

על בשלות וחוקתיות

**בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי בחיפה
נ' שר האוצר ובג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל
נ' מדינת ישראל**

מאת

ילנה צ'צ'קו*

בפרשות בוגרי התיכון הערבי ואיגוד הנאמנים דחה בית המשפט העליון עתירות נגד חוקתיותה של חקיקה ראשית בעילת סף של חוסר בשלות, משום שהחוקים שעמדו על הפרק טרם יושמו. בית המשפט קבע כי הכרעה שיפוטית מושכלת מחייבת קיומן של נסיבות קונקרטיות, ולכן יימנע ככלל מביקורת שיפוטית על חוקים טרם יישומם. רשימה זו תדון בכמה משמעויות מרכזיות הנובעות מהחלת דוקטרינת הבשלות בביקורת שיפוטית על חוקים בישראל ותבקר את האופן שבו היא יושמה בשתי הפרשות. כבסיס לדיון תוצג ההבחנה הדוקטרינרית העמומה בישראל בין ביקורת שיפוטית "על פני החוק" לבין ביקורת "כפי שיושם".

טענותיה המרכזיות של הרשימה הן שתיים: ראשית, הגישה העולה מפסקי הדין, הכורכת את שאלת חוקתיותו של חוק עם שאלת יישומו, סוטה מהפרקטיקה הנוהגת בישראל באשר לביקורת שיפוטית על חוקים. זו מוחלת לרוב במופשט, ללא זיקה הכרחית לנסיבות קונקרטיות. יוצע אפוא כי יש להבין את דוקטרינת הבשלות כמבחן של שפיטות, שהוא חדש למדי בשיטה הישראלית בהקשר החוקתי, אשר עיקר פועלו במישור הזמן, והשימוש בו נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. שנית, הרשימה תציע כי יש לראות בדוקטרינת הבשלות מבחן מהותי הכולל רכיבים שמטרתם להעריך את החוק לגופו של עניין ולא מבחן טכני הנשען בעיקר על השאלה אם החוק כבר יושם. זאת בהתבסס על ניתוח יסודות דוקטרינת הבשלות כפי שהיא חלה בארץ מוצאה – ארצות הברית. מסקנת הדיון תהיה כי השאלה אם יש מקום לדון בחוקתיותו של חוק אינה נבלעת בשאלת בשלותו להכרעה שיפוטית כפי שנוסחה בשתי הפרשות, וכי תפיסה אחרת של דוקטרינת הבשלות הייתה עשויה להביא לידי ניתוח שונה של העתירות.

* תלמידת שנה ב לתואר בוגר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי נתונה למורי יואב דותן וברק מדינה, לעומר נצר ולמערכת משפטים על הערותיהם מאירות העיניים לטיטות קודמות של רשימה זו.

מבוא. א. הזיקה שבין חוקתיות לבין יישום. 1. ביקורת שיפוטית "על פני החוק" לעומת ביקורת שיפוטית "כפי שיושם"; 2. נקודת המוצא: ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית בישראל; 3. פרשת בוגרי התיכון הערבי; 4. פרשת איגוד הנאמנים; 5. משמעות אימוץ דוקטרינת הבשלות אל תוך השיח החוקתי הישראלי; ב. דוקטרינת הבשלות כמבחן מהותי. 1. הצגת הבעיה: הקשיים המהותיים שמעוררות ההכרעות בעניין בוגרי התיכון הערבי ואיגוד הנאמנים; 2. הפער שבין יישום דוקטרינת הבשלות בישראל לבין מקורותיה במשפט האמריקאי; 3. בחזרה לבשלות; סיכום.

מבוא

הכרעות בית המשפט העליון בעניין בוגרי התיכון הערבי¹ ואיגוד הנאמנים בשוק ההון² מעוררות כמה שאלות יסוד באשר לעקרונות המנחים את בית המשפט בעת בחינת חוקתיותה של חקיקה ראשית. בשתי הפרשות דחה בית המשפט את העתירות בעילת סף, בקבעו כי הן אינן בשלות להכרעה. בית המשפט פסק כי לשם "הכרעה שיפוטית מושכלת" נדרשות נסיבות קונקרטיות, שלא התקיימו לשיטתו בעתירות האמורות, משום שהחוקים שנדונו בהן טרם יושמו. במילים אחרות, בשני המקרים כרך בית המשפט את שאלת חוקתיותו של חוק בשאלת יישומו, להבדיל מבחינתה "על פני החוק" (Facially), במופשט וללא קשר הכרחי לנסיבות קונקרטיות. כפי שיובהר בהמשך, השימוש בדוקטרינת הבשלות בהקשר החוקתי בפסיקת בית המשפט העליון היה עד כה מצומצם למדי. האם בפנינו ראשיתו של שינוי בגישתו של בית המשפט לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית?

בהערה זו אבקש לעמוד על משמעויות מרכזיות הנובעות מאימוץ דוקטרינת הבשלות במשפט החוקתי הישראלי לאור האופן שבו יושמה בשני פסקי הדין. ראשית, אראה כי הפעלת דוקטרינת הבשלות בביקורת שיפוטית על חוקים מייצגת גישה שונה לביקורת שיפוטית על חקיקה מזו המאפיינת את הפסיקה בישראל. בישראל מוחלט כעניין שבשגרה ביקורת שיפוטית על חוקים "על פניהם", ללא זיקה הכרחית לשאלה אם וכיצד יושמו. העמדה המובעת בפסקי הדין, המתנה ביקורת שיפוטית על חוקים בקיומן של נסיבות קונקרטיות, איננה משקפת אפוא את הפרקטיקה הנוהגת בישראל. יש בה משום חידוש אשר את השלכותיו ראוי לבחון.

שנית, אתייחס לפער שבין האופן שבו יושמה דוקטרינת הבשלות על ידי בית המשפט בתחום החוקתי לבין רכיביה של הדוקטרינה והקשרה כפי שעוצבו במשפט האמריקאי. דיון זה יוביל למסקנה כי השאלה אם חוק מסוים פוגע בזכות חוקתית היא נפרדת

1 בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.2012).

2 בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.2.2012).

מהשאלה אם עתירה כנגד החוק בשלה להכרעה שיפוטית ומקדמית לגביה. בתוך כך אטען שלפי הפרמטרים המקובלים של דוקטרינת הבשלות כפי שהיא חלה במשפט האמריקאי, ייתכן שהיה מקום לדון בחוקתיות שני החוקים שנבחנו בשני פסקי הדין מושא ההערה לגופו של עניין.

זה יהיה מהלך הדיון: חלק א יתמקד בזיקה בין חוקתיות לבין יישום במשפט החוקתי הישראלי. במסגרת זו אדון בהבחנה שבין ביקורת שיפוטית "על פני החוק" לבין ביקורת "כפי שיושם", אסקור את נקודת המוצא בישראל באשר לביקורת שיפוטית על חוקים, אציג את פרשות בוגרי התיכון הערבי ואיגוד הנאמנים ואעמוד על משמעויותיו של אימוץ דוקטרינת הבשלות במשפט החוקתי הישראלי לאור מאפייניו הנוכחיים. חלק ב יוקדש לדיון בפער שבין האופן שבו יושמה דוקטרינת הבשלות בישראל בשתי הפרשות לבין מקורותיה במשפט החוקתי האמריקאי. במסגרתו אתייחס להגיגה הפנימי של דוקטרינת הבשלות ולהקשרה הרחב יותר בארצות הברית. אסכם בביקורת על יישום הדוקטרינה כמבחן טכני, להבדיל ממבחן מהותי, בפרשות שבמוקד הערה זו.

א. הזיקה שבין חוקתיות לבין יישום

1. ביקורת שיפוטית "על פני החוק" לעומת ביקורת שיפוטית "כפי שיושם"

לטובת בהירות הדיון אבקש תחילה להציג הבחנה אנליטית יסודית שאשתמש בה לאורכו: ההבחנה בין ביקורת שיפוטית "על פני החוק" לבין ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק "כפי שיושם".³ ביקורת שיפוטית "על פני החוק" היא ביקורת שיפוטית על דבר חקיקה (או הוראות מסוימות בו) בכללותו, בהליך מרוכז וללא זיקה הכרחית לנסיבות קונקרטיות או לעותר ספציפי. הגם שהמתווה המובהק להחלת ביקורת מסוג זה הוא מה שמכונה "תקיפה ישירה" בבג"ץ של חוקים שטרם יושמו, ראוי להדגיש כי השאלה אם החוק כבר יושם הלכה למעשה היא שאלה משנית לעניין ההגדרה. ייתכן בהחלט שהעתירה תובא בפני בית המשפט לאחר שיושם החוק, ואף על ידי עותר הטוען

3 יצוין כי יישום הבחנה זו בארצות הברית זכה לביקורת לא מבוטלת בגין עמימותה. ראו למשל Richard H. Fallon, *Fact and Fiction About Facial Challenges*, 99 CAL. L. REV. 915, 959–960 (2011) (להלן: Fallon, *Fact & Fiction*) שיידון בהרחבה רבה יותר להלן בס' 2.1; וכן Alex Kreit, *Making Sense of Facial and As-Applied Challenges*, 18 WM. & MARY BILL RTS. J. 657, 658 (2010): "This account of facial and as-applied challenges is by now a familiar part of the constitutional landscape and is generally accepted in the courts. Nevertheless, some of the most basic details regarding the characteristics of the facial and as-applied challenges categories and, in particular, how the preference for as-applied challenge actually operates, remain surprisingly unclear"

כי נפגע בפועל מיישומו. כמו כן אפשר שהשאלה החוקתית תתעורר אגב דיון בסכסוך קונקרטי גם בהליכים בערכאות אחרות (במתווה המכונה לעתים גם "תקיפה עקיפה") ולא בהכרח ב"תקיפה ישירה" בבג"ץ.⁴ כל עוד הדיון בשאלות החוקתיות שהחוק מעורר נסב על תוכנו והגיונו הפנימי של החוק כמכלול ומתקיים באופן מופשט וכללי, מדובר בביקורת "על פני החוק".

דוגמה לכך אפשר למצוא בפסק הדין שניתן לאחרונה בעניין האגודה לזכויות האזרח,⁵ שבו נדונה עתירה נגד חוקתיותם של חלק מן ההסדרים שנקבעו בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח–2007.⁶ החוק כבר יושם על ידי הרשויות הרלוונטיות, ואף הובאו על ידי הצדדים נתונים באשר להיקף יישומו. ואולם, הדיון בשאלות החוקתיות לפי מבחני פסקת ההגבלה⁷ נערך באופן מופשט תוך התמקדות בהסדרים הקבועים בחוק ובמנגנוני הבקרה שהוגדרו בו, ולא בזיקה ליישומם במקרה או במקרים קונקרטיים. בית המשפט איזן בין אינטרסים כלליים: הזכות החוקתית לפרטיות מול תכלית האכיפה לטובת שמירת הסדר הציבורי, שאותה משרת החוק לשיטתו.⁸

הנשיאה (בדימוס) ביניש, שכתבה את עמדת הרוב בפסק הדין, אף התייחסה מפורשות לזיקה בין אופן יישומו של החוק לשאלת חוקתיותו. היא קבעה כי אין צורך להתעמק בטענות העותרים הנוגעות להיקף יישום החוק, משום שאלה "אינן מצויות, בוודאי לא באופן ישיר, במישור חוקתיותו".⁹ מאמירה זו אפשר ללמוד כי אין זיקה הכרחית בין הבחינה החוקתית, המתבצעת במופשט, לבין שאלת היישום בנסיבות

4 השוו אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת)" משפט וממשל ח 13 (2005).

5 בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.2012) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח).

6 להלן: חוק נתוני התקשורת. החוק מאפשר לרשויות החקירה בישראל לקבל לרשותן נתוני תקשורת של כלל מגויי בזק בישראל. ככלל, נדרש צו בית משפט לשם העברת הנתונים, אולם לטובת מקרים שבהם הזמן אינו מאפשר זאת נקבע מסלול מנהלי המכשיר העברת הנתונים גם ללא פנייה לבית המשפט.

7 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדיון מפורט בתהליך הבחינה החוקתית בשיטתנו ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט).

8 עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 5, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש.

9 שם, פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש וההפניות שם. יוער כי הנשיאה נעזרה בנוהל משטרי שגובש לצורך יישום החוק במסגרת בחינת מידתיותו של החוק. בהקשר זה עמדה גם על כך שאפשר שתתקיימנה זיקות בין אופן יישומו של חוק לשאלת מידתיותו. אולם זיקות אלה עניינן בכך שנתונים הנוגעים ליישום הם בגדר נתונים העשויים במקרים מסוימים לסייע בניתוח החוק לפי מבחני המידתיות. מכאן אפשר להסיק שלעמדת בית המשפט, נתונים הנוגעים ליישום החוק אינם הכרחיים לבחינת מידתיותו.

קונקרטיים. בסיכומי של דבר, בית המשפט קבע כי החוק חוקי "על פני החוק" אף שפירש בצמצום הסדרים מרכזיים בו. בה בעת ראוי להדגיש שבית המשפט הותיר את הדלת פתוחה לביקורת שיפוטית אגב יישום החוק ככל שיתעורר הצורך בעתיד, הן במסגרת ההליכים הקבועים בחוק עצמו והן באמצעות תקיפת יישומו.¹⁰

זוהי אפוא משמעות המינוח ביקורת שיפוטית "על פני החוק". לעומת זאת ביקורת שיפוטית על חוק "כפי שיישם" היא ביקורת שיפוטית המתמקדת ביישומים קונקרטיים של החוק בנסיבותיהם של עותר או קבוצת עותרים בעלי מאפיינים דומים ולא בחוקתיות החוק בכללותו. כאן מתעוררת השאלה מהו מושא הביקורת השיפוטית בהליך מסוג זה: החקיקה הראשית עצמה או האקט המנהלי¹¹ המיישם את החקיקה אשר פגע לכאורה בזכויות.¹² אם שאלת חוקתיותו של החוק כבר הוכרעה בעבר "על פני החוק", נראה שלפנינו בעיה פשוטה למדי, שכן הפגם המשפטי עשוי לנבוע רק מהאקט המנהלי המיישם. אלא שהפסיקה אינה חד-משמעית בעניין זה. למשל, במקרה שנדון בפסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח הכריע בית המשפט כאמור בשאלת חוקתיותו של החוק "על פני החוק" וקבע שמאותה עת ואילך יהיה אפשר לתקוף בבית המשפט אקטים מנהליים המיישמים את החוק ככל שיתעורר הצורך. עם זאת הגם שעולה מפסק הדין כי המסלול העיקרי להחלת ביקורת שיפוטית על חוק נתוני התקשורת הוא, מעתה ואילך, המסלול המנהלי, נראה שהנשיאה לא פסלה גם תקיפה חוזרת של החוק בכללותו במישור החוקתי, ככל שאופן היישום של החוק על ידי רשויות השלטון יצדיק זאת.¹³

עמדה זו מותירה גמישות רבה לבית המשפט, שכן היא פותחת פתח להחלת ביקורת שיפוטית "על פני החוק" בשנית.¹⁴

10 שם, פס' 30 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש. נשוב לנקודה זו בהמשך הדברים.

