

## סמכות בתי המשפט שאינם בג"ץ להחיל ביקורת שיפוטית על חוק שפוגע בזכויות האדם

מאת

ברק מדינה\*

לפי ההלכה הפסוקה שנהגה עד לאחרונה, כל בית משפט מוסמך להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה לצורך הכרעה בתובענה, בדומה לדין שחל לעניין ביקורת שיפוטית על מעשי מנהל אחרים. יתר על כן, במקרים לא מעטים נדחו על הסף עתירות לבג"ץ שבהן נטען לבטלות הוראות חקיקה ("תקיפה ישירה") על יסוד הקביעה שעל העותרים להעלות את טענת הבטלות אך ורק במסגרת תביעה שבה מתבררת זכות אישית שלהם ("תקיפה עקיפה"). בפסיקה מן הזמן האחרון הועדפה גישה הפוכה, ולפיה לבג"ץ סמכות ייחודית להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה, ועל פי זה קבע בית המשפט העליון, בשבתו כערכאת ערעור, שיש לדחות ללא דיון טענות לבטלות החקיקה, משום שאלה הועלו בתקיפה עקיפה ולא בעתירה לבג"ץ. הגישה האחרונה מתבטאת גם בהצעה שנדונה לאחרונה בכנסת, במסגרת ה"רפורמה" שנועדה לצמצם את הביקורת השיפוטית על חקיקה. הטענה המוצעת בחיבור זה היא שלפי הפירוש הנכון של הדין הקיים, לערכאות הדיוניות סמכות לבחון את תוקפה של חקיקה (ושל חקיקת משנה). סמכותו של כל בית משפט שאינו בג"ץ להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה מותנית בכך שבחינת תוקפה של הוראת החוק נעשית במסגרת תובענה שבה לתובע יש, אם יוכחו טענותיו, עילת תביעה או הגנה אישית, והסעד המבוקש נוגע אפוא לאינטרס אישי מוכר שלו, בהליך אזרחי או פלילי. בית משפט שאינו בג"ץ מוסמך לקבוע את תוקפה של הוראת חוק רק באשר לאופן יישומה הרלוונטי להכרעה בתובענה, כלומר באשר לשאלה אם החוק מקנה לרשות השלטונית את הסמכות לפעול באופן שרלוונטי לתובענה. שיקולי מדיניות באשר לשאלה מהי המתכונת הרצויה להחלת ביקורת שיפוטית על חקיקה – בעתירה לבג"ץ או אגב הליך אזרחי או פלילי – רלוונטיים רק לעניין הפעלת שיקול הדעת של בג"ץ אם לדחות עתירה על הסף ולהפנות את העותרים להליך של תקיפה עקיפה. לבתי המשפט שאינם בג"ץ אין כלל שיקול דעת אם להיזקק לטענה לבטלות של נורמה שלטונית, כללית או אישית – אם יש להם סמכות לדון בעניין אזרחי או פלילי שהובא לפניהם. הם חייבים להכריע בטענה בדבר בטלותה של הנורמה השלטונית אם ההכרעה נחוצה לשם הכרעה בעניין שלפניהם. יתר על כן, שיקולי מדיניות מצדיקים את המסקנה שיש להמשיך להכיר בסמכות לברר בתקיפה עקיפה טענות לבטלות חקיקה.

**מבוא. א. ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה.** 1. ביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות בתקיפה עקיפה. 2. ביקורת שיפוטית על חקיקה בתקיפה עקיפה – הגישה המרחיבה. 3. ביקורת שיפוטית על חקיקה בתקיפה עקיפה – הגישה המצמצמת. 4. בחינה ביקורתית

\* הקתדרה על-שם לנדקר פרנץ' לחקר ההגנה על מיעוטים, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה ליואב דותן, ליצחק זמיר, לחברי מערכת כתב העת ולמחווה דעה אנונימית על הערותיהם המצוינות.

של הטיעונים שביסוד הגישה המצמצמת. 5. סיכום ביניים: החשיבות של ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה. ב. ביקורת שיפוטית להגנה על אינטרס אישי. ג. סיכום.

## מבוא

בחוק הלוואות לדיור, התשנ"ב-1992 נקבע, בהוראה שנוספה לחוק בשנת 2001, כי הזכאים לסיוע בדיור הרוכשים דירה בירושלים זכאים לקבל מענק בסך 80,000 ש"ח. עשרות אזרחים הסתמכו על הוראה זו ורכשו דירה בירושלים, בטרם נקבע בתיקון לחוק, כשישה שבועות לאחר חקיקת ההוראה האמורה, כי הזכאות למענק מבוטלת למפרע.<sup>1</sup> רוכשי הדירות טענו שהביטול למפרע של הזכאות למענק פגע שלא כדין בזכותם החוקתית לקניין, ולפיכך יש להורות לממשלה להעניק להם את המענק המובטח חרף הוראות החוק המתקן. האם הדרך לבידור הטענה היא בעתירה לבג"ץ או בתובענה כספית לבית המשפט המחוזי?<sup>2</sup> שאלה זו מתחדדת בשל הכרעת בג"ץ בסוגיה זו כי יש לשלול את הזכאות למענק רק ממי שהסתמכותם בעניין אינה בעוצמה גבוהה, ולפיכך ההכרעה בעניין מחייבת בחינה פרטנית של עוצמת ההסתמכות של כל אחד ואחד מרוכשי הדירות.<sup>3</sup> האם יש לאפשר, ואולי אף להעדיף, את בירור העניין בהליך אזרחי?

הסוגיה הכללית היא כיצד מבררים טענות לבטלות חוק מחמת פגיעה בזכות חוקתית. סוגיה זו קרובה, אך אינה זהה, לסוגיה שנדונה לא אחת בפסיקה ובספרות האקדמית באשר לאופן הבירור של טענות לבטלות החלטות שלטוניות שאינן חוק, אגב הבחנה בין מה שמכונה ביקורת שיפוטית ישירה לעקיפה. נראה שלפחות בעניין אופן הבירור של טענות שמשמעותן בטלות חוק ההלכה מצויה בשלבי עיצוב, שכן הפסיקה כוללת עמדות סותרות. לפי גישה אחת, שעד לאחרונה הייתה הדומיננטית, ניתן להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה אגב דיון בתובענות בבתי המשפט השונים, בדומה לדין שחל לעניין ביקורת שיפוטית על מעשי מנהל אחרים. יתר על כן, במקרים לא מעטים נדחו על הסף עתירות לבג"ץ שבהן נטען לבטלות הוראות חוק ("תקיפה ישירה") על יסוד הקביעה שעל העותרים להעלות את טענת הבטלות אך ורק במסגרת תביעה להגנה על זכויותיהם ("תקיפה עקיפה").<sup>4</sup> ואולם, בפסיקה מן הזמן האחרון הועדפה גישה הפוכה, ולפיה יש להעדיף הכרעה בעניין בבג"ץ, ואף יש

1 הזכאות נקבעה בחוק הלוואות לדיור (תיקון מס' 5), התשס"א-2001, ס"ח 140, שפורסם ב-15.2.2001, והיא בוטלה למפרע בס' 20 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנת 2001) (תיקון, ביטול והתליה של חקיקה שמקורה בהצעות חוק פרטיות), התשס"א-2001, ס"ח 236, 239, שפורסם ב-4.4.2001.

2 העתירה בעניין זה הוגשה לבג"ץ, וזה קבע שהדין עם העותרים והם זכאים למענק חרף תיקון החוק: בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004). אגב, עמדת הרוב קבעה שיש להגיע לתוצאה זו בדרך של פרשנות החוק המתקן, ולכן יש "לקרוא לתוכו" סייג שלפיו שלילת המענק לא תחול על מי שהסתמכו על זכותם למענק בלא להכריז על בטלות החוק (שם, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק).

3 שם, בפס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק: "יש להוכיח את קיומה של ההסתמכות; גם אם זו קיימת היא יכולה להיות בדרגות שונות של עוצמה. [האינטרס הציבורי] מצדיק את ההבחנה בין זכאי שהסתמך לבין זכאי שאינו מסתמך".

4 ראו להלן פרק א.2.

ביטויים לעמדה שראוי לקבוע כי לבג"ץ סמכות ייחודית להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה. לפיכך קבע בית המשפט העליון, בשבתו כערכאת ערעור, שיש לדחות ללא דיון טענות לבטלות החקיקה, משום שאלה הועלו בתקיפה עקיפה ולא בעתירה לבג"ץ.<sup>5</sup> הגישה האחרונה מתבטאת גם בתזכיר הצעת חוק-יסוד: החקיקה שהוצע מעת לעת, הצעה ששבה ומועלית במועד כתיבת שורות אלה במסגרת ה"רפורמה" שנועדה לצמצם את הביקורת השיפוטית על חקיקה.<sup>6</sup>

בצד הקושי שנוצר בשל ההלכות הסותרות, הדיון בסוגיה זו מבטא מחלוקת יסודית באשר למהותה של הביקורת השיפוטית על חקיקה: לפי הגישה הראשונה, ביקורת שיפוטית על חקיקה אינה אלא ביטוי לחובתו של כל בית משפט ליישם את הדין, שכולל גם את ההלכה שלפיה במקרה של סתירה בין חוק "רגיל" לבין חוק יסודי, האמור בחוק היסוד גובר, ומכאן שאין לפעול לפי חוק שפוגע בזכות חוקתית שלא לפי תנאי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעומת זאת לפי הגישה השנייה, קביעה שחוק אינו תקף היא סעד שיפוטי שהענקתו מותנית בקיומו של מקור סמכות בחקיקה, ובעוד בג"ץ מוסמך לעניין זה מכוח סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, לא כך בהכרח בתי המשפט האחרים, שלפי גישה אחת לא הוסמכו כלל לעשות כן, ולפי גישה אחרת, אומנם רשאים לעשות כן מכוח הסמכות לפסוק "בגררא" בעניין שאינו בסמכותם, כאשר הדבר נחוץ לצורך הכרעה בעניין שבגדר סמכותם, אך זו סמכות שבשיקול דעת, וככלל יש להימנע מהפעלתה.

הטענה המוצעת בחיבור זה היא שלפי הפירוש הנכון של הדין הקיים, לערכאות הדיוניות סמכות חובה לבחון את תוקפה של חקיקה (ושל חקיקת משנה). הסמכות של כל בית משפט שאינו בג"ץ להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה מותנית בכך שבחינת תוקפה של הוראת החוק נעשית במסגרת תובענה שבה לתובע יש, אם יוכחו טענותיו, **עילת תביעה או הגנה אישית**, והסעד המבוקש נוגע לאינטרס אישי מוכר שלו, בהליך אזרחי או פלילי. בית משפט שאינו בג"ץ מוסמך לקבוע את תוקפה של הוראת חוק רק באשר לאופן היישום שלה הרלוונטי להכרעה בתובענה, כלומר באשר לשאלה אם החוק מקנה לרשות השלטונית (או לגורם פרטי) את הסמכות לפעול באופן שרלוונטי לתובענה. שיקולי מדיניות באשר לשאלה מהי המתכונת הרצויה להחלת ביקורת שיפוטית על חקיקה – בעתירה לבג"ץ או אגב הליך אזרחי או פלילי – רלוונטיים רק לעניין הפעלת שיקול הדעת של בג"ץ אם לדחות עתירה על הסף ולהפנות את העותרים להליך של תקיפה עקיפה. לעומת זאת לבתי המשפט שאינם בג"ץ אין כלל שיקול דעת אם להיזקק לטענה לבטלותה של נורמה שלטונית, כללית או אישית – אם יש להם סמכות לדון בעניין אזרחי או פלילי שהובא לפניהם. הם חייבים להכריע בטענה בדבר בטלותה של הנורמה השלטונית אם ההכרעה נחוצה לשם הכרעה בעניין שבפניהם.

5 ראו להלן פרק א.3.

6 ראו הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק), ה"ח התשפ"ג 42, שהוגשה מטעם ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ואושרה בקריאה ראשונה, בקולות חברי הקואליציה בלבד, ב-13.3.2023. בהצעה זו הוצע לקבוע כי "לבית המשפט העליון תהיה סמכות ייחודית לתת פסק דין או החלטה אחרת המבטלים חוק מגבילים את תקופת תוקפו או משהים אותו זמנית", וזאת בהרכב כל שופטי בית המשפט העליון שאינם מנועים לדון בעניין וברוב של ארבע-חמישיות לפחות מן השופטים שבהרכב.

לפי המוצע כאן, סמכות בג"ץ לבחון את תוקפו של חוק היא סמכות ייחודית רק בשני סוגי מקרים: לתובע אין עילת תביעה אישית, או שהפגיעה בזכות היא בעיקרה בציבור לא מסוים. בסוג הראשון של המקרים, בירור תוקפה של הוראת חוק נעשה במסגרת מה שמכונה "עתירה ציבורית", כלומר כאשר לתובע אין עילת תביעה אישית. הכוונה, בעיקר, לעתירות בעניינים שעוסקים במשפט חוקתי מוסדי. מקרים מהסוג השני שבהם סמכות בג"ץ בלעדית הם אלה שבהם הפגיעה (כולה או עיקרה) בזכות החוקתית היא בציבור לא מסוים. הדבר עשוי לנבוע מכך שהחוק הנדון טרם יושם, ולפיכך איש טרם נפגע ישירות מהסמכות שהחוק מעניק, או שיישום הסמכות הרלוונטית הוא קצר מועד לפי טיבו (כגון החזקת אדם במעצר למשך כמה ימים), ואין שהות לביקורת שיפוטית בעת שהסמכות עדיין מופעלת. הפגיעה בציבור לא מסוים, ועימה אפוא הסמכות הייחודית של בג"ץ, עשויה להתרחש גם בשל אופיו המיוחד של ההסדר הנדון, כגון טענה שהוראות מסוימות בחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי פוגעות שלא כדין בזכות לשוויון. אומנם במקרים מסוג זה תיתכן פגיעה גם באנשים מסוימים, למשל בשל החשש מ"השפעה מצננת" של החוק או בשל ההשלכה של החוק על תפיסות הציבור שבתורן עלולות לפגוע בפרט, אך הפגיעה הנטענת בזכויות, לפחות בעת בירור העתירה, עדיין אינה מתגבשת עילת תביעה אישית. במסגרת זו נכללים גם מקרים שבהם הבירור שהעותר מבקש (או זה הנחוץ לפי קביעת בית המשפט) הוא של מכלול ההשלכות של הוראת החוק הרלוונטית, כלומר בחינתה אמורה להיעשות באופן כולל (facial challenge) ולא רק כאשר לאופן יישום מסוים (as-applied challenge). בכל המקרים הללו, ובדומים להם, סמכות בג"ץ היא ייחודית. אומנם בג"ץ עשוי לבחור לדחות את העתירה בלא לדון בטענה לבטלות החקיקה, למשל בשל אי-בשלות או בשל אי-מיצוי הליכים, אך החלטת בג"ץ שלא לדון בעתירה, כשהיא לעצמה, אינה מקנה סמכות כזו לבתי המשפט האחרים.

בכל המקרים האחרים מוקנית לבתי המשפט שאינם בג"ץ סמכות לדון בטענות לבטלות חקיקה. הסמכות נקבעת לפי הסעד המבוקש, שעשוי להיות מכוון כלפי רשות שלטונית שפוגעת בזכויותיו (בהליך פלילי, אזרחי או מנהלי) או כלפי גורם פרטי שמסתמך על חוק שמתיר לו לפגוע בזכויות כאמור. הסעד עשוי להיות מעשי, כגון צו עשה או לא תעשה או סעד כספי, והוא עשוי להיות אף סעד הצהרתי ואף סעד לכל מי שנמנה על קבוצה מוגדרת, במסגרת תובענה ייצוגית. ההגבלה היחידה היא שהסעד המבוקש עוסק בעניין אישי של התובע, כלומר באופן ההפעלה של סמכות שלטונית בעניין שבו יש לו אינטרס משפטי מוכר. במקרים אלה לבג"ץ סמכות מקבילה, והיא תופעל לפי ההערכה אם עדיפה הכרעה כללית, שתסדיר גם מקרים היפותטיים, במתכונת של חקיקה שיפוטית, או הכרעה ממקרה למקרה, לפי מסורת המשפט המקובל, בבתי המשפט האחרים. שיקול הדעת בעניין מסור לבג"ץ בלבד, אם הוגשה לו עתירה בעניין. כאמור, אם העתירה או התביעה הוגשה לבית משפט אחר, לבית המשפט שלו הוגשה התובענה אין כלל שיקול דעת אם להימנע מלדון בטענה לבטלות החוק (אלא במקרים שבהם מסור לו שיקול דעת כזה מפורשות, למשל לעניין החלטה אם לאשר תביעה כתובענה ייצוגית).

הגישה שהוחל ביישומה לאחרונה בבית המשפט העליון, שמרחיבה את הנושאים שמסורים לסמכותו הייחודית, להלכה או למעשה, של בג"ץ, מבטאת תפיסה שתכליתה, או

לפחות תוצאתה, צמצום היקף הביקורת השיפוטית על חקיקה. היא מבטאת אי-אמון בכשירותם של בתי המשפט הדיוניים ליישם את הדין. אני סבור שזוהי עמדה שאין לה הצדקה. הכרה בסמכות להחיל ביקורת שיפוטית אגב הכרעה בתובענה אזרחית או באישום פלילי, שגם לה יש כאמור ביטוי בפסיקה, היא שלב הכרחי בהתפתחות ההגנה על זכויות האדם. היא משתלבת במגוון דוקטרינות שפותחו לאחרונה בפסיקה באשר לביקורת שיפוטית על חקיקה, כמו גם עם מגמת ההכרה, בחקיקה ובפסיקה, בעילות תביעה אזרחית בגין פגיעה בזכויות חוקתיות.

החיבור כולל שני חלקים: **פרק א** עוסק בתפיסה המקובלת בפסיקה שלפיה ההבחנה הרלוונטית היא בין תקיפה ישירה לתקיפה עקיפה. לפי תפיסה זו, סמכותם של בתי המשפט שאינם בג"ץ להחיל ביקורת שיפוטית על נורמות שלטוניות, אישיות וכלליות, נובעת מסעיף 76 לחוק בתי המשפט, שבו נקבע כי אם "הובא ענין כדין לפני בית משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לבירור העניין, רשאי בית המשפט להכריע בה לצורך אותו ענין אף אם העניין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר". במסגרת זו ההבחנה הרלוונטית היא לפי סוג הסעד העיקרי שבו נדרש להכריע בתובענה. לבית משפט שאינו בג"ץ סמכות להכריע בתוקפה של נורמה שלטונית, מכוח סעיף 76, רק אם הסעד העיקרי המבוקש הוא בסמכותו של בית המשפט הרלוונטי, בעיקר סעד כספי, לפיצויים או להשבה, בהליך אזרחי או זיכוי מאישום פלילי, וכך סוגיית תוקפה של הנורמה השלטונית היא אגבית להכרעה בזכות לקבלת הסעד המבוקש. מבחן זה מותר לבית המשפט שאינו בג"ץ שיקול דעת נרחב אם להיזקק לטענה לבטלות הנורמה השלטונית (ובוודאי כך אם מפרשים את לשון "רשאי" שבסעיף 76 כסמכות רשות בלבד), ולפיכך הדיון מתמקד בשיקולי מדיניות באשר ליתרונות ולחסרונות של תקיפה עקיפה. פרק א' של החיבור מבוסס על ההנחה שסיווג זה של הסוגיה הוא המתאים, ולפיכך הדיון מוקדש לבחינה ביקורתית של הטיעונים שהוצגו בפסיקה מהעת האחרונה להעדפת תקיפה ישירה. מטרת הדברים לנסות להראות ששיקולי מדיניות מחייבים פרשנות מרחיבה של הסמכות לתקיפה עקיפה של נורמות שלטוניות, ובכלל זה של חקיקה ראשית ושל חקיקת משנה.

**פרק ב** של החיבור מציע תפיסה שונה באשר למהותה של ההבחנה בין שתי הדרכים לביקורת שיפוטית על חקיקה. הטענה היא שאמת המידה המקובלת להבחנה בין תקיפה ישירה לעקיפה – כלומר מהו "הסעד העיקרי" המבוקש – אינה מספקת טעם מהותי להחלטה. במקום זאת תיחום הסמכות של בתי המשפט שאינם בג"ץ צריך להתבסס על הבחנה בין עתירה ציבורית לעתירה אישית. תפיסה זו מוליכה אף היא לתוצאה שיש להכיר בסמכות נרחבת של בתי המשפט הללו להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה. בפרק הסיכום מובאת התייחסות תמציתית לתוצאה הצפויה אם יחוקק, במסגרת חוק-יסוד: החקיקה, הסדר שמייחד את הסמכות לביקורת השיפוטית לבית המשפט העליון.

## א. ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה

לפי התפיסה המקובלת בפסיקה, ההבחנה הרלוונטית בסוגיה הנדונה בחיבור זה היא בין תקיפה ישירה לתקיפה עקיפה. חלק זה פוסע בעקבות הפרדיגמה הזו. לאחר דיון קצר

בסוגיה הכללית של הסמכות לתקיפה עקיפה של החלטות שלטוניות יוצגו שתי הגישות שבאות לידי ביטוי בפסיקה לעניין תקיפה עקיפה של חקיקה, גישה מרחיבה וגישה מצמצמת, ויוצע דיון ביקורתי בגישה המצמצמת. מטרת הדיון היא לנסות לשכנע כי שיקולי מדיניות מוליכים למסקנה שיש להעדיף את הגישה המרחיבה לעניין ההכרה בסמכות לתקיפה עקיפה של נורמות שלטוניות.

## 1. ביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות בתקיפה עקיפה

סוגיית הערכאה המוסמכת להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה היא חלק מהסוגיה הכללית של הגורם המוסמך להחיל ביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות. בתקופת המנדט הבריטי הסמכות לביקורת שיפוטית על מעשיהן (ומחדליהן) של רשויות מנהליות יוחדה לבית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. לקראת הקמת המדינה נבחנו כמה חלופות בעניין זה, ובחודש מרץ 1948 פרסמה את הצעתה "המועצה המשפטית", שהוסמכה להציע הצעה למבנה מערכת בתי המשפט (ואשר כיהנו בה, בין היתר, שלושה מהחמישה שנבחרו חודשים ספורים אחר כך לכהן כשופטים הראשונים בבית המשפט העליון). לפי הצעת המועצה, לבית המשפט העליון הייתה אמורה להיות מוקנית סמכות של בית משפט לערעורים בלבד, ואילו סמכויות בג"ץ נועדו לעבור לבתי המשפט המחוזיים.<sup>7</sup> הצעה דומה הועלתה בתזכיר חוק שהפיץ בשנת 1950 שר המשפטים, פנחס רוזן.<sup>8</sup> ביסוד הצעות אלה הייתה התפיסה שיש להעדיף מתכונת שתאפשר ערעור על פסקי הדין, לצד שיקולים בדבר הבטחת הנגישות של הביקורת השיפוטית ומניעת עומס יתר על בג"ץ.<sup>9</sup> אומנם בשבועות הספורים מקום המדינה ועד לייסוד בית המשפט העליון, ב-14 בספטמבר 1948, הופעלה סמכות בג"ץ בבית המשפט המחוזי בתל-אביב (שבהכרעותיו הספורות, כך נטען, ניכרה מידה רבה יחסית של אקטיביזם שיפוטי,<sup>10</sup> עניין שייתכן שהשפעתו ניכרת גם במחלוקת הנוכחית בנושא זה), אך היה זה הסדר זמני בלבד. בסופו של דבר הוחלט להעניק לבית המשפט העליון את אותן הסמכויות שהיו לו בתקופת המנדט הבריטי, וכך בצד כהונתו כבית משפט לערעורים הוא הוסמך, מייד עם הקמתו, לפעול גם כבית משפט גבוה לצדק, שיש לו סמכות בלעדית להחיל ביקורת שיפוטית על רשויות השלטון כערכאה ראשונה. עקב כך, לעומת פסיקותיו של בג"ץ המנדטורי שהיו כפופות לערעור למועצת המלך שבלונדון, בג"ץ הישראלי הפך להיות הערכאה הראשונה והאחרונה בנושאים שבתחום סמכותו.<sup>11</sup>

סמכויות בג"ץ הוגדרו בחקיקה בהרחבה (תחילה בסימן 43 לדבר המלך, 1922 ובסעיף 7 לפקודת בתי-המשפט, 1940; אחר כך בסעיף 7 לחוק בתי המשפט, התשי"ז–1957, ומאז

7 דיון מפורט ראו יאיר שגיא "הסמכות והרשות: על הקמת בית המשפט העליון במדינת ישראל" **משפטים** מד 7, 17–51 (2014). ראו גם אליקים רובינשטיין **שופטי ארץ** 41 (1980).

8 שגיא, לעיל ה"ש 7, בעמ' 35–39.

9 שם, בעמ' 26–27.

10 שני שניצור וירם שחר "בג"ץ בתל אביב: מציאות חלופית אמיתית" **עיוני משפט** מג 137 (2020); שני שניצור "בן-גוריון, בג"ץ והחוקה שלא הייתה" **משפטים** נג 489, בפרק ב (2025).

11 דיון בהיבט זה ראו וירם שחר "משכן כמשפטו" **מחקרי משפט** יט 397, 400 (2003).

1984 – בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה), תוך הותרת שיקול הדעת לבית המשפט לקבוע את תחומי סמכותו.<sup>12</sup> הדין הוא שכאשר הסעד המבוקש הוא הכרזה על בטלות ההחלטה השלטונית, מתכונת שמקובל לכנותה "תקיפה ישירה", הסמכות הבלעדית לדון בעניין היא בידי בג"ץ,<sup>13</sup> אלא אם הוענקה סמכות כזו מפורשות בחוק לבית משפט אחר, שאז סמכותו של בג"ץ היא כמו זו של הערכאה האחרת.<sup>14</sup>

לצד זאת הכיר בית המשפט העליון בסמכות נרחבת של בתי המשפט האחרים לדון בטענות לבטלותן של החלטות שלטוניות לצורך הכרעה בסכסוך שבתחום סמכותם. לצד ההכרה בכך שזו סמכות "טבועה" של בתי המשפט, לפי מסורת בת מאות שנים בבתי המשפט באנגליה, מקובל למצוא עיגון פורמלי לסמכות להחיל ביקורת שיפוטית במקרים מסוג זה בסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ולפיו אם "הובא ענין כדין לפני בית משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לבירור הענין, רשאי בית המשפט להכריע בה לצורך אותו ענין אף אם הענין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר".<sup>15</sup>

12 בית המשפט שלל את תוקפה של חקיקה שמתיימרת לשלול מבג"ץ את סמכותו להחיל ביקורת שיפוטית. ראו בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(1) 756, 750 (2003), הנשיא ברק: "אין בכוחה של הוראת סעיף 137 לחוק הבחירות לשלול את סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק. [...] עד כמה שקביעתו של סעיף 137 לחוק הבחירות כי 'שום בית משפט' לא ייזקק לסעדים הקבועים באותה הוראה מתפרשת כשוללת את סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק, אין היא חוקתית, והיא בטלה בכל הנוגע לתחולתה על בית-המשפט הגבוה לצדק. היא תופסת כמובן לעניין כל בתי-המשפט האחרים. ניתן להגיע לאותה תוצאה עצמה – ולדעתי זו גם הדרך הראויה – על-ידי מתן פירוש חדש לדיבור 'שום בית משפט' כמתייחס לכלל בתי-המשפט למעט בית-המשפט הגבוה לצדק".

13 למשל, ע"א 256/70 **פרידמן נ' עיריית חיפה**, פ"ד כד (2) 577, 582 (1970). לדיון מפורט ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ג 1597-1602 (2014).

14 למשל, באשר לעניין שבסמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים, בג"ץ 8071/01 **יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נז(1) 121, 128 (2002).

