל אביב** (פורסם בנבו, 2014); תוב (ביש"א) 26792-02-12 **בר עבודות חקלאיות (צפון 1998) בע"מ נ' ועדה מקומית לתכנון יזרעאלים** (פורסם בנבו, 2014); עע"מ 6738/13 **מדינת ישראל נ' ש.י. שפץ וקנין קבלני בניין בע"מ** (פורסם בנבו, 2014); עע"מ 1489/13 **המינהל הקהילתי לשכונת בית צפאפא נ' עיריית ירושלים** (פורסם בנבו, 2014).

68 עת"מ (מ"א) 32/13 **קדוש נ' עיריית ביתר עילית**, פס' 12–13 לפסק דינו של השופט כדורי (פורסם בנבו, 2014).

69 לממד הזמן חשיבות מלבד לצורכי "התארגנות" גרידא. בעתירתו של עיתון דה-מארקו לחשיפת מספר התיקים התלויים ועומדים בפני כל שופט (כולל שמם של השופטים) נקבע, בניגוד לעמדת המדינה, כי יש לפרסם את המידע הנדרש, אולם למדינה נקצבה שנה (!) לצורכי התארגנות, אף שככל הנראה מערכת "נט המשפט" מסוגלת להפיק דוחות שכאלה כמעטמידית. ייתכן שתחת הכותרת "התארגנות המדינה" מצויים גם שיקולים אחרים, שכן לחלוף הזמן משמעות (פרישת שופטים, ריחוק מבחינת רלוונטיות המידע, מתן זמן הסתגלות לשופטים על מנת שיביאו בחשבון שבשנה העוקבת אופן ניהולם שאת התיקים

המשיך בית המשפט העליון וחזק את מעמדו של עיקרון זה כאשר הזכיר כי מקור הבטלות היחסית הוא במשפט המנהלי, אך ניתן להחילו גם במסגרתם של הליכים פליליים והחלטות בתחום הפלילי שבמהותן הן מנהליות.⁷⁰ בהקשר זה יוזכר כי שאלת הסעד עולה במלוא חריפותה בפרשות **אדם ואיתן**, שאותן אסקור בפרק **הזכויות** להלן. בפרשת **אדם** קבע בית המשפט, לאחר שהגיע למסקנה שהחוק נעדר תוקף מפאת פגיעה לא מידתית בחוק היסוד, כי אי אפשר להשתמש בסעד ה"קריאה פנימה" (ולדעתי בצדק), אך בשל החלל שנוצר יצר בעצמו קונסטרוקציה לפיה "את צווי הגירוש (והמשמורת) שהוצאו מכוח החוק למניעת ההסתננות, יראו כאילו ניתנו מכוח חוק הכניסה לישראל".⁷¹ בפרשת **איתן** לצד ביטול הוראות החוק המאפשרות את קיומו של מתקן שהייה **לא** בוטלו צווי השהייה שהוצאו לכמה אלפי סודנים ואריתראים. צווי השהייה כללו, נוסף על ההוראה להתייצב במתקן חולות, גם ביטול של אשרות עבודה שניתנו בעבר למסתננים. אשרות העבודה לא חודשו, ואין התייחסות בפסק הדין לעניין זה. הנושא עלה בעתירות שהוגשו לבתי המשפט לעניינים מנהליים. היום יש עשרות או מאות עתירות הממתינות להחלטת המדינה בכל הנוגע לרכיב זה, לאחר שעצם ההחלטה המורה להתייצב בחולות לכאורה חסרת תוקף. נראה אפוא שגם כאן נוצר חלל משפטי אשר יש להתמודד עמו.

לאור האמור לעיל, ובהתחשב בביקורת שנמתחה על סעד הבטלות היחסית (ובהתחשב ביתרונות סעד זה), הגיעה העת לאמץ את קריאתה של פרופ' דפנה ברק-ארז,⁷² לפיה נורמות במשפט הציבורי, ובכלל זה צו אישי, הסותרות נורמות עליונות יותר שלא כדין (דהיינו ללא היתר לסתירה כאמור), יוחזקו כבטלות, אלא אם תוכיח המדינה (או צדדים שלישיים שצורפו לעתירה) כי סעד הבטלות היחסית מחייב תוצאה אחרת (למשל מחייב השעיה בזמן, קביעה כי מרכיבים מסוימים אינם בטלים על אף הפגם שנפל בהם או קביעה כי הבטלות אינה כלפי כולי עלמה אלא רק כלפי אנשים או ישויות מסוימים). חזקה שכזו, לפיה נורמה פגומה בטלה אלא אם תרים המדינה (או צד שלישי) את הנטל ותשכנע את בית המשפט שיש "להציל" מרכיבים מן הנורמה (או את כולה), תסייע בגידור יחסיותו של סעד זה. בהיעדר כלל ברור מחדל ברור באשר

יהיה חשוף לציבור ועוד). ע"מ 3908/11 **הנהלת בתי המשפט נ' עיתון דה-מרקר באמצעות עיתון הארץ בע"מ** (22.9.2014)

70 ע"פ 1053/13 **הייכל נ' מדינת ישראל**, פס' 10 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 2013).

71 וממשיך בית המשפט וקובע: "הרשויות תידרשנה אפוא לבחון באופן פרטני את עניינם של המוחזקים במשמורת לפי עילות השחרור, הסייגים להן והמועדים הקבועים בחוק הכניסה לישראל, והנחתנו היא כי הדבר ייעשה במהירות הראויה". ראו פסק דינה של השופט ארבל בפרשת **אדם** (להיל הערה 60).

72 דפנה ברק-ארז **המשפט המנהלי** (כרך ב, 2010) בעמ' 834–839.

לסטטוס של דבר דין פגום בפגם של ממש, הרי שמבחינה תורת-משפטית יש רגליים לטענה כי לפנינו שיטת משפט שאינה מבוססת על כללים אלא על מופעי שיקול לדעת חולפים בלבד. מצב דברים זה מייצר קושי פנימי באשר לפועלם של כללים בשיטה: האומנם כללים, או שמא המלצות בלבד? זאת ועוד: בהיעדר כלל בררת מחדל הקובע חזקת בטלות, הותרתה של תוצאת ההפרה כמרחפת באוויר – ללא כל נטייה לכאן או לכאן ומבלי שברור על מי הנטל להוכיח כי תוצאתה של ההפרה **איננה** בטלות, הרי שניתן לטעון כי מבחינה מהותית שלטון החוק עצמו איננו מוגדר דיו. מנגד, אימוץ מפורש של חזקת הבטלות משיב את האיזון בין שני חלקי המשפט הציבורי – החלק העוסק בפגם והחלק העוסק בסעף הנובע מן הפגם – ואף יש בו כדי לספק יציבות מסוימת לצדדים הנתקלים בנורמה משפטית (ובכלל זה החלטה) פגומה אשר טרם נתקפה שיפוטית. כידוע, הפגם במשפט הציבורי אינו מתגלה אך בתקיפה ישירה אלא גם בסוגים שונים של תקיפות עקיפות, ולעתים מדובר בפגם חמור, היורד לשורשו של עניין. חזקת הבטלות משתלבת מבחינה עיונית בטיבו של סטטוס הבטלות היחסית, ומשמעותה – לפנינו אקט בטל יחסית, אשר לא רק שאינו נהנה מחזקת החוקיות והתקינות, אלא שחזקה עליו שהוא בטל אלא אם יוכיח אחרת מי שטוען כי יחסיות הבטלות משמעותה בטלות חלקית בלבד, על פי חתכי הבטלות היחסית. סטטוס זה, הטבוע בדבר הדין הפגום, אינו משתנה עד אשר גוף שיפוטי מוסמך יקבע, בנסיבות המקרה, מה משמעות של הבטלות היחסית, לאור רשימת השיקולים המנויה בפסיקה. משברור מערך הנטלים הנובע מניה וביה מן הבטלות היחסית באשר להוכחת קיומו של שיקול זה או אחר, יוכלו הצדדים הנוגעים בדבר, צדדים שלישיים ואף הציבור בכללותו לכלכל צעדיהם בנוגע לדבר הדין הפגום, ביודעם שיבוא יום ותוצאת הפגם תתברר בפני גוף שיפוטי מוסמך, אשר יצטרך לשיקול אם בכל זאת דבר הדין הפגום אינו בטל, בשקלו בין היתר את עצמת הפגם, השלכת הבטלות על צדדים שלישיים אשר הסתמכו על תוקף דבר הדין בתום לב, אפשרות תקיפת דבר הדין בידי צד מעוניין בעבר ועוד. במצב זה ידעו הצדדים, ובכלל זה רשויות בישראל (ואף מחוצה לה), שחזקה שהנורמה או ההחלטה בטלות, ואין להסתמך על תקפותן, אלא אם הושג אישור שיפוטי של בית משפט מוסמך שהאקט המנהלי או הנורמה תקפה אף על פי שנפל בה פגם של ממש. מצב דברים זה עשוי גם לתמרץ פנייה לבית המשפט לביטול תוצאות הפגם, שכן חלוף הזמן כשלעצמו, או העובדה שמדובר בתקיפה עקיפה ולא בתקיפה ישירה, אינם משנים את הקצאת נטל ההוכחה והשכנוע (אלא הם רק שיקול במערך שיקוליו של בית המשפט). אומנם "חזקת הבטלות" בשמה הזה טרם הופיעה בפסיקה, אולם יש אדנים יציבים מהם שניתן ללמוד על קיומה.⁷³

בזהירות, ומבלי להתיימר להוכיח השערה זו, ניתן לשער שמאפיין היחסיות מתיר עקבותיו גם ביחסה של המדינה לחוק. בשנת תשע"ד הגיעו לפתחו של בית המשפט כמה

73 כך לדעתי יש לקרוא את פסק דינו של השופט זמיר בבג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים פ"ד מח(5) 291, 305–308 (1994).

עתירות המצביעות על אי־יישומן של חוק או של פסיקת בית המשפט משלא היו אלו מושא להתייחסות "יחסית" מטעם המדינה ורשויותיה. אל מול התפתחות זו נדרש בית המשפט בעת האחרונה לחזור ולהדגיש את חשיבות מעמדו של שלטון החוק. לדוגמה, בפס"ד **גינזבורג** קבע בית המשפט כי המדינה הפרה את חובתה על פי חוק והתרשלה התרשלות חמורה בכך שלא הבטיחה מספיק בתי עלמין לקבורה אזרחית.⁷⁴ נקבע כי בתי העלמין הקיימים אינם ממוקמים במרחק סביר זה מזה, וכי אין בתי עלמין אזרחיים. עוד נקבע כי לא הופץ כראוי מידע לציבור בנוגע לזכאות להיקבר בבית עלמין במימון המדינה. לבסוף קבע בית המשפט כי על המשרד לשירותי הדת לשלם לתובעים את הסכום שנאלצו לשלם מכיסם לקבורת בני זוגם שהביעו רצון מפורש להיקבר בקבורה אזרחית. במקרה אחר קבע בית המשפט כי במשך זמן רב לא עמדה המדינה בהתחייבותיה בנוגע לפינוי מבנים המצויים על קרקע פרטית בשישה מאחזים ביו"ש, בשטחם של צווי התיחום.⁷⁵ בית המשפט הורה למדינה לעמוד בהתחייבות ולהפסיק את "גרירת הרגליים המתמשכת". נראה כי במקרים אלו הגיע בית המשפט למסקנה כי עליו לחדד מושכלות ראשוניים אל מול הגישה היחסית למשפט הציבורי. במילים אחרות, ייתכן שעדים אלו לחלק מן ההחצנות השליליות של המעבר לשימוש במשפט ציבורי "יחסי".⁷⁶

2. שיח הזכויות

מלבד העמקת יחסיותן של הזכויות, ניכר שבשנים האחרונות הפסיקה הולכת וממירה את הרציונל הבסיסי שביסוד ההגנה על זכות – מתפיסה אינדיבידואליסטית לתפיסה הממקמת את האינדיבידואל הנפגע כחלק מקבוצה, בד בבד עם הסטת הרגישות לשאלה אם מדובר בקבוצה מוחלשת הזקוקה להגנה. בראשית ימיו, כידוע, הגן בית המשפט בפסק דין מפורסם על זכותו של "מאכער" במשרד הרישוי לפעול, בהיעדר חקיקה

74 תא"מ (כ"ס) 29187-05-12 **גינזבורג נ' המשרד לשירותי דת**, פס" 29, 42–47 לפסק דינו של השופט קרשן (פורסם בנבו, 2014).

75 בג"ץ 7891/07 **תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון** 5 (פורסם בנבו, 2013).

76 מובן שאין סקירה זו מתיימרת – ויהיה זה ילדותי-משהו להתיימר – **להוכיח** כי אכן יחסה של המדינה לשלטון החוק התערער לאחרונה, או אם התערער, קשור תהליך זה לעלייה ביחסיותו של המשפט הציבורי. סוגיה זו ראוי שתידון במאמר עצמאי, אשר יבחן, מתודולוגית, אם ניתן להוכיח תהליך כאמור, ואם כן, כיצד. מטרתו של הדיון בסקירה זו היא להעלות את האפשרות שאכן אלו פני הדברים, בהשראת המשפט המפורסם המיוחס לתומס מור, אשר סירב להכיר בכוחו של המלך להגמיש מסגרות חוקתיות: "If you cut down all the trees, where will you hide when the wind blows?" לביטוי פואטי של תזה זו ראו את הדיאלוג של מור ורופר, במחזהו של רוברט בולט, *A Man for All Seasons*, (1960).

ראשית הפוגעת בזכותו הטבעית לחופש העיסוק.⁷⁷ גם בפסקי דין חשובים אחרים מיצב עצמו בית המשפט כמבצרו של האזרח הקטן בעימותיו עם הרשות.⁷⁸ על כן ניתן להבין את פועלו של בית המשפט כבואו להגן על זכויות הפרט כגורם מאזן אל מול המדינה הקולקטיביסטית, שבאה להגן על טובת הכלל. במסגרת הקשר חברתי זה התייצב בית המשפט על מנת לוודא שהעדפת האינטרס הציבורי אינה פוגעת יתר על המידה בזכות הפרט, הן באמצעות שימוש בכללים המשפטיים החלים על הסמכה והן באמצעות פיתוח דוקטרינות החולשות על שיקול הדעת. ניתן לומר שהתפיסה הרואה בבית המשפט מגינו של האזרח בריבו עם הרשות מבטאת את ההצדקה הבסיסית לביקורת שיפוטית, על פיה לשם הגנה על חירות הפרט על בית המשפט לאזן את ההטיה המוסדית הבסיסית שבגישת הרשות, המעדיפה את האינטרס הציבורי.

והנה, במובחן מפרשת **בז'ראנו** ניצבים אנו לאחרונה אל מול הכרעות בית המשפט בפרשת **גבאי** ובפרשת **פלקסר**, שם טענותיהם של האזרחים בריבם עם השלטון לא מצאו אוזן קשבת. ניתן כמובן לאבחן פסקי דין אלו (ואחרים כדוגמתם) על פי פרמטרים שונים, אך הקריאה שאני מציע מסבירה את הבדלי הגישה השיפוטית בשינוי מגמה בשנים האחרונות, מרגישות לפרט אל מול השלטון הכול-יכול, לרגישות לפרט כחלק מקבוצה מובחנת, הסובלת מיחס לא שוויוני אשר מקשה עליה לדאוג למימוש האינטרסים שלה אל מול השלטון (הנבחר או הפקידותי-מקצועי). לפי קריאה זו, בית המשפט מגלה רגישות גבוהה יותר לעתירות שבהן הפגיעה בזכות החוקתית פגיעה ממשית בקבוצה חשודה, וגם במקרים שבהם אין מדובר בקבוצה חשודה קלאסית, נראה שהחשיבה שביסוד הניתוח המשפטי היא קבוצתית בעיקרה (ולא חשיבה שרואה את הפרט מול הרשות). אדגים:⁷⁹ קריאה זו באמצעות פרשות מספר, אשר בהן מצא בית המשפט לנכון

77 פרשת **בז'ראנו** (לעיל הערה 51).

78 ראו דבריו של השופט ברנזון בג"ץ 287/69 **מירון נ' שר העבודה**, פ"ד כד (1) 337, 362 (1970), אשר חזרו גם בדבריו של השופט ברק בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441, 461-462 (1988): "נקודת המוצא המדריכה אותי מקורה בתפיסה העקרונית שעליה עמד השופט ברנזון לפני כעשרים שנה – כי "בית-משפט זה הוא המעוז הבטוח והאובייקטיבי ביותר שיכול להיות לאזרח בריבו עם השלטון". גישה דומה הובאה בת"פ (ס-8) 3471/87 **מדינת ישראל נ' קפלן**, פ"מ תשמ"ח(2) 26, 20-21 (1987).

