

מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה

אריאל בנדור*

ברשימה מוצגות שלוש מגמות בפסיקתו של בית-המשפט העליון בתחומי המשפט הציבורי בסוף העשור הראשון ובתחילת העשור השני של שנות האלפיים. המגמה האחת, הנוגעת בהליך השיפוט, מתבטאת ב"הליכים מתגלגלים", שבהם בית-המשפט עוקב אחר תיקון פגמים שעליהם הצביעה העתירה או ממתין לצבירת ניסיון שיאפשר לברר אם הדרישות החוקתיות מתקיימות. המגמה השנייה, הנוגעת בקביעת חוקתיותם של חוקים ובקביעת חוקיותן של החלטות ופעולות של הרשות המבצעת, מתבטאת בהטעמתן של אמות-מידה בלתי-קביעות, ובמיוחד של סבירות ההחלטה והליכי קבלתה. המגמה השלישית, הנוגעת בתרופות שבית-המשפט נותן כאשר הוא מוצא שרשות שלטונית פעלה לא כדיון, היא של התמקדות בשיקול-הדעת של בית-המשפט בקביעת התרופה במסגרת תורת הבטלות (התוצאה) היחסית. אף שכל אחת משלוש המגמות האלה נוגעת בשדה משפטי אחר, יש להן מכנה משותף – העצמת תפקידו של בית-המשפט במשפט הציבורי. הרשימה מבקרת את שלוש המגמות, בין היתר משום שהן מגבירות את העמימות הדוקטרינרית המאפיינת ממילא חלקים רחבים של המשפט החוקתי ושל המשפט המנהלי הכללי, ומשום שהיא תורמת לתפיסה הציבורית כאילו פעילותו של בית-המשפט בתחום המשפט הציבורי היא "התערבות" בעניינים לא לו.

* יושב-ראש העמותה למשפט ציבורי בישראל; פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה למחקר משפטי ע"ש פרנק צ'רץ, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. הרשימה מבוססת על הרצאות על-אודות התפתחויות במשפט ציבורי, שנישאו בכנסים השנתיים של העמותה למשפט ציבורי בישראל שנערכו בקיסריה בנובמבר 2009 ובנובמבר 2010, ובים המלח בדצמבר 2011. אני מודה לעורך משפט וממשל אילן סבן, לחברי המערכת טל כהנא, חגית לוין, דניאל פלד ומיכל קורנפלד, וכן לקורא/ת האנונימי/ת מטעם מערכת כתב-העת, על הערותיהם המאלפות. מכולם השכלתי, לסגנית העורך רעות כהן ולעורך אילן סבן על הערות רבות וחשובות שסייעו בשיפור המאמר.

פתיחה. א. ההליך השיפוטי – הליכים מתגלגלים. ב. הדין המהותי – אמות-מידה בלתי-קביעות. ג. תרופות בשל הפרת המשפט הציבורי – בטלות יחסית. ד. סיום.

פתיחה

1. קשה להציג חידושים שחלו במהלך תקופה קצרה למדי בענף משפטי – לא כל שכן בענף רחב, מגוון ומורכב כמשפט הציבורי – מבלי להסתכן באקלקטיות, קרי, בלקטנות-יתר. כדי להימנע מכך, אמקד את הדברים בכמה מגמות שאפשר לזהות בפסיקתו של בית-המשפט העליון בתחומי המשפט הציבורי בסוף העשור הראשון ובתחילת העשור השני של שנות האלפיים.

2. בחרתי להציג – ולבקר – שלוש מגמות. המגמה האחת נוגעת בהליך השיפוטי. מגמה זו מתבטאת ב"הליכים מתגלגלים"¹, שבהם בית-המשפט עוקב אחר תיקון פגמים שעליהם הצביעה העתירה, ומכריע בה לגופה רק אם בדרך זו לא נמצא פתרון מניח את הדעת. במקרים אחרים, הנוגעים בדרך-כלל בחוקתיותו של חוק, בית-המשפט ממתין לצבירת ניסיון שיאפשר לברר אם הדרישות החוקתיות מתקיימות. זאת, לעיתים, תוך השארת העתירה תלויה ועומדת, ובמקרים אחרים תוך דחייתה ומתן אפשרות לעותרים לשוב ולעתור לאחר צבירת הניסיון. המגמה השנייה נוגעת בקביעת חוקתיותם של חוקים ובקביעת חוקיותן של החלטות ופעולות של הרשות המבצעת. מגמה זו מתבטאת בהטעמת הסבירות של ההחלטה, ואף של הליכי קבלתה, לרבות היחסיות (הפרופורציונליות) – "המידתיות במובן הצר"² – אשר קרובה במהותה לסבירות. המגמה השלישית נוגעת בתרופות שבית-המשפט נותן כאשר הוא מוצא שרשות שלטונית פעלה לא כדין. מגמה זו היא של התמקדות בשיקול-הדעת של בית-המשפט בקביעת התרופה במסגרת תורת הבטלות (התוצאה) היחסית.

1 ראו בג"ץ 1527/06 התנועה להגינות שלטונית נ' משרד התחבורה, פסק-דינו של המשנה-לנשיאה אליעזר ריבלין (פורסם בנבו, 9.6.2009). השופט ריבלין גם מכנה שם את תפקידו של בית-המשפט בעתירות כאלה "מעין 'שמרטף'".

2 הכינוי "מידתיות במובן הצר" – אשר מקובל בפסיקה ובספרות למבחן-המשנה השלישי של המידתיות, ואשר מתמקד ביחס שבין תועלתה של נורמה הפוגעת בזכויות לבין הנזק שבה – הוא מסורבל לא לצורך. מקורו בשמה של המידתיות בכללותה בלעז – proportionality, כלומר, יחסיות. מכיוון ש"פרופורציונליות" היא הכותרת בלעז למידתיות בכללותה, מבחן-המשנה השלישי של המידתיות מכונה "פרופורציונליות במובן הצר". אולם משזיכה אותנו השופט חיים כהן בשם "מידתיות", אין עוד צורך לכנות בעברית את מבחן-המשנה השלישי "מידתיות במובן הצר", ומתבקש לקרוא לו, פשוט, "יחסיות" (פרופורציונליות בעברית). ראו בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, ס' 26 לפסק-דינו של המשנה-לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 10.2.2010). לחיעוד הנסיבות של המצאת המילה "מידתיות" על-ידי השופט כהן ראו יצחק זמיר "השופט חיים ה' כהן: האיש והרוח" המשפט יא 137, 141 (2007).

אף ששלוש המגמות האלה הן מגמות שונות, שכל אחת מהן נוגעת בשדה משפטי אחר, יש להן מכנה משותף. המכנה המשותף של שלושתן הוא הטעמת תפקידו של בית-המשפט במשפט הציבורי. בית-המשפט אינו נתפס רק כמכריע במחלוקות עובדתיות ומשפטיות על-פי הדין המהותי, אלא כבעל תפקיד משל עצמו בהליך השלטוני.

3. בעמדה הביקורתית שמתוכה יוצגו מגמות אלה מובלעת תפיסה מסוימת של תפקיד בית-המשפט ואף של מהות שלטון החוק. על-פי תפיסה זו, "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין";³ בית-המשפט כפוף לדין, ותפקידו העיקרי הוא להכריע במחלוקות לגבי פירוש הדין ולגבי יישומו. המשמעות של שלטון החוק היא פעולה לפי הדין. בשיטת המשפט של ישראל, הדין בהקשר זה הוא הדין כפי שהתפרש על-ידי בית-המשפט העליון.⁴

תפיסה זו של תפקיד בית-המשפט ושל מהות שלטון החוק, המובלעת ברשימה, אינה הגישה המקובלת היחידה.⁵ ברשימה זו לא אתיימר לעמת באופן שיטתי בין הגישה המובלעת בה לבין תפיסות מתחרות. עם זאת, נראה כי התביעה של בית-המשפט העליון עצמו לציית לפסקי-דינו מבוססת בדרך-כלל על גישה דומה לזו שביסוד הרשימה. כדבריה של השופטת אילה פרוקצ'יה, "כיבוד ערכי החוק והמשפט, ופיתוח מסורת של הגנה על ערכי שלטון החוק מושפעים מהתנהגותם [של רשויות השלטון ונושאי-המשרה בהן]. אי קיום הדין, ואי ציות לפסקי דין על ידי רשות שלטונית טומנים בחובם פגיעה ערכית עמוקה לא רק בתשתית הפורמלית של סדרי השלטון והמשטר, אלא גם בליבה של המסורת ותרבות השלטון הראויה, המשמשים דוגמא ומופת להתנהגות הראויה של הפרט בחברה".⁶

א. ההליך השיפוטי – הליכים מתגלגלים

4. בהתדיינויות רבות בתחום המשפט הציבורי בשנים האחרונות, במיוחד בבית-המשפט הגבוה לצדק, בית-המשפט אינו בוחן את חוקיותה של ההחלטה הנתקפת כפי שהייתה בעת הגשת העתירה או בעת הדיון, ואינו נותן פסק-דין בהתאם לה, אלא מעיר לרשויות

3 ס' 2 לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.

4 ראו שם, ס' 20(ב).

5 לגישות אחרות ראו, לדוגמה, גד ברזילי "המלך אינו עירום – מדוע המשפט פוליטי" דין ודברים ד 55 (2008); שחר ליפשיץ וגדעון ספיר "מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי? על פרשת שליט ותפקידו הראוי של בית המשפט בחברה דמוקרטית" מחקרי משפט כב 269 Daniel Markovits, *Democratic Disobedience*, 114 YALE L.J. 1897 (2005); (2006); GUIDO CALABRESI, A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES (1982); JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980).

6 בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, ס' 35 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 27.7.2008).

המשיבות על פגמים שיש לכאורה בהחלטה, מעודד אותן לבחון את תיקונם ומנחה אותן בכך, ועוקב אחר התנהלותן. בחלק מן המקרים הליך זה אינו מועיל, ובסופו של דבר בית-המשפט נותן פסק-דין מפורט לגופו של עניין. במקרים רבים ההליך מסתיים בכך שבית-המשפט דוחה או מוחק את העתירה לנוכח שינויים בהחלטת הרשות או ברקע העובדתי של המקרה, תוך ציון כי העתירה "מיצתה את עצמה"⁷.

5. הליך מתגלגל – שהוא חלק מתופעה שכונתה בעבודת-הדוקטור של דודי זכריה "משפט כשיחה"⁸ – אינו נמשך תמיד תקופה ארוכה. לעיתים, ואלה כנראה רוב המקרים, בית-המשפט מסתפק בישיבה אחת או שתיים, בהפניית תשומת-הלב של הרשות לעניין המחייב בדיקה נוספת או מציע לצדדים פשרה. אם דרך זו אינה מניבה תוצאות, הדיון נמשך בדרך-המלך המשפטית. עם זאת, במקרים לא-מעטים "השיחה" מתנהלת במשך שנים. הליכים מתגלגלים אינם נערכים בישראל רק בעתירות המופנות נגד חוקתיות של חוקים, אלא גם בעתירות נגד החלטות של הרשות המבצעת – בין כאלה המבוססות על טענות חוקתיות ובין כאלה שבתחום המשפט המנהלי.

6. סוג אחד של הליך מתגלגל הוא זה שבו בית-המשפט העליון, במקרים שבהם מתעוררת לכאורה בעיה הנוגעת בחוקתיותו של חוק והמדינה מגלה נכונות לבחון עריכת תיקונים, מאפשר למדינה לערוך את הבחינה תוך שהוא מנחה אותה באשר לתיקונים הנדרשים ועוקב באופן שוטף אחר ההתקדמות, לעיתים תוך המתנה למתן פסק-דין אחרים שיש להם זיקה לנושא העתירה. להלן יוצגו כמה דוגמאות, שאינן ייחודיות או חריגות במהותן אף שהן קיצוניות מבחינת משך הזמן שבו התגלגלו העתירות.

7. בפסק-דין יקותיאל⁹ נדונה עתירה שהוגשה בשנת 2000 נגד סעיף בחוק התקציב השנתי – הנכלל בחוק התקציב מדי שנה זה עשרות שנים – המקנה גמלת הבטחת הכנסה לתלמידי ישיבות המקדישים את חייהם ללימודים, מבלי שגמלה כזאת משולמת לתלמידים אחרים, כגון סטודנטים באוניברסיטות ובמכללות. טענת העותרים הייתה שתשלום הגמלה

7 בחיפוש במאגר נבו נמצאו 149 עתירות לבג"ץ שנדחו או נמחקו, במלואן או בחלקן, משנקבע כי העתירה "מיצתה את עצמה": ב-1998 נמצאו 2 עתירות כאלה; ב-1999 – עתירה אחת; ב-2000 – עתירה אחת; ב-2001 – 5 עתירות; ב-2002 – עתירה אחת; ב-2003 – 9 עתירות; ב-2004 – 3 עתירות; ב-2005 – 15 עתירות; ב-2006 – 9 עתירות; ב-2007 – 15 עתירות; ב-2008 – 11 עתירות; ב-2009 – 24 עתירות; ב-2010 – 21 עתירות; ועד סוף נובמבר 2011 – 32 עתירות. כמובן, לא כל העתירות המתגלגלות ממצות את עצמן. לעיתים, כפי שעולה מחלק מהדוגמאות שיובאו בהמשך, מאמציו של בית-המשפט להוביל לפתרון בלא הכרעה שיפוטית אינם מצליחים או שההצלחה חלקית בלבד, ועליו לכתוב פסק-דין מפורט. גם כאשר התוצאה מניחה את דעתם של הצדדים, ומכל מקום את דעתו של בית-המשפט, הוא אינו משתמש תמיד במטבע-הלשון בדבר מיצוי עצמי של העתירה.

8 דוד זכריה משפט כשיחה – בית-המשפט העליון והמאבק בטרור (עבודה לתואר "דוקטור במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2008).

