

גבולות הדיאלוג החוקתי

בל יוסף*

מאמר זה עוסק ברכיב מרכזי של הדיאלוג החוקתי שמתקיים בין בית-המשפט העליון לכנסת: גבולותיו. המאמר מציע לראשונה פיתוח עיוני ודוקטרינרי של גבולות הדיאלוג החוקתי שנובע מתוך שלוש שאלות שונות: מדוע הדיאלוג החוקתי מצדיק גבולות? מתי יש להציב גבולות? וכיצד יש להציבם? המאמר נשען על ההבנה היסודית שגם אם ככלל יש העדפה להחזרת השאלות החוקתיות להכרעה חקיקתית לאחר הביקורת השיפוטית החוקתית, אין זה המצב כאשר מדובר במיעוטים נעדרי ייצוג. בכל הנוגע בקבוצות אלה יש כשל, והמחוקק אינו מגלה נכונות ויכולת להעניק להן את ההגנה הנדרשת. במקרים אלה נדרש עיצוב שונה של הביקורת השיפוטית החוקתית, שישקף הגנה על קבוצה שאינה זוכה בהגנה בבית-המחוקקים חלף הגנה על משילות פוליטית. הגנה זו יכולה להינתן בין על-ידי פסילה שיפוטית של תכלית החקיקה במקרים המתאימים ובין על-ידי כניסה מודעת וברורה לתהליך הבחינה החוקתית ובחירה של סעדים כופים ומוחלטים.

מבוא. א. על הצורך בגבולות. ב. אימתי יוצבו גבולות? 1. הנחת-היסוד: כשל רובני; 2. פגיעה בליבת הזכות החוקתית של קבוצות מיעוט נעדרות ייצוג. ג. כיצד יוצבו הגבולות? 1. פסילת התכלית; 2. נחרצות שיפוטית. ד. סיכום.

מבוא

המושג "דיאלוג חוקתי", התופס את התייחסות-הגומלין בין בית-המשפט העליון למחוקק כדיאלוג מתמשך, נשזר ונטמע יותר ויותר בשיח הישראלי בעשור האחרון, בפרט בהקשר של

* עמיתת הוראה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. מאמר זה הוא עיבוד של פרק שנכתב כחלק מעבודת הדוקטורט "הדיאלוג המהותי: מודל לקידום דיאלוג בין בית משפט עליון למחוקק". תודתי נתונה למרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, ולמלגת נשיא המדינה למצוינות וחדשנות מדעית. תמיכתם הרחבה היא שאפשרה את כתיבתו של מאמר זה. אני מבקשת להודות במיוחד לאייל גרוס, מנחה עבודת הדוקטורט, לגיא מונדלק וכן לחברות ולחברים בקולקוויום הדוקטורנטים בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב. לצידם אני מבקשת להודות גם לתמר מגידו, ליהושע (שוקי) שגב, לגאי כרמי וליניב רוזנאי על הערות והארות מאירות-עיניים. תודה מיוחדת נתונה גם לצוות מערכת משפט וממשל ולקורא החיצוני על תרומה יקרה מפז שסייעה בשיפור המאמר. להערות באשר הן: Bell.shp@gmail.com.

בחנית חוקתיותה של חקיקה וגיבוש תגובה חקיקתית על פסק-הדין. יש בכך מידה רבה של היגיון: במושג "דיאלוג" טמונים יתרונות רבים, הרבה מעבר לרטוריקה היפה שלו. אולם דווקא משום כך הדיאלוג החוקתי אינו רק ביטוי יפה שיש לשלוף בשעת הצורך, אלא תפיסה מוסדתית שיש לחשוב כיצד לעצב. במאמר זה אני מבקשת להצביע לראשונה על סיתות ברור של גבולות הדיאלוג. מלאכה זו לא נעשתה עד כה בישראל – לא על-ידי תומכי הגישה הדיאלוגית ולא על-ידי מבקריה. אני מבקשת להציב ולענות על שלוש שאלות: מדוע יש להציב לדיאלוג גבולות? מתי יש להציב לדיאלוג גבולות? וכיצד יש להציב לדיאלוג גבולות?

בקצירת האומר, אטען (בפרק א) כי חסרונן הגדול של רוב התיאוריות הדיאלוגיות הקיימות כיום הוא שהן אינן מעניקות משקל לזכויות אדם. הרצון הגדול – והמוצדק כשלעצמו – להוביל לקידום יחסים בין-מוסדיים תקינים ופוריים, ולהסיר מהדרך מעקשי לגיטימציה דמוקרטית ורובנית למיניהם, מוביל לעיתים לעוורון-זכויות-אדם. עיוורון זה פוגע בעותרות ועותרים, בשר-ודם, שעניינם נזנח הצידה בשם הדיאלוג. אומנם ההתייחסות לדיאלוג כתהליך מתמשך היא חיובית ורצויה, אך לעיתים יש הכרח לעוצרו, על-מנת למנוע פגיעה שיטתית וחמורה באותן זכויות אדם. לאחר זמן מסוים – "תקופת פיכחון"¹ – או עם שינוי הנסיבות, הדיאלוג יכול תמיד לשוב ולקום לחיים. אטען כי גם ראייה רחבה יותר מהתפיסה הדיאלוגית לבדה מצדיקה שימוש בכלים המוצעים במסגרת זו.

לאחר-מכן אבחן (בפרק ב) מהו המקרה שמצדיק את הצבת גבולות הדיאלוג. המציאות מראה כי קבוצות מיעוט נעדרות ייצוג עשויות להיות הנפגעות העיקריות מהדיאלוג החוקתי ומאופן הפעלתו. הן אינן היחידות, אך זהו המקרה המרכזי בחשיבותו שמצדיק את תשומת-הלב ואת הפיתוח הדוקטרינרי סביבו. על-כן יש לבחון מהו הקו – או למצער להציע שרטוט עקרוני שלו – שמצדיק את הגבלת הדיאלוג. אטען כי כאשר מדובר בקבוצות מיעוט נעדרות ייצוג, יש כשל אינהרנטי בשיטה הרובנית, ולכן אֵל לבית-המשפט להניח כי עניינן יישקל בתהליך גיבושה של התגובה החקיקתית. הטיעון היסודי שנובע מכך הוא כי בהינתן הידיעה שהמחוקק לא יביע נכונות להגן על עניינה של קבוצת המיעוט, אין טעם בהחזרה שיפוטית של הסוגיה אל שולחן המחוקק, ככל שבית-המשפט מצא כי קיימת פגיעה בזכות חוקתית שאינה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה. במסגרת זו אערוך דיון בזיהוי אותן קבוצות. על-מנת לשמר את הדוקטרינה המוצעת כאן כצרה, אציע לצד זאת שני מבחנים נוספים: דרישה לקשר סיבתי (אין די בהשתייכות לקבוצת מיעוט נעדרת ייצוג, אלא צריך שהפגיעה תהא בשל אותה השתייכות) ודרישה לחומרה (על הפגיעה להיות בליבת הזכות החוקתית).

לבסוף (בפרק ג) אעבור למשקפיים דוקטרינריים יותר, ואצביע על שתי דרכים שבאמצעותן בית-המשפט יכול להגביל את תהליך הדיאלוג החוקתי. שתי דרכים אלה לא זכו אלא בעיסוק מועט מאוד בספרות ובפסיקה, והמאמר מציע חידוש משמעותי בתחום זה. דרך אחת היא פסילת התכלית כלא-ראויה. שאלת התכלית אינה זוכה כמעט בהתייחסות במשפט הישראלי

1 ראו ברוח זו את ההתייחסות לפסקת ההתגברות כמקנה, לאחר חמש שנים, "sober second chance" Kent Roach, *Constitutional, Remedial, and International Dialogues About* Roach, *The Rights: The Canadian Experience*, 40 TEX. INT'L L.J. 537, 556 (2005) (להלן: *Canadian Experience*).

כמו־גם בשיטות משפט מבוססות־מידתיות אחרות – לא בפסיקה ולא בספרות. אני סבורה כי בתכלית (ובפסילתה) גלום כוח אופרטיבי ואקספרסיבי עצום, וכי על בתי־המשפט לגלות נכונות לפוסלה במקרים המתאימים. משמעות הדברים היא שכאשר כל התנאים הבאים מתקיימים, על בית־המשפט לקבוע כי התכלית אינה ראויה: לפני בית־המשפט ניצבת קבוצת מיעוט נעדרת ייצוג; העותרים נפגעו בשל השתייכותם לקבוצה זו; זכותם החוקתית נפגעה; הפגיעה היא בליבת הזכות; והתכלית מעלה קושי חוקתי. בהתקיימם תנאים אלה, אֵל לבית־המשפט לקבל תכליות מפקפקות, להכשיר תכליות לא־כשרות או לאפשר למדינה להציג את תכליות החקיקה ברמת הפשטה גבוהה, ועליו לפסול את התכלית. זאת, גם כאשר משמעות הדברים היא שהמחוקק לא יוכל לנסות להגשים את אותה תכלית באמצעים אחרים.

דרך נוספת להגביל את הדיאלוג היא לנהוג במה שאכנה "נחרצות שיפוטית". נחרצות שיפוטית נסמכת על קיומם של שני מכשירים מרכזיים. האחד הוא דוקטרינות מבוססות־תגובה: דוקטרינות אשר נמנעות מלבטא הכרעה חוקתית מפורשת ומותירות את ההכרעה בידי הרשויות הפוליטיות, בדומה לדוקטרינות שאותן כינה ביקל *passive virtues*.² בין אלה ניתן למנות את ההנחיה השיפוטית, מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה, התראת בטלות ואמצעים פרשניים דוגמת קריאה למטה. המכשיר האחר הוא סעדים מרוככים שניתנים לצד הכרזה על הפגם החוקתי ואשר מנסים לצמצם ככל האפשר את ההתערבות השיפוטית ולהרחיב ככל האפשר את מרחב ההכרעה הפוליטי־חקיקתי בשאלה החוקתית. הדוגמאות הבולטות בהקשר זה הן השעיית הכרזת הבטלות ועקרון ההפרדה. לפיכך, במסגרת זו, על בית־המשפט להימנע משימוש בדוקטרינות מבוססות־תגובה, ולהעדיף הכרעה חוקתית מפורשת במקומן. אפשרות נוספת, שיכולה להתרחש במקביל לאותה הכרעה חוקתית ובמסגרתה, היא העדפה של סעדים מוחלטים (קרי, מלאים ומידיים) במקום סעדים מרוככים.

הבחירה בפסילת התכלית לצד נחרצות שיפוטית מאפשרת למקם גבולות לדיאלוג בכל אחד משלושת שלביה של הבחינה החוקתית. בשלב הראשון – זיהוי הפגיעה בזכות, שהוא "שער הכניסה" אל מרחב הבחינה החוקתית – מצויה הבחירה לא לנקוט דוקטרינות מבוססות־תגובה. הבחירה בקריאה למחוקק, במתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה או בקריאה למטה מובילה לרוב לכך שבית־המשפט אינו מגיע כלל לשלב של בחינת החוק על־פי מבחניה של פסקת ההגבלה. בשלב השני – בחינת הפגיעה במשקפיה של פסקת ההגבלה – מצויה הבחירה לפסול את התכלית. השלב השלישי – בחירת הסעד המתאים – מעודד את הבחירה לנקוט סעד מוחלט במקום סעד מרוכך. כל אחד מהשלבים הללו יכול להוות גבול בפני עצמו, והם יכולים גם לעשות כן במשולב.

יתרה מזו, הגבולות הללו הם "בתוך המשחק". בית־המשפט אינו משנה סדרי עולם מבראשית. הוא אינו נוטל לעצמו סמכויות לא לו. כל שהוא עושה הוא בחינה חוקתית של חקיקה לאור חוקי־היסוד. פסקת ההגבלה מעניקה לו את הסמכות להכריע כי התכלית אינה ראויה. סמכותו להעניק סעדים חוקתיים כוללת בוודאי גם סמכות לבטלות שאינה מושהית או

ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR 2
OF POLITICS ch. 4 (1962)

חלקית אלא מוחלטת (הווה אומר, מלאה ומיידית). גם כאשר בית-המשפט מבקש לעצור את הדיאלוג, הוא עושה זאת כחלק מהדיאלוג ובתוכו.

א. על הצורך בגבולות

תפיסת הדיאלוג החוקתי בין בית-משפט עליון למחוקק – בין שהיחס אליה הוא כאל פרדיגמה, תיאוריה או מטפורה – הצמיחה שורשים במשפט הישראלי. כיום ניתן לזהותה בכתיבה האקדמית,³ בפסיקה בתי-המשפט⁴ ובהופעותיהם הציבוריות של שופטים,⁵ בשיח הפוליטי,⁶ ואף בדברי ההסבר של החקיקה.⁷ קסמה, כמובן, ברור. "דיאלוג" זו מילה נפלאה, שנלווית אליה הילה של לגיטימציה לכל דכפין. הדיאלוג מונע את תפיסת בית-המשפט כעליון; הוא

3 ראו, למשל, מלבד המקורות המרכזיים שידונו בהמשך, גם את המקורות הבאים: מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" *משפטים* כח 211 (1997); גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" *עיוני משפט* כב 129, 158–159 (1999); אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" *עיוני משפט* כו 241, 296–297 (2002); שירלי נוה "הצעות חוק ככלי אסטרטגי בשיח על עצמאותה של הרשות השופטת" *עיוני משפט* לג 631, 640 (2011); ברק מדינה "משפט ציבורי" *הגישה הכלכלית למשפט* 565, 630–631 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012); דוד זכריה קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור (2012); רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטי של חוקת הכלאיים הישראלית" *עיוני משפט* לח 501, 508–505, 567–568 (2016) Rivka Weill, *Bills of Rights with Strings Attached: Protecting Death Penalty, Slavery, Discriminatory Religious Practices, and the Past from Judicial Review*, in CONSTITUTIONAL DIALOGUE: RIGHTS, DEMOCRACY, INSTITUTIONS 308 (Geoffrey Sigalet, Grégoire Webber & Rosalind Dixon eds., 2019); חגי קלעי "מעבר לאיזונים ובלמים – הדיאלוג בין הרשויות כבסיס לשינוי חברתי" (טרם פורסם), זמין ב-SSRN (25.5.2014) papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2438200.

4 ראו בהרחבה בל יוסף "הדיאלוג החוקתי בישראל: שתי נקודות מבט" *משפט ועסקים* כב 327, 353–366 (עתיד להתפרסם ב-2020) (להלן: יוסף "הדיאלוג החוקתי בישראל").

5 ראו, למשל, את דבריה של הנשיאה אסתר חיות "על משילות ועל דיאלוג ענייני ומכבד בין הרשויות" (כנס העמותה למשפט ציבורי, דצמבר 2017) <https://bit.ly/34629D5> (להלן: דברי הנשיאה חיות בכנס העמותה למשפט ציבורי); את דבריו של המשנה לנשיאה חנן מלצר בטקס הצהרת האמונים שלו כמשנה לנשיאת בית המשפט העליון (בית הנשיא, 30.10.2017) www.gov.il/he/departments/news/supremecourtjudges_speech_30102017; ואת דבריו של הנשיא ברק בנאום פרישתו – יובל יועז "אהרן ברק בנאום הפרידה מבית המשפט העליון: 'ביקשתי תמיד לעשות צדק; בכל סכסוך ראיתי את האדם במרכז'" *TheMarker* (14.9.2006) www.themarker.com/law/1.400247.

6 ראו, למשל, רויטל חובל "שקד הבהירה לחיות: בית המשפט העליון לא ייתפס יותר כשחקן פעיל בזירה הפוליטית" *הארץ* (26.10.2017) www.haaretz.co.il/news/law/1.4549269; רויטל חובל ויהונתן ליס "שקד ובנט יוזמים חוק שיגביל את התערבות בג"ץ בחקיקה" *הארץ* (14.9.2017) www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.4444722.

7 ההצעות לפסקת ההתגברות, למשל, משתמשות ברטוריקה דיאלוגית. ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – קביעת חוק חורג), פ/5443/20; הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – קביעת חוק חורג), פ/1944/19.

מעניק אצטלה מכובדת ומפשרת להגבלת הביקורת השיפוטית; והוא מאפשר להניח בצד פרטים ואינטרסים, ולהתעלם מהם לפעמים, בשם יחסים בין-מוסדיים תקינים, שמוצגים כמעט כערך עליון. את כל הדברים הללו המילה "דיאלוג" עושה. היא משרתת את זה ואת זה, ויש לה כוח רטורי אדיר.⁸

אולם כוח – רבים כבר שנו – כדאי גם להגביל. מידת הלגיטימציה האדירה שהדיאלוג החוקתי מקנה משכיחה לפעמים את העובדה שערכים אחרים, חשובים גם הם, נזנחו בדרך. ערך אחד, שבו אבקש להתמקד במאמר זה, ואשר מצדיק בעיניי יותר מכל את הצורך בגבולות הדיאלוג, הוא זכויות העותרים (ושכמותם), שנזנחות בתוך התהליך הדיאלוגי של בחינת חוקתיות החקיקה על-ידי בית-המשפט ועיצוב התגובה החקיקתית על-ידי המחוקק, כמו-גם בכל נקודות-הציון שבדרך.

על-מנת להמחיש ולחדד את הצורך באותם גבולות, אציג בקצרה את תיאוריית הדיאלוג ואת הביקורות הרלוונטיות המרכזיות בהקשר זה. אענה אפוא על שאלת-היסוד מדוע יש להציב לדיאלוג גבולות. לאחר-מכן, בפרקים הבאים, אעבור לשתי השאלות האחרות, היסודיות גם-כן: מתי יש להציב את גבולות הדיאלוג, וכיצד יש לעשות כן.

אחת הדרכים להמשיג את היחסים בין בית-משפט עליון למחוקק – אשר זוקה כאמור בהכרה ובאימוץ – היא כדיאלוג. המחוקק מחוקק, בית-המשפט בוחן, המחוקק מתקן, בית-המשפט שב ובוחר, וחוזר חלילה. זו במידה רבה מהות המשפט המקובל, אשר מותר לבתי-המשפט פתח ניכר לעסוק בסוגיות רבות, ומעניק למחוקק אפשרות לגיטימית לתקן את הפרשנות השיפוטית.⁹ הדיאלוג הזה מתרחש גם ברמה החוקתית: המחוקק מחוקק חוק; כעבור זמן-מה (יום, חודש, שנה או עשור) החוק מגיע לפתחו של בית-המשפט העליון, שעורך ביקורת שיפוטית – הוא יכול לבטל את החוק תוך שימוש בסעדים חוקתיים שונים, להותיר אותו על כנו אך לפרש אותו באופן שונה מהמקובל, או לדרחות את העתירה; וכל אלה יכולים להוביל לתגובה חקיקתית מצד המחוקק, שגם היא לגיטימית.

מושג הדיאלוג מאפשר קיומה של פרדיגמה מחשבתית שבתוכה אפשר למסגר את היחסים המורכבים הללו. הוא אינו מיועד למחוק את היריבות הבין-מוסדית האינהרנטית שבין מחוקק לבית-משפט, אלא להכיר בכך שכל מוסד פועל בתחום סמכויותיו, ומחזיק באינטרסים

8 ברוח זו ראו את הביקורת כי תיאוריית הדיאלוג יכולה לשמש את בית-המשפט להצדקת כל החלטה שהוא חפץ בה: Carissima Mathen, *Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on "Charter Dialogue Revisited"*, 45 OSGOODE HALL L.J. 125, 127, 131 (2007); Emmett Macfarlane, *Conceptual Precision and Parliamentary Systems of Rights: Disambiguating "Dialogue"*, 17 REV. CONST. STUD. 73, 93–94, 99–100 (2012); Aileen Kavanagh, *The Lure and the Limits of Dialogue*, 66 U. TORONTO L.J. 83 (2016). להכרה בביקורת זו מתוך התיאוריה ראו Peter W. Hogg, Allison A. Bushell Thornton & Wade K. Wright, *Charter Dialogue Revisited – Or "Much Ado About Metaphors"*, 45 OSGOODE HALL L.J. 1, 46–47 (2007).

9 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 380 (2004).

וברצונות מוסדיים שונים. המוסדות אינם צריכים "להתיישר" זה לפני זה, אלא על כל אחד מהם לכבד את פועלו של האחר ולהכיר בו ובלגיטימיות של פועלו.¹⁰ הקושי עם פרדיגמת הדיאלוג הוא שלעיתים היא נוטה לצרות-יתר, במובן זה שכל שהיא תרה אחריו הוא אותו "פינג-פונג" בין הרשויות: המחוקק חוקק; בית-המשפט ביטל; המחוקק שב וחוקק; וחוזר חלילה. כתיבה בולטת בקנדה ובארצות-הברית מדגימה זאת היטב, כאשר תיאוריית הדיאלוג מתמצה ומזוקקת לשאלה אם בית-המשפט העליון הוא מוסד רובני או לא, על-מנת לעקר או לרכך את הקושי האנטי-רובני.¹¹ גם מחקרים אמפיריים שעסקו בהפרדת רשויות נטו להתמקד אך בשאלה אם המחוקק הגיב ועד כמה,¹² ואף בישראל קיים חיזוק ניכר

- 10 זו הגישה שמקדמת היברט: JANET L. HIEBERT, CHARTER CONFLICTS: WHAT IS PARLIAMENT'S ROLE? (2002).
- 11 הדוגמאות הבולטות – והמשמעותיות ביותר – הן Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*, 35 OSGOODE HALL L.J. 75 (1997); Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577 (1993) (ארצות-הברית).
החריג הבולט ביותר לגישה זו הוא רואץ', אשר ממקד את העדשה החוקתית גם בעותרים, וכן בתהליך יחסי-הגומלין (כגון האופן שבו הגיב המחוקק, הפלטפורמה שבה בחר לעשות זאת ובחירת הסעדים החוקתיים של בית-המשפט), ולא רק בתוצריו. ראו KENT ROACH, *THE SUPREME COURT ON TRIAL: JUDICIAL ACTIVISM OR DEMOCRATIC DIALOGUE* (2016) (להלן: ROACH, *THE SUPREME COURT ON TRIAL*).
להרחבת היריעה בנושא בקנדה, שם התגבשה התיאוריה באופן הבולט ביותר, ראו Hogg, Bushell Thornton & Wright, *לעיל ה"ש 8, בעמ' 47*; Kavanagh, *לעיל ה"ש 8*; Christopher P. Manfredi & James B. Kelly, *Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell*, 37 OSGOODE HALL L.J. 513 (1999); F.L. Morton, *Dialogue or Monologue*, 20(3) POLICY OPTIONS 23 (1999); F.L. MORTON & RAINER KNOPFF, *THE CHARTER REVOLUTION AND THE COURT PARTY* 120 (2000); Mark Tushnet, *Weak-Form Judicial Review: Its Implications for Legislatures*, 23 SUP. CT. L. REV. 213 (2004); Luc B. Tremblay, *The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures*, 3 INT'L J. CONST. L. 617, 631–633 (2005); Andrew Petter, *Taking Dialogue Theory Much Too Seriously (Or Perhaps Charter Dialogue Isn't Such a Good Thing After All)*, 45 OSGOODE HALL L.J. 147 (2007); Rosalind Dixon, *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference*, 47 Mark Tushnet, *Dialogic*; (Dixon, *Charter Dialogue*: (להלן: OSGOODE HALL L.J. 235 (2009) *Judicial Review*, 61 ARK. L. REV. 205 (2009); Grégoire C.N. Webber, *The Unfulfilled Potential of the Court and Legislature Dialogue*, 42 CAN. J. POL. SCI. 443 (2009).
- 12 ראו בפרט את המחקרים שעסקו בתגובות חקיקתיות על פסיקת בית-המשפט העליון האמריקאי: Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 J. PUB. L. 279, 279–280 (1957); James Meernik & Joseph Ignagni, *Judicial Review and Coordinate Construction of the Constitution*, 41 AM. J. POL. SCI. 447 (1997); J. MITCHELL PICKERILL, *CONSTITUTIONAL DELIBERATION IN CONGRESS: THE IMPACT OF JUDICIAL REVIEW IN A SEPARATED SYSTEM* (2004); Jeffrey A. Segal, Chad Westerland & Stefanie A. Lindquist, *Congress, the Supreme Court, and Judicial Review: Testing a Constitutional Separation of Powers Model*, 55 AM. J. POL. SCI. 89 (2011); Bethany Blackstone, *An Analysis of Policy-Based Congressional Responses to the U.S. Supreme Court's Constitutional Decisions*, 47 LAW & SOC'Y REV. 199, 200 (2013).

לגישה זו.¹³ אולם הדיאלוג – ממש כמו המציאות – מורכב יותר. הוא אינו נמדד רק על-פי שני מדדים בינריים שעניינם אם בית המשפט ביטל ואם המחוקק הגיב.¹⁴ ראייה כזו מאפשרת לדיאלוג להימשך עד אינסוף, מבלי לתת את הדעת להשלכות הרבות שיש להתכתשות החוקתית הזו, ואין ספק שבגלגול השלישי ואילך של בחינת חוקתיותה של חקיקה כבר מדובר ב"התכתשות" לא פחות מאשר ב"שיח", אם לא יותר. ההשלכות הללו באות לידי ביטוי בפגיעה בזכויות אדם ובחשש ממשי מפני משברים חוקתיים ושינוי כללי המשחק.¹⁵ קושי גדול אף יותר עם תיאוריות הדיאלוג, למצער ברוב מופעיהן, הוא שהן אינן נותנות משקל לשאלות של זכויות אדם. גם תיאוריות שאינן לוקות בצרות יתר נוטות ללקות בחיסרון משמעותי זה. פרופ' קנת רואץ' הקנדי – מן ההוגים הדיאלוגיים הבולטים, שלדבריו אשוב עוד בהמשך – מדגיש כי זה למעשה חסרונה הגדול ביותר של התיאוריה.¹⁶ תיאוריית הדיאלוג עלולה ליהפך – וכעניין דסקריפטיבי אכן נהפכת לעיתים – לכלי שמאפשר פגיעה בזכויות אדם על-מנת לקדם ממדים בין-מוסדיים ומשאבים פוליטיים.¹⁷

13 ראו את האופן שבו התפתחה התיאוריה בכתיבה הראשונית של ברק ודוּתן: אהרן ברק "שותפות ודיאלוג בין הרשות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת" מאזני משפט ד 51 (2005) (להלן: ברק "שותפות ודיאלוג"); יואב דוּתן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 163–164 (1997). אף המודל הצר של ספיר אינו נותן מקום למורכבות התהליך (אלא דווקא לקשיי הלגיטימציה שלו). ראו גדעון ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד 197–198 (2010). ראו בהקשר זה את המחשת ה"פינג-פונג" שחוזרת במאמרו של חבר הכנסת מיכאל איתן "מעמדה של הכנסת בעתירות לפסילת חוקים: בעקבות בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון" הארת דין ד 91 (2007). עם זאת, הכתיבה הישראלית דווקא מרובדת למדי, ויש עיסוק ניכר בקשר שבין הדיאלוג לבין מנגנונים חוקתיים, סעדים ודוקטרינות שונות. ראו יגאל מרזל "השעיית הכרות הבטלות" משפט וממשל ט 39, 72–76 (2006); יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" משפטים לט 347, 359–363 (2010); ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית-המשפט העליון" עיוני משפט לד 437, 440 (2011); בל יוסף "אליה וקוץ בה: המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה" עיוני משפט מ 253, 292–296 (2017) (להלן: יוסף "המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה"); רונן פוליאק "סעד החובה לחוקק: הצעה למתווה הדרגתי" משפטים מו 675 (2017) (להלן: פוליאק "סעד החובה לחוקק"); בל יוסף "שבע הערות קצרות על התראת הבטלות" ICON-S-IL Blog (15.5.2018). באופן כללי יותר על הקשר בין הדיאלוג לסעדים ראו אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301, 329 (2017).

