



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3429/11

בפני:

כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת מ' נאור

העותרים:

1. בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה
2. רדואן בדארנה
3. איימן מיעארי
4. הזאר חגיאזי
5. רן שפירא
6. אריק קירשנבאום
7. פרופי אורן יפתחאל
8. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
9. האגודה לזכויות האזרח בישראל

נגד

המשיבים:

1. שר האוצר
2. הכנסת

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה למתן צו ביניים

תאריך הישיבה: ז' בתשרי התשע"ב (05.10.11)

בשם העותרים: עו"ד חסן ג'בארין; עו"ד סאוסן זהר; עו"ד דן יקיר

בשם המשיב 1: עו"ד שרון רוטשנקר

בשם המשיב 2: עו"ד ד"ר גור בליי; עו"ד איל ינון

פסק-דין

השופטת מ' נאור:

חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א – 2011 מסמיך את שר האוצר להפחית מתקציבם של גופים מתוקצבים או נתמכים, לאחר קבלת חוות דעת, בכפוף

לשימוע ובהסמכת השר הממונה, במקום בו נמצא, בין היתר, כי הגוף הוציא הוצאה שהיא במהותה: שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל. כנגד חוקתיות הוראות חוק אלה מופנית העתירה שלפנינו.

רקע

1. ביום 1.4.2009 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק יום העצמאות (תיקון – איסור ציון יום העצמאות או הקמת מדינת ישראל כיום אבל), התשס"ט – 2009 (להלן: הצעת חוק יום העצמאות) אשר ביקשה לעגן איסור על פעולה או אירוע אשר יש בהם התייחסות ליום העצמאות כאל "יום אבל" או "יום צער". הצעת חוק זו נזנחה ויוזמיה הניחו על שולחן הכנסת ביום 6.7.2009 את הצעת חוק יסודות התקציב (תיקון - הוצאה אסורה), התשס"ט – 2009 (להלן: הצעת חוק יסודות התקציב). הצעת החוק זכתה לתמיכתה של ועדת שרים לענייני חקיקה, בכפוף לתיאום הליכי החקיקה עם שר המשפטים ושר האוצר. התיאום בין הגורמים השונים הוביל לביצוע שינויים בנוסח הצעת החוק המקורית והצעת החוק עברה בקריאה ראשונה בכנסת. לאחר שינויים נוספים בהכנת נוסח החוק לקריאה שנייה ושלישית, התקבל בכנסת ביום 23.3.2011 חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א – 2011 (להלן: החוק). חוקתיות סעיפים ב(1) ו-4 לחוק עומדת במרכזה של העתירה הנוכחית. וכך נקבע בסעיפים הרלבנטיים, כשההדגשה היא על חלקי הסעיף לגביהם עולה טענה כי אינם חוקתיים:

1. בחוק יסודות התקציב, התשמ"ה – 1985, אחרי סעיף 3א יבוא:

ב. (א) בסעיף זה –

"גוף" – גוף מתוקצב וגוף נתמך כהגדרתם בסעיף 21 ומוסד ציבור הנתמך לפי סעיף 3א; "הוצאה" – לרבות ויתור על הכנסה.

(ב) ראה שר האוצר כי גוף הוציא הוצאה שהיא במהותה אחד מהמפורטים להלן (בסעיף זה – הוצאה שאינה נתמכת), רשאי הוא, בהסמכת השר הממונה על סעיף התקציב שלפיו מתוקצב או נתמך אותו גוף, לאר ששמע את הגוף, להפחית מהסכומים שיש להעבירם מתקציב המדינה לאותו גוף לפי כל דין:

(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;

(2) הסתה לגזענות, לאלימות או לטרור;

(3) תמיכה במאבק מזוין או במעשה טרור, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל;

- (4) ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום
אבל;
- (5) מעשה של השחתה או ביזוי פיזי הפוגע בכבוד
דגל המדינה או סמל המדינה.
- (ג) הפחתה לפי סעיף קטן (ב) לא תעלה על פי
שלושה מההוצאה שאינה נתמכת.
- (ד) (1) שר האוצר יקבל החלטה כאמור בסעיף
קטן (ב), לאחר קבלת חוות דעת של היועץ
המשפטי למשרד האוצר בדבר התקיימות
האמור באותו סעיף קטן, ולאחר שהועברה
אליו המלצת צוות מקצועי לגבי היקף
ההוצאה שאינה נתמכת, השלכות ההפחתה
על הגוף או על גורמים אחרים הקשורים בו
וסכום ההפחתה הראוי בהתחשב בכלל
נסיבות העניין.
- (2) בסעיף קטן זה, "צוות מקצועי" – צוות
שמינה שר האוצר שחברים בו עובד משרד
המשפטים, לפי הצעת שר המשפטים, עובד
משרד האוצר ועובד המשרד שהשר שלו
ממונה על סעיף התקציב שלפיו מתוקצב או
נתמך הגוף, לפי הצעת השר האמור."

הטענות בעתירה

2. בטרם אדרש לטענות העותרים, אבקש להציג בקצרה את שבעת העותרים שלפנינו. העותרת 1 הינה עמותה המאגדת בתוכה כ-90 מבוגרי בית הספר התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה (להלן: בית הספר). העותרת 1 התאגדה במטרה לתמוך בבית הספר ולהגביר את שיתוף הפעולה בין בוגריו. מידי שנה עורכת העותרת 1 מספר פעילויות בתחומים שונים הכוללים גם דיונים אודות זהות המדינה, מעמד האזרחים הערבים ומסמכי החזון הערבים. בנוסף, עורכת העותרת 1 פעילויות שמטרתן חינוך אודות ההיסטוריה הפלסטינית. פעילויות העותרת 1 מבוצעות בבית הספר. העותרת 1 סבורה כי חלק מפעילותיה עלולות ליפול בגדר העילות שבחוק ולפיכך לפגוע בתקציב בית הספר.

3. העותרים 2-6 הינם הורים לתלמידים הלומדים בבית ספר "גליל" בישוב משגב שהוא בית ספר דו-לשוני ודו-לאומי (להלן: בית הספר הדו-לשוני). מדובר במוסד חינוכי רשמי המוכר על ידי משרד החינוך. בין מטרות בית הספר ניתן למצוא את הרצון לקיים אורח חיים משותף, חינוך לשוויון וכיבוד עולמו התרבותי של האחר. להשגת מטרותיו של בית הספר נערכות מידי שנה פעילויות שונות לקראת יום הזיכרון ויום העצמאות שמטרתן לציין הן את יום העצמאות והן את אירועי הנכבה. העותרים 2-6

חוששים כי בית הספר הדו-לשוני יאלץ להגביל את פעילותיו ובכך תפגע האפשרות להגשים את מטרותיו.

