

סעד החובה לחוקק: הצעה למתווה הדרגתי

מאת

רון פוליאק*

המאמר דן בהצעה להטמעת סעד חוקתי שיעניק בית המשפט, אשר יחייב את הכנסת – במישרין או בעקיפין, באמצעות הרשות המבצעת – לחוקק הסדרים שיבטיחו הגנה נאותה על זכויות חוקתיות במקרה של "מחדל חקיקתי". המחבר מתחקה על עקרון הפרדת הרשויות, אשר מנחה את פסיקתו של הנשיא גרוניס ומראה כיצד פרשנות שונה שלו דווקא תומכת בסעד המוצע של חובה לחוקק. יתרה מזאת, נטען במאמר כי הפרשנות הדיאלוגית לעקרון הפרדת הרשויות, שעליה מתבססת ההצעה, הולמת יותר את הלך הרוח הרווח במשפט הישראלי, ואף במשפט העולמי, ומשקפת שיקוף מציאותי יותר את חלוקת התפקידים בין הרשויות השונות בעת המודרנית. כן נטען כי החובה לחוקק היא סעד מתאים למצבים שבהם "המחדל החקיקתי" נוגע למימושן של זכויות חוקתיות חיוביות, נוסף על המקרים שבהם החקיקה נדרשת לשם הגנה על זכות שנפגעה. על שני אדנים אלה – עקרון הפרדת הרשויות והחובה לכבד זכויות חיוביות ולהגן עליהן – מושתתת מסקנת המאמר כי סעד של חובה לחוקק לא רק שאינו סותר את המסורת החוקתית של שיטתנו המשפטית, אלא אף הולם אותה. חלקו השני של המאמר עוסק בהצגת מתווה ליישום הדרגתי של הסעד המוצע, הכולל שלושה שלבים: חיוב הרשות המבצעת לזיום הצעת חקיקה ראשית; במקרה של סירוב או התעלמות מן הצו, קריאה ישירה למחוקק לקבוע את ההסדר החקיקתי; כמוצא אחרון, השלמת החסר באמצעות חקיקה שיפוטית. תנאי מקדים להפעלת המתווה הוא קביעה של בית המשפט כי אכן מדובר במצב של "מחדל חקיקתי". לבסוף, מעלה המחבר ביקורות אפשריות להצעתו ומציג את המענה שלו להן.

מבוא. א. ההצדקות לסעד החובה לחוקק; 1. עקרון הפרדת הרשויות; 2. זכויות חוקתיות חיוביות. ב. המודל המוצע; 1. המודל המוצע והשתלבותו במתודולוגיה החוקתית הנוהגת; 2. הצעת מתווה מדורג לסעד החובה לחוקק. ג. ביקורת ומענה. ד. סיכום.

מבוא

מאמר זה עוסק בסעד חוקתי המחייב את הכנסת לחוקק הסדרים שיבטיחו הגנה נאותה על זכויות חוקתיות. הוא נכתב בעקבות פסק דין קצר של הנשיא גרוניס, בבחינת מעט המחזיק

* ד"ר למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. המאמר הוגש לכנס לרגל פרישתו של נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אשר גרוניס (יוני 2015). תודה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) פרופ' אהרן ברק, לפרופ' ברק מדינה, למערכת משפטים ולעורכי כתב העת שיר ויסנברג ואורו גוטוטר על הערותיהם והצעותיהם המועילות.

את המרובה, שבו פסק כי "אין בידי בית המשפט להורות למחוקק לחוקק חוק".¹ גישתו נוסחה ניסוח נחרץ וברור שלא הכיר בחריגים. לשיטתו, עצם דרישת סעד כזה עלול להביא לדחיית עתירה חוקתית מבלי שזו תידון לגופה.² קביעה חשובה זו היא בסיס לדיון, החסר בשיח החוקתי בישראל, בגבולות שלב הסעד בביקורת שיפוטית חוקתית. גישתו של הנשיא גרוניס, שכבר זכתה לתמיכה בפסקי דין נוספים, מתבלטת בייחודיותה.

במאמר אטען כי גישתו של הנשיא גרוניס נשענת על פרשנות מסוימת של עקרון הפרדת הרשויות, שניתן להציב כנגדה פרשנות שונה של העיקרון, והיא עוברת כחוט השני בפסקי דין נוספים שלו ועולה בקנה אחד עם המגמה המצמצמת שהוביל בנוגע לשלב הראשון של הביקורת השיפוטית החוקתית במסגרת הגדרת מושג ה"פגיעה" בזכות³ ולביקורת שיפוטית בכלל.⁴ הדיון התאורטי והפוזיטיבי שאציע מבקש לשכנע כי הסעד החוקתי של חובה לחוקק מוצדק כאשר בית המשפט מגיע למסקנה בדבר "מחדל חקיקתי" בהגנה על זכויות חוקתיות.

מבנה המאמר הוא כדלקמן: החלק הראשון של המאמר הוא תאורטי, ובו אטען לשתי הצדקות להכרה בסעד החובה לחוקק: עקרון הפרדת הרשויות וזכויות חוקתיות חיוביות (פרק א). החלק השני הוא בעל אופי מעשי יותר, ובו אציג את המתווה לסעד המוצע (פרק ב) ואדון בהתנגדויות אפשריות ובמענה להן (פרק ג).

א. ההצדקות לסעד החובה לחוקק

1. עקרון הפרדת הרשויות

בפסקי דינו משנת 2014 בעניין אקסלרוד⁵ והמרכז האקדמי⁶ קבע הנשיא גרוניס עמדה נחרצת השוללת סעד חוקתי של חובה לחוקק. בעקבות זאת נדחו לאחרונה על הסף כמה עתירות חוקתיות.⁷ מהי ההצדקה להחרגת הסעד החוקתי של חובה לחוקק ממסגרת הסעדים

- 1 בג"ץ 129/13 אקסלרוד נ' ממשלת ישראל, פס' 2 לפסק דינם של הנשיא גרוניס ושל המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 26.1.2014).
- 2 בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פס' 48 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 2.7.2014) (להלן: עניין המרכז האקדמי) (העותרים ביקשו "לפעול לחקיקת חוק [...] סעד זה אינו ממין הסעדים שבית משפט זה נוהג ליתן, והוא מצדיק כשלעצמו את דחיית העתירה").
- 3 בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא גרוניס, פ"ד סו(2) 640 (2013); בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, פס' 11–23 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 17.9.2014).
- 4 בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 14.10.2013) ("ההצדקה העיונית להתערבות מעין זו קיימת, לגישתי, מקום שהמחוקק הראשי פוגע בזכות יסוד, בזכותו של מיעוט או בכללי המשחק הדמוקרטי").
- 5 עניין אקסלרוד, לעיל ה"ש 1.
- 6 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2.
- 7 בג"ץ 8233/13 כץ נ' כנסת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 10.3.2014); בג"ץ 7717/13 קוליאן נ' שר האוצר, פס' 9 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 2.10.2014). בעקבות פסק הדין האחרון ראו גם בג"ץ 8940/14 א.פ.ט אדוונסד פאואר טכנולוגי בע"מ נ' כנסת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 18.1.2015) (להלן: עניין טכנולוגי בע"מ); בג"ץ 6120/12 פלונית נ' שר הבטחון, פס' 2 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 13.1.2015). בעקבות פסק

הרחבה בבג"ץ, אשר מוסמך כידוע לפסוק כל סעד מן הצדק?⁸ בהנמקה של הנשיא גרוניס ניתן משקל מכריע לעקרון הכיבוד ההדדי בין רשויות השלטון בישראל כנגזרת של עקרון הפרדת הרשויות. עיקרון זה עובר כחוט השני בפסקי דין נוספים של הנשיא.⁹ עד כה ניתן לעיקרון זה ביטוי בשלב השלישי של הביקורת השיפוטית החוקתית – שלב הסעד החוקתי – בעיקר בהקשר של השעיית הכרזת הבטלות של חוק.¹⁰ בהקשר זה פועל העיקרון ל"ריכוך" תוצאות ההכרזה על בטלות חוק בכך שאיננו מבטל מיד חקיקה של הכנסת אלא נותן לה שהות לנהל הליך התאמה סדור של תיקון החוק, אך אין בו כדי לשלול סעד של ביטול חוק.

עקרון הפרדת הרשויות הוא עקרון יסוד בכל דמוקרטיה חוקתית.¹¹ מקובל לומר¹² כי עקרון הפרדת הרשויות מכוון לשני מאפיינים עיקריים – חלוקת סמכויות ראויה בין שלוש הרשויות¹³ ופיקוח הדדי בין הרשויות וקביעת מנגנונים של איזון ביניהן.¹⁴ לצד השפעתו הרבה של עיקרון זה, שמקורו בכתבי מונטסקייה, הוא עורר מחלוקת, בין השאר באשר לבסיסו הקונספטואלי¹⁵ ולתקפותו במציאות השלטונית המודרנית.¹⁶ גם אם מוסכם כי "גרעינו" איננו שנוי במחלוקת,¹⁷ קיימים מודלים שונים להבנתו ולפרשנותו.¹⁸ דומה כי הנשיא גרוניס התבסס בפסקי דינו על פרשנות מסוימת של העיקרון, הקרובה יותר לפרשנות שניתן לכנותה קלאסית, או שמרנית, אשר שמה דגש על מובן ה"הפרדה", ובעיקר על כיבוד

הדין האחרון ראו גם בג"ץ 7441/14 פלוני נ' משטרת ישראל, פס' 3 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 4.2.2015). ראו עוד בג"ץ 8597/15 עמותת הורות משותפת – טובת הילד נ' מדינת ישראל, פס' 3 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 17.12.2015); בג"ץ 4636/15 kadous נ' מדינת ישראל, פס' 4 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 18.2.2016); בג"ץ 3859/16 איתני נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 17.5.2016).

- 8 ס' 15 (ג) לחוק-יסוד: השפיטה.
- 9 ראו במיוחד בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 22.9.2014).
- 10 יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2005).
- 11 Jeremy Waldron, *Separation of Powers in Thought and Practice?*, 54 B.C. L. REV. 433, (2013) 435–436; ארנון גוטפלד "עקרון הפרדת הרשויות ותביעת מרברי נגד מדיסון" הדמוקרטיה האמריקנית – הממשי, המדומה והכוזב 310 (ארנון גוטפלד עורך, 2002).
- 12 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א: עקרונות יסוד 127–128 (מהדורה שישית, 2005).
- 13 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 105 (2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית).
- 14 בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118, 158 (1981).
- 15 אלפרד ויתקון "הפרדת הרשויות" הפרקליט כט 355 (1974).
- 16 יואש מייזלר "תחיית המתים של תורת הפרדת הרשויות ואוזורפציה שיפוטית חידה ופתרונה" מאזני משפט ז 143, 144 (התש"ע).
- 17 יואל זוסמן "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג 213, 213 (התשל"א) ("כתוצאה מתורתו של מונטסקייה כולם מסכימים היום, כי ריכוזיות של כוחות השלטון בידי אדם אחד או בידי גוף אחד עלול להביא לעריצות ולדיקטטורה"); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי 92 (מהדורה שנייה, 2010) ("הרעיון הבסיסי של עיקרון זה היה נכון בשעתו, ולא פחות מכך נכון גם כיום").
- 18 עלי זלצברגר "דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה בישראל" פלילים ה 149, 153–154 (1996).

סדר העדיפויות החברתי כפי שנקבע במוסדות הנבחרים.¹⁹ רבות נכתב על היותה של הפרשנות הקלאסית לא ישימה בדמוקרטיה מודרנית.²⁰ פרשנות אחרת, שניתן לכנותה דיאלוגית, מדגישה את שיתוף הפעולה בין הרשויות ולא את ההפרדה. מייצגה המובהק של פרשנות זו בישראל הוא פרופ' אהרן ברק.²¹ דומה כי הגישה הדיאלוגית זו משקפת את היא הרווחת בבית המשפט העליון לפרשנות עיקרון זה.²² חרף היותו של עקרון הפרדת הרשויות ותיק יומין, כתיבה אקדמית עדכנית על אודותיו ממשיכה להפוך בו ולמצוא בו פנים חדשות.²³

19 לתאור הגישה הקלאסית ראו Barry Friedman, *When Rights Encounter Reality: Enforcing* (1992) 65 S. CAL. L. REV. 735, 742. *Federal Remedies*. לגישה הקלאסית כמשקפת מטרה שראוי לשאוף אליה ראו עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא גרוניס ("השאפה כי בית הנבחרים יתווה את המדיניות הכללית אשר על פיה יפעלו רשויות השלטון השונות הינה מטרה חשובה. להגשמתה קשר הדוק לעקרונות העומדים בבסיס תורת הפרדת הרשויות במשטר הדמוקרטי [...] ראי הוא כי נבחר העם יתוו את המדיניות בעצמם").

20 בישראל: יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379, 441 (2012) ("סוד גלוי הוא שעקרון הפרדת הרשויות במובן של הפרדה פונקציונלית איננו מתקיים בשום שיטת ממשל מודרנית"); דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך א 83 (2010) ("עקרון הפרדת הרשויות אינו מיושם במתכונתו הקלאסית באף מדינה"). בארה"ב: ERIC A. POSNER & ADRIAN VERMEULE, *THE EXECUTIVE UNBOUND: AFTER THE MADISONIAN REPUBLIC* 208 (2010) (separation of powers "suffering through an enfeebled old age" as. באנגליה: N.W. Barber, *Prelude to the Separation of Powers*, 60 CAMBRIDGE L.J. 59 (2001).

21 אהרן ברק "דברים בבית המשפט העליון עם פרישתי מכס השיפוט" משפטים לח 3, 5 (2008) ("הטפתי תמיד לדיאלוג בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת"); ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 386 ("הדיאלוג הוא מכשיר להגשמת השותפות שבין השופט למחוקק ולמצב"); אהרן ברק **שיקול דעת שיפוט** 278 (1987) ("הכנסת שלנו עוסקת בשפיטה... בדומה, עוסק המינהל בשפיטה ובחקיקה... הרשות השופטת עוסקת לא רק בשפיטה, אלא גם בחקיקה – היא החקיקה השיפוטית – ובביצוע"); אהרן ברק "שותפות ודיאלוג בין הרשות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת" מאזני משפט ד 51, 54 (התשס"ה) (להלן: ברק "שותפות ודיאלוג"). לדיון ביקורתי במודל הדיאלוגי ולטענה כי המציאות החוקתית בישראל אינה מאפשרת דיאלוג "אמיתי", ראו גרעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" משפטים לו 349, 391–392 (2007).

22 ראו עניין איתן, לעיל ה"ש 9, פס' 3 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור ("בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת מתקיים דיאלוג חוקתי"); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת, פס' 1 לפסק דינו של השופט עמית, פס' 1–2 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות ופס' 6 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (פורסם בנבו, 11.8.2015); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1, פס' 42 לפסק דינו של השופט לוי (2012) ("ההגנה על ערכי בסיס חוקתיים, מיסודותיה היפים ביותר של השיטה הדמוקרטית, חבה את קיומה לשלוש הרשויות גם יחד [...] הבנה זו מניחה תשתית לתפישה שלפיה מוטב יהא העיסוק בשאלות החוקתיות פרי של דיאלוג כן, רציף ומתמשך, בין הרשויות"); יגאל מרזל "הדיון בעתירות לעניין תוקף החוק" ספר אליהו מצא – קובץ מאמרים לכבודו של השופט אליהו מצא המשנה לנשיא בית המשפט העליון בדימוס 167, 198 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015) ("הליך הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק עודנו מאופיין במתח בין הרשויות וב'דיאלוג חוקתי' – אף אם צורם לעתים"). על הדיאלוג של בית המשפט עם חברי הכנסת עצמם, להבריד מהרשות המחוקקת בכללותה, ראו איל בנבנשתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" משפטים לא 797, 816 (2001).

23 Jon D. Michaels, *Of Constitutional Custodians and Regulatory Rivals: An Account of the Old and New Separation of Powers*, 91 N.Y.U. L. REV. 227 (2016).

בבסיס הפרשנות הדיאלוגית קיימת התובנה כי כל אחת מהרשויות מפעילה שילוב של סמכויות.²⁴ גם אין אפוא הפרדה מוחלטת בין הרשות השופטת לבין פעילות חקיקה.²⁵ עקרון הפרדת הרשויות בפרשנות זו הוא כלי קיבול לתכליות שונות: הוא אמנם מקדם את התכלית בדבר כיבוד הכרעה דמוקרטית שהתקבלה במוסדות הנבחרים, אך לצדה גם את התכלית של קידום זכויות חוקתיות²⁶ ואת התכלית של מניעת ניצול לרעה של הסמכויות הגרעיניות של כל רשות.²⁷ ממארג תכליות זה אין נובעת בהכרח חלוקת עבודה קשיחה בין הרשויות. תפיסה זו תואמת את מצב העניינים הנוהג במדינה המודרנית ביחסי רשויות השלטון.²⁸ ברמתה התאמה זו להדגשת הצורך בדיאלוג בין הרשויות כדי למנוע מצב של מאבקי סמכויות שיפגעו בסופו של דבר ביציבות הדמוקרטיה כולה ויערערו את ההגנה הדרושה לזכויות חוקתיות.²⁹ פרשנות מודרנית זו לעקרון הפרדת הרשויות משתלבת אפוא עם תאוריות חוקתיות דיאלוגיות שלפיהן יש לבית המשפט תפקיד חשוב בקידום דיון פוליטי וציבורי.³⁰ אטען כי מתפיסה זו נובע מרחב לגיטימיות של בית המשפט בעיצוב סעד חוקתי של חובה לחוקק, בנסיבות שיפורטו, ככלי לעידוד הרשויות האחרות להשתתפות פעילה בעיצוב ההגנה הדרושה על זכויות חוקתיות.

את הפרשנות הדיאלוגית לעקרון הפרדת הרשויות, שעליה מתבססת גישתי, יש להבין בין היתר על רקע התחזקותן של רשויות נוספות מלבד הרשות המחוקקת בקביעת הנורמות

- 24 Susan P. Sturm, *A Normative Theory of Public Law Remedies*, 79 GEO. L.J. 1355, 1405, n. 263 (1991) (“[E]ach branch of government necessarily exercises a mix of functions under our constitutional scheme”); Thomas O. Sargentich, *The Contemporary Debate About Legislative-Executive Separation of Powers*, 72 CORNELL L. REV. 430, 433–434 (1987).
- 25 שמעון אגרנט “תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה” עיוני משפט י 233, 254–246 (1984).
- 26 “The purpose [of separation of powers] was not to avoid friction, but, by means of the inevitable friction incident to the distribution of the governmental powers among three departments, to save the people from autocracy” (Myers v. United States, 272 U.S. 52, 293 (1926)).
- 27 E. Donald Elliott, *Why Our Separation of Powers Jurisprudence Is So Abysmal*, 57 GEO. WASH. L. REV. 506, 511 (1989) (“[P]ower should be divided and balanced creatively to prevent misuse”).
- 28 ברק-ארו משפט מינהלי, לעיל ה”ש 20, בעמ’ 83 (“חל במדינה המודרנית טשטוש בתחומי האחריות של הרשויות השונות, כך שכל אחת מסיגה במידת מה את גבולה של האחרת”).
- 29 MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW 362 (1990) ([The dynamic conception of separation of powers focuses on] “whether the branches all remain able to participate in the process of mutually defining their boundaries”).
- 30 ספיר, לעיל ה”ש 21, בעמ’ 372–374, 391–392. כן ראו Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and Its Critics*, 23 SUP. CT. L. REV. 49 (2004); Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577 (1993); J. MITCHELL PICKERILL, CONSTITUTIONAL DELIBERATION IN CONGRESS: THE IMPACT OF JUDICIAL REVIEW IN A SEPARATED SYSTEM 66–67 (2004); W. Hogg & Allison A. Bushnell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing After All)*, 35 OSGOODE HALL L.J. 75, 79–80 (1997).

