



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5658/23

בג"ץ 5659/23

בג"ץ 5660/23

בג"ץ 5661/23

בג"ץ 5662/23

בג"ץ 5663/23

בג"ץ 5711/23

בג"ץ 5769/23

לפני :

כבוד הנשיאה (בדימ') א' חיות  
כבוד ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופטת (בדימ') ע' ברון  
כבוד השופט ד' מינץ  
כבוד השופט י' אלרון  
כבוד השופטת י' וילנר  
כבוד השופט ע' גרוסקופף  
כבוד השופט א' שטיין  
כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ  
כבוד השופט ח' כבוב  
כבוד השופט י' כשר  
כבוד השופטת ר' רונן

העותרת בבג"ץ 5658/23 : התנועה למען איכות השלטון בישראל

העותרים בבג"ץ 5659/23 : טל אורון ואח'

העותר בבג"ץ 5660/23 : המיזם הרב מגזרי למיגור העישון

העותרות בבג"ץ 5661/23 : התנועה הדמוקרטית האזרחית ואח'

העותרים בבג"ץ 5662/23 : יהודה רסלר ואח'

העותרים בבג"ץ 5663/23 : לשכת עורכי הדין בישראל ואח'

העותרת בבג"ץ 5711/23 : תנועת אומ"ץ, התנועה למען מנהל תקין, צדק חברתי ומשפטי

העותר בבג"ץ 5769/23 : רוני נומה

נ ג ד

1. המשיבות בבג"ץ 5658/23 : הכנסת  
 2. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת  
 3. ממשלת ישראל  
 4. היועצת המשפטית לממשלה

1. המשיבים בבג"ץ 5659/23 : ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת  
 2. יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת  
 3. הכנסת  
 4. היועצת המשפטית לממשלה  
 5. ממשלת ישראל

1. המשיבות בבג"ץ 5660/23 : הכנסת  
 2. ממשלת ישראל

1. המשיבות בבג"ץ 5661/23 : הכנסת  
 2. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת  
 3. ממשלת ישראל  
 4. היועצת המשפטית לממשלה

1. המשיבים בבג"ץ 5662/23 : הכנסת  
 2. שר המשפטים

1. המשיבות בבג"ץ 5663/23 : הכנסת  
 2. ממשלת ישראל  
 3. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת

1. המשיבות בבג"ץ 5711/23 : הכנסת  
 2. ממשלת ישראל

1. המשיבים בבג"ץ 5769/23 : ראש ממשלת ישראל  
 2. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת  
 3. ועדת החוץ והביטחון של הכנסת  
 4. הכנסת

- ידידי בית המשפט : 1. האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח'  
 2. אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת  
 הסביבה

התנגדות לעשיית הצו על תנאי לצו מוחלט

תאריך הישיבה: כ"ו באלול התשפ"ג (12.9.2023)

בשם העותרת בבג"ץ 5658/23 : עו"ד אליעד שרגא ; עו"ד תומר נאור ;  
עו"ד הידי נגב ; עו"ד תמר באום ;  
עו"ד גילי גוטוירט ; עו"ד רחל אל-שי רוזנפלד

בשם העותרים בבג"ץ : 5659/23  
עו"ד חגי קלעי ; עו"ד אוהד רוזן ; עו"ד עידן סגר

בשם העותר בבג"ץ 5660/23 : עו"ד אפי מיכאלי

בשם העותרות בבג"ץ : 5661/23  
עו"ד גלעד ברנע ; עו"ד גלעד שר ; עו"ד איתן טוקר

בשם העותרים בבג"ץ : 5662/23  
בעצמם

בשם העותרים בבג"ץ : 5663/23  
עו"ד נדב ויסמן ; עו"ד איסר בירגר ;  
עו"ד עידן לרון ; עו"ד עדי קופל-אביב ;  
עו"ד אדם הירש

בשם העותרת : 5711/23 בבג"ץ  
עו"ד יצחק מינא ; עו"ד רונית וולף ;  
עו"ד חנוך קינן

בשם העותר : 5769/23 בבג"ץ  
עו"ד עודד סבוראי ; עו"ד סיון האוזמן

בשם המשיבות 2-1 בבג"ץ : 5658/23  
עו"ד יצחק ברט

בשם המשיב 2 בבג"ץ : 5659/23  
בעצמו ; עו"ד אבי סגל ; עו"ד יעל סינמון

בשם המשיבה 3 בבג"ץ : 5658/23 ; המשיב 2 בבג"ץ : 5662/23 ; והמשיב 1 בבג"ץ : 5769  
עו"ד אילן בומבך ; עו"ד שי לוי ; עו"ד מירי בומבך

בשם המשיבה 4 בבג"ץ : 5658/23  
עו"ד ענר הלמן ; עו"ד נטע אורן ; עו"ד יונתן ברמן ;  
עו"ד שרון אבירם

בשם ידידי בית המשפט 1: עו"ד גיל גן-מור; עו"ד עודד פלר; עו"ד טל חסין;  
עו"ד הגר שחר

בשם ידידת בית המשפט 2: עו"ד אלי בן ארי; עו"ד בר רוזוב

### פסק-דין

הנשיאה (בדימ') א' חיות:

1. בתי המשפט מקיימים מאז קום המדינה ביקורת שיפוטית על כל גופי הרשות המבצעת, ללא יוצא מן הכלל, לפי עילות הביקורת המינהליות שהתפתחו בפסיקה במרוצת השנים. ביום 24.7.2023 נפל דבר במשפט הישראלי. ביום זה אישרה מליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית את חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (להלן בהתאמה: חוק היסוד ו-התיקון), לפיו התווסף לחוק היסוד סעיף 15(ד) הקובע כך:

"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 ההחלטה 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".

במילים אחרות, התיקון קובע כי בתי המשפט – ובכללם בית משפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק – אינם מוסמכים עוד לקיים ביקורת שיפוטית על סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים.

2. זמן קצר לאחר שאושר התיקון הוגשו שמונה העתירות שלפנינו. הסעד העיקרי שהתבקש בהן הוא כי נורה על בטלות התיקון. זאת, על פי הנטען, נוכח פגיעתו הקשה במאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית; נוכח השימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת; ובשל פגמים שנפלו בהליך חקיקתו. היועצת המשפטית לממשלה (להלן: היועצת) תומכת בעמדת העותרים וסבורה אף היא כי יש להורות על בטלות התיקון, בעוד יתר המשיבים טוענים כי יש לדחות את העתירות. בהינתן חשיבות הסוגיות שהתעוררו בעתירות דנן קיימנו בהן, באופן תקדימי, דיון בהרכב מלא של 15 שופטי בית המשפט העליון.

בפתח הדברים, וטרם שאדרש לסוגיות השונות העולות בעתירות, ראיתי לסקור בתמצית את התפתחותה של עילת הסבירות במשפט הישראלי ולהציג את השתלשלות הדברים שהובילה לחקיקת התיקון נושא העתירות.

רקע הדברים

א. עילת הסבירות במשפט הישראלי

3. עילת הסבירות נמנית עם עילות הביקורת המינהלית עוד משחר ימיו של המשפט הישראלי. מקורה של עילה זו במשפט המינהלי האנגלי, שם נעשה בה שימוש בתחילת הדרך בעיקר לצורך בחינת חוקיותם של חוקי עזר (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 723 (2010) (להלן: ברק-ארז "משפט מינהלי")). פסק הדין האנגלי שנהוג להתייחס אליו כפסק הדין המרכזי בהקשר זה הוא *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.* [1948] 1 KB 223 (CA) (להלן: *עניין Wednesbury*), בו נקבע כי כאשר רשות מקבלת החלטה כה בלתי סבירה עד שאף רשות סבירה לא הייתה מקבלת כמותה – יתערב בה בית המשפט. מדובר, כך הוסבר, בהחלטות שלא ניתן לראותן ככאלה המצויות בגדרי הסמכות שהוענקה לרשות המוסמכת. דוגמאות להחלטות כאלה הובאו בפסק הדין באשר למצבים שבהם, למשל, אדם מפוטר בגלל צבע שערו או שהרשות שוקלת בהחלטתה נסיבות בלתי-רלוונטיות ("extraneous matters"). כלומר, בגרסתה המקורית באנגליה, עילת הסבירות נועדה להתמודד עם החלטות שהתקבלו באופן לא-הגיוני או שרירותי, או שנפלו בהן פגמים חמורים אחרים בהפעלת שיקול הדעת, דוגמת שיקולים זרים (ראו: ברק-ארז "משפט מינהלי", בעמ' 723; מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" 199 אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 773, 778-782 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2013) (להלן: כהן "היבטים השוואתיים")).

4. בראשית הדרך, יושמה עילת הסבירות בשיטתנו במתכונת הדומה לזו שבמשפט האנגלי המסורתי (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ה 3550-3551 (2020) (להלן: זמיר "הסמכות המינהלית")). כך, כאשר בית המשפט התבקש לפסול חוק עזר עירוני משום שהוא חל למפרע, נקבע כי יש לעשות זאת לפי קנה מידה שבוחן האם ההוראה הרטרופקטיבית "היא בלתי הגיונית או בלתי מתקבלת על הדעת", עד כדי כך שניתן לומר כי המחוקק מעולם לא הסמיך את הרשות לקבלה (בג"ץ 21/51 בינבויס נ' עיריית תל אביב, פ"ד ו 375, 385-386 (1952) (להלן: עניין בינבויס); ראו גם: בג"ץ 129/57 מנשי נ' שר הפנים, פ"ד יב 209, 215 (1958)). עם השנים נקבע כי עילה זו חלה גם על

החלטות של שרים ושל הממשלה כולה (ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026, 1031 (1959) (להלן: עניין דיזנגוף); בג"ץ 332/62 שפניר נ' שר האוצר, פ"ד יז 574 (1963); ע"א 492/73 שפייזר נ' המועצה להסדר הימורים בספורט, פ"ד כט(1) 22, 26 (1974)).

5. באותו שלב, נתפסה עילת הסבירות, בדומה למקורותיה האנגליים, כעילה הקשורה בקשר הדוק לעילת החריגה מסמכות. כך, בעניין דיזנגוף צוין כי קשה להבדיל באופן מהותי בין עילת הסבירות ובין עילות אחרות לבחינת שיקול הדעת המינהלי ובהן חוסר תום לב, שיקולים בלתי-כשרים ומטרות זרות. עוד צוין כי למעשה כלל העילות הללו אינן אלא מופעים ספציפיים של חריגה מסמכות (שם, בעמ' 1038).

6. התשתית לביסוס עילת הסבירות כעילת ביקורת עצמאית ונפרדת מיתר עילות הביקורת על שיקול הדעת המינהלי הונחה לראשונה בבג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94 (1976) (להלן: עניין דקה). באותו עניין, השופט מ' שמגר נכון היה להכיר, באופן עקרוני, באי-סבירותה של החלטה מינהלית גם כאשר אין היא נגועה בפגמים מינהליים אחרים, וזאת במקרים שבהם לא נערך איזון ראוי בין השיקולים הצריכים לעניין, וכלשונו:

"[...] יכולה אי-הסבירות גם להתגלות כאשר היא בגפה: לדוגמה, יכול שייווצרו נסיבות בהן לא נשקל על-ידי הרשות המיניסטריאלית שיקול זר, והובאו בחשבון אך ורק שיקולים שהם רלבנטיים לעניין, אולם לשיקולים הרלבנטיים השונים יוחס משקל בפרופורציה כה מעוותת ביניהם לבין עצמם, עד שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה ובשל כך לבלתי-סבירה לחלוטין" (שם, בעמ' 105).

7. גישה מרחיבה זו אומצה על ידי בית משפט זה בפסק הדין בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980) (להלן: עניין דפי זהב). באותו עניין, עמד השופט א' ברק על ארבעה עקרונות מנחים ביחס לעילת הסבירות, אשר לגישתו, שיקפו את הדין המצוי והדין הרצוי כאחד. ראשית, הובהר כי עילת הסבירות "..." עומדת על רגליה היא, ומכוחה ייפסל שיקול-דעת מינהלי בלתי סביר, גם אם תוצאתו אינה החלטה שרירותית, וגם אם ההחלטה התקבלה בתום-לב תוך שקילת כל הגורמים הנוגעים לעניין וגורמים אלה בלבד" (שם, בעמ' 439). שנית, בהסתמכו, בין היתר, על עניין דקה, קבע השופט ברק כי החלטה מינהלית עשויה להיחשב בלתי סבירה אם לא ניתן בה משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות להתחשב בהם בהחלטתה (שם, בעמ' 445-446).

בעניין זה הפנה השופט ברק למספר פסקי דין מוקדמים אשר בהם לא נעשה אומנם שימוש במילה "סבירות", אך בפועל בית המשפט התערב שם בהחלטות מינהליות משמץא כי האיזון שנעשה על ידי הרשות המינהלית בין השיקולים השונים היה בלתי-סביר (למשל, בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 892 (1953) (להלן: עניין קול העם)). שלישית, הובהר כי יש לבחון את חוסר הסבירות באמות מידה אובייקטיביות ("עובד הציבור הסביר"), וכי עקרון הסבירות קובע מתחם של אפשרויות סבירות שבתוכו לא יתערב בית המשפט בהחלטת הרשות המינהלית ולא יחליף את שיקול דעתה בשיקול דעתו (עניין דפי זהב, בעמ' 439-443). רביעית, צוין כי לצורך התערבות שיפוטית בהחלטת הרשות יש להצביע על אי-סבירות מהותית או קיצונית, היורדת לשורשו של עניין (שם, בעמ' 444).

השופטת מ' בן-פורת הצטרפה לעמדתו של השופט ברק לפיה עילת הסבירות יכולה לשמש נימוק בלעדי המצדיק את התערבות בית המשפט. הנשיא מ' לנדוי, מצדו, סבר כי אין צורך להרחיב את עילת הסבירות כך שבמסגרת זו ייבחן גם האיזון בין השיקולים השונים בקבלת ההחלטה המינהלית; עם זאת, הנשיא לנדוי הבהיר כי למעשה ההבדל בין עמדתו ועמדת השופט ברק אינו משמעותי, ומתמצה במידה רבה "בעניין שבמינוח" (שם, בעמ' 432).

8. מאז עניין דפי זהב ומזה למעלה מארבעה עשורים, הלכה היא עמנו כי עילת הסבירות היא עילה מובחנת ועצמאית, לצד עילות אחרות הבוחנות את שיקול הדעת המינהלי (כמו שיקולים זרים, מידתיות ואפליה), וכי היא "אינה מציינת עוד רק שרירות או חוסר היגיון מוחלט בהחלטה", אלא "בוחנת את האיזון הפנימי בין השיקולים שהפעילה הרשות" (ברק-ארז "משפט מינהלי", בעמ' 724-725). במסגרת זו, בוחן בית המשפט האם שקלה הרשות המינהלית את מלוא השיקולים הרלוונטיים לעניין, והאם ניתן לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים משקלו היחסי הראוי (ראו, מיני רבים: בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האשה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, 487-486 (2007) (להלן: עניין אמונה); בג"ץ 3823/22 נתניהו נ' היועצת המשפטית לממשלה, פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (17.7.2023) (להלן: עניין נתניהו); בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 514-516 (1990) (להלן: עניין גנור)).

זהו כלל הסבירות אשר חל – עד לתיקון נושא העתירות דנן – על כל רשויות המנהל, לרבות הממשלה ושריה (ראו: בג"ץ 2624/97 דונאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3)

71, 77 (1997); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 840 (2003) (להלן: עניין הנגבי (2003)).

9. במרוצת השנים נמתחה ביקורת, בפסיקה ובספרות, על עילת הסבירות במתכונתה זו. הטענה המרכזית הנשמעת בהקשר זה היא כי העילה, במתכונתה מאז עניין דפי זהב, יוצרת אי-ודאות באשר לאופן יישומה ומוליכה בפועל להחלפת שיקול דעתה של הרשות המוסמכת בשיקול דעתו של בית המשפט (ראו לעניין זה את עמדתו של השופט א' גרוניס בעניין אמונה, בעמ' 521-524 ובבג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ, פסקה 29 לחוות דעתו (12.2.2015) (להלן: עניין הנגבי (2014); כן ראו את עמדתו של השופט נ' סולברג בדנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פסקאות 35-36 לחוות דעתו (26.10.2017) (להלן: עניין התאחדות הסוחרים), ובמאמרו "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18, 37 (2020) (להלן: סולברג "על ערכים סובייקטיביים") ו-"הלכת דרעי-פנחסי בראי עילת הסבירות" הפורום הישראלי למשפט וחירות – בלוג רשות הרבים (16.1.2022); כן ראו: יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" משפטים נא 673, 701-703 (2022)).

עם זאת, גם מבקרי העילה לא הציעו לבטלה כליל, וסברו כי הפתרון לקשיים שהיא מציבה טמון בצמצום תחולתה. כך הוצע, בין היתר, לפנות לעילת הסבירות אך במקרים קיצוניים וכמוצא אחרון (ראו דבריו של השופט גרוניס בעניין אמונה, בעמ' 524). הצעה אחרת שהועלתה היא לצמצם את היקף פרישתה של עילת הסבירות "המהותית" ולהחילה ביחס להחלטות הדרג המקצועי בלבד, להבדיל מהחלטות של הדרג הנבחר המשקפות על פי רוב תפיסת עולם ערכית (סולברג "על ערכים סובייקטיביים").

10. מכל מקום, לאורך השנים הארוכות שבהן עוצבה עילת הסבירות בפסיקתו של בית משפט זה, התגבש "קורפוס מקיף של כללים ואמות מידה ליישומה המצמצמים במידה רבה את אי-הוודאות של הכלל במתכונתו הראשונית-המופשטת" (עניין הנגבי (2014), בפסקה 4 לחוות דעתו). כך, באשר לזהות מקבל ההחלטה, נקבע כי ככל שמדובר בגורם בכיר יותר, מתחם הסבירות המסור לגוף המוסמך רחב יותר (בג"ץ 4999/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פסקה 18 לחוות דעתו (10.5.2006) (להלן: בג"ץ 4999/03)). בפרט, כך נפסק, על בית המשפט לגלות מידה יתרה של ריסון בכל הנוגע להתערבות בהחלטות הממשלה, וזאת נוכח "מעמדה של הממשלה, כמי



שעומדת בראש הרשות המבצעת ומופקדת על קביעת מדיניות ויישומה" (בג"ץ 3017/12 ארגון נפגעי פעולות איבה הארגון היציג נ' ראש הממשלה, פסקה 10 (4.2.2013)).

באשר למאפייני הסמכות המינהלית, נקבע כי ההתערבות השיפוטית תהא מצומצמת ככל שעסקינן בהחלטות המשקפות מדיניות רחבה (ראו למשל: בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 497, 459 (1999); בג"ץ 6407/06 דורון, טיקוצקי, עמיר, מזרחי עורכי דין נ' שר האוצר, פסקה 66 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (23.9.2007); בסמכויות שהפעלתן כרוכה בשקילת שיקולים פוליטיים (ראו, למשל, בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקה 52 לחוות דעתי (18.1.2023) (להלן: עניין שיינפלד)); וכשמדובר בהכרעות המשקפות מומחיות ומקצועיות של הגופים המוסמכים (ראו למשל: ע"א 4276/94 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' איגוד חברות ציבוריות הרשומות בבורסה, פ"ד נ(5) 739, 728 (1997); בג"ץ 3017/05 חברת הזרע (1939) בע"מ נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, פסקה 38 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (23.3.2011); בג"ץ 6271/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר, פסקה 11 (26.11.2012)). בנוסף, נקבע זה מכבר כי על בית המשפט לנהוג זהירות יתרה בבחינת סבירותן של תקנות, בפרט מקום שבו מדובר בתקנות שאושרו על ידי ועדה מוועדות הכנסת (ראו למשל: בג"ץ 4769/90 זידאן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(2) 147, 172 (1993); בג"ץ 471/11 חן המקום בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה, פסקה ל"א (23.4.2012)).

11. בהתאם לכללים אלה שימשה עילת הסבירות את בית המשפט לצורך התערבות בהחלטות מינהליות שבהן האיזון בין השיקולים השונים שיקף חוסר סבירות קיצוני. זאת, בין היתר, ביחס להחלטות מדיניות מסוימות (ראו: בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007) (להלן: עניין ווסר); בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002); בג"ץ 5782/21 זילבר נ' שר האוצר (12.1.2022) (להלן: עניין זילבר)); ביחס למינויים בשירות הציבורי (ראו: בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993) (להלן: עניין אייזנברג); בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993) (להלן: עניין דרעי); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: עניין פנחסי); בג"ץ 932/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הוועדה לבדיקת מינויים, פ"ד נג(3) 769 (1999); בג"ץ 4668/01 שריד נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(2) 265 (2001) (להלן: עניין שריד); עניין שיינפלד); ביחס להחלטות של ממשלות מעבר (ראו, לדוגמה: בג"ץ 5403/22 לביא, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' ראש הממשלה (22.9.2022)).

(להלן: עניין לביא); ביחס להחלטות פרטניות שפגעו בזכויות ובאינטרסים של פרטים (ראו למשל: ע"מ 812/13 באוטיסטה נ' שר הפנים (21.1.2014) (להלן: עניין באוטיסטה); ע"מ 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים (9.9.2014) (להלן: עניין סלע); ע"מ 5634/09 ג'לאל נ' עיריית ירושלים (25.8.2009); וביחס להחלטות בעניין העמדה לדין פלילי ומשמעתי (ראו למשל: עניין גנור; בג"ץ 7150/16 המרכז הרפורמי לדת ומדינה – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שרת המשפטים (21.9.2020)).

#### ב. הליך חקיקת התיקון

12. ביום 4.1.2023, שישה ימים לאחר השבעת הממשלה ה-37, נשא שר המשפטים יריב לוין נאום, במסגרתו הציג את מה שכינה "השלב הראשון של רפורמת המשילות". תכנית זו כללה מספר רכיבים: שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, הגבלה של הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת, שינוי היבטים מסוימים הנוגעים לעבודת מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, וכן ביטול עילת הסבירות.

כשבוע לאחר מכן, העביר שר המשפטים ליועצת המשפטית לממשלה, טיוטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט) (להלן: טיוטת התזכיר), אשר כללה הצעות לשינויים חקיקתיים הנוגעות לנושאים שהציג בנאומו, ובכללן ההצעה לפיה בית המשפט לא יפסול החלטות של "הממשלה, שר משרה, רשות הנתונה לאחריותם או כל מי שפועל מטעמם" על יסוד מידת סבירות. בחוות דעת שהוגשה מטעם היועצת ביום 2.2.2023, היא הבהירה כי כל אחד מהסדרים המוצעים בטיטת התזכיר "מעלה קשיים מהותיים, היורדים לשורש עקרון הפרדת הרשויות, העצמאות השיפוטית והמקצועיות של הרשות השופטת, ההגנה על זכויות הפרט, שלטון החוק והשמירה על המינהל התקין". ביחס לביטול עילת הסבירות ציינה היועצת כי שינוי זה עלול להביא לפגיעה משמעותית ביכולת האזרח "להעמיד את מעשי הרשות לביקורת עצמאית ובלתי תלויה, ולקבל סעד מבית המשפט".

13. בסופו של יום, טיוטת התזכיר לא קודמה ולא הוגשו הצעות חקיקה ממשלתיות בנושאים שנכללו בה. ואולם, במקביל להצגת טיוטת התזכיר, ביום 11.1.2023 החלה ועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן: הוועדה או ועדת החוקה), לקיים סדרת דיונים בהצעות שונות לשינויים בתחום המשפט תחת הכותרת "ציון במשפט תפדה – מחזירים את הצדק למערכת המשפט" (להלן: התכנית לשינוי מערכת המשפט). בדיון ציין יו"ר הוועדה, ח"כ שמחה רוטמן (להלן: ח"כ רוטמן), כי התיקונים שיידונו בוועדה יכללו הצעות חוק

ממשלתיות, הצעות חוק פרטיות וכן הצעות שיוגשו מטעם הוועדה בהתאם לסעיף 80(א) לתקנון הכנסת, שזו לשונו:

“ועדת הכנסת, ועדת החוקה חוק ומשפט והוועדה לענייני ביקורת המדינה רשאיות ליזום, בתחומי ענייניהן לפי תקנון זה, הצעות חוק בנושאים אלה ולהכין לקריאה הראשונה: חוקי יסוד, עניינים שמתחייבים מתיקון של חוק יסוד ומוצעים לצדו, הכנסת, חברי הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות, מימון מפלגות ומבקר המדינה”.

ח"כ רוטמן הבהיר כי הנושא הראשון שיובא לדיון נוגע למערך הייעוץ המשפטי לממשלה וכי בהקשר זה תקודם הצעת חוק יסוד מטעם הוועדה.

14. ביום 16.1.2023 הועבר לחברי הוועדה מסמך הכנה מטעם הייעוץ המשפטי לוועדה, בו הובהר כי המסלול של הצעות חוק מטעם ועדה מהווה מסלול חקיקתי נדיר יחסית “שברוב המוחלט של המקרים יוחד בוועדת החוקה לנושאים שאינם שנויים במחלוקת או לנושאים הקשורים קשר הדוק לכנסת ולפעולותיה” (ראו גם: דברי היועצת המשפטית לכנסת, עו"ד שגית אפיק (להלן: עו"ד אפיק) בפרוטוקול ישיבה 7 של ועדת החוקה, הכנסת ה-25, 31 (16.1.2023) (להלן: פרוטוקול ישיבה 7)). בחוות דעתה מיום 25.1.2023 הבהירה עו"ד אפיק כי את מרבית המרכיבים בתכנית לשינוי מערכת המשפט ניתן לקדם כהצעת חוק יסוד מטעם הוועדה, אך על הוועדה לקיים “דיון משמעותי על כלל הסוגיות והשלכותיהן”. עם זאת, באשר לחקיקה בעניין מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, קבעה עו"ד אפיק כי מדובר בסוגיה שנכון להסדירה בחקיקה רגילה ולא בחוק יסוד, וכי אין מקום לקדמה כהצעה מטעם הוועדה בהתחשב בכך שמדובר בעניין מובהק הנוגע להתנהלות הממשלה. לאחר מכן, נפסק הדיון בוועדה בהצעת התיקון הנוגעת למערך הייעוץ המשפטי לממשלה.

15. ביני לביני, ביום 17.1.2023, הגיש ח"כ רוטמן מטעם הוועדה את הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות) (להלן: הצעת חוק-יסוד – חיזוק הפרדת הרשויות). ההצעה כללה סעיפים הנוגעים לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים ולהגבלת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד וחוקים. סעיף 2 להצעה התייחס לעילת הסבירות, ובו הוצע להוסיף לחוק היסוד את ההוראה הבאה:

“על אף האמור בחוק יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון, לא ידון ולא ייתן

צו נגד הממשלה, ראש הממשלה, שר משרה או נבחר  
ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם".

16. בדיון שהתקיים בוועדה ביום 22.1.2023, הציג ח"כ רוטמן את הצעת החוק וציין כי בשונה מהנוסח שהתפרסם על ידי שר המשפטים, הצעתו בנוגע לעילת הסבירות מתמקדת רק בביקורת שיפוטית על סבירות החלטות נבחרים הציבור, היוצרת "בעיה דמוקרטית", כפי, שלדבריו, אף צוין במאמריו של השופט סולברג (פרוטוקול ישיבה 13 של ועדת החוקה, הכנסת ה-25, 7 (22.1.2023)). בהמשך התקיימו שורה של דיונים נוספים בוועדה, ובעקבותיהם ההצבעה על הצעת חוק-יסוד – חיזוק הפרדת רשויות התקיימה אך ביחס לרכיבי ההצעה העוסקים בשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים והגבלת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד וחוקים. רכיבים אלה בהצעה אושרו בקריאה ראשונה על ידי המליאה בימים 20.2.2023 ו-13.3.2023. ביום 27.3.2023 אף אושרה בוועדת החוקה לקריאה שנייה ושלישית הצעה לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, באופן המבטיח רוב בוועדה זו לנציגי הממשלה והקואליציה. עם זאת, על רקע המחאה הציבורית רחבת ההיקף נגד התכנית לשינוי מערכת המשפט, הודיע ראש הממשלה באותו היום על השהיית קידום התכנית לצורך משא ומתן בנושא עם נציגי האופוזיציה.

17. בחלוף מספר חודשים, ומשלא הושגו הסכמות בין הקואליציה לאופוזיציה, התחדשו ביום 20.6.2023 הליכי החקיקה לשינוי מערכת המשפט וח"כ רוטמן הניח באותו שלב על שולחן הוועדה את התיקון נושא העתירות דנן תחת הכותרת "הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות)" (להלן: הצעת התיקון). ההצעה החדשה קודמה כהצעת חוק מטעם הוועדה ונוסחה היה זהה לסעיף הנוגע לעילת הסבירות שנכלל בהצעת חוק-יסוד – חיזוק הפרדת הרשויות.

18. ביום 23.6.2023, לקראת הדיון בהצעת התיקון, פרסם הייעוץ המשפטי לוועדה מסמך הכנה (להלן: מסמך ההכנה מיום 23.6.2023). במסמך צוין כי ההצעה מבטלת לחלוטין את עילת הסבירות ביחס לדרג הנבחר, לרבות עילת הסבירות במובן של "מופרכות", שהייתה קיימת לפני עניין דפי זהב. בהקשר זה נסקרו במסמך ההכנה היבטים מוקשים שונים של ההצעה, לרבות החשש מיצירתם של "חורים שחורים" בתחומים שבהם עיקר הביקורת השיפוטית מתבססת על עילת הסבירות. עוד צוין במסמך האמור כי יש לשקול האם ההבחנה הגורפת בין דרג נבחר ובין דרג מקצועי היא ראויה, בהתחשב בכך שהחלטות רבות של הדרג הנבחר הן החלטות ספציפיות הנוגעות לעניינו של הפרט; והוצע לבחון מודל חלופי לפיו עילת הסבירות תבוטל רק ביחס לסוג מסוים של החלטות.

19. החל מיום 25.6.2023 ובמשך עשרה ימים קיימה הוועדה חמישה דיונים בהצעת התיקון ובהכנתה לקריאה ראשונה. במהלך הדיונים ח"כ רוטמן דחה הצעות שהועלו לצמצם את היקפה של עילת הסבירות במקום לבטלה כליל ביחס לדרג הנבחר, למשל על ידי הותרת עילה מצומצמת של חוסר סבירות קיצונית. ח"כ רוטמן הסביר כי "[...] יש בעיה מובנית, והבעיה המובנית היא כזאת: [...] אין דרך למתוח את הקו בין אי-סבירות קיצונית לאי-סבירות לא קיצונית. אין דרך לעשות את זה" (פרוטוקול ישיבה 105 של ועדת החוקה, הכנסת ה-25, 113 (25.6.2023) (להלן: פרוטוקול ישיבה 105)). עוד הסביר ח"כ רוטמן כי הצעת התיקון אינה מאיינת את האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית מכוח עילות אחרות כמו חריגה מסמכות, פגיעה בזכויות ושיקולים זרים.

היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד גור בליי (להלן: עו"ד בליי), ציין כי הצעת התיקון היא הצעה חריגה שאינה מעגנת בחקיקה את כללי המשפט המינהלי, אלא אך שוללת את הביקורת השיפוטית מכוח עילת הסבירות בכל הנוגע לדרג הנבחר. עו"ד בליי הדגיש כי יש מקרים שבהם לא ניתן לאתר שיקול זר או זכות שנפגעת ובהם עילת הסבירות מהווה למעשה המענה היחיד לפגיעה באזרח, ובלעדיה עלול להיווצר "ואקום של פיקוח שיפוט" (שם, בעמ' 115). בהקשר זה התייחס עו"ד בליי להחלטות פרטניות רבות שמשליכות על האינטרסים של הפרט, לרבות קבלת היתר, זיכיון או רישיון מהממשלה. עוד ציין עו"ד בליי כי גם בקרב מבקריה של עילת הסבירות הדעה הרווחת היא שיש לצמצמה ולא לבטלה, וכי צמצום זה מקומו בפסיקה ולא בחקיקה, תוך הותרת גמישות לבית המשפט.

המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), עו"ד גיל לימון (להלן: עו"ד לימון), הביע בוועדה את התנגדות היועצת להצעה. עו"ד לימון ציין כי חובתו של השלטון לנהוג בסבירות היא ערובה חשובה למימוש הערכים הדמוקרטיים של המדינה וכי ההצעה פוטרת בפועל את הדרג הנבחר מחובה זו ועל כן היא פוגעת קשות בערכיה הבסיסיים של הדמוקרטיה הישראלית. עו"ד לימון הוסיף ועמד על כך שההצעה תוביל ל"יצירת חור שחור נורמטיבי" והדגיש את הקושי הטמון ב"חסימה מוחלטת של ביקורת שיפוטית על החלטות בלתי סבירות, בהתבסס אך ורק על זהות מקבל ההחלטה, ביחס להחלטות החשובות ביותר שמתקבלות על-ידי הדרג הממשלתי הגבוה ביותר" (פרוטוקול ישיבה 108 של ועדת החוקה, הכנסת ה-25, 10 (26.6.2023) (להלן: פרוטוקול ישיבה 108)). בהמשך לכך סקר עו"ד לימון את ההשפעות רחבות ההיקף של הצעת התיקון, בפרט בכל הנוגע לטוהר המידות במינויים לתפקידים ציבוריים; פעולות הממשלה בתקופת בחירות; ומצבים שבהם נבחר ציבור נמנעים במכוון מהפעלת סמכותם.

20. במהלך הכנת הצעת התיקון לקריאה ראשונה נשמעו בוועדה עמדותיהם של מומחים מהאקדמיה וגורמים נוספים מהחברה האזרחית. כך, למשל, הוצגה עמדתו של פרופ' יואב דותן שהדגיש כי חרף ביקורתו על עילת הסבירות, הצעת התיקון גורפת מאוד "בבחינת לשפוך את התינוק עם מי האמבט" (פרוטוקול ישיבה 114 של ועדת החוקה, הכנסת ה-25, 42 (4.7.2023)). פרופ' דותן הסביר כי "[...] ההבחנה בין החלטות פוליטיות באופיין לבין החלטות שהן לא כאלה איננה יכולה להסתמך אך ורק על הדרג שמקבל את ההחלטה [...] חובה להבדיל קודם כל בין החלטות מדיניות כלליות לבין החלטות אינדיבידואליות" (שס).

21. להשלמת הדברים יצוין כי במהלך הדיונים חברי כנסת מהאופוזיציה טענו כי לא ניתן היה להגיש את ההצעה במסלול של הצעת חוק מטעם הוועדה, וכי לא מדובר בהצעה שהוועדה "יזמה והכינה", כנדרש בסעיף 80 לתקנון הכנסת. ביום 2.7.2023 השיבה עו"ד אפיק לפנייתו של ח"כ גלעד קריב מסיעת העבודה (להלן: ח"כ קריב) בנושא זה, וציינה כי אינה רואה מקום להתערב בהליך החקיקה, וכי אין כל חובה שהוועדה תקיים דיון מקדים בשאלה האם לקדם את הצעת התיקון כהצעה מטעמה.

22. בסופו של יום, ב-4.7.2023 אושרה הצעת התיקון לקריאה ראשונה כהצעת חוק יסוד מטעם הוועדה, ברוב של תשעה תומכים מול ארבעה מתנגדים. בדברי ההסבר שהונחו בפני המליאה צוין, בהתבסס על ציטוט מעניין דפי זהב, כי כיום עילת הסבירות מאפשרת לפסול החלטות שאינן נותנות "משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה" (הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות), ה"ח הכנסת התשפ"ג 110). עוד צוין כי על השימוש בעילת הסבירות במובנה זה, ובפרט על החלתה ביחס לדרג הנבחר, נטען בין היתר כי קביעת האיזון הערכי בין שיקולים שונים "צריכה להיות נתונה לנבחרי הציבור ולא לבית המשפט" (שס). כן הובהר בדברי ההסבר כי התיקון המוצע אינו מגביל את בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית בעילות מינהליות אחרות, ובהן עילת המידתיות.

ביום 10.7.2023 ההצעה אושרה בקריאה ראשונה במליאת הכנסת, ברוב של 64 תומכים מול 56 מתנגדים.

23. למחרת החל שלב ההכנה לקריאה שנייה ושלישית, במסגרתו התקיימו בתוך תשעה ימים ארבעה דיונים בנוגע להצעה וכן שלושה דיונים בהסתייגויות שהוגשו

לגביה. בשלב זה של הכנת הצעת התיקון לקריאה שנייה ושלישית נשמעו במסגרת דיוני הוועדה עמדותיהם של מספר מומחים משפטיים וגורמי מקצוע. בדיון ביום 11.7.2023, הזהיר היועץ המשפטי למשרד האוצר, עו"ד אסי מסינג, מהשלכות ההצעה, והתייחס, בין היתר, למשמעויותיה בעניין מינוחם ופיטורם של שומרי סף בכירים ולכך שההצעה תאפשר את התערבות שר האוצר בהחלטות הדרגים המקצועיים בניגוד לנהלים הקיימים במשרד האוצר.

24. ביום 12.7.2023 דנה הוועדה באפשרויות שונות "לרכך" את תחולת ההצעה. עו"ד בליי הדגיש כי המתווה המוצע גורף בהרבה ממתווים אחרים שהוצגו על ידי הגורמים שהופיעו בוועדה, שכן הוא אינו מבחין בין סוגים שונים של החלטות הדרג הנבחר ואף אינו מותיר אפשרות להתערב בהחלטות "מופרכות". עו"ד בליי הצביע בפרט על שלושה נושאים שבהם יש מקום לשקול "מודלים עדינים יותר וזהירים יותר": התערבות בהחלטות של ממשלת מעבר; מינויים; ופגיעה באינטרסים של הפרט שאינה פוגעת בזכויותיו (פרוטוקול ישיבה 121 של ועדת החוקה, הכנסת ה-25, 11-13 (12.7.2023) (להלן: פרוטוקול ישיבה 121)). באותו הדיון הדגיש עו"ד לימון כי הצעת התיקון היא "ההצעה הקיצונית ביותר האפשרית לטיפול בעילת הסבירות", וציין כי אף שהיקף המקרים שבהם התערב בית המשפט בהחלטות שלטוניות מכוח עילת הסבירות אינו גבוה, לעילה זו השפעה משמעותית ביותר על שלבי עיצוב וגיוש החלטות השרים בממשלה (שס, בעמ' 34 ו-39). כמו כן ציין עו"ד לימון כי הפגיעה הקשה והמשמעותית ביותר הנובעת מהצעת התיקון היא במעמדם של שומרי הסף, וזאת בכל הנוגע למינוחם ולאפשרות לפטרם משיקולים פוליטיים.

באותו היום הופץ לחברי הוועדה נוסח חדש לתיקון, שהוא גם הנוסח שאושר לבסוף. הנוסח כלל הסרת תיבה הנוגעת לתחולת הסעיף על "נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק" והוספת סיפה להצעה המקורית אשר מבהירה את היקף תחולתה:

"על אף האמור בחוק יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון, לא ידון בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר וכך של נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, ולא ייתן צו כלפי מי מהם בעניין כאמור; בסעיף זה: 'החלטה' – כל החלטה לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

25. ביום 13.7.2023 קיימה הוועדה דיון שלישי בהצעת התיקון לקראת הכנתה לקריאה שנייה ושלישית. במהלך הדיון טענה נציגת היועצת המשפטית לממשלה, עו"ד

אביטל שטרנברג, כי השינויים שהוטמעו בתיקון מהווים "החרפה" שלו. זאת, שכן ההצעה המתוקנת מחסנת מביקורת שיפוטית רק את הגורמים המחזיקים בכוח השלטוני הרב ביותר, ועל פיה התיקון נוגע גם להחלטות פרטניות, ולא רק להחלטות מדיניות עקרוניות.

במהלך הדיון ציין ח"כ רוטמן כי אין צורך לעגן בחוק היסוד את חובת השרים לפעול בסבירות, וכי אין כל מקום להבחנה בין החלטות פרטניות להחלטות מדיניות ובין סבירות לאי-סבירות קיצונית שכן הבחנות מסוג זה "לא עובדות בעולם האמיתי" (פרוטוקול ישיבה 125 של ועדת החוקה, הכנסת ה-25, 15 (13.7.2023) (להלן: פרוטוקול ישיבה 125)). באשר לתחולת הצעת התיקון על החלטות של עובד ציבור שהתקבלו לאחר שסמכויות השר הואצלו אליו, ח"כ רוטמן ועו"ד בליי הסכימו כי יש לבחון מי קיבל את ההחלטה בפועל, וככל שמי שקיבלה לא היה השר – התיקון לא יחול. עו"ד בליי ציין, עם זאת, כי אין בכך כדי לנטרל את התמריץ לקבלת ההחלטה על ידי השר על מנת לחסנה מביקורת שיפוטית. ח"כ קריב עמד על כך שהצעת התיקון קיצונית בשלושה מובנים: היא אינה חלה רק על הממשלה במליאתה אלא גם על כלל החלטות השרים; היא אינה מבחינה בין החלטות מדיניות להחלטות פרטניות; ואינה מסתפקת בהחזרת עילת הסבירות לגבולותיה טרם פסק הדין בעניין דפי זהב, אלא מבטלת אותה לחלוטין.

בתום הדיון שהתקיים ביום 16.7.2023 הודיע ח"כ רוטמן כי ניתן יהיה להגיש הסתייגויות להצעת התיקון עד למחרת בבוקר.

26. עם התכנסות הוועדה ביום 17.7.2023 ציינה עו"ד אפיק כי הוגש מספר חסר תקדים של למעלה מ-27,000 הסתייגויות להצעת התיקון, והפנתה בהקשר זה להנחיית היועצת המשפטית לכנסת "דיון והצבעה על הסתייגויות בהכנת הצעת חוק לקריאה השניה והשלישית" (1.8.2021) (להלן: נוהל ההסתייגויות), שנועדה להתמודד עם מצבים שבהם מוגשות אלפי הסתייגויות. עו"ד אפיק הציגה מספר אפשרויות לדיון בהסתייגויות אך המליצה שבשל המצב החריג, אם נציגי האופוזיציה יעדיפו את אחת החלופות, יו"ר הוועדה יאמץ חלופה זו. משלא הושגו הסכמות בין הקואליציה לאופוזיציה בחר ח"כ רוטמן את האפשרות לפיה תתקיים הנמקה מרוכזת של כל ההסתייגויות ולאחר מכן ייערכו הצבעות במקבצים של 20 הסתייגויות בכל פעם. הנמקת ההסתייגויות ארכה כ-18 שעות וההצבעות על ההסתייגויות ועל הרביזיות ארכו כ-18 שעות נוספות. בסופו של דבר כלל ההסתייגויות נדחו וביום 19.7.2023 אישרה הוועדה את הצעת התיקון ברוב של תשעה תומכים ושבעה מתנגדים. טענות שהעלו מספר חברי כנסת מסיעות האופוזיציה בדבר פגמים שנפלו בקיום ההצבעות בוועדה, נדחו על ידי עו"ד אפיק.



ביום 19.7.2023 התקיים דיון בוועדת הכנסת על הפעלת סעיף 98 לתקנון הכנסת, המאפשר לוועדת הכנסת לקבוע סדרי דיון מיוחדים ביחס לחוקי תקציב ו"במקרים אחרים יוצאים מן הכלל", לרבות קביעת מסגרת הדיון וזמני הדיבור במליאה. ועדת הכנסת קבעה כי חברי האופוזיציה ינמקו את הסתייגויותיהם במשך 26 שעות ובהמשך יתקיימו הצבעות על 140 הסתייגויות במליאה לפי בחירת האופוזיציה. ביום 23.7.2023 החל הדיון במליאת הכנסת וביום 24.7.2023 אושרה ההצעה בקריאה שלישית ברוב של 64 חברי כנסת וללא מתנגדים, לאחר שסיעות האופוזיציה החרימו את ההצבעה.

ביום 26.7.2023 נכנס התיקון לתוקף עם פרסומו ברשומות.

#### העתירות

27. זמן קצר לאחר אישור התיקון לחוק היסוד הוגשו נגדו שמונה עתירות, ובכולן התבקש בית המשפט, בין היתר, להורות על ביטול התיקון. העתירות הוגשו על ידי ארגוני חברה אזרחית ואנשים פרטיים ואחת מהן הוגשה על ידי לשכת עורכי הדין בישראל (העותרת בבג"ץ 5663/23). בהחלטת השופט ד' מין מיום 26.7.2023 נדחו בקשות למתן צו ביניים למניעת כניסתו של התיקון לתוקף עד להכרעה בעתירות, ושבע מהעתירות נקבעו לדיון בפני הרכב. עתירה נוספת שהוגשה בהמשך בבג"ץ 5769/23 (להלן: עתירת נומה), אוחדה עם שבע העתירות האחרות, ואילו הטיפול בעתירות נוספות נגד התיקון שהוגשו לאחר מכן, הושהה עד למתן פסק דין בהליכים דנן.

ביום 31.7.2023 קבעתי כי העתירות יישמעו בפני הרכב מורחב של 15 שופטים, וביום 9.8.2023 הורה ההרכב על מתן צו על-תנאי כמבוקש בעתירות מטעמים של יעילות הדיון בעתירות ומבלי שיהיה בכך משום הבעת עמדה לגופם של דברים. בהחלטה מאותו היום אף הורינו על צירופן של עמותת "אדם טבע ודין" – אגודה ישראלית להגנת הסביבה" (להלן: אדם טבע ודין) ושל האגודה לזכויות האזרח בישראל ו-37 ארגוני זכויות אדם נוספים (להלן לשם הנוחות: האגודה) להליכים, במעמד של "ידידי בית המשפט".

28. לקראת הדיון בעתירות הגישו המשיבים תצהירי תשובה מטעמם. היועצת המשפטית לממשלה הציגה עמדה לפיה התיקון פוגע פגיעה אנושה בעקרונות יסוד דמוקרטיים, וכי יש לקבל את העתירות ולהורות על בטלותו של התיקון בשל חריגת הכנסת מגבולות הסמכות המכוננת ושימוש לרעה בסמכות זו. מנגד, הממשלה, ראש

הממשלה ושר המשפטים (להלן: משיבי הממשלה) – שיוצגו בהליכים בנפרד מהייעוץ המשפטי לממשלה, וכן הכנסת וח"כ רוטמן, שיוצג בנפרד מהייעוץ המשפטי לכנסת, טענו כי לבית המשפט אין סמכות להתערב בתיקון ואף לגופם של דברים סברו כי לא קמה עילה להתערב בו.

29. ביום 12.9.2023 שמענו את טענות הצדדים על פה. במהלך הדיון התייחסו הצדדים בהרחבה לסוגיות העקרוניות הנוגעות לקיום ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד וכן לתיקון הקונקרטי העומד במוקד העתירות. בתום הדיון אפשרנו לכנסת ולמשיבי הממשלה להגיש השלמות טיעון בכתב ביחס למספר סוגיות שהתעוררו במהלך הדיון. השלמת הטיעון מטעם משיבי הממשלה הוגשה ביום 16.10.2023 ומטעם הכנסת ביום 9.11.2023.

#### תמצית טענות הצדדים

30. טענתם המרכזית של העותרים היא כי התיקון נושא העתירה הוא "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" ומשכך יש להורות על בטלותו. העותרים מפנים בהקשר זה לקביעותיו של בית משפט זה בבג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021) (להלן: עניין חסון), שם צוין כי הרשות המכוננת אינה מוסמכת לשלול את המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אך לא הוכרעה השאלה באשר לסמכות בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית בהקשר זה. העותרים סבורים כי קיומה של סמכות כאמור מתחייב מתפקידו המוסדי של בית המשפט בשיטתנו; מהיעדרה של פרוצדורה נוקשה לחקיקת חוקי יסוד ולתיקונם; ומהחולשה המבנית של הפרדת הרשויות בישראל. עוד נטען כי יש לראות בסעיף 15 לחוק היסוד המסדיר את סמכותו הרחבה של בית המשפט הגבוה לצדק ליתן סעדים "למען הצדק" וצווים לכלל "רשויות המדינה", כמקור סמכות גם לביקורת על הרשות המכוננת. אי-הכרה בסמכותו של בית המשפט בהקשר זה, כך נטען, משמעותה כי ניתן לחסן כל חקיקה של הכנסת שהתקבלה ברוב קואליציוני מקרי מביקורת שיפוטית, באמצעות הכותרת "חוק יסוד", וזאת גם אם יש בה משום שלילת מאפייני הליבה של מדינת ישראל.

31. לשיטת העותרים, התיקון נושא העתירות פוגע פגיעה קשה במאפיינים הגרעיניים של ישראל כמדינה דמוקרטית. ראשית, כך נטען, התיקון פוגע בעקרון שלטון החוק שכן הוא מאפשר לדרג הנבחר לפעול ככל העולה על רוחו וללא פיקוח שיפוטי. לטענת העותרים, משמעות התיקון היא למעשה ביטול בפועל של החובה החלה על הממשלה וחבריה לפעול בסבירות. שנית, העותרים טוענים כי התיקון פוגע קשות

בהפרדת הרשויות, היות שמשמעותו היא ריכוז כוח שלטוני חסר תקדים בידי הממשלה. עוד נטען כי התיקון שולל למעשה את זכות הגישה לערכאות ביחס להחלטות מינהליות רבות. ידידי בית המשפט הרחיבו בטענותיהם בהקשר זה באשר לזכויות ואינטרסים חשובים שלטענתם לא ניתן יהיה להגן עליהם ללא עילת הסבירות.

העותרים מוסיפים כי הפגיעה הנגרמת כתוצאה מהתיקון היא חמורה במיוחד נוכח נוסחו הגורף של התיקון, אשר שולל לחלוטין את עילת הסבירות באשר לכלל סוגי ההחלטות של הממשלה ושריה, לרבות החלטות בעניינו של הפרט שאין כל הצדקה לחסנן מביקורת שיפוטית. עוד נטען כי קיימים תחומים שלמים שבהם המגבלה היחידה על כוחה של הממשלה היא עילת הסבירות ובכללם תחום המינויים והפיטורים בשירות הציבורי והחלטות המתקבלות בתקופת בחירות. בעתירת נומה צוין עוד כי בעקבות התיקון תיפגע באופן ניכר היכולת להגן על משרתי כוחות הביטחון מפני העמדה לדין בגין הפרת כללי המשפט הבינלאומי.

כמו כן ביקשו העותרים שבית המשפט יביא במניין השיקולים את העובדה שבמקביל לתיקון מקודמים צעדים נוספים כחלק מתכנית כוללת לשינוי מערכת המשפט, אשר נועדה להחלישה ולפגוע קשות בעצמאותה ולהקנות כוח מוחלט לממשלה ולרוב הקואליציוני.

32. העותרים מוסיפים וטוענים כי יש להורות על בטלות התיקון גם מן הטעם שהוא מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. לשיטת העותרים, התיקון שהתקבל אינו עומד במבחני העזר שנקבעו בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר) לזיהוייה של נורמה חוקתית. העותרים מתמקדים בהקשר זה בעיקר במבחן הכלליים ובמבחן ההתאמה למארג החוקתי. באשר למבחן הכלליים, נטען כי התיקון – שהוחל באופן מיידי – הוא תיקון פרסונאלי שנועד להיטיב בראש ובראשונה עם הממשלה המכהנת ולהעניק לה את היכולת לפעול ללא כל פיקוח. באשר למבחן ההתאמה למארג החוקתי, נטען כי אין אח ורע בחקיקת היסוד להוראה העוסקת בביטול עילת תביעה או עילת ביקורת שיפוטית ספציפית, וכי מקומה של הוראה מסוג זה הוא בחקיקה ראשית. בהיעדר כל צידוק לעיגונה של ההוראה בחוק יסוד – למעט הרצון לחסנה מהתערבות שיפוטית – נטען כי יש להורות על בטלות התיקון. כסעד חלופי מבקשים חלק מן העותרים להורות על דחיית תחולתו של התיקון לכנסת הבאה.

33. כמו כן, טוענים העותרים לקיומם של פגמים בהליך חקיקת התיקון שאף הם מצדיקים את ביטולו. כך, נטען כי לא ניתן היה לקדם את הצעת התיקון במסלול של

הצעה מטעם ועדת החוקה לפי סעיף 80 לתקנון הכנסת וכי הבחירה במסלול זה נועדה לעקוף את המנגנונים הסדורים החלים על הצעות חוק ממשלתיות ופרטיות. עוד טוענים העותרים כי בענייננו נפל פגם מהותי אף בעקרון ההשתתפות של חברי הכנסת, כפי שהוגדר בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017) (להלן: עניין קוונטינסקי). בהקשר זה נטען כי הדיונים בהצעת התיקון נמשכו שלושה שבועות בלבד, מבלי שנערך דיון ממצה בהשלכות התיקון, ובכללן השלכותיו על כשירות צה"ל ועל ביטחון המדינה; כי במהלך הדיונים הוטחו במשתתפים עלבונות ונשללה מהם זכות הדיבור, באופן שפגע ביכולת להשתתף בהליך החקיקה; וכי השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת שנועד לקיצור הדיון בהצעת חוק במקרים חריגים וקיצוניים, פגע אף הוא בתקינות ההליך.

34. היועצת המשפטית לממשלה תומכת, כאמור, בעמדת העותרים וסבורה אף היא כי יש להורות על בטלות התיקון. לעמדתה, יש להכיר בסמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי יסוד. בדומה לעמדת העותרים, סבורה היועצת כי סמכות זו נובעת מתפקידו המוסדי של בית המשפט הגבוה לצדק לוודא כי רשויות המדינה – ובכללן הרשות המכוננת – אינן חורגות מסמכותן, ומקורה בסמכות הנתונה לבית משפט זה להושיט סעד בהתאם לסעיף 15(ג) לחוק היסוד. היועצת מתייחסת אף היא בהקשר זה לקלות היתרה שבה ניתן לכונן חוקי יסוד ולמבנה המוסדי הייחודי של מדינת ישראל, וטוענת כי בהיעדר ביקורת שיפוטית אין כל דרך להתמודד עם תיקון חוקתי השולל את מאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

35. היועצת סבורה כי התיקון נושא העתירה הוא מקרה חריג שבו אין מנוס מהתערבות בית המשפט, שכן מדובר בתיקון חסר תקדים הפוגע באופן אנוש בערובות הקיימות לריסון כוחו של הרוב. לשיטת היועצת, מדובר בתיקון גורף שחל לא רק על החלטות מדיניות רוחביות אלא גם על החלטות רבות של שרים שהן יישומיות-מקצועיות באופן מובהק. עוד נטען, כי בניגוד לטענות שנשמעו מצד תומכי התיקון בדיונים שקיימה הוועדה, פיקוח פרלמנטרי אינו יכול להוות תחליף אפקטיבי לביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות; ועילות אחרות ובהן עילת המידתיות – אינן מספיקות לצורך מילוי "החלל הנורמטיבי" שנפער כתוצאה מביטול עילת הסבירות.

היועצת מוסיפה כי התיקון פוגע קשות בשלטון החוק, שכן הוא מציב את הדרג הנבחר "מעל החוק", בהתחשב בכך שלבתי המשפט – וכתוצאה מכך גם למערך הייעוץ המשפטי לממשלה – לא נותרו כלים אפקטיביים לפקח על עמידתם של הממשלה והשרים

בחובת הסבירות. לשיטתה, התיקון עלול לגרום לפגיעה בלתי הפיכה בעצמאותם של שומרי סף; לשנות מן היסוד את מאפייני הליבה של השירות הציבורי; ולפגוע בשוויון בבחירות, שכן הממשלה המכהנת תוכל להשתמש בסמכויות ובמשאבים שברשותה בתקופת בחירות מבלי שבית המשפט יבחן את סבירות החלטותיה. היועצת מדגישה כי התיקון לבדו מוביל לפגיעה אנושה במאפיינים הגרעיניים של המשטר הדמוקרטי במדינה. היועצת מוסיפה כי יש להביא בחשבון בהקשר זה גם את העובדה שהתיקון מהווה חלק מתכנית רחבה יותר לשינוי מערכת המשפט, אשר עלולה לפגוע בפגיעה בלתי הפיכה ביכולתו של בית המשפט למלא את תפקידו החוקתי במדינה דמוקרטית.

36. עוד טוענת היועצת, בדומה לעותרים, כי התיקון נחקק תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת, בהדגישה בהקשר זה בעיקר את אי העמידה במבחן המארג החוקתי. לטענתה, עיגון הוראה בחקיקת יסוד המבטלת עילת ביקורת שיפוטית ספציפית ביחס לממשלה ולשריה, מהווה נטע זר במארג החוקתי הכולל. לא בכדי, כך נטען, ההגבלות שנקבעו עד היום על סמכויותיהן של ערכאות שיפוטיות עוגנו בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה. עיגון התיקון בחוק יסוד, כך מדגישה היועצת, אינו מאפשר לבחון את חוקתיותו בהתאם למבחני פסקת ההגבלה. היועצת מוסיפה ומציינת כי התיקון מעורר קושי אף במישור מבחן הכלליות ומבחן המובחנות.

37. לגישת היועצת, ספק אם טענות העותרים לפגמים בהליכי החקיקה מצדיקות את ביטול התיקון כשלעצמן, אך פגמים אלה מחמירים את הפגמים האחרים שנפלו בתיקון. לבסוף מציינת היועצת, כי אף שככלל פתרון פרשני עדיף על פסילת התיקון, בענייננו לא ניתן לפרש את התיקון באופן שיאפשר להותירו על כנו, מבלי שנוסח התיקון יכתב מחדש על ידי בית המשפט. על כן, ובהיעדר סעדים חלופיים אחרים שיתנו מענה לפגמים החמורים שנפלו בתיקון, סבורה היועצת כי אין מנוס מהכרזה על בטלותו.

38. הכנסת סבורה, מנגד, כי דין העתירות להידחות. הכנסת טוענת כי בית משפט זה אינו מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, בין היתר, נוכח היעדרה של הסמכה מפורשת לביקורת מסוג זה והיעדרן של הוראות המגבילות את הרשות המכוננת בכינון חוקי יסוד. הכנסת מדגישה כי לא ניתן לראות בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, מקור סמכות לעריכת ביקורת שיפוטית על נורמות אחרות שאף הן מעוגנות בחוקי היסוד. בנוסף טוענת הכנסת כי עריכת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד שומטת את הבסיס לקיום ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית; וכי אל לו לבית המשפט לקבוע עקרונות שמגבילים את הרשות המכוננת, אשר לא נקבעו על ידי הריבון (העם). הכנסת מוסיפה כי היות

שהמפעל החוקתי הישראלי טרם הושלם, התיאוריות שהוצעו לביסוס הדוקטרינה בדבר תיקון חוקתי שאינו חוקתי, אינן מתאימות למדינת ישראל. על כן נטען כי אף אם קיימות מגבלות על הרשות המכוננת, אין מקום לאפשר פיקוח של בית המשפט על העמידה בהן.

39. מכל מקום, הכנסת סבורה כי דין העתירות להידחות על הסף מחמת חוסר בשלות, שכן טרם התגבשה התשתית העובדתית לבחינת השלכות התיקון. לטענתה, נוסחו של התיקון עמום וטרם ברור כיצד יפורש על ידי בתי המשפט. כמו כן, טרם התברר האם יש ביכולתה של הכנסת לאכוף באמצעות כלים פרלמנטריים את חובת הסבירות שעודנה חלה ביחס לממשלה והשרים. עוד טוענת הכנסת כי העתירות אינן בשלות אף משום שיישום התיקון תלוי בהתנהלות הממשלה והשרים במצב המשפטי החדש.

40. ככל שיוחלט להכריע בשאלת חוקתיות התיקון כבר כעת, הכנסת סבורה כי הוא אינו מגיע כדי תיקון חוקתי שאינו חוקתי, שכן הוא אינו פוגע בליבת מאפייניה הגרעיניים של המדינה. בהקשר זה נטען כי הייעוץ המשפטי לכנסת עמד במהלך הדיונים בוועדה על הקשיים העולים ממנו והציע חלופות לשינוי נוסח התיקון, אך אי-קבלת ההצעות האמורות אין משמעה כי התיקון כפי שהתקבל הוא בלתי חוקתי. הכנסת סבורה כי הרף לקיום ביקורת שיפוטית על תוכנה של חקיקת יסוד צריך להיות גבוה ביותר, בדומה לאמות המידה לפסילת מועמדים לבחירות לכנסת לפי סעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת. בענייננו, כך נטען, מדובר בתיקון שאינו שולל כליל את הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה ושריה, אלא נוגע רק לשלילת עילת הסבירות, המוסיפה לחול ביחס לרשויות אחרות. עוד צוין כי לא ניתן לבסס ביקורת שיפוטית ביחס לתיקון בהסתמך על ההנחה שלפיה הוא מהווה חלק ממהלך מקיף ורחב יותר של שינויים עתידיים שיפגעו בזהות הדמוקרטיה של המדינה.

לכך מוסיפה הכנסת, כי ניתן לצמצם את היקף תחולתו של התיקון בדרכים פרשניות. כך, לשיטתה, ניתן לפרשו באופן שלא יחול על החלטות מופרכות שניתן היה לפסול אותן גם לפני עניין דפי זחב. עוד מציינת הכנסת כי ניתן לפתח כלים שיפוטיים חדשים לקיום ביקורת בתחום המינויים ובנוגע להחלטות של ממשלת מעבר.

41. הכנסת מדגישה כי התיקון אינו מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, שכן מדובר בתיקון כללי, יציב ומופשט המתאים, לגישתה, למארג החוקתי הקיים. בהתייחס לתחולתו המיידית של התיקון, נטען כי אף שמוטב שתחולתם של חוקי יסוד משטריים תהא עתידית, בפועל נחקקו תיקונים רבים מסוג זה בתחולה מיידית ובפסיקה כבר הובהר

כי אין בעובדה זו כשלעצמה כדי להוות עילה לביטול חוק יסוד. באשר למבחן המארג החוקתי, מצינת הכנסת כי "המקום הטבעי" לקביעת כללים באשר לקיום ביקורת שיפוטית על ידי בית המשפט הוא חוק-יסוד: השפיטה, ואין כל פסול בתיקון שנותן מענה לעניין נקודתי ואינו מסדיר את כלל ההיבטים הנוגעים לביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות.