15 למשל, להסתמכות על סמכות טבועה של בית המשפט ראו בג"ץ 16/50 **איגרא-רמא בע"מ נ' מועצת עיריית תל-אביב**, פ"ד ו 92, 96 (1951), השופט אגרנט: "מבחינת הסמכות [...] לא קיימת מניעה חוקית כלשהי, שבית המשפט המחוזי, אם תפנה אליו המבקשת לשם קבלת צו מסוג 'לא תעשה', יחליט כי רישיון [הבנייה שניתן לשכנתה] היה פסול מלכתחילה. במלים אחרות, עניינה הישיר של המבקשת איננו בביטול הרישיון אלא בקבלת הצהרה מבית משפט מוסמך כי לרישיון הנ"ל מעולם לא היה תוקף חוקי; ואין מקום להניח שבית-המשפט הגבוה לצדק הוא, דווקא הוא, החייב להעניק למבקשת תרופה זו. הלא אם תפנה המבקשת לבית-המשפט המחוזי, לא יצטרך זה, אם ימצא לנכון לתת סיפוק לזכויותיה, לצוות על [הרשות המינהלית] לעשות פעולה מסוימת כגון ביטול הרישיון האמור; כי אם יוכל ויוכל להסיק מה שיסיק בדבר תקפו או חסר תקפו של הרישיון, בבואו לדון אם יש מקום להיעתר לתביעה להפסקת עבודת הבניין הנזכרות". להסתמכות על ס' 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ראו למשל ע"א 120/60 **הלפרין נ' קוצנינסקי**, פ"ד טו 705, 710 (1961), השופט ברנזון: "בית-המשפט השלום [...] מוסמך להכריע בשאלת חוקיותו של רישיון הבניה, שהתעוררה אגב בירור ענין הוצאת צו מניעה [לבקשתו של התובע, הרוצה למנוע פגיעה ברכושו בבנייה לא חוקית לכאורה של שכנו], אף אם באופן רגיל הדבר הוא בסמכותו הייחודית של בית-המשפט הגבוה לצדק. [...] בית המשפט [השלום] אינו מוסמך להורות לרשות הציבורית לבטל את הרישיון שנתנה, אבל הוא יכול להכריז על הרישיון כחסר תוקף חוקי מלכתחילה מכל טעם ונימוק שבית-המשפט הגבוה לצדק יכול היה לצוות על ביטולו". ס' 76 לחוק בתי המשפט הוחל גם על בתי הדין לעבודה בס' 39 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969.

בירור תוקפה של החלטה שלטונית יכול להיעשות במסגרת הכרעה בטענת הגנה או בטענת תביעה. המקרה הפשוט יותר הוא כאשר הביקורת השיפוטית ה"עקיפה" נחוצה כדי לברר טענת הגנה: בהליך פלילי, שבו החלטה שלטונית שתוקפה עומד למבחן היא אחד מיסודות העבירה או לצורך בירור טענה לפגם בהתנהלות של רשויות התביעה, לרבות ההחלטה להעמיד את הנאשם לדין (מכוח הדוקטרינה בדבר "הגנה מן הצדק" בפלילים);<sup>16</sup> או בהליך אזרחי, שבו התובעת היא רשות שלטונית (למשל רשות המסים) או גורם פרטי, ובכלל זה לעניין בירור טענה לבטלות הפקעה במסגרת הליכי הסדר מקרקעין.<sup>17</sup> סמכותו של בית המשפט נקבעת לפי הסעד המבוקש בהליך אזרחי או לפי סוג העבירה שבה מואשם הנאשם בהליך פלילי, ולנתבע או לנאשם הזכות להעלות כל טענת הגנה, לרבות טענה לבטלותה של נורמה שלטונית כללית או אישית. הסוגיה סבוכה יותר כאשר ההכרעה בתוקפה של החלטה שלטונית נחוצה לצורך בירור קיומה של עילת תביעה. הדין הוא שהסמכות לביקורת השיפוטית קיימת רק אם הטענה לפגם בהחלטה השלטונית היא עניין משני לתובענה (כלומר שההכרעה בו היא ב"גררא", כלומר היא "נגררת" אחר העניין העיקרי), והעניין הראשי שנדרש לברר במסגרת התובענה הוא בגדר סמכותו של בית המשפט הרלוונטי.<sup>18</sup> לפיכך עקרונית רשאי אדם ליזום הליך אזרחי לבירור תוקפו של מעשה שלטוני שפוגע בו, אם לפי הסעד המבוקש (שעשוי להיות סעד כספי, צו עשה או לא תעשה וגם סעד הצהרתי) העניין בסמכותו של בית המשפט שלו הוגשה התובענה.<sup>19</sup> לכן ההבחנה הרלוונטית היא בין בחינת תוקפה של החלטה השלטונית, שהיא התכלית העיקרית של ההליך השיפוטי (זו המכונה תקיפה ישירה), לבין ביקורת שיפוטית, שהיא אמצעי להכרעה בבקשה לקבלת סעד קונקרטי אחר כלשהו (תקיפה עקיפה).

לאור הכרה נרחבת זו בסמכות לביקורת שיפוטית במסגרת תקיפה עקיפה התגבשה בפסיקה העמדה שלפיה בג"ץ יימנע מלדון בעתירות לבחינת תוקפו של מעשה מנהלי, ולכן ידחה אותן על הסף על יסוד הדוקטרינה בדבר "סעד חלופי", כאשר ניתן לברר את העניין

- 16 למשל דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל, פס' 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 15.12.2021).
- 17 דנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' אבו פריח (נבו 12.4.2015). ראו גם בג"ץ 6579/21 פלוני נ' שר האוצר (נבו 25.7.2022), שם נדחתה על הסף עתירה לבג"ץ בעניין חוקיות הפקעה, והעותרים הופנו להעלות את טענותיהם בבית המשפט המחוזי, בהליך אזרחי.
- 18 לדין מפורט ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד 2637–2700 (2017). ראו למשל רע"א 3354/08 **המטה למען ארץ-ישראל נ' משטרת ישראל** (נבו 17.4.2008), שם נקבע כי בית המשפט המחוזי אינו מוסמך לדון בתובענה שבה התבקש צו להורות למדינה לאפשר לתובעים לקיים פולחן דתי במתחם הר הבית על יסוד הקביעה כי הנושא העיקרי בתובענה הוא בירור תוקפה של מדיניות הממשלה, ולפיכך מצוי בסמכות בלעדית של בג"ץ.
- 19 למשל דנ"א 7398/09 **עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית**, פס' 27 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (נבו 14.4.2015) (תביעה כספית שנדונה בבית המשפט המחוזי להשבת תשלומי ארנונה שנגבו ללא סמכות חוקית). ראו גם, לעניין הסמכות למתן סעד הצהרתי בעניינה של רשות מינהלית, רע"א 483/88 **מפעלים פטרוכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל – אגף המכס והבלו**, פ"ד מד(3) 812, 816 (1990). עם זאת לעניין סעד הצהרתי, דפנה ברק-ארוז ציינה כי "הפנייה לבית המשפט האזרחי [לקבלת סעד הצהרתי נגד רשות מנהלית] היא מועילה כאשר השאלה הטעונה הכרעה היא אם התקיימו התנאים המוקדמים להפעלת סמכותה של הרשות, להבדיל ממחלוקת באשר לטיב שיקול הדעת שהפעילה הרשות במסגרת סמכותה": דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי – משפט מינהלי דיוני** 164 (2017).

בתקיפה עקיפה. ההלכה היא כי "עצם קיומה של האפשרות שערכאה דיונית תדון בסוגיה מסוימת במסגרת 'תקיפה עקיפה' מקימה לעותר סעד חלופי"<sup>20</sup>, ולפיכך ככלל עתירה לבג"ץ בנושא תידחה על הסף. כך נעשה לא אחת באשר לעתירות לבטלותן של תקנות (עוד לפני שהסוגיה הוסדרה בחוק בתי משפט לענינים מינהליים, שיידון מייד), שבהן נטען לבטלות התקנות משום שהותקנו בחוסר סמכות או משום שנטען כי הן פוגעות שלא כדין בזכויות אדם,<sup>21</sup> וכך גם בנושאים אחרים,<sup>22</sup> בלא לייחד זאת למקרים שבהם הטענה תועלה כטענת הגנה דווקא.

גישה זו משתלבת עם מגמה כללית שמוצאת ביטוי נרחב בחקיקה שבה הוענקה סמכות לבירור טענות לפגמים בהחלטות שלטוניות לבתי המשפט שאינם בג"ץ. הדבר בא לידי ביטוי בשלושה היבטים עיקריים: האחד, חקיקת הוראות חוק שמכוחן מוקנית עילת תביעה אזרחית נגד גורמים פרטיים וציבוריים כאחד בגין פגיעה שלא כדין בזכויות אדם, תביעות שמתבררות בבתי המשפט השונים לפי הסעד המבוקש בגין הפגיעה בזכות;<sup>23</sup> היבט שני הוא הפסיקה שהערכאה המתאימה להחלת ביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות התביעה בעניין העמדת אדם לדין היא זו שבה מתברר ההליך הפלילי ולא בג"ץ.<sup>24</sup> לבסוף,

20 בג"ץ 1890/10 פרח נ' משרד החינוך, התרבות והספורט, פס' 7 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו) 13.5.2010.

21 למשל בג"ץ 1431/05 אוריין נ' שר התחבורה (נבו 7.7.2005) (עתירה שבה נטען שתקנות הותקנו בחוסר סמכות נדחתה על הסף, והעותר הופנה להעלאת הטענה בתביעה אזרחית שבה ההכרעה בעניין נחוצה לשם בירור טענת הגנה של הנחבט); בג"ץ 6090/08 ברגר נ' שר המשפטים (נבו 11.8.2008) (דחייה על הסף של עתירה שבה נטען שתקנות פוגעות שלא כדין בזכויות חוקתיות אגב הפניית העותר לתקיפה עקיפה); בג"ץ 2762/22 פתיה יבוא ושיווק בע"מ נ' מנהל רשות המיסים, פס' 8 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (נבו 12.06.2022); עניין פרח, לעיל ה"ש 20 (לעניין תוקפה של הוראה בחוזר מנכ"ל); בג"ץ 6715/10 חינה נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון, אגף השיקום, פס' 5 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 17.11.2010); בג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית יפו נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 7.6.2012); בג"ץ 4531/09 ברגותי נ' שירות בתי הסוהר (נבו 16.6.2010); בג"ץ 8662/15 המוקד לפליטים ומהגרים נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 5.1.2016).

22 למשל לעניין תוקפו של היתר שקבע השר לעבודה בבתי חולים בשעות עבודה החורגות מן האמור בחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, בג"ץ 9369/16 אה"ל – ארגון המתמחים לרפואה נ' שר העבודה והרווחה והשירותים החברתיים (נבו 5.1.2017); ולעניין טענה לאי-חוקיות של התניית תשלום של רשות שלטונית בהתחייבות הפרט שלא יגיש תביעה נגד הרשות, בג"ץ 3220/07 קצינטיס נ' האפורטופוס על נכסי נפקדים (נבו 21.9.2008). ראו גם בג"ץ 4470/12 בוק נ' שר התחבורה (נבו 11.6.2012); בג"ץ 5294/13 טולדנו נ' בנק ישראל – המפקח על הבנקים (נבו 11.9.2013).

23 למשל, ס' 5, 11 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000; ס' 4, 24 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; ס' 1, 26 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 ועוד.

24 למשל עניין רותם, לעיל ה"ש 16, שם נקבע כי בית המשפט שבו נדון ההליך הפלילי, ולא בג"ץ, הוא המוסמך לבחון טענות נגד החלטת רשויות התביעה להגיש כתב אישום, טענות שמוגבלות למקרים שבהם ההחלטה מבטאת "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית", בשל ההכרח בגיבוש תשתית ראייתית לבירור טענות מסוג זה ובשל שיקולי יעילות הדיון ומגוון הסעדים הרחב יותר שעומד לרשות הערכאה הדיונית וכן בשל החשיבות של קיום הליך ערעור על ההחלטה השיפוטית בנושא (שם), פס' 69 לפסק דינו של השופט פוגלמן). בית המשפט העיר כי ביקורת שיפוטית מסוג זה, שנעשית כאמור במסגרת ההליך הפלילי, היא ככל הנראה ביקורת "ישירה" ולא "עקיפה" (שם), פס' 23 לפסק דינו של

בשל העומס הרב בבג"ץ הועברה בהדרגה הסמכות לביקורת שיפוטית ישירה בנושאים מסוימים לבית המשפט המחוזי, תחילה מכוח הפסיקה, ולאחר מכן, מאז שנת 1995, עם הקמת בית המשפט לעניינים מינהליים, בחקיקה ולפי החלטת שר המשפטים.<sup>25</sup> על כך נוספה חקיקה שמכוחה הוענקו לבתי משפט שונים סמכויות לביקורת שיפוטית ישירה או לשמש ערכאת ערעור על החלטות מנהליות (בין היתר לבתי הדין לעבודה בנושאים שקשורים לקצבאות הביטוח הלאומי, לזכויות רפואיות ועוד, ולבתי המשפט המחוזיים, בנושאים שקשורים לרשות המסים).<sup>26</sup>

הסמכות לביקורת שיפוטית במסגרת תקיפה עקיפה הוכרה לעניין תוקפן של החלטות שלטוניות פרטניות וגם לעניין נורמות כלליות, כמו חקיקת משנה.<sup>27</sup> הכרה נרחבת זו בסמכות לביקורת שיפוטית במסגרת תקיפה עקיפה הובילה, לפחות עד לאחרונה, לאימוץ עמדה דומה בכל הקשור לביקורת שיפוטית על חקיקה.

## 2. ביקורת שיפוטית על חקיקה בתקיפה עקיפה – הגישה המרחיבה

ההכרה בסמכות להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה נעשתה כידוע בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי**, בשנת 1995, במסגרת ערעור אזרחי, בהתבסס על הקביעה שסמכות החקיקה של

השופט פוגלמן). ראו גם למשל בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה (נבו 6.2.2006); בג"ץ 6136/06 פרי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 18 (נבו 10.9.2006). לדין מפורט ראו רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" ספר אליהו מצא 529 (אהרן ברק ואח' עורכים 2015); יעקב שקד תקיפה עקיפה בהליכים פליליים ואזרחיים 203–236 (2020).

25 תחילה נקבע ההסדר בעניין במסגרת פרק 1 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, בתיקון משנת 1995; לסקירה היסטורית ראו אורי גורן ומיכאל בירנהק "בתי המשפט לעניינים מינהליים" משפט וממשל ד 243 (1997). לאחר מכן הורחבו סמכויות בית משפט זה עם חקיקת חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000. כאמור (ה"ש 14 לעיל), לבג"ץ נותרה אותה סמכות להחיל ביקורת שיפוטית ישירה בנושאים שבהם הוענקה סמכות לבית המשפט לעניינים מינהליים, אך הוא נוהג להפעילה במקרים נדירים בלבד.

26 ס' 391(א1) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995: "לבית דין אזרחי [...] לעבודה, תהיה סמכות ייחודית לדון ולפסוק בכל תובענה [...] של הזכאי לגמלה, או של האדם אשר לידיו ניתנה הגמלה, הטוענים שקופחו בזכותם או שלא הוחלט תוך הזמן הקבוע בתביעה שהגישו"; ס' 54(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994: "לבית הדין לעבודה תהיה סמכות ייחודית לדון בכל תובענה למעט תביעת נזיקין, שבין מבוטח [...] לבין שר הבריאות, המנהל, המוסד, קופת חולים, נותן שירותים לפי חוק זה [...]"; ס' 153(א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]: "מי שרואה עצמו מקופח על ידי החלטת פקיד השומה על פי סעיף 152(ב), רשאי לערער לפני בית המשפט המחוזי, שבאזור שיפוטו פעל פקיד השומה" ועוד.

27 למשל ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695, 701 (1957); ע"א 151/10 מנהל מיסוי מקרקעין אזור תל אביב נ' עיריית תל אביב, פס' 49 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 20.6.2012). ליישום סמכות זו ראו למשל תע"א (אזורי חי') 1584/07 התאחדות המלאכה והתעשייה בישראל נ' גרוניך (בלן שלטים וחומות) (נבו 24.1.2012); ה"פ (מחוזי נצ') 1369/87 שדה יעקב נ' פרי העמק אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ, פ"מ התשמ"ט(3) 279 (1987). ראו גם לעיל ה"ש 21, לעניין עתירות לבג"ץ שבהן נטען לבטלות הוראות בחקיקת משנה שנדרחו על הסף מחמת קיומו של סעד חלופי, כלומר האפשרות להגיש תובענה לבית המשפט המחוזי ובמסגרתה להעלות את הטענה.

הכנסת מוגבלת מכוח הוראות חוקי היסוד, שהם בעלי מעמד חוקתי.<sup>28</sup> בית המשפט אישר שם את ההכרעה של בית המשפט המחוזי, שנעשתה בתקיפה עקיפה, בשני עניינים עיקריים: האחד, כוחה של הכנסת מוגבל ויש להחיל ביקורת שיפוטית לאכיפת גבולות אלה; השני, הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה מסורה אף לבית המשפט שדן בתובענה כספית שמבוססת על הוראת חוק שלפי הטענה פוגעת שלא כדין בזכות חוקתית.<sup>29</sup> ביסוד עמדה זו הסתמכותו של בית המשפט העליון על הלכת *Marbury* האמריקאית,<sup>30</sup> שעיקרה פרשנות החוקה כעליונה, ואשר משמעותה (בארצות הברית), בלשונו של הנשיא ברק, "שחוק הפוגע בהוראות החוקה הוא בטל, וכל בית-משפט מוסמך להכריז על כך".<sup>31</sup> הקביעה שלחוקי היסוד "מעמד חוקתי" הובילה למסקנה שבמקרה של סתירה בין האמור בחוק יסוד – בעיקר בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – לבין חוק "רגיל", על כל בית משפט שנדרש ליישם את הדין להעדיף את האמור בחוק היסוד ולהכריז על בטלותו של החוק.<sup>32</sup>

בפסיקה שבאה בעקבות הלכת **בנק המזרחי** הכריז בית המשפט העליון על בטלותו של הוראות בחקיקה בכעשרים מקרים. בכל המקרים הללו, לבד מאחד, הדבר נעשה בתקיפה ישירה, כלומר בפסקי דין שניתנו בבג"ץ, בעתירות שבהן הסעד העיקרי שהתבקש הוא הכרזה על בטלותו של הוראות החוק. עם זאת בית המשפט הכיר בסמכותם של בתי משפט אחרים להכריז על בטלותו של חוק. שני התקדימים החשובים בהקשר זה ניתנו בעשור הראשון של המאה הנוכחית. באחד המקרים, עניין **עדאלה**, משנת 2006, קבע בג"ץ

28 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט (4) 221 (1995).  
 29 שמונת השופטים שהכירו בסמכות להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה לא התייחסו לסוגיה מפורשות, אך הבסיס להערכה זו הוא העובדה שהשופטים נמנעו מלקבוע שהסמכות מסורה לבג"ץ בלבד, בהליך שעניינו ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי להכריז על בטלותו של חוק. לאורך פסק הדין דנו השופטים בפירוט בקביעותיו של בית המשפט המחוזי. הם דחו את מסקנתו שהחוק הנדון פוגע שלא כדין בזכות הקניין, אך לא נאמר דבר על שנופל פגם בעצם ההחלה של ביקורת כזו במסגרת תובענה בעניין אזרחי. הנשיא שמגר קבע "סמכות הביקורת המשפטית על חוקתיות החקיקה היא בידי בית-המשפט" (שם, בפס' 92 לפסק דינו של הנשיא (בדימ) שמגר), בלי לייחד זאת לבג"ץ דווקא, וכמוהו גם הנשיא ברק, שקבע כי "המסורת המשפטית שלנו מחייבת את המסקנה כי התרופה על אי חוקתיות החוק היא בטלותו, וכי הסמכות לקבוע את דבר אי החוקתיות נתונה לבתי המשפט" (פס' 77), וכך גם בסיכום ההלכה בפסק דינו, שם הוא ציין כי "בית המשפט בישראל הוא בעל סמכות לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" (פס' 108). ראו גם שם בפס' 17 לפסק דינו של השופט ד' לוי. ההימנעות מלייחד את סמכות הביקורת השיפוטית לבג"ץ בולטת על רקע דבריו של השופט חשין, בעניין האפשרות של ייחוד הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה לבג"ץ: "חבריי לא נדרשו כלל לשאלה, ונוכל להסיק מדבריהם, ולו במשתמע, כי כל בתי-המשפט בארץ [...] כולם מוסמכים הם לפסול חוקים של כנסת, והוא כמעשה בית-המשפט המחוזי בענייננו. [...] אכן, המסורת המשפטית המקובלת עלינו, מסורת המשפט המקובל, מכירה סמכות לכל בתי-המשפט להצהיר על דברי-חוק כבטלים מעיקרם. [אולם] טעמים כבדי משקל יתמכו בייחודה של הסמכות לבית-המשפט הגבוה לצדק, תוך קביעת סדרי דין מתאימים להעברתן של שאלות-חוקה מבתי-משפט אחרים לבית-המשפט הגבוה לצדק" (פס' 138).

30 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

31 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 29, פס' 75 לפסק דינו של הנשיא (בדימ) שמגר.

32 אגב, גישה זו יושמה גם בתקופה שקדמה להלכת **בנק המזרחי**, בהתייחס לטענה לבטלות חקיקה מחמת סתירה בינה לבין הוראה בחוק יסוד. אומנם בית המשפט העליון דחה את הטענה, אך עשה זאת אגב דיון לגופו של עניין, בלא לייחס חשיבות לכך שדובר בטענה שהועלתה בתקיפה עקיפה: ע"פ 107/73 **נגב** – תחנת שידור לאוטומוביל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (1) 642, 640 (1974).

מפורשות כי אין מניעה שבית משפט שאינו בג"ץ יחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה אם הדבר נחוץ לשם הכרעה בתובענה שהסעד המבוקש בה הוא בתחום סמכותו. בלשונו של הנשיא ברק:<sup>33</sup>

שאלת חוקתיותו של סעיף 5ב [לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) תשי"ב-1952] עלתה בפנינו באופן שולי בלבד. [...] שמורה זכותם של הצדדים להעלות טענותיהם לעניין חוקתיותו של סעיף 5ב ככל שהיא תתעורר בהקשרם של מקרים ספציפיים. בתי המשפט האזרחיים מוסמכים, במסגרתן של תביעות נזיקין ספציפיות, לבחון טענות כנגד חוקתיות הסעיף. בנסיבות העניין, לא ראינו מקום להכריע בשאלת חוקתיותו של סעיף 5ב.<sup>34</sup>

הוראת החוק הרלוונטית, סעיף 5ב לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 שוללת את אחריות המדינה בנזיקין במקרים שקבועים בה, ולפיכך בית המשפט הכיר כאן בסמכותם של בתי המשפט האזרחיים לבחון את תוקפה של הוראת חוק זו כחלק מעילת התביעה (ולא רק כטענת הגנה). עמדה דומה בוטאה גם בפסק הדין היחיד עד כה של בית המשפט העליון שבו הוכרו על בטלות חוק שלא במסגרת עתירה לבג"ץ אלא בערעור פלילי – עניין פלוני נ' מדינת ישראל, משנת 2010, שבו הוכרו על בטלותה של הוראה בחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006.<sup>35</sup> כאן, שוב, כל תשעת השופטים שהכריעו בעניין לא מצאו כל קושי בהפעלת סמכות זו שלא על ידי בג"ץ. המשנה לנשיאה ריבלין נימק זאת כך:<sup>36</sup>

הערר המונח לפנינו הוגש על-ידי אדם – העורר – שראה את עצמו נפגע מיישומו של סעיף 5 לחוק. במסגרת הערר נעשתה תקיפה עקיפה של חוקתיות סעיף 5 לחוק. [...] אכן, בענייננו לא מדובר בעתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק, שבה נעשית תקיפה ישירה של חוקתיות החוק. [...] לצורך השאלה שלפנינו אין להבחין בין השניים ובמקרים המתאימים נכון יהיה לדון בשאלה העקרונית-החוקתית המועלית באופן עקיף בתיק פרטני גם אם הפכה לא אקטואלית ביחס לעורר הספציפי. אמנם, אילו הייתה השאלה החוקתית מאבדת מן הרלבנטיות שלה לגבי העורר כבר בהליכים הקודמים, יתכן שבתי המשפט דלמטה לא היו נדרשים לה והדרך המתאימה עבור העורר – אילו ביקש להציג שאלה עקרונית לגבי חוקתיות החוק – הייתה לפנות בעתירה לבית משפט זה. אציין בהקשר זה כי במובנים מסוימים דווקא דרך התקיפה העקיפה היא הדרך הראויה להעמיד הוראת חוק למבחן

33 בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

34 כל שמונת השופטים האחרים הסכימו כליל לפסק הדין של הנשיא ברק, וממילא גם לקביעה זו. השופט גרוניס היה היחיד שהתייחס לדברים, וציין כך (שם, בפס' 4): "איננו מכריעים בשאלת חוקתיותו של סעיף 5ב לחוק. יש להניח ששאלה זו תחזור ותובא לפתחם של בתי המשפט".

35 בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010).

36 שם, בפס' 8, 9 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

חוקתי, וערר מהסוג הנדון – אפילו אם בינתיים הפך תיאורטי – הוא דרך הולמת להצגת שאלה חוקתית לבית המשפט העליון.

גישה זו יושמה בפסקי דין נוספים שבהם דן בית המשפט העליון כערכאת ערעור בטענות לבטלות חקיקה (כמעט תמיד לאחר שהטענה נדונה והוכרעה גם בערכאה הדיונית). בכל המקרים הללו הטענה לבטלות החוק נבחנה בבית המשפט העליון לגופה, בלא שהוטל ספק בסמכותו של בית משפט שאינו בג"ץ להכריז על בטלות חקיקה אם הדבר נדרש לשם הכרעה בהליך שבפניו. כך היה למשל בעניין הנדימן, שם נבחנה לגופה (ונדחתה), תחילה בבית הדין הארצי לעבודה ואז בבית המשפט העליון, הטענה שחוק שאוסר על העסקת עובדים בשבת בטל מחמת פגיעה שלא כדין בחופש העיסוק.<sup>37</sup> דוגמה אחרת היא פרשת אדם משנת 2013, שם נדונו במאוחד עתירה לבג"ץ וערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מינהליים, בעניין תוקפה של הוראה בחוק למניעת הסתננות.<sup>38</sup> בית המשפט הכריז שם על בטלות הוראת החוק ובכך הפך את התוצאה שאליה הגיע בית המשפט לעניינים מינהליים. כאמור, גישה דומה ננקטה בכמה וכמה מקרים נוספים. למשל: באשר לטענות שהחלה למפרע של הוראות חוק פוגעת שלא כדין בזכות לקניין,<sup>39</sup> באשר לפגיעות אחרות בזכות לקניין,<sup>40</sup> בנושאים שקשורים ליחסי עבודה,<sup>41</sup> בזכויות בהליך הפלילי,<sup>42</sup> בתוקפה של חקיקה פלילית ועוד.<sup>43</sup> בית המשפט העליון אף הכיר בסמכות להחיל ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה בגין פגמים בהליך החקיקה, בצינו כי " [אם] נפל [בהליך החקיקה] פגם היורד לשורש ההליך, ההצעה לא מתגבשת לכדי דבר חקיקה, ובית-משפט מוסמך – אם

- 37 רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 1 (2003).
- 38 בג"ץ 7146/12 אדם נ' כנסת ישראל, פ"ד סו 717 (2013).
- 39 למשל ע"א 4737/06 חסונה נ' רשות הפיתוח – מנהל מקרקעי ישראל, פס' 22–24 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (2012); ע"א 2405/91 מדינת ישראל נ' עוזבון הורוביץ ז"ל, פ"ד נא(5) 23, 61–65 (1997) (השופט חשין).
- 40 למשל רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נז(5) 385 (2003), שם דן בית המשפט בפירוט בסוגיית תוקפו של החוק הרלוונטי, אם כי השופטת פרוקצ'יה העירה, בעקבות קביעתו של בית המשפט המחוזי כי נתונה לו הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה במסגרת "תקיפה עקיפה", כי "שאלת סמכותה של ערכאה דיונית רגילה לדון ולהחליט בשאלת חוקתיות הוראת חוק ראשית הינה שאלה מורכבת. אין צורך להידרש לה בענייננו מן הטעם שבסופו של יום אציע שלא לקבל את הטענה הנוגעת לאי-החוקתיות של [הוראת החוק] לגופה ולדחות את הערעור" (שם, בעמ' 396).
- 41 למשל, בג"ץ 6871/03 מדינת ישראל נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נח(2) 943, 947 (2003), שם נדחתה טענת המדינה שבית הדין לעבודה אינו מוסמך לדון בטענה לאי-חוקתיותה של הוראה בחוק.
- 42 למשל בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד סו(2) 640, 676 (2013), שם אוחד הדין בתוקפה של הוראה בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, עם עתירה לבג"ץ עם תקיפה עקיפה במסגרת הליך הארכת מעצר אגב הכרה משתמעת בכך שאין מניעה לבחון את תוקף החוק גם במסגרת הליכי הארכת מעצר; ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, 346, 348 (2008); בר"מ 696/06 אלקנוב נ' בית הדין לביקורת המשמורת של שוהים שלא כדין (נבו) (18.12.2006).
- 43 למשל ע"פ 4424/98 סילגורו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 538–544 (2002); רע"פ 8182/18 מושיא נ' מדינת ישראל, פס' 43 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו) 18.2.2020; עניין רותם, לעיל ה"ש 16, פס' 22 לפסק דינו של השופט פוגלמן והמקורות המובאים שם.