החברתיות.³¹ בעידן המדינה המנהלית הדרגים המקצועיים הלא נבחרים שולטים בחקיקה לא פחות מהדרגים הנבחרים.³² גם בישראל נשמעת הטענה כי הרשות המבצעת ובראשה הממשלה היא הרשות השלטונית החזקה ביותר,³³ אשר למעשה שולטת ברשות המחוקקת ובהתוויית הנורמות הכלליות בחברה.³⁴ נטען כי ללא תמיכה של ועדת השרים לחקיקה סיכוייה של הצעת חוק להבשיל לחקיקה – נמוכים.³⁵ גם אשר לחקיקת משנה, הפרקטיקה המנהלית משפיעה על פרשנותה, ובית המשפט נותן לכך משקל בתהליך הפרשני.³⁶ לרשות המבצעת נתון שיקול דעת רחב במצב הנפוץ שבו החקיקה שבבסיס הסמכות המנהלית נועדה להגשים תכליות רבות ולעתים אף סותרות.³⁷ אם כן, ההתאמות התאורטיות הדרושות צריכות להניח, ראלית, מצב נתון שבו הרשות המבצעת היא הרשות החזקה שברשויות השלטון אשר אחראית במידה רבה לקביעת הנורמות ולסדרי העדיפויות החברתיים.³⁸

- 31 יורם דנציגר "חיווק מעמדן של החלטות הכנסת – כיצד? (חלק א)" הפרקליט לר 212, 213 (1982).
לתיאור משבר הדמוקרטיה והפרלמנטריזם בישראל ראו ישי בלנק ואיסי רוזן-צבי "הצעת חוק העיריות: הווה ללא עבר, רפורמה ללא עתיד" חוקים א 49, 113–117 (2009).
- 32 Gary Lawson, *The Rise and Rise of the Administrative State*, 107 HARV. L. REV. 1231 (1994).
- 33 דפנה ברק-ארוז "האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי" עיוני משפט כד 369, 374, 377–378 (2000);
יובל רויטמן "הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה" שערי משפט ו 293, 294–295 (2013).
- 34 שם, בעמ' 296 [...] בישראל הרשות המחוקקת נשלטת במידה ניכרת על ידי הרשות המבצעת, באמצעות ההשפעה הניכרת שיש לשרי הממשלה, מנהיגי המפלגות החברות בקואליציה, על חברי הכנסת ממפלגתם [...] ולרשות המבצעת השפעה ניכרת על התנהלות הרשות המחוקקת ועל עיצוב המדיניות הציבורית". ראו גם עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, פס' יז לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (ברעת מיעוט), אשר פירט את התהליך המתמשך של שחיקה במעמד הכנסת ומעבר מוקדי הכוח בחקיקה לרשות המבצעת.
- 35 בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל, פס' קכ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 27.3.2016) (להלן: פרשת מתווה הגז); רויטמן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 297, ה"ש 21.
- 36 ברק-ארוז משפט מינהלי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 84.
- 37 Cass R. Sunstein, *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, 103 HARV. L. REV. 405, 427 (1989). לדוגמה מעניינת בישראל ראו בג"ץ 3195/16 זידאן נ' שר הפנים, פס' 2 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 25.4.2016) ("המדובר בסוגיה לא פשוטה כלל. אכן הצורך ליישב בין שתי הוראות החקיקה האמורות מונח, בראש ובראשונה, לפתחו של המחוקק. אך משוזה לא עשה כן, על שר הפנים לקחת היבט זה בחשבון בהפעלת שיקול דעתו לענין קביעת מועד הבחירות. המדובר בשאלה הנוגעת לזכות להיבחר [...]").
- 38 ראו יגאל מרזל "חובת האמון של הממשלה כלפי הכנסת" חובות אמון בדין הישראלי 185, 197 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016) ("תפיסה של הפרדת רשויות מלאה אינה אלא פורמליזם לגליסטי, ובמידה רבה ניתן להגדיר את הממשלה ביתר דיוק: 'החלק המוביל' של הפרלמנט. כוחה העודף של הממשלה כלפי הפרלמנט עצמו ובמסגרתו בא לידי ביטוי בין היתר ברוב שיש לה בפרלמנט, והוא מעוגן לא פעם בהסדרים חוקתיים ותקנוניים המקנים לה שליטה בפרלמנט. ניתן אף לראות תהליך של החלשת הפרלמנט ואפילו העברת כוח החקיקה מן הפרלמנט לממשלה"). ההמחשה הבולטת לכך היא כוחה הרב של הממשלה בקביעת התקציב, שהוא המבחן האולטימטיבי לאיתור סדרי עדיפות חברתיים. אף שהכנסת היא שמאשרת את חוק התקציב, בפועל הממשלה היא שקובעת את פרטיו. היא גם האחראית ל"הקפאה" של חוקים בעלי השלכה תקציבית באמצעות המנגנון של חוק ההסדרים שבית המשפט, חרף ביקורת, מיאן להתערב בו. ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004); בג"ץ

המצב שבו הרשות המבצעת שולטת על הליך החקיקה איננו רק מצב מצוי; ניתן לטעון שבהקשר הישראלי זהו גם מצב רצוי. לרשות המבצעת יש עדיפות מבחינת כלי המומחיות שבידה לגיבוש חקיקה. חלה התקדמות בעניין זה בשנים האחרונות כאשר הכנסת נעזרת במרכז מחקר ומידע משלה וממערך ייעוץ משפטי עצמאי.³⁹ אולם גורמים אלה עדיין אינם משתווים לכלי המומחיות הממשלתיים.⁴⁰ ראייה פרגמטית מצדיקה לגישתי פיצול בין טענות בדבר כשירות לבין טענות בדבר לגיטימציה דמוקרטית. בהיבט הכשירות יש יתרון לייזום הליך החקיקה בידי אנשי מקצוע ברשות המבצעת,⁴¹ אך רק כשלב ראשוני וכמתווה לדיון בהכרעה סופית שתתקבל בכנסת. מקומה הראוי של הרשות המבצעת במתווה המדורג הוא מקום ביניים שאמור לשרת את הכנסת, שלה מוקנית הלגיטימציה הדמוקרטית בחקיקה ראשית.

על רקע זה אני סבור שגישתו של הנשיא גרוניס בעניין המרכז האקדמי, אשר מרחיבה את עצמאותה של הרשות המבצעת בקביעת הסדרים ראשוניים, מעצימה את הגרעון הדמוקרטי בהעניקה יתרון וסמכויות לרשות המבצעת.⁴² היא חוצה את הגבול בין מישור הכשירות למישור הלגיטימציה ובכך מחלישה מאוד את הרשות המחוקקת. לאור האמור מתחדד המתח בין הסתמכותו על עקרון הפרדת הרשויות כטעם לפסילת הסעד החוקתי של חובה לחוקק בשם חיזוק מעמדה של הכנסת (למול הרשות השופטת) לבין צמצום עקרון ההסדרים הראשוניים שתוצאתו עלולה להיות החלשת מעמדה של הכנסת (למול הרשות המבצעת).⁴³ תנועת מלקחיים כזו מחזקת מאוד את הרשות המבצעת, שהיא ממילא חזקה, אך מחלישה את הרשויות האחרות (המחוקקת והשופטת). גישה כזו, השוללת מבית המשפט את הסמכות להורות למחוקק לחוקק ושוללת מן הרשות המחוקקת את סמכות ההכרעה בהסדרים ראשוניים לא מעטים, מחמיצה את ההזדמנות לעודד דיאלוג חוקתי

6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 71–73 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנוב, 2.9.2010).

39 יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" משפט ועסקים יד 199 (2012).

40 חן פרידברג וראובן חזן פיקוח הכנסת על הממשלה – תמונת מצב והצעה לרפורמה (המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 77, 2009).

41 וניתן לטעון גם כי זו אף חובתם החוקתית כמשרתי ציבור, בראי ההצדקה בדבר זכויות חוקתיות חיוביות, כמפורט בהמשך המאמר. ראו גם Vanessa MacDonnell, *The Civil Servant's Role in the Implementation of Constitutional Rights*, 13 I•CON 383, 386–387 (2015); CHRISTOPHER J. WALKER, *FEDERAL AGENCIES IN THE LEGISLATIVE PROCESS: TECHNICAL ASSISTANCE IN STATUTORY DRAFTING* (2015), available at <https://www.yumpu.com/en/document/view/54551571/legislative-process-technical-assistance-in-statutory-drafting>.

42 להסבר מונח "הגירעון הדמוקרטי" ראו משה מאור "הזמנה לפגישה עם האינטרס הציבורי: מתווה לרפורמה בוועדות הכנסת" משפט ועסקים יד 543 (2012).

43 לגישה זו ראו עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, פס' יט לפסק דינו של השופט רובינשטיין; פרשת מתווה הגז, לעיל ה"ש 35, פס' קכח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין ("המציאות הישראלית היא – כך דומה – החלשה מתמדת של כוח הכנסת לעומת כוחה של הממשלה, שכמובן באה לידי ביטוי עז יותר בקואליציות בעלות רוב קטן התלוי לעיתים בגחמות של חברי כנסת אחד או שניים").

עשיר ושוויוני יותר בין רשויות השלטון. גישה כזו לא רק שאינה נגזרת מעקרון הפרדת הרשויות המודרני – הדיאלוגי – אלא שהיא גם מנוגדת לו. הפרשנות הדיאלוגית של עקרון הפרדת הרשויות מקובלת במשפט הישראלי עוד לפני המהפכה החוקתית,⁴⁴ והיא אך התחזקה בעקבותיה.⁴⁵ פרשנות זו שבה ואומצה בפסקי דין עדכניים של בית המשפט העליון,⁴⁶ ודומה ששיקופה את התפקיד שהשופטים מבצעים בפועל בדמוקרטיה חוקתית מציאותי יותר – וגלוי יותר. המסקנה של חלק זה היא כי סעד של חובה לחוקק איננו בהכרח הפרה של עקרון הפרדת הרשויות, לפי הפרשנות הדיאלוגית שהוצגה והוצעה בחלק זה. אם כן, נקודת המוצא להמשך הדיון מכאן והלאה, כבסיס להצדקת המודל המוצע, מתבססת על פרשנות זו של עקרון הפרדת הרשויות. פרשנות זו מכירה כמובן בלגיטימיות של ביקורת שיפוטית חוקתית המגבילה את כוחן של הרשות המבצעת ושל הרשות המחוקקת.⁴⁷ גדר הספקות הוא באשר להיקפה ואופן עריכתה של הביקורת השיפוטית החוקתית לרבות שלב הסעד.⁴⁸ המאמר הנוכחי מתמקד בשלב הסעד החוקתי. כאן, במישור השלב השלישי של הביקורת השיפוטית החוקתית, התבונה הדיאלוגית עשויה להוביל למודל מורכב יותר של סעד חוקתי המבוסס על כלל וחרגי:⁴⁹ הכלל הוא שיש לייחד למחוקק את התפקיד של הגדרת סדר העדיפויות החברתי.⁵⁰ החרגי הוא שיש לרשות השופטת מעמד בייזומו ובקידומו של דיון ציבורי בסדר העדיפויות החברתי מקום שבו דיון כזה הוא חסר.⁵¹

- 44 בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 158 (1985). ראו ברק "שותפות ודיאלוג", לעיל ה"ש 21, בעמ' 54.
- 45 על הדיאלוג החוקתי בעקבות המהפכה החוקתית ראו יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 189 (1997); מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" משפטים כח 211, 229 (1997); יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" משפטים לט 347, 362 (2010) (להלן: מרזל "מעמד הכנסת") ("יש חשיבות רבה לקיום דיאלוג חוקתי [...] בייחוד במצב המשפטי השורר בישראל, הקשור במחלוקת שקמה סביב המעבר שנעשה מדמוקרטיה פרלמנטרית לדמוקרטיה חוקתית"); גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" עיוני משפט כב 129, 157–159 (1999).
- 46 ראו האסמכתאות בה"ש 22 לעיל.
- 47 Henry P. Monaghan, *The Supreme Court: 1974 Term*, 89 HARV. L. REV. 1, 34–35 (1975); Alon Harel, *Rights-Based Judicial Review: A Democratic Justification*, 22 L. & PHIL. 247 (2003). ראו גם הופנונג, לעיל ה"ש 45.
- 48 Sturm, לעיל ה"ש 24, בעמ' 1404–1405: "Although the allocation of governmental power debate generally focuses on whether the court's public remedial role is legitimate, the disagreement actually concerns how courts should exercise their public remedial role"
- 49 לגישה דומה ראו בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 54 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 13.4.2016) ("[הקביעה כי] בכל מצב אין בידינו להורות למחוקק לחוקק – ראוייה לסיוג במקרים חריגים מסוימים").
- 50 בג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 190 (1998); ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 255.
- 51 JEFF KING, *JUDGING SOCIAL RIGHTS* 164, 171–172 (2012); Murray Wesson, *Enforcing Human Rights Incrementally: Review of Jeff King, Judging Social Rights*, (Cambridge University Press, 2012), 16 U. W. SYDNEY L. REV. 127, 131–132 (2012) ("[L]egislation

2. זכויות חוקתיות חיוביות

ההצדקה התאורטית השנייה לרעיון של חובה לחוקק מצויה בהקשר של מימוש זכויות חוקתיות חיוביות. בבסיס הצדקה זו מצויה התפיסה שלפיה הרשות השופטת – כמו כל רשויות השלטון – חייבת לכבד את הזכויות החוקתיות.⁵² חובתה זו תקפה באשר לכל מרכיב של הזכות החוקתית, שלילי וחיובי כאחד.⁵³ על הרשות השופטת לאזן בין חובתה החוקתית לכבד את עצמאות הרשות המחוקקת כחלק מעקרון הפרדת הרשויות לבין חובתה

adopted by a democratically elected legislature should generally be accorded great weight in political decision-making about rights. But this presumption does not apply where there has been an absence of legislative focus on a rights issue”)

ראו בהרחבה להלן בפרק ב הדין במתווה המודל המוצע. לצד המודל המוצע, יש לציין כי החריג של ייזומו וקידומו של דיון ציבורי בסדר העדיפויות החברתי מוכר בשיטת המשפט הישראלית בהקשר אחר – בגדרי עקרון ההסדרים הראשוניים. עיקרון זה עוסק במערכת היחסים שבין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת. לפי עיקרון זה, לרשות המחוקקת מוקנית סמכות שלא לאפשר לרשות המבצעת להסדיר סוגיות כבדות משקל המגלמות בחובן פגיעה ולחייב שהדבר יוסדר על ידי הרשות המחוקקת (ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998); ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע הסדרים ראשוניים" בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449, 457 (2012) (להלן: מדינה "הכלל החוקתי"). הן עיקרון זה (המוכר בשיטתנו) והן רעיון החובה לחוקק (המוצע במאמר) מחייבים הוראה של הרשות השופטת לרשויות האחרות כי נדרש מהן לתת דעתן לעניין מסוים בחקיקה ולהסדירו. אולם בעוד עקרון ההסדרים הראשוניים כרוך לרוב בסעד של ביטול החלטה של הרשות המבצעת, המלווה בקביעה שיפוטית כי ההחלטה הייתה צריכה להתקבל ברשות המחוקקת (שם, בעמ' 457; עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 2, פס' 27–28 לפסק דינו של הנשיא גרוניס), הרי שסעד החובה לחוקק המוצע במאמר זה הוא עצמאי ואינו מותנה בסעד של בטלות החלטה של הרשות המבצעת. יסודו בביקורת שיפוטית חוקתית על מחדל של הרשות המחוקקת ולא בביקורת שיפוטית מנהלית על פגם בהחלטת הרשות המבצעת. מדובר ברעיונות מקבילים ולא חופפים. היסוד המשותף להם מצוי בתפיסה של חובה לחוקק. ראו אהרן ברק "הפרלמנט וביית-המשפט העליון – מבט לעתיד" הפרקליט מה 5, 7 (2000) ("מעליונותה של הכנסת מתבקש שההכרעות החשובות והעקרונות למהות המשטר ייעשו על-ידי הכנסת ולא על-ידי הרשויות האחרות. זאת סמכות המיוחדת לכנסת. סמכות זו – חובה בצדה. על הכנסת להגשים סמכות זו בעצמה, ואין היא יכולה [...] להעביר סמכות זו לזולתה"; ההדגשה הוספה – ר"פ); מדינה "הכלל החוקתי", שם, בעמ' 468 [...] הדוקטרינה בדבר הסדרים ראשוניים, שלפיה מוטלת על הכנסת החובה לחוקק, כלומר לקבוע בעצמה את ההסדרים הראשוניים הרלוונטיים להפעלת סמכויות שלטוניות, היא עקרון יסוד של השיטה הדמוקרטית שלנו"; ההדגשה הוספה – ר"פ).

52 סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("פסקת הכיבוד"). ראו אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 289 (1994). גם בארה"ב החובה לכבד את הזכויות החוקתיות מוטלת על כל רשויות השלטון. ראו Richard H. Fallon, Jr., *Individual Rights and the Powers of Government*, 27 GA. L. REV. 343, 389 (1993) ("[T]he enforcement of constitutional norms, and indeed the translation of constitutional interests into rights, is as much a legislative and executive function as it is a judicial function") (להלן: Fallon, *Individual Rights*).

53 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, פס' 29 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2012) [...] בהקשר של הזכות לכבוד [...] החובה החוקתית המוטלת על המחוקק היא חובה חיובית מפורשת, בהתאם לסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי 'כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו'; ההדגשה במקור); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 749 (2005).

החוקתית לכבד את הממד החיובי של כל זכות חוקתית. כיצד יש לערוך איזון עקרוני שכזה? בחלק זה אטען כי במצב עניינים שבו המחוקק משתהה בהענקת הגנה דרושה על זכויות חוקתיות, גוברת החובה לכבד את הזכויות החוקתיות. החובה לכבד את הרשות המחוקקת תוגשם באמצעות מתן שהות, הזדמנות, למחוקק להעניק הגנה כזו. משחלף זמן רב, שבו לא זכתה הזכות החוקתית להגשמת מרכיב חיובי חיוני בה, ניתן להצביע על מה שאכנה "מחדל חקיקתי" בהגשמת זכויות חוקתיות חיוביות. מקום שבו הוכח מחדל כזה, יש הצדקה לסעד חוקתי שיחייב את הרשות המחוקקת להידרש להגשמה כזו. נקודת המוצא של הדיון, גם כאן, מצויה בפסק דין חשוב של הנשיא גרוניס. בפסק דינו בעניין לימודי הליבה⁵⁴ קבע הנשיא כי חרף ההלכה שלפיה אין הבדל בביקורת השיפוטית על הממדים השונים של הזכויות החוקתיות,⁵⁵ גישתו היא ש"כאשר עותר פונה לבית משפט זה בטענה לפגיעה בזכות חיובית, המחייבת פעולה אקטיבית ורחבת היקף של רשויות השלטון, על בית המשפט לנקוט ריסון, כנראה אף מעבר למקרה בו הסעד המבוקש בא לאסור על הרשות לפעול או לבטל פעולה שלה".⁵⁶ לגישתו, אופייה של העתירה בעניין לימודי הליבה "לחייב את המדינה להגן על זכות חיובית" מציב בפני העותרים קשיים נוספים על הקשיים הכרוכים בעתירה בעניין פגיעה בזכות שלילית.⁵⁷ באותה פרשה לא נדרש הנשיא לעמדתו השוללת קטגורית של סעד של חובה לחוקק, כיוון שהעתירה נוסחה באופן המבקש סעד שלילי – ביטול חוק. אך הנשיא זיהה, בצדק, כי העתירה מכוונת במידה רבה לסעד חיובי הקרוב לחובה לחוקק.⁵⁸ שיקולים דומים לאלה שהדריכו אותו בעניין המרכז האקדמי, בדגש של עקרון הפרדת הרשויות, הובילו אותו גם כאן לדחיית העתירה.⁵⁹ פסק הדין מלמד על הקשר ההדוק שבין הריסון שנקט הנשיא גרוניס בהקשר של הסעד שהתבקש בעניין המרכז האקדמי לבין גישתו במקרה זה, שעורר שאלה של פגיעה בזכויות חיוביות. ההכרה בזכויות חוקתיות חיוביות יכולה להצדיק הרחבה של מסגרת הסעדים החוקתיים ובכך גם ריכוך של הגישה השוללת שלילת גורפת הכרה בסעד חוקתי של חובה לחוקק. הקשר בין זכויות חיוביות לבין סעדים בעלי אופי חיובי מוכר בשיטות אחרות.⁶⁰ במשפט

54 בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014) (להלן: עניין לימודי הליבה).

55 עניין חסן, לעיל ה"ש 53, פס' 29 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

56 עניין לימודי הליבה, לעיל ה"ש 54, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

57 שם, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא גרוניס: "במקרים שבהם המימד החיובי בזכות הנפגעת הוא בולט [...] יש לנקוט ריסון רב ביישום הביקורת השיפוטית (אף מעבר לריסון הרגיל שבו נוקט בית המשפט לגבי ביקורת שיפוטית על מעשה חקיקה)".

58 שם, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא גרוניס: "הסעד העיקרי המבוקש בעתירה הוא ביטולו של חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים. עם זאת, למעשה, דרישת העותרים היא כי נורה למחוקק לחייב את מוסדות החינוך שבהם עוסק החוק בלימוד תוכנית הליבה. זהו סעד שמהותו היא להורות למחוקק לנקוט פעולה פוזיטיבית, להרחיב את החובה על-פי חוק ללמד וללמוד את תוכנית הליבה, לשם הגנה על היבט חיובי של כבוד האדם".

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

60 ראו דוח ועידת ונציה ה-14, אשר התבסס על דינים וחשובנות של המדינות לקונגרס ה-14 של בתי המשפט החוקתיים באירופה: *XIVth Congress: Reports, CONFERENCE OF EUR. CONSTITUTIONAL COURTS*, www.confcoconsteu.org/en/reports/reports-xiv.html (להלן דוח ונציה). כן ראו ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE*

הישראלי ניתן להצביע בהקשר הנוכחי על שני בסיסים רעיוניים לסעד של חובה לחוקק: החובה החוקתית לכיבוד זכויות חוקתיות⁶¹ והחובה החוקתית להגן על זכויות חוקתיות.⁶² כל אחד מבסיסים אלה מוכר בשיטה הישראלית. חשוב לומר כי הממד החיובי של זכויות חוקתיות קיים לא רק בזיקה להגנה על הזכות לקיום בכבוד⁶³ (כפי שיש הטוענים⁶⁴) אלא בזיקה להגנה על כל ממד חיובי של זכות חוקתית.⁶⁵ אי-נקיטת צעדים דרושים להגנה כזו היא מחדל של רשויות השלטון בהגנה על הממד האמור.⁶⁶ בספרות יש בסיס ליצירת זיקה בין בסיסים אלה לבין הסעד של חובה לחוקק. פרופ' אהרן ברק הסביר כי פסקת הכיבוד שחלה גם על הרשות המחוקקת עשויה לחייבה לבטל, או לשנות, חוק שפוגע בזכות חוקתית שלילית או שאינו מגן במידה מספקת על זכות חיובית.⁶⁷ יודגש כי ליבון הבסיס הרעיוני של סעד חובה לחוקק על יסוד הרעיון של זכויות חיוביות, המוכר בישראל,⁶⁸ מוגבל במאמר זה לתאוריה של זכויות חוקתיות חיוביות כפי

- LEGISLATORS: A COMPARATIVE LAW STUDY (2011). כמוסבר שם, סעד החובה לחוקק מוכר בין היתר בגרמניה (בעמ' 160) ובלגיה (בעמ' 161) ובאוסטריה (בעמ' 163). במסגרת זו קבעו בתי המשפט לעתים לוח זמנים שבמסגרתו חייב המחוקק לפעול (בעמ' 164).
- 61 מכוח סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה"). לתמיכה בגישה זו ראו אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים טז 13, 23 (2013) (להלן: ברק "חוקת המשפחה"); דן ביי "חוקי-היסוד והעבירות הספציפיות" מחקרי משפט יג 251, 255 (1996) ("ייתכן לטעון ש'פסקת הכיבוד' טטיל במקרים מסוימים חובת 'עשה'").
- 62 מכוח סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו"). הוראה זו מחייבת את כל רשויות השלטון לנקוט צעדים בעלי אופי "חיובי" להגשמת ההגנה על הממד החיובי של זכויות חוקתיות רבות, ובכללן זכויות-הבת הנגזרות מכבוד האדם. לגישה זו ראו ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 61, בעמ' 17 וכן בעמ' 35 ("ככל וכותבת של כבוד האדם, יש בה היבטים שליליים ויש בה היבטים חיוביים"). כן ראו ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית-המשפט העליון" עיוני משפט לד 437, 454 (2011) ("סעיף 4 לחוק-היסוד יכול להתפרש כמטיל חובה לחוקק מקום שאי-חקיקה עולה כדי פגיעה לא-חוקתית"). ד"ר אורגד וד"ר לביא הסתמכו על גישתו של פרופ' אהרן ברק בהרצאה שנשא (שם, ה"ש 65); אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות" משפטים מב 1097, 1125 (2012) ("אפשר להעלות על הדעת הליך שבו הממשלה תפנה להכרעת הכנסת את השלמת ההגנה על זכויות חיוביות, ואם לא תעשה כן, בית המשפט יעשה כן").
- 63 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1, פס' 54 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2012); עניין עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 53, בעמ' 749.
- 64 Katharine G. Young, *The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*, 33 YALE J. INT'L L. 113, 152 (2008).
- 65 ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 61, בעמ' 32.
- 66 שם.
- 67 שם, בעמ' 23.
- 68 עניין חסן, לעיל ה"ש 53, פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ("זכותו של אדם לכבוד לפי החוק היא זכות בעלת שני פנים: פן שלילי, המשמיע כי יש למנוע פגיעה בזכות, ופן חיובי, המטיל חובה על רשויות השלטון להגן על הזכות"). ראו גם בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פ"ד סו(2) 442, פס' 36 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (2013) [...] בתפיסתו הכללית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שלפיה ההגנה על זכויות היסוד אינה מצומצמת רק להגנה שלילית עליהן מפני כוחו הפוגע של השלטון, אלא משתרעת גם על פני הגנה

שהיא מוכרת במשפט הישראלי. קיימות תאוריות פילוסופיות שעשויות לתמוך בסעד של חובה לחוקק או להתנגד לו, אך הדיון בהן חורג ממסגרת המאמר ואיננו הכרחי לצורך המתווה המוצע כאן.⁶⁹ הדיון להלן איננו מתיימר להקיף את כל המורכבויות הכרוכות בביקורת שיפוטית על בסיס פגיעה בזכויות חברתיות (לרבות זיהוין וקביעת היקפן⁷⁰). הדיון מניח הכרה בזכויות כאלה בשיטת המשפט הישראלית⁷¹ כמו גם את הלגיטימציה של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית חוקתית כשיש פגיעה בהן.⁷² כמו כן הדיון להלן נעדר על רקע העמדה, שאותה ביקשתי לבסס בחלקה הראשון של הרשימה, כי הפרשנות הראויה לעקרון הפרדת הרשויות היא פרשנות "דיאלוגית" המכירה בחשיבותו של שיתוף הפעולה בין כל רשויות השלטון בקידום הגנה על זכויות חוקתיות, לרבות זכויות חיוביות.⁷³ גם היא תהא הנחה בבסיס דיוננו. עוד יודגש כי המאמר הנוכחי עוסק בסעד של חובה לחוקק חקיקה ראשית ולא חקיקת משנה. אם ניתן להסיר את הפגיעה החוקתית ולהגשים את הזכות החיובית באמצעות חקיקת משנה, אפשר להסתפק בסעד המכוון לרשות המבצעת אשר מורה לה לחוקק חקיקת משנה או לנקוט פעולות אחרות במישור המשפט המנהלי.⁷⁴ על רקע זה אציע לראות בסעד החוקתי של חובה לחוקק צו הגנה, שהוא צו שנועד להגשים את הזכות החוקתית החיובית. תאורטית, אין מניעה לכוונו לרשות המחוקקת

חיובית המשקפת את חובתו של השלטון לפעול פעולה אקטיבית למען קידום ההגנה על זכויות יסודי"; בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים לפי חוק הסכמים לנשיאת עובדים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פס' לט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 18.9.2014). ראו גם אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 519 (2010) (להלן: ברק מידתיות); ברק מדינה "הגנה משפטית על הזכות לקיום אנושי בכבוד: הזכות החוקתית ומעבר לה" עבודה, חברה ומשפט יד 227, 261 (2015) (להלן: מדינה "הגנה משפטית") ([א'הרן] ברק [...] הצליח לעקור את הרתיעה הבסיסית מפני הגנה 'חיובית' על זכויות").

