

יואב דותן* טיימינג: עיתוי ותזמון הדיון בבג"ץ – כרכיב מרכזי בביקורת השיפוטית בישראל

שאלת התזמון היא בעלת חשיבות קריטית הן בנוגע לתוצאות המשפטיות הפורמליות והן בנוגע לתוצאות המעשיות של מוסד הביקורת השיפוטית. שאלה זו מתייחסת להיבטים רבים של הליך הביקורת: החל מהמועד שבו אפשר לעתור לבית המשפט בעניין מסוים, המשך במועד שבו בית המשפט דן באותו עניין ובמועד שבו בית המשפט נותן את החלטתו, וכלה באופן שבו בית המשפט מעצב, במישור הזמן, את הסעד שהוא מעניק לעותרים. כל אחת מן השאלות הללו היא, כשלעצמה, עולם ומלואו ועשויות להיות לה השלכות רחבות היקף הן על התוכן של החלטת בית המשפט והן על מעמדו המוסדי של בית המשפט בכלל ועל יחסיו עם הרשויות האחרות בפרט.

מטרת הרשימה היא להאיר את הפן של התזמון כפן מרכזי בהבנתו של מוסד הבג"ץ. השליטה של בג"ץ במישור התזמון מאפשרת לו, מצד אחד, לדון במהירות ולקיים ביקורת על החלטות ותהליכים שלטוניים בזמן אמיתי, ומצד אחר גם להימנע מדיון בסוגיות פוליטיות רגישות ובכך לעשות שימוש בתזמון כטכניקת הימנעות מרכזית. המאמר כולל ניתוח כמותני ואיכותני של הנוגע לסוגיית התזמון של עתירות לבג"ץ.

מבוא

הספרות האקדמית בנושא הביקורת השיפוטית מרבה לעסוק בתכנים של הדוקטרינות המשפטיות ובפסיקת בתי המשפט המיישמת אותן. היבטים מבניים ודינמיים של הליך הביקורת השיפוטית נדחקים בדרך כלל לקרן זווית. המבנה של הליך הביקורת השיפוטית נחשב בדרך כלל ל"נתון" מבחינתם של מרבית הגורמים המפעילים הליך זה והוא מעסיק, אם בכלל, רק את אלה שמתבוננים במערכת המשפט מנקודת ראות חיצונית והשוואתית. הכללים הפרוצדורליים נחשבים בדרך כלל כשייכים לחלק ה"טכני" של הביקורת, ולפיכך הם מעסיקים בעיקר את אלה העוסקים בצד המעשי של ההליך המשפטי, כלומר את עורכי הדין, שנוהגים לעשות שימוש בכללים אלו לצרכים טקטיים, ואת השופטים שנדרשים להכריע בסוגיות דיוניות וטכניות.

* פרופ' מן המניין ומופקד הקתדרה ע"ש גודמן למשפט ציבורי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. אני מודה לכרמל דרעי על עבודתה המצוינת כעוזרת מחקר.

ואולם, להיבטים המבניים והדיוניים יש השפעה עצומה על הליך הביקורת השיפוטית. המבנה המוסדי שבמסגרתו נערך הליך הביקורת מכתיב, הלכה למעשה, את המאפיינים המרכזיים של הליך הביקורת ואת תכניו לא פחות, ולעיתים יותר, מאשר כל דוקטרינה משפטית מהותית. כללים דיוניים שעשויים לכאורה להיראות טכניים עשויים להכתיב בפועל את תוכני הביקורת השיפוטית, את מגבלותיה ואת יכולתה להשפיע באופן ממשי על החקיקה או על המדיניות העומדת לביקורת בית המשפט, וגם את הנטיות המוסדיות הכלליות של השופטים להתערבות בתוצרי הרשויות הפוליטיות.¹ אלא שהקשר הזה שבין מבנים ופרוצדורות לבין התוצאות המהותיות וההשלכות הפוליטיות של הליך הביקורת השיפוטית הוא עקיף, ולכן נותר בדרך כלל סמוי מן העין.

לבולטות הנמוכה של הקשר שבין עקרונות מבניים ודיוניים לתוצאות מהותיות יש כמה השלכות. בראש ובראשונה, העקרונות הללו עוצבו במקרים רבים כדי להשיג יעדים ומטרות המאפיינים את השדה הדיוני, כלומר התמקדו בשאלות של חלוקת עבודה נכונה בתוך מערכת המשפט, התמקצעות ויעילות. ואולם, במקרים רבים האופן שבו עוצבו משליך בסופו של דבר גם על התכנים המהותיים של הביקורת השיפוטית וגם על הממשק שבין המערכת המשפטית למערכת הפוליטית והחברתית, זאת באופן שמעצבי התצורה המבנית והדיונית של הליך הביקורת לא יכלו לצפות מראש. במילים אחרות, בחינת ההשלכות של מבנים דיוניים בתחום הביקורת השיפוטית מראה כי בתחום זה רווחת התופעה של "תוצאות לא צפויות" (unintended consequences).²

השלכה חשובה שנייה של הבולטות הנמוכה של הקשר בין כללים דיוניים ומבניים לבין תוצאות פוליטיות היא שהשימוש בכללים הללו עשוי להיות כר פורה לבית המשפט (ולעיתים גם ל"שחקנים" אחרים בהליך הביקורת השיפוטית) להשגת תוצאות מעשיות ופוליטיות מסוימות, אך זאת בעקיפין, מבלי שבית המשפט נדרש לקבוע מסמרות במישור המשפטי המהותי ומבלי שיש צורך להודות שהשימוש בכלל מוביל לתוצאה נתונה מבחינה מעשית או פוליטית. בתי המשפט מרבים לפיכך להשתמש בכללים

1 כך, למשל, קומלה טען כי המבנה הריכוזי של הביקורת השיפוטית במדינות הקונטיננטל, המייחד את הביקורת החוקתית למוסדות מיוחדים שאינם בתי משפט העוסקים בסוגיות אחרות, הוא פקטור מרכזי שמעודד את בתי המשפט הללו להפגין "אקטיביזם" ולהרבות בפסילת חוקים (בהשוואה לשיטות שבהן הביקורת נעשית על ידי בתי המשפט הרגילים) משום שפסיביות שיפוטית מצד מוסדות כאלה עשויה להפוך אותם למיותרים בשיטת המשפט, ובכך לסכן את האוטונומיה המוסדית שלהם ואף את עצם קיומם. ראו Victor Ferreres Comella, *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism*, 82 TEX. L. REV. 1705 (2004).

2 ראו למשל את טענתם של ארגוהלס והרטמן, שלפיה הפרוצדורה של "בקשות עיון" (Vistas) מצד שופטי בית המשפט העליון בברזיל (Supremo Tribunal Federal – STF), שתוכננה במקור להבטיח את יעילות הדיון בבית המשפט, הפכה בסופו של דבר כלי פוליטי ממדרגה ראשונה כדי לעכב דיונים בנושאים פוליטיים מסוימים. ראו Diego Werneck Arguelles & Ivar A. Hartmann, *Timing Control without Docket Control: How Individual Justices Shape the Brazilian Supreme Court's Agenda*, 5 J.L. & CTS. 105 (2017) (להלן: ארגוהלס והרטמן).

הדיוניים בתור "טכניקות הימנעות", כאלו החוסכות מבית המשפט צורך להיכנס לדיון בנושאים שבהם אינו מעוניין לדון מסיבות אסטרטגיות, וגם כאמצעים להשגת תוצאות מסוימות אגב הבלטה מינימלית של ההשלכות המעשיות של ההחלטה.

במאמר הנוכחי בכוונתי להתמקד בהיבט אחד של הצד הדיוני של הביקורת השיפוטית בישראל – שאלת התזמון. בכוונתי לבחון את האופן שבו בג"ץ, שהוא ערכאת הביקורת השיפוטית המרכזית בישראל,³ פועל במישור הזמן ביחס לעניינים המובאים בפניו. שאלת התזמון היא בעלת חשיבות קריטית, הן בנוגע לתוצאות המשפטיות הפורמליות והן באשר לתוצאות המעשיות של מוסד הביקורת השיפוטית. שאלה זו מתייחסת להיבטים רבים של הליך הביקורת: החל מהמועד שבו אפשר לעתור לבית המשפט בעניין מסוים, המשך במועד שבו בית המשפט דן באותו עניין (בין דיון מקדים או ראשוני ובין דיון מלא לגופו של עניין) ובמועד שבו בית המשפט נותן את החלטתו, וכלה באופן שבו בית המשפט מעצב, במישור הזמן, את הסעד שהוא מעניק לעותרים. כל אחת מן השאלות הללו, היא כשלעצמה, עולם ומלואו ועשויות להיות לה השלכות קריטיות ורחבות היקף הן על התוכן של החלטת בית המשפט, הן על הממשק שבין ההחלטה המשפטית לזירה החברתית והפוליטית והן על מעמדו המוסדי של בית המשפט בכלל ועל יחסיו עם הרשויות האחרות בפרט. מטבע הדברים, במסגרת המאמר הנוכחי אוכל לגעת בהיבטים הללו באופן מצומצם בלבד. טענתי העיקרית היא שאי אפשר להבין את עוצמתו המוסדית ומעמדו החברתי של בג"ץ ואת יחסיו עם הרשויות האחרות ללא הבנה של הייחודיות של בג"ץ במישור התזמון.

סדר הדיון יהיה כדלהלן: בפרק הראשון יוצג רקע כללי והשוואתי לדיון בשאלת התזמון. בפרק השני אסקור את המאפיינים המבניים והדיוניים של בג"ץ ואת הרקע להתפתחותם. בפרק השלישי אציג מבט כללי על תזמון ההחלטות בבג"ץ. בפרק הרביעי אדון בתזמון ככלי התערבות אסטרטגי של בית המשפט. אבחין בין קטגוריות שונות של שימוש בתזמון: מקרים שבהם בג"ץ מתערב בהחלטות ממשלתיות באופן מיידי; מקרים שבהם בג"ץ עושה שימוש בתזמון כטכניקת הימנעות; מקרים שבהם התזמון משמש את בג"ץ ככלי פיקוח על רפורמות במדיניות; מקרים שבהם התזמון הוא כלי לעיצוב הסעדים שבג"ץ מעניק. אסכם בהערה כללית על חשיבות התזמון בעת הדיון בבג"ץ.

3 מאז חקיקת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, חלק ניכר מהעיתירות המינהליות נדון בשלב הראשון בבתי המשפט לעניינים מינהליים ולא בבג"ץ (אם כי בג"ץ ממשיך להיות ערכאת השיפוט הראשונה במרבית העתירות הנוגעות לעניינים פוליטיים רגישים, כגון עתירות התוקפות מינויים בכירים), ראו Yoav Dotan, *Impeachment by Judicial Review: Israel's Odd System of Checks and Balances*, 19 THEORETICAL INQUIRIES L. 705 (2018) (להלן: דותן *Impeachment*). אף על פי שבתי המשפט לעניינים מינהליים דנים גם הם בביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות הממשלה והמינהל ושהחלטותיהם כפופות לביקורת ערעורית של בג"ץ, ספק אם מרבית ההיבטים והפרקטיקות הנדונים כאן בהקשר של בג"ץ רלוונטיים גם לבתי המשפט לעניינים מינהליים, משום שיש שוני רב במבנה, בהרכב ובתכנים של העתירות המגיעות לבתי משפט אלו בהשוואה לבג"ץ. מכל מקום, הדיון בבתי משפט אלו חורג מהמאמר הנוכחי.

לפני הדיון אעיר הערה על היחס שבין מישור הדין הפורמלי למישור הניתוח ה"חיצוני" של מוסדות שיפוטניים. שאלת התזמון של העתירות המינהליות מוסדרת על ידי דינים שונים, בין אם בחקיקה, בתקנות או בפסיקת בית המשפט. הגשתה של עתירה מינהלית לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מינהליים כרוכה בעמידה בדרישות שונות בתחום התזמון של הגשת העתירה.⁴ הגשת עתירה במועד מוקדם מדי תוביל בדרך כלל לדחיית העתירה על הסף,⁵ וכך גם עתירה שמוגשת באיחור תידחה מטעמי שיהוי או מהטעם שעבר זמנו של נושא העתירה.⁶ הדרישות הללו, שנקבעו בדין, מופנות לצדדים לדיון (בעיקר לעותרים).⁷ לעומת זאת, מוקד הדיון הנוכחי לא יהיה בדינים הפורמליים הללו, אלא אתמקד בעיקר בהיבטים הלא פורמליים וה"אסטרטגיים" של פעולת בית המשפט ולהשלכות החברתיות של ההתערבות השיפוטית. ההתייחסות לדינים הללו במסגרת המאמר תהיה אפוא רק כאשר הם רלוונטיים לנושאי הדיון העיקריים כאן.⁸

א. תזמון ההתערבות השיפוטית – מבט כללי

התבוננות בבתי משפט כשחקנים בזירה הפוליטית, השואפים להשפיע על החברה שהם חיים בה ולעצבה,⁹ מצביעה על כך שבית משפט הוא מוסד שסובל לא פעם ממגבלות כבדות משקל. בראש וראשונה, בתי משפט הם מוסדות שפועלים במגבלות סמכות ברורות, המתוחמות בדרך כלל על ידי כללים משפטיים מפורשים (בחוקה או בחוק). שנית, אופי הדיון בבית המשפט הוא נוקשה ופורמליסטי. הוא מתחיל בנקודת זמן מסוימת, קבועה וידועה (הגשת התובענה), ומסתיים בנקודת זמן אחרת, שגם היא קבועה בנזקקות בדין (מתן פסק הדין). אין לבית המשפט כל אפשרות, לפחות מבחינה פורמלית,

4 ראו תק' 3(ב) לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000; וראו למשל תק' 7(1ב) 8 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות בג"ץ).