11 הדברים אמורים גם למקרים שבהם חקיקה מסמיכה גופים פרטיים ליישמה.

12 לדין בסוגיה זו ראו Nicholas Q. Rosenkranz, *The Subjects of the Constitution*, 62 STAN L. REV. 1209, 1244 (2010): "In short, statutes and regulations do not violate the Constitution; governmental actors do. And it is essential to determine which governmental actor has done so in any given case. The distinction that the Court has been grasping for with its muddled distinction between 'facial' and 'as-applied' challenges to 'statutes' is actually the fundamental distinction between challenges to legislative action and challenges to executive action".

13 "מטבע הדברים יכול ושינוי בהתנהלות הרשות יביא אף לשינוי מהותי בנקודת האיוון שמציב החוק. שינוי זה יכול ויקים עילה חדשה נגד החוק, בוודאי במישור המנהלי, ויתכן ואף במישור החוקתי" (ההדגשה הוספה – י"צ). עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 5, פס' 30 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש.

14 יש לציין כי עמדה זו מעוררת קשיים בשל המסקנה שאלה הגיע בית המשפט שלפיה הסדרי החוק כשלעצמם הם חוקתיים, במנותק משאלת היישום. פגיעה בזכויות חוקתיות עקב יישום החוק בעתיד

לעומת זאת אם שאלת חוקתיותו של החוק לא הוכרעה "על פני החוק" קודם לדיון בשאלה חוקתית אגב יישומו, אפשר לומר כי במצב הקיים כל האפשרויות פתוחות למעשה בפני בית המשפט. הוא עשוי לקיים כאמור ביקורת שיפוטית "על פני החוק" גם אם הסוגיה החוקתית התעוררה בעקיפין אגב יישומו.¹⁵ באותה מידה הוא עשוי לבחון רק את חוקתיות יישום החוק במקרה פרטי, ובמילים אחרות – את האקט המנהלי עצמו או את חוקתיות תחולת החוק בנסיבותיה של קבוצה מסוימת. הפסיקה עדיין לא התוותה כללים ברורים המנחים את שיקול דעתו של בית המשפט בהקשרים אלו.

להבחנה בין שני סוגי הביקורת השיפוטית חשיבות גם בהיבט הסעד החוקתי.¹⁶ הגישה המקובלת מקנה לבית המשפט גמישות רבה בעיצוב הסעד לפי המקרה שלפניו.¹⁷ למשל, אם בית המשפט מגיע למסקנה כי חוק מסוים פוגע בזכות חוקתית באופן שאינו עומד במבחני פסקת ההגבלה, הסעד עשוי להיות בטלות מוחלטת של החקיקה "על פניה". במקרים אחרים הסעד עשוי להיות גמיש יותר: החוק בכללותו ייותר על כנו, וייפסלו רק אלמנטים הנוגעים ליישומים מסוימים של החוק שאינם חוקתיים על דרך מחיקתם למעשה מטקסט החוק.¹⁸ אפשר לדמות פעולה זו של בית המשפט לפיסול החקיקה באזמל.¹⁹ בה בעת אין מניעה לרפא את הפגם החוקתי גם באמצעות הרחבת

תוכל לנבוע, לאור מסקנת בית המשפט, רק מאופן יישומו על ידי רשויות המנהל. נראה אפוא כי יש לרפא את הפגיעה באמצעות תקיפת האקט המנהלי ולא בתקיפת חוזרת של החוק עצמו.

15 ראו לדוגמה בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2010), שבו נפסל סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו–2006, שאפשר להאריך מעצר של חשוד בעבירות ביטחון שלא בנוכחותו. השאלה החוקתית עלתה שם אגב דיון ביישום החוק בעניינו של עצור ספציפי. בית המשפט החליט לקיים דיון לגופו של עניין בשאלת חוקתיות הסעיף, שהגיעה לפתחו ב"תקיפה עקיפה" אף על פי שנעשתה תאורטית באשר לעותר הספציפי. תוצאת פסק הדין הייתה פסילת סעיף החוק "על פני החוק".

16 לדיון נרחב בסוגיית הסעדים החוקתיים ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 731, 734–740, 751, 759, 765–767 (1994) (להלן: ברק פרשנות חוקתית).

17 "שיטת המשפט הישראלית מעמידה לרשות בית-המשפט מגוון של סעדים אפשריים. על השופט לבחור מתוך 'מתחם הסעדים' את הסעד המתאים ביותר לפגיעה [בזכות חוקתית]". שם, בעמ' 767–768.

18 לדוגמה לסעד מסוג זה ראו Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1, 11–12 (1985), שם נקבע כי לחוק של מדינת טנסי אין תוקף רק ככל שהוא מסמך את המשטרה להשתמש בכוח קטלני נגד עבריינים לא חמושים. ראו גם Nathaniel Persily & Jennifer S. Rosenberg, *Defacing Democracy?: The Changing Nature and Rising Importance of As-Applied Challenges in the Supreme Court's Recent Election Law Decisions*, 93 MINN. L. REV. 1644, 1647–1649 (2009).

19 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 16. השוו גם עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 433, 443 (1998): "תרופת הבטלות עשויה ללבוש צורות שונות. היא עשויה להיות חלקית (מעין יישום של 'כלל העיפרון הכחול'). היא עשויה לשאת אופי יחסי במישור הזמן (אקטיבית, רטרופקטיבית, או פרוספקטיבית), במישור התחולה וכיוצא באלה".

תחולת החקיקה. למשל, אם נמצא כי חקיקה מקצה הטבה באופן מפלה, אפשר לרפא את הפגם באמצעות החלתה על הקבוצה שלא זכתה להטבה.²⁰ מבחינה עקרונית כל סוגי הסעדים הללו זמינים לבית המשפט כאשר הוא בוחר להחיל ביקורת שיפוטית "על פני החוק", ואין הכרח כי הסעד יהיה דווקא בטלות מוחלטת. מנגד במקרים שבהם בית המשפט דן בחוקתיותו של חוק כפי שהוא מיושם בעניינם של פרט או קבוצה מסוימים, הסעד עשוי להיות מחיקת מקטעים מלשון החקיקה, הצרת תחולתה או הרחבת התחולה, אך לא סעד של בטלות מלאה – תוצאה כזו פירושה מניה וביה כי הבחינה נעשתה "על פני החוק". אם הביקורת השיפוטית אגב יישום החוק מתמקדת באקט המנהלי ולא בחוק עצמו, הסעד ייותר במישור המנהלי.

ההבחנות שהוצגו לעיל מורכבות, והגבול ביניהן מעורפל במציאות הקיימת בישראל, שבה מוחלת ביקורת שיפוטית חוקתית במהלך העניינים הרגיל וללא צורך בהליך מיוחד. לכן הן מעוררות שאלות רבות. הפסיקה הישראלית עדיין אינה כוללת דיון דוקטרינרי מקיף באשר להבחנה בין מתכונות הביקורת השיפוטית והסעדים שיהיו זמינים לצדדים שבפני בית המשפט בכל אחת מהן. לצורך השוואה, הבחנות אלה מוסדרות היטב בשיטות קונטיננטליות, שבהן קיימים אורגנים שלהם הסמכות הבלעדית להחיל ביקורת חוקתית "על פני החוק".²¹ גם בארצות הברית, כפי שנראה בהמשך, קיימת לפחות

20 לדוגמה מהעת האחרונה לסעד מסוג זה ראו בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012). בפסק הדין נדונו יחד כמה עתירות נגד חוקתיות ההסדר שבס' 11(ב) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]. בעתירות נטען כי ההסדר בסעיף מפלה משום שהוא כולל רשימה פרטנית של יישובים אשר תושביהם זכאים להנחות במס ההכנסה, ללא הגדרת קריטריונים לזכאות להטבות. חלק מהעותרים טענו נגד חוקתיות תיקון 146 לפקודה, שבמסגרתו הוספו יישובים לרשימה שלא לפי קריטריונים מוגדרים, בכללותו; עותרים אחרים, יישובים ספציפיים, ביקשו להרחיב את תחולת ההטבות כדי שגם הם יזכו להן. בית המשפט העניק סעד כפול: נקבע כי תיקון 146 לפקודה אינו חוקתי, אך בטלותו הושהתה כדי להעניק למחוקק הזדמנות נוספת לתקן את החוק; בה בעת הורה בית המשפט להעניק את הטבות המס לשלושה יישובים אשר הופלו לרעה ביחס ליישובים שכנים, קרי להרחיב את תחולת ההטבות. אגב כך דן בית המשפט במעמד תרופת הרחבת ההסדר במשפטנו. שם, פס' 57–60 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש.

21 קיימות שיטות רבות שבהן מופעלת ביקורת שיפוטית מופשטת ("אבסטרקטית") על חוקתיותם של חוקים כעניין שבשגרה, ועל ידי אורגנים המוסמכים לכך במיוחד, למשל בשיטה הגרמנית ובשיטה הצרפתית. ההבחנה בשיטות אלה בין שתי מתכונות הביקורת השיפוטית מובנית היטב, לפחות ברמה העקרונית, הן בהיבט הפרוצדורלי והן בהיבט המוסדי. בצרפת ובגרמניה מוחלת ביקורת חוקתית מופשטת על ידי מוסדות ייעודיים לתפקיד זה. לאור מאפיינים אלה השיטות הללו אינן בסיס מתאים להשוואה למקרה הישראלי, שכן האופן שבו מוחלת בהן ביקורת שיפוטית נבדל הבדל ניכר ויסודי מהאופן שבו מוחלת ביקורת שיפוטית בישראל. ראו Alec Stone, *Birth and Development of* Abstract Review: Constitutional Courts and Policymaking in Western Europe, 19 POL'Y STUD. J. 81 (1990); DONALD P. KOMMERS, *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE* .FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 10–15 (2nd ed. 1997).

להלכה הבחנה דוקטרינרית ברורה בין שתי מתכונות הביקורת השיפוטית, ויש לה משמעויות מעשיות.²² עושה רושם שהכלל בסוגיה מרכזית זו בישראל, כפי שנהוג לומר אצלנו, הוא "הכל לפי נסיבות העניין". פרשות בוגרי התיכון הערבי ואיגוד הנאמנים מבטאות היטב את העמימות בגישת בית המשפט בהקשרים אלו. אולם בטרם נתעמק בהן נבחן תחילה את הרקע שבו הן משתלבות.

2. נקודת המוצא: ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית בישראל

מקובל לעמוד על כמה מגמות מרכזיות בביקורת השיפוטית בישראל מאז שנות השמונים, ובהן צמצום מגבלות השפיטות,²³ הרחבה ניכרת של זכות העמידה ותפיסה דומיננטית של תפקיד בית המשפט כמי שאמון על הבטחת שלטון החוק.²⁴ מכלול המגמות הללו משקף, מבחינה תפיסתית, נטייה ברורה לטובת ביקורת שיפוטית "על פניהם" של חוקים ללא זיקה הכרחית ליישומם בנסיבות קונקרטיות. בשיטה שבה נכון בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית כל אימת שעותר מעלה עניין בעל אופי ציבורי ותובע את "עלבון הפרת החוק",²⁵ ממילא מתייתרת הדרישה לקיומן של נסיבות כאמור או לאינטרס אישי ממשי של העותר.²⁶ מכאן אין להסיק כמובן כי מעת שפתח בית המשפט את שעריו בפני עותרים, אף אם הם נעדרו זיקה ישירה לסוגיה שבלב העתירה, מחויב הוא להכריע לגופו של עניין בכל עתירה המובאת לפתחו. לא נאמר אלא שהתפיסה המאפיינת את הפרקטיקה השיפוטית בישראל כיום באשר לביקורת שיפוטית על חוקים אינה כורכת ככלל את שאלת החוקתיות בשאלת היישום.

22 ראו דיון מפורט להלן בס' 2.ב).

23 ראו למשל דפנה ברק-ארו "מהפכת השפיטות: הערכת מצב" הפרקליט 3 נ (2008).

24 ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 174, 177–176 (מהדורה שישית, 2005); Itzhak Zamir, *Administrative Law: Revolution or Evolution?* (In Response to Prof. D. Kretzmer), 24 ISR. L. REV. 356 (1990). עוד ראו למשל דברי השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד (4) 429, 441 (1980): "שערי של בית המשפט מן הראוי שיהיו פתוחים לרווחה לפני כל עותר כן ורציני, המצביע על בעיה ציבורית אשר פתרונה דרוש למען הצדק [...] גישה זו רואה בבית המשפט אורגן ממלכתי החייב לתרום את חלקו להשלטת שלטון החוק"; וכן אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 21 (2004): "תפקידיו של השופט רבים [...] שניים מתפקידיו העיקריים: גישור על הפער שבין המשפט למציאות החיים והגנה על החוקה ועל ערכיה".

25 ראו בג"ץ 2148/94 גלברט נ' נשיא בית המשפט העליון, פ"ד מח(3) 573, פס' 8 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (1994).

26 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 177.

מסקנה זו מעוגנת היטב בפסיקת בית המשפט העליון.²⁷ כך, באחד עשר המקרים שבהם נפסלה חקיקה מאז מתן פסק הדין בעניין בנק המזרחי²⁸ התקיים הדיון בחוקתיות החוק שעמד לבחינה "על פני החוק", במופשט, שלא בזיקה הכרחית לנסיבות קונקרטיות שבהן יושם.²⁹ פסק הדין בעניין החטיבה לזכויות האדם בסוגיית הפרטת בתי הסוהר

27 שם, בעמ' 177, 225–226 וההפניות שם: "לא אחת נכון בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית גם כאשר מדובר בסוגיות כלליות. המדובר בשני סוגים עיקריים של מקרים: האחד, עניינו ביקורת שיפוטית על חקיקה. ההלכה היא כי אין מניעה להחיל ביקורת שיפוטית ביחס לחקיקה ראשית ולחקיקת משנה לא רק באשר ליישום החוק במקרה מסוים, אלא אף באופן כללי" (שם, בעמ' 225); עוד ראו למשל דנג"ץ 4110/92 הס' נ' שר הביטחון, פ"ד מח(2) 811, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1994), שם הפך בית המשפט את החלטתו בבג"ץ 873/89 לדחות על הסף עתירה נגד חוקיות הוראות הפתיחה באש של צה"ל בעילת כלליות. בדיון הנוסף אומצה עמדת המיעוט של השופט גולדברג באשר להיעדר קשר הכרחי בין ביקורת שיפוטית לבין קיומן של נסיבות קונקרטיות: "יש והקונקרטיות גלומה בהוראה עצמה, אותה מבקשים לבטל, ובידי בית המשפט להכריע בסכסוך, אף אם לא ארע מעשה בפועל. יש שההכרעה נדרשת כדי להקדים רפואה למכה, במיוחד באותם מקרים בהם לא ניתן יהא להחזיר הגלגל אחורנית, או כשראוהו כי העותר והציבור יידעו לכלכל צעדיהם מראש [...] במקרים אלה אין בית המשפט נותן חוות דעת משפטית בעלמא, אלא קובע את [...] החוקי והבלתי חוקי [...] התווית הדרך בה ילכו, אינה חייבת, על כן, להיות מלווה תמיד בהנחת תשתית עובדתית קונקרטית מעבר להוראה העומדת לדיון". הדברים הובאו בפסק דינו של הנשיא שמגר בדיון הנוסף גם בהתייחס ל"הוראת חקיקה בלתי חוקית"; ראו עמדה דומה בבג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 117, פס' 15 לפסק דינו של השופט גולדברג (1998).

