

מעמדו המיוחד של סדר הדין החוקתי

ראמון
פלדברין*

בית המשפט העליון מפעיל את הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית במסגרת הפרוצדורה המעוגנת בתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, שאומצה בזמן המנדט הבריטי. כפועל יוצא של כך, הליכים חוקתיים, העוסקים בליבת המבנה הדמוקרטי, ביחסי רשויות השלטון ובהגנה על זכויות יסוד, מתבררים פורמלית באותה מתכונת דיונית שבה מתבררות עתירות בעניינים מנהליים. זאת, חרף שונות מהותית בין המאפיינים של ההתדיינות המשפטית בשדות משפטיים אלה ולמרות האתגרים המוסדיים והציבוריים הייחודיים שהליטיגציה החוקתית מציבה בפני בית המשפט, בעלי הדין והחברה כולה. ואומנם, בית המשפט והכנסת הכירו זה מכבר בנחיצות לעצב הסדרים דיוניים נבדלים המביאים בחשבון את הייחודיות של הליכים חוקתיים, אך מדובר עד כה בפתרונות מצומצמים ומוגבלים, שטרם הבשילו לכדי פיתוחה של תורה דיונית סדורה וייעודית. מצב דברים זה אינו הולם את אופיו המיוחד והממלכתי של ההליך החוקתי ואף אינו עולה בקנה אחד עם התפיסה הרווחת, שלפיה סדרי הדין צריכים להתאים לסוג ההליך, מורכבות הסכסוך, הסעדים ויחסי הכוחות בין הצדדים. מטרת רשימה חלוצית זו היא הנחת תשתית מושגית והדגשת הצורך בגיבושו של משטר דיוני עצמאי להליך החוקתי. תפנית עיונית זו היא תנאי הכרחי בדרך לעיצובו של מערך כללים דיוניים אפקטיבי, אשר ישרת באופן מיטבי את תפקידו החוקתי של בית המשפט, יאפשר התמודדות שיטתית עם סכסוכים חברתיים ושאלות מופשטות וערכיות בעלות השלכות רוחב וכן יבטא התחשבות בנראות הציבורית שמלווה תדיר את ההתדיינות החוקתית.

* מרצה, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן, וחבר באגודה הבינלאומית למשפט פרוצדורלי. תודתי נתונה לחן אבידוב, רבקה ווייל, אמיר ויצנבליט, צבי זילברטל, איציק פשה, אלון קלמנט, רונן קריטנשטיין ולקוראים החיצוניים על הערות מאירות ומחכימות לטיוטות מוקדמות של רשימה זו. תודה מיוחדת ליצחק זמיר על שיח מעמיק ומרחיב דעת. תודות גם למשתתפים ולמשתתפות בכנס "חוקה ופרוצדורה" באוניברסיטת תל אביב, בכנס העשירי של ICON-S ישראל ובסדנה "אג'נדות חוקתיות" באוניברסיטת רייכמן על תרומתם לחידוד נקודות חשובות. הערכה רבה לעדן גלזר ולחברי מערכת כתב העת "משפט, חברה ותרבות" על עבודת עריכה יסודית, קפדנית ומסורה.

מבוא

הספרות שעוסקת במשפט הציבורי בישראל נוטה לאורך השנים להעמיד במרכז הדיון האקדמי את עצם קיומה והצדקתה של סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית כמו גם את המקורות הנורמטיביים ועקרונות היסוד החוקתיים להתערבות של בית המשפט העליון בחקיקה של הכנסת.¹ מיקוד זה נובע מההתפתחות הייחודית של המשפט החוקתי במדינת ישראל כתוצאה משילוב מורכב של שלושה גורמים עיקריים: היעדר מסמך חוקתי פורמלי ונוקשה בעל עליונות ערכית ומשפטית אשר מגדיר את חלוקת הסמכויות השלטוניות ומעגן את זכויות היסוד;² משקלן של מסורת דתית והיסטוריה יהודית

1 הכתיבה האקדמית בנושא זה עצומה. חלק מהתאוריות להצדקת הביקורת השיפוטית החוקתית מבוססות על טיעונים מייבאים משיטות משפט אחרות בנוגע לתפקידו של בית המשפט וחלק מהתאוריות ייחודיות למקרה הישראלי. ראו למשל אליקים רובינשטיין "על סמכות בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה לפי הצעת חוק יסוד: בתי המשפט וחוק יסוד: החקיקה" הפרקליט כח 272 (1972); יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקים חוקים" משפט וממשל א 395 (1993); שלמה גוברמן "סמכותו של בית המשפט לבטל חוקים" רפורמה קונסטיטוציונית בישראל והשלכותיה 76 (חיה הרשקוביץ עורכת 1995); מאיר שמגר "על סמכויות הכנסת בתחום החוקתי" משפטים כו 3 (1995); אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" משפט וממשל ג 403 (1996); משה לנדוי "מחשבות על המהפכה החוקתית" משפטים כו 419 (1996); אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133 (1997); רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1997); זאב סגל "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים – הסמכות להכריז על אי-חוקתיות חקיקה – למי?" משפטים כח 239 (1997); דוד קרצמר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" משפטים כח 359 (1997); אריאל כנדר "ארבע מהפכות חוקתיות" משפט וממשל ו 305 (2003); אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3 (2004); הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א 59 (2004); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א: עקרונות יסוד 173–174, 182–190 (מהדורה שישית 2005); שמעון שטרית "בית המשפט העליון על פרשת דרכים: המודל הראוי לביקורת שיפוטית על חוקים בישראל" מאזני משפט ה 23 (2006) (להלן: שטרית "המודל הראוי לביקורת חוקתית"); רבקה וויל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנט של חוקת הכלאיים הישראלית" עיוני משפט לח 501 (2016); יניב רוזנאי ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל 29 (2021); ברק מדינה "הזהות החוקתית של מדינת ישראל, הזכות להשתתפות שווה בהכרעות חברתיות ו'הרפורמה' המשפטית" משפט וממשל כח 7 (2024) (להלן: מדינה "הזהות החוקתית של מדינת ישראל"); יואב דותן "זהות חוקתית וגירעון דמוקרטי" משפט וממשל כח 85 (2024).

2 ראו שמעון שטרית "ביחד ולחוד: העצמאות השיפוטית בראי יחסי הגומלין בין נשיא בית המשפט העליון ובין שר המשפטים" ספר מרים נאור 235, 294 (אהרן ברק ואח' עורכים

הקודמות למסגרת המדינית;³ והעובדה שהתפתחות החשיבה והפסיקה החוקתית התרחשה בד בבד עם משברים חברתיים ואתגרים ביטחוניים קיומיים ולא בהליך סדור של עיצוב מוסדות השלטון ובנייתם.⁴ רשימה זו אינה המקום להרחיב דברים בכל אחד מהיבטים אלה.⁵ העיקר לדיוננו הוא העובדה שהביקורת השיפוטית החוקתית היא מציאות משפטית מושרשת.⁶ בית המשפט העליון מפעיל, זה כמה עשורים, ביקורת על חקיקה ראשית ועל חוקי יסוד כאשר הליכים אלה מתבררים במרבית המקרים בשבתו כבית משפט גבוה לצדק ובמסגרת הפרוצדורלית שמעוגנת בתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד–1984.⁷

- (2023) (להלן: שטרית "יחסי הגומלין בין נשיא בית המשפט העליון ובין שר המשפטים"); אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 333 (2004); אמנון רובינשטיין **חוק ומשפט בישראל בשנות השבעים**, 1, 7 (1972) (להלן: רובינשטיין **חוק ומשפט בישראל**); יהושע ויסמן "על הוראת המשפט בארצות הברית ובישראל" **משפטים** יב 425, 425 (1982).
- 3 ראו ס' 1 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי; ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ס–1980 (הסתמכות על עקרונות המשפט העברי ומורשת ישראל במקרה של לקונה); בג"ץ 58/68 **שליט נ' שר הפנים**, פ"ד כג(2) 477, 503 (1970); יצחק זמיר **בית המשפט העליון** 27–28 (2022); אמנון רובינשטיין "ישראל החצי-ליברלית" **כיוונים חדשים** 34, 17, 26 (2016); ויסמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 429; סוזי נבות "הנמקה חוקתית" **המשפט** כד 79, 75 (2018); מרדכי א' ראבילו ופבלו לרנר "על מקומו של המשפט ההשוואתי בישראל" **מחקרי משפט** כא 89, 97–101 (2004); דפנה ברק-ארז "משפט השוואתי כפרקטיקה – היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים" **דין ודברים** ד 81, 85 (2008); ראו גם ליאון שלף "שני דגמים להבטחת זכויות האדם: דגם אמריקני מול דגם ישראלי אפשרי" **מחקרי משפט** טז 105, 137–139 (2000) (להלן: שלף "שני דגמים להבטחת זכויות האדם"); חנה לבנת **כמה יפה להיות יהודי: עיצוב זהות לילדים בגרמניה בשנים 1933–1938** 157–160 (2009).
- 4 ראו בג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פס' 6–11 לפסק הדין של השופט גרוסקופף (נבו 1.1.2024) (להלן: בג"ץ **הסבירות**); זמיר **בית המשפט העליון**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 76, 79–80; רות גביוון "ההסדרה החוקתית של הרשות השופטת" **הרשות השופטת: הסדרה חוקתית, מינוי שופטים, יסודות חוקתיים** 13 (2003); פנינה להב **ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הצינונית** 128–129 (1999); יצחק זמיר **השפיטה בעניינים מינהליים** 126 (1975); להרחבה ראו Michael W. ;BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* (1991) 115 (1994) *McConnell, The Forgotten Constitutional Moment*, 11 CONST. COMMENT. 115 (1994).
- 5 להרחבה ראו רוזנאי, לעיל ה"ש 1.
- 6 ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 320; זמיר **בית המשפט העליון**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 104–105.
- 7 במישור העקרוני נתונה לכלל הערכאות השיפוטיות סמכות לקבוע כי חוק ראשי של הכנסת אינו חוקתי אם עלה הדבר במסגרת תקיפה עקיפה, ועקב כך לעיתים דן בית המשפט העליון כערכאת ערעור בטענות לבטלות חקיקה. ואולם, דרך המלך והפרקטיקה הנוהגת בליטיגציה החוקתית היא עתירה ישירה לבג"ץ. ראו ע"א 993/19 **פלוגי נ' משרד הביטחון**, פס' 40–47 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 5.7.2022); ע"ע 2966/19 **Human Rights Watch**

עקב כך, עתירות חוקתיות, העוסקות בליבת המבנה הדמוקרטי ובסכסוכים בין רשויות המדינה, מתנהלות באותה מתכונת דיונית שבה מתבררות עתירות בעניינים מנהליים שגורתיים, כגון עתירות בנושאים של פינוי פסולת ואשפה,⁸ הגבלה של מספר הנוסעים בעמידה בתחבורה הציבורית,⁹ מתן שירותי כביסה וגיהוץ במשרדי הממשלה¹⁰ או פרקטיקה של גביית דמי הניהול בקופות הגמל.¹¹ ודוק, מסגרת הפרוצדורה בבג"ץ¹²—פרי המשכה הישיר של מסורת מתקופת המנדט הבריטי בארץ ישראל¹³—מושתתת על חולשתה של הזכות המנהלית ועל "התפיסה כי הביקורת השיפוטית על החלטות השלטון ניתנת על-ידי בתי המשפט לנתינים כחסד, ולא כזכות".¹⁴ מצב דברים זה אינו רצוי ואינו הולם את אופיו המיוחד והממלכתי של ההליך החוקתי. יתרה מכך, היעדרו של ענף דיוני עצמאי במשפט החוקתי—כך ש"הליכי הדיון נמסו בגופו של המשפט המהותי: השניים היו לאחדים והם מעשה מיקשה"¹⁵—הוא חריג ואינו עולה

- נ' שר הפנים, פס' 10–11, 13 (נבו 5.11.2019); דפנה ברק-ארז **המשפט המינהלי של ישראל** כרך ג: שיקול הדעת המינהלי וביקורת שיפוטית 346 (2019) ("מאז הפסיקה התקדימית שהכירה בכוחם של בתי משפט לדון גם בשאלת חוקתיותם של חוקים . . . משמש בג"ץ ערכאה מרכזית שבה נדונות עתירות חוקתיות") (להלן: ברק-ארז **המשפט המינהלי של ישראל**: שיקול הדעת המינהלי וביקורת שיפוטית); יגאל מרזל "הדיון בעתירות לעניין תוקף החוק" **ספר אליהו מצא** 167, 168 (אהרן ברק ואח' עורכים 2015) (להלן: מרזל "הדיון בעתירות חוקתיות"); אורי אהרונסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית" **משפט וממשל** טז 9, 17, 23–26 (2014) (להלן: אהרונסון "ביקורת שיפוטית ביזורית"); זאב סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית – לאחר חמישים שנה" **משפט וממשל** ה 235, 279 (1999) (להלן: סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית").
- 8 בג"ץ 5309/18 **התאחדות המלונות בישראל נ' משרד הפנים** (נבו 6.1.2021); בג"ץ 1756/10 **עיריית חולון נ' שר הפנים** (נבו 2.1.2013).
- 9 בג"ץ 1527/06 **התנועה להגיינות שלטונית נ' משרד התחבורה** (נבו 9.6.2009).
- 10 בג"ץ 6798/05 **מכבסת שלג חדרה** (1985) בע"מ נ' **משרד הבריאות** (נבו 25.2.2008); בג"ץ 7495/97 **המכבסות המאוחדות לישראל בע"מ נ' משרד הבטחון** (אר"ש 30.12.1997); בג"ץ 703/89 **ענת מכבסת קיטור בע"מ נ' משרד הבריאות ירושלים** (נבו 12.7.1990).
- 11 בג"ץ 2030/12 **הדר נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון** (נבו 26.2.2013).
- 12 דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 5 (2010) (להלן: ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א); ראו גם יואב דותן "קדם-בג"ץ" ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ "משפט וממשל" ז 159, 162 (2004) (להלן: דותן "קדם בג"ץ").
- 13 אליעזר מלחי **תולדות המשפט בארץ-ישראל** 166 (מהדורה שנייה 1953).
- 14 בג"ץ 2285/93 **נחום נ' ראש עיריית פתח-תקווה**, פ"ד מח(5) 630, 640 (1994); על חולשתה הדיונית של הזכות המנהלית ראו גם בג"ץ 2148/94 **גלברט נ' יו"ר ועדת החקירה לבדיקת אירועי הטבח בחברון**, פ"ד מח(3) 573, 604 (1994); בג"ץ 170/87 **אסולין נ' ראש עיריית קרית גת**, פ"ד מב(1) 678, 692 (1988); יצחק זמיר "הזכות המינהלית" **משפט וממשל** טז 135, 136–137 (2014); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד: סדרי הביקורת המשפטית 2743–2744 (2017) (להלן: זמיר **הסמכות המינהלית**: סדרי הביקורת המשפטית).
- 15 עניין **גלברט**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 599.

