השעיית הכרזת הבטלות

יגאל מרזל*

בשנים האחרונות גובר והולך השימוש של בית המשפט העליון בסעד של השעיית הכרזת הבטלות. מדובר באותם מקרים שבהם מחליט בית המשפט כי מעשה הרשות – חוק, תקנה או שימוש בסמכות – אינו כדין ודינו בטלות, אך עם זאת קובע כי הבטלות לא תיכנס מיד לתוקף אלא במועד מאוחר יותר בעתיד. השימוש בסעד זה, הנפוץ גם במשפט ההשוואתי ובעיקר בקנדה, מעורר קושי משום שמשמעותו היא השארת מצב לא חוקי ואף לא חוקתי על כנו למשך זמן מה, אף שהעותר זכה בעתירתו ונקבע כי הרשות פעלה שלא כדין. הטענה המרכזית במאמר היא כי לכלי זה של השעיית הכרזת הבטלות יתרונות רבים. הוא מאפשר מניעת תוהו ובוהו או "חלל חקיקתי"; הוא מאפשר לתקן פגמים קלים בתוך זמן קצר; הוא נותן ביטוי להסתמכות של בעלי הדין או צדדים שלישיים והוא חשוב גם משום שהוא מאפשר לרשות האחרת – שפעולתה בוטלה – לתקן בעצמה את פעולתה. עם זאת יש להשעיית הכרזת הבטלות חסרונות רבים. היא מונעת סעד מן הפרט ומניחה לרשות להמשיך ולהפר את הדין ולפגוע בשלטון החוק. היא מעוררת חשש לפגיעה בהפרדת הרשויות ולזילות בית המשפט. היא מהווה תמריץ שלילי לפתיחת הליכים נגד הרשות. הטענה המרכזית במאמר היא, על רקע זה, כי בשים לב ליתרונות ולחסרונות שבהשעיית הכרזת הבטלות, המשך

* שופט, רשם בית המשפט העליון; מרצה (מן החוץ) למשפט חוקתי בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית ירושלים.

מאמר זה הוצג בראשונה בהרצאה בכנס זכויות האדם של מרכז מינרבה, דצמבר 2004. תודתי למרכז על סיועו למחקר שביסוד מאמר זה. המאמר הוצג גם בפורום המורים למשפט ציבורי של העמותה למשפט ציבורי. תודתי לכל חברי הפורום וכן ליו"ר, פרופ' דפנה ברק־ארז, על הערותיהם המצוינות. תודה גם לפרופ' יצחק זמיר, ד"ר ברק מדינה, עו"ד עופר סיטבון, עו"ד גיתית שריקי ועו"ד יאיר תירוש שהעירו הערות מועילות לגרסאות קודמות של המאמר. לבסוף, תודתי לחברי המערכת בכתב העת **משפט וממשל** ולקורא החיצוני האנונימי על הערותיהם. האחריות לכתוב, למותר לציין, והעמדה שבמאמר זה, הם שלי בלבד.

השימוש בה בשיטת המשפט הישראלית הוא ראוי ונכון, הן מטעמים מעשיים והן מטעמים תאורטיים. עם זאת מוצע לשפר את השימוש בהשעיית הכרזת הבטלות באמצעות הכפפת השימוש בה למבחן המידתיות. השעיית הכרזת הבטלות תהא סעד ראוי אפוא רק אם תפגע באופן מידתי בזכויות היסוד של הפרט.

א. מבוא. ב. השעיית הכרזת הבטלות בפסיקת בית המשפט העליון: 1. השעיית הכרזת הבטלות – מהי?; 2. השעיית הכרזת הבטלות ותורת התוצאה (הבטלות) היחסית; 3. השעיית הכרזת הבטלות: הניסיון במשפט הישראלי. 4. סיכום. **ג. השעיית הכרזת הבטלות בדין ההשוואתי:** 1. השלב הראשון: השעיית הכרזת הבטלות לשם מניעת פגיעה באינטרס ציבורי חשוב; 2. השלב השני: השעיית הכרזת הבטלות כמרכיב בהפרדת הרשויות; 3. משפט השוואתי קנדי – סיכום. **ד. השעיית הכרזת הבטלות – שיקולים בעד ונגד:** 1. השעיית הכרזת הבטלות – שיקולים בעד; 2. השעיית הכרזת הבטלות – שיקולים נגד. 3. סיכום ביניים. **ה. השעיית הכרזת הבטלות – בעד או נגד:** 1. האם ראוי להמשיך לעשות שימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות; 2. איזון ראוי בגדרה של השעיית הכרזת הבטלות: מידתיות ההשעיה. **ו. סיכום.**

א. מבוא

אחד מתפקידי היסוד של בית המשפט, כמוסד המכריע בסכסוכים, הוא לתת סעד. כך בכל סכסוך המובא לפניו, כך במיוחד באותם סכסוכים הקשורים לפגיעה בזכויות האדם. נימוקי פסק הדין וההלכה הקבועה בגוף הפסק הם חשובים, אולם לעתים קרובות, ואולי אף ברוב המקרים, נודעת חשיבות לא רק לגוף הפסק ונימוקיו אלא גם לסעד המוענק בגדרו.

בשנים האחרונות ניכרת נכונות גוברת והולכת של בית המשפט העליון בישראל, בעת שהוא דן בעתירות התוקפות את חוקיות פעולות הרשות, ליתן סעד בעל אופי מיוחד, והוא השעיית הכרזת הבטלות (או השהיית הצהרת הבטלות).[1] בית המשפט מקבל את עיקרי

1. פסקי הדין עושים לעתים שימוש במונח השעיה ולעתים במונח השהיה. ראו, למשל, בג״ץ 6778/97 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ׳ השר לביטחון פנים**, פ״ד נח(2) 358 (להלן: בג״ץ **האגודה לזכויות האזרח I**), בעמ׳ 371 (השהיה); בג״ץ 9232/01 **״נח״ ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי חיים נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד נז(6) 212 (להלן: בג״ץ **נח**), בעמ׳ 263 (השעיה). לי נראה כי המונח הנכון הנו השעיה, שכן הפונקציה שממלאת פעולה זו אינה הארכת הכרזת הבטלות (השהייתה), אלא אי־כניסתה לתוקף למשך

העתירה וקובע כי מדיניות הרשות או פעולתה היו נגועות באי־חוקיות וכי דינו של המעשה השלטוני להתבטל. הביטול יכול להיות של מדיניות ממשלה ואפילו של חוק שחוקקה הכנסת. עם זאת קובע בית המשפט, כי הכרזת בטלות זו לא תיכנס לתוקפה מיד עם מתן פסק הדין אלא במועד מאוחר יותר, לרוב כעבור חודשים מספר.[2] הסעד שנתבקש בעתירה – ביטול מעשה הרשות – ניתן, אולם תחילתו בזמן מושעית לפרק זמן לא קצר שאותו קובע בית המשפט עצמו. המשמעות המעשית של השעיה זו היא כי מעשה בלתי חוקי של הרשות נותר על כנו למרות אי־חוקיותו, שכן הכרזת הבטלות אינה נכנסת לתוקף מיידי.

מהן ההצדקות לדחייה זו במתן הסעד למרות הקביעה כי מדובר בנורמה בלתי חוקית או בלתי חוקתית?[3] הדיון בעניין זה בפסקי הדין השונים אינו נרחב, אולם לרוב הוא מבוסס על שילוב של שני גורמים עיקריים: האחד – והעיקרי – הוא הצורך למנוע ״חלל נורמטיבי״, שעלול להיווצר אם הנורמה השלטונית תבוטל על אתר ולא תהא תחתיה נורמה אחרת המסדירה נושא חשוב; הגורם השני הנו משך הזמן שלו תיזקק הרשות לשם הסדרה חוקית או חוקתית של הסוגיה, כמו גם רעיונות של הפרדת הרשויות וכיבוד הרשות המחוקקת. שיקולים אלו – של אינטרס הציבור, הפרדת הרשויות ומשך ההסדרה הנדרש – גוברים במקרים מסוימים, לדעת בית המשפט, על האינטרסים המוגנים הנפגעים מאי־החוקיות ומאי־החוקתיות הנמשכים של מעשי הרשות, כמו, למשל, פגיעה בשלטון החוק או פגיעה בזכויות האדם.

השימוש בכלי זה של השעיית הכרזת הבטלות מצא ביטוי בכמה מפסקי הדין החשובים ביותר שניתנו בשנים האחרונות. כך במשפט ההשוואתי (הקנדי)[4] וכך במשפט הישראלי.[5] הכרזת הבטלות הראשונה של חוק של הכנסת – בבג״ץ **מנהלי ההשקעות**[6] – שנעשתה

פרק זמן מוגדר (השעיה). ניסוח שונה בעל משמעות דומה הוא ״השעיית פסק הדין״, וזאת באותם המקרים שבהם הכוונה היא למעשה להשעיית הסעד ולא להשעיית פסק הדין עצמו. ראו בג״ץ 2313/95 **קונטקט לינסן (ישראל) בע״מ נ׳ שר הבריאות**, פ״ד נ(4) 397 (להלן: בג״ץ **קונטקט לינסן**), בעמ׳ 411-412; בג״ץ 6861/95 **אבו־חוסיין נ׳ המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין**, פ״ד מט(5) 265 (להלן: בג״ץ **אבו־חוסיין**), בעמ׳ 273.

2. התקופות המקובלות הן, למשל, שלושה חודשים [בג״ץ 551/99 **שקם בע״מ נ׳ מנהל המכס ומע״מ**, פ״ד נד(1) 112 (להלן: בג״ץ **שקם**)]; שישה חודשים [בג״ץ **אבו־חוסיין** (לעיל, הערה 1), בעמ׳ 272-273] ושנים עשר חודשים [בג״ץ 3267/97 **רובינשטיין נ׳ שר הביטחון**, פ״ד נב(5) 481 (להלן: בג״ץ **רובינשטיין I**), בעמ׳ 530-531]. קיימות גם תקופות קצרות יותר כגון שלושה שבועות [בג״ץ 2994/90 **פורז נ׳ ממשלת ישראל**, פ״ד מד(3) 317 (להלן: בג״ץ **פורז**), בעמ׳ 323].

3. שאלה זו תידון בהרחבה להלן בפרק ד.

4. ראו להלן בפרק ג.

5. ראו להלן בפרק ב.

6. למעשה דובר בביטולה של הוראת מעבר בחוק של הכנסת, שהייתה בסעיף 48 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ״ה-1995, ס״ח 416. ראו בג״ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ׳ שר האוצר**, פ״ד נא(4) 367 (להלן: בג״ץ **מנהלי ההשקעות**).

לאור חוק־יסוד: חופש העיסוק,[7] הושעתה למשך שלושה חודשים מיום מתן פסק הדין. ההכרזה בדבר אי־החוקיות שבמתן פטור מגיוס לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם על ידי שר הביטחון – בבג"ץ **רובינשטיין** – הושעתה למשך שנים עשר חודשים.[8] ההכרזה על בטלותו של סעיף החוק הראשון שבוטל לאור חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ושנגע למשך המעצר של חיילים בצבא לפני הבאתם בפני שופט – בבג"ץ **צמח** – הושעתה גם היא למשך שישה חודשים.[9] ההכרזה של בית המשפט כי חלק ניכר מתנאי המעצר של עצורים שנעצרו במהלך מבצע "חומת מגן" היו בניגוד לדין המקומי והבינלאומי – בבג"ץ **מרעב** – הושעתה לתקופה של שישה חודשים.[10] חלק מהשעיות אלו הוארכו לעתים בתקופות זמן נוספות, עקב פנייה של הרשות בבקשה להאריך את תקופת ההשעיה.[11] קיימים כמובן גם מקרים נוספים שבהם נעשה שימוש בתרופת ההשעיה, כמו גם מקרים שבהם האפשרות הועלתה אך לא מומשה שכן הייתה חלק מדעת מיעוט.[12]

פרקטיקה זו, של השעיית הכרזת הבטלות, מעוררת שאלות לא פשוטות בעיקר באשר להצדקות המהותיות לשימוש בה ולתוצאות האפשריות שלה. כך, למשל, נשאלת השאלה מהם השיקולים שמוצדק וראוי להשעות בגינם את מועד הכניסה לתוקף של הכרזת הבטלות. כלום אין הפגיעה בשלטון החוק ובזכויות היסוד של האדם מחייבת כי פסקי דין ייכנסו מיד לתוקף ולא יידחו למועד רחוק יותר? כלום לא ראוי כי מי שטרח והביא את העניין לערכאות וזכה בדינו יזכה לסעד מיידי? מהי ההשפעה של השעיית הכרזת הבטלות על בית המשפט ועל רשויות אחרות? האם יש מקרים שבהם אין זה ראוי לעשות שימוש בהשעיה זו ואם כן, מהם? הלכה למעשה מתנקזות שאלות אלו ואחרות לשאלה מרכזית

---

7. בית המשפט ביטל הוראות חוק עוד קודם לכן, למשל, בסוגיית השוויון בבחירות [ראו, למשל, בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (להלן: בג"ץ **ברגמן**)], אולם פסק הדין בבג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), היה הביטוי הראשון לביטול חוקים לאור חוקי היסוד משנת 1992: חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150 וחוק־יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ב 114, ו"המהפכה החוקתית" כפי שהוכרה בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (להלן: ע"א **בנק המזרחי**).
8. ראו בג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2). ההתפתחויות שלאחר פסק דין זה יידונו להלן בהרחבה בפרק ב.
9. ראו בג"ץ 6055/95 **שניא צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (להלן: בג"ץ **צמח**).
10. ראו בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נז(2) 349 (להלן: בג"ץ **מרעב**).
11. כך אירע בבג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), ובבג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2). הארכות אלו, הנימוקים להן ומשמעותן יידונו בהרחבה להלן, בפרק ב ובפרק ד.
12. ראו, למשל, דעת המיעוט של השופט י' קדמי בבג"ץ 5100/94 **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817 (להלן: בג"ץ **הועד הציבורי נגד עינויים**), בעמ' 847-848; השוו בג"ץ 5070/95 **נעמת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים**, פ"ד נו(2) 721, בעמ' 768 (השופט י' טירקל).

אחת והיא מרכז דיוננו: האם ההשעיה של הכרזת הבטלות היא תרופה מתאימה וראויה והאם יש לה מקום – ובאילו נסיבות – בגדרו של הדין הישראלי.

אכן, מטרתו של מאמר זה היא לדון במאפייניו השונים של סעד ייחודי זה, סעד השעיית הכרזת הבטלות, בבעיות שהוא מעורר וביתרונות הטמונים בו, בייחוד במסגרת מבנה המשטר והפרדת הרשויות בישראל, ולהציע כמה הצעות הכרוכות בשימוש בו בעתיד. התזה שתוצג לעיון היא, כי הכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות הוא כלי חשוב ומיוחד, שיש בו יתרונות העולים על חסרונותיו, והוא נדרש במיוחד בשיטת המשטר הנוהגת בישראל ובמצב המשפטי והחוקתי הקיימים בה. עם זאת מדובר בכלי הטומן בחובו קשיים רבים, הן מהיבטים של שלטון החוק וזכויות האדם והן בנוגע למעמדו של בית המשפט לעומת רשויות השלטון האחרות. מכאן שהשימוש בו צריך להיעשות בזהירות רבה ובמקרים המתאימים בלבד. המאמר יציע אמת מידה עקרונית לשם בחינת המקרים, שבהם ראוי לעשות שימוש בהשעיית הכרזת הבטלות וידון בשאלות משנה הקשורות בכך, כגון משך ההשעיה הראוי והיחס בין ההשעיה ובין סעדים חוקתיים אחרים. אמת מידה מוצעת זו תהא השימוש בעקרון המידתיות. על פי ההצעה, בית המשפט, בבואו לבחור את הסעד המתאים בכלל, ובפרט בדיון בהשעיית הכרזת הבטלות, צריך להשעות את הכרזת הבטלות רק אם השעיה זו היא מידתית, כלומר אם ההשעיה היא תרופה מתאימה לשם השגת תכלית ההשעיה; אם אין אמצעי פוגעני פחות מההשעיה שנבחרה; ואם התועלת שבהשעיה עולה על הנזק שהיא גורמת.

פרק ב למאמר ייוחד להגדרת המושג של השעיית הכרזת הבטלות ולבחינת הזיקה בינה ובין תורת הבטלות היחסית. על רקע הגדרות אלו אעבור לבחינת ההלכות המרכזיות במשפט הישראלי שבהן נעשה שימוש בכלי זה של השעיית הכרזת הבטלות, תוך עמידה על התפקיד החשוב שכלי דיוני זה ממלא בשנים האחרונות וכן על תוצאות השימוש בו הלכה למעשה. סקירה זו תשמש מסד לניתוח שייערך בהמשך באשר ליתרונות ולחסרונות שבכלי זה. בפרק ג אעמוד גם על המשפט ההשוואתי בנושא זה, בעיקר על הדוקטרינה במשפט הקנדי, ששימשה מקור השראה מרכזי בנדון לבית המשפט העליון בישראל. הניסיון ההשוואתי ישמש גם הוא מסד להערכת פועלו וחסרונותיו של כלי תרופתי זה. בפרק ד אתמקד ביתרונות ובחסרונות המהותיים של כלי זה, בייחוד במובנים של הפרדת הרשויות, השמירה על שלטון החוק וההגנה על זכויות היסוד של הפרט. אעמוד על השיקולים השונים וההצדקות להשעות את תוקף הכרזת הבטלות, כמו גם על הסכנות הכרוכות בהשעיה, הן ברמה התאורטית והן ברמה המעשית, כחלק מן הניסיון שנצבר עד כה מן השימוש בכלי זה. פרק ה ייוחד לדיון בשאלה, אם לנוכח היתרונות והחסרונות שבכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות, ראוי להמשיך ולהשתמש בו, בייחוד במשפט הישראלי על מאפייניו. המשכו של הפרק ייוחד להמלצות לעתיד בקשר לשימוש המעשי בהשעיית הכרזת הבטלות, הן באשר לנסיבות שבהן ראוי לעשות בה שימוש, והן באשר להיקפו של שימוש זה. בפרק זה אציע אמת מידה עקרונית, שיש בה כדי לסייע לבחון אם ראוי להשעות את הכרזת הבטלות בכל מקרה ומקרה, ובאיזה אופן יש לעשות זאת.

ב. השעיית הכרזת הבטלות בפסיקת בית המשפט העליון

הדיון במהות הכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות, ביתרונותיו וחסרונותיו, אינו יכול להתבצע בחלל ריק. מדובר בכלי תרופתי שיש לו היבטים תאורטיים ברורים, והבנת היבטים אלו – כמו גם הכרת הכלי עצמו – ראוי שיתבססו על ניתוח וסקירה של מקרים שונים שבהם הופעל בפסיקת בית המשפט העליון. ניתוח אמפירי זה ישמש בהמשך בסיס לדיון האנליטי והנורמטיבי בכלי זה של השעיית הכרזת הבטלות. בטרם אגש לסקירה זו, חשוב להגדיר מהי השעיית הכרזת הבטלות ומה ההבדל בינה ובין אלמנטים אחרים הקשורים ליחס שבין ציר הזמן לפסק הדין. כן אעמוד על הזיקה שבין השעיית הכרזת הבטלות לתורת התוצאה (הבטלות) היחסית. בהמשך אבחן את המקרים העיקריים שבהם הופעלה דוקטרינה זו במשפט הישראלי.

1. השעיית הכרזת הבטלות – מהי?

ההשעיה של הכרזת הבטלות מוצאת ביטוי במקרה שבו בית המשפט מגיע לכלל מסקנה פוזיטיבית וברורה שמעשה השלטון – חוק, תקנה, החלטה מנהלית – אינם כדין, בין לאור חוקי היסוד ובין לאור כללים אחרים של המשפט המנהלי או הדין הבינלאומי. הסעד העיקרי שמחליט בית המשפט לפסוק הוא סעד הצהרתי המבטל את פעולת הרשות. עם זאת בית המשפט מגיע לכלל מסקנה, כי בנסיבות המקרה שלפניו יש טעם בהשעיית הכניסה לתוקף של הכרזת הבטלות האמורה. על כן הוא תוחם פרק זמן שרק בסופו תיכנס הכרזת הבטלות לתוקף. הגדרה מושגית זו של השעיית הכרזת הבטלות היא חשובה, שכן קיימים מקרים דומים לכאורה הקשורים לא פעם ביחס שבין פסק הדין לציר הזמן ואינם מעניינו כאן.

אכן, פעמים דן בית המשפט באפשרויות שונות לתחולת פסק הדין. הוא יכול להחליט כי פסק הדין יחול אקטיבית, פרוספקטיבית או רטרוספקטיבית.[13] אולם חשוב להבחין בין תחולת פסק הדין ובין תחילתו. אין שאלת התחולה דומה לשאלת התחילה.[14] התחולה עוסקת בשאלת המקרים שפסק הדין מכסה במציאות, כלומר על מי הוא חל: על מקרים שבעבר, על מקרים שבהווה או על מקרים שבעתיד. שאלת התחילה עוסקת במועד כניסת פסק הדין לתוקף. הכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות קשור באופן עקרוני לתחילת פסק הדין ולא לתחולתו. השעיית סעד הבטלות משמעה קביעת מועד מאוחר לתחילת סעד הבטלות שבפסק הדין. למעשה, מדובר במעין יציר־כלאיים של תחילה: מחד גיסא,

---

13. להבחנה זו בין המושגים השונים של תחולה והשימוש בהם – כמו גם הבעייתיות שבהם – ראו, למשל, עע"א 1613/91 **ארביב נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(2) 765, בעמ' 777-782; רע"א 3145/99 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' יצחק חזן**, פ"ד נז(5) 385, בעמ' 410-411; בג"ץ 89/01 **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ועדת השחרורים**, פ"ד נה(2) 838, בעמ' 873-874; ע"פ 3025/00 **הרוש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 111, בעמ' 117-118.

14. ראו אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שני – **פרשנות החקיקה**, נבו, תשנ"ג), 611; בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), בעמ' 406.

פסק הדין מתחיל מיד. החלק הקובע כי מעשה הרשות לא היה כדין נכנס לתוקפו מיד.[15] הקביעה הנורמטיבית שהכרזת הבטלות מושעית נכנסת לתוקף מיד עם מתן פסק הדין.[16] מאידך גיסא משמעותה של השעיית הכרזת הבטלות היא למעשה דחייה בזמן של כניסת הסעד לתוקף. הסעד המבטל יתחיל במועד מאוחר יותר. שילוב שני היבטים אלו של תחילה מביא לידי כך, שכאשר מושעית הכרזת הבטלות מדובר למעשה בתחילה מיידית של הוראה המשעה את התחילה של הכרזת הבטלות.[17] החשיבות המרכזית לענייננו היא כי השעיית הכרזת הבטלות היא בעיקרה פונקציה של תחילה ולא של תחולה. אין היא עוסקת כעיקרון בשאלה על מי חל פסק הדין אלא אימתי הכרזת הבטלות נכנסת לתוקף. מאמר זה מתמקד באותם מקרים שבהם בית המשפט מחליט לבטל את מעשה הרשות אולם קובע להכרזת הבטלות מועד תחילה מאוחר בזמן. זוהי אפוא השעיה של הכרזת הבטלות.

---

15. ניתן היה לטעון, כי עם השעיית הכרזת הבטלות מושעה גם גוף ההנמקה במובן זה שבלא הסעד אין קיום לפסק הדין. לדעתי אין הדבר כך. בית המשפט קובע כי מעשה הרשות היה שלא כדין. מדובר בהכרעה לגוף העניין שתחילתה מיד. השעיית הכניסה לתוקף של הסעד אינה אלא השעיה של התוצאה האופרטיבית של פסק הדין ולא של הבסיס הנורמטיבי שלה. החשיבות של הבחנה זו היא, למשל, לעניין השאלה מתי ניתן פסק הדין. ברור, לאור ניתוח זה, כי מועד מתן פסק הדין הוא המועד שבו שומע ולא המועד שבו נכנסה הכרזת הבטלות לתוקף [ראו והשוו: בש"א 5469/94 **הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' מור**, פ"ד מח(5) 834, בעמ' 835]. השלכה אחרת יכולה להיות בנוגע להיות פסק הדין תקדים מחייב עוד בתקופת ההשעיה. עיון בפסיקת בית המשפט העליון מגלה, כי בית המשפט מסתמך – או לפחות מאזכר – פסקי דין שהסעד שבהם הושעה, אף במשך ההשעיה [ראו, לדוגמה, בג"ץ 5580/98 **סופר נ' שר העבודה**, פ"ד נד(4) 319, בעמ' 329, המאזכר את פסק הדין בבג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), בתקופה שבה הסעד היה מושעה; ואת בג"ץ 5936/97 **לם נ' מנב"ל משרד החינוך**, פ"ד נג(4) 673 (להלן: בג"ץ **לם**), בעמ' 683-684, המאזכר את פסק הדין בבג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2), בתוך מועד ההשעיה]. יצוין, כי מסקנה אחרת בנוגע לתוקף ההנמקה בתקופת ההשעיה הייתה יכולה להביא לידי תוצאה אבסורדית במקרה שבו המחוקק או הממשלה היו מתקנים את ההפרה ובכך מונעים מהכרזת הבטלות להיכנס לתוקף אי פעם [כפי שארע בבג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9), ובבג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2)], שהרי פסק הדין שקבע כי מעשה הרשות אינו חוקי לכאורה מתבטל גם הוא בשל עצם תיקון החוק.

16. שאלה נפרדת היא, אם יכול בית המשפט להורות על השעיית פסק דינו – או חלקו האופרטיבי – במועד מאוחר מיום מתן פסק הדין. כך, למשל, לא ברור אם יכול בעל דין לפנות לאחר פסק הדין בבקשה מבית המשפט כי ישעה את פסק דינו. הקושי האנליטי המתעורר הוא, כי אם אין הוראה משעה בפסק הדין עצמו מתבטלת הנורמה שנדונה בפסק הדין על אתר והשעיה מאוחרת, ספק אם יכולה להחזיר את המצב לקדמותו. ראו והשוו ע"א 2062/02 **ארגון הקבלנים והבונים חולון נ' עיריית חולון** (טרם פורסם).

17. ייתכנו לכאורה מצבים מורכבים עוד יותר, שבהם התחילה של פסק הדין, שיש בו מרכיב של השעיה, תידחה אף היא או תוקדם. כך, למשל, פסק דין שייקבע בו כי הוא ייכנס לתוקף עוד

2. השעיית הכרזת הבטלות ותורת התוצאה (הבטלות) היחסית

קיימת זיקה של ממש בין השעיית הכרזת הבטלות ובין תורת התוצאה (הבטלות) היחסית.[18] הרעיון הבסיסי העומד ביסוד הדוקטרינות הוא זהה – ועיקרו ההכרה בכך שקיימים מצבים מסוימים, שבהם אינטרסים חשובים יכולים להביא לידי כך שלמרות הפגם במעשה הרשות, לא יינתן סעד של בטלות מעשה הרשות. לפי תורת התוצאה היחסית משמעות הדבר היא כי למרות פגם שנפל, התוצאה תהא יחסית במובן זה, שלצורך עניינים מסוימים ניתן יהיה לראות את הפעולה כבטלה, אך לאו דווקא לצורך עניינים אחרים. בכך תושג תוצאה צודקת יותר בכללותה, שכן היא מאזנת בין האינטרסים של כלל הצדדים הנוגעים לעניין, לרבות צדדים שלישיים שהסתמכו על המצב שביטולו מתבקש, כמו גם האינטרס הציבורי.[19] תורת התוצאה היחסית מניחה אפוא הפרדה בין הפגם ובין הנפקות. הכלל הקובע מה מותר ומה אסור מצוי במישור אחד ואילו הסעד על הפרת הכלל נמצא במישור אחר.[20] בהשעיית הכרזת הבטלות קיימת לכאורה נכונות דומה ליתן משקל מספיק לאינטרסים חשובים ובשמם לקבוע, כי הבטלות לא תיכנס תמיד לתוקף מיד עם מתן פסק הדין, אלא לעתים תושעה למשך פרק זמן מסוים. מדובר גם בהקשר זה אפוא בהפעלת מערכת שיקולים ואיזונים נפרדת לעניין הסעד. אכן, דמיון זה שבין הדוקטרינות עמד לעתים ביסוד הקביעה, כי הבסיס האנליטי לכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות מצוי בתורת הבטלות (התוצאה) היחסית.[21] דמיון זה אינו רק בבסיס האנליטי אלא גם בשיקולים השונים המובאים בחשבון במסגרת הנכונות להכיר בתוצאה יחסית, שהם אינטרסים דומים – כפי שיובהר להלן – לאלו הנשקלים במסגרת השעיית הכרזת הבטלות.[22] כך, למשל, נכון היה בית המשפט להכיר בתוצאה יחסית של בטלות במקרה שבו הופקעה קרקע לצורך פרויקט

חודשיים ימים ושטמונה בו הוראה המשעה את תוקף הכרזת הבטלות למשך ארבעה חודשים מיום כניסת פסק הדין לתוקף. המשמעות היא כי הסעד ייכנס לתוקפו כעבור שישה חודשים מהיום בו שומע פסק הדין.

18. מינוח נוסף לתורה זו הוא זה שהציע השופט י' זמיר, ולפיו יהא מדובר ב"חוקיות יחסית". ראו רע"פ 4398/99 **הראל נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 637 (להלן: רע"פ **הראל**), בעמ' 643; ע"פ 586/94 **מרכז הספורט אזור בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 112, בעמ' 127.

19. ראו, למשל, בג"ץ 10455/02 **אמיר נ' לשכת עורכי־הדין**, פ"ד נז(2) 729, בעמ' 736; רע"פ 2413/99 **גיספן נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד נה(4) 673 (להלן: רע"פ **גיספן**), בעמ' 684-686.

20. ראו ע"פ 866/95 **סופן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(1) 793, בעמ' 816.

21. ראו בג"ץ **שקם** (לעיל, הערה 2), בעמ' 120 (השופט י' זמיר); בג"ץ 2918/93 **עיריית קריית גת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(5) 832 (להלן: בג"ץ **עיריית קריית גת**), בעמ' 848 (השופטת ד' דורנר). ראו גם רע"פ **הראל** (לעיל, הערה 18), בעמ' 644; בג"ץ **נח** (לעיל, הערה 1), בעמ' 262-264; בג"ץ 1437/02 **האגודה לזכויות האזרח נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד נח(2) 746 (להלן: בג"ץ **לשכת עורכי הדין**), בעמ' 763.

22. ראו על כך להלן בפרק ד.