28 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי).

29 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1 (2006); בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009); עניין פלוני, לעיל ה"ש 15; בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות (פורסם בנבו, 14.6.2010); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח הלאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012); עניין נסר, לעיל ה"ש 20. יודגש כי פסק הדין האחרון בעניין נסר, שבו נפסל כאמור הסדר בפקודת מס ההכנסה, מדגים את שתי מתכונות הביקורת השיפוטית: הדיון בתיקון 146 לפקודה נערך במופשט וברמה העקרונית. בית המשפט התמקד בפגיעה הכוללת בשוויון הנובעת מהיעדר הקריטריונים לחלוקת הזכויות להטבות, העולה לשיטת בית המשפט כדי פגיעה בכבוד האדם ואיננה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. בד בבד בית המשפט מתח ביקורת שיפוטית על ההסדר גם "כפי שיושם" (וליתר דיוק, לא יושם) בעניינם של היישובים הערביים והדרוזיים שהופלו, והעניק בהתאם סעד נוסף, קונקרטי: הרחבת הזכויות להטבות גם ליישובים אלו. לתיאור דומה של מגמה זו בפסיקה עד כה ראו גם ברק מדינה "ביקורת שיפוטית על חקיקה: פסקי-הדין בעניין חוק טל וחוק

הוא דוגמה מובהקת למקרה שבו נפסל חוק אף בטרם יושם. אמנם כמה מהשופטים הזכירו בפסק הדין את השאלה אם בכלל יש צורך להכריע בעתירה לגופה כשהחוק טרם יושם, אך השאלה לא עמדה במרכז הדברים והועלתה משיקולים מעשיים ולא משיקולים עקרוניים.³⁰ כפי שראינו לעיל, גם בפסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח³¹ התקיימה הבחינה החוקתית במופשט, וכאמור בית המשפט אף עמד שם מפורשות על כך שטענות הנוגעות ליישום החוק אינן מצויות בהכרח במישור חוקתיותו.³² "תקיפה ישירה" של חוקים בבית המשפט הגבוה לצדק התעצבה אפוא כדרך המלך להחליט ביקורת שיפוטית על חוקים, והבחינה החוקתית התקיימה ככלל "על פני החוק".

נחוץ לאזן מעט את התמונה. לצד הנכונות הרחבה מצד בית המשפט לדון ולהכריע בסוגיות חוקתיות ללא זיקה הכרחית לנסיבות קונקרטיות, גם התפיסה שלפיה נדרש ריסון שיפוטי מיוחד בביקורת שיפוטית על חוקתיותה של חקיקה ראשית איננה חדשה כמובן בפסיקה.³³ סמכותו של בית המשפט לבטל חוקים תוארה לא אחת כ"נשק

הנכבה" בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית 27.2.2012 www.hebrewu-law.blogspot.co.il/2012/02/blog-post_27.html#comment-form.

30 עניין חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 29. הטעם שבבסיס עמדתם של מרבית שופטי הרוב (למעט אולי השופטת פרוקצ'יה) לפסילה היה הפגיעה הנוספת בזכויות האסירים הנובעת מעצם התפרקות המדינה מסמכויות הכליאה, ולא הפגיעה העתידית בזכויות שתיגרם אגב ניהולו השוטף של המתקן על ידי אורחים. בהקשר זה ראוי לשים לב לכמה אמרות אגב רלוונטיות בפסק הדין הנוגעות ישירות בשאלה אם במשפטנו יש מקום להחיל ביקורת שיפוטית על חוק אף טרם יישום. הנשיאה ביניש ציינה כי "עניינם [של חששות העותרים] הוא בפגיעה עתידית בזכויות אדם, שהפוטנציאל להתרחשותה אינו ודאי; ולפיכך ספק אם די בה כדי להקים בסיס חוקתי לפסילת חקיקה ראשית" (שם, פס' 19 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). השופט לוי, שהיה בעמדת המיעוט, קבע: "להשקפתי, ביקורת חוקתית הצופה פני עתיד אפשרית אך משקיית סבירות גבוהה, שמא אומר גבוהה עד מאד, להתממשותן של ההנחות שבבסיסה [...] זו הסיבה בגינה התקשיתי להשלים עם עמדה אשר יסודה בהידרשות לפוטנציאל הפגיעה בזכויות, שעה שאינך יודע היום מה הסיכויים להתממשותו" (שם, פס' 5 לפסק דינו). עולה שלפחות מבחינה רטורית גם כאן אפשר לזהות גישה הדוחה ביקורת שיפוטית טרם יישום החוק, בהיעדר נסיבות קונקרטיות, ובהיעדר "ודאות קרובה" לפגיעה בזכויות. אלא שהתוצאה האופרטיבית של פסק הדין כאמור מובילה למסקנה שונה. לביקורת על פסק הדין ראו מיכל טמיר ואסף הראל "על כבוד האדם והפרטה: בעקבות בג"צ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (2009)" משפטים מא 663 (2011).

31 יודגש כי פסק הדין ניתן אחרי ההכרעה בפרשות בוגרי התיכון הערבי ואיגוד הנאמנים.

32 ראו הדיון לעיל בס' א.1.

33 בפרשת בנק המזרחי עצמה, לעיל ה"ש 28, פס' 88–89 לפסק דינו, ציטט הנשיא (בדימוס) שמגר כאמרת אגב את דברי שופט בית המשפט העליון האמריקאי ברנדייס בפרשת *Ashwander* באשר לקווים המנחים המתווים ריסון שיפוטי בשאלות חוקתיות במשפט האמריקאי. עם אלה נמנים בין היתר הגבלת ההכרעה לעניין חוקתיותה של חקיקה להליכים אדוורסריים; הכרעה בשאלות חוקתיות רק כחלופה אחרונה ורק אם הדבר הכרחי להכרעה במחלוקת של ממש בין בעלי הדין; הימנעות

בלתי-קונבנציונלי" שיש להשתמש בו רק במקרים בולטים של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים.³⁴ העובדה כי מאז פסק הדין בעניין בנק המזרחי נפסלו רק הוראות חוק ספורות היא כשלעצמה עדות לריסון זה.

גם בעבר גילה בית המשפט – כנגזרת מהמחויבות לריסון – רגישות לצורך בנסיבות קונקרטיות כבסיס להחלת ביקורת שיפוטית, בכלל זה באשר לשאלות חוקתיות. בתוך כך אף נדרש בהקשרים שונים לדוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה (לעתים קרובות תוך שימוש במינוחים אחרים, כגון עתירה מוקדמת או כללית) ולדוקטרינת הבעיה האקדמית.³⁵ עם זאת שימוש זה בדוקטרינת הבשלות, הכורכת מעצם הווייתה את שאלת החוקתיות בשאלת היישום, היה עד כה מצומצם למדי בהקשר החוקתי.³⁶ והנה בפרשות בוגרי

מקביעת כללים חוקתיים רחבים מן הנדרש לצורך הכרעה בעובדות הקונקרטיות שלפניו, אשר בהן יש ליישמו; אם אפשר להכריע בדרכים חלופיות, כמו פרשנות, יש להימנע מהכרעה בשאלה החוקתית; דיון בעתירה חוקתית רק אם העותר הראה שנפגע בעצמו בגלל הפעלת החוק. הגישה העולה מקווי מנחים אלו, כמיטב המסורת האמריקאית, דוחה באופן עקרוני ביקורת שיפוטית "על פניהם" של חוקים. אולם כבר שם עמד הנשיא שמגר על ההבדלים בין השיטה האמריקאית לבין השיטה הישראלית בהיבט זכות העמידה, וגישה זו אינה משקפת כאמור את הפרקטיקה השיפוטית בבית המשפט העליון מאז. עוד בהקשר זה ראו למשל עניין לשכת מנהלי ההשקעות בישראל, לעיל ה"ש 29, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 256–259 והמקורות שם.

34 ראו בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, פס' 2 לפסק דינו של השופט זמיר (1996).

35 ההישענות על היעדר מסכת עובדתית קונקרטית בדחיית עתירות בהקשר המנהלי ודאי אינה חדשה, וראו יואב דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית-המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כ 93 (1996); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 225–228. בהקשר החוקתי ראו לדוגמה ע"פ 3660/03 עביד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.9.2005), שבו נדחתה עתירה נגד חוקתיות של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב–2002 בנימוק כי בית המשפט אינו מכריע בסוגיות שנעשו אקדמיות (moot) הואיל וההכרעה אינה רלוונטית עוד לעניינם של העותרים ששוחררו במהלך ההליכים. אולם הנשיא ברק הדגיש כי "אין מניעה עקרונית להבאת סוגיה זו בפני בית משפט זה [...] בהינתן הצורך להכריע בה באופן קונקרטי, ולא בעלמא" (פס' 6 לפסק דינו של הנשיא ברק); השוו עניין פלוני, לעיל ה"ש 15, שם בנסיבות דומות למדי דווקא דן בית המשפט בעתירה לגופו של עניין ואף פסל את החוק.

36 דוקטרינת הבשלות (ripeness) הופיעה באופן מובהק בהקשר של ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים בבג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 18.1.2006), שבו נדחתה עתירה נגד הוראות מסוימות בחוק יישום תכנית ההתנתקות בשל קיומו של סעד חלופי. השופטת (כתוארה אז) נאור, באמרת אגב, סברה שאפשר להחיל גם את דוקטרינת הבשלות, וקבעה: "כאמור, על הכרעה שיפוטית מושכלת להיות קשורה בטבורה לעובדות קונקרטיות העולות מהמקרה, וזאת אף אם המקרה מעורר שאלה חוקתיות. [...] לפיכך, גם בהקשר החוקתי, דוקטרינת הבשלות מאפשרת לבית המשפט להחליט שההכרעה בשאלה החוקתית המונחת לפניו תתקבל בשלב מאוחר יותר, אם בכלל" (פס' 6 לפסק דינה של השופטת נאור). ראו גם בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202,

התיכון הערבי ואיגוד הנאמנים הוצבה זו במרכז הבמה. נסקור עתה את עיקרי עמדתו של בית המשפט בשתי הפרשות.

3. פרשת בוגרי התיכון הערבי

בעניין בוגרי התיכון הערבי נדחתה עתירה נגד חוקתיותו של חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א–2011, המכונה לעתים "חוק הנכבה". החוק מסמיך את שר האוצר להפחית מתקציבו של גוף מתוקצב או נתמך לאחר קבלת חוות דעת, בכפוף לשימוע ובהסכמת השר הממונה אם נמצא בין היתר כי הגוף הוציא הוצאה "שהיא במהותה שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", או ציון יום הקמת המדינה כיום אבל.³⁷ העותרים תקפו את חוקתיות החוק בכמה וכמה טענות.³⁸ בין היתר טענו כי החוק פוגע בחופש הביטוי ויוצר השפעה מצננת שיש בה כדי להרתיע פרטים וארגונים מביצוע פעולות שונות מחשש שהדבר יוביל להטלת הסנקציות הקבועות בחוק. עוד טענו כי החוק פוגע בשוויון, שכן על אף ניסוחו ה"ניטרלי" הוא מכונן במובהק כלפי הציבור הערבי.

ההיבט המעניין בפסק הדין הוא הטעם שניתן לדחיית העתירה: בית המשפט דחה את העתירה על הסף בעילת חוסר בשלות מבלי להתייחס כלל לטענות העותרים לגופן.³⁹ וכך קבעה השופטת (כתוארה אז) נאור:

פס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2006): "השופט [...] מגביל עצמו לשאלות קונקרטיות שיש להכריע בהן נפקות ממשית ואשר חיוני להכריע בהן. אין הוא נותן חוות-דעת מייעצות ואין הוא מכריע בשאלה שטרם באה לעולם, או בשאלה שחלפה מן העולם. על כללים אלה מצווה בית-המשפט להקפיד במיוחד בעת שאוחז הוא באמצעי החריף הנתון בידיו, והשמור למקרים בהם אין מנוס מכך – של הכרזה על בטלותו של חוק שנתקבל בבית-הנבחרים" (ההדגשה הוספה – י"צ). סוגיית הבשלות הועלתה אגב אורחא על ידי הנשיא ברק גם בעניין עדאלה, לעיל ה"ש 29, שבו נפסל ס' 15 לחוק הנוזקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב–1952, שהוסף בחוק הנוזקים האזרחיים (תיקון מס' 7), התשס"ה–2005, ס"ח 953. העתירה בעניין חוקתיותו של ס' 5ב לחוק נדחתה בנימוק כי "בנסיבות אלה [...] טרם בשלה העת להכריע בחוקתיותו של סעיף 5ב. הרבה תלוי באופן יישומו ובפירוש שיוענק להוראות הסעיף" (פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק). ראו גם בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 22.3.2009) (דחייה על הסף של עתירתו של עורך דין כנגד חוקתיותו של אחדות מהוראות פקודת מס הכנסה [נוסח חדש] שהוספו בפקודת מס הכנסה (תיקון מס' 147), התשס"ה–2005, ס"ח 766 בנימוק כי העותר לא הניח תשתית עובדתית קונקרטית ולכן העתירה אינה בשלה); בג"ץ 5887/08 נפאע נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 18.6.2009).

37 סעיף 3ב לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985.

38 עם העותרים נמנו עמותת בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה, הורים לתלמידים בבית ספר דו-לשוני ודו-לאומי במשגב, וכן איש אקדמיה ישראלי שערער בכתיבתו על אופייה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

39 לדיון נרחב בדוקטרינת הבשלות ראו להלן בס' ב.2(א).

דין העתירה להידחות בלא הכרעה בשאלות החוקתיות שהוצבו לפתחנו [...] לא אחד, העתירה שלפנינו מעלה שאלות וסוגיות חשובות ועקרוניות. ואולם, על אף חשיבותן ומורכבותן של הסוגיות אין לעת הזו מקום להידרש אליהן לגופן.⁴⁰

הנשיאה (בדימוס) ביניש הצטרפה לפסק הדין והוסיפה:

אני מסכימה [...] כי העתירה שלפנינו מעוררת שאלות מורכבות בעלות חשיבות ציבורית. אדגיש ואומר כי שאלות אלה עלולות בנסיבות מסוימות לרדת לשורש הבעיות המפלגות את החברה בישראל. אולם, מקובלת עלי גם עמדתה של חברתי כי מדובר בעתירה שאינה בשלה לדיון השיפוטי. ברמה הצהרתית אכן מעורר החוק על פניו שאלות קשות ומורכבות, אלא שחוקתיותו של החוק תלויה, מלכתחילה במידה רבה בתוכן הפרשני שינתן להוראותיו, והדבר יתברר רק בשלב יישומו.⁴¹

הן השופטת נאור והן הנשיאה ביניש הכירו, כעולה מדבריהן, בכך שמתעוררות שאלות כבדות משקל "על פני החוק". אלא שהללו לא זכו להתייחסות של ממש, שכן בית המשפט בחר לדחות את הדיון בעתירה בעילת סף. בית המשפט גרס כי הפעלת דוקטרינת הבשלות הולמת את נסיבות המקרה כיוון שהעתירה אינה נשענת על מערכת עובדות "קונקרטית, ברורה ושלמה החיונית לצורך הכרעה שיפוטית עקרונית".⁴² השופטת נאור קבעה כי "דרך המלך" לתקיפת "חוק הנכבה" מעתה ואילך היא בהגשת עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים, המוסמך לדון בעתירות בעניין הפחתת תמיכות לפי החוק, שם יהיה אפשר לשיטתה, במסגרת דיון ביישום החוק במערך נסיבות קונקרטי, להעלות שאלות בדבר חוקתיות החוק.⁴³ אפשר לפרש את עמדתו של בית המשפט כקביעה כי חוקתיות החוק תיבחן "כפי שיישם" כלפי הנפגע העתידי הספציפי. אלא שהשופטת נאור הדגישה כי היא אינה קובעת דבר באשר לחוקתיות הסדרי החוק לגופו של עניין, ולכן מבחינה תאורטית ייתכן בהחלט שבמסגרת הליך כזה בעתיד, אם וכאשר יתקיים, תיערך הבחינה בסופו של דבר "על פני החוק".

