

חובות חוקתיות החלות על רשויות: מהות ופרוצדורה

גרשון
גונטובניק*

חובות חוקתיות הן ציווי שמצווה המשפט החוקתי לעשות או לחדול. הן יכולות להיות מוטלות על פרטים, וכן על זרועות השלטון ועל רשויות מנהליות בעניינים חוקתיים. הן יכולות לנבוע מזכויות חוקתיות, שהרי הזכות החוקתית מטילה חובה, או לעמוד על רגליהן שלהן. מאמר זה ימקד את המבט בחובות חוקתיות המוטלות על הרשות המחוקקת או על הרשות המבצעת, ושאינן נובעות מזכויות חוקתיות. גם חובות אלה אוחזות בחשיבות רבה לתפקודו התקין של הממשל.

חלקו הראשון של המאמר יעמוד על מהותן של החובות החוקתיות. אלה יכולות להיות מגובשות בדרכים שונות. חלקן מעוגנות במסמכים חוקתיים כמו חוקייסוד או חוקים המסדירים סוגיות חוקתיות, למשל הדרך להגיש ולהעביר את תקציב המדינה, להצהיר אמונים לפני כניסה לתפקיד או לנצל את במת השידור הציבורי לשם חשיפה לפלורליזם של תכנים. החובות יכולות גם להיות תוצר הפסיקה נוכח השתמעותן מהמבנה החוקתי הכללי של שיטת המשפט. כזו היא החובה האוסרת על ניצול לרעה של הסמכות המכוננת, שנגזרת מחובות האמון וההגינות המוטלות על הכנסת. לבסוף, הן יכולות להיות תוצר של פרשנות של בית המשפט, המציבה גבולות לחובות הנגזרות מזכויות היסוד, אגב הותרת שאר המרחב החוקתי להסדרת החובות החוקתיות שאינן נגזרות מהן. כפי שניתן להתרשם, לבתי המשפט יש תפקיד חשוב ביצירת החובות החוקתיות ובפירושן. חלקו השני של המאמר יעמוד על ההתדיינות סביב החובות החוקתיות. כאן ייעשה שימוש במושג ההנסגה השיפוטית (deference) לשם ליבון הדברים: כשבית המשפט נוקט הנסגה שיפוטית אגב הפעלת הביקורת השיפוטית, הוא מנסיג את שיקול דעתו מפני שיקול דעתה של הרשות; הנסגה מלאה שקולה לאי־שיטות; הנסגה חלקית תצדיק התערבות שיפוטית רק במקרה של עיוות או מופרכות המצוי בשיקול הדעת השלטוני.

* שופט בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו. תודתי לקוראים החיצוניים, לאלונה חגאי-פריי ולמשתתפי הכנס שערך כתב העת "משפט, חברה ותרבות" (ביום 9.1.2025) על הערותיהם; תודתי ליניב רוזנאי על היוזמה לתרום מאמר לכרך זה ועל הפניותיו למקורות חשובים. לבסוף, ברצוני להודות לעורכת המשנה גיל ארליך ולחברי המערכת עומרי אוטיקר ושני ברדה על עבודת העריכה המעולה ועל הערותיהם.

כאן מתחדד ההבדל המשמעותי בין ההתדיינות סביב החובות החוקתיות שנגזרות מזכויות יסוד ובין ההתדיינות בנוגע לחובות החוקתיות העצמאיות. בעוד הדיון בראשונות נעשה ללא הנסגה שיפוטית, הרי שהדיון באחרונות יכול לכלול הנסגה שכזו. הכול תלוי בשאלה מהי הסוגיה העומדת לדיון ואם יש לבית המשפט כשירות מוסדית לעסוק בה. על רקע זה מזהה המאמר, בחלוף הזמן, נכונות גדולה יותר של בתי המשפט לקיים ביקורת שיפוטית מוקפדת גם ביחס לחובות החוקתיות העצמאיות. בעבר הייתה נטייה מובהקת יותר להפעיל עילות סף כמו שפיטות או עמידה על ההתדיינות בהן, אך כיום השימוש בעילות הסף מצומצם יותר כדי לאפשר את בחינת הדברים לגופם. בחלק זה נבחן דוגמאות להתדיינויות שונות שבנוגע לחלקן הופעלה הנסגה שיפוטית ובנוגע לאחרות לא הופעלה הנסגה כאמור.

מבוא

החובות החוקתיות הן הבנות הנחבאות אל הכלים במשפחת המשפט החוקתי. הן עומדות בצילם של הערכים החוקתיים והזכויות החוקתיות, וזאת אף על פי שהן מסדירות חלקים נרחבים של המשפט הציבורי כולו. מאמר זה יבקש לכוון אליהן את אור הזרקורים ולעמוד על מהותן ועל המתכונת הראויה של ההתדיינות בנוגע אליהן, והמהות תשליך על הפרוצדורה.

מבחינת המהות, חובה חוקתית היא ציווי משפטי לעשות מעשה או להימנע ממנו, שמקורו במשפט החוקתי והוא מסדיר סוגיה חוקתית. לחובות החוקתיות ביטויים שונים. חלקן מוטלות על הפרטים הפועלים בחברה וחלקן על זרועות השלטון. חלקן נגזרות מזכויות היסוד החוקתיות, שהרי הזכויות מטילות חובות, וחלקן עומדות על רגליהן שלהן והצידוק לקיומן הוא עצמאי. מאמר זה יוקדש לאחרונות. נבחן מגוון חובות העוסקות בסוגיות חוקתיות אך אין בצידן זכויות חוקתיות והן אינן נגזרות מהן. על רקע זה, ולאורך יתרת המאמר, כשאתייחס לחובות חוקתיות, כוונתי לחובות מהסוג האמור אלא אם כן יצוין אחרת.

חובות שאין בצידן זכויות נפוצות מאוד בתחומי משפט שונים. כך למשל, בתחום האתיקה המקצועית חייב עורך הדין בשורה של חובות, ובהן החובה לעזור "לבית המשפט לעשות משפט".¹ על חברה מסחרית, ועל הפועל מטעמה, נאסר לחרוג מהמטרות שנקבעו בתקנונה.² דירקטוריון החברה אחראי לעריכת הדוחות הכספיים ולאישורם,³ ועל הדירקטורים מוטלת החובה להפעיל שיקול דעת עצמאי בבואם לממש

1 ס' 54 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, ס"ח 178.

2 ס' 55 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189.

3 שם, בס' 92(א)(5).

את תפקידם.⁴ הדוגמאות רבות, אך תקצר היריעה מלהכילן. בכל אלה פועלים גורמים שונים, בתחומי משפט שונים, לאורן של חובות שהדין מטיל עליהם. והנה, כשבאים אנו למשפט החוקתי, עומדות בקדמת הבמה הזכויות החוקתיות והחובות הנגזרות מהן. קרנן הפציעה בסוף המאה השמונה עשרה, לאחר שנוצרו מגילות זכויות האדם באירופה ובאמריקה בעקבות עידן הנאורות והמהפכות הגדולות.⁵ אימי מלחמת העולם השנייה העלו את חשיבותן, ואלה באו לידי ביטוי במסמכים חוקתיים מכוננים במישור המדינתי והבינלאומי. לזכויות החוקתיות נלוות החובות החוקתיות לכבדן, ומכאן שעליית חשיבותן של הראשונות הקרינה על האחרונות. אין חולק על מרכזיותן של זכויות היסוד בשיח החוקתי גם במשברים הפוקדים אותנו כעת. אלה, בניגוד לחובות חוקתיות, עומדות במרכז תשומת הלב הציבורית והאקדמית. במאמר זה אמקד את המבט בחובות החוקתיות שאינן נגזרות מזכויות היסוד. הספרות בנושא זה מעטה. עיקרה עוסק בחובות החוקתיות המוטלות על **פרטים** – תושבי המדינה ואזרחיה – כלפי החברה והמדינה.⁶ מאמר זה יעסוק בחובות חוקתיות מסוג אחר – אלה המוטלות על זרועות השלטון ועל הרשויות המנהליות. חובות אלה מטפלות בסוגיות חוקתיות, המשקפות את מהותן של הרשויות הציבוריות, את התפקיד המסור להן בשיטת המשפט ואת טיבה של מערכת היחסים שלהן עם החברה שהן מתפקדות בה. מטרתו של המאמר היא צנועה. הוא בא להאיר את החובות החוקתיות ולעמוד על חשיבותן הרבה. חלקו הראשון יוקדש לבחינת מהותן. עיקרו של חלק זה הוא תיאורי. הוא יפתח בדיון מושגי-הגדרתי, ולאחר מכן ייבחן סוגים שונים של חובות חוקתיות. אבחין בין חובות המעוגנות במפורש במסמכים חוקתיים, חובות המשתמעות מהמבנה החוקתי שלנו ושבתי המשפט הם המכוננים אותן, וחובות שהן תוצר של פרשנות שיפוטית של נורמות חוקתיות קיימות. אגב הדיון יבלוט תפקידם החשוב של בתי המשפט בסיוע להבנה של החובות החוקתיות וביצירתן, בין בדרך של חקיקה שיפוטית ובין בדרך של פרשנות. להבנה זו של כוחם היוצר של בתי המשפט בפיתוח החובות החוקתיות יש משמעות הצופה פני עתיד. היא מראה כי שדה החובות החוקתיות יוכל לשמש בסיס לקידום ערכי היסוד של המשפט החוקתי הלכה למעשה, קידום שנעשה בו עד כה שימוש בעיקר באמצעות דיני הזכויות החוקתיות. חלקו השני של המאמר יוקדש ל**פרוצדורה** הנוגעת להתדיינות בעניין החובות החוקתיות, כיאה לנושאה של אסופת המאמרים הנוכחית. חלק זה של המאמר כולל רכיב

4 שם, בס' 106.

5 ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 17 (2016).

6 ראו Alona Hagay Frey, *Constitutional Human Duties*, 51 GA. J. INT'L & COMPAR. L. (2023) 311. המאמר האמור מבוסס על עבודת הדוקטורט: אלונה חגאי-פריי **חובות אדם חוקתיות** (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", אוניברסיטת בר אילן התשפ"ב); Assaf Likhovski, *The Rise and Demise of Constitutional Duties in Israel*, 61 AM. J. WOLFGANG BABECK, *Constitutional Duties*, in 2 WRITING; LEGAL HIST. 90 (2021) CONSTITUTIONS: FUNDAMENTAL RIGHTS 561 (Wolfgang Babeck & Albrecht Weber eds., 2024).

נורמטיבי. אטען שמן הראוי יהיה לאמץ ביחס להתדיינות זו ביקורת שיפוטית הקשרית, הנגזרת ממהות המחלוקת העומדת על הפרק. כאן יהיה מקום לעמוד על מהותה של ההנסגה השיפוטית (deference). ביחס להתדיינות סביב חובות חוקתיות מסוימות ראוי יהיה לאמץ ביקורת שיפוטית מוקפדת ללא הנסגה כלל, וביחס לאחרות ראוי יהיה לנקוט הנסגה. הכול תלוי במהותה של הסוגיה העומדת לביקורת שיפוטית ובמידת הכשירות המוסדית העומדת לרשות בית המשפט בבואו לבחון אותה. שעה שמדובר בחובה שעניינה גיבוש שיקולי מדיניות או בחירה בין סדרי עדיפויות, נדרשת הנסגה שיפוטית. כשעל הפרק מחלוקת בעלת רכיבים פוליטיים נכבדים, ניתן יהיה לנקוט בהנסגה שיפוטית מלאה, העולה כדי אי־שפיטות. כאשר מדובר בשאלה הנוגעת בפרשנות חוקתית או במחלוקת משפטית במהותה, לא יהיה מקום לנקוט הנסגה שיפוטית כלל.

חשוב לפיכך להבחין בין החובות החוקתיות הנגזרות מהזכויות החוקתיות ובין החובות החוקתיות העומדות על רגליהן שלהן. אלה ואלה יכולות להגיע להתדיינות בבתי המשפט. ואולם, בעוד שביחס לראשונות אין מקום לנהוג בהנסגה שיפוטית, יש לאמץ ביחס לחלק מהאחרונות. לפני שאדגים עניין זה אדון בשימוש בעילות הסף ביחס לעתירות שעניינן חובות חוקתיות. כידוע, שימוש מוגבר בעילות סף חוסם את הדיון במהות, אך לעיתים אין מנוס מכך. חלק זה של המאמר יראה כי בית המשפט העליון מגלה כיום נכונות רבה יותר להיכנס לעובי הקורה של ההתדיינות סביב החובות החוקתיות בהשוואה לזו שהופגנה עד לפני כמה עשורים, אגב צמצום השימוש בעילות סף כגון אי־שפיטות או זכות העמידה. להתדיינות החוקתית ביחס לחובות החוקתיות עוד נכונות אפוא עלילות.

