

בשלות ועוד

בעקבות בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת; בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל; בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת

מאת

אריאל בנדור*

הלכת הבשלות החוקתית קובעת כי בית המשפט הגבוה לצדק רשאי לדחות עתירה נגד חוקתיות חוק בנסיבות שבהן אין בפני בית המשפט מערכת עובדות קונקרטית שלאורה יוכל לבחון את הטענות המשפטיות נגד החקיקה הנתקפת. הלכת הבשלות נדונה לאחרונה בהרחבה בהרכבים מורחבים של בית המשפט העליון בשלושה פסקי דין. אלה הם פסקי דין סבח נ' הכנסת (שבו נדונו עתירות נגד החוקתיות של חוק שאפשר והסדיר את פעולתן של ועדות קבלה ליישובים קהילתיים), פסקי דין גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל (שבו נדונו עתירות נגד החוקתיות של חוק שבו הועלה אחוז החסימה בבחירות לכנסת מ-2% ל-3.25%) ופסקי דין אבנרי נ' הכנסת (שבו נדונו עתירות נגד החוקתיות של חוק שקבע אחריות בנוזיקין וסנקציות מנהליות על מפרסמים ביועץ של קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, לרבות אזורים המצויים בשליטתה). בשלושת פסקי הדין, אף כי ההכרעות בהם היו ברוב דעות, תמכו כל השופטים כעיקרון בהלכת הבשלות. חילוקי הדעות בין השופטים באשר להלכת הבשלות נגעו בעיקרם להחלתה של ההלכה בנסיבותיהן של העתירות המסוימות. אגב דיון בשלושת פסקי הדין, הרשימה מציעה שני טיעונים מרכזיים: הטיעון האחד הוא כי בחינה של שלושת פסקי הדין מגלה כי הלכת הבשלות אינה עילת סף בלבד אלא מגלמת גם דין חוקי מהותי שלפיו הכנסת מוסמכת לחוקק חוק שבעת החקיקה פגיעתו בזכויות חוקתיות אינה מידתית, או שבעת החקיקה אין השפעתו ידועה, וכי אופן היישום של חוק יכול להשליך על חוקתיותו. ברשימה נטען כי תפיסה זאת היא בעייתית, וכי ככלל, על חוק להלום – בעת החקיקה – את המגבלות המשפטיות והעובדתיות הקבועות בחוקי-יסוד; הטיעון השני הוא כי הלכת הבשלות מעוררת את האפשרות לאמץ בישראל, ברוח המשפט האמריקני, הליך של תקיפה חוקתית יישומית (as-applied challenge), שמשמעותו היא בחינה אם החלטה או פעולה מסוימת של רשות שלטונית או של אדם פרטי, כמו גם סוג של החלטות או פעולות שנעשו לפי חוק, הן חוקתיות, מבלי לתת סעד הנוגע ישירות לתוקף של החוק עצמו או של סעיפים מתוכו. אף כי בית המשפט העליון קבע שתקיפה חוקתית בישראל תיוותר תקיפה חזיתית של חוקים או של סעיפי חוק מסוימים (facial challenge) בלבד, הרי שברשימה נטען כי כינון מסלול של תקיפה יישומית מתבקש מההנמקות של פסקי הדין, וכי לתקיפה כזאת יש יתרונות

* פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה למחקר משפטי ע"ש פרנק צ'רץ', הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בראיילן. אני מודה לנשיא בית המשפט העליון (בדימ') אשר גרוניס, לעורכת משפטים על אתר נועה זעירא, לחברות המערכת וכן למחווה הדעה האנונימית על הערותיהם והצעותיהם החשובות, ולבר פרג'ון על הסיוע במחקר.

המצדיקים שקילתה של האפשרות לאמצה בישראל. זאת גם אם לא כסוג היחיד של תקיפה חוקתית ולא דווקא על פי אמות המידה הנוהגות בארצות הברית.

פתיחה. א. פסקי הדין. 1. פסק דין סבא; 2. פסק דין גוטמן; 3. פסק דין אבנרי; ב. הלכת הבשלות כדין חוקתי מהותי. ג. לקראת תקיפה חוקתית יישומית. סיום.

פתיחה

1. בכמה פסקי דין מהתקופה האחרונה, שהראשון שבהם ניתן לפני שנים ספורות, קבע בית המשפט העליון הלכה חדשה – הלכת הבשלות ("דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה").¹ הלכה זאת קובעת כי בית המשפט הגבוה לצדק רשאי לדחות עתירה נגד חוקתיות חוק בנסיבות שבהן אין בפני בית המשפט מערכת עובדות קונקרטית שלאורה יוכל לבחון את הטענות המשפטיות נגד החקיקה הנתקפת. עד כה ראה בית המשפט העליון בהלכת הבשלות את אחת מעילות הסף שבית המשפט הגבוה לצדק משתמש בהן לדחיית עתירות מבלי להכריע בהן לגופן, מכוח שיקול דעתו לפי סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה לדון רק בעניינים שהוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק.²

הלכת הבשלות, אף שנקלטה אך לאחרונה ויושמה במספר מצומצם של פסקי דין, כבר עוררה עניין אקדמי ניכר.³ אף שבית המשפט ביסס הלכה זאת על עילות סף מוכרות –

1 בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.2012). לראשונה הוצעה הלכת הבשלות בהקשר חוקתי – בדעת יחיד – על ידי השופטת מרים נאור בבג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 18.1.2006) – שש שנים לפני מתן פסק דין בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה. לדחיית עתירה חוקתית על הסף, בין היתר בשל "היעדר תשתית עובדתית קונקרטית" תוך הסתמכות על פסק דין לובל, אך מבלי להשתמש בביטוי "בשלות", ראו בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר, פס' 26 לפסק דינו של השופט יורם דנציגר (פורסם בנבו, 22.3.2009). ראו גם בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.2.2012); "עע"ס 7201/11 רחמני ד.א. עבודות עפר בע"מ נ' רשות שדות התעופה, פס' 4 לפסק דינו של השופט סלים גיובראן (פורסם בנבו, 7.1.2014). לפסק דין שבו נדחתה העתירה מטעמים שבמהותם הם של חוסר בשלות תוך הפניה לפסק דין בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה, אך מבלי להשתמש בביטוי "בשלות", ראו בג"ץ 5440/11 חננאל [חן] נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 11.3.2012). לדחייתן של עתירות חוקתיות מטעמים שבמהותם הם של חוסר בשלות אף כי הביטוי "בשלות" לא הוזכר בפסק הדין ראו בג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 14.7.2008); בג"ץ 1406/02 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 603, 605 (2003). להחלתה של הלכת הבשלות על החלטה כללית של הממשלה שטרם יושמה ראו בג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 14 לפסק דינו של השופט יצחק עמית (פורסם בנבו, 7.6.2012). לפסקי דין שבהם נעשה שימוש בהלכת הבשלות בהקשר של משפט מנהלי, לצורך דחיית עתירות על הסף, ראו פסק דין בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה, פס' 26 לפסק דינה של השופטת נאור. ייתכן כי פסק הדין הראשון של בית המשפט העליון שבו צוינה הלכת הבשלות ברשימת עילות הסף בהקשר של משפט מנהלי הוא בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 440, 429 (1980).

2 ס' 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה.

3 ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג – הביקורת השיפוטית: כללי הסף 1892–1898 (2014); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לו 45 (2014); ילנה צ'צ'יקו "על בשלות וחוקתיות" משפטים מג 419 (2012); ראו גם אדם שנער "החזרת עטרה ליושנה

עתירה מוקדמת⁴ ועתירה כוללנית⁵ – הרי שלפחות בהקשר של ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים היא נתפסת כעילת סף חדשה, המעוררת שיקולי מדיניות ייחודיים החורגים מעילות הסף המסורתיות של המשפט המנהלי.

2. הלכת הבשלות נדונה לאחרונה בהרחבה בבית המשפט העליון בשלושה פסקי דין – פסק דין סבח,⁶ פסק דין גוטמן⁷ ופסק דין אבנרי.⁸ בשניים מתוך שלושת פסקי הדין – פסק דין סבח ופסק דין גוטמן – דחה בית המשפט, בהרכבים מורחבים של תשעה שופטים (שבהם השתתפו בסך הכול עשרה שופטים), את העתירות על פי הלכת הבשלות על חודו של קול.⁹ אף בפסק הדין השלישי – פסק דין אבנרי – נדחו העתירות בחלקן, אף הן ברוב של חמישה שופטים לעומת ארבעה (שהציגו דעות שונות), בין היתר תוך הפניה להלכת הבשלות.¹⁰ ואולם, כל השופטים תמכו כעיקרון בהלכה, ואף אחד מהשופטים לא הסתייג מעצם תחולתה במשפט הישראלי. חילוקי הדעות בין השופטים באשר להלכת הבשלות נגעו בעיקרם להחלתה בנסיבותיהן של העתירות המסוימות. לאחר הצגה וניתוח ראשוניים של שלושת פסקי הדין, שבהן נדונו אף סוגיות חוקתיות חשובות החורגות מהלכת הבשלות, אציג ברשימה זאת שני טיעונים מרכזיים.

בעילות הסף של בג"ץ – מבט אחר על פסק הדין בעניין הנכבה" הטרקלין ~ מחשבות על משפט hatraklin.org/2012/01/06/%D7%94%D7%97%D7%96%D7%A8%D7%AA-%D7%A2%D7%98%D7%A8%D7%94-%D7%9C%D7%99%D7%95%D7%A9%D7%A0%D7%94-%D7%91%D7%A2%D7%99%D7%9C%D7%95%D7%AA-%D7%94%D7%A1%D7%A3-%D7%A9%D7%9C-%D7%91%D7%92%D7%A5-%D7%9E%D7%91 הקבלה – (בקרוב) עשרים שנה לקדאן" המשפט ברשת – מבזקי הארות פסיקה 35, 4 (2014) www.colman.ac.il/sites/college.stage.linnovate.net/files/35_nov_2014_3_ziv.pdf

4 ראו זמיר, לעיל ה"ש 3, פרק 52.

5 ראו שם, פרק 51.

6 בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014).

7 בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.3.2015).

8 בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 15.4.2015).

9 בפסק דין גוטמן, לעיל ה"ש 7, נדחתה העתירה ברוב של שמונה שופטים לעומת אחד. עם זאת מבין שופטי הרוב סברו חמישה (הנשיא (בדימ') אשר גרוניס, המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין והשופטים חנן מלצר, דניצגר וניל הנדל) כי דין העתירה להידחות בשל היותה לא בשלה, ואילו שלושה שופטים (הנשיאה נאור, והשופטים אסתר חיות, הנדל ועוזי פוגלמן) היו בדעה כי העתירה בשלה, אך דינה להידחות משום שלדעתם החוק שנתקף היה, למצער בעת מתן פסק הדין, חוקתי.

10 קיים קושי להבין את עמדותיהם של חלק מהשופטים בפסק דין אבנרי, לעיל ה"ש 8, באשר לתחולתה בנושא העתירות של הלכת הבשלות. קושי זה נובע מכך שאחדים מהשופטים הסכימו עם עמדתם של שופטים אחרים בעניין זה, אך תיארו את העמדה אשר לה הסכימו באופן שונה מזה שבו הציגו אותה שופטים אחרים שדגלו בה. מכל מקום, אף שרק ארבעה שופטים (הנשיא (בדימ') גרוניס והשופטים ג'ובראן, מלצר ועמית) מבין תשעת השופטים שהשתתפו בהרכב הביעו דעה חד-משמעית כי שאלת חוקתיותם של סעיפים מסוימים בחוק שנתקף אינה בשלה להכרעה, ויהיה ניתן להעלות אותה בהתדיינות עתידית, הרי שגם שני שופטים נוספים (המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופט דניצגר) התייחסו בהסכמה להלכת הבשלות, אף כי לא ביססו עליה את הכרעתם. לפירוט הדעות השונות שהובעו בפסק דין אבנרי בעניין החלת הלכת הבשלות והשתלבותן בפסיקה המהותית ראו להלן, ס' 15 ו-16.

3. הטיעון האחד שיוצג ברשימה יהיה כי בחינה של שלושת פסקי הדין מגלה כי הלכת הבשלות אינה עוד עילת סף בלבד. הלכת הבשלות מגלמת גם דין חוקתי מהותי. משמעותו של דין מהותי זה, הנובע גם מפסיקות של בית המשפט העליון שבהן לא הוזכרה התיבה "בשלות", היא כי הכנסת מוסמכת הלכה למעשה לחוקק חוק הפוגע בעת החקיקה באופן בלתי מידתי בזכויות חוקתיות, או שבעת החקיקה אין השפעתו ידועה, וכי אופן יישומו של חוק יכול להשליך על חוקתיותו. בפועל בעת שהכנסת מחוקקת חוק היא איננה מחויבת להבטיח שהחוק מקיים תנאים עובדתיים הקבועים בחוקי-יסוד. היבטים מרכזיים של חוקתיות נדרשים להתקיים רק לאחר ביצוע החוק והכנסת רשאית לחוקק חוק גם בהיעדר נתונים עובדתיים בדבר חוקתיותו.

תפיסה זאת היא בעייתית. ככלל, על חוק להלום – בעת החקיקה – את המגבלות המשפטיות והעובדתיות הקבועות בחוקי-יסוד. יש קושי בראייה ברשות המחוקקת מוסמכת לחוקק חוקי "פיילוט" שבעת חקיקתם לא ידוע אם הם עולים בקנה אחד עם נורמות חוקתיות כדי לברר על סמך הפעלתם ובעקבותיהם אם הם תואמים את חוקי-היסוד.

4. הטיעון השני שאותו אציג ברשימה הוא כי הלכת הבשלות מעוררת את האפשרות לאמץ בישראל, ברוח המשפט האמריקני, הליך של תקיפה חוקתית יישומית (as-applied challenge). המשמעות של הליך זה היא בחינה אם החלטה או פעולה מסוימת של רשות שלטונית או של אדם פרטי, כמו גם סוג של החלטות או פעולות שנעשו לפי חוק, הן חוקתיות, מבלי לתת סעד הנוגע ישירות לתוקף של החוק עצמו או של סעיפים מתוכו.

אמנם בפסק דין סבב נקבע מפיו של הנשיא אשר גרוניס שתקיפה חוקתית בישראל תיותר תקיפה חזיתית של חוקים או סעיפי חוק מסוימים (facial challenge) בלבד.¹¹ ואולם, ברשימה אטען כי כינון מסלול של תקיפה יישומית מתבקש מההנמקות של פסקי הדין, וכי לתקיפה כזאת יש יתרונות המצדיקים שקילה של האפשרות לאמצה בישראל, וזאת גם אם לא כסוג היחיד של תקיפה חוקתית ולא דווקא על פי אמות המידה הנוהגות בארצות הברית. התפתחותה של הלכת הבשלות, לצד התפתחויות נוספות המשקפות תפיסה שלפיה חוקתיות חוק יכולה להיות תלויה בנתונים שאינם קיימים בעת החקיקה, משלבת בתפיסה המבוססת על חוקי-יסוד כמגבילים את הסמכות לחוקק חוקים, אלמנטים השאובים מתפיסה אחרת, של חוקי-יסוד הגוברים על חוקים במתקל הדינים. יש מקום לתת את הדעת גם לתפיסה אחרונה זאת, שיש לה בסיס אף בניסוחן של הוראות רבות בחוקי-יסוד, שיכולה גם היא להביא לתקיפה חוקתית יישומית.

א. פסקי הדין

1. פסק דין סבב

5. העתירות שבהן דן בית המשפט בפסק דין סבב¹² הוגשו נגד חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א–2011 (להלן: חוק ועדות הקבלה)¹³ מיד לאחר חקיקתו.

11 פסק דין סבב, לעיל ה"ש 6, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

12 שם.

בעת הגשת העתירות – שאחת מהן הוגשה עוד לפני שהחוק פורסם ברשומות¹⁴ – טרם נכנס החוק לתוקף,¹⁵ וממילא טרם יושם. בעתירות נטען כי החוק פוגע בזכויות שונות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכי הפגיעה אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה לפגיעה בזכויות חוקתיות, ומכאן שהחוק סותר את חוק היסוד, ודינו בטלות.