42. לבסוף טוענת הכנסת כי לא נפל פגם בהליך החקיקה המצדיק את פסילת התיקון, וזאת אף ש"ניתן היה לנקוט בהליך חקיקה מיטבי יותר מזה שנהג בפועל" (פסקה 224 לתצהיר התשובה מטעמה). כך, נטען כי בהתאם להוראות תקנון הכנסת ניתן היה לקדם את הצעת התיקון כהצעה מטעם הוועדה; וכי הטענות בדבר פגיעה בעקרון ההשתתפות אינן עומדות, ולו בדוחק, במבחן שנקבע בעניין קוונטינסקי לפסילת חוק מטעמים אלה.

43. יו"ר ועדת החוקה, ח"כ רוטמן, מצטרף לעמדת הכנסת לפיה בית משפט זה נעדר סמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ולשיטתו על הדיונים בנוגע לחוקי היסוד להתקיים בכנסת בלבד. במהלך הדיון בעתירות שהתקיים ביום 12.9.2023 התייחס ח"כ רוטמן לאפשרות לצמצם את תחולת התיקון על דרך של פרשנות, שהוצעה בעמדה מטעם הכנסת, והדגיש כי עמדה זו אינה מקובלת עליו וכי לגישתו, התיקון שולל מבית המשפט את הסמכות לדון ולהחליט בטענות הנוגעות לסבירות החלטות הממשלה ושריה, מכל היבט שהוא (בעמ' 37-39 לפרוטוקול הדיון).

44. משיבי הממשלה טוענים כי יש לדחות את העתירות תוך קביעה עקרונית שלא ניתן לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. לשיטתם, משקבע בית המשפט כי הוא יונק מחוקי היסוד את סמכותו לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה, אין הוא רשאי לדון בתוקפם, והדברים נכונים ביתר שאת כאשר מדובר בחוק-יסוד: השפיטה. משיבי הממשלה מציינים כי אימוץ דוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי בשיטתנו, יציב את מדינת ישראל כמדינה היחידה שבה ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית על תיקונים חוקתיים, בהיעדר "פסקת נצחיות" בחוקה ובהיעדר חוקה שלמה. בראיית משיבי הממשלה, "בישראל אין על הרשות המכוננת מגבלות מהותיות" (פסקה 255 לתצהיר התשובה מטעמם), ולא ניתן להסתמך על עקרונות היסוד של השיטה, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או על הכרזת העצמאות – שאינה מהווה מקור משפטי מחייב – כעוגן להצדקת ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד.

עוד טוענים משיבי הממשלה כי התיקון נושא העתירות מהווה חלק מ"דיאלוג חוקתי לגיטימי" בין רשויות השלטון והוא רחוק מרחק רב מפגיעה בדרישות המינימום להיותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית. לשיטת משיבי הממשלה, אין כל קושי חוקתי בהגבלת הביקורת השיפוטית, בפרט משהיא אינה נוגעת לזכויות יסוד ומשעסקינן בצמצום השימוש בעילה מינהלית אחת בלבד. בשולי הדברים מציינים משיבי הממשלה כי אין ממש בטענות שהועלו בעתירת נומה בדבר סיכון מוגבר להעמדת אנשי כוחות הביטחון לדין פלילי בינלאומי בעקבות התיקון ומכל מקום, בית המשפט אינו מוסמך לקבוע אם חקיקה או חקיקת יסוד היא ראויה וטובה מבחינת משמעויותיה.

45. באשר לטענות לשימוש לרעה בסמכות המכוננת, מציינים משיבי הממשלה כי המבחנים שנקבעו בעניין שפיר אינם מהווים הלכה, וכי אין מקום לאמץ דוקטרינה זו בשיטתנו. מכל מקום, נטען כי התיקון אינו מפר את המבחנים שנקבעו בעניין שפיר לזיהוי נורמה חוקתית. לגישתם, מדובר בתיקון יציב, שלא נחקק כהוראת שעה, המתייחס באופן כללי וגורף לכל הממשלות העתידיות, ומתאים כתיקון לחוק-יסוד: השפיטה, אשר קובע את גבולות סמכותו של בית המשפט העליון לתת צווים לרשויות השלטון. כמו כן, דוחים משיבי הממשלה את האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על הליך חקיקת חוקי היסוד, אך מדגישים כי מכל מקום הליך חקיקת התיקון אינו מתקרב "ולו במעט" לנסיבות שנדונו בעניין קוונטינסקי.

במישור הסעד, מבהירים משיבי הממשלה כי אין מקום לנקוט בגישה של פרשנות מקיימת שתשנה את משמעות התיקון כפי שהיא נלמדת מלשון החוק והדיונים בכנסת. לגישתם, התיקון הוביל לכך ש"אין עוד אפשרות לביקורת שיפוטית בעילה של חוסר סבירות מכל סוג שהוא", לרבות ביחס להחלטות בלתי סבירות באופן קיצוני והחלטות מופרכות לחלוטין (פסקה 45 להשלמת הטיעון מטעם משיבי הממשלה). בנוסף נטען כי אין כל בסיס למתן סעד של ביטול תחולתו המיידית של התיקון.

דיון והכרעה

46. בהליכים שלפנינו מתעוררות שתי שאלות עיקריות: השאלה הראשונה היא האם ניתן לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד כאשר מועלית טענה לפיה הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת. זוהי שאלה מורכבת ועד עתה, נמנע בית משפט זה מלהכריע בה, אך כעת היא ניצבת בבסיס העתירות ודורשת הכרעה. למעשה, אף משיבי הממשלה, הגורסים כי דין העתירות להידחות, סבורים כי יש להכריע בסוגיה עקרונית זו.



השאלה השנייה, שהתשובה לה תלויה במענה שיינתן לשאלה הראשונה, היא האם התיקון נושא העתירות – תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה – דינו בטלות. בהקשר זה יש לדון בשורת הפגמים שמצדיקים, לטענת העותרים והיועצת, את ביטול התיקון, ובראשם הטענה כי הוא פוגע פגיעה קשה ביותר במאפיינים הגרעיניים של ישראל כמדינה דמוקרטית, וכי הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת בחוקקה אותו.

אדון בשתי שאלות אלה כסדרן ובהתאם, אדרש תחילה לשאלה העקרונית הנוגעת לקיום ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד.

### חלק ראשון: ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד

א. הסמכות לכונן חוקה לישראל

47. על מנת לקיים דיון ממצה בכל הנוגע לקיום ביקורת שיפוטית על הפעלת סמכותה המכוננת של הכנסת, עלינו לשוב ולבחון את מקורותיה של סמכות זו ואת מהותה. היבטים אלה תוארו לא אחת בפסיקתו של בית משפט זה ובספרות המשפטית (ראו, בין היתר: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9 (2018) (להלן: ברק "מגילת העצמאות"); רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטית של חוקת הכלאיים הישראלית" עיוני משפט לח 501 (2016) (להלן: ווייל "חוקת הכלאיים")). על כן, אסתפק בסקירה תמציתית של הדברים.

48. ראשיתו של המפעל החוקתי הישראלי בערב שבת, ה' באייר התש"ח (14.5.1948), אז קרא דוד בן גוריון, במעמד ישיבת מועצת העם, את אחד המסמכים החשובים ביותר בדברי הימים שלנו כעם: ההכרזה על הקמת מדינת ישראל (להלן: הכרזת העצמאות). לצד ביסוס ההצדקה ההיסטורית והבינלאומית להקמת המדינה והצגת החזון שלה, כללה ההכרזה "חלק אופרטיבי" (ברק "מגילת העצמאות", בעמ' 13):

"לפיכך נתכנסנו, אנו חברי מועצת העם, נציגי הישוב העברי והתנועה הציונית, ביום סיום המנדט הבריטי על ארץ-ישראל, ובתוקף זכותנו הטבעית וההיסטורית ועל יסוד החלטת עצרת האומות המאוחדות אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל, היא מדינת ישראל.

אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם י ש ר א ל" (ההדגשה הוספה).

הנה כי כן, ביום הקמת המדינה ניטעה מחויבותה לכוון חוקה לישראל. דברים אלה עולים בקנה אחד עם האמור בהחלטה מס' 181 של העצרת הכללית של האומות המאוחדות מכ"ט בנובמבר 1947 (להלן: החלטת עצרת האו"ם), שהיוותה "בסיס הלגיטימיות הבינלאומית" להקמת מדינת ישראל (ראו: עניין חסון, בפסקה 6 לחוות דעתו של השופט (בדימ') מ' מזוז). בהחלטת עצרת האו"ם נקבע, בין היתר, כי כל אחת מהמדינות שתקומנה בארץ ישראל המנדטורית תקיים בחירות לאסיפה מכוננת, אשר תהא אמונה על גיבוש חוקה דמוקרטית ובמסגרתה יוקמו מוסדות המדינה ויוענקו זכויות יסוד לכלל יושביה (סעיפים 9 ו-10 לחלק 1(B) להחלטת עצרת האו"ם; ראו בהקשר זה: יוסף ויילר ודורין לוסטיג "מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל" עיוני משפט לח 419, 455-457 (2016)).

49. מספר חודשים לאחר הקמת המדינה, מועצת המדינה הזמנית – ששימשה כרשות המחוקקת (ראו: סעיף 1 למנשר מטעם מועצת המדינה הזמנית מיום 14.5.1948 וסעיף 7(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948) – חוקקה את פקודת הבחירות לאסיפה המכוננת, התש"ט-1948 ובהמשך לכך את פקודת המעבר לאסיפה המכוננת, התש"ט-1949, שקבעה כי "לאסיפה המכוננת יהיו כל הסמכויות שהעניק החוק למועצת-המדינה הזמנית" (ראו גם: בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, פסקאות 14-11 לחוות דעתו של השופט א' שטיין (26.10.2023) (להלן: עניין התנועה לטוהר המידות)). לאחר הבחירות, שנערכו בסופו של דבר בראשית שנת 1949, נחקק חוק המעבר, התש"ט-1949, ובו נקבע כי "לבית המחוקקים במדינת ישראל ייקרא 'הכנסת'. לאסיפה המכוננת ייקרא 'הכנסת הראשונה' (סעיף 1 לחוק). לפיכך, הכנסת הראשונה החזיקה הן בסמכות החקיקה (אותה ירשה ממועצת המדינה הזמנית) והן בסמכות לכוון חוקה (עניין בנק המזרחי, בעמ' 362-364).

במשך מספר חודשים התנהל בכנסת הראשונה דיון עקרוני באשר לנחיצותה של חוקה ובאשר לתוכנה, ודיון זה הסתיים בסופו של דבר בפשרה המכונה "החלטת הררי", אשר אומצה על ידי מליאת הכנסת ביום 13.6.1950. בהחלטה נקבע כי "הכנסת הראשונה

מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה" (ד"כ 14.6.1950, 1743). למרבה הצער, בעקבות החלטה זו אנו מצויים כיום – למעלה משבעים ושלוש שנים מאז קבלתה – ללא חוקת מדינה שלמה, או כפי שהיטיב לתאר זאת פרופ' אהרן ברק במאמרו "מפעל חוקי-היסוד – לאן?" משפט ועסקים יד 111 (2012): "החלטת הררי הצילה את מפעל החוקה מכיליון, במחיר תיעולו למסלול מקביל שהתנועה בו איטית" (שם, בעמ' 112).

הכנסת הראשונה לא חוקקה חוקי יסוד כלשהם, אך העבירה את הסמכות המכוננת לכנסות שתבואנה אחריה. היא חוקקה את חוק המעבר לכנסת השנייה, התשי"א-1951, בו נקבע כי "לכנסת השנייה ולחבריה יהיו כל הסמכויות, הזכויות והחובות שהיו לכנסת הראשונה ולחבריה" וכי האמור יחול "גם על המעבר לכנסת השלישית ולכל כנסת שלאחריה" (ראו: סעיפים 5, 9 ו-10 לחוק).

50. בשנת 1958, בתקופת כהונתה של הכנסת השלישית, נחקק חוק היסוד הראשון – חוק-יסוד: הכנסת, ובהמשך נחקקו שורה של חוקי יסוד נוספים הנוגעים למוסדות המדינה. פסקי הדין הראשונים שבהם נדון מעמדם של חוקי היסוד בפני בית המשפט העליון נגעו בעיקר להפרת עקרון השוויון בבחירות, אשר עוגן בחוק-יסוד הכנסת ובו אף נקבע כי אין לשנותו, במפורש או במשתמע, אלא ברוב של חברי הכנסת בכל אחד משלבי החקיקה (סעיפים 4 ו-46 לחוק-יסוד: הכנסת). בחלק מאותם פסקי דין הכריז בית המשפט כי הוראות חוק שלא עמדו בדרישת הרוב המיוחד הקבוע בחוק-יסוד: הכנסת, הן משוללות תוקף (ראו: בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969) (להלן: עניין ברגמן); בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981) (להלן: עניין דרך ארץ); בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983) (להלן: בג"ץ 141/82)). עם זאת, באותם הליכים לא נדרש בית המשפט לדיון מהותי בשאלת סמכותה של הכנסת לכונן חוקה לישראל.

51. בשנת 1992 נחקקו שני חוקי היסוד הראשונים – והיחידים עד כה – שעוסקים בזכויות הפרט: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. חוקי יסוד אלה כללו, לראשונה, הוראת שריון "מהותי" ("פסקת הגבלה"), הקובעת כי אין פוגעים בזכויות שלפי חוקי היסוד האמורים "אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש

העיסוק). בעקבות כך, החלו להגיע לפתחו של בית המשפט העליון הליכים שבהם עלו טענות בדבר אי-חוקיותם של חוקים הפוגעים בזכויות יסוד ואינם עומדים בתנאי פסקת ההגבלה.

52. בעניין בנק המזרחי נדרש בית המשפט העליון, בהרכב מורחב של 9 שופטים, לסוגיות עקרוניות הנוגעות למעמדן של חוקי היסוד. באותו עניין נקבע, כנגד דעתו החולקת של השופט מ' חשין, כי בחוקה חוקי יסוד פועלת הכנסת מתוקף סמכותה ליתן חוקה לישראל וכי מבחינת ההיררכיה הנורמטיבית מעמדן של חוקי יסוד אלה, עליון על חקיקה ראשית "רגילה". לפיכך, כך הוסיף בית המשפט וקבע בעניין בנק המזרחי, ניתן לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית ואף להורות על בטלותה, ככל שאינה עומדת בתנאים שנקבעו בחוקי היסוד. זאת, נוכח סמכותו של בית המשפט לבחון האם "הוראה נורמטיבית נמוכה חורגת מהוראה נורמטיבית גבוהה יותר" (שס, בעמ' 276, וכן בעמ' 427).

בפסק הדין הוצגו שתי גישות מתחרות לביסוס סמכותה של הכנסת לחוקק חוקי יסוד, הנהנים מעליונות נורמטיבית, אשר בבוא היום יהפכו לחוקתה של מדינת ישראל. הנשיא (בדימ') שמגר התבסס על "תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת" לפיה הכנסת בלתי מוגבלת בסמכותה, פרט להגבלות שאותן קבעה לעצמה. בהקשר זה ציין הנשיא (בדימ') שמגר כי:

"הכנסת פועלת בתור שכזאת ללא חלוקה פנימית או פיצול למוסדות שונים שהאחד עליון על משנהו. פרי חקיקתה שייך, לפי בחירתה של הכנסת, למידרג החוקתי העליון או לחקיקה הרגילה, וכאשר היא מחוקקת חקיקה חוקתית היא קובעת בכך, מכוח סמכויותיה הבלתי מוגבלות, את עליונותו של החוק החוקתי על חוק רגיל ומוסמכת לפרט ולקבוע תנאים וסייגים שיחולו על חקיקה רגילה כדי להתאימה לנורמות הנקבעות על-ידי החקיקה החוקתית" (שס, בעמ' 285).

לגישה זו לא הצטרפו יתר השופטים בעניין בנק המזרחי.

53. הגישה האחרת, אשר השתרשה בפסיקה, הוצגה על-ידי הנשיא ברק ומכונה "תורת הרשות המכוננת" (ראו, בין היתר: בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 291 (2011) (להלן: עניין בר-און); עניין חסון, בפסקה 17 לחוות דעתי ובפסקה 4 לחוות דעתי של השופט נ' הנדל; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט

החוקתי של מדינת ישראל כך א: עקרונות יסוד 78 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה); אורי אהרונסון "המהפכה החוקתית: הדור הבא" מחקרי משפט לד 1, 4 (צפוי להתפרסם)). על פי גישה זו – שאליה הצטרפו השופטים ד' לוי, י' זמיר וא' מצא (שאר השופטים נמנעו מהכרעה מפורשת בין שתי הגישות) – הכנסת מחזיקה בשני "כובעים" או "כתרים" עיקריים: כובע הסמכות המכוננת, מכוחו היא מכוננת חוקה; וכובע הסמכות המחוקקת, מכוחו היא מחוקקת חוקים (עניין בנק המזרחי, בעמ' 356).

בחוות דעתו הדגיש הנשיא ברק כי הכנסת לא יצרה לעצמה את סמכותה המכוננת, וכי מדובר בסמכות ש"באה לה מהריבון, כלומר מהעם" (שם). בהמשך לכך, סקר הנשיא ברק שורה של "נתונים חוקתיים", ובכללם – הכרזת העצמאות; החלטת הררי; חקיקתם של שנים-עשר חוקי יסוד; פסיקת בתי המשפט; תגובת הכנסת לפסיקת בתי המשפט; ועמדת הקהילה המשפטית, המעידים, לגישתו, על כוחה המכונן של הכנסת. בהתבסס על נתונים אלה, הציג הנשיא ברק שלושה מודלים מתחום תורת-המשפט אשר, לשיטתו, מובילים כולם אל המסקנה כי לכנסת אכן נתונה סמכות מכוננת. "משנה תוקף" למסקנתו זו מצא הנשיא ברק בהתכנסותם של שלושת המודלים הללו לתוצאה זהה:

א. מודל הרציפות החוקתית, לפיו "הנורמה הבסיסית" של מדינת ישראל – "הנורמה העליונה, שכשלעצמה אינה חלק מהמשפט הפוזיטיבי אך הנותנת ביסוס משפטי לכל שאר הנורמות המשפטיות במדינה" (שם, בעמ' 359) – היא כי מועצת המדינה הזמנית היא הרשות העליונה של מדינת ישראל. בהתאם למודל זה, המבוסס על גישתו של המלומד הנס קלזן, מועצת המדינה הזמנית הורתה בהכרזת העצמאות כי תיקבע חוקה על ידי האסיפה המכוננת, וסמכות זו עברה ב"שרשרת הרציפות החוקתית" שתוארה לעיל, לכל כנסת מאז ועד היום.

ב. מודל "כלל ההכרה של השיטה", המבוסס על גישתו של פרופ' ה.ל.א. הארט, ולפיו הכלל הקובע כיצד נוצרות הנורמות הראשוניות במדינה ומהו מעמדן הנורמטיבי, הינו ש"לכנסת נתונה סמכות מכוננת ומחוקקת גם יחד", והדבר נלמד מ"מערכת החיים הלאומיים" של המדינה (שם, בעמ' 357).

ג. מודל "הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית" של שיטה נתונה בזמן נתון, המבוסס על גישתו של פרופ' רונלד דבורקין, ולפיו "הפירוש המתאים (fit) ביותר של מכלול ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל מאז הקמתה הינו כי לכנסת הסמכות לכונן חוקה לישראל" (שם, בעמ' 358).

54. הנה כי כן, מאז פסק הדין בעניין בנק המזרחי, ואף שהליך כינון החוקה לא הושלם, חוקי היסוד נתפסים "בתרבות המשפטית ובמסורת הפוליטית והציבורית שלנו כחלק מחוקת המדינה" (עניין בר-און, בעמ' 299). בהתאם לכך, התבססה התפיסה לפיה "תוצרי החקיקה של הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת כפופים מבחינת המדרג הנורמטיבי להוראות חוקי היסוד, אשר זוכים למעמד חוקתי" (עניין חסון, בפסקה 17 לחוות דעתי).

55. ביחס לשאלה כיצד ניתן לזהות נורמות חוקתיות, נקבע בעניין בנק המזרחי מבחן צורני, לפיו "הכנסת משתמשת בסמכותה המכוננת [...] כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה ורואה בו 'חוק יסוד' (ללא ציון שנת החקיקה)" (שם, בעמ' 403). לצד קביעה זאת, הותיר בית המשפט בעניין בנק המזרחי שתי שאלות בצריך עיון. ראשית, נשאלה השאלה "מה דין חקיקה עתידה של הכנסת, אשר תעשה 'שימוש לרעה' בדיבור 'חוק יסוד' תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום?" (שם, בעמ' 406; ההדגשה הוספה). הנשיא ברק ציין בהקשר זה כי "שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, והתשובה לה יורדת לשורשי היחסים בין הסמכות המכוננת (של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט)" (שם). שנית, צוין כי עשוי להתעורר צורך "לקבוע אם הוראות מסוימות המופיעות בחוק יסוד אין בהן משום חריגה מהסמכות המכוננת" (שם, בעמ' 394; ההדגשה הוספה). בהקשר זה ציין הנשיא ברק כי בתי המשפט בעולם נוהגים לבחון את חוקתיותם של תיקוני חוקה, ולא פעם נפסלו תיקונים שכאלה גם מטעמים מהותיים, אך גם נושא זה נותר בצריך עיון בעניין בנק המזרחי.

בשנים האחרונות, כפי שיפורט להלן, שבו שאלות אלה והתעוררו בשורה של עתירות שהוגשו נגד חוקי יסוד ונגד תיקונים לחוקי יסוד שחוקקה הכנסת.

#### ב. שימוש לרעה בסמכות המכוננת

56. כפי שצוין, בעניין בנק המזרחי לא נתלבנה לעומקה האפשרות שהכנסת תעשה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת ותכתיר כחוק יסוד נורמה שאינה מתאימה מבחינת מאפייניה להוות חלק מהחוקה העתידית. הצורך להידרש לאפשרות זו ולעיון מחדש במבחן הצורני לזיהוי חוקי יסוד, התעורר תחילה על רקע שימוש הולך וגובר בסמכות המכוננת לצורך חקיקת תיקונים לחוקי יסוד כהוראות שעה זמניות. כך, בעניין בר-און נדון תיקון לחוק יסוד שקבע בהוראת שעה כי תקציב המדינה לשנים 2011 ו-2012 יהיה דו-שנתי. הנשיא ד' ביניש ציינה בהקשר זה כי הוראת שעה מנוגדת מעצם טיבה "לרעיון הבסיסי שלפיו הוראות החוקה הן קבועות, ויש שיאמרו אף נצחיות" (שם, בעמ' 300).

היא אף הוסיפה כי "במקרים מסוימים, שאין ניתן לקבוע מראש מהם, ייתכן כי חקיקתו של חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות כדי 'שימוש לרעה' בכותרת 'חוק יסוד' (שם, בעמ' 301). ביחס לתיקון הספציפי שנדון בעניין בר-און, דחה בית המשפט את הטענה כי יש לבטלו בשל שימוש לרעה בסמכות המכוננת, אך הבהיר כי מוטב אם בעתיד תימנע הכנסת משימוש בהוראות שעה לצורך תיקון הוראות חוקתיות (שם, בעמ' 307).

57. חרף הערות בית המשפט בעניין בר-און, הוסיפה הכנסת לשנות את חוקי היסוד על דרך של הוראות שעה על מנת לאשר תקציב דו-שנתי. בפעם החמישית שבה נעשה הדבר, העניק בית המשפט לראשונה סעד מכוח הדוקטרינה של "שימוש לרעה בסמכות המכוננת", וקבע התראת בטלות, לפיה בראייה לעתיד לא ניתן יהיה לקבוע תקציב שאינו חד-שנתי על דרך של הוראת שעה (בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי)). המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין קבע בהקשר זה כי "במקום שמזוהה שימוש לרעה בכוח הרוב בטכסט חוקתי, נסוג הצורך הפוליטי מפני 'הליכה החוקתית' ו'קדושתה', חשיבותה המשפטית והערכית" (שם, בפסקה ל' לחוות דעתו). המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן הוסיף כי דוקטרינת ה"שימוש לרעה" אינה מתמצה בנסיבות של חקיקת יסוד כהוראת שעה, וכי "חקיקת יסוד כהוראת שעה היא אפוא אך ביטוי אחד, ומצער, לניצול אפשרי של 'פרצה חוקתית' זו שאותה מותיר המבחן הצורני" (שם, בפסקה 7 לחוות דעתו).

58. כארבע שנים לאחר מכן, ניתן פסק הדין בעניין שפיר, בו נדון תיקון מס' 50 לחוק-יסוד: הכנסת, אשר נחקק כהוראת שעה וכלל, בין היתר, תיקון עקיף לחוק-יסוד: משק המדינה שהביא להגדלה של תקרת התקציב ההמשכי לשנת 2020 ב-11 מיליארד ש"ח. באותו עניין נדונו טיבה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת ומקור סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית מכוחה:

"מרכז הכובד של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת מצוי, כאמור, בשאלה אם הנורמה שעוגנה בחוק היסוד היא אכן נורמה המצויה במדרג חוקתי, על פי המבחנים הנוהגים עמנו לזיהוי הסדרים מסוג זה. משימת זיהוי של נורמה כנורמה משפטית במדרג נורמטיבי מסוים, לרבות המדרג החוקתי, מצויה בליבת תפקידו של בית המשפט [...] במילים אחרות, תפקידו של בית המשפט בהקשר זה הוא להגן על החוקה המתגבשת מפני חדירה של נורמות, שאינן מצויות במדרג המתאים לכך, אל תוך המארג החוקתי באופן שעלול לגרום לשחיקה וזילות במעמדם של חוקי היסוד" (שם, בפסקה 31 לחוות דעת).

הובהר כי עניינה של דוקטרינה זו הוא בזיהוי הנורמה העומדת לדיון כנורמה חוקתית, בהתאם למאפיינים הפורמליים-פרוצדורליים שלה, וזאת להבדיל מהפעלת ביקורת שיפוטית על תוכן הנורמה. לצורך כך, הוצג בחוות דעתי מבחן דו-שלבי שנועד להנחות את בית המשפט בבואו לבחון האם הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת. בשלב הראשון, "שלב הזיהוי", יבחן בית המשפט אם חוק היסוד או התיקון לו נושא את המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות. לשם כך נקבעו מספר מבחני עזר, שאינם בבחינת רשימה סגורה: (1) מבחן היציבות, במסגרתו תיבחן השאלה אם לפנינו הסדר קבע יציב הצופה פני עתיד, כנדרש מנורמות חוקתיות שנועדו לעצב את דמותה של המדינה לאורך זמן; (2) מבחן הכלליות, במסגרתו נבחנת השאלה אם מדובר בנורמה בעלת תחולה כללית ומופשטת, המתייחסת לקבוצה כללית מסוימת, וזאת להבדיל מנורמה פרסונאלית; (3) מבחן ההתאמה למארג החוקתי, לפיו תיבחן השאלה אם הנורמה עולה בקנה אחד עם אופיים של אותם הנושאים שהוסדרו בחוקי היסוד. ככל שהחוק אינו מקיים אחד או יותר ממאפיינים אלו, בשלב השני – "שלב הצידוק" – עובר הנטל אל כתפי המשיבים להצביע על הצדקה מיוחדת לקביעת הסדר שאינו חוקתי באופיו במסגרת חוק יסוד דווקא (והשוו לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז בעניין שפיר שסברה כי חלף מבחן ההתאמה למארג החוקתי יאומץ מבחן "המובחנות" – הבוחן אם ההסדר שעוגן בחקיקת היסוד פולש באופן מובהק אל תחום אחריותן של אחת משלוש רשויות השלטון האחרות; וכן הציעה לוותר על שלב הצידוק, כך שהוראה שאינה עומדת במבחני הזיהוי לא תוכל להיחשב כחקיקת יסוד).

בפסק הדין נקבע בדעת רוב של שישה מתוך תשעת שופטי ההרכב, כי תיקון מס' 50 לחוק-יסוד: הכנסת נעדר את סימני ההיכר של נורמה חוקתית וכי הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. עם זאת, נפסק כי באותו העניין יש להסתפק ב"התראת בטלות" הקובעת כי לא ניתן לשוב ולתקן את חוק-יסוד: משק המדינה באופן דומה לצורך הגדלת תקרת התקציב ההמשכי. דעת המיעוט (השופטים סולברג, מינץ ואלרון) הסתייגה מאימוץ דוקטרינה החורגת מהמבחן הצורני לזיהוי חוקי יסוד על פי כותרתם.

59. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת – אשר הוצגה עוד בעניין בר-און, הוכרה ויושמה לראשונה בעניין המרכז האקדמי, ופותחה לכדי מבחנים קונקרטיים בעניין שפיר – השתרשה בפסיקה ובשנים האחרונות אף נבחנו לאורה תיקונים חוקתיים נוספים (ראו: בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (12.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים); ועניין שיינפלד). זאת, בין היתר, נוכח דפוס של שינויים משטריים משמעותיים "המבוצעים אד-הוק, לעתים בדרך של הוראת שעה, בתחולה



מיידית (ולעתים בלעדית) לכנסת שביצעה אותם" (עניין ממשלת החילופים, בפסקה 11 לחוות דעתי; ראו גם: עניין שיינפלד, בפסקה 42 לחוות דעתי ובפסקה 4 לחוות דעתי של השופט ע' גרוסקופף). על כן, אין ממש בטענת משיבי הממשלה לפיה דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת "לא התקבלה למעשה כהלכה בידי בית המשפט" (פסקה 148 לתצהיר התשובה מטעם משיבי הממשלה). כמפורט לעיל, דוקטרינה זו נדונה לא אחת בפני הרכבים מורחבים של בית משפט זה ואומצה שוב ושוב על ידי מרבית שופטי ההרכב. בשניים מן ההליכים הללו העתירות אף התקבלו מן הטעם שהכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת, אך הסעד החוקתי שניתן בהן צפה פני עתיד.

ניתן לסכם ולומר כי במסגרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, מתמקד בית המשפט בזיהוי הנורמה העומדת לדיון ובשאלה האם היא מתאימה מבחינת מאפייניה להימצא במדרג החוקתי (עניין ממשלת החילופים, בפסקה 2 לחוות דעתי). הוא אינו מקיים, במסגרת דוקטרינה זו, ביקורת שיפוטית על תוכנה של חקיקת היסוד (ראו: עניין המרכז האקדמי, בפסקה 5 לחוות דעתי של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן).

#### ג. חריגה מסמכות הכנסת כרשות מכוננת

60. שאלה נפרדת היא השאלה האם ייתכנו מצבים שבהם לא נפל פגם בהכרת הנורמה כ"חוק יסוד", אך תוכנה המהותי של הנורמה מוביל למסקנה כי יש בה משום "חריגה מהסמכות המכוננת" של הכנסת (עניין בנק המזרחי, בעמ' 394). סוגיה זו נבחנת במשפט המשווה בראי דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" (Unconstitutional Constitutional Amendment), המקובלת בשיטות שונות בעולם. בהתאם לדוקטרינה זו קיימות מגבלות מהותיות על הסמכות לתיקון החוקה, ובתי המשפט פוסלים תיקונים חוקתיים שחורגים ממגבלות אלה (להרחבה בנושא זה ראו: YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS (2017) (להלן: ROZNAI)).

61. מחקר שנערך בעניין זה מצא כי בכ-40% מהחוקות בעולם קיימות מגבלות מפורשות על תיקון החוקה. מגבלות אלה מעוגנות ב"פסקאות נצחיות" הקבועות בחוקה עצמה, והן אוסרות על שינוי או תיקון של חלקים מסוימים בה (יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" ספר אליקים רובינשטיין כרך ב' 1349, 1353 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2021)). פסקאות הנצחיות משקפות את הכרעת הגוף המכונן כי הוראות מסוימות בחוקה הן תנאי בסיסי לזהות המדינה ולקיומה, ועל כן יש להבטיח כי "הן תשרודנה לדורות בלא תלות ברצונו של רוב כזה או אחר" (עניין חסון, בפסקה 13 לחוות דעתי). בחלק

מאותן החוקות קיימת לצד פסקאות הנצחיות, הוראה מפורשת המסמיכה את בית המשפט לבחון את חוקתיות התיקונים לחוקה בהתאם לפסקאות אלה (ראו: אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" 30 גבראל ב' 361, 373 (דוד האן ואח' עורכים, 2011) (להלן: ברק "תיקון של חוקה")). כמו כן, קיימות מדינות שבהן אף בהיעדר הוראה מפורשת כזו, נתפס בית המשפט כגורם המוסמך לבחון האם הופרה פסקת הנצחיות (ראו: ROZNAI, בעמ' 203). הדוגמה הבולטת בהקשר זה היא גרמניה. חוק היסוד הגרמני קובע כי לא ניתן לתקן את ההוראות הנוגעות, בין היתר, לכבוד האדם; לחלוקת הפדרציה למדינות; ולהיותה של גרמניה מדינה דמוקרטית וסוציאלית (סעיף 79(3) לחוק היסוד). לאורך השנים, בית המשפט החוקתי של גרמניה ראה עצמו מוסמך לקבוע אם תיקון חוקתי מפר את המגבלות הקבועות בחוקה בהקשר זה, אף שאין עיגון מפורש בטקסט החוקתי לסמכותו זו (ראו, למשל: 1 BVerfGE 30 (1970); 279 BVerfGE 109 (2004). דוגמה דומה נוספת היא ברזיל, ולהרחבה ראו: Conrado Hübner Mendes, *Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court*, 17 FL. J. INT'L L. 449 (2005).

מודל נוסף של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, נשען על קיומן של מגבלות משתמעות באשר לתיקון החוקה. כך, בהודו נהוגה דוקטרינת "המבנה הבסיסי" של החוקה, לפיה הסמכות לתיקון החוקה אינה כוללת את הסמכות לשנות מן היסוד את זהותה או את המאפיינים הבסיסיים שלה (ראו: ROZNAI, בעמ' 42-47). בית המשפט העליון בהודו קבע כי בסמכותו לקיים ביקורת שיפוטית מהותית על תיקונים חוקתיים מכוח דוקטרינה זו, ובמרוצת השנים אף ביטל מספר תיקונים חוקתיים (ראו, בין היתר: Supreme Court; Minerva Mills v. Union of India, AIR 1980 S.C. 1789 (1980); Advocates-on-Record Ass'n v. Union of India, (2016) 4 SCC 1). שבהן קיימות מגבלות משתמעות על החוקה ראו: ROZNAI, בעמ' 47-69).

62. מכל מקום, המודלים שצוינו לעיל חלים במדינות שבהן קיימת חוקה שלמה שגובשה מכוח הסמכות המכוננת "המקורית", ומכוחה מוטלות הגבלות – מפורשות או משתמעות – על הסמכות "הנגזרת" לתיקון החוקה (לעניין הבחנה זו בין סמכות מכוננת "מקורית" או "ראשונית" ובין סמכות מכוננת "נגזרת" או "משנית" ראו: קלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית המשפט העליון" משפטים כח 341, 355-356 (1997); אהרן ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק כרך א – תורת הזכויות החוקתיות 209 (יצחק זמיר עורך, 2023) (להלן: ברק "תורת הזכויות החוקתיות")). מודלים אלה אינם ניתנים ליישום כמות שהם בישראל, שבה טרם הושלמה מלאכת כינון החוקה והיא עודנה נבנית "פרקים פרקים". משכך עצם

השימוש בביטוי "תיקון חוקתי" בשיטתנו, מעורר קשיים (ראו: ברק "תיקון של חוקה", בעמ' 379). ואכן, על אף שבית משפט זה התייחס לא אחת לקיומם של עקרונות יסוד המצויים בבסיס זהותה של המדינה (ראו, למשל: בג"ץ 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629-630 (1997) (להלן: עניין ארפל); בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 717 (2006) (להלן: עניין חוק טל)), שאלת תחולתה של דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" בישראל נותרה בצריך עיון, תוך שהודגש הקושי לאמץ בהקשר זה בשיטתנו מודלים מן המשפט המשווה (עניין בר-און, בעמ' 309-311; עניין המרכז האקדמי, בפסקה ל"ה לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין ובפסקה 15 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן; בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקה 25 לחוות דעתי (27.5.2018) (להלן: עניין בן מאיר)).

63. הדיון המשמעותי ביותר באשר לגבולות הסמכות המכוננת התקיים בעניין חסון, בו נדונה חוקתיותו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק-יסוד: הלאום). באותו עניין צוין כי מן הראוי ששאלת אימוצה של דוקטרינה מקיפה לבחינת חוקתיותם של תיקונים לחוקה, תוכרע עם השלמת מפעל חוקי היסוד לכדי חוקה מלאה. עם זאת, הודגש כי "משמעות הדבר אינה בהכרח כי בהיעדר דוקטרינה מקיפה כזו, סמכויותיה של הרשות המכוננת בישראל הן בלתי-מוגבלות" (שם, בפסקה 15 לחוות דעתי; ההדגשה במקור). בהקשר זה הובהר כי יש לבחון שתי שאלות נפרדות: "השאלה הראשונה היא אם קיימות כבר עתה מגבלות מהותיות (תוכניות) כלשהן על סמכותה המכוננת של הכנסת; השנייה – ככל שאכן קיימות מגבלות כאלה, האם בית משפט זה מוסמך לבצע מכוחן ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי יסוד [...]" (שם, בפסקה 16 לחוות דעתי; ההדגשות במקור). לשאלה הראשונה ניתנה תשובה חיובית מהדהדת וברורה בפסק הדין בעניין חסון; השאלה השנייה לא נדרשה לצורך הכרעה בעניין חסון, והיא עומדת לפתחנו כעת.

#### 1.ג. גבולות סמכותה של הרשות המכוננת

64. פסק הדין בעניין חסון קבע לראשונה, "ברחל בתך הקטנה", כי סמכותה של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת אינה בלתי מוגבלת וכי היא אינה מוסמכת לשלול – להלכה או למעשה – את מאפייני הזהות הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בהקשר זה צוין כי "המבנה החוקתי שלנו אינו שלם ובהחלט ייתכן כי יתווספו לו קומות והסתעפויות בהמשך הדרך, אך שני עמודי התווך הללו – העמוד היהודי והעמוד הדמוקרטי – הוצבו בו זה מכבר. שלילת איזה מהם מובילה להתמוטטות

המבנה כולו" (שס, בפסקה 18 לחוות דעתי). למסקנה זו היו שותפים 9 מבין 11 חברי ההרכב (השופטים סולברג ומינץ נמנעו מלהתייחס ישירות לסוגיה זו, והתמקדו בקשיים הנוגעים לקיום ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד).

65. המסקנה בדבר קיומן של מגבלות החלות על סמכות הכנסת לכונן חוקי יסוד, נלמדת מהטקסט החוקתי ומהמערך החוקתי בכללותו, כפי שהתפתחו מאז ימיה הראשונים של המדינה. הכרזת העצמאות, שבה הוטלה מלאכת כינון החוקה על "האספה המכוננת הנבחרת", הגדירה את ישראל כמדינה יהודית והעניקה ביטוי גלוי וברור לאופייה הדמוקרטי, כמדינה המחויבת לשוויון זכויות ולחירויות הפרט. בא-כוח משיבי הממשלה שב והדגיש אומנם, בכתובים ובעל-פה, כי להכרזה כשלעצמה אין מעמד משפטי מחייב, אך דומה כי אין חולק שהכרזה זו עיגנה, למעשה, את "תפיסות היסוד אשר מלוות את המדינה מראשיתה ועד ימינו אלה" (ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177, 188 (1988) (להלן: עניין ניימן)). זוהי "תעודת הלידה" של המדינה והיא מבטאת את חזון העם (עניין קול העם, בעמ' 884; עניין בנק המזרחי, בעמ' 309): ישראל היא מדינה יהודית. ישראל היא מדינה דמוקרטית.

חוקי היסוד משקפים אף הם את העובדה שישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית וכי זוהי "תעודת הזהות" שלה (עניין חסון, בפסקה 19 לחוות דעתי). כך, סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, מתייחסים ל"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"; וסעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת, מאפשר לשלול את זכות היסוד להיבחר לכנסת ממי שמבקש לשלול את "קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". כמו כן, קיימים חוקים "רגילים" שבהם מעוגן מפורשות הצירוף "מדינה יהודית ודמוקרטית" ולצידם חוקים רבים נוספים שמעגנים את זהות המדינה ככזו על פי מהותם, ובהם, בין היתר, חוק השבות, התש"י-1950 (להלן: חוק השבות) וחוקים בדבר איסור אפליה (לפירוט ראו עניין חסון, בפסקה 22 לחוות דעתי). פסיקת בתי המשפט עמדה אף היא לאורך השנים על כך שאופייה היהודי של המדינה הוא "סימן ההיכר המובהק שלה בין העמים והמדינות", ועל כך שזהותה הדמוקרטית היא "נשמת אפה" (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 101 (2003) (להלן: עניין טיבי); עניין ניימן, בעמ' 188; ראו גם: בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1, 63 (2012)).

מכל הדברים הללו עולה כי:

"הכרזת העצמאות התוותה את אופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית; חוקי היסוד עיגנו שני מרכיבים אלה בזהותה של המדינה באופן מפורש; החקיקה והפסיקה חיזקו וביצרו אותם; וקורות חייה של האומה מאז הקמתה שבו והמחישו כי זו דמותה. על כן, דומה כי אף שהמפעל החוקתי טרם הושלם, זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה ניתנת לערעור" (עניין חסון, בפסקה 23 לחוות דעתי; ראו גם: שס, בפסקה 2 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר).

66. המסקנה באשר לגבולותיה של הסמכות המכוננת נגזרת במישרין מאותם "נתונים חוקתיים" המבססים את עצם קיומה של הסמכות המכוננת. במילים אחרות, הבסיס למסקנה באשר לגבולותיה של הסמכות המכוננת הנתונה לכנסת הוא, לגישתי, המערך החוקתי הקיים בכללותו – קרי, אותם "נתונים קונסטיטוציוניים" שעל בסיסם גובשה לכתחילה תורת הרשות המכוננת. זאת, בשונה מגישות אחרות המסיקות את קיומן של מגבלות על הסמכות המכוננת מ"כללי מסגרת" שנקבעו בהכרזת העצמאות (ברק "תורת הזכויות החוקתיות", בעמ' 282-283; ראו גם: אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" ספר ברנזון כרך שני: בני סברה 119, 143 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000) (להלן: בנדור "המעמד המשפטי")) או מעקרונות על-חוקתיים בלתי כתובים (ראו גישתו של השופט חשין בעניין ארפל, בעמ' 629 ובעניין חוק טל, בעמ' 761). היטיב להגדיר זאת השופט הנדל בצינו כי הפירוש המתאים ביותר למכלול ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל מאז הקמתה, הוא כי סמכות הכנסת לכונן חוקה כפופה לשמירה על "גלעין זהותה היהודית-דמוקרטית", וכי הנתונים החוקתיים מלמדים על קיומו של "כלל הכרה" אשר מכוחו מוגבלת סמכותה של הכנסת לבטל, באמצעות כללים מסדר ראשון, את גלעין אופייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל (עניין חסון, בפסקה 4 לחוות דעתו).

67. בעניין חסון נקבע כי סמכותה המכוננת של הכנסת באה לה מן הריבון (העם) ועברה מכנסת לכנסת עד ימינו. משכך, האפשרות לקבוע הוראה חוקתית שתמוטט את אבני הבניין של המדינה כיהודית ודמוקרטית – "אינה באה בגדר הסמכות המכוננת הנתונה לכנסת" (שס, בפסקה 24 לחוות דעתי; ראו גם: עניין חוק טל, בעמ' 717). עוד נקבע בעניין חסון כי המגבלות על הסמכות המכוננת חלות הן על חקיקתו של חוק יסוד חדש והן על חקיקת תיקון לחוק יסוד קיים, אולם בהינתן השלב שבו מצוי המפעל החוקתי הישראלי, מגבלות אלה הן מגבלות צרות ביותר ונוגעות אך ל"מצבים שבהם חוק יסוד שולל או סותר באופן חזיתי את 'המאפיינים' 'הגרעיניים' המעצבים את הגדרת המינימום' של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית" (שס, בפסקאות 27 ו-29 לחוות דעתי; ראו גם: שס, בפסקה 4 לחוות דעתו של השופט (בדימ') מזוז).

## 2.ג. תפקידו של בית המשפט

68. בהינתן המגבלות המהותיות המוטלות על הכנסת בהפעלת סמכותה המכוננת, השאלה המרכזית שנותר להכריע בה היא האם יש ליתן בידי בית משפט זה את האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על מנת להבטיח כי המגבלות הללו אכן נשמרות, ועל מנת להתערב באותם מקרים חריגים ונדירים שבהם הכנסת חרגה מהן.

כאמור, שאלה זו נותרה ללא הכרעה בעניין חסון, שם סברו רוב השופטים כי חוק-יסוד: הלאום אינו שולל את המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, ומשכך אין צורך לטעת מסמרות בשאלת סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי היסוד.

69. כפי שצוין בעניין חסון, עצם הקביעה לפיה הכנסת כרשות מכוננת איננה "כל יכולה" וחלות עליה מגבלות מסוימות, אינה מובילה בהכרח למסקנה כי חריגת הכנסת מסמכותה בהקשר זה תהווה עילה לביקורת שיפוטית (שם, בפסקה 32 לחוות דעתי). כך למשל, סעיף 89 לחוקה הצרפתית קובע פסקת נצחיות לפיה "צורת הממשל הרפובליקנית לא תהיה עניין לתיקון חוקתי", ולמרות זאת "המועצה החוקתית" (Conseil Constitutionnel) בצרפת קבעה כי אין לה סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על תיקונים חוקתיים (CC decision No. 2003-469 DC, Mar. 26, 2003, Rec. 293). במדינות מסוג זה, ההגבלות על תיקון החוקה אינן אכיפות. השפעתן מתמצית בהפנמת כללי המשחק החוקתיים על ידי הגורמים המעורבים בכינון הנורמות החוקתיות, וככל שכללים אלה מופרים – יכול הציבור להשמיע את קולו בעניין זה ב"יום הבוחר" (עניין חסון, בפסקה 33 לחוות דעתי; ראו בהקשר זה: EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), REPORT ON CONSTITUTIONAL AMENDMENT 44 (2010)). לעומת זאת, כפי שצוין לעיל, במספר לא מבוטל של מדינות בתי משפט חוקתיים קבעו כי בסמכותם לבחון תיקונים חוקתיים ולהורות על ביטולם אם התיקון מפר מגבלות מפורשות בחוקה (למשל, בגרמניה) או מגבלות המשתמעות ממנה (למשל, בהודו), גם מבלי שסמכות זו עוגנה במפורש בטקסט החוקתי. בשיטות אלה, תפקידו של בית המשפט הוא להבטיח כי המגבלות על תיקון החוקה לא ייוותרו במישור ההצהרתי בלבד, וכי במקרים שבהם "נפרצו" גבולות סמכות התיקון, ניתן יהיה להגן בפועל על אותה ליבה חוקתית שאינה ניתנת לשינוי.

70. בישראל, חוקי היסוד אינם מתייחסים מפורשות לשאלת הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי היסוד. כמו כן, אין בחוקה המתגבשת פסקת נצחיות או "מבנה בסיסי" שלם שניתן להצביע עליו כיום, והדבר מקשה על אימוץ דוקטרינה מקיפה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי. עם זאת, גם בשלב הזה של המפעל החוקתי ניתן לקבוע כי "יחודיות ודמוקרטיה הם היכין והבועז, עמודי התווך של מדינת ישראל" (עניין חסון, בפסקה 1 לחוות דעתו של השופט י' עמית), ויש בכך כדי להציב מגבלה – צרה אומנם – על סמכותה המכוננת של הכנסת. על רקע זה, ציין השופט פוגלמן בעניין חסון כי הוא נוטה לגישה לפיה סמכות הביקורת השיפוטית "נגזרת מן המגבלות המהותיות על סמכותה של הרשות המכוננת. זאת, על מנת שמגבלות אלו לא יהפכו לאות מתה" (שם, בפסקה 4 לחוות דעתו; ראו והשוו: שם, בפסקה 4 לחוות דעתו של השופט הנדל; עניין המרכז האקדמי, בפסקה ל"ה לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין).

71. אקדים אחרית לראשית ואומר כי אף לדעתי באותם מצבים נדירים שבהם הכנסת חרגה מגבולות סמכותה המכוננת, מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק – ואף מחויב – להכריז על כך שאין מדובר בנורמה חוקתית תקפה. כפי שאפרט להלן, מסקנה זו נובעת באופן ישיר מהמאפיינים הייחודיים של המבנה החוקתי שלנו ומאופן הפעלת הסמכות המכוננת, אשר מבדלים את שיטתנו משיטות משפט אחרות ומובילים למסקנה כי לא ניתן להותיר את המגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת כמגבלות שאינן אכיפות.

#### ייחודיותה של החוקה המתגבשת "נוסח ישראל"

72. ייחודיותו של המפעל החוקתי הישראלי באה לידי ביטוי בשלושה מאפיינים עיקריים: (1) העובדה כי הוא נבנה בהדרגה, "פרקים פרקים", במשך עשרות שנים; (2) היעדר הליך ייחודי לכינון נורמות חוקתיות; (3) השליטה יוצאת הדופן שיש לרוב הפוליטי – ולמשלה בפרט – בהפעלת הסמכות המכוננת.

להלן אתייחס בתמצית לכל אחד ממאפיינים אלה.

#### (1) "פרקים פרקים"

73. להבדיל מחוקות במדינות אחרות שהתקבלו בד בבד עם ייסודה של המדינה או בעקבות מהפכה, מלחמה או שינוי קיצוני אחר בחיי האומה, בישראל עם קבלת "החלטת

הררי" והתפזרות האסיפה המכוננת (הכנסת הראשונה) מבלי שהתקבלה חוקה שלמה, "הוחמזה ההזדמנות לקבל חוקה ב'רגע המהפכני' של הקמת המדינה" (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 76). החוקה "נוסח ישראל" לא הושלמה, אפוא, במהלך חד-פעמי והיא עודנה מתגבשת "פרקים פרקים" (עניין בר-און, בעמ' 297-299; עניין המרכז האקדמי, בפסקה 15 לחוות דעתו של השופט פוגלמן). כתוצאה מכך, עד היום טרם עוגנו בחוקי היסוד רכיבים המקובלים בחוקות העולם, לרבות הסדרת חלק מזכויות היסוד ואופן התיקון של הטקסט החוקתי (חוק-יסוד: החקיקה) (עניין בר-און, בעמ' 297; רבקה ווייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" משפט וממשל י 449, 450 (2007)). כמו כן, מדובר בתהליך המשתרע על פני תקופה ארוכה, אשר אין לה אח ורע בהיסטוריה החוקתית של מדינות אחרות, וללא כל מועד סיום הנראה לעין (עניין בנק המזרחי, בעמ' 402). משכך, נוצר בישראל מצב חריג שבו אין אסיפה מכוננת אחת, והלכה למעשה כיהנו בה עד היום 25 אסיפות מכוננות שחבריהן התחלפו אחת לכמה שנים (או חודשים) בהתאם לתוצאות הבחירות לכנסת. במבט השוואתי, כפי שצוין בספרות, "אין בנמצא כל דוגמה לאספה מכוננת מוזרה שכזו – כל הדוגמאות הידועות הן של אספות מכוננות שנבחרו במיוחד לשם כך, ודנו בחקיקת חוקה במשך חודשים ספורים או שנים ספורות, ולאחר מכן התפזרו" (עידו פורת "פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה – חוק הלאום, תורת הסמכות המכוננת ודואליזם חוקתי" תרבות דמוקרטית 20, 217, 246 (2021) (להלן: פורת "פוליטיקה חוקתית")).

74. העובדה שהחוקה הישראלית טרם הושלמה מצדיקה אומנם הימנעות מאימוץ דוקטרינה מקיפה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי. עם זאת, התארכות השלמת המפעל החוקתי והימשכותו על פני עשרות שנים, מגבירות את החשש מפני היחלשות אפשרית של הנראטיב המכונן שמגדיר את קיומנו ועמד בבסיס הקמת המדינה ואולי, חלילה, אף התנתקות ממנו. זאת ועוד, הקביעה כי אין כל אפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד עד להשלמת החוקה, מהווה תמריץ שלילי לכנסת להוסיף ולדחות את סיום מלאכת כינון החוקה (עניין חסון, בפסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ע' ברון). יפים לעניין זה דבריו של השופט ג' קרא בדעת המיעוט שלו בעניין חסון:

"אם תתקבל טענת ההמתנה לסיום מפעל החוקה, אזי בחסות היעדרם של הסדרים לעניין אופן הפעלתה של ביקורת שיפוטית, וחרף כך ש'מפעל כינון החוקה' טרם הסתיים גם בחלוף יותר מ-70 שנים מקום המדינה – הרשות המכוננת תימצא 'מחסנת' את עצמה דה-פקטו מפני ביקורת שיפוטית. כך, לכאורה, יש לה יכולת בלתי מרוסנת ובלתי מוגבלת לקבוע חוקי יסוד ככל העולה על רוחה, לרבות חוקי יסוד הפוגעים ממשית בערכי יסוד



דמוקרטיים. למצב כזה של 'ריק נורמטיבי' אין להסכין"  
(שם, בפסקה 9 לחוות דעתו).

## (2) היעדר הליך מיוחד לאימוץ נורמות חוקתיות

75. מאפיין נוסף שמייחד את המפעל החוקתי הישראלי בהשוואה לחוקות אחרות בעולם, הוא העובדה שבישראל אין הבדל של ממש בין הליך החקיקה של חוקי היסוד ובין הליך חקיקתם של חוקים "רגילים". הליך החקיקה של חוקי היסוד מוסדר בתקנון הכנסת וניתן לכוון חוקי יסוד חדשים ברוב פשוט מבין הנוכחים במליאה (ראו: עניין בר-און, בעמ' 298). הוא הדין באשר לתיקון חוק יסוד קיים. זאת, למעט חוקי יסוד משוריינים דוגמת חוק-יסוד: הממשלה, שאותם ניתן לתקן ברוב של 61 חברי כנסת בכל הקריאות, אך במצב הדברים הרגיל זהו רוב שממנו נהנית כל קואליציה. כמו כן, קיימות הוראות בודדות שלשם תיקון נדרש רוב של 80 חברי כנסת (סעיפים 9א(א), 44 ו-45 לחוק-יסוד: הכנסת, הנוגעים לדחיית הבחירות וגריעה של תקנות שעת חירום מהוראות חוק היסוד; וסעיפים 6-7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל הנוגעים להעברת שטח מהעיר לגורם זר).

על רקע זה, הודגשה לא פעם "הקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי-היסוד ותיקונם" (אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב 443, 444 (התשנ"ה); ראו גם: עניין בנק המזרחי, בעמ' 302; עניין חסון, בפסקה 5 לחוות דעתו של השופט (בדימ') מזוז). בית משפט זה שב וקרא לכינון חוק-יסוד: החקיקה, שיעגן הליך חקיקה נוקשה וייחודי המבדיל כינון חוקי יסוד ותיקונם ממתווה החקיקה של חוקים "רגילים", אך למרבה הצער, כינונו של חוק יסוד זה מתמהמה (עניין חסון, בפסקה 91 לחוות דעתי; ראו גם: עניין בר-און, בעמ' 313; עניין שפיר, בפסקה 3 לחוות דעתו של השופט עמית).

76. ההליך הפשוט שבו ניתן לאמץ נורמות חוקתיות בישראל בולט בחריגותו לעומת מדינות אחרות. בסקירה משפטית משווה שנערכה לאחרונה לבקשת הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, נבחנו הסדרים לתיקון חוקות ב-22 דמוקרטיות מערביות (גבריאל בוקובה הסדרים לתיקון חוקות (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2023)). בכלל המדינות שנסקרו קיימת פרוצדורה ייחודית ומכבידה לתיקון החוקה, הכוללת לפחות אחד מן המנגנונים הבאים (ולרוב יותר): אישור התיקון בשני בתי הפרלמנט; אישור התיקון ברוב מיוחד (למשל, רוב של שלוש חמישיות או שני שלישים); אישור התיקון הן על ידי בתי המחוקקים הפדראליים והן על ידי מדינות הפדרציה; אישור התיקון רק לאחר קיום

בחירות לפרלמנט; ואישור התיקון במשאל עם. לא למותר לציין כי גם הליך יצירת חוקה חדשה הוא ככלל "מכביד יותר מהליך החקיקה הרגיל ונפרד ממנו" (פורת "פוליטיקה חוקתית", בעמ' 227). יוצא, אפוא, כי "במדינות רבות נהוגות פרוצדורות שונות לתיקון החוקה, ואולם אין מדינה שמתקיים בה מודל דומה לישראל, שבו תיקון חוקתי — כלומר חקיקתו של חוק יסוד חדש או תיקונו של חוק יסוד קיים — יכול לעבור בהליך חקיקה רגיל, ברוב רגיל, בבית מחוקקים אחד ויחיד" (עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות: על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון 65 (מחקר מדיניות 133, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019) (להלן: ביזור סמכויות)).

77. בהקשר זה ראוי להדגיש כי ישנם טעמים נכבדים לקיים הבחנה בין הליך לחקיקת חוקים רגילים — שמטבע הדברים מעוצב בהתאם לכללי "הפוליטיקה היומיומית" ומתבטא בהכרעות ברוב רגיל — ובין "הפוליטיקה החוקתית" שלפיה נורמות חוקתיות מתקבלות בהליך דליברטיבי, ממושך וקונצנזואלי (פורת "פוליטיקה חוקתית", בעמ' 218; יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? — הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 162 (התשנ"ז); William Partlett & Zim Nwokora, *The Foundations of Democratic Dualism: Why Constitutional Politics and Ordinary Politics Are Different*, 26 CONSTELLATIONS 177 (2019)). הליכים ייחודיים ונוקשים לכינון חוקה ושינויה מסייעים למנוע "מחטפים חוקתיים" על ידי רוב "צר"; מבטיחים את יציבותם של ההסדרים המהותיים ביותר בשיטה הפוליטית והמשפטית; מחייבים איזונים ופשרות בין קבוצות שונות במדינה; ומעניקים לטקסט החוקתי לגיטימציה רחבה (עניין חסון, בפסקה 2 לחוות דעתו של השופט קרא; פורת "פוליטיקה חוקתית", בעמ' 230-236).

78. מטבע הדברים, ככל שההליך הנדרש לתיקון החוקה הוא נוקשה ומכביד יותר, ההצדקה לקיום ביקורת שיפוטית מהותית על נורמות חוקתיות נחלשת. זאת, שכן השלמת הדרישות המורכבות לתיקון החוקה מהווה כשלעצמה "ערובה לקיומו של דיון משמעותי בתוכנו של התיקון ובהתאמתו לשיטה" (עניין חסון, בפסקה 12 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז). למשל, בארצות הברית — שבה בית המשפט העליון נמנע מלקיים ביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה (ראו: Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939)) — הצעה לתיקון החוקה תתקבל בכפוף לאישורה ברוב של שני שלישי בכל אחד מבתי הקונגרס ואישור של שלושה רבעים מהמדינות. מדובר בדרישות נוקשות ביותר, ולא בכדי התיקון האחרון לחוקה האמריקנית (התיקון ה-27) התקבל לפני למעלה מ-30 שנים.

מנגד, השיטה הישראלית הינה מקרה קצה מובהק שבו ההליך הפשוט לאימוץ נורמות חוקתיות, מעניק לרוב פוליטי מזדמן את האפשרות לשנות מן היסוד, בקלות

ובתוך זמן קצר, את המבנה החוקתי ואת הזהות הלאומית של המדינה (ראו והשוו: עניין בר-און, בעמ' 313; עניין ממשלת החילופים, בפסקה 102 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר, שנותר בדעת מיעוט לעניין התוצאה). על כן, יש הצדקה לקיים בישראל ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי היסוד בהיעדר כל ערובות אחרות שמקנה הליך נוקשה דוגמת זה הקיים במדינות אחרות, לחקיקת נורמות חוקתיות.

### (3) שליטת הרוב הפוליטי בהפעלת הסמכות המכוננת

79. כפי שצוין, ההיסטוריה החוקתית שלנו הובילה לכך שאותו גוף – כנסת ישראל – מחזיק באופן בלעדי הן בסמכות המחוקקת והן בסמכות המכוננת. במילים אחרות, אותם חברי כנסת שנבחרים בבחירות לפרלמנט בהתאם להשתייכותם המפלגתית, אמונים על חקיקת חוקים "רגילים" וחוקי יסוד כאחד. לצד זאת, המבנה המשטרי הישראלי מקנה לממשלה השפעה רבה על הליכי החקיקה, באמצעות מנגנונים כמו משמעת קואליציונית וועדת השרים לענייני חקיקה (מתן גוטמן "המדינה הקואליציונית: 'חותמת הגומי' ו'להקת המעודדות' – על רמיסת הכנסת על ידי הממשלה" ספר סלים ג'ובראן 197 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2023) (להלן: גוטמן)). ניתן היה לצפות כי מנגנונים אלה יישמרו רק להליכים שנוגעים לתפקידה של הכנסת כרשות מחוקקת, והיטיב לבטא זאת ח"כ יזהר הררי (שעל שמו קרויה החלטת הררי) בדברים שנשא במליאה במהלך דיון בהצעת חוק-יסוד: נשיא המדינה:

"[...] בענין של חוקה ופרקי חוקה יש טשטוש גמור בין האינטרסים העכשוויים של סיעות בתמיכה בממשלה או נגד הממשלה, וטוב היה אילו בכלל היו חברי הכנסת מצביעים בחופש גמור, כי חוקה אשר אנו מקבלים איננה לכנסת זאת או לממשלה זאת כי אם לתקופה שאני מקווה שתהיה לפחות כתקופת חוקתה של ארצות הברית" (ד"כ 9.6.1964, 2031).

