

הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית-המשפט העליון

מאת

ליאב אורגד* ושי לביא**

תקציר

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

מאמר זה זורה אור על קיומן של הנחיות שיפוטיות באמצעות ניתוח אמפירי של תופעה שלא זכתה עד כה בתשומת-לב מחקרית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית-המשפט העליון, המפנות את תשומת-ליבו של המחוקק לתיקון נדרש בחוק. מתודולוגיית המחקר מבוססת על 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 בעלייה, וכי הנחיות שיפוטיות שכיחות יותר בפסיקה של שופטים מסוימים, במותבי שיפוט מורחבים ובקרב שופטי דעת מיעוט.

המאמר מציג טיפולוגיה של הנחיות שיפוטיות – עצה שיפוטית, "מפת-דרכים" שיפוטית ואזהרה שיפוטית; דן במעמדן הנורמטיבי – אם מדובר בכלי מיעוץ או בכלי 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 הותרת בית-המשפט

* מרצה, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

** תלמיד לתואר דוקטור בבית-הספר למשפטים של אוניברסיטת הרווארד.

סדר הכותבים נקבע באופן אקראי. תודתנו נתונה ליונתן ארבל, קרן וינשל-מרגל, יוני ליבני, חיים מכלוף, סוזי נבות, מיכאל סאבין, מתיו סטינפסון, מיטל פינטו, רועי פלד, אמנון רובינשטיין, ניב רוזנאי, אדם שנער וג'ניפר שקבטור על הערותיהם ותרומתם לגיבוש המאמר, וכן לרעות זעירי וליון קאפח על עזרה יעילה במחקר. אנו מודים לנשיאת בית-המשפט העליון דורית ביניש ולמשנה לנשיא בדימוס מישאל חשין על פגישות-רקע מפרות ומאירות-עיניים, וכן ליועץ המשפטי לכנסת איל ינון על שהקדיש מזמנו לדון בממצאי המחקר. תודה מיוחדת נתונה לגיא רוה על עזרה מצוינת במחקר המשפטי ובאיסוף הנתונים האמפיריים. הקרדיט למונח "הנחיה שיפוטית" כשם כולל לתופעה שאנו דנים בה שייך לסוזי נבות. תמיכתן של קרן אייסף ושל הקרן לקידום החינוך בישראל אפשרה את כתיבת המאמר.

והציבור בהמתנה ממושכת ולרוב עקרה לתגובה, יורה בית-המשפט, בצו-ביניים, ליועץ המשפטי לממשלה (או ליועץ המשפטי לכנסת) להתייצב לדיון בכל הליך שבו עולה צורך בתיקון חקיקתי. אלה יוכלו לפרט, בזמן-אמת, אם בכוונת הממשלה לקדם חקיקה. יהא זה מעין "כרטיס צהוב" למחוקק במהלך ההליך המשפטי.

א. מבוא

ב. הנחיות שיפוטיות: היבט עיוני

1. עצה שיפוטית

2. "מפת-דרכים" שיפוטית

3. אזהרה שיפוטית

4. הערות לתיקוני חקיקה כהנחיות שיפוטיות

5. הערות לתיקוני חקיקה: יתרונות וחסרונות

6. מעמדן המשפטי של הערות לתיקוני חקיקה

ג. הנחיות שיפוטיות: היבט אמפירי

1. אפיון ומגמות

2. השפעה על חקיקת הכנסת

ד. הנחיות שיפוטיות כסעד: "כרטיס צהוב" למחוקק

ה. סיכום

1. אחרית-דבר

2. נספחים

א. מבוא

מפעם לפעם נכתבות בפסקי-דין של בית-המשפט העליון הערות המסיבות את תשומת-ליבו של המחוקק לליקוי מסוים בחוק, תוך המלצה של בית-המשפט, או של אחד משופטיו, לתיקוני חקיקה נדרשים – אם על-ידי תיקון או ביטול של חוק קיים ואם על-ידי חקיקת חוק חדש. נוסח אופייני של הערות אלה הוא "עניין זה ראוי לתשומת-ליבו של המחוקק" או "ראוי כי המחוקק ייתן דעתו ל...". הערות אלה אינן עשויות מקשה אחת – לא בסגנון, לא בתוכן ולא בנפקותן. הן ניתנות על-ידי כל שופטי המותב או על-ידי חלק מהם; בדעת רוב או בדעת מיעוט; כהערה נקודתית – דוגמת ההמלצה לביטול סעיף 310 לחוק העונשין, התשל"ז-1977¹ – או כהערה כללית, כגון המלצה לרפורמה בדיני מיסוי שותפות, בדיני ההתיישנות או בדיני הגנבה.²

1 בג"ץ 5221/90 טבע נ' השופט החוקר בנסיבות מותה של בתיה בר יוסף ז"ל, פ"ד מו(3) 585, 597-596 (1992).

2 ראו, בהתאמה, ע"א 2026/92 פקיד שומה פתח תקווה נ' שרות חברה להובלה (1982) בע"מ, פ"ד נה(4) 89, 116, 134, 144 (2001); ע"א 165/83 בוכריס נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד לח(4)

מהותן ומעמדה הנורמטיבי של הערות לתיקוני חקיקה היא סוגיה שבה הספרות הקיימת דלה. המחקר האמפירי מושא מאמר זה מבקש לזרות אור על מאפייניה, ובמיוחד על הקשר שבין מאפייניה של הערה לתיקון חקיקה לבין מידת השפעתה על חקיקת הכנסת. מבחינה אמפירית המחקר מבקש להשיב על השאלות הבאות: עד כמה התופעה של הערות לתיקוני חקיקה נפוצה בפסיקת בית המשפט העליון? האם שופטים מסוימים מעירים, באופן יחסי, יותר מאחרים? האם מדובר בשופטי דעת רוב או בשופטי דעת 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 ומעמדה של ההערות לתיקוני חקיקה. מבחינה נורמטיבית המאמר מבקש להתחקות אחר משמעותן של הערות לתיקוני חקיקה במסגרת גישות תיאורטיות של דיאלוג בין-מוסדי, הפרדת רשויות ושלטון החוק: מהן ההצדקות להערות אלה? האם הן מהוות התערבות לגיטימית בהליך החקיקה? ומהו מעמדה המשפטי – האם הן חלק מהלכת הפסק, הערת-אגב או קטגוריה אחרת? המאמר מצביע על כך שהערות לתיקוני חקיקה הן ביטוי לתופעה רחבה יותר – המכונה על-ידינו "הנחיה שיפוטית" – אשר מעמדה הנורמטיבי מצוי בתפר שבין הלכת הפסק לבין אמרת-אגב. קריאה קפדנית של פסקי-הדין של בית המשפט העליון מעלה כי יש רמות שונות של אמירות שיפוטיות שיש להן מעמד נורמטיבי נפרד, אשר אינו חופף בריוק את החלוקה המקובלת להלכת הפסק ולאמרת-אגב. הנחיה שיפוטית היא אמירה המחייבת, בהתאם לסוג ההנחיה, רמות שונות של התייחסות מצד המחוקק: יידוע, דיון ושקילה, ובמקרים המתאימים – קידום הצעת חוק. יתרונה של הנחיה שיפוטית טמון בהיותה נורמה גמישה; עיקר פועלה הוא בקידום הדיאלוג הבין-מוסדי לפי אמת-מידה פונקציונלית.

פרק ב של המאמר הוא עיוני. הוא מציע טיפולוגיה של הנחיות שיפוטיות. הטיפולוגיה המוצעת כוללת שלוש קטגוריות: עצה שיפוטית, "מפת-דרכים" שיפוטית ואזהרה שיפוטית. הפרק עומד על מהותן של כל אחת מהקטגוריות, מדגים את פועלן באמצעות דוגמות מפסיקת בית המשפט העליון, וממחיש כיצד בית המשפט מבקש לקדם דיאלוג עם הכנסת על-ידי שימוש בהנחיות שיפוטיות. הפרק מציג את הזיקות בין הנחיות שיפוטיות לבין הערות לתיקוני חקיקה, כמו גם את היתרונות והחסרונות של שימוש בהנחיות שיפוטיות בפסיקת בית המשפט העליון. מסקנתנו היא כי הנחיות שיפוטיות, במאזן כולל, הן תופעה רצויה. פרק ב דן גם בשאלת מעמדה הנורמטיבי של הערות לתיקוני חקיקה באמצעות הצגת שלוש גישות פרשניות: לפי האחת, הנחיות שיפוטיות הן המלצה בלבד כחלק מאמרת-אגב; לפי השנייה, הנחיות שיפוטיות הן דרישה מחייבת כחלק מהלכת הפסק; לפי השלישית, שבה אנו תומכים, הנחיות שיפוטיות מצויות באמצע הדרך בין העדפה משפטית לא-מחייבת לבין דרישה שיפוטית מחייבת.

פרק ג של המאמר הוא אמפירי. על-מנת לקבל תמונה טובה יותר על המתרחש בישראל, בנינו מאגר מידע הכולל הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית המשפט העליון המופיעות במאגרים הממוחשבים מהשנים 1949–2008 (235 פסקי-דין). כן בדקנו את השפעתן של הערות מהשנים 1989–2004 על החקיקה (98 פסקי-דין). הפרק מציג ממצאים אמפיריים

554, 559 (1984); ע"פ 1075/98 מדינת ישראל נ' אופנהיים, פ"ד נד(1) 303, 335 (2000).

על-אודות אפיון של הערות לתיקוני חקיקה והתפלגותן לפי עשורים, שופטים, נושאים, דעת רוב מול דעת מיעוט וכן גודל המותב, ועל-אודות השפעתן של ההערות על החקיקה. הממצאים מלמדים על גידול בשימוש בכלי של הערות לתיקוני חקיקה במשך השנים, וכן על התפלגות לא-אחידה של הערות אלה בין שופטים, בין נושאים ובין מותבים: הערות לתיקוני חקיקה שכיחות יותר, באופן יחסי, בפסיקתם של שופטים מסוימים, במותבי שיפוט מורחבים וכן בקרב שופטי דעת מיעוט. הממצא המרכזי הוא כי להערות לתיקוני חקיקה אין ככלל השפעה על החקיקה. אחוזים ספורים בלבד מפסקי-הדין הכוללים הערות לתיקוני חקיקה מזהים עם שינוי חקיקתי, וברוב המקרים הללו אין אפשרות להצביע על קשר סיבתי בין ההערה לבין שינוי החוק. ממצאים אלה מעמידים בסימן שאלה את תפקודן של הנחיות שיפוטיות ככלי לקידום דיאלוג בין-מוסדי, ומעלים צורך בחשיבה על דרכים לייעולן. פרק ד מציע פתרון לייעול השימוש בהנחיות שיפוטיות. לפי המוצע, במקום לצרף הנחיה שיפוטית לפסקי-הדין, ובכך לאפשר לכנסת לבחון בדיעבד את ההנחיה תוך הותרת בית-המשפט והציבור בהמתנה ממושכת ולרוב עקרה לתגובה, יורה בית-המשפט, בצו-ביניים, ליועץ המשפטי לממשלה או ליועץ המשפטי לכנסת להתייצב לדיון בהליכים שבהם עולה צורך בתיקון חקיקתי. אלה יוכלו לפרט, בזמן-אמת, אם כוונת הממשלה לקדם חקיקה. היא זה מעין "כרטיס צהוב" למחוקק בעת ההליך המשפטי. פרק ד עומד על מהותו של סעד-ביניים זה, וכן על ההבדלים בינו לבין סעדים חלופיים, דוגמת בטלות או השעיה של חוק, או הקביעה כי הוא "עדיין" חוקתי.

ב. הנחיות שיפוטיות: היבט עיוני

תיאוריות של דיאלוג בין-מוסדי נהפכו למרכזיות בשיח המשפטי.³ דיאלוג זה פירושו שלרשות השופטת אין מונופול על היצירה השיפוטית, כשם שלרשות המחוקקת אין 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 נמשך הדיאלוג באמצעות תגובה של רשות אחת על התוצר הנורמטיבי – חוק או פסק-דין – של הרשות האחרת.

הנחיות שיפוטיות הן חלק מהדיאלוג הבין-מוסדי. הן מהוות מנגנון גמיש המאפשר לבית-המשפט להתוות נורמה מבלי להופכה לכלל נוקשה מחייב. ההנחיות השיפוטיות רבות ומגוונות. בהשאלה מהספרות העוסקת במשפט החוקתי, ניתן למיין אותן לשלושה סוגים, אף שלעיתים קו הגבול בין הסוגים השונים מטושטש. דפוס אחד הוא "עצה שיפוטית" (judicial advice). עצה שיפוטית היא טכניקה המאפשרת לשופט להמליץ למחוקק על תיקונים נדרשים בחוק. היא אינה מבטאת דרישה, אלא העדפה משפטית, תוך השארת שיקול-הדעת

3 הספרות התיאורטית בנושא היא ענפה. ראו, למשל: Benjamin Cardozo, *A Ministry of Justice*, 35 HARV. L. REV. 113 (1921); ALEXANDER BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (2nd 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)

למחוקק.⁴ דפוס שני הוא "מפת־דרכים" שיפוטית (constitutional roadmap). מפת־דרכים היא טכניקה המאפשרת לשופט לסטות מהסטטוס־קוו המשפטי ובה־בעת להציע למחוקק, במפורש או במשתמע, כיצד להתגבר על הפגמים בדין הקיים. בהקשר החוקתי היא מהווה מעין תואי שיפוטית לתיקון פסול חוקתי שעליו הכריז בית־המשפט.⁵ דפוס שלישי הוא "אזהרה שיפוטית" (fire alarm).⁶ אזהרה שיפוטית היא טכניקה המאפשרת לשופט להתריע בפני המחוקק על פגמים בדין הקיים. בהקשר החוקתי מדובר במקרים שבהם בית־המשפט מאשר ברוחק חוקתיות של חוק, ומבהיר כי אף שהחוק "עדיין חוקתי", הוא עלול ליהפך לבלתי־חוקתי בעתיד.⁷

1. עצה שיפוטית

מקובל לומר בישראל כי תפקידו של שופט הוא לפרש את החוק באופן שמגשים את תכליתו. בעשותו כן, השופט מפעיל שיקול־דעת שיפוטית. עם זאת, מתחם היצירתיות הפרשנית מוגבל על־ידי שיקולים נוספים, כגון לשון החוק ויציבות ההלכה. בנסיבות אלה, כאשר תוצאת הפרשנות אינה מניחה את הדעת, השופט עשוי להפנות את תשומת־ליבו של המחוקק לסוגיה, ולדרבנו לנקוט פעולה חקיקתית כדי להשיג מדיניות משפטית טובה יותר (לגישת השופט). אכן, כפי שציין פרופ' אהרן ברק, "השופט רשאי, כחלק מפסק דינו, להמליץ בפני המחוקק ליוזם 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".⁸ לגישת ברק, עצות אלה נועדו להפנות את "תשומת לבו של המחוקק לתוצאות הבלתי רצויות הצומחות מהפרשנות השיפוטית".⁹ הן מניחות שהמחוקק קשוב, במידה כלשהי, לקריאתו של בית־המשפט. באחת הפרשות, למשל, ציין השופט מצא כי הוא, בניגוד לעמיתו השופט בכך, לא הצליח להתגבר באמצעות פרשנות על הדין הקיים:

"תמים דעים אני עם חברי, השופט בכך, כי ההסדר המצוי ביחס לזכות הבחירה העומדת לנכה... [בחוק] הביטוח הלאומי אינו משביע רצון... אך שלא כחברי הנכבד, שמצא דרך להתגבר על ליקוייו של הדין המצוי, בוחר אני להסתפק

4 השוו: Nitya Duclos & Kent Roach, *Constitutional Remedies as "Constitutional Hints": A Comment on R. v. Schachter*, 36 MCGILL L.J. 1 (1991).

