



בית המשפט העליון

בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת ו-7 עתירות אח'

תאריך מתן פסק הדין: כ' בטבת התשפ"ד (1.1.2024).

שופטי ההרכב: הנשיאה (בדימ') א' חיות, ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן והשופטים י' עמית, נ' סולברג, ד' ברק-ארז, ע' ברון (בדימ'), ד' מינץ, י' אלרון, י' וילנר, ע' גרוסקופף, א' שטיין, ג' כנפי-שטייניץ, ח' כבוב, י' כשר ו-ר' רונן.

בית המשפט העליון קבע היום בדעת רוב (12 מתוך 15 שופטים) כי נתונה לו הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד ולהתערב במקרים חריגים וקיצוניים שבהם הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת.

בית המשפט העליון הוסיף וקבע בדעת רוב (8 מתוך 15 שופטים) כי יש להכריז על בטלותו של תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה אשר שלל באופן גורף את הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים. זאת, בשל הפגיעה החמורה וחסרת התקדים במאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

נוכח חשיבותן של הסוגיות שהתעוררו בעתירות נגד תיקון מס' 3, הדיון בהן התקיים ביום 12.9.2023 בפני הרכב מלא של 15 שופטי בית המשפט העליון. כחודש לאחר הדיון, ב-7 באוקטובר, השתנתה מציאות חיינו לבלי היכר ואנו נתונים מאז בלחימה קשה ונחושה מול ארגוני טרור רצחניים. אך משתיקון מס' 3 נותר על כנו, ובשים לב למועד האחרון שבו הנשיאה (בדימ') חיות והשופטת (בדימ') ברון רשאיות ליתן פסקי דין בהתאם לאמור בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ניתן פסק הדין בעתירות.

מרבית שופטי ההרכב (הנשיאה (בדימ') חיות, ממלא מקום הנשיא פוגלמן והשופטים עמית, ברק-ארז, ברון (בדימ'), וילנר, גרוסקופף, שטיין, כנפי-שטייניץ, כבוב, כשר ורונן) קבעו כי במקרים חריגים וקיצוניים מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק להכריז על בטלות חוק יסוד שיש בו משום חריגה מסמכותה המכוננת של הכנסת. לעניין זה כבר נפסק בבג"ץ 5555/18 **חסון נ' הכנסת** (2021) (עניין "חוק יסוד הלאום") כי הכנסת כרשות מכוננת אינה "כל יכולה", וכי אין בסמכותה – אף לא בחוק יסוד – לשלול או לסתור חזיתית את המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בשים לב למגבלות אלה ועל מנת שניתן יהיה לאוכפן, סברו מרבית השופטים כי יש להכיר בסמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד. חלק מן השופטים ביססו מסקנה זו על המבנה החוקתי יוצא הדופן שלנו המתאפיין, בין היתר, בהיעדר כל הליך ייעודי ונפרד לכינון נורמות חוקתיות; על הפרקטיקה הבעייתית

של כינון ותיקון חוקי יסוד המעידה על זילות שלהם ועל הפיכתם לכלי משחק בידי הרוב הפוליטי; וכן על התפקיד שממלא בית המשפט בהגנה על המפעל החוקתי. שופטים אחדים הדגישו בהקשר זה את הכרזת העצמאות כבסיס לקיום הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד; ואחרים מצאו את עוגן הסמכות בחוק-יסוד: השפיטה, לפיו הוקנתה לבית המשפט הגבוה לצדק סמכות ליתן סעדים למען הצדק וצווים לכלל רשויות המדינה.

בפסק הדין נקבע בדעת רוב (הנשיאה (בדימ') חיות, ממלא מקום הנשיא פוגלמן והשופטים עמית, ברק-ארז, ברוך (בדימ'), גרוסקופף, כבוב ורון) כי התיקון העומד במוקד העתירות – תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה – הינו מקרה קצה שבו חרגה הכנסת מסמכותה המכוננת ומשכך אין מנוס מהכרזה על בטלותו. הודגש כי מדובר בתיקון שנוסחו החריג והגורף מונע מכלל בתי המשפט לדון ולשמוע טיעונים בעניין סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים, וזאת ביחס לכל החלטה, לרבות החלטה להימנע מהפעלת סמכות. דעת הרוב סברה עוד כי פרשנות התיקון אינה מותירה מקום לספק שהוא חל גם על החלטות מופרכות והחלטות בלתי סבירות באופן קיצוני. כתוצאה מכך, נגרמת פגיעה חסרת תקדים בהיקפה בשניים מהמאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית – עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק. בהקשר זה צוין כי התיקון מעצים באופן ניכר את הכוח הרב המרוכז ממילא בידי הממשלה ושריה וחוסם את אפשרותו של הפרט לקבל סעד בשורה של מצבים שבהם עשויה להיגרם פגיעה קשה באינטרסים חשובים שלו כתוצאה ממעשי השלטון. עוד הודגש כי התיקון מוביל לכך שדווקא הגורמים המשמעותיים ביותר ברשות המבצעת פטורים בפועל מחובת הסבירות; הוא מותיר תחומים שלמים בלא ביקורת שיפוטית אפקטיבית; מונע הגנה על אינטרסים ציבוריים כמו טוהר המידות ותקינות המנהל; ועלול להביא לשינוי מן היסוד של פני השירות הציבורי במדינה, כמו גם לפגיעה קשה בעצמאות מערכת אכיפת החוק ולניצול לרעה של משאבים שלטוניים לצורך השגת יתרונות פוליטיים בתקופת בחירות.