עם זאת, המציאות מלמדת כי תקווה זו שהביע ח"כ הררי לא התממשה. בפועל המשמעת הקואליציונית הפכה לחלק מובנה ובלתי נפרד בשיטתנו הפרלמנטרית והדבר בא לידי ביטוי גם בהליכי כינון חוקי היסוד (אמנון רובינשטיין ויובל גבע "השימוש במשמעת פוליטית בעת כינון חוקי-יסוד" ICON-S-IL Blog (25.3.2020) (להלן: רובינשטיין וגבע)). השילוב בין הזהות המוסדית של הכנסת כרשות מחוקקת וכרשות מכוננת והדומיננטיות של הממשלה בהליכי החקיקה, מוביל לכך שלממשלה יש "כוח" (שהיא משתמשת בו תדיר) ליצור תיקונים חוקתיים ובכך לשנות את חוקי היסוד ועימם את כללי המשחק" (ביזור סמכויות, בעמ' 66). ביטויים לשליטה אפקטיבית זו של הרוב

הפוליטי בהליכי כינון חוקי היסוד, ניתן למצוא, בין היתר, בהקמת ועדות מיוחדות "אד הוק" שידונו בהצעות לכינון חוקי יסוד במקום הוועדות הקבועות (ראו, למשל, הוועדה המשותפת שהוקמה לצורך חקיקת חוק-יסוד: הלאום; עניין חסון, בפסקה 2 לחוות דעת); ובחתימה על הסכמים קואליציוניים והתחייבויות ספציפיות לתמוך ביוזמות חקיקת חוקי יסוד, תוך שלילת האפשרות של חברי כנסת לגבש עמדה עצמאית בנושא (ראו: איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט 645, 696 (2016) (להלן: דיני החקיקה)).

80. המבנה המוסדי בישראל מגביר, אפוא, את החשש כי תכנון חוקתי ארוך טווח יוכתם באינטרסים פוליטיים קצרי טווח, באופן שעלול להוביל לפגיעה קשה בסדר החוקתי (עניין ממשלת החילופים, בפסקה 103 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') (מלצר). השליטה יוצאת הדופן של הרוב הפוליטי בהליך החקיקה מגבירה, על כן, אף היא את הצורך בקיום ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד (ראו והשוו: עניין חסון, בפסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ברן; Roznai, בעמ' 219).

81. שלושת המאפיינים המבניים שתוארו לעיל – גיבוש החוקה "פרקים פרקים", היעדר הליך נוקשה לכינונה ותיקונה, ושליטת הרוב הפוליטי בהפעלת הסמכות המכוננת, לא כל שכן הצטברותם, הופכים את שיטתנו החוקתית ליוצאת דופן בכל קנה מידה. במצב דברים זה, קיים קושי רב בהותרת המגבלות על סמכותה של הכנסת כמגבלות בלתי אכיפות, וללא כל אפשרות מצד בית המשפט לבחון – אף לא במקרים קיצוניים – אם הכנסת חרגה מגבולות סמכותה. היטיב להדגיש זאת השופט (בדימ') מזוז בעניין חסון בציינו:

"[...] העדרה של חוקה שלמה, וקיומו של מצב חריג, כאשר נורמות חוקתיות בישראל נחקקות למעשה בהליך חקיקתי רגיל, בהעדר הפרדה מוסדית והליכית בין חקיקת הוראות חוקתיות לבין חקיקה רגילה, ולא בהליך נוקשה וייחודי של חקיקת חוקה או תיקונים לחוקה כמקובל בחוקות בעולם, מעלה את הצורך והחשיבות בקיומן של מגבלות על הפעלת הסמכות המכוננת, ובקיום ביקורת שיפוטית דווקא בשלב זה" (שם, בפסקה 5 לחוות דעתו).

הפרקטיקה של הפעלת הסמכות המכוננת

82. הפרקטיקה הבעייתית שהתפתחה בשנים האחרונות בכינון חוקי יסוד, מחזקת אף היא את הצורך בקיום ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי היסוד.

ראשית, לאורך השנים ניכר שינוי בתפיסת תפקידם של חברי הכנסת בבואם לכוון פרקים בחוקתנו המתגבשת. כך, הליך כינון חוק היסוד הראשון – חוק-יסוד: הכנסת – נמשך שנים ארוכות, וחוק היסוד אושר לבסוף ברוב של 96 תומכים וללא מתנגדים. חוקי היסוד הנוגעים לזכויות האדם – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – אושרו אומנם ברוב מצומצם יותר ולא בלי התנגדות, אך קדם לחקיקתם תהליך שארך מספר שנים: ראשיתו בהכנת הצעה ממשלתית שגובשה במשרד המשפטים ונדונה בישיבות ממשלה רבות, וסופו בהצעות חוק פרטיות שהתבססו על הצעה זו ונתמכו על ידי חברי כנסת מסיעות הקואליציה והאופוזיציה כאחד (להרחבה ראו: אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה' 339 (תש"ס); אוריאל לין ושלומי לויא כיצד שונתה השיטה הפוליטית בישראל, 1990-2022-82 (להלן: לין ולויא)). יו"ר ועדת החוקה דאז, ח"כ אוריאל לין מסייעת הליכוד, הדגיש במועד אישור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בקריאה שנייה ושלישית כי "החוק הזה הוכן, בהבנה שעלינו ליצור הסכמה רחבה של כל סיעות הבית. היינו מודעים לכך, שאין אנחנו יכולים להעביר חוק-יסוד, שמעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם לא נגיע להסכמה רחבה של כל סיעות הבית" (ד"כ 17.3.1992, 3782). שנתיים לאחר מכן אף אושר נוסח חדש של חוק-יסוד: חופש העיסוק וכן תיקון עקיף לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ברוב גדול במליאת הכנסת (להרחבה ראו: לין ולויא, בעמ' 82-83; עמיחי כהן מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד -103 (2020)). לעומת זאת, חוקי היסוד החדשים שאושרו בעשור האחרון התקבלו בהתבסס על קולות סיעות הקואליציה בלבד, תוך הפעלת מנגנון המשמעת הקואליציונית (ראו: דיני החקיקה, בעמ' 696; פורת "פוליטיקה חוקתית", בעמ' 252-253; רובינשטיין וגבע). נראה כי יש בכך כדי לשקף נכוחה את שינוי העיתים ואת העובדה שבשנים האחרונות מלאכת כינון החוקה אינה נתפסת עוד כמשימה לאומית משותפת אלא כמוקד כוח נוסף הנתון בידי רוב פוליטי מזדמן בכנסת.

83. שנית, מחקר שנערך לאחרונה הצביע על כך שמאז שנחקק חוק היסוד הראשון (חוק-יסוד: הכנסת בשנת 1958) ועד לחודש ינואר 2023, נערכו 139 שינויים בחוקי היסוד (ראו: אלעד גיל "שינוי כללי המשחק בזמן המשחק – 'פתולוגיה' ישראלית" תכלית – המכון למדיניות ישראלית (18.1.2023)). על פי האמור במחקר, זהו קצב השינויים החוקתיים הגבוה ביותר בעולם, בפער ניכר. לשם השוואה, החוקה האמריקנית תוקנה 27 פעמים, מתוכם 8 תיקונים חוקתיים בלבד במאה השנים האחרונות. אם לא די בכך, בשמונה השנים האחרונות מספר השינויים בחוקי היסוד בישראל (4.75 שינויים בשנה בממוצע) הכפיל את עצמו לעומת מספר השינויים (2.15 שינויים בשנה בממוצע)

במשך עשרות שנים מאז שנת 1958. עוד נמצא במחקר כי 62% מהשינויים שנעשו בחוקי היסוד נגעו לחוק-יסוד: הכנסת ולחוק-יסוד: הממשלה – כלומר, הרוב המכריע של הכללים שהשתנו נוגעים ישירות לסמכותם של חברי הכנסת והממשלה עצמם, ובשנים האחרונות חלק ניכר מהשינויים המשטריים הללו מתקבלים מיד לאחר הבחירות לכנסת ועוד טרם הקמת הממשלה (ראו, בין היתר, התיקונים שנדונו בעניין ממשלת החילופים ובעניין שיינפלד). למעשה, כפי שאף צוין במחקר שנזכר לעיל, תהליך הקמת הממשלה מלווה בשנים האחרונות באופן שיטתי בשינוי כללי המשחק לטובת הממשלה הנכנסת. בהקשר זה ציינתי אך לאחרונה בעניין שיינפלד כי "קשה שלא לראות בתיקון מס' 11 לחוק היסוד שיא, או נכון יותר נקודת שפל, של אותה תופעה מדאיגה שעליה הצבעתי בעניין ממשלת החילופים, לפיה חברי הכנסת מנצלים את הקלות שבה ניתן לתקן את חוקי היסוד לצרכים פוליטיים נקודתיים" (שם, בפסקה 43 לחוות דעתי).

תופעה זו של זילות חוקי היסוד צוינה עד היום בעיקר בהקשר של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, שבוחנת, בין היתר, האם הנורמה החוקתית היא למעשה נורמה פרסונאלית שנועדה לשרת ממשלה או כנסת ספציפית. עם זאת, תופעה זו ממחישה גם את הסיכון הנשקף מהותרת המגבלות על הסמכות המכוננת כמגבלות "על הנייר" בלבד. אכן, נוכח הפרצות שמאפשרות שינוי של נורמות חוקתיות בקלות כה רבה, והנכונות הגוברת של הרוב הפוליטי בכנסת לנצל פרצות אלה, דומה כי קיים קושי להיסמך על הריסון העצמי של הכנסת כבלם היחיד המגן מפני פגיעה במאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית (ראו והשוו: ROZNAI, בעמ' 182).

84. בתצהיר התשובה מטעם הכנסת צוין כי "[...] אם חלילה תכונן הכנסת חוקי יסוד שיפגעו פגיעה אנושה בציפור הנפש של הדמוקרטיה בישראל, חזקה על הריבון – העם – שיתקומם נגדה בדרכים חוקיות ויביא ביום הבוחר להחלפת חבריה" (פסקה 353 לתצהיר התשובה). בהתחשב בעקרונות הליבה אשר מונחים על הכף – אופייה היהודי ויסודותיה הדמוקרטיות של המדינה – טענה זו ממעיטה, לטעמי, מחומרת הסיכון הנשקף במצבים שהכנסת חורגת מסמכותה המכוננת. איני סבורה כי ניתן להסתפק בהמתנה ל"יום הבוחר" (שבמצב הדברים הרגיל מתרחש אחת לארבע שנים), כמענה למצב שבו רוב פוליטי מחליט לנצל את ההזדמנות (הקלה לניצול) על מנת לשנות מן היסוד את הסדר החוקתי הקיים. הדבר נכון בפרט משום שהכללים הנוגעים להתנהלות הבחירות עצמן ניתנים אף הם לשינוי בקלות (למעט ההוראה הנוגעת לדחיית מועד הבחירות שמשוריית ברוב מיוחד).

85. בנסיבות אלה, קיים צורך בגורם א-פוליטי, אשר ישמש כ"בלם חיצוני" מפני אותם מצבים קיצוניים שבהם הכנסת עלולה לפרוץ את גבולות סמכותה המכוננת. לכן, וכפי שיפורט להלן, דומה כי אין מנוס מהכרה באפשרות להעביר את חוקי היסוד תחת שבט הביקורת השיפוטית של בית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, על מנת להבטיח מענה אפקטיבי באותם מצבי קיצון.

בית משפט זה כגורם המתאים לפקח על גבולות סמכותה של הרשות המכוננת

86. המסקנה כי בית משפט זה הוא הגורם המתאים לעמוד על המשמר מפני פריצת גבולות סמכותה המכוננת של הכנסת, נובעת לגישתי ממהות תפקידו.

בית המשפט מופקד על הגנת התפיסות וערכי היסוד של החברה הישראלית והוא משמש "הכלי העיקרי להבטחת קיומה וכיבודה של החוקה" (עניין בנק המזרחי, בעמ' 317; ראו גם: אליהו מצא "האחריות השיפוטית" 997, 995 מצא (אהרן ברק ואח' עורכים, 2015)). על תפקידו זה של בית המשפט עמדתי בעניין חסון:

"אחד מתפקידיו המרכזיים של בית המשפט הוא 'להגן על חוקי היסוד המצויים בליבת שיטתנו המשפטית' [...] על כן ניתן לטעון כי לצד הביקורת השיפוטית שמקיים בית המשפט על חקיקה ראשית ועל פעולות מנהליות, כדי להבטיח שלא יובילו לפגיעה קשה בערכים ובעקרונות המעוגנים בחוקי היסוד, עליו לוודא כי לא ישתלבו בחוקי היסוד עצמם הוראות שעלולות לפגוע פגיעה אנושה בליבת המערך החוקתי כולו, תוך שלילת אופייה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית [...]" (עניין חסון, בפסקה 34 לחוות דעתי; ראו גם: שם, בפסקה 8 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר).

תפקידו של בית המשפט בהגנה על המפעל החוקתי, נושא חשיבות יתרה נוכח מאפייניה הייחודיים של המערכת החוקתית-מוסדית בישראל שעליהם עמדתי לעיל (ראו גם עניין שפיר, בפסקה 32 לחוות דעתי). במילוי תפקידו זה נדרש בית המשפט כיום למנוע פגיעה בלתי מוצדקת בחוקי היסוד הנגרמת בעקבות חקיקה רגילה והחלטות מינהליות; לאכוף דרישות פרוצדוראליות והוראות "נוקשות"; ולזהות הוראות בחוקי היסוד שמבחינת מאפייניהן אין מקומן במדרג חוקתי וחדירתן לחוקה המתגבשת תגרום לשחיקה וזילות במעמד חוקי היסוד. קיומה של ביקורת שיפוטית באותם מקרים נדירים שבהם הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת ומן המגבלות (הצרות) המוטלות עליה בעת כינון

חוקי יסוד, משתלבת, לגישתי, היטב בתפקיד המוטל על בית המשפט כמגן המפעל החוקתי.

87. עוד יש לזכור כי אחד התפקידים העיקריים של בית משפט זה הוא להבטיח כי כלל רשויות השלטון פועלות בגדרי סמכותן. לשם כך, בין היתר, הוקנתה לו הסמכות הרחבה ליתן "סעד למען הצדק" וכן צווים לכלל רשויות המדינה, לפי סעיפים 15(ג) ו-15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה (ראו: בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 140, 164-165 (2002) (להלן: בג"ץ 971/99); ראו גם: יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי כרך א 97-99 (2022) (להלן: דותן "ביקורת שיפוטית"; ומיר "הסמכות המינהלית", בעמ' 1590).

כפי שהובהר לא אחת, הביקורת השיפוטית המהותית על תוצרי הרשות המכוננת תחומה לשאלה האם חרגה הרשות המכוננת מגדרי סמכותה. כך, בעניין חוק טל צוין כי "יש מקום לתפישת כי חוק או חוק יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם" (שם, בעמ' 717; ההדגשות הוספו; ראו גם: עניין בנק המזרחי, בעמ' 394). באופן דומה, צוינה בעניין בר-און האפשרות כי בית המשפט יידרש "להכריע אם חרגה הכנסת מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית" (שם, בעמ' 312; ההדגשה הוספה; ראו גם: עניין חסון, בפסקה 29 לחוות דעתי; בפסקה 6 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר; ובפסקה 13 לחוות דעתו של השופט (בדימ') רוזנאי). הסוגיה המשפטית של חריגה מסמכות מסורה, כאמור, לבית המשפט, ועל כן ניתן להביאה להכרעתו גם ככל שהיא מתעוררת – במקרים קיצוניים וחריגים – ביחס לחקיקת חוק יסוד או לתיקונו.

88. לבסוף יש להדגיש כי בישראל, אין כיום גוף אחר מלבד בית המשפט, שאינו מעורב בחקיקת הנורמות החוקתיות, אשר יש ביכולתו לשמש "בלם חיצוני" בפני פריצת גבולות הסמכות המכוננת (השוו: אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 109 (2004)). במאמר מוסגר יצוין כי גם במדינות אחרות שבהן המגבלות על תיקון החוקה הן אכיפות, הגוף המופקד ככלל על מלאכת הביקורת הוא בית המשפט (ראו: ROZNAI, בעמ' 203 ו-209).

89. משיבי הממשלה והכנסת העלו בטיעוניהם שורה של קשיים בכל הנוגע להכרה בסמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי היסוד.



לטענת משיבי הממשלה, ההכרה בסמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית כאמור, תציב את ישראל כשיטה היחידה בעולם שבה בית המשפט "מאמץ לעצמו סמכות לבקר תיקוני חוקה מבלי שיש פסקאות נצחיות, ללא שיש חוקה שלמה, ללא שניתן להסיק על מבנה בסיסי לחוקה שאיננה" (פסקה 107 לתצהיר התשובה). טיעון זה נסמך על סקירה מקיפה שהובאה בתצהיר התשובה מטעמם בנוגע לביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה במדינות שונות בעולם. ואולם, לגישתי לא ניתן לנתק את שאלת הביקורת השיפוטית על נורמות חוקתיות מהסביבה החוקתית שבה הן מתקבלות. בהקשר זה ראוי לזכור כי ישראל היא גם המדינה היחידה בעולם שחוקתה עודנה מצויה בתהליכי גיבוש במשך למעלה משבעה עשורים, ללא מועד סיום הנראה לעין; אשר בה הרוב הפוליטי זוכה לשליטה מלאה על כינון החוקה המתהווה; ואשר ביכולתו לאשר נורמות חוקתיות בהליך פשוט ביותר, הוזהר להליך אישור חקיקה רגילה. אכן, לא בכדי כבר צוין כי "הפנייה ללמוד מניסיון של שיטות חוקתיות אחרות בהקשר זה היא מורכבת" (עניין חסון, בפסקה 12 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארד).

90. טענה נוספת שמעלים הכנסת ומשיבי הממשלה היא שהפקדת הסמכות לקיום ביקורת על חוקי היסוד בידי בית המשפט – כגוף שאינו ייצוגי – פוגעת בעקרון של ריבונות העם. טיעון זה אין לקבל. אישור חוק יסוד שיפגע בגרעין הזהות היהודית והדמוקרטית של המדינה אין בו משום ביטוי להגשמת ריבונות העם – נהפוך הוא. מדובר בחריגה מובהקת מהסמכות המוגבלת שבה מחזיקה הכנסת בכובעה כרשות מכוננת, אשר ניתנה לה בנאמנות על ידי העם (ראו והשוו: עניין חסון, בפסקה 5 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר; יניב רוזנאי "שמרנות רדיקלית ודוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי" ICON-S Essays: חיבורים במשפט הציבורי א 1 (2022)). אכן, "הריבונות במדינה דמוקרטית היא של העם. הריבונות אינה של הכנסת, אינה של הממשלה ואינה של בתי המשפט" (עניין בנק המזרחי, בעמ' 399). על כן, בנסיבות חריגות שבהן נבחר הציבור הפרו את חובת האמון כלפי העם וחרגו מסמכותם המכוננת, העובדה שבית המשפט איננו גוף ייצוגי, אינה פועלת בעוכריו בהקשר זה. היותו גוף א-פוליטי ובלתי תלוי הוא שהופך אותו לגורם שיוכל ליתן מענה אפקטיבי באותם מצבי קצה (השוו: ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" עיוני משפט מד 5, 29-30 (2021); דותן "ביקורת שיפוטית", בעמ' 71).

91. הכנסת ומשיבי הממשלה מוסיפים וטוענים כי לא ניתן ליישב ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד עם ההלכה שנקבעה בעניין בנק המזרחי, אשר ביססה את סמכות הביקורת השיפוטית בכל הנוגע לחקיקה רגילה על כך שחוקי היסוד מצויים בפסגת הפירמידה

הנורמטיבית. טענה זו מוקשית בעיניי. במוקד עניין בנק המזרחי ניצבה סוגיית עליונותם הנורמטיבית של חוקי יסוד על חקיקה רגילה. אך אין קשר הכרחי בין מעמדה העליון של נורמה מסוג אחד לעומת נורמות מסוג אחר, ובין קיומן של מגבלות על הסמכות ליצור את אותה נורמה עליונה (השוו: ברק "מגילת העצמאות", בעמ' 35). ואכן, עוד בעניין בנק המזרחי הוזכרה אפשרות קיומה של ביקורת שיפוטית במקרים שבהם הכנסת תחרוג מסמכותה המכוננת, אך ההכרעה בעניין זה לא נדרשה שם (שם, בעמ' 394). מכל מקום יש להבהיר, למען הסר ספק, כי הביקורת השיפוטית המהותית על חוקי היסוד מתמקדת בשמירה על גבולות סמכותה של הרשות המכוננת, ואינה נשענת על קיומן של נורמות כלשהן המצויות מעל לחוקי-היסוד במדרג הנורמטיבי (השוו: עניין חסון, בפסקה 8 לחוות דעתו של השופט סולברג; ראו גם: ברק "תורת הזכויות החוקתיות", בעמ' 281; מנגד ראו: אלון הראל "יהודית ודמוקרטיה" – ההצדקה המשפטית לפסילת חוקי יסוד" דיומא (14.8.2023) <https://dyoma.co.il/law/1972>).

טענה אחרת שנוגעת לעניין בנק המזרחי היא שהמאפיינים המבניים הייחודיים של שיטתנו החוקתית – כמו הקלות שבחקיקת חוקי היסוד – היו ידועים כבר אז, ולמרות זאת ניתן להם מעמד נורמטיבי עליון, ואילו עתה מאפיינים אלה משמשים כהצדקה לקיום ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד עצמם. אכן, אין חולק כי האפשרות לכוון חוקי יסוד חדשים ולשנותם בהליך פשוט אינה מצב אידיאלי בדמוקרטיה חוקתית. היו אף מי שסברו כי יש בכך כדי להצדיק, במידה כזו או אחרת, את שלילת עליונותם הנורמטיבית (ראו, למשל, פורת "פוליטיקה חוקתית", בעמ' 222; ראו גם: רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (התשנ"ז)). בעיניי מסקנה זו הינה מרחיקת לכת. ניתן להכיר בכך שקיימים פגמים בשיטתנו החוקתית מבלי לוותר על היתרונות החשובים הטמונים בקיומן של נורמות חוקתיות עליונות, אשר מתוות את אופייה של המדינה; מבטאות "הסכמה על כללי המשחק המשותפים"; מבטיחות כי כל פעולות רשויות השלטון יהיו בהתאם להן; משמשות מקור פרשנות לכלל הנורמות המשפטיות; ומגלמות ערך חינוכי חשוב לאומה כולה (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 54-55; ראו גם: בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206, 210 (1998)). אדרבא, ההכרה באפשרות להושיט סעד באותם מקרים חריגים שבהם הליקויים המבניים בשיטתנו ינוצלו באופן שיוביל לתוצאה הרסנית, מבצרת את המשך קיומו של המפעל החוקתי הישראלי.

92. עוד טוענים הכנסת ומשיבי הממשלה כי בית המשפט אינו מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, משום שסמכויותיו שלו נובעות מנורמה המצויה באותו מעמד, קרי – חוק-יסוד: השפיטה. טענה זו אכן מעוררת קושי עיוני לא מבוטל, ומקובל עליי כי

אין מקום לבחון את "חוקתיותם" של חוקי היסוד בהתאם למבחנים הקבועים בפסקת ההגבלה שלפיהם נבחנת החוקתיות של חוקים רגילים (ראו: עניין בן מאיר, בפסקה 20 לחוות דעתי; בג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 913 (1994) (להלן: עניין פורת)). התנגשות אפשרית בין חוק יסוד אחד לאחר אף היא אינה מהווה, כשלעצמה, עילה להתערבות שיפוטית (עניין חסון, בפסקה 49 לחוות דעתי). אכן, כל עוד מדובר בנורמה חוקתית תקפה וכל עוד הרשות המכוננת פועלת בגבולות סמכותה, אין לקיים ביקורת שיפוטית על פעולותיה. זאת, נוכח העובדה שחוקי היסוד "מצויים בפסגת המדרג הנורמטיבי הפוזיטיבי" (עניין חסון, בפסקה 32 לחוות דעתי).

ואולם, באותם המצבים שבהם חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד נחקקו תוך חריגה מובהקת מגבולות הסמכות המכוננת של הכנסת, לא נוצרה למעשה, נורמה חוקתית תקפה. לשון אחר, לצד תנאים אחרים שנבחנו עד היום, ובהם עמידה בדרישות פרוצדוראליות כמו שינוי חוק יסוד ברוב מסוים בהתאם לסעיף "נוקשות" (ראו והשוו: עניין פורת; עניין בן מאיר, בפסקה 10 לחוות דעתו של השופט מוזס); וזיהוי הנורמה ככזו שאכן מצויה במדרג החוקתי (בהתאם לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת) – יש לוודא כי הרשות המכוננת פעלה בסמכות בעת שכוונה אותה. ככל שהרשות המכוננת חרגה מסמכותה – סמכות בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית נסמכת על כך שלא נוצרה כלל נורמה חוקתית תקפה שניתן להכיר בעליונותה על נורמות אחרות.

93. לבסוף, משיבי הממשלה מציינים כי אין מקום לאפשר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד שכן אם הרשות המכוננת נחושה להחריב את המשטר הדמוקרטי, ממילא פסק דין של בית משפט זה לא יעצור בעדה. בהקשר זה הם מציינים כי "אין מעצבים משטר וקובעים סמכויות על יסוד תרחישי אימה" (פסקה 279 לתצהיר התשובה מטעם משיבי הממשלה).

דעתי שונה. לגישתי, הצורך למנוע מראש תרחישי קיצון עומד ביסוד הסדרים חוקתיים רבים ואין לי אלא להפנות לדברים שנפסקו בהקשר זה כבר בשנות השמונים של המאה הקודמת: "אין בונים נורמות קונסטיטוציונית על יסוד תקוות. אין מגבשים עקרונות יסוד ממלכתיים על בסיס הנחות, כי הכול יתנהל כשורה. נהפוך הוא: כל המבנה הקונסטיטוציוני מבוסס על ההנחה, כי דברים עשויים שלא להתנהל כשורה, ועל-כן יש להציב גבולות וגדרות" (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 606 (1986)). יתרה מכך, טענת משיבי הממשלה מתעלמת מהאפשרות שהפגיעה הקשה בגרעין הדמוקרטי של המדינה תתבצע בשלבים, וכי הביקורת השיפוטית עשויה לסייע בעצירת ההידרדרות הדמוקרטית טרם קריסה מוחלטת של השיטה כולה (ראו: Rosalind

Dixon & David Landau, *Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment*, 13 INT'L J. CONST. L. 606, 636 (2015).

94. הנה כי כן, משהכרנו בכך שהרשות המכוננת אינה בלתי מוגבלת ועלולה לחרוג מגבולות סמכותה, הקשיים שהועלו על ידי משיבי הממשלה והכנסת, אינם מאיינים לטעמי את ההכרח בביקורת שיפוטית שתבחן האם חרגה הכנסת מסמכותה המכוננת. ביקורת זו מתחייבת בהינתן המאפיינים המבניים הייחודיים של המפעל החוקתי הישראלי והפרקטיקה הבעייתית ביותר שהשתרשה בשיטתנו בכל הנוגע להפעלת הסמכות המכוננת. היא אף עולה בקנה אחד עם מהות תפקידו של בית המשפט והיותו הגורם המתאים ביותר (ולמעשה היחיד) לקיים ביקורת כזו.

על כן, אני סבורה כי באותם מצבים קיצוניים שבהם הכנסת כוננה או שינתה חוק יסוד באופן שיש בו משום שלילה או סתירה חזיתית של המאפיינים הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – יש להכיר בסמכותו של בית משפט זה לקבוע כי הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת וכי אין מדובר בנורמה חוקתית תקפה.

95. חשוב להדגיש – האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי היסוד היא חריגה ביותר. היא נובעת מהמצב המשטרי הייחודי שקיים בישראל, ולכן על בית המשפט לנהוג בה ריסון מרבי ו"לנקוט זהירות רבה כדי להימנע מגלישה 'לשגרה' של עתירות התוקפות חוקי יסוד או הוראות בהם בטענה של חריגה מהסמכות המכוננת" (עניין חסון, בפסקה 13 לחוות דעתו של השופט (בדימ') רוזנאי).

עוד חשוב להדגיש כי מסקנותיי באשר לשאלת הביקורת השיפוטית על סמכותה המכוננת של הכנסת נשענות על המצב החוקתי הקיים. וכפי שכבר הובהר בפסיקתו של בית משפט זה: "הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית קשורה, לפחות בחלקה, בתהליך שהוביל לתיקון החוקתי. כלומר, ככל שמלאכת הרשות המכוננת מורכבת, כוללנית ומקיפה, תוצריה ייהנו מלגיטימציה דמוקרטית רבה יותר ומנגד הנכונות לביקורת שיפוטית תפחת" (שם, בפסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ברנן; ראו והשוו: ROZNAI, בעמ' 219-220). על כן, ככל שבעתיד ייקבע מתווה נוקשה וייחודי לחקיקת חוקי יסוד ותיקונם, המבטיח כי חקיקתם תתבסס על הסכמה ציבורית רחבה, יהיה מקום לשוב ולבחון את סוגיית הביקורת השיפוטית בנוגע לחוקי יסוד שיאומצו לפי מתווה זה. אך כל עוד אין זו המציאות החוקתית, אני סבורה כי יש להכיר בסמכותו של בית משפט זה להתערב באותם מקרים חריגים שבהם הכנסת חרגה מסמכותה כרשות מכוננת.

96. ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל היא יוצאת דופן ובלתי שגרתית. ההבטחה לכוון חוקה למדינה – הבטחה שנכללה מפורשות בהכרזת העצמאות – טרם מומשה גם בחלוף למעלה מ-75 שנים. תחת זאת, החליטה הכנסת לגבש את חוקתנו "פרקים פרקים" בדרך של חקיקת חוקי יסוד. בעניין בנק המזרחי עמד בית המשפט על כך שחוקי יסוד אלה הם נורמות חוקתיות, המצויות בפסגת הפירמידה הנורמטיבית. עם זאת, באותו עניין נותרו שתי שאלות שלא הוכרעו – האחת נוגעת למקרה שבו הכנסת תעשה שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד"; והשנייה נוגעת למצב שבו הכנסת תחרוג מסמכותה המכוננת.

בשנים האחרונות, על רקע המגמה הפסולה של שינוי חוקי יסוד בקצב מסחרר ביוזמת הרוב הפוליטי בכנסת, נאלץ בית המשפט להידרש לשתי השאלות הללו. ביחס לשאלה הראשונה בחן בית המשפט באמצעות דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, האם ההסדרים שעוגנו בחוק יסוד מתאימים מבחינת מאפייניהם הפורמליים-פרוצדורליים לעיגון במדרג חוקתי. אשר לשאלה השנייה הנוגעת לתוכן חקיקת היסוד, בעניין חסון הובהר לראשונה כי סמכותה של הרשות המכוננת אינה בלתי מוגבלת וכי היא אינה מוסמכת לשלול או לסתור חזיתית את המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. היום עלינו לצעוד צעד נוסף ולקבוע כי במקרים נדירים שבהם נפגע "הלב הפועם של 'החוקה נוסח ישראל'" (עניין חסון, בפסקה 18 לחוות דעתי) – בית משפט זה רשאי להכריז על בטלות חוק יסוד שיש בו משום חריגה מסמכותה המכוננת של הכנסת. זאת, נוכח המאפיינים המבניים הייחודיים של השיטה החוקתית הישראלית, ובהינתן הפרקטיקה החוקתית בשנים האחרונות הממחישה את הקלות שבה ניתן לשנות את שיטתנו מן היסוד.

### חלק שני: תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה

97. תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, הניצב במוקד שמונה העתירות שלפנינו, מונע כל אפשרות לקיים דיון משפטי או ליתן צווים שיפוטיים בעניין סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה ושרי הממשלה. העותרים הצביעו, כאמור, על שלושה פגמים חמורים המחייבים, לשיטתם, את ביטול התיקון. הפגם הראשון – שעמד במרכז הדיון שקיימנו בעתירות ביום 12.9.2023 – נוגע לתוכן ההסדר. בהקשר זה נטען כי התיקון פוגע פגיעה קשה ביותר במאפיינים גרעיניים של ישראל כמדינה דמוקרטית, וכי בחוקקה אותו חרגה הכנסת מסמכותה המכוננת. הפגם השני ממוקד במאפיינים הצורניים של

ההסדר. בהקשר זה טוענים העותרים כי ההסדר שקובע התיקון אינו נושא סימני היכר של נורמה חוקתית ומשכך חקיקתו מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. הפגם השלישי נוגע לשורה של ליקויים חמורים שנפלו, לטענת העותרים, בהליך כינונו של התיקון.

אקדים אחרית לראשית ואומר כי במצב החוקתי הקיים בישראל, התיקון נושא העתירות, אשר מבטל באופן גורף את הביקורת השיפוטית על סבירות כלל החלטות הדרג הנבחר, אכן פוגע פגיעה קשה ביותר בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק. פגיעה קשה זו בשניים מהמאפיינים המובהקים ביותר של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, יש בה כדי להשפיע באופן משמעותי וחסר תקדים על הפרט ועל הציבור בכללותו, ולפיכך אני סבורה שאין מנוס מן הקביעה כי בחוקקה את תיקון מס' 3 חרגה הכנסת מסמכותה המכוננת וכי דין התיקון – בטלות. נוכח מסקנה זו, איחד את עיקר הדברים בהמשך לטעמים המבססים אותה, ואסתפק בהערות אחדות בלבד לגבי שני הפגמים האחרים שהעלו העותרים.

א. טענות סף: בשלות העתירות

98. הכנסת סבורה כי דין העתירות להידחות על הסף, משום שטרם התגבשה, לשיטתה, התשתית העובדתית והמשפטית הנדרשת להכרעה בסוגיות המועלות בעתירות. בהקשר זה נטען כי מכלול השלכותיו של התיקון טרם התבררו והן תלויות, במידה רבה, באופן שבו יפורש התיקון על ידי בתי המשפט, בהשפעתו על התנהלות הממשלה ושורה וביכולתה של הכנסת לאכוף את חובת הסבירות על הדרג הנבחר. בנסיבות אלו, כך לטענת הכנסת, "אין מקום לעשות שימוש ב'נשק יום הדין' של ביטול חוק יסוד בהתבסס על ספקות והערכות" (פסקה 358 לתצהיר התשובה מטעמה).

99. דוקטרינת הבשלות, אשר נקלטה בשיטת המשפט שלנו בשנים האחרונות, משקפת את תפיסת היסוד בדבר הריסון והזהירות שבה נוקט בית המשפט בקיום ביקורת חוקתית (עניין בן מאיר, בפסקה 3 לחוות דעתו של השופט מזוז). דוקטרינה זו מהווה בידי בית המשפט כלי לבקרה וויסות של העניינים החוקתיים שבהם יש צורך לדון ולהכריע, ועניינה בהערכת נקודת הזמן אשר בה מן הראוי כי בית המשפט יבחן סוגיה נתונה (שם; בג"ץ 2311/11 טבח נ' הכנסת, פסקה 12 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס (17.9.2014) (להלן: עניין טבח)). היא נועדה "לחסוך מבית המשפט את הצורך לדון בעניינים שלא בשלו להכרעה שיפוטית בשל שהפגיעה הנטענת בהם היא השעריתית גרידא והיא עשויה שלא להתקיים כלל" (בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון

בישראל נ' מדינת ישראל, פסקה 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (5.2.2012);  
ראו גם: בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, פסקה 28  
לפסק דינה של השופטת מ' נאור (5.1.2012)).

100. באופן טיפוסי מתעוררת שאלת בשלותה של עתירה במצבים שבהם החקיקה  
הנתקפת טרם יושמה בפועל. עם זאת, כבר נפסק כי אין די בהיעדר יישום כשלעצמו כדי  
להצביע על כך שעתירה מסוימת אינה בשלה להכרעה (ראו: עניין סבח, בפסקה 15 לחוות  
דעתו של הנשיא גרוניס; בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פסקה 35 לחוות דעתי  
(9.6.2020)). כך למשל, נקבע כי העתירה בשלה להכרעה כאשר השאלה החוקתית  
המתעוררת בה היא משפטית בעיקרה, והמענה לה אינו מחייב מסכת עובדתית מפורטת  
או יישום קונקרטי (עניין בן מאיר, בפסקאות 8-9 לחוות דעתי; ראו גם: בג"ץ 3166/14  
גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 43 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס (12.3.2015)).  
עוד נפסק כי בבוא בית המשפט להכריע בבשלות העתירה, עליו לשקול את האינטרס  
הציבורי בבירורה ולהתייחס, בין היתר, להשלכות דחיית ההכרעה השיפוטית על הפגיעה  
בשלטון החוק ובוודאות המשפטית (עניין סבח, בפסקה 16 לחוות דעתו של הנשיא  
גרוניס).

101. לגישתי, המקרה שלפנינו איננו המקרה המתאים להחלת דוקטרינת הבשלות.  
השאלות המתעוררות בעתירות דנן הן שאלות משפטיות מובהקות הנוגעות, בין היתר,  
למידת פגיעתו של התיקון בליבת המפעל החוקתי ולעמידתה של הכנסת במגבלות החלות  
עליה בכובעה כרשות מכוונת. ההיבטים החיוניים להכרעה בשאלות אלו הובאו בפנינו  
ואינני סבורה כי התפתחות עובדתית עתידית יהיה בה כדי לתרום באופן ממשי להכרעה  
בעתירות. במובן זה ניתן לומר כי מונחת לפתחנו מחלוקת ממשית וברורה וכי יישום  
קונקרטי של התיקון אינו נדרש לשם גיבושה (ראו והשוו: עניין חסון, בפסקה 12 לחוות  
דעתי).

לטענת הכנסת, אם בעתיד תתקבלנה החלטות בלתי סבירות של הממשלה, ראש  
הממשלה או אחד מהשרים ותוגש עתירה שבה ייטען כי מדובר בהחלטות בלתי סבירות  
באופן קיצוני, "ניתן יהיה לבחון את השלכות חוק היסוד המתקן על בסיס תשתית  
עובדתית קונקרטית" (פסקה 298 לתצהיר התשובה מטעמה). טענה זו מעוררת תמיהה,  
שכן התיקון אוסר מפורשות על בתי המשפט, לרבות בית משפט זה, "לדון" בעניין  
סבירות החלטות הממשלה ושריה. משכך, לא ברור כיצד יוכלו בתי המשפט להידרש  
לעתירות בעניינים אלה, ככל שאכן תוגשנה. באופן דומה, טענת הכנסת לפיה יש לדחות  
את העתירות מן הטעם שטרם התבררו השלכות התיקון על התנהלות הממשלה

ואפקטיביות הפיקוח של הכנסת, אף היא מעוררת קושי רב. זאת, בין היתר, משום שהתיקון משפיע כבר כעת באופן ישיר על מערכת היחסים שבין הפרט לשלטון והוא רלוונטי להחלטות רבות שמתקבלות מדי יום על ידי הממשלה ושריה. למעשה, כפי שמציינת הכנסת עצמה, קיימים כבר כיום הליכים תלויים ועומדים שבמרכזם ניצבת טענה בדבר חוסר סבירות החלטות הדרג הנבחר (פסקה 274 לתצהיר התשובה מטעמה).

102. בנסיבות אלה, ובשים לב לאינטרס הציבורי המובהק בבירור העתירות לגופן, אני סבורה כי טענת היעדר הבשלות שהעלתה הכנסת דינה להידחות.

ב. בחינת הפגיעה ב"מאפיינים הגרעיניים" של מדינת ישראל

103. טענתם המרכזית של העותרים – אליה מצטרפת היועצת – היא שהתיקון נושא העתירות מהווה חריגה מגבולות הסמכות המכוננת הנתונה לכנסת.

הכנסת חורגת מסמכותה המכוננת אם היא מחוקקת חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד אשר "שולל או סותר באופן חזיתי את 'המאפיינים' הגרעיניים' המעצבים את הגדרת המינימום' של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית" (עניין חסון, בפסקה 29 לחוות דעת). המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית כפי שנקבעו בפסיקה בעבר הם בעיקרם – "זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, שהיהודים יהוו בה רוב"; היותה של העברית שפתה המרכזית של המדינה; והיותם של החגים, הסמלים והמורשת של העם היהודי חלק מזהותה של המדינה (עניין טיבי, בעמ' 22). באשר למאפיינים הדמוקרטיים, נהוג להתייחס ל"הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית" (שם, בעמ' 23; וראו גם: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 565 (2005) (להלן: עניין חוף עזה); בג"ץ 5026/04 דיזין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת, אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, 53-54 (2005); א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף, פסקה 13 לחוות דעתי (18.7.2019) (להלן: עניין כסיף)).

אין מדובר ברשימה סגורה או ממצה, אך ככל שנטען שקיימים מאפיינים גרעיניים נוספים, עליהם לשקף את ליבת הזהות היהודית והדמוקרטית של המדינה ברמת חשיבות דומה למאפיינים שצוינו לעיל.



104. בעניין חסון נדונה באופן תמציתי בלבד השאלה כיצד יש לבחון קיומה של פגיעה ב"מאפיינים הגרעיניים". זאת, בהתחשב בכך שבאותו עניין לא נדרשנו להכריע בשאלת סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי היסוד.

העניין שבפנינו מצריך הכרעה בסוגיה זו, ומשכך אדרש תחילה לטענות עקרוניות אחדות שהעלו הצדדים בהקשר זה.

105. בעמדה מטעם האגודה ויתר ארגוני החברה האזרחית, נטען כי תיקון מס' 3 מהווה חריגה מהסמכות המכוננת בהתאם לרף שנקבע בעניין חסון. עם זאת, לגישתם, המציאות המשטרית בישראל מחייבת קביעת רף התערבות נמוך יותר בחוקי יסוד שיבחן אם הייתה הפרה לא מידתית של עקרון ליבה של החוקה או של חוק היסוד (פסקאות 251-260 לעמדת האגודה; הצעה זו מבוססת על ROZNAI, בעמ' 220-221).

סטנדרט ביקורת זה המוצע ביחס לחוקי היסוד, אינו מקובל עלי. עצם קיומה של ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד אינו דבר של מה בכך. ביקורת זו נובעת מהמציאות החוקתית החריגה בישראל שעליה עמדתי (ראו פסקאות 72-83 לעיל), ולגישתי, מן הראוי כי תצמצם עצמה רק לאותם מצבי קצה שבהם חוק יסוד הוביל לפגיעה שעוצמתה יוצאת דופן בסימני ההיכר היהודיים או הדמוקרטיים של המדינה. איני סבורה כי יש מקום לאמץ בהקשר זה מבחנים הדומים במהותם לאלו המשמשים לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית ועל מעשי המנהל (ראו והשוו: עניין חוק טל, בעמ' 717; עניין בן מאיר, בפסקה 36 לחוות דעתי).

106. מנגד, איני סבורה כי יש להגביה את רף ההתערבות, הגבוה ממילא, עד כי נרוקן מתוכן את האפשרות להתערב במצבים שבהם הכנסת חרגה מסמכותה. בפרט, ובשונה מטענת בא-כוח הכנסת במהלך הדיון ביום 12.9.2023, יש להדגיש כי השאלה איננה האם חוק היסוד הופך את מדינת ישראל "למדינה שהיא לא דמוקרטית, כלומר דיקטטורה" (עמ' 27 לפרוטוקול הדיון). השאלה שיש לשאול היא האם חוק היסוד או התיקון לחוק היסוד פוגעים פגיעה כה קשה במאפיינים גרעיניים של המדינה, עד כדי זעזוע אבני הבניין של חוקתנו המתגבשת. ככל שזה המצב המסקנה היא כי עניין לנו בחוק יסוד החורג מגדרי סמכותה המכוננת של הכנסת.

107. טענה אחרת שהעלתה הכנסת בתצהיר התשובה מטעמה היא שביקורת שיפוטית על תוכנה של חקיקת היסוד צריכה להיות תואמת את הרף שנקבע ביחס לפסילת מועמדים

ורשימות מהתמודדות בבחירות, לפי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת (השוו: ווייל "חוקת הכלאיים", בעמ' 566-567). כלומר, לשיטת הכנסת, יש מקום להתערב בחוק היסוד רק אם מדובר בשינוי חוקתי שתמיכה בו הייתה מובילה לפסילת המועמד או הרשימה מהתמודדות בבחירות. לגישתי עמדה זו מערבת מין בשאינו מינו. המבחנים שגובשו לעניין עילות הפסילה בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, מבוססים כל כולם על ההקשר הספציפי של סעיף זה ובפרט על כך שפסילת מועמד או רשימה, פוגעת פגיעה חמורה בזכות לבחור ולהיבחר שהיא "נשמת אפו של כל משטר דמוקרטי" (עניין כסיף, בפסקאות 3 ו-12 לחוות דעתי). הדוקטרינה של חריגה מהסמכות המכוננת נוגעת למצב דברים שונה לחלוטין – היא בוחנת תוצר חוקתי מוגמר שעוגן בפסגת המדרג הנורמטיבי ומקריין על השיטה כולה. קביעה כי הוראה כזו בחוק יסוד אינה תקפה, בנסיבות שבהן הכנסת חרגה מסמכותה, נועדה לרפא פגיעה קשה בסדר החוקתי, והיא אינה כרוכה בהרחקה מראש (סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת) או בדיעבד (סעיף 42א(ג) לחוק-יסוד: הכנסת) של אדם או רשימה מהכנסת. משכך, אף שבדומה לפסילת מועמדים ורשימות, יש לייחד התערבות בחקיקת יסוד למקרים חריגים ונדירים בלבד – עלינו לבחון כל אחת מן הסוגיות הללו בהתאמה לסטנדרטים הרלוונטיים לעניינה.

108. פגיעה במאפיינים הגרעיניים עשויה להיות "להלכה או למעשה" (ראו: עניין חסון, בפסקה 30 לחוות דעתי). כלומר, קיימים שני מצבים אפשריים לחריגה מהסמכות המכוננת. מצב אחד הוא התנתקות הצהרתית מאופייה של המדינה או ממאפיין גרעיני ספציפי. למשל, שלילת הגדרתה של ישראל כמדינה יהודית או שלילת מעמדה של השפה העברית. במקרים מסוג זה, אף מבלי לבחון את השפעת השינוי החוקתי בפועל, ברור כי מדובר בשינוי שסותר באופן חזיתי את הנראטיב המכונן של החוקה "נוסח ישראל", ולא ניתן להותירו על כנו מבלי שהדבר יוביל לשינוי המפעל החוקתי מן היסוד.

109. פגיעה להלכה במאפיינים הגרעיניים של המדינה היא מקרה כה מובהק של חריגה מסמכותה המכוננת של הכנסת ועל כן, ככל שחלילה יקרה כדבר הזה, ברי כי תקום עילה להתערבותו של בית המשפט. המקרים שבהם עשויה להתעורר שאלה באשר לחריגת הכנסת מסמכותה המכוננת, הם בעיקרם המקרים של פגיעה בפועל באיזה מן המאפיינים הגרעיניים של המדינה. במקרים אלה, עלינו לתור אחר השפעתו של השינוי החוקתי במבחן התוצאה. בחינה זו אינה יכולה להתרחש בחלל ריק. על מנת לעמוד על טיבה ומידת עוצמתה של הפגיעה, עלינו לבחון, כנקודת מוצא, את המערך החוקתי הקיים, ולצידו את השינוי בחוקי היסוד, ולהכריע האם בנסיבות העניין נשלל או נסתר חזיתית איזה ממאפייניה הגרעיניים של המדינה.

לא ניתן לשלול מצב שבו מספר תיקונים לחוקי היסוד שהתקבלו בזה אחר זה, יובילו בהצטברותם לפגיעה בליבה החוקתית שלנו (ראו והשוו: TOM GINSBURG & AZIZ David Landau, ; Z. HUQ, HOW TO SAVE A CONSTITUTIONAL DEMOCRACY 90-95 (2018) *Abusive Constitutionalism*, 47 UCLA L. REV. 189 (2013)). עם זאת, יש לנקוט משנה זהירות בהקשר זה, לרבות ביחס לטענות שהעלו העותרים והיועצת ולפיהן במסגרת בחינת השפעתו בפועל של תיקון לחוק יסוד, יש ליתן משקל ליוזמות חקיקה אחרות המצויות "בצנרת" ואשר טרם התקבלו. כלל יסוד הנובע מעקרון הפרדת הרשויות הוא שבית המשפט אינו נוהג לבחון הצעות חוק טרם שאושרו ומצאו את מקומן בספר החוקים. זאת, בין היתר, משום שכלל לא ברור באיזו מתכונת הן יתקבלו בסופו של יום, אם בכלל (ראו והשוו: בג"ץ 1210/23 ארד נ' שר המשפטים, פסקה 3 (14.2.2023); בג"ץ 1234/23 אורון נ' ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, פסקה 3 (16.2.2023)).

110. בענייננו, תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה אינו מצהיר במופגן על נטישת מאפיין גרעיני כזה או אחר של שיטתנו. הפגיעה החמורה במאפיינים גרעיניים בעקבות התיקון שעליה מצביעים העותרים והיועצת, ממוקדת בעיקרה, במישור התוצאה. על כן, יש לבחון מהי משמעותו של התיקון בפועל וזאת על רקע המצב החוקתי הקיים והנוגע לאותם היבטים שבהם עוסק התיקון. לבחינה זו אפנה עתה.

#### ג. חשיבותה של הביקורת השיפוטית על פעולות הממשלה

111. הסוגיה שבה עוסק תיקון מס' 3 היא הביקורת השיפוטית, וליתר דיוק – ביטול הביקורת השיפוטית בכל הנוגע לסבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים. על מנת להבין את משמעותו ואת השלכותיו של התיקון יש לבחון, כאמור, את ההקשר החוקתי הרחב ואת מקומה של הביקורת השיפוטית בשיטתנו. בחלק הראשון של חוות הדעת עמדתי על השליטה החריגה של הממשלה בהליכי כינון חוקי היסוד. כפי שיפורט להלן, מדובר אך בביטוי אחד לכוח הרב והבלתי-מוגבל כמעט המרוכז בידי הרוב השולט בישראל. על כן, בהיעדר מערכת אפקטיבית של איזונים ובלמים, הביקורת השיפוטית מהווה למעשה המגבלה האפקטיבית היחידה על כוח זה.

112. ראשית, כפי שכבר צוין, בשיטתנו הפרלמנטרית הממשלה "שולטת" בכנסת הלכה למעשה (עניין קוונטינסקי, בפסקה 39 לחוות דעתו של השופט סולברג). הממשלה אומנם מכהנת מכוח אמון הכנסת, אך בפועל במצב הדברים הרגיל הממשלה נהנית מ"רוב אוטומטי" בכנסת, וניתן לומר כי "במובנים רבים לא הממשלה היא 'סוכנות הביצוע' של הכנסת, אלא הכנסת היא 'סוכנות החקיקה' של הממשלה" (ביזור סמכויות,

בעמ' 76). הדבר בא לידי ביטוי, כפי שכבר צוין לעיל, במנגנוני המשמעת הקואליציונית וועדת השרים לענייני חקיקה, שמובילים לכך שבפועל הממשלה – ובפרט ראש הממשלה והשרים הבכירים ("גרעין השליטה" של הרוב הקואליציוני) – הם שיקבעו את גורלן של הצעות החוק בכנסת, לשבט או לחסד (גוטמן, בעמ' 217; עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" עיוני משפט מד 87, 122-123 (2021) (להלן: כהן ורוזנאי); ראו גם: בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת, פסקה 11 לחוות דעתי (23.3.2020) (להלן: עניין אדלשטיין); עניין המרכז האקדמי, בפסקה י"ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין). שליטה זו של הממשלה על הליכי החקיקה רלוונטית, כאמור, גם כאשר לחקיקת חוקי היסוד בהינתן ההליך הפשוט הנדרש לשם חקיקתם או שינויים, והדבר מאפשר לממשלה לשנות כראות עיניה את "כללי המשחק" החוקתיים.

מוסד אי-האמון, המהווה אחד מכלי הפיקוח המרכזיים של הכנסת על הממשלה, אף הוא צומצם באופן משמעותי לאורך השנים וכיום הוא מחייב החלטה של הכנסת, ברוב חבריה, להביע אמון בממשלה אחרת (שיטה המכונה "אי-אמון קונסטרוקטיבי"; סעיף 28 לחוק-יסוד הממשלה; להרחבה ראו: עניין ממשלת החילופים, בפסקאות 4-5 לחוות דעתי). זאת בעוד שלראש הממשלה, בהסכמת נשיא המדינה, הוקנתה סמכות לפזר את הכנסת בצו (סעיף 29(א) לחוק-יסוד: הממשלה). בכך יש משום ערעור על עצם העקרון שלפיו "הממשלה מכהנת מכוח [אמון] הכנסת ולא להפך" (שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק-יסוד: הממשלה 509 (יצחק זמיר עורך, 2018) (להלן: שטרית)).

לכך יש להוסיף היבטים נוספים שחזקו את אחיזת הממשלה בכנסת בשנים האחרונות, ובראשם הכהונה הממושכת של ממשלות מעבר, אשר נהנות מסמכויות הדומות לאלה של ממשלות רגילות, אף שאינן פועלות מכוח אמון הכנסת (ראו: בג"ץ 6654/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה, פסקה 6 לחוות דעתי (13.12.2022) (להלן: עניין פורום קהלת)). עוד יש לציין את חקיקת "החוק הנורבגי", שמאפשר לחברי כנסת שמונו לתפקיד שר או סגן שר להתפטר מהכנסת, כך שבמקומם ייכנס הבא בתור ברשימתם; אך עם תום כהונתם בממשלה, הם רשאים לשוב ולכהן כחברי כנסת במקום חברי הכנסת "המחליפים" (סעיף 42 לחוק-יסוד: הכנסת; ראו: בג"ץ 4076/20 שפירא נ' הכנסת (22.7.2020)). על כן, אותם חברי כנסת "מחליפים" עשויים לחוש מחויבות יתרה לממשלה, בידיעה כי המשך כהונתם תלוי ברצונה הטוב (שטרית, בעמ' 324-325). בשנים האחרונות הורחב ההסדר, באופן שמאפשר ליותר שרים וסגני שרים להתפטר מתפקידם

במסגרתו, ונכון לחודש ספטמבר 2023 למעלה מדבוע מחברי הכנסת מטעם הקואליציה החליפו חברי ממשלה שהתפטרו מהכנסת (פסקה 225 לתצהיר התשובה מטעם היועצת).

על רקע כל האמור, ניתן לומר כי "הממשלה טלטלה את מערך השלטון בישראל, מחקה כמעט לחלוטין את ביזור הסמכויות בין הרשויות הפוליטיות, וכיום היא מרכזת בידיה, הלכה למעשה, את סמכויות הביצוע והחקיקה גם יחד" (גוטמן, בעמ' 198).

113. למרות הכוח חסר התקדים המרוכז בידי הרשות המבצעת-מחוקקת שהופך אותה למעין "רשות-על", אין כמעט מגבלות על כוחה זה. ראוי לתשומת לב בהקשר זה מחקר שבחן את קיומם של חמישה מנגנונים לביזור הכוח הפוליטי ב-66 מדינות שדורגו כ"מדינות חופשיות" על ידי הארגון Freedom House: (1) פיצול הרשות המחוקקת לשני גופים או "בתים"; (2) שיטה נשיאותית שיוצרת הפרדה מובהקת בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת; (3) שיטה פדרלית שמבוססת על חלוקת הכוח בין השלטון המרכזי ל"מדינות" הפדרציה; (4) שיטת בחירות אזורית המחייבת את נבחרי הציבור ליתן משקל לאינטרסים "מקומיים"; (5) חברות בגופים בינלאומיים כמו האיחוד האירופי או בתי דין אזוריים לזכויות אדם, שמשפיעים על התנהלות המדינה (ראו תמצית ממצאי המחקר בכהן ורוזנאי, בעמ' 117-122; להרחבה ראו: עמיחי כהן פסקת ההתגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט 14-23 (2018) (להלן: כהן "איזונים ובלמים")). המחקר מצא כי ברוב הגדול של המדינות קיים יותר ממנגנון אחד מבין המנגנונים הללו. לעומת זאת, ישראל היא המדינה היחידה שבה לא קיימת אף לא אחת מהמגבלות המבניות הללו על כוחו של הרוב הפוליטי (כהן ורוזנאי, בעמ' 122). לכך יש להוסיף את העובדה שבשראל אין חוקה משוריינת ויציבה היוצרת הגנה משמעותית מפני כוחו של השלטון. היטיב לתאר זאת פרופ' יצחק זמיר:

"[...] ספק בעיניי אם יש עוד מדינה דמוקרטית בעולם המערבי שממשלתה נהנית מכוח כה רב כמו הממשלה בישראל. כנגד כוח זה, המערכת של בלמים ואיזונים, שמקובלת בעולם כמערכת חיונית כדי למנוע שימוש לרעה בכוח השלטון, דלה וחלשה בישראל יותר מאשר בדמוקרטיות אחרות" (זמיר "הסמכות המינהלית", בעמ' 3610).

114. בנסיבות אלה, הביקורת השיפוטית על הרשות המחוקקת והמבצעת בישראל, הינה המנגנון האפקטיבי היחיד שיש בו כדי להגביל באופן ממשי את הכוח הריכוזי של הרוב (כהן "איזונים ובלמים", בעמ' 25; ביזור סמכויות, בעמ' 64). קיימים אומנם שומרי סף ומנגנוני פיקוח וביקורת נוספים בשיטתנו (ראו: זמיר "הסמכות המינהלית", בעמ' 3610).

2319-2320), אך הביקורת השיפוטית היא המנגנון החשוב ביותר במערכת האיזונים והבלמים במדינה (שם, בעמ' 101), ו"בלעדיה הופך שיקול-הדעת השלטוני לבלתי מוגבל, ואין זר מכך לאופיו הדמוקרטי של משטרנו" (עניין חוף עזה, בעמ' 756).

115. המוסד העיקרי שאמון בשיטתנו על קיום ביקורת שיפוטית, בפרט כאשר מדובר בהחלטות הממשלה והשרים, הוא בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 49 (2017) (להלן: ברק-ארז "משפט מינהלי דיוני")). לבית משפט זה הוקנתה סמכות רחבה ליתן סעד למען הצדק וצווים לכלל רשויות המדינה, אשר שורשיה נטועים עוד בתקופת המנדט (סימן 43 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922-1947 (להלן: דבר המלך במועצה); סעיף 7 לפקודת בתי המשפט, 1940), וכן בחקיקה "רגילה" (סעיף 7 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957), וכיום, כפי שצוין, היא מעוגנת בהוראת סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, שביססה את מעמדו של בג"ץ כ"אבן יסוד של מערך האיזונים בין הרשויות בישראל" (ברק-ארז "משפט מינהלי דיוני", בעמ' 51; ראו גם: בג"ץ 971/99, בעמ' 140).

116. בהינתן העובדה שמערכת האיזונים והבלמים בישראל לכתחילה חלשה ושברירית, פגיעה משמעותית בסמכויות בתי המשפט בכלל – ובית המשפט הגבוה לצדק בפרט – לקיים ביקורת שיפוטית, עלולה לחולל סתירה חזיתית לפחות ביחס לשניים מהמאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית – הפרדת הרשויות ושלטון החוק, ובעניין זה כבר צוין כי:

"בהיעדר ביקורת שיפוטית אין לקיים את שלטון החוק [...]. אכן, קיום אפקטיבי של משפט מחייב קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית; ללא ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת מתערערת הפרדת הרשויות. עמה נפגמת חירות האדם, ונפגמים היסודות של משטר חופשי" (בג"ץ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים על-פי סעיף 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970, פ"ד מה(5) 450, 445 (1991) (להלן: עניין המוסד לביטוח לאומי) (ההדגשות הוספו); השוו: זמיר "הסמכות המינהלית", בעמ' 98).

ד. משמעותו של התיקון

117. משעמדתי על המציאות החוקתית הישראלית שבה התקבל תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, אפנה עתה לבחון את התיקון עצמו.

118. למען שלמות התמונה יובא להלן נוסחו המלא של סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, שבו שולבה ההוראה המתקנת בסעיף 15(ד):

#### בית המשפט העליון

15. (א) מקום מושבו של בית המשפט העליון הוא ירושלים.

(ב) בית המשפט העליון ידון בערעורים על פסקי דין ועל החלטות אחרות של בתי המשפט המחוזיים.

(ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר.

(ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק –

(1) לתת צווים על שחרור אנשים שנעצרו או נאסרו שלא כדין;

(2) לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין – להימנע מלפעול;

(3) לתת צווים לבתי משפט, לבתי דין ולגופים ואנשים בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין-שיפוטיות על פי דין – למעט בתי משפט שחוק זה דן בהם ולמעט בתי דין דתיים – לדון בענין פלוני או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני, ולבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה שלא כדין;

(4) לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בענין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני שלא לפי סמכותם; ובלבד שלא ייזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהיתה לו; ואם לא היתה לו הזדמנות סבירה לעורר שאלת הסמכות עד שניתנה החלטה על ידי בית הדין הדתי, רשאי בית המשפט לבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה על ידי בית הדין הדתי ללא סמכות.

(ד1) 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 ההחלטה 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.

(ה) סמכויות אחרות של בית המשפט העליון ייקבעו בחוק.