69 למשל גישתו של פרופ' אלון הראל בהתבסס על תאוריה נאורופובליקנית, שלפיה חובתו של המחוקק לחוקק היא חובה אינטרינזית אשר איננה תלויה בקיומה של ביקורת שיפוטית. ראו ALON HAREL, WHY LAW MATTERS 149-150, 157-158, 171 (2014) (להלן: HAREL, WHY LAW MATTERS). החובה כסעד חוקתי המוצעת במאמר הנוכחי אינה חופפת למובן של "חובה" בגישתו של פרופ' הראל, שכן הוא הדגיש את ההתנהגות ואת תחושת החובה של חברי בית המחוקקים (שם, בעמ' 179-180). המשמעות של "חובה" כזו שנויה במחלוקת בספרות הפילוסופית, ודיון בה חורג מן המאמר הנוכחי. להרחבה ראו שם, בעמ' 179, ה"ש 86.

70 לדיון בשאלות אלה ראו לאחרונה HARTLEY DEAN, SOCIAL RIGHTS AND HUMAN WELFARE (2015).

71 לבחינת היקף ההכרה בזכויות אלה בשיטות אחרות ראו Courtney Jung, Ran Hirschl & Evan Rosevear, *Economic and Social Rights in National Constitutions*, 62 AM. J. COMP. L. 1043 (2014).

72 לטעמים להכרה בזכויות חיוביות ובתפקיד בית המשפט בהגנה עליהן ראו KING, לעיל ה"ש 51, בעמ' 39-20, 59-64, 163-168.

73 שם, בעמ' 41-57.

74 Alana Klein, *Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights*, 39 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 351, 421-422 (2008). לעומת זאת, בהקשר של עקרון ההסדרים הראשוניים, הסעד של חובה לחוקק מכוון מטבע הדברים לקידום חקיקה ראשית, קרי הגשת הצעת חוק.

בתביעה להגנה ישירה על זכויות חוקתיות. אך בשל עקרון עצמאות הרשות המחוקקת⁷⁵ הצו האופרטיבי צריך להיות מכוון תחילה לרשות המבצעת ולהטיל עליה ליוזם חקיקה להגשמת הזכות החוקתית החיובית. אטען כי כשם שבג"ץ מוסמך להורות לרשות המבצעת לקדם חקיקת משנה (מכוח נורמות של המשפט המנהלי⁷⁶), כן מוסמך הוא להורות לרשות המבצעת לקדם חקיקה ראשית (מכוח נורמות של המשפט החוקתי). תכליתה של חקיקה זו להגשים את הממד החיובי של זכויות חוקתיות.

הלכה למעשה יש תקדים להצעה זו בדין הקיים. בהחלטה שקדמה לפסק הדין הסופי בעניין נסר,⁷⁷ אשר ניתן בשנת 2012, הורה בג"ץ בשנת 2010, בהרכב הנשיאה ביניש, המשנה לנשיאה ריבלין והשופט (כתוארו אז) גרוניס, על חובה לחוקק במובן שבו עוסק המאמר הנוכחי, קרי הוראה המחייבת את הרשות המבצעת ליוזם שינוי חקיקתי.⁷⁸ לאחר שהממשלה והכנסת לא קידמו את החקיקה הדרושה,⁷⁹ הורה בג"ץ בפסק דין סופי על ביטול הוראת חוק (שאותה הורה לתקן) ואף הוסיף לחקיקה הקיימת באמצעות סעד של קריאה לתוך החוק.⁸⁰ במקרה אחר, שקדם לכך, הוא פרשת קרסיק הידועה, קבע בג"ץ בשנת 2010 כי הליכי שינוי החקיקה שעליהם המליץ בעקבות ההלכה החדשה שפסק באותה פרשה בשנת 2001 מתקדמים כראוי, ולכן לא הורה על חובה לחוקק, אך הבהיר כי אם חובה זו לא הייתה מתמלאת, היה מסדיר בעצמו את הסוגיות הדרושות חרף מורכבותן באמצעות חקיקה שיפוטית.⁸¹ פסקי הדין בעניין אקסלרוד והמרכז האקדמי אשר ניתנו כאמור בשנת 2014 לא הזכירו מקרים אלה ולא "אבחנו" אותם.

75 בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 799 (1995). לעיקרון זה כמצדיק הימנעות מהתערבות בהליכים פנים-פרלמנטריים – אלא אם מדובר בפגיעה קשה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי – ראו בג"ץ 1139/06 ארזן נ' יושב-ראש ועדת הכספים, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 12.12.2006).

76 בג"ץ 295/65 אופנהימר נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ(1) 309 (1966); בג"ץ 3410/07 העמותה לקידום נפגעי תגובות קרב נ' שר הבטחון, פס' 7 לפסק דינו של השופט י' אלון (פורסם בנבו, 30.7.2008).

77 בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012) (להלן: עניין נסר).

78 בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 9 להחלטת הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 15.9.2010) ("באנו לכלל מסקנה כי לא יהיה מנוס מליתן צו מוחלט שיורה לממשלה למלא אחר חובתה ולפעול לתיקון סעיף 11 לפקודת מס הכנסה, כך שיכלול קריטריונים אחידים ושוויוניים למתן הטבות מס הכנסה"; ההדגשה שלי – ר"פ). השופט גרוניס (כתוארו אז) היה שותף להחלטה זו וכתב כי "אני מסכים לדרך הפעולה המוצעת על ידי חברתי הנשיאה".

79 עניין נסר, לעיל ה"ש 77, פס' 4–5, 49 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

80 פס' 54–61 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. בפרשה אחרת הפעילה השופטת חיות סעד זה אך נותרה בדעת מיעוט. ראו עניין משה, לעיל ה"ש 68, פס' 36–38 לפסק דינה של השופטת חיות.

81 בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, פס' 92 לפסק דינו של השופט חשין (2001); בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 9.2.2009) ("אילו הממשלה והכנסת היו מתעלמות מקריאתו של בית משפט זה בהחלטה עניין קרסיק ולא היו פועלות כלל להסדרה מקיפה של נושא הפקעת המקרקעין, לא היינו רואים מנוס ולא היינו מהססים מלהכריע בשאלות המתעוררות בנוגע ליישום הדוקטרינה שנקבעה בעניין קרסיק על אף מורכבותן"). למהלך דומה בהליכים אזרחיים ראו דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 196, פס' 14 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (2005). למהלך דומה בהליכים מינהליים ראו ע"מ 7335/10 קצין התגמולים – משרד

בהחלטה הנזכרת בעניין נסר (משנת 2010), שבה הורה בג"ץ על חובה לחוקק, לא נערך ניתוח תאורטי מפורט בבסיסו הרעיוני של סעד כזה. אך זוהי נקודת פתיחה, שלפיה עמדתו של המשפט הישראלי כיום דוחה טענות שנשמעו בעבר כי סעד של חובה לחוקק הוא זר לשיטה הישראלית,⁸² וכי לכל היותר יש להכיר בו כסעד הצהרתי.⁸³ אף שפרופ' אהרן ברק כבר כתב על חובה כזו עוד בשנת 1994,⁸⁴ ניתן לומר כי סעד של חובה לחוקק לא התאים לראשית דרכה של המהפכה החוקתית.⁸⁵ בתקופה זו טרם גובשה תפיסה ברורה של זכויות "חיוביות" בישראל,⁸⁶ ולא היה תקדים לביטול של הוראה חוקתית על בסיס הכרה בזכות חיובית.⁸⁷ אך כיום יש תקדים.⁸⁸ בחינת המגמה מלמדת כי המשפט החוקתי הישראלי נוטה ללכת בסוגיה זו בעקבות שיטות משפט אחרות המחזקות את מעמדן של הסעדים החוקתיים בזיקה להפרה של זכויות חוקתיות חיוביות.⁸⁹ הסוגיה נדונה גם בארצות הברית,⁹⁰ בקנדה,⁹¹ בגרמניה⁹² ובבריטניה.⁹³ מגמה זו מלמדת שההכרה בזכויות חוקתיות חיוביות

- הבטחון נ' לופו, פס' יא רנו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 29.12.2013). יצוין כי הנשיא גרוניס הסכים לפסק הדין והוסיף כי "[...] משהסדרת העניין בחקיקה מתעכבת, אין מנוס אלא להביא בדרך שיפוטית לתיקונה של האפלייה".
- 82 עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 485, 433 (1998) [...] התרופה של תביעת הגנה מן המחוקק אינה ראויה".
- 83 שם, בעמ' 471.
- 84 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי — פרשנות חוקתית 365–366 (1994) (להלן: ברק פרשנות חוקתית) ("הכנסת עשויה להדרש [...] לנקוט בפעולת חקיקה הדרושה כדי להגן על חייו, גופו או כבודו של האדם מפני פגיעה בהם על-ידי הזולת").
- 85 גרוס, לעיל ה"ש 82, בעמ' 458.
- 86 דומה כי התפיסה החלה להתגבש בעקבות הפסיקה בעניין עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 53, שנפסק בשנת 2005. להרחבה ראו יובל אלבשן "אהרן ברק — בין משפט למחאה" ספר ברק — עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 139 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים ראשיים, 2009).
- 87 עניין חסן, לעיל ה"ש 53, שנפסק בשנת 2012.
- 88 ראו הדיון לעיל בפרק א.2. (בפסקה המתחילה במילים "הלכה למעשה, יש תקדים להצעה זו בדין הקיים"). כן ראו אורגד ולביא, לעיל ה"ש 62, בעמ' 454 ("ניתן לזהות ניצנים ראשונים לגישה [של הטלת חובה פוזיטיבית לחוקק], במשתמע ובעקיפין, בפסיקת בית-המשפט העליון") המחברים הפנו לבג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 834, 838 (1984); ע"א 584/81 כונס הנכסים הרשמי נ' קרני, פ"ד לו(3) 756, 747 (1982).
- 89 ראו האסמכתאות ברוח ונציה, לעיל ה"ש 60; לעיל ה"ש 51, בעמ' 173. לתיאור מגמה זו באחרונה ראו Merris Amos, *The Second Division in Human Rights Adjudication: Social Rights Claims Under the Human Rights Act 1998*, 2015 HUM. RTS. L. REV. 549, 566–567; Daria Davitti, *Refining the Protect, Respect and Remedy Framework for Business and Human Rights and its Guiding Principles*, 2016 HUM. RTS. L. REV. 55, 59–68.
- 90 Robert A. Schapiro, *The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction*, 99 YALE L.J. 231 (1989).
- 91 William W. Black, *The Charter of Rights and Freedoms and Positive Obligations*, in LAW, POLICY, AND INTERNATIONAL JUSTICE: ESSAYS IN HONOUR OF MAXWELL COHEN 298 (William Kaplan & Donald McRae eds., 1993); Martha Jackman, *The Protection of Welfare Rights Under the Charter*, 20 OTTAWA L. REV. 257, 334–337 (1988).
- 92 MOSHE COHEN-ELIYA & IDDO PORAT, PROPORTIONALITY AND CONSTITUTIONAL CULTURE 92 61–62 (2013); Dieter Grimm, *The Protective Function of the State*, in EUROPEAN AND US

חיוביות אינה מתמצה רק בשלב הראשון של הביקורת השיפוטית החוקתית – שלב אפיון הזכויות והפגיעה בהן. לגישתי הבנה של מגמה זו מחייבת ליבון השלכותיה על השלב השלישי של הביקורת השיפוטית החוקתית – הוא שלב הסעד החוקתי, שתכליתו להתאים את התרופה החוקתית לנסיבות הפגיעה כדי שתקדם קידום מיטבי ומידתי את הזכות החוקתית, לרבות הממד החיובי שלה.⁹⁴

סיכומם של דברים במישור ההצדקה הרעיונית: ההכרה בסעד חוקתי של חובה לחוקק משתלבת לא רק עם הפרשנות הדיאלוגית של עקרון הפרדת הרשויות אלא גם עם ההכרה בזכויות חוקתיות חיוביות, שהרשות המחוקקת אשר פועלת בגדרי החוקה כפי שנקבעה ברשות המכוננת כפופה לה.⁹⁵ כשהחוקה מכירה בזכויות חוקתיות חיוביות, רשאי המחוקק להימנע מהגשמתן רק אם ההימנעות (ולמעשה, המשך קיומו של המחדל החקיקתי) היא מידתית. לצד זאת חשוב לומר כי הצדקות אלה גם מעניקות משקל לא מבוטל לעקרון עצמאות הרשות המחוקקת, בשני הקשרים: האפיון של התנאי הבסיסי להפעלת הסעד של חובה לחוקק – הוא התנאי של הכרה ב"מחדל חקיקתי"; האפיון של הסעד החוקתי המוצע במתווה מדורג. לסוגיות אלה אתייחס להלן.

ב. המודל המוצע

1. המודל המוצע והשתלבותו במתודולוגיה החוקתית הנוהגת

פסיקת הסעד החוקתי של חובה לחוקק בהקשר של פגיעה בזכויות חוקתיות מותנית בפרדיגמה הרגילה של שלושת השלבים של ביקורת שיפוטית חוקתית: הוכחת פגיעה, בחינת המידתיות וקביעת הסעד החוקתי.⁹⁶

בנוגע לפגיעה: במקרה של זכויות שליליות הפגיעה היא באמצעות נורמה תת-חוקתית אשר הגבילה את הזכות.⁹⁷ במקרה של זכויות חיוביות הפגיעה היא באמצעות היעדר נורמה

- CONSTITUTIONALIS 137 (Georg Nolte ed., 2005); MICHAEL GERHARDT, PROBLEMS OF LEGISLATIVE OMISSION IN THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT'S CASE-LAW 6 (2007)
- Robert Dunbar, *Is There a Duty to Legislate for Linguistic Minorities?*, 33 J.L. & SOC'Y 181 93 (2006).
- Evan H. Caminker, Note, *A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes*, 95 94 YALE L.J. 1185, 1192–1193 (1986); Eric S. Fish, *Choosing Constitutional Remedies*, 63 UCLA L. REV. 322, 342 (2016) ("respect for the legislature is not the only consideration one might focus on when deciding between constitutional remedies. A judge could also try to impose the remedy that best vindicates the relevant constitutional norms") (להלן: Fish, *Choosing Constitutional Remedies*)
- להבחנה בין הכנסת כרשות מחוקקת לבין הכנסת כרשות מכוננת, הבחנה ממנה נובעת כפיפותה של 95 הכנסת כרשות מחוקקת לחוקה, ראו בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מדר(3) 540, 529 (1990); בג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 913, 914 (1994); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 355 (1995); בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005).
- לשלושה שלבים אלה ראו למשל בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, 96 פ"ד סב(4) 715, פס' 15 לפסק דינה של השופטת נאור (2008).

(או נורמה חלקית) בהגשמת הזכות החיובית. בג"ץ קבע במפורש כי אין הבדל בדרך הבחינה בין פגיעה בזכויות שליליות לבין פגיעה בזכויות חיוביות חרף ניסיון של המדינה להבחין בין דרגות שונות של ביקורת שיפוטית חוקתית.⁹⁸ מחדל שלטוני בזיקה להגשמתה של זכות חיובית עלול לעלות כדי פגיעה בה.⁹⁹ השיקולים התקציביים שמוזכרים לרוב בניסיון לצמצם את הזכויות החיוביות רלוונטיים לשלב השני של הביקורת השיפוטית (מידתיות הפגיעה) ולא לשלב הראשון שלה (קביעת היקף הזכות).¹⁰⁰ בספרות האקדמית קיימת מחלוקת רבת שנים בשאלת הכשירות המוסדית¹⁰¹ והלגיטימציה המוסדית¹⁰² של בית המשפט להכריע בדבר פגיעה כזו.¹⁰³ אולם הדין בישראל ברור: ביקורת שיפוטית בזיקה לפגיעה בזכויות חוקתיות חיוביות היא חלק מהמסורת החוקתית שלנו. כך היה

- 97 ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 61, בעמ' 31.
- 98 עניין חסן, לעיל ה"ש 53, פס' 26–31 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. להצדקת היעדר ההבחנה בין זכויות שליליות לחיוביות בזיקה לתנאים להפעלת ביקורת שיפוטית ראו דפנה ברק-ארו ואיל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" ספר דליה דורנר 189 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009).
- 99 לעיתים הדרישה היא לפגיעה "קשה בליבת" הזכות. כך למשל ביחס לזכות החיובית לחינוך, ראו עניין לימודי הליבה, לעיל ה"ש 54, פס' 22 לפסק דינו של השופט עמית ("היעדר לימודי ליבה בגיל תיכון אינה מהווה פגיעה חוקתית כה קשה בליבת הזכות לחינוך, כדי כך שבית המשפט יחייב את המחוקק לכפות את לימודי הליבה על ילדי הציבור החרדי"). מדברים אלה קשה להסיק בבירור האם בנסיבות בהן הפגיעה היא כן ב"ליבת" הזכות תהא הצדקה, בעיני השופט עמית, לסעד כזה המכוון למחוקק. השוו לפסק דינו בעניין טכנולוגי בע"מ, לעיל ה"ש 7. כמוכן, לא כל מחדל שלטוני עולה כדי פגיעה במימד חיובי. ראו למשל, ביחס לזכות החיובית לבריאות, בג"ץ 2974/06 ישראלי נ' הועדה להרחבת סל הבריאות (פורסם בנבו, 11.6.2006).
- 100 אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 610 (2014) (להלן: ברק כבוד האדם); עניין לימודי הליבה, לעיל ה"ש 54, פס' 41 לפסק דינה של השופטת ארבל. יוזכר כי במשפט המינהלי היעדר הסמכה תקציבית אינו מצדיק כשלעצמו הימנעות מפעולה שלטונית שמתחייבת על-פי הדין. ראו בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 754, 729 (2000); בג"ץ 6973/03 מרציאנו נ' שר האוצר, פ"ד נח(2) 270, 278 (2003); בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פ"ד סב(1) 762, פס' 29 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2007).
- 101 הכוונה לכלי המומחיות הדרושים להכרעה בסכסוך שהוא בעל אופי חברתי ומורכב מבחינה פוליטית וכלכלית. הספרות בעניין זה היא עשירה. לדיון ומקורות ראו בנימין בקרמן "הנעת שינוי חברתי בתחומי האוטונומיה של המגזר החרדי על ידי בית המשפט העליון – תקווה חלולה בגרסה ישראלית" משפטים מב 663, 693, 696–699 (2012).
- 102 הכוונה לצדקת הכרעה בסכסוכים בעלי אופי חברתי על-ידי מוסדות נבחרים להבדיל ממוסדות בירוקרטים. לדיון במגבלות המוסדיות הפרגמטיות והתיאורטיות ובהשלכותיהן על אכיפת זכויות חיוביות ראו למשל Abner S. Greene, *Can We Be Legal Positivists Without Being Constitutional* 1401, 1406–1408 (2005) *Positivists*, 73 *FORDHAM L. REV.*
- 103 מבין המחברים הבולטים האוחזים בטענות אלה ניתן למנות את DONALD L. HOROWITZ, *COURTS AND SOCIAL POLICY* (1977); GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (2nd ed. 1991). להרחבה ביחס לגישתו של רוזנברג ראו רות גביון "התקווה החלולה: האם בתי משפט יכולים להביא לשינוי חברתי? ביקורת על המהדורה השנייה (2008) של ספרו של ג'רלד רוזנברג" מעשי משפט ב 15, 17–19 (2009).