4. העותר 7 הינו איש אקדמיה אשר פיתח מודל לפיו המשטר בישראל הינו מסוג "אתנוקרטי". כפועל יוצא של מודל זה סבור העותר 7 כי אין להגדיר את המדינה כיהודית ודמוקרטית. העותר 7 חושש כי החוק יפגע בקיומו של דיון אקדמי וציבורי במודל שפיתח, שכן דיון שכזה עלול להיכלל בתוך העילה הנוגעת לשלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כן חושש העותר 7 כי לחוק תהינה השלכות חמורות על כתביו ופרסומיו.

5. ומכאן לטענותיהם של העותרים. העותרים תוקפים כאמור שתיים מן העילות המנויות בסעיף 3(ב). בפתח הדברים טוענים העותרים כי הם סבורים שגם שלוש העילות הנוספות המנויות בחוק מעוררות קשיים חוקתיים כבדי משקל בהגבילן את חופש הביטוי ובמתן סמכות לשר האוצר להטיל סנקציות עונשיות במהותן בשל מעשים שמוגדרים כעבירה מבלי שנקבע בהליך הוגן בבית משפט שאכן נעברה עבירה פלילית. יחד עם זאת, העותרים ממקדים את עתירתם רק בשתי העילות המנויות בסעיף 3(ב)(1) ובסעיף 3(ב)(4) שפגיעתן, לגישת העותרים, היא "הרעה ביותר".

6. לטענת העותרים, החוק פוגע בזיכרון ההיסטורי של המיעוט הערבי תוך שימוש בכוחו של הרוב על מנת להשכיח ולדכא את הנרטיב של המיעוט הערבי לגבי אירועים, עובדות, רגשות ואידיאולוגיות. על פי הנטען, אין בין ציון הנכבה לבין אי ההכרה במדינת ישראל או אי ההכרה בהגדרה העצמית של היהודים הישראלים ולא כלום, שכן השימוש במושג "אל נכבה" שמשמעותו "אסון מאסונות הזמנים" נעשה על מנת להבליט את המימד ההיסטורי של האסון. נטען, כי החוק מבקש בעקיפין להרתיע מפני ניהולו והתפתחותו של שיח תרבותי אודות המושג אל-נכבה והגדרתה החוקתית של המדינה. לטענת העותרים, היקף הפגיעה חמור מאחר והחוק "נוקט במונחים עמומים ומעורפלים, שרבה אי הוודאות כיצד יפורשו על ידי שר האוצר ועל ידי הערכאות".

7. בהמשך, מעלים העותרים שורה של זכויות שלטענתם מופרות ונפגעות על ידי החוק. על טענותיהם אעמוד רק בקצרה, שכן לנוכח התוצאה אליה הגעתי לא מצאתי מקום להרחיב בפירוט הטענות מעבר לפירוט שיובא. על פי הנטען, החוק פוגע בחופש הביטוי הפוליטי, האמנותי והאקדמי. נטען, כי כאשר מדובר בביטויים פוליטיים, אזי איסורם על רקע תוכנם בלבד אינו מתיישב עם "מבחן הוודאות הקרובה" שנקבע

בפסיקה. כן נטען, כי החוק עלול לפגוע בחופש הביטוי האומנותי שזכה להגנה מיוחדת ולמרחב רב גם כאשר היתה פגיעה של ממש ברגשות חלק מהציבור או שהוא התנגש עם מסרים מדיניים ופוליטיים רשמיים. עוד נטען כי הפגיעה בחופש הביטוי הינה גורפת שכן די במעשה בודד ואף שולי הנופל בגדר אחת משתי העילות המנויות בחוק כדי להטיל סנקציה כספית.

8. בנוסף, טוענים העותרים כי החוק פוגע בזכות לשוויון שכן הוא מפלה על רקע לאום ועל רקע השקפה חברתית או פוליטית. על פי הנטען, קיים חשש רציני שהחוק ימנע מהעותרת 1 לבצע פעילויות קהילתיות ותרבותיות בעלות גוון תרבותי-פוליטי, שנועדו לדון במעמד האזרחים הערבים ובעוול ההיסטורי שנגרם להם. לעומת זאת, החוק לא יפגע בעמותות בוגרים בבתי ספר יהודים, המקיימות פעילויות שונות הנוגעות לזהות ולאופי המדינה כיהודית וגם לא בפעילויות שנועדו להנציח את הנרטיב היהודי-ציוני. כן נטען כי הפגיעה בזכות לשוויון של העותרים 2-6 תבטא בכך שבתי ספר דו לשוניים כדוגמת בית הספר שבו לומדים ילדי העותרים 2-6 לא יוכלו לממש את מטרות המרכזית והמהותית - חשיפת התלמידים היהודים והערבים לנרטיבים הלאומיים של בני שני העמים. לעומת זאת, בתי ספר ייחודיים אחרים יוכלו להמשיך בפעילותם. בנוסף, נטען כי העותר 7 יופלה על רקע מחקריו המדעיים והאקדמיים ומעמדו באקדמיה עלול להיפגע באופן ממש. לעומתו, אקדמאים הדוגלים בעמדות לא דמוקרטיות המתייחסות לאזרחים הערבים כאיום דמוגרפי, ימשיכו לשמור על מעמדם האקדמאי ללא פגע.

9. העותרים טוענים כי חוק תקציבי המפלה על רקע לאום או השקפה פוליטית תוך אימוץ אידיאולוגיה לאומית-אתנית הינו חוק מפלה ובלתי חוקתי. עוד נטען בהקשר זה, כי למרות שהחוק מנוסח בצורה ניטראלית והוא חל באותה מידה על פעילויות של ערבים ויהודים ועל מוסדות נתמכים או ממומנים יהודיים וערביים, ברור כי הכוונה היא שהוא ישפיע בעיקר על האזרחים הערבים.

10. עוד נטען, כי החוק פוגע בזכות לחינוך. החוק ימנע מילדי העותרים 2-6 ואחרים לקבל חינוך על פי הנרטיב הלאומי הפלסטיני ובכך הוא מנוגד למטרת החינוך הממלכתי כפי שהיא מעוגנת בסעיף 2(11) לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג - 1953. כן נטען כי הפגיעה תשמר ואף תגביר את הדיכוי במערכת החינוך שנוצר בעקבות הפיקוח המחמיר מטעם משרד החינוך על תכניו של החינוך בבתי הספר הערביים. בנוסף, נטען כי החוק פוגע בזכות הורי התלמידים לחופש בבחירת המוסד החינוכי בהתאם להשקפתם ולתפיסתם החינוכית.

11. זכות נוספת הנפגעת מנוסח החוק, כך נטען, היא הזכות לחופש העיסוק של כל מי שבמסגרת עיסוקו בוחן בביקורתיות את אופייה של המדינה כמדינה יהודית (כדוגמת העותר 7 ומורי בית הספר הדו לשוני). בהקשר זה אף נטען, כי נפגעת הזכות לשוויון של העותר 7 במימוש חופש העיסוק שלו לעומת אקדמאים אחרים בעלי השקפות פוליטיות התואמות את דעת הרוב.