14 להרחבה על מתודולוגיות למדידת דיאלוג שמביאות בחשבון את רוחבה של התמונה החוקתית והפוליטית ראו יוסף "הדיאלוג החוקתי בישראל", לעיל ה"ש 4.

15 שינוי כללי המשחק יכול לבוא משני הצדדים: הן מצד המחוקק, בצורת כינון פסקת התגברות או נסיגות לבטל או להצר את הביקורת השיפוטית החוקתית; והן מצד בית-המשפט, באמצעות הכרה בדוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי או שימוש בעקרונות-יסוד כבסיס לבחינת חוקתיותה של החקיקה. אין בדברים אלה כדי להביע דעה לגופן של הדרכים הללו, אלא אך כדי להדגיש כי הן אכן עולות כדי שינוי של כללי המשחק.

16 Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and Its Critics*, 23 SUP. CT. L. REV. 49, 97–98 (2004) (להלן: Roach, *Dialogic Judicial Review*).

17 ראו רוח ביקורתית זו אצל Jamie Cameron, *Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: A Comment on R. v. Mills*, 38 ALTA. L. REV. 1051 (2001).

קושי נוסף שעולה מתיאוריית הדיאלוג נובע מאי-סופיותו של הדיאלוג ומעליונותו. מאפיינים אלה מהווים יתרון גדול במונחי לגיטימציה דמוקרטית שמתמקדת בשאלות של רובניות, אך מעוררים קושי כאשר זכויותיהן של העותרות מצויות על הפרק. פעם אחר פעם הן נפגעות כדי לאפשר זכות תגובה נוספת למחוקק או "סיבוב" נוסף של ביקורת שיפוטית חוקתית. רוב תיאוריות הדיאלוג אינן מבקשות לסיים את הדיאלוג, ומאפשרות – ולעיתים אף מעודדות – התכתשות חוקתית עד אין קץ. אותן תיאוריות נוטות לשכוח (או בוחרות לא לראות) שהתכתשות חוקתית זו נעשית על גבם של בני-אדם, אשר מוצאים את עצמם מוקרבים על מזבח היחסים הבין-מוסדיים התקינים.

איני סבורה שיש להציע סיום גורף של הדיאלוג. מדויק יותר לומר כי הצבת גבולות הדיאלוג מציעה הפסקה משמעותית בדיאלוג קונקרטי. פסקת ההתגברות היא כלי לאותה הפסקה משמעותית מצד המחוקק. היא משתיקה את הדיאלוג למשך תקופה של שנים מספר, שלאחריה יתחייב דיון מחודש.¹⁸ בקנדה היא חלה על טווח רחב למדי של זכויות,¹⁹ ואילו בישראל – נכון לעת הזו – רק על הזכות לחופש העיסוק.²⁰ זהו המנגנון האפקטיבי ביותר שעומד לרשות המחוקק לצורך הפסקת הדיאלוג. בהמשך אתאר את האמצעים העומדים לרשות בית-המשפט לצורך זה.

טענתי היא כי יש לשאוף לתפיסה מהותית של הדיאלוג החוקתי בין בית-המשפט העליון למחוקק – תפיסה אשר מאפשרת לשמר משילות והכרעה רובנית, ובד בבד מכירה בחיוניותה ובחשיבותה של ההגנה על זכויות אדם, במיוחד זכויות אדם של קבוצות שאינן נוטות לזכות בחסד בבית-המחוקקים. תפיסה זו של הדיאלוג החוקתי עוסקת בשאלה "איך" לא פחות – ואף יותר – מאשר בשאלה "אם". גישה זו בוחנת כיצד ניגש בית-המשפט לבחינה החוקתית, ואם הוא בחר בשימוש בפרשנות או בדוקטרינות מבוססות-תגובה קודם להכרעה החוקתית; כיצד הוא התמודד עם שאלת התכלית; וככל שהוא מצא פגם חוקתי, כיצד הוא עיצב את הסעד החוקתי באופן שיתיר אפשרות תגובה למחוקק. ההיבטים שתיארתי עד כה משקפים מרכיב יסודי של התפיסה המהותית של הדיאלוג החוקתי, שעוסקת בשימור של יכולת המשילות ואפשרות התגובה הפוליטית. אך לתפיסה זו יש מרכיב נוסף, שאי-אפשר בלעדיו: גבולות הדיאלוג. בהמשך המאמר אעסוק באופן שבו יש לעצב את הגבולות, אך קודם לכך מצויה ההכרה בכך שיש הכרח להציג גבולות.

שלושת הגלגולים החוקתיים של פרשת מבקשי המקלט,²¹ שבהם נבחנה חוקתיותם של ההסדרים שהוספו לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד–1954, מדגימים זאת

18 Roach, *The Canadian Experience*, לעיל ה"ש 1.

19 פסקת ההתגברות חלה על ס' 2 (אגד הזכויות הקשורות לחופש הדת, המצפון, הביטוי וההתאגדות), ס' 7–14 (זכויות במשפט) וס' 15 (הזכות לשוויון) לצ'רטר הקנדי. ראו Canadian Charter of Rights and Freedoms, part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11, art. 33 (U.K.).

20 ס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

21 בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013); בג"ץ 8425/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.2015).

היטב. הפרשה מלאה בסממנים דיאלוגיים. הרטוריקה בגלגולים השני והשלישי היא דיאלוגית מאין כמוה.²² הניסיון להשתמש באמצעים פרשניים (במקרה זה קריאה למטה של סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט)), כדי לרכך את ההתערבות השיפוטית, ליווה את שלושת הגלגולים של הפרשה, ובאחרון אף צלח.²³ פסקי-הדין הראשון והשני מלאים לעיפה בהנחיה שיפוטית שנועדה לסייע למחוקק ולהכוונו.²⁴ המחוקק אף קיבל מעמד עצמאי, כנהוג, כדי לטעון לפני בית-המשפט באשר לחוקתיותו של ההסדר.²⁵ בשלוש הפרשות בחן בית-המשפט את האפשרות להשתמש בהפרדה על-מנת לצמצם את התערבותו,²⁶ ובחלק מהמקרים אף הצליח.²⁷ בכל הפרשות הושעתה הבטלות – דה-יורה או דה-פקטו – כדי לאפשר למחוקק

- 22 "בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת מתקיים דיאלוג חוקתי: הכנסת מחוקקת חוק, התואם לדעתה את המבחנים החוקתיים; בית המשפט מעביר את החוק תחת שריבט הביקורת החוקתית. לעיתים, לאחר הבחינה, מגיע בית המשפט למסקנה שהחוק או חלקו אינם חוקתיים. הדיאלוג אינו מתמצה בכך: במידת הצורך, הכנסת מחוקקת מחדש (ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 383–384 (2004)). עם זאת, לאחר שבית המשפט מצא כי דבר חקיקה הוא בלתי חוקתי, אל לרשות המחוקקת לחזור ולחוקק אותו בלא כל שינוי, או בשינוי שאין בו כדי לפתור את הסתירה עם חוקי היסוד, אשר עליה הצביע בית המשפט; שכן חקיקה שכזו "יש בה פגיעה בחוקי היסוד עצמם" (שם, עמוד 388). בחוק העומד עתה לבחינתנו לא תיקנה הכנסת את הפגם שעליו הצבענו בפניה. על כן, עם כל אי הנחת בפסילת חלק מחוק בשנית תוך זמן קצר – איני רואה מנוס אלא לבטל גם הסדר זה, הלוקה באותו פגם עצמו, שבו לקה כאמור ההסדר הקודם." עניין איתן, לעיל ה"ש 21, פס' 3 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור. ראו גם שם, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת חיות ופס' 14 לפסק-דינו של השופט הנדל. ראו גם עניין דסטה, לעיל ה"ש 21, פס' 51 לפסק-דינו של השופט פוגלמן: "התוצאה שאליה הגעתי בסופו של ניתוח משפטי היא אפוא זו: דינם של סעיפים 30א(א) ו-32 כא לחוק – בטלות. דינו של סעיף 33 לחוק – בטלות. מה תעשה עתה הכנסת? הדיאלוג יימשך. אותו דבר חקיקה לא יכול לחזור על כנו כאילו לא היה דבר... הכנסת יכולה לפעול לחקיקת הסדר חוקי אחר שיעמוד באמות המידה החוקתיות. תחת תקופות המשמורת הארוכות שנקבעו בסעיף 32 לחוק ניתן להביא תקופות קצרות יותר. גם תחת ההוראה שעל בטלותה מוצע כאן שנכריז – הקובעת את משך השהייה המרבי במרכז השהייה – יכולה הכנסת לקבוע תקופה אחרת, קצרה יותר באופן ניכר, שתוכל לעמוד בבחינה החוקתית. יכול בית המחוקקים גם לבחון אפשרויות חדשות, אחרות". ראו גם שם, פס' 1 לפסק-דינו של השופט עמית, פס' 1 לפסק-דינו של השופט מלצר ופס' 1 לפסק-דינה של השופטת חיות.
- 23 עניין אדם, לעיל ה"ש 21, פס' 42 לפסק-דינו של השופט פוגלמן; עניין איתן, לעיל ה"ש 21, פס' 200–201 לפסק-דינו של השופט פוגלמן, פס' 50–52 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס ופס' 13 לפסק-דינו של השופט הנדל; עניין דסטה, לעיל ה"ש 21, פס' 40–42 לפסק-דינה של הנשיאה נאור, פס' 8 לפסק-דינו של השופט פוגלמן ופס' 5 לפסק-דינו של השופט הנדל.
- 24 עניין אדם, לעיל ה"ש 21, פס' 104, 106–107 לפסק-דינה של השופטת ארבל, פס' 4 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור, פס' 39–40 לפסק-דינו של השופט פוגלמן, פס' 6 לפסק-דינו של השופט הנדל ופס' 3 לפסק-דינה של השופטת חיות; עניין איתן, לעיל ה"ש 21, פס' 130, 179, 205 לפסק-דינו של השופט פוגלמן ופס' 5 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור.
- 25 עניין אדם, לעיל ה"ש 21, פס' 57 לפסק-דינה של השופטת ארבל; עניין איתן, לעיל ה"ש 21, פס' 20 לפסק-דינו של השופט פוגלמן; עניין דסטה, לעיל ה"ש 21, פס' 31, 37, 40, 63 לפסק-דינה של הנשיאה נאור; פס' 5, 23 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.
- 26 קרי, לבטל רק את החלק הלוקה בפגם חוקתי ולהותיר את יתר ההוראות על כנן. סעד זה מכונה גם "עקרון העיפרון הכחול".
- 27 עניין אדם, לעיל ה"ש 21, פס' 116 לפסק-דינה של השופטת ארבל ופס' 43 לפסק-דינו של השופט פוגלמן; עניין איתן, לעיל ה"ש 21, פס' 81, 187 לפסק-דינו של השופט פוגלמן ופס' 42–43

להגיב, ואף נקבע הסדר חלופי כדי לא להעמידו מול שוקת שבורה.²⁸ בית-המשפט אף נמנע מלפסול את התכלית, על-אף הקשיים שהיא העלתה, על-מנת לשמר את יכולת התגובה של המחוקק.²⁹ המחוקק מצידו אכן הגיב, בכל שלוש הפעמים ובתוך תקופת הזמן שניתנה לו, לעיתים תוך קבלה מפורשת של הערות בית-המשפט ולעיתים לא.³⁰ לכאורה, דיאלוג מושלם. אולם במשך שלוש השנים שבהן התנהלו ההליכים (זמן-שיא לשלושה גלגולים חוקתיים, יש לציין) נכלאו מבקשי מקלט רבים לתקופות זמן ארוכות או הושמו במתקן שהייה שהיה כלא דה-פקטו, לעיתים בתנאים לא-ראויים.³¹ הדיאלוג שבין רשויות המדינה התרחש על גבם ועל-חשבונם.

פרשת מבקשי המקלט אינה פרשה אופיינית. איני סבורה שיש לעצב יחסים בין-מוסדיים לאורה. היא חריגה בנוף הישראלי, ומבחינת היקפה החוקתי – גם בנוף העולמי.³² בר בכד אני סבורה כי יש ללמוד ממנה את הלקח המתחייב, וכי היא חייבת לעמוד לנגד עינינו כנורה אדומה. היא מלמדת כי הדיאלוג, יפה ככל שיהיה, מחייב גבולות. יחסים בין-מוסדיים תקינים הם חשובים למערכת ממשל תקינה, אך אינם חזות הכל. הם אינם יכולים להוות הצדקה לפגיעה שיטתית, קשה וחמורה בזכויות אדם.

- לפסק-דינו של הנשיא גרוניס. בעניין דסטה, לעיל ה"ש 21, לא עורר הנושא דיון, אך במבחן התוצאה בוטלו רק שני סעיפי חוק.
- 28 עניין אדם, לעיל ה"ש 21, פס' 117–118 לפסק-דינה של השופטת ארבל ופס' 44 לפסק-דינו של השופט פוגלמן; עניין איתן, לעיל ה"ש 21, פס' 81–83, 189–191 לפסק-דינו של השופט פוגלמן ופס' 48 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס; עניין דסטה, לעיל ה"ש 21, פס' 115 לפסק-דינה של הנשיאה נאור.
- 29 עניין אדם, לעיל ה"ש 21, פס' 86, 93 לפסק-דינה של השופטת ארבל, פס' 18–19 לפסק-דינו של השופט פוגלמן, פס' 10 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן ופס' 2 לפסק-דינו של השופט הנדל; עניין איתן, לעיל ה"ש 21, פס' 50–52, 103, 113 לפסק-דינו של השופט פוגלמן, פס' 5–6 לפסק-דינה של השופטת (בדימ') ארבל, פס' 10 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס, פס' 5–8 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן ופס' 10 לפסק-דינו של השופט עמית; עניין דסטה, לעיל ה"ש 21, פס' 64–66, 76–80 לפסק-דינה של הנשיאה נאור, פס' 18–19, 21, 24–28 לפסק-דינו של השופט פוגלמן ופס' 5 לפסק-דינו של השופט עמית.
- 30 חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד–2013, וראו גם את דברי ההסבר להצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד–2013, ה"ח הממשלה 122; חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה–2014, וראו גם את דברי ההסבר להצעת חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים ועובדים זרים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה–2014, ה"ח הממשלה 422. ראו גם תיקונים שונים בחוק עובדים זרים (תיקון מס' 8), התשע"ז–2007; חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 5 והוראת שעה), התשע"ו–2016, וראו גם את דברי ההסבר להצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 5 והוראת שעה), התשע"ו–2016, ה"ח הממשלה 430.
- 31 לדיון בתנאי הכליאה ראו בג"ץ 4581/15 איסמעיל נ' נציב בתי הסוהר (פורסם בנבו, 19.11.2017) (איסור הכנסת מזון למתקן חולות); בג"ץ 4386/16 מדיו נ' נציבות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2017) (הצפיפות במתקן חולות, איסור הכנסת ציוד אישי, פעילות חינוך ופנאי במתקן ושירות במשרדי רשות האוכלוסין במתקן); בג"ץ 4389/16 טספאייסו נ' נציבת בתי הסוהר (פורסם בנבו, 25.6.2017) (שימוש במחשבים במתקן חולות).
- 32 ראו עניין דסטה, לעיל ה"ש 21, פס' 3–5 לפסק-דינו של השופט מלצר.

חשוב להבהיר בהקשר זה, כבר בשלב הרעיוני ולפני הדיון בהצעות הקונקרטיות, כי הצבת גבולות הדיאלוג על-ידי בית-המשפט אינה משולה בהכרח לפגיעה ביחסים הבין-מוסדיים לאורך זמן, ואינה משקפת עליונות מוסדית. יש לזכור כי למחוקק שמורה היכולת – כיום רק דרך פסקת ההתגברות בחוק-יסוד: חופש העיסוק – "להשתיק" את הדיאלוג למשך ארבע שנים. ייתכן, ולא יהיה זה מפתיע, שהיקפה של פסקת ההתגברות יורחב לחוקי-יסוד נוספים. לבית-המשפט שמורה היכולת "להשתיק" דיאלוג קונקרטי גם-כן. כשם שפסקת ההתגברות אינה ממקמת את המחוקק כעליון על בית-המשפט, אלא כמכריע בסכסוך קונקרטי ולמשך תקופת זמן תחומה בלבד, כך גם גבולות הדיאלוג המוצעים כאן. מלבד העובדה שכלל האמצעים הללו מצויים במסגרת הסמכות החוקתית הן של המחוקק והן של בית-המשפט, יש להביט על כך בראייה רחבה כעל חלק מתהליך חוקתי נרחב ונמשך בין בית-המשפט העליון לכנסת. תהליך זה נרחב ונמשך הן במשך הזמן שלו והן בהיקף הנושאים שהוא מתפרש עליהם. הצבת גבולות שיפוטית בדיאלוג קונקרטי אינה מובילה מניה וביה להצבת גבולות (שיפוטית או חקיקתית) בדיאלוג אחר שמתנהל במקביל לו.

תפיסה זו, שהוצגה כעת, מבקשת להציע את ההצדקה העקרונית להצבת הגבולות. הפרקים הבאים יבקשו לפרוט את ההצדקה העקרונית לפרטים, ולהציע מתי ואיך יש לעשות זאת. אך קודם לכן מוטב לשיטתי להקדיש זמן ומקום, ולו מעטים, על-מנת לשוב ולשאול אם אכן ראוי לעשות זאת, והפעם לא מנקודת-המבט של תיאוריית הדיאלוג, אלא מנקודת-מבט רחבה יותר – נקודת-מבט פוליטית יותר. שהרי הדיון בלב הטיעון נושא אופי דוקטרינרי, ומתעלם לכאורה מההשלכות הצפויות של מהלכים מהסוג שאני מציעה. אך זאת רק לכאורה, כאמור. המשפט והפוליטיקה קשורים זה לזה. כך תמיד, וכך במיוחד כאשר מדובר במשפט החוקתי. בהינתן הלך-הרוח הפוליטי של השנים האחרונות, ובפרט חרב ההתגברות שכמעט הונפה פעם אחר פעם מעל ראשו של בית-המשפט העליון,³³ ניתן לראות גם שינוי גישה מצד בית-המשפט העליון: בניגוד למוצע במאמר זה, בית-המשפט נוטה ככלל בשנים האחרונות ללכת צעד אחורה ולהפגין הנסגת-דעת רבה – גלויה וסמויה.³⁴ אי-אפשר להתעלם גם משורת היוזמות לפגיעה ולהחלשה של בתי-המשפט ושל שומרי-הסף אשר הופרחו לאוויר (ולא הוכחשו) סביב המשא-ומתן הקואליציוני להרכבת הממשלה השלושים וחמש במהלך חודש מאי 2019.³⁵

33 הנוסח הפופולרי ביותר הוא זה שהוצע על-ידי חברת הכנסת איילת שקד: הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג), פ/19/1944, שהוגשה בשנת 2013. מאז נעשו כמה נסיונות לעגן אותו. ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג), פ/20/1374, שהוגשה בשנת 2015; הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג), פ/20/4005, שהוגשה בשנת 2017.

34 ראו יוסף "הדיאלוג החוקתי בישראל", לעיל ה"ש 4.

35 ראו מתי טוכפלד "פסקת ההתגברות היא רק ההתחלה: כך תיראה המהפכה הגדולה במערכת המשפט" ישראל היום (12.5.2019) www.israelhayom.co.il/article/656863. אפילו שורת ההצעות שפורסמה כחלק ממהלך לצמצום סמכותו של בית-המשפט (ואשר כללה, בין היתר, פסקת התגברות, שינוי שיטת מינוי השופטים באופן שיחזק את המימד הפוליטי שלה, ואיסור פסילת החלטות של הכנסת, הממשלה ורשויות מוניציפליות בעילת הסבירות) לא ביקשה לשלול את עצם סמכותו של בית-המשפט לערוך ביקורת שיפוטית (חוקתית או מנהלית).

להבדיל משנים עברו, גם יש בסיס איתן לסברה כי בשנים הקרובות לא יהיה כוח מתון ומאזן בקואליציה שיפעל בצורה אקטיבית כדי למנוע יוזמות המכוונות לפגוע בבית-המשפט. לכן עשוי להישמע הטיעון כי גישה נסגנית מתאימה במידת-מה לעת הזו, וכי אם בית-המשפט לא יהיה צודק, הוא לפחות יהיה חכם. אני מבקשת לדחות טיעון זה. אכן, אין ספק שבית-המשפט פועל באקלים פוליטי קשה. אולם, ראשית, בתי-משפט עליונים לעולם פועלים באקלים פוליטי המבקש להשקטים. גם ביפות ובנאורות שבדמוקרטיה מחוקקים אינם ששים למראה פסקי-דין המכריזים על בטלות חקיקה שהם העבירו. לעולם קיים מתח מובנה בין בתי-משפט עליונים או חוקתיים לבין מחוקקים וממשלות. על-כן מלכתחילה אין לדבר על מציאות של מתח מוגבר לעומת תיאור אידילי כלשהו של מציאות ורודה.

יתרה מזו, עטיפת הדיון כולו בטיעון הלגיטימציה הפוליטית מתעלמת מכך שלבית-המשפט יש רכיבי לגיטימציה נוספים שעליו להגן עליהם.³⁶ לגיטימציה פוליטית היא למעשה סוג ספציפי של לגיטימציה סוציולוגית, קרי, מידת האמון שהציבור רוחש לבית-המשפט.³⁷ לגיטימיות סוציולוגית נמדדת בהתאם למידה שבה הציבור מוצא את המשטר החוקתי כמוצדק או כראוי לתמיכה ולהצדקה, וזאת לא מתוך חשש לסנקציה או ציפייה לטובה אישית.³⁸ במובן זה, הרשויות הפוליטיות הן ציבור ספציפי שביחס אליו ניתן לשער את מידת הלגיטימיות הסוציולוגית, אשר נדמית כנמוכה בימים אלה. אך שאלת הלגיטימיות של בית-המשפט אינה קמה ונופלת כולה על לגיטימיות פוליטית. בתוך הלגיטימיות הסוציולוגית ניתן לתהות רבות גם לגבי מידת הלגיטימיות הציבורית של בית-המשפט (האופן שבו הוא נתפס על-ידי הציבור ועל-ידי העותרים). כמו-כן, לצד הלגיטימיות הסוציולוגית ניתן להצביע על רכיבים נוספים. האחד הוא לגיטימיות משפטית, אשר שעונה על עצם קיומן של נורמות משפטיות.³⁹ במובן זה, האמצעים המוצעים לסיום הדיאלוג (נחרצות שיפוטית על גווניה ופסילת תכלית החקיקה) עומדים היטב בתוך גבולות המשפט החוקתי, וחוקי-היסוד עצמם מקנים לבית-המשפט את הסמכות המשפטית לעשות כן. רכיב נוסף הוא לגיטימיות מוסרית. גם אם החלטה מסוימת היא בעלת עיגון משפטי, וגם אם היא זוכה בתמיכה ציבורית, היא זקוקה גם לבסיס מוסרי

36 יובהר כי אני עוסקת כאן בלגיטימציה פוליטית, ולא בשאלה הנורמטיבית של סמכות בית-המשפט העליון לפסול חקיקה. ראו את ההבחנה גם אצל ALLEN BUCHANAN, THE HEART OF HUMAN RIGHTS 112 (2013) (לגיטימציה נורמטיבית במובן של קיום סמכות לעומת לגיטימציה סוציולוגית במובן של אמון וכבוד ציבוריים).

37 לדיון רחב בלגיטימיות סוציולוגית ראו Or Bassok, *The Sociological-Legitimacy Difficulty*, 26 J.L. & POL. 239 (2011); Or Bassok, *The Supreme Court's New Source of Legitimacy*, 16 U. PA. J. CONST. L. 153 (2013). עם זאת, יש גם תפיסות אחרות של לגיטימיות פוליטית. אדמס ממשיג לגיטימיות פוליטית כזכות של המדינה למשול או "שלא יפריעו לה למשול". לשיטתו, מוסד שנהנה מלגיטימיות פוליטית (מה שאחרים תפסו כלגיטימיות מוסדית) הוא מוסד שיש להמשיך לאפשר לו לפעול ללא הפרעה. N.P. Adams, *Institutional Legitimacy*, 26 J. POL. PHIL. 84 (2018).

38 Richard H. Fallon Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787, 1795 (2005).

39 שם, בעמ' 1794.

מינימלי.⁴⁰ בהקשר זה ניתן לתהות באשר לאופי המוסרי של בחירה שיפוטית בהנסגת-דעת לנוכח רוחות השעה הפוליטיות.

לביט-המשפט יש הסמכות המלאה לבחור להלך בכל אחת מהדרכים המוצעות כאן. עם זאת, איני סבורה כי השימוש באחת הדרכים הללו צריך להיעשות כאמצעי ראשון או כעניין שבשגרה. ככלל, שימור הדיאלוג החוקתי, על יתרונותיו הרבים, הוא רצוי ומבורך. הדיאלוג החוקתי עונה על טענות רובניות ודמוקרטיות, ומקנה לגיטימציה רבה לשפיטה החוקתית; הוא ממקם את הזכות החוקתית במרכז ומניע תהליך פוליטי של חשיבה מחדש על זכויות ועל האופן שבו ניתן להגבילן; הוא מדגיש את מקומן של הרשויות הפוליטיות חלף דחיקתן לשולי השיח החוקתי; והוא גם מאפשר עיצוב מדויק יותר של סעדים חוקתיים, המתאים לנסיבות הפוליטיות, הכלכליות והחברתיות.⁴¹ לפיכך ראוי לשמרו. בד בבד, כאמור, ראוי גם להכיר בגבולותיו ולמנוע את הפיכתו לאצטלה יפה לדריסת זכויות אדם. כעת אפנה להראות מתי ראוי לעשות זאת.

ב. אימתי יוצבו גבולות?

1. הנחת-היסוד: כשל רובני

ההיגיון השזור ביסוד תפיסה מהותית של הדיאלוג החוקתי מבוסס על הכרעה בין-מוסדית שמתקבלת במוסד המוסמך אשר הסוגיה מונחת לפתחו. הטעון בנוי כך: ככלל, יש עדיפות להחזרת השאלה השנויה במחלוקת לפתחן של הרשויות הפוליטיות האמונות על הליך החקיקה. את אופן "החזרת" השאלה יש דרכים רבות לעצב, בין באמצעות דוקטרינות מבוססות-תגובה אשר מונעות או משהות הכרעה חוקתית על-ידי בית-המשפט ובין על-ידי בחירת הסעדים החוקתיים לאחר ההכרעה החוקתית. אולם כך או כך, הבחירה כיצד לעצב את

40 שם, בעמ' 1796. הדיון כאן מתבסס אומנם על ההבחנה של פלון, אך בישראל השיח שעון במידה רבה על זה האמריקאי: מדינה אימץ את שלושת רכיבי הלגיטימציה השונים שהציע פלון (הכשר הליכי, הכשר חברתי והכשר מוסרי), אך להבדיל מפלון, שביקש להפריד אותם, מדינה ביקש לאגד אותם ולהפוך אותם לרכיבים בתוך הכשר דמוקרטי חובק-כל שדרוש לצורך תהליך הפרשנות החוקתית. ראו ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקה בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" משפט וממשל יז 63, 79-81 (2016). גם פוליאק ושגב הלכו בדרך דומה: רונן פוליאק "כבוד האדם ותורתו" משפטים מז 179 (2018); Joshua Segev, *Justifying Judicial Review: The Changing Methodology of the Israeli Supreme Court*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 105, 108-109 (Gideon Sapir, 2013) Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., סבן, לעומת זאת, הבחין בין לגיטימיות משפטית, לגיטימיות חברתית-פוליטית ולגיטימיות ציבורית, וסבר כי הן יוצרות מעין מרחב תמרון של לגיטימיות שבתוכו בית-המשפט יכול לנוע. להרחבה ראו אילן סבן "בית המשפט העליון והמיעוט הערבי-פלסטיני: תמונה (ותחזית) לא בשחור-לבן" משפט וממשל ח 23, 30-33 (2005).

