

סעד חוקתי חדש בעליון: עריכת חקיקה

מאת

דוד פטר*

מבוא

במסגרת מאמר זה אבקש להראות כיצד בפסק הדין המשלים בפרשת ארד־פנקס¹ (הפלייתם של גברים הומוסקסואלים באסדרת הפונדקאות בישראל) פרץ בית המשפט את המסגרת הפורמלית של מניפת הסעדים הזמינה לו ושלח ידו אל עבר תחום חדש ואסור מבחינה מוסדית – עריכת חקיקה. תוצאתה של פריצה זו היא שהפונדקאות מוסדרת כיום בישראל בנוסח חוק שמעולם לא אושר בכנסת. יתירה מזאת, נוסח החוק בתר־פסק־הדין לא היה יכול להיות מאושר בכנסת במסגרת יחסי הכוחות הפוליטיים השוררים בחברה הישראלית. כובעה החדש של הרשות השופטת לא נותר כאנומליה אנליטית של המשפט הציבורי הישראלי בפסק דין נקודתי. בית המשפט שלח מאז ידו בניסיון נוסף לבצע עריכת חקיקה. ניתן לראות חבישה שיפוטית מובהקת של כובע "עורך החקיקה" במסגרת החלטת הביניים של בית המשפט במסגרת העתירה, שעודנה תלויה ועומדת, כנגד הוראת השעה על חוק האזרחות והכניסה לישראל אשר מונעת התאזרחות בדרך של נישואין עם נתיני אויב ואזורי סיכון (להלן: פרשת איחוד משפחות 2022).²

פרשת ארד־פנקס: סיפור המקרה

בני הזוג איתי ויואב ארד־פנקס עתרו לבג"ץ בשנת 2015 כנגד חוקתיות הסדר הפונדקאות שנהג באותה עת מכוח חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 ומכוח ההוראות הקשורות אליו בחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010. בפיהם עלתה טענה לפגיעה בזכותם לשוויון ולהורות משום שהסדר מחריג מתחולתו גברים יחידים וזוגות הומוסקסואלים. נוסף על כך העתירה כללה טענה כנגד חוקתיות ההסדר בכל הקשור לדרישה לזיקה גנטית בין

* עו"ד דוד פטר הוא חוקר בפורום קהלת למדיניות.

¹ בג"ץ 781/15 ארד־פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (נבו, 11.7.2021) (להלן: פסק הדין משלים ארד-פנקס).

² בג"ץ 1777/22 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שרת הפנים (נבו, 04.12.2022).

העובר לאחד מההורים המיועדים – רכיב זה בעתירה נדחה במסגרת פסק דין חלקי בשנת 2017.

בפברואר 2020 ניתן פסק דין חלקי אשר קיבל את העתירה וקבע כי אכן ישנה פגיעה בלתי מידתית בזכות להורות ובזכות לשוויון בכך שהחוק מפלה גברים יחידים וזוגות הומוסקסואלים. בית המשפט קבע כי תינתן התראת בטלות והסעד החוקתי יינתן בחלוף 12 חודשים אם לא תתקן החקיקה כך שתבטא "מחויבותם לזכות לשוויון ולהורות של גברים יחידים ובני זוג מאותו מין".³

לאחר מספר בקשות ארכה של המדינה, בין היתר בצל התפזרות הכנסת ה-23, השבעתה של הכנסת ה-24 והשבעת ממשלת החילופים בראשות בנט-לפיד, לבסוף, ביום 6.7.2021, הודיעה המדינה כי משרד הבריאות שותף לעמדה שבהסדר הקיים נפלו פגמים אך "בעת הנוכחית אין היתכנות פוליטית מעשית לקדם הליכי חקיקה". שר הבריאות דאז ניצן הורוביץ כתב במכתב ליועמ"ש דאז מנדלבליט כי "הסיכוי לתקן את החוק בכנסת הנוכחית אפסי (...). עמדתנו היא שבית המשפט ייתן פסק דין בנושא", מכתבו זה צורף לעמדת המדינה שהוגשה לבית המשפט וסוקר בהרחבה בכלי התקשורת.⁴ כלומר שר הבריאות דאז הורוביץ הבין שהוא לא יצליח להשיג את מבוקשו מבחינת מדיניות באמצעות מנגנון ההכרעה הפרלמנטרי וביקש במפורש מבית המשפט לפסוק ולספק לו את מבוקשו. בית המשפט אף מצטט את דברי העותרים באומרים: "בשים לב לעמדת המשיבה 1, ברי כי בשלה העת למתן פסק דין סופי בעתירה".⁵

ביום 11.7.2021, כעבור 3 ימי עבודה בלבד, פורסם פסק הדין המשלים בעתירה אשר בהמשך לפסק הדין החלקי העניק סעד חוקתי. אלא שהסעד שניתן, כך אבקש להראות במאמר זה, הוא חריג ביותר ומשולל לגיטימציה דוקטרינרית.