השופטת י' וילנר סברה כי יש להעניק לתיקון פרשנות מקיימת ועל כן אין מקום לדון באפשרות ביטולו. השופטים א' שטיין וג' כנפי-שטייניץ סברו כי ניתן וראוי לפרש את התיקון באופן מצמצם ועל כן, אין מקום להתערב בו משום שהוא רחוק מרחק רב מאותם מקרים שבהם ניתן לומר כי הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת. בהתאם, סברו השופטים וילנר, שטיין וכנפי-שטייניץ כי יש לפרש את התיקון כך שהוא יחסום רק ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות כפי שהתפתחה מאז פסק הדין בבג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור** (1980), והמתמקדת בבחינת האיזון בין השיקולים השונים בהחלטה השלטונית ("סבירות איזונית"). לשיטתם, התיקון על פי פרשנות זו, עודנו מאפשר התערבות במקרים של החלטות מופרכות, שניתן היה להתערב בהן אף לפני פסק הדין בעניין דפי זהב. השופט כשר נמנע מלהכריע בשאלה אם ניתן לפרש את התיקון באופן מצמצם כאמור, ועמדתו היא כי חרף פגיעתו של התיקון בהפרדת הרשויות ובשלטון החוק, הוא אינו מגיע לרף הגבוה שמצדיק התערבות בחוק יסוד.

השופטים סולברג ומינץ חלקו על עמדת הרוב בכל הנוגע לסמכות העקרונית של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, ואף על סמכותו להכריע בשאלה זו, וצינו כי אין מקור סמכות המאפשר לקיים ביקורת כזו. לגישתם, אף בהתעלם מבעיית סמכותו של בית המשפט, התיקון מצוי מרחק רב מאותה מגבלה צרה שחלה לשיטת שופטי הרוב על סמכותה המכוננת של הכנסת. השופט אלרון חלק אף הוא על עמדת הרוב וציין כי גם אם היה נכון לאמץ חריג צר שיאפשר התערבות בחוקי היסוד במקרים קיצוניים של פגיעה בזכויות היסוד של הפרט, ממילא הטענות בעניין תיקון מס' 3 אינן בשלות להכרעה שכן טרם נוצקה פרשנות לתיקון וטרם התבררו גבולותיו ומשכך לא ניתן להניח כי השלכותיו תהיינה חמורות כפי שנטען.

מצורפות להלן תמציות חוות דעתם של כל אחד משופטי ההרכב (בהתאם לסדר הופעתן בפסק הדין):

הנשיאה (בדימ') א' חיות :

הנשיאה (בדימ') חיות שבה בחוות דעתה על קביעת בית המשפט בבג"ץ 5555/18 **חסון נ' הכנסת** (2021), לפיה סמכותה של הכנסת בכובעה כרשות מכוונת אינה בלתי מוגבלת וכי היא אינה מוסמכת לחוקק חוק יסוד השולל או סותר חזיתית את מאפייני הזהות הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מסקנה זו, כך קבעה הנשיאה (בדימ'), נלמדת מ"הנתונים החוקתיים" כפי שהתפתחו מאז ימיה הראשונים של המדינה – הכרזת העצמאות, חוקי היסוד והחוקים שחוקקה הכנסת ופסיקת בית המשפט לאורך השנים. עוד קבעה הנשיאה (בדימ') כי בהינתן המאפיינים הייחודיים של המבנה החוקתי שלנו – גיבוש החוקה "פרקים פרקים", היעדר הליך נוקשה לכינונה ותיקונה, ושליטת הרוב הפוליטי בהפעלת הסמכות המכוונת – לא ניתן להותיר את המגבלות על סמכותה של הכנסת בלתי אכיפות, וללא ביקורת שיפוטית אשר מכוחה יוכל בית המשפט להתערב באותם מקרים קיצוניים וחריגים שבהם הכנסת חרגה מגבולות סמכותה המכוונת בחוקקה חוק יסוד.

לגישת הנשיאה (בדימ'), תיקון מס' 3 לחוק-יסוד השפיטה הינו מקרה קיצוני שבו חרגה הכנסת מסמכותה המכוונת. בהקשר זה הודגש כי במציאות הקיימת בישראל הביקורת השיפוטית הינה הבלם האפקטיבי **היחיד** על הכוח הרב המרוכז בידי הממשלה ושריה. משכך, התיקון נושא העתירות – השולל **באופן גורף** את סמכות בתי המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על סבירות כלל ההחלטות של הממשלה, ראש הממשלה ושריה, ואף חוסם כל אפשרות לדון בטענות כאלה – פוגע פגיעה קשה ביותר בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק. פגיעה קשה זו בשניים מהמאפיינים המובהקים ביותר של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית (שעל משמעויותיה פירטה הנשיאה (בדימ') בהרחבה בחוות דעתה), יש בה כדי להשפיע באופן משמעותי וחסר תקדים על הפרט ועל הציבור בכללותו. לפיכך, קבעה הנשיאה (בדימ') כי אין מנוס מן הקביעה כי בחוקקה את תיקון מס' 3 חרגה הכנסת מסמכותה המכוונת וכי דין התיקון להתבטל.