נקודה נוספת שיש לתת עליה את הדעת בפסק הדין היא שיקול הדעת הרחב ששומר לעצמו בית המשפט בבואו להכריע אם לדון בעתירה נגד חוקתיותו של חוק מראש ו"על פני החוק", בהיעדר נסיבות קונקרטיות. השופטת נאור הדגישה שבצד הכלל שלפיו בית המשפט לא ידון בשאלות חוקתיות במופשט ייתכנו מקרים שבהם יבחן עתירה חוקתית

40 עניין בוגרי התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 24 לפסק דינה של השופטת נאור.

41 שם, פסק דינה של הנשיאה ביניש.

42 שם, פס' 28 לפסק דינה של השופטת נאור.

43 שם, פס' 34 לפסק דינה של השופטת נאור.

לגופה גם בהיעדר נסיבות קונקרטיות. כך לדבריה במקרים שבהם דחיית הדיון בעתירה עד להתגבשותה של תשתית עובדתית ספציפית תסב לעותרים "נזק רב". אלא שהשופט נאור נמנע מלדון בשאלה מהי עצמת הנזק הנדרשת, או מהן הנסיבות שעשויות להצדיק בחינה חוקתית "על פני החוק".⁴⁴ הדבר מבליט את העמימות האופפת את גישת בית המשפט בשאלה באילו מקרים יראה צורך לדון בחקיקה "על פניה" גם מראש, באילו מקרים יפנה את העותרים לחלופה של תקיפת החוק אגב יישומו,⁴⁵ ומה תהיה מתכונת הביקורת השיפוטית שתוחל בסופו של דבר.

4. פרשת איגוד הנאמנים

בפסק הדין בעניין איגוד הנאמנים,⁴⁶ שניתן זמן קצר לאחר מתן פסק הדין בעניין בוגרי התיכון הערבי, נדונה עתירת איגוד הנאמנים בשוק ההון נגד הוראות מסוימות בחוק האכיפה המנהלית.⁴⁷ העתירה התמקדה באיסור על ביטוח נגד הליכים מכוח החוק ובאיסור על שיפוי בגין עיצומים כספיים שיוטלו על תאגיד או על מי מעובדיו בהליכים כאמור. בית המשפט, מפי המשנה לנשיאה ריבלין ובהסכמת השופטים הנדל ופוגלמן, דחה גם כאן את העתירה בעילת סף של חוסר בשלות, בציינו כי טרם הוחל ביישומם המלא של ההסדרים בחוק.⁴⁸

מעט בשונה מדברי השופט נאור בעניין בוגרי התיכון הערבי, שהתמקדו בשיקול הדעת השמור לבית המשפט בוויסות העתירות המגיעות לפתחו,⁴⁹ דברי המשנה לנשיאה עומדים בזיקה רחבה לשאלת השפיטות תוך היזקקות לדוקטרינות החלות בהקשר זה בארצות הברית.⁵⁰ לשיטתו, בית המשפט האמריקאי "נדרש להימנע מלדון בעניינים

44 שם, פס' 31 לפסק דינה של השופטת נאור. יצוין כי השופטת רמזה שאילו התקבלה הצעת החוק המקורית, שכללה סנקצייה פלילית, ייתכן שהיה אפשר לראות בכך "נזק רב" עד כדי הצדקת ביקורת שיפוטית טרם יישום החוק. עם זאת השופטת מיהרה לסייג את דבריה והבהירה כי לא בכל מקרה שבו תוגש עתירה התוקפת את חוקתיותו של איסור פלילי תוכר העתירה כבשלה להכרעה.

45 נחדר: המינוח "אגב יישומו" של חוק פירושו לאחר שהחוק יושם בפועל, להבדיל מ"כפי שיישום", המתייחס, כמו שהוסבר לעיל, למתכונת הביקורת השיפוטית שתוחל.

46 לעיל ה"ש 2.

47 חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א–2011. החוק יוצר מנגנון של אכיפה מנהלית כלפי גורמים הפועלים בשוק ההון ומאפשר בתוך כך הטלת קנסות מנהליים עד לסכום מרבי של חמישה מיליון ש"ח.

48 עניין איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 2, פס' 12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

49 עניין בוגרי התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 25 לפסק דינה של השופטת נאור.

50 עניין איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 2, פס' 12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין: "העתירה היא עתירה בלתי בשלה שאינה נסמכת על מקרים שהתרחשו ואשר היה בהם כדי להמחיש את הנטען בה. כלל הוא שאין בית משפט זה דן בעתירות חוקתיות כוללניות ובלתי בשלות לדיון והכרעה. זהו אחד

שבהם אין כבר, או אין עדיין, סכסוך אמיתי בין צדדים יריבים, לאמור, בעניינים בהם ממילא אין נפקות קונקרטיות וממשית להחלטת בית המשפט.⁵¹ בהקשר החוקתי, כך המשנה לנשיאה, משמשות הנסיבות העובדתיות הקונקרטיות גם אמצעי סינון, המצמצם את ההתערבות השיפוטית רק לשאלות החוקתיות שהכרעתן הכרחית לצורך פתרון סכסוך קונקרטי ובכך מאפשר קבלת הכרעה שיפוטית מושכלת.⁵² לעניין הביקורת השיפוטית החוקתית קובע המשנה לנשיאה:

ישום תורת הבשלות במסגרת הביקורת השיפוטית החוקתית – ממקד אותה בהימנעות מבחינה טרום-אכיפתית של החוק (pre-enforcement); ככלל, ראוי כי בעל דין יתקוף חוקתיותו של חוק רק מקום בו הוא נתבע בפועל על הפרתו – שאז יוכל להתגונן כנגד הכוונה להטיל עליו סנקציה, בשל ההפרה, בטענה שהחוק המופר אינו חוקתי.⁵³

נראה שגישתו של המשנה לנשיאה בכללותה משקפת דחייה עקרונית של ביקורת חוקתית "על פני החוק" במנותק מנסיבות קונקרטיות, ואימוץ גישה שלפיה בדרך כלל יש לבחון חוקתיות חוקים כפי שיישמו. בבסיסה טעמים הנוגעים להפרדת רשויות ותפיסת תפקידו של בית המשפט. המשנה לנשיאה קובע כאן מפורשות כי דרך המלך לתקיפת חוקתיותו של חוק היא דווקא מסלול התקיפה העקיפה אגב התדיינות משפטית בסכסוך

מכללי השפיטות" (ההדגשה הוספה – י"צ). המשנה לנשיאה מפנה שם לדוקטרינות השפיטות הנוהגות בארצות הברית.

51 שם, פס' 13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. המשנה לנשיאה ממשיך ומונה טעמים התומכים בהצבת מגבלות לשפיטות. אלה הם שימור עקרון הפרדת הרשויות על ידי הימנעות שיפוטית מהתערבות בשאלות מופשטות שהכרעה בהן אינה הכרחית ושיפור היעילות השיפוטית. זאת בשני היבטים – הפחתת העומס על בית המשפט והתמקדות ב"תחום מומחיותו": "בירור סכסוכים קונקרטיים על סמך עובדות מגובשות. המשנה לנשיאה מבליט במיוחד טעם נוסף, שעניינו שימור אמון הציבור בבית המשפט: "וחשוב מכל – תורות השפיטות משמרות את משאבי הרשות השופטת ומאפשרות לה למקד את כוחותיה לצורך הכרעה בשאלות אשר חיוני כי תכריע בהן. אין המדובר רק במשאבים פיננסיים ומשאבים של זמן כי אם גם במשאבים של אמון הציבור"; ובהמשך "הגמשת מכשולי השפיטות, יש עימה מחיר: היא מסירה מבית המשפט מקצת ממחסומי ההגנה החשובים שלו [...] בית המשפט צריך שישמר את משאביו על מנת שיעמדו לו ביום פקודה – מילוי התפקיד של הגנה על זכויות היסוד" (פס' 18–19 לפסק דינו). המשנה לנשיאה מסכם באמרו "עמדת, כאמור, היא כי דוקטרינת היעדר הבשלות, כמו גם דוקטרינות השפיטות האחרות, מקיימות גם את התכלית החשובה של שימור משאביו האחרים של בית המשפט – ובראשם אמון הציבור – למקרים שבהם נדרשת התערבותו על-מנת למנוע פגיעה למעשה בזכויות היסוד" (פס' 20 לפסק דינו); ראו גם דברים דומים שאמר לאחרונה בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 1–11 לפסק דינו (פורסם בנבו, 11.1.2012).

52 עניין איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 2, פס' 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

53 שם, פס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

קונקרטי.⁵⁴ אולם גם כאן, כמו בפרשת בוגרי התיכון הערבי, לא נשללה האפשרות כי במסגרת תקיפה עקיפה כאמור תתקיים הבחינה "על פני החוק". עם זאת פסק הדין מותיר פתח לביקורת חוקתית "על פני החוק" גם בהיעדר נסיבות קונקרטיות, ובדומה לגישה העולה מעניין בוגרי התיכון הערבי מפקיד שיקול דעת נרחב בידי בית המשפט בשאלה באילו נסיבות לקיימה. מדבריו של המשנה לנשיאה, שלפיהם על בית המשפט לשמר את משאביו לקראת "יום פקודה", שבו יהיה עליו להגן על זכויות יסוד חוקתיות, עולה במרומו כי בעת הצורך יידרש לבחינת חוקתיותו של חוק גם בהיעדר נסיבות קונקרטיות.⁵⁵ הדברים מובהקים יותר בדבריו הקצרים של השופט פוגלמן בפסק הדין, שהבהיר כי "ההחלטה באילו נסיבות ייעשה שימוש בדוקטרינת הבשלות היא תלוית נסיבות, ונתונה לשיקול דעתו של בית משפט זה".⁵⁶

5. משמעות אימוץ דוקטרינת הבשלות אל תוך השיח החוקתי הישראלי

דוקטרינת הבשלות כפי שיושמה בעניין בוגרי התיכון הערבי ואיגוד הנאמנים היא כלי חדש⁵⁷ בידי בית המשפט לשם ויסות עתירות המובאות לפתחו נגד חוקתיותה של חקיקה ראשית.⁵⁸ "חדש" – שכן הגם שהיא מוצגת כחלק בלתי נפרד ממשפטנו מימים ימימה,⁵⁹

54 שם, פס' 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין: "התקיפה הקונקרטית היא תקיפה עקיפה שיתרוונה, כאמור, במיקוד ההתדיינות במחלוקות אמיתיות וביכולת לקיים הכרעה מושכלת על-פי נתוני אמת, הממחישם, לכאן או לכאן, את נפקותו של החוק העומד לביקורת". גישה דומה עולה מדברי המשנה לנשיאה ריבלין בעניין פלוני, לעיל ה"ש 15, בפס' 9 לפסק דינו: "במובנים מסוימים דווקא דרך התקיפה העקיפה היא הדרך הראויה להעמיד הוראת חוק למבחן חוקתי, וערר מהסוג הנדון – אפילו אם בינתיים הפך תיאורטי – הוא דרך הולמת להצגת שאלה חוקתית לבית המשפט העליון".

55 בפרשת פלוני, לעיל ה"ש 15, הפכה העתירה תאורטית באשר לעותר הקונקרטי במהלך ההליכים משום שפקעה העילה שמכוחה נמנעה הבאתו לבית המשפט. עם זאת בית המשפט קיים כאמור דיון לגופו של עניין בעתירה אף על פי שנעשתה תאורטית באשר לעורר הספציפי, ובחן את חוקתיות החוק "על פני החוק". המשנה לנשיאה ריבלין התייחס בפס' 9 לפסק דינו לנסיבות שבהן יקיים בית המשפט דיון כאמור: "לא פעם עולה שאלת הדיון בסוגיה תאורטית במסגרת עתירות לבית המשפט הגבוה לצדק. הכלל הוא שבית המשפט אינו נוהג לדון בסוגיה תאורטית ומבכר להמתין בקביעת הלכות ער-בוא מקרה פרטני מתאים. אולם במקרים מסוימים ייוקק בית המשפט בכל זאת לעתירה בעלת אופי תאורטי". גם מכאן אין עולה מהן אותן נסיבות.

56 עניין איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 2, פסק דינו של השופט פוגלמן.
57 הגם שהדוקטרינה הוזכרה במסגרת עילות הסף העומדות לרשותו של בית המשפט בהפעלת שיקול דעתו אם לדון בעתירה לפי ס' 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה (וראו למשל עניין סגל, לעיל ה"ש 24), נעשה בה כאמור שימוש מצומצם בלבד בפסיקה בהקשר החוקתי עובר להכרעה בשתי הפרשות. ראו לעיל ה"ש 36.

58 כאמור, היא איננה חדשה כאשר הדברים אמורים בתחום המנהלי.

עובר להכרעה בשתי הפרשות הוחלה הדוקטרינה בהקשר החוקתי רק במקרים בודדים.⁶⁰ ניתוח פסקי הדין מגלה כי הטעמים שמציגה השופטת נאור לתמיכה בהחלת הדוקטרינה מתמקדים בצורך ב"מערכת עובדות קונקרטית ברורה ושלמה החיונית לצורך הכרעה שיפוטית עקרונית".⁶¹ לעומתה, מדברי המשנה לנשיאה ריבלין עולה בבירור רב יותר כי דוקטרינת הבשלות היא למעשה מבחן גמיש של שפיטות, החדש למדי לשיטה הישראלית בתחום החוקתי, אשר פועלו העיקרי הוא במישור הזמן. הדוקטרינה מאפשרת לבית המשפט לדחות דיון בעתירות חוקתיות כשלהערכתו אין זה בטוח כלל שהחוק שבפניו ייושם באופן שיפגע בזכויות יסוד, ועל כן התערבותו, לפחות לכאורה, אינה נדרשת.

