

לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרגציה בביקורת שיפוטית חוקתית

מאת

זמר בלונדהיים* ונדיב מרדכי**

במאמר זה נציג וננתח את דוקטרינת "האפקט המצטבר", דוקטרינה משפטית חדשה בתחום הביקורת השיפוטית החוקתית על חקיקה הפוגעת בזכויות יסוד. לפי הדוקטרינה, על הניתוח החוקתי להתחשב בהשפעה המצטברת של פגיעות בזכויות חוקתיות. במצב שבו ייקבע כי שתי פגיעות בזכות עומדות במבחני הביקורת השיפוטית – כל אחת בפני עצמה – תוסיף הדוקטרינה ותדרוש גם בחינה של השפעתן המצטברת. שימוש ראשוני בדוקטרינה נעשה בפסק הדין בבש"פ פלוני נ' מדינת ישראל (משנת 2010), שבו נפסל סעיף בחוק סדר הדין הפלילי שאפשר דיון בהארכת מעצר של חשוד בעבירות ביטחון שלא בנוכחותו. בפסק הדין ניתן משקל לאפקט המצטבר שנוצר משילוב בין הסמכות לקיום דיון שלא בנוכחות החשוד לבין הסמכות למניעת מפגש בינו לבין עורך דינו. אנו טוענים כי ראוי לאמץ את הדוקטרינה כדי לקדם ולשכלל את השיח החוקתי.

חלקו הראשון של המאמר מתמקד בשימוש החדשני שעשה בית המשפט בדוקטרינת האפקט המצטבר ומנתח אותו על יסוד הנמקות וביקורות של שופטי ההרכב. חלקו השני של המאמר מציג רקע תאורטי ומתבסס על ספרות בנוגע לאגרגציה במשפט. הדיון בחלק זה מעלה כי השימוש בדוקטרינה מעורר שאלות חוקתיות ותאורטיות מורכבות, כמו גם צורך בהתאמות שונות בפרוצדורת הביקורת השיפוטית. בשל הבנה זו, חלקו השלישי של המאמר מציג כמה הבחנות אשר יסייעו בזיהוי המקרים שבהם יהיה ניתן ליישם את הדוקטרינה תוך מזעור קשיים אלה. החלק השלישי כולל כמה טענות מרכזיות: ראשית אנו טוענים כי קיימת הצדקה מיוחדת לשימוש בדוקטרינה במקרים שבהם מתקיים מבחן השילוב המעצים, כלומר כאשר הפגיעה המצטברת שנוצרה משילובן של כמה פגיעות עולה על הפגיעה מגרימת כל פגיעה בנפרד; שנית אנו טוענים כי ראוי להבחין בין אגרגציה של פגיעות שהתרחשו בו-זמנית (סימולטנית) לבין פגיעות שהתרחשו לאורך זמן (במדורג); שלישית אנו טוענים ליתרונות בתיחום השימוש בדוקטרינה לאגרגציה של פגיעות בזכות חוקתית אחת, להבדיל מאגרגציה של פגיעות בזכויות חוקתיות שונות; רביעית, במישור הסמכות, אנו טוענים כי נדרשת הרשאה מאת המחוקק להפעיל סמכויות במשולב ובו-זמנית, בעיקר כאשר השימוש המשולב נעשה במודע ומתוך כוונה להשיג את האפקט המצטבר של

* בעל תואר מוסמך במשפטים בהתמחות במשפט ציבורי ובין-לאומי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. עו"ד במחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים.

** תלמיד לתואר דוקטור במשפטים, הפקולטה למשפטים והמרכז לחקר הרציונליות, האוניברסיטה העברית בירושלים. עוזר מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

גם מאמר זה הוא אגרגציה של הערות כותביו וקוראיו. אנו מבקשים להודות במיוחד לברק מדינה על הערותיו המעולות בעבודה על הרשימה ועל התמיכה והעידוד; וכן לאלון הראל, ליעל רוזנמן-בלונדהיים, לאורן תמיר, ליואל בן-אור, ליהלי שרשרבסקי, לעורך משפטים חנן סידור, לחברי מערכת כתב העת ולקורא החיצוני על הערותיהם המעמיקות. האחריות על הכתוב היא שלנו בלבד.

הפעלת אותן סמכויות; לבסוף אנו טוענים כי פסיקת סעד של בטלות במקרה של פגיעה מצטברת שנוצרת מדברי חקיקה נפרדים אשר נפסק כי הם חוקתיים כשלעצמם מעוררת קושי ניכר. בשל קושי זה אנו מציעים שימוש בסעד חוקתי חדש – איסור שימוש סימולטני – הקובע כי אין להפעיל סמכויות אשר יוצרות פגיעה מצטברת שאינה חוקתית בו־זמנית. ניתוח של דוקטרינת האפקט המצטבר חשוב בשל חדשנותה הפוזיטיבית והתאורטית והשלכותיה על הדוקטרינה החוקתית הקיימת. אימוצה הוא בעל משמעות רבה. מדובר למעשה ביצירת "שדה" חדש לביקורת שיפוטית חוקתית. לצד זאת, ולמרות היתרונות שובי הלב שבדוקטרינה, קיימים בה חסרונות וקשיים לא מבוטלים, ובראשם החשש מפרגמנטציה של זכויות חוקתיות ו"פריצת גדר" ההליך החוקתי. על כן אנו מציעים לפתח דוקטרינה זו באופן זהיר ומאוזן תוך שימוש בכלים שונים אשר ימנעו שימוש נרחב מדי. קריאתנו לאימוצה של הדוקטרינה היא קריאה גם להמשך פיתוח המחקר על אודותיה.

מבוא. א. פסק הדין בבש"פ פלוני. 1. רקע ועובדות; 2. עמדת המשנה לנשיאה ריבלין; 3. הערות חברי ההרכב; 4. תיקון הוראת השעה והליכים נוספים; ב. תאוריה של אגרגציה במשפט. 1. "אגרגציה", "בעיות אגרגציה" והגירעון שבדוקטרינה המשפטית; 2. טקסונומיה של אגרגציה: מונחים רלוונטיים; 3. ביקורות על הפרויקט האגרגטיבי; ג. לקראת הבניית דוקטרינת אפקט מצטבר. 1. דוקטרינת האפקט המצטבר והמשפט החוקתי הישראלי; 2. השפעת הדוקטרינה על הביקורת השיפוטית החוקתית; ד. סיכום.

מבוא

בראשית שנת 2010 ניתן פסק הדין בבש"פ פלוני נ' מדינת ישראל (להלן: בש"פ פלוני).¹ בהרכב מורחב של תשעה שופטים, בראשות הנשיאה ביניש, הוכרזה בטלותו של סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו–2006 (להלן: הוראת השעה), המאפשר דיון בהארכת מעצר שלא בנוכחות העצור. רשימה זו תתמקד בשימוש החדשני שעשו המשנה לנשיאה ריבלין וחלק משופטי ההרכב בדוקטרינה שכונתה על ידיהם "האפקט המצטבר". דוקטרינת האפקט המצטבר מחייבת בחינת המשקל המצטבר של הפגיעות בזכויות חוקתיות שגורם דבר חקיקה ומורה לערוך אגרגציה (צירוף) של פגיעות בזכויות חוקתיות. הרשימה תנתח שימוש זה הן על בסיס הנמקות שופטי ההרכב והן בהתייחס לכתיבה תאורטית בתחום. ניתוח של דוקטרינת האפקט המצטבר חשוב לטעמנו הן בשל חדשנותה – במישורים הפוזיטיבי והתאורטי – והן בשל השלכותיה על הדוקטרינה החוקתית הקיימת.

ברשימה זו נטען כי ראוי להשתמש בדוקטרינה זו כדי לקדם ולשכלל את השיח החוקתי. עם זאת נטען כי השימוש בדוקטרינה מורכב ואף דורש הכרעה בשאלות חוקתיות ותאורטיות מורכבות כמו גם התאמות בפרוצדורת הביקורת השיפוטית החוקתית. ננסה להתוות כמה הבחנות אשר יסייעו בזיהוי המקרים ה"קלים" יותר ליישומה, קרי המקרים שבהם ניתן למזער קשיים אלו או להימנע מהם כליל. ראשית, נטען כי קיימת הצדקה מיוחדת לשימוש בדוקטרינה במקרים שבהם מתקיים מבחן השילוב המעצים, כלומר כאשר

1 בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2010) (להלן: בש"פ פלוני).

השלם גדול מסכום חלקיו, דהיינו הפגיעה הכוללת שנוצרה משילובן של כמה פגיעות עולה על סך הפגיעה שהייתה נוצרת מגרימת כל פגיעה בנפרד. שנית, נטען כי ראוי להבחין בין אגרגציה של פגיעות שהתרחשו בו־זמנית (סימולטנית) לבין פגיעות שהתרחשו לאורך זמן (במדורג), שכן שימוש בדוקטרינה במקרה האחרון מעורר קושי ניכר, שאינו מתעורר בראשון. שלישית, נדגים את היתרונות בתיחום השימוש בדוקטרינה – לפחות בשלבי התפתחותה הראשונים – לאגרגציה של פגיעות בזכות חוקתית אחת ("אגרגציה של פגיעות מאותו סוג"), להבדיל מאגרגציה של פגיעות בזכויות חוקתיות מובחנות ("אגרגציה של פגיעות מסוגים שונים"). בהקשר זה נציע להימנע מאגרגציה של פגיעות שמקורן בסמכויות המעוגנות בחוקים העוסקים במטריות משפטיות שונות. רביעית, במישור הסמכות נטען כי יש טעמים טובים לכלול במסגרת הדרישה להסמכה בחוק, במקרים המתאימים, הרשאה מאת המחוקק להפעיל סמכויות במשולב ובו־זמנית. חמישית, במישור הסעד החוקתי נראה כי פסיקת סעד של בטלות במקרה של פגיעה מצטברת שנוצרה עקב שימוש בדברי חקיקה נפרדים, אשר נפסק כי הם חוקתיים בפני עצמם, מעוררת קושי ניכר. לנוכח הקושי נציע שימוש בסעד חוקתי חדש, שנקרא לו איסור שימוש סימולטני, הקובע כי אין להפעיל סמכויות אשר יצרו את הפגיעה שאינה חוקתית בו־זמנית. שימוש בסעד זה יביא למניעת הפגיעה המצטברת מבלי להידרש להכרזה על בטלותו של דבר חקיקה ותוך הימנעות מהצורך לבחור באשר לאיזה דבר חקיקה מסמך יש לפסוק סעד זה (בחירה המעוררת קשיים לא מבוטלים).

מבנה הרשימה הוא כדלקמן: הפרק הראשון יכלול תיאור של פסק הדין והליכים רלוונטיים נוספים לצד דיון וניתוח העמדות שהובעו בקרב שופטי ההרכב בנוגע לדוקטרינה. בפרק השני נערוך דיון תאורטי ובו נציג את הנושא באמצעות השיח הערני המתקיים בנוגע לאגרגציה בקבלת החלטות שיפוטיות. דיון זה יבוסס בעיקרו על מאמרם של פוזנר ופורת העוסק באגרגציה במשפט.² בפרק השלישי ננסה לסרטט כמה כיוונים להבנייתה של דוקטרינת אפקט מצטבר במשפט החוקתי הישראלי. חלק זה גם יציג שאלות שיהיה ראוי לענות עליהן בהמשך הפיתוח השיפוטי והאקדמי של הדוקטרינה.

א. פסק הדין בבש"פ פלוני

1. רקע ועובדות

הצעת החוק הממשלתית אשר עיגנה את הסמכויות המיוחדות שניתן להפעיל בחקירת חשודים בעבירות ביטחון פורסמה בשלהי שנת 2005.³ בדברי ההסבר פורטו המאפיינים המיוחדים של עבירות מסוג זה, המצדיקים הפעלת סמכויות מיוחדות על ידי רשויות האכיפה אשר אינן נדרשות בהתמודדות עם עבירות פליליות רגילות. בין היתר כללה הצעת

2 Ariel Porat & Eric A. Posner, *Aggregation and Law*, 122 YALE L.J. 2 (2012), available at http://www.yalelawjournal.org/pdf/1103_8mw2x8z6.pdf

3 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (עצור שאינו תושב, חשוד בעבירת ביטחון – הוראת שעה), התשס"ו–2005, ה"ח 206 (להלן: הצעת חוק סדר הדין הפלילי סמכויות אכיפה – מעצרים).

החוק הוראות בעניין עיכוב הבאת עצור בפני שופט; הארכת תקופת המעצר בטרם הגשת כתב אישום; הארכת התקופה שבה ניתן למנוע מפגש בין העצור לעורך דינו; והסמכות לקיים דיון בנוגע להארכת מעצר שלא בנוכחות העצור אשר עמדה לבחינה במסגרת פסק הדין.⁴ הוראת השעה נכנסה לתוקף ביוני 2006⁵ לאחר שעברה שינויים מהותיים בדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.⁶ בהתקרב מועד פקיעת הוראת השעה הוצע להאריכה בשלוש שנים נוספות. הנימוק להצעה, כפי שהופיע בדברי ההסבר, היה כי בתקופת הפעלתה נמצא כי הוראותיה היו חיוניות ביותר בחקירות, וכי השימוש בהן הביא לא אחת לסיכול פיגועי טרור.⁷ בש"פ פלוני הובא לפתחו של בית המשפט העליון בסמוך למועד פקיעתה של הוראת השעה.

לאחר כניסתה של הוראת השעה לתוקף ובד בבד עם ההליך של בש"פ פלוני הגישו הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, האגודה לזכויות האזרח בישראל וארגון עדאלה עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק ובה ביקשו לפסול כליל את הוראת השעה – על כלל הוראותיה – עקב פגיעה בזכויות חוקתיות הנכללות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו באופן שאינו עומד במבחני פסקת ההגבלה. עתירה זו אוחדה עם בש"פ פלוני, ועד שלב מסוים נדונו שני ההליכים יחדיו. בעתירה הדגישו העותרים כי הפגיעה המצטברת בכמה זכויות נפרדות היא שצריכה לעמוד במקד הבחינה החוקתית, מכיוון שאם הוראת השעה תופעל בד בבד עם מניעת מפגש עם עורך דין, הפגיעה בזכויות העציר תועצם.⁸ מהנספחים לעתירה אף עולה כי עו"ד ענבל רובינשטיין, הסנגורית הציבורית הארצית דאז, הייתה שותפה לעמדת העותרים וטענה כי "יש לתת את הדעה בהקשר זה לא רק לפגיעה בכל זכות מזכויותיו של העצור כשהיא עומדת לעצמה, אלא לתוצאה המצטברת של פגיעה במספר זכויות במקביל".⁹ המדינה, בתגובה לעתירה זו, לא התעלמה מסוגיית האפקט המצטבר.¹⁰

- 4 על אודות השתלשלות הליך החקיקה ראו בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 12–14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.
- 5 ראו ס"ח 2059, 364 מיום 29.6.2006. תוקפה של ההוראה נקבע לתקופה של 18 חודשים.
- 6 על אודות השינויים ראו "הצעת חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2)", התש"ע–2010, מסמך רקע לדיון הקבוע ליום 25.10.10 "2–4 (חוות דעת של הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט, 24.10.2010) (להלן: חוות הדעת לוועדת החוקה, חוק ומשפט).
- 7 ראו דברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון), התשס"ח–2007, ה"ח 210, בהן הודגש, בין היתר, כי רשויות אכיפת החוק השתמשו בסמכויות שבהוראת השעה שימוש מידתי וזהיר.
- 8 ס' 35–37 לכתב העתירה בבג"ץ 2028/08 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' שר המשפטים (זמין ב־www.acri.org.il/pdf/petitions/hit2028.pdf).
- 9 בהתייחס לשימוש הסימולטני בהוראות של מניעת מפגש עם עורך דין והיתר לדיון בלא נוכחות העצור הציעה רובינשטיין להבחין בין המקרה שבו אכן בוחרים למנוע מפגש שכזה, שאז בעיניה אין להתיר גם דיון ללא נוכחות העצור, לבין מציאות שבה אין מונעים מפגש שכזה, ואז אפשר שניתן להכיל את הפגיעה הנוצרת ממניעת נוכחותו של העצור בדיון. ראו עמ' 6–9 למכתבה של עו"ד ענבל רובינשטיין לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, מיום 13.3.2006, אשר צורף כנספח ע/7 לכתב העתירה בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, שם, בעמ' 8 (עותק נמצא בידי המחברים).
- 10 בתשובתה נטען כי הפעלה משולבת של סמכויות בעת חקירת חשוד אכן פוגעת במידה רבה יותר ביכולתו להתגונן מפני הטענות המועלות נגדו. עם זאת המדינה ביקשה להדגיש כי הטענות בדבר האפקט המצטבר אינן נוגעות לחוקיות כל אחד מהאמצעים בפני עצמם אלא רק לעצם הפעלתם

לטעמנו ניתן אף למצוא בתשובת המדינה ראשית תמיכה, או לגיטימציה, לעצם השימוש בדוקטרינת האפקט המצטבר.¹¹ עם זאת בסופו של דבר נמשכה עתירה זו על ידי העותרים, ולבית המשפט נותר להכריע בבש"פ פלוני בלבד.¹²

פסק הדין בבש"פ פלוני מקיף שורה של סוגיות מורכבות ורגישות בשל הצורך באיזון בין זכויות אדם לצורכי ביטחון בעידן של מלחמה בטרור ונוכח שאלות פרטיקולריות שעלו מהניתוח החוקתי שבוצע. ברשימה זו נתמקד אך בשימוש החדשני שעשו המשנה לנשיאה ריבלין וחלק משופטי ההרכב בדוקטרינה שהם כינו: "האפקט המצטבר".¹³ באופן כללי, דוקטרינה זו מבקשת לאפשר בחינה מצטברת של פגיעות בזכויות חוקתיות. בנסיבות ההליך המדובר נדונו בעיקר שתי פגיעות בזכויות הנגזרות מהזכות החוקתית להליך הוגן:¹⁴ הפגיעה הראשונה הייתה בזכות העצור להיות נוכח בדיון בעניינו, וזאת בשל סמכות בית המשפט להתיר את קיום הדיון בהארכת המעצר שלא בנוכחותו. הפגיעה השנייה הייתה בזכות להיוועצות עם עורך דין לנוכח העובדה שסעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) מתיר בנסיבות מיוחדות מניעת מפגש של חשוד בעבירות ביטחון עם עורך דינו.¹⁵

2. עמדת המשנה לנשיאה ריבלין

חוות הדעת הראשית נכתבה על ידי המשנה לנשיאה ריבלין. הנחת המוצא של פסק דינו הייתה כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הקנה מעמד של זכות יסוד חוקתית לזכות להליך הוגן – הן מכוחה של הזכות לחירות והן מכוחה של הזכות לכבוד – ועל כן יש לבחון את

המשולבת, ומשכך ברי כי אין לבטל את אחד הסעיפים המקנים סמכויות אלו. לטענת המדינה, הדרך למניעת פגיעה מעבר לנדרש בעת הפעלת כמה סמכויות בעת ובעונה אחת היא באמצעות שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט לעניין הפעלת הסמכויות, וחזקה כי בית המשפט יתחשב בכך שסמכות אחרת כבר הופעלה בעניין חשוד כלשהו בטרם אישור הפעלת אמצעי נוסף. ראו ס' 117 לכתב התשובה, שם (עותק נמצא בידי המחברים).

11 החיזוק נובע לטעמנו מכך שאם חזקה על בית המשפט שיתחשב בהפעלת הסמכות האחרת, כאמור בה"ש 10, מה משמעות "התחשבות" זו אם לא שקילת האפקט המצטבר שנוצר בשימוש המשולב בשתי הסמכויות סימולטנית?

12 העותרים משכו את עתירתם כמחאה על החלטת ההרכב להכריע בדבר חוקתיותו של חוק על בסיס חומר חסוי שהוצג במעמד צד אחד. על משיכת העתירה והסיבות לכך ראו "בג"ץ החליט לעיין ללא סמכות בחוק במידע חסוי – הארגונים מחקו העתירה" האגודה לזכויות האזרח בישראל 24.3.2009. www.acri.org.il/he/?p=2076. בעקבות משיכת העתירה החליט ההרכב המורחב לדון רק בשאלות החוקתיות שהועלו במסגרת הבש"פ אשר התמקדו בחוקתיותו של אחד מסעיפי הוראת השעה בלבד, ולא בעצם חוקתיות הוראת השעה בכללותה או באפקט המצטבר של הוראותיה, אשר הועלו רק במסגרת העתירה שנמשכה.

13 מלבד השופט (כתוארו אז) גרוניס, שבחר בביטוי "תחולה סימולטנית", וראו הדיון במשמעות בחירה זו, לשיטתנו, בהמשך הרשימה, בטקסט הצמוד לה"ש 25.

14 בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 16–17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

15 לפירוט הנסיבות ראו ס' 35(א)–(1)–ס' 35(א)–(3) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996 (להלן: חוק המעצרים). להסדרה מפורטת של העניין ראו האמור בתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (דחיית פגישת עצור בעבירות בטחון עם עורך דין), התשנ"ז–1997.

הפגיעה בזכות ובנגזרותיה לפי מבחני פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.¹⁶ המשנה לנשיאה קבע כי הוראת הסעיף פוגעת בזכותו של העצור להליך הוגן באופן שאינו עומד במבחן השני והשלישי של המידתיות – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות במובן הצר.¹⁷ הוא פסק כי אין להסתפק בבחינת ההוראה שבסעיף 5 להוראת השעה מבלי להתייחס למסגרת הנורמטיבית הכוללת שעניינה חקירה ומעצר של חשודים בעבירות ביטחון והאמצעים שניתן להפעיל מכוח מסגרת נורמטיבית זו. הוא קבע כי אי אפשר לקבל את השילוב של ההוראות בעניין מניעת מפגש עם עורך דין עם ההוראות המאפשרות דיון בהארכת מעצר בלא נוכחות העצור. זאת, מכיוון ששילוב זה עלול לאיין במידה רבה את עצם האפשרות של העצור להתגונן מפני ההאשמות החמורות שבגינן נעצר ונחקר, ומכאן גם את היכולת של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית על מעצרו והליכי חקירתו.¹⁸ הנה כי כן, אחד הנימוקים שביסוד פסק דינו של המשנה לנשיאה מבסס את ביטול סעיף 5 על יסוד פגיעה מצטברת בכמה זכויות הנגזרות מזכות חוקתית באופן שהצדיק לשיטתו את ביטול הסעיף. את תפיסתו בעניין זה סיכם המשנה לנשיאה בקביעה העקרונית, שלפיה: "[...] כאשר זכות יסוד נפגעת במספר היבטים, או באופן הדרגתי, יתכן בהחלט שהאפקט המצטבר הוא שיחצה את רף החוקתיות, באופן ש'הפגיעה השולית' האחרונה לא תוכל לעמוד [...]".¹⁹ המשנה לנשיאה הוסיף והתייחס בדבריו לא רק לאפקט המצטבר של שתי ההוראות הללו – אלא גם היה היחיד מבין שופטי ההרכב שהתייחס לקיומה של פגיעה נוספת בהליכים בעניין עבירות ביטחון אשר ראוי להתחשב גם בה לצד הפגיעות הללו. פגיעה זו נובעת מכך שלעתים קרובות מוצג לבית המשפט חומר חסוי במעמד צד אחד.²⁰ אמנם בתי המשפט נוקטים אמצעים שונים כדי לצמצם את הפגיעה בזכויות העצור בעקבות פרקטיקה זו, אך לשיטת המשנה לנשיאה היכולת למזער פגיעה זו, אף באמצעים אלו, נחלשת כאשר העצור אינו נוכח בדיון וסנגורו טרם נפגש עמו.²¹

- 16 בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.
 17 שם, פס' 33 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. לניסיונות שונים שנעשו להרחיב את תחולת היקף ההלכה שנקבעה בפסק דין זה ראו ת"פ (שלום כ"ס) 2624/02 סלומון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.2.2010); ע"מ (ערעורים איו"ש) 1277/10 אלה"טיב נ' התביעה הצבאית (פורסם בנבו, 2.3.2010). לדחיית עתירה בדבר אי-חוקתיות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (היוועדות חזותית – הוראת שעה), התשס"ז–2007, בשל פגיעה, בין היתר, בזכות העצור לנוכחות בדיון, ראו בג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 14.7.2008).
 18 בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 28–30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. לחששות דומים שהובעו בדבר אפקטיביות הביקורת השיפוטית במצב זה, ראו פרוטוקול ישיבה מס' 669 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 7, 24 (16.03.2006) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 669).
 19 בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (ההדגשה הוספה – ז"ב, נ"מ).
 20 לדיון כללי בנושא זה ראו Daphne Barak-Erez & Matthew C. Waxman, *Secret Evidence and the Due Process of Terrorist Detentions*, 48 COLUM. J. TRANSNAT'L. L. 4 (2009).
 21 בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. לדיונים שיפוטיים ואקדמיים בשאלת הביקורת השיפוטית על ראיות חסויות, ראו ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.6.2008) (להלן: ע"פ פלוני); בג"ץ 5555/05 פדרמן נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נט(2) 865, 869 (2005); בש"פ 8920/06 טעימה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.11.2006); James Boeving, *The Right to be Present Before Military Commissions and Federal Courts: Protecting National Security in an Age of Classified Information*, 30 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 463 (2007).

מעניין לציין כי המשנה לנשיאה ריבלין ניתח בפסק דינו את הפגיעה שבאמצעים מסוימים, בעוד הוראת השעה וחוק המעצרים כוללים אמצעים נוספים²² ולכאורה לא ברור מדוע לא ניתן משקל גם לפגיעה הנוצרת בהפעלתם במסגרת האפקט המצטבר שנדון בפסק הדין.²³ הסבר אפשרי לכך עשוי להיות בעובדה שהניתוח שבפסק הדין נעשה מזווית הפגיעה ביכולת העצור להתגונן בהליך המשפטי המתנהל נגדו בזמן נתון. מזווית זו ברורה הרלוונטיות של שלושת האמצעים שהזכיר המשנה לנשיאה, להבדיל מאמצעים אחרים אשר אפשר שהופעלו בעת החקירה אך אינם רלוונטיים ישירות לדיון המתנהל בבית המשפט.²⁴ מכל מקום, נבקש ללמוד מהאמצעים שהמשנה לנשיאה בחר להתמקד בהם שתי נקודות נוספות, אשר נרחיב בעניינן בפרק השלישי של הרשימה: ראשית, נראה בעינינו כי היה נכון להתייחס לאפקט המצטבר של אמצעים שיש ביניהם קשר סימביוטי או סינגרטי כלשהו באופן המעצים את הפגיעה המצטברת בעצור; שנית, ההתמקדות באמצעים שנדונו נבעה להבנתנו מכך שמדובר באפקט מצטבר שנוצר מאמצעים ששימשו סימולטנית ולא למצב שבו הם שימשו במדורג, כלומר ללא חפיפה בזמן, כפי שגם עולה מדברי חלק מחברי ההרכב להלן. מכל מקום, וחרף ניסיונו "ליתן סימנים" בעמדתו של המשנה לנשיאה, ברור כי הדיון בדוקטרינה בפסק דינו אינו ממצה, וכי נותרה עמימות רבה באשר לשימוש שנעשה בה. עמימות זו מתחדדת לנוכח הערות חברי ההרכב האחרים, שנפנה לפרטן כעת.

3. הערות חברי ההרכב

לנוכח החדשנות שבדוקטרינת האפקט המצטבר שהציע המשנה לנשיאה ריבלין נדרשו לה כמה שופטים נוספים. נציג את עמדותיהם בקצרה ונתמקד בעמדת השופטת (כתוארה אז) נאור, אשר הצביעה על כמה קשיים ומורכבויות ביישום גישה זו. עם התומכים בשימוש

22 כך, מעניין כי בדיון בכנסת נטען גם בעניין האפקט המצטבר שנוצר בהשהיית הבאה בפני שופט למשך 96 שעות במצב שבו העצור גם אינו זוכה להיוועצות עם עורך דין (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 669, לעיל ה"ש 18, בעמ' 10). דוגמאות נוספות שניתן להעלות על הדעת הן האפקט המצטבר שבין היעדר חובה לתעד חקירת חשוד בעבירות ביטחון למניעת מפגש של העצור עם עורך דינו, בהיבט יכולתו של עורך הדין להגן על לקוחו, או האפקט המצטבר שבין היעדר חובת תיעוד זו לקיום דיון המעצר שלא בנוכחות העצור, בהיבט יכולתו של בית המשפט למתוח ביקורת אפקטיבית על תנאי מעצרו וחקירתו. יוער כי אך לאחרונה הורה הנשיא גרוניס על מחיקת עתירה נגד חוקתיותו של ס' 17 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב–2002, הקובע את הפטור מחובת התיעוד (ראו בג"ץ 9416/10 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' המשרד לביטחון פנים (פורסם בנבו, 6.2.2013)).

23 אמנם ניתן לטעון כי ההתמקדות באמצעים אלו נובעת אך מהתמקדותן של הטענות בעתירה לבג"ץ שהוגשה בעניין הוראת השעה דווקא בהם, אך לטעמנו בעובדה כי המשנה לנשיאה ריבלין התייחס גם לפגיעה שלישית, הנובעת מהצגת מידע חסוי במעמד צד אחד, אשר לא הועלתה במסגרת העתירה, יש כדי להעיד כי לא זו הסיבה הבלעדית לכך.

24 יודגש כי זווית בחינה זו אינה ברורה מאליה, שכן היה ניתן לטעון כי על הבחינה להתחשב בתכלית שבבסיס ההיתר לבצע אותן פגיעות, ובמקרה כזה נכרכו יחדיו פגיעות שהתכלית בבסיסן שונה ומובחנת. כך, בעוד שנראה כי התכלית שבמניעת המפגש של העצור עם עורך דינו ובקיום הדיון שלא בנוכחות העצור זהה ונוגעת לאפקטיביות חקירת החשוד, הרי שברי כי התכלית שבהצגת חומר חסוי במעמד צד אחד שונה (שהרי זו יכולה להתבצע אף לאחר שהחקירה הסתיימה), ונוגעת לצורך להגן על מקורות מודיעיניים תוך הצגת מידע חסוי הרלוונטי להליך המתנהל.

עקרוני בגישת האפקט המצטבר ניתן למנות את השופט (כתוארו אז) גרוניס, אשר העיר כי במציאות שבה מושעות שתי זכויות – זכות העצור לנוכחות בדיון וזכותו להיוועץ עם עורך דין – קיים חשש מובנה כי לא תתקיים הדרישה להליך הוגן. השופט גרוניס ביקש למקד את הבחינה במסגרת הזמן שבה הזכויות מושעות סימולטנית.²⁵ עמדה מפורשת זו של השופט גרוניס עולה בקנה אחד עם העובדה שבפועל גם בחינתו של המשנה לנשיאה ריבלין התמקדה באמצעים ששימשו סימולטנית. בסיום דבריו התייחס השופט גרוניס לאפשרות לחוקק את ההסדר מחדש באופן שיעמוד במבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה וקבע כי לשם כך יהיה צורך לתת את הדעת לשימוש הסימולטני בהוראות שנדרגו. הוא הציע, כדוגמאות, את האפשרות לקצר את משך התקופה שבה תהיה קיימת תחולה סימולטנית שכזו (אך הביע ספק אם יהיה די בקיצור התקופה לשם עמידה במבחני המידתיות) וכן את האפשרות לצמצם מאוד את העילות אשר בגינן יהיה ניתן להגביל את נוכחות החשוד בהליכי המעצר.²⁶

לעומת עמדתם של המשנה לנשיאה ריבלין והשופט גרוניס ניצבת עמדת השופטים נאור ורובינשטיין. הללו הבהירו חד-משמעית כי לדידם, דינו של סעיף 5 לבטלות כעומד בפני עצמו, מבלי להתבסס על דוקטרינת האפקט המצטבר, שאת השימוש בה העדיפו להותיר בצריך עיון.²⁷

השופט נאור בחרה להתייחס לשימוש של המשנה לנשיאה ריבלין בדוקטרינת האפקט המצטבר כדי להבהיר את עמדתה שלפיה הסוגיות שהדוקטרינה מעלה "מורכבות הן ומחייבות בחינה מעמיקה".²⁸ במיוחד הוצגו בפסק דינה שלושה קשיים עקרוניים ביישומה: ראשית הבהירה השופט נאור כי טענה בדבר אפקט מצטבר של שני אמצעים חקיקתיים מחייבת בחינה אמפירית-תוצאתית. זאת משום שהטענה אינה נגד עצם קיומן של כל אחת מההוראות בנפרד, אלא כנגד השימוש בהן. זוהי עמדה הדומה במעט לשאלה חוקתית מוכרת והיא אם יש לבחון חוקתיותו של חוק באופן אבסטרקטי, או שמא ראוי שהבחינה תיעשה לנוכח מקרה קונקרטי או אפילו לנוכח נתונים אמפיריים בדבר אופן הפעלתם של האמצעים המעוגנים בחוק. לדוגמה, אפשר שמעולם לא נעשה שימוש סימולטני בהוראות החוק, ובמקרה כזה, לכאורה, אין מקום כלל לבחינת חוקתיותו של שימוש משולב שכזה. לכן, לטענת השופט נאור, אין אפשרות לבחון את הפגיעה באופן ערטילאי ומופשט אלא רק על רקע מקרה קונקרטי שבו יוצגו נתונים קונקרטיים בשאלת אופן השימוש באמצעים.²⁹

25 "בחינה כזו חייבת לטעמי להתייחס למסגרת הזמן בו מושעות הזכויות הנזכרות באופן סימולטני" (בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוניס).

26 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרוניס.

27 שם, פס' 7 לפסק דינה של השופט נאור ופס' כ"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין. יוער כי השופט נאור אף הציעה להשהות את הכרזת הבטלות בשישה חודשים, אך נותרה בדעת מיעוט בעניין זה (ראו שם, פס' 8 לפסק דינה).

28 שם, פס' 7 לפסק דינה של השופט נאור.

