

# הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית המשפט העליון

ליאב אורגד\*, שי לביא\*\*

## תקציר

בעולם המשפט מקובלת ההבחנה שבין הלכת-הפסק (ratio decidendi), המעגנת בתוכה את הנורמה המשפטית המחייבת, לבין אמרת-אגב (obiter dictum), אשר הנה אמירה נלווית שאינה מהווה חלק נורמטיבי מחייב מפסק-הדין. קריאה מדוקדקת של פסקי-הדין של בית המשפט העליון בישראל חושפת קטגוריה נוספת—המכונה במאמר זה "הנחיה שיפוטית"—המצויה בתווך בין הלכת-הפסק לבין אמרת-אגב.

מאמר זה שופך אור על קיומן של הנחיות שיפוטיות באמצעות ניתוח אמפירי של תופעה שלא זכתה עד כה לתשומת לב מחקרית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית המשפט העליון, המפנות את תשומת לב המחקר לתיקון נדרש בחוק. מתודולוגיית המחקר כוללת מאגר מידע, ראשון מסוגו, הכולל את ההערות המופיעות בפסיקת בית המשפט העליון בשנים 1949-2008 ואת השפעתן על החקיקה בשנים 1989-2004. הממצא העיקרי הוא שלהנחיות שיפוטיות אין, ככלל, השפעה על החקיקה. עוד נמצא כי השימוש בהנחיות שיפוטיות מצוי בעליה; וכי הנחיות שיפוטיות שכיחות יותר בפסיקה של שופטים מסוימים, במוחבי שיפוט מורחבים ובקרב שופטי דעת מיעוט.

המאמר מציע טיפולוגיה של הנחיות שיפוטיות: עצה שיפוטית, אזהרה שיפוטית ו"מפת-דרכים" שיפוטית; דן במעמדן הנורמטיבי: האם מדובר בכלי מיעץ או מחייב; בוחן את ההצדקות להן; ומציע דרכים ליעול השימוש בהן. לפי המוצע, במקום לצרף הנחיה שיפוטית לפסק-הדין, ובכך לאפשר לכנסת לבחון בדיעבד את הפסק תוך המתנה ממושכת ולרוב עקרה לתגובה, בית המשפט יורה, בצו ביניים, ליועץ המשפטי לממשלה (או לכנסת) להתייצב לדיון בכל הליך בו עולה הצורך בתיקון חקיקתי. אלו יוכלו לפרט, בזמן אמת, האם בכוונת הממשלה לקדם חקיקה ומהן מגבלותיה האפשריות. זהו מעין "כרטיס צהוב" למחוקק בעת ההליך המשפטי.

\* מרצה, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי בהרצליה.

\*\* תלמיד לתואר דוקטור בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת הרווארד. סדר הכותבים נקבע בהטלת מטבע. תודתנו נתונה ליונתן ארבל, יוני ליבני, חיים מכלוף, סוזי נבות, מיכאל סאבין, מת'יו סטיפנסון, מיטל פינטו, רועי פלד, אמנון רובינשטיין, יניב רוזנאי, אדם שנער וג'ניפר שקבטור על הערותיהם ותרומתם לגיבוש המאמר, וכן לרעות זעירי ולירן קאפח על עזרה יעילה במחקר. הקרדיט למונח הנחיה שיפוטית כשם כולל לתופעה בה אנו דנים שייך לסוזי נבות. אנו מודים למספר שופטי בית המשפט העליון (לרבות שופטים בדימוס) על שהקדישו מזמנם לשיחות רקע. תודה מיוחדת נתונה לגיא רוה על עזרה מצוינת במחקר משפטי, ובאיסוף הנתונים האמפיריים. תמיכתן של קרן איסוף והקרן לקידום החינוך בישראל אפשרה את כתיבת המאמר.

**מבוא ; א. הנחיות שיפוטיות: היבט תיאורטי:** (1) עצה שיפוטית; (2) "מפת-דרכים" שיפוטית; (3) אזהרה שיפוטית; (4) הערות לתיקוני חקיקה כהנחיות שיפוטיות; (5) הערות לתיקוני חקיקה: יתרונות וחסרונות; (6) המעמד המשפטי של הערות לתיקוני חקיקה; **ב. הנחיות שיפוטיות: היבט אמפירי:** (1) אפיון ומגמות; (2) השפעה על חקיקת הכנסת; **ג. הנחיות שיפוטיות כסעד: "כרטיס צהוב" למחוקק;** ד. סיכום; **ה. נספחים**

## מבוא

מעט לעת נכתבות בפסקי דין של בית המשפט העליון הערות המסכות את תשומת לב המחוקק לליקוי מסוים בחוק תוך המלצה של בית המשפט, או של אחד משופטיו, לתיקוני חקיקה נדרשים: אם על-ידי תיקון או ביטול חוק קיים, אם על-ידי חקיקת חוק חדש. נוסח אופייני של הערות אלה הינו "עניין זה ראוי לתשומת ליבו של המחוקק" או "ראוי כי המחוקק ייתן דעתו ל...". הערות אלה אינן עשויות מקשה אחת—בנוסחן, בתוכנן ובנפקותן. הן ניתנות על-ידי כל שופטי בית המשפט או על-ידי חלק משופטי המותב; בדעת רוב או בדעת מיעוט; כהערה נקודתית—לדוגמא, המלצה לביטול סעיף 310 לחוק העונשין, תשל"ז-1977,<sup>1</sup> או כהערה כללית—המלצה לרפורמה בדיני מיסוי שותפות, בדיני ההתיישנות, או בדיני הגניבה.<sup>2</sup> מהותן ומעמדם הנורמטיבי של הערות לתיקוני חקיקה היא סוגיה בה הספרות הקיימת דלה. המחקר האמפירי, מושא מאמר זה, מבקש לשפוך אור על מאפייניה ודפוסייה, ובמיוחד על הקשר שבין הערה לתיקון חקיקה לבין מידת השפעתה על חקיקת הכנסת. מבחינה אמפירית, מחקר זה מבקש להשיב על השאלות הבאות: עד כמה נפוצה התופעה של הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית המשפט העליון? האם שופטים מסוימים מעירים, באופן יחסי, יותר מאחרים? האם מדובר בשופטי דעת רוב או מיעוט? האם ההערות נפוצות יותר בענפי משפט מסוימים? האם הן מושפעות מגודל המותב? היש להן השפעה על החקיקה? והאם משתנים כגון גודל המותב או סוג ההליך משפיעים על מידת האפקטיביות של ההערה? השאלות האמפיריות מקדמות דיון רחב יותר, נורמטיבי, בדבר מהותן ומעמדם של ההערות לתיקוני חקיקה. מבחינה נורמטיבית, מאמר זה מבקש להתחקות אחר המשמעות של הערות לתיקוני חקיקה במסגרת גישות תיאורטיות של דיאלוג בין-מוסדי, הפרדת רשויות ושלטון חוק: מהן ההצדקות האפשריות להערות אלו? האם הן מהוות התערבות לגיטימית בהליך החקיקה? ומהו מעמדם המשפטי: האם הן חלק מהלכת-הפסק, הערת-אגב, או קטגוריה אחרת? שאלות אלו הינן שדה ראוי למחקר—אמפירי ונורמטיבי—בספרות בישראל ומחוצה לה.

מאמר זה טוען כי הערות לתיקוני חקיקה הן ביטוי לתופעה רחבה יותר—אותה אנו מכנים "הנחיה שיפוטית", ושמעמדה הנורמטיבי מצוי בתפר שבין הלכת-הפסק לבין אמרת-אגב. קריאה קפדנית של פסקי-דין של בית המשפט העליון מעלה כי ישנן רמות שונות של דיאלוג בין-מוסדי ורמות שונות של אמירות שיפוטיות שלהן מעמד נורמטיבי מגוון, כזה שאינו חופף בדיוק את החלוקה המקובלת להלכת-הפסק ואמרת-אגב. הנחיה שיפוטית היא אמירה של בית המשפט העליון, או חלק משופטיו, המחייבת, בהתאם לסוג ההנחיה, רמות שונות של התייחסות מצד המחוקק: יידוע, דיון ושקילה, ובמקרים המתאימים, קידום הצעת-חוק. יתרונה של הנחיה שיפוטית הנו בהיותה נורמה גמישה; עיקר פועלה בקידום הדיאלוג הבין-מוסדי לפי אמת מידה פונקציונאלית.

<sup>1</sup> בג"ץ 5221/90 טבע נ' השופט החוקר בנסיבות מותה של בתיה בר יוסף ז"ל, פ"ד (מו) 585, 596-597 (1992) (הערות השופטים ברק, לוי, ומצא).

<sup>2</sup> ראו, בהתאמה, ע"א 2026/92 פקיד שומה פתח תקווה נ' שדות חברה להובלה (1982) בע"מ, פ"ד (נה) 89, 144, 134, 116 (2001) (הערות השופטים אנגלרד, אור וברק), ע"א 165/83 יתרו נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד לח(4) 559, 554 (1984) (הערת השופט ברק), ע"פ 1075/98 מ"י נ' אופנהיים, פ"ד נד(1) 303, 335 (2000) (הערת השופט אנגלרד).

פרק א' הוא עיוני. הוא מציע טיפולוגיה של הנחיות שיפוטיות. הטיפולוגיה המוצעת כוללת שלוש קטגוריות שונות: עצה שיפוטית, "מפת-דרכים" שיפוטית, ואזהרה שיפוטית. פרק א' עומד על מהותן של כל אחת מהקטגוריות, מדגים את פועלן באמצעות דוגמאות מפסיקת בית המשפט העליון, וממחיש כיצד, על-ידי שימוש בהנחיות שיפוטיות, בית המשפט מבקש לקדם דיאלוג עם הכנסת. אנו עומדים על הזיקות בין הנחיות שיפוטיות להערות לתיקוני חקיקה, כמו גם על היתרונות והחסרונות, העיוניים והמעשיים, של שימוש בהנחיות שיפוטיות בפסיקת בית המשפט העליון; מסקנתנו היא, כי הנחיות שיפוטיות, במאזן כולל, הן תופעה רצויה ומוצדקת. פרק א' מסתיים בדיון בשאלת מעמדה הנורמטיבי באמצעות הצגת שלוש גישות פרשניות: לפי האחת, הנחיות שיפוטיות הן המלצה כחלק מאמרת-אגב; לפי השנייה, הנחיות שיפוטיות הן דרישה שיפוטית מחייבת כחלק מהלכת הפסק; לפי השלישית, בה אנו תומכים, הנחיות שיפוטיות מצויות באמצע הדרך בין העדפה משפטית לא-מחייבת לבין דרישה שיפוטית מחייבת, וכי, בהתאם לאופי ההמלצה, קיים מדרג נורמטיבי של תוקפה המשפטי המחייב.

חלק ב' הוא אמפירי. על מנת לקבל תמונה טובה יותר על המתרחש בישראל, בנינו מאגר מידע הכולל את כל ההערות לתיקוני חקיקה המופיעות בפסיקת בית המשפט העליון שפורסמה במאגרים הממוחשבים בין השנים 1949-2008 (235 פסקי דין). כן בדקנו את השפעתן של הערות מהשנים 1989-2004 על החקיקה (98 פסקי דין). אנו מציגים ממצאים אמפיריים על אודות אפיון של הערות לתיקוני חקיקה והתפלגותן לפי: עשורים, שופטים, נושאים, דעת רוב ומיעוט, וגודל המותב, וכן על אודות השפעתן של ההערות על החקיקה. הממצאים מלמדים על גידול בשימוש בכלי של הערות לתיקוני חקיקה במשך השנים. לגידול זה התפלגות שונה בין שופטים, נושאים ומותבים. הערות לתיקוני חקיקה שכיחות יותר, באופן יחסי, בפסיקה של שופטים מסוימים, במותבי שיפוט מורחבים וכן בקרב שופטי דעת מיעוט. הממצא המרכזי הוא כי להערות לתיקוני חקיקה אין, ככלל, השפעה על החקיקה. אחוזים בודדים מפסקי הדין הכוללים הערות לתיקוני חקיקה מזוהים עם שינוי חקיקתי, ברוב המקרים ללא אפשרות להצביע על קשר סיבתי ישיר בין ההערה לשינוי החוק. ממצאים אלו מעמידים בסימן שאלה את תפקודן של הנחיות שיפוטיות ככלי לקידום דיאלוג בין-מוסדי ומעלים צורך בחשיבה על דרכים לייעולן.

לאור ממצאים אלו, פרק ג' מציע פתרון מעשי לייעול השימוש בהנחיות שיפוטיות. לפי המוצע, במקום לצרף הנחיה שיפוטית לפסק-הדין, ובכך לאפשר לכנסת לבחון בדיעבד את ההנחיה תוך המתנה ממושכת ולרוב עקרה לתגובה, בית המשפט יורה, בצו ביניים, ליועץ המשפטי לממשלה וליועץ המשפטי לכנסת להתייצב לדיון בהליכים בהם עולה הצורך בתיקון חקיקתי. אלו יוכלו לפרט, בזמן אמת, האם בכוונת הממשלה לקדם חקיקה ומהי מגבלותיה. זהו מעין "כרטיס צהוב" למחוקק בעת ההליך המשפטי. פרק ג' עומד על מהותו ודרכי פעולתו של סעד ביניים זה, וכן על ההבדלים העיוניים בינו לבין סעדים חלופיים, דוגמת בטלות והשעיה, או הקביעה לפיה החוק "עדיין" חוקתי.

## א. הנחיות שיפוטיות: רקע

תיאוריות של דיאלוג בין-מוסדי הפכו למרכזיות בשנים האחרונות בשיח המשפטי.<sup>3</sup> דיאלוג זה פירושו כי לרשות השופטת אין מונופול על היצירה השיפוטית כשם שלרשות המחוקקת אין

<sup>3</sup> הספרות התיאורטית בנושא היא ענפה. למספר מקורות קלאסיים ראו, למשל: Benjamin Cardozo, *A Ministry of Justice*, 35 HARV. L. REV. 113 (1921); ALEXANDER BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* (2d ed., 1986); CASS R. SUNSTEIN, *ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT* (1999); GUIDO CALABRESI, *A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES* (1982); Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577 (1993).

מונופול על היצירה החקיקתית. החוק ופירושו הם תוצר של עבודה משותפת: המחוקק יוצר את החוק, השופט מעניק לו תוכן פרשני, המחוקק רשאי לסטות מפרשנות זו, וכך הולך ונמשך הדיאלוג בין הרשויות באמצעות תגובה של רשות אחת לתוצר הנורמטיבי—חוק או פסק-דין—של רשות אחרת. דיאלוג בין-מוסדי הוא חלק מהתרבות המשפטית בישראל ובעולם. הנחיות שיפוטיות הן חלק מהדיאלוג הבין-מוסדי. הן מהוות מנגנון גמיש המאפשר לבית המשפט להתוות נורמה משפטית מבלי להפכה לכלל נוקשה מחייב. רבות ומגוונות הן ההנחיות השיפוטיות. בהשאלה מהספרות במשפט חוקתי, ניתן למיין אותן לשלושה סוגים, על אף שלעיתים קו-הגבול בין הסוגים השונים מטושטש. דפוס אחד הינו "עצה שיפוטית" (judicial advice). עצה שיפוטית היא טכניקה המאפשרת לשופט להמליץ למחוקק על תיקונים נדרשים בחוק; לרוב, היא אינה מבטאת דרישה אלא העדפה משפטית, תוך השארת שיקול הדעת למחוקק.<sup>4</sup> דפוס שני הינו "מפת-דרכים" שיפוטית. מפת-דרכים היא טכניקה המאפשרת לשופט לסטות מהסטטוס קוו המשפטי ובה-בעת להציע למחוקק, במפורש או במשמע, כיצד להתגבר על הפגמים בדין הקיים; בהקשר החוקתי, היא מהווה תואי שיפוטית לתיקון פסול חוקתי שעליו הכריז בית המשפט (constitutional roadmap).<sup>5</sup> דפוס שלישי הינו "אזהרה שיפוטית" (fire-alarm).<sup>6</sup> אזהרה שיפוטית היא טכניקה המאפשרת לשופט להתריע בפני המחוקק על פגמים בדין הקיים. בהקשר החוקתי, מדובר במקרים בהם בית המשפט מאשר בדוחק חוקתיות של חוק ומבהיר כי, הגם שהחוק "עדיין חוקתי", הוא עלול להיהפך לבלתי-חוקתי בעתיד.<sup>7</sup>

### 1. עצה שיפוטית

מקובל לומר בישראל כי תפקידו של שופט לפרש את החוק באופן המגשים את תכליתו. בעשותו כן, מפעיל השופט שיקול דעת שיפוטית. עם זאת, מתחם היצירתיות הפרשנית מוגבל על ידי שיקולים נוספים, כגון לשון החוק ויציבות ההלכה. בנסיבות אלו, כאשר תוצאת הפרשנות אינה מניחה את הדעת, השופט עשוי להפנות את תשומת לב המחוקק לסוגיה ולדרבנו לנקוט בפעולה חקיקתית כדי להשיג מדיניות משפטית טובה יותר (לגישת השופט). אכן, כפי שציין פרופסור אהרון ברק, "השופט רשאי, כחלק מפסק דינו, להמליץ בפני המחוקק לזווג חקיקה שמשנה מתוצאות פרשנותו של השופט. הוא יעשה כן לא כדי להקל עליו במלאכת הפרשנות או כדי לשנותה. הוא יעשה כן כדי להביא לידי כך שהמחוקק ישנה מתוצאה פרשנית שהשופט הגיע אליה, ושאינה רצויה לשיטת המשפט."<sup>8</sup> לגישת ברק, המלצות אלו נועדו להפנות את "תשומת לבו של המחוקק לתוצאות הבלתי רצויות הצומחות מהפרשנות המשפטית."<sup>9</sup> הן מניחות שהמחוקק קשוב, במידה כלשהי, לקריאת בית המשפט. באחת הפרשות, למשל, מציין השופט מצא כי הוא, בניגוד לעמיתו השופט ברק, לא הצליח להתגבר באמצעות פרשנות על הדין הקיים:

תמים דעים אני עם חברי, השופט ברק, כי ההסדר המצוי ביחס לזכות הבחירה העומדת לנכח [בחוק] הביטוח הלאומי אינו משיבוע רצון . . . אך שלא כחברי הנכבד, שמצא

<sup>4</sup> השוו: Nitya Duclos & Kent Roach, *Constitutional Remedies as 'Constitutional Hints': A Comment* on R. v. Schachter, 31(6) MCGILL L. J. 1 (1991).