בפרשת חסן, בפרשת הפרטת בתי הסוהר¹⁰⁴ וכן בפרשה נוספת מהעת האחרונה – פרשת קו לעובד – שבה נפסק כי אין די בהסדרי הבריאות החלים על עובדים זרים כדי להבטיח את זכותם החיובית לבריאות.¹⁰⁵ לעומת פרשת חסן, שבה ניתן סעד חוקתי שלילי (ביטול הוראת חקיקה¹⁰⁶), בפרשת קו לעובד ניתן סעד חיובי (חיוב שר הבריאות להתקין תקנות¹⁰⁷). במקרה זה הסעד השיפוטי האופרטיבי כוון אמנם לרשות המבצעת, אך פסק הדין חשוב בהמחשת המתודולוגיה שלה טענתי בבדיקת פגיעה בזכות חוקתית חיובית: זוהי מתודולוגיה הנכונה להכיר במחדל שלטוני כפגיעה בממד חיובי של זכות חוקתית.¹⁰⁸ החלתה של מתודולוגיה זו אחידה בקביעת הפגיעה בזכות חוקתית על שני מרכיביה – השלילי והחיובי כאחד.¹⁰⁹ מתודולוגיה זו פותחת את הפתח להכרה בסעד חוקתי שעניינו גם קידום חקיקה ראשית ולא רק חקיקת משנה (על פי המתווה ההדרגתי שאציע בהמשך המאמר).

בנוגע למידתיות: הגישה המקובלת בישראל היא שכשם שחקיקה חייבת לקיים את פסקת ההגבלה, כך גם אי-חקיקה חייבת לקיים את פסקת ההגבלה.¹¹⁰ כמובן, חקיקה היא דבר ברור, שכן יש מועד שבו חוק נכנס לתוקף, ואילו אי-חקיקה היא עניין עמום במישור הזמן. אך עמימות זו אין משמעה כי אי-חקיקה לעולם אינה עלולה להוות הפרה של זכות חוקתית (קרי פגיעה לא מידתית בה). התאוריה של זכויות חוקתיות חיוביות מלמדת כי אי-חקיקה אכן עלולה להוות הפרה של זכות חיובית, ויש בכוחה להטיל חובה על כל

104 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: עניין הפרטת בתי הסוהר). גם בפרשה זו, בדומה לפרשת חסן, לעיל ה"ש 53, "השאלה הייתה מה החובות המינימליות של המדינה ומתי עליה לקיים אותן בעצמה" (שירי רגב-מסלם וחגי קלעי "ראיון עם הנשיאה דורית ביניש" מעשי משפט ה' 165, 169 (2013)).

105 בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה, פס' 89 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 22.6.2014) (יש "לקרב את הסדרי הבריאות החלים על עובדים זרים בעלי זיקה חזקה לישראל לאלו החלים על תושבי ישראל"). לזכות לבריאות כזכות חיובית ראו Aeyal Gross, *Is There a Human Right to Private Health Care?* 41 J.L. MED. & ETHICS 138 (2013). לזכות לחופש התנועה כזכות חיובית המטילה חובה על המדינה ראו עניין חסן, לעיל ה"ש 53, פס' 10 לפסק דינו של השופט גיבוראן. יש לשים לב כי התדיינות בפרשת חסן, לעיל ה"ש 53, מתחילת דרכה מלמדת כי בית המשפט "ליווה" את הפרשה באופן שהביא לחקיקה ראשית מבלי שניתן צו מפורש לכך (בניגוד לפרשת נסר, לעיל ה"ש 77, שם ניתן כאמור צו מפורש לחוקק). ראו רגב-מסלם וקלעי, לעיל ה"ש 104, בעמ' 167 ("בפרשת חסן החל הדין בעתירה כשהסדר כולו היה בתקנות. במהלך כירור העתירה, כשהצדדים היו בהידברות, הומרו התקנות בחקיקה ראשית").

107 עניין קו לעובד, לעיל ה"ש 105, פס' 89 לפסק דינה של השופטת ארבל.

108 שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו ("...] היקף הכיסוי של הביטוח הרפואי הקיים של מהגרי העבודה הוותיקים אינו עומד בסטנדרט החוקתי של הזכות לכבוד, בעיקר בשל העדרו של מענה לביטוח רפואי בנסיבות שבהן מהגרי העבודה הוותיקים לוקים בחולי שגורם לאובדן כושר עבודה שאינו קצר"; ההדגשות שלי – ר"פ).

109 ברק מידתיות, לעיל ה"ש 68, בעמ' 523 ("קביעת הפגיעה בזכות החוקתית החיובית אינה שונה מקביעת החובה בזכות החוקתית השלילית").

110 שם, בעמ' 36 ("...] אין כל ייחוד בזכות החיובית לעניין מרכיבי המידתיות, ושפעולתם לעניין המחדל של המחוקק זהה לפעולתם לעניין פעולת המחוקק הפוגעת בזכות שלילית"). לגישה שונה, המדגישה את הקשיים שבהחלת פסקת ההגבלה בזיקה לפגיעה בזכות חוקתית בדרך של מחדל חלקי, ראו בנרור וסלע, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1097, 1123–1126.

רשויות השלטון, לרבות הרשות המחוקקת, לקדם הגנה ומימוש של זכויות חיוביות.¹¹¹ בהקשר זה ניתן להצביע על אי-קיום מלא או חלקי¹¹² של החובה. אי-קיום באחד ממובנים אלה, כשהוא לא מידתי, משמעו הפרה של זכות חוקתית במחדל.¹¹³ יישום מבחן המידתיות מאפשר להבחין כאן בין מצבים שבהם אין חקיקה ואין נכונות לחקיקה כלל לבין מצבים שבהם יש נכונות אך זו טרם הבשילה מטעמים שונים.¹¹⁴ כאשר חלף פרק זמן סביר הדרוש להגשמת זכויות אלה, והמחוקק נותר פאסיבי באי-מימושו, ניתן לדבר על הפרת הזכות בדרך של מחדל חקיקתי. או אז קיים טעם טוב להתערבות שיפוטית בעלת אופי "חיובי", קרי כזו המחייבת פעולה חקיקתית (להבדיל מביטול פעולה חקיקתית).

הכרה במחדל חקיקתי תלויה בשתי קביעות שיפוטיות מצטברות:¹¹⁵ הקביעה הראשונה עניינה זיהוי ההיקף התאורטי של הממד החיובי של זכות חוקתית מסוימת שנטען כי נפגעה (במחדל). בשלב זה יש לאפיין מהו ה"סף" החוקתי הדרוש להגשמת הממד החיובי של הזכות.¹¹⁶ קביעת סף כזה "מעוררת" בעוצמה גבוהה יותר שאלות שעניינן מדיניות של חלוקת משאבים חברתיים בהתאם לקביעת סדרי עדיפויות לאומיים.¹¹⁷ הסף תלוי בין היתר גם באופי הזכות החוקתית ובחשיבותה במשפט החוקתי.¹¹⁸ ההלכה בישראל היא כי את הסף הזה יקבעו הרשויות האחרות, ובית המשפט יפקח על קביעת הסף אך לא יקבע את הסף בעצמו.¹¹⁹ למשל, אשר למרכיב החיובי של הזכות לחופש ביטוי נפסק כי "משמעותה של החובה החיובית מתבטאת בחובתה של המדינה להקצות, בגבולות הסביר ובהתחשב

111 Schapiro, לעיל ה"ש 90, בעמ' 249–251, 233–234.

112 להגדרת מונחים אלה ראו להלן סמוך לה"ש 170.

113 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 84, בעמ' 313 ("את חובתו לפי חוק-היסוד יכול השלטון להפר לא רק על-ידי מעשה, אלא גם על-ידי מחדל").

114 מצב העניינים השני, שבו בית המשפט מתרשם מניסיונות כנים ומתמשכים של המחוקק להסדרת הסוגיה, עשוי להצדיק דחייה של העתירה לסעד של חובה לחוקק תוך הפניית העותר לסעד חלופי המכוון כלפיו להבדיל מסעד המכוון כלפי המחוקק, ראו בג"ץ 4471/14 פלונית נ' הנהלת בתי משפט (פורסם בנבו, 5.5.2015). הסעד המכוון כלפי המחוקק עשוי לעלות בעתירה חדשה מאוחרת יותר, ראו בג"ץ 7455/13 עמותת הורות משותפת – טובת הילד נ' רשות המסים בישראל, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 7.6.2015) (להלן: עניין עמותת הורות משותפת).

115 BREWER-CARÍAS, לעיל ה"ש 60, בעמ' 125–126; Young, לעיל ה"ש 64, בעמ' 158–159. הדיון כאן מניח הבחנה חדה יחסית בין מעשה למחדל. אני מודע לכך שהבחנה אינה תמיד חדה. ראו Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Is Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoffs*, 58 STAN. L. REV. 703, 720–728 (2005).

116 Young, לעיל ה"ש 64, בעמ' 175 ("positive obligations often rely on benchmarks"). בגרמניה הדרישה היא להגשמה "מספקת" ולא להגשמה כלשהי: GERHARDT, לעיל ה"ש 92, בעמ' 34 ("The measures taken by the legislature must be sufficient to ensure appropriate and effective protection and be based on a careful analysis of facts and tenable assessments").

117 בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל פ"ד סג(1) 1, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008).

118 GERHARDT, לעיל ה"ש 92, בעמ' 26.

119 עניין חסן, לעיל ה"ש 53, פס' 46 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ("לא נדרשנו להגדיר מהו אותו מינימום של קיום אנושי בכבוד, מה הוא כולל או מה עליו לכלול. נקודת המוצא לדיונו היא כי מוטלת על המדינה חובה לקבוע מהם תנאי הקיום המינימליים ולגזור את מערך הרווחה בהתאם לכך [...] לצורך הדיון שלפנינו, אנו מניחים כי כך אכן נעשה").

באמצעים העומדים לרשותה ובסדרי העדיפויות שייקבעו על-ידה, את המשאבים הנדרשים על מנת לאפשר את מימושה של הזכות לחופש ביטוי ולהפגנה.¹²⁰

הקביעה השנייה עניינה זיהוי ההפרה של הממד החיובי כפי שהוגדר בשלב הקודם. בשלב זה נדרשת קביעה שיפוטית כי המסגרת הנורמטיבית הקיימת בחקיקה¹²¹ נופלת מן הסף החוקתי בהגשמת הממד החיובי של הזכות החוקתית המסוימת (הוכחת פגיעה בזכות) שלא במידתיות (הוכחת הפרה של הזכות). על הפרט להוכיח פגיעה לכאורית בזכות החיובית. הפגיעה עלולה להיות בעלת אופי של מעשה, כגון חוק הקובע שלילה של מקורות הכנסה נאותים (קצבאות או שכר מינימום) או מבטל מימון ציבורי של שירותים מסוימים. הפגיעה עלולה להיות בעלת אופי של מחדל, כגון אי-חקיקת חוק הקובע קצבאות או חקיקת חוק הקובע קצבאות חלקיות בלבד או מתנה אותן בתנאים מסוימים, וכך הן נופלות מן הסף החוקתי.¹²² עניינו של המאמר הנוכחי במחדל ובסער החוקתי המתאים לכך. יש להבחין בין מחדל מלא, שעניינו היעדרה של תשתית נורמטיבית כלשהי בהגשמה הדרושה, לבין מחדל חלקי.¹²³ במחדל חלקי הכוונה היא למצב חקיקתי אשר מעניק – בחוק או לפי חוק – הגנה מסוימת לממד החיובי אך במידה הפחותה מן הסף החוקתי הדרוש. במקרה של מחדל חלקי – ככל שהוא עולה כדי הפרה של זכות חוקתית לאחר בדיקת המידתיות בפסקת ההגבלה¹²⁴ – נפתח הפתח לשלב השלישי של הביקורת השיפוטית החוקתית – הוא שלב הסעד החוקתי. אטען כי הסעד החוקתי של חובה לחוקק, במתווה ההדרגתי שיוצע בסעיף הבא, הוא המתאים ביחס למחדלים כאלה.

לצורך הבנת מושג המחדל חקיקתי ניתן לבחון פסקי דין נוספים שניתנו בתקופת נשיאותו של הנשיא גרוניס, שבהם התמודד בית המשפט עם "גרירת רגליים" של המחוקק

120 בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

121 הכוונה לראשית או משנית, לרבות פרשנותה של חקיקה כזו בהלכה הפסוקה. ראו למשל ע"א 7502/13 חוות רודד אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' עיריית אילת, פס' 27 ו-36 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 3.6.2015).

122 השוו עניין חסן, לעיל ה"ש 53, פס' 15 לפסק דינו של השופט ג'ובראן [...] על המדינה מוטלת החובה לפעול כמידת יכולתה כדי לצמצם את מספר הזכאים לקבלת הגמלה שאינם זוכים לה".

123 GERHARDT, לעיל ה"ש 92, בעמ' 3: "It is generally acknowledged today that the fundamental rights can be violated [...] by legislative omission. A situation can be contrary to fundamental rights if the legislature does not comply with its legislative mission, i.e. if no relevant statute under non-constitutional law exists at all (so-called genuine omission) or if it is obvious that the existing regulatory provisions are (entirely unsuitable or completely inadequate (so-called non-genuine omission))".

124 ברק מידתיות, לעיל ה"ש 68, בעמ' 523 ("פסקת ההגבלה תספק צידוק למחדל של המדינה [כאשר] המחדל אינו מוחלט (הימנעות כוללת מהגנה על הזכות) אלא יחסי (הגנה מסוימת על הזכות שלפי הטענה אינה מספקת)". לגישה דומה ראו: בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פס' 8 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 3.8.2017) ("יש לשמור על זכותם [של העותרים – ר"פ] לטעון כי מחדל חקיקתי בתחום זה – מפר את זכויותיהם החוקתיות הבסיסיות. הכרה בכך, אם תהיה, ולא ימצא להפרה עיגון במסגרת פיקטת הגבלה", תצדיק אולי חיוב של המחוקק – לחוקק") (פסק הדין פורסם אחרי חתימתו של מאמר זה).

בהגשמת זכויות חוקתיות ומתח על כך ביקורת. מדג"ץ גלוטן¹²⁵ למשל ניתן להסיק כי מתן סעד בדמות חובה לחוקק הוא בעיקרו שאלה של תזמון ההתערבות השיפוטית ולא של הלגיטימציה שלה. עקרון עצמאות הרשות המחוקקת, שבו פתחתי את הרשימה, בא כאן לידי ביטוי בשהות שבית המשפט מעניק למחוקק להסדיר את הסוגיה בטרם הוא מגיע למסקנה בדבר מחדל חקיקתי. פסק הדין בעניין גלוטן עסק בשאלת תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 על עובדי סיעוד. השאלה הייתה אם יש להמתין להסדרה חקיקתית של הסוגיה או לקבוע את הדין בדרך של השלמת חסר בחקיקה שיפוטית.¹²⁶ בית המשפט הביע מורת רוח מ"שתיקת המחוקק וההתארכות הבלתי נסבלת של ההסדרה החקיקתית".¹²⁷ דעת הרוב, ובכללה דעת הנשיא גרוניס, הדגישה את חשיבותה של עבודת המטה שעושה הרשות המבצעת וקבעה כי בנסיבות העניין עדיין אין מחדל חקיקתי.¹²⁸ מנגד, דעת המיעוט ביטאה גישה נחרצת יותר, הנכונה לנקוט השלמת חסר חרף עבודת המטה האמורה וחרף ההשלכות התקציביות.¹²⁹ אם נביא בחשבון את עמדתו של השופט דנציגר, שהיה בדעת הרוב באותה פרשה, והדגיש כי "ככל שהמחוקק לא ייאחז את השור בקרניו וככל שהזמן ימשיך לנקוף, יש להניח שהסוגיה תשוב ותגיע לפתחם של בתי המשפט וייתכן שלא יהיה מנוס בעתיד מהתערבות בית המשפט [...] אל לו למחוקק לסבור כי בית

125 דג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סו(1) 518 (2013).

126 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט דנציגר ("בסופו של דבר, חקריי וחברותיי נחלקים במענה לשאלה כיצד על בית המשפט לנהוג מקום שבו המחוקק אינו עושה מלאכתו ואינו מסדיר את הסוגיה. כל אחד [...] [מ]הפתרונות שאליהם הגיעו חקריי וחברותיי הוא, בתורו, ניסיון להתמודד עם שתיקת המחוקק ואף ניסיון לתמרץ את המחוקק לפעולה").

127 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט דנציגר.

128 שם, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; פס' יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין ("איני רוצה להגיע למצב שבו בית המשפט מתוך מצוקה של מחדל המחוקק, ינקוט צעד שיועיל לאלה אך יגרום, חלילה, עוול לאלה"); פס' 10 לפסק דינו של השופט מלצר ("הפתרון האולטימטיבי פה הוא חקיקה ראשית"; ההדגשה במקור) וכן פס' 13 לפסק דינו של השופט מלצר ("עדיף להמתין לדבר המחוקק"); פס' 3 לפסק דינו של השופט דנציגר ("הסוגיה זועקת לטיפולו של המחוקק והיא מורכבת וסבוכה באופן שאינו מאפשר, לטעמי, הסדרתה בדרך של פתרון גורף בעתירה נקודתית בבית המשפט"). השופט ג'ובראן הצטרף לתוצאה של דחיית העתירה אגב ביקורת על התנהלות המדינה (שם, פס' 30 לפסק דינו).

129 שם, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ארבל ("לא ניתן להותיר ללא מענה את תקופת הביניים (שלא ניתן לדעת מה אורכה) עד שיוסדר הנושא, כאשר זכויותיה הבסיסיות של קבוצה מוחלשת ביותר נפגעות"); פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות ("העובדה כי יישום הזכויות המוקנות לעובדים בחקיקת המגן שבדין העבודה הישראלי כרוך בעלויות כספיות, היא כשלעצמה אין בה כדי להצדיק פגיעה או גריעה מזכויות אלה"); פס' 6 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור ("שבים אנו לדרך המלך של מלאכתנו השיפוטית, היא פרשנות החוק. פתרון גורף אינו ראוי בענייננו, אולם מפרשנות גורפת אין מנוס"; ההדגשות במקור). השופט הנדל היה בדעת יחיד בהציעו מתווה של חקיקה שיפוטית בהדגישו כי "אי קיומם של דיון והכרעה בנושאים רגישים אלה, אין משמעותם קביעה פוזיטיבית לשלילה, אלא חוסר קביעה – ויש להשלימו" (שם, פס' 9 לפסק דינו). דעת השופט הנדל מבטאת חקיקה שיפוטית אף יותר מדעת המיעוט (שנקטה השלמת חסר קוואיסיטית) ביטאה זאת (ראו שם, פס' 12 לפסק הדין של השופט מלצר). עוד על גבולות החקיקה השיפוטית בעניינים אזרחיים ראו ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, פ"ד סה(3) 521 (2012), פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל (בדעת מיעוט) וכן פס' 4-5-8-9-12 לפסק דינו של השופט מלצר (בדעת רוב).

כי בית המשפט לא יתערב אף פעם וימשיך לחכות עד בוש לפעולת המחוקק",¹³⁰ נראה כי קיים רוב בפסק הדין המכיר בלגיטימציה של ההתערבות השיפוטית בעת מחדל חקיקתי.¹³¹ יוזכר שהסעד ה"חיובי" שניתן בפרשת נסר, סעד של קריאה לתוך החוק, ניתן לאחר שניתנה שהות סבירה, וממושכת, לרשויות האחרות להסדיר את הסוגיה, אך שהות זו לא הביאה להסדרת הפגם החוקתי.¹³²

מנקודת מבטה של הרשות השופטת, הגשמת חובת הכיבוד של זכויות חוקתיות משמעה לא רק הצהרה על המחדל אלא אף ציווי לתיקון המחדל. כשמדובר במחדל מלא, עשוי הציווי לחייב במתווה המדורג שיוצע להלן חקיקת חוק חדש מבראשית; כשמדובר במחדל חלקי, עשוי הציווי לחייב, גם כאן בהדרגה, שינוי של חקיקה קיימת.¹³³ כדי להבהיר נקודה זו יש להרחיב את היריעה ולבחון את הסעד של חובה לחוקק כחלק מתאוריה של תרופות חוקתיות. לכך יוקדש הסעיף הבא. לאחריו אבקש להציע מתווה לפסיקת הסעד החוקתי של חובה לחוקק.

סיכומם של דברים: ההכרה בסעד של חובה לחוקק מתאימה את קשת הסעדים החוקתיים למצב שבו הפגיעה בזכות החוקתית אינה תוצאה של קיומה של הוראת חוק (פגיעה במעשה) אלא של היעדר הוראת חוק (פגיעה במחדל). מובן כי אין משמעות לסעד המקובל של ביטול חוק כאשר הפגיעה היא במחדל הנובע מהיעדרו של חוק.¹³⁴ הכרה בסעד של חובה לחוקק יוצרת אפוא התאמה מתבקשת בין פיתוח השלב הראשון של הביקורת השיפוטית (הכרה בממד חיובי של זכויות) לבין פיתוח השלב השלישי של הביקורת השיפוטית (הכרה בסעד חיובי של חובה לחוקק).

2. הצעת מתווה מדורג לסעד החובה לחוקק

בסעיף זה אציע מודל מעשי בדמות מתווה מדורג לסעד חוקתי של חובה לחוקק. על פי המתווה המוצע, תחילה יש לכוון את הסעד לרשות המבצעת באמצעות צו המחייב אותה

130 עניין גלוטן, לעיל ה"ש 125, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנציג.

131 לביקורת על תוצאת פסק הדין ולטענה כי פסק הדין למעשה סתם את הגולל על התקווה להסדרה חקיקתית עתידית של הסוגיה ראו חני בן ישראל ומיכל תג'ר "באה מנוחה ליגעה? עבודה ומנוחה בהעסקתן של מהגרות עבודה בתחום הסייעוד הביתי בישראל" מעשי משפט ז 69, 72, 79-80 (2015).

132 עניין נסר, לעיל ה"ש 77, פס' 2 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ("אם הגענו לכתיבת שורות אלה, אין זאת אלא מפני שהכנסת והממשלה משכו ידן מן המלאכה"); שם, פסק דינו של הנשיא גרוניס ("אילו פעלו הרשויות האחרות ואילו תיקנו את הטעון תיקון, לא היה בית משפט זה מתערב בחקיקה של הכנסת").