29 גישה זו עולה בקנה אחד עם גישתה של השופט נאור כפי שהיא משתקפת בפסקי דין נוספים. ראו לדוגמה בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.2012) (להלן: עניין חוק הנכבה); בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.2.2012) (להלן: עניין איגוד הנאמנים). לביקורת על גישה זו, החורגת מהגישה

הערתה השנייה נגעה לעובדה שלפיה נטל ההוכחה בשלב הראשון של הבחינה החוקתית מוטל על הטוען לאי-החוקתיות בשל חזקת החוקתיות, ואילו במקרה זה לא טענו העותרים טענת אי-חוקתיות באשר לסעיף 35 לחוק המעצרים או באשר לאפקט המצטבר בין הוראותיו.³⁰ הערה שלישית נגעה לקושי שבפסילה שרירותית של האמצעי החקיקתי שאותו בחר העותר לתקוף, שכן שני האמצעים גם יחד מצויים בבסיס טענת האפקט המצטבר, ולא ברורה העדפת פסילת האחד על פני השני רק משום בחירת העותר למקד את עתירתו באחד מהם. שלוש הערות אלו מעלות לטעמנו הן שאלות המציבות אתגר לא קטן באשר למודל התקיפה החוקתית הקיים והסעדים הניתנים במסגרתו, והן שאלות הנוגעות לצורך במודיפיקציה של הפרוצדורה בהליך התקיפה החוקתית אם נעשה במסגרתה שימוש בדוקטרינת האפקט המצטבר. מכל מקום, וחרף חשיבותן הרבה, שאלות אלו לא זכו לליבון מקיף בפסק הדין. השופטת נאור סיכמה את העניין כך:

[...] התשובה לשאלה, האם שילוב של שני אמצעים חוקתיים כשלעצמם עלול להביא ל"אפקט" בלתי חוקתי בהצטברותם, אינה מובנת מאליה. התשובה לשאלה תלויה בין היתר באופן יישום האמצעים בשטח, בתכלית הניצבת בבסיס כל אמצעי וביכולת לאתר את האמצעי הדומיננטי ביצירת האפקט האמור. כך למשל מקום בו תכליות האמצעים מתלכדות, פסילה של אמצעי אחד עלולה לרוקן מתוכן את תכלית השימוש באמצעי השני [...]. מובן כי לבחינה זו של האמצעים החקיקתיים יש השפעה גם על הסעד החוקתי הראוי. סוגיות אלה מורכבות הן ומחייבות בחינה מעמיקה.³¹

הנה כי כן, למרות החדשנות שבדוקטרינה שהציע המשנה לנשיאה ריבלין, ובשים לב להסתייגויות ולקשיים שהוצגו בפסק דינה של השופטת נאור, ניתוח כולל של ההתייחסויות השיפוטיות לדוקטרינה בפסק הדין מעלה כי הדין השיפוטי שהתקיים בעניינה היה ראשוני. ניכר כי הנושא נדון ביעף בפסק הדין ועודנו ממתין לפיתוח והרחבה. חברי ההרכב אמנם היו

המקובלת בפסיקת בית המשפט העליון עד כה, ראו ברק מדינה "ביקורת שיפוטית על חקיקה: פסקי הדין בעניין חוק טל וחוק הנכבה" בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. [blogspot.com/2012/02/blog-post_27.html](http://hebrewu-law.blogspot.com/2012/02/blog-post_27.html) (להלן: מדינה "על חוק טל"). וראו במיוחד הכתיבה מהעת האחרונה בשאלת הבעיה הבלתי בשלה: ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות – בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי אורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר ובג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל" משפטים מג 419 (2012). צ'צ'קו מנתחת את השימוש שנעשה בדוקטרינת הבשלות בפסקי הדין הנ"ל אגב ניתוח השאלה המשפטית הרחבה של ביקורת חוקתית אבסטרקטית או פרטיקולרית. ברמה הכללית, לטענתה, השימוש בדוקטרינת הבשלות בפסקי הדין היה חסר, וטעון פיתוח והרחבה בפסיקה עתידית. לפיתוח והרחבה של הנושא ראו רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לז 33 (2014).

30 יצוין כי טענה כזו כן נטענה בכתב העתירה. ראו עניין הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, בטקסט הסמוך לה"ש 8. אך כאמור לעיל, עתירה זו נמשכה בטרם הגיעה להכרעה. בהקשר דומה, ראו עמדתה של השופטת נאור שלפיה אין לייצר סעדים חוקתיים במקומות שבהם אלה לא נתבקשו על ידי הצדדים בבג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר-שבע, פס' 8-9 לפסק דינה (פורסם בנבו, 22.6.2011).

31 בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינה של השופטת נאור.

מודעים למורכבות הדוקטרינה המוצעת, וחלקם התייחסו לכך במפורש בחוות דעתם, אך גם אלה לא פיתחו דיון מקיף בנושא. בנוסף, קיים חוסר בהירות בסיסי בשאלה אם ההנמקה בדבר האפקט המצטבר היא הנמקה "חלופית" או "מצטברת". להבנתנו, מפסק הדין לא ברור אם הנמקתו של המשנה לנשיאה ריבלין היא הבסיס לבטלותו של הסעיף, או שהיה ניתן לבטלו אף ללא שימוש באפקט המצטבר, ובכך השימוש בדוקטרינה הופך למעשה לאוביטר.

4. תיקון הוראת השעה והליכים נוספים

לשם השלמת הסקירה נקדיש כמה משפטים לגלגולו של הנושא בהליכי החקיקה לפני פסק הדין ואחריו וכן להליכים משפטיים רלוונטיים נוספים. תחילה ראוי לציין, כפי שהזכיר גם השופט רובינשטיין, שסוגיית האפקט המצטבר לא התעוררה לראשונה במסגרת ההליך בבש"פ פלוני, אלא הוזכרה עוד קודם לכן, במהלך הדיונים על נוסח הוראת השעה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, טרם כניסתה לתוקף.³² על משמעות עובדה זו נעמוד בהמשך הרשימה.³³ לאחר מתן פסק הדין הגיב המחוקק במהירות. כחודשיים לאחר מתן פסק הדין הופץ תזכיר לתיקון הוראת השעה,³⁴ אשר אושר בשלהי שנת 2010.³⁵ קשה

32 שם, פס' ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין. ואכן, בדיון בתזכיר החוק בוועדת החוקה, התייחסו נציגי הסגוריה הציבורית והאגודה לזכויות האזרח לקושי בהצטברות הפגיעות בעקבות קיום דיון בלא נוכחות הנאשם עם הפגיעה שנוצרת ממניעת מפגש עם עורך דין (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 669, לעיל ה"ש 18, בעמ' 10, 14, 22). בדיון אף התייחסו לאפקט מצטבר נוסף, שלא נדון בפסק הדין, שבין דחיית מועד ההבאה בפני שופט ומניעת מפגש עם עורך דין (ראו שם, בעמ' 10, 27). עם זאת ממעקב אחר שלבי הליך החקיקה עולה הרושם שהמחוקק עצמו לא התייחס לסוגיה זו באופן מעמיק, ולכל הפחות לא נתן דעתו בצורה ממצה על אפשרות הצטברותן של הפגיעות באופן העשוי להוביל לפגיעה חמורה ברמה אשר עשויה להצדיק פסילתו של סעיף מסעיפי הוראת השעה.

33 ראו להלן, בטקסט הסמוך לה"ש 217–219, בנוגע למשמעות הליכי החקיקה בבחינת תכלית השימוש המשולב ובנוגע למשמעותם בהצדקת התערבות בית המשפט בעתירות המבוססות על דוקטרינה זו.

34 תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון), התש"ע–2010 (זמן ב-www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/7227D693-A814-414F-A039-B1A6F96E0126/0/TazkirPliily.pdf).

35 ראו חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשע"א–2010, ס"ח 2269. לפירוט נוסף על אודות השתלשלות הליכי החקיקה לאחר מתן פסק הדין בבש"פ פלוני ראו שי ניצן "חוק 'אוכף בג"ץ' עורך הדין 10, 21 (2011) www.israelbar.org.il/uploadfiles/orach-hadin_new_issue_10_light.pdf (להלן: ניצן "אוכף בג"ץ"). ראוי לציין כי קיימים שני הסדרים חקיקתיים דומים, המקנים לרשויות האכיפה סמכות למנוע מפגש של עצור עם עורך דין וכן לקיים דיון בנושא מעצרו בלא נוכחות העצור. המקרה הראשון הוא ס' 6 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב–2002. בעתירה בעניין חוקתיות חוק זה לא עלו טענות בדבר האפקט המצטבר שבין הוראותיו, והן נדונו כל אחת לגופה. ראו לדוגמה, בעניין ההסדר למניעת מפגש עם עורך דין, ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 21, פס' 44 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. המקרה השני הוא ס' 78 (כא) לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), התש"ל–1970. הסעיף הוסף לצו בשנת 2007, בצו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 95) (יהודה ושומרון) (מס' 1599), התשס"ז–2007, ותוקן בשנת 2008 בצו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 103) (יהודה ושומרון) (מס' 1624), התשס"ט–2008 (הצווים זמינים ב: www.law.idf.il/209-he/Patzar.aspx?PageNum=15). יצוין כי בעבר הוגשו שתי עתירות לבג"ץ בעניין אופן יישום סעיף זה, אך הן נמחקו לאחר שהצדדים הגיעו להסכמות בעניין. על אודות כך ראו

להכריע אם התיקון הושפע מהדין בדבר האפקט המצטבר משום שלא היתה התייחסות לנושא במסגרת הליכי החקיקה המתקנת. מכל מקום, להבנתנו, ההסדר החדש אינו צפוי להשפיע על איכות הפגיעה המצטברת העשויה להיגרם משימוש סימולטני, אלא רק על כמותה.³⁶

הספרות המשפטית טרם התייחסה לשימוש בדוקטרינה זו, למעט מאמר קצר של מרדכי קרמניצר ויעל כהן שנכתב סמוך לאחר מתן פסק הדין, שבו נטען שתורת האפקט המצטבר נתקבלה להלכה.³⁷ עם זאת גם קרמניצר וכהן סבורים להבנתנו כי הלכה זו מרחיקת לכת, ודווקא עמדתה של השופטת נאור משקפת עמדה ראויה. בכל הנוגע לפסיקה מאוחרת, איתרנו מקרה אחד שבו נעשה שימוש שיפוטי בדוקטרינת האפקט המצטבר מאז פסק הדין בבש"פ פלוני³⁸ והוא בפסק דין של בית המשפט הצבאי לערעורים באזור יהודה ושומרון שניתן כחודשיים לאחריו ועסק בהפעלתן של סמכויות זהות ממש.³⁹

- בג"ץ 3713/08 אבו ליל נ' בית המשפט הצבאי לערעורים (פורסם בנבו, 29.4.2008); בג"ץ 5348/08 פלוני נ' בית המשפט הצבאי לערעורים (פורסם בנבו, 21.8.2008).
- 36 ראו לציין כי בתזכיר חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון), לעיל ה"ש 34, נכתב במפורש כי התיקון מבוסס על הערותיהם של השופטים נאור, ביניש, גרוניס ורובינשטיין (ראו שם, בעמ' 4). זאת, למרות שנראה כי דבריהם היו בגדר אמרות אגב אשר לא נמצא להן הד בכתיבתם של מרבית שופטי ההרכב. לדין בשימוש בדעת מיעוט כאיתות ראו דוד זכריה קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור 101–104, 132–136 (2012); בעניין העברת מסרים לקידום חקיקה ראויה ראו שם, בעמ' 144. להתמודדות עם טענה זו ראו ניצן "אוכף בג"ץ", לעיל ה"ש 35, בעמ' 24–25, וכן חוות הדעת לוועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 4–6.
- 37 ראו מרדכי קרמניצר ויעל רימרכהן "האפקט המצטבר של המידתיות: נדבך חדש בבחינה החוקתית הישראלית" המכון הישראלי לדמוקרטיה www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/191.aspx. להתפתחויות דסקריפטיביות לפסק הדין ראו הדר הנציג-רוזנברג, יורם רבין ויריב גנון "התפתחויות במשפט הפלילי: חקיקה ושפיטה – סתירה או השלמה?" דין ודברים 201, 219–220 (2011), וכן אורן גול-אייל ורותי לזר "ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא" חוקים ג 41, 51, ה"ש 26 (2011).
- 38 יצוין כי שאלת האפקט המצטבר של ההסדרים שנדרונו בבש"פ פלוני נדונה גם בערר שבו דן השופט פוגלמן, שקדם לפסק הדין ועסק במקרה דומה לזה שנדרון באותו הליך. השופט פוגלמן אמנם התייחס בהחלטתו להשפעה המשולבת של שני הסעיפים, אך לא נדרש לניתוח חוקתי מפורט יותר: "[...] השילוב של אלה מביא לכך שהלכה למעשה, האפשרות העומדת למשיב להציג את עמדתו בדין מוגבלת ביותר. בכך יש פגיעה של ממש בזכויותיו של העצור" (ראו בש"פ 8473/07 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.10.2007)). במקרה אחר הביע השופט הנדל דעתו, כבודך אגב, בדבר הפגיעה בזכות לימוד חיי נישואין בישראל ובזכות לשוויון, בטענה כי כל אחת מהפגיעות כשלעצמה אינה עולה לכדי פגיעה בחוק היסוד, ורק השילוב בין שתי הפגיעות, בנסיבות הרלוונטיות, מהווה פגיעה בחוק היסוד (ראו בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 2 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 11.1.2012)). עם זאת נדמה כי השופט הנדל לא התכוון ליישום דוקטרינה זו כפי שהיא באה לידי ביטוי בבש"פ פלוני (אשר אף לא הוזכר בפסק דינו), אלא ליישום של הכלל המשפטי שלפיו על היישום של כלל הזכויות החוקתיות להיות שוויוני בבסיסו. בעניין זה ראו למשל את הדיון בפגיעות בזכות לשוויון ובזכות לחינוך של ילדי מזרח ירושלים בבג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 6.2.2011). יצוין כי אף בבש"פ פלוני עצמו נטען לפגיעה מצטברת בזכות להליך הוגן ובזכות לשוויון, שכן העותרים טענו כי הוראת השעה מופעלת נגד חשודים פלסטינים בלבד (ראו בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 23 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין).
- 39 ראו ע"מ 4757/07 עזיז נ' התיבה הצבאית (פורסם בנבו, 29.4.2010), ובעיקר הדיון תחת הכותרות "סעיף 78(א) ומניעת מפגש – פגיעה מצטברת" ו"סעיף 78(בא) (3) – היבטים אופרטיביים". בפסק

לסיכום, אף שדוקטרינת האפקט המצטבר הוצבה תחת המדוך השיפוטי בבש"פ פלוני, נדמה כי בית המשפט טרם נדרש לעניין לעומקו, וכי הדיון שהתקיים בפסק הדין לא מיצה את מכלול ההיבטים הרלוונטיים ליישום הדוקטרינה. לטעמנו, קשה לומר שהשימוש בדוקטרינה זו עוגן כהלכה במשפט החוקתי הישראלי במסגרת בש"פ פלוני. עמדתו של המשנה לנשיאה ריבלין, שהעלה את האפשרות לשימוש בדוקטרינה, אינה חד-משמעית כאמור, ודומה כי פסק דינו נעדר יישום מלא ומסודר של הדוקטרינה.⁴⁰ בנוסף, בעוד השופט גרוניס תמך במפורש בשימוש בדוקטרינה, השופטים נאור ורובינשטיין הצביעו על קשיים מהותיים הקיימים בה וביקשו להותיר את השימוש בה בצריך עיון, ויתר השופטים שהסכימו לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין עשו זאת מבלי להידרש לסוגיה במפורש, חרף ההתייחסויות והביקורת בנושא שהובעה מפי כמה מחבריהם להרכב.⁴¹ מכל מקום, וגם לגישת הסובר כי בהלכה מדובר, הרי שאין לכחד כי הדיון השיפוטי שהתקיים בסוגיה היה לקוני וחסר, ועל כן כזו תהיה גם ההלכה בעניין.

בסיום סקירת הדין המצוי ראינו לנכון להזכיר כי כבר בפסק הדין הראשון שבו פסל בית המשפט דבר חקיקה של הכנסת בגין פגיעה לא-חוקתית בזכות,⁴² בחן הנשיא ברק את השפעת ההסדרים שבחוק ב"בחינה מצטברת". לאחר שהגיע למסקנה כי הוראותיו הפרטניות של החוק עומדות במבחני פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: חופש העיסוק בפני עצמן, הוסיף וציין:

הדין נקבעו הגבלות על שימוש סימולטני בשני האמצעים הפוגעניים בהמשך ישיר לדוקטרינת האפקט המצטבר, וכן צומצמו המקרים שבהם ניתן לקיים דיון בלא נוכחות העצור, ברוח התיקונים להוראת השעה שנסקרו לעיל. בין היתר הדגיש בית המשפט הצבאי כי "[...] נראה לי כי יקשה עד מאוד לעשות שימוש בסמכות האמורה במצב בו לא התקיים ולו מפגש אחד בין החשוד לסנגור. אשר על כן, מקום בו היה מנוע החשוד מלקבל ייעוץ מקצועי עד לדיון בהארכת המעצר [...] יטה בית המשפט לדחות בקשה זו". עוד יוער כי בטרם הדיון בבש"פ פלוני ניתנו פסקי דין שכללו התייחסות אגבית לאפקט המצטבר של פגיעות בזכויות חשודים או נאשמים, ובין היתר לפגיעה בזכות להליך הוגן, אך זאת על רקע הליכים פליליים "רגילים" ולא במסגרת בחינה חוקתית של חוק שמסמין את המנהל להפעיל כמה אמצעים שכאלה. ראו לדוגמה ע"פ 470/83 מורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט בך (1985); ע"פ (מחוזי חי') 2646/07 נימר נ' מדינת ישראל, פס' 37(3) לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.12.2007); ע"פ (מחוזי י-ם) 1362/99 רפאלי נ' מדינת ישראל, פ"מ תשנ"ט(2) 199, 208–207 (1999). עם זאת נראה כי אף במסגרת ההליך הפלילי השימוש באפקט המצטבר לא היה מובנה, מוסדר או אחיד, ונראה כי שימוש שכזה עודנו נדיר יחסית.

40 טענה דומה הועלתה גם בחוות הדעת לוועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 5.
41 על אודות הקושי והגישות השונות בדבר חילוף הלכה מפסק דין ראו לדוגמה גד טדסקי "מימרת אגב – הלכה פסוקה"? הפרקליט כ 99 (1964); יוסי נחושתי "חילוף הלכה במצבי אי-הסכמה" הפרקליט נ 631 (2010). לדיון רחב יותר – ובו ניתוח יורוספודנטי עקרוני מכוח תאוריה של בחירה ציבורית בשאלת היכולת לייחס כוונה רציונלית לגופים חקיקתיים ושיפוטיים בקבלת החלטות – ראו Lewis A. Kornhauser, *Aggregate Rationality in Adjudication and Legislation*, 7 POL. PHIL. & ECO. 5 (2008). לניתוח של אוביטרים בפסקי דין של בג"ץ בתחום המאבק בטרור ראו זכריה, לעיל ה"ש 36, בעמ' 18–19, 29–32.

42 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997) (להלן: עניין מנהלי ההשקעות).

[...] בצד הבחינה האינדיווידואלית של כל הוראה פוגעת, יש מקום לבחינה מצטברת של מכלול ההוראות. השאלה הינה אם התמהיל הכולל של ההסדר החקיקתי הוא מידתי. כל הסדר אינדיווידואלי יכול שיהא מידתי. אך הצטברותם הכוללת עשויה שלא להיות מידתית. נחה דעתנו, כי לא רק שכל אמצעי שנבחן על-ידינו בנפרד הוא מידתי, אלא שגם המכלול אינו פוגע בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש.⁴³

אם כן, כבר עם שחר עידן הביקורת החוקתית בישראל עשה הנשיא ברק שימוש (חטוף) בבחינה מצטברת, העולה בקנה אחד עם עקרונות דוקטרינת האפקט המצטבר. עם זאת גם בפסק דין זה, כמו בבש"פ פלוני, הדיון לקוני ואינו מניח את היסודות הנדרשים לפיתוח הדוקטרינה,⁴⁴ כפי שגם ניתן לראות במקרים נוספים, מעטים במספר, שבהם נעשתה בחינה כזו לאורך השנים.⁴⁵ כך, אף אם ניתן לכאורה לטעון כי המשותף בין פסקי הדין היא האפשרות שהצטברות הפגיעות היא העשויה לחצות את הרף החוקתי, הרי שלא נדונו לעומק שאלות מפתח בעניין זה, כגון מהי אותה "הצטברות", ובאילו מקרים יש לבחון פגיעות חוקתיות שונות במצטבר, ומהו הסעד המתאים במקרה ואכן נחצה הרף החוקתי עקב הצטברות זו. נראה כי הקשיים שהועלו בפסק הדין בבש"פ פלוני, הקשיים הנוספים שיוצגו להלן והדיון הלא ממצה בדוקטרינה זו לאורך השנים מעידים על צורך בדיון מעמיק לגופו של עניין בטרם הכרעה בשימוש המורכב בדוקטרינה זו במסגרת ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של דברי חקיקה. בהמשך רשימה זו ננסה להתוות את הצעדים הראשוניים בדרך לדיון שכזה.

ב. תאוריה של אגרגציה במשפט

פרק זה יניח מצע תאורטי לדיון שנקיים בפרק השלישי בשאלת כיווני הפיתוח של דוקטרינת האפקט המצטבר. הפרק מבוסס, בעיקר, על הטקסונומיה שבמאמרם המקיף של פוזנר

43 שם, פס' 46 לפסק דינו של הנשיא ברק (ההדגשות הוספו – ז"ב, נ"מ).

44 כך, אף לא אחד משופטי ההרכב המורחב (11 שופטים) התייחס לעניין זה, ואף הנשיא עצמו לא הסביר או פירט בדבר אופן בחינת "מכלול ההוראות", אלא הסתפק בקביעה הלקונית לפיה "נחה דעתנו" בעניין זה.

45 ראו בג"ץ 10934/02 קיבוץ כפר עזה אגודה להתיישבות חקלאית שיתופית נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נח(5) 108 (2004), שבו המשנה לנשיא אור קבע, לעניין חוקתיותן של הוראות מעבר, כי הדבר תלוי במשקל המצטבר של התנאים שבהוראות המעבר (שם, פס' 11 לפסק דינו); עמדת הנשיא גרוניס, שלפיה "כאשר חוק העומד לבחינה חוקתית טומן בחובו מספר הסדרים, אין להסתפק בטענה שהסדר מסוים בו פוגע בזכות חוקתית, אלא יש לבחון את ההסדרים כמכלול" בבג"ץ 5998/12 רונן נ' הכנסת, פס' 13 לפסק דינו (פורסם בנבו, 25.8.2013); פסק דינה של הנשיאה ביניש בבג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.2012) (להלן: עניין משטרת ישראל), אשר דן בחוקתיות חלק מן ההסדרים בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007, ס"ח 2122. בפסק הדין יש לטעמנו הבניה ראשונית של בחינה חוקתית של "מכלול ההסדרים" בחוק (ראו פס' 38 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). עם זאת הבחינה היא כוללתית יותר ומתמקדת בפן העקרוני ובאיוונים הפנימיים בתוך החוק, ואינה מתמודדת, כמוצע במאמר זה, עם אגרגציה של הפגיעות החוקתיות העשויות להיווצר מהפעלת הסמכויות שבחוק.

ופורת, המפתחים תאוריה כוללת של אגרגציה במשפט.⁴⁶ הפרק יציג את המונח "אגרגציה" בהקשר המשפטי ואת הבעיה שפוזנר ופורת מתארים בדבר המוגבלויות האינהרנטיות של הדוקטרינה המשפטית. לאחר מכן יתקיים דיון ביקורתי בתאוריה, שמטרתו להציג שיקולים שינחו אותנו במסגרת הדיון בפרק השלישי.

1. "אגרגציה", "בעיות אגרגציה" והגירעון שבדוקטרינה המשפטית

"אגרגציה" היא מונח המתייחס לפעולה של חיבור בין כמה סוגי מידע כדי להגיע לתוצאה המשקפת ביתר דיוק את מכלול הנתונים שיש לשקול בעת קבלת החלטה, או שיש לאמוד את משקלם הנורמטיבי. הבעיה הבסיסית שאתה מתמודדים פוזנר ופורת היא קיומו של גירעון דוקטרינרי במשפט. גירעון זה מוביל את מקבל-ההחלטה-השיפוטית להכריע על יסוד מידע שאינו משקף את מכלול הנתונים הרלוונטיים לסוגיה במקרה הטוב או להכרעה שאינה צודקת במקרה הרע.

המשפט מבוסס על תחומי משפט ועל דוקטרינות משפטיות המופעלות על ידי מקבלי החלטות כדי לבחון טענות של צרכני המשפט לצורך יישוב סכסוכים.⁴⁷ דוקטרינות אלה – כמו עוולת הרשלנות הנזיקית, עילת המידתיות החוקתית⁴⁸ והמנהלית⁴⁹ או עילת "ההפרה היסודית" בדיני החוזים – מטילות על הטוען להן את נטל הוכחת רכיביהן, ובכך מנתבות את מקבל ההחלטה השיפוטית לבחינת סוג מסוים של מידע בהסתברות מסוימת. המידע שנבחן הוא פונקצייה של הרכיבים הכלולים בדוקטרינה, עניין המותיר מידעים אחרים מחוץ לתהליך קבלת ההחלטה. אף שקיימים טעמים חזקים לקשיחותה (Stickiness) של הדוקטרינה המשפטית, פוזנר ופורת מציינים שיכולים להתרחש מצבים רבים שבהם בחינת המידע המבוצעת במסגרתה אינה מספקת, היות שבחינה של מידעים נוספים תצמיח תוצאה שונה שראוי להתחשב בה.⁵⁰ במצבים אלה יהיו נתונים עובדתיים הנוגעים להערכת

46 הפרק מבוסס גם על מאמרם פורץ הדרך של פרופ' אלון הראל ופרופ' אריאל פורת על אגרגציה במשפט הפילי (Alon Harel & Ariel Porat, *Aggregating Probabilities Across Cases: Criminal Responsibility for Unspecified Offenses*, 94 MINN. L. REV. 261 (2009)). לכתובה נוספת בנושא אגרגציה, אך בעיקר בנוגע לאגרגציה "בין-אישית" (וראו בעניין זה ה"ש 66 להלן), ראו Brandon L. Garrett, *Aggregation and Constitutional Rights*, 88 NOTRE DAME L. REV. 593, 641–648 (2012).

47 לא רק המשפט מבוסס על קטגוריות שבמסגרתן אנו מקבלים החלטות. חשיבה קטגורית מאפיינת כל תהליך קבלת החלטות. ראו בעניין זה מאמרם של כהנמן, סונסטיין, שקד וריטוב, המציג את התופעה של "קבלת החלטות תוך-קטגורית וחץ-קטגורית" ומקשר בין תופעה זו לבין עיצוב מערכות משפטיות, בעיקר במשפט המנהלי והרגולטיבי (Cass Sunstein, Daniel Kahneman, David Schkade & Ilana Ritov, *Predictably Incoherent Judgments*, 54 STAN. L. REV. 1153 (2002)).

48 להצגת עילה זו בהרחבה במשפט החוקתי ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט); להצגת עילה זו במשפט הבינלאומי ראו יובל שני השימוש בעקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי (2009).

49 להתפתחות עילת המידתיות במשפט המנהלי ראו יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה לתיאוריה" משפט ועסקים טו 225, 236–245 (2012). כן ראו ההפניות לפסקי הדין ולספרות שם.

50 Porat & Posner, לעיל ה"ש 2, בעמ' 4–5, 7–9.

איי-החוקיות של פעולה אשר יובאו בחשבון בבחינתה של טענה אחת, ולא יובאו בחשבון בבחינה של טענה אחרת אף על פי שלמעשה מדובר בבחינה של מערכת עובדתית אחת. לצד ההיבט הנוגע לסוג המידע שנשקל בשלב הביורור העובדתי של הסכסוך, להיקפו של המידע ולרמת הוכחתו, טענות משפטיות רבות דורשות עמידה ב"סף נורמטיבי" (Normative Threshold) לשם קבלת הסעד. בדיון בטענות שכאלה הפגיעה בערך או באינטרס המוגן תוביל לקבלת הסעד רק אם היא חוצה את הסף הנורמטיבי הנדרש. ניתן להעלות דוגמאות רבות לכך, כמו דוקטרינת ה"הפרה יסודית", הדורשת את התקיימות רכיב "יסודיות ההפרה" או הדרישה החוקתית, שעודנה רלוונטית בהקשרים מסוימים, לקיומה של "פגיעה קשה, רצינית וחמורה". בטענות שכאלה מבחן הסף הקלאסי אינו יכול לגלם מצבים שבהם רק אגרציה של שתי פגיעות תוביל לחצייתו של הסף ולקבלת הסעד.⁵¹ "בעיות אגרציה" נוצרות אפוא במקרים שבהם הדוקטרינה המשפטית הקיימת אינה מסוגלת להפנים סוגים שונים של מידע שיכולים להיות רלוונטיים לצורך קבלת החלטה מדויקת יותר.⁵² הן מדגישות מוגבלות של המשפט.

ניתן דוגמה לגירעון הדוקטרינרי באמצעות עילת ה"פגיעה" בזכות חוקתית במשפט הישראלי.⁵³ בחינת חוקתיות חוק עוברת דרך שלב ה"פגיעה" שהחוק מגלם בזכות החוקתית המוגנת. בחינת שלב הפגיעה מובילה את בית המשפט להתחשב במידע מסוג מסוים – במקרה זה סוג, היקף ועצמת הפגיעה בזכות אחת. בית המשפט אינו מתחשב במידע מסוג אחר, כגון פגיעות בזכויות אחרות (המופנית כלפי אותו האדם למשל); מספר פגיעות שונות באותה זכות בהקשרים עובדתיים שונים או מכוח חוקים שונים; או כמות הפעמים שבהן מבוצעת פגיעה ספציפית. להלכה, הדוקטרינה החוקתית (במקרה שלנו טענת הפגיעה) מנתבת את בית המשפט לבחינת הפגיעה הספציפית של סעיף חוק אחד בזכות חוקתית אחת, כאשר למעשה מדובר בשאלה פוליטית יותר,⁵⁴ שהרי ניתן לדמיין בנקל מכלול של פגיעות שונות במכלול של עצמות. בנוסף, כדי שנגדיר את המצב העובדתי כפגיעה בזכות

51 שם, בעמ' 5.

52 להבנתו, הטיעון של פורת ופוזנר אינו נוגע אך לדיוק בקבלת החלטות אלא גם להתחשבות במידע רלוונטי מבחינה מוסרית לקבלת ההחלטה (הטלת האחריות, הוכחת הפגיעה) כאשר ככלל, ה"טוב" מקודם לאור תפיסה תוצאתנית, וניתנת עדיפות לשיקולי יעילות. ראו שם, בעמ' 9, וראו למשל הדוגמה בעמ' 67.

53 לניתוח מקיף של מושג ה"פגיעה" החוקתית ראו ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" משפט ועסקים טו 281 (2012) (להלן: מדינה "על פגיעה"); לתשובה לביקורתו של פרופ' מדינה על שאלת הגדרת היקפה של הזכות החוקתית ועל שאלת הגדרת הפגיעה בה ראו אהרן ברק "אילוץ דאונטולוגי, תרבות ההצדקה ומחוקק היורה בתותח: תשובה למבקרים" משפט ועסקים טו 417, 432–439, 445–462 (2012) (להלן: ברק "תשובה למבקרים").

54 לדיון תורת-משפטי רלוונטי בהבדל שבין מונוסטטריות (בינריות) לבין פוליסטטריות של הכרעות משפטיות, תוך התבססות על כתיבתו של לון פולר, ראו הדר אבירם "כמעט כורח": סייגים לאחריות פלילית כטיעונים לעונש" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 601, 603–605, 628 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009). המאמר מתייחס למצבים שבהם הנאשם במשפט הפלילי הוכיח "כמעט הגנה", ולהבדל שביחס השיפוטי, במצבים שכאלה, בין הליך קביעת האחריות להליך גזירת העונש. בכך מתווסף המאמר, לטעמנו, לכתיבה על הגירעון הדוקטרינרי במשפט הפלילי. וראו Porat & Posner, לעיל ה"ש 2, בעמ' 20–23, 41, והפסיקה המובאת בה"ש 103.

החוקתית, צריך להתמלא סף מסוים (שאם לא כן, מדובר בפגיעה שהיא בגדר De minimis). גם כאן שאלת העצמה של הפגיעה נבחנת ביחס לזכות אחת. מובן שייתכן כי השופטים יתחשבו בשיקולים אלה בפועל על אף מבנה הדוקטרינה הקיימת. עם זאת אנו עוסקים בשאלה אם הדוקטרינה הקיימת מאפשרת ודורשת לעשות זאת להלכה, ולא בשאלה מה יעשו למעשה.⁵⁵ להלכה, מכלול היבטים אלה אינם באים לידי ביטוי בבחינת הפגיעה, או לכל הפחות אינם מנומקים כך במסגרת הניתוח החוקתי שבהנמקה השיפוטית.

מדוע המשפט מתפתח בצורה שכזו? מהו ההסבר התורת-משפטי לגירעון הדוקטרינרי שמוכיל את מקבל החלטה להתעלם ממידע רלוונטי? ההסבר של פוזנר ופורת לתופעה זו נעוץ באיזון שבין דיוק לבין עלות, ובעיקר במתח המוכר שבין כללים לבין סטנדרטים.⁵⁶ בעיות אגרזיה משקפות את שקלול התמורות (Tradeoff) שבין שימוש בכללים לבין שימוש בסטנדרטים בעיצוב הדוקטרינה המשפטית. מקובל לומר כי עלות קבלת החלטה במצבים שבהם המשפט מופעל באמצעות סטנדרטים בלבד גבוהה מעלות קבלת החלטה במצבים שבהם המשפט מופעל באמצעות כללים, וכי רמת הוודאות המושגת באמצעות סטנדרטים נמוכה מרמת הוודאות המושגת באמצעות כללים. על כן המשפט שואף לבצע דיסאגרזיה של שיקולים שונים לדוקטרינות משפטיות, קרי לכללים, כדי להפחית את עלות קבלת החלטה ולהגביר את הוודאות למען שופטים ופקידים המיישמים אותן (ולמעשה, גם למען אזרחים וחברות המבקשים לציית לחוק).⁵⁷ קיומם של תחומי משפט מובחנים, המחולקים לדוקטרינות משפטיות, המחולקות לרכיבים דוקטרינריים מובחנים, הוא כלי להגברת הוודאות והיכולת להכיר את החוק, ליישמו ולציית לו באמצעות הכרת הכללים. עם זאת התועלת שבוודאות המשפטית המושגת באמצעות "הקשיחות הדוקטרינרית"

55 ראו בהקשר זה טענתם של אלון הראל ואריאל פורת במסגרת דיון בהצדקה לביצוע אגרזיה במשפט הפלילי, שלפיה אף אם אגרזיה כזו מבוצעת לעתים באופן שאינו מפורש, ראוי להביא לביצועה (ככל שאכן יש לכך הצדקה) באופן גלוי, מפורש וסיטמתי, בין היתר עקב המורכבות שביישומה (Harel & Porat, לעיל ה"ש 46, בעמ' 301–303).

56 Porat & Posner, לעיל ה"ש 2, בעמ' 55–58. דיון כללי במתח שבין כללים לסטנדרטים ניתן למצוא בכתיבתו הקלאסית של Kaplow (Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992)). הרחבת הדיון תמצא אצל אוריאל פרוקציה "כללים וסטנדרטים בספר הברית – תמרור אזהרה לחקיקה בעידן המודרני" מחקרי משפט כו 661 (2010); אוריאל פרוקציה ושרון נבו "מהפך! על הקודקס האזרחי החדש" משפט ועסקים ד 95, 151–129 (2006); Ehud Guttel & Alon Harel, *Uncertainty Revisited: Legal Prediction and Legal Postdiction*, 107 MICH. L. REV. 467 (2008); Amichai Cohen, *Rules and Standards in the Application of International Humanitarian Law*, 41 ISR. L. REV. 41 (2008).

57 נשמש בדוגמה: אגרזיה נורמטיבית בין טענת "הפרה כמעט-יסודית" לבין טענת "מצג כמעט-רשלני" תייצר כלל משפטי שעלות יישומו למקבל החלטה גבוהה יותר. במשטר הישן היה על מקבל החלטה לבחון אם ייצוג הנתבע חצה את הסף הרשלני, ואם הפרת החוזה שביצע חצתה את סף היסודיות. עתה, משהמשפט מאפשר לו לבצע אגרזיה נורמטיבית של הטענות, עליו לבחון את שתי הבחינות אשר בחן בעבר ולצר זאת לבחון אם השילוב בין שתי ההתנהגויות חוצה סף נוסף, חדש, המשקף את הפגיעה המשולבת שבהתנהגות. מעבר שכזה כרוך בעלות הן למקבל החלטה והן לגופים שמצייתים לחוק. הדוגמה מבוססת על מאמרם של Porat & Posner, לעיל ה"ש 2, בעמ' 56.