בתקיפה ישירה ואם בתקיפה עקיפה – להכריז על בטלות 'החוק'.<sup>44</sup> בית המשפט העליון אף הכיר, באמרת אגב, בסמכותו של בית המשפט המחוזי להוציא צו זמני במסגרת החלת ביקורת שיפוטית על חקיקה.<sup>45</sup>

חיזוק לגישה זו ניתן למצוא בהוראה שנוספה בשנת 2008 לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994. בסעיף 17(ג) לחוק נקבע כך: "ראה בית-משפט בהליך שלפניו כי נדרש לברר את שאלת תוקפו של חוק, יזמין את הכנסת להתייצב בהליך, והיא תהיה רשאית להשמיע את טענותיה להוכחת תוקפו". הוראה זו מבטאת, אומנם במשתמע, הכרה באפשרות שתוחל ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה: הדרישה להזמין את הכנסת (שמיוצגת באמצעות היועץ המשפטי לכנסת) חלה לא רק כאשר הסעד המבוקש בעתירה הוא הכרזה על בטלותו של חוק, ולפיכך לא רק כאשר מדובר בעתירה לבג"ץ, אלא בכל מקרה שבו מתברר כי בהליך נדרש לברר את שאלת תוקפו של חוק.<sup>46</sup>

המאפיין העיקרי של בירור טענות לבטלות חקיקה מחמת פגיעה בזכות חוקתית במסגרת תקיפה עקיפה הוא הימנעות מבחינה של חוקתיות החוק בכללותו. במקום זאת, ההתמקדות היא בבחינה אם בנסיבות המסוימות הרלוונטיות לתביעה, החלת ההסדר שקבוע בחוק פוגעת בזכות חוקתית ואם הפגיעה מידתית אם לאו. דוגמה לכך היא אופן הבירור של חוקתיותו של סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים, שעוסק כאמור בשלילת האחריות בניזיקין של המדינה לנזק שנגרם לתושב של מדינת אויב או של שטח שהוכרז שטח אויב. כפי שהוזכר לעיל, תחילה הוחלט, בפרשת **עדאלה**, במסגרת התקיפה הישירה בבג"ץ, להותיר עניין זה לבחינה בתקיפה עקיפה, וכך אכן נעשה מאוחר יותר, בעניין **פלוני** משנת 2022. היות שהייתה זו הכרעה בתקיפה עקיפה, בית המשפט נמנע מלבחון היבטים שנוגעים לתוקפה של הוראת החוק שלא היו רלוונטיים לתביעת הנזיקין שנדונה שם, כגון ההחלה למפרע של התיקון לחוק והחלתו גם על נזק שנגרם על ידי מי שאינם נמנים עם כוחות הביטחון.<sup>47</sup> כמו כן בית המשפט קבע כי הסעיף הנדון מקיים את דרישת המידתיות רק כאשר לנסיבות מן הסוג שבהן הוא יושם באותו מקרה – תביעה בגין נזק שנגרם מפעילות מלחמתית שקשורה לעימות עם הגורם ששולט בשטח אויב שבו מתגורר התובע. בית המשפט נמנע מפורשות מלהכריע בסוגיית תוקפה של הוראה זו במקרים אחרים, למשל

44 בג"ץ 975/89 נמרודי לנד דיולופמנט בע"מ נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מה(3) 154, 157 (1991) (השופט ברק). הדברים צוטטו בהסכמה (באמרת אגב, שכן דובר שם בביקורת שיפוטית ישירה) בבג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 40 (2004); ובבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פס' 44 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו) 6.8.2017.

45 בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, פס' 34 לפסק דינה של הנשיאה נאור (נבו) 5.1.2012): "במסגרת העתירה שתוגש לבית המשפט לעניינים מינהליים יוכלו מי שייפגעו מהפעלת החוק להעלות, על דרך של 'תקיפה עקיפה', טענות בדבר חוקתיות החוק. [...] במקרים אלה ה'תקיפה העקיפה' נעשית על ידי בעל הדין שיזם את ההליך ולא כטענת הגנה. [...] ניתן יהיה במסגרת עתירה מינהלית לבקש סעד זמני בעניין אי הפעלת הסנקציה".

46 לעמדה שלפיה מעמד הכנסת בהליך של תקיפה עקיפה משמעותי פחות מבתיקה ישירה, שכן עיקר הדיון הוא באופן יישום החוק במקרה פרטני, ראו יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" **משפטים** לט 347, 372-374 (2010).

47 ע"א 993/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 48-49 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו) 5.7.2022.

כאשר הנזק שבגיננו נתבעים פיצויים נגרם שלא מפעילות מלחמתית, כשהוא מותר את ההכרעה למקרה שבו יתעורר העניין.<sup>48</sup> הכרעה דומה נקבעה בפרשה שבה נדונה חוקתיות החלה למפרע של חקיקה שפוגעת בקניין, למשל בפרשת גניס<sup>49</sup> ובפרשת איגוד הבנקים.<sup>50</sup> מאפיין זה של הבחינה החוקתית בתקיפה עקיפה הוא שהפך אותה לדרך שלא אחת אופיינה בפסיקה כדרך העדיפה, ברוח העמדה שהתווה המשנה לנשיא ריבלין בפרשת פלוני: "דווקא דרך התקיפה העקיפה היא הדרך הראויה להעמיד הוראת חוק למבחן חוקתית".<sup>51</sup> דוגמה לכך היא הפסיקה הענפה באשר לטענות לפגיעה ב"זכויות חברתיות", כלומר בזכות לביטחון סוציאלי ובחובתה של המדינה לספק שירותי חינוך, בריאות, דיור וכדומה. ההלכה העיקרית נקבעה בפרשת עמותת מחויבות, ולפיה יש לברר טענות לפגיעה בזכות החוקתית לקיום בכבוד לפי נסיבותיו האישיות של כל אדם, על פי פירוט של מכלול הצרכים והמקורות של הטוען לפגיעה בזכותו.<sup>52</sup> זוהי בחינה שמטבעה נעשית בערכאות הדיוניות, ואכן, הלכה זו ודומות לה – בעיקר בתחום הבריאות – מיושמת כעניין שבשגרה בבתי הדין לעבודה.<sup>53</sup> אומנם עד כה לא נדרשה שם הכרזה על בטלות חוק, אך זאת על יסוד הוראות שסתום בחקיקה הקיימת, שמקנות לרשויות המנהל סמכות לפעול לפי הנחון

48 שם, בפס' 19–22 לפסק דינו של השופט גרוסקופף, ועימו הסכים השופט הנדל.

49 עניין גניס, לעיל ה"ש 2.

50 בג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים בישראל נ' כנסת ישראל, פס' 61 לפסק דינה של הנשיאה נאור (נבו) 29.9.2016): "מעבר לקווים מנחים [שנקבעו בפסק הדין בבג"ץ], ההכרעה בשאלה אם מגבלת היחס חלה לגבי אינטרס או זכות מסוימים שמקורם בעבר צריכה להיעשות במסגרת הליכים פורטניים, על בסיס תשתית עובדתית קונקרטית ובמידת הצורך חוות דעת של מומחה. [...] במסגרת זו, יהיה מקום להתחשב באינטרס ההסתמכות ובציפיות ראויות להגנה, ככל שישנן, בכפוף לנסיבות כל עניין ועניין. [...] גישה זו מאפשרת 'תפירה ידנית' של 'חליפה' מתאימה לכל מקרה לפי נסיבותיו, בגבולות שנקבעו. [...] במסגרת הליך חוקתי בית המשפט אינו מחויב – ואף אין בידו את הכלים – להכריע מראש בכל המקרים הפרטניים שעשויים לחסות תחת צלו של החוק".

51 עניין בש"פ 8823/07 פלוני, לעיל ה"ש 35, בפס' 9 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

52 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, פס' 22, 32 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005): "כבוד האדם נפגע אם אדם [ש]מבקש לקיים חיי אנוש בחברה שלה הוא משתייך מוצא כי דלו אמצעיו ותש כוחו לעשות כן. אדם שכזה זכאי כי המדינה תפעל כדי להגן על כבודו. אם תימצא המדינה מפרה, למרות מכלול אמצעי התמיכה שהיא מפעילה, את חובתה זו – בין בחקיקה (שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה) ובין במעשה שלטוני אחר (שאינו מקיים את כללי המשפט המינהלי) – זכאי אותו אדם אף לציווי מבית המשפט, שיוורה למדינה לעמוד בחובתה ולספק לו את האמצעים הדרושים לצורך קיומו בכבוד. ציווי שכזה עשוי לחול על מקרה בודד או על סוג של מקרים דומים, הכול לפי העניין והנסיבות. [...] יש להניח לפני [בית המשפט] תשתית עובדתית מלאה שממנה יהיה ניתן להסיק את הפגיעה בכבוד. [...] נוכח תשתית עובדתית כזו שתשכנע את בית המשפט [...] כי אמנם הגיע מצבו של אדם לכלל פגיעה אסורה בכבוד, תתחייב הוראה לרשויות השלטון לפעול להסרת הפגיעה. [...] בפסיקתנו זו אין כדי לסתום את הגולל על עתירות שעניינן זכות האדם לקיום בכבוד. [...] בתי המשפט מוסמכים לאכוף אותה, בהינתן עתירה נקודתית ומבוססת דייה חובתם תהיה לעשות כן".

53 למשל לעניין חובתן של קופות החולים לספק תרופות במימון ציבורי במקרים שבהם קיים צורך רפואי בכך, חב"ר (אזורי ת"א) 31481-11-15 מגר נ' מכבי שירותי בריאות (נבו) 27.12.2015). ראו גם כרמל שלו בריאות, משפט זכויות האדם 281–297 (2003); ישראל דורון "בית הדין האזורי לעבודה וחוק ביטוח בריאות ממלכתי: דילמות בעיצוב מדיניות שיפוטית", עבודה, חברה ומשפט י 131 (2004).

בנסיבות העניין כדי למנוע פגיעה בזכויות חוקתיות של הפרט ועל יסוד פרשנות מרחיבה של החקיקה, לא מחמת היעדר סמכות עניינית להכריז על בטלות חוק כשהדבר נחוץ לשם הענקת הסעד האישי המבוקש.<sup>54</sup>

במסגרת זו מיושמת במקרים רבים הדוקטרינה בדבר "סעד חלופי", שמכוחה נדחות על הסף עתירות לבג"ץ לבטלות חקיקה, והעותרים מופנים לבירור הטענה בהליך בבית משפט אחר שבו תיבחן חוקיות הפעלת הסמכות השלטונית ממקרה למקרה. אחד הביטויים הראשונים לכך ניתן בפרשת **עבייד**, בשנת 2002, שם נטען בעתירה לבג"ץ לבטלותו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002. בית המשפט פסק שהדרך העדיפה לברר את הטענה החוקתית היא בדיון התקופתי שנערך בבית המשפט המחוזי לבחינת חוקיות כליאתם של העותרים:<sup>55</sup>

טוענים העותרים כי בית המשפט המחוזי לא יידרש לטענותיהם כנגד חוקיות החוק בשלב זה. אין בטענה זו ממש. עילות הביקורת המנחות את בית המשפט המחוזי הן עילות רחבות. ביכולתו להידרש לטענות החוקתיות של העותרים להם לא נדרש בעבר, לאור חוסר שיתוף הפעולה שלהם [...]. אין דבר בלשון הסעיף [שבחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים] או בתכליתו המונע הידרשות זו כעת. אכן, מסגרת הדיון בבית המשפט המחוזי מהווה סעד חלופי, המצדיק את הימנעותנו מלידת סעד לעותרים.

במקרה אחד, פרשת **לקסר**, נוסחה תפיסה זו בהרחבה: "אם] אדם או גוף קונקרטי נפגעו בצורה זו או אחרת מהתיקון לחוק [...] בידי אותו אדם או גוף סעד חלופי יעיל", ולפיכך יש לדחות על הסף עתירה לתקיפה ישירה של התיקון לחוק.<sup>56</sup> גישה זו יושמה מאז כאמור בכמה וכמה מקרים. למשל, לעניין חוקתיות הוראות בחקיקת המס, שבעניינן נקבע כי יש

54 למשל בג"ץ 1105/06 **עמותת קו לעובד נ' שר הרווחה**, פס' 89 לפסק דינה של השופטת ארבל (נבו) 22.06.2014 (לעניין חובתו של שר הבריאות להפעיל את סמכותו להרחיב את תחולת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, במקרה שנדון שם בעניינם של מהגרי עבודה ששוהים בארץ כדין תקופה ממושכת). הלכה ברוח זו יושמה במגוון הקשרים, למשל לעניין הכרה בסמכות טבועה של רשות האוכלוסין וההגירה להאריך מועדים להגשת בקשות במקרים חריגים מעבר למועדים הקבועים בחוק: בר"מ 8668/17 **רביד נ' רשות האוכלוסין וההגירה** (נבו) 30.10.2019; בר"מ 6612/19 **רשות האוכלוסין וההגירה נ' פלוני** (נבו) 31.12.2019.

55 בג"ץ 2055/02 **עבייד נ' שר הביטחון** (נבו) 12.12.2002 (הנשיא ברק).

56 בג"ץ 6972/07 **לקסר נ' שר האוצר**, פס' 29 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו) 22.3.2009. ראו גם בג"ץ 1716/19 **פרידמן נ' מנהל רשות המיסים**, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו) 18.6.2020: "לעיתים יהיה על העותר להעלות את טענותיו החוקתיות בתקיפה ישירה, ולא אגב תקיפת ההחלטה המינהלית הפרטנית בעניינו [...]. אולם, דרישה זו יפה, בעיקרה, כאשר העתירה מעוררת 'שאלות נכבדות של מדיניות משפטית, חברתית או מדינית', או כשיש לה 'השלכה רחבה וחשובה, ולכן חשוב שבית המשפט יאפשר לגורמים נוספים הקשורים לעניין הנדון להשמיע את טענותיהם' [...]. זה אינו המצב בענייננו [...]. ומשכך, ראוי להותיר את טענות העותר לבירור עתידי במסגרת תקיפה עקיפה, אם וכאשר יקבלו רשויות המס החלטה קונקרטית בעניינו".

לברר את הטענות במסגרת ערעור לבית המשפט המחוזי על החלטת פקיד השומה,<sup>57</sup> לעניין הוראות עונשיות שמוחלות או צפויות להיות מוחלות על העותר, שבעניינן נקבע כי המקום המתאים לברר אותן הוא בהליך הפלילי, אם יהיה כזה,<sup>58</sup> ועוד.<sup>59</sup> ביסודה של גישה זו העדפתה של בחינת הוראת חוק ממקרה למקרה, אגב הימנעות מבחינת תוקפה באופן כוללני (או "מופשט")<sup>60</sup>:

בחינת טענות חוקתיות בערכאות הדיוניות מבטיחה כי טענות אלו ייבחנו על בסיס מצב עובדתי קונקרטי ולא בדרך של דיון מופשט בחוקתיותו של חוק. [...] כמו כן, ניתן להניח כי קביעת התשתית העובדתית על ידי הערכאה הדיונית עשויה להוביל לכך כי פעמים רבות יתייתרו הטענות החוקתיות כשלא יהיה בהן צורך, ובכך יובטח הריסון השיפוטי בבחינת חוקתיותם של חוקים.

תוצאה זו מושגת גם באמצעות החלת שתי דוקטרינות נוספות, שלפחות בחלקן מבטאות מגמה דומה של צמצום השימוש בביקורת שיפוטית ישירה על חקיקה, לטובת בחינת חוקתיותן של הוראות חוק על פי אופן הפעלת הסמכות הנובעת מהן, במקרים פרטניים. דוקטרינה אחת היא החלת הדרישה ל"מיצוי הליכים" גם בביקורת שיפוטית על חקיקה שעניינה חיוב בפנייה מוקדמת אל הרשות המוסמכת על פי החוק בטרם הגשת העתירה.<sup>61</sup>

57 עניין **לקטר**, לעיל ה"ש 56, בפס' 29 לפסק דינו של השופט דנציגר; עניין **פרידמן**, לעיל ה"ש 56; בג"ץ 1076/07 **קבוצת ממן אילת בע"מ נ' משרד האוצר** (נבו 19.1.2009), שם ציין השופט לוי כי החלטת בית המשפט המחוזי שדן בערעור על החלטת פקיד השומה בהשגה שהוגשה לו, לעכב את הדיון בטענה לבטלות הוראת חוק עד להכרעה בעניין בעתירה שהוגשה לבג"ץ היא שגויה. נקבע שעל בית המשפט המחוזי להכריע בטענה לגופה, ולפיכך העתירה לבג"ץ נדחתה על הסף. לתוצאה דומה ראו גם בג"ץ 6499/93 **מנפאואר (ישראל) בע"מ נ' נציב מס הכנסה** (נבו 30.1.1994).

58 בעתירה לבג"ץ בעניין חוקתיותה של הוצאת צווי הגבלה נגד תושבי מזרח ירושלים שאסרו עליהם לצאת מבתים בשעות הלילה, טענו העותרים לבטלות ההוראות בתקנות ההגנה (שעת חירום) שעל פיהן הוצאו הצווים, בין היתר מחמת פגיעה שלא כדין בחופש העיסוק. בעקבות הדיון בעתירה נאלצו העותרים לקבל את המלצת בית המשפט למחוק את העתירה, כך לפי פסק הדין, "לנוכח [כך שב] הליכים הפליליים המתנהלים נגד העותרים [...] הועלו [...] בתקיפה עקיפה [הטענות] לעניין תוקף צווי ההגבלה [...]". [את] הטענות בעניין זה יש למצות בהליכים הפליליים כאמור": בג"ץ 1200/20 **זורה נ' מפקד פיקוד העורף** (נבו 3.3.2020). ראו גם בג"ץ 7190/05 **לובל נ' ממשלת ישראל** (נבו 18.1.2006); בג"ץ 6887/13 **קניאס נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 12.1.2014); בג"ץ 8424/01 **הנדלמן נ' נציב מס הכנסה** (נבו 30.9.2002); ועוד.

59 למשל בג"ץ 2426/08 **בן עטר נ' מדינת ישראל – משרד התחבורה** (נבו 16.9.2008).

60 עניין **קניאס**, לעיל ה"ש 58, בפס' 7 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

61 למשל בג"ץ 4819/20 **עדאלה נ' הכנסת** (21.7.2020); בג"ץ 5261/20 **בן מאיר נ' הכנסת**, פס' 5–6 לפסק דינו של השופט מינץ (נבו 20.8.2020): "דין העתירה להידחות על הסף מחמת אי-מיצוי הליכים [...]". הלכה היא כי טרם פנייה לבית משפט זה על העותר לפעול למיצוי הליכים אל מול הרשות המוסמכת הנוגעת בדבר, אחרת תידחה עתירתו על הסף. [...] חובת מיצוי הליכים שרירה וקיימת גם כאשר מדובר בעתירות חוקתיות הנוגעות לביטול חוקים"; בג"ץ 5746/20 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת** (נבו 30.8.2020); בג"ץ 267/21 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר האוצר**, פס' 4 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 24.1.2021): "התכלית בדבר מיקוד המחלוקת בין הצדדים מתקיימת גם ככל שמדובר בעתירה המכוונת לתוקפו של דבר חקיקה". לדין ביקורתי בגישה זו ראו אדם שנער "על חוסר

ביסודה של גישה זו ההערכה שלצורך ההכרעה בדבר חוקתיות החוק יש לעיתים קרובות חשיבות לפרשנות שמייחסת הרשות השלטונית לסמכות שהוקנתה לה בחוק, למשל: אם לשיטתה מדובר בסמכות חובה או רשות בלבד, ואם זו סמכות רשות, באיזה אופן, אם בכלל, בכוונתה להפעילה.<sup>62</sup> פרשנות זו, אף שאינה מחייבת את בית המשפט,<sup>63</sup> עשויה לתרום לתיחום גדר המחלוקת במקרים קונקרטיים.<sup>64</sup>

הדוקטרינה השנייה שמבטאת מגמה דומה היא דרישת ה"בשלות". כבר בפרשת **עדאלה**, שהוזכרה לעיל, בעניין חוק הנזיקים האזרחיים, הצביע הנשיא ברק על הזיקה שבין דרישה זו לבין ההעדפה שעשויה להיות להחלת ביקורת שיפוטית חוקתית באשר לאופן יישומו של החוק בכל מקרה ומקרה, בציינו כי כל עוד לא התעוררו מקרים שהתעוררה בהם שאלת תחולתו של החוק הנדון, "טרם בשלה העת להכריע בחוקתיותו [שכן] הרבה תלוי באופן יישומו ובפירושו שיוענק להוראות הסעיף", ומוטב לדחות את ההכרעה בתוקף החוק אם הוא ייושם, הכרעה שתיעשה "בהקשרם של מקרים ספציפיים".<sup>65</sup> יישום תדיר של דרישת הבשלות החל בעשור האחרון. ההלכה היא שהביקורת השיפוטית על חוק עשויה להידחות עד למועד שבו יתברר אופן הפעלת הסמכות שהוענקה מכוחה, אם אופן יישום הסמכות ללוונטי להכרעה בחוקתיות החוק.<sup>66</sup>

הגיונה של הדרישה למיצוי הליכים בעתירות חוקתיות "ICON-S-IL Blog (24.8.2020). להימנעות מהחלת דרישה זו לעניין ביקורת שיפוטית על הוראה בחוק יסוד ראו בג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פס' 86 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (נבו 12.7.2021): "היועץ המשפטי לממשלה טען [...] כי היה על העותרות לפנות אליו לאחר שהתקבל בכנסת התיקון לחוקי-היסוד, אולם, [...] לא ברור מה היתה התועלת בפניה שכזו, שכן הוא ממילא איננו הגורם המוסמך לשנות, או לבטל את התיקון לחוקי-היסוד".

62 למשל, דנג"ץ 912/21 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר האוצר**, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 21.4.2021): "בעתירות שעניינן תוקפו של דבר חקיקה – להבדיל מפרשנותו – לכאורה אין לרשות שיקול דעת שלא לפעול לפי החוק. על כן אין, למעשה, סעד אחר זולת פנייה לבית המשפט [...]. עם זאת, בהחלט יתכנו מקרים שבהם פנייה מוקדמת לרשות המוסמכת או ליועץ המשפטי לממשלה, יש בה כדי להועיל. כך, למשל, כאשר שאלת חוקתיות החוק קשורה באופן הדוק לשאלת פרשנותו [...]. יש לבחון, אפוא, בכל מקרה לגופו האם נכון לעמוד על הדרישה למצות ההליכים בעתירות שבהן נתקף דבר חקיקה ראשית, ואין להקפיד בכך הקפדה יתרה, שאינה הכרחית, מקום שדרישה כזו אין בה תועלת". ראו גם יגאל מרזל "הדיון בעתירות לעניין תוקף חוק" **ספר אליהו מצא** 167, 189–190 (אהרן ברק ואח' עורכים 2015).

63 לדיון עקרוני (אגב הכרעה בסוגיית מעמדה של פרשנות החוק על ידי הרשות המאסדרת לצורך ההכרעה בתובענה ייצוגית) ראו דנ"א 4960-18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (נבו 4.7.2021).

64 למקרה מסוג זה, שבו פרשנות מצמצמת של החוק שעליה הצהירה הממשלה, שמכוחה צומצמה הפגיעה בקניין שנובעת מן ההסדר שנקבע בחוק, הביאה לדחיית עתירה נגד חוקתיות חוק, ראו עניין **אינדובנקים**, לעיל ה"ש 50.

65 עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 33, בפס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק.

66 למשל, בג"ץ 3803/11 **איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל** (נבו 5.2.2012); עניין **בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי**, לעיל ה"ש 45, בפס' 34 לפסק דינה של הנשיאה נאור; בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת**, פס' 10–23 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (נבו 17.09.2014); בג"ץ 5440/11 **חננאל (חז) נ' שר המשפטים** (נבו 11.3.2012); בג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת**, פס' 60 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 15.04.2015); בג"ץ 3166/14 **גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 42–48 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (נבו 12.3.2015); בג"ץ 9518/16 **הראל נ' כנסת ישראל**, פס' נט–ס לפסק דינו של המשנה

דחיית עתירה על הסף מחמת היעדר מיצוי הליכים, ובעיקר מחמת חוסר בשלות, אינה מבטאת בהכרח העדפה של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק בתקיפה עקיפה. לא אחת, גם בירור חוקתיות החוק בכללותו שנעשה בהכרח בביקורת שיפוטית ישירה, בבג"ץ, מחייב מידע על אופן יישום החוק על ידי הרשות השלטונית. על כך נוספת העמדה, שהיא הדומיננטית בפסיקה, ולפיה חוק מוכר כ"פוגע" בזכות חוקתית רק כאשר מופעלת מכוחו סמכות שלטונית שמשפיעה ישירות על אינטרסים מוגנים של הפרט. גישה זו מבטאת במרבית המקרים דחייה של טענות שחוק פוגע בזכות אדם עוד בטרם יושם, בשל "השפעה מצננת" אפשרית שלו על בעלי הזכויות, בשל השפעה עקיפה אפשרית שלו על אופן הפעלת שיקול הדעת של נושאי משרה שלטונית ועל תפיסות הציבור או בשל הפגיעה בכבוד האדם שנובעת מתוכן המסר שמבטאת החקיקה הנדונה.<sup>67</sup> יתר על כן, דחיית העתירות על יסוד היעדר בשלות עשויה להיות לא אחת "טכניקת הימנעות", שמאפשרת לבג"ץ לדחות את הצורך להחיל ביקורת שיפוטית למועד מאוחר יותר.<sup>68</sup> למרות כל זאת נראה שלפחות חלקית, השימוש בעילות הסף בדבר מיצוי הליכים ובשלות מבטא העדפה עקרונית של ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה בשל היתרונות שבבחינה של חוקתיות החוק בכל מקרה ומקרה.<sup>69</sup> דברים ברוח זו בוטאו למשל בפרשת **אבנרי** (לעניין החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א–2011),<sup>70</sup> בפרשת **סבח** (לעניין חוק "ועדות קבלה");<sup>71</sup> בפרשת **התיכון האורתודוקסי** (לעניין סעיף 3ב לחוק יסודות התקציב),<sup>72</sup> ועוד.<sup>73</sup>

לנשיאה רובינשטיין (נבו 5.9.2017). ראו גם בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל** (נבו 8.7.2021). אומנם בית המשפט דחה שם את טענת המשיבים כי יש לדחות על הסף, מחמת חוסר בשלות, את העתירה להכריז על בטלותו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, וקבע כי היות שהעתירה עוסקת בפרשנות חוק היסוד, ראוי להכריע בה עוד בטרם יושם החוק (פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה (חיות). אך עמדת הרוב בדבר דחיית העתירה התבססה על הקביעה שמעמדם של הוראות חוק היסוד, על רקע הסתירה שעלולה לנבוע מהן לחובה החוקתית לנהוג בשוויון, צריכה להיבחן ממקרה למקרה (שם, בפס' 49): "ככלל, הפתרון למתח זה מצוי ברמה התת-חוקתית, קרי, במסגרת בחינת חקיקה ראשית, חקיקת משנה ופעולות מנהליות. [...] יש לבחון כל מקרה לגופו בהתאם למבחני האיזון הרלוונטיים שנקבעו בחוקי היסוד ובפסיקה".

67 לדיון ביקורתי בגישה זו ראו ברק מדינה **דיני זכויות האדם** 98–106, 449–453 (2016); ילנה צ'צ'יק "על בשלות וחוקתיות" **משפטים** מג 419 (2013).

68 ראו אריאל בנדור "בשלות ועוד" **משפטים על אתר** ח 33 (2016), שעומד על כך שיש אי-התאמה בין העמדה שיש לדחות עתירה מחמת היעדר בשלות עד שיתבררו העובדות הרלוונטיות להכרעה אם החוק חוקתי לבין חובתה של הכנסת לברר עובדות אלה (לרבות הערכה מראש שלהן) כתנאי לחקיקת חוק שפוגע בזכות חוקתית; ראו גם מרזל, לעיל ה"ש 62, בעמ' 192–199, שמציע לקבוע בפסק הדין, גם אם העתירה נדחת מחמת חוסר בשלות, "תמרורי אזהרה" לעניין אי-חוקתיות אפשרית של אופני יישום מסוימים של החוק.

69 ראו בעניין זה רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" **עיוני משפט** לז 45, 53 (2014): "קביעה כי העתירה אינה בשלה משמעה שההיבט הדומיננטי של הטענה החוקתית מחייב בירור במסלול היישומי, ושבעתירה המונחת לפתחו של בג"ץ לא הונחה תשתית יישומית כנדרש". ראו גם אורי אהרונסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית" **משפט וממשל** טז 9, 52–54 (2015); צ'צ'יק, לעיל ה"ש 67.