133 דוגמה למחדל חלקי המצדיק סעד של חובה לחוקק הוא כאשר חוק מסוים היה חוקתי לשעת חקיקתו, אך התפתחויות מדעיות, טכנולוגיות או אחרות הביאו לשינוי נסיבות שהפך את הבסיס העובדתי של החוק ללא חוקתי באופן שמחייב תיקון שלו כדי שיעמוד באמות מידה חוקתיות. הימנעות מתיקון כזה עלולה להיחשב למחדל חקיקתי (חלקי, לנוכח קיומו של חוק קיים). השווה GUIDO CALABRESI, A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES 2 (1982) ("[B]ecause a statute is hard to revise once it is passed, laws are governing us that would not and could not be enacted today, and that some of these laws [...] do not fit, are in some sense inconsistent with, our whole legal landscape"); Allison Orr Larsen, *Do Laws Have a Constitutional Shelf Life?*, 94 TEX. L. REV. 59 (2015).

134 GERHARDT, לעיל ה"ש 92, בעמ' 39 "If the complainant challenges a genuine omission, a) (declaration of nullity of a statute is not a consideration because there is no statute"

ליזום הצעת חקיקה ראשית.¹³⁵ להכונה ראשונית זו לרשות המבצעת יש כמה טעמים: היא עולה בקנה אחד עם אמות המידה לקביעת מחדל חקיקתי אשר תלוי בקביעת הרשות המבצעת בדבר סף חוקתי למימוש הזכות החיובית; היא הנמען העיקרי של הביקורת השיפוטית החוקתית בזיקה לפגיעה בזכויות חיוביות; נוסף על כך, ההתמקדות ברשות המבצעת נתמכת בגישה הראליסטית שלפיה הרשות המבצעת היא הרשות החזקה ביותר. חוד החנית של ביקורת שיפוטית אפקטיבית צריך להיות מכוון בראש ובראשונה אליה;¹³⁶ כמו כן הכוונה כזו עולה בקנה אחד עם הפרקטיקה החקיקתית המקובלת בישראל אשר מבוססת על הגשת הצעות חוק ממשלתיות;¹³⁷ לבסוף, מהלך כזה מתחשב כאמור בעקרון עצמאות הרשות המחוקקת, בהאריכו את השהות האפקטיבית שניתנת לה להסדיר את הסוגיה בעצמה. המתווה המדורג מכשיר שהות נוספת להסדרת העניין אם וכאשר יתגלה כי הרשות המבצעת אינה מכבדת את הצו שכוון כלפיה. המודל משקף, כיאה לגישת הדיאלוג החוקתי, מתווה שאיננו כרוך באכיפה ישירה ומידית של החובה לחוקק אלא מדורגת. לפי זה מוצע להבנות את הסעד של חובה לחוקק בשלוש מדרגות במעלה הדיאלוג החוקתי. מדרגות אלה מותנות כאמור בקביעה שיפוטית מפורשת בדבר אי-חוקתיות המצב הנורמטיבי שנוצר ממחדל חקיקתי מלא או חלקי העולה כדי הפרה של זכות חוקתית. המדרגה הראשונה של החובה לחוקק מכוונת אפוא לרשות המבצעת.¹³⁸ יש להניח (ולקוות) כי הרשות המבצעת תכבד את הצו השיפוטי ותפעל לקידום חקיקה.¹³⁹ אפשר שהשתהות בהגשמת חובה זו תהיה לתכלית ראויה.¹⁴⁰ דרוש כאן פרק זמן סביר.¹⁴¹

135 Brewer-Carías, לעיל ה"ש 60, בעמ' 94.

136 ראו ברוח זו "נגידה אקטיביסטית" עדכן 58, 3, 5 (2013) ("לדעתי חשוב ביותר שהמדינה תפנים שבנושאים חברתיים היא אינה עושה עם הציבור חסד. זכויות חברתיות הן חלק מהחובות שהיא צריכה להביא בחשבון בתקציבה").

137 בנדור וסלע, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1125.

138 ראו הצעתי לעיל בפרק ב.1.

139 על הרשות המבצעת לפעול כאן, לפחות, כפי שהיא פועלת בנוגע לאמרות אגב לעניין תיקון חקיקה. קרי, לקיים הליך של שקילה ובדיקה של העניין באמצעות היועץ המשפטי לממשלה לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה: "הערות בחייה המשפט לעניין תיקוני חקיקה" (הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 9.1103 (התשס"ב)). ראו אורגד ולביא, לעיל ה"ש 62, בעמ' 455, ה"ש 68. ראו הסעד היצירתי בע"א 4584/10 מדינת ישראל נ' שובר, פס' 110 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 4.12.2012), אשר מבוסס על המלצה שיפוטית בציפייה שהרשות המבצעת תכבדה ("הדרך הנכונה הינה להמליץ בפני המדינה לפצות את המשיב בסכום המכסימלי על פי התקרה הקבועה בתקנות [...] וחזקה על המדינה שתקח המלצה זו לתשומת לבה ותפעל לפיה").

140 ברק מידתיות, לעיל ה"ש 68, בעמ' 524.

141 פרק הזמן תלוי בנסיבות העניין. השוו בג"ץ 5186/13 מאיר נ' ממשלת ישראל, פס' 4 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 4.12.2013); בג"ץ 10296/02 ארגון המורים בבתי הספר העל-יסודיים, בסמינרים ובמכללות נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נט(3) 224, פס' 19–20 לפסק דינו של השופט לוי (2004). גישה דומה קיימת גם במשפט הפרטי: רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220, 285 (2003) ("...") אשר להמתנה למחוקק, אכן מקובל עליו כי זהו שיקול ראוי"). השוו לחובה מן המשפט המינהלי לפעול להתקנת תקנות (להבדיל מחקיקה ראשית) במהירות הראויה: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1098 (מהדורה שנייה, 2011).

במסגרת הפיקוח הנדרש במודל המוצע יעקוב בית המשפט אחר החלטות הרשות המבצעת וניסיונותיה לקדם חקיקה, באמצעות עדכונים מטעם היועץ המשפטי לממשלה. מנגנון "פיקוחי" כזה קיים כבר כיום בעתירות לבג"ץ.¹⁴² בית המשפט יכול לדון בעתירות בנוגע לאזלת ידה של הרשות המבצעת, אם כי לרוב יהיה מוצדק לדחותן על הסף בשל קיומו של תהליך מדורג.¹⁴³ אפשר שהמדרגה הראשונה תסתכם בהצלחה.¹⁴⁴ אך בנסיבות שבהן הרשות המבצעת לא עשתה את המצופה ממנה, והצעת חוק לא הוגשה, יש לעלות למדרגה השנייה. בכך ניכר הבדל בין הסעד של ביטול חוק, שבמסגרתו מנגנון השהיית הכרזת הבטלות הוא קצר יותר ודורש פחות פיקוח, לבין הסעד של חובה לחוקק במודל ההדרגתי המוצע.

המדרגה השנייה של החובה לחוקק מכוונת לרשות המחוקקת. זהו צו אופרטיבי הקורא למחוקק ליישם את החובה החוקתית המוטלת עליו ולקבוע בעצמו (לאחר שהרשות המבצעת לא עשתה זאת מיזמתה) תכנית למימוש הגנה על הממד החיובי של הזכות החוקתית שנפגעה מן המחדל החקיקתי ולהצדיק את אי-מימוש הזכות במועד קרוב יותר. הגשמה ראויה של הסף החוקתי הנדרש עשויה לבוא לידי ביטוי בשלב זה באמצעים

לחשיבות הגדרת פרק זמן סביר למחוקק לחוקק בארה"ב ראו Fish, *Choosing Constitutional Remedies*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 40.

142 לביטויי פיקוח מסוג זה מכוח המשפט המנהלי, שכונן לא אחת "שמרטפות", ראו בג"ץ 5587/07 עוזיאל נ' מס רכוש וקרן פיצויים, פס' 1 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2.3.2008). ("תפקיד בית המשפט במקרה זה, כמו במקרים דומים לא מעטים בגדר המשפט המינהלי, לא היה בכתיבת פסק דין משפטי מלומד, אלא בליווי הרשויות תוך עידוד וזירוז פעולתן, מעשה אומנת או שמרטף"); בג"ץ 1527/06 התנועה להגיונות שלטונית נ' משרד התחבורה, פס' יב לפסק דינו של השופט רובינשטיין וכן פסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 9.6.2009); בג"ץ 1583/07 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' השר להגנת הסביבה, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 21.1.2015). פרופ' בנדור כינה זאת "הליכים מתגלגלים", ראו אריאל בנדור "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" משפט וממשל יד 377, 380–379 (2012).

143 השוו עניין עמותת הורות משותפת, לעיל ה"ש 114, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז ("ראוי להותיר למדינה פרק זמן סביר לדיון בנושא זה בהקשרו הרחב"); בג"ץ 11384/05 עמותת אומ"ץ – אורחים למען מינהל תקין, צדק חברתי ומשפטי נ' ועדת הכנסת (פורסם בנבו, 22.1.2006).

144 בג"ץ 5087/94 זכרו נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 22.2.1995) (החלטה). באותה פרשה נקט בג"ץ תחילה המלצה לא מחייבת לחקיקת חוק ("מביעים אנו תקוותנו, כי כל הנוגעים בדבר יגלו ערנות לצורך לסיים את הדיונים ולהגיע להסדרת החקיקה בהקדם האפשרי ביותר"). אך לאחר שהמלצה לא אומצה, ניתן פסק דין ובו צו אופרטיבי של בטלות הדין הקיים שהיה קבוע בתקנות (בג"ץ 5087/94 זכרו נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 17.7.1995) (פסק דין)). בטלות התקנות הביאה בסופו של דבר לחקיקת החוק המיוחל. ראו בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נו(1) 419, פס' 11–12 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין (2002); עניין משה, לעיל ה"ש 68, פס' 4 ר' 21 לפסק דינה של השופטת חיות. החוק האמור כפוף כמובן לביקורת שיפוטית חוקתית בשל טענות בדבר פגיעה בזכויות חוקתיות (שם, פס' 23–26 לפסק דינה של השופטת חיות). דוגמאות נוספות להצלחה הן בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 2.12.2010); בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571, פס' 83 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008).

חקיקתיים שונים, לאו דווקא כאלו המחייבים הוצאה ממשלתית ישירה.¹⁴⁵ הסף החוקתי¹⁴⁶ עשוי להתגשם באמצעים שונים, למשל:¹⁴⁷ רגולציה ישירה המכוונת לתאגידים שבכוחם כוח כלכלי ניכר באשר לאופן פעילותם בשווקים מסוימים;¹⁴⁸ רגולציה עקיפה המגבילה גורמים פרטיים בפגיעתם בזכויות חוקתיות, בין היתר הגבלות על מסחר שירותים מסוימים;¹⁴⁹ באמצעות פיתוח עילות תביעה חדשות במשפט הפרטי או המנהלי; באמצעות חקיקת חוק פלילי¹⁵⁰ או לבר-פלילי.¹⁵¹ לאמצעים אלה אין עלות תקציבית ישירה (להבדיל מעלות עקיפה במישור אכיפת הדין). כמו כן הסף החוקתי עשוי להיות מוגשם, אם האמצעים שנזכרו אינם אפשריים או אינם מספקים, באמצעות חקיקה שיש לה עלות תקציבית ממשלתית ישירה, כגון הגדלת קצבאות.¹⁵² אך ככלל, המשאבים הדרושים להגשמה ראויה של הזכויות החיוביות אינם חייבים להיות ממוניים כל עוד ניתן להגשים את הסף באמצעים אחרים תרבותיים, טכנולוגיים וחקיקתיים אשר מטייבים את השימוש במשאבים הקיימים מבלי להוסיף עליהם.¹⁵³ הבחירה בין האמצעים השונים נתונה בידי

145 Sigrun Skogly, *The Requirement of Using the 'Maximum of Available Resources' for Human Rights Realisation: A Question of Quality as Well as Quantity?*, 12 HUM. RTS. L. REV. 393, 410–411 (2012).

146 לפיון הסף החוקתי ראו פרק ב.1. (פסקה המתחילה במילים "הכרה במחדל חקיקתי תלויה בשתי קביעות שיפוטיות מצטברות", ואילך).

147 תודה לפרופ' ברק מדינה על הפניית תשומת לבי לאמצעים אלה.

148 כגון קביעת תנאי עבודה לא נאותים בידי תאגידים בעלי כוח כלכלי ניכר (להגדרת כוח כזה ראו פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 21 (1994)). דוגמה לרגולציה כזו מצויה, למשל, בנורמות הקבועות בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח–1998. רגולציה כזו עשויה לייתר הטלת חובות נוספות על המחוקק. ראו GERHARDT, לעיל ה"ש 92, בעמ' 30 ("In as far as the legislature has made administrative measures possible through statutory regulation, (no duty to subsequent improvement can be imposed on the legislature").

149 יואב דותן וברק מדינה "חוקיות הפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" משפטים לו 287 (2007).

150 ביין, לעיל ה"ש 61, בעמ' 255 ("על המחוקק ליצור עבירות חדשות אם אין דרך אחרת להביא להגנה על זכויות יסוד מסוימות"; ההדגשה במקור); הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוגין "הדור הבא" של זכויות נפגעי עברה: הזכות החוקתית להליך הוגן" עיוני משפט לו 549, 593–594 (טקסט ליד ה"ש 185–186) (2015). כן ראו HAREL, WHY; Alon Harel, *The Duty to Criminalize*, 34 L. & PHIL. 1, 21 (2015).

LAW MATTERS, לעיל ה"ש 69, בעמ' 183; GERHARDT, לעיל ה"ש 92, בעמ' 32.

151 אריאל בנדור "המעמד החוקתי של זכויות נפגעי עברה – בעקבות מאמרו של הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוגין 'הדור הבא' של זכויות נפגעי עברה: הזכות החוקתית להליך הוגן" עיוני משפט לו 605, 616 (2015) (להלן: "בנדור" המעמד החוקתי) ("ככל שאין בכוחם של נפגעים לממש את זכויותיהם במשפט האזרחי, יש לבחון שדרוג של מערך הסיוע המשפטי בעניינים אזרחיים"). ראו גם אלון הראל "פתח-דבר: מה המשפט צריך למשפט ומדוע?" עיוני משפט לו 249, 276 (2015) [...] על המחוקק לחייב את החרדים להתגייס").

152 השוו ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 61, בעמ' 43. וכן Skogly, לעיל ה"ש 145, בעמ' 412 ("legislation should be used to enhance those resources available for human rights) implementation from both public and private sources. This will entail legislation for an (appropriate distribution of public resources").

153 שם, בעמ' 416.

הרשויות האחרות, ובלבד שהאמצעי הנבחר יקיים את רמת הסף הדרושה להגנה על הזכות החיובית.¹⁵⁴

מדרגה זו אינה כרוכה בהכרח בפגיעה בעצמאות הרשות המחוקקת, משני טעמים: הטעם הראשון הוא כי החובה לחוקק משמעה חיוב המחוקק להידרש לסוגיה. חובה זו אינה קובעת דבר בדבר תוכן החקיקה, קרי באיזו דרך יש להגן על הזכות החיובית.¹⁵⁵ תוכן החקיקה ייקבע ברשות המחוקקת בכפוף כמובן לתנאיה של פסקת ההגבלה אשר מכירה במתחם מידתיות.¹⁵⁶ מתווה זה מכיר בכך שבמישור המימושי וקביעת ההסדרים הקונקרטיים יש יתרון יחסי לרשות המבצעת ולרשות המחוקקת בבחינת האמצעים המתאימים להגשמת הזכות וכן בגיבוש התשתית העובדתית הדרושה להכרעה.¹⁵⁷ מתחם המידתיות שיש למחוקק בהקשר זה נגזר בין היתר מעצמת הפגיעה (בדרך של מחדל מלא או חלקי) ומאופייה של הזכות הנפגעת.

אם כן, הסעד של חובה לחוקק כפי שמוצע כאן איננו כולל צו אופרטיבי בנוגע לתוכן החקיקה אלא רק בנוגע לחובה ליזום חקיקה. עם זאת אין מדובר רק ב"רמז" שיפוטי,¹⁵⁸ בהערה לתיקון חקיקה¹⁵⁹ או בפניית תשומת לב המחוקק לשיקול שנזנח.¹⁶⁰ הסעד של

154 השוו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 84, בעמ' 366 ("חופש העיצוב של ההסדר החקיקתי נתון למחוקק. עם זאת, חופש זה אינו מוחלט. המחוקק חייב לנקוט באותה אופציה חקיקתית, אשר יותר מכל אופציה אחרת, מגינה על החיים, הגוף או הכבוד").

155 השוו בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, 747 (1995) ("איננו קובעים את היש" (התוכן המדויק של מהות הגיור בישראל). כפי שצינו, היש" עשוי להיקבע במפורש במפורט על-ידי המחוקק").

156 עניין הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 104, פס' 46 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. אין מניעה ללוות את הסעד החוקתי של חובה לחוקק בהנחיות באשר לתוכן המידתי של חקיקה: BREWER-CARÍAS, לעיל ה"ש 60, בעמ' 60. אך אלה יהיו בבחינת המלצות שאינן חלק מהלכת הפסק. כאמור, לגישתי הסעד של חובה לחוקק איננו כרוך בקביעה שיפוטית מחייבת באשר לתוכן החקיקה. כך גם בגרמניה: GERHARDT, לעיל ה"ש 92, בעמ' 33-32 ("[T]he Federal Constitutional Court did not lay down one particular means for effectively exercising the duty to protect that flows from fundamental rights [...]").

157 ראו בזיקה להחלטות מדיניות של הרשות המבצעת: בג"ץ 5019/14 אבו עפאש נ' מפקד פיקוד העורף, פס' 6 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 20.7.2014) ("חובת המדינה להגן על חיי תושביה ואזרחיה בעיתות חירום ניתנת להגשמה באמצעות מכלול רחב של אמצעים [...] ההחלטה כיצד להקצות אמצעים אלו בעיתות חירום מבוססת על שיקולים רבים, ומצויה בליבת שיקול דעתן של הרשויות המוסמכות").

158 Nitya Duclos & Kent Roach, *Constitutional Remedies as 'Constitutional Hints': A Comment* 1 (1991) *on R. v. Schachter*, 36 MCGILL L.J. 1. לדוגמאות לרמזים כאלה ראו אורגד ולביא, לעיל ה"ש 62, בעמ' 444. המחברים כינו רמז כזה, על-פי הטיפולוגיה שהוצעה על-ידם, כ"עצה שיפוטית".

159 לגישת ד"ר אורגד וד"ר לביא, הערות לתיקון חקיקה "הן רק ביטוי אחד של הנחיות שיפוטיות" (שם, בעמ' 450), והן עשויות להיות מחייבות (שם, בעמ' 453). הם הציעו במאמרם לאפיין את ההנחיה השיפוטית המחייבת תיקון חקיקה כסעד ביניים שהוא בעל אופי דינוני ("לפי המוצע, בית-המשפט יוציא צו-ביניים [...] המורה ליועץ המשפטי לממשלה (או ליועץ המשפטי של הכנסת) להתייצב לדין בהליך שבו עולה הצורך בתיקון חקיקתי" (שם, בעמ' 465; ראו גם בעמ' 468)). הגישה המוצעת כאן שונה. הסעד של חובה לחוקק, כהגדרתו ברשימה זו, הוא סעד חוקתי שניתן בשלב השלישי של הביקורת השיפוטית החוקתית לאחר קביעה שיפוטית מחייבת כי הופרה זכות חוקתית. כלומר, הסעד המוצע כאן

חובה לחוקק המוצע כאן הוא סופי, והוא ניתן בעקבות קביעה מפורשת בדבר הפרה של זכות חוקתית. הוא איננו סעד ביניים. יש קשיים רבים באפיון סעד של חובה לחוקק כהמלצה או הצהרה בלבד. הנשיא גרוניס עצמו מתח ביקורת על פרקטיקה זו¹⁶¹ (לא בכדי התגלה במחקר אמפירי חלוצי של ד"ר שי לביא וד"ר ליאב אורגד כי השופט גרוניס השתמש פחות מכל שאר השופטים בכלי של הערות לתיקוני חקיקה¹⁶²). אך מן הביקורת על הפרקטיקה של המלצות שיפוטיות אין נובע כי מוצדק לשלול שלילה גורפת את הסמכות להורות למחוקק לחוקק. יש להבחין בין המלצה לא מחייבת, שעם חסרונותיה נמנית העובדה שהיא אינה מחייבת במידה שמזמינה זילות בכיבוד, ¹⁶³ לבין סעד של חובה לחוקק שהוא סעד חוקתי מחייב, שנקבע בעקבות ממצא מפורש לגוף העניין בדבר הפרה של זכות חוקתית, עם מתווה ברור, גם אם מדורג, לאכיפה. אמת, לא אחת "המלצה" לרשויות האחרות היא כסות להכרעה מהותית לטובת דחיית העתירה החוקתית לגוף העניין.¹⁶⁴ אם כך הדבר יש לנמק את

הוא סופי (ולא צו ביניים) ובעל אופי מהותי, קרי כרוך בקביעה נורמטיבית מחייבת בדבר הפרה של זכות חוקתית (בשונה מחיוב להתייצב לדיון). הברל נוסף הוא שלגישת אורגד ולביא, הנחיה שיפוטית מאפשרת לבית המשפט "להימנע מביטול של חוק או מפסיקה מרחיקת-לכת אך בהיבט דחוק במחוקק לערוך שינוי" (שם, בעמ' 451). דברים אלה מקנים להנחיה שיפוטית נופך של טקטיקת הימנעות. מנגד, לגישתי, סעד של חובה לחוקק איננו טקטיקת הימנעות. הוא לא נועד להימנעות מסעד של ביטול חוק. כפי שהוסבר, הסעד של חובה לחוקק מתאים לנסיבות של מחדל חקיקתי ולא למצב שבו קיים חוק שהוא לא חוקתי. הברל נוסף הוא שהנחיה שיפוטית, לגישת אורגד ולביא, מוצדקת כ"שהדין הקיים אינו חמור דיו להצדיק התערבות" (שם). מנגד, לגישתי, סעד של חובה לחוקק מכוון למקרים שבהם הדין הקיים חמור דיו כדי להצדיק התערבות שיפוטית, שהרי הסעד המוצע מותנה בקביעה שיפוטית כי הוכחה פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית. עם זאת חשוב לומר כי שתי ההצעות – זו של ד"ר אורגד וד"ר לביא וזו המוצעת כאן – עשויות להשתלב זו בזו. שתי ההצעות הן בעלות זיקה הדוקה לדיאלוג הבין-מוסדי בישראל (שם, בעמ' 467–468).