תשתית גדול שעיכובו יגרום נזק גדול לציבור,[23] או במקרה שבו תגרום הבטלות לפגיעה בזכות ההצבעה של מאות אלפי מצביעים.[24]

מהו אפוא ההבדל בין התוצאה היחסית ובין השעיית הכרזת הבטלות? ההבדל נעוץ בכך שבתורת התוצאה היחסית מחליט בית המשפט כעיקרון כי הפגם שנפל חמור דיו כדי להצדיק את בטלות מעשה הרשות, והברירה המופעלת היא אפוא בין ביטול בפועל של מעשה הרשות בנסיבות המקרה ובין אי־ביטולו, ואילו בהשעיית הכרזת הבטלות הברירה היא בין כניסה מיידית לתוקף של הכרזת הבטלות ובין השעיה שלה לפרק זמן מוגדר. אם נשתמש באלגוריה של השופט בדימוס זמיר, הרי שלפי תורת התוצאה היחסית מפרידים בין השאלה מהי מהות המחלה (חומרת הפגם) ובין השאלה מהו הטיפול שיש לתת לחולה (הסעד),[25] ואילו בהשעיית הכרזת הבטלות כבר הוחלט מהו הטיפול (בטלות) והשאלה היא רק מתי יחל החולה בטיפול זה. הדמיון הוא אפוא בנכונות לשקול שיקולים דומים אם לתת סעד של בטלות בפועל, כמו, למשל, אינטרס הציבור או הסתמכות של צדדים שלישיים. הדמיון הוא גם מעשי במידה רבה, במובן זה שלפי שתי הדוקטרינות מעשה הרשות אינו מבוטל מיד. עם זאת, דמיון זה אינו מוחלט. בהשעיית הכרזת הבטלות מחליט למעשה בית המשפט על בטלות, ובמובן זה הסעד שהוא נותן חמור יותר כלפי הרשות מהסעד בתורת התוצאה היחסית, וזאת משום שלפי תורה זו יהיו מקרים שבהם ימצא בית המשפט לנכון כי למרות הפגם אין מקום לראות את פעולת הרשות כבטלה בנסיבות קונקרטיות.[26] בה בעת, בהשעיית הכרזת הבטלות לזמן מוגדר יש משום סעד "רך" יותר כלפי הרשות מביטול ההחלטה בפועל, וזאת לנוכח הדחייה בזמן של כניסת הכרזת הבטלות לתוקף. השעיית הכרזת הבטלות היא אפוא פיתוח מסוים של תורת התוצאה היחסית במובן התחולה בזמן, להבדיל מהתוקף הנורמטיבי. השעיית הכרזת הבטלות יכולה אנליטית להיות שקולה לתוצאה יחסית של אי־ביטול מעשה הרשות לתקופת ההשעיה וביטולו עם כניסת הכרזת הבטלות לתוקף. היחסיות היא אפוא בממד הזמן.

השאלות שיש לשאול הן, כלום יש משמעות להבדל זה שבין התורות? כלום מצב שבו בית המשפט מחליט על תוצאה יחסית שקול למצב שבו הוא מחליט על ביטול מושעה של מעשה הרשות? עמדתי – כפי שתובהר להלן – היא כי השעיית הכרזת הבטלות היא כלי מיוחד עם מאפיינים מיוחדים. לעתים יש יתרון ליכולת להכריז על בטלות מעשה הרשות תוך השעיית ההכרזה, ופתרון זה עדיף על קשת האפשרויות הרגילות לפי תורת התוצאה היחסית.[27] כדי להניח את היסוד לטיעון זה, אעבור לסקירה של כמה מקרים שבהם נעשה

---

23. ראו ע"א 119/01 **אקונס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(1) 817, בעמ' 861-862.
24. ראו בג"ץ 6971/98 **פריצקי נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(1) 763 (להלן: בג"ץ **פריצקי**), בעמ' 782, 816.
25. ראו רע"פ **גיספן** (לעיל, הערה 19), בעמ' 686.
26. השוו בג"ץ 6652/96 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים**, פ"ד נב(3) 117 (להלן: בג"ץ **האגודה לזכויות האזרח II**).
27. לפיתוח רעיון זה ראו להלן בפרק ה.

שימוש בהשעיית הכרזת הבטלות בפסיקת בית המשפט העליון בישראל. מדובר במקרים שבית המשפט קבע בהם במפורש, כי הוא מבטל את פעולת הרשות – ומכאן שלא הייתה הכרעה של תוצאה יחסית – אך השעה את כניסת הכרזת הבטלות לתוקף.

3. השעיית הכרזת בטלות: הניסיון במשפט הישראלי

פסיקת בית המשפט העליון, בייחוד בחמש עשרה השנים האחרונות, מספקת דוגמאות לא מעטות לשימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות. אכן, הרעיון עצמו ואף יישום מסוים שלו הופיעו עוד קודם לכן,[28] אולם מבחינה כמותית מרבית פסקי הדין שבהם הוחלט על השעיית הכרזת הבטלות הם חדשים יחסית, ובמובן זה מדובר אפוא בהתפתחות של השנים האחרונות. בחלק זה של הרשימה אבקש לתאר כמה דוגמאות מרכזיות לשימוש בכלי של השעיית הכרזת הבטלות, כמו גם לעמוד על התפתחות השימוש בדוקטרינה. ייאמר מיד, אין מדובר בכל המקרים שבהם נעשה שימוש בהשעיית הכרזת הבטלות אלא באותם מקרים שניתן לדעתי לראות אותם כמרכזיים לצורך הבנת השיקולים התאורטיים והמעשיים שבהשעיית הכרזת הבטלות, כמו גם לצורך הבנת הבעייתיות שבשימוש בדוקטרינה זו. דיון בשיקולים בעד ונגד השימוש בכלי זה של השעיית הכרזת הבטלות יבוא בהמשך,[29] אולם ניתן לכאורה כבר מתיאור פסקי הדין שלהלן להבחין במורכבות הרבה של הדוקטרינה בדבר השעיית הכרזת הבטלות. בדיון זה נבחרו כמה דוגמאות משני סוגים עיקריים: מקרים שבהם בית המשפט דן בחוקיות פעולה של הרשות המבצעת והחליט לבטלה תוך השעיית הכרזת הבטלות, ומקרים שבהם בית המשפט דן בחוקתיות הוראה בחוק של הכנסת והחליט לבטלה, תוך השעיית הכרזת הבטלות. חלוקה זו מבוססת על ההנחה, שתידון בהרחבה להלן, כי יש קשר ורלוונטיות לתאוריה ולפרקטיקה של הפרדת הרשויות בשימוש בכלי של השעיית הכרזת הבטלות.[30]

(א) השעיית הכרזת הבטלות של פעולות הרשות המבצעת

פסק הדין החשוב הראשון לעניין השעיית הכרזת הבטלות של פעולות הרשות המבצעת הוא בג"ץ **פורז**.[31] במקרה זה הותקפה חוקיותן של תקנות שעת חירום, שהותקנו על ידי שר הבינוי והשיכון ונועדו לקבוע הסדרים שמטרתם לזרז ולקצר את הליכי אישור הבנייה של פרוייקטים שונים, בשל גלי העלייה הגדולים שהגיעו ארצה והמחסור בדיור שהתעורר בעקבותיהם. העתירה נתקבלה. נקבע כי התקנת התקנות הייתה שלא כדין, שכן בעת התקנתן ידע שר הבינוי והשיכון על כוונת הכנסת לחוקק חקיקה ראשית בנדון, כפי שאכן עשתה לבסוף. בדונו בשאלת הסעד קבע בית המשפט, כי ראוי הוא "שפסק־דיננו ייעשה

28. ראו בג"ץ 136/84 **המועצה הישראלית לצרכנות נ' יו"ר המועצה להגבלים עסקיים**, פ"ד לט(3) 265 (להלן בג"ץ **המועצה הישראלית לצרכנות**), בעמ' 275; בג"ץ 753/87 **בורשטיין נ' שר הפנים**, פ"ד מב(4) 462 (להלן: בג"ץ **בורשטיין**), בעמ' 476.
29. ראו להלן בפרק ה.
30. ראו להלן, שם.
31. ראו בג"ץ **פורז** (לעיל, הערה 2), בעמ' 323.

בר־פועל רק לאחר שיחלפו שלושה שבועות מהיום". הטעם להשעיה זו היה נעוץ בעובדה, שבהסתמך על התקנות שהותקנו כבר נעשו עבודות פריצת דרכים ובית המשפט הניח, כי פסק הדין יחייב היערכות חדשה. טעם נוסף היה נעוץ באפשרות, שהכנסת תבקש לתת תוקף חוקי לפעולות שכבר נעשו באמצעות חקיקת חוק חדש, ולשם כך ניתנה שהות למחוקק לפני שתיכנס הצהרת הבטלות לתוקף.[32] חשיבותו של פסק דין זה אינה בעצם ההשעיה בלבד אלא בסיבתה, שנראה שהייתה נעוצה לא רק בעובדה שהחלו להתבצע עבודות בשטח, אלא גם לנוכח העובדה שדובר בתקנות שעת חירום שהייתה להן השלכה רחבה בתקופת גלי העלייה. ממילא נמנע בית המשפט מביטול מיידי של תוקפן, ביטול שיכול היה להיתפס כבעייתי כשמדובר בתקנות שעת חירום.

בשלב הבא נדרש בית המשפט להתמודד עם נורמה בעלת מעמד וחשיבות רבים אולי עוד יותר, והיא חוקיות החלטת ממשלה בדבר קביעת אזורי עדיפות לאומית. בבג"ץ **עיריית קריית גת**[33] נטען בבית המשפט כי הממשלה לא הייתה מוסמכת לקבל החלטה בנדון מתוקף סמכותה השיורית על פי חוק־יסוד: הממשלה,[34] בהיעדר הסמכה מפורשת לכך ובהתחשב בקיומה של הוראת חוק מקבילה העוסקת בסוגיה. העתירה נתקבלה. בית המשפט קבע כי אכן הממשלה לא הייתה מוסמכת לקבוע את שקבעה בעניין אזורי העדיפות הלאומית. אשר לסעד, נקבע כי המשיבים – שהם הממשלה והשרים שהופקדו על הסוגיה – יימנעו מביצועה והוצאתה לפועל של החלטת הממשלה, למעט הגשה של הצעות חוק בנדון. אולם סעד זה הושעה, בדעת רוב,[35] למשך ארבעה חודשים מיום מתן פסק הדין. הטעם לכך היה, כי היישובים שנכללו בהחלטת הממשלה לא צורפו כמשיבים לעתירות ו"לא יכול להיות ספק כי הם סמכו על ההטבות שיתקבלו על פי החלטה זו, והפסקתן המיידית עלולה לפגוע בהם".[36] עוד צוין, כי לא היה מדובר במקרה של חוסר סמכות מדעיקרא במעשה הרשות.[37] דעת המיעוט סברה, כי אין להשעות את ביצוע פסק הדין בנסיבות המקרה, שכן דובר

32. שם, שם.

33. ראו בג"ץ **עיריית קריית גת** (לעיל, הערה 21).

34. הכוונה לסעיף 29 לחוק־יסוד: הממשלה, דאז (חוק־יסוד: הממשלה, ס"ח תשכ"ח 226), שהוחלף בסעיף 32 לחוק־יסוד: הממשלה, משנת 2002 (חוק־יסוד: הממשלה, ס"ח תשס"א 158).

35. השופטים א' גולדברג וד' דורנר כנגד דעתו החולקת של השופט א' מצא בהקשר זה.

36. השופטת ד' דורנר קבעה כי מדובר באינטרסים חדשים בעלי משקל ניכר. ראו בג"ץ **עיריית קריית גת** (לעיל, הערה 21), בעמ' 844, 849. מקרה דומה – בו הושעתה הכרזת הבטלות בשל הסתמכות על אי־החוקיות – היה מקרה של פסילת מינוי פוליטי. בפרשה שנדונה בבג"ץ 154/98 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(5) 111 (להלן: בג"ץ **הסתדרות העובדים החדשה**), קבע בית המשפט כי מינוי של מנהל הבנייה הכפרית במשרד השיכון בוצע שלא כדין, שכן לא נערך לו מכרז כפי הנדרש ולמועמד שמונה לא היו הכישורים הנדרשים. עם זאת קבע בית המשפט, כי ראוי להשעות את ההכרזה בדבר בטלות המינוי למשך חודשיים ימים כדי לתת לאותו אדם וכן לרשות זמן להתארגנות, הן מן הבחינה האישית והן מבחינת צורכי המערכת (ראו שם, בעמ' 134).

37. ראו בג"ץ **עיריית קריית גת** (לעיל, הערה 21), בעמ' 844-845.

באי־חוקיות ברורה ומובהקת תוך התעלמות מכוונת מן החוק, ומכאן שאין להשלים עם המשך הקיום הארעי של המעשה המנהלי ואין להשעות את הסעד.[38] חשיבותו של פסק דין זה נעוצה בטעם ההשעיה – מניעת פגיעה בצדדים שלישיים – כמו גם בחילוקי הדעות שנתגלעו בין השופטים באשר לשאלה, אם ראוי להשעות את הכרזת הבטלות אם לאו, תוך חשיפת הבעייתיות שבשימוש בסעד זה בכל הקשור לשלטון החוק ולפעילות ראויה של הממשלה.

פסקי דין אלו לא היו היחידים כמובן, שבהם עמדה לדיון השאלה אם אין זה ראוי לקבוע כי למרות הפגם שנפל במעשה הרשות המבצעת וביטולו, יש מקום להשעות את הכרזת הבטלות. בשורה של פסקי דין הוחלט על השעיית הכרזת הבטלות כדי למנוע תקלה לציבור, תקלה שהייתה באה לעולם אילו הכרזת הבטלות לא הייתה מושעית. כך, למשל, בבג"ץ **אבו־חוסיין**[39] הוחלט כי יש להורות על ביטול בחירות שנערכו לוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין. עם זאת בשאלת הסעד קבע בית המשפט כי אין זה ראוי להורות על ביטול לאלתר של הבחירות שנערכו, כיוון שהדבר עלול להקפיא כליל את פעולות הלשכה, דבר שאותו המחוקק ביקש למנוע. על כן הוחלט כי הבחירות לוועד המרכזי אמנם בטלות, אולם פסק הדין ייכנס לתוקף בחלוף שישה חודשים מיום שימועו.[40] גם בבג"ץ **קונטקט לינסן**[41] הוחלט על השעיית הכרזת הבטלות כדי למנוע תקלה לציבור. במקרה זה טענו העותרים – יבואני עדשות מגע ותכשירים לטיפול בהן – כי נוהל שהוציא משרד הבריאות לייבוא תכשירים הקשורים לשימוש בעדשות מגע – בעיקר תמיסות לניקוי עדשות – צריך להתבטל בשל חוסר סמכות לפגוע בזכות יסוד. בית המשפט קיבל טענה זו.[42] בבואו להחיל את פסק דינו נקבע, כי יש להשעות את תוקף פסק הדין עד חלוף שישה חודשים ממועד שימועו. הטעם לכך היה החשש לפגיעה בבריאות הציבור בהיעדר פיקוח ראוי על התמיסות המיובאות.[43] דוגמה אחרונה בהקשר זה של מניעת תקלה לציבור בשל תחילה מידית של הכרזת הבטלות היא ע"א **הבורסה לניירות ערך**.[44] משפט זה עסק

38. שם, בעמ' 845-846.
39. ראו בג"ץ **אבו־חוסיין** (לעיל, הערה 1).
40. שם, בעמ' 272-273.
41. ראו בג"ץ **קונטקט לינסן** (לעיל, הערה 1).
42. יצוין כי בין דעת הרוב (מפי השופטים י' זמיר וי' קדמי) ובין דעת המיעוט (מפי השופט א' גולדברג) התגלעו חילוקי דעות באשר לעילה נוספת לקבלת העתירה, והיא הטענה כי הנוהל היה פסול גם בשל הפליה אסורה בין יבואנים ליצרנים מקומיים. טענה זו, שהתקבלה על דעת המיעוט (ראו שם, בעמ' 408-410) אך נדחתה בדעת הרוב (ראו שם, בעמ' 411), איננה קשורה לענייננו.
43. שם, בעמ' 411-412. לנסיבות דומות בבסיס ההחלטה על השעיית הכרזת הבטלות, ראו בג"ץ 2921/03 **קאופמן נ' מנהל אגף למקצועות רפואיים** (טרם פורסם).
44. ע"א 4275/94 **הבורסה לניירות ערך בתל־אביב בע"מ נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ**, פ"ד נ(5) 485 (להלן: ע"א **הבורסה לניירות ערך**).

בחוקיותן של הנחיות שהוציא דירקטוריון הבורסה לניירות ערך. הטענה הייתה, בין היתר, כי הנחיות אלו הוצאו שלא כדין והן נעדרות ממשות בדין. בית המשפט קיבל את הטענה. הוא קבע כי אמנם ההנחיות אושררו בדיעבד, אולם אשרור זה היה שלא כדין שכן הוא לא פורסם כנדרש. בה בעת, התרופה שניתנה למחדל זה לא באה בדמות ביטול מיידי של ההנחיות, אלא בהשעיית הכרזת הבטלות כדי שניתן יהיה לרפא את הפגם. בין השיקולים שהובאו כדי לתמוך בקביעה זו היו העובדה, שדובר בהפרה לא חמורה של הדין וכן הרצון למנוע פגיעה חמורה ובלתי נחוצה בשוק ההון.[45] היעדר החומרה נמצא בכך שההנחיות אמנם לא פורסמו כדין אולם פורסמו בצורות שונות ולא הוסתרו בכל צורה שהיא, ומכאן שאין מדובר באי־חוקיות מובהקת. הנזק הצפוי לציבור נמצא בכך, שהכרזה על הבטלות בלא יכולת לתקן את תוצאותיה הייתה מביאה לידי פגיעה אנושה באינטרס ציבורי, וזאת במצב שבו הייתה הסתמכות סבירה ורחבת היקף על מצב דברים שנחזה לחוקי. מטעם זה הושעה סעד הבטלות בחודש ימים.[46]

חשוב להדגיש כי השימוש בהשעיית הכרזת הבטלות לא נעשה רק במקרים שבהם ההליך עסק בפעילות רגולטיבית כללית של הרשות המנהלית, אלא גם במקרים שבהם עמדה על הפרק פגיעה של ממש בזכויות היסוד של הפרט. היו אפוא מקרים שבהם בית המשפט מצא כי הרשות פעלה שלא כדין במובן זה, שפגעה בלא הצדקה ראויה בזכויות יסוד של הפרט ועל כן החליט לבטל את פעולתה. עם זאת, הושעתה הכרזת הבטלות למשך זמן מה, והותרה הלכה למעשה הפגיעה בזכויות היסוד של הפרט על כנה למשך תקופת ההשעיה. דוגמה לכך היא בג"ץ **מרעב**.[47] במקרה זה דובר בחוקיות הוראות שונות בדיני מעצר, שנקבעו על ידי

45. השוו בג"ץ **המועצה הישראלית לצרכנות** (לעיל, הערה 28). במקרה זה התקבל ערעור שנסב על החלטת המועצה להגבלים עסקיים לאשר הסדר כובל בתחום הביטוח. בית המשפט השאיר בתוקף את ההסדר שנקבע למשך 60 יום מטעמי "טובת הכלל".

46. ראו ע"א **הבורסה לניירות ערך** (לעיל, הערה 44), בעמ' 530-531. מקרה דומה בנסיבותיו הוא הפרשה שנדונה בבג"ץ **שקם** (לעיל, הערה 2). בעתירה זו הותקפה חוקיותו של יישום הסדר ה"פטור ושמור" בחנויות הפטורות ממכס בנמל התעופה בן גוריון. אחת הטענות הייתה, כי המוצרים הנרכשים והנשמרים עבור הנוסעים עד חזרתם ארצה מאוחסנים במחסן שיש לו רשיון לאחסן פריטים השייכים לבעל המחסן בלבד ("רישוי פרטי"), ואילו מן הדין היה לקבל למחסן זה רשיון לאחסון פריטים של אחרים ("רישוי כללי") והכול כאמור בסעיף 69 לפקודת המכס (נוסח חדש), ק"ת 39. בית המשפט קיבל טענה זו. בה בעת לא מצא לנכון להורות מיד על מניעת אחסון הטובין עד השגת הרשיון. הבסיס לכך נמצא בתורת הבטלות היחסית. בית המשפט קבע כי המצב הקיים יכול להימשך זמן מוגדר, אף שאינו חוקי, וזאת מטעמים של טובת הציבור והנזק הצפוי לנוגעים בדבר (שם, בעמ' 119-120). אי־החוקיות במקרה דנן, כך נקבע, אינה טבועה במהות המצב הקיים אלא מתייחסת להיבט משני של ההסדר שניתן לתקנו, ובלעדי ההשעיה ייגרם נזק חמור בלא הצדקה מספקת (שם, בעמ' 120). על כן קבע בית המשפט כי איסור השימוש במחסנים בהיעדר רשיון כללי ייכנס לתוקפו רק כעבור שלושה חודשים מיום מתן פסק הדין (שם, בעמ' 121).

47. ראו בג"ץ **מרעב** (לעיל, הערה 10).

המפקד הצבאי לצורך ההיערכות והטיפול באלפי העצורים שנעצרו במהלך מבצע "חומת מגן". שתיים מן ההוראות שחוקיותן הותקפה נמצאו בלתי חוקיות ובטלות. האחת, עניינה הסמכות לעצור אדם שמונה עשר (ובהמשך שנים עשר) ימים בלא ביקורת שיפוטית על המעצר עצמו; השנייה, האפשרות להחזיק אדם שמונה ימים (ובהמשך ארבעה ימים) בלא כל חקירה ולו בסיסית. בית המשפט קבע כי באשר לשתי ההוראות חרג המפקד מן הדין המקומי והדין הבינלאומי ומכאן שיש לבטל הוראות אלו. עם זאת הוסיף וקבע בית המשפט, כי ההכרזה על הבטלות תיכנס לתוקפה רק בחלוף שישה חודשים מיום מתן פסק הדין. בית המשפט סירב לראות חומר חסוי בעניין זה וקבע כי פרק זמן זה צריך להספיק למשיב לשם מציאת הסדר נורמטיבי שיעלה בקנה אחד עם הדין המקומי והבינלאומי.[48]

לא ניתן לסיים תיאור מדגמי זה של פרקטיקת ההשעיה של הכרזת הבטלות של פעולות הרשות המבצעת בלי להתייחס לבג"ץ **רובינשטיין**.[49] חשיבותו של פסק דין זה אינה רק בהשלכות המעשיות הרבות שהיו לו, אלא גם בקושי שהוא עורר ביחסים שבין בית המשפט לרשויות האחרות, וזאת בשעה שלמרות השעיית הכרזת הבטלות לא נחפז המחוקק לתקן את הפגם שבדין וכך נוצרה לה תסבוכת בלתי צפויה, שיש בה כדי להעיד על המורכבות של השימוש בכלי של השעיית הכרזת הבטלות. הסוגיה שעמדה לדיון במקרה זה הייתה סמכותו של שר הביטחון לפטור משירות ביטחון יוצאי צבא ש"תורתם אומנותם". בית המשפט קבע בהקשר זה, כי החלטותיו של שר הביטחון ניתנו שלא בסמכות, שכן ההכרעה בסוגיה זו צריכה להיקבע בחקיקה של הכנסת הקובעת "הסדרים ראשוניים" ולא בהתקנת "הסדרים משניים" שקובעת הרשות המבצעת. בבואו להכריע בשאלת הסעד ציין בית המשפט, כי "אין אפשרות מעשית לשנות את המצב הקיים בעניין זה, זמן רב כל כך, מהיום למחר. יש לאפשר לשר הביטחון או לכנסת לקיים דיון ענייני ומסודר בסוגיה זו, על כל השלכותיה. זאת ועוד: אם יוחלט על שינוי המצב הקיים, יש להכין את המסגרות הנדרשות לכך. אין כל אפשרות לעבור בן יום מההסדר הקיים להסדר חלופי".[50] בנסיבות אלו החליט בית המשפט להשעות את תוצאות החלטתו לתקופה של שנים עשר חודשים.[51]

סמוך לתום תקופת ההשעיה פנה המשיב לעתירה – הוא שר הביטחון – לבית המשפט בבקשה להאריך את תקופת ההשעיה בשישה חודשים. הנימוק העיקרי לבקשתו היה נעוץ בעובדה שהכנסת התפזרה, נערכו בחירות וקמה ממשלה חדשה שהקימה ועדה לדון בנושא. בית המשפט קיבל את הבקשה. הוא ציין כי סמכות ההשעיה – וסמכות הארכת

48. שם, בעמ' 377, 384.

49. ראו בג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2).

50. שם, בעמ' 530. רעיון דומה של מתן זמן התארגנות לרשות עקב שינויי המדיניות החוקית נקבע בפרשה נוספת. במקרה זה קבע בית המשפט כי מדיניות הקבלה לעבודה של שירות בתי הסוהר, המשטרה וגופים נוספים אינה חוקית שכן היא מפלה בין דורשי עבודה על בסיס גיל. בית המשפט השעה את הכרזת הבטלות למשך שמונה חודשים לשם מתן שהות להתארגנות לשינוי הדין. ראו בג"ץ **האגודה לזכויות האזרח I** (לעיל, הערה 1), בעמ' 371.

51. ראו בג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2), בעמ' 530-531.

ההשעיה – הן סמכויות מיוחדות ויש להשתמש בהן בזהירות הראויה.[52] בית המשפט הוסיף וציין, כי עד פיזור הכנסת לא נעשה דבר, אולם למן הקמת הממשלה והקמת הוועדה נתקיימו ישיבות מספר, נשמעו סקירות, הופיעו לפניה אישי ציבור רבים ונאסף חומר רב. בנסיבות אלו, כך נקבע, ארכה של שישה חודשים לשם סיום הדיונים וגיבוש ההמלצות היא סבירה.[53]

סמוך לתום תקופה הארכה[54] הוגשה בקשה נוספת להארכת מועד ההשעיה (שנייה במספר). בבקשה נטען כי הוועדה שהוקמה על ידי הממשלה סיימה את עבודתה וכעת נבחנות המלצותיה. בד בבד הופץ תזכיר חוק בסוגיה לקבלת הערות, ולאחר דיון בוועדת השרים יובא החוק, כך נטען, להמשך הליכי החקיקה. בית המשפט נעתר לבקשה.[55] הוא ציין כי מהחומר שלפניו עולה, כי אכן נעשה מאמץ לסיים את הליכי החקיקה וכי יש ליתן לכנסת ולממשלה שהות לדון בעניין ברצינות הדרושה. על כן ניתנה הארכה נוספת של שלושה חודשים. בשולי החלטתו הוסיף בית המשפט כי הארכת השעיית הבטלות אינה דבר שאין לו שיעור ואין לו מידה, שכן המשכו של המצב הקיים – שאינו כדין – אינו ראוי כשהוא לעצמו. אולם בנסיבות המקרה יש הצדקה מיוחדת להארכת ההשעיה לנוכח הכוונה להשלים את הליכי החקיקה בהקדם.[56]

גם תקופה זו טרם חלפה והוגשה בקשה נוספת להארכת תקופת ההשעיה בשלושה חודשים נוספים (שלישית במספר). גם במקרה זה הבקשה התבססה על הליכי החקיקה והתקדמותם, לרבות גיבוש הצעת החוק, אישורה בקריאה ראשונה והעברתה לוועדת הכנסת שהחליטה להקים ועדה מיוחדת שתדון בעניין. בית המשפט שב וקיבל את הבקשה.[57] הוא ציין כי ההכרעה בבקשה זו אינה פשוטה כלל ועיקר וכי פעולת ההשעיה חייבת להיות מוגבלת בזמן. "אסור לה להשעיה להפוך את קערת אי־החוקיות על פיה".[58] הארכת השעיה – ובייחוד הארכת השעיה שלישית – חייבת להינתן רק כאשר קיימים טעמים מיוחדים לכך ואם אכן נעשה כל שניתן להיעשות, במהירות הראויה, כדי להימנע מהצורך בהשעיה. בית המשפט קיבל אפוא את הבקשה בקובעו כי מדובר במקרה "חריג ויוצא־דופן",[59] והוסיף כי "מקווים אנו כי בכך תבוא פרשת ההשעיות בעתירות אלה לקצן".[60]

בכך לא הסתיימה הפרשה. לבית המשפט הוגשה בקשה רביעית להארכת משך השעיית הכרזת הבטלות. טעמי הבקשה היו שניים: הטעם הראשון, המשך הליכי החקיקה והרצון לפצל את החוק למרכיב אחד שיחוקק כבר עתה ומרכיב שני שיחוקק בהמשך. הטעם

---

52. ראו בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נה(2) 241 (להלן: בג"ץ **רובינשטיין II**), בעמ' 244.
53. שם, בעמ' 245.
54. ב-22 במאי 2000.
55. ראו בג"ץ **רובינשטיין II** (לעיל, הערה 52), בעמ' 246.
56. שם, בעמ' 250.
57. בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון** (להלן: בג"ץ **רובינשטיין III**), פ"ד נה(2) 251.
58. שם, בעמ' 254.
59. שם.
60. שם.

השני, הצורך של הצבא להיערך לאפשרות שהכרזת הבטלות תיכנס לתוקפה בלא שיקום תחתיה הסדר אחר. בית המשפט דחה את הבקשה.[61] אשר להתמשכות הליכי החקיקה, צוין כי גם אם יש קשיים פוליטיים בנדון, אין בכך כדי להוות טעם להשעיה נוספת. "ההשעיה השיפוטית אינה אמורה להחליף את תפקידה החקיקתי של הכנסת. היא גם לא נועדה ללוות באופן שוטף את תהליך החקיקה".[62] עוד צוין, כי אסור להשעיית הבטלות להיהפך לדבר שבשגרה. "אם ניעתר לבקשה לארכה רביעית, מה ימנע בקשה חמישית, שישית ושביעית?".[63] בית המשפט הטעים, כי "ההשעיה השיפוטית הינה, מעצם טבעה, תרופה של עזרה ראשונה. אין להפוך אותה לחלק מן הטיפול הרגיל והשגרתי".[64] בית המשפט לא מצא טעם של ממש בצורך בהיערכות הצבא שכן חלפו שנתיים מעת מתן פסק הדין ועל הצבא כבר היה להיערך. ההשעיה לא נועדה אפוא ללוות את רשויות הצבא באופן שוטף במהלך התארגנותן.[65] דעת המיעוט סברה כי לנוכח הקשיים הפוליטיים שהתעוררו, והעניין המיוחד שנדון בעתירה, ניתן להיעתר לבקשה ולהאריך את המועד בשלושה חודשים נוספים.[66]

גלגוליו השונים של עניין זה לא באו לידי סיום בכך. הכנסת החליטה לקדם את הליכי החקיקה, שלשמם ביקשה את הארכה, ואישרה חוק במתכונת של "הוראת שעה", שבא להסמיך את שר הביטחון ליתן פטור ליוצאי צבא שתורתם אומנותם במתכונת הדומה להסדר שבוטל בפסק הדין המקורי, וואת לתקופה זמנית.[67] במילים אחרות, הכנסת השעתה לעצמה את מועד הכרזת הבטלות. עתירה שהוגשה כנגד חוקתיותו של חוק זה נדחתה.[68] הטעם העיקרי לדחיית העתירה היה זמניותו של החוק – שנחקק לתקופה של שנתיים לכל היותר.[69] בית המשפט עמד על בעייתיות המצב שנוצר כאשר ביטל הסדר שקדם לחוק כלא תקף ונתן תקופת השעיה של שנים עשר חודשים, מתוך הערכה כי תקופה זו תספיק לשם חקיקת חוק של הכנסת. לאחר מכן בית המשפט האריך את מועד ההשעיה (במצטבר)

---

61. ראו בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון** (להלן: בג"ץ **רובינשטיין IV**), פ"ד נה(2) 255.
62. שם, בעמ' 262.
63. שם, בעמ' 263.
64. שם, בעמ' 263.
65. שם, בעמ' 264.
66. דעת המיעוט (מפי השופטים מ' חשין וי' טירקל), ראו שם, בעמ' 265-266. יצוין כי הקשיים הפוליטיים שדובר בהם היו אבדן הרוב של ממשלת ברק בכנסת, דבר שאליו כיוון השופט חשין בדברו על כך שהימים האלה "אין הם ימים כתקנם; ימים של בין־השמשות הם" (שם, בעמ' 265). ביטוי נוסף לבעייתיות התקופה בא בפרשה שדנה בסמכויותיה של ממשלת מעבר. ראו בג"ץ 5167/00 **וייס נ' ראש־הממשלה**, פ"ד נה(2) 455.
67. ראו חוק דחיית שירות ביטחון לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם (הוראת שעה), תשס"א-2001, ס"ח 171.
68. בג"ץ 24/01 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד נו(2) 699 (להלן: בג"ץ **רסלר**).
69. סעיף 3 לחוק קבע כי החוק יהיה תקף למשך שנתיים או עד שיתקבל חוק אחר לפי המוקדם.