9 בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות (פורסם בנבו, 14.6.2010).

לתלמידי ישיבות בלבד מפר את חובת השוויון. העתירה התקבלה, ובית המשפט פסק כי תשלום הגמלה אינו חוקי, אך זאת רק בשנת 2010 – כעשר שנים לאחר הגשת העתירה. לאחר פירוט ההשתלשלות בפסק-הדין, הסבירה הנשיאה דורית ביניש את הסיבה למשך הזמן הארוך:

מורכבות העניינים המתעוררים בעתירה והקשר שלהם לעתירות אחרות שהתנהלו בפני בית המשפט העליון חייבו בחינה איטית של המסגרות העובדתיות והמשפטיות הרלוונטיות לעתירה. אכן, ככלל, אין זה ראוי שבירור עתירה יימשך פרק זמן רב כל כך. אולם, יש ומגיעים לפתחו של בית המשפט עניינים שהכרעה בהם מצריכה היערכות שונה מן הרגיל, בין היתר על ידי מתן אפשרות לגורמים וגופים שונים, ובהם גם הרשות המבצעת והרשות המחוקקת, לבחון את היקף מעורבותם בעניין ולייתר את ההכרעה השיפוטית. בעתירה שלפנינו הוקדשו השנים הראשונות לליבון המסגרת העובדתית ולקביעת תנאי הזכאות לקבלת גמלת הבטחת הכנסה, בהנחה שהגמלה אכן משולמת. לאחר מכן עוכב הדיון בעתירה עד להכרעה בעתירות השונות בעניין דחיית השירות הצבאי [של תלמידי ישיבות]. אנו סבורים כי המתנה זו הייתה חשובה והיא נועדה, בין היתר, כדי לאפשר לשינויים חברתיים ומשפטיים חשובים להתפתח בקצב הראוי להם. עם זאת, אנו מכירים בכך שהמתנה זו פגעה בציפייה הלגיטימית של העותרים לכך שעיתרתם תוכרע בפרק זמן סביר, ואין לנו אלא להצר על כך.¹⁰

כאמור, בסופו של דבר התקבלה העתירה, לפי תשתית עובדתית ומשפטית שלא הייתה שונה באופן מהותי מזו שהתקיימה בעת הגשת העתירה. ההמתנה להתפתחותם של שינויים חברתיים ומשפטיים בקצב הראוי לא הועילה אפוא.

מסתבר שגם פסק-הדין לא היה סוף-פסוק, שכן זמן קצר בעקבותיו קיבלה הממשלה החלטה – שלוותה על-ידי סעיף בתקציב המדינה לשנים 2011–2012 – שמשמעותה היא המשך של עיקרי ההסדר שנפסל בפסק-הדין. נגד החלטה זו הוגשה עתירה לבג"ץ בינואר 2011,¹¹ שלא ניתן בה צו-ביניים, ואשר בעת כתיבתה של רשימה זו עודה תלויה ועומדת לפני בית-המשפט העליון.

8. בפסק-הדין שניתן בעתירה בנוגע להסדרי העיון בתיקי בית-המשפט,¹² שהטיפול בה על-ידי בית-המשפט העליון נמשך כשתיים-עשרה שנה, כתבה הנשיאה ביניש:

10 שם, ס' 9 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.
 11 בג"ץ 616/11 התאחדות הסטודנטים בישראל נ' ממשלת ישראל (העתירה פורסמה בנבו, 28.3.2011).
 12 בג"ץ 5917/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 8.10.2009).

גלגולים רבים עברה העתירה, שהוגשה לפני למעלה מעשר שנים. במהלך השנים שחלפו חלו התפתחויות רבות בהיבטים הקשורים אליה ומטעם זה לא בשלה משך תקופה ארוכה לכדי הכרעה. כך חלו שינויים משמעותיים במסגרת הנורמטיבית שעמדה בבסיס העתירה ובהסדרים הנוגעים ליישום ההוראות בעניין זכות העיון בתיקי בתי המשפט. שינויים אלו הושפעו, בין היתר, מחילופי השרים הממונים על התקנת התקנות, אשר גישותיהם לעניין נשוא העתירה היו שונות זו מזו. הגישות השונות השפיעו גם על משך הזמן שנדרש להשלמת ההסדרים הנוגעים לזכות העיון. חלוף העיתים אופייני אף בשינויים נוספים – מעשיים ואחרים – שאף הם השפיעו על הסוגיה שהובאה להכרעה בעתירה; בכלל זה הרחבת הנגישות לבתי המשפט, בעיקר באמצעות אתר האינטרנט של מערכת בתי המשפט, כמו גם פיתוח אמות מידה משפטיות ליישום הסדרי העיון בתיקים, במגמה להגשים באופן מיטבי את עקרון פומביות הדין. התפתחויות אלו מבטאות שינויים מרחיקי לכת שחלו במהלך השנים בהיבטים הנוגעים למידת נגישותו של הפרט לתיקי בית המשפט, ולמעשה צמצמו עד למאד את הדין הרחב שביקשה העתירה לקיים בראשית דרכה.¹³

בסופו של דבר, כך כתבה הנשיאה, "כל שנותר עוד לדון בו בענייננו עוסק בהיבט צר וממוקד עליו עמדו עוד העותרים בעת הדיון האחרון בתיק... גם סוגיה זו יש לבחון על רקע מכלול ההתפתחויות שחלו במהלך השנים, שכן אלו משפיעות באופן ישיר על הדיון המשפטי..."¹⁴.

9. דוגמה נוספת להליך מתגלגל הוא הטיפול בעתירות שעסקו בשאלת מעמדן של אזרחיות זרות אשר בעליהן, אזרחי מדינת-ישראל, נפטרו בעיצומו של הליך ההתאזרחות המודרג.¹⁵ בפסק-הדין – שניתן באוגוסט 2009, כשבע שנים לאחר הגשת העתירה הראשונה מבין העתירות שהוכרעו בפסק-הדין – נכתב על-ידי המשנה-לנשיאה אליעזר ריבלין:

מדינת ישראל קבעה עוד בשנת 2006 "נוהל טיפול בהפסקת הליך להסדרת מעמד לבני זוג של ישראלים..." בהחלטתנו מיום 12.10.2008 קבענו כי ראוי שנוהל זה ייבחן מחדש... לצורך כך קצבנו פרק זמן של מחצית השנה... בעקבות החלטה זו הוחלט לשנות את הנוהל במספר מובנים...

13 שם, במבוא לפסק-הדין, בעמ' 3-4.

14 שם.

15 בג"ץ 4711/02 הלל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 2.8.2009).

לאחר בחינת השתלשלות העניינים בנושא שעל הפרק, ושקילת טענות הצדדים, באנו לכלל מסקנה כי אין עוד מקום להתערבות בית משפט זה.¹⁶

מעיון בתולדות התיק – המתועדות בשלושים וארבע החלטות-ביניים שניתנו בו במהלך השנים, וכיניהן אף התראה בדבר מחיקת העתירה בשל חוסר מעש של הצדדים¹⁷ – מסתבר כי כשנה לאחר הגשת העתירה פנו המשיבים לבית-המשפט העליון בבקשה שתוארה על-ידי הנשיא באותה עת, אהרן ברק, במילים אלה:

הסוגיה של מתן מעמד לבן זוג זר שהתאלמן במהלך ההליך המדורג נבחנת כיום, יחד עם סוגיות נוספות, במסגרת תהליך מקיף של עיצוב מדיניות ההגירה של מדינת ישראל. במסגרת זו הוקם צוות בין משרדי עליו הוטל לקבוע קריטריונים לסוגי המקרים החריגים והנסכיבות המיוחדות שבעטיין יהיה מקום לשקול מתן מעמד כלשהו לזרים. לפיכך, נדרש למשיבים, לטענתם, פרק זמן נוסף של שלושה חודשים לצורך הגשת תצהיר תשובה מטעמם.¹⁸

פרק-הזמן של שלושה חודשים שהתבקש במקור הוארך לבסוף לכשלוש שנים, שבסיומן (בשנת 2006) גובש אותו נוהל שלגביו קבע בג"ץ, בהחלטה משנת 2008, כי יש לבחון אותו מחדש. הנוהל נבחן ושונה בהתאם להנחיות של בג"ץ בשנת 2009, ובעקבות זאת ניתן פסק-הדין. במהלך השנים צורפו לתיק – והוכרעו בפסק-הדין – עוד תשע עתירות בעניינים דומים, שהאחרונה מביניהן הוגשה בשנת 2007.

10. בפרשה אחרת – פרשת נסר¹⁹ – שבה אוחד הדיון בכמה עתירות, שהראשונה מביניהן הוגשה בשנת 2002, לא נתן בית-המשפט העליון פסק-דין עד מועד כתיבתה של רשימה זו. העתירות מופנות נגד רשימה של יישובים, שנקבעה בחוק, שתושביהם זכאים להטבות מס. רשימה זו היא בלתי-שוויונית – בראש ובראשונה אך לא רק – משום שלא כלולים בה יישובים ערביים כלשהם, אף לא כאלה שסמוכים ליישובים הכלולים ברשימה. במהלך הדיונים, בתחילת 2006, הוקמה ועדה, שהציעה אמות-מידה לתיקון הפגמים הקיימים באמצעות חקיקה. אך הצעת חוק מתאימה לא הוגשה עד מועד כתיבתה של רשימה זו. בהחלטת-ביניים שניתנה ב-15 בספטמבר 2010, שהיא החלטת-הביניים התשיעית לפחות שניתנה בהליך עד עתה, אפשר בית-המשפט העליון לממשלה לפעול לתיקון החוק, אשר אף היועץ המשפטי לממשלה סבור כי הוא אינו חוקתי ויש לתקנו. בית-המשפט קבע כי אם לא תוגש הצעת חוק ממשלתית מתאימה עד מועד קרוב שנקבע בהחלטה –

16 שם, ס' 1, 5 ו-7.

17 בג"ץ 4711/02 הלל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 13.2.2006).

18 שם, בהחלטה מתאריך 30.10.2003.

19 בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 15.9.2010).

לא יהיה מנוס מליתן צו מוחלט שיורה לממשלה למלא אחר חובתה ולפעול לתיוקן סעיף 11 לפקודת מס הכנסה, כך שיכלול קריטריונים אחידים ושוויוניים למתן הטבות מס הכנסה. על בסיס קריטריונים אלה יהיה צורך לקבוע רשימה מעודכנת של יישובים הזכאים להטבות מס.²⁰

דומה כי הדרך לפתרון – בין בהסכמה ובין בדרך של מתן פסק-דין – עודנה ארוכה, וההליכים יוסיפו ויתגלגלו עוד חודשים רבים, אם לא שנים.

11. סוג אחר של הליך מתגלגל – נדיר יותר – מתבטא במעקב של בית-המשפט העליון אחר יישום החוק שחוקתיותו שנויה במחלוקת. דוגמה להליך כזה היא פרשת רסלר, שהעתירות במסגרתה הוגשו לבית-המשפט העליון בשנת 2007.²¹ פרשה זו נוגעת בחוקתיותה של הארכת חוק הקובע הסדרים מיוחדים המאפשרים לפטור תלמידי ישיבות משירות בצבא"ל או לדחות את שירותם.²² בשנת 2006 קבע בית-המשפט העליון כי החוק, בנוסחו המקורי, סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך דחה את העתירות על-מנת לאפשר לכנסת לשקול שינויים נדרשים בעתיד.²³ ההמתנה למתן פסק-דין זה הייתה אחת הסיבות לעיכוב במתן פסק-דין יקותיאלי.²⁴ למרות האמור בפסק-הדין משנת 2006, האריכה הכנסת את תוקף החוק בשנת 2007. בהחלטת-הביניים האחרונה שניתנה בפרשה זו – כשנתיים וחצי לפני מתן פסק-הדין – כתבה השופטת אסתר חיות:

הגענו לכלל מסקנה כי טרם שנקבע עמדה סופית באשר לחוקתיותו של חוק דחיית השירות ובאשר להארכת תוקפו למשך חמש שנים נוספות, יש לאפשר למנגנונים המיועדים ליישמו שאך זה מקרוב קרמו עור וגידים והחלו לפעול... להוכיח את יעילותם או אי-יעילותם במבחן התוצאה למשך פרק זמן קצוב נוסף [של שנה וחצי]. בחלוף פרק זמן זה נשוב ונבחן את נתוני הגיוס לצה"ל ולשירות האזרחי של דחויי השירות וכן את יתר הטענות והשיקולים הצריכים למתן פסק-דין בעתירות שבכאן.²⁵

בסופו של דבר קיבל בית-המשפט העליון את העתירות, משמצא – בדעת רוב של שישה שופטים כנגד שלושה – כי "הנתונים המצויים בדינו כעת, אשר מתבססים על יישום הוראות החוק במשך כעשר שנים, מספיקים כדי ללמד על קיומם של חסמים ופגמים אינהרנטיים, שאופיינו על ידינו כפגמים 'גנטיים' בחוק, אשר אם לא יתוקנו לא ניתן יהיה

20 שם, ס' 9 להחלטתה של הנשיאה ביניש.

21 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (העתירה פורסמה בנבו, 8.9.2009).

22 חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, ס"ח 521.

23 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.5.2006) (להלן: פרשת חוק טל).

24 פסק-דין יקותיאלי, לעיל ה"ש 9.

25 פרשת רסלר, לעיל ה"ש 21, ס' 9 להחלטתה של השופטת חיות.

