

העותרים:

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
3. שדולת הנשים בישראל
4. בזכות – המרכז לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלויות
5. האגודה למען הלהט"ב בישראל
6. המוקד להגנת הפרט
7. רופאים לזכויות אדם – ישראל
8. קו לעובד
9. המוקד לפליטים ולמהגרים
10. הקשת הדמוקרטית המזרחית
11. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
12. סיכוי-אופוק – לשוויון ושותפות
13. אגודת יהודי אתיופיה
14. איתך-מעכי – משפטניות למען צדק חברתי
15. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם
16. במקום – מתכננים למען זכויות תכנון
17. הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות
18. קול רבני לזכויות אדם
19. המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי
20. חדו"ש – לחופש דת ושוויון
21. יוזמות אברהם
22. אחותי – למען נשים בישראל
23. א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל
24. פרויקט גילה להעצמה טרנסית
25. היאס בישראל
26. פורום דו קיום בנגב
27. עיר עמים
28. מעברים לקשת הטרנסית
29. רוח נשית – עצמאות כלכלית לנשים נפגעות אלימות
30. גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע
31. אשה לאשה – מרכז פמיניסטי חיפה
32. נשים נגד אלימות
33. התנועה לחופש המידע
34. מחסום WATCH
35. כייאן – ארגון פמיניסטי

36. המרכז לקידום מעמד האישה ע"ש רות ועמנואל רקמן

37. הורים נגד מעצרי ילדים

38. פורום הדיור הציבורי

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ו/או עודד פלר ו/או טל חסין ו/או הגר שחטר  
ו/או אבנר פינצ'וק ו/או גדיר ניקולא ו/או דבי גילד-חיו ו/או עביר  
גיוראן ו/או משכית בנדל ו/או אן סוציו ו/או רוני פלי ו/או רעות  
שאער ו/או רע'דה עואד

**מהאגודה לזכויות האזרח בישראל**

נחלת בנימין 75 תל אביב 6515417

טל': 03-5608185 ; 052-8882910 ; פקס: 03-5608165

דוא"ל: [gil@acri.org.il](mailto:gil@acri.org.il)

- נגד -

**המשיבים:**

1. הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת, ירושלים

2. הממשלה

3. היועצת המשפטית לממשלה

באמצעות פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

### עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי חוק יסוד:  
השפיטה (תיקון מס' 3) – בטל.

## על העותרים בעתירה זו

### ובקשה בהסכמת משיבי המדינה לאיחוד העתירה עם בג"ץ 5658/23

1. עניינה של העתירה בתיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה (להלן: **התיקון**). בית המשפט מתבקש להורות על איחוד הדיון בעתירה זו יחד עם העתירות הנוספות שהוגשו בנושא התיקון, בג"ץ 5658/23 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, ושבע העתירות האחרות שכולן אוחדו.
2. העותרים מודעים להחלטת הנשיאה מיום 3.8.2023 להתלות את הדיון בשתי עתירות שהוגשו ביום 2.8.2023 מטעמן של שתי סיעות בכנסת בנושא התיקון, עד לאחר מתן פסק הדין (בג"ץ 5910/23 **ח"כ קארין אלהרר נ' הכנסת**; בג"ץ 5919/23 **סיעת העבודה נ' ממשלת ישראל**). העותרים סבורים, כי חרף החלטה זו דין בקשתם זו לאיחוד הדיון להתקבל וזאת מהטעמים שיפורטו להלן.
3. עתירה זו הינה **היחידה** שהוגשה מטעמם של ארגוני זכויות אדם בישראל. העותרים הם 38 ארגוני זכויות אדם, מהמובילים בישראל, שהתקבצו יחד, לראשונה, במסגרת עתירה זו. הם מייצגים קהילות וקבוצות שאינן מיוצגות על ידי העותרים האחרים, לרבות האזרחים הערבים הפלסטינים (ובכלל זאת הבדווים בנגב), נשים, להט"ב, יוצאי אתיופיה, מזרחים, אנשים עם מוגבלויות, פלסטינים בשטחים הכבושים ובירושלים המזרחית, מהגרי עבודה ומבקשי מקלט, ועוד. העותרים מייצגים קהילות שייפגעו מהתיקון ועתירתם זו היא פתחון פה עבורן.
4. במהלך העשורים האחרונים הרימו רבים מהארגונים העותרים תרומה משמעותית לפיתוח המשפט החוקתי ודיני זכויות האדם בישראל, והביאו בפני בית משפט נכבד זה רבות מן העתירות החשובות ביותר שנדונו בעניינים אלה. לצד זאת, רבים מן הארגונים עוסקים בייצוג משפטי שוטף של האוכלוסיות המוחלשות ביותר שנפגעות מהרשויות, לרבות מהחלטות ממשלה ומהחלטות שרים בלתי סבירות. התיקון משפיע, משום כך, על עבודתם ומשימתם של הארגונים העותרים להגן על זכויות האדם.
5. העתירה אינה חוזרת על טענות העותרים האחרים, ומקום בו יש דמיון לטענות אחרות הן נטענו בקצרה, ותוך הפניה לעתירות האחרות. **העתירה מתמקדת בפגיעה שתיגרם מהתיקון להיקף ההגנה על זכויות האדם**, בעוד שהעתירות האחרות כמעט שאינן עוסקות בנושא, אלא מתמקדות בפגמים בהליך החקיקה ובהשפעת התיקון על שלטון החוק ועל טוהר המידות.
6. בין היתר פורסת העתירה **תמונה ייחודית על האופן שבו התיקון יגרע מהיקף ההגנה על זכויות האדם**, וזאת על יסוד הניסיון הייחודי והעשיר של הארגונים. העותרים יצביעו על כך שהחלטה שלוקה בחוסר סבירות קיצונית מהווה בפני עצמה פגיעה בזכות לכבוד האדם. בנוסף, העתירה מנתחת את האופנים השונים והמגוונים שבהם התיקון יוביל לפגיעה מהותית בהיקף ההגנה על זכויות האדם, גם בהינתן עילות אחרות לביקורת על החלטות השלטון או מחדליו, שטרם בוטלו.
7. בחינת המשמעויות המעשיות שהתיקון יכול להוביל אליהן חיונית לצורך יישום מבחן הזיהוי בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, שכן יש בה להראות כי אין מדובר בסוגיה ההולמת חוק יסוד. היא אף נחוצה ליישום המבחנים שנקבעו לפי דוקטרינת החריגה מהסמכות

המכוננת (התיקון החוקתי הלא חוקתי), שכן היא מצביעה על עוצמת הפגיעה בעקרונות הליבה של המשטר הדמוקרטי.

8. בנוסף, העתירה פורסת תשתית נרחבת לגבי שאלת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד והתמודדות עם שחיקה דמוקרטית. העתירה אף כוללת הצעה לפיתוח דוקטרינות ההתערבות בחקיקת יסוד, אשר אינה מופיעה בעתירות אחרות. לעמדת העותרים, ומתוך הניסיון המעשי שצברו, אימוץ דוקטרינות מורכבות יותר נחוץ כדי להגן על זכויות האדם.

9. בנוגע להיבטים הדיוניים, יש להביא בחשבון, כי החוק התקבל בקריאה שלישית במליאת הכנסת ביום ב', 24.7.2023, וברשומות התפרסם ביום 27.7.2023. העותרים לא מיהרו לעתור, אלא פעלו בהתאם להלכתו של בית המשפט הנכבד בדבר חובת מיצוי ההליכים טרם הגשת עתירה חוקתית. זו מטילה חובה מקדמית לשטוח את הטענות בכתב בפני הרשויות, לשם מיקוד המחלוקת וצמצום גבולותיה טרם הגשת עתירה, גיבוש תשתית עובדתית ומשפטית שתאפשר לבית המשפט להפעיל את ביקורתו השיפוטית, ולמען כיבוד הדדי בין הרשויות (ראו, למשל: בג"ץ 2030/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר המשפטים, פסקה 15 (18.3.2020)). חובה זו חלה, כך נפסק בעניינם של כמה מהארגונים העותרים כאן (בג"ץ 5746/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (30.8.2020)).

10. משום כך, העותרים המתינו על מנת לברר מה יהיה הנוסח הסופי של התיקון לחוק, ביוזעם כי הליך החקיקה שנוי במחלוקת עזה, ומגיעים באשר לנוסחו התנהלו כל העת עד לסיום ההצבעה עליו. עם גיבוש הנוסח הסופי, הם פנו מיד באותו היום, 24.7.2023, ליועצת המשפטית לממשלה וליועצת המשפטי לכנסת במכתב מיצוי הליכים, ובו ביקשו, בין היתר, לקבל את פרשנותן לחוק בנוסחו הסופי.

11. ואולם, מיד לאחר קבלת החוק במליאה, ביום ב', 24.7.2023, בשעות אחר הצהריים הוגשה שורת העתירות הראשונות, ואליהן הצטרפו ביומיים שלאחר מכן הבאות. הראשונים שהגיעו אל המזכירות הם אלה שעתירותיהם תישמענה. העותרים, כאמור, פעלו כמצוות הדין, ורק לאחר קבלת מענה מאת המשיבים לפנייתם, החלו בגיבוש העתירה. היא מוגשת עתה, שבועיים בלבד לאחר שהתיקון התקבל. בית המשפט הנכבד מתבקש להביא בחשבון שהחלטה שלא לדון בעתירה רק בשל כך שהוגשה לאחר העתירות האחרות, מתגמלת עותרים על פי מידת המהירות בה הם מגישים את עתירתם, ולא על פי תרומתה הסגולית של העתירה לבירור המחלוקת, כמו עמידתה בדרישות הדין בדבר מיצוי הליכים.

12. בקשה זו הועברה מבעוד מועד לתגובתו של ב"כ משיבי הממשלה, עו"ד יונתן ברמן, אשר מסר: "לא מתנגדים לאיחוד הדיון אף בשים לב לכך שהעותרת פנתה בפניית מיצוי הליכים".

13. לאור האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לאחד את העתירה עם העתירות האחרות שנקבעו לדיון. לחלופין, ומשום העמדה הייחודית שבעתירה זו באשר להיבטים של זכויות אדם הנוגעים לתיקון, יתבקש בית המשפט הנכבד לצרף את העותרים כידידי בית המשפט להליך, ולאפשר להם להשמיע את עמדתם בפני ההרכב הדין בעתירות.

## תוכן העניינים

6.....	פתח דבר
8.....	חלק ראשון: הרקע לחקיקת התיקון
8.....	א. על ההפיכה המשטרית
9.....	ב. על חקיקת התיקון מושא העתירה
12.....	ג. חקיקה מהירה ורשלנית המייצרת חוסר וודאות משפטית
17.....	ד. הפניות למשיבים ומיצוי הליכים עובר להגשת העתירה
18.....	חלק שני: הפגיעה בזכויות האדם ובהיקף ההגנה עליהן
18.....	א. על הפגיעה בעצמאות מערכת המשפט ובאי תלותם של שופטים
20.....	ב. "למה? ככה!": אי סבירות קיצונית בקבלת החלטה כפגיעה עצמאית בזכות לכבוד האדם
21.....	ג. הפגיעה בהיקף ההגנה על זכויות האדם כתוצאה מהתיקון
22.....	(1) שחיקת החובה לשקול את הפגיעה בזכויות אדם במסגרת קבלת החלטה
24.....	(2) פגיעה בהיקף ההגנה על זכויות חוקתיות
26.....	(3) פגיעה בהיקף ההגנה על זכויות אדם שלא עוגנו בחוקי היסוד
31.....	(4) החלשה של ההגנה מפני פגיעה עקיפה בזכויות ויצירת אפקט מצנן על מימוש זכויות
31.....	(5) פגיעה בהיקף ההגנה על זכויות כתוצאה מאי הפעלת סמכות
33.....	(6) פגיעה ביכולת של שומרי הסף להגן על זכויות האדם
35.....	(7) הזיקה בין החלשת הפיקוח על מינויים להיקף ההגנה על זכויות האדם
38.....	חלק שלישי: התשתית הנורמטיבית הדרושה להכרעה
38.....	א. מבוא: החולשה המשטרית בישראל כרקע להפיכה המשטרית
38.....	ב. עקרונות הפרדת הרשויות: איזונים ובלמים, מניעת משטר סמכותני והגנה על הפרט
40.....	ג. הפרדת הרשויות הרעועה בישראל: הלכה ומעשה
42.....	ד. "הרוב קובע": חקיקת חוקי יסוד והסמכות המכוננת של הכנסת
45.....	ה. הדוקטרינות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד
46.....	ו. מאפייני החריגה מן הסמכות המכוננת: הגרעינים המינימליים שהפגיעה בהם אסורה
47.....	ז. היקף סמכות בית המשפט לבטל תיקון חוקתי מפאת חריגה מסמכות
48.....	ח. התמודדות הדוקטרינות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד עם שחיקה דמוקרטית
52.....	ט. דוקטרינות חלופיות לביקורת שיפוטית על תיקונים חוקתיים
52.....	(1) התיקון החוקתי הלא חוקתי – הפרה לא מידתית של ערכי הליבה
53.....	(2) שימוש לרעה בסמכות המכוננת – הרחבת מבחני הזיהוי
55.....	(3) שימוש בסמכות המכוננת בניגוד עניינים
56.....	חלק רביעי: ניתוח של התיקון לפי הדוקטרינות לפסילת תיקון חוקתי
56.....	א. התיקון חורג מהסמכות המכוננת (תיקון חוקתי לא חוקתי)
57.....	ב. התיקון חוקק תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת
59.....	סיכום

## פתח דבר

14. התיקון מושא העתירה הוא הראשון מתוך שורה של חוקים המהווים **הפיכה משטרית**, שאם לא ייפסלו שיטת המשפט תשנה את דמותה וצביונה. היא תעבור באחת למשטר שבו הפרדת רשויות חלשה, והממשלה שולטת גם בכנסת וגם במערכת המשפט. בשלב הראשון סמכויותיה יקוצצו, ובשלב השני עצמאותה תירמס. המשמעות – לממשלה יהיה כוח מוחלט לפעול ללא איזונים ובלמים בסיסיים, וזה יוביל בתורו לרמיסת זכויות אדם.
15. ההפיכה המשטרית מבוססת על שורה של רעות חולות במשטר הקיים תוך ניצול חולשתו: העובדה שבישראל טרם השכילו לסיים את מפעל החוקה ולהבטיח את המשטר הדמוקרטי; חולשת הכנסת מול הממשלה; והשליטה המוחלטת של רוב קואליציוני קטן בכל המפתחות לשינויי משטר מרחיקי לכת. לרשימת החולשות הללו, מנסים יוזמי ההפיכה להוסיף מגרעה אחת שעד כה לא הייתה קיימת בשיטה הישראלית: מערכת משפט חלשה, נטולת סמכויות, שאיננה עצמאית, כזו שמאבדת את יכולתה להגן על זכויות אדם.
16. רק בשל חולשת המשטר הקיים, קואליציה שזכתה בבחירות שנערכו ביום 1.11.2022 ב-48.38 אחוזים מקולות הבוחרים, שתורגמו ל-64 מנדטים, מסוגלת להוביל באופן חד צדדי לשינוי משטרי עמוק, שבכל משטר דמוקרטי אחר בעולם היה מחייב הסכמות רחבות בבית הנבחרים או משאל עם (על הרוב המיוחד הדרוש לשינויים משטריים בדמוקרטיה אחרות ראו: גבריאל בוקובזה, **הסדרים לתיקון חוקות** (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2023) (להלן: **הסדרים לתיקון חוקות**)).
17. מאות אלפי אזרחים ואזרחיות מוחים ברחובות כבר חודשים ארוכים, בהפגנות ענק שלא היו כמותן מאז קום המדינה, ומוכיחים שההתנגדות למהלך חוצה גבולות פוליטיים, ומאחדת אנשים שונים מכל רחבי הקשת ומכל שדרות החברה. השריר הדמוקרטי הופעל במלוא עוזו. סקרי דעת קהל מעידים על התנגדות רחבה בציבור להפיכה המשטרית. ואולם, הממשלה בשלה. היא אינה רק מתעלמת מהמחאה, היא מתעלמת מהאזהרות של מומחים בתחום המשפט, ובהם שופטים, פרקליטים ויועצים משפטיים בדימוס, אנשי מדעי המדינה וחתני פרס נובל, אנשי כלכלה, עסקים ותעשיית ההייטק, בכירים במערכת הביטחון, אנשי חינוך ומדעי החברה ואנשי רפואה. הממשלה אף דחתה מתווה חלופי שהציע נשיא המדינה, וזאת דקות לאחר פרסומו. אלא שהממשלה התעלמה מכל האזהרות והמחאות והעבירה בהליך מהיר וברוב הקואליציוני הצר את החלק הראשון בהפיכה. עתה הגיע זמנו של בית המשפט הגבוה לצדק לומר את דברו.
18. עניינה של העתירה בתיקון חוקתי שהוא, כאמור, חלק ראשון בתכנית רחבה יותר לריסוק הרשות השופטת ומערכת המשפט בכלל, עד כדי איון הביקורת השיפוטית על הממשלה ועל הכנסת.
19. התכנית לפגיעה במערכת המשפט ובעצמאות השפיטה כוללת מספר שינויים משטריים עמוקים. הממשלה ביקשה להעביר חלק ניכר מהם תחילה כמקשה אחת באמצעות שני תיקונים לחוק יסוד: השפיטה שקודמו במקביל. אולם, לאור ההתנגדות הציבורית הממשלה שינתה טקטיקה, ופיצלה את התכנית. המונח העממי המתאר זאת הוא **"שיטת הסלמי"**. הסלמי הוא הדמוקרטיה שנחתכת בפרוסות דקות, כל פעם שהסכין חודר הוא גודם רק פרוסה דקה, עד

שבלי משים לא נותר דבר מהסלמי. בשפה משפטית ניתן להשתמש במונח "שחיקה דמוקרטית".

20. **בשלב הראשון** התיקון מושא העתירה, מאפשר לממשלה ולשרים להפעיל סמכויות רבות ועוצמתיות, או לא להפעילן, תוך צמצום ניכר של הביקורת השיפוטית שניתן להפעיל על ההחלטות שקיבלו. תיקון זה נועד לאפשר לממשלה ולשרים לשבש את אחד מעקרונות היסוד של השיטה – **האיזונים והבלמים** שהם חלק בלתי נפרד מעקרון הפרדת הרשויות. באמצעות שיבוש זה יוכלו השרים לקבל החלטות שחורגות ממתחם הסבירות, החלטות שרירותיות, קיצוניות, שלא היו שורדות ביקורת שיפוטית עובר לחקיקת התיקון, וגם היו נבלמות בידי מערך הייעוץ המשפטי עוד קודם לכן. הנוסח שנבחר הוא קיצוני במיוחד שכן במקרים רבים המשמעות שלו היא פטור גורף לממשלה ולשרים מביקורת שיפוטית על אופן הפעלת הסמכות ואף על החלטות שהן בלתי סבירות באופן קיצוני.

21. בעתירות שכבר הוגשו הובלטו הנזקים האדירים של התיקון למאבק בטוהר המידות ועל איכות השלטון. העותרים, ארגוני זכויות האדם המייצגים שורה ארוכה של אוכלוסיות, יבקשו להדגיש בעתירה זו את הפגיעה הקשה בזכויות האדם, אשר הגנתן היא תנאי לשמירת האופי הליברלי של המשטר ולשלטון החוק.

22. **התיקון יוביל לפגיעה ממשית ונרחבת בהיקף ההגנה על זכויות האדם.** הפגיעה שתיגרם לזכויות היסוד לא תקבל בהכרח מענה מספק ללא עילת הסבירות. הנזק לזכויות האדם הוא משמעותי ביותר ומיידי.

23. כפי שיראו העותרים, התיקון הוא אף עמום ויוביל **לחוסר ודאות קיצוני** בקרב מתדיינים ובקרב השופטים בשאלת הסמכות. האופן הרשמי שבו קודם התיקון, בלי להביא בחשבון את השלכותיו, מחזק את הטענה כי מדובר בשימוש לרעה בסמכות המכוננת.

24. אין חולק, כי בכל שיטת משטר דמוקרטית מתעוררות שאלות בנוגע לשיטת ביזור הכוח בין רשויות השלטון, ולא כל שינוי מבנה הכוח השלטוני הוא פסול. אולם המקרה שלפנינו הוא במובהק הפיכה משטרית, שכן לאחר שתסתיים מלאכת החקיקה, ויעברו חוקי ההפיכה, ממשלה שתוצא לרמוס את כללי המשחק הדמוקרטיים, ובתוך כך את זכויות האדם, תוכל לעשות זאת גם ברוב רגיל וללא כל מגבלה.

25. לבית המשפט תפקיד מרכזי בבלימת ההפיכה המשטרית. ואולם, בית המשפט הנכבד פתח בזהירות יתרה חריץ צר ביותר, צר מדי, להתערבות בחוקי יסוד. הדוקטרינות שפותחו מבוססות על הנחות יסוד, שהממשלה והכנסת ניפצו לרסיסים. בית המשפט הניח שיעשה שימוש אחראי בסמכות המכוננת, ואין לכך אחיזה. בית המשפט הניח שהאופי הדמוקרטי של המשטר הוא עובדה מוגמרת, והנחה זו התרסקה. הסמכות המכוננת הפכה קרדום לחפור בו, כלי נוח ופשוט לרוב מזדמן לשנות את כללי המשחק המשטריים לטובת צבירת כוח קיצוני, שאם לא ירוסן, יוביל לשינוי עמוק באופייה של המדינה והפיכתה לדמוקרטיה שהיא לא יותר מקליפה ריקה.

26. כשאלה הם פני הדברים, על בית המשפט הנכבד לחדד את הדוקטרינות שנדונו בפסיקה ביחס להיקף הביקורת על תיקונים חוקתיים. את החריץ יש להרחיב ואת התיקון יש לפסול. העותרים יציעו מודל לדוקטרינה מתאימה יותר להתמודדות עם תיקונים חוקתיים שפוגעים באופי

הדמוקרטי של המשטר, גם אם הם מחולקים למספר פרוסות. האתגר של התמודדות עם שחיקה דמוקרטית בידי שלטון פופוליסטי אינו אופייני רק לישראל ובשנים האחרונות ניתן לראות את תוצאותיו במדינות שבעבר הלא רחוק היו דמוקרטיות ליברליות תוססות, ותוך שנים לא רבות ערכי הליבה שהלך רוקנו מתוכן, והשלטון השתלט על מערכת המשפט. האיום שישראל תלך בעקבותיהן הוא איום אמיתי.

## ואלה נימוקי העתירה:

### חלק ראשון: הרקע לחקיקת התיקון

#### א. על ההפיכה המשטרית

27. מאחר שהעותרים בעתירות הנוספות שכבר הוגשו נגד התיקון הרחיבו את היריעה על הליך החקיקה החריג, וגם ביקשו סעדים שהעותרים כאן אינם מבקשים ביחס להליך החקיקה, לא ראינו להרחיב בעניין זה, ולחזור על הדברים. השתלשלות האירועים תתואר אך בתמצית, כרקע נדרש להמשך הטיעון.

28. ערב הקמת הממשלה ה-37 נחתמו בין סיעת הליכוד לבין הסיעות האחרות המרכיבות אותה הסכמים קואליציוניים. כל ההסכמים, ללא יוצא מן הכלל, כללו התחייבות מפורשת כדלקמן: "הממשלה תפעל לקידומה של רפורמה להבטחת המשילות וחיזוק יכולת הממשלה לבצע את מדיניותה. כל סיעות הקואליציה יתמכו בכל הצעות החוק... כפי שיוצעו על ידי שר המשפטים ושיעסקו, בין היתר, בהסדרת מערכת היחסים שבין... הכנסת והממשלה לבין מערכת המשפט ובית המשפט העליון ובשיטת בחירת השופטים. כל זאת לשם השבת האיזון הראוי בין הרשויות... כל הצעות החוק שעניינן הנושאים הנזכרים בסעיף זה תקבלנה עדיפות מוחלטת ומלאה, בכל מקרה ונסיבות...". במסמך קווי היסוד של הממשלה נקבע: "הממשלה תנקוט בצעדים להבטחת המשילות ולהשבת האיזון הראוי בין הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת". הוראות שכאלה לא נכללו בהסכמים הקואליציוניים ובקווי היסוד של אף ממשלה בישראל מעולם.

29. בסמוך לאחר כינונה של הממשלה החלה הקואליציה לקדם את מה שכינה שר המשפטים, יריב לוי, "הרפורמה במערכת המשפט". ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן: **ועדת החוקה** או **הוועדה**), בראשות ח"כ שמחה רוטמן, התכנסה מיד לסדרה של ישיבות תחת הכותרת: "ציון במשפט תפדה – מחזירים את הצדק למערכת המשפט". "הרפורמה" כוללת שינויים רבים ומרחיקי לכת שמשמעותם הינה שינוי משטרי יסודי שיעניק כוח עצום לרשות המבצעת ויחליש את היכולת של הרשות השופטת לרסן את הכוח השלטוני. הביטוי המעשי של תכנית הממשלה להחלשת מערכת המשפט התבטאה בפרסום, טיוטה של תזכיר חוק ביום 11.1.2023 על ידי שר המשפטים, לוי: תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט).

30. הדיונים בנושא חוקי ההפיכה המשטרית החלו בוועדת החוקה כדיונים כלליים או דיונים בהצעות חוק מטעם יו"ר הוועדה, ח"כ רוטמן. משהבינו חברי הקואליציה שקידום תכנית שאפתנית כהצעת חוק ממשלתית מחייבת עבודת מטה ממושכת, נזנח ההליך המקובל לטובת קידום דורסני זרזי של חוקי ההפיכה המשטרית באמצעות יוזמות פרטיות של חברי כנסת



מהקואליציה, שנהפכו מכוח הרוב הקואליציוני, וחרף היעדרן של הסכמות רחבות, להצעות חוק "מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט". מבחינת הממשלה הייתה זו הדרך "להיפטר" מהצורך בהפעלת המנגנון הממשלתי.

31. בין יום 22.1.2023 לבין יום 5.3.2023 התקיימו עשרות ישיבות של ועדת החוקה, שבהם כביכול גיבשה הוועדה את הצעות החוק מטעמה בנושא שפיטות חוקי יסוד והוועדה לבחירת שופטים, ולאחר מכן לגבי פסקת ההתגברות ומגבלות על פסילת חוקים. כביכול – שכן לא הייתה כל התחשבות בעמדת נציגי האופוזיציה בוועדה, שהיו ניצבים במחזה שסופו ידוע מראש. מדובר בהצעת חוק מטעם הקואליציה בכסות של הצעת חוק מטעם הוועדה. הנוסח של הצעות אלו אושר ברוב הקואליציוני בוועדה וללא הסכמה רחבה בין חבריה.

32. ההצעות זכו לביקורת נוקבת. ביום 2.2.2023 פורסמה עמדת היועצת המשפטית לממשלה, שכללה את התייחסותה הכללית לטיוטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה, לרבות לסוגיית הסבירות מושא עתירה זו. בחוות דעתה ביקרה היועצת בצורה חד-משמעית את החקיקה המוצעת.

חוות דעת היועצת המשפטית לממשלה מיום 2.2.2023 בקישור :

[https://fs.knesset.gov.il/25/Committees/25\\_ci\\_bg\\_1731251.pdf](https://fs.knesset.gov.il/25/Committees/25_ci_bg_1731251.pdf)

33. הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות), עברה בקריאה ראשונה ביום 20.2.2023. הצעת חוק יסוד השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק), עברה בקריאה ראשונה ביום 13.3.2023.

34. בשל המחאה וההתנגדות למהלכיה, החליטה הממשלה בשלב ראשון להתמקד בשינוי הוועדה לבחירת שופטים. נוסח ההצעה קודם במהירות ובדורסנות בוועדת החוקה. לקראת סיום שלבי החקיקה הגיעה המחאה הציבורית לשיא. ביום 25.3.2023 קרא שר הביטחון, יואב גלנט, להקפיא את החקיקה. למחרת הודיע ראש הממשלה על פיטוריו מתפקידו. באותו ערב יצאו מאות אלפים לרחובות בכל רחבי המדינה להפגנות ספונטניות, שלא היה להן תקדים בתולדות המדינה. ההסתדרות השביתה את המשק, וחברות ועסקים רבים הצטרפו לשביתה. תוך כדי שהמדינה סוערת ובמשבר עמוק, ביום 27.3.2023 אישרה ועדת החוקה את הנוסח לקריאה שניה ושלישית, והצעת החוק נקבעה לדיון במליאה לאישורה הסופי.

35. ביום 27.3.2023 הכריע ראש הממשלה כי החקיקה תושהה, ובהמשך חזר בו מפיטוריו של שר הביטחון. הוחלט שהחקיקה תימשך רק כעבור מספר חודשים לצורך ניסיון להגיע להסכמות. עם זאת, הקואליציה לא הורידה את ההצעה מסדר היום, אלא הותירה אותה מוכנה לאישור המליאה, עד עצם היום הזה. הצעה זו יכולה להתאשר בפרק זמן של 24-48 שעות.