160 גרוס, לעיל ה"ש 82, בעמ' 456 ("תפקידו של השופט הוא להאיר את עיניו של המחוקק על כי זנח בשיקוליו זכות מזכויות הפרט"). על רקע זה הציע פרופ' גרוס לאפיין את הסעד של חובה לחוקק כסעד הצהרתי בלבד (שם, בעמ' 457) כאשר לגישתו יתרונו בהבהרת המצב המשפטי ובמניעת מחלוקות "בטרם נפגע הפרט" (שם, בעמ' 469). בכך מתחדד ההבדל בין גישתו לבין הגישה המוצעת במאמר זה: היתרון שהוא טוען לו הוא חסרון כאשר כבר נפגע הפרט בדרך של מחדל חקיקתי. הסעד המוצע במאמר הנוכחי ניתן לאחר הפגיעה בפרט (לרבות במחדל). הוא מותנה בהוכחת "פגיעה" בזכות חוקתית על פי אמות המידה המקובלות להוכחת פגיעה בשלב הראשון של הביקורת השיפוטית החוקתית.

161 דנג"ץ 204/13 צלאח נ' שרות בתי הסוהר, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 14.4.2015) ("כאשר בית המשפט קובע כי 'ראוי' לבחון ההחלטה מותר הוא עמום את הסעד [...] הרשות המינהלית שקיבלה את ההחלטה עליה משיג העותר נותרת במצב של אי-ודאות, שהרי אין מדובר בצו אופרטיבי שמורה לה כיצד לנהוג").

162 אורגד ולביא, לעיל ה"ש 62, בעמ' 458, ה"ש 82. מחקרם הושלם בטרם התמנה השופט גרוניס לנשיא.

163 שם, בעמ' 463 ("הממצאים מעלים אם כן שהמחוקק אינו קשוב ככלל להערות חקיקה").

164 עניין צלאח, לעיל ה"ש 161, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא גרוניס ("אילו בית המשפט חשב שיש ליתן סעד אופרטיבי היה הדבר מוצא ביטוי ברור בניסוח הדברים ולא היה נעשה שימוש בביטוי העמום ש'ראוי' כי ייעשה כך או אחרת").

ההכרעה המהותית במפורש – ולהסביר מדוע לא הוכחה הפרה של זכות חוקתית – במקום להפנות "המלצה" לא מחייבת לחוקק.¹⁶⁵

הממצאים האמפיריים של ד"ר אורגד וד"ר לביא, אשר גילו כי "הערות לתיקוני חקיקה הן חסרות תוחלת לרוב",¹⁶⁶ תומכים לדעתי בזניחת הפרקטיקה השיפוטית של "המלצה" לחוקק ולא בשיפורה של פרקטיקה זו. כאשר תיקון חקיקתי מתחייב על פי אמות המידה החוקתיות שהוגדרו כאן (בדבר מחדל חקיקתי) יש מקום לסעד חוקתי ברור של חובה לחוקק גם אם הפעלתו נעשית בהדרגה כפי שהוצע כאן. הוודאות החוקתית מחייבת כאן תפיסה דיכוטומית. יש להודות כי הצהרה או המלצה בלבד אינה אלא הרמת ידיים שיפוטית מהסדרת הסוגיה שהונחה לפתחו.¹⁶⁷ כאשר בית המשפט בוחר בדרך כזו, במקרה שהוכחה פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית חיובית, הוא חוטא לתפקידו להכריע בסכסוך החוקתי ולכבד את הזכויות החוקתיות. הוא מחמיץ את האפשרות להשיג מיצוי מיטבי של הדיאלוג החוקתי. גרוע מכך, הצהרה גרידא עלולה להוביל להמשך ההפרה של זכויות חוקתיות, שכן משמעה אי-מתן סעד חוקתי. המתווה המדורג המוצע כאן לסעד חוקתי של חובה לחוקק, המכוון את החובה לחוקק תחילה לרשות המבצעת, מחייב צו; אין להסתפק בזימון של נציגי הרשויות לדיון.¹⁶⁸ הצו מחייב התייחסות. צו כזה עשוי להיות צו על-תנאי ולא דווקא צו מוחלט.¹⁶⁹ אך אין זה צו דיוני, צו ביניים או המלצה או עצה גרידא שאינן מטילות חובה משפטית אלא תלויות ברצון הטוב של הרשויות האחרות. החובה לחוקק כפי שהוצעה כאן היא חלק מהלכת הפסק. היא איננה אמירת אגב.

בדרך למסקנה זו היה חשוב לעבור, יש לקוות באופן משכנע, את שלב ההצדקה הרעיונית לסעד של חובה לחוקק. אכן, אילו היה מדובר רק בהצדקה של דיאלוג חוקתי, היה ניתן להסתפק בהמלצה. אך כפי שהוסבר, ההצדקה למהלך שיפוטי כזה נעוצה, תלוי בהקשר הדברים, גם בשתי ההצדקות שפורטו במאמר זה: עקרון הפרדת הרשויות והממד החיובי

165 Fish, *Choosing Constitutional Remedies*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 386 (rather than play-act at being) unable to change the law, judges should acknowledge that they exercise substantial discretion (when choosing constitutional remedies).

166 אורגד ולביא, לעיל ה"ש 62, בעמ' 464.

167 השו"ב בג"ץ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793, 839 (1989) ("להערות ביקורת אלה אני מסכים. התוצאה המתבקשת מהן אינה אך הרמת ידיים ופנייה לחוקק לשנות את החוק [...] רק אם אין כל אפשרות פרשנית למנוע את האבסורד, על השופט להפנות את הבעיה לחוקק").

168 כהצעתם של ד"ר אורגד וד"ר לביא, לעיל ה"ש 78.

169 בנוגע לחקיקה ראשית דרושה השו"ב בג"ץ 5823/12 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון, פס' 9 להחלטתו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 22.8.2013) (צו על-תנאי); בג"ץ 5823/12 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 1.4.2014) (פסק דין). בנוגע לחקיקת חוק יסוד דרוש ראו בג"ץ 9149/10 ותד נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 13.5.2014). באותה פרשה די היה בצו על תנאי, שניתן בהרכב מורחב, כדי להביא לחקיקת חוק יסוד (בג"ץ 9149/10 ותד נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 20.11.2012) (צו על תנאי). המודל המוצע במאמר הנוכחי שונה, כיוון שלגישה נדרשת קביעה שיפוטית מפורשת ומנומקת בדבר קיומו של מחדל חקיקתי העולה כדי פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית כדי להצדיק סעד חוקתי של חובה לחוקק. ניתן לראות בפסק הדין האמור "קיצור דרך". התוצאה הרצויה מנקודת מבטו של בית המשפט הושגה גם ללא קביעה שיפוטית מפורשת. אך אסטרטגיה כזו היא מסוכנת (מבלי להתייחס לשאלת הלגיטימציה שלה), שכן היא אינה מביאה בהכרח לתוצאה המקווה. גם מטעם זה מוצדק ללכת במתווה ההדרגתי המוצע כאן לסעד חוקתי של חובה לחוקק.

של זכויות חוקתיות. השילוב בין אלה לבין תאוריה דיאלוגית של תרופות חוקתיות מביא לעליית מדרגה מהמלצה לחוקק לסעד של חובה לחוקק. זה מעבר מהמלצה – לתרופה; מהליך דיוני – למהותי; מהלכה – למעשה. גישה כזו הכרחית כדי למנוע מצב מתמשך של הפרה של זכויות חוקתיות. יש בה כדי לתרום לוודאות המשפטית כשקיימת קביעה ברורה בדבר הפרה של זכות חוקתית המזכה בסעד חוקתי.

הטעם השני לכך שאין מדובר בהכרח בפגיעה בעצמאות הרשות המחוקקת הוא שמנקודת המבט של הרשות המחוקקת עצמה, להגשמתה מדרגה זו יש יתרון בחיזוק מעמדה למול הרשות המבצעת. הטעם לכך הוא שחקיקה ראשית של הכנסת מביאה לצמצום היקף הסמכויות הכלליות של הממשלה.¹⁷⁰ כידוע, סמכויות אלה מוגבלות בכלל השוירות, קרי הפעלתן מותנית בכך שלא קיים חוק המסדיר את הפעלת הסמכות.¹⁷¹ הדוקטרינה של סמכויות כלליות של הממשלה היא אחד הבסיסים המשפטיים לכוחה הרב של הרשות המבצעת. הרצון לחזק את עצמאות הרשות המחוקקת למול הרשות המבצעת יש בו כדי לתמוך בהכרה בתחומים רחבים יותר שבהם יש חובה של חקיקה ראשית. ככל שהכנסת תשכיל להבין יתרון זה, אין לראות בהגשמת החובה לחוקק משום שחיקה במעמדה. יודגש כי הצו של חובה לחוקק איננו כולל, במתווה המוצע, ציווי אופרטיבי בדבר תוכנה של החקיקה הדרושה.

גם במדרגה זו עלולים להתגלות קשיים. הכנסת עלולה להפר את הצו האופרטיבי שניתן במדרגה זו. הצו האופרטיבי שואף לתוצאה ולא רק לדיון.¹⁷² בעקבותיו נדרשת חקיקה ראשית המתקנת את המחדל החקיקתי הלא חוקתי. הצעה לסדר היום וכן דיון בכנסת או בוועדותיה אינם מספיקים; תכליתם של אלה, במדרגה זו, היא להביא לחקיקה המתקנת את המחדל החקיקתי. אין די בניסיון לא מוצלח אשר בסופו של דבר משמר את המחדל החקיקתי הלא חוקתי. הסתפקות בניסיון ולא בחקיקה ממש עלולה לרוקן מתוכן את הסעד המוצע. כמצב עניינים שבו הרשות המחוקקת אינה ממלאת את חובתה, לאחר שחלף זמן סביר שנקבע בהתחשב במורכבות העניין ובשיקולים מוסדיים, מדובר בהפרה של הסעד החוקתי שניתן במדרגה השנייה. הפרה כזו מקנה לגיטימציה לעליית מדרגה נוספת במתווה המוצע.

המדרגה השלישית היא של חקיקה שיפוטית. במדרגה זו בית המשפט עשוי להשלים בעצמו את החסר הגלום במחדל החקיקתי גם ברמה התוכנית.¹⁷³ ומה באשר לעקרון

170 סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה.

171 בג"ץ 8600/04 ראש-המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש-הממשלה, פ"ד נט(5) 673, 683 (2005).

172 ראו ברוח זו הצעתו של ברק מדינה בנוגע לזכות החוקתית לקיום בכבוד: מדינה "הגנה משפטית", לעיל ה"ש 68, בעמ' 260 [...] יש מקום לאכוף על המחוקק, באמצעות ביקורת שיפוטית, את החובה הנובעת לדעתי מן ההכרה בזכות לקיום בכבוד, לקבוע מהו להערכתו סף ההכנסה הנחוץ לשם קיום בכבוד [...] ההכרה של המחוקק על הסכום הנחוץ להערכתו לקיום בכבוד היא דרך חשובה מאין כמותה לעורר דיון ציבורי". המודל המוצע במאמר זה מבקש להוסיף עוד מדרגה, היא המדרגה השלישית שעניינה חקיקה שיפוטית מקום שבו הופר הצו השיפוטי.

173 לדוגמה מן המשפט האזרחי ראו ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פ"ד סה(2) 797, פס' 75 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (2012) ("ועדת מצא פנתה בהמלצה למחוקק [...] יש לקוות כי המחוקק אכן ייענה לקריאה וכי עד לאותה עת, יפתחו בתי המשפט את המנגנונים המתאימים בכלים העומדים לרשותם").

עצמאות הרשות המחוקקת? יישומם של עקרון הפרדת הרשויות ועקרון עצמאות הרשות המחוקקת צריך להיות מידתי. כאמור, הוא חלק מתאוריה של תרופות חוקתיות. במקרים מיוחדים שבהם כיבוד הרשויות האחרות כרוך במחיר כבד מדי של הפרה מתמשכת של זכויות חוקתיות,¹⁷⁴ לרבות במחדל, יש מקום להגשים את הממד החיובי של זכויות חוקתיות באמצעות חקיקה שיפוטית הקובעת משפט חוקתי מקובל. אך זאת רק כמוצא אחרון, לאחר שברור כי הרשות המחוקקת נמנעת במכוון¹⁷⁵ או מטעמי חוסר רצון או מחוסר יכולת מלהגשים את חובתה לכבד את הזכויות החוקתיות.¹⁷⁶

מדרגה זו אין משמעה, כמובן, שבית המשפט מחוקק חוק, אך הוא פועל בדרך של חקיקה שיפוטית של משפט חוקתי מקובל.¹⁷⁷ הלגיטימציה למהלך כזה קמה לאחר שניתנה לרשות המחוקקת (ולא רק לרשות המבצעת) שהות סבירה להשלמת מלאכת החקיקה בהתחשב במורכבות הסוגיה. המודל המוצע הוא הדרגתי ומשתרע על פני פרקי זמן המרחיקים את המדרגה השלישית המכרעת. כל מדרגת התערבות מחייבת הצדקה לאור מהלכי המחוקק במסגרת הדיאלוג החוקתי. לרוב אין סיבה לפסיקת פרק זמן קשיח כל עוד ניכר כי המחוקק פועל לקידום החקיקה. למערכת הפוליטית צריך להיות ברור, בשלב מסוים של מדרגה זו, כי בית המשפט נכון למהלך של חקיקה שיפוטית, וכי קצה סבלנותו בהמתנה להבשלת הדיון הציבורי.¹⁷⁸ בכך תגשים הרשות השופטת את חובתה לכבד את הזכויות החוקתיות מקום שבו הרשויות האחרות אינן ממלאות את חובתן.¹⁷⁹

174 אורגד ולביא, לעיל ה"ש 62, בעמ' 467 ("ייתכן שהתועלת בליבון הנושא בבית-המחוקקים תהא פחותה מהנוק הצפוי לזכויות אדם חוקתיות ולאיינטרסים ציבוריים חשובים בעת ההמתנה להסדרת הנושא על-ידי המחוקק").

175 William A. Fletcher, *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, 91 YALE L.J. 635, 694 (1982) ("The only legitimate basis for a federal judge to take over the political function in devising or choosing a remedy in an institutional suit is the demonstrated unwillingness or incapacity of the political body")

176 לרבות באמצעות משפט ציבורי מקובל. ראו דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 416, ה"ש 80 (2013) ("הימנעותה של הכנסת מלחוקק חקיקה כוללת בתחום המשפט הציבורי מהווה, לפחות בשלב זה, הסכמה שבשתיקה להמשך פיתוחו בכלים שיפוטיים... [היא] מבטאת כיום את המוסכמה החוקתית, שאחד מתפקידי העיקריים של בית המשפט הוא להגן על זכויות האדם (ולפתח כללים משפטיים הדרושים לשם כך)").

177 אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ 197 (1992); ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 214. המשפט המקובל, שמפותח בהלכה הפסוקה, כפוף אף הוא לפסקת ההגבלה: ברק **מידתיות**, לעיל ה"ש 68, בעמ' 159; ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 61, בעמ' 54. לדיון עדכני בשאלת כפיפות המשפט המקובל לפסקת ההגבלה ראו דנ"א 5698/11 **מדינת ישראל נ' דיראני**, פס' 69–70 לפסק דינו של הנשיא גרוניס, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנרל, פס' 8–14 לפסק דינו של השופט ג'ובראן, פס' 14 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 15.1.2015).

178 Fish, *Choosing Constitutional Remedies*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 362–363 (T)he Court has on occasion fired warning shots, signaling to the elected branches that it intends to find a law unconstitutional sometime in the near future unless there is a legislative fix [...] (T)he Court's decisions repeatedly prompted congressional action, which was then reviewed anew by the Court in a dialogic fashion [...] It thereby gives Congress time, fair warning, and an opportunity to fix the problem, without creating a dramatic crisis" Richard M. Re, *The Doctrine of One Last Chance*, 17 GREEN BAG 2D 173, 177 (2014), available at

לגישתי, יש לומר כי במדרגה השלישית הופך המחדל החקיקתי לחסר¹⁸⁰ שעל השופט להשלימו בדרך של יצירת משפט מקובל.¹⁸¹ במדרגה השלישית הסעד של חובה לחוקק כבר איננו רלוונטי. תיקון החסר החקיקתי ייעשה באמצעות פיתוח של משפט מקובל חוקתי ובאמצעים אחרים.¹⁸² בית המשפט יכול להכיר, למשל, בעילת תביעה אישית של הפרט הנפגע מהפרת הסעד החוקתי שניתן במדרגות הקודמות או מהפרת זכותו החוקתית כשלעצמה. כך ניתן לפתח עילות תביעה חדשות בגדרי המשפט הפרטי או המנהלי אשר יעניקו לפרט שזכותו החוקתית החיובית נפגעה שלא כדין סעד כנגד גופים פרטיים או ציבוריים שפגעו בזכותו. למעשה, בדרך זו פעל בית המשפט מימים ימימה. דינים הלכתיים חשובים נקבעו בדרך של חקיקה שיפוטית לאחר שבית המשפט התרשם כי הרשות המחוקקת מושכת ידה מן החקיקה, או שאין היא מגשימה דיו את הממד החיובי של הזכות החוקתית.¹⁸³

הנה כי כן, המדרגה השלישית היא אפשרית, אך רק כמוצא אחרון, והסעד שניתן במסגרתה כפוף, ככל סעד חוקתי, לעקרון המידתיות. לפיכך על בית המשפט להביא בחשבון גם בשלב זה, כבשלים הקודמים, את המגבלות המוסדיות של ההכרעה

http://www.greenbag.org/v17n2/v17n2_articles_re.pdf. לסבלנות הרבה של בית המשפט, תוך הבהרה כי היא אינה אינסופית, ראו בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר (טרם פורסם, 22.11.2010). ראו גם לאחרונה בג"ץ 7625/06 רגז'ובה נ' משרד הפנים, פס' 48 לפסק דינה של הנשיאה נאור, פס' ד, ה רטו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, פס' 1 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 31.3.2016).

179 ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 61, בעמ' 53.
180 הכוונה היא לחסר במובן של משפט חוקתי ולא במובן של משפט פרטי. תודה לפרופ' אהרן ברק על הבהרת נקודה זו. מושג החסר במשפט הפרטי מוסדר בס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. על החסר במשפט הפרטי והשלמתו, ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 13, בעמ' 214; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 443 (1992). ניתן כמובן לפתח משפט מקובל (בעקבות חסר במשפט הפרטי) מבלי שהדבר ייחשב לסעד חוקתי. להרחבה ראו אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25 (1983); ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 13, בעמ' 26. אך בסופו של דבר משפט פרטי זה יהיה חלק מן המשפט החוקתי, כיוון שהוא כפוף ככל הדינים ההלכתיים לפסקת ההגבלה. ראו עניין דיראני, לעיל ה"ש 177; ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 61, בעמ' 27 ("בראש דיני המשפחה – כמו בראשם של שאר ענפי המשפט הפרטי – מונחת החוקה בכלל ומגילת הזכויות החוקתיות בפרט").

181 שם, בעמ' 24, ה"ש 49 ("פיתוח המשפט המקובל [...] מהווה – לעניין הזכויות החיוביות שאינן מוגנות במשפט הפרטי – חובה של הרשות הציבורית (המחוקקת והשופטת)").

182 לאמצעים אחרים ראו BREWER-CARÍAS, לעיל ה"ש 60, בעמ' 148–165.

183 עד כה הדבר נעשה בעיקר בתחום דיני המשפחה. ראו ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 61, בעמ' 35–36 (זכות לאימוץ), 41 (דיני הידועים בציבור), 53 (הלכת שיתוף נכסים בין בני זוג). כן ראו ביחס לזכות למזונות ע"א 7038/93 סולומון נ' סולומון, פ"ד נא(2) 577, 580 (1995). פרופ' אהרן ברק הציע להרחיב מתודולוגיה זו גם לזכות לגירושים (ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 61, בעמ' 48–49) ולהגנה מפני עגינות וסרבנות גט (שם, בעמ' 54). ראו גם רגב-מסלם וקלעי, לעיל ה"ש 104, בעמ' 166 ("שאלת המימוש של הזכות החוקתית לחיי משפחה היא מורכבת ויש להניח שהיבטיה הרבים יעסיקו את בתי המשפט"). לחקיקה שיפוטית מעשית בהקשר זה ראו בג"ץ 7197/13 שמש נ' המשרד לשיירותי, דת, פס' טז–יח לפסק הדין של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 22.10.2014).

השיפוטית.¹⁸⁴ כשבית המשפט מעריך כי יש סבירות גבוהה שבחירה בסעד החוקתי של חקיקה שיפוטית תיצור משבר חוקתי, וחסרונותיו עולים על יתרונותיו, יש מקום להימנע מחקיקה שיפוטית, אך לא מהטעם של עקרון הפרדת הרשויות אלא מהטעם שסעד כזה הוא, בהערכת בית המשפט, לא מידתי. חקיקה שיפוטית כזו כפופה לעקרון המידתיות הן בהיותה נורמה תת-חוקתית¹⁸⁵ והן בהיותה סעד חוקתי.¹⁸⁶ היא צריכה להביא בחשבון גם מגבלות חוקתיות אחרות, ובראשן כמובן המגבלה הגלומה בפסקת שמירת הדינים.¹⁸⁷ כאשר מחדל חקיקתי נובע מדין ישן הכפוף לפסקת שמירת הדינים, מחדל זה "חסיין" מפני התערבות שיפוטית.¹⁸⁸ בכך עלולה פסקת שמירת הדינים לשמר דין ישן שטמון בו מחדל חקיקתי שעלול להיות לא חוקתי.¹⁸⁹ אך מגבלה זו נובעת במפורש מחוק היסוד, ועל בית המשפט לכבדה. פסקת שמירת הדינים חלה על שני הצדדים של המטבע: צד סעד הביטול וצד סעד החובה לחוקק. כשם שאין בית המשפט רשאי לבטל את הדין הישן המוגן בפסקת שמירת הדינים, כך אין הוא רשאי להורות על שינויו או על תיקונו לבד מפרשנותו¹⁹⁰ או מהצהרה – ללא ציווי אופרטיבי – על קיומו של מחדל חקיקתי בהגשמת הזכות החיובית.¹⁹¹ הצהרה

184 ברק שיקול דעת שיפוטית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 241.

185 ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 61, בעמ' 28.

186 מרזל "השעיית הכרות הבטלות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 95; אורגד ולביא, לעיל ה"ש 62, בעמ' 466–467.

187 סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד").

188 ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 61, בעמ' 51 ("פועלה של הפסקה בדבר 'שמירת דינים' הוא בעיקרו מתן חסינות לדין הישן מפני הכרותו השיפוטית כבלתי-חוקתית וכבטל"); ברק מידתיות, לעיל ה"ש 68, בעמ' 222. ליישום גישה זו ראו בג"ץ 6820/12 שמיר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 24.12.2012) ("בעניינינו, החוק לתיקון דיני המשפחה נחקק קודם לחקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (וככל שניתן להבין מהעתירה, טענת העותר היא כי בחוק כרוכה הפלייה פסולה) ועל כן הוא חוסה תחת הגנתו של סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו"). כאשר חלה פסקת שמירת הדינים קמה גם חסינות מפני אכיפת החובה לחוקק כסעד חוקתי. ראו ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 61, בעמ' 53. אני סבור שעל-רקע זה יש להבין את הקביעה בעניין שמיר, שם, כי "בית משפט זה אינו מורה לכנסת לחוקק חוקים או לתקנם".