א. חובות חוקתיות המוטלות על רשויות

1. מבט מושגי כללי – חובות שאינן נגזרות מזכויות וערכים חוקתיים

עולם תורת המשפט כולל כמה תאוריות מרכזיות היורדות לשורש המונח "זכות". בכולן קיים קשר הדוק בין מונח הזכות למונח החובה. ידועה כמובן גישתו של הופלד, אשר קשרה ביניהן קשר בל יינתק.⁷ לפי גישה זו לא תיכון זכות ללא חובה, ומדובר בצמד מושגים המהלך יחדיו. הגותו של רוז, העדכנית יותר, הכירה גם היא בקשר ההדוק בין הזכות המשפטית ובין החובה המשפטית. הוא נובע מגישת האינטרס, המסבירה את בסיס מושג הזכות. כל זכות משפטית מטילה חובה על אחרים, זאת משום שזכויות משפטיות קמות אם לבעליהן עומד אינטרס חזק דיו כדי שיוכל להצדיק הטלת חובות כאמור.⁸ מובן

7 ראו F. M. Kamm, *Rights*, in THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW 476, 477 (Jules L. Coleman & Scott Shapiro eds., 2002); כן ראו Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* 26 YALE L.J. 710, 717 (1917).

8 JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* 166 (1986). בהתאם להגדרה "X has a right" if and only if X can have rights, and, other things being equal, an aspect of X's well-

שבמקרים רבים זכויות ואינטרסים נוגדים יובילו לפגיעה מוצדקת בזכויות אלה ובחובות הנלוות להן.

עם זאת, רז מסביר שאין לומר כי לצד כל חובה עומדת זכות הקשורה לה.⁹ מלבד זכויות קיימים מושגי יסוד בסיסיים משפטיים נוספים שיש להביאם בחשבון. כך, למשל, קיימות חובות שאינן נובעות מזכויות או מזכויות אדם.¹⁰ אלה עומדות על רגליהן. חובה היא דרישה לעשות דבר או להימנע ממנו. היא משקפת טעם לפעולה או להימנעות.¹¹ חובה משפטית היא תוצר של נורמה משפטית (יהיו אלה, בין השאר, חוק, פסיקה, חוזה או נאמנות), והפרתה עלולה להוביל לסנקציה משפטית. חובות יכולות להיות מוטלות על פרטים ועל רשויות. דוגמה בולטת לחובה המוטלת על המדינה היא פיתוח ושימור של טובין ציבוריים (Public Goods), כמו הגנה על שטחים פתוחים, אתרי מורשת או חינוך הביטחון הציבורי וערכי היסוד. באופן טיפוסי לא עומדות לפרטים זכויות בטובין אלה.¹² החובות בעניינם מוסברות לאור מהות התפקיד והאחריות של רשויות הממשל, ללא קשר לזכויות אדם.

מושג חוקתי בסיסי נוסף שיש להביאו בחשבון הוא הערך החוקתי, כלומר ערך שהחוק או המשפט החוקתי המהותי מכירים בו.¹³ הערכים החוקתיים יכולים להיות מוכרים במפורש, כשהם מעוגנים במסמכים החוקתיים, או במשתמע, שאז הם ינבעו ממהות המשטר. כך למשל, נפסק שהפרדת הרשויות, שלטון החוק ועצמאות הרשות השופטת הם ערכים חוקתיים המשתמעים מחוקי היסוד שלנו.¹⁴ גם כבוד האדם הוא ערך חוקתי המעוגן מפורשות בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו,¹⁵ וזאת באופן נפרד מהזכות החוקתית לכבוד האדם.

לאחר הצגה כללית זו יש לבחון את מכלול הדברים ביחס לחובות החוקתיות שמאמר זה עוסק בהן.

being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under "duty"; קיימות תיאוריות נוספות המסבירות את מושג הזכות, אך עמידה עליהן חורגת מגבולות רשימה זו. להרחבה ראו Kamm, לעיל ה"ש 7, בעמ' 481–487; לצד זאת יש לציין את התפיסה הקהילתית של הזכויות, המכירה ביכולת לתת להן מובן המשקף את המגבלות הנובעות מהשתייכות לקהילה, על החובות הנלוות לה. ראו הסקירה אצל Will KYMLICKA, CONTEMPORARY POLITICAL PHILOSOPHY 208 (2d ed. 2002). גם כאן, דיון בשאלה כיצד גישה זו מקרינה על עניינינו חורגת מגבולות רשימה זו.

9 Raz, לעיל ה"ש 8, בעמ' 170.

10 שם, בעמ' 210.

11 שם, בעמ' 195.

12 Joseph Raz, *Liberating Duties*, in *ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: ESSAYS IN THE MORALITY OF LAW AND POLITICS* 29, 34 (rev. ed. 1994).

13 אהרן ברק **כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה** כרך א 209 (2014).

14 בג"ץ 2257/04 **סיעת חד"ש – תע"ל נ' יושבת-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17**, פ"ד נח(6) 685, 703 (2004) (להלן: **עניין סיעת חד"ש**).

15 ס"ח התשנ"ב 150. כבר בסעיף הראשון של חוק היסוד נמצא את ההכרזה ש"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם". זהו אפוא ערך מפורש.

2. מיקוד המבט בחובות החוקתיות

במוקד המאמר עומדות החובות החוקתיות. אלה נגזרות מערכים חוקתיים המשמשים כציוד לכינון. הדברים עולים במובהק שעה שבוחרים אנו חובות חוקתיות המוטלות על פרטים. כפי שמסבירה חגאי-פריי, חובות עצמאיות אלה אינן תלויות בזכויות אדם לשם ביסוסן, וההצדקה לקיומן אינה נשענת עליהן.¹⁶ הערכים החוקתיים שהן מקדמות הם מגוונים. הן יכולות לסייע בחיזוק ערכים של השתתפות במפעל המדינתי, אגב קידום הסולידריות החברתית (תשלום מיסים, הצבעה בבחירות, שירות צבאי, שירות בחבר מושבעים ועוד). לצד זאת, הן יכולות לעודד את ערך הסולידריות עם המשפחה (חובת טיפול בילדי התא המשפחתי), עם הקהילה (שירותי רווחה) ועם הסביבה (שמירה על איכות הסביבה).¹⁷

במאמר זה לא אעסוק בחובות החוקתיות המוטלות על פרטים. תחת זאת אמקד את המבט בחובות החוקתיות המוטלות על רשויות ציבוריות. גם חובות אלה נגזרות מערכים חוקתיים והן באות לקדם. הן עוסקות בסוגיות חוקתיות, והמשפט החוקתי הוא המקור לצינוני שבבסיסן. אם נאמץ את ההבחנה שבין שני ענפי המשפט הציבורי, קרי משפט ציבורי מוסדי ודיני זכויות האדם, הרי שרבות מהן יכולות להיחשב "נורמות מוסדיות".¹⁸ הן מסדירות את פעולות הרשויות בדרך של הטלת חובות עליהן. הן נבדלות מחובות אחרות בכך שהן מקדמות סוגיות חוקתיות, הנוגעות למהותן של הרשויות הציבוריות ולמקומן במבנה המשטר החוקתי, למעמדן, לתפקידן ולמערכת היחסים שלהן עם הפרטים בחברה.

עם זאת, תהיה זו טעות לראותן רק מזווית הראייה הצרה של הצינוני המשפטי החוקתי, שהרי כאשר הדין מטיל חובה על רשות שלטונית, זו מקדמת גם ערכים חוקתיים. אלה עומדים בבסיס החובה ומצדיקים את כינונה. כך, כאשר מוטלת על הכנסת חובה לפקח על הממשלה, הדבר מחזק את הערך החוקתי של הפרדת רשויות; וכאשר מוטלת על תאגיד שידור ציבורי החובה ליתן ביטוי למגוון ההשקפות בחברה שהוא פועל בה, הדבר אכן מגביל אותו מוסדית, אך בה בעת מקדם ערכי יסוד של פלורליזם וסובלנות. נראה כי לא נכתב רבות על אודות החובות החוקתיות במובן זה במקומותינו. עם זאת, כפי שנראה להלן, הן עוסקות בסוגיות רבות-חשיבות ומן הראוי להקדיש תשומת לב להן ולהתיינות בהקשרן. לשם קיומו של דיון ממצה בעניין זה חשוב לעמוד על הסוגים השונים של החובות החוקתיות. החובה החוקתית, כמו כל חובה, היא דרישה לעשייה או להימנעות ממנה. החובות החוקתיות נבדלות אלה מאלה במקור הדרישה. חלקן מעוגנות במפורש בחוקי-היסוד או בחוקים, וחלקן הן יציר פסיקה והכרה שיפוטית. העובדה שהן אינן מטילות מגבלות על פרטים מאפשרת, כפי שנראה, לבתי המשפט ליצור בעניין זה יש מאין גם ללא מקור הסמכה מפורש, ומכאן התפקיד החשוב שיש לבתי המשפט בפיתוחן ובפרשנותן.

16 Hagay Frey, לעיל ה"ש 6, בעמ' 331.

17 Babeck, לעיל ה"ש 6, בעמ' 565.

18 ראו ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" **עיוני משפט** מ 595, 595 ו 601 (2017).

3. סוגים שונים של חובות חוקתיות המוטלות על רשויות

(א) חובות חוקתיות מפורשות

הסוג הראשון של חובות חוקתיות שעליו נעמוד הן כאלה שמעוגנות במפורש בחוקי היסוד שלנו או בחוקים שלהוראותיהם מהות חוקתית. כך, חוק יסוד: משק המדינה¹⁹ מטיל על המדינה חובה לעגן את תקציבה בחוק.²⁰ הוא מטיל על הממשלה חובה להגיש את התקציב ולהניחו על שולחן הכנסת במועדים קבועים, וקובע שעל הצעת התקציב להיות מפורטת. זוהי חובה חוקתית מפורשת ולצידה החובה המקבילה של הכנסת לפקח על הממשלה. הצורך לאשר את חוק התקציב הוא אחת הדוגמאות הבולטות לפיקוח זה. חוק יסוד: הכנסת²¹ קובע את התוצאה של אי עמידה בחובת הממשלה לאשר את חוק התקציב. כך, נקבע כי אם לא התקבל חוק התקציב במועד, יראו את הכנסת כאילו החליטה להתפזר.²² באופן רחב יותר, מוטלת חובה על הממשלה לקבל את אמון הכנסת כדי שתוכל לכהן.²³ גם כאן אנו רואים כי צידה האחר של החובה המוטלת על הממשלה הוא החובה המוטלת על הכנסת לפקח עליה, ובמסגרת זו הסיעות השונות יכולות ליזום הצעות אי-אמון כאשר הן סבורות כי האמון נשבר ואיננו.

חובות חוקתיות שונות ניתן למצוא גם בחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי,²⁴ המטיל אותן על המדינה בכל הנוגע לעידוד הקשר עם העם היהודי שבתפוצות. עם אלה ניתן למנות את החובה לשקוד "על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים בצרה ובשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם",²⁵ לפעול "בתפוצות לשימור הזיקה בין המדינה ובין בני העם היהודי"²⁶ ולפעול "לשימור המורשת התרבותית, ההיסטורית והדתית של העם היהודי בקרב יהדות התפוצות".²⁷ חובה נוספת המוטלת בהקשר זה, היא החובה לעודד ולקדם התיישבות יהודית בארץ ישראל.²⁸ חובות אלה נגזרות מערכי היסוד של מדינת הלאום היהודית ומעיקרי המפעל הציוני העומד בבסיסה. עם זאת, בית המשפט העליון פסק כי אין הן מקנות זכויות אישיות לפרטים בשל השתייכותם ללאום היהודי.²⁹ כמו כן נקבע כי הן בעלות מעמד הצהרתי.³⁰ החובות

19	ס"ח התשל"ה 206.
20	שם, בס' 3(א)(1).
21	ס"ח התשי"ח 69.
22	שם, בס' 36א.
23	ראו את ס' 3 לחוק יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158.
24	ס"ח התשע"ח 898.
25	שם, בס' 6(א).
26	שם, בס' 6(ב).
27	שם, בס' 6(ג).
28	שם, בס' 7.
29	בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 48 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו 8.7.2021).
30	שם, בפס' 49 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

החוקתיות המפורשות יכולות אפוא ללבוש לבוש מעשי ולבוש הצהרתי. ואולם, גם לחובות הצהרתיות יכולה להיות משמעות מעשית, שכן הן תוכלנה לשמש לפרשנות של נורמות חוקתיות ותת-חוקתיות.

חוקי-היסוד מטיילים חובות לא רק על רשויות כי אם גם על ממלאי תפקידים שונים על פי דין. כך, חוקי-יסוד: הכנסת מטיל על חברי הכנסת הנכנסים לתפקידם חובה להצהיר אמונים בהתאם לנוסח הקיים בחוק היסוד,³¹ וחוקי-יסוד: השפיטה מטיל על אדם שנתמנה לשופט חובה להצהיר הצהרת אמונים בפני נשיא המדינה. גם כאן דבר ההצהרה מעוגן בחוק היסוד³² ומשקף את התפיסה הערכית של תפקידים רבי-חשיבות אלה, המחייבת את מימושם מתוך חובת אומן המוטלת כלפי הציבור הרחב.