להגשים בעתיד את תכליותיו השלובות".²⁶ שניים משופטי המיעוט סברו כי "גם לאחר הארכת תקופת תקפו של החוק, ולאור המגמה, המאוחרת אמנם, שהוצגה בפנינו, יש ליתן בידי הגורמים המוסמכים הפועלים אל מול הממשלה שהות נוספת לפעול, באופן שיאפשר לבחון האם בידו של החוק לקדם את מטרותיו".²⁷

סוג זה של הליך מתגלגל מעורר גם שאלה הנוגעת במשפט החוקתי המהותי, בדבר הלגיטימיות של עריכת ניסוי – "פיילוט" – חוקתי, בדמות חקיקת חוק הפוגע בזכויות אדם מבלי שבעת החקיקה יש תשתית של ממש להתאמת ההסדר שנקבע בחוק לתכליותיו. בשאלה זו אדון בהמשך.²⁸

12. להליכים מתגלגלים כאלה יש בוודאי יתרונות.²⁹ בין היתר, הם מאפשרים לא פעם לגשר בין הצדדים בדרך גמישה, תוך מציאת פתרונות ענייניים התואמים את הדין ואת האינטרס הציבורי הרחב, וזאת מבלי להידרש להכרעה בינרית נוקשה בדבר בטלותם או תקפותם של החוק, התקנות או ההחלטה המנהלית השנויים במחלוקת. ככל שהגישור בין הצדדים מצליח, התוצאה המקובלת הן על הרשות והן על העותרים עשויה להיות פתרון של אמת לבעיה שעל הפרק.

13. על אופן כזה של דיון בעתירה – בנסיבות שבהן נערכו לאורך השנים כמה ישיבות, שבהן הנחה בית המשפט הגבוה לצדק את הרשות בדבר עניינים שמן הראוי כי תבחן, ועקב אחר השינויים שחלו בעמדתה – כתב המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין:

בשל חשיבות המטרה ועמדתם החיובית של המשיבים שהיו נכונים להיעתר להמלצותינו, נתתי יד לפעולת ה"שמרטפות"; ברגיל, אין אני סבור כי תפקידו של בית המשפט לשמש מעין "שמרטף" של הרשויות ולקיים מעקב במסגרת "עתירה מתגלגלת" אחר התנהגותן. סבור אני כי ברגיל מוטלת על בית המשפט החובה לבחון קיומה של עילת התערבות במחלוקת משפטית ולהכריע בה – לכאן ולכאן – מניה וביה.³⁰

אכן, כעולה מדבריו של השופט ריבלין, גישה זו גם מעוררת קשיים לא-מבוטלים.
14. ראשית, הליכים מתגלגלים עלולים להעצים את התפיסה כי בית המשפט אינו מתמקד בפרשנות של הדין המהותי וביישומו, אלא מקיים הליכים שהם קרובי-משפחה מדרגה ראשונה של ההליכים הפוליטיים. אומנם, ככלל אין לשלול, במקרים המתאימים, מאמץ של בית המשפט – עם תחילת הדיונים – לעודד את הצדדים לסיים את המחלוקת

26 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, ס' 65 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 21.2.2012).

27 שם, ס' 2 לפסק-הדין של השופטת ארבל.

28 ראו להלן ס' 27–28 למאמר זה.

29 ראו זכריה, לעיל ה"ש 8.

30 פסק-דין התנועה להגינות שלטונית, לעיל ה"ש 1.

ביניהם בלא הכרעה שיפוטית. זאת, בין על-ידי היענות של המשיבים לעתירה, כולה או חלקה, ובין על-ידי מחיקת העתירה על-ידי העותרים. קיימים גם מקרים שבהם יש טעם בכך שבית-המשפט יבקש מהצדדים לברר עניין זה או אחר, מבחינה עובדתית או משפטית, וידחה את המשך הדיון עד לקבלתן של תוצאות הבירור. אין גם פגם עקרוני בכך שבמקרים המתאימים לא ייתן בית-המשפט, גם אם מצא כי חוק אינו חוקתי, את הסעד הקיצוני של ביטול רטרואקטיבי של החוק, אלא יפסוק, למשל, כי הבטלות תחול באופן פרוספקטיבי בלבד, ואם מדובר בהוראת-שעה – אף ידחה את העתירה תוך מתן אפשרות לכנסת לתקן את הפגמים אם תרצה להאריך את תוקף החוק.

עם זאת, ליווי הליכים שלטוניים – לא כל שכן הליכי חקיקה – על-פני שנים אינו תואם את מהות התפקיד השיפוטי, שהוא הכרעה במחלוקת לפי הדין הקיים. הוא תורם לתחושה שההליך השיפוטי הוא חלק מההליך השלטוני של הרשות המחוקקת או המבצעת, ושכרוך בו היבט של משא-ומתן, שבית-המשפט מוצא את עצמו מעורב בו. מכאן האפשרות לפגיעה בהפנמת התובנה – שהיא מקור סמכותו של בית-המשפט – כי פסיקת בית-המשפט משקפת את הדין, וכי החובה לפעול על-פי חוק אינה נתונה למשא-ומתן או לשיקול-דעת, גם לא שיקול-דעת שיפוטי.

בית-המשפט, ככלל, צריך לפסוק לפי הדין אף כאשר תוצאת הפסיקה או נימוקיה אינם לרוחו של רוב הציבור. כך בכלל, וכך במיוחד בעניינים חוקתיים, שבהם ההנחה היא כי החוק שחוקתיותו נתקפת מבטא את הרצון והאינטרסים של רוב הציבור. כך, באשר לפסק-דין האגודה לזכויות האזרח³¹ בעניין הסדרי העיון בתיקי בית-המשפט – לדעתי, כשם שחילופי-גברי בהנהלה של חברה או של עמותה אינם צריכים, ככלל, לעכב הכרעה בתביעה שהוגשה נגדה, באשר זו אמורה להתבסס על הדין הקיים, כך גם חילופי שרים – אף אם יש יסוד להנחה שהם משקפים שינויים בעמדת הציבור – אינם צריכים להביא לידי עיכוב ההכרעה בעתירה נגד המדינה, לא כל שכן לתקופה כה ממושכת. סמכותם ואף חובתם של שרים היא לקבוע את המדיניות בתחומי אחריותם, ובלבד שהמדיניות לא תסתור את הדין. כל עוד המדינה לא הודיעה שהיא מקבלת באופן מוחלט את דרישות העותרים – בין על-פי מדיניות מסוימת ובין על-פי מדיניות אחרת – מן הראוי שבית-המשפט יכריע בהקדם האפשרי בשאלה אם התנהלות המדינה תואמת את הדין.

15. שנית, הליכים מתמשכים בליווי בית-המשפט העליון עלולים לפגוע בהירותה של ההלכה ואולי אף בחוקיותה, שכן בתנאים אלה, מטבע הדברים, בית-המשפט אינו מבסס בהכרח את הצעותיו על ניתוח מעמיק של הדין. על רקע זה עלול להתעורר לעיתים ספק עד כמה ההסדר שהושג בסופו של דבר אכן תואם את הדין או מתחייב ממנו.

16. שלישית, ניהול הליכים במשך שנים, בלא צו-ביניים, עלול לגרום בפועל להפרה מתמשכת של הדין, אשר לא פעם אינה הפיכה אף אם בתום ההליכים בית-המשפט מקבל

31 פסק-דין האגודה לזכויות האזרח בישראל, לעיל ה"ש 12, ס' 8.

את העתירה. זאת, גם במקרים שבהם היה ברור מתחילת ההליך כי התנהלותה של הרשות אינה כדין, וכל מטרתם של ההליכים המתמשכים הייתה להביא לידי תיקון הפגם בלא הכרעה שיפוטית פורמלית.

כך, בפרשת נסר,³² שבה בית-המשפט העליון מגלגל הליכים כבר שנים רבות במטרה להביא לידי תיקון של חוק שהיועץ המשפטי לממשלה עצמו סובר כי הוא אינו חוקתי, נראה לי שהיה ראוי שהיועץ המשפטי לממשלה ינחה את הרשויות לא לפעול על-פי אותו חוק, או יפנה בעצמו לבית-המשפט מייד לאחר גיבוש דעתו ויבקשו להצהיר כי אין תוקף לאותו חוק.³³ מכל מקום, משהובאו הדברים לבית-המשפט, היה עליו להכריע בשאלת החוקתיות בהקדם האפשרי, ולא לאפשר מצב מתמשך של הפעלת חוק פסול. בסעד החדשני והחריג של חיוב הממשלה להגיש הצעת חוק לתיקון הפגמים אין די, בוודאי לא כאשר הוא מוענק שנים רבות לאחר הגשת העתירות, מה-גם שאין ביטחון שהצעת חוק ממשלתית – בין שתוגש על-ידי הממשלה מרצונה ובין שתוגש לפי צו בית-המשפט – אכן תתקבל על-ידי הכנסת. זאת ועוד, למעשה בית-המשפט לא דן עדיין באופן פרטני בטענות השונות שנטענו נגד החוק הקיים, אשר לא כולן מצביעות בהכרח על פגיעה בזכות הקבועה בחוקי-יסוד.³⁴ קושי דומה עוררה גם התנהלותו של בית-המשפט העליון בפרשת רסלר בעניין חוקתיותו של הפטור מגיוס לצה"ל הניתן לתלמידי ישיבות.³⁵ ככל שבסמכותה של הכנסת, לפי המשפט החוקתי המהותי, לחוקק חוק הפוגע בזכויות אדם כסוג של ניסוי ("פיילוט") – כאשר בעת החקיקה לא ברור אם החוק עומד בדרישות הקבועות בחוקי-היסוד³⁶ – וכל עוד תקופת הניסוי המותרת מצויה עדיין בעיצומה, היה מן הראוי שבית-המשפט ידחה את העתירה. לא היה מקום שבית-המשפט העליון יעקוב בזמן-אמת אחר התקדמות הניסוי, שכן הדבר אינו מתיישב עם תפקידה של הרשות השופטת.

כך גם באשר לפסק-דין יקותיאל, שבו קבע בית-המשפט העליון כי הכנסת מנועה מלכלול בחוק התקציב השנתי הוראה בדבר תשלום גמלת הבטחת הכנסה לאברכים

32 פרשת נסר, לעיל ה"ש 19, ס' 10.

33 השוו אריאל בנדור וזאב סגל "היועץ המשפטי לממשלה – המשפט והמימשל" הפרקליט מד 423, 446–448 (2000).

34 כך, למשל, ככל שההפליה אינה מהווה – במניעה או בתוצאותיה – פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם (לדוגמה, לא בטוח שאקראיות בקביעת היישובים שתושביהם זכאים להטבות מהווה כשלעצמה פגיעה בכבוד), אין בסיס להטלת חיוב לתקן את החוק. זאת, מכיוון שבחוקי-היסוד לא קבועה הזכות לשוויון, כך שחוק בלתי-שוויוני ייחשב כפוגע בזכות חוקתית רק ככל שאי-השוויון מביא לידי פגיעה בכבוד האדם או בזכות אחרת הקבועה בחוקי-היסוד. ראו: Ariel L. Bendor & Michael Sachs, *The Constitutional Status of Human Dignity in Germany and Israel*, 44 ISR. L. REV. 25, 44–51 (2011).

35 לעיל ה"ש 21 ו-25.

36 ראו להלן ס' 27–28.

הלומדים בכוללים.³⁷ גם בהנחה שפסק-הדין הוא נכון כשלעצמו,³⁸ יש בעייתיות בניהול ההליכים במשך כעשר שנים, שבמהלכן, כעולה מפסק-הדין, הוציאה המדינה סכומי-עתק לא כדין.

17. אכן, במשפטים אזרחיים מקובל שבית-המשפט מעודד את הצדדים להתפשר, ואף רשאי, בהסכמת בעלי-הדין, לפסוק בעניין שלפניו – כולו או מקצתו – בדרך של פשרה, וכן להציע להם הסדר פשרה.³⁹ אך קיימים כמה הבדלים משמעותיים בין גלגול ההליכים במשפטים העוסקים בנושאים חוקתיים ומנהליים לבין עידודן של פשרות במשפטים אזרחיים.

ראשית, להבדיל מהמשפט האזרחי, אשר מבוסס בעיקרו על דין מרשה, דיספוזיטיבי, המשפט הציבורי הוא בעיקרו כופה, קוגנטי. לרשות שלטונית אין ככלל שיקול-דעת לסטות מכללי המשפט החוקתי והמנהלי שהיא כפופה להם. מכאן שבתחום המשפט הציבורי על בית-המשפט להישמר ממעורבות פעילה בפשרות שחוקיותן לא נבדקה, ואף למנוע, כמידת האפשר, התמשכות של התנהלות שלטונית בלתי-חוקית.

שנית, לפשרות בתחומי המשפט הציבורי יש השלכות-רוחב משפטיות ותקציביות החורגות מעניינם המסוים של הצדדים. מכאן שפשרה שחוקיותה מסופקת, שהצדדים הגיעו אליה בעידודו ובתיווכו של בית-המשפט, עשויה להיתרגם לנוהל שהרשות תנהג לפיו גם במקרים דומים בעתיד, וזאת אולי אף מכוח חובה שיסודה בעקרון השוויון.

שלישית, המדינה נוקטת זהירות בהתפשרות ובהעברה לבוררות, ולעיתים גם להליכי גישור, אף של הליכים אזרחיים שבהם היא מעורבת. זאת, בעיקר מהטעמים האמורים, הנוגעים בחוקיות ובהשלכות-הרוחב.⁴⁰ בוודאי קשה להקיש ממדיניות של עידוד פשרות בין צדדים פרטיים להליכים המתנהלים בתחום המשפט הציבורי.

רביעית, שיקולים של הפרדת הרשויות, המתמקדים בהקשרים של המשפט הציבורי, שוללים מעורבות-יתר של הרשות השופטת – ואף מראית-עין של מעורבות כזאת – בקביעת מדיניות ובקבלת החלטות של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. על בית-המשפט להתרכז בבחינת חוקיותן של המדיניות וההחלטות שקיבלו רשויות אלה, ולהימנע

37 פסק-דין יקותיאלי, לעיל ה"ש 9.