5 בג"ץ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פתח תקווה, פ"ד מח(5) 630 (1994); בג"ץ 8145/19 ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 2.1.2020); יואב דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כ 93, 95 (1996) (להלן: דותן "עתירה כללית").

6 ראו עניין נחום, לעיל ה"ש 5; בג"ץ 419/14 עיריית סלואד, נפת רמאללה נ' שר הבטחון (נבו 6.1.2020); בג"ץ 2559/17 בן ארי נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 26.3.2017).

7 לעניין שיהוי בטיפול בנושא הנדון מצד הרשות, שעשוי ליצור מניעות כלפיה, ראו רע"פ 1520/01 שוויצר נ' יושב-ראש הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, פ"ד נו(3) 595, פס' 6 (2000).

8 ראו דיון בעתירה מוקדמת כטכניקת הימנעות בפרק ד-2 להלן; ראו דיון בעתירה מוקדמת כטכניקת הימנעות גם בדותן "עתירה כללית", לעיל ה"ש 5.

9 לדיון תאורטי במוסדות שיפוטניים כשחקנים בזירה הפוליטית ראו עמרי ידלין "שיקול-דעת שיפוטי" ו'אקטיביזם שיפוטי' כמשחק אסטרטגי" מחקרי משפט יט 665 (2003); ראו גם Robert D. Cooter & Tom Ginsburg, *Comparative Judicial Discretion: An Empirical Test of Economic Models*, 16 INT'L REV. L. & ECON. 295 (1996).

להשפיע על הנושא הנדון לפני שהוגשה עתירה, ואין לו שליטה על ההתרחשויות שלאחר מתן פסק הדין. שלישית, בניגוד לשחקנים פוליטיים ובירוקרטיים אחרים, בית משפט הוא מוסד פסיבי. הוא אינו שולט על סדר היום (האג'נדה) שלו, וזה מוכתב על ידי גורמים אחרים. במילים אחרות, אם מתרחשים אירוע או תהליך כלשהם בזירה הציבורית, הרי, בניגוד לשרים, אנשי מינהל או גורמים ציבוריים אחרים, בית המשפט יכול להתערב בתהליך כזה רק אם וכאשר מוגשת עתירה בנושא. זאת ועוד, גם התוכן והמיצוב של ההתערבות השיפוטית תלויים בניסוח, בתכנים ובתזמון של העתירה שהוגשה. לא פעם מוגשת לבית המשפט עתירה שאיננה מייצגת באופן מלא או מדויק את מפת האינטרסים החברתיים והפוליטיים הרלוונטיים, דבר שעשוי להוביל להגבלתה של יכולת ההשפעה של בית המשפט ואף לעיוותים הנובעים מהתערבותו.¹⁰ ולבסוף, בית המשפט תלוי בגורמים אחרים, חיצוניים למערכת המשפט, בכל הנוגע לאכיפה וליישום של החלטותיו, וגם במישור זה הוא מצוי בנחיתות ניכרת ביחס לשחקנים אחרים בזירה הציבורית.¹¹ המגבלות הללו של בית המשפט עשויות להביא לכך שלעיתים בית המשפט אולי היה רוצה להגיב ולהתערב בנושאים מסוימים, אך ידיו כבולות משום שלא הוגשו עתירות בנושא; לעומת זאת, בנושאים אחרים ייתכן שבית המשפט יאלץ לדון בנושאים מסוימים משום שהם מובאים לפתחו, אף על פי שמבחינה מוסדית ואסטרטגית אין הוא מעוניין לדון בהם כלל, מאחר שמדובר ב"תפוחי אדמה לוהטים" המונחים לפתחו, שהכרעה בהם

10 William Rubinstein, *Divided We Litigate: Addressing Disputes Among Group Members and Lawyers in Civil Rights Campaigns*, 106 YALE L.J. 1623 (1997)

11 בין חוקרי המשפט קיימת מחלוקת בנוגע ליכולתם של מוסדות שיפוטיים לחולל רפורמות חברתיות. זרם אחד בספרות מטיל ספק ביכולת של בתי משפט לחולל שינוי כלשהו במציאות החברתית שמחוץ לכותלי בית המשפט, ואף טוען שהתערבות שיפוטית עשויה לעוות תהליכי שינוי חברתיים ולהפריע להם יותר מאשר להועיל. ראו למשל GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (3d Yoav Dotan, *The Boundaries of Social Transformation Through Litigation: Women's and LGBT Rights in Israel, 1970–2010*, 48 ISR. L. REV. 3 (2015) (להלן: דותן *Litigation*). לעומתו קיים זרם אחר בספרות שאומנם מכיר במגבלות של בתי משפט כסוכני שינוי חברתי, אך טוען כי בתנאים המתאימים בתי משפט יכולים להוביל שינוי חברתי באמצעות פסיקתם, ראו למשל CHARLES R. EPP, *THE RIGHTS REVOLUTION: LAWYERS, ACTIVISTS, AND SUPREME COURTS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* (1998) MICHAEL W. MCCANN, *RIGHTS AT WORK: PAY EQUITY REFORM AND THE POLITICS OF LEGAL MOBILIZATION* (1994). ההתלבטויות הללו ביחס ליכולת של בתי משפט לחולל שינוי ניכרו היטב בפסיקת בית המשפט העליון, ראו למשל בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד סה (1) 1, פס' 71 לפסק הדין של הנשיאה ביניש, פס' 6 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) חיות, פסק הדין של השופטת (כתוארה אז) נאור ופסק הדין של השופט (כתוארו אז) גרוניס (2012).

עלולה לגרור אותו ללב הזירה הפוליטית ולפגוע במעמדו הציבורי ובאוטונומיה המוסדית שלו.¹²

המגבלות הללו באות לידי ביטוי מובהק בסוגיית התזמון לאור הקשיחות הכללית של לוחות הזמנים בהליכים משפטיים.¹³ כאשר בית המשפט יכול למצוא דרכים לעקוף או לרכך את המגבלות הללו, כן גדלה יכולת התמרון שלו כשחקן בזירה הפוליטית. בשל כך בולטת החשיבות המרכזית שיש לסוגיית התזמון בהבנת התפקיד הפוליטי של מוסדות שיפוטיים.

בראש וראשונה יש חשיבות רבה למידת השליטה או ההשפעה שיש לבית המשפט על **נקודת הפתיחה** של ההליך, כלומר על שאלת העיתוי שבו מובאת סוגיה מסוימת, במיוחד כאלו שהן במרכז סדר היום הציבורי, אל מפתנו של בית המשפט. יש שורה של גורמים שעשויים להשפיע על העיתוי בהקשר זה, לרבות המבנה של מערכת המשפט וה"מיקום" של בית המשפט הגבוה הרלוונטי בתוך המערכת הזו, הכללים הדיוניים המסדירים את הליך הביקורת השיפוטית וכן מידת הנגישות של הליך הביקורת השיפוטית לשחקנים שונים בזירה הציבורית. ברוב שיטות המשפט המקובל, בתי המשפט העליונים, שהם גם בעלי סמכות הפסיקה המכרעת בעניינים חוקתיים, הם ערכאות "שבירה" (cassation) המצויות בראש ההיררכיה השיפוטית. ערכאות כאלה דנות, ככלל, רק במספר קטן של מקרים חשובים במיוחד, וגם זאת רק לאחר שאותם מקרים נדונו (לפחות) בשתי ערכאות (הערכאה הדיונית המקורית וערכאת הערעור).¹⁴ עד שסוגיה מסוימת, ולו כזו שהיא מרכזית וקריטית על סדר היום הציבורי, מגיעה לפתחם של בתי משפט כאלה עשויים אפוא לחלוף חודשים ואף שנים. לעומת זאת, קיימים בתי משפט גבוהים שאפשר לפנות אליהם בעתירות הנוגעות לפגיעה בזכויות ועניינים ציבוריים אחרים באופן מהיר

12 ראו למשל את דבריו המפורסמים של מ"מ הנשיא לנדוי בבג"ץ 390/79 **דויקאט נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 4, 1 (1979), לעניין המחיר הציבורי שבג"ץ עלול לשלם משום שהוא מתערב בסוגיה פוליטית רגישה כגון הקמת ההתנחלויות בשטחים: "[...] רב החשש שבית-המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על-ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל-ידי חלקו האחר בדחייה גמורה ונרגשת". והשוו דברי השופט גולדברג בבג"ץ 5373/94 **ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית**, פ"ד מט(1) 758 (1995).

13 ראו טקסט ליד הערה 10 לעיל.

14 בדרך כלל, בתי משפט שיש להם סמכות להפעיל שיקול דעת מלא ובלתי מוגבל בנוגע לעתירות שיגיעו לפתחם, הם בתי משפט המכהנים כערכאות "שבירה" (cassation). זהו המצב בארצות הברית, בבית המשפט העליון הקנדי ובבית המשפט העליון באנגליה, ראו בהתאמה Erin F. Delaney, *Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative Perspective*, 66 DUKE L.J. 1, 17–19 (2016) (להלן: דילייני); Frank Iacobucci, *The Supreme Court of Canada: Its History, Powers and Responsibilities*, Charles Blake & Gavin Drewry, *The Role of* ; 4 J. APP. PRAC. & PROCESS 27 (2002) *the Court of Appeal in England and Wales as an Intermediate Court*, in BUILDING THE UK'S NEW SUPREME COURT: NATIONAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES 171 (Andrew Le Sueur ed., 2004).

יותר, ולעיתים אף באופן ישיר ומיידי. לעובדה זו כשלעצמה יש השפעה קריטית על היכולת של בית המשפט להשתתף בעיצובו של סדר היום הציבורי בזמן אמת. דוגמה טובה לבית משפט כזה היא מועצת המדינה בצרפת (Conseil d'État), שיש לה סמכות מקורית לדון בעתירות בנושאים ציבוריים חשובים במיוחד.¹⁵

את ההבדל בין שני סוגי בית המשפט הללו בסוגיית התזמון ואת ההשלכות הקריטיות שלו על הביקורת השיפוטית, אפשר להדגים על ידי האופן שבו הגיבו בתי המשפט הגבוהים במדינות שונות לפגיעה בזכויות שנבעה מההגבלות החמורות שהטילו ממשלות על אזרחיהן בתקופת מגפת הקורונה. כידוע, מגפת הקורונה התפשטה במהירות ברחבי העולם והכריחה את כל הממשלות לנקוט מייד צעדי חירום חריפים, שכללו הגבלות קיצוניות על חופש התנועה, חופש העיסוק וזכויות אחרות. על רקע זה בחנו פיירגרייב ולישאר (Fairgrieve & Lichère) את התגובה של בתי המשפט באנגליה ובצרפת למגבלות שהטילו הממשלות על זכויות האזרח בתקופת הקורונה. הם מצאו כי בעוד מועצת המדינה בצרפת דנה במאות עתירות שהגישו לה אזרחי צרפת בתקופה זו, תוך שהיא מתערכת לטובת העותרים במקרים לא מעטים, הרי בתי המשפט הגבוהים באנגליה כמעט לא דנו בעתירות בנושא הקורונה, וזאת בשל האיטיות של הליכי הביקורת השיפוטית, הנמשכים חודשים רבים עד שהעניין מגיע לדיון.¹⁶ עקב כך נשארה מערכת המשפט באנגליה במידה רבה "מחוץ למשחק" בהגנה על זכויות האזרח באותה תקופה, בעוד למערכת המשפט הצרפתית היה תפקיד חשוב בהגנה על זכויות.¹⁷ במילים אחרות, היכולת של בתי המשפט להגיב במהירות היא שהכריעה, הלכה למעשה, את האפקטיביות של מערכת המשפט כולה בהגנה על זכויות, יותר מכל גורם אחר.

אלא ששאלת התזמון עשויה להיות קריטית בהקשר נוסף הנוגע לפתיחת ההליך המשפטי, והוא ההקשר של היכולת של בית המשפט להימנע מדיון באותם מקרים שבהם הוא אינו רוצה להיכנס באופן מיידי לתוך הקלחת הפוליטית.¹⁸ כלים הנוגעים לתזמון

15 הסמכות להתערבות מיידית מכונה Rêféré, ראו Duncan Fairgrieve & François Lichère, *Judicial Review of Coronavirus Measures in the United Kingdom and France*, 58 GA. L. REV. 1281, 1303 (2024) (להלן: פיירגרייב ולישאר).

16 שם, בעמ' 1302–1303. המחברים מציינים כי אין להם הסבר חד-משמעי להבדל במהירות התגובה של בתי המשפט בצרפת ובאנגליה ומונים סיבות שונות לממצאיהם. עם זאת, אחד ההבדלים הבולטים הוא שמועצת המדינה בצרפת הרבתה להפעיל את הפרוצדורה להתערבות מהירה, בעוד בתי המשפט באנגליה מיעטו להוציא צווי ביניים.

17 שם.