5 ראו: Erik Luna, *Constitutional Road Maps*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1125 (2000).

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

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

8 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 381 (2004).

9 שם. באופן דומה, בית־המשפט עשוי להמליץ למחוקק ליוזם חקיקת חוקי־יסוד. ראו, למשל, בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב־ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 775 (1995).

בהפניית תשומת לבו של המחוקק לצורך לחזור ולעיין בהסדרים הקיימים ולעשות את הדרוש לתיקונם.¹⁰

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

עצה שיפוטית יכולה לנבוע גם משיקולים מוסדיים. בית המשפט עשוי להימנע מהכרעה בשל היות השאלה המשפטית כללית מדי, בשל היותה "שאלה פוליטית" או בשל הרצון לשמור על יציבות ההלכה, ובמקביל לעוץ למחוקק אם הסדר משפטי נתון ראוי לעיון מחודש, ובמקרים מתאימים גם להניעו כיצד לשנותו. באחת הפרשות נמנעה השופטת בן-פורת מלקבוע כלל משפטי חדש, מתוך רצון לשמור על יציבות ההלכה, אך יעצה למחוקק לסטות ממנה:

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

10 ע"א 3449/90 קצין התגמולים נ' מוחמד, פ"ד מז(2) 84, 100 (1993). ראו גם ע"פ 427/64 יאיר נ' מדינת ישראל, פ"ד יט(3) 402, 415 (1965) (השופט לנדוי: "מסקנתי, שלפיה התקנות חסרות תוקף ובינתיים כל הרוצה לקבור יקבור, בודאי אינה נוחה, וטמונה בה סכנת הפקרות ובזיון למתים ולחיים. מן ההכרח שענין זה יזכה לתשומת לב של הכנסת ככל ההקדם"); ע"א 360/80 מיכון למטע בע"מ נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד לה(2) 383, 392 (1981) (השופט בייסקי: "עם כל האהדה לטיעונו של בא"כוח המערערת, טיעון המללב 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").

11 William N. Eskridge, Jr., *Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions*, 101 YALE L.J. 331, 373, 389 (1991). השוו גם: Pablo T. Spiller & Emerson H. Tiller, *Invitations to Override: Congressional Reversals of Supreme Court Decisions*, 16 INT'L REV. L. & ECON. 503, 509 (1996); Lori Hausegger & Lawrence Baum, *Inviting Congressional Action: A Study of Supreme Court Motivations in Statutory Interpretations*, 43 AM. J. POL. SCI. 162, 170–177 (1999).

12 ע"פ 767/77 שירות המבחן למבוגרים נ' בוחבוט, פ"ד לג(3) 425, 431 (1979). 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").

הקריאה להתערבות המחוקק עשויה לנבוע גם מהצורך לפתח ענף משפטי חדש. במקרים אלה מדובר בהערות כלליות המעוניינות להסדיר תחום שלם (להבדיל מהערות נקודתיות שמכוונות לתקן היבט מסוים של הסדר קיים). כך, למשל, התבקש המחוקק לשקול רפורמה בדיני העבודה¹³ או לתת דעתו להסדרת המעמד של הקדש ציבורי.¹⁴ המשותף להערות אלה הוא שנבצר מהשופט לאמץ מדיניות ראויה בשל מורכבות הנושא, בשל ראשוניותו או בשל ההיבטים המוסריים השזורים בו. בית המשפט עשוי לסבור כי המחוקק יש כלים, אמצעים ויכולת (מוסדית או פונקציונלית) טובים יותר לפתח את המשפט, ולכן יעביר לידו את ההכרעה.¹⁵ באופן דומה, שופט עשוי להעדיף שהמחוקק יכריע בסוגיה כאשר אין לשופט העדפה חזקה לצד זה או אחר.¹⁶

בית המשפט עשוי גם להשתמש בכלי של עצה שיפוטית על־מנת לזרז חקיקה תלויה ועומדת, ואולי אף להשפיע על תוכנה. פרשת א.ש.ת. עשויה לשמש דוגמה למקרה שבו נעשה ניסיון לזרז הליכי חקיקה באמצעות עצה שיפוטית. פסק־הדין, והדיון הנוסף בו, עסקו בשאלת האפשרות להגיש 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 השופט דורית ביניש:

"ביום 26.7.05 התפרסמה הצעת חוק תובענות ייצוגיות... לפיכך, בהתחשב בהליכי החקיקה רואים אנו לנהוג באיפוק ולהמתין לדבריו של המחוקק, בתקווה כי החקיקה הרלוונטית תקודם במהירות וביעילות."¹⁷

בית המשפט שב והמליץ למחוקק להשלים את החקיקה במהירות, שאם לא כן תתקבל הכרעה שיפוטית.¹⁸ אכן, כחצי שנה לאחר פרסום הדברים הושלמו הליכי החקיקה, ופורסם חוק תובענות ייצוגיות. עצה שיפוטית המכוונת לזירז הליכי חקיקה יכולה להצביע גם על תוכן החוק המוצע. כך, השופטת שטרסברג־כהן ייעצה למחוקק לערוך רפורמה בדיני

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

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

15 ראו גם ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986) (הערה למחוקק לקבוע הסדר בשאלת "הולדה בעוולה"); ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209 (2004) (קריאה למחוקק להסדיר את המעמד המשפטי של הפרת הבטחת נישואים).

16 ראו את הטיפולוגיה של האוסיגר ובאום – Hausegger & Baum, לעיל ה"ש 11, בעמ' 170-172.

17 דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 196, 206 (2005) (להלן: דנ"א א.ש.ת.).

18 שם, בעמ' 207. אנו סבורים כי הנחיית בית המשפט בעניין א.ש.ת. משרתת תפקיד כפול: הן ניסיון לזרז הליכי חקיקה ("בתקווה כי החקיקה הרלוונטית תקודם במהירות") והן התרעה מפני התערבות של בית המשפט בעתיד אם לא תושלם החקיקה ("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). ראו גם להלן ה"ש 45 והטקסט הצמוד לה.

ההתיישנות – להחליף את מועדי ההתיישנות הקשוחים בהסדרים גמישים יותר¹⁹ – ואגב כך ציינה כי עמדתה תואמת הצעת חוק קיימת: "מוצאת אני... לציין את תזכיר חוק ההתיישנות, התשנ"ו-1995 [שבח] מוצע לקצר את תקופת ההתיישנות, וכדי להשיג את הגמישות הראויה והדרושה להתאמת ההתיישנות לנסיבותיו של כל מקרה, מוצעת רשימת חריגים ארוכה".²⁰ הפנייה לעצה שיפוטית יכולה להופיע גם אצל שופטי דעת המיעוט. שופט שלא הצליח לשכנע את חבריו למותב בדבר מדיניות משפטית מועדפת עשוי, כמוצא אחרון, לקרוא לעזרת המחוקק. במילים אלה ממש קורא למחוקק השופט חיים כהן, שנתר ברעת 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 הנ"ל".²¹ בפרשת טפחות ניתן לראות דינמיקה דומה. פסק-הדין דן בשאלה אם חובות המעוגנות בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, חלות על עֲרָכִים. בעוד דעת הרוב נקטה פרשנות מצמצמת, שלפיה עֲרָב אינו "לקוח" של הבנק, דעת המיעוט, מפי הנשיא שמגר, ייעצה למחוקק לעגן את הפרשנות המרחיבה בחקיקה:

"כשלעצמי, אני מצטער על התוצאה. הפרשנות הלשונית הצרה, שאומצה ברעת הרוב, שוללת הגנה חשובה מן האזרח, שהיה ערב לחובות חברו כלפי הבנק. לטעמי, היה בידינו לפרש את המונח 'לקוח' באופן התואם את המציאות והולך עמה עקב בצד אגודל, ובכך היינו משרתים את התכלית החקיקתית שאותה נועד חוק הבנקאות (שירות ללקוח) לקדם; משלא נסתייע הדבר, על המחוקק לומר את דברו".²²

גם במקרה זה תוקן החוק ברוח דעת המיעוט.²³ הנה כי כן, עצות שיפוטיות – או כפי שהן מכונות בהקשר החוקתי, "רמזים חוקתיים" ("constitutional hints")²⁴ – הן מגוונות בצורתן

- 19 בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(2) 757, 789 (1997).
- 20 שם, בעמ' 787. במקרה דנן לא הבשילה הצעת חוק ההתיישנות לכלל חקיקה. לדוגמה נוספת ראו ע"פ 518/87 מאיר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.9.1987) (תמיכה בהצעת חוק תלויה ועומדת בדבר עבודת שירות).
- 21 ע"א 734/78 אשר נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957, פ"ד לג(2) 767, 777 (1979). השופט אשר, שנתר אף הוא במיעוט, הצטרף לקריאתו של השופט כהן, באומרו כי "משגברה דעתם של חברי על דעתי אין לי, אלא להצטרף לפנייתו של חברי הנכבד השופט ח' כהן אל המחוקק" (שם, בעמ' 780).
- 22 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, ברעת מיעוט: "מקווה אני, כי המחוקק יתערב גם הפעם, תוך שייתן תחולה מלאה, לעניין כל צורות הצוואה, לעמדה הליברלית אותה גילה בתיקונו לסעיף 25 (ב) לחוק הירושה" – שם, בעמ' 350). אכן, המחוקק נענה לעצתו של השופט ברק, ותיקן את החוק בהתאם, תוך שהוא מפנה בהצעת החוק לדעת המיעוט בפסק-הדין. ראו דברי הסבר להצעת חוק הירושה (תיקון מס' 11) (קיום צוואה על אף חסר בצורתה), התשס"ד-2003, ה"ח 30.
- 23 הצעת חוק הבנקאות (שירות ללקוח) (תיקון מס' 2), התשנ"ד-1994, ה"ח 2255.
- 24 Duclos & Roach, לעיל ה"ש 4.

ובנוסחון. הן כוללות מקרים שבהם שופט "אנוס" לפסוק לפי הדין המצוי, ולא הרצוי; מקרים שבהם שופט מבקש לזרז חקיקה תלויה ועומדת, ואולי לומר דבר-מה על תוכנה; מקרים שבהם שופט לא הצליח לשכנע את חבריו למותב בצדקת דרכו; מקרים שבהם שופט סבור כי למחוקק יש עדיפות בהסדרת העניין; ומקרים שבהם שופט מעדיף שהמחוקק יכריע, שכן אין לו העדפה חזקה בסוגיה המשפטית. במקרים הללו העצה השיפוטית מאפשרת לשופט לא להכריע בסוגיה ולהמליץ למחוקק לפעול בעניין.

2. "מפת־דרכים" שיפוטית

"מפת־דרכים" היא מנגנון שבית־המשפט נוקט כאשר הוא משנה את הדין הקיים ובמקביל מבקש להציע למחוקק חלופות. מקור המונח במשפט החוקתי, בפסקי־דין שבהם הכריז בית־המשפט על אי־חוקקיות. בעוד פסק־הדין מתמקד לרוב בהסבר לאי־חוקקיותו של החוק, "מפת־הדרכים" החוקתית מתמקדת בהכוונה שיפוטית בנוגע לשאלה אילו נורמות ואילו הסדרים עשויים להיחשב חוקתיים. דוגמה יפה מצויה בפרשת **ברגמן**.²⁵ בפסק־דין פורץ־דרך זה, קבע בית־המשפט כי הוראה של חוק מימון מפלגות²⁶ 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."²⁷ אכן, החקיקה העוקבת יישמה את עצותיו של השופט לנדוי.²⁸

דוגמה נוספת בהקשר החוקתי ניתן למצוא בפרשת **מנהלי ההשקעות**.²⁹ בעניין זה פסל בית־המשפט את סעיף 48 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995, שלפיו הרשות לניירות־ערך רשאית להעניק רישיון לעסוק בניהול תיקי השקעות למי שעסק בניהול תיקים שבע שנים לפחות, גם אם הוא אינו ממלא אחר התנאים לקבלת רישיון הקבועים בחוק. בית־המשפט לא פסל את העיקרון של המרת בחינה פורמלית 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 הזמין הנשיא ברק את הכנסת לגבש הסדר משפטי אשר יעמוד בביקורת שיפוטית:

- 25 בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969).
- 26 חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות וביקורת), התשכ"ט-1969, ס"ח 550.
- 27 עניין **ברגמן**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 700.
- 28 חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות וביקורת) (תיקון), התשכ"ט-1969, ס"ח 567, 201 (הוסר אי־השוויון בין הרשימות המתמודדות לכנסת); חוק הבחירות (אישור תקפם של חוקים), התשכ"ט-1969, ס"ח 568, 204 (החוק אשרר, "למען הסר ספק", את כל חוקי הבחירות שהיו בתוקף באותה עת).
- 29 בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997).

"ייתכן 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."³⁰

"מפת־דרכים" חוקתית מאפשרת למחוקק להבין טוב יותר את מרחב האפשרויות העומדות לפניו. פרקטיקה קרובה קיימת בהקשרים לא־חוקתיים. מדובר במצבים שבהם בית־המשפט קובע הלכה חדשנית הסוטה מהדין הקיים, ובר כבד מזמין את המחוקק לתקן את החוק (ולאייץ את פסק־הדין). הספרות 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.³¹ דוגמה להלך־מחשבה זה עשויה להיות פרשת א.ש.י.ר., שבה נקבעה הלכה חדשנית שלפיה ניתן להגן על זכויות קניין רוחני לא רק על־ידי חוקים ספציפיים, כי אם גם באמצעות דוקטרינה כללית של דיני עשיית עושר ולא במשפט.³² חדשנותה של ההכרעה הניעה, כך נראה, 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 לחשוש לעתיד: אם בית־המשפט ימשוך 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 או ללכת בדרך שהתווה המחוקק."³³

לדוגמות אלה יש אם כן מכנה משותף: ככולן פסל בית־המשפט את הפרקטיקה הנוהגת – קרי, ביטל חקיקה או שינה הלכה – תוך קריאה למחוקק להסדיר את העניין מחדש. בהקשר החוקתי בית־המשפט מייעץ למחוקק במפורש איך לתקן את הפסול החוקתי; בהקשר הלא־

30 שם, בעמ' 412–413. ראו גם בג"ץ 3872/93 מישראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הרתות, מר יצחק רבין, פ"ד מז(5) 485, 505 (1992).

31 ראו Hausegger & Baum, לעיל ה"ש 11, בעמ' 172–174. האוסיגר ובאום משתמשים במונח "גיידור" ("hedging their bets") לתיאור סוג זה של הערות.