והקונקרטיזציה של כללים כרוכה בעלות (משפטית ומוסרית) מסוימת, במקרים שבהם הכללים אינם מגלמים את מלוא המידע הרלוונטי לקבלת ההחלטה.⁵⁸

בתחומים רבים המשפט מתפתח באופן שמפנים בעיות אגרגציה ואף מתמודד באופן חלקי עם האתגר שמציב לו הניתוח האגרגטיבי. ניתן להצביע על שני נתיבי התפתחות מרכזיים בהקשר זה: נתיב אחד הוא שינוי דוקטרינה קיימת (או יצירת דוקטרינה חדשה ממש) באופן שמגלם שיקולים אגרגטיביים טוב יותר והמבוסס על אדנים דוקטריניים קודמים ולגיטימיים.⁵⁹ נתיב שני, שבזכותו טוענים פוזנר ופורת, הוא הפנמה שיפוטית של שיקולי אגרגציה במסגרת דוקטרינה קיימת.⁶⁰ ואכן, ככל שמכירים בגירעון הדוקטרינרי האמור ומפנימים את משמעותו המשפטית והמוסרית, נראה כי פתרון אפשרי לגירעון זה, במקרים מתאימים, הוא רה-אגרגציה בשלב קבלת ההחלטה השיפוטית. במצב שכזה בית המשפט יפתח את הדוקטרינה באופן שיאפשר לו להתחשב בנתונים שלא התחשב בהם בעבר. זוהי תפיסת הרה-אגרגציה שמציעים פוזנר ופורת, הרלוונטית לכל תחומי המשפט. מטרתם העקרונית היא לקדם "דוקטרינת רה-אגרגציה" שיפוטית⁶¹ שתאפשר לשופטים לבצע אגרגציה של טענות – עובדתיות ומשפטיות – במקומות שבהם (א) הדוקטרינה המשפטית הקיימת אינה מאפשרת ביצוע אגרגציה שכזו ו־ (ב) ביצועה בהליך השיפוט לא יקשה יתר על המידה על מקבלי ההחלטה ולא יוביל לפגיעה גדולה בוודאות המשפטית. כאמור, רה-אגרגציה שיפוטית יכול שתתרחש בתוך תחומן של דוקטרינות קיימות. למשל, עילת המידתיות החוקתית יכולה להיות מועמדת טובה לדוקטרינה קיימת – המצויה ברמת הפשטה גבוהה⁶² ולה תתי-רכיבים מובחנים – היכולה להפנים שיקולים של אגרגציה

58 בהקשר זה ניתן לומר, לטעמנו, כי הטוען שיש להיצמד לדוקטרינה (To stick to the doctrine) טוען למעשה בשבחה של הוודאות והיציבות וכן בצורך בפישוט תהליך קבלת ההחלטות של שופטים ופקידים לשם הגברתה, ואילו הטוען בזכות אגרגציה במשפט טוען למעשה ליתרונות שבפרשנות תכליתית יותר של מערכת הנסיבות העובדתית והנורמטיבית – מתוך הכרה ביכולתם של מקבלי החלטות לבצע בחינה שכזו – וכדי להשיג תוצאת צודקת יותר, במקומות שבהם העלות אינה בלתי הגיונית.

59 דוגמה שמביאים פורת ופוזנר היא התפתחותה של עילת "אי-המצפוניות" (Unconscionability) בדיני החוזים האמריקאיים שהיא יצור כלאיים המצוי בתוך שבין עילת הטעות לבין עילת העושק (שם, בעמ' 32, 33, 51, 68).

60 שם. לדוגמאות מדיני הנויקין כגון דוקטרינת "האחריות האלטרנטיבית" ו"אחריות לפי נתח שוק" (Alternative liability and Market share liability) ראו שם, בעמ' 9.

61 השימוש במונח "רה-אגרגציה" הוא במקור. הכוונה למהלך של אגרגציה של טענות בשלב קבלת ההחלטה השיפוטית (ראו שם, בעמ' 9, 57–58, 63–66). שאלה מעניינת היא מהו היחס שבין תורת האגרגציה של פורת ופוזנר (בעיקר זו העובדתית) לבין שאלות של סיבתיות עמומה ותורת הפיזיו ההסתברותי (ראו למשל שם, בעמ' 17–18). שאלה זו חורגת כמובן מגדרי הרשימה הנוכחית. להצגת תורת הסיבתיות העמומה באופן כללי, ראו אושרית סיסו וורד שפילמן "סיבתיות עמומה" – האם התפור הערפל? בעקבות ע"א 7375/02 בית חולים כרמל נגד מלול" הארת דין ב 165 (2005); דנ"א 4693/05 ביי"ח כרמל-חיפה נ' מלול (פורסם בנבו, 29.8.2010).

62 לדיון בטענות שלפיהן עילת המידתיות מתאימה לשיטת משפט של מדינות שהמשפט החוקתי שלהן נמצא בשלבי התפתחות ראשוניים ראו משה כהן-אליה "מידתיות ותרבות ההצדקה אצל אהרן ברק" משפט ועסקים טו 317, 320–321 (2012).

בהפעלתה.⁶³ שני הנתיבים משקפים את האפשרות לבצע אגרגציה של טענות, אם באמצעות פיתוח דוקטרינות חדשות ואם באמצעות התאמת הדוקטרינה הקיימת וקבלת החלטות מורכבות יותר במסגרתה.⁶⁴

2. טקסונומיה של אגרגציה: מונחים רלוונטיים

פוזנר ופורת מציעים כמה הבחנות בין סוגים שונים של בעיות אגרגציה.⁶⁵ חלק זה יציג מושגים בסיסיים מתוך הדיון שהם עורכים שיש להם רלוונטיות לדיון שבפרק השלישי. ההבחנה הבסיסית הראשונה נוגעת להבדל בין אגרגציה עובדתית לאגרגציה נורמטיבית.⁶⁶ בעת ביצוע אגרגציה עובדתית, הנתונים שיחוברו נוגעים לשאלות של הוכחה ובעיקר של הוכחה במאזן הסתברויות.⁶⁷ אגרגציה עובדתית רלוונטית פחות למאמר הנוכחי, שמוקד

63 וממילא, גם עילת הסבירות, המצויה ברמת הפשטה גבוהה אף יותר. לדיון ערכני בעילה זו, תוך הצגת מובנים שונים של סבירות במשפט האנגלי והישראלי, ראו מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 773 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013).

64 לנוכח שאיפתם של פוזנר ופורת לפתח תאוריה כוללת, קיימות שתי שאלות-משנה נוספות שלטעמנו ראויות לפיתוח במסגרת דיון תורת-משפטי באגרגציה במשפט: האחת, אמפירית והיא מהם תחומי המשפט שבהם ניתן לבצע אגרגציה בצורה האופטימלית ביותר, ומהן ההשלכות רוחב של מהלך שכזה בכל תחום משפטי; השנייה, נורמטיבית, והיא מהם תחומי המשפט שבהם ראוי לבצע אגרגציה. מטבע הדברים לא נוכל לדון בשאלות אלה בהרחבה במסגרת רשימה זו.

65 להרחבה על הטקסונומיה הכללית ראו Porat & Posner, לעיל ה"ש 2, בעמ' 4–10; ליישומה בתחום דיני הניזקין ראו שם, בעמ' 10–26; ליישומה בתחום דיני החוזים ראו שם, בעמ' 28–33; ליישומה בתחום המשפט הציבורי (ללא הפרדה בין המשפט החוקתי למשפט המנהלי, ותוך התמקדות בדוגמאות מהמשפט החוקתי), ראו שם, בעמ' 45–53; ליישומה בתחום המשפט הפלילי ראו שם, בעמ' 34–44 וכן Harel & Porat, לעיל ה"ש 46.

66 הבחנה נוספת שנדונה במאמר של פורת ופוזנר ושלא נדון בה בהרחבה נוגעת ל"אגרגציה בין אנשים" (Cross-Person Aggregation). לצד הממד העובדתי או הנורמטיבי שבדוקטרינה המשפטית מקובל לומר כי בחינתה מבוצעת בשים לב לאינדיווידואל קונקרטי שנתפס כנפגע היחיד מהמעשה הפסול. עם זאת יכולים בהחלט להיות מצבים שבהם אי-חוקיות מסוימת לא תוכל להיות מוכחת כלפי פרט, או שהפגיעה הגלומה בה לא תחצה את סף אי-החוקיות לגביו, אך אגרגציה של הפגיעות כלפי כמה פרטים תוביל להתגבשותה של אי-חוקיות. גם כאן התפיסה הקלאסית של הדוקטרינה היא כי טענות נבחנות אל מול פרט בודד, ודרך לפתח אותה היא להכיר באגרגציה של טענות בין פרטים שונים. להבנתנו, פורת ופוזנר אינם עוסקים בהצדקה המשפטית לקיומם של מנגנוני "אכיפה פרטית" (כמו תובענה ייצוגית) מכוח הבעיה של תת-אכיפה אלא בשאלה המוסרית של מבנה הדוקטרינה המשפטית ויכולתה להפנים עוול קולקטיבי כראוי. אף ששתי הבעיות מעלות פתרונות דומים, אין מדובר בבעיות זהות. ראו Porat & Posner, לעיל ה"ש 2, בעמ' 7, 26–27, 33–34, 44–45, 53–54, מהם עולה שלדעתם אגרגציה בין-אישית היא תופעה נפוצה במשפט הציבורי. כדוגמה ניתן להעלות על הדעת את ההגנה החוקתית המסורתית על "פגיעה ברגשות" (שקיימת מקדמא דנא במשפט החוקתי הישראלי). בעניין הדיון לעיל ראו Eyal Zamir & Barak Medina, Law, Economics and Morality: Response to Critiques 89–91 (2010).

67 אגרגציה עובדתית מתרחשת, על פי רוב, כחלק מתהליך בחינת הראיות ועמידה בנטל ההוכחה. במקרים רבים אגרגציה עובדתית היא חלק בלתי נפרד מתהליך קבלת ההחלטה השיפוטית, בעיקר במצבים של אגרגציה עובדתית בתוך טענה. למשל, במסגרת עולת הרשלנות התובע צריך להוכיח את כל יסודות העולה תוך עמידה בנטל ההוכחה. כלומר, עליו להוכיח כל אחד מהרכיבים העובדתיים באופן נפרד

הטיעון בו עוסק בשאלת המשקל הנורמטיבי הכולל של כמה פגיעות חוקתיות נפרדות.⁶⁸ אגרגציה נורמטיבית נעשית בשלב יישום הכללים המשפטיים. בעת ביצוע אגרגציה נורמטיבית, הנתונים שיחברו נוגעים לשאלת המשקל הנורמטיבי שיש לתת לטענות שכבר הוכחו ברמה העובדתית בשים לב לעילות המשפטיות הרלוונטיות. ההבחנה הבסיסית השנייה נוגעת להבדל בין אגרגציה בין טענות לבין אגרגציה בתוך טענה. במקרה הראשון מדובר באגרגציה שתבוצע בין שתי טענות/עילות משפטיות נפרדות. במקרה השני מדובר באגרגציה שתבוצע במסגרת תהליך בחינת טענה/עילה אחת. דוגמה למצב הראשון יכולה להיות אגרגציה של טענת הפרה יסודית של החוזה עם טענת מצג שווה מכוון.⁶⁹ דוגמה למצב השני יכולה להיות אגרגציה של שני רכיבים בתוך עוולת הרשלנות או עילת המידתיות. על פי רוב המשפט אינו מוכן לקבל מצבים מהסוג הראשון אך נוטה לקבל מצבים מהסוג השני.

לשם המחשה הנה כמה דוגמאות המשקפות שילוב בין המישורים השונים: אם הוכח במאזן ההסתברויות כי הנתבע הפר חוזה בשתי הפרות לא-יסודיות נפרדות (למשל, לא סיפק את הבניין במועד, והבניין שסופק נפל באיכותו מהדרישה שבחוזה) בית המשפט רשאי, במשטר החוזי המקובל, לצרף את המשקל הנורמטיבי של שתי הפרות כדי לקבוע כי החוזה הופר ביסודיות.⁷⁰ זוהי אגרגציה נורמטיבית בתוך טענה, והנתונים שבית המשפט בוחן נוגעים פחות למידע שהתובע הצליח להוכיח ויותר למשקל הנורמטיבי שיינתן למידע שהוכח לאור הכלל המשפטי הדוקטרינרי. מנגד, אם תובע יראה כי הנתבע הפר את החוזה אך באופן לא-יסודי, ולצד זאת יראה כי היה מעורב בהסתרת פרטים שאינה עולה כדי מצג שווה הנדרש לביסוס הטעיה – לא יצבור בית המשפט את שני הנתונים הללו כדי להעניק לו סעד, אף שאגרגציה שלהם הייתה יכולה להוביל לכך. זוהי אגרגציה נורמטיבית בין טענות. ככלל, קיימת רתיעה שיפוטית מלבצע אגרגציה מסוג זה. במקרים כאלה – ואף שיייתכן

וברמת הסתברות שמעל לרף ההוכחה הנדרש, ולאחר מכן יבצע בית המשפט אגרגציה של רכיבים עובדתיים אלה כדי לגבש את העילה. לעומת זאת ניתן לחשוב על אגרגציה עובדתית בין טענות, שאותה המשפט לרוב אינו מקבל. ראו מצב שבו תובע מצליח להוכיח בהסתברות של 40% כי הנתבע הפר את החוזה הפרה יסודית, ובהסתברות של 40% כי הנתבע ייצג אותו בערכאות ייצוג רשלני. במצב המשפטי הקיים תביעתו תידחה אף על פי שאם מבצעים אגרגציה של הטענות שלו הרי שההסתברות לנכונותה של אחת מהן עולה על מאזן ההסתברויות שנדרש להוכחה (ההסתברות לנכונות אחת הטענות היא 64% בהנחה כי מדובר בטענות בלתי תלויות). המשפט אינו מאפשר אגרגציה שכזו אף על פי שהיא יכולה בהחלט לשקף את מצב העניינים באשר לעוול שנגרם לתובע. דוגמה נוספת לאגרגציה של אירועים עובדתיים יכולה להילקח מעולם חוזי היחס, במקרה שבו תובע טוען כי במספר רב של אירועים נתבע הפר את החוזה עמו הפרה יסודית, אבל אשר לכל מקרה, הוא מצליח להוכיח את טענתו ב-40% בלבד. במצב המשפטי הנוכחי תביעתו תידחה אף שאגרגציה של הטענות תוכל להוביל את בית המשפט לקבוע כי ראוי לפצותו על הפרה אחת או אפילו על יותר (אף אם לא על כל ההפרות הנטענות). אכן, יהיה קשה לפצות את התובע על הפרה ספציפית, אבל בית המשפט יוכל לפסוק לו פיצוי על הפרה ממוצעת.

68 בנוסף, העובדה שהמשפט הציבורי (החוקתי והמנהלי) הישראלי אינו כולל תורה מפותחת של הוכחת טענה ברמה העובדתית (וגם לא תורה מפותחת של הסקת מסקנות עובדתיות על ידי ערכאות ביקורת) יוצרת סביבה לא רצפטיבית לאגרגציה מסוג זה.

69 אם לא ציינו אחרת, כל הדוגמאות הן של Porat & Posner, לעיל ה"ש 2.

70 ראו לדוגמה ע"א 262/86 רוט נ' Deak and Co. Inc., פ"ד מה(2) 372, 353 (1991).

שכתי המשפט יהיו נכונים לבצע אגרגציה נורמטיבית אם מדובר בשתי עילות המבוססות על אותו ההיגיון או שיש ביניהן קשר עובדתי או תורתי כלשהו – הדוקטרינה הקיימת אינה מאפשרת זאת. מצבים אלה מגלמים היטב את חובתו של מקבל ההחלטה השיפוטי להחליט בגבולות שהדוקטרינה מאפשרת.

דוגמה נוספת לאגרגציה נורמטיבית בין טענות הוא "חריג הזכויות ההיברידיות" (Hybrid Rights Exception) שהתפתח במשפט החוקתי האמריקני.⁷¹ פוזנר ופורת מביאים חריג זה כדוגמה לאחד המקרים החריגים שבהם המשפט טולרנטי לאגרגציה נורמטיבית בין טענות,⁷² אף שגם בארצות הברית קיימת מודעות לשינוי הדרמטי שכרוך ביישום אגרגציה נורמטיבית בבחינת הפגיעה בזכות החוקתית. לדיון שנקיים בחריג הזכויות ההיברידיות שתי מטרות: האחת היא להדגים, באמצעות "מקרה קצה" נדיר במשפט חוקתי, כיצד נעשית אגרגציה נורמטיבית בין טענות. השנייה היא להשתמש בדוגמה כדי להבהיר את החסרונות והגבולות הנורמטיביים של ביצוע אגרגציה מסוג זה. הדיון הקצר בחסרונות אלה, שנפתח להלן, אמור לשמש מעין "תמרור אזהרה" מפני ביצוע אגרגציה בין טענות במשפט החוקתי הישראלי.

על פי הספרות האמריקאית,⁷³ חריג הזכויות ההיברידיות הוא כלל שיפוטי שהתפתח בעקבות פסק הדין של בית המשפט העליון משנת 1990 בעניין סמית'.⁷⁴ הכלל התפתח במסגרת ביקורת שיפוטי על פגיעה בחופש הדת ופורש ככזה המאפשר לבתי המשפט

71 נדגיש כי חריג הזכויות ההיברידיות אינו מנותח כאן כדי לערוך השוואה בין המשפט האמריקאי לישראלי, בעיקר בשל השוני העמוק שבין שתי השיטות (שבא לידי ביטוי למשל – באופן המייצג את השוני, אך לא ממצה אותו – בכך שהבחינה החוקתית במשפט האמריקני אינה דו-שלבית). גם אין בכוונתנו לקדם טענה כי ראוי (או לא ראוי) לאמץ את ההסדר הקיים שם ביחס לחריג ההיברידיות. על קושי המתודולוגי במחקר השוואתי ראו דפנה ברק-ארז "משפט השוואתי כפרקטיקה – היבטים מוסדיים תרבותיים ויישומיים" דין ודברים ד 81 (2008); Mordechai Kremnitzer, *Some Reflections on Comparative Criminal Law, in STRAFRECHTSVERGLEICHUNG ALS PROBLEM UND LÖSUNG* 29 (Susanne Beck et al. eds., 2011).

72 ראו עמדתם של Porat & Posner, לעיל ה"ש 2, בעמ' 57, שלפיה: "If normative aggregation in the hybrid rights doctrine is good policy, for example, then normative aggregation should be good policy in other areas of public law, and in private law, too, *mutatis mutandis*. If the lack of normative aggregation in many areas of the law is good policy, then normative aggregation should be purged from Religion Clause jurisprudence and other areas of the law where it appears".

73 שם, בעמ' 48.

74 *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990). בפרשה זו נדונה השאלה אם פסקת חופש הדת שבתקון הראשון לחוקה האמריקאית אוסרת על מדינת אורגון לכלול סעיף בחוק הפלילי שלה השולל דמי אבטלה מאדם המשתמש בצמח הפיוטה שימוש רלגיוזי. צמח הפיוטה הוא מעין קקטוס שממנו מופק סם המשמש את חברי הכנסייה האינדיאנית (Native American Church) למטרות פולחן. סמית' וחברו ערערו למחלקת העבודה כדי לקבל פיצויי פיטורין לאחר שפוטר מעבודתם במרכז פרטי לגמילה מסמים בגין צריכת פיוטה למטרות פולחן. מחלקת העבודה שללה מהם פיצוי משום שפיטוריהם נבעו מ"התנהגות בלתי הולמת". להצעה בדבר הרחבת השימוש בכלל הזכויות ההיברידיות של סמית' לעניינים של ביטחון לאומי ראו Murad Hussain, Note, *Defending the Faithful: Speaking the Language of Group Harm in Free Exercise Challenges to Counterterrorism Profiling*, 117 *YALE L.J.* 920, 927–928, 951–952, 956–957 (2008).

המבצעים ביקורת שיפוטית על חוקתיות דברי חקיקה לחבר בין פגיעות "תת-ספיות" בשתי זכויות חוקתיות מוכרות. לפי חריג הזכויות ההיברידיות, אם העותר יראה פגיעה כמעט לא-חוקתית בחופש הדת לצד פגיעה כמעט לא-חוקתית בזכות חוקתית מוגנת נוספת, יהיה החוק הפוגע כפוף לדרגת הבחינה החוקתית החמורה ביותר (Strict Scrutiny) באופן שיטיל על המדינה נטל הוכחה גבוה בהרבה.⁷⁵ נטען כי קבלת הטענה בנסיבות של פסק הדין בעניין סמית' הובילה ליצירת זכות חוקתית היברידיית, המורכבת מהזכות החוקתית לחופש הדת ומהזכות החוקתית לחופש הביטוי. לצד פסקי דין העוסקים בחופש הדת נטען כי בית המשפט העליון האמריקאי הכיר בעקיפין בחריג הזכויות ההיברידיות בכמה הקשרים נוספים, או לכל הפחות, פסק על פי הלוגיקה שלו.⁷⁶ כך נטען כי הוכרה הזכות ל"אספה אקספרסיבית", המורכבת מהזכות לחופש הביטוי ומהזכות לאספה.⁷⁷ במקרה אחר שמזכירים פוזנר ופורת התייחס בית המשפט העליון ל"זכות להתאספות אינטימית", המורכבת מהזכות לאספה והזכות להליך הוגן.⁷⁸ לבסוף, מלומדים של המשפט החוקתי האמריקאי העלו לאחרונה טענה כי בית המשפט העליון מפתח תפיסה חוקתית "היברידיית" בשילוב שבין הזכות להליך הוגן לזכות ל-Equal Protection.⁷⁹ דומה כי גם בארצות הברית הנושא ממתין להבהרה ולפיתוח בבית המשפט העליון.⁸⁰

כמה נקודות ראויות להדגשה בדיון שעורכים פוזנר ופורת בחריג הזכויות ההיברידיות. ראשונה וחשובה היא ההבחנה בין שני מצבים שונים בשעה שבית המשפט החוקתי מבצע אגרגציה נורמטיבית בין טענות. במצב ראשון בתי המשפט מבצעים אגרגציה של שתי

75 לעמדה בלוגוספריית, משנת 2008, שלפיה הכלל מצוי במחלוקת בין המחוזות הפדרליים (Circuit Split), ראו A. Benjamin Spencer, *Third Cir. Characterizes "Hybrid-Rights Theory" as Dicta in Split from Other Circuits*, SPLIT CIRCUITS (Sept. 4, 2008, 5:52 AM), http://splitcircuits.blogspot.co.il/2008/09/third-cir-characterizes-hybrid-rights_04.html

76 Porat & Posner, לעיל ה"ש 2, בעמ' 50. הספרות שעסקה בהיבט זה של פסק הדין בעניין סמית' הייתה ביקורתית ברובה. לדיון נרחב יותר ראו William L. Esser IV, *Religious Hybrids in the Lower Courts: Free Exercise Plus or Constitutional Smoke Screen?*, 74 NOTRE DAME L. REV. 211 (1998); Steven H. Aden & Lee J. Strang, *When a "Rule" Doesn't Rule: The Failure of the Oregon Employment Division v. Smith "Hybrid Rights Exception"*, 108 PENN. ST. L. REV. 573 (2003).

77 מדובר בפסק דין Boy Scouts of America v. Dale 530 U.S. 640 (2000). לגישה התומכת בפסק דין מסוג זה ראו Kimberly Breedon, *Toward a Cumulative Effects Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 54 LOY. L. REV. 855 (2008).

78 Porat & Posner, לעיל ה"ש 2, בעמ' 50.

79 Kenji Yoshino, *The New Equal Protection*, 124 HARV. L. REV. 747 (2011).

80 מהערת מערכת (Note) שסיכמה את הנושא ב-Harvard Law Review עולה כי גישת הזכויות ההיברידיות שקודמה במסגרת ההנמקה שבהלכת סמית' זכתה לביקורת רבה באקדמיה האמריקאית, וכי בתי המשפט הפדרליים לערעורים פוצלו לשלושה מחנות בכל הנוגע לפרשנותה. ראו Note, *The Best of a Bad Lot: Compromise and Hybrid Religious Exemptions*, 123 HARV. L. REV. 1494, 1497-1498 (2010) (להלן: הערת המערכת). במקרים רבים שנסקרו ביסודיות בהערת המערכת מודגש כי גם ערכאות שמכירות בכלל מחליטות בסופו של דבר שהוא אינו רלוונטי לעובדות המקרה, או שהוא אינו מקנה זכאות לסעד. גם Porat & Posner, לעיל ה"ש 2, מודעים לכך, וראו הערתם בעניין זה בעמ' 49, ה"ש 126.

זכויות חוקתיות מוכרות שנפגעות ברמה תת־ספית ומעניקים סעד במקרה קונקרטי מכוון "כמעט פגיעה" בשתי זכויות אלה. מצב שני הוא מקום שבו הפעולה שבית המשפט מבצע משנה את הדין החוקתי ממש, ופסיקת בית המשפט מעצבת זכות חוקתית חדשה, בדרך כלל בשל צבירה רפיטטיבית של פגיעות בשתי זכויות חוקתיות קיימות. במצב הראשון הסעד במקרה הקונקרטי מתקבל בשל הכרה באפקט מצטבר של שתי פגיעות בזכויות קיימות מבלי שינוי של המשפט החוקתי הנוהג. במצב השני הסעד מוענק כתוצאה בשל פגיעה מצטברת בזכות חוקתית חדשה, קרי זכות היברידית. נדמה כי למעשה מדובר בשני שלבים של תהליך אחד, המשקף את התפתחות המשפט, אך המודעות לכך עשויה להוביל את בית המשפט לנמק בבהירות רבה יותר את המהלך שהוא מבצע בשעה שהוא מעוניין לשלב יחדיו טענות נורמטיביות ולהשפיע על מידת האינטנסיביות שבה ישתמש בכלי זה. מכל מקום, ולאור הבחנה זו, השיח השיפוטי והמחקרי על חריג הזכויות ההיברידיות בארצות הברית מכיר בכך שהפעלה אינטנסיבית שלו היא מהלך דרמטי, שיכול להוביל לשינוי נרחב בשפיטה החוקתית. פוזנר ופורת מתמקדים בכלל זה מתוך מודעות לכך שהמדובר במקרה קצה של אגרגציה נורמטיבית בין טענות, ושבמקרים מסוימים יש הצדקה להשתמש בחריג ההיברידית חרף הבעיות הדוקטרינריות שהוא מגלם. יתרון שקיים לדבריהם במצבים של אגרגציות נורמטיביות בין זכויות חוקתיות הוא השימוש בזכויות החוקתיות כאבני הבניין של הביקורת השיפוטית במקום השימוש בשיקולי מדיניות אבסטרקטיים.⁸¹ ולעומת זאת, לטענת פוזנר ופורת, לצד מקרים שבהם ראוי לייחס משקל לטענות נורמטיביות באופן אגרגטיבי בין טענות, יכולים להיות מקרים שבהם המשקל של "כמעט טענה" יהיה 0, ואז לא יהיה נכון לבצע אגרגציה.⁸²

סרטוט הבחנות אלו מאפשר כעת לבחון מחדש את פסק הדין בבש"פ פלוני על פי הטקסונומיה של פוזנר ופורת. נראה בעינינו כי נכון יהיה לקבוע כי בפסק הדין נעשה שימוש באגרגציה נורמטיבית בתוך טענה חוקתית. כלומר, בית המשפט צירף את משקל הפגיעה בזכות הנאשם לדין בהארכת מעצרו בנוכחותו עם משקל הפגיעה בזכות הנאשם למפגש עם סגורו, וסכם אותם במסגרת בחינת עצמת הפגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן, אשר שתי הזכויות הללו הן נגזרותיה (בדומה מעט למצב שבו בית המשפט בוחן הפרות מספר של חוזה כדי לבחון אם ההפרה המצטברת הייתה יסודית). אין מדובר באגרגציה נורמטיבית בין טענות, שהייתה יכולה להתרחש אם בית המשפט היה קובע כי יש לצרף כמה פגיעות

81 כפי שמצינים פורת ופוזנר, שם, בעמ' 68: "Normative aggregation falls somewhere in the middle of the continuum between rules and standards, but it is also special because it uses existing law as building blocks rather than constructing an entirely new norm. While standards require the court to apply policy or normative considerations directly to the dispute, normative aggregation requires the court to apply existing rules albeit in combination. The advantage of normative aggregation is that it provides more certainty and hence guidance than pure standards do"

82 שם, בעמ' 22: "[...] Thus, if a defendant raises the defenses of self-defense and insanity in tandem, arguing that the somewhat excessive force she used to defend herself was caused by her deficient mental capacity at the time of the injury, the justification to aggregate the two 'almost defenses' might make more sense to some courts. However, courts should be cautious with cross-claim normative aggregation, because the weight of an 'almost defense', or 'almost claim' could be zero, and then there would be nothing to aggregate"

תת-ספיות בזכויות חוקתיות שונות, כפי שנעשה בחריג הזכויות ההיברידיות במשפט החוקתי האמריקאי.

3. ביקורות על הפרויקט האגרגטיבי

פוזנר ופורת מתמודדים עם כמה ביקורות אפשריות על הקריאה ליישום נרחב של אגרגציה שיפוטית. ביקורות אלה רלוונטיות לכל סוגי האגרגציה ובכלל תחומי המשפט. דיון בביקורות אלה, כמו גם באחרות שנביא בהמשך, חשוב לשם הבהרת החשיבות שבשימוש מושכל והדרגתי באגרגציה.

ביקורת אחת נוגעת לאי-המירות (Incommensurability). בבסיס ביקורת זו הטענה כי בהיעדר מישור ייחוס משותף למושאי ההשוואה אי אפשר לערוך השוואה בפועל.⁸³ הניתוח של פוזנר ופורת מניח כי כל הטענות העובדתיות והנורמטיביות ניתנות להמרה בסופו של דבר לערך אחיד ובר-השוואה. קיימים הוגים שאינם מסכימים עם נקודת מוצא זו. לעמדתם, יהיו מצבים שבהם לא תהיה יכולת לבצע אגרגציה משום שמדובר בהשוואה בין מושגים בלתי המירים (למשל, כיצד סוכמים את המשקל הנורמטיבי של הפרה יסודית ומצג שווא רשלני?). פוזנר ופורת מתמודדים עם ביקורת זו באמצעות הטיעון שלפיו השאלה הפילוסופית-מוסרית של אי-המירות (וככל הנראה, אף השאלה הקוגניטיבית) אינה מתעוררת באמת במצבים של אגרגציה משפטית, שבהם מדובר בפעולה מקצועית-מוסדית של שילוב בין קטגוריות משפטיות המוכרות היטב למקבלי החלטות המשפטיים. לטענתם, בתי המשפט מורגלים בהערכת המשקל המצטבר של טענות עובדתיות ונורמטיביות שונות ובשילוב ביניהן, ולכן נדמה שיוכלו לעשות זאת גם כאשר הטענות מגיעות מתחומי משפט או דוקטרינות שונות.⁸⁴ בפרק השלישי של הרשימה נתייחס לשאלות של המירות העולות במקרים של ביצוע אגרגציה נורמטיבית במשפט החוקתי.

ביקורת נוספת נוגעת למגבלות הקוגניטיביות של מקבלי החלטה שיכולות להוביל לקושי בשימוש באגרגציה.⁸⁵ הטיעון הבסיסי בהקשר זה הוא כי אגרגציה כרוכה ב"חשבונאות" מורכבת שיכולה לבלבל את מקבל החלטה. התשובה של פוזנר ופורת לטענה זו היא כי מגבלות קוגניטיביות אינן מספקות הצדקה לדחייתו של הטיעון לטובת אגרגציה, בייחוד כאשר שופטים, ואף מושבעים, מתמודדים כבר היום עם חישובים מורכבים במסגרת יישום

83 קיים שיח תאורטי נרחב על אודות קשיי המירות (Incommensurability) והיעדר יכולת להשוואה (Incomparability), אשר כמובן אינו ייחודי למישור הביקורת החוקתית. לדיון התאורטי מתייחסים ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 66, בעמ' 113-116 ובהפניות שם.

84 נדמה שאפשר לחלוק על הטענה של פורת ופוזנר שלפיה מדובר בסוגיה "משפטית" שאינה מעלה שאלות הראויות לדיון בהקשר זה. שאלה אחת שנדמה לנו שנכון להציג היא אם אגרגציה בין תחומי משפט (למשל, בין משפט פלילי לדיני הנזיקין) אינה יכולה לעורר בעיות של אי-המירות לנוכח השוני שבין התחומים. נדמה לנו כי לכל הפחות ראוי להכיר בשינוי שיכול להתפתח בעקבות רה-אגרגציה אינטנסיבית בין תחומי משפט ודוקטרינות ולהכיר באפשרות שתהיינה לו השלכות מוסדיות שראויות לדיון, בוודאי במצב שבו אגרגציה מתקבלת כתורה רחבה החוצה תחומי משפט.

85 הטיעון הקוגניטיבי חזק יותר בשיטות שבהן החלטות מתקבלות גם על ידי מושבעים (וראו ההפניות לכתבתו של פרופ' קרוין קלרמונט אצל Porat & Posner, לעיל ה"ש 2, בעמ' 62, ה"ש 168). מן העבר השני נדמה כי ככל שהמערכת המשפטית המנותחת מבוססת על ערכאות מקצועיות (כמו בית משפט כלכלי או חוקתי), כך הטיעון חלש יותר.

הכללים המשפטיים הקיימים. לעמדתם, לכל היותר מדובר במכשול שיש למצוא את הדרך לגבור עליו.⁸⁶

לצד הביקורות שמעלים פוזנר ופורת ולקראת הדיון היישומי בחלק השלישי ראוי להציג גם כמה הערות יורוספודנטיות הרלוונטיות לאגרגציה נורמטיבית בין טענות במשפט חוקתי. הביקורת החזקה ביותר המושמעת על אגרגציה נורמטיבית בין טענות במסגרת השיח החוקתי בארצות הברית היא כי מדובר בפריצה של מושג הזכות החוקתית. כך, אין זה מפתיע שנטען כי אגרגציה של פגיעות תת-ספיות היא פריצה של הכללים הקיימים (או במקרה שלנו, של דוקטרינת הזכות החוקתית), אשר מורים כי כל עוד הזכות לא נפגעה באופן על-ספי, אין להכיר בפגיעה כלל. אפשר לסכם את הביקורת בטענה שיש לשמר את המשוואה הפשוטה $0+0=0$.⁸⁷ ביקורת חריפה אף יותר יכולה להישמע במצבים שבהם בית המשפט לא רק שנותן סעד במקרה קונקרטי מכוח אגרגציה של זכויות חוקתיות אלא אף מחליט על צבירת פגיעה בשתי זכויות חוקתיות מובחנות באופן שעולה כדי יצירת זכות חוקתית היברידי חדשה. עצם ההכרה בזכות היברידי חדשה ויצירתה מעלה שאלות קשות הנוגעות לסמכותו של בית המשפט ולגבולות ההתערבות הלגיטימיים שלו במסגרת ההגנה על זכויות חוקתיות. הביקורת המרכזית שתושמע בהקשר זה נוגעת בעיקר לכך שיצירתן של זכויות חוקתיות – אבני הבניין לאגרגציה חוקתית ולשיטה המשפטית כולה – היא מלאכה למחוקק (בכובעו המכונן) לענות בה ולא ליצירה שיפוטית.