חובות חוקתיות נוכל למצוא לא רק במישור חוקי-היסוד אלא גם במסגרת חקיקה רגילה, המטילה על רשויות מנהליות חובות בעלות אופי חוקתי ברור. כזו היא למשל "דוקטרינת ההגיינות", המחייבת גורמי שידור ציבורי להציג, באופן לא מוטה, נקודות מבט שונות הקיימות בחברה.³³ דוקטרינה זו באה לידי ביטוי בדברי החקיקה המסדירים את פעילותם של ערוצי התקשורת השונים במקומותינו. כך, בעל רישיון לשידור בערוצים הכפופים לאסדרת הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו מתחייב להבטיח כי "בשידור בענייני היום שלתכנון יש משמעות ציבורית, יהיה ביטוי נאות לדעות שונות הרווחות בציבור".³⁴ באופן דומה, החוק מחייב את תאגיד השידור הציבורי לספק תוכן ש"ישקף ויתעד את היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית, את ערכיה ואת מורשת ישראל, וייתן ביטוי הוגן, שוויוני ומאוזן למגוון ההשקפות והדעות הרווחות בציבור בישראל".³⁵

חובת השידור המאוזן היא חובה חוקתית. היא עוסקת בסוגיית ליבה של המשפט החוקתי, שכן עניינה הוא אופיו של השיח התקשורתי בחברה הדמוקרטית. תפקידו של השידור הציבורי הוא לאזן את צרות המבט והאינטרסים של גורמי השידור הפרטיים. הוא בא להגדיל את הסיכוי להשמעת מגוון רחב יותר של דעות וגישות בתקשורת. זהו מעין תיקון של כשל שוק תקשורתי,³⁶ החשוב לשיפור תפקודה הנאות של הדמוקרטיה. על רקע זה ניתן להבין את קביעתו של השופט מזוז שהוא נוטה לדעה שעל המדינה

31 ס' 15 לחוקי-יסוד: הכנסת; לדיון בנושא ראו סוזי נבות "הצעת החוקה: שלוש הערות על פרק הכנסת" **משפט וממשל** י' 593, 624 (2007). המחברת גורסת כי מילוי חובת ההצהרה הוא תנאי לכניסת חבר הכנסת לתפקידו (שם, בעמ' 625).

32 ס' 6 לחוקי-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78; לדיון בהצהרה זו ראו יגאל מרזל "על הצהרת האמונים של השופט" **ספר אור: קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור** 647 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים 2013).

33 לדיון בחובה זו ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** כרך ב' 1043 (מהדורה חמישית 1996).

34 ס' 47(א) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, ס"ח 59.

35 ס' 7(ב) לחוק השידור הציבורי הישראלי, התשע"ד-2014, ס"ח 778; לדיון בחובות המוטלות על שידורי התקשורת בישראל ראו יואב המר "משפט, תרבות מקומית ותרבויות מיעוט: דרישות תוכן בשידורי רדיו וטלוויזיה בישראל" **משפט וממשל** יד' 149 (2012).

36 ראו הדיון בבג"ץ 2996/17 **ארגון העיתונאים בישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' ראש הממשלה**, פס' 36 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר (נבו 2019.1.23).

הדמוקרטיה מוטלת חובה, שהיא חוקתית במהותה, להבטיח את קיומו של תאגיד שידור ציבורי עצמאי מבחינה פוליטית או כלכלית.³⁷ נוסף על כך, מדובר בחובה שאינה נובעת מזכות יסוד, והיא עומדת על רגליה שלה. לגוף המסדר נתון שיקול דעת באשר לשאלה אילו תכנים ישודרו על ידיו. לצופים בשידור או למאזינים לו אין זכות לקבוע תכנים ספציפיים ואחרים, אך זכותם לדרוש כי השידור הציבורי יעמוד בחובתו להציג את תכניו בצורה מאוזנת.³⁸

(ב) חובות חוקתיות משתמעות יציר הפסיקה

לצד החובות החוקתיות המפורשות ניתן לאתר גם חובות חוקתיות משתמעות. אלה אינן נובעות מהוראה מפורשת שבחוק היסוד או בחקיקה הרגילה, אלא משתמעות מהמבנה החוקתי של שיטת המשפט ומהערכים החוקתיים שבבסיסו, והן מכוננות על ידי הפסיקה. זוהי דוגמה לחקיקה שיפוטית היוצרת חובות חוקתיות חדשות.

כוחו היוצר של בית המשפט בא לידי ביטוי במשפט הציבורי כולו. כידוע, החובות שהדין המנהלי מטיל על הרשויות המנהליות הן תוצר של משפט מקובל נוסח ישראל.³⁹ בראשית הדרך, ובהיעדר חוקה כתובה, המשפט המנהלי הפסוק הוא ששימש כבסיס לצמיחת המשפט החוקתי.⁴⁰ מובן שאין חפיפה מלאה בין היקף הפריסה של שני התחומים. לא כל נורמה המסדירה את התנהלות הרשויות עוסקת בתכליות היסוד העומדות בבסיס פעילותן ובאבני היסוד של הממשל. לכן לא כל חובה שמטיל המשפט המנהלי היא חובה חוקתית. כך למשל, החובה שמטיל דבר חקיקה על שר פלוני להיוועץ בגורם מקצועי לפני קבלת החלטה אינה בגדר חובה חוקתית. זוהי חובה מנהלית מובהקת. גם החובה המוטלת על הרשות לבטל את ההחלטה בדרך שבה ניתנה לא תיחשב לחוקתית. קיימים כמובן גם אזורי חפיפה מהותיים בין הענפים, המרכיבים יחדיו את המשפט הציבורי. כך, החובה המוטלת על רשות מנהלית לפעול על בסיס של מקור סמכות נשענה על עקרון יסוד בלתי כתוב בדבר שלטון החוק, ששימש במשפט הישראלי עוד מראשיתו.⁴¹ זוהי אבן הראשה של המשפט הציבורי כולו, והיא עולה לגדר חובה חוקתית. החובה המוטלת על הרשויות המנהליות להימנע מניגוד עניינים⁴² היא חובה חוקתית. היא נשענת על הערך הבסיסי הרואה את הרשות כנאמן הציבור. כוחו היוצר של בית המשפט בפיתוח החובות הללו בא לידי ביטוי בכל תחומי המשפט המנהלי. לרבות מהן

37 שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופט מזוז.

38 דוגמה ידועה לדרישה כזו נדונה בבג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה (3) 365 (1981), שם הועלתה הטענה שרשות השידור לא העניקה ביטוי נאות לתרומת יהדות המזרח למימוש הפרויקט הציוני, במסגרת הסדרה "עמוד האש" שהפיקה ושידרה.

39 ראו בבג"ץ 578/80 גנאים נ' מואסי, פ"ד לה (2) 29, 38 (1980), השופט יצחק כהן כינה את ענף המשפט הציבורי בישראל כ"משפט המקובל הישראלי"; ראו ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (1) 337, 357 (1981).

40 עידו פורת "המנהליזציה של המשפט החוקתי" עיוני משפט 734, 713, 745 (2016).

41 דפנה ברק-ארו משפט מינהלי כרך א 98–99 (2010).

42 לדין בחובה זו ראו שם, בעמ' 529.

יש גם היבט חוקתי ברור, שכן הן מסדירות באופן שורשי ביותר את אופן הפעולה של הרשות המבצעת, מגבילות את כוחה ונשענות על תפיסה ערכית בסיסית של מהותה ושל מאפייניה.

כוח היצירה השיפוטי יכול לבוא לידי ביטוי גם במישור החוקתי העליון. דוגמה בולטת לחובה חוקתית כזו היא החובה המוטלת על זרועות השלטון שלא לעשות שימוש לרעה בסמכות המכוננת. כידוע, די בכך שדבר חקיקה מכונה "חוקיסוד" כדי שיוכר ככזה, על המעמד הנלווה לו, ויהיה חסין מפני ביקורת שיפוטית מכוח חוקיסוד אחרים, השקולים לו במעמד. ⁴³ עקב כך, עולה החשש שהכנסת תכתיר דבר חקיקה, שאינו ראוי למעמד של חוקיסוד, ככזה, וזאת כדי לשריין אותו מביקורת שיפוטית מלאה. על רקע זה פיתח בית המשפט העליון בעניין **שפיר**⁴⁴ מבחנים הקובעים מתי יקום ניצול לרעה שכזה. כלל האוסר על השימוש לרעה בסמכות המכוננת אינו מתמצה אפוא בהטלת מגבלה על פעולה בלבד. בסיסו הוא במקור נורמטיבי עמוק יותר, בחובה חוקתית. המשנה לנשיאה רובינשטיין גזר אותו מעקרונות היסוד של המשפט הציבורי, המטיל על הרשות חובה לנהוג בתום לב ולפעול על בסיס שיקולים ענייניים בבואה להפעיל את סמכותה.⁴⁵ בכל הנוגע בחקיקת תקציב, רוזנאי סבור כי ניתן לגזור את החובה מחובת האמון שחבה הממשלה לכנסת ושמוכחה היא פועלת.⁴⁶ גישה זו עולה בקנה אחד עם הפסיקה מהעת האחרונה העוסקת בחובות האמון הכלליות שהכנסת כפופה להן.⁴⁷ גיבושו של כלל האוסר על הכנסת לעשות שימוש לרעה בסמכות המכוננת עורר דיון נרחב.⁴⁸ אלא שהנקודה החשובה לענייננו היא שהחובה החוקתית רבת-המשמעות הזו

43 להצגת מצב הדברים ראו יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק היסוד" **ספר אליקים רובינשטיין** כרך ב 1360, 1349 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים, 2020).

44 בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (נבו 23.5.2021). באותו מקרה נדונו תיקונים שבוצעו בחוקיסוד כדי לדחות את המועד שבו נדרשה הממשלה לאשר תקציב בכנסת ולהגדיל את התקציב העומד לרשותה.

45 בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל**, פס' ל לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (נבו 6.9.2017). לדיון ביקורתי על אודות עיגון זה ראו אהרן ברק **חוקיסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקיסוד: חופש העיסוק** כרך א: תורת הזכויות החוקתיות 264–266 (יצחק זמיר עורך 2023).

46 רוזנאי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 1371.

47 ראו את פסק הדין של השופט גרוסקופף בבג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו 1.1.2024) (להלן: **עניין הסבירות**). גרוסקופף מציין כי האיסור על שימוש לרעה בסמכות המכוננת נובע "מחובת האמון הציבורית המוטלת על הכנסת וחבריה, המחייבת אותם להשתמש בסמכות המכוננת לתכלית שלשמה הוענקה" (שם, בפס' 19).

48 ראו למשל אלעד גיל "האם קיים עקרון חוקתי ניטרלי להכרעת שאלת השימוש לרעה בסמכות המכוננת?" **ICON-S-IL Blog** (20.6.2021) <https://perma.cc/WUP5-73FP>; רבקה ווייל "ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד: על מורשת חיות ונתניהו" **ICON-S-IL Blog** Yaniv Roznai & Matan Gutman, *Saving*; <https://perma.cc/YD2J-3N24> (16.12.2021).

נגזרה ממאפייניו הכלליים של המשפט הציבורי שלנו ומחובות תום הלב, ההגינות והאמון השוררות בו. ניתן לראות את האופן שבו ערכי יסוד הנוגעים למהות הקשר שבין הממשלה, הכנסת והציבור משמשים כחומרי הגלם שמהם יצר בית המשפט חובה חוקתית, שאינה מעוגנת מפורשות בחוקי-היסוד. כוח יצירה שיפוטי זה יכול לבוא לידי ביטוי גם בתחומים אחרים.

בית המשפט פיתח גם חובות חוקתיות פרוצדורליות ולא היסס להחיל אותן אף על הליכי החקיקה בכנסת. כך, הוכר "עקרון ההשתתפות", שקובע את האופן שבו יוכלו חברי הכנסת ליטול חלק בהליך החקיקה, וזאת כנגזרת של תפיסת הדמוקרטיה הייצוגית.⁴⁹ מעיקרון זה נגזרה חובה חוקתית לאפשר לחברי הכנסת לקבל "אפשרות אמיתית, רצינית והוגנת [...] לעיין ולדון, להעיר ולהאיר, לשאול ולשקול – הכל על מנת שיהיה סיפק בידם לגבש עמדה מושפלת בסוגיה שעל הפרק".⁵⁰ העובדה שחובה זו לא עוגנה בתקנון הכנסת לא מנעה מבית המשפט להכיר בה מכוח עקרונות כלליים, שאם לא כן תוכל הכנסת לסכל את גיבושן של חובות חוקתיות על ידי הסדרת חסר בתקנונה.⁵¹ משנמצא שהופרה החובה החוקתית ביחס להליך החקיקה שבמחלוקת, הוביל הדבר לביטול החקיקה (בדעת רוב).