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

33 שם, בעמ' 497–498. העניין טרם הוסדר בחקיקה, ו"הפתרון הזמני" שקבע בית־המשפט עודנו שריר וקיים. לדוגמות נוספות ראו בג"ץ 3939/99 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002) (ביטול של החלטת מנהל מקרקעי ישראל להפשיך 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); בג"ץ 1604/90 שליט נ' פרס, מד(3) 353, 368 (1990) (קביעת הלכה המחייבת פרסום הסכם פוליטי תוך הזמנת המחוקק לומר את דעתו בסוגיה).

חוקתי, במקום הנחיה מפורשת, בית־המשפט מצביע במשתמע – כבעניין א.ש.י.ר. – על הכיוון הרצוי לחקיקה.

3. אזהרה שיפוטית

אזהרה שיפוטית מתריעה בפני המחוקק שפרקטיקה קיימת עלולה, אם לא תתוקן, להיפסל בעתיד. כאשר המחוקק אינו מגיב, אזהרות שיפוטיות מעניקות לבית־המשפט לגיטימציה לשינוי פסיקתי עתידי. הן עשויות לשמש את בית־המשפט במקרים שבהם פסיקה חדשנית עלולה לעורר ביקורת ציבורית חזקה מדי, אף אם תוצמד אליה "מפת־דרכים" שיפוטית. בית־המשפט עשוי לוותר במקרים אלה על הפסיקה החדשנית ולהותיר את הסטטוס־קוו בעינו. בד בבד באפשרותו לצרף אזהרה שיפוטית. כאשר העניין יגיע שוב לפתחו, הלגיטימיות לשנות את הדין עשויה להיות גבוהה יותר, שכן המחוקק התבקש לתקן את הטעון תיקון אך מיאן לעשות כן.³⁴ תפיסה אחרת של אזהרות שיפוטיות היא של מעין "בלון ניסוי" שנועד לבדוק את תגובת המחוקק על מהלך פסיקתי. גם כאן בית־המשפט אינו מגיע לתוצאה הרצויה כאשר הוא דן בתיק הראשון מסוגו. אולם אם מתחוויר שהמחוקק אינו מגיב על האפשרות של שינוי ההלכה, ייתכן שבית־המשפט יעשה את השינוי באחד התיקים הבאים. באופן דומה, באפשרותו של בית־המשפט להעיר למחוקק בכמה פסקי־דין עוקבים עד שתימצא השעה הכשרה לשינוי הלכתי.³⁵ הנחיות שיפוטיות אלה משלבות דחייה של הכרעות קשות למועד עתידי לצד מתן זכות קדימה למחוקק.

דוגמה 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.³⁶ הערות חוזרות ונשנות נענו בשתיקת המחוקק.³⁷ עקב כך, מאמצע שנות השבעים החל שינוי הלכתי – "שינוי חקיקתי לא בא, אך שינוי הלכתי

34 בית־המשפט נוטל את הסיכון שהמחוקק יסדיר את הסוגיה לא בהכרח לשביעות־רצון בית־המשפט. שיטה דומה מקובלת בבית־המשפט החוקתי באיטליה, שם היא מכונה "הצהרה לא־רשמית בדבר אי־חוקקיות" (informal declaration of unconstitutionality). על־פי שיטה זו, בית־המשפט מצביע על פגם חוקתי בחוק מבלי לבטלו במקרה הנידון, אך בצירוף אזהרה כי אם לא יועבר תיקון חקיקתי בתוך פרק־זמן סביר, ייאלץ בית־המשפט להכריע בסוגיה באמצעות חקיקה שיפוטית או בטלות. ראו: William J. Nardini, *Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court*, 30 SETON HALL L. REV. 1, 29–40 (1999). הכותב מציין כי האפקטיביות של אזהרות שיפוטיות כאלה תלויה במידה שבה בית־המשפט עוקב אחר תגובתו של המחוקק על האזהרה, ומוכן לפעול בהתאם אם המחוקק מיאן להסדיר את הנושא.

35 אכן, בנייתוח הנתונים נמצא כי כ־30% מההערות הן "הערות חוזרות".

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

37 ראו את דברי השופט ברנזון בבג"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").

התרחש".³⁸ בכמה פסקי־דין החל בג"ץ לפסוק פיצויים לעותר,³⁹ עד שלבסוף התקבעה ההלכה המאפשרת מתן פיצוי.⁴⁰ דוגמה נוספת היא עניין ג'עפרי.⁴¹ פסק־הדין דן בשאלה אם בית־המשפט רשאי להחליט בדבר נשיאת מאסר בדרך של עבודות שירות גם כאשר הבקשה מוגשת לא במעמד גזר־הדין, אלא במועד מאוחר יותר. בית־המשפט הזכיר כי השאלה נידונה בעבר פעמים אחדות, וכי המחוקק התבקש, לפחות בשני פסקי־דין בעבר, לתקן את העניין "ברחפוט", אך לא עשה כן.⁴² משכך, נקבע כי "השאלה בדבר מועד מתן ההחלטה על נשיאת המאסר בדרך של עבודות שירות, שהשארנוה בצריך עיון... הגיעה שעתה להכריע בה".⁴³ המשותף למקרים אלה הוא שבית־המשפט אינו מעוניין להמתין עוד למחוקק.⁴⁴ הוא משנה את ההלכה לאחר שהתריע בעבר על הצורך בשינויה והמחוקק לא שעה לפנייה. פסקי־דין אלה מהווים "כרטיס אדום", אשר בא בעקבות הערות דומות קודמות, שהיוו את "הכרטיס הצהוב", הוא האזהרה השיפוטית הנלמדת בדיעבד מפסק־הדין המאוחר יותר.

קשה יותר להבחין באזהרה שיפוטית בעת פרסומה. אולם קיימים מקרים שבהם נוסח הפסק אינו משאיר מקום לספקות. במקרים אלה ניתן להבין כי על המחוקק לומר את דעתו, שאם לא כן יכריע בית־המשפט בעניין בעתיד. בפרשת א.ש.ת. ציינה השופטת ביניש כי ההחלטה להותיר את התוצאה שהתקבלה בערעור על כנה מקורה ברצונו של בית־המשפט להמתין ולראות כיצד הליכי החקיקה של חוק תובענות ייצוגיות מתקדמים. אם הליכי החקיקה לא יוסדרו "במועד מוקדם ובזמן סביר", התריעה השופטת ביניש, האיפוק השיפוט

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

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

40 ראו עניין מיגדה, לעיל ה"ש 38.

41 ע"פ 1100/91 מדינת ישראל נ' ג'עפרי, פ"ד מז(1) 418 (1993).

42 שם, בעמ' 433-434. פסק־הדין הראשון הוא עניין מאיר, לעיל ה"ש 20; פסק־הדין השני הוא 537/89 מדינת ישראל נ' בן משה אברהמין, פ"ד מג(4) 772 (1989).

43 עניין ג'עפרי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 434. בתיקון חקיקתי מאוחר הפך המחוקק את ההלכה שנוצרה בפסקי־דינו של השופט אלון. ראו ס' 2 להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 101) (נשיאת מאסר בעבודת שירות), התשס"ח-2008, ה"ח 384, שתיקן את סעיף 51ב לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

44 לדוגמה נוספת ראו על"ע 2531/01 חרמון נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי־הדין בתל־אביב־יפו, פ"ד נח(4) 55 (2004), שבו עלתה השאלה אם עבירות לפי חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, מתיישנות. תוך שהוא מצטט הלכה קודמת, שבה התבקש המחוקק להסדיר את 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 את דברי השופט אלון בעל"ע 18/84 כרמי נ' פרקליט המדינה, פ"ד מדר(1) 353, 367 (1990)). כן ראו ד"נ 15/79 ליבל נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957, פ"ד לה(3) 29 (1981), שבו בחר השופט חיים כהן, שהמליץ על תיקון חקיקתי קודם, לא 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 מדיי רבות ממתנים לכסף תגמולים" - שם, בעמ' 41-42).

עלול להסתיים.⁴⁵ אזהרה שיפוטית בולטת אחרת מופיעה בפרשת פסרו (גולדשטיין). בעניין זה נידונה השאלה אם פקיד הרישום במשרד הפנים חייב לרשום את תוקפו של גיור לא-אורתודוקסי שנערך בקהילה יהודית בחוץ-לארץ. הנשיא ברק ציין כי פקיד הרישום חייב לרשום את תוקפו של הגיור, אך לא הכריע בשאלה הרחבה של גיורים לא-אורתודוקסיים. 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 שצינו, 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."⁴⁶

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

4. הערות לתיקוני חקיקה כהנחיות שיפוטיות

"הנחיה שיפוטית" היא שם כולל לסוג מסוים של אמירות שיפוטיות,⁴⁷ שאינן עשויות מקשה אחת: הן מונעות על-ידי סיבות שונות, יש להן צורות שונות, והן מיועדות לשרת צרכים שונים. מטבע הדברים, ניסיון ראשוני לקטלג אותן אינו נקי מקשיים עיוניים ומתודולוגיים, ומובן שיימצאו חפיפות או צירופים שונים של הנחיות שיפוטיות, כגון

45 "אם יתמהמה המחוקק ויימנע מהסדרת הנושא בחקיקה, עלול לצורך לעשות שימוש בתובענה הייצוגית להכריע את הכף ולהביא להסדרתה בדרך השיפוטית על אף מגרעותיה" (דנ"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 17, בעמ' 207). יוער כי בפסק-הדין מושא הדיון הנוסף סקר הנשיא ברק כמה הערות חקיקה שהכנסת לא עשתה דבר לקידומן, וקבע 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 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220, 285 (2003) (להלן: רע"א א.ש.ת.)).

46 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 הדתית להלוואות וחכונות בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פ"ד נט(1) 701, 709-710 (2004), שבו קבע הנשיא ברק כי התוצאה המשפטית אינה צודקת, אך "בשלב זה" יש לתת למחוקק להסדיר את העניין; ואת דברי השופט ריבלין בעניין טובי, לעיל ה"ש 12, אשר הצביע על כשל הלכתי אך נמנע מלתקנו, שכן "נסתפק לעת הזאת בהפניית קריאה למחוקק".

47 כאשר שופט מביע את עמדתו לגבי תיקון חקיקתי נדרש מחוץ לתפקידו כשופט – למשל, במאמר אקדמי, בריאיון עיתונאי או בכל דרך אחרת – מדובר בעמדה משפטית, ולא בהנחיה שיפוטית.

מקרה של "אזהרה שיפוטית" שמצורפת לה "מפת־דרכים". החלוקה לעיל מסווה הברלים נוספים בין הנחיות שיפוטיות. יש שהנחיות דוחקות במחוקק לתקן את החוק, ויש שהן מסתפקות בניסוחים ניטרליים יותר. יש הנחיות כלליות המבקשות להסדיר תחום שלם, ויש כאלה המכוונות לתיקון ספציפי. יש שהשופט מציע קווים מפורטים לתיקון החוק – מה לתקן וכיצד⁴⁸ – ויש שהוא מותיר למחוקק לוח חלק.

הערות לתיקוני חקיקה – פסקי־דין שבהם 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, ולא דווקא בקריאה מפורשת למחוקק לתקן את החוק. הערות לתיקוני חקיקה, אם כן, הן רק ביטוי אחד של הנחיות שיפוטיות. מכיוון שניתן לזהות הערות לתיקוני חקיקה באמצעות מילות־חיפוש (כגון "ראוי כי המחוקק"), הערות אלה מהוות כר מעניין לבחינה של הנחיות שיפוטיות.

5. הערות לתיקוני חקיקה: יתרונות וחסרונות

הספרות התיאורטית העוסקת בהערות לתיקוני חקיקה הינה דלה. התייחסויות אחדות לתופעה זו שנרשמו במהלך השנים מפי כמה שופטים בבית־המשפט העליון מלמדות כי הכלי של הערות לתיקוני חקיקה נתפס כתרומה ראויה של הרשות השופטת למפעל החקיקה. השופט אגרנט, לדוגמה, התייחס להערות אלה כאל תרומה עקיפה של הרשות השופטת למפעל החקיקה, לצד תרומה נוספת שמקורה בחקיקת הכנסת בעקבות ההלכה הפסוקה (כאשר הכנסת לא השלימה עם פסיקת בית־המשפט או לחלופין ביקשה לעגנה בחוק).⁴⁹ דעה דומה הביע השופט ברק.⁵⁰ השופט זוסמן הוסיף אף הוא כי הערות אלה הן ביטוי לאחריות של בית־המשפט בדונן בשאלות מורכבות, וכי ממילא סמכות ההכרעה הסופית מסורה למחוקק. השופט זוסמן מציין כי על המחוקק לעקוב אחר פסקי־הדין ולאחר פרצות שראוי "לסתום אותן כדי שלא ייפגע האזרח", וכי במקרים רבים חקיקה שיפוטית מקורה בכך שהמחוקק לא עקב כראוי אחר פגמים בחוק שעליהם הצביע בית־המשפט.⁵¹ האם הערות אלה הן כלי ראוי? מובן שהדבר תלוי בסוג ההערה ובנסיבותיו של כל מקרה. באופן כללי קיימים כמה טיעונים עקרוניים נגד השימוש בהנחיות שיפוטיות. ראשית, ניתן

48 ראו, למשל, בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 542 (2003) ("מן הראוי... שהמחוקק יתן 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 רשאי 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...").

49 שמעון אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י 233, 246–254 (1984).

50 ראו לעיל ה"ש 8.

51 יואל זוסמן "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג 213, 217–218 (תשל"א).

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 שהמחוקק ישנה את הדין. שנית, הנחיה שיפוטית עלולה להוביל לפגיעה ממושכת יותר בזכויות הפרט, שכן משמעה 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 באזהרות שיפוטיות חוזרות ונשנות באותו נושא. שלישית, ניתן לטעון כי השימוש בהנחיה שיפוטית פוגע בעקרון הפרדת הרשויות, במיוחד אם מדובר בהערה אקטיבית, הכוללת התייחסות מפורטת לתוכן החקיקה הרצוי, או בהבעת עמדה לגבי הצעת חוק תלויה ועומדת. הערות מסוג זה עומדות לכאורה בסתירה להלכת בית־המשפט העליון, שלפיה – במסגרת הכיבוד ההדדי בין הרשויות – אין הוא מתערב בהליכי החקיקה.⁵² הנחיות שיפוטיות עלולות אף לשחוק את מעמדו של בית־המשפט, הן בשל חדירה לתחומים הנתפסים כשייכים לסמכותה של הרשות המחוקקת והן בשל זילות דבריו – התעלמות המחוקק מהערות בית־המשפט עלולה להיתפס כפגיעה במעמדו. לבסוף, קיימת בעייתיות באזהרות שיפוטיות כאשר המחוקק אינו קשוב להערות בית־המשפט. במקרים אלה השינוי ההלכתי המאוחר יוצר את הרושם – שאינו תואם בהכרח את המציאות – שלפיו המחוקק בחר לא לדון בסוגיה.