12. לבסוף, טוענים העותרים כי החוק פוגע בזכות לכבוד קיבוצי של האזרחים הערבים. נטען, כי הנרטיב הפלסטיני מהווה חלק בלתי נפרד מהזהות של מרבית הערבים בישראל ולכן ניסיונו של החוק להגביל את ההתייחסות לנרטיב זה פוגע במרכיב המכונן של זהותם של אזרחים ערבים אלה. כמו כן, נטען כי הניסיון למנוע התנגדות ומחאה לגיטימיות נגד ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית פוגעת בכבודם הקיבוצי של האזרחים הערבים מאחר והיא מונעת מהם להתנגד לעצם הפלייתם. נטען, כי החוק מבקש לעצב ולהתוות את ערכיו והשקפותיו של המיעוט הערבי ואף את התנהגותו וזאת באמצעות השימוש בכלי התקציבי.

13. העותרים טוענים כי החוק אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה. סעיפי החוק מעניקים שיקול דעת רחב לרשות המבצעת בכך שאינם נשענים על אמות מידה ברורות, הם עמומים, סתומים וכלליים. נטען כי הוראות חוק אלה אינן מקיימות אחר מבחני ההסדרים הראשוניים שנקבעו בפסיקתו של בית משפט זה ועל כן הפגיעה בזכויות החוקתיות מנוגדת להוראת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הדורשת כי הפגיעה תהא בחוק או לפי חוק. כן נטען כי פגיעה בזכויות חוקתיות אינה לתכלית ראויה כאשר היא נגרמת באופן שרירותי, תוך עירוב שיקולים פוליטיים ותוך הענשת העותרים בפרט והאוכלוסייה הערבית בכלל. כן נטען, כי החוק אף אינו לתכלית ראויה מאחר והוא פוגע באינטרס הציבורי המחייב דווקא הגנה על פלורליזם תרבותי, חופש ביטוי, שוויון, חופש עיסוק וכבוד. עוד נטען, כי החוק אינו לתכלית ראויה מאחר והוא פוגע בערכים דמוקרטיים ומעגן באופן עקיף את עקרון הענישה הקולקטיבית, שכן בשל מעשה בודד או מעשה של יחיד קבוצת מקבלי שירות רחבה עלולה להינזק. לגישת העותרים לנוכח העובדה שהחוק אינו חוק כמשמעו בחוק היסוד והוא אינו לתכלית ראויה מתייחר הצורך לבצע בדיקה לפי מבחן המידתיות שכן תכלית החוק היא נקודת המוצא למבחן המשולש של המידתיות.

14. לבסוף, נטען כי לחוק ישנו גם "אפקט מצנן" ואף מרתיע מפני ביצוע פעילויות מתוך חשש שהן ייכללו במסגרתו של החוק ויוטלו סנקציות תקציביות בגינן.

15. המשיב 1 טוען כי העתירה מבקשת לדון בחוקתיותו של חוק אשר אופן יישומו והחלתו טרם נבחנו על ידי הגורמים המוסמכים, זאת על בסיס תסריטים קיצוניים שונים שהוצגו על ידי העותרים ושכלל לא ברור אם יתקיימו ואם החוק יחול בהקשרם. לפיכך, המשיב 1 סבור כי הדיון בעתירה בשלב זה, כאשר שר האוצר טרם נדרש לביצועו במקרה קונקרטי וטרם יצק תוכן פרשני לסמכות שהוענקה לו, הינו מוקדם, כוללני, ותיאורטי. המשיב 1 מדגיש כי על פי הוראות החוק, לצורך הפעלת הסמכות יש צורך בהקמת צוות מקצועי, קבלת חוות דעת של היועץ המשפטי למשרד האוצר וקיום שימוע לגוף שלגביו מבקשים להפעיל את החוק. בנוסף, קובע החוק כי נדרשת הסכמתו של שר נוסף (למעט שר האוצר) הממונה על סעיף התקציב הנוגע לעניין. בעניין זה מפנה המשיב 1 לעמדתו ב-בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 18.1.2006) (להלן: עניין לובל) בו בחרתי לעשות שימוש בדוקטרינת "השאלה הבלתי בשלה" (להלן גם: דוקטרינת הבשלות) במשפט החוקתי, ולפיה בית המשפט רשאי להימנע מלהכריע במחלוקות מופשטות מבלי שהונחה תשתית עובדתית קונקרטית ברורה ושלמה.

16. טענת סף נוספת שמעלה המשיב 1 נוגעת לפורום המשפטי אליו יש להגיש את העתירה. נטען כי במידה ותתקבל החלטה קונקרטית מכוח החוק, הרי שהפורום המתאים הינו בית המשפט לענינים מינהליים, כקבוע בפריט 40 לתוספת הראשונה של חוק בתי משפט לענינים מינהליים, התש"ס – 2000 (להלן: חוק בתי משפט לענינים מינהליים). המשיב 1 טוען כי אין מקום שבית משפט זה יחליף את הרשות המוסמכת וייתן חוות דעת משפטית הצופה פני עתיד ביחס לאופן שבו יש להפעיל את החוק.

17. עוד נטען, כי החוק אינו חל לכאורה על העותרים שכן הם לא חוסים תחת ההגדרות שבחוק ל"גוף מתוקצב" או "גוף נתמך".

18. לאור המסקנה אליה הגעתי, לא מצאתי מקום להרחיב בטיעוני המשיב 1 לגופו של עניין. בקצרה ייאמר כי המשיב 1 סבור כי החוק עומד במבחן החוקתיות ואינו מצדיק התערבות של בית משפט זה. נטען כי החוק משתלב במארג החוקים של מדינת ישראל המעגן את קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, תוך שמירת זכותה של המדינה להגן על עקרונות יסוד אלה. כן נטען כי למדינה נתונה הפררוגטיבה לכוון את הקצאת תקציבה ולא לממן פעולות שמטרתן לקרקע את בסיס הוויתה. עקרונות

היסוד עליהם מושגת המדינה מהווים שיקול לגיטימי בחלוקת תקציבים והמדינה רשאית לבחור שלא לממן פעולות אשר אינן עולות בקנה אחד עם עקרונות יסוד אלה. בנוסף, נטען כי החוק יוצר מנגנון מרוסן, מאוזן ומבוקר לקבלת החלטה. החוק אינו מבקש לחול על פעולה שולית או זניחה אלא רק על פעולות השוללות במהותן את צביונה או קיומה של המדינה, לרבות היותה יהודית ודמוקרטית.