בית המשפט ביטל את הרכיבים בסעיף ההגדרות בחוק אשר מחריגים מן הסדר הפונדקאות גברים יחידים וזוגות הומוסקסואלים.⁶ בנוסף, באמצעות פרשנות תכליתית, נקבע כי יש לפרש את כלל המנוחים בחקיקות הרלוונטיות, כגון "נתרמת" ו"אם מיועדת יחידה", ככאלה הכוללים את שני המינים.

הרחבת מניפת הסעדים המקובלת

עת נידונה עתירה בפני ערכאה חוקתית עומדות בפני המותב מספר אפשרויות מוגבלות. אחת, ניתן לדחות את העתירה. שתיים, ניתן לפרש את דבר החקיקה מושא התקיפה החוקתית באופן שיקיים הרמוניה בין הנורמה החוקתית לדבר החקיקה, וזאת בכפוף לכללי הפרשנות המקובלים. שלוש, ניתן לפסול את החוק. בין אם פסילה מלאה או פילוח החלקים ה"נגועים" באמצעות "עיפרון כחול". זוהי מניפת סעדים עשירה ומגוונת אך יחד עם זו מוגבלת. האקט השיפוטי שבוצע בפסק

³ בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פסקה 37 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו 27.2.2020).

⁴ גלעד מורג "הורוביץ לבג"ץ: סיכוי אפסי לקדם בחוק פונדקאות ללהט"בים, תנו פסק דין" 6.7.2021, YNET.

⁵ פסק הדין המשלים ארד-פנקס, לעיל ה"ש 1, פסקה 3 בפסק דינה של השופטת חיות.

⁶ נפסלו הגדרות "הורים מיועדים", "הורים מיועדים שהם בני זוג" ו"אם מיועדת יחידה".

הדין המשלים בפרשת אורדפנקס, פסילת רכיבים מתוך סעיף ההגדרות, הוא משהו אחר מבחינה מושגית ומשהו אחר מבחינת ההשלכות המוסדיות.

התוצאה של שינויים שיפוטיים ברכיב ההגדרות היא חוק חדש לחלוטין שמעולם לא נחקק בכנסת. בפסילה רגילה של חוקים מלאים או אפילו של סעיפים או רכיבים בתוך החוק – התוצאה היא חזרה למצב הבראשיתי בטרם חוקק המחוקק את אותה הוראה. הנורמה השלטת בתרפסקדין היא זו ששלטה טרם החקיקה. אך כאשר בית המשפט פוסל רכיבים בהגדרות, התוצאה בתרפסקדין היא מצב נורמטיבי שונה בתכלית מזה שהיה לאחר שנחקק החוק, אך גם שונה בתכלית מן המצב שהיה לפניו. מעולם לא התקיים בישראל הסדר פונדקאות כפי שהוא מתקיים לאחר שבית המשפט שינה את רכיב ההגדרות בחוק.

מדוע רכיב ההגדרות הוא מרחב כה שונה? ההגדרות, כשמן כן הן, מגדירות את המרחב שבו חלות הנורמות של החוק הרלוונטי, אך הן אינן נורמות פוזיטיביות כשלעצמן. חוק עם הגדרות בלבד, כמוכן, אינו יוצר אף נורמה. ההגדרות תוחמות מהיכן ועד היכן יחולו הנורמות שהחוק מפרט. גם מבלי להיכנס במסגרת מאמר זה לפולמוס אודות השאלה האם בית המשפט העליון הישראלי אכן אוזחז פורמלית בסמכויות של ערכאה חוקתית, ניתן להבחין בנקל שאין הצדקה דוקטרינרית לאף ערכאה חוקתית, באשר היא, לפסול רכיבים מתוך סעיף ההגדרות ובכך לייצר חקיקה חדשה יש מאין.