בקנה אחד עם ההבחנה המקובלת בין פרוצדורה למהות.¹⁶ הבחנה זו, העומדת במרכזה של הכתיבה המשפטית המסורתית, שואפת להפריד מבחינה אנליטית בין ענפים שונים של המשפט המהותי לבין מערכות הכללים המסדירות את אופן ההתדיינות בערכאות שיפוטיות.¹⁷ ואומנם, במדינות דמוקרטיות מערביות רבות הוסדרו הליכים חוקתיים באמצעות מנגנונים דיוניים מיוחדים, בין אם באמצעות הוראות החלות בבתי משפט לחוקה ובין אם כתוצאה של אימוץ סדרי דין ייעודיים לביקורת חוקתית בבתי המשפט הכלליים.¹⁸

16 ראו יששכר רוזן-צבי **ההליך האזרחי** 185–186 (2015); איסי רוזן-צבי "פרוצדורה ומהות: חשיבה מחודשת על קטגוריות ישנות" **פרוצדורות** 45 (משפט, חברה ותרבות, טליה פישר ויששכר רוזן-צבי עורכים) (2014) (הספר להלן: **פרוצדורות**); יששכר רוזן-צבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" **משפטים** לח 489, 496–504 (2008); Paul D. Carrington, "Substance" and "Procedure" in the Rules Enabling Act, 1989 DUKE L.J. 281, 284 (1984) ("substance and procedure differ even if, at the margin, they become difficult to distinguish").

17 ראו שלמה לוי **תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד** 13–21 (מהדורה שנייה 2008) (להלן: **לוי תורת הפרוצדורה האזרחית**); דודי שוורץ **סדר דין אזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות** 147 (2007); עפר מלכאי ורונית לוי-שנור "היחס בין פרוצדורה למהות: מה קודם למה?" **פרוצדורות**, לעיל ה"ש 16, 93, 98; ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך א, לעיל ה"ש 12, בעמ' 4–5; אליעד שרגא ורועי שחר **המשפט המינהלי** כרך ה: סדרי הדין והראיות בבג"צ 76 (2010) ("סדר דין פלוני נועד לסייע בהגשמת העקרונות העומדים בבסיס ענף משפטי פלוני"); ראו גם רע"א 2063/16 **גליק נ' משטרת ישראל**, פס" 10 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 19.1.2017); Ernest J. Brown, *The Supreme Court 1957 Term*—; Catherine Piché, *Special*; *Foreword: Process of Law*, 72 HARV. L. REV. 77, 77 (1958) *Subject Matters: Introductory Chapter*, in COMPARATIVE PROCEDURAL LAW AND JUSTICE (Burkhard Hess et al. eds., 2024).

18 ראו מרזל "הדין בעתירות חוקתיות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 179; גיא לוריא **ממונים על הצדק: רפורמות ברשות השופטת וברשויות התביעה** 48 (2011); Ramon Feldbrin, *The* ; CHRISTIAN ; *Federal Rules of Constitutional Procedure*, 76 UC L.J. 1, 36–44 (2024) BUMKE & ANDREAS VOßKUHLE, GERMAN CONSTITUTIONAL LAW: INTRODUCTION, CASES, AND PRINCIPLES 22–23 (2019) ("[The German Federal Constitutional Court's] jurisdiction can be invoked only by a specific procedure established for the ALLAN R. BREWER-CARÍAS, CONSTITUTIONAL COURTS AS ; constitutional court") BREWER- (להלן: POSITIVE LEGISLATORS: A COMPARATIVE LAW STUDY 186 (2011) Maxwell L. Stearns, ; (CARÍAS, CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS ; *Standing and Social Choice: Historical Evidence*, 144 U. PA. L. REV. 309, 319 (1995) Karl-Georg Zierlein, *Functions and Tasks of Constitutional Courts*, in PROTECTING HUMAN RIGHTS: THE EUROPEAN PERSPECTIVE 1553, 1556 (Paul Mahoney et al. eds., Carl Tobias, *Public Law Litigation and the Federal Rules of Civil Procedure*, ; 2000) Matthew Chaskalson, Gilbert Marcus & ; 74 CORNELL L. REV. 270, 345 (1989)

לא מן הנמנע שטשטוש הגבולות בין הפרוצדורה למהות בתחום המשפט החוקתי בישראל נובע, לפחות בחלקו, מההסדר שלפיו הסמכות לעצב את כללי הדיון בעניינים שלטוניים בבג"ץ מופקדת מבחינת הדין הקיים בידי שר המשפטים.¹⁹ החשש מפני השפעת שיקולים פוליטיים או לחצים מפלגתיים העלולים לצמצם את מרחב פעולתו של בית המשפט ולכבול את הביקורת החוקתית להוראות דיוניות קשיחות,²⁰ בצירוף חסרונם של תאוריה סדורה ושל מנגנון סטוטורי מתאים ושקוף שלאורם אפשר לעצב משטרים פרוצדורליים חדשים,²¹ הביאו לכך שבית המשפט העדיף—אם מתוך בחירה ואם מכורח הנסיבות—לאמץ את המתכונת הדיונית הקיימת ולהימנע מעיסוק עקרוני במבנה הדיוני של ההליך החוקתי.²² כנגזרת מהאמור, וחרף שינויים מצומצמים במבנה של ההליך החוקתי בבג"ץ, טרם זכה תחום הפרוצדורה החוקתית להכרה המחקרית הראויה ולבירור עיוני מעמיק הנחוצים לשם עיצוב מסגרת דיונית התואמת את מאפייניו המיוחדים של ההליך החוקתי.²³ ואולם, בחלוף שלושה עשורים ל"מהפכה החוקתית",²⁴ שאפשר לומר כי יצאה כבר מתקופת "הילדות",²⁵ ולנוכח העלייה בהיקף ההתדיינות החוקתית בשנים האחרונות והמחלוקות הציבוריות שנלוות לה,²⁶ נראה כי הגיעה העת לגיבוש תפיסה מושגית ברורה ומובחנת של סדר הדין החוקתי.

Michael Bishop, *Constitutional Litigation*, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA § 3.1 (Stu Woolman & Michael Bishop eds., 2d ed. 2013).

- 19 ס' 107(א), 108(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984 (להלן: חוק בתי המשפט 1984); **דין וחשבון ביניים של הוועדה לעניין מועצת השופטים** 13–14 (1997); בג"ץ 4652/95 **שאול נ' שר המשפטים**, פ"ד מט(3) 827, 830 (1995); בג"ץ 5918/07 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד סג(2) 247, 278 (2009); יצחק זמיר **שלטון החוק בישראל: נוכח האיום על הדמוקרטיה** 48 (2025); ראו גם שמעון שטרית **על השפיטה: מערכת הצדק במשפט** 235 (2004) (להלן: **שטרית על השפיטה**); לוריא, לעיל ה"ש 18, בעמ' 74, ה"ש 170; יצחק זמיר "תשעה מן העליון – הרהורים שלאחר השפיטה" **עלי משפט** 31, 32 (2009); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 141; יאיר שגיא "הסמכות והרשות: על הקמת בית המשפט העליון במדינת ישראל" **משפטים** מד 7, 78 (2013) (להלן: שגיא "הסמכות והרשות").
- 20 ראו אהרן ברק "כך לא פועל שר משפטים" **מבחר כתבים** כרך ג – עיוניים חוקתיים 287 (2017) (פורסם ב"ידיעות אחרונות" ביום 9.4.2008, שם, בעמ' 287).
- 21 ראו והשוו רזון-צבי **ההליך האזרחי**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 111, 202–203, ה"ש 107; בג"ץ 500/00 **לשכת עורכי-הדין בישראל נ' שר המשפטים**, פ"ד נה(3) 453, 457 (2001).
- 22 ראו שמעון שטרית "ארבעים שנה למשפט החוקתי: התפתחויות בדיני חוקה – סוגיות נבחרות" **משפטים** יט 573, 582 (1990) (להלן: שטרית "התפתחויות בדיני חוקה").
- 23 ראו מרזל "הדיון בעתירות חוקתיות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 174.
- 24 ברק "כך לא פועל שר משפטים", לעיל ה"ש 20, בעמ' 291; קלוד קליין "המהפיכה החוקתית השקטה" **מעריב** 27.3.1992, 26.
- 25 השוו לעניין **אסולין**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 692.
- 26 ראו גיא לוריא ויובל שני "תדירות פסילת הוראות חוק על ידי בית המשפט העליון" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (8.11.2022) <https://perma.cc/BN4L-DFBL>; אהרונסון "ביקורת שיפוטית ביזורית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 50.

א. התשתית ההיסטורית של הפרוצדורה בבג"ץ

המשפט הציבורי בישראל נשען בראשיתו על התשתית המשפטית המנדטורית והמשפט האנגלי.²⁷ נקודת המוצא הייתה עקרון ריבונות הפרלמנט,²⁸ ועקב כך התמקדה הביקורת השיפוטית בהחלטות של רשויות ציבוריות כמעט ללא התערבות בחקיקה ראשית.²⁹ הסמכות הייחודית שניתנה לבית המשפט העליון להגן על זכויות הפרט מול השלטון נקבעה בחקיקה מנדטורית,³⁰ שהעתיקה לארץ ישראל, בשינויים מסוימים וחשובים, את

27 ראו מלחי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 184; גיא ישראל זיידמן "מי אתה, המשפט המינהלי הישראלי?" הפרקליט נא 713, 693 (2011).

28 ראו יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" אקטיביזם שיפוטי – בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 5, 28–29 (רות גביון ואח' עורכים 2000) (הספר להלן: אקטיביזם שיפוטי); רובינשטיין חוק ומשפט בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1–3; מלחי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 184.

29 אפשר להצביע על תקדימים מנדטוריים לביקורת שיפוטית חוקתית של בית המשפט הגבוה של ארץ ישראל, אם כי אלו היו ככל הנראה אירועים ספורדיים שלא הביאו לגיבוש דוקטרינה מפותחת. כמו כן, החקיקה הראשית שהעביר בית המשפט הגבוה תחת שבט ביקורתו בתקופת המנדט יצאה מידי של הנציב העליון ולא הייתה תוצרת של רשות מחוקקת במבנה סדור של הפרדת רשויות המוכר לנו ממשטרים דמוקרטיים בעולם המערבי. ראו מלחי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 94, 170; אסף לחובסקי "בין שני עולמות: מורשת המשפט המנדטורי במדינת ישראל בראשיתה" ירושלים בתקופת המנדט: העשייה והמורשת 253, 265 (יהושע בן-אריה עורך 2003) (להלן: לחובסקי "בין שני עולמות"); אסף לחובסקי "המשפט המנדטורי" בית המשפט העליון <https://perma.cc/39W6-HF3M>; Norman Bentwich, *The Legal System of Palestine under the Mandate*, 2 MIDDLE E. J. (1948) 33, 43. גם בפסקי דין מוקדמים של בית המשפט הגבוה לצדק לאחר קום המדינה יש שרידים לתקדימים המנדטוריים של ביקורת שיפוטית חוקתית. ראו למשל בג"ץ 14/51 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' עורך "דבר", פ"ד ה 1017, 1022, 1032–1033 (1951) (להלן: עניין דבר); אבל ראו שם, בעמ' 1037; ראו גם אליקים רובינשטיין שופטי-ארץ: לראשיתו ולדמותו של בית-המשפט העליון בישראל 205–206 (1980) (להלן: רובינשטיין שופטי-ארץ) (מאזכר את אלפרד ויתקון פוליטיקה ומשפט 45 (התשכ"ה)).

30 הסמכות הכללית של בית המשפט העליון בתקופת השלטון הבריטי נקבעה בסעיף 43 לדבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י), 1922, חא"י ג 2738 (להלן: דבר המלך), שהיה דבר חקיקה מנדטורי בעל מעמד עליון ומעין-חוקתי, שהגדיר את מבנה הרשויות השונות בממשל המנדטורי; עניין דבר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1022; שגיא "הסמכות והרשות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 14; יצחק זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו 212, 216–217 (1970); ד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז 430, 438–439 (1962). דברי חקיקה שנחקקו לאחר דבר המלך חזרו על עיקרי ההוראות שבסעיף 43 לדבר המלך בכל הנוגע לסמכות בית המשפט הגבוה לצדק. ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי: משפט מינהלי דיוני כרך ד 51 (2017) (להלן: ברק-ארז משפט מינהלי דיוני); לחובסקי "המשפט המנדטורי", לעיל ה"ש 29; שטרית על השפיטה, לעיל ה"ש 19, בעמ' 65; יאיר

המודל של ביקורת שיפוטית על ידי בית משפט המוסמך לתת צווים פרוגרסיביים או סעדים בלתי רגילים.³¹ התפתחות זו היא שהובילה לאימוץ מסלול דיוני נפרד ולהתקנתם של סדרי דין מיוחדים לעניינים מנהליים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בתקופת המנדט הבריטי בארץ ישראל.³² הסמכות להסדיר את הפרוצדורה וסדרי הדין הנוגעים להליכים בבית המשפט העליון ובהליכים אזרחיים ניתנה בדבר המלך לזקן השופטים, בכפוף לאישורו של הנציב העליון הבריטי.³³ כמעט כלל מערכת סדר הדין האזרחי הותקנה וצמחה הודות לשימוש בסמכות זו,³⁴ וחשוב בעיקר לענייננו—בצורה זו הותקנו תקנות בית המשפט הגבוה, 1937, שענינו את מתכונת הדין הייחודית בבג"ץ.³⁵

שגיא "למען הצדק? על הקמתו של בית-המשפט הגבוה לצדק" **עיוני משפט** כ"ח 225, 241 (2004) (להלן: שגיא "למען הצדק"); Norman Bentwich, *Judicial Interpretation of the*

Mandate for Palestine, 1 HEIDELBERG J. INT'L L. 212, 217 (1929)

ראו HC 97/41 Gwirzman v. Director of Medical Services, 8 PLR 533, 535 (1941); תוספת לתקנות בית המשפט הגבוה, 1937, ע"ר תוס' 2, 259, 260–261 (טופס מס' 1, טופס בקשה בבית המשפט הגבוה לצדק) (להלן: תקנות בית המשפט הגבוה 1937) (נוסח התקנות בעברית פורסם בעתון הרשמי המנדטורי גליון 678 מיום 1.4.1937 ומופיע גם כנספח אצל אפרים סלנט **בית המשפט הגבוה לצדק** 107–112 (1955)); ס' 6 (ב) לפקודת בתי המשפט, 1924, חא"י א 372 (להלן: פקודת בתי המשפט 1924); ראו זמיר "הזכות המינהלית", לעיל ה"ש 14, בעמ' 150; זמיר **בית המשפט העליון**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 97; ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך א, לעיל ה"ש 12, בעמ' 18; שטרית **על השפיטה**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 65; מיה רויזמן-אלדור **עתירות מנהליות – היבטים תאורטיים ומעשיים של הליך ההתדיינות**, 42 185 (2019); זיידמן, לעיל ה"ש 27, בעמ' 716; שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 30, בעמ' 243, 285; זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 30, בעמ' 216–217; ע"א 55/66 **ראש המועצה המקומית אשדוד נ' אורן**, פ"ד כ(4) 841, 848–849 (1966); יעקב צמח **הרשות השופטת בישראל** 65–66 (מהדורה שלישית 2002); יצחק זמיר "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק" **מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל** 225, 228–232 (גד טדסקי עורך 1964); א' ויתקון **משפט וחברה** 68 (1955) ("הצו החשוב ביותר שיוצא מבית-משפט זה נקרא צו עשה Mandamus ופירושו פקודה לרשות ממשלתית, מקומית או אחרת שמוסמכת היא לעשות פעולה מסוימת, להביא טעם משום מה לא עשתה את הפעולה, שהאזרח זכאי לצפות שתיעשה"); Bentwich, *Judicial Interpretation of the*

Mandate for Palestine, לעיל ה"ש 30, בעמ' 218.

