



לא רק לחקיקה יש תכלית: על מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה ועל דיאלוג, לאורו של בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996

בל יוסף*

1. מבוא. 2. על התמודדות. 3. על תכלית. 4. על דיאלוג (וגבולותיו).
5. סיכום.

1. מבוא

ביום 3.8.2017 ניתן פסק דין (ופסק דין חלקי) בעתירת ארד-פנקס.¹ העתירה נסובה סביב הרחבת הגישה להסכמי פונדקאות לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996.² לפסק הדין היו שני ראשים: הראשון עסק בהגדרת "הורים מיועדים" בחוק, הגדרה שביצרה במידה רבה את חוסר השוויון שבחוק והיעדר האפשרות להחיל אותו על זוגות גאים ועל הורים (גברים או נשים) יחידנים. בראש זה של העתירה ההכרעה הושהתה נוכח קיומה של הצעת חוק בנושא. בראש השני של העתירה, שעסק בדרישת הזיקה הגנטית בחוק, ניתן פסק דין שאישר את חוקתיות הדרישה, וקבע כי היא עומדת בפסקת ההגבלה. הארה זו תעסוק אך בראש הראשון של העתירה, ותבקש להאיר כיצד יישום הדוקטרינה שאומצה בפסק הדין – מתן מעמד ליוזמות חקיקה – לא השיג (ובנסיבות אלו לא יכול היה להשיג) את התכלית המרכזית שביסודה: קידום דיאלוג חוקתי.

* תלמידת מחקר לתואר שלישי בפקולטה למשפטים על שם בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. תודתי נתונה למרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים על תמיכתם בשלבי המחקר השונים, וכן לאייל גרוס, ליוסי רחמים ולנועה קברטין-אברהם על הערות מועילות ביותר.

¹ בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם באר"ש, 3.8.2017).

² חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק הפונדקאות").



במסגרת הארת פסיקה זו, אציע דיון בשלושה רבדים. ראשית, אתייחס לכך שלראשונה בפסיקתו גילה בית המשפט העליון נכונות ואומץ להתמודד במפורש עם הדוקטרינה של מתן מעמד ליוזמות חקיקה. אטען כי מדובר בצעד גדול ומשמעותי ביחס לאופן שבו ניתן מעמד ליוזמות חקיקה עד כה. לאחר מכן אדון בטיעון המרכזי לפיו בנסיבות העניין, ובעיקר נוכח העובדה שהצעת החוק לא כללה בעברה ולא כוללת כיום כל הסדר חקיקתי מוצע שייתן מזור לבעייתם של העותרים, מתן מעמד להצעת החוק שעל הפרק לא יכול היה להוביל לתכלית של קידום דיאלוג בין בית המשפט העליון לבין הכנסת. כפי שאטען, זו התכלית המרכזית וההצדקה המשמעותית ביותר שבעטיה יש לאפשר מתן מעמד נורמטיבי להצעות חוק. הרובד השלישי של הטיעון יתמקד במגבלות של אותו דיאלוג המתנהל במסגרת מתן מעמד נורמטיבי להצעות חוק. במסגרת זו אטען כי כאשר מדובר בקבוצות מיעוט נעדרות ייצוג, אל לו לבית המשפט לאפשר שימוש בדיאלוג כדי לאפשר פגיעה נוספת בזכויות אותה קבוצה.

2. על התמודדות

פסק הדין החלקי התבסס כל כולו על קיומה של הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ז–2017. המשנה לנשיאת בית המשפט העליון סלים ג'ובראן כתב את פסק הדין העיקרי, שזכה להסכמת ארבעת חברי ההרכב האחרים. הוא סבר כי משום שישנה הצעת חוק בסוגיה מושא הדיון, מוטב ליתן למחוקק את הבכורה להשלמת המלאכה. על-כן, בסוגיה זו העתירה הושהתה על ידי בית המשפט למשך חצי שנה, שלאחריה המדינה נדרשה להגיש הודעה מעדכנת באשר להתקדמות הליכי החקיקה.

ההנמקה שביסוד פסק הדין החלקי מסתמכת על דוקטרינה שהפציעה פעמים רבות בפסיקה, בעיקר בעשור האחרון,³ ולאחרונה הייתה מושא למחקר.⁴ במישור הנורמטיבי של הדוקטרינה, מחקר קודם שערכתי מצביע על כך שלמתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה יש חסרונות משמעותיים שלא ניתן להתעלם מהם: בראש ובראשונה

³ לדוגמות בולטות, שלא אוזכרו בפסק הדין, ראו דנג"ץ 4907/04 איגוד הבנקים לישראל נ' האגודה לזכויות האזרח בישראל, פס' 7 לפסק דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 12.8.2004); בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.2.2009); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) 58-026630-2, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.11.2009) (להלן: עניין הפרטת בתי הסוהר); בג"ץ 7670/10 לוינסון נ' יושב ראש הכנסת (פורסם בנבו, 29.12.2010).

⁴ בל יוסף "אליה וקוץ בה: המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה" עיוני משפט מ 253 (2017).



“זמן פציעות: על גאווה ודעות קדומות”

פגיעה בצדדים המתדיינים, שעניינם לא פעם נמצא מוצדק אך אינם זוכים לסעד; היעדר ידיעה על גורלה של יוזמת החקיקה – האם תקודם, כיצד ומה יהיה תוכנה הסופי; היותו כלי בעל כוח רב בידי המדינה; פגיעה בשלטון החוק; וכן פגיעה בוודאות. למול אלו, אין לכחד כי יש ערך רב בהחלטה שיפוטית להשהות את ההליך נוכח קיומה של הצעת חוק – קידומו של דיאלוג חוקתי-דמוקרטי בין הרשויות, ולצד יתרון זה ניתן למנות גם ערכים חשובים כדוגמת יעילות ומקצועיות. הכרה באלו כמו באלו, והניסיון לאזן ביניהם, מובילים אותי לטעון כי נכון להשהות הליך שיפוטי בעקבות קיומה של יוזמת חקיקה תחת התנאים המרכזיים הבאים:⁵ כאשר מדובר בהצעת חוק שמצויה על סדר יומו של המחוקק, וודאי לא כזו שנדחתה; מוטב לעשות זאת בסוגיות בעלות רגישות ציבורית שבהן להכרעה הרובנית יש חשיבות יתרה; יש לקחת בחשבון את עוצמת הפגיעה בצדדים; יש לבחון אם ניתן לאמוד את היתכנות קבלתה של הצעת החוק ואם היא משמעותית; ויש לקבוע אפריורית פרק זמן תחום וקצוב, שלאחריו תינתן הכרעה שיפוטית.