41 Bell E. Yosef, *The Legal Supremacy of Legislative Initiatives in Judicial Proceedings: The Israeli Lesson*, INT'L J. CONST. L. 9-10 (forthcoming 2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3508204

הדיאלוג אינה יכולה להתעלם מקושי יסודי שעניינו כשל פנימי בהליך החקיקה שמוביל למצב שבו בית-המשפט, ולא המחוקק, הוא שמעניק הגנה טובה יותר לקבוצות מיעוט נעדרות ייצוג. איני מבקשת להביע עמדה בשאלה העקרונית – ואולי אפילו האמפירית – מי מגן טוב יותר על זכויות אדם. אין הסכמה בסוגיה זו, ולא זה הוויכוח המרכזי. להפך, תפיסה מהותית של הדיאלוג החוקתי בנויה על כך שגם לבית-המשפט וגם למחוקק יש הן רצון והן יכולת מוסדית להעניק הגנה לזכויות אדם. השאלה שאני עוסקת בה כעת היא צרה יותר, ונוגעת בהגנה על זכויותיהן של קבוצות מיעוט נעדרות ייצוג. הנחת-היסוד היא שבכל הקשור לקבוצות מיעוט נעדרות ייצוג יש כשל, והמחוקק אינו מגלה נכונות ויכולת להעניק להן את ההגנה הנדרשת.⁴²

42 לדברי בנבנשתי, "בתי-המשפט הם קו ההגנה הראשון בזמן ובחשיבות לצורך אכיפת זכויות האדם. הדבר נכון גם, ואולי אף ביתר שאת, ביחס להגנה על זכויות המיעוטים". לשיטתו, פעמים רבות התהליך הדמוקרטי אינו יכול לתת מענה למיעוטים, והם נוטים להידרס על-ידי קבוצת הרוב בתהליך הפוליטי. ראו איל בנבנשתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי-המשפט" עלי משפט ג 463, 465–463 (2003). כהן מוסיף כי הבסיס המבחין הוא שאלת הייצוג של המיעוטים. ההתגייסות השיפוטית היא לטובת קבוצת מיעוט נעדרת ייצוג, ואינה הכרחית באותה מידה ביחס לקבוצת מיעוט משתתפת, שכן האחרונה יכולה לגייס משאבים כדי להשפיע על עניינה גם מחוץ לשדה השיפוט. ראו עמיחי כהן "הלכה והליך: ניתוח מוסדי של פסיקות בית המשפט העליון ביחס לציבור החרדי" *תרבות דמוקרטית* 15, 127, 139–140 (2013).

ראו תוכנה יסודית זו מזוויות נוספות: Hogg, Bushell Thornton & Wright, לעיל ה"ש 8, בעמ' PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 286 (2009); LOUIS FISHER, ;40 CONSTITUTIONAL DIALOGUES: INTERPRETATION AS POLITICAL PROCESS 922 (2014); Yoav Dotan, *Constitutional Adjudication and Political Accountability: Comparative Analysis and the Peculiarity of Israel*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 91, 91–92 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013); Mordechai Kremnitzer, *Constitutional Proportionality: (Appropriate) Guidelines*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 225, 236–237 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013); Karen Syma Czapanoskiy & Rashida Manjoo, *The Right of Public Participation in the Law-Making Process and the Role of Legislature in the Promotion of This Right*, 19 DUKE J. COMP. & INT'L L. 1 (2008). גם כותבים מתחום מדעי המדינה סבורים כי נציגי מיעוטים מתקשים ליטול חלק פעיל ומשמעותי בהליך החקיקה. ראו, למשל, Gerald B.H. Solomon & Donald R. Wolfensberger, *The Decline of Deliberative Democracy in the House and Proposals for Reform*, 31 HARV. J. ON LEGIS. 321, 322 (1994).

להתנגדות בולטת ראו Barbara Sinclair, *Can Congress Be Trusted with the Constitution? The Effects of Incentives and Procedures*, in CONGRESS AND THE CONSTITUTION 293 (Neal Devins & Keith E. Whittington eds., 2005). סינקלר סבורה כי התפיסה שלפיה בית-המשפט צריך להשיג בעיני נץ על המחוקק כדי שלא יפגע בזכויות מיעוטים שעונה על הבנה שגויה של הליך החקיקה וכיצד הוא באמת עובד. שם, בעמ' 294. התנגדות נוספת ושונה ניתן למצוא אצל טושנט בספרו. טושנט טוען כי יש להבחין בין מי שסתם מפסיד במשחק הפוליטי לבין מי שמפסיד מכיוון שהוא נעדר אמצעים להגן על כוחו במשחק הפוליטי. טושנט מתייחס לגישתו של אילי שלפיה מיעוטים מפסידים בגלל דעה קדומה, ומסביר כי טיעון זה מתעלם מהפוליטיקה. הרי מיעוט הוא מיעוט, ואם הוא מהווה 10% מהאוכלוסייה, למשל, זה יהיה גם גודלו הפוליטי. לכן יש למיעוטים אפשרות לקדם את מטרותיהם באמצעות חבירה לאחת המפלגות הגדולות בנושאים שבהם המפלגות הגדולות חצויות. טושנט כותב שכך עושות בישראל המפלגות הדתיות, באופן מופגן למדי, אך הדבר קיים גם במקומות אחרים (ובפרט בארצות-הברית), אם כי באופן מוצנע יותר. MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS 159 (2000).

הנחה זו מושרשת היטב. הערת-שוליים 4 המפורסמת בפסק-הדין *Carolene Products*, שניתן בשנת 1938 בבית-המשפט העליון בארצות-הברית, העלתה את התהייה (הלא-מחייבת באותה תקופה) אם קיומם של "discrete and insular minorities" אינו מצריך ביקורת שיפוטית מוקפדת וצמודה יותר. הנחת-המוצא שלעיל היא ההיגיון שהערה האמורה מבוססת עליו.⁴³ הערת-השוליים קיבלה חיות עצמאית בשמונים השנים האחרונות, אך ההיגיון היסודי שבבסיסה נשמר.

גם תורתו החוקתית של אילי, אחד ההוגים החוקתיים הבולטים ביותר של המאה העשרים, מבוססת על כך שבכל הנוגע במיעוטים נעדרי ייצוג אי-אפשר לסמוך על הליך החקיקה. התפיסה היסודית של אילי היא שעל בית-המשפט להתערב בתהליך הפוליטי (ובכלל זה בחקיקה) רק כאשר יש "כשל שוק", דהיינו, כאשר קבוצה אחת משיגה יתרון לא-הוגן על קבוצה אחרת. אותו "כשל שוק", הוא מסביר, מתרחש כאשר התהליך הפוליטי כבר אינו ראוי לאמון, בהינתן אחד משניים: כאשר הפוליטיקאים (The in's) מפריעים לתהליך הפוליטי כדי להישאר על כסאם או כאשר יש קיפוח של המיעוט שמונע ממנו את ההגנה המוקנית לקבוצות אחרות בחברה.⁴⁴ הגישה שאילי מציג אינה קוראת להגנה ישירה על מיעוטים, אלא להגנה על ייצוג של מיעוטים. זו גישה רחבה יותר מהענקת חופש ביטוי וחופש הצבעה, שבוחנת באופן מהותי את יכולת ההשתתפות בתהליך הפוליטי.⁴⁵

כתיבה קנדית מן השנים שלאחר כינון הצ'רטר הקנדי אימצה את עקרונות ההשתתפות השווה של אילי, אך הוסיפה והדגישה כי אפשרות כניסה פורמלית לתהליך הפוליטי אינה מבטיחה במלואה אפשרות להשתתפות שווה. לכן על בית-המשפט להגן על היכולת הממשית להשתתף בתהליך קבלת ההחלטות הקולקטיבי, קל וחומר כאשר לקבוצות מודרות שמלכתחילה הגישה שלהן לתהליך הפוליטי אינה שווה.⁴⁶

כותבים נוספים הכירו היטב בכשל זה. בישראל, למשל, ביקש כהן-אליה לעצב מודל הליכי של פסקת הגבלה המבוסס על המשנה הרעיונית של אילי. גם הוא ראה את תפקידו של בית-המשפט כצד וכממוקד בכך שהתהליך הדמוקרטי יתקיים "באופן הוגן ואינקלוסיבי".⁴⁷ אך גם במסגרת התפקיד הצר האמור, גרס כהן-אליה, אחד מתפקידיו של בית-המשפט הוא "לדאוג לכך שקבוצות מיעוט פגיעות לא יודרו מהשיח הציבורי ושלא יוטבע בחבריהן אות-קלון".⁴⁸

43 United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144, 152 (1938). נבנשתי מסביר כי הערת-השוליים משקפת את ההכרה של בית-המשפט בתפקיד-המפתח שיש לו בהגנה על מיעוטים. ראו נבנשתי, לעיל ה"ש 42, בעמ' 466.

44 JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 103 (1980)

45 שם, בעמ' 135.

46 Patrick J. Monahan, *Judicial Review and Democracy: A Theory of Judicial Review*, 21 U. BRIT. COLUM. L. REV. 87 (1987). ראו בפרט שם, בעמ' 146, 149.

47 משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י 521, 524 (2007).

48 שם, בעמ' 530.

גם בפרקטיקה, לנוכח מיעוט החסמים המוחלים על החקיקה בישראל, אין כמעט הגנה על מיעוטים כחלק מהליך החקיקה בישראל.⁴⁹

אף וולדרון, מבולטי המתנגדים לביקורת שיפוטית, מוכן להודות כי ההתנגדות לביקורת שיפוטית אינה עומדת במלואה ככל שמדובר ב־discrete and insular minorities. וולדרון סבר שכאשר מדובר במיעוט שהוא גם discrete, במובן זה שהוא מנותק מתהליך קבלת ההחלטות הפוליטי, וגם insular, במובן זה שהוא מנותק מבחינה תרבותית וקהילתית כך שאין לו אינטרסים משותפים עם קבוצות אחרות, מה שמונע אותו מליטול חלק בקואליציה כלשהי כדי לקדם את ענייניו, הטיעון נגד ביקורת שיפוטית משולל בסיס.⁵⁰

כשל זה שימש מחברים מתנגדי ביקורת שיפוטית להגדרת הנקודה (הצרה, לשיטתם) שבה מוצדק להפעיל ביקורת שיפוטית, ובתי-המשפט האמריקאיים הציבו על בסיסו סף מחמיר יותר לביקורת השיפוטית.⁵¹ אני מבקשת ללכת צעד אחד רחוק יותר. אני טוענת כי כשל זה צריך לשמש את בתי-המשפט כדגל, שכאשר הוא מורם, עליהם להכיר בכך שהדיאלוג נעצר. לכן הטענה היסודית במסגרת תפיסה מהותית של דיאלוג חוקתי היא שאין סיבה להחזיר את ענייניהן של קבוצות מיעוט נעדרות ייצוג למחוקק, משום שאין טעם להניח שהמחוקק יחוקק בעניינין בתום-לב. הנחה זו, כאמור, אינה בנויה על חוסר אמון במחוקק הישראלי בפרט, אלא על קיומו של כשל יסודי בשיטה הרובנית. אפילו בארצות-הברית, שבה הן החוקה והן הליך ההצבעה עוצבו באופן שנועד למנוע כשל זה, הוא נותר על כנו;⁵² קל וחומר בישראל, שבה מוחלים חסמים מעטים כל-כך על הליך החקיקה, אם בכלל.⁵³ לאלה מצטרפת בשנים האחרונות מגמה גלובלית שנוטה לדחוק הצידה בקלות יתרה שיקולים של זכויות אדם.⁵⁴

כשל זה זוכה בהכרה מקיר לקיר, ויש אכן שתרגמו אותה להגנה משפטית ניכרת יותר על מיעוטים. אך אין לבלבל: להבדיל מחלק מן המלומדים שגישתם נדונה לעיל, אשר ביקשו להצדיק אך ביקורת שיפוטית צרה, אני סבורה כי ביקורת שיפוטית צריכה לפעול כל אימת שיש פגיעה בזכויות מוגנות. ביקורת חוקתית אינה "זכות-יתר של מיעוטים", וכל חוק צריך לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה, בלא תלות בזהות הנפגע. כך, למשל, קשה לומר כי סמנכ"לים

49 איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לז' 645, 659–664, 691–692 (2016). לטיעון דסקריפטיבי דומה בהקשר הישראלי ראו גם דבי גילד-חיו וסיגל שהב "עריכת-דין חקיקתית ככלי לשינוי חברתי" מעשי משפט ב' 69, 80 (2009).

50 אם כי טיעון זה צר למדי, כמובן. ראו Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346, 1403–1406 (2005).

51 ולא רק בתי-המשפט בארצות-הברית, יש לציין. ראו, למשל, את בית-המשפט החוקתי בדרום-אפריקה, שעם היווסדו וכינון החוקה החדשה תפס את תפקידו כמי שבא להגן על המנודים מבחינה חברתית ועל המצויים בשולי החברה: S v. Makwanyane & Another, 1995 (3) SA 391 (CC).

52 כנבשתי, לעיל ה"ש 42, בעמ' 465–467, ELY; לעיל ה"ש 44, בעמ' 79–80.

53 ראו את המקורות לעיל בה"ש 49. ראו גם עמיחי כהן "על ממשלות וכוחן – על משמעותו של הוויכוח על פסקת ההתגברות" ICON-S-IL Blog (17.10.2018) <https://bit.ly/2Q18C9W>.

54 ראו את הדיון ואת המקורות להלן בה"ש 221–228 ובטקסט שלידין. להרחבה נוספת ראו גם את הפרויקט האקדמי DEM-DEC – Democratic Decay Resource, שהושק ביוני 2018, אשר מרכז מידע השוואתי רב בסוגיה: <http://www.democratic-decay.org/>.

בכירים ששכרם נפגע מחוק שכר הבכירים⁵⁵ הם קבוצת מיעוט הראויה להגנה מיוחדת. עם זאת, איני סבורה כי יש לשלול מהם את הזכות העקרונית לסעד, אם תביעתם נמצאת מוצדקת, רק משום העובדה שרובם משתייכים לקבוצות רוב מובהקות ובעלות כוח רב. הנחת-המוצא שלי היא שביקורת שיפוטית חוקתית היא מוצדקת ככזו, ושאלת האמון בתהליך הדמוקרטי מעצבת את אופן הפעלתה, לא את עצם קיומה.

אני גם סבורה שהביקורת השיפוטית החוקתית, על שלושת שלביה (זיהוי הפגיעה, בחינת עמידתה של הפגיעה בהוראותיה של פסקת ההגבלה ובחירת הסעד החוקתי), אינה צריכה ליצור דברים יש מאין אך בשם גבולות הדיאלוג: אם אין פגיעה חוקתית או שהיא *de minimis*, אין נפקא מינה אם מדובר בעותרים שמשתייכים לקבוצת הרוב או לקבוצת מיעוט; אם הפגיעה היא לתכלית ראויה ואם היא מידתית באופן מובהק, אין נפקא מינה אם מדובר בעותרים שמשתייכים לקבוצת הרוב או לקבוצת מיעוט. אולם עובדת היותן של העותרות חלק מקבוצת מיעוט נעדרת ייצוג סובבת כל הזמן את הביקורת השיפוטית ומלווה אותה. אכן יש לה השפעה, והיא צריכה להוביל להקשחת עמדות שיפוטית.

לגישה זו יש תמיכה גם בתוך תיאוריית הדיאלוג. כאמור, מרבית הכתיבה סביב תיאוריית הדיאלוג עוסקת בהיבטים מוסדיים, ולא בזכויות אדם. התיאוריה, לרוב, אינה נותנת את הדעת למיעוטים שמשלמים את מחיר הדיאלוג. כך, בעניין *O'Connor* ובעניין *Mills* העוקב אושררה פגיעה בזכותם של הנאשמים להליך הוגן. הפגיעה באותו מקרה אושררה לא עקב ניסיון חקיקתי להגן על זכויותיהם, אלא משום שהמחוקק ערך תהליך דליברטיבי לאור פסק-הדין⁵⁶; ובאשר למבקשי המקלט בפרשות אדם, איתן ודסטה, אשר חזרו שוב ושוב למתקני כליאה או שהייה על-מנת שקבלת ההכרעה בעניינם תיוותר במרחב החקיקתי⁵⁷ – הדיאלוג לא התנהל עימם או מולם, אלא מעל ראשם, והם היו שקופים במסגרתם.⁵⁸

החריג הכולט לגישה מוסדית זו הוא רואץ', אשר פעם אחר פעם, באופן שיטתי, ממקם את זכויות העותרים והמיעוטים בחברה מעל הדיאלוג. רואץ' מכיר בכך שהנקודה הקשה ביותר לדיאלוג היא זו שבה המושפעים ביותר מפסק-הדין הם הפגיעים ביותר במסגרת הליך החקיקה

55 חוק תגמול לנושאי משרה בתאגידי פיננסיים (אישור מיוחד ואי-התרת הוצאה לצורכי מס בשל תגמול חריג), התשע"ו–2016. החוק נדון בבג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים בישראל נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 29.9.2016).

56 *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668

57 עניין אדם, לעיל ה"ש 21; עניין איתן, לעיל ה"ש 21; עניין דסטה, לעיל ה"ש 21.

58 ראו, למשל, את הדיון המרתק שעורכים קלי ומרפי באשר לזכויותיהם של אבוריגינים בקנדה. השניים כותבים כי ככלל, פסיקותיו של בית-המשפט בנוגע לזכויות האבוריגינים מעידות על התפקיד המרכזי של בית-המשפט דווקא בהתנעת דיאלוג שחיצוני לו, בין גורמים אחרים (דיאלוג במסגרת הליך החקיקה או דיאלוג בין נציגי הממשל לנציגי האבוריגינים). אולם הפסיקות הללו, והשלכותיהן בחיי המעשה שלאחר-מכן, מעידות גם על המגבלות של הדיאלוג הזה, שכן לא תמיד היה משא-ומתן ולא תמיד התייעצו עם אותן קבוצות: James B. Kelly & Michael Murphy, *Shaping the Constitutional Dialogue on Federalism: Canada's Supreme Court as Meta-Political Actor*, 35 PUBLIUS 217, 229–231 (2005).

הרובני.⁵⁹ הוא סובר כי מקום שמדובר בזכויות של קבוצה שאין לה הגנה או ייצוג הולם בבית-המחוקקים, ויש סבירות שזכויותיה יידרסו בהליך ההצבעה הרובני, על בית-המשפט להימנע, למשל, מלכבד את המחוקק בחקיקת-המשך, ולהעדיף את ההגנה על המיעוטים על דיאלוג, גם כאשר הדבר כרוך באקטיביזם שיפוטי.⁶⁰ על בית-המשפט לשמר סמכות שיפוטית בתיקים מסוימים שבהם ענייניהן של קבוצות מיעוט מונחים על הכף, לצד הצהרה מפורשת על זכויותיהם,⁶¹ ולהימנע מהענקת בלעדיות או עליונות פרשנית למחוקק (אף במסגרת coordinate construction), משום שהליך החקיקה אינו מעצים את המיעוטים בחברה, באשר רובם אינם מצביעים פוטנציאליים בעלי השפעה שמצדיקים בעיני הפוליטיקאים התחשבות בענייניהם.⁶² ברוח זו הוא סובר כי הביקורת המשמעותית ביותר על תיאוריית הדיאלוג נוגעת בהחלשת בתי-המשפט ובהקרכת זכויות מיעוטים בשם הדיאלוג והרוב בבית-המחוקקים.⁶³

על-כן, כסיכום ביניים, כאשר מגיעה לבית-המשפט קבוצת מיעוט (נציגיה או פרטים בה) נעדרת ייצוג, ומבססת את הטענות כי אכן נפגעה זכותה החוקתית ככזו, על בית-המשפט להיפרד מהתנהלות דיאלוגית, אשר מוכנה להתפשר על זכויותיה של קבוצת המיעוט. במצב זה הצורך בדיאלוג אינו יכול ואינו צריך להיתרגם לדחיית ההכרעה או לפגיעה בזכויות. במצב זה על בית-המשפט למלא את תפקידו באופן מלא, כפי שהדין מורה ומאפשר לו לפעול, ככל שהוא מוצא פגיעה מוצדקת שאינה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה. כעת אציג את התנאים הקונקרטיים שבהם על הדיאלוג להיעצר.

2. פגיעה בליבת הזכות החוקתית של קבוצות מיעוט נעדרות ייצוג

יחסן של מדינת-ישראל, של הפוליטיקה הישראלית ושל החברה הישראלית למיעוטים הצליח להניב כתיבה רבה על מיעוטים בישראל. רובינשטיין אף הסביר כי הגיוון התרבותי, האתני והדתי בישראל מוביל למצב שבו כמעט כל קהילה נהפכת למיעוט בנושאים מסוימים.⁶⁴ אולם מועטה עד-מאוד הכתיבה שעסקה בשאלת ייצוגם של מיעוטים.⁶⁵ כמעט לא נעשו נסיונות –

59 Kent Roach, *Dialogue or Defiance: Legislative Reversals of Supreme Court Decisions in Canada and the United States*, 4 INT'L J. CONST. L. 347, 351 (2006) (להלן: Roach, *Dialogue or Defiance*).

60 שם, בעמ' 366.

61 Kent Roach, *Remedial Consensus and Dialogue Under the Charter: General Declarations and Delayed Declarations of Invalidity*, 35 U. BRIT. COLUM. L. REV. 211, 258 (2002).

62 Roach, *Dialogic Judicial Review*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 91–94.

63 שם, בעמ' 98.

64 אמנון רובינשטיין שבטי מדינת ישראל: ביחד ולחוד – ליברליזם ורב-תרבותיות בישראל 116 (2017).

65 ראו, למשל, את קובצי המאמרים הבאים, המתפרשים יחדיו על כאלפיים עמודים, ובהם הוקדשו אך משפטים מעטים לשאלה זו: זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית (עינב מורנגשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016); משפט, מיעוט וסכסוך לאומי (ראיף זריק ואילן סבן עורכים, 2017); אזרחות על תנאי – על אזרחות, שוויון וחקיקה פוגענית (שרה אוסצקי-לזר ויוסף ג'בארין עורכים, 2016); קהילות מגודרות (אמנון להבי עורך, 2010). לעיתים אכן צפו שאלות של ייצוג מיעוטים כחלק משאלה רחבה יותר. ראו גיא מונדלק "עוברים או זרים בישראל? 'חוזה התשתית' והדפיצט הדמוקרטי" עיוני משפט כו 423 (2003).

בין דסקריפטיביים בין נורמטיביים – לאפיין את ייצוג-החסר, לעמוד על טיבו או לאמוד את השלכותיו.

ניסיון לגבש הגדרה אחידה של מיעוטים, שלאורה יהיה אפשר למתוח קו נחרץ, נדון לכישלון. אין כיום – לא במשפט הישראלי ולא בכל משפט אחר – הגדרה מקובלת למיעוטים בכלל ולמיעוטים נעדרי ייצוג בפרט. ההגדרה הקיימת, שרבים נוטים להישען עליה, גם בספרות הישראלית, היא זו שהציע קפוטורטי בסוף שנות השבעים:

[A] minority is a group which is numerically inferior to the rest of the population of a state and in a non-dominant position, whose members possess ethnic, religious or linguistic characteristics which differ from those of the rest of the population and who, if only implicitly, maintain a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language.⁶⁶

אולם הגדרה זו נכתבה לאורו של סעיף 27 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות,⁶⁷ ועוסקת במיעוטים לאומיים, אתניים, תרבותיים ושפתיים. הסתמכות על הגדרה זו תצר מאוד – תצר מדי – את גבולות הדוקטרינה המוצעת, ותוציא מתוכה קבוצות כגון להטב"ק, אסירים, אנשים עם מוגבלות ועוד.

גם ההגדרה של *discrete and insular minorities* אינה מאפשרת את הדיון המיטבי, לשיטתי. הפרשנות המקובלת למושג⁶⁸ עוסקת בקבוצות שאין להן כל רצון להשתייך לחיים הפוליטיים ולהשפיע עליהם באמצעות חבירה לקואליציות שיכולות לקדם את עניינן. אם אין לקבוצה רצון לקדם את ענייניה באמצעות החיים הפוליטיים, אין פלא שאין לה ייצוג פוליטי. יתרה מזו, כאמור, טיעוני באשר לגבולות הדיאלוג הוא רחב יותר, ומכיל יותר מאשר מיעוטים נדירים דוגמת קהילת האמיש או חסידי סאטמר בארצות-הברית, שכן הרוב הגדול של המיעוטים דווקא מעוניינים לקדם את עניינם דרך התהליך הפוליטי. אולם גם בהגדרה "רכה" יותר איני סבורה שהטעון צריך לחול רק על קבוצות פריפריאליות, שנמצאות בשולי החברה, אלא ראוי שהוא יחול גם על קבוצות שמצויות בליבה. כך גם באשר לפרשנות המושג כחל על קבוצות שסובלות מעוינות: יש קבוצות אשר זוכות בתמיכה ציבורית ניכרת – דוגמת הדרוזים, אנשים עם מוגבלות או הלהטב"ק – ובכל-זאת מוצאות את עצמן מקופחות בחקיקה. לכן גם הגדרה זו אינה מתיישבת היטב עם הגישה המוצעת כאן.

66 FRANCESCO CAPOTORTI, STUDY ON THE RIGHTS OF PERSONS BELONGING TO ETHNIC, RELIGIOUS AND LINGUISTIC MINORITIES 96 (1979). להסתמכות על הגדרה זו ראו בנבנשתי, לעיל ה"ש 42, בעמ' 484; רות לפידות "אוטונומיה" משפט וממשל א 37 (1992). ראו גם Malcolm Shaw, *The Definition of Minorities in International Law*, in *THE PROGRESSION OF INTERNATIONAL LAW: FOUR DECADES OF THE ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS* 45 (Yoram Dinstein & Fania Domb eds., 2011).

67 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31 בעמ' 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושררה ב-1991 ונכנסה לתוקף ב-1992).

68 Waldron, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1403–1406, והטקסט שליד הערת-השוליים.

הגדרה נוספת היא של "מיעוטים כרוניים".⁶⁹ אולם גם הגדרה זו אינה מאפשרת להמשיג באופן המתאים ביותר את גבולות הדיאלוג. הטעם לכך הוא שקבוצות מיעוט מסוימות יכולות לזכות בהגנה חקיקתית על זכויותיהן בעניין אחד אך להיתקל בחומה בצורה בעניין אחר. ניתן להמחיש זאת באמצעות היחס הדו-ערכי בחקיקה כלפי זוגות מאותו מין: בכל הנוגע בחקיקה פלילית ואזרחית האוסרת התעמרות, אלימות והפליה כלפי להטב"ק, היה המחוקק פעיל מאוד,⁷⁰ אולם בכל הנוגע בזכויות הורות ומשפחה של בני זוג מאותו מין, ובפרט של גברים הומוסקסואלים, נתקלים בהפליה שיטתית בחקיקה.⁷¹ בהינתן מצב דברים זה, האם קהילת הלהטב"ק היא מיעוט כרוני בכל הנוגע בשאלת הייצוג שלה או לא?