היכולת של בתי המשפט להכיר בחובות חוקתיות מראה כי אלה יכולות להתפתח גם ללא עיגון מפורש במסמך חוקתי או בחקיקה. בעניין זה הובעה בספרות האקדמית ביקורת על נטייתו של בית המשפט העליון להתעקש לעגן את מעמדן החוקתי של נורמות מוסדיות בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵² הסקירה שנערכה עד כה מראה כי אכן אין הכרח בעיגון שכזה, וזאת נוכח היכולת של בתי המשפט לפתח חובות חוקתיות ולהכיר בקיומן גם אם אין הן מעוגנות במפורש בחוקי-יסוד כאלה ואחרים. חובות אלה, יציר הפסיקה, יכולות להוביל אף לפסילת חקיקת יסוד.⁵³

(ג) חובות מסגרת חוקתיות ופרשנות – החובה לדאוג לביטחון כדוגמה

דרך פעולה נוספת שבה בית המשפט משפיע על מובנן של החובות החוקתיות היא הפרשנות החוקתית, הקובעת את קו הגבול שבין הזכות החוקתית ובין החובה החוקתית.

the Constitution from Politics: The Israeli High Court of Justice and the Misuse of Constituent Power Doctrine, VERFASSUNGSBLOG (May 30, 2021), <https://perma.cc/VH29-K4N4>.

49 ראו את עמדת השופט סולברג בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פס' 51 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 6.9.2017) שאשרר את פסיקת בית המשפט בבג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 46–51 (2004).

50 עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 49, פס' 52 לפסק הדין של השופט סולברג.

51 שם, בפס' 55 לפסק הדין של השופט סולברג.

52 מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 18.

53 עניין הסבירות, לעיל ה"ש 47.

ערכים שונים יכולים להיות מוכרים כחשובים דיים כדי לכוון זכויות חוקתיות,⁵⁴ אך להיקף הפריסה של זכויות יש גבול. והנה, אותם ערכים יכולים לעמוד בבסיסה של הכרה בחובה חוקתית, העומדת על רגליה היא ואינה נגזרת מהזכות החוקתית. במקרה שכזה, יהיה היקף הפריסה של החובה החוקתית העצמאית תלוי בגבולות הזכות החוקתית, והוא יוכרע על ידי בית המשפט שעה שיבוא ליצוק תוכן לזכות ולחובה. אדגים את הדברים באמצעות החובה לדאוג לחיים ולשלמות הגוף.

אחד מתפקידיה הבסיסיים של המדינה הוא לדאוג לביטחון תושביה ואזרחיה. חובה זו נשענת על תפיסת היסוד של המדינה המודרנית,⁵⁵ ומכאן שמדובר בחובה חוקתית. היא נגזרת מהערך החוקתי של שמירה על הסדר הציבורי. גם אלה התומכים במדינה המינימליסטית, מדינת "שומר הלילה", עדיין סבורים כי תפקידה הבסיסי הוא לספק ביטחון לשוהים בה.⁵⁶ זהו חלק מהאמנה החברתית שביסוד המדינה.⁵⁷

לצד חובה כללית זו עומדת אצלנו החובה החוקתית, הנובעת מהזכות החוקתית לשמירה על החיים והגוף. סעיף 2 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". מכאן שלזכות החוקתית נלווית החובה המוטלת על רשויות השלטון שלא לפגוע בהן שלא כדין, קרי באופן המפר את הוראות פסקת ההגבלה. עוד יש להתחשב בזכות החוקתית להגנה על החיים והגוף. זכות זו, המעוגנת בסעיף 4 לחוק־היסוד, קובעת כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". הזכויות החוקתיות הללו מטילות, בתורן, על המדינה את החובות להגן על הפרטים מפני פגיעתם של צדדים שלישיים ולא רק להימנע מפגיעה בהם בעצמה.⁵⁸ עוד מוטלת עליה החובה להגשים (to fulfil) את הזכות לחיים⁵⁹ והזכות להגנה על שלמות הגוף.⁶⁰ אלה הן חובות אקטיביות, חובות עשה, הנגזרות מהזכות החוקתית לכבוד האדם.

54 ראו לעיל הדיון בהגדרת הזכות בטקסט הנלווה לה"ש 8.

55 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, פס' 23 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (2009).

56 ראו את הדיון אצל אחד מההוגים הבולטים של הזרם הליברטריאני בספר ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA (1974). שם נוזק מסביר כיצד "ממצב הטבע" תקום התאגדות מגינה ("protective association") שתהפוך להיות הדומיננטית בתא שטח נתון ותשמור לעצמה את המונופול על השימוש בכוח. ישות זו היא המדינה, והצידוק הבסיסי לקיומה הוא בהגנה על החברים באותה התאגדות (שם, בעמ' 113–118).

57 ראו דברי השופט זמיר בבג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 320 (1998).

58 בכתיבתו העדכנית של אהרן ברק חובה זו מעוגנת תחת ס' 2 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ולא תחת ס' 4. ראו אהרן ברק חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק־יסוד: חופש העיסוק כרך ג: זכויות חוקתיות 1183 (יצחק זמיר עורך 2023). בעניין זה מציע ברק לסטות מהפרשנות הקודמת, שניתנה בפסיקת בית המשפט העליון, ולפיה החובה המוטלת על המדינה להגן מפני פגיעת צדדים שלישיים בחיים ובגוף מעוגנת בס' 4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו הדיון אצל ברק, לעיל ה"ש 45, בעמ' 122).

59 ברק, לעיל ה"ש 58, בעמ' 1184. חובה זו מעוגנת בס' 4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

60 שם, בעמ' 1222–1227.

מה היחס בין החובה החוקתית הכללית לדאוג לביטחון ובין החובות הנגזרות מהזכות החוקתית לכבוד האדם? זוהי שאלה פרשנית. היא תלויה בפרשנות שייתן בית המשפט לחוקיסוד: כבוד האדם וחירותו. גם לזכות החוקתית לכבוד האדם יש גבולות. בית המשפט אחראי על קביעת הגבול בעבודתו הפרשנית, והכנסת אחראית על ביצוע התיקונים החוקתיים במקרים שבהם תבקש לומר את דברה בעניין. כך או כך, ויהיו גבולותיו של חוקיסוד אשר יהיו, החובה הכללית המוטלת על המדינה לשמור על ביטחון החיים בה ממשיכה לחול. תחולתן המדויקת של שתי החובות נגזרת מהגבולות שייקבעו ביניהן, שיהיו תוצר של פרשנות שיפוטית.

ב. ההתדיינות בחובות החוקתיות המוטלות על הרשויות

לאחר שעמדנו על מהותן של החובות החוקתיות ובחנו סוגים שונים שלהן, הגיעה העת לעבור מהמהות אל הפרוצדורה. האם חובות שכאלה כפופות לביקורת שיפוטית? כיצד יש ליישם בנוגע אליהן את עילות הסף השונות החלות על ההתדיינות הציבורית? ומהן אמות המידה שעל בית המשפט להפעיל בנוגע אליהן במסגרת הביקורת השיפוטית שתופעל, ככל שתופעל? אלה הן שאלות חשובות, משום שאם יש דין אך אין דיין, הרי שכווחו של הדין מתערער.⁶¹ כאשר קיימות חובות חוקתיות, אך הפרתן לא תצמיח סעד משפטי, גם לא באופן פוטנציאלי, מידת מימושו תהיה עניין למשפט הציבורי ולא לבחינתם של בתי המשפט.

ואכן, במישור הפרוצדורה מתחוויר אחד ההבדלים המהותיים שבין החובות החוקתיות, העומדות על רגליהן, ובין החובות הנובעות מזכויות יסוד, והוא מצוי באופן שבו הן נדונות בערכאות. אחד מתפקידי המרכזיים של בית המשפט במשטר דמוקרטי הוא להגן על זכויות האדם, לקדם ולוודא כי החובות הנגזרות מהן ממומשות הלכה למעשה. כך נתפסו הדברים כבר מראשית ימיה של המדינה. לשם כך יש להפעיל ביקורת שיפוטית מוקפדת, ללא הנסגה שיפוטית (deference) מפני שיקול הדעת השלטוני. לעומת זאת, הנכונות השיפוטית להעביר ביקורת שיפוטית נוכח טענות להפרת חובות חוקתיות מסויגת יותר.

ראו למשל מקרה שבו פנה עותר לבית המשפט העליון וטען כי הממשלה הניחה תקציב באופן לא ראוי על שולחנה של הכנסת, וזאת בניגוד לחובות המוטלות עליה מכוח סעיף 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה. בית המשפט סירב להידרש לנושא לגופו. ממלא מקום הנשיא חיים כהן פסק כי הדין מטיל על הממשלה חובה כלפי הכנסת, והכנסת היא שאמורה לעמוד על משמר החובה. ו"אם הכנסת בוחרת למחול על קיום זכויותיה, אם בתוקף ריבונותה ואם בראותה שאין לאל ידי הממשלה לקיים את המוטל עליה מחמת נסיבות שאפילו לממשלה אין שליטה עליהן, לא ישים עצמו בית-המשפט אפטרופוס על

61 ידועה, כמובן, סלידת המקורות ממצב שבו אין דין ואין דיין, ובארמית "לית דין ולית דיין" (בראשית רבה כו, ו).

הכנסת לממש לה זכותה בעל כורחה".⁶² השופט ברק, שהיה אז בראשית דרכו בבית המשפט העליון, פסק כי העותר נעדר מעמד בדין להעלות טענות בנושא זה. עם זאת, תמונת הדברים משתנה ובית המשפט העליון מפגין נכונות הולכת וגוברת לדון גם בעתירות שעניינן הפרת חובות חוקתיות.

חלק זה יוקדש לביסוס השוני ולהסברו. כדי שיהיה ניתן לקיים דיון ממצה בסוגיה, יש להצטייד במושגים המתאימה. אעמוד תחילה על קיומן של אמות מידה משתנות לביקורת שיפוטית. יש מצבים שבהם היא תופעל אגב הנסגה שיפוטית, ובמצבים אחרים לא יהיה מקום לנקוט הנסגה כאמור. אבדוק מתי ראוי לעשות כך או אחרת. לאחר מכן אבחן את יישומן של אמות המידה השונות של הביקורת השיפוטית בכל הנוגע לחובות החוקתיות. טענתי תהיה שאין מקום לבחון את המחלוקות בעניינן בהתאם לאמת מידה אחת. בחלק מהמקרים מן הראוי יהיה להפעיל הנסגה שיפוטית חלקית (סבירות) או מלאה (אישפוטיות). לעומת זאת, במקרים אחרים לא יהיה מקום להפעיל כלל הנסגה שיפוטית, אלא ליישם ביקורת שיפוטית מוקפדת. אבחן את כל אלה ביחס לעילות הסף החוקתיות ולהתדיינות החוקתית לגופה.

1. אמות מידה משתנות של ביקורת שיפוטית : ביקורת שיפוטית הקשרית והנסגה שיפוטית (deference)

המושג "deference" הוא רכיב חשיבות להפעלת הביקורת השיפוטית על מעשי מנהל בעולם האנגלואמריקאי. במקומותינו השימוש בו מצוי בחיתוליו. עמדתי על הדברים בהרחבה במקום אחר,⁶³ ולצורכנו כאן אציין כמה תובנות בסיסיות שתשמנה להמשך הניתוח.

כיצד ניתן לתרגם את המושג לעברית? יש המשתמשים במילה "כיבוד". בתי המשפט מכבדים את הצורך שלא להפעיל ביקורת שיפוטית ביחס לעניינים מסוימים הנתונים לתחום מומחיותן של הרשויות האחרות.⁶⁴ לגישה זו, המקשרת בין "כיבוד" ל-"deference", יש הדים בפסיקה במשפט המקובל ובספרות העוסקת בכך, וגם בקרב חכמי המשפט שלנו, וזאת לצד קישור בינו ובין מושג ה"ריסון השיפוטית",⁶⁵ כשכל אלה משמשים בערבוביה.

62 בג"ץ 119/80 הכהן נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(4) 281, 285 (1980).

63 גרשון גונטובניק "ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת של רשויות ציבוריות: אמות מידה שונות של 'הנסגה שיפוטית' (deference)" ספר עדנה ארבל 489 (שלי אביב ייני, דורית ביניש, אריאל בנדור, הדר דנציג-רוזנברג וקרן מילר עורכים) (2022). האמור בתת-פרק זה נשען במידה רבה על מאמר זה.

64 ראו את פסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 299, 44 (2012).

65 כך, הלורד שטיין (Steyn) ציין כי deference הוא סירוב חריג של בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו העצמאי, מתוך כיבוד רשויות השלטון האחרות. ראו במאמרו Lord Steyn, *Deference: A Tangled Story*, 2005 PUB. L. 346, 349; גם יצחק זמיר תרגם את המונח deference ל-"כיבוד", ראו יצחק זמיר *הסמכות המינהלית* כרך א: המינהל הציבורי 226 (מהדורה שנייה מורחבת 2010); עומר שפירא כרך את המונחים "כיבוד", "ריסון שיפוטית"

להשקפתי, יש להבחין בין המונח deference ובין "כיבוד" או "ריסון". הרי באופן כללי על בית המשפט לכבד את רשויות השלטון האחרות, ועל רשויות השלטון האחרות לכבד את בית המשפט. הצורך לכבד עומד במקומו בין אם שופט נוקט deference ובין אם לאו. גם ריסון אינו מונח מדויק דיו. יכול שופט לנהוג ריסון ויכול הוא לנהוג בפחות ריסון. כך הוא יכול לעשות בכל סוגיה משפטית העומדת על הפרק, בין אם ראוי לנהוג כלפיה ב-deference ובין אם לאו. המונחים "כיבוד" ו"ריסון" משקפים, למעשה, גישה (attitude). גישה אינה שקולה לאמת מידה להפעלת ביקורת שיפוטית. אמת המידה מסבירה את אופן הפעולה השיפוטית, בשונה מגישה כללית למהות התפקיד השיפוטי. כך, בית המשפט העליון הקנדי ציין כי deference היא גם גישה וגם דרישה או אמת מידה (requirement) שעל מפעילי הביקורת השיפוטית לנקוט בה.⁶⁶ על התרגום הראוי לשקף אפוא גם את האופן שבו בתי המשפט פועלים, ולא רק את גישתם הכללית.