119. הצדדים בענייננו חלוקים באשר לפרשנותו של סעיף 15(ד) לחוק היסוד. הכנסת סבורה כי ניתן לפרש את התיקון באופן מצמצם, כך שיחול על עילת הסבירות כמתכונתה על פי פסק הדין בעניין דפי זהב בלבד, ולא על החלטות "מופרכות" שניתן היה לפסול מכוח העילה במתכונת שקדמה לאותו פסק דין. פרשנות זו, לצד פרשנות מרחיבה של חוקים ועילות ביקורת אחרות, כך הכנסת, תצמצם את הקשיים שמעורר התיקון, והיא עדיפה על פני ביטולו.

120. כל הצדדים האחרים לעתירות – העותרים, היועצת וכמוהם גם משיבי הממשלה ויו"ר ועדת החוקה – אינם שותפים לעמדתה של הכנסת וסבורים כולם כי לא ניתן לנקוט פרשנות מצמצמת כזו. העותרים מדגישים כי הפרשנות המוצעת על ידי הכנסת מהווה למעשה חקיקה שיפוטית וכי "מופרכות" היא חלק מעילת הסבירות שלא ניתן לקיימו בנפרד ממנה (ראו: סעיפים 103-105 לעיקרי הטיעון מטעם העותרים בבג"ץ 5659/23; ובעמ' 123 ו-154 לפרוטוקול הדיון מיום 12.9.2023). היועצת סבורה כי נקיטת פרשנות המצמצמת את תחולת התיקון למובן מסוים של "סבירות" או לסוג מסוים של "החלטות" אינה מתיישבת עם לשון התיקון, סותרת את כוונת המכונן – אשר דחה הבחנות אלו במפורש במסגרת הליך החקיקה – ויש בה משום ניסוח מחדש של ההסדר על ידי בית המשפט (סעיפים 428 ו-435 לתצהיר התשובה מטעם היועצת).

משיבי הממשלה סבורים אף הם כי אין מקום לנקוט פרשנות מצמצמת כזו. לשיטתם, היא נוגדת את לשון התיקון ואת כוונת המכונן והם מדגישים כי בהיעדר יכולת מעשית להבחין בין מובניה השונים של עילת הסבירות, בחר המכונן לערוך "הבחנה חותכת" אשר תצמצם את גבולות העילה על בסיס זהות מקבל ההחלטה בלבד. לכן, עמדת משיבי הממשלה היא כי יש לפרש את התיקון באופן המחיל אותו על עילת הסבירות "מכל סוג שהוא", וזאת "אף אם יסבור מישו שמדובר בהחלטה בלתי סבירה באופן קיצוני נוסח וונדסבורי" (פסקה 45 להשלמת הטיעון מטעם משיבי הממשלה; ראו גם: דברי בא-כוח משיבי הממשלה בעמ' 60-63 לפרוטוקול הדיון מיום 12.9.2023). עמדה דומה הביע יו"ר ועדת החוקה, ח"כ רוטמן, בציינו כי התיקון מונע כל ביקורת שיפוטית בעניין סבירות החלטות הדרג הנבחר, על כלל מובניה של העילה (עמ' 37-39 לפרוטוקול הדיון מיום 12.9.2023).



121. השאלה הניצבת בפנינו היא, אפוא, האם – כפי שהציע בא-כוח הכנסת – ניתן לפרש את התיקון באופן המצמצם את תחולתו אך למובן מסוים של "סבירות"?

אינני סבורה כך. לגישתי, פרשנות זו נעדרת אחיזה בלשון התיקון; היא נוגדת מפורשות את ההיסטוריה החקיקתית ואת התכלית הסובייקטיבית של התיקון; וחורגת מגבולותיה הלגיטימיים של המלאכה הפרשנית. הכל כפי שיפורט להלן.

122. אכן, כלל הוא הנקוט בידנו כי "עדיף להגיע לצמצום היקפו של חוק בדרך פרשנות, על פני הצורך להגיע לאותו צמצום עצמו בדרך של הכרזת חלק מחוק כבטל" (בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 814 (1996) (להלן: עניין זנדברג); ראו גם: בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004) (להלן: עניין גניס); בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 21 לפסק דיני (27.2.2020) (להלן: עניין ארד-פנקס)). כלל זה באשר לעדיפות השימוש בכלים פרשניים על פני הידרשות לתוקפו של חוק, שנקבע תחילה לעניין פרשנות חקיקה ראשית – יפה, על אחת וכמה, ביחס לפרשנותם של חוקי היסוד (עניין חסון, בפסקה 59 לחוות דעתי).

123. ואולם, מלאכת הפרשנות, והפרשנות החוקתית בפרט, צריכה עיגון בלשון הטקסט והיא נלמדת בראש ובראשונה מתוכו (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 135 (1994); אהרן ברק "פרשנותם של חוקי-יסוד" משפטים כב 31, 34-35 (1992)). בהקשר זה כבר נפסק כי:

"הטעמים החוקתיים המגבילים את כוחו של שופט כפרשן פועלים במלוא עוצמתם כאשר השופט מפרש טקסט חוקתי. דווקא במצב דברים זה עליו לגלות זהירות מרובה שלא לחצות את גבול הלשון ושלא ליצור טקסט חוקתי חדש" (בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש – תע"ל נ' יושבת-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685, 710 (2004)).

לשונו של הטקסט החוקתי היא, אם כן, לעולם נקודת המוצא בבואנו לפרש את הוראותיו. היסוד הלשוני, אף שאינו הרכיב היחיד בפרשנות, הוא המבחין בין "כתיבתה של יצירה חדשה לבין פירושה של יצירה קיימת" (אהרן ברק "פרשנות ושפיטה: יסודות לתורת פרשנות ישראלית" מבחר כתבים כרך א 121, 138 (התש"ס); ראו גם: ע"א

8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין, חיפה נ' פוליטי, פ"ד סב(4) 307, 280 (2008) (להלן: עניין פוליטי); דנ"א 5783/14 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פסקה 52 (12.9.2017)).

124. לא נעלם מעיניי הכלל הפרשני שנפסק בעניין הגבלת ביקורת שיפוטית – שבו עוסק התיקון בענייננו – ולפיו חזקה על המחוקק שלא ביקש לפגוע בסמכויות בית המשפט, ועל כן יש לפרש דבר חקיקה כזה "על דרך ההקפדה והצמצום" (עניין המוסד לביטוח לאומי, בעמ' 451; בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 756, 750 (2003) (להלן: עניין חרות)). ואולם, עוד נפסק כי אין מדובר בחזקה חלוטה והכלל האמור ניתן לסתירה מקום שבו דבר החקיקה נוקט "בלשון מפורשת וחד-משמעית שאינה משאירה מקום לשום ספק" (בג"ץ 403/71 אלכורדי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד כו(2) 66, 72 (1972); ההדגשה הוספה; ראו גם: עניין המוסד לביטוח לאומי, בעמ' 451; בג"ץ 1260/19 קריימר נ' נציב תלונות הציבור על מייצגי המדינה בערכאות, פסקה 11 (14.5.2020)).

125. לגישתי, לשונו הגורפת והבלתי-מסויגת של התיקון היא אכן "מפורשת וחד-משמעית". היא נעדרת נקודת אחיזה לפרשנות המצמצמת המוצעת, ואינה מותירה "מקום לשום ספק" באשר לתחולתו של התיקון על עילת הסבירות בכללותה. בעיניי, אין בסעיף, על פי לשונו, עיגון כלשהו להבחנה המוצעת בין מובנים שונים של עילת הסבירות כפי שהתפתחה בפסיקה ובהקשר זה כבר נפסק בעניין אחר כי: "השופט מפרש טקסט שנוצר על ידי המחוקק וגם הגשמת מטרה, נעלה ככל שתהיה, מחייבת נקודת אחיזה 'ארכימדית' בלשונה של החקיקה. סטייה מעקרון זה יורדת לשורשם של דברים ואינה עולה בקנה אחד עם עקרונות הפרשנות המקובלים" (עניין פוליטי, בעמ' 303; ראו גם: עניין זנדברג, בעמ' 803; אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 83 (1993) (להלן: ברק "פרשנות החקיקה")).

126. בחינת המשמעות הלשונית של המונח "סבירות", כפי שהתפתחה והשתרשה לאורך שנים בפסיקתו של בית משפט זה בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על אופן הפעלת שיקול דעת הרשות, ממחישה כי בהיעדר עיגון לשוני מפורש לכך, לא ניתן עוד להפריד בין מובניה השונים של העילה. במילים אחרות, המונח "חוסר סבירות" משמעו, בין היתר, גם מופרכות. על כן, ביטול עילת הסבירות בחיתוך שקבע התיקון והנוגע לזהות המחליט, מוביל בהכרח לביטולה גם ביחס להחלטות מופרכות של אותו גורם.

כפי שפורט בפתח הדברים בהרחבה, עילת הסבירות הינה חלק משיטתנו המשפטית עוד מראשית ימיה של המדינה. בתחילת הדרך אפשרה העילה לפסול החלטה מינהלית אם היא נמצאה "מופרכת", "בלתי הגיונית" או "בלתי מתקבלת על הדעת", וזאת בדומה לסטנדרט האנגלי שנקבע בעניין *Wednesbury* (עניין בינבוים, בעמ' 386-385; עניין דיזנגוף, בעמ' 1039). נהוג לייחס את הרחבתה של עילת הסבירות לפסק הדין בעניין דפי זהב, אך למעשה כבר קודם לכן פסל בית משפט זה החלטות מינהליות בהתבסס על איזון בלתי ראוי בין האינטרסים השונים הצריכים לעניין, גם אם עשה זאת מבלי להזכיר במפורש את עילת הסבירות (ראו, למשל: עניין קול העם; בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז(4) 2407 (1962)). החיבור בין מובנו של המונח "סבירות" כמופרכות גרידא ובין תפיסתו כמתפרש גם על פגם בעריכת איזון שבין השיקולים השונים הצריכים לעניין, צוין מפורשות כבר בעניין דקה, שניתן שנים לפני פסק הדין בעניין דפי זהב, ובו קבע השופט שמגר כי עילת הסבירות עשויה להביא לפסילת ההחלטה המינהלית מקום שבו "לשיקולים הרלוונטיים השונים יוחס משקל בפרופורציה כה מעוותת ביניהם לבין עצמם, עד שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה ובשל כך לבלתי-סבירה לחלוטין" (שם, בעמ' 105; ההדגשות הוספו).

127. הנה כי כן, פסק הדין בעניין דפי זהב לא בא לעולם בחלל ריק. הוא נשען על פסיקה ענפה של בית משפט זה, שהתפתחה בהתאם לעקרונות המשפט המקובל, והוסיף להגדרה הצרה של עילת הסבירות, המתמקדת במופרכות ההחלטה, מבחן רחב יותר הבוחן את האיזון שערכה הרשות בין השיקולים השונים טרם קבלת החלטתה. מכך אין ללמוד כי החלטות מופרכות אינן באות עוד בגדרו של המונח "סבירות". כפי שצוין בעניין דקה, מתן משקל מעוות לשיקולים הרלוונטיים השונים בקבלת החלטה המינהלית עשוי ללמד על מופרכותה ומכאן גם על אי-סבירותה. על דברים אלו שב בית המשפט וחזר בעשורים האחרונים בשורה של פסקי דין. כך למשל, בעניין גנור צוין כי "חוסר הסבירות שבהחלטת היועץ המשפטי לממשלה מקורו בסטייה מהותית, היורדת לשורש העניין, עד שהמסקנה הסופית היא מופרכת מעיקרה, ובשל כך בלתי סבירה לחלוטין" (שם, בעמ' 523; ההדגשה הוספה; וראו גם, בין היתר: בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 503 (1988) (להלן: עניין רסלר); בג"ץ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 529, 545 (1989); עניין פנחסי, בעמ' 464; בג"ץ 320/96 גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה, פ"ד נב(2) 222, 238 (1998); בג"ץ 5331/13 טייב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה כ"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (25.2.2014)).

128. בהתאם לכללי המשפט המינהלי הנוהגים עמנו מימים ימימה, המופרכות נטועה, אפוא, בעילת הסבירות ובהיעדר עיגון לשוני מפורש לכך, לא ניתן להציב גבול פרשני שרירותי המפרק את העילה לגורמים ומנתק את החיבור הקיים בין כלל מובניה.

על כן, וכפי שאף הדגישו משיבי הממשלה ויו"ר ועדת החוקה בטיעוניהם, המשמעות הברורה של לשון התיקון, שאינה משתמעת לשתי פנים, היא כי הוא מונע כל ביקורת שיפוטית ביחס לשיקול הדעת של הדרג הנבחר מכוח עילת הסבירות, על כלל מובניה, לרבות ביחס להחלטות מופרכות.

129. אפילו אניח, לצורך הדיון בלבד, כי לשון התיקון סובלת בדוחק את הפרשנות המוצעת על ידי בא-כוח הכנסת, קשה להתעלם מכך שפרשנות זו עומדת בסתירה ברורה לתכלית הסובייקטיבית של התיקון, כפי שהיא נלמדת מההיסטוריה החקיקתית שלו וכפי שהובנה על ידי כלל הגורמים המעורבים בחקיקתו, ובכללם הייעוץ המשפטי לכנסת עצמו. כך, לאורך כל הליך החקיקה עמדו גורמי הייעוץ המשפטי לוועדה ולממשלה, וכן משפטנים ואנשי מקצוע נוספים, על הקשיים הטמונים בנוסחו הגורף והבלתי מסויג של התיקון המוצע, השולל לחלוטין את הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות, ללא הבחנה בין מובניה השונים של העילה או בין סוגים שונים של החלטות הדרג הנבחר. עמדה זו קיבלה ביטוי, בין היתר, כבר במסמך ההכנה מיום 23.6.2023, בו הצביע הייעוץ המשפטי לוועדה על כך שהתיקון המוצע אינו מבטל את עילת הסבירות אך כמובנה בעניין דפי ז'הב, אלא שולל באופן קטגורי את השימוש בה, לרבות כמובנה הצר כ"מופרכות" (עמ' 8 למסמך ההכנה).

130. דברי ההסבר של הצעת התיקון, כפי שהונחה לקריאה ראשונה ביום 5.7.2023, כללו אומנם ציטוט מפסק הדין בעניין דפי ז'הב לצורך תיאור עילת הסבירות כיום, וכן צוין כי לגבי השימוש בעילת הסבירות כמובנה זה עלתה הטענה כי "קביעת האיזון הערכי בין השיקולים השונים הנוגעים להחלטה מינהלית צריכה להיות נתונה לנבחר הציבור ולא לבית המשפט". עם זאת, היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד בליי שב והבהיר גם לאחר פרסום דברי ההסבר, כי נוסח התיקון "לא מותיר ביחס לנבחר ציבור עילה של חוסר סבירות קיצונית במובן של מופרכות" (פרוטוקול ישיבה 121, בעמ' 11). כלומר, בראיית הייעוץ המשפטי לוועדה, אשר ניסח את דברי ההסבר (ראו: הבהרת ח"כ רוטמן ובא-כוח הכנסת בדיון שהתקיים בפנינו, בעמ' 38 ו-193-194 לפרוטוקול הדיון מיום 12.9.2023; פסקה 6(ד) להשלמת הטיעון מטעם הכנסת), האזכור של עניין דפי ז'הב בדברי ההסבר אין משמעו כי התיקון נועד לחול על עילת הסבירות רק במובן אשר נדון באותו עניין.

עמדה דומה הביע המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, עו"ד לימון, שסבר כי מדובר בהצעה קיצונית ביותר אשר "מבטלת לחלוטין את הפסיקה של בית המשפט העליון בנושא סבירות, לא רק את הפסיקה בעניין דפי זהב [...] אלא מראשית ימי המדינה" (פרוטוקול ישיבה 121, בעמ' 33). אף חברי הוועדה עמדו על הקושי הגלום בתיקון המוצע אשר למעשה מבטל באופן גורף את עילת הסבירות, על כלל מובניה. כך למשל, טען ח"כ קריב כי הצעת התיקון "מעניקה חסינות גם מהיעדר סבירות קיצונית או סבירות מופרכת על החלטות דרג פוליטי. אתם לא מציעים לחזור למצב שלפני דפי זהב" (פרוטוקול ישיבה 105, בעמ' 100; וכן ראו את עמדתה של ח"כ אורית פרקש-הכהן בפרוטוקול ישיבה 126 של ועדת החוקה, הכנסת ה-25, 94 (16.7.2023) (להלן: פרוטוקול ישיבה 126)).

131. על רקע האמור, אף הוצעו במסגרת דיוני הוועדה חלופות שונות לריכוך נוסחו הגורף של התיקון. ואולם, הצעות אלו נדחו באופן מפורש על-ידי יו"ר הוועדה ונציגי הקואליציה בוועדה. יו"ר הוועדה, ח"כ רוטמן, שיזם את התיקון, ציין כי אין דרך "למתוח את הקו" בין מובניה השונים של עילת הסבירות וכי אימוץ ההבחנות שהוצעו יוביל לטשטוש גבולותיה של העילה על ידי בתי המשפט וירוקן למעשה את התיקון מתוכן (פרוטוקול ישיבה 105, בעמ' 113; פרוטוקול ישיבה 125, בעמ' 15). על כן, כך סבר ח"כ רוטמן, אין מנוס מביטולה הגורף של עילת הסבירות ביחס לכל החלטות הדרג הנבחר, וזאת על כלל מובניה של העילה. במסגרת הצגת הצעת התיקון בדיון במליאת הכנסת לקראת קריאה שנייה ושלישית, הוסיף ח"כ רוטמן בהקשר זה וציין כך:

"אחרים הציעו לחזור לעילת האי-סבירות הקיצונית של וודנסברי, אלא שפתרון זה, כפי שהעירו רבים, לא הוכיח את עצמו, שהרי השופט אהרן ברק בעצמו בפסק דין 'דפי זהב' טען שהסתמך על עילת האי-סבירות הקיצונית. [...]"

לפיכך, מוצע לקבוע בחוק-יסוד: השפיטה [...] שרשות שיפוטית לא תוכל לדון בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה במליאתה [...] של ראש ממשלה או של שר אחר, או להוציא צו כלפי מי מהם בעניין סבירות החלטתו, בין אם מכוח עילת הסבירות המקורית ובין אם מכוח עילת הסבירות החדשה, וזאת אף בנושא מינויים ובעניין החלטה שלא להפעיל סמכות [...] [הדברים] הללו משקפים מבחינתי, ואני חושב שאני מדבר בשם חבריי לקואליציה בוודאי, את העקרונות ואת היסודות שבבסיס ההצעה הזו" (פרוטוקול ישיבה 97 של הכנסת ה-25, 551-552 (23.7.2023); ההדגשות הוספו).

132. אם כן, התחקות אחר הליך חקיקת התיקון מלמדת כי שתיקתו של התיקון ביחס להגדרת המונח "סבירות" אינה "תקלה חקיקתית" או תוצר של אי-נקיטת עמדה בסוגיה, אשר טעונה השלמה בדרך פרשנית (ראו והשוו: ע"א 108/59 פריצקר נ' "ניב" אגודה חקלאית שיתופית של קצינים משוחררים בע"מ (בפירוק), פ"ד יד 1545, 1549 (1960); עניין חרות, בעמ' 759). להיפך, לשונו הגורפת של התיקון היא פרי בחירה מודעת של המכונן אשר ביקש לשלול את השימוש בעילת הסבירות ביחס לכל החלטות הדרג הנבחר, וביחס לכלל המובנים של העילה. בנסיבות אלו, פרשנות המבקשת לצמצם את תחולת התיקון אך לעילת הסבירות כמובנה בעניין דפי זהב, לא רק שהיא אינה מתיישבת עם לשון הסעיף, היא אף מנוגדת באופן מובהק לתכליתו הסובייקטיבית והמוצהרת של התיקון.

133. למעשה, אף בא-כוח הכנסת הדגיש כי "מלשון חוק היסוד המתקן נראה שחוק היסוד המתקן חל על עילת הסבירות בכל היבטיה, מבלי להבחין בין עילת הסבירות המסורתית לבין עילת הסבירות החדשה" (פסקה 14 להשלמת הטיעון מטעם הכנסת). הוא אף לא חלק על כך שתכליתו הסובייקטיבית מוליכה לאותה מסקנה. עם זאת, לשיטתו אין לפרש חוק יסוד רק על בסיס מבחנים אלה ויש להעניק מעמד בכורה לכלל לפיו "יש להעדיף פרשנות מצמצמת של חוק על פני ביטולו" (שס).

134. אכן, על פי תורת הפרשנות התכליתית הנהוגה בשיטתנו, התכלית הסובייקטיבית היא רק מרכיב אחד במלאכת הפרשנות, וככלל, אין ליתן לה משקל מכריע על פני התכלית האובייקטיבית, שעניינה הערכים והעקרונות שאותם נועד להגשים דבר החקיקה בחברה דמוקרטית מודרנית (ברק "פרשנות החקיקה", בעמ' 202; עניין התנועה לטוהר המידות, בפסקה 62 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן; דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פסקאות 24-25 לפסק הדין של הנשיאה נאור (12.9.2017)). ואולם, אף שאין ספק בדבר קיומן של תכליות אובייקטיביות חשובות שתוגשמה אם תיושם הפרשנות המצמצמת לתיקון, איני סבורה כי בנסיבות העניין ניתן להעניק להן מעמד בכורה על פני לשונו המפורשת של התיקון והתכלית הסובייקטיבית המוצהרת שלו.

135. מסקנה זו נובעת בעיניי מהמגבלות המוכנות של מלאכת הפרשנות. כך, הכלל היסודי בשיטתנו קובע אומנם כי שומה עלינו לתור אחר פתרון פרשני שייתר את הצורך להכריע בדבר תוקפו של דבר חקיקה (ראו, מיני רבים: בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 524 (1998) (להלן: עניין רובינשטיין); בג"ץ 5113/12 פרידמן נ' כנסת ישראל, פסקה 5 לחוות דעתה של השופטת ארבל (7.8.2012); עניין התנועה

לטוהר המידות, בפסקה 31 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן). אולם, לא אחת נאלץ בית המשפט לקבוע כי פרשנות המוליכה לפתרון כזה אינה אפשרית. הדבר נכון בפרט כאשר פרשנות כזו הינה מלאכותית ומובילה לריקון ההסדר החוקי מתוכנו או שהיא מובילה, הלכה למעשה, לכתיבת החוק מחדש (ראו: בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717, 848 (2013); בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 200 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (22.9.2014) (להלן: עניין איתן); עניין ארד-פנקס, בפסקה 21 לפסק דיני; וכן ראו את הערתי בעניין זה בבג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל, פסקה 39 לחוות דעתי (4.4.2021)).

כזה הוא המקרה שלפנינו. לגישתי, פרשנות המצמצמת את תחולתו של התיקון המבטל את עילת הסבירות ביחס לדרג הנבחר אך כמובנה בפסק הדין בעניין דפי זהב היא פרשנות מוקשית המהווה למעשה כתיבה מחדש של התיקון על ידי בית המשפט במשמעות שונה לחלוטין מזו של התיקון הקיים. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף משום שמדובר בפרשנות הנוגעת לליבת ההסדר החוקתי, ולא להיבטים נלווים שלו, דוגמת תחולתו בזמן (ראו למשל, עניין גניס, בעמ' 258; עניין התנועה לטוהר המידות, בפסקאות 33-34 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן).

136. נוכח כל הטעמים שפורטו לעיל, אינני סבורה כי ניתן לאמץ בדרך פרשנית את ההבחנה שמציעה הכנסת בין משמעויות השונות של עילת הסבירות לעניין תחולת התיקון. מסקנתי היא, אפוא, כי יש לפרש את התיקון כפשוטו, דהיינו – כהוראה השוללת ביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות באופן גורף, על כלל מובניה, ככל שהיא נוגעת להחלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים.

## 2.2. נוסחו של התיקון – קיצוני וחריג

137. טרם שאדרש למשמעויות ולהשלכות של התיקון נושא העתירות, אבקש להתעכב על נוסחו של התיקון ולהצביע על חמישה היבטים שונים המעידים עד כמה הוא קיצוני וחריג:

ראשית, כפי שהובהר לעיל, התיקון מתייחס לכלל מובניה של עילת הסבירות, ומשכך הוא מונע התערבות גם בהחלטות שלטוניות מופרכות ובלתי סבירות בעליל, ככל שלא נפל בהן פגם מינהלי אחר.

שנית, התיקון חל על כל בית משפט ולמעשה על כל "מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין", לרבות בית המשפט הגבוה לצדק אשר בידו ניתנה על פי סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, סמכות כללית ליתן "סעד למען הצדק". העובדה שהתיקון שולל מפורשות גם את סמכותו של בג"ץ בהקשר זה מעידה על מידת קיצוניותו לעומת הוראות אחרות, שהגבילו פנייה לבית המשפט אך פורשו ככאלה שמותירות אפשרות עקרונית להגיש עתירה לבג"ץ (ראו, מיני רבים: בג"ץ 76/63 טרודלר נ' פקידי הבחירות לוועדות החקלאיות, פ"ד יז 2503, 2511-2512 (1963); בג"ץ 181/65 סוכר נ' בית-הדין לערעורים לביטוח לאומי, פ"ד יט(2) 563, 566 (1965); עניין חרות, בעמ' 755-756; בג"ץ 68/07 רובינסון נ' מדינת ישראל – האוצר – הלשכה לשיקום נכים, פסקה 3 (9.8.2007)).

שלישית, התיקון לא רק מונע מתן סעד מכוח עילת הסבירות ביחס להחלטות הדרג הנבחר ("לא ייתן צו"), אלא מונע את עצם הדיון בשאלת הסבירות של החלטות אלה ("לא ידון"). כלומר, בעקבות התיקון, אדם שנפגע ישירות מהחלטה של שר בשל אי-סבירותה, לא יכול כלל להביא את עניינו בפני בית המשפט.

רביעית, התיקון חל על כל החלטה, ובלבד שהתקבלה על ידי הממשלה, ראש הממשלה או שר משרי הממשלה. על מנת להסיר כל ספק, הדבר אף הובהר בסיפה של הסעיף ("החלטה" – כל החלטה [...]). בפסיקה ובספרות המשפטית צוין לא אחת כי בכל הנוגע לעילת הסבירות, הביקורת השיפוטית נגזרת מסוג ההחלטה שהתקבלה וממהות הסמכות שהופעלה (בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46, 57-58 (1997); בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817, 846 (2001); ברק-ארז "משפט מינהלי", בעמ' 757-762; רובינשטיין ומדינה, בעמ' 223). וביחס להחלטות הממשלה או מי מחבריה, נפסק בהקשר זה כי "גבולות הגיזרה של 'מיתחם הסבירות' [...] נמתחים ומתכווצים בהתאם למהות הסמכות" (עניין הנגבי 2003, בעמ' 841). למרות זאת, התיקון חל באופן גורף על כל ההחלטות ללא יוצא מן הכלל. התיקון אינו מבחין בין החלטות הממשלה הקובעות מדיניות רחבה ובין החלטות "פרטניות" שמתקבלות מדי יום ומשליכות באופן ישיר על עניינם האישי של אדם או גוף מסוים. כמו כן, התיקון אינו מבחין בין החלטות שהתקבלו על ידי ממשלה המכהנת מכוח אמון הכנסת, להחלטות שהתקבלו על ידי ממשלת מעבר. הוא אף אינו מבחין בין תחומים שבהם קיים מענה משפטי מספק באמצעות עילות ביקורת אחרות ובין תחומים שבהם עילת הסבירות מהווה בפועל העילה היחידה שמכוחה ניתן לקבל סעד בבית המשפט, ועל כך עוד יפורט בהרחבה להלן.



חמישית, התיקון מונע התערבות גם ב"החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות". הכנסת הדגישה מצידה כי התיקון אינו חל על מצבים שבהם רשות נמנעת מקבלת החלטה, אלא רק על מצבים שבהם התקבלה החלטה פוזיטיבית שלא להפעיל סמכות (פסקה 22 להשלמת הטיעון מטעמה). פרשנות זו מקובלת עליי, אך גם הבהרה זו מותרת פתח רחב להתפרקות מודעת של הממשלה וחבריה מהפעלת סמכויות מסוימות, ומונעת מבית המשפט להושיט סעד ביחס למחדלים שפוגעים באופן חמור בפרט או בציבור כולו.

138. הכנסת, יו"ר הוועדה ומשיבי הממשלה טענו כי התיקון נשען על ההבחנה העקרונית שהציג חברי השופט סולברג בכתיבתו האקדמית בין החלטות של הדרג הנבחר והחלטות של הדרג המקצועי. ככל שהבנתי מגעת, דומני כי השופט סולברג – אף שביקר במאמרו מגמות מסוימות בפסיקת בית המשפט – לא הציע להגביל לחלוטין ובאופן גורף את השימוש בעילת הסבירות, בוודאי לא בדרך של חקיקת חוק יסוד. ואילו התיקון, בנוסח הקיצוני שהתקבל, אינו מותיר כל גמישות ושיקול דעת בידי בית המשפט בהקשר זה: הוא מונע מכל בית משפט את עצם האפשרות לדון ולשמוע טיעונים בנושא; והוא מבטל את עילת הסבירות כליל, ככל שהדבר נוגע לדרג הנבחר, לגבי כל החלטה, לרבות החלטה להימנע מהפעלת סמכות.

139. במהלך הדיונים בוועדת החוקה, ובמסגרת מאמציו של הייעוץ המשפטי לוועדה "לרכך" את נוסחו הקיצוני של התיקון, הוצע כבר במסמך ההכנה מיום 23.6.2023 לשקול מודל חלופי לפיו הגבלת עילת הסבירות לא תחול "ביחס לכלל ההחלטות המתקבלות על-ידי הדרג הנבחר אלא רק ביחס לסוג מסוים של החלטות" (עמ' 12 למסמך ההכנה; ההדגשה במקור). בדיון ביום 25.6.2023 שב והציע היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד בליי, "למקד את ההגבלה [על השימוש בעילת הסבירות] בהחלטות מסוימות של הדרג הנבחר" והבהיר כי משמעות נוסחו הגורף של התיקון היא שלילת ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות "גם במצבים קיצוניים [...] שבהם גם לפי הכלל הישן של וונסברי היית יכול להתערב בהם" (פרוטוקול ישיבה 105, בעמ' 86, 106). יומיים לאחר מכן, הדגיש עו"ד בליי את הצורך "לתת החרגה לכל החלטה שמשפיעה ישירות על פרט, בין אם זה מה שמכונה בספרות זכות של הפרט או מה שמכונה אינטרס של הפרט" (פרוטוקול ישיבה 109 של ועדת החוקה, הכנסת ה-25, 45 (27.6.2023) (להלן: פרוטוקול ישיבה 109)). לאחר שהצעת התיקון אושרה בקריאה ראשונה, הוסיף עו"ד בליי ועמד על כך שהצעת התיקון גורפת יותר מכל מתווה אחר שנשקל ביחס לעילת הסבירות, והזכיר שלושה תחומים מרכזיים שבהם לא תיוותר ביקורת שיפוטית אפקטיבית בעקבות התיקון: החלטות ממשלת מעבר, החלטות בעניין מינויים ופיטורים והחלטות פרטניות שאינן כרוכות בפגיעה בזכויות מוגנות (פרוטוקול ישיבה 121, בעמ' 11-13).

חרף כל ההערות וההצעות הללו, הצעת התיקון נותרה כמעט כמות שהיא, והשינוי העיקרי שהוטמע בה לפני שאושרה בקריאה שנייה ושלישית אף החרף את הנוסח הקיים והבהיר כי "החלטה" היא "כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

140. כפי שיפורט להלן, כתוצאה מהנוסח הקיצוני והחריג של התיקון, ובהינתן המציאות החוקתית הקיימת, נגרמת פגיעה חסרת תקדים בהיקפה בשניים מהמאפיינים הגרעיניים של שיטתנו הדמוקרטית – עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק.

### 3.ד. הפגיעה בהפרדת הרשויות

141. הרעיון הניצב בבסיסו של עקרון הפרדת הרשויות הוא ביזור הכוחות וחלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון – "המחוקק יחוקק; המבצע יבצע; השופט ישפוט" (בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, 55 (2006) (להלן: עניין ועדת המעקב)). עם זאת, מדובר רק ברכיב אחד של עקרון הפרדת הרשויות. כיום ברור לכל כי הפרדת רשויות במדינה דמוקרטית משמעה גם פיקוח הדדי בין הרשויות כך שכל אחת מהן מאזנת ובולמת את הרשויות האחרות (שם; בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 783, 758 (1995); ראו גם: בג"ץ 306/81 שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 141 (1981); רובינשטיין ומדינה, בעמ' 127-128). כפי שצוין בפסיקה, "נוסחה עדינה ומורכבת זו של ביזור סמכויות ופיקוח הדדי היא המניעה את שלוש רשויות השלטון והקובעת את יחסיהן ההדדיים; מכוחה מתקיימים ונשמרים שלטון החוק והדמוקרטיה; ושיבושה עלול לסכן את המישטר כולו" (עניין ועדת המעקב, בעמ' 55; ההדגשה הוספה).

חשוב להדגיש – תכליתו המרכזית של עקרון הפרדת הרשויות אינה מתמקדת ברשויות עצמן ובתקינות היחסים ביניהן. הפרדת הרשויות נועדה למנוע "ריכוז כוח בידי גורם שלטוני אחד באופן העשוי לפגוע בחירות הפרט" (עניין רובינשטיין, בעמ' 512; לעניין מקורותיו ההיסטוריים של עקרון הפרדת הרשויות ראו: ביזור סמכויות, בעמ' 24-13). אכן, מדובר בעקרון שכל כולו נשען על הצורך בהגנה על הפרט מפני השלטון.

142. בהתחשב בכוח הרב המרוכז בידי הרשות המבצעת בכלל והממשלה בפרט בשיטה הישראלית, הביקורת השיפוטית מהווה מנגנון פיקוח שלא ניתן להפריז

בחשיבותו להבטחת ההגנה על הפרט מפני פגיעה שלטונית. בהקשר זה כבר נפסק כי "היעדר פיקוח שיפוטי סופו פגיעה בחירותו של האדם" (רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי – תל-אביב, פ"ד נב(1) 697, 713 (1998)).

לענייננו יש להדגיש כי "על פי תפישת המשפט המינהלי בדורות האחרונים משמשת עילת הסבירות מכשיר עיקרי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל והיא ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון" (עניין אמונה, בעמ' 486). כפי שיובהר להלן, תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, מוביל לריכוז כוח שלטוני רב עוד יותר בידי הדרג הנבחר ולכך שבמצבים רבים הפרט יוותר ללא כל הגנה מפני פגיעה חמורה בו על ידי הממשלה או מי מחבריה, מאחר שדרכו לבית המשפט נחסמה כליל.

143. מדברי ההסבר להצעת התיקון ניתן להסיק כי התפיסה שעמדה בבסיסו היא שהחלטות הדרג הנבחר עוסקות, ככלל, בהתוויית מדיניות עקרונית המבוססת על השקפת העולם שבשמה נבחרו חברי הממשלה, ומשכך "קביעת האיזון הערכי בין השיקולים השונים הנוגעים להחלטה מינהלית צריכה להיות נתונה לנבחר הציבור ולא לבית המשפט" (עמ' 110 להצעת התיקון). עם זאת, כפי שהובהר לאורך דיוני הוועדה, החלטות הממשלה והשרים אינן מתמצות באיזון תיאורטי בין ערכים. הן משפיעות באופן ישיר על חייהם של אנשים ספציפיים, ולעיתים כרוכות בפגיעה קשה בהם (ראו, בין היתר, פרוטוקול ישיבה 105, בעמ' 116-117; פרוטוקול ישיבה 121, בעמ' 12-13, 15-16).

144. סמכויות רבות שהחוק מקנה לשרי הממשלה עוסקות בעניינים פרטניים הנוגעים ישירות לאדם או לגוף מסוים. במסגרת זו ניתן להזכיר, כרשימה חלקית ביותר ובבלתי ממצה, את הסמכויות הבאות:

- א. סמכויות שר הפנים להעניק או לבטל אזרחות ואשרת ישיבה וכן למנוע קבלת אשרת עולה (חוק האזרחות, התשי"ב-1952; חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952; סעיף 2(ב) לחוק השבות).
- ב. סמכויות להעניק או לבטל רישיונות, זיכיונות והיתרים (ראו, למשל: סעיף 41 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976; סעיף 19 לחוק הרופאים הווטרינרים, התשנ"א-1991; סעיף 10א לחוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002; סעיף 4(ב2) לחוק משק החשמל, התשנ"ו-1996; סמכויות שונות מכוח חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982; סעיפים 11(א) ו-11ב(א) לחוק המהנדסים והאדריכלים, התשי"ח-1958; סעיף 3 לחוק בשר ומוצריו, התשנ"ד-

1994 ; סעיפים 2-3 לחוק חמרי נפץ, התשי"ד-1954 ; סעיף 4א(א) לחוק הזרעים, התשט"ז-1956).

ג. סמכויות הנוגעות להפקעת קרקעות לצרכי ציבור, לפיצוי בגין תכניות פוגעות ומתן פטור מהיטל השבחה (סעיף 3 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943 ; סעיפים 189(ב), 190(א)(2), 197(ב) וסעיף 19(ב)(2) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה)).

ד. סמכויות הנוגעות להליכים פליליים (סעיף 18 לחוק ההסגרה, התשי"ד-1954 ; סעיפים 7-8 ו-13 לחוק לנשיאת עונש מאסר במדינת אזורותו של האסיר, התשנ"ז-1996. כן ראו סעיף 12 לחוק-יסוד: נשיא המדינה ודנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' זוהר, פ"ד סד(2) 421 (2010) העוסק בחתימת הקיום של שר המשפטים בענייני חנינה).

ה. סמכויות הנוגעות לזכויות עובדים (סעיפים 179 ו-12 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 ; סעיפים 1 ו-9 לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954 ; סעיף 28 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963 ; סעיף 2(ג) לחוק עבודת הנוער, התשי"ג-1953 ; סעיף 1ה(ג)(1) לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991).

ו. סמכויות בענייני משפחה, מעמד אישי וירושה (ראו למשל: סעיף 28טז לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 ; סעיף 16 לחוק השמות, התשט"ז-1956 ; סעיף 17(ב) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965).

בחלק מן המקרים הסמכויות האמורות הואצלו על ידי השר לגורמים אחרים, אך כידוע האצלות מסוג זה ניתנת לביטול בכל עת (ראו: ברק-ארז "משפט מינהלי", בעמ' 187-188 והאסמכתאות שם), ואילו הסמכות – על פי החוק המסמך – מצויה בידי השר.

145. במקרים לא מעטים נדרש בית המשפט להגן על זכויות ואינטרסים חשובים של פרטים כתוצאה מהחלטות הדרג הנבחר שהיו נגועות בחוסר סבירות קיצוני וביטאו איזון מעוות בין השיקולים השונים הנוגעים לעניין. כך היה, למשל, כאשר שר הביטחון סירב לבקשת משפחות שכולות לשינוי הכיתוב על מצבת יקריהם (בג"ץ 6069/00 העמותה להנצחת חללי אסון המסוקים בשאר יישוב נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 75 (2001)); כאשר שר הפנים סירב להעניק מעמד בישראל לבת של אזרחית ישראלית שגדלה והתחנכה בישראל ושהוחלט להעניק לה בעבר מעמד קבע, אך ההחלטה לא הובאה לידיעתה (עניין באוטיסטטה ; ראו גם: בג"ץ 3840/13 פלוני נ' משרד הפנים (30.11.2015)); וכן כאשר החלטות של שרים פגעו בצורה ניכרת באינטרסים כלכליים של פרטים (ראו למשל: בג"ץ 176/90 מכנס נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(5) 711, 730 (1993) ; בג"ץ 1829/93 חברת

הנסיעות והתיירות נצרת בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(4) 42 (1994); בג"ץ 5946/03 קשת פרימה תוספות מזון לב"ח בע"מ נ' המפקחת על המחירים – משרד התעשייה והרווחה (25.2.2007)). במקרה אחר שבו הוחלט לשלול מאדם את זכייתו בפרס ישראל בשל שיקולים לבר-מקצועיים, אף נקבע שהחלטת השרה היא כה בלתי סבירה עד שהיא אינה עומדת ולו בסטנדרט הסבירות "הצר", שכן מדובר בהחלטה לא-רציונאלית (בג"ץ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך, פסקה 52 לחוות דעתה של השופטת י' וילנר (29.3.2022); והשוו למקרה של החלטה בלתי סבירה להימנע ממינוי אדם שנמצא כמתאים על ידי הגורמים המקצועיים הרלוונטיים: בג"ץ 8134/11 אשר נ' שר האוצר, פסקה 20 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ריבלין (29.1.2012)).

146. גם החלטות רוחביות שניתן לראותן כהחלטות הנוגעות למדיניות עקרונית, עשויות להוביל לפגיעה קשה ביותר בפרטים, וזאת דווקא בשל חשיבותם של התחומים המוסדרים על ידי הממשלה וחבריה. הדוגמה המובהקת היא עניין ווסר שבו התערב בית המשפט בהחלטת הממשלה למגן באופן חלקי בלבד את מוסדות החינוך ב"עוטף עזה", בקובעו כי בהינתן האיום הביטחוני הממשי והקונקרטי, האיזון שבוצע באותו עניין בין "השיקול הביטחוני-מקצועי לשיקול התקציבי חורג חריגה ניכרת ממתחם הסבירות" (שם, בעמ' 215). דוגמה עדכנית נוספת היא עניין זילבר, שבו קבע בית המשפט כי המדיניות החדשה של שר האוצר ושרת הכלכלה והתעשייה לשינוי מבחני התמיכה לסבסוד מעונות היום למשפחות אברכים, כוללת הוראת מעבר קצרה שהינה בלתי סבירה באופן קיצוני (ראו והשוו: בג"ץ 5290/97 עזרא –תנועת הנוער החרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 410, 430 (1997)).

147. ויודגש – בניגוד לטענות שנשמעו בהליכי חקיקת התיקון וכן על ידי חלק מהמשיבים בהליכים דנן – עילות הביקורת האחרות במשפט המינהלי אינן מהוות תחליף אפקטיבי לעילת הסבירות. לכן, ברבים מן המקרים שצוינו לעיל ובמקרים נוספים אחרים, ללא עילת הסבירות לא ניתן היה להעניק סעד לעותרים והם היו מוצאים עצמם בפני שוקת שבורה.

148. אחת הטענות המרכזיות שנשמעו בדיוני הוועדה ועלו בטענות של חלק מן המשיבים בהקשר זה, היא שעילת המידתיות ממילא משמשת כעילת ביקורת שיפוטית על החלטות שפוגעות בזכויות יסוד, ומשכך הפגיעה הנגרמת כתוצאה מביטול עילת הסבירות ביחס להחלטות הדרג הנבחר אינה דרמטית (ראו: דבריו של ח"כ רוטמן

בפרוטוקול ישיבה 105, בעמ' 77 ובפרוטוקול ישיבה 113 של ועדת החוקה, הכנסת ה-25, 55 (3.7.2023); פסקה 332 לתצהירי התשובה מטעם הכנסת; פסקה 245 לתצהירי התשובה מטעם משיבי הממשלה).

עילת המידתיות התפתחה והתעצבה לאורך השנים בשיטתנו בעיקר על רקע עיגונה המפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק, וכיום היא נתפשת בפסיקה כעילה חשובה המספקת הגנה במקרים שבהם נפגעות זכויות הפרט (ראו, מני רבים: בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, פסקה 19 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר (15.6.2011); בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 73 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן (31.10.2017); ראו גם: בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122, 193-190 (2011); ברק-ארז "משפט מינהלי", בעמ' 784-785). עם זאת, כפי שמלמדות הדוגמאות שהוצגו לעיל, לעיתים נפגע הפרט פגיעה משמעותית כתוצאה מהחלטה שלטונית גם בלא שניתן להצביע על פגיעה ישירה בזכות (ראו בהקשר זה גם את דבריו של עו"ד בליי בפרוטוקול ישיבה 109, בעמ' 41-42; ובפרוטוקול ישיבה 120 של ועדת החוקה, הכנסת ה-25, 76 (11.7.2023) (להלן: פרוטוקול ישיבה 120)). כך, למשל, כאשר מדובר באיזון פגום בין שיקולים תקציביים לשיקולי ביטחון הציבור, או כאשר האינטרסים שנפגעים הם אינטרסים כלכליים וחברתיים שאינם בגדר זכויות מוקנות – כמו סובסידיות, שירותים סוציאליים, רישיונות, מינויים, פרסים וענייני מעמד. במקרים כאלה, עילת הסבירות עשויה להיות הכלי המשפטי היחיד להגנה אפקטיבית על הפרט (ראו והשוו למקרים נוספים שבהם שימשה עילה זו להתערבות בהחלטות של רשויות אחרות: עניין סלע שבו הרשות המקומית נמנעה מהקצאת קרקע להקמת מקווה ולא העניקה משקל ראוי לפגיעה באורח החיים של תושבות היישוב שומרות המצוות; ובג"ץ 4988/19 רונצווייג מויסה נ' הרשות לשירותים ציבוריים חשמל (20.1.2022) שבו ניתן צו מוחלט הקובע כי רשימת הצרכנים שאספקת החשמל חיונית להם ואין לנתק אספקה זו בשל חוב, הינה "מצומצמת באופן החורג ממתחם הסבירות").

149. הדברים יפים גם כאשר לעילה הנוגעת לשיקולים זרים. עילה זו אף היא אינה מהווה חלופה אפקטיבית לעילת הסבירות. הטוען לקיומם של שיקולים זרים בהחלטת הרשות המינהלית נדרש להניח תשתית ראייתית לטענותיו. מדובר בנטל משמעותי בהינתן העובדה שהוא נדרש לחשוף את מניעיה הפסולים של הרשות, או להציג אינדיקציות נסיבתיות בעלות משקל ממשי המעידות על מניעים אלה (ראו: בג"ץ 4500/07 יחימוביץ' נ' מועצת הרשות השנייה לרדיו ולטלוויזיה, פסקה 12 (21.11.2007); בג"ץ 8756/07 עמותת "מבוי סתום" נ' הוועדה למינוי דיינים, פסקה 43 (3.6.2008); ברק-

ארז "משפט מינהלי", בעמ' 669-672). בשל הקשיים הראייתיים המשמעותיים הקיימים בהקשר זה – חלק ניכר מהעיתירות המבוססות על הטענה בדבר שיקולים זרים, נדחות בהיעדר ביסוס עובדתי (שם, בעמ' 670). כמו כן, העילה בדבר שיקולים זרים אינה מתייחסת כלל למצבים של פגם באיזון שערך הרשות בין שיקולים שהינם ראויים כשלעצמם (ראו: ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד (2) 1, 39-40 (2010)), וגם בשל כך עילה זו אינה מהווה תחליף לבחינת סבירותה של החלטה.

150. עילה נוספת שהוזכרה בדיוני הוועדה ובטענות הצדדים בהליכים דנן, היא עילת השרירות (ראו, למשל: פרוטוקול ישיבה 126, בעמ' 50 ו-57; פסקה 316 (א) לתצהיר התשובה של הכנסת). אפילו אניח כי מדובר בעילה מובחנת מעילת הסבירות ולא באחד הרבדים של עילת הסבירות, בדומה ל"מופרכות" (ראו גישות שונות בהקשר זה: זמיר "הסמכות המינהלית", בעמ' 3535-3537; ברק-ארז "משפט מינהלי", בעמ' 724; ראו גם: פרוטוקול ישיבה מס' 126, בעמ' 127) – שרירות נוגעת, מעצם טבעה, להתנהלות שלטונית נדירה וקיצונית. כך, הפסיקה והספרות התייחסו להחלטה שרירותית כהחלטה שהתקבלה "על יסוד תחושה בעלמא" או "ללא תלות בעובדות המקרה" ואף כ"סוג של שחיתות" (בג"ץ 986/05 פלד נ' עיריית תל אביב-יפו, פסקה 14 (13.4.2005); זמיר "הסמכות המינהלית", בעמ' 3446-3447; ראו גם: ע"מ 1930/22 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות (ע"ר) נ' עיריית ירושלים, פסקה 39 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (11.10.2023); רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי, פסקאות 70-72 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (31.10.2018); בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו (2) 449, 460 (1981)). עילה עצמאית המבוססת על כל אחת מהגדרות הללו אינה יכולה להוות חלופה של ממש לבחינת חוסר הסבירות של החלטות, שכן הגדרות אלה מכוונות למצבי קיצון שבהם נדמה כי לא הופעל שיקול דעת כלל טרם קבלת ההחלטה.

151. למעשה, עילת הסבירות היא זו שמהווה במקרים רבים תחליף לעילות הביקורת האחרות, ומניעת היכולת להתבסס עליה פוגעת פגיעה קשה בפרט גם בהקשר זה. הפסיקה עמדה לא אחת על תפקידה של עילת הסבירות כמעין "מושג שסתום" שיכול לשמש כלי חשוב לאיתור החלטות מינהליות הנגזרות בפגמים חמורים אחרים, כמו שיקולים זרים, מקום שקיים קושי ראייתי להוכיחם (עניין הנגבי 2014, בפסקה 2 לחוות דעתה של הנשיאה נאור; עניין נתניהו, בפסקה 5 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז; ראו גם: ברק-ארז "משפט מינהלי", בעמ' 726). בהקשר זה נפסק כי "בפועל במתכונת שיורית זו, דוקטרינת הסבירות מביאה תועלת חברתית מרובה: היא מספקת לבתי המשפט כלי יעיל והכרחי לביקורת שיפוטית תחת חוסר ודאות ואינה מאפשרת לרשויות השלטון

להסתיר את קלקלתן על ידי ניצול של עמימות המסד העובדתי" (עניין שיינפלד, בפסקה 35 לחוות דעתו של השופט שטיין). בנסיבות אלה, כפי שהיטיב לציין פרופ' יצחק זמיר, "לא יהיה זה הוגן לשלול מן העותר את כבשת הרש של עילת הסבירות, שלא פעם היא העילה היחידה המאפשרת לו, באמצעות בית המשפט, לעשות משפט צדק ולהגן על חוקיות המינהל" (זמיר "הסמכות המינהלית", בעמ' 3607).

152. הנה כי כן, במצב המשפטי הקיים עילות הביקורת האחרות לא תוכלנה לפצות על הפגיעה רחבת ההיקף בפרט אם שורת החלטות המתקבלות על ידי הדרג הנבחר על בסיס יומיומי, יהיו חסינות מפני ביקורת על פי עילת הסבירות. בהקשר זה צוין בעניין אמונה כי:

"צמצומה של עילת הסבירות עלול ליצור חלל ריק במיתחם הביקורת השיפוטית שעילות ביקורת אחרות לא תמלאנה, ולהצר עד למאוד את נכונותו של בית המשפט להתערב במצבים בהם הרשות המינהלית בהחלטתה לא שקלה את מלוא השיקולים הרלבנטיים ואותם בלבד, או שקלה אותם, אך לא ייחסה להם את המשקלות היחסיים המתאימים. קל לשער את הנזק הצפוי מתהליך כזה לרעיון חוקיות המינהל ולתכלית ההגנה על האזרח ביחסו אל הממשל, העומד ביסוד הגדרתן של עילות הביקורת השיפוטית על המינהל" (שם, בעמ' 487).

153. הכנסת טוענת כי עם הזמן ניתן יהיה להתמודד עם השלכות התיקון בכלים שיפוטיים באמצעות פיתוח עילות חדשות או שינוי הדרך שבה מיושמות עילות ביקורת קיימות. ואולם, הנחה ספקולטיבית זו, אינה מספקת מענה למצוקותיהם של פרטים שייפגעו כבר עתה מהחלטות מינהליות בלתי-סבירות בלא יכולת להמתין שנים לשינויים מהותיים שאולי יתרחשו במשפט המינהלי בעתיד, אם בכלל.

האפשרות להחליף את הביקורת השיפוטית על החלטות בלתי-סבירות בביקורת ציבורית או ביקורת פרלמנטרית, שהועלתה כאפשרות על ידי הכנסת ומשיבי הממשלה (ראו: פסקאות 318-319 לתצהיר התשובה של הכנסת; פסקה 265 לתצהיר התשובה של משיבי הממשלה), אף היא אינה מספקת מענה לפגיעה הקשה בפרט הנגרמת כתוצאה מהתיקון. במישור המוסדי, הכנסת וועדותיה אינן מסוגלות – ואינן אמורות – לקיים פיקוח שוטף ואפקטיבי על אלפי ההחלטות המתקבלות בידי הממשלה והשרים, מדי שנה, רבות מהן בעלות אופי פרטני (עמד על כך הייעוץ המשפטי לוועדה בעמ' 11 למסמך ההכנה מיום 23.6.2023; על מגבלות יכולת הפיקוח של הכנסת ראו: חן פרידברג וראובן חזן פיקוח הכנסת על הממשלה: תמונת מצב והצעה לרפורמה (מחקר מדיניות 77, המכון



הישראלי לדמוקרטיה, 2009)). ההכרעה בשיטה דמוקרטית בריבו של האזרח עם השלטון נעשית בבית המשפט (ראו: בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד 337, 362 (1970)). מנגנוני הביקורת הפרלמנטריים מתמקדים ב"הליכים של קביעת מדיניות כללית על ידי הממשלה ו[פיקוח] עליהם", ולא במקרים ספציפיים המגיעים כעניין שבשגרה לבתי המשפט (דותן "ביקורת שיפוטית", בעמ' 82-83). זאת, אף מבלי להתייחס לקושי הטמון בכך שבכנסת ובוועדותיה קיים, מטבע הדברים, רוב קואליציוני שיכולתו לשמש בלם אפקטיבי על פעולות הממשלה מוטלת בספק, וזאת בלשון המעטה (ראו והשוו: שם, בעמ' 85).

154. כמו כן, אין ממש בטענת משיבי הממשלה לפיה התיקון אך קובע "נורמה [ה] מקובלת ברובן המכריע של מדינות המערב הדמוקרטיות" ביחס לתחולת עילת הסבירות (פסקה 258 לתצהיר התשובה מטעמם). ראשית, כפי שכבר צוין לעיל, יש לבחון את השלכות התיקון על רקע ההקשר החוקתי הספציפי שבו הוא התקבל. ברי כי בשיטה שבה הממשלה שולטת ברשות המחוקקת והביקורת השיפוטית היא המנגנון האפקטיבי היחיד שמשמש כבלם על פעולותיה, צמצום משמעותי של עילת הסבירות פוגע פגיעה קשה ומשמעותית הרבה יותר בהפרדת הרשויות לעומת הפגיעה שעלולה להיגרם כתוצאה מתיקון דומה בשיטות המצויידות במנגנונים מגוונים של איזונים ובלמים.

זאת ועוד – טענה זו אף אינה מדויקת כשלעצמה. המגמה העולמית בעשורים האחרונים הינה מגמה המרחיבה את תחולתה של עילת הסבירות ועילות דומות לביקורת על שיקול הדעת המינהלי, ולא של צמצומן (ראו פירוט במסמך ההכנה מיום 23.6.2023, בעמ' 6; כן ראו: ברק-ארז "משפט מינהלי", בעמ' 724). דוגמה בולטת לכך ניתן למצוא בבריטניה, בה עוצב לראשונה מבחן *Wednesbury* המצמצם. כיום דוגלת השיטה הבריטית בגישה מרחיבה יותר לעילת הסבירות (ראו: כהן "היבטים השוואתיים", בעמ' HARRY WOOLF ET AL., DE SMITH'S JUDICIAL REVIEW, para. 11-099 (8th ed. ; 790-782 (2018)), ובפסקי דין מהעת האחרונה אף הובהר, בדומה לגישה הנקוטה בישראל, כי לעילת הסבירות ישנו גם היבט "איזוני" (ראו: שם, בפסקה 11-030; *Kennedy v The Charity Commission* [2014] UKSC 20, para. 54; *Adam Perry, Wednesbury*; *Unreasonableness*, 82 CAMBRIDGE L.J. 483, 486 (2023)). מעבר לכך, בתי המשפט בבריטניה בוחנים גם את סבירות החלטותיהם של שרים, תוך מתן משקל להיותם נבחרים **ציבור** (H.W.R. WADE & C.F. FORSYTH, ADMINISTRATIVE LAW 318 (10th ed. 2009); *Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] AC 997 (HL)). ראו גם: זמיר "הסמכות המינהלית", בעמ' 3870-3871).

כמו כן, בעשור האחרון קיימו בתי המשפט העליונים באוסטרליה ובקנדה דיונים מקיפים בעילת הסבירות, במסגרתם הסדירו וביססו את השימוש בה כעילה מרכזית במשפט המינהלי. באוסטרליה הרחיב בית המשפט העליון את אמת המידה לחוסר-סבירות של החלטות, תוך שקבע כי יש לנטוש את המבחן המצמצם המזוהה עם עניין *Wednesbury*, ולהעדיף בחינה מעמיקה יותר (249 (2013) *Minister of Immigration v Li*, CLR 332; עילת הסבירות אף מעוגנת באוסטרליה בחוק: *Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977, s 5(2)(g)*). בקנדה ערך בית המשפט העליון בפסק דין משנת 2019 הסדרה מקיפה של עילות הביקורת המינהליות והעצים את מקומה ותפקידה של עילת הסבירות על חשבון בחינה דה-נובו של ההחלטה המינהלית, שתתקיים רק במקרים חריגים (4 [2019] *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, S.C.R. 653 (להלן: עניין ואבילוב); *PAUL DALY & COLLEEN FLOOD*, ADMINISTRATIVE LAW IN CONTEXT 351 (2021)). פסק הדין הבהיר כי עילת הסבירות חלה גם על החלטות שקיבלו שרים ועל החלטות מדיניות (עניין ואבילוב, בפסקאות 89-88). בספרות אף צוין כי במובנים מסוימים מאז עניין ואבילוב הוחמרה הביקורת השיפוטית בקנדה על החלטות של שרים ונבחרים אחרים (Paul Daly, *Vavilov and the Culture of Justification in Contemporary Administrative Law*, 100 SUP. CT. L. REV. (2021) 279, 303-304).

עוד יצוין כי אף שעילת הסבירות אינה עילה מרכזית בשיטות המשפט הקונטיננטליות, הלכה למעשה גם בשיטות אלו קיימת ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי בהתבסס על מבחנים דומים במהותם, ולעיתים קרובות אף מחמירים יותר ביחס לרשות המינהלית בהשוואה לאלו הנהוגים במשפט המקובל (רון שפירא "על סבירותה של עילת הסבירות" הפורום הישראלי למשפט וחירות – בלוג רשות הרבים 1, 2 (16.1.2023); יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב 109, 129-130 (התשנ"ד). כן ראו: JOHN BELL & FRANÇOIS (2002) 191-95 *CONTEMPORARY FRENCH ADMINISTRATIVE LAW*; LICHÈRE, MAHENDRA P. SINGH, GERMAN ADMINISTRATIVE LAW IN COMMON LAW PERSPECTIVE (2001) 165-66).

155. הסקירה ההשוואתית אך ממחישה את הקשיים המהותיים שמעורר התיקון – בשיטות משפט אחרות המגמה היא להרחיב את השימוש בעילת הסבירות, וזאת בין היתר, על רקע הגידול בכוחה של הרשות המבצעת במדינה המודרנית והצורך לפקח על שיקול דעתה (ראו והשוו: יואב דותן הנחיות מינהליות 510-511 (1996)). לעומת זאת, בישראל – שבה הממשלה מרכזת בידה כוח חסר תקדים במונחים השוואתיים – בחרה

הרשות המכוננת לחסום באופן גורף, קיצוני וחריג את האפשרות לבחון את סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים.

156. המשמעות המיידית של התיקון – השולל לחלוטין מן הפרט כל אפשרות להעלות טענות בעניין סבירות החלטות הממשלה ושריה ואת האפשרות לקבל סעד מכוח טענות אלה – היא פגיעה אנושה בזכות הגישה לערכאות "שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד" (עניין ארפל, בעמ' 629).

משיבי הממשלה טוענים כי בענייננו אין כל פגיעה בזכות הגישה לערכאות, שכן זכות זו נוגעת לאפשרות לקבל סעד על פי הדין ובענייננו הדין עצמו השתנה (פסקה 266 לתצהיר התשובה מטעמם). טענה זו אין לקבל. התיקון אומנם ביטל את עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית ביחס לדרג הנבחר, אך אין בו כדי לשחרר את הממשלה וחבריה מחובת סבירות. בהתאם לחובה זו עליהם להפעיל את שיקול הדעת באופן ראוי, תוך מתן משקל מתאים למכלול השיקולים הרלוונטיים. זאת, שכן כל רשות מינהלית מפעילה את סמכויותיה כנאמנה של הציבור (ראו: עניין אייזנברג, בעמ' 258-259; בג"ץ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 39 (24.11.2009) (להלן: עניין ג'רבי)). במהלך הדיונים בוועדת החוקה אף הבהיר יו"ר הוועדה, ח"כ רוטמן, יוזם התיקון, כי חובה זו נותרה שרירה וקיימת ביחס לממשלה ולשרים (פרוטוקול ישיבה 121, בעמ' 34-35). עמדה דומה הוצגה בהליך שלפנינו גם בטיעוני הכנסת (פסקה 301 לתצהיר התשובה מטעם הכנסת). על כן, בעוד שהדין החל בהקשר זה על הממשלה, ראש הממשלה והשרים נותר כמות שהוא – מן הפרט נשללת ההגנה מפני כוחו של השלטון, שכן הוא לא יוכל עוד לקבל סעד בגין הפרה של הדין, אף אם מדובר בפגיעה קשה וחמורה באינטרסים חשובים שלו.

157. בעניין ארפל צוין כי "חסימת הדרך לבית-משפט – בין במישורין ובין בעקיפין – ולו באורח חלקי" פוגעת "ביסוד הדמוקרטי של המדינה" (שם, בעמ' 629). מסקנה זו נובעת מן התכלית העומדת לכתחילה בבסיס עקרון הפרדת הרשויות – מניעת צבירת כוח רב בידי השלטון ומניעת האיום שייווצר כתוצאה מכך על הפרטים במדינה. התיקון נושא העתירות וביטול עילת הסבירות בכל הנוגע לדרג הנבחר, שומט מידי בית המשפט כלי פיקוח מרכזי ומקנה כוח שלטוני משמעותי נוסף ובלתי מוגבל בידי הממשלה, המחזיקה ממילא בכוח חסר תקדים.