השופטת י' וילנר :

השופטת י' וילנר הצטרפה לעמדה כי לבית משפט זה ישנה סמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד. זאת, לדידה, אף מכוח סעיף 15(ג) לחוק יסוד : השפיטה, המסמיך את בית המשפט להעניק "סעד מן הצדק". עוד קבעה, כי לנוכח עמימות המונח "סבירות" שבו נקט המכונן במסגרת התיקון, מתעוררת שאלה פרשנית באשר למשמעותו. בשאלה זו, מכריעה השופטת וילנר על-דרך של פרשנות מקיימת, שלפיה ביטול עילת הסבירות מתייחס ל"סבירות האיזונית" בלבד, קרי, במובן שנוצק לה בעניין **דפי זהב**. מסקנה זו מתחייבת, לדידה, מהלכותיו המושרשות של בית משפט זה, שלפיהן יש להעדיף פרשנות המקיימת את החוק על-פני פרשנות העלולה להביא לביטולו. לעמדתה, הפרשנות המקיימת אפשרית

מבחינה לשונית; יש לה יסוד בתכלית הסובייקטיבית; והיא מגשימה באופן מיטבי את התכלית האובייקטיבית. בהינתן הפרשנות האמורה, התיקון אינו פוגע פגיעה אנושה בזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל. זאת, בין היתר, לאור העובדה שהתיקון אינו גורע מחובת הממשלה והשרים לנהוג כדין; ואינו מונע ביקורת שיפוטית אפקטיבית, לנוכח קיומן של עילות ביקורת שיפוטית נוספות. ודוק: אמנם עשויים להתעורר מקרים שבהם לא יתאפשר להושיט סעד שיפוטי כבעבר, ברם, אף אם יש להצר על כך, מדובר יהיה בהחלטות שנתקבלו בסמכות; לאחר הליך מינהלי תקין; בתום-לב; ללא שיקולים זרים; החלטות מידתיות; שאינן שרירותיות; אינן מפלות; ואינן מופרכות מעיקרן. עוד ציינה השופטת וילנר, כי הגישות שקראו במהלך השנים להשבת עילת הסבירות למובנה המקורי, לא נתפסו מעולם כאנטי-דמוקרטיות. כן, הטעימה כי במסגרת בחינת חוקתיות התיקון, על בית המשפט להביא בחשבון את המצב המשפטי הקיים בלבד, ולא לשעות לטענות הנוגעות להצעות-חוק עתידיות. לפיכך, קבעה השופטת וילנר כי יש לדחות את העתירות, תוך שהתיקון יפורש בהתאם לפרשנות המקיימת.

השופט י' אלרון:

לשיטת השופט אלרון דין העתירות להידחות. השופט אלרון שב על עמדתו העקרונית אשר לפיה המנדט הנתון לבית המשפט הגבוה לצדק לבחון את ההצדקה שבבסיס החלטות חברי הכנסת מוגבל: וכי בהעדר נורמה מפורשת המגבילה את סמכות הכנסת לחוקק חוקי-יסוד או קובעת כיצד יש להפעילה, הרי שבהמשך פיתוח דוקטרינות המקנות לבית המשפט סמכות לעצב את גבולות כינון החוקה יש משום היפוך היוצרות. עוד ציין השופט אלרון את עמדתו בדבר אפשרות קיומו של חריג צר במקרים חריגים וקיצוניים של פגיעה בזכויות היסוד של הפרט וכמוצא אחרון בלבד. ביחס ל"עילת הסבירות", השופט אלרון הדגיש כי אם הצמצום שנעשה במסגרת תיקון מס' 3 עומד במבחן שנקבע להתערבות בחקיקת יסוד, הפתח שנפער להתערבותו של בית משפט זה אינו צר כלל וכלל. מעבר לעמדתו העקרונית, השופט אלרון סבר כי ניתן לדחות את העתירות גם מאחר שהטענות כלפי תיקון מס' 3 אינן בשלות להכרעה. נומק, כי מקום בו בית המשפט סבור שנוכח לשקול התערבות בתוכנו של חוק-יסוד מתבקש שהדבר ייעשה רק לאחר בחינת יישומו ועיצוב גבולותיו בפרשנות בית המשפט. במקרה דנן, בתי המשפט עשויים לקבוע כי משמעות התיקון היא ביטול הלכת דפי זהב ותו לא, ואם כך, הרי שעוצמת פגיעת התיקון בעקרונות הדמוקרטיים השונים רחוקה מלהצדיק ביטול סעיף מתוך חוק-יסוד. לסיכום, כתב: **"איתן אני בדעתי כי אין זו השעה לזעזע את יסודותיה החוקתיים של מדינתנו. את המחלוקת מושא העתירות שלפנינו מוטב לדחות למועד המתאים לכך אם וכאשר ההכרעה בה תתחייב מעובדות המקרה. חוששני כי בעיתוי הנוכחי הנזק שייגרם מערעור יסודות המשפט החוקתי בישראל בשל פסילת תיקון מס' 3, עלול לעלות עשרות מונים על הנזק שבהותרתו על כנו."**

השופט א' שטיין:

השופט אלכס שטיין קבע כי חקיקת חוקים וחוקי-יסוד על ידי הכנסת כפופה לגבולות שהותוו בהכרזת העצמאות – זאת, מאחר שהמנשר ופקודת סדרי השלטון והמשפט, אשר

נחקקו ופורסמו עם הקמת המדינה, קבעו במפורש כי סמכויות החקיקה של מועצת המדינה הזמנית, אשר העבירה סמכויות אלה לכנסות שבאו אחריה, מעוגנות בהכרזת העצמאות. כמו כן, קבע השופט שטיין כי התיקון לחוק-היסוד שנדון בעתירות דנן אינו מנוגד לעקרונותיה של הכרזת העצמאות, מאחר שהוא מבטל אך ורק את סמכותו של בית המשפט העליון לפסול החלטות ממשלה מחמת חוסר סבירות כעילה עצמאית ובלעדית, תוך שהוא משמר את סמכותו לפסול החלטות ממשלה שנמצאו מופרכות על פניהן מחמת שיקולים זרים, שרירות, חוסר תום-לב ועילות פסילה אחרות. לדעת השופט שטיין, צמצום זה של הביקורת השיפוטית מחזיר את המשפט המינהלי למצבו לפני הלכת דפי זהב – במסגרתה הוכרה אי-סבירותה של החלטה שלטונית כעילה עצמאית לפסילתה – כפי שנאמר במפורש בדברי ההסבר להצעת התיקון נושא הדיון. מסיבה זו, השופט שטיין קבע כי התיקון נושא הדיון אינו מעקר ביקורת שיפוטית, ועל כן אינו מפר את דרישת הצדק הבסיסית שבהכרזת העצמאות. קביעה זו הולוכה את השופט שטיין למסקנה כי התיקון נושא הדיון חוקתי.