הדבר דומה לתעלול הנודע של הקוסם דייוויד קופרפילד שבו הוא העלים את פסל החירות באמצעות בניית המושבים של הקהל על ציר סמוי שהסיט את האודיטוריום כולו כמה מעלות הצדה עד שפסל החירות יצא מטווח הראיה של הקהל. הפסל לא זו, הקהל כולו זו. ממש כך, עריכת סעיפי ההגדרות על ידי בית המשפט מסיטה את משמעות החוק כולו תוך אחיזת עיניים שהנורמות נותרו במקומן. החירות הפוליטית של האזרחים, בהשאלה, כמו נעלמת.

לא די שהסדר הפונדקאות שחל בישראל בתרפסקדין מעולם לא עבר תחת שבט המחוקק, אלא שהוא גם לא היה יכול להיחקק במסגרת יחסי הכוחות הפוליטיים בישראל. הסיבה שנוצרה קואליציה סביב ההסדר שנחקק היא שגם האגפים הדתיים והחרדים יכלו להסכים להסדר פונדקאות עבור זוגות הטרוסקסואלים, נשים יחידניות ולסביות. האגפים הדתיים והחרדים ראו בזוג לסביות, מבחינה פורמלית, כאם יחידה, והעלמת עין זו אפשרה פשרה מקסימלית. גם קואליציה אחרת לגמרי, זו שהייתה בזמן מתן פסק הדין, שהייתה כפופה לווטו של מפלגת רע"מ בחקיקה הקשורה לסוגיות להט"ב מנעה כל אפשרות ריאלית לחוקק הסדר אחר.⁷

הפולמוס על פונדקאות

נראה שעבור רבים, לרבות הרכב השופטים, נקודת המוצא היא שהמצב הזה, קרי – שהכנסת לא מתירה פונדקאות לגברים יחידים ולזוגות הומוסקסואלים – היא "בעיה" ש"מישהו" צריך לפתור. נראה שלכך כיוון הורוביץ כאשר דהפנקטו קרא לבית המשפט שישמש כאותו "מישהו" שיפתור את הבעיה ויסדיר פונדקאות

⁷ גלעד מורג "הורוביץ לבג"ץ: סיכוי אפסי לקדם בחוק פונדקאות ללהט"בים, תנו פסק דין" Ynet (6.7.2021).

לגברים יחידים וזוגות הומוסקסואלים.

יש לזכור כי מדובר בסוגיה שנויה במחלוקת לא רק בהיבט הדתי, אשר רלוונטי כמובן לאגפים הדתיים הן במגזר היהודי והן במגזר הנוצרי והמוסלמי, אלא גם בהיבט האתי-הומני ובדגש על היבט הפמיניסטי. כך לדוגמה חכ"ל מיכל רוזין ממפלגת מר"צ הביעה בשנת 2014 את עמדתה נגד הרחבת הסדר הפונדקאות במסגרת דיון בכנסת בזו הלשון:

"השאלה היא, אם בכך שאני דורש את הזכות שלי, את השוויון שלי – האם אני רומס בכך זכויות של מישהו אחר. ואני מאמינה שיש בעיה גדולה, בעיה גדולה, עם נושא הפונדקאות כסחר בגופן של נשים".⁸

אף חכ"ל זהבה גלאון, גם היא ממפלגת מר"צ, נמנעה בהצבעה על אותה הרחבה שנידונה בשנת 2014 מטעמים דומים.⁹

מדינות דמוקרטיות מערביות רבות אוסרות כליל על פונדקאות – דנמרק, שוודיה, נורבגיה, פינלנד, צרפת, אירלנד, גרמניה, איטליה, ספרד ועוד. ולמעשה אם נתמקד בשאלת הגישה להסדרי פונדקאות לגברים יחידים וזוגות הומוסקסואלים אזי מבין כמאתיים מדינות העולם רק ארמניה, אוסטרליה, קנדה, דרום-אפריקה, אורוגוואי ואנגליה מאפשרות זאת.¹⁰ מדובר בסוגיה שנויה במחלוקת לא משום שיש מאבק בין הכוחות הפרימיטיביים לכוחות הנאורות ולא מחמת המאבק בין הכוחות להשכלה. מדובר בסוגיה שנויה במחלוקת משום שהיא מרובדת וכוללת זכויות מתנגשות בין צרכני הפונדקאות לנשים שמשמשות כספקיות. זוהי שאלה שתלויה בהעדפות ערכיות, תפיסות עולם, תרבות ואומדן הסיכונים לחברה בכל תרחיש.