### **ב. על חקיקת התיקון מושא העתירה**

36. חלפו מספר חודשים והלחץ הפוליטי לקדם את החוקים להחלשת מערכת המשפט מצד חברי הקואליציה גבר. השיחות שנערכו בחסות הנשיא הופסקו לאחר שהקואליציה הפרה את התחייבותה לבחור את נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים, הסירה את שמותיהם של מועמדיה ביום הבחירות והחליטה להצביע נגד מועמדת האופוזיציה (שלבסוף נבחרה בהצבעה חשאית). הקואליציה החליטה לשנות אסטרטגיה. במקום חבילת תיקונים המקודמים בצוותא,

- חברי הקואליציה עברו לחיקוק של כל אחת מההצעות שהיו כלולות בתכנית המקורית בפרוסות. ביטול עילת הסבירות נבחר כפרוסה הראשונה.
37. קל להבין מדוע אסטרטגיה זו עדיפה על חברי הקואליציה. יש בה לשחוק את ההתנגדות הציבורית למהלכיה, להראות לאופוזיציה שהחוקים עוברים אחד אחרי השני, כדי שההתנגדות תיחלש, והיא מנמיכה את החשיפה לסנקציות משפטיות. אבל בסופו של דבר, כפי שניתן ללמוד ממדינות כמו הונגריה ופולין, היא משיגה את מטרתה.
38. העובדה כי זו האסטרטגיה אפילו לא מוכחשת על ידי חברי הקואליציה, שמתבטאים על כך בחופשיות, ומבטיחים כי כל חלקי התכנית יעברו אחד אחרי השני. כך למשל, השר לביטחון לאומי, איתמר בן גביר, ציין ביום 17.7.2023 בראיון כי החוק לצמצום עילת הסבירות הוא ה"ספתח" – "רק הסלטים שפותחים את התיאבון". שר האוצר, בצלאל סמוטריץ', ציין בישיבת סיעתו כי ישנה הסכמה בין כל ראשי הקואליציה שהשלב הבא בחקיקה צריך להיות השינוי בהרכב הוועדה לבחירת שופטים (דיווח של חדשות 12 מיום 18.7.2023).
39. בעתירות האחרות שמונחות בפני בית המשפט נפרסה תמונה נרחבת על הפגמים בהליך החקיקה, ולא נחזור על כך, אף שאנו שותפים לביקורת שהושמעה. כארגוני זכויות אדם, העותרים רגילים להתקבל ולהישמע בכבוד בוועדות הכנסת, ולתרום את תרומתם העניינית להליכי החקיקה, גם כשלא מסכימים עימם. מצב זה השתנה בכנסת זו בכלל, ובוועדת החוקה בפרט. כמה מוועדות הכנסת הפכו עבור נציגות ונציגי הארגונים העותרים, שהם לעיתים מזומנות נשות ואנשי המקצוע המובילים בתחומם, ובעלי ידע ייחודי, לזירה עוינת ולעיתים אף מתעמרת. כזו היא גם, שמא בעיקר, מנת חלקם של רבים מאנשי השירות הציבורי והיעוץ המשפטי לממשלה, ואף חלק מאנשי הייעוץ המשפטי לכנסת. הליכי החקיקה הפכו דורסניים, והשימוע הציבורי הוא מתנצח ולמראית עין בלבד. באווירה כזו אין פלא שהליכי החקיקה נפגמים.
40. בקיצור רב – ביום 25.6.2023 נתכנסה ועדת החוקה לדון בחלק מאותה תכנית גדולה שעניינו ביטול עילת הסבירות. לא חלף חודש מאז החלה בכך, ונוסף פרק חדש לחוקה בהתהוות של מדינת ישראל, השולל מבתי המשפט את הסמכות לדון בטענה של אי-סבירות המתייחסת לפועלם של הממשלה ושריה. בדרך לתוצאה קשה זו לא שעו מקדמי התיקון לאזהרותיהם של כל שומרי הסף. כבר עובר לדיון הראשון העביר הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה מסמך בו ציין כי לא נמצא במדינות העולם אח ורע לתיקון המוצע, והוצעו אלטרנטיבות פוגעניות פחות (האלטרנטיבות הללו לא אומצו). למסמך מיום 23.6.2023 מאת הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה ראו: [https://fs.knesset.gov.il/25/law/25\\_ls\\_bk\\_2749036.pdf](https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_ls_bk_2749036.pdf). בדיון הראשון שנערך הזהיר המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, עו"ד ד"ר גיל לימון, מפני "חור שחור נורמטיבי". דיונים נוספים נערכו בימים 27.6.2023, 3.7.2023 ו-4.7.2023, אז אישרה הוועדה את הצעת החוק לקריאה הראשונה. באישון ליל, בין ה-10.7.2023 לבין ה-11.7.2023, עברה הצעת החוק בקריאה ראשונה במליאת הכנסת.
41. מדי יום ביומו, בין 11.7.2023 לבין 13.7.2023, קיימה וועדת החוקה דיונים מרתונניים בהצעה להכנתה לקריאה השנייה והשלישית, וביום 16.7.2023 התקיים דיון נוסף. בדיון האחרון נוספה לנוסח ההצעה תוספת. תוספת זו לא באה על רקע הביקורת שהשמיעו מיטב המומחים למשפט מינהלי ומשפט חוקתי מפני ההצעה שנדונה עד עתה. השינוי בהצעה הופיע על רקע הידיעות

אודות כוונתו של יושב ראש האופוזיציה, ח"כ יאיר לפיד, לעתור נגד החלטתו של שר המשפטים שלא לכנס את הוועדה לבחירת שופטים. מקדמי ההפיכה הוסיפו לסיפא של הסעיף את המילים הבאות: "החלטה" – כל החלטה לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

42. ההחלטה להרחיב ולהתייחס במפורש לעניין המינויים הייתה גם בהשפעת הדאגה כי ח"כ אריה דרעי, יו"ר סיעת ש"ס, לא ישוב לכהן כשר, לאחר שבית המשפט הנכבד פסק שמינויו פסול בשל אי סבירות קיצונית ומניעות (בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (18.1.2023) (להלן: עניין שיינפלד)). בנוסף, היא נעשתה בהמשך ישיר לשורה ארוכה של התבטאויות של שרים וחברי כנסת מהקואליציה בעניין הצורך לפטר את היועצת המשפטית לממשלה, עו"ד גלי בהרב-מיארה, בשל התנגדותה לחלק מצעדי הממשלה, ובעת שברור כי לפיטורין כאלו, אם יתרחשו, תהיה השפעה ישירה על ההליכים הפליליים המתנהלים נגד ראש הממשלה בבית המשפט המחוזי בירושלים.

43. חברי הקואליציה קשרו בעצמם בין התיקון לבין פיטורי היועצת המשפטית לממשלה. כבר בסמוך לחידוש הדיון בהצעה בוועדת החוקה, שר התקשורת, ח"כ שלמה קרעי, הודיע כי הוא סבור שהיועצת המשפטית לממשלה צריכה "ללכת הביתה היום", והדבר היחידי שמונע תוצאה זו הוא קיומה של עילת הסבירות (ראו: "השר קרעי: אי אפשר לפטר את היועמ"שית כל כך מהר - בגלל עילת הסבירות" הארץ (28.6.2023)).

44. בין יום 17.9.2023 לבין יום 19.7.2023 נערכו שלוש ישיבות של הוועדה. שלושת הימים הללו הוקדשו לדחייתו של 27,676 הסתייגויות לחוק שהגישו חברי הכנסת. ביום 19.7.2023 בערב, ולמרות מחאותיהם של חברי כנסת מן האופוזיציה שהודיעו כי לא מוצו הדיונים בהצעה כלל ועיקר, אישרה הוועדה את ההצעה לקריאה שנייה ושלישית.

דף החקיקה באתר הכנסת, ובו נוסחי החוק וכל הפרוטוקולים לדיוני הוועדה:

<https://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestionssearch&lawitemid=2207472>

45. עד הרגע האחרון לפני ההצבעה נערכו דיונים בין הצדדים על הגעה להסכמה על נוסח מצומצם יותר של התיקון, שיגביל בעיקר התערבות במינויים של שרים, שקיבלו את אישור הכנסת. חלק מחבריה של האופוזיציה הצהירו גם בסמוך לחקיקת התיקון שהם בהחלט מוכנים להתפשר על נוסח צר יותר אם הממשלה תקפיד את המשך חקיקת החוקים להחלשת מערכת המשפט (ראו: אמיר אטינגר ויהודה שלזינגר "מתווה הנשיא לפשרה: לפיד הסכים לנוסח צמצום עילת הסבירות, פערים לגבי תקופת הקפאת החקיקה" ישראל היום (27.7.2023)). אלא שהקולות הקיצוניים בקואליציה גברו, וזו בחרה להמשיך ולכפות ברוב הקואליציוני הקטן שעומד לרשותה את הנוסח הקיצוני והלא מוסכם.

46. על ההצבעה הוטלה משמעת קואליציונית, וראש הממשלה איים על שרים כי אם יצביעו נגד החוק – יפוטרו. כתוצאה מכך, חלק מחברי הקואליציה שבבירור היו נגד התיקון חשו עצמם נאלצים להצביע בעדו.

47. ביום 24.7.2023 בשעות הצהריים עברה ההצעה במליאה בקריאה שנייה ושלישית. האופוזיציה החרימה את ההצבעה במחאה, והיא התקבלה ברוב רגיל של הקואליציה: 64 הצביעו בעדה

ואיש לא הצביע נגדה. לחוק יסוד: השפיטה נוסף סעיף 15(ד1), וזהו נוסחו כפי שפורסם ברשומות ביום 26.7.2023:

"על אף האמור בחוק יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לא ידון בעניין סבירות החלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר, ולא ייתן צו בעניין כאמור; בסעיף זה: "החלטה" – כל החלטה לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

48. מיד לאחר ההצבעה במליאת הכנסת, מיהר ראש הממשלה נתניהו לפרסם הצהרה מצולמת לציבור, בה אמר, בין השאר, כך: "בימים הקרובים, הקואליציה תפנה לאופוזיציה במטרה לקיים שיח בינינו. אנחנו מוכנים לדון על הכל ומיד, ולעשות את זה בסבב השיחות בפגרה ולהגיע להסכם כולל על הכל ואם צריך אנחנו נוסיף עוד זמן, עד סוף נובמבר. זה די והותר זמן להגיע להסכם על הכל" (ההדגשות אינן במקור) ("ראש הממשלה נתניהו בהצהרה: 'נמשיך לחתור להסכמות' ישראל היום (24.7.2023)). בראיון לרשת ABC מיום 27.7.2023 הסביר ראש הממשלה נתניהו שלאחר שהתיקון עבר, הוא יותר אופטימי לגבי האפשרות להגיע להסכמות בנושא זה עם האופוזיציה, משום שהאופוזיציה מבינה שאם היא לא תגיע להסכמות ניתן יהיה להתקדם בלעדיה (Morgan Winsor, "Israeli Prime Minister Benjamin Netanyahu speaks out on divisive judicial overhaul: 'It's a minor correction'" ABC NEWS (27.7.2023)).

49. התמונה המטרידה היא שהנוסח הקיצוני שהתקבל לא נולד מתוך עמדה שהתיקון הוא הנורמה המשטרית היציבה והרצויה למדינת ישראל, אלא כאמצעי להעביר מסר לאופוזיציה, שאם לא תתפשר, החקיקה תעבור במתכונתה הקיצונית והמלאה בכוחנות ותוך ניצול הרוב המקרי של מי שאוחזים כעת בהגה השלטון. כלומר – שינוי משטרי קיצוני ככלי במשא ומתן פוליטי, שמטרתו לאותת לאופוזיציה שאין לה באמת מנופי לחץ ביחס לתיקונים החוקתיים המתוכננים במסגרת ההפיכה המשטרית.

### ג. חקיקה מהירה ורשלנית המייצרת חוסר וודאות משפטית

50. לבהירותה של נורמה יש חשיבות מכרעת, הן בהגבלת הכוח השלטוני ומניעת ניצולו לרעה, הן בהגנה על זכויות אדם ומניעת פגיעה בהן (יואב דותן "עיקרון החוקיות – מהות והיסטוריה" ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת המינהלי א' 323 (2022)). עמימות פוגעת קשות בוודאות המשפטית וביכולת להפעיל את המשפט באופן שוויוני. התיקון, שעבר במהירות, לוקה בכך.

51. התיקון משלב בתוך סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, העוסק בבית המשפט העליון וכותרתו היא "בית המשפט העליון", תת סעיף השולל מכל מי שבידו סמכויות שיפוט – לא רק בית המשפט העליון – את הסמכות לדון בעניין "סבירות החלטה" של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר, ולתת צו "בעניין כאמור". עוד נקבע כי החלטה היא "כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות". לצד זאת, התיקון אינו כולל הגדרה המסבירה מה משמעות המונח "סבירות החלטה".

52. עמימות מכוונת זו מייצרת חוק סתום ותסבוכת שיפוטית. היא גורמת לחוסר ודאות בקרב המתדיינים והשופטים, ותגרום בהכרח למצבים שלא נלקחו בחשבון כלל במסגרת הליך

החקיקה. העיסוק בעילות הביקורת של בתי המשפט מתייחס למגוון רחב של מצבים, אך במקום חקיקה מפורטת, שכוללת הגדרות והתייחסות לריבוי המצבים, בחרה הכנסת, תוך שימוש פסול בסמכותה המכוננת, לקדם תיקון חוקתי עמום (על התנאים שעל חקיקה לקיים ראו: (Lon L. Fuller **The Morality of Law** (1965)).

53. ההחלטה לא להגדיר מה משמעות המונח "סבירות ההחלטה" בצירוף המונח "לא ידון", מייצרת חוסר ודאות בשאלה שאמורה להיות חד משמעית וודאית – שאלת הסמכות. זאת משום שעילת הסבירות היא פרי פיתוח שיפוטי של עשרות שנים.

54. הסבירות היא מופע של חובת הנאמנות של הרשות ושל עקרון החוקיות: הריבון הפקיד בידי הרשות את הסמכות לפעול ובתוכה מגולמת ההנחה כי זו תופעל באופן סביר, תוך פרשנות נכונה של החוק המסמך, ואם לא כן – שקול הדבר לחריגה מסמכות ולפעולה בניגוד לחובת הנאמנות שלה (יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** כרך ה' 3615-3547 (2020) (להלן: **זמיר**)). מקובל לראות את עילת הסבירות ככוללת שני מובנים שונים: סבירות ההחלטה לגופה, וסבירות הפעלת שיקול הדעת המינהלי. העילה הראשונה, אשר בוחנת את סבירות ההחלטה, ממוקדת בתוצאותיו של המעשה המינהלי, ואילו העילה השנייה בודקת אם נבחנו כל השיקולים הדרושים, ואם ניתן להם משקל ראוי (**זמיר**, שם).

55. לצד זאת, אין אבחנה ברורה בין עילת הסבירות לעילות אחרות לבחינת החלטות המנהל הציבורי, שנתפסות לעיתים כעילות עצמאיות ולעיתים כעילות שהן חלק מחובת הסבירות. כהלכה דינמית ומתפתחת יש גם מחלוקות בין שופטים לגבי היקף תחולתה המצוי (וזאת מעבר למחלוקות בעניין הרצוי). רק לאחרונה ציין השופט סולברג, כי גם ללא עילת הסבירות ניתן לטעון "על הימנעות משקילת שיקולים רלבנטיים", ואילו השופטת ברק-ארז סברה, באותו ענין, כי עילת הסבירות כוללת את "החובה לבחון באופן סדור את כלל השיקולים הנוגעים בדבר ולתת להם ביטוי ראוי" (ראו: המחלוקת בבג"ץ 3823/22 **נתניהו נ' היועצת המשפטית לממשלה** (17.7.2023)).

56. שלילתה הגורפת והעמומה של עילת הסבירות מייצרת פגיעה שאת היקפה לא ניתן לאמוד. התיקון העמום יוביל לכך ששופטים שונים בערכאות שונות, שדנים בביקורת על החלטות שרים, יצטרכו להחליט מה נכלל בעילת הסבירות ומה לא, וכפועל יוצא – מה בסמכותם ומה לא בסמכותם. שופט אחד עשוי לקבוע שטענה לאי שקילת כל השיקולים היא חלק מ"סבירות ההחלטה" ולכן הוא נעדר סמכות, ואילו שופט אחר ייקבע שאי שקילת כל השיקולים הרלוונטיים היא עילה נפרדת, ולכן יש בסמכותו לדון. הציבור ייקלע לעידן ממושך של חוסר ודאות. יכול להיווצר מצב שגורלם של שני מתדיינים עם טענות דומות יהיה שונה. עניינו של אחד ידון ושל שני – לא. הכל תלוי במותב. שנים עלולות לחלוף עד שתוחזר הודאות השיפוטית.

57. אכן, כשבית משפט בוחן את "סבירות ההחלטה" של שר הוא עשוי לבחון את ההליך שבמסגרתו היא התקבלה, על מרכיביו השונים (יואב דותן "שני מושגים של סבירות" **ספר שמגר** א' 417 (2003)); את התשתית העובדתית שעליה בוססה ההחלטה – למשל, האם הוכללו כל הנתונים השייכים לעניין, והוצאו נתונים שאינם שייכים לעניין (יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** ד' 3400 (2017)); האם לפורום מקבל ההחלטה "... נמסרו הנתונים באופן סביר... וניתנה לו הזדמנות נאותה לקבל החלטה סבירה" (בג"ץ 3975/95 **קניאל נ' ממשלת ישראל** פ"ד נג' (5) 459, 493 (1999)); האם ההחלטה עצמה סבירה, במובן זה שאינה מוליכה לתוצאה אבסורדית או בלתי

מתקבלת על הדעת (דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 723 (2010) (להלן: **ברק-ארז**)); האם הוקנה המשקל המתאים לשיקולים השונים ששימשו בהחלטה, שכן "עיוות מוחלט באיזון של שיקולים ראויים עשוי להוליך לתוצאות לא-פחות חמורות מאשר היזקקות לשיקול זר" (**שם**, בעמ' 725 - 726); האם נשקלו חריגים במקרים המתאימים; וכן האם ההחלטה התקבלה בזמן סביר.

58. מה לגבי שופט שמקבל עתירה שמבחינה מהותית עוסקת בסבירות החלטת שר, אך העותר לא מעלה על דף טענות של אי סבירות אלא עילות אחרות? למשל, המילה סבירות לא מופיעה בטקסט, אך נטען שההחלטה לא רציונאלית או לא הגיונית (השוו עם דברי השופטת וילנר בבג"ץ 8076/21 **ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך**, פסקה 52 (29.3.2022) (להלן: **עניין גולדרייך**)). האם השופט אמור להקדים ולבחון מבחינה מהותית את טיב הטיעונים עוד לפני שהוא **דן** בעתירה, רק כדי לגבש סמכות לדון בתיק? ובאיזו פרוצדורה?

59. ועוד דוגמה – שופט דן בעתירה שעוסקת במידתיות פגיעה בזכות שנובעת מהחלטת שר. במהלך ההליך מתברר מתשובת השר שהוא נתן בהחלטתו משקל מרכזי לשיקול שהתברר כשגוי (השוו למשל: בג"ץ 2964/18 **חוג ההורים פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון** (17.4.2018) (להלן: **עניין פורום המשפחות השכולות**)), שם סבר בטעות שר הביטחון כי הפלסטינים המבקשים רישיון כניסה לכנס זיכרון אלטרנטיבי הם קרובי משפחה של מי שהיו מעורבים בפעילות חבלנית, ולכן דחה את בקשתם לרישיון כניסה, אך לאחר מכן הבין שטעה, וכי אין ביניהם כאלה). במקרה זה במקום לחייב את השר לקבל החלטה חדשה, ולסיים את המחלוקת בסעד מינהלי פשוט, ידיו של השופט תהיינה קשורות, והוא יצטרך להכריע בתיק על בסיס עילת המידתיות. התיקון מעוות את מלאכת עשיית הצדק.

60. עוד נקודה שלא לובנה כראוי בשל המהירות שבה קודם התיקון היא היחס בין התיקון לבין סעדים אזרחיים שונים. סעיף 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה עוסק בצווים שמוסמך לתת בית המשפט הגבוה לצדק לרשויות השלטון באספקלריה של המשפט החוקתי והמינהלי. אלא שנוסח התיקון בסעיף 15(ד) שולל מכל הערכאות השיפוטיות את הסמכות לדון בסבירות ההחלטה של השרים או הממשלה, ולא רק לתת צווים.

61. המשמעות היא שערכאות אזרחיות יהיו מנועות מלדון בהליכים אזרחיים, הגם שהסעדים שמתבקשים בהם הם לא סעדים של צווי עשה או אל תעשה לשלטון, אלא פיצוי. למשל – עובד מדינה הודח בהדחה פוליטית על ידי השר. הוא פונה לבית הדין לעבודה לקבלת סעדים, ובין היתר מבסס את התביעה על כך שההחלטה הייתה בלתי סבירה באופן קיצוני. לבית הדין לעבודה תתעורר בעיית סמכות. חברה שנפגעה כלכלית מהחלטה לא סבירה של שר לשנות מדיניות בלי הוראות מעבר, תובעת פיצויים. לערכאה האזרחית שדנה בתביעה תתעורר בעיית סמכות. כלומר התיקון גורע באופן רשלני מסמכויות בתי המשפט בעולמות משפטיים אזרחיים, שכלל לא קשורים ליחסים בין רשויות השלטון, ושספק רב אם בכלל נלקחו בחשבון בעת הפעלת הסמכות המכוננת. לגריעה זו יכולה גם להיות השלכה ברורה על הזכות לקניין.

62. אי-התחימה של המונח "סבירות" הולכת יד ביד עם ההגדרה העמומה של המונח "החלטה". לכאורה מדובר דווקא בהגדרה מפורטת, אך בפועל התיקון משאיר אי ודאות גבוהה לגבי היקף הביקורת השיפוטית האפשרית על החלטות מסוגים שונים.

63. למשל, מה גורלה של תקנה שמתקין שר באישור ועדה בכנסת? החלטת הוועדה לא כפופה למגבלות של התיקון והחלטת השר כן. ייתכן ששופטים יפרשו שניתן לדון בסבירות התקנה שכן המילה האחרונה היא בסופו של דבר של הוועדה המאשרת, ומנגד יהיו שופטים שיגיזו שאין סמכות לדון, שכן מי שהחליט הוא השר. הדבר יוצר חוסר ודאות בנושא מרכזי – הביקורת על חקיקת משנה.
64. ומה לגבי אי הפעלת סמכות רשות שמוקנית לשרה בחקיקה? לכאורה לא ניתן לדון בכך יותר לפי התיקון. ברם, בהינתן קיומן של נסיבות מסוימות, סמכות רשות הופכת להיות סמכות חובה, ואי הפעלת סמכות חובה נדונה כשאלת סמכות ולא כשאלת סבירות (בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים** פ"ד לז(3) 29 (1983)). כיצד תבחן שופטת מחלוקת בין עותרת, שטוענת שמדובר בשאלת סמכות, ולכן יש סמכות לדון, לבין השרה, שטוענת שמדובר בשאלת סבירות, ולכן אין סמכות לדון? שאלת הסמכות אמורה להיות נדונה בהתחלת ההליך, אך במקרה כזה לא ניתן יהיה להכריע בשאלת הסמכות אלא רק בסיום ההליך.
65. שאלה דומה הועלתה בעתירות שהוגשו זה מקרוב נגד החלטת שר המשפטים שלא לכנס את הוועדה לבחירת שופטים. מצד אחד, הסמכות של השר לכנס את הוועדה היא סמכות שבשיקול דעת, ותלויה בהתקיימן של נסיבות מסוימות. מצד שני, אם ברור שהתקיימו אותן נסיבות (קם צורך למנות שופטים), הסמכות הופכת להיות סמכות חובה, ואז העילה להתערבות היא לא סבירות שיקול הדעת אלא חריגה מסמכות. איך ידע שופט האם הוא חורג מסמכותו, אם הוא מבקש לדון בעתירה כדי לבחון את הנסיבות, ולקבוע האם השר חרג מסמכותו?
66. התיקון, שלא נקבעו בו הוראות מעבר, מעלה שאלות אף לגבי תיקים רבים תלויים ועומדים, שבהם נטענו טענות בנוגע לסבירות החלטותיהם של שרים. מה, למשל, יעלה בגורלו של ערעור על פסק דינו של בית המשפט לענייני דיור ציבורי, או לגבי של החלטה של שר הפנים בענייני מעמד בישראל? האם בית המשפט העליון כערכאת הערעור יכול כלל לדון ב"סבירות ההחלטה", בלי שהדבר יתפרש כפעולה בחוסר סמכות? וכיצד מיישבים זאת מול זכות הערעור של המתדיין (לרבות השר שנקבע שהחלטתו בלתי סבירה), שעניינו נקלע לתוך הלימבו המשפטי?
67. ניתן לראות כי הקידום המהיר של התיקון הוביל ליצירת **אי ודאות בנושא שהודאות בו היא חיונית – סמכות בתי המשפט**. זאת בניגוד מוחלט לציפייה מתיקון חוקתי שאמור להיות יציב וכללי. כמו כן, ניתן לראות כי התיקון עוסק בנושא מורכב שמחייב התמודדות עם ריבוי מצבים, כניסה להגדרות מדויקות יותר, וכן הוראות מעבר. כתוצאה, מדובר בנושא שאינו משתלב במארג החוקתי, שהולם יותר חוק רגיל ומפורט ולא נורמה חוקתית (על אי עמידת התיקון במבחני הזיהוי נרחיב בהמשך). גם אם חלק מהנזק ניתן יהיה לתקן בפרשנות, ייקח שנים עד שהודאות המשפטית תוחזר, וכשמדובר בעצם הסמכות של בתי משפט וערכאות אחרות לדון, הנזק הוא כבד.

**ד. על "שיטת הסלמי": השתלבות התיקון בהפיכה המשטרית**

68. העתירה עוסקת, אם כן, בתיקון הראשון במסגרתה של תכנית כוללת להפיכה משטרית. בלתי אפשרי לנתק את התיקון משאר החוקים המיועדים לפגוע בעצמאות השיפוטית, בביקורת על מעשי הרשויות האחרות ובמערך האיזונים והבלמים. חקיקה זו הינה כמו שצינו חברי הממשלה, רק המתאבן, "בר הסלטים", שלפני המנה העיקרית – ההשתלטות על הוועדה לבחירת שופטים, פגיעה בעצמאות בית המשפט, צמצום היקף ההגנה על זכויות חוקתיות, פגיעה במעמד היועצים המשפטיים והפיכתם למינויים פוליטיים, ושינויים משטריים בנוגע לבחירות.
69. אמנם כמוסד, בית המשפט אינו דן אלא בעניין שלפניו, אולם זהו מקרה חריג. המשך החקיקה אינו רק בגדר ספקולציה. החוקים הללו כבר בשלבים מתקדמים ושרי הממשלה אינם מנסים אפילו להסתיר את כוונתם להתקדם בחקיקה, עם או בלי הסכמת האופוזיציה.
70. התיקון המאפשר לרוב האוחז בהגה השלטון להשתלט על בחירת השופטים על ידי שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים כבר מוכן להצבעה בקריאה שניה ושלישית, לאחר שוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת אישרה אותו. כלומר – נחוצות בין 24 ל-48 שעות כדי להעביר אותו ולהכניסו לספר החוקים. מדובר בהצעת חוק שיש בה שינוי משטרי עמוק שמבטא מעבר משיטה שקיימת במדינה מאז 1953, שבה שופטים נבחרים בהסכמה רחבה בין גורמים מקצועיים פוליטיים, לשיטה שבה בחירת השופטים וקידומם נעשית לפי רצון השלטון ומשיקולים פוליטיים, באופן הפוגע בצורה אנושה בהפרדת הרשויות, בעצמאות הרשות השופטת, באי תלותה, במקצועיות השופטים ובאמון הציבור. בית משפט שאינו בלתי תלוי ואינו עצמאי ופחות מקצועי לא יוכל למלא את תפקידו בתוך המערכת הדמוקרטית הבנויה מהפרדת רשויות, ובכלל זאת הוא לא יוכל למלא את ייעודו בהגנה על זכויות האדם וזכויות המיעוט.
71. תיקון נוסף שכבר עבר קריאה ראשונה יעניק כוח מוחלט לרוב פוליטי מזדמן לחוקק חוקי יסוד חדשים או לתקן חוקי יסוד קיימים, ללא כל מגבלה, תוך שלילת האפשרות של בית המשפט העליון לבחון את התיקון ולהכפיפו לביקורת שיפוטית. המשמעות היא מעבר משיטת משטר שבה הסמכות המכוננת מוגבלת בהתאם לעקרונות שהתווה בית המשפט הנכבד, ובית המשפט הוא זה שבוחן האם הכנסת חרגה מסמכותה או עשתה בה שימוש לרעה, לשיטה שבה אין כל הגבלה צורנית או מהותית על הפעלת הסמכות המכוננת, ואף אם יש אזי אין לבית המשפט סמכות לקבוע האם הייתה חריגה. לרוב הפוליטי האוחז בהגה השלטון יהיה כוח מוחלט ושליטה מוחלטת בחקיקת היסוד, שבאמצעותה יוכל לשלוט בכל כללי המשחק המשטריים, וברצותו – לרמוס את זכויות האזרחים ואת המשטר הדמוקרטי (ראו: הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות), אשר עברה בקריאה ראשונה ביום 20.2.2023).
72. תיקון נוסף, שאף הוא עבר בקריאה ראשונה, יוביל למעבר ממשטר, בו לבית המשפט סמכות אפקטיבית לביטול חוק שפוגע בזכויות חוקתיות לפי פסקת ההגבלה, למשטר שבו הכנסת כרשות מחוקקת היא כל יכולה, והביקורת השיפוטית על החקיקה היא על הנייר בלבד. זאת, בשל האפשרות לחסן חוק מביקורת שיפוטית מראש, בשל מגבלות בעניין ההרכב והרוב הדרוש, שאין להן אח ורע במדינות הדמוקרטיות שאנו רוצים להידמות להן, ומגבלות על ביטול חוקים על ידי בית המשפט. בנוסף, באותה הצעה נכללה פסקת ההתגברות, בה ניתן יהיה לעשות שימוש בתרחיש, שספק אם אי פעם יתממש, שבו בית המשפט יוכל להורות על בטלותו של חוק (ראו:



הצעת חוק יסוד השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק), אשר עברה בקריאה ראשונה ביום 13.3.2023.

73. **בהמשך**, מתכננת הממשלה צעדים נוספים במסגרת ההפיכה המשטרית, ובהם השתלטות על היועצים המשפטיים והפיכתם למשרות אמון, ביטול המעמד המחייב של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה וביטול הביקורת השיפוטית על פסילת מפלגות. צעדים אלו יעמיקו את ההפיכה המשטרית ויעניקו לשלטון כוח מוחלט ושלטון ללא מצרים, ויפגעו בצורה ניכרת בהליך הדמוקרטי.

#### **ה. הפניות למשיבים ומיצוי הליכים עובר להגשת העתירה**

74. במסגרת הליכי החקיקה הוצגו ניירות עמדה מטעם גורמים שונים, ובהם חלק מן העותרים כאן.