<sup>5</sup> ראו: Eric Luna, *Constitutional Road Maps*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1125 (2000).

<sup>6</sup> השוו: Ronald J. Krotoszynski, *Constitutional Flares: On Judges, Legislatures, and Dialogue*, 83 MINN. L. REV. 1 (1998).

<sup>7</sup> ראו: Neal Katyal, *Judges as Advicegivers*, 50 STAN. L. REV. 1709, 1719 (1998).

<sup>8</sup> אהרון ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 381 (2004).

<sup>9</sup> שם. באופן דומה, בית המשפט עשוי להמליץ בפני המחוקק לזווג חקיקת חוקי יסוד. ראו למשל בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758, 775 (1995).

דרך להתגבר על ליקוייו של הדין המצוי, בוחר אני להסתפק בהפניית תשומת לבו של המחוקק לצורך לחזור ולעיין בהסדרים הקיימים ולעשות את הדרוש לתיקונם.<sup>10</sup>

במקרה זה המחוקק נענה לקריאת השופט מצא ותיקן את החוק. העצה השיפוטית משקפת העדפות (להבדיל מדרישות) שיפוטיות. לעתים, השופט רואה בעצה כלי להביע הסתייגות מוסרית מהסדר משפטי נתון. כך, שופטים יפנו להנחיה שיפוטית כאשר אין ביכולתם להגיע, באמצעות פרשנות, לדין הנראה בעיניהם צודק יותר. ויליאם אסקרידג' טוען בהקשר דומה כי ניתן לצפות להנחיות שיפוטיות בעניינים בעלי חשיבות ציבורית, שבהם בית המשפט מרגיש פחות נוח עם חקיקה שיפוטית.<sup>11</sup>

עצה שיפוטית יכולה לנבוע גם משיקולים מוסדיים או נורמטיביים. בית המשפט עשוי להימנע מהכרעה בשל היות השאלה המשפטית כללית מדי, היותה "שאלה פוליטית", הרצון לשמור על יציבות ההלכה וכיו"ב—ובמקביל לעוץ למחוקק האם הסדר משפטי נתון ראוי לעיון מחודש, ובמקרים מתאימים, גם להניעו כיעד להסדירו. באחת הפרשות, למשל, נמנעה השופטת בן-פורת מלקבוע כלל משפטי חדש מתוך רצון לשמור על יציבות ההלכה אך, באותו זמן, ייעצה למחוקק לסטות מההלכה מושרשת זו:

בהיות הגישה שמצאה ביטוי בדברי השופט שמגר מושרשת בפסיקה ומקובלת על חלק נכבד משופטיו של בית-משפט זה, החלטתי למען יציבות ההלכה לא לחלוק עליה. עם זאת יטיב המחוקק לעשות אם יעשה למציאת פתרון הולם ויפה שעה אחת קודם.<sup>12</sup>

הקריאה להתערבות המחוקק עשויה לנבוע גם מהצורך לפתח ענף משפטי חדש. הערות כאלו מתאפיינות בהיותן הערות כלליות, המעוניינות להסדיר תחום שלם (להבדיל מהערות נקודתיות, שמכוונות לתקן היבט מסוים של הסדר קיים). כך, למשל, התבקש המחוקק לשקול רפורמה בדיני העבודה<sup>13</sup> או לתת דעתו להסדרת המעמד של הקדש ציבורי.<sup>14</sup> המשותף להערות אלו הוא שנבצר מהשופט לאמץ מדיניות ראויה בשל מורכבות הנושא, ראשוניותו, או ההיבטים המוסריים השזורים בו. בית המשפט עשוי לסבור כי למחוקק יש יותר כלים, אמצעים ויכולת

<sup>10</sup> ע"א 3449/90 קצין התגמולים נ' מוחמד, פ"ד מז(2) 84, 17 (1993). ראו גם ע"פ 427/64 יאיר נ' מי, פ"ד יט(3) 402, 415 (1965) (השופט לנדוי: "מסקנתי שלפיה התקנון חסר תוקף ובינתיים כל הרוצה לקבור יקבור, בודאי אינה נוחה, וטמונה בה סכנת הפקרות וביזיון למתים ולחיים. מן ההכרח שענין זה יזכה לתשומת לבה של הכנסת בכל ההקדם"); ע"א 360/80 מיכון למטע בע"מ נ' קרנית, קרן לפיצויי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד לה(2) 383, 392 (1981) (השופט בייסקי: "עם כל האהדה לטיעונו של בא-כוח המערער, טיעון המלבב מבחינת המגמה הלכאורית של החוק - לבל יישאר נפגע בתאונה ללא פיצוי, עשויה הפרשנות, המוצעת לנו, להביאנו לידי חקיקה על-ידי פסיקה, וזה מרחיק לכת... כשרה השעה, כי ייתן המחוקק דעתו לאלה").

<sup>11</sup> William N. Eskridge, Jr., *Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions*, 101 YALE L.J. 331, 373, 389 (1991). השו"ג: Pablo T. Spiller & Emerson H. Tiller, *Invitations to Override: Congressional Reversals of Supreme Court Decisions*, 16 INT'L REV. L. & ECON. 503, 519 (1996); Lori Hausegger & Lawrence Baum, *Inviting Congressional Action: A Study of Supreme Court Motivations in Statutory Interpretations*, 43 AM. J. POL. SCI. 162, 170-176 (1999).

<sup>12</sup> ע"פ 767/77 שירות המבחן למבוגרים נ' בחבוט, פ"ד לג(3) 425. ראו גם ע"א 3815/99 טובי נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד נז(6) 108, 127 (2003) (השופט ריבלין: "כל אלה היו עשויים להביא אותנו לכלל מסקנה כי ראוי לבטל כליל את ההבחנה בין מכר מלא למכר חלקי, הבחנה שזכתה להכרה בפרשת ברקאי. אלא שההבחנה הכתה שורש, והיא מוצבת ביסוד פסקי-דין שונים שניתנו... נסתפק לעת הזאת בהפניית קריאה למחוקק").

<sup>13</sup> בג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(2) 63, 113 (1997).

<sup>14</sup> רע"א 46/94 אברמוב נ' הממונה על מרשם המקרקעין, פ"ד נב(2) 202, 209 (1996).

(מוסדית או פונקציונאלית) לפתח את המשפט ולכן יעביר לידי את ההכרעה.<sup>15</sup> באופן דומה, שופט עשוי להעדיף שהמחוקק יכריע בסוגיה כאשר אין לשופט העדפה חזקה לצד זה או אחר.<sup>16</sup> בית המשפט עשוי בנוסף להשתמש בכלי של עצה שיפוטית על מנת לזרז חקיקה תלויה ועומדת ואולי אף להשפיע על תוכנה. פרשת **א.ש.ת.** עשויה לשמש דוגמא למקרה בו נעשה ניסיון לזרז הליכי חקיקה באמצעות עצה שיפוטית. פסק הדין, והדיון הנוסף בו, עסקו בשאלת אפשרות הגשת תביעות ייצוגיות מכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי. נימוק מרכזי נגד טענה זו היה קיומם של הליכי חקיקה ברקע. וכך אמר בית המשפט, מפי השופטת דורית ביניש:

ביום 26.7.05 התפרסמה הצעת חוק תובענות ייצוגיות . . . לפיכך, בהתחשב בהליכי החקיקה רואים אנו לנהוג באיפוק ולהמתין לדברו של המחוקק, בתקווה כי החקיקה הרלוונטית תקודם במהירות וביעילות.<sup>17</sup>

בית המשפט שב והמליץ למחוקק להשלים את החקיקה במהירות, ולא, בתקבל הכרעה שיפוטית.<sup>18</sup> ואכן, כחצי שנה לאחר פרסום הדברים, הושלמו הליכי החקיקה, ופורסם חוק תובענות ייצוגיות. עצה שיפוטית המכוונת לזירוז הליכי חקיקה יכולה להצביע גם על תוכן החוק המוצע. כך, השופט שטרסברג-כהן ייעצה למחוקק לערוך רפורמה בדיני ההתיישנות—להחליף את מועדי ההתיישנות הקשוחים בהסדרים גמישים יותר<sup>19</sup>—ואגב כך ציינה כי עמדתה עולה בקנה אחד עם הצעת חוק קיימת: "מוצאת אני . . . לציין את תזכיר חוק ההתיישנות, התשנ"ו-1995 [בר] מוצע לקצר את תקופת ההתיישנות וכדי להשיג את הגמישות הראויה והדרושה להתאמת ההתיישנות לנסיבותיו של כל מקרה, מוצעת רשימת חריגים ארוכה".<sup>20</sup> הפנייה לעצה שיפוטית יכולה להופיע גם אצל שופטי המיעוט. שופט שלא הצליח לשכנע את חבריו למותב בדבר מדיניות משפטית מועדפת עשוי, כמוצא אחרון, לקרוא לעזרת המחוקק. במילים אלו ממש קורא למחוקק השופט חיים כהן שנתר בדעת מיעוט: "עתה, כשגברו עלי חברי הנכבדים, לא נשאר לי, אלא להודות בפה מלא על חטא שחטאתי בהרהורי הלב, ולהפנות תשומת לב המחוקק לצורך לתקן את סעיף 18 ה"ל".<sup>21</sup> בפרשת **טפחות** ניתן לראות דינמיקה דומה. פסק הדין דן בשאלה האם חובות המעוגנות בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, חלות על עֲרָבִים. בעוד דעת הרוב נקטה בפרשנות מצמצמת, לפיה ערב איננו "לקוח" של הבנק, דעת המיעוט, מפי הנשיא שמגר, ייעצה למחוקק לעגן את הפרשנות המרחיבה בחקיקה:

כשלעצמי, אני מצטער על התוצאה. הפרשנות הלשונית הצרה, שאומצה בדעת הרוב, שוללת הגנה חשובה מן האזרח, שהיה ערב לחובות חברו כלפי הבנק. לטעמי, היה

<sup>15</sup> ראו גם ע"א 518/82 **זייצוב נ' כץ**, פ"ד מ(2) 85 (המלצה למחוקק לקבוע הסדר בשאלת "הולדה בעוולה"); ע"א 5258/98 **פלונת נ' פלוני**, פ"ד נח(6) 209 (קריאה למחוקק להסדיר את המעמד המשפטי של הפרת הבטחת נישואין).

<sup>16</sup> ראו הטיפולוגיה של האוסיגר ובאום, **לעיל** הערה 11, בעמ' 170-172.

<sup>17</sup> דנ"א 5161/03 **א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מ"י**, פ"ד ס(2) 196, 206 (2005).

<sup>18</sup> **שם**, בעמ' 207. אנו סבורים כי הנחית בית המשפט בעניין **א.ש.ת.** משרתת תפקיד כפול: הן ניסיון לזרז הליכי חקיקה ("בתקווה כי החקיקה הרלוונטית תקודם במהירות") והן אזהרה מפני התערבות בית המשפט בעתיד, אילולא תושלם חקיקה ("אם יתמהמה המחוקק ויימנע מהסדרת הנושא בחקיקה, עלול הצורך לעשות שימוש בתובענה הייצוגית להכריע את הכף ולהביא להסדרתה בדרך השיפוטית על אף מגרעותיה"). **שם**, בעמ' 206, 207 (ציטוטים פנימיים הושמטו). ראו גם ה"ש 45 **להלן** והטקסט הצמוד לה.

<sup>19</sup> בג"ץ 6972/96 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הי"מ—מיכאל בן יאיר**, פ"ד נא(2) 757, 791 (1997).

<sup>20</sup> **שם**, בעמ' 789. במקרה דנן, הצעת חוק ההתיישנות לא הבשילה לכדי חקיקה. לדוגמא נוספת ראו ע"פ 518/87 **מאיר נ' מ"י** (לא פורסם, 13.9.1987) (תמיכה בהצעת חוק עומדת בדבר עבודת שירות).

<sup>21</sup> ע"א 734/78 **אשר נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1959**, פ"ד לג(2) 767, 777 (1979). השופט אשר, שאף הוא נותר במיעוט, הצטרף לקריאתו של השופט כהן, באומרו כי "משגברו דעתם של חברי על דעתי אין לי, אלא להצטרף לפנייתו של חברי הנכבד השופט ח' כהן אל המחוקק" (**שם**, בעמ' 780).

בידינו לפרש את המונח "לקוח" באופן התואם את המציאות והולך עימה עקב בצד אגודל, ובכך היינו משרתים את התכלית החקיקתית אותה נועד חוק הבנקאות (שירות ללקוח) לקדם; משלא נסתייע הדבר, על המחוקק לומר את דברו.<sup>22</sup>

גם במקרה זה תוקן החוק ברוח דעת המיעוט.<sup>23</sup> הנה כי כן, עצות שיפוטיות—או, כפי שהן מכונות בהקשר החוקתי, "רמזים חוקתיים" (constitutional hints)<sup>24</sup>—הן מגוונות בצורתן ועשירות בנוסחן. הן כוללות מקרים בהם שופט "אנוס" לפסוק לפי הדין המצוי ולא הרצוי; שופט המבקש לזרז חקיקה תלויה ועומדת, ואולי לומר דבר-מה על תוכנה; שופט שלא הצליח לשכנע את חבריו למותב בצדקת דרכו; שופט שסבור כי למחוקק עדיפות להסדיר את העניין; או שופט המעדיף שהמחוקק יכריע שכן אין לו העדפה חזקה בסוגיה המשפטית. בכל המקרים הללו, העצה השיפוטית מאפשר לשופט שלא להכריע בסוגיה ולהמליץ למחוקק לפעול בעניין.

## 2. "מפת-דרכים" שיפוטית

"מפת-דרכים" היא מנגנון בו נוקט בית המשפט כאשר הוא משנה דין קיים ובמקביל מבקש להציע למחוקק חלופות, במפורש או במשתמע. מקור המונח במשפט חוקתי, בפסקי דין בהם בית המשפט הכריז על אי-חוקתיות. בעוד ופסק הדין מתמקד לרוב בהסבר לאי-חוקתיות החוק, "מפת-הדרכים" החוקתית מתמקדת בהכוונה שיפוטית לאילו נורמות ואילו הסדרים עשויים להיחשב חוקתיים. דוגמא יפה מצויה בפרשת **ברגמן**.<sup>25</sup> בפסק דין פורץ דרך זה, בית המשפט קבע כי הוראת חוק מימון מפלגות,<sup>26</sup> השוללת הקצבה כספית מרשימת מועמדים חדשה, מפרה את עקרון שוויון הבחירות, המעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. השופט לנדוי סיים את פסק דינו בעצה לכנסת כיצד להכשיר בחקיקה את גזרת בית המשפט: "הכנסת יכולה לעשות אחת משתיים: היא יכולה לחזור ולחוקק את הוראות המימון שבחוק המימון, למרות חוסר השוויון שבהן, אם ימצא להן הרוב הדרוש לפי הסעיפים 4 ו-46 של חוק-היסוד; או שהיא יכולה לתקנו כדי להסיר את חוסר השוויון".<sup>27</sup> ואכן, החקיקה העוקבת יישמה את עצותיו של השופט לנדוי.<sup>28</sup> דוגמא נוספת בהקשר החוקתי ניתן למצוא בפרשת **מנהלי ההשקעות**.<sup>29</sup> בעניין זה פסל בית המשפט את סעיף 48 לחוק הסדרת העיסוק בביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995, לפיו, רשאית הרשות לניירות ערך להעניק רישיון לעסוק בניהול תיקי השקעות למי שעסק בניהול תיקים שבע שנים לפחות, גם אם אינו ממלא אחר התנאים לקבלת רישיון הקבועים בחוק. בית המשפט לא פסל את העיקרון של המרת בחינה פורמאלית בניסיון מקצועי ממושך אך קבע כי פרק הזמן של שבע שנים מבחין באופן לא-מידתי בין עוסקים "ישנים-ותיקים" לבין עוסקים "ישנים-טריים", ובכך פוגע באופן לא-מידתי בזכות החוקתית לחופש העיסוק. לקראת סוף פסק-דינו, מזמין הנשיא ברק את הכנסת לגבש הסדר משפטי שיעמוד בביקורת שיפוטית:

<sup>22</sup> ע"א 1304/91 טפחות – בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' ליפרט, פ"ד מז(3) 309, 329 (1993). ראו גם ע"א 127/87 בדיחי נ' בדיחי, פ"ד מג(4) 341, 347 (1989) (השופט ברק, בדעת מיעוט: "מקווה אני, כי המחוקק יתערב גם הפעם, תוך שייתן תחולה מלאה, לעניין כל צורות הצוואה, לעמדה הליברלית". שם, בעמ' 350). ואכן, המחוקק נענה לעצתו של השופט ברק ותיקן את החוק בהתאם, תוך שהוא מפנה בהצעת החוק לדעת המיעוט בפסק הדין. ראו הצעת חוק הירושה (תיקון מס' 11) (קיום צוואה על אף חסר בצורתה), תשס"ד-2003.

<sup>23</sup> הצעת חוק הבנקאות (שירות ללקוח) (תיקון מס' 2), התשנ"ד-1994.

<sup>24</sup> דוקלוס ורוץ, **לעיל** הערה 4.

<sup>25</sup> בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969).

<sup>26</sup> חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות וביקורת), התשכ"ט-1969.

<sup>27</sup> עניין **ברגמן**, **לעיל** הערה 25, בע' 700.

<sup>28</sup> ס"ח 567 (תשכ"ט) 201 (תיקון חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות (מימון, הגבלת הוצאות וביקורת), התשכ"ט-1969, כך שהוסר אי-השוויון בין הרשימות המתמודדות לכנסת); ס"ח 568 (תשכ"ט) 204 (חקיקת חוק הבחירות (אישור תקפם של חוקים), התשכ"ט-1969, אשר אשרר "למען הסר ספק" את כל חוקי הבחירות שהיו בתוקף אותה עת).

<sup>29</sup> בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997).

יתכן שניתן היה לקבוע נקודת חיתוך חדה בין עוסקים ישנים, הפטורים באופן מלא מחובת הבחינות (להוציא בחינה באתיקה מקצועית), לבין עוסקים ישנים החייבים בבחינות. בדרך זאת ניתן היה לקבוע כי נקודת החיתוך תהיה, למשל, ארבע שנים או חמש שנים או תקופה דומה אחרת, אך לא שבע שנים . . . ייתכן שניתן גם ללכת בדרך אחרת, כלומר, להימנע מנקודת חיתוך חדה . . . בחירתה של נקודת האיזון הראויה מסורה למחוקק.<sup>30</sup>

“מפת-דרכים” חוקתית מאפשרות למחוקק להבין טוב יותר את מרחב האפשרויות העומדות בפניו. בדומה לעצה שיפוטית, היא מעבירה את ההכרעה למגרשו של המחוקק. שלא כמו עצה שיפוטית—המשקפת העדפה משפטית—“מפת-דרכים” חוקתית מבטאת *דלישה*, שכן בית המשפט בחר לפסול את החוק הקיים.