בהחלט יש רבים בחברה הישראלית שסבורים שהיה צריך לאמץ מודל רחב ובלתי מובחן של אסדרת פונדקאות בישראל. אך ישנם גם רבים עם עמדות אחרות. ח"כ אמיר אוחנה הגיש הסתייגות להצעת החוק שלבסוף נידון בפני בית המשפט. ההסתייגות ביקשה להרחיב, בדומה לדרישת העותרים, את תחולת ההסדרת לגברים יחידים וזוגות הומוסקסואלים.¹¹ הסתייגותו של ח"כ אוחנה לא זכתה לרוב.

בית המשפט בפסק הדין המשלים בפרשת **ארד-פנקס** והשר לשעבר הורוביץ מתארים את אי הסדרת הגישה לפונדקאות לגברים יחידים וזוגות הומוסקסואלים כבעיה. אך באיזה מובן יש כאן בעיה? נראה שאין זו בעיה כלל. זהו התוצר הפוזיטיבי, לעת הזו, של כללי ההכרעה בדמוקרטיה הישראלית. חלקנו נוטים לגישה מרחיבה וחלקנו נוטים לגישה הזוהירה – שתי העמדות הן עמדות פוליטיות לגיטימיות שדורשות כלל הכרעה בעל הצדקה דמוקרטית רובנית. התיוג כבעיה מבזה את התוצר הפוליטי הפרלמנטרי. התגבש בכנסת רוב לאסדרת פונדקאות ביחס לקבוצות מסוימות וביחס לקבוצות אחרות לא.

⁸ [דיון במליאת הכנסת](#) מיום 27.10.2014 ביחס להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014.

⁹ "הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014 - להעביר את הצעת החוק לוועדה שתקבע ועדת הכנסת להכנה לקריאה שניה ושלישית" [אתר הכנסת](#) (27.10.2014).

¹⁰ ראו על כך באתר: <https://surrogacy360.org/considering-surrogacy/current-law-2/>.

¹¹ טל שניידר "לילה של דיונים בכנסת: אוחנה עם הסתייגות לחוק הפונדקאות" [גלובס](#) 18.7.2018.

אין זו מלאכה קלה לבסס את הטענה שאין שונות רלוונטית בין גבר יחיד לזוג הטרנסקסואלי או אישה יחידה וככל שמעמיקים בטיעון לזכות להורות ההצדקה להרחבתה נחלשת אך אין זה מעניינו של מאמר זה לבחון את איתנותה המשפטית של ההנמקה בפסק הדין. לבסוף בית המשפט קבע, כאמור, כי אסדרת הפונדקאות פוגעת בשוויון ובזכות להורות. אם כן, בפני בית המשפט ניצבו שלוש אפשרויות מבחינה אנליטית. ניתן לבצע פרשנות – אך בענייננו החוק החרגי במפורש גברים יחידים וזוגות הומוסקסואלים עניין שהקשה על היכול של הלשון להכיל פרשנות שכזו. וניתן, כמובן, לפסול את החוק. אלא שמסתתרת כאן בעיית מדיניות שיפוטית של ממש. אם בית המשפט היה פוסל את החוק מחמת פגיעתו הבלתי מידתית בשוויון ובזכות להורות הרי שכל אזרחי ישראל היו נותרים ללא חוק שמסדיר פונדקאות. קרי – אפילו זוגות הטרנסקסואלים לא היו יכולים לבצע הליך פונדקאות עד לחקיקת חוק חדש. וחוק חדש שכזה ככל הנראה לא היה נחקק או לכל הפחות היה מתעכב שנים ארוכות שכן, כאמור, אין קואליציה פוליטית מוצקה שתאפשר הסדר פונדקאות רחב ובלתי מובחן.

סעד חוקתי חדש

בית המשפט זיהה את התסבוכת, לדחות את העתירה אינם יכולים והנזק בפסילת החוק כבד מנשוא. לצורך מאמר זה נניח שאכן יש באסדרת הפונדקאות פגיעה בשוויון ובזכות להורות – במצב זה היה על בית המשפט ללכת בדרכו של בית המשפט העליון הבריטי ולהעיר על אי הלימה חוקתית מבלי להעניק סעד בטלות.¹² מתווה זה היה מאפשר דיאלוג חוקתי בין הרשויות מבלי לפגוע בזוגות הטרנסקסואלים או בנשים יחידניות.