לעומת זאת, להנחיות שיפוטיות יש יתרונות רבים. ראשית, הן מקדמות דיאלוג בין הרשויות. שנית, הן תורמות לדיון הציבורי ולאחריות הפוליטית, שכן הן מצביעות על סוגיות משפטיות הדורשות מענה. שלישית, הן מאזנות בין תפיסות שונות של תפקיד השופט. בהקשר החוקתי הנחיות שיפוטיות יכולות לגשר בין גישות התומכות בביקורת שיפוטית לבין גישות המתנגדות לסמכות הביקורת השיפוטית. "רמז חוקתי" או "אזהרה שיפוטית" מאפשרים לבית־המשפט להימנע מביטול של חוק או מפסיקה מרחיקת־לכת אך בה־בעת לדרוך במחוקק לערוך שינוי, לעיתים תוך מתן עצה כיצד לעשות כן. באופן זה המחוקק יכול לדעת את מרווח התמרון העומד לרשותו, במקום לגשש באפלה ולהוציא מתחת ידו חוק שעלול להיפסל בבית־משפט בשל היותו בלתי־חוקתי.

ניתן לטעון כי במאזן הכולל הטענות נגד השימוש בהנחיות שיפוטיות אינן עקרוניות – ואינן אמורות להוביל לדחייתן – אלא מתמקדות באופן השימוש בהן ובתדירותן. הטיעונים בדבר פגיעה בשלטון החוק ובזכויות הפרט כוחם יפה להגבלת השימוש בהנחיות שיפוטיות במקרים שבהם פנייה להנחיה שיפוטית, במקום מתן סעד, עלולה לגרום נזק מידי לאינטרס ציבורי חשוב או לזכויות אדם חוקתיות. לעומת זאת, הנחיה שיפוטית מוצדקת יותר מקום שהדין הקיים אינו חמור דיו להצדיק התערבות ויש טעמים כבדי־משקל להניח למחוקק להסדיר את הנושא. מקרה כזה עשוי להיות נושא מורכב המצריך בדיקה מקיפה בכלים ובאמצעים שאינם מצויים בידי בית־המשפט: שימוע או עדות של מומחים, הערכות תקציביות, ייעוץ פומבי ודיון ציבורי פתוח. באופן דומה, הטיעון בדבר התערבות בהליכי

52 ראו והשוו בג"ץ 761/86 מיערי נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868 (1989); ב"ש 166/84 ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 273 (1984); בג"ץ 3424/91 הארגון הארצי להגנת הדייר נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 343, 340 (1991); עניין ולנר, לעיל ה"ש 9.

חקיקה או זילות מעמדו של בית־המשפט אינו עקרוני, אלא מצריך זהירות בשימוש בכלי של הנחיות שיפוטיות. בפרט, היתרונות בשימוש בהנחיות שיפוטיות רבים כאשר המחקק קשוב להן; ולהפך – חסרונותיהן מתבלטים כאשר המחקק אינו ער להערותיו של בית־ המשפט. לכן, השאלה אינה אם הנחיות שיפוטיות הן כלי ראוי, אלא באילו נסיבות השימוש בהן ראוי יותר ובאילו נסיבות הוא ראוי פחות.⁵³

6. מעמדן המשפטי של הערות לתיקוני חקיקה

במאי 2009, במסמך שכותרתו "העברת הערות בית המשפט לידיעת המחוקק", התייחס יושב־ראש הכנסת ראובן ריבלין לתופעה של הערות לתיקוני חקיקה. במסמך זה מורה יושב־ראש הכנסת ליועץ המשפטי של הכנסת להקים, לראשונה, מנגנון שיביא לידיעתם של חברי־הכנסת את הערות השופטים למחקק. לפי האמור, שופטים המעירים על תיקון חקיקתי יפנו העתק מהערותם למנהל בתי־המשפט, שיעבירה ללשכה המשפטית של הכנסת. היועץ המשפטי של הכנסת יעביר לחברי־הכנסת עדכונים שוטפים על ההערות, אשר יכללו גם ניתוח של השלכותיהן. יושב־ראש הכנסת קורא לחברי־הכנסת "לעשות שימוש בעדכונים אלה, ולהפעיל את שיקול דעתם האם וכיצד לפעול נוכח הערות בית המשפט למחקק", וכן קורא לראשי הוועדות בכנסת "להביא לקידומם של הצעות חוק" במקרים מתאימים.⁵⁴ המסמך אינו מגביל את המנגנון להערות של בית־המשפט העליון, אלא חל על כלל מערכת בתי־המשפט. הטעם להקמת המנגנון נובע מחשש למעמדה של הכנסת במקרים שבהם בית־המשפט העליון משנה את הסטטוס־קו באמצעות חקיקה שיפוטית:

"מציאות זו [של אי־מודעות להערותיו של 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."⁵⁵

הנחייתו של יושב־ראש הכנסת מעניינת מכמה סיבות. ראשית, היא מכירה בתופעה של הערות לתיקוני חקיקה.⁵⁶ שנית, היא צועדת בכיוון של מיסוד ההערות. ההנחיה יוצרת חובת

53 כפי שמציין פרופ' ברק, "הדיאלוג הוא מכשיר להגשמת השותפות שבין השופט למחקק 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.

54 "דבר היו"ר בנושא העברת הערות בית המשפט לידיעת המחוקק" (26 במאי 2009). www.knesset.gov.il/legaldept/heb/update.htm

55 שם.

56 שם ("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

דיווח לחברי־הכנסת על הערות לתיקוני חקיקה, ומעודדת, במקרים מתאימים, הליך של דיון ושקילה – על בסיס חוות־דעת של היועץ המשפטי לכנסת בדבר "ההשלכות המרכזיות של האלטרנטיבות השונות להסדרת הנושאים הנדונים בחקיקה"⁵⁷ – ואף קידום הצעות חוק בהתאם. שלישית, היא מכירה בתופעה של "כרטיס אדום" – חקיקה שיפוטית הנעשית לאחר שהכנסת לא נתנה דעתה לאזהרה שיפוטית. רביעית, יושב־ראש הכנסת מתייחס להערות לתיקוני חקיקה בפסיקתם של כל בתי־המשפט, ולא דווקא בבית־המשפט העליון.⁵⁸ 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 להשפיע על תדירות השימוש בהן ועל תוכנן. ניתן כמובן להגיע לתוצאה שונה ביחס לסוגים שונים של הערות. כך, למשל, אזהרה שיפוטית עשויה להיות מחייבת יותר מאשר עצה שיפוטית. באופן כללי קיימות שתי אפשרויות פרשניות. אפשרות אחת היא לראות בהערה "המלצה" הנאמרת כאמרת־אגב. לפי זה, הערות לתיקוני חקיקה אינן חלק מהלכת הפסק, והמחוקק אינו חייב ולו דיון ושקילה של תוכנן. אכן, שופטי בית־המשפט רואים לרוב בהערות לתיקוני חקיקה המלצות גרידא. הערות אלה מופיעות ברוב המקרים כאמירות בשולי הדברים, ומנוסחות כהמלצות – "על המחוקק לומר דעתו אם רצונו בכך" או "יכול המחוקק לומר דעתו". מנקודת־מבט זו, השפעתן של ההערות על הליך החקיקה מקורה לא בחובה משפטית, אלא ברצון הטוב של המחוקק.⁶⁰ עמדה זו תואמת את מעמדן המשפטי של הערות לתיקוני חקיקה במשפט המקובל.⁶¹ אפשרות שנייה היא לראות את ההערות כמחייבות, דהיינו, כחלק מהלכת הפסק. השאלה היא מהי אותה "חובה" שהן מטילות. גם בהקשר זה יש מרחב של אפשרויות: החל בחובה צרה המתמזה בדיון ראשוני ושקילה של הערת בית־המשפט על־ידי היועץ המשפטי לממשלה או היועץ המשפטי לכנסת, המשך בחובה לבחון את היבטי ההערה בוועדת הכנסת הרלוונטית, וכלה בחובה לחוקק. אכן, חלק מן ההערות מנוסחות באופן שניתן לראותו כמטיל חובה לחוקק (duty to legislate). במשפט החוקתי הגרמני קיימת דוקטרינה דומה, שלפיה בית־

בחקיקה' נפוצים בחלק משמעותי מפסקי הדין בישראל").

57 שם.

58 ניתן לתמוה מדוע על המחוקק לתת דעתו לכל הערה שנאמרת במערכת בתי־המשפט בישראל. מצד אחד, הדין בישראל מאמץ שיטה של ביקורת שיפוטית מבוזרת, שבה לכל בית־משפט יש סמכות לבטל חקיקה של הכנסת. מכאן, אם לשופט יש סמכות לבטל חוק, מדוע לא תהא לו סמכות להמליץ על תיקון חקיקתי? מצד אחר, עצם קיומה של סמכות לבטל חקיקה אינו מוביל למסקנה כי על הכנסת לתת את דעתה לכל הערה של כל שופט בכל ערכאה שיפוטית. ההבחנה בין אמרת־אגב לבין הלכת הפסק אינה ברורה דייה ואינה נקייה מקשיים. ראו ברק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 297-298.

60 באופן דומה, 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 (תשל"ו)).

61 ראו, למשל: St. Helens Colliery Co. Ltd v. Hewitson, [1924] A.C. 59 (H.L. 1923).

המשפט רשאי לחייב את המחוקק לחוקק מקום שאי־חִקִיקת החוק פוגעת בזכויות אדם.⁶² הסעד במקרה זה אינו בטלות, אלא הטלת חובה פוזיטיבית לחוקק. אכן, ניתן לזהות ניצנים ראשונים לגישה זו, במשתמע ובעקיפין, בפסיקת בית־המשפט העליון. כך, למשל, בפרשת הוקמה נידונה שאלת זכותם של אסירים ועצירים לבחור לכנסת – עניין אשר במועד 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 כי "משהוכרה זכותם של אסירים ועצירים להצביע בבחירות לכנסת אין המחוקק יכול לרחוץ בנקיון כפיו ולהימנע מלהסדיר את דרך מימושה של 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".⁶³ דוגמה נוספת ניתן לראות בדברי השופט שמגר בע"א 584/81 כונס הנכסים הרשמי נ' קרני: "הסתירה הלכאורית בין נוסחו החדש של החוק כפשוטו לבין משמעותו... יש בה כדי לחייב פעולה חִקִיקתית".⁶⁴ ניתן לראות בדוגמות אלה לא רק "הערות", אלא צעד ראשוני לקראת אימוץ חובה לחוקק. מבחינה לשונית ניתן למצוא, לפחות לגבי חלק מהמקרים, עיגון לחובה לחוקק בסעיף 10 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיו "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק־יסוד זה". ניתן לטעון כי אי־חִקִיקת חוק המונע פגיעה בזכויות חוקתיות עשויה להוות הפרה של הסעיף. באופן פרטני, בעוד סעיף 2 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אוסר חִקִיקה פוגעת לא־חוקתית – "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם" – סעיף 4 לחוק־היסוד יכול להתפרש כמטיל חובה לחוקק מקום שאי־חִקִיקה עולה כדי פגיעה לא־חוקתית: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".⁶⁵

ניתן לחשוב גם על אפשרות פרשנית שלישית, שלפיה הנחיות שיפוטיות, אשר אחד מביטוייהן הוא הערות לתיקוני חִקִיקה, הן נורמות גמישות המצויות באמצע הדרך בין הלכת הפסק לאמירת־אגב. לפי גישה זו, המחוקק אינו רשאי להתעלם מהן לחלוטין, אך באותה מידה גם אינו חייב לפעול בדיוק לפי ציווין. בהתאם לסוג ההנחיה, ניתן לחשוב על מדרג של חובות המוטלות מכוון של הנחיות שיפוטיות: החל בחובת פרסום ההנחיה והעברתה לידי היועץ המשפטי לממשלה או היועץ המשפטי לכנסת (חובה שמוטלת על השופט או

Dieter Grimm, *The Protective Function of the State, in European and US* 62
 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 (2006)

בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, 834, 838 (1984). בעקבות פסק־הדין
 נחקק חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 17), התשמ"ו-1986, שבו נקבע הסדר המאפשר
 לאסירים לממש את זכות הבחירה שלהם.

פ"ד לו(3) 747, 756 (1982) (ההדגשה הוספה).

אהרן ברק "זכויות יסוד כחובה חִקִיקתית – הגישה הישראלית", דברים בכנס על משפט
 חוקתי השוואתי, המרכז הבינתחומי הרצליה, 15.4.2010.

על הנהלת בתי-המשפט);⁶⁶ המשך בחובת יידוע של חברי-הכנסת, המוטלת על היועץ המשפטי לכנסת;⁶⁷ דרך חובת דיון בהנחיה בוועדת הכנסת הרלוונטית, במיוחד כאשר מדובר בהערות אקטיביות או חוזרות; וכלה – במקרים המתאימים – בחובה לקדם הליכי חקיקה לאור תכליתה של ההנחיה. גישה דומה נמצאת בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה. במאי 1970, כשנה לאחר פרשת ברגמן, פרסם היועץ המשפטי לממשלה הנחיה לגבי "הערות בתי המשפט לעניין תיקון חקיקה".⁶⁸ 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, ומן האחרון, בליווי חוות-דעת מפורטת, לעיונו של היועץ המשפטי לממשלה. גישה זו מחייבת, לכל-הפחות, הליך של שקילה ובריקה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה. מצד אחד, הנחיית היועץ המשפטי לממשלה אינה חלה על הערות לתיקוני חקיקה שנאמרות כאשר המדינה אינה צד להליך; מצד אחר, היא חלה גם על הערות לתיקוני חקיקה שנאמרות אגב דיון בבית-המשפט – ולא רק בפסק-הדין – וכן על הערות מטעם בתי-משפט נמוכים.

ג. 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 (פסקי-דין), ובדקנו את השפעתן של הערות מהשנים 1989–2004 על החקיקה (98 פסקי-דין). המאגר כולל את כל פסקי-הדין של בית-המשפט העליון שפורסמו ואשר יש בהם הערה מפורשת למחוקק לתקן דבר חקיקה.⁶⁹ המאגר נבנה בהתבסס על מאגר המידע "נבו", על-ידי חיפוש לפי מילות-חיפוש שונות, כגון "ראוי שהמחוקק", "לתשומת-לב הכנסת" וכיוצא בהן.⁷⁰ מן המאגר הושמטו פסקי-דין שהתייחסותם לחקיקה אינה מהווה "הערה לתיקון חקיקה", דוגמת

66 ראוי שהנחיה דומה – שלפיה שופט הקורא למחוקק לתקן חוק צריך להעביר העתק מהערתו למנהל בתי-המשפט, וממנו, בליווי חוות-דעתו, אל הכנסת – תוצא גם על-ידי הנהלת בתי-המשפט, ולא תישאר בגדר נוהל עבודה פנימי של הכנסת.

67 דווקא בישראל קיים יתרון משמעותי להנחיות שיפוטיות, שכן נוסף על המנגנון של הצעות חוק ממשלתיות קיים גם המנגנון של הצעות חוק פרטיות, האחראיות לכמחצית מכלל החוקים המתקבלים. הערות לתיקוני חקיקה עשויות להיות מקור לרעיונות להצעות חוק פרטיות. על פסיקת בג"ץ כהשראה להצעות חוק פרטיות ראו ענת מאור הח"כ כמחוקק – החקיקה הפרטית בכנסת, צמיחתה ותרומתה 135 (2009).