75. לאחר שנקבע הנוסח הסופי של החוק, ביום 24.7.2023, פנו ב"כ העותרים ליועצת המשפטית לממשלה, עו"ד גלי בהרב-מיארה, וליועצת המשפטית לכנסת, עו"ד שגית אפיק, במכתב מיצוי הליכים, וביקשו את התייחסותן לעיקר הטענות המשפטיות בנוגע לשימוש לרעה בסמכות המכוננת ולכך שהתיקון גורע מהמרכיבים המהותיים והיסודיים ביותר של הדמוקרטיה הישראלית. בפנייה זו עמדו ב"כ העותרים על הפגיעה שהתיקון יסב להיקף ההגנה על זכויות האדם. כמו כן התבקשה התייחסותן של היועצות המשפטיות לממשלה ולכנסת למשמעות הפרשנית של הביטוי "סבירות ההחלטה". גם העותר 2 פנה במכתב מיצוי הליכים ביום 1.8.2023 והעלה טענות בנוגע לפגמים בהליך החקיקה, היורדים לשורשו של עניין.

76. אלא שמיד עם אישור החקיקה בקריאה השלישית הוגשו העתירות ראשונות נגד התיקון, ולכן ביום 25.7.2023 השיבה היועצת המשפטית של הכנסת, כי משהוגשו העתירות תוגש עמדתה לבית המשפט. כמו כן טענה כי הפרשנות למונח סבירות ההחלטה נתונה ליועצת המשפטית לממשלה. ביום 6.8.2023 קיבל העותר 2 תשובה דומה מאת היועצת המשפטית לכנסת.

77. ביום 27.7.2023 השיבה גם היועצת המשפטית לממשלה, כי משהוגשו העתירות גם תשובת היועצת תימסר לבית המשפט. היועצת הוסיפה כי "למען הסר ספק, יובהר כי אנו רואים במכתבכם שבסמך משום קיום חובת מיצוי ההליכים כראוי".

העתק פניית ב"כ העותרים מיום 24.7.2023 מצורף ומסומן **ע/1**

העתק פניית העותר 2 מיום 1.8.2023 מצורף ומסומן **ע/2**

העתק מענה הכנסת לעותרים מיום 25.7.2023 מצורף ומסומן **ע/3**

העתק מענה הכנסת לעותר 2 מיום 6.8.2023 מצורף ומסומן **ע/4**

העתק מענה היועצת המשפטית לממשלה מיום 27.7.2023 מצורף ומסומן **ע/5**

## חלק שני: הפגיעה בזכויות האדם ובהיקף ההגנה עליהן

### א. על הפגיעה בעצמאות מערכת המשפט ובאי תלותם של שופטים

78. ההגנה על זכויות האדם היא תפקיד ראשון במעלה של בית המשפט. רק מערכת משפט עצמאית, בלתי תלויה ובעלת סמכויות לעשות כן יכולה למלא תפקיד זה:

"מרכיב מרכזי בכל משטר דמוקרטי הוא עצמאות שיפוטית. עצמאות זו היא חלק בלתי נפרד מהפרדת הרשויות, משלטון החוק ומזכויות האדם. עם זאת זהו מרכיב העומד על רגליו הוא. הוא חלק בלתי נפרד מכל הסדר חוקתי. ... אכן, גם בחוקותיהן של מדינות לא דמוקרטיות ניתן למצוא פרקים על זכויות אדם. הוראות אלה הן אות מתה, שכן אין מצויה רשות שיפוטית עצמאית אשר תפיח בהן רוח חיים. ... בלא עצמאות שיפוטית אין תקומה לדמוקרטיה ולערכיה" (אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 123-122 (2004)).

79. התיקון, הגורע מסמכויות בית המשפט ומקנה לממשלה ולחבריה אפשרויות לפעול בחוסר סבירות, פוגע בעצמאותם של השופטים ובאי תלותם וביכולתם למלא את תפקידם להגן על זכויות האדם. נפרט להלן.

80. לשר המשפטים סמכויות שונות בחוק לגבי מערכת המשפט. התיקון יפחית את היקף ההגנה האפשרי מפני התערבות בלתי סבירה באופן קיצוני של השר בעצמאות מערכת המשפט. כבר דובר בעתירות האחרות בעניין התיקון על כך שלשר סמכות לכנס את הוועדה לבחירת שופטים, וכי אי הפעלה של סמכות זו יכולה להוביל להחלשת מערכת המשפט, על ידי יצירת עומס כתוצאה מתקנים רבים שאינם מאוישים (סעיף 7 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ג-1984 (להלן: **חוק בתי המשפט**)). אך זו אינה הסמכות היחידה. למשל, לשר המשפטים גם סמכות למנות דיינים לבתי הדין לביקורת משמורת ולבתי הדין לעררים, אשר הוקמו מכוח סעיפים 13 ו-13א חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: **חוק הכניסה לישראל**). החלטתו לא למנות דיינים למחוז מסוים, או למתקן משמורת מסוים, יכולה לשתק את פעילות בית הדין באותו מקום, הגם שזה מהווה ערכאה ראשונה בנושאי מעמד והגירה רבים (להרחבה על כך ראו להלן הפרק העוסק בזיקה בין מינויים להגנה על זכויות אדם).

81. לשר גם סמכויות מרחיקות לכת ביחס להתנהלות בתי המשפט ולסדרי הדין. כך למשל, לשר סמכות להכריז על מצב חירום מיוחד בבתי המשפט ולשתק את פעילותם, בין היתר "מחמת חשש ממשי לפגיעה חמורה בבריאות הציבור או מחמת פגע טבע" (תקנות בתי המשפט ולשכות ההוצאה לפועל (סדרי דין במצב חירום מיוחד), התשנ"א-1991) ותקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין במצב חירום מיוחד), התשנ"א-1991). כוח זה מחייב ריסון. לדוגמה, אם השר יפעיל סמכותו להכריז על מצב חירום מיוחד במערכת המשפט ערב דיון גורלי שנוגע לממשלה, בתואנה שצפוי גל חום קיצוני, ובניגוד לעמדת המומחים, הביטול יפגע באפשרות לרסן את השימוש הפסול בסמכות. פגיעה בהיקף הביקורת על החלטות כאלו משמען פגיעה בעצמאות השיפוטית (השוו עם בג"ץ 2130/20 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים** (2.4.2020), שם נמחקה העתירה בעקבות הבטחה לתקן את החוק ולהסדיר את סמכותו הרחבה של השר, הבטחה שמעולם לא קוימה).

82. חוק בתי המשפט מעניק לשר המשפטים סמכות להתקין תקנות בכל הנוגע ליישום החוק. באמצעות שליטה בתקנות סדרי הדין יכול השר להתערב בצורה בלתי סבירה באופן קיצוני בפעילות בתי המשפט. למשל, הסמכות של בית המשפט העליון לתת סעד זמני בערעור על החלטות בתי המשפט לעניינים מינהליים מוסדרת בתקנה 145 לתקנות סדר הדין האזרחי, שמתקין שר המשפטים. תקנות אלו אינן מחייבות אישור ועדה מוועדות הכנסת (סעיף 108 לחוק בתי המשפט). נניח שנשיאת בית המשפט העליון קובעת מטעמי יעילות ואיכות מקצועית, ששופט מסוים, שצבר מומחיות, יטפל בערעורים מינהליים על החלטות בנושאי הגירה ומעמד, לרבות בקשות לסעדים זמניים לתקופת הערעור. החלטותיו של אותו שופט אינן נושאות חן בעיני הממשלה (בין משום שהן ליברליות מדי או שמרניות מדי, תלוי בממשלה ובתפיסתה). גורמים שונים מפעילים על שר המשפטים לחץ להתערב. הוא אינו יכול להתערב בזהות השופט שדן בערעורים אלו, אבל הוא יכול להתקין תיקון לתקנות סדר הדין, ולקבוע שבאותם נושאים בקשות לצווי ביניים יוכרעו על ידי הרכב, ולא על ידי דן יחיד, או שהבקשות ידונו על ידי השופט התורן. כך השר עלול להתערב בעצמאות השיפוטית, והיקף ההגנה מפני פגיעה כזו בעצמאות בית המשפט תיפגע בשל התיקון.
83. עוד פגיעה מהותית בעצמאות השופטים נעוצה בסעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה. סעיף זה מקנה לשר הממונה על ביצועו של חוק זכות ליטול לידי סמכות שהואצלה לעובד ציבור. למשל, לשר הפנים סמכות ליתן אשרות כניסה ורישיונות ישיבה בישראל לפי סעיף 2 לחוק הכניסה לישראל. השר האציל את סמכויותיו לעובדי ציבור ברשות האוכלוסין וההגירה. הוא גם יכול לקחת את אותה סמכות, ולהחליט לדון בעצמו בבקשות.
84. התיקון מעניק לשרים נקודת לחץ על בית המשפט שדן בסבירות החלטות של עובדי ציבור. השר יכול ליטול את הסמכות אם ההחלטה השיפוטית לא תהיה לשביעות רצונו. יש בכך לפגוע ולהטיל אימה על השופטים היושבים בדין. כיצד ינהג שופט הדין בביקורת על סבירות החלטת רשות האוכלוסין וההגירה בעניין שמעורר תשומת לב ציבורית, כאשר ברקע השר מאיים כי אם ההחלטה לא תהיה לשביעות רצונו הוא ייטול את הסמכות ויקבל את אותה ההחלטה בעצמו? (השוו עם רע"ם (ת"א) 26205-09-22 **Tikhomirova** נ' **רשות האוכלוסין וההגירה** (19.9.2022), מקרה בו בוטלה החלטת שרת הפנים לשנות את זהות הגורם המינהלי שמקבל החלטה בעניין כניסה לישראל, רק על מנת שהסמכות המקומית לדון בהחלטות תועבר מבית המשפט המחוזי בתל אביב לבית המשפט המחוזי בירושלים).
85. ניתן להזכיר לעניין זה את פרשת **ולנר**, שם מצא המשנה לנשיא ברק כי אפילו סעיף בהסכם קואליציוני שקובע כי כל פסיקה בעניין דת ומדינה תוביל לחקיקה "עוקפת בג"ץ" מהווה "איום מוסווה" על השופטים, איום הפוגע בעצמאותם ובאי תלותם, השקול לקיום דיון בכנסת בנושא התלוי ועומד בבית המשפט (בג"ץ 5364/94 **ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית פ"ד** מט(1) 758, 788 (1995) (להלן: **ענין ולנר**)). קל וחומר כאשר מדובר בדיון קונקרטי שברקע מרחף האיום שהשר ייטול את הסמכות, כדי "להתגבר" על הפסיקה.

**ב. "למה? ככה!": אי סבירות קיצונית בקבלת החלטה כפגיעה עצמאית בזכות לכבוד האדם**

86. העותרים מצטרפים לטענה שנשמעה גם בעתירות אחרות נגד התיקון, לפיה החובה של הרשות המינהלית, ובכלל זה השרים וראש הממשלה, לקבל החלטות סבירות, נובעת מחובת הנאמנות של השלטון לאזרח. השלטון קיבל את כוחו מהציבור כדי שיפעל עבורו בנאמנות, ובכלל זה בסבירות, בהגינות וללא הפליה.

87. לצד זאת, התיקון לא רק מונע מבית המשפט לבחון את השיקולים שנשקלו ואת המשקל שניתן להם. הוא גם מונע מבית המשפט לדון ולתת סעדים בגין החלטות בלתי סבירות באופן קיצוני, לרבות החלטות לא רציונאליות ומשפילות. לא כל החלטה לא סבירה פוגעת בכבוד האדם, אך כשאדם עומד מול אי סבירות קיצונית של השלטון, כבוד האדם שלו נפגע. זכותו החוקתית לכבוד האדם, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נרמסת. התיקון שולל סעד אפקטיבי ממי שנהגו כלפיו בחוסר סבירות קיצונית ולכן התיקון פוגע בזכות לכבוד. בהיעדר סעד אפקטיבי, אין משמעות לזכות.

88. אי סבירות קיצונית יכולה להתבטא בקבלת החלטה, שלא ניתן לתת לה כל צידוק רציונלי. אדם שיעמוד מול השלטון ויבקש לדעת מדוע זכות או אינטרס חשוב שלו לא קיבל מענה ענייני, ויקבל את התשובה: "ככה, כי אנחנו יכולים". האם זכותו של אדם במקרה זה לכבוד אינה נפגעת? התשובה לכך היא בחיוב, ולדברים תימוכין בפסיקה ובספרות.

89. למשל, בעניין **עדאלה** התייחסה לכך השופטת ברק-ארז כאשר קבעה שחקיקה שרירותית יכולה לעלות כדי פגיעה בכבוד האדם. וכדבריה: "עצם השרירות, קיומה של שררה הפועלת ללא גבול או מגבלה, עוד מבלי להידרש למושאייה, פוגע כשלעצמו בכבוד האדם ובאוטונומיה של הפרט" (בג"ץ 3390/16 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת**, פסקה 30 (8.7.2020) (להלן: **עניין עדאלה**)). השופט סולברג אף הוא ציין באותו עניין, כי "מצבים שבהם החקיקה היא שרירותית במובהק – במובן זה שהרציונל של החקיקה כפי שהוא מוצג על-ידי המחוקק עצמו הוא שרירותיות – עשויה גם היא ליפול בגדרי פגיעה בכבוד האדם. כאשר המחוקק מבקש להשיג מטרה ציבורית מסוימת (העשרת הקופה הציבורית למשל) באמצעות הטלת חובה או שלילת זכות של קבוצה אקראית, באופן שרירותי, יש בכך לכאורה משום פגיעה בכבוד האדם – תפיסת האדם כאמצעי לשם השגת מטרה, תוך התעלמות מוחלטת ומופגנת מזהותו ומאפייניו" (שם, בפסקה 161; וראו גם: מיטל פינטו "מדוע שרירותיות כשלעצמה מפלה, גם אם אינה קשורה לעילות חשודות" **עיוני משפט** 241 (2022)).

90. אי סבירות קיצונית יכולה להתבטא בקבלת החלטה מינהלית הרואה באדם אמצעי ולא תכלית, כמו למשל לצורך הרתעה של אחרים או ענישה קולקטיבית (דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" **עיוני משפט** כד 541, 546 (2009) (להלן: **סטטמן**)).

91. למשל, שר הבריאות מקפיא הקמת טיפות חלב ביישובים שבהם אחוז המתחסנים נגד חצבת הוא נמוך. דוגמה אחרת: שרת החינוך מחליטה להעניק שעות תגבור רק לבתי ספר שאחוז גבוה מבוגריהם לומדים בפקולטות למדעים מדויקים. דוגמה נוספת: שר השיכון מחליט להקים דירות של דיור ציבורי רק ביישובים שבהם גביית הארנונה מעל לשיעור מסוים. ועוד: שר התרבות והספורט קובע קריטריונים לסבסוד פעילות של קבוצות ספורט מקצועי שיש להן סיכוי להשתתף באולימפיאדה, על ידי מתן העדפה לקבוצות שהוכיחו הישגים בעבר, רובן ככולן

של גברים. בכל המקרים הללו מדובר במדיניות שאינה רק בלתי סבירה באופן קיצוני, אלא יש בה להפוך את הנפגעים לאמצעי, והדבר מנוגד לזכות לכבוד האדם.

92. החלטות בלתי רציונאליות, אבסורדיות וקיצוניות יכולות להיות בעלות היבט משפיל, הסותר את הגרעין היסודי של הזכות לכבוד האדם במובנה הצר. כאשר אזרח נתקל בשר ש"לא רואה אותו" בכלל, הזכויות או האינטרסים שלו שקופים בעיניו לחלוטין, ומתעלמים מהם בבוטות, יש בכך גם להשפילו, לפגוע בכבודו ולהוריד את ערכו (**סטטמן**, בעמ' 548). האזרח יחוש חסר אונים מול השלטון הדורסני. החלטות כאלו הן לא רק לא סבירות באופן קיצוני, הן פוגעות בליבת כבוד האדם, במובן הצר.

93. המשמעות הינה שעוד לפי שנפרט את הפגיעה הקשה של התיקון בהיקף ההגנה על זכויות האדם, הרי שהוא גורע בפני עצמו מן הזכות החוקתית לכבוד האדם, שכן הוא מתיר לממשלה ולשרים לקבל החלטות בלתי סבירות באופן קיצוני, ומחסן אותן מביקורת שיפוטית, אלא אם הן פוגעות בזכות חוקתית מסוימת אחרת.

### ג. הפגיעה בהיקף ההגנה על זכויות האדם כתוצאה מהתיקון

94. עילת הסבירות שימשה מראשית ימי המדינה בלם משמעותי למניעת פגיעה בזכויות האדם. בעניין **קול העם** לא מוזכרת המילה "סבירות" אפילו פעם אחת, אך במהות עסק בית המשפט באיזון בין שיקולים שונים שהפעיל שר הפנים – חופש הביטוי מצד אחד ושלוש הציבור וביטחון המדינה מצד שני. בית המשפט בחן את אופן הפעלת שיקול הדעת של השר מתוקף סמכותו לסגור עיתון וקבע כי השר לא הפעיל בצורה חוקית את סמכותו, שכן העדפת שלום הציבור על פני חופש הביטוי והעיתונות מחייב שהפגיעה בשלוש הציבור תהיה קרובה לוודאית (בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" נ' שר הפנים** פ"ד ז 871 (1953)).

95. בהליך החקיקה החפוז התמקדו רוב הדוברים בנוק הקשה שייגרם לשלטון החוק, לטוהר המידות ולאיכות השלטון, וכמעט ולא לובנו ההשלכות הקשות על היקף ההגנה על זכויות האדם, שהן חלק מעקרונות הליבה של המשטר הדמוקרטי. יוזמי החוק זלזלו בפגיעה בזכויות אדם, בטענה כי עילת הסבירות כלל אינה רלוונטית, שכן כאשר ישנה פגיעה ממילא עומדת לנפגע עילת המידתיות. העותרים מבקשים להציג תמונה מורכבת יותר.

96. אכן, מאז שנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חלק נכבד מההגנה על זכויות האדם נעשית באמצעות עילת המידתיות על כל חלקיה (הסמכה מפורשת בחוק, תכלית ראויה, ושלושת מבחני המידתיות). העותרים אינם מבקשים להציג מצג מעוות ולפיו אין עוד אפשרות להגן על זכויות האדם בישראל. יש מידתיות, ויש פרשנות, ויש תורת ההסדרים הראשוניים, ויש איסור על הפליה, וחובת ההגינות השלטונית, ואיסור לשקול שיקולים זרים וכללי הצדק הטבעי, וחובת הליך הוגן ועוד. לצד זאת, העותרים סבורים כי **התיקון פוגע משמעותית בהיקף ההגנה על זכויות האדם, והנזקים שייגרמו בעטיו הם לעיתים כבדים**. לעילת הסבירות חשיבות רבה בהגנה על זכויות אדם, שלא נס ליחה.

97. על מנת להבין את הקשרם של הדברים שיוצגו, נקדים ונאמר: הנזקים שיתוארו להלן, כאשר הם מצטרפים לנזקים שנגרמים לשלטון החוק, ולעקרון הפרדת הרשויות, במצטבר – מייצרים חריגה קיצונית מהסמכות המכוננת, שכבולה לאופי הדמוקרטי של המשטר. פגיעה קיצונית

באופיו הדמוקרטי-ליברלי של המשטר אינה יכולה להיות מושא לתיקון חוקתי, ולכן דין התיקון להיפסל.

98. ועוד נאמר בטרם נמנה את הנזקים: אי אפשר לראות את התיקון מושא עתירה זו במנותק מכל שאר החוקים האנטי דמוקרטיים המקודמים כעת כחלק מההפיכה המשטרית, ולכן גם **עילת המידתיות תחת מתקפה שאם תבשיל תוביל לפגיעה קיצונית בהיקף ההגנה על זכויות אדם**. כך, למשל, הצעות החוק שעברו קריאה ראשונה מבקשות לחסן חוקי יסוד לחלוטין מביקורת שיפוטית, וזאת כאשר בשנים האחרונות נעשה שימוש הולך וגובר בסמכות המכוננת של הכנסת כדי לשלול זכויות חוקתיות שכבר הוכרו. כך, למשל, חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי ביקש לשלול את הזכות לשוויון של האזרחים הערבים, ומיעוטים לאומיים אחרים, בכל הנוגע להגדרה עצמית, שפה ודיור (ראו: טענות העותרים, בהם העותרים 1 ו-2 כאן, המפורטות בבג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל** (8.7.2021) (להלן: עניין **חסון**), ואת פסק דינו של השופט קרא (בדעת מיעוט)). אם יתקבל התיקון, שכבר עבר בקריאה ראשונה, ששולל את הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד, בית המשפט יחוייב לדחות עתירות נגד חוקי יסוד פוגעניים על הסף.

99. בנוסף, הצעת החוק שכבר עברה בקריאה ראשונה מבקשת לגרוע מהיקף ההגנה על זכויות חוקתיות שכבר מוכרות, באמצעות דרישות סף שיקשו על פסילת חוקים שפוגעים בהן, או מאפשרים התגברות מראש או בדיעבד. אם התיקון יקודם היקף ההגנה על זכויות חוקתיות ייפגע בצורה קיצונית, וגם עילת המידתיות לא תושיע.

100. אין לעצום עיניים מול עוצמת המתקפה. התיקון מושא העתירה הינו חלק ממתקפה רבתי על זכויות האדם והאופי הדמוקרטי-ליברלי של המשטר. על רקע דברים אלה נעבור עתה לנזקים שייגרמו להיקף ההגנה על זכויות האדם בשל התיקון.

### (1) שחיקת החובה לשקול את הפגיעה בזכויות אדם במסגרת קבלת ההחלטה

101. עקרון יסודי של המשפט המינהלי הוא שעל הממשלה והשרים להפעיל סמכויותיהם לשם מימוש זכויות אדם ותוך הימנעות מפגיעה בלתי סבירה בהן (על כפיפות המינהל הציבורי לזכויות האדם ראו: ברוך ברכה "זכויות אדם חוקתיות והמשפט המנהלי" **ספר יצחק זמיר – על משפט, ממשל וחברה** 161 (2005) (להלן: **ברכה**); **ברק-ארז**, כרך א בעמ' 48, וכן כרך ב בעמ' 748; איל פלג **אתגר העוני של המשפט המנהלי** 464 (2013) (להלן: **פלג**)).

102. חובת הרשות המבצעת להגן על זכויות אדם נובעת מחובת הנאמנות של השלטון כלפי הציבור (ראו: דפנה ברק-ארז "נאמנות, אמון והגינות במשפט המינהלי" **חובות אמון בדין הישראלי** 169 (2016)). לכן, החלטה שמתקבלת ללא שניתן משקל לזכויות או למניעת פגיעה בזכויות איננה סבירה (**ברכה**, בעמ' 213).

103. התיקון אינו משנה את חובתה של הרשות המינהלית לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים ולתת להם משקל הולם. הפגיעה בזכויות האדם היא שיקול מרכזי שחובה לשקול אותו גם לאחר התיקון. אולם, ברור לחלוטין כי אם אין כל ביקורת על אופן הפעלת שיקול הדעת, חובה זו תיהפך פלסטר בידי שר או שרה שאינם מתעניינים בהשלכת החלטתם על זכויות האדם או עוינים לזכויות בהן הם עומדים לפגוע.

104. בנוסף לחובה לשקול פגיעה בזכויות אדם, שתיחלש משמעותית כתוצאה מהתיקון, גם החובה לשקול עקרונות משפטיים נוספים, שחיוניים לשמירה על זכויות אדם תיחלש בעקבות התיקון. כך, למשל, שקילת עקרון טובת הילד, שהוא עקרון יסוד בקבלת החלטות הנוגעות לקטינים (השוו: בג"ץ 3897/06 ווסר נ' שר הביטחון (9.5.2007)).

105. כיוון שהממשלה והשרים מקבלים אלפי החלטות במגוון נרחב ביותר של נושאים, ויש להחלטות אלו השלכות ניכרות על זכויות אדם, ברור שהביקורת השיפוטית, גם אם תמצא עילות חלופיות לבקר את הפגיעה בזכויות האדם, וכפי שנראה – לא תמיד יהיה זה המצב – אינה מספקת. רק חלק מזערי מאותן החלטות יובא לביקורת שיפוטית וחלק גדול מהחלטות כלל לא ייודע לציבור. ההחלטות יובאו לידיעת היועצים המשפטיים, אך האיום בכך שההחלטה שלא הביאה בחשבון את הפגיעה בזכויות האדם עלולה להיפסל בשל אי סבירות יהפוך איום סרק בשל התיקון (על כך נרחיב בפרק נפרד).

106. השפעות ניכרות על זכויות אדם לא קיימות רק בהחלטות פרטניות של השרים, אלא גם, ולעיתים במיוחד, בהחלטות מדיניות. כידוע, התערבות בתי המשפט במדיניות היא נדירה ביותר. אך גם בעת קביעת מדיניות חובה לבחון את צמצום הפגיעה בזכויות. למשל, כאשר שר מחליט לשנות את מדיניותו בנושא תקצוב תלמידי ישיבה, הוא נדרש לקחת בחשבון את הפגיעה בזכויותיהם. אם, למשל, הוא משנה את המדיניות ללא הוראות מעבר וזמן התארגנות, תוך פגיעה בהסתמכות על המדיניות הקיימת, מדובר בפגיעה שחורגת ממתחם הסבירות, והיא תיפסל (ראו: בג"ץ 5782/21 זילבר נ' שר האוצר (12.1.2022)).

107. דוגמה נוספת הינה החלטות הנוגעות לעבודת המשטרה. זה מקרוב החליטה הכנסת לתקן את פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, ולהסמיך את השר לביטחון לאומי לקבוע מדיניות בנושאים הנוגעים לעבודת המשטרה (חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג-2022). הסמכות של השר חלה גם על תחומים רגישים במיוחד הנוגעים לזכות לחירות, לחופש הביטוי ולשוויון, כמו מדיניות החקירות או ההתמודדות המשטרה עם מחאות והפגנות. התיקון העלה חששות רבים לפגיעה בעצמאות המשטרה ולהכנסת שיקולים פוליטיים לתחומים רגישים בעבודת המשטרה, תוך פגיעה באמון הציבור בהחלטותיה. נגד התיקון הוגשו עתירות, לרבות על ידי חלק מן העותרים כאן, והוצא בהן צו על תנאי (ראו: בג"ץ 8987/22 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (צו על תנאי מיום 18.6.2023)).

108. בעקבות התיקון השר יכול לקבוע מדיניות שפוגעת באופן קשה בזכות ההפגנה או בשוויון בפני החוק. למשל: מדיניות שמבקשת לתעדף חקירות מסוימות על פני אחרות, בניגוד מוחלט לנתונים המחייבים סדרי עדיפות שונים. בעקבות התיקון, היכולת לרסן את השר בעת שהוא קובע מדיניות היא נמוכה. השר לא יחוש חייב לתת משקל לפגיעה בזכויות האדם. ואכן, הדבר היה ברור גם ליועצת המשפטית לממשלה, שהחליטה להגן על החוק, אף על פי שסברה שהוא מעורר "קשיים מהותיים ביותר". בתגובתה לעתירה ציינה היועצת המשפטית לממשלה, כי החלטתה להגן על החוק מתבססת על כך שלא יקודמו תיקונים השוללים את הסמכות לבקר את החלטות השר:

"לצד האמור יובהר כבר בפתח הדברים: העמדה הפרשנית של היועצת המשפטית לממשלה ביחס לתיקון גובשה בהינתן המצב המשפטי הקיים בכללותו, על הערובות הנוספות המעוגנות במשטרנו להבטחת ההגנה על זכויות

היסוד ושלטון החוק, ובתוך כך, קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית על פעולות המינהל וחובתה של הרשות המינהלית לפעול בסבירות, בהתאם לכללי המשפט המינהלי, ובכלל זה בהתאם לפרשנותה המחייבת את הדין של היועצת המשפטית לממשלה והיועצים המשפטיים הפועלים בכפפות מקצועית אליה במשרד לביטחון הפנים ובמשטרת ישראל, עבור גורמי הרשות המבצעת, כל עוד לא קבע בית משפט מוסמך אחרת. שינוי בתמונה המשפטית הכוללת עלול להשליך על המסקנה האמורה בקשר לפרשנות המקיימת של התיקון, ולהצריך בחינה מחודשת" (סעיף 5 לתגובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה מיום 31.5.2023, שניתן לקרוא בקישור: [https://www.acri.org.il/post/\\_\\_882](https://www.acri.org.il/post/__882)).

109. הדברים מדברים בעד עצמם. האיזונים והבלמים הם חלק מהותי בחוקתיות חוקים הפוגעים בזכויות, ולפיכך סבורה היועצת המשפטית לממשלה שהענקת סמכויות נרחבות לשר לביטחון לאומי להתערב בעבודת המשטרה, תיבחן באופן שונה אם לא ניתן יהיה לבלום אותו ככל שיפעיל את סמכויותיו בחוסר סבירות.

110. הדברים נכונים גם לסמכויות אחרות, לא פחות רגישות, של הממשלה והשרים בתחומים נוספים. מכאן שהתיקון, גם לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, משנה את מערך האיזונים והבלמים באופן שמשליך על כלל הסמכויות השלטוניות הרגישות שהוענקו בחוקים שונים לשרים כשחזקה עליהם, כי קיים פיקוח על סבירות הפעלת הסמכות. הדברים נכונים באותה מידה לחוקים ישנים יותר, שבהם הוענקו לשרים סמכויות רגישות ומרחיקות לכת מתוך נקודת מוצא שיש ביקורת על הפעלת הסמכות. אם אין אפשרות לבלום שימוש לא סביר בסמכויות, הדיון בחוקתיות של חוקים נוספים יצטרך להיפתח ולהיבחן מחדש.

## (2) פגיעה בהיקף ההגנה על זכויות חוקתיות

111. ההגנה על זכויות חוקתיות לעולם לא מתבצעת במישור החוקתי בלבד. לא ניתן לנתק את הזיקה בין המישור החוקתי למישור המינהלי. החלטות מינהליות, לעיתים אפילו בירוקרטיות, יכולות להפוך את הזכות החוקתית לכותרת ריקה מתוכן, להגנה הצהרתית שלא מתממשת בעולם המעשה. ניתן לכתוב ספרים ודוחות על זכויות חוקתיות שמימושן נתקל בחומות בירוקרטיות של החלטות מינהליות (לדוגמה לספר כזה העוסק בזיקה של המשפט המינהלי למימוש הזכות לקיום בכבוד ראו: פלג; לספרות בעניין טכניקות בירוקרטיות לצמצום זכויות רווחה ראו: דפנה ברק-ארז **אזרח-נתיין-צרכן** 175-152 (2012); לדוגמה לדוח כזה על אודות הקשיים המוערמים בהליכי הסדרת מעמד ראו: יונתן ברמן **המבוך – הגירה, מעמד וזכויות אדם** האגודה לזכויות האזרח בישראל, המוקד לפליטים ומהגרים ורופאים לזכויות אדם (2015): <https://law.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2015/12/Hamavoch-internet.pdf>).