פרקטיקה קרובה קיימת בהקשרים לא-חוקתיים. מדובר במצבים בהם בית המשפט קובע הלכה חדשנית הסוטה מהדין הקיים, ובד בבד, מזמין את המחוקק לתקן את החוק (ולאייץ את פסק הדין). הספרות הרלוונטית צפתה כי הנחיה שיפוטית מסוג זה תינתן היכן שבית המשפט צופה ביקורת על החלטתו, ומבקש למזער ביקורת זו על ידי הזמנת המחוקק להפוך את ההלכה החדשה.<sup>31</sup> דוגמא להלך מחשבה זה עשויה להיות פרשת *א.ש.י.ר.*, בה נקבעה הלכה חדשנית לפיה ניתן להגן על זכויות קניין רוחני לא רק על ידי חוקים ספציפיים, כי אם גם באמצעות דוקטרינה כללית של דיני עשיית עושר.<sup>32</sup> חדשנותה של ההכרעה, נראה, הביאה את השופט זמיר להדגיש:

הבעיות הכרוכות בהגנה על יוצרים, שחוקי הקניין הרוחני אינם מגנים עליהם, מתגלגלות בממשלה ובכנסת (וגם בבתי העסק) כבר שנים רבות, והמחוקק לא נחלץ עד כה לפתור אותן . . . לאור העבר יש לחשוב לעתיד: אם בית-המשפט ימשיך ידו מן ההגנה על יוצרים אלה, מי יודע מתי תבוא להם ישועה מן המחוקק. לכן, מוטב שבית-המשפט ייתן פתרון לבעיות אלה, ולו רק פתרון זמני, ואפילו אם הפתרון אינו מושלם . . . אם וכאשר המחוקק יקבע פתרון משלו לבעיות אלה, יבוא על הברכה, ובית-המשפט יפנה אז ללכת בדרך שהתווה המחוקק.<sup>33</sup>

לדוגמאות אלו, אם כן, יש מכנה משותף: ככולן בית המשפט פסל את הפרקטיקה הנוהגת—בטלות חקיקה או שינוי הלכה—תוך קריאה למחוקק להסדיר את העניין מחדש. בהקשר החוקתי בית המשפט מנחה את המחוקק מפורשות איך לתקן; בהקשר הלא-חוקתי, תחת הנחיה מפורשת, בית המשפט—כבעניין *א.ש.י.ר.*—מצביע במשתמע על תוכן החקיקה הרצוי.

<sup>30</sup> **שם**, בעמ' 413-412. ראו גם בג"ץ 3872/93 **מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, מר יצחק רבין**, פ"ד מז(5) 485, 505 (1993).

<sup>31</sup> ראו האוסיגר ובאום, הערה 11 **לעיל**, בעמ' 172-174. האוסיגר ובאום משתמשים במונח “גידור” (hedging “their bets”) לתיאור סוג זה של הערות.

<sup>32</sup> רע"א 5768/94 **א.ש.י.ר. ייבוא ייצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה**, פ"ד נב(4) 289 (1998).

<sup>33</sup> **שם**, בעמ' 496-497. העניין טרם הוסדר בחקיקה, וה“פתרון הזמני” שקבע בית המשפט עודנו שריר וקיים. לדוגמאות נוספות ראו בג"ץ 3939/99 **עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25 (2002) (ביטול, במותב של שבעה שופטים, החלטת מינהל מקרקעי ישראל להפשיר לבנייה קרקעות חקלאיות); ע"א 2026/92 **פקיד שומה פתח-תקווה נ' שדות חברה להובלה (1982) בע"מ**, פ"ד נה(4) 89, 96, 113, 116 (2001) (הסדרת מיסוי שותפויות (מותב של חמישה שופטים)); בג"ץ 1604/90 **שליט נ' פרס**, מד(3) 353, 368 (1990) (קביעת הלכה המחייבת פרסום הסכם פוליטי תוך הזמנת המחוקק לומר דעתו בסוגיה).



### 3. אזהרה שיפוטית

אזהרה שיפוטית מתריעה בפני המחוקק על כך שפרקטיקה קיימת עשויה, אם לא תתוקן, להיפסל בעתיד. כאשר המחוקק אינו מגיב להנחיות, אזהרות שיפוטיות מעניקות לבית המשפט לגיטימציה לשינוי פסיקתי עתידי. אזהרות שיפוטיות, אם כן, עשויות לשמש את בית המשפט במקרים בהם הביקורת הציבורית על פסיקה חדשנית עלולה להיות חזקה מדי, גם בתוספת "מפת-דרכים" שיפוטית. בית המשפט עשוי לוותר על הפסיקה החדשנית ולהותיר את הסטטוס קוו בעינו. בד בבד, באפשרותו לצרף אזהרה שיפוטית. כאשר העניין יגיע לפתח בית המשפט פעם נוספת,<sup>34</sup> הלגיטימיות לשנות את הדין עשויה להיות גבוהה יותר, שכן, המחוקק התבקש לתקן את הטעון תיקון אך מיאן לעשות כן. תפיסה אחרת של אזהרות שיפוטיות היא של מעין "בלון ניסוי" שנועד לבדוק את תגובת המחוקק למהלך פסיקתי. גם כאן בית המשפט אינו מגיע לתוצאה הרצויה כאשר הוא דן בתיק הראשון מסוגו. משנמצא כי המחוקק אינו מגיב לאפשרות של שינוי ההלכה, השינוי עשוי להגיע בעתיד. באופן דומה, באפשרות בית המשפט להעיר למחוקק בכמה פסקי דין עוקבים עד שתימצא השעה הכשרה לשינוי הלכתי.<sup>35</sup> הנחיות שיפוטיות אלו משלבות דחייה של הכרעות קשות למועד עתידי לצד מתן זכות קדימה למחוקק.

דוגמא לרעיון זה עשויה להיות שאלת סמכותו של בג"ץ לפסוק פיצויים לעותרים. בשנותיו המוקדמות של בית המשפט, סירב בג"ץ להכיר בסמכות זו, תוך שהוא ממליץ למחוקק להסדיר את העניין בחקיקה.<sup>36</sup> הערות חוזרות ונשנות נענו בשיקת המחוקק.<sup>37</sup> עקב כך, מאמצע שנות השבעים החל שינוי הלכתי: "שינוי חקיקתי לא בא, אך שינוי הלכתי התרחש."<sup>38</sup> במספר פסקי דין החל בג"ץ לפסוק פיצויים לעותר, <sup>39</sup> עד שלבסוף התקבעה ההלכה המאפשרת מתן פיצוי.<sup>40</sup> דוגמא נוספת היא עניין ג'עפרי.<sup>41</sup> פסק הדין דן בשאלה האם רשאי בית המשפט להחליט בדבר נשיאת מאסר בדרך של עבודות שירות, גם כאשר הבקשה מוגשת שלא במעמד גזר הדין אלא במועד מאוחר יותר. בית המשפט הזכיר כי השאלה נדונה בעבר מספר פעמים, וכי המחוקק התבקש, לפחות בשני פסקי דין שונים בעבר, לתקן את העניין "בדחיפות", אך לא עשה כן.<sup>42</sup> משכך, נקבע, "השאלה בדבר מועד מתן ההחלטה על נשיאת המאסר בדרך של עבודות שירות, שהשארונה בצריך עיון . . . הגיעה שעתה להכריע בה."<sup>43</sup> המשותף למקרים אלו הוא שביט המשפט אינו מעוניין להמתין עוד למחוקק.<sup>44</sup> הוא משנה את ההלכה, לאחר שהתריע בעבר על

<sup>34</sup> בית המשפט נוטל כמובן סיכון שהמחוקק יסדיר את הסוגיה, לא בהכרח לשביעות רצונו של בית המשפט.

<sup>35</sup> ואכן, בנייתוח התונים נמצא כי כשלושים אחוז מההערות הן "הערות חוזרות."

<sup>36</sup> ראו דברי השופטים אולשן וזמורה בבג"ץ 22/49 סבו נ' המושל הצבאי, יפו, פ"ד ב 701, 708-709 (1949).

<sup>37</sup> ראו דברי השופט ברנזון בעניין בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טז 20, 32 (1962) ("בעבר הביע בית-משפט זה בכמה הזדמנויות את המשאלה למחוקק לשקול את תיקון החוק אשר יאפשר לו לתת תרופה שלמה במקרים שלאחר המעשה; אולי מותר לנו להשתמש בהזדמנות זו כדי לחזור על המשאלה הנ"ל").

<sup>38</sup> ראו דברי השופט ברק בבג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו (4) 85, 97-98 (1982).

<sup>39</sup> ראו בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח כנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כח (2) 449 (1974); בג"ץ 358/77 דרון נ' עיריית ירושלים, פ"ד לב (1) 729 (1978).

<sup>40</sup> ראו פס"ד מיגדה, הערה 38 לעיל.

<sup>41</sup> ע"פ 1100/91 מ"י נ' ג'עפרי, פ"ד מז (1) 418 (1993).

<sup>42</sup> שם, בעמ' 433-434. פסק הדין הראשון הוא ע"פ 518/87 אלון מאיר נ' מ"י (לא פורסם, 13.9.1987); פסק הדין השני הוא 537/89 מ"י נ' בן משה אברהמין, פ"ד מג (4) 772 (1989).

<sup>43</sup> שם, בעמ' 434. בתיקון חקיקתי מאוחר הפך המחוקק את ההלכה שנוצרה בפסק דינו של השופט אלון. ראו סעיף 2 להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 101) (נשיאת מאסר בעבודות שירות), תשס"ח-2008, שתיקן את סעיף 51 בלחוק העונשין, תשל"ז-1977.

<sup>44</sup> לדוגמאות נוספות ראו על"ע 2531/01 חרומן נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בתל-אביב-יפו, פ"ד נח (4) 55 (2004), בו עלתה השאלה האם עבירות לפי חוק לשכת עורכי הדין מתיישנות. תוך שהוא מצטט הלכה קודמת, בה התבקש המחוקק להסדיר העניין אך לא עשה כן, סטה בית המשפט, מפי השופטת פרוקצ'יה, מהלכות קודמות וקבע כי קיימת מגבלת זמן להפעלת הליכי משמעת מטעם לשכת עורכי הדין (להערה המקורית של בית המשפט למחוקק, ראו דברי השופט אלון בעל"ע 18/84 כרמי נ' פרקליט המדינה, פ"ד מד (1) 353, 367

הצורך בשינויה, אך המחוקק לא שעה לפנייה. פסקי דין אלו מהווים "כרטיס אדום" שבא בעקבות הערות דומות קודמות—"הכרטיס הצהוב" הוא האזהרה השיפוטית הנלמדת בדיעבד מפסק הדין המאוחר יותר.

קשה יותר להבחין באזהרה שיפוטית בעת פרסומה. אולם, קיימים מקרים בהם נוסח הפסק לא משאיר מקום לספקות. במקרים אלו ניתן להבין כי על המחוקק לומר את דעתו, אחרת בית המשפט יכריע בעניין בעתיד. בפרשת **א.ש.ת.** מציינת השופטת ביניש כי ההחלטה להותיר את התוצאה שנתקבלה בערעור על כנה מקורה ברצון בית המשפט להמתין ולראות כיצד מתקדמים הליכי החקיקה של חוק תובענות ייצוגיות. אם, מציינת השופטת ביניש, הליכי החקיקה לא יוסדרו "במועד מוקדם ובזמן סביר", עלול האיפוק השיפוטי להסתיים.<sup>45</sup> אזהרה שיפוטית בולטת אחרת מופיעה בפרשת **פסרו (גולדשטיין)**. בעניין זה, נדונה השאלה האם חייב פקיד הרישום במשרד הפנים לרשום את תוקפו של גיור לא-אורתודוכסי שנערך בקהילה יהודית בחוץ-לארץ. הנשיא ברק מציין כי פקיד הרישום חייב לרשום את תוקפו של הגיור אך אינו מכריע בשאלה הרחבה של גיורים לא-אורתודוכסים לצורך חוק השבות, התש"ל-1950, וחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965. בסוף דבריו ניתן לזהות אזהרה שיפוטית ביחס לשאלה הרחבה:

הכרעתנו היום מצומצמת בהיקפה . . . קביעתנו היום הינה בעלת אופי שלילי בלבד. אנו קובעים את ה"אין" (אין תחולה לפקודת ההמרה). איננו קובעים את ה"יש" (התוכן המדויק של מהות הגיור בישראל). כפי שציינו, ה"יש" עשוי להיקבע במפורש במפורט על-ידי המחוקק. עם זאת . . . אם המחוקק לא יוסיף על דברו זה, לא יהא מנוס מהכרעה שיפוטית בעניין זה על-פי ההגדרה הקיימת.<sup>46</sup>

נדגיש: העובדה שבפסקי דין קודמים בית המשפט נתן למחוקק הזדמנות להגיב, וזה שתק, אינה מלמדת בהכרח כי המחוקק העדיף שבית המשפט יסדיר את העניין בחקיקה שיפוטית. ייתכנו מקרים בהם המחוקק כלל אינו מודע לאזהרה השיפוטית או שלא נתן דעתו לעניין; ייתכנו גם מקרים בהם המחוקק העדיף במודע לשמור על הדין המשפטי הקיים חרף האזהרה.

#### 4. הערות לתיקוני חקיקה כהנחיות שיפוטיות

הנחיה שיפוטית היא שם כולל לסוג מסוים של אמירות שיפוטיות,<sup>47</sup> שאינן עשויות מקשה אחת. הן מונעות ממוטיבציות שונות. יש להן צורות שונות. והן נועדו לשרת צרכים שונים. מטבע הדברים, ניסיון ראשוני לקטלגן אינו נקי מקשיים עיוניים ומתודולוגיים, ומובן

(1990); וכן ראו ד"ר 15/79 **מיגדה ליבל נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים**, תשי"ז-1959, פ"ד לה' (3) 29 (1981), בו השופט חיים כהן, שהמליץ על תיקון חקיקתי קודם, בוחר שלא להותיר כעת את העניין למחוקק ("מה שאמרת בע"א 665/78 . . . אמרתי מתוך התקווה והמשאלה, שהמחוקק ייתן דעתו ולבו למצוקתם של נכים אלה, אשר לעתים יותר מדי רבות ממתנינים לכסף תגמולים". **שם**, בעמ' 41-42).

<sup>45</sup> אם יתמהמה המחוקק ויימנע מהסדרת הנושא בחקיקה, עלול הצורך לעשות שימוש בתובענה הייצוגית להכריע את הכף ולהביא להסדרתה בדרך השיפוטית על אף מגרעותיה ("פרשת א.ש.ת., **לעיל** ה"ש 17, בעמ' 207 (ציטוטים פנימיים הושמטו)). יוער כי בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף סוקר השופט ברק מספר הערות חקיקה שהכנסת לא עשתה דבר לקידומן, וקובע כי הגיעה השעה להתערב בעניין ("ואשר להמתנה למחוקק, אכן מקובל עלי כי זהו שיקול ראוי. עם זאת, בעניין שלפנינו המחוקק אכן התמהמה, ויש מקום להסדרה שיפוטית" (רע"א 3126/00 **מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטיים וכוח אדם בע"מ**, פ"ד נו(3) 220)).

<sup>46</sup> בג"ץ 1031/93 **פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים**, פ"ד מט(4) 661, 747-748 (1995). ראו גם ע"א 7809/01 **מסד חברה הודית להלוואות וחסכונית בע"מ נ' הסוכנות היהודית לישראל**, פ"ד נט(1) 701, 710-709 (2004), בו השופט ברק קובע כי התוצאה המשפטית אינה צודקת, אך "בשלב זה" יש לתת למחוקק להסדיר העניין; ודברי השופט ריבלין בעניין **טובי**, לעיל ה"ש 12, המצביע על כשל הילכתי, אך נמנע מלתקנו שכן "נסתפק לעת הזאת בהפניית קריאה למחוקק".

<sup>47</sup> כאשר שופט מביע עמדתו לגבי תיקון חקיקתי נדרש במאמר אקדמי או בראיון עיתונאי או בכל דרך אחרת מחוץ לתפקידו כשופט, מדובר בעמדה משפטית ולא בהנחיה שיפוטית.

שתימצאנה חפיפות או צירופים שונים של הנחיות שיפוטיות, כגון מקרה של "אזהרה שיפוטית" שמצורפת לה "מפת-דרכים". החלוקה לעיל מסווה הבדלים נוספים בין הנחיות שיפוטיות. יש שהן דוחקות במחוקק לתקן את החוק, ויש שהן מסתפקות בניסוחים ניטראליים יותר. יש הנחיות כלליות, המבקשות להסדיר תחום שלם, ויש כאלו המכוונות לתיקון ספציפי. יש והשופט מציע קווים מפורטים לתיקון החוק—"מה" לתקן ו"כיצד"<sup>48</sup>—ויש שהוא מותר למחוקק לוח חלק.

הערות לתיקוני חקיקה—פסקי דין בהם בית המשפט (או חלק משופטיו) קורא למחוקק לתקן את החוק—הן ביטוי של הנחיות שיפוטיות. ניתן לשער כי החפיפה אינה מלאה, וכי קיימות הערות לתיקוני חקיקה שאינן בבחינת הנחיות. כן קיימות הנחיות שיפוטיות שבאות לידי ביטוי בדרכים אחרות, לאו דווקא בקריאה מפורשת למחוקק לתקן החוק. הערות לתיקוני חקיקה, אם כן, הן רק ביטוי אחד—גם אם חשוב ומרכזי—של הנחיות שיפוטיות. משום שניתן לזהות הערות לתיקוני חקיקה באמצעות מלות חיפוש (כגון "ראוי כי המחוקק"), הערות אלו מהוות כר מעניין וחלוצי לדין ובחינה אמפירית ונורמטיבית של הנחיות שיפוטיות.