אלא שלא זו הדרך בה בחר בית המשפט ללכת. בית המשפט ביטל רכיבים בסעיף ההגדרות ועל גביו הוסיף פרשנות תכליתית. באופן הזה שינה בית המשפט מהשורש את החוק כולו ויצר נורמה חדשה, יש מאין, שלא רק שמעולם לא נחקקה בכנסת אלא היא, כאמור, לא הייתה יכולה להיחקק. בית המשפט לא השיב את הנורמה למצב האפס. המצב בתרפסקדין לא התקיים מעולם בישראל, לא טרם החקיקה ולא לאחר החקיקה. בסוגיה רגישה מאוד בהיבטים אתיים, דתיים ותרבותיים רבים הנורמה השלטת בישראל כיום נעדרת כל לגיטימציה דמוקרטית.

בפרשה זו, לראשונה בית המשפט הישראלי עורך את סעיף ההגדרות ויוצר חוק חדש.¹³ יש להעיר כי מבחינה אנליטית גם פרשנות תכליתית, במובנה הישראלי – פיתוח התכלית האובייקטיבית מבית מדרשו של הנשיא בדימוס אהרן ברק – יוצרת בתרפסקדין נורמה חדשה שלא התקיימת לפני חקיקת החוק וגם לא לאחריו. אלא ששינוי בביקורת שיפוטית של ההגדרות (קל וחומר כאשר זה בתוספת פרשנות תכליתית לכל מארג החקיקה שמפנה אליהן) מהווה תופעה בקנה מידה אחר, בעוצמה אחרת ובמשקל אחר גם אם ישנה זווית אנליטית אשר ניתן ממנה להבחין

¹² Steven Gow Calabresi, *The Diffuse and Second Look Models of Judicial Review*, 1 THE HISTORY AND GROWTH OF JUDICIAL REVIEW: THE G-20 COMMON LAW COUNTRIES AND ISRAEL (New York, 2021; online edn, Oxford Academic, 20 May 2021).

¹³ הצעתו של השופט סולברג בדעת מיעוט בבג"ץ חוק ההסדרה צמצמה את התחולה הנורמטיבית של החוק ולא הרחיבה או שינתה את השרה עליו הוא חל. ראו בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (נבו 9.6.2020).

בדמיון. לא יהיה זה מרחיק לכת לומר שרק על מצע קיומה של דוקטרינת הפרשנות התכליתית מבית מדרשו של ברק, שראוי לכנותה "פרשנות רפורמטיבית",¹⁴ יכולה לצמוח השאיפה להעמיק את שליחת היד אל עבר הטאבו השיפוטי עד כדי עריכת חקיקה.

יתירה מזו, הפרשנות התכליתית יכולה אומנם להרחיב, או לצמצם, את היקף התחולה הנורמטיבי של החוק אלא שעריכת ההגדרות משנה לחלוטין את התחומים שעליהם הנורמה החקוקה חלה. החריגה המוחלטת מלשון החוק מן המשמעות של החוק כפי שהתקבל בכנסת והחלתו, באמצעות שינוי ההגדרות, על תחומים חדשים – מהווה תופעה בקנה מידה ניכר. על אחת כמה וכמה כאשר בענייננו היא שולבה עם פרשנות תכליתית של הוראות החוק על מנת שישתלבו עם עריכת החקיקה השיפוטית. כדאי להדגיש שהמקרה שלנו הוא הדגמה להבדל בעוצמה בין הכלים – פרשנות תכליתית לא הצליחה ולא הייתה יכולה להצליח להשיג מה ששינוי ההגדרות הצליח.

בית המשפט בפסק הדין המשלים בפרשת **ארדפנקס** נטל לעצמו סמכות חדשה שאין לה כל הצדקה מבחינת התאוריה הדמוקרטית והפרה של עיקרון הפרדת הרשויות. הרשות השופטת שלחה ידה אל עבר טאבו של ממש והתערבה במלאכת המחוקק באופן אקטיבי וערכה חקיקה. הנורמות שחלות כיום בסוגיה כה רגישה מעולם לא זכו לאמון הציבור והן לא תוצר של הכרעה דמוקרטית אלא תוצאה של הכרעה שיפוטית, שלא לומר כפייה שיפוטית. ממילא הנורמה החלה נעדרת לגיטימציה בכל מובן דמוקרטי מוכר. בנוסף אם פלוני אינו מרוצה מן התוצר הפוליטי הוא יודע שהדרך הלגיטימית לשנותו הוא באמצעות המנגנון הדמוקרטי. כך שמעבר לכפיית הנורמה באפיק שעוקף את העיקרון הרובני, נוספה גם משוכה גבוהה בדרך לשינויה. במקביל, בית המשפט מפר את הפרדת הרשויות ומסיר מעליו את האיזונים והבלמים, שכן הוא פועל בהקשר זה כמחוקק.