19. בהתייחס לטענת העותרים בדבר הפגיעה בזכויות יסוד שונות, טוען המשיב 1 כי החוק אינו פוגע בחופש הביטוי. נטען, כי לגוף הנתמך או המתוקצב ישנה החירות לבחור לבצע את הפעולה העומדת בסתירה לעילות הקבועות בחוק, אולם החוק מאפשר לשר האוצר, כאשר עסקינן בגוף נתמך או מתוקצב, להחליט כי המדינה לא תממן פעולה של גוף כזה. מטעם זה נטען גם כי אין פגיעה בזכות לכבוד קיבוצי. בנוסף, נטען כי גם אם ישנה פגיעה בחופש הביטוי הרי היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. בהתייחס לטענת העותרים בדבר הפגיעה בשוויון נטען כי החוק חל על כל גוף נתמך או מתוקצב העונה על אחת העילות המפורטות בו. נטען כי הטענה לפיה קיים חשש לניצול לרעה של החוק שיגרום להפעלה שרירותית שלו, הינה טענה תיאורטית. יש לדחות גם את הטענה בדבר פגיעה בזכות לחינוך. בהקשר זה נטען, בין היתר, כי המדינה רשאית וזכאית לקדם מטרות שהיא חפצה ביקרון ולהקציב משאבים להשגתן של אותן מטרות, ובענייננו – מטרות החינוך הממלכתי והעקרוניות העומדים בבסיס מגילת העצמאות. אשר לטענה בדבר פגיעה בחופש העיסוק, נטען כי מדובר בחשש תיאורטי רחוק שאינו מעוגן בעובדות. המשיב 1 טוען בהרחבה כי גם אם קיימת פגיעה בזכות חוקתית הרי שהפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

תגובת המשיבה 2

20. המשיבה 2 מפרטת בהרחבה את הסיבות בגינן יש לדחות את העתירה. חלק מטענותיה דומות לטענותיו של המשיב 1 ולפיכך אין צורך לחזור על הדברים מקום בו הם פורטו במסגרת טענות המשיב 1.

21. המשיבה 2 מוסיפה וטוענת, בעניין הזכות לשוויון, כי במקרה דנן הפחתת התקציב לגופים מכוח החוק נעשית על יסוד היחס שבין פעילותם ובין עקרונות היסוד של המדינה ובלי קשר לזהותם הלאומית. המשיבה 2 אף מציינת כי ישנם יהודים המבקשים לשלול את אופיה היהודי של המדינה, דוגמת העותר 7. נטען כי טענת העותרים היא מרחיקת לכת ולפיה בכל מצב שבו המדינה מבקשת לקדם ערכים ציוניים או יהודיים, גם בלא להפלות באופן ישיר בין פרטים על בסיס לאומיותם יש משום

הפליה של בני הלאום הערבי. עוד נטען, כי במדינת ישראל לצד ערכיה הדמוקרטיים, המסגרת החוקתית מבטאת גם הכרה בערכיה היהודיים והציוניים. לפיכך, מתן מקום לערכים אלה במסגרת חוקי המדינה אינה יכולה להיחשב אפרוורית להפליה פסולה.

22. בהתייחס לזכות לחינוך, נטען כי גם אם היתה מוכרת כזכות חוקתית, הרי שבית המשפט קבע בעבר כי המדינה רשאית לקבוע רמות מימון שונות למוסדות חינוך בהתאם לעמידתם בתכנית לימודי הליבה שקבע משרד החינוך וכי אין בכך משום הפליה או פגיעה בשוויון בחינוך. בהתאם לכך נטען, כי אף אם העותרים רשאים לקדם תכניות לימוד המבוססות על הנרטיב הלאומי הפלסטיני אין המדינה חייבת לממן תכניות לימוד אלה.

23. אשר לטענה בדבר פגיעה בחופש העיסוק, נטען כי זכות זו הינה זכות הגנתית שנועדה להבטיח לפרט תחום מחייה בלא התערבות הזולת. לפיכך, נטען כי החוק אינו פוגע בחופש העיסוק, הוא אינו אוסר על העסקת מורים או מרצים המבקשים לקדם ערכים השוללים את אופיה של המדינה כיהודית ודמוקרטית ומציינים את יום העצמאות כיום אבל. החוק אף לא מונע ללמד תכנים הנופלים בגדר העילות האלה. כל שנקבע הוא שהמדינה לא תשתתף במימון פעילויות אלה.

דיון והכרעה

24. עמדתי היא כי בשלב זה, דין העתירה להידחות בלא הכרעה בשאלות החוקתיות שהוצבו לפתחנו, וכך אציע לחבריי לקבוע. לא אכחד, העתירה שלפנינו מעלה שאלות וסוגיות חשובות ועקרוניות. ואולם, על אף חשיבותן ומורכבותן של הסוגיות אין לעת הזו מקום להידרש להן לגופן. אבאר:

25. כידוע, הסמכות הנתונה לבית המשפט הגבוה לצדק לפי סעיף 15(ג) ו-1(ד) לחוק יסוד: השפיטה הינה סמכות המקפלת בתוכה שיקול דעת (ראו: בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 456, 449 (1987); בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 243, 229 (1993); בג"ץ 991/91 דוד פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50, 58-59 (1991); בג"ץ 2009/07 קליין נ' אגודת ידידי הצופים בארה"ב, בפסקה 11 (לא פורסם, 7.5.2007)). לשיקול דעת זה נקבעו עם השנים כללים, שאינם בגדר רשימה סגורה, אשר ניתנים לשינוי ולמילוי תוכן חדש לפי צורכי הזמן והמקום (ראו: בג"ץ 453/84 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד לח(4) 617, 620 (1985)). בין הכללים הללו ניתן למנות את: קיומו של

סעד חלופי, עתירה מוקדמת או מאוחרת ותיאורטית, שיהוי, העדר ניקיון כפיים, עתירה כללית, אי מיצוי הליכים, ועוד. המדובר, כאמור ברשימה שאינה סגורה. לכללים אלה, אשר הינם בגדר "יצירות שיפוטיות" התייחס השופט [כתוארו אז] א' ברק ב-בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429, 440 (1980) (להלן: עניין סגל) בצינו, כי הם נועדו לווסת את זרם הפניות לבית המשפט.