במנותק מההכרעה המהותית ומתוכן הסוגיה שעל הפרק, יש לשבח את המשנה לנשיאה ג'ובראן על שעשה את מה שאף שופט לא עשה לפניו: קיים דיון יסודי, מנומק ומפורש בהחלטה אם להשהות את ההליך מהטעם (היחיד) של קיומה של הצעת החוק. עד להכרעה של בית המשפט העליון מושא דיון זה, החלטה שכזו בדרך כלל לא הייתה מנומקת על ידי השופטים; וככל שניתן נימוק, הוא לרוב לווה בטרמינולוגיה של מתן כבוד למחוקק, אך ללא דיון של ממש במגרעות של השעיית ההליך (ולעיתים מחיקתו או דחייתו), וללא שקילה או ניסיון לאזן בין היתרונות לחסרונות.⁶ ברוב המקרים, מלאכת האיוון המתבקשת אינה קלה או פשוטה.⁷ כך שבעתיים ככל שעומדת על הפרק פגיעה בזכויות אדם, קל וחומר כאשר הפגיעה היא מתמשכת.⁸ המשנה לנשיאה ג'ובראן אף הגדיל והציג בפני הקוראת את ההתחבטות שבפניה עמד:

“הברירה שניצבת לפנינו קשה, והיא בבחינת 'אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי' (בבלי ברכות ס"א, א). מן העבר האחד, טמון ערך רב במתן שהות למחוקק להשלמת הליך החקיקה בו החל, הליך אשר מצוי בשלב מתקדם

⁵ שם, בעמ' 308–318.

⁶ שם, בעמ' 272. מגמה זו, יש להדגיש, גם מנוגדת לכלל שהותווה בכג"ץ 3872/93 מישראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485 (1993), לפיו על בית המשפט לפסול על פי הדין הקיים. ראו יוסף, שם, בעמ' 258–259. היבט זה הודגש גם בפסק דינו של השופט מלצר בפסק הדין בעניין ארד-פנקס, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק דינו.

⁷ יוסף, לעיל ה"ש 4, בעמ' 308–309, 318–319.

⁸ עניין ארד-פנקס, לעיל ה"ש 1, פס' 16–17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן.



ונהנה מתמיכה רחבה בכנסת. שהות זו תאפשר ליבון ציבורי של הסוגייה הרגישה שבה עסקינן, במסגרת מוסדית את הולמת את מורכבותה, והיא תבטא תפישה דמוקרטית חוקתית ראויה – במסגרתה מגלות הרשויות נכונות להקשיב זו לזו ולכבד האחת את מרחב הפעולה של האחרת. מן העבר השני, השעיית הדיון בעתירה תאריך את הפגיעה בזכויות העותרים, שעל מעמדן החוקתי הרם אין עוררין. פגיעה זו מלווה אותן, ואת הקהילה שעליה הם נמנים, למן חקיקה חוק ההסכמים בשנת 1991, והיא מהווה אך זווית אחת מיני רבות שבהן טרם השכיל הדין הישראלי להתאים עצמו למציאות החיים הפלורליסטית של ימינו.⁹

לגישתי, לאופן המעמיק שבו ביקש המשנה לנשיאה ג'ובראן ליישם את הדוקטרינה, יש ערך עצמאי, שכן הוא מהווה פתח לאותו דיאלוג יקר ערך. לכן, אבקש לטעון שהקושי בהחלטה לא מצוי בהתעלמות מהדוקטרינה או ביישום סלקטיבי שלה, אלא בנסיבות שבהן יושמה.

2. על תכלית

התכלית המרכזית של הדוקטרינה המעניקה מעמד נורמטיבי להצעות חוק במסגרת אמות המידה המנחות, היא לנסות להתגבר על הקשיים המהותיים שיוצרת הענקת מעמד ליוזמת חקיקה, על מנת להוביל לדיאלוג בין-מוסדי בין הרשויות.¹⁰ דיאלוג כזה שומר על רובניות ומשילות פוליטית מחד גיסא, ומגן על זכויות אדם ומקדמן מאידך גיסא. התפיסה היסודית שברקע, מבקשת לראות בדיאלוג מעין זה תופעה רצויה מבחינה נורמטיבית.¹¹ העניין הוא, וכאן מונח לב-ליבו של הדיון, שהצעת החוק במתכונתה הנוכחית לא יכולה להגשים דיאלוג. היא לכל היותר יכולה "לדחות את הקץ".

⁹ שם, פס' 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן.

¹⁰ יוסף, לעיל ה"ש 4, בעמ' 281–284, 298–301.