18 טכניקות הימנעות הן טכניקות המיועדות לאפשר לבית המשפט להימנע מדיון ישיר בשאלות שבהן עצם קיום הדיון עשוי לגרום לבית המשפט נזק תדמיתי או פוליטי. ראו למשל Gerald Gunther, *The Subtle Vices of the "Passive Virtues" – A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review*, 64 COLUM. L. REV. 1 (1964); לדיון כללי בטכניקות הימנעות ראו גם דותן "עתירה כללית", לעיל ה"ש 5, בעמ' 121–122 וההפניות שם. טכניקות הימנעות עשויות להיות מעוגנות בדין הפורמלי, כגון הסמכות השיקול-דעתית של בית המשפט העליון בארצות הברית להעניק או לא להעניק צווי צ'רטיוררי, ובכך לקבוע אם הוא יזדקק לדיון בעתירה, וזאת אף בלי צורך לנמק את החלטתו בעניין (ראו William

הדיון נמנים עם הכלים החשובים והנפוצים ביותר בין טכניקות ההימנעות.¹⁹ כלים כאלה יכולים להתבסס על הפעלת דוקטרינות פורמליות, כמו דוקטרינת השיהוי או דוקטרינת הבשלות,²⁰ אך גם על פרקטיקות לא פורמליות שאין להן עיגון מפורש בדין ושכית המשפט מפעיל אותן, הלכה למעשה, בלי להודות שהמוטיבציה להפעלתן היא הימנעות מדיון בשל הרגישות הפוליטית של העתירה.²¹ השליטה של בית המשפט במישור התזמון יכולה לבוא לידי ביטוי גם תוך כדי הליך הביקורת השיפוטית. השאלה היא האם ובאיזו מידה בית המשפט יכול לזרז או לדחות את ההליך המתקיים בפניו, שאלה שיכולה להיות גם לה חשיבות קריטית באשר ליכולתו של בית המשפט להשפיע באמצעות ההליך על הזירה הציבורית.²² נוסף על כך, החשיבות של התזמון באה לידי ביטוי גם בכל הנוגע לסעדים שבית המשפט מוסמך להעניק. ככל שעומדים לרשות בית המשפט כלים גמישים יותר להכוונת העיתוי של הפעלת הסעדים (כגון כלים של השעיית הבטלות של החקיקה),

Baude, *Foreword: The Supreme Court's Shadow Docket*, 9 N.Y.U. J.L. & LIBERTY 1

(2015), וכן דוקטרינת השפיטות בישראל, ראו יואב דותן **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי** כרך א 241–275 (2022) (להלן: דותן **ביקורת שיפוטית**). ואולם, לעיתים קיימות פרקטיקות לא פורמליות שמשמשות את בית המשפט כטכניקות הימנעות. טכניקות אלו מבוססות לא פעם על כללים טכניים או דיוניים, שלכאורה אין להם כל קשר ישיר לשאלת ההימנעות, אך הלכה למעשה הן משמשות את בתי המשפט ככלי יעיל להימנע מדיון בנושאים מסוימים. כך למשל, ארגוהלס והרטמן מצביעים על העובדה שהסמכות של שופטי בית המשפט העליון בברזיל לבקש "עיון נוסף" (Vista) בהחלטות מסוימות של עמיתיהם היא למעשה טכניקת הימנעות רבת-עוצמה, משום שברגע שהשופט מבקשת עיון כזה בהחלטה, הרי התיק עובר לרשותה ונמצא אצלה לאורך זמן שהוא, הלכה למעשה, בלתי מוגבל, כך שלעיתים קרובות המשמעות המעשית של הפעלת הפרוצדורה הזו היא שעד שהתיק יוכרע על ידי בית המשפט יהפוך העניין כולו ללא רלוונטי, ראו ארגוהלס והרטמן, לעיל ה"ש 2.

19 בהקשר זה דילייני טוענת שיש לבחון את כל סוגיית ההימנעות באספקלריה של תזמון הדיון בבית המשפט. היא מבחינה בין הימנעות "מוקדמת", שמתבצעת לפני פתיחת ההליך ומיועדת למנוע את הדיון בבית המשפט מלכתחילה, לבין הימנעות תוך כדי ההליך (למשל, באמצעות הפעלת דוקטרינות של ריסון שיפוטי, כאלו שמאפשרות לבית המשפט להימנע מנקיטת עמדה לגופה של המדיניות השלטונית), ובין שתי אלו לבין הימנעות שיפוטית בסיום ההליך – בשלב של קביעת הסעדים השיפוטיים, למשל על ידי מתן סעדים מושהים, שחוסכים לבית המשפט את הצורך לבטל באופן מיידי את ההכרעה של הרשויות הפוליטיות. ראו דילייני, לעיל ה"ש 14.

20 ראו רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" **עיני משפט** לו 45 (2014).

21 ראו ארגוהלס והרטמן, לעיל ה"ש 2, המבחינים בין בתי משפט שיש להם מנגנונים פורמליים של החלטה לאילו מקרים להיזקק לבין בתי משפט שאין להם מנגנונים פורמליים כאלה ולכן נאלצים לפתח טכניקות הימנעות לא פורמליות.

22 ראו לדוגמה הדיון אצל ארגוהלס והרטמן, לעיל ה"ש 2, לעניין השימוש שנעשה על ידי שופטי בית המשפט העליון בברזיל בפרוצדורה של Vistas כדי לעכב את הביקורת השיפוטית החוקתית בהליכים מסוימים.

כך תגבר היכולת שלו להשפיע, באמצעות הסעדים, על המציאות הפוליטית והחברתית שבתוכה הוא פועל.²³

החשיבות הקריטית של השליטה במישור התזמון באה לידי ביטוי גם בכל הנוגע לפעולה של בית המשפט כמחולל שינוי חברתי באמצעות הליכי פשרה וכיוצא באלה הליכים שאינם מסתיימים בפסק דין פורמלי. כאשר מובאת בפני בית המשפט סוגיית רוחב מסוימת, כגון מדיניות או פרקטיקה מינהלית שבמסגרתן נפגעות הזכויות של קבוצה מסוימת, כדי לשנות את המצב נדרש פעמים רבות שידוד מערכות כללי מצד הרשויות האחראיות, כלומר תהליך מורכב שדורש לא פעם שיתוף פעולה של גורמים רבים. תהליכים כאלה, שלעיתים קרובות אי אפשר לחולל אותם באמצעות פסק דין פורמלי, אורכים, מטבע הדברים, תקופות זמן ניכרות.²⁴ בתי משפט שפועלים במסגרת של סד זמנים קבוע על פי כללים פורמליים נוקשים יתקשו לפיכך להיות מעורבים בתהליכים כאלה, החורגים ממסגרות הזמן הקבועות להליך. לעומת זאת, לבתי משפט אשר להם שליטה על ההליך במרחב הזמן יש יכולת טובה יותר לחולל תהליכים כאלה, לעקוב אחריהם ולעודד או לתמרץ את הצדדים להתמיד בהם. גם בהקשר הזה השליטה של בית המשפט בתזמון ההליך ובקצב שלו היא אפוא קריטית לאפקטיביות שלו בתור מוסד המחולל שינויים חברתיים באמצעות הליכי פשרה.²⁵

ב. פריצת המגבלות המסורתיות על ידי בג"ץ

מן המפורסמות הוא שבג"ץ הוא בית משפט יוצא דופן מבחינת תפקידו, סמכויותיו ומיצובו במערכת המשפט בישראל. המאפיין הראשון הבולט של בג"ץ, שייתכן כי הוא גם המאפיין המרכזי בחשיבותו שעיצב את מהותו של בג"ץ ואופיו, הוא העובדה שבג"ץ הוא בית המשפט העליון, אך הוא מתפקד בעתירות בעניינים ציבוריים כבית משפט של הערכאה השיפוטית הראשונה וגם האחרונה.²⁶ במילים אחרות, אף על פי שבג"ץ יושב בהרכב (בדרך כלל של שלושה שופטים) של בית המשפט העליון, הוא מתפקד כערכאת השיפוט המקורית (trial court) בחלק ניכר מהעתירות המוגשות כנגד רשויות השלטון.²⁷

23 ראו הדיון בפרק הרביעי להלן.

24 ראו למשל MALCOLM M. FEELEY & EDWARD L. RUBIN, JUDICIAL POLICY MAKING AND THE MODERN STATE: HOW THE COURTS REFORMED AMERICA'S PRISONS 343–44 (1998).

25 ראו הדיון בפרק השלישי להלן.

26 עד לשנת 2000, בג"ץ היה למעשה הערכאה היחידה לעניינים מינהליים, למעט במקרים שבהם הייתה הוראת חוק ספציפית שהעניקה סמכות לבית משפט אחר בעניין מסוים. כיום הסמכות העודפת (default) בכל מקום שבו לא הורה החוק על הסמכת בית המשפט לעניינים מינהליים נותרה בידי בג"ץ (ס' 15 (ג) לחוק-יסוד: השפיטה). כך, בפועל בג"ץ עדיין דן בכל שנה באלפי עתירות, שכמעט כולן בעניינים שיש להם הקשר פוליטי חשוב, כערכאה ראשונה.

27 מציאות זו היא תוצאה של התפתחות היסטורית שמקורה בימי המנדט הבריטי. ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד 2748–2749 (2017) (להלן: זמיר כרך ד).

העובדה שבג"ץ מתפקד כערכאה ראשונה בעתירות מינהליות היא ללא ספק סוג של אנומליה היסטורית, שהופכת את בית המשפט העליון למוסד חריג בהשוואה לבתי משפט גבוהים במדינות אחרות.²⁸ עם זאת, חשוב לשים לב לעובדה שאף על פי שהטעם המקורי לחלוקת הסמכויות הזו חלף לפני כמעט 80 שנה, הרי הדין בישראל שימר את סמכותו המקורית של בג"ץ לדון בעתירות מינהליות כערכאה ראשונה. אם כן, גם חקיקתו של חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים בשנת 2000 אומנם הובילה להעברת חלק ניכר מהעניינים שנדונו עד אז בבג"ץ לשיפוטם של בתי המשפט לעניינים מינהליים, אבל לא שינתה את העובדה הבסיסית שלפיה בג"ץ מוסיף, גם לאחר חקיקת החוק, לשמש כערכאת השיפוט המרכזית בעתירות מינהליות. הדבר אינו נעוץ רק בכך שבג"ץ מוסיף להחזיק בסמכות העודפת לדון בכל עתירה שהחוק לא העביר במפורש לבתי המשפט לעניינים מינהליים, אלא גם בכך שעצם ההליך של העברת הסמכויות (באמצעות עדכון התוספות לחוק)²⁹ נעשה בהסכמה של נשיא בית המשפט העליון.³⁰ נוסף על כך, לבג"ץ נותרת גם הסמכות לדון במישורין בעתירות המצויות בסמכות בית המשפט לעניינים מינהליים ואף בנושאים אשר מצויים בסמכותן של ערכאות שיפוט ייחודיות אחרות, על פי שיקול דעתו.³¹ שימור השליטה של בית המשפט העליון בשפיטה המקורית בעניינים מינהליים ובעניינים שבסמכותן של ערכאות שיפוט ייחודיות, מקום שיש באותם עניינים חשיבות ציבורית, איננו מקרי לדעתי, משום שכפי שנראה, לרכיב הזה יש השלכות עצומות על יכולתו של בג"ץ להשפיע על המדיניות השלטונית בישראל מבחינות רבות, ובין היתר במישור התזמון.

הזכרתי לעיל את העובדה שמנקודת הראות של הניתוח הסוציפוליטי, בתי משפט נחשבים בדרך כלל לשחקנים מוגבלים מבחינת היכולת שלהם להשפיע על הזירה הפוליטית. מגבלות אלו כוללות את הסמכות המוגבלת, הנוקשות הדיונית, הפסיביות הטבועה במוסדות שיפוטיים וגם העובדה שלבתי משפט אין שליטה על הליך האכיפה של החלטותיהם.³² ואולם, התבוננות בהתפתחות של הפסיקה והפרקטיקות שהתפתחו בבג"ץ מצביעה על העובדה שבג"ץ הצליח במהלך השנים לפרוץ את מרבית המגבלות ה"מסורתיות" שמאפיינות בדרך כלל מוסדות שיפוטיים רגילים. ראשית, במישור הסמכות, סמכותו של בג"ץ מוגדרת מלכתחילה באופן רחב ביותר בחוק-יסוד: השפיטה,³³ ובמהלך השנים הסיר בית המשפט במידה רבה, באמצעות פרשנות מרחיבה,

28 עם זאת, בג"ץ אינו בית המשפט היחיד שהוא בית משפט עליון שמתפקד כערכאה ראשונה, ויש כמה דוגמאות אחרות לבתי משפט עליונים שיש להם סמכות מקורית דומה. ראו למשל בברזיל, ארגוהלס והרטמן, לעיל ה"ש 2.

29 ס' 5 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים.

30 שם, בס' 7.

31 בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950, פס' 2 (2002).

32 ראו טקסט ליד הערה 11 לעיל.

33 ס' 15(ג) 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה.