70 עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 66, בפס' 60 לפסק דינו של השופט מלצר: "יישום דוקטרינת חוסר הבשלות החוקתית לענייננו מחייב כי [...] הטענות [...] יבחנו במסלול היישומי אגב תביעות שתוגשנה, ככל שתוגשנה, [...] ותתבררנה בפני בית המשפט הדיוני, או לחלופין כשתבואנה עתירות פרטניות בהקשר

התוצאה הנובעת מן הדיון שהובא עד כה היא גישה מרחיבה לעניין החלת ביקורת שיפוטית על חקיקה במסגרת תקיפה עקיפה. בלשונה של השופטת ברק-ארז, "מגמתה העקבית של הפסיקה במשך למעלה משני עשורים צידדה בהעברת עניינים מבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לערכאות אחרות – בין על דרך תקיפה ישירה [...] ובין על דרך תקיפה עקיפה, שאף אליה בית משפט זה חזר והפנה, וזאת ב"ד רחבה"<sup>74</sup>. בהתחשב באוסף ההלכות שתואר לעיל, היה אפשר להעריך שביקורת שיפוטית כזו תהפוך עניין שבשגרה. ואולם, כשמדובר בנורמות כלליות, בעיקר חקיקה ראשית וחקיקת משנה, ניכרת זהירות מופלגת בפסיקתם של בתי המשפט שאינם בג"ץ. מדובר בגישה שמשלבת ספקנות

לסעיפים 3 ו-4 לחוק, כנגד החלטה קונקרטית של שר האוצר. בכך נלך בשיטה האמריקאית המקובלת שבמסגרתה מתעוררים ונדונים עניינים חוקתיים לרוב על דרך של 'התקפת עקיפין' ומלמטה למעלה. גישה זו אף מקובלת באירופה הקונטיננטלית [...]. התפתחות זו יפה במיוחד בעניינינו, שכן, כפי שהבהרתי, גישת המשפט לחרם רואה בחרם 'מושג זיקית', שפעמים הוא מותר ופעמים הוא אסור ומתפסה זו נגזר כאמור גם דין הקריאה לחרם, שאף הוא תלוי-הקשר".

71 עניין **סבח**, לעיל ה"ש 60. אומנם השופט גרוניס ציין שם כי "[ל]שאלת קיומה של מערכת עובדתית קונקרטית [...] אין השפעה בהכרח על אופייה של הביקורת השיפוטית לאחר יישום החוק, בעתירה חדשה שהוגשה לאחר שעתירה קודמת נדחתה בשל חוסר בשלות. הביקורת השיפוטית במקרה כזה יכול שתיעשה באופן מופשט – גם לאחר שהחוק יושם" (שם, בפס' 19 לפסק דינו של השופט גרוניס), אך הוא הוסיף כי במקרה שנדון שם, "הליך עתידי שידון בשאלת חוקתיות החוק יכול שילבש [צורה] של תקיפה עקיפה, במסגרתה יעלו בעלי הדין טענות חוקתיות. הליך כזה אפשרי היה ותוגש עתירה על החלטה קונקרטית של ועדת ההשגות לבית המשפט לעניינים מינהליים. בית המשפט לעניינים מינהליים יוכל לדרון בטענות החוקתיות, וערער על החלטתו, ככל שיוגש, יאפשר לבית משפט זה לדרון בטענות אלה. [...] מסלול שני הוא בדרך של הגשת עתירה לבג"ץ שתתקוף בתקיפה ישירה את הסדרי החוק, וזאת, על יסוד תשתית עובדתית מספקת, בהתאם להערוותנו בהליך הנוכחי. [...] אין הכרח בשלב זה להגביל את אחת מן הדרכים, אם כי נדמה בעיני כי יש ליתן עדיפות למסלול הראשון" (שם, בפס' 28).

72 עניין **בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי**, לעיל ה"ש 45, בפס' 34 לפסק דינה של הנשיאה נאור: "לבית המשפט לעניינים מינהליים סמכות לדרון בעתירות שעניינן הפחתת סכומי תמיכה על פי החלטת שר האוצר. [...] 'דרך המלך' בה יש לנקוט היא בהגשת עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים. כמובן שבמסגרת העתירה שתוגש לבית המשפט לעניינים מינהליים יוכלו העותרים להעלות גם את טענותיהם בדבר חוקתיות החוק. סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לדרון בטענות בדבר אי חוקתיות אינה מונעת דיון בטענות בבית משפט 'רגיל' [...] במסגרת העתירה שתוגש לבית המשפט לעניינים מינהליים יוכלו מי שייפגע מהפעלת החוק להעלות, על דרך של 'תקיפה עקיפה', טענות בדבר חוקתיות החוק".

73 למשל עניין **איגוד הנאמנים בשוק ההון**, לעיל ה"ש 66, בפס' 15–16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין: "ככלל, ראוי כי בעל דין יתקוף חוקתיותו של חוק רק מקום בו הוא נתבע בפועל על הפרתו – שאז יוכל להתגונן כנגד הכוונה להטיל עליו סנקציה, בשל ההפרה, בטענה שהחוק המופר אינו חוקתי. [...] התקיפה הקונקרטית היא תקיפה עקיפה שיתרונה [...] במיקוד ההתדיינות במחלוקות אמיתיות וביכולת לקיים הכרעה מושכלת על-פי נטוני אמת, הממחישים, לכאן או לכאן, את נפקותו של החוק העומד לביקורת".

74 עניין **אבו פריח**, לעיל ה"ש 17, בפס' 16 לפסק דינו של הנשיא (בדימ) גרוניס. ראו גם עניין **מושיא**, לעיל ה"ש 43, בפס' 43 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז: "השארית הדלת פתוחה לתקיפה עקיפה בהליכים פליליים שבהם טענות ההגנה מכוונת כנגד נורמה כללית היא 'דרך המלך' הנוהגת בפסיקתו של בית משפט זה מראשיתה". לתמיכה בגישה "ביזורית" לביקורת שיפוטית מינהלית וחוקתית ראו גם זמיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 2694; אהרונסון, לעיל ה"ש 69; פוליאק, לעיל ה"ש 69; שקד, לעיל ה"ש 24, בעמ' 113–114.

באשר לעצם קיומה של הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית כזו עם הערכה שגם אם הסמכות קיימת, מוטב להפעילה במשורה ולהימנע ככל האפשר מהכרזה על בטלותן של נורמות כלליות כאמור. פרקטיקה זו הביאה את אורי אהרונוסון לאפיין את המצב המשפטי הנוהג כביקורת שיפוטית שהיא "ביזורית להלכה וריכוזית למעשה"<sup>75</sup>.

כאמור, מאז הוכרה הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה, ב-1995, הכריז בית המשפט העליון על בטלות חקיקה בשבתו כבית משפט לערעורים (כלומר שלא כבג"ץ) פעם אחת בלבד. גם מספר הפעמים שבהם הוכרה טענה לבטלות חקיקה בערכאות הדיוניות הוא קטן מאוד. בספירה שנערכה בשנת 2014 נמצאו רק עשרה מקרים כאלה, וכמעט כולם נהפכו בדיון בערעור,<sup>76</sup> ובתקופה שחלפה מאז ועד 2024 נמצאו עוד מקרים ספורים בלבד.<sup>77</sup> דוגמה לכך היא פרשת הנדלמן: במסגרת ההליך הפלילי בבית משפט השלום העלה הנאשם טענה שהוראת החוק שהוא הואשם בהפרתה פוגעת שלא כדין בחופש העיסוק ולכן היא בטלה. בית המשפט עיכב את הדיון עד להכרעת בג"ץ בעתירה שהנאשם הגיש בעניין זה, אך שם הונחה העותר להעלות את הטענה בהליך הפלילי, ולפיכך העתירה נמחקה;<sup>78</sup> בית משפט השלום דן בטענה וקבע שהוראת החוק אכן פוגעת שלא כדין בחופש העיסוק והכריז אפוא על בטלותה בהקשר שבו יושמה.<sup>79</sup> בערעור (שהגיש הנאשם על הרשעתו בסעיפים אחרים) ביטל בית המשפט המחוזי קביעה זו וקבע כי "טוב היה עושה בית משפט קמא אילו נקט במידה רבה יותר של איפוק שיפוטי בעניין בטלות [הוראת החוק]. במקום להזדרז ולבטל[ה], ניתן היה למצוא פתרון לסוגיה של הפגיעה לכאורה בחופש העיסוק, באמצעות פרשנות הולמת של הסעיף עצמו."<sup>80</sup> ואכן, הגישה שזוכה לעדיפות בפסיקת בתי המשפט הדיוניים היא פרשנות החקיקה בדרך שמביאה לכך שהוראותיה יבטאו פגיעה כדין בלבד בזכויות אדם, בלא צורך להכריז על בטלות החקיקה.<sup>81</sup> דוגמה לגישה זו היא ביטול כתב אישום בגין הפרת איסור מכירת חמץ בפסח באמצעות פרשנות מצמצמת של האיסור שנקבע בחוק.<sup>82</sup> כאשר לא ניתן להימנע מן התוצאה של פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית

75 אהרונוסון, לעיל ה"ש 69, בעמ' 11.

76 לפירוט ראו שם, בעמ' 20-21, ה"ש 36; שקד, לעיל ה"ש 24, בעמ' 55-56. לפסקי דין שבהם נערכה בחינה חוקתית ונמצא בה שהפגיעה בזכות החוקתית היא כדין ראו למשל ב"ש (מחוזי ת"א) 92690/02 מדינת ישראל נ' עביד (נבו 10.3.2003); ע"מ (מחוזי חי') 61629-01-17 חברת זנלכל בע"מ נ' פקיד שומה (נבו 19.3.2019).

77 למשל ת"פ (מחוזי ת"א) 22791-09-13 מדינת ישראל נ' שפטשוילי (נבו 17.2.2015); ק"ג (אזורי ב"ש) 66849-09-14 עברי – נתיב (נבו 10.5.2017) (ההכרעה בוטלה בערעור: ע"ע (ארצי) 18924-06-17 נתיב – היועץ המשפטי לממשלה (נבו 5.6.2018)); ת"פ (שלום אשד') 66506-01-17 מדינת ישראל נ' בנימין (נבו 4.10.2018) (ההכרעה בוטלה בערעור: ע"פ (מחוזי ב"ש) 29421-11-18 מדינת ישראל נ' בנימין (נבו 25.9.2019)).

78 בג"ץ 8424/01 הנדלמן נ' נציב מס הכנסה (נבו 30.9.2002).

79 ת"פ (שלום ת"א) 4696/01 מדינת ישראל נ' הנדלמן (נבו 14.4.2003).

80 ע"פ (מחוזי ת"א) 70597/04 הנדלמן נ' מדינת ישראל, פס' 17 (נבו 1.12.2005). לדיון בפרשה זו ראו אהרונוסון, לעיל ה"ש 75, בעמ' 22-23.

81 למשל ס"ק (ארצי) 5/03 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' התאחדות התעשיינים בישראל (נבו 16.7.2003).

82 ת"פ (מחוזי י-ם) 4726/07 מדינת ישראל נ' טרמינל טווינטי וואן בע"מ (נבו 2.4.2008).

בדרך של פרשנות, מעדיפים לרוב בתי המשפט הדיוניים למחוק תובענה שבה מתבקש סעד של בטלות חקיקה ולהנחות את התובע לעתור בעניין לבג"ץ.<sup>83</sup> כמפורט בהמשך, ספק רב אם גישה זו היא חוקית, שהרי אם התובענה בתחום סמכותם, אין הם רשאים להכריע בה בלא לברר לגופה את הטענה לבטלות החקיקה הרלוונטית.<sup>84</sup> גישה מצמצמת זו של בתי המשפט השונים, הסותרת כאמור את הגישה הדומיננטית בפסיקת בית המשפט העליון, מוצאת בשנים האחרונות תמיכה גוברת והולכת גם בהכרעותיהם של חלק משופטי בית המשפט העליון. סוגיית היקפה של הביקורת השיפוטית בתקיפה עקיפה הפכה בשנים האחרונות סלע מחלוקת בפסיקה, מה שהביא את השופט לוי לקבוע כי מדובר ב"סוגיה מורכבת [אשר] מעוררת שאלות סבוכות שטרם הוכרעו כל צורכן בפסיקתנו".<sup>85</sup>

### 3. ביקורת שיפוטית על חקיקה בתקיפה עקיפה – הגישה המצמצמת

בעבר, בסדרה של שלוש הצעות חוק מטעם הממשלה שכותרתן הצעת חוק-יסוד: החקיקה, שפורסמו בשנים 1975, 1978 ו-1992, הוצע לייחד את הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה "לבית-המשפט העליון [בשבתון] כבית-משפט לחוקה".<sup>86</sup> בהצעות החוק הבאות שהוגשו בעניין, אחת על ידי הממשלה (1993) ושתיים על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (2000 ו-2001), לא נכללה הוראה בדבר הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקים, ולפיכך לא נכללה בהן הצעה לייחד לבג"ץ סמכות זו.<sup>87</sup> אולם העמדה שלפיה יש לייחד את סמכות הביקורת השיפוטית לבית המשפט העליון, בהרכב מורחב וברוב מיוחס, שבה ובוטאה בשנים האחרונות בתזכירים של הצעת חוק-יסוד: החקיקה (שלא הבשילו לכדי הצעת חוק) שפרסם משרד המשפטים (2012 ו-2017),<sup>88</sup> ולאחרונה גם בהצעת חוק שיזמה ועדת החוקה, חוק ומשפט, בתמיכת הממשלה, במסגרת מה שכונה "הרפורמה המשפטית" (2023).<sup>89</sup> בהצעות אלה הוצע לקבוע מנגנון להעברת ההכרעה בעניין מבית המשפט שבו היא מתעוררת אל בית המשפט העליון. גם הנשיא ברק ציין, בהרצאה שנשא ב-2005, כי אף שלא ערכו "השיקולים השונים לטובת כל אחד מהמודלים מאזנים זה את זה", הרי שכל עוד התמיכה בביקורת שיפוטית על חקיקה טרם "חדר[ה] עמוק להכרה ולתודעה של הציבור", מוטב לייחד סמכות זו לבית המשפט העליון, "הנהנה מאמון הציבור כמגן הדמוקרטיה וכבר הפעיל ביקורת זו בעבר", ורק "כאשר התרבות החוקתית תעמיק בחברה

83 למשל עת"מ (מנהלי י-ם) 65092-06-18 אבו ערפה נ' משרד הפנים (נבו) 26.11.2018. לסקירה ראו אהרונסון, לעיל ה"ש 69, בעמ' 19-21.

84 ראו להלן פרק ב.

85 רע"פ 7451/07 מדינת ישראל נ' אהרונוביץ, פס' 4 לפסק דינו של השופט לוי (נבו) 2.6.2008.

86 ס' 12 להצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ו 135, וכן ס' 13, 14 להצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ח 326, וס' 35 להצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ב 149.

87 הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ג 89; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התש"ס 340; הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשס"א 556.

88 ס' 24 לתזכיר חוק-יסוד: החקיקה (5.4.2012), אתר משרד המשפטים, וס' 24 לתזכיר חוק-יסוד: החקיקה (19.12.2017), אתר משרד המשפטים.

89 ראו לעיל ה"ש 6.

שלנו, וכאשר הביקורת השיפוטית תיתפס כאמצעי טבעי וחיוני לדמוקרטיה הישראלית, יהיה מקום לעבור (למעשה לחזור) למה שכינה "המודל הדה-צנטרליסטי, בנוסח המשפט המקובל".<sup>90</sup> עם זאת ברק הכיר בכך שכל עוד לא נחקקה הוראה מפורשת כזו בחוקה (או בחוק יסוד), במצב המשפטי הקיים מסורה לכל בית משפט הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה.<sup>91</sup>

בשנים האחרונות ניכרת בפסיקה מגמה של העדפת שיקולי המדיניות שהזכיר הנשיא ברק, ובכמה פסקי דין יושמה גישה מצמצמת מאוד באשר לסמכותם של בתי המשפט שאינם בג"ץ להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה (ועל חקיקת משנה) במסגרת תקיפה עקיפה. גישה זו מבוססת על ההנחה שלבתי המשפט הדיוניים שיקול דעת אם לדון בטענה לבטלות חקיקה, כעילת תביעה או הגנה, ושככלל מוטב להימנע מהכרעה בתוקפה של חקיקה. משמעות הדבר החלת חזקה שמבחינת בתי המשפט שאינם בג"ץ היא חזקה חלוטה, שהחקיקה תקפה כל עוד לא הוכרזה בטלה בבג"ץ. למשל, בעניין זנלכל, שנפסק בשנת 2022, פסק בית המשפט העליון כי אין מקום לדון כלל בטענות המערערת באשר לחוקתיותה של ההחלה למפרע של חקיקה שמכוחה שונו אמות המידה לזכאות להנחה במס הכנסה, משום שהטענות הועלו במסגרת תקיפה עקיפה: "הנישומות מבקשות באופן שאינו משתמע לשני פנים כי תיפסל חקיקה ראשית שיצאה מאת הכנסת, תוך הידרושות לבחינת תקינות הליך החקיקה, לאופן הפעלת שיקול הדעת של המחוקק, וכן למדיניות הכלכלית המעוגנת בבסיסה. [...] מקרה [זה] נמנה באופן מובהק עם סוג המקרים המצויים בסמכותו הייחודית של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק".<sup>92</sup> בדומה לכך, בפרשת פלוני, שאף היא הוכרעה בשנת 2022, אומנם בית המשפט דן בתקיפה עקיפה בטענה לבטלותה של הוראה בחוק הנזיקים האזרחיים (ודחה אותה לגופה), אך הדגיש כי הדבר

90 אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה צנטרליסטית (מבוזרת) משפט וממשל ח 13, 22 (2005). ברק הביע עמדה דומה כבר ב-1977, בסימפוזיון בנושא: אהרן ברק "סודותיה של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת" ספר ברקת 286, 291 (1977). לעמדה שלפיה ראוי לייחד את סמכות הביקורת השיפוטית לבית המשפט העליון ראו גם זאב סגל "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקיות של חוקים" משפטים כח 239 (1997); יניב רוזנאי ביקורת חוקתית – התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל 123–127 (2021).

91 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 332 (2004): "כדי לקיים ביקורת שיפוטית צנטרליסטית יש לקבוע הוראה מפורשת בעניין זה בחוקה. [...] בהיעדר כל הוראה בחוקה באשר לאורגן השיפוט אשר יקיים ביקורת שיפוטית, הביקורת מן ההכרח שתהא דה-צנטרליסטית. היא תתבצע על-ידי בית-המשפט הרגילים".

92 ע"א 3129/19 זנלכל בע"מ נ' פקיד שומה חיפה, פס' 78 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (נבו 25.8.2022). לגישה דומה ראו רע"ב 6646/22 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 1.1.2023), שם נקבע כי אין להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה בתקיפה עקיפה בטענתו של אסיר שבקשתו להשתחרר שחרור מוקדם על תנאי נדחתה מכוח הוראת חוק שקובעת שאין לשחרר שחרור מוקדם מי שהורשע בעבירת טרור (שם, בפס' 12 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ): "מרכז הכובד של ההליך עוסק עתה בשאלת תוקפו וחוקיותו של סעיף 40 לחוק [המאבק בטרור, התשע"ו-2016]. טענות אלה, מטבע הדברים, טומנות בחובן שאלות מדיניות כבדות משקל ונושאות השלכות רחב משמעותיות, החורגות מגדרו של המקרה הנוכחי. שאלות אלה מצדיקות אפוא, ככלל, פנייה על דרך של תקיפה ישירה לבג"ץ, שהוא הערכאה המוסמכת ובעלת המומחיות לדון בהיבטיו החוקתיים של החוק". ראו גם ע"מ (מחוזי ת"א) 31416-12-20 פקיד שומה גוש דן נ' לוי-באן משאבים בע"מ, פס' 59 (נבו 11.7.2024).

נעשה משום שהמערערים פעלו בעניין זה לפי המתווה שנקבע עוד בפרשת **עדאלה** שהוזכרה לעיל, ואלמלא כן היה נמנע מלבחון כך את תוקפה של החקיקה בתקיפה עקיפה.<sup>93</sup> לפי שיטתו של השופט סולברג,<sup>94</sup>

כשמדובר בתקיפה עקיפה של חקיקה ראשית של הכנסת, טעמים טובים שבמדיניות שיפוטית מטים את הכף אל עבר צמצום היקף הסמכות, באמצעות מתן שיקול דעת רחב לבית המשפט הדין בדבר, לצורך הכרעה בשאלה אם עליו להיזקק לסמכותו זו. [...] "דרך המלך" להרהר אחר חוקתיותו של דבר חקיקה ראשית, היא פניה בעתירה לבית המשפט זה, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, באשר הוא הגורם בעל המומחיות והמקצועיות לדבר.

עמדה דומה ננקטה בכמה פסקי דין באשר לסוגיה קרובה, שעניינה החלת ביקורת שיפוטית על חקיקת משנה במסגרת תקיפה עקיפה. אומנם אין מדובר בסוגיה זהה לזו של ביקורת שיפוטית על חקיקה, משום שחקיקת משנה נקבעת על ידי גורם מינהלי ולא על ידי הכנסת, והיא כפופה לביקורת שיפוטית גם בלי להיזקק להכרה במעמד החוקתי של חוקי היסוד. עם זאת, ההסתייגות שהחלה מוצאת ביטוי נרחב בפסיקה מהחלת ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה על חקיקת משנה מבטאת עמדה עקרונית שתקפה מקל וחומר גם לעניין בחינת תוקפה של חקיקה ראשית. פסק הדין העיקרי בהקשר זה הוא עניין **אלפריח**, שניתן ב-2019, שם נפסק כי "תקיפת סבירותו של חוק עזר מקומה בהליך של תקיפה ישירה בפני בית המשפט המינהלי המוסמך", כלומר בבג"ץ (לנוכח הוראת סעיף 15(1) לחוק בתי המשפט המינהליים, שיידון להלן), "ולא בהליך של תקיפה עקיפה", ובמקרה שנדון שם, שלא במסגרת תובענה ייצוגית להשבת תשלומי אגרה שנטען כי נגבו שלא כדין.<sup>95</sup> לשיטתו של השופט מזוז, "נוכח חריגותו וחסרונותיו [...] של הליך התקיפה העקיפה, מתחייבת גישה זהירה ומצמצמת בשימוש בו" בכל הקשור לביקורת שיפוטית על נורמות שלטוניות כלליות.<sup>96</sup> בית המשפט ביסס את הכרעתו על הקביעה כי כאשר הטענה העיקרית שמועלית בתובענה כספית, בתובענה רגילה או ייצוגית, היא שנורמה שלטונית כללית אינה תקפה. משמעות הדבר שהסוגית החוקתית או המנהלית היא העיקרית בו, אף אם הסעד המבוקש הוא כספי. ההלכה שנקבעה שם, על דעת שניים משלושת השופטים, מצמצמת מאוד באשר לאפשרות להגיש תובענה ייצוגית בגין פגם בנורמה שלטונית:<sup>97</sup>

יש לעמוד על כך כי לבקשה לאישור תובענה ייצוגית אשר הסעד המבוקש בה מושתת כל כולו או בעיקרו על טענת אי חוקיות של מעשה שלטוני,

93 עניין ע"א 993/19 פלוני, לעיל ה"ש 47, בפס' 47 לפסק דינו של השופט סולברג.

94 שם, בפס' 44 לפסק דינו של השופט סולברג.

95 ע"א 4291/17 אלפריח נ' עיריית חיפה, פס' 5 לפסק דינו של השופט מזוז (נבו 6.3.2019). ראו גם בר"מ 6372/15 זרביב נ' מדינת ישראל (נבו 16.1.2017), שם נמנע בית המשפט מלדון בטענה לבטלות חוק במסגרת תובענה ייצוגית בלא להכריע מפורשות אם יש מניעה עקרונית לכך.

96 עניין אלפריח, לעיל ה"ש 95, בפס' 13 לפסק דינו של השופט מזוז.

97 שם, בפס' 20, 23 לפסק דינו של השופט מזוז.

תקדם תקיפה ישירה של המעשה השלטוני בהליך של תקיפה ישירה בבית המשפט המוסמך לכך. [...] אכן, גם בתובענה ייצוגית יתכנו מקרים חריגים בהם תהיה הצדקה לאפשר תקיפה עקיפה של החלטת רשות. [...] מקרה אפשרי הוא מקום שמדובר בפגם חוקיות מובהק שאינו שנוי במחלוקת או שהוא גלוי על פניו ותוצאתו ברורה, כגון מעשה שנעשה על פניו ללא סמכות או בהעדר פרסום כדין של חיקוק או חוק עזר שלא אושר על ידי שר הפנים. לא כן מקום בו נתקף שיקול הדעת השלטוני גופו, כגון בטענות סבירות ומידתיות.<sup>98</sup>

גישה זו יושמה במקרים נוספים, למשל: נשללה האפשרות לדון בטענת הגנה מפני חיוב בתשלום שהתבססה על טענה שהחיוב שנקבע בחקיקת משנה שנפל בה פגם מנהלי או חוקתי;<sup>99</sup> נקבע שאין לדון בתוקפו של חוק במסגרת עתירה מנהלית שעוסקת בהחלטה מנהלית שהתבססה על החוק;<sup>100</sup> לעניין תביעת פיצויים אישית נפסק בפרשת גליק כי אין לדון לגופה בתביעת פיצויים בגין נזק שנגרם בשל מעשה שלטוני שנטען שאינו כדין בטרם הוכרע בהליך של תקיפה ישירה בבג"ץ כי אומנם נפל פגם במעשה השלטוני הרלוונטי אף

98 השופט גרוסקופף, בדעת יחיד לעניין זה, הסתייג מתחולתו הרחבה של סייג זה לתובענות ייצוגיות נגד רשות שלטונית (שם). ראו גם רע"א 7497-20 עיריית באר שבע נ' ביג מרכז קניות בע"מ (נבו) (11.1.2021), שם ציין השופט גרוסקופף (פס' 12 לפסק דינו) כי "תכליתה של הלכת אלפריח היתה לנתב לפסים של תקיפה ישירה הליכים בהם מרכז הכובד של השגות האזרח מופנה כלפי 'תוקפו וחוקיותו של אקט שלטוני, ובמיוחד כאשר מושא התקיפה הוא שיקול הדעת השלטוני לגופו, או כאשר מדובר בסוגיה שלטונית מורכבת או רגישה או בעלת השלכה רחבה' [...]. אין תכליתה להעניק קדימות מלאכותית להליך המנהלי, באופן שגם כאשר השאלות הנוגעות לעניינים מהסוג הנ"ל אינן עומדות בלב ההליך, יוקדם בירורן לביורן ההליך האזרחי או הפלילי". ליישום גישה דומה לזו שנקבעה בעניין אלפריח (אך ללא הנמקה), שמכוחה נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעילת התביעה בה חייבה הכרזה על בטלות הוראה בחקיקת משנה, ראו רע"א 750/17 מדינת ישראל נ' עובדיה (נבו) (3.12.2018).

99 רע"א 2933/18 עיריית אור עקיבא נ' מקורות חברת מים בע"מ, פס' 9 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו) (1.8.2019): "לא היה מקום לדון בטענות ההגנה שהועלו על-ידי הרשויות המקומיות, משעה שהועלו על דרך של תקיפה עקיפה, חרף מהות הנושא והיקפו". נראה שביסוד קביעה זו ההערכה שמדובר בסוגיה בעלת חשיבות כללית – אופן קביעת תעריף המים – שהכרעה בה צריכה להיעשות בהתחשב בהשפעות הרחב שלה: "מדובר [...] בנושא שנופו מתפרש עד למרחוק. במצבים מעין אלו [...] הדרך הנכונה לתקוף את הכללים היא בתקיפה ישירה, בהגשת עתירה לבג"ץ. זו הערכאה שהוסמכה לכך, לה המומחיות לדבר. [...] בית משפט אחר אינו יכול לדון בסוגיות שכאלו, כבדרך אגב, תוך כדי עיסוקו בתביעת השבה פרטנית" (שם).

100 ע"מ 2966/19 Human Rights Watch נ' שר הפנים, פס' 10–14 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו) (5.11.2019). נקבע שם כי אין להחיל בתקיפה עקיפה ביקורת שיפוטית על הוראה בחוק הכניסה לישראל, התשי"א-1952. אף שהטענה הועלתה גם בערעור לבית המשפט העליון, בית המשפט קבע שאין לדון כלל בטענות החוקתיות שהעלו העותרים וקבע כך (שם, בפס' 11): "השאלות הנכבדות שמעוררים המערערים במישור החוקתי מצדיקות פנייה למסלול התקיפה הישירה. [...] מאחר שלמעוררים הייתה אפשרות מעשית לעתור במישורין נגד [החוק], אין להידרש בהליך דנן לחוקתיות התיקון – העתידה להתברר בקרוב במסגרת העתירה החוקתית – כך שהביקורת על החלטת השר תתבצע בראי החקיקה הקיימת".