הדיון האמריקאי יכול לסייע בהקשר זה, שכן הפסיקה האמריקאית לא עסקה בעצם הניסיון לזהות מיעוטים, אלא דנה בשאלת הכוח הפוליטי של מיעוטים. זו, לשיטתי, הסתכלות מדויקת יותר, שגם משתלבת עם מהלך הטיעון הנוכחי. בפסיקה האמריקאית ניתן לזהות נסיונות רבים לאפיין חוסר ייצוג פוליטי, או במינוח האמריקאי – powerlessness. במשפט החוקתי האמריקאי יש לכך משמעות קרדינלית: חוסר הכוח הוא מאפיין מובהק של קבוצה אשר "זוכה" להיחשב כזכאית להגנה שיפוטית מיוחדת (suspect class), וחוקים שמפלים קבוצות חסרות כוח כפופים למבחנים מחמירים יותר. הפסיקה האמריקאית ניסתה להשתמש בחמישה מדדים שונים על-מנת לאפיין חוסר כוח: גודל הקבוצה,⁷² אם יש לה זכות להצביע,⁷³ אם יש לה ייצוג בממשל,⁷⁴ היקף משאביה הכלכליים⁷⁵ וקיומה של חקיקה המגינה עליה.⁷⁶ על-אף מאמץ זה, פרופ' ניקולס סטפנופולוס מסביר כי יש בעיה עקרונית. ראשית, המאפיינים סותרים זה את זה, שכן קבוצה יכולה להיחשב חסרת כוח לפי מאפיין אחד ובעלת כוח לפי מאפיין אחר. מעבר לכך, הבסיס התיאורטי של הגדרת "חוסר הכוח" רעוע. סקירה של הפסיקה והספרות בתחום מובילה אותו לטענה כי נקודת-המפתח בדיון היא שאין כל הסכמה על המשמעות של "חוסר כוח". לאי-ההסכמה הזו יש משמעות רבה, שכן היא מונעת את היכולת לזהות מיהן אותן קבוצות.⁷⁷

הטענה של סטפנופולוס משכנעת, לשיטתי, קל וחומר כאשר היא מצטרפת לקשיי צרות-היתר של ההגדרות הקיימות האחרות. המכלול גם מאפשר לעמוד על מורכבותו של שיח זה. לכן אני מבקשת לאמץ את ההדגשה העקרונית של שאלת הכוח הפוליטי, ובד בבד להימנע

69 ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 139 (2016).
 70 חגית לרנאו ועינב מורגנשטרן "מה לי ולמשפט הפלילי? קהילת הלהט"ב, המשפט הפלילי ואכיפת החוק" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 891, 898–899 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016).
 71 ראו חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח–2018.
 72 City of Richmond v. J.A. Croson Co., 488 U.S. 469, 553 (1989).
 73 Hampton v. Mow Sun Wong, 426 U.S. 88, 102–103 (1976).
 74 Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677, 686 (1973).
 75 Romer v. Evans, 517 U.S. 620, 645–646 (1996).
 76 City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., Inc., 473 U.S. 432, 444–445 (1985).
 77 Nicholas O. Stephanopoulos, Political Powerlessness, 90 NYU L. REV. 1527, 1544–1545 (2015).

מלאפיין כיצד לאתר חוסר כוח פוליטי.⁷⁸ מיעוט השיח הישראלי בתחום מוסיף מורכבות למלאכת יצירת המאפיינים או מדידתם.⁷⁹ על-כן בשלב זה אצביע באופן פרטני על כמה קבוצות מיעוט נעדרות ייצוג בחברה הישראלית. ככל שבעתיד ייווצרו קבוצות מיעוט חדשות, יהיה מקום לשקול להכליל גם אותן כראויות להגנה שיפוטית מיוחדת.⁸⁰ אני סבורה כי במשפט הישראלי ניתן להצביע כיום על כמה קבוצות כחסרות ייצוג פוליטי:

עצירים ואסירים, ולעיתים גם אנשים המצויים בשלבי ההליך הפלילי, מהווים קבוצה שכבר הוכרה כמצויה בייצוג-חסר.⁸¹ אלה ה"לא-פופולריים".⁸² לקבוצה זו אין ייצוג טבעי ואין שדולה שתפעל למענה, והיחס החברתי שהיא נתקלת בו הוא שלילי מאוד. משכך אי-אפשר לצפות להתגייסות למענה או להפעלת לחצים פוליטיים על המחוקק להיענות לבקשותיה. **מבקשי מקלט ומהגרי-עבודה הם קבוצות המתאפיינות בשילוב של חוסר יכולת להצביע, יחס שלילי מהחברה והעדר ייצוג דסקריפטיבי במוקדי קבלת ההחלטות.** ככאלה הן פגיעות במיוחד. קבוצות אלה ייוותרו ככל הנראה מיעוט מובהק, ולא יזכו להגיע ביום מן הימים למוקדי הכוח וקבלת ההחלטות.⁸³ הן זוכות אומנם בייצוג על-ידי ארגוני החברה האזרחית,

78 הגם שסטפנופולוס מציע הגדרה משלו: "A group is relatively powerless if its aggregate policy preferences are less likely to be enacted than those of similarly sized and classified groups". שם, בעמ' 1531.

79 בארצות-הברית, לשם השוואה, נעשו מהלכים אמפיריים משמעותיים. ראו, למשל, JOHN D. GRIFFIN & BRIAN NEWMAN, MINORITY REPORT: EVALUATING POLITICAL EQUALITY IN AMERICA (2008); Jeffrey R. Lax & Justin H. Phillips, *Gay Rights in the States: Public Opinion and Policy Responsiveness*, 103 AM. POL. SCI. REV. 367 (2009); MARTIN GILENS, AFFLUENCE AND INFLUENCE: ECONOMIC INEQUALITY AND POLITICAL POWER IN AMERICA (2012); Nicholas O. Stephanopoulos, *Race, Place, and Power*, 68 STAN. L. REV. 1323 (2016).

80 כך, למשל, קבוצת מבקשי המקלט לא הייתה קיימת כמעט בישראל לפני כחמש-עשרה שנה, ולא קיבלה יחס משפטי מיוחד (לקולא או לחומרא). לא היה נהוג להתייחס אליה כאל קבוצת מיעוט מובהק.

81 רואץ' מתאר קבוצה זו כנטולת הגנה או ייצוג הולם בבית-המחוקקים, וגורס כי יש סבירות שזכויותיה יידרסו בהליך ההצבעה הרובני. ראו Roach, *Dialogue or Defiance*, לעיל ה"ש 59, בעמ' 366.

82 Roach, *Dialogic Judicial Review*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 96. לדוגמאות נוספות ראו את הדיון שהוא עורך בנוגע לאתרי הזרקה בטוחה בקנדה, שבו הוא מתייחס למכורים לסמים, שרבים מהם קורבנות סחר בנשים, נשאי HIV וחסרי-בית. אלה מהווים קבוצה נוספת בקרב ה"לא-פופולריים", קרי, בקרב הפגיעים ביותר בתהליך החקיקה, במיוחד בעידן הפופוליזם: Kent Roach, *Dialogue in Canada and the Dangers of Simplified Comparative Law and Populism*, in CONSTITUTIONAL DIALOGUE: RIGHTS, DEMOCRACY, INSTITUTIONS 267, 275 (Geoffrey Roach, *The Dangers of* Sigalet, Grégoire Webber & Rosalind Dixon eds., 2019) (להלן: *Simplified Comparative Law and Populism*).

83 ראו אצל מונדלק, לעיל ה"ש 65. מונדלק ממשג זאת כ"חווה תשתית" בין מהגרי-העבודה לעבודה, שבמסגרתו הם מקבלים על עצמם את זרותם המשפטית ואת שלילת זכויותיהם בהקשרים רבים. בין הזכויות שנשללות מהן מצויה הזכות לייצוג. במסגרת זו אין למהגרי-העבודה – וגם לא תהיה – אפשרות לעצב את מערך זכויותיו. להרחבת הטיעון ולביקורת על המצב הקיים ועל ההדרה הנעשית במסגרתו ראו שם.

וזהו ייצוג בעל חשיבות,⁸⁴ אך המצב רחוק עדיין עד-מאוד מן האפשרות לטעון כי הן בעלות כוח פוליטי כלשהו. הרי חלק ניכר מקבוצות המיעוט זוכות בייצוג של ארגוני החברה האזרחית. מתן משקל מכריע לייצוג על-ידי ארגוני החברה האזרחית, בהינתן שלעיתים קרובות זהו הייצוג היחיד של אותן קבוצות, יוביל לכך שההירמת של ארגון כזה לעניינה של קבוצה תעמוד בעוכרה: הייצוג האזרחי יסיר ממנה את האפשרות להיחשב קבוצת מיעוט נעדרת ייצוג המצדיקה את הגבלת הדיאלוג.

ערביי ישראל מהווים קבוצה נוספת בהקשר זה. אומנם יש לערביי ישראל ייצוג פרלמנטרי פורמלי, אך הוא נמוך במידה משמעותית מחלקם באוכלוסייה. היבט זה מחדד את התפיסה כי כוח פוליטי אינו מרכיב בינרי, אלא מצוי במנעד.⁸⁵ במובן זה, ערביי ישראל מחזיקים במידה מסוימת של כוח פוליטי, אך חלקי בלבד ביחס להיקפם. סוגיית הייצוג הדסקריפטיבי (הימצאותם במוקדי קבלת ההחלטות) והייצוג המהותי (אם ההחלטות שמתקבלות תואמות את האינטרסים שלהם)⁸⁶ משקפת עוד יותר את מידת ייצוג-החסר שלהם. התמונה בוטה יותר באשר לערביי ירושלים, שאף אינם מחזיקים בזכות להצביע ומחזיקים במעמד של תושבות בלבד. על כך יש להוסיף את אופייה של ישראל כמדינת לאום, המהווה חסם חקיקתי אינהרנטי הפועל כלפי האוכלוסייה הערבית. גם בטרם נחקק חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי,⁸⁷ ובוודאי אחריו, התפיסה הלאומית של ישראל נותנת עדיפות מובהקת ליהודים ברוב מישורי החיים. כמעט תמיד ניתן להצביע על עדיפות בטחונית, תקציבית וחינוכית ליהודים על לא-יהודים, וכך גם במישורי השוואה נוספים. במציאות זו רוב קבוצות המיעוט הלא-יהודיות המבקשות לקבל משאבים מן המדינה מצויות בנחיתות חקיקתית.

לגבי קבוצות אחרות באוכלוסייה התמונה רחוקה מלהיות חד-משמעית: קהילת הלהט"ב זוכה בתמיכה ציבורית ניכרת, כולל של דמויות פוליטיות בולטות; בייצוג על-ידי ארגוני החברה האזרחית; בנראות ניכרת בשיח הציבורי ובייצוג דסקריפטיבי; ואף בחקיקה מגינה (בתחומי הפליה ובתחומים כלכליים בעיקר). עם זאת, עומדים מולה חסמים חקיקתיים משמעותיים, ובראשם הסטטוס-קוו הדתי. בהינתן העדר הפרדה בין דת למדינה, ושיבת המפלגות החרדיות בקואליציה באופן שהופך אותן ללשון המאזניים בשדה הפוליטי,⁸⁸ יש קושי רב לקדם חקיקה הנוגעת בלהט"ב בכלל הספרות הנוגעות בנישואים, בהורות ובחיי

84 לדיון בהקשר זה – שנסב כל-כולו על היקף ההשתתפות בהליך החקיקה, בפרט דרך ארגונים מייצגים שונים – ראו נטע דגן שיתוף הציבור בהליכי חקיקה 71 (חיבור לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, 2017).

85 Stephanopoulos, *Political Powerlessness*, לעיל ה"ש 77, בעמ' 1550–1552.

86 להבחנה בין ייצוג דסקריפטיבי לבין ייצוג מהותי ראו Bertrall L. Ross II & Su Li, *Measuring Political Power: Suspect Class Determinations and the Poor*, 104 CAL. L. REV. 323, 333–334 (2016).

87 למשל, באמצעות חוק השבות, התש"י–1950, וחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003.

88 לדיון בייצוג החרדי, ראו גילה שטופלר "המיעוט הערבי, המיעוט החרדי והתאוריה הרב-תרבותית במדינה יהודית ודמוקרטית" משפט, מיעוט וסכסוך לאומי 11 (ראיף וזיק ואילן סבן עורכים, 2017).

משפחה. למפלגות החרדיות יש הלכה למעשה שליטה בחקיקה הקשורה לתחום זה,⁸⁹ ולכן בכל הנוגע בשוויון ובזכויות של קהילת הלהט"ב"ק בתחום זה הקבוצה מצויה בייצוג-חסר מובנה.⁹⁰ חסם חקיקתי נוסף אשר מופנה כלפי הקבוצה, וקשור לקודמו, הוא המשמעת הקואליציונית החזקה שמונהגת בישראל. על-כן יוזמות חקיקה שונות אינן מתקדמות גם כאשר חברי כנסת פרטניים בקואליציה, או אף סיעות, היו מעוניינים להצביע בעד יוזמות אלה.⁹¹ קבוצה נוספת היא העניים. גם לקבוצה זו אין "ייצוג טבעי" כלשהו או גוף מאוגד שיגן על ענייניה. יתרה מזו, בעוכריה עומדים כמה קשיים מרכזיים: היא אנונימית, מבוזרת ואינה מאוגדת. ככזו, יכולת ההשפעה הפוליטית שלה מצומצמת מאוד.⁹² אומנם, יש להיזהר מלהחיל את המצב הנוהג בארצות-הברית גם על ישראל, אך גם אין להתעלם מן העובדה שבספרות האמריקאית הוכרה קבוצה זו כקבוצה מובחנת אשר יש לבחון את האפשרות להחיל עליה מבחנים חוקתיים מחמירים.⁹³

קבוצה נוספת היא נשים. מבחינה כמותית נשים מהוות כמחצית האוכלוסייה, ואף מעט יותר. אולם במבחן הייצוג הדסקריפטיבי נוכחותן במוקדי קבלת ההחלטות, במיוחד בפוזיציות הבכירות, נמוכה בעשרות אחוזים מחלקן היחסי באוכלוסייה.⁹⁴ העדרן ממוקדי קבלת ההחלטות המרכזיים מוביל ליותר ויותר תופעות של הפליה והדרה, מוכוונות ושיטתיות,⁹⁵ המעירות על ייצוג-החסר שלהן.

ניתן לתהות גם באשר לטיב הייצוג של קבוצות נוספות בחברה הישראלית – כגון זקנים, אנשים עם מוגבלות, דרוזים וברווזים – שהן אוכלוסיות בעלות מאפיינים מובחנים שנדמה כי מצויות בייצוג-חסר. העיסוק בזיהוי ובהגדרה של מיעוטים הוא מורכב, ונדמה שבישראל הוא מורכב אף יותר. לכן ראוי לשקול את מעמדה של כל אחת מהקבוצות הללו כקבוצת מיעוט הראויה להגנה שיפוטית מיוחדת.

עם זאת, מסקנה שלפיה בכל עתירה המגיעה מאחת מהקבוצות האלה יש לבחון את הצבת גבולות הדיאלוג תוביל ללא ספק לסופו המר. הצבת גבול אחר גבול לא תותיר מהדיאלוג דבר. על-כן אני מבקשת לתחום את הטענות בשתי דרישות נוספות, אשר רק בהתקיימן יפנה בית-המשפט לאמצעי-הקצה המוצגים בפרק הבא. האחת היא דרישה לקשר סיבתי: הפגיעה החוקתית נדרשת להיות בשל ההשתייכות הקבוצתית. עורך-דין בדווי שיעתור

89 ש.ם.

90 ראו אצל רובינשטיין, שבוחן לא רק את השאלה אם יש ייצוג, אלא גם את האפקטיביות של הייצוג: אמנון רובינשטיין "מיעוטים לא-ליברליים ואנטי-ליברליים" משפט ועסקים יט 695, 702-703 (2016).

91 גילד-חיו ושהב טוענות כי המשמעת הקואליציונית מובילה באופן שיטתי למדי להכשלת מהלכים שמטרתם להגן על זכויות אדם. גילד-חיו ושהב, לעיל ה"ש 49, בעמ' 74.

92 Bruce A. Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 HARV. L. REV. 713, 723 (1985).

93 כן, למשל, חלקן היחסי של נשים בתפקידים ניהוליים בשירות המדינה מצומצם בהרבה מחלקן בשירות המדינה. לפירוט ראו שלי מזרחי סימון נשים בתפקידים בכירים ועתודה ניהולית נשית

94 בשירות המדינה (הכנסת), מרכז המחקר והמידע, (2015).

95 ראו, למשל, בהקשר של הפרדה בהשכלה הגבוהה. לפירוט נרחב ראו את כתב העתירה בבג"ץ 6500/17 תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה (תלוי ועומד) (נמצא ברשות המחברת).

נגד שינויים בחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, לא יוביל להצבת גבולות הדיאלוג. כך גם אישה שתעתור נגד הסדרי מיסוי של חברות; פלסטיני שיעתור נגד איסור הייצוג המשפטי לפני ועדות ביטוח לאומי; וכן הלאה. אין די בעצם ההשתייכות לקבוצת המיעוט. הגבולות אינם צריכים להימתח אך בשל מיהות העותר, אלא בשל שילוב של מיהות העותר ומיהות הטענה, דהיינו, רק כאשר אדם המשתייך לקבוצת מיעוט נעדרת ייצוג טוען כי קופח בדרך כלשהי בשל השתייכותו לאותה קבוצת מיעוט. הדרישה האחרת היא פגיעה בליבת הזכות. לאור האמור לעיל, ועל-מנת לא להרחיב יתר על המידה את גבולות הדוקטרינה המוצעת כאן, רק פגיעה בליבת הזכות החוקתית תוביל למימושה. פגיעה פריפריאלית תזכה עדיין בבחינה חוקתית מלאה, וייתכן שאף תוביל לבטלות חקיקה, ככל שהבחינה אינה עומדת בפסקת ההגבלה. אולם פגיעה בשוליה של הזכות החוקתית אינה מצדיקה את האמצעים הנדונים כאן.

ג. כיצד יוצבו הגבולות?

אני מבקשת להצביע על שתי דרכים מרכזיות (גם אם לא בלעדיות) להצבת גבולות לדיאלוג בשם זכויות האדם. יתרון של שתי הדרכים הוא שהן ממוקמות בתוך הדיאלוג, ולא חיצוניות לו, ומצויות היטב במסגרת סמכויותיו של בית-המשפט. הדרך האחת היא פסילת תכלית החקיקה. התוצר של בחירה זו הוא חסימת המחוקק מלהוציא לפועל תכלית לא-ראויה, במנותק מהאמצעים שבהם בחר. הדרך השנייה היא נחרצות שיפוטית – גישה שבמסגרתה בית-המשפט נמנע משימוש בדוקטרינות מבוססות-תגובה ומעדיף סעדים מוחלטים על סעדים מרוככים. שתי הדרכים הללו מבוססות על היגיון ונסיון-עבר המוליכים למסקנה כי המחוקק מקפח (לרוב באופן שיטתי) קבוצות מיעוט פגיעות ועל-כן אין להחזיר את הדברים לפתחו בציפייה לשינוי.

1. פסילת התכלית

הדרך האולטימטיבית לסיים את חייו של הדיאלוג על-מנת להגן על זכויות מיעוטים היא פסילת תכלית החקיקה. זוהי דרך גורפת. אם פסילת חוק נחשבת "נשק לא-קוננוציונלי", אזי פסילה דרך תכלית החוק היא כזו פי כמה וכמה. המשמעות המרכזית, האופרטיבית, של פסילת התכלית היא חסימת המחוקק והגורמים הפוליטיים מלהוציא לפועל את המדיניות הרצויה בעיניהם. מרגע שבית-המשפט קובע כי התכלית פסולה, אין נפקא מינה מהם האמצעים שדרכם יבקש המחוקק להוציאה לפועל. לכך נלווית גם משמעות אקספרסיבית לא-מבוטלת הקובעת פסול מופגן במעשיו של המחוקק. מטעם זה, המקום המרכזי שבו פסילת התכלית צריכה למלא תפקיד הוא כאשר מונח לפני בית-המשפט עניינה של קבוצת מיעוט נעדרת ייצוג, כאשר הפגיעה היא בליבת הזכות, כאשר נמצא כי התכלית אינה חוקתית, וכאשר אין טעם לסבור כי החזרת העניין למחוקק תוכל להעניק הגנה לעניינה של אותה קבוצת מיעוט. זכויות האדם אינן צריכות לשאת על כתפיהן את כל כובד מחירם של יחסים בין-מוסדיים תקינים. במקרים שאינם

עוסקים בקבוצת מיעוט נעדרת ייצוג ניתן לאמץ את המבחן האמריקאי – הצר גם הוא – שעוסק במניעים פסולים מיסודם, שעליו ארחיב בהמשך.⁹⁶ אמת, פסילת התכלית לא לעולם תחסום את המחוקק. מבחינה רעיונית, המחוקק יכול לחוקק מחדש את אותו חוק או חוק דומה עד-מאוד תוך הדגשת תכליות שונות מאלה שאותרו על-ידי בית-המשפט (ואפילו מנוגדות להן). אולם קשה להאמין שמצב זה יתרחש בישראל, לנוכח שליטתה של שיטת הפרשנות האובייקטיבית (להבדיל מזו הסובייקטיבית) כחלק מהמסגרת הרחבה של שיטת הפרשנות התכליתית, אם כי הגישה השמרנית שמתחילה לאחוז בחלקה של פסיקת בית-המשפט העליון בימים אלה עשויה להעיד על שינוי כיוון.⁹⁷ במצב הקיים, היה אם יזהה בית-המשפט תכלית פסולה ויביע רצון לפסול אותה, הוא יוכל לאתר אותה בקלות מתוך תוכן החוק או מבנהו, תוך דחיית הרשמים הסובייקטיביים של הליך החקיקה.⁹⁸ החשש הגדול והמשמעותי יותר הוא שבית-המשפט והמחוקק יינסו למצין מלחמת-התשה של תכליות, של חקיקה מחודשת ופסילה מחודשת. גם פסילת התכלית לא תפסול כנראה מחוקק נחוש במיוחד, והניסיון העולמי מראה שבמלחמות-התשה בתי-משפט אינם נוחלים הצלחות רבות. אך הרבה לפני אלה, כדי שהחשש הרעיוני או החשש המשמעותי יתרחשו, בית-המשפט צריך לגלות נכונות לפסול את התכלית. מצב זה לא אירע עד כה, וכאן טמון אפוא שורש הבעיה.

(א) פסילת התכלית בראי הפסיקה הישראלית

בכל הנוגע בתכלית, הפסיקה הישראלית מגלה תמונה חד-ממדית. במקרים מעטים מאוד גילה בית-המשפט נכונות לאתגר את שאלת התכלית. ייתכן כי אף השימוש במושג "לאתגר" אינו מדויק, שכן גם כאשר כל הראיות הובילו את בית-המשפט לכיוון פסילת התכלית, הוא בחר לא לעשות כן. דוגמה מצוינת מצויה בעניין אורון,⁹⁹ שם נדונה חוקתיותו של תיקון לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב–1982, אשר העניק רישיון וזיכיון להפעלת תחנת רדיו לתחנה אשר שידרה במשך חמש שנים ונקלטה בשטחי ישראל. באותו עניין חשפה התכלית הסובייקטיבית בקלות כי תכלית התיקון הייתה למעשה להכשיר את פעילותו של ערוץ 7, אשר פעל עד אותה עת כמפר חוק. גם היועץ המשפטי לממשלה תמך בטענת העותרים כי התכלית אינה ראויה. השופט אור פתר את הבעיה בכך שקבע כי זו תכלית ברמת הפשטה נמוכה, והיא אכן אינה ראויה, אך "מוכן אני לקבל, ולו מפאת הזהירות," כי "ייתכן שהתיקון לחוק מקפל בחובו תכלית נוספת, ברמת הפשטה גבוהה יותר, והיא מתן ייצוג תקשורתי פלורליסטי."¹⁰⁰

96 ראו להלן ה"ש 150–155 והטקסט שלידן.

97 לדיון (וספקות) בשאלה זו ראו רפי רזניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המקורנות? לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי" משפטים על אתר יב 67 (2018).

98 לבכורה של הפרשנות האובייקטיבית על זו הסובייקטיבית ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג – פרשנות חוקתית 161 (1994) (להלן: ברק פרשנות חוקתית): "אם קיים פער בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית – כך גורסת השיטה הפרשנית התכליתית – ידה של התכלית האובייקטיבית על העליונה".

99 בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002).

100 שם, פס' 34 לפסק-דינו של השופט אור.

לתכלית זו מצא השופט אור תמיכה שלאחר מעשה הן בלשון החוק והן בדבריהם של חברי הכנסת בדיונים. כאשר הגיעה העת להכריע בשאלה מה דינה של תכלית שמקפלת בתוכה גם תכלית שאינה ראויה, כתב השופט אור כי הוא אינו נדרש להכריע בשאלה זו, שכן ממילא האמצעים אינם מידתיים.¹⁰¹

בעניין נסר הורה בית-המשפט כי את הטבות המס הניתנות ליישובי-ספר יש להעניק באופן שוויוני, ולא באמצעות נקיבת שמותיהם של יישובים יהודיים והשמטת שמותיהם של יישובים ערביים. באותו מקרה לא הצליח בית-המשפט לאתר תכלית כלל, לנוכח העדר אמות-מידה לזכאות בהטבת המס שנדונה שם. אולם היבט זה לא הוביל לקריאה של תכלית שנשענה על מבחנים אובייקטיביים, ולא הוביל לפסילה של התכלית הלא-קיימת.¹⁰² הנשיאה ביניש דילגה על המבחן והתקדמה להערכת מידתיותם של האמצעים, הגם שלא היה ברור מה התכלית שעליהם להגשים.

בעניין יקותיאל נפסל סעיף תקציבי שהעניק לאברכים הטבות שלא הוענקו לסטודנטים במעמד דומה. הנשיאה ביניש הכירה בכך שביסוד ההסדר שנוון עמדה תכלית של סיוע כלכלי לאברכי כוללים, כחלק ממגמה של עידוד הלימוד התורני, שהיא "שאלה מורכבת" כשלעצמה. אולם מכיוון שאותה שאלה מורכבת הייתה תלויה ועומדת באותה עת לפני בית-המשפט בהליך אחר, הייתה הנשיאה ביניש מוכנה להניח כי התכלית ראויה, שכן לשיטתה פסקת ההגבלה אינה המקום להכריע בשאלה מורכבת זו.¹⁰³

הפרשה שחושפת יותר מכל, לטעמי, את הקושי השיפוטי לפסול את התכלית היא פרשת מבקשי המקלט, על שלושת גלגוליה. בכל אחת משלוש הפרשות החוקתיות הציבה שאלת התכלית את בית-המשפט מול בעיה, ופעם אחר פעם ביקש בית-המשפט לחמוק ממנה. בעניין אדם זיהתה השופטת ארבל שתי תכליות מרכזיות ביסוד תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט). הראשונה היא מניעת השתקעות של השוהים, וזו נחשבה לגיטימית.¹⁰⁴ השנייה זוהתה כתכלית הרתעתית, וזו עוררה קושי, שכן היא היוותה בסיס לפגיעה בחירות השוהים. היא שיקפה התייחסות אל השוהים כאל אמצעי, ולא כאל מטרה, והיוותה פגיעה עצמאית נוספת בכבודם כבני-אדם.¹⁰⁵ השופטים פוגלמן וג'ובראן עמדו גם הם על קושי זה.¹⁰⁶ השופטת ארבל נתנה לבסוף הצדקה (שנדמית כחלקית) לתכלית מוקשית זו, בדמות "מצב קיצוני" שבו התכלית נהפכת לחיונית לשם שמירת אינטרס של המדינה, וכאשר המטרה

101 שם, פס' 32–35 לפסק-דינו של השופט אור.

102 בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 48 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש (פורסם בנבו, 22.5.2012).

103 בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142, פס' 43 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (2010).