לפיכך, אין מנוס מן המסקנה כי התיקון פוגע פגיעה חמורה וקשה ביותר בעקרון הפרדת הרשויות, שהוא אחד המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

#### 4.ד. הפגיעה בשלטון החוק

158. משמעותו הבסיסית של עקרון שלטון החוק במדינה דמוקרטית היא ש"אין איש או גוף שהוא מעל למשפט" (בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 682 (1995)). עקרון זה אינו חל רק על הפרטים במדינה: "[...] כל הרשויות השלטוניות, לרבות הממשלה עצמה, כפופות לחוק. אין רשות שהיא מעל לחוק" (עניין אייזנברג, בעמ' 274). הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל משמשת משכבר הימים כלי מרכזי ביותר בהגנה על שלטון החוק, וההבטחה כי השלטון פועל כדין מצויה בליבת תפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית (ראו: עניין רסלר, בעמ' 462; דותן "ביקורת שיפוטית", בעמ' 70; רובינשטיין ומדינה, בעמ' 174).

הדין משמעו – הדין החקוק והדין הפסוק, ובכללו המשפט המינהלי כפי שעוצב לאורך השנים בפסיקה (עצ"ם 867/11 עיריית תל אביב-יפו נ' אי.בי.סי ניהול ואחזקה בע"מ, פסקה 28 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (28.12.2014)). עילת הסבירות נמנית עם כללי המשפט המינהלי ובאשר לתחולתה על כלל רשויות המינהל צוין כי:

"ככל החלטה של גוף מינהלי, גם החלטות הממשלה, שריה והעומד בראשה נתונות לביקורת שיפוטית, על-פי עילות המשפט המינהלי. 'שיקול-הדעת של הממשלה, כמו שיקול-הדעת של כל שר בממשלה ושל כל רשות אחרת, מוגבל ומונחה על-ידי כללים משפטיים, ובית-המשפט מופקד על קיום כללים אלה. בין השאר, הממשלה חייבת להפעיל את סמכויותיה על-פי שיקולים ענייניים, ולא על יסוד שיקולים זרים, במסגרת מיתחם הסבירות ובאופן מידתי' [...] כל רשות שלטונית עלולה לקבל החלטה שאינה סבירה, או שאינה עולה בקנה אחד עם כללי המשפט המינהלי. הממשלה אינה חריג לכלל זה [...]" (עניין הנגבי 2003, בעמ' 840).

159. בחינה מעמיקה של התיקון מלמדת כי השלכותיו במישור שלטון החוק הן קשות ביותר. כאמור, התיקון לא שינה במאום מחובת הסבירות החלה על הממשלה, על ראש הממשלה ועל כל שר מן השרים, אשר מהיותם נאמני ציבור נגזרת באופן ישיר חובתם לפעול בסבירות (עניין פנחסי, בעמ' 461). על הממשלה ועל שריה כמו על כל רשות מינהלית אחרת מוטלת על כן, החובה "לשקול את מכלול השיקולים הרלבנטיים,

ולהימנע משיקולים שאינם ממין הענין; [...] להעניק לכל אחד מן השיקולים הרלבנטיים את המשקל הראוי לו בנסיבות הענין, ולהגיע בדרך של שיקולול נאות של הגורמים השונים להחלטה מאוזנת, שתימצא במתחם הסבירות" (עניין ג'דבי, בפסקה 39).

עם זאת, בעקבות התיקון, חובת הסבירות נותרה בלתי אכיפה ביחס לממשלה וחבריה, וזאת בניגוד ליתר רשויות המינהל. במילים אחרות, התיקון קובע, באופן גורף, כי בית המשפט אינו מוסמך עוד לדון בסבירות החלטה כלשהי שתתקבל על ידי הממשלה או מי מחבריה וממילא אין הוא מוסמך עוד להושיט סעד באותם המקרים שבהם ההחלטה שהתקבלה הינה בלתי-סבירה. זאת בעוד שאם אותה החלטה ממש תתקבל על ידי כל גוף או בעל תפקיד אחר ברשות המבצעת – שאינו חלק מן הממשלה – הפטור לא יחול וההחלטה תהא כפופה לביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות.

160. הפועל היוצא מהמצב המשפטי שנוצר בעקבות חקיקת התיקון הוא שביחס לדרג הנבחר קיים "דין" (חובת הסבירות) אך אין "דיין" שיוכל לבחון את קיום החובה, משום שהתיקון שולל את סמכותו של כל גורם המחזיק בסמכות שפיטה לשמוע טענות בעניין סבירות החלטות הממשלה וחבריה או להעניק סעד מכוח עילה זו. כך יוצא שהדרג הנבחר, המחזיק למעשה בכוח השלטוני הרב ביותר ולרשותו עומדות סמכויות רחבות היקף שעשויות לפגוע פגיעה קשה בפרטים ובאינטרס הציבורי, פטור מביקורת שיפוטית בכל הנוגע לסבירות החלטותיו וכבר נפסק כי "באין דיין ייעלם אף הדין עמו" (עניין ארפל, בעמ' 629). מצב דברים זה יש בו משום פגיעה אנושה בעקרון שלטון החוק, ברובד הפורמאלי וברובד המהותי כאחד. כפי שצוין בעניין אייזנברג:

"מעמדה הרם של הממשלה, כרשות המבצעת של המדינה (סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה), אין בכוחו להעניק לה כוחות שהחוק אינו מעניק לה [...] אכן, זה כוחה של דמוקרטיה המכבדת את שלטון החוק. זהו שלטון החוק הפורמאלי, אשר לפיו כל הרשויות השלטוניות, לרבות הממשלה עצמה, כפופות לחוק. אין רשות שהיא מעל לחוק, אין רשות הרשאית לפעול מתוך חוסר סבירות. זהו גם שלטון החוק המהותי, אשר לפיו יש לאזן בין הערכים, העקרונות והאינטרסים של החברה הדמוקרטית, תוך הסמכת השלטון להפעיל שיקול-דעת המאזן באופן ראוי בין השיקולים הראויים" (שם, בעמ' 274; ההדגשות נוספו).

161. הפגיעה בשלטון החוק היא קשה במיוחד נוכח היווצרותם של "חללים ריקים" בביקורת השיפוטית (או "חורים שחורים נורמטיביים" כפי שהגדירו זאת העותרים והיועצת). פגיעה זו נובעת מכך שנשללת מבית המשפט האפשרות לבחון באופן

אפקטיבי החלטות המתקבלות בתחומים שלמים שבהם ההגנה על אינטרסים ציבוריים חשובים ביותר, מבוססת באופן כמעט בלעדי על בחינת סבירות החלטות הממשלה ושריה.

162. כך, עילת הסבירות הינה הכלי המרכזי הנתון לבית המשפט להבטחת טוהר המידות בשירות הציבורי. הדבר בא לידי ביטוי בעיקר בכל הנוגע למינויים פסולים לתפקידים ציבוריים. עילת הסבירות היא זו שמאפשרת קיום ביקורת שיפוטית במצבים קיצוניים שבהם אף שהמינוי נעשה בסמכות ובהתאם לדרישות הפורמליות, נפל פגם חמור בשיקול הדעת של הגורם הממנה. אכן, "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'" (עניין הנגבי 2014, בפסקה ב' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; ראו גם: שם, בפסקה 2 לחוות דעתה של הנשיאה נאור; לסקירה עדכנית בעניין זה ראו: בל יוסף ואלעד גיל "השימוש בעילת הסבירות בפיקוח על מינויים ציבוריים" תכלית – המכון למדיניות ישראלית (2.7.2023)). תרומתה של עילת הסבירות לטוהר המידות בשירות הציבורי היא משמעותית בייחוד בהינתן העובדה שהעילה הנוספת שעשויה להיות רלוונטית בהקשר זה – עילת השיקולים הזרים שמכוחה ניתן לבחון מינויים פוליטיים פסולים – כרוכה בקשיי הוכחה משמעותיים, ובפועל נדירים המקרים שבהם מתקבלת טענה זו ביחס למינוי (ראו: ברק-ארז "משפט מינהלי", בעמ' 658; מרים בן-פורת "מינויים פוליטיים (בעיות נקודתיות)" ספר שמגר חלק א 91, 106-110 (2003); למקרה נדיר שכזה ראו: בג"ץ 6458/96 אבו קרינאת נ' שר הפנים, פ"ד נב(2) 132, 139-140 (1998)).

163. חשיבותה של עילת הסבירות ככל שהדבר נוגע להחלטות הדרג הנבחר, באה לידי ביטוי באופן בולט במינויים לתפקידים ציבוריים של מי שדבק בהם פגם מוסרי משמעותי, ואשר בעניינם לא ניתן משקל הולם לעקרונות של טוהר המידות ומנהל תקין ולאמון הציבור ברשויות השלטון. כך, מכוח עילת הסבירות נפסל, בין היתר, מינוי של מי שהיה מעורב בעבירות חמורות ביותר, לתפקיד מנכ"ל משרד ממשלתי (עניין אייזנברג; ראו גם: עניין שריד); נקבע כי ראש הממשלה מחויב להעביר מכהונתם שרים וסגני שרים שהוגשו נגדם כתבי אישום בעבירות שחיתות או שהורשעו במספר מקרים בפלילים (עניין דרעי; עניין פנחסי; ועניין שיינפלד); בוטלה הארכת כהונתו של בכיר במשרד התחבורה שהורשע בדין משמעתי בעבירות שבוצעו במהלך מילוי תפקידו (בג"ץ 7542/05 פורטמן נ' שטרית (11.2.2007)); ובוטלה החלטת שר הביטחון להעלות לדרגת אלוף קצין שהודה בהתנהגות בלתי הולמת על רקע מיני והורשע בדין משמעתי (בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62 (1999)).

164. במצבים אחרים היוותה עילת הסבירות בסיס משפטי להגנה מפני פגיעה חריגה בתקינות פעילות המנהל הציבורי. כך למשל, בית משפט זה פסל מינוי שבוצע בניגוד להמלצת ועדת המינויים, תוך שצוין שהרושם המתקבל הוא כי "המניע הדומיננטי" למינוי היה "הזיקה הפוליטית ההדוקה" בין הממונה לשר האחראי, להבדיל משיקולים מקצועיים של התאמה לתפקיד (עניין ג'רבי, בפסקה 62 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה). עוד קבע בית המשפט בעבר כי מצב שבו סגן שר מחזיק בפועל בסמכויות המשרד בעוד ראש הממשלה מוגדר כשר ("סגן שר במעמד שר"), הוא בלתי-סביר בצורה קיצונית (בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל (23.8.2015)). בפסיקה אף צוין כי הימנעות ממינוי לתפקידים חיוניים, תוך הותרת המשרה בלתי מאוישת לאורך זמן, גורמת לפגיעה קשה בציבור ועשויה להיחשב בלתי סבירה (ראו: בג"ץ 258/13 חי נ' ועדת החריגים לקציבת כהונת משרה בכירים מכהנים במשרד ראש הממשלה, פסקה 19 (20.3.2013); בג"ץ 1004/15 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' השר לבטחון פנים, פסקאות 15-16 לחוות דעתה של הנשיאה נאור (1.4.2015)).

165. הסכנה הטמונה בשלילת האפשרות להתערבות שיפוטית במקרים קיצוניים שבהם נפל פגם חמור במינויים המבוצעים על-ידי הממשלה ושריה, היא גדולה במיוחד. זאת בהתחשב בטיבם של המינויים שעליהם הם מופקדים. הממשלה אחראית על מינוי התפקידים הבכירים ביותר בשירות המדינה ובהם הרמטכ"ל, ראש השב"כ, מפכ"ל המשטרה, נגיד בנק ישראל ונציב שירות בתי הסוהר (סעיף 3(ג) לחוק-יסוד: הצבא; סעיף 3(א) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002; סעיף 8א לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת המשטרה); סעיף 6 לחוק בנק ישראל, התש"ע-2010; סעיף 78 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר)). כמו כן, סעיף 23 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 (להלן: חוק שירות המדינה)), מאפשר לממשלה לקבוע אילו מינויים טעונים אישור שלה, וכיום רשימה זו כוללת, בין היתר, את ראש המטה לביטחון לאומי, היועץ המשפטי לממשלה והמשנים שלו, פרקליט המדינה, ראש הוועדה לאנרגיה אטומית, ראש המועצה הלאומית לכלכלה, החשב הכללי, הממונה על התקציבים, הממונה על שוק ההון, מנהל רשות המיסים, ראש רשות האוכלוסין וההגירה, שגרירי ישראל בעולם ועוד (ראו: התוספת השנייה לחוק שירות המדינה). לצד זאת, קיימת שורה ארוכה של מינויים בכירים המצויים בסמכותם של שרי הממשלה (ראו, למשל: סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 (להלן: חוק החברות הממשלתיות); סעיף 9 לחוק השידור הציבורי

הישראלי, התשע"ד-2014; סעיף 3 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968; סעיף 2 לחוק התכנון והבניה; סעיף 7 לפקודת המשטרה; סעיף 79 לפקודת בתי הסוהר).

יתרה מכך, בידי הממשלה והשרים עומדת במקרים רבים גם האפשרות לפטר את אותם נושאי תפקיד בכירים, וזאת, בין היתר, בהתבסס על ההוראה הכללית בסעיף 14 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 לפיה "הסמכה לעשות מינוי – משמעה גם הסמכה להתלות את תקפו, לבטלו, לפטר את מי שנתמנה או להשעותו מתפקידו" (ראו גם: סימן 15 לדבר המלך במועצה וכן: זמיר "הסמכות המינהלית", בעמ' 565, 656-657; בג"ץ 3884/16 פלונית נ' השר לביטחון פנים, פסקה 21 (20.11.2017)). קיימים אומנם מינויים שבהם, נכון להיום, נדרשת המלצת ועדה מייעצת או ועדת איתור ואף נקבע לגביהם הליך מסודר לסיום כהונה, אך דרישות אלה מעוגנות בעיקרן בהחלטות ממשלה שניתנות לביטול (ראו, בין היתר: החלטה 3839 של הממשלה ה-34 "הוועדה המייעצת למינויים לתפקידים בכירים וביטול החלטות ממשלה" (27.5.2018); החלטה 516 של הממשלה ה-9 "תנאים למינוי משרות מסויימות" (14.8.1960); החלטה 4892 של הממשלה ה-27 "ועדת המינויים בראשות נציב שירות המדינה – תיקון החלטת הממשלה מס. 516 מיום 14.8.60" (7.3.1999); החלטה 2274 של הממשלה ה-28 "דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה" (20.8.2000)). אף בהנחה שהחלטות אלה ייוותרו על כנן, שלילת עילת הסבירות תחסום את הביקורת השיפוטית במצבים שבהם לא ניתן משקל מתאים להמלצת הגורמים הרלוונטיים (כפי שאירע למשל בעניין ג'רבי).

166. הנה כי כן, הסרת הפיקוח השיפוטי על סבירות החלטות הממשלה והשרים ביחס לכלל המינויים שבתחום סמכותם, תותיר את הציבור ללא הגנה ממשית במצבים שבהם בכירים בשירות הציבורי ימונו או יפוטרו משיקולים פוליטיים בלבד. כפי שהדגישו העותרים והיועצת בעמדתם, ההשלכות בהקשר זה הן חמורות במיוחד ביחס לגורמים האמונים על אכיפת החוק – כמו היועצת המשפטית לממשלה, פרקליט המדינה ומפקח המשטרה – שבהיעדר ביקורת שיפוטית אפקטיבית, שאלת מינויים והמשך כהונתם הופכת תלויה כל כולה בחסדי הדרג הנבחר, באופן שעלול לערער את עצמאותם. רכיב זה של עצמאות מערכת אכיפת החוק הוא חלק הכרחי במילוי תפקידה לשמירה על שלטון החוק במדינה, והוא אף חיוני להתמודדותה של מדינת ישראל עם אתגרים משפטיים במישור הבינלאומי (ראו: עמחי כהן "המשפט הפלילי הבינלאומי" משפט בינלאומי 473, 507 (יעל רונן עורכת, מהדורה רביעית, 2023)). נקודה אחרונה זו באשר להשלכות הבינלאומיות של התיקון, עמדה במוקד עתירת נומה ונזכרת גם בפסקה 307 לתצהיר התשובה מטעם היועצת.



במהלך דיוני הוועדה הוצגה סוגיית המינויים והפיטורים בשירות הציבורי שוב ושוב כסוגיה קריטית על ידי המשתתפים בדיונים ועל ידי הייעוץ המשפטי לוועדה בפרט, ובמסגרת זו אף הועלו אפשרויות לקביעת מנגנונים חלופיים לביקורת השיפוטית בהקשר זה (ראו: פרוטוקול ישיבה 120, בעמ' 91-92; פרוטוקול ישיבה 121, בעמ' 11-12). עם זאת, מנגנונים אלה לא אומצו בסופו של דבר, ותחת זאת אף נוספה לנוסח הסופי של התיקון ההבהרה כי "החלטה" פירושה "כל החלטה, לרבות בענייני מינויים [...]". בהיעדר כל מענה לפגיעה המובהקת בכלים לשמירה על טוהר המידות ועל תקינות המנהל, אשר נגרמת כתוצאה מביטול עילת הסבירות ביחס למינויים ולהפסקת כהונתם של בעלי התפקיד הבכירים ביותר במדינה, נדמה כי התיקון יוצר סכנה ממשית לכך שהשירות הציבורי אשר "נועד לספק לציבור את צרכיו בכל מישורי החיים" (בג"ץ 8815/05 לנדשטיין נ' שפיגלר, פסקה 8 (26.12.2005)) – ישתנה מן היסוד, ולא לטובה.

167. "חלל נורמטיבי" נוסף שנוצר כתוצאה מהתיקון, נוגע לבחינת שיקול דעתן של ממשלות מעבר. בהתאם לעקרון רציפות הממשלה, המעוגן בסעיף 30 לחוק-יסוד: הממשלה, ממשלה שאינה נהנית עוד מאמון הכנסת, מוסיפה לכהן כרשות המבצעת של המדינה כל עוד לא זכתה ממשלה אחרת לאמון הכנסת. זאת, על מנת למנוע "ריק שלטוני" ולהבטיח את המשכיות השלטון (בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה, פ"ד נה(2) 455, 465 (2001) (להלן: עניין וייס); בג"ץ 7510/19 אור-הכהן נ' ראש הממשלה, פסקאות 1 ו-10 לחוות דעתי (9.1.2020)). החשש המרכזי הנובע ממצב משטרי זה הוא שממשלה כזו תקבל החלטות שנועדו להשיג רווח פוליטי בבחירות הקרבות או לכבול את ידי הממשלה הבאה (שם, בפסקה 10 לחוות דעתי; ראו גם: שטרית, בעמ' 520). בהקשר זה הובהר בפסיקה כי אף שסמכויותיה של ממשלת מעבר אינן שונות מסמכויותיה של ממשלה "רגילה", במישור שיקול הדעת "מתחם הסבירות של ממשלת מעבר הוא צר מזה של ממשלה המכהנת מכוח אמון הכנסת" (עניין פורום קהלת, בפסקה 6 לחוות דעתי; ראו גם: עניין וייס, בעמ' 470; בג"ץ 9202/08 לבנת נ' ראש הממשלה, פסקה 4 (4.12.2008)). בשל כך מחויבת ממשלת המעבר לקיים איזון בין הריסון והאיפוק – הנובעים מעצם היותה ממשלה שאינה זוכה לאמון הכנסת – ובין הצורך להבטיח יציבות, המשכיות ופעילות תקינה של מוסדות השלטון (עניין פורום קהלת, בפסקה 7 לחוות דעתי). על רקע זה, כאשר בחן בית המשפט את החלטותיהן של ממשלות מעבר ומצא כי נפל פגם באיזון שבין השיקולים השונים הצריכים לעניין, הוא הורה על ביטולן (ראו: בג"ץ 9577/02 סיעת המפד"ל המפלגה הדתית לאומית המזרחי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נז(1) 710 (2002); בג"ץ 4065/09 כהן נ' שר הפנים (20.7.2010); עניין לביא).

168. מניעת האפשרות לבחון את סבירות החלטותיהן של ממשלות מעבר, עלולה לגרום לפגיעה רחבת היקף באינטרס הציבורי, שכן היא תאפשר לממשלה ולשרים הפועלים כממשלת מעבר לנצל ביתר קלות את הסמכויות והמשאבים העומדים לרשותם בתקופת הבחירות, לצורך מינויים שאינם חיוניים או על מנת להשיג יתרון לא הוגן לקראת הבחירות, למשל באמצעות מה שמכונה "כלכלת בחירות" (ראו והשוו: עניין לביא, בפסקה 1 לחוות דעתו של השופט סולברג; ראו גם: דבריו של עו"ד בליי בפרוטוקול ישיבה 121, בעמ' 11). לטענת הכנסת, ניתן להתמודד עם ה"חלל" שנוצר בדיני ממשלת המעבר באמצעות פיתוח עילת השיקולים הזרים (ראו: פסקה 316(ד) לתצהיר התשובה מטעמה). ואולם, על מנת לספק בהקשר זה הגנה אפקטיבית על האינטרס הציבורי, יהיה צורך לשנות לחלוטין את הדרישות הראייתיות להוכחת העילה, באופן שישנה את מהותה. כמו כן, בניגוד לאמור בעמדת הכנסת, עקרון השוויון בבחירות המעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, אף הוא אינו מהווה תחליף ממשי לבחינת סבירות ההחלטה. הכנסת מפנה בהקשר זה כדוגמה לעניין ברגמן, אך עניין זה ועניינים דומים נוספים לא עסקו בהחלטות שוטפות המתקבלות על ידי ממשלת מעבר, אלא במקרים שבהם נפגע באופן ברור השוויון בתנאי ההתמודדות בין הרשימות השונות, למשל בהיבטי מימון בחירות (ראו: עניין דרך ארץ; בג"ץ 141/82; בג"ץ 172/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990); בג"ץ 2060/91 כהן נ' שילנסקי, פ"ד מו(4) 319 (1992)). על כן, במצב המשפטי הקיים, התיקון מוביל, בין היתר, לפגיעה מובהקת בשלטון החוק בנקודה קריטית לקראת בחירות, באופן שעלול להשפיע על כללי המשחק הדמוקרטיים עצמם.

169. פרט לתחום המינויים ודיני ממשלת המעבר, קיימים אינטרסים ציבוריים נוספים שבהיעדר עילת הסבירות לא ניתן יהיה להגן עליהם מפני פגיעות חמורות על ידי הדרג הנבחר. דוגמה לכך, שהוצגה בעמדת ידיד בית המשפט שהגישה עמותת "אדם טבע ודין", היא ההשפעות הסביבתיות של החלטות הממשלה ושריה. אף שהשפעות אלה אינן פוגעות בהכרח באופן ישיר בפרט ספציפי, הן נוגעות לבריאות הציבור ולאיכות חייו (למשל, במקרים של זיהום סביבתי) ואף לדורות הבאים (ראו: בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 512-513 (2004)). החלטות "לסלול כבישים, לבנות ערים, לפתח תעשייה ולקיים אמצעים להגנה על שלום הציבור וביטחוננו" (שם, בעמ' 513), עשויות להוביל להתנגשות חזיתית עם השמירה על איכות הסביבה. בהקשר זה, עילת הסבירות אפשרה לא אחת לבית המשפט להתערב במקום שבו נמצא כי לא ניתן משקל הולם לשיקולים הנוגעים להגנת הסביבה בהחלטות שהתקבלו על ידי הממשלה ושריה (ראו, למשל: בג"ץ 9409/05 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנה על הסביבה נ' הוועדה הארצית לתכנון ובנייה של תשתיות

לאומית, פ"ד סד(2) 316 (2010); בג"ץ 1756/10 עיריית חולון נ' שר הפנים (2.1.2013)). בהיעדרה של עילת הסבירות יתקשו בתי המשפט ליתן סעד גם במקרים שהחלטות הדרג הנבחר עשויות לגרום נזקים בלתי הפיכים לערכים סביבתיים.

170. מכל האמור עולה כי מעבר לקושי בקיומו של דין ללא דיין, שלילת הביקורת השיפוטית מכוח עילת הסבירות יוצרת נזקים מידיים וברורים במגוון תחומים שבהם חוקיות הפעולות השלטוניות נבחנה בראי עילה זו. נקודת המוצא היא ש"יכולת הפנייה לבית המשפט היא אבן הפינה של שלטון החוק" (עניין רסלר, בעמ' 462). על כן, נהגה הפסיקה לפרש בצמצום הוראות בחקיקה רגילה המגבילות את סמכות בתי המשפט לבחון החלטות מינהליות מסוימות וכן נקבע, בין היתר, כי בכל הנוגע לסמכות בית המשפט הגבוה לצדק, יש לבחון הוראות אלה בראי הוראת סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה (ראו: עניין המוסד לביטוח לאומי, בעמ' 451-452; עניין חרות, בעמ' 756). שלילת הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים עוגנה עתה בחוק היסוד עצמו ובלשון מפורשת. אך לא ניתן להתעלם מן המשמעויות מרחיקות הלכת של התיקון שתוארו לעיל – הנובעות מנוסחו הגורף ומתחולתו על כלל החלטות הדרג הנבחר ועל כלל בתי המשפט, לרבות בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. זהו מהלך חסר תקדים החורג באופן מובהק מכל הוראה שהגבילה את סמכות בית המשפט בעבר, והוא עומד בסתירה חזיתית לעקרון שלטון החוק, מכל הטעמים שפורטו לעיל.

171. משיבי הממשלה הפנו בהקשר זה לשיטות משפט אחרות, בציינם כי בבריטניה ובארצות הברית הכירה הפסיקה באפשרות לשלול את סמכותם של בתי המשפט בחקיקה (לסקירה בעניין זה, שעליה מתבססים משיבי הממשלה, ראו: דותן "ביקורת שיפוטית", בעמ' 233-236). בשים לב להבדלים המשמעותיים, שעליהם עמדתי לעיל, הקיימים בין שיטתנו לשיטות אחרות בכל הנוגע למערך האזונים והבלמים על כוחו של השלטון, יש קושי מובנה בהשוואה זו. יתרה מכך – משיבי הממשלה לא הציגו ולו דוגמה אחת להגבלה חקוקה על פעולות הגורמים הבכירים ביותר ברשות המבצעת, שהיא בעלת השלכות כה חריגות ורחבות היקף כמו אלה הנובעות מהתיקון נושא העתירות (ביחס לחריגותה של המגבלה הקבועה בתיקון בראי המשפט המשווה ראו גם: מסמך ההכנה מיום 23.6.2023, בעמ' 6). אחת הדוגמאות שאליה הפנו משיבי הממשלה בהקשר זה היא פסק דין שניתן לאחרונה בבריטניה (R v. Upper Tribunal (Immigration and Asylum) [2023] EWHC 791 (Admin)), שעסק בחוק ששלל את סמכות בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות של טריבונל מינהלי, הכולל ערכאה דיונית וערכאת ערעור (ראו: Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007, c. 2, § 11A). פסק דין זה עסק בשלילת היכולת לעתור לבחינה שלישית של החלטות מינהליות בתחומים

ספציפיים, לאחר ששתי ערכאות מעין-שיפוטיות בחנו אותן. בענייננו, לעומת זאת, קובע התיקון כי סבירות כלל החלטות הממשלה והשרים לא תעמוד לביקורת שיפוטית מכל סוג שהוא.

172. מנתונים שהציגה הכנסת עולה כי בעשור האחרון ניתנו בבג"ץ 44 פסקי דין שבהם התקבלו עתירות (באופן מלא או חלקי) בהתבסס על עילת הסבירות, ומתוכם ב-16 מקרים מדובר היה בהחלטות של הממשלה או של שר משריה. נתונים אלה מצביעים על כך שהיקף ההתערבות מכוח עילת הסבירות אינו גדול (ראו גם: זמיר "הסמכות המינהלית", בעמ' 3604). הדבר נובע בראש ובראשונה מהעמדה העקבית בפסיקה לפיה "בית המשפט אינו בוחן אם ניתן היה לקבל החלטה נכונה יותר, ראויה יותר, יעילה יותר, טובה יותר. כל עוד ההחלטה שנבחרה מצויה במתחם הסבירות, אין מקום להתערבות בית המשפט" (עניין אמונה, בעמ' 511; ראו גם: בג"ץ 3758/17 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט, פסקה 35 לחוות דעתו של השופט דנציגר (20.7.2017); בג"ץ 4838/17 אוניפארם בע"מ נ' מנהל רשות הגז הטבעי, פסקה 32 (4.1.2018)). כמו כן, הובהר לא אחת כי על מנת שבית המשפט יהא נכון להתערב בשיקול דעתו של הגורם המוסמך, יש להצביע על אי-סבירות קיצונית (ראו למשל: בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה מ"ו לחוות דעתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (27.3.2016); בג"ץ 6637/16 לוונשטיין לוי נ' מדינת ישראל, פסקה 32 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (18.4.2017)). על אחת כמה וכמה נקוטה גישה זו כאשר מדובר בהחלטות של הממשלה והשרים. זאת בהינתן הכלל בדבר מתחם הסבירות הרחב לגבי החלטות שנתקבלו על ידי רשויות "שמעמדן] רם בהיררכיה השלטונית" (בג"ץ 4999/03, בפסקה 18 לחוות דעתי). כלל זה מוביל בהתאמה לצמצום היקפה של הביקורת השיפוטית לגביהן.

173. עם זאת, ואף שהמקרים שבהם התערב בית המשפט בסופו של יום בהחלטות מינהליות מכוח עילת הסבירות אינם רבים, אין בכך כדי להמעיט מחומרת השלכותיו של התיקון. ראשית, הנתונים ממחישים שלמרות הריסון שנוקט בית המשפט ביחס להחלטות הממשלה והשרים, החלטות אלה מהוות כשליש ויותר מההחלטות שנפסלו על ידי בית המשפט מכוח עילת הסבירות בתקופה שנבחנה. שנית, לא ניתן לאמוד את חשיבותה והשפעתה של עילת הסבירות רק על פי בחינה של המקרים שהגיעו לפתחו של בית המשפט. וכפי שהיטיבה להדגיש הנשיאה נאור:

"חשיבותה של הסבירות בהרתעה מראש של רשויות השלטון. רשות היודעת כי אם תפעל בחוסר סבירות

קיצוני עשוי בית המשפט להתערב בפעולתה תבחן בעצמה, לפני מתן ההחלטה, את סבירותה" (עניין הנגבי 2014, בפסקה 2 לחוות דעתה; ראו גם: ברק-ארז "משפט מינהלי", בעמ' 769).

היועצת עמדה על כך אף היא בתצהיר התשובה מטעמה, בו ציינה כי ביחס לרוב המכריע של ההחלטות השלטוניות לא נדרשה ביקורת שיפוטית, בין היתר, משום שהייעוץ המשפטי מדגיש כבר בתהליך קבלת ההחלטה את הצורך לעמוד בחובת הסבירות בנסיבות העניין. עם זאת, לשיטת היועצת, "מרגע שהחלטות כאלה לא יהיו עוד נתונות לביקורת שיפוטית אפקטיבית, ולרשות האדם הנפגע מההחלטה לא יעמוד סעד שיפוטי, מטבע הדברים שהשפעתה של חוות הדעת של הייעוץ המשפטי לממשלה בקשר לאותה החלטה, תהיה מוגבלת, אם בכלל" (שם, בפסקה 283). אכן, חרף העובדה שהחובה לפעול בסבירות עודנה מוטלת על הדרג הנבחר, שלילת האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על סבירות החלטות הממשלה ושריה נושאת השלכות ישירות וחמורות על שלבי עיצוב וגיבוש ההחלטות, שכן "שלטון היודע מראש כי הוא לא נתון לביקורת שיפוטית, הוא שלטון העשוי שלא להשליט את החוק, והעשוי להביא להפרתו" (בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429, 441 (1980)).

174. לבסוף יש להדגיש כי ההשלכות העתידיות של התיקון עשויות להיות חמורות בהרבה, היות שהוא לא כולל כל הגבלה על העברת סמכויות המצויות כיום בידי גורמים אחרים ברשות המבצעת לידי הממשלה והשרים. סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על פי אותו חוק לעובד המדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לענין מסוים או לתקופה מסוימת". כלומר, אין דבר שיכול למנוע שר מליטול לידיו את הסמכות לקבל את ההחלטות הפוגעניות ביותר מבחינת סבירותן, על מנת לחסנן מביקורת שיפוטית. הכנסת בתצהיר התשובה מטעמה הציעה כי בית המשפט יבחן האם נעשה שימוש לרעה בסמכות הנטילה (שם, בפסקה 316(ה)), אך בהתחשב בכך שהנטילה תיעשה בסמכות ולנוכח הקושי להוכיח כי הנטילה נעשתה משיקולים זרים, דומה כי העילה העיקרית שמכוחה ניתן לבחון את שיקול דעת השר היא, למעשה, עילת הסבירות. מכל מקום, כפי שעולה מדבריו של ח"כ רוטמן במהלך דיוני הוועדה, היכולת של שרים ליטול סמכויות איננה תקלה (bug) בתיקון, אלא מאפיין מובנה (feature) שלו:

עו"ד בליי: "יש חשש שמערך התמריצים יהיה כזה שכאשר תהיה החלטה שיש חשש לגבי הסבירות שלה, אז השר יקבל אותה כדי להעניק לה חסינות".

ח"כ רוטמן: "מצוין. לא, לא כדי להעניק לה חסינות. סליחה, זו אמירה שאני לא מקבל. לא כדי להעניק לה חסינות. כאשר יש החלטה שהשר חושב שצריך לקבל אותה כי היא הסבירה, כי בעיניו היא החלטה ראויה ונכונה שצריכה להתקבל במקרה הספציפי הזה, הוא יעשה את זה" (פרוטוקול ישיבה 125, בעמ' 27).

משיבי הממשלה מבהירים אף הם כי לגישתם "אם נטל שר את סמכותו של גורם אחר [...] הרי שמדובר בהחלטה שקיבל שר בגדרי סמכותו ולא תהיה עליה ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות" (פסקה 46 להשלמת הטיעון מטעמם; ראו גם עמדתה הדומה של הכנסת בפסקה 28 להשלמת הטיעון מטעמה). הם אף מוסיפים וטוענים כי "אם קבע שר מדיניות בגדרי סמכותו, החלטה פרטנית שניתנה כתוצאה ישירה ממדיניות זו איננה נתונה לביקורת שיפוטית בעילת הסבירות" (שם). כמו כן, יש לזכור כי ניתן לשנות את החוק באופן שירחיב את הסמכויות המצויות בידי שרים (היועצת מציגה כדוגמה בהקשר זה את החוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג-2022 שהרחיב לאחרונה את סמכויות השר לביטחון לאומי ובעניינו תלוי ועומד הליך בבית משפט זה – בג"ץ 8987/22 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת). בכל האמור יש כדי להמחיש את ההשפעה רחבת ההיקף של התיקון אף מעבר לסמכויות הספציפיות המוקנות כיום בחוק לממשלה ולשרים.

175. הביקורת השיפוטית על החלטות רשויות השלטון, ובכללן הממשלה ושריה, היא "אבן פינה בדמוקרטיה המכבדת את שלטון החוק" (עניין הנגבי 2003, בעמ' 834-835). בחינת משמעויות התיקון לעומקן מלמדת כי שלילת הביקורת השיפוטית ביחס לסבירות החלטות הממשלה ושריה, מובילה להשלכות הרסניות ופוגעת בלב ליבו של עקרון שלטון החוק. מדובר בפגיעה אנושה ורב-מימדית: התיקון מוביל בפועל לכך שהממשלה ושריה מצויים "מעל הדין"; הוא מייצר "חללים ריקים" של ביקורת שיפוטית ביחס לאינטרסים ציבוריים חשובים כמו תקינות המנהל וטוהר המידות בשירות הציבורי וכן ביחס להתנהלות ממשלת מעבר בתקופת בחירות; והוא מותיר פתח להעברת סמכויות נרחבת לידיהם של השרים במטרה לחסן החלטות מפיקוח שיפוטי.

ה. תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה מהווה חריגה מהסמכות המכוננת

176. תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה הוא תיקון קיצוני וחריג בכל קנה מידה. אין לו אח ורע בהיסטוריה החוקתית שלנו והוא מתנגש חזיתית בליבת שניים ממאפייניה

הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. יפים לעניין זה דברים שכתב השופט ריבלין לפני כשני עשורים:

"שלטון החוק, הפרדת הרשויות תוך איזונים ובלמים ביניהן, סמכות הביקורת השיפוטית וכן מנגנוני הביקורת הדמוקרטיים הנוספים – ניצבים כעמודי תווך במשטר הדמוקרטי. הם תנאי-בלעדיו-אין לשמירת זכויות האדם, ואלה הן גרעין המשטר הדמוקרטי, החותר לקידום טובת האדם.

בשל כל אלה נאמר, ולא פעם, כי בית משפט זה מופקד על חוקיותה וסבירותה של פעולתן של רשויות השלטון במדינה [...] סמכות השיפוט והביקורת של בית-המשפט על מעשיהם של גופי השלטון היא 'חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע אחד מעמודי התווך של בנין המדינה' [...] "(עניין הנגבי 2003, בעמ' 835).

177. שלילת עילת הסבירות ביחס להחלטות הדרג הנבחר מעצימה באופן ניכר את הכוח המרוכז בידי הממשלה ושריה ויוצרת איום ממשי על הפרט, שדרכו לבית המשפט לצורך קבלת סעד נחסמת בשורה של מצבים שבהם עשויה להיגרם פגיעה קשה באינטרסים חשובים שלו כתוצאה ממעשי השלטון. לצד זאת, מוביל התיקון למצב שבו אף שחובת הסבירות מוסיפה לחול על כלל רשויות המנהל, הגורמים החזקים ביותר ברשות המבצעת פטורים בפועל מחובה זו, בהיעדר כל אפשרות לאוכפה עליהם. מצב זה, בו "יש דין ואין דיין", מותיר תחומים שלמים של החלטות חשובות בלא ביקורת שיפוטית אפקטיבית; מונע הגנה על אינטרסים ציבוריים כמו טוהר המידות ותקינות המנהל; ועלול להביא לשינוי מן היסוד של פני השירות הציבורי במדינה, לפגיעה קשה בעצמאות מערכת אכיפת החוק ולניצול לרעה של משאבים שלטוניים לצורך השגת יתרונות פוליטיים בתקופת בחירות.

178. עילת הסבירות התעצבה בפסיקה מאז קום המדינה והתבססה כ"מכשיר מרכזי וחיוני להפעלת ביקורת שיפוטית על המינהל" (עניין התאחדות הסוחרים, בפסקה 37 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז). נוכח ההשלכות הקשות הנובעות מהפטור הגורף שניתן לדרג הנבחר מביקורת שיפוטית על פי עילת הסבירות, אני סבורה כי התיקון שעל פיו נקבע פטור זה עומד בסתירה חזיתית למסד החוקתי הקיים.

התיקון הספציפי שלפנינו, אף שהוא מבטל עילה אחת בלבד מבין עילות הביקורת המינהלית ביחס לדרג הנבחר, מעניק בנוסחו הקיצוני חסינות מוחלטת מביקורת

על סבירות כלל החלטותיו של הדרג הנבחר המחזיק בכוח השלטוני הרב ביותר. התיקון אינו מאפשר לפרט לפנות לבית המשפט ולהעלות בפניו טענות בעניין סבירותן של החלטות אלה, ויש בו משום הסרה גורפת של פיקוח ושל מגבלות הכרחיות על הממשלה ושריה, מבלי שאומצו כל מנגנונים אחרים שמפצים על כך. ייתכן כי שלילה כזו של עילת ביקורת אחת ביחס לדרג הנבחר בשיטת משפט אחרת, הייתה מובילה לפגיעה מתונה יותר בהפרדת הרשויות ובשלטון החוק. אך בחינה של התיקון נושא העתירות על רקע המציאות החוקתית בישראל, מלמדת כי במציאות זו צמצום כה משמעותי של הביקורת השיפוטית ביחס לדרג הנבחר, מערער מן היסוד את מערכת האיזונים והבלמים הרעועה ממילא.

179. משכך הגעתי לכלל מסקנה כי תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, מהווה מקרה קצה שחקיקתו מגיעה כדי חריגה מסמכותה המכוננת של הכנסת. נוכח מסקנה זו, אין צורך להידרש לטענות שהעלו העותרים והיועצת בעניין התכנית הכוללת לשינוי מערכת המשפט, המורכבת מיוזמות נוספות שטרם אושרו על ידי הכנסת. התיקון שלפנינו הוא כשלעצמו, מנוגד למושכלות יסוד שעליהן מבוסס אופייה הדמוקרטי של שיטתנו, וזאת בהינתן עוצמת פגיעתו בעקרונות של שלטון החוק והפרדת הרשויות.

1. הסעד בגין חריגת הכנסת מסמכותה המכוננת

180. העותרים והיועצת המשפטית לממשלה טוענים כי לנוכח חריגת הכנסת מסמכותה המכוננת יש להורות על בטלות התיקון.

האם סעד הבטלות הוא מחויב המציאות בענייננו? האם לא ניתן להסתפק בסעד חוקתי מתון ממנו (השוו: עניין ארד-פנקס, בפסקאות 32-38 לחוות דעתו של השופט פוגלמן)?

181. בפסיקה ובספרות הוכרו מצבים שבהם ניתן להסתפק בסעד של בטלות חלקית תוך הפרדה פיזית או מושגית בין החלק התקף לחלק הפסול שאותו יש לבטל, ככל שהדבר אפשרי בהתחשב בתכלית החוק ובמרקמו (עניין ארד-פנקס, בפסקה 36 לחוות דעתי; עניין איתן, בפסקה 81 לחוות דעתו של השופט פוגלמן; אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301, 353-350 (2017)). האפשרות ליתן סעד כזה לא עלתה בטיעוני הצדדים ונראה כי לא בכדי. הפרדה פיזית טקסטואלית אינה רלוונטית לענייננו נוכח נוסחו הכוללני והגורף של התיקון. הפרדה מושגית – למשל בדרך של אי-



החלת התיקון על החלטות מסוימות שמתקבלות על ידי הדרג הנבחר – אף היא אינה מתאימה לענייננו, שכן נוסח התיקון אינו מאפשר הבחנה פשוטה וברורה בין המצבים שעליהם יחול התיקון ובין מצבים שיוצאו מגדרו. משכך, השימוש בכלי ההפרדה המושגית יחייב למעשה מהלך מורכב ומפורט של כתיבת הטקסט החוקתי מחדש על ידי בית המשפט. בהקשר זה כבר נפסק כי בית המשפט לא אמור "לקבוע את פרטי ההסדר החקיקתי שיבוא תחת דבר החקיקה הבלתי חוקתי, ועניין זה מצוי באחריותה של הכנסת" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 639 (2009); ראו גם: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 413-414 (1997)). דברים אלה יפים מקל וחומר כאשר מדובר בחוק יסוד. אין זה מתפקידו של בית המשפט לחקק תיקון אחר לחוק היסוד תחת התיקון הקיצוני והחריג שבחרה הרשות המכוננת לחוקק.

182. אפשרות אחרת שעלתה בחלק מן העתירות, היא סעד של תחולה נדחית, שצוין כסעד חלופי על פי הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת. בהתחשב בכך שחריגת הכנסת מסמכותה המכוננת נעוצה בתוכנו של ההסדר גופו ואינה תלויה במועד תחולתו, סעד זה אין בו כדי לרפא את פגיעתו הקשה והחמורה של התיקון במאפיינים הגרעיניים של שיטתנו.

183. בהיעדר סעד אחר הנותן מענה לפגיעה חסרת התקדים הנגרמת למאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית בעקבות תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, אני סבורה כי אין מנוס מהכרזה על בטלותו של התיקון.

## ז. פגמים נוספים שנטענו בעתירות

184. נוכח המסקנה שאליה הגעתי ולפיה יש להכריז על בטלותו של התיקון בשל חריגת הכנסת מגבולות סמכותה המכוננת, ניתן, כאמור, להסתפק בהערות אחדות בלבד באשר לטענות שהעלו העותרים והיועצת בדבר פגמים נוספים שבהם לוקה התיקון.

### ז.1. הטענה כי התיקון מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת

185. אחת הטענות שעלו במסגרת העתירות שלפנינו היא שהתיקון אינו עומד במבחני העזר שנקבעו בעניין שפיר לזיהויה של נורמה חוקתית – ובפרט במבחן הכלליות ובמבחן ההתאמה למארג החוקתי – ועל כן יש לקבוע כי הוא נחקק תוך שימוש לרעה בסמכות

המכוננת. היועצת סבורה אף היא כי התיקון מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת ואינו עומד במבחני העזר שנקבעו בהקשר זה בעניין שפיר.

186. התיקון שבפנינו אכן מעורר קשיים נכבדים מבחינת העמידה במבחני העזר לזיהוי של נורמה חוקתית. הקושי המרכזי נוגע למבחן ההתאמה למארג החוקתי. ביסוד מבחן זה ניצבת הנחת המוצא לפיה "בניגוד לחקיקה 'רגילה' שנועדה להסדיר עניינים של יומיום, חקיקת יסוד נועדה להסדיר עניינים הנוגעים לליבת המשטר החוקתי של מדינת ישראל", ולפיכך "עיגון נורמה שאינה ברמת הפשטה המתאימה לעיגון במעמד של חוקה מעוררת, על פני הדברים, חשש שמדובר בהוראה שאינה שייכת למארג החוקתי" (עניין שפיר, בפסקה 41 לחוות דעתי).

187. חוק-יסוד: השפיטה, שאליו נתווספה הוראת סעיף 15(ד) בתיקון מס' 3, קובע שורה של עקרונות חוקתיים כלליים בנוגע לתחומי פעילותם של בתי המשפט. כבר בדברי ההסבר להצעת חוק היסוד הובהר כי הוא קובע את המסגרת הכללית בלבד, וכי הוראות קונקרטיות באשר להפעלת סמכותו של בית המשפט העליון ושל יתר בתי המשפט ייקבעו בדברי חקיקה משלימים (דברי הסבר להצעת חוק-יסוד: בתי המשפט, ה"ח התשל"ח 236; ראו גם: עניין שפיר, בפסקה 10 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה הנדל). ואכן, חודשים אחדים לאחר חקיקת חוק-יסוד: השפיטה, נחקק נוסחו העדכני של חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט), הקובע שורה של הוראות יישומיות הנוגעות לסמכותם ולפעילותם של בתי המשפט.

תפיסה עקרונית זו בדבר אופיו הכללי של ההסדר הקבוע בחוק-יסוד: השפיטה, משתקפת היטב בהוראותיו. כך, סעיף 15 לחוק היסוד מסדיר את סמכויותיו הכלליות של בית המשפט העליון וקובע מפורשות כי "סמכויות אחרות של בית המשפט העליון ייקבעו בחוק" (סעיף 15(ה)). מבין הסמכויות הכלליות המוסדרות בחוק היסוד, סעיף 15(ג) מעגן את סמכותו העקרונית של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ ליתן "סעד למען הצדק"; וסעיף 15(ד) מפרט קטגוריות רחבות שבהן מוסמך בג"ץ ליתן צווים – דוגמת מתן צווים "לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין" (סעיף 15(ד)(2)). סעיף 15(ד) אינו עוסק באופן פרטני בעילות משפטיות המצדיקות התערבות שיפוטית, והוא אף קובע מפורשות כי אין בו כדי לגרוע מסמכותו הכללית של בג"ץ כאמור בסעיף 15(ג). במילים אחרות – אף אם מקרה מסוים אינו נופל בגדר אחת הקטגוריות המנויות בסעיף 15(ד), לבית משפט זה בשבתו כבג"ץ מסורה הסמכות הכללית ליתן סעד למען הצדק, באותם מקרים שבהם הוא רואה צורך בכך (ראו: ברק-ארז "משפט מינהלי דיוני", בעמ' 53). באשר ליתר הערכאות

השיפוטיות, נקבע בחוק היסוד כי "בתי משפט מחוזיים, בתי משפט שלום ובתי משפט אחרים – הקמתם, סמכויותיהם, מקום מושבם ואזורי שיפוטם, יהיו לפי חוק" (סעיף 16).

188. על רקע הוראותיו הכלליות של חוק-יסוד: השפיטה, יש קושי ליישב את התיקון – מבחינת אופיו ורמת ההפשטה שלו – עם חוק היסוד שאותו הוא מתקן. למעשה, סעיף 15(ד), שנוסף במסגרת התיקון, מעגן הסדר נקודתי בדבר ביטול עילת ביקורת שיפוטית ספציפית מתחום המשפט המינהלי. הסעיף אף אינו מתיישב עם ההיגיון הפנימי של ההסדר הכללי הקבוע בסעיף 15 לחוק היסוד. כך, בעוד שסעיף 15 עוסק בהסדרת סמכויותיו הכלליות של בית המשפט העליון; התיקון בענייננו עוסק בצמצום סמכות הביקורת השיפוטית של כלל בתי המשפט ("מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין").

189. חריגותיו של התיקון – המבטל עילת ביקורת מינהלית ספציפית – במסגרת חוק-יסוד: השפיטה, בולטת במיוחד בשים לב לכך שכללי המשפט המינהלי, לרבות חובת הסבירות שאליה מתייחס התיקון, כלל אינם מוסדרים בחקיקה, לא כל שכן בחקיקת יסוד. על קושי זה ועל חריגות התיקון עמד היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד בליי, במהלך הדיונים בוועדה על הצעת החוק (פרוטוקול ישיבה 105, בעמ' 85). המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, עו"ד לימון, עמד אף הוא על חריגותיו של התיקון בחוק-יסוד: השפיטה:

"אילו ההצעה הייתה מבקשת לטפל באופן אמיתי במורכבויות של עילת הסבירות, ובהחלט ישנן מורכבויות כאלה, שאעמוד עליהן בהמשך – היא הייתה עוסקת קודם כל בהגדרת חובת הסבירות במשפט המנהלי, ולא עושה זאת באמצעות תיקון לחוק יסוד: השפיטה. אולם, ההצעה אינה מתייחסת כלל לעקרון הבסיסי – עיגון חובת הסבירות. במקום זאת, ההצעה כוללת מרכיב אחד בלבד, בעל השלכות קשות ביותר – חסימה מוחלטת של ביקורת שיפוטית על החלטות בלתי סבירות, בהתבסס אך ורק על זהות מקבל ההחלטה, ביחס להחלטות החשובות ביותר שמתקבלות על-ידי הדרג הממשלתי הגבוה ביותר" (פרוטוקול ישיבה 108, בעמ' 10).

190. בחינת המארג החוקתי הכולל, מקשה ליישב את התיקון אף עם הסדרים אחרים במשפט הישראלי. כך, לא הוצגה בפנינו הוראה דומה בספר החוקים העוסקת בביטול עילת תביעה או עילת ביקורת מינהלית ספציפית, להבדיל מהוראות המגבילות או תוחמות את הפיקוח השיפוטי, המעוגנות ככלל בחקיקה ראשית (ראו, למשל: סעיף 16(ג) לחוק הנפט, התשי"ב-1952; סעיף 11(ה) לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה,

התש"ל-1970; סעיף 59 לא לחוק החברות הממשלתיות; סעיף 5 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986).

191. לגישתי, מכלול הקשיים שצוינו לעיל מעוררים חשש כבד שמא ההחלטה לכלול את התיקון תחת הכותרת "חוק יסוד", לא נועדה אלא על מנת לחסנו מפני הביקורת השיפוטית החלה על דברי חקיקה "רגילים" (ראו והשוו: עניין פורת, בעמ' 914; עניין חרות, בעמ' 756; בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950, 953 (2002); ברק-ארז "משפט מינהלי דיוני", בעמ' 125).

192. קושי נוסף המתעורר בענייננו נעוץ במבחן הכלליות. בעניין שפיר צוינה חשיבותה של דרישת הכלליות בכל הנוגע לחוקי היסוד, אשר אמורים לשקף באופיים קונצנזוס חברתי רחב, להבדיל מאינטרסים פרטיקולריים של קבוצת רוב כזו או אחרת (ראו: שם, בפסקה 40 לחוות דעתי; כן ראו: בנדור "המעמד המשפטי", בעמ' 164). עוד הובהר באותו עניין כי נורמה פרסונאלית עשויה להיות מכוונת הן לאדם ספציפי והן ל"פרסונה" מוסדית, דוגמת הכנסת או ממשלה מסוימת (עניין שפיר, בפסקה 40 לחוות דעתי; וכן ראו, עניין המרכז האקדמי, בפסקה 6 לחוות דעתו של השופט הנדל). כמו כן, נפסק כי אין בתחולתה המיידית של נורמה כדי לשלול מניה וביה את זיהויה כנורמה חוקתית, אך היא עשויה לעורר לא אחת קושי מבחינת כלליותה (עניין ממשלת החילופים, בפסקאות 14-15 לחוות דעתי ובפסקה 5 לחוות דעתה של השופטת ברון; וכן ראו, עניין שיינפלד, בפסקה 42 לחוות דעתי ובפסקאות 48-49 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז).

בענייננו, לא ניתן להתעלם מכך שהתיקון, החל בתחולה מיידית, מבטל את הביקורת השיפוטית מכוח עילת הסבירות אך ורק ביחס להחלטות הממשלה ושריה, בעוד שיתר רשויות המינהל ממשיכות להיות כפופות לה. בכך, מיטיב התיקון באופן בלעדי עם הממשלה ושריה. הוא מעניק להם "פטור" מפיקוח שיפוטי בנסיבות שבהן הוא חל, ומחזק באופן מיידי את כוחם השלטוני. הקושי שבדבר מתחדד בשים לב לכך שהממשלה – שהיא, כאמור, הנהגית הבלעדית מהתיקון – היא זו שפעלה למעשה לקידום התיקון ולאישורו באמצעות הרוב הקואליציוני שהיא זוכה לו בכנסת. בנסיבות אלו, אני סבורה כי מאפייניו הייחודיים של ההסדר, ובכללם טיבו של ההסדר שעניינו הסרת מנגנוני פיקוח החלים על הממשלה ושריה בלבד; ותחולתו המיידית על הממשלה ה-37 – שהיא "הרוח החיה" מאחורי התיקון, אכן עשויים לעורר חשש כי הוא נועד לשרת אינטרסים צרים של רוב פוליטי מסוים, באופן שיאפשר לבצר את כוחו השלטוני. זאת, להבדיל מתיקון דומה

שהיה מקודם מאחורי "מסך בערות", מבלי שניתן היה לדעת מראש לאיזו ממשלה הוא מעניק את ה"פטור" מביקורת שיפוטית על פי עילת הסבירות.

עם זאת, וכפי שצוין לעיל, לא ראיתי צורך לטעת מסמרות בשאלה האם הקשיים שצוינו לעיל עולים כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת במקרה דנן. זאת, נוכח התוצאה שאליה הגעתי בדבר בטלות התיקון מטעמים אחרים.

## 2.2. טענות בדבר פגמים בהליך חקיקת התיקון

193. העותרים טוענים בהרחבה גם באשר לקיומם של פגמים בהליך חקיקת התיקון. בהקשר זה נטען, בין היתר, כי אופן התנהלות הדיונים בוועדת החוקה ופרק הזמן הקצר שבו קודם התיקון פגעו באפשרות של חברי הכנסת להשתתף בחקיקתו באופן מהותי. כמו כן הלינו העותרים על קידום הצעת התיקון במסלול של הצעה מטעם ועדת החוקה לפי סעיף 80 לתקנון הכנסת, אשר לשיטתם, נועד לעקוף את המגבלות החלות על הצעות חוק פרטיות וממשלתיות.

194. נוכח מעמדם הרם של חוקי היסוד בשיטתנו הודגש בפסיקה כי "על הרשות המכוננת לכבד את הנורמות שאותן היא יוצרת בכובעה זה, ולהבטיח כי שינויים בכללי המשחק שמתווה החוקה יבוצעו בהליך ראוי, תוך שקיפות ואחריות כלפי הציבור" (עניין המרכז האקדמי, בפסקה 5 לחוות דעתו של השופט הנדל). ובעניין שיינפלד צוין באותה הרוח כי "מוטב היה לו תיקונים לחוקי היסוד לא יקודמו בבהילות ובלוח זמנים מהיר" (עניין שיינפלד, בפסקה 45 לחוות דעת).

אופן ניהול הליך חקיקת התיקון שבפנינו אינו חף מקשיים בהקשר זה, בלשון המעטה. כעולה מסקירת ההליכים שהתקיימו בכנסת, הליך חקיקתו ארך כחודש ימים בלבד חרף השלכותיו הדרמטיות וההתנגדות העזה שהתעוררה לגביו. האופן המזורז מאוד שבו התקיים הליך החקיקה התבטא, בין היתר, בשימוש שנעשה בנוהל ההסתייגויות וכן בסעיף 98 לתקנון הכנסת, לשם קביעת סדרי דיון מיוחדים וקיצור לוח הזמנים לאישור התיקון. קריאת פרוטוקול הדיונים מלמדת כי דיוני הוועדה התנהלו באווירה קשה ולעומתית, ובמבחן התוצאה, ההצעות השונות שהועלו במסגרת הדיונים, הן על ידי חברי הוועדה והן על ידי גורמי המקצוע שהשתתפו בהליך החקיקה, לא קיבלו ביטוי כלשהו בנוסח הצעת התיקון שהוגשה לקריאה שנייה ושלישית: ההצעה נותרה כמעט ללא שינוי בהשוואה לסעיף המקביל שהופיע בנוסח הצעת חוק היסוד שהגיש ח"כ רוטמן עוד ביום 17.1.2023. בתצהיר התשובה מטעמה הצביעה גם הכנסת על קשיים

שהתעוררו בהליך החקיקה וציינה כי "ניתן היה לנקוט בהליך חקיקה מיטבי יותר מזה שנהג בפועל" (שם, בסעיף 224). על עמדה זו חזר בפנינו, בהגינותו, בא-כוח הכנסת בדיון שהתקיים בעתירות (עמ' 6 לפרוטוקול הדיון).

195. חרף כל הקשיים שצינו, אני סבורה כי ככל שהדבר נוגע לעקרון ההשתתפות – הקובע את זכותם של חברי הכנסת לקחת חלק בהליך החקיקה – לא נחצה בענייננו רף ההתערבות הגבוה שנקבע בהקשר זה ולפיו יש להראות כי מדובר בפגם היורד לשורש הליך החקיקה וכי "לא ניתנה לחברי הכנסת האפשרות ללבן ולשקול, ולו באופן הבסיסי ביותר, את הצעת החוק" (עניין קוונטינסקי, בפסקה 79 לחוות דעתו של השופט סולברג; ראו והשוו: בג"ץ 3234/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יו"ר הכנסת, פסקה 12 (9.7.2015)).

196. הטענות הנוספות שהעלו העותרים הנוגעות לשימוש שנעשה בהוראת סעיף 80 לתקנון הכנסת, מעוררות שאלות מורכבות יותר. סעיף 74(ב) לתקנון הכנסת קובע שלושה מסלולים להגשת הצעת החוק לכנסת: הצעת חוק פרטית מטעם חבר כנסת שאינו שר או סגן שר, או קבוצה של חברי כנסת; הצעת חוק ממשלתית; והצעת חוק מטעם ועדה של הכנסת. הליך החקיקה של הצעת חוק מטעם ועדה הוא חריג, ומקל במידה רבה, בהשוואה להליך החקיקה של הצעות חוק בשני המסלולים האחרים. זאת, שכן הצעת החוק המוגשת מטעם ועדה פטורה מהדרישות המקדמיות החלות על הצעת חוק פרטית טרם שלב הקריאה הראשונה, ובהן קיום קריאה טרומית במליאת הכנסת וחובת הנחה בת 45 ימים לפני הקריאה הטרומית (סעיפים 75(ה) ו-76 לתקנון הכנסת). כמו כן, הליך גיבושה של הצעת חוק במסלול של ועדה אינו כפוף להוראות החלות על הצעות חוק ממשלתיות, כגון הנחיות היועצת המשפטית לממשלה המחייבות ביצוע עבודת מטה מקדימה במשרד הרלוונטי, עריכת תזכיר חוק ופרסומו לציבור, ואישור הצעת החוק בוועדת השרים לענייני חקיקה (הנחיית היועצת המשפטית לממשלה 2.3.005 "טיפול בהצעות חוק ממשלתיות" (5.3.2018)).

197. על כן, דומה כי לא בכדי מגביל סעיף 80 לתקנון הכנסת את השימוש במסלול מקוצר זה אך לוועדות מסוימות – ועדת הכנסת, ועדת החוקה והוועדה לענייני ביקורת המדינה; ולרשימת נושאים מוגדרת, וזאת בכפוף לכך שנושא הצעת החוק מצוי בתחום ענייניה של הוועדה. ובלשונו:

נושאי החקיקה מטעם ועדה

80. (א) ועדת הכנסת, ועדת החוקה חוק ומשפט והוועדה לענייני ביקורת המדינה רשאים ליזום, בתחומי ענייניהן לפי תקנון זה, הצעות חוק בנושאים אלה ולהכין לקריאה הראשונה: חוקי יסוד, עניינים שמתחייבים מתיקון של חוק יסוד ומוצעים לצדו, הכנסת, חברי הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות, מימון מפלגות ומבקר המדינה.  
(ב) הכינה ועדה הצעת חוק לקריאה הראשונה, יורה מזכיר הכנסת על פרסומה ברשומות – הצעות חוק הכנסת, בצירוף דברי הסבר.