86 היחס הכללי של פורת ופוזנר למגבלות קוגניטיביות מקובל עלינו (קרי, שאין סיבה שמגבלות קוגניטיביות יהיו חסם מוחלט בפני אימוץ הדוקטרינה), אולם אין לכחד כי אימוץ הדוקטרינה עשוי להביא למקרים שבהם מגבלות קוגניטיביות עשויות להוות חסם או מגבלה, שתוביל, בחישוב העלות-תועלת של יתרונות הדוקטרינה, לכך שערכה של אגרגציה יהיה נמוך יותר. טלו למשל מקרה של צבירת עשר פגיעות שונות בזכויות חוקתיות: במקרה כזה הדיון השיפוטי ידרוש לא רק ניתוח של כל פגיעה בנפרד ובכולן יחד אלא גם, תאורטית, בכלל הציורפים השונים האפשריים ביניהן. במקרה כזה ברי כי אין להתעלם מעלות ביצועה על ידי מקבל החלטה. בנוסף, ניתן לשכלל את הביקורות בעניין זה מכוח תאוריות קוגניטיביות של קבלת החלטות הנוגעות להסקת ממצאים עובדתיים. דוגמה לכך הוא טיעונו של פונדיק, הנוגע לכך שאגרגציה במשפט מובילה להטלת אחריות במצבים "בלתי מסוימים" (ראו Amit Pundik, *Should Criminals Be Convicted for Unspecific Offences? On Efficiency, Condemnation, and Cognitive Psychology*, 7 CRIM. L. & PHIL. 1 (2013)). פונדיק מציין שבספרות בתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית של דיני הראיות קיימים מחקרים המראים שראיות נסיבתיות (כמו למשל בדיקות דנ"א) מעלות קשיים בקרב מקבלי החלטות משפטיות (שופטים ומושבעים) משום שבניגוד לראיות ישירות, אי אפשר לדמות מצב שבו הן מובילות להרשעה. הדבר נוגע ל"הטיית הסימולציה" (Simulation Heuristic), שמוכרת בספרות בתחום הכלכלה ההתנהגותית ומשפיעה על השוני בהסתברויות הסובייקטיביות של מקבלי החלטות לאור היכולת שלהם לדמיין את האירוע (ראו שם, דיון בחלקים 4–5 של המאמר, וכן הפניותיו למחקריו של הדר).

87 ראו Frederick Mark Gedicks, *Three Questions About Hybrid Rights and Religious Groups*, 117 YALE L.J. POCKET PART 192, 192–193 (2008): "Hybrid rights claims are nonsensical [...] At the end of the day – actually, at the beginning of the day, too – zero plus zero still equals zero"; "An unqualified theory of hybrid rights would trigger strict scrutiny of almost everything the government does". המאמר הוא תגובה למאמרו של Hussain, לעיל ה"ש 74, ובפרט לאמור שם בעמ' 927–928, 951–952, 957. בהקשר דומה, שבו נטען כי בעת שקילת נזק שנגרם מפעולה מסוימת אין להתחשב בנזקים "עקיפים", ראו ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 66, בעמ' 96, ה"ש 38.

הביקורת שלעיל, על פריצת מושג הזכות החוקתית והשלכותיה, מתחזקת במיוחד בשיטת המשפט החוקתית הישראלית. זאת, משום השלב ההתפתחותי הראשוני, יחסית, שבו היא מצויה; משום שלישאל עוד אין חוקה כתובה שלמה; וכן משום ההיסטוריה של מאבקי הכוחות שבין הרשויות סביב הביקורת החוקתית על חוקים.⁸⁸ לנוכח שיקולים אלה ראוי בהחלט לשאול את השאלה אם השימוש באגרציה נורמטיבית מתאים לשלב החוקתי שבו מצוי המשפט החוקתי הישראלי, ובאיזו עצמה יש לשלב שינויים בתחום זה. המשפט החוקתי הישראלי עודנו מצוי בשלב הפיתוח של מגילת הזכויות החוקתיות המוגנות, וכידוע טרם נתקבלה בו מגילת זכויות חוקתיות שלמה ומקיפה במסגרת חוקה כתובה.⁸⁹ הפרגמנטציה שנוצרת עם שימוש באגרציה חוקתית עשויה להיות מבורכת בשיטה שבה מגילת הזכויות מעוגנת ומוגנת במסורת חוקתית ארוכה (כמו בארצות הברית למשל), אך יכולה גם להוביל למתחים בין הרשויות במקרים שבהם המערכת החוקתית חדשה ומתפתחת. יתר על כן, הכרות עם המתחים הסובבים את הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים יכולה להוביל בקלות למסקנה שלפיה שימוש אינטנסיבי באגרציה נורמטיבית בין טענות – באופן שיחבר הלכה ומעשה בין זכויות חוקתיות מוכרות ואף ייצור זכויות היברידיים – עשוי להוביל לביקורת שלפיהן מדובר בהרחבה לא מוצדקת של סמכות הביקורת השיפוטית מצדו של בית המשפט, תוך שימוש בקבוצה (הקטנה יחסית) של הזכויות החוקתיות המעוגנות לצורך ביקורת אינטנסיבית יותר על הכנסת והרשות המבצעת ולא אך בפסיקה "צדק במקרה הקונקרטי". לטעמנו, לשיקולים אלה משקל רב בעת עיצוב דוקטרינת האפקט המצטבר, כפי שיעלה בדיון שנערוך בפרק השלישי.

ביקורת נוספת, שלנו, נובעת מהתכלית האקספרסיבית של המשפט,⁹⁰ גם היא דומיננטית

88 לדיון על מאבקי הכוח בין הרשויות כאמור, תוך השקפה היסטורית על המהפכה החוקתית, ראו למשל, באופן לא ממצה, רות גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1997).

89 ביקורת זו מפנה את המבט לצורך ליתן את הדעת על שאלות של "עיתוי חוקתי" אגב דיון בהטמעתן של דוקטרינות משפטיות שונות או אגב ביצוע רפורמה חוקתית. קיימת כמובן כתיבה רבה בתחום זה בספרות בישראל ובעולם. לסרטוט הרקע ההיסטורי לקבלת חוקי היסוד ראו אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי היסוד" משפט ועסקים טו 79 (2012); לדיון בשאלות של עיתוי חוקתי בהקשר הישראלי ראו מרדכי קרמניצר "בין התקדמות לעבר ליברליזם חוקתי לבין נסיגה ממנו: על הצורך בחוקה ליברלית ובביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה 691 (יואב דותן ואריאל בנדר עורכים, 2005).

90 טיעון זה מייבא למשפט החוקתי טיעוני ביקורת נגד אגרציה במשפט הפלילי, הנובעים מתאוריות אקספרסיביות של המשפט. תאוריות שכאלה מדגישות את המטרה החינוכית/אקספרסיבית של הענישה הפלילית (כלפי העבריין, ובמידה רבה יותר – כלפי הציבור). לפי תאוריות אלו ענישה נועדה להביע גינוי של התנהגות אנטי-חברתית ספציפית של המורשע, ולכן חייבת להיות בהירה ומובנת לנמעניה (להלן: המטרה האקספרסיבית). תפיסה של אחריות לא ספציפית אינה מאפשרת מיצוי ראוי של מטרה אקספרסיבית זו (הראל ופורת מודעים לכך. ראו Harel & Porat, לעיל ה"ש 46, בעמ' 305). Pundik, לעיל ה"ש 86, מפתח את הדיון ביחס שבין אחריות פלילית אגרטיבית-בלתי-מסוימת לבין ההצדקה האקספרסיבית של ענישה פלילית (ראו שם, בחלקים 3 ו-5 למאמרו). עם זאת יש להבחין בין הרשעה פלילית ב-"unspecified offence" והקושי שהיא מייצרת ביחס למטרה האקספרסיבית לבין שימוש באגרציה בביקורת שיפוטית חוקתית. כך, באגרציה של כמה פגיעות בזכות חוקתית אחת, או בנגזרותיה, קושי זה אינו מתעורר כלל. מקרה מורכב מעט יותר הוא כאשר הבחינה כוללת פגיעה בזכויות חוקתיות נפרדות ומוכחנות, או פגיעה בזכות היברידיה, יצירת הפסיקה. במקרה מהסוג הראשון נראה כי קושי זה אינו רב, שכן המטרה האקספרסיבית מושגת כאשר דבר חקיקה נפסל, למשל בשל פגיעה בחופש

ביותר במקרה של אגרגציה נורמטיבית בין טענות. לפי ביקורת זו, יש יתרון לגישה החוקתית הקלאסית על פני הגישה המצטברת, הנובע מהצורך בהירות הנורמה החוקתית ובצורך בהמשך התקיימותה ברמת הפשטה גבוהה ובמישור דקלרטיבי.⁹¹ הנורמה החוקתית היא נורמה בסיסית, המשקפת אידאליים חברתיים ראויים. היא משמשת – או לכל הפחות, ראוי שתשמש – גם מעין מצפן חברתי וערכי. דומה כי אין מחלוקת למשל כי ערך כבוד האדם אינו רק זכות חוקתית אלא גם מצפן חברתי וערכי, וניתן לומר זאת גם על יתר הזכויות החוקתיות. במובן זה הנורמה היא כלל התנהגות המופנה לא רק אל בית המשפט אלא גם אל הציבור. כדי שתוכל לבצע תפקיד זה, ראוי להותירה ברמת הפשטה גבוהה. קבלתה של דוקטרינת האפקט המצטבר תוביל במקרים של אגרגציה בין פגיעות בזכויות חוקתיות נפרדות⁹² לפרגמנטציה מסוימת של הנורמה החוקתית וליצירתן של תת-זכויות חוקתיות או לצבירה של זכויות חוקתיות שונות, העשויה להוביל לשחיקת בהירותן של הזכויות החוקתיות הקיימות. שחיקה שכזו תתרחש משום שהנורמה כבר אינה ברמה של ערך או אף זכות חוקתית אלא מתורגמת לערכי משנה, לזכויות משנה ולזכויות חדשות וספציפיות יותר. תרגום שכזה מוריד את רמת ההפשטה של הנורמה, ומטבע הדברים גם את כוחה כנורמת התנהגות המופנית אל הציבור.⁹³ אף שיתכן שראוי כי כללי ההכרעה שמפעיל בית המשפט יכללו שימוש בבחינה מצטברת של פגיעות חוקתיות כדי להגיע לתוצאה מדויקת יותר,⁹⁴ אין להתעלם מההשלכות האקספרסיביות של הצהרה על מהלך שכזה.

היבט ביקורתי נוסף שראוי ליתן עליו את הדעת באימוץ אגרגציה במשפט הוא העובדה שלפיה בהקשרים רבים שימוש באגרגציה נורמטיבית יהיה בפועל מתן דרור להגבלה רחבה של יכולת פעולתו של השלטון לנוכח מרחב האפשרויות שנוצר מאגרגציה של פגיעות באופן שמקדם למעשה תפיסות חירותניות (ולא אך ליברליות). מכלול הביקורות האמורות משקף לטעמנו חלק ניכר מהטעמים שלפיהם מוצדק לחשוב על פיתוח זהיר ומדוד של הדוקטרינה. עם זאת לצד הביקורות ולסיכום פרק זה, הקריאה לשימוש באגרגציה שיפוטית משקפת לטעמנו הכרה נכונה בגירעון האינהרנטי שקיים

הביטוי ובזכות לקניין. עם זאת במקרה מהסוג האחרון, של פגיעה בזכות היברידיית, קושי זה אכן מתעורר. במקרה כזה נראה בעינינו כי ככל שמדובר בזכות שהציבור יכול להזדהות עמה, כגון "פרטיות במרחב התעסוקתי", זכות היברידיית של הזכות לפרטיות חופש העיסוק, הפגיעה במטרה האקספרסיבית היא מינימלית. עם זאת יצירת זכויות היברידייות אחרות, למשל בין הזכות לקניין וחופש הביטוי, עשויה לפגוע במטרה זו פגיעה קשה יותר.

91 ביקורת זו שואבת השראה מההבדל היורספורדנטי בין כללי החלטה לכללי התנהגות שהוצע על ידי פרופ' מאיר דן-כהן (ראו *Meir Dan-Cohen, Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984)).

92 ראו בהקשר זה גם הדיון בפגיעה במישורים נפרדים בתוך זכות חוקתית אחת או בין נגזרותיה של זכות חוקתית, להלן בטקסט הסמוך לה"ש 98–100.

93 כך למשל במקרה של חיבור בין פגיעות תת-ספיות, נראה כי לא הרי הצהרה שלפיה בית המשפט העליון ביטל חוק בשל פגיעתו הקשה בחופש הביטוי כהצהרה שלפיה החוק בוטל בשל היותו פוגע באופן מצטבר בזכות לחופש הביטוי וברכיבים מסוימים של החופש מדת והזכות לשוויון.

94 לדיון בשאלת הפער שבין רטוריקה לפרקטיקה בפסיקת בתי המשפט העליון בדיני החוזים ראו איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

בדוקטרינה המשפטית. ככל שמקבלים את הצורך באגרגציה במשפט, האתגר המרכזי שעמו מעוניינים פוזנר ופורת להתמודד – ואף אנו נתייחס אליו בפרק השלישי בנוגע למשפט החוקתי בישראל – הוא הצבתן של אמות מידה לביצוע אופטימלי של אגרגציה. תחילה בתי המשפט צריכים להיות פתוחים יותר לטיעונים של אגרגציה המובאים לפתחם מכיוונם של מתדיינים ואף להכיר ביכולתם של טיעונים אלה לשנות את התוצאות של הליכים משפטיים ואפילו את הדוקטרינה המשפטית במקרים המתאימים. במקרים שבהם עלות קבלת ההחלטה נמוכה, אגרגציה שיפוטית אף יכולה לשפר את התוצאה המשפטית. אגרגציה עוברת יכולה לשפר את הדיוק של התדיינות קונקרטיות ללא השפעה של ממש על המשפט הנוהג. אגרגציה נורמטיבית יכולה לשנות את הדין ממש, שכן טענות משפטיות שלא היו מתקבלות בלעדית יהפכו למשפט נוהג בעקבות הטמעתה במקרים הנדירים המתאימים.⁹⁵ על בתי המשפט להכיר במקומות שבהם החלטותיהם מבוססות על אגרגציה ואף להסביר ולנמק מדוע הם מבצעים זאת במקרים מסוימים ולא באחרים.⁹⁶ לבסוף, על בתי המשפט להיות מודעים לקיומו של מחיר הנובע משימוש באגרגציה במשפט והוא בהגברת אי-הוודאות ובצמצום היכולת האפקטיבית לציות לחוק של השחקנים במערכת המשפטית.⁹⁷

ג. לקראת הבניית דוקטרינת אפקט מצטבר

בפרק זה ננסה לסרטט כמה כיוונים להבנייתה של "דוקטרינת אפקט מצטבר" במשפט החוקתי הישראלי. לצד כמה הצעות, יכלול הפרק יותר שאלות מתשובות. מטרתנו העיקרית היא להאיר ולהדגיש את השאלות שנדמה כי ראוי לענות עליהן בעת פיתוח הדוקטרינה. משכך, ננסה אך להתוות עקרונות ראשוניים לפיתוח שכזה. בחלק הראשון של הפרק נבחין בין סוגים שונים של מקרים שבעניינם ניתן ליישם את הדוקטרינה. מתוך דיון זה נציע שימוש במבחן השילוב המעצים, שמטרתו לזהות את המקרים ה"קלים" ליישום הדוקטרינה, ובכך להצביע על כיוון אפשרי לפיתוחה. בחלקו השני של הפרק נדון בהשפעת הדוקטרינה על ההליך החוקתי, על מודל הבחינה החוקתי ועל הסעד החוקתי.

1. דוקטרינת האפקט המצטבר והמשפט החוקתי הישראלי

(א) סוגיות בהטמעת הדוקטרינה

ניתן לומר לטעמנו כי פגיעה מצטברת העומדת לבחינה חוקתית מורכבת משילוב של שלושה מישורים שונים: הזכויות החוקתיות שנפגעו; דברי החקיקה שיצרו את הפגיעות;

95 Porat & Posner, לעיל ה"ש 2, בעמ' 55–57, 60–66, ובמיוחד בעמ' 57.

96 שם.

97 לדיונים בשאלת הוודאות במשפט ראו מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223 (2006); עניין ביי"ח כרמל-חיפה, לעיל ה"ש 61, פס' 13–18 לפסק דינו של השופט גרוניס, וכן פס' 4, 12–13 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; וראו גם אורי וייס "האפקט הרגרסיבי על הפסיקה קמא" משפטים לט 467 (2010). על חשיבות הוודאות במשפט ראו יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-וודאות במשפט" דין ודברים ו 17, 38–40 (2011).

ואופן השימוש באמצעים או בסמכויות המעוגנים בדברי החקיקה. נדון בשלושה מישורים אלה ובכמה הבחנות שנבקש להעלות בנוגע לכל אחד מהם.

המישור הראשון נוגע לזהות הזכויות החוקתיות שנפגעו. לטעמנו, בהמשך להבחנה בין אגרגציה בתוך טענה לבין אגרגציה בין טענות, יש להבחין במישור זה בין פגיעה מצטברת בזכות חוקתית אחת (או בנגזרותיה) לבין פגיעה בזכויות חוקתיות שונות. כאשר מדובר בפגיעה בזכות חוקתית אחת, בית המשפט יידרש לבצע אגרגציה של כמה פגיעות עובדתיות באותה הזכות או בזכויות חוקתיות הנתפסות ככלולות במסגרתה, ולאמוד את משקלן הנורמטיבי. במקרה כזה הדיון וההשוואה נעשים במישור משותף אחד, והאגרגציה מתמקדת בממד העובדתי, היינו בבחינת עצמת הפגיעות השונות והקשר ביניהן,⁹⁸ ועל כן אינה מעוררת קשיים רבים. עם זאת במסגרת אגרגציה שכזו יש להתחשב במאפייניו המיוחדים של המשפט החוקתי הישראלי, הכולל זכויות מסגרת – אשר נכלל בהן אגד של אינטרסים וזכויות – ובראשן הזכות לכבוד האדם. כאשר מדובר בפגיעות מצטברות באינטרסים/זכויות נגזרות של זכות חוקתית אחת, כפי שאירע בבש"פ פלוני, מתעוררים כמה קשיים הדומים לבחינת פגיעה בזכויות חוקתיות מובחנות. ראשית, משום שבמקרה שכזה מתעוררות שאלות בדבר הטכניקה לביצוע הביקורת החוקתית, כגון השאלה אם יש לבחון בנפרד את הפגיעה בכל זכות נגזרת ולסכום את הפגיעות, או שמא הבחינה צריכה להיעשות במאוחד, כלומר בחינת פגיעה אחת בזכות ה"אם".⁹⁹ שנית, כאשר מדובר בזכויות נגזרות אשר אין ביניהן קשרי גומלין,¹⁰⁰ המצב דומה יותר בפועל לאגרגציה בין פגיעות בזכויות חוקתיות נפרדות. ניתן לומר אפוא שהגבול שבין אגרגציה נורמטיבית בתוך טענה לבין אגרגציה נורמטיבית בין טענות במשפט החוקתי הישראלי אינו חד כבמדינות אשר להן מגילת זכויות חוקתיות, עניין שיש לתת לו משקל בפיתוח השימוש בדוקטרינה.

אגרגציה נורמטיבית בין טענות מעוררת קשיים נורמטיביים לא מעטים לצד קשיים ברמה היישומית. נפתח בקשיים ברמה התאורטית-נורמטיבית תוך הסתמכות על הדיון

98 וראו פס' 13 לפסק דינו של הנשיא גרוניס בעניין רונן, לעיל ה"ש 45 (אגב התייחסות לצורך לבחון הסדרים שונים הקיימים בחוק כמכלול במהלך בחינה חוקתית), שלפיו "כוונתנו אך ורק למקרה בו מדובר בפגיעה ובהטבה של אותה זכות, ולא בזכויות שונות אשר באחת מהן פוגעים וביחס לאחרת ניתנת הטבה". הנשיא מבחין בין אגרגציה בין זכויות לבין אגרגציה בתוך זכות.

99 יצוין כי בשיטת המשפט הישראלית התפיסה היא אמנם כי הזכויות הנגזרות עומדות בפני עצמן ולא רק כנגזרת של זכות ה"אם" שממנה נגזרו, אולם משום שמדובר בתפיסה שהיא אפשרית אך בוודאי לא הכרחית, איננו רואים לנכון לתחום את הדיון לקשיים הרלוונטיים אך לשיטות משפט המבוססות על תפיסה זו.

100 כך, אגרגציה של פגיעות בזכות לנוכחות בהליך ובזכות להיוועצות עם עורך דין, כזכויות הנגזרות מהזכות החוקתית להליך הוגן, שונה מהותית מאגרגציה בין פגיעות בחופש הביטוי ובזכות לקיום אנושי בכבוד, כזכויות הנגזרות מהזכות לכבוד האדם. אמנם זכויות אלו קשורות שתיהן לכבוד האדם, אך בכל זאת נדמה כי אין חולק שקשרי הגומלין ביניהן פחותים במידה ניכרת מקשרי הגומלין שבין הזכות לנוכחות בהליך והזכות להיוועצות עם עורך דין. בעניין זה ברי כי בעיה זו קשה יותר ככל שזכויות המסגרת שבהן משתמשים רחבות יותר, כגון הזכות לכבוד האדם, אשר נגזרות ממנה זכויות שהקשר ביניהן לעתים מצומצם בהשוואה לזכויות כמו הזכות להליך הוגן, אשר יש להניח כי קיימים קשרי גומלין (ברמה כזו או אחרת) בין כלל הזכויות הנגזרות ממנה.

שנערך בעניין זה בפרק הקודם.¹⁰¹ הטיעון הבסיסי נגד אגרגציה נורמטיבית הוא כי אף אם אפשר לקבל ביצוע אגרגציה נורמטיבית בתוך טענה, הרי שאין לאפשר אגרגציה נורמטיבית בין טענות, כפי שיידרש לעשות בעת סכימה של פגיעות בזכויות חוקתיות מובחנות (בוודאי כאלה אשר אף אין ביניהן קשרי גומלין). מעבר לכך, אף למקבלים את הגישה שלפיה יש הצדקה נורמטיבית לביצוע אגרגציה מסוג זה, נחזור ונדגיש את ההבדל שבין פסיקת סעד במקרה קונקרטי תוך שימוש באגרגציה נורמטיבית בין טענות לבין יצירתן של זכויות חוקתיות היברידיות באופן אגרגטיבי. אשר לפעולה הראשונה, קבלת תורת האגרגציה במשפט תעלה כי במקרים שבהם מוצדק לעשות כן – ולאור אמות המידה של חלק זה – נראה כי מדובר בהגשמה של קבלת החלטות צודקת ויעילה יותר, ואף במימוש התפקיד החוקתי של בית המשפט בהגנה על זכויות אדם. לעומת זאת אשר ליצירתן של זכויות היברידיות חדשות, אנו סבורים כי הקשיים הם עקרוניים ונוגעים לשאלת סמכותו של בית המשפט לעצב את מערך הזכויות החוקתיות בחברה, ובכלל זה שאלות בדבר הלגיטימיות של מהלך שכזה באופן שמוביל אותנו להזהיר מפני שימוש בכלי זה. הדברים מקבלים משנה תוקף במקרה של פגיעה מצטברת בין זכות חוקתית פוליטית-אזרחית לזכות חוקתית חברתית,¹⁰² אפשרות הרלוונטית במיוחד בעת הזו.¹⁰³

קושי נורמטיבי נוסף ומיוחד, שעליו הרחבנו בדיון הביקורתי בפרק ב לעיל, נעוץ בכך שבישראל אין מגילת זכויות מלאה. אכן, חוקי היסוד החדשים והפסיקה החוקתית רבת השנים שקדמה להם מציינים את המשפט הישראלי בתורת משפט של זכויות שבמובנים רבים משמשת דוגמה לאומות דמוקרטיות מודרניות רבות. עם זאת אין להתעלם מכך שיששראל מנויה עם המדינות הדמוקרטיות שאין להן מגילת זכויות חוקתיות במסגרת חוקה כתובה. במצב שכזה, אבני הבניין החוקתיות לביצוע אגרגציה נורמטיבית בין טענות יהיו הזכויות החוקתיות הקיימות. לטעמנו, ראוי לשאול אם נכון בשלב זה לפתח דוקטרינה

101 וראו הדיון לעיל בדבר הקושי באגרגציה מסוג זה בפרק ב, בטקסט הסמוך לה"ש 87–94.
 102 אפשר לזהות כמה סוגים של אגרגציה נורמטיבית בין טענות: דוגמה ראשונה היא אגרגציה של כמה פגיעות בזכויות חוקתיות מאותו סוג (אזרחיות-פוליטיות או חברתיות); דוגמה שנייה, המגלמת מורכבות רבה יותר, היא אגרגציה של פגיעות בזכויות חוקתיות מסוגים שונים (לדוגמה, פגיעה אחת בזכות אזרחית-פוליטית, ופגיעה שנייה בזכות חברתית); דוגמה שלישית ואחרונה, המגלמת לטעמנו את המורכבות הרבה ביותר, היא אגרגציה של פגיעה בזכויות יסוד עם פגיעה בעקרונות משפטיים. הקושי בסוג האחרון הוא בכך שמדובר במושגים השונים זה מזה לגמרי, ולכן קשיי ההמירות צפויים להיות גדולים במיוחד. מקום אפשרי שבו טענה כזו הייתה יכולה להיטען היא בפסק הדין בעניין הפרטת בתי הכלא (ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים (ע"ר) 2-026630-58, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009) (להלן: עניין הפרטת בתי הכלא)). כך, ניתן היה תאורטית להעלות בעתירה טענות בדבר אפקט מצטבר שאינו חוקתי בשל שילוב בין פגיעה בזכויות אדם לבין הפגיעה בעקרונות חוקתיים-משפטיים המעוגנים בחוק-יסוד: הממשלה (לכתיבה בדבר האפשרות לבסס את פסק הדין בעניין הפרטת בית הכלא על פגיעה בעקרונות משפטיים חלקי זכויות יסוד ראו Barak Medina, *Constitutional Limits to Privatization: The Israeli Supreme Court Decision to Invalidate Prison Privatization*, 8 INT'L. J. CONST. L. 690 (2010).

103 הרלוונטיות נובעת מפסק הדין בבג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012), שבו נפסל לראשונה דבר חקיקה ראשי בשל פגיעה בזכות חוקתית חברתית – הזכות לקיום אנושי בכבוד.

שיוצרת פרגמנטציה בין זכויות, או שמא נכון יהיה להמתין לעיתוי חוקתי אחר.¹⁰⁴ השאלה רלוונטית קודם כל מן ההיבט התאורטי, ובעניין זה יכולים להישמע טיעונים לכאן ולכאן. כך, מן ההיבט התורתי אולי נכון לפתח תורה אגרגטיבית במצב עניינים שבו הגוף המכוון הוא שהגדיר את מכלול הזכויות החוקתיות, ואולי אף קבע סעיף חוקתי הנוגע ליכולת ליתן סעד בשל פגיעות תת-ספיות המשולבת בהן. מנגד, ניתן לטעון כי בשים לב לכך שאגרגציה נועדה לפתרון צודק של מצבים שבהם הדוקטרינה המשפטית אינה מאפשרת סעד, נכון להשתמש בה ביתר שאת בעיתוי חוקתי שבו הזכויות הקיימות מקבלות פרשנות (באשר להיקף ולתוכן) בבית המשפט.

בכל הנוגע לקשיים ברמה היישומית ניתן להזכיר בין היתר את הקושי בדבר אי-המירות, שנדון בכתיבתם של פוזנר ופורת לעיל,¹⁰⁵ המודגש ביתר שאת לטעמנו בעת הצורך להשוות ולסכום פגיעה בזכויות חוקתיות נפרדות בהיעדר מישור ייחוס משותף ביניהן.¹⁰⁶ טלו למשל מקרה של בודק ביטחוני בשדה תעופה אשר מכוח דבר חקיקה רשאי לנקוט את הפעולות הבאות בנוגע לנוסע החשוד בביצוע עברה פלוגית: לעכבו מיד אך במידה; להחרים מיד את רכושו שיש חשד שמשמש לפעילות אסורה; ולבצע חיפוש על גופו. אם תוגש עתירה נגד דבר החקיקה, ויטען בה לפגיעה מצטברת בזכות לחירות, בזכות הקניין ובזכות לפרטיות (הניחו כי העותרים מעלים טענה זו לאחר שנדחו טענותיהם בדבר אי-החוקתיות שבהפעלת כל אחת מהסמכויות בנפרד), כיצד יש להכריע אם הפגיעה המצטברת בשלוש זכויות אלה גם יחד עומדת במבחן החוקתיות?

קשיים יישומיים נוספים נוגעים למשפט הפוזיטיבי בישראל. קושי אחד, שהוזכר לעיל, נוגע לשאלת ביצוע אגרגציה בין זכויות עצמאיות לבין זכויות נגזרות. קושי נוסף, פוזיטיבי יותר, צפוי להתעורר אם למרות המלצתנו בעניין זה תעמוד לדיון פגיעה בזכות חוקתית היברידיה,¹⁰⁷ יצירת הפסיקה, משום שבשיראל החוקה מורכבת מחוקי יסוד נפרדים המקנים הגנה חוקתית שונה לזכויות המעוגנות בהם. בשל הפרדה זו אפשר שיתעוררו קשיים הנובעים מההבדלים בין הוראות חוקי היסוד,¹⁰⁸ בין היתר בעניין הסדרי שמירת הדינים,¹⁰⁹ התגברות,¹¹⁰ תחולה¹¹¹ או יציבות.¹¹² יוער כי אפשר שיינתן מענה לקשיים אלו או לחלקם,¹¹³ אך עדיין מדובר בקושי פוזיטיבי ניכר.

104 וראו דיון בעניין זה לעיל, בעניין זה לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 88–90.

105 Porat & Posner, לעיל ה"ש 2, בעמ' 61.

106 לרוב ההתייחסות לבעיית ההמירות מיוחדת בעיקר למבחן השלישי של המידתיות, אך באגרגציה נורמטיבית בין טענות בעיות ההמירות צפות ועולות כבר בשלב הגדרת הפגיעה, עקב הצורך לסכום יחד פגיעות בזכויות חוקתיות מובחנות. לדיון על המירות במבחן המידתיות השלישי ראו אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה" משפטים מב 1097, 1117–1122 (2012).

107 וראו הדיון בכך לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 72–81.

108 ראו דיון בנושא חשיבות ומשמעות מיון זכויות האדם ומיקומן בראי ההבדלים בנוסחי חוקי היסוד אצל אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 389–388 (1994) (להלן: ברק פרשנות במשפט).

109 בדיון אפשרי על פגיעה בזכות ל"פרטיות במרחב התעסוקתי" (זכות היברדיה הנובעת מהזכות לחופש העיסוק והזכות לפרטיות), האם יש מניעה לקיים את הדיון אם הפגיעה נובעת מדינים שהיו קיימים ערב חקיקתו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו בשל סעיף שמירת הדינים שבו? או שהשילוב עם הזכות

למרות כל הקשיים שמנינו, לעמדתנו קיימת הצדקה עקרונית לביצוע אגרגציה מסוג זה אף כאשר מדובר בפגיעות בזכויות חוקתיות שונות, כאשר מדובר בפגיעות שיש ביניהן שילוב מעצים כפי שיפורט להלן. אף שלטעמנו מדובר במקרים נדירים, אלו בדיוק המקרים שבהם רה-אגרגציה תוביל לתוצאות צודקות יותר. עם זאת, ולמרות עמדתנו זו, בשל הקשיים שנסקרו וייסקרו במאמר, בין היתר בדבר היקף העתירות שיהיה ניתן להגיש על בסיס אגרגציה מסוג זה¹¹⁴ ובשל הפגיעה בתכלית האקספרסיבית,¹¹⁵ יהיה נכון בעינינו בשלב זה להימנע מאגרגציה במקרים שכאלה עד לפיתוח והבשלה של השימוש בדוקטרינה. הערה נוספת במישור זהות הזכויות החוקתיות שנפגעו נוגעת לאפשרות שזכויות חוקתיות מסוימות תהיינה רצפטיביות יותר – מן ההיבט היישומי ולא ההצדקתי – לאגרגציה. מדובר בעיקר באלה אשר מאפייניהן מקהים את הקשיים השונים בשימוש בדוקטרינה. מקרה מובהק היא הזכות לקניין אשר פגיעות בה ניתנות לכימות (אפילו במקרים של דיונים ב'קניין חדש'). לפיכך שימוש בדוקטרינה בהקשר של פגיעות בזכות זו אינו מעורר קשיי המירות,¹¹⁶ דבר אשר הפסיקה מכירה בו גם היום.¹¹⁷

לחופש העיסוק, אשר חוק היסוד המעגן אותה אינו כולל סעיף שמירת דינים, גובר? שאלה דומה ניתן להעלות בנוגע לבחינת אפקט מצטבר של פגיעות בזכות לחופש העיסוק ובזכות לפרטיות (זכויות מובחנות).

110 שאלת פגיעת הלוואי של חוק מתגבר בזכויות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נדונה בפרשת מיטראל (ראו בג"ץ 4676/94 מיטראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, פס' 18–22 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996)). בפסק הדין פיתח בית המשפט מבחנים שיועדו לסייע להבחין בפגיעה הקשה יותר מבין הפגיעות הנדרונות כדי לקיים בעניינה את מבחני הביקורת השיפוטית. להערת אגב עדכנית בעניין המשמעות שיש לייחס, בעת ביקורת שיפוטית חוקתית, לקיומה של פסקת התגברות בחוק יסוד ראו בג"ץ 7956/10 גבאי נ' שר האוצר, פס' כ"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנוב, 19.11.2012).

111 האם תחולתה של זכות ל"פרטיות במרחב התעסוקתי" תהא על כל אדם, על פי תחולתה של הזכות לפרטיות (ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) או אך על אזרח או תושב, על פי תחולת הזכות לחופש העיסוק (ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק)?

112 האם יהא מותר להתקין תקנות שעת חירום אשר יגבילו את הזכות ל"פרטיות במרחב התעסוקתי" מכוח ס' 12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, או שמא האיסור הגורף לכך בס' 6 לחוק-יסוד: חופש העיסוק גובר?

113 וראו פרשת מיטראל, לעיל ה"ש 110, פס' 21–22 לפסק דינו של הנשיא ברק.

114 יוער כי דרך אחת לצמצום מספר העתירות שיהיה ניתן להגיש היא לקבוע רף מינימלי אשר תחתיו לא יינתן משקל לטענות לפגיעה בזכות חוקתית. ראו דיון בהקשר דומה במאמרם של Harel & Porat, לעיל ה"ש 46, בעמ' 293, המציעים לקבוע רף הוכחה מינימלי של 50%, הדומה לרף ההוכחה הנדרש בהליך אזרחי. עם זאת קביעת הרף אינה פשוטה לטעמנו, שכן נראה כי יקשה לקבוע רף כזה באופן שלא יהא שרירותי. ראו בהקשר זה ביקורתו של Pundik, לעיל ה"ש 86, בעמ' 8, והטקסט הסמוך לה"ש 29–31.

115 ראו הדיון בעניין זה לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 90–94.

116 עם זאת יש לשים לב שבשימוש באגרגציה בדיון בפגיעות בזכות הקניין שמקורן בחוקים שונים קשיי המירות לא יתעוררו בדיון בשלב הפגיעה אך צפויים להתעורר כאשר יתבקש בית המשפט לסכום את התועלת הנוצרת מדברי החקיקה השונים כחלק ממבחן המידתיות הצר (וראו הדיון על כך להלן, בטקסט הסמוך לה"ש 123).

117 וראו עניין רונן, לעיל ה"ש 45, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא גרוניס: "בוודאי שכך במקרים בהם מדובר בזכויות שניתנות לכימות [...] הסתכלות על ההסדר החקיקתי כמכלול נכונה ביתר שאת כאשר מדובר בזכות הקניין, אשר לעיתים ניתן לכמת את הפגיעה בה [...] במונחים כספיים".