79 מבחינה מתודולוגית אין סקירה זו מתיימרת להוכיח את הטענה – הוכחה אשר הייתה מחייבת ניתוח עומק של פסקי דין מתחום זכויות האדם משנות החמישים והשישים של המאה הקודמת והשוואתם לפסקי דין מהעשור האחרון, ואפשר שגם בהתייחסות לפסקי דין משנות השמונים והתשעים. ניתוח כאמור חורג ממגבלות הסוגה ומחייב מחקר עצמאי. דרך ניתוח חלופית, הקרובה יותר לרציונל שבבסיס סקירה זו, הייתה לנתח את כל העתירות, ולמצער את כל פסקי הדין שבהם הועלתה טענה לפגיעה בזכות מוגנת בכלל הערכאות בשנה הנבדקת ולבחון אם בתי המשפט רגישים יותר לעתירות שבהן במופגן, או ברקע הדברים, ניצבת קבוצה שזקוקה להגנה מפני השלטון הנבחר או הממונה, אלא שגם מהלך שכזה, בסופו של דבר, קורא למחקר שיעמוד על רגליו שלו. לפיכך אסתפק כאן בהשערה בלבד, אשר יהיה ניתן להפריכה או לאששה במחקר המשך.

להתערב, ולהווי ידוע שמקרים אלו הם מיעוט המקרים, שכן מרביתן של העתירות לבתי המשפט נגד המדינה ורשויותיה נדחות.⁸⁰ כך, בבג"ץ קו לעובד עסק בית המשפט בבקשה לחייב את שרת הבריאות ושר הרווחה להתקין תקנות שיעניקו לעובדים זרים, בעלי זיקה חזקה לישראל, זכויות מכוח חוק הביטוח הלאומי.⁸¹ בית המשפט קבע כי יש לקרב את הסדרי הבריאות החלים על העובדים הזרים לאלו החלים על תושבי ישראל (ואף קבע כי הזמן הראוי ליישום מהלך זה עומד על כעשר שנים (ע"ע "יחסיות")). במקרה אחר הגן בית המשפט על הזכות לחיי משפחה של מבקש מקלט וקבע כי כל עוד בקשה למקלט תלויה ועומדת, אין לגרש את משפחתו מהארץ.⁸² אלו הן כמובן עתירות פרט, אולם ההקשר ברור – קבוצות מוחלשות. כמו כן בית המשפט ביטל במהלך שנת המשפט כמה כתבי אישום של פרטים השייכים למיעוט מתוך חשש שמדובר בהפליה. בית המשפט הצבאי ביהודה ביטל כתב אישום נגד שלושה פלסטינים אף שהשתכנע כי אכן הם ביצעו את העברה שיוחסה להם.⁸³ החלטתו נומקה במושגי צדק ובפגיעה שבתחושת הצדק בכך שלא ננקטו צעדים נגד המתנחל שהיה מעורב גם הוא באותה תקרית. אי לכך קבע בית המשפט כי כל עוד הרשות בחרה שלא להעמיד לדין את אותו מתנחל, אין הצדקה להעמדה לדין של המעורבים הפלסטינים. במקרה נוסף ביטל בית המשפט השלום בתל אביב כתב אישום נגד נתינים זרים, משום שקבע כי ייתכן שאם לא היו הנאשמים נתינים זרים, לא היה מוגש נגדם כתב אישום, אלא הייתה ניתנת להם רק הודעת קנס.⁸⁴ המשותף למקרים אלו, כאמור, הוא ההקשר הקבוצתי: בית המשפט מגלה רגישות כשמדובר בנפגע המשתייך לקבוצה שתתקשה לדאוג לעצמה ישירות אל מול הרשות, אך אין הוא מגלה בהכרח רגישות כאשר מדובר בפרט שאינו משויך לקבוצה מוחלשת.

בהקשר זה כמובן יש לציין את אחד מפסקי הדין החשובים שניתנו בשנת המשפט הנבחנת במשפט הציבורי. בפרשת אדם, כאמור, נקבע כי התיקון לחוק למניעת הסתננות, שקבע בין היתר משמורת של שלוש שנים, אינו חוקתי.⁸⁵ כחודשיים לאחר מכן חוקקו סעיפים חדשים שהעמידו את תקופת המשמורת על שנה. בחודש ספטמבר 2014 קבע בג"ץ כי גם תיקון זה אינו חוקתי.⁸⁶ יש שני שינויים מרכזיים בין גלגולי הסעיפים: הראשון הוא בכך שהסעיף החדש פרוספקטיבי והוחל רק על פרטים שנכנסו שלא כדין

80 ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" **דין ודברים** ג (2008) 399, בעמ' 410-413; מיכל טמיר **אכיפה סלקטיבית** (2008) בעמ' 263 ו-283-284.

81 בג"ץ 2405/06 **קו לעובד נ' מנהל יחידת הסמך לעובדים זרים – משרד התעשייה** (פורסם בנבו, 2012).

82 עת"מ (ת"א) 23737-06-13 **פלוגי נ' מדינת ישראל – משרד הפנים** (פורסם בנבו, 2014).

83 (יהודה) 1553/11 **התביעה הצבאית נ' נואג'עה** (פורסם בנבו, 2013).

84 ת"פ (אי) 1455-07 **רשות שמורות טבע – תביעות נ' YONGYOU** (פורסם בנבו, 2011).

85 פרשת **אדם** (לעיל הערה 60).

86 פרשת **איתן** (לעיל הערה 60).

למדינה לאחר חקיקת התיקון; השני הוא קיצור התקופה המרבית לשהיית מסתגן במתקן שהייה משלוש שנים לשנה, כאשר סמכות ממונה ביקורת הגבולות לשחררו בתום תקופה זו נוסחה כסמכות חובה ולא רשות כפי שהייתה. עם זאת קיימת אפשרות על פי החוק שאדם ימצא עצמו במתקן השהייה יותר משנה.⁸⁷ בדיון בסעיף המסדיר את תקופת המשמורת הצהירה המדינה על תכלית נוספת לחוק שלא נטענה בפרשת אדם והיא שהייה לשנה במשמורת לשם הליכי זיהוי ומיצוי אפיקים ליציאה מישראל. תכלית זו נוספה על התכלית הראשונית, שהיא בלימת תופעת ההסתגנות. השופט פוגלמן כתב את פסק הדין המרכזי והצביע על הפגיעה הממשית בזכותם לחירות ולכבוד של השוהים שלא כדין. כאשר עבר לבחינה החוקתית, תקופת המשמורת החדשה עברה את מבחני פסקת ההגבלה (עם הסתייגויות) עד למבחן המידתיות האחרון, שבו נכשלה, בדומה לתקופת המשמורת שחוקקה בתיקון הקודם. הרכיבים שנעדרו מהחוק והכשילו את חוקתיותו, לעמדתו של השופט פוגלמן, היו אי-ההבחנה בין מסתגנים שזוהו ככאלה ובין אלו שאפשר שהם פליטים, וכי ההסדר לא כלל חריג הקובע כי יש לשחרר מסתגן שאין מתקיים בעניינו הליך הרחקה. כן הובאה בחשבון העובדה כי בפועל אין המדינה מנהלת הליכי הרחקה אפקטיביים במקרים רבים של שוהים שלא כדין בשל היעדר הסדרה מלאה של אפיקים מתאימים ובשל עקרון אי-ההחזרה.⁸⁸ במבחן המידתיות האחרון קבע השופט פוגלמן כי התועלת המופקת מתקופת המשמורת עולה על הנזק הרחב לזכויות המסתגנים. בית המשפט נתקל בקושי להעריך במדויק מה מידת התרומה של המשמורת לבלימת תופעת ההסתגנות,⁸⁹ ונראה כי אף שהבחינה החוקתית נבחנה שלב אחר שלב – בנפרד – הצטברות ההסתייגויות בנוגע למדר התועלת הכשילה אותה לבסוף. האם התערבותו של בית המשפט בחוק מוצדקת? האם אכן סטה המחוקק סטייה ניכרת ממתחם המידתיות וממרחב התמרון? הנשיא גרוניס, בדעת מיעוט, השיב על כך בשלילה. לעמדתו, יש להשאיר את התיקון העוסק בתקופת המשמורת כפי שהוא. הוא

87 ס' 30א(ד) לחוק למניעת ההסתגנות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד–2013.

88 כמו כן עלו הסתייגויות נוספות במהלך הבחינה החוקתית, כמו הקביעה כי החזקת מסתגן במשמורת לאחר שתמו הליכי זיהוי ולאחר שלא נמצאה דרך להרחיקו רק לשם הרתעה היא בעייתית (ראו בהקשר זה רשימתם של אילנה שילה ונוה דייגי "דין בעקבות מבחן התכלית בבג"ץ המסתגנים הראשון" **הארץ דין** ט (2015) 103. כן עלה ספק אם ההסדר הקיים מקיים קשר רציונלי בין תכלית החוק לזיהוי ומיצוי אפיקי ההרחקה לבין האמצעי שנבחר. נוסף על כך, אף שבית המשפט לא קבע כי קיים פגם בחקיקה, עלו רמזים לביקורת על המועד שבו חוקק החוק ועל משך הזמן הקצר שבו הוא הושלם. הוזכר כי המדינה לא המתינה להשלמת בניית הגדר בגבול הדרומי לפני שחוקקה את הסעיף המדובר.

89 עד לחודש יוני 2014 נכנסו לישראל 19 מסתגנים נוספים בלבד, לעומת 17,298 מסתגנים שנכנסו לארץ בשנת 2011. למרות ההסתייגויות נקבע כי האמצעי שבתיקון משיג אפקט הרתעתי, הנדרש לשם השגת התכלית, וכי ייתכן שלא קיים אמצעי אחר שישג אפקטיביות שתשווה לכזו של משמורת סגורה.

הביע את חששו מהסיכוי המתעצם לטעות שיפוטית כאשר השאלה הניצבת במרכז העתירה הנבחנת היא חוקתית בעלת אופי כמותי. יתר על כן, הדגיש הנשיא את המרחב שיש לאפשר למחוקק ואת הזהירות שצריך בית המשפט לנקוט כאשר הוא מבטל תיקון בפעם השנייה. אלא שהקושי שבעמדת הנשיא גרוניס נובע מהמתח שמצוי בין גישתו זו ובין עמדתו העקרונית, אשר באה לידי ביטוי בפרשת גיוס בחורי הישיבות, ולפיה ההצדקה הבסיסית להתערבותו של בית המשפט בחקיקה ראשית היא כאשר יש מיעוט כרוני אשר אין ביכולתו להגן על עצמו באפקטיביות במסגרת ההליך הפוליטי.⁹⁰ אם יש קבוצה הזקוקה להגנה כאמור הלא היא קבוצה שמעמדה בישראל אינו ברור.⁹¹ הנשיא התייחס לדעת הרוב וכתב כי ייתכן שחלק מהשופטים היו מאשרים את התיקון אם תקופת המשמורת הייתה קצרה משנה, בדומה לארצות מערביות אחרות.⁹² לעומת זאת מעמדתו של השופט פוגלמן בפסק הדין המרכזי עולה כי הוא לא בהכרח היה תומך בפתרון השם את הדגש בצמצום תקופת המשמורת כל עוד אין בנמצא הליך הרחקה אפקטיבי אשר המשמורת היא חלק אינטגרלי הימנו – עמדה אשר מתיישבת עם תפקידו הבסיסי של בית המשפט כמגן זכויות פרטים המשוויכים לקבוצה נעדרת ייצוג. הכדור חזר שוב למגרשה של הכנסת, וביטולו של התיקון מוכיח פעם נוספת את רגישותו הגבוהה של בית המשפט לזכות הפרט (כאן – חירות) אך באופן הממקם את הפרט כחלק מקבוצה (ובהקשר שלנו, קבוצת השהים במעמד לא ברור).

תגובת המערכת הפוליטית לפסק הדין לא איחרה לבוא, והיא נעה בין קריאה שלא ליישם את פסק הדין במלואו לתיקון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו באופן שיכלול פסקת התגברות.⁹³ סביר שהמחוקק יבחר בדרך ביניים אשר לא תאמץ את הפסיקה

90 דברי השופט גרוניס בבג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פס' 7 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 2006); לניתוח כללי של הנשיא ראו: איתי בר-סימן טוב "גיון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי" **דין ודברים דין ודברים** ט (2015) 67.

91 השוו לזויכוח סביב פרשת גלוטן שעסקה בזכויותיהם של עובדים זרים (ע"ע (ארצי) 157/03 **גלוטן נ' יעקב** (פורסם בנבו, 2007)). ראו ביקורת בשילה ודייגי (לעיל הערה 88) בעמ' 16–17 וכן עמדתו של גיא דוידוב ב- www.hujilawblog.com #!דנגז-גלוטן---פסד-לוכנר-בישראל/5609220e0cf2f0ed7a24d36e.cgpt.

92 עוד הוסיף הנשיא ושאל, מדוע לא ננקטה בטרם פסילת התיקון פרשנות מקיימת, ואם לא היה ניתן ליצור הבחנה בין מסתננים שעליהם חלה מדיניות אי-הרחקה לכאלה שלא. הנשיא הפגין את חששו מכך שהמהלך שבוצע בפסק הדין אינו מאפשר מרחב תמרון למחוקק ומשאיר לבית המשפט את היכולת להחליט על הזמן המדויק לשהייה במשמורת (פרשת **איתן** (לעיל הערה 60), פסקאות 11–14, 17–18 ו-20 לפסק דינו של הנשיא גרוניס). מורן אזואלי "השרים אישרו את חוק עוקף בג"ץ" *Ynet* (26.10.2014) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4584382,00.html; עמרי נחמיאס "סער על ביטל חוק ההסתננות: להגביל סמכויות בג"ץ" **וואלה!** – **חדשות** (23.9.2014) news.walla.co.il/item/2787818 דוד אלמגור "השר בנט: 'כל מסתנן זוכה', החלטת בג"ץ חמורה ביותר" **MivzakLive**

במלואה, ובכך תחזיר את הדיון לסבב נוסף בבית המשפט.⁹⁴ מן התגובה החריפה של המערכת הפוליטית עולה שרגישות שיפוטית לצורך להגן על חברי קבוצות נעדרות ייצוג או מוחלשות בחברה הישראלית מסבירה גם את מגבלות הכוח של בית המשפט. נראה שלו היה בית המשפט מתערב גם בחוק ועדות הקבלה טרם שהתערב בחוק למניעת הסתננות, הרי שמעטה ההגנה הפרוש עליו מפני כוחה של הרשות הפוליטית, קרי ההון המוסדי העומד לרשותו, ככל הנראה היה הופך דק עד להדאיג. במילים אחרות, בבואו להגן על חירויות של בני ובנות קבוצות מיעוט או על זכותם לשוויון כנגד עמדתו של הרוב, בית המשפט אינו חופשי מאילוצים, במיוחד לנוכח ירידה בתמיכה חוצת המגזרים – או כמעט חוצת המגזרים (קרי למעט המגזר החרדי) שממנה נהנה בית המשפט בעבר. כיום זרמים לא מבוטלים בציבוריות הישראלית רואים בגישתו של בית המשפט העליון, אשר כאמור רגישה לקבוצות מוחלשות, איום על כוחו של הרוב למשול ולממש ערכיו.⁹⁵ בהקשר זה יצוין כי עמדת שרת המשפטים בעת מתן פסק הדין בעניין אדם הייתה שאין לשנות את כללי המשחק, ובכלל זה את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בתגובה לפסק הדין.⁹⁶ עמדתו של היועץ המשפטי הייתה זהה. במאמר מוסגר ייאמר שעמדתו של היועץ המשפטי היא סוגיה חשובה מאין כמותה, בעיקר משום שיש הטוענים כי בג"ץ נאלץ לבטל גם את החוק המתקן, משום שהביקורת שמתחו שופטי הרוב על החוק המקורי לא הופנמה במלואה בהליך חקיקתו של החוק המתקן. הליכים אלו נסמכו על עמדת היועץ אשר נשענה על פסק דינם של הנשיא גרוניס והשופט הנדל ולא על עמדת הליבה של שופטי הרוב האחרים, ובכך נאלץ בית המשפט להתערב בחקיקה של הכנסת בשנית.

אין להבין מדבריי כי הצגת פגיעה בזכויות קבוצה (מוחלשת) משמעה בהכרח כי העתירה תתקבל. לעיתים הכרעה בשאלה אם אמנם מדובר בקבוצה מוחלשת אינה פשוטה, למשל כאשר מדובר במיעוט אשר דווקא נהנה מכוח יחסי רב (במסדרונות השלטון), אלא שנטען כי אינו מעניק לפרטים החברים בו את מלוא הכלים להשתלב בחברה (בין השאר כחלק מזכותו התרבותית של המיעוט להותיר עצמו מובחן). כך,

www.mivzaklive.co.il (22.9.2014); יהושע בריינר, "בג"ץ המסתננים: יריית הפתיחה לקרב בין ממשלת הימין למערכת המשפט" וואלה! NEWS (12.8.2015).

94 ואכן, ראו עניין **דסטא** (לעיל הערה 60).