198. האפשרות להגיש הצעות חוק מטעם ועדות הכנסת – אף שיושמה בפועל כבר בשנותיה הראשונות של הכנסת – הוסדרה לראשונה בהחלטת ועדת הכנסת מיום 24.11.1980 (פרוטוקול ישיבה 281 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-9, 2 (24.11.1980); להלן: החלטת ועדת הכנסת). בשנת 2011 תוקן תקנון הכנסת כך שנוסף לו סעיף 80, ועיגן הסדר הדומה במהותו לזה שנקבע בהחלטת ועדת הכנסת. אחד השינויים שנכללו בסעיף לעומת החלטת ועדת הכנסת הוא הגבלת האפשרות להציע הצעות חוק מטעם ועדה לשלוש ועדות ספציפיות ולנושאים המצויים בתחומי ענייניהן לפי תקנון הכנסת. עיון בדיוני ועדת הכנסת בנושא זה מעלה כי הגבלת השימוש במסלול של הצעת חוק מטעם ועדה נבעה, בין היתר, מן החשש שמא ועדות ישתמשו במסלול זה על מנת לדלג על השלבים המקדמיים הישר לקריאה הראשונה (פרוטוקול ישיבה 161 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-18, 55-56, 60 (1.3.2011)).

199. נראה כי לאורך השנים נעשה שימוש מועט יחסית במסלול של הגשת הצעות חוק מטעם ועדות. בכל הנוגע לחוקי יסוד, עולה מנתונים המפורסמים באתר הכנסת, כי מאז קום המדינה אושרו בקריאה שלישית 26 הצעות חוקי יסוד ותיקונים לחוקי יסוד שמקורן בהצעה מטעם ועדה. בחינת הנושאים שבהם עסקו אותן הצעות מלמדת כי הן נגעו, ככלל, לנושאים הקשורים באופן כזה או אחר לכנסת, כגון: סדרי עבודת הכנסת וחבריה, ענייני בחירות וחוק התקציב (ראו, למשל, חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 12), ס"ח התשנ"א 90, שנוגע למועמדות חבר כנסת שפרש מסיעתו בבחירות לכנסת הבאה; וחוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 24), ס"ח התשנ"ז 186, שכולל הוראות שונות בעניין יו"ר הכנסת וסגנו). זאת, למעט שלושה חריגים בולטים: הראשון הוא חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 6), ס"ח התשנ"ז 114 – העוסק בכשירות אדם המחזיק באזרחות נוספת לכהן כשר; השני הוא חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 2), ס"ח התשס"ב 598 – שקבע כי נציב תלונות הציבור על שופטים ייכלל ברשימת הגורמים שרשאים להציע לוועדה לבחירת שופטים לסיים כהונה של שופט; והשלישי הוא התיקון נושא העתירות דנן. ואולם בשני העניינים הראשונים, כמו גם ברוב המכריע של הצעות חוקי היסוד שהתקבלו ועסקו בענייני הכנסת, ההצעות אושרו בהסכמה רחבה וללא התנגדות משמעותית. מה שאין כן בעניינינו.

200. האופן שבו יושם סעיף 80 לתקנון במרוצת השנים מלמד, אפוא, כי הגשת הצעות חוקי יסוד מטעם ועדת החוקה נעשתה, ככלל, בהתקיים לפחות אחד מהתנאים הבאים: האחד – ההצעה נגעה לענייניה של הכנסת (כגון, בחירות, מימון מפלגות, תקציב וכו'); השני – ההצעה קודמה בהסכמה רחבה.

על פרקטיקה זו עמדו גם גורמי הייעוץ המשפטי לוועדה ולכנסת, בהתייחסם לקטגוריה רחבה יותר של כלל הצעות החוק מטעם ועדה (ולא רק להצעות של חוקי יסוד). כך, כבר במסמך ההכנה שהפיץ הייעוץ המשפטי לוועדה ביום 16.1.2023, אשר נגע לקידום הצעת חוק יסוד בנושא מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, הובהר כי הגשת הצעות חוק מטעם ועדה מהווה "מסלול חקיקתי" נדיר יחסית אשר "ברוב המוחלט של המקרים יוחד בוועדת החוקה לנושאים שאינם שנויים במחלוקת או לנושאים הקשורים קשר הדוק לכנסת ולפעולותיה". היועצת המשפטית לוועדה, עו"ד אפיק, ציינה אף היא כי:

"המשמעות של הצעה מטעם ועדה היא למעשה דילוג על הליך של הכנה לקריאה הראשונה, על כל המשמעויות הכרוכות בכך, ולמעשה זה מדמה את ההצעה שמגיעה מטעם הוועדה להצעת חוק ממשלתית.

[...]

כשאנחנו מסתכלים על הצעות מטעם ועדה שעלו כאן לאורך השנים, אפשר לומר: א', שהן לא היו רבות, זה לא הליך שהכנסת נוהגת לעשות, ודרך המלך בכנסת היא הצעת חוק פרטית של חברי הכנסת בדרך כלל. הצעות חוק מטעם ועדה הן באמת, כפי שנאמר כאן, לעתים היו סוג של קונצנזוס שהיה בכנסת ורצו לחוקק את זה בדרך של הצעת חוק מטעם ועדה, וזה התאים גם לנושאים שהופיעו בתקנון הכנסת ביחס לאותו עניין, או ביחס לנושאים שעוסקים בענייני הכנסת, שהכנסת נדרשת אליהם ורוצה למצוא ביחס אליהם איזה פתרון (פרוטוקול ישיבה 7, בעמ' 31).

201. בחוות דעתה של עו"ד אפיק מיום 25.1.2023 היא הגיעה למסקנה כי ניתן לקדם כהצעה מטעם הוועדה את הצעת חוק-יסוד – חיוזק הפרדת הרשויות, שעסקה בשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים; בהגבלת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד וחקיקה ראשית; ובביטול עילת הסבירות. זאת, לגישה, משום שעניינה של הצעה זו "בהסדרים חוקתיים שמסדירים את יחסי הרשויות ובפרט יחסיה של הכנסת והרשות השופטת". מספר חודשים לאחר מכן, על רקע תחילת הדיונים בהצעת התיקון נושא העתירה, שבה



והפנתה עו"ד אפיק לחוות דעתה מיום 25.1.2023 בעניין הצעת חוק-יסוד – חזוק הפרדת הרשויות וציינה כי "עתה עומד על סדר יומה של ועדה החוקה הרכיב האחרון מתוך אותה הצעת חוק-יסוד – הגבלת השימוש בעילת הסבירות" (ראו: סעיף 4 למכתב המענה של עו"ד אפיק לח"כ קריב, מיום 2.7.2023 שצורף כמס' 17 לתצהיר התשובה מטעם הכנסת).

202. לגישתי, עמדתה של עו"ד אפיק ביחס להתאמת הצעת התיקון למסלול של הצעת חוק מטעם ועדה מעוררת קושי. כפי העולה מן הסקירה שהובאה לעיל, קידום הצעת התיקון נושא העתירות כהצעה מטעם הוועדה, מהווה חריגה משמעותית מהפרקטיקה שהשתרשה לאורך השנים בכנסת באשר לשימוש המקובל במסלול הקבוע בסעיף 80 לתקנון הכנסת. כך, בניגוד לאופן שבו יושם הסעיף בכנסת לאורך השנים, אין חולק כי הצעת התיקון שבפנינו לא קודמה בהסכמה רחבה והיא אף לא עסקה בענייניה של הכנסת, כי אם בהיקף הביקורת השיפוטית על פעולות הממשלה.

בבואנו לבחון את גבולות השימוש בסעיף 80 לתקנון הכנסת, יש לייחס משקל ניכר לפרקטיקה לפיה הצעות חוק יסוד מטעם ועדות אשר אושרו, נגזרו לענייני הכנסת או נחקקו בהסכמה רחבה (או בהתקיים שני התנאים). בהקשר אחר ציינתי בבג"ץ 706/19 פריג' נ יושב ראש הכנסת (28.3.2019) כי:

"מסורת העבודה של הכנסת על פי הנהוג והמקובל בה, בהחלט נושאת משקל. על פי סעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת, היא קובעת את האופן שבו על הכנסת לנהוג מקום שבו סדרי העבודה לא נקבעו בחוק או בתקנון. מקל וחומר שיש לייחס משקל לאופן התנהלותה של הכנסת מקום שבו היא פועלת לאורך שנים ליישום הוראה בתקנון בדרך המקובלת עליה לפרשה. כבר נפסק כי כאשר פירוש אפשרי של דבר חקיקה מתיישב עם מציאות עובדתית שנוצרה ושעל פיה מתנהלים, יש להעדיפו על פירוש אפשרי אחר הסוטה מאותה מציאות" (שם, בפסקה 9; ההדגשות הוספו; וכן ראו: עניין אדלשטיין, בפסקה 12 לחוות דעתי).

203. החשיבות בהבטחת הליך חקיקה תקין מקבלת משנה תוקף כאשר עניין לנו בחקיקת חוקי יסוד. כפי שציינתי לעיל, בולט במפעל החוקתי שלנו היעדרו של מנגנון נוקשה לכינון ולתיקון חוקי יסוד, וכיום אין למעשה הבדל של ממש בין הליך החקיקה של חוקי היסוד ובין הליך חקיקתם של חוקים "רגילים", המוסדרים בתקנון הכנסת (ראו

פסקה 75 לעיל; עניין בר-און, בפסקה 20 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש; עניין המרכז האקדמי, פסקה ל"ו לחוות דעתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין). על כן, ונוכח היעדר חוק-יסוד: החקיקה, אני סבורה כי יש להקפיד הקפדה יתרה בקיום הוראות תקנון הכנסת בהליך חקיקת חוקי היסוד, המהווה כיום מנגנון מרכזי, ולמעשה בלעדי, המסדיר את הליך כינון ותיקון של הנורמות המצויות בפסגת הפירמידה הנורמטיבית בשיטתנו. יש לעמוד, אפוא, באופן דווקני על כך שהפנייה למסלול הצעת חוק מטעם ועדה, המעוגן בסעיף 80 לתקנון הכנסת, תיעשה אך במקרים שיועדו לכך בהתאם למסורת העבודה שהשתרשה בכנסת בעניין זה. זאת, בייחוד בהינתן טיבו של ההסדר, הקובע מסלול "מקוצר" לקידום הצעת חוק בהשוואה להצעות חוק פרטיות או ממשלתיות ועל כן, הוא מעורר חשש אינהרנטי מפני ניצולו לרעה לצורך עקיפת הדרישות הפרוצדוראליות הקיימות במסלולים האחרים.

אחר הדברים האלה

204. לאחר כתיבת חוות דעתי, עיינתי בחוות הדעת המקיפות של יתר חבריי להרכב וראיתי להוסיף אך הערות תמציתיות אחדות ביחס לחוות הדעת של חבריי השופטים סולברג ומינץ, הסבורים כי אין כל מגבלה על סמכותה המכוננת של הכנסת, וכי לבית משפט זה אין סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד.

205. חברי השופט סולברג מקדיש חלק ניכר מחוות דעתו לסקירה היסטורית של פסיקת נשיאי ושופטי בית משפט זה לדורותיהם, וממנה הוא מבקש להסיק כי עמדתה העקבית של הפסיקה מאז קום המדינה הינה שסמכותה המכוננת של הכנסת הינה בלתי מוגבלת. מסקנה זו מוקשת בעיניי, בלשון המעטה. ראשית, חלק מפסקי הדין שאליהם מפנה חברי נכתבו כאשר בספר החוקים לא היה קיים ולו חוק יסוד אחד ואחרים מהם אף קודמים ל"החלטת הררי". שנית, הרוב המכריע של הציטוטים שאליהם מפנה חברי אינם נוגעים כלל לסמכותה של הכנסת כרשות מכוננת. לא ברור, אפוא, כיצד ניתן להיבנות מציטוטים אלה, שכלל לא עסקו בשאלות הניצבות בפנינו כעת והתייחסו להקשר חוקתי שונה בתכלית.

שלישית, גם אם אקבל את עמדת חברי השופט סולברג, לפיה ניתן ללמוד מאותם ציטוטים לענייננו ולו על דרך ההיקש, סקירתו ההיסטורית של חברי מסתיימת – ולא בכדי – בתחילת שנות התשעים של המאה הקודמת. זאת, תוך התעלמות מוחלטת מן ההתפתחויות החשובות ומכברת הדרך המשמעותית שעשה המשפט החוקתי הישראלי בשלושת העשורים האחרונים. התפיסה שעליה נשען חברי השופט סולברג, בדבר

הריבונות הבלתי המוגבלת של הכנסת – לא התקבלה בעניין בנק המזרחי ואף לא בעשורים שחלפו מאז. תחת תפיסה זו אומצה לאורך השנים תורת הרשות המכוננת, אשר הכירה בכך שחוקי היסוד מגבילים את הכנסת בחקיקת חוקים, ולצד זאת לא שללה באופן מושגי את קיומן של מגבלות על הרשות המכוננת (ראו: עניין בנק המזרחי, בעמ' 394; בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996); עניין חוק טל, בעמ' 717; עניין בר-און, בעמ' 311-312; עניין המרכז האקדמי, בפסקה ל"ה לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין; בפסקה 3 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן; ובפסקה 15 לחוות דעתו של השופט פוגלמן; עניין בן מאיר, בפסקה 24 לחוות דעתי ובפסקה 11 לחוות דעתו של השופט מזוז). בתלם זה צעדנו אף אנו אך לאחרונה בהרכב מורחב בעניין חסון, שם פסקנו כי הכנסת איננה "כל יכולה" בבואה לחוקק חוקי יסוד וכי אין בסמכותה לשלול או לסתור חזיתית את מאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

206. לדעת חברי השופט סולברג, בחרתי "לילך בדרך קצרה" בכל הנוגע לשאלה הבסיסית בדבר מקור קיומן של מגבלות על הסמכות המכוננת, והוא מוסיף ומציין כי לא ברור מהם אותם "נתונים חוקתיים" שמהם נלמדות מגבלות אלה (פסקה 105 לחוות דעתו). לעניין זה אין לי אלא לשוב ולהפנות לאמור בפסקאות 64-67 לעיל וכן לפסקאות 19-31 לחוות דעתי בעניין חסון, המתייחסות אף הן לאותה סוגיה. לגישתי, הכרזת העצמאות, חוקי היסוד ודברי החקיקה שחוקקה הכנסת לאורך השנים כמו גם פסיקת בית משפט זה, משמיעים לנו כולם בקול צלול וברור כי זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה ניתנת לערעור – אף לא על ידי הרשות המכוננת. בסוגיה בסיסית זו, דומה כי תהום פעורה בין מרבית חברי ההרכב לבין חבריי השופטים סולברג ומינץ. לגישתם, כפי שמציין השופט סולברג, "הנתונים החוקתיים כולם מובילים למסקנה הפוכה, שלפיה 'שטח-המחיה' של הרשות המכוננת – בלתי-מוגבל" (פסקה 105 לחוות דעתו). במילים אחרות, חבריי השופטים סולברג ומינץ אוחזים בדעה כי כל דבר חקיקה שיוכתר בכותרת "חוק יסוד", אף אם יש בו משום פירוק אבני הבניין שמהן מורכב המפעל החוקתי הישראלי, ואף אם הוא מקעקע את "תעודת הלידה" ו"תעודת הזהות" של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – אין להרהר אחריו. לכך, לצערי, אין בידי להסכים.

207. כחוט השני עוברת בחוות דעתם של חבריי השופטים סולברג ומינץ הקביעה כי אין כל מקור סמכות מפורש המסמיך את בית המשפט לבחון האם הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת. על כך איני חולקת (ראו האמור בפסקה 70 לעיל). אך לדעת חבריי, נקודת מוצא זו מהווה גם נקודת הסיום. עמדתי שונה, וכפי שציינתי בחוות דעתי, גישת חבריי

בהקשר זה אף לא קנתה לה אחיזה בשיטות משפט רבות בעולם, שבהן קבעו בתי המשפט זה מכבר כי גם בהיעדר עיגון מפורש לכך, יש בסמכותם לבחון את "חוקתיותם" של תיקונים לחוקה, כחלק מתפקידם בהגנה עליה (ראו: פסקאות 61 ו-69 לעיל). בישראל, כידוע, טרם הושלמה מלאכת כינון החוקה. על כן, נמנענו במשך שנים ארוכות מלקבוע מסמרות בשאלה זו. אך חרף מורכבות הסוגיה, לא ניתן עוד שלא להידרש אליה, ואף משיבי הממשלה בעתירות דנן ביקשו כי נכריע בנושא זה לגופם של דברים. בהינתן קיומן של מגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת; בהינתן המציאות החוקתית הקיימת בישראל המאפשרת שינוי מן היסוד של זהותנו היהודית והדמוקרטית בקלות יתרה; ובהינתן תפקידו של בית משפט זה בשיטתנו המשפטית – אני סבורה כי באותם מצבים קיצוניים שבהם הכנסת חרגה מגבולות סמכותה המכוננת, נתונה לבית המשפט הסמכות לקבוע כי אין מדובר בנורמה חוקתית תקפה.

208. חברי השופט סולברג מציין כי אף אם היה מקבל את העמדה לפיה יש לבית משפט זה סמכות לבקר את חוקי היסוד, הרי שלצורך התערבות בהם נדרש "קונצנזוס" בקרב השופטים (פסקאות 127-129 לחוות דעתו). אני מניחה כי בדבריו אלה מבקש חברי להתוות לרשות המכוננת את הדרך לקביעת הדין הרצוי, על פי גישתו. אך כל עוד לא נקבע כלל הכרעה אחר בחוק או בחוק יסוד, אין לנו אלא הכלל הקובע כי מקום שבו נחלקו דעות השופטים, הכרעה תהא בהתאם לדעת רוב חברי ההרכב (סעיף 80(א) לחוק בתי המשפט). ודוק – כשם שבית משפט זה לא אמור להיכנס לנעלי המכונן ולקבוע מהו הרוב המיוחד הנדרש לכינון חוקי יסוד, אין הוא אמור "לחוקק" לעצמו כללי הכרעה ייחודיים. כפי שצינו לא אחת, לשם הסדרת סוגיות אלה נדרש לכונן את חוק-יסוד: החקיקה, שמקומו, למרבה הצער, נפקד עד כה מחוקתנו המתהווה. חוק יסוד זה אמור להתייחס לסוגיות הללו ולסוגיות חשובות נוספות, תוך איזון בין כל ההיבטים הנוגעים לעניין והקשורים זה בזה לבלי הפרד.

209. עוד אבקש להתייחס בקצרה לקביעותיו של חברי השופט סולברג ביחס למסלול של הצעת חוק יסוד מטעם ועדה על פי סעיף 80(א) לתקנון הכנסת. חברי סבור כי בבחינה אמפירית של הצעות חוקי יסוד מטעם ועדה, עלינו לקחת בחשבון גם הצעות שלא אושרו בסופו של יום כחוק יסוד. אני סבורה כך. חברי לא הציג ולו דוגמה אחת של הצעת חוק יסוד מטעם ועדה אשר אינה קשורה לענייניה של הכנסת ואשר לא קודמה בהסכמה רחבה ולמרות זאת הגיעה ל"קו הסיום". במבחן התוצאה, מלמדת עובדה זו כי משלא התקיים אחד מתנאים אלה, הדיון באותן הצעות הסתיים מבלי שהן מצאו את דרכן אל ספר החוקים. בניגוד לעמדת חברי, אני סבורה כי מדובר ב"צירוף מקרים אקראי", אלא בפרקטיקה שהשתרשה בעבודת הכנסת, אשר נובעת מחריגותה של הצעת חוק יסוד

מטעם ועדה ומן הזהירות שנקטה הכנסת בעבר בעשותה שימוש במסלול זה. מסקנתי זו נתמכת בדברים מפורשים של היועצת המשפטית לכנסת ושל הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, שהצביעו אף הם על קיומה של פרקטיקה כזו (ראו פסקה 200 לעיל). על כן, גם למקרא הערות חברי, נותרתי בדעתי כי בבואנו לבחון את דרך יישומו של סעיף 80(א) לתקנון הכנסת, לא ניתן להתעלם מהאופן שבו התנהלה הכנסת עצמה לאורך שנים ומן הפרקטיקה שהשתרשה בעבודתה בהקשר זה.

210. חברי השופט מינון מציין כי "עצם הגבלת היקף הביקורת השיפוטית על ידי בית משפט זה בהתייחס לעילת התערבות מינהלית [...] איננה מהווה משום 'חציית גבול' מצד המחוקק או המכונן" (פסקה 83 לחוות דעתו). לכך אין לי אלא להסכים. עם זאת, כפי שצינתי לעיל, התיקון שבפנינו אינו כולל רק הגבלה כזו או אחרת על היקף ההתערבות השיפוטית במצבים מסוימים. הלכה למעשה, יש בו, בשל נוסחו הקיצוני והגורף, משום ביטול בפועל של חובת הסבירות החלה על הממשלה ושריה, ולכך השלכות חסרות תקדים והרות אסון על הפרט ועל הציבור הישראלי בכללותו.

לבסוף, אודה ולא אבוש כי לא ירדתי לסוף דעתו של חברי השופט סולברג באשר להצעה שאותה העלה בפסקה 250, המסיימת את חוות דעתו. לפי הצעה זו, לצד הכרזה על בטלותו של תיקון מס' 3 ברוב דעות, נוסף כולנו ונכריז כי "לא נשתמש עוד בעילת הסבירות בעניינין של החלטות הממשלה ושריה", אלא בהתאם ל"אותו מבחן ותיק וטוב, שהיה באמנה איתנו מראשית הדרך ועד לפסק הדין בעניין דפי-זהב [...]". כשלעצמי אני סבורה כי עתה, משבוטל תיקון מס' 3 בדעת רוב, על בית המשפט להוסיף ולצעוד בנתיב המוכר לנו, ולהמשיך לעצב את עילת הסבירות הפסיקתית ממקרה למקרה ומעניין לעניין "כדרכו הטובה של המשפט המקובל" (פסקה 180 לחוות דעתו של השופט סולברג; כן ראו באותו עניין: תשובתו לשאלתא המצוטטת בפסקה 178 לחוות דעתו).

לפני סיום

211. כחודש לאחר שהתקיים הדיון בעתירות דנן, התרגשה עלינו מתקפת טרור אכזרית ומאז נתונה מדינת ישראל במלחמה קשה ונחושה נגד ארגוני הטרור המבקשים לכלותינו. אנו נושאים תפילה לשלום החיילות, החיילים ואנשי כוחות הביטחון המחרפים נפשם למען ביטחון המדינה וכן לשובם של החטופות והחטופים לביתם במהרה.

אך גם בשעה הקשה הזו, על בית המשפט למלא את תפקידו ולהכריע בסוגיות המובאות לפתחו. על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בסוגיות הנוגעות למאפייני הזהות הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לכך מתווספת העובדה כי פרסום הכרעתנו במועד הנוכחי מתחייב על פי סעיף 15(א) לחוק בתי המשפט, בהינתן מועד פרישתה של השופטת (בדימ') ברון ומועד פרישתי שלי מכס השיפוט.

סוף דבר

212. ההכרעה בעתירות דנן חייבה אותנו, בהרכב מלא של בית משפט זה, לשוב ולהידרש למקורות ולאבני הבניין של המפעל החוקתי הישראלי:

”בחרנו לעצמנו – מהכרזת העצמאות ועד היום – לילך בנתיב החוקתי. ביקשנו לתת לעצמנו חוקה, אשר תגביל את כוח הרוב כדי לקיים ערכי יסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית [...] משנעשתה הבחירה, נדרשים השופטים – [...] לתת לה תוקף” (עניין בנק המזרחי, בעמ’ 398).

מתן תוקף לבחירה לילך בנתיב החוקתי משמעו, לגישה, הגנה בלתי מתפשרת מפני פגיעה קשה ביותר באיזה משני עמודי התווך שעליהם נוסדה המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

213. עקרון שלטון הרוב הוא מ”נשמתה של הדמוקרטיה” (עניין בנק המזרחי, בעמ’ 546). עם זאת, הוא אינו מהווה הצדקה לחקיקת נורמה חוקתית שתמנע באופן כה גורף פיקוח וביקורת על החלטות הדרג הנבחר. “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” (עניין חוק טל, בעמ’ 719). בהינתן מערכת האיזונים והבלמים השברירית והחסרה הקיימת בישראל, שלילה מוחלטת של הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות הממשלה ושריה, מעקרת מתוכן חלק מהותי מתפקידו של בית המשפט בהגנה על הפרט ועל האינטרס הציבורי:

”הביקורת השיפוטית במדינה דמוקרטית, לפי התורה של הפרדת הרשויות, והדוקטרינה של בלמים ואיזונים צמחה מתורה זאת, לא נועדה להגביר את המשילות אלא להיפך: לרסן את כוח השלטון. ככל שהחוק מחייב, כדי

להגן על זכויות אדם ועל ערכי היסוד מפני שימוש לרעה בכוח, וכדי להבטיח ממשל תקין, נקי והוגן. תפקיד זה מוטל על בית המשפט ובית המשפט לא יוכל למלא תפקיד זה כראוי ללא עילת הסבירות" (זמיר "הסמכות המינהלית", בעמ' 3614; ראו גם: עניין שיינפלד, בפסקה 4 לחוות דעתה של השופטת ברון).

214. מן הטעמים שפורטו בהרחבה לעיל, לא ניתן להשקפתי ליישב בין תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה ובין עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק, שהינם שניים מהמאפיינים החשובים ביותר של שיטתנו הדמוקרטית. פגיעה כזו בלב ליבו של הנראטיב המכונן שלנו אינה יכולה לעמוד.

אשר על כן, אציע כי נקבע שבחקיקת תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, חרבה הכנסת מסמכותה המכוננת ולפיכך נכריז על בטלותו של התיקון. עוד אציע כי בנסיבות העניין ובשים לב לסוגיות העקרוניות שעמדו על הפרק, לא ייעשה צו להוצאות.

הנשיאה (בדימ')

השופטת י' וילנר:

1. בעתירות שלפנינו, התבקש בית משפט זה להורות על ביטולו של תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה, מאחר שלגישת העותרים תוכנו של התיקון פוגע בליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל.

מכאן, הננו מתבקשים להכריע בשאלת עצם סמכותו של בית משפט זה לבטל חוק יסוד, ובתוך כך, לקבוע מה דינו של התיקון שלפנינו.

2. אני מצטרפת למסקנה שאליה הגיעה חברתי הנשיאה (בדימ') א' חיות, בכל הנוגע לסמכותו של בית משפט זה לערוך ביקורת שיפוטית במקרים חריגים על תוכנם של חוקי יסוד. עם זאת, כפי שאבהיר בהמשך דבריי, איני נדרשת להכריע במקרה שלפנינו בסוגיה זו ולפיכך גם לא אפרוש בהרחבה את משנתי הסדורה בנדון. וזאת, משום שבהינתן הפרשנות שאציע להלן – התיקון אינו פוגע בפגיעה אנושה בליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל, ולפיכך מדובר בפרשנות מקיימת. ואולם, פטור בלא כלום אי אפשר, ולפיכך, אבהיר להלן בתמצית את עמדתי בסוגיה זו.

סמכותה של הרשות המכוננת וסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק

3. בית משפט זה כבר קבע כי: "בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי קיימות מגבלות [...] על סמכותה של הרשות המכוננת, המתמצות בשלילת זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית" (בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 27 לפסק דינה של הנשיאה חיות (8.7.2021) (להלן: עניין חוק הלאום)). אין לי אלא להצטרף לעמדה זו, על הנמקותיה. לצד זאת, הפסיקה טרם הכריעה בשאלה האם בית משפט זה מוסמך לערוך ביקורת שיפוטית מהותית על פעולות המכונן החורגות מן המגבלות הנ"ל. שאלה זו סבוכה ומורכבת היא, ועמדות רבות ומגוונות נשמעו בעניינה (להרחבה ראו את סקירתה המקיפה של הנשיאה (בדימ') חיות בחוות דעתה).

4. כאמור, דעתי היא, כפי שכבר נזדמן לי להעיר בעבר, כי לבית משפט זה נתונה הסמכות, במקרים חריגים, לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פס' 17 לפסק דיני (18.1.2023)). אמנם נכון הדבר, כי המכונן טרם הסדיר באופן מפורש את הסוגיה דנן. ואולם, אני סבורה כי איננו ניצבים בעניין זה בפני "ריק נורמטיבי" – שכן, מצויה בידינו אף ההוראה המעוגנת בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה (להלן גם: סעיף 15(ג)) שזו לשונה:

(ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר.

סבורני, כי המכונן רשאי, ככלל, להסמיך בגדרו של חוק יסוד: השפיטה, את בית משפט זה לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. מכאן, שהשאלה אם קיימת הסמכה כזו, היא בעיקרה שאלה פרשנית של הוראות חוק יסוד: השפיטה. דעתי בשאלה זאת היא כי אכן אפשרי לראות אף בהוראת סעיף 15(ג) מקור סמכות לעריכת ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי יסוד.

5. נראה כי לאור הלשון הכללית של סעיף 15(ג), פרשנות כאמור אפשרית מבחינה לשונית. כמו כן, בהינתן שביקורת שיפוטית על חוקי יסוד שמורה רק למקרים שבהם המכונן שולל את ליבת הזהות הדמוקרטית או היהודית של המדינה – הרי שהפרשנות האמורה גם מגשימה באופן מיטבי את תכליותיו של המערך החוקתי בישראל. זאת, בעיקרו של דבר, משום שהמערך החוקתי הקיים כיום בישראל אינו כולל הגבלה מעשית-מפורשת על כוחו של רוב מזדמן בכנסת לשנות את תוכנם של חוקי היסוד (להרחבה ראו:



בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פס' 21, 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות, וההפניות שם (23.5.2021)). לפיכך, בהיעדר כוח אפקטיבי למנוע מקרים שבהם הוראה בחוק יסוד שוללת את הזהות הדמוקרטית או היהודית של המדינה, לא ניתן יהיה לאכוף על המכונן את חובתו להימנע מכינון הוראה כזו. משכך, פרשנות אחרת, שלפיה אין בידי בית המשפט סמכות להעביר ביקורת שיפוטית על המכונן – במקרים שבהם הוא חורג מסמכותו – משמעותה היא כי המגבלות הקיימות על סמכות זאת תעשנה לאות מתה (ראו: עניין חוק הלאום, בפס' 4 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). דומה, אם כן, כי פרשנות כזאת מוקשית, בשים לב לעיקרון שלטון החוק ולעיקרון הפרדת הרשויות (להרחבה ראו, למשל: David Dyzenhaus, *Form and Substance in the Rule of Law: A Democratic Justification for Judicial Review*, in JUDICIAL REVIEW AND THE A. V. Dicey, LECTURES ; CONSTITUTION 141 (Christopher Forsyth ed., 2000) INTRODUCTORY TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION pp. 271-273 (8th ed. London: Macmillan, 1915; reprinted by LibertyClassics, 1982)).

לא זו אף זו, ביחס להוראת סעיף 15(ג) הנ"ל, נקבע זה מכבר, כי היא בעלת מעמד נורמטיבי "חוקתי על-חוקי" וכי "עניינה איננו רק בדיני הסמכות הדיונית [...] אלא גם בדיני הסעד המהותי [...] בנסיבות חריגות ויוצאות-דופן, כאשר המקרה 'זועק לשמים', ואין דרך חוקית אחרת להושיט בו 'סעד למען הצדק', לא מן הנמנע כי בית-המשפט ייזקק לסמכות 'בלתי קונבנציונלית' זו" (בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102, 106 (2003)).

6. הנה כי כן, כפי שהטעימה חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, באותם מצבים חריגים שבהם המכונן חורג מגבולות סמכותו בכינון חוק-יסוד הפוגע פגיעה אנושה בזהות היהודית או הדמוקרטית של מדינת ישראל, קמה לבית משפט זה הסמכות לבטל את החוק. כאמור, לדידי, בית משפט זה רשאי לעשות כן גם מכוח סמכותו לתת סעד מן הצדק, כאמור בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, על מנת להשיב על כנו את הצדק שהופר באמצעות אותה פגיעה אנושה בזהות היהודית או הדמוקרטית של מדינת ישראל (בהקשר זה ראו גם את האמור בפס' 87 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות).

תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה

7. משנמצאו למדים כי בית משפט זה מוסמך לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, עלינו לעבור ולבחון מה דינו של תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה (להלן: התיקון) אשר ניצב כאמור במוקד דיוננו. במילים אחרות, האם ניתן לומר כי התיקון פוגע "פגיעה

אנושה" בזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל, באופן המצדיק את ביטולו, כפי שטוענים העותרים והיועצת המשפטית לממשלה.

אקדים ואומר כי איני תמימת דעים עם חברתי הנשיאה (בדימ') חיות בסוגיה זו. לגישתי, כפי שיבואר להלן, ניתן לפרש את התיקון פרשנות מקיימת, וממילא אין מקום להורות על ביטולו. זאת, שהרי מושכל יסודי הוא, כי, יש להעדיף, בהכרח, פרשנות מקיימת של חוק יסוד – אם היא אפשרית מבחינה לשונית ומתיישבת עם תכליותיו – שלפיה הוא אינו שולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של מדינת ישראל, על פני פרשנות אשר עלולה להוביל למסקנה הפוכה ולפיכך לביטולו (ראו: עניין חוק הלאום, בפס' 59 לפסק דינה של הנשיאה חיות, וההפניות שם).

8. בפתח הדברים אציין כי אני סבורה שפרשנות התיקון, בהתאם לכללי הפרשנות החוקתית הנוהגים עמנו, מובילה למסקנה כי המונח "סבירות" במסגרת התיקון, מתייחס אך ורק לעילת הסבירות במובן שנוצק לה בעקבות פסק הדין בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421 (1980) (להלן בהתאמה: סבירות איזונית ועניין דפי זהב). לגישתי, בהינתן פרשנות זו, התיקון – שאמנם יש להצר על בואו לעולם – אינו שולל את ליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל.

ודוק: כפי שארחיב בהמשך דבריי, אמנם בהינתן הפרשנות המוצעת, עשויים להתעורר מקרים שבהם בית המשפט לא יוכל להושיט סעד שיפוטי ביחס להחלטות שרים או ממשלה באמצעות עילת הסבירות האיזונית, כבעבר. ברם, אף אם מדובר במצב דברים שיש להצר עליו, הרי שמדובר יהיה בהחלטות שנתקבלו בסמכות; לאחר הליך מינהלי תקין; בתום לב; ללא שיקולים זרים; החלטות מידתיות; אינן שרירותיות; אינן מפלות; ואינן מופרכות מעיקרן. אם כן, איני סבורה כי במצב דברים זה נגרמת פגיעה אנושה בליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל. לפיכך, מסקנתי היא, כאמור, כי אין מקום להורות על ביטולו של התיקון, ויש לבחור במסלול הפרשני האפשרי המקיים אותו.

9. על מנת להניח את התשתית הנדרשת למסקנתי האמורה, אפתח בסקירת תולדותיה של עילת הסבירות במשפט הישראלי.

#### עילת הסבירות המקורית

10. עילת הסבירות נקלטה אל תוך שיטת משפטנו מן המשפט האנגלי, ועסקה בראשית דרכה בעיקר בשאלת סבירותם של חוקי עזר של רשות מקומית (ראו, למשל:

יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ה 3549-3551 (2020) (להלן: זמיר, הסמכות המינהלית); בג"ץ 129/57 מנשי נ' שר-הפנים, פ"ד יב 209, 214-215 (1958); ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026, 1036 (1959) (להלן: עניין דיזנגוף); בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94, 102 (1976). בשלהי שנות ה-50, בפסק דינו של בית משפט זה בעניין דיזנגוף, בוטלה ההבחנה בהקשר זה בין חוקי עזר לבין אקטים שלטוניים אחרים וביניהם החלטות שהתקבלו על-ידי שרים וממשלה (שם, עמ' 1031, 1037; להרחבה ראו: מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" 773, 793-794 (2013) (להלן: כהן)).

עד לתחילת שנות ה-80, לעילת הסבירות היו מספר מאפיינים: ראשית, בדרך כלל יוחס חוסר סבירות לאקטים מינהליים שהיו פגומים גם בשל עילות נוספות, דוגמת שיקולים זרים או הפליה, כך שהקביעה בדבר חוסר סבירות נועדה ליתן משנה תוקף לפגמים האחרים (כהן, בעמ' 794-796). שנית, חוסר סבירות נתפס כפגם במישור הסמכות של הרשות המינהלית שקיבלה את ההחלטה הנדונה. כלומר, טענה לחוסר סבירותה של החלטה הייתה, למעשה, טענה לחוסר סמכות של הגורם הנדון לקבל את אותה החלטה, וכפי שצוין בעניין דיזנגוף "אני רואה את העיקר בזה, שעניין הסבירות אינו בעצם אלא אחת הצורות של חריגה מסמכות" (שם, בעמ' 1037. עוד ראו זמיר, הסמכות המינהלית, בעמ' 3849; עניין דקה, בעמ' 101, 106).

11. בהמשך לאמור, המבחן לפסילתו של אקט שלטוני מחמת חוסר סבירות דרש שההחלטה תהיה מופרכת בעליל, עד שלא יעלה על הדעת כי המחוקק התכוון להסמך את הרשות לקבל החלטה כזו (ראו, למשל: עניין מנשי, בעמ' 214; ראו גם את שנקבע בעניין דיזנגוף: "אם ימצא בית המשפט כי חקיקת המשנה היא כה בלתי הגיונית ובלתי נסבלת עד שאדם בר-דעת לא יעלה על דעתו ששר סביר היה מסוגל לעשותה, כי אז יצטרך לאמור שעולם לא נתכוון המחוקק לתת כוח זה בידי השר [...] והיא מחוץ לתחום הסמכות" (שם, בעמ' 1039); וכן ראו את הסטנדרט לעילת הסבירות שצוין בעניין דקה, שניתן כאמור בשנת 1976: "חקיקת משנה לגביה ברור לחלוטין שהיא בלתי-צודקת בצורה משוועת ואין לה כל בסיס עובדתי, ציבורי או חברתי" (שם, בעמ' 103). עוד צוין שם כי "למרות העובדה שאי-הסבירות מוצאת ביטוייה, בעיקרה, בתופעות אשר להן גם קיום עצמאי כמדדים על-פיהם נבחנים שיקולים של רשות סטטוטורית" – דוגמת שיקולים זרים או הפליה – "יכולה אי-הסבירות להתגלות כאשר היא בגפה", למשל כאשר "לשיקולים הרלבנטיים השונים יוחס משקל בפרופורציה כה מעוותת ביניהם לבין עצמם, עד שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה ובשל כך לבלתי-סבירה לחלוטין"

(שם, בעמ' 105 ; ההדגשה הוספה – י"ו). בעניין זה, הודגש, כי בכל אופן פגם של חוסר סבירות שורשו בפגם בסמכות, המצדיק את ביטול האקט השלטוני, שכן "תקנה אשר דבקה בה אי-סבירות היורדת לשרשו של ענין, רואים אותה כחורגת מסמכותו של מי שהתקינה ובשל כך תיחשב כבטלה ומבוטלת" (שם, בעמ' 101)).

עילת הסבירות האיזונית

12. בשנת 1980 נפל דבר ביחס לעילת הסבירות – ניתן פסק דינו של בית משפט זה בעניין דפי זחב. בפסק הדין, קבע השופט א' ברק כי לעילת הסבירות מספר תכונות, כדלקמן:

"ראשית, חוסר סבירות כשלעצמו הוא עילה לפסילתו של שיקול-דעת מינהלי; שנית, חוסר הסבירות נמדד באמות מידה אובייקטיביות; שלישית, חוסר סבירות, הפוסל שיקול-דעת מינהלי, הוא חוסר סבירות מהותי או קיצוני; רביעית, עקרון הסבירות מביא לפסילתו של שיקול-דעת מינהלי, אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה" (שם, בעמ' 437).

בפסק דינו הדגיש השופט ברק כי "פרופוזיציות אלה, לא רק שהן משקפות, לדעתי, את המשפט המצוי, אלא הן מהוות אף הסדר רצוי בתחום המשפט המינהלי" (שם). עוד הודגש שם כי לרשות המינהלית קיים "מתחם סבירות" שהיא מוסמכת לפעול במסגרתו: "שיקול הדעת המינהלי קובע חופש בחירה בין אופציות שונות. עיקרון הסבירות קובע תחום של אופציות שהינן סבירות בנסיבות העניין. עיקרון אי-ההתערבות בשיקול הדעת המינהלי משמעותו כי במסגרת תחום האופציות הסבירות לא יתערב בית המשפט, אך הוא יתערב ויפסול הפעלת שיקול-דעת הבוחר באופציות החורגות מהתחום הסביר" (שם, בעמ' 441).

הנשיא מ' לנדוי הסתייג בפסק דינו מהקביעות האמורות של השופט ברק, והדגיש כי "הכל תלוי במה שמתכוונים לבטא במלה סבירות [...] בדרישה הכללית, כי 'החלטתו (של עובד המדינה) חייבת להיות סבירה', אני ירא מאי-ההבנות שהשימוש במושג הסבירות בהקשר זה עלול להוליד [...] אם החלטתו של עובד הציבור תעמוד לבחינה על-ידי בית המשפט על-פי מבחן אובייקטיבי של מה שנראה לו, לבית המשפט, כעומד במבחן הסבירות בכל הנסיבות, שבהן נתקבלה ההחלטה המינהלית [...] נגיע עד מהרה לבחינה עניינית של ההחלטה מחדש (de novo), כאילו מקיים בית המשפט דיון חוזר

בנכונות ההחלטה" (שם, בעמ' 431-432). הנשיא לנדוי הוסיף, כי ביחס לניסוח "עובד הצבור נתן משקל יחסי בלתי סביר לאינטרסים השונים הראויים להשקל", הרי ש"גם ניסוח זה רחב מדי, כי גם הוא מחייב את המשפט לעשות את מלאכתו של עובד הציבור מחדש, כדי לבדוק אם הלה נתן משקל יחסי בלתי סביר לאינטרסים השונים הראויים להישקל. תפקיד זה לא קיבל בית-משפט זה על עצמו מעולם עד כה" (שם, בעמ' 432).

עוד ציין הנשיא לנדוי כי השופט ברק מסתמך בניסוח האמור על פסק הדין בעניין דקה, אך הדגיש כי שם דובר על:

"מסקנה מופרכת מעיקרה ובשל כך בלתי סבירה לחלוטין".  
אכן, על החלטה כזאת ניתן לומר, ששום פקיד סביר לא היה יכול לקבלה, ועל-כן היא פסולה, משום שרירות שבה, והחלטה שרירותית לא תוכל לעמוד, על-פי אחת מעילות הפסלות שבית-משפט זה הכיר בהן מאז ומתמיד [...] לדעתי, די לנו בנוסחאות מקובלות אלה, ואין להוסיף עליהן נוסחה חדשה בדבר מתן משקל יחסי בלתי סביר לאינטרסים השונים הראויים להישקל - נוסחה העלולה לערב את בית המשפט בבדיקת תבונתה ויעילותה של ההחלטה המינהלית" (עניין דפי זהב, עמ' 432; ההדגשה הוספה – י"ר).

13. למרות קביעתו האמורה של השופט ברק, שלפיה תכונותיה של עילת הסבירות שהוצגו בפסק דינו משקפות את הדין המצוי ששרר אז, נראה כי הדעה הרווחת בקרב מלומדים רבים היא שמדובר בפסק דין תקדימי ביחס למאפייניה של עילת הסבירות ותכניה (ראו, למשל: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 725 (2010) (להלן: ברק-ארז, משפט מינהלי); כן ראו כהן, אשר מתארת את "מהפכת הסבירות בשנות השמונים של המאה העשרים" (שם, בעמ' 782-783), וטוענת כי בעניין דפי זהב "גובשה [...] הגישה הגמישה יותר כלפי העילה, אשר הובילה, במיוחד לטענת המבקרים, לעשייה אקטיביסטית ברמה שלא היה לה תקדים קודם לכן" (שם, בעמ' 796); וכי "מבחינה הסבירות [שנוסחו בעניין דפי זהב – י"ר] הם מרחיקי-לכת יחסית לעבר" (שם, בעמ' 799); כך הביע גם מ' מאוטנר את עמדתו כי "תחת הכותרת 'סבירות' חולל בית-המשפט העליון בשנות ה-80 שינוי רדיקלי", בעזרת הקניית "תכנים חדשים" ל"מושגים משפטיים מוכרים"; וכי ממועד מתן פסק הדין בעניין דפי זהב "ראה עצמו בג"ץ מוסמך לפקח על שיקוליה של הרשות, גם אם נקבע על-ידו שכולם נמצאו בגדר השיקולים שהרשות הייתה מוסמכת לשוקלם" (מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" 5 תיאוריה וביקורת 25, 25, 27 (1994)); כן ראו והשוו: זמיר, אשר מדגיש כי הוא אינו מחזיק בדעה הרווחת שלפיה בעניין דפי זהב נוצרה עילה חדשה (זמיר, הסמכות המינהלית, בעמ' 3559-3560);

ואולם, הוא ממשיך ומציין כי "לעילת הסבירות שני מובנים [...] שהם שונים מאד זה מזה, מבחינה עקרונית ומבחינה מעשית" (שם, בעמ' 3868); כי "המובן השני [...] המתייחס לסבירות של שיקול הדעת" נוצק לעילה זו בפסק הדין בעניין דפי זהב (שם, בעמ' 3849-3850); וכי "רק בשנות השבעים והשמונים [עילת הסבירות – י"ו] סיפחה אליה את הפגם בשיקול הדעת המינהלי, כלומר מתן משקל בלתי ראוי לשיקול מסוים או איזון בלתי ראוי בין השיקולים" (שם, בעמ' 3865; ראו גם בעמ' 3869). כמו כן, ראו גישתו של י' דותן, אשר תיאר את פסק הדין כ"מפץ של דפי זהב" המציג "סבירות חדשה", שחדשנותו העיקרית נעוצה בקביעה שלפיה סבירות היא מתן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם (ראו: יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" משפטים נא 673, 681-685 (התשפ"ב) (להלן: דותן, ריסון וסבירות)). לדידו, חידוש משמעותי נוסף בפסק הדין האמור, נובע מניתוק עילת הסבירות מדוקטרינת חוסר הסמכות (שם, בעמ' 682-685).

14. כך או כך, בעוד בעשורים שקדמו לפסק הדין בעניין דפי זהב, השימוש בעילת הסבירות לא היה תדיר, במיוחד ביחס לעילות אחרות כמו חוסר סמכות, שיקולים זרים או הפלייה, הרי שלאחר פסק הדין בעניין דפי זהב השתנה מצב זה באופן דרמטי והשימוש בפסיקה בעילת הסבירות הפך נפוץ ומרכזי ביותר, עד שנראה כי עתירות שבהן בית המשפט לא נדרש לדון בסבירות האקט המינהלי הפכו מהכלל לחריג (להרחבה ולנתונים בנושא ראו: דותן, ריסון וסבירות, בעמ' 676-677, בפרט ה"ש 8; Rivka Weill *The Strategic Common Law Court of Aharon Barak and its Aftermath: On Judicially-Led Constitutional Revolutions and Democratic Backsliding* (2020) LEHR, pp. 236-239, 227, 14(2). כן ראו: כהן, בעמ' 795, 797, 799; זמיר, הסמכות המינהלית, בעמ' 3857, 3864-3865. לסקירת פסיקה באשר לשימוש בעילת הסבירות בתחומים שונים בעשורים האחרונים, ראו: ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 762-737).

כך, למשל, תיאר השופט חשין את התמורות שחלו במקומה ואופייה של עילת הסבירות בפסיקה:

"לימים, משבאה לאוויר העולם כעילה כוללת-כול, השתלטה עילת הסבירות – כמוה כעוולת הרשלנות בזמנה ובמקומה – על כל סביבותיה, ואבותיה הקדמונים באו לחסות בצלה. עילת הסבירות הפכה בתחום המשפט המינהלי – כמוה כעוולת הרשלנות בתחום דיני הנזיקין – ל'עילת מסגרת' שתכניה יכולים שישתנו מעניין לעניין ומתקופה לתקופה, על-פי תנאי המקום והזמן" (בג"ץ

2355/98 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 777  
 ((1999)).

15. אף במבט השוואתי, ניכרת ייחודיותה של עילת הסבירות האזונית הישראלית ונראה כי עילה מקבילה, זהה במהותה, אינה נפוצה בשיטות משפט אחרות, ובפרט במשפט הקונטיננטלי (ראו: Michal Bobek, *Reasonableness In Administrative Law: A Comparative Reflection On Functional Equivalence*, In REASONABLENESS AND LAW, 311, pp. 316-324 (Giorgio Bongiovanni et al. eds., 2009); יואב דותן "הצעת חוק סדרי המנהל: קודיפיקציה, פוליטיקה ומנהל" ((22.6.2023) ICON-S-IL-BLOG).

16. בהקשר זה מעניין לעמוד על התמורות שחלו ביחס לעילת הסבירות במשפט האנגלי – אשר עילת הסבירות הישראלית כאמור שאובה ממנו. עד לסוף שנות ה-80, המבחן הנהוג באנגליה להחלת עילת הסבירות היה "מבחן Wednesbury", סטנדרט צר-היקף שלפיו בית המשפט יפסול מכוח עילת הסבירות החלטה אשר "no reasonable authority could ever have come to" (Associated Provincial Picture House v. Wednesbury, [1948] 1 KB 223, 229 (C.A.)). החל משנות ה-90 באנגליה, הוגמם מבחן הסבירות הקלאסי ביחס לפגיעה בזכויות אדם ועקרונות חוקתיים; וכן החלה לשמש עילת הסבירות גם ככלי לביקורת מהותית על ההליך המינהלי (ראו: DE SMITH'S JUDICIAL REVIEW, pp. 599-603 (Harry Woolf et al. eds., 7<sup>th</sup> ed. 2013); להרחבה בעניין ההבחנה בין סבירות מהותית לבין סבירות הליכית ראו: R (on the application of Medway Council and others) v. Secretary of State for Transport, [2002] EWHC 2516 (Admin). עוד ראו: כהן, בעמ' 783-784, 786; מגמות דומות קיימות אף בדין האוסטרלי, ראו: Minister for Immigration and Citizenship v Li, 139 ALD 181 (2013); and Another, 46 FED. L. REV. 137, pp. 150-155 (2018)).

גם בקנדה עוגנה בשנות ה-50 עילת הסבירות המחילה מבחן דומה ל"מבחן Wednesbury"; מאז התפתחה העילה, במובן זה שפסילת החלטות שלטוניות יכולה להיעשות גם מן הטעם שאלו אינן הגיוניות (illogical) או שההנמקה מאחוריהן אינה רציונלית (irrational) (ראו: Canada Minister of Citizenship and Immigration v. Vavilov, 2019 SCC 65, וההפניות שם. דומה כי אף לאחר ההתרחבות האמורה, לא חל למעשה שינוי בהיקף השימוש בעילה בפסיקה, ראו: Andrew Green, *How*

*Important are the groundbreaking Cases in Administrative Law?*, Uni. Tor. L. J.  
(2022, forthcoming).

עילת הסבירות האיזונית – שיג ושיח

17. מאפייניה של עילת הסבירות האיזונית כפי שנקבעו בעניין דפי זהב, כמו גם היקף השימוש בעילה שהלך והתרחב לאחר מתן פסק הדין הנ"ל, שנויים במחלוקת בשיח המשפטי בישראל – הן בקרב מלומדי משפט, הן בקרב שופטי בית משפט זה. ואכן, לא בכדי נשתברו קולמוסים רבים בעניינה, כפי שמציינת ד' ברק-ארז בספרה:

"מאחר שעילת הסבירות תרמה להרחבת תחומיה של הביקורת השיפוטית, היא עמדה פעמים רבות במרכזה של הכתיבה על תופעת 'האקטיביזם השיפוטי' [...] המחלוקת שנסבה על עילת הסבירות משקפת מתח בין שתי השקפות עולם שיפוטיות – השקפה הדוגלת בביקורת שיפוטית רחבה יחסית מול השקפה המצדדת בצמצומה של הביקורת השיפוטית למקרים חמורים במיוחד של אי-תקינות מינהלית או פגיעה בזכויות. זהו אינו ויכוח נקודתי שנסב על הכרה בעילת ביקורת מסוימת, אלא ביטוי למחלוקת [...] עמוקה ועקרונית" (ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 731-732, 767-769; כן ראו זמיר, הסמכות המינהלית, בעמ' 3549, 3869).

א. חשיבות עילת הסבירות האיזונית

18. מצד אחד, היו שופטים בבית משפט זה, כמו גם מלומדי משפט, שהדגישו את חשיבותה של עילת הסבירות האיזונית בהגנה על זכויות הפרט ועל הציבור בכללותו. כך, למשל, הדגישה השופטת א' פרוקצ'יה:

"עילת הסבירות [משמשת – י"ו] מכשיר מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל, והיא ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון [...] צמצומה של עילת הסבירות עלול ליצור חלל ריק במיתחם הביקורת השיפוטית שעילות ביקורת אחרות לא תמלאנה, ולהצר עד למאד את נכונותו של בית המשפט להתערב במצבים בהם הרשות המינהלית בהחלטתה לא שקלה את מלוא השיקולים הרלבנטיים ואותם בלבד, או שקלה אותם, אך לא ייחסה להם את המשקלות היחסיים המתאימים. קל לשער את הנזק הצפוי מתהליך כזה לרעיון חוקיות המינהל ולתכלית ההגנה על האזרח ביחסו אל הממשל, העומד ביסוד הגדרתן של עילות הביקורת השיפוטית על המינהל" (בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת



האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445,  
פס' 33 לפסק דינה (2007) (להלן: עניין אמונה)).

באותו עניין עמדה השופטת ע' ארבל גם על חשיבותה של עילת הסבירות  
האיזונית בקידום ערכי החברה ושימור תקינותם של מוסדות השלטון, והטעימה כי:

"צמצום הביקורת השיפוטית לכשלים דיוניים כאלה  
ואחרים ולשאלות של סמכות טומן בחובו סכנה של ממש  
לעמידה של החברה בישראל ולתפקודן התקין של  
מערכות השלטון, באשר הוא מותיר לבית המשפט תפקיד  
שחלק עיקרי שלו הינו כמעט טכני גרידא ושולל ביקורת  
שיפוטית מהותית באמצעותה מגן בית המשפט על ערכי  
החברה ומקדמם. צמצום הביקורת השיפוטית על ידי  
שלילה כמעט מוחלטת של עילת הסבירות מותיר לטעמי  
את הציבור 'חשוף בצריח', שכן הוא שישא במחיר אותן  
החלטות המצויות מחוץ לגדרי מתחם הסבירות" (שם,  
בפס' 19 לפסק דינה).

19. אף הנשיאה מ' נאור עמדה על היתרון הטמון בעילת הסבירות האמורה וציינה  
כי:

"עילת הסבירות נהוגה בפסיקתו של בית משפט זה ככלי  
חיוני להפעלת ביקורת על החלטתה של רשות מינהלית  
מזה קרוב לארבעה עשורים (ראו: בג"ץ 389/80 דפי 271 ו-272  
נ' רשות השידור) [...] לדידי, עילת הסבירות אינה נפגמת  
מעצם היותה נורמה מופשטת או מושג שסתום. אדרבא,  
'עובדה זו מאפשרת לסבירות להיות 'הגשר שבאמצעותו  
המשפט עשוי לתת פתרונות מודרניים לבעיות החברתיות  
החדשות' [...] עוקץ עמימותה ממילא קהה לאחר שנים  
ארוכות שבהן עוצבה מקרה אחר מקרה במשפט המקובל  
נוסח ישראל, שהעמיד בידינו גוף מקיף של כללים  
ליישומה" (דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים  
הכללית נ' שר הפנים, פס' 57 לפסק דינה (26.10.2017)  
(להלן: עניין התאחדות הסוחרים)).

20. השופטת חיות הדגישה אף היא כי "לעילת הסבירות שמור מקום של כבוד  
בשמירה על ההגינות ועל טוהר המידות בשלטון הציבורי וכן היא תורמת להקפדה על  
זכויות אדם ולהגנה עליהן לבל תפגענה ממעשי השלטון במידה העולה על הראוי  
והנדרש", וכי עילה זו היא "כלי מרכזי וחשוב להפעלת ביקורת על מעשי המינהל" (ראו:  
בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ, פס' 3 לפסק דינה  
(12.2.2015) (להלן: עניין שר החוץ)). כן, עמדה השופטת חיות על אופייה המופשט של  
העילה, וציינה כי:

"העובדה כי נורמה משפטית מנוסחת במונחים מופשטים ואינה נוקטת קונקרטיזציה חדה ומדויקת המחילה אותה על מצב דברים מוגדר וידוע מראש, היא לבדה אין בה כדי לפגום באותה הנורמה [...] אילו ביקשנו לראות בכך מאפיין הפוגם בעילת הסבירות כנורמה משפטית, היה עלינו לצרף אליה כנורמות פגומות, על פי אותה גישה, גם שורה ארוכה ונכבדה של נורמות משפטיות בעלות מאפיינים דומים כמו עקרון תום הלב ותקנת הציבור למשל" (שם).

21. בהתאם לכך, לגישת השופט א' רובינשטיין, "אין דופי בשימוש בעילת הסבירות כעילה לביקורת שיפוטית, שכמובן צריכה להיות מופעלת באורח מושכל וזהיר במקום הראוי. 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'". עוד ציין, כי "עילת הסבירות, ושוב – בכל הזהירות – מאפשרת לבית המשפט לשמש כמה שקרוי בלשון עידננו 'המבוגר האחראי', ולא אחטא לאמת אם אניח כי לא מעטים בין ראשי הממנים עצמם מייחלים בסתר ליבם להתערבות הבג"צית, כדי למנוע מינוי שנולד מלחצים כאלה ואחרים"; וכי "עתירות רבות, מהן שהתבססו על עילת הסבירות, תרמו לשיפור המינהל הציבורי בישראל, לעתים בפסקי דין מלומדים ולעתים ב'שמרטפות' עיקשת ונחושה על-ידי בית המשפט" (שם, בפס' ב' לפסק דינו; בהקשר זה יצוין כי באותה הפרשה ציין השופט י' עמית כי אינו "רואה להידרש לשאלה העקרונית של השימוש בעילת הסבירות כעילה לביקורת שיפוטית בכלל, נושא שיש לו קשר הדוק לשאלות של שפיטות ואקטיביזם שיפוטי" (שם, בפס' 1 לפסק דינו)).

22. השופטת ברק-ארז הוסיפה והטעימה, כי חשיבותה של עילת הסבירות נעוצה גם בהיותה כלי לביקורת על החלטות שהתקבלו בשל שיקולים זרים, אך קיים קושי להוכיח זאת. באותו הקשר, עמדה השופטת ברק-ארז על כך שהחובה ליתן משקל ראוי לכל שיקול רלוונטי אינה חשובה פחות מהחובה שלא להביא בחשבון שיקולים זרים, וכן כי עילת הסבירות "אין משמעותה second-guessing של החלטותיה, בבחינת 'עיון חוזר' בהן על-פי שיקול דעתו הסובייקטיבי של בית המשפט", בהיותה עילה "בעלת משמעות משפטית מתוחמת ומוגדרת" (בג"ץ 3823/22 נתניהו נ' היועצת המשפטית לממשלה, פס' 5-2 לפסק דינה (17.7.2023)).

23. כאמור, אף מלומדי משפט עמדו על חשיבותה של עילת הסבירות האיזונית.

כך, למשל, זמיר מדגיש כי "אין ספק שעילה זאת העלתה תרומה מן המעלה הראשונה להגנה על העקרונות של חוקיות המינהל, המינהל התקין וזכויות האדם" (זמיר, הסמכות המינהלית, בעמ' 3602); וכי עילת הסבירות נחוצה בעיקר כדי לשמש "שסתום ביטחון, שנפתח כאשר הדרך לעילות אחרות חסומה, כדי להגן על העקרונות של חוקיות המינהל, המינהל התקין ועשיית הצדק" (שם, בעמ' 3607). לגישתו:

"הביקורת השיפוטית במדינה דמוקרטית, לפי התורה של הפרדת הרשויות, והדוקטרינה של בלמים ואיזונים שצמחה מתורה זאת, לא נועדה להגביר את המשילות אלא להיפך: לרסן את כוח השלטון, ככל שהחוק מחייב, כדי להגן על זכויות אדם ועל ערכי היסוד מפני שימוש לרעה בכוח, וכדי להבטיח ממשל תקין, נקי והוגן. תפקיד זה מוטל על בית המשפט ובית המשפט לא יוכל למלא תפקיד זה כראוי ללא עילת הסבירות" (שם, בעמ' 3614).

זמיר מבהיר כי נוסחת הסבירות האיזונית, "המחייבת מדידה (או הערכה) של משקל כל שיקול, ועריכת איזון בין השיקולים על יסוד המשקלות שניתנו להם, היא בעיקר תאוריה שאינה משקפת באופן מדויק את הפרקטיקה", כי אם "נועדה להבהיר כי שיקול הדעת המינהלי אינו הפקר, פתוח לכל נטייה או גחמה של הרשות המינהלית, אלא הרשות חייבת להתנהל בו על פי היגיון ותכלית הנובעים מן החוק המסמך של הרשות" (זמיר, הסמכות המינהלית, בעמ' 3592). עוד מדגיש זמיר כי אף על פי שפסילת החלטה מכוח עילת הסבירות האיזונית היא "דרך קלה לבית המשפט", הוא אינו פוסע בה תדיר (שם, בעמ' 3596).