26. כללים אלה אינם כאמור, בגדר רשימה סגורה. בעניין לובל ביקשו העותרים לתקוף את חוקתיות חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה – 2005 (להלן: חוק ההתנתקות) בטענה כי סעיף הקובע סנקציה פלילית למפונים אשר שהו בשטח המפונה לאחר יום הפינוי אינו חוקתי. בית משפט זה, בהרכב מורחב, דחה את העתירה על הסף לנוכח קיומו של סעד חלופי: העלאת הטענות החוקתיות במסגרת ההליך הפלילי שנפתח נגד מי שעברו על חוק ההתנתקות. יוער כי באותה פרשה, המדינה, בסופו של יום, החליטה שלא להעמיד לדין מתיישבים אשר הפרו רק את הוראת חוק ההתנתקות. החוק הופעל רק כלפי מתיישבים בודדים שנקטו באלימות כנגד כוחות הביטחון ועברו עבירות פליליות נוספות. נסיבות המקרה באותה פרשה הובילו אותי למסקנה כי אכן יש לדחות את העתירה בשל קיומו של סעד חלופי, ובכך הצטרפתי לעמדתו של הנשיא ברק, אך גם מן הטעם שהעתירה טרם בשלה. להשקפתי לא היה מקום באותו שלב לערוך בירור עקרוני במסגרת תקיפה חוקתית ישירה של חוק ההתנתקות בבית המשפט הגבוה לצדק. ויודגש, השימוש בדוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה לא באה לאוויר העולם בחוות דעתי בעניין לובל אליו מפנה המדינה. היא נזכרה בעבר בפסיקתו של בית משפט זה. כך בעניין סגל ציין השופט א' ברק כי בין עילות הסף שיצר בית משפט זה ניתן למנות גם את דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה:

"ניתן להזכיר את הדוקטרינה של הבעיה האקדמית, הבעיה הבלתי בשלה, או השאלה הבלתי שפיטה. דוקטרינות אלה מבקשות להעניק לבית-המשפט, כל אחד מזווית ראייה אחרת, מכשירים משפטיים שבאמצעותם יוכל בית-המשפט לנעול שערו במקום שהוא סבור כי אין זה ראוי לדון בעניין" (ראו: שם, בעמ' 440).

ואכן, מפעם לפעם, אנו נתקלים בעתירות שנדחו על ידי בית משפט זה מן הטעם כי הן אינן בשלות וזאת מטעמים שונים. ההנמקה לפיה מדובר בעתירה שאינה בשלה נזכרת הן בעתירות הנוגעות לעניינים מינהליים ולעתים גם בעתירות הנוגעות לעניינים חוקתיים (לדוגמאות בהן נדחו עתירות שהוגשו בעניינים מינהליים מן הטעם שאינן בשלות, ראו למשל: ב-בג"ץ 1842/04 מיכאי נ' משרד החוץ (לא פורסם,

26.5.2003) נקבע כי מאחר והרשות המוסמכת טרם קיבלה החלטה בעניינם של העותרים העתירה הינה מקדמית וטרם בשלה; ב-בג"ץ 1431/05 אוריין נ' שר התחבורה (לא פורסם, 7.7.2005) (להלן: עניין אוריין) נדחתה עתירה שהיתה כללית ותיאורטית ובשל כך נקבע כי היא לא בשלה לדיון; ב-בג"ץ 1238/09 בסיסו נ' שר הביטחון (לא פורסם, 18.3.2009) נדחתה עתירה של עותרת שביקשה כי יותר לה לשוב לביתה בעזה. נקבע כי העותרת יצאה מן הארץ לפני זמן קצר וטרם חלפה התקופה המתוכננת לשהותה בחו"ל, לפיכך נקבע כי העתירה אינה בשלה להכרעה; ב-בג"ץ 6556/11 גליקמן נ' אלוף סמי תורג'מן, מפקד זרוע היבשה, צה"ל (לא פורסם, 5.10.2011) נדחתה עתירה שכוונה, בין היתר, נגד פקודת מטכ"ל בעניין שירות משותף לחיילים וחיילות. נקבע כי אין מקום לדון בפרשנות פקודת המטכ"ל ולתחולתה בנסיבות העניין שכן באותם ימים נערכה עבודת מטה שנועדה לבחון את הסוגיה. במצב דברים זה, כך נקבע, העתירה טרם בשלה כדי שהוראות הצבא יובאו לביקורת שיפוטית. לדוגמאות בהן נדחו עתירות בעניינים חוקתיים, מן הטעם שאינן בשלות ראו: עניין לובל, לעיל; בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון (לא פורסם, 12.12.2006) (להלן: עניין עדאלה) אליו אדרש בהמשך הדברים).

27. דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה, המכונה *The Ripeness Doctrine* מקורה במשפט הקונסטיטוציוני האמריקאי (ראו: חוות דעתי בעניין לובל, לעיל, בפסקה 5). על דוקטרינת הבשלות עמד בית המשפט העליון של ארצות הברית בפרשת *Abbott Labs ET AL v. Gardner, Secretary of Health Education, and Welfare, ET AL* 387 U.S. 136, 149-148 (1967) בקובעו כי הרציונאל העומד בבסיס הדוקטרינה הינו למנוע מביית המשפט להכריע בסוגיות בטרם בשלה העת לכך:

"Without undertaking to survey the intricacies of the ripeness doctrine it is fair to say that its basic rationale is to prevent the courts, through avoidance of premature adjudication, from entangling themselves in abstract disagreements over administrative policies, and also to protect the agencies from judicial interference until an administrative decision has been formalized and its effects felt in a concrete way by the challenging parties"

28. סבורני, כי נסיבות המקרה שלפנינו מצדיקות שימוש בדוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה. עניינה של העתירה, בשלב זה, אינו בשל להכרעה שיפוטית עקב העדרה של מערכת עובדות קונקרטית ברורה ושלמה החיונית לצורך הכרעה שיפוטית עקרונית. על החשיבות בגיבוש המחלוקת, לצורך הכרעה גם בשאלה חוקתית, עמד חברי, המשנה

לנשיאה א' ריבלין בחוות דעתו ב-בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, בפסקה 6 (לא פורסם, 14.5.2006):

”הדיון אינו בשל כשהוא מתקיים קודם זמנו
כשהמחלוקת אינה ידועה, או מקום בו היא איננה
מגובשת”

סעיפי החוק שאת ביטולם מבקשים העותרים טרם הופעלו על ידי שר האוצר ואין לדעת אם, מתי ובאילו נסיבות יעשה השר שימוש בסמכות שהוענקה לו בחוק. מן המנגנון הקבוע בחוק, נלמד כי עובר לקבלת החלטה אשר תטיל את הסנקציה הכספית, ייבחן העניין במספר שלבים, והחלטת השר לא תצא לפועל אלא בתיאום ולאחר קבלת עמדת הגורמים השונים. כך למשל קובע החוק כי לצורך הפעלת הסנקציה הכספית תידרש הסכמת השר הממונה על סעיף התקציב שלפיו מתוקצב או נתמך אותו גוף. בנוסף, נדרש לערוך שימוע לגוף המתוקצב או הנתמך ממנו מבקשים להפחית את הכספים. זאת ועוד, על פי סעיף קטן ד' לחוק, החלטת שר האוצר תתקבל רק לאחר קבלת חוות דעת של היועץ המשפטי למשרד האוצר ולאחר שהועברה אליו המלצת צוות מקצועי. הצוות המקצועי על פי החוק הינו צוות שחברים בו עובד משרד המשפטים, עובד משרד האוצר ועובד המשרד שהשר שלו ממונה על סעיף התקציב שלפיו מתוקצב או נתמך הגוף. זה המקום לציין כי המנגנונים שנקבעו בחוק הינם פרי של דיונים שונים בוועדת חוקה חוק ומשפט בכנסת. כזכור, תחילה הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק יום העצמאות אשר ביקשה לעגן איסור על פעולה או אירוע שיש בהם משום ציון יום העצמאות או משום התייחסות לעצם הקמת המדינה כ"יום אבל" או "יום צער". איסור זה לוהה בסנקציה עונשית של מאסר עד שלוש שנים. הצעה זו נזנחה כאמור, ובמקומה הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק יסודות התקציב. ואולם, גם הצעת חוק זו עברה שינויים שונים בטרם התקבלה. כך למשל מתגובת המשיב 1 עולה כי צומצמה ההגדרה של "ההוצאה האסורה" ונקבע כי זו תחול רק על פעילות שהיא במהותה אחת העילות המנויות בסעיף, ולא על כל הוצאה "שיש בה" אחת העילות. כן נקבע מנגנון מבוקר וזהיר לשם קבלת ההחלטה, עליו עמדת העיל, הכולל כאמור קבלת חוות דעת מקצועיות, שימוע, והסכמת השר הממונה. עוד נקבע כי הפחתת התקציב מהגוף הנתמך או המתוקצב תהיה בגובה שלא יעלה על פי שלושה מגובה ההוצאה (כאשר במקור סכום ההפחתה עמד על פי עשרים ולאחר מכן על פי עשרה מגובה ההוצאה).