38 להערות ביקורתיות על פסק-דין יקותיאלי ראו ברק מדינה "החוקיות של הענקת קצבאות הבטחת הכנסה ל'אברכי כוללים'" בלוג המרצים למשפטים – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים (28.10.2010) - hebrewu-law.blogspot.com/2010/10/blog-post_28.html.

39 ס' 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198.

40 ראו, בין היתר, "דרישות נגד המדינה בטרם הגשת תביעה לבית-המשפט" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1000 (התש"ע); "פשרה בתביעה שהמדינה צד לה – נוהל" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1002 (התש"ע); "יישוב סכסוכים שהמדינה צד להם בדרך של גישור" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1203 (התש"ע); "יישוב של סכסוכים שהמדינה צד להם באמצעות בוררות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1205 (התש"ע).

כמידת האפשר מהשפעה על אופן ההפעלה של שיקול-דעתן, ככל שהדין מקנה להן מתחם של שיקול-דעת.

לבסוף, ואולי בכך העיקר: למרות השיקולים שצוינו, אין לשלול כאמור את האפשרות שבמקרים המתאימים ובריסון הנדרש יפנה בית-המשפט, בפתח הדיון, את תשומת-ליבה של הרשות לעניין המחייב בדיקה נוספת או אף יציע לצדדים פשרה. אך לא זאת מהותם של ההליכים המתגלגלים במשפט הציבורי, המתאפיינים במעורבות מתמשכת של בית-המשפט, לעיתים לאורך שנים, בגיבושה של המדיניות השלטונית – עניין שאין לו ככל הנראה מקבילה שיטתית במשפט האזרחי.

ב. הדין המהותי – אמות-מידה בלתי-קביעות

18. לצד עליית שכיחותם של ההליכים המתגלגלים בולטת נטייה גוברת של בית-המשפט להכריע בדין לפי המבחנים הבלתי-קביעים (שאי-אפשר לקובעם או להכריע בהם באורח חד-משמעי; indeterminate)⁴¹ של יחסיות וסבירות, ולעיתים אף עורך רדוקציה של הדין המהותי לשיקולים בדבר היקף ההתערבות של בית-המשפט. זאת, תוך הצנעה של כללים משפטיים קביעים, הגמשתם או מיזוגם אל תוך שיקולי היחסיות, הסבירות והיקף הביקורת השיפוטית. במקביל לכך, לא תמיד בית-המשפט בוחן בקפדנות אם אכן נפגעה אחת הזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

19. באשר לעניין האחרון: כידוע, במשך שנים נחלקו ביניהם שופטי בית-המשפט העליון, כמו-גם חוקרים מהאקדמיה, בשאלת פרשנותן של הזכויות הקבועות בחוק-היסוד – במיוחד הזכות לכבוד האדם, אך גם הזכויות לחירות ולקניין. עיקר המחלוקת הייתה בשאלה אם, ועד כמה, הזכות לכבוד כוללת זכויות בסיסיות דוגמת הזכות לשוויון, חופש הביטוי וזכויות חברתיות, שאותן נמנעה הכנסת מלעגן בחוק-יסוד. בסופו של דבר הוכרעה המחלוקת בפסק-הדין הראשון בפרשת חוק טל משנת 2006,⁴² שבו קבע בית-המשפט העליון, בהרכב מורחב-במיוחד של אחד-עשר שופטים, מפי הנשיא אהרן ברק, מבחנים – שאותם כינה הנשיא ברק "מודל-ביניים" – שעל-פיהם יוכרע בכל מקרה נתון אם פגיעה בזכויות שאינן מנויות בחוק-היסוד מהווה גם פגיעה בזכות לכבוד. לשאלה זו יש חשיבות משפטית קריטית, משום שכוחה של הכנסת לפגוע בזכויות מוגבל לפי חוק-היסוד רק ככל שהזכויות הנפגעות קבועות בחוק-יסוד. פסקת ההגבלה לא חלה בכל מקרה שבו חוק שחוקקה הכנסת פוגע בזכות-יסוד, אלא רק במקרים שבהם הזכות הנפגעת קבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או בחוק-יסוד: חופש העיסוק. יתר על כן, חוק-היסוד מחיל את

41 ראו יואב דותן "שני מושגים של סבירות" מאיר שמגר ספר שמגר כרך א 417, 458 (2003).

42 פרשת חוק טל, לעיל ה"ש 23.

דרישותיה של פסקת ההגבלה רק במקרים שבהם חוק פוגע בזכויות. לא כל נגיעה של חוק בזכויות מהווה בהכרח פגיעה בהן.

20. הגישה שאומצה על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת חוק טל היא מרחיבה מדי, לדעתי, ואינה מייחסת משקל מספיק להכרעתה החד-משמעית והנמשכת של הכנסת לא להעניק לפי שעה מעמד על-חוקי לכל זכויות האדם.⁴³ עם זאת, היא אינה מוסיפה זכויות על אלה שנקבעו בחוק-היסוד, אלא מבוססת על בדיקה, בכל מקרה נתון שבו חוק פוגע בזכויות שלא נמנו בחוק-היסוד, אם הפגיעה שקולה לפגיעה בזכויות שנמנו בהם. בדיקה זו נערכת כאמור לפי המבחנים שנקבעו על-ידי בית-המשפט במסגרת גישת-הביניים שאימץ.

21. והנה, לאחרונה בולטת פסיקה חוקתית של בית-המשפט העליון אשר התנתקה מרשימת הזכויות שנקבעו בחוק-היסוד, ובוחנת את חוקתיותם של חוקים הפוגעים בזכויות-יסוד שאינן מנויות בחוק-היסוד, וזאת מבלי לבחון תחילה, לפי המבחנים שנקבעו בפרשת חוק טל, אם פגיעה זו מהווה גם פגיעה בזכויות שנקבעו בחוק-היסוד. במקרים אחרים, גם בהנחה שהזכויות העומדות על הפרק קבועות בחוק-היסוד, לא נבחן אם החוק הנדון אכן פוגע בהן.

22. כך, לדוגמה, בפסק-דין שליטנר⁴⁴ דן בית-המשפט העליון בהרחבה בחוקתיותו של חוק שקבע הסדר מיטיב של הקפאת זכויות הפנסיה למשרתי-קבע בצה"ל הפורשים בגילאי-הביניים (מתחת לגיל ארבעים) לאחר שצברו לפחות עשר שנות ותק בשירות. אף שבסופו של דבר דחה בית-המשפט את העתירה, קשה לראות – גם לפני המבחנים המרחיבים שאימץ בית-המשפט העליון בפרשת חוק טל – כיצד חוק זה פוגע בכבוד האדם, בזכות לקניין או בזכות אחרת הקבועה בחוק-היסוד. זאת, גם אם יש בסיס לטענה כי הוא מבחין באופן לא-מוצדק, מבחינת מועד תשלום הפנסיה, בין משרתי-קבע שפרשו לגמלאות לפני גיל ארבעים לבין משרתי-קבע שפרשו לגמלאות לאחר גיל זה.

אומנם, המשנה-לנשיאה ריבלין ציין, בדעת יחיד, כי לשיטתו, "אין מקום לעשות הבחנה בין פגיעה בשוויון 'שיש לה זיקה לכבוד האדם' ופגיעה אחרת בשוויון. כל פגיעה בשוויון גורעת מכבוד האדם; כל אפליה מכל סוג – לאמור, אבחנה מטעמים לא ענייניים – יש בה פגיעה בכבוד האדם ולפיכך יש בה פגיעה בזכות חוקתית".⁴⁵ אך גישה זו אינה מתיישבת עם ההלכה – אשר מחויבת לאור לשונם של חוקי-היסוד, המבנה שלהם והתכליות הסובייקטיבית והאובייקטיבית של חקיקתם – שלפיה הזכות לשוויון כשלעצמה, כמו כל זכות אחרת שהכנסת בחרה לא לקבוע בחוקי-היסוד, אינה מוגנת במלואה ברמה על-חוקית.

43 ראו Bendor & Sachs, לעיל ה"ש 34, בעמ' 51.

44 בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות (פורסם בנבו, 12.1.2011).

45 שם, ס' 3 לפסק-דינו של המשנה-לנשיאה ריבלין.

גם השופט חנן מלצר הרחיב את הדיון, בפסק-דין מעניין כשלעצמו, על-אודות זכויות גמלה כזכויות קניין חוקתיות, אך זאת בהקשר שבו קשה כאמור לראות כיצד נפגעה זכות חוקתית.

אפילו השופטת פרוקצ'יה – שקבעה באופן נחרץ, והדין עימה, כי החוק אינו פוגע בזכויות הקבועות בחוק-יסוד – לא נמנעה מלבחון בהרחבה אם החוק עומד בדרישות של פסקת ההגבלה, ואף נזקקה לאפשרות העקרונית להעניק את הסעד החריג שביקשו העותרים – תיקון החוק באופן שיקצר את זמן ההמתנה למימוש הזכות לגמלה.

23. החלה של פסקת ההגבלה על חוקים שאינם פוגעים בבירור בזכויות הקבועות בחוק-יסוד אינה בעייתית רק במקרה ההיפותטי שבו עתירה נגד חוק כזה תתקבל ובית-המשפט יפסול את החוק. הבעייתיות קיימת גם – ובאופן מעשי אולי אפילו בעיקר – כאשר העתירה נדחית. זאת, משום שאמות-המידה הקבועות בפסקת ההגבלה עלולות להתפרש במקרים כאלה באופן מקל, ובפועל כך הן גם מתפרשות, מה שמאפשר בסופו של דבר לכנסת מתחם רחב מדי של שיקול-דעת גם בפגיעה בזכויות-ליבה, אשר מעוגנות ללא ספק בחוק-היסוד וראויות להגנה משמעותית. כך באשר לפסקת ההגבלה, וכך גם באשר לסעדים. כאמור, בית-המשפט דחה את העתירה בפסק-דין שליטנר גם מן הטעם – כלשונו של המשנה-לנשיאה ריבלין – ש"הסעד המבוקש על-ידי העותרים אינו בר-ביצוע. בכלל, אין הדבר ראוי כי בית המשפט יתערב ויישם על דעתו הוא הסדר חוקי אחר חלופי. מאליו יובן גם כי בית המשפט לא יורה למשיבים לפעול בסטייה מהוראות החוק".⁴⁶

אך במדינות אחרות מקובלים סעדים חוקתיים מגוונים, כולל "קריאה לתוך החוק" שמשמעותה היא שינוי באופן שיהפוך אותו לחוקתי,⁴⁷ ואפילו חיובה של הרשות המחוקקת לתקן את החוק.⁴⁸ למעשה, גם בישראל הושג אפקט דומה בפסק-דין צמח משנת 1999,⁴⁹ שבו קבע בית-המשפט כי הוראת חוק שאפשרה מעצר לתקופה העולה על הנדרש היא בטלה, אך כדי למנוע את התוצאה הבלתי-רצויה שלא יהיה אפשר לעצור כלל, נדחה מועד הכניסה לתוקף של הבטלות כדי לאפשר לכנסת לתקן את החוק, כפי שאכן עשתה. ניתן אפוא לתהות אם דיון על-ידי בית-המשפט בחוקתיות של חוקים שאינם פוגעים בזכויות חוקתיות מובהקות אינו בגדר מקרים קלים – קלים מדי – היוצרים דין רע, או לפחות כזה שנכונותו מסופקת.

24. דוגמה נוספת לפסק-דין שבו נדונה בהרחבה החוקתיות של חוק מבלי לבחון באופן קפדני אם אותו חוק פוגע בזכויות הקבועות בחוק-יסוד היא פסק-דין כהן נ' יו"ר הכנסת.⁵⁰ העתירות שנדונו – ונדחו – בפסק-דין זה היו נגד חוקתיותן של כמה הוראות בחוק תובענות

46 שם, ס' 1.

47 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי 759–767 (1994).

48 ראו עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 433, 453–458 (1998).

49 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999).

50 בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 29.8.2011).

ייצוגיות, התשס"ו–2006, המטילות הגבלות על האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות נגד המדינה. ההגבלות מתייחסות לסוג התביעות שניתן להגיש כתובענות ייצוגיות, ובמקרים מסוימים להיקף הפיצוי שניתן לקבל במסגרת תובענה ייצוגית נגד המדינה. בית-המשפט הכיר למעשה במעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות, אשר טענתם העיקרית של העותרים הייתה שהחוק פוגע בה, אך לא הכריע מהו עיגונה החוקתי. כך כתבה בעניין זה הנשיאה ביניש:

יש הרואים בה [בזכות הגישה לערכאות] זכות על-חוקתית... ויש... המסתפקים בקביעה כי זוהי אך זכות יסוד, אף שאינה כתובה עלי חוק יסוד... גם בקרב הגורסים כי זכות הגישה לערכאות היא זכות חוקתית, קיימות דעות שונות באשר למקור העיגון החוקתי של הזכות. גישה אפשרית אחת... גורסת כי הזכות החוקתית לפנות לערכאות שיפוטיות נגזרת מהזכות החוקתית לכבוד האדם או מהזכות החוקתית לקניין, המצויות בגדרו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... גישה עיונית נוספת... רואה בזכות הגישה לערכאות זכות חוקתית המשתמעת מחוקי היסוד ומעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית... העניין שלפנינו אינו מחייב הכרעה בין הגישות השונות... שכן ישנה תמימות דעים כי זכות הגישה לערכאות היא זכות העומדת ביסודן של כל הזכויות האחרות – חוקיות וחוקתיות – והיא המקנה להן חיים.⁵¹

אולם לשאלת מקורה של זכות הגישה לערכאות יש חשיבות, משום שאם הזכות אינה כלולה בחוק-היסוד על זכויות האדם, אזי לא ברור אם היא כפופה לפסקת ההגבלה שבחוק-היסוד. נראה שבית-המשפט העליון הניח כי יהיה מקורה של הזכות כזכות על-חוקתית (אם לא כזכות על-חוקתית) אשר יהיה, מותר לפגוע בה כאשר מתקיימים התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. זאת, כפי שנעשה בפסק-דין יקותיאל, ⁵² כאשר בדק בית-המשפט העליון אם סעיף בחוק התקציב השנתי החורג מחוק יסודות התקציב מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, אף שבחוק יסודות התקציב אין פסקת הגבלה. לא ברור גם אם חלה לגבי זכות הגישה לערכאות שמירת הדינים, אשר קבועה כיום בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ⁵³ אך לא בחוק-יסוד: חופש העיסוק ובשאר חוקי-היסוד.