בשנה נוספת, ועד מתן ההכרעה בעתירה כנגד החוק הזמני חלפה תקופה נוספת ובסך הכול חלפו שלוש שנים מאז מתן פסק הדין העיקרי בבג"ץ **רובינשטיין**.[70] השופט מצא ציין כי "מדובר אפוא בתקופה ארוכה מאוד; הרבה יותר ארוכה ממה שבאופן סביר ראוי לכנסת ליטול לעצמה להשלמתו של הליך חקיקה הדרוש באופן חיוני להסדרתה של סוגיה בעלת חשיבות ציבורית ראשונה במעלה".[71] בסופו של דבר קבע בית המשפט כי החוק הזמני עומד "ולוא גם בדוחק" בתנאיה של פסקת ההגבלה,[72] זאת בשל קשיות הסוגיה והרגישות הציבורית שבה וכן בשל השכנוע של בית המשפט כי אכן הכנסת עושה מאמץ להסדיר את הנושא בחוק קבוע העולה בקנה אחד עם העקרונות שנקבעו בבג"ץ **רובינשטיין**.[73] בשולי פסק דינו הוסיף בית המשפט כי הכנסת הייתה רשאית להאריך את מועד ההשעיה כפי שעשתה, וכי העובדה שבית המשפט עצמו סירב להאריך את מועד ההשעיה בבקשה הרביעית שהוגשה לו[74] אינה שוללת את כוחה של הכנסת לקבל חוק בנושא זה.[75]

(ב) השעיית הכרזת הבטלות של הוראת חוק

שלב התפתחות נוסף וחשוב בשימוש בכלי של השעיית הכרזת הבטלות החל בשעה שבית המשפט היה נכון לעשות בו שימוש לא רק בנוגע לפעולה מנהלית של הרשות המבצעת, אלא גם כאשר הוא דן בחוקתיות הוראה בחוק של הכנסת. החשיבות הנודעת לכך נובעת בראש ובראשונה מהשוני ביחסים בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת לעומת יחסיה של הרשות השופטת עם הרשות המבצעת. לא הרי הכרזת בטלות של חוק כהכרזת בטלות של תקנה. לא הרי השעיית בטלות של חוק כהשעיית בטלות של תקנה. כפי שעוד יובהר, השעיית הכרזת הבטלות של חוק ראשי גררה אחריה גם הליכים נוספים – בדומה לאלו שעליהם עמדתי בתיאור בג"ץ **רובינשטיין**,[76] שבו נתבקשה הארכת משך ההשעיה לתקופה נוספת.

בשני מקרים הושעתה הכרזת הבטלות של הוראה בחוק. המקרה החשוב ביותר בהקשר זה הנו בג"ץ **מנהלי ההשקעות**.[77] במקרה זה עתרו לשכת מנהלי ההשקעות וחבריה כנגד חוקתיותו של חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-

---

70. בג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2).
71. ראו בג"ץ **רסלר** (לעיל, הערה 68), בעמ' 715.
72. שם, בעמ' 716-718. הכוונה כמובן לפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.
73. לעיל, הערה 2.
74. ראו בג"ץ **רובינשטיין IV** (לעיל, הערה 61).
75. בג"ץ **רסלר** (לעיל, הערה 68), בעמ' 718-719. בית המשפט הוסיף וציין כי שאלת תוקפו של חוק זה לגופו – להבדיל משאלת היותו משעה מצב קיים – היא שאלה נפרדת. ראו שם, בעמ' 719.
76. לעיל, הערה 2. כמובן, מבחינה כרונולוגית קדם בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), לבג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2).
77. ראו בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6).

1995.[78] אחד מראשי העתירה נגע לחוקתיותה של הוראת המעבר שבחוק, שקבעה כי מי שעסק בניהול תיקי השקעות מעל שבע שנים לפני חקיקת החוק יוכל לקבל רשיון ניהול תיקי השקעות בתנאים מקלים ואילו מי שלא עסק בכך מעל שבע שנים יחויב בעמידה בכל תנאי הרשיון, אלא אם כן מדובר בטעמים מיוחדים. בית המשפט קבע כי מדובר בהוראה בלתי מידתית ובלתי חוקתית לאור חוק־יסוד: חופש העיסוק, ודינה להתבטל. אשר לסעד, קבע בית המשפט כי תיקון המצב חייב להיעשות על ידי המחוקק, אולם יש להימנע ממצב שבו ייווצר "חלל חקיקתי" בהיעדר הוראת מעבר בחוק. בית המשפט קבע כי יש ליתן לכנסת שהות לגבש את עמדתה בזמן סביר ועל כן תושעה הכרזת הבטלות למשך מעט יותר משלושה חודשים,[79] והוסיף כי אם לא תספיק הכנסת להשלים את החקיקה עד המועד שנקבע ניתן יהיה לפנות לבית המשפט בבקשה להארכת תקופת ההשעיה.[80] בית המשפט ציין כי השימוש בסמכות ההשעיה יעשה "רק במקרים מיוחדים המצדיקים זאת".[81]

ואכן, סמוך מאוד לחלוף המועד שקצב בית המשפט (ב-30 בדצמבר 1997, יום אחד לפני תום התקופה) פנו שר האוצר והרשות לניירות ערך בבקשה להאריך את תקופת ההשעיה. הטעם לבקשה היה נעוץ בעובדה שהוחל בהליכי חקיקה והצעת חוק עברה קריאה ראשונה והועברה לדיון בוועדת הכספים, אולם עקב הדיונים בתקציב המדינה לא הספיקה ועדת הכספים לדון בהצעת החוק. בית המשפט השתכנע מנימוק זה של עומס העבודה שהוטל בעת ההיא על ועדת הכספים – והאריך את המועד בארבעה חודשים נוספים, עד 30 באפריל 1998.[82] מועד זה כמעט חלף ושוב הוגשה לבית המשפט בקשה להארכת משך ההשעיה (ב-29 באפריל 1998, יום אחד לפני תום התקופה). טעם הבקשה שוב היה נעוץ בעובדה שהצעת החוק טרם נדונה בוועדת הכספים וזאת למרות פניות חוזרות ונשנות של שר האוצר ושל יושב ראש הרשות לניירות ערך אל יושב ראש ועדת הכספים. גם במקרה זה נעתר בית המשפט לבקשה והאריך את משך ההשעיה בחודשיים נוספים. בית המשפט העיר, כי היה מקום להגיש את הבקשה במועד מוקדם יותר ולא להמתין לערב פקיעת ההשעיה ומטעם זה חייב את המבקשים בהוצאות למרות קבלת בקשתם.[83]

פסק דין זה ומשמעויותיו יידונו עוד להלן,[84] אולם כבר בשלב זה ניתן להדגיש את מאפייניו המיוחדים: ראשית, דובר כאמור במקרה זה בביטול חקיקה ראשית של הכנסת

78. שם.
79. שם, בעמ' 416. ליתר דיוק דובר בתקופה של שלושה חודשים ושבוע, מיום 24.9.1997 ועד יום 31.12.1997.
80. שם, בעמ' 417.
81. שם, בעמ' 416.
82. בג"ץ 1715/97 **שר האוצר נ' לשכת מנהלי ההשקעות בישראל** (לא פורסם) (ההלטה מ-31 בדצמבר 1997).
83. בג"ץ 1715/97 **שר האוצר נ' לשכת מנהלי ההשקעות בישראל** (לא פורסם) (ההלטה מ-28 במאי 1998).
84. ראו להלן בפרק ד, בדיון ביתרונות ובחסרונות של הכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות.

ולא בביטולה של החלטת ממשלה[85] או בפעולה של שר משריה.[86] התרופה של השעיית הכרזת הבטלות מוצאת ביטוי אפוא גם בהקשר זה. שנית, היתה זו הפעם הראשונה שבמקרה של השעיית הכרזת הבטלות המדינה פונה בבקשה להאריך את תקופת ההשעיה.[87] הפנייה נעשית בשתי הזדמנויות נפרדות – ובית המשפט נעתר לבקשה ומאריך למעשה את התקופה שבה דבר חקיקה בלתי חוקתי עומד על כנו.

המקרה הנוסף של השעיית הכרזת הבטלות של חקיקה ראשית היה בבג"ץ **צמח**.[88] במקרה זה נטען כי הוראת חוק שאפשרה לעצור חייל בטרם יובא לפני שופט למשך 96 שעות[89] היא בלתי חוקתית ובטלה לאור חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט קיבל בדעת רוב את העתירה[90] והורה על בטלות סעיף זה של החוק בהיותו פוגע בחירות הפרט באופן בלתי מידתי. אשר לסעד, החליט בית המשפט כי הכרזת הבטלות תושעה לתקופה של שישה חודשים, כדי לתת בידי המשיבים שהות להגיש הצעת חוק בנדון, ליתן לכנסת שהות לדון בחוק כראוי וליתן שהות להכין את הצבא כראוי.[91]

4. סיכום

שורת פסקי הדין, שעליה עמדתי לעיל, מצביעה על כמה מאפיינים שמן הראוי לעמוד עליהם כבר בשלב זה, כבסיס וכמצע להמשך הדיון בסוגיית הכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות: ראשית, למרות הרושם שעלול להתעורר מן הסקירה שלעיל, חשוב להדגיש כי השימוש בכלי זה של השעיה אינו נפוץ. הוא יושם הלכה למעשה במקרים ספורים בלבד. ככלל יש לזכור כי בעקבות הביקורת השיפוטית מרבית פעולות הרשות נמצאות חוקיות וחוקתיות וגם כאשר הסעד הוא ביטול, ברוב המכריע של המקרים הביטול הוא בעל תחילה מידית.[92] עם זאת, בולטת העובדה כי מתוך ארבעת המקרים שבהם בוטלה

85. וזאת בדומה לנסיבות שנדונו בבג"ץ **עיריית קריית גת** (לעיל, הערה 21).
86. וזאת בדומה לנסיבות שנדונו בבג"ץ **קונטקט לינסן** (לעיל, הערה 1), או בבג"ץ **פורז** (לעיל, הערה 2).
87. המקרה השני – המאוחר יותר בזמן – הוא כאמור לעיל בבג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2), על ספיחיה.
88. ראו בג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9).
89. כפי שהייתה אז בסעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 36), תש"ס-2000, ס"ח 152.
90. ברוב של עשרה שופטים כנגד דעתו החולקת של השופט י' קדמי. ראו בג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9), בעמ' 286 ואילך.
91. שם, בעמ' 284.
92. הבחינה במסגרת זו היא כמובן רק של מקרים שבהם בית המשפט השעה את הכרזת הבטלות. במקרים נפוצים הרבה יותר עשה בית המשפט שימוש בתורת התוצאה היחסית, כלומר פסל את הנורמה אך לא פסל את תוצאותיה בעניין מסוים. היבט זה, כאמור, דומה במובן מה להשעיית הכרזת הבטלות שכן פעולה מסוימת מוכרזת כלא חוקית אך תוצאותיה נשארות על כנן. ההבדל המרכזי נעוץ, כאמור, בכך שבתורת התוצאה היחסית הבטלות נכנסת לתוקף מיד

הוראת חוק של הכנסת,[93] בשני מקרים הוחלט על השעיית הכרזת הבטלות. שנית, ניכרת התפתחות בשימוש בכלי זה, מהשעיית בטלות של תקנות שר[94] להשעיית בטלות החלטות ממשלה[95] ולבסוף השעיית בטלות חקיקה ראשית של הכנסת;[96] מהשעיית בטלות בעניינים הנוגעים לשלטון החוק ולתקינות המנהל[97] להשעיית בטלות בעניינים הנוגעים לזכויות היסוד של הפרט כמו חופש העיסוק[98] והזכות לחירות;[99] שלישית, במקרים אחדים נזקק בית המשפט לבקשות להארכת משך ההשעיה, ולהן נעתר במרבית המקרים.[100] רביעית, ניכר מפסקי הדין, שבהם הופעלה סמכות זו, כי נדונו מקרים בעלי ייחוד, הן מבחינת העניין שנדון והן מבחינת הסעד שניתן. חלק מן המקרים היו פסקי דין שנדונו בפני הרכב מורחב, שבהם בוטלו הוראות חוק של הכנסת;[101] מקרים נוספים היו בעלי השלכה משמעותית בפועל על שיקולי ביטחון והיערכות הצבא כמו גם על נושאים השנויים במחלוקת ציבורית ערה;[102] מקרים אחרים היו בעלי השלכה כלכלית־רגולטיבית רחבת היקף.[103] לבסוף, ניכר כי בעוד השימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות נומק בפסיקה המוקדמת יותר ברצון למנוע מצב של נזק לאינטרס ציבורי[104] או להסתמכות של צדדים שלישיים,[105]

ואינה מושעית ובה בעת אי־הביטול של תוצאות מסוימות של המעשה הבטל הוא בעל תוקף קבוע ולא זמני. ראו על כך לעיל, בפרק ב.

93. בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6); בג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9); בג"ץ 1030/99 **אורון נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נו(3) 640 (להלן: בג"ץ **אורון**), ולאחרונה פסק הדין בעניין חוקתיותה של תכנית ההתנתקות – בג"ץ 1661/05 **המועצה האיזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל** (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ **המועצה האיזורית חוף עזה**).

94. ראו בג"ץ **פורז** (לעיל, הערה 2).

95. ראו בג"ץ **עיריית קריית גת** (לעיל, הערה 21).

96. ראו בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6); בג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9).

97. ראו ע"א **הבורסה לניירות ערך** (לעיל, הערה 44); בג"ץ **פורז** (לעיל, הערה 2); בג"ץ **עיריית קריית גת** (לעיל, הערה 21).

98. ראו בג"ץ **קונטקט לינסן** (לעיל, הערה 1); בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6).

99. ראו בג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9); בג"ץ **מרעב** (לעיל, הערה 10).

100. כך היה בבג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), ובבג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2) – למעט ההחלטה שניתנה בבג"ץ **רובינשטיין IV** (לעיל, הערה 61), שבה לא אושרה הארכה. למקרה נוסף של הארכה – זמנית – של תקופת ההשעיה, ראו ההחלטה בבג"ץ 1437/02 **האגודה לזכויות האזרח נ' השר לבטחון פנים** (טרם פורסם).

101. ראו בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), ובג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9).

102. ראו בג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2); בג"ץ **מרעב** (לעיל, הערה 10).

103. ראו ע"א **הבורסה לניירות ערך** (לעיל, הערה 44); בג"ץ **פורז** (לעיל, הערה 2); בג"ץ **עיריית קריית גת** (לעיל, הערה 21).

104. ראו בג"ץ **פורז** (לעיל, הערה 2); ע"א **הבורסה לניירות ערך** (לעיל, הערה 44); בג"ץ **קונטקט לינסן** (לעיל, הערה 1).

105. ראו בג"ץ **עיריית קריית גת** (לעיל, הערה 21).

הרי בפסיקה המאוחרת יותר ניתן משקל של ממש לשיקול שעניינו מתן שהות ויכולת החלטה לרשויות האחרות – הממשלה[106] והכנסת,[107] בסוגיה העומדת על הפרק. השיקולים להצדקת ההשעיה מתרכזים יותר ויותר ביכולת הכנסת או הממשלה – ובנכונותן – לתקן את המצב הקיים, אשר נקבע כי הוא בלתי חוקי או בלתי חוקתי.[108]

שילוב המאפיינים האמורים לעיל מצביע על התמונה הזו: בסוגיות בעלות משמעות רבה – כלכלית, משקית, שמירת שלטון החוק והגנה על זכויות האדם – נכון בית המשפט העליון, בנסיבות המתאימות, להותיר מצב לא חוקי ואף לא חוקתי על כנו ולהשעות את הכרזת הבטלות, וזאת משורה של נימוקים המבוססים על אינטרס הציבור ובעיקר על כיבוד יכולת ההכרעה של הרשויות האחרות, קרי הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. השאלות העיקריות המתעוררות בהקשר זה הן אלו: באילו נסיבות אכן מוצדק לעשות שימוש בסמכות זו? האם מוטלות עליה הגבלות ואם כן, מהן? זאת ועוד: מהי נקודת האיזון הראויה בין פסק הדין שניתן והכרזת הבטלות שביסודו ובין הצורך לשמור על אינטרסים ציבוריים ויכולת ההכרעה של רשויות אחרות? שאלות אלו יידונו בהרחבה להלן בפרק ד ובפרק ה. בטרם אדון בהן, מן הראוי להתעכב על המשפט ההשוואתי בנדון, הן לשם השוואה לדין הישראלי והן לשם יצירת מסד רחב יותר לדיון נורמטיבי ביקורתי בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות.

ג. השעיית הכרזת הבטלות בדין ההשוואתי

השימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות אינו ייחודי לשיטת המשפט הישראלית. הוא נוהג אף בשיטות משפט אחרות.[109] דומה כי רלוונטית מכול להקשרנו היא שיטת

---

106. ראו בג"ץ **מרעב** (לעיל, הערה 10).

107. ראו בג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9); בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6); בג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2).

108. ודוק: השיקול שעניינו מתן אפשרות לרשויות אחרות להחליט בדבר ההסדר הרצוי אינו חדש: כבר בבג"ץ **בורשטיין** (לעיל, הערה 28), בעמ' 476, ניתן לו ביטוי. שם דן בית המשפט העליון בחוקיותו של סעיף 91(א) לצו המועצות המקומיות (מועצות איזוריות) (תיקון), תש"ס-1999, ק"ת 76, שמכוחו נקבע הסדר שלפיו חברי ועד ההנהלה של אגודה שיתופית יהיו לחברי הוועד המקומי של היישוב. בית המשפט פסל הוראה זו, שכן משמעותה הייתה כי מי שאינו חבר האגודה אך מתגורר ביישוב לא יוכל לבחור נציגים לוועד המקומי. כשדן בית המשפט בשאלת הסעד הוא קבע, כי התקנתו של צו חדש אינה דבר שניתן לעשותו מיד, אלא יש לבצע "בירורים ושקילת החלופות השונות". על כן, כך נקבע, תוקפו של הצו הקיים יפקע רק כעבור שישה חודשים מעת מתן פסק הדין (שם, בעמ' 476). המגמה הניכרת, לדעתי, אינה אפוא עצם ההתחשבות ברשויות האחרות אלא המשקל שניתן לשיקול זה, כפי שהדבר עלה במלוא משמעותו ועצמתו בבג"ץ **רובינשטיין** על גלגוליו השונים.

109. ראו אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שלישי: **פרשנות חוקתית**, נבו, תשנ"ד), 741-745; עמנואל גרוס, "תרופות חוקתיות", **משפט וממשל** ד (תשמ"ח) 433, 446-448. כך, למשל,

המשפט הקנדית. הכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות זכה לפיתוח ושימוש ניכרים בקנדה, בשורת פסקי דין שעליהם אעמוד להלן.[110] פיתוח זה במשפט הקנדי חשוב בשני מובנים עיקריים לענייננו: ראשית, המשפט הקנדי היווה ועודנו מהווה מקור השראה חשוב לפסיקה הישראלית באותו נושא. בית המשפט העליון נסמך ישירות על הפרקטיקה הקנדית בנדון וממילא יש חשיבות לבחון את התפתחות הדין במשפט הקנדי, שעליו נסמכת במידת מה הפסיקה בישראל.[111] שנית, כפי שיובהר להלן, חלק מן ההתפתחויות שאירעו במשפט הישראלי בסוגיית השימוש בכלי של השעיית הכרזת הבטלות – כמו, למשל, העברת הדגש לכיבוד הרשות האחרת – אירע אף במשפט הקנדי. יש אפוא חשיבות להשוואת התפתחות הדין בשתי המדינות. לבסוף, להבדיל מן המצב בדין הישראלי, במשפט הקנדי קיים דיון מקיף יותר – הן בפסיקה והן בספרות האקדמית – בכל הנוגע לפרקטיקה של השימוש בכלי של השעיית הכרזת הבטלות כמו גם באשר ליתרונות ולחסרונות התאורטיים והמעשיים הגלומים בו.

1. השלב הראשון: השעיית הכרזת הבטלות לשם מניעת פגיעה באינטרס ציבורי חשוב

השימוש הראשוני בכלי של השעיית הכרזת הבטלות נעשה בקנדה במקרה שבו בית המשפט ראה עצמו חייב להשעות את הכרזת הבטלות לשם מניעת פגיעה באינטרס ציבורי חשוב. הצדקה זו היוותה מסד לשורה ארוכה של פסקי דין, שכמה דוגמאות מייצגות שלה יובאו להלן. פסק הדין המהווה אבן דרך בכל הנוגע לשימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות, בייחוד במקרים שבהם מטרת ההשעיה היא מניעת נזק לאינטרס ציבורי חשוב, הוא פרשת *Manitoba*.[112] במקרה זה נדרש בית המשפט העליון של קנדה לשאלה, אם חוקים ופרסומים של הפרלמנט חייבים להיות דו־לשוניים, כלומר להתפרסם הן באנגלית והן בצרפתית. העתירה התעוררה משום העובדה שמשנת 1890 חוקקה מניטובה את החקיקה שלה באנגלית בלבד. בית המשפט השיב על שאלה זו בחיוב והוסיף וקבע כי פגם זה גורר באופן עקרוני את בטלות החקיקה. אולם ברור היה כי לא ניתן לתרגם לצרפתית ולפרסם מיד את כל החקיקה שחוקקה במשך קרוב למאה שנה. זאת ועוד: משמעות החלטה להכניס

באיטליה, שבה הביטוי של ההשעיה אינו קביעה פוזיטיבית כי הסעד מושעה אלא פרקטיקה טכנית שבה פסק הדין לא מועבר אל רשם בית המשפט ובכך – בהתאם לדין האיטלקי – פסק הדין לא נכנס לתוקף אף שתוצאתו ידועה. ראו: Wiltraut Rupp-v. Brunneck, "Admonitory Functions of Constitutional Courts", 20 *Am. J. Comp. L.* (1972) 387, pp. 410-411.

110. מטבע הדברים אביא רק חלק מן המקרים שנדונו בהקשר זה, כדי להדגים את הפרקטיקה והעקרונות שנקבעו. לסקירה מקיפה יותר, ראו: Kent Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (Canada Law Book Inc., 1994), §§14.1480-14.1790; Peter. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Carswell, 1997), 922-926.

111. ראו בג"ץ **מנחלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6); ברק (לעיל, הערה 109), בעמ' 741-742.

112. ראו: *Reference re Language Rights under Section 23 of the Manitoba Act* 1870, 19 D. L. R. (4th) 1 (1985) (S. C. C.) (להלן: פרשת *Manitoba*).

מיד לתוקף את הכרזת הבטלות הייתה יצירתו של תוהו ובוהו חקיקתי במניטובה. בית המשפט קבע כי אם הכרזת הבטלות תיכנס לתוקפה מיד, תהיה פגיעה בעקרון שלטון החוק, הן במובן של פעולה שלא על פי החוק והן במובן של השמירה על הסדר הציבורי. צפויה גם פגיעה חמורה בזכויות של פרטים שונים שהסתמכו על המצב המשפטי הקיים. על כן החליט בית המשפט, כי יש מקום לקבוע שהחקיקה הקודמת תעמוד בעינה לתקופת המינימום ההכרחית לשם ביצוע התרגום על פי ההוראה החוקתית. בית המשפט הוסיף, כי אין בידיו לקבוע מהו המועד ההכרחי הנדרש לשם כך, ועל כן קבע כי תחילה תושעה הבטלות למשך שלושה חודשים שבמהלכם יובאו לפניו הנתונים הנדרשים וטיעוני הצדדים ותיקבע התקופה הסופית בנדון.[113] עוד מקרה הממחיש את הצורך בהשעיית הכרזת הבטלות לשם מניעת תוהו ובוהו ופגיעה בסדר הציבורי הנו פרשת *Sinclair*.[114] במקרה זה החליטה הרשות למזג שתי ערים לכדי עיר חדשה אחת. העיר החדשה הוקמה בשנת 1986 באמצעות שורה של אקטים נורמטיביים, אולם הסתבר בדיעבד כי האקטים הנורמטיביים הקשורים בהקמת העיר פורסמו בצרפתית בלבד, בשעה שהייתה חובה לפרסמם גם באנגלית. בית המשפט קבע, כי יש בכך פגם שמשמעותו היא בטלות הצווים מדעיקרא. השאלה המרכזית שנותרה לבירור בבית המשפט העליון הייתה שאלת הסעד. בהקשר זה קבע בית המשפט, כי יהיה זה בלתי ראוי לשמוט את הבסיס החוקי לקיומה של עיר ובכך לגרום לכאוס. על כן הושעה התוקף של הכרזת הבטלות למשך שנה אחת.[115] דוגמה נוספת למצב שבו נאלץ בית המשפט להשעות את הכרזת הבטלות משום החשש מפני נזק של ממש לציבור בהיעדר נורמה תקפה היא פרשת *Dixon*.[116] במקרה זה הותקפה חוקתיותו של חוק שקבע את גבולות אזורי הבחירה בבריטיש קולומביה. הטענה הייתה כי הגבולות נקבעו שלא כדין תוך פגיעה בזכות לבחור של בוחרים מסוימים, מפני שהיחס בין מספר התושבים בכל אזור למספר הנציגים שלו גרם להפרש משמעותי ב"כוחו" של כל קול פוטנציאלי בין אזורי הבחירה השונים. בית המשפט העליון של קנדה קיבל את הטענה וקבע כי בנסיבות המקרה זוהי הפרה של הוראות החוקה ועל כן חלוקת אזורי הבחירה, כפי שנעשתה בחוק, בטלה. בה בעת ובאשר לסעד קבע בית המשפט כי לא ניתן לבטל מיד את אזורי הבחירה כפי שנקבעו, שכן תיקון המצב מחייב פעולה יסודית של המחוקק וחלוקה מחדש של האזורים על פי העקרונות שנקבעו בפסק הדין. פעולה מעין זו נמשכת זמן מה, ובמשך זמן זה נחוץ שתהיה

---

113. מקרה דומה מאוד בנסיבותיו התעורר במדינת ססקצ'ואן בשנת 1988, כשנאשם בפלילים ביקש כי המגעים לכריתת עסקת הטיעון כמו גם החקיקה הנוגעת לעניין, יהיו בצרפתית. הסתבר כי החקיקה למן 1877 הייתה באנגלית בלבד. בית המשפט קבע כי מצב זה היה שלא כדין, שכן הייתה חובה לחקוק חקיקה דו־לשונית, באנגלית ובצרפתית, וכי משמעותו של פגם זה היא בטלות החקיקה. עם זאת, בהמשך לפרשת *Manitoba* (לעיל, הערה 112), נקבע כי יש ליתן למחוקק שהות מינימלית לתרגם או ליצור חקיקה חדשה. ראו: *R. v. Mercure*, [1988] 1 S. C. R. 234, 280-281 (להלן: פרשת *Mercure*).

114. ראו: *Sinclair v. Quebec*, [1992] 1 S. C. R. 579 (להלן: פרשת *Sinclair*).

115. שם, בעמ' 593.

116. ראו: *Dixon v. British Columbia*, 59 D. L. R. (4th) 247 (1989) (להלן: פרשת *Dixon*).

הסדרה תקפה של אזורי הבחירה אם יתעורר צורך לקיים בחירות, שכן בהיעדר הסדרה, הפגיעה בזכות לבחור של כלל הבוחרים תהיה למעשה מוחלטת. בית המשפט קבע אפוא כי החוק הקיים ימשיך לעמוד בתוקפו למשך זמן מה והכרזת הבטלות שלו תושעה, וכי משך ההשעיה המדויק ייקבע בהליך נפרד על פי טענות שיוגשו על ידי הצדדים להליך.

גם במשפט הקנדי ניתן למצוא שימוש בכלי של השעיית הכרזת הבטלות לא רק במקרים שבהם אי־החוקיות קשורה לפעילות כללית של הרשות אלא גם במקרים שבהם הנורמה העומדת לבחינה מגלמת פגיעה בזכויות היסוד של הפרט. השעיית הכרזת הבטלות בנסיבות אלו יכולה אמנם לשרת את הרשות ולמנוע פגיעה באינטרס ציבורי חשוב, אך עם זאת היא כורכת בחובה מניה וביה פגיעה בזכויות היסוד של הפרט לפחות בתקופת ההשעיה. דוגמה לכך היא פרשת *Swain*.[117] במשפט זה התעוררה שאלת תוקפה של הוראת חוק, שקבעה כי נאשם בפלילים, שזוכה בשל הגנת אי־שפיות, ייעצר מיד עד שיחליט בעניינו גוף מיוחד המטפל בחולי נפש.[118] בית המשפט קבע, מפי השופט Lamer, כי הוראה זו היא בלתי חוקתית ובלתי מידתית שכן אין מקום לפגיעה זו בחירותו של הפרט בצורה אוטומטית, בלי יכולת ונכונות לשקול את מצבו העדכני של האדם.[119] בבואו לדון בשאלת הסעד ציין בית המשפט, כי אם פסק הדין ייכנס לתוקפו מיד לא תהיה סמכות מעצר כלל במקרים אלו, ועלולים להשתחרר לקהילה אנשים מסוכנים לציבור. על כן קבע בית המשפט, כי הכרזת הבטלות תושעה לשישה חודשים. במהלך תקופה זו לא יחול החוק בצורתו הקודמת, קבע בית המשפט, אלא המעצר האוטומטי יוגבל לתקופה שבין 30 ל־60 יום.[120]

את סיכום ההלכה במשפט הקנדי בכל הנוגע להשעיית הכרזת הבטלות, ובייחוד לצורך בה בעיקר בנסיבות שבהן יש פגיעה באינטרס ציבורי חשוב, ניתן למצוא בפסק הדין בפרשת *Schachter*.[121] במקרה זה הותקפה הוראת חוק שקבעה תנאים נבדלים לתשלום דמי לידה להורה ביולוגי של ילד ולהורה מאמץ. הטענה הייתה כי ההוראה מפלה ולכן בלתי חוקתית. הטענה נתקבלה בערכאות הנמוכות יותר ולפני בית המשפט העליון עמדה שאלת הסעד. השופט Lamer קבע כי נתונה בידי בית המשפט הסמכות להשעות הכרזת בטלות שהוא נותן. כך ייעשה לרוב בשלושה מצבים טיפוסיים: כאשר ההשעיה נדרשת כדי למנוע סכנה לציבור; כדי למנוע איום על שלטון החוק; ובמקרה שבו החוק סובל מתת־תחולה (underinclusiveness) להבדיל מתחולת יתר (overbreadth), כמו, למשל, במקרה שבו הטבה מסוימת ניתנת לקבוצה אחת ויש לתת אותה גם לקבוצה אחרת ומכאן שביטול

---

117. ראו: *R. v. Swain*, [1991] 1 S. C. R. 933 (להלן: פרשת *Swain*).

118. הצורך המעשי באפשרות זו נובע מקביעת החוק הקנדי, כי בעקבות זיכוי על בסיס הגנת אי־שפיות יבוצעו מעצר מיידי ובחינה רפואית של מסוכנות האדם. לכן ייתכן מצב שבו המדינה מבקשת לטעון לאי־שפיות ואילו הנאשם אינו חפץ בכך.

119. קביעה זו הייתה בדעת הרוב, כאשר דעת המיעוט לא ראתה בכך אי־חוקתיות וממילא לא נדרשה לשאלת הסעד.

120. ראו פרשת *Swain* (לעיל, הערה 117), בעמ' 1021.

121. *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S. C. R. 679 (להלן: פרשת *Schachter*).