29. הנה כי כן, דרך ארוכה יש לעבור על פי המנגנון שקובע החוק בטרם תיכנס לתוקפה הסנקציה הקבועה בו. איני מביעה כל עמדה בשלב זה לגבי המנגנון שנקבע

בחוק, או לגבי חוקתיות החוק. אולם, בשלב זה בו טרם הופעל החוק וטרם הופעל המנגנון הקבוע בו אין לדעתי לעסוק בהשערות וספקולציות לגבי אופן יישומו של החוק. כפי שציינתי בעניין לובל על הכרעה שיפוטית מושכלת להיות קשורה בטבורה לעובדות קונקרטיות העולות מהמקרה שלפני בית המשפט, זאת גם במקום בו מתעוררת שאלה חוקתית (ראו: עניין לובל, לעיל, בפסקה 6; כן ראו: בג"ץ 3248/09 סרי נ' שר המשפטים, בפסקה 3 (לא פורסם, 17.4.2009); בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר, בפסקה 26 (לא פורסם, 22.3.2009) (להלן: עניין לקסר)). בענייננו, לא היו עדיין מקרים בהם התעוררה שאלת תחולתו של החוק, פרשנותו והשלכותיו אינה ידועה בשלב זה. סיטואציה דומה התעוררה בעניין ענדאלה. באותה פרשה התבקש בית משפט זה לדון בשאלת חוקתיותו של חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה – 2005. במסגרת הדיון בסעיפי החוק קבע הנשיא (בדימ') א' ברק בהסכמת חבריו כי סעיף 5 לחוק בטל. ואולם לענייננו הרלוונטי הוא הדיון בשאלת חוקתיותו של סעיף 5 לחוק הנדון. בעניין סעיף זה נקבע כי העתירה טרם בשלה. חלקם של הדברים שנאמרו באותה פרשה יפים גם לענייננו:

"שאלת חוקתיותו של סעיף 5 לתיקון מס' 7 עלתה בפנינו באופן שולי בלבד... לא הובאו בפנינו מקרים בהם התעוררה שאלת תחולתו. בכל אלה יש כדי להשליך על שאלת חוקתיותו של הסעיף. בנסיבות אלה, וכל עוד לא התלבנו שאלות אלה כל צרכן, טרם בשלה העת להכריע בחוקתיותו של סעיף 5. הרבה תלוי באופן יישומו ובפירוש שיוענק להוראות הסעיף... כמובן, שמורה זכותם של הצדדים להעלות טענותיהם לעניין חוקתיותו של סעיף 5 ככל שהיא תתעורר בהקשרם של מקרים ספציפיים. בתי המשפט האזרחיים מוסמכים, במסגרתן של תביעות נזיקין ספציפיות, לבחון טענות כנגד חוקתיות הסעיף. בנסיבות העניין, לא ראינו מקום להכריע בשאלת חוקתיותו של סעיף 5 לתיקון מס' 7" (הדגשות במקור – מ.ג.). [ראו: שם, בפסקה 31].

30. בית המשפט העליון בארצות הברית נדרש לסוגיה דומה ב- *United Public Workers of America (C.I.O.) ET AL. v. Mitchell ET AL* 330 US 75 (1947) (להלן: עניין *United Public Workers*). באותה פרשה העלו עובדים בממשל הפדראלי טענות נגד חוק שאסר עליהם להיות מעורבים בפעילות פוליטית. כל העותרים, למעט אחד, לא הפרו את החוק בפועל, אלא הצהירו על כוונתם להיות מעורבים בפעילות פוליטית שהיתה אסורה על פי החוק. בית המשפט קבע כי למעט אותו עותר שהפר את החוק, לא מתעוררת מחלוקת הראויה להכרעה שיפוטית. בית המשפט התייחס לחששם של העובדים, כי אם יפרו את החוק, יאבדו את מקום עבודתם, וקבע כי כיוון שהעותרים

טרם הפרו את החוק, הרי שמדובר בחשש שהוא בעל אופי היפותטי-ספקולטיבי אשר אינו מצדיק הכרעה שיפוטית ומתן סעד שיפוטי:

"The power of courts, and ultimately of this Court, to pass upon the constitutionality of acts of Congress arises only when the interests of litigants require the use of this judicial authority for their protection against actual interference. A hypothetical threat is not enough. We can only speculate as to the kinds of political activity the appellants desire to engage in or as to the contents of their proposed public statements or the circumstances of their publication. It would not accord with judicial responsibility to adjudge, in a matter involving constitutionality, between the freedom of the individual and the requirements of public order except when definite rights appear upon the one side and definite prejudicial interferences upon the other" (p.89-90).

השופטים Black ו-Douglas קבעו שם, בדעת מיעוט, כי יש מקום לדון במחלוקת. השופט Douglas קבע כי העותרים אינם חייבים לחכות עד אשר יאבדו את מקום עבודתם בפועל. כדי להסיר ספק: גם אני סבורה כי ייתכנו מקרים בהם גם בהעדר תשתית קונקרטית דחיית הדיון בעתירה עד לגיבושה של תשתית עובדתית ספציפית תסב לעותרים נזק רב, ותהיה הצדקה להכרעה גם בשאלה שטרם הגיעה לבשלות. ואולם, גם אם נלך לשיטתם של שופטי המיעוט בפרשת *United Public Workers* לא תשתנה להשקפתי התוצאה. במקרה שלפנינו, גם במקום בו ייעשה שימוש בחוק השפעתו על העותרים לא תהיה מיידית. כאמור, בשל מנגנון ההכרעה המורכב ארוכה הדרך בין קבלת החלטה על ידי שר האוצר לבין מימושה בפועל. מכל מקום, במקום בו יעשה השר שימוש בסמכותו על פי החוק והדבר עלול יהיה לפגוע במי מן העותרים, תהיה פתוחה הדרך לנקוט בהליכים משפטיים. לא מן המותר להזכיר, כי חלק מן המנגנון הקבוע בחוק כולל גם שימוע לגוף שעלול להיפגע.