6. בחוק ועדות הקבלה נקבע כי הקצאת מקרקעין והעברה של זכות במקרקעין ביישוב קהילתי שבו פועלת ועדת קבלה יתאפשרו רק לאחר קבלת אישורה של הוועדה.¹⁶ יישוב קהילתי הוגדר, כללית, כיישוב בגליל או בנגב (לרבות "הרחבה" של יישוב כזה) שמספר "בתי האב" בו אינו עולה על 400 ואף הוגבל לפי דיני התכנון והבנייה.¹⁷ הן המועמדים והן היישוב הקהילתי רשאים להגיש לוועדת ההשגות השגה על החלטתה של ועדת הקבלה. נגד החלטתה של ועדת ההשגות ניתן לעתור לבית המשפט לעניינים מינהליים.¹⁸ סמכויותיה של ועדת ההשגות רחבות, והיא "רשאית לבטל את החלטת ועדת הקבלה, לאשרה, להחזיר את הנושא לדיון מחודש בוועדת הקבלה או לקבל החלטה אחרת במקומה".¹⁹ אמות המידה להפעלת שיקול דעתן של ועדות הקבלה פורטו בסעיף 6 לחוק, שהיה המוקד לדיון החוקתי. בסעיף זה נקבע בין היתר כי "ועדת קבלה רשאית לסרב לקבל מועמד ליישוב הקהילתי בהתבסס על אחד או יותר משיקולים אלה בלבד: [...] המועמד אינו מתאים לחיי חברה בקהילה; החלטת ועדת קבלה לסרב לקבל מועמד בשל שיקול זה, תהיה על סמך חוות דעת מקצועית של מי שהתמחותו באבחון התאמה כאמור; [...] חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה; [...] מאפיינים ייחודיים של היישוב הקהילתי או תנאי קבלה הקבועים בתקנות האגודה, אם ישנם כאלה, ובלבד שקיבלו את אישור הרשם".²⁰ בסעיף נקבע כי "בשוקלה את השיקולים האמורים [...] תיתן ועדת הקבלה את דעתה לגודל היישוב הקהילתי, לוותקו, לחוסנו ולאופי האוכלוסייה בו",²¹ והוטעם כי "ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית".²² כן נקבע בחוק ועדות הקבלה כי

13 חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א–2011, ס"ח 683. אזכור סעיפי החוק יהיה כפי שהוטמעו בפקודת האגודות השיתופיות.

14 ראו פסק דין סבח, לעיל ה"ש 6, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

15 בחוק נקבע כי תחילתו 30 ימים מיום פרסומו (ראו ס' 4 לחוק ועדות הקבלה). החוק התקבל בכנסת ב-22.3.2011, פורסם ברשומות ב-30.3.2011 ונכנס לתוקף ב-29.4.2011.

16 ראו ס' 6(ב) לחוק ועדות הקבלה.

17 ראו ס' 2 לחוק ועדות הקבלה.

18 ראו ס' 39 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס–2000, כפי שהוסף בס' 3 לחוק ועדות הקבלה.

19 ס' 6(1) לחוק ועדות הקבלה.

20 ס' 6(א)(4), 6(א)(5), 6(א)(6) לחוק ועדות הקבלה.

21 שם, ס' 8(ב).

22 שם, ס' 6(ג).

"סירבה ועדת הקבלה לקבל מועמד ליישוב הקהילתי, תמציא לו החלטה מנומקת בדבר סירובה".²³

7. בפי העותרים הייתה שורה ארוכה של טענות נגד חוקתיותו של חוק ועדות הקבלה. בתמצית, עמדתם הייתה כי החוק פוגע בזכות לכבוד במובנה הבסיסי באפשרו הליך קבלה שבמסגרתו נדונה מידת ההתאמה של המועמדים, ובזכות לצנעת הפרט בשל הליך הקבלה המחייב חשיפה של פרטים אישיים בפני הגורמים שהוסמכו לקבל החלטות מכוח החוק, ובתוכם ועדת הקבלה שרוב חבריה הם גורמים פרטיים. אך עיקר הפגיעה שנטענה, שבה גם התמקדו השופטים, היא בזכות לשוויון כחלק מכבוד האדם, פגיעה הצפויה מן ההליך שנקבע בחוק.

חמשת שופטי הרוב (הנשיא גרוניס, המשנה לנשיא מרים נאור והשופטים אליקים רובינשטיין, אסתר חיות וחנן מלצר) סברו כי העתירות נגד חוק ועדות הקבלה אינן בשלות להכרעה כל עוד החוק לא יושם. הם קבעו כי יהיה ניתן לשוב ולהעלות טענות נגד חוקתיות החוק, ככל שיהיה בכך צורך, לאחר שיושם. עם זאת חלק משופטי הרוב (במיוחד השופטים חיות ומלצר) הוסיפו אמרות אגב שונות בדבר פרשנותו של חוק ועדות הקבלה, ובהן אמירות המכירות בסמכות לפגוע מכוחו בזכויות האדם מעבר למתחייב מלשונם אם תהיה הפגיעה לתכלית ראויה ומידתית.

שלושה שופטים (השופטת (בדימ') עדנה ארבל והשופטים סלים ג'ובראן ויורם דנציגר) סברו כי העתירות בשלות להכרעה ומצאו כי החוק סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ודינו להתבטל. אחד משופטי המיעוט (השופט ניל הנדל) סבר כי העתירות מעוררות בעיה בשלה באשר לסעיף אחד מתוך סעיפי החוק, שלגוף העניין מצאו השופט הנדל לא חוקתית, ואילו הטענות החוקתיות נגד שאר סעיפי החוק אינן בשלות להכרעה ויוכלו להתברר בעתיד, אגב יישום החוק.

8. הנשיא גרוניס, שכתב את פסק הדין העיקרי, קבע כי הדיון בבשלות עתירה חוקתית המוגשת שלא בהקשר של יישומו של חוק נחלק לשני שלבים: "בשלב הראשון, על בית המשפט להכריע אם השאלה המרכזית הנדונה בעתירה היא שאלה משפטית שמענה לה אינו מחייב מסכת עובדתית מפורטת, או אם נדרש יישום של החוק כדי להשיב על השאלה. ואילו בשלב השני נדרש בית המשפט לבחון אם קיימים טעמים לדון בעתירה על אף היעדרה של תשתית עובדתית מספקת".²⁴ עם הנסיבות העשויות להצדיק הכרעה בעתירה אף בלא "תשתית עובדתית מספקת" מנה הנשיא גרוניס מקרים שבהם החוק יוצר "אפקט מצנן" של הרתעה מהתנהגות חוקית;²⁵ חשיפת העותרים לסיכון או חיובם להפר את החוק;²⁶ הגברת החשש מנזק לעותרים או לציבור;²⁷ יצירת עובדות בלתי הפיכות או מצבים שבהם דיון

23 שם, ס' 6ב(ג).

24 פסק דין סכח, לעיל ה"ש 6, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

25 שם, פס' 16 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

26 שם.

27 שם.

בעתירה לעולם יהיה מוקדם מדי או מאוחר מדי;²⁸ וחריג שיורי, של אינטרס ציבורי ממשי בכירור העתירה (כגון חשש לפגיעה קשה בשלטון החוק או בוודאות המשפטית).²⁹

9. לדעת שופטי הרוב, הכרעה מופשטת בדבר חוקתיותו של חוק ועדות הקבלה לא הייתה רצויה בהיעדר תשתית עובדתית, ולא התקיים אף אחד מהחריגים העשוי להצדיק הכרעה שיפוטית בדבר חוקתיות החוק בלא תשתית כזאת. "זאת במיוחד נוכח העובדה שמרבית הטענות שהועלו בעתירה [...] מתייחסות לתוצאות אפשריות של החוק, לגביהן נטען כי תפגענה בזכויות חוקתיות".³⁰ בהקשר זה ציין הנשיא גרוניס בין היתר:³¹

הצורך בקיומה של תשתית עובדתית מתחדד נוכח העובדה שהטיעון המרכזי בעתירות הוא כי הסעיפים הכלליים בחוק, המאפשרים דחיית מועמד בשל אי-התאמה לחיים קהילתיים או בשל אי-התאמה למרקם החברתי-תרבותי של היישוב, יהוו כסות להפליה בפועל. קריאה בלבד של לשון החוק אינה תומכת במסקנה זו, שהרי החוק [...] כולל סעיף מפורש לפיו אסור יהיה להפלות בקבלה ליישוב. לפיכך, הטענה היא כי ההפליה תתבצע במנגנון מוסווה כלשהו. הוכחה של מנגנון כאמור אפשרית רק לאחר שהחוק ייושם. [...] מסקנה דומה מתבקשת גם ביחס לטענת העותרים לפיה תקנון האגודה יהווה מנגנון להפליה ולהדרת קבוצות מיעוט. מבלי שתעמוד לפנינו מערכת עובדתית ברורה שתצביע על כך שאושרו על ידי רשם האגודות השיתופיות מאפיינים יישוביים שיש בהם כדי לעורר הפליה, כיצד ניתן לקבוע כבר עתה שהרשם יאשר תקנונים מפלים? קביעה כזו משמעה הכרעה מפורשת בניגוד ללשון החוק, שכאמור, אוסרת על הפליה.

המשנה לנשיא נאור, שהצטרפה לפסק דינו של הנשיא גרוניס, העירה כי "על החלטתה של ועדת הקבלה קיים מנגנון ביקורת שיפוטית [...]". מנגנון ביקורת זה מחדד את חוסר בשלותה של העתירה הנוכחית: אם החשש [...] יתממש ותתקיים הפליה סמויה בהחלטותיה של ועדת הקבלה – קיים מנגנון שנועד להתמודד עמו; ככל שלא יצליח המנגנון בכך ולמועמדים תהיינה טענות בדבר הפליה סמויה – שמורות להם הטענות החוקתיות והם יוכלו להעלותן במסגרת ההליכים הקונקרטיים שינהלו, כל אחד בעניינו הוא".³² המשנה לנשיא נאור הוסיפה וציינה באשר "לחשש [...] כי אדם שנדחה לא ישתמש כלל במנגנון הנ"ל [ההשגה והערעור] בשל תחושת ההשפלה שיחוש לנוכח דחייתו",³³ שאף כי "עשויים להיות מועמדים אשר יוותרו על ניהול מאבק כנגד דחייתם, בין היתר מתוך הרצון להימנע

28 שם.

29 שם.

30 שם, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

31 שם, פס' 25 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

32 שם, פס' 4 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור.

33 שם, פס' 5 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור.

ממגורים במקום שבו אינם רצויים", ³⁴ הרי ש"על-אף חשש זה, מוגשות לא מעט תביעות לבתי המשפט השונים [על פי חוקים דומים] בגין הפליה, ואלה מזכות את התובעים לא אחת בפיצויים בלתי מבוטלים". ³⁵ לשיטתה של המשנה לנשיא נאור, הטענות כי חוק ועדות הקבלה אינו חוקתי לא היו בשלות להכרעה משום שטרם הצטבר ניסיון שיאפשר לבחון אם החוק הופעל באופן הפוגע, למרות האמור בו, בזכות חוקתית, ואם נפגעים, אם אכן יהיו כאלה, יעמדו על זכותם לפנייה חוקתית לערכאות.

ברוח דומה כתב גם השופט רובינשטיין כי "תיקון חקיקתי זה משמיע בעיניי במובהק את הצורך לבחון אותו כחלוף הזמן, על פי מקרים קונקרטיים, ושאלת השאלות היא כמובן האם יופעל ביושר ובהגינות וכתבו יהיה גם רוחו, או חלילה – ואיננו אומרים כך, בוודאי כיום – יהא מי שיראהו בחינת 'הבה נתחכמה'". ³⁶

שופטי המיעוט לא חלקו על הלכת הבשלות. אלא שלדעתם של שלושה מהם ניסיון העבר הוא אינדיקציה מספקת לכך שתוצאת החוק תהיה הפליה שהכלים השיפוטיים יתקשו להתמודד עמה במקרים קונקרטיים, ושנפגעים רבים אף לא יפנו לערכאות. כדבריה של השופטת (בדימ') ארבל: "אין די בהצהרות עלי ספר, כאשר ברור שקל יהיה לכסות את ההפליה הקבוצתית בטעמים לגיטימיים לכאורה ויהיה זה קשה עד מאוד לגלות את האפליה המוסווית. מדינה דמוקרטית הנאבקת בהפליה אינה יכול להסתפק בהצהרות ריקות מתוכן ועליה למנוע מצבים שיאפשרו אפליה הלכה למעשה, בייחוד כאשר מדובר בסוגיה משמעותית כמו הקצאת קרקעות ציבוריות". ³⁷

34 שם.

35 שם.

36 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט רובינשטיין. השופטים חיות ומלצר, אף שהסכימו אף הם לחוות דעתו של הנשיא גרוניס, הוטרדו, כך נראה, מהאפשרות שהאיסור שנקבע בחוק בלשון נחרצת על התחשבות בשיקולים מסוימים המבטאים הפליה יתפרש כאיסור מוחלט, לא פחות משהוטרדו מהאפשרות שהאיסור יופר (ראו שם, פס' 1, 3 ו-5 לפסק דינה של השופטת חיות, ופס' 2 לפסק דינו של השופט מלצר). לשיטתם, ניתן לאזן בין האיסור על שיקולים מפלים לשיקולים שהחוק מאפשר לוועדה לשקול. זאת משום ש"תפיסה זו בשיח השוויון מעוררת קשיים לא מבוטלים והיא אף נשללה בעבר בפסיקה הישראלית כתפיסה שראוי לאמצה" (שם, פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות). עמדתם של השופטים חיות ומלצר מעוררת את השאלה אם ניתן לפגוע בזכויות האדם, ובענייננו בזכות לשוויון, כשפגיעה זאת היא ראויה לדעתו של בית המשפט, אף כשהחוק לא זו בלבד שלא כלל הוראת הסמכה לפגוע בזכות אלא אף שלל במפורש את כוח הפגיעה. לדעתי, אף אם הכנסת הייתה רשאית, בגדרי המידתיות, לקבוע את איסור הפגיעה בשוויון כאיסור יחסי ולא מוחלט, הרי משבחרה, כדי לשכך את החששות לשיקולים מפלים של ועדות הקבלה, להטיל איסור מוחלט על התחשבות בשיקולים מפלים מסוימים בלא שיקול דעת או סמכות איזון, אין בסיס לפירוש החוק, בניגוד ללשונו, כמתיר פגיעה בשוויון.

37 שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת (בדימ') עדנה ארבל. השופטת ארבל אף הרחיקה לכת וציינה – ככל הנראה כתמיכה בעמדתה כי דין החוק להתבטל – את החשש, הבלתי מוכח כשלעצמו, כי החוק יפגע בערכים חברתיים שונים ולא בזכויות האדם בלבד: "המיון המתאפשר במסגרת ועדות הקבלה עלול להיות בעל השלכות שליליות לא רק על הפרט אלא גם על החברה בישראל. הועלה חשש כי הקבוצות החזקות יותר בחברה הן אלו שקיבלו ומקבלות לרוב הקצאות מקרקעין משמעותיות. אם אכן כך הדבר, הרי שקבוצות אלו מקבלות במסגרת התיקון כוח נוסף באמצעות בחירת התושבים הנוספים שיקבלו קרקעות ויזכו להיות שכניהם. מטבע הדברים גם שכנים אלו ישתייכו לקבוצות החזקות שבחברה. סביר כי האוכלוסיות החלשות הן שיצאו נפגעות מהסדר זה [...]". לצד זאת יש להוסיף את הפגיעה בלכידות

10. אף כי העתירות נדחו בדעת רוב משום שלא היו בשלות, לא רק שופטי המיעוט דנו בטיעוני העותרים לגופה של חוקתיות החוק. ברבים מהטיעונים דנו בפירוט גם שופטי הרוב.³⁸ אמנם, העמדות שהביעו שופטי הרוב בשאלות החוקתיות החורגות מנושא הבשלות היו לכאורה אמרות אגב, אך בפועל הן כללו השקפות שהדעת נותנת כי יתבטאו גם בפסיקה עתידית בדבר חוקתיות החוק, אם תינתן, ומכל מקום כי יהיה בהן כדי להשפיע על החלטותיהן של ועדות הקבלה ועל פסיקותיהם של ועדות ההשגות ובתי המשפט לעניינים מנהליים.

הכללתן של אמרות אגב גם בחוות דעת של שופטי הרוב אינה מקרית. דומה שהיא אף אינה נובעת רק מרצונם של שופטים אלה להתמודד עם הנימוקים המהותיים של שופטי המיעוט. כפי שיוסבר בהמשך, תורת הבשלות כפי שאומצה בבית המשפט העליון היא במידה רבה תורה חוקתית מהותית. בפועל היא אינה רק – ואף לא בעיקר – עילת סף הנוגעת לשיקול דעתו של בית המשפט הגבוה לצדק אם לדון בעתירות המוגשות לו. תורת הבשלות אינה מונעת, ואפילו יש בה כדי לעודד, בדיקה חוקתית חלקית גם של חוקים שאינם "בשלים", שכן לפי העולה מפסק הדין, שיקול מהותי לטובת קביעה שעתירה חוקתית היא בשלה הוא שברור שהחוק, אף במנותק מאופן יישומו או מהשפעות היישום, הוא חוקתי, או שברור שבכל מקרה הוא לא חוקתי.