המישור השני שבו נדון עוסק בדברי החקיקה שיצרו את האפקט המצטבר. אשר למישור זה קיימות כמה אפשרויות למקור הפגיעה המצטברת הנבחנת. למשל, אפשר שהפגיעה נוצרה משימוש בסמכויות המעוגנות בדברי חקיקה נפרדים; אפשר שמדובר בסמכויות המעוגנות בסעיפים שונים השייכים לחוק אחד; אפשר שמדובר בסמכויות המעוגנות בתתי-סעיפים נפרדים שבסעיף חוק יחיד; אפשר אף כי מדובר בסעיף חוק יחיד אשר יצר כמה פגיעות בזכות או בזכויות חוקתיות. מעניין כי כבר היום בתי המשפט נוהגים להתייחס, לעתים, לאגרגציה של פגיעות שנוצרות מהסדרים המעוגנים בתתי-סעיפים¹¹⁸ וכן לפגיעות שנוצרו מיישום חוק שלם,¹¹⁹ להבדיל מבחינתה של פגיעה מצטברת שיצרו סעיפי חוק נפרדים.¹²⁰ לטעמנו, יש משמעות להבחנה בין דברי החקיקה השונים היוצרים את האפקט המצטבר הנבחן. המקרים הקלים הם כאשר מדובר בהסדר המעוגן בסעיף חוק אחד היוצר כמה פגיעות בזכות חוקתית אחת או יותר, או בחוק אחד אשר כמה מסעיפיו יוצרים כל אחד פגיעה בזכות חוקתית אחת או יותר. המקרים הקשים הם כאשר מדובר בפגיעות שנוצרו מסעיפים הנכללים בהסדרים חקיקתיים שונים שאינם משתייכים לאותה מטריה משפטית.¹²¹ לטעמנו, בחינת אפקט מצטבר במקרים הקשים מעוררת קשיים שיש לתת עליהם את הדעת.

לשם נוחות הדיון נניח מראש הנחה מפשטת שלפיה מדובר בפגיעות בזכות חוקתית אחת או בזכויות הנגזרות ממנה. לשיטתנו, אף לאחר הנחה זו ההבחנה היא עדיין בעלת משמעות רבה, מכמה סיבות: ראשית, ברמה הנורמטיבית, כשמדובר בסעיפי חוק הנכללים בחוקים שונים, אשר כל אחד מהם נוגע להסדרה של תחום נפרד, עולות תהיות הנוגעות לגיטימיות של שילוב הסדרים נפרדים בעליל בבחינה חוקתית אחת. שנית, ברמה היישומית עולות תהיות בנוגע לאופן ביצוע הבחינה החוקתית במקרה שכזה. בין היתר מתעוררים שוב קשיים מתחום ההמירות. קשיים אלו נוגעים הן לשאלה אם וכיצד ניתן להשוות פגיעות שנוצרו מחוקים המשרתים תכליות שונות, והן לשאלה אם וכיצד ניתן להשוות ולסכום את התועלת של כל אחד מהחוקים לאור תכליותיהם הנפרדות באופן שיהיה ניתן ליישם את האיזון הנדרש למול הפגיעה בזכות במסגרת מבחני המידתיות. יש לדייק ולומר כי בעיית ההמירות המתעוררת בהקשר של העיסוק במטריות משפטיות שונות

118 ראו לדוגמה עניין מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 42, פס' 61–63 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא ברק (2003).

119 ראו ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 21, פס' 49 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין משטרת ישראל, לעיל ה"ש 45; וכן, כמובן, עניין הפרטת בתי הכלא, לעיל ה"ש 102.

120 יוער כי לא ברור מדוע ההצדקה המהותית או המתודולוגית לכך שבחינת אפקט מצטבר בין הסדרים שבתוך סעיף חוק אחד היא "מותרת", ואילו עצם ההפרדה לשני סעיפי חוק נפרדים יוצרת את המחסום הפרוצדורלי או המהותי בפני השימוש בדוקטרינה. ניתן לטעמנו לומר כי אם הגישה המנחה בעניין זה אכן תהא כי יישום הדוקטרינה אסור כאשר מדובר בהסדרים שנקבעו בסעיפים נפרדים, כל שייוצר הוא תמריץ לרשות המחוקקת להפריד הסדרים שמלכתחילה היה מתאים שיאוגדו במסגרת סעיף חוק אחד כדי למנוע ביקורת חוקתית על שימוש משולב בהם.

121 טלו מקרה של עציר ביטחוני הנמצא בבידוד וטוען לאפקט מצטבר שאינו חוקתי בין פגיעה בזכותו לחירות אישית בשל הבידוד לצד פגיעה בזכותו לחופש דת בשל אי-אספקת ארוחות חגיגיות בחגי האסלאם. בדוגמה זו, גם כשמדובר בפגיעות שמקורן בהסמכה בחוק, ברי כי התכלית ביסודן שונה ונפרדת.

אינה קשורה קשר ייחודי להשוואת הפגיעה שיוצרים דברי החקיקה השונים העומדים לבחינה כי אם גם לאופן שבו יש להשוות את התועלת הנוצרת מהם בשל עיסוקם בקידום תכליות שונות. במילים אחרות, כאשר נטענת טענת אפקט מצטבר נגד שני דברי חקיקה העוסקים כל אחד במטריות משפטיות שונות, יידרש בית המשפט לשאלת ההמירות פעמיים. הפעם הראשונה שבה תתעורר שאלת ההמירות היא בבחינה אם הפגיעה הכפולה בזכות או בזכויות החוקתיות שעליהן נשענת הטענה חוצה סף נורמטיבי כלשהו, בחינה אשר נדונה לעיל. בבחינה זו צפויה שאלת ההמירות להתחדד כאשר מדובר בפגיעות שמקורן בחוקים השייכים למטריות משפטיות שונות, שכן זהות במטריה המשפטית מחלישה את עצמת קשיי ההמירות ביצירת מישור ייחוס (משפטי) משותף. הפעם השנייה שבה תעלה שאלת ההמירות תהיה כאשר יתבקש בית המשפט לסכום את התועלת הנוצרת מדברי החקיקה השונים כדי להשוות בינה לבין סף הפגיעה בזכות או בזכויות החוקתיות העומדות על הפרק כחלק ממבחן המידתיות השלישי.

מנגד, כשמדובר בסעיפים הנכללים בדברי חקיקה נפרדים אך שייכים בפועל לאותה מטריה משפטית, קשיים אלו נחלשים. זאת משום שלטעמנו יש לבחון את "השתייכות" הסעיפים באופן מהותי ולא פורמלי. כך, בדוגמה של ב"פ פלוני איננו מוצאים לנכון לייחס משמעות רבה לעובדה כי מדובר באפקט מצטבר שנוצר משימוש סימולטני בסעיפים השייכים לכאורה לדברי חקיקה נפרדים (הוראת השעה וחוק המעצרים), שכן שני חוקים אלו בסופו של דבר נכללים באותה מטריה משפטית של דיני מעצרים בעברות ביטחון ומשרתים תכליות כמעט זהות.¹²² עם זאת, בראיתנו, חשוב להדגיש כי עצם ההחלטה השיפוטית כי מדובר בדברי חקיקה העוסקים בתחומים משיקים/דומים היא כזו שיש לבצע בזהירות, שכן עצם הקישור צפוי להרחיב את האפשרות לקיים בעניינם ביקורת שיפוטית במאוחד. מן ההיבט הזה חשוב לתת את הדעת על כך שההחלטה לראות בשני חוקים (או יותר) ככאלו השייכים לאותה מטריה משפטית היא בעצם התחלה של תהליך רה-אגרגציה שיפוטי שיש לעשותו בזהירות. קושי נוסף במישור היישומי נובע מהחשיבות הלא מבוטלת שנודעת במישור הסעד החוקתי להכרה בפגיעות המגולמות בכמה דברי חקיקה (חוקים או סעיפי חוק), שכן לראשונה יש צורך לא רק להחליט בדבר הסעד החוקתי המתאים, אלא להחליט אף איזה מדברי החקיקה שיצרו את האפקט המצטבר יהא מושא הסעד שנפסק.¹²³ לסיכום, בכל האמור בדברי חקיקה נפרדים, עמדתנו היא כי בכל מקרה אגרגציה בין פגיעות שמקורן בסעיפים מסמיכים הנכללים בדברי חקיקה נפרדים אינה דבר טריוויאלי במבנה הביקורת החוקתית ה"קלאסית", גם אם אכן מדובר בדברי חקיקה המשתייכים לאותה מטריה משפטית. המהלך הטבעי של ביקורת חוקתית הוא להתמקד בכל פעם בסעיף פלוני בחוק אחד, ולכן עצם האיחוד בין שני דברי חקיקה אינו טבעי. עם זאת טענתנו היא כי כאשר דברי החקיקה משתייכים בפועל לאותה מטריה משפטית, ניתן לראות בה, מהותית, כאילו הם משתייכים בפועל לדבר חקיקה אחד, ולכן המרחק מהמודל הקלאסי אינו רב. לעומת זאת, בשל הקשיים שנמנו לעיל, ניסיון לבצע אגרגציה בין סעיפים השייכים לדברי חקיקה נפרדים, השייכים למטריות משפטיות שונות, הוא צעד גדול להתרחקות מהמודל

122 זאת בין היתר משום ששניהם הם מעין "פרקים" בחוק סדר הדין הפלילי שאליו שניהם משתייכים.

123 ראו להלן דיון בכך בפרק ג.2.ג).

הקלאסי של הביקורת החוקתית. יישום הדוקטרינה באופן שמאפשר להתייחס לאפקט המצטבר שנוצר משימוש בסמכויות הנכללות בדברי חקיקה נפרדים עשוי לפתוח פתח רחב מדי לעתירות חוקתיות¹²⁴ ואף להוביל לשחיקה לא רצויה בשימוש בכלי הביקורת על חוקתיות חוקים.¹²⁵

המישור השלישי מתייחס לאופן השימוש באמצעים/בסמכויות על גבי ציר הזמן. לטעמנו, יש הבדל ניכר בין מקרים שבהם האפקט המצטבר נוצר משימוש סימולטני של אמצעים שונים לבין מקרים שבהם הוא נוצר משימוש מדורג.¹²⁶ אפקט מצטבר מהסוג האחרון יתממש למשל כאשר נמנעת מהעצור זכותו להיפגש עם עורך דין, ולאחר מכן, לאחר שכבר נפגש עם עורך דין, מתקיים דיון שלא בנוכחותו, ובדיון נוסף, המתקיים מאוחר יותר ובו הוא נוכח, מציגה התביעה מידע חסוי במעמד צד אחד. הטענה במקרה כזה תהיה כי אף על פי שלא נעשה שימוש סימולטני באמצעים, הרי שריבוי הפגיעות הביא לאיזון בפועל של יכולת העצור ליהנות מהזכות החוקתית להליך הוגן, על נגזרותיה. במקרה כזה ייטען כי יש סף מסוים של פגיעות שזכות יכולה לספוג לפני שכבר אינה "בת-מימוש", אף אם מדובר בשימוש מדורג ולא סימולטני. לשיטתנו, יישום דוקטרינת האפקט המצטבר בסוג המקרים האחרון, של שימוש מדורג, הוא קשה ומורכב מאשר במקרים של שימוש סימולטני בשל כמה קשיים נורמטיביים ויישומיים. ברמה הנורמטיבית סביר כי פגיעה סימולטנית היא שתגרום נזק רב יותר לפרט באופן שיצדיק לבחון אם נכון להפעיל את הביקורת החוקתית. בנוסף, להבחנה במישור זה חשיבות בתחימת גודלי הביקורת החוקתית בכך שתחימת הביקורת השיפוטית אך למקרים של שימוש סימולטני צפויה לשמש מסננת אינסטרומנטלית אשר תגביל את הדיון לפגיעות ספורות בלבד ותמנע העלאת טענות על מספר רב של פגיעות קטנות, אשר צבירתן עולה לכדי פגיעה שאינה חוקתית.¹²⁷

124 טלו לדוגמה עתירה של אדם הטוען לפגיעה מצטברת בזכותו לקניין עקב הגבלות מסוימות מכוח חוקי התכנון והבנייה לצד פגיעה הנובעת מההסדרים בעניין רישוי עסקים. אמנם מדובר בשני חוקים שיש ביניהם מן המשותף כי מדובר בחוקים היוצרים אסדרה של תחום פעולה, אך מנגד מדובר בדוגמה הממחישה את הקושי שבדיון בפגיעה מצטברת שנובעת מדברי חקיקה השייכים כל אחד למטריה משפטית נפרדת.

125 ראו ביקורתו של הנשיא גרוניס על הנשיא (בדימוס) ברק בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פס' 2 לפסק דינו (פורסם בנבו, 14.5.2006).

126 שימוש מדורג הוא מצב שבו אין לאתר ולו נקודת זמן אחת שבה נעשה שימוש ביותר מאחד מהאמצעים בד בבד עם האחרים. יודגש כי הדירוג מתייחס אך ורק לכך שלא נעשה שימוש סימולטני באמצעים כאמור ולא לסדר הפעלתם. כך, אם אמצעי א הופעל, ולאחר זמן מה הופעל אמצעי ב, ואמצעי א עודנו בשימוש, הרי שאין מדובר בשימוש מדורג למרות הדירוג שבהפעלתם.

127 ברמת התאוריה לכאורה יש הצדקה לבחון טענה ל-100 פגיעות קטנות בשימוש מדורג אשר יחדיו עולות לכדי פגיעה שאינה חוקתית, אך ברי כי מדובר במסקנה הנוגדת את האינטואיציה הבסיסית שלפיה יש לפסול חוק רק במקרים שבהם הוא יוצר פגיעות קשות ומשמעותיות. ראו בהקשר זה Pundik, לעיל ה"ש 86, בעמ' 8. מאמרו אמנם נוגע לאגרגציה ולהוכחה במישור הפלילי, אך ניתן להקיש ממנו גם למישור החוקתי.

ברמה היישומית קיימים שלושה קשיים עיקריים: ראשית, דיון בפגיעות שנוצרו משימוש מדורג צפוי לעורר מורכבויות הקשורות בהקפדה על עקרון סופיות הדיון.¹²⁸ לצד זאת מתעורר הצורך להידרש לקביעת מסגרת הזמן שבה ניתן להעלות טענות שכאלה. ברי כי יש צורך בהגבלה כלשהי של מסגרת הזמן הרלוונטית, שכן קשה להצדיק בחינת טענה בדבר אפקט מצטבר בשל פגיעות שנוצרו למשל לאורך שנים רבות. יהיה ניתן כמובן לנסות ולגבש עקרונות לתחימת מסגרת הזמן ההולמת דיון שכזה (למשל, במסגרת פיתוח של דיני התיישנות במשפט הציבורי), אך נראה כי הגדרתה באופן שאינו שרירותי בבסיס לא תהא פשוטה. שנית, מנקודת מבטו של מקבל ההחלטה, כאשר מדובר בבחינת אפקט מצטבר שנוצר משימוש סימולטני בחינת הפגיעה וזיהויה "נוחים" יותר,¹²⁹ בין היתר משום שניתן לעשות זאת בנקודת הזמן שבה אכן נעשה שימוש סימולטני באמצעים הנדונים. שלישית, קיימים קשיים בפסיקת סעד חוקתי במקרה של שימוש מדורג. מדובר לא רק בקושי הכללי הקיים גם במקרים של שימוש סימולטני אלא גם בקושי בשימוש בסעד שאותו אנו מציעים כפתרון לקושי כללי זה – סעד של איסור שימוש סימולטני.¹³⁰

לסיכום היבט זה, אף על פי שלטעמנו בהחלט קיימת הצדקה נורמטיבית לביצוע אגרגציה במקרים של שימוש מדורג, קשה לערער על כך שהאגרגציה תהא פשוטה יותר לביצוע ולהנמקה במקרים של שימוש סימולטני. בשל קשיים אלו ואחרים¹³¹ נראה כי בשלב זה יהיה עדיף להימנע מיישום הדוקטרינה במקרים של שימוש מדורג, עד לפיתוחה והבשלתה. יוער כי גישה זו עולה אף מעמדתו של השופט גרוניס בבש"פ פלוני, אשר העדיף את הביטוי "תחולה סימולטנית" על פני "אפקט מצטבר", הערפה שבעינינו אינה מבטאת ניואנס סמנטי בלבד.¹³²

(ב) מבחן השילוב המעצים

הסוגיות שנדונו בחלק הקודם הובילו לאפיון כמה מישורים של קשיים: ביישום הדוקטרינה במקרה של פגיעות בזכויות חוקתיות מובחנות אשר אין ביניהן קשרי גומלין כלשהם; ביישום הדוקטרינה במקרים שבהם נוצרה הפגיעה מהפעלת דברי חקיקה הנכללים במטריות משפטיות שונות; וביישום הדוקטרינה במקרים שבהם האפקט המצטבר נוצר משימוש מדורג להבדיל מסימולטני. קשיים אלו מדגימים לטעמנו היטב את החשש המרכזי הטמון ביישום דוקטרינת אפקט מצטבר בביקורת על חוקתיות חוקים: החשש מפריצת מסגרת

128 כך, ברמה המעשית, האם לאחר דחיית עתירה שבה נטען לאפקט מצטבר שאינו חוקתי בגין שלוש פגיעות בזכות כלשהי יש להתיר הגשת עתירה חדשה אשר טענן שוב לאפקט מצטבר שאינו חוקתי בגין פגיעות אלו בשילוב עם פגיעה נוספת, רביעית במספר, שאירעה לאחר דחיית העתירה הקודמת (וחזור חלילה)? ראו בהקשר זה גם את האבחנה המוזכרת אצל Harel & Porat, לעיל ה"ש 46, בעמ' 269.

129 למשל, עקב צמצום למינימום של הקשיים הקוגניטיביים העשויים להקשות על החלטות מסוג זה, וראו לעיל בהקשר זה הדיון בה"ש 86.

130 וראו להלן הדיון בכך בפרק 2.2.ג (ג).

131 מורכבות נוספת העשויה להתעורר בדיון בפגיעות מדורגות הוא ב"פגיעה סיסטמטית", קרי הפרה חוזרת ונשנית של זכות או זכויות חוקתיות. על אודות מורכבות זו, שבאה לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון בארצות הברית, ראו Garrett, לעיל ה"ש 46, בעמ' 616–618.

132 בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרוניס.

הניתוח החוקתי הקיימת כמו גם מפרגמנטציה לא רצויה של המושגיות החוקתית (ודאי במקרים של אגרגציה נורמטיבית בין טענות). בחלק זה נבקש להציע מבחן אצבע העשוי לפשט את ההכרעה באילו מקרים מתאים ליישם את דוקטרינת האפקט המצטבר. לטעמנו, כדי לצמצם את מידת הפרגמנטציה של הניתוח החוקתי שיכולה להיווצר עם קבלת דוקטרינת האפקט המצטבר – בעיקר במצבים של אגרגציה נורמטיבית בין טענות – יש לאמץ את מבחן השילוב המעצים. בפשטות, המבחן קובע כי ההצדקה להשתמש בדוקטרינת האפקט המצטבר תגבר ככל שבין הפגיעות היוצרות את האפקט המצטבר מתקיים שילוב מעצים, אשר משמעותו שהפגיעה המשולבת (הסינרגטית) הנגרמת קשה מסך הפגיעות יחד. כלומר, שעצם השימוש באמצעי אחד הפך את הפגיעה שנוצרה משימוש משולב באמצעי שני לחמורה וקשה מן הפגיעה שהייתה נוצרת לו היה האמצעי האחרון מביניהם מופעל בנפרד. יש להדגיש כי המבחן המוצע אינו מבחן מדויק. הוא קרוב ל"סטנדרט" יותר מאשר ל"כלל",¹³³ קרי, התוכן הקונקרטי שלו נקבע בדיעבד. לא תמיד תהיה דרך מדויקת לבדוק אפריורי אם אכן מתקיים שילוב מעצים בין פגיעות נדונות, אלא שבדומה למבחני המידתיות והסבירות, הדרך הנכונה להתקדם בפיתוחו היא דיון שיפוטי לאור עובדות של מקרים שיובאו בפני בית המשפט. כך למשל בעובדות בש"פ פלוני הפגיעה (בשתי זכויות נגזרות מהזכות להליך הוגן; שנגרמה מהפעלת סמכויות שעוגנו בשני חוקים שונים, אך השייכים לאותה מטריה; ושנעשה בהם שימוש סימולטני) כללה שילוב מעצים שהצדיק את יישום הדוקטרינה. השילוב המעצים בא לידי ביטוי בהיותה של הפגיעה המצטברת בזכויות העצור – קיום דיון שלא בנוכחותו באופן סימולטני עם מניעת פגישתו עם עורך דינו – חמורה מסך שתי הפגיעות בנפרד. הסיבה לכך היא שהקושי של עורך דין להגן על לקוחו בדיון שהאחרון אינו נוכח בו הוא קטן יותר אם התאפשר לו לפגוש את הלקוח בטרם הדיון ולשמוע את גרסתו לאירועים שבהם הוא מואשם, ולהפך – הקושי במניעת פגישה מקדימה של עורך הדין עם הלקוח מצטמצם כאשר הוא נוכח בדיון ויכול להצביע בפני עורך דינו על נקודות בעלות חשיבות בהליך המתנהל למרות שלא ניפגש עימו קודם לדיון.¹³⁴ אכן, פסק הדין בבש"פ פלוני משמש דוגמה טובה לבחינת הדוקטרינה לפי המבחן המוצע.

מבחן השילוב המעצים יאפשר הכרה בדוקטרינת האפקט המצטבר, אך יהיה בלם בפני שימוש נרחב בה, כדי להביא למצב שבו היא מיושמת במקרים שבהם קיימת לכך הצדקה ואינה מבוצעת במקרים אחרים, "קשים" יותר, שבהם באים לידי ביטוי הקשיים שתוארו לעיל. ולעומת זאת במקרים שבהם המבחן יצביע על הצדקה שכזו הוא יוביל להרחבה משמעותית של מודל הבחינה החוקתית הקיים כיום.

ערכו האינטרינזי של מבחן זה נעוץ בהיבטים המהותיים שהוא מגלם, המכוונים את מקבל ההחלטה לתוצאות צודקות, המרחיבות, במקרים המתאימים, את היקפה של הביקורת החוקתית. המקרים (הנדירים) שבהם ייקבע כי אכן נוצר שילוב מעצים – בעיקר במקרים של אגרגציה בין טענות – הם מקרים שבהם הפגיעה החוקתית שאותרה ונבחרה תצדיק מתן

133 לדיון בהבדל שבין כללים וסטנדרטים ראו לעיל ה"ש 56.

134 על אודות החשיבות בנוכחות נאשם בהליך פלילי ראו ס' 126 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, המעגן נוכחות זו כתנאי בסיסי לקיום הליך פלילי.

סעדים מכוח דוקטרינת האפקט המצטבר במקומות שבעבר הטענה הייתה נדחית, באופן שיפחית את הגירעון המשפטי ויוביל לתוצאות צודקות יותר. במקרים שכאלה ההכרה בשילוב המעצים תהא הכרה בהיות הפגיעה גדולה מסכום חלקיה באופן שיוצר הצדקה לביקורת שיפוטית קפדנית, ואף תאפשר מתן סעד מתוך הכרה בכך שצבירת פגיעות תת-ספיות אפשרית, באופן שמהווה הרחבה ניכרת של סמכות הביקורת השיפוטית הקיימת כיום. ערכו המהותי של המבחן בא לידי ביטוי אפוא בכך שהוא מאפשר לבצע אגרגציה חוקתית גם במקרים ה"קשים" יותר מבחינה יישומית או בעייתיים יותר מבחינה נורמטיבית, שפורטו לעיל. למשל, תוצאת המבחן עשויה להיות ביצוע אגרגציה גם במקרים של פגיעה בשתי זכויות מובחנות אשר אין ביניהן קשרי גומלין כלשהם (קרי אגרגציה בין טענות) שההסמכה לגרימתה עוגנה בסעיפי חוק העוסקים כל אחד במטרות משפטיות שונות אלה מאלה, ואשר נגרמה בהדרגה (להבדיל מסימולטנית). אכן, ככל שקריטריונים רבים יותר מבין אלה שנמנו לעיל יתממשו (אגרגציה בין טענות; סעיפי הסמכה השייכים למטרות משפטיות שונות; שימוש מדורג), יישום הדוקטרינה צפוי להיות מורכב יותר וקשה יותר נורמטיבית, אך מנגד, מורכבות זו מתאזנת למול העובדה כי הסיכוי שאכן ייקבע שיש במקרים אלו שילוב מעצים – נדיר ביותר. לסיום, נדגיש כי ערכו המהותי של המבחן בא לידי ביטוי גם בכך שמדובר במבחן כוללני (הוליסטי) במהותו, אשר אינו מתמצה באגרגציה של שלושת הקריטריונים שפורטו לעיל. לו ייעשה שימוש בקריטריונים אלו כשלושה מבחנים מצטברים אשר בהתקיימם אין לבצע אגרגציה – יהיו לכך שני חסרונות עיקריים בראייתנו: ראשית, אין ברצוננו לפסול מראש אפשרות לביצוע אגרגציה אף בהתקיים שלושה מבחנים אלו, ככל שיהיה בין הפגיעות שילוב מעצים, ואף אם מדובר במקרים נדירים בלבד כאמור. שנית, לכאורה בהתקיים חלק מהמבחנים יש להשתמש בדוקטרינה בהכרח, אך לטעמנו יש הצדקה להימנע מכך אף בהתקיים חלק מהמבחנים – ככל שבין הפגיעות אין שילוב מעצים.

לצד ההיבט האינטריוני של המבחן, השימוש בו צפוי ליצור מעין "מסננת" ולמנוע את השימוש בדוקטרינה במקרים ה"קשים" יותר שנמנו לעיל. כך, הסבירות לאתר שילוב מעצים בין פגיעות בזכויות חוקתיות מובחנות אשר אין ביניהן קשרי גומלין, נמוך להערכתנו. זאת, מכיוון שהיעדר קשרי הגומלין בין הזכויות עצמן מביא לתוצאה כי גם בין הפגיעות לא יהיו קשרי גומלין, ולכן סביר כי לא יהיה ביניהן שילוב מעצים. לכן בפועל השימוש במבחן זה צפוי להוביל לכך שלמעט במקרים נדירים של קשרי גומלין קיימים בין זכויות חוקתיות מובחנות,¹³⁵ לא תתבצע אגרגציה נורמטיבית בין טענות. עם זאת יש

135 מקרה של קשרי גומלין שכאלה שהוכרו בפסיקת בית המשפט העליון ניתן למצוא לדוגמה בקביעת השופטת פרוקצ'יה כי השילוב בין החשש לשם טוב וסכנת פגיעה בסיכויים להתמודד בבחירות דמוקרטיות "נושא עמו משקל מצטבר רב", שממנו צריכה להיגזר זכות טיעון רחבה במיוחד (ראו בג"ץ 7805/00 אלוני, חברת מועצת עיריית ירושלים נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נז(4) 577, פס' 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2003)). קשר שכזה עשוי לבוא לידי ביטוי אף בין זכויות שנקבע כי הן קשורות בטבורן, ולמעשה הן חבילה שאין להפריד את מרכיביה אלה מאלה. ראו בעניין זה Breedon, לעיל ה"ש 77. יוער כי לטעמנו ניתן להיעזר בתוצאת מבחן השילוב המעצים כדי לזהות אם קיימים קשרי גומלין בין הזכויות הנגזרות או המישורים הנדונים. כך, אם נוצר שילוב מעצים בין פגיעות בזכויות הנגזרות או במישורים השונים בתוך זכות, ניתן להסיק מכך כי ככל הנראה קיימים ביניהם קשרי גומלין.

להדגיש כי מבחן זה אינו רלוונטי רק באגרגציה מסוג זה. לטעמנו, אף במקרים של אגרגציה נורמטיבית בתוך טענה יסייע המבחן בזיהוי מקרים שבהם נראה כי מוטב יהיה להימנע מביצוע אגרגציה, וזאת כאשר הפגיעות הן במישורים נפרדים של הזכות החוקתית הנפגעת (או נגזרותיה).¹³⁶

בנוסף, הסבירות לאתר פגיעות שיש ביניהן שילוב מעצים תהיה גבוהה יותר כאשר מדובר בפגיעות שנוצרו משימוש בסמכויות המעוגנות בחוקים השייכים לאותה מטריה משפטית. זאת, משום שכבר בנקודת המוצא החקיקתית יש ביניהן מכנה משותף, אשר יגביר את הסבירות שיהיה ביניהן שילוב מעצים. יוער בהקשר זה כי לא רק הזוהת במטריה המשפטית צפויה להגביר את הסבירות לקיומו של שילוב מעצים אלא גם זוהת המסכת העובדתית המהווה את הרקע לפגיעות הנדונות. קרי, הסבירות לאתר שילוב מעצים בפגיעות הנובעות ממסכת עובדתית אחת (בדומה לעובדות המקרה בבש"פ פלוני) גבוהה מבמקרים של פגיעות הנובעות מאירועים נפרדים אשר אינם קשורים זה בזה. לבסוף נראה כי השילוב המעצים יתקיים בתדירות גבוהה יותר במקרים של שימוש סימולטני, שכן בעצם השימוש הסימולטני עשוי להיווצר אפקט מעצים.

עוד נעיר כי לטעמנו קיימת הצדקה לבחון בחינה קפדנית יותר מהרגיל בשאלה אם קיים שילוב מעצים בין הפגיעות הנדונות כאשר אלו תוצאה של שימוש באמצעים שמראש יועדו לשימוש משולב בתרחיש כלשהו. זאת, הן משום שהמחוקק גילה דעתו שאלה אמצעים המיועדים לפעול יחד, ולכן מוצדק לבחון את התוצאה המצטברת של השימוש המשולב בהם, והן מכיוון שיש לצפות כי היקף השימוש המשולב במקרים מעין אלה יהיה רחב

זאת, מכיוון שלהערכתנו לרוב אי אפשר יהיה לאתר שילוב מעצים בין פגיעות בזכויות נגזרות או מישורים אשר אין ביניהם קשרי גומלין כלשהם.

136 אנו צופים כי מבחן השילוב המעצים ימנע את יישום הדוקטרינה כאשר מדובר במישורים מובחנים בתוך אותה הזכות, ואשר עקב הפרדה זו אין מתקיים בין הפגיעות במישורים אלו שילוב מעצים בעל משקל. כדוגמה ניתן להביא טענה לכמה פגיעות בחופש העיסוק, אשר ניתן לטעון כי מובחנים בו כמה מישורים או מישורים נפרדים, כגון הסדרי כניסה למקצוע (לימודים, תקופת התמחות, בחינות וכדומה); כללים אתיים לעוסקים במקצוע (הנהגת קוד לבוש, הגבלת עיסוקים מקבילים וכדומה) וכיוצא באלה. לדוגמה ליישום אבחנה זו ראו בג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 19 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 2.10.2008). בפרשה זו הבחינה השופטת נאור בין הגבלות על כניסה למקצוע להגבלה על צמצום מרכיב מסוים (זניח לטעמה) במימוש העיסוק. טלו לדוגמה טענה לפגיעה בחופש העיסוק של הפועלים בשוק ההון בשל איסור על עריכת ביטוח או הסדר שיפוי כנגד הליכי אכיפה מנהלית (טענה אשר נדונה ונדחתה בפועל, וראו עניין איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 29), במקביל להטלת מגבלה (תאורטית) נוספת הקובעת גיל מינימלי לעיסוק בתחום זה. אכן מדובר בשתי פגיעות בחופש העיסוק, אך איננו סבורים שיש בפגיעות אלו אפקט מעצים, משום שאין לטעון כי קביעת גיל מינימום חמורה יותר כאשר נקבע גם הסדר לאיסור ביטוח או שיפוי כאמור. מדובר בפגיעות נפרדות, שאינן תלויות זו בזו, ולכן ככל שיתקיים בהן דיון משותף, בראי האפקט המצטבר של הפגיעות, הרי שמדובר בדיון הקרוב לאגרגציה נורמטיבית בין טענות יותר מאשר לאגרגציה נורמטיבית בתוך טענה. אפשר שהדרך המתאימה להבחין בין "מישורים" אלו היא בשימוש בגישה הרואה בזכויות חוקתיות ביטוי לאיסורים מוסריים המוטלים על השלטון לפעול בדרכים מסוימות ("גישת האילוץ הדאונטולוגי", וראו מדינה "על פגיעה", לעיל ה"ש 53, בעמ' 12). כך, במקרה זה האיסור המוסרי המדויק אינו "האיסור לפגוע בחופש העיסוק" אלא שני איסורים נפרדים: "האיסור להגביל כניסה למקצוע בהיבטי גיל" ו"האיסור למנוע רכישת ביטוח או עריכת הסדר שיפוי".

מבמקרים שבהם היתרון בשימוש המשולב התגלה אך בדיעבד, והם לא יועדו לכך מראש.¹³⁷

לצד האמור נציע כמה הבחנות נוספות הרלוונטיות לטעמנו לצורך יישום מבחן השילוב המעצים. ראשית, חשוב להדגיש כי תוצאת מבחן זה אינה מוחלטת. מכיוון שלמבחן זה חשיבות מהותית ולא רק אינסטרומנטלית כאמור, בית המשפט עשוי לבחור שלא ליישם את הדוקטרינה אף במקרה שבו אכן הוכח כי קיים שילוב מעצים מסוים, כשהשילוב הביא להעצמה זניחה או מזערית בפגיעה.¹³⁸ שנית, יש להביא בחשבון את חשיבותה של הזכות הנדונה ואת משקלה הסגולי, הבחנה המקובלת במשפט החוקתי בישראל בנוגע לזכויות חוקתיות ומפתחת בעת האחרונה בפסיקה החוקתית.¹³⁹ כך, ככל שחשיבותה של הזכות תגבר, סף העצימות שיידרש בעקבות השילוב בין האמצעים הנדונים יהיה נמוך יותר. שלישית, בדיון בפגיעה שמקורה בשימוש סימולטני בסמכויות נציע להעניק משקל למשך השימוש, או למעשה למשך הפגיעה, כפי שעולה לטעמנו גם מפסק דינו של השופט גרוניס.¹⁴⁰ השילוב המעצים עצמו נבחן בנקודת זמן נתונה, ורלוונטי, תאורטית לפחות, אף לבחינת פגיעה הנמשכת שניות ספורות בלבד. עם זאת אין לכחד כי קשה להשוות בין שני מקרים שבהם הפגיעה שווה בחומרתה, אך באחד הפגיעה נמשכת רגעים ספורים בלבד, ואילו בשני נמשכת תקופת זמן ארוכה.

2. השפעת הדוקטרינה על הביקורת השיפוטית החוקתית

בחלק זה נדון בשלוש השפעות אפשריות של דוקטרינת האפקט המצטבר על מרכיבי הליך הביקורת החוקתית. הראשונה, השפעה על פרוצדורת ההליך החוקתי; השנייה, השפעה על מודל הבחינה החוקתית, המשתקף במבחני פסקת ההגבלה; והשלישית, השפעת הדוקטרינה

137 למשל, השימוש בסמכויות שנדרונו בבג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים (פורסם בנבו, 20.12.2010).

138 באופן הדומה למבחנים שנקבעו בפרשת מיטראל, לעיל ה"ש 110, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק. לכלל שלפיו במהלך בחינה חוקתית בית המשפט אינו נדרש לרוב לפגיעה "זניחה או מזערית", ראו לדוגמה בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, פס' 11 לפסק דינו של השופט זמיר (1996).

139 וראו בעניין זה למשל ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 48, בעמ' 296, 442-444, 622-623, 628, 648. מגמה זו, של מתן משקל לחשיבותה היחסית של הזכות במארג ההגנה החוקתית, בולטת בכמה פסקי דין מהעת האחרונה. ראו למשל עניין מנאע, לעיל ה"ש 137, פס' 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן; דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש-עיריית ראשון לציון, פ"ד נ(5) 673 (2003) (להלן: עניין ארקו). בנדור וסלע, בסקירתם את כתיבתו העדכנית של הנשיא ברק, מאפיינים מגמה זו ומציינים שהיא בולטת גם בכתיבתו, ולפיה "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, והפגיעה בה קשה יותר, כך יוקפד יותר על דרישות אלה ואחרות שבפסקת ההגבלה" (ראו בנדור וסלע, לעיל ה"ש 106, בעמ' 1103). שאלה היא כיצד יש לקבוע את חשיבותה של הזכות החוקתית במסגרת המארג החוקתי, אך השאלה חורגת מגבולות הרשימה הנוכחית.