189 בזיקה למחדל מלא ראו ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 61, בעמ' 40 (בישראל "לא הוכרה זכות כללית לברית זוגיות. בשל פסקת 'שמירת הדינים' גם לא התקיים דיון ציבורי-משפטי בשאלה אם מחדל זה הינו חוקתי"; ההדגשה הוספה – ר"פ). בזיקה למחדל חלקי ראו בנדור "המעמד החוקתי", לעיל ה"ש 151, בעמ' 620 ("אלמלא 'שמירת הדינים' – החלה [...] על דינים שהיו בתוקף לפני חקיקתו – היה אפשר להטיל ספק בחוקתיותו של ההסדר הקיים, שאינו מאפשר לנפגעי עברה (אלא למדינה בלבד, באמצעות התביעה) לבקש מבית-המשפט במסגרת משפט פלילי להטיל על נאשמים שהורשעו לשלם להם פיצויים"; ההדגשה שלי – ר"פ).

190 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 410–411 (1995); דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995).

191 ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 61, בעמ' 52 (פסקת שמירת הדינים "אין היא שוללת את יכולתו של בית-המשפט ליתן הכרזה בדבר אי-התיישבותו של הדין הישן עם הזכויות החוקתיות [...] גם בהעדר הוראה מפורשת, סמכות זו עומדת לבית-המשפט"). למהלך יוצא דופן של אי-הסתפקות בהצהרה כזו ולהטלת חובה אופרטיבית חדשה על הרשות המינהלית מכוח פרשנות דין מוגן ראו תא"מ (שלום כ"ס) 14-05-23950-05 בייגל נ' מדינת ישראל – משטרת כפר סבא, פס" 32 לפסק דינו של השופט פלג (פורסם בנבו, 9.5.2015).

כזו היא סעד חוקתי דקלרטיבי ביחס לדין הישן. אין זה סעד אופרטיבי, ולכן גם אין זה סעד של חובה לחוקק כפי שהוגדר ברשימה זו. זהו סעד הקרוב יותר להמלצה או להנחיה שיפוטית,¹⁹² שכן הוא רק "מזכיר" למחוקק את חובתו החוקתית לכבד את הזכות החוקתית. כמובן, גם סעד כזה עשוי להוביל בסופו של דבר לשיח ציבורי ולקידום יזמות חקיקתיות מצד הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת. אך סעד דקלרטיבי כזה הוא המדרגה הסופית, בנסיבות עניין שבו חלה פסקת שמירת הדינים.

יודגש כי אין למהר לפנות לחקיקה שיפוטית. הבחירה בין סעדים חוקתיים כפופה כאמור לעקרון המידתיות.¹⁹³ עיקרון זה מחייב לבחון תחילה הכרה יצירתית בסעדים חוקתיים חדשים אשר יגשימו את שלב הסעד השלמה מידתית. כמו כן הדיאלוג החוקתי מחייב לאמץ מתווה הדרגתי של סעד של חובה לחוקק בטרם תפנה הרשות השופטת להסדיר את העניין בעצמה בחקיקה שיפוטית. לבסוף, יש לתת את הדעת לכך שהגשמת הזכויות החיוביות היא מעצם טבעה תהליך מתמשך אשר מחייב מעורבות של כל רשויות השלטון.¹⁹⁴ הגשמה כזו באמצעות הרשות השופטת הופכת את הסעד המוצע לחלק מתהליך חברתי שבית המשפט שותף לו לצד הרשויות האחרות.¹⁹⁵ אמנם התנהלות מחדלית של רשויות השלטון, הנמנעות מלממש את חובתן לכבד זכויות חוקתיות ולהגן על הממד החיובי שלהן, מעניקה, עקרונית, לגיטימציה להסדרה שיפוטית של ההגנה הראויה בדרך של חקיקה שיפוטית.¹⁹⁶ אכן, "מחדל חקיקתי אינו צריך להתלוות במחדל שיפוטי. אם המחוקק אינו ממלא את החסר, השופט חייב לעשות כן".¹⁹⁷ עם זאת התובנה כי הפרה של זכויות חוקתיות חיוביות עלולה להיות תוצר של מדיניות מתמשכת ורבת שנים מצדיקה פיתוח מורכב של סעדים חוקתיים¹⁹⁸ לא רק כאלה המכוונים לתיקון הפגיעה בעותרים¹⁹⁹

192 במובן אותו הגדירו ד"ר אורגד וד"ר לביא במאמרם, לעיל ה"ש 62.

193 מרזל "השעיית הכרות הבטלות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 95; אורגד ולביא, לעיל ה"ש 62, בעמ' 466–467.

194 Abram Chayes, *How Does the Constitution Establish Justice?*, 101 HARV. L. REV. 1026, 1039 (1988).

195 Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281, 1302 (1976).

196 יואל זוסמן "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג 213, 217–218 (התשל"א) (חקיקה שיפוטית באה לאחר שניתנה זכות קדימה למחוקק); אורגד ולביא, לעיל ה"ש 62, בעמ' 447. לדוגמאות לציפייה לתיקון חקיקתי שלא הבשיל שבהן קנה בית המשפט בעיניו לגיטימציה לחקיקה שיפוטית, ראו שם, בעמ' 448, ה"ש 44 (הפניה לעל"ע 2531/01 חרמון נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בתל-אביב-יפו, פ"ד נח(4) 55 (2004); ד"נ 15/79 ליבל נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז–1957, פ"ד לה(3) 29 (1981)). השוו "נגידה אקטיביסטית", לעיל ה"ש 136, בעמ' 6–7 "[...] כנשיאת בית המשפט העליון חשבתי שאם אין חוק כזה [חוק יסוד: זכויות חברתיות], אז באופן זוחל, במקום שבו יש לנו טווח לגיטימי, נוכל באמצעות בית המשפט לסמן זכויות חברתיות ולא לחכות לחוק או לכנסת שתחוקק אותו".

197 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 84, בעמ' 707 (אשר להפרה של זכות חוקתית: "השופט מגשים את הציווי החוקתי ואת התבנית של החוק כאשר הוא פועל מקום שהמחוקק נמנע מלפעול").

198 הסעדים השיפוטיים שניתנו בארצות הברית כחלק מה-institutional reform litigation נתפסים כחלק מתפיסה עשירה ומורכבת של תרופות חוקתיות. ראו Gillian E. Metzger, *The Constitutional Duty To Supervise*, 124 YALE L.J. 1836, 1859–1863 (2015); John C. Jeffries, Jr. & George A. Rutherglen, *Structural Reform Revisited*, 95 CAL. L. REV. 1387, 1389–1391 (2007) יש

אלא גם כאלה המכוונים לתיקון פגיעה חברתית "סיסטמטית".²⁰⁰ סעד חוקתי של חובה לחוקק במתווה הדרגתי מתאים למסגרת כזו.

לסיכום: המדרג שהוצע כאן שואף לכך שבסופו של דבר, תהא המדרגה שתוגשם אשר תהא, תתממש התכלית הבסיסית שבבסיס המשטר הדמוקרטי החוקתי והיא הגנה על זכויות חוקתיות וקידום רווחת האדם.²⁰¹ תכלית זו תתממש גם במדרגות הראשונות. הצו השיפוטי של חובה לחוקק במדרגה הראשונה ובמדרגה השנייה הוא בעל תרומה בפני עצמו להגנה על זכויות חוקתיות כיוון שהוא תורם לדיון ציבורי ופרלמנטרי בשאלת המחלל החקיקתי בקידום הזכות ובשאלות של צדק חברתי ומדיניות חברתית בכלל. הצו השיפוטי שניתן במדרגה השלישית, צו שבא בעקבות אי-ציות של הרשויות האחרות לסעד שניתן במדרגות הקודמות, הוא בעל חשיבות לחיזוק הלגיטימציה לחקיקה שיפוטית הממלאה את החסר החקיקתי בהגשמת התכלית הבסיסית האמורה. הליך מדורג זה עשוי למתן את האפקט הדרסטי של הדיאלוג החוקתי באמצעות שילוב מדרגות ביניים שונות במעלה הדיאלוג.²⁰²

ג. ביקורת ומענה

הגישה המוצעת חשופה כמובן לביקורת, בין היתר במישור המעשי בשאלת אכיפת החובה לחוקק ובשאלות נוספות בזיקה למגבלות מה שמכונה "האקטיביזם השיפוטי" בישראל. במישור המעשי מתבקשת הבחנה בין עצם החובה לחוקק לבין אכיפתה. הקושי באכיפתה של הגנה על זכויות חוקתיות הוא בעיה מוכרת בשיטה הישראלית בכללותה הן במשפט הפרטי²⁰³ והן במשפט הציבורי.²⁰⁴ אך עצם החשש – הספקולטיבי – מקשיים

המסווגים תרופות חוקתיות מסוג זה כמרכיב בתאוריה חוקתית המכונה אקספרימנטליזם. ראו Michael COLUM. L. C. Dorf & Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, 98 REV. 267 (1998). ראו גם אדם שנער "יעילות, לוגיקה מוסדית ותרופות חוקתיות: שלוש הערות על פסק דין *Floyd v. City of New York*" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 17, 21, 27, ה"ש 17 (2013).

199 השוו לאפיון הסעד שניתן בבג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב (2) 198 (2007), אשר חייב את המדינה למגן מוסדות חינוך ביישובי עוטף עזה מפני פגיעות של רקטות, כפי שאופיין בידי הנשיאה ביניש בריאיון שנערך עמה: "מבחינה משפטית מדובר כביכול בשאלה מנהלית אבל יש לה בסיס חוקתי: אם יש זכות חוקתית לחינוך וזכות חוקתית לחיים, אז יש חובה לאפשר לימודים ולהגן על החיים" (רגב-מסלם וקלעי, לעיל ה"ש 104, בעמ' 170).

200 לאפיון פגיעה "סיסטמטית" במעשה שיש לה אפקט חברתי בארצות הברית ראו Richard H. Fallon Jr., *Some Confusions About Due Process, Judicial Review, and Constitutional Remedies*, 93 COLUM. L. REV. 309, 364–365 (1993); Theodore Eisenberg & Stephen C. Yeazell, *The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation*, 93 HARV. L. REV. 465, 495–496 (1980) ("The circumstances producing institutional litigation arise [...] because courts are asked to act in a vacuum created by legislative and executive inaction or neglect").

201 לתכלית עיקרית זו ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 100, בעמ' 294.

202 השוו מרזל "מעמד הכנסת", לעיל ה"ש 45, בעמ' 362 (הצעה לראות בהכרה במעמד של הכנסת בהליכים חוקתיים משום "שלב ביניים" בתוך שלבי סולם הדיאלוג החוקתי").

203 נילי כהן "תרופות בשל הפרת חוזה – מהזכות לתרופה; מחוק התרופות לקוד האזרחי" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 57, 102–103 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

באכיפה איננו צריך להיות שיקול מכריע בקביעת הנורמה.²⁰⁵ מכל מקום, הבעיה אינה מתעוררת במלוא עוזה בעניין הסעד החוקתי המוצע כאן, שלפיו הסעד של חובה לחוקק איננו קובע צו אופרטיבי באשר לתוכן החקיקה. אכן, על פי המסגרת הרעיונית המוצעת, הסעד של חובה לחוקק הוא בבחינת "גשר" לחקיקה, והוא נועד לסלול את הדרך להשלמתה.²⁰⁶

האם יש מתח בין הגישה המוצעת – שעל פני הדברים נראית "אקטיביסטית" – לבין הגישה המקובלת בנוגע להשעייתה של הכרזת הבטלות אשר מבטאת לכאורה ריסון שיפוטי? כאמור, קיימת מחלוקת על עצם ההגדרה של אקטיביזם שיפוטי. גם בהנחה שניתן לאמץ בהקשר זה אמות מידה סבירות²⁰⁷ שאינן פורמליסטיות או ריקות,²⁰⁸ הגישה המוצעת מבטאת ריסון הן לעומת סעד הביטול (ראו לעיל) והן במדרגותיה. גם במישור העקרוני אין בהכרח מתח בין הגישות. ההסתכלות הנכונה על הסוגיה היא במשקפי תאוריה של תרופות חוקתיות.²⁰⁹ במשקפיים אלה שתי הגישות אינן אלא שני סעדים חוקתיים שעשויים להשלים זה את זה. כאשר בית המשפט קובע סעד של השעייתה הכרזת הבטלות בעקבות ביטול חוק לא חוקתי, ההנחה הגלומה בכך היא שהמחוקק אכן יקדם חקיקת חוק חוקתי בטווח הנראה לעין. במצב עניינים זה עדיין אין מדובר במחדל חקיקתי. החובה לחוקק היא סעד שיפוטי שעשוי לבוא לידי ביטוי בשלב מאוחר יותר, לאחר שניתנה שהות מספקת למחוקק לקדם את החקיקה הדרושה בעקבות פסיקת בית המשפט, וזו לא קודמה באופן היציר מחדל חקיקתי בהגשמת זכויות חוקתיות (על פי אמות המידה להגדרת מחדל חקיקתי לעיל). במילים אחרות, סעד חוקתי של חובה לחוקק עשוי להשלים סעד חוקתי של השעייתה הכרזת הבטלות.

אכן, הסעד החוקתי של חובה לחוקק לא נועד רק להניע את המערכת הפוליטית להידרש לסוגיה. בתאוריה של תרופות חוקתיות סעד של חובה לחוקק הוא מדרגה נוספת בדיאלוג

204 רגב-מסלם וקלעי, לעיל ה"ש 104, בעמ' 171 ("אני לא סומכת על כך שהתיק יצא מבית המשפט ואז יסתיים, ואכן לעיתים נדרש פיקוח בפועל של בית המשפט").

205 עניין רסלר, לעיל ה"ש 63, פס' 3 לפסק דינה של השופטת נאור ("החשש שמא צווי בית המשפט לא ייאכפו הוא, לדעתי, חשש שאינו במקומו וממילא אל לנו להשלים עימו. מדינת ישראל היא מדינת חוק. במדינת ישראל, החשש כי צווים לא ייאכפו אינו מוצדק. הניסיון העשיר של פסיקתנו – לרבות בסוגיות קשות, סבוכות ורגישות – הוא שיוכיח. אכן, ניסיונות לסכל צווים של בית משפט, סופם להיכשל").

206 השור עניין לופו, לעיל ה"ש 81, פס' נו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

207 הגדרת אמות מידה אלו חורגת ממסגרת הרשימה. לדיון מקיף ראו אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (רות גביוון, מדרכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, 2000).

208 לטענה כי דירוג של סעדים חוקתיים על פי אמות מידה של אקטיביזם שיפוטי משקף במידה רבה פורמליזם ריק מתוכן ראו Fish, *Choosing Constitutional Remedies*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 363 ("The notion that any one of [the different remedies] requires courts to take on more legislative power than the others is, for the most part, empty formalism").

209 Eric Fish, *Judicial Amendment of Statutes*, 84 GEO. WASH. L. REV. 563, 573 (2016) ("The judicial amendment model allows us to make sense of the many cases where courts have remedied constitutional violations by rewriting statutes. Such remedies simply do not fit within the conventional invalidation model because they do not involve striking anything down or declaring anything void. They involve adding to statutes, not taking away from statutes").

החוקתי, ולכן יכול לבוא לידי ביטוי גם במצבים שבהם השעה בית המשפט את הכרזת הבטלות ותקופת ההשעיה חלפה. במובן זה הסעד המוצע משתלב היטב בפרדיגמה המקובלת של הדיאלוג החוקתי. יוזכר כי על פני הדברים סעד כזה מגביל פחות מהסעד "קריאה לתוך החוק", שבו בית המשפט מוסיף בעצמו הוראות לחוק.²¹⁰ החובה לחוקק אינה מאפשרת לבית המשפט לעשות כן אלא רק לפתח משפט הלכתי מקובל.

בראייה זו ניתן לטעון שהמודל המדורג הוא מדורג מדיי, וכי הסבלנות הרבה הדרושה מן הרשות השופטת הופכת את הסעד המוצע ללא אפקטיבי. אינני סבור כך. נקודת המוצא של המודל היא שההגנה על זכויות חוקתיות חיוביות היא בראש ובראשונה הגנה עקיפה באמצעות הנעת המערכת הפוליטית לפעול לכיבוד זכויות ולא הגנה ישירה עליהן. לגישתי זהו יתרון של המודל ולא חיסרון שלו. המודל מכיר בחשיבותה של יצירת תמריץ לפעולה שלטונית המגשימה את הממד החיובי של זכויות חוקתיות מתוך מודעות לגבולות כוחו של בית המשפט אשר אינו יכול למלא פונקציות שהן ביסוד סמכויותיהן של הרשויות האחרות. המודל המוצע מודע לקשיים המעשיים הכרוכים בבירור עתירות שתכליתן הענקת סעד חיובי בזיקה לפגיעה בזכויות חוקתיות²¹¹ כמו גם לניסיון המצטבר בשיטות אחרות אשר מעיד שלא תמיד²¹² (אך לעתים כן²¹³) אכיפה ישירה מובילה לתוצאה הדרושה מבחינה חוקתית. אך בקשיים אלה אין כדי להוביל למסקנה כי סעד של חובה לחוקק הוא לעולם פסול.

מסקנה הפוסלת את הסעד של חובה לחוקק עלולה להתקבל מראייה אשר מקדשת את מבחן התוצאה ובוחנת את ההשפעה המידית של ההכרעה השיפוטית. כידוע, הנשיא גרוניס

210 Fish, *Choosing Constitutional Remedies*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 348, ה"ש 113 (For some scholars and commentators, adding language to statutes is tantamount to judicial legislating"); David M. Bizar, Comment, *Remedying Underinclusive Entitlement Statutes: Lessons from a Contrast of the Canadian and U.S. Doctrines*, 24 INTER-AM. L. REV. 121, 150 (1992). ניתן להוסיף שהסעד של חובה לחוקק המוצע ברשימה זו הוא מגביל פחות אף מפרשנות מקיימת של החוק, שאיננה סעד חוקתי, אך היא טכניקה פרשנית אשר משנה את מובנו של החוק כדי לשמר את חוקתיותו. ראו Fish, *Choosing Constitutional Remedies*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 358 "[T]he Court acknowledged that it was, under the guise of interpretation, changing the meaning of the statute to avoid finding it unconstitutional". לקביעה דומה בישראל ראו פסק דינו של המשנה לנשיא מצא ברעת מיעוט בבג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 271 מול אות השוליים ד (2004).

211 יש הטוענים כי הקשיים הללו מובילים למסקנה כי מדובר בממד של הזכות החוקתית שהוא לא אכיף בבתי המשפט ראו LAWRENCE G. SAGER, JUSTICE IN PLAINCLOTHES: A THEORY OF AMERICAN CONSTITUTIONAL PRACTICE 85, 88 (2004).

212 ראו, ככלל, גד ברזילי "המשפט כשדה במסגרת של כוח פוליטי: האם בתי משפט הם נשאי שינוי חברתי-פוליטי, ואם כן – כיצד?" *האם המשפט חשוב?* 107, 118–119 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).

213 לטענות בדבר הצלחת ה-institutional reform litigation הברית ראו למשל Charles F. Sabel & William H. Simon, *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, 117 HARV. L. REV. 1016 (2004); Myriam Gilles, *An Autopsy of the Structural Reform Injunction: Oops . . . It's Still Moving!*, 58 U. MIAMI L. REV. 143, 146–147, 169–171 (2003).

הדגיש מבחן זה בפסק דינו בעניין גיוס בחורי הישיבות (בעניין רסלר).²¹⁴ ניתן לזהות כאן קו מחבר נוסף, עקיב, בין גישתו המצמצמת כלפי גבולות הסעדים החוקתיים (עניין המרכז האקדמי) לבין גישתו המצמצמת כלפי גבולות ההצדקות לביקורת שיפוטית חוקתית בכלל (עניין רסלר). אך כידוע גישתו זו באשר להצדקות הביקורת השיפוטית כמו גם באשר למבחן התוצאה בבחינת האפקטיביות שלה זכו לביקורת, והן אינן משקפת את ההלכה בישראל.²¹⁵ אכן, הסתכלות על הדברים מנקודת מבט בלבדית של מבחן התוצאה של שינוי חברתי היא צרה מדי. הגברת המודעות לחשיבות הזכויות החוקתיות באמצעות הדיון הציבורי היא בעלת חשיבות בפני עצמה, שכן היא משפרת את איכותו ואת עושרו של הדיון הפוליטי ואינה מחליפה אותו.²¹⁶ היא חלק משליחותו של בית המשפט ומחובתו לכבד את הזכויות החוקתיות.²¹⁷

דוגמה ליישום השליחות האמורה היא הצו על תנאי שניתן בעבר בפרשת עמותת מחויבות.²¹⁸ כידוע בהמשך ההליך הצו בוטל אך הוא העלה לסדר היום הציבורי את שיח הזכויות החברתיות. כפי שהעידה הנשיאה ביניש בריאיון שנערך עמה לאחרונה, גם אם צו זה נתפס בזמנו כ"אקטיביסטי", הרי שבחלוף הזמן, ובשל ההכרה המתרחבת בחשיבותן של הזכויות החיוביות בשיטה הישראלית, נראה כי כיום לא היה צו שכזה מעורר התנגדות חריפה כבעבר.²¹⁹ השימוש היצירתי שנעשה כאן בקשר לסעדים חוקתיים הוביל, גם אם לא בקצב מספק בעיני כולם, לשינוי תודעתי ולהעמקת ההכרה הציבורית בזכויות חוקתיות. הסעד המוצע במאמר הנוכחי הולך בדרך זו, כסעד סופי ולא כצו על תנאי. סעד סופי מחייב את בית המשפט לקבוע במפורש ולנמק מהי הזכות שנפגעה, כיצד הופרה, מהו המחלל החוקתי, ומהו הסעד הראוי. ההקפדה על נימוקים אלה, שאליהם נחשף הציבור באמצעות הדיווח התקשורתי, היא בעלת חשיבות רבה להבניית דיון ציבורי מועיל אשר

214 עניין רסלר, לעיל ה"ש 63, פס' 2–3 לפסק דינו של השופט גרוניס ("התעסקותו החוזרת ונשנית של בית משפט זה בנושא של גיוס חרדים, בלא שמושגת התקדמות ממשית כתוצאה ממעורבות שיפוטית, ודאי שאינה תורמת למעמדו של בית המשפט [...] התרומה של בית המשפט לשינוי בהתנהלות החברתית של מגזר שלם בחברה הישראלית מצומצמת ביותר ואינה מצדיקה את מעורבותו של בית המשפט בנושא").