2. פסק דין גוטמן

1.1 בפסק דין גוטמן³⁹ נדונו עתירות נגד חוקתיותו של תיקון מס' 62 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט–1969 (להלן: התיקון לחוק הבחירות),⁴⁰ שבו הועלה אחוז החסימה בבחירות לכנסת מ-2% ל-3.25%, כדי שיוכלו להיבחר לכנסת רק רשימות שייצגו על ידי ארבעה חברי כנסת לפחות. התיקון לחוק הבחירות התקבל בכל שלוש הקריאות ברוב שעלה על רוב חברי הכנסת. מכאן שאף בהנחה – שהייתה מקובלת על הכנסת – כי התיקון פוגע בקביעה בסעיף 4 לחוק היסוד: הכנסת כי הבחירות יהיו, בין היתר, שוויוניות ויחסיות, הרי התיקון היה לכאורה כדין משהתקיימה הדרישה בסעיף זה כי אין לשנותו "אלא ברוב של חברי הכנסת", וזאת אף בהתחשב באמור בסעיף 64 לחוק היסוד, כי לעניין סעיף 4 – "שינוי" – בין מפורש ובין משתמע".

החברתית. נראה כי מדינה או חברה המורכבת מקבוצות רבות, מגוונות ושונות לא צריכה לעודד הפרדת מגורים הרמטית בהתאם להשתייכות קבוצתית כזו או אחרת. לטעמי יש בכך מסר מפורר לחברה בישראל. מסר של התבדלות, הדרת האחר והשונה. הפרדה כזו אינה מאפשרת התניידות בין קבוצות חלשות לחזקות, אינה מאפשרת לקבוצה אחת להכיר את רעותה, ובכך יש בה כדי להחליש אף יותר את הלכידות החברתית בישראל. הרצון לגור בקרב אנשים דומים הוא מובן ומקובל, ויש לאפשר ולקבל את הצורך הזה כאשר הוא מתממש באופן טבעי. עם זאת, רצון זה כשהוא מלווה בהומוגניות מוחלטת שאינה מקבלת כלל אנשים שונים ומגוונים יש בה לטעמי משום פגיעה בחברה, בדמוקרטיה, בחינוך לסובלנות ולפלורליזם" (שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ארבל).

38 השופט היחיד שנמנע בפסק דין סבא מהתייחסות לטיעונים לגוף חוקתיות החוק היה הנשיא גרוניס.

39 פסק דין גוטמן, לעיל ה"ש 7.

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

למרות זאת נדחו העתירות בדעת רוב בלבד, כשחמישה מבין שמונת שופטי הרוב דחו אותן אך בשל היותן לא בשלות,⁴¹ וכל זאת בפסק דין נרחב, שבו כל אחד מתשעת השופטים כתב חוות דעת משל עצמו. לכך שני הסברים עיקריים: ראשית, בית המשפט (למצער חמשת השופטים שדחו את העתירה על פי הלכת הבשלות וכן שופט המיעוט) סבר כי העקרונות של שוויוניות ושל יחסיות הבחירות הם בעלי ממד תוצאתי: בחירות הן שוויוניות אם תוצאותיהן מקנות ייצוג שוויוני ויחסי למגזרים שונים בחברה. מאחר שהעתירות התמקדו בחשש כי העלאת אחוז החסימה תגרום לפגיעה מהותית בייצוג הציבור הערבי בכנסת, התעוררה השאלה אם אכן זו תהיה תוצאת השינוי; שנית, בית המשפט סבר כי פגיעה בעקרונות שיטת הבחירות כפופה לפסקת הגבלה שיפוטית, שמשמעותה היא כי חוק החורג מהעקרונות שנקבעו בחוק-יסוד: הכנסת, ובהם שוויוניות ויחסיות, שראה בה מבטאת ייצוגיות, צריכה להיות לתכלית ראויה ומידתית.

12. בפסק דין סבח צוין בהרחבה כי הלכת הבשלות היא אחת מעילות הסף שלבית המשפט הגבוה לצדק נתון שיקול דעת לדחות על פיהן עתירות שלדעתו אין צורך לתת בהן סעד למען הצדק.⁴² כך היה גם בפסקי דין קודמים של בית המשפט העליון שבהם פותחה ההלכה.⁴³ לעומת זאת בפסק דין גוטמן, אף שניתן חודשים מעטים בלבד לאחר פסק דין סבח, היותה של הלכת הבשלות עילת סף צוינה פעם אחת בלבד, ואף זאת במסגרת דעת המיעוט.⁴⁴

ואכן, דומה שאף מבחינתם של חמשת השופטים שדחו את העתירה בשל חוסר בשלות לא הייתה הדחייה "על הסף". מנימוקי השופטים כולם, להוציא השופט ג'ובראן, שתמך בקבלת העתירה, עולה כי לעת הדיון היה התיקון לחוק הבחירות חוקתי. גם אם התיקון פגע בעיקרון מעקרונותיה של שיטת הבחירות הקבועים בחוק-יסוד: הכנסת, זו לא הייתה פגיעה שניתן לעמוד עליה מניתוח משפטי בלבד, אלא יש להמתין לתוצאות הפעלתו של החוק. וכך כתב בין היתר הנשיא (בדימ') גרוניס:

על פני הדברים, בלא שהתבררו תוצאות יישומו, אחוז החסימה שקבע המחוקק מהווה כלל ניטראלי, המופנה כלפי כל הרשימות. [...] בלא שנבחנו השלכותיו הלכה למעשה, לא ניתן לומר כי יש באחוז החסימה החדש משום

41 לפירוט ההתפלגות בין השופטים, ראו לעיל ה"ש 9. השופט פוגלמן, אחד משלושת השופטים שתמכו בדחיית העתירה לגופה, הביע הסתייגות משימוש תדיר בהלכת הבשלות, שבה לשיטתו יש להשתמש "בצמצום ובזהירות" (פסק דין גוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 2 לפסק דינו).

42 בפסק דין סבח, לעיל ה"ש 6, צוין לא פחות מ-18 פעמים כי הלכת הבשלות היא עילת סף. ראו במיוחד שם, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

43 ראו פסק דין לובל, לעיל ה"ש 1, פס' 3–8 לפסק דינה של השופטת נאור; פסק דין בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה, לעיל ה"ש 1, פס' 25–26 לפסק דינה של השופטת נאור; פסק דין איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל, לעיל ה"ש 1, פס' 21 לפסק דינו של המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין.

44 ראו פסק דין גוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 4 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

הבחנה פסולה בין רשימות או מתן יתרון מובהק לרשימות מסוימות על פני אחרות [...] ⁴⁵.

על כן, אפשר היה, כעיקרון, לדחות את העתירות ולהסתפק בכך [...] אולם, כאמור, אינני שולל לחלוטין את האפשרות כי תוצאות הבחירות לכנסת העשרים ילמדונו כי נפגע עיקרון מעקרונותיו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. על כן, הותרנו את הדלת פתוחה לתקיפה חוזרת של אחוז החסימה החדש לקראת הבחירות לכנסת העשרים-ואחת, בבחינת רשת ביטחון, וזאת נוכח חשיבותה של הסוגיה בה אנו עוסקים לשמירה על ערכיה הדמוקרטיים של ישראל. ⁴⁶

למעשה, לא היה הבדל מהותי בין עמדה זאת לעמדתם של שלושת השופטים שסברו כי דין העתירות להידחות לגופן ולא על סמך עילת הבשלות, שכן גם שופטים אלה לא שללו את האפשרות לשוב ולעתור בעתיד נגד התיקון לחוק הבחירות אם יתברר בעקבות בחירות עתידיות כי ההערכה שהתיקון אינו סותר את הוראות חוק-יסוד: הכנסת מוטעית. ⁴⁷

13. כמו בפסק דין סבח, גם בפסק דין גוטמן לא נמנעו אף השופטים שסברו כי דין העתירות להידחות בשל חוסר בשלות – ובהם הפעם גם הנשיא (בדימ') גרוניס – מהתייחסות מפורטת לשאלות מהותיות. כך בין היתר קבע בית המשפט, בהסתייגות מסוימת של השופטים הנדל ופוגלמן, ⁴⁸ שככלל, היבטים חוקתיים הנוגעים לשיטת הבחירות לכנסת, לרבות שוויון הבחירות, נשלטים על ידי סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, שהוא "ההוראה החוקתית הייעודית לנושא שיטת הבחירות במשפטנו". ⁴⁹ אף שבחוק-יסוד: הכנסת אין פסקת הגבלה, ארבעה שופטים, בעקבות פסק דין מופז מ-2003 ⁵⁰ – פסיקה שניתן לראות בה אמרת אגב אך ניתנה בהרכב מורחב של תשעה שופטים – היו בדעה שסמכות הכנסת לפגוע בעקרונות הקיימים של שיטת הבחירות, שהם ראו בהם כוללים גם ייצוגיות כחלק מעקרון היחסיות, ⁵¹ אינה כפופה רק לדרישה הקבועה בחוק-יסוד: הכנסת של שינוי ברוב

45 שם, פס' 48 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס.

46 שם, פס' 61 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס (ההדגשה הוספה – א"ב).

47 ראו שם, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה נאור, פס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות ופס' 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

48 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

49 שם, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס. בית המשפט העליון לא נזקק למחלוקת בנושא דומה שהתעוררה בדבר היחס בכל הנוגע לזכות לפרטיות בהליכי משפט בין השופטת דליה דורנר (שסברה כי בהתקיים הוראה ספציפית בס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה בדבר פומביות המשפט היא בלבד חלה בהקשר זה ואין תחולה לזכות לצנעת הפרט לפי ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) לבין הנשיא אהרן ברק (שסבר כי שני חוקי-היסוד חלים בד בבד). ראו בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 540–537 (הנשיא ברק בהסכמת השופט יעקב טירקל), 542–540 (השופטת דורנר) (2003); רע"א 3007/02 יצחק נ' מוזס, פ"ד נו(6) 592, 598 (2002) (השופטת דורנר בהסכמת השופטים יצחק אנגלרד וגרוניס).

50 ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(3) 793 (2003).

51 פסק דין גוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 28, 37–38 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס.

חברי הכנסת, אלא גם ל"פסקת הגבלה שיפוטית".⁵² חמישה שופטים השאירו שאלה זאת בצריך עיון, אך אף אחד מהשופטים שהשתתפו בהרכב לא הסתייג מאימוצה של פסקת הגבלה שיפוטית.⁵³

המשמעות של החלתה של פסקת הגבלה שיפוטית (שאהרן ברק הציע, מטעמים טובים, לכנותה "פסקת הגבלה משתמעת")⁵⁴ היא כי הוראת חוק החורגת מהעקרונות של שיטת הבחירות הקבועה בחוק יסוד: הכנסת תהיה כדין רק אם תהיה לתכלית ראויה, והחריגה תהיה מידתית – כמובנה של פגיעה "במידה שאינה עולה על הנדרש" בחוקי-היסוד על זכויות האדם.

התורה של פסקת ההגבלה השיפוטית בהקשר של שיטת הבחירות לכנסת הוצגה בפסיקה לראשונה בידי השופט יצחק זמיר עוד ב-1996⁵⁵ בפסק דין שבו הציע להשתמש בפסקה כסייג לביקורת השיפוטית על חריגה משיטת הבחירות ולא לצורך הרחבת הביקורת – הרחבה שמשמעותה צמצום כוחה של הכנסת בחקיקת חוקי בחירות. בפסק דין גוטמן, בהמשך לפסק דין מופז, הועלתה אפשרות "הפוכה", שלפיה תוכל הכנסת לפגוע בחוק בעקרונות של שיטת הבחירות רק בכפיפות לתנאים של פסקת ההגבלה. עמדה זאת – שכאמור הוצגה בפסק דין גוטמן בהרחבה אף שרוב השופטים סברו שהעתירות לא היו בשלות – היא בעייתית מבחינות אחדות, הראויות לדיון נפרד.⁵⁶

52 לעניין פסקת ההגבלה השיפוטית, לרבות בקשר לחוקי-יסוד, נוסף על חוקי-יסוד: הכנסת, שאינם כוללים פסקת הגבלה מפורשת, ראו אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא 77 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015); שרון וינטל "פסקת הגבלה שיפוטית: על היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים" מאזני משפט ט 177 (2014).

53 השופטים שתמכו בהחלתה של פסקת ההגבלה במסגרת בחינת החוקתיות של חוק החורג מעקרונותיה של שיטת הבחירות הקבועה בס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת היו הנשיאה נאור (ראו פסק דין גוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 2 לפסק דינה), המשנה לנשיאה רובינשטיין (שם, פס' 6 לפסק דינו), השופט מלצר (שם, פס' 6 לפסק דינו) ושופט המיעוט גובראן (שם, פס' 26–45 לפסק דינו). לעומתם חמישה שופטים הותירו את השאלה בצריך עיון. ראו פסקי הדין של הנשיא (בדימ') גרוניס (שם, פס' 63 לפסק דינו), שלפסק דינו הסכימו השופטים דנציגר והנדל, וכן פסקי הדין של השופט פוגלמן (שם, פס' 4 לפסק דינו) והשופטת חיות (שם, פס' 2 לפסק דינה).

54 ראו ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)", לעיל ה"ש 52.

55 בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 67–69 (1996). הנשיא ברק (שם, בעמ' 74–75) הביע הסתייגות מהאופן שבו הציע השופט יצחק זמיר להשתמש בפסקת ההגבלה השיפוטית (לצורך הגדרת הזכות והפגיעה בה ולא כסייג להגבלתה), ואילו השופטת טובה שטרסברג-כהן לא נקטה עמדה בעניין. מכל מקום, שאלה זאת לא הייתה טעונה הכרעה לאור התוצאה שבה תמכו כל השופטים בהרכב.

56 הבעייתיות של התורה בדבר פסקת ההגבלה השיפוטית, למצער בהקשר של צמצום סמכות החקיקה של הכנסת, מתבטאת בין היתר באלה: ראשית, עמדה זו מנוגדת לפרשנות שהייתה מקובלת שנים רבות (ראו בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969); אריאל בנדור "שריון וחוקה – פסק-דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל" משפטים לא 821, 826 (2001)). מהעמדה שאומצה בפסק דין גוטמן, לעיל ה"ש 7, עולה כי חוקים שאינם משנים את שיטת הבחירות (למשל בקביעת שיטת בחירות רובנית במקום יחסית, שינוי שלכל הדעות ניתן לעשותו רק בחוק-יסוד שהתקבל ברוב חברי הכנסת אך ללא כפיפות לפסקת הגבלה) אלא "פוגעים" בה בלבד, יוכלו להתקבל בכל רוב שהוא; שנית, ככלל, פסקת ההגבלה אינה חלה על כל עקרונות החוקה, אלא על זכויות האדם (השוו ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)", לעיל ה"ש 52, בעמ' 97 [...]) חוקה היא – על רקע הצורך לאזן בין שלטון הרוב לזכות

3. פסק דין אבנרי

14. בפסק דין אבנרי⁵⁷ דן בית המשפט העליון בעתירות נגד חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א–2011 (להלן: חוק החרם). חוק החרם הטיל בסעיף 2 אחריות בנזיקין על מפרסמים ביודעין של קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל וכן קבע בסעיפים 3 ו-4 סנקציות מנהליות שונות על המפרסמים. באשר לסנקציות המנהליות נקבעה סמכות לקבוע כללים להשתתתן.⁵⁸ כן נקבע בסעיף 2(ג) כי על מפרסמים בזדון של קריאה פומבית להטלת חרם על המדינה יהיה ניתן להטיל פיצויים שאינם תלויים בנזק ("פיצויים לדוגמה"). חרם על מדינת ישראל הוגדר בחוק החרם כך: "הימנעות במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר, רק מחמת זיקתו למדינת ישראל,

הפרט – שזכות חוקתית היא יחסית, ועל כן יחול עליה המבחן המשולש [הלימת ערכי המדינה, תכלית ראויה ומידתיות]. לעומת זאת חוקה היא – על רקע הצורך לקיים את המבנה המשטרי והמוסדי בלא סטייה – כי הסדרים אלה הם מוחלטים. המבקש לפגוע בהם צריך לעשות כן בחוק יסוד ואינו יכול להסתפק בחוק 'רגיל' גם אם זה מקיים את המבחן המשולש"). בענייננו, למרות הרטוריקה של פסק דין גוטמן, הוא סב על שיטת הבחירות ולא על זכויות האדם; לבסוף, הנימוק העיקרי להחלטה של פסקת הגבלה שיפוטית, לצד ההסתמכות על אמרת האגב בפסק דין מופז, לעיל ה"ש 50, הוא "הצורך בהשגת אחידות בביקורת שיפוטית חוקתית" (פסק דין גוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 6(ב) לפסק דינו של השופט מלצר). אך הביקורת השיפוטית החוקתית אמורה להתבסס על חוקי-היסוד. בהתקיים הבדלים בין חוקי-היסוד השונים, שרק במיעוטם יש פסקת הגבלה, אין בסיס ליצירה יש מאין של פסקת הגבלה; שלישיית, פרשנותו של בית המשפט העליון בפסק דין גוטמן של שיטת בחירות "יחסית" כשיטה המבטיחה ייצוג למגזרים השונים בחברה (ראו בין היתר פסקי דינם של המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופט מלצר), מעוררת קשיים לא מבוטלים. למשל, אפשר שתהיה שיטת בחירות רובנית מובהקת, על בסיס אזורי בחירה, שתאפשר ייצוג הולם בכנסת של מגזרים אלה, שרבים מהם מרוכזים בישראל באזורים מסוימים, כשם ששיטה יחסית, שבה אחוז חסימה מינימלי, לא תבטיח ייצוג כזה. כך, בכנסת הראשונה, אף שאחוז החסימה בבחירות להן היה נמוך, היה שיעור חברי הכנסת הערבים נמוך במידה ניכרת משיעור חברי הכנסת הערבים לאחר העלאתו של אחוז החסימה. הנימוקים העקרוניים בפסק דין גוטמן באשר לחובה להבטיח ייצוג הולם של הציבור הערבי בכנסת אינם הולמים את התשתית החוקתית הרעועה של שיטת בחירות יחסית, שכאמור ניתן לבטלה באמצעות שינוי חוק-יסוד: הכנסת ברוב חברי הכנסת בלא כפיפות לפסקת הגבלה. ייתכן כי חובה כזאת צומחת מהכרזת העצמאות, בין היתר מהקריאה "לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל [...] ליטול חלקם בבניין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים" (הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1). לגישה שלפיה להכרזת העצמאות נתון מעמד משפטי על-חוקתי, ראו אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 119, 133–137, 140–146 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000). ראו גם דברי הנשיאה דורית ביניש בבג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פס' 34 לפסק דינה (פורסם בנבו, 7.4.2011).