95 ורד רמון ריבלין איילת שקד: "מקומם את השמאלנים שבאנו להנהיג" **גלובס** (10.9.2015) www.globes.co.il/news/docview.aspx?did=1001067417.

96 ראוי לעניין זה להשוות את עמדתה של שרת המשפטים כאשר בית המשפט פסק בעניין **דסטא** (לעיל הערה 60), שהחוק של הכנסת לא עמד בדרישות חוק היסוד בשלישית. טרם פרסום הפסיקה העלתה שרת המשפטים, הגב' אילת שקד, הודעה למרשתת שבה הכריזה על קמפיין נגד ביטול חוק ההסתננות בבג"ץ (ברוך קרא "שרת המשפטים נגד ביטול חוק ההסתננות: תפרסם סרטונים 'מהמציאות הקשה' בדרום ת"א" nana10 – **חדשות** (22.8.2015)).

בפרשת **לימודי הליבה** עסק בית המשפט בטענה נגד חוק מוסדות חינוך תרבותיים, לפיה חוק זה פוגע בזכות לחינוך ובכך גם מביא לפגיעה בכבוד.⁹⁷ החוק מכשיר תקצוב של כ-60% מיחידת מימון רגילה עבור תלמיד השייך למוסד תרבותי ייחודי. לימודי הליבה אינם מוזכרים מפורשות בחוק והם אינם תנאי לרישיון ולהכרה במוסד.⁹⁸ העתירה נדחתה. גם כאן עולה בעיית התשתית העובדתית, ובמיוחד לא ברור באיזו מידה אי-למידת תחומי הליבה היא שמונעת השתלבות חרדים במגלגל התעסוקה. השופט עמית, שהצטרף להכרעת הרוב, הוסיף כמה הסתייגויות מהחוק: ראשית, הצהיר כי לעמדתו הציבור החרדי סוטה מדרך אבותיו כאשר אינו משלב את לימודי הליבה. נוסף על זה הוא ציין כי אף שיש מקום להשקפתו לאי-מימון מוסדות שאינם מלמדים תוכני יסוד, החוק אינו מייצר פגיעה חוקתית כיוון שהמדינה אינה מחויבת לכפות לימודים אלה. בדעת מיעוט השופטת ארבל סברה כי היקף ההגנה החוקתית לזכות לחינוך הנגזרת מכבוד האדם כוללת את כל תקופת לימודי החובה ואת תוכני החובה בתקופה זו. בהכרעתה בחנה השופטת את היקף ההשפעה של לימודי ליבה על פרטים כתכנים משותפים שהם בסיס ידע משותף לאזרחי ישראל. לעמדתה, הפטור מלימודי הליבה יוצר פגיעה בכבוד האדם, ביכולת הבחירה של הילד הצעיר בעתידו וביכולתו לממש את הפוטנציאל הקיים בו. אלא שמנקודת מבטה של הזכות לתרבות, נראה כי כל עוד התרבות החרדית היא כפי שהיא, התערבות באמצעות צו עשה שיפוטי בתוכני הלימוד תפגע ביכולתם של צעירים חרדים להשתלב בקבוצה, וכמובן בתרבות הקבוצה ככלל. לפי הקריאה המוצעת כאן, את פסק הדין יש אפוא למקם לא רק על ציר יחסי דת ומדינה (ונכונותו או אי-נכונותו של בית המשפט להתערב בשאלות אלו) ולא רק על ציר הזכות הנגטיבית מול הזכות הפוזיטיבית (וכאן בית המשפט אינו שש להתערב בתוכן החובה האקטיבית אשר על המדינה), אלא גם על הציר פרט-קבוצה. גישתה של השופטת ארבל מתמקדת בפרטים ובמשמעות החינוך עבורם. גישת הרוב מגיבה להיבט הקבוצתי שבעתירה (קרי ההשלכה על כלל מדינת ישראל של היעדר לימודי ליב"ה), אך דווקא משום כך מגיעה למסקנה שאין מקום להתערבות, שכן אין מדובר בזכות של קבוצה מוחלטת שמתקשה להגן על עצמה מפני השלטון (המקצועי או הנבחר), אלא מדובר בעתירה מטעם כלל הציבור (אשר לכאורה אינו חסום ביישום המדיניות בערוץ הפוליטי או המקצועי). אפשר שבעתיד יפתח המשפט הציבורי כלים טובים יותר להתמודדות עם מצבים אלו – מצבי הגנה של פרטים בתוך קבוצת מיעוט בעלת תביעה למוכחנות תרבותית – אך נכון לעת כתיבת שורות אלו, טרם התפתחה מגמה מגובשת דייה.⁹⁹ מבחינה נורמטיבית, בשל הקושי המשפטי אשר מעלה המקרה, ומתוך רגישות לזכויות

97 בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם בנבו, 2014).

98 ס' 2 לחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008, ס"ח 742.

99 ראו: אילן סבן "הקצאת משאבי ביטוי, פגיעה ברגשות והשפעה על תרבות בחברה שסועה העוברת שינוי: תיארון עירוני בעיר מתחרדת" **עיוני משפט** לג (2010) 473.

הפרט אך גם לזכויות הקבוצה, נראה שגם בהקשר זה – כמו גם בסוגיית המסתננים ובסוגיות אחרות – שימוש בכוחה המקצה של המדינה, ולא בכוחה הכופה, עשוי להיות פתרון הולם.¹⁰⁰

ההיבט הקבוצתי בא לידי ביטוי גם בהקשרן של זכויות אחרות מסוג חירות, דוגמת חופש ההפגנה וכמובן חופש ההתאגדות. במהלך שנת המשפט עסק בית המשפט בהיקפה של הזכות להפגנה ולשביתה. בשני פסקי דין בולטים הודגשה החשיבות שבשמירה על מימושן האפקטיבי. בפרשה אחת דחה בית המשפט את עתירתה של חברת החשמל נגד עובדיה. בית המשפט פסק כי הימנעותם של עובדי החברה מביצוע הפעולות הנדרשות ליישום החלטת רשות החשמל הקשורה בשינוי המתוכנן במשק החשמל, היא פעילות לגיטימית.¹⁰¹ העובדים, שנדרשו להמציא ביאורים לדוחות הכספיים של החברה, נמנעו מכך. בית המשפט קבע כי מדובר בצעד ארגוני מידתי כחלק ממאבקם בשינוי המתוכנן משום שפעילותם אינה מסכנת את הספקת החשמל לציבור. גישה זו מציבה במוקד הדיון, מטבע הדברים, את הזכות כזכות קבוצה (בגלל אופיו של משפט העבודה הקיבוצי). בדומה לזה, רגישות להיבט הקבוצתי עלתה גם בשאלת היחס בין חופש הביטוי של המעביד לזכות העובדים להתאגדות. בית הדין הארצי קבע כי אל למעביד להתבטא כל התבטאות שיש בה כדי להניא עובדים משימוש בזכותם להתאגד.¹⁰²

אינני טוען כי המעבר לחשיבה הקבוצתית שטף את מערכת המשפט בכללותה והחליף כליל את החשיבה האינדיווידואליסטית הקלאסית; זו תהיה אמירה פשטנית. הכרה בזכויות הפרט נגד השלטון במובן המסורתי היא עדיין יסוד מוסד בשיטת המשפט הישראלית, והדבר בא לידי ביטוי גם בערכאות הדיוניות. אלא שבעידן הנוכחי המשמעות של הפסיקה רחבה יותר: אין מדובר רק על הגנה על זכויות הפרט אלא גם על יכולתה של קבוצה להגן על עצמה אל מול השלטון. כך אני מציע לקרוא למשל את פסיקתו של בית המשפט השלום בתל אביב, אשר זיכה נאשמים שהפגינו בהפגנה שהפכה לתלוכה (וחלקם אף נעצרו).¹⁰³ בית המשפט פסק כי המשטרה פעלה בניגוד

100 ביסוס דרכי הסדרה אפשריות בסוגיית יסוד זו חורג מגבולות סקירת החידושים בשנת המשפט. על קצה המזלג, נראה שיש לנתח ביתר דיוק את המארג הכלכלי אשר בתוכו מתקיימים זרמי החינוך השונים. ניתוח זה יאפשר גיבוש תמריצים (והסרת תמריצים נוגדים) להקניית כישורי "שפה" בסיסיים (עברית, מתמטיקה, אזרחות ואנגלית) הנדרשים להשתלבות בחברה ולמימוש פוטנציאל בה, אם זו אכן התכלית של מערכת החינוך בישראל (לצד תכליות אחרות).

101 ס"ק (ח"י) 15413-07-13 **חברת חשמל לישראל בע"מ נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה** (פורסם בנבו 2013).

102 עס"ק 25476-09-12 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 2013). אך השוו: ס"ק (ת"א) 31826-10-14 **הסתדרות העובדים הכללים החדשה – הסתדרות הנוער העובד והלומד נ' אלוניאל בע"מ** (פורסם בנבו, 2015).

103 ת"פ (ת"א) 42043-01-11 **מדינת ישראל נ' בר** (פורסם בנבו, 2014).

לדין כאשר הפסיקה את התהלוכה, ולכן מותר היה לצועדים לא להישמע להוראותיה. זאת ועוד, נקבע כי בנסיבות אלו מעצרו של אחד המפגינים היה בלתי חוקי ולכן היה מותר לנאשם להיחלץ מהניידת, ויציאתו ממנה אינה בגדר בריחה ממשמורת חוקית. השופט סיכם וכתב כי הנאשם היה רשאי להמשיך ולהלך "גם אם נדרש לשם כך בשימוש סביר ומינימאלי בכוח, ולעניינו – בדחיפה קלה של שוטר שחסם את דרכו". נראה שביסוד גישתו של בית המשפט עמדה הזכות להפגין כזכות של פרטים להביע דעתם בצוותא. נראה כי בית המשפט היה ער לכוחה הרב של המדינה אל מול כוחם הדל של אנשים החפצים להביע עמדותיהם במסגרת קבוצתית (מה גם שמדובר בקבוצה אשר לא בהכרח נהנית מהגנה של מפלגת שלטון או של גורם אחר המקורב למסדרונות הכוח). יש לקוות כי רגישות זו הן למדיה הקבוצתיים של האספה והן לממד זכות הפרט להביע מחאה (למשל באמצעות התכנסות והנפת שלטים במרחב הציבורי לבד או עם כמה אנשים) תזכה לגיבוי בפסיקתם של הערכאות הדיוניות וכן של בית המשפט העליון בבואו לשרטט את גבולות זכות ההפגנה במרחבים ציבוריים. כך, יש להניח כי תעלה שאלת האיזון כאשר להתאספות אל מול ביתו של איש ציבור. בהקשר זה ניתן לחשוב על פתרונות שאינם בינאריים: יש כמובן לוודא שאם קיימת חלופה אפקטיבית יזכה איש הציבור למרחב פרטי,¹⁰⁴ אולם אין זאת אומרת שתתאפשר הפגנה רק אל מול משרדו. ניתן לחשוב על הפגנה שתכליתה לעורר מודעות ציבורית לבעיה מסוימת במרחק מה מביתו של איש הציבור באופן שמאפשר שילובו של השיח במרחב העירוני (ולא רק הפניית המחאה אל שטחי משרדים).¹⁰⁵

104 ראו עמדתו של השופט גולדברג בבג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456 (1994).

105 יש להבחין בהקשר זה בין הפגנה שנועדה להפעיל לחץ ישיר על איש ציבור (פקיד) להפעיל שיקול דעת באופן כזה או אחר, ואשר מאפייניה הם כאלה אשר אכן עולים כדי הפעלת לחץ ישיר כאמור – למשל, משום שהיא מתקיימת בקרבה מידית למעונו הפרטי באופן רציף אשר אינו מאפשר מרחב שבו לאדם יש זכות להיעזב לנפשו – ובין הפגנה אשר נועדה לגייס תמיכה ציבורית בעמדה כזו או אחרת כחלק מן השיח הציבורי אשר טוב שיתקיים גם בשאלות המצויות בתחום המומחיות המקצועי של אותו איש ציבור. הפגנה מהסוג הראשון עלולה להוביל לכפיית דעתה של קבוצת הלחץ על איש הציבור באמצעות שלילת המרחב הפרטי של אותו איש ציבור, ואילו ההפגנה מן הסוג השני היא חלק ממנגנוני ביקורת ציבורית, אחריותיות והשתתפות חשובים. לפיכך ראוי לאפשר גם התכנסות במרחב העירוני ולא רק בשטחי משרדים או בשטחים שמצויים אל מול משרדי ממשלה כאלה ואחרים כל עוד כאמור נשמר מרחב פרטי הכרחי (למשל: מעל 70 מטר מן הכניסה למעון הפרטי), וזאת כדי לאפשר שיח ציבורי ישיר בין בעלי הדעות השונות, כמובן כל עוד נשמרים הסדר הציבורי ושלום הציבור על פי הדין הכללי. בשלב הגהה התייחס בית העליון להיבטים מסוימים של הסוגיה: בג"ץ 1983/17 **נפתלי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 27.4.2017) עוסק בקיום הפגנות מול מעון פרטי של נושא תפקיד כאשר קיימת חלופת הפגנה אל מול משרדי הרשות; בג"ץ 2364/17 **סדקה נ' מפקד מחוז מרכז** (פורסם בנבו, 18.6.2017) עוסק, אגב בקשה לפי פקודת בזיון בית המשפט, בקיום הפגנה במחקר מה מעונו פרטי, גם אם קיימת אפשרות להפגין אל מול

ומה באשר לזכויותיו הכלכליות של הפרט כנגד מנגנוני הרגולציה השלטוניים? בגזרה זו עוצמתה של הנוכחות הקבוצתית חלשה יותר, ובהתאם לך רואים אנו נכונות פחותה יותר של בית המשפט להעניק הגנה משמעותית לזכויות הפרט. בעוד שבעבר חופש העיסוק תפס מקום מרכזי בפסיקתו של בית המשפט, ומעמדו כזכות יסוד התקבע עד כדי כך שהכנסת מצאה לנכון לייחד חוק יסוד לזכות זו, הרי שגישתו העדכנית של בית המשפט אינה מציבה את הזכות כחלק מרכזי במימוש אישיותו של האדם הן בתחום הכלכלי והן מחוצה לו. הדבר בא לידי ביטוי בדיון סביב השגת גבול של המקצוע עריכת הדין בעיקר בעייתי ניתוחו של בית המשפט בפרשת **דורית גבאי**,¹⁰⁶ בה נקבע כי אין להתערב בהסדר המגביל רואי חשבון בבואם לייצג נישום המשיג בפני רשות המס באשר לחבותו הנובעת מחוק מיסוי מקרקעין. כאן החמיץ בית המשפט את ההזדמנות לשרטט כראוי את היקפה של הזכות לחופש העיסוק כזכות פרט, וכן כשל באופן שבו יישם את פסקת ההגבלה.

במישור הזכות לפרטיות – אף היא זכות פרט במקורה – עסק בית המשפט בשאלת הלגיטימיות בהתקנת תוכנת מעקב בטלפון נייד של עובד, ונקבע כי אין מדובר בפגיעה בפרטיותו.¹⁰⁷ נפסק כי המטרה בקבלת מידע בדבר מיקומו היא לגיטימית, וכי העובד ידע שהמערכת מותקנת. יתר על כן, בית הדין פסק כי רשות מקומית רשאית להחליט, אף ללא היוועצות בנציגות העובדים, כי רישום הנוכחות במשרדה יתבצע באמצעות שעון ביומטרי.¹⁰⁸ נקבע כי אין בשימוש בשעון זה פגיעה בפרטיות העובד. חשוב לציין כי הודגש שנטילת הטביעות אינה יוצרת העתק מדויק שיכול לשמש הוכחה להימצאות בהקשרים אחרים. נראה שלפחות בהקשרים אלו לא ראה בית המשפט לפניו פרטים השייכים לקבוצה מוחלשת, ולפיכך בחר שלא להתערב. אפשר שברקע הדברים מצויה הכרה בדרכים העומדות בפני הארגונים היציגים של העובדים להתמודד עם מקרים אלו שלא על דרך הליך שיפוטי, ואפשר מנגד שבית המשפט לא היה ער דיו, לפחות בסוגיית השעון הביומטרי, לפגיעה האפשרית בזכות הפרט (במיוחד בשל עקיפת המנגנון

משרד ממשלתי; בג"ץ 6386/17 **בן משה נ' משטרת ישראל** (פורסם בנבו, 17.8.2017) עוסק, מבלי להכריע בנסיבות שבהתקיימותן נדרש רשיון להפגנה, וזאת אגב הצעת המשטרה לקיים אירוע בפארק כחלופה לאירוע בכיכר; בג"ץ 6536/17 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל** שב ומעלה את השאלה אימתי נדרש רשיון להפגנה (תלוי ועומד). אגב הכרעות אלו נדרש בית המשפט, בהחלטותיו, לדון בהיבטי "זמן מקום ואופן" ובכלל זה בשאלת מספר האנשים המשתתפים בהפגנה. כאמור, פסקי דין אלו נתנו שלוש שנים לאחר שנת המשפט הנבחנת בסקירה זו, אולם ניתן לשרטט קו המחבר בין הנושאים הנדונים בסקירה ובין ההתרחשויות המשפטיות בנדון בקיץ 2017.