אהרן ברק אימץ את המונח "הנסגת-דעת" כתרגום של deference.⁶⁷ זהו תרגום שמבטא באופן טוב יותר את אמת המידה המסבירה את מהות הפעולה השיפוטית. בעקבות זאת נראה כי הביטוי "הנסגה שיפוטית" הוא המתאים, בשים לב לזהות המוסד המבצע אותה. במקרים המתאימים בית המשפט בוחר להנסיג את שיקול דעתו מפני שיקול דעתה של הרשות. מהותה של הנסגת-דעת מצויה במשקל שבית המשפט מייחס לעמדת הזרוע השלטונית במהלך הביקורת השיפוטית.⁶⁸ כשמופעלת הנסגת-דעת, הוא מייחס לה משקל רב, עד כדי עדיפות על פני שיקול דעתו שלו. זו הסיבה לכך שהוא מנסיג את דעתו מפני דעת הרשות.

מדובר באמת מידה המכירה במתחם טעות רחב העומד לרשות הזרוע השלטונית. במקום שבו מוצדק לנקוט הנסגה שיפוטית אין די בכך שבית המשפט סבור כי התשובה לשאלה העומדת על הפרק הייתה צריכה להיות שונה מזו שהרשות הגיעה אליה. גם אם הוא סבור כי הגורם המוסמך טעה בגישתו, לא יהיה די בכך כדי להצדיק מתן סעד שיפוטי. התערבות שיפוטית תהיה מוצדקת רק במקרה שבו הגיע בית המשפט למסקנה שנפלה טעות גסה מצד הרשות שהתנהלותה עומדת לבחינה. בכך באים לידי ביטוי משקלו העדיף של שיקול הדעת של הרשות והנסגת כוחו של בית המשפט. לעומת זאת, במקום שבו לא נוהגת הנסגה, הרי שטעות מצד הרשות תצדיק את התערבותו של בית המשפט. עילת הסבירות היא דוגמה למצב שבו צריכה להיות מופעלת הנסגת-דעת חלקית. כאשר מופעלת הנסגה מלאה, הסוגיה העומדת למבחן אינה שפיטה.⁶⁹

⁶⁶ "deference יחדיו, ומביניהם הוא העדיף את המונח כיבוד שיפוטי, ראו עומר שפירא "על שפיטות, ביקורת שיפוטית וריסון שיפוטי: צעדים לשיקום האמון בבית המשפט העליון" **משפט ועסקים** יא 193, 233 (2009).

⁶⁷ Dunsmuir v. New Brunswick, [2008] 1 S.C.R. 190, para 48 (Can.).

⁶⁸ ראו אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 488, ה"ש 117 (2010).

⁶⁹ PAUL DALY, A THEORY OF DEFERENCE IN ADMINISTRATIVE LAW: BASIS, APPLICATION AND SCOPE 7 (2012).

⁶⁹ גונטובניק, לעיל ה"ש 63, בעמ' 508.

על רקע זה מתחורר ההבדל שבין הנסגה שיפוטית ובין ריסון שיפוטי. הניחו כי בית המשפט יקבע שפגיעה בחופש הביטוי בגין אינטרס ציבורי תהיה מוצדקת רק אם קיימת "סכנה ברורה ומידית" לפגיעה מהותית בו,⁷⁰ או לחלופין שפגיעה שכזו תוצדק בגין כל מקרה המעלה חשש שתתרחש. אמת המידה השנייה משקפת ריסון שיפוטי ניכר, שכן במקרים רבים יותר ניתן יהיה להצדיק מכוחה פגיעה בחופש הביטוי, ואף להצדיק פגיעות חמורות יותר. לעומת זאת, אמת המידה הראשונה משקפת מידה מעטה של ריסון, שכן היא מקשה בהרבה על הרשות השלטונית להצדיק פגיעה בחופש הביטוי. עם זאת, בין אם ינקוט בית המשפט את הגישה המרוסנת יותר או יאמץ את הגישה המרוסנת פחות, הוא לא ינקוט הנסגה שיפוטית כשיבדוק את חוקתיות הפגיעה בחופש הביטוי. אם יסבור בית המשפט שהרשות לא תעמוד במבחן הרלוונטי, יהיה עליו לומר את דברו. בעניינים אלה, העוסקים בפגיעה בזכויות אדם, לא מיושם "מתחם טעות". מזווית אחרת, כאשר ניצבת לפני בית המשפט שאלה הקשורה בפסילת חוק בגין פגיעה בזכות חוקתית, ראוי לנקוט ריסון, שכן פסילת חוק אינה עניין של מה בכך. עם זאת, בית המשפט עדיין אינו מבצע הנסגה שיפוטית, שכן התפקיד לבדוק פגיעות חוקתיות נמסר כאמור לו. אם ימצא בית המשפט, עם הריסון המתבקש, כי החקיקה הרלוונטית אינה עומדת במבחנים החוקתיים, עליו לומר את דברו.

מתי ראוי לו לבית המשפט לאמץ הנסגה שיפוטית ומתי לא? הדבר תלוי בסוגיה העומדת לביקורתו ובכשירותו המוסדית להידרש לה. יש סוגיות שבתי המשפט הם בעלי הכשירות העודפת לעסוק בהן, שכן שיטת המשפט הדמוקרטית מפקידה בידיהם את האחריות על קידומן ופיתוחן. כך למשל, תחום השמירה על זכויות האדם הוא תפקיד המוטל על בתי המשפט במסגרת הפרדת הרשויות, הנוהגת ברוב הדמוקרטיות המודרניות. הוא הדין ביחס לפרשנות החוקה ואכיפת הוראותיה על זרועות השלטון. עצמאות בתי המשפט הופכת אותם למועמדים מובילים למימוש תפקידים אלה.⁷¹ כפי שציין רוז, בתי המשפט אמורים להיות פטורים מהאילוצים הפוליטיים השוטפים, ולכן יכולים לחזק את ערכי העומק של החברה.⁷² בבוא בית המשפט לבחון את השאלה אם נפגעה זכות חוקתית והופרה החובה הנלווית לה, אין אפוא מקום לנקוט הנסגה שיפוטית כלל.⁷³ הוא הדין כאשר על הפרק שאלות משפטיות במהותן, מחלוקות הנוגעות לסמכות, הוגנות ההליך וכיוצא באלה, שגם בהקשר שלהן הכשירות המוסדית של בית המשפט היא העדיפה. לעומת זאת, יש תחומי פעילות שלרשות הציבורית עומדת כשירות מוסדית עודפת לעסוק בהם.

70 לדיון במבחנים השונים ראו בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, 871 ז' 891 (1953).

71 Jeffrey Jowell, *Judicial Deference, Servility, Civility or Institutional Capacity*, 2003 Pub. L. 592, 592.

72 RAZ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 260. עמדה זו אינה מובנית מאליה. ראו למשל את גישתו של Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review* 115 YALE L.J. 1346 (2006).

73 ברק, לעיל ה"ש 67, בעמ' 491.

כך למשל, עידוד מדיניות ציבורית, חלוקת משאבים ציבוריים אגב קביעת סדרי עדיפויות, העדפת שיקולי ביטחון – כל אלה מוטלים, במסגרת הפרדת הרשויות, על הזרועות הפוליטיות. בתי המשפט אינם אווזים במומחיות המוסדית הנדרשת להכריע בדילמות המקצועיות או הציבוריות לגופן. במקרים רבים שיקול הדעת השלטוני כרוך בהפעלת שיקולים מקצועיים, שהמומחיות בהם נתונה לבעלי הסמכות, וזו הסיבה לכך שהמחוקק הפקיד מלכתחילה סמכויות מקצועיות אלה בידי העוסקים במלאכה. במקום שבו תופעל בנוגע אליהן ביקורת שיפוטית הרי שיהיה מקום שזו תופעל תוך הנסגה שיפוטית. כשהסוגיה שעל הפרק צבועה בצבעים פוליטיים מובהקים, ניתן יהיה אף לשקול הנסגה שיפוטית מלאה ולסרב לקיים ביקורת שיפוטית כלל נוכח אי־שפיטות. כשירותה המוסדית העדיפה של הזרוע השלטונית מצריכה ומצדיקה זאת.

האופן שבו תופעל הביקורת השיפוטית תלוי אפוא בשאלה העומדת להכרעה. נגזרות של אותה סוגיה יכולות להצדיק הנסגה שיפוטית, ונגזרות אחרות שלה צריכות להיבחן אגב שלילתה. כך, נראה כי הסוגיה אם על ישראל להתנתק מרצועת עזה צריכה להיות מסווגת כלא שפיטה (הנסגה שיפוטית מלאה). לעומת זאת, שאלת הפיצוי הראוי למפונים הישראלים ממנה מצדיקה בחינה חוקתית מוקפדת ללא הנסגה שיפוטית כלל, שכן על הפרק עומד פיצוי הוגן למי שנעקר ממקום מגוריו.⁷⁴

אם כן, בבוא בית המשפט לבחון את מימושן הנאות של החובות הנגזרות מזכויות היסוד, אין מקום לקיים הנסגה שיפוטית. ואולם, מה באשר לחובות החוקתיות, שאינן נגזרות מזכויות היסוד? בנוגע אליהן לא ניתן לתת תשובה אחידה, לאור המגוון הרחב של החובות החוקתיות. התשובה תלויה בנגזרת של הסוגיה העומדת לבחינה. זהו ביטוי לביקורת שיפוטית הקשרית, שבה הביקורת משנה את פניה בהתאם לסוגיה העומדת על הפרק. האמור ביחס לחובות החוקתיות יכול להשתלב במגמה הכללית, הרואה ברכה בחשיבה הקשרית ביחס לביקורת השיפוטית.⁷⁵ כאשר מדובר בחובה הקשורה במימוש של שיקולי מדיניות כלליים, ניתן יהיה להפעיל הנסגה שיפוטית בנוגע אליה. במקום שבו מדובר בסוגיה בעלת צבעים פוליטיים עזים, ניתן יהיה להפעיל הנסגה שיפוטית מלאה, אגב שימוש בעילות הסף החוקתיות, שימנעו התדיינות בנוגע אליה. וכאשר מדובר בשאלה משפטית, או בשאלה של פרשנות חוקתית, לא יהיה מקום להפעיל הנסגה שיפוטית כלל.

74 ראו הדיון בבג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (2005). בית המשפט העליון העביר את שתי הסוגיות באותו העניין תחת ביקורת שיפוטית מוקפדת.

75 ראו למשל את הגישה של ROSALIND DIXON, **RESPONSIVE JUDICIAL REVIEW: DEMOCRACY AND DYSFUNCTION IN THE MODERN AGE** (2023). המחברת מציעה דרגות שונות של מוקפדות של ביקורת שיפוטית בתגובה לכשלים שונים שחברות דמוקרטיות שונות סובלות מהם.

2. הפרוזדור המוביל לטרקלין : החובות החוקתיות ועילות הסף

עילות הסף הן אחד ממאפייניה המיוחדים של ההתדיינות הציבורית. לבית המשפט הפוסק במחלוקות מסוג זה עומד שיקול דעת אם ליתן בהן סעד. כך, ידועה הוראת סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, הקובעת כי בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, יידרש לעניינים "אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק". הדבר מסור לשיקול דעתו, ולכן כל עתירה צריכה להתגבר על טענות הסף כגון מעמד, שפיטות, אי-ניקיון כפיים, שיהוי, כוללניות וכיוצא באלה.⁷⁶ על רקע זה, מידת השימוש בעילות הסף מקרינה במישורין על ההתדיינות הציבורית. ככל שיעשה בהן שימוש רחב יותר, יצומצם ליבונן של המחלוקות ביחס לדין המהותי, ולהפך.

השימוש בעילות הסף ביחס להתדיינות בחובות החוקתיות ניכר כבר בראשית הדרך. עם זאת, נראה כי בית המשפט העליון שינה את גישתו, וכיום קיימת נכונות רבה יותר שלא לחסום בגינן בירור של טענות להפרתן. זוהי מגמה ראויה. אימילוי נאות של החובות החוקתיות יכול להוביל להשלכות ציבוריות משמעותיות, וזאת נוסף על הצורך, הבסיסי כשלעצמו, לעמוד בחובות שהדין מטיל. עם זאת, השימוש הנרחב בעילות הסף ביחס לחובות החוקתיות מראה כי ההתדיינות בעניינן יכולה לעורר שאלות מורכבות של כשירות מוסדית. אדגים את הנושא ביחס לכמה עילות סף בולטות.