שדובר בהחלטה שלטונית אישית ולא בנורמה כללית.<sup>101</sup> הלכת גליק מבטאת הרחבה של הלכה דומה שבעבר נתחמה להקשר של תביעת פיצויים בגין פגם במכרז של רשות מנהלית.<sup>102</sup> היא יושמה גם בפרשת גולן, לעניין תביעת פיצויים בגין מדיניות שלטונית כללית שנטען שאינה כדין.<sup>103</sup>

השופט שטיין סיכם את הגישה החדשה בקביעה כי "מדיניות הצמצום אשר נקוטה בידינו ביחס לתקיפה עקיפה של חוקים צריכה להימשך ולהתעצם".<sup>104</sup> כמוהו סבר גם השופט רובינשטיין, בהקשר רחב יותר, כי "שיקול דעתם של בתי המשפט השונים צריך להיות מופעל תוך צמצום ככל הניתן של אפשרויות תקיפה עקיפה, בהפקעות ואף בכלל".

101 רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 19.1.2017). ההחלטה השלטונית שבה מדובר היא איסור על התובע לבקר במתחם הר הבית. המשנה לנשיאה רובינשטיין קבע, בדעת מיעוט לעניין זה, כי יש להחיל קביעה זו רק לעניין הבקשה לסעד של צו מניעה שאוסר על המדינה להגביל את חופש הפעולה של התובע (שם, בפס' כג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין), אך לא לעניין תביעת פיצויים: "קיומה של אפשרות לתקיפה ישירה של פעולת הרשות אינו נועל בהכרח את הדלת לתקיפה עקיפה. [...] בענייננו, [אין] לקבוע שהאפשרות לתקיפה ישירה חסמה את דרכו של המבקש לתקוף את החלטת המשיבה באמצעות הגשת תביעה נזיקית; משטען המבקש לנזק אותו גרמה לו הרשות במעשיה הרשלניים, ראוי כי טענתו זו תתברר במישור הנזיקי [...]. העובדה שמדובר ברשות מינהלית יכול שתילקח בחשבון במסגרת העולה הנזיקית עצמה, בטרקלין ולא בפרוזדור" (שם, פס' כ"ב). לתמיכה בעמדת המיעוט ראו זמיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 2695–2700. לגישה דומה ראו רע"א 3354/08 המטה למען ארץ ישראל נ' משטרת ישראל, פס' 6 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 17.4.2008): "הסעדים הזמניים שהתבקשו בבית המשפט הנכבד קמא, כבית משפט אזרחי, אינם בסמכותו, שכן הבקשה עניינה למעשה בצווים כנגד רשויות המדינה לעשות מעשה, או להימנע מלעשות מעשה במילוי תפקידיהן כדין".

102 ההלכה היא שיש לברר טענה לפגם במכרז במסגרת עתירה מנהלית שמוגשת לבית המשפט לעניינים מינהליים ולא בתביעת פיצויים בהליך אזרחי. ראו ע"מ 7401/14 קסם מילניום בע"מ נ' רשות שדות התעופה, פס' 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 9.9.2015): "ככלל, מציע שקופה במכרז לא יוכל לתבוע סעד של פיצויי קיום בגין אי-זכייה במכרז מבלי שיראה כי הקדים לתקוף את ההליך המכרזי עצמו, או כי אפשרות זו נמנעה ממנו מטעמים שאינם קשורים בהתנהלותו-שלו". ראו גם למשל ע"מ 6552/21 ש.ג.א. רפאל פרויקטים בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד השיכון והבינוי (נבו 5.12.2022), שם מנה בית המשפט את השיקולים שביסוד הלכה זו: "חיוב הנפגע להגיש עתירה לאכיפת זכויותו יסייע בתיקון הפגם שנפל בהתנהלות הרשות ויקדם את התכלית של הגנה על שלטון החוק; שיקולי יעילות וחיסכון במשאבי הציבור שבבסיסם הרצון למנוע תשלום 'כפול' של הרשות (לזוכה בפועל ולמציע שהיה אמור לזכות), ולהבטיח כי ההצעה הזוכה תהיה היעילה ביותר; פנייה למסלול האכיפה לפני דרישת פיצויים מתיישבת עם עקרון הקטנת הנזק; וקיומו של יתרון דיוני בבירור הטענות במסגרת עתירה מנהלית שבה מוטלת חובה לצרף את כל מי שמתבקש נגדו סעד או יושפע כתוצאה מקבלתו" (שם, בפס' 16 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

103 רע"א 88/17 גולן נ' ראש עיריית תל-אביב (נבו 9.5.2018), שם נדחתה על הסף תביעה שהוגשה לבית משפט השלום לפיצויים בגין הנזק שנגרם לתובעת בשל מחדליה של עיריית תל-אביב בתחום הטיפול במבקשי מקלט. נקבע כי "המקרה שלפנינו עוסק בסוגיה מובהקת של מדיניות, בעלת השלכות רחב רבות, המערבת אינטרסים לאומיים וציבוריים רחביים. [...] סוגיה כזו, על האופן שבו תקפו אותה המבקשות, מקומה בערכאות המינהליות, ולא בבית משפט שלום ביושבו כבית משפט לתובענות אזרחיות" (שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל).

104 עניין זנכלל, לעיל ה"ש 92, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

לדידי ראוי לעמוד על הליכה בדרך המלך, קרי, תקיפה ישירה.<sup>105</sup> ביסוד הגישה המצמצמת שילוב של שני טיעונים: האחד, "השאלה האם יש להתיר לתובע להעלות טענות מתחום המשפט המנהלי במסגרת תביעה שהסעד העיקרי הנתבע בה הינו סעד כספי, קרי – האם יש להתיר עריכתה של תקיפה עקיפה – אינה שאלה של סמכות עניינית, אלא של 'מתווה דיוני ראוי'";<sup>106</sup> והשני, העמדה שהמתווה הדיוני הראוי הוא הימנעות במרבית המקרים מהחלת ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה. פרק ב' להלן מוקדש לבחינה ביקורתית של הטיעון הראשון; קודמת לכך, ביתר פרק, הערכה של השיקולים שהובאו בפסיקה לביסוס הטיעון השני, שמובילה למסקנה ששיקולים אלה אינם משכנעים, וראוי אפוא לחזור לגישה המרחיבה, שקדמה לזו המצמצמת.

#### 4. בחינה ביקורתית של הטיעונים שביסוד הגישה המצמצמת

בפסיקה מן הזמן האחרון שבה פותחה הגישה המצמצמת הוצעו שני סוגים עיקריים של שיקולים להצדקת ההימנעות מהפעלת הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה בהליך של תקיפה עקיפה: האחד עוסק בדמיון שבין שני סוגי הביקורת השיפוטית, והאחר מתמקד דווקא בהבדלים שביניהם, ובייחוד בנחיתות הנטענת של הביקורת השיפוטית שנעשית במסגרת תקיפה עקיפה. כאמור, אני סבור שטיעונים אלה אינם מצדיקים את המעבר לגישה המצמצמת.

**סוג טיעונים אחד** מתמקד בדמיון שבין שני סוגי הביקורת השיפוטית. במסגרת זו העמדה שיש לצמצם את השימוש בתקיפה עקיפה לבחינת נורמות כלליות כוללת שני שיקולים עיקריים, האחד פרגמטי והאחר מהותי. השיקול הפרגמטי מבוסס על הסברה שגורם מרכזי שבגיננו הכיר בית המשפט העליון בסמכות נרחבת לדון בטענות חוקתיות בתקיפה עקיפה הוא ההערכה שזהו אמצעי יעיל להפחתת העומס על בג"ץ, כחלופה (כמעט מושלמת) לביקורת השיפוטית הישירה. ההקלה המסוימת בעומס על בג"ץ בזכות העברת סמכויות לביקורת שיפוטית ישירה לבית המשפט לעניינים מינהליים ולבתי משפט ולבתי דין אחרים, מחלישה, כך הטענה, את ההצדקה להמשך ההכרה הנרחבת בסמכות לביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה.<sup>107</sup>

105 עניין אבו פריח, לעיל ה"ש 17, פס' ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

106 רע"א 8153/23 מדינת ישראל נ' שי, פס' 12 לפסק דינו של השופט כשר (נבו 16.6.2024).

107 למשל עניין אלפריח, לעיל ה"ש 95, פס' 14 לפסק דינו של השופט מזוז: "אכן, בעבר הייתה נטייה מצד בית המשפט העליון לעודד את השימוש בביקורת עקיפה – הן כאמצעי להקלת העומס מבג"ץ והן מהטעם שבאותה עת התרכזה סמכות הביקורת השיפוטית בידי בית המשפט העליון (בג"ץ), לרבות בעניינים בעלי חשיבות מקומית ומוגבלת – ולפיכך מקום שניתן היה לבחון את השאלה שבמחלוקת במסגרת הליך בפני ערכאה אחרת, הנטייה הייתה אף להכיר באפשרות לתקיפה עקיפה כזו כ'סעד חלופי' המצדיק דחיית העתירה. גישה זו אינה נקיה מביקורת גם לשעתה, אך מכל מקום, משהוקמה בשנת 2000 מערכת בתי-המשפט לעניינים מינהליים, אליה הועבר בינתיים חלק הארי (כמותית) של הליכי הביקורת הישירה על מעשי המינהל, ואשר אחת מתכליותיה העיקריות היא 'שמירת ייחודו של המשפט המינהלי' ומניעת 'טשטוש מאפייניו המהותיים והייחודיים' כפועל יוצא של דיון בו בערכאות אזרחיות (דברי ההסבר להצעת החוק – ה"ח התש"ס 1), אין עוד צידוק לגישה זו. ואמנם נראה כי אכן חל שינוי במגמת בית המשפט לעניין זה."

אני סבור שטיעון זה אינו משכנע. הקלת העומס על בג"ץ ראוי שתהיה, לכל היותר, שיקול משני בהכרעה בסוגיית ההכרה בסמכותם של בתי המשפט להחיל ביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות. במסגרת זו ההערכה הנדרשת היא איזו חלופה תסייע להביא לייעול הדיון השיפוטי ובכך להקל את העומס (ולזרז את מועד קבלת ההכרעה השיפוטית) במערכת השיפוטית בכללה ולא בבג"ץ בלבד. בהקשר זה, לצד הצורך להביא להקלת העומס בבג"ץ, יש להתחשב בהכרח למנוע ככל האפשר את פיצול הדיון לכמה הליכים. הפיצול עלול להיגרם אם בית המשפט נדרש לעכב את ההליך עד להגשת עתירה לבג"ץ (או לבית המשפט העליון אם יאומצו ההצעות שנדונו בעניין בכנסת) שבה תתברר הטענה לבטלות ההחלטה השלטונית הרלוונטית. ואם בית המשפט נמנע מעיכוב כאמור ומכריע בסכסוך בהתבסס על החזקה שההחלטה השלטונית הרלוונטית תקפה (היות שאינו מוסמך לקבוע אחרת), ולאחר מכן בג"ץ קובע כי ההחלטה האמורה בטלה, נדרש לבחון את העניין מחדש, כפוף לקשיים שכרוכים בדבר, בשל האפשרות שכבר נוצר מעשה בידין בגין ההכרעה הראשונה. מניעת פיצול הדיון אינה רק אינטרס פרטי של המתדיינים בהכרעה מהירה. יש אינטרס ציבורי בכך ששופט (או מותב) אחד יכריע במכלול ההיבטים הרלוונטיים לסכסוך. איחוד הדיון מאפשר הכרעה שיפוטית שמבוססת על תשתית עובדתית שלמה, כמו גם גמישות רבה יותר בסעדים שעומדים לרשות בית המשפט בבואו ליישם, במידת הצורך, את הדוקטרינה בדבר "בטלות יחסית" של החלטות שלטוניות. כך למשל הבירור של הטענה שנפל פגם במעשיו של הטוען לבטלות ההחלטה השלטונית (במקרה הטיפוסי, בחירתו לפעול בניגוד לנורמה והעלאת הטענה שהנורמה אינה חוקית רק כאשר הוא נדרש לשאת במחיר בגין הפרת הנורמה) מחייב התייחסות למכלול ההיבטים שקשורים להתנהגותו של הטוען לבטלות ההחלטה השלטונית. זהו עניין שמתברר לרוב רק בהליך שבו נבחנות בראש ובראשונה ההשלכות של התנהגותו זו ולא לפני בג"ץ. קביעה בבג"ץ שבשל פגם במעשיו של העותר הוא מושחק מלטעון לבטלות ההחלטה השלטונית או שתוצאת הבטלות אינה חלה עליו, צפויה להותיר מכלול שאלות פתוחות, למשל ההשפעה שבכל זאת עשויה להיות לאי-חוקיותה של ההחלטה השלטונית על תוצאות ההליך, כגון שיעור החיוב הכספי שיוטל עליו או חומרת הענישה הפלילית. על כך נוסף החשש ששלילת סמכותו של בית המשפט הדיוני להכריע בטענות לבטלות החלטה שלטונית ישמש נתבעים או נאשמים לעיכוב מכוון של ההליך באמצעות פנייה לבג"ץ באותו עניין, שתחייב, לפי הגישה האמורה, עיכוב של הדיון בבית המשפט האחר. שיקולים אלה ודומים להם קיימים ביסוד הגישה שהתגבשה בפסיקה ואשר נראה שבעניינה עדיין אין מוחלת הגישה המצמצמת, בכל הקשור לטענות באשר לחוקיותן של החלטות שלטוניות שקשורות להליך פלילי שבו מואשם נאשם. אלה מסורות בלעדית להכרעתו של בית המשפט שדן באישום, בהימנעות מוחלטת של בג"ץ מהפעלת סמכותו במקרים מסוג זה.<sup>108</sup> שיקולים מעשיים אלה תקפים גם במקרים שבהם הטענה עוסקת בחוקיותן או בחוקיותן של נורמות כלליות.

בצד הטיעון הפרגמטי הובא בפסיקה גם טיעון מהותי, שנובע מהוראות חוק בית המשפט לעניינים מינהליים. טיעון זה מתמקד בסוגיות שבעניינן נמנע המחוקק מהעברת

108 למשל עניין רותם, לעיל ה"ש 16. ראו גם המקורות בה"ש 114 להלן.

הסמכות לביקורת שיפוטית ישירה והותרין בסמכות הייחודית של בג"ץ. מבחינת מספר העתירות, העברת הסמכויות לבית המשפט לעניינים מינהליים היא נרחבת, אולם מבחינה איכותית הסמכויות שהוענקו בחקיקה לבתי המשפט לעניינים מינהליים לדון בעתירות מנהליות הן מצומצמות. ככלל, בית המשפט לעניינים מינהליים אינו מוסמך להחיל ביקורת שיפוטית ישירה באשר להחלטות שלטוניות שיש להן, בלשון התוספת הראשונה, "תחולה ארצית" (למשל בענייני ארנונה, חינוך, תכנון ובנייה ועוד) ובאשר להחלטות של הממשלה או של השר המוסמך (במרבית הנושאים). על הוראות התוספת הראשונה נוספת הקביעה בסעיף 15(1) לחוק כי בית המשפט אינו מוסמך לדון בעתירה מנהלית "שהסעד העיקרי המבוקש בה" מחייב הכרעה בתוקפן של תקנות.<sup>109</sup> הטענה האפשרית בהקשר זה היא שהיות שהמחוקק ושר המשפטים החליטו שלא להסמיך את בית המשפט לעניינים מינהליים להחיל ביקורת שיפוטית ישירה באשר להחלטות שלטוניות מסוימות, החלטה זו תקפה, מכוח היקש, גם לעניין ביקורת שיפוטית שנעשית בתקיפה עקיפה, הן בבית המשפט לעניינים מינהליים (למשל בדיון בתובענה מנהלית) והן בכל בית משפט אחר. לפיכך נפסק שלפי סעיף 15(1) לחוק, בית המשפט לעניינים מינהליים אינו מוסמך להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקת משנה לא רק בתקיפה ישירה אלא גם בתקיפה עקיפה, בדרך של הכרעה בתובענה ייצוגית לסעד של השבת תשלום שנדרש על פי תקנות שנטען כי אינן חוקיות.<sup>110</sup> הטענה היא שהוראות אלה מחייבות את המסקנה, מכוח קל וחומר, שאין להחיל בתקיפה עקיפה ביקורת שיפוטית גם על חקיקה ראשית.

תקפותו של טיעון זה מוטלת בספק. הוראות החוק שתוחמות את סמכויות בית המשפט לעניינים מינהליים אינן כוללות סייג מפורש לעניין הסמכות לביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה. למעשה, ההפך הוא הנכון: לשונו של סעיף 15(1) לחוק בתי המשפט לעניינים

109 בס' 15(1) לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 נקבע כך: "בית משפט לעניינים מינהליים ידון באלה: (1) עתירה נגד החלטה של רשות או של גוף המנוי בתוספת הראשונה בענין המנוי בתוספת הראשונה ולמעט עתירה שהסעד העיקרי המבוקש בה ענינו התקנת תקנות, לרבות ביטול תקנות, הכרזה על בטלותן או מתן צו להתקין תקנות".

110 עניין אלפריח, לעיל ה"ש 95. ראו בהקשר זה גם עניין זנכל, לעיל ה"ש 92, בפס' 73 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "תקיפה עקיפה שוחקת את חלוקת הסמכויות בין הערכאות השיפוטיות השונות, היות שהיא מאפשרת לבית-משפט שאינו מוסמך לכך לדון בתוקפו של המעשה השלטוני. חסרון זה בולט במיוחד כאשר המחוקק ייחס חשיבות מיוחדת לזהות הערכאה השיפוטית שתידון בחוקיות המעשה השלטוני, כגון באותם מקרים בהם נמנע כוונת מכוח מלאפשר תקיפה ישירה של המעשה השלטוני בבתי המשפט המנהליים, וייחד את סמכות התקיפה הישירה לבית המשפט העליון שבבתו כבית-משפט גבוה לצדק". דווקא מטעם זה נמנע השופט גרוסקופף מלקבוע שבכל מקרה אין לבית המשפט לעניינים מינהליים סמכות לדון בתובענה ייצוגית שהכרעה בה מחייבת הכרעה בעניין תוקפן של תקנות. ראו פסק דינו בעניין אלפריח, לעיל ה"ש 95: "בנסיבות בהן התקיפה הישירה של האקט המנהלי צריכה להתבצע על דרך של הגשת עתירה מנהלית לבית המשפט המנהלי, בהתאם לחוק בתי-המשפט לעניינים מינהליים (ראו התוספת הראשונה לחוק בתי-המשפט לעניינים מינהליים) [...] קיימים לכאורה טעמים טובים לנקוט ביד רחבה ביחס לאפשרות להגיש תובענה ייצוגית המבוססת על תקיפת עקיפין של אקט מנהלי, וזאת במיוחד בשים לב לסעיף 5(ב)2 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 המורה כי 'בקשה לאישור נגד רשות כתביעה שעילתה החלטה של הרשות ושהסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה [...] תוגש לבית משפט לעניינים מינהליים'. [...] אם ממילא כל ההליכים מתקיימים בבית המשפט המנהלי, [ספק] האם מוצדק לפצלם לשתי תובענות [שיידונו באותו בית-משפט]".

מינהליים מבטאת במובהק את ההבחנה בין שני סוגי הביקורת השיפוטית. כזכור, נקבע בה כי שלילת הסמכות של בית המשפט לעניינים מינהליים לדון בעתירה מנהלית שעוסקת בתוקפן של תקנות חלה רק כאשר מדובר בעתירה ש"הסעד העיקרי המבוקש בה" עניינו תוקפן של התקנות. ביטוי זה, "הסעד העיקרי", מכוון להבחנה שכבר הוזכרה לעיל, בין תקיפה ישירה, שעניינה מצבים שבהם הסעד העיקרי המבוקש בה הוא ביטול תוקפה של החלטה מינהלית, לבין ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה, שעניינה מצבים שבהם הסעד העיקרי שונה. זאת ועוד, ההגבלה לעניין ביקורת שיפוטית על תקנות נקבעה בסיפה של סעיף 5(1) לחוק, זה העוסק בעתירה מנהלית, ולכן היא מגבילה רק את הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית ישירה. סייג כזה לא נקבע בסעיף 5(3) לחוק, שעניינו הסמכות לדון בתובענות מנהליות (ובהן, כך לפי התוספת השלישית, תובענות ייצוגיות נגד רשות מנהלית), שבהן הביקורת השיפוטית על החלטות שלטוניות היא בתקיפה עקיפה. אין בחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים (או בחקיקה אחרת) הגבלה על האפשרות לתבוע סעד כספי בגין נזק שנגרם מהחלטה שלטונית פסולה.<sup>111</sup> ואכן, כפי שכבר הוזכר לעיל, לא אחת נדחו בעבר על הסף עתירות לבג"ץ לבטלותן של תקנות על יסוד הקביעה שלעותר סעד חלופי שעניינו בירור הטענה במסגרת תקיפה עקיפה, בהליך אזרחי, שבמסגרתו ההכרעה בתוקפן של התקנות נחוצה לצורך בירור התביעה,<sup>112</sup> ונדונה לגופה, במסגרת תובענה ייצוגית, טענה לבטלות תקנות.<sup>113</sup> בדומה לכך, ההלכה היא שבמסגרת טענה ל"הגנה מן הצדק" בשל פגם בהחלטה שלטונית להגיש כתב אישום, בית המשפט שדן באישום הפלילי מוסמך להכריע גם בטענה לפגם בהחלטה המנהלית שנמנית עם סוג ההחלטות שבית המשפט לעניינים מינהליים אינו מוסמך להכריע בהן במסגרת תקיפה ישירה (מכוח הסיפה של סעיף 5(1) או מכוח הוראות התוספת הראשונה).<sup>114</sup> קשה למצוא הצדקה לפער שבין הסמכות לדון

111 ההלכה בעניין זה היא ש"ככל שמתבקש סעד כספי אשר לא נתונה לבית המשפט לעניינים מינהליים סמכות לתיתו במסגרת תובענה מנהלית, הסמכות לדון בתביעה בה אותו הסעד מתבקש נתונה לבתי המשפט האזרחיים (השלום או המחוזי על פי סכום התובענה)": רע"א 7987/10 מדינת ישראל – משרד החינוך נ' עמותת מוסדות "חזון ישעיה", בפס" 5 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו 28.4.2011), עם זאת בית המשפט ציין שם כי "באותם המקרים בהם הלכה למעשה מדובר בתקיפה ישירה של ההחלטה המנהלית, אין לאפשר עקיפה של הליך העתירה המנהלית, על סדרי הדין הקבועים לגביה, באמצעות ניסוח מניפולטיבי של כתב הטענות" (שם).

112 ראו פסקי הדין המוזכרים בה"ש 21 לעיל.

113 למשל ע"א 6567/97 בזק, התברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עובד המנוח אליהו גת ז"ל, פ"ד נב(2) 713, 717 (1998); רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, פס" 17 לפסק דינו של השופט גרוניס (נבו 26.4.2010): "נוטה אני לדעה שבמקרים המתאימים ניתן יהיה לתקוף מעשה מינהל בתקיפה עקיפה במסגרת תובענה ייצוגית. [...] הנטייה להיעתר לתקיפה עקיפה גוברת מקום שהיא נוגעת לתקנות בעלות תחולה כללית, להבדיל ממעשה מינהלי פרטני".

114 למשל בג"ץ 7456/09 מידברג נ' בית-המשפט השלום בראשון לציון (נבו 21.1.2010), שם נדונה השאלה אם בית המשפט שדן באישום הפלילי מוסמך לדון בטענה לבטלותה של הכרזת שר הבריאות על חומר מסוים כעל סם מסוכן. אומנם בג"ץ קבע כי בנסיבות העניין אכן מוטב לדון בכך בביקורת שיפוטית ישירה בבג"ץ, אך הכיר בכך שגם לבית משפט השלום הסמכות להכריע בכך. במקרה אחר קבע השופט זמיר כי דווקא טענה לבטלות של תקנה שתחולתה כללית – בשונה מצו אישי – מתאימה יותר לבירור בתקיפה עקיפה. רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פס" 10 לפסק דינו של השופט זמיר (10.8.2000): "בדרך כלל אין מקום לצפות מאדם שיתקוף תקנה כללית, אלא אם וכאשר הוא נפגע

בטענות שכאלה כטענות הגנה בהליך הפלילי או בתובענה אזרחית לבין הסמכות לדון בהן בתובענה מנהלית בבית המשפט לעניינים מינהליים או בבתי משפט אחרים.

הסייגים שנקבעו בתוספת הראשונה לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים ובסעיף 5(1) לחוק עוסקים רק בסמכות להחיל ביקורת שיפוטית ישירה בבתי המשפט לעניינים מינהליים. אכן, הסייג שבסעיף 5(1) לחוק, ששולל את הסמכות לביקורת שיפוטית ישירה על תוקפן של תקנות, חל מכוח קל וחומר גם על ביקורת שיפוטית ישירה על תוקפה של חקיקה, שגם היא מסורה בלעדית לבג"ץ. אך הוראות אלה אינן מגבילות את הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה. ביסוד פרשנות זו ההכרה בקיומו של הבדל מהותי בין ביקורת שיפוטית שנעשית בתקיפה ישירה (שהיא שנשללה מכוח הסייגים האמורים) לביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה: האחרונה מוגבלת למקרים שבהם נפגע אינטרס אישי של העותר והיא עוסקת בחוקיות או בחוקיות של אופן יישומו של המעשה השלטוני או של הנורמה הכללית. הבדל זה מצדיק את ההבחנה בין תחולת הסייגים במקרים השונים.

**סוג טיעונים שני** שהוצע בפסיקה לתמיכה בגישה המצמצמת מתמקד בהבדלים שבין שני סוגי הביקורת השיפוטית. בעיקרו של דבר, מדובר בשלושה טיעונים: (1) מוטב להימנע מהחלת ביקורת שיפוטית על חקיקה בתקיפה עקיפה, שכן אמות המידה שלפיהן מוחלת הביקורת אמורות להיות מצומצמות מאלה שמוחלות בתקיפה ישירה, בעיקר משום שבתי המשפט שאינם בג"ץ נעדרים מומחיות מספקת ביישום המשפט החוקתי; (2) בשונה מביקורת שיפוטית ישירה, תחולתה של ההכרעה השיפוטית בתקיפה העקיפה מוגבלת לעניין שבו היא נדונה, וזו תוצאה שאינה רצויה מבחינת מדיניות שיפוטית; (3) במקרים שבהם הבחירה של העותר בתקיפה עקיפה משקפת התעלמות שלו מן הדין (ואף הפרתו), החלת ביקורת שיפוטית עלולה לעודד עשיית דין עצמית, וזוהי תוצאה שאינה רצויה. בשורות הבאות אציע דיון ביקורתי בשלושת הטיעונים הללו, שמבוססים כאמור על ההנחה שלבית המשפט שבו נטענת הטענה לבטלות המעשה השלטוני שיקול דעת אם בכלל לבחון את הטענה.

**1. אמות המידה שלפיהן אמורה להיות מוחלת הביקורת השיפוטית בתקיפה עקיפה.**

לכאורה ההלכה בעניין זה חד-משמעית: המשפט הציבורי – המנהלי והחוקתי – הוא אחד, ולפיכך הביקורת השיפוטית בתקיפה עקיפה מבוססת על אמות מידה זהות לאלה של הביקורת השיפוטית שמוחלת בבג"ץ.<sup>115</sup> בעבר נהגה ההבחנה שלפיה רק טענה שמעשה שלטוני הוא "בטל" (void), כלומר טענה שנפל בה פגם חמור כמו פעולה בחוסר סמכות, יכולה להתברר בכל בית משפט, אך בג"ץ בלבד מוסמך לדון בטענה לפגם שחומרתו פחותה, ולפיכך משמעותו שהמעשה השלטוני רק "ניתן לביטול" (voidable), ותוצאת הפגם

באופן אישי מתחולת התקנה, כגון, כאשר הוא עומד לדין פלילי על הפרת התקנה. במקרה כזה, לא תהיה בפניו, מבחינה מעשית, דרך לתקוף את התקנה אלא הדרך של תקיפה עקיפה, כלומר, הדרך של טענת הגנה שהתקנה בלתי-חוקית ובלתי-תקפה. לפיכך יש בדרך כלל סיכוי טוב יותר לתקיפה עקיפה של תקנה כללית מאשר לתקיפה עקיפה של צו אישי". הלכה זו ניתנה בטרם הוסף בשנת 2005 לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים הסייג שבסעיף 5(1), אך כאמור הלכה זו עודנה מיושמת גם אחריו".