104 עניין אדם, לעיל ה"ש 21, פס' 84 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

105 שם, פס' 86 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

106 שם, פס' 18–19 לפסק-דינו של השופט פוגלמן ופס' 10 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן. האחרון סירב להכריע באשר לחוקתיותה של התכלית, שכן ממילא נפסק כי ההוראה אינה מידתית. כנגד זה ראו שם, פס' 2 לפסק-דינו של השופט הנדל, שסבר כי התכלית אכן ראויה, ופירט מדוע.

העיקרית של ההחזקה קשורה לשווה עצמו. את המשוכה היא עברה לבסוף משום שהיא הייתה מוכנה "לצאת מנקודת הנחה כי החוק צולח את מבחן התכלית הראויה".¹⁰⁷ גם בעניין איתן, שבו נדונה חוקתיותה של התגובה החקיקתית על עניין אדם, מצא בית-המשפט כי אחת התכליות (המוצהרות), שעניינה זיהוי ומיצי של אפיקי יציאה לגירוש, היא ראויה,¹⁰⁸ בעוד תכלית נוספת (מוצהרת גם היא), שעניינה מניעת הישנותה של תופעת ההסתננות, היא בעייתית. גם הפעם התמקדה ההנמקה באופייה ההרתעתי של התכלית. למרות זאת הראה השופט פוגלמן נכונות להימנע מלפסול את התכלית, משום שההוראה החדשה שנחקקה במסגרת תיקון מס' 4 לחוק ממילא לא עמדה, לגישתו, במבחני המידתיות.¹⁰⁹ מאותו טעם הוא לא מצא טעם בהכרעה בין התכלית שעניינה "עידוד עזיבה 'מרצון'" לבין "שבירת רוחם" של המסתננים.¹¹⁰ גישה דומה, אשר הטילה ספקות בתכלית אך נמנעה מהכרעה חד-משמעית לנוכח העובדה שהסדרים ממילא לא עמדו במבחני המידתיות, נקטו שופטים נוספים.¹¹¹

בעניין דסטה, שבחן את חוקתיותה של התגובה החקיקתית לאחר עניין איתן, שבה הנשיאה נאור ועמדה על שאלת התכלית, תוך הזכרת הקשיים שהעלתה הסוגיה בעניין אדם ובעניין איתן, והדגישה כי ההכרעה שם הייתה לבסוף על בסיס מבחני המידתיות, ללא הכרעה כי התכלית אכן ראויה.¹¹² נדמה שבפסק-הדין בעניין דסטה ביקשה הנשיאה נאור להסיר מעל סדר-היום את שאלת התכלית. באשר לאחת התכליות היא הכריעה כי היא אכן ראויה; תכלית אחרת היא הסירה מהשולחן השיפוטי לנוכח העובדה שדובר שם בקושי שאף העותרים לא התייחסו אליו; ולגבי השלישית היא קיבלה את עמדת המדינה (כי "בוודאי בוודאי ובוודאי" שלא נעשו או ייעשו פעולות של שבירת רוחם של השוהים).¹¹³ גם השופט פוגלמן, בדומה לפסיקותיו הקודמות, מצא קושי של ממש באחת התכליות, אך בחר לפרש אותה באופן שיסיר את הקושי.¹¹⁴ חשובים במיוחד דבריו על התכלית של "מניעת התחדשותה של תופעת ההסתננות לישראל", שכן לגישתו, כמו-גם לגישתה של הנשיאה נאור, מדובר עדיין בתכלית הרתעית. הוא כתב כי כעת נדרשת "הכרעה מפורשת בשאלת עמידתה של תכלית זו במבחן

107 שם, פס' 93 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

108 עניין איתן, לעיל ה"ש 21, פס' 50–51 לפסק-דינו של השופט פוגלמן. עם זאת, ראו שם, פס' 101 לפסק-דינו, שם היה השופט פוגלמן מוכן להטיל ספק גם בתכלית זו, אם כי מבלי להכריע: "בחורות דעתי בפרשת אדם נמנעתי מקביעת מסמרות בעניין זה – על רקע הקושי שמעוררת תכלית שעניינה הפרדת אוכלוסייה אחת מאוכלוסייה אחרת – מן הטעם שתיקון מס' 3 לחוק ממילא לא צלח את מבחני המידתיות (פסקה 19 לחוות דעתי). הואיל ולהשקפתי גם עיקרו של תיקון מס' 4 אינם צולחים מבחנים אלה, לא נדרשת הכרעה בשאלה זו גם בהליך שלפנינו ואניח לצורך הדין כי מדובר בתכלית ראויה".

109 שם, פס' 52 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

110 שם, פס' 113 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

111 שם, פס' 5–6 לפסק-דינה של השופטת ארבל, פס' 10 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס ופס' 10 לפסק-דינו של השופט עמית. אולם ראו גם פס' 5–8 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

112 עניין דסטה, לעיל ה"ש 21, פס' 64–66 לפסק-דינה של הנשיאה נאור.

113 שם, פס' 76–80 לפסק-דינה של הנשיאה נאור.

114 הכוונה לתכלית של "מניעת השתקעות במרכזי הערים". ראו שם, פס' 18–19 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

התכלית הראויה", ולשם כך קיבל את עמדת הנשיאה. לפי עמדה זו, מכיוון שבית-המשפט הכיר בכך שהתכלית של מניעת השתקעות היא ראויה, אין מניעה שיתלווה אליה אפקט הרתעתי, כל עוד זו תכלית נלווית, ולא תכלית עצמאית.¹¹⁵ באשר לתכלית של עידוד עזיבה מרצון סירב השופט פוגלמן (ועימו השופט עמית) להכריע, הגם שהטיל בה דופי. לבסוף הוא הסתפק בקבלת הצהרתה של המדינה בעניין זה.¹¹⁶

בשום פסק-דין שניתן עד כה לא נפסל חוק בשל תכליתו.¹¹⁷ בשום פסק-דין גם לא עמד בית-המשפט על המחיר הפוטנציאלי של פסילת התכלית וחסימת הגורמים הפוליטיים מלהגשים את התכליות הרצויות בעיניהם, ועל כך שלחסימה זו עלולים להתלוות משבר חוקתי או נסיונות (שאולי אף יצלחו) לשנות את כללי המשחק. קשה לטעון כי בית-המשפט אינו מודע למחיר זה, וקל להבין מדוע הוא מעולם לא הציף זאת בריש גלי. עם זאת, בנקודה מסוימת קשיים שנעוצים בלגיטימיות וביחסים בין-מוסדיים אינם יכולים עוד לגבור על זכויות אדם.¹¹⁸ גם אם הרצון השיפוטי לא לעסוק בכך ברור, יש להוביל שינוי גישה שבמסגרתו יגלה בית-המשפט את העוז הנדרש לחסום את המחוקק מלהוציא לפועל מדיניות לא-ראויה, גם במנותק משאלת האמצעים ומידתיותם.

אמת, אי-אפשר להתעלם מהחשש התמידי, מהחריב המונפת לעולם על צווארו של בית-המשפט העליון בצורת איומים שונים. כך בוודאי בהינתן המערכות הפוליטיות האחרונות בישראל ובנסיונות העולמיים – שהצליחו בחלקם – לפגוע בבתי-משפט עליונים.¹¹⁹ אולם אם בית-המשפט יניח לאיומים אלה למנוע אותו מלהגיע להחלטה החוקתית הנכונה (בהנחה שהוא אכן מצא את התכלית כפסולה), אזי הוא יוותר בפועל על עצמאותו. המחוקק-המכונן הוא שהציב את דרישת התכלית הראויה כחלק מפסקת ההגבלה, וכעת על בית-המשפט לדרוש

- 115 שם, פס' 21 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.
- 116 שם, פס' 24–28 לפסק-דינו של השופט פוגלמן ופס' 5 לפסק-דינו של השופט עמית. אך ראו את הדברים הבאים שנכתבו בערעור מנהלי נגד הוראת התייצבות ושהייה במתקן חלולות של אחד השהיה: "בפני בית המשפט המחוזי טען נציג המדינה כי 'הכוונה אינה לאפשר להם [למסתננים] לשהות פה ולהנעים את זמנם בצורה מיטבית, אלא למצוא את הדרך בה בסופו של דבר יצאו מישראל... הם נכנסו שלא כדין ואינם אמורים להישאר פה'... טיעון זה עומד בניגוד מוחלט לעמדת המדינה כפי שהוצגה בפני בית המשפט בעניין דסטה... ניתן להיווכח אפוא, כי עמדת המדינה בפני בית משפט קמא הוצגה באופן בלתי ראוי, ולא בכדי נטען על ידי המערערים כי ייצא המרצע מן השק'. בדיון שהתקיים בפנינו, הבהיר בא-כוח המדינה כי מדובר בשגגה, וכי לא חל שינוי בעמדת המדינה כפי שהוצגה בעניין דסטה. ראינו צורך להביא את הדברים בצורה מפורשת, כדי לוודא שעמדתה המוצהרת של המדינה היא אכן זו שמיושמת בשטח". ע"מ 849/16 פלוגי נ' משרד הפנים – מדינת ישראל, פס' 8 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 25.10.2017).
- 117 כחריג בולט נמצא פסק המיעוט של השופט לוי בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס' 37 לפסק-דינו של השופט לוי (2005), שבו נפסקה שאלת חוקתיותה של ההתנתקות. זה המקרה היחיד שבו גילה שופט נכונות מפורשת לפסול חוק בשל תכליתו.
- 118 ברק מדינה ואילן סבן "על 'עם', קרעיו ושאיפת איחוי: פסק הדין בעניין חוק החנינה למפרי חוק על רקע התנגדותם לתכנית ההתנתקות" משפט, מיעוט וסכסוך לאומי 375, 380 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים, 2017).
- 119 טוכפלד, לעיל ה"ש 35, והטקסט שליד הערת-השוליים. ראו גם את ההרחבה בנושא זה בפרק הסיכום להלן.

ממנו לעמוד בה. אי-אפשר להיתלות בכל חשש לכינון פסקת התגברות, לביטול הביקורת השיפוטית בחוק-יסוד: החקיקה או לביטול חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כטעם לריסון שיפוטי או להנסגת-דעת שאינם ראויים מנקודת-המבט של זכויות אדם.¹²⁰ על כך יש להוסיף את העובדה המשמעותית שיש חסמים פוליטיים שונים שמונעים את התגברות החקיקתיות הפוטנציאליות האלה. לא הכל תלוי בבית-המשפט. פסקת ההתגברות (הכללית) נתקלה פעם אחר פעם במעצורים פוליטיים, גם מתוך הקואליציה. כך, במופע האחרון בשנת 2018 שבו היא עמדה על קדמת הבמה, נמנע קידומה.¹²¹ חוק-יסוד: החקיקה עומד וממתין זה שנים רבות – הן בנוסחים המעגנים את הביקורת השיפוטית והן בנוסחים המצרים אותה.¹²² ביטול חוק-יסוד אינו אפשרות גיונית, בעיקר בהינתן הסטטוס-קוו שנוצר סביב הביקורת השיפוטית על בסיסו והחששות הפוליטיים הכבדים מתגובה ציבורית ובין-לאומית על ביטולו.¹²³ אומנם נדמה שקיימת הקצנה של השיח הציבורי ושל הנכונות הפוליטית להחליש את בית-המשפט העליון, אך מציאות זו אינה יכולה למנוע את בית-המשפט מלמלא את תפקידו. האם פסילת התכלית תציב את בית-המשפט בנקודה מורכבת, בעייתית אולי? ייתכן בהחלט. אולם מתוקף תפקידו כגוף שאינו נבחר, כלומר כגוף שאינו כפוף לתלות אלקטורלית, ומכוח תפקידו בתהליך הפוליטי ומקומו בתווך בין רשויות השלטון, כך הוא צריך לעשות, אם מצא כי התכלית אכן אינה ראויה וכי אין טעם להאמין שבחקיקה חוזרת יביא המחוקק בחשבון את שיקולי זכויות האדם הרלוונטיים.

- 120 דרך חלופית להמשיג זאת היא שהגנה נחרצת על זכויות אדם (באמצעות פסילת התכלית) תוביל לכך שהמחוקק-המכוון ייצור לו, באמצעות כל אחד מהמנגנונים האלה (פסקת ההתגברות, ביטול הביקורת השיפוטית או ביטול חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), מערך אחר של כלים שיאשר פגיעה בזכויות אדם. אולם גם כאן קבלת הטענה משולה לאמירה שבשם ההגנה העתידית, הפוטנציאלית, על זכויות האדם אין להעניק הגנה נחרצת לזכויות האדם שנפגעות כעת. דיקסון ויששכרוף כינו זאת "living to fight another day". ראו Rosalind Dixon & Samuel Issacharoff, *Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy*, 2016 Wis. L. Rev. 683, 689. טיעון זה אינו משולל יסוד, אך אין בכוחו להצדיק הימנעות מפסילת התכלית באותם מקרים מעטים אשר גם מצדיקים זאת מבחינה עניינית וגם מבוססים על חוסר אמון במחוקק לנוכח אופייה של הקבוצה שהעותרת משתייכת אליה ושעל בסיס השתייכותה אליה היא נפגעה. להרחבה ראו להלן ה"ש 221–222 והטקסט שלידין.
- 121 ראו, למשל, יוסי ורטור "בקרב על חוק רומס בג"ץ, כחלון סרב לשחק את התפקיד שייעד לו בנט" הארץ (6.5.2018) www.haaretz.co.il/news/politics/premium-1.6060855.
- 122 ראו, למשל, תזכיר חוק-יסוד: החקיקה (נוסח ועדת נאמן), זמין באתר קשרי ממשל: www.tazkirim.gov.il/pages/tazkirim.aspx; פרק החקיקה בהצעת חוקה בהסכמה רחבה, זמין באתר הכנסת: main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Pages/ConstPLegislation.aspx; תזכיר חוק-יסוד: החקיקה (דצמבר 2017), זמין באתר קשרי ממשל, לעיל. יש גם נסיונות במסגרת הצעות חוק פרטיות לבטל את סמכות הביקורת השיפוטית דרך חוק-יסוד: השפיטה. ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על חקיקה), פ/5349/20.
- 123 אורי אהרונוסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו כקושי אנטי-רובני" עיוני משפט לז' 509 (2016).

(ב) פסילת התכלית בראי הספרות הישראלית

כמו הפסיקה, גם הכתיבה ממעטת לעסוק בשאלה הזו. מרביתה המכרעת של הכתיבה בשאלת הבחינה החוקתית בישראל ובקנדה, בעלות פסקת ההגבלה, עוסקת במבחני המידתיות, ואך מעט מתוכה עוסקת בתכלית. מתוך אותן התייחסויות לתכלית, רובן עוסקות בחשיבות של שימור התכלית החוקתית. ממש כמו בפסיקה, השאלה של פסילת התכלית אינה נמצאת כמעט על הפרק.

קול בולט בשיח המועט שקיים על התכלית בישראל הוא זה של פרופ' ברק מדינה. תרומתו בשאלה היא הן דסקריפטיבית והן נורמטיבית. ברמה הדסקריפטיבית הוא עסק באותה תחושה שבת-המשפט יוצאים מנקודת הנחה של תכלית ראויה ומוכנים לנקוט טקטיקות שונות כדי להכשירה.¹²⁴ הוא הצליח להצביע על כמה אפיונים של היחס השיפוטי לשאלת התכלית, אשר מובילים כולם לכך שהתכלית נמצאת לבסוף מוצדקת וראויה. כך, למשל, בית-המשפט משתמש במבחן אובייקטיבי – "אילו מטרות חברתיות נועד ההסדר שנקבע בחוק להגשים?", וקשה לראות מצב שייחשב לא-ראוי מרגע שהמבחן מנוסח באופן זה; לחלופין בית-המשפט קורא אל תוך החוק תכלית כללית של צמצום פגיעתו של ההסדר בזכויות חוקתיות או תכלית שבמסגרתה ההסדר נועד לקיים כמה מטרות חברתיות מתנגשות; ודרך נוספת של בית-המשפט היא איתור תכלית חלופית אחרת של החוק, על-מנת להימנע מקביעה כי התכלית אינה ראויה. מדינה גם מסביר בחדות כי גישה זו יוצרת קושי עמוק יותר בבחינה החוקתית, שכן מידתיותם של האמצעים היא נגזרת של שאלת התכלית, וקריאה שיפוטית של תכלית מדומיינת או "לא-אותנטית" מובילה לכך שהיישום של מבחני המידתיות נע במנעד שבין לא-מדויק לשגוי, שכן האמצעים שהחוק נוקט "מולבשים" על אותה תכלית מדומיינת.¹²⁵

במישור הנורמטיבי מדינה מבקר את המצב הקיים בפסיקה הישראלית, ומאפיין את הדיון בשאלת התכלית כצור וכמבוסס על רמת הפשטה גבוהה. מבחינת בית-המשפט, לטענתו, די בקיומה של מטרה רחבה שמוכרת כלגיטימית (ביטחון כדוגמה בולטת) להעביר את הדיון לשאלת המידתיות.¹²⁶ לגישתו של מדינה, יש להעמיק את בחינת התכלית, שכן היא מיועדת להוות "קו הגנה ראשון" מפני פגיעה בזכויות.¹²⁷ הוא מסביר כי הענקת משקל רב יותר לדרישת התכלית מאשר לדרישת המידתיות תסייע לסתת לא רק מהם האינטרסים המוגנים והאינטרסים שאינם מוגנים, אלא גם מהן המטרות אשר מצדיקות פגיעה באינטרסים מוגנים,

124 תחושה זו משותפת גם לכהן-אליה, שכתב כי שופטים נוהגים לגלות ריסון רב בשלב הבחינה של התכלית הראויה, ויש אף שמתייחסים לבחינה חוקתית זו כאל "חותמת גומי". כהן-אליה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 559. ראו דיון בגישתו של כהן-אליה, להלן ליד ה"ש 133.

125 מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 69, בעמ' 162–169. להמחשת הטענה בפרקטיקה ראו את התכליות הרבות שהועמסו על גבו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב–2002, בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: עניין גיוס בחורי ישיבות 2006), ובבג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1 (2012) (להלן: עניין גיוס בחורי ישיבות 2012).

126 ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" משפט ועסקים טו 281, 310 (2012).

127 מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 69, בעמ' 167.

ותוכל להנחות את רשויות השלטון אילו סוגי פגיעה בזכויות אדם נתפסים כמוצדקים.¹²⁸ אולם גם מדינה אינו עומד על המחיר או ההשלכות של פסילת התכלית, במובן זה שהפסילה חוסמת את הרשויות הפוליטיות כליל מלהגשים את התכליות החוקתיות הרצויות בעיניהן.¹²⁹ פרופ' מרדכי קרמניצר תומך גם הוא בבחינה הדוקה יותר של שאלת התכלית. הוא סובר שאם התכלית אינה ראויה, יש לעצור את הבחינה החוקתית כבר בשלב זה, ובכך לשלוח מסר חד יותר בנוגע לזכויות שעל הכף.¹³⁰ קרמניצר גם חושש מהפיכת מבחן התכלית למבחן שמעניק הכשר מדומה לתכלית שאינה ראויה. הוא מסביר:

מה שחייבים להימנע ממנו הוא אפיון התכלית במאפיין מוקפד ותובעני כאשר בפועל אין מקפידים על בחינת העמידה במאפיינים אלה וקובעים כדבר שבשגרה את התקיימותם. זו גישה ש'מכה פעמיים' – היא מקנה מעמד וחשיבות ליעדים שאינם ראויים לכך, והיא אף עלולה לשבש את ההחלטה בשלב האחרון – משום שתכלית שהיא לאמיתו של דבר חסרת חשיבות או לא ראויה, מגיעה לבחינת המידתיות במובן הצר כשהיא נושאת גושפנקה הפוכה – של 'ראויות' וחשיבות. אם צריך לבחור בין התנהלות כזו לבין הורדת הסף באפיון התכלית מלכתחילה – עדיפה האפשרות השנייה.¹³¹

קרמניצר גם עומד על הקושי הגדול – בכל הנוגע בכיבוד הרשויות וביחסים הבין-מוסדיים ביניהן – הטמון במצב שבו בית-המשפט יכריע כי התכלית שהוצגה לו היא שקרית ויקבע כי התכלית האמיתית היא תכלית אחרת.¹³² אך גם הוא אינו דן במשמעות של חסימת המחוקק מלהגיב כתוצאה מפסילת התכלית.

פרופ' משה כהן-אליה נוגע בסוגיה מזווית אחרת, העוסקת בתוכן התכלית. לגישתו, עצם הבחינה השיפוטית של שאלת התכלית הראויה מזמינה את השופטים להביע דעה ערכית. על-כן הוא מאמץ את גישתו של אילי אך ביחס למבחני התכלית, בכותבו כי ככלל יש להימנע מלפסול את התכלית, אלא אם כן תוכנה משקף כשל בתהליך הדמוקרטי (מניעת פלורליזם

128 שם, בעמ' 170–171.

129 מדינה וסבן, לעיל ה"ש 118. השניים סברו כי היה על בית-המשפט לפסול את התכלית שביסוד חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות, התש"ע–2010, שנדון בבג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנוב, 2012.23.2). אך גם במסגרת הדיון הקונקרטי אין כל התייחסות למשמעותה של פסילת התכלית.

130 מרדכי קרמניצר "המידתיות החוקתית: קווים (ראויים) לדמותה" מידתיות במבט ביקורתי ומשווה 39–40 (מרדכי קרמניצר עורך, 2016). ראו את הטענה גם אצל גרוס, ביחס לפסק-הדין בעניין 10, 39–40 (מרדכי קרמניצר עורך, 2016). ראו את הטענה גם אצל גרוס, ביחס לפסק-הדין בעניין דסטא, לעיל ה"ש 21. גרוס כותב כי השימוש המוגבר במידתיות, חלף פסילת התכלית עצמה, הוביל לשחיקה של העיקרון היסודי באשר לאיסור הכליאה: "כך הלך ונשחק העיקרון שהדהר בין שורות פסק הדין הראשון בסדרה – כליאת בני אדם ללא משפט, לרבות מבקשי מקלט, אסורה. המידתיות הפכה לדרך להכשיר מה שאינו לגיטימי בכל מקרה". אייל גרוס "בג"ץ מתעסק במידתיות במקום במהות – ומכשיר כליאת חפים מפשע" הארץ (13.8.2015) <https://bit.ly/2YaQXBn>.

131 קרמניצר, לעיל ה"ש 130, בעמ' 24.

132 שם, בעמ' 49–50.

רעיוני, הדרת קבוצות מיעוט מהשתתפות פוליטית או מניעת טובין ציבוריים מקבוצות מיעוט).¹³³

לשאלת הנכונות לפסול את התכלית נלווית באופן טבעי השאלה מהם המבחנים המתאימים לפסילת התכלית. המבחן שפרופ' אהרן ברק מציע הוא מידת הנחיצות והחיוניות של הגשמת התכלית, עם מדרג פנימי בין הזכויות. ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, גם רמת הנחיצות והחיוניות של הגשמת התכלית צריכה להיות גבוהה יותר.¹³⁴ מדינה סובר כי יש לשלב במבחן האובייקטיבי מבחן סובייקטיבי, וכי יש לתת משקל למניע של המחוקקים.¹³⁵ הוא תומך גם בהכנסת שאלות הסתברותיות לתוך מבחני התכלית.¹³⁶ קרמניצר, לעומתם, מסתייג ממבחן הנחיצות והחיוניות,¹³⁷ ומבקש לקרב את מבחן התכלית לזה הקנדי. הוא מדגיש כי דרישת התכלית אינה עוסקת רק בהיותה חוקית, אלא גם בהיותה ראויה בחברה חופשית ודמוקרטית המחויבת לזכויות האדם.¹³⁸ גם קרמניצר סובר שיש להעניק מקום גם לתכלית הסובייקטיבית. לשיטתו, תכלית זו היא מציאותית ואמיתית יותר, ועדיפה על תכלית מדומה שכל מטרתה היא "הכשרת שרץ", במילותיו.¹³⁹ מדינות שונות הוסיפו גוונים נוספים למבחנים של פסילת התכלית.¹⁴⁰

שאלת המבחנים לפסילת התכלית היא שאלה חשובה, שמעלה קשיים ניכרים. פסקי-הדין בפרשת גיוס בחורי הישיבות,¹⁴¹ בפרשת מבקשי המקלט¹⁴² ובעניין נסר¹⁴³ מדגימים זאת היטב. לעיתים בית-המשפט מוכן "לוותר" על תכלית, לקבל טיעונים של המדינה שנדמים כמנותקים מן המציאות, ואף לקבוע תכליות משל עצמו. הכתיבה הישראלית בנושא, המעטה ממילא, מצביעה על כך, וגם היא לא זכתה כמעט בדיון ובעיון בפסיקה. אולם זו שאלה של דוקטרינה – של בחירה במסלול א או ב. אומנם, אין זו שאלה פשוטה, אך היא עודנה שאלה מסדר שני, מהטעם שבית-המשפט אינו מוכן עדיין ללכת בדרך הזו, בלי קשר לשאלת המסלול שבו יבחר. הדיון שאני מציעה הוא ראשוני יותר, ועוסק בעצם האמירה שיש לפסול את התכלית, על-אף המשמעויות המשפטיות והפוליטיות של בחירה שיפוטית בפסילה כזו. המבחנים להכרעה בשאלת התכלית, יש להזכיר, פועלים בכל המקרים באופן זהה – הן בתכליות שעוברות בקלות ונמצאות ראויות ללא ספק והן בתכליות שמעלות קשיים, קלים

133 כהן-אליה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 556.

134 אהרן ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 39, 64 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

135 מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 69, בעמ' 165.

136 מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'", לעיל ה"ש 126, בעמ' 313–314.

137 קרמניצר, לעיל ה"ש 130, בעמ' 35–36.

138 שם, בעמ' 23.

139 שם, בעמ' 42.

140 לפריזמה השוואתית ראו שם, בעמ' 22.

141 עניין גיוס בחורי ישיבות 2006, לעיל ה"ש 125; עניין גיוס בחורי ישיבות 2012, לעיל ה"ש 125; בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 12.9.2017).

142 עניין אדם, לעיל ה"ש 21; עניין איתן, לעיל ה"ש 21; עניין דסטה, לעיל ה"ש 21.

143 לעיל ה"ש 102.

כחמורים. אולם לא זו השאלה. השאלה עוסקת בעצם נכונותו של בית-המשפט ללכת צעד קדימה במקרים המצדיקים זאת.

צורה חלופית למסגר את הדיון בהסכנות השיפוטית המאפיינת בתי-משפט עליונים בכל הנוגע בפסילת התכלית היא דרך רמת ההפשטה של התכלית, במקום דרך המבחנים לפסילתה. ככל שבית-המשפט מתייחס אל התכלית כאל מדיניות רחבה ועקרונית כן יקשה עליו מבחינה ציבורית ופוליטית (הכוללת כזכור את אותם חששות מפני "היום שאחרי") לפסול אותה, והיא תיטה לעבור את המשוכה הראשונה (ובמקרי-קצה ייפסל החוק בשל אי-מידתיותו). פריטת החוק לתכליות קונקרטיות היא הצעד הראשון של בית-המשפט בדרכו להתעמת עם התכלית.¹⁴⁴ כך, למשל, ברור ההבדל בין תכלית של "שמירה על ריבונות המדינה וגבולותיה" לבין תכלית של "שבירת רוחם של המסתננים". לכן למדינה יש ככלל אינטרס לנסח תכליות רחבות ועקרוניות, והיא אכן נוטה לעשות זאת, כפי שציין כאמור מדינה.¹⁴⁵ אם בית-המשפט מתכוון לגלות נכונות לפסול את התכלית במקרי-קצה המצדיקים זאת, אזי תחילת הדברים היא בקונקרטיזציה של תכליות החקיקה ובבחינה עניינית של כל אחת מהן.¹⁴⁶

(ג) פסילת התכלית בראי המשפט ההשוואתי

כעניין דסקריפטיבי, במדינות שבהן יש תורת משפט מבוססת-מידתיות פסילת התכלית היא נדירה. בישראל טרם נפסל חוק בשל תכליתו. גם במשפט הקנדי נדיר שהשופטים מונעים את המחוקק מלחתור אחר תכלית רצויה בעיניו, והדיון החוקתי מתמקד בשאלה כיצד להגשים את התכלית, ולא אם היא ראויה.¹⁴⁷ למעשה, רק פעם אחת ויחידה נפסל שם חוק בשל תכליתו.¹⁴⁸ אף בגרמניה פסילת התכלית היא נדירה ביותר.¹⁴⁹

הקושי כאן הוא קושי של לגיטימציה, של חסימת המחוקק על כל הכרוך בכך. זהו הטעם ביסוד הגישה האמריקאית, אשר עד אמצע שנות השבעים סירבה לבחון את תכלית החקיקה, קל וחומר להכריז עליה כלא-חוקתית.¹⁵⁰ לפי גישה זו, פסילה של התכלית החקיקתית יוצרת

144 קרמניצר, לעיל ה"ש 130, בעמ' 39.