31. כאמור, לא בכל עת בו מוגשת עתירה שאינה בשלה, בשל העדר תשתית עובדתית קונקרטית יש לדחותה על הסף. כל מקרה ונסיבותיו. כזכור, מדובר בעילת סף אשר השימוש בה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. לא מן הנמנע כי לעיתים גם בהעדרה של תשתית עובדתית קונקרטית יידרש בית משפט זה לסוגיה. אם נחזור לפרשת *United Public Workers* הרי שניתן על דרך ההיקש, לומר כי תיתכנה נסיבות שבהן דרישה מן העותר כי ימתין עד שעתירתו תגיע "לבשלות" תגבה ממנו מחיר כבד מידי, המצדיק את התערבותו של בית המשפט עוד בשלב שלפני ההכרעה. כך למשל,

לו היתה מתקבלת הצעת חוק יום העצמאות הנזכרת ועותרים היו מבקשים לתקוף את חוקתיותו של החוק, ייתכן ובית משפט זה היה נדרש לעתירה גם בטרם הופעל החוק באופן קונקרטי, זאת, בין היתר, לנוכח הסנקציה הפלילית הקשה שנכללה בו (מאסר שלוש שנים). ואולם, אין בדברים אלה כדי לקבוע כי בכל מקרה של בו תוגש עתירה התוקפת חוקתיותו של חוק הקובע איסור פלילי יידרש בית המשפט לעתירה בלתי בשלה (לעניין זה ראו: חוות דעתי בעניין לובל). כפי שצינתי, בית המשפט יפעיל את שיקול דעתו בכל מקרה על פי נסיבותיו.

32. זאת ועוד. מתגובת המשיב 1 עולה כי אין זה בטוח שהחוק יחול על העותרים שלפנינו. בנוסף, כלל לא ברור, גם אם בסופו של יום יחול החוק על העותרים, באיזה מידה הוא יחול עליהם או על אחרים ובאילו נסיבות. השימוש בדוקטרינת הבשלות אין משמעו כי שערי בית המשפט ננעלים בפני העותרים או בפני אחרים וכי בית המשפט לא יידרש לסוגיה בעתיד. ייתכן ובעתיד, אם וכאשר ייעשה שימוש בחוק והעותרים או אחרים ירגישו כמי שנפגעו מהפעלתו, הם יפנו לערכאות המוסמכות שידונו בטענותיהם. במצב זה, ועל בסיס תשתית עובדתית קונקרטית וודאי שהמחלוקת תהיה מחודדת וברורה יותר, דבר שייעל את הדיון ויאפשר לבית המשפט ליתן הכרעה מושכלת המבוססת על עובדות קונקרטיות (ראו: בג"ץ 1468/11 בן טעדון נ' השר לענייני דתות (לא פורסם, 7.4.2011) (להלן: עניין בן טעדון)). עם זאת, אין זה מן הנמנע כי חלוף הזמן ייתר דיון בעתירה שכן חששם של העותרים כלל לא יתממש (השוו: עניין לקסר, לעיל) בין אם בשל בחירתו של שר האוצר שלא להשתמש בסמכותו על פי החוק, בין אם בשל הפעלת הסעיפים באופן שלא יפגע בעותרים ובין אם בשל טעם או סיבה אחרים. ואולם, במצב הדברים דהיום לא ברורה עדיין המשמעות האופרטיבית של החוק ולפיכך טרם בשלה לדעתי העת להידרש לגופן של הטענות (השוו: עניין בן טעדון, לעיל)).

33. על דברים אלה אבקש להוסיף: דוקטרינת הבשלות הינה כאמור בין הכלים העומדים לבית המשפט לויסות הפניות אליו. היא מאפשרת לבית המשפט לווסת במידה מסויימת את זרם הפניות המוגשות אליו ולהימנע מהכרעה בעניינים שהוא סבור כי אין זה מוצדק לדון בעניין אותה שעה (ראו: עניין סגל, לעיל). ההחלטה באילו נסיבות ייעשה שימוש בדוקטרינה נתונה כאמור לשיקול דעתו של בית המשפט במסגרת הסמכות שהוענקה לו על ידי המחוקק בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה. במסגרת בחינת השיקולים השונים התומכים או שוללים דיון בעתירה פלונית, על בית המשפט לקחת בחשבון גם את הצורך בארגון הזמן השיפוטי. הזמן השיפוטי הינו משאב מוגבל. כאשר מוגשת לבית משפט זה עתירה אותה הוא מוצא כעתירה דחופה מקדיש בית משפט זה

ימים ולילות על מנת להכריע בשאלה שעומדת לפתחו. ואולם, כאשר מוגשת עתירה שאינה בשלה, אשר אינה כוללת מערכת עובדות קונקרטית ברורה ושלמה, על בית המשפט לשקול האם נסיבות המקרה מצדיקות דיון עקרוני באותו שלב.