כפי שראינו לעיל, מסתמן כי טעמיה של השופטת נאור אינם מתיישרים עם הפרקטיקה הנוהגת בשיטתנו באשר לביקורת שיפוטית על חוקים. הלכה למעשה בית המשפט אינו יוצר זיקה הכרחית בין היקף יישום החוק לבין בחינת חוקתיותו. בחינה זו נעשית על פי רוב באמצעות החלת מבחני המידתיות "על פניהם" של החוקים ובמופשט, אף שנסיונות קונקרטיים עשויות לשמש כלי עזר מועיל.⁶² הדברים אמורים גם במקרים שבהם החוק הנבחן כבר יושם. יצירת זיקה הכרחית כזו היא בבחינת חידוש, ופסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח⁶³ מוכיח שוב את הטענה כי עמדה זו אינה העמדה המקובלת.

נראה אפוא שטעמיו של המשנה לנשיאה ריבלין מספקים הסבר משכנע יותר של הרציונל העומד מאחורי החלת דוקטרינת הבשלות על ידי בית המשפט. ניתוח הדוקטרינה כמבחן של שפיטות מעלה כי קיומן של נסיבות קונקרטיות אינו לב העניין. השאלה העיקרית היא אם קיימת הצדקה ממשית להתערבותו של בית המשפט בנקודת זמן מסוימת, או שמא מוטב לו לשמר את משאביו ולדחות את הדיון בחוק למועד מאוחר יותר באופן שעשוי אף לייתרו כליל – והכול לפי שיקול דעתו.⁶⁴ אם נשוב להבחנות האנליטיות שהונחו בראשית הפרק, מהרטוריקה השיפוטית בשתי הפרשות עולה כי בית המשפט מבקש לבחון את החוק שלפניו "כפי שיישם", אך הלכה למעשה מתכוון בית המשפט שהחוק ייבחן "לאחר שיישם", וגם אז תמשיך לעמוד לרשותו האפשרות לקיים

59 "וידוגש, השימוש בדוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה לא באה לאוויר העולם בחוות דעתי בעניין לובל אליו מפנה המדינה" עניין בוגרי התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 26 לפסק דינה של השופטת נאור.
60 ראו לעיל ה"ש 36; להתייחסות נוספת מהעת האחרונה לייבוא הדוקטרינה לישראל ראו בג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 7.6.2012).

61 עניין בוגרי התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 28 לפסק דינה של השופטת נאור.

62 ראו לעיל ה"ש 9.

63 יצוין כי הן המשנה לנשיאה ריבלין והן השופטת נאור ישבו בהרכב והיו בעמדת הרוב בפסק הדין, שניתן כאמור מאוחר יותר משני פסקי הדין מושא הערה זו.

64 הפעלת דוקטרינת הבשלות כמבחן של שפיטות עשויה להתפרש גם כטכניקת הימנעות חוקתית. על אודות השימוש בעילת הבשלות כטכניקת הימנעות ראו דותן, לעיל ה"ש 35, בעמ' 121 ואילך.

ביקורת שיפוטית "על פני החוק". בחינת החוק "כפי שיושם", כמו שראינו בראשית הפרק, היא מתכונת שונה לחלוטין של ביקורת שיפוטית מזו הנרמזת מדבריו של בית המשפט בשתי הפרשות. במובן זה כאמור הנפקות המרכזית של אימוץ דוקטרינת הבשלות היא במישור הזמן.

העולה מהדברים הוא שאימוץ דוקטרינת הבשלות אל תוך המשפט החוקתי הישראלי, לפחות בפרמטרים לפיהם יושמה בשני פסקי הדין, יסייג את התפיסה הרווחת בשיטתנו שלפיה אין מניעה להחיל ביקורת שיפוטית על חוקים "על פניהם" ואף מראש, בטרם יושמו. אפשר לפרש את הדוקטרינה גם כסייג לזכות העמידה המהותית⁶⁵ של עותרים המבקשים לתקוף חוק עוד בטרם יושם. סייג זה אינו מוחלט משום שבית המשפט הקפיד להותיר את הדלת פתוחה לרווחה לאפשרות שהוא יידרש לבחינת חוקתיותו של חוק גם בהיעדר נסיבות קונקרטיות. זאת, תוך הימנעות מהתייחסות מפורטת לנסיבות שבהן עשוי להתעורר הצורך לעשות כן והותרת ההחלטה לשיקול דעתו בכל מקרה לגופו.⁶⁶

מכל מקום, בשל הזמן הקצר שחלף מאז מתן פסקי הדין מוקדם בשלב זה לקבוע אם הגישה העולה מהם באשר לביקורת שיפוטית על חוקים, שיש בה כפי שראינו משום חידוש ניכר, תשתרש בפסיקה. לא נותר אלא להמתין ולראות. דווקא בשל כך ראוי לעמוד כבר עתה על משמעויות אימוצה של דוקטרינת הבשלות אל תוך השיח החוקתי הישראלי, אשר עמדו במוקדו של פרק זה. בה בעת ניתוח פרשות בוגרי התיכון הערבי ואיגוד הנאמנים מעלה צורך בהצבת תמרידי אזהרה באשר לקשיים העשויים להתעורר בעקבות יישום הדוקטרינה בתחום החוקתי. יסודות ראשוניים לכך אבקש להניח בפרק הבא.

ב. דוקטרינת הבשלות כמבחן מהותי

1. הצגת הבעיה: הקשיים המהותיים שמעוררות ההכרעות בעניין בוגרי התיכון הערבי ואיגוד הנאמנים

ראוי לשאול אם בסיטואציה שבה חוק טרם יושם, או השלכות יישומו טרם נתבהרו, די בהיעדר נסיבות קונקרטיות כשלעצמו כדי לדחות דיון בשאלות החוקתיות המתעוררות

⁶⁵ השימוש במונח "זכות עמידה מהותית" דורש ביאור. עותרים, ובכלל זה עותרים ציבוריים, אינם מנועים כמובן בהיבט הפרוצדורלי מלהגיש עתירות נגד חוקים שלא על רקע של נסיבות קונקרטיות. עם זאת החלת דוקטרינת הבשלות מספקת לבית המשפט כלי לצמצום זכות העמידה המהותית של עותרים כאמור באפשרה לו לדחות עתירות מסוג זה על הסף מבלי לדון בסוגיות המתעוררות באשר לחוקים "על פניהם".

⁶⁶ עניין בוגרי התיכון הערבי, לעיל ה"ש 1, פס' 33 לפסק דינה של השופטת נאור. ראו גם דבריו הקצרים של השופט פוגלמן בעניין איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 2.

בעתירה מטעמי חוסר בשלות. האם לא נחוצה כאן הערכה שיפוטית מהותית מראש באשר לאופיו של החוק העומד לבחינה "על פני החוק" והשפעתו האפשרית על זכויותיהם החוקתיות של פרטים במנותק משאלת יישומו? "חוק הנכבה", המשיית מגבלות על חופש הביטוי, הוא דוגמה מובהקת למקרה שבו עשויות להיות לחוק השלכות מעשיות מיידיות ללא קשר לשאלה אם וכלפי מי ייושם, שכן הוא עלול ליצור השפעה מצננת שתרתיע ציבור רחב למדי מביטויים שיש בהם, לתפיסת אותו ציבור, כדי לחשוף אותו לסנקציית התקציבית שבחוק. לחוק גם חשיבות סמלית, מעצם הקביעה כי ביטויים מסוימים מסווגים על ידי המחוקק כמצדיקים תגובה מן הסוג האמור בחוק.

ייתכן מיד שאין נטען כאן שהיה על בית המשפט לפסול את החוק. טענה כזו מחייבת בחינה מדוקדקת של שאלת חוקתיות החוק לפי ההכרעה אם יש כאן פגיעה בזכות יסוד חוקתית, ואם כן, אם הפגיעה מוצדקת לפי מבחני פסקת ההגבלה.⁶⁷ ייתכן בהחלט שבתום בירור יסודי של כלל השאלות שהחוק מעורר על פניו, החלטתו של בית המשפט לדחות את העתירה מבלי להכריע בה לגופו של עניין בשל חוסר ודאות עובדתית באשר לדרך שבה יופעל החוק תימצא מוצדקת. במילים אחרות, לב הביקורת כאן אינו נוגע לתוצאה שאליה הגיע בית המשפט אלא לבחירתו להפנות את העותרים למסלול של תקיפת החוק בעתיד, לאחר שיישום, מבלי לתת את דעתו על השאלה אם לאור תוכנו היה מקום לדון בחוקתיות החוק מראש.

ברומה לכך, גם בעניין איגוד הנאמנים מעוררת הכרעת בית המשפט קשיים לא מבוטלים. אפשר בהחלט לטעון כי הוראות חוק האכיפה המנהלית שנדונו בפסק הדין לעניין איסור ביטוח הליכי אכיפה מכוח החוק מטילות כשלעצמן נטל על אנשים מסוימים, וייתכן שנטל זה עולה כדי פגיעה בזכות יסוד חוקתית. מעבר לכך, הציפייה העולה מדברי המשנה לנשיאה ריבלין היא שאיסור הביטוח ייבחן רק לאחר שסנקציית כאמור תוטל בפועל, אלא שאז יהיה מאוחר מדי מבחינתו של מקבל הקנס, שכן אי אפשר יהיה לבטח את ההליך לאחר מעשה (גם אם יהיה אפשר להכשיר שיפוי בדיעבד). נראה שהשאלה המשפטית כאן, ככל שהדברים נוגעים בחוקתיותו של איסור הביטוח, ברורה ובלתי תלויה במשתנים עובדתיים שעשויים להתברר רק במסגרת דיון בחוק אגב הליך

67 במסגרת בחינה כזו ייתכן בהחלט שבית המשפט יגיע למסקנה שהחוק אינו פוגע כלל בזכות חוקתית. ראו למשל אורן גול-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא 97 (2011), שם מציעים המחברים כי כדי שפעולה תוגדר כפוגעת בזכות יסוד, על הטוען לפגיעה להצביע על נשאי זכויות מסוימים ומוגדרים מספיק, על ישירות הקשר שבין הפעולה לפגיעה ועל רמת ודאות גבוהה שהפעולה אכן תוביל לפגיעה בערך המוגן. לפי גישה כזו, השפעה מצננת של חוק על ציבור בלתי מוגדר של אנשים לא תוגדר כשלעצמה כפגיעה בזכות חוקתית. אף אם ייקבע כי החוק פוגע בחופש הביטוי, ייתכן כי יימצא שהחוק משרת תכלית ראויה, וכי הסנקציית התקציבית מידתית. הטענה היא כי לכל הפחות היה מקום לדון בסוגיות אלה. מנגד החלת גישתו המרחיבה של אהרן ברק באשר להיקף הפריסה של הזכות החוקתית למשל עשויה להוביל למסקנה שונה. ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 66–68, 113–132, 153.

אכיפה קונקרטי מכוחו בעתיד. להכרעה בעתירה נפקות מעשית מידית, שכן קביעה כי הוראת איסור הביטוח אינה חוקתית תשבור את המחסום החוקי העומד בהקשר זה בפני הסקטור הרלוונטי ותאפשר למי שנמנה עמו להקדים ולהתגונן מפני קנסות. ראוי להדגיש גם כאן כי אין הכוונה לטעון שהיה על בית המשפט בהכרח לפסול את ההוראה. תוצאה כזו דורשת כאמור בחינה מדוקדקת לפי מבחני פסקת ההגבלה אם ייקבע שיש מקום להכריע בעתירה לגופו של עניין. אך הביקורת שהוצגה לעיל באשר לפסק הדין בעניין בוגרי התיכון הערבי יפה גם לעניין איגוד הנאמנים. אף אם התוצאה הסופית שאליה הגיע בית המשפט תימצא מוצדקת בסופו של יום, עצם בחירתו להפנות את העותרים למסלול של תקיפת החוק אגב יישומו בעתיד מבלי לתת את דעתו על השאלה אם מבחינה מהותית היה מקום לבחון את חוקתיות החוק "על פני החוק" מעוררת קשיים ניכרים, בין היתר פגיעה בוודאות המשפטית; סיכון להשפעה מצננת על סקטור רחב; רמיזה מצד בית המשפט כי המעוניין לתקוף את חוקתיות הנורמה יידרש תחילה להפר אותה ולחשוף עצמו לסיכונים הכרוכים בכך;⁶⁸ סכנה כי דחיית הביקורת השיפוטית תביא לקביעת עובדות בשטח שיקשו על בית המשפט "לגלגלן לאחור" במורד הדרך. משום כך ייתכן שהחלת דוקטרינת הבשלות אינה משקפת רק דחייה של מועד בירור העתירה לנקודת זמן עתידית אלא גם שאיפה להימנע ככל האפשר מהכרעה שיפוטית בהתבסס על האפשרות שההשפעה המצננת תהיה כה חזקה עד שאיש לא יוכל לטעון שנפגע, משום שלא יהיה צורך לנקוט אמצעי אכיפה.

בפרק הקודם ראינו כי ביקורת שיפוטית "על פני החוק" אינה מעוררת קושי עקרוני בשיטה הישראלית גם אם טרם יושם. כאמור, בשיטתנו הוגמשו מגבלות זכות העמידה, ומהפרקטיקה השיפוטית עולה שהבחינה החוקתית מתבצעת ככלל במופשט וללא זיקה הכרחית לנסיבות קונקרטיות. מטרת פרק זה היא להראות כי גם אם נצא מנקודת המוצא שהתווה בית המשפט בשתי הפרשות, ולפיה בית המשפט רשאי כעניין שבשיקול דעת לדחות דיון בעתירה חוקתית מטעמי חוסר בשלות ויעדיף ככלל לעשות כן, עדיין נחוץ לתת את הדעת על מאפייניו של החוק "על פני החוק" טרם קבלת הכרעה באשר למתכונת הרצויה של הביקורת השיפוטית. סבורני כי דוקטרינת הבשלות עצמה כוללת רכיב מהותי המצריך בחינה כזו, וזאת בהישען על אופן יישומה בארץ מוצאה ארצות הברית. להצגת טיעון זה אפנה עתה.

68 בעניין איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 2, התייחס המשנה לנשיאה ריבלין לכך שכלל אין לכפות על עותר פוטנציאלי בחירה בין הפרת החוק לצורך בחינת חוקתיותו לבין ציות לחוק שעשוי להימצא בלתי חוקתי (פס' 15 לפסק דינו). אלא שהמשנה לנשיאה נמנע מלהרחיב את הדיון בסוגיה בקבעו שבנסיבות העתירה נגד חוק האכיפה המנהלית לא נדרש בית המשפט לדון בתוקפה של הסנקצייה העונשית שבחוק אלא רק בחוקתיותה של אפשרות רכישת הביטוח כנגד הסנקצייה. השוו לעמדות המפורטות בה"ש 44 לעיל וה"ש 118 להלן.