215 שם, פס' 71 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות; פס' 4 לפסק דינה של השופטת נאור.

216 ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 61, בעמ' 52 (על החשיבות ה"טמונה בהפניית תשומת-הלב של המחוקק ושל החברה הישראלית בכללותה לקיומה של פגיעה לא-מידתית בזכות החוקתית לכבוד האדם").

217 רגב-מסלם וקלעי, לעיל ה"ש 104, בעמ' 171 ("גם אם התערבות בית המשפט אינה מביאה בהכרח לפתרון הסוגיה, פעמים רבות יש בה כדי להציף בעיה, לעורר דיון ציבורי, לעודד את הצדדים להידבר, ולקדם ולו במעט את הסדרתה. זו השליחות של בית המשפט, שאם לא ימלאה יחטיא את המטרה").

218 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.2004) (צו על-תנאי; הרכב השופטת דורנר, השופטת חיות והשופט (כתוארו אז) ג'ובראן).

219 רגב-מסלם וקלעי, לעיל ה"ש 104, בעמ' 166–167 ("נדמה שכיום לא הייתה נשמעת ביקורת מסוג זה. ההבדל אינו הבדל פרסונלי או מקרי אלא שינוי בסדר היום הכללי [...] כיום התפיסה החברתית – גם של המחוקקים – היא שבית המשפט יכול לפסוק שלמדינה יש חובות כלפי האזרחים. בעבר הבינו את היחסים בין הרשויות באופן שונה, והטלת חובה פוזיטיבית על המדינה הייתה זרה לתפיסה הרווחת"; ההדגשה שלי – ר"פ).

משתמש במושגים החוקתיים כחלק מהשיח הציבורי.²²⁰ בראייה זו אין חשיבות מכרעת לכך שבמישור האופרטיבי-תוצאתי הסעד האמור מסמן נקודת פתיחה של הדיון הציבורי ולא דווקא נקודת סיום.

הסתכלות על הדברים בדרך זו, מהסוף להתחלה, מדגישה את הקושי הטמון בשלילה א-פריורית של סעד של חובה לחוקק. לצד הכלל של הימנעות מחובה לחוקק יש הצדקות לא מבוטלות להכרה בחריג. למעשה החריג המוצע כבר מגולם בפסיקה עקיבה של בג"ץ, שלפיה כשהמערכת הפוליטית נמנעת מהענקת הגנה ראויה לזכויות חוקתיות, לא יהסס בית המשפט להורות לחוקק לכבד הזכויות החוקתיות, לרבות בחקיקה. עד כמה שסעד מסוג זה נראה בתחילת הדרך מרחיק לכת, בסופה של הדרך שהוצעה לאורך מאמר זה יש לומר: לא כצעקתה. כאמור, סעד חוקתי כזה מוכר גם במדינות אחרות.²²¹ פסק דינו של הנשיא גרוניס בעניין המרכז האקדמי אשר קבע את הכלל הוא הזדמנות טובה לדיון בחריג – לחשוף אותו, לבחון את הצדקתו, לסרטט את גבולותיו ולהציע מתווה הראוי ליישומו. לכל אלה הוקדש המאמר הנוכחי.

לקראת סיום אבקש לחזור למשנתו של הנשיא גרוניס. בפסק דינו בעניין לימודי הליבה קבע הנשיא כי סעד חוקתי "חיובי" המורה לעשות פעולה מגביל יותר מסעד "שלילי" המורה להימנע מפעולה.²²² בדומה לזה כתב הנשיא בעניין אקסלרוד כי "קיים הבדל תהומי בין ביטולו של חוק בשל פגם חוקתי לבין ציווי על המחוקק להסדיר נושא כלשהו בחקיקה".²²³ ברוח זו פסק גם בעניין איתן.²²⁴

כעולה מהדיון שערכתי לעיל, התפיסה שלפיה סעד של ביטול חוק (בהקשר של פגיעה בזכות שלילית) הוא לגיטימי בהיותו "אקטיביסטי" פחות מסעד של חובה לחוקק חוק (בהקשר של פגיעה בזכות חיובית) אינה מובנת מאליה.²²⁵ (בהנחה שבכלל ניתן להגדיר מהו בדיוק "אקטיביזם" שיפוטי). בראיית החובה לחוקק היא ה"משלים" של ביטול חוק. אלה

220 ראו מדינה "הגנה משפטית", לעיל ה"ש 68, בעמ' 260; דפנה ברק-ארוז "גיוס בחורי הישיבות – בין דילמת השפיטות לדילמת האזרחות" מחקרי משפט כב 227, 264 (2006).

221 ראו לעיל ה"ש 109.

222 עניין לימודי הליבה, לעיל ה"ש 54, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא גרוניס ("קיים הבדל במידת ההתערבות השיפוטית, בין מקרה שבו מורה בית המשפט לרשות להימנע מביצוע פעולה מסוימת (או להפסיק לבצע), לבין מקרה שבו מורה בית המשפט לרשות לבצע פעולה מסוימת. ככלל, ניתן לומר שמתן צו שיפוטי שבו מחויבת הרשות השלטונית לנקוט צעד אקטיבי, מגביל יותר את חופש הפעולה של הרשות מאשר צו שיפוטי האוסר עליה לנקוט פעולה ספציפית").

223 עניין אקסלרוד, לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

224 עניין איתן, לעיל ה"ש 9, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא גרוניס, שם הסביר כי הסעד החוקתי של ביטול החוק, כפי שיושם בפסק דינו של השופט פוגלמן בדעת הרוב, שקול למעשה לסעד של חובה לחוקק ("...] אם תתקבל דעתו של חברי, הופך בית המשפט לגוף שקובע באופן כמעט מדויק את הנורמה, בלא שנותר מרווח תימרון ממשי לחוקק. איני יכול להסכים לעמדה חוקתית זו, שכן לפיה הופך בית המשפט לחוקק, אם לא להלכה הרי למעשה").

225 Fish, *Choosing Constitutional Remedies*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 381 "[F]orcing the legislature to (spend more money is no worse than preventing it from spending money that it has budgeted"

שני צדדים של אותה מטבע, ²²⁶ והצדקה היא אחת: זוהי ההצדקה לביקורת שיפוטית חוקתית בעת הפרה של זכות חוקתית (שלילית או חיובית). מנקודת מבט זו הסעד של חובה לחוקק – וכן חקיקה שיפוטית שתבוא במסגרתו כמוצא אחרון – איננו אקטיביסטי מסעד של ביטול חוק. ²²⁷ ניתן לטעון שמדובר אף בסעד אקטיביסטי פחות מביטול חוק, כיוון שאין הוא כרוך בביטול רצונו המפורש של המחוקק (כפי שבא לידי ביטוי בחוק קיים) אלא בעיקר בהמרצתו לגבש הכרעה נורמטיבית כשקיים מחדל חקיקתי. סעד כזה מאפשר למחוקק להגשים את רצונו בחקיקה מתאימה. ²²⁸ טענה זו תלויה במודל החובה לחוקק שאותו יאמץ בית המשפט. על פי המתווה המדורג המוצע במאמר זה, כאשר הרשות המבצעת סירבה ליזום חקיקה לפי הוראת בית המשפט, ואילו הרשות המחוקקת בתורה בחרה גם היא להימנע מכך, קיימת הצדקה לחקיקה שיפוטית. במצב עניינים זה המתווה המדורג לסעד של חובה לחוקק עשוי להתברר כאקטיביסטי. ואולם, לא תהא בכך מידת אקטיביזם החורגת מזו הכרוכה בסעד אחר של "קריאה לתוך החוק", שנחשב גם הוא לאקטיביסטי, וכבר התקבל בבית המשפט העליון גם על דעתו של הנשיא גרוניס. ²²⁹ מנקודת מבט זו הסעד המוצע מתאים לסל הסעדים הקיימים בבית המשפט כיום. דברים אלה מחדדים את התועלת בסעד של חובה לחוקק בפיתוח הדיאלוג החוקתי – ובכך אבקש לסגור את המעגל עם הדיון ההצדקתי בחלקו הראשון של המאמר. במסגרת המוכרת של סעדים חוקתיים ניתן להסתפק בסעד שבו בית המשפט קובע מהו הדין, ואז הכנסת יכולה להגיב בחקיקה. אין עליה חובה לחוקק במובן הפורמלי. יש בה רק שינוי של בררת המחדל. בית המשפט פוסק כי חוק הוא לא חוקתי ומבטלו, וקובע את ההסדר בעקבות הביטול. ²³⁰ אם הכנסת לא תחוקק חוק חדש, יחול ההסדר שקבע בית המשפט. סעד של ביטול חוק הוא אפוא אקטיביסטי במובן זה שהוא משנה את בררת המחדל. במובן זה הסעד של חובה לחוקק הוא אקטיביסטי פחות, כיוון שבית המשפט אינו קובע בררת מחדל חדשה, קרי מה יקרה עד שהכנסת תחוקק. בית המשפט מאפשר לכנסת, באמצעות הבניה הדרגתית של החובה לחוקק, לקבוע בעצמה בררת מחדל חדשה בחקיקה. סעד של חובה לחוקק, במתווה המוצע, איננו שינוי של בררת המחדל – כפי שהוא סעד הביטול – אלא הזדמנות לכנסת ליזום בעצמה את שינוי בררת המחדל. כאשר הזדמנות זו אינה מוגשמת, והמחדל החקיקתי הלא חוקתי עומד בעינו, קמה לגיטימציה לבית המשפט לשנות את בררת המחדל

226 לדימוי זה בהקשר של זכויות שליליות וחיוביות ראו JEREMY WALDRON, *Liberal Rights: Two Sides of the Coin*, in LIBERAL RIGHTS: COLLECTED PAPERS 1981–1991, 1, 9–10 (1993).

227 השוו איתי בר-סימן טוב "גיון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי" דין ודברים ט 67, 94 (2015) [...] לא ברור אם ההתערבות השיפוטית שנדרשה בעניין גלוטן אקטיביסטי או בעייתית מבחינת הקושי האנטי-רובני יותר מביטול חוק של הכנסת".

228 William J. Nardini, *Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court*, 30 SETON HALL L. REV. 1, 29–40 (1999).

229 ראו עניין נסר, לעיל ה"ש 77, שם הצטרף השופט גרוניס לפסק דינה של הנשיאה ביניש שבו יושם הסעד של "קריאה לתוך מילות החוק" (שם, פס' 57 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

230 כך במשפט החוקתי ראו למשל בג"ץ 7146/12 אדם נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 717, פס' 117–118 לפסק דינה של השופטת ארבל (2013). כך גם במשפט המנהלי בעקבות ביטול תקנות ראו בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, פס' 28 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 15.6.2011).

בחקיקה שיפוטית המשלימה את החסר החקיקתי אך אינה כרוכה בביטול חקיקה. הכנסת רשאית לשנות חקיקה שיפוטית זו בחקיקה ראשית מאוחרת, אם היא עומדת באמות מידה חוקתיות, והכול במסגרת הדיאלוג החוקתי המתמשך. מזווית הסתכלות זו, הסעד של חובה לחוקק אינו כרוך בביטול רצונו המפורש של המחוקק ואיננו קובע בררת מחדל חדשה (כסעד הביטול). יש לראות בסעד של חובה לחוקק שלב בדרך לבררת מחדל חדשה, שלב הבא לידי ביטוי במתן הזדמנות ופרק זמן סביר לכנסת לקבוע בעצמה את בררת המחדל החדשה. במובן זה הוא "אקטיביסטי" פחות מסעד הביטול, שהוא סעד מוכר ומקובל בביקורת שיפוטית חוקתית.²³¹

כאן המקום להוסיף כי הטענה בדבר נחיתות מוסדית של בית המשפט בקביעת תוכנם של הסדרים חברתיים²³² איננו רלוונטי לסעד של חובה לחוקק במודל המוצע במאמר זה. כשם שהתוצאה המעשית של סעד שניתן בעקבות הפרה של עקרון ההסדרים הראשונים מביאה לחיוב הכנסת להידרש לשאלה החברתית מבלי לקבוע את תוכן ההסדר, כך גם הסעד של חובה לחוקק מביא לחיוב של הכנסת להידרש לשאלה החברתית מבלי לקבוע את תוכן ההסדר. הסעד החוקתי של חובה לחוקק נועד בעיקרו לקדם דיון של הרשויות האחרות בסדר העדיפויות החברתי אך איננו כרוך בהכרעה שיפוטית בסדר העדיפויות עצמו.

על רקע זה ניתן לומר כי הסעד של חובה לחוקק מתאים מסעד הביטול לסוגיות שבהן יש הצדקה לכך שהמחוקק ייגנה ממתחם תמרון רחב יותר. כאשר מרחב התמרון של המחוקק הוא מלכתחילה צר, סעד של ביטול מתאים כדי לסמן בבירור את גבולות החוקתיות. כך למשל בהקשר של חוקי ה"מסתננים", פעמיים הבהיר בית המשפט עד כמה מרחב התמרון החקיקתי צר בזיקה לפגיעה בזכות חוקתית שלילית – הזכות לחירות – ופסק סעד של בטלות. הבטלות היא שלילית להלכה, אך למעשה "מפסלת" במידה רבה את תוכנו של ההסדר. מנגד, בהקשרים שבהם מרחב התמרון רחב יותר, והכוונה היא להגנה על זכויות חיוביות אשר כרוכה מטיבה בעצימות גבוהה של שיקולים מוסדיים, סעד של חובה לחוקק מתאים יותר. בהקשרים אלה הפעולה השלטונית הפוגעת בזכויות חוקתיות היא לרוב, כאמור, בעלת אופי של מחדל ולא של מעשה. השילוב בין סוג הפגיעה (בזכות חיובית) לטיבה (בדרך של מחדל) אופייני לנסיבות שבהן מרחב התמרון החקיקתי הוא מלכתחילה רחב יחסית. בנסיבות אלה אין מקום לסעד הקובע בררת מחדל חדשה (גם אם מושעית) מבלי שניתנה למחוקק הזדמנות לתקן את הפגיעה במסגרת מרחב התמרון הנתון לו. הסעד של חובה לחוקק, כהגדרתו כאן, איננו שולל – או מחייב – תוכן מסוים, ולכן איננו מצמצם את מרחב התמרון החקיקתי בקביעת התוכן. הוא מעניק למחוקק הזדמנות לגבש את ההסדר הראוי בטרם יקבע בית המשפט בררת מחדל חדשה. אכן, הפרת סעד של חובה לחוקק

Laurence H. Tribe, *The Legislative Veto Decision: A Law by Any Other Name?*, 21 HARV. J. 231 ON LEGIS. 1, 26 (1984).

232 לטענה כי הרשות השופטת מצויה בעמדת נחיתות בסוגיות הכרוכות בהערכת עובדות חברתיות וסוציאליות ראו למשל Fallon, *Individual Rights*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 376.

233 השוו עניין פסרו, לעיל ה"ש 155, בעמ' 747 ("איננו קובעים את היש" (התוכן המדויק של מהות הגיון בישראל). כפי שציינו, היש' עשוי להיקבע במפורש במפורט על-ידי המחוקק").

עשויה להעניק, בשלב מאוחר יותר, לגיטימציה לקביעת בררת מחדל חדשה בדרך של חקיקה שיפוטית. אך זאת, כפי שהוסבר, רק לאחר שהוכחה הפרה של החובה לחוקק ורק כמוצא אחרון. מנקודת מבט זו הסעד של חובה לחוקק מאפשר הגשמה מידתית של מרחב התמרון החקיקתי, עד גבול מסוים, באותם הקשרים שבהם מרחב זה הוא מלכתחילה רחב וממילא איננו מצדיק סעד של ביטול. אך מרחב כזה כשלעצמו איננו שולל א-פריורית סעד של חובה לחוקק.

לצד השוני בין שני הסעדים מתבהר גם הדמיון ביניהם תחת המטרייה של דיאלוג חוקתי: כשם שיישומו של סעד הביטול מדורג ומידתי, בתוך כדי שימוש בטכניקה של השעיית הכרזת הבטלות, כך גם יישומו של סעד החובה לחוקק צריך להיות מדורג ומידתי, על פי המתווה שהצעתי במאמר זה.

ד. סיכום

שלילת סעד חוקתי של חובה לחוקק נראית במבט ראשון אינטואיטיבית, אך היא אינה טריוויאלית כלל וכלל. היא אינטואיטיבית בשל הדעה הנפוצה כי הטלת חובות "עשה" על רשויות השלטון בזיקה להכרה בזכויות חיוביות כרוכה בקשיים רבים, תאורטיים ומעשיים, באופן ההופך סעד כזה ללא ראוי. דעה זו, שיש לה כמובן תמיכה בספרות, מונחת בבסיס הדעה העקיבה של הנשיא גרוניס המדגישה את "מגבלות הכוח של בית המשפט" במשפט הציבורי.²³⁴ פסקי דינו בעניין המרכזי האקדמי ובעניין אקסלרוד הם חלק משרשרת של פסקי דין חשובים שנתן אשר משקפים גישה עקיבה, מנומקת ובהירה בדבר גבולות הביקורת השיפוטית החוקתית. שרשרת זו הטביעה חותם מובהק של ריסון על התפתחות המשפט החוקתי בישראל. היא תרמה לעיצוב מחדש של החשיבה החוקתית בישראל. בעקבותיה נפתח פתח לדיון מחודש בשורה של פרקים בספר המשפט החוקתי בישראל. המאמר הנוכחי עוסק רק בפרק אחד, אגב דיון בהשפעתו הניכרת של הנשיא גרוניס על חשיבה בהירה בשאלה של סעדים חוקתיים.

הטענה שביקשתי לבסס במאמר זה היא שיש להכיר בחריג לכלל הגורף שקבע הנשיא גרוניס אשר שולל מבית המשפט את הסמכות להורות למחוקק לחוקק. טענתי כי בחלוף המבט הראשון מבט שני מלמד כי קביעה נחרצת זו איננה טריוויאלית. גם אם ראוי שהגשמתו של המרכיב החיובי של זכויות חוקתיות יהיה מדורג ומרוסן, כפי שמקובל לקבוע באמנות הבין-לאומיות בעניין זכויות חברתיות,²³⁵ ביקשתי לשכנע כי אין הצדקה לשלילה מראש של שימוש בסעד חוקתי של חובה לחוקק. סעד כזה מוצדק ולו כחריג בנסיבות מסוימות שביקשתי להגדירן "מחדל חקיקתי" כחלק מיישום מדרגות של דיאלוג חוקתי בין רשויות השלטון.

234 עניין אומ"ץ, לעיל ה"ש 4, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

235 בראשן אמנה בין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נחתמה ב-1966) (אורורה ב-1991). האמנה לא אומצה בחקיקה ראשית. האמנה משמשת מקור משפטי לצורך פרשנות החקיקה. ראו ע"א 9535/06 אבו מסאעד נ' נציב המים, פס' 29 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 5.6.2011).

המסקנה העיקרית של המאמר היא כי יש תשתית פוזיטיבית ותאורטית להכרה דוקטרינרית בסעד חוקתי של חובה לחוקק במשפט הישראלי. במישור הפוזיטיבי הראיתי אגב דיון בתקדימים שונים כי המשפט הישראלי איננו משקף עמדה כה נחרצת בשלילת הסעד החוקתי של חובה לחוקק. במישור התאורטי הראיתי כי שיקולי המדיניות שבבסיס עמדתו של הנשיא גרוניס – בעיקר פרשנות מסוימת של עקרון הפרדת הרשויות – אינם מחייבים הכרה בכלל גורף של הימנעות מסעד חוקתי של חובה לחוקק. טענתי כי ההסתכלות הראויה על סוגיה מורכבת זו היא במשקפי תאוריה של תרופות חוקתיות. ההצדקות השונות שבחנתי מובילות להכרה בנסיבות מסוימות שבהן סעד חוקתי כזה הוא ראוי. אלו הן אותן נסיבות שבהן גוברת חובתה של הרשות השופטת לכבד את זכויות האדם החוקתיות על חובתה לכבד את הרשויות האחרות. בסופו של דבר סמכויותיהן של כל שלוש הרשויות יונקות ממקור אחד, הוא הדמוקרטיה החוקתית שמדגישה את האידאל של זכויות האדם החוקתיות.²³⁶

המתווה ההדרגתי שהוצע כאן לסעד של חובה לחוקק מרחיב את קשת הסעדים החוקתיים בגין הפרתן של זכויות חוקתיות. הוא עושה כן במידה המבקשת להימנע מכללים גורפים ומן הקצוות של "עליונות" אחת מן הרשויות. המסר המרכזי הוא של דיאלוג חוקתי. המונח "דיאלוג" לא נועד לטשטש את תפקידו המכריע של בית המשפט בהענקת תרופות חוקתיות אפקטיביות בגין הפרת זכויות חוקתיות, לרבות זכויות חיוביות, מבלי שהדבר ייחשב להפרת הכבוד ההדדי בין הרשויות. הריסון המתחייב מעקרון הפרדת הרשויות המודרני אין משמעו שלילה גורפת של סעד של חובה לחוקק אלא אימוץ מתווה מורכב והדרגתי שלו. מתווה זה מאפשר לבית המשפט להיות שותף בתהליכים החברתיים באמצעות הענקת תמריצים לחקיקה מבלי לקבוע ישירות את תוכנה. שימוש מושכל בסעד זה יכול לתרום ליצירת רעיונות חקיקתיים חדשים הדרושים להגשמת התכלית של הגנה ראויה על זכויות חוקתיות לצד הגשמת תכליות מדיניותן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. תכליות אלה אינן בהכרח סותרות זו את זו; אם יש ביניהן סתירה יש ליישבה במסגרת עקרון המידתיות בשלב הסעד החוקתי וכחלק מתפיסה עבה של דיאלוג חוקתי. בהדגשת תרומתו הרבה של הנשיא גרוניס לסוגיה זו כמו גם למשפט החוקתי הישראלי בכלל, מבקש המאמר הנוכחי להשתלב בדיאלוג שבין בית המשפט לחוקק; בין הכלל לחריג; בין מורה לתלמידו.

236 ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 100, בעמ' 294. ראו גם דפנה ברק-ארז "פתח דבר: לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במשפט" עיוני משפט לט 5, 15 (2016) ("חיזוק ההגנה על זכויות היסוד של הפרט בעולם שלאחר מלחמת העולם השנייה מדגיש את מעמדו של היחיד במשפט... חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... מעמיד במרכזו את הזכות לכבוד האדם, ובכך מדגיש את מקומו של האדם במשפט ואת החשיבות הנודעת להגנה עליו").