(א) שפיטות

בהתאם לעילת השפיטות, בית המשפט לא ידון בעתירה שאינה מתאימה להכרעה שיפוטית.⁷⁷ ברור אפוא כי גבולותיה של השפיטות גוזרים את גבולות המשפט. זה עשירות שנים שאנו תופסים את העילה בהתאם למושגיות שפותחה בעניין **רסלר**.⁷⁸ לגישת השופט ברק, ביחס לכל מחלוקת ניתן לאתר כלים משפטיים שסייעו בהתמודדות עימה, ולכן "הכול שפיט" נורמטיבית, אך לא מוסדית. הוא גורס שגם אם בית המשפט יכול להידרש למחלוקת, לעיתים אין זה ראוי שיעשה כן, וזאת "רק במקרים חריגים שבהם החשש מפני פגיעה באמון הציבור בשופטים יעלה על החשש מפני פגיעה באמון הציבור במשפט".⁷⁹ הנשיא שמגר ציין כי בית המשפט צריך לעשות שימוש בעילה זו כשהוא מתבקש להחליט בנושא "שהאופי הדומיננטי שלו הוא פוליטי".⁸⁰ שיקול נוסף שיכול לסייע בגיבושם של גבולות השפיטות הוא שיקול הכשירות המוסדית והחשש מטעויות מוסדיות. גם אם נניח שמלוא כל הארץ משפט, עדיין נשאלת השאלה אם ראוי שבית המשפט, לאור כישוריו המוסדיים, יידרש למחלוקות ולפתרונן.

76 דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ד: משפט מינהלי דיוני 275–276 (דפנה שופי עורכת 2017).

77 שם, בעמ' 306.

78 בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441, 472 (1988) (גישת השופט ברק); שם, בעמ' 514 (גישת הנשיא שמגר).

79 שם, בעמ' 496.

80 שם, בעמ' 514.

גם בית המשפט עלול לטעות, וקיימים הקשרים שבהם נעדיף להשלים עם טעות מצד רשויות השלטון האחרות על פני טעות מצד בית המשפט.⁸¹ שעה שבוחנים אנו את ההתדיינות בעניין החובות החוקתיות, נמצא נכונות בעבר של בית המשפט העליון לעשות שימוש בעילת השפיטות כדי להימנע מלדון בהן. ראינו את גישתו של מ"מ הנשיא חיים כהן, כשציין כי אם הכנסת אינה אוכפת על הממשלה את חובותיה ביחס למידת הפירוט שבתקציב המדינה, לא יהפוך בית המשפט לאפטרופוס שלה.⁸² זוהי רטוריקה של אישפיטות. דברים ברורים ברוח זו ציין השופט ויתקון בהרצאה שנשא, שבה הסביר כי שופט אינו יכול להיות בעל ניסיון בסכסוכים בעניין תקציב המדינה. לדבריו, בג"ץ דן בסכסוכים בין הפרט לשלטון, "ואילו התקציב – לתפיסתי – הוא כולו עניין שבין הכנסת והממשלה, בין הרשות המחוקקת ובין הרשות המבצעת",⁸³ ומייד הוסיף שאלה רטורית: "הייתכן שסכסוך בין שני גופים אלה יעלה ויידון בבית-המשפט הגבוה לצדק?"⁸⁴ מכאן שלהשקפתו הנושא אינו שפיט, היות שהוא נוגע בפעולת החקיקה לגופה.

הנכונות להחיל את עילת השפיטות על התדיינות בעניין החובות החוקתיות מתקשרת לטעמים להכרה בעילת הסף. מדובר בחובות המוטלות על זרועות השלטון. במקרים רבים שאלת מימושה מערבת שיקולים פוליטיים ושנויים במחלוקת ציבורית. ההתדיינות בנושא יכולה להזמין את בית המשפט להיכנס בתווך למערכת היחסים שבין הכנסת ובין הממשלה ולהיתפס כיורד לזירת המחלוקת הפוליטית אגב נקיטת עמדה בה.

עם זאת, הכרה באישפיטות רחבת יריעה ביחס לחובות החוקתיות אינה רצויה. על הפרק עומדות חובות משפטיות. בבסיס ההכרה בהן עומדים אינטרסים וערכים חוקתיים רביחשיבות, שאם לא כן לא היה נמצא צידוק להגביל את מרחב הפעולה של הרשויות הציבוריות. שימוש תדיר מדי באישפיטות עלול להוביל למצב שבו חובות אלה לא ייושמו ולא יהיה אמצעי אכיפה אפקטיבי בעניינן. החשש האמור גָּדַל שעה שאנו מביאים בחשבון את מאפייניה של הפרדת הרשויות בשיטת המשפט הישראלית. כידוע, כאשר מורכבת קואליציה יציבה, הממשלה שולטת הלכה למעשה בכנסת, שכן בכירי המפלגות המרכיבות את הממשלה באים מאותן שורות מפלגתיות של אלה המאיישים את מושבי המשכן. נראה כי לא קיימת אצלנו הפרדת רשויות בין שתי זרועות ממשל אלה, אלא "התכת רשויות", כלשונו של רויטמן.⁸⁵ לאור מאפייניה של הפרדת הרשויות שלנו קיים חשש שיתעורר כשל מתמשך במימוש החובות החוקתיות, והפְּנִסוֹת השונות, באופן כרוני, לא תחייבנה את זרועות הממשלה לעמוד בהן, אגב פגיעה בהפרדת הרשויות.

81 גרשון גונטובניק "מחשבות על שפיטות, על ביקורת שיפוטית ועל החשש מטעויות מוסדיות" **ספר אליהו מצא** 219, 232 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים) (2015).

82 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 62.

83 אלפרד ויתקון "תקציב המדינה בראי השפיטה" **משפטים** י 367, 369 (תש"ם).

84 שם.

85 יובל רויטמן "הפיקוח המשפטי-פנימי בשעת לחימה" **שערי משפט** ו 293, 296 (2013).

אין זה מפתיע אפוא כי בעשורים האחרונים עדים אנו לנכונות גוברת והולכת של בית המשפט לעמוד על משמר מימושן של החובות החוקתיות, גם במקרים רגישים פוליטית, וזאת ללא שימוש בעילת הסף של השפיטות. כך היה, למשל, במקרה שבו הפר חבר כנסת את חובתו והצביע הצבעה כפולה, שאז עלתה שאלת תוקפו של דבר החקיקה שנחקק במתכונת זו.⁸⁶ זוהי שאלה משפטית במהותה. החובה החוקתית המוטלת על כל חבר כנסת להצביע הצבעה אחת בכל פעם היא פרוצדורלית ואינה קשורה לנושא ההצבעה. על רקע זה ניתן להבין את קביעת הנשיא ברק שלפיה שעה שמדובר בהפרה עמוקה של הכללים הפרלמנטריים, היורדת לשורש הליך החקיקה, אין מקום ליישם את עילת הסף של השפיטות על ההתדיינות בעניין.⁸⁷

במקרה אחר הכיר בית המשפט בחובה לאפשר לחברי הכנסת הזדמנות נאותה והוגנת להשתתף בהליך ההצבעה, ומכאן בצורך להטיל מגבלות על צירוף רפורמות בחוק ההסדרים הנלווה לחקיקת התקציב.⁸⁸ קמה אפוא חובה חוקתית לאפשר לחברי הכנסת לבצע את תפקידם, ולו באופן בסיסי. כפי שראינו, הכרה זו הובילה בהמשך הדרך לפסילת חוק שלא נחקק בהינתן אותה הזדמנות נאותה.⁸⁹ גם כאן החובה החוקתית שעל הפרק קשורה בענייני פרוצדורה של הליך החקיקה. אין היא נוגעת בתוכן המהותי של המחלוקת שעליה מצביעים. אין זה מפתיע אפוא שבית המשפט לא סבר כי מדובר בסוגיה לא שפיטה.

נכונות מוגברת זו של בית המשפט להיכנס לעובי הקורה משקפת את ההכרה בחשיבות העמידה בחובות החוקתיות. עם זאת, יש מצבים שבהם גם בעת הנוכחית מובע הצורך לעשות שימוש בעילת הסף של אי-השפיטות. כך היה בעת האחרונה אגב הדיון בעתירה שתקפה את סירובו של שר המשפטים לכנס את הוועדה לבחירת שופטים לשם מינוי נשיא קבע לבית המשפט העליון.⁹⁰ על הפרק עמדה הוראת חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984,⁹¹ שהטילה על שר המשפטים את החובה החוקתית לכנס את הוועדה לבחירת שופטים כשהוא "ראה [...] שיש למנות שופט".⁹² בית המשפט קבע כי החוק מקנה לשר שיקול דעת להחליט אם יש למנות שופט, וכתוצאה מכך לכנס את הוועדה. אלא שהשופט שטיין הוסיף, בדעת יחיד, כי סמכות זו הופכת לסמכות חובה רק כאשר על הפרק מצב משברי העלול להוביל לשיתוק המערכת השיפוטית או לפגיעה קשה בתפקודה. אם אין הדבר כן, לא יוכלו עותרים המבקשים לתקוף את שיקול דעתו של השר לקבל כל סעד מבית המשפט. יהיה עליהם לממש ביקורת ציבורית ולשקף את עמדתם בבחירות, להביע את מחאתם, במילותיו של השופט שטיין, "ביום הבוחר ולא ביום

86 בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נט (1) 577 (2004).

87 שם, בעמ' 585–586 ר"ש 591.

88 עניין מגדלי העופות, לעיל ה"ש 49, בעמ' 49.

89 עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 49.

90 בג"ץ 1711/24 התנועה למען איכות השלטון נ' שר המשפטים (נבו) (8.9.2024) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון).

91 ס"ח 198.

92 שם, בס' 7 (א) לחוק.

העותר⁹³. זוהי למעשה אי־שפיטות, שכן ללא ביסוס משבריות לא יהיה בית המשפט נכון לבחון טענות הנוגעות לפגמים בשיקול דעתו של השר. מכאן שהתדיינות באותה סוגיה – חובת כינוסה של הוועדה לבחירת שופטים – יכולה להיתקל במחסום של עילת הסף. אלא שאין מדובר במחסום מוחלט. הכול תלוי בנגזרת העומדת לדיון. כינתי מצב דברים זה במקום אחר בשם "אי־שפיטות רכה"⁹⁴, שכן היא תלויה נסיבות; זוהי דוגמה לקיומה בפסיקתו העדכנית של בית המשפט העליון גם ביחס להתדיינות בהקשר של חובות חוקתיות.

(ב) עתירה כוללנית

אחת מעילות הסף שפותחו בפסיקתו של בית המשפט העליון מובילה לדחיית עתירות שהסעד המבוקש בהן הוא כוללני. סעד כוללני עניינו מדיניות או דרך התנהגות הנוגעות בגורמים "שמספרם אינו ידוע ופרטיהם אינם ברורים"⁹⁵, וזאת בשונה מסעד ממוקד המתייחס לסוגיה פרטנית. בעניין **לנדאו**, שבו פותחה עילת הסף האמורה, התבקש בית המשפט להורות על מימושה של כל צווי ההריסה הנוגעים לבנייה לא חוקית במזרח ירושלים, אגב דרישה לפתרון של תופעה זו, על אלפי מופעים, וזאת במסגרת הליך משפטי אחד.

במצב דברים שבו העתירה אינה ממוקדת, ועניינה מימוש חובה כללית רחבת יריעה, בולטת אי־הכשירות המוסדית של בית המשפט לעסוק בדבר. שעה שמדובר במספר גדול של מקרים, לא יוכל בית המשפט לעמוד על פרטיהם כולם ולהכיר בנסיבות המיוחדות של כל אחד ואחד מהם. הוא עלול להיכנס בנעלי הרשות השלטונית, לקבוע סדרי עדיפויות, וממילא לא יוכל לפקח על הביצוע באופן יעיל. הוא יצטרך לקבוע את מדיניות האכיפה שעה שלא יוכל להעריך כהלכה את מלוא השיקולים הנדרשים לעניין זה.⁹⁶ אי־כשירות מוסדית זו שונה במהותה מזו שעמדה על הפרק ביחס לעילת אי־השפיטות. הסוגיה שעל הפרק יכולה להתאים, באופן עקרוני, לביקורת שיפוטית ואפילו מוקפדת, וזאת אילו הועמדה לדיון נגזרת פרטנית שלה. כך, אילו נדון צו הריסה בודד, אין ספק שבית המשפט כשיר לבחינת חוקיותו. בחינת הסוגיה אינה מצריכה, מטיבה ומטבעה, התמודדות עם שיקולים פוליטיים, במובנם הצר, או התמודדות עם טעמים אחרים שיכולים להופכה לבלתי שפיטה. ואולם, שעה שבית המשפט מוזמן להידרש לתופעה במובנה הרחב, ושעה שהעצים הבודדים הופכים ליער סבוך, קם הקושי המוסדי, כמוסבר לעיל.