גם את אותן מגבלות מעטות שנכללות בחוק-היסוד.³⁴ כך, בית המשפט פירש באופן מצמצם ביותר סעיפים בחוקים שונים, שהגבילו את סמכות הביקורת השיפוטית, עד כי כיום ברור שאין למעשה לכנסת, כמחוקקת, סמכות להגביל את פסיקת בג"ץ³⁵ וספק אם יש לה סמכות לעשות זאת כרשות מכוננת.³⁶ **שנית**, הנוקשות הדיונית שמאפיינת בדרך כלל דיונים שיפוטיים כמעט אינה קיימת בבג"ץ. ההליכים בבג"ץ אומנם מוסדרים בתקנות,³⁷ אך מדובר בתקנות מעטות, שמאופיינות בפשטות דיונית רבה ומותרות לבית המשפט שיקול דעת רחב לנווט את הליך הדיון בעתירה בהתאם לעניין שמוכא בפניו.³⁸ בג"ץ אף הגמיש עוד יותר את אותן מגבלות במישור הדיוני והראייתי.³⁹

שלישית, אפשר לומר כי בג"ץ פרץ כמעט לגמרי את מגבלת הפסיביות שמאפיינת מוסדות שיפוטיים אחרים. הוא עשה זאת באמצעות שורה של צעדים שהרחיבו והקלו מאוד את הגישה לבית המשפט, והחשוב שבהם הוא הרחבת זכות העמידה והכרה

34 המגבלה העיקרית הייתה קיימת על פי לשון הסיפה של ס' 15 (ג) לחוק-יסוד: השפיטה, שלפיה יש לבג"ץ סמכות לדון "בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר" (ההדגשה הוספה). אלא שבג"ץ פירש את הסעיף בניגוד ללשונו, כך שניתנה לו סמכות לדון כערכאה מקורית בכל עניין על פי שיקול דעתו ובאופן שייתר למעשה את הסיפה של הסעיף בחוק-היסוד. ראו יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" רות גביון, מרדכי קרמיניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** 5, 8–11 (התש"ס).

35 ראו בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(1) 750 (2003) וכן דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 227–232.

36 בבג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו 1.1.2024) פסל בג"ץ את החוקתיות של חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), ס"ח התשפ"ג 548, שנועד להגביל את היקף הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות. אומנם התיקון עצמו נפסל ברוב דחוק של שמונה שופטים מול שבעה, אבל רוב גדול של שופטי ההרכב המורחב (12 מתוך 15) קבעו שיש לבג"ץ סמכות עקרונית לפסול חוק-יסוד הפוגעים בעקרונות הליבה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לרבות במקרה שבו הכנסת, באמצעות סמכותה המכוננת, פוגעת פגיעה קשה בביקורת השיפוטית החוקתית בבג"ץ.

37 ראו תקנות בג"ץ.

38 לעניין זה אפשר להשוות את תקנות בג"ץ, שמכילות 23 סעיפים, לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018, שמכילות 180 סעיפים. ראו גם זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ג 1645 (2014), המציין כי "סדר הדין משקף את שיקול הדעת הרחב של בג"ץ". הדיון בבג"ץ מתנהל על פי תצהירי הצדדים ללא הצגת ראיות בעדויות פרונטליות או חקירות נגדיות (למעט אם בית המשפט קבע אחרת, ראו תק' 18 לתקנות בג"ץ). לביקורת המצב הקיים ראו זמיר כרך ד, לעיל ה"ש 27, בעמ' 2821–2826.

39 כך לדוגמה, בג"ץ עושה לא פעם שימוש בדוחות מבקר המדינה כתשתית עובדתית (כללית) לדיון בנושאים מסוימים, אף על פי שלכאורה על פי ס' 30 (א) לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], התשי"ח–1958, דוחות המבקר אינם אמורים לשמש כראיה בהליכים משפטיים, ראו למשל בג"ץ 5575/94 **מהדרין בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד מט(3) 133, 142 (1995); דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 99.

במעמדו של העותר הציבורי.⁴⁰ בעוד שער שנות השמונים של המאה הקודמת היו העותרים לבג"ץ צריכים להוכיח את קיומה של זכות עמידה המבוססת על אינטרס אישי ישיר וממשי בנושא העתירה, החל מאמצע שנות השמונים הרחיב בג"ץ את זכות העמידה כשהכיר בזכות העמידה הציבורית, המאפשרת לכל גורם, גם אם אין לו אינטרס אישי (כלכלי, מקצועי וכיוצא בזה) בנושא העתירה לעתור "בשם הציבור" בכל נושא העומד על סדר היום הציבורי ואשר עולה כלפיו טענה הנוגעת לאיחוקיות פעולת הממשל.⁴¹ אחת התוצאות הנלוות להכרה הרחבה בזכות העמידה הציבורית הייתה הקמתם של ארגונים ציבוריים רבים שפונים לבית המשפט כדי לקדם טענות ואינטרסים במישור הציבורי-פוליטי.⁴² הקמתם של ארגונים כאלה שמתמחים בעתירות בבג"ץ, כל אחד בתחום מסוים (זכויות אזרח, זכויות מיעוטים מסוימים, עתירות בענייני טוהר הממשל, איכות סביבה וכיוצא בזה)⁴³ מבטיחה כי כמעט כל עניין מעורר מחלוקת שיעלה על סדר היום הציבורי יגיע במוקדם או במאוחר (ובדרך כלל במוקדם, ראו להלן פרק ד-1) אל מפתנו של בג"ץ. הפשטות הדיונית של הגשת עתירות לבג"ץ, כמו גם העלות הנמוכה של ההתדיינות מרחיבות עוד יותר את הנגישות של בג"ץ⁴⁴ ומסייעות גם הן לבית המשפט להתגבר על מגבלת הפסיביות. **לבסוף**, בג"ץ הצליח לעקוף, לפחות במידה מסוימת, גם את המגבלה הנוגעת לפיקוח ולשליטה על האכיפה של החלטותיו. הוא עשה זאת באמצעות החלת הביקורת השיפוטית על המנגנון של היעוץ המשפטי לממשלה. הרחבת הביקורת השיפוטית על מנגנון התביעה והיעוץ המשפטי, כפי שנעשתה במהלך שנות

40 בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441 (1988); דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 34, בעמ' 11–13.

41 צעדים נוספים שהרחיבו מאוד את הנגישות לבג"ץ כללו את ההרחבה של גבולות סמכותו של בית המשפט וכן את ההרחבה של דוקטרינת השפיטות, ראו דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 34, בעמ' 13–15.

42 ראו Yoav Dotan & Menachem Hofnung, *Interest Groups in the Israeli High Court of Justice: Measuring Success in Litigation and in Out-of-Court Settlements*, 23 LAW & POL'Y 1 (2001).

43 קיימות דוגמאות רבות לעתירות של ארגונים כאמור, אשר עתרו כעותר ציבורי בתחומים שונים, ראו למשל בג"ץ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה**, פ"ד נז(2) 62 (2003) (עתירה שהוגשה נגד פסילת שידורי תעמולת הבחירות של המפלגות רע"מ ובל"ד, אף שלא הוגשה עתירה מטעמן, שבה קבע בג"ץ כי פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי מקנה זכות עמידה לעותר הציבורי); בג"ץ 2723/19 **עמותת עיר עמים נ' מפקד מחוז ירושלים** (נבו 19.5.2019) (עתירה שהוגשה נגד אימניעת המעבר של משתתפי ריקוד הדגלים ברובע המוסלמי על ידי המשטרה).

44 תעריף האגרה להגשת עתירה בבג"ץ נכון ל-2025 עומד על 2,092 ש"ח, לפי פרט 24 לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז–2007. זהו תעריף שהוא נמוך, בדרך כלל, בהרבה בהשוואה לאגרות בהליכים אזרחיים; Yoav Dotan, *Do the "Haves" Still Come Out Ahead? Resource Inequalities in Ideological Courts: The Case of the Israeli High Court of Justice*, 33 LAW & SOC'Y REV. 1059 (1999).

השמונים והתשעים,⁴⁵ הייתה בניגוד לנהוג במדינות המשפט המקובל, אך אפשרה לבג"ץ מידה מסוימת של שליטה גם במנגנוני האכיפה של המדינה.⁴⁶ להליך זה של פריצת המגבלות "המסורתיות" על ידי בג"ץ יש השלכות רבות על סוגיית התזמון, כפי שאראה בהמשך הדברים.

ג. תזמון העתירות לבג"ץ – מבט כללי

כידוע, לבג"ץ מוגשות בכל שנה אלפי עתירות.⁴⁷ כבר עמדתי לעיל על העובדה שהפרוצדורות בבג"ץ מאפשרות לבית המשפט גמישות רבה בכל הנוגע לדרכי ניהול ההליך.⁴⁸ הגמישות הזו באה לידי ביטוי גם במישור הזמן, משום שלבית המשפט יש שליטה מלאה על הקצב של ניהול ההליך והתקדמותו, ללא מגבלות פורמליות של ממש.⁴⁹ במילים אחרות, בניגוד לתקנות סדר הדין האזרחי, המכילות הוראות רבות בדבר מועדים קשיחים בנוגע להגשת כתבי הטענות, בקשות שונות, ערעורים וכיוצא בזה, תקנות סדר הדין בבג"ץ דלות בהוראות כאלה. מכל מקום, תזמון ההליך כולו נמצא בידי בית המשפט, והוא המוסמך לקבוע עבור הצדדים את מגבלות הזמן להגשת כתבי טענות, תצהירים מטעמם, אישור דחיות בהגשתם וכיוצא בזה.⁵⁰ הגמישות המופלגת הזו במישור הזמן מתחייבת מאופיו של הליך הביקורת ומרוחב המשרעת של הביקורת השיפוטית של

45 ראו דפנה ברק-ארז "בג"צ כיועץ המשפטי לממשלה" פלילים (2) 219 (1996).

46 ההשפעה המוסדית של בג"ץ על מוסד הייעוץ המשפטי מבוססת לא רק על קביעות פורמליות של בית המשפט, אלא גם על מנגנונים לא פורמליים במישורים המקצועי והחברתי. לתיאור מפורט ראו: YOAV DOTAN, LAWYERING FOR THE RULE OF LAW: GOVERNMENT LAWYERS AND THE RISE OF JUDICIAL POWER IN ISRAEL 65–86 (2014) (להלן: דותן (LAWYERING)).

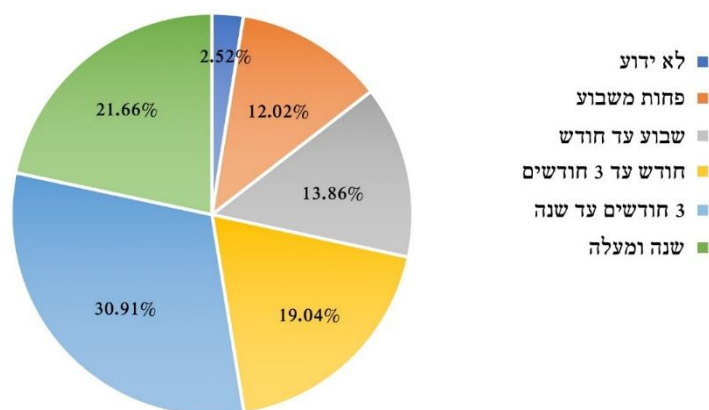
47 בשנת 2023 הוגשו לבג"ץ 1,651 עתירות. בשנת 2022, הוגשו 1,335 עתירות לבג"ץ ובשנת 2021 הוגשו 1,625 עתירות לבג"ץ, ראו בהתאמה הנהלת בתי המשפט דו"ח שנתי 2023 (2023); הנהלת בתי המשפט דו"ח שנתי 2022 (2022); הנהלת בתי המשפט דו"ח שנתי 2021 (2021) (להלן: הדוחות השנתיים).

48 כך, למשל, על פי תק' 5 לתקנות בג"ץ, בית המשפט רשאי, אך אינו חייב, להזמין את העותר לצורך שמיעתו בפני בית המשפט לאחר הגשת העתירה (ואכן, לעיתים עתירות לבג"ץ נדחות על הסף מבלי שבית המשפט מזמן את העותר להופיע בפניו). השופט שבפניו הובאה העתירה רשאי להעביר את העתירה להרכב של שלושה, אך אינו חייב לעשות כן.

49 ככלל קיימות בדין הישראלי הוראות מעטות מאוד המחייבות את בית המשפט להכריע ולסיים את ההליך בתוך פרק זמן קצוב. ראו למשל תק' 2 לתקנות סדר הדין האזרחי, הקובעת כי "הליך שיפוטי ראוי והוגן מתקיים במערכת שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה שהוקמה לפי דין [...] מכריעה בתוך זמן סביר על יסוד הטענות ההדדיות המובאות לפניה" (הדגשה הוספה). ואולם, הוראות אלו ממילא אינן חלות על בג"ץ, אשר כפוף לתקנות בג"ץ.

50 ראו למשל תק' 9(א) לתקנות בג"ץ, שלפיה משיב שרוצה להתנגד לעשיית צרעל-תנאי לצו מוחלט נדרש להגיש תצהיר תשובה לצרעל-תנאי בתוך שמונה ימים "או תוך זמן פחות או יותר מזה כפי שיורה בית המשפט", כלומר בית המשפט רשאי להחיש את ההליך או להאט אותו לפי שיקול דעתו.