¹¹ לגישות דיאלוגיות שונות שמבקשות להאדיר את הלגיטימיות והרצויות של דיאלוג מעין זה ראו Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 Mich. L. Rev. 577 (1993); Kent Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue* (2001); Peter W. Hogg and Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (OR perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*, 35 Osgood Hall L.J. 75, 79, 81 (1997). לכתובה ישראלית בולטת המאירה את הדיאלוג באור חיובי ראו אהרן ברק "שותפות ודיאלוג בין הרשות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת" **מאזני משפט** ד 51 (התשס"ה); אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** (2004); ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית-המשפט העליון"



“זמן פציעות: על גאווה ועדות קדומות”

אסביר: בהצעת החוק שבשמה הושהתה ההכרעה בעתירה אין כדי להוביל לשינוי בדין הקיים כפי שנתקף בעתירה. מרכז של העתירה המדוברת, בשונה מעתירות אחרות שנקשרות בקלות לפסק הדין והוזכרו בו (כדוגמת עניין **משפחה חדשה**¹² ועניין **משה**¹³), הוא להקנות לאבות גאים אפשרות להתקשר בהסכמי פונדקאות בישראל מכוח חוק הפונדקאות. כעולה מפורשות מלשונה, הצעת החוק לא פותרת את הקושי הקיים המדיר אבות גאים מהליך זה. כך הדגישו העותרים,¹⁴ כך הדגיש המשנה לנשיאה ג'ובראן,¹⁵ כך הדגישה הנשיאה נאור¹⁶ ועל כך הוסיף גם השופט מלצר.¹⁷ כבר בעתירתם בשנת 2010 טענו בני הזוג לגבי הפגיעה החמורה בשוויון שנגרמת להם. באותו מקרה, העתירה נמחקה לבסוף בהסכמה נוכח הקמת ועדת מור-יוסף, שהייתה עתידה לשבת על המדוכה בכל הנוגע לתיקונים נדרשים לחוק הפונדקאות.¹⁸ הטיעונים באשר לפגיעה בזכותם החוקתית של בני הזוג לשוויון נותרים בעינם, ואף מחריפים בחלוף הזמן. בהינתן שזהו המצב החוקי, החוקתי והפוליטי הקיים, יש קושי להבין כיצד השהיית ההליך תיצור דיאלוג בין בית המשפט העליון לכנסת. אם תבשיל ההצעה החדשה לכדי חקיקה, הגדרת “הורים מיועדים” בחוק תשוב ותינתק כלל חוקתית נוכח הפגיעה החמורה בשוויון שמגולמת בה. אם לא תתקבל הצעת החוק, החוק ישוב וייתקף

¹² **עיוני משפט** לד' 437 (2011); יגאל מרזל “מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק” **משפטים** לט 349 (התש”ע); יגאל מרזל “השעיית הכרזת הבטלות” **משפט וממשל** ט 39 (התשס”ו); דוד זכריה **קולו הוז של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור** (2012).

¹³ בג”ץ 2458/01 **משפחה חדשה נ’ הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים** (פורסם בנבו, 23.12.2002).

¹⁴ בג”ץ 5771/12 **משה נ’ הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ”ו-1996** (פורסם בנבו, 18.9.2014).

¹⁵ עניין **ארד-פנקס**, לעיל ה”ש 1, פס’ 2 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן.

¹⁶ שם, פס’ 4, 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן. אם כי ראו את הסתירה לעומת דבריו לפיהם ישנו קושי יישומי בהכרעה השיפוטית, שכן המסגרת הנורמטיבית להכרעה עשויה להשתנות. שם, פס’ 7. לא לגמרי ברור כיצד ההכרה בכך שההצעה כלל אינה עוסקת בזוגות גאים מתיישבת עם הערכה כלשהי לשינוי של תוכן ההצעה.

¹⁷ שם, פס’ 3 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

¹⁸ שם, פס’ 8 לפסק דינו של השופט מלצר. השופט מלצר הרחיק מיתר חבריו למוטב, וסבר כי מהטעם הזה, ייתכן שיהיה מקום להצדיק “אולי” הטלת חובה על המחוקק לחוקק, אם ימצא כי מחדל חקיקתי בתחום הזה מפר את זכויותיהם.

בג”ץ 1078/10 **ארד-פנקס נ’ הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים** (פורסם בנבו, 28.6.2010) (להלן: עניין **ארד-פנקס משנת 2010**). המעניין – או שמא, המצער – הוא שוועדת מור-יוסף בחרה מפורשות “שלא לקבוע עמדה בנושא ההכרה בתאים משפחתיים שאינם מסורתיים”, ולכן אין בה כל התייחסות להחלת החוק על הורים גאים. משרד הבריאות **המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל** 12 (מאי 2012). לנוסח מלא של מסקנות הוועדה ראו באתר משרד הבריאות www.health.gov.il/PublicationsFiles/BAP2012.pdf.



חוקתית על בסיס מתכונתו הנוכחית, בדיוק מאותו הטעם. שאלת חוקתיות ההגדרה שבחוק, ובפרט היעדר הכללת הורים גאים בהגדרה זו, מצויה על הפרק מעתירת בני הזוג בשנת 2010 (אם לא הרבה קודם לכן) ותהיה חייבת להגיע לדיון חוקתי סדור ומלא. באותו דיון חוקתי בית המשפט יצטרך לזהות אם ישנה פגיעה בחוקתיות בשוויון (כאשר המשנה לנשיאה ג'ובראן קיבל את הטענה הזו כבר בפסק הדין החלקי),¹⁹ אם היא עומדת בפסקת ההגבלה, ואם לאו, מה הסעד בגינה.

הדיון החוקתי המדובר, כשלעצמו, אינו דבר רע. מעניינת במיוחד בהקשר זה הנמקתה של הנשיאה נאור, כי בית המשפט רשאי להידרש לסוגיה משפטית גם כאשר היא עומדת לפתחו של המחוקק, אך "לאור עיקרון הכיבוד הדדי בין רשויות המדינה, במקרים המתאימים ראוי להימנע מתחרות עם המחוקק ולתת לכנסת הזדמנות למצות את הליכי החקיקה בתוך זמן סביר".²⁰ גם השופטת חיות הצטרפה לאותה טרמינולוגיה.²¹ הבחירה במינוח של "תחרות" או "מרוץ" אינה מתאימה מבחינה משפטית ומושגית. הכרעה במקרה דנן (כאשר נהיר וברור שהצעת החוק לא תיתן מענה לעותרים) אינה שקולה לכל תחרות או מרוץ מול המחוקק. הכרעה כזו תשקף בית משפט שממלא את תפקידו, שהרי תפקידו של בית המשפט הוא להכריע במקרה שלפניו על בסיס העובדות והדין שלפניו. כשבית המשפט בוחר להעניק מעמד נורמטיבי להצעת חוק, הוא הולך צעד נוסף אל עבר המחוקק, צעד ששום דין לא מחייב אותו ללכת. כשבית המשפט נמנע מלעשות כן הוא בסך הכול ממלא את תפקידו. הוא לא מתרחק מהמחוקק, ודאי לא מתחרה עימו, אלא נשאר במקומו ומבצע את תפקידו.