106 בג"ץ 7956/10 **גבאי נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 2012).

107 ת"א (הרצ') 28812-05-11 **ביידר נ' אופטיקה הלפרין** (פורסם בנבו, 2013).

108 ס"ק (ת"א) 49718-11-12 **עיריית קלנסווה נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה** (פורסם בנבו, 2014).

הייצוגי). דרך אחרת, אסתטית פחות, להבנת התגובה השיפוטית לפגיעה בזכות לפרטיות נשענת על הנחות בדבר דרכי ההתנהלות במגזר הערבי (והמשגת הבעיה כבעיה פנים-מגזרית: רשות ערבית שנדרשת למשטר את עובדיה הערבים). למותר לציין שאם אכן הנחות אלו היו ברקע ההחלטות – ואין כמוכן בידי כל תימוכין לכך – הדבר מעלה קושי במישור זכויות הפרט.

עוד בתחום הפרטיות, והפעם בהתנגשותה עם פומביות הדיון, פרסם היועץ המשפטי של הנהלת בתי המשפט הוראה על פיה אין להעביר פסקי דין למנועי החיפוש כל עוד ניתן לחפש בהם על פי שם המתדיינים. הרעיון שמאחורי ההוראה הוא צמצום פוטנציאל הפגיעה בפרטיות ההולך ומתרחב בעידן הנוכחי. המידע שמועלה למאגרי החיפוש חשוף לציבור ואף נשמר ונצרב במרחב זה. מכאן שקשה יותר לשמור על פרטיותם של הצדדים המתדיינים. כתגובה לצעד זה הוגשה עתירה בה נטען כי הנהלת בתי המשפט נעדרת סמכות להגביל פרסומם של פסקי דין.¹⁰⁹ ימים יגידו מה תהיה גישתו של בית המשפט אם יגיע הדבר להתדיינות משפטית.¹¹⁰

ולבסוף, בשנת תשע"ד הגיעה לסיומה פרשה שבמרכזה עמדה כתבתה של אילנה דיין ששודרה בערוץ 11.2 הכתבה והקדימונים לה עסקו בתקרית שכונתה "פרשת וידוא ההריגה". התקרית התרחשה בקרבת מוצב צה"ל ברצועת עזה, במהלכה נהרגה ילדה בת 13 מירי מפקד הפלוגה שאישה את המוצב. מן הכתבה עלתה ביקורת על דרך התנהלות צה"ל בפרשה. לאחר שמפקד הפלוגה זוכה מכל האישומים בבית הדין הצבאי, הוא הגיש תביעה נגד דיין ואולפני טלעד לפי חוק איסור לשון הרע. בית המשפט המחוזי קיבל בחלקה את עתירתו וקבע כי הכתבה אכן פוגעת בשמו הטוב, וכי האופן שבו הכתבה נערכה, שילוב קטעי השמע ויתר האמצעים האחרים, מצביע כביכול על שסרן ר' אכן ביצע וידוא הריגה בילדה ללא כל הצדקה מבצעית.¹¹² כן נמצא שלדיין אין עומדת הגנת אמת הפרסום (שכן העולה מן הכתבה אינו אמת), וכן אין היא נהנית מהגנת תום הלב. על כך הוגש ערעור לבית המשפט העליון,¹¹³ וזה קיבל את עמדתה של דיין וקבע כי אומנם הכתבה התבררה כלא נכונה, אך דיין נהגה באחריות (ולכן היא נהנית מהגנת תום הלב), וכי מבחינת סטנדרט ה"אמת", די בכך שהאמת הייתה "אמת לשעתה", כי מצב דברים הנחזה בעת השידור לאמת.¹¹⁴ על פסק הדין התקבלה בקשה לדיון נוסף, ובית המשפט העליון, מפי הנשיא גרוניס, קבע כי לצורך הגנת אמת הפרסום לא די ב"אמת לשעתה"

109 בג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט (פורסם בנבו, 2014).

110 ואכן, לאחר התקופה הנסקרת בוטלה ההנחיה, ראו: בג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט (פורסם בנבו, 2015).

111 דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין-אורבך (פורסם בנבו, 2014).

112 ת"א (י-ם) 8206/06 סרן ר' נ' דיין (פורסם בנבו, 2009).

113 ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך (פורסם בנבו, 2012).

114 ע"א 213/69 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עתון הארץ בע"מ, פ"ד כג(2) 87 (1969).

(קרי כפי שנחזתה במועד הפרסום), אלא יש להקפיד על אמת כפי שאכן הייתה במועד הפרסום.¹¹⁵ עם זאת בית המשפט פיתח את הגנת תום הלב וקבע כי בשל חשיבות העיתונות החוקרת יש להעניק הגנה גם לפרסום שאינו אמת, ובלבד שמדובר בפרסום שהוא פועל יוצא של "עיתונות אחראית", וכאן שב וקבע את שנקבע בפסק הדין הקודם, קרי שדיין לא חרגה מכללי העיתונאות האחראית (גם אם בדעבד נקבע בבית המשפט, באמצעות שימוש בכלי החשיפה המשפטיים, שהדברים לא התרחשו כפי שעולה מהתחקיר העיתונאי שביצעה). הדיון הנוסף מחדש אפוא הן באשר לפסק הדין הקודם והן באשר לד"נ הארץ נ' חברת חשמל, שהיווה את ההלכה הקודמת, בהעניקו משמעות רחבה יותר לסטנדרט הנדרש מעיתונאי המסקר עניין בעל חשיבות ציבורית ומותר לו שולי טעות כל עוד פעל באחריות ובתום לב.¹¹⁶ עם זאת עדיין לא ברור מה נופל בגדרי דרישת "העיתונות האחראית" בשל האופן שבו יושם סטנדרט זה בעובדות המקרה. ספציפית, נראה שבית המשפט לא בהכרח התייחס להבדל האפשרי בין תוכן הטענות המועלות בכתבת תחקיר – אשר לגביו זוכה העיתונות החוקרת במתחם סבירות נרחב (כל עוד אינה רשלנית), ובצדק, משום חשיבותה של עיתונות זו לשיח בישראל – ובין אופן העלאת הטענות ("שיקולי עריכה") העשויים כשלעצמם לייצר מסר עצמאי (אשר לא דווקא זוכה לאותה עוצמת הצדקה מכוח הרציונל הדמוקרטי).¹¹⁷ במילים אחרות, אומנם פסק דינו של בית המשפט המחוזי מעורר קושי, ולפיכך טוב עשה בית המשפט העליון אשר שרטט קווי מתאר שמעניקים מרחב לעיתונות חוקרת אחראית, אלא שנראה שראוי לבחון קווים אלו בהמשך הדרך בכל האמור באופן יישומם. יוזכר כי הדיון הנוסף הותיר על כנה את הכרעת הרכב הערעור וקבע כי ההגנות שבחוק אינן חלות על הקדימונים לכתבה אשר שידרו גופי השידור, ולכן אלו חייבים בפיצוי.

מוקדם מדי לנתח את השלכות פסק הדין. חשיבותו לשיח הזכויות ברורה, שכן ביסודו מתקל בין זכויות: חופש הביטוי מחד, והזכות לשם טוב מאידך. שתי זכויות אלו ניתנות להמשגה כזכויות פרט קלאסיות. לפי גישה זו, הפרט ניצב אל מול התקשורת כממסד מאורגן, בעל כוח, ולפיכך זכאי להגנה מפני העיתונות אם זו מונעת מן השאיפה להעצים נתוני צפייה (רייטינג) או את מעמדו של הכתב (סקופ) על חשבון שמו הטוב של הפרט. מנגד, וגם זאת ברמת זכות הפרט, גם העיתונאי כפרט ניצב אל מול מערכות רבות

115 דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1 (1998).

116 נותרה מחלוקת מסוימת בשאלה אם העיתונאי סבר שהפרסום אמת (עמדת השופט פוגלמן), או שמא יש להתייחס גם למניעים אחרים, למשל: אם הונע מבצע כסף או רצון להשגת "סקופ" (עמדת הנשיא גרוניס) או אולי גם יחסו באשר למושא הכתבה – אם רצה לפגוע (עמדת שופטת ארבל).

117 ראו ביקורת אפשרית באילנה שילה ונוה דייגי "דיון בעקבות הרחבת החיסיון העיתונאי בפרשת 'מקור ראשון' הארת דין ט (2014) 103. ניתן להבין את עמדת בית המשפט, אשר אינו חפץ לשים עצמו "עורך-על", ובכך לעודד עתירות ולהכניס עצמו לחדר העריכה. מנגד, העובדה שניתן לייצר תוכן עצמאי אך באמצעות אופן העלאת הטענות יכולה לשמש חלופה להעברת מסרים אשר אינה עוברת תחת שבט הביקורת השיפוטית.

השפעה: המערכת הפוליטית, המערכת הצבאית-ביטחונית, המערכת הכלכלית – כולן בעלות עוצמה וכולן מפעילות לחץ על העורכים. במצב דברים זה נדרשת הגנה על העיתונאית מפני הלחצים המופעלים עליה הן מחוץ לתקשורת והן בתוך התקשורת. ניתוח זה מסביר, בקווים כלליים, את קווי המתאר שאליהם הגיע בית המשפט. אך ככל שהמגמה המוצעת בסקירה זו תקפה, אין להתעלם גם מההיבט הקבוצתי הכרוך בסכסוך. היבט זה הוא סוציולוגי-פוליטי במהותו, ובמסגרתו יש לתת את הדעת לאופן שבו דוקטרינת "העיתונות האחראית" נתפסה עם מתן פסק הדין במארג השבטי-קבוצתי בישראל. בהקשר זה אין כוונתי דווקא ל"עיתונאים" כקבוצה מובחנת כמוכח במשפט-מסורתי של המושג, אלא ל"תקשורת" כקבוצה בהקשרה הפוליטי, כחלק מהמבנה החברתי בישראל, אשר כאמור נתפס כשבטי. מקצת אתרי הימין הציגו את פסק הדין כאילו שוב התקשורת השמאלנית זוכה לגיבוי של בית המשפט העליון, אפילו במצב שבו מבחינה עובדתית מדובר בכתבה "מפוברקת".¹¹⁸ לדרך התבוננות זו חשיבות, שכן היא משרטטת את אחת המגבלות הבסיסיות של הגישה הקבוצתית לזכויות – הגלישה הכמו-טבעית להתבוננות מגזרית-שבטית בכל סוגיה וההתמקדות בשאלה "איזה מגזר הפסיד ואיזה מגזר הרוויח" מהחלטת השופטים. גישה זו, אשר סבה סביב כוח (או כוח יחסי), מקשה על ההשתחררות ממנה, שכן כל ניסיון השתחררות עלול להיתקל בביקורת על היעדר רגישות למארגי השליטה בישראל. לפיכך לצד היתרונות הטמונים בה בהקשרי שוויון אנו עלולים למצוא עצמנו מתרחקים מן הגישה ששמה את הייחודיות של הפרט באשר הוא פרט (קרי ללא שיוך כפוי לקבוצה כזו או אחרת) במרכז. לסיכומו של פרק זה ייאמר, מן הבחינה הנורמטיבית, שנראה כי ראוי לשוב למושכלות ראשוניים ולהגן על זכותו של הפרט באשר הוא פרט, גם אם אינו משתייך לקבוצה מוחלשת, שכן הגנה שכזו היא מרכיב חשוב בשלטון החוק. זאת, מבלי לפגוע בחשיבותו של השוויון מקום שבו הזכות לשוויון או שוויון הזכויות הם שבמוקד הסוגיה. מן הקריאה לשוב ולהתייחס לפרט המצוי במאבק עם הרשות אין ללמוד שעל הדוקטרינה להיות עיוורת לחלוטין באשר להקשר החברתי שבמסגרתו פועל המשפט הציבורי; ניתן לטעון בהחלט שבאשר לתאגידים הגדולים – לכאורה פרטים – אשר נהנים מגישה לתהליכי קבלת ההחלטות, ניתן לפתח דוקטרינות המעניקות מרחב תמרון לא מבוטל לרשות, ואילו באשר לגופים הקטנים – בני אדם פרטיים או עסקים קטנים –

118 גיל קלנר "בית המשפט העליון פסק: לאילנה דיין מותר לשקר" סרוגים (8.2.2012) WWW.SRUGIM.CO.IL/28561-בית-המשפט-העליון-פסק-אילנה-דיין-מותר-ל. כמו כן, ראו את הפרסום הבא ואת התגובות לו ב-Noamzaig "עובדה" בעינים "בחדרי חרדים (17.12.2009): "דיין [...] הפעם [...] מנסה לגייס תגבורת-עיתונאית כדי לסדר לעצמה תנאי-רקע כאלה שיציגו אותה כקורבן האומלל, וכמי שנפגעה קשות מפסק דין שגוי שניתן על-ידי שופט 'מסובב' [קרי השופט סולברג] [...] דבר המחייב עתה את התגייסות שופטי בית המשפט העליון להפוך את פסק הדין, כך שחטאיה ימורקו".
www.bhol.co.il/forums/topic.asp?topic_id=2733822&forum_id=20388

דווקא שם נדרשת הרשות (המבצעת או המחוקקת) להראות לבית המשפט שלא נפגעו אינטרסים מוגנים יתר על המידה בשם קידום טובת הכלל, עליה אמונה הרשות.

ג. זכות וסמכות במצב חירום

לשיח הזכויות חשיבות מיוחדת במצבי קיצון, דוגמת מלחמה או מבצע צבאי. לפיכך ראוי להקדיש תשומת לב להשלכותיו של מבצע "צוק איתן" בדין הפנימי. בייחוד חשוב לבחון אם, או באיזו מידה, יישום דוקטרינות מרכזיות במשפט הציבורי משתנה בשל מצב החירום, ואם הרגישות (או היעדר הרגישות) למצב החירום מתיישבת עם התכליות שאותן אמורה הדוקטרינה לשרת. בשדה הזכויות הדילמה נלמדת עוד בשנה א: מחד, במצב חירום, בשל הסיכון לאינטרסים ציבוריים חיוניים, נדרש המשפט לאפשר למדינה מרחב פעולה (ולכן מרחב טעות) רחב מבשעת רגיעה, ומאידך, דווקא בשעת חירום נדרשת הקפדה יתרה על זכויות הפרט, על מנת שלא תוקרבנה בשם חשש לפגיעה באינטרס הציבורי. זירת החיכוך המרכזית, אם כי לא היחידה, במבצע האחרון הייתה סביב סוגיות חופש ביטוי והפגנה. המתח ברור: האם לאפשר למדינה לפגוע בחופש הביטוי בשל הסכנה האפשרית לשלום הציבור או לביטחון המדינה בשעת חירום (גם במצבים שבהם אין בידי המדינה ראיות ברורות להסתברות קרובה לוודאי לפגיעה קשה וממשית באינטרס הציבורי), או שמא דווקא להקפיד שזכות הפרט (ובוודאי זכות המיעוט) לביטוי תישמע דווקא כאשר התותחים רועמים, משום שאז חשוב לשמור על שיח דמוקרטי פתוח וביקורתי? בפרשה הראשונה עתר ארגון "בצלם" לשם קבלת אישור לשידור תשדיר שפסלה רשות השידור, שתוכנו כלל רשימת שמות ילדים פלסטינים שנהרגו במבצע.¹¹⁹ העתירה נדחתה, ובית המשפט קבע כי מדובר בפרסומת אסורה, משום שטיבה הוא פוליטי ולא אינפורמטיבי. זו גם הייתה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתו, בה הזהיר מפני הפרת האיזון בשיח הציבורי שעלולה להיווצר בשל גופים בעלי ממון שירכשו זמן מסך כדי לתמוך בעמדה פוליטית מסוימת. ארגון "בצלם" טען שמדובר במסירת מידע בלבד. לגופו של עניין, אכן נראה שבהקשר הנדון מדובר במידע שמשמעותו "פוליטית", אלא שהבעיה היא בדוקטרינה שנקבעה בפרשת "המפקד הלאומי", לפיה כל פרסומת פוליטית אסורה לחלוטין – אף לא במשבצת אחת ביום בין עשר לאחת-עשרה בלילה – מחשש להדירת גורמי הון שיוכלו לרכוש פרסומות רבות בכסף.¹²⁰ האם חשש זה מבוסס בהקשר הנדון? קשה להניח שכן. התוצאה היא

119 בג"ץ 5228/14 בצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים ג' רשות השידור (פורסם בנבו, 2014).

120 בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ ג' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2007).