בג"ץ. חלקם של העניינים שמובאים לבג"ץ עשוי להיות עניינים דחופים ביותר שמחייבים הכרעה (בין בצו ביניים ובין בפסק דין סופי) בתוך ימים ואף בתוך שעות. חלק אחר של העתירות עוסק בעניינים מורכבים של תקיפת מדיניות מינהלית, עניינים שבהם "הזזת הגלגלים" מצד המדינה עשויה לחייב שידוד מערכות כללי, דבר שעשוי לארוך אף חודשים ושנים. לכך אפשר להוסיף את העובדה שבית המשפט העליון בישראל הוא אחד מבתי המשפט העסוקים ביותר בעולם, משום שהוא דן, נוסף על אלפי עתירות לבג"ץ וערעורים מינהליים, גם בערעורים אזרחיים ופליליים על ההחלטות של בתי המשפט המחוזיים.⁵¹ הותרת שיקול דעת רחב לבית המשפט בתחום ניהול הזמן הכרחית אפוא גם מטעמים לוגיסטיים ומעשיים של התמודדות עם העומס הדיוני. הגמישות והרבגוניות של ההתדיינות בבג"ץ באות לידי ביטוי גם בנתונים הכמותיים הנוגעים למשך ההתדיינות בבג"ץ, כפי שמעיד התרשים הבא:

משך ההתדיינות בבג"ץ 1990–2009⁵²

כפי שאפשר ללמוד מהתרשים, בחלק ניכר מהעתירות לבג"ץ הדיון כולו, עד להכרעה הסופית, אורך שבועות ספורים ולעיתים אף ימים. כ-8% מהתיקים במדגם נסתיימו תוך

51 בשנת 2023 נפתחו בבית המשפט העליון 9,170 תיקים, מתוכם 1,651 עתירות לבג"ץ, 265 ערעורים מינהליים, 623 ערעורים אזרחיים ו-674 ערעורים פליליים. בשנת 2022 נפתחו בבית המשפט העליון 9,010 תיקים, מתוכם 1,335 עתירות לבג"ץ, 283 ערעורים מינהליים, 779 ערעורים אזרחיים ו-643 ערעורים פליליים. בשנת 2021 הוגשו לבית המשפט העליון 8,887 תיקים, מתוכם 1,625 עתירות לבג"ץ, 292 ערעורים מינהליים, 798 ערעורים אזרחיים ו-521 ערעורים פליליים, ראו הדוחות השנתיים, לעיל ה"ש 47.

52 הדגימה מבוססת על מדגם תיקי בג"ץ בשנים 1990–2009, שנערך על ידי המחבר. הדגימה בוצעה באופן ידני בארכיב בג"ץ. במסגרת הדגימה, בנוגע לשנות התשעים נבדקו 1,064 תיקים, המהווים כ-10% מכלל העתירות שהוגשו לבג"ץ בשנים 1991–1998. לצורך יצירת מאגר שנות האלפיים נבדקו 1,000 תיקים בשנים 2001, 2003, 2005, 2007 ו-2009, המהווים כ-10% מכלל תיקי בג"ץ באותן שנים ($p < 0.05$).

כשלושה ימים מיום הגשת העתירה וכ-12% נסתיימו בתוך שבוע. למעלה מרבע מהתיקים שהובאו לפני בג"ץ הוכרעו בתוך חודש ימים. מנגד, התדיינויות לא מעטות בבג"ץ נמשכות שנה, שנתיים ולעיתים אף הרבה יותר מכך. כך, במדגם שערכתי כ-21% מהתיקים בבג"ץ היו כאלה שההתדיינות בהם ארכה למעלה משנה, ובמקצתם ההתדיינות נמשכה אף יותר משלוש שנים.

בנתונים הללו כשלעצמם אין כדי להעיד על השימוש ה"אסטרטגי" שבג"ץ עושה בכלים שהדין מעמיד לרשותו במישור הזמן. עם זאת, הם יכולים לספק את התשתית ההתחלתית לדיון כזה, משום שיש כמה עובדות יסוד שעולות מהנתונים הללו, בשילוב עם הוראות הדין בנושא התזמון. ראשית, בולטת לעין העובדה שבג"ץ הוא בית משפט שיש לו סמכות להגיב במהירות רבה באמצעות פסקי דין לכל התפתחות המובאת בפניו, וגם ברור שבג"ץ עושה לעיתים שימוש בסמכות הזו.⁵³ אם כן, בניגוד לבתי משפט גבוהים במדינות שבהן בתי משפט כאלה נגישים רק לאחר שבעלי הדין כבר התדיינו, בדרך כלל לאורך זמן ממושך, בבתי משפט נמוכים יותר, בג"ץ הוא ערכאה עליונה שמסוגלת להתערב במהירות בהחלטות שלטוניות בתוך פרקי זמן קצרים, והוא עושה כך מדי פעם. זאת ועוד, הנתונים שבתרשים אינם מספקים את מלוא התמונה באשר למהירות ההתערבות, בכוח וגם בפועל, מצד בג"ץ, משום שהם אינם מתייחסים לצווי ביניים מסוגים שונים שבג"ץ מעניק לעותרים. לעיתים, גם בעתירות שהדיון בהן נמשך חודשים ארוכים, בית המשפט מוציא, כבר בשלב הראשון ותוך ימים ספורים או אף שעות ספורות, צו ביניים לטובת העותרים.⁵⁴ כפי שיתואר להלן, למתן צו ביניים על ידי בית המשפט

53 כאן המקום להבהיר כי הטיפול המהיר של בג"ץ בעתירות אין בו כדי להעיד בהכרח על כך שהעתירות נדחו על ידי בית המשפט. כך למשל במאגר הנתונים, מתוך 534 עתירות שטופלו בפרק זמן של פחות מחודש (המהוות כ-25.8% מכלל העתירות במאגר), על אף שמרבית העתירות הסתיימו כשילון עבור העותר (העתירה נדחתה או שהעותר חזר בו), כ-29.5% מהעתירות הסתיימו במה שהוגדר כהצלחה עבור העותר (העתירה התקבלה במלואה או בחלקה, המדינה חזרה בה, או שהעתירה הסתיימה בפשרה). נתון זה מראה כי טיפול מהיר בעתירה אינו מעיד בהכרח על דחיית העתירה.

54 בכ-13% מהתיקים במאגר הוציא בית המשפט צרעל-תנאי. הוצאת צרעל-תנאי נעשית בדרך כלל בתחילת ההתדיינות, מייד לאחר הגשת העתירה או בשלב הדיון המקדמי בבג"ץ. המשמעות הפורמלית של הוצאת צרעל-תנאי היא שהעתירה צלחה את השלב המקדמי שבו המדינה נדרשת רק להגיש "תגובה בכתב", המכונה גם "הודעת יועץ" כתגובה לעתירה, ראו תק' 7(ב1) לתקנות בג"ץ. הוצאת הצו פירושה ששני הצדדים (כלומר גם הצד המשיב של הרשות המינהלית) נדרשים להגיש תצהיר תשובה מפורט לבית המשפט, ובית המשפט יקיים דיון מלא בעתירה על בסיס התצהירים ועיקרי הטענות של הצדדים (תק' 9 ר16 לתקנות בג"ץ). במישור המעשי, הוצאת צרעל-תנאי היא איתות ברור מצד בית המשפט לכך שהוא רואה בסיס ראשוני לטענות העותרים, ולפיכך, לא פעם, בעקבות הוצאת הצו המשיבים שוקלים את עמדתם מחדש ומגיעים לפשרה עם העותר, ראו דותן LAWYERING, לעיל ה"ש 46, בעמ' 111–114. עוד סוג של התערבות מהירה על ידי בית המשפט הוא התערבות לא פורמלית שנעשית בהערות מילוליות מצד בית המשפט בעת הדיון הראשוני בתיק. לעיתים הערה מסוימת של בית המשפט שמביאה לידי ביטוי את העמדות (אומנם הראשוניות

עשויה להיות השפעה מכרעת על ההתפתחויות הפוליטיות או המבצעיות בתחום הרלוונטי, כך שלעיתים ההכרעה הסופית בעתירה הופכת ללא רלוונטית או חשיבותה שולית.⁵⁵ גם נתון זה מדגיש את הפן של יכולת ההתערבות המהירה של בג"ץ בהחלטות שלטוניות.

העובדה **השנייה** שעולה מהנתונים היא הגיוון העצום של ההתדיינות בבג"ץ במישור הזמן. לצד עתירות שמסתיימות תוך ימים ספורים, יש גם עתירות שממשיכות להיות תלויות בבית המשפט חודשים ארוכים ואף שנים. גם בנוגע לעתירות כאלה אפשר לומר כי הואיל והקצב של התנהלות ההליך תלוי, בראש וראשונה, בשיקול הדעת של בית המשפט, הרי שלדחיית מועד הדיון בעתירות מסוימות עשויה להיות משמעות שהיא מעבר לעולה מסדרי הדין הפורמליים למה שמתחייב אך מעומס העבודה שבית המשפט נתון בו. כמתואר להלן, לא פעם אפשר להסביר את הקצב שבו התנהלה התדיינות מסוימת גם על רקע אילוצים פוליטיים ושיקולים אסטרטגיים של בית המשפט.

ד. תזמון העתירות לבג"ץ ככלי אסטרטגי

דרך פעולתו של בג"ץ במקרים שונים מעידה על כך שסוגיית התזמון עשויה לשמש בידו ככלי אסטרטגי לצורך עיצוב הזירה הציבורית. התזמון ככלי אסטרטגי יכול לקבל ביטוי הן בהתערבות מיידית של בג"ץ בהחלטות שלטוניות, הן כטכניקת הימנעות והן ככלי פיקוח על רפורמות במדיניות ועיצוב הסעדים שבג"ץ מוסמך להעניק. הדוגמאות שיובאו להלן מחזקות את ההנחה שלעיתים תזמון הטיפול בעתירה על ידי בג"ץ אינו מקרי.

1. התערבות מיידית וביקורת ב"זמן אמיתי"

השימוש של בית המשפט בתזמון ככלי אסטרטגי נשען על יכולתו להגיב בזמן אמת, יכולת שמקורה במודל המוסדי שבתוכו הוא פועל. מודל גמיש מאפשר לבית המשפט לנקוט צעדים ולהעניק סעד בשלבים מוקדמים של העתירה, כאשר הסוגיה הנדונה עודנה אקטואלית. כאשר בתי משפט פועלים במסגרת מודל מוסדי גמיש, אפשר אפוא לומר כי התערבותו של בית המשפט בשלב מסוים של ההליך נובעת מבחירה ולא ממגבלה מוסדית. ממד זה של אקטיביות בתזמון, המאפיין את בג"ץ, ניכר במיוחד בהשוואה ליכולתו של בית המשפט העליון בארצות הברית להגיב בזמן אמת לאירועים אקטואליים. בעקבות המתקפה של ארגון אל-קאעדה על מגדלי התאומים (ומטרות נוספות) בספטמבר 2001 עצרו כוחות הביטחון של ארצות הברית ובעלות בריתה עשרות אלפי

והלכאוריות) של השופטים עשויה להוליך את הצדדים להתדיינות לשקול מחדש את עמדתם. ראו למשל עידו באום "שופטי בג"ץ מבינים: אם חוק בן גביר לא ייפסל, הם יעברו שעות נוספות בפיקוח עליו" *TheMarker* (18.6.2024) <https://perma.cc/3K2K-QZAG> ("השופטים העירו שוב ושוב על היעדר איזונים, על השמטת התייעצות עם היועצת המשפטית לממשלה, ועל היעדר אמירה נדרשת ביחס לכך שהמשטרה היא גוף שחייב להיות ממלכתי ואפוליטי").

55 על פי המדגם הוצא צו ביניים בכ-16% מהתיקים.

אנשים. חלק מהעצורים (רובם המכריע מוסלמים) נעצרו על אדמת ארצות הברית. אחרים נעצרו ברחבי העולם, במיוחד ברחבי העולם המוסלמי, במהלך המלחמה שהכריזה ארצות הברית על ארגון הטרור.⁵⁶ העצורים הוחזקו, חלקם במשך שנים ארוכות, במחנות מעצר שהקים הצבא האמריקני בכל רחבי העולם. המפורסם שביניהם מחנות המעצר הללו היה מחנה גואנטנמו בקובה.⁵⁷ הסטטוס המשפטי של העצורים הללו על פי המשפט האמריקני היה רחוק מלהיות ברור, ובמהלך השנים היו פרסומים לא מעטים על אודות התנאים הקשים ששררו בגואנטנמו ובמחנות אחרים, והפרות מהותיות של זכויות האזרח של העצירים.⁵⁸ ואולם, הפעם הראשונה שבה הגיע נושא זכויות האדם של העצורים בגואנטנמו לדיון בבית המשפט העליון בארצות הברית הייתה ב־2004, בעניין *Rasul v. Bush*, שם פסק בית המשפט, בפעם הראשונה, שאף על פי שהעצורים אינם אזרחי ארצות הברית ואינם מוחזקים על אדמת ארצות הברית, יש לבתי המשפט הפדרליים סמכות לדון בזכויותיהם והם נהנים מהגנה (גם אם מוגבלת) על זכויותיהם החוקתיות הבסיסיות.⁵⁹ בית המשפט הפך בכך הלכה קודמת, שנפסקה על רקע מלחמת העולם השנייה, לפיה סוכנים של מדינת אויב שאינם אזרחי ארצות הברית אינם זכאים לכל הגנה כזו מבתי המשפט הפדרליים.⁶⁰ המשמעות של לוחות הזמנים הללו של מערכת המשפט האמריקנית הייתה שעשרות אלפי עצורים שהו במחנות מעצר שבהם נשללו מהם חירויות יסוד במשך תקופות ארוכות (חלקם בגואנטנמו, במשך כמעט שלוש שנים) לפני שהדבר הגיע לערכאת השיפוט העליונה, שהכירה לבסוף בזכותם לקבל הגנה חוקתית מינימלית.