גם מבחינה מושגית, ניתן להטיל ספק בניסיונות להציג את הדיון החוקתי כדבר שיש להימנע ממנו. במערכת של ביקורת שיפוטית חוקתית, חוקים מגיעים לא פעם לפתחו של בית המשפט, והאחרון מכריע בשאלת חוקתיותם. הביקורת השיפוטית כשלעצמה היא לא עימות ולא חייבת להיות כזו. האם היא מעוררת מתח מסוים? ודאי, אבל היא גם תחילתו (או המשכו) של דיאלוג. בפני בית המשפט עומדת קשת רחבה של אפשרויות. בין המרכזיות שבהן ניתן למנות את יכולתו לאשר את חוקתיות החוק כפי שהוא; לשנות אותו בפרשנות (מבלי לגרור את תוצאת הלוואי הפוליטית של ביטול חקיקה); לאשר אותו תוך הפניית תשומת ליבו של המחוקק (באופן רך כהשעיה שיפוטית או באופן נוקשה יותר דרך התראת בטלות); או לקבוע שיש בו פגם חוקתי

¹⁹ עניין ארד-פנקס, לעיל ה"ש 1, פס' 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן.

²⁰ שם, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

²¹ "תמימת דעים אני עם חברי המשנה לנשיאה השופט ס' ג'ובראן ועם חברתי הנשיאה מ' נאור כי בשלב זה אל לנו לנהל 'מירוץ' מול המחוקק ויש לאפשר לו להשלים את הליך החקיקה בטרם נכריע בעתירה שבפנינו, ככל שהיא נוגעת לעותרים". שם, פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות.



“זמן פציעות: על גאווה ודעות קדומות”

שדינו בטלות, שפותח פתח לשימוש בסעדים מרוככים שונים (השעיית הכרזת הבטלות, עקרון ההפרדה, קריאה לתוך החוק).²² המחוקק ניצב בפני פסק הדין, קורא אותו ואת הנמקתו, ושוקל אם להגיב וכיצד. כל עוד בית המשפט לא פסל את שאלת התכלית (ובית המשפט, יש להזכיר, מעולם לא פסל אותה עד כה),²³ המחוקק יכול לחוקק דרך פסקת ההגבלה,²⁴ באמצעות בחירת אמצעים אחרים מאלו שננקטו בחוק המקורי, כדי להשיג את התכלית הרצויה בעיניו ולשמר את תפקידו כמכריע במדיניות.

לכן, ההימנעות השיפוטית מהכרעה (או בניסוחו המוכר של סאנסטין “ההכרעה שלא להכריע”)²⁵ בשאלה החוקתית לגופה אינה ברורה ואין בה כדי לקדם דיאלוג, אלא לדחות, שוב, את הקץ.²⁶ בענייננו לא מדובר במעין ניסיון עקרוני להימנע מהכרעה חוקתית,²⁷ שכן בית המשפט מצא לנכון להכריע בשאלת החוקתיות של הזיקה הגנטית. מנגד, יש להכיר בכך שבראייה רחבה, יש אלמנטים דיאלוגיים שעוברים כחוט השני לכל אורך פסק הדין. ההנמקה של כלל שופטי ההרכב, שהביעו כולם את דעתם בפסק הדין, היא שהטעם להשהיית ההליך בחצי שנה היא כבוד המחוקק, דיאלוג ויחסים מוסדיים רצויים ותקינים בין בית המשפט העליון לכנסת. לכך מצטרף השימוש הנרחב

²² למעשה, רק בשלושה מקרים שבהם בוטלה חקיקה בית המשפט קבע פסלות גורפת ומיידית: בג”ץ 1030/99 אורון נ’ יו”ר הכנסת, פ”ד נו(3) 640 (2002), עניין הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה”ש 3, ובש”פ 8823/07 פלוני נ’ מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2010).

²³ יש לדייק את האמירה שכן בעניין הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה”ש 3, הגם שהפסילה נעשתה פורמלית דרך מבחני המידתיות, הלכה למעשה היא שללה את יכולת המחוקק להגיב.

²⁴ במקרים חריגים שבהם הפסילה נעשתה דרך חוק-יסוד: חופש העיסוק גם דרך פסקת ההתגברות. ²⁵ CASS SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (1999). סנסטין הוא התומך המובהק ביותר במינימליזם שיפוטי, בהקשר החוקתי בפרט.

²⁶ ראו בהקשר רחב יותר את הטענה כי החלטה שלא להחליט היא מאפיין מובהק של המשפט החוקתי הישראלי. יהושע (שוקי) שגב “מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של “ההחלטה שלא להחליט” מאזני משפט ה 125 (התשס”ו).