השופט י' עמית :

בפסק דינו התייחס השופט עמית להיעדרם של מנגנוני איזונים ובלמים בשיטת המשפט בישראל המרסנים את כוחה של הממשלה, באופן המעניק לה עוצמה מיוחדת. המסקנה המתבקשת ממצב זה היא שנדרשת **הוספה** של מנגנונים לחיזוק המשטר הדמוקרטי, ואילו התיקון נושא דיונו צועד בכיוון ההפוך; הוא מעצים עוד יותר את כוחה של הרשות המבצעת ופוגע בעקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית.

השופט עמית עמד על נוסחו הגורף של החוק, שלכאורה חל על עילת הסבירות על כל מופעה הרבים בפסיקה ואינו מבחין בין סוגים שונים של החלטות. הוסבר כי עילת הסבירות עוסקת בחיי היום-יום של האזרח במדינתו, ועיקר כוחה ופועלה אינו בבחינה של ההחלטה המינהלית **בדיעבד** בבית המשפט, אלא **מלכתחילה** בשלב גיבוש ועיצוב ההחלטה. בהיעדר עילת סבירות, תידלדל חובת הסבירות ותיעלם, דבר שעלול להותיר את הציבור ללא הגנה ולשנות את פניו של השירות הציבורי. לא נמצא כי הכלים האחרים שמציע המשפט המינהלי יכולים להשלים את הפער שנוצר, וגם האפשרות לבקר את ההחלטה באמצעות כלי הביקורת הפרלמנטריים או באמצעות לחץ ציבורי, אינה יכולה להוות תחליף של ממש לביקורת שיפוטית.

התיקון לחוק היסוד פוגע בגרעין הדמוקרטי של המדינה: בזכות הגישה לערכאות; בעיקרון הפרדת הרשויות ובעקרון ביזור הכוח שעומד ביסודה; בזכויות יסוד חוקתיות. התיקון אף פוגע בשלטון החוק בהיבטים שונים – הצבת הממשלה ושריה מעל החוק; מינויים ופיטורים בלתי ראויים, לרבות של שומרי סף; חסינות מפני אי הפעלת סמכות מינהלית והתעלמות משיקולים מקצועיים; היעדר פיקוח על ממשלת מעבר; חשש לפגיעה בטוהר הבחירות.

השופטת ג' כנפי-שטייניץ :

השופטת ג' כנפי-שטייניץ מסכימה כי לבית המשפט העליון נתונה סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקת-יסוד, אולם לעמדתה, בחינתו של התיקון, על-פי פרשנותו הראויה, מובילה למסקנה כי זה אינו עומד באמות המידה הצרות ביותר המצדיקות פסילתו של חוק-יסוד.

סוגית קיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקת-יסוד מעוררת שאלות מורכבות, שמוטב היה שיוכרעו בזירה הציבורית. משנדרש בית המשפט לשאלה זו, עמדתה של השופטת היא, שקיימת בחקיקת היסוד תשתית טקסטואלית לקיומה של מגבלה מהותית שנטלה הכנסת על עצמה, המכפיפה את כוחה המכונן לשימור אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מגבלה זו מעוגנת בחוק-היסוד הקיימים, לרבות בהוראת סעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת, שתכליתו להגן על ליבת זהותה החוקתית של המדינה ולמנוע שינוי השיטה "מתוכה". סמכות בית המשפט לבקר חקיקת-יסוד נגזרת מהמגבלה האמורה, מקום בו הכנסת חרגה מגבולותיה החוקתיים – אולם זו צרה כ"קוף המחט" ויש להפעילה רק במקרים נדירים שבנדירים, של פגיעה אנושה בליבת זהותה של המדינה.

התיקון חוקק על רקע מחלוקת ארוכת שנים על היקפה של עילת הסבירות. הגם שהתיקון מעורר קשיים, בהיותו רחב וגורף, אין מדובר בחוק המאיים למוטט את אושיות הדמוקרטיה בישראל, **הרחק מכך**. במישור הפרשני, יש לתת לתיקון פרשנות מצמצמת, שלפיה הוא מונע ביקורת שיפוטית רק בעילת הסבירות "האיזונית" ולא בעילת הסבירות "הצרה". בפרשנותו זו, השלכותיו של התיקון מבחינה מעשית מצומצמות ביותר, משניתן להמיר את השימוש בעילת הסבירות האיזונית בעילות ביקורת אחרות הקיימות במשפט המנהלי. ההחלטות המועטות שאותן לא ניתן יהיה לבקר על-פי התיקון, הן החלטות שלפי טיבן ולפי עמדתו הנורמטיבית של המחוקק, שיש לכבדה, אין מקום לבחון את סבירותן האיזונית – מבלי שהדבר פוגע בצורה אנושה בשלטון החוק או בעקרון הפרדת הרשויות.

השופטת ר' רונן :

השופטת רונן מצטרפת לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות. היא קובעת כי הכנסת כרשות מכווננת מוגבלת בסמכותה, ואינה רשאית לחוקק חוקי-יסוד הפוגעים באופן משמעותי בשני מאפייני הזהות הגרעיניים של מדינת ישראל – היותה יהודית ודמוקרטית. כן היא קובעת כי בית המשפט העליון מוסמך לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד.