57 פסק דין אבנרי, לעיל ה"ש 8.

58 ראו ס' 3 לחוק החרם ("שר האוצר, בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לקבוע הוראות לעניין הגבלת השתתפותו במכרז של מי שפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל [...]"); וס' 4(ב) ("בהפעלת סמכותו לפי סעיף קטן (א) [למניעת הטבות מנהליות שונות], יפעל שר האוצר בהתאם לתקנות שיתקין לעניין זה בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת; ואולם לא הותקנו תקנות כאמור, אין בכך כדי לפגוע בסמכות לפי סעיף קטן (א)").

מוסד ממוסדותיה או אזור הנמצא בשליטתה, שיש בה כדי לפגוע בו פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית".⁵⁹

העותרים ביקשו כי בית המשפט העליון יקבע כי חוק החרם בטל בכללותו, בטענה כי החוק פוגע בהיבטים שונים של הזכות החוקתית לכבוד האדם הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – בעיקר בחופש הביטוי וכן בזכות לשוויון – ואף בחופש העיסוק הקבוע בחוק-יסוד: חופש העיסוק, וזאת מבלי לקיים את התנאים שבפסקת ההגבלה. עם זאת הדיון התמקד בפגיעה בחופש הביטוי.⁶⁰

בסיכום פסק הדין – השורה הסופית שלו – נכתב:

הוחלט פה אחד לבטל את סעיף 2(ג) של החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א–2011, ולדחות את העתירות ככל שמדובר בסעיפים 3 ו-4 לחוק. כמו כן הוחלט ברוב דעות של הנשיא (בדימ') א' גרוניס, הנשיאה מ' נאור, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופטים ח' מלצר ו-י' עמית לדחות את העתירות כאשר לסעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק, וזאת בניגוד לדעות החולקות של השופטים י' דנציגר ו-ס' ג'ובראן, לדעה הנפרדת של השופט נ' הנדל ולדעה הנפרדת של השופט ע' פוגלמן.

15. ואולם – אולי בשל מורכבות הדעות שהביעו השופטים השונים – סיכום רשמי זה הוא מדויק בחלקו בלבד. אכן, בית המשפט העליון קיבל פה אחד את העתירות נגד סעיף 2(ג) לחוק החרם, שאפשר הטלת פיצויים לדוגמה, וקבע את בטלותו של סעיף זה. כאשר לשאר הסעיפים הייתה התפלגות הדעות מורכבת מאוד, ואמת ניתנת להיאמר כי חלק מהדעות, בכל הנוגע "לשורה הסופית", לרבות בקשר להחלתה של הלכת הבשלות, לא היו בהירות. השופט מלצר, שכתב את פסק הדין העיקרי, קבע כי "סעיפים 2(א), 2(ב), 3 ו-4 לחוק הנ"ל צולחים את 'פסקת ההגבלה' החוקתית",⁶¹ על פי פירוש מצמצם שהציע לסעיפים אלה. לפי פירושו של השופט מלצר, "רק ניזוק ישיר, אשר יוכיח קשר סיבתי בין הקריאה לבין הנזק שנגרם לו ומודעות של המזיק בדבר אפשרות סבירה לקרות הנזק בעטיו של החרם, יוכל לזכות בסעד"⁶² לפי סעיף 2(א) לחוק החרם,⁶³ וכן כי "אדם שמעוניין לזכות בפיצויים לפי סעיף 2(ב) לחוק"⁶⁴ יידרש להוכיח מלבד היסוד של קריאה לחרם, גם את

59 ס' 1 לחוק החרם.

60 ראו פסק דין אבנרי, לעיל ה"ש 8, פס' 25 לפסק דינו של השופט מלצר ("...") משעה שהבעתי את הדעה שיש כאן פגיעה בחופש הביטוי – אין מקום לדון בנפרד בפגיעה בחופש העיסוק ובזכויות חוקתיות נוספות, אשר לטענת העותרים הופרו, שכן פגיעות אלו כולן נגזרות פה מן הפגיעה בחופש הביטוי וככל שימצא כי פגיעה זו עומדת בתנאי 'פסקת ההגבלה', הרי שאותו הדין חל לגבי שאר הפגיעות"). אף שאר שמונת השופטים שהשתתפו בהרכב התמקדו בפגיעה בחופש הביטוי.

61 פסק דין אבנרי, לעיל ה"ש 8, פס' 25 לפסק דינו של השופט מלצר.

62 שם, פס' 40 לפסק דינו של השופט מלצר.

63 בס' 2(א) לחוק החרם נקבע: "המפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל [...] עושה עולה אורחית והוראות פקודת הנוזיקין [נוסח חדש] יחולו עליו".

64 בס' 2(ב) לחוק החרם נקבע: "לעניין סעיף 62(א) לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] לא יראו מי שגרם להפרת חוזה מחייב כדין על ידי קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל כמי שפעל מתוך צידוק מספיק".

האלמנטים הבאים: גרימה [...], קשר סיבתי בין הקריאה לחרם לבין ההפרה, יסוד נפשי של מודעות ונזק ממון.⁶⁵ עם זאת הוסיף השופט מלצר וקבע כי בענינו, "נראה כי ישום דוקטרינת חוסר הבשלות החוקתית לענייננו מחייבת כי מעבר לפסילת סעיף 2(ג) לחוק – טענות התובעים בכוח והנתבעים בכוח בהקשר לחוק יבחנו במסלול היישומי אגב תביעות שתוגשנה, ככל שתוגשנה, בהקשר לסעיפים 2(א), ו-2(ב) לחוק ותתבררנה בפני בית המשפט הדיוני, או לחלופין כשתבואנה עתירות פרטניות בהקשר לסעיפים 3 ו-4 לחוק, כנגד החלטה קונקרטית של שר האוצר".⁶⁶ אי-הבהירות בדבר היחס בין דחיית העתירות לגופן לבין דחייתן עקב חוסר בשלות מתגברת בשל דבריו של השופט מלצר כי "אין בתוצאה זו [פסילת סעיף 2(ג) בלבד] כדי לגרוע מהאפשרות לעורר סוגיות חוקתיות שלא הוכרעו כאן גם 'בשלב היישומי' (בעת שתתבררנה תביעות על פי החוק)".⁶⁷

השופט דנציגר סבר כי יש לדחות את העתירות נגד סעיפים 2(א), 2(ב), 3 ו-4 לגופן, שלא על פי הלכת הבשלות, על סמך פרשנות מצמצמת לסעיפים אלה – מצמצמת יותר מהפרשנות שהציע השופט מלצר (שלשיטתו של השופט דנציגר היה בה כדי להביא לפסילתם של סעיפים אלה).

השופט הנדל תמך בקבלת העתירות בקשר לסעיף 2 בכללותו (לרבות סעיפים 2(א) ו-2(ב)), ובדחייתן בקשר לסעיפים 3 ו-4 (בכפוף לכך שסעיפים אלה יתפרשו ויישמו באופן שיעלה בקנה אחד עם דרישת היחסיות, כפי שפירט השופט הנדל).

המשנה לנשיאה רובינשטיין – אף שהצטרף "בהסכמה" לחוות דעתו של השופט מלצר⁶⁸ – דגל בדחיית העתירות בקשר לסעיפים אלה לגופן והסתפק, במסגרת "הערה מקדימה", בהבעת "ספק [...] אם יש מקום לדון בחוקתיות סעיפים אלה בשלב זה".⁶⁹

השופט יצחק עמית הציע מסקנות שאינן ברורות לחלוטין הן באשר לסעיפים 2(א) ו-2(ב) והן באשר לסעיפים 3 ו-4. באשר לסעיף 2 ציין השופט עמית כי "הסעיף בנוסחו הנוכחי יוצר עמימות ואי בהירות המקשות על הערכת התפרסות העוולה ויישומה. התלבטתי אם אין בכך כדי להביא למסקנה כי יש לדחות את העתירה ככל שהיא מתייחסת לעוולה על פי דוקטרינת חוסר הבשלות, בהיותה מופשטת ובהיעדר מערכת עובדות קונקרטית ברורה ושלמה לגביה ניתן לבחון ולנתח את יסודות העוולה. מכל מקום, חברי השופט מלצר עמד בהרחבה על הבעיות המרכזיות שהעוולה מעוררת, וברוב כשרונו הציע פרשנות המיישבת חלק נכבד מהקשיים וכן הציע להותיר בחינת הטענות במסלול היישומי לכשתתעוררנה".⁷⁰ קושי רב אף יותר מתעורר באשר להבנת מהות הכרעתו של השופט עמית באשר לסעיפים 3 ו-4. השופט עמית ציין הן כי "כל חברי תמימי דעים כי סעיפים 3 ו-4 לחוק עומדים בתנאי פסקת ההגבלה, ומצטרף אני לדעתם"⁷¹ והן כי "איני סבור כי בשלה העת לקבוע כבר עתה

65 פסק דין אבנרי, לעיל ה"ש 8, פס' 41 לפסק דינו של השופט מלצר.

66 שם, פס' 60 לפסק דינו של השופט מלצר.

67 שם, פס' 61 לפסק דינו של השופט מלצר (ההדגשה הוספה – א"ב).

68 שם, פס' ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

69 שם, פס' יד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

70 שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט עמית.

71 שם, פס' 41 לפסק דינו של השופט עמית.

כי ההוראות הקבועות בסעיפים 3 ו-4 לחוק הן בהכרח חוקתיות. [...] לטעמי, לשם כך יהיה צורך לבחון את יישום הוראות החוק ואת הפעלת הסמכות על ידי שר האוצר בהתאם לתשתית עובדתית קונקרטית, לכשיתעורר המקרה המתאים".⁷²

השופט פוגלמן הציע לפסול, מעבר לסעיף 2(ג), גם את הרכיב של "או אזור הנמצא בשליטתה" בהגדרתו של "חרם על מדינת ישראל" שבסעיף 1 לחוק החרם, וכן לפרש את התנאים לתחולת החוק באופן שכנראה הוא מצמצם יותר מהתנאים שהציעו השופט מלצר והשופטים שהסכימו לפירושו. השופט פוגלמן לא נזקק להלכת הבשלות ולא התייחס אליה בנימוקיו.

הנשיאה נאור ציינה כי היא מצטרפת לעמדתם של השופט מלצר ו"חברינו שהצטרפו לדעתו".⁷³ ואולם, הנשיאה נאור הטעימה כי "בשאלת המידתיות אני רואה עין בעין עם חבריי שקבעו שסעיפים 3 ו-4 לחוק קובעים הסדר מידתי, תוך הבהרה שניתן יהיה בעתיד לתקוף את ההסדרים שייקבעו, אם יקבעו, מכוח שני הסעיפים האמורים".⁷⁴ זאת לעומת השופט מלצר שציין כי למצער היבטים מסוימים הנוגעים לחוקתיות של סעיפים 2(א), 2(ב), 3 ו-4 עצמם – ולא רק הסדרים או החלטות שיתקבלו מכוחם – יוכלו להיות נדונים בעתיד, ואילו שופטים אחרים ציינו כי טענות מסוג זה יהיה ניתן להעלות נגד סעיפים 3 ו-4.

הנשיא (בדימ') גרוניס ציין כי עמדתו – מבין "קשת רחבה של עמדות"⁷⁵ שהוצגה בפסק הדין בנוגע לחוקתיותו של חוק החרם – תואמת את עמדתו של השופט מלצר. ייתכן שאף מדבריו של הנשיא (בדימ') גרוניס עולה רמז כי יהיה ניתן להעלות טענות חוקתיות נגד סעיפי החוק אגב יישומם.⁷⁶

השופט ג'ובראן הצטרף לעמדתו של השופט דנציגר בדבר דחיית העתירה במלואה על פי הפירוש המצמצם שהשופט דנציגר הציע. עם זאת השופט ג'ובראן ציין כי "אשר לסנקציות המנהליות הקבועות בסעיפים 3 ו-4 לחוק, כיתר חבריי, גם לעמדותי סעיפים אלו עומדים בתנאי פסקת ההגבלה, ובשלב זה – טרם הפעיל שר האוצר את סמכותו ליישם את הוראות החוק – אין מקום לבטלם".⁷⁷ כאמור, לא כל יתר השופטים סברו כי יהיה ניתן לבטל את סעיפים 3 ו-4 בעתיד, ולחלופין כי סעיפים אלה בלבד יהיו נתונים לביטול בעתיד.

16. קריאה בחוות הדעת של השופטים השונים בפסק דין אבנרי מעלה אפוא תוצאה זאת באשר לחוקתיותם של סעיפים 2(א), 2(ב), 3–4 לחוק החרם – תוצאה השונה מהסיכום הרשמי של פסק הדין:

72 שם, פס' 43 לפסק דינו של השופט עמית.

73 שם, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

74 שם, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

75 שם, פס' 1 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס.

76 ראש שם, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס [...] חופש הביטוי עלול להפוך כלי להשתקה של האחר. אף בשל טעם זה צולחים סעיפים 2(א) ו-2(ב) של החוק את המבחן החוקתי, אם כי בדוחק ובקושי, בשלב בו אנו מצויים, עוד טרם יישומו של החוק ובלא תשתית עובדתית קונקרטית" (ההדגשה הוספה – א"ב).

77 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

ראשית, לגוף העניין – שבעה שופטים תמכו בדחיית העתירות נגד סעיפים אלה (מתוכם הציעו השופטים דנציגר וג'ובראן פרשנות משל עצמם לסעיפים, השונה מפרשנותם של הנשיא (בדימ') גרוניס, הנשיאה נאור, המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופטים מלצר ועמית), שופט אחד (השופט הנדל) תמך בקבלת העתירות נגד סעיפים 2(א) ו-2(ב) ובדחיית העתירות נגד סעיפים 3 ו-4, ואילו שופט נוסף (השופט פוגלמן) תמך בפסילת מילים אחדות מההגדרה שבסעיף 1 לחוק, שמשמעותה הייתה קבלה חלקית של העתירות נגד כל ארבעת הסעיפים.

שנית, באשר לבשלות – חוות דעת רבות הן כאמור עמומות, ופירושן אינו ברור. אף באחת מהן לא תוארה הלכת הבשלות כעילת סף, ואכן לנוכח הדיון המהותי העשיר והמפורט שהוצע בכל חוות הדעת קשה לראות בבשלות, באופן שבו נעשה בה שימוש בפסק הדין, דרישת סף. בכפופות לעמימות ההתייחסות נראה, מבלי לקבוע, או לטעת, מסמרות (אם יורשה אף לי להיזקק לביטוי הכה-שכיח בפסקי דין של בית המשפט העליון), כי שלושה שופטים (הנשיא (בדימ') גרוניס והשופטים מלצר ועמית) סברו כי יהיה ניתן להעלות בעתיד, על סמך עובדות קונקרטיות, טענות חוקתיות נגד כל ארבעת הסעיפים; שני שופטים (הנשיאה נאור והמשנה לנשיאה רובינשטיין) סברו כי יהיה בלתי אפשרי להעלות טענות חוקתיות אף לא נגד אחד מהסעיפים (להבדיל מטענות שעניינן אופן היישום של החוק או תוכן תקנות או כללים שייקבעו מכוחו), ונראה שאף שלושה שופטים נוספים (השופטים הנדל, דנציגר ופוגלמן), על סמך ניתוחים מהותיים שונים, לא השאירו פתח לבחינות חוקתיות עתידיות, מעבר לקביעות בפסק דין אבנרי של תוקף סעיפים בחוק החרם, ואילו שופט אחד (השופט ג'ובראן) היה בדעה כי בעתיד יהיה ניתן להעלות טענות חוקתיות נגד סעיפים 3 ו-4.