²⁷ כאשר ככלל יש העדפה להימנע משאלה חוקתית ככל שניתן להכריע על-בסיס אחר. ראו למשל את פסק דינו של השופט חשין בבג”ץ 9098/01 גניס נ’ משרד הבינוי והשיכון, פ”ד נט(4) 241 (2004): “כפי שלמדנו ושנינו, עד שנדרש לטענת בטלותו של חוק, שומה עלינו, בראש ובראשונה, לפרש את החוק כלשונו וכתכליתו; להוסיף ולקבוע את תחומי פרישתו, ואגב פרשנות זו הוטל עלינו הנטל לעשות כמיטבנו ולנסות להשלים בין הוראות החוק לבין הוראות חוק היסוד”. השופט חשין הוסיף כי אם הפרשנות תוכל לרפא את הפגם (תחולה למפרע, באותו מקרה), אזי “אפשר ייתיר מאליו הדיון בנושא החוקתי”. שם, פס’ 15 לפסק דינו. ראו גם לאחרונה בבג”ץ 6494/14 גיני נ’ הרבנות הראשית, פס’ 20 לפסק דינו של השופט סולברג (6.6.2016). לדיון בדוקטרינה במשפט האמריקני בהקשר דיאלוגי ראו: Sanford G. Hooper, *Judicial Minimalism and the National Dialogue on Immigration: The Constitutional Avoidance Doctrine in Zadvidas v. Davis*, 59 WASH. & LEE L. REV. 975 (2002).



שנעשה בפסק הדין בהנחיה שיפוטית, כשגם הוא עטוף בגלימה דיאלוגית. לכן אולי, באיזון בין ה"מחד גיסא" ל"מאידך גיסא" ניתן היה לקבל את פסק הדין ביתר קלות, אך למרב הצער, הדבר נעשה (שוב) על גבם של העותרים. היבט זה מוביל למישור הבא של הדין, שהוא הצורך בגבולות לדיאלוג.

4. על דיאלוג (וגבולותיו)

מקריאת פסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן לבדו, כלומר מבלי להתעמק בפסקי הדין ובהחלטות הביניים של המקורות שמאזכרים להלן, שכמובן שופכים אור רב על התמונה הרחבה, מצטיירת התמונה הבאה: לאחר פסק הדין בעניין **משפחה חדשה**,²⁸ שבו השופט חשין נמנע מהתערבות שיפוטית וקרא למחוקק להסדיר את הסוגיה, לא התרחש דבר. בשנת 2010 הגישו בני הזוג ארד-פנקס עתירה, שנמחקה בהסכמה נוכח הקמת ועדת מור-יוסף.²⁹ השופטת חיות הוסיפה לתיאור כי גם הצעת החוק הממשלתית בעקבות ועדת מור-יוסף להרחבת מעגל הזכאים לפונדקאות נזנחה, "ומשלא הוחל לגביה דין הריצפות היא עברה מן העולם".³⁰ בשנת 2014 הוכרעה עתירה נוספת בעניין חוסר השוויון שגלום בחוק הפונדקאות (עניין **משה**), שנדחתה משום קיומן של יוזמות חקיקה.³¹ הליכי חקיקה אלו, כפי שציין המשנה לנשיאה ג'ובראן, לא הבשילו. אין גם כל טעם להאמין, הוסיפה הנשיאה נאור, שתוכנה של הצעת החוק ישונה כך שיגן על זכויותיהם של אבות גאים.³² האם במציאות זו ראוי לתת אמון אמיתי במחוקק בכל הנוגע לתיקון פוטנציאלי נוסף של חוק הפונדקאות שימנע את בעיית ההפליה האינהרנטית שגלומה בו? אומנם הליכים אלו הם רחבים מעניינם של זוגות גאים, אבל ההפליה נשמרת. המותב כולו, כל אחד מהשופטים בדרכו, הביע אכזבה גלויה מחוסר הנכונות החקיקתית להרחיב את מעגל הזכאים מכוח חוק הפונדקאות שנמשכת שנים ארוכות, מאז חקיקת החוק ולכל אורך שנות יישומו. כל אלו מצדיקים העלאת ספקות, לכל הפחות, בהחלטה השיפוטית לנצל דווקא את הפלטפורמה הנוכחית כדי להביע אמון במחוקק.

מעבר לחוסר אמון זה, יש לשוב ולהדגיש כי הדוקטרינה שעוסקת במעמד נורמטיבי להצעות חוק מצויה במרכזה של פרדיגמה דיאלוגית. הכתיבה הנורמטיבית

²⁸ לעיל ה"ש 12.

²⁹ לעיל ה"ש 18.

³⁰ עניין **ארד-פנקס**, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות.

³¹ לעיל ה"ש 13.

³² עניין **ארד-פנקס**, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה נאור.



“זמן פציעות: על גאווה ודעות קדומות”

העוסקת בדיאלוג המוסדי – הן זו התומכת והן זו הביקורתית – הולכת ומתגברת בשנים האחרונות, אך מעטים בלבד שואלים היכן גבולותיו, ומעטים עוד יותר מקרב התומכים בו עוסקים בשאלה זו. בולט בהקשר זה פרופ' קנת רואץ', שסובר שהפעלת סעדים מרוככים בתוך מסגרת דיאלוגית צריכה לתת משקל רב לא רק לשאלה המוסדית של היחסים בין בית המשפט העליון למחוקק, אלא גם לזכויותיהם של העותרים.³³ לכן קם הצורך, גם במסגרת יחסים מוסדיים שניתן לאפיין כדיאלוג, לעמוד על גבולותיו של הדיאלוג באמצעות מענה על השאלה היכן התכלית הדיאלוגית לא מתגשמת? לשיטתי, המקום שבו התכלית הדיאלוגית של איזון בין רובניות ומשילות פוליטית לבין הגנה על זכויות אדם אינה מתגשמת, היא כאשר מדובר בזכויותיה של קבוצת מיעוט נעדרת ייצוג.