24. אף ג' גונטובניק מצטרף לעמדה זו, ומעיר כי ביחס לשאלה שעניינה "אם צריך לצמצם את השימוש בעילת הסבירות [...] האם צריך להגיע למצב דברים שבו נמנעת בפועל העברת ביקורת שיפוטית שעה שעל הפרק עומדת שאלה מקצועית או פוליטית?" הרי שלדידו, "מהלך שכזה יהיה מרחיק לכת ובלתי ראוי", וזאת בהתבסס על הטענה שלפיה:

"במשטרנו החוקתי מנגנוני הפיקוח המנהליים והפרלמנטריים על הממשלה אינם רבים ואינם אפקטיביים במידה מספקת. במקומותינו הרשות המבצעת בדרך כלל שולטת גם ברשות המחוקקת. על כן נדרשת ביקורת שיפוטית מהותית כדי ליצור משקל נגד. אומנם זו צריכה להיות מופעלת לעיתים תוך הנסגה שיפוטית, אך עדיין במקרים המתאימים תצדיק את פסילת שיקול הדעת המינהלי [...] במשטר שבו קיימת עילת סבירות, הרשות תדע כי יתכן שיהיה עליה ליתן דין וחשבון בפני בית

המשפט, ולמעשה גם בפני הציבור הרחב גם ביחס לסוגיות מקצועיות, ציבוריות ופוליטיות" (גרשון גונטובניק "ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת של רשויות ציבוריות: אמות מידה שונות של 'הנסגה שיפוטית' (deference)" 90 עתד ארבל 489, 533-534 (שלי אביב ייני, דורית ביניש, אריאל בנדור, הדר דנציג רוזנברג, קרן מילר – עורכים, 2022); ההדגשה הוספה – י"ו).

25. השופטת ברק-ארז עמדה על מעלותיה של עילת הסבירות אף בכתבתה האקדמית:

"חשוב לומר לזכותה [של עילת הסבירות – י"ו] את הדברים הבאים: ראשית, השימוש בעילת הסבירות תרם תרומה חשובה לקידום נורמות של הגינות שלטונית בישראל. שנית, לעילת הסבירות יש תפקיד חשוב בהגנה על זכויות אדם במצבים שבהם הפגיעה בזכויות אינה נעשית בשם שיקול פסול, אך אינה נותנת להן משקל הולם, או כאשר הפגיעה בזכויות מונעת על-ידי שיקול פסול אשר מוצנע באופן אפקטיבי. שלישית, עילת הסבירות קשורה באופן הדוק לעילות ביקורת אחרות, כמו עילת ההפליה [...] ועילת המידתיות [...]. רביעית, יש להעריך את תרומתה של עילת הסבירות לא רק בהתייחס למקרים שנדונו בבתי המשפט, אלא גם מהיבט השפעתה של עיצוב החלטותיהן של רשויות המינהל כהחלטות שחותרות לאיזון בין מירב השיקולים, לרבות שיקולים נורמטיביים. באופן כללי יותר, ניתן לומר שעילת הסבירות היא עיקרון משפטי מתאים במיוחד לביקורת על החלטות מינהליות, בהתחשב בכך שתכליתן של החלטות אלה היא איזון בין אינטרסים חברתיים" (ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמ' 769).

עם זאת, חשוב לציין כי השופטת ברק-ארז עומדת בספרה גם על הקשיים הטמונים בעילת הסבירות האיזונית:

"עילת הסבירות טומנת בחובה פוטנציאל לטשטוש תחומים בין הפעלתה של ביקורת שיפוטית לבין החלפת שיקול דעתה של הרשות בהחלטה הנראית לבית המשפט כרצויה יותר [...] לאמיתו של דבר, מרבית העקרונות שהוגדרו בפסיקה לקביעת גבולותיה של עילת הסבירות אינם ניתנים לתרגום להגבלות קונקרטיות על ההתערבות, והם פועלים בעיקר כרטוריקה מרסנת, שבאמצעותה מגדיר בית המשפט את תפקידו בהפעלת הביקורת השיפוטית. מתחם הסבירות אינו אלא פרי יצירתו של בית המשפט עצמו, אשר ברצותו – מרחיב, וברצותו – מקצר. נוסף לכך, בדוקטרינה של מתחם הסבירות אין מענה למצבים שבהם ההחלטה העומדת בפני הרשות היא באופן עקרוני בעלת אופי בינארי, לדוגמה בהתייחס למינויים.

ניתן להוסיף כי גם הגדרתה של אי-סבירות כ'קיצונית' או כ'מהותית' היא, בסופו של דבר, תולדה של הערכה נורמטיבית הנעשית על-ידי בית המשפט עצמו" (שם, בעמ' 763-764).

ב. ביקורת על עילת הסבירות האיזונית

26. מצדו השני של המתרס, היו שופטים, וכן מלומדי משפט, אשר עמדו על הקשיים הטמונים בעילת הסבירות האיזונית.

כך, כמפורט לעיל, הנשיא לנדוי, הביע חשש כי עילת הסבירות האיזונית עשויה להוביל למצב דברים שבו בית המשפט, למעשה, שוקל את החלטת הרשות המינהלית de novo, ובכך, ממלא הוא תפקיד אשר "לא קיבל בית-משפט זה על עצמו מעולם עד כה" (עניין דפי זהב, בעמ' 432). לנוכח האמור, דעתו של הנשיא לנדוי הייתה כי "די לנו בנוסחאות מקובלות אלה, ואין להוסיף עליהן נוסחה חדשה בדבר מתן משקל יחסי בלתי סביר לאינטרסים השונים הראויים להישקל – נוסחה העלולה לערב את בית המשפט בבדיקת תבונתה ויעילותה של ההחלטה המינהלית" (שם).

אף במאמר שפרסם ציין לנדוי כי "קיימת סתירה פנימית בין עצם גמישותו של מושג הסבירות, שהפוסק יכול לצקת בו תוכן על-פי הבנתו, לבין העלאת אותו מושג לדרגת קנה-מידה קשיח. כך נהפכת נוסחת הסבירות לעין מלת-צופן, חסרת תוכן מוגדר משלה, המשמשת מכשיר אובייקטיבי, כביכול, בידי השופט, אך לאמיתו של דבר מופעל באמצעותו שיקול-דעתו הסובייקטיבי של השופט, המתבטא במלאכת האיזון בין אינטרסים נוגדים, כפי שאלה נראים בעיני השופט" (משה לנדוי, "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד 5, 12 (התשמ"ט)). לגישתו, הדבר עלול "להביא לידי אותו ריכוז-יתר של כוח בידי הרשות השופטת, שמפניו התריע הנשיא שמגר [בבג"ץ 910/86 וסלר נ' שר הביטחון, מב(2) 441 (1988) – י"ו], תוך חדירה עמוקה אל התחום החייב להיות שמור לרשויות המבצעות-המנהליות במדינה" (שם, בעמ' 12-13). על כן, כך הציע לנדוי במאמרו:

"תחת קנה-המידה של סבירות, שכוללניותה מדומה, אני חוזר ומציע ללכת בהליכה אינדוקטיבית בהכרעות קונקרטיות, המביאה בסופו של תהליך, ולא בתחילתו, לגיבוש עילות בעלות תוכן קונקרטי, כגון חריגה מסמכות, פרשנות מוטעית של דין חרות, שרירות, אפליה, אי-הגינות דיונית, התחשבות בגורם שאינו נוגע בעניין ואי-התחשבות בגורם הנוגע בעניין, וגם החלטה מנהלית כה מופרכת על פניה (אבסורדית) עד שיש לראות בה

חריגה מסמכותה של הרשות המחליטה. שיטה זאת מיטיבה להבטיח את צמיחתה האורגנית של חקיקה שיפוטית יוצרת, כי רשימת העילות אינה סגורה, אלא היא עשויה להתפתח על סמך הניסיון השיפוטי המצטבר ממקרה למקרה" (שם, בעמ' 13).

27. אף השופט מ' אלון, חלק על ההיבט האיזוני שבעילת הסבירות:

"תיזה זו, עם כל הכבוד, אינה מקובלת עלי, וכמה השגות לי עליה. ראש לכול, כפי שכבר רמזתי לכך, קשה עלי השימוש מרחיק הלכת, מרובה האנפין והבלתי מוגבל בעקרון הסבירות. עצם עקרון הסבירות, וצאצאו "מיתחם הסבירות", כמבחן כללי ועצמאי לבדיקת פעולות השלטון, טומן בחובו קשיים ניכרים מבחינת יישומו [...] בנדון דנן, מביא חברי את יישומם של עקרון הסבירות ומיתחם הסבירות על-ידי בית המשפט לשיאם. לדעת חברי, הסבירות מלוא כל המשפט כבודה, אין במשפט 'חלל של סבירות', ואין נושא שבחינת סבירותו נבצרת מן השופט" (בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, מה(1) 771, 749 (1991)).

לבסוף, מציין השופט אלון בדבריו הנכוחים כי "בלתי סביר לחלוטין הוא לצפות באופן סביר, כי בית-משפט יבדוק סבירותם של נושאים [ביטחוניים – י"ו] מעין אלה", וזאת משעה שבמסגרת השימוש "בעקרון הסבירות ובמיתחם הסבירות, כי הפעולה השלטונית סבירה היא, ניתן היה להגיע גם למסקנה הפוכה, היינו שהפעולה השלטונית אינה סבירה" (שם. עוד ראו: עמדתו בבג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, לד(3) 754, 729 (1980)).

28. לצד קודמיו, גם השופט א' גרוניס סבר כי "קיימת בעייתיות קשה בכל הנוגע לשימוש בעילה של חוסר סבירות" (עניין אמונה, בפס' 10 לפסק דינו). לגישתו, "העילה של חוסר סבירות שונה באופן מהותי מן הפגמים של חוסר סמכות ופְּשָׁל דיוני. שעה שמדובר בבחינה של שני פגמים אלה בולט לעין יתרונו וייחודו של בית המשפט [...] לעומת זאת, אין לבית המשפט יתרון מיוחד או מומחיות עודפת בנושא של חוסר סבירות" (שם, בפס' 9). השופט גרוניס ציין כי במיוחד מאז פסק הדין בעניין דפי זחב, עילת הסבירות "עברה שינוי והתפתחה למימדים קרובים לאלה של 'נורמת על' [...] תוך כדי התפתחות זו היא בלעה לתוכה, כאדם שאינו יודע שובע, עילות פרטיקולריות שהוכרו בעבר (למשל, העילות של מטרה זרה ושל שיקולים זרים)" (שם). השופט גרוניס הדגיש כי, "חסרונה הגדול של עילה זו בהיקפה דהיום נמצא ברמת ההפשטה הגבוהה

שלה. רמת ההפשטה הגבוהה מעצימה את שיקול הדעת השיפוטי וממילא מגדילה את אי הוודאות המשפטית; וכי:

"השימוש במטפורה של משקל באשר לשיקולים אותם שקלה הרשות המוסמכת שקיבלה את ההחלטה משמש לעיתים, כך נראה, ככסות לאי הסכמה עם התוצאה [...] לכן, צריך גם לקבל עם קב חומטין את האמירה החוזרת לעיתים בהקשר זה, כי בית המשפט אינו שם את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות שהוסמכה כדין לקבל את ההחלטה [...] נראה, כי לעיתים כאשר בית המשפט מתערב בהחלטה בשל חוסר סבירות, הוא בהחלט מעמיד את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות" (שם, בפס' 9-10).

עם זאת, השופט גרוניס הבהיר כי כוונתו אינה שיש "להתעלם מעילת חוסר הסבירות או לבטלה. מה שראוי לעשות על פי השקפתי הוא להעדיף שימוש בעילות בעלות פריסה מצומצמת יחסית ושהינן יותר קונקרטיות, כמו שיקולים זרים, מטרה זרה או אפליה" (שם, בפס' 11; ביקורת דומה הציג השופט גרוניס בבג"ץ 6728/06 עמותת אומץ נ' ראש ממשלת ישראל (30.11.2006)).

29. השופט נ' סולברג ציין באחת הפרשות, כי "הסבירות פנים רבות לה, וגם הראוי היהו תלוי בעיני המתבונן [...] מה שנתפס בעיני האחד כבלתי-סביר באופן קיצוני, נחזה בעיני חברו כסביר וראוי" (עניין התאחדות הסוחרים, פס' 36 לפסק דינו (26.10.2017); ההדגשה במקור). לנוכח האמור ציין השופט סולברג כי "יש להמשיך ולחתור אפוא למיקודה של עילת הסבירות, לפורטה לפרוטות, לאמות מידה, אף לקצץ מוטת כנפיה, במגמה 'לפזר את עננת העמימות, לתרום לבהירות, ולצמצם את מרחב אי-הוודאות שבו שוכנת הסבירות, גם במבט צופה פני עתיד'" (שם; ההדגשה במקור). בפרשה אחרת ציין השופט סולברג כי "כלי העבודה העומדים לרשותנו בענייני סמכות ופרוצדורה, עניינים שבהם כוחנו ומומחיותנו עִמָּנו, כשופטים, אינם זמינים ופחות ישימים במה שנוגע ל'סביר' ול'ראוי'; שלגביהם השקפתו של בית המשפט לא תמיד נחזית כעדיפה על דעת הבריות. מוטב אפוא לשימוש בעילת הסבירות שיעשה עם קב חֶמְטִין" (בג"ץ 43/16 תנועת אומץ נ' אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פס' 15 לפסק דינו (1.3.2016); ההדגשות במקור). אף במאמר שפרסם, ביקר השופט סולברג את השימוש בעילת הסבירות האזונית. כך, תהה "האם השופט יכול, באמת ובתמים, להידרש לשאלת 'המשקל הראוי' מבלי שישים עצמו הלכה למעשה בנעליה של הרשות המנהלית?". עוד ציין כי לגישתו, "הפתרון לקשיים שמציבה לפתחנו עילת הסבירות המהותית איננו בביטולה", כי אם, בעיקרו של דבר, ב"צמצומה של עילת הסבירות

המהותית והחלתה רק ביחס להחלטות של דרג מקצועי, להבדיל מדרג נבחר" (ראו: נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18 (2020)).

30. כן, ראו עמדתו של השופט א' שטיין אשר הטעים כי מראשיתה, וכפי שהתאפיינה אף באנגליה, עילת הסבירות נועדה "לפעול במתכונת שיורית וצנועה, כמעין חזקה משפטית בדבר קיומם של שיקולים זרים, שרירות-לב או פגם חמור אחר בהחלטה מינהלית". וזאת, במקרים שבהם "ניכר היה שההחלטה נפגמה בפגם חמור כלשהו אותו אין אפשרות להוכיח בשל מחסור בראיות או מסיבה אחרת". בכך, "אפשרה הדוקטרינה לפסול את ההחלטה המינהלית בשל היותה – על פניה – בלתי סבירה בעליל, או בלתי סבירה באופן קיצוני" (דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל, פס' 3 לפסק דינו (15.12.2021)). עוד ראו, בעניין זה, את דבריו של השופט שטיין אשר צידד שם בעמדתו של השופט סולברג בסוגיה:

"דומני כי לא אטעה אם אומר כי חששו של הנשיא לנדוי התממש הלכה למעשה. בשני העשורים האחרונים, עדים היינו – לא אחת – להפעלתה של דוקטרינת הסבירות במתכונת רחבה אשר כללה התערבות שיפוטית בתוכן ההחלטה המינהלית de novo. מתכונת זו של 'משפט זה אני' [...] מאפשרת לשופט להיכנס לנעלי הרשות המבצעת ולעשות בהחלטתה כטוב בעיניו. למתכונת זו של דוקטרינת הסבירות אין אחיזה בדין הפוזיטיבי. מתכונת זו נדונה בהרחבה – ובוקרה ביקורת עקבית, נוקבת, ובמלוא הכבוד, נכונה – על ידי חברנו, השופט נ' סולברג, בפסיקתו ובמאמרו" (שם, בפס' 7 לפסק דינו).

31. בהקשר זה, אזכיר דברים שנזדמן לי לכתוב בעבר, שלפיהם בשל הקושי הנובע מעילת הסבירות "בגרסתה הרחבה", אשר "עלולה להתבסס על הכרעות ערכיות שטומנות בחובן, מטבע הדברים, מאפיינים סובייקטיביים", יש לעשות שימוש בעילה זו "בזהירות רבה" (ראו: בג"ץ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך, פס' 51 לפסק דיני (29.3.2022) (להלן: עניין פרס ישראל)).

32. הדי הסתייגות מעילת הסבירות במובנה הרחב, נשמעות לא מעט גם בספירה האקדמית. כך, למשל, מ' מאוטנר מציין את ה"שינוי הרדיקלי" אשר התחולל ביחסים שבין בית המשפט לרשות המינהלית בשנות השמונים, ועומד על נקודות התורפה המצויות בהרחבה שנעשתה בעילה האמורה. ביקורתו של מאוטנר נסובה, בין היתר, סביב עלייתה של עילת הסבירות כ"נורמת על משפטית", אשר למעשה "מכפיפה" את הרשות הפוליטית לבית המשפט. כן, מדגיש מאוטנר את הרחבת עילת הסבירות אל עבר "סבירות



מקצועית", קרי, שימוש בעילת הסבירות לביקורת החלטות מינהליות המבוססות על שיקולים בלתי-משפטיים ואשר הרשויות הפוליטיות והמינהליות הן המוסמכות לדון בהן. בהתאם לכך, מעיר מאוטנר כי "באמצעות מבחן הסבירות המקצועית, תחת הכותרת של מבחן משפטי – סבירות – חודר בג"צ לתחום התפקידים של המינהל ולתחום הכישורים המקצועיים שבהם מצוידות רשויות המינהל, ובוחר היבטים של החלטות מינהליות שאין הוא אמור לבודקם ושאינן הוא מצויד בכישורים לבודקם" (ראו: מאוטנר, בעמ' 27, 38, 45).

33. ר' גביזון מבקרת אף היא, ממספר היבטים, את הרחבת עילת הסבירות והביקורת השיפוטית על פעילות המינהל באמצעותה. כך, היא מציינת כי ההרחבה המתוארת הובילה להתערבות מוגברת בהחלטות מינהליות אשר מטשטשת את האבחנה בין ה"חוקי" לבין ה"מוסרי", עד כדי הפיכת בית המשפט ל"מורה דרך מוסרי". על כן, במקום שבית המשפט ימלא את תפקידו באיתור התשובה הנכונה מבחינה משפטית, בוחר הוא את איזון הערכים שביצע המינהל בסוגיות רוויות מחלוקות. באופן זה, מקבל התפקיד המשפטי אופי פוליטי, ואף מוביל למצב שבו, באופן פרדוקסלי, אי-ההתערבות של בג"ץ היא זו שמהווה מעין "חותם כשרות" בנוגע לפעילות המינהלית (ראו: רות גביזון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 69, 88-91, 115-116 (גביזון, קרמניצר ודוהן עורכים, התש"ס)).

34. כהן עמדה אף היא על הקשיים הגלומים בעילת הסבירות האיוונית. כך, תיארה כי המאפיין המרכזי של עילת הסבירות הוא:

"קרבתה – ויש אומרים חדירתה – לתחום האסור של המרת שיקול-דעתה של הרשות בשיקול-דעתו של בית-המשפט. הדברים ידועים: לרשות המנהלית ניתן שיקול-דעת לפעול מתוך הכרה במקצועיותה ובשל ערכים של יעילות ומהירות תגובה, וזאת תוך שמירה על לגיטימיות דמוקרטית הן בשל עיגון שיקול-הדעת בחקיקה מעשה ידי הכנסת והן בשל האחריות הישירה והעקיפה של נושאי-תפקידים במנהל הציבורי כלפי הציבור. כאשר בית-משפט פוסק [שהחלטה אינה סבירה – י"ו] דומה שיש כאן משום הערכות נאותות של ההחלטות, ולא דווקא חוקיות. השימוש ברטוריקה משפטית, הכוללת זיהוי והפעלה של מבחנים ונוסחות 'אובייקטיביים', ספק אם יש בה כדי להפיג ביקורת זו" (כהן, בעמ' 777).

35. גם דותן במאמרו על ריסון וסבירות, מדגיש כי "הדרישה הבסיסית של עיקרון הריסון, כפי שנוסחה בפסיקה, היא שבית המשפט 'לא ישים את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות המוסמכת'", ואולם, "מבחן הסבירות האיזונית מחייב את בית המשפט לא רק להיכנס לבחינה מעמיקה של השיקולים התוכניים, מסדר ראשון, הנוגעים להחלטה הרלוונטית, אלא שלמעשה, במסגרת המבחן בית המשפט נדרש לבצע שחזור מלא של הליך המחשב המנהלי" (דותן, ריסון וסבירות, בעמ' 701-702). על כן, מטעים דותן כי:

"הסבירות האיזונית מעקרת את עקרון הריסון לפחות במובן זה שהיא כן דורשת מבית המשפט 'לשים את שיקול דעתו' – כלומר לבצע בדיוק את אותו הליך מחשב שמבצעת הרשות המנהלית, קרי שקילת כל השיקולים התוכניים וייחוס משקל כזה או אחר לכל אחד מהם – ובכך נסתרת דרישת היסוד של עקרון הריסון כפי שהיא מנוסחת בפסיקת בית המשפט" (שם; ההדגשות במקור).

עם זאת, דותן מעיר כי "אין להבין מהדברים האמורים כי פיתוח גישת הסבירות האיזונית הוא בהכרח התפתחות שלילית לדעתי במשפט המנהלי שלנו" (שם, בעמ' 703).

#### סיכום ביניים

36. בחתימת סקירה זו, עולה כי עילת הסבירות המקורית עניינה, בעיקרו של דבר, בבחינת מופרכות המעשה השלטוני והיות ההחלטה בלתי הגיונית. הדעה הרווחת, כפי שתואר, היא שעילה זו עברה תמורות מהותיות בעניין דפי זהב. מאז, יש שצידדו בתצורתה החדשה של עילה זו, תוך עמידה על יתרונותיה; ומן העבר השני, יש שביקרו אותה, והדגישו את הקשיים הגלומים בה. מכל מקום, עדים אנו למחלוקת רבת-שנים בסוגיה דנן בקרב שופטי בית משפט זה, לצד מומחים רבים בעלי שם במשפט הישראלי, ודומה כי עוד היד נטויה.

על רקע סקירה זו – ללב העניין שלפנינו.

#### כללי הפרשנות – על הפרשנות המקיימת

37. סעיף 15(ד1) לחוק-יסוד: השפיטה, אשר עליו נסובות העתירות שלפנינו, מורה כך:

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 ההחלטה 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 (ההדגשה הוספה – י"ו).

38. במוקד התיקון הציב המכונן את המונח "סבירות" – ואולם, כפי שנפרש לעיל, המונח "סבירות" הוא מושג מורכב ועמום, אשר משמעותו המשפטית עשויה להשתנות בהתאם להקשר (ראו, לדוגמא: אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 75-76 (התשמ"ז)). כמו כן, כפי שראינו, במהלך השנים חלו בפסיקה תמורות משמעותיות ביחס למשמעות המונח "סבירות" במשפט המינהלי; ואין למונח זה "בפסיקה או בספרות תוכן אחיד או יחיד" כי אם מספר פרשנויות ורבדים שונים (איל זמיר "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 291, 296 (התשמ"ב) (להלן: א' זמיר, עילת אי-הסבירות)).

במצב דברים זה, משעה שהמחוקק עיגן בתיקון את המונח "סבירות", בלשון כללית – מבלי שהבהיר את משמעותו, היקפו ומהותו – מתעוררת שאלה פרשנית ביחס למשמעות המונח.

39. כלי פרשני מהותי המצוי בארגז הכלים של בית המשפט, ואשר ראוי שייעשה בו שימוש במקרים כגון זה שלפנינו, הוא כלל הפרשנות המקיימת. לפי כלל זה, "עדיפה פרשנות סבירה של חוק על פני הכרעה בשאלת חוקתיותו". כלל זה מצווה עלינו, כי מקום בו דבר חקיקה ניתן למספר פירושים אפשריים, יש "לבחור בפירוש המכיר בחוקתיותו של החוק (ובתוקפו) על פני פירוש המביא לאי-חוקתיותו (ולביטולו)" (בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 811 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996) (להלן: עניין זנדברג)).

40. ויודגש: בהתאם לדיני הפרשנות, מקום בו נמצאנו למדים כי ניתן להעניק לדבר חקיקה פרשנות מקיימת, אין אנו נדרשים להכריע מה דינו של אותו חיקוק אלמלא אותה פרשנות.

השופט חשין היטיב לתאר תפיסה בסיסית זאת בלשונו הציורית: "עד שנעלה עצמנו אל פיסגת הפירמידה הנורמטיבית, הבו נבחן את השאלה המועלית לפנינו בכלים של יום-יום, כפי שעשינו קודם היות חוקי-היסוד. רק אם ניכשל וניפול במשימתנו זו, נצייד עצמנו בכלים למלחמה בנפילים" (בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב-ראש הכנסת, נא(4) 529,

פס' 4 לפסק דינו (1997). עוד ראו: בג"ץ 5113/12 פרידמן נ' כנסת ישראל, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ארבל (7.8.2012)).

עוד בהקשר זה, קבע השופט חשין:

"כפי שלמדנו ושנינו, עד שנידרש לטענת בטלותו של חוק, שומה עלינו, בראש וראשונה, לפרש את החוק כלשונו וכתכליתו; להוסיף ולקבוע את תחומי פרישתו; ואגב פרשנות זו הוטל עלינו הנטל לעשות כמיטבנו ולנסות להשלים בין הוראות החוק לבין הוראות חוק היסוד" (בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פס' 15 לפסק דינו (22.11.2004)).

מסלול זה של פרשנות מקיימת, אשר הינו "הפתרון המועדף ליישוב קשיים חוקתיים", יסודו בחזקת החוקיות, אשר בגדרה "בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית, צרה בהיקפה על חקיקת הכנסת, ובוחר במסגרתה לא את תבונתה של החקיקה אלא את חוקתיותה" (בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 62 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2.9.2010)).

אם כן, כל עוד ניתן להעניק לדבר חקיקה פרשנות אפשרית מבחינה לשונית, אשר מתיישבת עם תכליותיו, ואינה שוללת את הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל, הרי שהדין מצווה אותנו לאמצה, כדי להימנע מהפעלת "נשק יום הדין" בדמות הכרזת בטלותו של החיקוק. עיקרון זה, אשר התבסס בפסיקתנו ביחס לחקיקה ראשית, יפה מכוח קל וחומר ביחס לחוקי יסוד, כבענייננו.

41. אכן, לא ניתן להפריז בחשיבותו של עיקרון הפרשנות המקיימת. לנוכח חשיבותו כאמור, הרי שיש להעדיף פרשנות מקיימת על פני פרשנויות שעשויות להוביל לביטול החוק, גם במצבים שבהם איתור הפרשנות המקיימת כרוך ב"מאמץ פרשני ניכר". הדבר נעוץ בתפיסה שלפיה "מאמץ זה ראוי הוא", לנוכח "נאמנותו של השופט-הפרשן לדבר החקיקה", אשר "מחייבת אותו לתת לחוק פירוש שלשונו יכולה לשאת ואשר מגשים את תכליתו" (הנשיא ברק בעניין זנדברג, בעמ' 814; ההדגשה הוספה. עוד ראו, מני רבים: בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פס' 21 לפסק דינה של הנשיאה חיות (27.2.2020); כן ראו: בג"ץ 7146/12 אדם נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 717, 848 (2013); בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל, פס' 39 לפסק דינה של הנשיאה חיות (4.4.2021); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 553 (1993) (להלן: ברק, פרשנות החקיקה)).

על יסוד דברים חשובים אלה, נעבור לבחינת פרשנות התיקון שלפנינו.

#### פרשנות התיקון

42. הלכה עמנו שיש לפרש כל חוק, לרבות חוק יסוד, באופן שמעניק לו משמעות אפשרית מבחינה לשונית – ואשר מגשים באופן מיטבי את תכליתו (ראו, מני רבים: בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פס' 29 לפסק דינו של השופט פוגלמן (13.9.2017); עניין חוק הלאום, בפס' 59 לפסק דינה של הנשיאה חיות). בפרט, כאשר בחוק יסוד עסקינן, יש לבחור בפירוש המתיישב עם המסגרת החוקתית הקיימת (שם; בפס' 9 לפסק דינו של המשנה לנשיאה פוגלמן).

בהקשר זה ציין השופט ברק כי:

"יש לגבש תכלית חוקתית שתקדם בצורה הראויה ביותר את האחדות החוקתית ותשמור בצורה האופטימלית על הרמוניה חוקתית [...] אין לגרום לכך שההוראות החוקתיות יתפסו כהוראות עצמאיות ובלתי קשורות זו לזו. אולם, אין להגזים בכוחה של דרישה זו. טקסט חוקתי אינו טקסט מושלם כשם שחיי החברה אינם מושלמים; לעיתים קרובות המשפט והחיים מבוססים על דיסהרמוניה ועל היעדר אינטגרציה [...]. אכן, חוקה מבוססת על תפיסות פוליטיות, פילוסופיות, חברתיות ומשפטיות, ואלו אינן משקפות תמיד גישה קוהרנטית. נהפוך הוא: חוקה היא פרי של פשרה. הסכנות הלאומיות, המולידות לרוב טקסט חוקתי, אינן מבלטות חילוקי דעות לאומיים, אלא הן רק מאפשרות להתאחד סביב גרעין משותף [...] על כן אין כל אפשרות להשיג שלמות חוקתית. יש לשאוף לאחדות ולהרמוניה במידה האפשרית במסגרת הנתונים הקיימים" (אהרן ברק "פרשנותם של חוקי-יסוד" משפטים נב 31, עמ' 42 (תשנ"ג-תשנ"ד)).

43. אקדים ואומר, כי יישום כללי הפרשנות האמורים מוביל למסקנה – שאינה כרוכה, כלל ועיקר, ב"מאמץ פרשני ניכר" – כי יש להעניק לתיקון פרשנות שלפיה הוא מתייחס לעילת הסבירות האיזונית בלבד. פרשנות זו אפשרית מבחינה לשונית ומתיישבת היטב עם תכליותיו של התיקון. כפי שיבואר בהמשך, פרשנות כאמור אינה מובילה לפגיעה בליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל; ולפיכך מדובר בפרשנות מקיימת. ממילא, מצווים אנו לאמץ פרשנות זו, ולהעדיפה על פני פרשנויות אחרות, אשר עשויות להוביל למסקנה הפוכה ולביטולו של התיקון.

נפתח, אפוא, בבחינת לשונו של התיקון שלפנינו.

א. לשון התיקון

#### 44. ישאל השואל – מהי "סבירות"?

לשאלה זו תשובות שונות ומגוונות, שכן מדובר במונח שמשמעותו עמומה וגבולותיו אינם ברורים. ואכן, דומה כי אין מחלוקת כי המונח "סבירות" נתון לפרשנויות שונות (ראו, למשל: זמיר, הסמכות המינהלית, בעמ' 3548), ומשמעותו המשפטית עשויה להשתנות בהתאם להקשר (ראו ההפניה בפס' 38 לעיל). כך, למשל, אופיו של המונח "סבירות" בדיני הנזיקין אינו זהה למשמעותו בדין המינהלי (ראו, מני רבים: ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פס' 42 לפסק דינה של השופטת חיות (25.5.2006); רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פס' 31-32 לפסק דינו של השופט עמית (19.1.2017)). באופן דומה, אף בגדר המשפט המינהלי, למונח "סבירות" מספר משמעויות אפשריות (ראו: א' זמיר, עילת אי-הסבירות, עמ' 296-297), ולא למותר לשוב ולהזכיר את שפורט בהרחבה לעיל – תוכנו של המונח "סבירות" בדין המינהלי השתנה לאורך השנים, ומובנו לפני עניין דפי זהב אינו דומה למובנו לאחר פסק דין זה.

45. יחד עם זאת, נראה כי בשנים האחרונות, השיח על אודות "עילת הסבירות" במשפט המינהלי – הן בפסיקה הן בספרות – מתייחס, רובו ככולו, לסבירות האיוזנית, כמובנה בפסק הדין בעניין דפי זהב (ראו, למשל: ברק-ארז, בעמ' 731-732; כהן, בעמ' 816; עניין אמונה, בפס' 33 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין התאחדות הסוחרים, בפס' 57 לפסק דינה של הנשיאה נאור; עניין שר החוץ, בפס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות; עניין שיינפלד, בפס' 4 לפסק דינו של השופט שטיין; עניין סטמקה, בפס' 51; עניין נתניהו, בפס' 5 לפסק דינה של השופטת ברק ארז). בפרט, כפי שראינו לעיל, הביקורות המופנות כלפי "עילת הסבירות" מתמקדות, כולן, בעילת הסבירות האיוזנית (ראו, למשל: זמיר, הסמכות המינהלית, בעמ' 3604; ברק-ארז, המשפט המינהלי, בעמ' 732-731).

ובמילים אחרות: כאשר בשנים האחרונות ישנה התייחסות ל"עילת הסבירות" במשפט המינהלי, הכוונה היא, על פי רוב, לעילת הסבירות האיוזנית.

46. לפיכך, ולנוכח הלשון הכללית והעמומה שבה נקט המכונן במסגרת התיקון – "עניין סבירות" – הרי שפרשנות שלפיה המונח "סבירות" שבתיקון מתייחס לעילת הסבירות האיוזנית בלבד, היא בוודאי אפשרית מבחינה לשונית.

47. זאת ועוד: יש לזכור כי דיני הפרשנות מכירים באפשרות ליתן משמעות מצמצמת ללשון כללית, כאשר זו מתיישבת עם תכליות החוק (ראו, למשל: ע"א 7034/99 פקיד שומה כפר סבא נ' דר, פס' 13 לפסק דינה של השופטת חיות (12.5.2004); עניין זנדברג, בפס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 2026/21 לשכת עורכי הדין נ' בית המשפט המחוזי בתל אביב יפו, פס' 1, 16 לפסק דינה של הנשיאה חיות (27.1.2022); בג"ץ 6654/98 הלפרין נ' פקידת הבחירות לעיריית הרצליה, פס' 9 לפסק דינו של השופט ת' אור (19.11.1998)). לא זו אף זו: הלכה היא כי כאשר עסקינן בדבר חקיקה שעניינה הגבלת הביקורת השיפוטית, די בקיומו של ספק לשוני, כבענייננו, כדי להקים חזקה שלפיה יש לפרש את דבר החקיקה בצמצום (ראו: בג"ץ 403/71 אלכורדי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד כו(2) 66, 72 (1972); בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750, 756 (2003)).

48. לסיכום נקודה זו, כפי שפרשנות שלפיה המושג "סבירות" בתיקון מתייחס רק לענייני סבירות במשפט המינהלי, ולא לענייני סבירות הקשורים בדין הנזיקי, היא פרשנות אפשרית מבחינה לשונית; כך גם פרשנות שלפיה המונח "סבירות" בתיקון מתייחס אך ורק ל"סבירות איוונית" היא פרשנות אפשרית מבחינה לשונית, בהינתן שזו משמעותו של מונח הסבירות בשיח המשפטי הרווח כיום.

ב. התכלית הסובייקטיבית של התיקון

49. כאמור, מעבר לכך שפרשנות דבר החקיקה צריכה להיות אפשרית מבחינה לשונית, הרי שעליה להגשים באופן מיטבי את תכלית החוק, המורכבת מתכלית סובייקטיבית ומתכלית אובייקטיבית.

התכלית הסובייקטיבית היא למעשה "כוונת המחוקק"; עניינה המטרות והערכים שביקש המחוקק להגשים בהוראת החוק הנדונה (ראו, למשל: בג"ץ 273/10 אלמזרח נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, פס' 14 (2.9.2011)), והיא נלמדת, בעיקרו של דבר, מההיסטוריה החקיקתית של אותה הוראה, כמו גם מהרקע ההיסטורי, החברתי והמשפטי לחקיקתה (ראו, למשל: ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פס' 49 (14.5.2012)).

בענייננו, כפי שיבואר להלן, יש בהיסטוריה החקיקתית של התיקון, כמו גם ברקע הרלוונטי לחקיקתו, יסוד למסקנה שלפיה כוונת המחוקק בהוראת התיקון הייתה

למנוע התערבות של בית המשפט בהחלטות שרים וממשלה בעילת הסבירות האיונית בלבד.

#### ב.1. דברי ההסבר

50. המסקנה האמורה נלמדת, בראש ובראשונה, מדברי ההסבר לתיקון – אשר, כידוע, יש לתת להם משקל ניכר באיתור התכלית הסובייקטיבית (ראו: ברק, פרשנות החקיקה, בעמ' 386-387). יש לזכור כי דברי ההסבר הם אלו שמונחים בפני חברי הכנסת בבואם להצביע על נוסח החוק.

וכך הוסבר בענייננו בדברי ההסבר לתיקון:

”מכוח סמכות זו [שבסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה – י”ן] עורך בית המשפט ביקורת מינהלית על פעולות הרשות המבצעת. התפתחות עילות של הביקורת המינהלית נעשתה בעיקרה בפסיקה, ובכלל זה התפתחה עילת הסבירות. כיום עילה זו מאפשרת לבית המשפט לפסול החלטה מינהלית הלוקה בחוסר סבירות במובן זה שהיא אינה נותנת משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה” (בג”ץ 389/80 דפי זהב בע”מ נ’ רשות השידור [...] וזאת כשמדובר בחוסר סבירות מהותי או קיצוני (שם, שם). על השימוש בעילת הסבירות במובנה זה, ובפרט החלת עילת הסבירות בנוגע להחלטות של הדרג הנבחר, נטען בין היתר כי קביעת האיון הערכי בין השיקולים השונים הנוגעים להחלטה מינהלית צריכה להיות נתונה לנבחר הציבור ולא לבית המשפט. לפיכך מוצע לקבוע בחוק-יסוד: השפיטה כי רשות שיפוטית לא תוכל לדון בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה במליאתה, של ראש הממשלה או של שר אחר” (הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס’ 3) (עילת הסבירות) (ה”ח 968, 5.7.2023); ההדגשה, שאינן נוגעות לשמות הצדדים בעניין דפי זהב, הוספה – י”ן).

אם כן, מדברי ההסבר עולה, באופן ברור, כי תכלית התיקון מבחינת המכונן היא למנוע התערבות שיפוטית בהחלטות ממשלה ושרים אך מכוח עילת הסבירות האיונית, כמובנה בפסק הדין בעניין דפי זהב.

תמיכה בתכלית סובייקטיבית זו – עמדת הממשלה



51. כתמיכה לעמדתי שלפיה יש יסוד בפרשנות המוצעת בתכלית הסובייקטיבית, ניתן למצוא בעמדת משיבי הממשלה, אשר אף הם הבינו באופן האמור את כוונת המכונן. זאת, כפי שנלמד מתצהיר התשובה שהגישו המשיבים 5-7 (להלן בהתאמה: תשובת הממשלה ו-הממשלה) במסגרת ההליך הנדון. וכך צוין שם ביחס לתיקון:

"נזכיר כי בעניין שלנו אין מדובר בקביעת נורמה חדשה ומרחיקת לכת, כי אם בהשבה חלקית של המצב המשפטי לקדמותו, קודם השינוי שעשה בו בית המשפט בהלכת דפי זהב, כפי שעוד יורחב להלן. כשם שהלכת דפי זהב, שהייתה מהפכה עצומה במשפט המנהלי הישראלי (והביאה לכך שעילת הסבירות בישראל היא הרחבה ביותר בעולם) הוחלה באופן מיידי, ברי שגם ביטולה של הלכה זו, אמור לחול באופן מיידי" (שם, בפס' 165; ההדגשות במקור).

מהצהרה זו של משיבי הממשלה ברור אפוא כי לדידם, התיקון מתייחס, מבחינת המכונן, לעילת הסבירות האיונית בלבד.

52. ואכן, תפיסה זו של התכלית הסובייקטיבית של התיקון פרושה לאורכן ולרוחבן של יתר טענות הממשלה בתצהיר התשובה מטעמה, באופן שאינו משתמע לשני פנים.

כך, הממשלה מציינת כי התיקון בא על רקע מצב שבו "באופן מובהק מאז פסק הדין בעניין דפי זהב", החל בית המשפט "לבחון את סבירות ההחלטות השלטוניות לגופן [...] עד כדי הכנסת רגליו לנעליו של בעל הסמכות. בית המשפט החל לבחון ולהכריע האם ניתן לכל מרכיב מרכיבי ההחלטה שנלקחו בחשבון המשקל הראוי לדעת בית המשפט. הסבירות החדשה כונתה 'סבירות מהותית' או 'סבירות איונית'". הממשלה מדגישה בתצהירה כי "הגרסה המחודשת של הסבירות חולקת אפוא שם משותף עם עילת חוסר הסבירות הקיצונית המקורית – מופרכות שלא תעלה על הדעת – אולם מדובר בשני מונחים שונים לחלוטין של סבירות, שהזיקה העיקרית ביניהם היא של שיתוף השם בלבד" (פס' 175 לתשובת הממשלה; ההדגשה הוספה – י"ו). הממשלה מדגישה עוד כי "השימוש בעילת הסבירות היה שנוי במחלוקת משפטית ושיפוטית מיום היוולדו. הביקורת על עילת הביקורת החדשה שנולדה בפסק הדין דפי זהב ניתנה בעוז עם לידתה, בפסק הדין עצמו" (פס' 176 לתשובת הממשלה; ההדגשה במקור).

מהאמור נובע כי לגישת הממשלה, כוונת המכונן ביחס ל"עילת הסבירות" המצוינת בהוראת התיקון היא "עילת הביקורת החדשה שנולדה בפסק הדין דפי זהב", היא הסבירות האיונית.

מסקנה זו נובעת אף מטענת הממשלה, שלפיה "במדינות המשפט הקונטיננטאלי, שהן מרבית המדינות הדמוקרטיות בעולם, אין מקבילה מעשית לעילת הסבירות [...] ישנם תקדימים רבים למדינות דמוקרטיות שבהן אין מקבילה לעילת הסבירות האיוונית-המהותית" (פס' 181 לתשובת הממשלה; ההדגשה הוספה – י"ו). הממשלה מדגישה בעניין זה כי הצורך בתיקון נעוץ ב"שינוי ההיסטורי בשימוש בעילת הסבירות בישראל" ובכך ש"התפתחות עילת הסבירות המהותית בישראל היא חריגה" ביחס למשפט המשווה (פס' 180 לתשובת הממשלה). הממשלה מוסיפה, כי "מי שמבקש להוכיח שימוש משווה בעילת הסבירות בתצורתה החדשה, בדומה למקובל בישראל עובר לתיקון, עליו להראות שהשימוש המשווה הוא בעילת הסבירות האיוונית [...] לא ניתן להסתפק בשיתוף השם. חוסר ההבחנה בין המובנים השונים של הסבירות והמקרים שבהם הם מופעלים בכל שיטת משפט, יוצר בלבול בדוקטרינה וטשטוש במושגים. ככלל ניתן לומר שמדינות המשפט המקובל שעיגנו סטנדרט סבירות בחקיקה אימצו סטנדרט של מופרכות" (פס' 183-184 לתשובת הממשלה; ההדגשה בקו תחתון הוספה – י"ו). הממשלה מסכמת את החלק ההשוואתי ומדגישה כי אין "מקבילה לאופן בו התפתחה עילת הסבירות הישראלית שמחוקק היסוד בחר לתקן [...] בכלל המדינות האמורות אין מדובר בפיתוח של סבירות איוונית כפי שהתפתחה בישראל" (פס' 188-189 לתשובת הממשלה).

53. הממשלה מוסיפה ומפרטת על הביקורת שהציגו שופטים בבית משפט זה על "השימוש בעילת הסבירות המהותית ותחולתה הרחבה" [...] עילת הסבירות האיוונית, ותוהה אם ניתן להגדיר כ"זעזוע אמות הסיפים" הוראת חוק שבה "מחוקק היסוד ביקש להכריע במחלוקת שהתגלעה בין שופטי בג"ץ בעשורים האחרונים" (פס' 190 לתשובת הממשלה). אף מכאן, ברורה גישת הממשלה באשר לכוונת המכונן בתיקון – לשנות את המצב המשפטי בכל הנוגע לאפשרות להשתמש ב"עילת הסבירות האיוונית" בביקורת שיפוטית על החלטות ממשלה ושרים.

54. אם כן, מהאמור לעיל עולה במפורש כי לגישת משיבי הממשלה עצמם, התכלית הסובייקטיבית של התיקון, היא לשנות את המצב המשפטי ביחס לתחולתה של עילת הסבירות האיוונית על החלטות ממשלה ושרים. בפרט, הממשלה מדגישה, כאמור, כי השימוש "בעילת הסבירות בתצורתה החדשה" [...] מקובל בישראל עובר לתיקון "ההדגשה הוספה – י"ו"; וכי "מחוקק היסוד בחר לתקן" את ה"אופן בו התפתחה עילת הסבירות הישראלית", שהוא "פיתוח של סבירות איוונית", להבדיל מ"סטנדרט של מופרכות" – מילים כדורבנות, והדברים ברורים.

55. יצוין כבר כעת, כי לנוכח דברים בהירים אלו, קשה עד מאוד לקבל את דברי בא-כוח הממשלה בדיון שהתקיים לפנינו, כמו גם בהשלמת הטיעון שהגיש לאחר הדיון – שלפיהם "פרשנות נכונה" של התיקון היא "כי אין עוד אפשרות לביקורת שיפוטית בעילה של חוסר סבירות מכל סוג שהוא" (עמ' 21 להשלמת הטיעון מטעם הממשלה מיום 16.10.2023; ההדגשה הוספה – י"ו).

## ב.2. פרוטוקולים

56. אף מחלק מהתבטאויות חברי הכנסת, במסגרת הליך חקיקת התיקון, ניתן ללמוד כי תכלית התיקון היא למנוע התערבות שיפוטית בהחלטות ממשלה ושרים מכוח עילת הסבירות האיזונית, ולא מכוח עילת הסבירות המקורית. בתוך כך, חשוב להדגיש, כי יש לנקוט זהירות בהסתמכות על פרוטוקולים של דיוני ועדה רבת-משתתפים לשם איתור "כוונת המחוקק" (ראו, למשל: עניין חוק הלאום, בפס' 76 לפסק דינה של הנשיאה חיות; רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פס' 40 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (19.8.2019) (להלן: עניין מי-טל); בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, עמ' 593 לפסק דינו של השופט ברק (1986); בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פס' 47 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (15.4.2015)); וכי זהו "אך מקור אחד ממנו על הפרשן ללמוד על תכלית החקיקה" (עניין אבנרי, פס' 47). הדברים נכונים במיוחד כאשר הכוונה העולה מדברי ההסבר ברורה וחד-משמעית, כבענייננו.

57. ובכן, מדברי חברי הכנסת בדיונים שנערכו במסגרת הליך החקיקה, עולה באופן מובהק כי התיקון בא על רקע הביקורות על עילת הסבירות, שנשמעו גם מקרב מלומדי משפט ושופטים בבית משפט זה. כמפורט לעיל, ביקורות אלו הופנו כנגד הסבירות האיזונית, ולא כנגד עילת הסבירות המקורית.

כך, לדוגמא, בדיון מיום 3.7.2023 בוועדת חוקה, חוק ומשפט (להלן: הוועדה או ועדת חוקה), ציטט יו"ר הוועדה את דברי השופט גרוניס בעניין אמונה, שפורטו לעיל, ובתוך כך התייחס גם לעמדותיהן של השופטות פרוקצ'יה וארבל באותו עניין; וכך הדגיש יו"ר הוועדה:

"השופטות פרוקצ'יה וארבל אינן מכחישות את האופי העמום והריקני של סטנדרט הסבירות האיזונית, וגם אינם חולקים [כך במקור – י"ו] על השופט גרוניס לגבי הסכנות שנובעות מכך לעקרונות היסוד של המשפט החוקתי שלנו. אלא שהן מציעות תשובה לחששות הללו. המטרה והסיבה שלשמה אנחנו מקדמים את התיקון בעילת

הסבירות שמופיע פה [כך במקור – י"ו], היא כדי לוודא שלשופטים אין פטור מעקרונות היסוד של השיטה, ולוודא שהעיקרון הדמוקרטי הבסיסי ביותר וגם עיקרון הסמכות והאחריות – נשמר" (עמ' 23 לפרוטוקול הדיון; ההדגשה הוספה – י"ו).

אם כן, מדברים אלו של יו"ר הוועדה נובע בבירור כי תכלית התיקון נוגעת לחששות ביחס לעילת הסבירות האיונית.

58. זאת ועוד, חברי הכנסת הדגישו במהלך הדיונים כי התיקון נועד להתמודד עם ביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות המצויה במישור שיקול הדעת בלבד. גם התייחסויות אלו מלמדות כי התיקון עניינו בסבירות האיונית בלבד, בהינתן שכמבואר לעיל, הסבירות המקורית כרוכה גם בפגם במישור הסמכות.

כך, למשל, ציין לדוגמא חה"כ עמית הלוי:

"אנחנו בדיון על מדיניות. על העובדה שבית המשפט העליון פעם אחר פעם הכניס, כמו שהגדיר את זה יפה השופט לנדוי בוויכוח שלו עם ברק – הכניס את עצמו בנעלי הרשויות האחרות [...] החליף את שיקול הדעת של הרשות המבצעת בשיקול שלו [...] יצירת מתחם סבירות על ידי בג"ץ" (פרוטוקול הדיון מיום 25.6.2023, בעמ' 9, 12-11; ההדגשה הוספה – י"ו)

כמו כן, ראו את דבריו של חה"כ אריאל קלנר, אשר מצטט אף הוא את השופט גרוניס בעניין אמונה:

"אין לבית המשפט יתרון מיוחד או מומחיות עודפת בנושא של חוסר סבירות. העילה של חוסר סבירות עברה שינוי והתפתחה לממדים קרובים לאלה של נורמת-על. תוך כדי התפתחות זו היא בלעה לתוכה, כאדם שאינו יודע שובע, עילות פרטיקולריות שהוכרו בעבר. חסרונה הגדול של עילה זו בהיקפה דהיום נמצא ברמת ההפשטה הגבוהה שלה. רמת ההפשטה הגבוהה מעצימה את שיקול הדעת השיפוטי, וממילא מגדילה את אי-הוודאות המשפטית" (פרוטוקול הדיון מיום 3.7.2023, בעמ' 13; ההדגשה הוספה – י"ו).

הדברים נלמדים גם מדברי חה"כ משה סעדה בפרוטוקול הדיון של הוועדה מיום 4.7.2023, אשר מציין את עמדותיהם של הנשיא לנדוי והשופט סולברג.

59. מנגד, אין כמובן להתעלם מאמירות אחרות של חברי כנסת שונים, כמפורט בפסק דינה של חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, ומכך שבמסגרת הדיונים בוועדה הדגיש היועץ המשפטי לוועדה בפני חברי הכנסת כי "המתווה שבהצעת החוק שלפנינו הוא גורף הרבה יותר מכל המתווים אלה [...] הוא לא מותיר ביחס לנבחרי ציבור עילה של חוסר סבירות קיצונית במובן של מופרכות" (פרוטוקול הוועדה מיום 12.7.2023, עמ' 11). ובתוך כך, אף נדחתה הצעה שלפיה התיקון לא ימנע התערבות בהחלטות שהן "בלתי סבירות באופן קיצוני" (יצוין, כי ניתן לפרש דברים אלו כמתייחסים לעילת הסבירות טרם הרחבתה בעניין דפי זהב).

60. בין כך ובין כך, כבר עמדנו לעיל על המשקל היחסי שיש ליתן לעמדותיהם הפרטניות של חברי הכנסת השונים במהלך הדיונים לקראת החקיקה, תהיינה אשר תהיינה, וכפי שכבר נפסק, אין עמדה כאמור "מחייבת את בית המשפט", בייחוד במצב דברים שבו העמדות מושכות לכיוונים שונים (עניין אבנרי, בפס' 47 לפסק דינו של השופט דנציגר). הדברים האמורים נכונים ביתר שאת ביחס לקולות שנשמעו בפני ועדות הכנסת מפי גורמים חיצוניים – כמו אנשי אקדמיה, יועצים משפטיים ועוד, כבענייננו – אשר "אינם משקפים בהכרח את עמדת המחוקק" (עניין מי-טל, פס' 40 לפסק דינו של השופט מזוז).

61. חשוב לשוב ולציין כי אל מול אי-הבהירות שעולה מהאמור בפרוטוקולים; ניצבים איתנים דברי ההסבר הברורים, המשקפים, כאמור, באופן המהימן ביותר את הכוונה הסובייקטיבית של הגוף המכונן, עת הוא נדרש להצביע על התיקון (ראו בעניין זה: עניין אבנרי, פס' 47 לפסק דינו של השופט דנציגר; ברק, פרשנות החקיקה, בעמ' 372, 380, 383-384). כאמור, מדברי ההסבר נובע במובהק כי כוונת המכונן במונח "סבירות" בתיקון היא ל"סבירות איזונית"; וכמפורט לעיל, כוונה זו של המכונן נלמדת בבירור אף מעמדת הממשלה שבתצהיר התשובה מטעמה.

ג. התכלית האובייקטיבית

62. התכלית האובייקטיבית של דבר חקיקה מתייחסת למטרות, הערכים והעקרונות שכל חוק נועד להגשים במדינה דמוקרטית (ראו, למשל, עניין אבו ערפה, בפס' 30 לפסק דינו של השופט פוגלמן). כבר נפסק, כי עיקרם של ערכים אלו נוגע ל"הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית" (א"ב 11280/02

ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פס' 14 (15.5.2003) (להלן: עניין טיבי); כן ראו: עניין חוק הלאום, בפס' 29 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

63. התכליות האובייקטיביות העומדות ביסוד התיקון, עניינן קידום עקרונות הפרדת הרשויות ושלטון החוק, אשר בית משפט זה כבר עמד פעמים רבות על חשיבותן. כך, כבר נפסק כי "משטר דמוקרטי נאור הוא משטר של הפרדת רשויות" המקיימות מערכת של איזונים ובלמים (בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, פס' 19 (1985) (להלן: עניין סיעת כך)); וכך, עמד בית משפט זה על הצורך להעניק "משקל ראוי למעמדה הרם של הכנסת כבית המחוקקים של המדינה, שנבחר בבחירות דמוקרטיות ומשקף את רצונו החפשי של העם" (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, עמ' 41 (2004)). וראו עוד, בג"ץ 108/70 מנור נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 442, עמ' 445 (1970). כמו כן, הודגשה בפסיקתנו חשיבותו של "שלטון החוק בשלטון" המבטא את עיקרון הפרדת הרשויות, באופן שיוצר "איזון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות" (עניין סיעת כך, בעמ' 158. ראו עוד: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, עמ' 756 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (2005) (להלן: עניין חוף עזה); בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, עמ' 668 (1995); עניין המרכז האקדמי, בפס' 15 לפסק דינו של הנשיא גרוניס).

בתוך כך, כלל הוא כי יש לפרש את חוקי היסוד על רקע העקרונות החוקתיים האמורים לעיל, כך שמבין הפירושים האפשריים מבחינה לשונית, יש לבחור בפירוש אשר מיישב את חוק היסוד באופן המיטבי עם המסגרת החוקתית הקיימת; כלל זה עולה בקנה אחד עם ההלכה שפורטה לעיל, שלפיה מבין הפירושים האפשריים, לעולם יש להעדיף פרשנות מקיימת של דבר חקיקה (עניין חוק הלאום, בפס' 59 לפסק דינה של הנשיאה חיות, וההפניות שם), קל וחומר כאשר עסקינן בחקיקת יסוד (שם, בפס' 9 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

64. בענייננו, פרשנות שלפיה המונח "סבירות" שבתיקון מתייחס רק לסבירות איזונית, ולא לעילת הסבירות המקורית, מגשימה במידה רבה יותר את העקרונות החוקתיים של קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית, העומדים, כאמור, ביסוד המבנה החוקתי של המשטר בישראל. כמבואר לעיל, "הסבירות המקורית" יסודה בדוקטרינת הסמכות, במובן זה שפעולה שלטונית אשר מפרה את חובת הסבירות במובנה המקורי, דהיינו פעולה שלוקה בחוסר היגיון עד כדי מופרכות, נתפסת כחריגה מסמכות. לפיכך, היעדר אפשרות לדון בבתי המשפט או ליתן סעד בעניין סבירותה של

החלטת שר או ממשלה – כאשר מדובר בסבירות המקורית – עשוי להכשיר, בין היתר, פעולות שלטוניות שבוצעו תוך חריגה מסמכות (ראו בעניין זה: בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל (13.04.2016)). מתן הכשר כאמור אינו עולה בקנה אחד עם עיקרון שלטון החוק במובנו הבסיסי (ראו: בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, פס' 65 (1993)). ממילא, פרשנות שלפיה התיקון מאפשר לדון בעניין סבירות החלטות שרים וממשלה – כאשר עסקינן בסבירות המקורית – מגשימה במידה רבה יותר את עיקרון שלטון החוק, ביחס לפרשנות שאינה מאפשרת זאת. כמו כן, בהינתן שתפקידה הבסיסי של הרשות השופטת במסגרת עיקרון הפרדת הרשויות הוא לוודא שרשויות המינהל פועלות אך ורק במסגרת הסמכויות שהוענקו להן בחקיקה, הרי שפגיעה באפשרותה של הרשות השופטת למלא את תפקידה האמור פוגעת אף בעיקרון הפרדת הרשויות (בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פס' 9 לפסק דינו של השופט א' ריבלין (9.10.2003); עניין חוף עזה, בעמ' 754-755; עניין אלכודי, בעמ' 74-73).

65. אם כן, התכלית האובייקטיבית של התיקון – המיוסדת על עקרונות שלטון החוק והפרדת הרשויות – תומכת אף היא בפרשנות שלפיה המונח "סבירות" בתיקון מתייחס רק לסבירות איזונית, ולא לסבירות המקורית.

66. לסיכום האמור עד כה ביחס לפרשנות התיקון: פרשנות שלפיה המונח "סבירות" בתיקון מתייחס לעילת הסבירות האיזונית בלבד, היא פרשנות אפשרית מבחינה לשונית; יש לה יסוד בתכלית הסובייקטיבית; והיא מגשימה באופן מיטבי את התכלית האובייקטיבית. לפיכך, בהתאם לדיני הפרשנות הנוהגים עמנו, זוהי המשמעות שיש לצקת לתיקון וכך יש לפרשו.

אמנם, אף פרשנות שלפיה המונח "סבירות" בתיקון מתייחס גם לסבירות המקורית, היא אפשרית מבחינה לשונית. ואולם, פרשנות זו עשויה לעורר קשיים מהותיים במישור שלטון החוק והפרדת הרשויות, וממילא מגשימה במידה פחותה את תכליתו האובייקטיבית של התיקון, ולפיכך אין לאמצה.

67. עתה, עלינו לבחון האם התיקון, בהינתן הפרשנות האמורה לחוק, עומד באמות המידה שהותוו לביטול חוק יסוד, כפי שנקבעו בפסיקה. ובמילים אחרות: האם התיקון פוגע בליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל. אקדים ואציין כי דעתי היא שיש להשיב בשלילה לשאלה זו, ולהלן אבאר מסקנתי זו. לצד זאת, חשוב לזכור ולהדגיש, כי

העותרים עצמם אינם טוענים אחרת בעתירותיהם, וכך גם היועצת המשפטית לממשלה בעמדתה.

אמות המידה לביטול חוק יסוד

68. כאמור, בעניין חוק הלאום, נקבע כי "בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי קיימות מגבלות – צרות ביותר בהיקפן – על סמכותה של הרשות המכוננת, המתמצות בשלילת זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (שם, בפס' 27 לפסק דינה של הנשיאה חיות). הודגש, כי חוק יסוד ייחשב ככזה אשר חורג ממגבלות אלו רק ב"מצבים חריגים של שינוי חוקתי השולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה", שבהם "הוראה חוקתית פוגעת פגיעה אנושה באופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה, עד כי אין כל דרך ליישב מבחינה מושגית ופרקטית בין הוראה זו ובין מרכיביה אלה של זהות המדינה" (שם, בפס' 28-29; ההדגשות במקור), כחלק מאותם עקרונות ליבה, הוזכרו למשל 'בחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם [...] ; קיום הפרדת רשויות; שלטון החוק; ורשות שופטת עצמאית' [...] – עם היותה של ישראל מדינה דמוקרטית" (שם, בפס' 29; ההדגשה הוספה – י"ו). הובהר, כי אמנם "המכונן אינו רשאי לשלול – להלכה או למעשה – את קיומה של המדינה כ'יהודית ודמוקרטית', אך רשאי הוא לשרטט, על פי שיקול דעתו, את האופן שבו יבוא לידי ביטוי צירוף מילים זה במסגרת חוקי היסוד, אף אם הדבר כרוך באיזונים ובפשרות אשר מגדירים מחדש את אופן התפרשותו של אחד ממרכיבי זהותה של המדינה" (שם, בפס' 30).

באותו עניין, הציעה השופטת ברק-ארז נוסחה מצמצמת יותר, בכל הנוגע להתערבות שיפוטית בתוכנם של חוקי-יסוד:

"גבולות ההכרה האפשריים בדוקטרינה של תיקון חוקתי לא חוקתי אמורים להיות מצומצמים יותר מן הנוסחה של 'פגיעה בעקרונות היסוד של השיטה' שהוזכרה בהערות אגב שונות בפסקי דין קודמים [...] לשיטתי, זוהי נוסחה רחבה מדי שעלולה ליצור 'גלישה במדרון' לעבר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד במתכונת שלא תבדל אותם במידה הנדרשת מחוקים רגילים. [...] מתוך התחשבות בשלב שבו אנו מצויים, אני עצמי נוטה לשימוש בטרימינולוגיה שהיא אף מצמצמת יותר – ומציעה להתייחס לחוק יסוד שמהווה 'שבירת כלים', במובן של הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית" (שם, בפס' 16 לפסק דינה; ההדגשה הוספה – י"ו).

וכך הדגיש השופט (בדימ') מ' מזוז:



"לא כל 'פגיעה' באופי היהודי או הדמוקרטי של המדינה תיחשב כחריגה מהסמכות המכוננת של הכנסת, אלא רק 'מקרי קצה' של פגיעה קשה ומהותית, המערערת את הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה. המדובר במצבים חריגים וקיצוניים השוללים את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה ואת תכונות המינימום לשימור זהותה היהודית או הדמוקרטית" (שם, בפס' 13 לפסק דינו; ההדגשה הוספה – י"ו).