### 5. הערות לתיקוני חקיקה: יתרונות וחסרונות

הספרות התיאורטית בנושא הערות לתיקוני חקיקה דלה. התייחסויות מעטות במהלך השנים של מספר שופטים בבית המשפט העליון לתופעה זו מלמדות כי הכלי של הערות לתיקוני חקיקה נתפס כתרומה ראויה של הרשות השופטת למפעל החקיקה. כך לדוגמא, במאמר אקדמי התייחס השופט אגרנט להערות אלו כתרומה עקיפה של הרשות השופטת למפעל החקיקה, לצד תרומה נוספת שמקורה בחקיקת הכנסת בעקבות ההלכה הפסוקה (כאשר הכנסת לא השלימה עם פסיקת בית המשפט או, לחילופין, ביקשה לעגנה בחוק).<sup>49</sup> דעה דומה הביע השופט ברק.<sup>50</sup> השופט זוסמן הוסיף אף הוא כי הערות אלו הן ביטוי לאחריות בית המשפט בדונו בשאלות מורכבות וכי ממילא סמכות ההכרעה הסופית מסורה למחוקק. השופט זוסמן מצייין כי על המחוקק לעקוב אחר פסקי הדין ולאתר פרצות שראוי "לסתום אותן כדי שלא יפגע האזרח" וכי, במקרים רבים, חקיקה שיפוטית מקורה בכך שהמחוקק לא עקב כראוי אחר פגמים בחוק שעליהם הצביע בית משפט.<sup>51</sup>

האם הערות אלו הן כלי ראוי? מובן שהדבר תלוי בסוג ההערה ובנסיבותיו של כל מקרה. באופן כללי, קיימים מספר טיעונים עקרוניים כנגד השימוש בהנחיות שיפוטיות. ראשית, ניתן לטעון כי שלטון החוק יוצא נפסד כאשר בית המשפט פונה למנגנון של עצות או אזהרות בזמן שקיים פגם חקיקתי; כך, חוק פגום או הלכה לא-ראויה נותרים בתוקף לתקופה נוספת בציפייה כי המחוקק ישנה את הדין. שנית, הנחיה שיפוטית עלולה להוביל לפגיעה ממושכת יותר בזכויות הפרט, שכן משמעה היא אי-מתן סעד לפרט המתדפק על דלתות בית המשפט; דחיית הסעד בציפייה להסדר חקיקתי נועלת את שערי בית המשפט במקרה המסוים. הדבר בולט במיוחד כאשר מדובר בעצות או אזהרות שיפוטיות חוזרות ונשנות באותו נושא. שלישי, ניתן לטעון כי השימוש בהנחיה שיפוטית פוגע בעיקרון הפרדת הרשויות, במיוחד אם מדובר בהערה אקטיבית הכוללת התייחסות מפורטת לתוכן החקיקה הרצוי, או הבעת עמדה לגבי הצעת חוק תלויה ועומדת. הערות מסוג זה עומדות לכאורה בסתירה להלכת בית המשפט העליון, לפיה—

<sup>48</sup> ראו למשל, בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 5 ("ראוי] שהמחוקק ייתן דעתו על הוספת העילה של פגיעה בפרטיות לרשימת העילות המנויה בסעיף 68(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] וכן לרשימת העילות המנויה בסעיף 41(ב) לחוק שירות המדינה (משמעת). כמו כן ראוי לדעתי כי תינתן הדעת על הוספת העילה האמורה בסעיף 68(ב)5 לחוק בתי המשפט — 'בית משפט ראשי לדון בענין מסויים, כולו או מקצתו, בדלתיים סגורות, אם ראה צורך בכך באחת מאלה... (5) לשם הגנה על ענינו של מתלונן או נאשם בעבירת מין או בעבירה על פי החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998" (").

<sup>49</sup> שמעון אגרנט, "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה", **עיוני משפט** 233 (2) 246-254 (תשמ"ד).

<sup>50</sup> ראו הערה 8 לעיל.

<sup>51</sup> יואל זוסמן, "בתי המשפט והרשות המחוקקת", **משפטים** ג' 213, 217-218 (תשל"א).

במסגרת הכיבוד ההדדי בין הרשויות—אין הוא מתערב בהליכי החקיקה.<sup>52</sup> הנחיות שיפוטיות עשויות אף לשחוק את מעמד בית המשפט, הן בשל חדירה לתחומים הנתפסים כשייכים לסמכות הרשות המחוקקת, הן בשל זילות דבריו—התעלמות המחוקק מהערות של בית המשפט עלולה להיתפס כפגיעה במעמדו. לבסוף, קיימת בעייתיות מסוימת באזהרות שיפוטיות כאשר המחוקק כלל אינו קשוב להערות בית המשפט. במקרים אלו, השינוי ההלכתי המאוחר יוצר את הרושם—שאינו בהכרח תואם את המציאות—לפיו המחוקק בחר שלא לדון בסוגיה. מנגד, להנחיות שיפוטיות יתרונות רבים. ראשית, הנחיות שיפוטיות מקדמות דיאלוג בין הרשויות. שנית, הן תורמות לדיון הציבורי והאחריות הפוליטית, שכן הן מצביעות על סוגיות משפטיות הדורשות מענה. שלישית, הנחיות שיפוטיות מאזנות בין תפיסות שונות של תפקיד השופט. בהקשר החוקתי, למשל, הנחיות שיפוטיות יכולות לגשר בין גישות התומכות בביקורת שיפוטית לבין גישות המתנגדות עקרונית לסמכות הביקורת השיפוטית. "רמז חוקתי" או "אזהרה שיפוטית", מאפשרים לבית המשפט להימנע מביטול של חוק או מפסיקה מרחיקת לכת אך בה בעת להניע את המחוקק לצורך בשינוי, לעתים תוך מתן עצה כיצד יש לעשות כן. בכך יכול המחוקק לדעת את מרווח התמרון שברשותו במקום לגשש באפילה ולהוציא תחת ידו חוק שעלול להיפסל בבית משפט בשל היותו בלתי-חוקתי.

ניתן לטעון כי במאזן הכולל, הטענות כנגד השימוש בהנחיות שיפוטיות אינן עקרוניות—ואינן אמורות להוביל לדחייתן—אלא מתמקדות באופן ותדירות השימוש בהן. הטיעונים בדבר פגיעה בשלטון החוק ובזכויות הפרט כוחם יפה כדי להגביל את השימוש בהנחיות שיפוטיות במקרים בהם הפניה להנחיה שיפוטית, במקום מתן סעד, עלולה לגרום נזק ברור ומיידי לאינטרס ציבורי חשוב או לזכויות אדם חוקתיות. מנגד, הנחיה שיפוטית מוצדקת יותר מקום בו הדין הקיים אינו חמור דיו כדי להצדיק התערבות, ויש טעמים כבדי-משקל להניח למחוקק להסדיר את הנושא. מקרה כזה עשוי להיות נושא סבוך ומורכב המצריך בדיקה מקיפה בכלים ואמצעים שאינם מצויים בידי בית המשפט: שימוע או עדות של מומחים, הערכות תקציביות, ייעוץ פומבי ודיון ציבורי פתוח. בדומה, הטיעון בדבר התערבות בהליכי חקיקה או זילות מעמדו של בית המשפט אינו עקרוני אלא מצריך זהירות בשימוש בכלי של הנחיות שיפוטיות. בפרט, היתרונות בשימוש בהנחיות שיפוטיות רבים כאשר המחוקק קשוב להן; ולהיפך—חסרונותיהן מתבלטים כאשר המחוקק אינו ער להערות בית המשפט. לכן, לגישתנו, השאלה אינה אם הנחיות שיפוטיות הן כלי לגיטימי, אלא באילו נסיבות השימוש בהן לגיטימי יותר ובאילו נסיבות לגיטימי פחות.<sup>53</sup>

## 6. המעמד המשפטי של הערות לתיקוני חקיקה

ניתן ללמוד על המעמד המשפטי של הערות לתיקוני חקיקה מהנחיית היועץ המשפטי לממשלה והתייחסות יושב ראש הכנסת לעניין. במאי 1970, כשנה לאחר פרשת **ברגמן**, פרסם היועץ המשפטי לממשלה הנחיה לגבי "הערות בתי המשפט לעניין תיקון חקיקה".<sup>54</sup> ההנחיה קובעת נוהל של העברת הערות לתיקוני חקיקה על-ידי פרקליט המדינה שנתקל בהערה כגון זו (בדרך כלל בשל היותו צד להליך), אל פרקליט המחוז, פרקליט המדינה והממונה על מחלקת החקיקה במשרד המשפטים, וממנו, בליווי חוות-דעת מפורטת, לעיונו של היועץ המשפטי לממשלה. גישה זו מחייבת, לכל הפחות, הליך של שקילה ובדיקה על ידי היועץ המשפטי

<sup>52</sup> ראו והשוו בג"ץ 761/86 **מיערי נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מב(4) 868 (1989); ב"ש 166/84 **ישיבות תומכי תמימים מרכזית נ' מ"י**, פ"ד לח(2) 273 (1984); בג"ץ 3424/91 **הארגון להגנת הדייר נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מה(5) 343, 340 (1991); ולגר, לעיל הערה 9.

<sup>53</sup> כפי שמציין פרופסור ברק, "הדיאלוג הוא מכשיר להגשמת השותפות שבין השופט למחוקק ולמבצע. הערכתו של הדיאלוג—אם תוצאותיו הן חיוביות או שליליות—תלויה במידה רבה במידת השימוש בו. שימוש רב מדי בדיאלוג... יפגע במהותו של הדיאלוג... הכול הוא עניין של דרגה ומידה" (ברק, **לעיל** ה"ש 8, בעמ' 386).

<sup>54</sup> "הערות בתי המשפט לעניין תיקון חקיקה", **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה**, 50.021 (1.5.1970). ההנחיה עודכנה בשנת 2002 בהנחיה מספר 9.1103.

לממשלה. עם זאת, הנחיית היועץ המשפטי לממשלה אינה חלה על הערות לתיקוני חקיקה שנאמרות כאשר המדינה אינה צד להליך; מצד שני, היא חלה גם על הערות לתיקוני חקיקה שנאמרות אגב דיון בבית משפט, וכן על הערות מטעם בתי משפט נמוכים. לא ברור עד כמה מיושמת הנחיה זו, והאם ההערות אכן נשקלות בידי היועץ המשפטי לממשלה (או מי מטעמו). במאי 2009, במסמך שכותרתו "העברת הערות בית המשפט לידיעת המחוקק", התייחס יושב ראש הכנסת, ראובן ריבלין, לתופעה של הערות לתיקוני חקיקה. במסמך מורה יושב ראש הכנסת ליועצת המשפטית של הכנסת להקים, לראשונה, מנגנון אשר יביא לידיעת חברי הכנסת את הערות השופטים למחוקק. לפי האמור, שופטים הממליצים על תיקון חקיקתי יפנו העתק מהמלצתם למנהל בתי המשפט, שיעבירה ללשכה המשפטית של הכנסת. היועצת המשפטית של הכנסת תעביר עדכונים שוטפים על ההמלצות לחברי הכנסת, ואלו יכללו גם ניתוח של השלכות ההמלצה. יושב ראש הכנסת קורא לחברי הכנסת "לעשות שימוש בעדכונים אלו... האם וכיצד לפעול נוכח הערות בית המשפט למחוקק" וכן קורא לראשי הוועדות בכנסת "להביא לקידום של הצעות חוק", במקרים מתאימים.<sup>55</sup> המסמך לא מגביל את המנגנון להערות של בית המשפט העליון אלא חל על כלל מערכת בתי המשפט. הטעם להקמת המנגנון נובע מחשש למעמדה של הכנסת במקרים בהם בית המשפט העליון משנה את הסטטוס קוו באמצעות חקיקה שיפוטית:

מציאות זו [של אי-מודעות להערות בית המשפט] מביאה לכך, שהכרעות שגם אליבא דבית המשפט היו צריכות להתקבל על ידי הכנסת, מוכרעות פעם אחר פעם על ידי בית המשפט. פעמים רבות בית המשפט מכריע הכרעות אלה תוך מתיחת ביקורת על המחוקק, על כך שלמרות שנתבקש להגיע להכרעה בעניין, הוא נמנע מכך במשך שנים ארוכות, ולכאורה בכך הוא מאלץ את בית המשפט לקבל את ההכרעות שראוי היה שיתקבלו על ידי הרשות המחוקקת. בכך נפגע מעמדה של הכנסת, הן בהצגת הכנסת כמי שלא מבצעת את תפקידה והן בעצם קבלת ההכרעה שלא על ידי הכנסת.<sup>56</sup>

הנחייתו של יושב ראש הכנסת מעניינת מכמה סיבות. ראשית, היא מכירה בתופעה של הערות לתיקוני חקיקה.<sup>57</sup> שנית, היא צועדת בכיוון של מיסוד מנגנון הדיווח על ההערות. ההנחייה יוצרת חובת דיווח לחברי הכנסת על הערות לתיקוני חקיקה ומעודדת, במקרים מתאימים, הליך של דיון ושקילה—על בסיס חוות-דעת של היועצת המשפטית לכנסת בדבר "ההשלכות המרכזיות של האלטרנטיבות השונות להסדרים הנושאים הנדונים בחקיקה"<sup>58</sup>—ואף קידום הצעות חוק בהתאם. שלישית, היא מכירה בתופעה של "כרטיס אדום"—חקיקה שיפוטית הנעשית לאחר שהכנסת לא נתנה דעתה לאזהרה שיפוטית. רביעית, בדומה להנחיית היועץ המשפטי לממשלה, יושב ראש הכנסת מתייחס להערות לתיקוני חקיקה בפסיקת כל בתי המשפט, לאו דווקא בבית המשפט העליון.<sup>59</sup> מהו, אם כן, מעמדן המשפטי של הערות לתיקוני חקיקה? שאלה זו חשובה לא רק כדי לקבוע את מערך החובות שהן מטילות על המחוקק אלא גם כדי לווסת את היקף השימוש בהן. אם להערות יש מעמד מחייב, הדבר עשוי להגביר את תדירות השימוש בהן ולהשפיע על תוכנן.

<sup>55</sup> "דבר היו"ר בנושא העברת הערות בית המשפט לידיעת המחוקק", הכנסת, 26 במאי 2009, זמין ב-<http://www.knesset.gov.il/legaldept/heb/update.htm>

<sup>56</sup> ש.ם.

<sup>57</sup> ש.ם ("מדי פעם מצביעים שופטי בתי המשפט על חוסר בהירות, סתירות פנימיות או לקונות במצב החקיקתי הקיים. ביטויים כגון 'טוב יעשה המחוקק אם ייתן דעתו על הסדרת עניין זה בחקיקה' נפוצים בחלק משמעותי מפסקי הדין בישראל").

<sup>58</sup> ש.ם.

<sup>59</sup> ניתן לתמוה מדוע על המחוקק לתת דעתו על כל הערה שנאמרת במערכת בתי המשפט בישראל. מצד אחד, הדין בישראל מאמץ שיטה של ביקורת שיפוטית מבוזרת שבה לכל בית משפט סמכות לבטל חקיקה של הכנסת; אם לשופט סמכות לבטל חוק, מדוע אפוא לא תהא לו סמכות להמליץ על תיקון חקיקתי? מצד שני, עצם קיומה של סמכות לא מוביל בהכרח למסקנה כי על הכנסת לתת את דעתה לכל הערה של כל שופט בכל ערכאה שיפוטית.

כמובן, ניתן להגיע לתוצאה שונה ביחס לסוגים שונים של הערות. כך למשל, אזהרה שיפוטית עשויה להיות מחייבת יותר מאשר עצה שיפוטית. באופן כללי, ניתן להציע שתי אפשרויות פרשניות. אפשרות אחת היא לראות בהערה "המלצה" הנאמרת כאמרת אגב. לפי זה, הערות לתיקוני חקיקה אינן חלק מהלכת-הפסק, <sup>60</sup> והמחוקק אינו חייב ולו דיון ושקילה של תוכנו. ואכן, שופטי בית המשפט רואים לרוב בהערות לתיקוני חקיקה המלצות. הערות אלו מופיעות במרבית המקרים בסוף פסק-הדין—כאמירות בשולי הדברים—ומנוסחות כהמלצות—"על המחוקק לומר דעתו אם רצונו בכך" או "יכול המחוקק לומר דעתו". מנקודת מבט זו, ההשפעה של ההערות על הליך החקיקה מקורה לא בחובה משפטית אלא באינטרס וברצון הטוב של המחוקק. <sup>61</sup> העמדה לפיה הערות לתיקוני חקיקה אינן חלק מהלכת הפסק ואינן מחייבות את המחוקק תואמת, כך נראה, את המעמד המשפטי של הערות לתיקוני חקיקה במשפט המקובל. <sup>62</sup> אפשרות שנייה היא לראות בהערות כמחייבות, היינו, כחלק מהלכת-הפסק. השאלה היא, מהי אותה "חובה" שהן מטילות? גם בהקשר זה יש מרחב של אפשרויות: החל בחובה של דיון ראשוני ושקילה של הערת בית המשפט על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או היועצת המשפטית לכנסת, דרך בחינת היבטי ההערה בוועדת הכנסת הרלוונטית, וכלה בחובה לחוקק. ואכן, חלק מן ההערות מנוסחות באופן שניתן לראותו כמטיל חובה לחוקק (duty to legislate). במשפט החוקתי הגרמני קיימת דוקטרינה דומה, לפיה בית המשפט רשאי לחייב את המחוקק לחוקק מקום שאי-חקיקת החוק פוגעת בזכויות אדם. <sup>63</sup> הסעד במקרה זה אינו בטלות אלא הטלת חובה פוזיטיבית לחוקק. ואכן, ניתן לזהות ניצנים ראשונים לגישה זו, במשתמע ובעקיפין, בפסיקת בית המשפט העליון. כך למשל, בפרשת חוקמה נדונה שאלת זכותם של אסירים ועצירים לבחור לכנסת, עניין שבמועד מתן פסק-הדין לא היה מוסדר בחוק. בית המשפט דחה את העתירה אך הורה למחוקק לתקן מיידית את החוק—לאחר שהמחוקק התעלם מארבע המלצות קודמות באותו עניין—ולאפשר לאסירים לבחור לכנסת. השופט אלון מציין כי מסקנה זו לא רק "ראויה ורצויה היא מבחינה עניינית" אלא גם "מחויבת היא מבחינת הדין". השופט שלמה לוי מוסיף: "משהוכרה זכותם של אסירים ועצירים להצביע בבחירות לכנסת אין המחוקק יכול לרחוץ בנקיון כפיו ולהימנע מלהסדיר את דרך מימוש הזכות האמורה. לא רק חובה מוסרית מוטלת על הכנסת לעשות כן אלא גם חובה חוקית ואין המחוקק רשאי על ידי העדר מעש ליטול מבעלי הזכות את שהעניק להם בהוראה משוריינת שבחוק היסוד". <sup>64</sup> דוגמא נוספת ניתן לראות בדברי השופט שמגר בע"א 584/81 **הכונס הרשמי נ' קרני**: "הסתירה הלכאורית בין נוסחו החדש של החוק כפשוטו לבין משמעותו . . . יש בה כדי לחייב פעולה חקיקתית". <sup>65</sup> ניתן לראות בדוגמאות אלו לא רק "הערות" אלא צעד ראשוני לקראת אימוץ חובה לחוקק במקרים מתאימים. מבחינה לשונית, ניתן למצוא, לפחות בחלק מהמקרים, עיגון לחובה לחוקק בסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיו "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". ניתן לטעון כי אי-חקיקת חוק המונע פגיעה בזכויות חוקתיות עשויה להוות הפרה של הסעיף.