תקנות בית המשפט הגבוה 1937; ראו גם עניין **דבר**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1047; להרחבה ראו שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 30, בעמ' 256–257; לחובסקי "בין שני עולמות", לעיל ה"ש 29, בעמ' 258–259; זמיר **השפיטה בעניינים מינהליים**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 83. ס" 49 לדבר המלך; יצחק ה' קלינגהופר "הקמת מדינת ישראל: סקירה היסטורית-חוקתית" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 53, 84, ה"ש 115 (עורך יצחק זמיר 1993) (הספר להלן: **ספר קלינגהופר**).

סדר הדין הפלילי נקבע רובו ככולו על ידי השלטונות הבריטיים בחקיקה ראשית. שם; יצחק ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" **ספר קלינגהופר** לעיל ה"ש 33, 105, 132.

ראו שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 30, בעמ' 257, ה"ש 102.

התקנות בבית המשפט הגבוה ודפוסי הפעולה של בית המשפט עוצבו כמענה למאפייני השלטון ולצרכים הפרטיקולריים ששררו בשדה של המשפט המנהלי בתקופה המנדטורית.³⁶ בהתאם לתקנות, העותר נדרש להגיש בקשה המבוססת על הצהרה בשבועה ולשכנע את בית המשפט להוציא צו על תנאי, ששימש כמעין היתר לניהול הליך משפטי נגד השלטון. רק לאחר מכן, ביחידה דיונית נפרדת, נדונה העתירה לגופה, שבמהלכה הורשו הצדדים לחקור את המצהירים,³⁷ ושביסומה הכריע הרכב השופטים אם להפוך את הצו על תנאי לצו מוחלט ולהורות על שינוי או ביטול של ההחלטה המנהלית.³⁸ יתרה מכך, התקנות המנדטוריות כללו הוראות דיוניות מועטות במספר, דבר שאפשר לשופטים גמישות פרוצדורלית ניכרת וניתוק מכפיות נוקשה לסדרי דין.³⁹ מתכונת דיונית דו-שלבית זו של ההליך בבג"ץ שיקפה אקלים שבו הייתה זכותו של הפרט כלפי השלטון המנדטורי נחותה מהזכות המהותית של בעל דין בהליך האזרחי.⁴⁰ נחיתות דיונית זו נבעה, בין השאר, משיקול הדעת הרחב של שופטי בית המשפט העליון לנווט את הדיון—לתת רשות לפרט לנהל הליך נגד השלטון או לדחות את העתירה על הסף,

- 36 ראו מלחי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 168; רענן הר-זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק 129, 195 (1991); בג"ץ 42/49 ליפשיץ נ' יו"ר ההוצל"פ, תל-אביב, פ"ד ב 714 (1949); בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה 801, 806–807 (1951); בג"ץ 67/50 ששון נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד ו 145 (1952); זמיר הסמכות המינהלית: סדרי הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 2741–2742, 2864; יצחק זמיר הסמכות המינהלית: עילות הביקורת המשפטית 4179 (2020) (להלן: זמיר הסמכות המינהלית: עילות הביקורת המשפטית); שרגא ושחר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 78.
- 37 תקנה 8 לתקנות בית המשפט הגבוה 1937 קבעה כי "כל צד הרוצה לחקור חקירה שכנגד עד אשר נתן הצהרה בשבועה מטעם הצד השני רשאי לשלוח לצד שהגיש את ההצהרה בשבועה, הודעה בכתב, שבה ידרוש את הופעת העד לשם חקירה שכנגד בשעת בירור הבקשה . . . ואם לא הופיע העד הזה בהתאם לאמור בזה, לא תשמש ההצהרה בשבועה שלו כעדות אלא ברשות מיוחדת מאת בית המשפט".
- 38 ראו והשוו ע"מ 9682/06 עיריית ראשון לציון נ' בנק הפועלים בע"מ, פס' 14–15 (נבו 13.7.2008); בג"ץ 8955/04 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' המשנה לנשיא בית המשפט העליון בישראל (נבו 5.10.2004).
- 39 בפועל תקנות בית המשפט הגבוה 1937 כללו פחות מעשר תקנות אופרטיביות. תקנה 1 הייתה דקלרטיבית וציינה כי "תקנות אלה תקראנה תקנות בית המשפט הגבוה, 1937, ותקבלנה את תקפן ביום אחד במאי, 1937". תקנה 10 הפנתה בסך הכול לנוסח הצווים שבתוספת. ראו גם עניין עיריית ראשון לציון, לעיל ה"ש 38, פס' 14 ("בבית המשפט הגבוה לצדק נקבעו סדרי דין מיוחדים 'בשל אופיו המיוחד של ההליך והצורך לקיים את הדיון במהירות יחסית ובמינימום של הליכי ביניים'") (מאזכר את הר-זהב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 251); בג"ץ 58/86 מורגנשטרן נ' מורגנשטרן, פ"ד מ(2) 246, 248 (1986); זמיר הסמכות המינהלית: עילות הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 36, בעמ' 4178 ("הגמישות בסדרי הפעולה של הרשות המינהלית משתקפת גם בגמישות של סדרי הדין בערכאת הביקורת על החלטת הרשות, וסביר שיש קשר הגיוני ביניהם: עניינים מינהליים צריכים גמישות"); עניין אורן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 847.
- 40 עניין אסולין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 692.

לתחום את המחלוקות בין הצדדים לסכסוך המנהלי בשלב המקדמי ולהכריע מהו הסעד הראוי, אם בכלל, בסופה של ההתדיינות.⁴¹ למתכונת הדיון הדו-שלבית נלווה גם אינטרס שלטוני רחב יותר. יש לזכור שבאנגליה עצמה הייתה הסמכות להוצאת הצווים הפררוגטיביים נגד רשויות המנהל נתונה באופן מסורתי לבית משפט שפעל כערכאה דיונית.⁴² ואולם, השלטון הבריטי, שלא היה שונה הרבה משלטון קולוניאלי, תפס את יושבי הארץ כנתינים ולא כאזרחים ובחר לרכז את הביקורת השיפוטית בבית המשפט העליון, שהשופטים ששלטו בו היו בריטים שהובאו מאנגליה או ממושבות בריטיות ברחבי האימפריה.⁴³ ודוק, בשבתו כבג"ץ, שופט בריטי כיהן תמיד כאב בית הדין, וכל צד להתדיינות היה יכול לפנות ולבקש שבהרכב השופטים יהיה רוב של שופטים בריטים.⁴⁴ על שופטים אלה היה השלטון המנדטורי יכול לסמוך באופן טבעי כי יגלו הבנה לבעיותיו וצרכיו.⁴⁵ הפרוצדורה בבג"ץ עוצבה אפוא כך

- 41 ראו עניין גלברט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 601; זמיר "הזכות המינהלית", לעיל ה"ש 14, בעמ' 137; שרגא ושחר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 94–95, 148–149; ראו גם בג"ץ 3279/22 מדינת ישראל נ' זר, פס' 41 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז ופסק הדין של ממלא מקום הנשיא (בדימ') פוגלמן (6.11.2024); בג"ץ 54321-03-25 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 15 לפסק הדין של הנשיא עמית (נבו 21.5.2025) (להלן: עניין ראש השב"כ); בג"ץ 6075/24 לביא זכויות האזרח מינהל תקין ועידוד התיישבות (ע"ר) נ' נציב שירות המדינה, פס' 16 לפסק הדין של השופט כבוב (28.7.2025).
- 42 ראו זמיר בית המשפט העליון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 97; רויזמן-אלדור, לעיל ה"ש 31, בעמ' 187; ברק-ארז משפט מינהלי דיוני, לעיל ה"ש 30, בעמ' 49–50, ה"ש 2; שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 30, בעמ' 243–244; צמח, לעיל ה"ש 31, בעמ' 67; זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 30, בעמ' 217; ויתקין משפט וחברה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 65.
- 43 ראו זמיר בית המשפט העליון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 97; זמיר הסמכות המינהלית: עילות הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 36, בעמ' 4167; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 260; דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 28, בעמ' 5–6; שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 30, בעמ' 254, 278, 285, 292–293; רובינשטיין שופטי-ארץ, לעיל ה"ש 29, בעמ' 25; זמיר השפיטה בעניינים מינהליים, לעיל ה"ש 4, בעמ' 83–84, 125; סלנט, לעיל ה"ש 31, בעמ' 41; ראו גם רובינשטיין חוק ומשפט בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 9; דפנה ברק-ארז המשפט המינהלי של ישראל כך א: המדינה המינהלית והסמכות המינהלית (2019) (להלן: ברק-ארז המשפט המינהלי של ישראל: המדינה המינהלית והסמכות המינהלית); השוו עם רויזמן-אלדור, לעיל ה"ש 31, בעמ' 43–44 (סקירת הסברים חלופיים להקמתו של בג"ץ כמחלקה בבית המשפט העליון בתקופת המנדט); השוו גם לחן אבידוב "אי-פומביותם של הליכי המס – חשיבה מחודשת" ספר אשר גרוניס 515, 544 (קרן אזולאי ואח' עורכים 2022) (מסיבות דומות גם ערעורי מס נשמעו לפני שופטים בריטים בלבד בתקופת המנדט).
- 44 ס' 5, 13(1) לפקודת בתי המשפט 1924; ס' 5(1) לפקודת בתי המשפט (תיקון), 1940, ע"ר תוס' 1, 115; ראו גם שטרית על השפיטה, לעיל ה"ש 19, בעמ' 66; שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 30, בעמ' 254, 259–260.
- 45 זמיר השפיטה בעניינים מינהליים, לעיל ה"ש 4, בעמ' 83.

שתאפשר לבית המשפט למלא תפקיד כפול: מחד גיסא, לשמש ערוץ פורמלי לביקורת שיפוטית על פעולות השלטון,⁴⁶ ומאידך גיסא, לשמש כשומר סף, במובן הקלאסי של הביטוי, כדי להבטיח שליטה על היקף הביקורת השיפוטית ולמנוע התדיינות העלולה לפגוע ביוקרתם של המבוקרים וביציבות הממשל המנדטורי. בדרך זו התעצבה מסגרת פרוצדורלית שהושתתה על ביקורת שיפוטית ריכוזית שנועדה לשרת, בין השאר, נאמנות לשלטון המנדטורי של בריטניה ושמירה על גבולות הפיקוח השיפוטית.⁴⁷ הקמת מדינת ישראל והמעבר משלטון מנדטורי למשטר דמוקרטי לא הובילו לשינויים מהותיים במסגרות הארגונית והדיונית של בית המשפט הגבוה לצדק.⁴⁸ אומנם השופטים הבריטים הוחלפו בשופטים ישראלים, והסמכות הייחודית של בג"ץ עוגנה בחקיקה ישראלית,⁴⁹ אך קווי המתאר המוסדיים ודפוסי ההתדיינות בו הוסיפו לשאת את

46 ראו ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א, לעיל ה"ש 12, בעמ' 18; והשוו לרויזמן-אלדור, לעיל ה"ש 31, בעמ' 299–300 (זמירותם של הליכים שיפוטיים כאמצעי להגברת הלגיטימציה של השלטון ומניעת אי-יציבות חברתית).

47 עניין **אסולין**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 692; יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" **משפט וממשל** א 295, 301–302 (1993) (להלן: זמיר "ראיות בבג"ץ"); מלחי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 167.

48 ס' 17 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948; עניין **ז'בוטינסקי**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 810; עניין **אורן**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 846; בג"ץ 761/86 **מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מב(4) 868 (1989); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 259–260; שגיא "הסמכות והרשות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 58; שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 30, בעמ' 229; יצחק זמיר "סימן 46 לדבר המלך וסדרי המינהל הציבורי" **משפטים** ו 294, 309 (1975); ויתקון **משפט וחברה**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 62; סלנט, לעיל ה"ש 31, בעמ' 48; להרחבה ראו רויזמן-אלדור, לעיל ה"ש 31, בעמ' 44; צמח, לעיל ה"ש 31, בעמ' 65–66; לחובסקי "בין שני עולמות", לעיל ה"ש 29, בעמ' 265; יורם שחר "משכן כמשפט" **מחקרי משפט** יט 397, 400 (2003); Stephen Goldstein, *The Role of Supreme Courts at the National and International Level: Common Law Countries*, in *THE ROLE OF THE SUPREME COURTS AT THE NATIONAL AND INTERNATIONAL LEVEL* 279, 287 (Pelayia Yessiou-Faltsi ed., 1998). אחד השינויים הבולטים עם הקמת המדינה היה ניתוק הזיקה למועצת המלך הבריטית כערכאת ערעור עליונה, כפי שהייתה בתקופת המנדט. ראו רובינשטיין **שופטי-ארץ**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 50. לשלמות התמונה ראוי לציין כי בארבעת החודשים הראשונים לאחר קום המדינה הוענקה סמכות בית המשפט הגבוה לצדק, באופן זמני, לבית המשפט המחוזי בתל אביב. ראו שני שניצור ויורם שחר "בג"ץ בתל אביב: מציאות חלופית אמיתית" **עיוני משפט** מג 137 (2020).

49 ס' 7 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, ס"ח 148 (להלן: חוק בתי המשפט 1957); ס' 15 לחוק-יסוד: השפיטה. לסקירת החקיקה בנושא סמכות בג"ץ ראו זמיר "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 31, בעמ' 225–230; זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק", לעיל ה"ש 30, בעמ' 219; זאב טריינין "מדיניות בבג"ץ" **הפרקליט** לג 377, 378–377 (1981).