2. הפער שבין יישום דוקטרינת הבשלות בישראל לבין מקורותיה במשפט האמריקאי

מפסקי הדין בעניין בוגרי התיכון הערבי ואיגוד הנאמנים עולה כי קיים – לכאורה – מתח בין דוקטרינת הבשלות לבין ביקורת שיפוטית "על פני החוק" עוד בטרם יושם. נקודת המוצא בהחלת ביקורת שיפוטית "על פני החוק" היא הערכת תוכן החוק ומאפייניו לגופו של עניין, ולעומת זאת נקודת המוצא בהחלת דוקטרינת הבשלות, כעילת סף, היא במהותה הימנעות מדיון בחוק לגופו של עניין. דוקטרינת הבשלות כפי שהוחלה על ידי בית המשפט נשענת אך על השאלה אם החוק כבר יושם בנסיבות קונקרטיות. בחלק זה אבקש להראות כי גישה זו אינה הכרחית, וכי ייבוא הדוקטרינה מארצות הברית על כל רכיביה עשוי היה להוביל את בית המשפט לניתוח שונה של העתירות שעמדו בפניו. הפנייה למשפט האמריקאי מועילה כאן, הואיל ובית המשפט עמד בעצמו על כך שזהו המקור שממנו יובאה הדוקטרינה לישראל.⁶⁹

ראשית, דוקטרינת הבשלות, שמוצאה כאמור בארצות הברית, איננה רק מבחן סף טכני, הממוקד בשאלה אם החוק אכן יושם ואם העותר ביסס תשתית עובדתית קונקרטית. היא כוללת מבחנים מהותיים שנועדו להעריך את החוק לגופו, המאפשרים לעתים הכרעה "על פני החוק" גם בטרם יושם. שנית, אי אפשר לנתח את דוקטרינת הבשלות בהקשר החוקתי במנותק מדוקטרינה אמריקאית אחרת המתמקדת בשאלה באילו מקרים יקבל בית המשפט עתירה חוקתית "על פני החוק". באמצעות סימון פערים אלה בין שורשיה של דוקטרינת הבשלות לבין האופן שבו יושמה על ידי בית המשפט בישראל אבקש להראות כי דוקטרינת הבשלות עשויה לשמש מבחן מהותי ולא רק טכני. לא זו בלבד שדוקטרינת הבשלות אינה מיתרת את בירור השאלה המקדמית אם החוק פוגע בזכות חוקתית עוד בטרם יושם, היא אף מחייבת את בירורה. תשובה חיובית לשאלה זו תוביל, במונחים המקובלים בשיטתנו, ליישום מבחני השלב השני של הבחינה החוקתית, קרי מבחני פסקת ההגבלה.⁷⁰

(א) ההיגיון הפנימי של דוקטרינת הבשלות האמריקאית

דוקטרינת הבשלות האמריקאית (Ripeness Doctrine) היא אחת מדוקטרינות השפיטות המוחלות על ידי בתי המשפט הפדרליים בארצות הברית.⁷¹ דוקטרינות אלה, שעמן נמנות זכות העמידה, דוקטרינת הבעיה האקדמית, דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה

69 ראו למשל עניין איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 2, פס' 13–19 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; עניין המועצה המוסלמית ביפו, לעיל ה"ש 60, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית.

70 ראו לעיל ה"ש 7.

71 L.H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 334–385 (3rd ed. 2000); Gene ראו למשל R. Nichol, *Ripeness and the Constitution*, 54 U. CHI. L. REV. 153 (1987); Erwin Chemerinsky, *A Unified Approach to Justiciability*, 22 CONN. L. REV. 677 (1989).

ודוקטרינת השאלה הפוליטית, הן תוצר הפסיקה ואינן מעוגנות במפורש בחוקה האמריקאית. עם זאת שורשיהן נעוצים בסעיף השלישי לחוקה ובעקרון הפרדת הרשויות,⁷² המגבילים את סמכותם של בתי המשפט הפדרליים להכרעה ב"סכסוכים ומחלוקות" בלבד.⁷³ עיקרון חוקתי זה מתווה גישה צרה יחסית לביקורת שיפוטית, שעיקרה הימנעות מדיון בשאלות משפטיות אם הדבר אינו מתחייב לשם הכרעה בסכסוך ממשי בין שני צדדים יריבים שבפני בית המשפט. בכך נבדלת השיטה האמריקאית במובהק מהגישה המקובלת במשפט החוקתי הישראלי.

דוקטרינת הבשלות מתמקדת בעיקר בעיתוי הביקורת השיפוטית.⁷⁴ היא מעגנת את העיקרון שלפיו בית המשפט לא ידון ככלל במחלוקת שטרם התגבשה, כגון עתירה נגד נורמה שטרם יושמה. כפי שנוסחה בפסק הדין המנחה בעניין *Abbott Laboratories*,⁷⁵ הדוקטרינה מציבה שני מבחנים עיקריים להכרעה בשאלה אם בעיה מסוימת בשלה להכרעת בית המשפט.⁷⁶ המבחן הראשון הוא מידת התאמתה לביקורת שיפוטית (fitness). השאלה כאן היא אם הבעיה המשפטית המונחת לפתחו של בית המשפט מגובשת דייה, ויכולה אפוא להתברר גם ללא צורך במסכת עובדות קונקרטיות.⁷⁷ במילים אחרות, עתירות בשלות תהיינה עתירות שבהן השאלות שעל הפרק הן בעיקרן

72 U.S. CONST. art. III.

73 יצוין כי בעבר הרחוק שררה עמימות באשר לשאלה אם דוקטרינות השפיטות הן עיקרון חוקתי או שמא כללים אופציונליים הנתונים לשיקול דעתו של בית המשפט (Prudential rules). כיום התפיסה המקובלת בארצות הברית היא שדוקטרינות אלה מעוגנות עקרונית בחוקה הגם שיש בהן רכיב ניכר של שיקול דעת. ראו Nichol, לעיל ה"ש 71.

74 Reg'l Rail Reorganizational Act Cases, 419 U.S. 102, 140 (1974): "ripeness is peculiarly a question of timing"

75 Ohio Forestry Assn. v. Sierra, 387 U.S. 136 (1967). ראו גם *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136 (1967); *Nat'l Park Hospitality Assn. v. Dep't of Interior*, 538 U.S. 803 (2003).

76 מתעוררת השאלה אם המבחנים חלופיים או מצטברים. נראה כי הדעות בשאלה זו חלוקות. ראו David Floren, *Pre-Enforcement Ripeness Doctrine: The Fitness of Hardship*, 80 OR. L. REV. 1107, 1112 (2001).

77 ראו עניין *Abbott Laboratories*, לעיל ה"ש 75, בעמ' 148–149: "Without undertaking to survey the intricacies of ripeness doctrine it is fair to say that its basic rationale is to prevent the courts, through avoidance of premature adjudication, from entangling themselves in abstract disagreements over administrative policies, and also to protect the agencies from judicial interference until an administrative decision has been formalized and its effects felt in a concrete way by the challenging parties. The problem is best seen in a twofold aspect, requiring us to evaluate both the fitness of the issue for judicial decision and the hardship to the parties of withholding court consideration"

משפטיות ולא עובדתיות.⁷⁸ מובן שההגדרה מהי בדיוק שאלה משפטיות "נקייה" שביטורה אינו תלוי בעובדות קונקרטיות פתוחה לפרשנות רחבה.⁷⁹ המבחן השני נוגע למאזן הנוחות בין הצדדים שבפני בית המשפט (hardship), ובוחן בעיקר מהן ההשלכות של הנורמה על אינטרסים שונים עוד בטרם יושמה, ומה תהיינה ההשלכות של דחיית הביקורת השיפוטית עד לאחר שתיושם. בעניין Abbot נקבע כי דרישות המבחן תתקיימנה כאשר השפעת המעשה השלטוני על הפרט היא ישירה ומידית די צורכה. כך גם אם המעשה השלטוני מחייב את הפרט לשנות את התנהגותו שינוי ניכר ולאחר, ואי-ציות מלווה בסנקציות.⁸⁰

מהאמור עד כאן עולה כי דוקטרינת הבשלות משקפת במהותה גישה המבכרת ביקורת שיפוטית על חוקים רק לאחר יישומם. היא נשענת על העיקרון שלפיו עותר לא יוכל ככלל לתקוף אקט מנהלי או דבר חקיקה בטרם יושמו באופן שפגע בפועל באינטרס שלו. אלא ששני המבחנים להחלת הדוקטרינה אינם שוללים גם ביקורת שיפוטית "על פני החוק", אף טרם אכיפתו. השאלה המשפטית המוצגת בעתירה עשויה להיות מגובשת ללא קשר לשאלת יישום החוק, ומהותו של מבחן הנוחות היא איזון בין אינטרסים נוגדים. לפחות בחלק מהמקרים תוצאת איזון זה עשויה לתמוך בביקורת שיפוטית "על פני החוק".⁸¹ מתי תוחל ביקורת שיפוטית "על פני החוק" בארצות הברית? בשאלה זו נכרכת דוקטרינת הבשלות בדוקטרינה אחרת במשפט החוקתי. נפנה עתה להצגתה.

(ב) מיקום דוקטרינת הבשלות בהקשרה הרחב יותר במשפט החוקתי האמריקאי

(1) ההבחנה בין ביקורת "על פני החוק" לבין תקיפת חוק "כפי שיישום" בארצות הברית

בשיטה האמריקאית קיימת להלכה הבחנה דוקטרינרית בין שתי דרכים עיקריות לתקיפת חוקתיותה של חקיקה ראשית בבתי משפט פדרליים.⁸² הדרך הראשונה, הקרויה "facial challenge", היא עתירה נגד חוקתיותו של חוק "על פני החוק", והיא אפוא המקבילה העקרונית למינוח בו נעשה שימוש בהערה זו כולה. פרט לחריג שיוצג בהמשך, על עותר

78 Floren, לעיל ה"ש 76, בעמ' 1109.

79 Tribe, לעיל ה"ש 71, בעמ' 338.

80 ראו עניין Abbot Laboratories, לעיל ה"ש 75, בעמ' 152–153.

81 יש הטוענים כי יישום דוקטרינת הבשלות בארצות הברית מאז Abbot Laboratories הביאה דווקא להרחבת היקף הביקורת השיפוטית הטרם-אכיפתית בתחום המנהלי בארצות הברית. ראו Floren, לעיל ה"ש 76, בעמ' 1112: "Abbott Laboratories changed the norm and opened the floodgates to pre-enforcement challenges".

82 ראו Kreit, לעיל ה"ש 3, בעמ' 657–663; Persily & Rosenberg, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1647–1652.

נגד חוקתיותו של חוק במתכונת זו בארצות הברית לעמוד ככל עותר אחר גם בדרישות הסף המקובלות שם לעניין שפיטות וזכות עמידה.⁸³ הכלל המנחה לעניין נטל ההוכחה שבו נדרש עותר לעמוד כדי להצליח בתקיפה חוקתית במסלול של "facial challenge" נקבע בפסק דינו השנוי במחלוקת⁸⁴ של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *United States v. Salerno*.⁸⁵ לפי כלל *Salerno*, על העותר להוכיח שדבר החקיקה אינו חוקתי בכל ההקשרים שבהם הוא חל. במילים אחרות, כלל זה "מציל" מבטלות גם חוקים שאינם חוקתיים ברוב ההקשרים שבהם הם חלים כל עוד יש להם יישומים חוקתיים מסוימים. הסעד השיפוטי במקרה של הצלחה בתביעה מסוג זה הוא הכרזה על בטלות החוק. המשמעות היא שאי אפשר עוד ליישם את החוק בכל ההקשרים שבהם הוא חל. מנגד, אם בית המשפט ימצא כי החוק חוקתי "על פני החוק", אפשר מאותה נקודה ואילך לתקוף רק יישומים קונקרטיים שלו. להבדיל מהעמיתות הקיימת בהקשר זה בפסיקה הישראלית,⁸⁶ לא תתאפשר ככלל תקיפה חוזרת של החוק "על פני החוק".

הדרך השנייה מכונה "as applied challenge", ובה יסתפק צד לסכסוך בטענה צרה יותר, ולפיה דבר החקיקה אינו חוקתי כפי שיישם במערכת נסיבות קונקרטיות, כלפיו וכלפי אחרים המצויים באותה עמדה. הסעד לאתגר חוקתי מסוג זה עשוי להשתנות ממקרה למקרה כתלות בטענות החוקתיות המהותיות שהועלו בו. ככלל, כאמור לעיל,⁸⁷ בית המשפט יצמצם את תחולת החוק בהקשרים שבהם יישומו אינו חוקתי על ידי הפרדת האלמנטים שנמצאו בלתי חוקתיים בחקיקה מאלו שאינם מעוררים קושי חוקתי ופסילתם, אם הדבר עומד בקנה אחד עם תכלית החוק.⁸⁸

83 שם, בעמ' 1652.

84 לביקורת חריפה על פסק הדין ראו למשל Michael C. Dorf, *Facial Challenges to State and Federal Statutes*, 46 STAN. L. REV. 235, 240–242 (1994); David H. Gans, *Strategic Facial Challenges*, 85 B.U. L. REV. 1333, 1341 (2005), Fallon, *Fact & Fiction*; לעיל ה"ש 3, בעמ' 930.

85 *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739, 745 (1987), שם נקבע: "A facial challenge to a legislative Act is, of course, the most difficult challenge to mount successfully, since the challenger must establish that no set of circumstances exists under which the Act would be valid."

86 וראו הדיון לעיל בפרק א.1.

87 שם.

88 ראו: *Ayotte v. Planned Parenthood of N. New England*, 546 U.S. 320, 330 (2006): "Would the legislature have preferred what is left of its statute to no statute at all?" בסוגיה זו ראו John C. Nagle, *Severability*, 72 N.C. L. REV. 203, 258–259 (1993), שם מצוין בין היתר כי לעתים חקיקה היא תוצר של פשרה פוליטית, הכוללת ויתורים הדדיים. לכן הם אינם ניתנים להפרדה, שכן הסרת אלמנט מסוים מהחקיקה תערער את האיזון שהושג בפשרה, המבטאת

גישה רווחת בפסיקה האמריקאית, המתבטאת היטב בכלל *Salerno*, היא שבית המשפט ייעתר לאתגר חוקתי מסוג facial challenge רק במיעוט המקרים, ויבכר ככלל להפנות את העותרים למסלול של בחינה חוקתית *as applied*.⁸⁹ זו מוצגת כגישה המבטאת את האיזון הראוי בהחלת ביקורת שיפוטית בשאלות חוקתיות בין כיבוד עקרון הפרדת הרשויות לבין הגנה על זכויות חוקתיות, שכן היא מאפשרת לתחם את הפגיעה בריבונותו של המחוקק רק לאלמנטים קונקרטיים בדבר החקיקה. מנגד מתן אפשרות רחבה לתקיפת חקיקה "על פניה" מאיימת לעקוף את ההליך הדמוקרטי בכך שהיא מונעת יישומה של חקיקה המשקפת את רצון הציבור.⁹⁰ גישה זו תואמת את התפיסה האמריקאית שלפיה תפקיד בית המשפט הוא להכריע בסכסוכים, המעוגנת בסעיף השלישי לחוקה, להבדיל מתפיסה רחבה יותר של בית המשפט כמי שאמון על הבטחת מימושו של זכויות חוקתיות.⁹¹ זהו הבדל מרכזי נוסף בין השיטה הישראלית לזו האמריקאית.

יצוין כי נראה שקיים מרחק בין הרטוריקה לפרקטיקה השיפוטית. הכללים הדוקטרינריים המבחינים בין שני סוגי האתגרים החוקתיים במשפט החוקתי האמריקאי נראים חדים במבט ראשון. ואולם, הפער בין הרטוריקה לפרקטיקה בפסיקה מורה אחרת. כותבים שונים מראים שכלל *Salerno* אינו מיושם הלכה למעשה בעקיבות, הגם שבית המשפט ממשיך לשלם לו מס שפתיים.⁹² ביטוי מובהק אחד לכך הוא החלה נרחבת למדי של דוקטרינת תחולת היתר (ראו להלן) על ידי בית המשפט, גם אם לא תמיד במוצהר,

את רצון המחוקק (Some statutory provisions are the product of compromises that would be disrupted if one part was allowed to stand as another part fell; such statutes should be (nonseverable)). ראו גם Fallon, *Fact & Fiction*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 953–959.