מיידי של החוק יפגע שלא לצורך בקבוצה הזכאית ממילא על פי החוק.[122] בית המשפט הוסיף כי מדובר בצעד חריג ומיוחד שכן משמעותו היא השארה של הפרת החוקה בעינה, ועל כן יש להימנע מצעד זה אם ישנם סעדים חוקתיים אחרים היכולים להגשים את המטרה בלי להשאיר פגיעה זו על כנה.[123] עוד ציין השופט כי ההשעיה אינה דבר של מה בכך, שכן משמעותה היא החזרת העניין למחוקק במועד ובצורה שאינם בהכרח נוחים לו, אך עם זאת, הוסיף וציין, השיקול שיש להביא בחשבון אינו זה דווקא אלא רק האפקט שיכול להיות על הציבור לכניסה מיידית לתוקף של הכרזת הבטלות.[124]

2. השלב השני: השעיית הכרזת הבטלות כמרכיב בהפרדת הרשויות

בעוד פסק הדין בפרשת *Schachter* קבע את הכלל, שלפיו השעיית הכרזת הבטלות תיעשה בעיקר באותם מקרים שבהם מדובר במניעת נזק ממשי לציבור שייגרם אם הבטלות תיכנס מיד לתוקף, חלה במשפט הקנדי התפתחות, שעיקרה היה הרחבה של הנסיבות שבהן ניתן להשעות את הכרזת הבטלות. טעמה של התפתחות זו בהכרה בכך שבמקרים רבים יהיה מקום להשעות את הכרזת הבטלות לא כדי למנוע נזק לציבור, אלא כדי להבטיח את הפרדת הרשויות ואת כיבוד הרשויות האחרות ולתת שהות הולמת ומתאימה לשם בירור הסוגיה וחקיקת נורמה חדשה על ידי הרשות הרלוונטית. דוגמאות מספר ממחישות התפתחות זו בדין הקנדי. בפרשת *Corbiere*[125] הותקפה הוראת חוק שקבעה, כי בבחירות למועצת האיגוד של שמורה אינדיאנית יוכלו להצביע רק חברי האיגוד שהם תושבי השמורה. הטענה הייתה כי מדובר בהוראה מפלה ובלתי חוקתית. בית המשפט קיבל את הטענה וקבע כי החיוב בתושבות לשם קבלת זכות הצבעה הנו בלתי חוקתי ופסול ויש לבטלו. בה בעת, הושעתה הכרזת הבטלות למשך 18 חודשים.[126] הסיבה לתקופה ארוכה זו הייתה לא רק הרצון לתת שהות מספקת למחוקק, כאמור לעיל, אלא ההכרה במורכבות הסוגיה מבחינה מעשית, וכן הרצון להבטיח כי הליך החקיקה ישקף גוונים, קבוצות ודעות

---

122. שם, בעמ' 715-716, 719.

123. הדוגמה שהביא בית המשפט בהקשר זה (שם, בעמ' 716) היא ה"קריאה לתוך החוק" (reading in), שמשמעה היכולת של בית המשפט לכלול, בעיקר בתיקי הפליה, את הקבוצה המופלית כזכאית לפי הנורמה שעמדה לפניו ובכך למנוע את אי־החוקתיות. אף לגוף המקרה שנדון בתיק זה סבר בית המשפט, כי יש מקום להשעיה, וכי לא היה מוצדק לבטל את החוק כולו ובכך למנוע את ההטבה מן ההורים הטבעיים (הגם שהשעיה כזו לא נדרשה לבסוף מטעמים דיוניים שונים, ראו שם, בעמ' 725-726). על הקליטה האפשרית של דוקטרינת הקריאה לתוך החוק במשפט הישראלי ראו, למשל, בג"ץ 721/94 **אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ**, פ"ד מח(5) 749, 765-767; גרוס (לעיל, הערה 109), בעמ' 458-468.

124. פרשת *Schachter* (לעיל, הערה 121), בעמ' 717.

125. ראו: *Corbiere v. Canada* [1999] 2 S. C. R. 203 (להלן: פרשת *Corbiere*).

126. שם, בעמ' 226.

שונות.[127] דוגמה אחרת בהקשר זה של ההכרה בצורך לכבד את הרשויות האחרות כטעם אפשרי ואף דומיננטי בשיקולי השימוש בכלי של השעיית הכרזת הבטלות היא פסק הדין בעניין *Eldridge*.[128] במשפט זה טענו העותרים – חירשים מלידה – כי תכניות הביטוח הרפואי הממשלתיות היו נגועות באפליה, שכן הן לא מימנו תרגום לשפת הסימנים של פגישות העותרים עם הצוות הרפואי. בהיעדר תרגום לשפת הסימנים, עלולים להתרחש טעות באבחנה וטיפול לא נכון. בית המשפט קבע כי על פי חובת השוויון חייבת המדינה לתת בידי אוכלוסיות המצויות בעמדת נחיתות כלים, שיאפשרו להן ליהנות באופן שוויוני ממשאבי הציבור. היעדר התרגום הוכרז אפוא כפגיעה בלתי מידתית בזכות לשוויון וכבלתי חוקתי. אשר לסעד, קבע בית המשפט, ראוי להסתפק בסעד המצהיר כי המדיניות אינה חוקתית, ואין להוסיף על כך צו עשה, שכן קיימות כמה דרכים – כולן חוקתיות – לפתור את הבעיה שנוצרה, וגיבוש דרכים אלה וההכרעה ביניהן אינן תפקידו של בית המשפט. לפיכך סבר בית המשפט, כי ראוי להשעות את תוקף ההכרזה למשך שישה חודשים, שעד סיומם יימצא הסדר המאפשר לחירשים ליהנות משירותי תרגום לשפת הסימנים תוך הבטחת יעילות התקשורת עם אנשי הצוות הרפואי.[129] בית המשפט הוסיף וציין, כי הוא מניח שהמחוקק יפעל בעניין זה בתום לב במובן זה שלא ישקול רק את הצרכים של בתי החולים אלא גם יביא בחשבון את עמדתם של בעלי אינטרסים אחרים.[130] דוגמה אחרונה בהקשר זה הנה פרשת *M. v. H.*[131] במקרה זה דובר בבנות זוג מאותו המין שחיו חיים משותפים זמן ממושך אך נפרדו. אחת מהן תבעה מן האחרת תמיכה כלכלית, בהתאם לחוק המשפחה.[132] על פי לשון החוק, הוא מקנה זכאות לתמיכה מעין זו רק לזוגות הטרוסקסואלים. בית המשפט קבע בדעת הרוב[133] כי הוראה זו של החוק בלתי חוקתית, שכן היא מפלה שלא כדין ובניגוד לחובת השוויון שבחוקה.[134] אשר לסעד, קבע בית המשפט, לא ניתן לקרוא הוראת חוק זו כאילו היא חלה גם על בני זוג מאותו המין.[135] בה בעת, אין זה ראוי להביא לידי בטלות ההוראה כולה, שכן בכך יהיה משום גרימת נזק לא מוצדק לבני זוג הטרוסקסואלים. הסעד הראוי הנו אפוא הכרזה על בטלות הסעיף, אך השעיית הכרזה זו למשך שישה חודשים, כדי שלמחוקק תהיה הזדמנות נאותה ליתן דעתו

---

127. שם, בעמ' 284-286, מפי השופטת L'Heureux-Dube (שהייתה בדעת יחיד בעניין נימוק זה למשך ההשעיה, הגם שעצם ההשעיה ומשכה לא היו שנויים במחלוקת בין יתר שופטי ההרכב).

128. ראו: *Eldridge v. British Columbia*, [1997] 3 S. C. R. 624 (להלן: פרשת *Eldridge*).

129. שם, בעמ' 691-692, מפי השופט La Forest.

130. שם, בעמ' 692.

131. ראו: *M. v. H.*, 171 D. L. R. (4th) 577 (1999) (S. C. C.) (להלן: פרשת *M. v. H.*).

132. החוק הנו: Family Law Act, R. S. O. 1990 c.F. 3, חלק III לחוק.

133. דעת המיעוט הייתה של השופט Gonthier.

134. סעיף 15 לצ'רטר הקנדי (The Canadian Charter of Rights and Freedoms 1982).

135. זאת בהתאם לדוקטרינת ה"קריאה לתוך החוק" (reading in) שנדונה לעיל, הערה 123.

על הסוגיה ולחוקק לבסוף הסדר חוקתי, בייחוד לאור הצורך לבחון את מלוא ההשלכות על החקיקה בתחום, שינבעו משינוי הגדרת המונח "בן זוג" – בחינה שקשה לבית משפט הפוסק בכל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו לעשותה.

3. משפט השוואתי קנדי – סיכום

כיצד ניתן לסכם את הניסיון שנצבר במשפט הקנדי בסוגיית השעיית הכרזת הבטלות? ראשית, השימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות מוכר לא רק בישראל אלא גם בשיטות משפט אחרות. נעשה בו שימוש בהקשרים שונים, גם במקרים של ביטול חקיקה של הפרלמנט. הצורך בו מתעורר הן במקרים של פגיעה בזכויות יסוד של הפרט והן במקרים שבהם מדובר בהפרה של הוראות מוסדיות יותר בחוקה, כמו חובת הדו־לשוניות. באלו כמו גם באלו נכון בית המשפט לקבוע כי הסדר בלתי חוקתי ייוותר על כנו למשך זמן מה, עד השלמת חקיקה העומדת בתנאי החוקה. שנית, ניכרת במשפט הקנדי התפתחות בשימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות. בעוד בפסקי הדין המוקדמים יותר נעשה שימוש בהשעיה כדי למנוע נזק ברור לאינטרס הציבורי – כמו, למשל, הנזק שבביטול כל החקיקה בשל היותה בשפה אחת בלבד,[136] או הנזק שבביטול מעמדה המשפטי של עיר קיימת,[137] או בהיעדר היכולת לקיים בחירות בשל חלוקה לא חוקתית של אזורי הבחירה[138] – הרי פסקי הדין המאוחרים יותר מצביעים על מגמה אחרת. בית המשפט העליון של קנדה נותן משקל רב יותר ויותר לצורך במתן הזדמנות, שהות ויכולת הכרעה למחוקק בגיבוש תשובה חוקתית לקושי הניצב לפניו.[139] השיקולים להשעיה מתרכזים פחות במניעת נזק מיידי לאינטרס ציבורי ויותר בשמירת מרחב התמרון של המחוקק בסוגיות בעלות רגישות ציבורית או מורכבות מעשית.[140] אכן, גם במובן זה קיים דמיון בין התפתחות הדין הקנדי ובין התפתחות הדין הישראלי. שלישית, נראה כי השימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות כולל במשפט הקנדי גם מרכיבים נוספים, מלבד עצם ההשעיה בזמן. כך, למשל, בית המשפט בקנדה נכון לא רק להשעות את תוקף הכרזת הבטלות אלא גם לקבוע הסדר אחר, חוקתי יותר מזה שביטל, ואשר אמור להישאר בתוקף בתקופת הביניים. כך, למשל, אם החוק שבוטל קבע כי ניתן יהיה לעצור מיד אדם שזוכה בשל קבלת טענת אי־שפיות, הרי אם חוק זה לא קבע הגבלה של משך המעצר בית המשפט רשאי לקבוע שהחוק יישאר בתוקף בתקופת ההשעיה, אך בה בעת יוגבל משך המעצר מכוחו ל-30 עד 60 יום. בית המשפט משנה אפוא את החוק המקורי והופך אותו לפוגע פחות בתקופת ההשעיה,

---

136. ראו פרשת *Manitoba* (לעיל, הערה 112), ופרשת *Mercure* (לעיל, הערה 113).

137. ראו פרשת *Sinclair* (לעיל, הערה 114).

138. ראו פרשת *Corbiere* (לעיל, הערה 125).

139. לתיאור התפתחות זו ולדיון בשאלה אם אין משמעותה איון משמעותו של סעד אפקטיבי במקרה של הפרת החוקה, ראו: Kent Roach, "Remedial Consensus and Dialogue under the Charter: General Declarations and Delayed Declarations of Invalidity", 35 *U. B. C. L. Rev.* (2002) 211.

140. ראו פרשת *Eldridge* (לעיל, הערה 128); פרשת *M. v. H.* (לעיל, הערה 131).

שבסופה יתבטל החוק לגמרי. בכך יש כדי להקהות במידת מה את הקושי שבהשארתו של מצב לא חוקתי על כנו למשך תקופת ההשעיה.[141] זאת ועוד: לעתים בית המשפט אינו קובע מראש את משך ההשעיה אלא משעה את הכרזת הבטלות וקובע כי הצדדים יגישו לו טיעונים בעניין זה כדי לקבוע במדויק את זמן ההשעיה הנדרש.[142] מרכיבים אלו, כפי שיוסבר להלן, טרם הופעלו במלואם בדין הישראלי. השאלה אם ראוי להפעילם, אם לאו, וכיצד יש להשקיף על הדין בישראל לאור המשפט ההשוואתי שבנדון, תלויה בהערכה של השימוש שנעשה בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות, הן ברמה העקרונית והן ברמה המעשית. לבחינה זו אעבור עתה.

ד. השעיית הכרזת הבטלות – שיקולים בעד ונגד

סקירת פסקי הדין העיקריים שבהם נדונה שאלת השימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות, הן במשפט הישראלי והן במשפט הקנדי, יכולה לשמש בסיס לדיון בשאלה הנורמטיבית אם כלי מעין זה הוא רצוי ואם כן, אימתי יש לעשות בו שימוש ובאילו תנאים. נקודת המוצא לדיון מעין זה היא כי בעל הדין זכה בתביעתו, ובית המשפט קבע כי מעשה הרשות אינו כדין וכי הסעד הנכון הוא ביטול מעשה הרשות. עולה השאלה, אם ראוי לקבוע כי הכרזת הבטלות תיכנס לתוקפה מיד או שמא תושעה לתקופת זמן מסוימת. מהם השיקולים השונים בהקשר זה?

1. השעיית הכרזת הבטלות – שיקולים בעד

(א) מניעת נזק ברור ומיידי לאינטרס ציבורי חשוב

נדמה כי המקרה הברור יחסית המצדיק שימוש בהשעיית הכרזת הבטלות הוא המקרה שבו כניסת הכרזת הבטלות לתוקף מיידי תגרור עמה נזק ברור ומיידי לאינטרס ציבורי חשוב. המצב הטיפוסי בהקשר זה הוא ביטול של נורמה המסדירה באופן מקיף ובלעדי היבטים בסיסיים של סדר ציבורי ושלטון החוק. כך, למשל, ביטול כל החקיקה במדינה מסוימת בשל פרסום בשפה אחת בלבד[143] או ביטול מעמדה המשפטי של עיר הקיימת זה שנים מספר בשל אי־תרגום צווי ההקמה לשפה רשמית.[144] זהו אפוא האינטרס למנוע "חלל חקיקתי". האינטרס הציבורי החשוב יכול לכלול גם שיקולים כגון ודאות ויציבות פיננסית[145] או המשך קיומו של גוף רגולטיבי חשוב.[146] האינטרס הציבורי לא חייב להיות

---

141. ראו פרשת *Swain* (לעיל, הערה 117).

142. ראו פרשת *Manitoba* (לעיל, הערה 112); פרשת *Dixon* (לעיל, הערה 116).

143. ראו פרשת *Manitoba* (לעיל, הערה 112); פרשת *Mercure* (לעיל, הערה 113).

144. ראו פרשת *Sinclair* (לעיל, הערה 114).

145. ראו ע"א **הבורסה לניירות ערך** (לעיל, הערה 44); בג"ץ **המועצה הישראלית לצרכנות** (לעיל, הערה 28).

146. כמו הוועד המנהל של לשכת עורכי הדין – ראו בג"ץ **אבו־חוסיין** (לעיל, הערה 1).

כללי – כגון שלטון החוק – אלא יכול להיות גם ספציפי, כמו, למשל, שמירה על בריאות הציבור המשתמש במוצרים רפואיים[147] או שמירה על ביטחון הציבור במקרה שבו משוחרר אדם, שביצע פשע בשעת אי־שפיות, בלא בדיקת הסכנה הנשקפת ממנו.[148] במקרים אלו ההנחה העומדת ביסוד השימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות היא, שבמאזן בין מתן סעד לזוכה בתביעתו ושמירה על שלטון החוק והחוקה, המובטחים באמצעות ביטול נורמה שאינה כדין (מזה) ובין מניעת נזק מיידי לאינטרס ציבורי חשוב (מזה), יד השיקול האחרון היא על העליונה ובלבד שאיזון זה יוגבל בזמן. יתר על כן, מקופלת בתוך אינטרס זה – של מניעת חלל חקיקתי ומניעת נזק ברור ומיידי לאינטרס ציבורי חשוב – גם חשיבות השמירה על מעמדו של בית המשפט. אכן, במצבים מעין אלו, לו היה בית המשפט בוחר לבטל מיד את הנורמה היה חשש של ממש כי פסק הדין לא יכובד כל עיקר. אי־המעשיות שבפסק דין מיידי בנסיבות אלו יכולה להביא לידי זילות של פסק הדין ובזיון בית המשפט. בית משפט המבקש למנוע מצב זה יעדיף אפוא להשעות את הכרזת הבטלות באותם המקרים, שבהם קיים חשש של ממש כי פסק דינו לא יבוצע אם יוחל מיד.

(ב) יחס ראוי בין חומרת הפגם ובין הסעד

עצם הקביעה כי הרשות פעלה שלא כדין, ואפילו הקביעה כי משמעות הפגם היא בטלות מעשה הרשות, אינה יכולה לשמש מענה על כל המצבים. שאלת התוצאה הקונקרטית במקרה זה או אחר תלויה לא פעם בחומרת הפגם, כאשר פגמים מסוימים יכולים להביא לידי תוצאה אחת ופגמים אחרים לידי תוצאה אחרת. רעיון זה, המגולם במידה רבה בתורת הבטלות היחסית, הוביל למקרים לא מעטים שבהם בית המשפט החליט, למשל, כי מעשה מסוים יכול שיהיה בטל לצורך עניין אחד ונפסד לצורך עניין אחר. זהו שימוש בתורת התוצאה היחסית בשאלת עצם הביטול. אולם אותו רעיון עומד במידת מה גם בבסיס ההשעיה של הכרזת הבטלות.[149] ההנחה היא כי יש פגמים שאמנם גורמים לבטלות הנורמה, אך לנוכח חומרתם הפחותה יחסית ראוי להשעות את הבטלות.[150] שיקול זה של חומרת הפגם במעשה הרשות מתעורר אפוא בבית המשפט בשלושה שלבים נפרדים של הדיון בתיק שלפניו: בשלב הראשון הבחינה היא אם מעשה הרשות נעשה כדין אם לאו; בשלב השני עולה השאלה מהו הסעד הראוי ואם התוצאה צריכה להיות בטלות המעשה או השארתו על כנו; בשלב השלישי הבחינה היא אם ההכרזה על הביטול תהא לאלתר או שמא תושעה לזמן מה.[151] זאת ועוד: משמעותו של שיקול זה היא כי ככל שהפגם במעשה

147. ראו בג״ץ **קונטקט לינסן** (לעיל, הערה 1).

148. ראו פרשת *Swain* (לעיל, הערה 117).

149. ראו בג״ץ **שקם** (לעיל, הערה 2), בעמ׳ 120.

150. זהו למעשה הקשר שבין תורת התוצאה היחסית ובין הכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות. ראו על כך לעיל בפרק א. דוגמה לשימוש בקשר זה שבין חומרת הפגם להשעיה נמצא במחלוקת השופטים בבג״ץ **עיריית קריית גת** (לעיל, הערה 21).

151. ודוק: כאשר בית המשפט משעה הכרזת בטלות הוא לכאורה מאחד את שני השלבים לכדי שלב אחד. הוא קובע כי המעשה בטל בעתיד אך נפסד בתקופת ההשעיה. אולם חשוב לשים

הרשות הוא חמור יותר, תהיה הצדקה פחותה להשעות את תוקף הכרזת הבטלות[152] ואילו ככל שהפגם קל יותר, תגבר ההצדקה לכך.[153] השעיית הכרזת הבטלות במצבים של פגיעה קלה מבוססת אפוא על ההנחה כי אין זה ראוי לגזור את אותו הסעד בכל מקרה ומקרה בלא קשר לשאלת טיב הפגם. על פי טיעון זה צריך להיות קשר ישיר בין חומרת הפגם לחומרת הסעד. פגם חמור יוליד סעד חמור – בטלות מיידית; פגם קל יוליד סעד קל, כמו השעיית הכרזת הבטלות. זאת ועוד: פגם קל במעשה הרשות הוא אמנם פגם, אולם יש לו משקל קל יותר ממשקלו של פגם חמור שעה שכנגדו צפויה פגיעה באינטרס ציבורי חשוב אם הכרזת הבטלות תיכנס לתוקפה מיד. אם השעיית הכרזת הבטלות היא פרי איזון בין הנזק הצפוי ממנה לשלטון החוק ובין התועלת הצפויה ממנה לאינטרסים חשובים אחרים, הרי פגם קל משמעו פגיעה קלה בשלטון החוק, וממילא גובר משקלם של האינטרסים המצדיקים את השעיית הכרזת הבטלות.

(ג) יכולת הרשות לתקן מיד את הפגם

השימוש בהשעיית הכרזת הבטלות יכול לסייע גם באותם מקרים, שבהם ברור כי הרשות נהגה שלא כדין, ואף ברור כי מבחינה הלכתית תוצאת הפגם היא בטלות, אולם נראה כי למעשה מדובר בפגם שתיקונו יהיה פשוט הרבה יותר מביטול כל ההסדר וחקיקתו מחדש. כך, למשל, מקרה שבו הפגם שנפל הוא טכני בעיקרו כמו אי־פרסום של נורמה[154] או קיומו של רשיון לא מתאים בשל פסק דין קודם של בית המשפט באותו עניין, ששינה את סוג הרשיון שהפרט נדרש לו,[155] או מקרה שבו נורמה התפרסמה בשפה מסוימת אך לא בשפה רשמית אחרת.[156] הנחת המוצא במקרים אלו היא כי הרשות יכולה לתקן את הפגם שנפל בקלות רבה בלי לבטל את הנורמה כולה. בית המשפט משתמש כאן בהשעיית הכרזת

לב כי בשונה מן השימוש הרגיל בתורת התוצאה היחסית, בהשעיית הכרזת הבטלות קיים גם אלמנט של תחילה בזמן ולא רק של הבחנה בין בטלות לנפסדות.

152. ראו בג"ץ **עיריית קריית גת** (לעיל, הערה 21), בעמ' 845 (השופט א' מצא). קשה יותר לאתר מקרים שבהם בית המשפט ידון בהשעיית הסעד ויחליט שלא לעשות כן בשל חומרת הפגם. מצב זה יתעורר בעיקר במקרים שבהם יש מחלוקת בין השופטים לעניין ההשעיה, כמו בבג"ץ **עיריית קריית גת**, שם. אולם במקרים שבהם אין מחלוקת, התוצאה תהיה השעיית הכרזת הבטלות [כפי שאירע, למשל, בבג"ץ **מנחלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), או בבג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9)], או אי־השעיה בלא דיון באפשרות להשעות את ההכרזה. זהו למעשה ביטוי לכך שהשעיית הכרזת הבטלות היא החריג ולא הכלל.

153. ראו בג"ץ **שקם** (לעיל, הערה 2), בעמ' 120; בג"ץ **עיריית קריית גת** (לעיל, הערה 21), בעמ' 844-845; ע"א **הבורסה לניירות ערך** (לעיל, הערה 44), בעמ' 530-531.

154. ע"א **הבורסה לניירות ערך** (לעיל, הערה 44), בעמ' 530-531.

155. בג"ץ **שקם** (לעיל, הערה 2), בעמ' 120.

156. פרשת *Sinclair* (לעיל, הערה 114). השאלה אם אי־הפרסום של נורמה בשפה רשמית אחרת הוא פגם טכני או לא היא כמובן שאלה לא פשוטה, בהתחשב בתכלית של חובת הפרסום בשתי שפות [ראו והשוו לוויכוח שהתעורר במלוא עוזו בבג"ץ 4112/99 **עדאללה המרכז**

הבטלות כדי לאפשר תיקון של פגם טכני בעיקרו. הבחירה בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות בנסיבות מעין אלו מבטאת אפוא יחס ראוי בין האפשרויות השונות לתיקון הפגם, כאשר בית המשפט בוחר בהשעיה כדי שהרשות תוכל לתקן ביתר קלות את הפגם שנפל תוך הקטנת הנזק הפוטנציאלי לאינטרס הציבורי.

באופן פרדוקסלי השעיית הכרזת הבטלות יכולה להיות כלי יעיל וחשוב במקרים שבהם תיקון המצב הקיים הוא דווקא סבוך. כשמדובר בהסדר מורכב, בעל פנים מעשיים וחברתיים רבים, יש מקום לסברה כי יידרש לרשות זמן רב כדי לתקן את המצב הקיים. אין מדובר בפגם טכני שקל לתקנו, אלא בפגם יסודי המצריך חקיקה מחדש ומציאת פתרונות נורמטיביים ומעשיים רחבי היקף. במצבים אלו ראוי לכאורה להשעות את הכרזת הבטלות לפרק הזמן הדרוש להסדרת העניין באופן חוקי או חוקתי. כך, למשל, כשנדרש קיצור משמעותי של תקופת המעצר של חיילים בצבא בטרם יובאו לפני שופט, המחייב התארגנות לוגיסטית;[157] כשמתעוררת שאלת הסדר הגיוס או הפטור מגיוס של עשרות אלפי יוצאי צבא;[158] כשנדרש שינוי של כול השילוט העירוני ברשות מקומית באופן שיכלול כיתוב בשתי שפות רשמיות ולא רק באחת;[159] כשנחוץ תרגום של כול החקיקה לשפה רשמית נוספת;[160] כשנדרשת חלוקה מחדש של אזורי בחירה[161] או בחינה מחדש של הגדרת "בן זוג" בדיני המשפחה והביטחון הסוציאלי.[162] בנסיבות מעין אלו מבטא השימוש בהשעיית הכרזת הבטלות הערכה של מורכבות ההסדר שיש לחוקק או להתקין מחדש. זוהי בעצם התחשבות ברשויות השלטון האחרות, הנדרשות להתמודד עם תוצאת פסק הדין, באמצעות מתן שהות לשם התארגנותן לאימוץ נורמה חוקית או חוקתית בהתאם לפסיקת בית המשפט. הבחירה בהשעיית הכרזת הבטלות מבטאת אפוא נקודת איזון בין המשך פעולה שלא כדין של הרשות ובין הקושי והזמן הנדרשים לשם שינוי המצב הקיים והפיכתו לחוקי או חוקתי.

המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל אביב־יפו, פ"ד נו(5) 393 (להלן: בג"ץ **עדאללה**)]. יצוין עוד, כי קשה יותר הוא המקרה שבו כול החקיקה לא הייתה בשפה רשמית, כמו בפרשת *Manitoba* (לעיל, הערה 112), ובפרשת *Mercure* (לעיל, הערה 113). במקרים אלו ברור היה לבית המשפט כי התרגום יארך זמן רב מאוד, ומכאן שאין לראות לדעתי מקרים אלו כמקרים שבהם ההשעיה בוצעה בשל העובדה שמדובר בפגם טכני במהותו שקל לתקנו.

157. ראו בג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9), שם קוצר משך המעצר מ-96 שעות ל-48 שעות. בית המשפט לא קבע כי התקופה של 48 שעות היא התקופה החוקתית הראויה אך רמז לכך, ואכן כך נקבע לבסוף בחוק. ראו סעיף 237א(א) לחוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 36), תש"ס-2000.

158. ראו בג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2).

159. ראו בג"ץ **עדאללה** (לעיל, הערה 156).

160. ראו פרשת *Manitoba* (לעיל, הערה 112).

161. ראו פרשת *Dixon* (לעיל, הערה 116).

162. ראו פרשת *M. v. H.* (לעיל, הערה 131).

(ד) הסתמכות צדדים שלישיים על ההסדר הפגום

השעיה של הכרזת הבטלות יכולה להיות מוצדקת לכאורה גם באותם המקרים שבהם אמנם נכון וראוי לבטל את מעשה הרשות בשל פגם שנפל בו, אך עם זאת עלול להיגרם נזק של ממש לצדדים שלישיים, שהסתמכו על החלטת הרשות, אם הבטלות תיכנס מיד לתוקף. מכאן, למשל, שניתן להשעות לזמן מה את הבטלות של מינוי שלא כדין לתפקיד ציבורי כדי לאפשר לפרט, שמונה שלא כדין, להתארגן לקראת הפסקת עבודתו;[163] וניתן להשעות כניסה לתוקף של בטלות החלטת ממשלה הקובעת אזורי עדיפות לאומית בשל הסתמכות של רשויות מקומיות ופרטים שונים על המדיניות הקודמת של הממשלה.[164] גם בהקשר זה משמעות ההשעיה היא כי פעולת הרשות, שנמצא כי נעשתה שלא כדין, ממשיכה לעמוד בתוקפה, אך בנוסף ניתן בעת בחירת הסעד השיפוטי משקל לאינטרס של פרטים שהסתמכו על מדיניות פגומה זו. שיקול אחרון זה מעורר קושי שכן מדובר בהסתמכות על מצב שאינו כדין, אולם ההנחה היא כי כאשר מדובר בהסתמכות סבירה ובתום לב, שגרמה לשינוי מצב לרעה, יש ליתן לה ביטוי בבחירת הסעד.[165]

(ה) מניעת נזק "ריקושטי" לצדדים זכאים על פי הדין

צידוק נוסף להשעיית הכרזת הבטלות מצוי במצב, שבו ביטול נורמה מעניקה בשל היותה מצמצמת מדי יביא לידי שלילת ההטבה גם ממי שבלא ספק היו זכאים לה.[166] זהו, למשל, המקרה שהתעורר כאמור בקנדה בפרשת *M. v. H.* הטענה שמוטלת חובה חוקית על אדם להעניק תמיכה גם לבן זוג מאותו המין לא באה לייתר או לשלול את זכותם של בני זוג ממין אחר לקבל תמיכה מבני זוגם. ביטול סעיף החוק שאינו מעניק הטבה לבני זוג מאותו המין, בהיותו מפלה ובלתי חוקתי, משמעו פגיעה לא מוצדקת בזוגות הטרוסקסואלים שזכאים על פי לשון החוק להטבה. זהו אפוא נזק "ריקושטי", שכן הוא משפיע השפעת לוואי על מי שלא היו צדדים לסכסוך עצמו.[167] דוגמה נוספת לכך הוא בג"ץ **מנהלי ההשקעות**.[168] כאן קבע בית המשפט, כאמור, כי הוראת המעבר שנקבעה בחוק ושאפשרה למי שעסק בניהול השקעות לפחות שבע שנים לפני קבלת החוק לקבל רשיון בתנאים מקילים בטלה, שכן אין היא נותנת משקל מספיק ומידתי לאינטרסים הלגיטימיים של מנהלי השקעות שעסקו בכך תקופה ממושכת אך פחותה משבע שנים. ביטול מיידי של הוראת המעבר היה מביא למעשה לידי חיוב ברשיון, בתנאים מלאים, של כל העוסקים – לרבות אלו שעסקו בניהול השקעות מעל שבע שנים. תוצאה זו הייתה בלא ספק בלתי רצויה ובלתי ראויה, ומכאן

163. ראו בג"ץ **הסתדרות העובדים החדשה** (לעיל, הערה 36), בעמ' 134.

164. ראו בג"ץ **עיריית קריית גת** (לעיל, הערה 21), דברי השופט א' גולדברג בעמ' 843-845 ודברי השופטת ד' דורנר בעמ' 848.

165. שם, בעמ' 848.

166. ראו פרשת *Schachter* (לעיל, הערה 121).

167. מונח זה שאלתי מחיבורו המצוין של רונן פרי, **ריקושטים כלכליים** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשס"ב).

168. ראו בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6).

שהשעיית הכרזת הבטלות פתרה קושי זה כלפי קבוצה זו. אמת, בית המשפט מנסה בדרכים שונות להימנע ממצב זה בלא קשר להשעיית הכרזת הבטלות, כמו, למשל, באמצעות ביטול חלקי של סעיפי חוק או הפרדה בין החלק החוקתי לחלק שאינו חוקתי[169] או קריאת ההטבה לקבוצה המופלית אל תוך החוק המפלה;[170] אך לעתים הדבר לא ניתן להיעשות ואז הבחירה היא בין ביטול החוק כולו והשגת שוויון באמצעות שלילת ההטבה מכולם ובין השעיית תוקף הבטלות שמשמעה פגיעה זמנית נוספת בקבוצה המופלית לשם שמירה על זכותה של הקבוצה האחרת, שאינה שנויה במחלוקת.