חותמה של הפרוצדורה המנדטורית.⁵⁰ ודוק, החל מהקמת המדינה פיתח בית המשפט מגילת זכויות פסיקתית שהוחלה על הרשות המבצעת,⁵¹ אך המחוקק נתפס כריבון חסר גבולות,⁵² וכפי שציין השופט אליקים רובינשטיין, הרעיון של בג"ץ כערכאה חוקתית היה זר, כמעט לגמרי, לתפיסתם של המחוקקים הראשונים.⁵³ לצד זאת, תמורה בולטת הייתה ביטול תפקידו של זקן השופטים המנדטורי והעברת הסמכות הכללית לקביעת סדרי דין בבתי המשפט לידי שר המשפטים⁵⁴—מהלך שמיקד בידי הרשות המבצעת שליטה ניכרת בהסדרת נהלים ופרוצדורות במגוון נושאים בבתי המשפט, לרבות תקנות הבג"ץ.⁵⁵

- 50 להרחבה ראו זמיר **הסמכות המינהלית**: עילות הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 36, בעמ' 4167; שלמה לוין "עתירה לבג"צ כהליך תקיפה ערעורי" **משפטים** ג 16, 28 (התשל"א) (להלן: לוין "עתירה לבג"צ"); שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 30, בעמ' 227; שטרית על **השפיטה**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 9; סלנט, לעיל ה"ש 31, בעמ' 48.
- 51 ראו חיים ה' כהן **המשפט** 399 (מהדורה שניה מתוקנת ומורחבת 1996); ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך א, לעיל ה"ש 12, בעמ' 18; זמיר "הזכות המינהלית", לעיל ה"ש 14, בעמ' 151–152; להרחבה ראו שטרית על **השפיטה**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 77–78.
- 52 ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 3; בג"ץ 144/50 **שייב נ' שר הבטחון**, פ"ד ה 399, 411–412 (1951); בג"ץ 163/57 **לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד יב 1041, 1079 (1958); בג"ץ 228/63 **עוזו נ' עזר**, פ"ד יז 2541, 2547 (1963); בג"ץ 120/73 **טוביס נ' ממשלת ישראל**, פ"ד כז(1) 757, 759 (1973).
- 53 רובינשטיין **שופטי-ארץ**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 194–195; ראו גם דפנה ברק-ארו "חוקה למצבי חירום" **ספר שלמה לוין** 671, 676–677 (אשר גרוניס ואח' עורכים 2013); סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 271; להב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 128.
- 54 ס' 45(א) לחוק בתי המשפט 1957; ס' 107(א) לחוק בתי המשפט 1984; בג"ץ 4703/14 **שרון נ' נשיא בית המשפט העליון**, פס' יא לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 30.11.2014); בג"ץ 7067/07 **חיים נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים**, פס' 17–18 לפסק הדין של השופט לוי (נבו 30.8.2007); מלחי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 187; הועדה לבחינת כינונה של רשות שיפוט עצמאית **דו"ח הוועדה** 4 (1996) (הנשיא בדימוס מאיר שמגר); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 141; לוריא, לעיל ה"ש 18, בעמ' 67; רוזן-צבי **ההליך האזרחי**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 177; סוזי נבות "שיטת הסיניוריטי כמוסכמה חוקתית" <https://perma.cc/7T26-GKLU> (16.1.2017) **ICON-S-IL Blog**.
- 55 ס' 46–47 לחוק בתי המשפט 1957; ס' 83, 108–109 לחוק בתי המשפט 1984; ראו גם שטרית על **השפיטה**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 234; שגיא "הסמכות והרשות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 57–59. כתוצאה של המסורת המשפטית בתקופת המנדט, ראו לעיל ה"ש 34, ובשל החשיבות הרבה שיוחסה לעניינים פליליים, המשיך סדר הדין הפלילי להיות מוסדר בישראל בעיקר בחקיקה ראשית. ראו חוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה–1965; חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982; תקנות סדר הדין הפלילי, התשל"ד–1974. ראו גם שטרית "התפתחויות בדיני חוקה", לעיל ה"ש 22, בעמ' 583 ("ההבדל בין התחום האזרחי ובין התחום הפלילי נעוץ כנראה בהתייחסות המחמירה יותר של המחוקק לחירות האדם ולעניינים שבדיני-נפשות").

אף שהדין הסמיך כאמור את שר המשפטים לקבוע את סדרי הדין בבג"ץ, השימוש שנעשה בסמכות רגישה זו לאורך השנים היה מוגבל.⁵⁶ השינויים המעטים שאומצו לא זו בלבד שלא תרמו לאיזון אופיו של ההליך, אלא אף העמיקו את ההקלות הדיוניות והראייתיות שניתנו לרשות המנהלית ואת מגמת ההתערבות של בית המשפט בכל שלבי ההתדיינות.⁵⁷ שינוי משמעותי אחד היה צמצום זכות החקירה הנגדית של מצהירים, כך שחקירת שתי וערב בבג"ץ הוכפפה לשיקול דעתו של בית המשפט והפכה לתופעה חריגה, דבר המקשה על ביסוס תשתית עובדתית ומעמיד לעיתים את העותר בעמדה בעייתית.⁵⁸ שינוי נוסף היה מתן אפשרות לבית המשפט לדרוש מהרשות המשיבה תגובה מקדמית שאינה מגובת בתצהיר, עוד לפני הוצאת הצו על תנאי, באופן שמחדד את הפער הדיוני המובנה מלכתחילה ביחידה הדיונית הראשונה בין הפרט העותר לבין הרשות המנהלית.⁵⁹ התוצאה המצטברת היא הנצחת הפלטפורמה המנדטורית שעליה מושתת העולם הדיוני בבג"ץ⁶⁰—מערכת דלילה בסדרי דין וכללי פרוצדורה, המאופיינת בחוסר

56 ראו ברק "כך לא פועל שר משפטים", לעיל ה"ש 20, בעמ' 287–288 (דין במסורת של שרי המשפטים לשתף פעולה עם נשיא בית המשפט העליון ולהגן על מערכת המשפט).

57 ראו עניין גלברט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 601. ראוי לציין כי בתקנה 20(ב) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד–1984 (להלן: תקנות הבג"ץ) הוסמך בית המשפט בכל עניין שלא נקבע בתקנות האמורות החלות על הדיון בבג"ץ, לנהוג, לפי שיקול דעתו, אם הדבר דרוש לשם עשיית צדק, כדרך שנוהגים במשפט לפני בית משפט מחוזי. ראו יואל זוסמן סדרי הדין האזורי 5 (מהדורה שביעית 1995).

58 ראו תק' 18(א) לתקנות הבג"ץ; בג"ץ 135/60 גליקסמן נ' ראש המועצה המקומית רעננה, פ"ד יד 1085, 1088 (1960); בג"ץ 761/79 טרוסקין נ' וינברג, פ"ד לד(2) 461, 463 (1979); בג"ץ 754/88 חשין נ' הוכברג, פ"ד מב(4) 288, 285 (1988); עניין מורגנשטרן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 248–249; ע"מ 10811/04 סורחי נ' משרד הפנים, פ"ד נט(6) 411, 418 (2005); הר-זהב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 83–91, 146; זמיר הסמכות המינהלית: סדרי הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 14, 2745–2746; זמיר "ראיות בבג"ץ", לעיל ה"ש 47, בעמ' 312–314; זמיר "הזכות המינהלית", לעיל ה"ש 14, בעמ' 155, 164; לוין "עתירה לבג"צ", לעיל ה"ש 50, בעמ' 28–29; עומר דקל "חקירה נגדית בבג"ץ ובבית-המשפט לעניינים מנהליים" עיוני משפט לה 151, 160–162 (2012); שרגא ושחר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 96; ראו גם בג"ץ 6029/99 פולארד נ' ראש הממשלה ושר הביטחון, פ"ד נד(1) 241, 245 (2000) (גילוי מסמכים אינו מקובל בבג"ץ).

59 תק' 7(ב) לתקנות הבג"ץ; עניין גלברט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 597; הר-זהב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 131–134; יצחק זמיר "הזכות המינהלית", לעיל ה"ש 14, בעמ' 154.

60 ראו זמיר הסמכות המינהלית: עילות הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 36, בעמ' 4179 ("תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד–1984, אינן שונות בעיקרן מתקנות סדר הדין בבג"ץ משנת 1937, שעוצבו על פי המתכונת של סדרי הדין שהיו נהוגים באנגליה לפי הצווים הפרוגטיביים כבר לפני מאות שנים"); זמיר הסמכות המינהלית: סדרי הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 2742 ("תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק עדיין משקפות את התפיסה הארכאית של המשטר המלוכני באנגליה"); יצחק זמיר "הזכות המינהלית", לעיל ה"ש 14, בעמ' 153; בג"ץ 1443/21 המרכז האקדמי

סימטריה דיונית בין העותר למדינה ובתלות גבוהה בשיקול הדעת של בית המשפט — זכר לצורת שלטון שלא הייתה מחויבת לערכים של דמוקרטיה או כבוד לזכויות אדם.⁶¹

ב. אימוץ ביקורת חוקתית על בסיס המסגרת הדיונית המנהלית

"המהפכה החוקתית" סימנה מעבר מדמוקרטיה פרלמנטרית לדמוקרטיה חוקתית, שבמסגרתה שודרג כוחו של בית המשפט העליון לרמה של בית משפט חוקתי בעל סמכות קונסטיטוציונית.⁶² כאמור לעיל, עד לאותה עת אפשר לומר שבית המשפט ראה

למשפט ולעסקים רמת גן נ' נציב שירות בתי הסוהר, פס' 8 (נבו 30.6.2021); עניין עיריית ראשון לציון, לעיל ה"ש 38, בפס' 14–15; עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 38; דותן "קדם בג"ץ", לעיל ה"ש 12, בעמ' 164, 167, ה"ש 18; דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 28, בעמ' 6 ("הדיון בבג"ץ מצטיין בפשטות המופלגת של הפרוצדורות"); שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 30, בעמ' 256, ה"ש 99. יוער כי טיוטת תקנות חדשות לסדרי הדין בבג"ץ שגובשה בתחילת שנות האלפיים על ידי ועדה של שופטי בית המשפט העליון — השופטים שלמה לוין, מישאל חשין, יצחק זמיר ודורית ביניש — מעולם לא קודמה. אחד השינויים הבולטים שהוצעו היה לאפשר לבית המשפט הגבוה לצדק למנות, לכשימצא לנכון, את הרשם או אדם אחר מטעמו (Special Master) לאסוף מידע, לברר עובדות רלוונטיות או לתת חוות דעת, לפי העניין. תק' 23 לטיוטת תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשנ"ח–1998 (נוסח מעודכן ליום 30.11.2000). ראו זמיר **הסמכות המינהלית**: עילות הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 36, בעמ' 4179–4180, 4184–4185, והשוו לבג"ץ 884/86 **הוועד המקומי נוה-זוהר נ' שר הפנים**, פ"ד מב(4) 441, 449 (1989) (מינוי חוקר). מכל מקום, בטיוטה זו לא נכללו תקנות מיוחדות להליכים חוקתיים.

61 ראו לדוגמה, בהקשר אחר, בג"ץ 2390/96 **קרסיק נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נה(2) 625, 695 (2001); דנג"ץ 4466/94 **נוסייבה נ' שר האוצר**, פ"ד מט(4) 68, 86 (1995); ראו גם יצחק זמיר "הזכות המינהלית", לעיל ה"ש 14, בעמ' 154; ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך א, לעיל ה"ש 12, בעמ' 18; הר-זהב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 59–60, 133.

62 רוזנאי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 29; אפשר לומר ששינוי זה סימל במובנים רבים את שיאו של תהליך המעבר מן הדגם הבריטי המסורתי למודל האמריקאי של ביקורת שיפוטית בבית המשפט העליון. ראו רובינשטיין **שופטי-ארץ**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 192–211. ראו גם זמיר **בית המשפט העליון**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 31–32; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 78; ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 320, 333; צמח, לעיל ה"ש 31, בעמ' 69 ("בפועל יושב בית המשפט העליון כמעין בית המשפט לחוקה"); ליאון שלף "רוב מיוחס בנושאים חוקתיים — לא רק דרישה כלפי הכנסת אלא גם רעיון לגבי בית-המשפט" **משפטים** כח 387, 391 (1997); מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות — ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" **משפטים** כח 211, 226 (1997); סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 275–276; אהרן ברק "תפקידו של בית המשפט העליון בחברה דמוקרטית" **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** 129, 139 (רפאל

את עיקר תפקידו בקיום ביקורת שיפוטית על המנהל הציבורי במתכונת האנגלית המסורתית אגב "התחשבות מרבית בעצמאות הכנסת ובריבונותה".⁶³ עם זאת, כפי שציין פרופ' גיא זיידמן, "מראשית שנות התשעים עבר מרכז הכובד של הדיון המשפטי-ציבורי ועמו תשומת הלב אל המשפט החוקתי".⁶⁴ דע עקא, ששינוי מהותי זה בתפיסת התפקיד של בית המשפט⁶⁵—שלפיו סמכויות המחוקק מוגבלות מכוח הוראות חוקתיות שבית המשפט אוכף⁶⁶—לא לווה בחידוש של תקנות סדר הדין בבג"ץ. כידוע, אימוצה של סמכות הביקורת החוקתית עורר מחלוקת עמוקה בקרב משפטנים ואנשי מדע המדינה,⁶⁷

כהן-אלמגור עורך (1999) (הספר להלן: **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית**); דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 28, בעמ' 33; גדעון ספיר "בית-המשפט העליון – מבנה והתנהלות מוסדית" **מחקרי משפט** יט 387, 387 (2003); ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 14; מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" **מחקרי משפט** יט 591, 623–624 (2003); זאב סגל "הפעלת נשק יום-הדין בביקורת חוקתית – הרהורים בעקבות המודל הבריטי" **משפט וממשל** ו 337 (2003) (להלן: סגל "הרהורים בעקבות המודל הבריטי"); סומר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 62–65; דפנה ברק-ארוז **המשפט המינהלי של ישראל**: שיקול הדעת המינהלי וביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 7, בעמ' 346; רבקה ווייל "המדריך לאפקטיביות וללגיטימיות שיפוטית: בית המשפט האסטרטגי של השופט ברק" **ICON-S-IL Blog** (11.2.2022) <https://perma.cc/S8F9-JQ76>; שטרית "יחסי הגומלין בין נשיא בית המשפט העליון ובין שר המשפטים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 295; מדינה "הזהות החוקתית של מדינת ישראל", לעיל ה"ש 1, בעמ' 9–10, 51–52; אמנון רייכמן "רבע מאה למהפכה החוקתית – תמונת מצב של ה'חוקה בהרצה" **משפטים** נב 971, 1036 (2024).

סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 271. 63

זיידמן, לעיל ה"ש 27, בעמ' 726. 64

ראו מנחם מאוטנר "מינוי שופטים לבית-המשפט העליון בחברה רב-תרבותית" **מחקרי משפט** יט 423, 424–425 (2003). 65

ראו סגל "הרהורים בעקבות המודל הבריטי", לעיל ה"ש 62; שטרית "המודל הראוי לביקורת חוקתית", לעיל ה"ש 1; הועדה לבחינת כינונה של רשות שיפוט עצמאית, לעיל ה"ש 54, בעמ' 28 (אוריאל רייכמן) ("אין זה מקרה שהרוב מתבסס על ארה"ב והמיעוט על אנגליה. שיטת המשפט שלנו היא באמצע בין שני העולמות. אצלנו יש כבר ביקורת שיפוטית על חוקים – דבר שאין באנגליה"); להרחבה ראו שלף "שני דגמים להבטחת זכויות האדם", לעיל ה"ש 3. 66

ראו למשל גדעון ספיר **המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד** 133 (2010) (להלן: ספיר **המהפכה החוקתית**); דניאל פרידמן **הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושבירה** 574–580 (2013) (להלן: פרידמן **הארנק והחרב**); זיידמן, לעיל ה"ש 27, בעמ' 724; משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט" **משפט וממשל** ג 697 (1996); Robert H. Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges* 111–12 (2003); טל כהנא ואילנה פרנקל "ראיון עם המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס), השופט מישאל חשין" **דין ודברים** ג 195, 195–197 (2007). 67

ואף יותר מכך בקרב פוליטיקאים,⁶⁸ ואפשר להניח שהייתה אי-נכונות מצד נבחרי הציבור להסדיר באופן רשמי פרוצדורה ייעודית להתדיינות המשפטית בעניינים חוקתיים. בהיעדר חלופה אחרת החל בית המשפט העליון לקבל עתירות חוקתיות כדבר שבשגרה אגב אימוץ המסגרת הדיונית הנהוגה בעניינים מנהליים ו"כהמשך לפרקטיקה מושרשת היסטורית של ביקורת בג"ץ על תוקפן של נורמות מרמה נמוכה יותר".⁶⁹ עד כאן התמונה ההיסטורית אשר המסקנה העולה ממנה ברורה: לא נוצר מסלול דיוני עצמאי וייחודי לעתירות חוקתיות, ואלה נותבו בצורה אוטומטית לתבנית הפרוצדורלית של הדיון המשפטי בעניינים מנהליים.⁷⁰ בכך אין כדי לומר שהפרקטיקה הנהוגה בהליכים חוקתיים לא עברה שינויים במהלך השנים, כפי שנראה בהמשך הדברים, אולם לא נעשו רפורמה או חשיבה סדורה באשר למידת ההתאמה בין המסגרת הדיונית שנבחרה לבין אופיו המהותי והייחודי של ההליך החוקתי.⁷¹ התאמות אלה נעשו באופן נקודתי, ממקרה למקרה, ולא בצורה אבסטרקטית ושיטתית.⁷² לא מן הנמנע שהססנות מפיתוח התחום נבעה מחשש שדיון פומבי בצורך בפרוצדורה חוקתית יפגע בלגיטימציה של "המהפכה החוקתית", שכן "לפני שמכריעים בשאלה מהותית כלשהי מתבקש לקבוע מה יהיו פרוצדורות הדיון וההכרעה בה",⁷³ או מהאפשרות שששר המשפטים ינצל את

68 ראו למשל ספיר **המהפכה החוקתית**, לעיל ה"ש 67, בעמ' 128, 131; פרידמן **הארנק והחרב**, לעיל ה"ש 67, בעמ' 227–228; הופנונג, לעיל ה"ש 62, בעמ' 232–233; משה ריינפלד וגדעון אלון "ריבלין: המהפכה החוקתית מסכנת יסודות הדמוקרטיה הישראלית" **הארץ** (23.5.2003) <https://perma.cc/HX9B-Q4EM>; יהונתן ליס "ריבלין נגד העליון: אין דמוקרטיה עם התערבות כמו זו של בג"ץ" **הארץ** (19.12.2011) <https://perma.cc/6VDD-8SHB>.

69 אהרונסון "ביקורת שיפוטית ביזורית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 17; ראו ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 25; דפנה ברק-ארו **המשפט המינהלי של ישראל**: שיקול הדעת המינהלי וביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 7, בעמ' 346.

70 ראו שם ("למעשה, המסגרת הדיונית של עתירות מינהליות ועתירות חוקתיות היא דומה והכללים הדיוניים הם אותם הכללים, ובכלל זה מבחני הסף שמשמשים את בג"ץ לדחייה של עתירות מסוימות על הסף"); ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 333.

71 ראו אהרונסון "ביקורת שיפוטית ביזורית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 17; קלוד קליין "בית-דין לחוקה: שלא כצעתה!" **מחקרי משפט** יט 497, 507 (2003) (להלן: קליין "בית-דין לחוקה"); אדם שנער "על חוסר הגיונה של הדרישה למיצוי הליכים בעתירות חוקתיות" **ICON-S-IL Blog** (24.8.2020) <https://perma.cc/EDE7-F3J7>.

72 ראו והשוו אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" **הפרקליט** מ 197, 199 (1992).

73 מלכאי ולוין-שנור, לעיל ה"ש 17, בעמ' 95. מעניין לציין שבית המשפט העליון בקניה דחה בשנת 1989 שתי עתירות חוקתיות בשל היעדר כללים פרוצדורליים ברורים לניהול הליכים חוקתיים. ראו Gibson Kamau Kuria & Algeisa M. Vazquez, *Judges and Human Rights: The Kenyan Experience*, 35 J. AFR. L. 142, 142 (1991) James T. Gathii; *Wanyiri Kihoro vs Attorney General: New Insights on the Protection and Enforcement of Fundamental Rights and Freedoms in Kenya*, 1 U. NAIROBI L.J. 140, 141 (1994).

סמכותו לקבוע את מסגרת הדיון החוקתי באמצעות תיקון סדרי הדין בבג"ץ בהתאם לאינטרסים מפלגתיים.⁷⁴ כך או אחרת, סבורני כי הקטגוריה של הליכים חוקתיים מעוררת היבטים תאורטיים והיא בעלת מאפיינים שונים מאלה שבקטגוריה של הליכים מנהליים; דבר זה מצדיק, בחלוף שלושה עשורים מביסוסה של הביקורת החוקתית, גיבוש מסגרת נורמטיבית נפרדת של מרחב דיוני זה, הן מבחינת התוכן הראוי של הכללים והן במישור המוסדי של השליטה והסמכות לעצב את סדר הדין החוקתי.

ג. ייחודיותו של ההליך החוקתי

בתחום הרחב של המשפט הציבורי קיימת קרבה עניינית בין המשפט המנהלי לבין המשפט החוקתי מאחר ששניהם מסדירים את היחסים בין גופים שונים של השלטון ובין רשויות המדינה לאזרחיה.⁷⁵ שרטוט הגבולות ויצירת הבחנות ברורות היא משימה מורכבת,⁷⁶ וכפי שציין פרופ' זיידמן, "כאשר באים להגדיר את המשפט המנהלי ולייחדו מהמשפט החוקתי, ההגדרות הן יותר תיאוריות ופונקציונליות ופחות תאורטיות".⁷⁷ עם זאת, גם אם קיימת עמימות מסוימת עדיין אפשר להצביע על הבדלים חשובים שאין קושי לסווגם ושני תחומים אלה אינם בגדר "שניים שהם אחד".⁷⁸ המשפט המנהלי מתמקד בביקורת על זרועותיה של הרשות המבצעת.⁷⁹ פרופ' דפנה ברק-ארז הסבירה כי "המשפט המינהלי מפנה את הזרקור בעיקר אל אחת מרשויות אלה: הרשות המבצעת" וכי "שאלות המתמקדות ברשויות האחרות, כגון הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית – אחד מן הנושאים העיקריים של המשפט החוקתי – נותרות בשוליים".⁸⁰ יתרה מזאת, תפקידו של בית המשפט בשדה של המשפט המנהלי הוא להכריע בסכסוכים בין הפרט לבין רשויות

ראו גם Alan Uzelac, *Supreme Courts in the 21st Century: Should Organisation Follow the Function?*, 81 STUDIA IURIDICA 125, 125 (2019).

74 בנייר מדיניות שפורסם מטעם פורום קהלת הוצע לשנות את מתכונת הדיון בעתירות חוקתיות וליצור פרוצדורה להבטחת הדיון בטענת השפיטות באמצעות תיקון של תקנות הבג"ץ. אהרן גרבר ושירה סולו **שפט מרובה, לא שפט: דוקטרינת השפיטות בבית המשפט העליון בישראל** 101 (נייר מדיניות 81, פורום קהלת 2022).

75 ראו והשוו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי: פרשנות חוקתית 649 (1994).

76 זיידמן, לעיל ה"ש 27, בעמ' 696; ראו והשוו יצחק אנגלרד "ההבחנה בין משפט פרטי לבין משפט ציבורי" **ספר ריבלין** 1007 (אהרן ברק ואח' עורכים 2025).

77 זיידמן, לעיל ה"ש 27, בעמ' 712–713.

78 שם, בעמ' 719; ראו גם שם, בעמ' 695–696, 721, 730; ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א, לעיל ה"ש 12, בעמ' 17–20.

79 שם, בעמ' 11, 17.

80 ברק-ארז **המשפט המינהלי של ישראל**: המדינה המינהלית והסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 43, בעמ' 38.

השלטון,⁸¹ בהם רבים שאין להם אלא חשיבות חברתית קטנה,⁸² וכאשר הרשות השופטת מבקרת את פעולות הביצוע של הרשות המבצעת היא פועלת במסגרת תפקידה הקלאסי בהפרדת הרשויות ועל פי תפקידה לקיים את שלטון החוק.⁸³ לעומת זאת, המשפט החוקתי עוסק בעקרונות היסוד של המשטר, במבנה הרשויות ובפיקוח על הרשות המחוקקת.⁸⁴ בעתירות חוקתיות בית המשפט נדרש לפסוק בסכסוכים שבין רשויות שלטוניות לבין עצמן,⁸⁵ להכריע בעניינים רגישים מבחינה ציבורית, לפרש הוראות חוקתיות מוסדיות, ולשקף את ערכי היסוד ו"תפיסות העומק של החברה".⁸⁶ המשפט החוקתי המהותי עוסק אפוא בשאלות משפטיות מופשטות, ופרופ' אהרן ברק עמד בצדק על כך שבתחום זה ההכרעה המשפטית היא ייחודית כיוון שהיא מתבססת במידה רבה על עקרונות וערכים ופחות על כללים נוקשים המכתיבים פתרונות ספציפיים.⁸⁷ במילים אחרות, הרעיון של ייחודיות ההליך החוקתי קשור מן הבחינה הנורמטיבית לייחודיות של "החומר המטופל".⁸⁸ הביקורת החוקתית שונה במהותה מכל

- 81 ס' 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000; אבל השוו ליצחק זמיר "גישור בעניינים ציבוריים" **משפט וממשל** ז' 119, 152-156 (2004) (לעיתים גם סכסוך בעניין מנהלי יכול להיות רב-צדדי ולערב אינטרסים רבים).
- 82 הר-זהב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 189; זמיר **הסמכות המינהלית**: סדרי הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 2748; זמיר **השפיטה בעניינים מינהליים**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 80-81. כידוע, חלק מההליכים המנהליים הופרד והועבר זה מכבר לסמכותם של בתי המשפט המחוזיים בשבתם כבתי משפט לעניינים מנהליים. הסמכות של בתי המשפט לעניינים מנהליים, כפי שנקבעה בחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, משתרעת על עניינים מנהליים רבים ומגוונים, ואולם, הרבה עתירות ישירות לבג"ץ עדיין עוסקות בעניינים יומיומיים שאולי היה מקום להעבירן אל בתי המשפט המחוזיים. ראו למשל יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א: המינהל הציבורי 113-116 (מהדורה שנייה מורחבת 2010); רויזמן-אלדור, לעיל ה"ש 31, בעמ' 67-68; בג"ץ 2926/24 **אבו האשם נ' שופט צבאי משפטאי**, פס' 7 (נבו 6.5.2024); ראו גם לעיל ה"ש 8-11 וטקסט נלווה.
- 83 ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 361; ראו והשוו בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241, 268 (1999).
- 84 ראו בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 4, פס' 4 לפסק הדין של השופט גרוסקופף; ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך א, לעיל ה"ש 12, בעמ' 3, 17; ברק-ארו **המשפט המינהלי של ישראל**: המדינה המינהלית והסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 43, בעמ' 38; ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 75, בעמ' 67-68; אהרן ברק **שיקול דעת שיפוטי** 319 (1987); אהרן ברק "על החשיבה הקונסטיטוציונית" **המשפט** א 45, 45 (1993).
- 85 ראו עניין **ראש השב"כ**, לעיל ה"ש 41, פס' 5 לפסק הדין של המשנה לנשיא סולברג; בג"ץ 8145/19 **ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 7 (נבו 2.1.2020).
- 86 ראו ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 320; לוריא, לעיל ה"ש 18, בעמ' 47; סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 279.
- 87 ברק "על החשיבה הקונסטיטוציונית", לעיל ה"ש 84, בעמ' 55; ראו גם ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 75, בעמ' 70, 74-77.
- 88 קליין "בית-דין לחוקה", לעיל ה"ש 71, בעמ' 504, 513.

סמכות אחרת המוטלת על בית המשפט,⁸⁹ וההכרעה בשאלות חוקתיות היא בעלת היבטים ציבוריים שחורגים בהרבה מהאינטרס הפרטי של בעלי הדין.⁹⁰ מכאן גם ההסבר לכך שבית המשפט בוחר להכריע מדי פעם בשאלות חוקתיות עקרוניות בנפרד מההשפעה של התוצאה על האפשרות לתת סעד קונקרטי במחלוקת הפרטנית.⁹¹ כפי שציין פרופ' שמעון שטרית, "ביטוי ברור לתהליך הזה ניתן למצוא במספר ההולך וגדל של פסקי-דין בנושאים פוליטיים, חברתיים וכלכליים, נושאים שלהם מידת השפעה רבה על קביעת סגנון החיים ואופיה של החברה במדינה, ואשר משמעותם היא מעבר להכרעה בסכסוך ספציפי המובא בפני בית-המשפט".⁹²

עתירות חוקתיות מציבות אתגר מוסדי, פוליטי ודיוני ייחודי: הן עשויות לדרוש בירור עובדות חברתיות ונתונים סוציולוגיים,⁹³ הכרעה במחלוקות פנימיות בין סיעות שונות בתוך הרשות המחוקקת,⁹⁴ ואף התמודדות עם סכסוכים מורכבים בין רשויות

89 קלוד קליין "עמדתו של פרופ' קלוד קליין" משפט וממשל 1, 349, 349 (2003) (עמדות על ההצעה להקים בית משפט לחוקה) (להלן: קליין "עמדה על בית משפט לחוקה"); ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 321; בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 496, 485 (1996); מרזל "הדיון בעתירות חוקתיות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 175.

90 ראו רוזנאי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 198; ברק-ארוז המשפט המינהלי של ישראל: המדינה המינהלית והסמכות המינהלית, לעיל ה"ש 43, בעמ' 39; הר-זהב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 58 ("בעתירות ציבוריות חשובות... ההכרעה המשפטית היא, למעשה, גם הכרעה בין תפיסות עולם אידיאולוגיות"); Hans Kelsen, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, 4 J. POL. 183, 193 (1942).

91 ראו למשל בג"ץ 15779-03-25 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 2.7.2025) ("יובהר כי הדיון יתמקד בשאלת חוקתיות החוק מבלי להידרש לתוקף המינוי שבוצע מכוחו, שיעמוד על כנו, ללא קשר לתוצאות הדיון החוקתי העקרוני"); עניין ראש השב"כ, לעיל ה"ש 41, בפס' 18, 28 לפסק הדין של הנשיא עמית.

92 שטרית על השפיטה, לעיל ה"ש 19, בעמ' 203; ראו והשוו בירנהק, לעיל ה"ש 62, בעמ' 593; גדעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" מחקרי משפט יט 461, 464–465 (2003); בג"ץ 5936/23 וסרלאוף נ' היועצת המשפטית לממשלה, פס' 2 לפסק הדין של השופט מינץ (נבו 30.5.2024).