25. אמות-המידה הבלתי-קביעות שבית-המשפט העליון מחיל ניכרות גם בגישתו באשר לפירוש דרישת החוקיות הקבועה בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק, שלפיה אין לפגוע בזכות חוקתית אלא "בחוק... או לפי חוק...

51 שם, ס' 19 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

52 פסק-דין יקותיאל, לעיל ה"ש 9.

53 ראו ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

מכוח הסמכה מפורשת בו". מטרתה של דרישה זו, כפי שצוין על-ידי בית-המשפט העליון בעבר, היא להבטיח כי פגיעה בזכויות תיעשה רק על דעת בית-הנבחרים של המדינה ובתום הליך חקיקה "מסורבל", המהווה ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות חוקתיות ייפגעו רק כאשר הדבר נדרש.⁵⁴

אחת השאלות המרכזיות המתעוררות בפרשנות של דרישת החוקיות שבפסקת ההגבלה נוגעת במהות העיגון הנדרש בחוק: האם על הכנסת לקבוע במפורש סמכות לפגוע בזכות, ואף לפרש את התנאים ואמות-המידה להפעלתה, או שמא ניתן להסתפק בכך שהחוק יסמך את הרשות, במפורש או במשתמע, להחליט החלטות או לבצע פעולות מסוימות על-מנת שביצוען ייחשב כדין גם כאשר הוא פוגע בזכות, וזאת אף אם בחוק לא צוין במפורש שהרשות מוסמכת לפגוע בזכות (אך תכליתו היא להתיר פגיעה כזאת), ובוודאי אף אם לא פורטו בו התנאים ואמות-המידה להפעלת הסמכות?⁵⁵

מפסיקה קודמת של בית-המשפט העליון⁵⁶ עלה כי הפירוש הנכון הוא הפירוש הראשון. אך מפסק-דין "המפקד הלאומי", משנת 2008,⁵⁷ עולה כי הפירוש הוא "גמיש". כדברי הנשיאה ביניש:

בנסיבות בהן מדובר בזכות יסוד מרכזית שעוצמת הפגיעה בה גבוהה, תירש הרשאה ברורה בחוק המסמך הקובעת אמות-מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת באמצעות חקיקת-משנה... לעומת זאת... כאשר טיב הפגיעה בזכות המוגנת, היקפה ועוצמתה אינם משמעותיים, די בכך שמתכליתו הפרטיקולרית של החוק המסמך עולה באופן הכרחי קיומה של הסמכה לפגיעה בזכות היסוד. זאת, אף בהעדר לשון ברורה והסדרה של עיקרי הפגיעה בחקיקה ראשית...⁵⁸

על עמימותו של מבחן זה תעיד העובדה שבפסק-דין "המפקד הלאומי" עצמו נחלקו דעות השופטים, שישבו בהרכב מורחב, בשאלה אם בנסיבות אותו מקרה הייתה בחוק הסמכה כנדרש לפגיעה בחופש הביטוי.

54 בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, 684 (1999).
 55 לדיון בשאלה זו ראו אורן גזל "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק' משפט וממשל ד 381 (1998).
 56 ראו, לדוגמה, פסק-דין לם, לעיל ה"ש 54; דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000).
 57 בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 20.8.2008). ראו גם דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד נז(5) 673 (2009).
 58 פסק-דין "המפקד הלאומי", שם, ס' 12 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

גישה זו הופכת בפועל את ההכרעה בשאלת החוקיות "הפורמלית" של פגיעה בזכויות אדם לנתונה לשיקול-דעתו של בית-המשפט, אשר לא פעם אינו מקפיד עליה בנסיבות שבהן הוא מוצא כי עמדת המדינה סבירה לגופה. כך, בפסק-דין "המפקד הלאומי" עצמו, אף שהזכות שנפגעה (לדעת רוב השופטים) הייתה הזכות הנישאה לחופש הביטוי הפוליטי, סברו שופטי הרוב כי הוראות ההסמכה הלקוניות למדי שמכוחן הוגבל חופש הביטוי היוו הסמכה מפורשת די הצורך.⁵⁹

הפיחות במעמדה של דרישת החוקיות נובע גם מהגישה – אשר אינה הלכה פסוקה אומנם, אך בפועל בית-המשפט נוהג לפיה – כי "חוק" כמשמעותו בפסקת ההגבלה כולל גם משפט מקובל יציר הפסיקה.⁶⁰ גישה זו היא בעייתית, משום שהיא אינה מגשימה את התכליות של דרישת החוקיות החוקתית, אשר קשורות לחקיקה על-ידי הכנסת בלבד ואינן מוגשמות על-ידי חקיקה שיפוטית.

26. ביטוי נוסף של מגמת השימוש בכללים בלתי-קביעים במסגרת המשפט הציבורי נוגע בפרשנותם וביישומם של מבחני המידתיות. המגמה היא של הדגשת מבחן היחסיות, תוך המעטה במשקלם ובמשמעותם של שני המבחנים האחרים – מבחן ההתאמה ומבחן הפגיעה הפחותה.

27. באשר למבחן ההתאמה, נראה כי עמדתו של בית-המשפט העליון היא שככל שאין לדעת בביטחון, סמוך לאחר חקיקת חוק או התקנת תקנות או קביעת הנחיות מנהליות, מה תהיה השפעתם, מן הדין להמתין עד שהדבר יתברר. כך היה, למשל, בפסק-הדין שניתן בעתירה לביטול חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (היוועדות חזותית – הוראת שעה), התשס"ז–2007, שקבע הסדר נסיוני לעריכת דיונים משפטיים בבקשות להארכת מעצר או לשחרור בערובה בהיוועדות חזותית (video-conference).⁶¹ בדחותו את העתירה קבע בית-המשפט העליון, בין היתר, מפי השופטת פרוקצ'יה:

במישור המעשי, משמעויות הפעלתה של השיטה הלכה למעשה יילמדו בוודאי בזמן הקרוב, עם פקיעת החוק. במסגרתן, יתנו הגורמים המוסמכים, בין היתר, את דעתם לשאלה כיצד פעלה השיטה במציאות החיה, וכיצד היא השפיעה על יכולתו של החשוד להביא את דברו לבית המשפט, ולבית המשפט להתרשם ממנו התרשמות ישירה ובלתי אמצעית. הפקת לקחים מן הניסיון המצטבר היא חיונית לצורך ראייה כוללת של מקומה הראוי של

59 לפסקי-דין נוספים שבהם לא הוקפד על דרישת החוקיות ראו, לדוגמה, רע"ב 5493/06 פלד נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 12.10.2010); בג"ץ 5872/07 איגוד מפקי סרטים וטלוויזיה בישראל נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (פורסם בנבו, 27.10.2010); בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 15.6.2011). אך ראו פסק-דין שבו הוקפד על הדרישה – בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים (פורסם בנבו, 20.12.2010).
60 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 163–166 (2010).
61 בג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 14.7.2008).

שיטת ההיוועדות החזותית לא רק במישור העקרוני, אלא בעיקר בתהליך הפעלתה, הלכה למעשה, בחיי המשפט, ובמעמדו ובזכויותיו של החשוד בהליך הפלילי. במסגרת הפקת הלקחים, יש להניח כי תינתן תשומת לב, בין היתר, גם להשגותיה של העותרת ביחס לטיב השיטה ודרכי הפעלתה.⁶²

תוקפו של ההסדר שבו דן בית המשפט העליון פקע, והכנסת לא חידשה אותו. הדעת נותנת שההימנעות מחידוש ההסדר נבעה מכך שהפעלתו לא השביעה רצון. מכאן עולה, ככל הנראה, שבמהלך תקופת הניסיון נפגעו זכויות חוקתיות ללא הצדקה. בפסק-דין אחר נדחו עתירות נגד החוקיות של נוהל שקבע שינויים בסדרי הטיפול בהבאתם ובהשמתם של עובדים זרים בענף הסיעור, ושל החוזרים שהוצאו בעקבות הנוהל.⁶³ בסיכום פסק-הדין כתב השופט אשר גרוניס:

אכן העתירות מעלות שאלות ותהיות מסוימות בכל הנוגע לנוהל. עם זאת, אין זו השעה להכריע לגביהן, שכן יש להמתין ולראות כיצד ההסדר החדש יפעל בעולם המציאות.⁶⁴

דוגמה שלישית היא ההחלטה משנת 2009 בעתירות בעניין רסלר שהוגשו לבג"ץ בשנת 2007, שבהן נטען כי חוק המאפשר לפטור תלמידי ישיבות משרות בצה"ל או לדחות את שירותם אינו חוקתי. בהחלטה זו קבע בית המשפט העליון כי "יש לאפשר למנגנונים המיועדים ליישמו [של החוק] שאך זה מקרוב קרמו עור וגידים והחלו לפעול... להוכיח את יעילותם או אי-יעילותם במבחן התוצאה למשך פרק זמן קצוב נוסף [של שנה וחצי]".⁶⁵ תפיסה זו של בית המשפט העליון, המאפשרת למעשה למדינה לפגוע בזכויות אדם במסגרת מעין ניסוי ("פיילוט"), מעוררת קשיים, והרושם הוא שבית המשפט לא היה ער להם די הצורך, ועל כל פנים לא התמודד איתם.

28. דומה כי הצורך לאפשר לכנסת לערוך ניסויים הפוגעים בזכויות אדם מבלי שיש לה, בעת החקיקה, תשתית של ממש לכך שהחוק הפוגע בזכויות אכן יקדם את תכליתו, קשור לפירוש המרחיב – "הנדיב"⁶⁶ – של הזכויות הקבועות בחוקי-היסוד.⁶⁷ אכן, הכנסת אינה מכון מחקר רב-תחומי. יתר על כן, יש תחומים רבים שבהם אין עדיין – ולעת הזאת אף אי-אפשר להפיק – נתונים מדעיים מהימנים. ובכל-זאת, החברה זקוקה לחקיקה גם במצבים רבים שבהם אין נתונים מחקרניים או אין לצפות שהכנסת תשיגם,

62 שם, ס' 22.

63 בג"ץ 4957/07 אחיעוז ארגון ארצי של חברות כוח אדם לתיווך נ' משרד התעשייה המסחר והתעסוקה (פורסם בנבו, 24.1.2008).

64 שם, ס' 11.

65 פרשת רסלר, לעיל ה"ש 21, ס' 9 להחלטתה של השופטת חיות.

66 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 60, בעמ' 94.

67 על כך ראו גם לעיל ס' 20 למאמר זה.

תתעמק בהם ואולי גם תכריע בין אסכולות מדעיות מתנגשות. הכפפת מכלול החקיקה לדרישות קפדניות של התאמה הייתה פוגעת באופן מהותי, וללא הצדקה, ביכולתה של הכנסת למלא את תפקידה. לעומת זאת, רק פרשנות זהירה ומרוסנת של הזכויות – כך שרק חלק קטן מהחוקים היו נתפסים כפוגעים בהן – הייתה יכולה לאפשר, וגם להצדיק, העלאה של רף ההתאמה הנדרש ואיסור חקיקה הפוגעת בזכויות מבלי שתועלתה הוכחה בעוד מועד.⁶⁸

לא רק מבחן ההתאמה לא זוכה בהטעמה. גם מבחן הפגיעה הפחותה – אשר אף לו יש אופי עובדתי, ואשר בפסיקת העבר הוצג כמבחן המידתיות המרכזי⁶⁹ – ירד מגדולתו. זאת, בין היתר, על רקע הקושי לצפות שהכנסת תבחן חלופות שונות לחלק כה גדול מהצעות החוק המוגשות לה, אשר נתפסות כפוגעות בזכויות חוקתיות בשל הפירוש הנדיב שניתן לזכויות אלה.