(ו) מניעת כשלים הקשורים בטכניקה חקיקתית

מקרים מיוחדים יחסית של שימוש אפשרי בהשעיית הכרזת הבטלות הם מקרים שבהם כניסה מידית לתוקף של הכרזת הבטלות תביא לידי תוצאה בעייתית ואף מנוגדת לזו שבית המשפט מעוניין בה. טלו, למשל, את המקרה שהתעורר בבג"ץ **צמח**. בית המשפט קבע, כאמור, כי ההוראה המאפשרת להחזיק חייל במעצר 96 שעות בטרם יובא לפני שופט אינה חוקתית ודינה בטלות. אולם במצב שקדם להוראת חוק זו אפשר היה להחזיק חייל במעצר בלי להביאו לפני שופט במשך תקופה של שמונה ואף עשרה ימים.[171] ביטול הוראת החוק על ידי בית המשפט היה אפוא ביטול של הוראת חוק "מיטיבה".[172] עם ביטולה יוחזר לכאורה על כנו המצב שקדם לה, והוא אפשרות מעצר של חייל למשך שמונה ואולי אף עשרה ימים בטרם יובא לפני שופט! ברור כי לא זה הסעד הרצוי בנסיבות מעין אלו. השימוש בהשעיית הכרזת הבטלות מצמצם את הבעייתיות הכרוכה במצב זה, שכן הוא משאיר את הדין המיטיב על כנו למשך זמן מה מתוך הנחה שהמחוקק יתקן את הדין המיטיב

169. לשימוש בטכניקות אלו ראו ברק (לעיל, הערה 109), בעמ' 734-767.

170. לטכניקה של "קריאה לתוך החוק" (reading in) ראו לעיל, הערה 123.

171. עניין זה דורש הסבר: סעיף 237א(א) לחוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 36), תש"ס-2000, כפי שנדון לפני בית המשפט, קבע כי חייל יוכל להיעצר על ידי שוטר צבאי למשך 96 שעות בטרם יובא לפני שופט. תקופת זמן זו הייתה תקופה מיטיבה לעומת התקופה שקדמה לה – שהייתה של שמונה ימים. אלא שגם תקופת שמונת הימים נקבעה באותו החוק עצמו, שכן מדובר היה בהוראת חוק אחת שקבעה בו בזמן כי משך המעצר יהיה כעיקרון שמונה ימים וכעבור שנתיים יופחת ויעמוד על ארבעה ימים [ראו חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 32), תשנ"ו-1996, ס"ח 366]. מכאן, שלו היה בית המשפט מבטל רק את נוסחו של סעיף החוק העדכני שהיה לפניו היה משך המעצר עומד על 96 שעות, אולם ייתכן שביטול זה יכול היה להיעשות רק באמצעות ביטול תיקון 32 לחוק כולו. במצב דברים זה היה חוזר על כנו מצב חמור עוד יותר, שבו ניתן היה לעצור חייל בטרם יובא לפני שופט למשך עשרה ימים. ראו חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 23), תשנ"ג-1993, ס"ח 50.

172. בית המשפט קבע – ובדין קבע לדעתי – כי הביקורת השיפוטית חלה גם על הוראות מעין אלו. ראו בג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9), בעמ' 258-260.

בטרם תפקע תקופת ההשעיה.[173] ההשעיה החוקתית באה להתגבר אפוא על קושי הקשור בטכניקת החקיקה ובהיסטוריה שלה.[174]

(ז) הכרה במרחב התמרון של הרשויות האחרות

שיקול אחרון לטובת השימוש בהשעיית הכרזת הבטלות, אשר עליו אעמוד ביתר הרחבה, הוא ההתחשבות ברשויות השלטון האחרות ובמעמדן החוקתי. התפתחות הפסיקה הן במשפט הישראלי[175] והן במשפט הקנדי[176] מגלה נכונות גוברת והולכת להשתמש בהשעיית הכרזת הבטלות לא רק במקרים של מניעת נזק לציבור – הגנה על האינטרס הציבורי, על הסתמכות כדין ושלא כדין וכיוצא באלה – אלא ככלי לעיצוב הדיאלוג בין הרשויות השונות.[177] הדיון בשאלת הסעד הרצוי פונה מהדגשת שיקולים המבוססים על מניעת נזק כזה או אחר לעבר שיקולים הקשורים הלכה למעשה להפרדת הרשויות. בית המשפט מוצא כי הרשות פעלה שלא כדין, וכי הסעד הנכון מבחינה עקרונית במצב זה הוא ביטול הנורמה. בה בעת, הכרזת הבטלות מושעית לזמן מה וזאת כדי לתת לרשות, שהמעשה שעשתה נפסל,

---

173. בנסיבות המקרה של בג"ץ **צמח**, שם, היה לאמונה זו, כי המחוקק יחוקק חוק חדש וחוקתי יותר מזה שבוטל, על מה לסמוך, שכן הצעת חוק בנדון הייתה תלויה ועומדת בעת מתן פסק הדין ואף התקבלה לבסוף. בה בעת, ולאור השתלשלות העניינים בבג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2), העניין יכול היה להסתיים אחרת.

174. הביטוי "טכניקת חקיקה" בהקשר זה דורש הסבר: מתעוררת השאלה אם במקרה שבו בית המשפט קובע כי הוראת חוק היא בטלה, המשמעות היא כי הוראת החוק נמחקת מספר החוקים או שמא היא ממשיכה להתקיים אך אסור לפעול על פיה. בית המשפט בישראל לא נדרש לשאלה זו עד כה, אם כי מבג"ץ **ברגמן** (לעיל, הערה 7), ניתן להבין כי הוראת החוק נותרת על כנה אך אסור לפעול על פיה (שם, בעמ' 700). במצב דברים זה המשמעות של פסיקה כמו זו שבבג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9), היא, כי ההוראה שאפשרה מעצר של חייל למשך 96 שעות נותרת על כנה במובן זה שאין חזרה למצב הקודם, שבו ניתן היה לעצור חייל למשך שמונה ימים. בה בעת, אסור לפעול על פיה לאור פסק הדין עצמו. זהו על כן מצב "רגיל" של חלל חקיקתי שבו תרופת ההשעיה מוצדקת כדי לאפשר מעצר של חיילים בצבא. ראו והשוו פרשת *Swain* (לעיל, הערה 117).

175. ראו לעיל בפרק ב.

176. ראו לעיל בפרק ג.

177. לרעיון של ראיית הביקורת השיפוטית כסוג של דיאלוג בין בית המשפט לרשויות האחרות – וממילא להצדקת הביקורת השיפוטית ככלי דמוקרטי ולא ככלי הפועל נגד הרוב – ראו: Peter W. Hogg, "Dialogue and Democracy", *The Charter at Twenty* (Debra M. McAllister and Adam M. Dodek – eds., Ontario Bar Association, 2002), 483; Robert J. Sharpe, Katherine E. Swinton and Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (Irwin Law, 2002), 37-39. לראיית השעיית הכרזת הבטלות ככלי לעיצוב דיאלוג זה, ראו Sharpe, Swinton and Roach, **שם, בעמ' 309**.

לתקן את הפגום בעצמה.[178] לעתים מאפיינת מצבים אלו העובדה שבהכרזת הבטלות ממלא בית המשפט תפקיד רגולטיבי, שכן ביטול מצב אחד משמעו בהכרח חזרה למצב אחר. כך, למשל, בבג"ץ **רובינשטיין**[179] ההחלטה כי שר הביטחון אינו מוסמך לדחות באופן גורף את גיוסם של כל יוצאי הצבא ש"תורתם אומנותם", משמעה המעשי הוא כי יוצאי צבא אלו חייבים בגיוס על פי החוק.[180] מאפיין אחר הוא ההכרה של בית המשפט בכך שמדובר בסוגיה בעלת אספקטים חברתיים וציבוריים חשובים, שראוי שיוסדרו על ידי המחוקק או הרשות המבצעת (לפי העניין) ולא על ידי בית המשפט עצמו. מצב מעין זה יכול להתעורר, למשל, במקרה שבו בית המשפט קובע כי מצב משפטי מסוים אינו כדין, אך אין לסעד זה משמעות אופרטיבית. כך, למשל, בפרשת *Eldridge* שנדונה בקנדה החליט בית המשפט, כאמור, כי המצב שבו חירשים אינם נהנים מתרגום לשפת החירשים כשהם נזקקים לשירות רפואי אינו כדין. אולם מהו הפתרון שיהא כדין? בית המשפט העדיף כי המחוקק יקבע זאת מתוך ראייה כוללת של המצב.[181] יצוין כי הלכה למעשה הפניית ההכרעה למחוקק או לרשות המבצעת נעשית לא רק במקרה שבו פסק הדין חסר לכאורה משמעות אופרטיבית – בדומה לפרשת *Eldridge* – אלא גם במקרים שבהם פסק הדין קובע במפורש כי הוראת חוק או מדיניות הן בטלות באופן פוזיטיבי, כלומר שאין לרשות כל סמכות לפעול. גם במקרים אלה ניכרת נכונות להשעות את הכרזת הבטלות כדי לתת לרשויות האחרות שהות לקיים דיון בעניין ולהסדיר את הנושא כדין.[182] מהו היסוד לקביעה מעין זו?

---

178. ראו, למשל, בג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2), בעמ' 530; בג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9), בעמ' 284; ראו גם דעת המיעוט של הנשיא ברק בבג"ץ 1703/92 **ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה**, פ"ד נב(4) 193, בעמ' 239-240.

179. לעיל, הערה 2.

180. חוק שירות בטחון, תש"ט-1949, ס"ח 271.

181. ראו פרשת *Eldridge* (לעיל, הערה 128), והשוו בג"ץ **עדאללה** (לעיל, הערה 156), שבו העדיף בית המשפט את ההסדר שקבע – בדעת רוב – על עמדתו המפורטת של היועץ המשפטי לממשלה, שהציע הסדר אחר לאור שיקולי מדיניות כלליים.

182. דוגמה לכך ניתן למצוא בבג"ץ **נח** (לעיל, הערה 1). כאן נקבע בדעת הרוב (השופטים ט' שטרסברג-כהן וא' ריבלין, כנגד דעתו החולקת של השופט א' גרוניס), כי תקנות שהתירו את הפרקטיקה של פיטום אווזים בטלות. בה בעת, בית המשפט השעה את איסור הפיטום למשך כמעט שנה ושבעה חודשים (מיום 11.8.2003 ועד 31.3.2005) מעת מתן פסק הדין. הטעם לכך היה מורכבות העניין וההשלכות של ביטול התקנות על הענף והעוסקים בו. אולם בית המשפט הוסיף וקבע לא רק את תקופת ההשעיה, אלא גם את תפקיד מחוקק המשנה בתקופת ההשעיה עצמה: "במהלך תקופה זו ישבו על המדוכה כל הגורמים הנוגעים בדבר וישקלו את המדיניות הראויה בשאלת פיטום אווזים. במסגרת זו תיבחן התפתחות הענף בארץ ובעולם; ייערך מעקב אחר פעילות הועדה האירופית המתמדת האמורה... וייאסף מידע עדכני בנושא זה. אם יוחלט להמשיך בקיום הענף לייצור כבד אווז, יהיה על המחוקק להתקין תקנות שתבטחנה שימוש באמצעים באופן שהסבל הנגרם לאווזים על ידי הפרקטיקה הקבועה בתקנות יופחת בצורה משמעותית. כמו כן יש לגבש כללי פיקוח על תהליך הפיטום, שיבטיחו ביצוע מלא,

נראה כי בבסיס הכרעה מעין זו עומדת התפיסה כי למחוקק ולרשות המבצעת נתון מרחב תמרון חוקתי (חוקי) ובו חלופות שונות לבחירה שכולן כדין.[183] תפקידו של בית המשפט הוא להכריע בדבר פרשנות החוק והחוקה ולקבוע אם מדיניות כלשהי היא כדין אם לאו; בחירת האמצעי להגשמת המדיניות היא תפקידן של הרשויות האחרות – המחוקקת והמבצעת.[184] מכאן שיש לתת לרשויות אלו שהות והזדמנות לדון באופן יסודי ומעמיק בסוגיה העומדת על הפרק תוך שימת לב לפסק דינו של בית המשפט. בית המשפט קובע את גבולות החוקיות, אך משאיר את התוויית ההסדר הקונקרטי לרשויות האחרות. כך, בית המשפט הוא אשר יקבע כי מעצר של חייל למשך 96 שעות לפני הבאתו למשפט אינו חוקתי, אך ישאיר למחוקק לקבוע מהו משך הזמן הראוי – הנופל מ-96 שעות – לפני הבאת עצור למשפט.[185] בית המשפט יקבע כי מעצר של אדם למשך שנים עשר יום בלא ביקורת שיפוטית או שמונה ימים בלא חקירה – אינם כדין, אך מי שיקבע בסופו של דבר מהו פרק הזמן שבמהלכו ניתן יהיה להביא עצור לפני שופט או לחוקרו – ושיהא כדין לאור פסק דינו של בית המשפט – יהיה הרשות המוסמכת ולא בית המשפט.[186] בית המשפט יקבע, כי יש לספק שירותי תרגום לשפת הסימנים לחירשים המקבלים שירות רפואי, אך מי שיקבע את ההסדר הספציפי בנדון יהיה לבסוף המחוקק.[187]

העברת בחירת ההסדר הספציפי לרשויות האחרות תוך השעיית הכרזת הבטלות אינה מבוססת רק על ההכרה בתפקיד השונה של בית המשפט לעומת תפקידן של הרשויות האחרות, אלא גם על הבנת הקושי לגבש הסדר חליפי באמצעות בית המשפט עצמו והיתרון שיש בהפקדת עניין זה בידי המחוקק. כך, למשל, במשפט הקנדי נומקה השעיית הכרזת הבטלות בכך שעדיף שההסדר ייקבע על ידי רשות שלפניה יוכלו לבוא בעלי אינטרסים שונים וקבוצות שונות ולהציג את טענותיהם באופן שיאפשר ניהולו של דיון רב פנים ומגוון יותר;[188] או באמצעות גוף שיש לו ראייה רחבה יותר של מכלול האינטרסים והבעיות מראיית בית המשפט הדן אך בתיקים המובאים לפניו.[189]

מדויק ורצוף של התקנות ככל שתהיינה בתוקף במהלך תקופת ההשעיה, ושל הוראות הסדר חקיקתי שיבוא במקומן". ראו שם, בעמ' 262-264.

183. במישור החקיקה מדובר אכן במרחב התמרון החקיקתי (margin of appreciation). ראו, למשל, ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), בעמ' 439-497; בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), בעמ' 386-389; בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1) 235 (להלן: בג"ץ **מנחם**), בעמ' 280; עע"מ 4436/02 **תשעים הכדורים – מפעדה נ' עיריית חיפה**, פ"ד נח(3) 782 (להלן: עע"מ **תשעים הכדורים**) בעמ' 811-813.

184. ראו אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית** (הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, נבו, 2004), 350-351.

185. ראו בג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9).

186. ראו בג"ץ **מרעב** (לעיל, הערה 10).

187. ראו פרשת *Eldridge* (לעיל, הערה 128).

188. ראו שם וכן ראו פרשת *Corbiere* (לעיל, הערה 125).

189. ראו פרשת *M. v. H.* (לעיל, הערה 131); כן ראו Roach (לעיל, הערה 139), בעמ' 220. בפסק

ניתן להקשות, מה יש באינטרסים ובהצדקות האמורים כדי להביא דווקא להשעיית הכרזת הבטלות? ברוב המקרים אין בביטול ההסדר הקיים משום קביעה של הסדר חלופי אחר, וממילא המחוקק או הרשות המבצעת הם שיידרשו לקביעת הסדר חלופי אחר, אם ירצו בכך. מכאן, שכל הטעמים הקשורים בהפרדת הרשויות ובהבטחתו של הליך חקיקה פלורליסטי ורחב מבט יוגשמו לכאורה גם אם הבטלות תיכנס לתוקפה מיד. מדוע אפוא להשעות את הכרזת הבטלות? התשובה על כך היא, כי באמצעות השעיית הכרזת הבטלות מושגות תכליות נוספות המתווספות על התכלית המבקשת להשאיר בידי הרשות המחוקקת או בידי הרשות המבצעת את התווייתו של ההסדר הראוי: ראשית, השעיית הכרזת הבטלות נותנת לרשויות האחרות פרק זמן שבו נותר על כנו הסדר שנראה בעיניהן ראוי בטרם הכריז בית המשפט על בטלותו. ההשעיה מאפשרת אפוא לרשויות האחרות לעסוק בחקיקת נורמה כדין בעוד המצב הקיים נשאר בעינו. ככל שמטרת העברת ההכרעה לרשויות האחרות היא השגת הליך חקיקה ראוי ופלורליסטי, הרי ההשעיה מאפשרת "פסק זמן" שבו ניתן יהיה לפעול תוך שימור המצב הקיים. כניסה מיידית לתוקף של הכרזת הבטלות יכולה לסכל הליך מעין זה, בשל קוצר הזמן והדחיפות למצוא הסדר חלופי. שנית, במישור היחסים בין הרשויות קיים הבדל בין מצב שבו בית המשפט משנה מיד סדרי חוק ותקנות ובין מקרה שבו ניתנת שהות לכניסת הבטלות לתוקף. מנקודת המבט של הדיאלוג בין הרשויות השונות, ובייחוד בשעה שמדובר בביטול של הוראת חוק, הרי יש בהשעיית הכרזת הבטלות משום ריכוך ניכר של האפקט ה"לא קונבנציונלי" שבשימוש בנשק הביטול.[190] אם הרשות האחרת מחוקקת נורמה – חוק או תקנה – בתוך תקופת ההשעיה ולפי פסק הדין, מושגת תוצאה משולשת: הדין הקודם, שנקבע כלא חוקי או כלא חוקתי, מוחלף בדין אחר שהוא חוקי וחוקתי; הכרזת הבטלות כלל לא נכנסת לתוקף, כך שלכאורה בית המשפט לא ביטל אקט חקיקתי או אקוקוטיבי של הרשות האחרת; והשינוי בדין נעשה על ידי הרשויות האחרות ולא על ידי בית המשפט, כלומר הרעיון של שלטון החוק ועליונות החוקה[191] מוגשם לא רק בהכרזה של בית המשפט

דין שניתן באחרונה בישראל סברה דעת המיעוט כי יש לבטל חוק, ששלל רטרואקטיבית מענק לתושבי ירושלים משום שפגע באופן לא מידתי באלו שהסתמכו על המענק. דעת המיעוט סברה בה בעת כי יש להשעות את מועד הכניסה לתוקף של הכרזת הבטלות, בין היתר בשל הקביעה כי דרך זו "אין היא מעמיסה על בית־המשפט משימה שאינה מתאימה לכשירותו המוסדית". ראו בג"ץ 9098/01 **גנים נ' משרד הבינוי והשיכון** (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ **גנים**), פסק דינו של המשנה לנשיא א' מצא. זוהי, אפוא, דוגמא נוספת ליתרון שבהשעית הכרזת הבטלות תחת עיסוק של בית המשפט בהסדר הראוי עצמו.

190. לביטוי זה באותו הקשר ראו דברי השופט י' זמיר בבג"ץ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, פ"ד נ(3) 485 (להלן: בג"ץ **מרכז השלטון המקומי**), בעמ' 495. בשל ריכוך זה שבהשעיית הכרזת הבטלות יש הטוענים, כי בית המשפט יכול להיות אגרסיבי יותר כשהוא משעה את הכרזת הבטלות כיוון שממילא ככל הנראה היא לא תיכנס לתוקף. ראו Sharpe, Swinton and Roach (לעיל, הערה 177), בעמ' 39.

191. לפיתוח הרעיון עצמו ראו אהרן ברק, "שלטון החוק ועליונות החוקה", **מבחר כתבים** (כרך א, חיים ה' כהן ויצחק זמיר – עורכים, נבו, תש"ס), 319.

על אי־החוקתיות ואי־החוקיות אלא בתיקון המצב הקיים לאור פסק הדין, החוק והחוקה – דווקא על ידי הרשויות האחרות. לכך ערך חינוכי ומעשי בלתי מבוטל.

לסיכום נקודה זו, השעיית הכרזת הבטלות יכולה להתבצע גם במקרים שבהם בית המשפט סבור כי ראוי שהרשויות האחרות תיתנה דעתן על המצב הראוי, בצורה מסודרת ותוך קיום דיון מקיף. שיקול זה חשוב לעתים דיו כדי לגבור – בשעת איזון השיקולים – על העובדה שבעל הדין זכה בתביעתו ושהמצב שבו הרשות נוהגת שלא כדין נותר על כנו.

2. השעיית הכרזת הבטלות – שיקולים נגד

(א) פגיעה בשלטון החוק ובעליונות החוקה

דומה כי אין חולק על כך שהקושי המרכזי בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות הנו הפגיעה בשלטון החוק ובעליונות החוקה. בית המשפט דן בתיק המובא לפניו וקובע כי מעשה הרשות אינו כדין, אם משום שנגד הוראות חוק[192] וחמור מכך, משום שנגד את הוראות החוקה.[193] במקום לבטל את מעשה הרשות הפגום על אתר משאירו בית המשפט בתוקף לתקופה נוספת. במצב דברים זה נוצר פער בין הקביעה הנורמטיבית החריפה ובין הסעד, שיש בו כדי למתנה ולרכיכה. בתי משפט המשעים הכרזות בטלות ערים לקושי זה, ולרוב מציינים הם כי אמנם מדובר בעניין רציני ובצעד חריג ומיוחד.[194] אולם בכך אין כדי לשנות את העובדה כי בסופו של דבר מדובר במתן "מגן" שיפוטי להפרה נמשכת של הדין על ידי הרשות. זאת ועוד: הרשות זוכה למעין תקופת חסינות שבמהלכה היא יכולה לנהוג שלא כדין בלי שניתן יהיה להעמיד את פעולתה במבחן שיפוטי או לבטלה.[195] ניתן לטעון כי למעט מקרים ברורים של קטסטרופה ציבורית ממדרגה ראשונה – כמו ביטול כל החקיקה[196] או מעמד משפטי של עיר[197] – אין הצדקה להשעיה של הכרזות בטלות. עקרון שלטון החוק ועליונות החוקה מחייבים מתן סעד אפקטיבי מיידי כנגד כל מעשה שלא כדין

---

192. ראו ע"א **הבורסה לניירות ערך** (לעיל, הערה 44); בג"ץ **עיריית קריית גת** (לעיל, הערה 21). לעניין זה "הוראות חוק" פירושן כמובן גם כללי המשפט המנהלי ועקרונות חוקתיים בלתי כתובים כמו, למשל, בג"ץ **פורז** (לעיל, הערה 2), לעניין הסתירה לעקרון היסוד החוקתי בדבר מעמדה של הכנסת כרשות מחוקקת; בג"ץ **הסתדרות העובדים החדשה** (לעיל, הערה 36), לעניין האיסור למנות מינויים פוליטיים.

193. בג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9), לעניין פגיעה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), לעניין פגיעה בחוק־יסוד: חופש העיסוק.

194. ראו, למשל, בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), בעמ' 416; בג"ץ **רובינשטיין III** (לעיל, הערה 57).

195. הכוונה לביטול ההוראה עצמה שכן כבר קיים מעשה בית דין בנדון. שאלה נפרדת, שהתעוררה במשפט הקנדי, היא אם ניתן לפנות לבתי משפט בטענות קונקרטיות על הפרות חוקתיות בפעולת הרשות על יסוד הנורמה שבוטלה. לדיון בעניין זה, תוך המלצה כי אפשרות זו תוכר ותפותח, ראו Roach (לעיל, הערה 139), בעמ' 247-258.

196. פרשת *Manitoba* (לעיל, הערה 112).

197. פרשת *Sinclair* (לעיל, הערה 114).

ובמיוחד כנגד מעשה הנוגד את החוקה. בית המשפט קבע כי הדין הופר וכי דין ההפרה הוא בטלות. שלטון החוק ועליונות החוקה בבית המשפט מחייבים כי ההפרה לא תימשך לאחר פסק הדין, בוודאי לא בשל נימוקים שלא ניתן לקבוע מראש כי הם חשובים יותר ועולים על עקרון שלטון החוק, כגון הסתמכות של צדדים שלישיים[198] או מתן זמן למחוקק לקיים הליך חקיקה פלורליסטי.[199]

(ב) הפגיעה בפרט ובזכויות היסוד שלו

הפרה מתמשכת של הדין – לנוכח החלטת בית המשפט שהשעה את כניסתה לתוקף של הכרזת הבטלות – יכולה לפגוע לא רק בערך העליון של שלטון החוק ועליונות החוקה אלא גם בערכים ובתכליות הספציפיים המוגנים באמצעות הוראת הדין שהופרה. כך, למשל, אין עוד חולק על כך שיש פגיעה בזכות היסוד של הפרט לחירות כשחייל מוחזק במעצר 96 שעות ולא מובא לפני שופט כעבור 48 שעות. פגיעה זו נמשכת לאחר מתן פסק הדין משום שבית המשפט השעה את הכניסה לתוקף של הכרזת הבטלות למשך שישה חודשים.[200] גם בחירותו של עציר שלא נחקר במשך ארבעה ימים לאחר מעצרו ושלא מובא לפני שופט אלא כעבור שנים עשר יום מעת מעצרו יש פגיעה קשה. פגיעה זו נותרת על כנה כאשר בית המשפט משעה את תוקפה של הכרזת הבטלות למשך שישה חודשים.[201] הוא הדין לעניין מי שזוכה במשפטו בשל הגנת אי־שפיות ונעצר מיד לתקופה שבין 30 ל-60 יום הגם שאין הדבר מידתי, והכול בגלל החלטת בית המשפט להשעות את פסק הדין לשישה חודשים.[202] תיתכן טענה, כי ספק אם פגיעה מעין זו בזכויות היסוד של הפרט יכולה להיות מוצדקת כאשר הטעם הוא מתן שהות בידי המחוקק או הרשות המבצעת לפתור את הסוגיה ולדון בה בכובד ראש, או שיקולים הקשורים בקשיים לוגיסטיים וטכניים אחרים. שהרי לו הייתה הרשות טוענת לפני בית המשפט כי קשיים טכניים הם העומדים ביסוד הוראת הדין שבוטלה, סביר להניח כי בית המשפט לא היה מוצא בכך יסוד מספיק לקבוע כי הדין עצמו תקף.[203] אם כך הדבר, מדוע יהא בשיקולים אלו כדי להותיר את המצב על כנו בתקופת ההשעיה? כך כאשר הדבר נוגע להפרת חוק שאינה קשורה לזכויות היסוד של הפרט; כך בייחוד כאשר על הכף עומדת פגיעה חמורה בזכויות היסוד של הפרט. על כך ניתן להוסיף, כי הרשות הרלוונטית ידעה כי ההליך תלוי ועומד וממילא ידעה כי ייתכן שהדין ייפסק נגדה

198. ראו לעיל סעיף 1(ד) לפרק זה.
199. ראו לעיל סעיף 1(ז) לפרק זה.
200. בג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9).
201. בג"ץ **מרעב** (לעיל, הערה 10).
202. פרשת *Swain* (לעיל, הערה 117).
203. כך היה בבג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9), שם קבע בית המשפט, כי אין בקושי הלוגיסטי כדי להצדיק את משך המעצר הארוך בטרם הבאה לפני שופט (שם, בעמ' 281-282) וכך גם בבג"ץ **מרעב** (לעיל, הערה 10), שם נקבע כי אין במחסור בשופטים צבאיים או בחוקרים כדי להצדיק תקופות כה ממושכות של מעצר בלא חקירה ובלא ביקורת שיפוטית. ראו שם, בעמ' 383-384.

וממילא יכולה הייתה להיערך למצב שנוצר.[204] בדומה, פגיעה בזכויות היסוד של הפרט אינה יכולה להיות מוצדקת – באמצעות השעיית הכרזת הבטלות – אם הטעם לה הוא הסתמכות צדדים שלישיים. ניתן לטעון כי הסתמכות על מצב דברים שאינו חוקי בדרך כלל אינה מתקיימת. הלכה למעשה לא נוצרת ציפייה של ממש וגם אם היא מתקיימת, אין ליתן לה לגיטימיות באמצעות השעיה של הכרזת הבטלות.[205] בוודאי אין ליתן לה משקל לעומת פגיעה נמשכת בזכויות היסוד של הפרט. סיכומו של טיעון זה הוא, כי אימוץ הדוקטרינה של השעיית הכרזת הבטלות יכול להביא לידי מצב שבו קיימות במשפט החוקתי "זכויות ללא סעד".[206] מצב זה אינו רצוי, לא באופן קבוע אך גם לא באופן זמני.

(ג) אין מקום להתחשב בשיקול הדעת של רשויות אחרות

הקושי הנעוץ בהשעיית הכרזת הבטלות, על פי טיעון זה, אינו רק הפגיעה המתמשכת בשלטון החוק ובעליונות החוקה, אלא היעדר הצדקה של ממש ליתן שהות למחוקק או לרשות המבצעת להסדיר את הסוגיה. אם אכן מדובר במצב שבו עלולים להיווצר "חלל חקיקתי" או פגיעה מיידית באינטרס ציבורי ממשי, ניתן אולי להצדיק השעיה מסוימת של הכרזת הבטלות, אולם השעיה מעין זו אינה יכולה להיות מוצדקת בטעמים "אסטרטגיים" הקשורים להפרדת הרשויות. בכל מצב של בטלות מעשה הרשות מוחזר העניין לאותה רשות. היא יכולה לתקן את הדין או להשאיר את המצב על כנו לאחר הביטול. זהו דבר יום ביומו בכל עתירה המתקבלת כנגד רשות. העובדה כי מדובר בעניינים סבוכים או בעלי חשיבות ציבורית אינה יכולה לשמש גורם בלעדי להשעיית הכרזת הבטלות, שכן במקרים רבים מאוד מבוטלת מדיניות ממשלתית או מפורש סעיף חוק באופן שיש לו השלכה רחבה מאוד ואין בית המשפט נוהג להשעות את תוקף פסק דינו.[207] במצבים אלו המחוקק נדרש

---

204. כך נקבע בבקשת הארכה הרביעית בבג"ץ **רובינשטיין** לעניין היערכות הצבא לקראת השינוי במדיניות הגיוס, אם כי יש לציין כי במקרה זה דובר בהיערכות שלאחר פסק הדין, בתקופת ההשעיה של ההסדר שבוטל. ראו בג"ץ **רובינשטיין IV** (לעיל, הערה 61), בעמ' 264.

205. ראו בג"ץ **עיריית קריית גת** (לעיל, הערה 21), בעמ' 846 (השופט א' מצא). ראו עוד והשוו, דפנה ברק-ארז, "הגנת הציפייה במשפט המנהלי", **עיוני משפט** כז (תשס"ג) 209, בעמ' 252-251.

206. ראו: Raymond L. MacCallum, "The Rule of Schachter: Rights Without Remedies", *The Charter at Twenty* (Debra M. McAllister and Adam M. Dodek – eds., Ontario Bar Association, 2002) 321, p. 326.

207. בעניין זה קיימות דוגמאות רבות מאוד. אביא רק מקצת מהן: ראו, למשל, ע"א 140/00 **עזבון המנוח אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ**, פ"ד נח(4) 486, שם שונתה הלכת "השנים האבודות" בדיני הנזיקין; בג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25, שם בוטל הסדר הפיצויים בגין קרקעות הקיבוצים והמושבים; בג"ץ **הועד הציבורי נגד עינויים** (לעיל, הערה 12), שם נקבע כי שיטות חקירה של שירות הביטחון הכללי אינן חוקיות.