140 "דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה מחייבת לבדוק את שיעורה מבחינת זמן של הפגיעה האפשרית עקב השעיה סימולטנית של הזכות למפגש עם עורך דין ושל הזכות להיות נוכח בהליכי המעצר" (בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוניס). למתן משקל למשך הפגיעה במקרה נוסף של דיון חוקתי ראו לדוגמה בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 55-57 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 22.5.2012).

על פסיקת הסעד החוקתי. מובן שמדובר בדיון שאינו ממצה את כל ההיבטים שיושפעו משימוש באגרגציה במהלך ביקורת שיפוטית חוקתית, אך לטעמנו מדובר בשלושה דיונים מרכזיים להבנת המשמעות של אגרגציה במשפט חוקתי.

(א) פרוצדורה

השימוש בדוקטרינה חדשה במהלך ביקורת חוקתית דורש, מטבע הדברים, בדיקה הנוגעת למידת התאמתה לפרוצדורת הבחינה החוקתית הקיימת.¹⁴¹ ואכן, השופטת נאור כבר הצביעה באופן קולע על כמה היבטים פרוצדורליים אשר יש לתת עליהם את הדעת.¹⁴² היבט ראשון ובסיסי ביותר נוגע לחובת העותרים להעלות את הטענה בדבר אי-חוקתיות הנובעת מדוקטרינת האפקט המצטבר כבר בכתב העתירה, להבדיל משלבים מאוחרים יותר בהליך. אכן, החובה האמורה קיימת כבר עתה בעת הגשת עתירה,¹⁴³ אך ההצדקה לאכיפתה מתחזקת במקרים של טענת אפקט מצטבר משום החשש מהרחבת יריעת התקיפה החוקתית תוך כדי הדיון. לטעמנו, מסיבה זו יש לקבוע כלל נוקשה ביותר שלפיו יש להעלות טענות בדבר אפקט מצטבר כבר בכתב העתירה כדי שלא לפרוץ את מסגרת ההליך החוקתי. ההיבט השני נוגע גם הוא לשלב פתיחת ההליך, ולפיו על הטוען לאי-חוקתיות הנובעת משימוש בדוקטרינה לציין במפורש בכתב העתירה מהם דברי החקיקה היוצרים לטעמו את האפקט המצטבר. המטרה בדרישה שכזו היא לשמור על המסגרת הדיונית והמשפטית ולא לאפשר לעותרים לבסס טענות בדבר פגיעות מצטברות הנובעות מדברי חקיקה שלא נתקפו במפורש ושלא התבקש סעד בגינם בכתב העתירה. אי-ההקפדה על היבטים אלה תעניק כוח רב לעותר לנתב את המסגרת הדיונית לחוק ספציפי. ראוי לטעמנו להגדיר את המסגרת הדיונית כבר בתחילת הדיון כדי למנוע מצב שכזה וכדי שבית המשפט יוכל לפסוק סעד בהתחשב בכלל דברי החקיקה שתרמו ליצירת האפקט המצטבר.¹⁴⁴ בדומה לזה, לטעמנו, ככל שהעותרים מבקשים סעד באשר לאחד (או חלק) מדברי החקיקה בלבד, עליהם לנמק מדוע לאור האפקט המצטבר שנוצר מכמה דברי חקיקה יש לפסוק סעד אך באשר לדבר החקיקה שנבחר (או באשר לחלקם, כאמור).¹⁴⁵ ההיבטים הדיוניים בשימוש בדוקטרינת האפקט המצטבר שהעלתה השופט נאור משקפים לטעמנו מגמה נכונה של יצירת מחסומים דיוניים

141 על אודות כך ראו ביקורות של ברק מדינה על הכרעת בית המשפט בעניין חסן, לעיל ה"ש 103: ברק מדינה "הזכות לקיום אנושי בכבוד: בעקבות פסק-דין חסן" בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים hebrewu-law.blogspot.com/2012/03/blog-post.html.

142 וראו בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינה של השופטת נאור.

143 לעניין זה ראו אהרן ברק "נטל ההוכחה ופגיעה בזכויות חוקתיות" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 53, 71 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009); ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 108, בעמ' 478; ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 48, בעמ' 544.

144 "קבלת טענת האפקט" באופן הפוסל דווקא את האמצעי החקיקתי אותו בחר הטוען לתקוף היא שרירותית. היא נשענת על בחירתו הראשונית של הטוען לתקוף אמצעי מסוים ולשתוק ביחס לאמצעי אחר, כאשר שני האמצעים מצויים בבסיס טענת האפקט " (בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינה של השופטת נאור).

145 וראו הדיון להלן על המורכבות שבבחירת דבר החקיקה שיהא מושא לסעד חוקתי כלשהו בטקסט הסמוך לה"ש 204–217.

כבר בפתיחת ההליך. היבטים אלה הם בגדר דוגמאות לא ממצות שתפקידם להוביל לכך שהדיון החוקתי לא ייפרץ ויורחב יתר על המידה בעקבות השימוש בדוקטרינה. לטעמנו, אם אכן תאומץ הדוקטרינה, אפשר כי יהיה צורך בהקשחת מנגנונים דיוניים נוספים להגשמת אותה מטה.¹⁴⁶

(ב) השפעה על מודל הבחינה החוקתית

בחלק זה נתייחס לשתי השפעות אפשריות על מודל הבחינה החוקתית. נפתח בהשפעתה של התורה האגרגטיבית על האפשרות לתקיפה חוקתית אבסטרקטית ולתקיפה מנהלית, ולאחר מכן נדון בהשפעה הישירה על מודל הבחינה החוקתית כפי שהוא משתקף במבחני פסקת ההגבלה.

(1) אגרגציה ותקיפה חוקתית אבסטרקטית

היבט נוסף שהזכירה השופטת נאור נוגע לכך שבפעמים רבות טענת אפקט מצטבר היא טענה תוצאתית, ובתור שכזו ניתן לבחון אותה רק על רקע מקרה קונקרטי (ואולי אף נדרשים נתונים רחבים יותר, שניתן לייצר רק לאחר שימוש בהיקף נרחב באמצעי המדובר).¹⁴⁷ טענה זו נוגעת בסוגיה שנויה במחלוקת במשפט החוקתי הישראלי והיא אם יש להחיל ביקורת שיפוטית על חוק רק במקרה קונקרטי של הפעלת סמכות שלטונית מכוחו, כלומר "אגב יישומו", או שמא ניתן להחיל ביקורת שיפוטית גם "על פניו" (קרי, באופן אבסטרקטי). איננו מתכוונים להיכנס לעובי הקורה בסוגיה רחבה ומורכבת זו או להתיימר להכריע בה. לא נבקש אלא להעיר כמה הערות בנוגע לאפשרות להחיל ביקורת שיפוטית "על פניו" בעתירות שבהן נעשה שימוש בדוקטרינת האפקט המצטבר. מצד אחד נראה כי ההצדקה שלא לקיים ביקורת שיפוטית "על פניו" בשל היות העתירות "תאורטיות" חזקה במיוחד כשמדובר בדוקטרינה זו בשל מספר העתירות התאורטיות שיהיה ניתן להגיש על בסיסה. טענה זו תהיה נכונה ביתר שאת אם השימוש בדוקטרינה לא יוגבל במידת מה, כפי שהוצע ברשימה זו.¹⁴⁸ בנוסף, אף למצדדים ככלל בבחינה חוקתית אבסטרקטית רגילה נראה כי בעת יישום הדוקטרינה יהיה נכון להידרש להיבט נוסף כמעין "תנאי סף", והוא

146 כמו למשל עיבוי והרחבה של הבסיס לקביעת ממצאים עובדתיים בעתירות ציבוריות. ראו בהקשר זה את מאמרו של עומר דקל "חקירה נגדית בבג"ץ ובכתיבה המשפט לעניינים מינהליים" עיוני משפט לה 151 (2012).

147 במאמר מוסגר נעיר כי לטעמנו יש להבחין בין המקרה שאליו הפנתה השופטת נאור בפסק דינה (בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005)), למקרה דנן. באותו מקרה מדובר היה בטענה כי הפחתה בשיעור הקצבאות של הבטחת הכנסה פוגעת בזכות לקיום בכבוד, והנטל שנטען שיש להעבירו למדינה היה כבד. במקרה כגון ב"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, הנטל בבירור אם אכן רשויות אכיפת החוק משתמשות שימוש סימולטני באמצעים הנדונים אינו כזה.

148 כך, אם לא ייעשה שימוש במבחן השילוב המעצים כ"מסננת", יותר להגיש עתירות בדבר אפקט מצטבר שנוצר משימוש מדורג בדברי חקיקה, וכן בטענה לפגיעות שיש לבצע ביניהן אגרגציה נורמטיבית בין טענות (בניגוד לאגרגציה בתוך טענה בלבד), ברור שמספר העתירות התאורטיות שיהיה ניתן להגיש גדל מאוד.

ההסתברות שאכן ייעשה באמצעים הנדונים שימוש משולב.¹⁴⁹ כך, ככל שבית המשפט יתרשם כי על פניו ההסתברות לשימוש משולב נמוכה, כלומר שהעותרים מתקשים לתאר תרחיש עובדתי ריאלי שבו יהיה צורך בשימוש משולב בסמכויות הנדונות, נראה בעינינו כי יהיה נכון להימנע מביקורת שיפוטית "על פניו". עם זאת קיימים לטעמנו מאפיינים ייחודיים הנובעים מהשימוש בדוקטרינה אשר לכאורה תומכים בכך שבית המשפט יאות לבצע ביקורת שיפוטית "על פניו" במקרים שכאלה. בין היתר נכון בעינינו לתת משקל לסבירות הנמוכה יחסית להתחשבות בהשלכות השימוש הסימולטני בהליך החקיקה,¹⁵⁰ לקושי בהספקת תשתית עובדתית להוכחת היקף השימוש המשולב¹⁵¹ או לטענה לאפקט מצנן מצטבר,¹⁵² אשר בהקשרה נכון להבנתנו לתת משקל לגודל הקבוצה הנפגעת ולזהותה.¹⁵³

149 לדוגמה, בבחינת חוק המאפשר סמכויות שונות שניתן להפעיל באשר לעצור או נחקר מיד לאחר חקיקתו ובטרם יישומו, ניתן להניח שההסתברות לסמכויות שונות יופעלו במשולב היא גבוהה, ולכן ניתן לטעון כי מוצדק שלא להמתין לבחינה "אגב יישומו" אלא לבחון שימוש משולב זה בחינה אבסטרקטית. יוער כי בהיבט השימוש במבחן זה כתנאי סף יהיה ראוי להתחשב בחשיבות הזכויות אשר תיפגענה משימוש משולב, ובעצמת הפגיעה הצפויה בהן.

150 ראו בהקשר זה Porat & Posner, לעיל ה"ש 2, בעמ' 46–47. פורת ופוזנר דנים בהצדקה לביצוע אגרגציה נורמטיבית בין סמכויות מנהליות, הנובעת בין היתר מן הקושי של הרשות המחוקקת לצפות מראש במהלך החקיקה את היישומים העתידיים העשויים להידרש בקונסטלציות שונות ולהתייחס אליהם. קושי זה נכון כמובן גם לדין בסמכות ספציפית כלשהי, אך נכון מקל וחומר לציפייה שהרשות המחוקקת תצפה מראש את כל השילובים האפשריים שעשויים לקרות בהפעלת הסמכויות בעת שהיא שוקדת על חקיקתן.

151 בטענות בדבר אפקט מצטבר עשוי להתעורר קושי לעותרים לספק תשתית עובדתית מקיפה, שכן הנתונים בעניין זה יהיו בידי הרשות המנהלית המפעילה את הסמכויות הרלוונטיות. במקרה כזה בהשאלה מהפרקטיקה הנוהגת של הטלת נטל השכנוע במקרים שבהם הנתונים העובדתיים שעל פיהם נקבעת חוקתיות הפגיעה ("מבחן הביצוע") מצויים בידי המדינה, אפשר שיהיה מקום להקל בדרישה זו. ראו למשל בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 49 לפסק דינו של הגנסיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006).

152 לטעמנו יש להפגין רגישות כלפי מקרים שכאלה, שכן מלבד האפקט המצנן שעשוי להיות לכל אמצעי כשלעצמו, אפשר שיהיו מקרים שבהם לעצם השילוב יהיה אפקט מצנן משל עצמו. בהקשר זה ראו ההבחנה בין אפקט מצנן הנוגע ל"התנהגויות ראשוניות" או "זכויות הנוגעות להליכים מנהליים", להבדיל מ"זכויות הנוגעות להליכים פליליים" במאמרו של Michael C. Dorf, *Facial Challenges to State and Federal Statutes*, 46 STAN. L. REV. 235, 264–266 (1994). כך, אם ליישם הבחנה זו במקרה של בש"פ פלוני, מכיוון שמדובר באמצעים המופעלים במסגרת חקירה פלילית ולכן נוגעים ל"זכויות הנוגעות להליכים פליליים", הרי שההצדקה להיתר לביקורת שיפוטית "על פניו" – נמוכה. שהרי, אין לומר כי החשש משילוב מניעת מפגש עם עורך דין לקיום דיון שלא בנוכחות עצור יוצר אפקט מצנן שימנע עבריינות ביטחונית.

153 כך, יש להבדיל לטעמנו בין מצבים שבהם הקבוצה צפויה להכיל אנשים ספורים, ממצב שבו הקבוצה צפויה להכיל שיעור לא מבוטל מהאוכלוסייה שבעניינה קיים חשש לאפקט מצנן מצטבר. בנוסף, לטעמנו תגבר ההצדקה לקיים ביקורת שיפוטית אבסטרקטית במצב שבו הקבוצה הרלוונטית שייכת לקבוצה "חשודה" מלכתחילה (על אודות קבוצות מעין אלו ויחס המשפט אליהן ראו למשל בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פס' 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 23.2.2012)). לדוגמה, אם יוטלו שתי מגבלות על חופש הביטוי בהקשר של פעילי "צער בעלי חיים", קשה לומר כי מדובר בהגבלת קבוצה חשודה. אך אם שתי המגבלות על חופש הביטוי יופנו למיעוט לאומי או לבעלי

מבלי להכריע בשאלה זו, אפשר שבשלב הראשון של ייבוא הדוקטרינה למשפט החוקתי הישראלי יהיה יתרון להפעלתה אך בביקורת שיפוטית "אגב יישומו" של חוק, גם אם מסיבות פרקטיות הנוגעות לפשטות השימוש ולא בשל הצדקה דוקטרינרית. כמו כן נראה כי ככל שניטה לגישה זו, כן תגבר ההצדקה לפנות לתקיפה מנהלית אשר מלכתחילה נוגעת לאופן היישום והשימוש בסמכויות בפועל, כפי שיפורט להלן. בהמשך הדרך, ולאחר שכלול פסיקתי של הדוקטרינה על ידי בית המשפט במקרים שיובאו לפניו, יהיה ניתן לשקול את האפשרות לקיום ביקורת אגרטיבית אבסטרקטית.

(2) האפשרות לתקיפה מנהלית

הדיון בשאלת אופן התקיפה מוביל אותנו לדיון נוסף בשאלת "המסגור הדיוני" של הליך התקיפה כהליך "חוקתי". לדעתנו, כאשר עולה טענה בדבר אפקט מצטבר שנוצר משימוש סימולטני של רשות מנהלית באמצעים שונים שהקנה לה חוק, ניתן (ואולי אף אפקטיבי יותר) יהיה להגיש עתירה מנהלית שבה ייטען כי תוצאת שימוש זה חורגת ממתחם הסבירות/המידתיות, או כי יש לפרש את הסמכות פירוש שמגביל שימוש מסוג זה.¹⁵⁴ למעשה, מדובר בשימוש במשפט המנהלי ולא במשפט החוקתי כדי לבחון הפעלתן של סמכויות באופן מצטבר.¹⁵⁵ במבט רחב יותר, השאלה שעולה בהקשר זה היא ההבדל שבין שימוש באגרציה במשפט החוקתי לבין שימוש שכזה במשפט המנהלי. לפנייה לאפיק המנהלי יש יתרונות וחסרונות ביחס לאפיק החוקתי¹⁵⁶ אף על פי שנראה כי התוצאה

זהות מינית מסוימת, הרי שיש להקנות לכך משקל בהחלטה. יש לשקול שיקולים אלו במשולב, וכך ההצדקה תהיה חזקה במיוחד כאשר מדובר בקבוצה גדולה ו"חשודה" בעת ובעונה אחת.
154 לדיון בשאלות של בחינת פגיעה חוקתית במסגרת הליכים מנהליים ראו יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" משפטים לט 347, 372-374 (2010) (להלן: מרזל "מעמד הכנסת"). ראו גם עניין חוק הנכבה, לעיל ה"ש 29, פס' 34 לפסק דינה של השופטת נאור, שבו הביעה עמדתה כי דרך המלך לתקיפת חוק היא העלאת טענות בדבר חוקתיותו בעתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים על רקע יישום קונקרטי של החוק. כן ראו עמדתו של המשנה לנשיאה ריבלין בפס' 9 לפסק דינו בבש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, ובפס' 16 לפסק דינו בפסק הדין בעניין איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 29. כן ראו בג"ץ 6090/08 ברגר נ' שר המשפטים, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 11.8.2008), שם נקבע כי "אפשרות של 'תקיפה עקיפה' של פעולה מינהלית מקימה לעותרים סעד חלופי [...] הלכה פסוקה היא כי בית משפט זה לא יידון בעתירה כל עוד עומד לעותר סעד חלופי".

155 עם זאת יש לחדר את הדברים ולומר כי כאשר הזכויות הנפגעות יהיו בעלות אופי חוקתי, דרישת הסבירות בפעולת הרשות המנהלית תיבחן על רקע אמות המידה של המידתיות החוקתית על פי מבחני פסקת ההגבלה. ראו למשל ע"א 9535/06 אבו מסאעד נ' נציב המים, פס' 24, 39 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 5.6.2011), וההפניות בגוף הסעיף האחרון. על כן, אף במהלך בחינה זו צפויים להתעורר הקשיים הנוגעים לאופן יישום מבחני פסקת ההגבלה בעת שימוש בדוקטרינה זו. ראו להלן הדיון בעניין זה בתת-פרק 2.ג.ב(3).

156 יתרון אחד עשוי להיות בנוגע לסעד המוצע בתת-פרק 2.ג. (ג) למאמר זה של איסור שימוש סימולטני, אשר השימוש בו עשוי "לעבור" בקלות רבה יותר במשפט המנהלי, משום שבתחום זה מקובל לעתים כי במקרה שבו עומדות בפני רשות שתי דרכי פעולה, ורק אחת מהן סבירה בנסיבות העניין, בית המשפט עשוי לבחור להורות לרשות ישירות באיזו דרך לבחור מבלי להחזיר אליה את ההחלטה. אף בסעד זה בית המשפט למעשה מורה לרשות כי דרך הכוללת שימוש סימולטני בשני האמצעים אינה חוקתית, ולכן עליה לבחור בדרך הנותרת, של שימוש נפרד באמצעים. ראו בעניין זה דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כך א ס' 6.10 (2010) (להלן: ברק-ארוז מינהלי א).

המעשית תהיה דומה.¹⁵⁷ לצד חסרונות אפשריים (ולא מבוטלים כמובן) של בחירה שכזו¹⁵⁸ מסגור הדיון כשאלה של משפט מנהלי (ולא במסגרת תקיפה חוקתית של החוק) יכול להוביל לטעמנו להגברת השימוש באגרזיה שיפוטית. זאת, בשל הנטייה האינטואיטיבית יותר של בית המשפט לבצע אגרזיה במסגרת שפיטה מנהלית. ניתן לראות כי השופט רובינשטיין, בפסק דינו בבש"פ פלוני, היה מודע לנטייה זו. בלשונו שלו:¹⁵⁹

שאלה זו [ביחס לשימוש בדוקטרינת האפקט המצטבר בביקורת חוקתית, ז"ב, נ"מ] יפה בהחלט, אף שהצטברות גורמים לא אחת מכריעה בין כפות המאזניים במשפט המינהלי.

ואכן, אין כל קושי לאתר מקרים שבהם בית המשפט מבצע אגרזיה, בעיקר נורמטיבית, בתחומים מגוונים במשפט המנהלי. כך, אפשר לומר שתורת הפגמים בתהליך קבלת החלטה מנהלית מבוססת ברובה על אגרזיה נורמטיבית בין טענות. בנוסף, ניתן לאתר פסקי דין שניתן בהם משקל לאפקט המצטבר של פגמים בתחומי משפט מנהלי רבים אחרים: בפסקי דין העוסקים בביטול החלטותיהן של ועדות מכרזים;¹⁶⁰ בביטול החלטות בתחום התכנון והבנייה;¹⁶¹ בדיון בביטול מינוי ועדת בדיקה ממשלתית;¹⁶² בביטול הליכי בחירות מקומיות;¹⁶³ אף כעילה להתערבות בפסיקת בית דין רבני אזורי.¹⁶⁴ אף עיון ראשוני בנעשה

157 התוצאה האופרטיבית דומה, שכן במישור החוקתי סעיפי החוק עשויים להיות מוכרזים כבטלים (כולם או חלקם), ובמישור המנהלי ייקבע כי אופן השימוש המשולב אינו סביר, והתוצאה של שני סעדים אלו היא כי האמצעים המדוברים לא יופעלו עוד בעתיד באותו אופן. לעניין זה של היעדר הברזל מבחינה מעשית, ראו ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע הסדרים ראשוניים" בחוק – תגובה ליורב דותן ולגרעון ספיר" משפטים מב 449, 457 (2012), הטוען כי "מבחינה מעשית אין כמעט הברזל בין הקביעה כי הוראת חוק מסוימת בטלה לבין הקביעה שרשות שלטונית אינה רשאית לפעול בעניין מסוים [...]".

158 כך למשל הברזל מסוים עשוי להיות בכך שמכיוון שסעיפי החוק נותרים על כנם, ניתן לאבחן את פסק הדין ובכך "לעקוף" את תוצאתו. מבחינה זו פסק דין חוקתי המכריז על בטלות אחד מסעיפי החוק הוא כמובן קשה יותר לעקיפה. כמו כן הכרעה בסוגיה ברמה המנהלית חלשה יחסית להכרעה חוקתית, ולכן היקף ההגנה שתינתן לזכות הרלוונטית יהיה מצומצם יותר.

159 בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' כ"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
160 ע"מ 3827/10 אופיר גינן ופיתוח בע"מ נ' עיריית נשר, פס' 14–15 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 17.3.2011): "עסקינן בהצטברות של פגמים המצדיקים את ביטול ההצעה [...] אין ספק כי במקרה דנן הצטברותם של הפגמים בערבות מהווים מסה קריטית שיש בה כדי לפסול את הצעתה של המשיבה"; ע"מ 7799/05 פרץ עבודות בנין ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 14.5.2006). כן ראו עומר דקל מכרזים כרך ראשון 551, ה"ש 53 (2004).

161 כגון עת"מ (מחוזי חי') 536/08 חברת מוניות מרכז חורב בע"מ נ' הלשכה המשפטית בעיריית חיפה, פס' 36(ד)–פס' 36(י) לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.2.2009).

162 בג"ץ 6728/06 עמותת אומ"ץ (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 74–75 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 30.11.2006).

163 ע"מ (מחוזי חי') 11489-11-08 פרג'ון נ' מנהל הבחירות לראשות עיריית טירת הכרמל (פורסם בנבו, 27.11.2008).

164 בג"ץ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד לח(1) 673, פס' 13 לפסק דינו של השופט בייסקי (1984).

במדינות אחרות מעלה שימוש מסוים בדוקטרינת האפקט המצטבר בהליכים מנהליים בערכאות חוקתיות.¹⁶⁵

מעבר להיותו של המשפט המנהלי תחום המסדיר פגיעה באינטרסים שונים של הפרט ולא אך בזכויות חוקתיות, ניתן להעלות על הדעת סיבות שונות להיותו של השימוש באגרציה במשפט המנהלי אינטואיטיבי יותר, רווח יותר ואף מוצדק יותר משימוש שכזה במשפט החוקתי. סיבה חשובה אחת נוגעת לטבעו הפרוצדורליסטי של המשפט המנהלי לעומת טבעו הסובסטנטיבי של המשפט החוקתי.¹⁶⁶ אכן בניין מרכזית של המשפט המנהלי היא הביקורת השיפוטית על הליך קבלת ההחלטה (כללי הצדק הטבעי; התשתית העובדתית; חובת ההיוועצות ודוקטרינות נוספות הן דוגמאות מייצגות למאפיין זה). התפיסה הכללית בהקשר זה היא כי בשל טעמים שונים הביקורת השיפוטית במשפט המנהלי מוצדקת יותר בעניין תקינות ההליך המנהלי (וזהירה יותר במקרים של התערבות בהחלטה גופה). הצטברות פגמים הליכיים רבים מעידה (לכאורה לפחות) על סיכוי גבוה להחלטה פגומה שמוצדק להתערב בעניינה. לטעמנו, ההתמקדות בבחינת ההליך המנהלי מאפשרת קליטת חשיבה אגרטיבית ביתר קלות משום שתפקידה המסורתי של הביקורת השיפוטית במשפט המנהלי הוא לאתר הצטברות של פגמים שנפלו בקבלת ההחלטה. זהו מאפיין חשוב שהופך את המשפט המנהלי לקרקע פורייה לביסוס תפיסות של אגרציה נורמטיבית. זו גם הסיבה שלא מפתיע אותנו שהשימוש הראשוני של בית המשפט העליון בתפיסות אגרטיביות במסגרת ניתוח חוקתי נעשה אגב ההגנה על הזכות החוקתית להליך הוגן. זכות זו מגנה על מכלול האינטרסים של האזרח הנוגעים ישירות בחובה להעניק לו הליך ראוי, וגם במקרה שלה הצטברות של פגמים מעידה (לכאורה לפחות) על סיכוי גבוה לפגיעה בזכות זו.¹⁶⁷ על כן הביקורת השיפוטית על זכות זו דומה במהותה לביקורת

165 באנגליה, למשל, שלוש ערכאות ערעור קבעו כי האפקט המצטבר שנוצר בהחלה סימולטנית של הגבלות מנהליות שונות מכוח החוק למניעת טרור (Prevention of Terrorism Act, 2005, c. 2 (Eng.)) יוצרות בפועל תוצאה המקבילה למעצר, באופן השולל את הזכות לחירות לפי ס' 5 לאמנה האירופית לזכויות אדם. בית הלורדים התייחס לכך שסמכותו לבחון החלטה מנהלית של השר היא כעיקרון כלפי כל הגבלה בנפרד, אך קבע במפורש כי בעצם בדיקת חוקיות ההחלטה בית המשפט עשוי להידרש לאפקט המצטבר או להשפעה הכוללת של האמצעים שהופעלו. ראו Secretary of State for the Home Department v. J.J., [2007] UKHL 45, [2008] 1 A.C. 385 (appeal taken from Eng.) Keiran Hardy, *Bright Lines and Open Prisons: The Effect of a Statutory Human Rights Instrument on Control Order Regimes*, 36 ALTERNATIVE L.J. 4 (2011) במקרה דומה פסל בית הדין האירופי לזכויות אדם תנאים שבהם החזיקה איטליה עצור שהיה חשוד בקשרים למאפיה. בית המשפט הדגיש כי הפסילה היא תוצאה של בחינת האפקט המצטבר והמשולב של התנאים. ראו "It is admittedly not possible to speak :Guzzardi v. Italy, 39 Eur. Ct. H.R. (ser. A) at 31 (1980) of 'deprivation of liberty' on the strength of any one of these factors taken individually, but cumulatively and in combination they certainly raise an issue of categorization from the viewpoint of Article 5". לטענה שלפיה אף בתי המשפט בארצות הברית מתחילים לאפשר בחינה אגרטיבית של פגיעות שונות הנגרמות מתנאי המעצר ראו לדוגמה Garrett, לעיל ה"ש 46, בעמ' 619, ה"ש 117 והטקסט הסמוך לה.

166 הכותבים מודים לאורן תמיר על שיחה בעניין זה.

167 אפשר ששדה נוסף לפיתוח אגרציה הליכית שכזו הוא הביקורת השיפוטית על הליכי חקיקה. אף בביקורת מסוג זה בית המשפט נמנע מביקורת על תוכן החקיקה ומתמקד בבדיקת פגמים בהליך החקיקה

ההליכית שמתח בית המשפט במשפט המנהלי. במובן זה הניתוח החוקתי של המשנה לנשיאה ריבלין בבש"פ פלוני מקיים מאפיינים שמזכירים את הביקורת השיפוטית על ההליך המנהלי. מכל מקום, ומבלי לפתח נקודה זו באופן ממצה, נדמה כי יש מקום לפיתוח השימוש באגרזיה גם במשפט המנהלי.¹⁶⁸

(3) השפעה ישירה על מודל הבחינה החוקתית במבחני פסקת ההגבלה לצד שאלות פרוצדורליות, השימוש באפקט המצטבר מוביל לטעמנו לצורך בשינויים והתאמות במודל הבחינה החוקתי המוכר והמקובל כיום. בהקשר זה נבקש לרונ בחמישה היבטים: ההיבט הראשון הוא לשונה של פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד; ההיבט השני הוא דרישת ההסמכה, ולעניין זה נבחן אם די בהסמכה לשימוש בכל אחד מהאמצעים המרכיבים את האפקט המצטבר, או שמא יש צורך בהסמכה לעצם השימוש הסימולטני; ההיבט השלישי הוא דרישת התכלית הראויה; ההיבט הרביעי עניינו "המיקום הגאומטרי" ליישום הדוקטרינה בכלל ומבחן השילוב המעצים בפרט; ההיבט החמישי והאחרון נוגע להשפעת השימוש בדוקטרינה על מבחני המידתיות.

נתחיל אפוא בדיון בהיבט הראשון, לשון פסקת ההגבלה. בהקשר זה עולה השאלה אם נוסח הפסקה יכול להכיל את השימוש בדוקטרינת האפקט המצטבר. לטעמנו, נוסח פסקת ההגבלה רחב מספיק כדי להכיל טענות שלפיהן יש להתייחס לא רק לפגיעה אחת בזכות

ואת חומרתם. חרף קיומה של הסמכות לבטל דבר חקיקה ראשי לנוכח פגמים שנפלו בהליך בית המשפט אינו משתמש (הלכה למעשה) בסמכות זו מטעמים דמוקרטיים ברורים. נראה כי הגברת זehירה של השימוש בסמכות יכולה להיעשות באמצעות בחינה מצטברת של הפגמים השונים בהליך החקיקה. בנוסף, ניתן לחשוב על אגרזיה בין טענות הליכיות ומהותיות (למשל, פסילת חוק בשל פגיעה תת-ספית בהליך החקיקה; פגיעות תת-ספיות בזכויות מוגנות). בעניין זה 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 3106/04 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, פ"ד נט(5) 567, פס' 7-11 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005). לקישור בין ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה לבין הצורך בפיתוח המשפט החוקתי המשטרי ראו דפנה ברק-ארז "לקראת דיני דמוקרטיה בישראל" עיוני משפט לג 527, 528-539 (2011). לדיון בביקורת שיפוטית חצי-הליכית (סמי-פרוצדורלית) ראו Ittai Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural* *Judicial Review*, 6 LEGISPRUDENCE 271 (2012).

168 כך, השימוש שאיתרנו עד כה נגע בעיקר למקרים של אגרזיה נורמטיבית, ונראה כי ראוי לבחון אם יש מקום לשימוש בדוקטרינת האפקט המצטבר גם במקרים של אגרזיה עובדתית, ובוודאי במקרים של אגרזיה בין-אישית, העשויים להיות רלוונטיים מאוד בתחום המשפט המנהלי, ואף להוביל לתפיסה נורמטיבית שונה בשאלת ההשלכות של פעילות המנהל. בנוסף, בדומה לדיון בעניין זה במישור החוקתי, יש להתמודד עם השאלה אם נדרש לרשות מנהלית המשתמשת שימוש סימולטני באמצעים העומדים לרשותה מקור הסמכה בחוק לעצם השימוש הסימולטני, מכוח עקרון החוקיות (וראו להלן דיון בעניין זה במישור החוקתי בטקסט הסמוך לה"ש 170-175). לגישה מחמירה בעניין זה, ראו לדוגמה גישת השופט דנציגר בפסק הדין העדכני רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פס' 1 לפסק דינו (פורסם בנבו, 6.3.2012), וההפניות בגוף סעיף זה. לסקירת הגישות השונות בעניין מידת ההקפדה בדרישה להסמכה מפורשת במישור המשפט המנהלי ראו ברק-ארז מינהלי א, לעיל ה"ש 156, ס' 4.24-4.25. לבסוף, כאמור בה"ש 156 לעיל, אף בחינת השימוש בסעד של איסור שימוש סימולטני במקרים המתאימים מתבקשת גם במשפט המנהלי.

אחת בחוק אחד, אלא גם לכמה פגיעות בזכות אחת או בזכויות שונות¹⁶⁹ שנוצרו משימוש בסמכויות המעוגנות בחוק אחד או בכמה דברי חקיקה. ההיבט השני נוגע לדרישת ההסמכה. לטעמנו יש לדון בכובד ראש בשאלה אם די בעצם ההסמכה לכל אחד מהאמצעים הנדונים בנפרד, או שמא יש לדרוש הסמכה מפורשת בחוק לשימוש משולב באמצעים הנדונים לאור הרציונל העומד מאחורי דרישת ההסמכה.¹⁷⁰ אם הפגיעה מהשילוב בין האמצעים היא העומדת במוקד הבחינה החוקתית, לטעמנו יש להסיק מהמבחנים הנהוגים בעניין זה כי אכן נדרשת הסמכה למכלול היוצר את האפקט המצטבר, וההקפדה על דרישת ההסמכה תהא רבה יותר בהתחשב בחשיבות הזכות ובעצמת הפגיעה בה.¹⁷¹ יודגש כי שאלה זו רלוונטית באותה מידה, ואולי אף יותר, גם כאשר לשימוש משולב באמצעים שעוגנו בחקיקת משנה, שבעניינם קיימת דרישה ל"הסמכה מפורשת".¹⁷²

169 קושי מסוים עשוי להתעורר מכך שלשון פסקת ההגבלה פותחת בזה: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה" (ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) (ההדגשה הוספה – ז"ב, נ"מ), באופן המגביל לכאורה שימוש באגרגציה נורמטיבית בין טענות כשמדובר בפגיעות בזכויות המעוגנות בחוקי יסוד נפרדים. עם זאת, לטעמנו, יש בעובדה שלפיה נוסח פסקאות ההגבלה זהה בחוקי היסוד השונים כדי "לגשר" על קושי זה. בשל האחידות לשון פסקת ההגבלה עצמה אינה מעלה מניעה מביצוע אגרגציה נורמטיבית בין טענות.

170 לדיון מקיף בעניין דרישת ההסמכה שבפסקת ההגבלה ראו אורן גול "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'?" משפט וממשל ד' 381 (1998). כך, ניתן להעלות טענה כי שימוש סימולטני בהיעדר הסמכה מפורשת לכך אינו עומד בהיגיון המהותי שמאחורי דרישות הנגישות והצפיות שמתאר גול במאמרו (שם, בעמ' 413–421). לדרישות בבסיס עקרון החוקיות ראו גם ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 48, בעמ' 144. מבין הדרישות שמונה ברק ניתן למשל לטעון כי קשה לראות כיצד שימוש סימולטני ללא היתר מפורש עומד בדרישת הבהירות (Clarity).