הפיתוי הוא גדול. הוספת הכוח לערוך חקיקה תהפוך את בית המשפט הישראלי, האקטיביסטי ממילא, ובעל המאפיינים החריגים, כגון חוקה שיפוטית ושיטה אנומלית לבחירת שופטים, לבעל כוח אבסולוטי לחולל חקיקה יש מאין ולא להסתפק בפרשנות או בהכרזה על בטלותן. סוגיה כה רגישה, כפונדקאות, שעומדת על שסע פוליטי רחב מאוד – יכולה להוציא ברחבי העולם המונים להפגין ברחוב מכלל צד, לכלות חודשי דיונים במליאות הפרלמנט ובתקשורת, להוביל להשפעה על זהות השופטים שממונים – מוכרעת בישראל ללא סמכות פורמלית באמצעות עריכת חקיקה שיפוטית.

ביסוס הסעד החוקתי החדש

ביום 15.3.2022 נחקקה מחדש הוראת השעה שמונעת התאזרחות באמצעות נישואין לנתיני אויב ואזורי סיכון ("איחוד משפחות"), וזאת לאחר תקופת ביניים בה פקעה ההוראה הקודמת ונסיבות פוליטיות מנעו את הארכתה למרות קונצנזוס רחב לתכניה. הוראת השעה נידונה לאורך השנים כבר פעמיים בבית המשפט

¹⁴ ראו שמעון נטף "פרשנות חקיקה בישראל" (עתיד לראות אור בהוצאת בורסי).

העליון בפני הרכב מורחב ולבסוף נקבע כי היא חוקתית.¹⁵ הוראת השעה החדשה זהה בחלקה הארי לחקיקה הקודמת שפגעה מלבד מספר שינויים מקלים והוספת סעיף מטרה דקלרטיבי.

עדאלה, יחד עם ארגונים אחרים, עתרו לבג"ץ כנגד חוקתיות הוראת השעה.¹⁶ כפי שגם פתחה הנשיאה חיות את הדיון שהתקיים, יש מקום לתהות מהי ההצדקה לפתוח את הדיון מחדש אם השינויים הם, כאמור, לקולא ביחס להסדר שכבר נידון פעמיים בהרכב מורחב והוכר כחוקתי.¹⁷ עם זאת, אין מקום במסגרת מאמר זה לנתח את טענות העותרים ותשובת המדינה, במקום זאת אבקש להתמקד בהחלטת הביניים שנתן בית המשפט בתיק ביום 4.12.2022.

במסגרת ההחלטה נדרשה תגובת המשיבים (הממשלה והכנסת):

"באשר לנכונות לערוך שינויים בסוגיות המפורטות להלן [...] תיקון הגדרת "תושב האזור" בסעיף 2 [...] הכללת בני זוג מאותו מין בהיתר לבני זוג הניתן לפי סעיף 4 לחוק [...] הרחבת האפשרות לקבלת רישיון לישיבת ארעי [...] המכסה הקבועה בסעיף 7(ז) לחוק".¹⁸

מבלי להוציא אפילו צו על תנאי בית המשפט משגר הצעות מפורטות לשינויי חקיקה קונקרטיים, לרבות בסעיף ההגדרות. יאמר שוב, במסגרת החלטת ביניים, ללא צו על תנאי, בית המשפט מגיש למשיבים הצעות מפורטות של עריכות חקיקה מוצעות. וכידוע, עת עסקינן בערכאה חוקתית אלו הן הצעות שמאחוריהן איומי סעד לבטלות. בית המשפט נוהג בחוק שמתפרסם ברשומות משל היה בסיס לשינויים, או אם תרצו: פורמט שמאפשר עבודה ב"עקוב אחר שינויים".