145 ראו לעיל ה"ש 126 והטקסט שלידה.

146 גם הוג סובר שאופן הצגת התכלית של החוק (במסגרת השלב השני של הבחינה החוקתית), כצורה או כרחבה, משקף כשלעצמו העדפה (סמויה) לגישה של אקטיביזם או ריסון, בהתאמה. HOGG, לעיל ה"ש 42, בעמ' 838.

147 HIEBERT, CHARTER CONFLICTS, לעיל ה"ש 10, בעמ' 47.

148 HOGG, לעיל ה"ש 42, בעמ' 751. מדובר בעניין R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295.

149 Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. TORONTO L.J. 383, 388 (2007).

150 הלכה זו הובעה כבר בתחילת המאה התשע-עשרה בעניין Fletcher v. Peck, 10 U.S. 87, 130 (1810). לסקירה היסטורית של שינויי הגישה בנושא זה ראו Caleb Nelson, *Judicial Review of Legislative Purpose*, 83 NYU L. REV. 1784 (2008). יש לעומת זאת הטוענים כי גם לפני שינוי הגישה נהג בית-המשפט להתחקות אחר התכלית. ראו, למשל, כיצד קגן מְמַסַּגֵּת את תורת המשפט של חופש הביטוי בארצות-הברית כשאלה של תכלית: Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413 (1996). ראו מהלך דומה ביחס לפסקת המסחר אצל רייגן: Donald H. Regan,

לבית-המשפט תפקיד אקטיביסטי שאינו מתיישב עם תפיסות של הפרדת הרשויות. ההתחקות השיפוטית אחר המטרה החקיקתית היא פלישה לא-ראויה למרחב החקיקתי ולתהליך הפוליטי, ומשקפת חוסר כבוד לזרועות השלטון הדמוקרטיות.¹⁵¹

ברסט מציג דיון מדויק למדי בסוגיה, הגם שהוא ממסגר את ההתחקות אחר התכלית (המניע) כבחינה של הליך החקיקה, ולא של מהות.¹⁵² הוא סבור כי הקושי המרכזי הוא חוסר הכבוד כלפי הרשויות הפוליטיות, מקבלות ההחלטות. לדבריו, טיעון זה נכון מעצם ההתחקות אחר המניע, ונכון שבעתיים במקרה של פסילת חוק בגינו. לשיטתו, פסילת חוק בשל תוכנו שקולה לאמירה שהמחוקק עשה טעות, שהמחוקק הפר את מחויבותו לכבד את החוקה. קביעה שיפוטית שהמניע הוא פסול מהווה עלבון למחוקק והתקפה על היושרה שלו. אולם, וכאן לב העניין, גם ברסט מכיר בכך שהמחוקק אכן שוקל לעיתים מניעים פסולים, ומול העלבון של המחוקק מונחים העלבון והפגיעה של מי שנפגעו מהחוק שנחקק. לכן, לגישתו, באיזון בין השניים יש לפסול חוק בשל המניע שלו רק אם התכלית הפסולה הוכחה בראיות ברורות ומשכנעות.¹⁵³

המסגור האמריקאי של התכלית כשאלה מבנית שאינה מתמקדת בתוצר אינו יכול להתגשם במשפט הישראלי. ראשית ועיקר, הרי בחינת התכלית, כחלק מפסקת ההגבלה, מגיעה רק לאחר שזוהתה פגיעה בזכות. לכן בהכרח יש כאן קושי גם עם התוצר – חקיקה שפוגעת בזכויות, ולא רק בהליך החקיקה. שנית, יש להעניק משקל לפער הנורמטיבי שבין תכלית החקיקה לבין ההנְיֵיעה לחקיקתה, אם כי השוני הוא בעיקר באופן שבו כל אחת נתפסת בעיני בית-המשפט. הגישה האמריקאית, שנוטה להיצמד להנְיֵיעה, עשויה "לפספס" תכליות שבתפיסה הישראלית והקנדית אינן ראויות. בתפיסה האמריקאית ההנְיֵיעה צריכה להיות פסולה מעיקרא, לא-לגיטימית לפי כל קנה-מידה. הדוגמה שחוזרת שוב ושוב בספרות¹⁵⁴ היא הנְיֵיעה של הפליה גזעית בעת חקיקת החוק. דוגמאות בולטות נוספות הן העדפה שלטונית וקידום של דת אחת

The Supreme Court and State Protectionism: Making Sense of the Dormant Commerce Clause, 84 MICH. L. REV. 1091 (1986)

Alan K. Chen, *Statutory Speech Bubbles, First Amendment Overbreadth, and Improper Legislative Purpose*, 38 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 31, 79 (2003) 151

Paul Brest, *Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive*, 1971 SUP. CT. REV. 95, 111 152

את כתיבתו של קונן. לטענתו, מכיוון שהדוקטרינות שבוחנות את הליך החקיקה אינן מונעות את המחוקק מלהשיג את התוצאה הרצויה בעיניו (שכן הן מתמקדות בהליך החקיקה, ולא בתוצר), מדובר למעשה בכלי דיאלוגי. במובן זה, פסילת חקיקה על בסיס תכליתה היא זמנית ומוחזרת למחוקק, מן הטעם שניתן לחוקק את אותו חוק תוך שינוי ההנמקה. Dan T. Coenen, *A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue*, 42 WM. & MARY L. REV. 1575, 1755–1756 (2001)

Brest, לעיל ה"ש 152, בעמ' 128–130. ברסט גם סובר כי יש לפסול את התכלית רק אם אין בסיס אחר לפסילה החוקתית. שם, בעמ' 133–134. בנקודה זו גישתי נפרדת מזו של ברסט, ומגלה דווקא העדפה לפסילה על יסוד התכלית הפסולה חלף פסילה בגין מבחני המידתיות, כמפורט במאמר זה.

John Hart Ely, *Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law*, 79 YALE L.J. 1205 (1970) 154

על-פני האחרות או של דעה פוליטית אחת על-פני אחרות.¹⁵⁵ קשה להאמין שהרתעה, למשל, שנתפסה בעיקרה כתכלית לא-ראויה בפרשת מבקשי המקלט (גם אם לא כתכלית יחידה), הייתה מהווה הַנְיֵעָה פסולה במשפט האמריקאי.

(ד) פסילת התכלית כנשק יום הדין

כאמור, פסילת התכלית היא נשק יום הדין האמיתי, ויש לנקוט דרך זו רק אם היא מוצדקת, שכן היא מציבה מחסום ניכר בפני המחוקק. מבט משווה קצר מארצות-הברית יכול לסייע גם כאן: בכתיבה האמריקאית שעסקה בתכלית, המנוסחת לרוב במונחי הַנְיֵעָה, כאמור, חזרה לא פעם הטענה כי המחוקק ממילא יכול לחוקק מחדש את אותו חוק בדיוק ורק לנמקו באופן שונה.¹⁵⁶ במשפט הישראלי, משום המקום הצר יחסית שניתן לתכלית הסובייקטיבית, אין נפקא מינה אם המחוקק יחוקק את אותו חוק באופן זהה אך יגזור על חבריו שתיקה (אם הדבר אפשרי בכלל), כך שלא יהיה אפשר לגלות תכלית "בעייתית" מתוך הליך חקיקת החוק. בית-המשפט מגלה את התכלית במשפט הישראלי גם – ובעיקר – מתוך לשון החוק, מבנהו, ההתלכדות של כלל המרכיבים בו והאופן שבו הוא נתפס על-ידי בית-המשפט. לכן במשפט הישראלי, מבחינה רעיונית, המשמעות של פסילת התכלית היא חסימה של תגובה חקיקתית. במובן זה, פסילת התכלית היא אכן נשק יום הדין במונחים דיאלוגיים. על כך יש להוסיף כי להכרזה על תכלית כפסולה נלווה מסר חד וחמור בדבר חוסר אמון של בית-המשפט ברשויות הפוליטיות.¹⁵⁷ בהתאם לכך, בספרות הדיאלוגית יש הכרה מפורשת בכך שפסילת התכלית מהווה את סוף חייו של הדיאלוג.¹⁵⁸ מרביתה המכרעת של הכתיבה התייחסה לכך כאל דבר

155 שם, בעמ' 1313–1327 (דת), 1327–1341 (התערבות בשוק הדעות).
 156 ראו, למשל, Brest, לעיל ה"ש 152, בעמ' 125–126; Chen, לעיל ה"ש 151, בעמ' 78. לגישה שונה ראו Coenen, לעיל ה"ש 152, בעמ' 1767. קונן אינו מוצא טעם להניח שהמחוקק לא יקשיב לבית-המשפט וחלף זאת ינהג בצורה אסטרטגית שגוזרת על המחוקקים הפרטניים שתיקה בעת הדיונים. לגישתו, המחוקק האמריקאי נוטה לכבד את שבועת האמונים שלו לחוקה, ומפגין קשב אמיתי לבית-המשפט. לשיטתי, ניתן בהחלט לפקפק בגישה זו, הן במשפט האמריקאי והן באופן רוחבי. לסקירת הספרות המרכזית באשר לשקילת שיקולים חוקתיים על-ידי המחוקק ראו בל יוסף "זה נהנה וזה לא חסר: חובת המחוקק לשקול את הנמקת פסק הדין" מחקרי משפט לג (עתיד להתפרסם ב-2020).
 157 לשיטת פלון, הרצון להימנע ממסר זה הוא טעם מרכזי ביסוד ההימנעות מפסילת התכלית במשפט החוקתי האמריקאי. Richard H. Fallon, Jr., *The Supreme Court 1996 Term – Foreword: Implementing the Constitution*, 111 HARV. L. REV. 54, 95 (1997) (להלן: *Implementing the Constitution*).
 158 Hogg & Bushell, לעיל ה"ש 11, בעמ' 92–94; Roach, *Dialogic Judicial Review*; Christopher P. Manfredi, *The Life of a Metaphor: Dialogue in the Supreme Court, 1998–2003*, 23 SUP. CT. L. REV. 105, 109–110 (2004); Mark Tushnet, *Judicial Activism or Restraint in a Section 33 World*, 53 U. TORONTO L.J. 89, 94 (2003); Miguel Schor, *Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL THEORY* 86 (Gary Jacobsohn & Miguel Schor eds., 2018).

שלילי, ואך מעטים סברו כי בשם זכויות האדם שעל הפרק מוצדק להקריב את אותו דיאלוג ולעצור אותו.¹⁵⁹

אין לכחד כי פסילת התכלית עשויה, באופן תיאורטי, להוביל להרבה יותר מאשר סופו של הדיאלוג: למשבר חוקתי, למשבר פוליטי, לנפילת ממשלה, להחלפת פרלמנט ולשינוי כללי המשחק. המחיר הפוטנציאלי אינו רק דיאלוגי, אם כן, והדיאלוג – חשוב לזכור – אינו הפרדיגמה היחידה ליחסי-הגומלין הללו שבין בית-המשפט העליון לרשויות הפוליטיות. אולם מהטעמים שהזכרתי לעיל – הנשענים על נדירותם של מקרים אלה, לצד תפקידו המוסדי של בית-המשפט, וכן לצד התפיסה של פסילת התכלית כמקרה-קצה, ולא כדבר שנעשה בשגרה – אפשר לעשות זאת. המחיר הפוטנציאלי יוצג תמיד בחלון-הראווה של הרשויות הפוליטיות, ובית-המשפט יבחר אם להיכנס. טיעון-הליכה שאני טוענת הוא שעצם המחיר הגבוה אינו צריך למנוע את הכניסה, כל עוד היא מוצדקת מבחינה עניינית.

כאמור, עיקר הטיעון מונח בנכונות השיפוטית לאתגר את התכלית החקיקתית, ובהבנה כי לעיתים רק זו הדרך לספק הגנה של ממש לקבוצות מיעוט שאינן יכולות למצוא מזור אצל המחוקק. מטעם זה איני משתכנעת מהכתיבה הרבה העוסקת בקושי להתחקות אחר התכלית,¹⁶⁰ בוודאי לא כטעם להסרת הצעתי מסדר-היום. יש להדגיש: לא יכולת ההתחקות

159 דוגמה בולטת מצויה בכתיבתם של צ'ודרי ורואץ' בנושא הפרופיילינג. בהקשר זה, שגלומה בו פגיעה רבה בכבוד ובשוויון, הם תומכים בהקשחת מבחן התכלית (ואף בהקשחת דרישת ההסמכה בחוק): Sujit Choudhry & Kent Roach, *Racial and Ethnic Profiling: Statutory Discretion, Constitutional Remedies, and Democratic Accountability*, 41 OSGOODE HALL L.J. 1, 5, 16 (2003).

160 פרנקלין מבקש לפשט את הדיון בהקשר זה, ומפרט שלושה קשיים: ראשית, הוא סובר כי התחקות אחר הֶגְנִיעוֹת הסובייקטיביות שהניעו מחוקק נתון לתמוך בחוק מסוים היא "virtually an impossible task"; שנית, הוא קובע כי גם אם נניח שבית-המשפט יכול להתחקות אחר כוונותיו של כל אחד מהמחוקקים כפרט, בית-המחוקקים הוא גוף המורכב מחברים רבים, ואי-אפשר להפוך מצבור של תכליות שונות לתכלית חקיקתית אחת ויחידה; ובעיה שלישית היא שהשופטים פשוט יחליפו את התכלית החקיקתית האמיתית בזו שרצויה בעיניהם, ויפרשו את החוק לאורה. David L. Franklin, *Facial Challenges, Legislative Purpose, and the Commerce Clause*, 92 IOWA L. REV. 41, 91–92 (2006).

פלון מוסיף כי אחד הקשיים בהערכת התכלית הוא שבית-המשפט נתפס כמפקפק בתום-הלב של המחוקקים ופקידי הממשל, מה שמעמיד את בתי-המשפט בנקודה מביכה למדי. Fallon, *Implementing the Constitution*, לעיל ה"ש 157, בעמ' 72. סימונס ממשיכה ומרבת את הטיעון, בהדגישה כי החקיקה היא פשרה פוליטית, ובחינתה ככזו מגלה כי אין תכלית אחת, אלא כמה תכליות הכרוכות זו בזו כחלק מאותה פשרה. Courtney Simmons, *Unmasking the Rhetoric of Purpose: The Supreme Court and Legislative Compromise*, 44 EMORY L.J. 117, 131–132 (1995).

גם חוקרים מתחום הניתוח הכלכלי של המשפט סוברים כי אין מאחורי חוק כל כוונה או תכלית הניתנות לבידוד. מבנה החקיקה והשפעות שונות (חיצוניות) על הליך החקיקה מובילים לכך שמדובר בתמהיל של כוונות רבות, ולכן, לשיטתם, אין להעניק כל משקל לשאלת התכלית בפרשנות החקיקה (כפי שטען איסטרברוק, למשל. ראו Franck H. Easterbrook, *Statutes' Domains*, 50 U. CHI. L. REV. 533 (1983) או לחלופין השופטת היא שצריכה להכריע בשאלת תכליתו של החוק (כפי שטען, לדוגמה, אסקרידג'. ראו William N. Eskridge, Jr., *Politics*).

אחר התכלית היא הבעיה שבית-המשפט ניצב בפניה. הרי בית-המשפט אינו נאחז בקושי להתחקות אחר התכלית כאשר פעם אחר פעם הוא פוסק – בין בקלות ובין בדוחק – שהיא ראויה.¹⁶¹ בית-המשפט רואה את עצמו כבעל יכולת מלאה להתחקות אחר התכלית החקיקתית, בהסתמך על שפע של מקורות: לשון החוק, מבנהו, הצהרות המדינה ותצהירי הגורמים הרלוונטיים (בין פוליטיים ובין מקצועיים), דברי ההסבר להצעת החוק, פרוטוקולים של ועדות הכנסת ודברי הכנסת במליאה. אם עד כה לא היה קושי מיוחד להתחקות אחר התכלית במידה שמאפשרת להכשירה, אין סיבה ליצור קושי יש מאין כאשר מדובר בפסילתה מקום שהדבר מוצדק.

בהתאם לגישה זו, אני סבורה שיש לפתור את המחלוקת בשאלה של תכליות מרובות: כמעט כל חוק מורכב מכמה תכליות. הגישה המקובלת בספרות היא כי די בתכלית לא-ראויה אחת – גם אם היא חלק ממערך של תכליות – "לזהם" את החוק כולו.¹⁶² בית-המשפט בישראל הפגין גישה אחרת, כאשר הגדיר תכליות שאינן ראויות דיין כ"תכליות נלוות", ובכך אפשר לחוק לצלוח את שלב הבחינה החוקתית של התכלית. שימת גבולות לדיאלוג והגנה על זכויות מיעוטים פגיעים מבחינה פוליטית מצדיקה מעבר לגישה הפוסלת את החוק בשל קיומה של תכלית שאינה ראויה, גם אם היא אינה היחידה או אף המרכזית.

לסיכום הדברים עד כה, פסילת תכלית החקיקה במסגרת בחינת פסקת הגבלה – השלב השני של הבחינה החוקתית – היא האמצעי האולטימטיבי הקיים בארגז הכלים השיפוטי על-מנת להגן על קבוצות מיעוט שזכויותיהן החוקתיות נפגעו באופן שאינו עומד בדרישותיה של פסקת ההגבלה. אף אם יש סיבות בין-מוסדיות חשובות ונעלות להימנע ככלל מפסילת תכלית החקיקה, סיבות אלה אינן יכולות להכשיר פגיעה שיטתית בקבוצות מיעוט. אם המחוקק הפר את האמון החוקתי שהוא זכאי לו, אין כל טעם שבית-המשפט ישוב וייתן אותו פעם אחר פעם בשם היגיון מוסדי שמקריב זכויות מיעוטים.

לא זו אף זו, אותן סיבות בין-מוסדיות אינן יכולות להצדיק בצורה קטגוריאליה הימנעות שיפוטית מפסילת התכלית. אומנם תפיסה מהותית של דיאלוג חוקתי קוראת ככלל לשימור זכות תגובה מוסדית, אולם אותה תפיסה מהותית גם מכירה בכך שדיאלוג אינו חזות הכל. גם

Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation, 74 (VA L. REV. 275 (1988)).

161 ראו לעניין זה אצל קרמניצר: "יש להודות שלא תמיד קל לרשות השופטת לקבוע כעניין עובדתי פשוט כוונה של גוף קולקטיבי, וכי לעתים יש בקביעה כזו ממד של ייחוס כוונה בצד, ואולי אף במקום, היסוד של איתור כוונה כזו. עם זאת יש לזכור שייחוס או איתור כוונת המחוקק הוא חלק מקובל של ההליך השיפוטי-פרשני בליבה הקשה שלו, כי התפתחו מוסכמות בעניין זה, וכי אין מחלוקת אמיתית על המסוגלות ועל הלגיטימיות של המהלך. זאת ועוד, כאשר התכלית האמיתית מוסתרת ובמקומה נטענת תכלית מכשירה, יש בידי הרשות השופטת כלים טובים לחשיפת האמת". ראו קרמניצר, לעיל ה"ש 130, בעמ' 43–44.

162 Ely, לעיל ה"ש 154, בעמ' 1267–1268; Brest, לעיל ה"ש 152, בעמ' 119; קרמניצר, לעיל ה"ש 130, בעמ' 47; Michael C. Dorf, *Facial Challenges to State and Federal Statutes*, 46 STAN. L. REV. 235, 279–281, 293 (1994). ראו, לעומת זאת, מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 69, בעמ' 164.

במקרים המעטים שבהם התכלית אינה קשורה בטבורה לזכויות מיעוטים נעדרי ייצוג¹⁶³ יש לפוסלה אם היא אכן פסולה. לשיטתי, תפיסה אמריקאית צרה ומבוססת-הניעה, כפי שתוארה לעיל, היא הגישה המתאימה למקרים אלה. חשוב אפוא לזכור כי הדיאלוג אינו מונע מבית-המשפט את האפשרות להשתמש בסמכותו, ופסילת התכלית היא חלק מסמכותו מעצם לשונה של פסקת ההגבלה. יש לזכור גם כי לפסילת התכלית נלווה מסר אקספרסיבי חזק וחשוב באשר למקומן של זכויות האדם בחברה, וגם להעברת מסר זה יש ערך עצמאי. על-כן, בשורה התחתונה, על בית-המשפט לגלות במקרים המתאימים את מידת הנחישות הנדרשת, ולהיות מוכן להתמודד באופן חזיתי עם הפסול היסודי שבתכליות מסוימות שהמחוקק מבקש להגשים.

2. נחרצות שיפוטית

כאשר בית-המשפט מוצא כי לפניו קבוצת מיעוט פגיעה, ואי-אפשר להאמין בכנות שהמחוקק ישקול את עניינה ויפעל בהתאם, אני סבורה כי יש לנקוט את מה שאני מכנה "נחרצות שיפוטית". נחרצות שיפוטית מבטאת שימוש מלא ומקיף בסמכותו החוקתית של בית-המשפט. בכל הנוגע בגבולות הדיאלוג, נחרצות שיפוטית באה לידי ביטוי בשני אופנים: האחד הוא הימנעות משימוש בדוקטרינות מבוססות-תגובה, ולמעשה "פתיחת השער" אל עבר הבחינה החוקתית, או במילים אחרות, העדפת תהליך של הכרעה חוקתית במקום החזרת העניין לפתחן של הרשויות הפוליטיות עוד לפני בחינת פסקת ההגבלה או פרשנות החוק; והאחר הוא בחירה בסעדים מוחלטים במקום בסעדים מרוככים.

(א) הימנעות מדוקטרינות מבוססות-תגובה

במשפט החוקתי הישראלי ניתן להצביע על כמה דוקטרינות מבוססות-תגובה מרכזיות. אלה דוקטרינות שונות שבית-המשפט משתמש בהן כדי להימנע מלהגיע להכרעה חוקתית באשר לחוקתיותו של חוק מסוים. מעצם השימוש בהן, בית-המשפט מבליט ומדגיש את העדיפות להכרעה פוליטית בשאלה שמונחת על הכף, עוד לפני שהתקבלה החלטה שיפוטית מכריעה בנושא.

הדוקטרינות המרכזיות שניתן להצביע עליהן בהקשר זה, אשר נושאות ככלל אופי דיאלוגי, הן התראת בטלות, הנחיה שיפוטית, מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה ופתרונות פרשניים למיניהם.¹⁶⁴ קיים דמיון ניכר בין דוקטרינות אלה לבין ה-*passive virtues* הביקליאניים¹⁶⁵ או

¹⁶³ ראו, למשל, עניין אורון, לעיל ה"ש 99.

¹⁶⁴ אין זה מקרי שדוקטרינת חוסר הבטלות לא הוזכרה כאן. אף שהיא מונעת הכרעה חוקתית, היא מופנית למעשה לממשלה בכובעה כרשות המבצעת, ולא לרשות המחוקקת. זוהי דוקטרינה של יישוב, ולא של עצם שאלת החוקתיות. להרחבה ראו ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות – בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר ובג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל" משפטים מג 419 (2012); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישובית או מופשטת" עיוני משפט לז 45 (2014); אריאל בנדור "בשלות ועוד – בעקבות בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת; בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל; בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת" משפטים על אתר ח 33 (2016).

הסגנון המינימליסטי של סנסטין,¹⁶⁶ המבקשים גם הם להימנע ככל האפשר מהכרעה חוקתית. אולם יש גם הבדל גדול בין הדוקטרינות מבוססות-התגובה לבין ההעדפה האמריקאית. ברוב המקרים השימוש האמריקאי בפתרונות חוקתיים בסגנון ביקל או סנסטין חותם את ההתדיינות המשפטית. בישראל, לעומת זאת, השימוש בדוקטרינות מבוססות-תגובה רחוק מלהוות את סופו של הסיפור, שכן התגובה החקיקתית חוזרת כמעט תמיד לפתחו של בית-המשפט. הדוקטרינות מבוססות-התגובה הן הזמנה לא-כופה ולא-מחייבת לשיח. במסגרת ההתנהלות החוקתית השוטפת שבין בית-המשפט העליון לבין הכנסת והממשלה בכובעם כמחוקקים, הזמנה זו וההיענות לה הן מבורכות. אולם כאשר מלכתחילה ניתן להניח כי השיח יהיה עקר, הזמנה זו מיותרת. ניתן להדגים זאת באשר לכל אחת מהדוקטרינות הללו. בבג"ץ גלוטן, שעסק בשאלת הזכאות לגמול שעות נוספות של עובדות ועובדים בתחום הסיעוד, העדיף בית-המשפט להימנע מהכרעה שיפוטית כופה, ולנקוט הנחיה שיפוטית. בית-המשפט הצביע מפורשות על הקושי הגלום במציאות שבה עובדות ועובדים בתחום הסיעוד אינם זכאים לגמול שעות נוספות על-אף עבודה רבה ומסורה, וקרא למחוקק בקריאה מפורשת לתקן את העוול שנוצר.¹⁶⁷ אותו בית-משפט, במותב דומה, עשה זאת שוב כשלוש שנים לאחר-מכן, כאשר הנושא שב לפתחו במסגרת דיון נוסף. ההכרעה לא השתנתה. כמעט כל שופטי המותב שבו וקראו למחוקק לפתור את הסוגיה.¹⁶⁸ העובדות והעובדים בתחום הסיעוד הם ברובם המכריע עובדים זרים. הכוח שלהם להשפיע על סדר-היום החקיקתי ולסייע בעיצוב החקיקה באופן שיגן על זכויותיהם אינו קיים כמעט. אין זה מפתיע שלמן הדיון הנוסף חלפו כשבע שנים, ועדיין אין בנמצא הסדר חקיקתי שמגן על זכאותם לשעות נוספות או למצער מציע איזון שונה מזה הקיים בחוק (העדר זכאות מוחלטת).

להנחיה השיפוטית, ככלי בפני עצמו, יש אופי דיאלוגי חזק. היא מאפשרת לבית-המשפט להעביר מסרים למחוקק ולגורמים נוספים מבלי להיות כופה.¹⁶⁹ לא רק שהיא אינה מונעת את זכות התגובה של הרשויות הפוליטיות, היא מבקשת ליצור תגובה יש מאין; "מבקשת" משום שהיא אינה מתערבת – לא רק בתוכן התגובה, אלא גם בסדר-היום החקיקתי. ההנחיה השיפוטית נותרת בגדר הצעה בלבד, והבחירה אם ואיך ליישמה לכלל מציאות משפטית חדשה נותרת בשיקול-הדעת הבלעדי של הרשויות הפוליטיות. שיקול-דעת זה, שמאפשר לרשויות הפוליטיות לבטא משילות והעדפות פוליטיות, עומד בעוכרן של קבוצות מיעוט נעדרות ייצוג, שאין להן כל אפשרות של ממש להשפיע על אופן הפעלת שיקול-הדעת החקיקתי.