171 ראו למשל עניין מנאע, לעיל ה"ש 137, פס' 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן, שם נקבע כי "ככל שזכות היסוד שעלולה להיפגע נושאת זיקה עניינית הדוקה לזכויות אדם מוגנות, וככל שמדובר בזכות מרכזית יותר, כך תפורש ביתר הקפדה הדרישה לקיומה של 'הסמכה מפורשת' בחוק". כן ראו בג"ץ 1800/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה, פס' 7 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 7.10.2008); בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, פס' 4–5 לפסק דינה של השופטת חיות (2004); עניין ארקו, לעיל ה"ש 139; ברק-ארז מינהלי א, לעיל ה"ש 156, ס' 4.24–4.26.

172 וזאת בוודאי לגישת הדוגלים בגישה קפדנית ודוקנית בעניין זה. ראו לדוגמה דעת המיעוט של הנשיאה ביניש בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 12, 8–13 לפסק דינה (פורסם בנבו, 20.8.2008): "טיב הזכות הנפגעת והטעמים המונחים בבסיסה, חשיבותה החברתית היחסית של הזכות, עוצמת הפגיעה בה, השלכותיה החברתיות, מיהות הרשות הפוגעת והקשר הדברים – כל אלה ראוי שישפיעו על אופן הפרשנות והיישום של דרישת 'ההסמכה המפורשת' בפסקת ההגבלה". ראו גם דעתה של הנשיאה ביניש ברע"ב 5493/06 פלד נ' שירות בתי הסוהר, פס' 12 לפסק דינה (פורסם בנבו, 12.10.2010): "מקום בו האובייקט הטעון הסדרה מצריך מומחיות ומקצועיות מיוחדת, די ברמת הפשטה גבוהה בחקיקה הראשית, ובלבד שמהות ההסדר, מידת הפגיעה בחירותו של הפרט והשלכותיו החברתיות תואמים זאת". ראו גם דיון בעניין זה על רקע פסק הדין בעניין בן חיים, לעיל ה"ש 168, במאמר הדעה של קרן ילין-מור "מה בין הסמכה להסמכה? על פרשת בן חיים" הטרקלין – מחשבות על משפט (14.3.2012) <http://tinyurl.com/blowz6q>; וכן תיאור עמדת היועץ המשפטי לממשלה בבג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, פס' 10 לפסק דינו של השופט אור (2002). מנגד, יש להודות כי קיימות גם עמדות מקלות בעניין דרישת הסמכות, כגון עמדת הנשיא ברק בבג"ץ 5016/96 הורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 76 (1997) (בעניין מקור ההסמכה לקביעת הסדרים ראשוניים);

המסקנה מכך היא לטעמנו כי אחד המחירים לקליטת הדוקטרינה במשפט החוקתי הישראלי הוא הצורך כי בית המשפט יגבש קריטריונים ברורים יותר למצבים שבהם נדרשת הסמכה בחוק לשימוש משולב,¹⁷³ ובעקבות כך, יש לקוות, ייתן המחוקק את דעתו על כך בהליכי החקיקה.¹⁷⁴ מלבד הצורך בהכרעה פורמלית של המחוקק בדבר דרישת ההסמכה במקרים שכאלה, נראה בעינינו כי קיים יתרון מהותי בגישה זו, שכן במקרים המתאימים יוכל בית המשפט להסתפק בקביעה כי דרישת ההסמכה בחוק לא מולאה, ובכך להימנע מדיון בשאלת חוקתיות הפגיעה המצטברת שנוצרה.¹⁷⁵ אם המחוקק יתקין סעיף הסמכה בתגובה, יוכל בית המשפט לקיים את הדיון החוקתי כאשר הוא שלם ומקיף יותר מכיוון שיכלול התייחסות גם לנוסחת ההסמכה שגובשה, ואת האיזונים שראה המחוקק להתקין במסגרתה. בלשון אחרת, ניתן לטעון כי דיון בחוקתיות השימוש המשולב יהא חלקי וחסר ללא דיון בנוסחת ההסמכה שתגובש. לטעמנו, חלק ניכר מהקשיים ביישום הדוקטרינה, אם במסגרת הבחינה החוקתית ואם במישור הסעד החוקתי המתאים, נפתרים בשעה שקיים מקור הסמכה מפורש בחוק לעצם השימוש הסימולטני. אם אכן יחוקק סעיף הסמכה שכאלה, הדיון

עניין ארקו, לעיל ה"ש 139 (בעניין הסמכות לגביה רטרואקטיבית); בג"ץ 5872/07 איגוד מפקי סרטים וטלוויזיה בישראל נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פס' 32–35 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 27.10.2010) (בעניין ההסמכה הנדרשת לקביעת מנגנון להטלת עיצומים כספיים).
 173 לדוגמה, בהמשך לנטען ברשימה זו נראה בעינינו כי יהיה מוצדק לטעון שההצדקה לקביעת סעיפי הסמכה חלשה מאוד בכל הקשור לשימוש מדורג, להבדיל משימוש סימולטני. היקף סעיפי ההסמכה שיהיה בהם צורך במקרה כזה נראה בעינינו לא סביר. על הצורך להיזהר בנטל על הרשות בהסדרה בחקיקה, ראו לדוגמה יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקיות החדש" משפטים מב 379 (2012), ובפרט את הטקסט הסמוך לה"ש 186. בהקשר אחר ראו מדינה "על פגיעה", לעיל ה"ש 53, בעמ' 307: "הבעיה כאן אינה החשש מפני הצפת בית המשפט בעתירות לבירור חוקיותם של מעשים מסוג זה, אלא העדר האפשרות המעשית להסדיר בחקיקה את כל תחומי הפעילות הללו במידת הפירוט הנדרשת לשם הסמכת המנהל לפגוע בזכות חוקתית". מנגד, יצוין כי אף המזהירים מפני הטלת חובות פורמליות קשות על המחוקק, חורגים מכך כאשר מדובר בפן המהותי של ההגנה על זכויות אדם. כך, בתגובה לביקורתו של ברק מדינה לעניין הקושי בהיקף ההסמכה הנובע מגישת הנשיא ברק, טען ברק כי "איני רואה כל קושי מעשי במתן הסמכה בחוק להסדרת תחומי הפעילות הללו [...] אם קיים קושי מעשי, הדרך להתגבר עליו אינה בצמצום הזכות, אלא בצמצום הפעילות [...] אם הפעולה נתפסת כחשובה, יש לפעול לשינוי הדין הקיים על-ידי הענקת הסמכות למדינה לפעול" (ברק "תשובה למבקרים", לעיל ה"ש 53, בעמ' 441). כן ראו בעניין זה גול, לעיל ה"ש 170, בעמ' 423; ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 108, בעמ' 497.

174 בשנים האחרונות גוברת המודעות בקרב חוקרים לצורך בשיפור הליך החקיקה מן הפרספקטיבה החוקתית באמצעות הקמת מנגנונים ואולי אף מוסדות פרלמנטריים לצורך כך. ואכן, עם קבלתם של חוקי היסוד הוצעו הצעות שונות למיסוד מנגנונים שונים לבחינת חוקתיות החוקים במסגרת הליך החקיקה. עתה עולות קריאות דומות, שלטעמנו משקפות תפיסה שלפיה שאלות של חוקתיות אינן אך עניין לבית המשפט לענות בו (ראו למשל יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" משפט ועסקים יד 199 (2012); וכן דוד גליקסברג "על משטר הנכחה נורמטיבי של הצדק החלוקתי" משפטים מג 961 (2013)). אם תפיסה זו תתפתח למנגנונים ומוסדות בכנסת עצמה, הרי שיהיה קל יותר לחשיבה האגרטיבית לבוא לידי ביטוי גם בהליך החקיקה.
 175 כפי שנעשה לדוגמה בעניין השר לביטחון פנים, לעיל ה"ש 171. בפרשה זו בוטלה, בטענת היעדר הסמכה מפורשת בחוק, ומבלי לקיים דיון חוקתי על מהות ההסדר, הוראה בחקיקת משנה שהגבילה זכותו של אסיר להיפגש עם עורך דינו (שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט ריבלין).

החוקתי יתמקד בהם. במצב שכזה, מטבע הדברים, אין כל קושי בקיום הדרישה שהפגיעה תהיה בחוק או מכוחו; הדיון בתכלית הראויה ובהיותו של החוק "הולם את ערכיה של מדינת ישראל" יתמקד בתכלית והלימה של הסעיף המסמיך עצמו; הליך בחירת מושא הסעד החוקתי יהיה פשוט יותר; ולא יתעוררו טענות בדבר סמכות בית המשפט להכריז על בטלות דבר חקיקה שנקבע כחוקתי בפני עצמו (ראו להלן). קשיים אלו נמנעים מכיוון שעם חקיקת סעיף מסמיך שכזה המחוקק עצמו מביע דעתו על הצורך באגרגציה של הפגיעות וקובע את הנוסחה שלטעמו מונעת מהאפקט המצטבר שהן יוצרות להביא לכדי פגיעה שאינה חוקתית. יש לשים לב שאף בעניין זה רלוונטי מבחן השילוב המעצים שתואר לעיל, מכיוון שמבחן זה נותן מענה לא רק לזיהוי המקרים שבהם יישום הדוקטרינה מוצדק, אלא אף מסייע להצביע על המקרים שבהם מוצדק יותר לדרוש הסמכה מפורשת בחוק לעצם השימוש הסימולטני בשל הפגיעה הסינרגטית שנוצרה.

אשר להיבט השלישי, פגיעה מצטברת הנוצרת משילובם של כמה דברי חקיקה יוצרת מורכבות מסוימת בבחינתה של דרישת התכלית הראויה. במצב שכזה נראה כי לא יהא די בדיון בתכליות של כל דבר חקיקה בפני עצמו, ונוסף על זה יהיה צורך לדון גם בתכלית של עצם השימוש המשולב – תכלית היברדית למעשה. דיון שכזה צפוי להיות מורכב אם מדובר באפקט מצטבר שנוצר משימוש בדברי חקיקה אשר תכליתם שונה, כפי שתוארו לעיל.¹⁷⁶ כך, לא רק שלעיתים יהיה קושי באיתור עדויות סובייקטיביות לתכלית "משותפת" כזו,¹⁷⁷ אלא שבניגוד לדבר חקיקה "רגיל", אשר לרוב ניתן לאתר "סימנים" לתכליתו בהליך החקיקה אף אם לא נאמרו במפורש בדברי ההסבר למשל, השימוש המשולב עשוי להיות מקרי, כלומר כזה שהמחוקק לא נתן דעתו עליו מראש, ולכן עצם הדיון בתכלית ההיברידית עשוי להיות מעט מלאכותי.¹⁷⁸ יש לציין כי מורכבות זו אינה קיימת במצבים שבהם הייתה התייחסות מפורשת לשימוש המשותף בדברי ההסבר לדבר החקיקה המדובר, או שהייתה התייחסות לעניין זה מצד נציגי הממשלה בהליכי החקיקה בכנסת. במקרה זה הקושי באיתור התכלית הרלוונטית ובחינתה קטן יותר. בהיעדר התייחסות מפורשת כאמור, ייאלץ בית המשפט לפעול בעניין זה על בסיס פרשנות אובייקטיבית לתכלית החקיקה.

ההיבט הרביעי הוא "המיקום הגאומטרי" ליישום הדוקטרינה בכלל ולמבחן השילוב המעצים בפרט. לטעמנו, מיקומה של הדוקטרינה ייעשה בשלב הגדרת ה"פגיעה" החוקתית כדי ליצור את ההגדרה של הפגיעה שלאורה יש ליישם את יתר מבחני פסקת ההגבלה. אכן,

176 ראו לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 121–122.

177 כך, ניתן לשער כי במקרים רבים תכלית השימוש המשולב לא תוזכר במפורש בדברי ההסבר להצעת החוק ולא בדיונים במסגרת הליכי החקיקה. על אודות הקשיים שבאיתור תכלית סובייקטיבית של גוף רב-משתתפים כמו הכנסת, ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 177–180, 233–235, 400–409 (2003); ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 108, עמ' 149–160 וספציפית בעניין התכלית הסובייקטיבית בדיון בדרישת התכלית הראויה, בעמ' 528–530. ראו גם ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 48, בעמ' 368–369.

178 שאלה זו רלוונטית לטעמנו ביתר שאת לאור העובדה כי גם כך קיימת ביקורת על שבחינת התכלית הראויה מתבצעת לרוב באופן תמציתי וברמת הפשטה גבוהה, ועל כן הפיכתה למורכבת יותר עשויה להחמיר מגמה זו. על אודות כך, ראו מדינה "על פגיעה", לעיל ה"ש 53, בעמ' 310, ה"ש 96 והטקסט הסמוך לה.

הדיון בהגדרת הפגיעה בזכות חוקתית רחוק מלהיות פשוט.¹⁷⁹ הפסיקה והספרות בתחום זה כוללים עמדות שונות ומגוונות, אשר להבחנה ביניהן עשויה להיות השפעה באשר לשימוש בדוקטרינה. נראה כי הדעה המרחיבה ביותר בהקשר זה היא של הנשיא ברק, הסבור כי כל הגבלה (כל עוד אינה עניין של "מה בכך") של חופש הפעולה של הפרט או גריעה מאינטרס שלו היא בגדר פגיעה בזכות חוקתית.¹⁸⁰ גישה כזו עשויה להקשות את השימוש בדוקטרינה משום שפגיעות רבות יותר משמען מקרים רבים יותר שבהם תידרש הבחינה אם ליישם את הדוקטרינה כדי לבצע אגרגציה ביניהן. עם זאת, ואף על פי שקיימות גישות שונות בהגדרתה ובאפיונה של הפגיעה החוקתית, להבנתנו ניתן לבחון פגיעה מצטברת תוך שימוש בדוקטרינה בראי כל הגישות, והמיקום המתאים לכך הוא בשלב הפגיעה שבמסגרת הבחינה החוקתית ה"רגילה".¹⁸¹ כך, זיהוי הפגיעה עצמה יכול שלב שבו בית המשפט מאפיין את הפגיעה לאור דוקטרינת האפקט המצטבר ובחינה של מבחן השילוב המעצים.

שאלה חשובה נוספת בדיון בהגדרת הפגיעה היא אם אגרגציה יכולה לשמש אך חרב, קרי כלי בידיו של העותר בעתירה חוקתית, או אף מגן, קרי בסיס לטענות הגנה של המדינה בתשובה לעתירה. כך אם המדינה יכולה להשיב על הטענה בדבר כמה פגיעות בזכות חוקתית (או אף פגיעה בזכות אחת) בטענה כי פגיעות אלו "מקוזזות" עם הטבה או הגנה נוספת על אותה הזכות (או על זכות אחרת) שהחוק הנדון יצר. דיון זה מורכב לטעמנו ומעורר שאלות לא פשוטות (למעשה, חלקן אופקיות לשאלות שנדונות במאמר זה), ולכן לא נרחיב בהן בשלב זה.¹⁸² כן יש להעיר כי המיקום המתאים לדיון שכזה אינו בהכרח במסגרת שלב הפגיעה, ויש שיאמרו כי בחינה זו מקומה במסגרת מבחני המידתיות.¹⁸³

לסיום, נשוב ונדגיש כי בשעה שבית המשפט יאפיין את הפגיעה האגרגטיבית, חשוב שתיעשה הבחנה מפורשת בין אגרגציה של "כמעט פגיעה" בשתי זכויות חוקתיות מוכרות ומובחנות (או נגזרות של זכות חוקתית אחת) לבין הכרה בזכות חוקתית היברידיית ממש. ההבחנה בין אפשרויות אלו רחוקה מלהיות סמנטית לטעמנו, כעולה בפרק ב, ויש לה, מטבע הדברים, השלכות חוקתיות משמעותיות, במיוחד בשעת הגדרת הפגיעה.

ההיבט החמישי והאחרון נוגע להשפעת הדוקטרינה על מבחני המידתיות. לטעמנו, עיקר הקושי ביישום מבחנים אלו הוא, אם לא תתקבל המלצתנו לעיל, להימנע מבחינת

179 לניתוח עדכני ומקיף של מושג ה"פגיעה" החוקתית ראו שם.

180 "כל פגיעה, יהא היקפה אשר יהא, הינה בלתי חוקתית אלא אם כן היא מידתית" (ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 48, בעמ' 136). מנגד ראו אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא 97 (2011), אשר אף גישתם עשויה להוביל לכך שפגיעה באינטרס ציבורי לא תוגדר כפגיעה בזכות חוקתית במקרים מסוימים.

181 עדיין יהיה הבדל מסוים בעצם הצורך לבצע כמה בדיקות לפי מבחני פסקת ההגבלה, שכן אף אם ייקבע כי כל אחד מהאמצעים חוקתי בפני עצמו, נותר הצורך לבצע בחינה נוספת של הפגיעה המצטברת. בדומה לזה, אם בית המשפט ידון בפגיעה בזכות היברידיית, יהא צורך לדון קודם בפגיעה בכל זכות בנפרד, ורק לאחר מכן לבחון את הפגיעה המצטברת כפגיעה באותה זכות היברידיית.

182 כך למשל, ובאופן לא ממצה, עולה השאלה אם אין בשימוש באגרגציה כמגן כדי לצמצם את יכולת בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית חוקתית שעה שהמדינה תטען טענות לאגרגציה בין הטבות חוקתיות, וגם השאלה אם טענת מגן שכזו יכולה להיעשות רק במסגרת אותה זכות או אף בין זכויות שונות.

183 להצגת המהות וההבדל שבין שני השלבים ולדיון תורתית בהם ראו מדינה "על פגיעה", לעיל ה"ש 53, בעמ' 284–286.

אפקט מצטבר של פגיעות שמקורן בדברי חקיקה העוסקים במטריה משפטית נפרדת ולכן גם תכליתם שונה. מקרה מסוג זה מעורר קושי ביישומם של כל שלושת מבחני המידתיות, שכן בכולם הבחינה החוקתית קשורה ברמה כזו או אחרת לתכלית דברי החקיקה,¹⁸⁴ ולכן קשה יותר ליישם כאשר מדובר בשימוש בסמכויות שבדברי חקיקה שונים אשר נחקקו לתכלית נפרדת, באופן שאין לשימוש המשולב תכלית מוגדרת משותפת.¹⁸⁵ אמנם טענו כי אין מניעה עקרונית לבצע אגרגציה אף במקרים מסוג זה, אך זאת רק כאשר יש בפגיעות הנדונות שילוב מעצים, והדבר יקרה להערכתנו לעתים נדירות בלבד. השפעה נוספת, "פרוצדורלית" יותר, תתעורר ביישום מבחן המשנה השני, של האמצעי שפגיעתו פחותה. זאת, מכיוון שעל פני הדברים נראה כי המבחן מתאים בעיקר לבחינת השימוש באמצעי בודד, ולכן בבחינת האפקט המצטבר של כמה דברי חקיקה בנפרד יהיה צורך לבחון כל אמצעי בנפרד, אך גם כל שילוב אפשרי בין האמצעים המדוברים באופן המסבך מעט את יישומו, אף כי אינו מאיין את המבחן או מגבילו באופן ממשי. לבסוף, יישום המבחן השלישי של המידתיות צפוי לעורר קשיי המירות רבים מאלה שיש הטוענים כי הם קיימים בו דרך כלל.¹⁸⁶ הסיבה לכך היא שיישום מבחן זה במקרה של בחינת פגיעה מצטברת דורש סכימת התועלת שנוצרה מהשימוש בכל אמצעי שיצר חלק מפגיעה זו, אך לא ברור כיצד יש לבצע סכימה זו כאשר האמצעים מעוגנים בדברי חקיקה נפרדים, שנחקקו לתכלית ומטרה נפרדות.¹⁸⁷ למרות קשיים אלו לנו נדמה כי מבחני המידתיות ישימים גם במקרים של פגיעות מצטברות בזכויות חוקתיות. הקשיים ביישום מבחני המידתיות אינם בלתי עבירים. יש להניח כי נוסחם הכללי והמופשט של המבחנים יאפשר לבית המשפט לעשות בהם שימוש אף באותם מקרים "קשים". מדובר בסך הכול בהתאמתם של מבחני המידתיות –

184 כך, במבחן הראשון, מבחן הקשר הרציונלי, יש לבחון את התאמת האמצעי שנגקט למטרה, אך לא ברור מהי המטרה שבעניינה יש לבחון את האמצעי כאשר מדובר בשימוש בשני אמצעים נפרדים אשר נועדו כל אחד מלכתחילה למטרה נפרדת, וכיצד יש "לסכום" מטרות אלו יחד. במבחן השני, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, קיים קושי דומה בבחינה אם ניתן להגשים מטרת חוק באותה מידה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה, שכן שוב לא ברור מהי התכלית שבעניינה יש לבחון זאת. לבסוף, במבחן השלישי, מבחן המידתיות במובן הצר, אמצעי ייקבע ככזה שאינו חוקתי אם פגיעתו בזכויות הפרט היא ללא יחס ראוי לתועלת שנוצרת מהגשמת התכלית, אך שוב לא ברור באשר לאיזו תכלית יש לבחון זאת כאשר מדובר בסמכויות המעוגנות בדברי חקיקה נפרדים בעלי תכלית שונה.

185 ראו לעיל הדיון בעניין זה בטקסט הסמוך לה"ש 116–122.

186 הטענה בדבר קשיי המירות במבחן זה נוגעת לעצם הקושי להשוות את התועלת לתכלית מסוימת ביחס לנזק לזכות חוקתית. ראו בנדור וסלע, לעיל ה"ש 106, בעמ' 1117–1122.

187 ראו הדיון בעניין זה בטקסט הסמוך לה"ש 122–123 לעיל. בנוסף, יוער כי בפסיקה אמנם נקבעה מתודה להתמודד עם חוק המגשים כמה תכליות נפרדות: איוון בין התכליות השונות במסגרת שיקול הדעת השיפוטי (ראו למשל ע"א 4525/08 בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' New Hampshire Insurance Co., פס' 24 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.12.2010)), אך נדמה כי במקרה של כמה תכליות שמקורן בחוקים שונים תהיה ההשוואה מורכבת וקשה יותר. ברמה הנורמטיבית יעלה הקושי משום שכאשר המחוקק קבע כי לחוק כלשהו כמה תכליות, ברי כי ידע כי בדיון חוקתי יידרש בית המשפט לכולן יחד. אך דבר זה אינו ברור כשמדובר בחוקים נפרדים. גם ברמה היישומית עולה קושי, משום שניתן להניח לטעמנו כי במקרה של חוק אחד סביר כי יהיה קשר בין התכליות שהוא מגשים, הנחה שאינה הכרחית לחוקים השייכים למטרות משפטיות נפרדות.

המצויים ברמת ההפשטה הגבוהה המתאימה – למציאות של שפיטה חוקתית בעידן דוקטרינת האפקט המצטבר.

(ג) השפעה על הסעד החוקתי

משנמצא שחוק אינו חוקתי בית המשפט נדרש להכריע בשאלת הסעד החוקתי ההולם את הפגיעה החוקתית שאותרה. דיני הסעדים החוקתיים הם תחום מורכב ומתפתח. הפסיקה החוקתית מהשנים האחרונות משקפת מעבר מפסיקת סעדים בינריים לפסיקת סעדים רכים יותר, ובהם פרשנות חוקתית; השעיית הכרזת בטלות; קריאה לתוך החוק, וכיוצא באלה. לטעמנו, מורכבות דיני הסעדים צפויה לבוא לידי ביטוי ביתר שאת במקרים שבהם תיושם דוקטרינת האפקט המצטבר. מורכבות זו נוצרת בין היתר משום שבהליך חוקתי "רגיל", המתמקד בפגיעה אחת מדבר חקיקה אחד, אמנם יש להכריע בדבר סוג הסעד שייפסק, אך מושאו של הסעד ברור. לעומת זאת במקרים שבהם אי-החוקתיות נובעת מאפקט מצטבר של כמה דברי חקיקה, הדיון דורש מענה לכמה שאלות שאינן רלוונטיות בבחינה חוקתית רגילה.¹⁸⁸ חלק מהשאלות נוגעות לעצם סמכות בית המשפט לפסוק סעד של בטלות במצב שבו שלב הבחינה החוקתית העלה כי כל אחד מהחוקים שנבחנו חוקתי בפני עצמו.

נבקש לטעון בעניין זה שתי טענות עיקריות: ראשית, כי הטמעת דוקטרינת האפקט המצטבר מעוררת קושי תורתי ניכר בשימוש בסעד של בטלות, ולכן היא מצדיקה שימוש בסעד חדש, שאנו מכנים איסור שימוש סימולטני. סעד זה אוסר על שימוש סימולטני בדברי החקיקה היוצרים את הפגיעה המצטברת חלף הכרזה על בטלות מי מהם. שנית, כי קיימת הצדקה חזקה מהרגיל לשימוש בכלים חוקתיים מוכרים שאינם בטלות (כגון פרשנות חוקתית; הפניית נושא להתייחסות הרשות המחוקקת; או המבצעת, באמצעות בא כוחה, היועץ המשפטי לממשלה), עקב מאפייניה הייחודיים של הדוקטרינה.

כדי לפשט את הדיון בחלק זה נניח כי מדובר בהליך משפטי שבו נבחן האפקט המצטבר של שתי פגיעות אשר ההסמכה לגרימתן נמצאת בשני חוקים נפרדים, אשר בית המשפט קבע בדבר כל אחד מהם כי הוא חוקתי בפני עצמו, ואך השימוש המשולב שלהם יצר פגיעה מצטברת שאינה חוקתית. נעיר כבר כעת כי למרות הנחה מפשטת זו, לטעמנו בחינת האפקט המצטבר שנוצר תהיה רלוונטית אף אם היה בית המשפט קובע כי אחד מדברי החקיקה אינו חוקתי בפני עצמו, ללא קשר לאפקט המצטבר. זאת, משום שבמקרה כזה ניתן להתחשב באפקט המצטבר כשיקול בפסיקת הסעד החוקתי, כגון בהחלטה אם להשעות את הכרזת הבטלות, אם לא; בקביעת משך ההשעיה; ובצורך בפסיקת סעד של איסור שימוש סימולטני במהלך תקופת ההשעיה שנקבעה או במסגרת צו ביניים, עוד בטרם הכרעת בית המשפט בעתירה המונחת לפניו.

נפתח אפוא בתיאור הקשיים בפסיקת סעד של בטלות בנסיבות המפשטות שתוארו לעיל. לטעמנו, פסיקת סעד של בטלות במקרה שבו נפסק בדבר כל אחד מדברי החקיקה כי הוא עומד במבחני החוקתיות בפני עצמו, מעוררת קשיים ניכרים – הן במישור הנורמטיבי והן במישור היישומי. במישור הנורמטיבי הקושי המרכזי הוא בשאלת הסמכות. בהקשר זה,

188 השופטת נאור רמזה לכך בטענה כי השימוש בדוקטרינה צפוי להשפיע על בחירת הסעד החוקתי (ראו בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינה של השופטת נאור).

כמו מאליה עולה השאלה מהו מקור הסמכות של בית המשפט לפסול דבר חקיקה שהוא עצמו קבע כי הוא חוקתי. בבסיס ההסמכה של בית המשפט לפסול דבר חקיקה ראשי של הכנסת קיימת הנחת יסוד שבלתה אין – שהפסילה נחוצה בשביל למנוע פגיעה בזכות חוקתית שאינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. בראי ההצדקה הקלאסית לביקורת שיפוטית קשה להסביר ולהצדיק פסילה של דבר חקיקה ראשי שנקבע כי הוא חוקתי. הפגיעה בהפרדת הרשויות בשל התערבות בית המשפט בחקיקת הרשות המחוקקת, מוגבלת למקרים שבהם הביקורת השיפוטית העלתה כי כלו כל הקצין, והחוק שבוטל יוצר פגיעה שאינה חוקתית. הכרזת בטלות במצב דברים שאינו כזה צפויה לעורר לדעתנו ביקורת רבה – ובצדק.

גם אם מניחים לרגע את הקושי התורתי, קיים קושי נוסף, הנובע מפער לוגי שיהיה בבסיס כל גישה "לבחירת" דבר החקיקה שיוכרו בטל. שעה שאי-החוקתיות נוצרת מהשימוש המשולב בשני האמצעים יחדיו והסעד החוקתי נועד למנוע אי-חוקתיות זו, קשה להצדיק את הבחירה בבטלות מי מדברי החקיקה כשלעצמו. זאת, מכיוון שפסילת כל אחד מהם תמנע את אי-החוקתיות, ולכן קשה להצדיק העדפתה של פסילת האמצעי האחד על פני משנהו, משום שאין לכך קשר ישיר והכרחי למניעת אי-החוקתיות שנוצרה. נראה כי בבסיס גישה זו יש הנחה כי אם פסילת כל אחד מהאמצעים תמנע את אי-החוקתיות, יש להעדיף את פסילת האמצעי הפוגעני יותר לשם הגנה רבה יותר על הזכות או על הזכויות הנפגעות. טענה זו שובת לב, אך יש לשים לב שהיא מגשימה תכלית "חיצונית" לתכלית העיקרית של מניעת אי-החוקתיות עצמה, ועל כן לכל הפחות אינה ברורה מאליה.¹⁸⁹ ניתן גם לטעון כי במקרה כזה, מכיוון שפסילת כל אחד מהסעיפים תשיג את המטרה, הרי שאפשר שהשיקולים שאמורים להנחות בבחירה ביניהם לא יישקלו בהכרח על ידי הרשות השופטת באופן בלעדי (וראו להלן דיון בכך).

לצד הקשיים התורתיים והלוגיים, במישור היישומי, בית המשפט צפוי להידרש לקבל החלטות אשר אינו נדרש להן בהליך חוקתי "רגיל". כך, בית המשפט יאלץ להכריע אם לפסוק סעד ביחס לאחד מדברי החקיקה שיצרו את האפקט המצטבר, לכמה מהם או לכולם. אם יפסק סעד ביחס לכמה דברי חקיקה, קיימת מורכבות נוספת, הנובעת מהאפשרות לפסוק סעד שונה ביחס לכל אחד מהם. לבסוף, אם יוחלט לפסוק סעד ביחס לאחד מדברי החקיקה, יתעורר הצורך לפתח מתודולוגיה לבחירתו מבין דברי החקיקה הרלוונטיים. כפי שנראה להלן, עשויות להיות כמה גישות לכך, אך כולן מעוררות קשיים לא מבוטלים.

189 השאלה בדבר הלגיטימיות של הגשמת תכליות נוספת לצד מניעת אי-החוקתיות מורכבת, ולא נדון בה כעת. בהקשר זה ראו למשל ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 108, בעמ' 710. אך נראה כי אף הגישות התומכות באפשרות זו נוגעות לתכלית צדדית לצד הסעד העיקרי (כגון פיצויים בשל הנוק שנגרם מיישום דבר החקיקה שנקבע כי אינו חוקתי), ולא להכרעה בדבר הסעד הראשי עצמו. כן ראו ניתוחה של פרופ' רות גביון את פסק הדין בדנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 18.3.2013), בעניין תחולת חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדים זרים בענף הסיעוד, וטענתה כי "הכרעת השופטים כאן נבעה בעצם משיקול מסדר שני: מבין שתי חלופות פרשניות גרועות, מה עדיף בפועל? ומה עדיף מבחינת תפישת התפקיד השיפוטי?" (רות גביון "סער ולבני, עובדות הסיעוד מחכות" בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים <http://hebrewu-law.blogspot.co.il/2013/03/> (blog-post_23.html).

המסקנה מכך היא לטעמנו כי יש להימנע מפסיקת סעד של בטלות למי מדברי החקיקה היוצרים את האפקט המצטבר שנקבע כי אינו חוקתי, אם נקבע כי כל אחד מדברי החקיקה בפני עצמו עומד בבחינה החוקתית, וזאת בעיקר בשים לב לקושי התורתי, וכדי למנוע פגיעה במרקם היחסים העדין שבין הרשויות ובהסכמה הציבורית לביקורת שיפוטית על דברי חקיקה של הכנסת. מסקנה זו, ועמה ניתוח הבעיות שבסעד הבטלות, מובילה אותנו להצעת סעד חדש שאנו סבורים שמוצדק להשתמש בו במצבים מעין אלו – איסור שימוש סימולטני.

פסיקת סעד של איסור שימוש סימולטני פירושה כי במקרים של זיהוי אפקט מצטבר שאינו חוקתי יפסוק בית המשפט כי מכיוון שנקבע שכל אחד מדברי החקיקה שתרם לאפקט המצטבר חוקתי בפני עצמו, לא תוכרוז בטלותו של מי מהם, אלא ייקבע איסור על השימוש הסימולטני בהם כדי למנוע את היווצרות הפגיעה המצטברת שנקבעה כלא-חוקתית. היתרון המרכזי במתן סעד מסוג זה הוא שבית המשפט משיג את מטרתו העיקרית – מניעת הפגיעה שקבע כי אינה חוקתית – מבלי להידרש ל"נשק יום הדין" של ביטול דבר חקיקה של הכנסת, על כל המשתמע מכך, ולנוכח הקשיים בנסיבות העניין.¹⁹⁰ נראה בעינינו גם כי ניתן לקבוע שסעד זה מדויק יותר כיוון שהוא "תואם" ככל האפשר את הפגיעה הרלוונטית, הנוצרת מעצם השימוש הסימולטני, אשר אך אותה יש למעשה למנוע.¹⁹¹ בנוסף, לגורם המשתמש בסמכויות הרלוונטיות יתרון מסעד זה, שכן בניגוד למצב שבו היה בית המשפט מכריז על בטלות אחד הסעיפים, לאחר מתן סעד שכזה עדיין יש ביכולתו להשתמש בכל אחד מדברי החקיקה בנפרד, ואך היכולת להשתמש בהם סימולטנית נשללה ממנו.¹⁹² למרות שמו של הסעד המוצע יש לדייק ולומר כי סעד מסוג זה רלוונטי במידה דומה, ומאותו רציונל, גם באשר לשימוש מדורג. קרי, אם בית המשפט יבחר לדון בפגיעה מצטברת שהיא תוצאה של שימוש מדורג (למרות הצעתנו להימנע מכך), והמסקנה תהא כי אי-החוקתיות נובעת מהשימוש המדורג, אין מניעה עקרונית לפסוק במקרה זה סעד של

190 בספרות החוקתית בהקשר זה נטען כי מבין שני סעדים שווי מעמד יש לבחור בזה שיש בו הימנעות מביטול דבר חקיקה של הכנסת (ראו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 108, בעמ' 771–772, 775). ברק אף טוען כי "יש לשאוף לתרופה אשר תתקן כראוי את אי החוקתיות, בלא לפגוע [...] ביחסי הכוחות בין הרשויות במסגרת עיקרון הפרדת הרשויות" (שם, בעמ' 708), וכן כי "מן הראוי, אפוא, לשקול במקרים ראויים את הקהיית עוקצה של תרופת הבטלות" (שם, בעמ' 751). על הצורך לשקול שיקולים מערכתיים בפסיקת סעד ראו גם עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 433, 483, 485 (1998). מובן שהמצב שונה, בהקשר זה, אם אכן קיים סעיף הסמכה לשימוש הסימולטני בדברי החקיקה הנדונים (כפי המוצע על ידינו). במצב שכזה, אם בית המשפט סבור כי השימוש הסימולטני יוצר פגיעה מצטברת שאינה חוקתית אף כאשר הוא נעשה על פי התוויה לתנאים שנקבעו בסעיף ההסמכה – הרי שהדרך להגיע לתוצאה של איסור שימוש סימולטני תהא למעשה להכריז על בטלותו של הסעיף.

191 אם להשתמש בלשונו של ברק, וראו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 108, בעמ' 768; ראו גם בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 16.9.2013), אשר טוען בזכות "מיקוד הסעד בפגם החוקתי הבולט".