שדווקא דעות מיעוט נדחקות מהשיח הציבורי,¹²¹ ובמיוחד בשעת חירום, עת גורמי תקשורת מרכזיים רגישים לדעת הקהל ומכבדים את הנטייה הטבעית לסולידריות בעת קרב. בהקשר זה יצוין שבמבצע קודם פרסם עיתון "הארץ" את רשימת ההרוגים בשני הצדדים, ובמבצע זה לא עשה כן, והמידע לא הגיע לציבור. כמו כן יוזכר שתשדירי שירות המביעים עמדה פוליטית הפוכה לא נתפסו כפוליטיים ולכן אושרו, עד אשר בית המשפט, במסגרת עתירת "בצלם", נאלץ להעיר לרשות בדבר אי-השוויון. מכאן שאם תכלית הדוקטרינה העוסקת בפרסומות פוליטיות היא למנוע השתלטות על ידי בעלי הון, אזי תכלית ראויה זו אינה התכלית היחידה שבה יש להתחשב; לצידה קיים הצורך לאפשר שיח ציבורי הנסמך על מידע שמגיע לא רק דרך גורמי השלטון או באמצעות מסנני התקשורת. חשוב לאפשר גם לגורמים שאינם מוסדיים לנסות ולהשפיע על סדר היום התקשורתי (אם באמצעות האינטרנט, ואם במסגרת כלי התקשורת המסורתיים). אם אמנם כך, אזי יש לבחון קיומו או פיתוחו של חריג – דווקא במצבי חירום – אשר ישמור על הרגישות מפני השתלטות גורמים עוינים, אך יבחן גם משתנים אחרים, ובכלל זה חשיבות קיומו של שיח מכיל, הכולל "נקודות גישה" שדרך ניתן להציג עובדות שמקימות עילה לביקורת (אף אם אינה פופולרית). כחלק מפיתוחו של חריג כאמור, ניתן לחשוב על הקפדה, ואולי אף הקפדה יתירה, הן על מכסה שתמנע השתלטות על המסר על ידי גורמי הון, והן על אמינות המידע המשודר, ובכלל זה משודר כחלק מ"תשדיר שירות" או "פרסומת". כך יזכה "צרכן התקשורת" להגנה הן מפני חסמי מידע, והן מפני שימוש מניפולטיבי במדיום הפרסומות.

במקרה אחר עלתה דווקא הסוגיה של יישום חריג של הדוקטרינה בשל מצב חירום – יישום שאינו בהכרח מתבקש. פעילי המפלגה הקומוניסטית פנו למשטרה לצורך קבלת רישיון לקיום תהלוכת מחאה במוצ"ש במרכז חיפה "כנגד המלחמה בעזה". ההפגנה אושרה בהגבלות מסוימות, אך התהלוכה נאסרה. כיומיים לפני מועד ההפגנה החליטו המבקשים לעתור על החלטה זו לבג"ץ.¹²² השופט עמית הסביר כי אינו מבין את הדחיפות שבקיום ההפגנה דווקא במועד זה. כמו כן קבע כי בשל הגשת העתירה במועד קרוב להפגנה המתוכננת, ובשל הזמן שנדרש למשטרה להגיב, הוא אינו מוצא הצדקה לקיום דיון דחוף בעתירה. השופט חתם את החלטתו וציין כי "החלטה זו נתעכבה למשך מספר דקות עקב אזעקת צבע אדום ומספר נפילות שנשמעו באזור ירושלים". יש כמובן לקבל עיכוב זה בהכנה, אך יש לתהות בהקשר זה על שניים (מעבר לתהיה המתבקשת באשר לאזכור האזעקה): ראשית, בעבר נראה שבית המשפט היה מתגאה דווקא בהחלטה הפוכה: הנה גם בעת קרב נקפיד בקלה כבחמורה (ואין בית המשפט נוהג בדרך

121 לאחר כתיבת הרצאה זו ולפני פרסומה נדונו בבית המשפט סוגיות נוספות בהקשר זה: פרשת פסילתה של ח"כ זועבי מהתמודדות במסגרת רשימת בל"ד והשעייתה על ידי ועדת האתיקה.

122 בג"ץ 4901/14 זעארתה נ' משטרת ישראל – מחוז חיפה (פורסם בנבו, 2014).

כלל לבחון אם יש לדחות קיומן של הפגנות ממוצאי שבת מפאת העובדה שהתאריך המיועד מחייב דיון דחוף בבית המשפט). שנית, מדוע לא פותח בית המשפט העליון את דרך המלך לדיון בעתירות כגון אלו בפני בית המשפט המחוזי במקום שבו מתבקשת ההפגנה? זהו מקרה קלאסי שבעניינו אין להטריח את שופטי בית המשפט העליון, הנתון במתקפה, ולהותיר את ההחלטה לבית המשפט המחוזי בחיפה, אשר שופטיו (עמיתיו של השופט עמית בעבר) בקיאים ברזי המשפט הציבורי, ולצידו פרקליטות מחוז חיפה האמונה היטב על הצגתה של עמדת המדינה בנדון ללא עיכובים. במילים אחרות, הן בשעת חירום והן בשעה רגילה ראוי, כברירת מחדל, להישען על הדוקטרינה הכללית, כפי שראוי (ושוב, כברירת המחדל) לדון באופן יישומה בבתי המשפט המחוזיים בשבתם כבתי משפט לעניינים מנהליים. במאמר מוסגר אציין כי בתחום דיני האספה – ברגיעה ובחירום – קיים פער זמנים בכלל האמור לקיומה של אספה אשר אינה מצריכה אישור, אולם נקבע בנסיבות העניין כי יש לפזרה בשל הפגיעה בשלום הציבור או בסדר הציבורי. מצב דברים זה אינו פתור כל צורכו בדין הישראלי, שכן מצד אחד עומדת הזכות להבעת הדעה במרחב הציבורי הפיזי (ולא רק במרחב הווירטואלי), אך מן הצד השני ניצבת חזקת החוקיות המגבה את החלטת השוטרים במקום ומונעת עשיית דין עצמית. לפיכך ייטיב בית המשפט אם יפתח דרכי גישה יעילות לביטול שיפוטי מיידי (ולא רק באמצעות ביקורת אחרת על מעצרים, אם עצרה המשטרה אנשים, כפי שנדון במקרה בר לעיל),¹²³ כפי שטייב הפרקליטות לאפשר פנייה ישירה לפרקליט המחוז המופקד על התחום, לשם גיבוש עמדה מושכלת בזמן אמת.

גם בעתירת "בצלם" התייחס השופט הנדל למועד המבוקש שבאישור התשדיר וקבע כי "עיתוי הפרסום, זמן לחימה מעצים לא רק את מטרת התשדיר אלא גם את משמעותו האובייקטיבית". אכן, משמעותו של ביטוי תלויה גם בעיתויו. אלא שדווקא משום כך עולה השאלה אם המשקל שניתן למימושה האפקטיבי של זכות הביטוי היה המשקל הראוי והנדרש. ייתכן כי עמדתו של בית המשפט בעתירות אלו הושפעה מדעת הרוב, ובכך רוסנו קולות שביקשו להעביר מסר בתזמון אשר לדעת העותרים היה התזמון הרלוונטי ביותר. אין ערך של ממש לרשימת השמות של ההרוגים הפלסטינים או להפגנה נגד המלחמה, לאחר שזו מסתיימת או עומדת בפני סיום. יתר על כן, ייתכן כי ברמה ההצהרתית היטשטשה ההגנה החוקתית על גבולות היקפה של הזכות לחופש הביטוי מעט לנוכח הנסיבות.

השפעתה של שעת החירום על שיקול הדעת אינה ייחודית דווקא לבית המשפט. כידוע, אחת ההצדקות הבסיסיות לביקורת שיפוטית, המכונה "שירת הסירנות", עוסקת בחשש מפני תגובת יתר במצב שבו יהום הסער. בהקשר זה תוזכר החלטתו של מנכ"ל השירות הלאומי-אזרחי לבטל את ההכרה בארגון "בצלם" כמוסד מוכר לצורך שירות

123 ראו לעיל הערה 103, וכן ראו דיון בסוגיית ההפגנות בהערה 105 וטקסט נלווה.

לאומי. החלטה זו הוקפאה מיד סמוך לאחר קבלתה בעקבות פנייה של ארגוני זכויות אדם, ולאחר מכן בוטלה בידי הגב' דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה.¹²⁴ שעת החירום מחדדת גם היבטים אחרים של חופש הביטוי ומחייבת גיבושה של דוקטרינה בשדה שטרם נחרש דיו. האמור במתח שבין חופש הביטוי של עובד לבין רצונו של המעביד שלא להיות מזוהה פוליטית או לחלופין להיות מזוהה כבעל עמדה הפוכה. בעתירה שהוגשה לפני המלחמה עתר חגי מטר, יו"ר ועד העיתונאים, נגד פיטוריו.¹²⁵ "מעריב", מעסיקו, גרס כי דעותיו ופעולותיו של מטר אינן לגיטימיות. בית המשפט קיבל את עתירתו של מטר וקבע כי עמדת "מעריב" אינה מקובלת, בייחוד כשהעיתון מעסיק עיתונאי אחר שהורשע במעורבות פלילית על רקע אידיאולוגי בפרשת "המחתרת היהודית". בהמשך ניתן צו לאכיפת העסקתו של מטר. מכאן, לכאורה, ידו של חופש הביטוי של הפרט על העליונה. אלא שלא ברור אם זו הייתה הכרעת בית המשפט לו הייתה נדונה הסוגיה במהלך המבצע עצמו. אשוב להשערה זו באשר להכרעות בזמן המבצע בהמשך. היעדר דוקטרינה מסודרת באשר לזכותו של מעביד להתייחס לביטוי של עובד כעילה לפיטוריו, לא כל שכן כאשר הביטוי מתפרסם בשעת חירום ובשל הרגישות רבה, מתגלה בפסקי דין שלא בהכרח מתיישרים זה עם זה בערכאות הדיוניות: מחד בית הדין האזורי בנצרת הוציא צו זמני המונע פיטוריה של טכנאית דימות אשר שיתפה בפוסט המשווה בין פלסטינים ליהודים בשואה (ומעבירה הוא בן לניצולי שואה),¹²⁶ ומאידך בית הדין האזורי במרכז סירב להוציא צו כאמור בתגובה לפיטורין של פסיכולוגית ברשות מקומית אשר כתבה "שירבו אמן" בתגובת לדיווח על הרג חיילי צה"ל במארכ בסג'עיה.¹²⁷ הגיעה העת אפוא לגיבוש המשתנים המשפטיים שאותם על בית המשפט לבחון בבואו לדון במקרים מסוג זה.¹²⁸

כידוע, המשפט מתרחש לא רק בבתי משפט ובבית המחוקקים. על כן סקירת חידושים משפטיים בשנה מסוימת נדרשת להתייחס גם לאירועים שלא בהכרח הגיעו להתדיינות משפטית, שאם לא כן יוחמץ ההקשר החברתי שבמסגרתו הולכת ומתגבשת הדוקטרינה. בכלי התקשורת וברשתות החברתיות פורסמו לא מעט פרשיות שהתרחשו

- 124 עו"ד אורי ישראל פז "המשנה ליועמ"ש ביטלה החלטה לאסור על ארגון בצלם להפעיל מתנדבי שירות לאומי" **תקדין** (5.10.2014).
- 125 ס"ק (ת"א) 37876-08 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' אחוזת הירש** (פורסם בנבו, 2014).
- 126 סע"ש (נצ') 26396-08-14 **רואשדה נ' מור מאר בע"מ** (פורסם בנבו, 2014) (החלטה בבקשה למתן סעד זמני).
- 127 סע"ש (ת"א) 2793-08-14 **גרה נ' עיריית לוד** (פורסם בנבו, 2014).
- 128 מעיין אזוגי-חדש ורועי נפתלי "הצעה למודל משפטי לבחינת חוקיות הפיטורים של מעסיק את עובדיו בשל התבטאותם במרחב הווירטואלי – דיון בעקבות סע"ש (אזורי נצ') 26396-08-14 **רואשדה נ' מאר בע"מ** (פורסם בנבו, 26.8.2014) וסע"ש (אזורי ת"א) 2793-08-14 **גרה נ' עיריית לוד**, 18-12 (פורסם בנבו, 20.10.2014) "צפוי להתפרסם בהארץ דיין).

מחוץ לכותלי בית המשפט, וכולן נסבו על חירות הביטוי של העובדים אל מול חירות המעסיק לנהל את עסקו כפי שהוא מוצא לנכון. הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית פרסמה נייר עמדה בעקבות תלונות על התבטאויות רופאים במהלך המבצע.¹²⁹ בנייר העמדה הומלץ לרופאים לשקול את דבריהם כאשר הם מתבטאים באמצעי התקשורת וברשתות החברתיות. עוד נכתב כי על הרופא להתבטא באיפוק במסגרות הקשורות לעבודתו, וכי הרופא לא ינצל לרעה את מעמדו כאשר הוא מציג את דעותיו כמסתמך על הידע הרפואי שלו. נייר זה בא בין השאר בעקבות פרשה שבה רופא במוסד רפואי מרכזי שיתף ברשת החברתית מודעה שעוצבה בידי אחר, ובה דברי בלע.¹³⁰ ראש המוסד הרפואי השעה רופא זה מתפקידו. במקרים אחרים הושעו עובדים ערבים ברשויות המקומיות על רקע ביקורת בוטה נגד לחימתה של מדינת ישראל.¹³¹ במקרה נוסף, באוניברסיטת בר-אילן, שלח מרצה בפקולטה למשפטים דוא"ל לתלמידיו ובו הביע הזדהות עם כאבם של כלל הנפגעים במלחמה, ובמשתמע גם עם כאבם של תושבי עזה.¹³² בתגובה לכך פנו סטודנטים רבים ללשכת הדקן בכעס על התבטאותו. דקן הפקולטה פרסם הודעת התנצלות, ובה כתב כי מדובר "במכתב פוגעני", ובתחילה אף קבע שיש לפתוח בהליך משמעותי נגד המרצה – אך חזר בו מקביעה זו. פרשה נוספת שהביאה להדים ציבוריים היא פיטוריה של אורנה בנאי כפרזנטורית בשל התבטאויותיה בריאיון. במהלך המבצע התראיינה בנאי והביעה דעתה על השיח הציבורי הסוער ועל התנהלותה של הממשלה. בעקבות הריאיון זרמו תלונות רבות לחברת הספנות שבה תפקדה כפרזנטורית, והוחלט על פיטוריה משום ש"פרסמה מסרים הפוגעים בחלק נכבד של הציבור".¹³³ מקרים אלו חשובים לא רק כתיעוד היסטורי – החשוב כשלעצמו – אלא גם כנקודות ייחוס אפשריות אשר אמורות להיות מוסדרות באמצעות הדוקטרינה, לכשתפתח.

שעת החירום ושלהוב הרוחות אתגרו את המשפט הישראלי גם בנקודת הממשק שבין חופש הביטוי למשפט הפלילי. בשדה הרשתות החברתיות נחצו לא אחת הגבולות, ובעקבות זאת הוגשו כמה כתבי אישום על התבטאויות במהלך צוק איתן. זוהי התפתחות חדשה יחסית, שראויה לתשומת לב, שכן השלכותיה עדיין אינן ברורות. למשל, הוגש

129 נייר עמדה הלשכה לאתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל "רופאים בתקשורת – חופש הביטוי מול כבוד המקצוע" (אוגוסט 2014).

130 מערכת ערוץ 2, "רופא ערבי-ישראלי פרסם תמונת הסתה נגד נתניהו – והושעה" גלובס (21.7.2014). לפרשות אחרות ראו: רויטל חובל, "הנהלת בית החולים שיבא בטלה השעיית אח ערבי שהתבטא נגד צה"ל" הארץ (31.7.2014).

131 חיים ביאור, הילה ויסברג "מוות לערבים", 13 חילים הרוגים – שירכו אמן' – לפטר עובדים בגלל פייסבוק? "דה-מארקר" (30.7.2014).

132 אור קשתי "אוניברסיטת בר אילן נגד מרצה למשפטים שהביע דאגה לנפגעים בשני הצדדים" הארץ (29.7.2014).

133 גילי איזקוביץ' "אורנה בנאי פוטרה מתפקידה כפרזנטורית של חברת ספנות" הארץ (20.7.2014).