93 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 439–441 (1995) (עניין בנק המזרחי); בג"ץ 5437/92 צעירי אגודת חב"ד נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(1) 480, 467 (1997); ראו גם Marion E. Doro, *The Brandeis Brief*, 11 VAND. L. REV. 783 (1958).

94 ראו למשל בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (נבו 23.3.2020); בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו 6.8.2017); בג"ץ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982).

המדינה⁹⁵—ובכלל זה מקרים חריגים בהם העותרת היא רשות שלטונית⁹⁶ ומצבים שבהם בית המשפט נדרש להגדיר את גבולות סמכותו שלו עצמו במסגרת ההכרעה.⁹⁷ ודוק, פסקי הדין החוקתיים של בג"ץ זוכים לחשיפה ציבורית חריגה והם מעוררים עניין ניכר בזירה הפוליטית, התקשורתית והאקדמית.⁹⁸ ההליך החוקתי מחייב אפוא אימוץ של מסגרת פרוצדורלית ייעודית, שתשקף את חשיבותו המוסדית והתקשורית הנלווית לו, תבטא הכרה ראויה במעמדן המיוחד של הזכויות החוקתיות ותאפשר התמודדות שיטתית ואפקטיבית עם שאלות מופשטות בעלות השלכות רוחב וסכסוכים מורכבים מרובי משתתפים—וכל זאת, תוך התחשבות בשיקולי הפרדת רשויות ובצורך להבטיח את האמון הציבורי כאשר בית המשפט נדרש להכריע בסוגיות שנויות במחלוקת שמעמידות במבחן את הלגיטימיות שלו.⁹⁹

- 95 ראו למשל בג"ץ 1015/24 תנועת אומ"ץ – אורחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' מבקר המדינה (27.4.2025); עניין ראש השב"כ, לעיל ה"ש 41.
- 96 ראו למשל בג"ץ 623/76 מדינת ישראל נ' קול, פ"ד לא (2) 3 (1977); עניין דבר, לעיל ה"ש 29.
- 97 ראו למשל בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 4.
- 98 אהרונסון "ביקורת שיפוטית ביזורית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 24; מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט" המשפט ט 491, 497 (2004).
- 99 ראו עניין וסרלאוף, לעיל ה"ש 92, בפס' 2 לפסק הדין של השופט מינץ; בג"ץ 5278/22 סלע בינוי והשקעות מקבוצת אמנון מסילות בע"מ נ' כנסת ישראל, פס' 6 (נבו 22.1.2023) (להלן: עניין סלע בינוי והשקעות); עניין משרד הביטחון, לעיל ה"ש 7, בפס' 44 לפסק הדין של השופט סולברג; עניין Human Rights Watch, לעיל ה"ש 7, בפס' 13; עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 94, בפס' 35 לפסק הדין של השופט סולברג; בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל, פס' 18–19 (נבו 5.2.2012); ראו גם שטרית על השפיטה, לעיל ה"ש 19, בעמ' 563; רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" אקטיביזם שיפוטי, לעיל ה"ש 28, 69, 77; דותן "קדם בג"ץ", לעיל ה"ש 12, בעמ' 182–184; קלוד קליין "על הפרדת רשויות בדמוקרטיה" סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית, לעיל ה"ש 62, 111, 121, Kelsen, לעיל ה"ש 90, בעמ' 193 (The interest) "[The interest in the constitutionality of legislation] is a public interest which deserves protection by ALLAN R. BREWER-; (a special procedure in conformity with its special character" CARÍAS, CONSTITUTIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN LATIN AMERICA: A Tom Ginsburg, ;COMPARATIVE STUDY OF AMPARO PROCEEDINGS 329 (2009) Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts, THEORETICAL INQUIRIES. L. 49, 56 (2002) (דיון באיזון שבין השאיפה להשגת תוצאה נכונה וצורך לבין עלויות ההליך בביקורת שיפוטית חוקתית); מרזל "הדין בעתירות חוקתיות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 177; חשין, לעיל ה"ש 98, בעמ' 497–499; מיכל שקד משה לנודי: שופט 254 (2012); השוו לאלון קלמנט "התדיינות אגרסיבית – מודל אלטרנטיבי בהליך האזרחי" מחקרי רגולציה ה 139 (2022) (להלן: קלמנט "התדיינות אגרסיבית"); ARMIN VON ;Owen M. Fiss, Against Settlement, 93 YALE L.J. 1073, 1085 (1984) BOGDANDY & INGO VENZKE, IN WHOSE NAME?: A PUBLIC LAW THEORY OF INTERNATIONAL ADJUDICATION 171 (2014).

מבחינה מטא-פרוצדורלית, מטרות ההליך, אופיו ומאפייניו, משפיעים באופן ישיר על עיצובם של סדרי הדין.¹⁰⁰ הפרוצדורה אינה רק אמצעי טכני, אלא מערכת של כללים ועקרונות שמבקשת לקדם מגוון רחב של ערכים ותכליות שנועדו לשרת את יישומו של הדין המהותי ולהבטיח את תקינות ההליך השיפוטי.¹⁰¹ בשל ריבוי הסכסוכים המגיעים לפתחם של בתי המשפט, מערכת המשפט המודרנית מעמידה לרשות השופטים והמתדיינים משטרים פרוצדורליים שונים מתוך הכרה בחשיבות הנודעת להקשר ולהתאמה שבין סדרי הדין לבין סוג ההליך, מורכבותו, טיב הסעדים המתבקשים, זהות בעלי הדין ומערכת היחסים ביניהם.¹⁰² ודוק, שונות פרוצדורלית זו משקפת את הערך היחסי שמערכת המשפט מקנה לסוגי הליכים משפטיים שונים¹⁰³—כך שבאופן עקרוני חשיבותם של כללים דיוניים מפורטים שהוסדרו מראש הולכת וגדלה ככל שהסכסוך מורכב יותר.¹⁰⁴ אשר על כן, התפיסה שהפלטפורמה הדיונית המנהלית וסדרי הדין הדלים בתקנות הבג"ץ מספקים, וכי אין צורך במסלול דיוני מובחן להליכים חוקתיים, היא ביטוי מובהק לשמרנות וקפיאה על השמרים.¹⁰⁵ תבנית דיונית רזה ותמציתית עשויה להתאים להליכים פשוטים כדוגמת התביעה הקטנה,¹⁰⁶ אך אינה הולמת התדיינות חוקתית המשלבת הכרעה בשאלות מופשטות וערכיות, בעובדות חברתיות מורכבות ובסוגיות בעלות השפעה על הציבור כולו. התפיסה שדי במסגרת הדיונית המנהלית לביקורת החוקתית גם עומדת בניגוד למגמה מובהקת במשפט המשווה, שם אפשר למצוא הבחנה ברורה בין סדרי הדין בהליכים חוקתיים לבין סדרי הדין בהליכים מנהליים, אורחיים

- 100 ראו ברק-ארוז **משפט מינהלי דיוני**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 413 ("אין ספק שההתדיינות בבג"ץ ובבתי המשפט לעניינים מינהליים היא בעלת מעמד מיוחד, וחשוב להכיר את סדרי הדין המיוחדים החלים עליה"); Judith Resnik, *Tiers*, 57 S. CAL. L. REV. 837, 842, 858–89 (1984). ("Procedural rules are not crafted in a vacuum").
- 101 להרחבה ראו רויזמן-אלדור, לעיל ה"ש 31, בעמ' 290–310.
- 102 רוזן-צבי **ההליך האזרחי**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 167; שוורץ, לעיל ה"ש 17, בעמ' 147; ראו גם שם, בעמ' 315; עניין **בית הדין הרבני הגדול**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 281; זמיר **הסמכות המינהלית**: עילות הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 36, בעמ' 4177; Ramon Feldbrin, *Procedural Categories*, 52 LOY. U. CHI. L.J. 707 (2021).
- 103 רויזמן-אלדור, לעיל ה"ש 31, בעמ' 315; Resnik, לעיל ה"ש 100, בעמ' 859.
- 104 לזין **תורת הפרוצדורה האזרחית**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 28.
- 105 ראו זמיר **הסמכות המינהלית**: סדרי הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 14, בעמ' 2750 ("השמרנות המשפטית השומרת על תקנות סדר הדין בבג"ץ כפי שהן כיום מטרידה במיוחד, משום שזה מכבר קיימת מודעות רחבה בדבר הצורך לשנות את התקנות"); השווא לעניין **שופט צבאי משפטי**, לעיל ה"ש 82, בפס' 7 (הצעה לשינוי המסגרת הדיונית במעצרים מנהליים); משה לנדוי "על ניסוח פסקי-דין" **ספר תמיר** 187, 188 (יוסף תמיר ואורה הירש עורכים) (1999).
- 106 ראו טל חבקין ויגאל נמרודי **התביעה הקטנה** 167 (2017).

ופלייליים.¹⁰⁷ מגמה זו נועדה להבטיח כי ההליך החוקתי יתנהל במסגרת דיונית ברורה, עקבית ושקופה התואמת את רמת המורכבות, עוצמת החשיפה הציבורית והממד הערכי הנלווים להכרעה בעניינים חוקתיים.

ד. התפתחותם של כללים דיוניים חוקתיים

בית המשפט העליון והכנסת הכירו מעת לעת בצורך להתאים את סדרי הדין למאפיינים הייחודיים של הביקורת החוקתית וניתן להצביע על ניסיונות נקודתיים לפיתוח כללים דיוניים המשקפים את המורכבות והרגישויות של שדה משפטי זה.¹⁰⁸ כל אחד מההיבטים הדיוניים הפרטניים האלה עשוי להיתפס כסטייה קלה מן המבנה הבסיסי של מתכונת הדין בבג"ץ, אך אם נאמץ את גישתו של השופט האמריקאי אוליבר ונדל הולמס — להתמקד ב"תמונה הכוללת" ולא ב"פרטים"¹⁰⁹ — ונבחן את הפרוצדורות הללו כמכלול, מתגלה כי הן מצביעות על סביבת התדיינות מובחנת שמשקפת התחשבות בחלק מהערכים והתכליות של ההליך החוקתי: מאפיינים טקסיים וסמליים ייחודיים, ביטוי לממד הקולקטיבי, התחשבות בהפרדת הרשויות והבטחת ייצוג הולם לערכים החוקתיים, העמקת התשתית העובדתית, וחזוקת הלגיטימיות הדמוקרטית והאמון הציבורי בביקורת החוקתית. עם זאת, ברור כי ניצנים אלו טרם הבשילו לכדי פיתוחה של תורת משפט סדורה או מסגרת דיונית מקיפה להליכים חוקתיים. ההתאמות שבוצעו לאורך השנים היו מצומצמות בהיקפן ונותרו בגדר פתרונות חלקיים, והן גם ממחישות את הקושי לעדכן

¹⁰⁷ מרזל "הדין בעתירות חוקתיות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 179; לוריא, לעיל ה"ש 18, בעמ' 47–48; Feldbrin, *The Federal Rules of Constitutional Procedure*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 36–44; Stearns, לעיל ה"ש 18, בעמ' 319; Zierlein, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1556 ("Since the review of the constitutionality differs from other judicial functions it is probably necessary to have specially qualified judges and special procedural laws", Tobias, לעיל ה"ש 18, בעמ' 345; Chaskalson, Marcus & Bishop, לעיל ה"ש 18, בס' 3.1 ("While constitutional litigation has much in common with conventional litigation, it) Mark ; (has a number of special rules that justify its treatment as a distinct discipline" Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 1193, 1210–11 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., Max JOHN VETZO, CONSTITUTIONAL PROCEDURE: ON CONSTITUTIONAL ADJUDICATION IN THE NETHERLANDS, THE LIMITS OF THE JUDICIAL ROLE, AND PROCEDURAL CHANGE 634 (2025) ("It is common wisdom that constitutional procedure cannot be equated with 'ordinary' civil, criminal and administrative procedure").

¹⁰⁸ מרזל "הדין בעתירות חוקתיות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 173.

¹⁰⁹ דברים שיוחסו לשופט הולמס, ראו: STEPHEN BREYER, *BREAKING THE VICIOUS CYCLE: TOWARD EFFECTIVE RISK REGULATION*, at xi (1993).

את סדרי הדין בבג"ץ או להוסיף עליהן אגד מגוון של הוראות חדשות באמצעות הפסיקה בלבד.¹¹⁰

ראשית, אף על פי הכלל שבית המשפט העליון נוהג לשבת במושב של שלושה,¹¹¹ בסוגיות חוקתיות נקבעים לרוב הדיונים בפני מספר בלתי זוגי גדול יותר של שופטים ושופטות באולם המרכזי, מתוך הבנה שפסיקה שמשקפת את עמדתו של רוב בית המשפט מעניקה להכרעה יוקרה ומשקל מוסדי מוגבר שבתורם מחזקים את הלגיטימציה והאמון הציבורי בתוצאה.¹¹² כפי שציין פרופ' קלוד קליין, "הביקורת השיפוטית על חוק שחוקק בית-הנבחרים אינה דבר של מה-בכך, וראוי שתתלווה לדיון כה חשוב טקסיות יוצאת-דופן, שתבוא לידי ביטוי, בין היתר, בהרכב היושב בדיון".¹¹³ פרופ' קליין חידד כי "כדי למנוע מקריות הכרוכה בהרכב זה או אחר יש לדרוש הרכב מלא, או כמעט מלא, של בית-המשפט בבואו לבדוק חוקתיותו של חוק".¹¹⁴ ודוק, לא בכדי נדונה העתירה נגד תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, אשר שלל באופן גורף את הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים, בהרכב מלא של 15 שופטי ושופטות בית המשפט העליון.¹¹⁵ ואולם, מלבד במקרה הקצה שבו כל שופטי ושופטות בית המשפט יושבים בדיון, קיימת עמימות מסוימת וחוסר בהירות לא רצוי באשר לאמות המידה שלפיהן נקבע גודלו של ההרכב ואם קיימים קריטריונים אובייקטיביים ואחידים המנחים את הבחירה של נשיא בית המשפט העליון במספר השופטים והשופטות במושב ספציפי הדין בעתירה חוקתית.¹¹⁶

- 110 ראו והשוו רע"א 4447/07 מור נ' ברק א.י.טי.סי [1995] החברה לשרותי בוק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664, 703, 707–709 (2010).
- 111 ס' 26 לחוק בתי המשפט 1984; שרגא ושחר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 64.
- 112 ראו רוזנאי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 128–129; שטרית על השפיטה, לעיל ה"ש 19, בעמ' 561–562; גיא זיידמן והלל סומר "בית-המשפט העליון וההתנתקות" משפט וממשל ט 579, 591 (2006); אהרונסון "ביקורת שיפוטית ביזורית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 24, 50; שרגא ושחר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 250–254; מרזל "הדיון בעתירות חוקתיות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 208.
- 113 קליין "בית-דין לחוקה", לעיל ה"ש 71, בעמ' 508; ראו גם ס' 13 (ב) להצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ח 332, 328 ("בית המשפט לחוקה יהיה בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לחוקה בתשעה שופטים או במספר בלתי זוגי גדול יותר, כפי שהורה נשיא בית המשפט העליון").
- 114 קליין "עמדה על בית משפט לחוקה", לעיל ה"ש 89, בעמ' 349.
- 115 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 4. בחוק נקבע כי בערעור על החלטת ועדת הבחירות המרכזית לאשר או לסרב לאשר השתתפות של רשימת מועמדים בבחירות לכנסת ידון בית המשפט העליון בתשעה שופטים או במספר בלתי זוגי גדול יותר. ס' 64(ב) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט–1969. ענייני בחירות ואישור רשימות מועמדים הם חלק מתפקידם של בתי משפט חוקתיים. ראו Tom Ginsburg & Zachary Elkins, *Ancillary Powers of Constitutional Courts*, 87 TEX. L. REV. 1431, 1446–49, 1452 (2009).
- 116 ראו והשוו ס' 27(א) לחוק בתי המשפט 1984; בג"ץ 5529-08-25 בן שטרית נ' נשיא בית המשפט העליון (נבו 3.9.2025); נטעאל בנדל "המתרחקות בעליון על הרכב הסניוריטי,