מכל מקום, חוות הדעת של השופטים השונים ברובן אינן מבחינות בחדות, אם בכלל, בין שאלות הנוגעות לבשלות הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק לשאלות הנוגעות לבשלות הביקורת השיפוטית על אופן יישומו. הקביעה בדבר היעדר בשלות נעשית כחלק מדיון חוקתי ופרשני מפורט ולא כתחליף לו. נימוקיה המהותיים של הפסיקה שהשאירה על כנם את סעיפים 2(א), 2(ג), 3 ו-4 אינם מסתפקים בשיקולים הנוגעים לבשלות. לכל היותר ניתן לומר כי בדומה לפסיקה בפרשות סבא וגוטמן, ייתכן שחלק מהשופטים יהיו מוכנים לשוב ולדון בעתיד בחוקתיות הסעיפים לנוכח ביצועם והשלכותיו.

ב. הלכת הבשלות כדין חוקתי מהותי

17. "השימוש בעילת הבשלות לא נועד להוות 'טכניקת הימנעות' מדיון בחוקתיות החוק העומד לבחינת בית המשפט".⁷⁸ עם זאת הלכת הבשלות נועדה במקורה "לווסת"⁷⁹ – במובן של לצמצם – את זרם הפניות לבית המשפט מתוך "ריסון שהרשות השיפוטית רואה עצמה מחויבת לו בהפעילה ביקורת שיפוטית [...]" וביתר שאת ככל שמדובר בעתירה

78 פסק דין סבא, לעיל ה"ש 6, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

79 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל.

לביטול חוק".⁸⁰ זאת על מנת לקדם שתי תכליות:⁸¹ תכלית אחת היא שמירה על משאביו של בית המשפט, לרבות אמון הציבור בו, למקרים שבהם התערבותו הכרחית.⁸² רציונל זה הוא במהותו רציונל של שפיטות מוסדית:⁸³ לא ראוי שבית המשפט יפעיל ביקורת שיפוטית בכלל, ואת "הנשק הלא-קונבנציונאלי"⁸⁴ של ביקורת חוקתית לא כל שכן, אלא כשהדבר הכרחי.⁸⁵ תכלית שנייה היא מתן אפשרות להכרעה חוקתית נכונה ומדויקת המתבססת על תשתית מלאה של עובדות. על פי הלכת הבשלות, תשתית כזאת עשויה לספק בנסיבות מסוימות רק מקרים קונקרטיים שבהם החוק יושם.

השאלה עד כמה הגנה על בית המשפט במסגרת הגבלת השפיטות המוסדית היא שיקול ראוי להימנעות מפסיקה, שמשמעותה היא הותרה על כנן נורמות או פעולות שייתכן שאינן כדין, ואם מדובר בשיקול ראוי מהו המשקל שיינתן לו, ראוי לדיון נפרד. לדעתה של ילנה צ'צ'קו, המתייחסת לשני פסקי דין בעניין הבשלות החוקתית שקדמו לשלושת פסקי הדין נושא רשימה זאת,⁸⁶ עמדת בית המשפט באותם פסקי דין נשענה במידה רבה על שיקול שפיטותי מובהק, שכן "בבסיסה טעמים הנוגעים להפרדת רשויות ותפיסת תפקידו של בית המשפט".⁸⁷ צ'צ'קו טענה כי למרות רציונל זה לא קבע בית המשפט העליון בפסקי דין אלה אמות מידה לקביעת הנסיבות – המבטאות איזון, כמקובל בארצות הברית, בין שיקולים בעלי אופי שפיטותי לבין שיקולים מהותיים הנוגעים לתוכן החוק שבו מדובר והשפעתו על זכויות האדם – שבהן ראוי לדחות עתירה כבלתי בשלה. דומה כי היבטים שעניינם איזון בין שיקולים מהותיים לשיקולים שפיטותיים נדונו בשלושת פסקי הדין נושא רשימה זאת, אף כי לא הוצעה בהם הבניה של שיקול הדעת השיפוטי בהחלה של הלכת הבשלות אשר לה קראה צ'צ'קו.⁸⁸

18. מכל מקום, מהנימוקים של שלושת פסקי הדין נושא רשימה זאת, אף שבשניים מהם (פסקי דין סבב וגוטמן) נדחו העתירות במלואן, ובשלישי (פסק דין אבנרי) התקבלו העתירות רק באשר לסעיף חוק אחד מתוך כלל סעיפי החוק שנתקף, מתברר כי להלכת הבשלות יש גם ממד "אקטיביסטי". ראשית, "במצבים מסוימים עשוי השימוש בעילת הבשלות 'להציל' עתירה, ולמנוע דחייתה לגופו של עניין. כך במקרים שבהם בחינת החוק הנדון 'על פניו' אינה מגלה פגם חוקתי, אולם יישום עתידי שלו עשוי להצביע על כך שהחוק

80 שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות.

81 ראו צ'צ'קו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 435.

82 ראו שם.

83 ראו פסק דין איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל, לעיל ה"ש 1, פס' 12–20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

84 ראו בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996).

85 ראו צ'צ'קו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 428–429.

86 פסק דין בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה, לעיל ה"ש 1; פסק דין איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל, לעיל ה"ש 1.

87 ראו צ'צ'קו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 433.

88 ראו שם, בעמ' 451.

פוגע בזכות חוקתית שלא על פי אמות המידה החוקתיות.⁸⁹ שנית, אגב שיח הבשלות בית המשפט יכול לערוך רדוקציה של שאלות שעניינן בחוקיות הביצוע של חוק לשאלות הנוגעות לעצם חוקתיות החוק, ואגב כך להרחיב את המגבלות החוקתיות על חוקים ועם זה יחד – את היקף הביקורת השיפוטית. כך, בפסק דין סבח נקבע כי גם ביצוע לא שוויוני של חוק יכול להיות עילה לתקיפת החוקתיות של החוק.⁹⁰ בפסק דין גוטמן נקבע שהתשובה לשאלה אם שיטת בחירות היא שוויונית ויחסית או אם פגיעת השיטה בשוויוניות וביחסיות מקיימת את היסודות של פסקת ההגבלה השיפוטית אינה יכולה להילמד מהחוק כשלעצמו, אלא עשויה להיות תלויה בתוצאות הבחירות.⁹¹ ואילו מחוות דעתם של חלק מהשופטים בפסק דין אבנרי אפשר שישתמע⁹² כי מידתיות הפגיעה של חוק החרם בחופש הביטוי (כחלק מהזכות לכבוד האדם) יכולה להיות תלויה באופן שבו החוק ייושם ובתוכן התקנות והכללים שייקבעו מכוחו.

19. על פי עילות הסף הוותיקות – ובהן עתירה מוקדמת ועתירה תאורטית – אין לשלול את האפשרות שבית המשפט הגבוה לצדק יימנע מבדיקה פרטנית של החוקתיות של הסדר מורכב שנקבע בחוק שטרם הופעל. בהיעדר הצדקה מיוחדת,⁹³ בית המשפט יכול לסבור כי אין לבחון את חוקתיותו של חוק מורכב, הכולל שורה של הסדרים, באופן מופשט ותאורטי. בדיקת כל אחד מההסדרים תוכל להידחות למועד שבו תתעורר מחלוקת קונקרטית הנוגעת להסדר המסוים.

ואולם, בהתחשב בתפיסה המקובלת בישראל ששבה ואושררה בפסק דין סבח, שעל פיה "בית המשפט הגבוה לצדק, בבוחנו עתירות חוקתיות, ערך במרבית המקרים ביקורת חוקתית מופשטת (אבסטרקטית)"⁹⁴ ולא של יישומים קונקרטיים של החוק,⁹⁵ והיות שבשלושת פסקי הדין, נושא רשימה זאת, כמעט "הזמין" בית המשפט העליון פניות בעתיד לביקורת שיפוטית על החוקים הנדונים לכשיבשילו ולא השתמש בהלכת הבשלות כאמצעי להימנעות מביקורת שיפוטית,⁹⁶ נראה כי הלכת הבשלות – אף אם השופטים לא התכוונו לכך⁹⁷ – מבטאת גם,

89 פסק דין גוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 61 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס, וההפניה שם לפס' 22 לפסק דינו בפסק דין סבח, לעיל ה"ש 6.

90 פסק דין סבח, לעיל ה"ש 6, פס' 10 לפסק דינו של השופט הנדל.

91 פסק דין גוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 44 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס.

92 ראו לעיל, ס' 15 לרשימה זאת.

93 הצדקה לביקורת שיפוטית מופשטת של חוק ארוך ומורכב שכלל שורה של הסדרים הייתה באשר לחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה–2005, שבו כלולים למעלה מ-150 סעיפים וכן שש תוספות. זאת משום שביקורת מידית על החוק בכללותו, תוך היזקקות פרטנית לכל אחד ואחד מההסדרים שנכללו בו, נדרשה להבנתו של בית המשפט העליון לפני ביצועה של תכנית ההתנתקות. ראו בג"ץ 1798/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005). לפסק דין נוסף של בית המשפט הגבוה לצדק המהווה "קומנטר" חוקתי מפורט של חוק מורכב, ראו בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.2012).

94 פסק דין סבח, לעיל ה"ש 6, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

95 ראו צ'צ'קו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 426–428.

96 השוו שם, בעמ' 435 ("ניתוח הדוקטרינה [הלכת הבשלות] כמבחן של שפיטות מעלה כי קיומן של נסיבות קונקרטיות אינו לב העניין. השאלה העיקרית היא אם קיימת הצדקה ממשית להתערבות של בית

אם לא בעיקר, דין חוקתי מהותי. על פי דין זה, אין דרישה שהכללים הקבועים בחוקי־יסוד, שהם תנאי לחוקתיות חוקים, יתקיימו בעת החקיקה. אכן, כעולה מפסק דין סבב באשר לחוקי־יסוד על זכויות האדם, הן השאלה אם חוק פוגע בזכות חוקתית והן השאלה אם הפגיעה היא מידתית יכולות להיבחן, אם אין להן תשובה בעת החקיקה ובעת הדיון בעתירה, לאחר הפעלת החוק לאור הניסיון שהצטבר מהפעלתו. כעולה מפסק דין גוטמן, השאלה אם חוק פוגע בשיטת הבחירות הקבועה בחוקי־יסוד: הכנסת, ואף השאלה אם הפגיעה היא לפי פסקת ההגבלה השיפוטית, יכולות להיבחן לאחר הפעלת החוק אם אין להן תשובה בעת החקיקה ובעת הדיון בעתירה, וזאת לאור הניסיון שיצטבר מתוצאות הבחירות שיערכו לפי אותו חוק. גם מחלק מחוות הדעת שניתנו בפסק דין אבנרי עולה כי מידתיות הפגיעה בחופש הביטוי תוכל להיקבע בהיבטים מסוימים לפי אופן יישומו של חוק החרם, שחוקתיותו נדונה בפסק הדין.

20. השלכות אלה של הלכת הבשלות – הן אלה ה"פסיביסטיות" והן אלה ה"אקטיביסטיות" – הן בעייתיות, משתי בחינות עיקריות: ראשית, ככל שתמשיך לחול בישראל, כעמדתו של בית המשפט העליון בפסק דין סבב, ביקורת חוקתית מופשטת (facial) בלבד ולא יישומית (as-applied),⁹⁸ הבסיס המהותי לה הוא בתפיסה כי הכנסת אינה רשאית לחוקק חוקים הסותרים חוקי־יסוד. אכן, כדבריו של השופט פוגלמן בפסק דין גוטמן, בהתייחסו להליך הביקורת החוקתית, "ודאות גמורה אינה תמיד מנת חלקנו".⁹⁹ אך דברים אלה חלים בראש ובראשונה על הכנסת עצמה. אמנם בעת שהכנסת מחוקקת חוק לא תמיד יכולה להתקיים ודאות שהחוק מקיים את התנאים העובדתיים הקבועים בחוקי־יסוד. עם זאת מאי־הדרישה לוודאות מוחלטת אין נובע שהכנסת מוסמכת לחוקק חוק שאין בסיס סביר להיותו מקיים את התנאים הקבועים בחוקי־יסוד. חקיקת חוקים כ"פיילוט" – שבית המשפט העליון אפשר למעשה לא פעם לא רק על פי הלכת הבשלות אלא גם בדרכים אחרות¹⁰⁰ – על מנת לברר אם בעקבות הפעלתם

המשפט בנקודת זמן מסוימת, או שמא מוטב לו לשמר את משאביו ולדחות את הדיון בחוק למועד מאוחר יותר באופן שעשוי אף לייתרו כליל – והכול לפי שיקול־דעתו".

97 להבחנה בין הצדקה היסטורית סובייקטיבית להנהרה אובייקטיבית של נורמה משפטית, ראו דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות 15–16 (2008).

98 בפסק דין אבנרי קישר השופט מלצר בין תורת הבשלות לבין התקיפה החוקתית ה"יישומית" (as-applied) המקובלת בארצות הברית, לעיל ה"ש 8, פס' 60 לפסק דינו; קישור זה נעשה אף במאמרו של פוליאק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 48 (מאמר שאף הוזכר בהקשר זה בפסק דין אבנרי, פס' 60 לפסק דינו של השופט מלצר); ואולם כפי שהסביר הנשיא גרוניס בפסק דין סבב, התקיפה היישומית האמריקנית אינה חלק מהלכת הבשלות, לעיל ה"ש 6, פס' 19 לפסק דינו. אין משמעותה כי בית המשפט ידון בחוקתיות חוקים רק אגב דיון במקרים קונקרטיים, אלא כי בית המשפט, ככלל, לא יפסול כבלתי חוקתיים חוקים או סעיפי חוק אלא רק יישומים מסוימים של חוק (ראו להלן, בס' 24).

99 פסק דין גוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 2 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

100 כגון באמצעות מעקב של שנים – "שמרטפות" – של בית המשפט על ביצוע החוק לאחר הגשת העתירה. ראו למשל באשר ל"חוק טל" בעניין גיוס לצבא של תלמידי ישיבות – בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 8.9.2009) (החלטה בדבר דחיית הדיון בחוקתיות החוק).

הם מקיימים דרישות חוקתיות, היא בעייתית.¹⁰¹ כך, הדרישה בפסקת ההגבלה כי פגיעה בזכות תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש" והדרישה כי הבחירות לכנסת יהיו שוות צריכות להתקיים במידה סבירה בראש ובראשונה בשעת החקיקה ולהיתמך בראיות, ובמקרי הצורך גם בחוות דעת מומחים. אכן, "נקודת-ההנחה היא, כי להבדיל משאלת הביקורת השיפוטית, על הרשות המחוקקת לבחון את מידת ההתאמה האמורה [בין הצעות החוק לחוקי-היסוד]".¹⁰² כך באשר לחובתה של הרשות לבחון את חוקתיותן של הצעות חוק מבחינה משפטית, וכך גם באשר לחובתה לבחון את החוקתיות מבחינה עובדתית, ובוודאי באשר ליסודות פסקת ההגבלה, לרבות המידתיות, שמקובל כי הנטל להוכיח את קיומם בבית המשפט הוא על הטוענים כי חוק הוא חוקתי.¹⁰³ אך הדבר נכון גם באשר לשאלת עצם הפגיעה בזכות, שמן הראוי כי הכנסת תדון בה על סמך טיעונים משפטיים ותשתית עובדתית שיהיו לפניה.

שנית, האופן שבו חוק מיושם אינו אמור, ככלל, להשליך על עצם חוקתיותו. ההפך הוא הנכון. התשובה לשאלה אם מותר ליישם את החוק אמורה לקבוע את חוקתיותו, ואם הוא אכן חוקתי – לקבוע את אופן יישומו. עצם העובדה שניתן להפר חוק באמצעות שקילת שיקולים זרים או בהפעלת הסמכות מכוחו באופן מפלה או כזה שפגיעתו בחופש הביטוי כחלק מכבוד האדם אינה מידתית, אינה עילה לבטלות חוקתית של החוק. כך, גם אם יתברר כי חוק ועדות הקבלה מיושם באופן מפלה, בניגוד ללשונו המפורשת של החוק ואף בניגוד לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המתפרש כמשתרע על היבטים מרכזיים של הזכות לשוויון,¹⁰⁴ הסעד ההולם לא יהיה ביטול החוק כי אם ביטולן של החלטות הסותרות אותו. הוא הדין בהתקנת תקנות לא מידתיות מכוח חוק החרם. אמנם אפשר שיהיו מקרים, שהדעת נותנת שיהיו נדירים, שבהם לאחר חקיקת חוק הפוגע בזכות חוקתית יתברר לדוגמה שבפועל החוק אינו מקדם את תכליתו אף שבעת החקיקה היו ראיות מספיקות שהוא יקדם את התכלית, או שלאחר החקיקה יהיו התפתחויות טכנולוגיות שיאפשרו להגשים את תכלית החוק תוך פגיעה פחותה בזכות החוקתית. אך האפשרות של הפיכת חוק ללא חוקתי לאחר חקיקתו אינה נוגעת להלכת הבשלות. אם חוק תואם את חוקי-היסוד בעת חקיקתו ובעת הדין בעתירה, דין העתירה להידחות לא משום שאינה בשלה אלא משום שהחוק הוא חוקתי.