68 "הערות בתי המשפט לעניין תיקון חקיקה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 50.021 (תש"ל). ההנחיה עודכנה בשנת 2002 בהנחיה מס' 9.1103.

69 המאגר מתבסס על מילות-החיפוש "מחוקק" ו"כנסת" (על הטיותיהן וצירופיהן השונים). לכן פסקי-דין הקוראים לשינוי באופן מופשט, ללא הפניה למחוקק או לכנסת, אינם נכללים במאגר.

70 רשימה מלאה של מילות-החיפוש מופיעה להלן כנספח בפרק ז. 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

פסקי-דין המחייבים חקיקה חדשה,⁷¹ פסקי-דין הכוללים הערות המופנות למחוקק-המשנה,⁷² פסקי-דין הסוקרים הערות קודמות אך אינם כוללים הערה חדשה עצמאית,⁷³ ופסקי-דין שהערה המצויה בהם "משחזרת" בדיון נוסף.⁷⁴ התמקדנו בפסיקת בית-המשפט העליון; לא נבדקו הערות לתיקוני חקיקה בערכאות שיפוטיות אחרות. כמו-כן לא נבדקו הערות לתיקוני חקיקה שנאמרו בעל-פה תוך כדי הדיון.⁷⁵

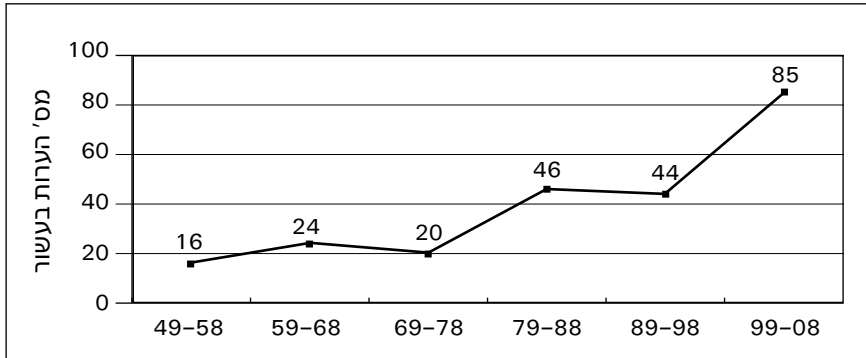
1. אפיון ומגמות

השאלה הראשונה שבדקנו היא התפלגות פסקי-הדין שיש בהם הערה לתיקון חקיקתי לפי עשורים. מאגר הנתונים כולל 235 פסקי-דין מתקופה של שישים שנה, דהיינו, 3.9 פסקי-דין בממוצע לשנה. עם זאת, התפלגותם של פסקי-דין אלה השתנתה במשך השנים: מתברר כי השימוש של בית-המשפט העליון בכלי זה עלה מממוצע של 1.6 פסקי-דין מעידים לשנה בעשור הראשון לממוצע-שיא של 8.5 פסקי-דין לשנה בעשור האחרון.⁷⁶ לגידול זה עשויים להיות הסברים רבים, כגון עלייה משמעותית במספר פסקי-הדין של בית-המשפט

-
- שפורסמה בפד"י, אך חסרים בו חלק מפסקי-הדין שלא פורסמו. משיחה שערכנו עם נציגי "נבו" עולה כי המאגר חסר יותר ביחס לשנים הראשונות של בית-המשפט העליון.
- 71 מכיוון שעיקר ענייננו בבחינת השפעתן של ההערות על החקיקה, בחרנו להשמיט מהמאגר הערות הנכללות בפסקי-דין המחייבים חקיקה חדשה. לדוגמה לפסק-דין מחייב ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998). הקביעה שהתקבלה בעניין זה, שלפיה המשך המצב הקיים מחייב להסדיר את סוגיית אי-גיוסם של תלמידי הישיבות בחקיקה, היא חלק ברור מהלכת הפסק, ואינה הערה עצמאית לתיקון חקיקתי.
- 72 הערות כאלה ניתן למצוא, למשל, בע"א 2488/01 בן שימול נ' קצין התגמולים, פ"ד נז(2) 825 (2003) (המלצה לתיקון התוספת לתקנות הנכים (מבחנים לקביעת דרגות נכות), התש"ל-1969).
- 73 ראו, למשל, דעת השופט אור בע"א 2376/93 עזבון קידר נ' הסנה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מט(1) 594, 606 (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").
- 74 לדוגמה, ההערה ברע"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 45, הורדה מהמאגר, ואילו ההערה בדיון הנוסף באותו עניין (דנ"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 17) נותרה במאגר.
- 75 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 אלה יש חשיבות רבה, שכן בפרקטיקה חלק ניכר מהתיקים אינם מגיעים לכלל פסק-דין, אלא נפתרים בשלב מקדמי. לפחות במקרים שבהם המדינה צד להליך, הערה הנאמרת במהלך הדיון עשויה להוביל לשינוי חקיקתי. לדוגמה להערה שנאמרה בדיון והובילה לשינוי חקיקתי ראו הצעת חוק נכי המלחמה בנאצים (הארכת מועד להגשת תביעה) (הוראת שעה) (מס' 2), התש"ס-2000, ה"ח 2839.
- 76 מעניין שהעלייה בשימוש בהערות לתיקוני חקיקה מקבילה לגידול שחל בחלקה היחסי של החקיקה הפרטית (והירידה התואמת שחלה בחלקה של החקיקה הממשלתית). בעוד שבכנסות הראשונות היוותה החקיקה הפרטית אחוזים ספורים בלבד מסך החוקים שהתקבלו, בכנסות האחרונות החקיקה הפרטית אחראית לכמחצית מהיקף החקיקה החדשה (מאור, לעיל ה"ש

העליון (עקב הרחבת זכות העמידה, צמצום שאלת השפיטות ו"המהפכה החוקתית"), שינוי במעמדו של בית-המשפט העליון,⁷⁷ שינוי בתפיסת התפקיד השיפוטי, מספר רב יותר של שופטים ומספר רב יותר של חוקים.⁷⁸ תרשים 1 מציג את התפלגות ההערות לתיקוני חקיקה בבית-המשפט העליון לפי עשורים.

תרשים 1: התפלגות הערות לתיקוני חקיקה לפי עשורים



השאלה השנייה שבדקנו היא התפלגות ההערות לפי שופטים: האם שופטים מסוימים קוראים לתיקוני חקיקה באופן תדיר יותר מאשר שופטים אחרים?⁷⁹ הממצאים מלמדים שקיים שוני רב בתדירות השימוש בכלי זה על-ידי שופטים שונים. במספרים מוחלטים, "שיאני ההערות" הם השופטים ברק, שמגר וביניש, עם 31, 23 ו-15 הערות, 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 הממוצע לשנה. כאשר בוחנים נתון זה מתגלה תמונה שונה. כך, למשל, "שיאן ההערות", השופט אליקים רובינשטיין, מגפק בממוצע שנתי יותר הערות מכפי שניפק בית-המשפט העליון כולו בעשור הראשון לקיומו. טבלה 1 מציגה את עשרת "שיאני" ההערות.

67, בעמ' 20-21). אפשר ששתי מגמות אלה - הערות חקיקה רבות יותר וגידול בחקיקה הפרטית - מזינות זו את זו.

77 לשינוי במעמדו של בית-המשפט העליון ראו זאב סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית - לאהר חמישים שנה" משפט וממשל ה' 235 (1999).

78 סיבה נוספת לקפיצה בשכיחותן של ההערות החל בשנות השמונים עשויה להיות תיעוד מקיף יותר של פסקי-דין שלא פורסמו בפר"י. ראו לעיל ה"ש 70.

79 פסקי-דין שבו כמה שופטים העירו במפורש למחוקק קודד כ"הערה" לכל שופט. ב-51 מתוך 235 המקרים (21.7%) ניתנה ההערה על-ידי יותר משופט אחד. לכן מספר ההערות הכללי (315) עולה על מספר פסקי-הדין (235).

טבלה 1: עשרת השופטים המעירים ביותר

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

הבדלים אלה מרמזים כי בהערות לתיקוני חקיקה יש מרכיב פרסונלי משמעותי.⁸² ברור כי נתונים אלה אינם חד־משמעיים, שכן שופטים שונים מכהנים בזמנים שונים, ויש להם עומס עבודה שונה ומעמד שונה. ניתן להניח כי נשיאי בית־המשפט, מתוקף מעמדם ועומס עבודתם,⁸³ נוטים יותר להשתמש בכלי של הערות לתיקוני חקיקה.⁸⁴ עם זאת, הנתונים מצביעים גם על הבדלים בין שופטים בעלי ותק דומה המכהנים בזמנים חופפים. לשם הדגמה, השופטים עדנה ארבל ואליקים רובינשטיין מונו יחד, אך ממוצע ההערות לשנה של השופט רובינשטיין כפול מזה של השופטת ארבל. השופטים אדמונד לוי, אילה פרוקצ'יה ומרים נאור מונו אף הם יחד, אך ממוצעי ההערות שלהם שונים מאוד (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 לשנה הם 0.5, 0.6 ו־1.1, בהתאמה. כך גם לגבי השופטים מישאל חשין ויהושע מצא, אשר כיהנו תקופה חופפת כמעט אך הנתונים

80 הטבלה מתייחסת לשנות כהונה בין 1949 ל־2008, לרבות כהונה כשופט בפועל.

81 הטבלה כוללת רק שופטים בעלי ותק של חמש שנים ומעלה בבית־המשפט העליון.

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

83 נשיאים כותבים פסק־דין רבים יותר. ראו יורם שחר ומירון גרוס "קבלתן ודחייתן של פניות לבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" מחקרי משפט יג 329, 353 (1996); יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כז 119, 191 (1996).

84 מעניין שממוצעי ההערות של שמגר וברק הוכפלו מרגע מינוים לנשיאים: אצל ברק נרשמה עלייה מ־0.8 (כשופט) ל־1.6 (כנשיא) הערות לשנה; ואילו אצל שמגר חלה עלייה מ־0.7 ל־1.4 הערות לשנה. לא נצפתה תופעה דומה ביחס לשופטת ביניש, אם כי מאגר המידע כולל רק שלוש שנים שבהן היא כיהנה כנשיאה.

לגביהם שונים (0.4 ו-0.9 הערות לשנה, בהתאמה). אכן, ניתוח ההבדלים מראה כי ניתן לדרות את ההשערה שלפיה אין הבדלים אישיים מובהקים סטטיסטית בין שופטים; זאת, בניגוד לממצאים לגבי בית-המשפט העליון האמריקני.⁸⁵ השאלה השלישית שבדקנו היא התפלגות לפי נושאים. ניתן לשער כי בתחומים המחייבים 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.⁸⁶ נוסף על כך ניתן לצפות כי בנושאים בעלי חשיבות ציבורית מיוחדת ישתמש בית-המשפט יותר בהערות לתיקוני חקיקה. טבלה 2 מציגה את התפלגות ההערות בהתאם לנושא של פסק-הדין.

טבלה 2: התפלגות הערות לתיקוני חקיקה לפי נושאים

נושא	מספר הערות (% מכלל הערות)
ציבורי	89 (37.9%)
אזרחי	72 (30.6%)
פלילי	59 (25.1%)
מיסים	8 (3.4%)
פירוקים	7 (3.0%)
סך-הכל	235 (100%)

85 בהפעלת מבחן ה'י ריבוע נמצא כי ניתן לדרות, ברמת מובהקות של 5%, את ההשערה שלפיה אין שוני בהתפלגותן של הערות החקיקה בין שופטים. נבדקו שתי תקופות: 2004-2000 ו-2008-2004, כשבכל תקופה נמדד מספר הערות החקיקה בעבור שופטים שכיהנו במלוא התקופה. נתונים אלה שונים מממצאיהם של האוסיגר ובאום (Hausegger & Baum), לעיל ה"ש 11, בעמ' 166), שלפיהם ההבדלים בין שופטי בית-המשפט העליון האמריקני מבחינת מספר הערות החקיקה שלהם (בין השנים 1986-1990) אינם גדולים, ורחוקים מלהיות מובהקים סטטיסטית.

86 השאלה מיהו הגוף הכשיר יותר, מבחינה מוסדית, להסדיר את הסוגיה היא שאלה נפרדת. ראו, למשל, את המחלוקת בפרשת זייצוב, לעיל ה"ש 15, שבה נידונה השאלה אם המשפט מכיר בעילת תביעה נזיקית בגין "הולדה בעוולה". השופט גולדברג, בדעת מיעוט, סבר כי ראוי למחוקק לומר את דעתו בסוגיה ("רצוי 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' 130). לעומת זאת, 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 שהסוגיה שלפנינו ראוי לה שתוסדר בדרך ההלכה הפסוקה, אלא גם שכל הסדר חקיקתי קשה הוא ביותר" – שם, בעמ' 118, 120).

התפלגות זו שונה ממצאים קודמים המתייחסים להתפלגות הכללית של נושאי התיקים בבית-המשפט.⁸⁷ בפרט, שיעור התיקים הפליליים במחקרנו נמוך באופן משמעותי משיעורם בקרב כלל פסקי-הדין שניתנו בבית-המשפט העליון.⁸⁸ לעומת זאת, שיעור התיקים העוסקים בענייני מיסים במחקרנו גבוה משיעורם בקרב כלל פסקי-הדין של בית-המשפט העליון.⁸⁹ נתונים אלה מצביעים על נטייה לכתוב הערות בנושאים מסוימים, כגון משפט ציבורי ודיני מיסים.

השאלה הרביעית שבדקנו היא התפלגות לפי דעת רוב ודעת מיעוט. ככלל, ניתן לצפות להערות רבות יותר, באופן יחסי, מפי שופטי המיעוט, שכן יש לצפות שהם יונעו על-ידי הרצון להפוך את ההלכה (השגויה לשיטתם) שנקבעה בדעת הרוב באמצעות פנייה למחוקק. מסך של 315 הערות חקיקה, 24 באו מפי שופטי המיעוט – 7.6%. שיעור זה גבוה באופן משמעותי משיעורן הכללי של דעות המיעוט, כפי שנמצא במחקר קודם (0.6%).⁹⁰ מכאן שדעת המיעוט כותבת הערות לתיקוני חקיקה בשיעור גדול יותר מהאחוז של חוות-הדעת המיוחסות לה בקרב פסיקת בית-המשפט העליון בכללותה.