שנית, בית המשפט מתמרח במישור הזמן בין התדיינות והכרעה מהירים לבין הימנעות מהכרעה לגוף העניין לאור השיקול החוקתי שעניינו יחסי הגומלין בין רשויות השלטון ללא מגבלות פורמליות של ממש.¹¹⁷ בית המשפט נמנע לעיתים מהכרעה מיידית בעתירה חוקתית, והליך שנמשך שנים עשוי להסתיים במחיקה "מבלי לסגור את הדלת להגשת עתירה עדכנית ומתאימה בעתיד",¹¹⁸ בעוד בפעמים אחרות ההליך החוקתי מתנהל בזריזות יחסית עד למתן פסק דין, כשבית המשפט אף נכון לדלג על היחידה הדיונית הראשונה ולקיים דיון מקדמי בעתירה כאילו ניתן צו על תנאי.¹¹⁹ גמישות דיונית בניהול הליכים חוקתיים הכרחית בשל השונות בין סוגים שונים של תיקים חוקתיים, אך חוסר עקביות ואחידות או תזמון ההתדיינות על רקע אילוצים פוליטיים עשויים ליצור מראית עין של שיקולים אסטרטגיים ולחשוף את בית המשפט לביקורת פנימית וחיצונית הפוגעים באמון הציבורי.¹²⁰

שלישית, בית המשפט נאלץ להתמודד עם ויסות עתירות דומות המובאות לפתחו בשל אופיים הקולקטיבי של הליכים חוקתיים. מאחר שתקנות הבג"ץ מבוססות על מודל

- והדרישה של סולברג: 'לגוון את השופטים' Ynet (3.7.2025) <https://perma.cc/DA2B-4KDA>; שטרית על השפיטה, לעיל ה"ש 19, בעמ' 172–173.
- 117 ראו עניין **מיעארי**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 873, 877; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 256–259 (הביקורת החוקתית מוחלת תוך ריסון שיפוטי ניכר); הלל סומר "בזכות הריסון בתחום החוקתי" **משפט ועסקים** יד 155 (2012); ראו לדוגמה בג"ץ 1711/24 **התנועה למען איכות השלטון נ' שר המשפטים** (נבו) 27.8.2024 (עיכוב ההכרעה בעתירה לתקופה משמעותית לאור בקשתו של שר המשפטים); בג"ץ 11013/05 **דהן נ' שר הפנים** (נבו) 1.3.2021 (העתירה הוגשה בשנת 2005, צו על תנאי הוצא בשנת 2016, ופסק הדין ניתן בשנת 2021); דניאל פרידמן **המשפט: מבט כללי (קצת ספקני)** 436 (2024) (התייחסות לזריזות ההכרעה בבג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 4, לעומת איטיות ההכרעה בבג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 1 (2012)).
- 118 בג"ץ 1946/17 **זידאן נ' ממשלת ישראל**, פס' 1 (נבו) 12.7.2022; ראו והשוו בג"ץ 7190/05 **לובל נ' ממשלת ישראל**, פס' 6 לפסק הדין של השופט נאור (נבו) 18.1.2006 (דוקטרינת הבשלות); עניין **איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל**, לעיל ה"ש 99, בפס' 17 (דוקטרינת הבשלות); בג"ץ 3429/11 **בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר** (נבו) 5.1.2012; ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות" **משפטים** מג 419, 435 (2012); מרזל "הדיון בעתירות חוקתיות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 192–199.
- 119 ראו שרגא ושחר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 145; ראו לדוגמה גם עניין **ראש השב"כ**, לעיל ה"ש 41, בפס' 15 לפסק הדין של הנשיא עמית.
- 120 ראו ס' 27 (ב) לחוק בתי המשפט 1984; עניין **גלאון**, לעיל ה"ש 117, בעמ' 108–109; עניין **בן שטרית**, לעיל ה"ש 116, בפס' 13; יואב דותן "טיימינג: עיתוי ותזמון הדיון בבג"ץ – כרכיב מרכזי בביקורת השיפוטית בישראל" **משפט, חברה ותכונות** (צפוי להתפרסם ב-2026) (שימוש בתזמון הדיון כאמצעי להשגת תוצאה מעשית או פוליטית מבלי להכריע בסוגיה המשפטית המהותית).

של הליך אישי,¹²¹ והן אינן מספקות כלים הולמים להתמודד עם אתגר זה, בית המשפט מנסה לפתח דוקטרינות דיוניות שמטרתן מניעת כפל התדיינות והכרעות סותרות.¹²² לאורך מספר שנים העדיף בג"ץ ששאלות חוקתיות דומות יבוררו במסגרת אחת וקבע לצורך זה כלל פסיקתי המורה על צירוף עתירות חוקתיות מקבילות לדיון מאוחד תוך דחייתן על הסף של עתירות עצמאיות נוספות ב"אותו עניין" שבו כבר הוגשה קודם לכן עתירה.¹²³ עם זאת, כלל הצירוף האמור עורר ביקורת וקשיים פרוצדורליים שונים, כמו למשל היעדר הוראות דיוניות המבטיחות ייצוג הולם של האינטרס הציבורי או מאגר מידע אשר מרכז את העתירות התלויות ועומדות בבג"ץ ומאפשר לעותר ציבורי—או לצד מעוניין אחר¹²⁴—לדעת על קיומה של עתירה קודמת, עד שלאחרונה נסוג בית המשפט מאותו כלל דיוני. בנקודת זמן זו לא נקבעה הוראה דיונית ברורה ואחידה אחרת, והפסיקה הותירה לשיקול דעתו של כל מותב כיצד לטפל במקרים של ריבוי עתירות מקבילות

121 מבנה הדיון הקלאסי של הסכסוך המנהלי הוא עותר המעלה טענות אישיות לפגיעה בזכויות או באינטרסים שלו, גוף שלטוני שכוּפּר בטענות אלה ומתגונן בפני הסעד המבוקש, ובית משפט שמכריע במחלוקת הקונקרטית בין הצדדים. בתוספת לתקנות בית המשפט הגבוהה 1937, נמצא טופס הבקשה לצו על תנאי ובו הנוסח הבא: "הבקשה תפרט את הנימוקים שעליהם היא מבוססת ותראה כי המבקש נוגע בדבר באופן אישי, כי נגרם לו או כי עלול להיגרם לו נזק ע"י מילויים או ע"י אי-מילויים של המעשים הנזכרים לעיל או של התפקידים שהוא מבקש כי יוצאו לפועל וכי דבר-המילוי או אי-המילוי נדרש על ידו וכי בקשתו נדחתה, או לא הושם לה לב". מבנה זה שונה מדיון בעל מאפיינים מורכבים יותר, כמו למשל הליכים קבוצתיים. ראו והשוו לויין **תורת הפרוצדורה האזרחית**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 75; אביאל פלינט וחגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות** 17 (2017); סטיבן גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?" **משפטים** 416 (1979); אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" **משפט ועסקים** יט 935 (2016); קלמנט "התדיינות אגרגטיבית", לעיל ה"ש 99.

122 ראו למשל בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (2005) (12 עתירות נגד תכנית ההתנתקות שהדיון בהן אוחד); עניין **איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל**, לעיל ה"ש 99 (שלוש עתירות נגד חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך שהדיון בהן אוחד); בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל** (נבו 8.7.2021) (15 עתירות נגד חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי שהדיון בהן אוחד).

123 בג"ץ 5322/21 **כספי נ' ממשלת ישראל**, פס' 2–3 (נבו 14.9.2021); עניין **סלע בינוי והשקעות**, לעיל ה"ש 99; ראו והשוו בג"ץ 3471-09-24 **תנועת "נצח ישראל" מחצב מכון למנהיגות והסברה ציונית נ' מדינת ישראל** (נבו 2.9.2024); בג"ץ 1135/24 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מבקר המדינה**, פס' 6 (נבו 11.2.2024); אורי אהרונסון "עתירה ייצוגית? על הלכת כספי ומשמעויותיה" **ICON-S-IL Blog** (11.7.2022) <https://perma.cc/Q8NX-PZNT> (להלן: אהרונסון "עתירה ייצוגית").

124 ראו חיים זיכרמן "אתגר הייצוג הקבוצתי בבג"ץ: גיוס תלמידי הישיבות כמקרה בוחן" **ספר יעקב וינוט** 277, 306–308 (גרשון גונטובניק ואח' עורכים 2021).

באותה סוגיה¹²⁵ או בתחולתה של דוקטרינת מעשה בית הדין בעתירות חוזרות בסוגיות חוקתיות זהות.¹²⁶

רביעית, תקנות הבג"ץ אינן מפרטות מיהו המשיב לעתירה או את זהותם של צדדים נוספים שצירופם הכרחי. אחת ההתפתחויות הבולטות בתחום המתהווה של הפרוצדורה החוקתית היא ההסדר הסטוטורי אשר העניק מעמד לכנסת בבית המשפט, ועיגן את זכותו—ואולי גם חובתו—של המחוקק להיות צד להתדיינות ולטעון את טענותיו להוכחת תוקפו של חוק.¹²⁷ כפי שנקבע באחת הפרשות: "לא ניתן להתעלם מן החשיבות של שמיעת עמדתה [של הכנסת], בהתחשב בהשלכות הרוחב של הכרזה על בטלות החוק".¹²⁸ הסדר זה מאפשר לייעוץ המשפטי של הכנסת להציג לבית המשפט תמונה מקיפה באשר לבסיס העובדתי שעליו מושתתת החקיקה.¹²⁹ ודוק, לפי ההסדר הקיים, בית המשפט נדרש להזמין את הכנסת, ונראה כי לייעוץ המשפטי לכנסת שיקול דעת להחליט, לפי ראות עיניו, אם יש צורך בהתייצבותו בהליך חוקתי אם לאו. מכל מקום, הסדר דיוני זה סוטה מהעמדה המסורתית שלפיה המדינה "מדברת בקול אחד" בהליכים

125 דנג"ץ 1601/24 התנועה למען איכות השלטון נ' מבקר המדינה (נבו 1.1.2025); ראו גם בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (נבו 9.8.2023); בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (נבו 22.8.2023); אהרונסון "עתירה ייצוגית", לעיל ה"ש 123. מעבר לכך, הכלל בהלכה הפסוקה הוא שעותר לבג"ץ נדרש לצרף כמשיב לעתירה כל צד שעלול להיפגע מהסעד המבוקש בה. ראו למשל בג"ץ 5118/24 היימן נ' היועצת המשפטית לממשלה, פס' 11 (נבו 25.8.2024). עם זאת, בעתירות חוקתיות התוקפות חוק המיטיב עם ציבור רחב ברור שלא ניתן לצרף את כל הנפגעים הפוטנציאליים מהכרזה אפשרית על בטלותו. להרחבה ראו בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא (2) 1, 32 (1987); מרזל "הדיון בעתירות חוקתיות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 209–212.

126 ראו למשל בג"ץ 24329-07-25 מורן נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 7–8 (נבו 20.7.2025); בג"ץ 37830-08-24 מכון לואיס ברנדייס לחברה, לכלכלה ולדמוקרטיה נ' ממשלת ישראל, פס' 45, 54, 65 לפסק הדין של המשנה לנשיא סולברג (נבו 12.5.2025); ראו והשוו Riley T. ; Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 579 U.S. 582, 588–606 (2016) Keenan, *Identity Crisis: Claim Preclusion in Constitutional Challenges to Statues*, 20 U. Pa. J. CONST. L. 371 (2017) (כללי מעשה בית-דין מיוחדים בהליכים חוקתיים).

127 ס' 17 (ג) לחוק הכנסת, התשנ"ד–1994; ראו יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" משפטים לט 347 (2010); עניין Human Rights Watch, לעיל ה"ש 7, בפס' 12 (דחיית ניסיון לתקיפה עקיפה של חקיקה ראשית בין היתר בשל אי-צירופה של הכנסת כמשיבה לעתירה); בג"ץ 23602-01-25 העמותה לקידום זכויות הכלבים נ' שר החקלאות, פס' 15 (נבו 28.2.2025) (אי-צירוף הכנסת כמשיבה); אהרונסון "ביקורת שיפוטית ביזורית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 61–63; השור לבג"ץ 9843/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל ע"ר נ' הוועדה לבחירת שופטים, פס' 6–8 (נבו 8.1.2009).

128 עניין Human Rights Watch, לעיל ה"ש 7, בפס' 12; ראו גם בג"ץ 3799/24 ויסברגר נ' שר האוצר, פס' 7 (נבו 22.12.2024).

129 ראו והשוו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 75, בעמ' 479–480.

משפטיים,¹³⁰ והוא ייחודי בכך שמדובר כיום בזכות שאינה נתונה—כמו שאלת הייצוג הנפרד של גורם ממשלתי או גוף מנהלי אחר—לאישורו של היועץ המשפטי לממשלה.¹³¹ ראוי לציין כי הדברים לא היו ברורים מאליהם, שכן בתחילה קבע בג"ץ כי "המחוקק אינו צד לסכסוך, שבו מתבררת שאלת חוקתיותו של חוק" ומשכך אין לדרוש את צירוף הכנסת בהליכים חוקתיים.¹³² דווקא הכנסת היא שהפנימה את השינוי שחל בתפקידו של בית המשפט לאחר "המהפכה החוקתית" ואימצה בהקשר זה חקיקה דיונית ספציפית שמתחשבת במערך המיוחד של בעלי הדין בהליכים חוקתיים.