192 לטעמנו, עמדה זו עולה בקנה אחד עם עמדת המדינה שהוגשה בתגובה לבש"פ פלוני. המדינה ביקשה בתגובתה להדגיש כי הטענות בדבר האפקט המצטבר אינן נוגעות לחוקיות כל אחד מהאמצעים בפני עצמם, אלא רק לעצם הפעלתם המשולבת, ומשכך ברי כי אין לבטל את אחד הסעיפים המקנים סמכויות אלו. כך גם לטעמנו. לעמדת המדינה בעניין זה ראו לעיל ה"ש 10.

איסור שימוש מדורג. עם זאת לטעמנו פסיקת סעד שכזה היא מרחיקת לכת ביחס לסעד של איסור שימוש סימולטני, המונע פעולה ברגע מסוים, נתון ותחום מראש. לעומת זאת איסור שימוש מדורג מעורר קשיים לא מבוטלים בהיבט הצורך לקבוע מסגרת זמן ואת הנסיבות שבהן שימוש כזה ייאסר, שכן לא סביר כי האיסור יהיה לתקופת זמן בלתי מוגבלת.

הביקורת העיקרית שנראה כי ניתן להעלות בנוגע לסעד זה היא כי מדובר בסעד המבטא אקטיביזם שיפוטי. הכרזת בטלות "מחזירה את הכדור" לרשות המחוקקת, ואילו בסעד זה בית המשפט מתערב בחקיקה עצמה וקורא את הסעיפים כאילו קיים בנוסחם איסור שימוש סימולטני, בעוד איסור שכזה אינו בנמצא.¹⁹³ לטעמנו, ניתן להשיב לביקורת זו בשלושה: ראשית, כי סעד זה הוא צעד שנועד להגן על זכויות האדם במקרה הקונקרטי שבו אגרציה של סעיפי החוקים השונים אכן תוביל לפגיעה לא-חוקתית, ובמובן זה אין בו חידוש על פני התפיסה החוקתית המוכרת. בנוסף, הסעד מגשים כראוי את תפקידו של בית המשפט בהכרעה בסכסוכים חוקתיים, שכן היתרון היחסי לבחינת נסיבות אגרטיביות שבהן מוצדק שלא להפעיל את החוקים במשולב מצוי בידיו, כמי שסכסוכים הנוגעים להפעלת החוקים מגיעים לפתחו לאחר צאת החוקים מ"בית המאפה" של הכנסת. שנית, יש לזכור כי נקודת המוצא היא כי סעד זה מוצע חלף הכרזת בטלות אשר ברי כי מגלמת התערבות רבה יותר ממנו.¹⁹⁴ שלישית, לטעמנו יש לראות בסעד זה ביטוי נוסף למגמה הקיימת ממילא בתחומי משפט לא מעטים,¹⁹⁵ ובהם המשפט החוקתי,¹⁹⁶ לחתירה ליישום מודל הבטלות היחסית בעניין תוצאות הפגם, תוך הקניית שיקול דעת לבית המשפט באשר לתוצאתו. לצד היתרונות שבסעד זה אין לחדד כי אפשר שיהיו מקרים שבהם השימוש בו יהיה מורכב מבאחרים, כגון במקרים שבהם הסמכות להכרעה בדבר שימוש בדברי החקיקה היא בידי הרשות המבצעת, להבדיל מאשר בידי הרשות השופטת.¹⁹⁷

193 וראו עניין נסר, לעיל ה"ש 140, פס' 27 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, שם מוצגת עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי צו מוחלט של בית המשפט אשר ירחיב באופן אקטיבי את רשימת היישובים הזוכים להטבות מס "הינו מרחיק לכת מבחינה חוקתית, שכן משמעותו היא תיקון החוק באופן אקטיבי על ידי בית המשפט". ראו בהקשר זה גם ביקורתה של דפנה ברק-ארוז בעניין האקטיביזם השיפוטי הגלום בבטלות היחסית (דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב ס' 22.31 (2010) (להלן: ברק-ארוז מינהלי ב)).

194 ראו לדוגמה ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 108, בעמ' 765-774, 775.

195 ובהם בין היתר המשפט המנהלי, דיני החוזים, דיני הראיות (ברק-ארוז מינהלי ב, לעיל ה"ש 193, ס' 22.1-22.5, ובעיקר ה"ש 16), וכן המשפט הפלילי (שם, ס' 22.32, ובעיקר ה"ש 127). ראו בעניין זה גם דפנה ברק-ארוז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" משפטים כד 519, 520, ה"ש 6 (1995).

196 ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 108, בעמ' 724-726, 769-770. אף עמנואל גרוס הביע דעתו כי עדיף סעד של בטלות יחסית, כאשר הוא אפשרי, על סעד של בטלות הצריך להינתן אך כאשר אין דרך אחרת להסרת אי-החוקתיות (גרוס, לעיל ה"ש 190, בעמ' 450). כן ראו ברק-ארוז מינהלי ב, לעיל ה"ש 193, ס' 22.32, ובעיקר ה"ש 127.

197 כך, נראה כי הרגישות תגבר כאשר יהיה מדובר על סמכויות ששיקול הדעת לשימוש בהן מסור בידי גורמים ברשות המבצעת. במקרה כזה יהיה מדובר על תחיימת שיקול הדעת של גורם השייך לרשות המבצעת. בהשוואה לסמכויות ששיקול הדעת לשימוש בהן מסור בידי בית המשפט, וההנחיה תהיה למעשה של השופטים בערכאות הרלוונטיות, כלומר הנחיית גורמים בתוך מערכת השיפוט בלבד. בהקשר זה ראו לדוגמה דברי שופט בית המשפט הצבאי בעניין עזיז, לעיל ה"ש 39, כדוגמה להנחיה "פנים-שיפוטית" שכזו.

יוער כי ניתן להגיע לתוצאה הדומה בפועל לסעד של איסור שימוש סימולטני אף באמצעות פרשנות חוקתית, על דרך צמצום היקפו של דבר חקיקה ופרשנות שלפיה כוונת המחוקק הייתה לאסור שימוש בו סימולטנית עם דברי החקיקה האחרים.¹⁹⁸ כידוע, בית המשפט מעדיף להימנע ככל האפשר מביטולו של חוק, ויעדיף להותירו על כנו תוך התאמתו למערכת החוקתית ולחוקי היסוד.¹⁹⁹ קיים יתרון רב בתוצאה פרשנית זו, להבדיל מפסיקת סעד חוקתי, שכן הפרשנות מייתרת את הצורך להכריע בשאלת חוקתיותו של דבר החקיקה הנדון.²⁰⁰ החיסרון הוא שמעשי פרשנות חוקתית נתפסים במקרים מסוימים כמאולצים, באופן שמגביר את הביקורת על לגיטימיות המהלך. אכן, גם במקרה זה אפשר שיעלו טענות בדבר אקטיביזם שיפוטי, והפעם במלאכת הפרשנות. במענה לטענות שכאלה ניתן לטעמנו להשיב כי פרשנות מצמצמת שכזו אינה מגלמת אקטיביזם רב מבמקרים שבהם פרשנות מרחיבה של החוק הביאה לריקונו מתוכן, ולמעשה לבטלותו דה פקטו,²⁰¹ או מפסקי דין שבהם פרשנות חוקתית הוסיפה מרכיבים מהותיים לסעיפי חוק ללא עיגון בנוסחם או בהיסטוריית החקיקה שלהם.²⁰²

לבסוף נעיר כי קיימת אפשרות נוספת (ומועדפת בעינינו), שלפיה בית המשפט יפסוק במקרים המתאימים, עוד בטרם הדיון החוקתי לגופו, כי בהיעדר הסמכה בחוק לעצם השימוש הסימולטני, הרי ששימוש שכזה יהיה אסור עד להסדרת הנושא. בשלב דיוני זה לא יתייחס בית המשפט לשאלה אם תוצאת השימוש היא פגיעה העומדת במבחני החוקתיות של פסקת ההגבלה אם לאו. לאחר פסיקת ביניים שכזו תינתן שהות למחוקק לתקן את החוק באופן העשוי לייתר את הדיון המשפטי כליל (אם יאסר שימוש סימולטני למשל), או להקל את הפגיעה המצטברת אם ההסמכה תצמצם את האפשרות לגרימתה. כפי שנאמר לעיל, קיימים יתרונות ניכרים בפסיקת סעד זה בשלב מוקדם יחסית של הדיון, בטרם קיום הדיון החוקתי המלא, בעיקר כי מהלך שכזה מקנה את הבכורה למחוקק לענות בשאלת ההפעלה הסימולטנית של האמצעים, וגם כדי לקיים את הדיון החוקתי, ככל שיהיה בכך צורך, בשלב

198 שאלה מעניינת בעניין זה היא האם שימוש בדרך זו מאפשר דיון באפקט מצטבר שנוצר כתוצאה מהוראות חוק המוגנות בסעיפי שמירת דינים (כגון ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). מבלי להכריע בשאלה, נראה לכאורה כי יש מקום לטענה כי אין מניעה לפסוק סעד פרשני של איסור שימוש סימולטני ביחס להוראות חוק מעין אלה, ברוח פסיקתו הקנונית של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק בעניין גנימאת (ראו ע"פ גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, ס' 9 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק (1995)).

199 ראו למשל עניין משטרת ישראל, לעיל ה"ש 45, פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. 200 וראו דברי הנשיא ברק בבג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 812 (1996).

201 ראו פסקי הדין המוזכרים במדינה "על חוק טל", לעיל ה"ש 29.

202 למשל מקרים שבהם הוספה נוסחת הסתברות לסעיפים פליליים שונים. וראו פס' 2 לפסק דינו של הנשיא ברק ופס' 7 לפסק דינו של השופט טירקל בע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996). לעניין היסטוריית החקיקה ראו שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט מצא ופס' 3 לפסק דינה של השופטת דורנר. בעניין זה ראו גם מרדכי קרמניצר "פרשת אלבה: ביורור הלכות הסתה לגזענות" משפטים ל 105, 110-111, 117-118 (1999). למקרה נוסף ראו רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פס' 44 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.8.2008). על עמדה זו חזרה השופטת פרוקצ'יה בדיון הנוסף בעניין זה, ואליה הצטרפו כלל שופטי ההרכב (דני"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פס' 30-31 לפסק דינה (פורסם בנבו, 11.7.2011)).

"בשל" יותר, לאחר גיבוש נוסחת הסמכה לשימוש סימולטני על ידי הרשות המחוקקת, או לפחות בשלב שבו היא נתנה דעתה על כך באופן מלא.

אנו סבורים כי סעד של איסור שימוש סימולטני הוא דרך המלך בעת דיונים המיישמים את דוקטרינת האפקט המצטבר, וכי אין לאמץ במקרים אלה פסיקת סעד של בטלות. חרף זאת – ובמקרה שעמדנו על זה לא תתקבל או תיקבע כלא מתאימה במקרים מסוימים – נדון בפסקאות הבאות בקשיים התאורטיים והמעשיים הקיימים במקרה של דיון בשאלה לאיזה מדברי החקיקה הרלוונטיים יש לפסוק סעד של בטלות. גם בדיון זה, המניח שבית המשפט אכן יבכר לפסוק סעד של בטלות במקרה כלשהו, נבקש להציע גישה חלופית הכוללת הליך שונה מההליך החוקתי המקובל במקרים של סעד הבטלות. לפי גישה זו, כאשר בית המשפט קובע כי אפקט מצטבר הוא שהביא לפגיעה שאינה חוקתית, עליו לבקש שתוצג בפניו עמדת הרשות המבצעת באמצעות בא כוחה, היועץ המשפטי לממשלה, בשאלה על אילו מבין דברי החקיקה יש להכריז כבטל.

כעת נחזור ונניח כי בית המשפט מבקש לפסוק סעד של בטלות. כיצד עליו לזהות את דבר החקיקה שדינו בטלות? ניתן לטעמנו להעלות כמה דרכים לזיהוי הנדרש. דרך ראשונה היא לפסול את דבר החקיקה המאוחר מבין השניים. ההנמקה לכך נעוצה בכך שחקיקת האמצעי המאוחר היא שהובילה לאפקט המשולב שאינו חוקתי. בגישה זו כמה חסרונות. חיסרון מהותי נובע מכך שאין כל היגיון להידרש דווקא לפרט למקרה שאחד הסעיפים מוגן ב"שמירת דינים"²⁰³ חלף טעמים מהותיים יותר, כגון עצמת הפגיעה שיוצר כל דבר חקיקה, תדירות השימוש בו וכדומה. חיסרון נוסף, משני, הוא כי לא תמיד השיקול הכרונוולוגי רלוונטי, למשל כאשר שני דברי החקיקה נולדו בכפיפה אחת.²⁰⁴

אפשרות שנייה היא כי בית המשפט יידרש לכמת את חלקו היחסי של כל אחד מדברי החקיקה באפקט המצטבר שנוצר ולפסול את דבר החקיקה הדומיננטי מביניהם. ניתן להצדיק את העדפת האמצעי הדומיננטי כמושא לבטלות הן משום היותו הפוגעני שבהם, והן משום שהוא "קרוב" יותר לאי-החוקתיות כעומד בפני עצמו, ולכן לכאורה "מתאים יותר" להיות מושא לסעד של בטלות. יצוין כי מעמדת השופטת נאור בבש"פ פלוני עולה כי היא תומכת בגישה זו.²⁰⁵ לצד ההיגיון שבאפשרות זו קיימות כמה מורכבויות ההופכות אותה לסבוכה. ראשית, יהיה על בית המשפט לאתר את האמצעי שפגיעתו דומיננטית, עניין שיצריך את הרחבת הדיון העובדתי-ראייתי במסגרת השפיטה החוקתית. כך, במסגרת האיתור צפוי בית המשפט להידרש לשאלות נוספות, כגון אם יש לכמת את תוחלת הפגיעה,

203 זאת, ככל שבית המשפט אינו מעוניין לעשות שימוש בסעד של איסור שימוש סימולטני (וראו הדיון לעיל בה"ש 198 בעניין זה) אשר ימנע את הצורך לבחור את דבר החקיקה שיוכרז כבטל.

204 כגון במקרה של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, הכולל הסמכה לנקוט בשני האמצעים שנדונו בבש"פ פלוני, ושניהם באו לכולם בכפיפה אחת, עם חקיקת החוק (בעניין החוק והסמכויות שהוא כולל ראו לעיל ה"ש 35).

205 בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינה של השופטת נאור: "יתכן כי הסיבה הדומיננטית ל"אפקט", היורדת לשורש אי-החוקתיות, כלל אינה מונחת לפתחו של בית המשפט, וכך "התשובה לשאלה תלויה בין היתר [...] ביכולת לאתר את האמצעי הדומיננטי ביצירת האפקט האמור". מהקשר דבריה עולה, להבנתנו, כי התייחסותה לאמצעי הדומיננטי ביצירת אותו אפקט פגיעה היא משום שלטעמה זהו המושא המתאים למתן הסעד.

קרי עצמת הפגיעה בהתחשב בחשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת;²⁰⁶ אם הבחינה צריכה להיות סובייקטיבית,²⁰⁷ אובייקטיבית או אף משולבת; אם יש לבחון את הפגיעה באופן פרטני או בראייה כוללת,²⁰⁸ ועוד. מורכבות נוספת מתעוררת במקרים של חוסר הסכמה בין שופטי ההרכב. אמנם הצורך באיתור מכנה משותף במקרה של מחלוקת שכזו קיים גם בדיונים חוקתיים רגילים, ודרכי ההתמודדות עם הבעיה ידועות,²⁰⁹ אך במקרים שבהם תיושם דוקטרינת האפקט המצטבר נראה כי הקושי מתעצם.²¹⁰ יתר על כן, ניתן לטעון כי למרות ההיגיון שבבסיס אפשרות זו, הרי שכמו יתר האפשרויות, קיים בבסיסה הפער הלוגי שתואר לעיל, שלפיו אם פסילת כל אחד מדברי החקיקה תמנע את אי-החוקתיות, קשה להצדיק את העדפתה של פסילת האמצעי הפוגעני משום שאין לכך קשר ישיר והכרחי למניעת אי-החוקתיות שנוצרה. עוד ניתן לתהות אם שיקול הדומיננטיות ביצירת הפגיעה האמורה הוא השיקול הרלוונטי הבלעדי, או שמא ניתן לשיקול שיקולים נוספים במקום מידת הדומיננטיות או לצדה, כגון התועלת החברתית שצומחת מכל אחד מדברי החקיקה. אפשרות שלישית היא לבצע בחינה איכותית וכמותית משולבת. לפי גישה זו יש להתחשב במידת הפגיעה שאמצעי כלשהו יוצר לצד היקף השימוש שנעשה באותו אמצעי,²¹¹ שכן חלקו של אמצעי כלשהו בפגיעה בזכות החוקתית עשוי להיות דומיננטי מאוד, אך תדירות השימוש בו תסתבר כאפסית. במצב שכזה בחינה תאורטית אולי תצביע על אמצעי זה כמועמד המועדף לבטלות, ואילו בחינה תוצאתית משולבת תעדיף ככל הנראה את פסילתו של האמצעי השני, המוביל בפועל לפגיעה הגדולה יותר. יצוין כי אף

206 קושי שכזה עשוי להתעורר במקרה של דיון באפקט המצטבר של כמה פגיעות בזכות חוקתית אחת, אך הוא צפוי להתעורר ביתר שאת בדיון באפקט המצטבר של פגיעה בזכויות נפרדות, שכן אז יהיה צורך להתחשב לא רק בעוצמת הפגיעה, אלא לחשב את "תוחלת" הפגיעה ביחס חשיבות הזכות המדוברת. זאת, מכיוון שבישראל מתפתחת התפיסה כי זכויות חוקתיות אינן שוות בחשיבותן ובמשקלן הסגולי. ראו לדוגמה ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 48, בעמ' 442–444.

207 כך, הפגיעה בזכות להיוועצות בעורך דין עשויה לדוגמה להיות קלה יותר לאדם בעל הכשרה משפטית.
208 השאלה רלוונטית משום שיש היגיון בטענה כי אם אמצעי אחד יוצר 60% מהפגיעה, אך מופעל פעמים ספורות בשנה בלבד, הרי שיש לפסול דווקא את האמצעי שאמנם יוצר רק 40% מהפגיעה, אך מופעל חדשות לבקרים, שכן הפגיעה המצרפית שהאמצעי האחרון יוצר גדולה יותר.

209 ראו למשל ס' 80 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984; ס' 41 לחוק בתי דין מנהליים, התשנ"ב–1992.

210 כך, בדיון בדבר חוקתיותו של אפקט מצטבר שנוצר משימוש סימולטני בשני דברי חקיקה ניתן לתהות מהו המכנה המשותף במקרה שבו בהרכב של שלושה שופטים אחד ביקש לפסול דבר חקיקה אחד כדומיננטי ביצירת הפגיעה, שני ביקש לפסול את דבר החקיקה השני כדומיננטי ביצירת הפגיעה, ואילו השלישי טוען כי אין הצדקה לפסוק סעד כלל, אם משום שאינו מקבל את ההצדקה לשימוש בדוקטרינה כלל ואם משום שהוא מיישמה ומגיע למסקנה כי האפקט המצטבר שנוצר חוקתי.

211 בהליך החקיקה של הוראת השעה, כמו גם בהליך בבש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, אכן הוקדשה תשומת לב לא מבוטלת לנתונים האמפיריים שדיווחו רשויות אכיפה החוק בדבר מידת השימוש באמצעים שבהוראת השעה. המשנה לנשיאה ריבלין מתייחס לטענות המדינה לעניין היקף השימוש המצומצם ולמשמעות של עובדה זו (שם, פס' 33 לפסק דינו); השופט רובינשטיין מצטט את דברי ראש אגף החקירות בעניין זה (שם, פס' י"א לפסק דינו); והמדינה מתייחסת לכך ארוכות בס' 51–55 לכתב התשובה שלה לעתירה לבג"ץ. כן ראו אזכורים של העניין בפרוטוקול ישיבה מס' 211 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 1, 11 (5.6.2007).

גישה זו מעוררת קשיים. ראשית, יש להצדיק את הבחירה לבחון את הפגיעה בראייה רוחבית ולא פרטנית. שנית, אף כאן קיים הפער הלוגי הנובע מהצורך לבחור בין כמה דברי חקיקה שבטלות כל אחד מהם תמנע את אי-החוקתיות.

בשל הקשיים והמורכבויות באפשרויות השונות לזיהוי דבר החקיקה שיהא מושא להכרזת הבטלות שסקרנו לעיל, נציע כי במקרים מסוג זה יתווסף לדיון החוקתי שלב מיוחד, אשר יגלם התמודדות, מסוימת, עם הקשיים שנסקרו. בשלב זה בית המשפט יבקש שתוצג בפניו עמדת הרשות המבצעת באמצעות בא כוחה, היועץ המשפטי לממשלה, בשאלה על אילו מבין דברי החקיקה יש להכריז כבטל.²¹² ברגיל, במקרה שבו בית המשפט פסק כי דבר חקיקה העומד בפני עצמו אינו חוקתי, אין רלוונטיות למומחיות ולידע של הרשות המבצעת בבחירת הסעד. אם בית המשפט הכריע כי הסעד המתאים הוא בטלות, קיימת תוצאה אפשרית אחת בלבד – פסילת דבר החקיקה. אולם כאשר קיימות כמה דרכים להגיע לתוצאה שקבע בית המשפט, בתוך מתחם הסעד שבית המשפט מבקש להעניק, יש לטעמנו הצדקה מיוחדת לשמיעת עמדת הרשות המבצעת,²¹³ בשל הידע, המומחיות והניסיון הספציפי שיש בידה עקב הפעלת הסמכויות הרלוונטיות.²¹⁴ אנו סבורים כי לאחר שבית המשפט יפנה לרשות המבצעת, יהיה עליה לעדכן את בית המשפט בעמדתה, באמצעות בא כוחה כאמור, תוך ציון דבר החקיקה שלישיתה יש להכריז על בטלותו והנמקתה. במסגרת עדכון זה, ולצד שיקולים משפטיים וחוקתיים שונים שסביר שיוצגו על ידי הרשות, אנו רואים חשיבות בכך שהעדכון שיקבל בית המשפט ייגע במיוחד בעמדת הרשויות המוסמכות בשאלת הבטלות, כמו גם בנתונים אמפיריים הנוגעים למאפיינים של הפעלת הסמכות. למותר לציין כי בעקבות החלטתו העקרונית של בית המשפט כי האפקט

212 למקרה דומה ראו הדרישה מהיועץ המשפטי לממשלה "להציג את עמדתו באשר להפיכת הצווים-על-תנאי למוחלטים" בעניין נסר, לעיל ה"ש 140, ותשובתו כי אכן יש מקום להוצאת צו מוחלט המורה על בטלותו המושהית של התיקון לחוק הנדון באשר ליישובים מסוימים (שם, פס' 26 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). להצעה להסתייעות מסוג אחר בהתייצבות היועץ המשפטי לממשלה בהליך של ביקורת שיפוטית חוקתית, ראו ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית-המשפט העליון" עיוני משפט לד 437, 464-468 (2011).

213 לתפיסה דומה, שלפיה כאשר קיימות כמה דרכים, שכולן חוקתיות, להביא למניעת אי-חוקתיות, ההכרעה ביניהן אינה מתפקידו של בית המשפט. ראו לדוגמה תיאורו של פסק הדין של בית המשפט העליון הקנדי בעניין Eldridge v. British Columbia (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 624 (Can.) במאמרו של יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39, 64 (2005) (להלן: מרזל "השעיית הבטלות").

214 ראו בהשאלה דבריו של פרופ' אהרן ברק בהקשר של בחירת בית המשפט בין פרשנות הדין שלפיה נוהגת הרשות לבין פרשנות אפשרית אחרת: "במישור השיקולים המוסדיים, יש להתחשב, בין השאר, בשיקולים הבאים: האם בבחירה בין הפירושים השונים יש לגלות ידע שאינו מצוי בידי הרשות השופטת, ואשר הרשות המבצעת מומחית בהבנתו; האם בבחירה בין האפשרויות מעורבים אמצעים שאינם בידי בית המשפט; האם לאימוץ אפשרות פלונית יהיו תוצאות שאין בידי בית המשפט הכלים הראויים לחזותם מראש, ושהטיפול בהם מן הראוי לו שיהיה בידי הרשות המבצעת. במישור השיקולים הבינומסדיים יש להתחשב, בין השאר, בשיקולים הבאים: האם בבחירה בין האפשרויות השונות מעורבים שיקולים של מדיניות משפטית אשר בחברה דמוקרטית עדיף כי יישקלו על ידי הרשות המבצעת; האם יש לרשות המבצעת הבנה טובה של ההיסטוריה החקיקתית והתכלית שהחוק נועד לבצע" (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 800-801 (1993)).

המצטבר יצר פגיעה שאינה חוקתית, עשויה הרשות המבצעת לעדכן את בית המשפט כי החליטה לנקוט צעדים לתיקון המצב בעצמה, באמצעות תיקון או ביטול אחד מדברי החקיקה, או בקבלה עליה לנהוג לפי פרשנות מצמצמת או מרחיבה, על פי הנסיבות, של מי מדברי החקיקה העומדים לבחינה.²¹⁵

יש להדגיש כי ההכרעה בדבר זהות דבר החקיקה שיוכרז כבטל תיוותר בידי בית המשפט. עם זאת, לטעמנו, לצד ההצדקה המיוחדת למתן המשקל למומחיות הרשות המבצעת בסוגיה זו נודע להצעה יתרון נוסף לא מבוטל הנוגע להזדמנות לחיזוק "הדיאלוג החוקתי" בין הרשויות,²¹⁶ שכן בחירה בדרך זו בנסיבות אלו היא ביטוי מובהק ליתרונות דיאלוג זה. עוד יש להדגיש כי אין בכוונתנו להציע "שמיעה" שכזו בכל מקרה של מתן סעד חוקתי, בין היתר בשל הצורך לשמור על הפרדת הרשויות, אלא רק במצבים שבהם לאחר הכרעה על סוג הסעד עדיין נותר להכריע בדבר מושא הסעד. תמיכה בגישה זו גם אין פירושה כי ההערכה השיפוטית של הגורם הדומיננטי ביצירת הפגיעה לא תבוצע. נראה כי ככל שדבר החקיקה שהרשות תעדיף להותיר על כנו דומיננטי יותר ביצירת הפגיעה לפי הערכת בית המשפט, כך יעלה רף השכנוע שבית המשפט ידרוש מהרשות בעניין. בנוסף, ולמרות ביקורתנו על אפשרות זו לעיל, נראה בעינינו כי אם בית המשפט לא יקבל את תשובת הרשות בעניין זה, ראוי כי הבטלות תוכרז על דבר החקיקה הדומיננטי יותר ביצירת הפגיעה האמורה, משיקולים של צורך בהכרעה ובאחידות.²¹⁷

טרם סיום נדגיש שתי הערות חשובות הנוגעות לשלב הדיון בסעד שייפסק אם תוטמע תורת האפקט המצטבר. ראשית, לטעמנו לבית המשפט תהיה הצדקה חזקה יותר לפסוק סעד (מכל סוג שהוא) בעתירה שתתבסס על דוקטרינת האפקט המצטבר, אם בחינת הליכי החקיקה תעלה כי סוגיית השימוש המשולב לא באה לידי ביטוי בדברי ההסבר לחוק ובדיונים בוועדות הכנסת.²¹⁸ זאת, בשונה ממצב שהייתה בו התייחסות מפורשת לכך בהצעת החוק, נציגי הממשלה התייחסו לעניין בהרחבה בדיונים בכנסת, והכנסת אישרה את

215 יש לציין כי לאמצעי זה חיסרון מסוים כאשר קיים צורך דחוף במניעת הפגיעה המדוברת או כאשר מדובר באמצעי שביטולו ידרוש מעורבות של הכנסת, שכן אין כל ערובה כי הממשלה אכן תצליח לממש את כוונתה או שתוכל להתחייב באשר למועד המימוש. מקרה המדגים בעייתיות מסוג זה אירע בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998), בעניין גיוס תלמידי הישיבות, וראו תיאור השתלשלות העניינים במרזל "השעיית הבטלות", לעיל ה"ש 213, בעמ' 52-55. למרות הבעייתיות, ה"סיכון" בעינינו אינו שונה מזה הקיים בהשעיית הכרזת בטלות כדי להעניק ארפה להתקנת חלופה לדבר החקיקה שבוטל.

216 על אודות הדיאלוג החוקתי ראו, בין היתר, אהרן ברק שופט בחרה דמוקרטית 375-389 (2004); ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 48, בעמ' 562-563; גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" משפטים לז 349, 371-392 (2007); יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149 (1997); מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" משפטים כח 211, 229-235 (1997); מרזל "מעמד הכנסת", לעיל ה"ש 154, בעמ' 361-363.

217 כאמור, לטעמנו הקשיים בגישה זו, והאחרות שנסקרו, מצדיקים שימוש בסעד של איסור שימוש סימולטני, אך במידה וסעד זה לא יתקבל, הרי שפסילת האמצעי הדומיננטי ביצירת הפגיעה הוא בעינינו "הרע במיעוט" ביחס לחלופות האחרות והקשיים שבבסיסן.

218 להבדיל, לדיון באפקט המצטבר של האמצעים שנדונו בבש"פ פלוני ראו פרק 4. לרשימה זו.

נוסח החוק מתוך הבנת ייעוד האמצעים לשימוש משולב. במצב שכזה על בית המשפט להתחשב בעובדה כי הרשות המחוקקת נתנה דעתה על כוונת הרשות המבצעת להשתמש באמצעים הנדונים שימוש משולב ואישרה זאת בשלוש קריאות. במצב ההפוך, שבו נעדרת כל התייחסות לנושא, ההצדקה להתערבות בית המשפט חזקה יותר כאמור, משום שיהיה ניתן להסיק מכך כי הרשויות הרלוונטיות לא בהכרח שקלו לעומק את השימוש המשולב. שנית, על פי הערתה הנכוחה של השופטת נאור, יש לשים לב – בעת יישום הדוקטרינה – למקרים שבהם תכליות דברי החקיקה הנדונות מתלכדות באופן שפסילת אמצעי אחד עלולה לרוקן מתוכן את השימוש באחר.²¹⁹ אכן, במקרים מסוג זה קיים קושי בפסיקת סעד של איסור שימוש סימולטני, אך קושי זה קיים כמובן באותה מידה גם בפסיקת סעד של בטלות.

ד. סיכום

ברשימה זו סקרנו את "הולדתה" של דוקטרינת האפקט המצטבר במשפט החוקתי הישראלי תוך חיבורה להקשר התאורטי הרלוונטי. במהלך הסקירה ניתחנו את פסק הדין בבש"פ פלוני, שבמסגרתו הוצגה הדוקטרינה, והצבענו על כמה יתרונות הגלומים בשימוש בה, אך גם על קיומם של חסרונות וקשיים הצפויים להתעורר לעת יישומה. בעקבות קשיים אלו הצענו ברשימה זו כמה דרכים אשר לטעמנו צפויות לצמצם את מספר הקשיים ביישומה. הצבענו על היתרונות בדרישה, במקרים המתאימים, להסמכה בחוק לעצם השימוש הסימולטני בדברי חקיקה; הצענו להשתמש במבחן השילוב המעצים כדי לסייע בזיהוי המקרים המתאימים ליישום הדוקטרינה; והדגשנו את היתרונות שבפסיקת סעד של איסור שימוש סימולטני כדי לצמצם את המורכבות והרגישות שבפסיקת הסעד החוקתי.

דוקטרינת האפקט המצטבר משקפת את "החדרת" השיח האגרטיבי למשפט בכלל ולמשפט החוקתי בפרט. במשפט החוקתי קליטת הדוקטרינה היא בעלת משמעות רבה. עיגון השימוש באגרציה נורמטיבית במשפט החוקתי הוא להבנתנו לא פחות ממהפכה. מדובר למעשה ביצירת "שדה" חדש לביקורת שיפוטית. אם עד עתה כל טענה לפגיעה בזכות חוקתית הייתה נבחנת בנפרד, הרי שכעת, לראשונה, דוקטרינה זו תאפשר בחינה משולבת של כמה פגיעות באופן שיטתי וסדור. לצד השינוי שהדוקטרינה מגלמת בשפיטה החוקתית, לבחינה המשולבת המגולמת בה משמעות רבה הן לרשות המבצעת, בכל הנוגע להפעלת הסמכות המוקנית מכוח דברי החקיקה, והן לרשות המחוקקת – מבחינת המשקל שיש לתת לה בהליך החקיקה. קליטת הדוקטרינה גם עשויה להוביל לשינוי השיח החוקתי במסגרת הליך החקיקה, אשר להערכתנו יושפע ממנה השפעה של ממש. מן ההיבט הזה חשיבה אגרטיבית צפויה להוביל להתייחסות נרחבת יותר למארג הנורמטיבי הקיים, במיוחד בהסדרי חקיקה היוצרים פגיעות כאלה ואחרות, תוך מתן שימת לב לעקרונות כמו מבחן השילוב המעצים שהצענו, או למבחנים אחרים שיתקבלו במקומו. גם אופן פעולתם

219 בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינה של השופטת נאור. כמו כן ראו, בהשאלה, דברי הנשיא ברק בדבר הצורך בשימור תכלית החקיקה בעת שימוש בשיטת ההפרדה ("העפרון הכחול") (ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 108, בעמ' 736–737).

של גופים השייכים לרשות המבצעת יושפע, ובעיקר בכל הנוגע להבניית הנהלים ושיקול הדעת בשימוש סימולטני באמצעים הפוגעים בזכויות חוקתיות. פיתוח הדוקטרינה עתיד להשפיע על השיח שבין הרשויות במסגרת הדיאלוג החוקתי המתקיים ביניהן, וצפוי לטעמנו להגביר את מידת האינטנסיביות של דיאלוג זה.

עם זאת ולמרות היתרונות שובי הלב שבדוקטרינה העולים מרשימה זו, אין לכחד כי קיימים בה גם חסרונות וקשיים לא מבוטלים, ובראשם החשש מפרגמנטציה של זכויות חוקתיות ופריצת הגדר של ההליך החוקתי. על כן אנו מציעים לפתח דוקטרינה זו באופן זהיר ומאוזן, עקב בצד אגודל, תוך שימוש בכלים שונים אשר ימנעו שימוש נרחב מדי בדוקטרינה באופן שאינו רצוי, לפי המפורט ברשימה. על אף המורכבות שבדוקטרינה ועל אף הקשיים הגלומים בה אנו סבורים כי תועלתה מרובה מחסרונותיה, ועל כן יש לשקול בחיוב לאמצה וליישמה, במקרים המתאימים, במסגרת הליכים של ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של דברי חקיקה. ברשימה זו לא נתנו מענה מלא למכלול הקשיים העולים מיישומה של הדוקטרינה ולא למכלול השימושים שעשויים להיות לה במסגרת הליכים חוקתיים.²²⁰ מטרתנו הייתה בעיקר להאיר ולהדגיש את מורכבותה ואת הצורך בפיתוח שיפוטי ואקדמי שלה כדי להתמודד עם האתגרים שהיא מציבה. קריאתנו ליישומה של הדוקטרינה היא גם קריאה להמשך פיתוח המחקר על אודותיה.

220 כך לדוגמה נראה לנו כי יהיה נכון לתת משקל הן לאגרגציה והן למבחן השילוב המעצים במסגרת דיון בשאלה המורכבת, שטרם נדונה לעומק, בדבר הדרך להבחין בין מצבים שבהם ראוי לטעון לבטלות חוק שלם, על מכלול הסדריו, בטענה שאינו חוקתי, להבדיל ממצבים שבהם אין לטעון לבטלות החוק כולו אלא רק לבטלות הסעיפים שנקבעו כלא חוקתיים (וראו בהקשר זה את התפיסה של השופטת ארבל בעניין אדם, לעיל ה"ש 191, פס' 94 לפסק דינה).