כבר בשנת 1938 כתב השופט סטון (Stone) בפסק הדין המפורסם בעניין *Carolene Products*,³⁴ כי למחוקק עומדת חזקת חוקתיות, הכוללת חזקה שחקיקתו היא בהתאם לחוקה וכי היא נשענת על בסיס רציונלי. אולם, בהערת שוליים 4 המפורסמת באותו פסק דין, הוא ביקש לסייג זאת, כשהדגיש בלשון שנבחרה בקפידה, כי בית המשפט לא צריך כעת (בנסיבות אותו מקרה) לשקול מתי חזקת החוקתיות הזו תצומצם. בין היתר, “אין צורך לשקול כעת” אם חזקת החוקתיות תצומצם ותוביל לבחינה חוקתית קפדנית יותר, כאשר מדובר בפגיעה בתהליך הפוליטי, בנוגע לקבוצות מסוימות או בכלל עת מדובר בחקיקה המבוססת על דעה קדומה כנגד מיעוטים נבדלים ומבודדים (Discrete and Insular).³⁵ פיתוח ניכר של הטיעון, שקיבל לימים את השם “הגישה התהליכית”, הוצע בשנת 1980 המלומד ג'ון הארט איליי (Ely) בספרו

³³ Kent Roach, *Remedial consensus and Dialogue under the Charter: General Declarations and Delayed Declarations of Invalidity*, 35 U. BRIT. COLUM. L. REV. 211, 224–225 (2002). ראו גם אצל מרזל שהדגיש היבט זה עת דן בהשעיית הכרזת הבטלות: מרזל, השעיית הכרזת הבטלות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 83, 99.

³⁴ *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

³⁵ "It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation [...] Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious [...] or national [...] or racial minorities [...] whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry". שם, בעמ' 154.



Democracy and Distrust.³⁶ שם הספר משקף היטב את הטיעון שביסודו: יש לתת עדיפות להיבט הרובני של הדמוקרטיה כל עוד ניתן לסמוך על התהליך הדמוקרטי עצמו. לכן, ככלל הוא תמך בהנסגת-דעת (deference) וריסון שיפוטיים. אולם, הוא מצא כי ביקורת שיפוטית היא מוצדקת ולגיטימית ככל שמדובר על זכויות שבליבת התהליך הדמוקרטי (חופש הביטוי והאספה, חופש ההצבעה וכיוצא בזאת) או של מיעוטים נעדרי ייצוג.

ההגנה על אותם מיעוטים נעדרי ייצוג³⁷ ראויה להוות לא רק הצדקה להפעלת ביקורת שיפוטית, כפי שסברו סטון ואילי, אלא גם קו גבול עצמאי להתנהגות שיפוטית דיאלוגית, שהרי דיאלוג מבוסס יכולת תגובה בנוי על התנהגות מוסדית שהיא הדדית. בית המשפט נכון להחזיר סוגיות לפתחו של המחוקק – דרך דוקטרינות מרוככות או דרך סעדים מרוככים – ככל שיש בכוחו להאמין שהמחוקק ישוב וישקול עניינית את השאלה החוקתית שעל הפרק באשר לאותה קבוצה נפגעת. אם מלכתחילה אין מי שיהווה זרז לשקילה עניינית של הסוגיה בתוך הרשות המחוקקת, ותוך ידיעה שקבוצת הרוב לא נותנת לכך משקל,³⁸ מדוע על בית המשפט לתת בה אמון?

JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST (1980)

השאלה כיצד להגדיר "נעדרי ייצוג" מעלה מורכבות ניכרת בפני עצמה שחורגת מגדרי דיוני כאן.
ראו בהקשר זה כתיבה בולטת מתחום מדעי המדינה, בשאלה האם המחוקק יש מוטיבציה עצמאית כלשהי לשקול שיקולים חוקתיים. לטענה כי המחוקק מונע בעיקר ממוטיבציות פוליטיות, אלקטורליות ושיקולי מדיניות, ולרוב אינו שוקל שיקולים חוקתיים יש ביסוס נרחב, ראו Kevin R. den Dulk & J. Mitchell Pickerill, *Bridging the Lawmaking Process: Organized Interests, Court-Congress Interaction, and Church-State Relations*, 35 POLITY 419, 423 (2003) (להרחבה ראו גם את המחקרים בתחום התנהגות הקונגרס המאוזכרים שם). במחקר אחר, השניים הסבירו כי חברי הקונגרס לא מתנגדים בהכרח לשקילת שיקולים חוקתיים, אך לרוב הם אינם חשובים ודוחקים מספיק כדי להיות חלק מהפוליטיקה היומיומית ומהעיסוק במדיניות שמקבלים עדיפות בשגרת המחוקק. Kevin R. den Dulk & J. Mitchell Pickerill, *Organized Interests, Issue Definition, and Constitutional Deliberation in Congress* 9 (Annual Meeting for the American Political Science Association, August 2003). עוד ראו גם לאורך כל ספרו של פיקריל כיצד שזורה הטענה כי אין לצפות מהמחוקק שישקול שיקולים חוקתיים כדבר שבשגרה. J. MITCHELL PICKERILL, CONSTITUTIONAL DELIBERATION IN CONGRESS: THE IMPACT OF JUDICIAL REVIEW IN A SEPARATED SYSTEM (2004). אולם, פיקריל מכיר בכך שיש ויכוח ענף ומשמעותי בשאלה הזו. ראו שם, בעמ' 20–21. טיעון תועלתני בסוגיה מצוי בגישתה של ברברה סינגלר, לפיה כל עוד המחוקק מונע משיקולי קידום מדיניות טובה ולא רק משיקולים אלקטורליים ופוליטיים טהורים, הוא חייב לשקול שיקולים חוקתיים כחלק מתהליך החקיקה. Barbara Sinclair, *Can Congress be Trusted with the Constitution? The Effect of Incentives and Procedures*, in CONGRESS AND THE CONSTITUTION 293 (Neal Devins & Keith E. Whittington Eds., 2005). יש להוסיף כי דווקא בכתיבה הנורמטיבית-משפטית יש זרם של תמיכה בכך שהמחוקק יכול לשקול שיקולים חוקתיים ואכן עושה זאת, שבא לידי ביטוי

³⁶

³⁷

³⁸



“זמן פציעות: על גאווה ודעות קדומות”