<sup>60</sup> ההבחנה בין אמרת-אגב לבין הלכת הפסק אינה ברורה דיה ואינה נקיה מקשיים. ראו ברק, **לעיל** ה"ש 8, בעמ' 298-297.

<sup>61</sup> בדומה, הערות המופנות לבית המשפט העליון על-ידי חברי כנסת, המושמעות במליאת הכנסת או בוועדותיה, אין בהן, בהעדר תוקף של חוק, כדי לחייב את שופטי בית המשפט העליון ("החלטות ועדות הכנסת", **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה**, 21.422 (2.8.1976)).

<sup>62</sup> ראו, למשל: St Helens Colliery Co Ltd v. Hewitson, [1924] A.C. 59. <sup>63</sup> Dieter Grimm, *The Protective Function of the State, in EUROPEAN AND AMERICAN CONSTITUTIONALISM* 137 (Georg Nolte ed. 2005); Frank Michelman, *The Protective Function of the State in the United States and Europe: The Constitutional Question, id.*, at 156; Robin West, *Unenumerated Duties*, 9 U. PA. J. CONST. L. 221-261 (2006).

<sup>64</sup> בג"ץ 337/84 **חוקמה נ' שר הפנים**, פ"ד לח(2) 826. בעקבות פסק הדין נחקק חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 17), התשמ"ו-1986, בו נקבע הסדר המאפשר לאסירים לממש את זכות הבחירה שלהם.

<sup>65</sup> פ"ד לו(3) 747, 756 (ההדגשה שלנו).

באופן פרטני, בעוד וסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אוסר על חקיקה פוגעת לא-חוקתית—"אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם"—סעיף 4 לחוק היסוד יכול שיתפרש כמטיל חובה לחוקק מקום שאי חקיקה עולה כדי פגיעה לא-חוקתית: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".<sup>66</sup>

ניתן לחשוב גם על אפשרות פרשנית שלישית. לפי זו, הנחיות שיפוטיות, שאחד מביטויי הינו הערות לתיקוני חקיקה, הן נורמות גמישות המצויות באמצע הדרך, בין הלכת-הפסק לאמירת אגב. לפי גישה זו, המחוקק אינו רשאי להתעלם מהן לחלוטין, כשם שאינו חייב לפעול בדיוק לפי ציווין. בהתאם לסוג ההנחיה, ניתן לחשוב על מדרג של חובות המוטלות מכוחן של הנחיות שיפוטיות: החל מחובת פרסום ההנחיה והעברתה, לידי היועץ המשפטי לממשלה או היועצת המשפטית לכנסת (חובה שמוטלת על השופט או הנהלת בתי המשפט),<sup>67</sup> עובר בחובת "דו"ע של חברי הכנסת המוטלת על היועצת המשפטית לכנסת,<sup>68</sup> דרך חובת דיון בהנחיה בוועדת הכנסת הרלוונטית—במיוחד כאשר מדובר בהערות אקטיביות או חוזרות—וכלה, במקרים מתאימים, בחובה לקדם הליכי חקיקה לאור תכליתה של ההנחיה. הגיונה של גישה זו בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה ומסמך יושב ראש הכנסת. גישה זו מתיישבת עם היותן של הנחיות שיפוטיות נורמות גמישות, הבאות לקדם דיאלוג בין-מוסדי.

## ב. הנחיות שיפוטיות: היבט אמפירי

על מנת להבין טוב יותר את התופעה של הערות לתיקוני חקיקה, בנינו מאגר מידע הכולל הערות המופיעות בפסיקת בית המשפט העליון בשנים 1949-2008 (235 פסקי דין), ובודק את השפעתן של הערות מהשנים 1989-2004 על החקיקה. המאגר כולל את כל פסקי הדין שפורסמו של בית המשפט העליון בהם יש הערה מפורשת למחוקק לתקן דבר חקיקה.<sup>69</sup> המאגר נבנה בהתבסס על מאגר המידע "נבו", על ידי חיפוש לפי מלות חיפוש שונות, כגון "ראוי שהמחוקק", "לתשומת לב הכנסת" וכיוצא באלו.<sup>70</sup> מן המאגר הושמטו פסקי דין שאינם מהווים "הערה לתיקון חקיקה", דוגמת פסקי דין המחייבים חקיקה חדשה,<sup>71</sup> הערות המופנות למחוקק המשנה,<sup>72</sup> פסקי דין הסוקרים הערות קודמות אך אינם כוללים הערה חדשה עצמאית,<sup>73</sup> ופסקי

<sup>66</sup> ראו אהרון ברק "זכויות יסוד וחובות המחוקק: המקרה של ישראל" דברים בכנס על משפט חוקתי השוואתי, המרכז הבינתחומי הרצליה, 15.4.2010.

<sup>67</sup> ראוי כי הנחיה דומה—לפיה על שופט הקורא למחוקק לתקן חוק להעביר העתק מהערתו למנהל בתי המשפט וממנו, בליווי חוות דעתו, לכנסת—תוצא גם על ידי הנהלת בתי המשפט, ולא תישאר בגדר נוהל עבודה פנימי של הכנסת.

<sup>68</sup> דווקא בישראל קיים יתרון משמעותי להנחיות שיפוטיות שכן בנוסף למנגנון של הצעות חוק ממשלתיות קיים גם המנגנון של הצעות חוק פרטיות—המהוות כמחצית מכלל החוקים המתקבלים. הערות לתיקוני חקיקה עשויות להיות מקור לרעיונות להצעות חוק פרטיות. על פסיקת בג"ץ כהשראה להצעת חוק פרטיות ראו ענת מאור, **הח"כ כמחוקק—החקיקה הפרטית בכנסת, צמיחתה ותורמתה** 133-34 (2009).

<sup>69</sup> המאגר מתבסס על מלות החיפוש "מחוקק" ו-"כנסת" (על הטיותיהם וצירופיהם השונים). לכן, פסקי דין הקוראים לשינוי באופן אבסטרקטי, ללא הפניה למחוקק או לכנסת, אינם נכללים במאגר.

<sup>70</sup> רשימה מלאה של מילות החיפוש מופיעה כנספח. יוער כי נבו הוצאה לאור היא חברה פרטית (בע"מ) המפעילה מאגר מידע מקוון של פסיקת בית המשפט העליון. היקף הכיסוי של מאגר המידע נבו אינו ברור—הוא כולל באופן עקרוני את כל הפסיקה שפורסמה בפ"ד, אך חסר חלק מפסקי הדין שלא פורסמו. משיחה שערכנו עם נציגי נבו עולה כי המאגר חסר יותר ביחס לשנים הראשונות של בית המשפט העליון.

<sup>71</sup> מכיוון שעיקר ענייננו בבחינת השפעתן של ההערות על החקיקה, בחרנו להשמיט מהמאגר הערות הנכללות בפסקי דין שמחייבים חקיקה חדשה. לדוגמא לפסק דין מחייב ראו בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד (5) נב(1998). בעניין זה, החובה שנקבעה ולפיה המשך המצב הקיים מחייב להסדיר את סוגיית אי-גיוס תלמידי הישיבות בחקיקה היא חלק ברור מהלכת-הפסק ואינה הערה עצמאית לתיקון חקיקתי. זאת, למשל, בניגוד לאהרה שיפוטית, בה הלכת-הפסק מותירה את החקיקה הקיימת על כנה.

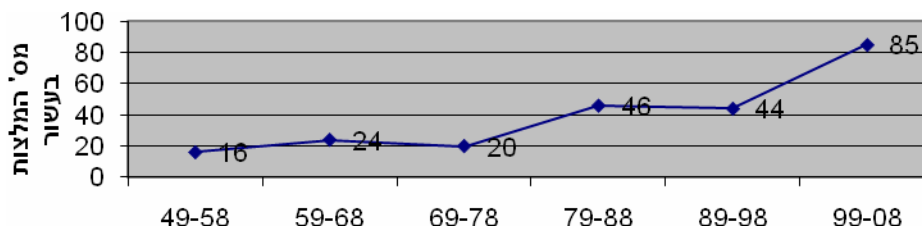
<sup>72</sup> הערות כאלו ניתן למצוא, למשל, בע"א 2488/01 **תמר בן שימול נ' קצין התגמולים**, פ"ד נז(2) 825 (2003) (המלצה לתיקון התוספת לתקנות הנכים (מבחנים לקביעת דרגות-נכות), התש"ל-1969).

דין בהם ההערה "משוחזרת" בדיון נוסף.<sup>74</sup> התמקדנו בפסיקת בית המשפט העליון; לא נבדקו הערות לתיקוני חקיקה בערכאות אחרות. כמו כן, לא נבדקו הערות לתיקוני חקיקה אשר נאמרו בעל-פה תוך כדי הדיון.<sup>75</sup>

### 1. אפיון ומגמות

השאלה הראשונה אותה בדקנו היא התפלגות פסקי הדין בהם יש הערה לתיקון חקיקתי לפי עשורים. מאגר הנתונים כולל 235 פסקי דין שבהם הערות לתיקון חקיקה במשך שישים שנה, דהיינו, 3.9 פסקי דין בממוצע לשנה. עם זאת, התפלגות ההערות במשך השנים משתנה: עם השנים, עולה השימוש של בית המשפט העליון בכלי זה, מממוצע של 1.6 פסקי דין מעירים לשנה בעשור הראשון, לממוצע שיא של 8.5 פסקי דין לשנה בעשור האחרון.<sup>76</sup> לגידול עשויים להיות הסברים רבים כגון: עליה משמעותית במספר פסקי הדין של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ (עקב הרחבת זכות העמידה, צמצום שאלת השפיטות וה"מהפכה החוקתית"), שינוי במעמדו של בית המשפט העליון,<sup>77</sup> שינוי בתפיסת התפקיד השיפוטי, מספר רב יותר של שופטים ומספר רב יותר של חוקים.<sup>78</sup> טבלה 1 מציגה את התפלגות ההערות לתיקוני החקיקה בבית המשפט העליון לפי עשורים.

טבלה 1: התפלגות הערות לתיקוני חקיקה לפי עשורים



<sup>73</sup> ראו למשל, דעת השופט אור בע"א 2376/93 עזבון המנוחה מיכל קידר ז"ל ואח' נ' הסנה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מט(1) 606, 594 (1995) ("בפסק דין קודם] לא שונתה הילכת הניכוי ולא נפסק שאין היא ראויה. כמצוטט לעיל, דעת בית המשפט הייתה שכדי לשנות את הילכת הניכוי, אם ראוי הדבר, על המחוקק לומר דברו").

<sup>74</sup> לדוגמא, ההערה ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220 (2003), הורדה מהמאגר, בעוד שההערה בדיון הנוסף באותו עניין נותרה במאגר.

<sup>75</sup> קיים קושי מתודי לבדוק הערות לתיקוני חקיקה שניתנו תוך כדי הדיון שכן אין תיעוד מסודר ונגיש של הדיונים בבית המשפט העליון. עם זאת, אנו סבורים שלהערות אלו יש חשיבות רבה, שכן בפרקטיקה חלק ניכר מהתיקים לא מגיעים לכדי פסק-דין אלא נפתרים בשלב מקדמי. לפחות במקרים בהם המדינה צד להליך, הערה הנאמרת במהלך הדיון עשוי להוביל לשינוי חקיקתי. לדוגמא להערה שנאמרה בדיון והובילה לשינוי חקיקתי ראו הצעת חוק נכי המלחמה בנאצים (הארכת מועד להגשת תביעה) (הוראת שעה) (מס' 2), התש"ס-2000.

<sup>76</sup> מעניין לציין כי העליה בשימוש בהערות לתיקון חקיקה מקבילה לגידול בחלקה היחסי של החקיקה הפרטית (וירידה בחלקה של החקיקה הממשלתית). בעוד שבכנסות הראשונות החקיקה הפרטית היוותה אחוזים בודדים מסך החוקים שהתקבלו, בכנסות האחרונות החקיקה הפרטית אחראית לכמחצית מהיקף החקיקה החדשה (מאור, לעיל ה"ש 68, בעמ' 20-21). אפשר ושתי מגמות אלו—יותר הערות חקיקה וגידול בחקיקה הפרטית—מזינות זו את זו.

<sup>77</sup> לשינוי במעמדו של בית המשפט העליון ראו זאב סגל, "בג"ץ במרקם החברה הישראלית—לאחר חמישים שנה", משפט וממשל ה(1) 235 (1999).

<sup>78</sup> סיבה נוספת לקפיצה בשכיחות ההערות החל משנות השמונים עשויה להיות תיעוד מקיף יותר של פסקי דין שלא פורסמו בפד"י. ראו לעיל ה"ש 70.



השאלה השנייה אותה בדקנו היא התפלגות לפי שופטים: האם שופטים מסוימים קוראים לתיקוני חקיקה באופן תדיר יותר מאשר שופטים אחרים?<sup>79</sup> הממצאים מלמדים שקיים שוני רב בתדירות השימוש בכלי זה בידי שופטים שונים. באופן מוחלט, "שיאני ההערות" הם השופטים ברק, שמגר, וביניש, עם 31, 23 ו-15 המלצות בהתאמה. נתון זה עשוי להיות מוסבר באמצעות משתנים אחרים, כגון הוותק והמעמד של כל אחד מהם כנשיא בית המשפט העליון. נתון מעניין הוא מספר ההערות בממוצע לשנה. כאשר בוחנים נתון זה מתגלה תמונה שונה. כך, למשל, "שיאן ההערות", השופט אליקים רובינשטיין, מנפק, בממוצע שנתי, יותר הערות מכל בית המשפט העליון ביחד בתקופת העשור הראשון לקיומו. להלן עשרת "שיאני" ההערות:

**טבלה 2: עשרת השופטים המעירים**

שופט <sup>81</sup>	סך המלצות	שנים כשופט <sup>80</sup>	שנות כהונה	המלצות לשנה
רובינשטיין	10	5	החל מ-2004	2.0
נאור	11	8	החל מ-2001	1.4
בן-פורת	13	11	1977-1988	1.2
אנגלרד	7	6	1997-2003	1.2
שמגר	23	20	1975-1995	1.2
ברק	31	28	1978-2006	1.1
שטרסברג-כהן	11	10	1984, 1994-2003	1.1
ביניש	15	14	החל מ-1995	1.1
ארבל	5	5	החל מ-2004	1.0
מצא	13	14	1991-2005	0.9

הבדלים אלה מרמזים כי בהערות לתיקוני חקיקה יש מרכיב אינדיבידואלי משמעותי.<sup>82</sup> ברור כי נתונים אלו אינם חד משמעיים, שכן שופטים שונים מכהנים בזמנים שונים, ויש להם עומס עבודה ומעמד שונה. ניתן להניח כי נשיאי בית המשפט, מתוקף מעמדם ועומס עבודתם,<sup>83</sup> נוטים יותר להשתמש בכלי של הערות לתיקוני חקיקה.<sup>84</sup> עם זאת, הנתונים מצביעים על הבדלים אינדיבידואליים בין שופטים בעלי ותק דומה המכהנים בזמנים חופפים. לשם הדגמה, השופטים עדנה ארבל ואליקים רובינשטיין מונו ביחד, אך ממוצע ההערות לשנה של השופט רובינשטיין כפול מזה של השופטת ארבל. השופטים אדמונד לוי, איילה פרוקצ'יה ומרים נאור מונו אף הם ביחד, אך ממוצעי ההערות שלהם שונים מאד (0.3, 0.8 ו-1.4 בהתאמה). השופטים דליה דורנר, יצחק זמיר וטובה שטרסברג-כהן מונו בשנת 1994 ופרשו בסמיכות בתחילת שנות האלפיים, וממוצעי ההערות שלהם הם 0.5, 0.6 ו-1.1 בהתאמה. כך גם לגבי השופטים מישאל חשין ויהושע מצא, שכיהנו תקופה כמעט חופפת אך הנתונים לגביהם שונים (0.4 ו-0.9 הערות

<sup>79</sup> פסק דין ובו כמה שופטים שמעירים במפורש למחוקק קודד כ"הערה" לכל שופט. ב-51 מתוך 235 המקרים (21.7%), ההערה ניתנה על ידי יותר משופט אחד. לכן, מספר ההערות הכללי (315) עולה על מספר פסקי הדין (235).

<sup>80</sup> הטבלה מתייחסת לכהונה בין 1949 ל-2008, לרבות מינוי כשופט בפועל.

<sup>81</sup> הטבלה כוללת רק שופטים בעלי ותק של חמש שנים ומעלה בבית המשפט העליון.

<sup>82</sup> ערכנו טבלה מקבילה לגבי השופטים הלא-מעירים. רובם כיהנו בשנותיו המוקדמות של בית המשפט העליון. ששה שופטים כיהנו לפחות חמש שנים אך לא כתבו ולו הערה אחת: ב' כהן, גוייטין, הלוי, חלימה, מלץ וקדמי. מבין השופטים המכהנים, השופט המשתמש הכי פחות בכלי של הערות לתיקוני חקיקה הוא גרוניס, המדורג במקום ה-12 ברשימת השופטים הלא-מעירים, עם 0.1 הערות לשנה.

<sup>83</sup> נשיאים כותבים יותר פסקי דין. ראו יורם שחר ומירון גרוס, "קבלתן ופנייתן של פניות לבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", **מחקרי משפט** יג 329, 353 (תשנ"ו); יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס, "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", **משפטים** כז 119, 191 (תשנ"ו).