לא פעם לפעולה מהירה, והוא עושה כן לעתים בזמן קצר ביותר.[208] מהי ההצדקה המיוחדת אפוא להשעיית תוקפה של הכרזת הבטלות במובן זה של מתן זמן ושהות למחוקק או לרשות המבצעת לשקול את העניין והשלכותיו ולבחור באמצעי המתאים?

(ד) פגיעה בהפרדת הרשויות

להשעיית הכרזת הבטלות על ידי בית המשפט יש משמעות מעשית שאין להתעלם ממנה: בית המשפט הופך לשותף בגיבושו של ההסדר החדש. במקום שבית המשפט יכריע בסכסוך שהובא לפניו ויקבע אם פעולת הרשות הייתה כדין אם לאו, בית המשפט קובע שהות לתיקון ההפרה תוך תחימה של גבולות החוקיות או החוקתיות של ההסדר. שותפות זו, כשהיא לעצמה, אינה בעייתית ככל שנכון לראות את בית המשפט כשותף זוטר להליך החקיקה,[209] אולם היא עלולה לגרור את בית המשפט למעורבות יתר בהליך החקיקה עד כדי חשש להיגררות לנבכי ההליך הפוליטי. חשש זה יכול להתעורר בשני מצבים טיפוסיים – כאשר המחוקק מבקש להשתמש בבית המשפט לצרכיו שלו, ולחלופין כאשר בית המשפט בוחר מנימוקים שונים להיות מעורב יותר בהליך ההסדרה. להלן אעמוד על המצבים הללו ביתר פירוט.

ראשית, קיימים מקרים שבהם המחוקק מערב את בית המשפט בהליכי החקיקה עצמם. כך, למשל, בבג"ץ **מנהלי ההשקעות**[210] נדרש בית המשפט לדון בשאלת המשמעות של פניית שר האוצר וראש הרשות לניירות ערך ליושב ראש ועדת הכספים כדי לזרז את הטיפול בחוק, וכל זאת לשם הארכת תקופת ההשעיה. בבג"ץ **רובינשטיין**[211] נדרש בית המשפט, בדיון בבקשות לארכות, לדון בשלבים מפורטים עוד יותר של מנגנון החקיקה ולתת להם משקל – מינוי ועדה מטעם הממשלה, גיבוש המלצות הוועדה, אימוץ המלצות הוועדה, גיבוש תזכיר חוק, אישורו בוועדת השרים, העברתו לקריאה ראשונה, והעברתו לוועדה מיוחדת שהוקמה על ידי ועדת הכנסת לשם דיון בחוק ואף פיצולו לשני חוקים נפרדים. משמעותם של הליכים אלו היא שבית המשפט צריך להחליט בשאלה אם המחוקק והממשלה משתדלים דים למלא את פסק דינו של בית המשפט וממילא ליטול חלק פעיל בהנעת הליך החקיקה. דוגמה אפשרית אחרת למעורבות בית המשפט היא מקרים שבהם בית המשפט נותן הוראות מדויקות באשר לפעולת הרשות ולדרך שבה יתוקן המצב הקיים בחקיקה, בתקופת ההשעיה.[212] החשש בהקשר זה הוא כפול: מעורבות יתר של בית המשפט

---

208. סקירה מאלפת בעניין זה ניתן למצוא בפסק דינו של השופט מ' חשין בבג"ץ **פריצקי** (לעיל, הערה 24), בעמ' 799-803.

209. ראו אהרן ברק, "על שיקול הדעת של שופט בית־המשפט העליון", **מבחר כתבים** (כרך א, חיים ה' כהן ויצחק זמיר – עורכים, נבו, תש"ס), 937, בעמ' 941; ברק (לעיל, הערה 184), בעמ' 376.

210. לעיל, הערה 6.

211. לעיל, הערה 2.

212. ראו והשוו בג"ץ **נח** (לעיל, הערה 1), שם נתן בית המשפט הוראות מפורטות בעניין תפקיד

יכולה לפגוע בהפרדת הרשויות ובאיזון הטמון בה, שכן בית המשפט נהפך לפחות ופחות "זוטר" בהקשר זה; וחשוב מכך – קיים חשש כי בית המשפט ייגרר למחלוקות פוליטיות שונות על אודות הליך החקיקה המוצע ויידרש להתערב בו – בעקיפין – בייחוד בדיון בבקשות הארכה של תקופת ההשעיה שקבע.[213]

שנית, הפגיעה בהפרדת הרשויות יכולה להתבטא גם בעצם קביעת תקופת ההשעיה ויכולה להיטען הטענה כי בית המשפט מתערב כך, שלא לצורך, בעבודת הרשויות האחרות ובייחוד בעבודת המחוקק. קביעה, למשל, כי על המחוקק להסדיר עניין מסוים בתוך שישה חודשים או שנה מחייבת את המחוקק להתארגן ולחוקק בתוך מועד זה, כדי למנוע את כניסת הכרזת הבטלות לתוקף, אולם למחוקק ישנם אילוציו הפנימיים והפוליטיים שלו ולא ברור אם בעיניו עדיפה ההשעיה מהצהרת בטלות מיידית.[214] באופן פרדוקסלי יכולה אפוא ההשעיה, שתכליתה לכבד את המחוקק, להיתפס בעיניו דווקא כחוסר כבוד – בשעה שבית המשפט מכתיב לו לוח זמנים לשם השלמת החקיקה תוך ריחופה באוויר של הכרזת בטלות "צפה", שעלולה להתגבש בהיעדר פעולה של המחוקק.

(ה) שחיקת מעמדו של בית המשפט וזילות בוחו

בשימוש בהשעיית הכרזת הבטלות טמון לא רק הסיכון שבית המשפט ייגרר בעל כורחו להליך החקיקה עצמו, אלא גם חשש מזילות בית המשפט עצמו. בית המשפט קובע תקופה שבה מושעית הכרזת הבטלות. בסוף התקופה, ובהיעדר חקיקה אחרת, נכנסת הכרזת הבטלות לתוקפה, אולם לעתים נדרש בית המשפט להאריך את משך ההשעיה. הניסיון בהקשר זה מן הדין בישראל מעורר ספקות לא מעטים באשר להשלכותיו. בבג"ץ **מנחלי ההשקעות** האריך בית המשפט, כאמור, את ההשעיה פעמיים, כשבשתיהן הוגשה בקשת הארכה יום אחד בלבד לפני תום תקופת ההשעיה. אין חולק כי בכך הועמד בית המשפט לפני מצב מורכב, כשנדרש להחליט בתוך יום אחד אם לבטל מיד את החוק (באמצעות אי־הארכת ההשעיה) או להאריך ההשעיה בתקופה נוספת.[215] בעייתית עוד יותר היא

מחוקק המשנה בתקופת הביניים (בעמ' 246 לפסק הדין). להוראות עצמן, ראו הערה 182, לעיל.

213. כך קרה למעשה באחת מבקשות הארכה בבג"ץ **רובינשטיין** בשעה שחברי כנסת ממפלגות חרדיות טענו, כי הם לא היו צד להליך המקורי וביקשו בשל כך כי תינתן ארכה נוספת של ההשעיה כדי שיוכלו לקדם את הליך החוק. ראו בג"ץ **רובינשטיין IV** (לעיל, הערה 61), בעמ' 261-262.

214. ראו Roach (לעיל, הערה 139), בעמ' 223-224. לדוגמה ממשית לחשש זה ראו בג"ץ 10253/04 **העמותה לקידום הפיזיותרפיה בישראל נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם). במקרה זה נקבעה השעיה של שישה חודשים לשם תיקון החוק, אולם הרשות ראתה כי לא תספיק לתקן את החוק כנדרש ולכן החליטה לבחור בדרך מהירה יותר לתיקון החוק, דרך שלא הייתה מקובלת על העותרים. בית המשפט לא מצא לנכון להתערב בדרך תיקון החוק שבה בחר המחוקק.

215. בית המשפט הביע מורת רוח מהגשת הבקשות במועד כה מאוחר וחייב בפעם השנייה את

השתלשלות העניינים בבג״ץ **רובינשטיין**.[216] בית המשפט נדרש, כאמור, לדון ארבע פעמים בבקשות הארכה. בכל פעם חזר בית המשפט והדגיש את הקושי הנעוץ בכך שהסדר שנקבע שהוא אינו כדין ממשיך ונוהג. ניכר כי המחוקק פעל בעניין זה בעצלתיים, כפי שציין בית המשפט עצמו. בשעה שהוגשה בקשת הארכה הראשונה הסתבר, כי במחצית השנה הראשונה לאחר פסק הדין לא נעשה דבר.[217] הבקשה השנייה אושרה בשעה שמונתה ועדה על ידי הממשלה, אך בבקשה השלישית ניכר היה כי בית המשפט אינו שבע רצון מן הקצב שבו פועלת הממשלה בעניין זה, תוך שהוא קובע כי מדובר במקרה מיוחד ויוצא דופן וכי הוא מקווה כי בכך תבוא ״פרשת ההשעיות״, כדברי בית המשפט,[218] לקצה. בדחותו את הבקשה הרביעית למתן ארכה ניכר היה כי פקעה סבלנותו של בית המשפט כלפי המחוקק והממשלה, תוך שנקבע כי בית המשפט אינו אמור ללוות את הליך החקיקה וכי היעתרות בנסיבות אלו לארכה בפעם הרביעית לא תמנע הגשת בקשה ״חמישית, שישית ושביעית״.[219] ההשעיה לא הוארכה והמחוקק החליט להאריך את ההשעיה באמצעות חוק שלחוקתיותו נדרש בית המשפט. אכן, מצב דברים זה אינו תקין, וזאת בלשון המעטה. למעשה חלפו שלוש שנים[220] למן מתן פסק הדין העיקרי בבג״ץ **רובינשטיין**[221] וההסדר שנקבע כלא חוקי נותר על כנו, תוך גרירת בית המשפט להליכי החקיקה, כשלבסוף האריך חוק את תקופת ההשעיה.[222] קשה להשתחרר מן הרושם כי המחוקק לא עשה כל שביכולתו כדי לחוקק חוק בעניין זה בהקדם האפשרי, כפי שהיה מתבקש מתקופת ההשעיה הראשונית שקבע בית המשפט, שעמדה על שנים עשר חודשים.[223] החשש הוא אפוא כי שלטון החוק ומעמדו של בית המשפט עלולים לצאת נפסדים ממהלך של השעיית הכרזת הבטלות. יתרה מזו, קיים חשש כי במרוצת הזמן יסברו המחוקק והממשלה כי אל להם לחשוש מדיון משפטי בחוקיות פעולותיהם וחוקתיותן,[224] שכן גם אם המדיניות תוכרז כבלתי חוקית או בלתי חוקתית ישעה בית המשפט את הכרזת הבטלות, ולאחר מכן יאריך את תקופת ההשעיה שוב ושוב, ובינתיים תימשך הפעילות הפסולה תוך כדי הענקת סוג של לגיטימציה – הלכה למעשה – לפעילות השלטון למרות אי־חוקיותה.

מגישתן – המדינה – בתשלום הוצאות בסך 10,000 ₪ לטובת המשיבים. ראו בג״ץ 1715/97 **שר האוצר נ׳ לשכת מנהלי ההשקעות בישראל** (לעיל, הערה 83).

216. לעיל, הערה 2.

217. ראו בג״ץ **רובינשטיין II** (לעיל, הערה 52), בעמ׳ 246.

218. ראו בג״ץ **רובינשטיין III** (לעיל, הערה 57), בעמ׳ 254.

219. ראו בג״ץ **רובינשטיין IV** (לעיל, הערה 61), בעמ׳ 263.

220. ראו הפירוט של צירוף התקופות השונות המובא בבג״ץ **רסלר** (לעיל, הערה 68), בעמ׳ 715.

221. לעיל, הערה 2.

222. ראו לעיל, הערה 67.

223. בג״ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2), בעמ׳ 531.

224. **ראו:** Vinay Shandal, "Combining Remedies under Section 24 of the Charter and Section 52 of the Constitution Act, 1982: A Discretionary Approach", 61 *U. Toronto Fac. L. Rev.* (2003) 175, p. 193.

(ו) קשיים מעשיים בהפעלת השעיית הכרזת הבטלות

גם אם השעיית הכרזת הבטלות מוצדקת כשהיא לעצמה, קיים קושי להפעילה. לא פעם קבע בית המשפט כי משך ההשעיה שיש לקבוע צריך שיהיה "סביר".[225] אולם מהו זמן סביר זה הנחוץ לשם התארגנות המחוקק או הממשלה – אם לשינוי המצב בפועל ואם לשם קבלת נורמה אחרת שתהא כדין? האם למחוקק נדרשים שלושה שבועות,[226] שלושה חודשים,[227] שישה חודשים[228] או שמא שנים עשר חודשים?[229] הקושי בעניין זה אינו נובע רק מהבעייתיות שבהערכת מורכבות הסוגיה ומשך הזמן הנחוץ כדי להחליט בה, בייחוד בשעה שמדובר בהליך פוליטי ולא מקצועי גרידא,[230] אלא נעוץ במשמעות של טעות של ממש בקציבת משך ההשעיה: אם מדובר בתקופה ארוכה מדי, הרי הרשויות האחרות ייטו שלא למהר ולתקן את המצב ובכך עלול בית המשפט להיגרר לצורך להכריע בבקשות הארכה.[231] אם מדובר בתקופה קצרה מדי, עלול הזמן שלא להספיק ואז עלולה השעיית הכרזת הבטלות שלא לאפשר חקיקה נאותה, או ששוב יידרש בית המשפט להכריע בבקשות למתן ארכה ויצא שכר השימוש בכלי זה בהפסדו.[232]

(ז) פגיעה לא מוצדקת בצדדים להליך עצמו

לבסוף, יש מקום לטענה כי השעיית הכרזת הבטלות פוגעת שלא לצורך בצדדים להליך עצמו. יש לזכור כי בעלי הדין טרחו והשקיעו זמן רב ולרוב גם ממון רב בהבאת העניין לערכאות, ולעתים נמשכו הדיונים שנים רבות ולפני ערכאות מספר. רעיון בסיסי של עשיית צדק לבעל הדין ומושכלות יסוד של ההליך הדיוני מביאים לכלל מסקנה כי ראוי להחיל מיד את פסק הדין לפחות על בעל הדין עצמו ולזכותו מיד בסעד.[233] כך מתבקש לא רק במישור הצדק כפשוטו, אלא גם כדי לעודד פנייה לאכיפה של הדין על השלטון,

---

225. ראו בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), בעמ' 416; בג"ץ **הסתדרות העובדים החדשה** (לעיל, הערה 36), בעמ' 234; בג"ץ **עדאללה** (לעיל, הערה 156), בעמ' 419.

226. כפי שנקבעה תקופת ההשעיה בבג"ץ **פורז** (לעיל, הערה 2).

227. כפי שנקבעה תקופת ההשעיה בבג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6).

228. כפי שנקבעה תקופת ההשעיה בבג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9).

229. כפי שנקבעה תקופת ההשעיה בבג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2).

230. והשתלשלות העניינים בבג"ץ **רובינשטיין I**, שם, על הארכות השונות, תוכיח.

231. ייתכן שזה היה מצב הדברים בשעה שנקצבה למחוקק שנה להסדיר את הבעיה שבבג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2), כפי שעלה מן העובדה שבמשך חצי שנה לאחר מתן פסק הדין לא נעשה דבר. ראו בג"ץ **רובינשטיין II** (לעיל, הערה 52), בעמ' 245. השופט א' מצא בבג"ץ **רסלר** (לעיל, הערה 68), ציין במפורש כי ככל הנראה ההערכה כי שנה תספיק למחוקק לשם גיבוש ההסדר לא הייתה נכונה. ראו שם, בעמ' 714-715.

232. ראו Roach (לעיל, הערה 139), בעמ' 242-243.

233. שם, בעמ' 242; בג"ץ **גניס** (לעיל, הערה 189), שם התייחס השופט מ' חשין לכוונתה של דעת המיעוט להשעות את כניסתה לתוקף של הכרזת הבטלות. התייחסות זו באה על רקע הפתרון שהתקבל על דעת הרוב, לפיו ניתן לפרש את החוק באופן שימנע תוצאה לא חוקתית

באמצעות עידוד הפנייה של הפרט לבתי המשפט.[234] ההשעיה של הכרזת הבטלות מרפה במידת מה את ידי המבקשים לנקוט הליכים נגד הרשות[235] ותוצאתה עלולה להיות – במובן זה – פגיעה בשלטון החוק בהיעדר אכיפה יעילה שלו. לא זו אף זו: עצם ההשעיה עלולה לגרום לפרט נזק, שכן משמעותה היא לא פעם כי המחוקק או הממשלה יחלו מחדש בכל הליך ההסדרה, ולשם כך יהיה צורך בקיום מנגנון שלם שיגיש ניירות עמדה וייצג את עמדת הנפגעים לפני הרשויות השונות. כשמדובר בקבוצות חלשות, שעצם הגישה לבית המשפט וניהול ההליך קשה עבורן במיוחד, הדרישה לקדם הליך חקיקה או מדיניות ממשלה לאור החלטת בית המשפט בעייתית עבורן מאוד.[236] לבסוף, בהשעיית הכרזת הבטלות יש משום אי־ודאות לעותרים. אין הם יודעים אם הדין יתוקן לבסוף אם לאו, וממילא מצבם המשפטי והמציאות שבה הם חיים נותרים בלתי ברורים.[237]

3. סיכום ביניים

ניתן לסכם דיון זה בקביעה כי לכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות יש אמנם יתרונות ניכרים אך גם חסרונות שאין להתעלם מהם. מדובר בכלי שנעשה בו שימוש בפועל, אולם יש להיות ערים לתועלת שבו כמו גם למחיר הגלום בו. השאלות שעליהן נותר להשיב, לדעתי, הן אלו: ראשית, האם במאזן הכולל של סך היתרונות והחסרונות, עדיף השימוש בכלי זה של השעיית הכרזת הבטלות מאי־שימוש בו וכניסה מיידית לתוקף של הכרזת הבטלות? שנית, אם אכן ראוי לעשות לעתים שימוש בהשעיית הכרזת הבטלות, מהי הדרך העדיפה לעשות כן בהתחשב ביתרונות ובחסרונות הגלומים בה? למתן מענה על שאלות אלו אעבור עתה.

ובה בעת ייתן סעד לעותרים מיד ובלא השעיה. השופט חשין ציין, בנוגע לאפשרות השעיית הכרזת הבטלות, כי "משעה שהגיע חברי לכלל מסקנה כי אותם פלונים שהסתמכו על התחייבות המדינה והכניסו עצמם להוצאות יתירות, זכאים לבוא אל־שלהם, מה הצדק ימצא לנו שלא לזכותם – ולאלתר – במבוקשם? השאלה שאלה והתשובה בה" (ראו שם, פסקה 36 לפסק דינו של השופט חשין).

234. לרעיון של אכיפה פרטית במובן דומה ראו, למשל, רע"א 3126/00 **מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ**, פ"ד נז(3) 220, בעמ' 287-288. רעיון זה של אכיפת הדין באמצעות הפרט מונח גם, במידת מה, ביסוד דיני המעמד בדין. ראו והשוו ברק (לעיל, הערה 184), בעמ' 287-288.

235. ראו MacCallum (לעיל, הערה 206), בעמ' 326.

236. ראו Roach (לעיל, הערה 139), בעמ' 224-225. ודוק: ניתן לטעון כי העלות והטרחה תיפול על כתפי העותרים גם אם החוק יבוטל מיד והמחוקק ימצא לנכון לחוקק הסדר אחר. אולם יש לזכור כי במצב דברים זה עד לחקיקת ההסדר החדש ייהנו העותרים ממצב שבו החוק הפוגע כלל אינו בתוקף, וספק גם אם המחוקק יזדרז להסדיר את הסוגיה. במקרה שבו הכרזת הבטלות מושעית, יוצאים העותרים במידת מה "קירחים מכאן ומכאן", שכן מבוקשם אינו ניתן להם מיד ועליהם להיות גם שותפים להליך החקיקה מחדש.

237. ראו, למשל, המקרה שנדון בבג"ץ 5087/94 **זברו נ' שר הבריאות** (לא פורסם).

ה. השעיית הכרזת הבטלות – בעד או נגד?

1. האם ראוי להמשיך לעשות שימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות?
הקושי העיקרי בעצם השימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות נעוץ בעובדה שאף שנקבע כי מעשה הרשות אינו כדין, הוא עומד על כנו בשל אינטרסים מסוימים הנתפסים כחשובים יותר – סדר ציבורי, הסתמכות של צדדים שלישיים, מתן הזדמנות למחוקק וכיוצא באלה. קושי זה מחמיר והולך כאשר אי־החוקיות שבמעשה הרשות פירושו פגיעה בזכויות אדם, הנמשכת גם בתקופת ההשעיה בשל אינטרסים נוגדים אחרים. למרות קושי זה, דעתי היא כי מדובר בכלי חשוב ואף הכרחי, שיש לו בסיס מעשי ותאורטי משכנע. הכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות טומן בחובו בעיות שיש ליתן עליהן את הדעת, אולם יש בו חשיבות בייחוד בשיטת המשפט הישראלית ועל כן ראוי להמשיך ולהשתמש בו, במקרים המתאימים. מהו היסוד למסקנה זו?

(א) השעיית הכרזת הבטלות – הבסיס המעשי
כאמור, חלק מן הטעמים לשימוש בכלי של השעיית הכרזת הבטלות היו בעלי אופי מעשי מובהק. המרכזי שבהם היה הסבתו של נזק מיידי לאינטרס ציבורי חשוב בשל אי־השעיית הכרזת הבטלות. אמת, המקרים שבהם נזק כזה ייגרם, בלי שהרשויות האחרות תוכלנה למנוע אותו באמצעות פעולה מהירה של חיקוק נורמה חדשה במקום זו שבוטלה, אינם רבים. אין זה מפתיע אפוא שהשעיית הכרזת הבטלות היא כלי שהשימוש בו הוא נדיר למדי ויוצא דופן. ברוב המכריע של המקרים ברור כי לפסק הדין של בית המשפט, בעל התחילה המיידית, תהיה השלכה רחבת היקף, אולם למרות זאת אין צורך בהשעיה. בה בעת, חייבים להכיר בכך שקיימים מקרים מיוחדים שבהם הציפייה כי הנושא יוסדר מיד לאחר מתן הכרזת הבטלות אינה ריאלית, בעיקר בשל מורכבות העניין. הרשות אמנם יכולה להניח כי ייתכן שמדיניותה תוכרז כלא חוקית או לא חוקתית, אולם ספק אם ראוי לדרוש ממנה להכין תשתית חוקית אלטרנטיבית כל אימת שהליך מנוהל נגדה, מה גם שלא ברור מראש מה יהיה היסוד להכרעתו של בית המשפט בסופו של דבר. באותם מצבים של "תוהו ובוהו" שלטוני, של "חלל חקיקתי" של ממש, נראה כי לפחות מן הבחינה המעשית היצמדות לכלל שהסעד יינתן מיד יכולה לעלות כדי חוסר אחריות של היושבים בדין. בית המשפט אינו יושב במגדל שן.[238] קיומו מבוסס על אמון הציבור בו[239] ועל יכולתו לשמש גשר בין המשפט למציאות.[240] התעלמות מוחלטת מהשלכת פסק דין, שיש בו הכרזת בטלות

238. ליתר דיוק, הביטוי הנפוץ הוא כי השופט יושב במגדל שן הנמצא בהרי ירושלים. ראו, למשל, בג"ץ 265/87 **ברספורד נ' משרד הפנים**, פ"ד מג(4) 793, בעמ' 847-848.

239. ראו ברק (לעיל, הערה 184), בעמ' 49-54 והאסמכתאות שם.

240. ראו: Aharon Barak, "Forward: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy", 116 *Harv. L. Rev.* (2002) 16, pp. 28-36.

הגורמת נזק מיידי וניכר לאינטרס ציבורי חשוב, אינה ראויה ועל כן אינה רצויה.[241] ספק גם אם התעלמות זו היא מוצדקת, בשעה שגם האינטרס הציבורי או זכותו של הפרט הנפגע מתחולה מיידית של פסק הדין יכולים להיות בפני עצמם אינטרסים חוקתיים חשובים, וממילא אין לקבוע מראש כי כניסה מיידית של הכרזת הבטלות לתוקפה היא הסעד הצודק ביותר ואף החוקתי ביותר.

זאת ועוד: לעתים ההליכים בבית המשפט נמשכים זמן רב בשל טעמים מערכתיים של עומס תיקים, מורכבות הנושא או העובדה שמדובר בהרכב מורחב של שופטים. ניתן להקשות, מדוע בית המשפט יכול להיזקק לזמן ממושך לשם הכרעתו בסוגיה מסוימת, ואילו לרשויות האחרות לא יינתן פרק זמן המתחשב באותם אינטרסים? אמת, כאשר בית המשפט דן בסוגיה מדובר עדיין באי־חוקיות לכאורה ולא בקביעה סופית בפסק דין כי מדובר במעשה לא חוקי, אולם ההנחה כי לעתים נדרש זמן כדי לבחון את הסוגיה אינה פוסחת על בית המשפט. ממילא טבעי וראוי כי במקרים המתאימים תינתן שהות מספקת גם לרשויות האחרות שצריכות ליישם את פסק הדין. מכאן שיש מקרים בהם הגשמה ראויה של תפקיד בית המשפט בחברה דמוקרטית מחייב, למרות הקביעה כי הרשות פעלה שלא כדין, לתת שהות מוגדרת לרשות לתקן את מעשה ההפרה מן הטעם המעשי שאי־מתן שהות כזו יגרום נזק מיידי וחמור לאינטרס ציבורי חשוב. יש כמובן חשיבות לשאלה מהו אותו אינטרס ציבורי חשוב, מהי מיידיות הפגיעה ומהי מידת הפגיעה המצדיקים השעיית הכרזת הבטלות, אולם שאלות אלו – שאדון בהן להלן – אינן יכולות לגרוע מן הקביעה הראשונית כי ייתכנו מצבים שבהם יהיה צורך מעשי מובהק בהשעיית הכרזת הבטלות.

נימוק מעשי חשוב נוסף, שאין לו מזור מלבד השימוש בהשעיית הכרזת הבטלות, נעוץ באותם מקרים של בעייתיות בטכניקת החקיקה. למשל, באותן נסיבות שבהן אי־ההשעיה יביא לידי מצב שבו פסק דינו של בית המשפט יבוא לתקן אך יצא מקלקל, ראוי להשעות את הכרזת הבטלות כדי לקיים את פסק הדין עצמו.[242] בלא השעיית הכרזת הבטלות עלולה להתקיים תוצאה, שהגיונה מוטל בספק, של חזרה למצב משפטי קודם הנגוע עוד יותר באי־חוקיות.[243] כזה הוא גם המקרה שבו הביטול יביא לידי פגיעה בזכויותיהם של פרטים שזכותם המהותית כלל אינה שנויה במחלוקת.[244] העולה מן המקובץ הוא, שהשעיית הכרזת הבטלות היא לעתים מחויבת המציאות.

---

241. על כך ניתן להוסיף כי קיים טיעון מעניין, שיש נסיבות בהן דחיית המועד של ביצוע פעולות מסוימות משפרת את ההסכמה החברתית סביבן. החלה של רעיון זה – בשינויים המחויבים – על עניינו יכולה להביא לכלל מסקנה, כי בהשעיית הכרזת הבטלות יכול בית המשפט להשיג לגיטימציה והסכמה רבות יותר להחלטותיו מההסכמה במקרה של הכרזה מיידית על בטלות. ראו והשוו עמרי ידלין ואריאל פורת, "השגת הסכמות חברתיות על־ידי דחיית מועד ביצוען", **עיוני משפט** כז (תשס"ד) 717.
242. ראו לעיל בסעיף 1(ו) לפרק ד.
243. ראו לעיל בסעיף 1(ד) לפרק ד.
244. ראו לעיל בסעיף 1(ה) לפרק ד.

(ב) השעיית הכרזת הבטלות והפרדת הרשויות בישראל

אחד הנימוקים החשובים בעד השימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות הוא הצורך להתחשב במחוקק או בממשלה ולהבטיח שהם יהיו אלו שיגבשו את המדיניות הראויה בסוגיה העומדת לפני בית המשפט. כפי שראינו, נימוק זה הנו נימוק מרכזי הן במשפט הישראלי[245] והן בדין ההשוואתי.[246] אכן, הרעיון הבסיסי שיש לראות בבית המשפט שותף זוטר של המחוקק בהליך החקיקה אינו ייחודי למשפט הישראלי והוא מאפיין במידה רבה את כל שיטות המשפט שצמחו מן המשפט המקובל,[247] אולם נראה כי הוא מקבל חשיבות מיוחדת בדין הישראלי בשל השלב המוקדם יחסית של "המהפכה החוקתית" שבה אנו נתונים.

אחד הניתוחים המעניינים של משמעות המהפכה החוקתית בישראל[248] – שעיקרה הכרה בקיומן של נורמות שיש להן מעמד על־חוקי ובכוחו של בית המשפט לבטל חקיקה רגילה של הכנסת בשל היותה מנוגדת לחקיקת היסוד[249] – הוא זה של פרופ' יואב דותן.[250] דותן מראה כי המעבר של מדינת ישראל מדמוקרטיה פרלמנטרית לדמוקרטיה חוקתית[251] משמעו למעשה הוספת נדבך בדיאלוג שבין בית המשפט ובין רשויות השלטון. לפני המהפכה החוקתית יכול היה בית המשפט לקבוע כי מעשה של הממשלה אינו חוקי. אם המחוקק לא היה שבע רצון מפרשנות זו של הדין, יכול היה המחוקק לקבוע את הדין באמצעות חקיקת חוק של הכנסת. במצב זה בית המשפט יכול היה לפרש את החוק בצורה מסוימת, אך לא לבטלו.[252] אם פרשנות זו לא התקבלה על דעת המחוקק, יכול היה המחוקק

---

245. ראו לעיל בפרק ב.

246. ראו לעיל בפרק ג.

247. ראו אהרן ברק, "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה", **מבחר כתבים** (כרך א, חיים ה' כהן ויצחק זמיר – עורכים, נבו, תש"ס), 41, בעמ' 49; אהרן ברק, **פרשנות תכליתית במשפט** (נבו, תשס"ג), 398.

248. על הביטוי "מהפכה חוקתית" ראו אהרן ברק, "המהפיכה החוקתית", **מבחר כתבים** (כרך א, חיים ה' כהן ויצחק זמיר – עורכים, נבו, תש"ס), 349; אהרן ברק, "החוקה של ישראל: עבר, הווה ועתיד", **מבחר כתבים** (כרך א, חיים ה' כהן ויצחק זמיר – עורכים, נבו, תש"ס) 355, בעמ' 367.

249. הכול כפי שנקבע בע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), וכן בפסקי הדין המאוחרים לו: בג"ץ 1384/98 **אבני נ' ראש הממשלה**, פ"ד נב(5) 206; בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד נז(1) 750.

250. יואב דותן, "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'", **משפטים** כח (תשנ"ז) 149.

251. ראו אהרן ברק, "חמישים שנות משפט בישראל", **מבחר כתבים** (כרך א, חיים ה' כהן ויצחק זמיר – עורכים, נבו, תש"ס), 237, בעמ' 241; למעבר זה ראו גם ירון אזרחי ומרדכי קרמניצר, **ישראל לקראת דמוקרטיה חוקתית** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2001).