עוד נקבע שיש לדחות את הפרשנות המצמצמת לתיקון – פרשנות שאין לה אחיזה בלשון התיקון; מנוגדת בבירור לתכליתו הסובייקטיבית; ואף אינה מספקת לבית המשפט כל הנחיה ברורה ואופרטיבית ביחס לאופן בו יש לבחון בעתיד החלטות של הממשלה ושריה.

זאת בין היתר לאור ניתוח המצב המשפטי לפני פסק הדין בעניין **זפי זהב** ואחריו, ושליטת ההנחה לפיה הנחיה המורה על חזרה למצב "**זפי זהב**" היא בעלת משמעות. לכן, נקבע שהתיקון על-פי פרשנותו הנכונה שולל מבית המשפט אפשרות לדון **בכל טענה שהיא** הנוגעת לסבירות.

השופטת רונן התייחסה גם לסטנדרט הביקורת שיש להפעיל בבחינת התיקון, וקבעה כי מאחר שהתיקון פוגע ביכולת הרשות השופטת לבקר את הרשות המבצעת, תוך שינוי מהותי של מערך האיזונים הקיים בין הרשויות, הוא מעורר חשש לניגוד עניינים מובנה של הכנסת. חשש זה מתעצם מאחר שהתיקון התקבל ללא הסכמת מי מחברי האופוזיציה ותחולתו היא מיידית. משכך, נקבע שיש להחיל סטנדרט ביקורת מחמיר במעט בשאלה האם הפגיעה במאפיינים הדמוקרטיים מהווה חריגה של הרשות המכוננת מסמכותה.

לנוכח פרשנות התיקון ושליטת הביקורת השיפוטית בכל היבטי עילת הסבירות, המסקנה היא כי התיקון פוגע באופן משמעותי בליבת עקרונות השיטה הדמוקרטית. בהקשר זה הודגש בין היתר הנושא של מינויים ופיטורים של שומרי סף. על-כן, ובהתחשב בסטנדרט הביקורת שהוזכר לעיל, נקבע שהכנסת חרחה מסמכותה בחקיקת התיקון, ויש להורות על פסילתו.

השופט י' כשר :

השופט כשר הצטרף לעמדת הנשיאה (בדימוס) לפיה סמכות הכנסת כרשות מכוננת מוגבלת בכך שהינה כפופה להגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כמו כן, לדעתו לבית המשפט הגבוה לצדק, מוקנית הסמכות לקבוע כי הכנסת חרחה מסמכותה המכוננת, ולהורות על בטלות תיקון לחוק יסוד. המבחן לעניין חריגת הכנסת מסמכותה המכוננת הוא זה שנקבע בעניין **חסון** – מבחן צר המגולם בשאלה האם התיקון שולל את ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה או פוגע פגיעה אנושה במאפייני הזהות הגרעיניים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית.

לדעתו של השופט כשר התיקון נושא העתירה מחליש את הביקורת השיפוטית על הממשלה ושריה, ובכך פוגע בעקרונות הפרדת הרשויות ושלטון החוק. יחד עם זאת, לא כל הסטת נקודת האיזון בין הרשות השופטת לרשות המבצעת, על דרך הצרת הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת, מגיעה כדי שלילת ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה. לדעתו, התיקון יוביל להחלשה מסוימת של הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת. ברם, הוא אינו צפוי להוביל למצב בו הביקורת הנ"ל תהיה בלתי אפקטיבית, ומכאן שאין הצדקה להורות על ביטולו.

השופט כשר סיים באמירה לפיה השאלה שהיה עליו להכריע בה אינה עד כמה התיקון הוא לרוחו והאם, להשקפתו, מוטב היה שלא היה נחקק כלל, אלא האם התיקון נושא העתירות מגיע לכדי הנסיבות הקיצוניות – פגיעה אנושה במאפייני הזהות הגרעיניים המינימאליים

של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – שרק בהתרחשותן, יעשה בית משפט זה שימוש בסמכות המאוד מרחיקת לכת, המוקנית לו, להורות על ביטול תיקון לחוק יסוד. השופט כשר ציין כי לדעתו, יש להשיב על השאלה דלעיל בשלילה, ומכאן התוצאה שאליה הגיע.

ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן :

מ"מ הנשיא פסק כי הרשות המכוננת אינה יכולה לערער את זהותה היהודית והדמוקרטית של המדינה, וכי מאפייניו של המפעל החוקתי הישראלי והשימוש בפועל בסמכות המכוננת מוליכים למסקנה שבית המשפט הוא המוסד שמוסמך לקבוע אם הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת. מ"מ הנשיא קבע כי המצב הייחודי בישראל, שבו השליטה בסמכויות הביצוע, החקיקה והכינון מוחזקת למעשה בידי הממשלה, כמו גם חולשת המנגנון לקביעת הוראות בחוקה, מקרינים על רף התערבותו של בית המשפט בשאלה זו.

אשר לתיקון מס' 3, מ"מ הנשיא קבע כי חסימת כל אפשרות לדון בבתי המשפט בטענת חוסר סבירות ביחס לדרג המיניסטרילי מגלמת פגיעה אנושה בעקרון שלטון החוק ובעקרון הפרדת הרשויות. פגיעה זו באה לידי ביטוי בשלושה מעגלים: ראשית, ביחס לפרט שנפגע מהחלטה בלתי סבירה והתיקון נועל בפניו את שערי בית המשפט; שנית, ביחס לדרג המיניסטרילי, שהתיקון מסיר מגבלה משמעותית על כוחו ומכרסם במערכת האיזונים והבלמים הרעועה ממילא בשיטת המשפט הישראלית; ושלישית ביחס לשיטת המשפט בכללותה, מאחר שהתיקון יוצר במכוון מצב שבו "יש דין ואין דין".