בשולי הדיון כדאי לבחון את היחס למוסד היועמ"ש. המשיבים להחלטה חריגה זו הן זרועות הרשות המבצעת והממשלה עצמה המיוצגות על-ידי מוסד היועמ"ש. באיזה מובן רלוונטית עמדת היועץ המשפטי לממשלה ביחס לנוסחים המוצעים לתיקוני חקיקה? טרם מענה לשאלה זו יש להידרש לשתי תהיות: האחת – וכי עמדתה ההצהרתית של הממשלה רלוונטית לשאלת חוקתיותו של חוק שנחקק ומותקף בעתירה בפני בג"ץ? וכי הרשות המבצעת היא המחוקק? היכן הפרדת הרשויות? ואם ייטען שעמדת הממשלה רלוונטית לשאלת הסעד, האם לדוגמה לפסוק על דרך התראת בטלות, הרי שמבחינת סדרי דין אפילו לא ניתן צו על תנאי. והשנייה – לאור דוקטרינת מונופול הייצוג של מוסד היועמ"ש, באיזה מובן עמדת היועץ ביחס לעמדת הממשלה "הסבירה" ביחס לתיקוני חקיקה המוצעים בידי בית המשפט היא דבר רלוונטי להכרעה בעתירה? רכיבי המשפט האחרון מצביעים בכל אחד מרכיביו על בעיות מוסדיות חמורות בשיטה הישראלית. בנוסף ייתכן וניתן

¹⁵ בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (נבו), 14.5.2006; בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 11.1.2012).

¹⁶ פרשת איחוד משפחות 2022, לעיל ה"ש 2.

¹⁷ ראו דוברות הרשות השופטת | [דיון בבית המשפט העליון בעתירות שעניינן חוק האזרחות והכניסה לישראל \(הוראת שעה\)](#), התשפ"ב-2022 יוטיוב (1.12.2022).

¹⁸ פרשת איחוד משפחות 2022, לעיל ה"ש 2. (ההדגשות אינן במקור).

לראות כאן עדות נוספת למגמה הזוחלת של התערבות מוסד היועמ"ש בעבודת הכנסת.¹⁹

משיבה נוספת להחלטת הביניים בה עסקינן היא הכנסת. כמובן גם הייצוג המשפטי של הכנסת לא יכול להשיב תשובה בעלת ערך לגבי הצעות עריכת החקיקה של בית המשפט. המחוקק הוא שסתום חד-כיווני. הוא דובר בחקיקה ולא ניתן לשחות נגד הזרם בתוך ה"צנרת" ולשאול אותו לא לכוונתו בחקיקה ולא לעמדתו ביחס לשינוי חקיקה.

אם כן ניתן להיווכח כי התפתות בית המשפט ושליחת היד לתחום טאבו חדש – עריכת החקיקה – לא התמצה באנומליה נקודתית בפסק הדין המשלים בפרשת אורדפנקס. הנשק השיפוטי הבלתי קונבנציונלית הזה מצא דרכו גם להחלטת ביניים בפרשת איחוד משפחות 2022 מבלי שאפילו בה ניתן צו על תנאי.

בפסק הדין המשלים בפרשת אורדפנקס מדגישה הנשיאה חיות את חשיבות הדיאלוג חוקתי. אלא שקשה לראות את היחסים הללו בין הרשויות כדיאלוג, שכן השיח נערך במעמד צד אחד. אין לעמדת היועמ"ש לממשלה או לעמדת היועמ"ש של הכנסת רלוונטיות לגבי תיקוני חקיקה שמוצעים ע"י ביהמ"ש. וממילא אין זה דיאלוג כאשר הכוח כולו נמצא בידי בית המשפט שבכוחו לפסול את החקיקה כולה או חלקה, וכעת הוא אף מנסה כוחו בעריכתה בדיעבד. בית המשפט למעשה מצפה מהכנסת לחוקק את דרישותיו אחרת החוק ייפסל או ייערך לנוסח המוצע. עמדת המשיבים נדרשת כאן פורמלית כאשר העמדה הפוליטית של השר, או הממשלה, תומכת בעמדת בית המשפט, כמו במקרה של השר לשעבר הורוביץ – אזי ניתן לתת פסק דין בהסכמה, או לכל הפחות תוך חיזוק מלאכותי לגיטימציה של החריגה השיפוטית מסמכות. עמדת "המדינה" התומכת, כלומר עמדת מוסד היועמ"ש כבעל מונופול הייצוג או לעתים עמדת השר שעמדותיו "נוחות", הופכת לתותב שמסווה את היעדר הלגיטימציה הדמוקרטית.