האופן שבו ניתן מעמד להצעת החוק שעל הפרק בעניין ארד-פנקס מדגים זאת היטב. קבוצת הלהט"ב היא ממילא קבוצת מיעוט נעדרת ייצוג פרלמנטרי, והפגיעות הרבות בזכויותיה של הקבוצה, שנרפאו לרוב רק לאחר מאבקים משפטיים ממושכים, מדברות בעד עצמן. אין זה מקרי שבעניין הבית הפתוח משנת 2010³⁹ ובעניין ארד-פנקס עצמו,⁴⁰ קבוצת הלהט"ב כונתה “קבוצה חשודה”, היינו, קבוצה בעלת זהות מובחנת הטעונה הגנה בפני הפליה. גם במנותק מסערת האימוץ שהתחוללה לאחרונה ועודנה מתחוללת,⁴¹ בהקשר הספציפי של חוק הפונדקאות, הסדרים חקיקתיים שונים (והיעדרם של אחרים) מעידים שוב ושוב, במשך עשרים השנים האחרונות, על חוסר נכונותו של המחוקק להגן על זכויות הורים גאים. לשוב ולהעניק בכורה למחוקק, שפעם אחר פעם לא שעה לעצתו של בית המשפט להגן על זכויות אלו, נראה כמעשה שאין לו הצדקה של ממש. בדיוק כמו פרשת מבקשי המקלט בשני גלגוליה החוקתיים האחרונים,⁴² פסק הדין החלקי ממחיש כיצד הדיאלוג יכול להוות אצטלה לפגיעה בזכויות אדם.

מהי המשמעות המעשית של הדברים? ראשית, באופן רחב ועקרוני, כאשר בפני בית המשפט מונחת עתירה חוקתית של קבוצת מיעוט נעדרת ייצוג, יש להיזהר יותר בשימוש במנגנוני דיאלוג (כמובן ככל שהעתירה מגלה עילה חוקתית ופגיעה שאינה עומדת בפסקת ההגבלה). משמעות הדבר היא שלעיתים יש להעדיף בטלות על פני חלופות רכות יותר, כגון התראת בטלות והנחיה שיפוטית, ויש להעדיף בטלות מוחלטת

בכתבתם של טושנט ושל וולדרון *MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (1999); *JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT* (1999).

³⁹ ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים, פס' 53–57, 73 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 14.9.2010).

⁴⁰ עניין ארד-פנקס, לעיל ה"ש 1, פס' 28 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. הדברים נאמרו אגב הדיון בשאלת הזיקה הגנטית.

⁴¹ המדינה הגישה לבג"ץ תגובה רשמית לפיה יש למנוע מזוגות גאים (בין של גברים או בין של נשים) לאמץ ילדים, נוכח “המטען הנוסף” בעתירת המרכז הרפורמי לדת ומדינה ועמותת “אבות גאים”. הובהר שם כי עמדת המדינה היא כי ככלל אין לאפשר לזוגות חד-מיניים לאמץ ילדים “בשים לב למציאות בחברה הישראלית, והקושי שעלול להיות כרוך בכך ביחס לילד הנמסר האימוץ”. פס' 45 לתגובת המדינה מיום 11.7.2017 בבג"ץ 3217/16 המרכז הרפורמי לדת ומדינה – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים (תלוי ועומד). כפי שהובהר בהמשך, הדברים נשענים במידה רבה על עמדת הגורמים המקצועיים בשירות למען הילד, הרואים באימוץ על ידי זוג חד-מיני שקול להעמסת “מטען” נוסף על הילד שממילא “נושא תחושה של חריגות”. שם, פס' 72.

⁴² בג"ץ 7385/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.2015).



ומלאה על פני בטלות מושהית או חלקית⁴³ ואף לפסול את תכלית החקיקה, אם מתגלה הצדקה טובה לעשות כן.

בהקשר הפרטני של מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה, אני סבורה כי אם ככלל יש לשקול את הפגיעה בצדדים המתדיינים, יש לתת לה משקל גדול יותר עת מדובר בקבוצת מיעוט נעדרת ייצוג. הטעם הוא זהה לזה שהוצג קודם לכן: יש קושי להביע אמון במחוקק מתמהמה בסיטואציה שמלכתחילה מעוררת חוסר אמון. יש לשוב ולזכור, כי מתן מעמד נורמטיבי ליוזמות חקיקה, כפי שהכיר בכך במדויק השופט מלצר בפסק הדין,⁴⁴ הוא החריג. הכלל הוא כי על בית המשפט לפסוק על פי הדין הקיים. העובדה שמדובר בעניינה של קבוצת מיעוט נעדרת ייצוג אינה מובילה לכך שכללי המשחק יוטו לטובתה, אלא כי תהיה הקפדה יתרה על קיומם של כללי המשחק בעניינה.

5. סיכום

בהארה קצרה זו ביקשתי לטעון כי על אף העובדה, הראויה להערכה, שבית המשפט מצא לנכון להתמודד ישירות עם הצורך והרציות של מתן מעמד נורמטיבי להצעות חוק, הצעת החוק שבמקרה דנן לא הייתה יכולה להגשים את התכלית של קידום הדיאלוג החוקתי. לא זו אף זו, יישום הדוקטרינה במקרה זה מחדד את החשיבות של הצבת גבולות דיאלוג, בפרט מקום שבו מונח על הפרק עניינה של קבוצת מיעוט נעדרת ייצוג.

בנקודה זו, המבט הוא צופה פני עתיד. פסק הדין החלקי הותיר נושאים רבים פתוחים, ואת מה שפסק הדין החלקי לא השאיר, מהלך המציאות הפוליטי ודאי ישאיר. הדיון בחוקתיות הגדרת "הורים מיועדים", גם אם נדחה כבר מספר פעמים, הוא בלתי-נמנע, והוא ככל הנראה הדבר היחיד שניתן להצביע עליו כוודאי. קשה לאמוד ברמת הרצינות המחייבת שיש במקרה דנן הערכה לשינוי אמיתי בתוכן הצעת החוק באופן שיצדיק את הבחירה השיפוטית להימנע מהכרעה.⁴⁵ עד כה המחוקק לא ראה לנכון להגן

⁴³ אם כי בכפוף לבחינת הפגיעה בעותרים. מחקרם של דקלוס ורואך מראה כי יש מקרים (ובפרט מקרים של פגיעה בשוויון נוכח הכללת-חסר בחוק) שדווקא בטלות מובילה לפגיעה ניכרת בעותרים ואילו סעדים כדוגמת ביטול מילים פרטניות בחוק או קריאה לתוך החוק, משפרים את מצבם. ראו Nitya Duclos & Kent Roach, *Constitutional Remedies as "Constitutional Hints": A Comment on R. v. Schachter*, 36 MCGILL L. J. 1 (1991).