115 לדין ראו זמיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 2657-2664; שקד, לעיל ה"ש 24, בעמ' 7-26. ההלכה הכללית בעניין זה נפסקה בבג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 747 (1980): "בתי המשפט הם רבים, המשפט המינהלי הוא אחד".

אפוא מסורה לשיקול דעתו של בית המשפט לאור מכלול השיקולים הרלוונטיים. עם אימוץ ההלכה בדבר "בטלות יחסית", שחלה גם במסגרת של ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה, אין נזהגת עוד ההבחנה בין פגמים שמכוחם מעשה שלטוני בהכרח בטל לבין פגמים אחרים, ונזנחה גם ההבחנה בין עילות הביקורת השיפוטית לעניין סוג התקיפה. אולם בצד קביעות ברוח זו בפסיקה,<sup>116</sup> לאחרונה בוטאה גישה שדוגלת בהגבלת עילות הביקורת כאשר הדיון נעשה שלא בבג"ץ. הדבר נעשה על יסוד התפיסה שלבית המשפט שיקול הדעת אם לדון בטענה לבטלות ההחלטה השלטונית, ובמסגרת זו יש לשקול את חומרת הפגם הנטען. בלשונו של השופט מזוז:<sup>117</sup>

האבחנה בין סוגי הפגמים לא הייתה רק ענין פורמלי אלא ייצגה גם תפיסה מהותית לפיה אין זה ראוי ונכון כי כל בית משפט יוכל לקיים ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת של רשויות השלטון ולהכריע בדבר תוצאות פגם בשיקול דעת זה. דווקא טשטוש ההבחנה בין סוגי הפגמים והעברת הדגש לשאלת תוצאת הפגם משמעם מורכבות רבה יותר בקיום ביקורת שיפוטית. לפיכך, גם אם ההבחנה בין סוגי הפגמים אינה עוד מבחן פורמלי לעניין הסמכות לתקיפה עקיפה, היא עדיין צריכה לשמש כאמת-מידה מנחה, לא בלעדית, במסגרת שיקול הדעת של בית המשפט לקביעת המקרים בהם ראוי לאפשר ביקורת עקיפה לעומת מקרים בהם ראוי ונכון להגביל את הביקורת להליך של תקיפה ישירה בלבד.

גישה ברוח זו יושמה למשל בעניין ביקורת שיפוטית על חקיקת משנה אגב דיון בהארכת מעצר, שם נקבע כי "סמכותו של בית משפט של מעצר לדון בצו אלוף בתקיפה עקיפה צריכה להיות שמורה למקרים בהם בצו האלוף, בעניינו של אותו אדם, נפל פגם חוקי, או מוסרי חמור, או שהוא ניתן בחוסר סמכות בולטת, העשויים להביא לבטלותו של הצו מדעיקרא".<sup>118</sup> על יסוד תפיסה זו נפסק גם כי היות שהביקורת השיפוטית על שיקול דעתן של רשויות התביעה בדבר הגשת כתב אישום מוחלת בבית המשפט שבו נדון האישום, עילות הביקורת מוגבלות לפגמים חמורים במיוחד ואינן כוללת את עילת אי-הסבירות.<sup>119</sup> הרחבה נוספת של גישה זו ניתנה בפרשת גליק, בקביעה שבית משפט השלום שדן בתובענה

116 למשל עניין **עיריית ירושלים**, לעיל ה"ש 19, בפס' 29 לפסק דינו של הנשיא גרוניס והמקורות שם.

117 עניין **אלפריח**, לעיל ה"ש 95, בפס' 16 לפסק דינו של השופט מזוז. עוד ראו ברוח זו למשל עניין **אהרונוביץ**, לעיל ה"ש 85, בפס' 4 לפסק דינו של השופט לוי: "ככל שזיהויו של הפגם שנפל יצריך בירור עובדתי ונורמטיבי מקיף יותר, כך יקשה להפקיד את המלאכה בידי ערכאות שאינן מיומנות ביישומו של המשפט המנהלי, או שמסגרת הדיון בהן מקשה על קיומו של בירור כאמור. אם נפל פגם [בהחלטה השלטונית הנדונה], אין הוא כה חמור על פניו עד כי ניתן לקבוע, בלא שיקדם לכך דיון מעמיק, כי אותה פעולה לא תוכל לעמוד ויתרה מכך, כי אין לה יסוד אף במבט לאחור. [...] דומני, לפיכך, כי מסלול התקיפה העקיפה מערים במקרה זה מכשולים על דרכו של המבקש לילך בו"; עניין **זלכל**, לעיל ה"ש 92, בפס' 74 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

118 בש"פ 5503/17 **רבין נ' מדינת ישראל**, פס' 26 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימו') מלצר (נבו) (12.7.2021).

119 עניין **רותם**, לעיל ה"ש 16.

בנזיקין מוסמך לחייב את המדינה בפיצויים בגין החלטה שלטונית שלפי הטענה אינה כדין רק כאשר מדובר ב"התרשלות חמורה או חסרת תום לב של הרשות, שבאה לידי ביטוי בהפרה עוצמתית של נורמה מינהלית", כך שאין די לעניין זה ברשלנות "רגילה"<sup>120</sup>. אני סבור שגישה זו מעוררת קושי ניכר. ראשית, יש בעיה ביישום שלה. לא אחת נטענות טענות חלופיות באשר לפגמים בהחלטה השלטונית, והעמדה שעל בית המשפט לדון רק בחלק מן הטענות ולהפנות את הפרט להעלות את הטענות האחרות בעתירה לבג"ץ עלולה לפגוע ביעילותו של דיון. שנית, העמדה שתוארה מבוססת על שתי הנחות, שסבירותן מוטלת בספק: האחת, השופטים בבתי המשפט שאינם בג"ץ אינם כשירים, כעניין של מומחיות מקצועית, להכריע כראוי בסוגיות "מורכבות"<sup>121</sup>; השנייה, יש פגמים, כמו פעולה בחוסר סמכות, שההכרעה באשר לתוצאה הנובעת מהם פשוטה. בעניין הראשון יש קושי בהערכה כוללת שכזו באשר לכישורי השופטים. אלה עוסקים כעניין שבשגרה בסוגיות סבוכות, במשפט האזרחי והפלילי (ולא אחת גם בתחומי המשפט המנהלי), ולא ברור שנדרשת מומחיות חריגה דווקא לעניין הכרעה בתוצאות פגמים חוקתיים. אף שבפועל נהוגה התמחות בתחום מסוים של שופטים בערכאות הדיוניות, אין נהוגה העמדה ששופטת שעיקר עיסוקה במשפט הפלילי אינה כשירה להכריע בתובענה אזרחית ולהפך. יתר על כן, גישה כזאת עלולה לרוקן מתוכן את ההסדר שנקבע בסעיף 76 לחוק בתי המשפט, שכל כולו הסמכת בתי המשפט להכריע בעניין שהוא מחוץ לתחום העיסוק הרגיל שלהם. אכן, כאמור לעיל, בתי המשפט הדיוניים נמנעים ככלל מהזיקקות לטיעונים לבטלות חקיקה, אך ספק אם יש לראות בכך ראייה לחוסר הכשירות של השופטים להכריע בטענות מסוג זה. הקושי בגישה זו בולט במיוחד בהחלטה על בתי המשפט לעניינים מינהליים: לפחות כעניין נורמטיבי, שופטי בית משפט זה, שמוסמכים מכוח החוק להחיל ביקורת שיפוטית ישירה על החלטות מנהליות, כשירים גם להכרעות המורכבות שכרוכות בזיהוי פגמים בהחלטה ובקביעת תוצאתם. הגישה שלפיה אין לבטוח במקצועיותם של השופטים ה"רגילים" מבטאת אי-אמון בשופטים, והיא עלולה להוביל לפגיעה באמון הציבור בכלל מערכת השפיטה. יתר על כן, הטיעון בדבר היעדר מומחיות בוודאי אינו חל לעניין ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה שמחיל בית המשפט העליון בתפקידו כערכאת ערעור. אף שאין ודאות שפסק דין שבו הוכרו על בטלות חקיקה יובא

120 עניין גליק, לעיל ה"ש 101, בפס' 32 לפסק דינו של השופט עמית. המשנה לנשיאה רובינשטיין ציין שם, בדעת מיעוט, כי עמדת זו מבטאת "[שינוי] מושכלות יסוד הנוגעות לאחריות המדינה ברשלנות בכלל, באופן המסייג למעשה את ההלכה שנקבעה בסוגיה עשרות שנים אחורנית", שכן יש בה משום "[השבה של] מעמדה המיוחד של המדינה בתובענות מעין אלה" (שם, בפס' מ"א). לביקורת דומה על עמדת הרוב ראו אהוד גוטל, ליאת דאשט ויובל פרוקצ'יה "מתואמים או משלימים? דיני הנזיקין והפסיקה בבג"ץ" **משפטים** נ 713, 754-755 (2021).

121 עניין זנלכל, לעיל ה"ש 92, בפס' 74 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "התקיפה העקיפה מותירה את ההכרעה לפתחה של ערכאה שיפוטית אשר נעדרת את המומחיות הנדרשת לקיום הליך של ביקורת שיפוטית על המעשה השלטוני". ראו גם עניין Human Rights Watch, לעיל ה"ש 100, בפס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל: "דווקא השאלות הנכבדות שמעוררים המערערים במישור החוקתי מצדיקות פנייה למסלול התקיפה הישירה – קרי, תקיפת [החוק] באמצעות עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, שהוא הערכאה המוסמכת ובעלת המומחיות לדון בהיבטיו החוקתיים של התיקון [...]".

לדיון בבית המשפט העליון (במסגרת ערעור או בקשת רשות ערעור, לפי העניין), יש להניח שכך יהיה. כאמור לעיל, על פי סעיף 17(ג) לחוק הכנסת, יש להזמין את הכנסת להתייצב בהליך, ולפי המקובל, גם היועץ המשפטי לממשלה מוזמן להביע עמדתו במקרים מסוג זה (מכוח סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]), וחזקה על גורמים אלה שיביאו הכרעה כאמור לדיון בבית המשפט העליון.<sup>122</sup> היועץ המשפטי לממשלה (וכן היועץ המשפטי לכנסת, במקרים שבהם חל סעיף 17(ג) לחוק הכנסת) רשאי להגיש ערעור על פסק דין שבו התייצב לדיון אף אם הצדדים בחרו שלא לערער על פסק הדין.<sup>123</sup>

גם ההנחה השנייה שעליה מבוססת הגישה שתוארה, ולפיה יש סוגי פגמים שהדיון בהם פשוט ואינו מחייב מומחיות, אינה מוצדקת. ההכרעה בטענה בדבר היעדר סמכות היא לא אחת מורכבת: סוגיית הסמכות מחייבת לברר לא רק אם נקבעה בחוק הסמכה כללית לפעול בעניין מסוים, אלא גם אם מידת הפירוט שנקבעה בחקיקה הרלוונטית מספיקה לפי הכלל בדבר "הסדרים ראשוניים".<sup>124</sup> כמו כן הקביעה שמעשה שלטוני נעשה בלא סמכות אינה מוליכה בהכרח לבטלות אלא כפופה אף היא, כמו פגמים אחרים, להלכת הבטלות היחסית.<sup>125</sup> מטעמים אלה אני סבור שיש להעדיף את הגישה, שהיא כנראה בכל זאת עדיין הדומיננטית בפסיקה, שלפיה המשפט הציבורי הוא אחד, ומשעה שמוחלת ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית או על נורמה כללית כמו חוק או תקנות, יש לבחון אותן לפי מכלול הנורמות של המשפט הציבורי. בדומה לזה, אין מקום לגישה שסמכותו של בית משפט להחיל ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה תיקבע לפי הטענות שמעלה התובע, אגב יצירת הבחנה שטיבה אינו ברור, בין סוגי טענות שאם הן בלבד מועלות בית המשפט ירון בעניין, לבין סוגי טענות – לרבות אולי כאלה שלא הועלו בידי הצדדים אך בית המשפט סבור שהן רלוונטיות להכרעה – ששוללות את הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה או על חקיקת משנה.

הטיעון בדבר היעדר מומחיות של שופטי בתי המשפט שאינם בג"ץ מעורר קושי נוסף שעניינו דווקא מעמדו של בג"ץ. מבט השוואתי מלמד כי מקובל להעניק לבית משפט

122 מכאן ספק אם יש בסיס לחשש שהועלה בפסיקה, שההכרעה בעניין תוקפו של חוק תיעשה בלא שמיעת הרשות המנהלית הנוגעת בדבר (למשל עניין זנבל, לעיל ה"ש 92, בפס' 73 לפסק דינו של השופט גרוסקופף), ומכל מקום, כפי שהציע יצחק זמיר, ניתן להורות על צירוף גורמים אלה להליך כאשר מתעוררת טענה לבטלות חוק (זמיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 2679–2681).

123 עניין עיריית ירושלים, לעיל ה"ש 19, בפס' 16 לפסק דינו של הנשיא גרוניס. היועץ רשאי להצטרף לדיון בשלב הערעור (אם הוגש ערעור בידי אחד הצדדים). כמו כן יש הסבורים כי היועץ אף רשאי להגיש ערעור בהליך שבו לא התייצב (משום שלא הוזמן); אומנם הנשיא גרוניס ציין (שם, בפס' 17), בלי להכריע, כי "נראה שאין זה המצב המשפטי הנוהג", אך נראה שאם היה מקום להזמין את היועץ אך לא נעשה כן, אפשר שגם סמכותו לערער על פסק הדין תהיה מוכרת. הדין הוא שהיועץ המשפטי לממשלה רשאי להעלות בדיון בערעור שאליו הצטרף גם טענות שלא נדונו בהליך הקודם (שם, בפס' 13).

124 ההלכה בעניין זה נקבעה בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998). לדיון בכלל זה ראו למשל יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקיות החדש" משפטים מב 379 (2012).

125 למשל בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה (נבו) 26.4.2020; בג"ץ 2758/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, נח(4) 289 (2004); רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 684 (2001).

מסוים סמכות ייחודית לביקורת שיפוטית על חקיקה כמעט אך ורק במדינות שבהן פועל בית משפט לחוקה, שהמאפיין העיקרי שלו הוא היותו מעין-פוליטי. כידוע, בעולם הדמוקרטי מקובלות שתי אפשרויות לביקורת שיפוטית: <sup>126</sup> המודל האמריקאי מכיר בסמכותו של כל בית משפט, לרבות זה המקביל לבית משפט השלום אצלנו, הן במערכת הפדרלית והן בזו המדינתית, להכריז על בטלותו של חוק (מדינתי או פדרלי) שאופן יישומו במקרה שנדון לפניו אינו חוקתי. אומנם ההכרעה המחייבת בתי משפט אחרים היא רק זו של בית המשפט העליון הפדרלי, מכוח עקרון התקדים המחייב, אך בית משפט זה מעניק רשות ערעור בצמצום מופלג (בית המשפט העליון דן רק בכאחוז אחד בלבד מכלל בקשות רשות הערעור שמוגשות אליו), ונראה שהמערכת השיפוטית שם אינה מוטרדת במיוחד מכך שלא אחת יש הכרעות שיפוטיות סותרות באשר לתוקפו של חוק. לעומת זאת המודל האירופי (שמוחל גם בכמה מדינות שמחוץ לאירופה) הוא של ריכוזיות כמעט מוחלטת, ולפיו הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה מסורה בלעדית לבית משפט לחוקה (בשם זה או בשם אחר). בתחילה, בתקופה שבין שתי מלחמות העולם, הוחלה במסגרת זו רק ביקורת שיפוטית מופשטת, אך בהדרגה הורחבה הסמכות, ובמרבית המדינות באירופה מוסמך בית המשפט לדון גם בעתירות שמוגשות אליו כאשר יישום החוק פוגע באינטרסים של הפרט, לצד דיון בהפניות של בתי משפט אחרים.<sup>127</sup> המאפיין המרכזי של מודל זה הוא הענקת הסמכות לבית משפט שאינו חלק ממערכת המשפט הרגילה בכלל הקשור לאופן מינוי השופטים. בין היתר השופטים בבית משפט זה מתמנים לתקופה קצובה (לרוב 9 עד 12 שנים), שאינה ניתנת להארכה, והבחירה היא לרוב במתכונת שעיברה הבטחת ייצוג למגוון העמדות הפוליטיות, בשונה מאופן הבחירה של שופטים בבתי המשפט הרגילים. ייחודה של סמכות הביקורת השיפוטית על חקיקה לבית המשפט לחוקה אינו נובע מהיעדר מומחיות של שופטי בתי המשפט הרגילים, שהרי לרוב אלה דווקא עדיפים מבחינת המומחיות המקצועית שלהם, שעל פיה הם מתמנים. השיקול המכריע הוא זה של ייצוגיות השופטים בבית המשפט לחוקה, לאור היותו של בית משפט זה בעל מאפיינים מעין-פוליטיים. השאלה אם הסדר כזה מחזק את ההכשר הציבורי של הביקורת השיפוטית שנויה במחלוקת, והעמדה הנפוצה יותר במחקר משיבה על כך בשלילה.<sup>128</sup> מכל מקום,

126 לסקירה ראו Victor Ferreres Comella, *The European Model of the Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization?*, 3 INT'L J. CON. L. 461 (2004); Cheryl Saunders, *Courts with Constitutional Jurisdiction*, in THE CAMBRIDGE COMPANION TO COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 414 (Roger Masterman & Robert Schütze eds., 2019). ראו גם אהרונסון, לעיל ה"ש 69, בעמ' 13–17 והמקורות המוזכרים שם; רוזנאי, לעיל ה"ש 90, בעמ' 112–117; יואב דותן "האם ישראל צריכה בית-משפט לחוקה?" **משפט וממשל** ה' 117, 120–126 (2000); יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריות – מבט השוואתי" **משפט וממשל** י' 489, 500–508 (2007). ראו גם עניין **Human Rights Watch**, לעיל ה"ש 100, בפס' 10 לפסק דינו של השופט הנדל.

127 גם מודל זה אינו מוחלט, בעיקר מכוח ההסתמכות הגוברת של בתי המשפט במערכת הרגילה על פרשנות לשם החלה למעשה, גם אם לא להלכה, של ביקורת שיפוטית חוקתית. ראו Comella, לעיל ה"ש 126, בעמ' 470–488.

128 ראו למשל Rosa M. Navarrete and Pablo Castillo-Ortiz, *Constitutional Courts and Citizens' Perceptions of Judicial Systems in Europe*, 18(2) COMP. EUR. POL. 12 (2019), שם נמצא,

כידוע, נכון לפחות למועד כתיבת שורות אלה, מאפיינים אלה אינם מתקיימים בשופטי בג"ץ.

שופטי בג"ץ אינם מתמנים – לפחות לא להלכה – לפי מפתח פוליטי, והמינוי שלהם הוא עד גיל הפרישה. העיקר הוא בכך ששופטי בג"ץ נבחרים באותה דרך כמו שאר השופטים. אכן, מבחינת תפקידיו, לבג"ץ מאפיינים מסוימים של בית משפט לחוקה בזכות העובדה שמוקנית לו סמכות בלעדית לביקורת שיפוטית ישירה על חקיקה, על חקיקת משנה ועד לאחרונה על כלל ההחלטות השלטוניות. אולם מבחינת אופיו של המוסד, בג"ץ הוא במובהק חלק ממערכת המשפט הרגילה, בניגוד גמור למאפיינים של בית משפט לחוקה. אומנם הבחירה בשופטים נעשית בשינויים קלים מן הבחירה בשופטים בבתי המשפט האחרים (בעיקר נדרש רוב של שבעה לפחות מבין תשעת חברי הוועדה לשם בחירת שופט לבית המשפט העליון, לבית המשפט העליון בלבד ניתן למנות מי שאין לו הכשרה משפטית פורמלית ("משפטאי מובהק" בלשון סעיף 2(3) לחוק בתי המשפט), חלופה שאינה מיושמת בפועל, ולפי החלטת הוועדה לבחירת שופטים, רק כשמדובר במועמדים לבית המשפט העליון צפוי להתקיים "שימוע" פומבי), אך אין מדובר בהבדלים מהותיים. לכך נוספת העובדה ששופטי בג"ץ מכהנים גם כשופטי בית המשפט לערעורים, שהוא בוודאי חלק ממערכת המשפט הרגילה. בתנאים אלה אין בסיס לקביעה ששופטי בג"ץ מבטאים, כעניין עקרוני, מידה רבה יותר של ייצוגיות של מגוון הדעות במערכת הפוליטית לעומת שופטי הערכאות האחרות (ובוודאי לא לעומת שופטי בית המשפט לערעורים, שהם אותם שופטים), עמדה שהיא הבסיס לשלילת הסמכות של בתי משפט אחרים לביקורת שיפוטית על חוקים שמקובלת במדינות אירופה.

יתר על כן, שלילת הסמכות לביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה וייחוד הסמכות לבג"ץ עלולים לחזק את עמדתם של מי שתומכים בפוליטיזציה של המינויים לבית המשפט העליון. ככל שבג"ץ מובחן יותר מבתי המשפט האחרים במערכת, כן תגבר הדרישה לשינוי מתכונת הבחירה של שופטים לערכאה זו. לכך מצטרפת גם ההערכה שכלל שהביקורת השיפוטית נעשית במסגרת ריכוזית יותר, כן גדל הסיכון להשתלטות פוליטית על המינויים בבית משפט זה אגב פגיעה בעצמאות הביקורת השיפוטית.<sup>129</sup> במציאות הפוליטית בישראל מהלך כזה אינו תרחיש מופרך, כפי שאירע בשנת 2023, כאשר הממשלה יזמה מהלך שעיקרו הסמכת נציגי הקואליציה למנות את השופטים.<sup>130</sup> מהלך כזה עלול להחליש במידה

במחקר אמפירי, כי ייחוד הסמכות לביקורת שיפוטית לבתי משפט לחוקה, שנתפסים כמעין-פוליטיים, מחליש את ההכשר הציבורי של הביקורת השיפוטית לעומת ביקורת שיפוטית שנעשית במערכת בתי המשפט הרגילה. לעמדה שונה ראו Saunders, לעיל ה"ש 126, בעמ' 439.

129 לטיעון ברוח זו ראו Tom Ginsburg, *Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts*, 3 THEORETICAL INQ. LAW 49, 58–59 (2002); רוזנאי, לעיל ה"ש 90, בעמ' 122.

130 ראו הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיווק הפרדת הרשויות), ה"ח התשפ"ג 32; הצעת חוק בתי-המשפט (תיקון מס' 105) (הוראות לעניין הוועדה לבחירת שופטים), ה"ח התשפ"ג 34, התשפ"ג-2023. שתי ההצעות הללו הוגשו מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. הן אושרו בקריאה ראשונה ב-20.2.2023, בקולות חברי הקואליציה בלבד. ההצעות הללו אושרו בוועדה והונחו על שולחן הכנסת לקריאה שנייה ושלישית ב-27.3.2023. נוסח ההצעות לקריאה שנייה ושלישית זמין כאן: <https://tinyurl.com/55dph7py>. לדין ביקורתי ראו למשל ברק מדינה "הזהרות החוקתית של

ניכרת את מעמדו של בית המשפט ואת המחויבות שלו לעקרון שלטון החוק, ולפיכך זהו שיקול שיש להתחשב בו בקביעת המדיניות בסוגיה הנדונה. מדינה שעשויה לשמש מקור השראה בעניין זה היא בריטניה, בשל הזיקה ההיסטורית של המערכת המשפטית הישראלית לזו הבריטית, ובעיקר משום שמדובר בהסדר שנקבע לאחרונה יחסית. ההסדר שנקבע באנגליה, שמעוגן ב-Human Rights Act of 1998, שנכנס לתוקף בשנת 2000, כולל שני מרכיבים עיקריים: האחד, בחוק נקבעה מפורשות החובה על כל בית משפט לפרש חקיקה ראשית וחקיקת משנה ולתת להן מובן שיעלה בקנה אחד עם מובנה של החובה לכבד זכויות אדם (כפי שהיא מעוגנת באמנה האירופית לזכויות האדם ובפרשנות שניתנה לה בבית הדין האירופי לזכויות האדם);<sup>131</sup> השני, הסמכות להכריז שחוק "אינו תואם" (incompatible) את החובה לכבד זכויות אדם שקבועה באמנה מוענקת לבית המשפט העליון (שבאנגליה, כמו בישראל, אינו בית משפט לחוקה), אך גם לשתי הערכאות הנמוכות יותר – בית המשפט לערעורים (court of appeal) וגם זה שתחתיו, בית המשפט ה"גבוה" (high court), שמקביל לבית המשפט המחוזי אצלנו (סעיף 4 לחוק).<sup>132</sup> אומנם בבריטניה מדובר בהכרזה על "אי-התאמה" בלבד ולא בהכרזה על בטלות החוק, והסמכות לביקורת שיפוטית לא הוענקה לבית משפט השלום, אך נראה שאין זה הבדל גדול להקשר הנדון כאן.

הגישה הנוהגת בבריטניה היא הנוהגת גם במדינות החברות באיחוד האירופי, בכל הקשור לביקורת שיפוטית על חקיקה שאינה עולה בקנה אחד עם הנורמות המחייבות שקבע האיחוד (לרבות האמנה האירופית לזכויות האדם). לפי פסיקת בית הדין לצדק של האיחוד האירופי, גם כאשר הסמכות לביקורת שיפוטית שעניינה התאמת החקיקה לחוקה הלאומית היא ריכוזית, על כל בית משפט מדינתי, ולא רק בית המשפט לחוקה, לבחון את התאמת החקיקה שהוא נדרש ליישם לצורך ההכרעה בעניין שבו הוא דן לנורמות המחייבות שקבע האיחוד האירופי.<sup>133</sup> הכרעות אלה ראוי שישמשו מקור השראה למשפט הישראלי להעדפת מודל של הכרה נרחבת בסמכות לביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה.

2. תחולתה של ההכרעה השיפוטית בתקיפה העקיפה. טיעון שני שהוצע בפסיקה לתמיכה בגישה המצמצמת עניינו התחולה המוגבלת של ההכרעה השיפוטית בדבר תוקפה של הנורמה הנדונה. כשמדובר בנורמה שתחולתה אישית, כגון החלטה בדבר הענקת רישיון או שלילתו, לרוב אין קושי ממשי בהיות ההכרעה השיפוטית מוגבלת לעניין הנדון. הספקות הם באשר להכרעות שעוסקות בתוקפה של נורמה כללית, כמו חקיקה וחקיקת משנה.

מדינת ישראל, הזכות להשתתפות שווה בהכרעות חברתיות וה'רפורמה' המשפטית" **משפט וממשל** כח

7 (2024).

131 בס' (1)3 לחוק זכויות האדם מ-1998 נקבע כך: "So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights". ראו גם ס' 2 לחוק באשר למקורות שעליהם יש להסתמך בעניין זה.

132 אגב, ס' (1)7 לחוק זכויות האדם מ-1998 מכיר בזכותו של הפרט להסתמך על חובת המדינה לכבד זכויות אדם מכוח האמנה האירופית, ובמקרה של החלטה שלטונית שפוגעת בו להערכתו שלא כדיון, הוא רשאי לבחור אם ליוזם הליך של תקיפה ישירה או תקיפה עקיפה.

133 ראו E.C.R. 629 [1978] Case 106/77 Simmenthal II. לדיון ראו Comella, לעיל ה"ש 127.

בהקשר זה הטענה בעד צמצום ההיזקקות לביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה מבוססת על שילוב של שתי עמדות: האחת, תחולתה של ההחלטה מוגבלת לצדדים להליך שבו נקבעה; השנייה, זוהי תוצאה שאינה רצויה, שכן עלול להיווצר חוסר אחידות בשאלה אם נורמה מסוימת תקפה או לא, מה שיביא לתוצאה לא שוויונית ולא־יודאות באשר לתוכנו של הדין.<sup>134</sup> גם כאן סבירותן של שתי ההנחות הללו אינה מובנת מאליה.

במישור הראשון הסברה שההכרעה השיפוטית בתקיפה עקיפה חלה רק על הצדדים להליך שבו נקבעה מבוססת על העמדה שהסמכות להחלטת ביקורת כזאת נובעת מהוראת סעיף 76 לחוק בתי המשפט. בסעיף 76 נקבע כי כאשר מתעוררת "שאלה שהכרעתה דרושה לברור עניין" שהובא כדין לפני בית המשפט, הרי שאף אם העניין שבשאלה הוא בסמכותו של בית משפט אחר, בית המשפט רשאי להכריע בשאלה "לצורך אותו עניין". בפסיקה הובעה בכמה מקרים, באמרות־אגב, העמדה שסייג זה חל גם לעניין תקיפה עקיפה של חקיקה.<sup>135</sup> בלשונו של השופט סולברג בפרשת פלוני, "השפעתה של ביקורת שיפוטית עקיפה – צרה ויחסית היא; אין בה כדי להשליך כלפי כולי עלמא [...]; אף המדינה לא היתה מחויבת להכרעה זו, כלפי מקרים אחרים".<sup>136</sup> אולם לא ברור כלל אם אומנם זהו הדין לעניין תוקפה של הכרעה שיפוטית באשר לתוקפה של נורמה כללית.