112. מה משמעותה של הזכות החוקתית לקיום בכבוד, אם אדם מנותק באופן מהיר ופשוט מזרם המים או מזרם החשמל? היקף ההגנה על הזכות לקיום בכבוד בהקשרים אלו נגזר ישירות מהחלטות מינהליות של הרגולטור, ולא פעם טעונו החלטות שר. כך, למשל, אי קביעת אמות מידה להגבלת זרם המים במשך תקופה ארוכה הובילה לעשרות אלפי ניתוקי מים מדי שנה. רק לאחר שהפעלת שיקול הדעת המינהלי נבחנה בהליך משפטי, עוגן לראשונה הליך ניתוק שבפועל הוביל לכך שהפסיקו לנתק צרכנים מזרם המים (ראו: בג"ץ 671/13 **מזרחי נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב**) (העתירה נמחקה ביום 2.4.2015 בעקבות אישורם של כללי תאגידי



מים וביוב (ניתוק אספקת מים או שירותי ביוב), תשע"ה-2015)). בדומה, החלטות מינהליות לא סבירות ביחס לניתוק צרכנים עניים וצרכנים שסובלים ממחלות שונות המחייבות מכשירים זוללי חשמל, כמו גם היעדר רגולציה הולמת בדבר ההליך שיתבצע לפני הניתוק, הובילו לניתוק של עשרות אלפי משפחות עניות בשנה מזרם החשמל. רק לאחר שאמות המידה נתקפו בבג"ץ הן שונו באופן שמגן על הזכות החוקתית לקיום בכבוד (ראו: בג"ץ 4988/19 **רוזנצווייג מויסה נ' הרשות לשירותים ציבוריים חשמל** (20.1.2022)).

113. כיוון שיש זיקה ברורה בין החלטות מינהליות לבין ההגנה על הזכויות החוקתיות, גם ההגנה המשפטית על הזכויות החוקתיות יכולה לא פעם לבוא לידי ביטוי במישור המינהלי (סבירות) ולא החוקתי (מידתיות). ביטול הסמכות לדון ולתת צווים בעניין הסבירות תוביל לגריעה מהיקף הסעדים שניתן לתת כדי להגן על זכויות האדם החוקתיות. כמו כן, היא עלולה להוביל דווקא לסעדים קיצוניים יותר בזירה החוקתית, מקום שניתן למנוע את הפגיעה באמצעות סעדים מהעולם המינהלי.

114. דוגמה לכך היא העתירה נגד הסמכת השב"כ לבצע מעקבי מגעים בתקופת הקורונה (בג"ץ 6732/20 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת** (1.3.2021) (להלן: **עניין איכוני השב"כ**)). במסגרת העתירה נתקפו הן החוק המסמיך את הממשלה להטיל על השב"כ לבצע מעקבי מגעים והן החלטות הממשלה מכוח החוק. בית המשפט פסק, שהסמכת השב"כ לביצוע מעקבי מגעים פוגעת בזכויות חוקתיות, ובמיוחד בזכות הפרטיות. אולם בסופו של דבר הסעד שניתן לא היה נגד החוק, אלא נגד החלטות הממשלה, ולא מכוח עילת המידתיות אלא מכוח עילת הסבירות. נפסק כי החלטות הממשלה פסולות שכן הן לא הביאו בחשבון את כל השיקולים, ובמיוחד את השינויים בתמונת המצב (העובדה שמערך החקירות האפידמיולוגי גדל משמעותית, שניתנים חיסונים, וכדומה); כי ההסמכה נותרה גורפת בלי קשר לנסיבות; וכן כי לא נקבעו אמות מידה להפעלת הסמכות.

115. אם כן, הסעד שניתן בסופו של דבר באותה עתירה היה סעד מינהלי. נפסק, שככל שהממשלה תבחר להמשיך להסתייע בשב"כ בהתאם לחוק, היא לא תוכל לעשות כן באופן גורף ויהיה עליה לגבש קריטריונים אובייקטיביים בכל הנוגע להיקף ההסתייעות בשב"כ, וכי בכל מקרה הסמכת השב"כ תצומצם רק לאותם מקרים שבהם החולה המאומת אינו משתף פעולה בחקירה האפידמיולוגית, או שלא מסר כלל דיווח על מגעים.

116. כתוצאה מהסעד נפסקו כעבור זמן קצר כליל מעקבי המגעים. הפגיעה בזכות החוקתית רוסנה, ובפועל – נמנעה לחלוטין – וכל זאת ללא שיהיה צורך להידרש לסעד קיצוני של בטלות החוק. אם התיקון היה עומד בתוקפו באותם ימים, ספק אם בית המשפט יכול היה לפעול בדרך זו, ובהיעדר אפשרות לבקר את סבירות החלטות הממשלה, הסעד היחיד האפשרי היה ביטול החוק או דחיית העתירה והמשך הפגיעה.

117. דוגמה נוספת, היא עתירתו של הסופר עלא חליחל לצאת מישראל ללבנון על מנת לקבל פרס ספרותי בפסטיבל ספרות שנערך שם. הזכות לצאת מישראל הינה זכות חוקתית המנויה במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכאזרח חליחל זכאי ליהנות ממנה. אלא שהנתב החוקתי שבו ביקש חליחל לצעוד נחסם בשל סעיף שמירת הדינים, שמנע תקיפת סעיף ישן שהעניק לשר הפנים סמכות למנוע יציאה למדינת אויב. באותו מקרה עמדת גורמי הביטחון היתה שאין מניעה פרטנית ליציאתו של חליחל, אך שר הפנים התעקש לשלול את זכותו

החוקתית בטענה שמדיניותו הכללית והגורפת היא לאפשר יציאה למדינת אויב רק במקרים הומניטאריים. בית המשפט התערב בהחלטת השר על בסיס טענות מינהליות. נפסק, שהשר הפעיל את סמכותו בחוסר סבירות, שכן לא שקל כראוי את העובדה שמדובר באירוע יוקרתי וחד פעמי עבור הסופר, שכאזרח ערבי הקוראים שלו באים מהעולם הערבי. ההחלטה בוטלה ונפסק שיש לאשר את יציאתו (בג"ץ 2390/10 **חליחל נ' שר הפנים** (23.5.2010)). גם במקרה זה עילת הסבירות שימשה בפועל להגנה על הזכות החוקתית.

### (3) פגיעה בהיקף ההגנה על זכויות אדם שלא עוגנו בחוקי היסוד

118. מבחינת ההגנה על זכויות אדם, עוד לפני התיקון, ויתר חוקי ההפיכה המשטרית שבצנרת, ישראל הייתה מצויה במעמד נחות ביחס לרוב הדמוקרטיים. מספר הזכויות החוקתיות המוכרות בה נמוך משמעותית מרוב הדמוקרטיים. זכויות בסיסיות כמו הזכות לשוויון ולחופש ביטוי, הזכות לחיי משפחה, כמו גם זכויות חברתיות שונות ובהן בריאות וחינוך מוכרות רק ברמה הפסיקתית (עמיחי כהן, גיא לוריא, נדיב מרדכי **ההתמקדות במודל בחירת השופטים: כשלים מתודולוגיים בדיון העכשווי 20** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2021)). מגמה זו של פיתוח זכויות האדם באמצעות הפסיקה נמצאת בנסיגה עוד טרם עברו חוקי ההפיכה (אדם שנער, גילה שטופלר וברק מדינה "מהבטחה לנסיגה? מיני-סימפוזיון על הנוף המשתנה של המשפט החוקתי הישראלי – מבוא" **ICON-S-IL Blog** (11.2.2021)). גם הזכויות שעוגנו בחוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם ניתנות לשינוי בקלות רבה וברוב רגיל.

119. הטענה שעילת המידתיות תגן על זכויות האדם, ולכן אין גריעה מהיקף ההגנה על זכויות האדם כתוצאה מביטול עילת הסבירות, רחוקה מלייצג את המציאות המשפטית כפי שהיא. ההגנה על זכויות אדם במשפט הפנימי של ישראל מחייבת כי זכויות אלו יקבלו הכרה בחוקי המדינה. זכויות שלא עוגנו במשפט הפנימי אינן מאבדות מתוקפן, אך היכולת לאכוף אותן היא חלשה יותר, ולכן, בפועל, מי שזכותו נפגעה לא יקבל את ההגנה הרצויה. נבהיר ונפרט.

### 120. ההגנה על זכויות הינה בחמישה מעגלים:

**במעגל הראשון מצויות הזכויות החוקתיות.** זכויות אלו שנכללו בחוקי היסוד זוכות להגנה הגבוהה ביותר. גם שינויי חקיקה אינם יכולים להוביל לפגיעה בהן בניגוד לפסקת ההגבלה. בין זכויות אלו מנויות הזכות לכבוד האדם, לקניין, לחירות, לחופש העיסוק, לפרטיות. חלק מהזכויות החוקתיות חלות רק על אזרחים ולא על כל אדם (כמו הזכות לבחור ולהיבחר, או הזכות להיכנס לישראל). תחולתן של חלק מהזכויות החוקתיות הוגבלה ביחס לדינים ישנים.

**במעגל השני מצויות זכויות שלא עוגנו במפורש בחוקי היסוד אך הפסיקה הכירה בהן באמצעות פרשנות כחלק מהזכויות החוקתיות.** זכויות אלו נהנות מהגנה גבוהה, אך ההגנה תלויה בכך שההלכות לא ישתנו (על הזכויות שהוכרו כחלק מהזכות לכבוד האדם באמצעות פרשנות ראו: מעין נייזנה, "זרקור: כבוד האדם לסוגיו בפסיקה הישראלית", **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית והות מגדרית** 289 (2016)).

זכויות אלו גם סובלות מחוסר ודאות. למשל – נקבע שהזכות לכבוד האדם כוללת גם את הזכות לקיום בכבוד, אך מדובר רק בפגיעה בזכות לקיום מינימאלי (בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר פ"ד** (3) 464 (2005)). השאלה מהו קיום מינימאלי היא דינמית ולכן קיים חוסר ודאות משפטית לגבי היקף ההגנה על פגיעה בזכות לקיום בכבוד.

כך גם לגבי הזכות החוקתית לשוויון, שהוכרה כחלק מהזכות לכבוד האדם, אך רק כאשר הפגיעה בשוויון פוגעת בכבוד, לפי מודל הביניים (בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת פ"ד סא(1) 619, 673 (2006)**). נפסק, שפגיעה בשוויון מחמת גזע, לאום, דת מין, נטייה מינית וכדומה היא פגיעה בזכות חוקתית לכבוד. אולם לא כל פגיעה בשוויון היא פגיעה חוקתית, והפליה מחמת טעם שאינו קשור לכבוד האדם לא תקבל את אותה הגנה חוקתית. חוק או החלטה שיפגעו במפורש בשוויון שמוגן רק ברמה המינהלית ולא החוקתית, ייתקלו בחסם גבוה יותר אם תתבקש פסילתם (על המחלוקת בעניין היקף ההגנה החוקתית של הזכות לשוויון, לעומת פגיעה בשוויון במישור המינהלי ראו גם את עניין **עדאלה**, והמחלוקת שם בין השופטים סולברג וברק-ארז).

**במעגל השלישי מצויות זכויות שקבועות בחקיקה רגילה.** אלו זכות להגנה פחותה מהזכויות החוקתיות, שכן הן כפופות לשינויי חקיקה. יש למשל חוקים שמעגנים זכויות בתחום הבריאות או החינוך, וכן חוקים המעניקים זכות לאי הפליה בעבודה, או במקומות ציבוריים מסויימים. חלק מהזכויות המעוגנות בחוקים רגילים חלות רק על אזרחים, ואינן חלות על כל אדם.

**במעגל הרביעי מצויות זכויות שקבועות בהוראות מינהליות שונות.** אלו הן זכויות שזכות להגנה חלשה, שכן ניתן לפגוע בהן בהחלטות מינהליות רגילות. כך, למשל, זכויות חברתיות רבות קבועות אך ורק בהחלטות ממשלה, נהלים, או חקיקת משנה. כל מערך הסיוע בדיוור, למשל, מעוגן בנהלים של משרד הבינוי והשיכון.

**במעגל החמישי מצויות זכויות שלא הוכרו כלל,** והענקתן תלויה בהחלטות מינהליות, בשיקול דעת נרחב, ולכן ניתן לפגוע בהן בקלות. בין אלו נמנות זכויות מסוימות של זרים בתחום הכניסה לישראל והמעמד בה (למשל, מקרים הומניטאריים שאינם מבוססים על פגיעה בזכויות מוגנות), זכויות חברתיות מסוימות של מי שאינם תושבים (למשל, זכות לשירותים סוציאליים), זכויות מסוימות של תושבים פלסטינים בשטחים (כמו, מעבר בישראל לצורך טיפול רפואי) ועוד.

121. בלי לטעת מסמרות לגבי כל מקרה ומקרה שעשוי להתעורר, עילת המידתיות, ככלל, עושה את פעולתה כאשר מתגבשת פגיעה בזכות חוקתית (של כל אדם, אף אם אינו אזרח או תושב). כלומר – עילת המידתיות טובה בעיקר לשני המעגלים הראשונים. זכויות במעגל השלישי, המנויות בחוק, ניתן לשלול בתיקון חוק רגיל, ואם אין חפיפה בין הזכות המנויה בחוק לבין אחת הזכויות החוקתיות – עילת המידתיות תהיה פחות אפקטיבית. זכויות במעגל הרביעי והחמישי תלויות לחלוטין בהפעלת ביקורת שיפוטית מינהלית שכן ככל שאין אפשרות להצביע על זכויות חוקתיות שנפגעות הן יתקשו להיכנס לטרקלין של השדה החוקתי. במקרים אלה עילת הסבירות היא חיונית.

122. כך, למשל, משבר האקלים אשר הפך נוכח בשנים האחרונות יותר מאי פעם, מחייב לנקוט צעדים להגנה על הסביבה, ובמשפט הבינלאומי הוכרה הזכות לסביבה ראויה. ואולם, זכות זו טרם הוכרה באופן ראוי במשפט הפנימי (ראו: יובל שני "הזכות לאיכות סביבה ראויה כזכות אדם במשפט הבינלאומי" **המשפט** ו 297 (2001); פסק דינה של השופטת ברק-ארז בעע"ם 683/13 **רשות שדות התעופה נ' טויטו** (3.9.2015)).

123. בהינתן שהזכות לסביבה ראויה טרם קיבלה הכרה מלאה כזכות חוקתית, החלטות השרים והממשלה בענייני סביבה נבחנות בכלים הרגילים של המשפט המינהלי, לרבות סבירות (ראו, למשל: בג"ץ 9409/05 אדם טבע ודין נ' הוועדה לתכנון ובניה של תשתיות לאומיות (13.10.2009); דנ"ס 4753/19 עיריית הרצליה נ' הוועדה לתכנון מתחמים מועדפים לדיור (6.5.2021)). התיקון פוגע ביכולת לבחון את צעדי הממשלה בענייני סביבה בכלל, ובפרט בעניין התמודדותה עם משבר האקלים, אשר לפי כל התחזיות יוביל לפגיעה חסרת תקדים בזכויות אדם, אשר ניצנה כבר נראים בעולם.
124. לא פעם עתירות מינהליות עוסקות בהחלטות בירוקרטיות של המשרד או של השר, ולא של השפעה גורלית על מימוש זכויות שלא זכו להכרה משפטית ראויה בדין הפנימי. כך, למשל, לשר הבינוי והשיכון סמכות לבטל באבחת החלטה אחת זכאות של משפחה מעוטת אמצעים, או אדם חסר בית, לדיור ציבורי או לסיוע בתשלום שכר דירה. השר מעניק את אותן זכויות, אך הן לא נתפסות כזכויות אלא כהטבות. ברצותו ייתן השר וברצותו ייקח.
125. הזכות לדיור הינה זכות אדם מבוססת וחשובה במשפט הבינלאומי והיא גם נכללת בחוקות של חלק מהמדינות. בישראל הזכות לדיור קיבלה הכרה חלקית ולא מספקת (ראו: אלון גילדין **דיור בר השגה במשפט** 177 (2018); גיל גן-מור "הזכות לדיור, הזכות לשוויון בדיור וקהילת הלבט"ב" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 537 (2016)). בהיעדר הגנה חוקתית מלאה לזכות לדיור, ובהיעדר חקיקה המעגנת את הזכות, ההגנה עליה נעשית בעיקר במישור המינהלי ובבחינת אופן הפעלת שיקול הדעת של שר הבינוי והשיכון. כך, למשל, אם השר מחליט לשלול מזכאיות מסוימות אפשרות לפנות לוועדת חריגים, או אם הוא מחליט שתושבי ישובים מסוימים אינם יכולים לממש את הזכאות לסיוע באותם ישובים, או שולל את האפשרות לקבל סיוע בשכר דירה ממי ששוכרת דירה מקרוב משפחה. האופן שבו ניתן לבחון האמנם השר אינו פוגע בזכויות הוא בעיקרו במישור הביקורת על סבירות הפעלת שיקול הדעת (ראו, למשל: עת"ס (י-ם) 1036-12-11 שריג נ' משרד הבינוי והשיכון (18.6.2013); עת"ס (ת"א) 47220-14-12 יאיר נ' משרד הבינוי והשיכון (4.8.2015); עת"ס (י-ם) 28198-12-12 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבינוי והשיכון (מיום 14.5.2023) (ערעור על פסק דין זה תלוי ועומד בפני בית המשפט הנכבד (עע"ס 5345/23)).
126. דוגמה נוספת היא עניינם של חסרי המעמד וחסרות המעמד בישראל. אמנם, בית המשפט הכיר בחובה להגן על שורה של זכויות האדם שלהם שעוגנו בחוקי היסוד (ראו, למשל: בג"ץ 4542/02 קו לעובד נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122 (2011); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(2) 717 (2013); בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.9.2014); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (11.8.2015); בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' הכנסת (23.4.2020); בג"ץ 6942/19 צ'באנו נ' שר הפנים (12.7.2023)), ודאי של בני משפחותיהם האזרחים והתושבים (ר' בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1 (2012)). ואולם, כל זאת תחת אזכור העיקרון, ולפיו אין לאדם זר, ככלל ולהוציא חריגים, זכות קנויה להיכנס לישראל ולרכוש בה מעמד.

127. ועם זאת, במקרים מסוימים, סירוב להקנות מעמד עלול להוביל לפגיעה בזכויות אדם של אותם מהגרים, והדין מכיר בכך (עע"ם 1038/08 **מדינת ישראל נ' געאביץ**, פסק דינה של הנשיאה ביניש (11.8.2009)). הסבירות היא שתעמוד לא פעם בלב הביקורת השיפוטית: "החלטת שר הפנים צריכה להתקבל בהליך מינהלי תקין, ועליה להיות חפה משיקולים לא ענייניים, משרירות ומפגיעה בעקרונות צדק טבעי. עליה להיות החלטה סבירה. בגדר דרישת הסבירות, על ההחלטה להתבסס על תשתית עובדתית ראויה, להישען על כלל השיקולים הרלוונטיים, ועליהם בלבד, ולהיקבע תוך איזון ראוי ביניהם במסגרת מיתחם הסבירות" (בג"ץ 7444/03 **דקה נ' שר הפנים**, פסקה 32 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (22.2.2010)).

128. זהו הדין החל, למשל, לעניין החלטות שר הפנים – הוא עצמו – בעניין מתן מעמד על פי המלצת הוועדה ההומניטארית, הפועלת מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב-2022 (ולפניו: חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003). הבקשות עוסקות במקרים של פלסטינים הרשומים כתושבי השטחים וחיים בישראל, לעיתים שנים רבות, ובעיקר של נשים פלסטיניות (אימהות לילדים, קורבנות אלימות במשפחה ואלמנות). יש בהחלטות להשפיע הן על זכויותיהם של המבקשות והן על זכויות חוקתיות של אזרחים ותושבים שהם בני משפחותיהן. החלטה שהתקבלה בחוסר סבירות קיצוני עלולה להוביל לגירוש, ולפגיעה קשה בזכויות אדם. משום כך, "שיקול-דעת מנהלי אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המנהלית להתחשב בהם בהחלטתה ייפסל בשל חוסר סבירות... החלטה מנהלית תוחזק, אפוא, כהחלטה סבירה אם היא תוצאה של איזון בין שיקולים שונים שהינם רלוונטיים לעניין, ואם ניתן לשיקולים אלה משקל הולם בנסיבות העניין. החלטתה של הרשות עשויה להיות פגומה, גם אם שקלה שיקולים ענייניים בלבד, אם האיזון הפנימי בין השיקולים היה מעוות" (בג"ץ 1905/03 **עכל נ' מדינת ישראל – שר הפנים**, פסקה 17 לפסק דינו של השופט פוגלמן (5.12.2010)).

129. גם שיהיו בירוקרטי בהכרעה בבקשה למתן מעמד – סוגיה המפרנסת, למרבה הצער, נתח אדיר מן ההתדיינות בעניינים אלה, וזכתה על ידי בית המשפט לכינוי המביש "מסע התשה ללא תוחלת" (בג"ץ 7139/02 **עבאס-בצה נ' שר הפנים**, פ"ד נז(3) 481, 489 (2003)) – ייבחן לאורה של הסבירות (ראו, למשל: בג"ץ 5315/02 **חתו נ' שר הפנים** (4.12.2002)). להתשה זו אחראי לא פעם שר הפנים בכבודו, שבכוחו להנחות בעניין טיפול והימנעות מטיפול בבקשות (ראו, למשל: בר"ם 7917/21 **ח'טיב נ' שר הפנים** (11.1.2022)).

130. גם זכויותיהם של מבקשי מקלט הנמצאים בישראל תלויות במידה רבה בביקורת על סבירות החלטות שר הפנים, שכן אף על פי שישראל חתמה על האמנה בדבר מעמדם של פליטים, ומוודיעה כי היא מקיימת את הוראותיה, חובותיה כלפי פליטים לא עוגנו בחוק הפנימי. הטיפול בבקשות מקלט, ובהיבטים נוספים של השהייה של מבקשי המקלט בישראל, מוסדר בנהלים ונתון לשיקול דעתו של שר הפנים.

131. להחלטות בעניין מקלט מדיני השלכות דרמטיות על זכויות האדם, וכתוצאה גם להיעדר החלטות. פעם אחר פעם נדרשו בתי המשפט לשיהוי הקיצוני והבלתי סביר בבחינת בקשות מקלט של אזרחי סודן. אין מדובר בהליכים משפטיים פרטניים, המצריכים בחינת עניינו של מאן דהוא ועמידתו שלו בתנאי הזכאות ליהנות מזכויותיו של פליט, אלא במדיניות כוללת ובלתי סבירה, הנוגעת לאלפים, שלא להכריע משך שנים בבקשות המקלט שלהם כלל. הכרעות

בעניין זה ניתנות על בסיס בחינת סבירות השיהוי (ראו, למשל: בג"ץ 4630/17 **Tagal נ' שר הפנים** (25.4.2021)).

132. שר הפנים מעורב גם בקביעת הכללים בסוגיית השבת מעמדם של התושבים הפלסטינים של ירושלים המזרחית, אשר חשופים לשלילת תושבותם עם העתקת המגורים, לעתים באופן זמני, מחוץ לגבולותיה של ישראל, או בשל רכישת אזרחות או תושבות במדינה אחרת. מדיניות שלילת התושבות פוגעת באופן אנוש, גזעני ומפלה באוכלוסיה ילידית ומוגנת, ובין קורבנותיה הרבים נשים, ילדים וקשישים. בעקבות הליכים משפטיים נקבעו בעניין השבת התושבות כללים על ידי שר הפנים בעצמו, ואלה חלים עד היום, וניתנים לשינוי על פי שיקול דעתו של השר (ראו: תצהירו שר הפנים נתן שרנסקי במענה לבג"ץ 2227/98 **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' שר הפנים** (15.3.2000): <https://hamoked.org.il/items/3055.pdf>).

133. הממשלה היא זו אשר קיבלה החלטה בעניינם של פלסטינים חסרי מעמד, המתגוררים בשטח המוניציפאלי של ירושלים, וגדר ההפרדה כלאה אותם בתוך העיר, והנחתה בעניין את משרד הפנים ואת המפקד הצבאי (ראו: החלטת הממשלה 2942 "היתרי שהייה זמניים לתושבי אי"ש השוהים במזרח ירושלים תקופה ממושכת ללא אשרה כדן (28.10.2007)). החלטה זו – שהממשלה יכולה לשנותה – נבחנת, בין היתר, על יסוד סבירות (ראו, למשל: בג"ץ 2386/11 **צלחה נ' מנהל הלשכה האזורית למינהל אוכלוסין** (14.12.2017)).

134. גם הזכויות של הפלסטינים, החיים תחת משטר צבאי ישראלי, אינן זוכות להגנה חוקתית, הגם שעל פי המשפט הבינלאומי זכאים הפלסטינים לזכויות המוקנות למוגנים תחת כיבוש. ברגיל, יטען הטוען, כי החלטות הנוגעות לפלסטינים מן הגדה המערבית ומרצועת עזה הינן החלטות של המפקד הצבאי. ואולם, בפועל, החלטות רבות הן החלטות הממשלה, ועדות שרים ושר הביטחון (וכיום גם יציר חדש של הממשלה ה-37: השר במשרד הביטחון). החלטות אלה כפופות לסבירות.

135. כך, למשל, החלטות הנוגעות לתעסוקת עובדים פלסטינים בישראל (ראו, לדוגמה: החלטה ב/1 של ועדת השרים לענייני ביטחון בעניין תנאי עבודתם של עובדים פלסטינים בישראל (8.10.1970); וכן החלטת הממשלה 2174 "הגדלת היקפי התעסוקה של עובדים פלסטינים בישראל מאזור יהודה ושומרון, ייעול אופן הקצאת היתרי עבודה והבטחת תנאי העסקה הוגנים לעובדים פלסטינים" (18.12.2016)).

136. כך גם החלטות על כניסתם של פלסטינים לישראל אשר מתקבלות לא פעם על ידי שר הביטחון בעצמו (ר' עניין **פורום המשפחות השכולות**). גם בקשות של תושבי רצועת עזה להיכנס לישראל לצורך מעבר לגדה המערבית על מנת לקבל טיפול רפואי מוכרעות לעתים על ידי שר הביטחון. כתוצאה ממערכת הבריאות הירודה ברצועה, טיפולים מסוימים אינם זמינים בה. לתושבי הרצועה אין זכות קנויה להיכנס לישראל לצורך מעבר לגדה המערבית. אופן הפעלת שיקול הדעת של שר הביטחון משליך בצורה מובהקת על האפשרות לקבל טיפול, שלפעמים הוא מציל חיים או הכרחי לשלמות הגוף (ראו, למשל: בג"ץ 2777/18 **כרנז נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה** (16.4.2018)).

137. עוד שורה של החלטות הנוגעות לפלסטינים נקבעו על ידי ועדות שרים, או השרים בעצמם, ולרבות מהן השלכות על זכויות אדם של פלסטינים. בכוחם של השרים לשנות מהן בחוסר

סבירות. כזו היא, למשל, ההחלטה בעניין כניסת פלסטינים ל"מרחב התפר" בעקבות בניית גדר ההפרדה, תחומי האחריות של הגופים השונים הפועלים שם והפעלת המחסומים נקבעה על ידי ועדת השרים לענייני ביטחון (החלטה ב/43 (14.12.2005)). כאלה הן אמות המידה שקבעה ועדת השרים לביטחון בעניין החזרת גופות של הרוגים פלסטינים המוחזקים בידי ישראל לידי בני משפחותיהם על מנת להביאן לקבורה (החלטה ב/171 (1.1.2017)). כאלה הם אף כללי פעולת ועדת למ"ד (לפנים משורת הדין), שדנה במתן פיצוי לפלסטינים שנפגעו מפעולות איבה בהיעדר זכאות על פי חוק. הכללים נקבעו על ידי שר הביטחון (ראו: כללי עבודה של ועדת למ"ד (הוראת משרד הביטחון מס' 60.021)).

138. לסיכום פרק זה, התיקון גורע מהיקף ההגנה על זכויות האדם, ובמקרים מסוימים עלול לגרום לנזק כבד, שלא בהכרח יימצא מזור בעילות אחרות, כמו עילת המידתיות.

#### **(4) החלטה של ההגנה מפני פגיעה עקיפה בזכויות ויצירת אפקט מצנן על מימוש זכויות**

139. לעיתים הפגיעה בזכויות נוצרת באופן עקיף מהחלטת השר, או שיש בהחלטה לייצר אפקט מצנן, שקיים קושי לבחון אותן באמצעות עילת המידתיות. דוגמא לכך הן החלטות שאינן פוגעות באופן ישיר בזכויות חוקתיות, אך פוגעות בחופש הביטוי.

140. כך, למשל, אין זכות מוקנית לפלסטינים ממשפחות שכולות לקבל רישיון כניסה לישראל, אך אם שר הביטחון מפעיל את סמכותו ומסרב ליתן אישורי כניסה כדי לסכל את טקס הזיכרון האלטרנטיבי של פורום המשפחות השכולות, יש בכך פגיעה קשה בחופש הביטוי. הפגיעה בחופש הביטוי הינה לא רק של הפלסטינים שכניסתם נמנעה, אלא של המשפחות השכולות הישראליות שמבקשות לקיים טקס זיכרון משותף, ובציבור שרוצה להיחשף לביטוי שמגולם בטקס. בטקס הזיכרון האלטרנטיבי האחרון נכחו מעל 10,000 צופים ועוד אלפים רבים צפו בו בשידור ישיר, ולכן ברור שהפגיעה בחופש הביטוי היא פגיעה משמעותית (ראו: עניין **פורום המשפחות השכולות**). התיקון יפגע בהיקף ההגנה.