⁴⁴ עניין ארד-פנקס, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק דינו של השופט מלצר.

⁴⁵ ראו לעיל ה"ש 32 והטקסט הנלווה לה.



“זמן פציעות: על גאווה ודעות קדומות”

על הורות גאה, לא דרך חוק הפונדקאות, לא דרך אימוץ ולא בדרך אחרת. ניסיון העבר אינו מוביל לאופטימיות יתרה.

מהצד האחר, מספר היבטים כן נותרו פתוחים. ראשית, בפברואר 2018, המועד שבו עתידה להימסר ההודעה המעדכנת בדבר התקדמות בהליכי חקיקה, ההרכב יהיה שונה ברובו. המשנה לנשיאה רובינשטיין, המשנה לנשיאה ג'ובראן והנשיאה נאור – שלושם לא ישבו במושב מפאת פרישתם, היבט אותו הנשיאה מצאה לנכון לציין בפסק הדין.⁴⁶ שנית, ייתכן שאותן הארות בלתי-מחייבות של שופטי ההרכב – שמעמדן המחייב הוא בין “הרהורים בלבד” כפי שכתבה הנשיאה נאור לבין סוגיות שאם המחוקק לא ייקח לתשומת ליבו, בית המשפט ימצא לנכון להתערב, כפי שראה אותן המשנה לנשיאה ג'ובראן – ישפיעו באופן כלשהו על המחוקק.⁴⁷ שלישית ולבסוף, עולה השאלה אם פרק הזמן שיוקדש למדינה לעניין זה יהיה קצוב ותחום, כפי שהוצג, או שמא הפרקטיקה של ארכה על גבי ארכה, פרקטיקה שקנתה לה שביתה במחוזותינו, תבוא לידי ביטוי גם בפרשה הזו. אני סבורה שיש להיזהר מכך. גם בהיעדר דיון ביקורתי בעיתוי הצעת החוק ובשאלת הלגיטימיות של העיתוי הזה,⁴⁸ פסק הדין החלקי ממחיש כמה רב הכוח שדוקטרינה זו משאירה בידי המדינה. הקצבת תקופת זמן תחומה, שבמקרה דנן היא סבירה לגמרי מבחינת אורכה, מיועדת בין היתר למתן את הכוח האדיר הזה. היענות חוזרת לבקשות אורכה של המדינה עשויה להביא למקרים שבהם זכויות העותרים יירמסו, או למשך שנים רבות (כפי שהיה בעניין קרסיק⁴⁹ ובעניין קורן⁵⁰) או בשם הצעות חוק שכלל לא יבואו לעולם (כדוגמת עניין משה⁵¹), או גרוע מכך, בשם שילוב של השניים (כפי שארע בדנג'ין ברנר-קדיש⁵²). אף אחד מהמקרים הללו לא משקף תוצאה רצויה, לא מבחינה מוסדית ולא מבחינת העותרים. על כך יש

⁴⁶ שם, פס' 2 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

⁴⁷ שם, פס' 4 לפסק דינה של הנשיאה נאור ופס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן, בהתאמה.
⁴⁸ עיתוי שזכה גם הוא לביקורת של שופטי ההרכב. ראו שם, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה נאור ופס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות.
ראו לעיל ה"ש 3.

⁴⁹ בג"ץ 4557/01 קורן נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין (פורסם באר"ש, 9.9.2008). יש לשים לב לפער בן שבע השנים בין הגשת העתירה לבין פסק הדין, שכולו מוסבר בהליכים שונים לקידום החקיקה, עד שהבשילה. ראו שם (פורסמו באר"ש, החלטות מימים 3.3.2002, 20.11.2002, 20.11.2003, 3.4.2005, 23.5.2006, 19.2.2007, 6.8.2007, 27.1.2008 ו-31.7.2008). ראו גם עניין ארד-פנקס, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה נאור, שם היא מדגישה כי היא ערה לקושי זה.

⁵¹ ראו לעיל ה"ש 13.

⁵² דנג'ין 4252/00 שר הפנים נ' ברנר-קדיש (פורסם בנבו, 2.3.2008).



להוסיף כי לתחימת פרק זמן קצוב יתרונות נוספים: היא מגשימה את התכלית של קידום הדיאלוג החוקתי, ובו בזמן מפחיתה את כוחה של הפגיעה בעותרים; את חוסר הוודאות באשר לגורל ולתוכן הליך החקיקה; את הכוח הרב שמונח בידיה של המדינה בסיטואציה מעין זו; ואת זילות כבודו של בית המשפט שנאלץ להיענות פעם אחר פעם לבקשות אורכה מטעם המדינה.⁵³

מכל הטעמים הללו, אני סבורה שאין טעם להמתין יותר ממה שבית המשפט היה נכון להמתין עד כה. הגיעה העת להתמודדות שיפוטית עם הבעיה האמיתית שקיימת כאן – חוסר השוויון שבהגדרה הקיימת, שלא תשתנה בהצעת החוק. יש לשוב ולהזכיר את מה שעולה מפסק הדין עצמו: שבע שנים עברו מהעתירה הקודמת של בני הזוג, ובינתיים השנים נוקפות, גם מבחינה ציבורית וגם מבחינת עניינם האישי של העותרים, שחיהם עוברים בהמתנה.

⁵³ להרחבה ראו יוסף, לעיל ה"ש 4, בעמ' 310–312.