השאלה החמישית שבדקנו היא התפלגות לפי גודל המותב. על-פי-רוב ההערות ניתנות ממותב רגיל של שלושה שופטים (76.6% מהמקרים). 17.0% מן ההערות ניתנו במסגרת מותב מורחב (5 עד 11 שופטים), ושאר ההערות (6.4%) ניתנו בדין יחיד. שיעור המותבים המורחבים במדגם גבוה באופן משמעותי משיעורם במחקר קודם, שבו נמצא כי שיעור המותבים המורחבים בפסיקת בית-המשפט העליון קטן מ-2%. ההבדלים מובהקים סטטיסטית.⁹¹ נתון

87 ההשוואה נעשתה להחלטות בית-המשפט העליון בשנים 2006 ו-2007, כמדווח אצל: Theodore Eisenberg, Talia Fisher & Issachar Rosen-Zvi, *Israel's Supreme Court: An Empirical Study* (2010), available at ssrn.com/abstract=1633514. בהפעלת מבחן תי בריבוע להבדלים בין פרופורציות של מדגמים שונים נמצא כי ניתן לדחות, ברמת מובהקות של 1%, את ההשערה שלפיה אין שוני בהתפלגות הנושאים בין המדגם מושא מחקר זה לבין ממצאיהם של אייזנברג, פישר ורוזן-צבי.

88 רוב נפח הפעילות בבית-המשפט העליון מוקדש לתיקים פליליים. שם.
89 שיעור תיקי המיסים במדגם הערות החקיקה הוא 3.4%, ואילו שיעורם בקרב פסיקת בית-המשפט העליון בכללותה הוא 1.5%. ההבדל בין השיעורים מובהק סטטיסטית בגבול ה-5%. לא נמצא הבדל מובהק סטטיסטית בשיעור תיקי הפירוקים בין מדגם הערות החקיקה לבין פסיקת בית-המשפט העליון בכללותה. ההשוואה מתייחסת לנתונייהם של אייזנברג, פישר ורוזן-צבי, שם.

90 ראו עלי זלצברגר "מינויים בפועל בבית המשפט העליון ועצמאות שיפוטית: ניתוח תיאורטי וממצאים אמפיריים" מחקרי משפט יט 541, 554, 567 (2003). נתוניו של זלצברגר מתייחסים לשיעורן של דעות המיעוט מכלל החלטות של שופטי בית-המשפט העליון. ההבדל בין שיעוריהן של החלטות המיעוט במחקרו של זלצברגר ובמאגר המידע מושא מחקר זה מובהק סטטיסטית ברמה של 1%.

91 יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ 749, 752–753 (1997). 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-הדין שפורסמו בפר"י בין קום המדינה לבין שנת 1994. ההבדל בין שיעור המותבים המורחבים בשני המחקרים מובהק סטטיסטית

זה מלמד, באופן לא-מפתיע אולי, כי הערות לתיקוני חקיקה נפוצות יותר, באופן יחסי, במותבים מורחבים.

2. השפעה על חקיקת הכנסת

השאלה המרכזית שבדקנו היא מידת ההשפעה של הערות לתיקוני חקיקה על החקיקה. את השפעת ההערות בחנו לגבי פסקי-הדין המעירים שפורסמו בין 1989 ל-2004, אשר הסתכמו ב-98 פסקי-דין. בחרנו לא לבחון הערות שניתנו אחרי 2004, משום שיש לתת למחוקק מרווח זמן סביר להגיב.⁹² בחרנו לא לבחון הערות שפורסמו לפני 1989, הן כדי לתת תמונת מצב עדכנית והן בשל מגבלות מתודולוגיות.⁹³ ניתן לאמוד את השפעתן של ההערות על-ידי בדיקת החוקים שתוקנו לאחר פרסום פסקי-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,⁹⁴ הגדרנו השפעה חקיקתית באופן הבא: מקרים שבהם החוק או הסעיף תוקנו והצעת החוק מאזכרת במפורש את פסקי-הדין כגורם מניע להליך החקיקתי.⁹⁵ על-סמך הגדרה זו נמצא כי 8 מתוך 98 פסקי-הדין שנבדקו (כ-8%) מוזהים עם שינוי חקיקתי. ממצא זה, המלמד על התעלמות של 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 שבהם אין קשר סיבתי בין ההערה לחקיקה, על-אף אזכור פסקי-הדין בהצעת החוק (לעומת זאת, תיתכן הערה שהובילה לשינוי חקיקתי גם בהערך אזכור שלה בהצעת החוק). כך, למשל, החוק המתקן יכול לנבוע מחוסר שביעות-רצון של המחוקק מתוצאת הפסק עצמו;⁹⁶ משקל ההערה במערך השיקולים של המחוקק, חרף אזכורה בהצעת החוק, יכול להיות שולי (הצעות חוק מונעות על-ידי גורמים רבים, לרבות סיקור תקשורת ו לחץ ציבורי); וייתכן גם שמלכתחילה שופטי בית-המשפט בוחרים להמליץ למחוקק על תיקוני

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", שכן בפסקי-דין שפורסמו יש לצפות דווקא לשיעור גבוה יותר של מותבים מורחבים.

92 "הלון 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).

93 השוואה Haussegger & Baum, לעיל ה"ש 11, בעמ' 165. באופן ספציפי, ככל שמרחיקים אחורה בזמן כן יש סיכוי גדול יותר שהחוקיק הרלוונטי בוטל או הוחלף, מה שמקשה על הסקת מסקנות לגבי התייחסות של המחוקק להערות בית-המשפט.

94 השוואה Eskridge, לעיל ה"ש 11, בעמ' 418.

95 למשל, בעקבות הערת בית-המשפט בדנ"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 17, 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.

96 ראו להלן ה"ש 105 והטקסט הצמוד אליה.

חקיקה שסיכוייהם להתקבל נצפים כגבוהים.⁹⁷ על-אף הקשיים בויהוי סיבתיות בין ההערה לבין התוצר החקיקתי, מתודולוגיה זו נותנת בסיס כמותי לגבי הסיכוי שההערה תיושם, וכן אומדן לגבי הקשרים הסטטיסטיים בין מאפייני ההערות לבין תיקוני החקיקה. יוער כי המחקר אינו מתייחס למקרים שבהם להערה יש השפעה על הליך החקיקה אך לא על החקיקה עצמה (לדוגמה: הצעת חוק שלא הפכה לבסוף לחוק).

אחד הגורמים הרלוונטיים לקשר הסיבתי בין ההערה לבין החקיקה הוא מספר השנים שחלפו מן ההערה עד לחקיקה. אם המחוקק מוּנע על-ידי הערתו של בית-המשפט, יש להניח שיוזמה חקיקתית תגיע תוך זמן לא רב, ולהפך: יוזמה חקיקתית שהגיעה זמן רב לאחר פסק-הדין מונעת כנראה על-ידי גורמים אחרים או נוספים.⁹⁸ מחקרים קודמים הגבילו את "חלון הזמן" לשינוי חקיקתי לחמש שנים מיום מתן פסק-הדין.⁹⁹ אם משתמשים באמת-מידה זו, עולה כי השפעת ההערות על החקיקה זניחה: מתוך 98 פסקי-הדין המעירים, שניים בלבד מוזהים עם שינוי חקיקתי (כ-2%).¹⁰⁰

הדין מכאן ואילך מתייחס לאפקט החקיקתי של פסקי-הדין ללא הגבלת הזמן לשינוי. כדי לבדוק קשרים סטטיסטיים בין המשתנים ואת השפעתם של מאפייני ההערה על האפקט החקיקתי שלה, הרצנו רגרסיה לוגיסטית¹⁰¹ שבה המשתנה התלוי היה אם נעשה שינוי חקיקתי שאזכר את פסק-הדין. השתמשנו במשתנים מסבירים הקשורים לאופי ההערה, לחשיבותה ולמאפייני פסק-הדין.¹⁰² מספרם הלא-גדול של פסקי-הדין, וכן שיעורם הזעום של פסקי-הדין המוזהים עם שינוי חקיקה, הקשו על מציאת קשרים מובהקים סטטיסטיים. עם זאת, נמצאו כמה קשרים סטטיסטיים רלוונטיים. כך, בהינתן שאר המשתנים קבועים, נמצא כי קיים מתאם חיובי בין הערה הנכתבת בחוות-דעתו של השופט המוביל, הכותב את פסק-הדין העיקרי, לבין השפעת ההערה על החקיקה, וכן בין גודלו של מותב השיפוט לבין האפקט החקיקתי של ההערה. עוד נמצא כי הסיכוי לשינוי חקיקתי גדול יותר ככל שחולף זמן רב יותר מפרסום פסק-הדין.¹⁰³

לסיכום, ממצאי המחקר מעלים כי התופעה של הערות לתיקוני חקיקה מתפלגת באופן שונה בין שופטים, בין נושאים, בין תקופות ובין דעות רוב לדעות מיעוט. עם השנים בית-המשפט נוטה לעשות שימוש הולך וגובר, במספרים מוחלטים, בכלי של הערות לתיקוני

97 השוּ Haussegger & Baum, לעיל ה"ש 11, בעמ' 166-167.

98 פרק-הזמן לשינוי חקיקתי במאגר הנתונים נע בין שנה לחמש-עשרה שנים.

99 ראו לעיל ה"ש 92.

100 כאשר מרחיבים את "חלון הזמן" לעשר שנים, התוצאות דומות: 4 מתוך 98 פסקי-הדין מוזהים עם שינוי חקיקתי (4.1%).

101 רגרסיה מאפשרת לדעת כיצד המשתנה התלוי משתנה בתגובה על משתנה מסביר מסוים כאשר שאר המשתנים מנוטרלים (מהו השינוי בהינתן שאר הדברים קבועים). בהקשר הנוכחי הרגרסיה מראה מה השפעתם של המשתנים הקשורים לאופיים של ההערה ושל פסק-הדין על הסיכוי לשינוי חקיקתי בעקבותיהם.

102 רשימת המשתנים המסבירים וטבלות הרגרסיה מופיעות כנספחים בפרק ז.

103 ממצא מעניין, אשר מנוגד להשערתנו, מופיע בווריאציה לרגרסיה העיקרית שהשתמשה בהגדרה מרחיבה יותר להשפעה חקיקתית. לפי ממצא זה, כאשר המדינה היא צד להליך, הסיכוי לשינוי חקיקתי קטן יותר. ראו טבלה 4 בנספחים שבפרק ז.

חקיקה. בהערות יש מרכיב פרסונלי: שופטים שונים מפרסמים הערות בתדירות שונה. באופן יחסי ניתן למצוא הערות רבות יותר בדעות מיעוט, בהרכבים מורכבים ובנושאים מסוימים, כגון משפט ציבורי ומיסים.

הממצא העיקרי הוא השפעתן המועטה של הערות החקיקה על החקיקה. שיעור פסקי־הדין המזוהים עם שינוי חקיקתי עומד על אחוזים ספורים, ואנו סבורים שאפילו שיעור זה הוא מופרז. בפרט, סביר להניח שלעיתים המחוקק מפנה לפסקי־הדין גם כאשר אין קשר סיבתי בין הערת החקיקה לבין תיקון החוק. לשם בחינה ראשונית של טענה זו, בדקנו מדגם אקראי של עשירית מהצעות החוק מהשנים 2000–2005. מצאנו במדגם שבע הצעות חוק שהפנו לפסקי־דין של בית־המשפט העליון, אך אף לא אחד מאותם פסקי־דין כלל הערת חקיקה. הצעות החוק הללו פשוט עיגנו או הפכו הלכות קיימות. מבט מקרוב על פסקי־הדין שהובילו לתיקון ממחיש זאת.¹⁰⁴ בשלושה מבין שמונת פסקי־הדין שהובילו לתיקון חקיקה המדינה הפסידה, לעיתים בסוגיה עקרונית, וייתכן מאוד שהיא הייתה מתקנת את החקיקה גם ללא הערת בית־המשפט.¹⁰⁵ באופן דומה, הערת חקיקה נוספת באה על רקע הליכי חקיקה קיימים.¹⁰⁶ מבין ארבע הערות החקיקה הנותרות המזוהות עם שינוי חקיקתי, שתיים תוקנו במסגרת תיקון מקיף שנעשה בחוק מושא ההערה.¹⁰⁷ מכאן שרק לשתי הערות חקיקה מתוך השמונה – אשר שתיהן אוזכרו במסגרת הצעות חוק פרטיות – אין הסבר חלופי מיידי.¹⁰⁸ הממצאים מעלים אם כן שהמחוקק אינו קשוב ככלל להערות חקיקה. שתיקת המחוקק מונעת את מיצוי הפוטנציאל הטמון בהערות אלה לדיאלוג בין־מוסדי, ועלולה לעודד שופטים לפרסם אזהרות שיפוטיות כשלב מכין לשינוי פסקי־דין.¹⁰⁹

אם הערות לתיקוני חקיקה אינן משפיעות על המחוקק, נשאלת השאלה מדוע השופטים בוחרים לפרסמן. לכך יש כמה תשובות אפשריות. ראשית, אפשר שהשופטים אינם ערים להשפעה המועטה של ההערות על החקיקה. תשובה אפשרית שנייה היא ששופטים נוטים לפרסם הערות חקיקה מסיבות שאינן קשורות ישירות לרצון להשפיע על החקיקה – למשל,

-
- 104 לפירוט מלא של פסקי־הדין שתוקנו ראו טבלה 5 בנספחים שבפרק ז.
- 105 פסקי־הדין הם בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001); דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193 (2000); ע"פ 3524/90 שירות המבחן למבוגרים נ' אבוקסיס, פ"ד מו(4) 199 (1992).
- 106 דנ"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 17.
- 107 ע"א 592/88 שיגאי נ' עזבון ניניו, פ"ד מו(2) 254 (1992) (חקיקת חוק זכות יוצרים); על"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).
- 108 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' מוחמד, פ"ד מז(2) 84 (1993) (הגמשת הבחירה של נכי צה"ל בין חוקי התגמולים).
- 109 ראו, למשל, את הנחייתו של יושב־ראש הכנסת, לעיל הטקסט הצמוד לה"ש 55, וכן את הטקסט שאחרי ה"ש 52.

מתוך רצון למזער ביקורת ציבורית עתידית על ההחלטה,¹¹⁰ מתוך ציפייה להכרעה דומה בעתיד¹¹¹ או כדי להשתמש בהערה ככלי רטורי. לנוכח הממצאים לעיל מתעורר הצורך לדון בדרכים לשפר את השימוש בהערות חקיקה.