פגיעת התיקון במעגלים אלה חמורה במיוחד מאחר שהוא גורף ומוחלט: הוא מונע מכל בית משפט לדון בעילת הסבירות ביחס להחלטות הדרג המיניסטרילי; תחולתו מתפרסת על כל החלטה של דרג זה; הוא נעדר מנגנוני פיקוח או איזונים אחרים; ואין בכוחן של יתר עילות המשפט המינהלי לשמש חלופה אפקטיבית.

מ"מ הנשיא הוסיף שצמצום פרשני של התיקון אינו אפשרי במקרה דנן. זאת, בין היתר, משום שהתזות הפרשניות שהוצעו נעדרות אחיזה בלשון התיקון ואינן מציגות חלופות קוהרנטיות. ממילא, כך נקבע, גם פרשנות כאמור תותיר על כנה פגיעה חמורה בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות.

השופט ד' מינץ :

השופט ד' מינץ הדגיש כי כל רשות וכל ערכאה שיפוטית אינן רשאיות לפעול אלא בגדרי הסמכות הנתונה להן על פי דין. על בית המשפט להקפיד לפעול אך ורק בגדר סמכויותיו, באותה הקפדה שהוא נוקט כשסוגיית הסמכות מתעוררת לגבי רשויות אחרות. בהקשר זה, הסמכות לבקר חוקים אינה מושתתת על יסודות איתנים, וודאי שאין כל מקור סמכות המאפשר לבית המשפט לדון בתוקפו של חוק-יסוד או לפסלו. פיתוח דוקטרינות המבקרות

את תוכנם ומהותם של חוקי-היסוד "יש מאין" חותר תחת ערכי יסוד דמוקרטים בסיסיים ובהם עיקרון הפרדת הרשויות, עיקרון החוקיות ועיקרון שלטון החוק. ביטול חוק-יסוד בהתבסס על דוקטרינה מעורפלת ועל נוסחה בלתי מוגדרת, טומן בחובו מחיר כבד מנקודת מבט דמוקרטית, בוודאי כשמדובר בסוגיה שבית המשפט עצמו מצוי לגביה ב"ניגוד עניינים מוסדי".

מנקודת מוצא זו, הדיון לגופו של התיקון איננו נדרש. בכל מקרה, הדיון בפרשנותו מוקדם משטרם יושמו ועוצבו גבולותיו. בהתייחס לעמדת רוב חברי ההרכב, הודגש כי הוראה חוקתית יש לפרש מתוך "מבט רחב" ולא "באופן טכני", בצורה המשקפת את "תפיסות היסוד" שהוא נועד להגשים כטקסט חוקתי; כי קשה לקבוע כי לשון התיקון "גורפת", בלתי מסויגת ואינה מותירה מקום "לשום ספק" באשר להיקפו; וכי אין פגם בעצם העובדה שמדובר במושג כללי וטעון פרשנות. בנוסף, התיקון אינו מונע כליל עריכת ביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה והשרים, אינו מעניק להם שיקול דעת מוחלט וגורף ואינו מעניק חסינות להחלטותיהם. מדינת ישראל היא דמוקרטיה חזקה, והיא נותרה כזו גם לאחר התיקון. העובדה שקיים רוב דחוק בקרב עמדות השופטים למסקנה כי מדובר בפגיעה אנושה בעקרונות הדמוקרטיים היסודיים ביותר של המדינה, גם היא מדברת בעד עצמה.

השופט ח' כבוב:

השופט כבוב עמד על כך שהכרה במגבלות המוטלות על הרשות המחוקקת במדינה דמוקרטית לא באה, בהכרח, על חשבון ריבונות העם; משהיא עשויה להגן על העם, במקרה בו נציגיו ברשות המחוקקת חותרים תחת קיומו של המשטר הדמוקרטי. הוסבר, כי ההמשגה הטובה ביותר למגבלות כאמור, קשורה בכך שהעם לא הסמיך את הכנסת לעשות כל העולה על רוחה. לכן, למשל, הכנסת לא מוסמכת להאריך כהונתה מעבר לארבע שנים בהיעדר נסיבות מיוחדות, אף אם מאה ועשרים חברים יצביעו על חוק שכזה בשלוש קריאות ויכנוהו 'חוק-יסוד'. כן נקבע, כי נוכח מבנה שיטת המשטר בישראל, לא ניתן לקבל תוצאה לפיה לא תהא ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד שכוונו בחריגה מסמכות כלל. אך, על ביקורת כזו להיעשות בזהירות מיוחדת ורק באירוע קיצון.

לאחר סקירת התפתחות עילת הסבירות במשפט הישראלי, הגיע השופט כבוב למסקנה כי ביסודה עומדת התפיסה לפיה המחוקק לא הקנה למינהל סמכות לקבל החלטה מופרכת וקפריזית. לימים, מבחני עילת הסבירות הלכו והתרחבו ובעניין 'דפי זהב' עוצב מבחן איזון-האינטרסים, שעליו נמתחה ביקורת בעיקר נוכח גבולותיו העמומים. חרף האמור, פרשנותו הנכונה של תיקון מס' 3 מלמדת כי הכנסת לא ביטלה את מבחן איזון-האינטרסים בלבד, אלא את הביקורת השיפוטית על סבירות ההחלטות של הדרג המיניסטריאלי באופן גורף.