העדר מגבלות הכוח להכריע

מי שבידו הכוח להכריע כמה כוח יהיה לו – הוא בעל כוח מוחלט. מי שיכול "במקרים חריגים" לקבוע מי יעמוד בראשות הרשות המחוקקת בישראל, ולו זמנית – הוא בעל כוח מוחלט.²⁰ כך גם מי שבכוחו לשנות את נוסח החקיקה בדיעבד. לכוח מוחלט ישנם מאפיינים ידועים, הוא משחית כדברי [הלורד אקטון](#), הוא מאיין את החירות של האזרחים, פוגע בזכותם לביטוי פוליטי, הוא מוביל לשרירותיות והוא נעדר כל הצדקה מבחינת התיאוריה הדמוקרטית. אך יש לו גם מאפיין נוסף, אשר מדובר פחות, הוא מפתה, מפתה מאוד.²¹

בית המשפט התפתה לערוך את החקיקה המסדירה את הפונדקאות כך שתהיה "טובה", לתפיסתו. וזאת תחת הגנה של רוח גבית מהשר המכהן באותה עת

¹⁹ ניתן לראות עדות למגמה זו אך לאחרונה בעמדת המשנה ליועמ"ש עו"ד אביטל סומפולינסקי ביחס לחקיקה פרטית: סיון חילאי "המשנה ליועמ"שית: חוק דרעי פרסונלי, עדיף להחיל מהכנסת הבאה" [Ynet](#) 18.12.2022.

²⁰ ראו לעניין זה בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יו"ר הכנסת (נבו) (25.3.2020).

²¹ ראו למשל בעניין זה שאל שארף "פסקת ההתגברות: להגן על השופטים מפני עצמם" סרוגים 12.12.22.

ולכאורה הצייטגייסט הכללי (שכן, כאמור התמונה במערב שונה בתכלית). גביון נהגה להתריע מפני נטילת כוח חד־צדדית העושה שימוש בכלים משפטיים להכרעת מחלוקות, וזאת מבלי לעבור דרך כור ההיתוך הריאלי של הדמוקרטיה הישראלית.²² אין לבית המשפט יתרון בהכרעה מהי התשובה ה"נכונה" במחלוקות פוליטיות, תרבותיות ואתיות. ואפילו אם נניח שקורא מאמר זה, יחד עם הח"מ, מסכימים ערכית עם התוצאה – האם זו הדרך לקבלת החלטות פוליטיות במדינה דמוקרטית? האם זו הדרך לקביעת מדיניות במדינה חפצת חיים דמוקרטיים? מי קובע מהי מדיניות טובה? והאם טוב כפוי עודנו טוב?

מהותה של השמרנות המשפטית אינה מתמצה בסוגיה של הפרדת רשויות, זה נושא נגזר. תורף המחשבה השמרנית משפטית נעוצה במידת הענווה מבחינה פילוסופית. ענווה ביחס ליכולת לגבש קביעות מוחלטות שעוקפות את המנגנונים החברתיים ההדרגתיים, ענווה ספקנית ביחס לשאיפה להנדס את החברה למקום אליו עוד לא הגיעו ההמונים ש"לא מבינים" וענווה ביחס ליכולת לאמור את ההשלכות של צעדים מוכתבים שגוברים על מנגנוני ההכרעה המוסכמים.

מעבר לתבונה השיפוטית הנדרשת כדי לא לכפות הסדרים על החברה הישראלית, עצם ההתפתות השיפוטית אחר כוח עריכת החקיקה צריך לעורר דאגה ותשומת לב בקרב העוסקים במשפט ציבורי ולמעשה בקרב כל אזרח. אחריתם של השולחים ידם אל עבר טאבו אינה טובה. יעיד על כך [אקטיון](#), הצייד המיתולוגי האומלל, שהביט בגופה העירום והיפיפה של ארטמיס, ונענש על ידה בכך שניצוד על ידי כלבי הצייד שלו עצמו וגופו נקרע לגזרים. כך אנו כואבים את צלילתו המסחררת של אמון הציבור בבית המשפט העליון.²³ שכן, אין לו לבית המשפט אלא את אמון הציבור – וכשאמון זה נקרע ממנו נתחים נתחים, ממש כגורלו של אקטיון התועה ביער, ראוי לכל הפחות שנדע כי הכול התחיל בפיתוי לכוח בלתי מוגבל, שאסור היה להיכנע לו.

ציטוט מוצע: דוד פטר "סעד חוקתי חדש בעליון : עריכת חקיקה" [בלוג רשות הרבים](#) (9.1.2023).

²² ראו למשל, שמעון נטף "[לא בכוח: עיון בהגותה החוקתית של פרופ' רות גביון ז"ל](#)"- [ICON-Blog S-II](#) (28.10.2020).

²³ אהרן גרבר ויהונתן גבעתי "[כיצד השפיעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט](#)" [בלוג רשות הרבים](#) (9.11.2022).