29. לנוכח ירידת קרנן של דרישות ההתאמה והפגיעה הפחותה, בעלות האופי העובדתי, קנה מקום מרכזי במשפט החוקתי המבחן השלישי של המידתיות – היחסיות – אשר לו אופי "ערכי". דוגמה לכך היא פסק-הדין שבו בית-המשפט העליון פסל חוק להפעלת בית-סוהר על-ידי זכיין פרטי.⁷⁰ למרות התשתית העובדתית המקיפה שהובאה לפני בית-המשפט על-ידי הצדדים באשר להתאמת החוק לקידום תכליתו ולאפשרות לקדם את התכלית תוך פגיעה פחותה בזכויות, העדיף בית-המשפט לא לבסס את הכרעתו על ההיבטים העובדתיים,⁷¹ ואף לא הסתמך, כמקובל בהליכים שיפוטיים, על נטל ההוכחה.⁷² בית-

68 ראו גם אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות" משפטים (טרם פורסם).
 69 כך, בפסיקה צוין כי "מבין מבחני המשנה לעקרון המידתיות החשוב ביותר הוא מבחן המשנה השני" (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל מושב שיתופי, פ"ד מט(4) 221, ס' 95 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1993)), וכי דרישת הפגיעה הפחותה היא "לב ליבו של מבחן המידתיות" (בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד מ(1) 235, ס' 23 לפסק-דינה של השופטת ביניש (2002)).
 70 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009).
 71 כך, באשר לדרישת ההתאמה (הקשר הרציונלי) נפסק כי "בשלב זה של הליך ה'הפרטה' המתוכנן אין בידי המדינה להוכיח כי אכן יושגו תנאים מוטבים לאסירים תוך חיסכון תקציבי כמצופה; ואף אין בידנו לקבוע כי... [החוק] אינו מסוגל על פניו להגשים את המטרות של חסכון תקציבי ושיפור תנאי הכליאה של האסירים העומדות בבסיסו. לכן, מוכנים אנו להניח לצורך הדיון כי הקשר הרציונלי באשר לתכלית... [החוק] מתקיים" (שם, ס' 47 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש). ובאשר לדרישת הפגיעה הפחותה נפסק כי "כיוון שאין באפשרותנו לקבוע באיזה אופן פחות פוגעני תתקיים התכלית המשולבת של שיפור תנאי הכליאה תוך חסכון תקציבי, העומדת לטענת המדינה ביסוד... [החוק], ומאחר שעניין זה מטבע הדברים טעון הוכחה שאיננה לפנינו, המסקנה המתבקשת מכך היא כי... [החוק] עומד אף במבחן המשנה השני של המידתיות" (שם, ס' 49).
 72 השופטת מרים נאור, שנמנתה עם שופטי הרוב שדגלו בפסלות החוק להפעלת בית-סוהר על-ידי זכיין פרטי, ציינה כי "יתכן שניתן היה לקבוע כבר בשלב זה כי החוק אינו חוקתי כיוון

המשפט העליון ביסס את פסילת החוק על הכרעה ערכית שקיבל במסגרת מבחן היחסיות לאחר התעמקות בטיעונים ובספרות מתחום תורת המוסר והפילוסופיה המדינית.

30. כפי שאהרן ברק מציין בספרו על מידתיות במשפט, "במצב דברים... שבו נבחן היחס בין אמצעים הפוגעים בזכות חוקתית לבין המטרה החקיקתית שלהשגתה נבחרו... [אין] הבדל בין מידתיות לבין סבירות".⁷³ והנה, המידתיות נולדה כענף של הסבירות הבלתי-קביעה,⁷⁴ אך נועדה להיות מופשטת פחות מהסבירות, כך שיהיה בה כדי לספק הכוונה מהותית לרשויות השלטון ולבית-המשפט, לפחות בהקשר של נורמות שלטוניות הפוגעות בזכויות אדם. כדבריו של זאב סגל במאמר חלוצי משנת 1991, שבו קרא לפיתוחה של עילת העדר היחסיות – הלא היא המידתיות – במשפט המנהלי: "עילת העדר היחסיות יכולה להוות ענף בעץ אי-הסבירות. הגדרתו של ענף זה, שטרם נעשתה, היא בה כדי לצקת תוכן לריקמה פתוחה ובלתי מוגדרת... [ולתרום ל]הצבת העילה על אדנים ברורים יותר".⁷⁵

אומנם, ברק קורא בספרו לשלב אל תוך אמת-המידה של היחסיות נוסחות איזון עקרוניות.⁷⁶ נוסחות אלה כוללות, בעיקר, מבחנים בעלי אופי הסתברותי, כגון מבחן הוודאות הקרובה, החלים במקרים של מדרג ערכי בין האינטרסים המתנגשים, ומבחנים של איזון אופקי, החלים כאשר האינטרסים המתנגשים הם שווי-מעמד. מבחנים אלה עשויים להוסיף בהירות למגבלות החוקתיות העמומות, ולהקל הן על הרשויות הנבחרות בגיבוש מדיניותן והן על בית-המשפט בביקורת השיפוטית. עם זאת, קריאתו של ברק טרם נענתה באופן מלא, ובית-המשפט לא פיתח עדיין באופן שיטתי נוסחות איזון עקרוניות שיקנו מסוימות למבחן היחסיות. דומה אפוא כי לעת הזאת הטעמת היחסיות דווקא מבין שלושת מבחני המידתיות פוגעת בתכלית של קידום הוודאות, שהמידתיות נועדה לקדם.

31. יתר על כן, האופי הערכי – הלא-עובדתי – של היחסיות נתפס כנראה על-ידי בית-המשפט כהולם אותו מבחינה מוסדית יותר מאשר קבלת הכרעות עובדתיות בעניינים שיש להם נגיעה בהתוויית מדיניות.⁷⁷ אך נאותותה של תפיסה עצמית כזאת של הרשות השופטת, כבעלת מומחיות ומעמד גבוהים יותר בשאלות ערכיות המתעוררות בהקשרים של משפט

שאינן הוא עומד במבחן-המשנה השני [הפגיעה הפחותה]. יחד עם זאת, לא יהיה זה נכון... להכריע את סוגיית מבחן-המשנה השני על סמך נטלי הוכחה" (שם, ס' 23 לפסק-דינה של השופטת נאור).

73 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 60, בעמ' 465.

74 ראו דותן, לעיל ה"ש 41, בעמ' 458.

75 זאב סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט 507, 531 (1991).

76 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 60, בעמ' 630–649.

77 השוו, למשל, לביקורת השיפוטית הרחבה יחסית בהיבטים ערכיים ואתיים של מינויים לתפקידים ציבוריים בכירים לעומת הביקורת המצומצמת בהיבטים הנוגעים בכישורים ובניסיון מקצועיים. ראו, לדוגמה, בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, ס' 18–19 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 12.10.2008).

ציבורי מאשר בשאלות עובדתיות, ראויה לבחינה לכל-הפחות. ניתן אומנם לטעון כי נטייתו של בית-המשפט העליון לבכר אמות-מידה ערכיות בלתי-קביעות קשורה לכך שתמונת-העולם העובדתית בבג"ץ נשענת במקרים רבים על המדינה, ובית-המשפט אינו קובע עובדות בדרכים המקובלות בהליכים פליליים ואזרחיים.⁷⁸ עם זאת, דיני הראיות הנוהגים במשפט הציבורי מעוגנים בעיקר במשפט המקובל, המפותח על-ידי בית-המשפט העליון עצמו. מכאן שבית-המשפט אינו נדחק לאמות-מידה בלתי-קביעות בשל אילוצים של דיני ראיות שאינם תלויים בו.

32. התפשטותן של אמות-מידה בלתי-קביעות ניכרת אף בתחום של הליכי המנהל. כך, גוברת נטייתו של בית-המשפט העליון לקבוע כי אף הביקורת השיפוטית על הליכי המנהל – ובכלל זה על פעולת הרשות לפי כללי הצדק הטבעי – מבוססת על איזון אינטרסים הנעשה על-ידי בית-המשפט בהתאם לנסיבות המקרה. כך היה, בין היתר, בפסק-דין לוזון, שבו ציין השופט יורם דנציגר כי "החובה ליתן זכות טיעון היא חובה גמישה, אשר היקפה תלוי בגורמים שונים, כגון, מעמדו של בעל הזכות; אופייה של הסמכות המינהלית או של הגורם המינהלי שמקבל את ההחלטה; עוצמתה של הפגיעה הצפויה ועוד".⁷⁹ באופן דומה כתב השופט אליקים רובינשטיין בפסק-דין געאביץ כי "זכות הטיעון היא זכות יחסית, שיש לבחון לעניינה את מכלול הנסיבות, לרבות מהות הסמכות, עוצמת הפגיעה ומידת הסופיות של ההחלטה".⁸⁰ עוד נקבע, בפסק-דין נטוויזין על-ידי השופטת עדנה ארבל, כי "על בחינת התקיימותה והיקפה של חובת שימוע להיות מונחית, בראש ובראשונה, על ידי פעולת האיזון בין עקרונות של צדק והוגנות בפעולת השלטון לבין שיקולים של קידום היעילות המינהלית".⁸¹

אף שיש בוודאי יתרונות באיזון הנעשה בכל מקרה ומקרה על-ידי בית-המשפט בין האינטרסים השונים – המתנגשים לעיתים⁸² – הנוגעים בעיצוב הליכי המנהל, יש גם קושי מיוחד במגמה לערוך איזונים שיפוטיים אד-הוקיים גם באשר להליכי המנהל. ניתן אומנם

78 ראו יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295 (1993).
79 ע"מ 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים, ס' 76 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 24.7.2008).
80 ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ, ס' כג לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 11.8.2009).
81 בג"ץ 365/08 נטוויזין בע"מ נ' משרד התקשורת, ס' 8 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 17.6.2009). בפרשה זו נקבע, בדעת רוב, כי בנסיבות העניין לא הייתה לעותרת זכות טיעון נגד מתן הקלה למתחרותיה העסקיות, אך המיעוט סבר אחרת.
82 עם זאת, כדברי השופטת פרוקצ'יה, "במרבית המקרים, הצורך באמות מידה קפדניות לשמירה על טוהר השירות הציבורי מן הצד האחד, והדאגה ליעילותו של השירות מן הצד האחר, משתלבים בראייה כוללת זה עם זה, ומקדמים האחד את רעהו" (ע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ), ס' 39 (פורסם בנבו, 11.2.2008)).

להבין מידה של מופשטות באמות-המידה הכלליות להפעלת שיקול-דעת מנהלי (חובה להתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים, הימנעות משיקולים זרים, עקביות וכיוצא בהן), אולם באשר להליכי המנהל – הפרוצדורה לקבלת החלטות – הצורך בוודאות ובבהירות צריך להכריע את הכף. כמידת האפשר, על הרשויות ועל הפרטים לדעת את הנדרש בעוד מועד, מבלי להמתין להכרעה שיפוטית לאחר מעשה.

משמעות בעייתית במיוחד של החלת עילת הסבירות על הליכי המנהל, ובכלל זה על כללי הצדק הטבעי, היא שלרשות המנהלית עלול להינתן מתחם של סבירות בקביעת הדרך שבה היא תממש את חובת השמיעה או את איסור ההימצאות במצב של ניגוד עניינים. כך, למשל, כתבה השופטת פרוקצ'יה בפסק-דין דגש:

בהעדיפה את אינטרס הגברת התחרות לבחירת מפעיל על חשבון הדאגה לניתוקו של המפעיל העתידי מהשפעה של ניגודי עניינים, פעלה הרשות הציבורית בחוסר סבירות קיצונית. באיזון שנעשה על ידה בין הגורמים הרלבנטיים השונים, היא ייחסה משקל רב, במידה לא ראויה, לאינטרס התחרות, והמעטיה באופן בלתי סביר בחשיבות פסול ניגוד העניינים, בהתירה לגורמים עיסקיים, צרכני השירות נשוא הזיכיון, להיכלל בהנהלת המפעיל. האיזון בין הערכים המתנגשים לוקה, איפוא, לכאורה, בפסול המצדיק התערבות, לצורך ניטרול ניגוד העניינים העלול לפגוע במעמדו הציבורי של המפעיל, ובאימון הציבור בדרך פעולתו.⁸³

דומה כי הטעמים המיוחדים העשויים להצדיק מתן מתחם רחב של סבירות לרשות המוסמכת – בין רשות נבחרת ובין רשות מקצועית – בהפעלת שיקול-הדעת שהדין נתן לה אינם חלים באשר להליכים שבהם היא מפעילה את סמכותה. המתחם הרחב של שיקול-דעת הנתון במקרים רבים לרשויות באשר לתוכן החלטותיהן ופעולותיהן נובע מהיתרון המקצועי שיש להן או מההנחה, לגבי רשויות נבחרות, כי הן מבטאות את רצון הציבור. אולם דווקא משום שהמשפט אינו מתיימר לקבוע בכל מקרה ומקרה את ההחלטה הנכונה, על הרשויות לקבל את החלטותיהן בהליכים אשר ישיאו את ההסתברות לקבלת החלטות מיטביות ויחזקו את אמון הציבור בכך שהרשויות אכן פועלות באופן הוגן, ענייני ומקצועי. באשר להליכים, להבדלים מתוכנן של ההחלטה או הפעולה השלטונית, אין לרשות יתרון דמוקרטי או מוסדי מיוחד, ולכן אין מקום לתת לה מתחם רחב של סבירות באשר להליכים השלטוניים. כדברי יצחק זמיר:

אמנם גם הפעלת שיקול הדעת המינהלי כפופה לכללים... אולם בפועל קשה לבקר את שיקול הדעת באופן ראוי, אם מפני ששיקולי הרשות אינם

83 שם, ס' 64 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

גלויים... ואם מפני שבית המשפט מגביל עצמו לביקורת החוקיות, להבדיל מביקורת התבונה או היעילות. לכן מתעצמת החשיבות של כללים המכוונים להבטיח שההליך המינהלי יהיה מבוסס, תקין והגון... [הביקורת השיפוטית על ההליך המנהלי] פטורה מן הטענה שבית המשפט שם את שיקול דעתו במקום שיקול הדעת של הרשות המינהלית.⁸⁴

הרחבת שיח הסבירות לתחום ההליכים עלולה אפוא להרחיב ללא הצדקה את מתחם הכוחות של הרשות.