21. בחוק ועדות הקבלה, שבפסק דין סבח נפסק כי אינו בשל לביקורת שיפוטית,¹⁰⁵ נקבע כאמור כי "ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד

101 ראו אריאל בנדור "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" משפט וממשל יד 377, 396–394 (2012).

102 אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה' 352, 339 (2000).

103 ראו אהרן ברק "נטל ההוכחה ופגיעה בזכויות חוקתיות" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנן 53, 57–58 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמיצר עורכים, 2009).

104 ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 682–685 (2006).

105 פסק דין סבח, לעיל ה"ש 6, פס' 35 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית".¹⁰⁶ לפיכך לא היה בסיס לטענה כי בחוק יש כדי לפגוע בזכות לשוויון כחלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. עצם האפשרות להפרת החוק אינה הופכת אותו ללא חוקתי.

אך גם אם העמדה שבנסיבות מסוימות הפרת חוק שהמשפט, מטעם זה או אחר, מתקשה להתמודד אתה, היה בה כדי להפוך את החוק ללא חוקתי, הרי שתהיה זו התפתחות מאוחרת שעצם האפשרות שתתרחש לאחר החקיקה לא הייתה צריכה להפוך את העתירה, בעת שנדונה, לחסרת בשלות. הוא הדין באפשרות ההיפותטית, שאינה ייחודית לחוק ועדות הקבלה, כי מתוך חשש להפרת החוק בני אדם שיירתעו מכך יימנעו מלכתחילה מלהגיש בקשות שיידונו בפני הוועדות.

באשר לטענות כי עצם הטלת חיוב להופיע בפני ועדות קבלה לצורך קבלת זכויות במקרקעין ביישובים מסוימים פוגע בזכויות החוקתיות לכבוד האדם ולצנעת הפרט – טענות אלה היו בשלות מיד עם כניסת החוק לתוקף, ואין לראות כיצד מידתיותן של הפגיעות הנטענות הייתה יכולה להיות תלויה באופן יישום החוק.

מכל מקום, עצם האפשרות ההיפותטית – שכאמור, ההכרה בה היא בעייתית כשלעצמה – שפגיעות אלה, אם היה נקבע כי אכן מתקיימות, יהפכו ללא מידתיות בשל יישום החוק, אינה גורעת מהאפשרות של בית המשפט לדון במידתיות החוק עוד לפני שהופעל, כשם שהכנסת עשתה, בעזרת יועציה המשפטיים ובאשר לתיקון לחוק הבחירות גם תוך הסתייעות בחוות דעת מומחים, במסגרת הליכי החקיקה.

22. בפסק דין גוטמן מצאו כאמור שלושה מתוך שמונת שופטי הרוב כי התיקון לחוק הבחירות שהעלה את אחוז החסימה בבחירות לכנסת בשל לדיון עוד לפני שיושם. הצדק עם שלושה שופטים אלה.

ראשית, השאלה אם שיטת הבחירות היא שוויונית ויחסית היא שאלה משפטית מובהקת, שאינה תלויה בתוצאות הבחירות. כך סברה אף הכנסת עצמה, שלא חלקה בדיון בבית המשפט העליון על שהעלאת אחוז החסימה פוגעת בעקרונות אלה.¹⁰⁷ השיקולים התוצאתיים המורכבים המפורטים בחוות הדעת של חמשת השופטים שסברו כי העתירה אינה בשלה להכרעה אינם נוגעים לשיטת הבחירות אלא לתוצאות אפשריות של הפעלתה.

אמנם ניתן לטעון כי תוצאות הבחירות לכנסת ה-20 הוכיחו כי לא היה בתיקון לחוק הבחירות כדי לפגוע בשוויון הבחירות במובן של פגיעה בייצוגו של ציבור האזרחים הערבים, ומכאן שבשלב שבו העתירות הוגשו הן אכן לא היו בשלות, שכן בכנסת היוצאת יוצגו המפלגות ה"ערביות" על ידי 11 חברי כנסת, ואילו בבחירות שהתקיימו לאחר החוק זכתה הרשימה המשותפת, שהגישו מפלגות אלה יחדיו, ב-13 מנדטים – עלייה של למעלה מ-18%. ואולם, גם לפי הגישה השוללת את הלכת הבשלות כמובנה המהותי והגורסת כי

106 ס' 6ג (ג) לפקודת האגודות השיתופיות.

107 פסק דין גוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 1 לפסק דינה של השופטת חיות.

בעת החקיקה נדרשות ראיות בדבר השפעת החוק, בפני הכנסת היו ראיות מספיקות. כדבריה של הנשיאה נאור:¹⁰⁸

במהלכם [של דיוני הכנסת] הובאו מגוון דעות מומחים. חלקם גרסו כי העלאת אחוז החסימה תהיה אפקטיבית וחוקתית בעוד שחלקם התנגדו להצעה מטעמים שונים. בסופו של יום בחרה הכנסת להסתמך על עמדת המומחים התומכים בהעלאת אחוז החסימה והעמידה אותו על 3.25%. [...] לרשות המחוקקת מותר להעדיף חוות דעת מומחים אחת על פני דעה אחרת ובפרט כשמדובר בתיקוני חקיקה משטריים העוסקים בשיטת הבחירות.

שנית, גם בהנחה המסופקת כי חריגה בחוק מעקרונותיה של שיטת הבחירות הקבועים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת כפופה לפסקת הגבלה שיפוטית,¹⁰⁹ הרי שבפני הכנסת עמדו שורה של חוות דעת מקצועיות בדבר השלכות השיטה – הן באשר לקידום התכלית של שיפור המשילות והן באשר למידת הייצוגיות של הכנסת שתיבחר בעקבות השינוי. אם אכן יש בתוצאות הבחירות כדי להשפיע על החוקתיות של העלאת אחוז החסימה, הרי שהשפעה היפותטית זאת אינה גורעת מהאפשרות להכריע אם בנתונים הקיימים, שכאמור גם עמדו לנגד עיניה של הכנסת, הייתה העלאת אחוז החסימה חוקתית. גם חמשת השופטים שסברו כי דין העתירה להידחות בשל היעדר בשלות הטעימו כי "תוצאות הבחירות לכנסת העשרים לא תבוטלנה על רקע סוגיית אחוז החסימה. במילים אחרות, אם אחרי הבחירות יתברר שקמה עילה להתערבות חוקתית, הסעד שאפשר יהיה להעניק לעותרים לא יתקן את הטעון תיקון ככל שהדברים אמורים בכנסת העשרים".¹¹⁰ דומה כי תוצאה זאת התאפשרה, לדעתם של שופטים אלה, בשל המסקנה כי "לעת הזו לא הונחה התשתית העובדתית הנחוצה כדי לבסס טענה לפגיעה בזכות"¹¹¹ – נטל הוכחה המוטל, לכל הדעות, על המבקשים לטעון כי חוק אינו חוקתי.¹¹² ואולם, באי-ההוכחה כי חוק סותר חוק-יסוד אין כדי להפוך עתירה חוקתית ללא בשלה. העתירה בשלה, ודינה להידחות, כשם שנדחו עשרות רבות של עתירות חוקתיות משלא הוכח שהחוק שנתקף בהן סותר חוק-יסוד כלשהם. אמנם השופט מלצר ציין כי אילו היו העתירות נדחות לגופן ולא בשל חוסר בשלות "התקיפה החוקתית עלולה הייתה להיבלם גם לעתיד – מכוחו של 'מעשה בית דין'".¹¹³ אולם נראה שבהקשר זה נכונה עמדתו של השופט פוגלמן, כי "כשהתקיפה החוקתית נעשית בסמוך לחקיקת חוק חדש או

108 שם, פס' 4 לפסק דינה של הנשיאה נאור. עם זאת, כדבריו של השופט ג'ובראן בדעת המיעוט, נראה כי הכפייה-למעשה על מפלגות בעלות אידאולוגיות שונות להתמודד בבחירות לכנסת ברשימה אחת "פוגעת [...] בעקרון הייצוג ההולם בכך שאין היא מאפשרת ייצוג לקבוצות המיעוט אלא מאחדת אותם לכדי קבוצה אחת אשר אינה מבטאת באופן מלא את קבוצות המיעוט" (שם, פס' 54 לפסק דינו). ואולם, כאמור, ספק רב אם ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת מהווה מעיקרו תשתית מתאימה לנורמה חוקתית המחייבת ייצוג בכנסת – בין ייצוג "מלא" ובין ייצוג "מאוחד" – של קבוצות מיעוט; ראו לעיל ה"ש 56.

109 ראו לעיל ה"ש 56.

110 פסק דין גוטמן, לעיל ה"ש 7, פס' 60 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס.

111 שם, פס' 61 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס.

112 שם, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס.

113 שם, פס' 6(ג) לפסק דינו של השופט מלצר.

לתיקונו של חוק קיים [...], אין בכך כדי למנוע עריכת ביקורת חוקתית (מקום שבו הוכחה פגיעה בזכות), תוך הותרת פתח לתקיפה חוקתית עתידית".¹¹⁴

23. גם נסיבות פסק דין אבנרי מעוררות – אף יותר משני פסקי הדין האחרים – תהייה עד כמה היה בסיס לדחיית העתירות על פי הלכת הבשלות. ראשית, חריג לדרישת הבשלות – הן במקורה האמריקני והן על פי פסק דין סבח – חל, כלשונו של הנשיא גרוניס:¹¹⁵

[ב]מצבים בהם הותרת החקיקה על כנה עשויה להרתיע אנשים ולגרום להם להימנע מהתנהגות חוקית כשלעצמה, בשל החשש מפני אכיפת החוק כלפיהם. במקרים כאלה, עצם קיומה של הסמכות בחוק עשוי לפגוע בזכויות חוקתיות, ולפיכך, ביקורתו של בית המשפט נדרשת אף טרם יושם החוק. [...] על פי רוב, הוחל חריג זה בעתירות המתייחסות לפגיעה בחופש הביטוי. [...] האפקט המצנן יכול ללבוש צורות נוספות, העשויות להצדיק דיון בעתירה שטרם בשלה. כך, יש מקום לבחון דיון בעתירות אם המתנה של בית המשפט ליישום החוק תחשוף את העותר לסיכון כלשהו (ובכלל זאת, לסנקציה כלשהי) או תחייב אותו להפר את החוק.

והנה, חוק החרם שנתקף בפסק דין אבנרי פגע בחופש הביטוי תוך חשיפת קוראים לחרם על מדינת ישראל לשורה של סנקציות נזיקיות ומנהליות. בעצם קיומן של סנקציות אלה, ובוודאי בהתנייתן בתנאים מורכבים, לרבות קשר סיבתי, שמתבטאים אינם יכולים לדעת בעת ההתבטאות אם יתקיימו, יש כדי ליצור אפקט מצנן. כדבריו של השופט מלצר, חוק החרם "פועל ומסייע למניעת נזק, אשר [...] רק אם הוא נגרם – מושלמת בגדרו העוולה המוסדרת בחוק, בדרך המאפשרת להיפרע מהקורא-לחרם",¹¹⁶ ומכאן "שהחוק עלול לגרום ל'אפקט מצנן' לחופש הביטוי הפוליטי, אשר יש לו חשיבות מיוחדת במרחב הציבורי".¹¹⁷ צדק אפוא השופט דנציגר כשציין כי "שני הפנים של חוק החרם – הפן הנזיקי והפן המנהלי – עלולים ליצור אפקט מצנן של ממש. [...] פגיעה זו בחופש הביטוי מושתת בין אם הסנקציות שבחוק ייושמו בפועל ובין אם לאו. דחיית העתירה מחמת העדר בשלות והמתנה ליישום החוק בפועל תאפשר לפגיעה מתמשכת זו להמשיך ולהתרחש. [...] חוק החרם פוגע בחופש הביטוי מעצם חקיקתו עלי ספר".¹¹⁸

קשה להשתכנע מתשובתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין כי "הסברה שמאן שהוא יבחר להתבטא או שלא להתבטא באופן מסוים בהסתמך על הוראות ותקנות שאינן קיימות, טעמי אינה מבוססת".¹¹⁹ שכן, לא זו בלבד שחלק מהוראות חוק החרם ניתנות לאכיפה

114 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

115 פסק דין סבח, לעיל ה"ש 6, פס' 16 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

116 פסק דין אבנרי, לעיל ה"ש 8, פס' 37 לפסק דינו של השופט מלצר.

117 שם, פס' 48 לפסק דינו של השופט מלצר.

118 שם, פס' 29, 50 לפסק דינו של השופט דנציגר.

119 שם, פס' יד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

וליישום בלא קביעת הוראות או התקנת תקנות מבעוד מועד,¹²⁰ אלא שהאפקט המצנן מונע ממהותו את פרסומם של ביטויים חוקיים.¹²¹ אכן, עצם האפקט המצנן אינו הופך את החוק ללא חוקתי. פגיעה בחופש הביטוי עשויה להיות מידתית למרות האפקט המצנן. עם זאת ככלל אפקט מצנן שיש לחוק מצדיק – לפי הלכת הבשלות עצמה – ביקורת חוקתית מידית על החוק מבלי להמתין להפעלתו.

שנית, מדעתם של אותם שופטים שצינו כי היבטים אלה ואחרים של העתירות לא היו בשלים, לא ברור מהם הנושאים שיוודעו רק בעתיד ויוכלו להביא לקביעתם של סעיפים בחוק החרם כלא חוקתיים (בשונה מפסילת יישומו של החוק או של תקנות או הוראות מכוחו). שכן, גם שופטים אלה פירשו את מכלול סעיפי החוק והעמידו אותם במבחניו המשפטיים של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לא נותר היבט שלא נדון. גם אם היפותטית קיימת אפשרות שביצוע החוק יהפוך אותו ללא חוקתי, הרי שתהיה זאת התפתחות מאוחרת שאינה פוגעת בהיות החוק חוקתי בעת הדיון בעתירות נושא פסק דין אבנרי.

ג. לקראת תקיפה חוקתית יישומית

24. התפיסה העקרונית שעומדת ביסוד הלכת הבשלות היא כי נדרשת "מערכת עובדות קונקרטית, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרזה שיפוטית עקרונית".¹²² כאמור בפרק ב, גישה זאת היא בעייתית אם משמעותה היא שבעת שהכנסת מחוקקת חוק, היא עצמה אינה נדרשת לוודא כי החוק ממלא את הדרישות החוקתיות הקבועות בחוק-יסוד. התפיסה העולה אף היא מהפסיקה שעסקה בהלכת הבשלות, לפיה הפרת החוק או הפעלה לא חוקית של שיקול דעת מכוחו עשויות כשלעצמן להביא לבטלות החוק, מעוררת אף היא קשיים. לעומת זאת ייחוס ערך ל"מערכת עובדות קונקרטית" כבסיס להכרעות חוקתיות עשוי להצדיק בחינה של תקיפה חוקתית יישומית (as-applied challenge). דרך תקיפה זאת רווחת בארצות הברית, ולפחות לפי ההלכה המוצהרת¹²³ היא בררת המחדל לתקיפה חוקתית.¹²⁴

¹²⁰ ראו ס' 2 לחוק החרם הקובע עוולה בנויקין שהפעלתה אינה טעונה התקנת תקנות; ס' 4(ב) לחוק החרם.
¹²¹ ראו פסק דין אבנרי, לעיל ה"ש 8, פס' 38 לפסק דינו של השופט עמית ("...") הסדר שנועד להגביל ביטויים מסוימים עשוי להיות בעל השפעה מרתיעה אשר תגלוש מעבר לתחום ההתנהגות שכלפיה הסנקציה מכוונת, ולהרתיע ביטויים אחרים מעבר לכוונה המקורית של המחוקק. [...] במציאות לא ניתן לוודא מראש אילו ביטויים נתפסים ברשתו של ההסדר הקבוע בחוק ואילו ביטויים הם מחוץ לגדרי ההסדר. יכול שההסדר מנוסח באופן עמום (vague), כך שהפרט המבקש לכלכל את מעשיו ואת מילותיו אינו יודע בוודאות אם הביטוי נכנס בגדר ההסדר".

¹²² פסק דין לובל, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינה של השופטת נאור.

¹²³ לפער בארצות הברית בין ההלכה המוצהרת למציאות בהקשר זה ראו: Richard H. Fallon, Jr., *Fact and Fiction about Facial Challenges*, 99 CAL. L. REV. 915 (2011).