252. זאת למעט האופציה שהועלתה, אך לא נקלטה לבסוף, של ביטול חוק על בסיס עקרונות

לקבוע במילים מפורשות בחוק את הפרשנות הנראית בעיניו. בכך, למעשה, היה נסתם הגולל על מעורבותו של בית המשפט בבחינת מעשה הרשות. המהפכה החוקתית הוסיפה נדבך לדיאלוג זה שבין הרשויות: גם אם הכנסת קיבלה חוק בנדון, אין זה סוף פסוק. בית המשפט יכול לקבוע כי החוק בטל בשל היותו בלתי חוקתי. בשלב זה לא ניתן לשנות את פסק הדין של בית המשפט אלא באמצעות שינויו של החוק המקורי שעמד לבחינה או באמצעות שינויו של חוק היסוד.[253]

עליית מדרגה זו בדיאלוג שבין בית המשפט ובין הכנסת כרוכה מטבעה גם במתח. זהו מתח בריא, במובן זה שהוא משקף את הרעיון של איזונים ובלמים שבעצם הפרדת הרשויות, אולם אין לכחד כי מדובר במתח. בית המשפט עושה מאמץ להקטין מתח זה ככל שניתן. הדרך העיקרית לכך היא ההתייחסות לביטול חוק כאל נשק לא קונבנציונלי[254] ומכאן הניסיון התמידי לצמצם מצבים שבהם חוק של הכנסת מבוטל. על כן קובע בית המשפט כי קיימת חזקת חוקתיות לחוק[255] וכי מבין שני פירושים לחוק יש להעדיף את הפירוש המקיימו מזה המבטלו.[256] לא כל פגיעה בזכות נחשבת כפגיעה בזכות המקנה סעד,[257] ולא כל פגיעה

היסוד של השיטה. ראו בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר נ' יושב־ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529, בעמ' 551-554.

253. דיאלוג מעין זה אירע הלכה למעשה בפרשת ייבוא הבשר הלא כשר לגלגוליה השונים. ראו לעניין זה גרשון גונטובניק, "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית", **עיוני משפט** כב (תשנ"ט) 129, בעמ' 157-170. יצוין כי ישנה גישה, שטרם הוכרעה, לפיה גם שאלת תיקון חוק היסוד נתונה לביקורת שיפוטית על פי עקרונות היסוד של השיטה. משמעות הדבר היא כי יש להוסיף נדבך לדיאלוג בין הרשויות, אשר מתייחס למקרה שבו יבטל בית המשפט חוק־יסוד כבלתי חוקתי. ראו, למשל, בג"ץ 4676/94 **מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל**, פ"ד נ(5) 15, בעמ' 28; בג"ץ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט**, פ"ד נג(4) 92, בעמ' 96; אמנון רובינשטיין וברק מדינה, "החוקה של מדינת ישראל", **המשפט** ח (תשס"ג) 291, בעמ' 305-309 , 352-354.

254. בג"ץ **מרכז השלטון המקומי** (לעיל, הערה 190), בעמ' 495; וכן אהרן ברק, "על החשיבה הקונסטיטוציונית", **מבחר כתבים** (כרך א, חיים ה' כהן ויצחק זמיר – עורכים, נבו, תש"ס), 275, בעמ' 289.

255. ראו, למשל, ע"פ 4424/98 **סילגדו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 529, 559; בג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9) בעמ' 288; בג"ץ 450/97 **תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(2) 433, בעמ' 440-441.

256. ראו, למשל, בג"ץ 1113/99 **עדאלה – המרכז לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נד(2) 164, בעמ' 187; בג"ץ 4562/92 **זנדברג נ' רשות השידור**, פ"ד נ(2) 793, בעמ' 810; בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, בעמ' 412.

257. ראו בג"ץ 3434/96 **הופנונג נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נ(3) 57 (להלן: בג"ץ **הופנונג**), בעמ' 68-69; בג"ץ **מרכז השלטון המקומי** (לעיל, הערה 190), בעמ' 496-497.

בזכות היא פגיעה לא חוקתית.[258] ודוק: אם חוק אינו חוקתי, יצהיר על כך בית המשפט למרות העובדה שמדובר במעשה חקיקה של הכנסת,[259] אולם עד שיגיע לכלל מסקנה זו הדרך ארוכה. אין לכחד כי אנו מצויים במהלכו של שינוי חוקתי, שבמסגרתו קיימת מתינות מיוחדת באשר לשימוש בכוח ביטול החקיקה.[260]

הכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות משתלב, לדעתי, יפה במארג זה של דיאלוג בין המחוקק ובין בית המשפט, בייחוד בנסיבותיהן של שיטת המשפט הישראלית והמהפכה החוקתית שבה היא נתונה. בית המשפט אמנם קובע כי החוק פגע בזכות חוקתית על־חוקית באופן שאינו עולה בקנה אחד עם תנאיה של פסקת ההגבלה,[261] וכי דינו בטלות,[262] אך בה בעת הוא משעה את מועד הכניסה של הכרזת הבטלות לתוקף. בשתי ההזדמנויות שבהן עשה כך בית המשפט באשר לבטלות חוק,[263] לא נכנסה למעשה הכרזת הבטלות לתוקף שכן המחוקק קיבל חוק אחר בתוך תקופת ההשעיה. בכך הוגשמה לכאורה תכלית הביקורת השיפוטית בצורה מתונה יחסית: בית המשפט אמנם קבע כי החוק אינו תקף, אך הלכה למעשה ביטלה אותו הכנסת ולא בית המשפט. על מילוי הוראות החוקה הקפיד

---

258. ראו, למשל, בג"ץ **מנחם** (לעיל, הערה 183), בעמ' 259-263; בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר** (טרם פורסם).

259. כפי שאירע בארבעה מקרים עד כה: בבג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6); בבג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9); בבג"ץ **אורון** (לעיל, הערה 93); ובבג"ץ **המועצה האיזורית חוף עזה** (לעיל, הערה 93). זאת בלי להחשיב במסגרת זו את אותם מקרים שקדמו לע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7), ועסקו בהוראת סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, תשי"ח-1958, ס"ח 69, כגון בג"ץ **ברגמן** (לעיל, הערה 7).

260. ביטוי לכך נמצא, למשל, במחלוקת בעניין הקמתו של בית משפט לחוקה. במאמר מלפני קרוב לשלושים שנה לא הכריע ברק בשאלה איזה מודל עדיף בשיטת המשפט הישראלית – מודל דה־צנטרליסטי, שבו כל בית משפט מוסמך לשפוט בענייני חוקתיות, או מודל צנטרליסטי המייחד את ההכרעה בעניין זה לערכאה עליונה אחת [ראו אהרן ברק, "יסודותיה של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת", **מבחר כתבים** (כרך א, חיים ה' כהן ויצחק זמיר – עורכים, נבו, תש"ס), 309, בעמ' 314-317, אך השוו אהרן ברק, "השלכותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", שם, בעמ' 401, 402]. אולם במאמר שכתב באחרונה ציין ברק, כי כיום ראוי שרק בית המשפט העליון יהיה מוסמך לכך וזאת מן הטעם, שעקרון הפרדת הרשויות והתהוות המשפט החוקתי מחייבים זאת. ראו אהרן ברק, "בית־המשפט העליון כבית־משפט לחוקה", **משפט וממשל** ו (תשס"ג) 315. קיימות, כמובן, דעות אחרות, מהן עולה כי ראוי שכל ערכאה תוסמך לעסוק בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. ראו למשל יואב דותן, "האם ישראל צריכה בית משפט לחוקה", **משפט וממשל** ה (תש"ס) 117.

261. סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

262. אין זו כמובן מסקנה הכרחית מן הקביעה כי החוק לא עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה, שכן ניתן לקבוע כי החוק אינו בטל למרות פגם שנפל בו. ראו בג"ץ **האגודה לזכויות האזרח II** (לעיל, הערה 26).

263. בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6); בג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 9).

לא רק בית המשפט, שקבע כי החוק המוקדם היה לא חוקתי, אלא גם הכנסת שתיקנה את החוק כדי שיהיה חוקתי.[264] הלכה למעשה מהווה אפוא השעיית הכרזת הבטלות מעין שלב ביניים בביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק: שלב שבין ההכרזה כי החוק לא חוקתי, ובין הסעד של ביטולו.[265] תפקידו של בית המשפט במקרים אלו דומה לתפקידו של גוף מייעץ לכנסת. הסעד של השעיית הכרזת הבטלות יכול להיתפס אפוא כ"רמז חוקתי" למחוקק באשר לחקיקה הראויה לנוכח הוראות החוקה.[266] כל עוד ההשעיה בתוקף, הפועל העיקרי של פסק הדין אינו הקביעה הקונסטיטוטיבית כי החוק בטל אלא הקביעה הדקלרטיבית כי הוא אינו כדין וכי ניתן לתקנו וראוי שתעשה זאת הכנסת.[267] אכן, הליך של העמדת שאלה לבית המשפט העליון אינו קיים בשיטה הישראלית בהקשר זה של תוקף חקיקה.[268] הכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות משלים במידה מסוימת חסר זה. אמת, אין מדובר בחוות דעת מייעצת אלא בפסק דין שייכנס לתוקפו בעתיד לא רחוק, אלא שמבחינה מעשית מהווה תקופת ההשעיה פרק זמן שבו החוק הקודם קיים בצירוף קביעה כי יש לשנותו בשל אי־עמידתו באמות המידה החוקתיות.[269] על כל אלו יש להוסיף, כי אין ממש

---

264. כאמור, בג"ץ **רובינשטיין I** (לעיל, הערה 2), חוקתיות החוק שחוקק בסופו של דבר עם תום תקופת ההשעיה הייתה בעייתית מאוד . ראו בג"ץ **רסלר** (לעיל, הערה 68).

265. ראו והשוו ברק (לעיל, הערה 184), בעמ' 373.

266. לרעיון של "רמזים חוקתיים" (constitutional hints) בתהליך שיקול הדעת של בית המשפט בבחירת הסעד הראוי, ראו: Nitya Duclus and Kent Roach, "Constitutional Remedies as 'Constitutional Hints': A Comment on R. v. Schachter", 36 *McGill L. J.* (1990-1991) 1, p. 23.

267. בהקשר זה ניתן להצביע על רמות שונות של דיאלוג בין הרשויות וממילא על צורות שונות של תיקון. דרך אחת היא פורמלית בעיקרה ותחול במקרים שבהם הפגם בחוק – שהוביל לאי־חוקתיותו – היה פורמלי, כמו, למשל, היעדר רוב מתאים כפי שהיה בבג"ץ **ברנמן** (לעיל, הערה 7). בית המשפט נותן למחוקק שהות לתקן את הפגם, אולם מדובר בתיקון שהוא פורמלי־טכני. רמה משמעותית יותר של דיאלוג מבטא מקרה, שבו ביטול החוק נובע מפגם בתוכנו המהותי, הגורר תיקון של הכנסת שמשמעו בהכרח שינוי תוכן החוק. להבחנה זו בין הרמה הפורמלית ובין הרמה המהותית של הדיאלוג בין הרשויות, ראו: Gal Dor, "Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective", 11 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev* (2000) 1, pp. 17-20.

268. הכלי היחיד הדומה במקצת הוא העמדת שאילתה על ידי שר המשפטים בענייני חנינה. ראו סעיף 32 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198.

269. הצעת ביניים מעניינת בהקשר זה היא זו של שמעון שטרית. לשיטתו, ראוי לקבוע כי בית המשפט יהיה זה שיקבע אם חקיקה הולמת את החוקה או סותרת אותה, ואילו ההחלטה אם לבטל את החוק או לחוקק אותו מחדש, למרות חוות הדעת של בית המשפט, תהיה בידי הכנסת. מודל זה דומה למודל השעיית הכרזת הבטלות משום שהוא מחשיב מאוד את עצמאות המחוקק בקביעת הפתרון הרצוי, תוך שמירה על מעמדו של בית המשפט והפחתת התערבותו. אולם במודל השעיית הכרזת הבטלות בית המשפט קובע כי החוק בטל אלא אם כן יתוקן ואילו במודל המוצע על ידי שטרית – בדומה לדין החל בבריטניה לאחר

בטענה שהשעיית הבטלות מתערבת שלא לצורך בעבודת המחוקק וקובעת לו סד זמנים להכרעה. הרי מדובר רק באופציה לחקיקה, שנותן בית המשפט למחוקק, ואין הוא חייב כלל לאמצה.[270] סיכומו של דבר, השעיית הכרזת הבטלות הנה אפוא כלי חשוב לשמירת האיזון העדין שבין הרשויות והדיאלוג ביניהן, ויש לה משקל מיוחד בתהליך ההתפתחות החוקתית בדין הישראלי.

קביעה זו באשר לתרומה של השעיית הכרזת הבטלות נסבה בעיקרה על יחסי הרשות המחוקקת והרשות השופטת. אכן, בכל הנוגע ליחסים המיוחדים שבין רשויות אלו ניתן בהחלט לראות את תרומת כלי השעיית הכרזת הבטלות לדיאלוג ביניהן, בייחוד לנוכח המהפכה החוקתית והשלכותיה. לא בכדי, לדעתי, מרוכזת מרבית הדוקטרינה הקנדית שהובאה לעיל בפסקי דין שעסקו בביטול חקיקה. לא בכדי, ניתן להניח, נעשה שימוש בהשעיית הכרזת הבטלות בשניים מתוך ארבעת המקרים שבהם בוטלה חקיקה של הכנסת על ידי בית המשפט העליון בישראל. מצב דברים זה יכול לעורר קושי מסוים ככל שהשעיית הכרזת הבטלות נוגעת ביחסי הרשות השופטת והרשות המבצעת. לכאורה יחסים אלו אינם מתאפיינים באותן רגישות וזהירות הכרוכות ביחסים שבין הרשות השופטת לרשות המחוקקת. למרות זאת אני סבור, כי אין בהבדל זה בטיפוסי היחסים כדי לשלול את אפשרות השימוש בכלי של השעיית הכרזת הבטלות, אפילו לשם קידום הדיאלוג האמור לעיל. ראשית, דיאלוג בין הרשויות כשמו כן הוא. אין הוא דווקא דיאלוג בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת אלא בין הרשות השופטת לכלל הרשויות האחרות. התפקיד ה״מייעץ״ של בית המשפט, המבטל נורמה ומשעה את הביטול, הוא בר חשיבות גם ביחסים עם הרשות המבצעת. העובדה שהרשות המבצעת תתקן בעצמה את הטעון תיקון חשובה גם היא. שנית, לעתים ביטול נורמה של הרשות המבצעת אינו אלא גלגול הכדור לידי הרשות המחוקקת. כך היה, למשל, בבג״ץ **פורז**,[271] שבו ניתנה שהות לכנסת לקבל בחוק את שהסדירה הממשלה בתקנות לשעת חירום; או בבג״ץ **רובינשטיין**[272] שבו נקבע כאמור כי שר הביטחון אינו מוסמך לדחות שירות צבאי של יוצא צבא וכי עניין זה צריך שיוסדר על

ה-Human Rights Act, 1998 – בית המשפט אך מצהיר על אי־ההתאמה של החקיקה לחוקה, אך לא מבטל את החוק עצמו. ראו: Shimon Shetreet, "Resolving the Controversy over the Form and Legitimacy of Constitutional Adjudication in Israel: A Blueprint for Redefining the Role of the Supreme Court and the Knesset", 77 *Tul. L. Rev.* (2003) 659, pp. 728-731. לדעתי, במשטר של דמוקרטיה חוקתית כמו בישראל אין קושי עקרוני – להבדיל מבאנגליה – שבית המשפט יבטל את החוק ולא רק יכריז על אי־ההתאמה. כוח זה של בית המשפט משתלב לדעתי טוב יותר ברעיון של ביקורת שיפוטית אפקטיבית ושמירה על זכויות האדם.

270. ראו Roach (לעיל הערה 110), בסעיף 14.1660. המשנה לנשיא א׳ מצא ציין בהקשר זה, בהתייחס להשעיית הכרזת הבטלות, כי "התערבותה (של השעיית הכרזת הבטלות – **י״ב**) בעבודת המחוקק היא מינימאלית". ראו בג״ץ **גנים** (לעיל, הערה 189).

271. לעיל, הערה 2.

272. שם.

ידי הכנסת דווקא.[273] מקרים אלו משקפים את העובדה שהדיאלוג בין הרשויות אינו חד־ממדי אלא יש בו ממדים ורבדים שונים. שלישית, אין להתעלם מן העובדה שבמשפט הנוהג בישראל יש עדיין מידה לא מבוטלת של זהות בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת, וזאת לנוכח המודל הפרלמנטרי הנוהג בישראל, שבו מרבית חברי הממשלה הם גם חברי כנסת ומייצגים סיעות של חברי כנסת התומכות בממשלה. מדובר אפוא לא פעם בהפרדת רשויות חלשה. משמעותה היא, בהקשרנו שלנו, שיחסי הרשות השופטת והרשות המבצעת הם לעתים, הלכה למעשה, יחסי הרשות השופטת והרשות המחוקקת. גם לנתון זה יש חשיבות בשעה שבאים להשתמש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות.

למרות זאת ברור כי לפחות ברמה התאורטית, ובוודאי ברמה המעשית, יש הבדל בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת, כמו גם הבדל ביחסה של הרשות השופטת כלפי כל אחת מהרשויות הללו. ממילא אני סבור שככל שמדובר ביחסי הרשות המחוקקת והרשות השופטת, יש הצדקה רבה יותר לתת כבוד לרשות המחוקקת באמצעות השעיית הכרזת הבטלות למשך זמן שיאפשר הסדרה של הסוגיה. מתן כבוד וריסון עצמי זה קיימים כמובן ביחסי הרשות השופטת והרשות המבצעת, אולם משקלם – מטבעם של היחסים – פוחת ומופחת. לכך יכול וצריך להינתן ביטוי בשיקולי השעיית הכרזת הבטלות בדרך של צמצום המקרים, שבהם תושעה הכרזת הבטלות של פעולת הרשות המבצעת, ככל שהטעם להשעיה זו יהיה מתן שהות לרשות המבצעת לשקול את הנושא בכובד ראש.

(ג) יחסיות אינטרסים וזכויות

השימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות ראוי גם מטעם נוסף והוא למעשה הבסיס התאורטי לשימוש זה. נקודת המוצא להבנת השימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות היא העובדה שברוב המקרים אינטרסים וזכויות הם יחסיים ולא מוחלטים. במשפט החוקתי מקובל לקבוע כי כל זכות או אינטרס ניתן לאזן עם אינטרס או זכות אחרים.[274] הטעם לכך הוא כי חברה דמוקרטית מבוססת על איזון בין זכויות ואינטרסים שונים, על הצורך לקיים מסגרת חברתית פלורליסטית מזה, אך לשמור על זכויות היסוד

273. למקרה דומה ראו בג"ץ **לשכת עורכי הדין** (לעיל, הערה 21), בעמ' 746, 763, 768. במקרה זה נקבע בדעת הרוב, כי הוראה בתקנות – תקנה 29(ב) לתקנות בתי הסוהר (תיקון), תשס"ג-2002, ק"ת 302 – הנוגעת למניעת פגישה בין עורך דין לאסיר, היא בלתי חוקית ובטלה בהיעדר הסמכה בחוק. בית המשפט החליט להשעות את תוקף ההכרזה למשך תשעה חודשים. אחד הטעמים להשעיה היה הרצון לתת למחוקק שהות לשקול אם ברצונו לעגן את ההסדר בחקיקה ראשית.

274. רעיון זה חוזר בפסקי דין רבים ובכתיבה האקדמית: אהרן ברק, "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות", **משפט וממשל** א (תשנ"ג) 253; בג"ץ 9723/01 **לוי נ' מנהלת מחלקת תעשייה ושירותים למתן היתרים לעובדים זרים**, פ"ד נז(2) 87, בעמ' 93; בג"ץ 1227/98 **מלבסקי נ' שר הפנים**, פ"ד נב(4) 640, בעמ' 697; בג"ץ 205/94 **נוף נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(5) 449, בעמ' 459; בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הבטחון**, פ"ד מט(4) 94, בעמ' 135.

של הפרט מזה.[275] לזכויות מסוימות ולאינטרסים מסוימים יכול להיות מעמד עדיף במובן זה שהפגיעה בהם תהיה קשה יותר ותחייב עמידה בתנאים קפדניים יותר,[276] אולם עדיפות זו אינה משנה את נקודת המוצא שלפיה ניתן לעתים לפגוע בזכות או באינטרס בשם אינטרס או זכות אחרים. זוהי המשמעות של קיום "פסקת הגבלה". מכאן שחופש הביטוי הוא ערך חשוב, אך אין הוא ערך מוחלט וניתן לפגוע בו, למשל, מטעמים של ביטחון המדינה;[277] חופש הדת או רגשות הדת אף הם ערכים חשובים אך ניתן לפגוע בהם, למשל, מטעמים של שמירת הסדר הציבורי או מטעמים אחרים.[278] רעיון זה של יחסיות הזכות והאינטרס חל לא רק על היחסים שבין אינטרס ציבורי מזה לזכות יסוד של הפרט מזה. הוא חל גם על עקרונות יסוד של המשפט החוקתי והמנהלי כשהם עומדים בפני עצמם. כך, למשל, הרעיון המצוי ביסוד תורת התוצאה היחסית מבוסס על הכרה בקיומם של מצבים, שבהם תיתכן פגיעה בעקרונות כגון שלטון החוק והמנהל התקין, אולם למרות הפגיעה לא יינתן הסעד. מדוע? כי חומרת הפגיעה היא כזו שאינה מצדיקה את הסעד המלא של בטלות. משמעות הדבר היא, למעשה, כי מדובר גם בהקשר זה בערכים יחסיים ולא מוחלטים.

ברגיל מתבצע איזון זה בין הזכויות והאינטרסים בגדריה של ההכרעה השיפוטית באשר לחוקיות או לחוקתיות מעשה הרשות. כזו היא השאלה אם הפגיעה בחופש העיסוק מטעמים רגולטיביים שלטוניים של אינטרס הציבור היא כדין,[279] או אם הפגיעה בזכות הקניין מטעמים כלכליים משקיים היא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.[280] אולם ההליך השיפוטי אינו מסתיים רק בקביעה אם הרשות נהגה כדין, אם לאו. חלק אינטגרלי מן הפעולה השיפוטית הוא קביעת הסעד הראוי. אותם עקרונות חוקתיים, החלים על שיקול הדעת השיפוטי בקביעת הדין, חלים גם על שיקול הדעת השיפוטי בקביעת הסעד. כפי שלא ניתן לקבוע מראש כי כל פגיעה בחופש העיסוק היא אסורה – כשם שלא ניתן לקבוע שהיא בהכרח מותרת – כך לא ניתן לקבוע מראש כי בכל מקרה יש להכריז על בטלות מיידית של מעשה הרשות הפוגע בחופש העיסוק, כשם שלא ניתן לקבוע מראש כי בכל מקרה יש להשעות את בטלות מעשה הרשות למרות הפגיעה בחופש העיסוק. במילים אחרות, יחסיות הזכויות והאינטרסים משפיעה לא רק על ההכרעה אלא גם על הסעד.[281]

---

275. ראו ברק (לעיל, הערה 254), בעמ' 276-277.

276. לרעיון של מדרג בתוך זכויות האדם וממילא של רמות הגנה שונות, ראו, למשל, בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), בעמ' 420-423; בג"ץ **מנחם** (לעיל, הערה 183), בעמ' 258-262.

277. ראו, למשל, האיזון שנקבע בבג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871; בג"ץ 680/88 **שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי**, פ"ד מב(4) 617.

278. ראו, למשל, בג"ץ 257/89 **הופמן נ' הממונה על הבותל המערבי**, פ"ד מח(2) 265; בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1; בג"ץ 4298/93 **ג'אבריין נ' שר החינוך**, פ"ד מח(5) 199.

279. בג"ץ **מנחם** (לעיל, הערה 183); בג"ץ **לם** (לעיל, הערה 15).

280. למשל, ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 7).

281. ראו גרוס (לעיל, הערה 109), בעמ' 483.

בית המשפט, הנדרש להחליט איזה סעד יינתן לעותר שלפניו, מפעיל את תורת האיזונים ואת שיקול הדעת השיפוטי גם בשאלת הסעד.[282] הסעד צריך לשקף גם הוא את היות האינטרסים והזכויות שביסוד משטרנו החוקתי אינטרסים וזכויות יחסיים ולא מוחלטים. ודוק: אין ספק שקיים הבדל בין השלב שבו נקבע אם הרשות הפרה את הדין ובין השלב שבו נקבע הסעד בגין הפרה זו. בשלב הראשון בעינה עומדת ההנחה – היא חזקת החוקיות וחזקת החוקתיות – כי מעשי הרשות היו כדין. הנחה זו אינה קיימת עוד בשלב השני, הוא שלב הסעד. בשלב זה כבר ידוע כי הרשות הפרה את הדין בלא הצדקה מספקת. לנתון זה חייבת להיות השפעה על נקודת האיזון בין האינטרסים השונים,[283] אולם אין בנתון זה כדי להצדיק קביעה כי משעה שנקבע שהרשות פעלה שלא כדין נהפך אינטרס שהיה יחסי לאינטרס מוחלט, וזכות שהייתה יחסית נהפכת לזכות מוחלטת. המשקל יכול להשתנות, אך לא היחסיות האינהרנטית של הזכויות והאינטרסים.

(ד) השעיית הכרזת הבטלות כתחליף אפשרי לבטלות היחסית

עמדתי לעיל על הדמיון – המעשי והאנליטי – בין השעיית הכרזת הבטלות ובין תורת התוצאה היחסית. כן עמדתי על השוני בין הדוקטרינות השונות. כעת ראוי להוסיף כי להשעיית הכרזת הבטלות יש הלכה למעשה יתרונות בלתי מבוטלים לעומת תורת התוצאה היחסית. אכן, בשנים האחרונות נהפך השימוש בתורת התוצאה היחסית לנפוץ יותר ויותר. מדובר בתורה שחשיבותה המעשית גדולה ביותר.[284] עם זאת, מדובר בתורה שכרוכות בה

---

282. במשפט הקנדי, לשם השוואה, מצוין במפורש בסעיף 24 לצ'רטר כי לבית המשפט שיקול דעת לנהוג בשאלת הסעד כפי שהוא מוצא לראוי ומוצדק בנסיבות העניין – "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". מעניין לציין, כי אין הוראה דומה בחוקי היסוד, ומכאן שמתעוררת לכאורה שאלת סמכותו של בית המשפט לגזור סעדים שונים, ובהם השימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות. בית המשפט עצמו אינו מוצא קושי בעניין זה. בבג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), בעמ' 416, ציין הנשיא ברק כי "סמכותנו להשעות את מועד כניסתה לתוקף של הצהרת בטלות מבוססת היטב". בית המשפט אינו מוסיף ומבאר עניין זה, מלבד הפניה לפסקי דין קודמים שבהם הושעתה הכרזת בטלות, אולם נראה כי נכון לראות סמכות זו כסמכותו הטבועה של בית המשפט, שכן אם מוסמך הוא לבטל את החוק, מדוע לא יוסמך להשעות את הכרזת הבטלות? עם זאת, טוב היה לו חוקי היסוד היו כוללים הוראה מפורשת לעניין הסעדים, בדומה לסעיף 24 לצ'רטר הקנדי, האמור לעיל.

283. רעיון דומה התעורר בסוגיה שהתבררה בבית המשפט העליון באשר לשאלה אימתי יעוכב הביצוע של גזר דין בפלילים אם הוגש עליו ערעור. אחד השיקולים בהקשר זה נגד עיכוב הביצוע, ולו האוטומטי, היה העובדה כי בשלב זה של הערעור לא עומדת לנאשם שהורשע חזקת החפות וממילא לכאורה יש מקום לאיזון שונה בין הזכויות והאינטרסים העומדים על הפרק. ראו והשוו ע"פ 111/99 **שורין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(2) 241, בעמ' 274.

284. על ההתפתחויות האנליטיות והמעשיות בשימוש בתורת התוצאה היחסית – והביקורת על כך בשל אי־הוודאות, הפגיעה בשלטון החוק ועוד – ראו מאמרה המקיף של דפנה ברק־ארז,

בעיות לא פשוטות, החל בקושי האנליטי שבמושג עצמו – בטלות או תוצאה "יחסית" – וכלה בקשיים המעשיים שבהפעלת תורה זו. למשל, מהי משמעותה של היחסיות בהקשר זה? כיצד ניתן לקבוע כי פעולה של הרשות היא תקפה לעניין מסוים ובטלה לעניין אחר? זאת ועוד: אין לכחד כי בתורת התוצאה היחסית יש ממד אינהרנטי של אי־ודאות. קשה לדעת ולצפות אימתי פעולה של הרשות, שהייתה שלא כדין, תוביל גם לתוצאה של בטלות. לאי־ודאות זו מחיר לא רק במונחים מעשיים ורגולטיביים אלא גם באשר לוודאותו של שלטון החוק.[285] על רקע זה יש יתרון משמעותי, לדעתי, לכלי של השעיית הכרזת הבטלות. בראש ובראשונה, בית המשפט מכריז קבל עם ועדה כי הנורמה בטלה. הרשות פעלה שלא כדין ודין הפגם האמור הוא בטלות. לא בטלות חלקית ולא בטלות יחסית אלא בטלות מלאה. בכך יוצא מחוזק שלטון החוק. בכך גדלה הוודאות של רשויות המנהל ובני הציבור. בית המשפט לא נזקק עוד להבחנות דקות ודקיקות באשר לשאלה אימתי פגם מסוים יביא לידי בטלות ואימתי אותו הפגם לא יביא לידי בטלות. שנית, באמצעות השעיית הכרזת הבטלות יכול בית המשפט לתת לרשות את אותו פרק זמן הנדרש לשם תיקון הפגם שנפל בפעולתה, בלי לבטל את הפעולה עצמה. במילים אחרות, באותם המקרים שבהם בחר בית המשפט בפתרון של בטלות יחסית כדי למנוע נזק לא מוצדק לאינטרסים חשובים אחרים בעקבות ביטול מעשה הרשות, יכול הוא לשקול שימוש בהשעיית הכרזת הבטלות כתחליף לשימוש בתורת התוצאה היחסית. בכך ישיג שמירה על האינטרסים הציבוריים שבגינם לא ראוי לבטל מיד את מעשה הרשות, אך בה בעת יועבר מסר ברור וצלול שמעשה הרשות היה שלא כדין והסעד בגין פגם זה הוא בטלות מלאה של פעולת הרשות. תוצאה זו גם מחייבת יותר את הרשות, באותם מקרים שבהם היא תיאלץ בתוך פרק זמן מוגדר ותחום לקבוע נורמה חדשה וחוקית. בתורת התוצאה היחסית, לעומת זאת, אם בית המשפט מוצא כי אין זה ראוי לבטל את הנורמה בשל הפגם – יחסיות הביטול – אין הרשות נדרשת לשום פעולה מתקנת. גם משום כך עדיף לעתים השימוש בכלי של השעיית הכרזת הבטלות.

עם זאת חשוב להדגיש כי לא בכל מקרה עדיפה השעיית הכרזת הבטלות מבטלות יחסית. באותם מקרים שבהם בית המשפט סבור כי מדובר בפגם קל מאוד, למשל, ייתכן שאין זה מוצדק כלל לבטל את מעשה הרשות – לא מיד ולא בזמן מאוחר יותר. זאת ועוד: כבר עמדתי על כך שלהשעיית הכרזת הבטלות יש גם חסרונות כמו, למשל, החשש מפני זילות בית המשפט או מפני התערבות בפעולת הרשויות האחרות. במקרים מסוימים ייתכן אפוא שהבחירה הראויה מבין קשת הסעדים שבית המשפט מוסמך לפסוק תהיה דווקא ביטול יחסי ולא ביטול מלא תוך השעיה. יש לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו. כך או כך, דעתי היא כי כלי השעיית הכרזת הבטלות הוא פיתוח חשוב של תורת הסעדים במשפט הישראלי, והיתרונות הגלומים בו יכולים להועיל עד מאוד במקרים שבהם ניכרים חסרונות הסעדים האחרים, ובעיקר הקשיים הכרוכים בתורת התוצאה היחסית.