ג. תרופות בשל הפרת המשפט הציבורי – בטלות יחסית

33. אחד הביטויים המרכזיים לעמימות הדוקטרינרית של המשפט הציבורי היא ההלכה, ההולכת ופורחת,⁸⁵ של בטלות (או תוצאה) יחסית. לפי הלכה זו, המשמשת מדי שנה תשתית לטיעונים – ובעקבותיהם לפסיקה – בעשרות רבות מאוד של מקרים בערכאות השונות:

שומה על בית המשפט לבחון בכל מקרה שבו נפל פגם משפטי – ואפילו מדובר בפגם של חריגה מסמכות – את נסיבותיו ומאפייניו הפרטניים. בין היתר ייבדקו מהות הפגם, חומרתה של הפרת החוק שבה מדובר, חשיבותה של הזכות המופרת, זהותם של הצדדים, אופן תקיפתו של הפגם – בתקיפה ישירה או בתקיפה עקיפה, והנזק שעשוי להיגרם לנוגעים בדבר ולצדדים שלישיים. לאחר ביצוע הבחינה, יש להתאים את הסעד שיינתן לנסיבות הרלוונטיות... בנסיבות מסוימות עשוי פגם בהחלטה המינהלית להצדיק סעד של בטלות מוחלטת, ובנסיבות אחרות, עשוי אותו פגם להוביל למתן סעד אחר, הכל במטרה להגיע, ככל הניתן, לתוצאה שתשיג צדק יחסי בין הגורמים המושפעים מן ההחלטה.⁸⁶

84 יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 992 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010).
 85 לפי אתר נבו, מ-1 בינואר 2009 ועד 30 בנובמבר 2011 אוזכרה הלכת הבטלות היחסית ב-88 פסקי-דין והחלטות של בית-המשפט העליון, וב-582 פסקי-דין והחלטות של כלל בתי-המשפט (לרבות בתי-הדין לעבודה ובתי-הדין הצבאיים). לעומת זאת, בשנים 2006 עד 2008 אוזכרה ההלכה ב-483 פסקי-דין והחלטות של כלל בתי-המשפט (לרבות בתי-הדין לעבודה ובתי-הדין הצבאיים), מהם 58 פסקי-דין והחלטות של בית-המשפט העליון.
 86 בג"ץ 5660/10 עמותת איתך – משפטניות למען צדק נ' ראש ממשלת ישראל, ס' 21 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 22.8.2010).

במקרים רבים משמעותה של הלכת הבטלות היחסית אינה רק שבית-המשפט מעדיף סעד מסוים – כגון החלת הבטלות רק ממועד עתידי כלשהו שבית-המשפט יקבע או סעד כספי – על הכרה בהחלטה בלתי-חוקית כבטלה מיום קבלתה, אלא שהוא אינו נותן לעותרים כל סעד שהוא.⁸⁷

כפי שיודגם בהמשך, להבדיל מההנחה המקובלת שהבטלות היחסית עשויה לפעול רק נגד פרטים שנפגעו מהחלטה בלתי-חוקית של השלטון, יש גם מקרים, אם כי לא רבים, שבהם המדיניות הגמישה במתן סעדים עשויה להוביל דווקא להטבה עם העותרים.³⁴ אכן, בכל ענפי המשפט מקובלת מידה של גמישות בקביעת התוצאה המשפטית או הסעד השיפוטי בעקבות הפרת הדין. כך, בין היתר, בדיני חוזים.⁸⁸ אך בכך אין כדי להוות מענה מספיק לקשיים הגלומים בגמישות המופלגת שמבטאת הלכת הבטלות היחסית בתחום המשפט הציבורי.⁸⁹ משמעות ההלכה היא, בין היתר, הרתעת-חסר של הרשויות – ובמקרים מסוימים גם של הפרטים – מפני הפרת הדין, ובעיקר ערפול המצב המשפטי, יצירת חוסר ודאות ועידוד התדיינות בבית-המשפט, לאחור מעשה, לגבי החלטות שלטוניות בלתי-חוקיות או בלתי-חוקתיות, תוך הפיכת ההליך השיפוטי לחלק בלתי-נפרד מההליך השלטוני, שתוצאותיו נקבעות על-ידי בית-המשפט לפי שיקול-דעתו לאחר שנקבע כי נעשתה פעולה לא כדין על-ידי הרשות השלטונית (ובמקרים מסוימים גם על-ידי הפרט). הנה דוגמאות אחדות מהתקופה האחרונה, המגלמות שימושים יצירתיים במיוחד בשיקול-הדעת של בית-המשפט בהיבט של התרופות.

35. בפסק-דין אדם טבע ודין,⁹⁰ שבו נדונו עתירות נגד הזמן הקצר שקבעה הממשלה לקבלת תגובות על תזכיר הצעת חוק התכנון והבנייה, קבע בית-המשפט העליון:

ראוי היה, בגדרו של הליך מינהלי תקין, לאפשר לגורמי הציבור להגיב עמדותיהם להצעת חוק חשובה זו בתוך פרק זמן מוגדר, ארוך מכפי שהוקצב למעשה, שבמסגרתו ניתן להקיף את הסוגיות המורכבות המצריכות התייחסות. צורך זה בולט במיוחד לאור האופי הייחודי של דבר החקיקה המוצע, הבא לשנות סדרי בראשית בתחומים שונים בהסדרי התכנון הקיימים – עניין שאותו מדגישה גם המדינה. סטייה מהותית מנוהל תקין כזה הייתה עשויה אף להצדיק התערבות שיפוטית לתיקון הדבר במסגרת

87 ראו, למשל, בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, ס' 49–50 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 1.8.2010).

88 ראו, למשל, ס' 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973, ס"ח 118; ס' 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א–1970, ס"ח 16.

89 לטיעונים ביקורתיים על הלכת הבטלות היחסית ראו, לדוגמה, דפנה ברק-ארוז "בטלות יחסית ושיקול-דעת שיפוטי" משפטים כד 519 (1995); דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי 828–831 (2010); יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587 (1994).

90 בג"ץ 1658/10 אדם טבע ודין נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 12.3.2010).

ביקורת שיפוטית על הליך מינהלי שנועד לגבש בדרך תקינה עמדה ממשלתית בעניין יוזמת חקיקה. זאת, במיוחד בשים לב לכך שלא השתכנענו בקיומו של טעם מהותי אמיתי לחיפזון המיוחד המאפיין את הליך אישורה של ההצעה הנדונה בידי הממשלה, אשר מנע בנסיבות אלה מגורמי הציבור להציג את עמדותיהם המושכלות להצעה, בטרם תתקבל החלטת הממשלה.⁹¹

עם זאת, בנסיבות העניין היה בית-המשפט מוכן להשלים עם "מנגנון מיוחד" שיאפשר קבלת תגובות והערות על התזכיר גם לאחר הגשת הצעת החוק, ואף לאחר אישורה על-ידי הכנסת בקריאה הראשונה, כך שאלה יידונו על-ידי הצוות המקצועי המטפל בהצעה, וככל שיימצא מקום לשינויים, הם יובאו – יחד עם עמדת המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, כשזו תתקבל – אל ועדת השרים לענייני חקיקה. בית-המשפט הטעים כי ההליך האמור "הוא הליך מאוחר להליך מוקדם שראוי היה לקיימו מלכתחילה. אולם, בנסיבות העניין, חרף השלב המאוחר בהתייחסות הממשלה לעמדות גורמי הציבור, עדיין יש להליך מאוחר זה נפקות ממשית ביחס לעיצוב תוכנה הסופי של ההצעה בידי הממשלה, כאשר זו תובא לדיון בוועדה של הכנסת שתעסוק בכך".⁹²

אכן, ההסדר האמור, שבית-המשפט היה מוכן לאשרו, אינו בלתי-סביר לגופו. הוא אף מתיישב עם הפרקטיקה שלפיה ברוב המקרים יש חשיבות מכרעת לעמדת הממשלה בקשר להצעות חוק, שכן אישור הצעת חוק על-ידי הממשלה מקדם מאוד את הסיכוי לכך שהכנסת תקבל את ההצעה. עם זאת, ספק אם יש בסיס משפטי מספיק לקביעת הליכים נוקשים על-ידי בית-המשפט לצורך אישור הצעת חוק על-ידי הממשלה. קושי מיוחד יש בקביעת הליך שבמסגרתו תברוק הממשלה את ההצעה כאשר זו כבר מצויה על שולחנה של הרשות המחוקקת ואף עברה בקריאה הראשונה. זאת, גם בהתחשב בסמכותה של הממשלה, הקבועה בתקנון הכנסת, "לחזור בה מהצעת החוק כולה".⁹³

36. בפסק-דין האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הברואים בישראל⁹⁴ קיבל בית-המשפט העליון, ברוב דעות, עתירה שבמקורה התבקש בה כי בית-המשפט יורה לאפשר לעותרים להתפלל ב"מסגד הגדול" בבאר-שבע, לבטל את ההכרזה עליו כמוזיאון, ולדאוג לשפץ או לתחזק את המבנה או לאפשר לעותרים לעשות כן. אלא ששופטי הרוב העניקו לעותרים סעד אחר – שלא התבקש בעתירה, ואשר ככל שעולה מפסק-הדין גם לא התקיים לגביו דיון ממצה, אם בכלל – והוא "שייעוד המוזיאון יוקדש לתרבות האסלאם ועמי המזרח, באופן

91 שם, ס' 13.

92 שם, ס' 15.

93 תקנון הכנסת, ס' 132(א).

94 בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הברואים בישראל נ' עיריית באר-שבע (פורסם בנבו, 22.6.2011).

המזרח, באופן שיבטיח מתן ביטוי להיבטים שונים של תרבות האסלאם, על פי שיקול דעתם המקצועי של מנהלי המוזיאון ובהתייעצות עם העותרים ובכפוף לכל דין".⁹⁵

מתן סעד זה מעורר קושי כפול, שגם עולה מדעת המיעוט של השופטת מרים נאור. ראשית, הסעד לא התבקש, וכאמור גם לא נשמעו לגביו טיעונים. שנית, ובכך אולי העיקר, לא ברור הבסיס בדין המהותי לחיוב הרשויות להפעיל את שיקול-דעתן דווקא בדרך שעליה הורה בית-המשפט. זאת אף אם, כלשונה של השופטת נאור, "הרעיון שבמבנה ששימש בעבר כמסגד יוקם מוזיאון לתרבות האסלאם ועמי המזרח – רעיון נאה הוא".⁹⁵

37. פסק-דין המעורר בעיה מאותו סוג, אך שבו העניק בית-המשפט סעד מורכב וחלקי במקום סעד פשוט המתבקש ביסודו מהחוק, הוא פסק-דין אבו לבדה.⁹⁶ בפסק-דין זה נדונה ההפרה המתמשכת במשך שנים רבות של חובת המדינה לספק חינוך חינם לכל ילדי מזרח ירושלים. חוק לימוד חובה, התש"ט-1949, קובע כי המדינה אחראית למתן חינוך חובה על-פי הדין, ומי שחל עליו לימוד חובה זכאי לחינוך חינם במוסד רשמי. החוק מוסיף וקובע, בסעיפים 6(ג)–(ד), כי "רשאי... [שר החינוך], בצו, להורות כי מי שלא ניתן, לדעת השר, להבטיח לימודיו במוסד חינוך רשמי – ילמד במוסד חינוך אחר, ואוצר המדינה ישא בשכר לימודיו במוסד כאמור, בתנאים שנקבעו בצו האמור... מי שזכאי לחינוך חינם לפי סעיף זה, לא ידרשו בעדו דמי הרשמה או כל תשלום אחר בעד לימודיו במוסד חינוך רשמי או בעד לימודיו במוסד חינוך אחר שאוצר המדינה נושא בשכרם". והנה, אף שהמדינה מפרה במשך שנים את חובתה לספק חינוך חינם לתלמידי מזרח ירושלים, והוריהם נאלצים לממן את חינוכם בבתי-ספר פרטיים, נתן בית-המשפט העליון לעותרים את הסעד הבא:

(א) המשיבים נדרשים לפעול במישורים השונים המתחייבים לצורך יצירת תשתית פיסית הדרגתית שתאפשר קליטת כל תלמידי מזרח ירושלים, זכאי חינוך חובה חינם, המעוניינים בכך, במסגרת החינוך הרשמי בעיר. לצורך הגשמה מלאה של מטרה זו, תועמד לרשות המשיבים תקופה של חמש שנים ממועד מתן פסק דין זה.

(ב) ככל שבחלוף התקופה האמורה בס"ק (א) עדיין לא תספק הרשות הציבורית את מלוא הדרישה לחינוך רשמי חינם במזרח ירושלים, יהא על המשיבים להפנות את התלמידים שבקשתם לחינוך רשמי נדחתה לבתי ספר שאינם רשמיים הנימנים על מערכת החינוך, ולהגיע להסדרים כספיים מתאימים עם מוסדות אלה, לצורך כיסוי עלויות לימודי היסוד של אותם תלמידים.⁹⁷

95 שם, ס' 1 לפסק-דינה של השופטת נאור.

96 בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 6.2.2011).

97 שם, ס' 64 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

המשמעות של סעד חלקי זה היא בפועל מתן הרשאה שיפוטית להמשך ההפרה של החוק למשך חמש שנים לפחות, תוך הטלה של עלות הלימודים – האמורים לפי החוק להיות בחינם – על ההורים. יודגש כי בעתירה לא התבקש סעד של החזר תשלומים שההורים נדרשו לשאת בהם בשנים שעברו, אף שגם סעד כזה אין לשלול, אלא חיוב המדינה למלא את חובתה המשפטית – לספק חינוך חינם לילדים הזכאים לו, בין על-ידי שיבוצם בבת-ספר ובין על-ידי שיפויים על הוצאותיהם ללימוד בבתי-ספר פרטיים.

בית-המשפט העליון ציין בפסק-הדין כי העותרים נפגעו בזכויות חוקתיות (ולא בזכויות חוקיות בלבד) – הזכות לחינוך והזכות לשוויון, הנגזרות מהזכות לכבוד האדם. אך הרחבה זו לא נדרשה, וייתכן שהיא אף השפיעה על מתן הסעד החלקי, לנוכח היחסיות הטבועה בזכויות חוקתיות (אם כי לא ברור כיצד מתקיימת במקרה זה הדרישה בפסקת ההגבלה שהפגיעה בזכות תיעשה בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו). אכן, הגשמתו המלאה של חוק לימוד חינם כרוכה בעלויות תקציביות ניכרות, ועשויות אף להתעורר בעיות מעשיות שונות, שפורטו בפסק-הדין, בשיפוי הורים על הוצאות לחינוך. אך קשה לקבל כי בכך יש כדי להצדיק מתן סעד שאינו מפסיק את ההפרה הנמשכת של הדין.