165 BICKEL, לעיל ה"ש 2, פרק 4.

166 ראו, באופן כללי, CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (2001).

167 בג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סג(3) 209, פס' 11, 28–29 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2009).

168 דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סו(1) 518, פס' 19 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס, פס' ג-ד, יד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין, פס' 38 לפסק-דינה של השופטת ארבל, פס' 5 לפסק-דינו של השופט הנדל, פס' 10 לפסק-דינו של השופט מלצר ופס' 7 לפסק-דינו של השופט דנציגר (2013).

169 ראו אורגד ולביא, לעיל ה"ש 13, בעמ' 440; זכריה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 112.

פרשת ברנר-קדיש עסקה בשאלת הרישום של זוג אימהות לילדן הקטין. על בסיס הלכות המשפט הפרטי הבין-לאומי, ולאור הלכות-עבר שניתנו בבית-המשפט העליון,¹⁷⁰ פסק בית-המשפט העליון כי יש לכבד רישום אימוץ של בת הזוג של אמו הביולוגית של הקטין כאשר הרישום התבצע כדין מחוץ לישראל.¹⁷¹ מטעם שר הפנים הוגשה בקשה לדיון נוסף, לנוכח חשיבותה של הסוגיה.¹⁷² שמונה שנים חלפו מאז הוגשה הבקשה עד שהוכרע הדיון הנוסף. במרכז ההליך, לאורך שמונה השנים, עמדה הצעת חוק לתיקון חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, שנועדה להציע הסדרה חקיקתית לעניין רישום זוגות מאותו מין כהורים. לאורך שמונה שנים, פעם אחר פעם, נתן בית-המשפט שהות לקדם את החקיקה, והותיר את ההליך תלוי ועומד. לבסוף, כאשר הצעת החוק לא קודמה, משך שר הפנים את עתירתו. במשך שמונה שנים נתן בית-המשפט מעמד נורמטיבי ליוזמת חקיקה, בעוד בנות-הזוג וילדן הקטין שרויים באי-ודאות כאשר לגורל זכויותיהם. הצעת החוק, שעל בסיסה נאלצו בנות-הזוג וילדן הקטין להמתין במשך שנים רבות, לא קודמה עד היום.¹⁷³

המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה יכול להיות כלי ראשון במעלה לקיום דיאלוג בין-מוסדי. הוא מאפשר לבית-המשפט להימנע מהכרעה חוקתית, תוך העברת הסוגיה לפתחו של המחוקק, אשר עמל על גיבוש חקיקה בנושא. המחוקק יכול להסדיר את העניין תוך שבית-המשפט משמר את סמכותו לדון בנושא, בין על בסיס המצב החקיקתי הקיים ובין על בסיס התוצר החקיקתי העתידי שיהיה.¹⁷⁴ הבחירה השיפוטית לתת מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה משקפת כבוד בין-מוסדי, יעילות ושימור לגיטימציה. אולם לא פעם הוא משמש לשימור דר-שיח בין-מוסדי אשר מדייר באופן בוטה את זכויות העותרים, קל וחומר כאשר מדובר בקבוצות שיכולתן להשפיע על החקיקה נמצאת בנחיתות אינהרנטית, דוגמת זוגות מאותו מין המבקשים לממש זכויות משפחה והורות.

כלי נוסף הוא התראת בטלות. אם לדייק את הסיווג, התראת בטלות היא למעשה מקרה-הקיצון של הנחיה שיפוטית.¹⁷⁵ בית-המשפט מעביר לרשויות הפוליטיות מסר חד כי האופן שבו נהגו לוקה בפגם חוקי או חוקתי, וכי אם ימשיכו לנהוג באופן זה, בית-המשפט עלול לפסול זאת. עד כה עמד בית-המשפט פעמים אחדות מאחורי הצהרותיו, והוציא לפועל התראת בטלות.¹⁷⁶

- 170 בראש ובראשונה בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר-הפנים, פ"ד יז 225 (1963).
- 171 בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000).
- 172 דנג"ץ 4252/00 שר הפנים נ' ברנר-קדיש (פורסם בנבו, 2.3.2008).
- 173 בעת המהלך החקיקתי דובר בחוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 5). מאז חלפו תיקונים רבים, אך מהלך חקיקתי זה לא הבשיל.
- 174 יוסף "המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה", לעיל ה"ש 13, בעמ' 281-284.
- 175 כפי שהגדירו זאת אורגד ולביא, "החוק 'עדיין' חוקתי". הם קטלגו זאת כ"אזהרה שיפוטית". ראו אורגד ולביא, לעיל ה"ש 13, בעמ' 447.
- 176 כך, בעניין גיוס בחורי ישיבות 2012, לעיל ה"ש 125, מימש בית-המשפט את התראת הבטלות שניתנה בעניין גיוס בחורי ישיבות 2006, לעיל ה"ש 125 (אף שהיא לא כונתה בשם זה); בבג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 23.8.2015) מימש בית-המשפט את התראת הבטלות שניתנה בבג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2009); ובבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל

גם להתראת הבטלות יש ערך דיאלוגי גבוה.¹⁷⁷ היא נושאת אומנם ערך אקספרסיבי מסוים שמופנה כלפי הרשויות הפוליטיות, אך היא אינה מלווה בהצהרה כופה. שיקול־הדעת נותר בידי הרשות. הרשות יכולה להמשיך לפעול כפי שפעלה, ולבחון את סבלנותו של בית־המשפט. ייתכן גם כי בשינוי נסיבות מסוים יימנע בית־המשפט מלהפעיל את התראת הבטלות.¹⁷⁸ עד כה, ולשיטתי באופן משיבי־רצון, השתמש בית־המשפט בהתראת בטלות רק בהקשרים מוסדיים, ולא כאשר היו עותרות קונקרטריות לפני בית־המשפט שעניינן היה מונח על הכף. ככל שמדובר בהקשרים מוסדיים, ממילא אין טעם להגיע לנקודת הקצה של הדיאלוג שתצדיק נחרצות שיפוטית. אולם היה אם יונח לפני בית־המשפט עניינה של קבוצת מיעוט נעדרת ייצוג, נקל לראות, על בסיס התיאור שלעיל, מדוע יש להימנע מהתראת בטלות. דרישה מעותרים קונקרטיים, שאין להם יכולת של ממש להשפיע על תהליך החקיקה, להמתין עד שהרשות תפגע שוב בזכויותיהם – ורק אז, אולי, ייאות בית־המשפט להוציא צו מוחלט – נדמית כמרחיקת־לכת.

הדוקטרינה האחרונה בהקשר זה היא פרשנות. חצי שנה לאחר פסק־הדין בעניין בנק המזרחי¹⁷⁹ קבע בית־המשפט את הכלל הברור שלפיו פרשנותו של חוק עדיפה על הכרעה חוקתית בעניינו, קל וחומר כאשר דינה של ההכרעה החוקתית היא בטלות החקיקה.¹⁸⁰ גישה זו השתרשה היטב בפסיקה. אם יש חילוקי־דעות בעניינה, הם באשר להיקפה ובאשר למידה שבה בית־המשפט יכול למתוח את גבולות הפרשנות על־מנת להימנע מהכרעה חוקתית.¹⁸¹ פרשנות חקיקה שונה משאר הדוקטרינות שהזכרתי בהקשר זה, שכן היא כופה, אולם גם היא מאפשרת תגובה. הרבה לפני שהתרחש במשפט הישראלי דיאלוג חוקתי, התרחש דה־פקטו דיאלוג המשפט המקובל: בית־המשפט פירש את החקיקה; המחוקק ביכר אם להותיר את הפרשנות על

-
- (פורסם בנוב, 6.8.2017) מומשה התראת בטלות שניתנה בשורה ארוכה של פסקי־דין ביחס לחוקי ההסדרים. להרחבה ראו יוסף "שבע הערות קצרות על התראת הבטלות", לעיל ה"ש 13.
- 177 סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דר־שיח בכלים מוסדיים" משפטים על אתר יב 99, 129–132 (2018). ראו גם את דברי הנשיאה חיות בכנס העמותה למשפט ציבורי, לעיל ה"ש 5.
- 178 ראו לעניין זה את הערתו של השופט דנציגר בבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, עמ' 46–47 (פורסם בנוב, 6.9.2017): "ברצוני להציע ולחדד כי אם ייווצר (פעם נוספת) מצב שבו – יוחלט שלא יתוקן חוק יסוד: משק המדינה ועם זאת, יחולו – חלילה – נסיבות חריגות (מלחמה, משבר כלכלי חריף או בחירות פתאומיות), ייתכן ויהא מקום לקבוע כי התראת הבטלות לא תחול על הוראת שעה כאמור, ככל שתחוקק. אין בדבריי אלה כדי לרמוז כי מן הראוי יהיה לחוקק הוראת שעה כאמור בכל אחד מן המצבים דלעיל, אלא כל כוונתי לכך שבנסיבות חריגות, אשר ייתכן ויצדיקו הוראת שעה, להבדיל מתיקון של קבע, לא תיכנס התראת הבטלות לתוקף. הא ותו לאו. זאת, על מנת שלא לכבול את יכולתה של הרשות המכוננת להתמודד עם מצב דברים בלתי צפוי בטרם היה סיפק בידה לתקן את חוק יסוד: משק המדינה (ככל שתחפוץ בכך) וכן, על מנת שלא לכבול את ידיו של בית משפט זה, בהרכב עתידי כלשהו, היה ותובא בפניו עתירה התוקפת הוראת שעה היפותטית כאמור".
- 179 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).
- 180 בג"ץ 4562/92 זנברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, פס' 20–26 לפסק־דינו של הנשיא ברק (1996).
- 181 ויכוח זה בא לידי ביטוי באופן בולט בבג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004).

כנה או לשנותה בחקיקה; ואם המחוקק אכן שינה את החקיקה, לא פעם היא חזרה לבית- המשפט.¹⁸² גם הפרשנות היא אם כן מבוססת-תגובה. ישאל השואל: אז מה ההבדל בין בטלות חקיקה לבין פרשנות חקיקה, אם בשתייהן בית-המשפט מעצב את הגבול החוקתי, ועל שתייהן המחוקק יכול להגיב בשינוי חקיקתי? ההבדל המרכזי, דה-פקטו, הוא שלפרשנות חקיקה לא נלווה המחיר הפוליטי הכבד שנלווה לבטלות חקיקה. עובדה זו אינה זניחה, ויש לה השפעה ניכרת. אין צורך להשוות בין מספר הפעמים שבהן ביטל בית-המשפט חקיקה (רק עשרים ואחת פעמים, למיטב ספירתי)¹⁸³ לבין מספר הפעמים שבהן פירש בית-המשפט חקיקה (פעולה שהוא מבצע באופן יומיומי). אכן, המחוקק גם מתקן פרשנות שיפוטית בחקיקה על בסיס תדיר. הקושי מתחדד שוב כאשר עסקינן בקבוצות מיעוט נעדרות השפעה על ההליך הפוליטי. ככל שבית-המשפט מוצא כי הפגיעה החוקתית אינה מצריכה הכרזה מיוחדת ומסתפק בפרשנות (שכאמור נעדרת לרוב ערך חינוכי, אקספרסיבי או פוליטי), המחוקק חופשי לשוב ולתקן את החוק. כך, אותה קבוצת מיעוט שביקשה את הגנת בית-המשפט, ואשר הצדיקה את עניינה באופן שהוביל לשינוי פרשני, נדרסת שוב בשם ההליך הרובני. ניתן להמחיש את הדברים באמצעות עניינם של מבקשי המקלט, הגם שהפרשה כבר זכתה לעיל בדיון. כזכור, בשלושת הגלגולים החוקתיים הציב בית-המשפט דרישה של קשר סיבתי בין קיומה של האפשרות להרחיק מבקש מקלט לבין הסמכות לכלוא או להחזיק אותו במשמורת. בעניין אדם¹⁸⁴ ובעניין איתן¹⁸⁵ לא הייתה אפשרות לקרוא למטה את החוק, וסעיף 30 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) נפסל בגין פגם חוקתי. בעניין דסטה – הגלגול החוקתי השלישי – עמד בית-המשפט על כך שבנוסח החוק באותה עת ניתן (בהתאם לכלל הידוע המעדיף פרשנות חוק על ביטולו) לפרש את הסעיף כך שידרוש את תכלית הזיהוי וההרחקה של מבקש המקלט לשם החזקתו במשמורת.¹⁸⁶ החוק תוקן גם לאחר עניין דסטה.¹⁸⁷ קיצור תקופת המשמורת, שעליה הכריז בית-המשפט כבטלה משום אורכה, נכנס לגדרי החוק; דרישת הקשר הסיבתי, לעומת זאת, לא נכנסה.

הדוגמאות שהובאו לעיל (הגם שלא במרכז כולן עמדה שאלת חוקתיותה של חקיקה) מדגימות היטב את כוחם של מנגנונים דיאלוגיים מבוססי-תגובה. דווקא בדוקטרינות אלה, שאינן מלוות בכפייה, גלומה סכנה גדולה, לצד הקסם הגדול שבהן. הן מונעות לעיתים מהעותרים את כל מה שהם באו למענו לבית-המשפט: הכרזה על הפגיעה בזכויותיהם, סעד מתאים, ולעיתים אף את יומם בבית-המשפט.¹⁸⁸ הן מאלצות את העותרים לא פעם להמתין עד

182 ברק "שותפות ודיאלוג", לעיל ה"ש 13, בעמ' 57–58.

183 הספירה כוללת גם פסילת חקיקה על בסיס ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת ומטעמים פרוצדורליים.

184 עניין אדם, לעיל ה"ש 21.

185 עניין איתן, לעיל ה"ש 21.

186 עניין דסטה, לעיל ה"ש 21, פס' 41 לפסק-דינה של הנשיאה נאור.

187 חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הוראת שעה), התשע"ו–2016.

188 ראו, למשל, שני פסקי-דין משנת 2018 שבהם נהפך המעמד הנורמטיבי שניתן ליוזמות חקיקה לעילה לרדייה על הסף: בג"ץ 491/18 עפגין נ' שרת המשפטים, פס' 7 לפסק-דינו של השופט מינץ (פורסם בנבו, 8.4.2018); בג"ץ 7189/17 החברה להגנת הטבע נ' הממונה על ענייני הנפט, פס' 9–11 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 3.7.2018).

שזכויותיהם ייפגעו שוב, להניע הליך ליטיגציה חדש, ורק אז (שוב – אולי) ייתן בית-המשפט את כל כובד המשקל לפגיעה החוקתית האמורה. את כל הדברים הללו יש להביא בחשבון כעניין שבשגרה, אך יש להעניק להם תשומת-לב מיוחדת כאשר מדובר בקבוצות מיעוט נעדרות ייצוג. כל מהותן של הדוקטרינות מבוססות-התגובה היא אמון מסוים בתהליך הפוליטי: הנחה שהמחוקק ישקול וישקול מחדש, יביא בחשבון את מלוא השיקולים הרלוונטיים ויגבש עמדה מושכלת. אך כיצד ניתן לתת אמון של ממש בתהליך הפוליטי כאשר מדובר בקבוצות שאינן מהוות חלק משמעותי ממנו?

על-כן, כאשר קבוצת מיעוט נעדרת ייצוג מגיעה לבית-המשפט במסגרת התדיינות חוקתית, ומראה, לכאורה לפחות, כי נפגעה ליבת זכות חוקתית שלה בשל ההשתייכות לקבוצת מיעוט, על בית-המשפט להימנע משימוש בדוקטרינות מבוססות-תגובה ולקבל הכרעה חוקתית מחייבת. אין בדרישה זו כדי לחייב את בית-המשפט לקבל את טענותיה של הקבוצה. אולם יש בה כדי לחייבו לבחון אותן בצורה עניינית, ולהימנע מלהשית על הקבוצה תקופת אי-ודאות נוספת – שבה היא תהיה תלויה בהליך פוליטי שאין לה יכולת להשפיע עליו – בשם הדיאלוג החוקתי.

(ב) סעדים חוקתיים מוחלטים

הרעיון שהצגתי לעיל באשר לדוקטרינות מבוססות-תגובה חל גם על סעדים חוקתיים. אולם ההבדל בין השניים הוא יסודי. הסעד החוקתי הוא כופה, מחייב, והוא נלווה להכרזה על פגם חוקתי בחקיקה. לכן, גם במנותק מהשאלה עד כמה הצו שניתן בסופו של יום הוא מרוכך או נוקשה, לעצם ההכרזה על הפגם החוקתי יש משקל ניכר – בדיוק אותו משקל שנעדר מהדוקטרינות מבוססות-התגובה. במובן זה, הסעדים החוקתיים הם-הם ההזמנה האמיתית, האוטנטית יותר, לשיח ולדיאלוג, משום שבמסגרתם בית-המשפט ממלא את תפקידו החוקתי, ולא נרתע ממנו, ועדיין מבקש לשמר את יכולת התגובה הפוליטית.¹⁸⁹

בפסיקה החוקתית בישראל ניתן להצביע על כמה סעדים חוקתיים בולטים: בטלות מוחלטת (מלאה ומיידית), השעיית הכרזת הבטלות, הפרדה קלסית, הפרדה פרטנית, קריאה אל תוך החוק וליווי שיפוטי. סעדים חוקתיים אחרים שכבר זכו בהכרה ובביסוס במשפט ההשוואתי ובכתיבה התיאורטית – כגון פטור חוקתי,¹⁹⁰ הטלת החובה לחוקק¹⁹¹ ופיצויים חוקתיים¹⁹² – טרם זכו בעדנה במשפט הישראלי.

189 להכרה עקרונית בקשר שבין סעדים חוקתיים לדיאלוג ראו, למשל, ROACH, THE SUPREME COURT ON TRIAL, לעיל ה"ש 11, בעמ' 377–379. ראו גם HOGG, לעיל ה"ש 42, בעמ' 742–743 Sabrina Germain, *Taking 'Health' as a Socio-Economic Right Seriously: Is the South African Constitutional Dialogue a Remedy for the American Healthcare System?*, 21 AFR. J. INT'L & COMP. L. 145, 161–163 (2013); Evan H. Caminker, Note, *A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes*, 95 YALE L.J. 1185, 1206 (1986). בישראל ראו ברק "על תורת הסעדים החוקתיים", לעיל ה"ש 13, בעמ' 329; פוליאק "סעד החובה לחוקק", לעיל ה"ש 13. כן ראו, באופן כללי, נבות, לעיל ה"ש 177.

190 לפירוט על סעד זה ראו Andrew K. Lokan & Danny Kastner, *Constitutional Exemptions – The Remedy that Dare Not Speak Its Name*, 27 NAT'L J. CONST. L. 179, 180 (2009); Peter

הסעדים הנפוצים ביותר בפסיקה החוקתית הישראלית הם השעיית הכרזת הבטלות ועקרון ההפרדה הקלסי. במסגרת השעיית הכרזת הבטלות בית-המשפט מורה על בטלותו של דבר החקיקה, אך קובע כי ההכרזה תיכנס לתוקף רק בעוד תקופה מסוימת, ועד אז ייוותר החוק בתוקפו. תקופה זו, שמשכה הוא ככלל בין שלושה לשמונה-עשר חודשים, מיועדת הן למנוע חלל נורמטיבי והן (ובעיקר) לאפשר למחוקק לחוקק בתקופה זו. ככל שהמחוקק עושה כן, הכרזת הבטלות נותרת ללא ערך אופרטיבי, ומוחלפת על-ידי החקיקה החדשה עוד לפני כניסתה לתוקף.¹⁹³ יתרה מזו, כבר בפסק-הדין בעניין לשכת מנהלי ההשקעות, משנת 1997, פתח בית-המשפט למדינה את הדלת לבקש ארכות.¹⁹⁴ המדינה אכן נוהגת לבקש ארכות, ובקשותיה נענות, כך שטווחי הזמן נעשים ארוכים יותר. ומה באשר לעותרים, במיוחד כאשר מדובר בקבוצת מיעוט נעדרת השפעה פוליטית? ראשית, הדין שהוכר כפוגעני מבחינה חוקתית ממשיך לחול.¹⁹⁵ שנית, אין להם כל צל של הבטחה שהתגובה החקיקתית אכן תגן כראוי על זכויותיהם, ויש יסוד סביר להניח כי היא לא תעשה כן. יתרה מזו, ייתכן מאוד שלא ייועצו עימם כלל, ואף לא ישקלו את עניינם, כחלק מתהליך החקיקה.

עקרון ההפרדה הקלסי מושרש אף יותר מהשעיית הכרזת הבטלות. לאורו של העיקרון, אם בית-המשפט יכול לפסול רק הוראת חוק ספציפית או כמה הוראות, עליו לעשות כן ולהותיר את שאר החוק בתוקפו, ככל שהוא מגשים עדיין את תכליתו.¹⁹⁶ בחירה שיפוטית זו מצמצמת את ההתערבות בעבודת המחוקק, ואף מקילה את התגובה החקיקתית, שכן קל הרבה יותר

Sankoff, *Constitutional Exemptions: Myth or Reality?*, 11 NAT'L J. CONST. L. 411, 414 (2000).

191 ראו באופן כללי פוליאק "סעד החובה לחוקק", לעיל ה"ש 13.

192 דפנה ברק-ארז עוולות חוקתיות (1993); רונן פוליאק פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות (2017); יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" משפט וממשל ט 137 (2006).

193 לניתוח מקיף ראו מרזל "השעיית הכרזת הבטלות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 44–45.

194 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 417 (1997).

195 הזכרתי לעיל את הפטור החוקתי, שלא הוכר בישראל. זו למעשה האפשרות הטובה ביותר להחיל את השעיית הכרזת הבטלות מבלי לפגוע בעותרים: השעיית הכרזת בטלות רחבה ועקרונית, ולצידה פטור חוקתי קונקרטי לעותרים מההשעיה. לגישה התומכת בהענקת פטור חוקתי כצעד נלווה להשעיית הכרזת בטלות ראו את כתיבתו של ברק עוד בשנת 1994: ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 98, בעמ' 743. יותר משני עשורים לאחר-מכן הוא המשיך לדבוק בגישה זו. ברק "על תורת הסעדים החוקתיים", לעיל ה"ש 13, בעמ' 373. ראו גם מרזל "השעיית הכרזת הבטלות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 99; מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 69, בעמ' 269; Kent Roach, *Enforcement of the Charter – Subsections 24(1) and 52(1)*, in CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS 473, 507 (5th ed. 2014); Grant R. Hoole, *Proportionality as a Remedial Principle: A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law*, 49 ALTA. L. REV. 107, 128–131 (2011). בית-המשפט טרם פנה לאפשרות זו. הדבר נעשה רק פעם אחת – בעניין דסטא, לעיל ה"ש 21 – ללא כל נימוק או הצגת הבחירה השיפוטית כסעד חוקתי עצמאי מסוג פטור חוקתי. בית-המשפט השעה שם את הבטלות למשך שישה חודשים, אך קבע כי שוהים שנמצאים במרכז המשמורת כבר שנים-עשר חודשים או יותר ישוחררו לאלתר או לכל-המאוחר תוך חמישה-עשר ימים.

196 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 98, בעמ' 735–737.

מבחינה פוליטית לחוקק מחדש הוראה או קבוצת הוראות קונקרטיית מאשר לפתוח לדיון מחודש את ההסדר החוקתי בכללותו. אולם גם לכך יש מחיר משמעותי מבחינת העותרים נעדרי ההשפעה הפוליטית. ברוב הגדול של המקרים בית-המשפט פוסל אך חלקים מצומצמים ביותר בחוקים שנתקפו, צרים בהרבה מכלל החלקים שכנגדם הופנו טענות חוקתיות. הנטייה של בית-המשפט לצמצם את מרחב ההתערבות בחקיקה (גם כאשר ההתערבות עצמה מוצדקת) פוגעת בעותרים נעדרי הייצוג, שאינם יכולים להשלים את המלאכה בבית-המשפט.

קבוצה אחרת של סעדים היא קריאה אל תוך החוק והפרדה פרטנית. קריאה אל תוך החוק היא סעד שנהוג במקרים של פגיעה בשוויון, ובמקרים של חקיקה מיטיבה בפרט. מדובר ככלל במצב שבו קבוצה מסוימת הודרה מחקיקה מיטיבה, ובית-המשפט "קורא אל תוך החוק" את אותה קבוצה.¹⁹⁷ זהו סעד שמערב שיקול-דעת שיפוטי ניכר, ואשר מהווה התערבות משמעותית במרקם החקיקתי ושינוי של הסטטוס-קוו.¹⁹⁸ אולם גם הוא, כמו כל יתר הסעדים החוקתיים, פתוח לתגובה חקיקתית ולבחירה חקיקתית שונה של הסעד. על-אף נכונות גוברת של העותרים בעשור האחרון לבקש את סעד הקריאה אל תוך החוק,¹⁹⁹ במשפט הישראלי נעשה בו שימוש רק פעם אחת ויחידה, בעניין נסר – מקרה שנמשך שלוש-עשרה שנים, ואשר לוה בגרירת רגליים פוליטית ניכרת, כאשר הממשלה והכנסת ביקשו פעם אחר פעם להעביר את האחריות לטיפול בסוגיה מרשות אחת לרעותה. יתר על כן, באותו מקרה סבר גם היועץ המשפטי לממשלה כי יש פגם חוקתי בהסדר הקיים.²⁰⁰

הפרדה פרטנית היא תמונת-הראי של סעד הקריאה אל תוך החוק.²⁰¹ מדובר בסעד שדומה לסעד ההפרדה, קרי הפרדת החלקים הפגומים של החוק מחלקיו ה"בריאים", אולם במסגרת הפרדה פרטנית בית-המשפט אינו מפריד מהחוק התקף תת-סעיף, סעיף או פרק, אלא מסיר מילים מסוימות מלשון החוק. כך נעשה כאשר לשניים מהסדרי הפיצוי בפסק-הדין בעניין המועצה האזורית חוף עזה.²⁰² בית-המשפט לא הסביר שם כלל מה בעצם טיבו של הסעד

197 עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 433, 458–459 (1998).
 198 מטעם זה הוא כפוף לשורה של מבחנים במשפט הישראלי: האם התוספת המבוקשת ברורה ופשוטה ליישום? האם התוספת מתיישבת עם תכלית החקיקה? האם מדובר בסוגיה סכוכה או מורכבת במיוחד, המצריכה צעדים אשר טרם ננקטו? ומהן ההשלכות התקציביות (גודל הקבוצה המופלית לעומת גודל האוכלוסייה הנהנית מההטבה לפני הקריאה אל תוך החוק)? ראו ברוק "על תורת הסעדים החוקתיים", לעיל ה"ש 13, בעמ' 354–355. המבחנים אומצו מהמשפט החוקתי הקנדי, ובפרט מפסק-הדין Schachter v. Canada (1992), 93 D.L.R. (4th) 1 (S.C.C.) (אם כי דווקא באותו מקרה הובילו המבחנים להימנעות מהענקת סעד זה).
 199 לסקירת השימוש בסעד ראו יוסף "הדיאלוג החוקתי בישראל", לעיל ה"ש 4, חלק ד(ג).
 200 עניין נסר, לעיל ה"ש 102, בפרט פס' 1–5 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש.
 201 Hogg, לעיל ה"ש 42, בעמ' 390.
 202 ראו עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 117, בעמ' 746–748. בעניין זה השתמש בית-המשפט בעקרון ההפרדה במובנו הפרטני פעמיים: פעם אחת כאשר לגיל הזכאות למענק אישי בשל ותק (שם בוטל ס' 46) לחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה–2005, כנוסחו דאז, ובוטלו המילים "החל ביום הגיעו לגיל 21" בפסקה האחרונה של ס' 46), ופעם נוספת כאשר להסדרי "השנה האבודה" (שם ביטל בית-המשפט את התיבות "בתכוף לפני היום הקובע" שהופיעו בפסקה האחרונה של ס' 46 לחוק, בס' 1 לתוספת השנייה לחוק ובס' 52).