"הבטלות היחסית במשפט המינהלי: על מחירן של זכויות", **ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה** (יואב דותן ואריאל בנדור – עורכים, המכון למחקרי חקיקה ע"ש סאקר, תשס"ה) בעמ' 283.

285. ראו ברק־ארז, שם.

2. איזון ראוי בגדרה של השעיית הכרזת הבטלות: מידתיות ההשעיה

המסקנה שהגעתי אליה, שיש בסיס תאורטי איתן לשימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות, כמו גם נימוקים מעשיים לכך המקבלים משנה תוקף במשפט הישראלי, אינם הופכים את השימוש בכלי זה למובן מאליו. כפי שראינו, יש חסרונות בלתי מבוטלים לשימוש בו.[286] השאלה היא אם לא ניתן ליהנות מן היתרונות הגלומים בהשעיית הכרזת הבטלות אך לצמצם במידת מה את החסרונות הכרוכים בה. לדעתי ניתן לעשות זאת על פי המתווה שיוצע להלן. אין מדובר בהפיכת כלי תרופתי זה לפשוט ומובן מאליו, אך ייתכן שאימוץ מתווה זה יביא לידי הקטנת הקשיים שהוא מעורר.

ההצעה שאבקש להציע היא זו: לאחר שקבע בית המשפט כי הרשות הפרה את הדין, ולאחר שקבע כי דין הפרה זו הוא באופן עקרוני ביטול מעשה הרשות, תוכרע השאלה אם להשעות את מועד הכניסה לתוקף של הכרזת הבטלות על פי מבחן המידתיות על שלושת מרכיביו: מבחן האמצעי המתאים, מבחן האמצעי הפוגע פחות, ומבחן היחס הראוי בין התועלת לפגיעה.[287] על כן לא ישעה בית המשפט את תוקף הכרזת הבטלות, אלא אם כן השעיה זו מתאימה למטרה שלשמה היא נדרשת, אין אמצעי פוגע פחות לשם הגשמת מטרה זו, וקיים יחס ראוי בין התועלת שבהשעיה ובין נזקה. להצעה זו – של השימוש בכלי המידתיות בהקשר זה – בסיס תאורטי כמו גם משמעות יישומית ניכרת, כפי שאבהיר להלן.

(א) תחולתה של דרישת המידתיות בנוגע לסעד

עמדתי על כך שעקרון היסוד הקובע כי אינטרסים וזכויות אינם מוחלטים אלא יחסיים חל לא רק על שאלת ההפרה אלא גם על שאלת הסעד. על כן נראה שראוי כי המתודולוגיה, הכלים והמבחנים שפותחו לשם בדיקתה של אותה יחסיות יחולו וייושמו גם בבוא בית המשפט לדון בשאלת הסעד. אכן, פסקת ההגבלה הפכה זה מכבר לעקרון איזון שפרץ את גדרות חוקי היסוד שקבעו אותה.[288] היא הוחלה על פגיעה בחוקי יסוד, שבהם היא אינה מצוינת במפורש;[289] היא הופעלה על מעשי הרשות גם מחוץ לגדר התחולה של חוקי היסוד.[290]

---

286. ראו לעיל בפרק ד.

287. למבחני משנה אלו של המידתיות ראו, למשל, עע"מ **תשעים הכדורים** (לעיל, הערה 183), בעמ' 807-813; בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), בעמ' 385; בג"ץ **אורון** (לעיל, הערה 93), בעמ' 665-669; דליה דורנר, "מידתיות", **ספר ברנזון** (כרך שני, אהרן ברק וחיים ברנזון – עורכים, נבו, תש"ס), 281.

288. הכוונה לסעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ולסעיף 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

289. ע"ב 92/03 **מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה**, פ"ד נז(3) 793, בעמ' 811-812; בג"ץ **הופנונג** (לעיל, הערה 257), בעמ' 69-70.

290. הכוונה היא בעיקר לבחינת פעולות הצבא באזור, שלא ברור אם הן כפופות לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו, למשל, בג"ץ 7015/02 **עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(6) 352, בעמ' 373.

ראוי אפוא שתחול גם על שאלת הסעד הנבחר על ידי בית המשפט,[291] לא רק בשל פשטות ההפעלה והניסיון שנצבר בשימוש בכלי זה במצבי איזון מעין אלו, אלא גם בגלל טעם חשוב נוסף והוא כפיפותה של הרשות השופטת לחוקי היסוד. אכן, הקביעה כי כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חוק היסוד[292] חלה לא רק על הרשות המחוקקת והרשות המבצעת אלא גם על הרשות השופטת.[293] פסק דין חייב לעמוד בעקרונות המותווים בחוקי היסוד ובכלל זה גם בעקרון המידתיות אשר בפסקת ההגבלה. פסק דין כולל הן את הקביעה הנורמטיבית באשר לתוקף מעשה הרשות והן את הסעד האופרטיבי. מכאן, שההחלטה אם להשעות את הכרזת הבטלות, כמו גם ההשעיה עצמה, חייבות להיות מידתיות. ודוק: מדובר באיזון שונה מזה שעמד ביסוד העתירה שהתבררה. בעוד העתירה עצמה בחנה את חוקתיות מעשה הרשות, בשלב הסעד הבחינה היא של חוקתיות הסעד. בעתירה עצמה בוצע איזון בין מעשה הרשות מזה לאינטרסים או הזכויות שכנגד מזה, ואילו בשלב קביעת הסעד וההחלטה אם להשעות את הכרזת הבטלות האיזון הנו בין השארת מעשה הרשות על כנו למרות אי־החוקיות מזה, ובין האינטרסים או הזכויות הנפגעים מהשארה זו של המעשה הפגום, מזה. האינטרסים שונים, הזכויות שונות וממילא האיזון שונה. אך הנוסחה – היא נוסחת המידתיות – מתאימה ואף נדרשת לאיזון גם בהקשר זה. המשמעות היא אפוא כי השימוש בכלי של השעיית הכרזת הבטלות צריך להיות חוקתי אף הוא. השעיית הכרזת הבטלות צריכה להיות "השעיה חוקתית".

(ב) החלת תנאי המידתיות על השעיית הכרזת הבטלות

המשמעות המעשית של החלת תנאי המידתיות על ההחלטה אם להשעות את הכרזת הבטלות טעונה בחינה פרטנית של שלושת תנאי המידתיות בכל מקרה ומקרה. בית המשפט יכול אפוא לבדוק אם השעיית הכרזת הבטלות היא מידתית בנסיבות המקרה שלפניו, על פי המתווה הזה:

(1) התאמת האמצעי למטרה

בשלב הראשון של הבחינה תיבדק השאלה, אם השעיית הכרזת הבטלות מתאימה למטרה שלשמה היא נדרשת. עיקר המטרות נמנה על ידי לעיל.[294] בהנחה שמטרות אלו ראויות הן כולן – וכאמור לעיל יש מקום לבחון כל אחת מהן לעצמה בכל מקרה על פי נסיבותיו – עדיין יש להראות כיצד תוכל ההשעיה לקדם אותן. מכאן, למשל, שקביעת פרק השעיה קצר מאוד כדי לתת לרשות שהות לתקן פגם המחייב דיון ארוך ומעמיק לעיצובו של הסדר כולל

---

291. לעצם ההכרה התאורטית ביכולתו של בית המשפט לאזן בין אינטרסים בשלב מתן הסעד ולא רק בשלב קביעת האחריות, ראו: Roach (לעיל, הערה 110), בסעיפים 3.680-3.780.

292. סעיף 11 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 5 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

293. ראו אהרן ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** (יצחק זמיר – עורך, נבו, תשס"ג) 163, בעמ' 178-179.

294. בפרק ד.

אינו ממלא את התנאי של התאמת האמצעי למטרה. השעיית הכרזת הבטלות לזמן קצר בשל פגם הנראה טכני ושולי, אך מחייב בפועל תיקון מהותי, אינה מתאימה אף היא למטרה.

(2) אמצעי פוגע פחות

הבחירה בהשעיית הכרזת הבטלות צריכה להיות האמצעי הפוגע פחות מבין קשת האמצעים המתאימים להגשמת המטרה שלשמה מתבקשת ההשעיה מלכתחילה. מכאן שאם קיימת דרך חלופית פוגעת פחות, המתאימה להגשמת המטרה שביסוד ההשעיה, יש לבחור בה. לדרישה זו כמה מובנים מעשיים. חלק מהם עניינם צמצום פרק הזמן שבו מושעה תוקף הבטלות, חלק אחר עניינו צמצום התוצאות השליליות הנובעות מעצם השעיית הכרזת הבטלות.

ראשית יש לבחון אפוא אם אין תרופות אחרות הפוגעות פחות ומשיגות את המטרה. כך, למשל, אם הקושי שנוצר הוא נזק "ריקושטי" שייגרם לזכאים שזכותם אינה שנויה במחלוקת מביטול מיידי של הנורמה, יש לבדוק אם לא ניתן לתת לחוק פירוש מרחיב שיכלול גם את הקבוצה המופלית, או לקרוא את החוק כאילו כלל קבוצה זו בתוכו, במקום החלופה של ביטול החוק כולו והשעיית הבטלות הכרוכה בפגיעה בקבוצה המופלית במשך כל תקופת ההשעיה.[295] היתרון הטמון בבחירה בסעדים אלו הוא שהחוק עצמו אינו מבוטל אלא נותר על כנו ונשמרת מערכת היחסים עם הרשויות האחרות.[296] בה בעת הסעד לעותרים הוא מיידי ואינו מותנה בפרק זמן נוסף של המתנה ובהליך חקיקה שסופו לא ידוע.

שנית, יש לבחון אם ההשעיה היא בלתי נמנעת במובן זה שיש חלופה פוגענית פחות המגשימה אותה מטרה. בהקשר זה יש לבחון, למשל, אם אכן נדרש פרק זמן ארוך להסדרת הסוגיה ואם אכן ייגרם נזק משמעותי ומיידי לאינטרס ציבורי חשוב בשל כניסה מיידית לתוקף של הכרזת הבטלות. יש מקום לבחון אם לא ראוי לבטל את ההסדר באופן הדרגתי במקום להשעות את כל הכרזת הבטלות. דוגמה לכך היא בג"ץ **עדאללה**.[297] במקרה זו טענה העותרת כי הרשויות המקומיות והעיריות, המשיבות לעתירה, נהגו שלא כדין כשנמנעו מלהבטיח כי שילוט הרחובות ומבני הציבור שבתחומן יהיה בעברית ובערבית ולא בעברית בלבד. בית המשפט קיבל טענה זו – בדעת הרוב[298] – וקבע כי השילוט אינו כדין וכי חובה מוטלת על המשיבות לתקן את המצב ולהביא לידי כך שהשילוט העירוני בכל הרחובות ומבני הציבור יהיה דו־לשוני, עברי וערבי. בבואו לדון בשאלת הסעד ציין בית המשפט,

---

295. זו הדרך שבה נהגו בקנדה בפרשת *Schachter* (לעיל, הערה 121), והשוו בג"ץ **גנים** (לעיל, הערה 189), שם סבר שופט המיעוט (המשנה לנשיא א' מצא) כי אין מנוס מבחירה בבטלות החוק – ובהשעיית הכרזת הבטלות – וכי לא ניתן לבחור בתרופה אחרת.

296. אם כי אין להתעלם מכך שלעתים יראה המחוקק את הפעולה של בית המשפט במסגרת זו כפוגענית אפילו יותר מביטול החוק, שכן בביטול החוק מוחזר שיקול הדעת למחוקק עצמו, ואילו בתרופות כגון "קריאה לתוך החוק" בית המשפט הוא למעשה זה שיוצר את הסדר החקיקה הסופי באמצעות פרשנות החוק או הרחבת התחולה שלו.

297. בג"ץ **עדאללה** (לעיל, הערה 156), בעמ' 419.

298. השופטים א' ברק וד' דורנר כנגד דעתו החולקת של השופט מ' חשין.

כי ברור ששינוי זה בשילוט העירוני אינו יכול להיעשות בן יום אלא דרוש זמן לביצועו, ומכאן שיש להשעות חלק מן התוצאות האופרטיביות של פסק הדין. בהקשר זה קבע בית המשפט כי ההשעיה הסבירה היא השעיה מדורגת של שלושה טווחי זמן: שלטים חדשים שיוספו ברחובות או במבני ציבור חדשים, או שממילא יחליפו שילוט ישן, יחויבו בדו־לשוניות מיום מתן פסק הדין; שלטים קיימים ברחובות ראשיים, במוסדות ציבור וברחובות שבהם מתגוררת אוכלוסייה ניכרת דוברת ערבית יוחלפו בתוך שנתיים ימים; ואילו שינוי הכיתוב בשאר האזורים העירוניים יבוצע בתוך שנתיים נוספות, כלומר בתוך ארבע שנים מעת מתן פסק הדין.[299] זהו אפוא ביטוי לשימוש בסעד מידתי יותר של השעיה על בסיס קשר מדורג בין תחולת הסעד לתחילתו. דרך נוספת להשגת תוצאה מידתית יותר של השעיה – דרך שלא תמיד אפשר ללכת בה – היא לנסות להביא את הרשות הציבורית לידי אימוץ מוסכם של הסדר ביניים חוקתי יותר בתקופת הביניים שבה חוק לא חוקתי נשאר בתוקפו. כך, למשל, בבג"ץ **מנהלי ההשקעות** אמנם הושעתה הכרזת הבטלות, אך במשך תקופת ההשעיה עמד בתוקפו הסדר ביניים שהתקיים מתחילת הדיון בעתירה ומנע תחולה מלאה של החוק באופן שהיה שולל את חופש העיסוק של העותרים.[300]

שלישית, משך הזמן הנקבע להשעיה צריך להיות מידתי אף הוא. ככל שמשך הזמן ארוך יותר, כך הפגיעה באינטרסים כגון שלטון החוק וזכויות היסוד של הפרט קשה יותר. על כן יש לקצוב משך זמן קצר ככל האפשר.[301] ראוי, למשל, לקבוע במקרים המתאימים לכך תקופת השעיה קצרה מאוד (ימים מספר), ולבקש מבעלי הדין לטעון בנפרד – תוך זמן קצר – לעניין תקופת ההשעיה הנחוצה.[302] כך יגדל הסיכוי שהמועד שייקבע ישקף את הצרכים והנזקים במדויק ככל האפשר, וכך גם יקטן הסיכוי לבקשות ארכה, שנזקן בצדן. דרך זו של פנייה לבעלי הדין באשר למשך ההשעיה הנחוץ טרם נקלטה במשפט הישראלי, וייתכן שקליטה שלה תוכל להביא בסופו של דבר לקביעה מדויקת יותר של תקופת ההשעיה – שלא תהא השעיית יתר אך גם לא השעיית חסר.

לבסוף יש מקום לשקול, אם אין לשלב את ההשעיה בתרופות אחרות באופן שיהא בו כדי להקטין את הפגיעה הטמונה בהשעיה. דוגמאות לכך מצויות במשפט הקנדי. דרך אחת היא זו שנקבעה כאמור בפרשת *Swain*. בפרשה זו נפסלה הוראת חוק שהתירה מעצר אוטומטי

---

299. ראו בג"ץ **עדאללה** (לעיל, הערה 156), בעמ' 419.

300. ההסדר מופיע בבג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), בעמ' 382, והוא נשאר בתוקפו בתקופת ההשעיה כאמור שם, בעמ' 417. על פי ההסדר הוענק רשיון זמני לאלו שעסקו בניהול תיקי השקעות לפני כניסת החוק לתוקף וכך נמנעה הלכה למעשה התחולה המיידית של הוראת המעבר, שבוטלה בפסק הדין, על כל העוסקים – הטריים והוותיקים.

301. ראו Roach (לעיל, הערה 139), בעמ' 242-243.

302. כך נעשה, כאמור, במשפט הקנדי בפרשת *Manitoba* (לעיל, הערה 112), ובפרשת *Dixon* (לעיל, הערה 116). במשפט הישראלי עדיין לא פותח כלי זה, למעט – כך נראה – בבג"ץ **עדאללה** (לעיל, הערה 156), בעמ' 419, ממנו עולה כי הטיעון של היועץ המשפטי לממשלה עסק גם בשאלת לוחות הזמנים הכרוכים בביצועו של הסעד שנדון שם, שעיקרו הוספת כיתוב בערבית לשילוט עירוני.

של אדם שזוכה בדין בשל הגנת אי־שפיות. כדי למנוע נזק אפשרי לציבור משום אי־בחינת המסוכנות של אדם שזוכה מחמת אי־שפיות הושעה תוקף ההכרזה לשישה חודשים, אולם עם זאת, וכדי להקטין את הנזק שבהשעיה, קבע בית המשפט כי משך המעצר האוטומטי – בתקופת ההשעיה – לא יעלה על 60 יום. כך למעשה בחר בית המשפט באמצעי פוגעני פחות לתקופת ההשעיה של פסק הדין. אמנם החוק הבטל נשאר בתוקף, אולם מעמדו והוראותיו שונו הלכה למעשה כדי להפוך אותו לחוקתי יותר משהיה, עד שהכרזת הבטלות תיכנס לתוקפה. חוק שהושעה תוקפו אינו עוד אפוא בעל תוקף כחוק רגיל.[303] יש בכך משום ריכוך האפקט הבעייתי של הותרת חקיקה לא חוקתית על כנה. דרך שנייה, מסובכת יותר, היא שילוב ההשעיה בפטור חוקתי (constitutional exemption).[304] הפטור החוקתי משמעו קביעה של בית המשפט כי חוק מסוים אינו חל על קבוצה מסוימת או על עניין מסוים.[305] המדובר אפוא באי־תחולה ספציפית ולא בבטלות או בפרשנות כללית.[306] קבוצה מסוימת או פרט מסוים פטורים אפוא מתחולת החוק, בשעה שהחוק תקף.[307] השימוש בתרופה זו יכול להיות בר משמעות דווקא במצבים שבהם הכרזת הבטלות מושעית. בית המשפט קובע כי חוק מסוים איננו חוקתי ויש לבטלו, אך משעה את הכרזת הבטלות. בה בעת, כדי לצמצם את הפגיעה בעותרים עצמם שזכאים לכאורה לסעד, או בקבוצות אחרות העלולות להיפגע מאוד מעצם ההשעיה, נותן בית המשפט לפרטים או לקבוצות אלו פטור חוקתי מתחולת החוק עליהם במשך תקופת ההשעיה.[308] פטור מעין זה יכול אפוא לצמצם את בעיית תת־האכיפה של הדין החוקתי, הנוצרת בשל השעיית הכרזת הבטלות.[309] המשמעות המעשית של השימוש בטכניקה זו היא, כי לאחר מתן פסק הדין יש קבוצות שהכרזת הבטלות

---

303. ראו על כך גרוס (לעיל, הערה 109), בעמ' 448-450.

304. ראו ברק (לעיל, הערה 109), בעמ' 743-744; גרוס (לעיל, הערה 109), בעמ' 449.

305. ראו Sharpe, Swinton and Roach (לעיל, הערה 177), בעמ' 306-307.

306. למקרה המפורסם שנדון בקנדה בהקשר זה ראו: *R. v. Latime*r, 121 C. C. C. (3d) 327 (1997) (Sask. Q. B.) (להלן: פרשת *Latimer*). במקרה זה הואשם אב ברצח בשל סיוע למותה של בִתו שהייתה חולה במחלה קשה. החוק קבע עונש חובה של מאסר עולם. בה בעת היה ברור כי אין מדובר באדם בעל רקע עברייני, וכי כל שעשה היה למען עזור לבִתו שסבלה ייסורים רבים. בית המשפט לא יכול היה לבטל את החוק עצמו ולקבוע כי הוא לא חוקתי, אך בה בעת קבע כי החלתו הקונקרטית על אותו אדם היא בלתי חוקתית ובמובן זה יש ליתן לו פטור חוקתי מכך שהחוק יחול עליו. לסקירת ההליכים בפסק דין זה ולהיסטוריה והפרקטיקה של הפטור החוקתי, ראו: Peter Sankoff, "Constitutional Exemptions: Myth or Reality?", 11 *Nat'l J. Const. L.* (1999-2000) 411.

307. ראו עוד: Joseph E. Magnet, *Constitutional Law of Canada — Cases, Notes and Materials* (Juriliber Limited, 1998), 1130-1145.

308. ראו ברק (לעיל, הערה 109), בעמ' 743-744.

309. ראו: Joseph E. Magnet, *Constitutional Law of Canada — Cases, Notes and Materials* (volume 1, Juriliber Limited, 2001), 996-998.

חלה עליהן למעשה מיד (בשל הפטור החוקתי), ואילו בנוגע לקבוצות אחרות הכרזת הבטלות מושעית. זהו צמצום של הבעייתיות שבהשעיית הכרזת הבטלות, כמו גם יכולת להגן במקרה המתאים על זכות הזוכה בפסק הדין ועל האינטרס שבגינו פנה לבית המשפט מלכתחילה.

(3) יחס ראוי בין התועלת שבאמצעי ובין נזקו

תנאי נוסף זה של המידתיות הוא המפותח פחות, מן הבחינה האנליטית, שכן להבדיל משני התנאים האחרים מדובר בתנאי קשה יותר ליישום. למעשה, מדובר בתנאי דומה למבחן הסבירות ועיקרו האיזון הראוי – אובייקטיבית – בין האינטרסים השונים המונחים על הכף. על פי מבחן זה יש לבחון את האיזון הכולל בין חומרת ההפרה מזה ובין התועלת שבהפרה מזה.[310] פסק הדין שניתן באחרונה בעניין חוקיות גדר ההפרדה[311] הוא אחד הפיתוחים החשובים של מבחן מידתיות זה. הקביעה הגלומה בו, כי הפגיעה בזכויות היסוד ובמרקם החיים של תושבי כפרים ושטחים מסוימים עולה על התועלת הביטחונית שבהקמת הגדר, ממחישה את משמעותו של מבחן האיזון הנדרש בגדרו של תנאי המשנה השלישי שבמבחני המידתיות. יישומו של תנאי מִשנה זה בסוגיית השעיית הצהרת הבטלות, משמעותו כי אין להשעות את הכרזת הבטלות אם הנזק שבהשעיה זו עולה על התועלת הנשקפת ממנה.[312] מכאן, למשל, שאין די בעצם העובדה שכניסה מיידית לתוקף של הכרזת הבטלות תגרום נזק מיידי וחמור לאינטרס ציבורי חשוב, אלא יש לבדוק בכל מקרה ומקרה אם מניעתו של נזק זה ראויה לעומת הנזק הנגרם לפרט ולציבור מהמשך קיומו של מצב לא חוקי. אם מחירה של ההשעיה הוא, לדוגמה, פגיעה חמורה ונמשכת בזכות יסוד של הפרט, ייתכן שאין לה מקום למרות הנזק הצפוי לאינטרס הציבורי מכניסה מיידית לתוקף של הכרזת הבטלות. חשיבותו של תנאי משנה זה של המידתיות עולה באותם המקרים שבהם ההשעיה אינה נדרשת לשם שמירה על אינטרס ציבורי מיידי, אלא מטעמים של הפרדת הרשויות ושמירה על כבוד המחוקק. בלא לחלוק על חשיבותם של שיקולים כאלה, ברור כי אין הם חזות הכול וכי יש לבחון בכל מקרה לגופו אם האמצעי שננקט – קרי ההשעיה – ראוי לעומת הפגיעה הצפויה ממנו לציבור כולו ובמיוחד לאדם ולזכויותיו. תפקידיהם של המשפט החוקתי ושל הביקורת השיפוטית אינם אפוא רק לוודא כי הרשות תנהג לפי החוקה והחוק בעתיד, אלא גם להבטיח כי במקרים המתאימים יינתנו מזור וסעד לפרט הספציפי שהופרה זכותו.[313]

---

310. ראו, למשל, בג"ץ **מנהלי ההשקעות** (לעיל, הערה 6), בעמ' 385. כן ראו: Sharpe, Swinton and Roach (לעיל, הערה 177), בעמ' 67-69; Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law — A Comparative Study* (Kluwer, 1996), 32-37.

311. בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם).

312. לביקורת על השימוש במבחן המידתיות השלישי – מידתיות במובן הצר – במקרה של גדר ההפרדה, במקום בשני מבחני המידתיות הראשונים, שיש בהם על פי הנטען פגיעה פחותה בשיקול הדעת של גופים נבחרים, ראו משה כהן-אליה, "המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"צ בעניין גדר הביטחון", **המשפט** 20 (2005) 54.

313. ראו MacCallum (לעיל, הערה 206), בעמ' 329-330.

בהקשר זה של בחינת היחס הראוי יש לשקול לא רק את עצם הפגיעה, אלא גם את משכה כפי שהוא נגזר מתקופת ההשעיה שנבחרה. ניתן להחיל מבחן משנה זה על נסיבות דומות לאלה שהיו בפסק הדין בעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי.[314] בדעת הרוב קבע בית המשפט כי במצב החוקי הקיים אין לשירות הביטחון הכללי סמכות בחוק לפגוע בכבודם ובשלמות גופם של נחקרים. בית המשפט לא דן, בדעת הרוב, בשאלה אם ראוי היה להשעות קביעה זו כדי ליתן למחוקק או לממשלה זמן להתארגן, אלא קבע כי התחילה תהיה מיד. ניתן לשער, כי אם ההשעיה הייתה נבחנת במקרה זה לפי מבחן המידתיות ותנאי המשנה שלו, היא הייתה יכולה להימצא מתאימה למטרה של מניעת נזק מיידי לציבור בשל אבדן כלי חקירתי חשוב שמטרתו מניעת פעולות טרור, ולכן לשמש אמצעי הפוגע פחות,[315] אך במאזן שבין תועלת ההשעיה ובין הפגיעה בגוף האדם של הנחקרים וההפרה של עקרון שלטון החוק ייתכן שהיה נקבע כי אין להשעות את תוצאת פסק הדין. דעת המיעוט, מפי השופט קדמי, התייחסה במפורש לסוגיית ההשעיה. לדעת השופט קדמי פסק הדין שינה דין שחל במשך שנים רבות ואשר היה בו כדי לאפשר ולהכשיר את חוקיותן של שיטות חקירה מסוימות כחלק מהמאבק בטרור. מכאן שאין לשנות את מצב הדברים מיד אלא ראוי לתת שהות של שנה לפני כניסת פסק הדין לתוקף, וזאת כדי לאפשר למחוקק ליצור מקור סמכות למקרים שבהם שימוש באמצעים שנפסלו הוא הכרחי. כך יימנע מצב שבו אינטרס ציבורי חשוב ייוותר בלא הגנה מספקת.[316] למעשה, לדעת השופט קדמי התועלת שבהשעיה עולה על הנזק שבה, ומכאן שהיא מידתית. יישומה של אמת מידה זו נראית חשובה במיוחד בתחום זכויות האדם. בלא לחלוק על חשיבות ההשעיה מטעמים של אינטרס הציבור והפרדת הרשויות, ראוי לבחון בכל מקרה ומקרה אם נכון להכיר במצב שבו זכות יסוד של הפרט תיפגע שלא כדין בתקופת ההשעיה בשל אינטרסים אחרים. יש להכיר בכך שמחיר ההשעיה של הכרזת הבטלות למשך חודשים מספר משמעו, כי מי שנעצר בשירות הצבאי במהלך ששת החודשים שלאחר פסק הדין ישהה במעצר ארבעה ימים נוספים בטרם יובא לפני שופט, וזאת אף שנקבע כי מדובר בהסדר לא חוקתי;[317] וכי מי שנעצר בעת פעולת לחימה בטרור בשטחים המוחזקים במהלך ששת החודשים שלאחר מתן פסק הדין לא ייחקר במשך ארבעה ימים או לא יובא לפני שופט במשך שנים עשר ימים – אף שנקבע כי יש בכך אי־חוקיות הן על פי הדין המקומי והן על פי הדין הבינלאומי.[318]

---

314. בג״ץ **הועד הציבורי נגד עינויים** (לעיל, הערה 12).

315. ניתן לטעון כי למעשה לא הושעה פסק הדין, שכן בית המשפט יצר אמצעי פוגע פחות בדמות קביעתו, כי היועץ המשפטי לממשלה יקבע מקרים שבהם שימוש באמצעי חקירה לא חוקיים יוכל להתבסס על ההגנה הפלילית של צורך. ראו שם, בעמ׳ 847. לדעתי, אין הדבר שקול להשעיה שכן ברור מפסק הדין כי המצב שקדם לו, בו שיטות החקירה נחשבו לחוקיות, הפסיק להתקיים על אתר וכל חקירה הייתה צריכה להיעשות על פי הכללים שנקבעו בפסק הדין, אלא אם כן התעורר מצב של ״צורך״.

316. שם, בעמ׳ 847-848.

317. ראו בג״ץ **צמח** (לעיל, הערה 9).

318. ראו בג״ץ **מרעב** (לעיל, הערה 10).

ודוק: הכרה זו אינה צריכה להביא בהכרח לידי החלטה שלא להשעות את תוקף הכרזת הבטלות. כך פסק, הלכה למעשה, בית המשפט העליון וניתן בהחלט להניח כי הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בשאלת ההשעיה מבוססת היתה על מבחן המידתיות, בצורה זו או אחרת. אולם נראה כי יהא זה לעזר אם ההחלטה להשעות את הכרזת הבטלות תצין במפורש כי היא נעשית על יסוד בחינת תנאיה של דרישת המידתיות, לרבות מבחן המשנה השלישי שלה המחייב את קיומו של יחס ראוי בין התועלת שבהשעיה ובין הנזק הכרוך בה.

ו. סיכום

הכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות הולך ותופס מקום חשוב יותר ויותר בארסנל התרופות שעומד לרשות בית המשפט כשהוא דן בתוקף מעשה הרשות – הן בישראל והן במשפט ההשוואתי. מדובר בכלי חשוב המבטא את תפקידו המיוחד של המשפט החוקתי ושל בית המשפט הדן בתוקף מעשה הרשות. בה בעת, מדובר בכלי שהשימוש בו מורכב וחייב להיות זהיר ביותר, שכן טמונות בו סכנות לאינטרסים ציבוריים אחרים – כגון שלטון החוק ומעמד בית המשפט – וכן לזכויות היסוד של הפרט. למרות סכנות אלו, דעתי היא כי מדובר בכלי הכרחי מבחינה מעשית, שהתועלת שבשימוש בו יכולה במקרים רבים לעלות על הנזק שבאי־השימוש בו. בה בעת, ראוי לבדוק בכל מקרה לגופו אם אכן מוצדק לסטות מן הכלל הבסיסי, על פיו תחולת פסק הדין וסעד הבטלות שבו היא מיידית לשם הגשמת זכותו של הזוכה בפסק הדין. הדרך הנראית בעיני עדיפה לבחינה זו – מטעמים מעשיים ותאורטיים – היא להשתמש במבחן המידתיות על שלושת תנאי המשנה שבו. השעיית הכרזת הבטלות צריכה אפוא להיות לא רק רצויה מטעמים אלו ואחרים אלא גם חוקתית. אכן, דיני התרופות במשפט החוקתי הישראלי עדיין מתפתחים.[319] הם טרם נתגבשו לגמרי והניסיון שנצבר עד כה אינו רב דיו כדי לגזור מסקנות באשר לאחריתה של התפתחות זו. עם זאת ראוי לבחון מדי פעם את הניסיון שנצבר. ההצעה כי השעיית הכרזת בטלות בפסק דין תהא "השעיה חוקתית" יכולה להיות חלק מהתפתחות זו של הדין החוקתי בישראל.

319. מלבד סוגיית השעיית הכרזת הבטלות, שנדונה בהרחבה במאמר זה, ניתן להזכיר את הפיצויים המנהליים (חוקתיים); העוולות החוקתיות; "הקריאה לתוך החוק" ועוד – סוגיות חשובות החורגות מתחומו של חיבור זה.