38. בפסקי-דין אחדים עקף בית-המשפט העליון את הלכות ההבטחה המנהלית וההשתק, שאותן ראה כנוקשות מדי, בכך שהיה מוכן להתחשב באופן חלקי בלבד בהצהרות של רשויות מנהליות. בהתחשבות כזאת ראה בית-המשפט "פתרון ביניים שיש בו גם תחושת צדק".⁹⁸ כך היה גם בפסק-דין בית הרכב.⁹⁹ במקרה זה התקשרה עירייה בחוזה שבו נקבע כי תקבל תמורה מופחתת, אשר לא אושרה על-ידי ראש העיר, כנדרש בחוק. לאחר סיום תקופת החוזה תבעה העירייה מהמערערת את הפרש. בית-המשפט העליון – במסגרת איזון אינטרסים שערך מכוח תורות הבטלות היחסית שבדיני החוזים ובמשפט המנהלי גם-יחד – החליט שהעירייה תהיה זכאית לקבל את מחצית הסכום. במקרה אחר צוין כי בהעדר סעד מנהלי בגין השתחררות של רשות מהבטחה שנתנה, עשויה לעמוד לצד הנפגע אפשרות לתביעה אזרחית.¹⁰⁰ בפרשה אחרת נקבע כי הסכם פשרה בעניין תשלום משכורת, לסותר ללא הצדקה הנחיות מנהליות, יעמוד בתוקפו למרות זאת בשל הסתמכותה של מקבלת המשכורת ושינוי מצבה על-ידי כך שבהתאם להסכם עבדה שלוש שנים ללא תמורה – הסתמכות ושינוי מצב אשר יש להם נפקות גם במשפט האזרחי, במיוחד במסגרת ההשתק החוזי ודיני עשיית עושר ולא במשפט. חריגת הרשות מהנחיה מנהלית אינה מובילה או מנמיכה וביה לפסלותה ולבטלותה של החלטה מעיקרא (כבמקרה של פעולה הנעשית

98 בג"ץ 3616/06 מנצור נ' מדינת ישראל – משרד הפנים, ס' כט לפסק-הדין (פורסם בנבו, 22.3.2009).

99 ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 22.1.2009).

100 בג"ץ 3978/06 מימוני נ' צבא הגנה לישראל (פורסם בנבו, 29.6.2008).

בחוסר סמכות). אולם באותו מקרה דובר בפגם מנהלי חמור שיש בו, בנסיבות רגילות, כדי להוות עילה להורות על ביטול ההחלטה.¹⁰¹

39. במקרים אחרים פסק בית-המשפט כי על-פי כללי המשפט המנהלי אין עילה לחייב את הרשות לסטות מהנחיותיה, ולכן דחה את העתירות, אך במקביל המליץ לרשות – "לפנים משורת הדין" – לשקול התחשבות בעותרים.¹⁰² המלצות אלה – שהדעת נותנת כי הרשות עשויה לפעול על-פיהן, ואשר ברור על כל פנים, לנוכח הערותיו של בית-המשפט, כי פעולה על-פיהן לא תהיה אסורה – הן בעייתיות. זאת, מכיוון שלפי דיני ההנחיות המנהליות, כפי שפותרו על-ידי בית-המשפט העליון עצמו, אסור לרשות לסטות מהנחיות מנהליות ללא הצדקה שמקורה בחריגות של המקרה.¹⁰³ בית-המשפט אף ביטל לא פעם החלטות שבהן חרגה רשות מנהלית מהנחיותיה ללא הצדקה.¹⁰⁴ משלא נמצאה הצדקה לחריגה בנסיבות המקרה, פעולה לפי המלצת בית-המשפט עלולה היא עצמה לעורר בעיה משפטית.

40. דרכים אלה, לצד יתרון במתן פתרון צודק וסביר למחלוקת המסוימת שהובאה לפני בית-המשפט, פוגעות בוודאותו של המשפט ובהכרה – אשר מן הראוי שתהיה הן לרשויות השלטון והן לציבור – כי תוצאה של התדיינות לפני בית-המשפט לא תהיה שונה ככלל ממצב הדברים אילו כל הצדדים היו מקפידים מראש לפעול כדין.

41. אם יש מקרה שבו ראוי לעשות שימוש בתורת הבטלות היחסית, הרי זו פרשת פדייתו של גלעד שליט משבי החמאס. כפי שעולה מפסק-דין אלמגור – ארגון נפגעי טרור נ' ראש הממשלה,¹⁰⁵ שניתן בעתירות שהוגשו נגד העסקה שבמסגרתה שוחררו מאות רבות של אסירים שהורשעו במעשי טרור, חלקם מן החמורים ביותר, המדינה לא קיימה במקרה זה, כמו במקרים דומים בעבר, את הוראות חוק נפגעי עבירה, התשס"א-2001. באשר לכך נכתב בפסק-הדין:

הוראות החוק והתקנות... אינן מתאימות במלואן לנסיבות המיוחדות של מתן חנינה מתוקף הסכם מדיני כדוגמת המקרה שלפנינו. נסיבות העניין,

-
- 101 בג"ץ 9362/03 ריגלר נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 28.10.2008).
- 102 ראו, לדוגמה, ע"מ 244/08 בטראיי נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 14.2.2008); בג"ץ 2908/05 אלסנע נ' מינהל מקרקעי ישראל ע"י המינהלה לקידום הבדואים בנגב (פורסם בנבו, 12.10.2008).
- 103 ראו בג"ץ 47/91 ניימן נ' פרקליטות המדינה, פ"ד מה(2) 872, ס' 4 לפסק-דינו של הנשיא שמגר (1991) ("רשות ציבורית, המתווה לעצמה קווי פעולה או כללים בעניין אופן הפעלת סמכויותיה, איננה יכולה לסטות מן הקווים והכללים שגיבשה וקבעה לעצמה, אלא אם כן קיימים טעמים סבירים לכך העומדים במבחן הביקורת האובייקטיבית").
- 104 ראו, לדוגמה, ע"מ 9156/05 גרידינגר נ' ראפ (פורסם בנבו, 10.6.2008); ע"מ 6726/10 סיעת למען תורה וגמילות חסדים בעיריית צפת נ' המועצה הדתית צפת (פורסם בנבו, 23.3.2011).
- 105 בג"ץ 7523/11 אלמגור – ארגון נפגעי טרור נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 17.10.2011).

הרגישות המדינית והביטחונית, וסד הזמנים הקריטי הנוצר במקרים אלה, מחייבים גיבוש הסדר מאוזן באשר לצורך בשמיעת נפגעי עבירה. לפיכך, סברנו כי גם אם אין מקום להחיל באופן מלא את הוראות החוק, הרי שרווח ותכליתן של הוראות אלה אכן מחייבות מתן הזדמנות להתנגד לשחרור אסירים בהתאמה לנסיבות העניין.¹⁰⁶

בית-המשפט גיבש אפוא הסדר שונה מזה שנקבע בחוק. גם אם בנסיבות החריגות של המקרה לא היה ראוי לתת את הסעדים שהתבקשו, מוטב שבית-המשפט היה מציין את ההפרה ומפנה את תשומת-ליבה של הכנסת לצורך לשקול את שינוי החוק באופן שייתן מענה למקרים מיוחדים מסוג זה.

42. עם זאת, השופט עוזי פוגלמן ציין באחד מפסקי-הדין:

אכן, יש ממש בבחינה הביקורתית האמורה, ואין להתעלם מן התופעות שעליהן היא מתריעה... הפעלה ראויה של שיקול הדעת השיפוטי, אשר לוקחת בחשבון גם את נקודות התורפה שאותן מעלה הביקורת, היא המסלול שבו ראוי לטעמי להמשיך ולפסוע.¹⁰⁷

האם דברים אלה מבטאים תחילת מגמה של יתר זהירות בשימוש בהלכת הבטלות היחסית, כך שהימנעות ממתן סעד במקרה של פעולה שלטונית פגומה תישמר למקרים חריגים שבהם תהיה לכך הצדקה מיוחדת? ימים יגידו.¹⁰⁸

ד. סיום

43. "בעצם הפעלת הביקורת השיפוטית על רשות מרשויות המדינה, מקיים בית-משפט זה את התפקיד המובהק המוטל עליו בהליך המינהלי" – כך כתבה נשיאת בית-המשפט העליון

106 שם, ס' 14 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.
 107 פסק-דין עמותת איתך, לעיל ה"ש 86, ס' 22 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.
 108 אך ראו ע"מ 8531/10 זכאי נ' משרד הביטחון (פורסם בנבו, 28.11.2011). בפסק-דין זה אישר בית-המשפט העליון מפי השופט פוגלמן, על בסיס הלכת הבטלות היחסית, החלטה שהתקבלה תוך התעלמות לא כדין מהנחיות שהרשות עצמה קבעה, וזאת בשל ההשלכות הנרחבות מבחינה כספית שהיו עלולות להיות לביטול ההחלטה ובשל השיהוי בהגשת העתירה (אם כי השיהוי כשלעצמו לא היה בסיס מספיק לדחיית הערעור). בצד זאת קצב בית-המשפט לרשות פרק-זמן שבו יהיה עליה לתקן את הפגם. פסק-דין נוסף שבו העניק בית-המשפט לעותרים סעד מורכב, שעייגונו בדין המהותי אינו ברור, הוא בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 5.1.2011).

דורית ביניש.¹⁰⁹ ואילו השופט אליקים רובינשטיין כתב כי "אין מחלוקת אמיתית, מחד גיסא, באשר לכך שיש ליתן משקל גדול מאד לשיקולים של גורמים מקצועיים, ומאידך גיסא כי האחריות בסופו של יום היא על בית המשפט, שתפקידו לשקלל את התמונה על כל רכיביה".¹¹⁰

המכנה המשותף של דברים אלה של הנשיאה ביניש ושל השופט רובינשטיין הוא שמשתי האמירות עולה – או לפחות משתמע – כי תפקידו של בית המשפט אינו מתמצה בבחינה אם החלטת הרשות הייתה כדיון, אלא יש לו לבית המשפט, כמוסד, תפקיד משל עצמו בהליך השלטוני. האומנם הרשות השופטת הינה "לא עוד רשות המפרשת את החוק בתוקף תפקידה ליישב סכסוכים בין אדם לחברו, ובין המדינה לאזרח, אלא רשות שלטונית הרואה עצמה כחלק בלתי נפרד מכלי הניהול השוטפים של המדינה?"¹¹¹ חלק מפקסידין שהם דנתי ברשימה זו עשויים לעורר את הרושם שהתשובה לתהייה זו היא לעיתים בחיוב. 44. שאלה מעניינת – הראויה לבדיקה נפרדת – היא אם יש זיקה בין היקף התבטאותם של שיקולים מוסדיים של הרשות השופטת לבין מידת רגישותם הפוליטית של הנושאים הנדונים. כך, האם נטייתו של בית המשפט לגלגל הליכים הנוגעים בתחומים רגישים – כגון חוקתיותם של חוקים, איזון בין בטחון המדינה לבין זכויות אדם או היחס בין מהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין מהותה כמדינה דמוקרטית – גדולה מנטייתו לגלגל הליכים שאינם נוגעים בסדרי עדיפויות אידיאולוגיים מובהקים? היש זיקה בין היקף השימוש באמות-מידה בלתי-קביעות, כגון סבירות ויחסיות, לבין מידת רגישותו הפוליטית של הנושא הנדון, ואם כן – האם שיעור השימוש באמות-מידה כאלה בעניינים רגישים עולה על שיעור השימוש בהן בעניינים אחרים או שמא להפך? והאם יש מתאם בין הגמישות במתן הסעד, מכוח תורת הבטלות היחסית, לבין מידת רגישותו הפוליטית של הנושא?

45. בין שבדיקה כזאת תגלה זיקה שיטתית בין מידת רגישותו הפוליטית של הנושא לבין אופייה של הביקורת השיפוטית ובין שלא, כל פער בין הביקורת השיפוטית לבין דין מהותי קביע הוא בעייתי. העצמת תפקידו של בית המשפט מגבירה את העמימות הדוקטרינרית המאפיינת ממילא חלקים רחבים של המשפט החוקתי ושל המשפט המנהלי הכללי, ותורמת לתפיסה הציבורית כאילו פעילותו של בית המשפט בתחום המשפט הציבורי היא "התערבות" בעניינים לא לו. אכן, כדבריו של הנשיא ברק:

109 בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, ס' 2 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 26.2.2008).

110 רע"ב 11159/07 מדינת ישראל נ' אלעמראני, ס' ו(2) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 24.1.2008).

111 מיכאל איתן "מעמדה של הכנסת בעתירות לפסילת חוקים" הארת דין ד 91, 93 (2007).

במסורת המשפטית שלנו, אנו מרבים להציג את השאלה אם בית-המשפט הגבוה לצדק "יתערב" בהחלטת הגוף השלטוני... דיבור זה אינו מוצדק במקום שאין תחולה לעקרון אי-השפיטות. במצבים אלה השאלה אינה של "התערבות" אלא של "חוקיות". כשם שאיננו מאפיינים את המשפט הפלילי כמערכת דינים העוסקת בהתערבותו של בית-המשפט בהכרעותיו של הפרט, כן אל לנו לאפיין את המשפט המינהלי והחוקתי כמערכת דינים העוסקת בהתערבותו של בית-המשפט בהכרעותיהן של הרשויות הציבוריות...¹¹²

ככלל, פסקי-דין אינם אמורים לבטא מדיניות של הרשות השופטת, אלא את הדין. בכך ייחודו ובכך כוחו של בית-המשפט. זהו הבסיס לשלטון החוק.

112 בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 865, 902, ס' 49 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2005).