¹²⁴ לתקיפה חוקתית יישומית לעומת תקיפה מופשטת בארצות הברית, ראו Gillian E. Metzger, *Facial and As-Applied Challenges Under the Roberts Court*, 36 FORDHAM URB. L.J. 773 (2009); Michael C. Dorf, *Facial Challenges to State and Federal Statutes*, 46 STAN. L. REV. 235, 240–242 (1994); David H. Gans, *Strategic Facial Challenges*, 85 B.U. L. REV. 1333 (2005); Richard H. Fallon, Jr., *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 HARV. L. REV. 1321 (2000).

תקיפה חוקתית יישומית מתייחסת לחוקתיות של יישום קונקרטי של החוק או של סוג קונקרטי של יישומו. היא אינה מביאה לביטול החוק או סעיפים מסוימים מתוכו אם ניתן ליישם גם באופן שאינו סותר את החוקה, אלא לביטול תחולתו של החוק במקרה המסוים אם החלתו במקרה זה, או בסוג של מקרים, תסתור את החוקה. לעומת התקיפה החוקתית היישומית, תקיפה חוקתית מופשטת (facial challenge), הרווחת בישראל, תוקפת את החוק עצמו (או סעיפים מסוימים מתוכו), ותוצאתה היא ביטולם של החוק או של חלקים מתוכו או מתן סעד אחר נגד החוק.

25. הנשיא גרוניס, שכתב את פסק הדין המרכזי בעניין סבח, היה ער לקשר בין הנימוק המרכזי של הלכת הבשלות לבין התקיפה החוקתית היישומית, ולכן הציג בהרחבה דרך תקיפה זאת.¹²⁵ עם זאת, הנשיא גרוניס דחה את אפשרות החלטה של תקיפה יישומית בישראל, וכך כתב:¹²⁶

בישראל לא מוכרת הבחנה זו [בין תקיפה יישומית לתקיפה מופשטת]. [...] לנוכח הקשיים הרבים שיצרה הבחנה זו במשפט האמריקאי, והביקורת הרבה שנמתחה עליה, לגיטימי אין מקום לאמץ הבחנה דומה בישראל. על כן, חשוב להבהיר כי ההתייחסות לעילת הבשלות אין משמעה אימוץ של הבחנות אלה. כאמור, שאלת קיומה של מערכת עובדתית קונקרטית נחוצה, לעיתים, לשם הכרעה בשאלות החוקתיות המתעוררות בעתירה. לשאלה זו אין השפעה בהכרח על אופיה של הביקורת השיפוטית לאחר יישום החוק, בעתירה חדשה שהוגשה לאחר שעתירה קודמת נדחתה בשל חוסר בשלות. הביקורת השיפוטית במקרה כזה יכול שתיעשה באופן מופשט – גם לאחר שהחוק יושם.

הנשיא גרוניס הוסיף וציין:¹²⁷

שיטת המשפט שלנו ייחודית. המבנה המשפטי שלנו, המסורת המשפטית, ותפיסת תפקידו של בית המשפט אל מול הרשויות האחרות, מחייבים, לפיכך, את פיתוחה של עילת בשלות "נוסח ישראל". עילה זו תתבסס על המאפיינים הדומיננטיים של הביקורת השיפוטית בישראל, ובהם, מרכזיותה של הביקורת השיפוטית המופשטת שעורך בית המשפט הגבוה לצדק, והיעדר המתנה, ככלל, ליישום על ידי הרשות המבצעת של חוקים העומדים לבחינה חוקתית. יסודות ראשונים לכך הונחו בפסקי הדין שדנו בעילת הבשלות בהקשר החוקתי.

125 ראו פסק דין סבח, לעיל ה"ש 6, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

126 שם.

127 שם, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

אמנם בפסק דין אבנרי ציין השופט מלצר את דעתו של רונן פוליאק,¹²⁸ התומך ב"ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית בבג"ץ וביקורת שיפוטית חוקתית יישומית בערכאה הדיונית. המודל המוצע על ידו [של פוליאק] משקף לדעתו איזון זהיר יותר בין המסלול היישומי (as applied review) לבין המסלול המופשט (facial review). [...] גישה קרובה אומצה למעשה אף בהלכה שנפסקה בענין ועדות הקבלה".¹²⁹ אלא שנראה כי פוליאק, והשופט מלצר בעקבותיו, לא הבחינו בין תקיפה חוקתית יישומית – במובן של as-applied challenge – שעניינה תקיפה של יישום מסוים (או סוג מסוים של יישום) של חוק, השונה מתקיפת החוק עצמו, לבין תקיפת החוק כשהיא נעשית אגב דיון בסכסוך קונקרטי. ניתן לתקוף את החוק בתקיפה מופשטת גם אגב דיון בסכסוך קונקרטי, כשם שניתן לתקוף את חוקתיותם של סוגים מסוימים של יישומים של החוק בתקיפה יישומית גם באופן מופשט, בלא שבפני בית המשפט עומד סכסוך קונקרטי. העובדה שבאמצעות הברית ניתן, ככלל, לתקוף חוקים רק אגב סכסוך קונקרטי נובעת מההוראה בסעיף 3 לחוקה המגבילה את סמכות השפיטה ל-"cases" ול-"controversies", כמו גם מהדרישה המקובלת שם לזכות עמידה, דרישה המקובלת ככלל גם במקרים של תקיפה מופשטת, ולא דווקא מההעדפה של תקיפה יישומית. כאמור, המסורת המקובלת בישראל, שאומצה בבית המשפט העליון בפסק דין סבח מפיו של הנשיא גרוניס, לא הכירה בהליך של תקיפת החוקתיות של יישום חוק, שמשמעותה אי-החלת חוק כשהחלה היא לא חוקתית, וזאת מבלי לבטל את החוק, סעיף מסעיפיו או מילה ממילותיו.

26. הדיון באפשרות החלתה של תקיפה חוקתית יישומית מעורר שאלה שעד כה לא זכתה לתשומת לב רבה, אם בכלל, בשיח החוקתי בישראל. שאלה זאת היא מהו פועלם של חוקי-יסוד. אפשרות אחת היא שחוקי-היסוד מגבילים את סמכות החקיקה, כלומר כי הרשות המחוקקת מוסמכת לחוקק רק חוקים התואמים את המגבלות שנקבעו בחוקי-יסוד. אפשרות שנייה היא שפועלם של חוקי-יסוד הוא במתקל הדינים.

בעיות של מתקל הדינים מתעוררות במצבים שבהם אי אפשר לקיים שתי נורמות משפטיות בעת ובעונה אחת, כגון כשנורמה אחת אוסרת לבצע פעולה מסוימת ונורמה אחרת מחייבת לבצע את אותה פעולה, ויש לקבוע איזו משתי הנורמות להחיל.¹³⁰ בהינתן חוקי-יסוד וחוק שאי אפשר לקיים בעת ובעונה אחת, הנורמה שעל פיה יש לפעול היא חוקי-היסוד. זהו סוג הבעיה הטיפוסי שעמו נועדה להתמודד תקיפה עקיפה. בית המשפט הדין בשאלות חוקתיות בתקיפה עקיפה אינו נותן סעדים הנוגעים ישירות לתקפות החוק, אלא מכריע אם חוק מסוים חל על המקרה, או שמא החוק סותר חוקי-יסוד, ובשל כך אין החוק חל. כדבריו של ברק:¹³¹

128 פוליאק, לעיל ה"ש 3.

129 פסק דין אבנרי, לעיל ה"ש 8, פס' 60 לפסק דינו של השופט מלצר (ההדגשה במקור).

130 ראו סיליה וסרשטיין פסברג **משפט בין-לאומי פרטי** 87–88 (2013). בהקשר החוקתי – חוקה של איזו מדינה חלה, אם בכלל, בסכסוך שיש לו רכיבים הנוגעים לשיטות משפט שונות, ראו Ayelet Ben-Ezer & Ariel L. Bendor, *Conceptualizing Yahoo! V. L.C.R.A.: Private Law, Constitutional Review and International Conflict of Laws*, 25 CARDOZO L. REV. 2089, 2095 (2004).

131 אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת)" **משפט וממשל** ח 13, 19 (2005).

כל שופט חייב שלא לשפוט על פי חוק הנוגד חוק-יסוד. אם חוק רגיל סותר חוק-יסוד – כפי שתקנה סותרת חוק – על כל שופט להצהיר על כך. אכן, השופט אינו יכול לשפוט בלא להניח לפניו את התשתית הנורמטיבית אשר על פיה עליו להכריע, ובמסגרת זו – שעה שיש סתירה בין חוק-יסוד לחוק רגיל – עליו לקבוע על פי איזה חוק הוא פועל.

עם זאת עד עתה ההנחה המקובלת בישראל, שהייתה הבסיס לביקורת השיפוטית, הייתה כי הכנסת אינה מוסמכת לחוקק חוקים הסותרים חוק-יסוד. על בסיס הנחה זאת התגבש בישראל הסעד החוקתי הבסיסי של בטלות חוקים גם אם תוצאת יישומם אינה סותרת בכל מקרה ומקרה כלל חוקתי על-חוקי. זאת על בסיס ההבנה כי "איקיום הדרישות החוקתיות הופך את החוק הרגיל לחוק לא חוקתי".¹³²

התפתחותה של הלכת הבטלות משלבת למעשה אל תוך תפיסה המבוססת על חוק-יסוד כמגבילים את הסמכות לחוקק אלמנטים שאובים מתפיסה אחרת, של חוק-יסוד הגוברים על חוקים במתקל הדינים. תפיסה אחרונה זאת אין לשלול, ויש לבחון לצורך אימוצה את נוסח חוק-היסוד הרלוונטי (אם הוא קובע או מגביל את תוכן החקיקה של הכנסת, או כי עניינו בחובות או בזכויות של גופים אחרים או פרטים) ושיקולי מדיניות שונים, שתוצאת החלתם עשויה אף היא להשתנות בנסיבות שונות.

27. **נוסח חוק-היסוד:** בארצות הברית החריג המרכזי לכלל שעל פיו ביקורת שיפוטית אמורה להיעשות בדרך של תקיפה יישומית של החוק ולא בדרך של תקיפה מופשטת הוא ביקורת על פי התיקון הראשון לחוקה. אחת הסיבות לכך¹³³ היא נוסח התיקון הראשון, שבשונה מסעיפים אחרים של החוקה, המקנים זכויות ואוסרים על פגיעה בהן ללא התייחסות מפורשת לרשות המחוקקת, מגביל במפורש את סמכות החקיקה.¹³⁴ גם רוב ההוראות בחוק-היסוד בישראל, גם אם לא כולן,¹³⁵ אינן מטילות ישירות ומפורשות חובות או מגבלות על הרשות המחוקקת. דווקא הניסוח של פסקת ההגבלה שבמוקד חוק-היסוד על זכויות האדם הוא מעורב. וכך נכתב בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

132 דברי הנשיא ברק בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 352 (1995).

133 Citizens United v. Federal Election Com'n, 558 U.S. 310 (2010).

134 U.S. CONST. amend. I: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances" (ההדגשה הוספה – א"ב).

135 דוגמאות לחריגים הן ס' 19, 19, 20(ג), 20(ד) ו-40 לחוק-יסוד: הכנסת. כך למשל בס' 19 לחוק-יסוד: הכנסת נקבע כי "לחברי הכנסת תהיה חסינות; פרטים ייקבעו בחוק". דוגמה נוספת היא ס' 3(א) לחוק-יסוד: משק המדינה, שבו נקבע: "(1) תקציב המדינה ייקבע בחוק. (2) התקציב יהיה לשנה אחת ויביא את הוצאות הממשלה הצפויות והמתוכננות". לחובות לפי סעיף זה ראו יוסף מ' אדרעי חוק-יסוד: משק המדינה 349–448 (פירוש לחוק-היסוד, יצחק זמיר עורך, 2004).

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

לפי לשון הסעיף, לעומת הדרישות להלימה של ערכי המדינה ולתכלית ראויה הנסבות על החוק הפוגע בזכויות, הרי דרישת המידתיות ("במידה שאינה עולה על הנדרש") נסבה על עצם הפגיעה בזכויות. הגם שספק אם ניסוח זה אכן נועד לבטא הבחנה זאת,¹³⁶ הוא ניתן להנהרה: אכן, הלימת הערכים והתכלית הראויה נדרשות בחוק המסמך בכללותו, אך דרישת המידתיות מתמקדת בהחלטות ובפעולות המסוימות שמכוח החוק. מכאן שחוק או סעיף חוק שאינם פוגעים בהכרח בזכות חוקתית במידה העולה על הנדרש, עשויים שלא לחול באותם מקרים שבהם תחולתם תפגע בזכות פגיעה לא מידתית.

28. שיקולי מדיניות: אכן, כפי שציין הנשיא גרוניס,¹³⁷ המסורת המשפטית של ישראל אינה מכירה בתקיפה יישומית. ואולם, "המסורת המשפטית" כשלעצמה, שעד לאחרונה לא כללה את הלכת הבשלות החוקתית עצמה ועד פסק דין בנק המזרחי¹³⁸ גם לא כללה הכרה במעמד החוקתי העל-חוקי של חוק-יסוד ובכוח לקיים ביקורת שיפוטית מכוחם, אינה טעם מספיק להימנעות מחידושים המשרתים תכליות ראויות. בפועל בית המשפט העליון ממשיך לפתח את התרופות החוקתיות שאינן מוסדרות בחוק-היסוד ואינו נרתע מחידושים בתחום זה.¹³⁹ גם הביקורות האקדמיות בארצות הברית על הלכת התקיפה היישומית¹⁴⁰ ומחלוקות השופטים בעניין¹⁴¹ אינן מצדיקות כשלעצמן הימנעות מאימוץ מושכל של סעד זה בישראל, שאינו כרוך כמובן באימוץ מלא של ההלכה האמריקנית.¹⁴² אכן, הכלל האמריקני שלפיו, בכפיפות לחריגים, לצורך תקיפה מופשטת העותרים "must establish that no set of circumstances exists under which the Act would be valid"¹⁴³ ובכל שאר המקרים אמורה לחול תקיפה יישומית, הוא דוגמטי מדי. כך, ספק אם ניתן להצביע על מקרים רבים שבהם לא יימצא יישום כלשהו של חוק שלא יסתור את החוקה. אף יש טעם בטענה כי ההבחנה בין

136 לדוגמאות אחרות לאי-הקפדה על ניסוח חוק-יסוד שהובילה לשיבושים בניסוחם, ראו אריאל בנדר "פגמים בחקיקת חוק-היסוד" משפט וממשל ב 443, 447–454 (1995).

137 ראו פסק דין סבח, לעיל ה"ש 6, פס' 60 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

138 פסק דין בנק המזרחי המאוחד בע"מ, לעיל ה"ש 132.

139 לסעד ההרחבה, שמשמעותו היא החלת הסדר שנקבע בחוק גם במקרים שלפי החוק אותו הסדר אינו חל עליהם, וזאת כאשר ההרחבה נדרשת על מנת לקיים את הזכות לשוויון, ראו לדוגמה בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012). לדיון מפורט בסעדים חוקתיים שונים, ובהם כאלה שטרם אומצו בישראל, ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 713–775 (1994).

140 ראו, למשל, Fallon, לעיל ה"ש 123, בעמ' 959–960; Alex Kreit, Making Sense of Facial and As-Applied Challenges, 18 WM. & MARY BILL RTS. J. 657, 658 (2010).

141 United States v. Salerno, 481 U.S. 739, 745 (1987).

142 השור Ariel L. Bendor, Investigating the Executive Branch in Israel and in the United States: Politics as Law, The Politics of Law, 54 U. MIAMI L. REV. 193, 206–205 (2000) (הצעה להחלה בישראל של הסדר "התובע המיוחד" שהיה נהוג בישראל אך נכשל שם ובוטל).

143 עניין Salerno, לעיל ה"ש 141.

תקיפה מופשטת לתקיפה יישומית אינה דיכוטומית, אלא מדובר ברצף שאינו מאפשר כלל נוקשה שעל פיו יהיה צורך לבחור בכל מקרה ומקרה בין שני סוגי התקיפות. אפשר אף לטעון שאין הבדל מושגי בין שני סוגי התקיפה, שכן תקיפה מופשטת מהווה אגד של תקיפות יישומיות. אמנם כל אלה יש בהם כדי להצדיק הסתייגות מהכלל כפי שעוצב במשפט האמריקני, אך לא מעצם האפשרות של תקיפה יישומית.

אמנם בחירה בין הותרת החוק על כנו לבין ביטולו (או ביטול סעיפים מתוכו) יכולה במקרים מסוימים לתרום לוודאות המשפטית, ועם זאת ספק עד כמה ראוי כי ערך הוודאות יגבר על ערך החוקיות – בין בהותרת החוק בתוקף של יישומים הסותרים את החוקה ובין בביטול מוחלט של הוראות חוק אף שחלק מיישומיהן האפשריים עולים בקנה אחד עם החוקה. תקיפה יישומית יכולה אף לחסוך את הצורך ב"השעיית הבטלות" כדי לאפשר לכנסת לחוקק את החוק מחדש¹⁴⁴ – סעד העלול לגרום לחיכוכים בין הרשויות ולהוביל לפתרונות לא אופטימליים במישור החוקתי המהותי.