<sup>84</sup> מעניין לראות כי ממוצעי ההערות של שמגר וברק הוכפלו מרגע מינויים לנשיאים, מ-0.8 (כשופט) ל-1.6 (כנשיא) הערות לשנה (ברק); ומ-0.7 ל-1.4 הערות לשנה (שמגר). לא נצפתה תופעה דומה ביחס לשופטת ביניש, אם כי מאגר המידע כולל רק שלוש שנים בהן היא מכהנת כנשיאה.

לשנה, בהתאמה). ואכן, ניתוח ההבדלים מראה כי ניתן לדחות את ההשערה לפיה אין הבדלים אישיים מובהקים סטטיסטית בין שופטים; זאת בניגוד לממצאים לגבי בית המשפט העליון האמריקני.<sup>85</sup>

השאלה השלישית שבדקנו היא התפלגות לפי נושאים. ניתן לשער כי בתחומים הדורשים מומחיות מיוחדת—דוגמת מיסים ופירוקים—המחוקק עשוי להיראות כגוף המתאים יותר מבחינה מוסדית להסדיר את הנושא ולכן בית המשפט עשוי להפנות לו הערות רבות יותר.<sup>86</sup> בנוסף, ניתן לצפות כי בנושאים בעלי חשיבות ציבורית מיוחדת ישתמש בית המשפט יותר בהערות לתיקוני חקיקה. טבלה 3 מציגה את התפלגות ההערות בהתאם לנושא של פסק הדין:

טבלה 3: התפלגות הערות לתיקוני חקיקה לפי נושאים

נושא	מס' המלצות (% מכלל המלצות)
ציבורי	89 (37.9%)
אזרחי	72 (30.6%)
פלילי	59 (25.1%)
מיסים	8 (3.4%)
פירוקים	7 (3.0%)
סך הכול	235 (100%)

התפלגות זו שונה מממצאים קודמים המתייחסים להתפלגות הכללית של נושאי התיקים בבית המשפט.<sup>87</sup> במיוחד, שיעור התיקים הפליליים במחקרנו נמוך משמעותית משיעורם בכלל פסקי הדין הנדונים בבית המשפט העליון.<sup>88</sup> מנגד, שיעור התיקים העוסקים בענייני מיסים במחקרנו גבוה משיעורם בכלל פסקי הדין של בית המשפט העליון.<sup>89</sup> נתונים אלו מצביעים על נטייה לכתוב הערות בנושאים מסוימים, כגון משפט ציבורי ודיני מיסים.

<sup>85</sup> "מובהקות" משמעה שההסתברות שתוצאה מסוימת נוצרה במקרה היא מתחת לסף נמוך כלשהו (לרוב, מתחת ל-1%, 5% או 10%). בהפעלת מבחן חי בריבוע נמצא כי ניתן לדחות, ברמת מובהקות של 5%, את ההשערה לפיה אין שוני בהתפלגות הערות חקיקה בין שופטים. נבדקו שתי תקופות: 2000-2004, ו-2004-2008, כשבכל תקופה נמדד מספר הערות החקיקה עבור שופטים שכינהו במלוא התקופה. נתונים אלו שונים מממצאי האוסטיגר ובאום ("ש" 11 לעיל, בעמ' 166) לפיהם ההבדלים בין שופטי בית המשפט העליון האמריקני, מבחינת הערות חקיקה לשופט (בין השנים 1986-1990), אינם גבוהים, ורחוקים מלהיות מובהקים סטטיסטית.

<sup>86</sup> השאלה מיהו הגוף הכשיר יותר, מבחינה מוסדית, להסדיר את הסוגיה היא שאלה נפרדת, בה יש דעות שונות. פרשת זייצוב, הערה 17 לעיל, מדגימה את המחלוקת. בפרשה זו נדונה השאלה האם המשפט מכיר בעילת תביעה נזיקית בגין "הולדה בעוולה". השופט גולדברג, בדעת מיעוט, סבר כי ראוי למחוקק לומר דעתו בסוגיה ("ראוי הדבר שנושאים חדשניים שיש בהם ולהם השלכות רבות פנים כל כך מוטב שיוסדרו על ידי המחוקק ולא על ידי בתי המשפט החסרים את היכולת לבחון את ההשלכה הכללית של הנושא" (שם, בעמ' 131)). מנגד, דעת הרוב, מפי השופט ברק, סברה כי בנושא זה אין עדיפות מוסדית לכנסת ("אין אני רואה כל סיבה שלא להגיע למסקנה זו בדרך שיפוטית, ואיני רואה כל סיבה להשאיר את המלאכה למחוקק... לא רק ההסוגיה שלפנינו ראוי לה שתוסדר בדרך ההלכה הפסוקה, אלא גם שכל הסדר חקיקתי, קשה הוא ביותר" (שם, בעמ' 119, 121)).

<sup>87</sup> ההשוואה נעשתה להחלטות בית המשפט העליון בשנים 2006 ו-2007, כמדווח אצל- Theodore Eisenberg, "14\*15", *Talia Fisher, and Issi Rosen-Zvi, Israel's Supreme Court: an Empirical Study*, פורסם, עותק בידי המחברים). בהפעלת מבחן חי בריבוע להבדלים בין פרופורציות של מדגמים שונים, נמצא כי ניתן לדחות, ברמת מובהקות של 1%, את ההשערה לפיה אין שוני בהתפלגות הנושאים בין המדגם נשוא מחקר זה וממצאיהם של אייזנברג, פישר ורוזן-צבי.

<sup>88</sup> רוב נפח הפעילות בבית המשפט העליון מוקדש לתיקים פליליים. שם.

<sup>89</sup> שיעור תיקי המסים במדגם הערות החקיקה הוא 3.4%; שיעור תיקי המסים בכלל פסיקת בית המשפט העליון הוא 1.5%, וההבדלים מובהקים סטטיסטית בגבול ה-5%. לא נמצאו הבדלים מובהקים לגבי שיעור תיקי הפירוקים בין מדגם הערות החקיקה לכלל פסיקת בית המשפט העליון. ההשוואה מתייחסת לנתונייהם של אייזנברג, פישר, ורוזן-צבי, הערה 87 לעיל.

השאלה הרביעית שבדקנו היא התפלגות לפי דעת רוב ומיעוט. ככלל, ניתן לצפות ליותר הערות, באופן יחסי, מפי שופטי המיעוט, שכן יש לצפות שהם יונעו מהרצון להפוך את ההלכה (השגויה לשיטתם) שנקבעה בדעת הרוב, באמצעות פניה למחוקק. מסך של 315 הערות חקיקה אינדיבידואליות, 24 באו מפי שופטי המיעוט—7.6%. שיעור זה גבוה משמעותית משיעורן הכללי של דעות מיעוט כפי שנמצא במחקר קודם (0.6%).<sup>90</sup> מכאן, שדעת המיעוט כותבת יותר הערות לתיקוני חקיקה מהאחוז היחסי של חוות הדעת המיוחס לה בכלל פסיקת בית המשפט העליון.

השאלה החמישית שבדקנו היא התפלגות לפי מותבים. לרוב, ההערות ניתנות במוחב רגיל של שלושה שופטים (76.6% מהמקרים). 17.0% מן ההערות ניתנו במסגרת מותב מורחב (5 עד 11 שופטים); שאר ההערות (6.4%) ניתנו בדן יחיד. שיעור המותבים המורחבים במדגם גבוה משמעותית משיעורם במחקר קודם, בו נמצא כי שיעור המותבים המורחבים בפסיקת בית המשפט העליון קטן משני אחוזים. ההבדלים מובהקים סטטיסטית.<sup>91</sup> נתון זה מלמד, באופן אולי לא מפתיע, כי הערות לתיקוני חקיקה נפוצות יותר, באופן יחסי, במוותבים מורחבים.

## 2. השפעה על חקיקת הכנסת

השאלה המרכזית שבדקנו היא מידת ההשפעה של הערות לתיקוני חקיקה על החקיקה. בחנו את השפעת ההערות עבור פסקי דין שפורסמו בין 1989 ל-2004, ובסך הכול 98 פסקי דין. בחרנו שלא לבחון הערות אחרי 2004 משום שיש לתת למחוקק מרווח זמן סביר להגיב.<sup>92</sup> בחרנו שלא לבחון המלצות שפורסמו לפני 1989, הן כדי לתת תמונת מצב עדכנית והן בשל מגבלות מתודולוגיות.<sup>93</sup> ניתן לאמוד את השפעתן של ההערות על ידי בדיקת החוקים שתוקנו לאחר פרסום פסק הדין המעיר. שיטה זו מרחיבה משום שהיא כוללת גם מקרים של שינוי חקיקתי שמקורו בעבודה השוטפת של המחוקק, ללא קשר להערה. כדי להתמודד עם קושי מתודולוגי זה, ובעקבות מחקרים קודמים,<sup>94</sup> הגדרנו השפעה חקיקתית באופן הבא: מקרים בהם החוק או הסעיף תוקן והצעת החוק מאזכרת במפורש את פסק הדין כגורם מניע להליך החקיקתי.<sup>95</sup> על סמך הגדרה זו, נמצא כי 8 מתוך 98 פסקי דין שנבדקו (כ-8%) מזוהים עם שינוי חקיקתי. ממצא

<sup>90</sup> ראו עלי זלצברגר, "מינויים בפועל בבית המשפט העליון ועצמאות שיפוטית: ניתוח תיאורטי וממצאים אמפיריים", **מחקרי משפט** יט 541, 554, 568 (תשס"ג). נתוניו של זלצברגר מתייחסים לשיעור דעות המיעוט מכלל ההחלטות האינדיבידואליות של שופטי בית המשפט העליון. ההבדל בין שיעורי החלטות המיעוט במחקרו של זלצברגר ובמאגר המידע נשוא מחקר זה מובהק סטטיסטית ברמה של 1%.

<sup>91</sup> יורם שחר, מירון גרוס, ורון חריס, "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", **עיוני משפט** כ 749, 752-753 (תשנ"ז). ההבדל בין שיעור המותבים המורחבים במדגם שלנו ובמחקרם של שחר, גרוס, וחריס מובהק סטטיסטית ברמה של 1%. יוער כי מחקרם של שחר, גרוס וחריס מתייחס לפסקי דין שפורסמו בפד"י, בין קום המדינה ל-1994. ההבדל בין שיעור המותבים המורחבים בשני המחקרים מובהק סטטיסטית ברמה דומה גם כאשר מצמצמים את מדגם הערות החקיקה עד לשנת 1994. כמו כן, לא סביר שההבדלים נובעים מכך ששחר, גרוס וחריס בדקו רק פסקי דין שמופיעים בפד"י, שכן יש לצפות ליותר מותבים מורחבים דווקא בפסקי דין שפורסמו.

<sup>92</sup> חלון זמן של חמש שנים נחשב מקובל במחקרים קודמים. ראו: Joseph Ignagni, James Meernik, Kimi Lynn King, *Statutory Construction and Congressional Response*, 26 AM. POL. Q. 459, 472 (1998).

<sup>93</sup> השוואת האסיגור ובאום, **לעיל** ה"ש 11, בעמ' 165. באופן ספציפי, ככל שמרחיקים אחורה בזמן, כך יש סיכוי גדול יותר שהחקיקה הרלוונטי בוטל או הוחלף, מה שמקשה על הסקת מסקנות לגבי התייחסות המחוקק להערת בית המשפט.

<sup>94</sup> השוואת אסקרידג', **לעיל** ה"ש 11, בעמ' 418.

<sup>95</sup> למשל, בעקבות המלצת בית המשפט בדנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ נ' מ"י, פ"ד ס(2) 196 (2005), חוקקה הכנסת את חוק תובענות ייצוגיות. הצעת החוק ציינה במפורש כי "שאלת מעמדה של תקנה 29 לסד"א הגיעה להכרעת בית המשפט בפרשת א.ש.ת. . . שופטי הרוב קבעו כי תקנה 29 . . . אינה מפורטת דיה וכי יש צורך בהסדר כולל ומפורט מפרי עטו של המחוקק". ראו הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, ה"ח 93.

זה, המלמד על התעלמות המחוקק, ככלל, מהערות בית המשפט, הוא הממצא העיקרי של המאמר.

ניתן להניח כי מתודולוגיה זו של בדיקת הצעות חוק מרחיבה, שכן היא עשויה לבטא מקרים בהם אין קשר סיבתי בין ההערה לחקיקה, על אף אזכור פסק הדין בהצעת החוק (מנגד, ייתכן וההערה הובילה לשינוי חקיקתי גם בהעדר אזכור בהצעת החוק). כך למשל, החוק המתקן יכול לנבוע מסיבות רבות שאינן בהכרח הערת בית המשפט— תגובת המחוקק עשויה למשל להיות חוסר שביעות רצונו מתוצאת הפסק עצמו<sup>96</sup>; משקל ההערה במערך השיקולים של המחוקק, חרף אזכורה בהצעת החוק, יכול להיות שולי (הצעות חוק מאזכרות ומונעות מגורמים רבים, לרבות סיקור תקשורתי ולחץ ציבורי); ייתכן גם ומלכתחילה שופטי בית המשפט בוחרים להמליץ למחוקק על תיקוני חקיקה שסיכוייהם להתקבל נצפים כגבוהים ממילא.<sup>97</sup> על אף הקשיים בזהוי סיבתיות בין ההערה לתוצר החקיקתי, מתודולוגיה זו נותנת בסיס כמותי לגבי הסיכוי שההערה תיושם וכן אומדן על הקשרים הסטטיסטיים בין מאפייני ההערות לתיקוני החקיקה. יוער כי המחקר אינו מתייחס למקרים בהם ההערה יש השפעה על הליך החקיקה אך לא על החקיקה עצמה (לדוגמא: הצעת חוק שלא עברה).

אחד הגורמים הרלוונטיים לקשר הסיבתי בין ההערה לבין החקיקה הוא מספר השנים שחלפו בין ההערה לחקיקה. אילו המחוקק מונע מהערת בית המשפט, יש להניח ששינוי חקיקתי יגיע תוך זמן לא רב, ולהיפך: שינוי חקיקתי שהגיע זמן רב לאחר פסק הדין מונע כנראה מגורמים אחרים או נוספים.<sup>98</sup> מחקרים קודמים הגבילו את חלון הזמן לשינוי חקיקתי לחמש שנים מיום מתן פסק הדין.<sup>99</sup> אם משתמשים באמת מידה זו, עולה כי השפעת ההערות על החקיקה זניחה: מתוך 98 פסקי הדין המעירים, שניים בלבד מזוהים עם שינוי חקיקתי (כ-2%).<sup>100</sup>

הדיון מכאן ואילך מתייחס לאפקט החקיקתי של פסקי הדין ללא הגבלת הזמן לשינוי. כדי לבדוק קשרים סטטיסטיים בין המשתנים<sup>101</sup> ואת השפעתם של מאפייני ההערה על האפקט החקיקתי שלה, הרצנו רגרסיה לוגיסטית<sup>102</sup> בה המשתנה התלוי הוא האם קיים אפקט חקיקתי. השתמשנו במשתנים מסבירים הרלוונטיים לאופי ההערה, חשיבותה, ופסק הדין.<sup>103</sup> המספר הלא גדול של פסקי דין, וכן השיעור הזעום של פסקי דין המזוהים עם שינוי חקיקה, הקשו על מציאת קשרים מובהקים סטטיסטיים. עם זאת, נמצאו מספר קשרים סטטיסטיים רלוונטיים, התואמים את השערותינו הראשוניות. כך, בהינתן שאר המשתנים קבועים, נמצא כי קיימת קורלציה חיובית בין הערה הנכתבת בחוות דעתו של השופט המוביל, הכותב את פסק הדין העיקרי, לבין השפעת ההערה על החקיקה; ובין גודלו של מותב השיפוט לאפקט החקיקתי של ההערה. עוד נמצא כי הסיכוי לשינוי חקיקתי גדול יותר ככול שעבר זמן רב יותר מפרסום פסק הדין.<sup>104</sup> לסיכום, ממצאי המחקר מעלים כי התופעה של הערות לתיקוני חקיקה מתפלגת באופן

<sup>96</sup> ראו להלן ה"ש 106 והטקסט הצמוד אליה.

<sup>97</sup> השווה האוסיגר ובאום, **לעיל** ה"ש 11, בע' 166-167.

<sup>98</sup> פרק הזמן לשינוי חקיקתי במאגר הנתונים נע בין שנה ל-15 שנים.

<sup>99</sup> ראו הערה 92 **לעיל**.

<sup>100</sup> כאשר מרחיבים את חלון הזמן לעשר שנים, התוצאות דומות: 4 מתוך 98 פסקי הדין מזוהים עם שינוי חקיקתי (4.1%).

<sup>101</sup> קשר סטטיסטי בין משתנים מתאר מיתאם בין השינוי במשתנה א' לשינוי במשתנה ב' (אין מדובר בהכרח במצב בו משתנה א' משפיע ישירות על משתנה ב').

<sup>102</sup> רגרסיה מאפשרת לדעת כיצד המשתנה התלוי משתנה בתגובה למשתנה מסביר מסוים, כאשר שאר המשתנים מנוטרלים (מהו השינוי "בהינתן שאר הדברים קבועים"). בהקשר הנוכחי, הרגרסיה מראה מה השפעתם של משתנים הקשורים לאופי ההמלצה ופסק הדין על הסיכוי לאימפקט חקיקתי.

<sup>103</sup> רשימת המשתנים המסבירים וטבלאות הרגרסיות מופיעים כנספח.

<sup>104</sup> ממצא מעניין, ומנוגד להשערותינו, מופיע בוריאציה לרגרסיה העיקרית ובה הגדרה מרחיבה יותר להשפעה חקיקתית. לפי ממצא זה, כאשר המדינה היא צד להליך, הסיכוי לשינוי חקיקתי קטן יותר. לטבלאות הרגרסיות ראו הנספחים.