הדברים יפים, בשינויים המחויבים, כאשר נדרשת אכיפה של חובה חוקתית המכוונת לכלל האוכלוסייה והנוגעת בהקצאת משאבים ובסדרי עדיפויות. ניתן להדגים את הדברים באמצעות החובה החוקתית המוטלת על המדינה לספק ביטחון לתושביה. כאמור, ניתן להפריד בין החובה הכללית לספק ביטחון ובין החובה החוקתית, הנגזרת מהזכות

93 עניין **התנועה למען איכות השלטון**, לעיל ה"ש 90, בפס' 9 לפסק הדין של השופט שטיין.

94 גונטובניק, לעיל ה"ש 81, בעמ' 233.

95 בג"ץ 1901/94 **לנדאו נ' עיריית ירושלים**, פ"ד מח(4) 403, 411 (1994).

96 יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ג: הביקורת השיפוטית: כללי הסף 1856–1857 (2014).

החוקתית לכבוד האדם, המוטלת על המדינה להגן על החיים ועל הגוף. כאן יש לציין את גישתם של גזל-אייל ורייכמן, שלפיה החובה החוקתית שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו "קמה רק כאשר למולה עומדים נשאי זכויות מסוימים ומוגדרים, בעלי שם וזהות מובחנים, אשר הפעולה ששוקלת המדינה צפויה לפגוע בהם – אישית ישירות וברמת ודאות גבוהה".⁹⁷ אלו הם פני הדברים מזווית הראייה המגינה על פרטים מפני פגיעה. מנגד, הם סבורים כי לאזרחי המדינה לא עומדת זכות חוקתית לכך "שהמדינה תפעל לצמצום הטרור או העבריינות העלולים לפגוע בלא אבחנה בכל אחד מתושבי הארץ".⁹⁸ הציבור הכללי, ככזה, אינו מחזיק בזכות חוקתית נגד המדינה.⁹⁹

ואכן, כאשר עומדת על הפרק סכנה פרטנית הנשקפת לפרטים, ניתן לדבר על פגיעה בזכות החוקתית לחיים כאשר המדינה אינה פועלת להדוף אותה. כך למשל, כאשר קיים חשש קונקרטי לחיי הפרט או לשלמות גופו, והנושא מובא לידיעת המשטרה, הרי שאם זו תתרשל בעבודתה, היא עלולה למצוא את עצמה אחראית בנזיקין. במבט עמוק יותר, אחריות זו משקפת הפרה של החובה הנלווית לזכות החוקתית לשמירת החיים והגוף. על הקשר שבין החובה הנזיקית ובין החובה החוקתית לשמירה על החיים ניתן ללמוד מפסיקתו העדכנית של בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה, ויש לה הד גם במקומותינו.¹⁰⁰ ואולם, כאשר לא עומד על הפרק סיכון קונקרטי, ומוגשת עתירה ובה טענה כללית שהמדינה אינה מספקת ביטחון נאות לתושבים, לא נראה כי על בית המשפט להיכנס לעובי הקורה. בנסיבות אלה מוצדק יהיה לעשות שימוש בעילת הסף של העתירה הכוללנית, לאור היעדר הכשירות המוסדית והשיקולים שפורטו לעיל.

(ג) זכות עמידה

על המגיש עתירה ציבורית להיות בעל מעמד להגשתה. זכות העמידה, במובנה המסורתי, דרשה מהעותר להציג עניין אישי או נגיעה אישית בבירור המחלוקת שעל הפרק.¹⁰¹ מאוחר יותר הוכר גם מעמדו של העותר הציבורי, המעלה לדיון בעיה בעלת חשיבות ציבורית. עתירות ציבוריות מוגשות בימינו כעניין שבשגרה, חרף קולות מתנגדים בראשית הדרך.¹⁰²

97 אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" **משפטים** מא' 97, 99 (2011).

98 שם, בעמ' 114–115.

99 שם, בעמ' 137–138.

100 AK v. Minister of Police 2023 (2) SA 321 (CC). נקבע באותה הפרשה כי המשטרה התרשלה שעה שלא ביצעה חיפוש נאות, וכך נאנסה קורבן העבירה לאחר שנשדדה. דעת הרוב בבית המשפט החוקתי ראתה ברשלנות המשטרה הפרה של ההגנות שמעניקה החוקה; לדיון בעניינים אלה ראו את פסק דיני בת"א (מחוזי ת"א) 30446-04-14 **עובדון אטיאס נ' משטרת ישראל** (נבו 23.7.2023).

101 ברק-ארז, לעיל ה"ש 76, בעמ' 282.

102 ראו את גישת השופט אלון בבג"ץ 852/86 **אלוני נ' שר המשפטים**, פ"ד מא(2) 1, 66 (1987).

ומה באשר לעתירות בעניין חובות חוקתיות? מכשול המעמד אכן עמד בעבר בדרכם של אלה שביקשו לטעון להפרתן. כך, בעניין **הכהן**¹⁰³ פנה עורך דין מן השורה – עורך דין הכהן – והוא שהעלה את הטענה שהממשלה לא מילאה את חובתה להניח את התקציב על שולחן הכנסת באופן המפורט כראוי. השופט ברק, שהחל אז בדרכו השיפוטית, דחה את העתירה מחמת היעדר זכות עמידה. הוא ציין כי החובה המוטלת על הממשלה אינה מעניקה לאזרח כל זכות כנגד חובה שכזו. נמצא שעורך דין הכהן אינו יכול להצביע על זכות שהופרה, וגם אין לו אינטרס ממשי וישיר בחוקיות הפעולה, ועוד לא נדרשת התערבות למען הצדק.¹⁰⁴ על רקע זה סולקה העתירה על הסף.

אלא שגישה זו עלולה להוביל לתוצאות קשות בהיבט של שלטון החוק. כאשר מדובר בחובות חוקתיות המוטלות על הרשויות, במקרים רבים לא יימצא עותר שיוכל להצביע על פגיעה אישית הנגרמת לו. בנסיבות אלה יימצא תחום שלם של המשפט הציבורי מחוץ להישג ידה של הביקורת השיפוטית. הותרת אכיפתן של החובות הללו בידי הרשויות האחרות אינה מעשית, בשים לב לשליטתה של הממשלה בנעשה בכנסת, וספק אם מחאות ציבוריות כאלה ואחרות יובילו לשינוי במצב הדברים. כך עלולות החובות החוקתיות למצוא את עצמן נעדרות מימוש בחיי המעשה.

אין זה מפתיע אפוא כי גם ביחס לעילת סף זו חל שינוי בעמדת הפסיקה, ואחד מפסקי הדין שתורמו לפיתוח מושג ה"עותר הציבורי" נגע בטענה להפרת חובה חוקתית. היה זה בעניין **שירן**,¹⁰⁵ שם הועלתה הטענה שרשות השידור אינה מעניקה ביטוי נאות לתרומתה של יהדות המזרח לפרויקט הציבורי, אגב הפקת תוכנית הדגל "עמוד האש". כשעתרו אנשי אקדמיה ופעילים חברתיים נגד רשות השידור ודרשו שלא לשדר את התוכנית, עלתה השאלה אם יש להם מעמד להגיש את העתירה, שכן הם לא יכלו להצביע על אינטרס אישי שלהם שנפגע. הנשיא שמגר פסק כי אין לדקדק עימם ולבדוק אם עומד להם אינטרס מיוחד המצדיק הכרה בזכות העמידה שלהם, זאת משום שהעניין שהעלו "נושא אופי ציבורי, שיש לו נגיעה ישירה לקידומו של שלטון החוק ולהתוויית הקווים, המבטיחים קיומו הלכה למעשה".¹⁰⁶ השופט שלמה לוין הצטרף לדברים ופסק כי העובדה שעל הפרק עומדת חובה המוטלת על הרשות כלפי ציבור בלתי מסוים אינה שוללת את "מעמדו" של העותר לקבל סעד נגדה. עם זאת אין לפרוץ את הסכר ולאפשר לכל עותר להגיש עתירה בטענה כללית שהרשות מפירה את החוק ואת החובות שהוטלו עליה. בעניין זה על העותר להצביע על "קיומם של נדבכים עובדתיים או משפטיים" שיוכלו לבסס את מעמדו.¹⁰⁷

בפסיקתו הערכנית של בית המשפט העליון כבר ניתן למצוא ביטוי לגישה המכירה בצורך להתאים את דיני המעמד למקרים שבהם מועלית טענה להפרת חובה שבדין, ללא

103 לעיל ה"ש 62.

104 שם, בעמ' 283–284.

105 לעיל ה"ש 38.

106 שם, בעמ' 374.

107 שם, בעמ' 388.

זכות בצידה. כך, בעניין **בוכבזה**¹⁰⁸ נדונה חוקיות התקנתו של צו שהסדיר את השתתפותן של המדינה והרשויות המקומיות בפעילות מוסדות חינוך רשמיים. החוק מטיל בעניין זה חובת היוועצות על שר החינוך. כזכור, זוהי חובה מנהלית, ואין המדובר בחובה חוקתית, שכן אין היא עוסקת בסוגיה בעלת מאפיינים חוקתיים, אלא בפעילות השגרתית של הרשות. מגיש העתירה היה עותר ציבורי. המשיבים לה טענו כי אין לו זכות עמידה והוא "מתעבר על ריב לא לו".¹⁰⁹ השופט גרוסקופף דחה את הטענה. נפסק כי שעה שמדובר בטענה להפרת חובה מכוח חוק, גְּדִלָה ההצדקה להכיר בעתירות המעלות עניין בעל אופי ציבורי כללי.¹¹⁰ גישה זו יפה, כמובן, גם להתדיינות בהקשר של חובות חוקתיות. החלה נוקשה של דיני המעמד עליהן תוביל לתת-אכיפה ברורה, בשים לב לכך שברוב המקרים לא יקום עותר בעל מעמד אישי לעמוד על משמר מימושן.

3. הטרקלין – ההתדיינות בעניין החובות החוקתיות לגופה

שעה שהעתירה הציבורית צולחת את מבחני הסף, מגיעה השעה שטענותיה תיבחנה לגופן. באיזה אופן על בית המשפט לעשות כן? כפי שציינתי, התשובה בעניין זה אינה עשויה מקשה אחת, היות שהמחלוקות בעניין החובות החוקתיות אינן עשויות עור אחד. חלקן מצדיקות הפעלת ביקורת שיפוטית ללא הנסגה שיפוטית, וחלקן מצדיקות הפעלת ביקורת שיפוטית מתוך הנסגה כאמור.

(א) בחינת מחלוקות בעניין חובות חוקתיות ללא הנסגה שיפוטית

למחלוקות בקשר למשמעות החובות החוקתיות והפרתן יכולות להיות נגזרות שונות. כאשר הנגזרת העומדת לבחינה מעלה שאלות – כאלה שלבית המשפט עומדת הכשירות המובהקת לבררן וזהו תפקידו הישיר במסגרת הפרדת הרשויות – הרי שאין מקום להפעלת הנסגה שיפוטית אגב ההתדיינות בהן.

זהו מצב הדברים כאשר השאלה העומדת לבחינה היא חוקתית בבסיסה ונוגעת בפרשנות חוקים או חוקייסוד בסוגיות חוקתיות. ההכרעה בעניינים אלה מממשת את תפקידו המוסדי של בית המשפט, שלו נכוננו עלילות פרשנות של הטקסטים החוקתיים. כך למשל, בעניין **סיעת חד"ש**¹¹¹ נדונה השאלה אם ניתן לקבוע מועד בחירות לכנסת באופן שמאריך את כהונתה מעבר לארבע שנים. הכלל החוקתי הבסיסי קובע שכהונת הכנסת נמשכת ארבע שנים מיום היבחרה.¹¹² מכאן שקיימת חובה חוקתית לצאת לבחירות בסיום תקופה זו. אלא שהתעוררה השאלה מה מצב הדברים כאשר ראש

108 בג"ץ 752/24 **בוכבזה נ' שר החינוך** (נבו 19.8.2024).

109 שם, בפס' 18.

110 שם. לגופם של דברים נדחתה העתירה, ככל שהיא נוגעת בראש זה, וזאת מחמת דוקטרינת התוצאה היחסית.

111 לעיל ה"ש 14.

112 ס' 8 לחוקייסוד: הכנסת.

הממשלה מפזר את הכנסת? וליתר דיוק, מהי תקופת כהונתה של הכנסת שאחריה?¹¹³ לשם מתן תשובה נדרש פירוש של חוקייהסוד שחלשו על הסוגיה: חוקייהסוד: הכנסת מזה וחוקייהסוד: הממשלה מזה. יו"ר ועדת הבחירות קבעה כי במקרה כזה יש לראות את הכנסת כאילו החליטה לפזר את עצמה, ולכן תקופת כהונתה של הכנסת הבאה תהיה ארוכה יותר. בית המשפט העליון דחה את פרשנותה. נקבע כי יש להחיל במקרה זה את ההוראה הרגילה ולפיה תקופת כהונתה של הכנסת החדשה תהיה בת ארבע שנים. ניתן להתרשם כי דובר בשאלה משפטית מובהקת, בעלת חשיבות חוקתית נכבדה. היא נוגעת לאופן שבו יש לממש את החובה החוקתית לקיים בחירות בכל ארבע שנים. בית המשפט הוא האמון על המענה, ואגב המענה אין מקום שיפעיל הנסגת-דעת מפני שיקול דעתם של גורמים אחרים.