את ההתרחשויות בארצות הברית לאחר אירועי ה-9/11 אפשר להשוות לאירוע שיצר נסיבות דומות בישראל. במלחמה לבנון הראשונה כבש צה"ל שטחים נרחבים משטח לבנון ועצר אלפי חשודים בהשתייכות לארגוני הטרור הפלסטינים. מרבית העצורים הוחזקו במחנה אנצאר, שהוקם על אדמת לבנון סמוך לגבול עם ישראל.⁶¹ אלא שבניגוד להתרחשויות בארצות הברית, העתירות הראשונות בעניין זכויות העצורים במחנה אנצאר הוגשו לבג"ץ מייד לאחר הקמתו ונדונו על ידי בתוך שבועות ספורים.⁶² בג"ץ הוציא

- 56 OFF. OF THE INSPECTOR GEN., U.S. DEP'T OF JUST., THE SEPTEMBER 11 DETAINEES: A REVIEW OF THE TREATMENT OF ALIENS HELD ON IMMIGRATION CHARGES IN CONNECTION WITH THE INVESTIGATION OF THE SEPTEMBER 11 ATTACKS (2003), <https://perma.cc/6LTK-L7UW>.
- 57 HELEN DUFFY, THE 'WAR ON TERROR' AND THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL LAW 665–746 (2d ed. 2015).
- 58 Emmanuelle Quintart, *Law, Crisis and Guantanamo after 9/11*, 76 *Revue Interdisciplinaire d'études Juridiques* (2016).
- 59 *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), וכן *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004). שפסק במעמד של העצורים אזרחי ארצות הברית.
- 60 *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).
- 61 גילי איזיקוביץ "אנצאר": דוקו מטריד לצפייה על המציאות במחנה השבויים הישראלי" **הארץ** (4.7.2022) <https://perma.cc/2EAC-XFU2>.
- 62 בג"ץ 102/82 **צמל נ' שר הביטחון**, פ"ד לז (3) 365 (1983). בג"ץ הוציא צווים על-תנאי בעתירה כבר בנובמבר 1982, כלומר מייד עם הגשת העתירה ושבועות ספורים לאחר הקמת

צווים על-תנאי בעתירות מייד עם הגשתן, ופסק כי העצורים במחנה נהנים מההגנות של דיני המלחמה על פי תקנות האג ואמנת זנבה הרביעית.⁶³ במסגרת זו נפסק כי חובתם של שלטונות צה"ל לדאוג לביטחונם של העצורים, לתנאי מחיה סבירים וכי יש להם זכות גישה לערכאות וזכות להיפגש עם עורכי דינם.⁶⁴ אומנם פסק דינו הסופי של בג"ץ ניתן כמה חודשים לאחר הגשת העתירות, אולם ברור ממנו כי מנגנון הפיקוח של בג"ץ החל לפעול, מבחינת ההגנה על זכויות העצורים, מייד עם הגשת העתירות, שכן בפסק הדין מצוין שהמשיבים כבר הודיעו לבית המשפט שנקטו אמצעים שונים, כגון הקמת ועדות ערר ויצירת הסדרים למפגשים עם עורכי דין בעוד ההתדיינות תלויה ועומדת.⁶⁵

ההשוואה הזו בין הביקורת השיפוטית של בג"ץ על מחנה אנצאר לבין הביקורת השיפוטית של מערכת המשפט האמריקנית על גואנטנמו מדגישה את החשיבות הקריטית של אלמנט התזמון של הביקורת השיפוטית. המבנה המבוזר וההיררכי של הביקורת השיפוטית בארצות הברית מוביל לכך שאם יש התערבות של בתי המשפט הגבוהים (ודאי זו של בית המשפט העליון), היא מתרחשת בדרך כלל לאחר שהעתירה עברה כמה ערכאות נמוכות ובחלוף זמן רב.⁶⁶ לעומת זאת, המבנה הריכוזי של הביקורת השיפוטית בבג"ץ מוביל לכך שההתערבות של בג"ץ, לפחות כשהדברים אמורים בהתחלת ההליך, כלומר בהגשת העתירה והדיון הראשון בה, נעשית במהירות רבה. משרעת הפיקוח של בג"ץ על פעולת הרשות השלטונית מתחילה אפוא לפעול בשלב מוקדם מאוד, והביקורת מתרחשת פעמים רבות כמעט ב"זמן אמיתי", כלומר בד בבד עם ההתפתחויות הנוגעות לפעולה השלטונית הרלוונטית. מובן שהמהירות של פתיחת ההליך בבג"ץ איננה מבטיחה בהכרח כשלעצמה הגנה מהותית אפקטיבית וטובה על זכויות העותרים, משום שהדבר תלוי גם בתוכן ההחלטות וגם ביכולת של בית המשפט לאכוף ציות דווקא ומדויק של פסיקותיו.⁶⁷ ואולם, לעיתים קרובות מאוד העובדה שעניין מסוים מגיע לפתחו של

המחנה. מאלפת היא גם העובדה שהעותרים בעתירה לא היו העצורים עצמם, משום שבשלב של הגשת העתירה לא הותר לעצורים קשר עם עורכי הדין ולכן העתירה הוגשה בשמם של עורכי הדין.

63 שם, בעמ' 372 ר' 375.

64 שם, בעמ' 376–378.

65 שם.

66 עם זאת, יש חריגים מסוימים, ראו הערה 14 לעיל; קיימים סוגים נדירים יחסית של תובענות שבהן דן בית המשפט העליון בארצות הברית כערכאה ראשונה (כגון סכסוכים בין מדינות האיחוד) או כערכאת ערעור, ראו Vincent L. McKusick, *Discretionary Gatekeeping: The US Supreme Court's Management of Its Original Jurisdiction Docket Since 1961*, 45 ME. L. REV. 185 (2018), אך מרביתם המכרעת של העניינים המגיעים לפתחו היא דרך צווי צ'רטיוררי.

67 ראו לעיל ה"ש 11; דוגמה למצב דומה היא הקמת מחנה המעצר "שדה תימן" בעקבות פרוץ המלחמה בעזה באוקטובר 2023. גם שם העתירות לבג"ץ הוגשו בשלב מוקדם מאוד אחרי ה-7.10 אבל בכל זאת, הדבר כנראה לא מנע פגיעות חמורות בזכויות העצורים, בין היתר משום שהממשלה "גררה רגליים" בקיום פסיקת בית המשפט. עתירה של מספר ארגוני זכויות אדם הוגשה ביום 23.5.2024, ראו עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לדיון דחוף

בית המשפט (במיוחד כשעסקינן בבית משפט גבוה) עשויה כשלעצמה למנוע, למצער, פעולות קיצוניות של פגיעה בזכויות אזרח או מעשים שמנוגדים באופן בוטה לדין. במובן זה, המהירות שבה העותרים לבג"ץ יכולים להגיע לבית המשפט והמהירות שבה בית המשפט יכול לקיים דיון ראשוני הן בעלות משמעות קריטית.⁶⁸ היכולת של בג"ץ להתערב במהירות ובזמן אמת בתהליכי החלטה ממשיים היא אחד הרכיבים החשובים ביותר בעוצמה של בג"ץ כשחקן פעיל ומשפיע בזירה הציבורית. היא מאפשרת לבג"ץ להתערב ולהשפיע על תהליכים תוך כדי התרחשותם, ובכך למנוע או לסכל הפרות של דין ופגיעות בשלטון החוק. דוגמה אחת להתערבות כזו יכולה להיות העתירות שבהן דן בג"ץ בעמידה של צה"ל בדרישות של הדין הפנימי והבין-לאומי בזמן

בבג"ץ 4268/24 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון (נבו 23.5.2024), וצד על-תנאי ניתן ביום 15.7.2024, ראו בג"ץ 4268/24 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון (נבו 18.9.2024). כלומר, עברו פחות מחודשיים ממועד הגשת העתירה ועד מתן הצו. מדברי בית המשפט בפסק הדין עולה כי סוגיית הזמן עמדה לנגד עיניו בעת מתן ההחלטה; מלבד הדיון בחוקיות הפעילות במחנה המעצר "שדה תימן", נוכח הנסיבות שנוצרו בעקבות אירועי ה-7 באוקטובר 2023 ומלחמת "חרבות ברזל" שפרצה בעקבותיהם, נדרש בג"ץ לדון בדחיפות בעתירות נוספות הנוגעות לזכויות עצורים. בבג"ץ 7753/23 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון לאומי (נבו 23.11.2023) נדונה עתירה שעניינה תנאי כליאתם של עצורים מינהליים ופוליטיים ואסירים ביטחוניים שהיו נתונים במשמורת שב"ס מאז פרוץ המלחמה. העתירה הוגשה ביום 24.10.2023 ופסק הדין בעתירה ניתן ביום 23.11.2023, כלומר 30 ימים מיום הגשת העתירה; עוד ראו בג"ץ 7650/23 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון לאומי (נבו 30.10.2023), שם נדונה בקשה לביטול חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 64 – הוראת שעה – חרבות ברזל) (מצב חירום כליאתי), התשפ"ד–2023, ס"ח 6. התיקון אפשר למנהל בית הסוהר להלין אסירים בחריגה מההוראות לעניין שטח מחיה ולעניין זכויות למיטה, נוכח מצב החירום החריג אשר הביא למעצרים מרובים ועומס על בתי הכלא. התיקון התקבל ביום 18.10.2023, עתירות הוגשו ביום 23.10.2023, וביום 30.10.2023 דחה בית המשפט את העתירות, כלומר בית המשפט דן והכריע בעניין תוך שבעה ימים מיום הגשת העתירה. עניין נוסף שאליו נדרש בית המשפט היה התפשטות מגפת הגרדת באגפי האסירים הביטחוניים, אשר תנאי הכליאה בהם הוכחדו בשל העומס הרב שנוצר בבתי הכלא בישראל לאחר פרוץ המלחמה, ראו בג"ץ 5908/24 רופאים לזכויות אדם - ישראל נ' שירות בתי הסוהר (נבו 25.11.2024). העתירה הוגשה ביום 18.7.2024, ובאותו יום הורה בית המשפט לשירות בתי הסוהר להגיש תגובה מקדמית. פסק הדין הסופי בעתירה ניתן ביום 25.11.2024, כארבעה חודשים לאחר הגשת העתירה. העתירה נדחתה לאחר שבא כוחם של העותרים הודיע כי איננו עומד עוד על העתירה לאחר שנציגי השב"ס הציגו לפני בג"ץ את דרכי פעולתם למיגור המגיפה בבית הכלא.

68 ראו למשל בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385 (2002), שם התערב בג"ץ במהירות בתנאי הכליאה של עצירים בכלא עופר במהלך האינתיפאדה השנייה.

מלחמה, עתירות שלא פעם מוגשות ונדונות תוך כדי הליך הלחימה עצמו.⁶⁹ דוגמה שנייה היא התערבות בג"ץ בתחום המינויים השלטוניים. בג"ץ מפקח על תקינותם של הליכי מינוי וגם על טוהר המידות של ממלאי תפקידים ציבוריים.⁷⁰ גם בתחום זה האפקטיביות של הפיקוח נובעת, בראש ובראשונה, מהיכולת של בג"ץ להתערב בהליך המינוי (בין בפסק דין סופי ובין בצו ביניים) במהירות ומייד לאחר שדבר המינוי (או אף הכוונה למנות את פלוני לתפקיד כלשהו) נודע ברבים.⁷¹

2. השהיית הדיון בבג"ץ – התזמון כטכניקת הימנעות

אחד מפסקי הדין החשובים ביותר שנתן בג"ץ בתחום ההגנה על זכויות האזרח הוא פסק הדין הידוע בסוגיית העינויים. בפסק הדין קבע בג"ץ כי הפרקטיקות שהפעיל שירות הביטחון הכללי במהלך חקירות של חשודים בטרור, שכונו "לחץ פיזי מתון", הן למעשה עינויים של החשודים ולפיכך הן אסורות.⁷² פסק הדין נחשב לאבן הראשה של הדיון בזכויות האדם בישראל ובתפקיד של בית המשפט בהגנה עליהן. הוא היה בסיס לדינויים רבים בקרב הקהילה המשפטית והציבור בכללם ולכתיבה אקדמית ענפה בישראל

69 למשל, העתירות כנגד שימוש בכלי נשק לא חוקיים, עתירות שחלקן הוגשו ונדונו תוך כדי המבצעים הצבאיים. ראו למשל בג"ץ 4146/11 **הס נ' ראש המטה הכללי** (נבו) 9.7.2013 (עתירה כנגד שימוש בתחמושת זרחן לבן על ידי צה"ל); בג"ץ 3261/06 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון** (נבו) 31.1.2011 (עתירה בנוגע לטווח הירי הארטילרי של צה"ל לעבר רצועת עזה).

70 דותן *Impeachment*, לעיל ה"ש 3.