יש להבחין בין שני היבטים באשר להיקף התחולה של הכרעה שיפוטית בתקיפה עקיפה באשר לתוקפה של נורמה כללית. היבט אחד, שבו סבירותה של הטענה שהתחולה מוגבלת מוטלת בספק, הוא השפעתה הצפויה של ההכרעה השיפוטית על פעולתן של רשויות השלטון. יש לכך כמה סיבות: ראשית, אם ההכרעה באשר לתוקפו של חוק נעשית בבית המשפט העליון, הרי שמכוח הלכת התקדים המחייב, להכרעה זו תוקף כללי אף אם נעשתה במסגרת ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה.<sup>137</sup> כאמור, יש להניח כי בשל ההשתתפות

134 למשל, עניין אלפרח, לעיל ה"ש 95, בפס' 12 לפסק דינו של השופט מוזו; עניין זנבל, לעיל ה"ש 92, בפס' 73 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "הוודאות המשפטית מתערערת, הואיל ותקיפה עקיפה פותחת את הפתח למתן הכרעות סותרות בנוגע לאותו מעשה שלטוני, כך שעלול להיווצר מצב שבו המעשה השלטוני יימצא חסר תוקף בעניין מסוים וביחס לגורם ספציפי, בעוד בעניינים אחרים וביחס לאנשים אחרים הוא ימשיך לעמוד בתוקפו. [...] הנוק הטמון בכך מעלה גם סוגיות של אי שוויון"; עניין ע"א 993/19 פלוני, לעיל ה"ש 47, בפס' 44 לפסק דינו של השופט סולברג.

135 למשל, בג"ץ 6871/03 מדינת ישראל נ' בית־הדין הארצי לעבודה, פ"ד נח(2) 943, 947 (2003): "אם במסגרת הכרעה בהליכים שבפניו נדרש בית־משפט גם להכריע בשאלת תקפותו של חוק, רשאי הוא להכריע בכך ככל שהדבר נדרש לעניין הנדון בפניו, ותהיה ההחלטתו תחולה מחייבת לגבי המתדיינים שבפניו"; עניין אה"ל, לעיל ה"ש 22; עניין זנבל, לעיל ה"ש 92, בפס' 71 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "תוקף ההכרעה [בתקיפה עקיפה] תחום לדל"ת אמותיו של ההליך הנדון, במובן הזה שאין ההכרעה מקימה מעשה בית־דין ואין לה השלכה מעבר לאותו הליך, אף לא על הליך אחר בין אותם צדדים". על יסוד עמדה זו קבע שם בית המשפט כי אין להיזקק לטענה לבטלות החוק, שכן "לו תוכר זכאות הנישומות בהטבת המס הנדונה, קביעה זו תחול עליהן, ועליהן בלבד, ואילו נישומים אחרים בעלי פעילות הדומה לזו של הנישומות לא יזכו לקבלת ההטבה אך משום שאינם צד לערעורים דנן – תוצאה שקשה להשלים עמה" (שם, בפס' 80).

136 עניין ע"א 993/19 פלוני, לעיל ה"ש 47, בפס' 44 לפסק דינו של השופט סולברג.

137 עניין בש"פ 8823/07 פלוני, לעיל ה"ש 35, בפס' 11 לפסק דינו של השופט ריבלין: "בענייננו, לאור האופן שבו התגלגלו הדברים, אין נפקות של ממש להבחנה בין תקיפה ישירה לבין תקיפה עקיפה, שהרי התיק הפך תיאורטי אחרי שהונח על שולחנו של בית המשפט העליון [...] [והוחלט ש]השאלה

בהליך של נציגי הכנסת והממשלה, יובאו לדיון בבית המשפט העליון לפחות החלטות של ערכאות נמוכות בדבר בטלות חקיקה; שנית, כפי שציין יצחק זמיר, "אם בית-משפט פוסק [...] בהליך אזרחי או פלילי, כי החלטה מינהלית היא בלתי-חוקית ובלתי-תקפה, [...] בדרך כלל הרשות המינהלית ואף גורמים אחרים יתייחסו להחלטה זאת כאילו היא בטלה"<sup>138</sup>. סביר לצפות לתוצאה דומה כאשר מדובר בהכרעה שיפוטית שהוראת חוק אינה תקפה. הוראת סעיף 76 נועדה לחול כאשר מדובר בהליך שהצדדים לו הם גורמים פרטיים שחל עליהם הכלל בדבר מעשה בי-דין, והיא נועדה לסייג את תחולתו של כלל זה כאשר ההכרעה השיפוטית נעשית אגב הכרעה בעניין מסוים. כאשר ההכרעה השיפוטית רלוונטית לסמכויותיה של רשות שלטונית, חובתה של הרשות לפעול על פי ההכרעה השיפוטית נובעת ממעמדה המיוחד כגוף שלטוני ולא מכללים בדבר מעשה בי-דין. משום כך, ההערכה שביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה כרוכה בהכרח בבזבוז משאבים אינה הכרחית.

ההיבט השני הוא שיקולי המדיניות באשר להיקף תחולתה של ההכרעה השיפוטית. אומנם ההכרעה תקפה כאמור לכל דבר ועניין, אך בשל מהותה של תקיפה עקיפה מדובר בהכרעה מוגבלת בהיקפה. זוהי הגבלה שאינה קשורה לזהות הצדדים להליך אלא לנסיבות יישומו של החוק. קביעה שיפוטית שהוראת חוק מסוימת תקפה או אינה תקפה כאשר היא מיושמת בנסיבות נתונות חלה רק בנסיבות מאותו הסוג. לפיכך למשל אם נפסק כי החלה למפרע של תיקון לחוק על מי שהסתמך הסתמכות ממשית על החוק שקדם לתיקון פוגעת שלא כדין בזכות חוקתית, קביעה זו חלה בכל המקרים שבהם התקיימה הסתמכות ממשית כזאת, אך רק בהם. אומנם אין זו תוצאה אוניברסלית, שלפיה הוראת החוק תקפה או בטלה בכל הנסיבות, אך אין בכך כל קושי. זוהי פרקטיקה מקובלת של הכרעה שיפוטית בדבר תוקפו של חוק, שמבחינה בין יישומים מסוימים שלו שהם מותרים לאחרים שהם אסורים. זהו דווקא יתרון ולא חיסרון של ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה, שכן היא מאפשרת לפתח את ההלכה בהדרגה, לפי נסיבות קונקרטיות, בלא לעסוק בנסיבות היפותטיות, שאין בעניינן תשתית עובדתית נאותה. אומנם דרישת הבשלות, שהוזכרה לעיל, מקרבת את התקיפה הישירה לתקיפה עקיפה, אך חלקית בלבד. דרישת הבשלות היא תנאי להחלת הביקורת השיפוטית, אך כאשר היא מתקיימת, הביקורת השיפוטית אינה מוגבלת בהכרח לנסיבות שבהן כבר יושמה הסמכות השלטונית.

להכרעה בתקיפה עקיפה יש יתרון נוסף והוא האפשרות להתאים את תוצאת הפגם החוקתי – היקף הבטלות – לנסיבות הרלוונטיות. היא מאפשרת ליישם כראוי את הלכת הבטלות (או התוצאה) היחסית, שלפיה גורם חשוב הוא הערכה של מכלול הנסיבות של הצדדים להליך. במובן זה, הקביעה העקרונית שהוראת חוק אינה תקפה בנסיבות מסוימות היא בעלת תחולה כללית, אולם התוצאה הנובעת מכך עשויה להיות מוגבלת להליך המסוים, לפי נסיבותיו, בלא שתחול בהכרח במקרים אחרים שנסיבותיהם שונות.

החוקתית, שמלכתחילה הועלתה באופן עקיף במסגרת עניין פרטני, תיוותר על עומדה. ברי, כי הכרעתנו בשאלה החוקתית היא בעלת תוקף כלפי כולי עלמא מכוח עקרון התקדים המחייב".  
138 זמיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 2678. ראו ברוח זו עניין **אבו פריח**, לעיל ה"ש 17, בפס' 12 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

הטענה המוצעת כאן אינה שביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה היא בהכרח עדיפה, בכל הקשר, מביקורת בתקיפה ישירה. כמפורט בהמשך, יש נסיבות שבהן יש להעדיף ביקורת שיפוטית מופשטת שעוסקת בנורמה הכללית שנקבעה, ולשם כך הכרחי להיזקק לתקיפה ישירה.<sup>139</sup> יש גם שיקולים שבגינם לתקיפה ישירה יש עדיפות, למשל בכל הקשור להיבטים מסוימים של חיסכון במשאבים שיפוטיים ולמניעת פגיעה במי שאין בידיהם המשאבים הנחוצים למימון ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה. הטענה המוצעת כאן היא מצומצמת יותר, ועיקרה שהסברה שמאפייניה של ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה הם בהכרח חיסרון, אינה מבוססת דייה.

3. **עשיית דין עצמית.** טיעון נוסף שהובא לתמיכה בגישה המצמצמת עניינו הערכה ביקורתית של העדפתו של הפרט לבחור בדרך של תקיפה עקיפה. לפי גישה זו, "בתי המשפט לא יטו להעניק סעד במקרה של תקיפה עקיפה, מקום שבו נמנע הצד התוקף מהעמדת הפגם הנטען לביקורת בהליך של תקיפה ישירה".<sup>140</sup> במקרה אחד ציין בית המשפט כי אין לברר כלל את הטענה לבטלות חקיקה – בגין החלטה למפרע – היות ש"באי כוח הנישומות נכחו בשיבת ועדת הכספים שעסקה בהצעת החוק [...] והיו ערים לדבר התיקון ולמשמעותו, ועל כן יכלו לטעון באשר לחוקיותו בזמן אמת [...]". אף על פי כן, נמנעו מלעשות כן, וזאת למרות שהיו בידיהם הכלים והמשאבים הנדרשים לכך.<sup>141</sup> יש נסיבות שבהן התנהגותו של הפרט הנוגע בדבר מצדיקה לשלול ממנו סעד שיפוטי כפי שהיה למשל בפרשה שבה נהגת בחרה להמשיך לנהוג אף שרישיונה נשלל, ורק לאחר שנתפסה נוהגת ללא רישיון טענה, במסגרת ההליך הפלילי, כי נפל פגם בהחלטה בדבר שלילת הרישיון.<sup>142</sup> אך מכאן אין נובעת המסקנה שיש להימנע מבחינת תוקפה של נורמה כללית כאשר הפרט מעלה את הטענה במסגרת תקיפה עקיפה. ככלל, המקום המתאים לבחון פגמים בהתנהלותו של הפרט הוא בשלב הסעד, במסגרת הדוקטרינה בדבר בטלות יחסית. הקביעה אם החקיקה הרלוונטית פוגעת שלא כדין בזכויות אדם היא בעלת חשיבות כללית, שעשויה לחרוג מהאינטרס הפרטי של האדם הנוגע בדבר. כמו כן, כשמדובר בחוק שהוא נורמה כללית, אין מקום לצפות שהפרט יפנה בעתירה לבג"ץ לבירור תוקפו של החוק, בטרם יושם החוק בעניינו.<sup>143</sup> כך בוודאי בשל ההחלה הנרחבת של עילת הסף בדבר היעדר בשלות בעתירות בתקיפה ישירה.<sup>144</sup>

139 ראו להלן פרק ב.

140 ע"א 7958/10 פלאפון תקשורת נ' מדינת ישראל, פס' ל"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 1.8.2012). ראו גם עניין זנלכל, לעיל ה"ש 92, בפס' 73 לפסק דינו של השופט גרוסקופף: "תקיפה עקיפה עלולה לעודד התעלמות מהמעשה השלטוני ותקיפתו רק בעת ננקטת סנקציה בגינו, תחת ההנחה כי 'נססה ואולי נצליח לבטלו', ובכך מתערער גם הסדר הציבורי", וכן לדחיית טענה להתקנת תקנות בחוסר סמכות שהועלתה כטענת הגנה בתקיפה עקיפה, עניין עיריית אור עקיבא, לעיל ה"ש 99, בפס' 26 לפסק דינו של השופט סולברג.

141 עניין זנלכל, לעיל ה"ש 92, בפס' 79 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. לדיון ביקורתי בתפיסה זו ראו שקד, לעיל ה"ש 24, בעמ' 34-42.

142 עניין הראל, לעיל ה"ש 114.

143 עניין אבו פריח, לעיל ה"ש 17, בפס' 9 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

144 ראו לעיל, הטקסט שאליו נלוות ה"ש 65-73.

דוגמה לכך היא פרשת זנלכל, שעסקה בחקיקה שבה הוחלה הוראה למפרע שבגינה הוגדל סכום החיוב במס הכנסה של המערערת. בית המשפט קבע כי היה על המערערת להגיש עתירה לבג"ץ לבירור תוקפה של החקיקה למפרע. נפסק כי "מאחר שהנישומות לא פעלו כנדרש, ולא נקטו בהליך של תקיפה ישירה, לא היה מקום להתיר להן לברר את השאלות הנוגעות לחוקיות [החוק] על דרך של תקיפה עקיפה",<sup>145</sup> ולפיכך נמנע בית המשפט העליון מלדון בטענה לפגם מחמת ההחלה למפרע. זוהי בעיני תוצאה לא מוצדקת. חקיקה למפרע היא בראש ובראשונה פגיעה בכנסת ובעקרון הכרעה הרוב, שכן משמעותה שהרוב הנוכחי מבקש לאיין כליל הכרעה של רוב קודם לא רק מעת ההחלטה של הרוב הנוכחי אלא מעת ההחלטה של הרוב הקודם. הבירור אם מתקיימות הנסיבות החריגות שמצדיקות ביטול למפרע של החלטה קודמת של הכנסת הוא בעל חשיבות ציבורית רבה שנחוץ להכוונת פעילותה של הכנסת. על זה נוספת כאמור העובדה שלפי ההלכות הקיימות, לו הגישה המערערת מלכתחילה עתירה לבג"ץ במקום להסתמך על תקיפה עקיפה, אין לשלול את האפשרות שעתירתה הייתה נדחית על הסף, על יסוד העילה של "סעד חלופי", כפי שנעשה במקרים דומים בעבר.<sup>146</sup> מקומה של הביקורת על התנהלותה בשלב קביעת הסעד, אם היה מתברר שההחלה למפרע אכן אינה חוקתית.

## 5. סיכום ביניים: חשיבותה של ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה

אני סבור שהטיעונים שהוצעו בפסיקה לצמצום ההכרה בסמכות להחיל ביקורת שיפוטית על נורמות כלליות במסגרת תקיפה עקיפה אינם משכנעים. יש שלושה שיקולי מדיניות עיקריים שבעיני מצדיקים דבקות בגישה המרחיבה שנהגה עד לאחרונה. שיקול אחד הוא היחרון שבאפשרות לקיים ביקורת שיפוטית ממקרה למקרה ולא רק באופן מופשט וכוללני. כפי שציין אהרונסון, לביקורת שיפוטית בדבר אופן יישומה של הנורמה הכללית יתרון חשוב בהביאה לידי הפיכתה של הפרשנות החוקתית הליך נמשך, שאינו מסתיים בהכרעה אחת בבג"ץ, במסגרת תקיפה ישירה, שמכריעה במכלול הסוגיות הרלוונטיות.<sup>147</sup> לכל אחת משתי החלופות של ביקורת שיפוטית יתרונות וחסרונות, והמגמה המובהקת במשפט המשווה, שבעבר אופייין בבחירה באחת בלבד משתי החלופות, היא לכיוון של הכרה בשתי החלופות גם יחד.<sup>148</sup> יש תועלת רבה בשימור שתי החלופות הללו, שכל אחת מהן עדיפה

145 עניין זנלכל, לעיל ה"ש 92, בפסק 75 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

146 לעיל ה"ש 57.

147 אהרונסון, לעיל ה"ש 69, בעמ' 31, 34–35: "תפיסות דמוקרטיות של ההליך החוקתי רואות חשיבות בהשתתפות נמשכת של חברים רבים בקהילה הפוליטית בשיח על אודות תוכן הרצוי של נורמות חוקתיות. [...] ערכאות הדיון הן מסגרת ממוסדת מפותחת ונגישה מאד [...] שבה יכולים אנשים לממש את השתתפותם הדמוקרטית כאזרחים באמצעות התדיינויות. [...] הנורמה החוקתית, אולי יותר מכל נורמה אחרת, זקוקה לדינמיקה נמשכת של השתתפות והתדיינויות כדי להישאר רלוונטית וכדי לממש את ייעודה במתן מסגרת ערכית יציבה ומוצדקת לחיים הפוליטיים של קהילה בזמן נתון". לתמיכה בביקורת שיפוטית "יישומית" ראו גם בנדר, לעיל ה"ש 68, בעמ' 62.

148 לדין במגמה בארצות הברית של נכונות גוברת לקיים גם ביקורת שיפוטית כוללנית ראו למשל Richard H. Fallon, Jr., *Fact and Fiction About Facial Challenges*, 99 CAL. L. REV. 915 (2011).

בהקשרים אחרים.<sup>149</sup> דווקא ביקורת בתקיפה עקיפה עשויה לזכות להכשר ציבורי נרחב יותר בשל תחולתה המוגבלת של הכרעה בדבר בטלות הנורמה השלטונית. אומנם אין מניעה עקרונית לקיים גם ביקורת שיפוטית "יישומית" בתקיפה ישירה, בבג"ץ או בעתירה מנהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים, אך במקרים רבים, בשל אופי הדיון בבג"ץ, הוא מתאים במידה פחותה לקיים ביקורת שיפוטית שעניינה בירור עובדתי מפורט של נסיבות קונקרטיות, הן באשר לסמכות שהופעלה והן באשר להשפעתה הפרטנית על העותר. ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה היא לרוב נגישה יותר לפרט, ודאי כאשר היא נערכת לבירור טענת הגנה, שאז אין נדרש מן הפרט ליזום את ההליך. לעניין זה יש חשיבות רבה גם לאפשרות להחיל ביקורת שיפוטית על נורמה כללית במסגרת תובענה ייצוגית. הלכת אלפריח, שלפיה יש לעתור תחילה לבג"ץ להכרעה עקרונית בתוקפה של הנורמה הכללית, עלולה לפגוע פגיעה חמורה בתמריץ לברר את חוקיותה של הנורמה: העותר לבג"ץ נושא בעלות במקרה של הפסד בעתירה ואינו יכול לצפות לבלעדיות בהפקת התועלת, שכן אחרים עלולים להקדים אותו בהגשת תובענה ייצוגית אם יוכרע בבג"ץ שאכן נפל פגם חוקתי בנורמה הנדונה. הכרה נרחבת באפשרות להחיל גם בתקיפה עקיפה ביקורת שיפוטית על חקיקה שפוגעת בזכויות אדם לבירור עילת הגנה או עילת תביעה, חשובה מאוד כדי לקדם את ההגנה על זכויות האדם ולאכיפת שלטון החוק.

השיקול השני הוא מוסדי. אף שאין לחשוד ברבים מאלה התומכים בגישה המצמצמת בכך שהם מבקשים להחליש את מוסד הביקורת השיפוטית, אין לשלול אפשרות כזאת באשר לחלק מיוזמי הגרסאות האחרונות של חוק-יסוד: החקיקה, שמבקשים להסדיר גישה ריכוזית מלאה. ייחוד הביקורת השיפוטית בבג"ץ עלול להעניק הכשר ציבורי, אף אם לא הכשר נורמטיבי, לפוליטיזציה במינוי השופטים לפי הדגם המקובל באשר לבית משפט לחוקה. כאמור לעיל, זהו מהלך שבמשפט המשווה פגע באמון הציבור בשפיטה והביא אפוא להחלשתה של מערכת המשפט.<sup>150</sup>

לבסוף, השיקול השלישי עניינו יעילות. כאמור לעיל, ייחוד הסמכות לביקורת שיפוטית צפוי לסרב את ההליך השיפוטי ולהגביר את העומס הרב ממילא על בית המשפט העליון. כיום טענות לבטלות חקיקה נדונות, וכמעט תמיד נדחות, בערכאות הדיוניות, ושליטת הסמכות לדון בכך בתקיפה עקיפה תעמיס במידה ניכרת על בית המשפט העליון, שיידרש לדון בכל מקרה ומקרה כזה.<sup>151</sup> אומנם הכרעות בדבר בטלות חקיקה צפויות להגיע לדיון בבית המשפט העליון בהליך של ערעור, אך אין לצפות בעניין זה להגדלת מספר הערעורים שמוגשים ממילא על הכרעות בערכאות הדיוניות. יתר על כן, שלילת הסמכות לביקורת

ולמגמה באירופה להרחיב את הביקורת השיפוטית על חקיקה בדרך יישומים, למשל Comella, לעיל ה"ש 127.

149 ראו ברוח זו פוליאק, לעיל ה"ש 69, בעמ' 70-78; צ'צ'קו, לעיל ה"ש 67, בעמ' 441-450.

150 ראו לעיל ה"ש 128.

151 לעניין זה הציע הלל סומר כי בתי המשפט יוסמכו לדחות טענה לבטלות חקיקה אך לא לקבלה. הלל סומר "לרבע את המעגל: רכיביה של הביקורת על בית המשפט העליון – הצעה לפתרון משולב" (לא פורסם). אף שיש בהצעה זו יתרון מעשי, ספק אם ניתן לבססה אנליטית. אם יש טעמים טובים להכיר בסמכותו של בית משפט לקבוע שחקיקה אינה סותרת הוראה בחוק יסודי, טעמים אלה מתקיימים מניה וביה גם לעניין הקביעה ההפוכה. הסמכות אינה אמורה להיות מותאמת לתוצאה מסוימת של ההליך.

שיפוטית בתקיפה עקיפה תתעל את הדיון למסגרת של פרשנות החקיקה, כפי שאירע במדינות שפועלות במתכונת ריכוזית-לכאורה,<sup>152</sup> וכפי שמסתמן גם בישראל. מהלך כזה יגרום אפוא לפגיעה באפשרות להעריך נכונה מהו הדין ויחייב הבחנות דקות אם מדובר בפרשנות מקיימת או למעשה בהכרזה על בטלות חקיקה או חקיקת משנה, ובכך הניסיון להגביר ודאות משפטית באמצעות ייחוד הסמכות לביקורת שיפוטית לתקיפה ישירה עלול להוביל דווקא לתוצאה ההפוכה.

לאור כל זאת, אני סבור שבמקום שבו מוחל שיקול דעת אם להחיל ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה, העדיפות צריכה להיות לכיוון הפעלת הסמכות ולא לשלילתה. בצד זאת, בפרק הבא אני מבקש להראות שבעוד שבהקשרים מסוימים שיקול הדעת הזה אכן נדרש, לא כך באחרים. המקרים המובהקים שבהם נדרש אכן להפעיל שיקול דעת שיפוטי אם לדרוש בכלל בטענה בדבר אי-חוקתיות של חוק הם, בראש ובראשונה, כאשר מדובר בתקיפה ישירה, שם יש לבחון אם להחיל ביקורת שיפוטית או להימנע ממנה מכוח הכלל בדבר "סעד חלופי" שנדון לעיל. לכך נוספים גם מקרים מסוימים בלבד שלתקיפה עקיפה, בעיקר כאשר הסעד המבוקש הוא סעד הצהרתי, או כאשר נדרש להכיר בתובענה כתובענה ייצוגית, ובעיקר לעניין השאלה אם להכיר בפגיעה שלא כדין בזכות חוקתית כעילת תביעה בגין עוולה חוקתית. בהקשרים אלה שיקול הדעת שמופעל צריך לכלול גם את השיקולים לבחירה בין ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה לביקורת בתקיפה ישירה, ולכן האפיון של הסעד כהצהרתי אינו מקנה לתובע בהכרח זכות שתוחל ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה או שלא יוחלו סייגים לקבלת הסעד אילו הוגשה עתירה לבג"ץ.<sup>153</sup> לעומת זאת, במקרים אחרים של תקיפה עקיפה, כאשר הביקורת השיפוטית נדרשת לשם בירור תוקפה של עילת הגנה, בהליך אזרחי או פלילי, או של עילת תביעה כספית, לפיצויים או להשבה, אני סבור שבניגוד לגישה הנוהגת כיום, אין לבתי המשפט כלל שיקול דעת אם להחיל ביקורת שיפוטית. לעניין זה אפנה כעת.

## ב. ביקורת שיפוטית להגנה על אינטרס אישי

הדיון שהובא עד כה הוא בעיקרו "פנימי" למחלוקת שהתעוררה בפסיקה, במובן זה שהוא התבסס על ההנחה המקובלת שהמאפיין הרלוונטי של החלת ביקורת שיפוטית על חקיקה בבתי המשפט שאינם בג"ץ הוא שהדבר נעשה במסגרת תקיפה עקיפה. ניסיתי להראות שיש טעמים טובים להעדיף את הגישה המרחיבה. בצד זאת אני מבקש להציע טיעון כללי יותר, שמטיל ספק בתוקפה של הנחת היסוד שהמאפיין המבחין בין שני סוגי הביקורת השיפוטית, זו שבבג"ץ לעומת זו שבבתי המשפט האחרים, הוא ההבחנה בין תקיפה ישירה לעקיפה. לשיטתי, ההבחנה הרלוונטית לעניין סמכויות בתי המשפט השונים היא בין טענה לפגיעה באינטרס הציבורי ובשלטון החוק לבין טענה לפגיעה באינטרס אישי ישיר, ובמקרים מן

152 ראו Comella, לעיל ה"ש 127.

153 למשל ת"א (מחוזי ת"א) 1122-01-22 קיבוץ אילת השחר נ' רשות מקרקעי ישראל, פס' 14 (נבו) 15.1.2023.

הסוג האחרון אין לבית המשפט שיקול דעת אם להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה או על חקיקת משנה. ארון בשתי הטענות הללו כסדרן.

ההנחה היסודית בפסיקה, שלרוב היא מפורשת, היא שלבית המשפט מסור שיקול דעת אם להיזקק לטענה לבטלות חוק או נורמה שלטונית אחרת שמועלית בתקיפה עקיפה. גישה זו מבוססת כאמור על ההנחה שהסמכות לדון בעניין נובעת מסעיף 76 לחוק בתי המשפט ועל העמדה שהקביעה בסעיף זה שבית המשפט "רשאי" להכריע בעניינים שאינם בתחום סמכותו כאשר הדבר נחוץ להכרעה בעניין שבסמכותו, כי מדובר בסמכות רשות. אולם הסמכות להכריז על בטלותה של הוראת חוק אינה נובעת מהוראת סעיף 76 לחוק בתי המשפט.<sup>154</sup> כידוע, בעקבות הלכת בנק המזרחי הדין הוא שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (כמו גם שאר חוקי היסוד) הוא בעל מעמד חוקתי, ולפיכך חוק "רגיל" שפוגע בזכות חוקתית שלא לפי תנאי פסקת ההגבלה אינו תקף.<sup>155</sup> משמעות הדבר שבית משפט שנדרש להכריע בשאלת תוקפו של חוק אינו מוסמך כלל להימנע מכך. מחובתו של כל בית משפט להכריע על פי הדין, וקביעה שחוק הוא תקף, בלי לבחון אם נובעת ממנו פגיעה בזכות חוקתית ואם הפגיעה היא כדין, היא הפרה של החובה המוטלת על בית המשפט על פי סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, "לכבד את הזכויות" שמגויות בחוק היסוד. אין הבדל ממשי בין בחינת תוקפו של חוק לאור הוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין בחינת תוקפו של החוק לאור חקיקה אחרת שהוראותיה סותרות את האמור בחוק, ואשר לפי כללי הפרשנות המקובלים הוראותיה גוברות על הוראות החוק הנדון (למשל משום שמדובר בחקיקה מאוחרת או בחקיקה פרטנית). הלכת בנק המזרחי קובעת, בעיקרו של דבר, כלל של פרשנות באשר לאופן ההכרעה במקרה של סתירה בין הוראות חוק מסוים לבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכל בית משפט נדרש ליישם הלכה זו.