141. בדומה, אין זכות חוקתית לקבל את פרס ישראל. ברם, אם שר החינוך שולל את הפרס בגלל התבטאויות לגיטימיות שנויות במחלוקת של אדם שוועדת הפרס בחרה להעניק לו אותו, או בשל חתימתו על עצומה – עמדות שהשר מעוניין להשתיק – יש בכך לייצר אפיקה של סתימת פיות וצנזורה עצמית בקרב כל מי ששואף לקבל את הפרס בשל מצוינות בתחום עיסוקו (ראו: עניין **גולדרייך**). היעדר אמצעי לבטל החלטות מסוג זה תוביל לפגיעה בהיקף ההגנה על זכויות האדם.

#### **(5) פגיעה בהיקף ההגנה על זכויות כתוצאה מאי הפעלת סמכות**

142. חלק משמעותי מהיקף ההגנה על זכויות אדם תלוי בהפעלה של סמכויות מינהליות הנתונות לשרים בחקיקה, לרבות: התקנת תקנות, קביעת נהלים והוראות ביצוע, או קבלת החלטות. התיקון מבקש לסכל את הביקורת השיפוטית בשל הימנעות שר להתקין תקנות, להפעיל סמכויות, או לקבל החלטות, וגם בכך הוא גורע מהיקף ההגנה על זכויות אדם.

143. כך, למשל, אחת הדרכים למנוע מראש הפליה ושרירות היא קביעת נהלים ואמות מידה להפעלת סמכות. לא פעם שרים אינם מעוניינים לפעול לפי אמות מידה ידועות מראש, שמגבילות את שיקול דעתם. ללא קביעת אמות המידה מראש, עלול שיקול דעת השר להיות חשוף ללחצים, לאינטרסים ולשיקולים זרים.

144. בתי המשפט קבעו כי היעדר אמות מידה להפעלת הסמכות אינה סבירה, ואי קביעת אמות מידה להפעלת הסמכות לכשעצמה הובילה לא פעם לביטול החלטות שפגעו בזכויות אדם (בג"ץ 5023/91 פרוז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793 (1992); בג"ץ 4540/00 עפאש נ' שר הבריאות (14.5.2006); עניין איכוני השב"כ; והשוו עוד: עע"ם 8277/17 זיוד נ' שר הפנים (21.7.2022)). התיקון עלול להוביל למצב שבו שר יסרב לקבוע אמות מידה להפעלת הסמכות, ולא תהיה על כך ביקורת שיפוטית אפקטיבית.
145. בדומה, אם שר ממאן במשך זמן לא סביר להתקין תקנות, הוא יכול לסכל את התכלית של חוק מקדם זכויות. למשל, בעניין נגישות של שירותים חיוניים, קיים חוק אשר נועד להנגיש שירותים חיוניים לבעלי מוגבלויות. החוק מחייב התקנת תקנות. הימנעות השר מהתקנתן במשך זמן לא סביר, גם אם היא נובעת מקשיים אובייקטיביים, גורעת בצורה משמעותית מהיקף ההגנה על זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות שקבועה בחוק (ראו העתירה בבג"ץ 5833/08 נגישות ישראל נ' שר התחבורה, אשר תלויה ועומדת בפני בית המשפט הנכבד מזה כ-15 שנה). גם במקרה זה התיקון יוביל לפגיעה בהיקף ההגנה על הזכויות.
146. לא פעם הממשלה או השרים נמנעים תקופה ממושכת ולא סבירה מהכרעה בבקשות המוגשות להם, משום שמבחינה פוליטית נוח יותר שלא לתקבל כל החלטה, או משום שמדובר בסוגיה מורכבת שאינה נתפסת דחופה, או שהשרים מעדיפים שלא לעסוק בסוגיות מורכבות שאינן מתגמלות אותם הפוליטית. להימנעות ממושכת מהכרעה יש השלכות ניכרות על זכויות אדם.
147. זכויות אסירים הן כאלה. עיסוק בהן אינו מתגמל בשום דיבידנד פוליטי (לעתים להפך, משום שפוליטיקאי שעוסק בזכויות עבריינים נחשד לא פעם באשר למניעיו). הן אף כרוכות בהחלטות מורכבות וארוכות טווח. לכך נועדה הסבירות. הדין קובע, כי יש לפעול להרחבת שטח המחיה של אסירים באמצעות שיפוץ בתי הסוהר "ככל הניתן", והפסיקה הבהירה שמשמעות הדברים היא חובה לפעול בסבירות, ובתוך כך בלוח זמנים סביר (ראו: בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פסקה קיט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (13.6.2017)).
148. ועוד – בישראל אזרחים המתגוררים בישובים לא מוכרים. אי ההכרה משליכה על מגוון נרחב של זכויות חוקתיות, שכן בהיעדר הסדרה אי אפשר לספק תשתיות הכרחיות, וכל בניה במקום היא בניגוד לחוק וחושפת את התושבים לסנקציות שונות. הימנעות מהכרעות למשך זמן בלתי סביר יכולה גם להיות מכוונת, כאמצעי לחץ על התושבים (השוו: בג"ץ 5435/14 עמותת כפר דהמש נ' ממשלת ישראל (28.4.2021)). התיקון יפגע בהיקף הביקורת על השתהות בלתי סבירה בקבלת החלטות, גם כאשר תוצאתה היא פגיעה קשה ומתמשכת בזכויות אדם.
149. התיקון אף עלול לקשור את ידו של בית המשפט מביצוע תפקיד חשוב במקרים אלו, שמתבטא במעקב אחר התקדמות קבלת החלטות מורכבות, גם ללא שהוא נדרש להכריע. כל מי שמצוי בעניינים יודע שלעיתים הליכים משפטיים וליווי של בית המשפט הם הדרך היחידה לגרום לכל הצדדים הרלוונטיים להתכנס כדי לפתור פגיעות מורכבות שלא נפתרות במשך שנים. התיקון יפגע בהיקף ההגנה על זכויות גם במובן זה.
150. כך, למשל, במשך שנים נמנע שר הבריאות מלהפעיל סמכויות פיקוח שבידו כדי לחייב את קופות החולים לספק שירותי בריאות בתחום השיקום הרפואי בזמן, מרחק ואיכות סבירים



במחוזות דרום וצפון, היינו בפריפריה. התוצאה הייתה היעדר מוחלט של שירותי שיקום לילדים במחוזות אלו, וגם נחיתות מתמשכת בנגישות של תושבי אותם מחוזות לשירותי שיקום. במקרים רבים תושבים מהנגב והגליל נאלצו להעתיק את מקום מגוריהם כדי להיות לצד בני משפחה שעברו שיקום ממושך במרכזי שיקום שהיו רק במרכז הארץ. בית המשפט דרש לעדכן בדבר התקדמות הטיפול בסוגיה. ההליך נמשך מספר שנים עד שגובשה ואושרה תכנית מפורטת לפריסת שירותי שיקום בפריפריה, שנתנה מענה לפגיעה בזכויות (בג"ץ 6941/16 גנון נ' שר הבריאות (3.8.2020)).

151. לשרים אף סמכויות לקבל החלטות שמתחייבות לצורך הגנה על זכויות. למשל, אם רב עיר מנצל את תפקידו הציבורי כדי להסית נגד קבוצה מסוימת, להפיץ עמדות גזעניות, ולארגן חרם על מי שמוכר דירות לקבוצת מיעוט, לשר המשפטים סמכות להעמידו לדין משמעתי. אי הפעלת הסמכות על ידי השר משמעה שהרב ימשיך במעשיו (השוו: בג"ץ 7150/16 המרכז הרפורמי לדת ומדינה התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שרת המשפטים (21.9.2020)). התיקון יוביל לצמצום האפשרות לבחון את החלטת השר להימנע מהפעלת סמכותו.

152. בדומה, אם מתברר שבמעונות שבהם מתגוררים חוסים או חסרי ישע ישנם תנאים סניטריים הגורמים להרעלות מזון, או שיש בהם יחס משפיל או אלים לחוסים, בסמכות שר הרווחה לבטל רישיון או להורות על סגירת המעון (ראו: חוק הפיקוח על מעונות, התשנ"ה-1965). אם הוא מתעלם מהפרת זכויות אדם שיטתית במעון מסוים, הדרך לכפות עליו להפעיל את הסמכות תיתקל במהמורות בעקבות התיקון.

### **(6) פגיעה ביכולת של שומרי הסף להגן על זכויות האדם**

153. ההגנה על זכויות האדם אינה מתמצית בהליכים בבתי המשפט. מבין אלפי ההחלטות שמקבלים השרים, לרבות מהן השלכה ישירה על זכויות אדם, רק מעטות מגיעות לדין משפטי. מי שאמון על כך שהשרים לא יפגעו בזכויות אדם שלא כדין הם שומרי הסף, ובמיוחד היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה, וברשויות השלטון האחרות הכפופות לשרים.

154. בטרם נדון בהשלכות התיקון על יכולתם של היועצים המשפטיים לשמור על זכויות אדם נשוב ונזכיר כי אחת המטרות של ההפיכה המשטרית היא פגיעה במעמדם של היועצים המשפטיים והפיכתם למשרות אמון, כך ששוב קשה לנתק בין התיקון מושא העתירה לבין ההפיכה המשטרית בכללותה. קשה עוד לנתק בין האיומים המפורשים מצד שרים בממשלה על היועצת המשפטית לממשלה והקריאות לפיטוריה, שיהיו קלים יותר אם לא יבוטל התיקון, לבין עצמאותם של היועצים המשפטיים הכפופים לה, ואשר מעמדם מתערער כבר עתה. ברור כי צעד כמו פיטורי היועצת המשפטית לממשלה ישתק את כל מערך הייעוץ המשפטי, שחש כבר עתה את החבל מתהדק סביב צווארו.

155. קשה להפריז בחשיבותו של מערך ייעוץ משפטי עצמאי במשרדי הממשלה – מערך שמהווה את שומר הסף המרכזי של שלטון החוק והאינטרס הציבורי בתוך הרשות המבצעת, ואשר משמש כקן הגנה פנימי וקדמי בהגנה עליו ועל זכויות האדם (מתן גוטמן "הבו לנו יועמ"שים צייתנים! על המעמד החוקתי של עקרון עצמאות הייעוץ המשפטי ברשות המבצעת" ICON-S-IL Blog (27.11.2018)). במקביל לתפקידם "ליתן לבוש משפטי הולם" למדיניות המשרד ולהעניק לרשות את הכלים המשפטיים הדרושים ליישום מדיניותה, על היועצים המשפטיים לוודא כי פעילות

המשרד תיעשה במסגרת החוק, על פי כללי המנהל התקין והנורמות המחייבות את השירות הציבורי (דו"ח הצוות הבין-משרדי לבחינת סוגיות הנוגעות למערך הייעוץ המשפטי למשרדי הממשלה (10.9.2008)).

156. עצמאות, מקצועיות וניטרליות חיוניות למילוי התפקיד. עצמאות המשפטן בשירות הציבורי, אשר מתמנה במכרז וכפוף מקצועית ליועצת המשפטית לממשלה, קריטית ליכולתו לעמוד באופן אפקטיבי על עקרון שלטון החוק אל מול הדרג הפוליטי (ראו: בג"ץ 5134/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל** (14.11.2016)).

157. בתי המשפט נחשפים לאי תקינות פעולת הרשות המבצעת, או לטענות אודותיה, רק משהנושא הובא לפתחם. אולם הבלם הראשון והיומיומי לפגיעה בזכויות הוא מערך הייעוץ המשפטי במשרדו. על כן חיוני שיהיו בידיו כלים הולמים לבחינה החלטות השרים, פיקוח עליהן והתערבות בהן אם הם לא לוקחים בחשבון את הפגיעה בזכויות. לעילת הסבירות יש תפקיד מרכזי בפיקוח, בקרה והגנה על זכויות אדם ועל ערכי היסוד מפני שימוש פסול בסמכות ומהחלטות שרירותיות, ולהבטחת ממשל תקין (בג"ץ 3997/14 **התנועה למען איכות השלטון נ' שר החוץ**, פסקה 3 לפסק הדין של השופטת חיות (12.2.2015)).

158. שלילת הסמכות של בית המשפט לבחון את שרירות החלטות השרים אינה מונעת מיועצת משפטית להתריע בפני שרה, שהחלטתה אינה סבירה, אבל היא מחלישה אותה. מדוע? כי השרה יודעת שאם תתעלם מעמדת היועצת המשפטית, והדבר יובא לבחינה משפטית, החלטתה תעמוד, ותהיה חסינה. אסור יהיה אפילו לדון בה. אם היועצת המשפטית במשרד תאתר החלטה שפוגעת בזכויות ונראית על פניה בלתי סבירה, ותבקש להבין את השיקולים שעמדו ביסודה, השרה יכולה להשיב לה: ככה החלטתי. אם עובר לתיקון יכולה הייתה היועצת להסביר לשרה שלא ניתן יהיה להגן על ההחלטה בלי להבין את השיקולים שהופעלו, מעתה היא אינה יכולה לומר זאת באותו ביטחון. שלילת סמכות בית המשפט לדון בעילת הסבירות נוגסת, אם כן, עמוקות בארגז הכלים הנתון ליועצים המשפטיים בשירות הציבורי, ופוגעת באפקטיביות הביקורת על הרשות המבצעת.

159. הדברים מקבלים משנה תוקף שעה שמתקבלות החלטות ומתעצבת מדיניות בארגונים ביטחוניים שפעילותם מתבצעת בצללים, הרחק מתחת לרדאר הציבורי, כדוגמת השב"כ, ושאר כוחות הביטחון. כפי שכתב היועץ המשפטי לשעבר של השב"כ, אלי בכר: "החובות המוטלות על יועץ משפטי בשירות הציבורי לא יכולות להתמלא אלא במצב שבו הוא נהנה מעצמאות בהפעלת שיקול דעתו המקצועי, ולא פחות מכך – ביכולתו הממשית לבטא את עמדתו בסביבה הארגונית שבה הוא פועל" (אלי בכר **ייעוץ משפטי בארגון בטחוני** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 101, 2013)).

160. כך, למשל, יכולה הממשלה להסמיך את השב"כ לתפקידים נוספים שאינם מנויים בחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, מכוח סמכותה בסעיף 7(ב) (6) לחוק. החלטות אלו מתקבלות בחשאיות וגם מאושרות לאחר מכן בדיון חסוי בוועדת המשנה לענייני השירות של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת. החלטות אלו יכולות להיות קריטיות לזכויות האדם. למשל: הסמכת השב"כ להשתמש באמצעי איסוף מתקדמים שבידו למטרות אזרחיות. הציבור לא ידע אודותיהן, ומטבע הדברים אי אפשר יהיה להעמידן לביקורת שיפוטית באמצעות נפגע קונקרטי או עותר ציבורי. הכול יקום וייפול על שומרי הסף, ומידת יכולתם לבלום פגיעה בזכויות (ראו

בעניין זה: בג"ץ 2109/20 **בן מאיר נ' הממשלה** (26.4.2020); וכן העתירה התלויה ועומדת בנושא סעיף זה: בג"ץ 5048/21 **האגודה לזכויות האזרח נ' הממשלה**, שבה ניתן צו על תנאי ביום (19.10.2022).

161. ביטול עילת הסבירות, הניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון, ייצור חלל ריק במתחם הביקורת השיפוטית. אף אם יפותחו עילות ביקורת חדשות, מי שיכול לפתח אותן הוא בית המשפט ולא היועץ המשפטי של המשרד. פיתוח חלופה לעילת הסבירות ייקח שנים, ובינתיים מערך הייעוץ המשפטי יוותר ללא מכשיר ביקורת מרכזי וחיוני לריסון החלטות ומהלכים פוגעניים. משום כך, מדובר בגריעה קשה ועמוקה בהיקף ההגנה על זכויות אדם.

162. יש לזכור עוד, כי שלילת הכלי האפקטיבי של עילת הסבירות מהיועצים המשפטיים מתווספת לנזקים האחרים שייגרמו מהחלשת הביקורת השיפוטית על מינויים (בה נדון בנפרד). כך, למשל, יכול שר לא למנות תקופה ארוכה יועץ משפטי כדי שאת התפקיד ימנה ממלא מקום, שמטבע הדברים יחשוש שאם לא ירצה את השר מעמדו יתערער.

163. כדי להמחיש את כל האמור נפנה לדבריה הנוקבים של עו"ד יוכי גנסין בראיון מקיף שנערך עימה לאחר פרישתה מתפקידה האחרון בשירות הציבורי כיועצת המשפטית של שירות בתי הסוהר. לדבריה, ערב מבצע חיסון האסירים נגד נגיף הקורונה, בעת ששהתה בחופשה, התקשר אליה בבהילות נציב שב"ס (בפועל), גונדר אשר ועקנין, והודיע לה: "השר אוחנה אמר שלא יחסן אסירים לפני שיחסן את כל הסגל. מה עושים?!". עו"ד גנסין סיפרה בראיון: "מעולם לא אמרתי לנבחר ציבור שהחלטתו אינה חוקית ודגל שחור מתנוסס מעליה, עד לפעם ההיא. חוק שירות בתי הסוהר קובע חובה לדאוג לבריאות האסיר, וחוק הקורונה קובע כי משרד הבריאות קובע את החבות הרפואית של המדינה במגיפה". גנסין התקשרה אל היועץ המשפטי לממשלה, ד"ר אביחי מנדלבלט. "יועמ"ש המשרד לביטחון הפנים היה במינוי זמני", סיפרה, "ולמערכתי קיווה להיבחר למינוי קבוע והיה תלוי באוחנה ולא גיבה אותי מספיק. נשארנו רק אני ומנדלבלט. אחרי מאבק ארוך בג"ץ הכריע נגד עמדתו של אוחנה, אך מאז הודרתי על ידי הסגל הבכיר של שב"ס. לא הוזמנתי לשיבות, הזמינו עובדים שלי במקומי, גיליתי כל מיני דברים רק בדיעבד. לא היתה לי ברירה ונאלצתי להקדים את פרישתי בכמה חודשים" (נטעאל בנדל, ראיון עם יוכי גנסין, **ישראל היום** (16.2.2023); וראו גם: בג"ץ 158/21 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים** (31.1.2021)).

164. הדברים מדברים בעד עצמם. מורכב ממילא להיות שומר סף, ועתה, בעקבות התיקון, שומרי הסף הוחלשו בצורה ניכרת. בפעם הבאה שיתברר ששר פוגע בזכויות, לא בטוח שיהיו ליועץ המשפטי הכלים לבלום אותו.

#### **(7) הזיקה בין החלשת הפיקוח על מינויים להיקף ההגנה על זכויות האדם**

165. אחת מהדרכים האפקטיביות ביותר לשנות את פניו של המשטר בישראל היא לשלוט במינויים לתפקידים בכירים במנהל הציבורי. בעתירות האחרות שהוגשו נגד התיקון הודגש הנזק שייגרם לטוהר המידות בשל שלילת הביקורת השיפוטית על מינויים בעילת הסבירות. מינויים אלה יוכלו מעתה להיות בלתי סבירים באופן קיצוני, לפי החלטה של השרים או הממשלה. החלשת הפיקוח על מינויים בלתי סבירים פוגעת גם בהיקף ההגנה על זכויות האדם.

166. לאורך השנים בית משפט נכבד זה בחן במקרים רבים טענות נגד מינויים במנהל הציבורי בעילה של אי-סבירות קיצונית. בלשונו של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "אם במינויים עסקינן, תולדות המינהל הציבורי בישראל עמוסות מקרים, לא אחד ולא שניים, שבהם ניתן היה למנוע מינויים לא ראויים בעליל רק בגדרי סבירות, כיון שבצד ה'פורמלי' היה הציון 'עובר' (בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ, פסקה ב לחוות-דעתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (12.2.2015)).
167. להחלשת הביקורת על מינויים לא סבירים יש השלכות שונות על היקף ההגנה על זכויות. כאשר אדם שפגע בזכויות מתמנה על ידי שר לתפקיד בכיר בשירות הציבורי, מעביר בכך השר מסר של זילות כלפי הפגיעה. למשל, מינוי של אדם ששיבש הליכי משפט במטרה שלא ניתן יהיה להעמיד לדין חוקרי שבי"כ שביצעו עבירת המתה, מעביר מסר שלילי מהדהד לכלל הציבור בישראל בנוגע לחשיבות הערכים שנפגעו (ראו: בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993)).
168. כך גם לגבי מינוי לתפקיד מטה במשרד לביטחון פנים של קצין משטרה לשעבר, שוועדת חקירה ממלכתית המליצה שלא יקודם בדרגה או בתפקיד במשטרה בשל מעורבותו כאחד ממפקדי המשטרה הפעילים ביותר באירועי אוקטובר 2000, בהם נהרגו ונפצעו אזרחים ישראלים ערבים (ראו: בג"ץ 4585/06 ועד משפחות הרוגי אוקטובר 2000 נ' השר לביטחון פנים (24.10.2006)).
169. וכך גם לגבי מינוי אדם שהטריד נשים. לא ניתן ליישב מינוי כזה עם מאבק בהטרדות מיניות, שכן מינוי כזה מייצר תחושה של מוסר כפול (ראו: בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62, 73 (1999)).
170. אם אדם מבקש לשרת את הציבור, בוודאי במשרה בכירה, הוא צריך ליהנות מאמון הציבור. בחירה באדם שיש לו רקע של גזענות, שנאת נשים, להט"בפוביה וכדומה לא יוכל ליהנות מאמון הציבור. בחירתו לתפקידי מפתח תוביל לניכור של חלקים מהציבור מהשירות הציבורי (ראו בעניין פסלות מינוי מי שהתבטא באופן גזעני: בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה (12.10.2008)).
171. לעתים, מעשיו של אדם בתפקידים קודמים שמילא הם שמלמדים שיש סיבה לחשוש שהוא לא יפעל כדיון, ולא יכבד זכויות אדם במסגרת התפקיד אליו מבקשים למנותו. מי שדבק בו פגם מוסרי לא יכול למלא תפקיד בכיר (השוו עם: בג"ץ 4668/01 שריד נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(2) 284, 265 (2001)).
172. יתר על כן, ישנם תפקידים בשירות הציבורי שהם תפקידי מפתח בהגנה על זכויות אדם, ומינוי של אדם לא מתאים, או עוין למשימה, יסיג לאחור את היקף ההגנה על הזכויות. דוגמה מובהקת לסכנה שכזו היא הסמכות למנות דיינים לבית הדין לביקורת משמורת או לבית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל (כיום מקובל למנות את הדיינים לשתי הערכאות גם יחד, המכונות על ידי משרד המשפטים בתי הדין לאוכלוסין והגירה, ולכן נתייחס להלן לבית הדין לעררים, שהוא הדומיננטי מבין השתיים). בית הדין לעררים הוקם בשנת 2014, על מנת שיידון בסוגיות הקשורות להגירה ולמעמד, נושאים שקודם לכן נדונו בבתי המשפט לעניינים מינהליים. בית הדין עוסק בסוגיות רגישות ביותר של זכויות אדם ובכללן צווי גירוש והיתרי כניסה לישראל, הליכי מקלט, הליכי הסדרת מעמד בשל קשר זוגי או משפחתי, הסדרת מעמד

של מחוסרי אזרחות, ביטול תושבותם של תושבי ירושלים המזרחית, בקשות למעמד מטעמים הומניטריים ועוד. אף שעסקינן בערכאה שהיא במהותה שיפוטית, בית הדין לעררים הוא בית דין מינהלי. הוא אינו כפוף להנהלת בתי המשפט, אלא למשרד המשפטים. הדיינים מוסמכים לדון אף בהחלטות שר הפנים עצמו, בעניינים שנמסרו לביקורתם.

173. הדיינים בבית הדין לעררים מתמנים על ידי שר המשפטים מתוך רשימת מועמדים שמגבשת ועדה שבה שלושה: מנכ"ל משרד המשפטים, עובד מדינה שהוא משפטן שימנה היועץ המשפטי לממשלה ומשפטן נציג ציבור שימנה נציב שירות המדינה. תקופת הכהונה היא חמש שנים ולאחר מכן יכול השר להאריך את התקופה בחמש שנים נוספות. מכאן שהמינוי של הדיינים הוא בשליטה מלאה של גורם פוליטי – שר המשפטים, מתוך רשימת מועמדים שגם היא נקבעת על ידי הרשות המבצעת, ואשר ביכולתו גם להחליט האם להאריך את הכהונה או לסיימה אחרי קדנציה אחת בלבד.

174. כבר בהליכי החקיקה נמתחה ביקורת על שיטת מינוי זו ונערכה השוואה לוועדה לבחירת שופטים. אפילו חבר הכנסת יריב לוין אמר בכנסת: "אני חושב שהרכב הוועדה שעליה דיבר חבר הכנסת חנין, בעיני לפחות הוא מחייב שינויים. אני חושב שוועדה שכולה מורכבת מאנשי הרשות המבצעת – זה לא דבר נכון...". אולם החוק עבר ללא שינוי.

175. כתוצאה מכך עשוי להיווצר מצב שבו שר המשפטים ממנה דיון, והמינוי אינו סביר באופן קיצוני, אך אין כל בלם למינוי זה. השר אף יכול לשתק את בית הדין, אם ירצה, ולמנוע מאנשים את יומם, על ידי אי מינוי דיינים. או כפי שארע: השר יכול לסרב לחדש את מינויים של דיינים משום שהחלטותיהם נתפסות ליברליות מדי לטעמו (ראו בעניין זה: בג"ץ 2920/20 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים** (19.4.2021): [https://www.acri.org.il/post/\\_\\_\\_428](https://www.acri.org.il/post/___428)). התיקון מחליש את האפשרות להיאבק בהחלטות פסולות שכאלה.

176. ועוד – אמרו מעתה: ראש הרשות להגנת הפרטיות, נציב שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, נציב שוויון הזדמנויות בעבודה, ראש היחידה למאבק בגזענות, ראש הרשות לקידום מעמד האישה, הממונה על זכויות עובדים זרים, נציגת ארגוני הנשים במועצה הארצית לתכנון ובנייה ועוד ועוד – תפקידים בכירים שנועדו להגן על זכויות אדם בשירות הציבורי – כולם חשופים למינויים בלתי סבירים באופן קיצוני, או לאי מינוי. התיקון מסיר את המגבלות על כך.

177. ניטול לדוגמה את היחידה למאבק בגזענות, המהווה היום כתובת יחידה בתוך הממשלה לתלונות בנושא ולגיבוס מדיניות מפחיתת גזענות. מדובר ביחידה לא גדולה, שאין לה מעמד סטטוטורי. שר עוין יכול לשתק אותה על ידי הדחת ראש היחידה, או על ידי אי איש משרות.

178. בנוסף, ממנים השרים לא פעם ועדות ציבוריות שונות האמונות על נושאים שהם חיוניים להגנה על זכויות אדם. כך, למשל, אנשים טרנסגינדרים המעוניינים בהתאמה מגדרית, נדרשים לפי נוהל משרד הבריאות להופיע בפני ועדה רפואית, שממונה על ידי מנכ"ל משרד הבריאות (ראו: חוזר מינהל הרפואה של משרד הבריאות 16/2014). שר, שמטעמי אמונתו הדתית, או עוינות לקהילה הטרנסג'נדרית, ירצה להתערב ולמנות לוועדה זו אדם שהתבטא נגד הליכי התאמה מגדרית, יוביל לפגיעה אנושה בעבודת הוועדה ולאי אמון בקרב מי שפונים אליה. התיקון עלול להוביל לכך שלא ניתן יהיה לפסול את המינוי השערורייתי.

179. ולבסוף, שמא ראשית הדברים: עילת הסבירות היא בלם בפני קבלת החלטות מושחתות ומינוי גורמים שאינם כשירים למלא תפקידים שכרוכים בהגנה על זכויות אדם או במימושן. לעתים דומה, כי טוהר המידות וזכויות האדם הם דיסציפלינות מקבילות, שאינן משיקות זו לזו, ולא כך הדבר. השחתת השירות הציבורי היא מפתח להפליה ולהעדפה פסולה, לתביעה לטובות הנאה לשם מתן שירות ולמימוש זכויות, להחזקתם של האזרחים והתושבים בני ערובה לסרבול הליכים, להתמשכות הליכים מינהליים ולאי מתן מענה לפניות לרשויות, לבירוקרטיה במובנה הרע, וכתוצאה מכל אלה – לפגיעה בזכויות האדם. פקידות בלתי כשירה דינה להיכשל – בכוונה או בשל חוסר התאמה – באחריות שנתונה בידיה להביא להוצאת זכויות האדם מן הכוח אל הפועל.

### חלק שלישי: התשתית הנורמטיבית הדרושה להכרעה

#### א. מבוא: החולשה המשטרית בישראל כרקע להפיכה המשטרית

180. מהלך הטיעון הינו כדלקמן: עסקינן בתיקון לחוק יסוד, וככזה חוקתיותו נבחנת בהתאם לשתי דוקטרינות שגיבש בית המשפט הנכבד – החרגה מן הסמכות המכוננת (התיקון החוקתי שאינו חוקתי) ושימוש לרעה בסמכות המכוננת. דוקטרינות אלה גובשו על יסוד הנחות, לפיהן הרשות המכוננת פועלת, ככלל, בריסון ובאחריות, וכי בשעה שהיא עוסקת בהשלמת מפעל החוקה אין נשקפת סכנה לאופי המשטרי. הנחות אלה התבדו, ומחייבות בחינה מחדשת של הדוקטרינות והרחבתן. נעמוד תחילה על מאפייני החולשה המשטרית בישראל – הפרדת הרשויות הלוקה, וכוחו של רוב קטן ומזדמן לחולל הפיכה. אמנם, רוב שופטי בית המשפט הנכבד פסקו, כי ביקורת חוקתית על חוקי יסוד תיתכן, ואולם הדרך שהותווה על מנת לעשות זאת מתקשה לעמוד באתגרים אלה. כך בכלל, וכך בפרט בשעה שההפיכה מחולקת לפרגמנטים, והממשלה השולטת בכנסת מבקשת לראות בכל אחד מהם מרכיב שאינו שולל בפני עצמו את עקרונות הליבה של המשטר. על רקע דברים אלה, יוצג מודל חדש לביקורת חוקתית של חוקי יסוד, המרחיב את הביקורת על תיקונים חוקתיים שהלגיטימיות הדמוקרטית שלהם נמוכה במיוחד, והם סוטים בצורה ניכרת מעקרונות המשטר. לבסוף נטען, כי הפגיעה הקשה הנגרמת מן התיקון מובילה למסקנה שיש לבטלו הן משום שהוא חורג מן הסמכות המכוננת והן בשל שימוש לרעה בסמכות זו.