ה. מסגרת דיונית חדשה להליכים חוקתיים

הביקורת החוקתית אינה פעילות שיפוטית שגרתית אלא מלאכה ייחודית ומאתגרת, המצדיקה את עיצובם של כללים דיוניים פרטיקולריים הנובעים מהאופי הקולקטיבי והרגישות החברתית והמשטרית המלווה את ההליך החוקתי.¹³³ ואולם, תקנות סדר הדין בבג"ץ, שעליהן נסמכת כיום ההתדיינות החוקתית בבית המשפט, דלות בהיקפן, ותוכנן משקף, כפי שהראיתי לעיל, מציאות נורמטיבית שקדמה ל"מהפכה החוקתית" והותאמה לצרכים של התדיינות משפטית מסוג אחר לחלוטין. תקנות אלו, שכמעט ולא עודכנו מאז

¹³⁰ ראו ס' 4 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958; תק' 7 (ב) לתקנות הבג"ץ; בג"ץ 6017/10 אדם טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומיות, פס' ז (נבו 4.7.2012); עניין גליק, לעיל ה"ש 17, בפס' מה לפסק הדין של השופט רובינשטיין; ע"א 7829/18 בטר פלייס ישראל נ' אגסי, פס' 27 (נבו 8.2.2022); אדם שנער "בכמה קולות מדברת המדינה? על מתן מעמד לרשות חולקת בהליכים משפטיים" עיוני משפט לח 361, 370-373 (2016); השור Zivotofsky v. Kerry, 576 U.S. 1, 14 (2015) ("Recognition is a topic on which the Nation must 'speak . . . with one voice'. That voice must be the President's"); אבל ראו ס' 10 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין); בג"ץ 12/50 היועץ המשפטי לממשלה נ' הפקיד המסדר, פ"ד ג 197 (1950); עניין קול, לעיל ה"ש 96; ראו גם דותן "קדם בג"ץ", לעיל ה"ש 12, בעמ' 168, ה"ש 20.

¹³¹ ראו בג"ץ 6198/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון, פס' 83-87 (נבו 25.6.2024); בג"ץ 34680-08-24 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר התקשורת, פס' 35-38 לפסק הדין של השופט סולברג, פס' 4 לפסק הדין של השופטת כנפי-שטייניץ (נבו 14.10.2024).

¹³² ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא (4) 367, 380-381 (1997); דברי ההסבר להצעת חוק הכנסת (תיקון מס' 25) (התייצבות בהליך בעניין תוקפו של חוק), התשס"ח-2008, ה"ח הכנסת 207 ("דברים אלה של בית המשפט מעוררים קושי. מן הראוי שבהליך שבו נטענות טענות נגד תוקפו של חוק תהא הכנסת כרשות המחוקקת רשאית להישמע").

¹³³ Feldbrin, *The Federal Rules of Constitutional Procedure*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 36-44; ראו גם בג"ץ 7650/23 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון לאומי, פס' 6 (נבו 30.10.2023).

התקופה המנדטורית,¹³⁴ לצד מעמדן כחקיקת משנה—הנתונה לסמכותו של שר המשפטים—מעוררים קשיים לא מבוטלים בייחוד כאשר הן מתיימרות להכווין את הליטיגציה סביב נורמות חוקתיות במשטר דמוקרטי.¹³⁵ מעבר לכך, הניסיון מלמד שבית המשפט מתקשה לעצב בשיטה קזואיסטית ו"חקיקה שיפוטית" הסדרים פרוצדורליים ברורים להתדיינות בעניינים חוקתיים, ויש ספק גדול אם באקלים הציבורי הקוטבי של ימינו ניתן לצפות מחברי הכנסת לקדם סדרי דין ייעודיים להתדיינות חוקתית. התוצאה היא שהפרוצדורה החוקתית נותרה ברובה כמרחב דיוני לא סדור. המפנה המרכזי הנדרש בשלב זה הוא הכרה דוקטרינרית במעמד העצמאי של סדר הדין החוקתי כשדה עם ערכים ותכליות ייחודיים, שעניינו ההוצאה אל הפועל של המשפט החוקתי המהותי.¹³⁶ ודוק, תובנה זו מתיישבת, כאמור לעיל, עם קשרי הגומלין ההדוקים שמקיימים הפרוצדורה והדין המהותי.¹³⁷ ועם הרבגוניות המוכרת במשפט הישראלי של מסגרות פרוצדורליות שונות, כגון סדר הדין האזרחי, סדר הדין הפלילי וסדר הדין בבתי המשפט לענייני משפחה.¹³⁸ יתרה מכך, תובנה זו גם משקפת, כפי שצוין, את המקובל בדמוקרטיה מערבית רבות, שבה נהוג לאמץ הסדרים פרוצדורליים ספציפיים לעניינים חוקתיים—בין אם במסגרת משטר פרוצדורלי שלם ועצמאי ובין אם במסגרת הוראות פרטניות הפזורות בדברי חקיקה אחרים ובסדרי הדין הכלליים.

134 ראו זמיר **הסמכות המינהלית**: עילות הביקורת המשפטית, לעיל ה"ש 36, בעמ' 4179, 4188 ("הגיעה השעה לגבש תקנות סדר דין חדשות, שיהיו הולמות את צורכי הביקורת השיפוטית כיום"); ראו גם עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 93, בעמ' 568.

135 ראו שטרית "התפתחויות בדיני חוקה", לעיל ה"ש 22, בעמ' 582; רוזן-צבי **ההליך האזרחי**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 69, ה"ש 133; מיכל אגמון-גונן "אי-תלות שיפוטית? האיום מבפנים?" **המשפט** י 213, 238 (2005); שי שגב "על היחס שבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין תקנות סדר הדין האזרחי, בכלל, והסעדים הזמניים, בפרט" **המשפט** ב 53, 84–85 (1994); ראו גם בג"ץ 162/80 **פלוגי נ' בית הדין הצבאי המיוחד**, פ"ד לה (1) 292, 300 (1980); בג"ץ 87/85 **ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד מב (1) 353, 362 (1988); דנג"ץ 10190/17 **מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון נ' עליאן**, פס' 22 לפסק הדין של השופט קרא (נבו 9.9.2019); ראו והשוו גם ליששכר רוזן-צבי **הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים** 543 (מהדורה שלישית – דיגיטלית, יולי 2025) (להלן: **רוזן-צבי מורה נבוכים**); ס' 1.4 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 2.3100 "חקיקת משנה: נוהל והנחיות" (9.11.2003) (להלן: **הנחיית היועץ** "חקיקת משנה"); אבל ראו רות גביון "ארבעים שנה למשפט החוקתי (תגובה להרצאתו של פרופסור שטרית) **משפטים** יט 617, 622–623 (1990).

136 מרזל "הדין בעתירות חוקתיות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 217–218.

137 רוזן-צבי **ההליך האזרחי**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 67–70; שרגא ושחר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 80.

138 ראו רוזן-צבי **ההליך האזרחי**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 166–168; ראו גם Feldbrin, *Procedural Categories*, לעיל ה"ש 102; רע"א 6558/99 **חבס נ' חבס**, פ"ד נד (4) 337, 343 (2000); השוו לדנ"פ 10987/07 **מדינת ישראל נ' כהן**, פ"ד סג (1) 644, 747 (2009).

למיסודה של מסגרת נורמטיבית עצמאית לפרוצדורה חוקתית יש השלכות מעשיות ותאורטיות משמעותיות שלא לכולן ניתן להתייחס ברשימה זו. אחד האתגרים המרכזיים בהקשר זה הוא הצורך ביצירת מנגנון לעיצוב כללי הדיון בנושאים חוקתיים וההתמודדות עם החשש שקבוצות אינטרס ולחצים מפלגתיים יעצבו את הפרוצדורה באופן שעלול לכבול את בית המשפט להוראות דיוניות קשיחות ולשחוק בכך את האפקטיביות של הביקורת החוקתית.¹³⁹ ודוק, הסמכות שירש שר המשפטים מזקן השופטים המנדטורי להתקין תקנות סדרי דין אינה מלמדת מניה וביה כי הוענק לו במפורש או בצורה משתמעת גם הכוח להסדיר את הפרוצדורה בהליכים חוקתיים.¹⁴⁰ תמיכה אפשרית למסקנה פרשנית זו נמצאת בעובדה שהזכות שניתנה ליועץ המשפטי לכנסת להשתתף בהליך שבו עולות טענות נגד תוקפו של חוק עוגנה בחקיקה ראשית ולא על ידי הוספת הוראה בתקנות הבג"ץ. מכל מקום, בניגוד אולי לתקנות סדר הדין האזרחי, כללי הדיון החוקתיים עשויים לכלול מעצם טבעם "הכרעות ערכיות ועקרונות, רגישות, מורכבות ושנויות במחלוקת ציבורית ופוליטית"¹⁴¹ או "עניינים בעלי חשיבות מהדרגה הראשונה"¹⁴² הקשורים להיבטים של הפרדת רשויות, עצמאות הרשות השופטת והאמון הציבורי.¹⁴³ במצב דברים זה, עיצובם של כללי הדיון החוקתיים מעלה שאלות כבדות משקל באשר לזהות הגורם המתאים לקביעתם ולאופן שבו ניתן להבטיח כי גיבושם ייעשה לאחר עיון יסודי, בחינה מקיפה, ובצורה מקצועית, ממלכתית ומוגנת ככל הניתן משיקולים זרים ואינטרסים מפלגתיים צרים.¹⁴⁴ מעניין לציין בהקשר זה כי בתי משפט

139 ראו והשוו Feldbrin, *The Federal Rules of Constitutional Procedure*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 42; רוזמן-אלדור, לעיל ה"ש 31, בעמ' 345; רוזן-צבי **ההליך האזרחי**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 194–196 ("אין משמעות לזכויות המהותיות בלא פרוצדורה אפקטיבית למימושן"); Matteo Bonelli, *Effective Judicial Protection of EU Law: An Evolving*; Konrad, *Principle of a Constitutional Nature*, 12 REV. EUR. ADMIN. L. 35, 35 (2019) Duden, *Protect the German Federal Constitutional Court!*, VERFASSUNGSBLOG (Feb. 13, 2024), <https://perma.cc/P4GS-LWE8>.

140 ראו והשוו עניין **דבר**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1049; עניין **חיים נתנאל בע"מ**, לעיל ה"ש 54, בפס' 35 לפסק הדין של השופט לוי; עניין **בית הדין הצבאי המיוחד**, לעיל ה"ש 135, בעמ' 300.

141 בג"ץ 8684/20 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' שר המשפטים**, פס' 15 (נבו 27.12.2020); ראו גם בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, 523 (1998).

142 יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקתיות החדש" **משפטים** מב 379, 414 (2012).

143 ראו והשוו עניין **ארג'וב**, לעיל ה"ש 135, בעמ' 362; עניין **עליאן**, לעיל ה"ש 135, פס' 22 לפסק הדין של השופט קרא; רוזן-צבי **מורה נבוכים**, לעיל ה"ש 135, בעמ' 543.

144 ראו והשוו Scott Dodson, *The Making of the Supreme Court Rules*, 90 GEO. WASH. L. REV. 866, 869 (2022); עניין **חיים נתנאל בע"מ**, לעיל ה"ש 54, פס' 25 לפסק הדין של השופט לוי; שטרית **על השפיטה**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 558; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 171; גיא לוריא, עמיר פוקס וחרן פרידברג **כנסת-ממשלה-רשות שופטת: מסדירים בהסכמה** 3 (2019) ("הרשות השופטת תקבע בעצמה את סדר הדין בבית המשפט הגבוה

שונים בעולם העוסקים בעניינים חוקתיים, כגון בית המשפט החוקתי של גרמניה, בית המשפט החוקתי של פרו, בית המשפט החוקתי של טיוואן ובית המשפט העליון של ארצות הברית, הצהירו על אוטונומיה מסוימת בקביעת סדרי הדיון שלהם ככלי להגנה על תפקודם המוסדי-חוקתי.¹⁴⁵ עם זאת, כפי שציין בית המשפט העליון בהקשר אחר, גם יצירתה של מסגרת דיונית מפורטת, הנוצרת כל כולה על ידי הרשות השופטת וללא התערבות חקיקתית, מעוררת קשיים ניכרים.¹⁴⁶

סיכום

רשימה חלוצית זו מפנה זרקור לצורך הגובר בדיון אקדמי ומשפטי בפרוצדורה של ההליך החוקתי. תקנות סדר הדין בבג"ץ—שנוסחו עוד בתקופת המנדט הבריטי, בעיקר עבור ההתדיינות בעניינים מנהליים, וזמן רב לפני "המהפכה החוקתית"—כמו גם הוראות דיוניות אחרות הפוזרות בדברי חקיקה שונים, אינן מספקות מסגרת סדורה וראויה לניהול הליכים חוקתיים. הפלטפורמה המנדטורית שעליה מושתת העולם הדיוני בבג"ץ מניחה את חולשתה של הזכות המהותית והיא זכר לצורת שלטון שלא הייתה מחויבת לערכים של דמוקרטיה וזכויות אדם. אומנם בית המשפט העליון והכנסת כבר הכירו בצורך להתחשב במאפיינים הייחודיים של הליך הביקורת החוקתית, ובמקרים מסוימים ביצעו התאמות ופיתחו הסדרים דיוניים נבדלים, אך מדובר עד כה בצעדים חלקיים בלבד.¹⁴⁷ חרף חשיבותה הרבה, הפרוצדורה החוקתית מוסיפה להתקיים כמרחב דיוני גולמי שטרם

לצדק, בפיקוחה הבלעדי של הכנסת"; ס' 1.2. להנחיית היועמ"ש "חקיקת משנה", לעיל ה"ש 135.

145 ראו Dodson, לעיל ה"ש 144, בעמ' 866; Werner Heun, *The Constitution of* ; Brewer-Carías, *Germany: A Contextual Analysis* 168 (2011) Ming-; 186 בעמ' Sung Kuo, *Judicial Bootstrapping or Constitutional Hardball? The (Un)Conventionality of the Taiwan Constitutional Court's Invalidity of the 2025 Amendment of the Constitutional Procedure Act, Part I*, INT'L J. CONST. L. BLOG (Jan. 20, 2026), <https://perma.cc/6VTL-M82B>, לעיל ה"ש 99, בעמ' 171; רע"א 4776/13 Milgerd Nominees Pty Limited v. Donnelly, פס' 21 (נבו 29.9.2013); לוריא, לעיל ה"ש 18, בעמ' 76 (מוצע שבית המשפט העליון יקבל עצמאות מוחלטת בקביעת סדרי הדין בבית המשפט הגבוה לצדק); Constitutional David L. Shapiro, *Federal Reform Act 2005*, c. 4, § 45(1), 46(1) (Eng.) Rule 16: *A Look at the Theory and Practice of Rulemaking*, 137 U. PA. L. REV. 1969, 1995 (1989).

146 עניין מור, לעיל ה"ש 110, בעמ' 708–709; ראו גם אלדה אסקלסקי ורומן צ'רני "שוויון וצדק על כפות המאזניים: ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין" *דין ודברים* ח 297, 328 (2015).

147 ראו והשוו Robert H. Jackson, *The Struggle for Judicial Supremacy: A Study of a Crisis in American Power Politics* 309–10 (1941).

זכה לתשומת הלב הראויה או לתשתית נורמטיבית כוללת. המפתח לשינוי מצוי אפוא בראש ובראשונה בהכרה בסדר הדין החוקתי כענף משפטי-דיוני עצמאי ונפרד, בדומה לסדר הדין האזרחי, סדר הדין הפלילי וסדר הדין בבתי המשפט לענייני משפחה. גיבושה של מסגרת נורמטיבית כזו טומנת פוטנציאל אמיתי לקידום תאוריה סדורה שתוביל לאימוצם של כללים דיוניים אפקטיביים תוך התחשבות במורכבות וברגישות הציבורית המאפיינות את הליך הביקורת החוקתית במשטר דמוקרטי.