כתב אישום על ידי פרקליטות מחוז דרום נגד תושב באר שבע שהקים בתקופה זו דף פייסבוק בשם "ערבי גבר זה ערבי בקבר", ובו העלה תכנים מסיתים. במקרה אחר נעצר חשוד בחשד לביצוע עברת הסתה לגזענות בשל כמה התבטאויות בפייסבוק, ובהן "מוות ליהודים".¹³⁴ השופט הרמלין, בבית המשפט השלום בתל אביב, קבע שחרור בערבות ונימק כי הנסיבות גורמות לאנשים להתבטא בקיצוניות, וכי אין מקום לעצור אדם רק בשל התבטאות שאינה בבחינת שידול או קריאה מובהקת לפגוע באחר. במקרה אחר הוגש כתב אישום נגד תושב השטחים, אשר התבטא בחריפות נגד מח"ט גולני וקבע כי סופו בגיהנום.¹³⁵ שאלה מעניינת באיזו מידה ניתן להגיש כתבי אישום כאמור גם על פרסומים אחרים מחו"ל, ובכלל זה בידי אזרחי מדינות זרות. מטבע הדברים הרשתות החברתיות הוכיחו שוב את הפוטנציאל הטמון בהן כמצע להתאגדות המונית, ומשכך גבולותיה החוקיים של ההתאגדות מחייבים דיון. אלפי קבוצות חדשות נפתחו במהלך המבצע, וחלקן אף יצאו מהמישור הווירטואלי לרחובות. לדוגמה, קבוצת פייסבוק בשם "האריות של הצל", אשר יזמה התנגדויות להפגנות שמאל, הביאה להתייצבותם של מאות אנשים בתוך כדי מעורבות בלא מעט תקריות אלימות.¹³⁶ בראייה כללית, במהלך חודש יולי עצרה המשטרה בהפגנות ובמחאות ברחבי הארץ 1,471 חשודים, מספר רב לכל הדעות, ונגד 350 הוגשו כתבי אישום, מרביתם על ידי הפרקליטות, בעניין הפרת הסדר הציבורי, התקהלות אסורה, התפרעות במקום ציבורי ועברות אלימות כלפי גוף ורכוש.¹³⁷ נקודה אחרונה זו היא ככל הנראה החשובה ביותר, משום שהיא משקפת אחד משניים: מדיניות מעצרים שראויה לדיון, במיוחד בשעת חירום, או רמת הפרות סדר גבוהה (או גם וגם). למצער, נראה שראוי לקיים דיון באשר למדיניות מעצרים זו, ובכלל זה באשר למדיניות התערבות באספות שאינן מצריכות אישור משטרתי ואינן בהכרח פוגעות פגיעה ממשית בשלום הציבור או בסדר הציבורי (למשל בגלל מיעוט המשתתפים). במאמר מוסגר יאמר שמעקב אחר ביטויים כאלה ואחרים ברשתות החברתיות עשוי לשמש גם ככלי מניעת, למשל בשילוב מעצר מנהלי (ואף בשילוב ניתוח אלגוריתמי של פוטנציאל הסיכון הטמון באדם המתבטא בצורה כזו או אחרת). שיטות פעולה אלו, אף אם הן עשויות לשמש ככלי חשוב, בוודאי מצריכות דיון וליבון לאור הסיכון שטמון בהן גם במישורי השליטה החברתית והזכות לפרטיות. נוסף על ההיבטים שצוינו, השפעת האש ניכרת גם באופן שבו בית המשפט יישם זכויות בסיסיות מלבד חופש הביטוי. ראשית, נדחתה חלקית עתירה בדבר היעדר המיגון בכפרים הבודוים בנגב.¹³⁸ בית המשפט פסק כי אין פגם המצדיק את התערבותו באופן

134 מי (ת"א) 45877-07-14 מדינת ישראל נ' סלומאן (פורסם בנבו, 23.7.2014).

135 גילי כהן "כתב אישום נגד פלסטיני שפרסם סטטוס על מח"ט גולני" הארץ (4.9.2014).

136 גלעד מורג "מפגיני השמאל הותקפו. הצל: חינוך מחדש" Ynet (13.07.2014).

137 יניב קובוביץ', ניר חסון "ככה עוצרים מחאה, 1500 מפגינים נעצרו בתוך חודש" הארץ (15.08.2014).

138 בג"ץ 5019/14 אבו עפאש נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם בנבו, 2014).

הקצאת אמצעי המיגון על ידי המדינה בעת לחימה. בכך דחה את הטענות בנוגע לפריסתן המידית של המיגוניות. עם זאת קבע כי העתירה בנושא תשתיות המיגון תמשיך להתברר. יש להצר על שבית המשפט סטה הדרך שבה נהג בפרשת מסכות האב"כ (ערכות המגן) במלחמת המפרץ¹³⁹ ומעמדתו בפרשת הגשרון (שלא בזמן מלחמה).¹⁴⁰ במיוחד קשה ליישב בין פסק הדין בעניין ערכות המגן לפסק הדין בעניין המיגוניות. אומנם מבחינה טכנית פסק הדין בעניין ערכות המגן עוסק בחלוקת מסכות לפלסטינים בשטחים, ובכך נשען על חובת המעצמה המחזיקה בשטח להגן על התושבים, לעומת פסק הדין בעניין המיגוניות, הנשען על המשפט הישראלי, אלא שאין בהבדל זה כדי להניח את הדעת, שכן קשה לתמוך במסקנה שחובות המדינה על פי המשפט הבין-לאומי בנוגע לתושבים מוגנים קשיחות מחובותיה על פי כללי המשפט הציבורי בישראל, ובכלל זה חוקי היסוד.¹⁴¹ בפרשת ערכות המגן, טענה המדינה שביצעה הערכת סיכונים וכי מספר הערכות שבידה מוגבל. הטענה נדחתה בבית המשפט. בפרשת המיגוניות, לעומת זאת, הדגיש בית המשפט כי הסוגיה של הקצאת משאבי המיגון מצויה בליבת שיקול הדעת המבצעי והנשיג דעתו: "מצומצמת במיוחד תהא מידת ההתערבות [בית המשפט] בהחלטות מבצעיות בנושאי התגוננות המתקבלות 'תחת אש' ובעיצומה של לחימה".¹⁴² זו לא היתה גישתו בפרשת ערכות המגן, עת הדגיש בית המשפט כי "מצויים אנו בתקופה קשה. כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות. אך גם כאשר התותחים יורים חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק. כוחה של חברה לעמוד מול אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת עבור ערכים הראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה. חובתו של המפקד הצבאי לנהוג בשוויון בין כל תושבי האזור אינה פגה כשהמתח הבטחוני עולה". התשתית העובדתית בשני המקרים הללו מראה כי תושבי יישובים יהודיים נהנו מתשתית הגנתית מסוימת (מסכות אב"כ במקרה הראשון, ומיגוניות, ממ"דים ושטחים ממוגנים אחרים במקרה השני, ובכלל זה מערכות התרעה פעילות), ואילו התושבים הערבים והבדווים לא נהנו בפועל מאותה רמת הגנה (כל עוד אנו לוקחים בחשבון את כלל אמצעי ההגנה וההתרעה ובכלל זה את אופי הבניה וצורת ההתארגנות היישובית).¹⁴³ לפער זה בין הגישות חשיבות במיוחד אם האמור מוקדם

139 בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הבטחון פ"ד מה(1) 467 (1991).

140 בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדרו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102 (2003).

141 טענה דומה טענה המדינה, אך בית המשפט קבע כי קיימת בדין הישראלי חובה על המדינה להגן על אזרחיה.

142 בג"ץ אבו עפאש (לעיל הערה 138) פסקה 6 לפסק דינו של השופט דנציגר.

143 בהכרעתו הסופית בעתירה (בג"ץ 5019/14 אבו עפאש נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם בנבו, 26.3.2017)) מצייין בית המשפט, אגב דחיית העתירה משום שמצתה את עצמה (ובעודו מביע תקווה כי רשויות הבטחון אכן יפעלו להבא להענקת הגנה אפקטיבית לכלל היישובים באזור, בהיותו אזור מוחלש), כי העותרים לא עמדו בנטל להראות כי פתרונות המיגון אשר הוענקו לישובי הפזורה הבדווית נופלים מאלו אשר היו בידי יישובים יהודיים, וזאת לאחר

יותר בסקירה זו נכון, דהיינו שבית המשפט העליון רגיש יותר דווקא לזכויותיה של קבוצה שמתקשה לדאוג לעצמה במסגרת ההליך הפוליטי. והנה, דווקא האוכלוסייה הברדווית בנגב אינה זוכה לאוזן קשבת בבית המשפט. האם העובדה שלפסיקה השלכות באשר לכפרים לא מוכרים השפיעה על חשיבתם של השופטים? או שמא בית המשפט שב לגישה הישנה שלפיה בעת קרבות זוכה הרשות למרחב תמרון רחב יותר – deference – בלע"ז – אף שדווקא בשעת חירום יש סיכון שהרשות תיפול בשבי הטיות כאלה ואחרות? תשובה לשאלות אלו מחייבת עיון מעמיק – אפשר על דרך הערת פסיקה; על כל פנים, ומבלי לקבוע מסמרות, נראה שהיה ניתן להוציא צו המורה למדינה להגיש תוכנית הערכות ראשונית בפרק זמן ריאלי גם בעת קרב. ייתכן כי רתיעתו של בית המשפט מעידה על חשש מפני תגובה פוליטית חריפה, אלא שזו כמובן בגדר ספקולציה בלבד.¹⁴⁴

לצד אלו עלו שאלות מתחום הרגולציה של מצבי חירום, כגון באיזו מידה חלה על המדינה חובה למצוא פתרונות הולמים לתושביה המצויים במתקפת מרגמות, או כיצד

בדיקה שבצעה המדינה. העותרים, מצדם, טענו כי הבדיקה אינה מספקת, שכן בישובים יהודיים אשר נבדקו על ידי המדינה בכל זאת הוקמו אזורים ממוגנים. מחלוקת זו מחדדת את הצורך, במקרים מסוימים, בהליך ראייתי מסודר יותר, אשר ניתן לפתחו במסגרת סדרי הדין החלים בבית המשפט לעניינים מנהליים. לא היתה מחלוקת על כך שבישובים הברדווים מערכות ההתרעה נפלו מאלו שמהם נהנו הישובים היהודיים (ובהנתן פער זה, אף לו היו מוצבות מספר מיגוניות, יעלותן היתה חלקית בלבד). אלא שמאז הגשת העתירה, ובעידודו של בית המשפט, המדינה נטלה על עצמה לצמצם את הפער. מדבריו של השופט רובינשטיין עולה כי בית המשפט ניסה פעם אחר פעם לדחוק במדינה לפעול למען שיפור המצב בישובים הברדווים, ונחל בכך הצלחה, אם כי חלקית.

144 באספקלריה של משפט וחברה, בפרשת המיגוניות הנ"ל נוצר "חוב שיפוטי" כלפי הקהילה הברדווית, במובן זה שקורא סביר יתקשה ליישב את המהלך השיפוטי עם תפקידו הקלאסי של בית המשפט בהגנה על זכויות הפרט והמיעוט. זאת מכיוון שבסופו של דבר אין זה ברור מן הפסיקה מה המחיר הרב שהיה על המדינה לשלם בהצבת אותם גלילי בטון אשר יכולים לשמש כמרחבים מוגנים (כל עוד כמובן קיים מערך התרעה). חוב זה תפח בעקבות הכתף השיפוטית הקרה שהפנה בית המשפט לאחרונה לתביעתם של בני עראקיב להכרה במעמדם בקרקע (ע"א 4220/12 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2015)) ולמניעת פינוי הישוב אום אל-ח'יראן (רע"א 3094/11 אבו אלקיען נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2015)). בהקשר זה ראוייה לציון גישתו ההפוכה של בית המשפט בפרשת השבת גופתו של יעקוב מוסא אבו אלקיעאן אשר נהרג מירי שוטרים במהלך פינוי הישוב (בג"ץ 708/17 אבו אלקיען נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 23.1.2017)). בית המשפט, מפי השופט עמית, אליו הצטרף השופט שהם, ובניגוד לדעתו החולקת של השופט סולברג, קבע כי יש להשיב את הגופה, בצינו כי הברדווים הם אזרחי המדינה ולא אויביה. כן הודגשה החשיבות שיש ליחס למחויבותם של התושבים הברדווים לשמירה על הסדר (שם, פסקה 5 לפסק דינו של שופט עמית). ניתן לראות במהלך זה נסיון לחזק את האמון (שסביר שנפגע בעקבות בג"ץ המיגוניות ופרשיות הקרקע הנ"ל), ולהשיב מקצת מן האשראי המוסדי ממנו אמור להנות בית משפט המגן על זכויות פרט וקבוצה בחברה דמוקרטית.

ראוי להתמודד עם הפצתן של רשימות נפגעים ברשתות מסרים מיידיות, כגון "ואטסאפ", לצד עתירה על הכרה במבצע "צוק איתן" כמלחמה.¹⁴⁵ סוגיות אלו מדגימות את ההכרח לפתח בישראל מערכת דיני חירום מתקדמת ביחס לזו הקיימת כיום. ולבסוף, שאלת עמידתה של ישראל בדרישות דיני הלחימה עלתה גם במבצע זה. אין בכונתי להרחיב את היריעה ולנתח את הסוגיות השונות שעלו בהקשר זה – שאלת הלגיטימיות של המטרות שנתקפו ומערך ההזרה לפני תקיפתן, שאלת היקף התקיפות בסג'יעה (בעקבות המארב) ובחאן-יוניס (בעקבות הפעלת נוהל חניבעל) וכן שאלת הפיצויים. שאלות אלו יידונו בפורומים בין-לאומיים.¹⁴⁶ יש לציין בהקשר זה שוב את סוגיית מערך הייעוץ המשפטי. במהלך המלחמה פורסמה יוזמה להקים מערך ייעוץ משפטי נפרד לראש הממשלה בנושאי משפט בין-לאומי, אשר יתחרה במשרד המשפטים. יוזמה זו זכתה לביקורת בקהילה האקדמית, ונכון לכתיבת שורות אלו לא קודמה (ויש לברך על כך). פיצול מערך הייעוץ המשפטי מעורר קושי הן ברמה המעשית (בהתחשב באפשרות לחוות דעת סותרות לדרג המבצע ובהתחשב בחשש שהדרג המבצע יתור אחר חוות דעת מקלות על פי הזמנה) והן ברמה העיונית, שכן כשומר סף אמור מערך הייעוץ של מדינת ישראל להציג את גדר הספקות המשפטיים באופן שמתכלל את הטענות לכאן ולכאן, ובסופו של דבר להגיע למסקנה באשר לגבולות המותר והאסור מבחינה משפטית (בכפוף כמובן לקיומה של ביקורת שיפוטית). מבחינה מושגית אין לנו דין אחד למשרד ראש הממשלה ודין אחר למשרד המשפטים או לכל משרד אחר.

ד. השלטון המקומי

במהלך שנת תשע"ד נערכו בחירות בשלטון המקומי, אשר לוו בכמה התפתחויות מרכזיות, המעידות על המתח שבין השלטון המקומי כגוף בירוקרטי (המיישם מדיניות של השלטון המרכזי) לבין אורגן דמוקרטי (המיישם את רצון הבוחר). כל זאת כאשר המנגנונים המשמשים "שומרי סף" בשלטון המקומי שונים מאלה שבשלטון המרכזי, ולעיתים אמורים לשרת עמדה אדוורסרית לעמדת השלטון הארצי. בפרשת ראשי הערים

145 החזית להגנת הציבור וח"כ נחמן שי עתרו לבית המשפט על מנת שיורה לממשלה להגדיר את מבצע צוק איתן כמלחמה. המדינה ביקשה בתגובתה לדחות את העתירה על הסף, ובהמשך משכו העותרים את העתירה. נראה ששימוש זה בהליך השיפוטי נועד להשיג במה לשיח ציבורי ולא דווקא נשען על אדני משפט איתנים. בג"ץ 5319/14 החזית להגנת הציבור נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 2014).

146 לדיון בהיבטים אלו ראו כנס מינרבה לחקר שלטון החוק במצבי קיצון: הדמוקרטיה הישראלית בתנאי מלחמה, האם הצוק איתן? הכינוס נערך לאחר כתיבת הרצאה זו ולפני פרסומה: minervaextremelaw.haifa.ac.il/index.php/en/2-uncategorised/129-2015-01-04-09-40-15.