71 אם הליך המינוי השלטוני עדיין לא הושלם אזי אין מקום שבג"ץ ידון בעתירה בשל היותה מוקדמת ובלתי בשלה לדיון, ראו פוליאק, לעיל ה"ש 20. עם זאת, לא פעם העותרים מזדרזים להגיש עתירות לבית המשפט מייד כשיש פרסומים על כוונה למנות את פלוני לתפקיד כלשהו, ובית המשפט דוחה את הדיון בעתירה עד לשלב שבו הליך המינוי מתגבש. ראו למשל בג"ץ 8707/10 **הס נ' שר הביטחון** (נבו) 3.2.2011, שבו הוגשה עתירה נגד מינויו של האלוף יאיר נווה לתפקיד סגן הרמטכ"ל. בית המשפט מתח ביקורת על כך שהעותרים לא מיצו את ההליכים ופנו לגורמים המוסמכים קודם להגשת העתירה (שם, בפס' 9), אך העתירה נדונה בסופו של דבר לגופה ונדחתה. לעיתים קרובות כלל אין צורך בכך שבג"ץ ידון לגופו של עניין בתוקף המינוי, משום שעצם הגשת העתירה מניע תהליך פוליטי וציבורי שבעקבותיו הגורם הממנה (או לעיתים אף המועמד עצמו) מחליטים לחזור בהם והמינוי מסוכל, ראו למשל לאחרונה את העתירה לבג"ץ שבעקבותיה סוכל המינוי של יוליה שמאלוב ברקוביץ לתפקיד מנכ"לית חדשות 13, נבו טרבלסי "ניצחון לעובדים בחדשות 13: שמאלוב-ברקוביץ' תודח, ימונה מחליף זמני" **גלובס** (7.8.2024) <https://perma.cc/WP74-P3ZT>.

72 בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817 (1999) (להלן: בג"ץ העינויים).

ומחוצה לה, ואף נלמד בבתי הספר למשפטים.⁷³ אלא שהקריאה ה"שגרתית" של פסק הדין מחמיצה בדרך כלל עובדה מעניינת אחת, והיא הפער הבולט בין מועד הגשת העתירות, מועדי הדיונים בבית המשפט ומועד פרסומו של פסק הדין הסופי. העתירה הראשונה (מבין כמה שפסק הדין איחד אותן) הוגשה כבר ב-1994 ורובן של העתירות האחרות הוגשו בין השנים 1995 ל-1997.⁷⁴ לכאורה, היה מקום שבג"ץ יכריע בעתירות הללו מייד עם הגשתן, שהרי עסקינן בפרקטיקות שפגעו פגיעה חמורה בזכויות האזרח של החשודים ושבית המשפט קבע שהן בלתי חוקיות בעליל. למעשה, התערבות מהירה של בית המשפט, למצער בצו ביניים, הכרחית ולו רק משום שהפעלת טכניקות החקירה הללו כלפי החשודים נעשית תמיד בשעות הראשונות שלאחר תפיסתם (במצבים של "פצצה מתקתקת") וזאת כדי לסכל באופן מיידי את מעשה הטרור שתכננו ובכך למנוע את הפגיעה הנובעת מהם.⁷⁵ אלא שבפועל, לא זו בלבד שבג"ץ לא פסק בעניין באופן מיידי, אלא השהה את הטיפול בעתירות לאורך שנים ארוכות (שבהן המשיך השב"כ להפעיל את אותן פרקטיקות ולפגוע בזכויות חשודים), עד שפסק הדין פורסם לבסוף בשלהי שנת 1999. הסבר לכך שעתירה שעסקה בנושא חשוב כל כך, שנוגע לזכויות יסוד של חשודים בטרור, הייתה תלויה ועומדת בבית המשפט במשך תקופה ארוכה כל כך נעוץ, לדעתי, במישור הפוליטי והאסטרטגי. סוגיית החקירות של חשודים בטרור היא סוגיה רגישה מאין כמוה במישור הביטחוני והפוליטי. ההתערבות של בג"ץ בנושא רגיש כזה הייתה כשלעצמה עניין רגיש, משום שהדבר היה עשוי להיתפס בציבור כהתערבות של בית המשפט שפועלת לטובת ארגוני הטרור ועל חשבון הביטחון האישי של אזרחי המדינה. התקופה שבה הוגשו העתירות (בשנים 1994–1997) הייתה תקופה סוערת, שבה אירעו פיגועים רבים שגרמו להרג של אזרחים וחיילים, ומערכת הביטחון הייתה נתונה ללחץ ציבורי כבד לסיכול הפיגועים והקטנת מספרם של הנפגעים.⁷⁶ לעומת זאת, התקופה שבה ניתן פסק הדין, שלהי 1999, הייתה אחת התקופות הרגועות ביותר במדינה

73 בעקבות בג"ץ העינויים נחקק חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב–2002. אם כי, לאחר ויכוחים רבים, הוחלט שלא לכלול בו את סעיף "הפצצה המתקתקת", ראו אריאל צימרמן **הצעת חוק השב"כ: ניתוח משווה** (המכון הישראלי לדמוקרטיה 1997).

74 ראו הצגת העובדות בבג"ץ העינויים, לעיל ה"ש 72, בפס' 2–7. רק אחת מהעתירות הוגשה ב-1999, ראו שם, בפס' 7.

75 למרות זאת, בג"ץ כמעט לא הוציא צווי ביניים בעתירות מסוג זה למעט במקרה אחד, ראו בג"ץ 9018/17 טביש נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 26.11.2018).

76 זו הייתה התקופה של פיגועי הטרור הרצחניים בעקבות חתימת הסכמי אוסלו, ראו למשל אחיה ראב"ד ואלי סניור "השרידים של קו 5" *ynet* (18.10.2004) <https://perma.cc/XPS3-> 7FMC; ירון דרוקמן "מוות בדרך לבסיס: כשמחבלים התפוצצו בבית ליד" *ynet* (24.1.2015) <https://perma.cc/ZYK7-3DT8>.

מבחינה ביטחונית.⁷⁷ בתקופה זו היה אפוא נוח יותר לבית המשפט לפרסם את פסק הדין, משום שהאווירה הציבורית ביחס לאירועים ביטחוניים הייתה רגועה יותר.⁷⁸ הניתוח האמור של תזמון פסק הדין בעניין העינויים מבליט את התפקיד של תזמון העתירות ככלי הימנעות אסטרטגי בידי בג"ץ. ציינתי לעיל את העובדה שלרשות בג"ץ עומד ארסנל מוגבל של כלי הימנעות פורמליים, זאת משום שבניגוד לבתי משפט עליונים אחרים, הפנייה לבג"ץ איננה מותנית במתן רשות מיוחדת (כמו צו הצ'רטיוררי בבית המשפט העליון האמריקני).⁷⁹ בג"ץ גם שחק במידה רבה כלים אחרים של הימנעות, כגון דוקטרינות הגישה של זכות העמידה והשפיטות.⁸⁰ עקב כך לא נותרו בידי בג"ץ כלים רבים למקרים שבהם קיים אינטרס מוסדי של בית המשפט להימנע מדיון בנושא מסוים או להימנע מדיון בנושא מסוים בנקודת זמן נתונה (קרי, במועד הגשת העתירה). השליטה המוחלטת של בג"ץ במישור התזמון של הדיון בעתירות היא אחד הכלים העיקריים שנותרו בידי בג"ץ כטכניקת הימנעות, והיא משמשת במידה רבה תחליף לכלים הפורמליים שאינם עומדים לרשותו. לא פעם מוגשות לבית המשפט עתירות בנושאים שבית המשפט חש שהדיון בהם עלול לחולל תגובה ציבורית קשה או שפסיקתו לפסילת המדיניות הממשלתית תיתקל בהתנגדות עזה של הרשויות הפוליטיות, התנגדות שעלולה לסכל, במישור היישום, כל ניסיון של בית המשפט לחולל שינוי מדיניות ואף להוביל לניסיונות לפגוע באוטונומיה המוסדית שלו באמצעות חקיקה שתגביל את סמכותו. התגובה של בית המשפט במצבים כאלה היא, בפשטות, לדחות את הדיון בעתירה שוב ושוב במשך שנים ארוכות בתקווה שהאווירה הציבורית תשתנה והתערבות מצידו תזכה לתמיכה ציבורית שתקל את האכיפה של שינוי המדיניות. דוגמה בולטת אחת לעתירה כזו היא העתירה שהגישו "נשות הכותל" בנוגע לזכויות של נשים להתפלל במתחם הכותל המערבי. העתירה הראשונה בנושא זה הוגשה כבר בתחילת שנת 1989. הדיונים בעתירה זו נמשכו שנים מספר, ובסופו של דבר, בשנת 1994 הכיר בג"ץ, ברוב דעות, בזכותן העקרונית של העותרות לקיים באתר הכותל תפילה על

77 למרבה הצער, הרגיעה הזו הסתיימה כבר בתחילת שנות האלפיים עם פרוץ האינתיפאדה השנייה. ראו הסכסוך הישראלי-פלסטיני: מתהליך שלום לעימות אלים 2000–2005 (יעקב בריסימן טוב עורך, מכון ירושלים לחקר ישראל 2005).

78 זמן קצר לאחר פרסום פסק הדין בבג"ץ העינויים, פרסם בית המשפט עוד פסק דין מפורסם שעסק בעניין רגיש ביחסי יהודים-ערבים בישראל, הוא בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000). גם בעניין קעדאן העתירה הייתה תלויה בבית המשפט שנים מספר לפני פרסום פסק הדין.

79 ראו Arguelles & Ivar A. Hartmann, *Agenda Setting*, in OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE JUDICIAL BEHAVIOR 3–4 (Lee Epstein et al eds., 2024).

80 ראו הערה 40 לעיל וטקסט לידה; ראו הדיון בפרק ב לעיל; דותן *ביקורת שיפוטית*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 246–253; דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 34, בעמ' 5–11; עם זאת, בג"ץ עדיין עושה שימוש תכוף בדוקטרינות הבשלות כטכניקת הימנעות שבמקרים רבים מחליפה את דוקטרינת השפיטות, ראו הערה 20 וההפניות שם.

פי דרכן.⁸¹ ההכרעה של בג"ץ בעתירה הראשונה לא הובילה לכל שינוי במדיניות של הרשויות המוסמכות, ואלה המשיכו לסרב בתוקף לאפשר לעותרות להתפלל בכותל כמנהגן. עקב כך הן נאלצו לעתור שוב לבג"ץ לקביעת הסדרי ביצוע שיאפשרו להן להתפלל ברחבת התפילה שליד הכותל. בפסק הדין שניתן בעתירה זו, קבע בג"ץ כי הממשלה הפרה את הוראות בית המשפט בפסק הדין הראשון והורה לה לקבוע את ההסדרים והתנאים המתאימים שיאפשרו לעותרות להתפלל לפי מסורתן. פסק דין זה ניתן על ידי בית המשפט באמצע שנת 2000, אם כי העתירה הוגשה כבר בשנת 1995. ואולם, בית המשפט לא קבע בו כל קביעה קונקרטית באשר לתוכנם של ההסדרים הראויים שיגשימו את זכויות העותרים, אלא הותיר את העניין לשיקול דעתם של המשיבים. המשיבים מצידם לא פעלו בנמרצות (בלשון המעטה) כדי לקיים את הוראת בית המשפט, ובמקום זאת הגישו בקשה לדיון נוסף בנושא. אלא שהכרעת בג"ץ בדיון הנוסף ניתנה רק בשנת 2003.⁸² גם ההכרעה בדיון הנוסף הייתה מורכבת, משום שמצד אחד הורה בג"ץ לממשלה להכשיר את אתר קשת רובינסון, הקרוב לכותל המערבי, כאתר שישימש לתפילה עבור נשות הכותל, אך מצד אחר, בצו של בית המשפט כלולה כבר ההכרה באפשרות שהממשלה לא תקיים את הצו הקונקרטי, כך שבג"ץ כלל הוראה חלופית שחזרה לנוסחה הכוללנית והעמומה של פסק הדין הראשון שלפיה על הממשלה לעשות "הסדרים ותנאים מתאימים" שיאפשרו את תפילת העותרות במתחם הכותל.⁸³ בסופו של דבר, גם לאחר כשלושה עשורים ויותר של התדיינות משפטיות ולמרות פסיקת בג"ץ, עדיין לא נמצא פתרון ממשי בנושא זה וזכות העותרות להתפלל באתר הכותל נותרה על הנייר בלבד.⁸⁴ ה"סאגה" של נשות הכותל היא דוגמה אחת מיני רבות למצבים שבהם קיים פער בין הנכונות של בית המשפט להכיר בזכויות העותרים לבין היכולת שלו לאכוף את הזכויות הללו, הלכה למעשה, על המשיבים. דוגמאות בולטות אחרות הן הנושאים של גיוס תלמידי הישיבות לצה"ל ותקצוב מערכת החינוך החרדית.⁸⁵ היכולת של בית המשפט לאכוף את פסיקותיו על הממשלה והכנסת מוגבלת במיוחד במצבים שבהם הפסיקה מעוררת התנגדות ציבורית עזה (מטעמים אידאולוגיים, פוליטיים או אף כלכליים) בקרב

- 81 בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265 (1994); בג"ץ 3358/95 הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד נד(2) 345 (2000).
- 82 דנג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש הממשלה נ' הופמן, פ"ד נז(3) 289 (2003).
- 83 שם, בפס' 14 לפסק הדין של השופט (בדימ') אנגלרד.
- 84 ראו למשל בג"ץ 8124/15 מגנוס נ' הממונה על הכותל המערבי (נבו 11.1.2017) ממנו ברור כי הממשלה לא יישמה את הפתרון של אתר קשת רובינסון וכי, הלכה למעשה, גם שנים ארוכות לאחר פסיקת בג"ץ בדיון הנוסף נמנע מנשות הכותל להתפלל באתר כמנהגן.
- 85 ראו פסק הדין בעניין גיוס בני הישיבות בבג"ץ 6198/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון (נבו 25.6.2024), ואת התגובה הציבורית לאחריו – מרב סבר "הערכאות הכריזו מלחמה על עולם התורה": הרב לנדו מחרים את החלת גיוס בני הישיבות לצה"ל "ישראל היום" (11.7.2024) <https://perma.cc/J5WL-HWWY>; בנוגע לתקצוב מערכת החינוך החרדית ראו בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142 (2010), שעסק בתשלום גמלת הבטחת הכנסה לתלמידים במוסדות דת. העתירה הוגשה בשנת 2000 אך פסק דינו של בג"ץ ניתן רק בשנת 2010.