הודגש, כי מתן פטור לדרג המיניסטריאלי מחובתו לתת את הדין כשהוא חורג מסמכותו, משמעו כי העם נשלט בידי אישים; זאת, בניגוד לתיאור המזוקק ביותר לריבונות העם

שהוא שלטון של חוקים. משכך, אין מנוס מהתערבות שיפוטית. עם זאת הובהר, כי יש להטות אוזן קשבת לביקורת ארוכת השנים שהושמעה ביחס למבחן איזון-האינטרסים, שהגיעה עד למליאת הכנסת והובילה לתיקון חוק-יסוד; וכי נכון לתת לכך ביטוי בפסיקה.

השופטת (בדימ') ע' ברון:

השופטת ענת ברון עומדת על כך שבחלוף 75 שנה מאותו רגע היסטורי של הכרזת העצמאות, הדמוקרטיה הישראלית נתונה בסכנה מבית – המגולמת בתיקון לחוק-יסוד: השפיטה. התיקון מיועד להביא לשינוי משטרי יסודי. הוא מסיר מעל הממשלה ושריה את כבלי הביקורת השיפוטית **בעילת הסבירות**, ומקנה לרשות המבצעת כוח שררה חסר איזונים ובלמים אפקטיביים. משמעות התיקון היא מתן **פטור גורף** לממשלה ולשרים מהחובה לנהוג בסבירות בהחלטותיהם, באופן המקנה לממשלה כוח שלטוני חסר תקדים ומעמד של "רשות על" מבצעת-מחוקקת-מכוננת. מדובר בפגיעה אנושה בעקרון הפרדת הרשויות, בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של המדינה.

השופטת ברון מבהירה כי אין לעילת הסבירות תחליף ראוי בשמירה על תקינות המינהל הציבורי ובהגנה על זכויות הפרט. בתוך כך, התיקון פותח פתח ל"חלוקת ג'ובים" בשירות הציבורי ופוגע בעצמאותם ואי-תלותם של בעלי תפקידים מקצועיים, בדגש על שומרי הסף – שכן מינוקם והעברתם מכהונה נתונים לחסדי השרים והממשלה. לעמדת השופטת, לבית המשפט העליון נתונה הסמכות לקבוע כי נורמה חוקתית בטלה, במקרים קיצוניים שבהם הכנסת חורגת מגבולות הסמכות המכוננת הנתונה לה; ובמקרה הנדון אימוץ פרשנות מקיימת של התיקון לחוק היסוד איננו אפשרי, בהיותו **כתיבת חוק-יסוד חדש** – וזאת אין בסמכותו ולא מתפקידו של בית המשפט העליון. יש מי שמנסים לגמד את גודל האירוע, לייחס לתיקון לחוק אגביות זניחה, כאילו מדובר בעניין פעוט ושולי. אך זוהי שעה אקוטית שבה לא ניתן לעמוד מנגד, ודין התיקון בטלות. וכמילותיו של השיר עתיק היומין: "לְעוֹלָם אֶל תִּשְׁלַח לְשָׂאֵל לְמִי צִלְּצְלוּ הַפְּעֻמוֹנִים – לָךְ הֵם מְצַלְצְלִים".

השופט ע' גרוסקופף:

השופט עופר גרוסקופף מצטרף לעמדתה של הנשיאה (בדימ') אסתר חיות, כי דין העתירות להתקבל, ודין התיקון להתבטל. לשיטתו, לבית המשפט העליון, בשבתו כבג"צ, נתונה הן מכוח חוק-יסוד: השפיטה והן מכוח הצדקות מהותיות הנובעות מאופיו הייחודי של מפעל החוקה הישראלי, הסמכות לבקר את עמידת הכנסת במגבלות המוטלות עליה בפועל כרשות המכוננת. מגבלות אלה הן שלוש: **מגבלת התקינות** (הדרישה להעברת חוק-יסוד או תיקונו בצורה חוקית הנדרשת); **מגבלת האמון** (האיסור על שימוש בסמכות המכוננת לתכליות זרות); **מגבלת הסמכות** (סייגים לכוחה של הכנסת הנוכחית לסטות מהמפעל החוקתי שעיצבו קודמותיה).

ככל שמדובר במגבלת הסמכות, העומדת במרכז הדיון, הרי בהינתן טיבה של סמכות הכנסת המכהנת בעיצוב "החוקה בהתהוות" (המשך המפעל החוקתי, ולא יצירתו מבראשית), ובשים לב לתכליתה המרכזית של החוקה (הגבלת כוחו של הרוב המזדמן בכנסת בכובעה כרשות המחוקקת), כפופה הכנסת המכהנת (בהיעדרו של חוק-יסוד: החקיקה) לשני סייגים: **ראשית**, הכנסת המכהנת אינה מוסמכת כלל לקעקע את עקרונות היסוד שכבר נוצקו ב"חוקה בהתהוות", ובראשם היותה של המדינה יהודית ודמוקרטית ("הנתונים החוקתיים"), באופן הממוטט את המבנה החוקתי שיצרו קודמותיה; **שנית**, סמכותה של הכנסת המכהנת לבצע שינויים המהווים סטייה ניכרת מה"נתונים החוקתיים" מותנית בגיבוש הסכמה רחבה, ואין די ברוב מזדמן שאת כוחו מיועדת החוקה להגביל.