מכאן שהן מקור סמכות הביקורת השיפוטית בישראל, כנגזרת מעליונותם של חוקי-יסוד בפירמית הנורמות ביחס לחוקים ומתפקידו של בית המשפט להחליט לפי הדין, הן מגבלות הביקורת השיפוטית המופשטת (שכאמור, לפי קביעת בית המשפט העליון נעשית גם כשהדיון נערך אגב מקרים קונקרטיים), והן הצורך להכריע לעתים על סמך עובדות קונקרטיות – תומכים בהוספת התקיפה היישומית למגוון דרכי התקיפה והסעדים החוקתיים העומדים לרשותם של בתי המשפט בישראל.

29. איני מציע לבטל את הסעד של בטלות חוקים הסותרים חוקי-יסוד. עם זאת, כעולה גם מהתפיסה שביסוד הלכת הבטלות, אפשריים מקרים שבהם הפגם החוקתי דבק ביישומים מסוימים של החוק. כך במיוחד בהקשר של מידתיות הפגיעה. במצב כזה אין בהכרח צורך בביטול החוק בכללותו ואף לא בביטול סעיפים מסוימים מתוכו שיישומים מסוימים שלהם יכולים להתיישב עם חוקי-היסוד.

במקרים כאלה יש מקום לשקול תקיפה יישומית שאינה כרוכה בביטול החוק או חלקים ממנו. תקיפה כזאת תהיה למעשה "קריאה אל מחוץ לחוק" (reading out) – צמצום תחולתו של החוק כדי שהוא לא יחול על מקרים מסוימים שהחלתו בהם סותרת נורמה חוקתית, אף שהוא נועד לחול עליהם.¹⁴⁵

סעד זה הוא מעין תמונת ראי לסעד החוקתי שכבר אומץ בישראל, של "קריאה אל תוך החוק" (reading in) – החלת ההסדר שנקבע בחוק גם במקרים שהחוק אינו חל עליהם, וזאת כדי למנוע פגיעה בשוויון או בזכויות חוקתיות אחרות בניגוד לפסקת ההגבלה.¹⁴⁶

144 לפסקי דין של בית המשפט העליון שבהם נקבע כי מן הדין לבטל חוק בשל אי-חוקקיות אך מועד הבטלות נדחה ראו, למשל, בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999).

145 ראו אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "עבירות פליליות וזכויות חוקתיות" משפט וממשל יז (צפוי להתפרסם ב-2016).

146 ראו פסק דין נסר, לעיל ה"ש 139.

להלן שלוש דוגמאות למקרים אקטואליים או היפותטיים שבהם סעד חוקתי של תקיפה יישומית יכול להתאים.

30. דוגמה ראשונה: בפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת חרות¹⁴⁷ נדונה הקביעה בסעיף 137 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 – חוק "רגיל" – כי "שום בית משפט לא ייזקק לבקשת סעד בקשר למעשה או למחדל [...] של [ועדת הבחירות המרכזית לכנסת] לפי החוק. השאלה שהתעוררה הייתה אם יש בקביעה זאת כדי לשלול את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק – הקבועה בסעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה – לדון בעתירות נגד החלטות הוועדה מכוח החוק.

בית המשפט העליון, מפיו של הנשיא ברק, השיב לשאלה זאת בשלילה על סמך שני נימוקים חלופיים: הנימוק האחד – שאותו בית המשפט העליון העדיף¹⁴⁸ – היה בעל אופי פרשני. נימוק זה מבוסס על "מתן פירוש חדש לדיבור 'שום בית משפט' כמתייחס לכלל בתי-המשפט למעט בית-המשפט הגבוה לצדק".¹⁴⁹ לדעתי פרשנות זאת אינה אפשרית. הצירוף "שום בית משפט" אינו סובל מבחינה לשונית מובן של "שום בית משפט למעט בית-המשפט הגבוה לצדק". בשל פירוש כזה, כלשונו של השופט מישאל חשין, "יפקע הקרום והמילה או הביטוי יאבדו ממשמעותם הגרעינית".¹⁵⁰ אם יאומץ, נקרע את קרום המעטפת ותוכנו של המושג [...] יישפך אל הארץ".¹⁵¹ מכל מקום, הנשיא ברק הציע גם נימוק חלופי לאי-החלתו של סעיף 137 באופן שישלול את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק. על פי נימוק זה, "אין בכוחה של הוראת סעיף 137 לחוק הבחירות לשלול את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק. [...] עד כמה שקביעתו של סעיף 137 לחוק הבחירות כי 'שום בית משפט' לא ייזקק לסעדים הקבועים באותה הוראה, מתפרשת כשוללת את סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק, אין היא חוקתית, והיא בטלה בכל הנוגע לתחולתה על בית-המשפט הגבוה לצדק. היא תופסת כמובן לעניין כל בתי-המשפט האחרים".¹⁵² התוצאה היא אפוא שמירת סמכות השיפוט של בית המשפט הגבוה לצדק, הקבועה בחוק-יסוד, תוך שלילת סמכותם של בתי משפט אחרים, שאינה קבועה בחוק-יסוד. לשם כך אין צורך, וגם אין אפשרות, לקבוע את בטלותן של מילים מסוימות שבחוק, אלא די בקביעה, על דרך של תקיפה יישומית, כי אין תחולה לחוק במקרה שהוא מתיימר לגרוע מסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק הקבועה בחוק-יסוד.

31. דוגמה שנייה: בפסק דין צמח¹⁵³ קבע בית המשפט העליון שסעיף 237א(א) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, כנוסחו אז, שהורה בחלקו הרלוונטי כי "רשאי קצין

147 בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003).

148 שם, בעמ' 756.

149 שם.

150 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 254 (1999).

151 שם.

152 פסק דין חרות התנועה הלאומית, לעיל ה"ש 147, בעמ' 756.

153 פסק דין צמח, לעיל ה"ש 144.

שיפוט שהוא שוטר צבאי לתת פקודת מעצר על כל חייל, לתקופה שלא תעלה על 96 שעות", פוגע בזכות לחירות אישית הקבועה בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו במידה העולה על הנדרש. בית המשפט היה בדעה כי "אם המחוקק יקבע תקופת מעצר של 48 שעות, היא התקופה הנראית למשיבים כתקופה ראויה, יש יסוד לטענה כי במצב הקיים כיום תקופה זאת לא תחרוג ממתחם המידתיות".¹⁵⁴ באשר לסעד ציין בית המשפט מפיו של השופט זמיר:¹⁵⁵

הנסיבות מחייבות לדחות את מועד הכניסה לתוקף של הצהרת הבטלות, כדי לתת סיפק בידי המשיבים להגיש את הצעת החוק הנדרשת לכנסת, לתת סיפק בידי הכנסת לדון כנדרש בהצעת החוק, ובין לבין לתת סיפק בידי המשיבים להכין את הצבא כנדרש לקראת החקיקה הצפויה. בהתאם לכך אנו קובעים כי הצהרת הבטלות תיכנס לתוקף רק בתום שישה חודשים מיום מתן פסק-דין זה.

למעצר אם הדברים אמורים במתן אפשרות לתיקון החוק, תקיפה יישומית הייתה יכולה לייתר את השעיית הבטלות. עצם סמכות המעצר לפי סעיף 237א(א) לחוק השיפוט הצבאי לא היה לא חוקתי אלא רק מעצר שמשכו עולה על 48 שעות. אמנם משיקולים של בהירות ואלגנטיות טוב היה אם הכנסת, בכל מקרה, הייתה מחוקקת את הסעיף מחדש תוך תיקון משך המעצר המרבי הקבוע בו, אולם תקיפה יישומית היה בה כדי להביא לתוצאה של איסור מעצר העולה על 48 שעות ללא דיחוי. כלומר, אי-החוקתיות לא הייתה בעצם סמכות המעצר אלא בהטלת מעצר שמשכו יעלה על 48 שעות. דומה שהן מבחינת חשיבותו של מימוש מידתי של הזכות לחירות ללא דיחוי והן מבחינת הימנעותו של בית המשפט מקביעת לוח זמנים לכנסת, היה מוטב לנקוט כאן תקיפה יישומית. משמעותה של תקיפה כזאת הייתה כי הסעיף לא היה מתבטל, אך היה אסור להפעילו הפעלה לא מידתית, כלומר לעצור מכוחו לפרק זמן העולה על 48 שעות.

32. דוגמה שלישית: סעיף 300(א) לחוק העונשין, התשל"ז–1977 מורה כי העונש על עברת רצח, כפי שהיא מוגדרת בסעיף, הוא "מאסר עולם ועונש זה בלבד". בסעיף 300א לחוק העונשין נקבע:

על אף האמור בסעיף 300, ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בו, אם נעברה העבירה באחד מאלה:

(א) במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש [...] –

(1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או

(2) להימנע מעשיית המעשה.

154 שם, בעמ' 284.

155 שם.

(ב) במצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות העניין, מתחום הסבירות הנדרשת [...] לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית, צורך או כורח [...].

(ג) כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בבן משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו.

החריגים הקבועים בסעיף הם נוקשים. בשונה מעונשי חובה אחרים, שניתן לחרוג מהם בנסיבות מיוחדות המצדיקות זאת לפי שיקול דעתו של בית המשפט, לפי חוק העונשין אי אפשר לגזור עונש הפחות ממאסר עולם על רוצחים אלא בהתקיים אחד החריגים המפורטים בסעיף 300א. בהנחה כי עונש של מאסר חובה בכלל ומאסר עולם חובה בפרט פוגע בזכויות החוקתיות לכבוד האדם וחירותו,¹⁵⁶ אפשר שיהיו נסיבות שבהן בחריגים הקבועים בסעיף לא יהיה די, ובהטלת מאסר עולם חובה, המתחייבת לפי חוק העונשין, תהיה פגיעה לא מידתית בכבוד האדם ובחירותו. כך, לדוגמה, הגבלה של ממש על יכולתו של אדם להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו או להימנע מעשיית המעשה יכולה בנסיבות מסוימות להצדיק הקלה בעונשו ואי-גזירת מאסר עולם עליו גם אם ההגבלה לא נבעה דווקא מהפרעה נפשית חמורה. זאת כשם שלפי הנוסח הקיים של הסעיף אין הכרח שהמגבלות תנבע מליקוי חמור בכושרו השכלי של הנאשם, אלא די לכאורה בליקוי ברמה כלשהי. תקיפה יישומית כזאת תוכל להיעשות בקשר לנסיבותיו של נאשם ספציפי, ואם תצליח – תחול בעניינו של אותו נאשם בלבד, והיא תוכל גם להיעשות במופשט: בית המשפט יקבע – בין אגב תקיפה עקיפה במקרה ספציפי ובין בתקיפה ישירה – כי הסדרים אלה ואחרים שנקבעו בחוק לא יחולו בטיפוסי מקרים שבהם החלתם פוגעת בזכויות חוקתיות שלא על פי פסקת ההגבלה.

33. מדוגמאות אלה ניתן ללמוד כי במקרים מסוימים אכן יש בסיס להבנתו של בית המשפט העליון, שהובילה לפיתוחה של הלכת הבשלות החוקתית, כי הכרעות חוקתיות, בדומה להכרעות משפטיות אחרות, יכולות להיות תלויות-עובדות. אכן, נוסח החוק כשלעצמו אינו יכול להספיק בהכרח להכרעה בדבר חוקתיותו של החוק במנותק מהקונטקסט של יישומו. ואולם, "המיקום הגאומטרי" המרכזי של הכרה זאת אינו צריך להיות הלכת הבשלות – שכאמור מעוררת קשיים שונים שפורטו בפרק הקודם. מהכרה בחשיבות ההקשר של יישום חוקים להכרעה בדבר חוקתיותם עולה הצורך באימוץ, במקרים המתאימים, של תקיפה חוקתית יישומית.

¹⁵⁶ ראו רע"ב 4466/95 קלינגברג נ' ועדת השחרורים (פורסם בנבו, 28.1.1996); אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 19–20 (1996); יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64, 114 (1995); נתנאל דגן שחרור מוקדם ממאסר: הסמכות המשחררת ושיקול דעתה בעיצוב העונש 347–351 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור במשפטים", אוניברסיטת בראל – הפקולטה למשפטים, 2014).

כאמור, המשמעות של הצעה זאת אינה אימוץ כמות שהיא של תורת התקיפה היישומית האמריקנית, המעוררת קשיים רבים במולדתה, ואף מתברר שבפועל במקרים רבים אין פועלים על פיה. אך הוספתו של סעד זה לארסנל הסעדים החוקתיים תשפר את הכוונון (fine tuning) של הביקורת השיפוטית החוקתית ותתרום להתאמה טובה יותר בין מהות ההפרות החוקתיות לדרכי ההתמודדות עמן.

סיום

34. שלושת פסקי הדין שנדונו ברשימה זאת הם שלב חשוב בהתפתחות המשפט החוקתי בישראל. עיקר חשיבותם של פסקי הדין אינו בהלכה המפורשת שנקבעה בהם, שעל פיה במקרים מסוימים תידחה הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוק לאחר יישומו, אף כי אין להמעט גם בערכה העקרוני והמעשי של הלכת הבשלות כפי שנקבעה ויושמה בפסקי הדין בפרשות סבח, גוטמן ואבנרי. אלא, עיקר חשיבותם של שלושת פסקי הדין הוא בשני היבטים המשתמעים מהם:

ראשית, משלושת פסקי דין משתמעת תורה חוקתית מהותית, החורגת מעילת סף המסדירה את העיתוי של הביקורת השיפוטית. לפי תורה מהותית זאת, אין חובה שדרישות החוקה יתקיימו בעת חקיקתם של חוקים. תורה זאת היא בעייתית. יש קושי בקביעה כי הכנסת מוסמכת לחוקק חוקי "פיילוט", שרק יישומם יוכל לאפשר את בדיקת התאמתם לחוקי-היסוד.

שנית, הגם שבפסק דין סבח דחה בית המשפט העליון את האפשרות להחיל בישראל תקיפה חוקתית יישומית ברוח ה-as-applied challenge בארצות הברית, הרי מנימוקי הפסיקות, המצביעים על חשיבותן המהותית של עובדות לביקורת החוקתית, כמו גם משיקולים נוספים שצוינו ברשימה, מתבקש פיתוח תקיפה יישומית גם בישראל. משלושת פסקי הדין עולה גם פוטנציאל שלישי של הלכת הבשלות – הרחבה "אקטיביסטית" של המגבלות על חוקתיות חוקים. אפשר שעתירות חוקתיות שבלא הלכת הבשלות היה דינן ככל הנראה דחייה לגופן – בין מטעמים של דין חוקתי מהותי ובין מטעמים של דיני ראיות – בסופו של דבר יתקבלו. כך בכלל וכך בשאלות המסוימות שנדונו: בפסק דין סבח – פסילת חוק בשל הפליה אף שנקבע בו במפורש איסור על הפליה; בפסק דין גוטמן – ביקורת שיפוטית על שיטת הבחירות לכנסת אף כשזו שונתה ברוב חברי הכנסת, תוך הכרה בקיום חובה חוקתית לשיטת בחירות ייצוגית; בפסק-דין אבנרי – פסילת הוראות חוק שנקבע כי כשלעצמן הן מידתיות לנוכח אופן יישומן.

35. האם הלכת הבשלות כפי שהוגדרה ויושמה בפסקי הדין בפרשות סבח, גוטמן ואבנרי היא הלכה ראויה? התשובה לשאלה זאת מורכבת.

בוודאי יכול שיש מקרים, המכוסים גם בעילות סף ותיקות שעל פיהן בית המשפט הגבוה לצדק מפעיל את שיקול דעתו אם לדון בעתירות לגופן, שבהם אין צורך או טעם בדיון מופשט בבית המשפט בחוקתיותו של הסדר מורכב שנקבע בחוק שטרם הופעל.

לעומת זאת יש קושי בהשלכות מהותיות של הלכת הבשלות, בין שמדובר בהכרה בסמכות הכנסת לחוקק חוקים בלא שנבדק ונמצא עובר לחקיקה כי הם מקיימים את התנאים הקבועים בחוקי-יסוד, ובין שמדובר בהימנעות מדחיית עתירות חוקתיות לגופן, אף שלא נמצא שהחוקים שנתקפו סותרים חוקי-יסוד, בשל האפשרות כי לפי קונסטרוקצייה משפטית או היתכנות עובדתית היפותטית אלה ואחרות הם יהפכו בעתיד ללא חוקתיים. ולבסוף: התודעה שהלכת הבשלות מבטאת – של קשר בין העובדות של מקרים קונקרטיים או טיפוסים של מקרים לבין חוקתיות – יש בה כדי להוביל להתפתחות רצויה של פיתוח תקיפה חוקתית יישומית בישראל, שמשמעותה פסילת יישומים מסוימים של חוקים מבלי לפסול את החוקים עצמם או סעיפים מתוכם.