סקטורים מסוימים שיש להם השפעה פוליטית ניכרת על הממשלה, ואשר מידת האמון שהם רוחשים לבית המשפט היא מלכתחילה מוגבלת במקרה הגרוע פחות, כגון הסקטור החרדי.⁸⁶ במצבים מעין אלה, אם בג"ץ מנסה לכפות על המשיבים, הר כגיגית, הסדר מסוים, הוא עשוי למצוא את עצמו במצב שבו פסק הדין אינו נאכף. אכיפת פסקי דין כאלה, כרוכה לא פעם בשינוי מדיניות רוחבי בתחום פוליטי רגיש, ודורשת מהממשלה לא רק מאמץ לוגיסטי ותקציבי, אלא גם הקדשת תשומות פוליטיות להתגברות על ההתנגדות הציבורית בקרב אותם סקטורים. שופטי בג"ץ מודעים היטב לעובדה שבמצבים כאלה מרבית הסיכויים הם שהממשלה לא תהיה מוכנה להקדיש את התשומות הללו לביצוע פסק הדין אלא תנסה להתחמק מביצועו על ידי גרירת רגליים, הקמת "ועדות" למיניהן ושאר התמרונים שמטרתם להשאיר את פסק הדין כאבן שאין לה הופכין. מנגד, הכרה מפורשת של בג"ץ בחוסר היכולת שלו לאכוף את פסיקותיו עלולה להוביל אותו למתן גושפנקה פורמלית לפגיעה בעקרונות יסוד חוקתיים ובזכויות אזרח. הפתרון שנוקט בית המשפט במצבים כאלה מבוסס אפוא לא פעם על מישור התזמון. הדיון בעתירה נדחה שוב ושוב תוך שבית המשפט מנסה להניע את המשיבים לגיבוש פתרונות ורפורמות, בתקווה שבשלב מסוים ישתנה הרכב הממשלה או תשתנה האווירה הפוליטית, באופן שיאפשר את הגשמת הרפורמות ברוח פסיקת בג"ץ.⁸⁷

3. השהיית הדיון בבג"ץ – התזמון כמכשיר לשינוי מדיניות

לצד השימוש שעושה בג"ץ בתזמון העתירות לצרכים "אסטרטגיים", הוא עושה שימוש דומה בתזמון גם לצורך הגשמה של תהליכים אחרים של שינוי מדיניות ממשלתית. במקרים מסוימים, כאשר בג"ץ שואף לגרום לשינוי מדיניות ממשלתית בתחום נתון, הדבר נעשה בתחום פוליטי רגיש או שהוא מעורר התנגדות עזה מצד חוגים כאלו או אחרים. לעיתים הצורך ב"ליווי" צמוד של בג"ץ לאורך תהליכי גיבוש המדיניות נדרש משום ש"גלגלי הבריקרטיה" מסתובבים לאט, ושינוי מדיניות מחייב תיאום ושיתוף פעולה של גורמים רבים, לרבות אלו המופקדים על הקצאת תקציבים וכיוצא בזה. במצבים כאלה, כאשר פסק הדין דורש מהמדינה להנהיג שינוי רוחב במדיניותה, דבר שלעיתים מצריך הסדרים מורכבים ויצירתיות מסוימת מצד מחוללי התהליך, בית המשפט חש שפסק דין פורמלי שיינתן על אתר עשוי להחמיץ את המטרה, משום שבמהלך הזמן עשויה להתברר העובדה שאי-אפשר לקיים את פסק הדין בשל שינוי הנסיבות או מסיבות אחרות. כבר הצבעתי על כך שבמצבים כאלה מוטב שבית המשפט יעודד את הצדדים (במיוחד את הרשויות) להגיע לפשרה, שתאפשר שינוי מדיניות אך תותיר לרשות המינהלית גמישות ביצועית ביישום התהליך.⁸⁸ לשליטה של בית המשפט

86 ראו תמר הרמן ואח' מדד הדמוקרטיה הישראלית 2023 96–97 (2023).

87 ואכן, שינוי כאמור מסתמן לאחרונה לכאורה בסוגיית גיוס האברכים בעקבות פרוץ מלחמת "חרבות ברזל" והמחסור הקשה בחיילים, ששינה את האווירה הציבורית בסוגיה זו. ראו שלומית רביצקי טור-פז שותפות החברה החרדית בצל מלחמת חרבות ברזל – עמדות והתנהגויות הציבור החרדי והציבור הלא חרדי בישראל (2024).

88 ראו הדיון בפרק א, טקסט אחרי הערה 23 לעיל.

בתזמון ההליך יש תפקיד חשוב בהקשר זה, משום שהיא מאפשרת לו להביא את הצדדים, בהדרגה, ליצירת המדיניות החדשה בדרך של הסכמה, וגם להבטיח פיקוח שיפוטי מסוים על התהליך.⁸⁹ כך, בסופו של דבר, לעיתים לאחר שהעתירה תלויה בפני בית המשפט חודשים ושנים, מושג שינוי המדיניות המיוחל.

דוגמה אחת לעתירה שבה נוהל תהליך כזה היא עניין **פלוני**, שם שונו, בהנחיית בג"ץ, תנאי ההחזקה של קטינים אזרחי מדינות אפריקה שנכנסו לישראל שלא כדין דרך גבול מצרים.⁹⁰ במקרה זה הדגיש בית המשפט עצמו את האופי ה"שמרטי" של העתירה ותיאר את התהליך שבו בית המשפט פותר בעיה שהיא "מעשית בעיקרה" על ידי "ליווי הרשויות תוך עידוד וזירוז פעולתן".⁹¹ דוגמה נוספת היא פסק דין שבו הובטחה הקצאת קרקעות לתושבי כפר ראמה, בני העדה המוסלמית, לנוכח תוכנית להקצות קרקעות לתושבים הדרוזים המשרתים בצה"ל,⁹² וכן הליך שבעקבותיו הובטח שינוי המדיניות של משרד התחבורה להגבלת כמות הנוסעים המותרים בעמידה בתחבורה ציבורית.⁹³ במקרים כאלה, שינוי המדיניות מושג בדרך כלל בדרך לא פורמלית של הסכמת המשיבים לקביעת הסדרים מסוימים שמספקים פתרונות פרקטיים, וזאת בלי שהדבר מצריך התערבות פורמלית בפסק הדין. במילים אחרות, לעיתים קרובות תהליכים מורכבים כאלה של שינוי מדיניות מושגים "מאחורי הקלעים" בליווי ועידוד של בית המשפט, אך התוצאה הפורמלית של ההליך היא דחיית העתירה או מחיקתה.⁹⁴ אין אפוא הלימה בין הנוסח של פסק הדין הפורמלי ותוצאתו לבין השינויים שהונהגו בעקבות ההליך המשפטי בבג"ץ, הלכה למעשה.⁹⁵

89 בהקשר זה יש חשיבות רבה לשיתוף פעולה מצד מי שמייצג את הרשות המינהלית בפני בג"ץ, קרי, בדרך כלל, מחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה. דוגמה בולטת להסדר מינהלי מורכב כזה שהושג באמצעות סדרה של הליכים בבג"ץ הוא הטיפול בזכויותיהם של תושבי הכפרים הלא מוכרים בנגב, ראו דותן *LAWYERING*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 158–164.

90 בג"ץ 1254/10 **פלוני נ' רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול** (נבו 4.4.2012).

91 שם, בפס' ב לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין. וראו גם בג"ץ 5587/07 **עוזיאל נ' מס רכוש וקרן פיצויים** (נבו 2.3.2008), שם נדרש בג"ץ ל"ליווי צמוד" של המשיבים לאורך זמן על מנת להבטיח הקמתן של ועדות ערר לפי התקנות הרלוונטיות.

92 בג"ץ 6906/13 **טוהא נ' רשות מקרקעי ישראל** (נבו 7.2.2017).

93 בג"ץ 1527/06 **התנועה להגיונות שלטונית נ' משרד התחבורה** (נבו 9.6.2009).

94 ראו למשל בג"ץ 6190/21 **פואה נ' השר ניצן הורוביץ** (נבו 22.2.2022) (עתירה שבעקבותיה הוצאה הנחיה לגבי הסדרת רישום שינוי מין ללא ניתוח בחוזר משרד הבריאות, אף על פי שאילו היו המשיבים צריכים לעגן את ההנחיה בתקנות, הייתה מתעוררת שאלה באשר לסמכותם בנושא).

95 מובן שלא תמיד הליך ה"שמרטפות" של בג"ץ מצליח להוביל לשינוי מדיניות ולפעמים בית המשפט דוחה את העתירה ללא הגשמת שינוי המדיניות המיוחל, ראו למשל בג"ץ 3091/99 **האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת** (נבו 8.5.2012). במקרה זה, תקפה העותרת את הפרקטיקה של ההארכות החוזרות ונשנות של ההכרזה על מצב החירום במדינה, והעתירה

4. התזמון בעיצוב הסעדים

הגמישות במישור הזמן המאפיינת את ההליכים בבג"ץ באה לידי ביטוי לא רק בכל הנוגע למועדים של תחילת הדיון בבג"ץ ולאורך ההתדיינות, אלא גם לאחר מתן פסק הדין. לא פעם בית המשפט מנסה, במסגרת פסק דינו, להקנות רכיב של גמישות במישור הזמן גם לאחר סיום ההתדיינות. הביטוי המובהק לכך הוא הפיתוח של סעד הבטלות המושהית.⁹⁶ הסעד הזה מאפשר לבית המשפט, גם לאחר שקבע כי רשויות המדינה נהגו שלא כדין ולכן הוא מבטל את פעולתן או החלטותיהן, לקבוע כי הסעד ייכנס לתוקף לאחר פרק זמן מסוים, שנקבע בפסק הדין, וזאת כדי להעניק לרשות המוסמכת זמן להתארגן ולערוך התאמות המתחייבות מסעד הבטלות. התאמות כאלה יכולות לכלול לעיתים פעולות חקיקה שיכשירו את הפגם בחקיקה או במדיניות הקיימת או פעולות מעשיות להתאמת פעולותיה של המדינה למה שנובע מפסק הדין. הסעד של בטלות מושהית מופעל על ידי בית המשפט הן בנוגע למדיניות מינהלית והן בנוגע לחקיקה.⁹⁷

סיכום

להחלטות של בג"ץ המתקבלות בהקשר של תזמון הדיון בעתירות המוגשות אליו יש חשיבות רבה, ולעיתים קריתית, לא רק בנוגע לתוצאות העתירה הקונקרטית ומידת האפקטיביות של התערבות בג"ץ במדיניות הממשלה, אלא גם בנוגע למעמדו של בג"ץ כשחקן בזירה הציבורית בישראל ויחסיו עם הרשויות האחרות. ההיקף הניכר של שיקול הדעת של בג"ץ במישור התזמון פירושו שבג"ץ יכול, במקרים מסוימים, להתערב באופן מיידי ולהשפיע על המדיניות הממשלתית (כפי שנעשה למשל בפרשת **אנצאר**), אך הוא יכול גם להימנע מהתערבות במשך שנים ארוכות שבהן הפעולות הבלתי חוקיות (או הספק חוקיות) של רשויות הממשלה נמשכות (כפי שנעשה למשל בבג"ץ העיניים). אומנם להחלטות בית המשפט במישור התזמון יש נראות נמוכה, אך הן עשויות לחרוץ

הייתה תלויה ועומדת במשך כ-13 שנים עד שבית המשפט הורה על מחיקתה תוך ציון שהיא "מיצתה את עצמה" (אף על פי שמצב החירום לא בוטל).

96 לסקירה כללית ראו יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" **משפט וממשל** ט 39 (2006).

97 ראו למשל בג"ץ 3132/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל**, פסק הדין של השופט (כתוארו אז) מלצר (נבו 13.4.2016); וכן בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל**, פס' לד לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (נבו 6.9.2017) (בעתירה זו נידון עיגון מנגנון התקציב הדרשנתי במתכונת של תיקון חוק-יסוד: משק המדינה בהוראת שעה ובג"ץ הוציא "התראת בטלות"), "על כן יש צורך בהרתעה מובהקת צופה פני עתיד, אף אם זו הכרעה חוקתית העשויה לייעל הליכים ולקצרים; [...] ראו והשוו לעניין זה עמדתו של השופט מלצר בעניין יש עתיד השני בסוגיית דוקטרינת ה-mootness אשר יובאה מן המשפט האמריקאי והחריגים לה, דהיינו המקרים בהם ראוי כי בית המשפט יעניק סעד אף שהסוגיה מעיף תאורטית – כיון שיש סיכוי שהשאלה תעלה בעתיד, אולם נוכח אופייה הזמני תהפוך 'תאורטית' פעם נוספת"; לפיתוח הסעד של בטלות מושהית יש קשר לפיתוח תפיסת הבטלות היחסית בפסיקה ראו דותן **ביקורת שיפוטית**, לעיל ה"ש 18.

גורלות. ואולם, החשיבות של סוגיית התזמון עומדת ביחס הפוך להיקף הדיון בה בפסיקה ובספרות. רשימה זו נועדה להפנות זרקור לסוגיית התזמון, כדי לצמצם במידת מה את הפער האמור.