#### ב. עקרון הפרדת הרשויות: איזונים ובלמים, מניעת משטר סמכותני והגנה על הפרט

181. התיקון מושא עתירה זו הינו, כאמור, צעד ראשון בהפיכה משטרית, שהיא בבסיסה השתלטות של הרשות המבצעת, השולטת ברשות המחוקקת (והמכוננת) על הרשות היחידה בישראל שמאזנת ובולמת אותה באופן אפקטיבי – הרשות השופטת – וריסוק כוחה. זהו הצעד הראשון שמשחרר את הרשות המבצעת ממגבלות שכיום מונעות ממנה להגשים את כל אשר עולה על דעתה. תחת הכסות של שיח המשילות, הממשלה מבקשת שלטון ללא מצרים, שיאפשר לה לפגוע בזכויות האדם בשלב הבא, לרמוס את שלטון החוק ואולי להנציח את שלטונה.

182. על חשיבותו של עקרון הפרדת הרשויות לדמוקרטיה מהותית עמד בית המשפט הנכבד במספר הזדמנויות. כך, בעניין **ועדת המעקב** עמד המשנה לנשיא חשין על חשיבות עקרון הפרדת הרשויות במשטר הדמוקרטי וציין כי תכליתו המרכזית של העקרון היא **מניעת צבירת כוח ריכוזי בידי רשות שלטונית אחת**:

"תכליתו של עקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות גלויה על פניה: לבזר את כוחות השלטון בין גופים שונים ועל דרך זה למנוע "ריכוז כוחות ביד אחת - ריכוז המאפיין משטר אוטוקרטי" ... אכן, הניסיון לימדנו כי במקום שבו מופקדות גם סמכויות החקיקה גם סמכויות הביצוע בידי גורם אחד, לא תהיה חירות, לא ייכוננו זכויות אדם, הדמוקרטיה תתפוגג והעריצות תמשול בכיפה... ליבתו של עקרון הפרדת הרשויות תימצא לנו, אפוא - בעיקרה - בביזור הכוחות בין רשויות שונות; בהבטחה כי לא יהא זה גורם אחד ויחיד שירכז בידו סמכויות רבות יתר-על-המידה - ריכוז שיהפוך אותו גורם לשליט אוטוקרטי; ובקיום העיקרון כי הרשויות שתחזקנה בסמכויות תהיינה נפרדות זו-מזו" (בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 46, 1 (2006)).

183. בית המשפט הנכבד אף עמד על כך שעקרון הפרדת הרשויות בבסיסו הוא עקרון של **איזונים ובלמים**, שבו כל רשות מפקחת ומעורבת בפעילות הרשויות האחרות, וזאת כדי למנוע מצב שבו כל רשות היא דיקטטורית בתחומה (בג"ץ 73/85 **סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד לט(3) 141, 158 (1985)). בית המשפט הדגיש את החשיבות של הפרדת הרשויות כמנגנון של **איזונים ובלמים ומניעת היווצרות משטר סמכותני** (בג"ץ 4899/03 **ארגון מגדלי העופות אגודה חקלאית שיתופית נ' ממשלת ישראל**, פסקה 5 לפסק דינו של השופט חשין (27.9.2004)).
184. בבג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (6.8.2017) (להלן: **קוונטינסקי**) הדגיש השופט סולברג את עקרון הפרדת הרשויות כבסיס להתערבות שיפוטית בחקיקה שבה רמסה הקואליציה בכנסת את יכולתה של האופוזיציה לגבש עמדה מושכלת ולהתנגד להצעת חוק, באמצעות קידום חפז במיוחד של החקיקה. כלומר – אכיפת עקרון הפרדת הרשויות בידי בית המשפט נועדה גם **להבטיח את עצמאותן ותפקודן של שאר הרשויות** (פסקה 36 לפסק הדין).
185. לצד הצדקות אלו ראוי להדגיש גם את ההצדקה המרכזית לעקרון הפרדת הרשויות, כפי שעמדו עליה לוק ומונטסקייה (ג'ון לוק **שתי מסכתות על ממשל מדיני** (1690); מונטסקייה **רוח החוקים** (1748)): **ההגנה על הפרט מפני השלטון**.
186. **כדי להגשים את התכליות של עקרון הפרדת הרשויות, האופן שבו כל רשות נבחרת צריך להיות שונה**. אם כל הרשויות היו נבחרות, לא היה מי שיגן מפני עריצות הרוב. אם כל הרשויות היו מקצועיות – לא היה מי שיבטא את רצון הרוב. במדינה דמוקרטית, ההנחה היא שמי שמגדיר מהן הנורמות, כלומר המחוקק, אמון על ביטוי רצונו של הרוב, אך יש נורמות שמחייבות רוב מיוחד, כמו נורמות חוקתיות, שאינן נתונות באופן בלעדי לרוב מקרי, ויש נורמות שאסור לרוב לקבוע כי הן פוגעות במיעוט.
187. עקרון הפרדת הרשויות הוא עקרון יסוד בשיטות המשפט הדמוקרטיות. מלבד הפרדת הרשויות בין השלטון לרשות השופטת, ברוב המדינות הדמוקרטיות קיימת גם הפרדת רשויות ברורה בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת. בתוך הרשות המחוקקת קיימות שיטות משטר רבות בהן גם הכוח של הרשות המחוקקת מבוזר על ידי קיומם של שני בתי נבחרים שנבחרים בצורה שונה, לעיתים לתקופות שונות, ויש להם סמכויות שונות, וכן סמכויות פיקוח הדדיות.

188. כמו כן במדינות שונות קיימת רשות מחוקקת חוקתית: אסיפה מכוננת, או שלרשות המחוקקת יש סמכויות של אסיפה מכוננת לתיקון החוקה. מכיוון שהרשות המכוננת עוסקת בעניינים משטריים, ב"כללי משחק" בסיסיים, מקובל כי כשהרשות המחוקקת פועלת כרשות מכוננת, היא מחויבת לעשות זאת ברוב מיוחד, כדי שישקף לא רק את הרוב הפוליטי שאוחז בהגה השלטון, אלא את הרצון של רוב משמעותי בעם. כלומר קיימת גם הפרדת רשויות פנימית בתוך הרשות המחוקקת, בין תפקידה כרשות מחוקקת לבין תפקידה כרשות מכוננת. הראשונה נועדה להביא לידי ביטוי את עמדת הרוב, והיא עוסקת בהכרעות פוליטיות רגילות ואילו השנייה עוסקת בכללי המשחק, ולכן נועדה להביא לידי ביטוי הסכמות רחבות בציבור, שאינן מבטאות רק את עמדת הרוב האוחז ברגע נתון בהגה השלטון (ראו: **הסדרים לתיקון חוקות**).

### ג. הפרדת הרשויות הרעועה בישראל: הלכה ומעשה

189. אם כן, נקודת הפתיחה המדאיגה לכל המהלכים שאנו עדים להם כיום היא **חולשה מובנית** של המבנה המשטרי. לכן מה שנחזה עד לאחרונה למבנה איתן, התגלה באחת כבית פרוץ לרוח פרצים רעה שמאיימת למוטטו.

190. ישראל היא חריג בנוף הדמוקרטי שבה לא רק שאין הפרדת רשויות בתוך הרשות המחוקקת, ואין הפרדת רשויות של ממש בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת, אלא שגם אין בה הפרדת רשויות בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המכוננת.

191. **ראשית**, מבנה המשטר בישראל הוא ריכוזי מאוד. משעה שהקואליציה קמה היא מפעילה מנגנון של משמעת קואליציונית, וכל חברי הכנסת נדרשים להצביע עם הקואליציה כמעט בכל עניין; יתר על כן, עמדת הקואליציה לגבי הצעות חוק נקבעת בוועדת השרים לענייני חקיקה שדיוניה חסויים, ולכן אינם נתונים לביקורת ציבורית.

192. חלק מהמפלגות בישראל גם אינן דמוקרטיות ונציגיהן נבחרים על ידי מנהיגי המפלגה, דבר שמפחית את עצמאותם מול מנהיגי המפלגה; ועל כך יש להוסיף כי גם במפלגות שבהן הנציגים נבחרים באופן דמוקרטי, מנגנון הבחירות הוא "פגיע" וחשוף לתופעות של התפקדות אסטרטגית (ראו: דרור מיטלמן "הרוב קובע? בחינת ההשלכות המעשיות והנורמטיביות של תופעת 'ההתפקדות האסטרטגית' למפלגות בישראל" **עיוני משפט** מה 199 (2022)). מכאן שהכוח לחוקק מרוכז אצל הממשלה.

193. על כך יש להוסיף כי השימוש הנרחב בסעיפים 42 ו-43(ב)-(ו) לחוק יסוד: הכנסת (המכונים גם "החוק הנורווגי"), המאפשר לחבר כנסת שמונה לתפקיד שר או סגן שר להתפטר כדי שחבר כנסת אחר מרשימתו יכהן כחבר כנסת, אף הגביר את השליטה של הקואליציה בכנסת. זאת, משום שמוכן כי כל חבר כנסת "נורווגי" יודע שאם יגלה עצמאות רבה מדי או לא יצביע לפי המשמעת הקואליציונית, הוא יוחלף מיד בשר או בסגן השר שאותו הוא החליף.

194. ועוד – סעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה מעניק לראש הממשלה סמכות לפזר בצו את הכנסת, בהסכמת נשיא המדינה, ולהפוך את ממשלתו לממשלת מעבר, שתחזיק בסמכויות הרשות המבצעת עד לכינונה של ממשלה חדשה. מצד אחד, זהו מנגנון של איזונים ובלמים, ומצד שני, יש בכך עוצמה אדירה בידיו של ראש הממשלה להוביל לבחירות ולהוסיף לשלוט ללא קבלת אמון מן הכנסת. במציאות של חוסר יציבות פוליטית, כפי שידעה ישראל בשנים האחרונות, ממשלת מעבר יכולה לכהן תקופה ממושכת מאוד.



195. מחקר אמפירי שערך פרופ' עמיחי כהן בשנת 2018 מצא, כי מתוך 66 מדינות שהוגדרו על-ידי הארגון Freedom House כמדינות חופשיות, לכל המדינות יש מנגנוני בלמים ואיזונים מפותחים יותר מאלו הקיימים בישראל: ב־29 מדינות יש פיצול של הרשות המחוקקת; ב־28 מדינות יש נשיא בעל סמכויות שאינן סמליות גרידא; ב־11 מדינות יש משטר פדרטיבי; 28 מדינות חברות באיחוד האירופי ומשכך כפופות לדין ולערכאות של האיחוד האירופי; 42 מדינות חתומות על אמנות זכויות אדם וכפופות לבית דין בעל השפעה בתוך המדינה; ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית קיימת ב־59 מדינות; וברוב מוחלט של המדינות שנבחנו מתקיימים בד בבד מספר מנגנונים כאמור, המגבילים את הרוב (עמיחי כהן **פסקת ההתגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט** (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2018)).
196. המסקנה היא שהפרדת הרשויות בישראל היא לכתחילה חלשה בהשוואה לדמוקרטיות אחרות (ראו בעניין זה עוד: יצחק זמיר **הסמכות המינהלית – המינהל הציבורי 94** (2010)).
197. על רקע היעדר מנגנוני איזון פנימיים בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת, בית המשפט נושא בתפקיד חשוב של שמירה על כוחה של הכנסת מול כוחה של הממשלה. כפי שציין השופט סולברג בעניין **קוונטינסקי**: "בשיטת המשטר הפרלמנטרית הנהוגה בישראל, שבה מחזיקה הרשות המבצעת ברוב מקרב חברי הרשות המחוקקת; כפועל יוצא מכך, בדרך כלל ישולטת הממשלה בכנסת הלכה למעשה... גוברת החשיבות שבפיקוח על תקינותו של הליך החקיקה" (עניין **קוונטינסקי**, בפסקה 39).
198. **שנית**, ישראל אינה כפופה למערכת שיפוט בינלאומית איזורית. מלבד בתי המשפט בישראל אין כל גורם איזורי בינלאומי שמוסמך לדון בחוקים או בהחלטות לא חוקיות. ישנן דמוקרטיות רבות, כמו למשל 46 המדינות הדמוקרטיות החברות באמנה האירופית לזכויות האדם, הכפופות לשיפוט של טריבונל לזכויות האדם, אשר בסמכותו לפסוק בסכסוך בין הפרט לבין מדינה חברה, גם לאחר שבית המשפט המקומי קבע שלא קופחה זכות אדם של הפרט. כלומר – הכוח השלטוני מבוזר גם לערכאה שיפוטית בינלאומית.
199. **שלישית**, במדינות רבות **תרבות פוליטית של כיבוד מוחלט של נוהגים חוקתיים**, שבפועל מובילה למנגנונים מבוזרים יותר של הפעלת כוח מאשר המנגנונים הפורמליים. בישראל, לעומת זאת, קיימת תרבות פוליטית שבה אם דבר מה איננו אסור בחוק, הוא ראוי. בישראל, למשל, יכול לכהן ראש ממשלה עם שלושה כתבי אישום, דבר שבמדינות אחרות היה נמנע בשל התרבות הפוליטית. על כך אמר השופט עמית: "בימים של פעם, השאלה שאנו נאלצים לדון בה מן הסתם לא הייתה מגיעה לפתחנו. אלה היו הנורמות הציבוריות, נורמות של **it is not done** כך, חלק ופשוט. אך נורמות ציבוריות ותרבות פוליטית של פעם, אינן כשל ימינו שלנו. צא ולמד על עומק השינוי שעבר על החברה הישראלית ועל התרבות השלטונית" (בג"ץ 2592/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסקה 13 (27.5.2020)).
200. מן הטעם הזה, נציג של האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים אינו טורח לפנות את מקומו לטובת נציג אחר של האופוזיציה כאשר מפלגתו מצטרפת לקואליציה, למרות הנוהג שאחד מחברי הכנסת בוועדה מייצג את האופוזיציה (ראו: בג"ץ 9029/16 **אבירם נ' שרת המשפטים** (1.2.2017)). דברים דומים אמר השופט עמית על התיקון החוקתי שתוקן כדי לאפשר את מינויו של חבר הכנסת אריה דרעי, שהורשע בפלילים, לתפקיד שר: "אוי לאותה חוקה, שנעשתה על ידי הכנסת כחומר ביד היוצר – לא כאבן בידי המסתת ולא כיריעה ביד הרוקם, אלא

כפלסטלינה בידי המכוון. יציבות חוקתית? תרבות תיקון חוקתית (amendment culture)? מן הסתם מונחים שאינם הולמים את תנאי הארץ ותושביה" (ראו: עניין **שיינפלד**, פסקה 2 לפסק דינו של השופט עמית).

201. לא מיותר לציין שהתרבות הפוליטית מכתובה את היקף הביקורת השיפוטית, כפי שציין השופט חשין: "ככל שתחום ה-it isn't done ירחב וילך, כך ייצר וילך תחום התערבותו של בית-המשפט; ולהיפך" (בג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה**, פסקה 45 לפסק דינו של השופט חשין (9.10.2003)).

202. **רביעית**, במרבית המדינות ההשפעה של המדינה הינה על שטחה הטריטוריאלי, ולכן סמכות הפרלמנט חלה בעיקר על מי שהוא אזרח וזכאי להשתתף בהליך הדמוקרטי. בישראל קיים מצב מיוחד וייחודי בו הממשלה והכנסת מקבלות החלטות הנוגעות לחיי היומיום ולזכויות הבסיסיות ביותר של מיליוני בני אדם שאינם אזרחים ואינם משתתפים בהליך הדמוקרטי: הפלסטינים בשטחים הכבושים, והתושבים הפלסטינים בירושלים המזרחית והתושבים הסורים ברמת הגולן, שאינם אזרחים אלא תושבי קבע, ומעמדם ניתן להם בעקבות סיפוח.

203. העובדה שמצד אחד הממשלה אינה מוכנה כבר מעל ל-56 שנים לסגת מהשטח הכבוש ובכך לאפשר לפלסטינים החיים בו לממש את אזרחותם במדינה משל עצמם, ומצד שני אינה נותנת להם זכויות פוליטיות מלאות, ובראשן הזכות לבחור ולהיבחר, משמעה שהכוח השלטוני מרוכז באופן שאינו מייצג את כל האנשים שמושפעים ממנו.

204. כזה הוא, למשל, החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 שנפסל ברוב דעות על ידי בית משפט נכבד זה (ראו: בג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (9.6.2020)). החוק השפיע ישירות על זכויות יסוד חוקתיות של פלסטינים, שלא יכולים היו לבחור ולהיבחר לכנסת. הם היו תלויים לחלוטין בבג"ץ. כל כרסום בסמכות של בג"ץ להעביר ביקורת שיפוטית אפקטיבית הן על החלטות מינהליות הן על חקיקה שנוגעת לזכויות של מי שחיים תחת כיבוש צבאי, או כרסום בעצמאות השיפוטית ובאי התלות של השופטים בשלטון, עלולה להוביל לתוצאה הקשה, שלא תהיה אף רשות שתוכל לבקר לפי אמות מידה משפטיות את פעולות המנהל והכנסת בשטחים הכבושים.

205. **לסיכום**, העובדה שבישראל אין מנגנונים אחרים לביזור הכוח מגבירה את החשיבות בהגנה על הפרדת הרשויות ביחס לרשות השופטת, שהיא מוקד הכוח היחיד שיכול להוות כוח נגדי לחוקי הכנסת ולהחלטות הממשלה בשיטת המשטר הקיימת.

206. נעבור עתה לבחון כשל מובנה נוסף בשיטת המשטר הישראלית – היעדר מנגנון לביזור הכוח ביחס לסמכות המכוננת.

#### **ד. "הרוב קובע": חקיקת חוקי יסוד והסמכות המכוננת של הכנסת**

207. אחד הכשלים המרכזיים שמאפשרים את ההפיכה המשטרית הנוכחית ואת ההשתלטות של השלטון על מוקדי כוח באמצעות רוב קטן הוא היעדר חוקה נוקשה והקלות שבה ניתן לשנות את כללי המשחק המשטריים באמצעות חקיקת חוקי יסוד או תיקונים בדרך וברוב הזהים לחקיקה רגילה. לכן ההפיכה המשטרית הינה בתיקון של חוק יסוד: השפיטה.

208. לא נלאה ברקע ההיסטורי המוכר ובנסיבות שהובילו עד הלום. די אם נאמר, כי **בהיעדר מנגנון המסדיר את הליך החקיקה של החוקה, על מלאכת חקיקת חוקי היסוד חלות אותן נורמות החלות על חקיקה רגילה, ואשר קבועות בתקנון הכנסת**. כלומר – חוק יסוד או תיקון חוק יסוד מחוקקים כמו כל חוק אחר, ונדרש רוב רגיל כדי להעביר את החוק, אלא אם מדובר בתיקון לחוק יסוד שבו יש הוראות נוקשות, המחייבות רוב מיוחד. את חוק יסוד: השפיטה, למשל, אפשר לשנות ברוב קואליציוני רגיל.
209. כיום ברור, כי התקווה לשיתוף פעולה בין המחנות הפוליטיים לקידום חוקה בהסכמה אינה בסיס מספק להגנה על יסודות המשטר. זו אינה רק תקוות שווא, אלא תקווה שהתנפצה על קרקע המציאות. גם אם בעבר קודם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בהסכמה חוצת מחנות (ראו: אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי היסוד" **משפט ואדם – משפט ועסקים** יד 79 (2012)), הרי שבעשור האחרון פוליטיקה של קיטוב השתלטה על הנהגת המדינה. אנו בעידן של ניצול הזדמנויות ושלטון שאינו בוחל בשימוש בסמכות המכוננת לצרכיו. משום כך, בית המשפט הנכבד מוצא עצמו שוב ושוב מתמודד עם חוקי יסוד ותיקונים לחוקי יסוד שהתקבלו על ידי רוב צר, ואשר כוללים פגיעות הולכות וגדלות ביסודות המשטר או בזכויות האדם.
210. חברי הכנסת מבינים כי נדרש תיקון באופן שבו חוקי יסוד מתקבלים ומתוקנים ושמשוכן להפקיד כוח שכזה בידי הרוב הפוליטי הצר. הנושא שב ועלה מספר פעמים על סדר יומה של הכנסת, אך עד היום הכנסת או הממשלה לא הובילו מהלך להגבלת סמכותה המכוננת של הכנסת. כנראה שכל מי שאוחז בהגה השלטון אינו ממהר לוותר על הכוח העצום המופקד בידי באותה עת, גם בידיעה שזה עלול לשמש את הצד האחר כשזה יחליף אותו בשלטון.
211. בהחלטת ממשלה 609 מיום 27.7.2003 (הממשלה ה-30 בראשות אריאל שרון) הוחלט על הקמת ועדה ציבורית בראשות יעקב נאמן להציע את חוקי היסוד החסרים. בשנת 2004 גיבשה הוועדה נוסח לחוק יסוד: החקיקה, ובו נקבע כי חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד יתקבל בארבע קריאות. בקריאה השלישית יידרש רוב של 61 חברי הכנסת, ואילו בקריאה הרביעית יידרש רוב מיוחד של 70 חברי כנסת לפחות. ישיבה זו תיערך בישיבה מליאה שתיוחד לכך ושתקיים שישה חודשים לפחות לאחר הקריאה השלישית. ההצעה לא קודמה.
212. בשנת 2012 פרסמה הממשלה ה-32 בראשות בנימין נתניהו את תזכיר חוק יסוד: החקיקה, ובו הציעה שהצעת חוק יסוד תוגש רק בידי הממשלה או ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת; על חוק היסוד לעבור הליך חקיקה של ארבע קריאות, כאשר הקריאה הרביעית תהיה בישיבת כנסת שנועדה לעניין זה בלבד ותיערך לא לפני חלוף ששה חודשים מיום הקריאה השלישית; בקריאה השלישית יידרש רוב של חברי הכנסת ואילו בקריאה הרביעית יהיה צורך ברוב של ששים וחמישה חברי כנסת. ההצעה לא קודמה.
213. גם שר המשפטים הנוכחי, ח"כ יריב לוין, הניח בדצמבר 2021 הצעת חוק פרטית לחוק יסוד: החקיקה, ושם הציע כי חוק יסוד יתקבל בארבע קריאות, שלוש קריאות ברוב של 61 חברי כנסת לפחות, והקריאה הרביעית תתקיים רק בכנסת העוקבת לזו שבה הצביעו על החוק בקריאה שלישית. ההצעה לא קודמה.
214. יודגש כי שר המשפטים לא שינה את עמדתו ובפרסומים שונים נטען כי בשלב מאוחר יותר הוא יקדם הצעה ברוח דומה, כלומר – שתיקון חוק יסוד יחייב הצבעה רביעית בכנסת העוקבת.

אלא שאת הצעותיו להפיכה המשטרית, ובכלל זה את החוק מושא עתירה זו, הוא קידם בלי להחיל על עצמו את אותה מגבלה. כלומר – ללא קריאה רביעית בכנסת העוקבת. המשמעות היא שקודם כל קובעת הכנסת הנוכחית הסדרים משטריים קיצוניים לא חוקתיים, ולאחר מכן תפעל להקשות על כנסת עתידית להשיב את המצב לקדמותו.

215. העובדה שעד היום לא השכילה הכנסת להגביל את כוחה כרשות מכוונת, כדי שהליך חקיקת חוקי היסוד יתאפיין בנוקשות גדולה מזו של הליך חקיקה רגיל, הובילה לכך שתיקונים לחוקי היסוד הם עניין שגרתי ושכיח, גם ללא הסכמה רחבה וברוב רגיל. חוק יסוד: הכנסת, למשל, כבר תוקן מעל 50 פעמים. לצורך השוואה ניקח את החוקה האמריקאית. בארה"ב יש חוקה מוסכמת ומשוריינת. תיקון החוקה מחייב הסכמה רחבה מאוד, שאינה תלויה ברוב פוליטי מזדמן – תחילה רוב של 2/3 בשני בתי הקונגרס, ולאחר מכן על 75% מחמישים המדינות לאשרר את התיקון. כתוצאה, במשך 234 השנים מאז שאושרה החוקה בשנת 1789 היא תוקנה 27 פעמים בלבד.

216. **בישראל מנגנון התיקון החוקתי הוא המקל ביותר מכל הדמוקרטיות** שנבחנו במחקר ההשוואתי של מרכז המידע והמחקר של הכנסת (ראו: **הסדרים לתיקון חוקות**). ברוב המדינות תיקון חוקתי דורש רוב מיוחד של לפחות 3/5 או 2/3 מחברי הפרלמנט. במדינות הספורות שבהן נדרש רוב רגיל, יש הסדרים המחייבים משאל עם (שוויץ) או שמעניקים למיעוט מבין נבחרים הציבור זכות לכפות משאל עם (שבדיה, בה 10% מהמחוקקים רשאים לכפות משאל עם). בחלק מהדמוקרטיות מחייבים שהתיקון ייעשה רק בפרלמנט העוקב לזה שהציע את התיקון (הולנד, יוון וספרד).

217. **הסקירה ההשוואתית מראה כי הפיכה משטרית הדומה לזו שנדונה בעתירה זו, לו היו מנסים לקדמה במדינות דמוקרטיות אחרות, לא הייתה צולחת ברוב של 64 חברי כנסת.** ישראל היא היחידה שבה רוב מצומצם יכול להעביר תיקון חוקתי מרחיק לכת בשיטת המשטר בלי שהרוב הנדרש לכך היה רוב מיוחד (שמקביל לפחות 80 חברי כנסת), או שהתיקון היה כפוף למשאל עם, או שלמיעוט מחברי הפרלמנט הייתה סמכות לחייב משאל עם, או שקיימת דרישה לאשרור רק לאחר בחירות חדשות. העובדה שישראל היא יוצאת הדופן בעולם, מעידה שיש כשל מהותי בבסיס הלגיטימציה של התיקון מושא העתירה. הוא אינו יכול לייצג את רצון העם אלא את רצון הרוב האוחז כעת בהגה השלטון.

218. הקלות והפשטות שבה רוב האוחז בהגה השלטון יכול לחוקק חוקי יסוד חדשים או לתקן את חוקי היסוד מהוות איום ברור וישיר על יסודות המשטר הדמוקרטי ועל זכויות האדם. מדובר במאטריה רגישה ביותר, שעוסקת בכללי המשחק הבסיסיים של המשטר, והפיתוי לעשות שימוש פוליטי בכוח זה הוא עצום. סיכון זה עולה בצורה קיצונית אם הכוח הוא מוחלט, ואין לו מגבלות והוא לא יהיה נתון לביקורת שיפוטית אפקטיבית, עקב מגבלות חוקיות או עקב ריסון יתר מצד בית המשפט.

219. נעבור עתה לסקור את האופן שבו בית המשפט הגביל את הסמכות המכוונת עד כה, כדי להדגים את החשיבות של הביקורת השיפוטית.

### ה. הדוקטרינות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד

220. הנזקים ההולכים וגדלים של השימוש של הרוב בסמכותו המכוננת אילצו את בית המשפט להתמודד עם תוצאות בעייתיות של חקיקת היסוד החדשה. בית המשפט הפגין ריסון מופלג בביקורת השיפוטית, ובמשך שנים רבות נמנע מלקבוע אפילו שיש מקרים בהם ייקבע שאין תוקף לחוק יסוד והסתפק בתקווה שלא יגיע היום שבו יצטרך בית המשפט להפעיל את סמכותו בעניין חוקי היסוד. ואולם, המציאות טפחה על פניהם של מי שקיוו לריסון דומה גם מצד הפוליטיקאים. בפועל, הפוליטיקאים הפעילו את סמכותם המכוננת באופן ציני וחסר בוש.
221. ככל שחולפות השנים נדרש בית המשפט הנכבד להתמודד עם חוקי יסוד ותיקונים חוקתיים שיש בהם נזקים של ממש לשיטת המשטר ולזכויות האדם תוך נכונות הולכת וגדלה של השלטון הנבחר לבצע שינויים בשיטת המשטר שמשרתים את אותו שלטון, או לעגן פגיעה בזכויות אדם בחוק יסוד במקום בחוק רגיל. ככל שחלפו השנים, בית המשפט זנח את התקווה שלעולם לא יידרש להכריע בשאלת סמכותו לבטל חוק יסוד, וכבר נדרש והחליט, ברוב דעות, שיש לו סמכות לבטל חוק יסוד, מתוך הבנת הסכנה המוחשית למתן כוח מוחלט לכנסת לחוקק חוקי יסוד או לתקן חוקי יסוד. הגם שבית המשפט הנכבד טרם פסל חוק יסוד, ניתנה "התראת בטלות".
222. הדוקטרינות שבהן עשה בית המשפט שימוש במסגרת אותם פסקי דין נסקרו בהרחבה רבה באותם פסקי הדין (ובעתירות האחרות שהוגשו בענייננו) ונציין אותן בקצרה.
223. הדוקטרינה הראשונה הינה דוקטרינת **השימוש לרעה בסמכות המכוננת**. לפי חוות דעתה של הנשיאה חיות בעניין **שפיר**, המבחן שעל פיו יבחן בית המשפט האם הנורמה שבפניו אכן ראויה לכותרת של חוק יסוד, או שמא נעשה שימוש פסול בסמכות המכוננת כדי לקדם נורמה שמקומה בחוק רגיל, הוא מבחן דו שלבי. השלב הראשון הוא "שלב הזיהוי", בו יבחן בית המשפט את המאפיינים של חוק היסוד. במסגרת זו יבחנו יציבות החוק, כלליות החוק והתאמתו למארג החוקתי שבו משתלבת הנורמה. אם הנורמה אינה עומדת במבחנים בשלב הזיהוי, ימשיך ויבחן בית המשפט את החוק בשלב נוסף: "שלב הצידוק". בית המשפט יבחן האם אף על פי שחוק היסוד אינו עומד במבחן הזיהוי, יש הצדקה לעגן את הנורמה דווקא בחוק יסוד (בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר)).
224. הדוקטרינה השנייה הינה דוקטרינת **החריגה מהסמכות המכוננת או התיקון החוקתי הלא חוקתי**. בעניין **חסון** ציינה הנשיאה חיות, כי הדוקטרינה במדינות שבהן יש חוקה כתובה מתבססת על שני אדנים: הראשון – קיומן של פסקאות נחיות מפורשות בחוקה, שתיקון חוקתי המנוגד להן הוא בטל. השני – גם בהיעדרן של פסקאות נחיות מפורשות, תיקון חוקתי לא יכול לפגוע ב"מבנה הבסיסי" של החוקה, אשר נלמד מפרשנות הטקסט החוקתי בכללותו, ואם יש פגיעה כזו הוא בטל. עם זאת, נפסק שאדנים אלו אינם רלוונטיים למצב כמו בישראל, שבה טרם הושלם הליך כינון החוקה. לכן נפסק כי "בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי קיימת מגבלה אחת, צרה ביותר, החלה על הכנסת בכובעה כרשות מכוננת והיא כי אין ביכולתה לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית (שם), פסקה 16 לחוות דעתה של הנשיאה חיות; ההדגשות מכאן ואילך ביחס לפסק הדין אינן במקור). הנשיאה חיות נימקה זאת בכך שהדוקטרינה הינה ביסודה טענה של **חוסר סמכות**, שכן הסמכות המכוננת, שהועברה מהאסיפה המכוננת לכנסת הראשונה ולכל אחת מהכנסות העוקבות, הוענקה על ידי

העם בהנחה שהחוקה תבטא את היותה של המדינה יהודית ודמוקרטית, וכי הנחת יסוד זו אינה ניתנת לערעור (שם, בפסקה 29).