ד. 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 בפרשנות של חוק קיים. אפשרות נוספת היא "הרמת ידיים ופנייה למחוקק".¹¹² אולם ממצאי המחקר מלמדים, כאמור, שגם אפשרות זו מוגבלת, שכן ההערות לתיקוני חקיקה אין ככלל השפעה על חקיקת הכנסת. הנחת היסוד במאמרנו היא שהנחיות שיפוטיות הן כלי ראוי. לכן, ככלל, גישתו של יושב-ראש הכנסת, הצועדת בכיוון מיסודן של הערות לתיקוני חקיקה, נראית לנו ראויה. עם זאת, אנו סבורים כי הנחייתו של יושב-ראש הכנסת מרחיבה מדי. ראשית, היא מעניקה משקל זהה להערות לתיקוני חקיקה בכל הערכאות המשפטיות. שנית, הממצאים מלמדים כי קיימת שונות מובהקת בין שופטי בית-המשפט העליון, ולפיכך התייחסות לכל הערה באופן זהה תיתן ייצוגייתר לשופטים המרבים להעיר. שלישית, הממצאים מלמדים כי ההערות נפוצות יותר, באופן יחסי, בדעות מיעוט, ולפיכך התייחסות אחידה להערות תיתן ייצוגייתר לדעת המיעוט. כדי להתגבר על קשיים אלה, על חברי-הכנסת וראשי הוועדות להפעיל שיקול-דעת. הנחייתו של יושב-ראש הכנסת לא רק מרחיבה, אלא גם מצמצמת את קשת המקרים שבהם ראוי שהמחוקק ייתן את דעתו לפסיקת בית-המשפט. כך, למשל, מדוע לא יובאו לידיעת המחוקק כל פסקי-הדין החשובים מנקודת-מבטו, לרבות אלה שבהם התקבלה הלכה חדשנית, במנותק מהשאלה אם פסקי-דין אלה כוללים גם הערות לתיקוני חקיקה? הממצאים מלמדים כי הערות לתיקוני חקיקה הן חסרות תוחלת לרוב. מוקדם לקבוע אם המנגנון של מיסוד הנחיות שיפוטיות, כעולה מהנחייתו של יושב-ראש הכנסת משנת 2009, יוביל לייעול השפעתן על החקיקה. גם בהנחה שתהיה בו תרומה מסוימת, המנגנון מותיר על כנו כמה בעיות. בעיקר, המנגנון המוצע אינו פותר מקרים שבהם הערת חקיקה אינה נענית במשך שנים רבות, כאשר אין זה ברור אם המחוקק נתן את דעתו לעניין. זהו מצב עניינים לא-רצוי. הוא יוצר סחבת אשר מובילה לפגיעה נמשכת בזכויות אדם וכרוכה

110 ראו לעיל ה"ש 31-33 והטקסט הצמוד להן.

111 השוו לעיל ה"ש 34-46 והטקסט הצמוד להן.

112 ראו את דבריו של 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. לדעתי, התוצאה המתבקשת מהן היא, בראש ובראשונה, בחינה עצמית מחודשת, אם הפירוש שננקט 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").

בעלות כספית ובאי־ראות, שכן הערות בפסקי־דין קודמים שלא נענו מעודדות מתדיינים לתקוף את הסטטוס־קוו שוב ושוב.¹¹³

אנו מציעים אפוא להקדים, במקרים מתאימים, את האזהרה השיפוטית לשלב הדיון. לפי המוצע, בית־המשפט יוציא צו־ביניים, גם כאשר המדינה אינה צד להליך, המורה ליועץ המשפטי לממשלה (או ליועץ המשפטי של הכנסת¹¹⁴) להתייצב לדיון בהליך שבו עולה הצורך בתיקון חקיקתי. צו־הביניים נדרש במיוחד בעניינים שבהם בית־המשפט העיר למחוקק בעבר. כך, היועץ המשפטי לממשלה יכול להתייחס במישרין לסוגיה, ולפרט אם לגישת הממשלה יש צורך בחקיקה, מהן מגבלותיו של הסדר חקיקתי, וכן אם בכוונת הממשלה לקדם חקיקה או שמא להותיר את העניין לבית־המשפט. באופן דומה, היועץ המשפטי לכנסת יכול לדווח לבית־המשפט אם יש הליכי חקיקה ומה הסטטוס של הליכים אלה.¹¹⁵ משהובררו כוונותיה של הממשלה באשר לחקיקה עתידית, ומשהובהר המצב באשר להליכי החקיקה בכנסת, על בית־המשפט לפעול תחת הנתונים החדשים. אם ימצא לנכון, עליו להיכנס לחלל שהשאיר המחוקק. גישה זו שונה מהנחיותיהם של היועץ המשפטי לממשלה ויושב־ראש הכנסת בכך שהיא מאפשרת לממשלה ולכנסת להגיב על הצורך בחקיקה בזמן־אמת, ולא רק לתת לכך את הדעת בדיעבד. באופן זה "הכרטיס הצהוב" מוקדם לשלב ההליך המשפטי, ואינו צופה פני עתיד.

הצעה זו אינה מושלמת, כמוכן. היא עלולה להוסיף עלויות ישירות של התייצבות המדינה בבית־המשפט, וכן לגרום עיכוב הליכים ועינוי דין במקרה הפרטני. לעומת זאת, ההצעה עשויה לייעל את ההליך בטווח הארוך, שכן היא תמנע השארת הלכה בעייתית על כנה, ותחסוך עלויות של התדיינויות משפטיות נוספות בעתיד. הפתרון המוצע חותר להכרעה ישירה – חקיקתית או שיפוטית – שעשויה לתרום לוודאות המשפטית ולמנוע מצב נמשך של פגיעה בזכויות אדם. זאת ועוד, התייצבותו של המחוקק תטיל על השופטים את החובה להתייחס לתוצאות ההערה ולתגובת המחוקק, ויש להניח שהדבר יוביל להפחתת השימוש

113 אכן, מאגר הנתונים של המחקר כולל עשרות מקרים שבהם אזהרות שיפוטיות, שנאמרו מתוך הנחה שהמחוקק לפחות ישקול תיקון חקיקתי, לא השפיעו כלל על החקיקה, והנושא חזר, שוב ושוב, לפתחו של בית־המשפט העליון.

114 חוק הכנסת (תיקון מס' 10) (היועץ המשפטי לכנסת), התשס"א–2000, ס"ח 1763, מתקן את חוק הכנסת, התשנ"ד–1994, וקובע כי היועץ המשפטי לכנסת הוא שייצג את הכנסת בערכאות, אם כי לפי סעיף 17(א)(4) הוא רשאי לבקש "כי הכנסת תיוצג על ידי פרקליטות המדינה", כפי שאכן קורה בפועל.

115 הצעתנו מעוררת כמה קשיים מעשיים. למשל, מה הדין במצב של חילוקי־דעות או ניגודי אינטרסים בין היועץ המשפטי לממשלה לבין היועץ המשפטי לכנסת? או לפי אילו אמות־מידה יבטא היועץ המשפטי לכנסת את עמדת "הכנסת"? קשיים אלה אינם ייחודיים למקרה שבו אנו דנים, והם מתעוררים גם בהליכים משפטיים שוטפים נוספים. לדיון מקיף ראו יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" משפטים לט 347 (2010). 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.

בהערות חקיקה למקרים חיוניים בלבד.¹¹⁶ לבסוף, כפי שיפורט להלן, חיובו של המחוקק להתייבב לדיון בהליך מסור 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. באופן דומה, במקרים שבהם מן הראוי לפסול חקיקה ללא קשר לתגובת המחוקק, סעד-הביניים המוצע עשוי להיות מיותר. הסעד המוצע נועד למצבים שבהם עולה צורך בתיקון חקיקתי ואפשר לתת למחוקק פרק-זמן סביר כדי לגבש את דעתו בעניין, ובפרט במקרים שבהם כבר התריע בית-המשפט בעבר על הצורך בשינוי החוק.

דוגמה קרובה לגישתנו ניתן למצוא בפרשת חוק האזרחות והכניסה לישראל.¹¹⁷ בפרשה זו נידונה חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, אשר אסר הגירת-נישואים של תושבי רצועת-עזה והגדה המערבית לשטח ישראל. המדינה, שהייתה צד להליך, הודיעה לבג"ץ כי הממשלה שוקלת לתקן את החוק כך שתפחת פגיעתו בזכויות אדם. על בסיס נתונים אלה 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."¹¹⁸ אזהרה זו, שהיא בבחינת "כרטיס צהוב", הייתה יכולה להוביל מאוחר יותר ל"כרטיס אדום", הוא בטלות. אולם 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.¹¹⁹ הוא אף בחר להדריך את המחוקק לגבי הדרך שיש ללכת בה על-מנת שהחוק ייחשב חוקתי.¹²⁰ לעומת זאת, בהצעתנו יש עדיפות להכרעה בהליך. היה אפשר לדחות את מועד פרסומו של פסק-הדין עד לאחר הבחינה הנוספת של הכנסת, או לקצוב את זמנה של זו בצו-ביניים. כך, על בסיס נתונים אלה, היה אפשר 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-ביניים אל מול סעדים חלופיים. כך, שופט השוקל את החלופה של חקיקה שיפוטית או בטלות אל מול צו-ביניים, ובו אזהרה שיפוטית הקוצבת זמן לתשובת המדינה, יכריע בשאלה לפי מבחן המידתיות.¹²¹ בית-המשפט יבחר באמצעי של אזהרה שיפוטית בצו-

116 ניתן, עם זאת, להעלות על הדעת השפעה לכיוון ההפוך דווקא - האפקטיביות של הסעד החדש עשויה להוביל לריבוי אזהרות שיפוטיות.

117 בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (לא פורסם, 14.5.2006) (להלן: פרשת חוק האזרחות והכניסה לישראל).

118 החלטה מיום ה-14.12.2004, 14.12.2004.a21, elyon1.court.gov.il/files/03/520/070/A21/03070520.a21.htm.

119 פרשת חוק האזרחות והכניסה לישראל, לעיל ה"ש 117, פס' 1 לפסק-דינו.

120 שם, פס' 10 לפסק-דינו.

121 למבחני המידתיות ראו אהרן ברק מידתיות במשפט - הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010) 454-373.

ביניים אם מדובר באמצעי מתאים להשגת המטרה, אם אין אמצעי אחר להשגת המטרה שפוגע פחות ממנו בזכויות אדם ובאינטרסים ציבוריים חשובים (למשל, סעד של בטלות או הכרעה שיפוטית), ואם מתקיים יחס ראוי בין התועלת שבו לבין העלות הנלווית אליו.¹²² על השופט לבחור בסעד המידתי ביותר, המשקף את האיזון הראוי ביותר לאור נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. כך, למשל, ניתן לומר כי במקרים שבהם מתן זמן למחוקק לשקול את הסוגיה יפגע באופן ברור בזכויות אדם או באינטרס ציבורי חשוב, האמצעי של אוהרה שיפוטית, אשר מטיבו מצריך זמן, אינו מתאים להשגת המטרה; לעומת זאת, ניתן לומר כי במקרים שבהם פתרון הסוגיה מצריך דיון וליבון מעמיקים לעיצובו של הסדר משפטי מקיף או ראשוני, ופרק-הזמן שיחלוף אינו צפוי לגרום נזק מידי לזכויות חוקתיות ולאינטרסים ציבוריים חשובים, הסעד המוצע עשוי להימצא מתאים להשגת המטרה. באופן דומה, על השופט לבחון אם הפנייה לאוהרה שיפוטית היא האמצעי הפוגע פחות. בחינה זו היא חיצונית, אל מול קיומו של סעד חלופי, וגם פנימית, בתוך מגוון האפשרויות במסגרת ההנחיה השיפוטית – למשל, בקציבת משך הזמן לתגובה על החלטת בית-המשפט. לבסוף, נדרש יחס ראוי בין התועלת שבסעד המוצע לבין העלות הנלווית אליו. ייתכן שמטעמים של כיבוד המחוקק או מורכבות הנושא, יש לתת למחוקק להסדיר את הנושא; לעומת זאת, ייתכן שהתועלת בליבון הנושא בבית-המחוקקים תהא פחותה מהנזק הצפוי לזכויות אדם חוקתיות ולאינטרסים ציבוריים חשובים בעת ההמתנה להסדרת הנושא על-ידי המחוקק. השראה להצעתנו מגיעה מגרמניה. בית-המשפט החוקתי בגרמניה פיתח סעד במקרים של חוק שהוא עדיין חוקתי אך מתקרב – בשל סיבות שונות, כגון חוק ארכאי שאינו מותאם למציאות המודרנית – לנקודת האל-חזור שבה ייפך לבלתי-חוקתי. בית-המשפט אינו מכריז על בטלות החוק, אלא מצהיר כי החוק "עדיין" חוקתי וממליץ למחוקק לתקנו, לעיתים תוך קציבת זמן להליך החקיקה, שלאחריו יחדל החוק להיות חוקתי. הערת בית-המשפט היא מעין "כרטיס צהוב" (admonition), המחייב את המחוקק להתאמת חקיקתיות, שאם לא כן עלול להישלף "הכרטיס האדום" – בטלות או חקיקה שיפוטית. סעד זה שונה מסעד של בטלות והשהיית מועד הבטלות, שאותו נקט בית-המשפט העליון הישראלי בפרשת רובינשטיין, למשל.¹²³ הסעד של בטלות והשעיה משמעו בטלות, 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.¹²⁴ לעומת זאת, הסעד של "החוק 'עדיין' חוקתי" אין משמעו שהחוק אינו חוקתי, אלא שהוא מתקרב לנקודת זמן בעתיד שבה הוא עלול ליהפך לבלתי-חוקתי. הסעד שאנחנו מציעים – שיחול הן על סוגיות חוקתיות, הן על סוגיות של פרשנות חוקים והן כאשר יש חסר בחוק – משופר לעומת הסעד הגרמני, ומותאם למציאות של הדיאלוג הבין-מוסדי בישראל. הואיל והמחוקק נוטה לא לתקן את החקיקה בהתאם להערות בית-המשפט, יש חשיבות להליך שימריץ את המחוקק להתייחס לבעיה שהעלה

122 לדיון מקיף באפשרות של החלת מבחני המידתיות על סעדים ראו יגאל מרזל "השעיית הכרות הבטלות" משפט וממשל ט 39, 95-102 (2005) (עקרון המידתיות "חל לא רק על שאלת ההפרה אלא גם על שאלת הסעד" – שם, בעמ' 95).

123 לעיל ה"ש 71.

124 לדיון בסעד זה ראו מרזל, לעיל ה"ש 122.

בית־המשפט. התייחסותו של המחוקק חשובה, שכן היא תיתן בידי בית־המשפט את המידע הדרוש להכרעה בעניין. אנו רואים יתרון בהתייחסות של המחוקק לעניין כבר במסגרת ההליך, במיוחד לנוכח המציאות שבה הערות חוזרות ונשנות נתקלות בשתיקת המחוקק.

ה. סיכום

מחקר זה הוקדש להנחיות שיפוטיות. הנחיות שיפוטיות מהוות, לשיטתנו, קטגוריית־ביניים בין הלכת הפסק לבין אמרת־אגב. הן באות לידי ביטוי, בין היתר, בהערות לתיקוני חקיקה המופנות למחוקק. על רקע דיון תיאורטי במעמדן המשפטי של הערות אלה, מחקר זה בודק באופן כמותי 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 אלה נפוצות יותר, באופן יחסי, אצל שופטים מסוימים, בדעות מיעוט, במותבים מורחבים 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 של היועץ המשפטי לממשלה (או של היועץ המשפטי לכנסת) כל אימת שעולה צורך בתיקון חקיקתי. מידע על כוונות המחוקק, בזמן־אמת, ייתן בידי בית־המשפט כלים טובים יותר להכריע בעניין, ואף ישפר את הדיאלוג בין הרשויות.