נאלץ בית המשפט להתמודד עם סוגיית כהונתם של ראשי עיר אשר הוגש נגדם כתב אישום (סמוך לבחירות).¹⁴⁷ בית המשפט קבע בפסקי הדין כי למועצת העיר נתונה הסמכות להעביר את ראש העיר מתפקידו במקרה שהוגש כתב אישום, מכוח סעיף 22 לחוק הרשויות המקומיות, ומשנתונה הסמכות יש להפעיל שיקול דעת במתחם הסבירות.¹⁴⁸ לגופו של עניין קבע בית המשפט כי עמדת מועצת נצרת עילית ומועצת בת-ים, שלפיה אין להעביר את ראש העיר מתפקידו, וכמו כן אי-קבלת החלטה בנושא במקרה של מועצת רמת השרון, הן החלטות לא סבירות, ולכן יש לבטלן. ראשי הערים הועברו מתפקידם מכוח פסק הדין, אך לא נמנעה השתתפותם בבחירות. בפרשה אחרת (פרשת **צבי בר**)¹⁴⁹ התחייב ראש העיר שלא יתמודד בשנית, ולכן לא הועבר מתפקידו על ידי בית המשפט.¹⁵⁰ כל ראשי הרשויות אשר הועברו מתפקידם בהוראת בג"ץ שבו ונבחרו. הדבר עורר שאלה משפטית כבדת משקל באשר לגבולות מתחם הסבירות בשל הבחירה המחודשת, ובייחוד עולה השאלה באשר למשקל שיש לתת לשיקולי ייצוגיות בקביעת מתחם זה. מן הבחינה המשפטית פסק הדין מעלה קשיים, שכן המנגנון המשפטי שעליו נשען פסק הדין (ואף הסעד שנקבע בו) אינו מתיישב עם חלקים אחרים בחוק,¹⁵¹ וכן מצוי הוא במתח עם האופן שבו נדונה הסוגיה בשלטון המרכזי.¹⁵² בשל קשיים אלו הועלתה הטענה שיש לקרוא את פסק הדין כסוג של קריאת מצוקה שיפוטית.¹⁵³ אלא שנושאים אלו לא נדון ישירות, משום שביני לביני הגיב המחוקק ותיקן את החוק. בהסדר החדש נקבע כי תוקם ועדה שתבחן אם בעקבות הגשת כתב אישום יש להשעות את ראש הרשות לתקופה שלא תעלה על שנה. יתר על כן, נקבע כי מועצת הרשות לא תוכל

147 בדיון בעתירה הדגיש בית המשפט את חשיבותו של מועד הגשת כתב האישום נגד ראש עיר מכהן והבהיר כי על הפרקליטות לבצע זאת במועד שאינו סמוך לבחירות. ההבהרה נדרשה משום שאומנם החקירות נגד ראשי הערים נפתחו לפני שנים, אך כתבי האישום הוגשו חודשים ספורים לפני הבחירות. במקרה של לחיאני, כתב האישום הוגש שבועות אחדים לפני הדיון, והוא הועבר מתפקידו יומיים לפני הבחירות.

148 בג"ץ 4921/13 **אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון** (פורסם בנבו, 2013).

149 בג"ץ 5141/11 **ליליאן נ' ראש עיריית רמת גן ויו"ר החברה הכלכלית לרמת גן** (פורסם בנבו, 2013).

150 בר התחייב במהלך הדיון שלא להתמודד בשנית, ונפסק כי העתירה מוצתה "לאור המסר הציבורי שעולה [ממהלך זה]". בפרשת **רמת השרון** (לעיל הערה 148), נכתב כי המשמעות המעשית של הפסקה מיידית של כהונת בר לא הייתה רבה בשל התחייבותו שלא להתמודד בשנית, ומשום שנשארו חודשים מעטים לכהונתו, ולכן היה ניתן להימנע מהעברתו.

151 ראו דבריהם של עו"ד שרית דנה, עו"ד שלום זינגר ועו"ד רשף חן בכינוס המוקד לחקר שלטון החוק וועד מחוז חיפה של לשכת עורכי הדין בישראל: שלטון החוק ברשויות המקומיות – כשירות כהונה של נאשמים, תעמולה פוגענית וחשש לזיופי בחירות (30.4.2014) (להלן: "**כנס שלטון החוק ברשויות המקומיות**") (weblaw.haifa.ac.il/he/Events/ruleoflaw_localgov2014/Pages/Materials.aspx).

152 ראו דבריו של ד"ר עומר קמחי בכנס שלטון החוק ברשויות המקומיות (לעיל הערה 151).

153 ראו דבריה של עו"ד שרית דנה בכנס שלטון החוק ברשויות המקומיות (לעיל הערה 151).

להעביר ראש עיר מכוח סעיף 22. גם הסדר זה מעורר קשיים לא מבוטלים, שכן מנגנון ההשעיה והמסגרת המוסדית המוסמכת להפעילו אינם מתיישבים בטבעיות עם עקרון הבחירה הישירה לראש רשות מקומית ועם מערכת היחסים שבין ראש הרשות הנבחר למועצה הנבחרת.¹⁵⁴

בעקבות קבלת החוק השעה עצמו ראש העיר רמת השרון בהסכמה. ראש עיריית נצרת עילית התנגד להשעיה, והוועדה קבעה כי יש להשעותו (ראשית לתקופה של ארבעה חודשים, ולאחר מכן הוארכה התקופה, בעקבות בקשתו של היועץ המשפטי לממשלה, עד למסירת פסק הדין בעניינו). ראש עיריית בת ים הושעה על ידי הוועדה לתקופה של שנה. כמו כן החליטה הוועדה להשעותו מתפקידו כחבר מועצת העיר בוועדת הכספים והמכרזים. בסופו של דבר הורשע בהסדר טיעון בעבירות מרמה והפרת אמונים, ונדון לשישה חודשי עבודת שירות. נוסף על זה נקבע כי יש במעשיו קלון, ולכן הורחק מתפקיד ציבורי למשך שבע שנים. יצוין כי השאלה מי ימלא מקומו בתקופת ההשעיה הייתה חלק מהמשא ומתן הקואליציוני לאחר הבחירות. בכינוס שנערך באוניברסיטת חיפה נמתחה ביקורת על אופן יישום ההשעיה, שכן היה לפחות ראש עיר אחד שעל אף ההשעיה המשיך להשתתף במרבית פעילויות המועצה. בעקבות הביקורת שיגר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה מכתב בו הוא מבהיר לראשי הרשויות המושעים כי עליהם להרחיק עצמם מעניינים הקשורים בניהול הרשות. עדיין מוקדם להעריך את השפעתם של פסיקת בג"ץ ושל התיקון לחוק על מכלול הנושאים שנדונו בהם. אך הדעת נותנת שבגלל התפתחויות אחרות בשלטון המקומי, ובהן רפורמות בתחום התכנון והבנייה (ובעיקר "רפורמת הפרגולות" המעבירה כוח החלטה לוועדות המקומיות),¹⁵⁵ יהיו ראשי רשויות נתונים ללחץ להפר נורמות משפטיות. כאמור, בראייה רחבה יותר, פסק הדין ותגובת המחוקק מציפים את המתח הלא פתור בשיטה הישראלית כלפי השלטון המקומי – האם עושה דברו של השלטון המרכזי שמא אורגן משל עצמו בפירמידה הנורמטיבית הישראלית? – והדבר אף לא בא לידי פתרון בהצעת חוק העיריות שגובשה זה מכבר.¹⁵⁶

מלבד דיון זה הובילו הבחירות לרשויות המקומיות לעיסוק בשאלות מתחום ערעורי בחירות. סוגיה מרכזית אשר עלתה בהקשר זה קשורה לבירור העובדתי בהליך הערעור – נראה ששאלת הבירור העובדתי בהליך השיפוטי היא שאלה החוצה תחומים והמחייבת מאמר מחקרי בפני עצמו. שאלה זו, אשר עולה לא אחת בהקשרים אחרים וכבר הוזכרה בסקירה זו, מהווה לא אחת שיקול בעל משקל בשאלה אם לפתוח בהליך מנהלי נגד

154 ראו נייר ביקורת של היועצת המשפטית של עיריית נצרת עילית, אולגה גורדון, התייחסות להצעת חוק הרשויות המקומיות (השעיית ראש הרשות) (תיקוני חקיקה), התשע"ד–2013 (לא פורסם).

155 חוק התכנון והבנייה (תיקון מס' 101), התשע"ד–2014, ס"ח 474.

156 הצעת חוק העיריות, התשס"ז–2007, ה"ח הממשלה 360.

הרשות או לפנות בתביעה אזרחית המאפשרת הגשת תצהירים וחקירה נגדית נגד הרשות ונושאי המשרה בה. על כל פנים, בעניינו, פרשת ערעור הבחירות בתרשיחא מציפה את הקושי העולה מן ההסדר הקבוע בחוק, שלפיו עסקינן בערעור, אלא שאין בפני בית המשפט החלטה מנומקת על בסיס תשתית עובדתית עליה מערערים.¹⁵⁷ בפרשת **תרשיחא** ניסה בית המשפט ליישם את ההלכה הקובעת כי יש להתערב בתוצאות הבחירות רק אם אירע ליקוי חמור היורד לשורש העניין, או אם לולא נפלו הפגמים, אף אם אינם חמורים, היו תוצאות הבחירות שונות. אלא שלשם כך יש לנהל הליך ראייתי. הראיות שהוצגו בפני בית המשפט הצביעו על חשש שהיו פתקים מסומנים שהובאו לידיעתו של מנהל הבחירות. עם זאת מנהל הבחירות "ככל הנראה" נתן הוראה שלא לפסול אותם. במהלך הדיון בערעור הוצהר מספר הפתקים הפגומים מפי מנהל הבחירות. ראיה זו לא נסתרה משום שהמערער עצמו לא נקט בהליך בקשת עיון בפתקי ההצבעה. הודגש בפסק הדין כי הליך זה צריך להתבצע בנפרד מהערעור. אלא שעמדה זו שונה מן העמדה שהובעה בפרשת **רשימת הבחורים עפולה**, שם נקבע שלצורך הבירור העובדתי אין מניעה שבקשת העיון תוגש בערעור עצמו ולא כהליך נפרד.¹⁵⁸ כידוע, בסופו של דבר על בית המשפט להכריע אם להורות על קיומן של בחירות חוזרות לאחר שנוכח שהפגם שנפל היה יכול להוביל לשינוי התוצאה, או שהפגם שנפל עד כדי כך חמור שבכל מקרה נפל פגם בבחירות.¹⁵⁹ אלא ששתי קביעות אלו מחייבות קיומו של הליך עובדתי, והישענות על פרוטוקול או על דוח מטעם נציג רשות אינה בהכרח דרך מיטבית לפעול. בבחירות האחרונות ראינו פנייה של בית המשפט לפרקליטות על מנת שזו תגבש את התשתית העובדתית.¹⁶⁰ במישור הסעדים ברור שעריכת בחירות מחדשות היא סעד שיש להימנע ממנו אם אפשר, אך היחס בין הסעדים האחרים, ובהם עיון בפתקים, ספירה מחדש, צו מניעה עד אשר יפורסמו התוצאות או פסק דין הצהרתי באשר לפגמים, אינו ברור לגמרי. כך לדוגמה נקבע בערעור בחירות בו הסעד המבוקש הוא ביטולן, כי בית המשפט רשאי להעניק סעדים נוספים על אלו המצויים בסעיף 73(ב) לחוק, בדומה לנעשה בעניין **ג'ראייסי**, שם הורה בית המשפט על ספירה של קולות שנפסלו שלא כדין. הודגש כי על הסעדים הנוספים להיגזר מהעילות המצויות בסעיף 72 לחוק.¹⁶¹ כאן אצטרף לקריאתו של סגן נשיא בית המשפט המחוזי בחיפה רון שפירא למחוקק שייתן דעתו הן לשאלת קביעתה של התשתית העובדתית (ובכלל זה שאלת הנטלים), הן לשאלת טיבו של ההליך

157 עמ"נ (ח"י) 53499-11-13 פומרנץ נ' מנהל הבחירות במעלות תרשיחא (פורסם בנבו, 2013).

158 בר"ם 86/14 **רשימת בוחרים עפולה נ' מנהל הבחירות המקומיות בעפולה** (פורסם בנבו, 2014).

159 עמ"נ (י-ם) 52997-11-13 כהן נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 2013).

160 בר"ם 2516/14 **ד"ר כיאל נ' ועדת הבחירות לראשות המועצה ג'דידת מכר** (פורסם בנבו, 2014).

161 בר"ם 201/14 **סיעת ראשון ביתנו נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 2014).

(פסק דין הצהרתי, ערעור או עתירה) והן לשאלת הסעדים, כולל סעדי הביניים, העומדים לרשותו של בית המשפט.¹⁶²

לצד אלו העלו הבחירות לרשויות המקומיות התפתחויות מרחיקות לכת באשר לסמכותו של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית להסדיר תעמולת בחירות ויתר פרסומים ברשת האינטרנט. לסוגיה זו היבטים החורגים מן העיסוק בשלטון המקומי, שכן כידוע תעמולת הבחירות לכנסת אף היא מעלה שאלות מתחום זה. אלא שהבחירות לרשויות המקומיות מיוחדות בשלושה היבטים: ראשית, ההסדר המשפטי החל על הבחירות לרשויות המקומיות שונה מההסדר שחל בבחירות לכנסת בכלל האמור בתעמולת בחירות, בזמני שידור ואף בהשתתפות המדינה במימון המפלגות. שנית, בבחירות לכנסת קיימים מנגנונים מפלגתיים מאורגנים אשר עוסקים במדיה הדיגיטלית, אולם בתחום השלטון המקומי לא כך פני הדברים, ולדבר השלכות הן בתחום האיוונים הפנימיים (בנוגע לשאלה איזה חומר יעלה לרשת) והן בתחום האיוון אל מול כוחו של יו"ר ועדת הבחירות. ולבסוף, כוחו של ראש הרשות לפעול במדיה הדיגיטלית ישירות או באמצעות מקורבים, וכן כוחם של גורמים אינטרסנטיים להריץ קמפיין שלילי או חיובי ברשות המקומית במדיה הדיגיטלית רב, שכן מדובר בקהל בוחרים מצומצם ומוגדר יחסית. עם זאת שאלת ההסדרה של המדיה הדיגיטלית בבחירות לשלטון המקומי לא זכתה עד כה לדיון מובחן. השופט חשין קבע בזמנו בהקשר הבחירות לשלטון המרכזי שרשת האינטרנט ייחודית, ואל לו ליושב ראש ועדת הבחירות לפרש את החוק באופן שיחול על פרסומים ברשת זו,¹⁶³ ואילו השופט רובינשטיין החליט אחרת.¹⁶⁴ והנה השופט סלים ג'ובראן הרחיב ופיתח את גישתו של השופט רובינשטיין, כאשר התייחס לפרסומים באינטרנט כחוסים תחת ההסדרים המצויים בחוקי תעמולת הבחירות.¹⁶⁵ בין השאר הורה יושב ראש ועדת הבחירות על פרסום התנצלות על הפרת חוקי הבחירות (פרסום מודעה הנחזית כסקר מבלי לציין בהבלטה כי מדובר במודעה ומבלי לעמוד בדרישת המידע באשר לסקרים) ברשת האינטרנט ביום הבחירות עצמו.¹⁶⁶ הדבר לא בא לכדי בירור משפטי בבית המשפט העליון, בין השאר בגלל המאפיינים הייחודיים של הבחירות בשלטון המקומי (אשר בעניינם עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא עמדת מדינה ולא עמדת בעל דין). לגופו של עניין, אופן פיתוח דין זה מטריד משום שמאפייניה

162 ראו הרצאתו של סגן הנשיא שפירא בכנס שלטון החוק ברשויות המקומיות (לעיל הערה 151) ורשימתו, רון שפירא "לעשות את הבחירות הנכונות" עורך הדין 25 (2014) 1, בעמ' 86.

163 תב"מ 16/01 ש"ס-התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה נ' סגן יו"ר ועדת הבחירות המרכזית (פורסם בנבו, 2001).

164 תב"מ 25/19 הליכוד תנועה לאומית ליברלית נ' אתר האינטרנט "ליכודניק" (פורסם בנבו, 2013).

165 תר"מ 12/20 אבן-זוהר נ' ראש עיריית ראשון לציון (פורסם בנבו, 2013).

166 תר"מ 221/20 פדלון – מועמד לראשות העיר הרצליה נ' צביקה הדר – מועמד לראשות העיר הרצליה (פורסם בנבו, 2013).

הייחודיים של הרשת לא בהכרח מובאים בחשבון, ונוצר מתח ישיר עם פסיקה אחרת של בית המשפט העליון באשר לרגולציה של הרשת (למשל בסוגיית חשיפת שמותיהם של גולשים שנטען כי פרסמו לשון הרע).¹⁶⁷ כן ראינו בשנת המשפט פסילה של תשדירי בחירות בתל-אביב-יפו ובכרמיאל בטענה של תעמולת בחירות אסורה.¹⁶⁸ אינני בטוח שבמקרים אלו אכן נחצה הסף האמור, אך גם נקודה זו לא באה לכדי בירור שיפוטי ראוי. כאמור, להסדרת תחום זה חשיבות מיוחדת בתחום השלטון המקומי, אך היות שהדברים לא זכו לליבון מספיק, ברורה השלכתם גם על תחום הבחירות בשלטון המרכזי.