225. נפנה לבחון מהם אותם מאפיינים שהכנסת אינה רשאית לשלול בחוקי היסוד.

**1. מאפייני החריגה מן הסמכות המכוננת: הגרעינים המינימליים שהפגיעה בהם אסורה**

226. על מנת ליישם את ההלכה בעניין החריגה מן הסמכות המכוננת לענייננו, ראוי להסביר מתי לעמדת הפסיקה חוק יסוד או תיקון חוקתי שוללים את הגרעינים המינימאליים לקיומו של משטר דמוקרטי.

227. בהתאם לעמדת רוב שופטי בית המשפט הנכבד שדנו בסוגיה, "לא ניתן ליישב חוק יסוד שפוגע פגיעה אנושה בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים – ובכלל זאת 'בחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם [...]'; קיום הפרדת רשויות; שלטון החוק; ורשות שופטת עצמאית'... – עם היותה של ישראל מדינה דמוקרטית" (שם, בפסקה 29 לפסק דינה של הנשיאה).

228. בעניין זה הוסיפה השופטת ברק-ארז, כי "ככל שחוק יסוד יבקש לשלול את מאפייני השוויוניים של הליך הבחירות הוא ישמוט את הקרקע מתחת לחקיקתו, משום שעם הפגיעה בהשתתפות השוויונית בבחירות לא ניתן יהיה להשיב לאחור את מה שנעשה. הוא הדין בחוק יסוד שיבקש, למשל, להוסיף תקופה משמעותית למשך כהונתה של הכנסת שמאמצת אותו תיקון, מעבר לתקופת הכהונה שלה היא נבחרה" (שם, בפסקה 16 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).

229. המשנה לנשיאה מלצר הוסיף באותו עניין, כי "מחויבותה של מדינת ישראל לזכויותיהם של המיעוטים החיים בה, שהיא אחד המאפיינים שמבחינים אותה ממדינות לאום לא דמוקרטיות", וכי "אפליה כזו אסורה כאמור גם מעצם הגדרתה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית, שכן המחויבות לשוויון אזרחי בסיסי קדמה לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא נשמת אפה של כל מדינה דמוקרטית" (שם, בפסקה 16 לפסק דינו). מכאן שלעמדת המשנה לנשיאה מלצר, פגיעה מהותית בזכות לשוויון גם היא רכיב השולל את הזהות הדמוקרטית, לרבות של מדינת לאום.

230. השופט קרא נותר באותו עניין בעמדת מיעוט לעניין יישום הדוקטרינה על חוק הלאום אך גם הוא ביטא את השקפתו ביחס להיבטי הליבה של הזהות הדמוקרטית, שלא ניתן לשלול בחוק יסוד. לעמדתו: "השוויון – עקרון יסוד חוקתי – הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי" (שם, בפסקה 26 לפסק דינו). עוד הוסיף, כי "דמוקרטיה היא העיקרון לפיו הריבונות במדינה מסורה בידי כל אזרחיה, בלי הבדל דת ולאום, על בסיס של חירות ושל שוויון. עיקרה הוא שלטון של העם, בידי העם ולמען העם... הכרה בזכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, הן מהמאפיינים הגרעיניים וה'מינימליים' של דמוקרטיה" (שם, בפסקה 27 לפסק דינו).

231. גישה זו הולכת בתלם של פסיקתו הארוכה של בית המשפט הנכבד, לפיה הדמוקרטיה אינה אך שלטון הרוב, אלא עולם עשיר יותר. כפי שניסח זאת הנשיא ברק:

"דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב ואינה אך הליך ראוי של גיבוש רצון החברה באמצעות נציגים בגוף המחוקק. דמוקרטיה היא הרבה יותר מזה. דמוקרטיה היא גם זכויותיו של כל אדם ואדם, בין אם הוא חלק מהרוב ובין אם הוא חלק

מהמיעוט; דמוקרטיה היא גם הפרדת רשויות, שלטון החוק (הפורמאלי והמהותי) ועצמאות הרשות השופטת. אכן, עולמה של הדמוקרטיה הוא עשיר ורב-פנים. היא מבוססת על מרכזיות החקיקה ועל ערכים דמוקרטיים. במרכז עומדים זכויות האדם... תפקידם של שופטים הוא להגן על הדמוקרטיה בהיבטה העשיר והרב-גווני" (בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא (1) 619 (2006), פסקה 77 לפסק דינו של הנשיא ברק).

232. הנה כי כן, ישנו בסיס מוצק לגישה שלפיה קיימים מאפיינים גרעיניים של המשטר הדמוקרטי ששילתם או פגיעה קשה בהם מהווה חריגה מהסמכות המכוננת, שהוענקה לכנסת. אלו כוללים פגיעה בבחירות חופשיות ושוות, בהפרדת הרשויות, בשלטון החוק, בעצמאות הרשות השופטת או בגרעין של זכויות האדם, ובמיוחד השוויון.

### ז. היקף סמכות בית המשפט לבטל תיקון חוקתי מפאת חריגה מסמכות

233. אם כן, בעניין **חסון** קבע בית המשפט, כי לסמכות המכוננת יש מגבלות מהותיות צרות. לצד זאת, ומשום שהרוב בבית המשפט באותו מקרה קבע שאין עילה לביטול חוק הלאום, הותרה ללא הכרעה שאלת עצם סמכותו של בית המשפט להורות על בטלות חוק יסוד. חלק מהשופטים הביעו תמיכה עקרונית בהפעלת סמכותו של בית המשפט בעניין חוק יסוד שחורג מהמגבלות הצרות שנקבעו לסמכות המכוננת (למשל, המשנה לנשיאה מלצר, בפסקה 8; השופט פוגלמן, בפסקה 4; השופט הנדל, בפסקה 4; השופטת ברק-ארז, בפסקה 14; השופט מזוז, בפסקה 5; והשופט קרא, בפסקה 9).

234. משעה שנקבע שלסמכות המכוננת יש מגבלות, אף אם הן צרות, על בית המשפט הגבוה לצדק לתת סעדים מתאימים, אם הרשות המכוננת חורגת מסמכותה. בדיוק לשם כך ניתנה לו סמכות כללית ורחבה בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, לתת סעד למען הצדק. סעיף 15(ד) מסמיכו לתת צווים לרשויות המדינה, לרבות לרשות המחוקקת.

235. פרשנות זו לחוק היסוד מתיישבת עם העיקרון המשפטי הידוע שלא נס ליחו, ולפיו *ubi jus ibi remedium*; דהיינו: במקום שבו יש זכות, ישנו סעד. לא ייתכן שתופר חובה משפטית בלא סעד שירפא את אותה ההפרה. מטעם זה בית המשפט סבר בעבר שיש לו סמכות להוציא התראת בטלות, כלומר – קבע בפסיקתו שניתן לתת סעדים נגד הרשות המחוקקת גם בכובעה כרשות המכוננת (ראו: עניין **שפיר**). השופט פוגלמן ציין בעניין **חסון**, כי "אשר לסמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית במקרים מעין אלה, נוטה אני לגישה כי סמכות זו נגזרת מן המגבלות המהותיות על סמכותה של הרשות המכוננת. זאת, על מנת שמגבלות אלו לא יהפכו לאות מתה" (שם, בפסקה 4 לפסק דינו).

236. מהאמור יוצא שהצעד שנדרש בית המשפט לעשות, ביטול תיקון לחוק יסוד, הוא אמנם חדש, אך הוא איננו חדשני והוא פועל יוצא של פסיקתו הקודמת. אין חולק כי ראוי היה שהכנסת הייתה מסדירה בהסדר קוהרנטי במסגרת חוק יסוד: החקיקה את סמכות החקיקה, מגבילה את עצמה, וקובעת שמגבלות אלו ייבחנו על ידי בית המשפט. אולם בהינתן שהסדר שלם ונדרש אינו קיים, ועד שיהיה הסדר כולל, עומדת סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לתת סעד.

237. גם מבט החוצה מראה כי לא מדובר בצעד חריג בזירה הבינלאומית (ראו: פסקה 11 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז בעניין **חסון**). מבין המדינות בעולם יש חוקות שמעניקות בצורה מפורשת

סמכות ביקורת שיפוטית מהותית על החוקה. למשל: תוניסיה, רומניה, אוקראינה, קוסובו, מולדובה ואנגולה (ראו: יניב רוזנאי "תיקונים חוקתיים שאינם חוקתיים? כמה לקחים השוואתיים" **חוקתיות, כינון חוקה וריבונות מבט תיאורטי והשוואתי** 104 (2020)). בחוקות רבות יש פסקאות נצחיות, שבית המשפט בוחן את הפרתן במקרה של מחלוקת. לדברי רוזנאי, "בגרמניה, בברזיל וברפובליקה הצ'כית, על אף שהחוקה אינה כוללת סמכות מפורשת לביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה, קבעו בתי המשפט בהתבסס על פסקאות הנצחיות, כי בידם הסמכות לבחון אם תיקונים לחוקה חורגים מן הגבולות המוטלים על הסמכות לתקן חוקה, ואף לפסול תיקונים חוקתיים שאינם עומדים בהגבלות" (שם, בעמ' 105). במדינות אחרות הביקורת השיפוטית על תיקון חוקתי נקלטה באמצעות דוקטרינת המבנה הבסיסי של החוקה, לפיה יש תיקונים חוקתיים שבמהותם סותרים את המבנה הבסיסי של החוקה, ולכן אין לאפשרם.

238. ההכרה בכך שהסמכות המכוננת אינה יכולה לחרוג מהגרעינים המינימאליים של המדינה מהווה למעשה הכרה משתמעת בפסקאות נצחיות, שמהוות הגבלה מהותית על הכנסת בכובעה כרשות מכוננת. יש שתי דרכים אפשריות לוודא כי הכנסת אינה חורגת מהמגבלות המהותיות. הראשונה – הליך נוקשה לתיקון החוקה, המחייב הסכמה רחבה מאוד והתחשבות במיעוט. השנייה – ביקורת שיפוטית. אם שני הרכיבים גם יחד אינם מתקיימים – אין נוקשות וחובה לקבל תיקונים בהסכמה רחבה ואין ביקורת שיפוטית – לא תהיה למגבלות המהותיות על הסמכות המכוננת כל משמעות. עמדה על כך גם הנשיאה חיות בעניין **חסון**:

"הצורך בביקורת שיפוטית על תוכן של נורמות חוקתיות מתעורר אולי ביתר שאת בשיטות – כגון השיטה הישראלית – שבהן הליך חקיקתן של נורמות חוקתיות ושינוין אינו כרוך בפרוצדורה נוקשה וייחודית, באופן שמקל על רוב מקרי לשנות מקצה לקצה את הסדר החוקתי הקיים... בכך שונה השיטה שלנו במידה ניכרת מהשיטה הנוהגת בארצות הברית, שם בית המשפט העליון הסתייג אומנם מקיום ביקורת שיפוטית על תוכנם של תיקונים לחוקה (ראו לדוגמה: (Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939)) – אך הליך תיקון החוקה האמריקאית המעוגן בסעיף 5 לחוקה כרוך בדרישות נוקשות ביותר: רוב של שני שלישים בשני בתי הקונגרס ואשרור של שלושה רבעים מבין המדינות. בישראל להבדיל, ניתן לחוקק ולשנות חוקי יסוד בקלות רבה, בהליך שאינו שונה ככלל מחקיקת חוק רגיל... מאפיינים אלה של שיטתנו תומכים בעמדה שהושמעה בפסיקה, לפיה אין לשלול מעיקרא את סמכותו של בית המשפט לפסול חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד בנסיבות חריגות וקיצוניות" (שם, בפסקה 34).

#### ח. התמודדות הדוקטרינות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד עם שחיקה דמוקרטית

239. כפי שהוסבר לעיל, בית המשפט הנכבד דחה את הטענה שאין בסמכותו לבחון תיקונים לחוקי יסוד, ובמיוחד לאור העובדה שהפוליטיקאים ניצלו בצורה הולכת וגוברת את הסמכות המכוננת לרעה. ברם הפתח שנפתח להתערבות הוא צר למדי, ולעמדת העותרים – צר מדי.



240. מבחינה מהותית, כשבוחנים את תוכן הנורמה החוקתית, אמת המידה שנקבעה לביטול היא פגיעה קשה, הדומה לנטישה של ערכי הליבה של המשטר הדמוקרטי. הלכה זו אינה מיטיבה להתמודד מול שחיקה דמוקרטית, או מה שמכונה בפי כל "שיטת הסלמי". לעמדת העותרים, על בית המשפט לפתח את הדוקטרינות להתערבות בחוקי יסוד ולהתאימן לאיום זה. על סכנה זו עמד פרופ' יניב רוזנאי בספרו (Unconstitutional Constitutional Amendments (2017) (להלן: רוזנאי):

"The fundamental abandonment standard ...allows, at least in theory, for a gradual deconstruction of the constitutional system, brought about piece by piece via constitutional amendments" (בעמ' 226).

241. מיד נפרט את הצעתו של רוזנאי לאמות מידה מדויקות יותר, אך קודם חשוב להתעכב על הנחות המוצא שעליהן התבסס בית המשפט הנכבד עד כה. העובדה כי בית המשפט עד עתה פתח רק פתח צר להתערבות נבעה מהתקווה שלא יצטרך להשתמש בסמכותו, ובעיקר מהנחתן של שתי הנחות יסוד: ראשית, כי עצם קיומו של משטר דמוקרטי ליברלי השומר על זכויות האדם בישראל הינו עובדה מוגמרת, שהאיום מהסמכות המכוננת הוא בעיקרו במישור טוהר המידות ולא בלב הערכים של המשטר הדמוקרטי, ולכן יש לאפשר לכנסת לסיים את הליך כינון החוקה תוך ייחוד הסמכות להתערב למקרי קיצון של שלילת עקרונות היסוד; שנית, כי השלטון ישתמש בסמכות המכוננת באחריות. למרבה הצער, המציאות טופחת שוב ושוב על פני שתי הנחות אלו.

242. לעניין הנחת היסוד הראשונה הרי שמאז היווסדה קיים בישראל מתח מובנה ומתמשך ביחס להכללת עקרונות הדמוקרטיה הליברלית במשפט הישראלי, ואיזונים מול ערכים לאומיים, אינטרסים ופריבילגיות של הרוב היהודי, וביתר שאת ביחס לזכויותיהם ולמעמדם של בנות ובני המיעוט הפלסטיני בישראל והפלסטינים תחת משטר הכיבוש בשטחים, ומתח מובנה בין שלטון החוק האזרחי לשלטון ההלכה.

243. המציאות מראה כי עצם קיומה של דמוקרטיה ליברלית כלל אינו מובן מאליו, וכי הסמכות המכוננת הינה אמצעי פוליטי לשינוי המשטר, בדרך לפגוע בזכויות ללא התנגדות. בשנים האחרונות הולכת וגדלה הנכונות להשתמש בכלי זה גם כדי לכפות את רצון הרוב האוחז בהגה השלטון, ובעניין זה התיקון הנוכחי הוא המשך ישיר של חוק הלאום הגזעני ותיקונים חוקתיים נוספים שבקנה, שחותרים תחת ערכים דמוקרטיים, ומקודמים ללא הסכמה רחבה, ומכוח רוב רגעי קטן (ראו, למשל, מבין רבות: הצעת חוק יסוד: הכנסת (תיקון - שלילת סמכותו של בית המשפט העליון מלהתערב בהחלטות ועדת הבחירות המרכזית לעניין אישור או פסילה של מועמד או רשימה מלהשתתף בבחירות) (פ/3464/25); הצעת חוק יסוד: כניסה, הגירה ומעמד בישראל (פ/394/25)).

244. הנחת היסוד השנייה מבוססת על כך שניתן להניח שהשלטון בישראל לא ישתמש לרעה בסמכות המכוננת, וכי הדמוקרטיה צריכה להתגונן דווקא מפני גורמי שוליים קיצוניים. אלא שהמציאות מוכיחה שהאיום על הדמוקרטיה אינו חייב לבוא מגורמי שוליים "קיצוניים" או שאותם גורמי שוליים הופכים להיות השלטון. שלטון פופוליסטי חזק ונחוש, הזוכה לתמיכת הרוב, אף שמדובר ברוב מצומק, יכול לרוקן בהדרגתיות את העקרונות הדמוקרטיים, לכרסם

במוסדות הדמוקרטיים ולסרס את שומרי הסף, והכל על מנת לממש אידיאולוגיה אנטי דמוקרטית, לאפשר להבטיח את המשך שלטונו, לשלול זכויות אדם מסוימות, לנטרל גורמים לעומתיים, או לקדם חקיקה מושחתת. הוא יכול לעשות זאת גם במסגרת הכלים הדמוקרטיים שבידו – לרבות, ואולי במיוחד, באמצעות תיקון חוקתי.

245. ממשלות בעלות שאיפות סמכותניות אינן מתנערות בהכרח מהשיח ומהכלים הדמוקרטיים, והן עשויות להצהיר על מחויבותן לכללי המשחק הדמוקרטיים. הפגיעה בעקרונות היסוד של הדמוקרטיה יכולה להיעשות גם באמצעות עשרות תיקונים חוקתיים נקודתיים, בשילוב עם תיקוני חקיקה, תקנות ושינויים משטריים, שכל אחד בפני עצמו עשוי לצלוח את הרף של "שלילת עקרונות על", אך צירופם לידי תמונה כוללת חושף שינוי רדיקאלי באופי המשטר. שינוי רדיקאלי זה אף יתבצע בשם הדמוקרטיה (המוגדרת בפריזמה של "רצון הרוב"), והצורך "להשתלט" על מוסדות דמוקרטיים שמהווים משקל נגד לממשלה, ולכן מוצגים כחותרים תחת רצון העם או "המשילות", ואף כגורמים דיקטטורים ("הדיקטטורה של בג"ץ", לדוגמה).

246. כבר לפני חמש שנים נטען במסגרת העתירות בעניין **חסון**, שעסקו בחוקתיות חוק הלאום, כי בישראל סכנה זו ברורה וממשית. זאת, הרבה לפני שההפיכה המשטרית יצאה לפועל. היום הדברים ברורים לכל. למעשה, מאז ומעולם היה מוכן השלטון להקריב את זכויות הפרט למען האינטרס של הרוב היהודי, ובמיוחד כאשר מדובר בזכויות האזרחים הפלסטינים בישראל, התושבים הפלסטינים בשטחים הכבושים ומבקשי מקלט, פליטים ומהגרי עבודה. גם זכויות שיש שסברו שהן מוסכמות, כמו שוויון מגדרי וזכויות חברות וחברי קהילת הלהט"ב, נמצאות תחת מתקפה בלתי פוסקת. העובדה ששלילת זכויות גורפת נבלמה במקרים לא מבוטלים הינה תוצר, בראש ובראשונה, של מאבק מתמשך בכל הזירות מצד אוכלוסיות נפגעות, פעילים וארגוני החברה האזרחית. אלא שבמקום שערכים ליברליים בסיסיים יהפכו לנורמות חוקיות וחוקתיות במדינה, הרי שהשלטון במדינת ישראל בכלל, והשלטון הנוכחי בפרט, פועל בתגובת נגד כוחנית, ששמה לה למטרה להחליש ואף לפגוע בלגיטימציה של כל אותם מוסדות דמוקרטיים, שבולמים את שאיפתו לשלול זכויות בסיסיות בשם האינטרסים של הרוב היהודי, ושעוד עשויים לבלום יוזמות עתידיות רדיקליות יותר.

247. לכן קשה שלא לראות דמיון בין תהליכים שקרו בהונגריה, בפולין ובמקומות אחרים לבין תהליכים שמתרחשים בישראל. רק עצימת עיניים מאפשרת שלא לראות כי שוררת בישראל תרבות פוליטית קיצונית, שבה ערכים ליברליים מוקצים מחמת מיאוס על ידי שותפים לשלטון, וגורמים ביקורתיים עוברים תהליך שיטתי של דה לגיטימציה והחלשה, ובראש ובראשונה – בית המשפט ומערכת המשפט.

248. לא השוליים הם החותרים תחת המשטר, אלא הממשלה הנוכחית ונבחרי ציבור מהקואליציה, הפועלים להשתלט על כל מי שיכול להציב להם בלמים: לפגוע בעצמאות הרשות השופטת, להחליש את שומרי הסף, לצמצם את אפשרותן של מפלגות האופוזיציה (בעיקר הערביות שבהן) לשוב ולהיבחר, לרסן את התקשורת, את האקדמיה ואת עולם התרבות הביקורתיים, לרמוס את ארגוני זכויות האדם, ולאפשר בסופו של יום פגיעה בזכויות האדם והתנערות מערכים ליברליים. ההתנגדות לצעדי הממשלה מוצגת כאנטי דמוקרטית, חותרת תחת רצון העם ואליטיסטית, והיא מלווה בדה לגיטימציה של בית המשפט העליון, מערכת אכיפת החוק, התקשורת וארגוני זכויות האדם.

249. במקום שהתיקון החוקתי יהיה כלי שנוהגים בו בכבוד, מתוך הסכמה רחבה, הוא הפך כלי מרכזי בארסנל הכלים שמפעיל השלטון בכוחניות כדי לבצע את ההפיכה (על הקלות שבה נעשה שימוש בתיקון החוקתי עמדה הנשיאה ביניש כבר לפני 12 שנים בבג"ץ 4908/10 **בר-און נ' הכנסת**, פסקאות 20 ו-21 לפסק דינה (7.4.2011) (להלן: **עניין בר-און**)). למעשה, השלטון מגלה יד קלה על ההדק בחקיקת היסוד ואף רואה בה יתרונות ברורים להגשמת מטרותיו: מצד אחד, עיצוב החוקה הוא הליך פשוט וקל עבור השלטון, ואינו דורש רוב מיוחד. מצד שני הוא מאפשר לו לטעון לחסינות מביקורת שיפוטית. מכאן שההנחה שהשלטון ינהג באחריות בהפעלת הסמכות המכוננת וישמור על הדמוקרטיה וזכויות האדם, ולכן יש לאפשר לו לגבש חוקה תוך ביקורת שיפוטית מינימאלית, אין לה על מה שתסמוך.

250. הנה כי כן, שלטון נחוש, ששואף להחליש את המוסדות הדמוקרטיים כדי שיוכל לשלול זכויות, אינו נדרש לבצע הפיכות או לחוקק "מגה-חוקים". שלטון נחוש בעל שאיפות סמכותניות עלול להשתמש בכלים מדודים לכאורה על מנת לקדם את מטרותיו, תוך היזהרות מחציית גבולות הלגיטימציה הפנימית והחיצונית. כל צעד שבו ינקוט השלטון בפני עצמו אין די בו כדי לאיים על עצם קיומו של המשטר הדמוקרטי. לכל צעד יש הסבר ונימוק. אולם התמונה הגדולה, הצירוף של מכלול היוזמות, היא החושפת את האיום המשמעותי על הדמוקרטיה, זכויות האדם ושלטון החוק (על המהירות והפזיזות שבה מתקנים את חוקי היסוד בישראל ראו עוד: אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי היסוד" **משפט וממשל** ב 443 (1995); על האופן שבו הכנסת רואה בתיקון חוקי היסוד מלאכת חקיקה רגילה ומעמיסה על חוקי היסוד עניינים שמקומם בחוק רגיל ראו: יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" **משפט וממשל** א 395, 402 (1992); וכן ראו: סוזי נבות ויניב רוזנאי "על הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד" **ICON-S-IL Blog** (4.11.2018)).

251. התיקון מושא העתירה, במהותו, אינו צולח אפילו את המבחן הצר שנקבע להתערבות בחקיקת יסוד, שכן הוא בפני עצמו פוגע בצורה קשה בכמה מהערכים הגרעיניים של המשטר הדמוקרטי, אולם העותרים סבורים כי אל מול התנפצות הנחות היסוד שעמדו בבסיס הפסיקה, הגישה המצמצמת למעורבות בחקיקת יסוד וייחודה לאותם מקרי קצה של "שלילת עקרונות העל של השיטה" מחייבת עדכון. יכולתה של הרשות השופטת לבצע את תפקידה בהגנה על זכויות האדם ועל המוסדות הדמוקרטיים האחרים האמונים על הגנתן של הזכויות, תלויה בכך. כך גם לגבי יכולתו של בית המשפט להגן על מעמדו שלו ועל עצמאותו מול יוזמות שמטרתן החלשתו, אם השלטון יהיה נבון מספיק לקדמן בפרוסות מדודות. אימוץ דוקטרינה צרה מדי מעוררת דאגה וחשש ממשי ביחס למסוגלות של בית המשפט העליון להגן על זכויות האדם ועל המשטר הדמוקרטי מול ממשלה שעוינת להם ותוביל מהלכים הפוגעים בדמוקרטיה ובזכויות האדם.

252. מכאן שלא רק שלבית המשפט קיימת סמכות לבטל תיקון חוקתי הפוגע בזכויות האדם או בעקרונות הדמוקרטיה, אלא שבנסיבותיה הייחודיות של מדינת ישראל, שהמשטר הדמוקרטי שלה שברירי ולא מובטח, שאין לה חוקה כתובה, שאין לה "הוראות נצחיות" כמו בחוקות אחרות, על בית המשפט להעביר את הליכי כינון חוקי היסוד או תיקון חוקי היסוד תחת **ביקורת שיפוטית הדוקה**, ולהתייחס אליהם בחשדנות המתבקשת. זאת במיוחד כאשר התיקון החוקתי נועד לגרוע זכויות, או לגרוע ממערך האיזונים והבלמים, ובוודאי כשהוא מתקבל ללא

הסכמה רחבה, אלא מכוח רוב קטן, שלא היה מספיק באף דמוקרטיה אחרת לתיקון כללי המשחק המשטרניים.

253. לאור העובדות כי החוקה נמצאת בהתהוות, וכי הליך כינון החוקה בישראל אינו שונה מהאופן שבו מתקבלת חקיקה רגילה, וכי סמכות כינון החוקה או תיקון החוקה נתונה באופן מוחלט בידיה של הממשלה, הרי שאין מקום לייחס להכרת החוק כחוק יסוד משמעות כה מרחיקת לכת, המצמצמת את הביקורת השיפוטית רק למקרים קיצוניים ויוצאי דופן, שבהם נשללים "עקרונות היסוד של השיטה" או ליבת הדמוקרטיה.

254. יתרה מזאת, עמדה המחסנת חוקי יסוד הפוגעים בזכויות יסוד חוקתיות מביקורת שיפוטית, או אשר מחסנת אותם מביקורת שיפוטית הלכה למעשה בשל ייחוד סמכות הפסילה למקרים כל כך קיצוניים וחריגים, אף מעודדת שימוש בסמכות המכוננת כדי "להתגבר" על הביקורת השיפוטית וליצור בפועל חסינות מפני בטלות של חקיקה פוגענית, אשר הייתה נפסלת לו הייתה מעוגנת בחוק רגיל. היא גם מאפשרת "להתגבר" על פסיקה קודמת, באמצעות עיגון פגיעה שנפסלה כאשר עוגנה בחוק רגיל, בחוק חדש שכותרתו "חוק יסוד". בפועל, הסמכות המכוננת יכולה דה-פקטו להוות תחליף אפקטיבי ל"פסקת ההתגברות", שאף אינה דורשת רוב מיוחד.

255. לאור כל האמור על בית המשפט לאמץ דוקטרינה אפקטיבית יותר להתמודד עם חקיקת יסוד או תיקונים חוקתיים הפוגעים בזכויות אדם, בעקרונות דמוקרטיים או במוסדות דמוקרטיים, ובכללם בית המשפט עצמו ועצמאותו המוסדית.

#### **ט. דוקטרינות חלופיות לביקורת שיפוטית על תיקונים חוקתיים**

##### **(1) התיקון החוקתי הלא חוקתי – הפרה לא מידתית של ערכי הליבה**

256. רוזנאי דן בספרו באמת המידה הרצויה לביקורת שיפוטית על תיקון חוקתי. גם לעמדת רוזנאי, לה שותפים העותרים, **סטנדרט נמוך מדי** (רוזנאי מכנה אותו (minimal effect standard), הוא לא רצוי. לא כל פגיעה בעקרונות היסוד של השיטה מצדיקה לשים מגבלות על הרשות המכוננת, ויש להימנע ממגבלות נוקשות מדי המונעות את תיקון החוקה או חוקי היסוד (שם, בעמ' 220).

257. לצד זאת, רוזנאי אינו סבור שיש לאמץ רק אמת מידה נוקשה אחת לביקורת שיפוטית על תיקון חוקתי. הוא מציע לפתח מבחנים מדויקים יותר לביקורת שיפוטית דיפרנציאלית, הנגזרת מהליך החקיקה והלגיטימציה הציבורית של הנורמה החוקתית שתוקנה. לעמדתו, על אמת המידה לביקורת שיפוטית להיגזר מפרמטרים שונים, הקשורים להליך הכינון וללגיטימציה הציבורית שלה הוא זוכה (שם, בעמ' 220).