יש כיוונים רבים למחקר עתידי. ראשית, מחקר זה התייחס לפסיקת בית־המשפט העליון. על מחקר עתידי לברוק כיצד ערכאות אחרות משתמשות בכלי ההערות, ואם יש להן השפעה על החקיקה. שנית, מחקר זה בודק את השפעתם של פסקי־הדין המעירים על החקיקה עצמה; מעניין לברוק גם את השפעתם של פסקי־הדין המעירים על הליך החקיקה (הצעות שלא התקבלו, דיונים בכנסת ועוד). שלישית, מעניין לבחון הערות לתיקוני חקיקה הנשמעות במהלך הדיון, להבדיל מהערות הנכתבות בפסקי־הדין עצמו. רביעית, מחקרנו בודק אילו פסקי־דין הובילו לשינוי חקיקתי, אך למעט מדגם של חקיקה מהשנים 2000–2005, לא בודקנו את הצד האחר, דהיינו, איזה חלק מתוך כלל החקיקה הושפע מפסיקת בית־המשפט. לבסוף, ניתן לבחון הערות לתיקוני חקיקה 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 הערות. נפח העבודה של בית־המשפט העליון הישראלי יוצר קשיים מתודולוגיים מיוחדים, אשר מחקרים עתידיים יצטרכו להתגבר עליהם. תם אך לא נשלם.

ו. אחרית־דבר

עם מסירת המאמר לרפוס, ובעקבות פגישה שקיימנו עם היועץ המשפטי לכנסת, הובהר לנו כי הלשכה המשפטית לכנסת החלה לאחורנה ביוזמה חדשה של "עדכוני פסיקה לחברי הכנסת"¹²⁵ מנגנון זה מאפשר ליועץ המשפטי לכנסת להעביר לידיעת חברי־הכנסת ערכון

125 היועץ המשפטי לכנסת עדכוני פסיקה לחברי הכנסת (אפריל 2011) (לא פורסם, עותק שמור במערכת עיוני משפט).

לגבי פסקי־דין חשובים, לרבות פסיקת בית־המשפט העליון הכוללת הערות לתיקוני חקיקה. בין מאי 2010 לאפריל 2011 נשלחו לחברי־הכנסת שבעה־עשר עדכוני פסיקה. עדכונים אלה כוללים, לצד עיקרי הפסיקה, את המלצות בית־המשפט הרלוונטיות לכנסת. עדכונים אלה נהפכו בחלקם להצעות חוק. כך, למשל, הצעת חוק בתי המשפט (תיקון) – תביעה נגד נתבע שזהותו אינה ידועה, התשע"א–2011, מפנה בדברי ההסבר לפסקי־דין – שנכלל בעדכוני הפסיקה מטעם הלשכה המשפטית לכנסת – שבו בית־המשפט העליון "קרא למחוקק לומר את דברו", ומציעה "הסדר ברוח המלצת בית המשפט העליון... של הגשת תובענה נגד נתבע שזהותו אינה ידועה"¹²⁶. המנגנון שהוקם בכנסת צועד בכיוון של מיסוד הדיאלוג בין בית המשפט העליון למחוקק, ויש לברך על כך. ייתכן כי רצוי מנגנון מקביל בהנהלת בתי־המשפט, אשר יסב את תשומת לב הכנסת להנחיות שיפוטיות.

ז. נספחים

מילות־חיפוש

מילות־החיפוש שנבדקו הן: "לתשומת לב המחוקק", "יתן המחוקק דעתו", "המחוקק יתן דעתו", "למחוקק לתקן", "המחוקק יתערב", "מוטלת על המחוקק", "לומר דברו", "רצוי כי המחוקק", "רצוי שהמחוקק", "ראוי כי המחוקק", "את פתרונה בחקיקה", "קריאה למחוקק", "לקרוא למחוקק", "עניין למחוקק", "בהתערבות המחוקק", "יסדיר המחוקק", "יידאג המחוקק", "יניע המחוקק", "מתחייב תיקון", וכן אותן מילות־חיפוש עם המילה "כנסת" במקום "מחוקק". החיפוש התבסס על מאגר המידע המקוון "נבו", באופציה שמאפשרת חיפוש מדויק, חיפוש בסדר כלשהו וחיפוש במרחק של עד שלוש מילים.

רשימת מילות־החיפוש נוצרה על בסיס התייעצות עם מרצים, פרקליטים ושופטים. כמו־כן, כאשר פסקי־דין שעלה באמצעות מילות־החיפוש השתמש בביטויים דומים, הוספנו את הביטויים החדשים לרשימת מילות־החיפוש. ברור שמילות־החיפוש אלה אינן ממצות את המגוון הרחב של הערות לתיקוני חקיקה. אנו סבורים, עם זאת, כי מילות־חיפוש אלה נותנות תמונה מקיפה למדי של פסקי־הדין הכוללים הערות לשינוי חקיקה. ככל שיש הטיה ברשימה זו, היא לכיוון של מילות־חיפוש המופיעות בפסקי־דין ידועים יותר ומשנים מאוחרות יותר.

126 www.knesset.gov.il/privatelaw/data/18/3143.rtf. הצעת החוק מפנה לרע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ, תק-על 2010(1) 10230. פסקי־הדין מוזכר בעדכון הפסיקה שהוצא על-ידי הלשכה המשפטית לכנסת. ראו גם הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון) – חשיפת פרטי מעוול, התש"ע–2010, www.knesset.gov.il/privatelaw/data/18/2476.rtf, המפנה לפסקי־הדין האמור, בציינה כי "פסק הדין הבהיר את הצורך המשפטי הברור בדבר חקיקה אשר יסדיר את העילה החוקית לחיובם של ספקי האינטרנט לחשיפת פרטיו של לקוח אנונימי המפרסם לשון הרע ברשת". דוגמה נוספת היא עדכון פסיקה בדבר ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, תק-על 2011(1) 352 (2011), שבו קרא בית־המשפט העליון למחוקק לקבוע במפורש את עמדתו לגבי הרחבת עקבת "פגע וברח" כך שתחול גם על נוסעי הרכב הפוגע, ולא רק על הנהג. בעקבות זאת הוגשה הצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (החלת עבירת הפקרה אחרי פגיעה על נוסע ברכב), התשע"א–2011, www.knesset.gov.il/privatelaw/data/18/3115.rtf.

הטיה זו, ככל שקיימת, אינה משליכה על הממצא העיקרי, דהיינו, על מספרם המועט של החוקים ששנו בעקבות הערת בית המשפט.

טבלה 3: רשימת המשתנים

שם המשתנה	תיאור
אפקט חקיקתי – הגדרה צרה	הצעת החוק מפנה ישירות לפסק־הדין כגורם מניע
אפקט חקיקתי – הגדרה רחבה	הצעת החוק מפנה באופן כללי לפסיקה או לפסקי־דין מעירים אחרים ¹²⁷
הערת השופט המוביל	השופט המוביל, הכותב את פסק־הדין העיקרי, 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, מנהל מקרקעי ישראל ורשויות מוסמכות אחרות מכוח חוק; אך למעט רשויות מקומיות, ועדות תכנון ובנייה, חברות ממשלתיות, לשכת עורכי־הדין, הסוכנות היהודית, תאגידים ציבוריים וכולי)
דעת מיעוט	לפחות אחד מהשופטים המעירים נמצא בדעת מיעוט
הערה בסוף חוות־הדעת	לפחות אחת מההערות נמצאת בסוף חוות־הדעת
הערה ראשונה	ההערה אינה מפנה לפסקי־דין מעירים קודמים
הערה נקודתית	הערה טכנית במהותה לתיקון פגם נקודתי (להבדיל מהערה כללית המכוונת להסדרת תחום משפטי שלם) ¹²⁸
דיון נוסף	הערה במסגרת דיון נוסף
מספר עמודים	אורך פסק־הדין (בעמודים)
מותב מורחב	פסק־הדין המעיר ניתן במותב של יותר משלושה שופטים
הערה משותפת	ההערה ניתנה על־ידי יותר משופט אחד

127 דוגמה לפסקי־דין שנמצאה לו השפעה חקיקתית לפי ההגדרה הרחבה אך לא לפי ההגדרה הצרה הוא רע"א 3323/98 זקן נ' קצין התגמולים, פ"ד נז(5) 577 (2003), שבו קרא השופט ריבלין למחוקק (בפס' 11 לפסקי־דינו) לשנות את הסדר התגמולים החל על מי שלקה בנכות בתקופת שירותו הצבאי. החוק שונה, אך הצעת החוק לא התייחסה במפורש לפסקי־דינו של השופט ריבלין, אלא הפנתה לפסקי־דין אחרים שהעירו למחוקק (בדברי ההסבר להצעת חוק הנכים (תגמולים ושיקום) (תיקון מס' 24) (בחירה בזכויות), התשס"ח-2007, ה"ח 174, נאמר כי "בית המשפט העליון ביקר לא אחת את ההסדרים האמורים", ויש הפניה לפסקי־דין מעירים אחרים).

128 לדוגמה להערה נקודתית ראו עש"מ 7641/98 נוימן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 27.12.1998) (קריאה לשינוי ס' 15 בחוק שירות המדינה (גמלאות) (נוסח משולב), התשל"ל-1970, השולל בצורה מוחלטת תגמולים מעובד מדינה שפוטר לצמיתות). לדוגמה להערה כללית ראו בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459 (1999) (קריאה להסדרת תחום הפנסיה בחקיקה ראשית).

שם המשתנה	תיאור
תקופת הנשיא ברק	פסק־הדין פורסם לאחר 1996
נושא	נושא פסק־הדין (מנהלי ובג"ץ, אזרחי, פלילי)

טבלה 4: רגרסיות לוגיסטיות

משתנים מסבירים	מקדם (סטיית־תקן) בהגדרה הצרה של האפקט החקיקתי	מקדם (סטיית־תקן) בהגדרה הרחבה של האפקט החקיקתי
הערת השופט המוביל	6.55 (3.23)*	4.20 (1.50)**
הערת נשיא	-1.39 (1.20)	-1.15 (0.91)
המדינה צד	-1.37 (1.34)	-1.58 (0.79)*
דעת מיעוט	4.80 (3.15)	1.52 (1.29)
הערה בסוף חוות־הדעת	1.07 (0.98)	1.50 (0.73)*
הערה ראשונה	-0.06 (1.04)	-0.93 (0.78)
הערה נקודתית	-0.31 (0.94)	0.60 (0.64)
דיון נוסף	1.91 (2.00)	1.76 (1.54)
מספר עמודים בחזקת 2	-0.00 (0.00)	-0.00 (0.00)
מותב מורחב	2.92 (1.10)**	1.16 (1.15)
הערה משותפת	-2.48 (2.90)	-0.28 (1.18)
תקופת הנשיא ברק	-3.41 (1.62)*	-2.18 (0.97)*
השפעות נושא קבועות	כן	כן
קבוע	-7.04 (3.23)*	-4.91 (1.72)**
מספר תצפיות	98	98
Pseudo R ²	38.4%	31.3%

* מובהק ברמה של 5%; ** מובהק ברמה של 1%.

טבלה 5: הערות חקיקה המזוהות עם שינוי חקיקתי (סדר אלפביתי)

הצעת חוק	מהות התיקון	הערה ראשונה?	מותב	רוב מעוט / רוב	שופטים מעורים	שנת התיקון	פסק-הדין	הגדרה צרה של השפעה חקיקתית
פרטית	חקיקת חוק תובענות ייצוגיות	לא	9	רוב	כניש	2006	דנ"א 5161/03 א.ש.ת ניהול פרויקטים וכות אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) ס' 196 (2005)	
פרטית	הגמשת דרישות צורניות הנדרשות לאישור צוואה	כן	3	מעוט	ברק	2004	ע"א 127/87 בדיחי נ' בדיחי, פ"ד מג.4(4) 341 (1989)	
ממשלתית	הסדרת עברות ההסתה בחוק העונשין	לא	7	רוב	אור	2002	דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נר(5) 193 (2000)	
ממשלתית	תיקון חוק לשכת עורכי הדין (לרבות הערת פסק-הדין לגבי חיוב הלשכה בהוצאות הליכים שבסופם וזכה הנתבע)	כן	3	רוב, מעוט	ש' לוין, ברק	2000	על"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביביפו, פ"ד מז(3) 397 (1993)	
פרטית	הגמשת הבחירה של נכי צה"ל בין חוקי התגמולים	כן	3	רוב	מצא	2007	ע"א 3449/90 קצין התגמולים נ' מוחמד, פ"ד מז(2) 84 (1993)	
ממשלתית	הסדרת מקרה שבו קרקע הופקעה לצרכים ציבוריים ויעודה הציבורי הפסיק להתקיים	כן	9	רוב (כולם)	חשין, ברק, ש' לוין, אור, מצא, זמיר, שטרסברג-כהן, דורני, כניש	2010	כג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001)	
ממשלתית	חקיקת חוק זכות יוצרים (לרבות תיקון ההערה בדבר ביטול רצפת הפיזיים ללא הוכחת נזק בגין הפרת זכות יוצרים)	כן	3	רוב	שמגר	2007	ע"א 592/88 שגיא נ' עובון נניין, פ"ד מז(2) 254 (1992)	

(המשך)

הצעת חוק	מהות התיקון	הערה ראשונה?	מותב	דעת רוב/ מיעוט	שופטים מעידים	שנת התיקון	פסק-הדין	הגדרה רחבה של השפעה חקיקתית
פרטית	הרחבת סמכותו של בית-המשפט לחירות על צו מבחן (לרבות תיקון ההערה כאשר להטלת עונש על צו מבחן שהופר)	לא	3	רוב	אלון	2004	ע"פ 3524/90 שירות המבחן למבוגרים נ' אבוקסיס, פ"ד (מו"ד) 199 (1992)	
ראו פס"ד שגיאי	ראו פס"ד שגיאי	לא	3	רוב	שטרסברג-כהן	ראו פס"ד שגיאי	ע"א 3616/92 דקל שירותי מחשב להנדסה (1987) בע"מ נ' חשב אגודה שיתופית בע"מ, פ"ד נא"פ 337 (1997)	
ראו פס"ד קצין התגמולים	ראו פס"ד קצין התגמולים	לא	3	רוב, רוב	ריבלין, שטרסברג-כהן	ראו פס"ד קצין התגמולים	רע"א 3323/98 זקן נ' קצין התגמולים (לא פורסם, 2.7.2003)	
ממשלתית	תיקונים בפקודת הכלבת (לרבות תיקון ההערה בדבר האפשרות למוע מיני בין כלבים)	לא	3	רוב	נתניהו	1992	בג"ץ 1555/90 חיים לבעלי חיים – האגודה הישראלית נגד ניסויים אכזריים כבעלי חיים נ' מנהל השירותים הווטרינריים במשרד החקלאות, פ"ד מה"ד 83 (1990)	
פרטית	הקדמת איזון משאבים בין בני-זוג שנישואיהם טרם פקעו	לא	5	רוב, מיעוט, מיעוט, רוב	שמגר, מצא, טל, שטרסברג-כהן	2008	ע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט"ב (3) 529 (1995)	
פרטית	הרחבת ערעור על פסק בורר	כן	3	רוב	רובינשטיין	2008	רע"א 5285/03 כהן נ' בונה, פ"ד נט"ד 39 (2004)	
פרטית	ביטול הסעיה שאסר פסיקת צווי מניעה וביצוע בענין נגד המדינה	לא	3	רוב (כולם)	ברק, שמגר, כך	1998	בג"ץ 991/91 פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה"ד (5) 50 (1991)	