34. אם לא די בכך, הרי שלטעמי, לצד עילת הסף הנזכרת, בדבר העדר בשלותה של העתירה, יש לדחות את העתירה גם בשל קיומו של סעד חלופי. בעניין לובל ציינתי כי לעיתים דוקטרינת הבשלות מתלכדת עם עילות סף אחרות, כגון קיומו של סעד חלופי, והטעם לכך הוא שפניה לסעד חלופי עשויה לגבש את הבשלות הנדרשת לצורך הכרעה שיפוטית מושכלת בשאלת החוקיות (ראו: שם, בפסקה 8). כך הוא הדבר בענייננו. במסגרת החוק תוקן גם חוק בתי משפט לענינים מינהליים, כך שלתוספת הראשונה של החוק נוסף פרט 40 המעניק לבית המשפט לענינים מינהליים סמכות לדון בעתירות שעניינן הפחתת סכומי תמיכה על פי החלטת שר האוצר. אכן, הלכה פסוקה היא כי הענקת סמכות לבית המשפט לענינים מינהליים אינה שוללת את סמכותו של בית משפט זה (ראו: בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950, 953 (2002); בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750, 756 (2003)). ואולם "דרך המלך" בה יש לנקוט היא בהגשת עתירה לבית המשפט לענינים מינהליים. כמובן שבמסגרת העתירה שתוגש לבית המשפט לענינים מינהליים יוכלו העותרים להעלות גם את טענותיהם בדבר חוקתיות החוק. סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לדון בטענות בדבר אי חוקתיות אינה מונעת דיון בטענות בבית משפט "רגיל" (ראו: דברי בג"ץ 2426/08 בן עטר נ' מדינת ישראל – משרד התחבורה, בפסקה 3 (לא פורסם, 16.9.2008); בג"ץ 6715/10 חיינה נ' מדינת ישראל, משרד הבטחון, אגף השיקום, בפסקה 5 (לא פורסם, 17.11.2010) (להלן: עניין חיינה); בג"ץ 2055/02 שייח עבד אל קארים עביד נ' שר הביטחון, בפסקה 5 (לא פורסם, 12.12.2002) (להלן: עניין שייח עבד אל קארים עביד); בג"ץ 1076/07 קבוצת ממון אילת בע"מ נ' משרד האוצר (לא פורסם, 19.1.2009); עניין עדאלה, לעיל). לפיכך, בידי מי שיראה עצמו נפגע מהפעלת החוק תהיה פתוחה הדרך לפנות לבית המשפט לענינים מינהליים בדרך של הגשת עתירה. במסגרת העתירה שתוגש לבית המשפט לענינים מינהליים יוכלו מי שייפגע מהפעלת החוק להעלות, על דרך של "תקיפה עקיפה", טענות בדבר חוקתיות החוק. בעבר כבר נפסק כי ערכאות דיוניות יכולות לדון בעניין פלוני בדרך של "תקיפה עקיפה" הגם שלבעל הדין אפשרות עקרונית להגיש עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. כן צויין כי במקרים אלה ה"תקיפה העקיפה" נעשית על ידי בעל הדין שיזם את ההליך ולא כטענת הגנה (ראו: בג"ץ 6090/08 ברגר נ' שר המשפטים, בפסקה 5 (לא פורסם, 11.8.2008) (להלן: עניין ברגר); עניין חיינה, לעיל; עניין לקסר, לעיל, בפסקה 29). גם האפשרות להעלות טענות בדרך של "תקיפה עקיפה"

מקימה לעותרים סעד חלופי (ראו: עניין חינה, לעיל; עניין ברגר, לעיל; עניין אוריאן, לעיל; כן ראו: עניין שייח עבד אל קארים עביד, לעיל; כן ראו: דברי הנשיא א' ברק בעניין לובל, לעיל, בפסקה 12 ופסקה 1 לחוות דעתי בעניין לובל). ועוד: ניתן יהיה במסגרת עתירה מינהלית לבקש סעד זמני בעניין אי הפעלת הסנקציה.

35. קיומו של סעד חלופי במקרה דנן מחדד את המסקנה בדבר העדר בשלותה של העתירה, הפניה לבתי המשפט לעניינים מינהליים תיעשה, אם בכלל, וככל שיהיה בכך צורך על יסוד תשתית קונקרטית ולא על יסוד תרחישים היפותטיים כפי שהועלו בעתירה שלפנינו. תשתית קונקרטית גם תאפשר לבית המשפט להכריע האם פרשנות קונקרטית של החוק מצדיקה החלטה זו או אחרת שתינתן על ידי שר האוצר, או שיש להכריע בשאלה החוקתית.

36. סוף דבר: העתירה שלפנינו מקפלת בתוכה שאלות מורכבות בעלות חשיבות ציבורית, ואולם בשלב זה, אין מקום להכרעה שיפוטית בטענות. העתירה אינה בשלה בשל העדר תשתית עובדתית קונקרטית החיונית בנסיבות העניין לצורך הכרעה בסוגיות השונות שמעלים העותרים. בנוסף, ככל שייפגעו העותרים או מי מהם או אחרים מהפעלת החוק, קיים להם סעד חלופי בבית המשפט לעניינים מינהליים, שם יוכלו להגיש גם בקשה לצו ביניים המונע את הפעלת החוק לגביהם.

37. אציע לחברי לדחות את העתירה בלא צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

הנשיא ד' ביניש:

אני מסכימה עם חברתי השופטת מ' נאור כי העתירה שלפנינו מעוררת שאלות מורכבות בעלות חשיבות ציבורית. אדגיש ואומר כי שאלות אלה עלולות בנסיבות מסוימות לרדת לשורש הבעיות המפלגות את החברה בישראל. אולם, מקובלת עלי גם עמדתה של חברתי כי מדובר בעתירה שאינה בשלה לדיון השיפוטי. ברמה הצהרתית אכן מעורר החוק על פניו שאלות קשות ומורכבות, אלא שחוקתיותו של החוק תלויה, מלכתחילה במידה רבה בתוכן הפרשני שינתן להוראותיו, והדבר יתברר רק בשלב יישומו.

ההכרעה בדבר הנסיבות וההיקף שבהן ייושם החוק ובדבר הפרשנות שתינתן לו, עוברת בראש ובראשונה דרך ההליך והגבולות שתציב לו הרשות המבצעת. העותרים אכן ציירו תרחישים שונים של אפשרויות היפותטיות וטרם ניתן לקבוע מה האפשרות כי תרחישים אלה אכן יתממשו; על מי יחולו, האם הם אכן נוגעים לעותרים ומה יהיה האירוע שיצדיק הפעלתו של החוק. אשר על כן יש להותיר את הדיון בחוקתיות הוראות החוק, אם וככל שיהיה צורך בכך לשלב הקונקרטיזציה של הוראותיו, ככל שיתקיים שלב כזה ואף יעבור את המסננות הרלוונטיות שהחוק עצמו קבע.

לעת הזו אף איני רואה לדון בשאלת קיומו של הסעד החלופי, והאם החלטה על פי החוק תידון בכוא העת בבית המשפט המנהלי או בבית משפט זה. שאלה זו אף היא תהיה בעתיד תלויית נסיבות.

אשר על כן אני מצטרפת לתוצאה אליה הגיעה חברתי.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

מצטרף אני לפסק דינה של חברתי השופטת מ' נאור. גם אני סבור כי בנסיבות העניין, רחוקים אנו מן העידן הקונקרטי של ישום החוק. כך משום שעל-פי החוק עצמו, ארוכה הדרך בין פרסום מן הסוג בו דן החוק לבין הטלת הסנקציה והיא, הדרך, עוברת מכשולים רבים. וכך משום שבפועל אין זה כלל בטוח שהחוק יחול על העותרים שלפנינו. סינון טבעי זה, בכל הכרוך לביקורת שיפוטית חוקתית, סינון שהוא פועל יוצא של היעדרן של נסיבות עובדתיות המעוררות את השאלה החוקתית, נוהג במדינות הים בהן מתקיים ברור עובדתי קונקרטי, קודם הבחינה החוקתית; ברור כזה מייתר תכופות את הצורך בעצם הבחינה החוקתית.

מן הטעמים האל ומן הטעמים אותם פירטה חברתי השופטת מ' נאור ומאלה המנויים בפסק דינה של חברתי הנשיאה ד' ביניש, אני מצטרף לפסק דינן.

המשנה-לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת מ' נאור.

ניתן היום, י' טבת, תשע"ב (5.1.2012).

שופטת

המשנה-לנשיאה

הנשיאה