שונה בין שופטים, נושאים, תקופות ודעות רוב ומיעוט. בית המשפט נוטה לעשות עם השנים שימוש גובר והולך, במספרים מוחלטים, בכלי של הערות לתיקון חקיקה. בהערות יש מרכיב אינדיבידואלי: שופטים שונים מפרסמים הערות בתדירות משתנה. באופן יחסי, ניתן למצוא יותר הערות בדעות מיעוט, בהרכבים מורחבים, ובנושאים מסוימים, כגון משפט ציבורי ומסים. הממצא העיקרי הוא השפעתן הנמוכה של הערות החקיקה על החקיקה. שיעור פסקי הדין המקושרים עם שינוי חקיקתי עומד על אחוזים בודדים. אנו סבורים שאפילו שיעור זה הוא מופרז. בפרט, סביר להניח שלעתיים המחוקק מפנה לפסק הדין גם כאשר אין קשר סיבתי בין הערת החקיקה לבין תיקון החוק. לבחינה ראשונית של טענה זו, בדקנו מדגם אקראי של עשירית מהצעות החוק מהשנים 2000-2005. בעוד ששבע הצעות חוק במדגם מפנות לפסיקת בית המשפט העליון, אף לא אחת מפסקי הדין כולל הערת חקיקה. תחת זאת, הצעות חוק אלו בוחרות לעגן או להפוך הלכות קיימות. מבט קרוב על פסקי הדין שהובילו לתיקון ממחיש זאת.<sup>105</sup> בשלושה מתוך שמונת פסקי הדין שהובילו לתיקון חקיקה המדינה הפסידה, לעתים בסוגיה עקרונית, וייתכן מאוד שהייתה מתקנת את החקיקה גם ללא הערת בית המשפט.<sup>106</sup> בדומה, הערת חקיקה נוספת באה על רקע הליכי חקיקה קיימים.<sup>107</sup> מבין ארבע הערות החקיקה הנותרות המזוהות עם שינוי חקיקתי, שתיים תוקנו במסגרת תיקון מקיף בחוק נשוא ההערה.<sup>108</sup> לפיכך, רק לשתי הערות חקיקה מתוך שמונה—לשתייהן אזכור במסגרת הצעות חוק פרטיות—אין הסבר חלופי מיידי.<sup>109</sup> הממצאים מעלים לכך כי המחוקק, ככלל, אינו קשוב להערות חקיקה. שתיתק המחוקק מונעת את מיצוי הפוטנציאל הטמון בהערות לדיאלוג בין-מוסדי, ועשויה לעודד שופטים לפרסם אזהרות שיפוטיות כשלב מכין לשינוי פסיקתי.<sup>110</sup>

אם הערות לתיקוני חקיקה אינן משפיעות על המחוקק, נשאלת השאלה מדוע השופטים בוחרים לפרסמן. לכך מספר תשובות אפשריות. ראשית, אפשר והשופטים לא ערים להשפעה הנמוכה של ההערות על החקיקה. תשובה אפשרית שנייה היא ששופטים נוטים לפרסם הערות חקיקה מסיבות שלא קשורות ישירות לרצון להשפיע על החקיקה—מתוך רצון למזער ביקורת ציבורית עתידית על ההחלטה,<sup>111</sup> מתוך ציפייה להכרעה דומה בעתיד,<sup>112</sup> או ככלי רטורי. נוכח הממצאים לעיל, מתעורר הצורך לדון בדרכים לשפר השימוש בהערות חקיקה.

### ג. הנחיות שיפוטיות כסעד: "כרטיס צהוב" למחוקק

מה יעשה שופט הסבור כי דבר חקיקה מוביל לעוול מתמשך? אפשרות אחת היא חקיקה שיפוטית, עם או בלי הערה למחוקק. כאמור, מרחב התמרון של חקיקה שיפוטית מוגבל. זאת במיוחד כאשר מקורו של הפגם הוא דווקא בהעדר חוק, ולא במתן פרשנות חדשה לחוק קיים.

<sup>105</sup> לפירוט מלא של פסקי הדין שתוקנו ראו טבלה 6.

<sup>106</sup> פסקי הדין הם: בג"ץ 2390/96 קריטיק נ' מ"י, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 624 (2001); דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193 (2000); ע"פ 3524/90 שרות המבחן למבוגרים נ' אבוקסיס, פ"ד מו(4) 199 (1992).

<sup>107</sup> דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מ"י, פ"ד ס(2) 196 (2005).

<sup>108</sup> ע"א 592/88 שגיא נ' עזבון המנוח ניניו ז"ל, פ"ד מו(2) 254 (1992) (חקיקת חוק זכות יוצרים); ע"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3) 397 (1993) (תיקונים בחוק לשכת עורכי הדין).

<sup>109</sup> ע"א 127/87 בדיחי נ' בדיחי, פ"ד מג(4) 341 (1989) (הגמשת דרישות צורניות הנדרשות לאישור צוואה); ע"א 3449/90 קצין התגמולים נ' כמאל מוחמד, פ"ד מז(2) 84 (1993) (הגמשת הברירה לנכי צה"ל בין חוקי התגמולים).

<sup>110</sup> ראו למשל הנחיית יו"ר הכנסת (הטקסט הצמוד לה"ש 56 לעיל) וכן הטקסט הקודם לה"ש 53 לעיל.

<sup>111</sup> ראו לעיל ה"ש 31-33 והטקסט הצמוד להן.

<sup>112</sup> השוו לעיל ה"ש 34-46 והטקסט הצמוד להן.

אפשרות נוספת היא "הרמת ידיים ופנייה למחוקק".<sup>113</sup> ואולם, ממצאי המחקר מלמדים, כאמור, שגם אפשרות זו היא מוגבלת: להערות לתיקוני חקיקה אין, ככלל, השפעה על חקיקת הכנסת. הנחת היסוד במאמרנו היא כי הנחיות שיפוטיות הן כלי ראוי. לכן, ככלל, גישתו של יושב ראש הכנסת, הצועדת בכיוון מיסודן של הערות לתיקון חקיקה, נראית לנו ראויה. עם זאת, אנו סבורים כי הנחיית יושב ראש הכנסת מרחיבה מדי. ראשית, היא מעניקה משקל זהה להערות לתיקון חקיקה בכל הערכאות המשפטיות. שנית, הממצאים מלמדים כי קיימת שונות מובהקת בין שופטי בית המשפט העליון. משכך, התייחסות לכל הערה באופן זהה תיתן ייצוג-יתר לשופטים המרבים להעיר. שלישית, הממצאים מלמדים כי ההערות נפוצות יותר, באופן יחסי, בדעות מיעוט. התייחסות אחידה להערות, אם כן, נותנת ייצוג-יתר לדעת המיעוט. כדי להתגבר על קשיים אלו, על חברי הכנסת וראשי הוועדות להפעיל שקול דעת על מנת שלא לתת משקל-יתר להערות מסוג מסוים. הנחיית יושב ראש הכנסת לא רק מרחיבה, אלא גם מצמצמת את קשת המקרים בהם ראוי שהמחוקק ייתן דעתו לפסיקת בית המשפט. כך למשל, מדוע שלא יובאו לידיעת המחוקק כל פסקי הדין החשובים מנקודת מבטו, לרבות אלו בהם התקבלה הלכה חדשנית, במנותק מהשאלה האם פסקי דין אלו כוללים גם הערות לתיקון חקיקה?<sup>114</sup> הממצאים מלמדים כי הערות לתיקוני חקיקה הן, לרוב, חסרות תוחלת. מוקדם לקבוע האם המנגנון של מיסוד הנחיות שיפוטיות, כעולה מהנחיית יושב ראש הכנסת משנת 2009, יוביל לייעול השפעתן על החקיקה. גם בהנחה שתהיה בו תרומה מסוימת, המנגנון מותר על כנן מספר בעיות. בעיקר, המנגנון המוצע לא פותר מקרים בהם הערת חקיקה לא נענית במשך שנים רבות, כאשר אין זה ברור האם המחוקק נתן את דעתו לעניין. זהו מצב עניינים לא רצוי. הוא יוצר סחבת שמובילה לפגיעה נמשכת בזכויות אדם וכרוכה בעלות כספית ואי-וודאות, שכן הערות בפסקי דין קודמים שלא נענו מעודדות מתדיינים לתקוף את הסטטוס קוו שוב ושוב.<sup>115</sup> אנו מציעים אפוא, להקדים, במקרים מתאימים, את האזהרה השיפוטית לשלב של הדין המשפטי. לפי המוצע, בית המשפט יוציא צו ביניים, גם כאשר המדינה אינה צד להליך, המורה ליועץ המשפטי לממשלה (או ליועץ המשפטי של הכנסת)<sup>116</sup> להתייצב לדיון בהליך בו עולה הצורך בתיקון חקיקתי. צו הביניים נדרש במיוחד בעניינים בהם בית המשפט העיר למחוקק בעבר. כך, היועץ המשפטי לממשלה יוכל להתייחס במישרין לסוגיה ולפרט האם בכונת הממשלה לקדם חקיקה או שמא להותיר את העניין לבית המשפט, האם לגישת הממשלה יש צורך בחקיקה, ומהן מגבלותיו של הסדר חקיקתי. בדומה, היועץ המשפטי לכנסת יוכל לדווח לבית המשפט האם ישנם הליכי חקיקה ומה הסטטוס של הליכים אלו.<sup>117</sup> משהובררו כוונותיה

<sup>113</sup> ראו דברי השופט ברק בבג"ץ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793, 839 (1989) ("להערות ביקורת אלה אני מסכים. התוצאה המתבקשת מהן אינה אך הרמת ידיים ופנייה למחוקק לשנות את החוק. לדעתך, התוצאה המתבקשת מהן היא, בראש ובראשונה, בחינה עצמית מחודשת, אם הפירוש שנגקט נכון הוא, או שמא יש לנקוט פירוש אחר, המסיר את האבסורד והמגשים את תכלית החקיקה. רק אם אין כל אפשרות פרשנית למנוע את האבסורד, על השופט להפנות את הבעיה למחוקק").

<sup>114</sup> לא ידוע לנו על מנגנון מקביל שמייצע את חברי הכנסת על אודות פסקי דין "חשובים", ללא קשר לקיומה של הערת חקיקה.

<sup>115</sup> ואכן, מאגר הנתונים של המחקר כולל עשרות מקרים בהם אזהרות שיפוטיות, שנאמרו מתוך הנחה שהמחוקק לפחות ישקול תיקון חקיקתי, לא השפיעו כלל על החקיקה, והנושא חזר, שוב ושוב, לפתחו של בית המשפט העליון.

<sup>116</sup> התיקון לחוק הכנסת התשנ"ד-1994, קובע כי היועץ המשפטי לכנסת הוא שייצג את הכנסת בערכאות, אם כי לפי סעיף 17(א)(4) הוא רשאי, מה שאכן קורה בפועל, לבקש "כי הכנסת תיוצג על-ידי פרקליטות המדינה".

<sup>117</sup> הצעתנו מעוררת מספר קשיים פרקטיים. למשל, מה הדין במצב של חילוקי דעות או ניגודי אינטרסים בין היועץ המשפטי לממשלה ליועץ המשפטי לכנסת, או לפי אילו אמות מידה יבטא היועץ המשפטי לכנסת את עמדת "הכנסת"? קשיים אלו אינם ייחודיים למקרה בו אנו דנים והם מתעוררים גם בהליכים משפטיים שוטפים נוספים. לדיון מקיף ראו יגאל מרזל, "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק", משפטים 347 (תש"ע). קושי נוסף הוא תחולת הצעתנו על שופטי מיעוט. קושי זה ניתן לפתור בכך שרק החלטה של רוב מבין שופטי ההרכב יכול שתוביל לסעד המוצע. לכן, שופט המצוי בדעת-מיעוט לא יוכל להוציא צו ביניים כאמור ועמדתו תישאר בגדר עצה שיפוטית.

של הממשלה באשר לחקיקה עתידית—ומשהוברה המצב באשר להליכי החקיקה בכנסת—על בית המשפט לפעול, תחת הנתונים החדשים. אם ימצא לנכון, עליו להיכנס לחלל אותו משאיר המחוקק. גישה זו שונה מהנחיות היועץ המשפטי לממשלה ויושב ראש הכנסת בכך שהיא מאפשרת לממשלה ולכנסת להגיב, בזמן אמת, על הצורך בחקיקה, ולא רק לתת את הדעת בדיעבד. באופן זה ה"כרטיס הצהוב" מוקדם לשלב ההליך המשפטי ואינו צופה פני עתיד.

הצעה זו, כמובן, אינה מושלמת. היא עלולה להוסיף עלויות ישירות של התייצבות המדינה, וכן לגרום עיכוב הליכים ועיניו דין במקרה הפרטני. מנגד, ההצעה עשויה ליעל את ההליך בטווח הארוך שכן היא מונעת השארת הלכה בעייתית על כנה, וחוסכת עלויות של ליטיגציה נוספת בעתיד. הפתרון המוצע חותר להכרעה ישירה—חקיקתית או שיפוטית—שעשויה לתרום לוודאות המשפטית ולמנוע מצב נמשך של פגיעה בזכויות אדם של פרטים שעניין דומה להם נדון (או צפוי להיות נדון) בבתי המשפט. זאת ועוד: התייצבות המחוקק מטילה על השופטים את החובה להתייחס לתוצאות ההערה ותגובת המחוקק; יש להניח שבכך יופחת השימוש בהערות חקיקה למקרים חיוניים בלבד.<sup>118</sup> לבסוף, כפי שיפורט להלן, ההצעה להתייצבות המחוקק בהליך אינה מוחלטת, אלא נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט. היכן שתשובת המחוקק עלולה להימשך שנים רבות, על בית המשפט להכריע בדרכים הרגילות, תוך ידיעה שעמדתו של המחוקק אינה ברורה. בדומה, במקרים בהם מן הראוי לפסול חקיקה ללא קשר לתגובת המחוקק, סעד הביניים המוצע עשוי להיות מיותר. הסעד המוצע נועד למצבים בהם עולה הצורך בתיקון חקיקתי—וכאשר פרק-הזמן שיינתן למחוקק לגבש דעתו רצוי ואפשרי בנסיבות העניין—ובפרט במקרים של הערות חוזרות שבהם בית המשפט התריע בעבר על הצורך בשינוי.

דוגמא קרובה לגישתנו ניתן למצוא בפרשת **חוק האזרחות והכניסה לישראל**.<sup>119</sup> בפרשה זו נידונה חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, שאסר הגירת-נישואים של תושבי רצועת-עזה והגדה המערבית לשטח ישראל. המדינה, אשר הייתה צד להליך, הודיעה לבג"ץ כי הממשלה שוקלת לתקן את החוק כך שתפחת פגיעתו בזכויות אדם. על בסיס נתונים אלו, דחה בג"ץ את הדיון בעתירה למועד מאוחר יותר אך הוסיף, בהחלטת ביניים, את האזהרה הבאה: "העתירות שלפנינו העמידו בעיות חוקתיות הקשורות בהיבטים אלו ואחרים של הוראות החוק. . . משותפת לכולנו ההכרה כי העיון מחדש עליו החליטה הממשלה צריך לבחון באופן יסודי ביותר את הבעיות שהחוק מעורר ואשר מצאו ביטויין בעתירות שלפנינו. החוק שלפנינו, על דעת כולנו, אינו חוק 'מן המניין'. הוא מצדיק התייחסות מיוחדת".<sup>120</sup> אזהרה זו, שהיא בבחינת "כרטיס צהוב", יכולה הייתה להוביל מאוחר יותר ל"כרטיס אדום", הוא בטלות. ואולם, למרות זאת, החוק לא בוטל. השופט אדמונד לוי, לשון המאזניים, סבר כי, באופן עקרוני, החוק הוא בלתי-חוקתי, אך לא הכריז על בטלותו כדי לאפשר לכנסת לבחון שינויים שימזערו את הפגיעה בזכויות האדם.<sup>121</sup> הוא אף בחר להדריך את המחוקק בדרך בה יש ללכת על מנת שהחוק ייחשב כחוקתי.<sup>122</sup> מנגד, בהצעתנו יש עדיפות להכרעה בהליך. ניתן היה לדחות את מועד פרסום פסק-הדין עד לאחר הבחינה הנוספת של הכנסת, או לקצוב את זמנה של זו בצו ביניים. כך, על בסיס נתונים אלו, ניתן היה להגיע להכרעה שיפוטית, עולה השאלה, מתי על שופט המתחבט בשאלת הסעד הראוי, בעת דיון בשאלה משפטית, להחליט על מתן הסעד המוצע? לפי הצעתנו, יש לשקול את החלופה של אזהרה שיפוטית בצו

<sup>118</sup> ניתן, עם זאת, להעלות על הדעת השפעה לכיוון השני—האפקטיביות של הסעד החדש עשויה להביא לריבוי אזהרות שיפוטיות.

<sup>119</sup> בג"ץ 7052/03 עדאלה—המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (טרם פורסם, 14.5.2006) (להלן: פרשת חוק האזרחות והכניסה לישראל).

<sup>120</sup> החלטת מיום ה-14.12.2004, זמין ב-

<http://elyon1.court.gov.il/files/03/520/070/A21/03070520.a21.htm>

<sup>121</sup> פרשת חוק האזרחות והכניסה לישראל, לעיל ה"ש 127, בפס' 1 לפסק-דינו.

<sup>122</sup> שם, בפס' 10 לפסק-דינו.

ביניים למול סעדים חלופיים. כך, שופט השוקל את החלופה של חקיקה שיפוטית, או בטלות, למול צו ביניים ובו אזהרה שיפוטית הקוצבת זמן לתשובת המדינה, יכריע בשאלה לפי מבחן המידתיות.<sup>123</sup> בית המשפט יבחר באמצעי של אזהרה שיפוטית בצו ביניים באם מדובר באמצעי המתאים להשגת המטרה, אין אמצעי הפוגע פחות ממנו בזכויות אדם ואינטרסים ציבוריים חשובים להשגת המטרה (למשל, סעד של בטלות או הכרעה שיפוטית), ומתקיים יחס ראוי בין התועלת שבו לבין העלות הנלווית לו.<sup>124</sup> על השופט לבחור בסעד המידתי ביותר והמשקף את האיזון הראוי ביותר לאור נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. כך למשל, ניתן לומר כי במקרים בהם מתן-זמן למחוקק לשקול את הסוגיה פוגע באופן ברור בזכויות אדם או באינטרס ציבורי חשוב, האמצעי של אזהרה שיפוטית, שמטיבו מצריך דיון וליבון מעמיק לעיצובו של הסדר משפטי מקיף לומר כי במקרים בהם פתרון הסוגיה מצריך דיון וליבון מעמיק לעיצובו של הסדר משפטי מקיף או ראשוני, ופרק הזמן שיחלוף אינו גורר נזק ברור ומידי לזכויות חוקתיות ואינטרסים ציבוריים חשובים, הסעד המוצע עשוי להימצא מתאים להשגת המטרה. בדומה, על השופט לבחון האם הפניה לאזהרה שיפוטית היא האמצעי הפוגע פחות. בחינה זו היא חיצונית—למול קיומו של סעד חלופי—וגם פנימית—בתוך מגוון האפשרויות בהנחיה השיפוטית, למשל, בקציבת משך הזמן לתגובה להחלטת בית המשפט. לבסוף, נדרש יחס ראוי בין התועלת שבסעד המוצע לבין העלות הנלווית לו. ייתכן ומטעמים של כיבוד המחוקק או היות הנושא מורכב נדרש לתת למחוקק להסדיר את הנושא; מנגד, ייתכן והתועלת בליבון הנושא בבית המחוקקים תהא פחותה מהנזק הצפוי בעת ההמתנה לזכויות אדם חוקתיות ולאינטרסים ציבוריים חשובים.