258. רוזנאי שם בשני קצוות הסקאלה מודלים שונים של הליכים לתיקון חוקתי. מהצד האחד – **הליך תיקון ממשלי** (governmental amendment powers) ומהצד השני – **הליך תיקון עממי** (popular amendment powers). הראשון דומה יותר לכוח חקיקה רגיל והשני מחייב הליכים מיוחדים של השתתפות העם בהליך התיקון החוקתי. ככל שהליך התיקון נוטה לראשון כך הביקורת השיפוטית צריכה להיות מוגברת, שכן ההליך זוכה ללגיטימציה דמוקרטית פחותה. ככל שהוא נוטה לכיוון העממי, הביקורת השיפוטית צריכה להיות מרוסנת יותר, שכן לתיקון יש לגיטימציה דמוקרטית מוגברת (שם, בעמ' 222).

259. כאשר התיקון נעשה בהליך הנוטה בבירור להליך תיקון ממשלי, אמת המידה לביקורת שיפוטית שמציע רוזנאי, והעותרים מציעים לאמץ, היא **הפרה לא מידתית של ערכי הליבה** (disproportionate violation standard). המשמעות של מבחן זה שונה ממבחני המידתיות הרגילים. על פי אמת מידה זו, יש לבחון האם בתיקון החוקתי הייתה הפרה לא מידתית של עקרון ליבה של החוקה או של חוק היסוד. כלומר, הרשות המכוננת מוסמכת לפגוע בעקרון ליבה בתיקון חוקתי אך ורק אם הפגיעה בו היא מידתית, שאחרת התיקון אינו חוקתי.

260. לעומת זאת, אם התיקון החוקתי עבר בהליך תיקון שנוטה להליך עממי – למשל, הוא עבר בהסכמה רחבה של קואליציה ואופוזיציה, באסיפות מכוננות או במשאל עם ברוב מיוחד – הביקורת השיפוטית תהיה מרוסנו יותר. במקרה זה מציע רוזנאי לאמץ אמת מידה שדומה לזו שנקבעה בעניין **חסון**. כלומר – נטישה של ערכי הליבה של המשטר (fundamental abandonment standard). מבחן זה משמעותו שהתיקון יהיה לא חוקתי רק אם מדובר בהפרה בוטה וקיצונית של ערכי הליבה המשטריים, שגם בהסכמה אי אפשר לגרום לה (שם).

### (2) שימוש לרעה בסמכות המכוננת – הרחבת מבחני הזיהוי

261. המבחן שהציע רוזנאי בספרו הוא מבחן שקושר בין הליך הכינון לבין הביקורת המהותית (לפי דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי), אך הוא נכון באותה מידה גם לביקורת השיפוטית על פי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. למעשה, בעניין **שפיר** בית המשפט כבר החיל ביקורת שיפוטית סלקטיבית, ובחינת הפסיקה בנושא מלמדת על תזווה משמעותית ממבחן צורני טכני למבחן מהותי.

262. בית המשפט מבחין בין נורמות שצולחות את מבחן הזיהוי, שבהן לא תהיה התערבות (אלא אם מדובר בתיקון חוקתי שאינו חוקתי), לבין נורמות שאינן צולחות את מבחן הזיהוי. נורמות אלו ייבחנו בביקורת שיפוטית הדוקה יותר על פי עקרון העברת הנטל. אם תומכי התיקון החוקתי לא יצליחו להראות צידוק להכללת נורמה שלא עברה את מבחן הזיהוי – הנורמה תיפסל בשל שימוש לרעה בסמכות המכוננת. אולם דומה, כי גם בית המשפט הותיר מקום להמשך פיתוח הדוקטרינה, שכן נקבע שמבחני המשנה שצוינו באותו עניין לגבי מבחן הזיהוי אינם רשימה סגורה של שיקולים (עניין **שפיר**, פסקה 37 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

263. כפי שרוזנאי קושר בין הליך הכינון (על הציר שבין ממשלי לעממי) לבין היקף הביקורת השיפוטית או הריסון השיפוטי, כך יש לקשור בין הליך הכינון למבחני הזיהוי. מדוע? כי ככל שההליך זוכה ללגיטימציה דמוקרטית רחבה יותר כך הסיכון לשימוש לרעה בסמכות המכוננת הוא נמוך. לעומת זאת, ככל שההליך הוא ממשלי יותר, ולא זוכה ללגיטימציה דמוקרטית רחבה, כך הסיכון שהוא יהווה שימוש לרעה בסמכות גדל, ומחייב ביקורת שיפוטית הדוקה יותר.

264. כאמור, בית המשפט הנכבד פיתח מבחני משנה למבחן הזיהוי: **יציבות, כלליות והשתלבות במארג החוקתי**. השופטת ברק-ארז הציעה מבחן שונה למבחן ההשתלבות במארג החוקתי שהוא **מבחן המובחנות**. לעמדת העותרים **במסגרת מבחן הזיהוי יש לקבוע על המבחנים שנקבעו מבחני משנה נוספים**, אותם נמנה להלן.

265. מבחן אחד הינו **מבחן ההסכמה הרחבה** – ככל שנורמה התקבלה ללא הסכמות רחבות, על ידי שימוש בכוחו הרובני הצר של צד אחד של המפה הפוליטית, תוך התנגדות הצד השני, כך יקשה

לראות את התיקון החוקתי כהולם נורמה חוקתית, שכן הוא אינו מבטא ערכים משטריים מוסכמים, אלא אינטרסים צרים ושנויים במחלוקת. שינויים משטריים הם כללי משחק שכולם אמורים לכבד, בין כשהם בשלטון ובין כשהם באופוזיציה, ולכן ההנחה היא שנורמה שאינה זוכה להסכמה רחבה, אלא מועברת בכוח רוב רגעי אינה משקפת כללי משחק כאלו. כמובן שיש לכך יוצאי דופן. למשל, אם תיקון חוקתי הנוגע ישירות למעמדה של קבוצת מיעוט לאומית מתקבל ברוב גדול יחסית בקרב קבוצת הרוב הלאומית, אך בלי הסכמות עם נציגי קבוצת המיעוט, עדיין יש בכך להחשיד את הנורמה.

266. מבחן נוסף הינו **מבחן הליך התיקון** – ככל שהתיקון החוקתי התקבל בהליך מהיר, שטחי תוך פגיעה בעקרון ההשתתפות לא רק של חברי הכנסת אלא של הציבור – החברה האזרחית, מומחים שונים ואזרחים בעלי עניין – כך יקשה לראות אותו כהולם נורמה חוקתית, אשר אמורה לשקף עקרונות יסוד משטריים ארוכי טווח, וככזו – מחייבת דיון ציבורי נרחב, משתף ומעמיק. לשינויים משטריים שמהווים שינוי של כללי המשחק המשטריים יש השלכות ארוכות טווח ולכן הם דורשים ליבון ודיון דמוקרטי מקיף, שלעתים אורך תקופה ממושכת.

267. מבחן נוסף הוא **מבחן הגריעה** – ככל שהנורמה נועדה לגרוע מזכויות שכבר מצויות בחוקה, או מאיזונים ובלמים שנקבעו בחוקה, כך יקשה לראות אותה כנורמה חוקתית, שכן החוקה או חוקי היסוד נועדו להגן על עקרונות ליבה משטריים באופן פוזיטיבי, והגריעה נעשית לרוב בחקיקה רגילה. כך, למשל, הזכויות החוקתיות מעוגנות בחוק יסוד, אך הגריעה מהן נעשית בחוק רגיל ההולם את פסקת ההגבלה. תיקון שמהותו לשלול זכויות או איזונים שנקבעו בחוקי יסוד הוא חשוד.

268. מבחן נוסף הוא **מבחן בעיית הנציג** – מבחן זה מזכיר, אמנם, את התייחסותם של רוב השופטים בעניין **שפיר** לחקיקה פרסונלית, אך הוא רחב ממנו. הציפיה היא שהרשות המכוננת תפעל מאחורי מסך הבערות, שכן היא עוסקת בכללי משחק משטריים שעתידיים להישמר זמן רב ולהיות הוגנים לכולם. ככל שהתיקון החוקתי מקודם כדי לפתור עניין מסוים שעמו מתמודד הרוב האוחז באותו רגע בהגה השלטון, וברור שהתיקון לא היה מקודם מאחורי מסך הבערות, כך יקשה לראות אותו כנורמה ההולמת חוק יסוד או חוקה והיא תהיה חשודה.

269. השופט גרוסקופף התייחס להיבט זה בעניין **שיינפלד** ביחס לתיקון לחוק יסוד: הממשלה שהפחית מתנאי הכשירות של מי שהורשע בעבירה פלילית להתמנות לשר – תיקון שכל מטרתו הייתה לאפשר את מינויו של חבר הכנסת אריה דרעי לשר. וכך כתב: "קיים חשש כבד, ולמעשה אף מעבר לכך, כי השימוש בסמכות המכוננת המגולם בתיקון חוק היסוד, ובפרט הוראת התחילה שלו, לא נעשה לשם השגת מבנה משטרי טוב יותר בראייה כללית, אלא לצורך נקודתי ובעייתי – על מנת לעקוף את הדרישה לברר את השלכות ההליך הפלילי על כשירותו של ח"כ דרעי להתמנות לשר באמצעות המסגרת המשפטית שנקבעה לכך, קרי, פנייה ליושב ראש ועדת הבחירות לכנסת כאמור. לפיכך, על פני הדברים, אינני שולל כי נסיבות אלו עשויות לעלות לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת" (שם, בפסקה 4 לפסק דינו).

270. המבחנים הנ"ל יסייעו לבית המשפט לזהות נורמות חוקתיות שקודמו בהליך שזוכה ללגיטימציה דמוקרטית מועטה – הליכים שבהם רוב דורסני קידם במהירות שינויים משטריים, ללא הסכמות; או שניצל את הסמכות המכוננת לשלול זכויות כדי לחסן את המהלך

מביקורת שיפוטית; או השתמש בסמכות המכוננת כדי לשרת אינטרס צר שלו ולא כדי לקדם את ערכי המשטר מאחורי מסך הבערות, כפי שמצופה מרשות מכוננת. בכל אותם מקרים יוכל בית המשפט לזהות ביתר קלות שמדובר בנורמה חריגה או "חשודה", שלא אופיינית למה שניתן לצפות מנורמות בחוקי יסוד או בחוקה. במקרים אלו הנורמות לא יצלחו את מבחן הזיהוי ויעברו לשלב השני – **מבחן הצידוק**.

271. במקרה כזה, חזקת התקינות נסתרת, הנטל יעבור לכתפי המשיבים, והם יצטרכו לשכנע מדוע לא היה מנוס אלא להשתמש בסמכות המכוננת. כלומר, רמת הביקורת השיפוטית תהיה הדוקה יותר. אם לא יימסר נימוק משכנע, הנורמה תיפסל. כפי שציינה השופטת ברון בעניין **שפיר**: "הפתח שנפתח בשלב הצידוק להכרה בנורמה כמכוננת, הגם שהיא נעדרת איזה מבין המאפיינים האלמנטריים של חוק יסוד, הוא פתח צר עד מאוד ואין לעבור בו אלא במשורה" (שם, בפסקה 4 לפסק דינה).

272. לעניין מבחן הצידוק נתגלעה מחלוקת בקרב שופטי ההרכב בעניין **שפיר**. הטענה המרכזית נגד מבחן הצידוק היא שהוא מכניס את בית המשפט לזירה הפוליטית (זו, למשל, היתה עמדתו של השופט אלרון באותו עניין). לעמדת העותרים, בעיקרו על מבחן הצידוק לבחון, כלשונו, הצדקה בשני עניינים: ראשית, האם לא ניתן היה להשיג את התכלית בחוק רגיל, ולא בתיקון חוקתי (זאת בדומה לעמדתה של השופטת ברק-ארז בעניין **שפיר**, בפסקה 10 לפסק דינה). שנית, האם העובדה שהשינוי המשטרי אינו צולח את מבחן הזיהוי בשל סיבות אובייקטיביות הניתנות להצדקה בשל אינטרס ציבורי רחב, שאינו אך אינטרס צר של יוזמי התיקון. כך, למשל, אם תיקון חוקתי עבר בהליך דורסני ומהיר, ניתן להצדיקו בנסיבות אובייקטיביות חיצוניות שחיבו הכללת נורמה בחוקי היסוד בהליך שלא מאפיין נורמה חוקתית.

273. אימוץ הדוקטרינה המוצעת יאפשר התמודדות נכונה יותר עם הפיכה משטרית הנעשית פרוסות פרוסות, והיא מתמודדת נכון יותר עם המציאות הישראלית.

### (3) שימוש בסמכות המכוננת בניגוד עניינים

274. דוקטרינה חדשה ונוספת מוצעת במאמרם של פרופ' אריה בבצ'וק ופרופ' ברק מדינה (אריה בבצ'וק וברק מדינה "ביקורת שיפוטית על הרפורמה המשפטית לאור ניגוד העניינים של ראש הממשלה" צפוי להתפרסם בפורום **עיוני משפט** מז' (2023) (להלן: **בבצ'וק ומדינה**)).

275. בבצ'וק ומדינה סבורים, כי בנסיבות הייחודיות שבהן בראשות הממשלה ניצב מי שעומד לדין פלילי ומוגבל משום כך בהסדר ניגוד עניינים, הקואליציה בהובלתו מנועה מלקדם חקיקה המיטיבה עם מצבו המשפטי בניגוד להסדר ניגוד העניינים. כתוצאה, הצעדים החקיקתיים להחלשת מערכת המשפט אשר מקדמת הכנסת הנוכחית – להתבטל.

276. במאמרם טוענים בבצ'וק ומדינה, כי ההכרעה בנוגע לתקפות דברי החקיקה הני"ל, בהם התיקון דן, צריכה להישען על כך שכל פעולה של ראש הממשלה, בנימין נתניהו, בתור ראש ממשלה, כדי לקדם את האינטרסים האישיים שלו במשפט הפלילי המתנהל נגדו, היא פעולה בניגוד עניינים. אמנם, בעתירות אחרות שבמרכזן הטענה שמר נתניהו מפר את הסדר ניגוד העניינים שנערך בעניינו נתבקש סעד של הוצאתו של מר נתניהו לנבצרות, אולם לשיטתם סעד כאמור לא יגשים את האיזון האופטימאלי בין שני הערכים המונחים על הכף: שלטון החוק מחד, ורצון הבוחרים מאידך.

277. לטענתם של בבצ'וק ומדינה, על בית משפט נכבד זה לשמר את האיזון שעמד בבסיס הכרעתו בבג"ץ 2592/20 התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (6.5.2020), תמצית נימוקים; 27.5.2020, פסק דין משלים). באותו העניין האיזון בין עקרון שלטון החוק לבין רצון הבוחרים הוגשם באמצעות הקביעה, שמחד ראש הממשלה נתניהו רשאי לכהן כראש הממשלה ולהקים קואליציה, ואולם כדי למנוע התערבות מצידו כראש ממשלה על מנת להיטיב עם עצמו כנאשם בפלילים, עליו לעמוד בהסדר ניגוד העניינים שנערך בעניינו.

278. במורד הדרך הפר נתניהו את הסדר ניגוד העניינים, ועסק בדברי חקיקה, בהם התיקון דנן, ואלה בהחלט עשויים לשפר את מצבו כנאשם. למעשה, הוא פעל באופן אקטיבי לרתימת כל סיעות הקואליציה להסכמים שמעניקים עדיפות להפיכה המשטרית ואף כלל אותם בקווי היסוד של ממשלתו. גם תיקון זה פעל כדי לקדם. בבצ'וק ומדינה טוענים, כי הדרך ליישר את ההדורים לא תהיה להוציא את ראש הממשלה נתניהו לנבצרות, ולהותיר את החוקים הבעייתיים שקידם על כנם, אלא להפך: לבטל את החוקים האמורים ולהימנע מלהכריז שנבצר ממר נתניהו למלא תפקידו. רק כך יישמר האיזון בין שלטון החוק לרצון הבוחרים.

279. בהקשר זה, טוענים בבצ'וק ומדינה שאין נפקא מינה אם הכנסת או הממשלה יקדמו צעדים להחלשת מערכת המשפט גם ללא מעורבותו של נתניהו. גם פעולה בניגוד עניינים של אדם אחד באמצעות אדם אחר מהווה פעולה בניגוד עניינים, ולנוכח מעמדו של נתניהו כראש הממשלה, כל צעד המכוון לפגיעה במערכת המשפט, בשומרי הסף ובמערכת אכיפת החוק שתקדם הקואליציה הוא ממילא צעד המקדם את האינטרסים האישיים של נתניהו. משכך, הכנסת והממשלה הנוכחיות (כל עוד נתניהו הוא ראש הממשלה) מנועות מלקדם כל צעד שנועד לפגוע במערכת המשפט.

280. תוקפו של הסעד כאמור מוגבל אך למשך התקופה שמכהנת ממשלה בראשה עומד אדם שמתנהל נגדו משפט פלילי ומשכך יש לו אינטרס אישי מובהק בהחלשת מערכת המשפט. בנסיבות שנוצרו, קיימת אפשרות ממשית שהן חברי הממשלה הן חברי הקואליציה בכנסת פועלים למען האינטרס האישי של נתניהו, ומשכך יש לראות בחקיקת חוקי היסוד שהקואליציה שבראשות נתניהו מקדמת כדי להחליש את מערכת המשפט כשימוש לרעה בסמכות המכוננת, ובתוך כך גם את התיקון דנן.

### **חלק רביעי: ניתוח של התיקון לפי הדוקטרינות לפסילת תיקון חוקתי**

#### **א. התיקון חורג מהסמכות המכוננת (תיקון חוקתי לא חוקתי)**

281. בעתירות הנוספות שביקשו לבטל את התיקון הוצגה תמונה מקיפה ביותר לגבי האיום על שלטון החוק ועל טוהר המידות כתוצאה מהתיקון. בעתירה זו הוספנו נוסף לפגיעות שלהם גורם התיקון – גריעה משמעותית ביותר של היקף הגנה על זכויות האדם, שהם בליבת המשטר הדמוקרטי. נזקים אלו במצטבר הם נזקים חסרי תקדים. שלטון שמחוקק, מבצע ואינו כפוף לביקורת שיפוטית הוא שלטון בלתי מרוסן, שפגיעתו בזכויות האדם ודאית.

282. התיקון יוביל למצב שבו ההגנה על זכויות האדם תהיה חלשה, וזו תשמש מקפצה עבור השלטון להמשיך ולחפור ביסודות המשטר הדמוקרטי ולקעקע אותם. הוא יאפשר לרמוס זכויות אדם



ולסגת מהערכים הדמוקרטיים הליברליים הבסיסיים ביותר שאמורים להיות נצחיים ובלתי ניתנים לתיקון. היא תאפשר למוטט את מערך שומרי הסף, שבולמים פגיעה בזכויות.

283. כפי שהראו העותרים, טענת מקדמי התיקון, כי ניתן יהיה לשמר את הערכים הליברליים חרף התיקון היא פשטנית, והגם שהתיקון, בינתיים, אינו שולל לחלוטין את ההגנה על זכויות, הוא מייצר פגיעה חמורה בהיקף ההגנה על זכויות. פגיעה זו מצטרפת לפגיעה בעקרון שלטון החוק.

284. לצד קרקוע שלטון החוק וזכויות האדם, נפגע גם עקרון הפרדת הרשויות. עקרון זה נפגע בצורה קיצונית במספר מישורים: התיקון מאפשר **צבירת כוח ריכוזי בידי רשות שלטונית אחת**. זאת משום שבתחומים מסוימים לא תהיה כל ביקורת אפקטיבית של הרשות השופטת על הרשות המבצעת, ולכך יש גם השלכות מידיות על האפשרות של היועצים המשפטים לבלום החלטות לא סבירות. ועוד, הוא יאפשר התערבות של הרשות המבצעת באי תלותה ובעצמאותה של הרשות השופטת. התיקון אף פוגע בתפקודה ועצמאותה של הכנסת מול הממשלה, שכן הכנסת יכולה לחוקק חוקים שהשרים יתעלמו מהם (למעט במקרים של סמכות חובה) עד כדי איונם.

285. על רקע כל אלה, בית המשפט הנכבד מתבקש לאמץ את המודל של רוזנאי לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. כלומר, לא דוקטרינה בינארית המבקשת תשובה לחיוב או לשלילה, האם התיקון הספציפי פוגע פגיעה כדי כך קיצונית בליבת ערכי המשטר שהוא מצדיק פסילה. במקומה בחינה של הפרה לא מידתית של ערכי הליבה, במיוחד כאשר השלטון פועל לשינוי המשטר פרוסה אחר פרוסה. התיקון מושא עתירה זו הוא דוגמה לתיקון שעבר בהליך שלא זוכה ללגיטימציה דמוקרטית. הוא עבר ברוב רגיל קטן, שברובן המוחלט של הדמוקרטיות לא היה מאפשר לשנות את כללי המשחק המשטריים, בהליך כוחני ומהיר, ללא הסכמות נרחבות, ובנושא שנוי במחלוקת עמוקה. ההסדר שאומץ קיצוני ופוגעני במיוחד, ומקדמו התעלמו מהצעות שנשמעו למתנו (למשל, הגבלתו לסבירות מינויים שאושרו על ידי הכנסת). הליך כזה מלמד כי מדובר בנורמה שפוגעת במבנה הבסיסי של החוקה בהתהוות.

### **ב. התיקון חוקק תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת**

286. התיקון אינו עומד בכללי הזיהוי שנקבעו בעניין **שפיר**.

287. מי שמבקש לכונן נורמה יציבה, שואף שהיא תהיה מוסכמת ככל הניתן, שכן אחרת, האופוזיציה תגיע לשלטון ומיד תשנה חזרה את הנורמה. הסיבה היחידה שהנורמה בנוסחה הקיצוני עברה היא פוליטית. התקיימו דיונים על נוסח מתון אך הקואליציה השתמשה בסמכותה המכוננת הקלה והפשוטה כדי להעביר לאופוזיציה מסר פוליטי שביכולתה להכניע אותה, כאמצעי לחץ לקראת יתר התיקונים החוקתיים של ההפיכה המשטרית. **תיקון חוקתי לא אמור להיות אמצעי במשא ומתן פוליטי**. כפי שציינה הנשיאה ביניש בעניין **בר-און**: "המאפיין המרכזי של חוקה – מאפיין שהוא חלק מהגדרת היסוד של חוקה וגם חלק מהיתרונות הגלומים בעצם קיומה של חוקה – הוא יציבותה. חוקה נועדה לשרוד שינויים תקופים ולעמוד איתנה מול שינויים בהרכב הפוליטי של השלטון ואל מול שינויים חברתיים כאלה ואחרים" (שם, בעמ' 298).

288. התיקון אינו עומד במבחן הכלליות, שכן הוא לא נועד להסדיר באופן כללי את החובות של רשויות השלטון כלפי האזרחים, אלא רק להחליש את היכולת של בית המשפט לבחון החלטות שלטוניות בעילה מסוימת.

289. תיקון זה אינו הולם את המארג החוקתי. הסעיף שאליו נתפר התיקון בגסות עוסק בבית המשפט העליון, והתיקון מתייחס לכל בתי המשפט והערכאות.
290. מדובר בתיקון חריג ביותר, שכן עילות ההתערבות השיפוטית בכל תחומי המשפט (נוזיקין, פלילי, עבודה וכדומה) מוסדרות בחקיקה רגילה ולא בחוק יסוד. גם כאשר חברי הכנסת ביקשו להצר את עילות הביקורת השיפוטית על השלטון הם עשו זאת בחקיקה רגילה. למשל, בסעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 נקבע, כי "לא תוגש נגד רשות תובענה ייצוגית לפיצויים בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות ביחס לאותו צד שלישי".
291. העמימות של התיקון, והעובדה שהוא מייצר חוסר ודאות המחייב התייחסות למצבים שונים ומגוונים, כמו גם הוראות מעבר, זועקות שמדובר במאטריה בעניין המתאים לחקיקה רגילה ולא לתיקון חוקתי. תיקון חוקתי אמור לכלול נורמות עקרוניות, כלליות, פוזיטיביות, ולא לחלק הוראות אופרטיביות לערכאות המינהליות השונות. מהלך של שליטת סמכות בעילה נקודתית, שמחייבת התייחסות לאינספור מצבים, הגדרות מדויקות, ונסיבות מגוונות אינה מתאימה לחוק יסוד, אלא לחקיקה רגילה ומפורטת. השימוש בתיקון חוקתי כדי להסדיר את הסוגיה במקרה זה רשלני. לו סברו הממשלה והכנסת שיש לעגן בדין את המשפט המינהלי היו עושות זאת בחוק, לתכלית ראויה ושפגיעתו בזכויות אדם אינה עולה על הנדרש, שמסדיר תחילה באופן כולל את עבודתה של הממשלה והמגבלות החלות עליה – כמו החובה לנהוג בסבירות (ראו, למשל את תזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014. בתזכיר זה הוצע, בין היתר, בסעיף 8 לעגן את חובת הרשות המינהלית לפעול בסבירות: "רשות מינהלית תקבל החלטה מינהלית לאחר שנתנה משקל ראוי לכל אחד מהשיקולים הנוגעים לעניין"). רק לאחר מכן היו פונות לעילות הביקורת השיפוטיות על מעשי המנהל. דרך זו מתיישבת עם הוראות סעיפים 15(ה) ו-16 לחוק יסוד: השפיטה, המותירות את קביעת סמכויות בתי המשפט בחוק.
292. לצד זאת, כפי שהרחבנו לעיל, על בית המשפט להוסיף מבחני משנה לשלב הזיהוי שגם ייקחו בחשבון את מידת הלגיטימציה הדמוקרטית של הליך התיקון בפועל. כיוון שהליך התיקון היה הליך כוחני, שהתבסס על רוב קואליציוני קטן ללא הסכמות רחבות, וקודם במהירות תוך גריעה ממערך הזכויות והאיזונים והבלמים הקיימים, והוא לא נערך מאחורי מסך הבערות, אלא כדי לקדם מטרות קונקרטיות, כמו אי כינוס הוועדה לבחירת שופטים או פיטורי היועצת המשפטית לממשלה, הרי שהוא אינו עומד במבחני הזיהוי הנוספים שהצענו: מבחן ההסכמה הרחבה, מבחן ההליך, מבחן הגריעה ומבחן בעיית הנציג. מדובר באופן ברור בנורמה חשודה. נורמה שקשה לראות אותה כנורמה שראוי לכלול בחוקה בהתהוות.
293. עד נוסף, כי העובדה שהתיקון לא ראוי להיחשב כנורמה חוקתית, עוד לפני שמגיעים למבחן הצידוק, משמעה שמלכתחילה לא הייתה לוועדת החוקה סמכות לקדם את התיקון כהצעת חוק מטעם הוועדה. לפי סעיף 80(א) לתקנון הכנסת, ועדת החוקה רשאית ליזום הצעות חוק מטעמה רק בנושאים אלו: חוקי-יסוד, עניינים שמתחייבים מתיקון של חוק-יסוד ומוצעים לצדו, הכנסת, חברי הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות, מימון מפלגות ומבקר המדינה. טענה זו נפרדת מהטענה שעלתה בחלק מהעתירות לפיה אופן גיבוש הצעת החוק מטעם הוועדה היה פסול. התיקון לא ראוי להיכלל בחוק יסוד, והעובדה שהוועדה רצתה לעשות שימוש לרעה

בסמכות המכוננת כדי לחסן את התיקון מביקורת או כדי לקצר את הליכי החקיקה, אינה מכשירה את הפגם שנוצר. הצעת החוק שיזם ח"כ שמחה רוטמן אינה יכולה להיות בסיס להצעת חוק מטעם הוועדה, ואם חבר הכנסת רצה לקדמה, היה עליו להציע אותה כהצעת חוק פרטית, ועל הכנסת היה להצביע עליה בארבע קריאות.

294. גם מבחן הצידוק אינו יכול להכשיר את התיקון. אין כל מניעה אובייקטיבית שהנושא לא יטופל בחקיקה רגילה שתגדיר את עילות הביקורת המינהליות, וחקיקה זו תהיה כפופה לביקורת שיפוטית. אם היא תפגע לתכלית שאינה ראויה או באופן לא מידתי בזכויות אדם, בית המשפט יוכל להתערב בה, ואם לא – היא תהיה כשרה. התקווה שקידום העניין בתיקון חוקתי יקשה על הביקורת השיפוטית אינה סיבה עניינית לבחור בתיקון חוקתי במקום בחוק רגיל.

295. ולבסוף, נשוב ונפנה לעמדתם של בבצ'וק ומדינה, המדברת בעד עצמה. קואליציה בראשות ראש ממשלה הנאשם בפלילים רשאית אמנם, על פי פסיקת בית המשפט, להנהיג את המדינה, ואולם מנועה מלעסוק בכל דבר שיש בו לפגוע במערכת המשפט, בשומרי הסף ובמערכת אכיפת החוק באופן שמיטיב עם ענייניו של ראש הממשלה. מצב שבו תיקון חוק יסוד מאפשר להחליף את מי שעומדת בראש מערכת אכיפת החוק; למנות אחרת תחתיה על פי בחירת הממשלה שבראשה נאשם בפלילים; כמו גם להימנע מבחירת שופטים על מנת לנסות להביא לכינוס הרכבים, שיהיו נוחים לשיטת ראש הממשלה; וכל אלה ללא ביקורת שיפוטית – מחייב מניעת לשימוש בסמכות המכוננת. הפרתה של מניעות זו דינה בטלות.

### סיכום

296. מכל הטעמים שמנו העותרים, בהצטרפם לאלה שנמנו בעתירות האחרות, עולה כי התיקון אינו יכול לעמוד. הוא מהווה חריגה מן הסמכות המכוננת, ולמצער מפר באופן בלתי מידתי את ערכי הליבה. הוא אף מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט להוציא צו על תנאי כמבוקש ולאחר קבלת תשובת המשיבים, להפכו למוחלט.

8 באוגוסט 2023

טל חסין, עו"ד

גיל גן-מור, עו"ד

עודד פלר, עו"ד

הגר שחטר, עו"ד

ב"כ העותרים