דוגמה נוספת שבה לא הופעלה הנסגת-דעת היא עניין שפיר,¹¹⁴ שם פיתח, כזכור, בית המשפט את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. גם כאן אין מקום להנסגה שיפוטית. עצם ההכרה בדוקטרינה מהווה אקט שיפוטי המכיר בחובות חוקתיות הנובעות מהמעריך החוקתי שלנו. התפקיד לפתח חובות אלה מסור לבית המשפט. על בית המשפט לגבש מבחנים זהירים כדי לענות על השאלה מתי קם ניצול לרעה. אפשר אף לומר כי ריסון הוא בגדר צו השעה. עם זאת, אין לבלבל בין ריסון ובין הנסגה שיפוטית.¹¹⁵ אם לאחר הפעלתו של שיקול הדעת השיפוטי מתגבש הרושם שנעשה שימוש לרעה, אין מקום להנסגה שיפוטית מפני עמדת הגופים השלטוניים שטוענים אחרת. בסוגיות שכאלה הכשירות המוסדית של בית המשפט היא העדיפה להידרש להן.

דוגמה אחרת אפשר למצוא בבירור התנאים המאפשרים לכנסת לבצע את חובתה החוקתית לבקר את פעילות הממשלה ואת התנהלותה התקציבית. עניין זה נדון לאחרונה בעניין מרכב"ה.¹¹⁶ באותו מקרה התעוררה השאלה אם מוטלת על הממשלה חובה לאפשר לחברי כנסת המעוניינים בכך גישה למאגר הנתונים הנוגעים לניהול השוטף של תקציב המדינה (מערכת המרכב"ה). דעת הרוב של השופטים עמית וסולברג קבעה כי לא מצוי בדין מקור היכול לחייב את החשיפה לנתונים אלה.¹¹⁷ השופט גרוסקופף סבר, בדעת מיעוט, כי לצורך ביקורת תקציבית אפקטיבית על ידי חברי הכנסת אין להסתפק בקבלת מידע מעובד בדיעבד, אלא יש לאפשר להם נגישות למידע גולמי בזמן אמת. נראה כי דעת הרוב ראתה את החקיקה והכללים הקיימים בנושא כממצים, בעוד דעת המיעוט ביקשה להמשיך ולפתח חובות חוקתיות מעבר להם, על בסיס יצירה שיפוטית. כך או כך,

113 ס' 36 לחוקייהסוד: הכנסת קובע כי במקרה שבו החליטה הכנסת להתפזר, תקופת כהונתה של הכנסת הבאה תהיה עד לחודש חשוון הקרוב שלאחר ארבע שנים מיום הבחירה. אלא שבמצב הדברים החקוק שחל אז ההוראה לא חלה על מקרה שבו ראש הממשלה מחליט על פיזור הכנסת.

114 לעיל ה"ש 44.

115 ראו לעיל הטקסט אחרי ה"ש 69.

116 בג"ץ 9957/17 שפיר נ' שר האוצר (נבו 23.5.2024).

117 שם, בפס' 65 לפסק הדין של השופט עמית, ובפס' 8–9 לפסק הדין של השופט סולברג.

אלה הן שאלות חוקתיות נכבדות, שהמומחיות המוסדית להכריע בהן מסורה לבית המשפט. על רקע זה אין מקום לנקוט כלפיהן הנסגה שיפוטית.

(ב) בחינת מחלוקות בעניין חובות חוקתיות אגב אימוץ הנסגה שיפוטית

תמונת הדברים משתנה כאשר העתירה תוקפת את שיקול הדעת השלטוני בכל הנוגע בשאלות של מדיניות וסדרי עדיפויות. בנסיבות אלה לא נהנה בית המשפט מכשירות מוסדית עדיפה, אלא להפך. חסרה לו תמונת הרוחב המלאה של מכלול השיקולים העומדים על הפרק, וגדל החשש מטעות שיפוטית בהערכת הנתונים. במקרים כאלה על הביקורת השיפוטית להיות מופעלת מתוך הנסגה שיפוטית.

דוגמה בולטת ליישומה של אמת מידה זו היא עניין שירן.¹¹⁸ באותו המקרה טענו, כזכור, העותרים כי בסדרה "עמוד האש" לא נתנה רשות השידור ביטוי לתרומתם של יוצאי המזרח לתקומה הציונית. על הפרק עמד שיקול הדעת של רשות השידור בהקשר של חובתה לתת ביטוי למגוון התרבויות והקולות בחברה הישראלית (דוקטרינת ההגיונות). הנשיא שמגר פסק כי על בית המשפט להימנע מלהפוך ל"עורך-על" ולהחליף את שיקול הדעת התקשורתי של הרשות. אין הוא צריך להכריע במחלוקות בנושא תרבות, חינוך טוב וכיוצא באלה. התערבות תאפשר במקרים של הפרת החוק או של שידור שעלול להוביל לסכנה מוחשית וקרובה לשלום הציבור הרחב.¹¹⁹ זוהי אמת מידה שכוללת רכיב של הנסגה שיפוטית. גם אם סבר בית המשפט כי הרשות טעתה בשיקול דעתה, אין בדבר משום הצדקה להתערבות. רק הפרה גסה של החובה תצדיק התערבות. ניתן להסיק מיישומה של אמת המידה שבית המשפט לא סבר כי במקרה דנן מדובר בפגיעה בזכות החוקתית לחופש הביטוי, במובנה הקלסי,¹²⁰ שאם לא כן הייתה מיושמת אמת מידה מוקפדת יותר של ביקורת שיפוטית.

דוגמה נוספת שיכולה להדגים את מורכבות הנושא מצויה בביקורת השיפוטית שהפעיל בית המשפט העליון על שיקול הדעת הביטחוני בהחלטה למגן חלקית בלבד את מוסדות החינוך בעוטף עזה ובשדרות. היה זה בסבבים הראשונים שבהם נורו רקטות "קסאם" מרצועת עזה לשטח ישראל.¹²¹ הנשיאה ביניש ציינה כי בנסיבות העניין אין היא נדרשת לבחון אם קמה חובה המוטלת על המדינה למגן את המקום, מכוח חקיקה המחייבת לימודי חובה או מכל מקור אחר,¹²² זאת משום שהממשלה הצהירה כי החליטה למגן את מוסדות החינוך במקום.

נניח כי הממשלה הייתה מסרבת למגן את המוסדות בנסיבות העניין. האם היה מקום לטעון שהיא הפרה את חובתה החוקתית לדאוג לביטחון? נראה לי כי בעניין זה יש

118 לעיל ה"ש 38.

119 שם, בעמ' 378–379.

120 לעמדה דומה ראו את פסיקתו הערכנית של בית המשפט העליון הבריטי בעניין Gerald v. Sergeant [2024] UKPC 29, [21] (appeal taken from Montserrat).

121 בג"ץ 8397/06 אדוארדו נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007).

122 שם, בעמ' 211.

להפעיל את הביקורת השיפוטית מתוך הנסגה שיפוטית. האיומים הנשקפים לשלמות החיים והגוף של תושבי המדינה ושל אזרחיה הם רבים ומגוונים. המקורות התקציביים אינם מאפשרים מתן מענה מקיף לכולם. נדרשת קביעת סדרי עדיפויות. גם אם נניח כי אי-המיגון עלול לסכן חיים של אלפי בני אדם, עדיין עולות שאלות נוספות של מדיניות שלטונית. האם יש להקצות כספים להרחבת כביש מסוכן הגובה קורבנות רבים כתוצאה של תאונות דרכים? האם יש להרחיב את סל התרופות ולהוסיף תרופות מצילות חיים? אלה הן שאלות שבית המשפט אינו אוחד בכשירות מוסדית להתמודד עימן. טעות שיפוטית במקרים כאלה עלולה להיות מרחיקת לכת. הכשירות המוסדית העודפת מצויה אצל הממשלה.

נראה כי גישתו הנוכחית של אהרן ברק בכתיבתו האחרונה יכולה להוביל למתכונת שונה של הפעלת ביקורת שיפוטית בעניינים אלה. הוא מפרש את סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ככולל חובה "להגשים את הזכות לחיים".¹²³ במסגרת זו מוטלת על המדינה חובה, מכוח הזכות החוקתית לכבוד האדם, "לנקוט באמצעים העומדים לרשותה כדי שהזכות לחיים במלוא היקפה תכובד על ידיה".¹²⁴ חובה זו כמובן אינה מוחלטת. היא כפופה לפסקת ההגבלה. עם זאת, הביקורת השיפוטית שתופעל כאן תהיה מוקפדת וללא הנסגה שיפוטית, משום שהנסגה שכזו אינה מופעלת ביחס לעילת המידתיות. אין היא חלה ביחס לבחינת מימושו של חובות הנובעות מזכויות חוקתיות.

מצב דברים זה אינו רצוי לדעתי. הוא מטשטש את הגבול שבין החובה החוקתית הכללית לדאוג לביטחון ובין הזכות החוקתית לחיים על החובות הנגזרות ממנה. המדינה עלולה למצוא את עצמה כפופה לביקורת חוקתית מוקפדת ביחס לכל מקרה שבו הזכות לחיים במלוא היקפה אינה מכובדת. זוהי חובה חוקתית מרחיקת לכת, שכן ברוב המקרים היא אינה מכובדת, וזאת נוכח אילוצים של מחסור במשאבים. לא נראה לי כי לבית המשפט עומדת הכשירות המוסדית לאוכפה. מצב דברים שבו כל גריעה בביטחון תיבחן במשקפי פסקת ההגבלה שבחוק-היסוד תגשים את האזהרה של השופט זמיר בעניין **בנק המזרחי**, שלפיה הרחבת יתר של שיח זכויות האדם תוביל להחלשתם הכוללת.¹²⁵

כך למשל, הניחו כי גורמי אויב חטפו חיילים, ואלה מצויים בסכנת חיים. ברור כי על המדינה לדאוג לביטחונם ולחייהם ולעשות כל מאמץ כדי לשחררם. חייהם עומדים על הפרק. אלא שמנגד עולה השאלה אם עליה לשחרר מחבלים האסורים על ידיה, ובאזיה היקף, בתמורה לשחרור חיילינה. כאן קם החשש ששחרור מספר גבוה של מחבלים יסכן את תושבי המדינה ואף יעודד חטיפת חיילים נוספים. מהי המשבצת החוקתית הראויה שבה יש לבחון את הדברים? האם על הפרק עומדת החובה החוקתית הנלווית לזכות החוקתית לכבוד האדם? או שמא החובה החוקתית הכללית של דאגה לביטחון תושבי המדינה ואזרחיה? נראה לי כי הסוגיה שעל הפרק אינה כרוכה בדיני זכויות האדם. לבית המשפט לא עומדת ביחס אליה כשירות מוסדית עודפת. הגורמים המוסמכים מפעילים

123 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 58–60.

124 ברק, לעיל ה"ש 58, בעמ' 1187.

125 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 470–471 (1995).

בעניין זה שיקולי מדיניות מורכבים, שמולם על בית המשפט לנקוט הנסגה שיפוטית, זאת משום שלהם עומדת הכשירות המוסדית העדיפה.

סיכום

מאמר זה ביקש לעשות צדק עם החובות החוקתיות, שהדיון בהן נדחק במקומותינו לקרן זווית. עמדתי על מהותן ועל ההתדיינות הנוגעת בהן. ההכרה בחשיבותן הולכה את בית המשפט העליון לצמצם את השימוש בעילות הסף ולפתוח יותר את השערים לביקורת שיפוטית לגופן. על ההתדיינות בעניינן להיות תלויה הקשר, ומכאן שעל הביקורת השיפוטית להיות הקשרית. מגוון החובות החוקתיות אינו מאפשר נקיטת גישה שיפוטית אחידה כלפיהן. טענתי כי בחלק מהמקרים עליה להיות מופעלת אגב הנסגה שיפוטית (deference), ובחלקם האחר אין הצדקה להנסגה כאמור. בעניין זה יש רלוונטיות גם לשיקולי כשירות מוסדית ולחשש מטעויות מוסדיות.

החובות החוקתיות הן בעלות פוטנציאל ניכר לפיתוחו העתידי של המשפט הציבורי שלנו. ייתכן שהמחלוקת בקשר להכרה בהן יכולה להיות פחותה ביחס להתדיינות סביב הזכויות החוקתיות בתקופה הנוכחית. אלא שכדי שאלה תגענה לפיתוחן הראוי מהבחינה המהותית, נדרשת האפשרות להתדיין ביחס אליהן ללא חסמים מיותרים מהבחינה הדיונית. רשימה זו באה להציג את יחסי הגומלין שבין המהות לפרוצדורה החוקתית בעניינן. אקווה כי החובות החוקתיות וההתדיינות בקשר אליהן תזכינה למקומן הראוי בשדותיו של המשפט החוקתי שלנו.