89 Richard H. Fallon, *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 HARV. L. REV. 1321, 1328 (2000): "as-applied challenges are the basic building blocks of constitutional adjudication", *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 174, 168 (2007). 124. כן ראו עניין *Ayotte*, לעיל ה"ש 88, בעמ' 329: "Accordingly, the 'normal rule' is that 'partial, rather than facial, invalidation is the required course', such that a 'statute may [...] be declared invalid to the extent that it reaches too far, but otherwise left intact'". ראו גם Persily & Rosenberg, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1647–1648.

90 Wash. State Grange v. Wash. State Republican Party, 552 U.S. 442, 451 (2008): "facial challenges threaten to short circuit the democratic process by preventing laws embodying the will of the people from being implemented in a manner consistent with the constitution".

91 ראו Gans, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1333–1339, 1388–1387.

92 הכתיבה בעניין זה רבה. ראו למשל Dorf, לעיל ה"ש 84; Fallon, *Fact & Fiction*, לעיל ה"ש 3; Kreit, לעיל ה"ש 3; Gillian E. Metzger, *Facial and As-Applied Challenges Under the Roberts Court*, 36 FORDHAM URB. L.J. 773 (2009).

באשר לזכויות שמחוץ לתיקון הראשון לחוקה.⁹³ ביטוי נוסף הוא נכונות בית המשפט לפסול חוקים "על פניהם" גם ללא היוזקות לדוקטרינה, בהסתמך על הדין המהותי החל בתחומים שונים במשפט החוקתי האמריקאי. בולט בהקשר זה מחקרו של ריצ'רד פאלון, שממנו עולה, על סמך בחינה אמפירית של פסיקת בית המשפט העליון לאורך שש תקופות שונות,⁹⁴ כי בפועל Facial challenges אינם נדירים כלל ועיקר ואף מצליחים לעתים קרובות, בניגוד לקו הרטורי של שופטי העליון.⁹⁵ לפי פאלון, ההתחקות על פסיקתו של בית המשפט מעלה אף שקשה לאפיין את התנאים שבהם ייענה בית המשפט בפועל ל-Facial challenge ויפסול חוק "על פני החוק" אף על פי שההלכה כפשוטה קובעת כאמור מבחנים מוגדרים היטב לכך.⁹⁶ לדבריו, בית המשפט אף אינו מקפיד לתת דעתו על ההבחנות בין שני סוגי האתגרים החוקתיים.⁹⁷

(2) החריג המוצהר לכלל

פסק הדין בעניין *Salerno* הכיר במפורש בחריג אחד לכלל הרגיל, שלפיו על העותר לבטלות חוק "על פני החוק" להראות שהחוק איננו חוקתי בכל ההקשרים שבהם הוא חל. חריג זה הוא דוקטרינת ה-First amendment overbreadth במסגרת התיקון הראשון

93 בין היתר באשר לזכות לפרטיות (בפרט בסוגיית ההפלות), זכויות הצבעה וחופש התנועה. ראו *Dorf*, לעיל ה"ש 84, בעמ' 282–283: "At the very least, this discussion demonstrates the gross overstatement of the Court's pronouncement in *Salerno* that it has 'not recognized an 'overbreadth' doctrine outside the limited context of the First Amendment'. Rather, the Court has enforced numerous substantive constitutional norms by presuming that unconstitutional applications cannot be severed from constitutional ones. The Court's failure to expressly recognize that in so doing it has permitted facial challenges outside the First Amendment context does not diminish the effects of its actions".

94 הכוונה כאן היא למה שמכונה בארצות הברית "term". השנים שנסקרו הן 1984, 1989, 1994, 1999, 2004, 2009.

95 Fallon, *Fact & Fiction*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 940: "The results of this survey [...] provide strong evidence that facial challenges [...] are more normal than aberrant and that they quite frequently prevail [...] the Court adjudicated more facial challenges on the merits than it did as-applied challenges. The overall success rate for facial challenges was also higher than that for as-applied challenges. Perhaps most striking, in only four cases in the sample did a majority of the Court express a preference for as-applied [...] adjudication based on a role-based reluctance to hold statutes invalid *in toto*".

96 כך למשל גם היעדר קשר רציונלי בין תכלית החקיקה להסדריה עשוי להוביל לפסילתה בשל תחולת-יתר. ראו אצל Fallon, שם, בעמ' 961.

97 שם, בעמ' 955: "The Court's sometimes careless practice creates an analytical problem for anyone who seeks to make sense of its pattern of sometimes upholding and sometimes rejecting facial challenges".

לחוקה (להלן: תחולת יתר).⁹⁸ הדוקטרינה מתייחסת לחקיקה אשר לצד הגבלת התנהגות או ביטוי מסוג מסוים, שכשלעצמה עולה בקנה אחד עם החוקה, יש בה כדי להגביל התנהגות מותרת. היא צמודה לדוקטרינת "ההשפעה המצננת", במובן שהיא חלה לעתים קרובות במצבים שבהם מתעורר חשש להשפעה כזו.⁹⁹

פועלה של דוקטרינת תחולת היתר בתחום הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים בארצות הברית הוא ייחודי, בשני היבטים: ראשית, היא חריג אוטומטי לכללים הרגילים החלים שם לעניין זכות העמידה.¹⁰⁰ במסגרת זו הדוקטרינה מאפשרת לעותר שהחוק חל עליו לתקוף את חוקתיות החוק על פניו אף אם הוא עצמו אינו נפגע מהחוק, תוך הישענות על הפגיעה בזכויותיהם של צדדים שלישיים.¹⁰¹ שנית, הדוקטרינה מקלה מאוד את הנטל שבו נדרש לעמוד העותר כדי להצליח בעתירה נגד חוקתיות חוק "על פני החוק". בכך הפקידה דוקטרינה זו, לפחות בעבר, נשק רב עצמה בידי עותרים להתגוננות בפני פגיעה בזכויות המעוגנות בתיקון הראשון לחוקה ואף מחוצה לו.¹⁰² במילים אחרות, טענת תחולת יתר מציבה למעשה חזקה של אי-חוקתיות על כל חוק המגביל את חופש הביטוי (וכפי שנראה בהמשך, גם זכויות אחרות), המחליפה את הכלל הרגיל של ריסון שיפוטי ב"הזמנה" לביקורת שיפוטית.¹⁰³

98 עניין Salerno, לעיל ה"ש 85, שם נקבע כי הדוקטרינה חלה רק בתחומי התיקון הראשון לחוקה.

99 Notes, *The Chilling Effect in Constitutional Law*, 69 COLUM. L. REV. 808 (1969).

100 ראו Gans, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1343; Dorf, לעיל ה"ש 84, בעמ' 264. בעניין Alexander v. United States, 509 U.S. 544, 555 (1993), תוארה הדוקטרינה כפי שהיא חלה בגדרי התיקון הראשון כך: "The 'overbreadth' doctrine, which is a departure from traditional rules of standing, permits a defendant to make a facial challenge to an overly broad statute restricting speech, even if he himself has engaged in speech that could be regulated under a more narrowly drawn statute".

101 Brockett v. Spokane Arcades, Inc., 472 U.S. 491, 503 (1985); Board of Airport Comm'rs of the City of L.A. v. Jews for Jesus, Inc., 482 U.S. 569, 574 (1987): "Under the First Amendment overbreadth doctrine, an individual whose own speech or conduct may be prohibited is permitted to challenge statute on its face 'because it also threatens others not before the court [...]'".

102 בפסיקת בית המשפט העליון המאוחרת יותר נעשה שימוש בטכניקות שונות כדי להצר את דוקטרינת תחולת היתר. טכניקה אחת היא הצבת רף גבוה למדי בפני הטוען לבטלות בגין אי-חוקתיות בעילת תחולת יתר. המבחן המוחל עתה הוא מבחן של "substantial overbreadth", הדורש להראות שהחקיקה מביאה לצינון ניכר של מימוש זכויות חוקתיות. ראו Broadrick v. Oklahoma, 413 U.S. 601, 615 (1973). דרישה זו היא כמובן סטנדרט גמיש, המותיר מרחב תמרון ניכר לבית המשפט. טכניקה נוספת היא צמצום פרשני של תחולת החוק הנבחן. ראו שם, בעמ' 613: "Facial overbreadth has not been invoked when a limiting construction has been or could be placed on the challenged statute".

103 ראו Persily & Rosenberg, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1653.

אם כן, דוקטרינת ההשפעה המצננת היא שיקול כבד משקל בהכרעה אם יש להחיל ביקורת שיפוטית על חוק "על פני החוק" בארצות הברית.¹⁰⁴ המינוח "השפעה מצננת" (Chilling Effect) מתייחס לפגיעה במימוש זכויות חוקתיות הנובעת מעצם קיומו של חוק בספר החוקים, ללא קשר לשאלה אם, כלפי מי ובאיזה היקף יושם בפועל.¹⁰⁵ חקיקה בעלת פוטנציאל ל"השפעה מצננת" היא כזו שיש בה כדי להרתיע פרטים מפני מימוש לגיטימי ומותר של זכויות יסוד חוקתיות או כדי להטיל שלא לצורך נטל על הפרט (Undue burden) שיקשה מימוש זכויות אלה, גם אם לא ימנע אותו לחלוטין.¹⁰⁶ הבעיה העיקרית נעוצה בתחולתה של השפעה זו לעתים על ציבור רחב למדי, שלא יפנה כלל לבית המשפט אלא יסתפק בצנזורה עצמית.

מהי ההצדקה לשינוי "חוקי המשחק" הרגילים דווקא באשר לחופש הביטוי ולזכויות הנוספות ממשפחה זו הקבועות בתיקון הראשון? נראה שהתשובה לשאלה זו בארצות הברית נובעת מטעמים היסטוריים, כמו גם מתפיסה מושרשת שלפיה הגנה מיוחדת ורחבה על חופש הביטוי חיונית לקיומו של "שוק חופשי" של רעיונות, שהוא הבסיס לכל משטר דמוקרטי.¹⁰⁷ קשה לממש הגנה כזו מימוש אפקטיבי בדרך של החלת ביקורת שיפוטית על חוקים "כפי שיושמו", ממקרה למקרה, שכן ההשפעה המצננת קיימת מרגע כניסתם לתוקף ונובעת מעצם קיומם של החוקים בספר החוקים. מלבד זאת האפשרות להחיל ביקורת שיפוטית אפקטיבית כאן מוגבלת גם משום ש"נפגעים" פוטנציאליים רבים לא יגיעו כלל לבית המשפט. אולם לפי מאפיינים אלה חופש הביטוי איננו הזכות היחידה שבעניינה עשוי להתעורר החשש להשפעה מצננת.¹⁰⁸ בעניינן של אילו זכויות נוספות עשוי להתעורר חשש כזה, העולה כדי צורך בהחלת ביקורת שיפוטית על דבר חקיקה "על פני החוק"?

104 ראו דבריו של Dorf, לעיל ה"ש 84, בעמ' 278: "the presence of a chilling effect adds a fatal flaw. The court cannot tell our plaintiff [...] that the rights of third parties can be vindicated if and when they are violated"

105 סוג נוסף של חקיקה הרלוונטית בהקשר זה הוא חקיקה שאין בה כדי ליצור "השפעה מצננת", במובן שהיא אינה מגבילה התנהגות מותרת, אך הכוללת התייחסות פוגענית לקבוצת אוכלוסייה מסוימת, ובפרט קבוצת מיעוט. כך גם באשר לחקיקה המפלה – על פניה – בין קבוצות אוכלוסייה שונות (להבדיל מהקניית סמכות לרשויות השלטון שרק עלולה להיות מיושמת באופן מפלה). Gans, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1379–1387.

106 ERWIN CHERMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES 970–978 (4th ed. 2011). חקיקה שיש בה כדי ליצור "השפעה מצננת" עשויה להיות חקיקה רחבה יתר על המידה, חקיקה שלשונה עמומה (Vague) ומאפשרת פרשנות רחבה אשר לטיב ההגבלות הנכללות בה, או חקיקה שמקנה שיקול דעת נרחב לגורמי האכיפה, העלול להיות מנוצל לרעה. שם, בעמ' 970.

107 ראו שם, בעמ' 950–958.

108 ראו Dorf, לעיל ה"ש 84, בעמ' 264.

מייקל דורף מציע כאן הבחנה מועילה, הנשענת על סיווג זכויות היסוד לשלוש קטגוריות: הקבוצה הראשונה מכונה "התנהגויות ראשוניות" (Primary conduct rights). אלו הן הזכויות שהפרט חופשי לממש בסביבה שאיננה יציר השלטון, ואשר אמורה ככלל להיות נקייה מהתערבות שלטונית. לפיכך זוהי קבוצת הזכויות החשופה ביותר להשפעה מצננת, שכן גם פרטים שהחוק אינו מיושם כלפיהם ישירות עלולים להימנע ממימוש זכויותיהם. תוצאה דומה עלולה להיגרם מחקיקה שמטילה שלא לצורך נטל על מימוש הזכויות. לצד חופש הביטוי עם קבוצת זכויות זו נמנות חירויות נוספות כגון הזכות לפרטיות וחופש התנועה.

קבוצת הזכויות השנייה מכונה "זכויות הנוגעות להליכים שיפוטיים" (Litigation rights). אלו הן זכויות שיש להן משמעות אך רק במסגרת הליך שיפוטי (או מעין שיפוטי) אל מול השלטון. נמנות עמן הזכות להליך הוגן והזכות כנגד הפללה עצמית. קבוצת הזכויות השלישית מכונה "זכויות הנוגעות להליכים מנהליים" (Procedural rights). אלו הן זכויות שאפשר לממש אך ורק בפורום יציר השלטון, אך לאו דווקא במסגרת הליך שיפוטי.¹⁰⁹ דוגמה מרכזית כאן היא הזכות לבחור ולהיבחר, הקיימת מטבע הדברים רק בהקשר של בחירות המאורגנות על ידי השלטון.¹¹⁰

על יסוד הבחנה זו אפשר להציע מודל אנליטי ראשוני שיש בו כדי לסייע להבניית שיקול דעתו של בית המשפט בהכרעה בשאלה אם ראוי להחיל ביקורת שיפוטית על חוקתיות דבר חקיקה "על פני החוק" אף בטרם ייושם. קבוצת הזכויות העומדות בפני עצמן ומקנות לפרט חירות ושיקול דעת לבחור אם ובאיזו מידה לממשן, הן הזכויות החשופות ביותר להשפעה מצננת. אלו הן ה"התנהגויות הראשוניות", ונוספת עליהן הזכות לבחור ולהיבחר.¹¹¹ בהשאלה מדוקטרינת תחולת היתר, החשש מפני השפעה מצננת מצדיק בחינת חוקתיות חוקים המגבילים לכאורה מימוש של זכויות אלה "על פניהם" ומראש, ללא קשר ליישומם בנסיבות קונקרטיות. מנגד "זכויות הקשורות להליכים שיפוטיים" אינן חשופות להשפעה מצננת, כיוון שפגיעה בהן עשויה להתרחש רק במסגרת הליך שיפוטי. חוקים הפוגעים לכאורה בזכויות מסוג זה מתאימים עקרונית לביקורת שיפוטית אגב יישום, כל מקרה ונסיבותיו הקונקרטיות.