השראה להצעתנו מגיעה מגרמניה. בית המשפט החוקתי בגרמניה פיתח סעד במקרים של חוק שהוא עדיין חוקתי אך, בשל סיבות שונות—ביניהן, חוק ארכאי שאינו מותאם למציאות המודרנית—מתקרב לנקודת האל-חזור שבה ייהפך לבלתי-חוקתי. בית המשפט לא מכריז על בטלות החוק אלא מצהיר כי החוק "עדיין" חוקתי וממליץ למחוקק לתקנו, לעתים תוך קציבת זמן להליך החקיקה, שלאחריו יחדל החוק להיות חוקתי. הערת בית המשפט היא מעין "כרטיס צהוב" (admonition) המחייב את המחוקק להתאמת חקיקתיות שלאחריהן עשוי להגיע ה"כרטיס האדום"—בטלות או חקיקה שיפוטית. סעד זה שונה מסעד של בטלות והשעיית מועד הבטלות, שבו נקט בית המשפט העליון הישראלי, למשל, בפרשת **רובינשטיין**.<sup>125</sup> הסעד של בטלות והשעיית מועדו של החוק, אלא שזו נכנסת לתוקף במועד מאוחר על מנת לאפשר למחוקק לתקן את הטעון תיקון; בית המשפט מותיר בעינו, למשך זמן מה, מצב שהוכרז בלתי חוקתי.<sup>126</sup> מנגד, הסעד של החוק "עדיין" חוקתי, אין משמעו כי החוק לא-חוקתי, אלא כי הוא מתקרב לנקודת זמן בעתיד שבה הוא עשוי להיפך לבלתי-חוקתי. הסעד שאנחנו מציעים—שיחול הן על סוגיות חוקתיות, הן על סוגיות של פרשנות חוקים והן כאשר קיים חסר בחוק—משופר לעומת הסעד הגרמני, ומותאם למציאות הדיאלוג הבין-מוסדי בישראל. הואיל והמחוקק נוטה שלא לתקן את החקיקה בהתאם להערות בית המשפט, יש חשיבות להליך שממריץ את המחוקק להתייחס לחסר הקיים. התייחסותו של המחוקק חשובה, שכן היא נותנת בידי בית המשפט את המידע הדרוש להכרעה בעניין. אנו רואים יתרון בהתייחסות המחוקק לעניין במסגרת ההליך, במיוחד במציאות בה הערות חוזרות ונשנות נתקלות בשתיקת המחוקק, שסיבותיה אינן תמיד ברורות.

<sup>123</sup> למבחני המידתיות ראו אהרון ברק, **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (373-454 (2010))..  
<sup>124</sup> לדיון מקיף באפשרות של החלת מבחני המידתיות על סעדים ראו יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות", **משפט וממשל** ט 95-102 (תשס"ו) (עיקרון המידתיות "חל לא רק על שאלת ההפרה אלא גם על שאלת הסעד". שם, בעמ' 95).  
<sup>125</sup> **לעיל**, ה"ש 59.  
<sup>126</sup> לדיון בסעד זה ראו יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות", **משפט וממשל** ט (תשס"ו).



## ד. סיכום

מחקר זה הוקדש להנחיות שיפוטיות. הנחיות שיפוטיות מהוות לשיטתנו קטיגוריית ביניים בין הלכת-הפסק לאמרת-אגב. הן באות לידי ביטוי, בין היתר, בהערות לתיקון חקיקה המופנות למחוקק. על רקע דיון תיאורטי במעמד המשפטי של הערות אלו, מחקר זה, ראשון מסוגו בישראל, בדק כמותית את פסיקת בית המשפט העליון הכוללת הערות לתיקוני חקיקה, ואת השפעתה של פסיקה זו על החקיקה. הממצא המרכזי הוא כי הערות בית המשפט העליון, ככלל, אינן משפיעות על החקיקה. כמו-כן, נמצא כי הערות אלו נפוצות יותר, באופן יחסי, אצל שופטים מסוימים, בדעות מינוט, ובסוגיות מסוימות. על רקע הממצאים, הצענו כי בית המשפט יעשה שימוש תדיר יותר במנגנון המבקש, תוך כדי ההליך, את תגובת המחוקק לעניין. הלכה למעשה, ניתן ליישם מנגנון זה באמצעות צו ביניים להתייצבות היועץ המשפטי לממשלה (או היועץ המשפטי לכנסת) כל אימת שעולה הצורך בתיקון חקיקתי. מידע על כוונות המחוקק, בזמן אמת, ייתן בידי בית המשפט כלים טובים יותר להכריע בעניין, ואף ישפר את הדיאלוג בין הרשויות.

ישנם כיוונים רבים למחקר עתידי. ראשית, מחקר זה התייחס לפסיקת בית המשפט העליון. על מחקר עתידי לבדוק כיצד ערכאות אחרות משתמשות בכלי ההערות, והאם יש להן השפעה על החקיקה. שנית, מחקר זה בודק את השפעת פסקי הדין המעירים על החקיקה; מעניין גם לבדוק את השפעת פסקי הדין המעירים על הליך החקיקה (הצעות שלא התקבלו, דיונים בכנסת ועוד). שלישית, מעניין לבחון הערות לתיקוני חקיקה הנשמעות במהלך הדיון, להבדיל מהערות הנכתבות בפסק הדין עצמו. רביעית, מחקרנו בודק אלו פסקי דין הובילו לשינוי חקיקתי. אך למעט מדגם של חקיקה בשנים 2000-2005, לא בדקנו את הצד השני, דהיינו, מתוך כלל החקיקה, איזה חלק הושפע מפסיקת בית המשפט. ולבסוף, ניתן לבחון הערות לתיקון החקיקה לעומת כלל פסקי הדין. כמות פסקי הדין המצומצמת המתפרסמת על ידי בית-המשפט העליון האמריקני אפשרה לקיים מחקרים שבדקו בצורה ישירה מהם הגורמים המשפיעים על שופטי בית-המשפט העליון לפרסם המלצות. נפח העבודה של בית המשפט העליון הישראלי יוצר קשיים מתודולוגיים מיוחדים, שעליהם יהיה על מחקרים עתידיים להתגבר. תם אך לא נשלם.

## ה. נספחים

### מלות חיפוש

מילות החיפוש שנבדקו הן: "לתשומת לב המחוקק", "יתן המחוקק דעתו", "למחוקק לתקן", "המחוקק יתערב", "מוטלת על המחוקק", "לומר דברו", "רצוי כי המחוקק", "רצוי שהמחוקק", "ראוי כי המחוקק", "את פתרונה החקיקה", "קריאה למחוקק", "המחוקק יתן דעתו", "עניין למחוקק", "בהתערבות המחוקק", "יסדיר המחוקק", "ידאג המחוקק", "יניע המחוקק", "לקרוא למחוקק", "מתחייב תיקון", וכן אותן מלות חיפוש עם המלה "כנסת" במקום "מחוקק". החיפוש התבסס על מאגר המידע המקוון "נבו", באופציה שמאפשרת חיפוש מדויק, בסדר כלשהו, ובמרחק של עד 3 מלים.

רשימת מלות החיפוש נוצרה על בסיס התייעצות עם מרצים, פרקליטים ושופטים. כמו-כן, כאשר פסק דין שעלה דרך מלות החיפוש השתמש בביטויים דומים, הוספנו את הביטויים החדשים לרשימת מלות החיפוש. ברור כי מלות חיפוש אלו לא ממצות את המגוון הרחב של הערות לתיקוני חקיקה. אנו סבורים, עם זאת, כי מלות חיפוש אלו נותנות תמונה מקיפה למדי של פסקי הדין הכוללים הערות לשינוי חקיקה. ככל שיש הטייה ברשימה זו, הרי שהיא לכיוון של מלות חיפוש המופיעות בפסקי דין ידועים יותר, ומשנים מאוחרות יותר. הטייה זו, ככל שקיימת, אינה משליכה על הממצא העיקרי, דהיינו, על מספרם המועט של החוקים ששונו בעקבות הערת בית המשפט.

טבלה 4: רשימת המשתנים

שם המשתנה	תיאור
שינוי חקיקתי—הגדרה צרה	הצעת החוק מפנה ישירות לפסק כגורם מניע
שינוי חקיקתי—הגדרה רחבה	הצעת החוק מפנה באופן כללי לפסיקה, או לפסקי דין מעירים אחרים <sup>127</sup>
הערת השופט המוליך	השופט המוליך, הכותב את פסק הדין המוביל, הוא אחד מהשופטים המעירים
הערת נשיא	נשיא בית המשפט הוא אחד מהשופטים המעירים
המדינה צד	המדינה צד ישיר או מוזמן להליך ("מדינה" לרבות היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה, כנסת, כונס נכסים רשמי, אפוטרופוס כללי, צה"ל, קצין התגמולים, פקידי שומה, המוסד לביטוח לאומי, מינהל מקרקעי ישראל ורשויות מוסמכות אחרות מכוח חוק; אך למעט רשויות מקומיות, ועדות תכנון ובנייה, חברות ממשלתיות, לשכת עורכי הדין, הסוכנות היהודית, תאגידים ציבוריים, וכו')
דעת מיעוט	לפחות אחד מהשופטים המעירים נמצא בדעת מיעוט
הערה בסוף חוות הדעת	לפחות אחת מההערות נמצאת בסוף חוות הדעת
הערה ראשונה	ההערה לא מפנה לפסקי דין מעירים קודמים
הערה נקודתית	הערה לתיקון פגם נקודתי, טכנית במהותה (להבדיל מההערה כללית המכוונת להסדרת תחום משפטי שלם) <sup>128</sup>
דיון נוסף	הערה במסגרת דיון נוסף
מספר עמודים	אורך פסק הדין (בעמודים)
מותב מורחב	האם פסק הדין המעיר ניתן במותב של למעלה משלושה שופטים
הערה משותפת	האם ההערה ניתנה על ידי יותר משופט אחד
תקופת הנשיא ברק	הפסק פורסם לאחר 1996
נושא	נושא פסק הדין (מנהלי ובג"ץ, אזרחי, פלילי)

<sup>127</sup> דוגמא לפסק דין לו נמצאה השפעה חקיקתית לפי ההגדרה הרחבה (אך לא לפי ההגדרה הצרה) הוא **בנימין זקן נ' קצין התגמולים**, בו קרא השופט ריבלין למחוקק לשנות את הסדר התגמולים החל על מי שלקה בנכות בתקופת שירותו הצבאי (רע"א 3323/98 (לא פורסם, 2.7.2003) (פסקה 11 לפסק דינו של השופט ריבלין)). החוק שונה, אך הצעת החוק לא מתייחסת במפורש לפסק דינו של השופט ריבלין, הגם שהיא מפנה לפסקי דין אחרים שהעירו למחוקק (הצעת חוק הנכים (תגמולים ושיקום) (תיקון מס' 24) (בחירה בזכויות), התשס"ח-2007, ה"ח 174, קובעת כי "בית המשפט העליון ביקר לא אחת את ההסדרים האמורים" ומפנה לפסקי דין מעירים אחרים).

<sup>128</sup> לדוגמא להערה נקודתית ראו ע"מ 7641/98 **רפאל גוימן נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 27.12.98) (קריאה לשינוי ס' 15 בחוק שירות המדינה (גמלאות) (נוסח משולב), השולל בצורה מוחלטת תגמולים מעובד מדינה שפוטר לצמיתות). לדוגמא להערה כללית ראו בג"ץ 3975/95 **קניאל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג' (5) 459 (קריאה להסדרת תחום הפנסיה בחקיקה ראשית).

**טבלה 5: רגריסיות לוגיסטיות**

העמודה הראשונה בטבלה מתייחסת להגדרה הצרה, והשנייה להגדרה הרחבה של אימפקט

חקיקתי:

מקדם (סטטיית תקן)	מקדם (סטטיית תקן)	משתנים מסבירים
<b>4.20 (1.50)**</b>	<b>6.55 (3.23)**</b>	הערת השופט המוליך
-1.15 (0.91)	-1.39 (1.20)	הערת נשיא
<b>-1.58 (0.79)**</b>	-1.37 (1.34)	המדינה צד
1.52 (1.29)	4.80 (3.15)	דעת מיעוט
<b>1.50 (0.73)**</b>	1.07 (0.98)	הערה בסוף חוות הדעת
-0.93 (0.78)	-0.06 (1.04)	הערה ראשונה
0.60 (0.64)	-0.31 (0.94)	הערה נקודתית
1.76 (1.54)	1.91 (2.00)	דיון נוסף
-0.00 (0.00)	<b>-0.00 (0.00)*</b>	מספר עמודים בריבוע
1.16 (1.15)	<b>2.92 (1.10)**</b>	מוחב מורחב
-0.28 (1.18)	-2.48 (2.90)	הערה משותפת
<b>-2.18 (0.97)**</b>	<b>-3.41 (1.62)**</b>	תקופת הנשיא ברק
כן	כן	השפעות נושא קבועות
<b>-4.91 (1.72)**</b>	<b>-7.04 (3.23)**</b>	קבוע
98	98	מס' תצפיות
31.3%	38.4%	Pseudo R2

\*— מובהק ברמה של 10%; \*\*— מובהק ברמת 5%; \*\*\*— מובהק ברמת 1%.

**טבלה 6: הערות חקיקה המוזהות עם שינוי חקיקתי (סדר אלפביתי)**

פסק הדין	שנת התיקון	שופטים מומלצים	דעת רוב/מיעוט	מוחב	האם המלצה חוזרת?	מהות התיקון	הצעת חוק
דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ נ' מ"י, פ"ד ס(2) 196 (2005)	2006	ביניש	רוב	9	כן	חקיקת חוק תובענות ייצוגיות	פרטית
ע"א 127/87 בדיחי נ' בדיחי, פ"ד מג(4) 341 (1989)	2004	ברק	מיעוט	3	לא	הגמשת דרישות צורניות הנדרשות לאישור צוואה	פרטית
דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193 (2000)	2002	אור	רוב	7	כן	הסדרת עבירות ההסתה בחוק העונשין	ממשלתית
ע"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3) 397 (1993)	2000	שלמה לוי, ברק	רוב, מיעוט	3	לא	תיקון חוק לשכת עורכי הדין (לרבות המלצת פסק הדין לאפשר את חיוב הלשכה בהוצאות הליכים שבסופם זוכה הנתבע) הגמשת הברירה לנכי צה"ל בין חוקי התגמולים	ממשלתית
ע"א 3449/90 קצין התגמולים נ' כמאל מוחמד, פ"ד מז(2) 84 (1993)	2007	מצא	רוב	3	לא	הסדרת מקרה בו קרקע	ממשלתית
בג"ץ 2390/96 קרטיק נ'	2010	חשין,	רוב (כולם)	9	לא		

הגדרה צרה של השפעה חקיקתית

	הופקעה לצרכים ציבוריים וייעודה הציבורי הפסיק להתקיים				ברק, ש' לוין, אור, מצא, זמיר, שטרסברג -כהן, דורנר, ביניש שמגר	מ"י, מינהל מקרעי ישראל, פ"ד נה"ד (2) 624 (2001)	
ממשלתית	חקיקת חוק זכות יוצרים (לרבות תיקון ההערה בדבר ביטול רצפת הפיצויים ללא הוכחת נזק עבור הפרת זכות יוצרים)	לא	3	רוב	שמגר	2007	ע"א 592/88 שניא נ' עוזבון המנוח ניניו ז"ל, פ"ד מו"ד (2) 254 (1992)
פרטית	הרחבת סמכות בית המשפט להורות על צו מבחן (לרבות תיקון ההערה באשר להטלת עונש על צו מבחן שהופר)	כן	3	רוב	אלון	2004	ע"פ 3524/90 שרות המבחן למבוגרים נ' אבוקסיס, פ"ד מו"ד (4) 199 (1992)
ר' פס"ד שניא	ר' פס"ד שניא	כן	3	רוב	שטרסברג- כהן	ר' פס"ד שניא	ע"א 3616/92 דקל שירותי מחשב להנדסה (1987) בע"מ נ' חשב אגודה שיחופית בע"מ, פ"ד נא (5) 337 (1997) רע"א 3323/98 זקן נ' קצין התגמולים (לא פורסם, 2.7.2003) בג"ץ 1555/90 חיים לבעלי חיים נ' מנהל השירותים הווטרנרים, משרד החקלאות, פ"ד מה (1) 83 (1990)
ר' פס"ד קצין התגמולים	ר' פס"ד קצין התגמולים	כן	3	רוב	ריבלין, שטרסברג- כהן	ר' פס"ד קצין התגמולים	רע"א 3323/98 זקן נ' קצין התגמולים (לא פורסם, 2.7.2003) בג"ץ 1555/90 חיים לבעלי חיים נ' מנהל השירותים הווטרנרים, משרד החקלאות, פ"ד מה (1) 83 (1990)
ממשלתית	תיקונים בפקודת הכלבת (לרבות תיקון ההערה בדבר אפשרות למגע מיני בין כלבים)	כן	3	רוב	נתניהו	1992	רע"א 3323/98 זקן נ' קצין התגמולים (לא פורסם, 2.7.2003) בג"ץ 1555/90 חיים לבעלי חיים נ' מנהל השירותים הווטרנרים, משרד החקלאות, פ"ד מה (1) 83 (1990)
פרטית	הקדמת איזון משאבים בין בני זוג שנישואיהם טרם פקעו	כן	5	רוב, מיעוט, מיעוט, רוב	שמגר, מצא, טל, שטרסברג- כהן	2008	ע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט (3) 529 (1995)
פרטית	הרחבת ערעור על פסק בורר	לא	3	רוב	רובינשטיין	2008	רע"א 5285/03 כהן נ' בונה, פ"ד נט (1) 39 (2004)
פרטית	ביטול הסעיף שאסר פסיקת צווי מניעה וביצוע בעין נגד המדינה	כן	3	רוב (כולם)	ברק, שמגר, בכך	1998	בג"ץ 991/91 פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה (5) 50 (1991)

הגדרה  
רחבה  
של  
השפעה  
חקיקתית