אשר לתיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, מקבל השופט גרוסקופף את הגישה הפרשנית לפיה הוא מונע כל פיקוח שיפוטי על סבירות החלטת הדרג הממשלתי. בהינתן כך, מהווה התיקון פגיעה חמורה ב"חוקה בהתהוות", כפי שעוצבה על ידי הכנסות הקודמות, בעיקר מאחר שהוא מעמיד את הדרג הממשלתי מעל לחוק. כנגזר מכך, לתיקון השלכות תוצאתיות שליליות קשות, ומעל לכך פגיעתו בעקרון שלטון החוק היא אנושה, שכן הוא פוטר מביקורת שיפוטית בעילת הסבירות את העומדים בראש הרשות המבצעת באופן גורף ומוחלט. לפיכך, דינו של התיקון להיפסל כבר לפי הסייג הראשון (מיטוט מפעל ה"חוקה בהתהוות"), ולחילופין לפי הסייג השני (סטייה ניכרת מ"הנתונים החוקתיים" ללא הסכמה רחבה).

השופטת ד' ברק-ארז :

השופטת ברק-ארז סבורה כי הסמכות המכוננת מוגבלת בהתאם להגדרת היסוד של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ומטעימה כי ההגבלה מעוגנת בהכרזת העצמאות (אשר אינה מהווה חוקה, אך קובעת את גבולות הסמכות המכוננת). בהתאמה, סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית במקרים של חריגה מהסמכות המכוננת נגזרת מהגבלה זו ואינה יכולה להיות תלויה בנוסחם של חוקי היסוד עצמם.

השופטת ברק-ארז חזרה על עמדתה לפיה רק במקרים קיצוניים של "שבירת כלים" יתערב בית משפט זה בתוכנו של חוק יסוד. עם זאת, לשיטתה אלה הם פני הדברים במקרה הנוכחי. התיקון לחוק היסוד מוביל לפגיעה אנושה בתשתית הדמוקרטית בכך שהוא מעניק לממשלה חסינות רחבה מפני ביקורת אפקטיבית. הלכה למעשה, הוא מוביל לפגיעה בשלושה מישורים: חסימת הדרך לקבלת סעד שיפוטי ביחס להחלטות הפוגעות באינטרסים של פרטים; העדר פיקוח אפקטיבי על ממשלות מעבר עד כדי השפעה פוטנציאלית על חילופי שלטון (למשל באמצעות קידום מדיניות "פופולרית" ערב בחירות); וכן פגיעה קשה בביקורת על השלטון מצד בעלי תפקידים שהם "שומרי סף" ורגולטורים עצמאיים כתוצאה מהחלשה משמעותית של הביקורת השיפוטית על מינוייהם ופיטוריהם (נושא שלא נקבעו ביחס אליו ערובות מספיקות בחקיקה). השופטת ברק-ארז הוסיפה כי

ההצעה לחזור לעילת הסבירות "של פעם" מתעלמת מההקשר המשפטי והחוקתי הרחב והאיזונים בין הרשויות שבהם הייתה נטועה הביקורת השיפוטית בעבר, ברוח המימרה "אינך יכול להיכנס לאותו נהר פעמיים".

לבסוף, השופטת ברק-ארז הטעימה כי התיקון "אף לא ביקש להמיר את הביקורת השיפוטית במנגנון ביקורת מחייב אחר", ולכן "באופן מטפורי ניתן לומר שזהו מצב שבו לא רק נשמטה רגל של השולחן, אלא שגם לא הוספה לו כל תמיכה אחרת. התוצאה היא מבנה חוקתי בלתי יציב ומט לנפול".

השופט נ' סולברג :

השופט סולברג סבור, כי מוטב היה לדחות את העתירות על-הסף, בשל חוסר סמכות.

לשיטתו, קביעה שלפיה קיימת הגבלה כלשהי על סמכותה של הרשות המכוננת, מבטלת 'דה-פקטו' את היסוד הדמוקרטי הבסיסי, של ריבונות העם באמצעות נציגיו הנבחרים. השופט סולברג מוסיף, כי זוהי אינה רק עמדתו-שלו. שבעת הנשיאים הראשונים של בית משפט זה, הנשיא השמיני, אהרן ברק, בראשית דרכו השיפוטית, יחד עם סיעה נכבדה של שופטים שכיהנו כאן עשרות בשנים, כולם כאחד כמו מורים באצבע: הסירו ידכם מחקיקת-היסוד של מדינת ישראל!

חברי דעת הרוב מצביעים על מקורות-סמכות שונים. אין מקור-סמכות אחד המוסכם על כולם. השופט סולברג סבור כי אף לשיטת הרוב, לא ניתן להסיק מאותם מקורות-סמכות כי ניתן לפסול חוקי-יסוד מקום שבו נחלקו דעות השופטים עצמם, קל וחומר ברוב דחוק, על חודו של קול.

בהמשך דבריו, עומד השופט סולברג על כך שדעת הרוב – מייצגת את עמדת הרשות השופטת. לעומת זאת, הרשות המכוננת סבורה, כי לא רק שבית המשפט נעדר סמכות לפסול חוקי-יסוד, אלא שהוא נעדר סמכות להכריע בשאלה המוקדמת יותר: האם בית המשפט הוא זה שבכוחו להכריע אם נתונה לו סמכות לפסול חוקי-יסוד. 'עימות' מעין זה בין הרשויות, כלל לא מתרחש בעולם המשפט, ולא ניתן להכרעה בכלים משפטיים.

באשר לעילת הסבירות: עמדתו של השופט סולברג היא, כי אף אם נתעלם מבעיית הסמכות, אזי גם לשיטתה של הנשיאה (בדימי'), השאלה היא אחת: האם חוק-היסוד שולל 'את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית'? משזו השאלה, ואין בלתה, הרי שהמסקנה קרבה לבוא: חוק-היסוד, רחוק מרחק רב מלבוא בגדרי אותה מגבלה צרה, הרחק מכך. ממילא, אף אם היתה סמכות – לא היה מקום לפסול את החוק.