שהוא מעניק לעותרים, לא עמד על משמעויותיו של הסעד, ולא מצא צורך להצדיקו. מאז נרשמו כמה נסיונות לעשות זאת מפורשות בפסיקה החוקתית, אך הם העלו חרס.²⁰³ קריאה אל תוך החוק והפרדה פרטנית הם סעדים נחרצים יותר מהאחרים, שמתאימים לנקודה שבה הדיאלוג הגיע לגבולותיו. המחוקק עודו שומר על יכולת התגובה, אך בית-המשפט אינו מבקש עוד להקל אותה. הוא יוצר סטטוס-קוו חדש, אשר קשה יותר לשינוי, כידוע.²⁰⁴

סעד נוסף הוא ליווי שיפוטי. כאשר עותרים פונים לבית-המשפט ועומדים על הפגיעה בזכויותיהם, לעיתים בית-המשפט, חלף הוצאת צו סופי, מוציא במהלך ההליך צווי-ביניים אשר דורשים מהמדינה לעדכן אותו באשר להתקדמות. הליווי יכול להיעשות הן ביחס לביצוע²⁰⁵ והן ביחס לחקיקה.²⁰⁶ סעד זה זוכה בכתיבה ניכרת בעת האחרונה במשפט ההשוואתי,²⁰⁷ במיוחד לאור פיתוחו על-ידי בית-המשפט החוקתי בדרום-אפריקה²⁰⁸ ובית-המשפט העליון בקנדה,²⁰⁹ ורבים רואים בו ערך רב: בית-המשפט קובע עיקרון, ומותר

203 המקרה הבולט ביותר הוא בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 15.4.2015), שבו הציג השופט פוגלמן למחוק את התיבות "או אזור הנמצא בשליטתה" בחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011. שם, פס' 8 לפסק-דינו של השופט פוגלמן. ראו גם שם, פס' 41-42 לפסק-דינו של השופט דנציגר, פס' 48 לפסק-דינו של השופט עמית ופס' 1-2 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

204 טענה זו עומדת ביסוד ביקורתו של מורטון נגד תיאוריית הדיאלוג. ראו Morton, לעיל ה"ש 11. 205 ראו, למשל, בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007) (מיגון בתי-ספר וגנים בשררות); בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 6.2.2011) (הקמת כיתות לימוד במזרח ירושלים).

206 בג"ץ 5833/08 עמותת נגישות ישראל נ' שר התחבורה (טרם ניתן). מקרה זה נמשך זה אחת-עשרה שנים, ועד כה ניתנו בהליך 87 החלטות-ביניים (נכון ליום 13.6.2019).

207 MARK TUSHNET, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (2009) (להלן: TUSHNET, WEAK); Ariel L. Bendor & Joshua Segev, *The Supreme Court as a*; (COURTS, STRONG RIGHTS *Babysitter: Modeling Zubik v. Burwell and Trump v. International Refugee Assistance Project Rights*, 2018 MICH. ST. L. REV. 373; Joseph Eliot Magnet, *Constitutional Litigation Against Institutions: Remedies*, 42 OTTAWA L. REV. 285 (2010); Kent Roach & Geoff Budlender, *Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: When Is It Appropriate, Just and Equitable?*, 122 S. AFR. L.J. 325 (2005); Rosalind Dixon, *Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited*, 5 INT'L J. CONST. L. 391 (2007); Alana Klein, *Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights*, 39 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 351, 383 (2008). בישראל ראו אריאל בנדור "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" *משפט וממשל* יד 377, 379-385 (2012); לירון דוד "החיפוש אחר סעדים חברתיים" *מעשי משפט* ד 109 (2011); Tamar Megiddo, *Babysitter Justice*; (טרם פורסם, טיוטה מצויה ברשות המחברת).

208 Government of the Republic of South Africa v. Grootboom, 2001 (1) SA 46 (CC); Minister of Health v. Treatment Action Campaign, 2002 (5) SA 721 (CC); Sibiyi v. Director of Public Prosecutions: Johannesburg, 2005 (5) SA 315 (CC), 2005 (8) BCLR 812 (CC)

209 Re Manitoba Language Reference, [1985] 1 S.C.R. 721; Doucet-Boudreau v Nova Scotia, [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62.

למדינה את שיקול-הדעת כיצד למלאו בתוכן. אולם הערך הרב הזה נעלם כאשר ברוב המקרים בית-המשפט נמנע מלהצהיר על אותו עיקרון או אף על הפגיעה בזכויותיהם של העותרים. עם ההחלטה השיפוטית לסיים את התיק באמצעות פסק-דין סופי, לעיתים קרובות כאשר הפגיעה בזכויות העותרים ודומים להם נפתרה אך באופן חלקי, אין כל ערובה אחרת להגנת העותרים. כך נעשה לרוב בפסיקה הישראלית.

* * *

אם בית-המשפט בוחר לנהוג בנחרצות שיפוטית, עליו לעשות זאת בריש גלי, ללא הסננות וללא אמתלה המתארת חלופות אחרות שלא צלחו. לשם ההמחשה, טלו את הסעד המוחלט שנגקט בעניין הפרטת בתי הסוהר, שם הורה בית-המשפט על בטלותו של החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004, שיועד לאפשר הפרטה של תהליך הכליאה. קודם להכרזת הבטלות הסבירה הנשיאה ביניש מדוע אין כל טעם מעשי והגייוני בהשעיית הבטלות או בשימוש בעקרון ההפרדה,²¹⁰ ורק אז הגיעה להכרעה הסופית בדבר ביטול החוק בשלמותו ובאופן מיידי. נחרצות שיפוטית, לשיטתי, אינה פועלת כך. הבחירה בסעד מוחלט אינה צריכה להיות מוצגת כרע במיעוט. היא צריכה להיות הבחירה הראשונה והיחידה של בית-המשפט, ועל בית-המשפט לתאר אותה ככזו.

בשני המקרים הנוספים היחידים עד כה שבהם הייתה הבטלות מוחלטת – עניין אורון,²¹¹ שבו נפסלה כזכור הוראת חוק שיועדה להכשיר את פעילותו של ערוץ 7, ופסק-הדין המרכזי של המשנה לנשיאה ריבלין בבש"פ פלוני,²¹² שם פסל בית-המשפט את האפשרות להאריך את מעצרו של חשוד בעברות ביטחון ללא נוכחותו – אין כל הנמקה לבחירה הזו, ואין כל ניסיון לבחון סעדים אחרים, מרוככים, ואת התאמתם למצב הדברים. מקריאת פסק-הדין היא נדמית כבחירה המתבקשת והיחידה. עניין אורון אינו מקרה טיפוסי שמצדיק את עצירת הדיאלוג (פגיעה בחופש העיסוק ובתחרות בין תחנות שידור), ואילו בש"פ פלוני כן (פגיעה בזכות תהליך הוגן של עצירים). כך או כך, אופן ההתנהלות בשני המקרים הללו הוא שמשקף נחרצות שיפוטית בעניין הסעדים.

אותה תפיסה צריכה להנחות באופן עקרוני את הגישה לסעדים כאשר בית-המשפט הגיע לגבולות הדיאלוג. כך, למשל, כאשר לסעד הליווי את סעד הליווי יש דרכים רבות להפעיל, ורמת ה"שמרטפות" של בית-המשפט משתנה מאוד.²¹³ אם בית-המשפט מוצא כי ליווי זו

210 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, פס' 65 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש, פס' 56 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2009).

211 עניין אורון, לעיל ה"ש 99, פס' 47 לפסק-דינו של השופט אור.

212 בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500, פס' 35 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2010).

213 יש דרכים רבות ומגוונות להפעיל את סעד הליווי. טושנט הצביע על כמה אמות-מידה לאפיון הסעד כליווי חלש או כליווי חזק: האם מדובר בצו הצהרתי או בצו כופה? האם בית-המשפט סומך על העותרים שיתלוננו אם אין ביצוע ראוי או שמא הוא קובע אפריורית דרישות דיווח תקופתיות? האם בית-המשפט קובע יעדים מדידים ומוגדרים או מאפשר למדינה את שיקול-הדעת? והאם הצו קובע עיקרון ומאפשר למדינה ליישמו כפי שהיא רוצה או שמא הוא נותן צו מפורט? TUSHNET, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS, לעיל ה"ש 207, בעמ' 248–249. הבחנה זו

הדרך היעילה יותר לקדם את עניינם של העותרים, אזי במקרה של קבוצת מיעוט פגיעה שלא תוכל למצוא מענה הולם במסגרת הרשויות הפוליטיות, הליווי צריך להיות הדוק. הוא צריך להתאפיין, ראשית, בקיומה של אמירה שיפוטית מפורשת כי זכויות העותרים הופרו, ובהמשך בדרישת דיווחים שוטפים בפרקי זמן מצומצמים באופן יחסי, בניהול אקטיבי של ההליך, באי-היענות לבקשות ארכה חוזרות ונשנות של המדינה וכדומה.

גם את הסעדים הנחרצים יותר, כהפרדה פרטנית וקריאה אל תוך החוק, יש להעניק ברוח זו. אם בית-המשפט בחר לקרוא אל תוך החוק, אֵל לו להיתלות בתלי-תילים של לגיטימציה ובהליכים שמשכם שנים רבות עקב גרירת רגליים ואי-עשייה פוליטית. אם בית-המשפט בחר בהפרדה פרטנית, עליו להבין בעצמו ולהבהיר לקוראי פסק-הדין במה בחר ומדוע. אומנם הפער בין עשייה לדיבור הוא ידוע,²¹⁴ ונהוג לומר כי בין השניים הראשון עדיף, אך יש ערך באמירת הדברים כפי שהם ובהצגת הצורך בנחרצות שיפוטית בהקשר זה.

ברוח זו, היישום האופרטיבי של הדוקטרינות מבוססות-התגובה צריך לבוא לידי ביטוי, למשל, בהימנעות מקריאה למטה של חקיקה הלוקה לכאורה בפגם חוקתי, שכן שינוי של פרשנות, כזכור, אינו נושא בחובו את המטען הפוליטי והציבורי של הכרזה על בטלות חקיקה. חלף זאת, על בית-המשפט להעדיף בחינה מלאה לפי פסקת ההגבלה, ואם בבחינה זו אכן יימצא פגם חוקתי, יש לפסול את החוק, במקום "להצילו" דרך פרשנות.

גישה דומה יש לנקוט ביחס להתראת הבטלות ולהנחיה השיפוטית. אם הפגם החוקתי שריר וקיים, על בית-המשפט להעניק סעד חוקתי מלא, ולא אך מעין סעד אשר לא ברור אם יהיה תקף בפעם הבאה שהנושא יגיע לפתחו של בית-המשפט; על בית-המשפט להימנע מלתלות תקנות-שווא במחוקק שאולי ייענה לקריאתו (הבלתי-מחייבת), ולקבוע את הדברים כחלק מפורש מהלכת הפסק, ולא אך כאוביטר, "יתרה מן הצורך".

גם מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה אינו ראוי כאשר מגיעים לגבולות הדיאלוג. הרי ההצדקה הדיאלוגית היא היחידה שמצליחה להצדיק ולאזן את החסרונות המשמעותיים

קיימת, אם כי באופן מצומצם יותר, גם במקומות נוספים בספרות. כך, דוד הבחינה בין ליווי "גמיש ומנחה" לבין ליווי "יצירתי וחרף" (דוד, לעיל ה"ש 207, בעמ' 122), ומגנט הבחין בין צו נוקשה (מִן את זה, עֵשָׂה את זה – עכשיו) לעומת צו מרוכך (התחל, מִן, בוא לומר לי איך התקדמת, ואז נראה) (Magnet, לעיל ה"ש 207, בעמ' 287). על אלה ניתן להוסיף אמות-מידה נוספות: האם מדובר בליווי חקיקתי או בליווי ביצועי? האם ניתן צו-ביניים? האם הפיקוח נעשה במקביל לדיונים ולפני צו-ביניים או אחריו? עד כמה הליווי צמוד? והאם נכתב פסק-דין מנומק או שמא בית-המשפט בחר במחיקת ההליך שכן העתירה מיצתה את עצמה? למופעים אחדים שונים מאוד זה מזה של סעד הליווי בפסיקת בית-המשפט העליון ראו, למשל, עניין ווסר, לעיל ה"ש 205 (מיגון מרקטות בעוטף עזה); עניין אבו לבדה, לעיל ה"ש 205 (כיתות לימוד לילדי מזרח ירושלים); בג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 8.5.2012) (חקיקה המבוססת על מצב חירום); בג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 7.7.2011) (נוהל "החזרה חמה"); עניין עמותת נגישות ישראל, לעיל ה"ש 206 (חקיקת תקנות בנושאי נגישות לאנשים עם מוגבלות).

214 לניתוח מרתק בהקשר של מאבק הלהט"ב"ק לשוויון זכויות ראו Rivka Weill, *The Power of Understatement in Judicial Decisions*, XXX ANNUAIRE INTERNATIONAL DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE 125 (2014).

הכרוכים בדוקטרינה זו.²¹⁵ אם לא מתרחש דיאלוג, אם ניתן להניח באופן מבוסס למדי שכאשר עניינה של הקבוצה יגיע למחוקק זכויותיה לא יישמרו, אזי היכן ההצדקה לכל אותם חסרונות?²¹⁶ אין זה מקרי שבחלק מהמקרים מהשנים האחרונות שבהם ביכר בית-המשפט לא ליתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה, הוא תלה את האשמה (ובאופן מפורש למדי) ברשויות הפוליטיות שגררו רגליהן.²¹⁷ במקרים שבהם בית-המשפט מוצא לנכון לתת מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה, אם מדובר בקבוצת מיעוט פגיעה, אזי יש לשיטתי "לעלות מדרגה" ולהפוך את הדוקטרינה לחלק מליווי שיפוטי של החקיקה. במסגרת זו תחול ההצעה שלעיל באשר לסעד הליווי: הכרה מפורשת בכך שגירת הרגליים החקיקתית פוגעת בזכויותיהן של העותרות, דרישה לדיווחים, קציבת תקופות זמן מוגדרות מראש ועוד.

השאלה שצריכה להנחות את בית-המשפט כאשר הוא בוחר אם להפעיל את כל אותן דוקטרינות שיפוטיות וסעדים חוקתיים וכיצד להפעילן היא בסופו של דבר שאלה של אומן:²¹⁸ האם אפשר להאמין שבעיצוב התגובה החקיקתית יישמע עניינה של הקבוצה ויובא בחשבון? כאשר עסקינן בקבוצת מיעוט פגיעה, התשובה, באופן מצער, היא שככל הנראה לא – במצבים מעין אלה ייטה המחוקק לעשות את המינימום האפשרי כדי לעבור את המשוכה החוקתית, על-מנת שהוא יוכל להמשיך להוציא לפועל את המדיניות הרצויה בעיניו. על-כן אי-אפשר לסמוך על המחוקק בעיצוב התגובה החקיקתית במקרים אלה, ועל בית-המשפט להיות נחרץ יותר. בין נחרצות שיפוטית לבין פסילת התכלית יש פער, ואפילו פער משמעותי. נחרצות שיפוטית מאפשרת עדיין זכות תגובה; היא אינה שוללת אותה. העובדה שבית-המשפט פסל תיקון שלם ובאופן מידי אינה מונעת מהמחוקק את האפשרות להגיב בחקיקה, בתוך חודש או שנה, ולשנות את המצב המשפטי. העובדה שבית-המשפט בוחר לא להמתין להצעת חוק, אלא לפסוק על-פי המצב המשפטי הקיים, אינה מונעת את המחוקק מלהמשיך לקדם את הצעת החוק ולשנות את הדין.

הנחרצות השיפוטית מהווה גבול עדין יותר מאשר חסימת המחוקק כליל על-ידי פסילת התכלית, אך היא נחוצה משני טעמים מרכזיים. הראשון, והמובן מאליו – במקרים רבים התכלית אכן ראויה. תפיסה מהותית של דיאלוג אינה מבקשת ואינה יכולה "לזהם" תכלית טובה רק על-מנת ליצור גבול מדומיין. אם התכלית ראויה ברמת קונקרטיזציה גבוהה, אין אפשרות לפוסלה, ויש צורך בכלים חלופיים. הטעם השני הוא שאני סבורה כי מלכתחילה צריכים לעמוד לרשות בית-המשפט כמה מנגנונים חלופיים, ומוטב להימנע ממנגנון דיכוטומי של "הכל או לא-כלום". גם כאשר לפני בית-המשפט מונח עניינה של קבוצת מיעוט פגיעה,

215 יוסף המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 281–285, 292.
216 להרחבה על טיעון זה ראו בל יוסף "לא רק לחקיקה יש תכלית: על מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה ועל דיאלוג, לאורו של בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו–1996 " המשפט ברשת: מבזקי הארות פסיקה 5, 71 (2017).

217 ראו, למשל, בג"ץ 6665/12 אי.סיג בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות (פורסם בנבו, 3.12.2014).

218 לגישה דומה ראו למשל אצל פלון, הסובר כי חיקוק על בסיס תכלית שאינה ראויה מונע כל סיכוי להנסגרת דעת שיפוטית. ראו Fallon, *Implementing the Constitution*, לעיל ה"ש 157, בעמ' 99.

והתכלית "גבולית", אין תמיד הצדקה למהר לפוסלה, ולעיתים מוטב לפסול דרך עילת המידתיות, שמותירה זכות תגובה. נחרצות שיפוטית, להבדיל מהתנהלות דיאלוגית רגילה, אינה מתאמצת להוביל לתגובה, אלא אך מאפשרת אותה.

ד. סיכום

תיאוריית הדיאלוג החוקתי מהווה מסגרת מצוינת לתיאור הדינמיקה שבין בית-המשפט העליון למחוקק במסגרת שאלות של חוקתיות החקיקה. אין משמעות הדבר שבשיטת ממשל המתאפיינת בסממנים דיאלוגיים אין משברים ואין מתח. גם בשיטה כזו יש משברים, יש מתח, ויש איומים בדבר שינוי כללי המשחק. ובכל-זאת, מדובר בדיאלוג – דיאלוג שמתנהל מנקודת מוצא שלפיה בית-המשפט העליון והמחוקק הם מוסדות שונים, וכל אחד מהם פועל מתוך הקשר שונה ונועד להגשים מטרות שונות. הדיאלוג גם אינו מתאפיין בסממנים בינריים, אלא במורכבות רבה. לא רק התוצר ו"השורה התחתונה" חשובים, אלא גם הדרך והניואנסים. אולם הדיאלוג הזה, בעל קסם המשיכה הייחודי, נעדר כל ערך אם הוא נהפך לאצטלה לפגיעה מוסדית בזכויות אדם. יש להכיר בכך שפעם אחר פעם זכויות אדם שבות ונפגעות בשם הדיאלוג החוקתי הבין-מוסדי, ולהבין שהחל בנקודה מסוימת אין זה מוצדק. זוהי שאלת גבולות הדיאלוג.

בהתאם להבנה זו ביקשתי לעצב את גבולות הדיאלוג. טענתי כי יש להבחין אילו הן אותן קבוצות מיעוט נעדרות ייצוג שראויות ליחס שיפוטי. יחס מיוחד זה, כך הדגשתי, אינו כרוך בשינוי כללי המשחק, אלא מצוי בתוך אותם כללים – הוא כרוך בהפעלה מלאה של סמכות בית-המשפט, ולא יותר מכך. הצעתי כי כאשר מגיעה לבית-המשפט קבוצת מיעוט נעדרת ייצוג אשר נפגעה בשל היותה קבוצת מיעוט והוכיחה כי עומדת לה זכות שנפגעה לא בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה, וכאשר הפגיעה היא בליבת הזכות, יחדל בית-המשפט מהתנהגות דיאלוגית המבקשת לשמר יכולת משילות פוליטית. הדרך הנחרצת והגורפת יותר היא דרך פסילת התכלית, אשר ברוב המקרים חוסמת יוזמת חקיקה חדשה במקומה. דרך נוספת היא הבעת נחרצות שיפוטית, דהיינו שימוש במלוא סמכותו של בית-המשפט, על-ידי סירוב להפעיל דוקטרינות מבוססות-תגובה או להעניק סעדים מרוככים. עם ריבוי הכתיבה החשובה והמבורכת על תיאוריית הדיאלוג במשפט הישראלי,²¹⁹ אל לנו לשכוח את ההטעיה הגלומה בקסם שבדיאלוג.²²⁰ כבדהו וחשדהו. יחסים בין-מוסדיים תקינים

219 ראו, למשל, ממדים דיאלוגיים חזקים אצל אהרונסון, לעיל ה"ש 123, בעמ' 516–518; אצל פוליאק "סעד החובה לחוקק", לעיל ה"ש 13; ולאחרונה אצל נבות, לעיל ה"ש 177. כן ראו באופן כללי את המקורות לעיל בה"ש 13.

220 "By and large, scholarship on constitution-making (especially in mid- and post-conflict settings) tends to envision the process as a productive dialogue, and generates a strong bias to interpret the actions of active participants as instances of cooperation and consensus-seeking, in the hope of building a better (democratic) constitutional regime." Renáta Uitz, *Can You Tell When an Illiberal Democracy Is in the Making? An Appeal to Comparative Constitutional Scholarship from Hungary*, 13 INT'L J. CONST. L. 279, 293 (2015)

ומכבדים מתארים מצב טוב וראוי. כדאי ומוטב לשאוף ליחסים אלה. אך יש לזכור כי הם אינם חזות הכל, ואינם מהווים הצדקה גורפת לפגיעה בזכויות אדם. המציאות הישראלית הספיקה – באופן מצער – להציב לנו כמה נורות אזהרה בהקשר זה, ומוטב שלא נמהר לשכוח אותן. כחלק מהדיון העקרוני בפרק א הזכרתי את האקלים הפוליטי הקיים כיום – היבט שאין להתעלם ממנו כאשר עסקינן במשפט חוקתי בכלל ובביקורת שיפוטית חוקתית בפרט. האקלים הקיים נדמה כחלק מגל רחב יותר של לאומנות, אשר דוחק הצידה (בצורה בוטה לעיתים) זכויות אדם. במצב מעין זה נוצר פרדוקס אינהרנטי: האם על בית-המשפט להנסיג את דעתו על-מנת לשמר את משאבי הלגיטימציה שלו, ובכך לשמר את יכולתו העתידית להגן על זכויות אדם, כאשר המחיר של אותה הנסגת-דעת הוא פגיעה בזכויות אדם בהווה?

דווקא על רקע זה ניתן לזהות כתיבה הטוענת כי העלייה בלאומנות ובפופוליזם, המורגשת בכל רחבי העולם, מחייבת בית-משפט חזק יותר. כך, פרופ' מטיאס קום הדגיש כי לחץ חזק מצד הרשויות הפוליטיות אינו צריך למנוע את בתי-המשפט (בפרט בתי-משפט עליונים, אשר מטבע הדברים הם שנושאים על כתפיהם את ההתמודדות עם הרשויות הפוליטיות) לעשות את מלאכתם נאמנה. שימור הדמוקרטיה, במיוחד בעידן של עליית משטרים סמי-אוטוקרטיים, היא המלאכה המרכזית והעיקרית של בתי-משפט בעלי אופי חוקתי. לשם השגת יעד זה, על בתי-המשפט להמשיך לפעול בכלים המשפטיים העומדים לרשותם. יתרה מזו, קום סבור כי התנהגות אסטרטגית של בתי-המשפט, שתוריד אותם למקלטים עד שוך הסערה, כלשונו, כבר התבררה כבלתי-מועילה.²²¹ הדברים מתיישבים היטב עם מחקרם המקיף של גינזבורג והק, הטוענים כי בתי-משפט אשר "הורידו את ראשם", בהתאם לרוח האנלוגיות המצויה, כבר לא יכלו להרימו בחזרה לאחר-מכן.²²² גישה דומה ניתן לזהות ביחס להפעלת דוקטרינות פרטניות. כך, למשל, רוזנאי והוסטובסקי-ברנדס טוענים ביחס לדוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי – אשר נתפסת ככלי חוקתי לא-שגרתי, ויש הטוענים כי היא אף מעבר ליכולתו של בית-המשפט²²³ – כי מקרי-הקצה הם שמצדיקים את הפעלת הדוקטרינה, וכי הפעלתה יכולה לסייע במניעת משברים חוקתיים.²²⁴ כך נטען גם בקנדה באשר לבחינה שיפוטית של תגובות חקיקתיות (second-case look): לא צריך להיות "כלל אצבע" ביחס לתגובה חקיקתית, ובוודאי

221 דבריו של פרופ' מטיאס קום בכנס Proportionality in Public Policy: The Balance Between Rights and Public Interests in Decision Making, שהתקיים במכון הישראלי לדמוקרטיה, בירושלים, ביום 19.5.2019. להרצאה המוקלטת ראו <https://www.youtube.com/watch?v=WiQFPJZIFpk>. לאימוץ הצורך לשרד "עסקים כרגיל" בהקשר הישראלי ראו Yaniv Roznai, *Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy* (working paper, 2019), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3488474.

222 Tom Ginsburg & Aziz Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy* (2018).
 223 Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (2017).
 לסקירה כללית של הדוקטרינה ראו את מחקרו המקיף של רוזנאי: UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS (2017).

224 Yaniv Roznai & Tamar Hostovsky Brandes, *Democratic Erosion, Populist Constitutionalism and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine*, part V (forthcoming).

לא "כלל אצבע" בעד מתן תוקף חוקתי לתגובה.²²⁵ כך ככלל, וכך בפרט בעידן של פופוליזם, שבו בית-המשפט צריך לבחון כל מקרה לגופו, ולא להימנע אפירורית מפסילת חוק, גם בפעם השנייה, אם המקרה מצדיק זאת.²²⁶ דברים דומים נאמרו באשר להגנה שיפוטית נחרצת על זכויות, אף אם היא עלולה להוביל לשימוש בפסקת ההתגברות.²²⁷

איני סבורה כי בעת הזו נכון למקם את ישראל לצד פולין, הונגריה וטורקיה, שחוו משברים חוקתיים בהיקף ניכר, עד כדי השתלטות פוליטית על בתי-המשפט החוקתיים.²²⁸ עם זאת, קשה לומר כי גל הלאומנות והפופוליזם פסח על ישראל. דווקא על רקע זה, ועל-אף החשש האינסטינקטיבי והמובן מפעולה שיפוטית נחרצת, בכל אחד מהרבדים שתיארתי, על בית-המשפט להשתמש במלוא היכולות שבארגז הכלים החוקתי שלו כאשר הדבר מוצדק.

225 זו הגישה שדיקסון מקדמת בעקביות. ראו Dixon, *Charter Dialogue*, לעיל ה"ש 11, ולאחרונה Rosalind Dixon, *Constitutional 'Dialogue' and Deference*, in CONSTITUTIONAL DIALOGUE: RIGHTS, DEMOCRACY, INSTITUTIONS 161 (Geoffrey Sigalet, Grégoire Webber & Rosalind Dixon eds., 2019).

226 Roach, *The Dangers of Simplified Comparative Law and Populism*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 278. יש לציין כי בית-המשפט העליון הקנדי אימץ מפורשות גישה זו. ראו Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp., 2007 SCC 30, para. 11.

227 Roach, *The Dangers of Simplified Comparative Law and Populism*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 296.

228 ראו בעניין זה את קובץ המאמרים העדכני והמרתק: CONSTITUTIONAL DEMOCRACY IN CRISIS? : ראו בעניין זה את קובץ המאמרים העדכני והמרתק: (Mark A. Graber, Sanford Levinson & Mark Tushnet eds., 2018), ובו סקירה מקיפה של מדינות רבות, תוך מיקום הסקירות בתוך הקשר רחב וגלובלי.