הפניית התובעת (או הנתבעת, לפי העניין) להגיש עתירה לבג"ץ שבה תתברר, בדרך של תקיפה ישירה, טענה שחוק שרלוונטי להכרעה בתובענה אינו תקף, מעוררת לא רק קשיים מעשיים, בשל העיכוב בירור התביעה ואי-הוודאות אם אומנם בג"ץ ימצא שיש הצדקה לבירור העתירה בדרך של תקיפה ישירה, אלא גם קשיים עקרוניים. קושי אחד נובע מן הסברה השגויה שנחוצה הוראה מפורשת בחוק שתקנה לבית משפט שאינו בג"ץ סמכות לברר את הטענה בדבר תוקפו של החוק. לפי הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיעדר הוראה מפורשת אחרת בחוק, בית המשפט אינו מוסמך להימנע מהכרעה בטענה החוקתית, והפניית אחד הצדדים להגיש עתירה לבג"ץ לבירור הטענה נעשית בחוסר סמכות. אך עיקר הקושי שבהסתמכות על סעיף 76 לחוק בתי המשפט הוא בעמדה שלפיה סמכותם של בתי המשפט להחיל ביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה מושתתת על ההערכה מהו "הסעד העיקרי" המבוקש. כזכור, לפי גישה זו, אם הסעד המבוקש הוא הכרזה על

154 לעמדה דומה ראו אהרונסון, לעיל ה"ש 69, בעמ' 56: "שאלת תוקפו של חוק אינה מצויה בסמכותו הייחודית של בג"ץ; היא חלק מסמכותו של כל בית-משפט לפרש את הדין שהוא נדרש ליישם ובמסגרת זו גם לקבוע את תוקפו"; בנדר, לעיל ה"ש 68, בעמ' 59: "בית-המשפט הדין בשאלות חוקתיות בתקיפה עקיפה אינו נותן סעדים הנוגעים ישירות לתקפות החוק, אלא מכריע אם חוק מסוים חל על המקרה, או שמא החוק סותר חוק-יסוד ובשל כך אין החוק חל". ראו גם ברק, לעיל ה"ש 90, בעמ' 19.

155 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 28.

בטלות החוק (או מעשה שלטוני אחר), מדובר בתקיפה ישירה שבסמכות בלעדית של בג"ץ (או בית המשפט לעניינים מינהליים, בתחומים שבהם הוא מוסמך לדון בעתירה מינהלית), ואם מבוקש סעד אחר, כמו סעד כספי, זיכוי מאישום פלילי או סעד הצהרתי שהכרזת הבטלות של החוק היא רק תוצאה נלווית לו, שאז זו תקיפה עקיפה.<sup>156</sup> זוהי הבחנה שעלולה להיות ריקה מתוכן. מבחינה מעשית, ניתן להוסיף לכל עתירה גם בקשה לסעד כספי בגין הנזק שנגרם מהענקת סמכות שלטונית שלא כדין, ולו לצורך יצירת הסמכות לתקיפה עקיפה, וההערכה איזה מן הסעדים הוא עיקרי היא במידה רבה שרירותית.<sup>157</sup> אך העיקר הוא שמבחינה עיונית הסברה שהטענה לבטלות חוק היא סעד שיפוטי יסודה בטעות. הטענה לבטלות חוק היא אחת מעילות התביעה שעל יסודה מתבקש סעד מהותי כלשהו. במקרה הטיפוסי, התביעה להכריז על בטלותו של חוק מחמת פגיעתו שלא כדין בזכות חוקתית נועדה להגן על אינטרס של הפרט שטוען את הטענה, בין שהיא מועילת כעילת תביעה ובין כעילת הגנה. עניינו של הפרט הוא בכך שהרשות השלטונית שמסתמכת על החוק תחדל ממעשה שפוגע בו או שתימנע בעתיד ממעשה כאמור. במקרים כאלה אין משמעות להבחנה בין תקיפה ישירה לעקיפה – בשתייהן העניין של הפרט הוא בהגנה על זכותו באמצעות מניעת הפעלתה של סמכות שלטונית מסוימת כלפיו, למשל ביטול אישום פלילי, הסרת איסור לבצע פעולה (כגון הפגנה או הפעלת עסק) והסרת איום להגבלת צעדיו של הפרט בעתיד (כגון איסור על הבעת מסר מסוים או על מימוש חופש פולחן) או למימוש זכותו לקבל הטבה (באמצעות קביעה שהסדר מסוים פוגע שלא כדין בזכות לשוויון). במקרים הללו, בעתירה לבג"ץ או בהליך בבית משפט אחר, הסעד העיקרי, המהותי, הוא הגנה על הפרט ולא ההכרזה על ביטול החוק כשהיא לעצמה.

לאור זאת אני סבור שתיחום סמכותם של בתי המשפט שאינם בג"ץ צריך להתבסס על הבחנה שונה, שעיקרה ההבחנה בין עתירה להגנה על אינטרס ציבורי לעתירה להגנה על אינטרס אישי. ביסוד ההבחנה הזאת ההכרה בכך שלבג"ץ יש בכל זאת מאפיינים מיוחדים. כאמור לעיל, הוא לא בית משפט לחוקה, במובן זה שאינו מעין פוליטי בהרכבו, ולכן אין הצדקה ליישם בעניינו את התפיסה האירופית המקובלת של ייחוד מלא של סמכות הביקורת השיפוטית, בתקיפה ישירה ועקיפה כאחד, לבית משפט אחד, שנמצא מחוץ למערכת בתי המשפט הרגילה.<sup>158</sup> אך בכל זאת יש לו מאפיינים ייחודיים אחדים: בין היתר אופן הבחירה של שופטי בג"ץ שונה מעט מזה של אופן הבחירה של שאר השופטים – נחוץ רוב מיוחד

156 ראו לעיל פרק א.1.

157 ראו למשל עניין גולן, לעיל ה"ש 103, בפס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל: "המחוקק בחר ערכאות מיוחדות, בעלות מומחיות מיוחדת וסדרי דין מיוחדים, לדון בעניינים [מינהליים]. הכרעה זו, שהגינה בצידה, תרוקן מתוכן אם [...] ייצמד בית המשפט למבחן הסעד כנתון הקובע את הסמכות העניינית באופן מוחלט. התוצאה תהיה כי בכל סוגיה וסוגיה ניתן יהיה לעקוף את הסמכות העניינית של בית המשפט המינהלי או של בית המשפט הגבוה לצדק, בכך שיוצמד 'תג מחיר' ל'עתירה' שתוגש. העלאת הטענה שנגרם נזק כספי כתוצאה מהפרה הנטענת, ותביעת סעד כספי, יגרמו לכך ששאלות מובהקות של מדיניות הממשלה, למשל, יידונו בפני בתי המשפט האזרחיים. לא לכך התכוון המחוקק. אף בסוגיה פורמלית, כגון קביעת הסמכות לפי סעד כספי, יש מקום ליוצא מן הכלל – לבחינת המהות – כדי למנוע ניצול של מבחן סעד כספי באופן שפוגע בכללי ההליך ההוגן מנקודת המבט של סדר הדין האזרחי".

158 לעיל פרק א.3.

של שבעה מתוך תשעה חברי הוועדה לבחירת שופטים, ובאשר אליהם בלבד נקבעה לאחרונה גם פומביות של הליך הריאיון שלהם, ואשר אליהם נקבעה מדיניות מנחה בוועדה ציבורית שמונתה לעניין בדבר "עקרון השיקוף" של פני החברה בקביעת הרכב השופטים.<sup>159</sup> אומנם שופטי בג"ץ מכהנים גם כשופטי בית המשפט העליון, אך נראה שהמאפיינים הייחודיים הללו נקבעו בעיקר בשל תפקידם כשופטי בג"ץ. על אלה נוספים עוד מאפיינים ייחודיים של בג"ץ, ובהם העובדה שאינו מכריע בעתירות בידי דן יחיד אלא אך ורק בידי הרכב של שלושה שופטים לפחות, שמורחב במקרים מתאימים, באופן ששוב מדמה היבט של בית משפט לחוקה, ואופי הדיון בו, כערכאה ראשונה, שונה מזה של בתי משפט דיוניים.<sup>160</sup> כאמור, אלה אינם מאפיינים מובהקים של בית משפט לחוקה, אך יש בהם קרבה מסוימת לזה. ההשלכה שיש לאפיון המיוחד הזה של בג"ץ היא שסמכותו צריכה להיות סמכות בלעדית במקרים שבהם הטענה לבטלות חוק, חקיקת משנה או החלטה שלטונית כלשהי אינה מושתתת אך ורק על טענה לפגיעה באינטרס אישי של העותר. בתמצית, זוהי הסמכות לדון במקרים שבהם אין לעותר "זכות עמידה" במובנה הקלאסי. הסדר מסוג זה, שאינו שונה מהותית מזה שנהג בפועל לפחות עד לאחרונה, הוא הסדר ביניים שאינו הופך את בג"ץ לבית משפט לחוקה, ולכן אינו מצדיק פוליטיזציה של מינוי השופטים שמכהנים בו, ובה בעת מאפשר חלוקת עבודה בינו לבין הערכאות הדיוניות.

לפי המוצע כאן, סמכות בג"ץ לבחון את תוקפו של חוק היא **סמכות ייחודית** רק באחד משני סוגי מקרים: לתובע אין עילת תביעה אישית, או שהפגיעה בזכות היא בעיקרה בציבור לא מסוים. בסוג הראשון של המקרים בירור תוקפה של הוראת חוק נעשה במה שמכונה "עתירה ציבורית", כלומר כאשר לתובע אין עילת תביעה אישית (ולכן במינוח שהיה מקובל בעבר, אין לו "זכות עמידה").<sup>161</sup> הכוונה בעיקר לעתירות בעניינים שעוסקים במשפט חוקתי מוסדי, כגון הכהונה של ראש הממשלה או של שר שמואשם בעבירות שקשורות להפעלת סמכויותיו, ההשלכות של הימנעות הכנסת מחקיקת חוק תקציב על המשך כהונתה ועל כוחה להסמיך את הממשלה להוציא הוצאות, תקופת הכהונה של יושב ראש הכנסת, טענות לפגמים בהליך החקיקה (כשאינן מדובר בחוק שיישומו פוגע באינטרס אישי) וכדומה. במקרים מהסוג השני שבהם סמכות בג"ץ בלעדית הפגיעה (כולה או עיקרה) בזכות החוקתית היא בציבור לא מסוים. הדבר עשוי לנבוע מכך שהחוק הנדון טרם יושם, ולפיכך איש טרם נפגע ישירות מהסמכות שהחוק מעניק, או שיישום הסמכות הרלוונטית היא קצרת מועד לפי טיבה (כגון החזקת אדם במעצר למשך כמה ימים), ואין שהות לביקורת שיפוטית בעת שהסמכות עדיין מופעלת. הפגיעה בציבור לא מסוים, ועימה אפוא הסמכות הייחודית של בג"ץ, עשויה להתרחש גם בשל אופיו המיוחד של ההסדר הנדון, כגון טענה שהוראות מסוימות בחוק-יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי פוגעות שלא כדין בזכות לשוויון, חקיקה בדבר הפעלת בית סוהר על ידי גוף עסקי, מתן פטור משירות בצה"ל לתלמידי ישיבות, הסמכת "ועדת קבלה" למנוע מאדם להתגורר ביישוב מסוים, חקיקה

159 ראו הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים **דין וחשבון** 28–26 (2001).

160 ראו ברוח זו אהרונסון, לעיל ה"ש 69, בעמ' 24–25. לעמדה שיש לקבוע סדרי דין מיוחדים להליך של תקיפה ישירה של חוק בבג"ץ ("סדרי דיון חוקתיים") ראו מרזל, לעיל ה"ש 62, בעמ' 174–178.

161 למשל בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, 22–29 (1987); בג"ץ 2148/94 גלברט נ' יושב ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון, פ"ד מח(3) 573, 579 (1994).

לביטול השידור הציבורי ועוד. אומנם במקרים מסוג זה תיתכן פגיעה גם באנשים מסוימים, למשל בשל החשש מ"השפעה מצננת" של החוק או בשל ההשלכה של החוק על תפיסות הציבור שבתורן עלולות לפגוע בפרט, אך הפגיעה הנטענת בזכויות, לפחות בעת בירור העתירה, עדיין אינה מגבשת עילת תביעה אישית. במסגרת זו נכללים גם מקרים שבהם הבירור שמבקש העותר (או זה הנחוץ לפי קביעת בית המשפט) הוא של מכלול ההשלכות של הוראת החוק הרלוונטית, כלומר בחינתה אמורה להיעשות באופן כולל (facial challenge) ולא רק באשר לאופן יישום מסוים (as-applied challenge).<sup>162</sup> דוגמה לכך היא טענה לאי-חוקתיות של הוראת החוק בדבר חובת פרישה לגימלאות.<sup>163</sup> בכל המקרים הללו ובדומים להם סמכותו של בג"ץ היא ייחודית, והיא נובעת מהוראות סעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה. אומנם בג"ץ רשאי לבחור לדחות את העתירה בלא לדון בטענה לבטלות החקיקה, למשל בשל אי-בשלות או בשל אי-מיצוי הליכים, אך החלטת בג"ץ שלא לדון בעתירה, כשהיא לעצמה, אינה מקנה סמכות כזו לבתי המשפט האחרים.

בכל המקרים האחרים מוקנית לבתי המשפט השונים סמכות לדון בטענות לבטלות חקיקה. הסמכות נקבעת לפי הסעד המבוקש שעשוי להיות מכוון כלפי רשות שלטונית שפוגעת בזכויותיו (בהליך פלילי, אזרחי או מנהלי) או כלפי גורם פרטי שמסתמך על חוק שמתיר לו לפגוע בזכויות כאמור. הסעד עשוי להיות מעשי, כגון צו עשה או לא תעשה או סעד כספי, והוא עשוי להיות אף סעד הצהרתי. ההגבלה היא שהסעד המבוקש עוסק בעניין אישי של התובע, כלומר באופן ההפעלה של סמכות שלטונית בעניין שבו יש לו אינטרס מוכר. במקרים מסוג זה אין מדובר בתקיפה עקיפה של ההחלטה השלטונית; התקיפה היא ישירה, במובן זה שתכליתה הגנה על אינטרס אישי של צד להליך.<sup>164</sup> במקרים אלה, חרף הסיפה של סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, לבג"ץ סמכות מקבילה, והיא תופעל לפי ההערכה אם דרך ההכרעה המועדפת היא ממקרה למקרה, לפי מסורת המשפט המקובל (ואז

162 לאפיון המקרים שבהם מוטב להעדיף ביקורת שיפוטית "מופשטת" או כוללת ראו פוליאק, לעיל ה"ש 69, בעמ' 70-78; צ'צ'קו, לעיל ה"ש 67, בעמ' 441-450.

163 ראו ע"א (ארצי) 209/10 וינברגר – אוניברסיטת בר אילן (6.12.2012), שם פסק בית הדין הארצי לעבודה כך (פס' 63): "מבלי למעט מהסמכות הנתונה לבית דין זה לדון בשאלות חוקתיות, לרבות במסגרת תקיפה עקיפה של חוק, יש להתחשב בכך שהסמכות לדון בתקיפתו הישירה של החוק – ובאופן שיחול כלפי כולי עלמא ולא רק ביחס לצדדים הישירים למחלוקת – מסורה לבית המשפט העליון, והוא הערכאה המתאימה והראויה לדון בביקורת חוקתית על חוק כה רחב היקף, שיש לו חשיבות משקית וחברתית כוללת". הימנעות זו מהכרעה התאפשרה בזכות השימוש באמצעי של פרשנות החקיקה: לפי פירושו של חוק גיל פרישה שם, על המעסיק מוטלת החובה לבחון באופן ענייני ועל בסיס אינדיווידואלי בקשה של עובדים להמשיך בעבודתם לאחר הגיעם לגיל פרישה. עמדה זו אומצה גם בעתירה לבג"ץ בנושא: בג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת (נבו 21.4.2016). ראו גם עניין Human Rights Watch, לעיל ה"ש 100, בפס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל: "שעה שהמעוררים מתיימרים לייצג את הציבור הרחב, ולהגן על אינטרסים וזכויות החורגים מענייניו האישי של [הנפגע הישיר], עליהם לעשות זאת בתקיפה ישירה, ולא אגב הדיון בהחלטת השר הספציפית שבמוקד ההליך דנן".

164 ראו בהקשר זה עמדת המשנה לנשיאה רובינשטיין בעניין גליק, לעיל ה"ש 101, בפס' כ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "[אשאיר] בצריך עיון את השאלה האם פנייתו לבית המשפט האזרחי בתביעה נזיקית עולה כדי תקיפה עקיפה של החלטת הרשות המינהלית, כפי שקבע בית המשפט המחוזי. על פני הדברים, יתכן שיש ממש בעמדה [...] שכאשר מדובר בתביעה ישירה של ניווק בגין הנזק שנגרם לו, העובדה שמדובר ברשות מרשויות המדינה אינה מעלה ואינה מורידה לעניין זה, ואין מדובר בתקיפה עקיפה של החלטה מינהלית, גם אם מטבע הדברים עולות שאלות הנמצאות בתפר הנזיקי-מינהלי".

תועדף תקיפה עקיפה), או שמא עדיפה הכרעה כללית, שתסדיר גם מקרים היפותטיים, במתכונת של חקיקה שיפוטית (ואז תועדף תקיפה ישירה). אך שיקול הדעת מסור לבג"ץ בלבד אם הוגשה לו עתירה בעניין. כאמור, אם העתירה או התביעה הוגשו לבית משפט אחר, לבית המשפט שלו הוגשו אין שיקול דעת אם לדון בטענה לבטלות החוק (אלא אם הסעד המבוקש הוא הצהרתי). הסמכות לביקורת שיפוטית נובעת מן הסמכות העניינית של בית המשפט להכריע בתובענה שלפניו לפי עילת התביעה הנטענת והסעד המבוקש.

הדברים דומים גם לעניין ביקורת שיפוטית על חקיקת משנה. לפי הגישה המוצעת כאן, יש לפרש את הוראת סעיף 5(1) לחוק בתי המשפט לענינים מינהליים, שלפיו בתי משפט אלה אינם מוסמכים לדון ב"עתירה שהסעד העיקרי המבוקש בה ענינו [...] הכרזה על בטלות [תקנות]", כאשר לעותר אין אינטרס אישי מוכר בהכרזה כזאת. אם הסעד המבוקש עוסק בעניין אישי של העותר, אין לראות בטענה לבטלות התקנות "הסעד העיקרי", ולפיכך אין בהוראה זו כדי לשלול את סמכותו של בית המשפט לענינים מינהליים לדון בעניין.

תחום מרכזי שבו יש לבית המשפט שאינו בג"ץ שיקול דעת הוא של תובענה ייצוגית שמוגשת נגד רשות שלטונית או שעילת התביעה בה כוללת טענה לבטלות חקיקה או חקיקת משנה. דיון מפורט בסוגיה זו חורג ממגבלות רשימה זו. בתמצית, ההצדקה להכרה בקיומו של שיקול דעת אם לדון בתובענה כזאת היא שילובם יחד של אינטרסים אישיים וציבוריים. במקרים אלה יש להעריך באיזו מידה האינטרס האישי של חברי הקבוצה דומיננטי. ההערכה הנחוצה היא באיזו מידה מדובר בקבוצה שיש לחבריה אינטרס שמובחן מאינטרס ציבורי כללי. המבחן בהקשר זה אינו מהו הסעד העיקרי שמבוקש בתובענה אלא מהו האינטרס העיקרי שהתובענה הייצוגית נועדה לקדם. אם מדובר בעיקרו של דבר באינטרס הציבורי בפעילות תקינה של הרשות השלטונית, מקומו של הבירור בבג"ץ. לעומת זאת, אם העיקר הוא הגנה על אינטרסים פרטיים מובחנים שמושפעים מכך שהרשות השלטונית פועלת שלא כדין, ראוי להכיר בתובענה כתובענה ייצוגית (כפוף לשיקולים האחרים שיש לשקול בעניין זה, לפי סעיף 8(ב) לחוק תובענות ייצוגיות).<sup>165</sup> לתובענות ייצוגיות ראוי שיהיה תפקיד מרכזי בפיתוח הגנה על זכויות אדם, ובשל הצורך להבטיח תמריצים להביא לבירור שיפוטי יסודי מקרים שבהם מתעורר חשד לפעילות שלא כדין של רשות שלטונית, במקרה של ספק מוטב לאשר בחירה במתכונת פעולה זו של ביקורת שיפוטית.

## ג. סיכום

הטענה המוצעת בחיבור זה היא שלפי הפירוש הראוי של הדין הקיים, כל עוד לא נקבעה הוראה מפורשת אחרת, לערכאות הדיוניות סמכות רחבה לבחון את תוקפה של חקיקה (ושל חקיקת משנה). הסמכות של כל בית משפט שאינו בג"ץ להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה מותנית בכך שבחינת תוקפה של הוראת החוק נעשית במסגרת תובענה שבה לתובע יש, אם

<sup>165</sup> סוגיה נפרדת היא מיהו בית המשפט המוסמך לדון בתובענה ייצוגית נגד רשות שלטונית. בית המשפט קבע שיש לפרש באופן מרחיב את ס' 5(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, והסמכות העניינית לדון בתובענות ייצוגיות בגין הפרת חובת כיבוד זכויות אדם נתונה אפוא לבית המשפט לענינים מינהליים. ראו לעניין תביעה מכוח חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998, בר"מ 6124/20 מועצה אזורית אור עקיבא נ' חטיב (נבו) 22.1.2023.

יוכחו טענותיו, **עילת תביעה אישית**, והסעד המבוקש אפוא נוגע לאינטרס אישי מוכר שלו. בית משפט שאינו בג"ץ מוסמך לקבוע את תוקפה של הוראת חוק רק באשר לאופן יישומה הרלוונטי להכרעה בתובענה, כלומר באשר לשאלה אם החוק מקנה לרשות השלטונית את הסמכות לפעול באופן שרלוונטי לתובענה בלי שיש חשיבות לשאלה אם זה הסעד העיקרי אם לאו.

זוהי תפיסה שיש לה יתרונות חשובים, שהעיקרי שבהם הוא חיזוק הבחינה החוקתית של נורמות כלליות בהתבסס על אופן יישומן בכל מקרה ומקרה. זהו מהלך שמשלב עם מסורת המשפט המקובל, שמאפיינת את המשפט הישראלי, בעיקר בכל הקשור לפרשנות החקיקה, ועם ההכרה בכך שביקורת שיפוטית על חקיקה שפוגעת בזכויות אדם אינה אלא היבט של פרשנות, בהקשר זה פרשנות חוקתית. חסרונותיו של המודל הביזורי, שעיקרם החשש מאי־ודאות משפטית, חוסר יעילות (בשל ריבוי ההכרעות השיפוטיות ממקרה למקרה) ולעיתים גם אי־שוויון בין מתדיינים בשל הכרעות שיפוטיות סותרות, אינם אלא החסרונות הרגילים של שיטת המשפט המקובל, שמתפתחת ממקרה למקרה.

גם ההיבט של הכשר ציבורי לביקורת השיפוטית אינו מצדיק את הגישה הריכוזית שמסתמנת לאחרונה בפסיקה. לפי עמדה זו, שביטא למשל השופט הנדל, "מבחינת הסוציולוגיה של המשפט יש ערך לכך שהסמכות לבטל חוקים בלתי־חוקתיים תופעל בזהירות ובצורה ריכוזית. הקהילייה המשפטית, ואף הציבור הרחב, תופסים סמכות זו כחידוש, ובמדינת ישראל עודנו מצויים בשלבים הראשונים של גיבושה – מה שמקריין גם על היחס הראוי לביטול חקיקה ראשית על ידי ערכאה שאינה בית המשפט העליון".<sup>166</sup> ייתכן שדווקא התפתחות ממקרה למקרה, בלא להכריע בסוגיית תוקפו של החוק באופן נרחב וכולל (ולכן גם סופי), עשויה לסייע בהטמעת התפיסה המכירה בהיותה של ביקורת שיפוטית על חקיקה יסוד הכרחי בדמוקרטיה ליברלית. עמד על כך יואב דותן, בצינינו כי מבחינת ההכשר הציבורי לביקורת השיפוטית יש יתרון ניכר דווקא לביקורת שיפוטית שנעשית במסגרת הליכים משפטיים "רגילים", שמתקיימת בהם לפחות "מראית־עין של מומחיות משפטית", לצד "סירוב שיטתי לדון בעתירות שאינן נובעות ממצוקה הנוגעת אישית לחירויות העותר, אלא לרצונו לזכות ב'תיקון עולם' במישור כלשהו של הזירה הציבורית", בשונה מההליכים בבג"ץ שמצטיירים כטעונים במטען ערכי ניכר.<sup>167</sup> אף שאני סבור שיש חשיבות ציבורית רבה – והכשר דמוקרטי – גם לביקורת שיפוטית שנעשית בתקיפה ישירה בבג"ץ, לאכיפת שלטון החוק, אני מסכים עם ההערכה שביקורת שיפוטית בתקיפה עקיפה אינה צפויה לפגוע באמון הציבור בשפיטה.

יתרון נוסף הוא הטלת תפקיד נכבד על הרשות המבצעת במפעל הפרשנות החוקתית. כפי שציין רונן פוליאק, ביקורת שיפוטית יישומית היא "אמצעי חוקתי המטיל את נטל ההגנה על הזכות החוקתית בראש ובראשונה על הרשות המבצעת – עליה מוטלת האחריות לאמץ פרשנות ראשונית (סבירה) לחקיקה באופן שיסיר את הפגם החוקתי הנטען בעתירה.

166 עניין **Human Rights Watch**, לעיל ה"ש 100, בפס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל. ראו ברוח דומה ברק, לעיל ה"ש 90, בעמ' 21–22.

167 דותן "האם ישראל צריכה בית־משפט לחוקה?", לעיל ה"ש 127, בעמ' 137, 146. ראו ברוח דומה פוליאק, לעיל ה"ש 69, בעמ' 79–80.

בג"ץ ממקם [...] את הרשות המבצעת ב'קו ההגנה הראשון' להנחלת ערכים חוקתיים.<sup>168</sup> ביקורת שיפוטית יישומית מאפשרת במקרים רבים יותר להיעזר באמצעי של פרשנות החוק, כפי שהוא מיושם במקרה מסוים, לשם השגת תוצאה של יישום מידתי.

על יסוד מכלול השיקולים הללו אני סבור שההצעה שנדונה במועד כתיבת שורות אלה, של הענקה לבית המשפט העליון סמכות ייחודית לביקורת שיפוטית על חקיקה, איננה רצויה. בשונה ממרבית, אם לא כל, השופטים שביטאו בפסיקת השנים האחרונות העדפה למודל הריכוזי, וכמוהם אנשי האקדמיה שביטאו עמדה דומה, יוזמי המהלך הנוכחי אינם מסתירים את מטרתם בייזום מהלך זה – צמצום היקפה של הביקורת השיפוטית. זהו מהלך שתכליתו צמצום ההגנה על זכויות האדם בישראל באמצעות הכבדה על האפשרות לייזום ביקורת שיפוטית על חקיקה; מהלך שנועד לסמן הכרזה על חוק כלא תקף מחמת הפגיעה שהוא גורם בזכויות אדם כדבר חריג ויוצא דופן שנדרש עבורו הליך מיוחד שאינו חלק ממהלך הדברים הרגיל של פרשנות; מהלך שעלול להיות ציון דרך לקראת שינוי יסודי של אופן בחירת השופטים לבית המשפט העליון, מה שיקרב את מדינת ישראל לדגם של בית משפט לחוקה ששופטיו נבחרים במתכונת מעין-פוליטית, ללא מכלול האיזונים שנלווים להסדר כזה, בראש ובראשונה הקביעה של חוקה נוקשה, ללא פסקת התגברות ועם מסורת של כיבוד נורמות של דמוקרטיה ליברלית. יש לקוות כי גם אם ייחקק הסדר כזה, המציאות שהתבררה במדינות שפועלות לפי המודל הריכוזי האירופי תתממש גם אצלנו, כלומר שימוש נרחב באמצעי של פרשנות חוקתית מקיימת, באופן שיבטיח את המשך אכיפתה של החובה לכבד את זכויות האדם בישראל בדרך של פרשנות, אם תיחסם הדרך של הכרזה מפורשת על בטלות החקיקה.

תהא העמדה באשר להסדר הרצוי אשר תהא, אני סבור שהדין הקיים אינו מקנה לבתי המשפט השונים סמכות שלא לדון בטענה שחקיקה אינה תקפה אם הטענה מועלית במסגרת תובענה שהם מוסמכים לדון בה. כל עוד לא נקבעה הוראה בדבר ייחוד סמכות זו לבית המשפט העליון, ובצידה הסדר להעברת ההכרעה בטענה מבית המשפט שבו היא מתעוררת אל בית המשפט העליון, על כל בית משפט להכריע לגופה בטענה שחקיקה (או חקיקת משנה) אינה תקפה, משום שהיא אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוקי היסוד.

168 שם, בעמ' 61.