3. בחזרה לבשלות

בארצות הברית אם עותר טוען כי חוק מסוים אינו חוקתי "על פני החוק", בית המשפט נדרש תחילה לשאלה המקדמית אם מאפייניו המהותיים של החוק מצדיקים את קבלת

109 קבוצת הזכויות הנוגעות להליכים שיפוטיים (litigation rights) היא למעשה תת-קטגוריה בתוך קבוצה זו.

110 דאורי, לעיל ה"ש 84, בעמ' 265, 266.

111 ייתכן שגם "זכויות מנהליות" אחרות, כמו השתתפות במכרז של רשות שלטונית, עשויות להיות חשופות להשפעה כזו. המפתח הוא שהפגיעה בזכויות עלולה להתרחש גם מבלי שהנורמה נאכפת בפועל כלפי פרט מסוים.

הטענה לפי העקרונות שהוצגו בסעיף הקודם. אלא שלעתים, ובעיקר במקרים שבהם נדרש בית המשפט להחיל ביקורת טרום-אכיפתית, גם כאשר מאפייניו המהותיים של החוק תומכים עקרונית בהחלת ביקורת שיפוטית, מלוא השלכותיה של החקיקה (למשל, עצמת ההשפעה המצננת) אינן יכולות להתברר אלא לאחר שיושם.¹¹² ריסון שיפוטי בשאלות חוקתיות וכן חשש מהכרעה שיפוטית לא מדויקת בשל העמימות באשר לאופן שבו תפעל החקיקה, הם טעמים טובים להימנע מהכרעה במקרים כאלה תוך שימוש בעילת הבשלות.¹¹³ במחקרו הנזכר לעיל עמד גם פאלון על תפקידה של דוקטרינת הבשלות כאחד מהשיקולים המרכזיים המנחים את בית המשפט בהכרעה אם לקבל עתירה חוקתית נגד חוק "על פני החוק".¹¹⁴

לענייננו, העיקר הוא שגם אם התוצאה המתקבלת מהחלת דוקטרינת הבשלות מובילה למסקנה שמוקדם לדון בעתירה, הדבר אינו מייתר דיון בשאלה המקדמית אם יש מקום לביקורת שיפוטית "על פני החוק" משום שהוא פוגע בזכות חוקתית. השאלה אם חוק פוגע בזכות חוקתית ושאלת הבשלות הן אפוא שתי שאלות נפרדות, הגם שהן משפיעות זו על זו, וראוי שבית המשפט ישיב על שתיהן בטרם קבלת ההחלטה אם לדחות הכרעה בדבר חוקתיות החוק.

ממילא כאשר עתירה מעוררת שאלות חוקתיות ניתן לכך משקל מיוחד בעת ביצוע האיוונים הפנימיים לפי מבחני הבשלות.¹¹⁵ למשל, בעתירות נגד נורמות המגבילות זכויות המעוגנות בתיקון הראשון לחוקה, ובעיקר חופש הביטוי, הוכר קיומה של "השפעה מצננת" של האקט השלטוני באשר למימוש הזכויות האמורות כמספק לעניין

112 דוגמה לכך אפשר למצוא בפסק הדין האמריקאי בעניין *Wash. State Grange*, לעיל ה"ש 90. המפלגה הרפובליקנית תקפה שם "על פניה" חקיקת בחירות מקומית של מדינת ושינגטון שאפשרה לכל מועמד לציין "מפלגה מועדפת" על פתק ההצבעה שלו. החקיקה טרם יושמה. המפלגה הרפובליקנית טענה כי יש בחקיקה משום יצירת זיקה כפויה בין מפלגות לבין מועמדים שאינם נתמכים על ידיהן, בניגוד לתיקון הראשון לחוקה. בית המשפט סירב לפסול את החקיקה "על פניה", אך הותיר את הדלת פתוחה לתקיפתה כפי שתיושם. נשיא בית המשפט רוברטס קבע שם בחוות דעתו המסכימה, כי טרם יישום החקיקה ועיצוב פתקי ההצבעה קשה לקבוע אם יש ממש בחשש כי מצביעים אכן יוטעו לחשוב שקיימת זיקה בין המועמד למפלגה. לכן טוענים למשל Persily ו-Rosenberg כי בית המשפט נמנע מפסילת החוק לא משום שהגיע למסקנה שהוא חוקתי על פניו, אלא משום שהתובעת לא ביססה מסכת עובדתית לבירור שאלת חוקתיותו. לשיטתם, פסק הדין מדגים את יחסי הגומלין בין ביקורת שיפוטית "על פני החוק" לבין סוגיות הבשלות וההימנעות החוקתית. ראו Persily & Rosenberg, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1663–1664.

113 ראו Fallon, *Fact & Fiction*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 959–960.

114 שם, בעמ' 959–963.

115 ראו Floren, לעיל ה"ש 76, בעמ' 1113, 1115–1116.

מבחן הנוחות.¹¹⁶ כלומר, כאשר על הפרק סוגיה חוקתית, שאלת ההשפעה המצננת היא שיקול רלוונטי בהחלט מבחני הבשלות עצמם.¹¹⁷ עתירה נגד נורמה הכוללת סנקציות נבחנת ככלל אף היא לפי סטנדרט מקל יותר בארצות הברית בעת הערכת בשלותה להכרעה שיפוטית.¹¹⁸

המבחן השני של הבשלות, שעניינו מידת התאמתה של הבעיה שבפני בית המשפט להכרעה שיפוטית, מחזק את הטענה שלפיה החלטת דוקטרינת הבשלות עשויה להוביל במקרים רבים גם לתוצאה שתכשיר ביקורת שיפוטית טרום-אכיפתית. למשל, כאשר השאלה המשפטית המוצגת בעתירה מגובשת ואינה תלויה בעובדות קונקרטיות, וכאשר דחיית הביקורת השיפוטית לא תלמד את בית המשפט דבר מה חדש בעניינה, אפשר אז לקבוע כי העתירה בשלה להכרעה גם אם החוק טרם יושם.¹¹⁹

אם נשוב לשתי הפרשות מושא הערה זו, נראה שבשני המקרים החלטת דוקטרינת הבשלות כמבחן מהותי הייתה עשויה להשפיע על הניתוח בפסקי הדין. פרשת בוגרי התיכון הערבי עסקה כזכור בחקיקה המגבילה "התנהגות ראשונית" מובהקת, מימוש חופש הביטוי. אילו החיל את המבחן הראשון של דוקטרינת הבשלות, הוא מבחן

116 Dombrowski v. Pfister, 380 U.S. 479, 486–487 (1965). בין היתר צוין שם כי ערך חופש הביטוי נפגע אם אינו זוכה להגנה טרום-אכיפתית.

117 ראו *Tribe*, לעיל ה"ש 71, בעמ' 338–339; ראו *Renne v. Geary*, 501 U.S. 312, 339 (1991). בחוות דעתו החולקת (לעניין התוצאה) של השופט *Marshall*: "Under our precedents, the question whether a pre-enforcement challenge to a law is ripe 'is decided on a case-by-case basis, by considering [1] the likelihood that the complainant will disobey the law, [2] the certainty that such disobedience will take a particular form, [3] any present injury occasioned by the threat of [enforcement], and [4] the likelihood that [enforcement efforts] will actually ensue'." עמדה זו הובעה מוקדם יותר גם בעניין *Reg'l Rail*, לעיל ה"ש 74, בעמ' 143. כן ראו *Sec'y of State of Md. v. Joseph H. Munson Co.*, 467 U.S. 947, 956 (1984).

118 כך בוודאי בכל הקשור לחקיקה המסמיכה את רשויות השלטון להטיל סנקציות פליליות. ראו *Metzger*, לעיל ה"ש 92, בעמ' 789: "The belief that individuals should not have to choose between violating a statute (and thereby possibly subject themselves to irreparable harm) or complying (and thereby possibly cede their ability to challenge it) underlies the Court's seminal decisions establishing the availability of preenforcement declaratory or injunctive relief"; השור *Ex parte Young*, 209 U.S. 123, 165 (1908), שבו אישר בית המשפט תביעה לצו מניעה נגד אכיפת חקיקה מדינתית שהכילה סנקציות פליליות עוד בטרם יושמה: "To await proceedings against the company in a state court grounded upon a disobedience of the act, and then, if necessary, obtain a review in this court by writ of error to the highest state court, would place the company in peril of large loss and its agents in great risk of fines and imprisonment if it should be finally determined that the act was valid. This risk the company ought not to be required to take".

119 ראו *Tribe*, לעיל ה"ש 71, בעמ' 337.

הנוחות, היה על בית המשפט לדון בחשש כי לחוק תהיה השפעה מצננת. מלבד זאת קיומה של השפעה מצננת ונפקותה המשפטית הם עניין נורמטיבי-עקרוני, ועל כן גם לפי מבחן ההתאמה נראה כי היה מקום לדון בשאלה אם הוא עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית.

ראוי להבהיר שאין הטענה כאן כי היה על בית המשפט להכיר בפגיעה של השפעה זו בזכות חוקתית, שתוביל לשלב השני של הבחינה החוקתית: החלת מבחני המידתיות.¹²⁰ לצורך כך היה עליו לדון למשל בשאלה אם הביטויים שהוגבלו בחוק חוסים בגדרי הזכות החוקתית לחופש הביטוי. בישראל הדבר ודאי שנוי במחלוקת.¹²¹ הטענה איננה אלא כי היה על בית המשפט להתייחס לשאלות אלה ולא לדחות אותן למועד מאוחר יותר, משום שבמקרים מסוג זה עצם קיומו של החוק בספר החוקים, גם אם לא יושם, עלול להשפיע על מימוש זכויות חוקתיות.

בפרשת איגוד הנאמנים הדברים מובהקים אף יותר. נראה שהשאלה המשפטית שהוצגה בפרשת איגוד הנאמנים, שנגעה לאיסור רכישת הביטוח נגד הליכים מכוח חוק האכיפה המנהלית, הייתה מגובשת וברורה בעת שהגיעה לפתחו של בית המשפט. קשה לראות כיצד דחיית הדיון לשלב שלאחר יישום החוק תלמד את בית המשפט דבר מה חדש על אודותיה בעתיד. לכן החלת המבחן השני של הבשלות – הוא מבחן ההתאמה – כמבחן מהותי, הייתה מובילה כנראה למסקנה כי יש מקום לבחון את חוקתיות החוק ללא קשר לשאלה אם ובאיזה היקף כבר יושם.

בסיום דיון זה אשוב ואדגיש, כאמור בפרק הראשון לעיל, כי הפרקטיקה הנוהגת במשפט החוקתי הישראלי מבוססת לפי שעה על ההנחה כי אפשר להחיל ביקורת שיפוטית על פניו של חוק ללא קשר הכרחי לשאלת יישומו, ואף בטרם יושם. על כן, כפי שצוין שם, בהחלת דוקטרינת הבשלות בביקורת שיפוטית על חוקים יש משום חידוש. המטרה כאן היא לעמוד על משמעויות החלת דוקטרינת הבשלות מתוך נקודת המוצא שהותוותה בשתי הפרשות מושא הערה זו. נראה כי בשתייהן בחר בית המשפט לאמץ את רכיביה הטכניים של הדוקטרינה תוך מיקודה בשאלה אם החוק העומד בפני בית המשפט כבר יושם, ולא את רכיביה המהותיים.

120 שאלות העשויות להתעורר בהקשר זה הן מהי עצמת ההשפעה המצננת והיקפה, אם השפעה זו היא מכוונת או שמא היא רק אפקט גלוי של חקיקה אשר מקיימת את מבחני החוקתיות בכל היבט אחר, אם אפשר לקבוע כי ההשפעה המצננת פוגעת בזכות חוקתית. אלו הן בסופו של דבר הכרעות ערכיות, התלויות בתכניו ובהקשרו של החוק העומד לבחינה.

121 ראו לעיל ה"ש 67.

סיכום

בעניין בוגרי התיכון הערבי ובעניין איגוד הנאמנים מתנה בית המשפט ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק ביישומו, וזאת באמצעות החלת דוקטרינת הבשלות. נראה כי עמדה זו סוטה מהפרקטיקה המקובלת הלכה למעשה בישראל, שלפיה אין מתקיים קשר הכרחי בין השניים. לאור זאת הצעתי להבין את דוקטרינת הבשלות כפי שהיא מוצגת בשתי הפרשות כמבחן חדש של שפיטות, המסייג את הפרקטיקה הנוהגת ומשמש כלי בידי בית המשפט להימנע מדיון בטרם עת בחקיקה שלתפיסתו לא בטוח שתיושם כלל. נפקותה העיקרית של הדוקטרינה היא במישור הזמן, כיוון שתוצאת החלטה היא דחיית הביקורת השיפוטית ללא קביעת מסמרות בשאלה מה תהיה מתכונת הביקורת שתוחל לכשתשוב הסוגיה לפתחו של בית המשפט. על משמעויות אלה חשוב לעמוד.

אגב כך פסקי הדין מפנים זרקור לסוגיה שהיבטיה השונים טרם נתבררו באופן יסודי בפסיקת בית המשפט העליון אף על פי שמדובר בשאלה יסודית ועקרונית ככל שהדברים אמורים בביקורת שיפוטית על חוקים: מתי נכון לדון בחוקתיותו של חוק דיון מופשט "על פני החוק" ללא קשר לשאלת יישומו? באילו מקרים מתכונת של ביקורת שיפוטית על החוק "כפי שיושם" מתאימה יותר, ומהן משמעויותיה המעשיות של הבחירה במתכונת הביקורת השיפוטית?

לבסוף, גם אם נצא מנקודת המוצא שהתווה בית המשפט בשתי הפרשות, הרי שקיים פער בין האופן שבו יושמה דוקטרינת הבשלות בישראל לבין מקורותיה במשפט האמריקאי: בארצות הברית מיושמת הדוקטרינה כמבחן מהותי המעריך את החוק לגופו של עניין, ואילו בישראל יושמה הדוקטרינה כמבחן טכני, המתמקד בעיקר בשאלה אם החוק יושם בנסיבות קונקרטיות. בהקשר החוקתי מעוררת גישה זו קשיים. סבורני כי אימוץ מלא של דוקטרינת הבשלות על מבחניה המהותיים יתרום להבניית שיקול דעתו של בית המשפט במקרים שבהם יבחר להחיל אותה בעתיד ויהיה בו כדי לצמצם קשיים אלו. לכל הפחות יתרום הדבר לעקיבות בפסיקה, שכן באופן זה יידרש בית המשפט להתייחס במפורש וביתר פירוט לשיקולים ענייניים הנוגעים למאפייניו ולמהותו של החוק. במצב הנוכחי ההחלטה מתי וכיצד להחיל את דוקטרינת הבשלות נתונה לחלוטין לשיקול דעתו של בית המשפט.