עוד בתחום השלטון המקומי, בלטה פרשת מדיניות האכיפה של עיריית תל אביב בנוגע לחוק העזר המורה על סגירתם של עסקים הפתוחים בשבת.¹⁶⁹ לפני כשנה התקבל ערעורם לעליון של בעלי המרכולים, ונקבע בו כי על העירייה לאכוף את חוק העזר ולסגור את המרכולים בשבת באמצעות הגשת בקשה לבית המשפט לעניינים מקומיים למתן צו איסור פתיחה או בהגשת כתב אישום, ולא רק באמצעות הטלת קנסות שהשפעתם על העסקים המפרים אינה רבה.¹⁷⁰ בעקבות פסק הדין יצרה העירייה מסמך מדיניות שבו קבעה מדיניות אכיפה המדורגת בסדר עדיפויות: ראשית, כלפי עסקים שפעילותם גורמת מטרדים או מפגעים סביבתיים; שנית, כלפי עסקים חדשים שמועד פתיחתם בשבת לראשונה הוא לאחר יום מתן פסק דינו של בית המשפט העליון; שלישית, כלפי עסקים שמועד פתיחתם בשבת לראשונה לפני יום זה. דהיינו, ההסדר קבע כי בתי עסק שהחלו והפרו את חוק העזר קודם למועד פסק הדין הם בעדיפות אכיפה אחרונה. בחודש מאי 2014 קבע השופט יפרח בבית המשפט לעניינים מנהליים כי העירייה לא הצביעה על השיקולים שטמונים במדרג האכיפה. מכאן שההבחנה שיצרה בין עברייני ותיק לחדש לוקה בחוסר סבירות קיצוני. לבסוף ביטל השופט את מדרג האכיפה וקבע כי מדיניות האכיפה שעוצבה כלפי בתי עסק ותיקים היא מדיניות אי-אכיפה. לאחר קבלת פסק הדין המשיכה העירייה במהלך שתוכנן עוד בטרם פסק הדין ותיקנה את חוק העזר בקובעה מכסה של כ-300 בתי עסק שהורשו לפעול בשבת, לפי חלוקה גיאוגרפית. ההצעה לא זכתה לאישור שר הפנים, שקבע כי יש לסגור את המרכולים בשבתות לבד מכמה מתחמים ספציפיים וחנויות נוחות שבתחנות דלק. בתגובה לכך אישרה מועצת העיר בחודש אוגוסט 2014 תיקון נוסף לחוק העזר, לפיו תאושר פתיחה בשבת ל-165 מרכולים. חוק עזר זה טרם נדון על ידי שר הפנים, והשר היוצא גרעון סער הודיע כי ישאיר סוגיה זו למחליפו. בד בבד הגישה העירייה ערעור על פסק הדין בנושא מדיניות האכיפה שלה, אך הוסכם כי יש להמתין להכרעת השר, ולכן

167 רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ (פורסם בנבו, 2010).

168 תר"מ (י-ם) 177/20 בר-לב נ' נוימרק קורן (פורסם בנבו, 2013).

169 עת"מ (ת"א) 40673-02-14 ברמר נ' עיריית תל-אביב (פורסם בנבו, 2014).

170 ע"מ 2469/12 ברמר נ' עיריית תל אביב-יפו (פורסם בנבו, 2013).

הערעור נמחק. זוהי סוגיה מרתקת לא רק בגלל היחס בין דת ומדינה בישראל אלא גם בגלל היבט שלטון החוק הטמון בה, ושוב, רואים אנו גישה יחסית למושג זה מצד עיריית תל אביב (אך גם במובן מסוים מצד המדינה). מבחינה נורמטיבית סוגיה זו כוללת גם התייחסות לזכויות עובדים ליום מנוחה, ומנגד לחירותם של בעלי עסקים להיענות לדרישת תושבים ולמכור מוצרי מזון ויתר מוצרי צריכה הנמכרים במרכולים.¹⁷¹ מכל מקום, כל עוד חקיקת עזר מצריכה אישור של שר הפנים, מתחדד המתח שבין השלטון המקומי לשלטון המרכזי¹⁷² הן בשל מערך הלחצים הקואליציוניים והכלכליים הייחודי לכל רובד שלטוני, הן בשל הכלים המקצועיים השונים העומדים לרשות הדרג המבצע בכל רובד (הן במישור ניתוח המשמעות והן בתחום שיתוף הציבור) והן בשל המשמעות

171 ראו במישור הארצי את פרשת **דייין 22**. אלא שהקשר של פרשה זו שונה, שכן שם דובר במפעל ייצור ולא במרכול המספק צורכי תושבים החפצים לרכוש דברי מזון ומוצרי מרכול בשבת. בהקשר זה ניתן להקיש מפרשת **סולודקין**, לעיל. נראה שכל פתרון של הסוגיה צריך להביא בחשבון את האיזון הראוי שבין החירות האישית לעצב את תוכן השבת במסגרת קהילה מקומית, לבין ההגנה על הצביון הציבורי-כללי והזכות הסוציאלית ליום מנוחה, וכן את ההשלכות הכלכליות של כל פתרון. מבחינת אופי המקום, הפיכת אזור מגורים לאזור מסחר מעוררת קושי, שכן גם אם מבחינת דיני התכנון והבנייה פעילות מסחרית בשכונת מגורים מותרת, ההנחה היא שהפעילות לא תפגע ביום שבת כיום מנוחה. עם זאת פתיחת מרכול שכונתי-מקומי אינה בהכרח מהלך שכזה – הדבר תלוי בין השאר בשטח המשמש לממכר ובשאלה אם המרכול מנקז אליו פעילות רבה. מבחינה כלכלית, מצב שבו בעלי מרכולים אשר אינם פותחים את עסקיהם בשבת נאלצים לספוג נזק כלכלי מעלה את השאלה שמא על הרשות המקומית להקל בנטל המס שבעלי עסקים אלו משלמים, על חשבון העלאת נטל המס שמשלמים בעלי מרכולים הפתוחים בשבת. כשהדברים אמורים בזכויות העובדים ליום מנוחה, נדרש ניתוח מסודר של התשתית העובדתית באשר לכוח העבודה הרלוונטי. בעוד שבמכולות שכונתיות בדרך כלל עובדים בעלי המכולות עצמם, אשר את זכותם ליום מנוחה יש לכבד, יש לברר מהו פרופיל העובדים במרכולים, ובאילו מידה הוא שונה מפרופיל העובדים בבתי קפה ומסעדות. מכל מקום, על כל פתרון לוודא כי מקום העבודה לא יזקוף לחובת עובד את רצונו שלא לעבוד בשבת.

172 לטענת סטטמן וספיר ראוי שמחלוקות בנושאי דת יתבררו במסגרת הרשות המקומית (דני סטטמן וגדעון ספיר "האם מדינה ליברלית רשאית לפעול מתוך הסתמכות על טיעונים דתיים" **מחקרי משפט** כה (2009) 599), טענתם היא כי יש נושאים בעלי צביון מקומי אשר ראוי שיוכרעו בידי התושבים המקומיים. אל מול עמדה זו עולה תהייה אם בהכרח הרשויות המקומיות מצויות בעמדה המיטבית לאזן כראוי בין הערכים המתנגשים באופן ההולם את אופי האוכלוסייה, לא כל שכן כאשר מדובר בסוגיה בעלת משמעות כלל-ארצית. לטענת נוימן יש תימוכין לכך שהרשות המקומית אינה רשאית לייצר לעצמה דין בנושאים בעלי משמעות כלל-ארצית (אודי נוימן "מדינת ישראל נ' מדינת תל אביב: על מקומה של הרשות המקומית, בעקבות ע"ס 2469/12 ברמר נ' עיריית תל אביב-יפו" **מסחרי** 6 (תשע"ד), 9, בעמ' 12. עם זאת הפסיקה אינה אחידה, וניתן לראות מקרים שבהם בית המשפט אכן מאפשר אוטונומיה לרשות המקומית ביישום כללים כל עוד העקרונות האיזוניים הם כלל-ארציים, כמו למשל בעניין סולודקין, שם בית המשפט נתן אוטונומיה לרשות המקומית לקבוע את מקומות הממכר (בג"ץ 953/01 **סולודקין נ' עיריית בית שמש**, פ"ד נח(5) 595 (2004)).

הציבורית-סמלית השונה המבחינה לעיתים פעולה ברובד שלטוני אחד ממשנהו. בהקשר זה יש לקוות שההחלטה שתתקבל, תהא אשר תהא, תעמוד בדרישות המידתיות.¹⁷³ שאלת מעמדו של השלטון המקומי צצה ועולה במלוא חריפותה גם בהקשר סמכותה של הרשות לגבות היטלי פיתוח ותשלומים אחרים. כל עוד נדרשת הרשות לספק שירותים, ונבחריה מתמודדים על עיצוב סדרי עדיפויות, היה ניתן לצפות למסגרת סמכות ברורה לגביית הכספים לשם מימוש אותם שירותים, ולצדה נהלים ברורים המבחינים את ההליך ואת אופן הפעלת שיקול הדעת. אלא שתחום זה מעורר התדיינות משפטית רבה, ובתי המשפט המחוזיים עדים לא אחת לחוקי עזר עמומים או להיעדר נהלים מספקים.¹⁷⁴ לצד אלו יש להזכיר את דרכי חישוב הארנונה עבור מתקני בזק, חברת החשמל וחברות תשתית אחרות, וכן את אופן יישום הכללים בדבר רישוי עסקים שהם כללים מקומיים. במצב עניינים זה חברות ארציות נדרשות לנווט בין מכלול הסדרים, אשר אינם בהכרח פרי מהלך סינרגטי. נראה שגם כאן מבצבץ המתח בין תפיסת השלטון המרכזי כמקור הסמכות (ומכאן חובתו לאשר חוקי עזר אלו, ואפשר שאף לחוות דעה משפטית באשר ליעודם ולאופן יישומם) ובין השלטון המקומי כגוף בעל סמכות חקיקה ריבונית (ומכאן שיש לפרש סמכותו באופן שיעניק לו סמכויות עזר נרחבות, ובכלל זה מרחב שיקול דעת גם באשר לפרשנות חוקי העזר שלו עצמו).

173 בני לבני, ומשלא באה כל החלטה מצד שרי הפנים או מצד הממשלה כולה, פסק בג"ץ כי התיקון לחוק העזר מגלם איזון מדתי בין חופש הדת לחופש מדת, בין חופש העסוק והשוויון, ובין הגישות השונות למדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כפי הדבר מתבטא גם ביחס בין הכרעות שניתן (או אף ראוי) לקבל במישור המקומי, להחלטות כלל-ארציות. ראו: בג"ץ 6322/14 **התאחדות הסוחרים העצמאיים הכללית נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 19.4.2017). מעניין לציין שמבחינה משפטית נשען בית המשפט על העדר החלטתו של שר הפנים, וראה בכך, לאור התמשכות הזמן, כהחלטה שאינה מנומקת. וכך כתבה הנשיאה נאור: "היעדר ההנמקה מטיל אפוא את הנטל על שכם המדינה להוכיח כי ההחלטה לפסול את תיקון מס' 2 ניתנה כדין. המדינה לא טענה בפנינו כי יש מקום לפסול את תיקון מס' 2 ולא הצביעה למעשה על כל טעם המצדיק לשיטתה את פסילתו. משכך, דעתי היא כי המדינה לא עמדה בנטל, המוטל עליה לנוכח הפרת חובת ההנמקה, להוכיח כי ההחלטה לפסול את תיקון מס' 2 התקבלה כדין". מתן משקל מכריע להיעדר הנמקה הוא חשוב כשלעצמו; כתימוכין להכרעתו מביא בית המשפט את בג"ץ 111/53 **קאופמן נ' שר הפנים**, פ"ד ז 534 (1953) וכן כתיבה אקדמית, בין השאר בשל התייחסותו השגרתית של בית המשפט לנושא, כפי שבאה לידי ביטוי בפרשת **פלקסר** (לעיל הערה 46). יש לקוות שבעתיד ישמש בג"ץ 6322/14 הנ"ל נקודת משען לשינוי הגישה בעניין זה. על פסק הדין הוגשה, והתקבלה, בקשה לדיון נוסף (דנג"ץ 3660/17, החלטה מיום 12.7.2017), ובמסגרתה התקבלה באופן חריג בקשתו של שר הפנים להגיש עמדה עצמאית (החלטת הנשיאה מיום 31.7.2017).

174 ראו למשל פסיקתו של בית המשפט המחוזי בחיפה, מפי השופט אברהם אליקים, בעת"מ 13245-06-12 **בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' עיריית חיפה** (פורסם בנבו, 2014), אשר עסקה במאות מיליוני שקלים.

נקודה אחרונה בהקשר זה קשורה אף היא למעמד הייעוץ המשפטי, והפעם של הרשות המקומית. בפסק דין שעסק בהחלטת היועצת המשפטית בנצרת עילית קבע השופט רובינשטיין שאף שהחוק קובע כי למועצה הסמכות לקבל חוות דעת משפטית חיצונית, החזקה היא שיש לכבד את חוות דעתו של היועץ המשפטי של הרשות כפי שיש לכבד את חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה.¹⁷⁵ קביעה זו חשובה, אך אינה נקייה מספקות, שכן הממשלה אכן מחויבת בחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, אולם הכנסת מוסמכת לחוקק אף אם היועץ המשפטי לממשלה או היועץ המשפטי לכנסת סובר שחקיקתה אינה חוקתית. מועצת הרשות בהקשר זה קרובה יותר לגוף המחוקק, משום שכיודע בידי אורגן נבחר זה מצויות סמכויות חקיקת העזר (כאמור, באישור השר). לפיכך לא מפתיע שעל פי חוק מועצת הרשות, רשאית היא לקבל חוות דעת נוספת (כפי שבידי הכנסת יכולות להיות חוות דעת משפטיות שונות, מבלי לפגוע במרכזיות חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה ומערך הייעוץ של הכנסת).¹⁷⁶ זאת ועוד: לגופו של עניין, השופט רובינשטיין קובע כי עמדתה של היועצת המשפטית של העירייה הייתה שגויה (ולכן נוצרת אי-בהירות מסוימת בין הכלל – יש לפעול לפי חוות דעתו של היועץ המשפטי לעירייה – לאופן יישומו בפסק הדין).¹⁷⁷

סיכום

שאלת הראיות והנטלים בהליך, שאלת מעמדו ותפקידו של היועץ המשפטי (ברמה הארצית וברמה המקומית), וכמובן השאלות הקלאסיות מתחום המשפט הציבורי העוסקות בהפרדת הרשויות, בהגנה על זכויות ובאופן יישום המשפט כאשר התחתים רועמים, עלו כולן בשנת 2014. זאת לצד מגמות עומק, לפיהן הולך המשפט הציבורי ועוטף עצמו ביחסיות, או במידתיות, החלה גם באשר לאופן הפעלת כללי המשפט הציבורי עצמם. לצד אלו ניכרת מגמה בתחום הזכויות לפיה זכות הקניין וחופש העיסוק תופסות מקום שני, לפני החירויות האחרות, ובמיוחד לפני פגיעות בחירויות בהקשר של

175 ע"מ 6145/12 עיריית נצרת עילית נ' הרטמן (פורסם בנבו, 2013).

176 שאלה מעניינת היא אם ליועץ המשפטי של הרשות הכוח לקבוע מתי המועצה רשאית לקבל חוות דעת חיצונית, שכן לפחות לכאורה מדובר בפרשנות החוק המסמך, שעליו אמון היועץ של הרשות. אלא שכאן מצוי היועץ בסוג של ניגוד עניינים מוסדי, שכן את חוות דעתו שלו מעוניינת הרשות הנבחרת לבחון. שונה הדבר כמובן מחוות דעת משפטית המיועדת לדרג המבצע, שם כפי שצוין לעיל, חשוב שמערך הייעוץ ידבר בקול אחד.

177 פסק הדין מעניין גם משום שלמעשה אף לא אחד מהמעורבים בפרשה יוצא כאשר עמדתו המשפטית מגובה על ידי בית המשפט העליון. הפתרון שאליו הגיע בית המשפט המחוזי שדן בעניין נדחה בשתי ידיים בבית המשפט העליון. גם עמדת משרד הפנים, שלפיה יש לשמור על האוטונומיה של השלטון המקומי ולהותיר לכל רשות לגבש לעצמה נהלים כיצד להתמודד עם הסוגיה שעלתה (בתחום המכרזים), זוכה אף היא לקיתונות של ביקורת.

פגיעה בשוויון או בזכות קבוצה. דווקא בהקשר זה יש חשיבות לניסיון לחוקק קודקס למשפט הציבורי בישראל, אשר יתמודד עם אתגרים אלו מנקודת מבט המכירה בחשיבותה של הקניית כוחות משפטיים למדינה למלא תפקידה אל מול שלל העתירות (והתביעות) המוגשות, אך בה בעת מעגנת את חובתה של המדינה לקבל החלטות סבירות במועד – החלטות המביאות בחשבון הן את חשיבותו של שלטון החוק והן את זכות הפרט אל מול הרשות – באופן שקובע מסגרת ראויה הן לגופי השלטון והן לבתי המשפט כדי שימלאו תפקידם נאמנה.

ימים יגידו אם אומנם הסוגיות אשר הועלו בסקירה זו היו בעלות חשיבות מעבר לשנת המשפט הנסקרת. כאמור, מבחינה מתודולוגית נבחרו הפרשות שנראו לכותב שורות אלו חשובות – בלי ספק אמת מידה שאינה נקייה מספקות. ברמה מופשטת יותר, ימים יגידו אם סוגה זו – סקירת שנת משפט, אשר איננה עוסקת לעומק במספר מצומצם של פסקי דין אלא מנסה להעניק מבט רוחבי – אכן תזכה לביסוס בשיח המשפטי הישראלי.