וראו גם את דברי השופט הנדל:

"אשר למצב הקצה, שבו ישנה רמיסה עד היסוד של זכויות יסוד [...] בנסיבות כאלה נפתח הפתח לביקורת שיפוטית כנדרש מן הצדק ומן התפקיד שהוא ממלא. ואם ישיבוני כי ככל שמדובר במדינת ישראל כעת ובעתיד הנראה לעין בן אנוש, אפשרות קצה כזו תיאורטית היא – לא אחלוק על כך [...] עסקינן בליבת הליבה של מאפייני המדינה היהודית והדמוקרטית. יש לכך משמעות ותוכן מעשי. אך מעבר לדוגמאות קיצוניות – לא הייתי מרחיב או מצמצם" (שם, בפס' 3-4 לפסק דינו; ההדגשה הוספה – י"ו).

69. על רקע דברים אלה, אבחן להלן האם התיקון, בהינתן הפרשנות המוצעת – אשר כאמור מתיישבת עם לשונו ומגשימה נאמה את תכליתו – פוגע פגיעה אנושה בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים, ובכך שולל את ליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל.

התיקון – בפרשנותו האמורה – אינו פוגע בליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל

70. אקדים ואומר, כי אף שהתיקון אינו חף מקשיים, הרי שבהינתן שהוא מתייחס לעילת הסבירות האזונית בלבד, כמבואר לעיל, התיקון אינו פוגע בליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל; ואף איננו קרוב לכך. ממילא, התיקון בהתאם לפרשנות המוצעת אינו עומד באמות המידה שנקבעו בפסיקה להתערבות שיפוטית בתוכנם של חוקי היסוד. כאמור, טענה הפוכה אף לא הועלתה על-ידי העותרים והיועצת המשפטית לממשלה, ואף לא בפסק דינה של חברתי הנשיאה (בדימ') חיות.

זה העיקר, וכעת אפרט.

התיקון בפרשנותו האמורה אינו פוגע בעיקרון הפרדת הרשויות

71. עיקרון הפרדת הרשויות הוא בנשמת אפה של הדמוקרטיה. כפי שהודגש לא אחת, סמכות הביקורת השיפוטית על רשויות השלטון מהווה נדבך הכרחי לקיומו של עיקרון הפרדת הרשויות; ועמד על כך השופט ברק באחת הפרשות: "משטר דמוקרטי נאור הוא משטר של הפרדת רשויות [...] משמעותה איזון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות. לא חומות בין הרשויות אלא גשרים מאזנים ומפקחים" (עניין סיעת כך, פס' 19).

וכך ציין השופט ברק בפרשה אחרת:

"ללא ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת מתערערת הפרדת הרשויות. עמה נפגמת חירות האדם, ונפגמים היסודות של משטר חופשי" (בג"ץ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים על-פי סעיף 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תש"ל – 1970, פ"ד מה(5) 450, 445 (1991) (להלן: עניין ועדת העררים)).

גם השופט חשין פרש דברים ביחס לחינויות קיומה של ביקורת שיפוטית במדינה

דמוקרטית:

"באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה [...] מושג הדמוקרטיה משמיע – אף זועק – קיומה של רשות שופטת. [...] מסקנה נדרשת מאליה היא, כי קיומה של רשות שופטת – כאונה חיונית בגופה של המדינה הדמוקרטית – משמיע מעצמו איסור חסימת צינורות הדם המוליכים אליה, איסור חסימת דרכו של אדם לבית-המשפט" (עניין ארפל אלומיניום, בפס' 31-32 לפסק דינו; ההדגשה הוספה – י"ו).

72. אמנם, הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית מסורה בידי הרשות השופטת, וביחס לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, מעוגנת סמכות זו בסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה. ברם, הרשות המחוקקת – לא כל שכן המכוננת – רשאיות, ככלל, ליצוק תוכן לעילות הביקורת השיפוטית ולהתוות את גבולותיהן. כפי שצינו המלומדים א' רובינשטיין וב' מדינה, "המחוקק אינו רשאי אמנם לשלול לחלוטין את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק להחיל ביקורת שיפוטית על כל החלטה שלטונית שהיא, אך הוא רשאי להגביל את עילות הביקורת השיפוטית, ולכן גם את היקפה של הביקורת" (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד 106-107 (2005)), והיקף הביקורת השיפוטית קשור גם למהות אמות המידה שלפיהן היא מוחלת (שם, בעמ' 184; וכן ראו והשוו: בג"ץ 6654/98 הלפרין נ' פקידת הבחירות לעיריית

הרצליה, פ"ד נב(5) 348 (1998); בג"ץ 8290/03 אלחלים נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת (24.9.2003); בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950 (2002)).

בענייננו, התיקון אינו שולל, ביחס לשום החלטה או סוגיה, את עצם סמכות הביקורת השיפוטית. התיקון לא משפיע על כוחו של אף אדם או גוף, אשר נפגע כתוצאה מהחלטת שרים או ממשלה, להביא את עניינינו לפני בית המשפט. התיקון, בפרשנותו האמורה, אף מותיר על מכונה את סמכות בית המשפט לבקר החלטות שלטוניות מכוח עילת הסבירות. משמעות התיקון מתמצה בשינוי הסטנדרט להפעלת עילת הסבירות, בכל הנוגע להחלטות ממשלה ושרים. כמבואר לעיל, המכונן מוסמך לערוך שינוי כאמור.

73. יתר על כן, קביעה שלפיה המכונן אינו רשאי לשנות את הסטנדרטים שלפיהם תיושם עילת הסבירות, משמעה, הלכה למעשה, הענקת מעמד על-חוקתי לעילת הסבירות האיזונית. ואולם, למסקנה כזו אין ראשית עיגון במערך החוקתי הנוהג (אמנם קיימת תפיסה המעניקה מעמד מעין חוקתי לאגד עילות הביקורת המינהלית (ראו: בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 638-639 (1999); אך ברי כי בענייננו אין פגיעה באגד זה כשלעצמו, ומכל מקום – גם לפי תפיסה זו, לא מוקנה לו מעמד על-חוקתי).

74. לא זו אף זו: דומני כי דווקא גישה שלפיה המחוקק – לא כל שכן המכונן – אינו רשאי כלל ועיקר לצקת תוכן לעילות הביקורת השיפוטית ולהתוות את גבולותיהן, היא זו שעלולה לערער את מערכת האיזונים והבלמים בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת; וראו בעניין זה, בין היתר, את דבריו של דותן:

"הגישה שלפיה כל קביעה של המחוקק בנוגע להיקף הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות בהקשר נושאי מסוים סותרת בהכרח את סעיף 15(ג) משום שהיא 'מסיגה' את גבולו של בג"ץ – מבטאת עמדה פרשנית חוקתית שלפיה הסעיף נועד להעניק לבג"ץ מונופול מוחלט על קביעת היקף הביקורת השיפוטית המינהלית [...] המסקנה השוללת תפיסה 'מונופוליסטית' כזאת של בתי המשפט בדבר עיצוב ההיקף הראוי של הביקורת השיפוטית המינהלית לא רק שאינה סותרת את עקרון הפרדת הרשויות, אלא שלדעתי היא אף מתחייבת ממנו. שהרי, הסוגיה של היקף הביקורת השיפוטית המינהלית נוגעת לקביעת קו התיחום ומערכת היחסים בין שתי רשויות: הרשות השופטת והרשות המבצעת. תפיסה ראויה של הפרדת רשויות מחייבת כי כאשר עסקינן במערכת היחסים בין שתיים מן הרשויות, מוענק מעמד נכבד בתהליך לרשות השלישית. מכל מקום, מבחינת

הפרדת רשויות, אין מקום להשאיר לרשות אחת את מלוא הכוח לעצב הסדרים מסוג זה" (יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי כרך א 236-238 (2022); ההדגשה הוספה – י"ו).

75. לסיכום נקודה זו, התיקון בפרשנותו האמורה אינו פוגע בסמכותו של בית המשפט, כי אם נוגע לסטנדרט הביקורת שבית המשפט מפעיל מכוח עילת הסבירות ביחס להחלטות שרים וממשלה. המחוקק – קל וחומר המכונן – רשאי, ככלל, לעסוק בתוכן של עילות הביקורת השיפוטית. בתוך כך, התיקון אינו חוסם את הדרך לבית המשפט בפני אף אדם או גוף; ואינו משפיע על עצמאותה של הרשות השופטת, או פוגע בסמכותה לפי סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה. כפי שיבואר להלן, התיקון גם אינו מונע ביקורת שיפוטית אפקטיבית, בהינתן המגוון הרחב של עילות ביקורת שיפוטית נוספות.

לנוכח כל זאת, לא ניתן לומר כי עצם שינוי הסטנדרט שלפיו מופעלת עילת הסבירות ביחס להחלטות שרים וממשלה, עולה כדי פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות; לא כל שכן, כדי "פגיעה אנושה" בו, או שלילתו.

התיקון בפרשנותו האמורה אינו פוגע בעיקרון שלטון החוק

76. העותרים והיועצת המשפטית לממשלה טוענים עוד כי כתוצאה מהתיקון יתאפשר לממשלה לפעול בחוסר סבירות קיצוני ולהפעיל שיקול דעת מוחלט, באופן שיפגע קשות בעיקרון שלטון החוק.

אין בידי לקבל טענות אלו.

ברי כי התיקון לא משפיע כהוא זה על חובת הממשלה והשרים לפעול בהתאם לחוק. בעיקרו של דבר, עיקרון שלטון החוק משמעותו היא "חובה לנהוג על-פי החוק, כפי שנתפרש על-ידי בית המשפט, בהתאם למטרות החוק. חובה זאת מוטלת על הכל, מקטון ועד גדול, מן האדם ברחוב ועד ראש הממשלה" (יצחק זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין 61, 61 (1987). התיקון, כאמור, אינו גורע מחובה זו.

בפרט, התיקון אינו קובע כי מותר לממשלה ולשרים לאזן באופן בלתי ראוי בין השיקולים הרלוונטיים. אמנם, משמעות התיקון היא, שלא ניתן יהיה לפסול החלטות שרים וממשלה בטענה כי ניתן משקל לא ראוי כאמור. ואולם, מכאן לא נובע שחרור מהחובה ליתן משקל ראוי לכל שיקול רלוונטי, אשר מוטלת על כל רשות שלטונית בבואה

לקבל החלטה. חובה זו עומדת על כנה אף לאחר התיקון; וחזקה על הממשלה והשרים כי יקיימו חובה זו (לעניין זה ראו, מיני רבים: רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, פס' 20 לפסק דינו של השופט גרוניס (26.4.2010)).

77. לצד האמור, עיקרון שלטון החוק מחייב אף את "קיומה של הביקורת השיפוטית על חוקיות פעולתה של כל רשות" (עניין סיעת כך, בפס' 19 לפסק דינו של השופט ברק), ובתוך כך מתחייבת ביקורת שיפוטית אפקטיבית (עניין ועדת העדרים, בפס' 4 לפסק דינו של השופט ברק).

78. התיקון אינו עומד בסתירה לעקרונות אלו, ואף אינו מוביל למצב שבו לממשלה ולשרים קיים שיקול דעת מוחלט וחסין מפני ביקורת שיפוטית. רחוק מכך. ראשית, כאמור, התיקון בפרשנותו האמורה מותיר על כנה את עילת הסבירות המקורית (לשימוש בעילה זו חלף עילת הסבירות האיוונית, ראו, למשל: עניין פרס ישראל, בפס' 52 לפסק דיני). שנית, קיימות עילות ביקורת שיפוטית נוספות אשר נוגעות למישור שיקול דעתן של רשויות המינהל, כפי שמציינת בעמדה היועצת המשפטית לממשלה עצמה: "במישור שיקול הדעת, מחויבות רשויות המינהל לקבל החלטותיהן בתום לב, בשוויון ובמידתיות, על יסוד מכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, ותוך הימנעות משקילת שיקולים זרים" (שם, בפס' 36).

בעניין זה ראוי לציין, כי בכל הנוגע להפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות אשר מובילות לפגיעה בזכויות הפרט, עילת המידתיות מיועדת במיוחד למצבים כאלה, ומתאימה להם יותר מאשר עילת הסבירות האיוונית. ראו בעניין זה, למשל, את דברי השופט חשין, שלפיהם "מציגה עילת המידתיות לפנינו כלי-ניתוח חד וחריף מעילת הסבירות הכללית; כך ניתן בידנו מכשיר משוכלל יותר לבחינה רציונלית של מעשי-המינהל" (ראו: עניין סטמקה, בפס' 51; עוד על יתרונותיהן של עילות הביקורת האחרות ביחס לעילת הסבירות האיוונית, ראו, למשל: עניין אמונה, בפס' 11 לפסק דינו של השופט גרוניס).

אמנם, נטען לפנינו כי עלולים להתעורר קשיים ראייתיים ביישומן של עילות ביקורת אחרות – ובראשן עילת השיקולים הזרים – קשיים שאינם מנת חלקה של עילת הסבירות האיוונית. ואכן, כפי שמציין זמיר בספרו, פסילת החלטה שלטונית מכוח עילת הסבירות האיוונית היא "דרך קלה לבית המשפט" (זמיר, הסמכות המינהלית, עמ' 3596). ואולם, בכוחו של בית המשפט לפתח את עילות הביקורת האחרות, ובתוך כך לייצר כלים להתמודדות עם עמימות ראייתית, דוגמת העברת הנטל הראייתי (וראו לעניין זה: בג"ץ

6840/01 פלצמן נ' ראש המטה הכללי פ"ד ס(3) 121, 137-139 (2005)). ודוקו: מדיוני הוועדה עולה, בבירור ובמפורש, כי התיקון אינו נוגע, ואינו מבקש לגעת בשימוש בעילות ביקורת שיפוטית אחרות שעניינן מישור שיקול הדעת של הממשלה והשרים (להרחבה ראו: פס' 18 להשלמת הטיעון מטעם הכנסת מיום 9.11.2023).

79. העותרים והיועצת המשפטית לממשלה מוסיפים, כי התיקון עלול ליצור "חורים שחורים נורמטיביים" בנושאים שונים, שכבר לא ניתן יהיה להעבירם תחת שבט ביקורתו של בית המשפט.

ואולם, כמבואר לעיל, אין אף החלטה, באף סוגיה, שהתיקון מונע דיון שיפוטי בעניינה; התיקון מונע אך דיון שיפוטי ביחס לעילות הסבירות האיוונית בנוגע להחלטות שרים וממשלה. ודוק, כל החלטה או סוגיה כאמור יכולות להיתקף באמצעות שלל עילות הביקורת השיפוטית אשר מצויות בארגז הכלים של המשפט המינהלי, ואשר יילכו ויתפתחו בראי המצב המשפטי הקיים בעקבות התיקון.

כך, למשל, באשר לחשש הנוגע ליכולתו של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית אפקטיבית על תחום המינויים והפיטורים המבוצעים על-ידי השרים והממשלה, הרי שעילות הסבירות המקורית, כמו גם יתר עילות הביקורת המינהלית – לרבות אלו שנוגעות למישור שיקול הדעת – הן בבחינת כלים חשובים ואפקטיביים, אשר בכוחם לוודא את תקינותן של החלטות בתחום זה (ראו והשוו: בג"ץ 5403/22 לביא, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' ראש הממשלה, פסק דינו של השופט סולברג וכן פסק דיני (22.9.2022) (להלן: עניין לביא)). בתוך כך, רשאי בית המשפט להמשיך ולפתח עילות אלו בראי המצב המשפטי הקיים.

דוגמה אפשרית לפיתוח הדין בהקשר זה עשויה לגעת, למשל, להיקש מהוראת סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, שעניינה במינוי מועמדים בעלי זיקה פוליטית (להרחבה ראו: סעיף 316(ג) לתצהיר התשובה מטעם הכנסת (להלן: תשובת הכנסת)). כמו כן, ניתן יהיה לפתח כלים נוספים שיתנו מענה, למשל, לחשש מפני פגיעה בעצמאותם של שומרי סף או ביחס להפעלת ביקורת שיפוטית בזמן ממשלת מעבר (ראו והשוו: עניין לביא). יצוין, כי ביחס לתקופת ממשלת מעבר, בידי בית המשפט אף נתונה הסמכות לפרש את סעיף 3 לחוק יסוד: הממשלה, לשם הגדרת סמכויות ממשלת המעבר אשר אינה "מכהנת מכוח אמון הכנסת" (ראו סעיף 316(ד) לתשובת הכנסת). אף לא למותר לציין, בנוגע להשפעת התיקון על היכולת לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה בתקופת בחירות, כי מאחר שהמגבלות המהותיות על הממשלה בתקופת

בחירות נועדו למנוע פגיעה בעיקרון השוויון בבחירות, הרי שעילת הסבירות האיזונית אינה נחוצה לביסוסן של מגבלות אלו, שכן עיקרון השוויון בבחירות הוא עיקרון חוקתי כשלעצמו, אשר מעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת (כן ראו למשל: בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969)).

80. אודה ולא אכחד: עילת הסבירות האיזונית תרמה לאורך השנים לעיצוב נורמות רצויות של התנהלות שלטונית ולקידום טוהר המידות בשלטון, ושימשה כלי נכבד כחלק ממערך הביקורת השיפוטית על החלטות שלטוניות. אין אפוא להתעלם מכך, שבעקבות התיקון עשויים להתעורר מקרים שבהם לא ניתן יהיה לפסול החלטות שרים או ממשלה, שניתן היה לפסול בעבר באמצעות עילת הסבירות האיזונית. ברם, כפי שכבר ציינתי בפתח דבריי, אין בעצם קיומן של החלטות כאלו – שנתקבלו בסמכות; לאחר הליך מינהלי תקין; בתום לב; ללא שיקולים זרים; החלטות מידתיות; אינן שרירותיות; אינן מפלות; ואינן מופרכות מעיקרן – כדי לפגוע פגיעה אנושה בליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל.

81. אם כן, התיקון אינו גורע, אפוא, שהוא זה, מחובת הממשלה והשרים לפעול בהתאם לחוק, ולאזן כראוי בין כלל השיקולים הרלוונטיים במסגרת פעולותיהם השלטוניות. כמו כן, קיימת שורה של עילות ביקורת שיפוטית, ובכללן עילת הסבירות המקורית, אשר נוגעות למישור שיקול הדעת של הרשות השלטונית, וממילא אין מקום לטענה כי התיקון מחסן מביקורת שיפוטית את אופן הפעלת שיקול הדעת של הממשלה והשרים או מקנה להם שיקול דעת מוחלט. אינני סבורה אפוא כי התיקון פוגע בעיקרון שלטון החוק, לא כל שכן פוגע בו אנושות.

סיכום עד כאן

82. לנוכח כל האמור לעיל, בהינתן הפרשנות המוצעת, אין בסיס לטענה שלפיה התיקון, שולל את הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל. כמבואר לעיל, התיקון אינו מוביל לפגיעה בעצמאותה של הרשות השופטת, וגם לאחר התיקון בכוחם של בתי המשפט לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית בכל סוגיה ובכל תחום. התיקון אף אינו פוגע בעיקרון הפרדת הרשויות או בעיקרון שלטון החוק; ואינו נוגע לגרעין זכויות האדם המוכר בדין הישראלי או לקיומן של בחירות שוות והוגנות.

לפיכך, בענייננו אין מקום להתערב בתוכן הוראות התיקון, בהתאם לאמות המידה שהוצעו בפסיקה להתערבות בתוכנם של חוקי יסוד.

ענייננו אינו בא – ואף אינו מתקרב – לגדרי אותם מצבים חריגים של תיקון חוקתי השולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה.

עוד על המרחק הרב שבין ענייננו לבין שלילת הדמוקרטיה

83. מעבר לכל האמור לעיל, המרחק הרב שבין ענייננו לבין אמות המידה שהותוו כאמור בעניין חוק הלאום להתערבות בתוכנם של חוקי יסוד, ניכר מהתבוננות על הסוגיה מכמה נקודות מבט נוספות.

84. אחת מנקודות מבט אלו נוגעת להוראת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, אשר קובעת כי מפלגה או מועמד לא יוכלו להשתתף בבחירות לכנסת אם יש במטרותיהם או במעשיהם משום "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (יוזכר ויודגש, כי המבחנים להתערבות בתוכנם של חוקי יסוד, אשר הוצעו בעניין חוק הלאום, שאבו השראה, בין היתר, מסעיף 7א הנ"ל, וראו שם, בפס' 29 לפסק דינה של הנשיאה חיות). האם ניתן להעלות על הדעת, שמפלגה אשר תציע במצעה לשנות את סטנדרט ההפעלה של עילת הסבירות, באופן דומה לשינוי שנובע מהתיקון הנדון בפרשנותו האמורה, לא תוכל להתמודד לכנסת, בשל שלילתה את מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית? לדעתי, לא ניתן לענות על שאלה זו, אלא בשלילה גורפת.

85. זאת ועוד, כמפורט בהרחבה לעיל, עילת הסבירות האיזונית הייתה שנויה במחלוקת מיום היוולדה. שופטים בבית משפט זה, כמו גם מלומדי משפט רבים, תמכו באפשרות להחזיר את עילת הסבירות לממדיה ולטבעה המקוריים; אפשרות זו נתפסה כהתפתחות אפשרית ולגיטימית של המשפט הישראלי, ודומני כי אף בקרב מי שתמכו בהותרת עילת הסבירות האיזונית על כנה. ואכן, העמדה שלפיה יש להשיב את עילת הסבירות לממדיה ולטבעה המקוריים, מעולם לא נתפסה כאנטי-דמוקרטית, או ככזו שתוביל לשלילת הדמוקרטיה הישראלית – ולא בכדי.

86. בשולי הדברים אך לא בשולי חשיבותם, יש לדחות מכל וכל את טענת העותרים והיועצת המשפטית לממשלה, שלפיה אף אם התיקון כשלעצמו אינו שולל את הדמוקרטיה ביסודו, הרי שיש לבחון את חוקתיותו על רקע הרפורמה המשפטית המוצעת בכללותה (ראו, למשל: פס' 9 לתצהיר התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה). הלכה מושרשת היא כי בית משפט זה אינו דן בעניינים תיאורטיים (ראו מיני רבים: בג"ץ 1853/02 דוד נ' שר האנרגיה והתשתיות הלאומיות, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא ברק



(8.10.2003); בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סד(3) 204, 232 (2011)). על כן, בבחינת הסוגיה המשפטית העומדת לפתחנו, אין מקום להתחשב ברעיונות, בהצעות לחקיקה, ובמעשי שלטון שטרם הבשילו, באופן המאפשר להעביר את שבט הביקורת השיפוטית עליהן. מושכל יסוד הוא, כי יש לבחון כל סוגיה משפטית בראי המצב המשפטי הקיים בעת הבחינה, שכן; כידוע, יש להביא לפתחו של בית משפט זה אך ורק "מוצר מוגמר".

לעת חתימה: ניתן לפרש את התיקון פרשנות מקיימת

87. בתום מסענו, ראינו כי פרשנות שלפיה התיקון מתייחס לעילת הסבירות האיונית בלבד, היא אפשרית מבחינה לשונית; יש לה יסוד בתכלית הסובייקטיבית של התיקון; והיא מגשימה באופן מיטבי את תכליתו האובייקטיבית. בהינתן פרשנות כאמור, התיקון אינו פוגע בליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל, וממילא אינו בא – אף לא בקירוב – בגדר המקרים החריגים שבהם בית המשפט יתערב בתוכנה של חקיקת יסוד. לנוכח הכלל המושרש בפסיקתנו, שלפיו לעולם יש להעדיף פרשנות אשר מקיימת את דבר החקיקה, על פני פרשנות שעלולה להוביל לבטלותו, אין לנו אלא לאמץ את הפרשנות המקיימת המפורטת לעיל.

התייחסות לטענות נוספות של העותרים

88. אוסיף בקצרה, כי יש לדחות את טענת העותרים שלפיה התיקון נחקק תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת. התיקון עומד ללא קושי במבחן הכלליות, משעה שהוא בעל תחולה רחבה ובלתי-מסויגת במישור המהותי ובמישור הזמן. התיקון אף מקיים את מבחן ההתאמה למארג החוקתי. סמכות הביקורת השיפוטית מעוגנת בחוק יסוד: השפיטה; ועל כן, מטבע הדברים, צמצום היקף הסמכות האמורה ייעשה באמצעות תיקון של אותו חוק יסוד. יתרה מכך, כפי שתואר לעיל, הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת הינה חלק בלתי-נפרד מליבת העקרונות החוקתיים של שלטון החוק והפרדת רשויות.

89. טענת העותרים שלפיה קיים פגם יסודי בחקיקת התיקון במתווה של גיבוש הצעת החוק מטעם ועדת חוקה – אף היא דינה להידחות. הוראת סעיף 80 לתקנון הכנסת, אשר מסדירה סוגיה זו, מאפשרת לוועדה לקדם, בתחומי עניינה, הצעות לחקיקת חוקי-יסוד ואינה מטילה על הצעות אלו מגבלות נוספות; בנוסף, ההוראה אינה מצמצמת את ההצעות האמורות לעניינים המצויים בהסכמה רחבה בלבד. מכאן, שהוועדה הייתה

רשאית לקדם את הצעת התיקון לחוק היסוד, כהצעה מטעמה. כך, גם סברה היועצת המשפטית לכנסת במסגרת הייעוץ המשפטי שהעניקה בזמנו לחברי הוועדה.

סוף דבר

90. אסיים בדברים הבאים אשר עמדו לנגד עיניי בעת כתיבת פסק דיני זה: כידוע, ביטול חוק יסוד אינו דבר של מה בכך ואין להקל בו ראש. במדינה דמוקרטית, המכונן הוא האמון על כינון ההסדרים החוקתיים. מטבע הדברים, אפוא, ועל מנת שלא לפלוש לשדה לא-לנו, יש לגשת לבחינת חוקי יסוד בִּדְחִילוּ וְחִימוּ, ועלינו לנהוג באיפוק, בריסון ובזהירות מרבית, בבואנו לבטלם.

91. בשם לב לכל האמור לעיל, אציע לחבריי לדחות את העתירות, כך שתיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה יעמוד בתוקפו, תוך שיפורש ככזה אשר מתייחס לעילת הסבירות האיזונית בלבד.

אחר הדברים האלה

92. לאחר כתיבת הדברים, הגיעו לעיוני חוות הדעת של חבריי, ואבקש להתייחס לדבריהם.

93. חלק מחבריי סבורים כי לא ניתן להעניק לתיקון את הפרשנות המוצעת על-ידי, מן הטעם שפרשנות זו חסרת אחיזה בלשון התיקון ונוגדת באופן מפורש את התכלית הסובייקטיבית של התיקון, ובכך חורגת מגבולותיה האפשריים של מלאכת הפרשנות.

94. בכתיבת חוות דעתי, צעדתי לאורן של הלכות מושרשות, מקדמת דנא, של בית משפט זה, שעניינן כללי הפרשנות הנהוגים ומרחב הפרשנות הנתון לבית המשפט; המשקל הראוי שיש להעניק לרכיבים השונים של התכלית הסובייקטיבית, ולמשקלה הפחות בפרשנות חוקי יסוד; והתפיסה הפרשנית העקרונית שלפיה יש להעדיף פרשנות מקיימת על-פני ביטול דבר חקיקה – אף במחיר של מאמץ פרשני ניכר. הלכות אלה, היו נר לרגליי בכל שלב ושלב בכתיבת חוות דעתי ובטוויית המהלך הפרשני.

95. לשון התיקון: חלק מחבריי סבורים כי לשון התיקון ברורה וחד משמעית; וכי התיקון חל באופן גורף על כל היבטיה של עילת הסבירות; ולפיכך אין כלל מקום לפרשנות המבחינה בין מובניה השונים של העילה.

שבתי והפכתי בעמדתם זו של חבריי, ומוכרחה אני להודות כי אף לאחר עיון נוסף – עמדות אלו נותרו מוקשות מאוד בעיניי.

במסגרת התיקון, נמנע המחוקק מלהגדיר את המונח "סבירות", וממילא הותר לבית המשפט לבצע את מלאכתו ביחס לפרשנות מונח זה. כידוע, לסבירות אין מובן אחד ויחיד (ראו: א' זמיר, עילת אי הסבירות, בעמ' 296-299, אשר התייחס לשלושה מובנים של המונח "אי-סבירות": תוצאה של פגם במעשה המינהלי; כותרת לעילות הפסלות השונות; ועילה לפסילת שיקול הדעת המינהלי). מדובר במונח אשר מעצם טיבו, הוא עמום וכוללני, ולפיכך היקף פרישתו אינו ברור כלל ועיקר (עוד ראו בפס' 44 לחוות דעתי). תמוה בעיניי, אפוא, כיצד ניתן לחלוק על כך. על עמימותו ורבגוניותו של המונח "סבירות", עמד אף חברי, השופט עמית, בציינו כי "סתם המכונן ולא פירט אלו מופעים של עילת הסבירות נכללים בתיקון" (בפס' 47 לחוות דעתו) וכי "התיקון לחוק היסוד אינו מגדיר מהי סבירות ואינו מבחין בין מופעים שונים של סבירות. אם ביקש המכונן להתמודד עם חוסר ודאות, התוצר שיצא תחת ידו מביא לתוצאה הפוכה לחלוטין" (שם, בפס' 58).

חבריי סבורים עוד כי כוללניותו של המונח "סבירות" מחייבת כי התיקון יחול באופן גורף על כלל היבטיה של העילה, ועל כן לשון החוק אינה סובלת פירוש מצמצם, ויש אף שהרחיקו לכת בציינם כי פרשנות כזו חורגת מגבולותיה הלגיטימיים של המלאכה הפרשנית (ראו בפס' 121 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות; ובפס' 13 לחוות דעתה של השופטת רונן). דא עקא, בהתאם לגישה זו – אמורה להיכלל בגדרי התיקון, למשל, אף הסבירות הנזיקית, שהיא כידוע תנאי להטלת אחריות בעוולת הרשלנות, ובכלל זה על הממשלה והשרים. דומה, כי המחוקק לא התכוון לכלול את הסבירות הנזיקית במסגרת התיקון, ולמצער, מתעוררת שאלה פרשנית בנדון – המחייבת, אפוא, מהלך פרשני. אף דוגמא זו, ממחישה את הקושי הרב הנעוץ בעמדתם של חבריי שלפיה השימוש של המחוקק במונח "סבירות" בלי לפרטו, מחייבת, במישור הלשוני-טקסטואלי, החלה גורפת של מונח זה.

עוד חשוב להדגיש, כי בחירתו זו של המכונן לנקוט בלשון כללית של המונח "סבירות", איננה בכדי, והיא מתיישבת עם דרכו הטבועה לנסח חוקי יסוד באופן כללי, בלי להיכנס לפרטי פרטים (ראו: בפס' 74-76 לחוות דעתו של השופט ד' מיןץ וההפניות שם), לשון כללית זו, מותירה בידי השופט-הפרשן מרחב פרשני שבו יצוק תוכן למונח הכללי המופיע בחוק, שכן "אחרי ככלות הכל – פרשנות משפטית היא מקצועו של

השופט" (עצ"מ 4105/09 עיריית חיפה נ' עמותת העדה היהודית הספרדית בחיפה, פס' 22 לפסק דינה של השופטת נאור (2.2.2012)). בתוך כך, באמתחת השופט מונח הכלי של הענקת פרשנות מצמצמת ללשון כללית ורחבה, שבו ישתמש השופט גם על מנת לקיים את דבר החקיקה (להרחבה ראו בפס' 39-41, 47 לחוות דעתי).

בהקשר זה, יפים דבריו הנכוחים של הנשיא ברק:

"לא ראוי הוא לו לשופט הפרשן לשבת בחיבוק ידיים, ולהפנות את חץ הביקורת למחוקק על שלא הצליח לצמצם, הוא עצמו, את לשונו הרחבה מדי [...] השופט אינו רשאי לגלות שוויון נפש למצב דברים שבו תכלית החקיקה אינה מתגשמת. עליו לעשות מאמץ פרשני להגשים את תכליתה של החקיקה" (עניין זנדברג, בעמ' 809).

יש להצר אפוא, על כך שחבריי בחרו להפנות את חיציהם כלפי המכונן בנימוק שלפיו ניסח את התיקון באופן כוללני, חלף פסיעה בנתיב הפרשני אשר ימנע שימוש תקדימי ב"נשק יום הדין" של ביטול חוק יסוד.

96. התכלית הסובייקטיבית: חלק ניכר מחבריי סבורים כי התכלית הסובייקטיבית היא ברורה וחד-משמעית, ושלפיה המכונן התכוון לבטל באופן גורף את עילת הסבירות. כך, חבריי מבססים, בין היתר, את עמדתם על דבריו של חה"כ שמחה רוטמן שנאמרו לפנינו באולם בית המשפט, משל היה זה מקור פרשני. אלא שכידוע, אין בדברים הנאמרים על-ידי חברי הכנסת לאחר חתימת הליך החקיקה כדי להוות אף לא משענת קנה רצוף להתחקות אחר תכליתה, שהרי "בבואו לפרש דבר חקיקה, בית המשפט 'אינו רשאי לפנות אל המחוקק ולשאול אותו לתכלית חקיקתו', שכן 'פנייה כאמור נתפשת כפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק'" (בג"ץ 3262/95 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט(3) 153, 163 (1995)). ואכן, לא בכדי נכתב כי "אין זו מידה ראויה למחוקק להתייצב בבית המשפט כדי להעיד לפניו על כוונת חקיקתו, כמעשה נחתום המעיד על עיסתו" (שם); ואף חה"כ רוטמן עצמו ציין, בין היתר, בתשובתו לשאלת בית המשפט בדיון בנוגע לפרשנות התיקון, כי הוא "כמובן לא מציע [לבית משפט זה – י"ו] כיצד לפרש חוקים". דברים אלה נכונים אף ביחס לעמדות שהובעו בהשלמת הטיעון מטעם באי-כוח משיבי הממשלה בהליך שלפנינו; ובהזדמנות זו אבהיר, במענה להערותיהם של חלק מחבריי, כי בחוות דעתי איני מסתמכת על עמדת המשיבים כמקור פרשני הנועד להתחקות אחר כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק, אלא אך כדי להציג כיצד אף עמדתם-

שלהם עשויה לצדד בפרשנות המוצעת, בבחינת תנא דמסייעא (ראו בפס' 17 לחוות דעתו של מ"מ הנשיא פוגלמן; ובפס' 154-155 לחוות דעתו של השופט סולברג).

גם מהדברים שנאמרו במסגרת הליך החקיקה של התיקון, לא ניתן ללמוד כי התכלית הסובייקטיבית היא חד-משמעית, כפי שטוענים חלק מחבריי. כפי שציינתי לעיל, ניתן למצוא בפרוטוקולי הדיונים אמירות שונות ומגוונות – מזה ומזה (ראו בפס' 58-57 לחוות דעתי). כידוע, בהתאם לפסיקתו המושרשת של בית משפט זה, בהתחשב בכך שהכנסת היא "גוף חקיקתי קולקטיבי" – "אין ליחס בהכרח לדבר חקיקה היוצא הימנה כל אמירה של מי מחברי הכנסת שצידד בחוק" (בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, פס' 5 לפסק דינו של השופט מלצר (17.9.2014)). עוד נפסק, כי ישנו "קושי אמפירי-עובדתי בגילוי העמדה הסובייקטיבית של המחוקק על ידי אמרות מלאות או ספורדיות של חלק מקבוצת המחוקקים ונציגים מנציגים שונים"; וכי "אמרות שונות במהלך תהליך פשרה מורכבת עשויות לשקף דווקא שלבים שונים של משא ומתן, מאשר את התוצאה המוגמרת" (רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סה(2) 563, פס' 2 לפסק דינו של השופט הנדל (2012)). לא בכדי נקבע, אפוא, כי "אין לנו לחפש בהיסטוריה החקיקתית את עמדתו של חבר כנסת כזה או אחר באשר לבעיה הספציפית המטרידה אותנו. פתרונה של בעיה זו מוטל עלינו, ועלינו בלבד" (עניין ברזילי, בעמ' 593). זאת ועוד, חבריי העניקו משקל נכבד לעמדותיהם של היועצים המשפטיים במסגרת הליך החקיקה. אולם, כידוע, גורמים אלו אינם חלק מהגוף המחוקק; ולפיכך, אין ליתן לדבריהם משקל ממשי במסגרת ההתחקות אחר כוונת המחוקק (ראו בפס' 60 לחוות דעתי וההפניות שם).

אל מול לקט מקורות זה, דומה כי נעלמה החשיבות הרבה שיש להעניק לדברי ההסבר אשר תומכים בפרשנות המוצעת על-ידי, וממילא, אינם מתיישבים עם מסקנת חבריי שלפיה התכלית הסובייקטיבית שוללת באופן חזיתי אפשרות פרשנית זו. בהקשר זה, אף אין בידי לקבל את עמדתו החדשנית, ולטעמי אף מרחיקת הלכת, של חברי השופט סולברג, שלפיה מאחר שהיועץ המשפטי לוועדה הוא שניסח את דברי ההסבר, "אין מקום ליחס משקל רב, אם בכלל, לאותם דברי-ההסבר" (ראו בפס' 163 לחוות דעתו). סבורני, כי זהות מנסח דברי ההסבר – יהא אשר יהא – כלל אינה רלוונטית לצורך איתור כוונתם של חברי הכנסת אשר תמכו בחוק היסוד. משקלם הפרשני של דברי ההסבר שמור להם בשל העובדה כי אלה ניצבו לנגד עיני חברי הכנסת בעת ההצבעה, וסייעו להם, לצד לשון החוק, להבין את פשרו ולגבש את עמדתם ביחס אליו.

97. הנה כי כן, הפרשנות שלפיה עניינו של התיקון הוא ביטול של עילת הסבירות האיזונית בלבד – אינה נשללת מניתוח התכלית הסובייקטיבית על בסיס מכלול המקורות הרלוונטיים להחלטות אחריה. לא זו בלבד, אלא שאף לו הייתה התכלית הסובייקטיבית חד-משמעית (ולא כך הדבר), ניתן למצוא בסיס לסטייה ממנה בדבריו של פרופ' ברק, אשר הטעים ביחס לפרשנות חוקי יסוד כי:

”במקרים הקשים, בהם ישנה התנגשות חזיתית בין התכלית החוקתית הסובייקטיבית לתכלית החוקתית האובייקטיבית, יד התכלית האובייקטיבית על העליונה. זו הגישה הנראית לי ראויה” (אהרן ברק פרשנות במשפט: כרך ג – פרשנות חוקתית, עמ' 160 (1994). עוד ראו עמדתו של השופט סולברג, אשר אימץ גישה זו בבג”ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת, פס' 61 (8.7.2021)).

לדידי, דברים אלו יפים ביתר-שאת את עסקינן בפרשנות מקיימת של חוק יסוד, על מנת להימנע מפרשנות העלולה להביא לביטולו.

98. נימוק נוסף שהעלו חבריי לדחיית הפרשנות המוצעת על-ידי נעוץ בחשש מפני “חוסר הבהירות באשר לתחומי התפרסותה” של עילת הסבירות שתעמוד בתוקפה בהתאם לפרשנות האמורה (ראו בפס' 14 לחוות דעתו של מ”מ הנשיא פוגלמן; ובפס' 15 לחוות דעתה של השופטת רונן). אולם, כפי שהוטעם על ידי לעיל, עילת הסבירות – על כל מובניה – עמומה היא, והיקף גבולותיה לוט בערפל. על כן, בבואנו לבקר את עילת הסבירות המקורית על עמימותה, נזכור כי ביקורת זו היא-היא המופנית כלפי עילת הסבירות האיזונית שחבריי מבקשים להותיר על כנה. ברי אפוא, כי אין בחוסר הבהירות הנטען על-ידי חבריי כדי לגרוע ממסקנתי בדבר האפשרות לפרשנות המצמצמת. לא למותר לציין כי אין בחוסר הבהירות הנטענת על-ידי חבריי, כשלעצמו, כדי להצדיק את דחיית הפרשנות המוצעת, שכן תפקידו של בית משפט זה, כפי ששקד לאורך השנים ביחס למונחי שסתום ועילות אחרות במשפט – ליישם, לפרש ולפתח אף עילה זו.

סיכום

99. כפי שהראיתי, הפרשנות המוצעת על-ידי צועדת עקב בצד אגודל אחר עקרונות הפרשנות, כפי שפותחו על-ידי בית משפט זה לאורך השנים, ונטועה עמוק בגבולות הפרשנות הלגיטימיים. בפרט, מקיימת היא את ההלכה המושרשת במישור החוקתי, שלפיה “עדיפה פרשנות של דבר החקיקה המכניסה אותו לגבולות החוקתיות – על פני פסילתו”, שכן פסילתו היא “בבחינת אמצעי אחרון, שיש לפנות אליו רק כאשר כלו כל

הקיצין" (עניין אבנרי, בפס' 56 לפסק דינו של השופט מלצר). בדרך זו, נהג בית משפט זה מימים ימימה. אני מצרה על כך שחלק מחבריי בחרו לנקוט בנתיב שונה, והורו על ביטול חוק יסוד, שלגביו החלת הכלל הפרשני האמור חשובה שבעתיים.

100. כאמור, דעתי היא כי יש לדחות את העתירות, כך שהתיקון יפורש ככזה אשר מתייחס לעילת הסבירות האיזונית בלבד.

## ש ו פ ט ת

### השופט י' אלרון:

1. קראתי בעיון רב את חוות דעתה המקיפה של חברתי, הנשיאה (בדימ') א' חיות, ודעתי שונה. לגישתי דין העתירות להידחות.

2. בעתירות שלפנינו התבקשו, כאמור, שורת סעדים ביחס לתיקון חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (להלן: תיקון מס' 3). הסעד המרכזי, ומרחיק הלכת מכולם, הוא ביטול תיקון מס' 3 – סעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה.

3. סמכותו של בית משפט זה לבטל סעיף מתוך חוק-יסוד נתונה במחלוקת משפטית וציבורית עמוקה. סמכות זו, ככל שישנה, איננה ניצבת על קרקע משפטית מוצקה ויהיו שיגידו שהיא תלויה על בלימה. אם הסמכות לבטל חוקים רגילים תוארה בעבר בפסיקה כ"נשק בלתי קונבנציונלי" שיש לעשות בו שימוש רק במקרים שבהם ישנה פגיעה מהותית בזכויות יסוד או ערכים בסיסיים (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996)); על אחת כמה וכמה – מה נאמר על אפשרות ביטולו של חוק-יסוד?

4. עיקר הסוגיה המונחת לפנינו אינה, לטעמי, האם עילת הסבירות נחוצה או חשובה, אם ראוי שהחלטות הרשות המבצעת – לרבות העומד בראשה, יהיו סבירות, או אם תיקון מס' 3 מוצדק. הסוגיה המרכזית בעתירות שלפנינו היא האם נתונה לבית משפט זה הסמכות להתערב בחוקי-יסוד. משמע, האם בית משפט זה יכול, במצב של "ואקום" חוקתי כפי שקיים, למחוק מחוקתה של מדינת ישראל, אשר טרם התגבשה במלואה, תיקון לחוק-יסוד?

בעניין זה הבעתי את עמדתי בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר). לגישתי, המנדט הנתון לבית משפט זה לבחון את ההצדקה שבבסיס החלטות חברי הכנסת מוגבל למדי. קושי זה מקבל משנה תוקף לאור החסר החוקתי הקיים בו, מחד גיסא, אין בחוקי-היסוד קביעה באשר לאופן שבו הכנסת רשאית להפעיל את סמכויותיה לחוקק חוקי-יסוד; מאידך גיסא, דוקטרינת ה"שימוש לרעה" או ה"תיקון החוקתי הלא חוקתי" מעוגנות בפסיקת בית משפט זה בלבד. בהעדר נורמה מפורשת המגבילה את סמכות הכנסת לחוקק חוקי-יסוד, או קובעת כיצד יש להפעיל סמכויות אלו, הרי שבהמשך פיתוח דוקטרינות אלו, במסגרת ההלכה הפסוקה, יש משום היפוך היוצרות – בית המשפט הוא שמתווה את גבולות סמכות החקיקה וכינון החוקה, במקום שהמחוקק והמכוון יתוו את גבולות סמכות השיפוט (עניין שפיר, פסקה 9 לחוות דעתי). היכן שהמכוון אינו מצליח לגבש הסדר חוקתי יציר כפיה של הכנסת, מבוקש כי אנו נשלים את החסר. אולם, כפי שהוספתי ונימקתי בעניין שפיר:

"לגישתי, הכרעה כה חשובה צריכה להתקבל על ידי הציבור ונציגיו הנבחרים, תוך ראייה כוללת באשר לתפקידו ומקומו של בית משפט זה להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד [...]. קשה להלום כי בית משפט זה ייטול לעצמו סמכות לבקר את ההצדקות לחקיקת חוק-יסוד, והוא שיקבע ויאמר את המילה האחרונה באשר לשאלה אם ראוי להכליל בחוקה הכתובה של המדינה הוראה זו או אחרת – ואילו לנבחר הציבור לא תהא שום אפשרות להשיג על כך. יש שיאמרו כי בראייה ארוכת טווח, גישה מעין זו המבקשת להעניק לבית המשפט עוד ועוד סמכויות, כאשר הגבולות לכוחו הולכים ומטשטשים, תביא לפגיעה באמון הציבור בו – ולבסוף גם להחרפת השחיקה בציות להכרעותיו [...]. אף אם נלך בדרכו של בית משפט זה בעניין המדובר האקדמי או בדרכה של הנשיאה בחוות דעתה בעתירות שלפנינו, ונאמץ גישה אשר לפיה במקרים מסוימים ניתן לקבוע כי הכנסת עשתה 'שימוש לרעה' בסמכותה כרשות מכוונת – הרי שלטעמי יש להותיר זאת למקרים חריגים וקיצוניים בלבד, שבהם הדבר עלול לפגוע בזכויות היסוד של הפרט, וכמוצא אחרון בלבד" (שם, בפסקאות 9-10).

כך סברתי לפני מספר שנים, ונותרתי איתן בדעתי – הן ביחס לכלל, הן לאפשרות קיומו של חריג צר המתייחס רק למקרים חריגים וקיצוניים של פגיעה בזכויות היסוד של הפרט וכמוצא אחרון בלבד.

5. אם כן, המשוכה המוצבת לפני העותרים היא גבוהה ביותר. ייתכן שבלתי עבירה. אולם, חברתי הנשיאה (בדימ') מסבירה בהרחבה על אודות הקשיים שבמבנה החוקתי



הקיים, כמו גם על הייחודיות של המצב המשטרי בישראל. בנסיבות אלו קיים, לשיטתה, צורך בבית משפט זה כ"גורם א-פוליטי, אשר ישמש כ'בלם חיצוני'" (פסקה 85 לחוות דעתה). בראייתי, פתרון זה לאו פתרון הוא: יש בו כדי לשאוב סמכויות נוספות לרשות השופטת ולעצב מבנה חוקתי לקוי שלפיו בית משפט זה, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, לא יוגבל לפסילת חקיקה ראשית מכוח חוקי היסוד, אלא יהא בכוחו לעצב את חוקת מדינת ישראל. אותה חוקה ממנה הוא שואב את סמכויותיו.

6. הקושי בעמדה זו מתחדד אל מול מסקנת חוות דעתה של חברתי. בחלקה הראשון של חוות דעתה, נקבע כי בית משפט זה מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד וכי מקום בו נפגע "הלב הפועם של 'החוקה נוסח ישראל'" (פסקה 96 לחוות דעתה), בית משפט זה רשאי להכריז על בטלות חוק-יסוד. בחלקה השני, מוסבר כיצד תיקון מס' 3 מהווה פגיעה שכזו, ודינו בטלות. מסקנתה בשלב השני רק ממחישה היטב את הבעייתיות הרבה בכך שבית משפט זה יעביר תחת שבט ביקורתו חוקי יסוד, מכוחם של מונחים עמומים ורחבים ועקרונות כלליים. לפי גישה זו, עילת הסבירות, אשר קשה לחלוק כי הלכה והתרחבה באופן משמעותי במרוצת השנים, היא-היא שניצבת בלב הדמוקרטיה הישראלית, עד כדי כך שהיא הנושאת על כתפיה את עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק.

רואה אני לציין כי לפני זמן לא רב, בעניין רותם (דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל (15.12.2021)), דנו באפשרות כי טענת חוסר סבירות תיטען מפיו של נאשם בפלילים ביחס להחלטה להעמידו לדין. באותו מקרה סברתי, ודעתי נותרה דעת מיעוט, כי יש לאפשר טענה שכזו. בדנ"פ רותם נקבע לבסוף, בדעת רוב, כי אין מקום להעלות טענות בדבר אי-סבירות או אי-מידתיות הגשת כתב אישום. חלף זאת, ניתן לטעון כי בהגשת כתב האישום יש משום "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". באותו מקרה, המובחן מענייננו, לא שפר גורלה של "עילת הסבירות". ער אני בהחלט להבדלים שבין הסוגיות, אולם ניכר הוא כי דעת הרוב לא ראתה קושי לוותר על עילת הסבירות באותו ההקשר ולהחליפה בטרמינולוגיה שונה.

רוצה לומר: אם הצמצום שנעשה בעילת הסבירות במסגרת תיקון מס' 3, עומד במבחן אותו קבעה חברתי, הרי שהפתח שנפער להתערבותו של בית משפט זה בחוקי יסוד אינו צר כלל וכלל. לו תתקבל עמדה שכזו, נמצא עצמנו בפתח עידן שבו לבית משפט זה יוגשו עתירות רבות המבקשות לבטל או לשנות חוק-יסוד כזה או אחר, בשמם של אותם עקרונות רחבים ועמומים כעקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק. מכאן ועד לכך שבית משפט זה הוא שייטול את המושכות בעיצוב חוקת מדינת ישראל – הדרך

קצרה, ואל לנו לצעוד באותה דרך. מי שמוסמך לעצב את חוקת המדינה הוא העם באמצעות נבחריו. נטילת ולו מקצת מסמכות זו מידי העם ללא הסמכה מפורשת במסגרת הסדר חוקתי רחב, היא זו המהווה פגיעה משמעותית בעקרון הפרדת הרשויות; והיא זו אשר מכרסמת ביסודותיה הדמוקרטיים של המדינה.

7. מששבתי על עמדתי העקרונית, שלמעשה די בה כדי לנמק מדוע לטעמי יש לדחות את העתירות, הרי שגם לו הייתי נכון ללכת לפי חריג צר, כאמור בחוות דעתי בעניין שפיר, במקרה שלפנינו הטענות כלפי תיקון מס' 3 אינן בשלות להכרעה – כפי שארחיב כעת. על כן, דין העתירות ממילא להידחות.

בבסיס עמדתי ניצבת העובדה כי בעתירות נטען, בהרחבה, כיצד יש בתיקון מס' 3 כדי לפגוע פגיעה אנושה במאפייניה הדמוקרטיים של מדינת ישראל, ובפרט בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות. להשקפתי, אין לקבל תחזיות קודרות שכאלו כעובדה מוגמרת שעל פיה יש להכריע. בשלב זה, טרם נוצקה פרשנות כלשהי לתיקון מס' 3; טרם נתבררו גבולותיו; וטרם הוצג לנו מקרה אחד שבו בית המשפט ביקש להעניק סעד אולם ידיו היו כבולות בשל תיקון מס' 3. משכך, איננו יכולים להניח כי השלכות תיקון מס' 3 תהיינה כה חמורות כפי שנטען. לא כל שכן, כאשר אנו מתבקשים, על בסיס תחזיות כאמור, לבטל סעיף מתוך חוק-יסוד. אף לשיטת הסבורים כי בידי בית משפט זה הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, התערבות מסוג זה שמורה למקרים קיצוניים ביותר, ולטעמי לא הוכח שבענייננו מדובר במקרה חריג המצדיק זאת. כעת אציג, בקצרה, את המסגרת הנורמטיבית הנדרשת, ואחריה אפנה ליישום הדברים בענייננו.

#### דוקטרינת הבשלות

8. דוקטרינת ה"בעיה הבלתי בשלה", המכונה "דוקטרינת הבשלות", עניינה עיתוי הכרעת בית המשפט בשאלות חוקתיות המובאות לפניו. דוקטרינה זו חוסה תחת המטריה הרחבה של משפחת עילות הסף וניתן לראות בה מקרה פרטי של עילת הסף בדבר היות העתירה מוקדמת (בג"ץ 2311/11 סבב נ' הכנסת, פסקה 11 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (17.9.2014) (להלן: עניין סבב)). בהתאם לדוקטרינה זו, בית המשפט הגבוה לצדק רשאי לדחות עתירה נגד חוקתיות חוק, כאשר אין בפניו מערכת עובדות קונקרטית אשר לאורה ניתן לבחון את הטענות המשפטיות נגד אותו החוק (אריאל בנדור וטל סלע "שיקול דעת שיפוטי: העידן השלישי" משפטים 605, 630 (2017)).

עילת סף זו, לצד עילות סף נוספות, אינה קבועה בחוק. מדובר ביצירה שיפוטית המבוססת על סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לדון בעניינים שהוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט אחר, מכוח סעיפים 15(ג) ו-1(ד) לחוק יסוד: השפיטה (סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דו-שיח בכלים מוסדיים" משפטים על אחר יב 99, 122 (התשע"ט) (להלן: נבות)). עילות סף מבטאות, ככלל, מגבלות עצמיות של בית המשפט על הפעלת הסמכות הנתונה לו והן מתבססות על שיקולי מדיניות משפטית (עניין סבח, בפסקה 11; אמנון רייכמן ומורן ברדה מלכה "על ערכה ומיקומה של עילת מיצוי הליכים בעתירות חוקתיות" ספר סלים ג'ובראן 431, 436 (אהרן ברק ואח' עורכים 2023) (להלן: רייכמן ומלכה)).

9. בבסיס דוקטרינת הבשלות מצויה ההבנה כי הכרעה שיפוטית מושכלת נדרשת להיות קשורה בטבורה לעובדות קונקרטיות העולות מהמקרה הנדון. דוקטרינת הבשלות מאפשרת לבית המשפט להימנע מלהכריע במחלוקות מופשטות (בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת מ' נאור (18.1.2006) (להלן: עניין לובל)), ולדחות את הדיון בטענות חוקתיות למועד מאוחר יותר, באופן שעשוי אף לייתרו לחלוטין. זאת, מתוך הנחה כי אירוע מאוחר עשוי להבהיר את גדר המחלוקת בין הצדדים או לייתר את הצורך בהכרעה בהיבטים מסוימים של המחלוקת (שם; ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות" משפטים מג 419, 435 (2012)). עילת הבשלות מונעת מצב שבו בית המשפט נדרש להכריע בעניין שתוצאותיו או היקף פריסתו אינם ברורים דיים; וכן מונעת דיון משפטי בעניינים שגופים אחרים, שיפוטיים או מנהליים, יכולים או צריכים להידרש אליהם (עניין סבח, בפסקה 12 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס).

על מעלותיה הנוספות של דוקטרינת הבשלות הרחיב המשנה לנשיאה א' ריבלין בבג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (5.2.2012) (להלן: עניין איגוד הנאמנים):

"ביסוד תורת הבשלות – כמו ביסוד דוקטרינות השפיטות האחרות עומדים עקרונות מספר: עקרון הפרדת הרשויות מוגשם מקום בו נמנעים בתי המשפט מלדון בעניינים בהם אין זה חיוני כי תבוא התערבות שיפוטית שכן המחלוקת אינה מוחשית; גם עקרון היעילות השיפוטית מוגשם באמצעות תורת הבשלות, כמו גם באמצעות תורות השפיטות האחרות, שכן אלה באות לשפר את תפקודם של בתי המשפט, ביחדן להם את הדיון באותם נושאים בהם מיטיבים בתי המשפט לתפקד – סכסוכים קונקרטיים [...] וחשוב מכל – תורות השפיטות משמרות את משאבי הרשות השופטת ומאפשרות לה למקד את

כוחותיה לצורך הכרעה בשאלות אשר חיוני כי תכריע בהן. אין המדובר רק במשאבים פיננסיים ומשאבים של זמן כי אם גם במשאבים של אמון הציבור [...]  
הגמשת מכשולי השפיטות, יש עימה מחיר: היא מסירה מבית המשפט מקצת ממחסומי ההגנה החשובים שלו. היא פוגעת במנגנוני הסינון העומדים לו. בית המשפט צריך שישמר את משאביו על מנת שיעמדו לו ביום פקודה – מילוי התפקיד של הגנה על זכויות היסוד" (שם, בפסקאות 17-19; ההדגשות הוספו – י' א').

10. ניכר אפוא כי בית משפט זה, לרבות בהרכבים מורחבים, הכיר ביתרונות הרבים הגלומים בדוקטרינת הבשלות. כך גם במישור ה"דו-שיח" שבין הרשויות, שבו דוקטרינה זו מקדמת דיאלוג ראוי ומפחיתה את החיכוכים בין הרשויות השונות (להרחבה: ראו רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט 45, 64-66 (2014) (להלן: פוליאק)).

11. באופן שבו אומצה דוקטרינת הבשלות במשפט הישראלי, בשלות עתירה חוקתית לדיון נבחנת בשני שלבים: בשלב הראשון, על בית המשפט להכריע אם השאלה המרכזית הנדונה בעתירה היא שאלה משפטית בעיקרה, אשר המענה לה אינו מחייב מסכת עובדתית מפורטת, או שמא נדרש יישום של החוק הנבחן כדי להשיב על השאלה. ככל שבידי הרשות שיקול דעת רחב יותר ביישום החוק, יש להמתין ולבחון את אופן יישומו. אולם, אם כל או מרבית הדרכים האפשריות ליישום החוק ברורות, אין הצדקה שלא לדון בעתירה לגופה בעיתוי הנוכחי (בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה - מדינת ישראל, פסקה 43 לחוות דעתו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס (12.3.2015) (להלן: עניין גוטמן); רייכמן ומלכה, בעמוד 448). בשלב השני על בית המשפט לבחון אם קיימים טעמים לדון בעתירה על אף שטרם התבררו השלכות החוק הנבחן. טעמים אלה עשויים להיות, למשל, השפעה מצננת של הותרת החוק על כנו, חשש שדחיית הביקורת השיפוטית תוביל לקביעת עובדות בלתי הפיכות בשטח, או קיומו של אינטרס ציבורי משמעותי בבירור העתירה אף לפני שיושם החוק (עניין טבח, בפסקה 16 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס).

12. מקורה של דוקטרינת הבשלות במשפט האמריקאי והיא יובאה למשפטנו בהדרגה, צעד אחד צעד. תחילה, נתקפה בעניין לובל חוקתיות חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, שהטיל סנקציות פליליות וכלכליות על ישראלים שהתגוררו בישובים המפונים בחבל עזה ובצפון השומרון, אשר שהו בשטח המפונה לאחר יום הפינוי שקבעו ראש הממשלה ושר הביטחון. כטעם נוסף לדחיית העתירות קבעה השופטת מ' נאור, בדעת יחיד: "[...] העתירה אף אינה בשלה להכרעה בבית משפט זה,

עקב היעדרה של מערכת עובדות קונקרטיות, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית" (שם, בפסקה 3 לחוות דעתה).

מאז, נעשה שימוש בדוקטרינת הבשלות במספר מקרים: כך, בבג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (5.1.2012) (להלן: עניין בוגרי התיכון) נדונו טענות ביחס לחוקתיות תיקון לחוק יסודות התקציב אשר הסמיך את שר האוצר להפחית מתקציבם של גופים מתקציבים או נתמכים, מקום בו הגוף הוציא הוצאה שבמהותה מגולמת שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל. העתירה נדחתה מטעמי חוסר בשלות תוך שהשופטת מ' נאור מנמקת: "במצב הדברים דהיום לא ברורה עדיין המשמעות האופרטיבית של החוק ולפיכך טרם בשלה לדעתי העת להידרש לגופן של הטענות [...] (שם, בפסקה 32 לחוות דעתה).

מקרה בולט נוסף שבו נדחתה עתירה על בסיס דוקטרינת הבשלות הוא בעניין סבח. באותו מקרה נתקפה חוקתיות החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, המאפשר ליישוב להתנות את הקצאת המקרקעין למועמדים המבקשים להתגורר בו באישור של ועדת קבלה. העתירות נדחו, ברוב דעות של הנשיא א' גרוניס. בדומה, נעשה שימוש בדוקטרינת הבשלות גם בבג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.4.2015) (להלן: עניין אבנרי) שבו נדונה חוקתיות החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, אשר הטיל אחריות נזיקית וקבע הגבלות מנהליות שונות נגד מי שמפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל; בעניין גוטמן, שבו נבחנה חוקתיות תיקון לחוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 62), התשע"ד-2014, ס"ח 2440 הקובע כי אחוז החסימה בבחירות לכנסת יעלה מ-2% ל-3.25%; ובעניין איגוד הנאמנים שבו נדחו עתירות נגד חוקתיותן של הוראות מסוימות בחוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011.

דוקטרינת הבשלות נדונה גם בבג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.5.2018) (להלן: עניין בן מאיר) שבו הועלו טענות נגד תיקונים לחוק-יסוד: הכנסת ולחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, המסמיכים את הכנסת להחליט בתנאים מסוימים על הפסקת חברותו של חבר כנסת שיש במעשיו משום הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל – תיקונים אשר זכו לכינוי "חוק ההדחה". במקרה זה, רוב שופטי ההרכב דחו את הטענה כי העתירות אינן בשלות, אולם סברו כי יש לדחות את העתירות לגופן.

13. ככלל, דוקטרינת הבשלות יושמה כאשר מדובר בעתירה חוקתית שבה נתקף חוק רגיל בטענה כי אינו חוקתי. האפשרות להחילה על מקרה של תיקון חוק-יסוד, אינה מובנית מאליה (ראו: שם, בפסקה 14 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג; ולעמדה שלפיה "תיקון לחוק יסוד הוא לעולם בשל" ראו נבות, בעמוד 124). בעניין בן מאיר, הביע השופט מ' מזוז עמדה כי ניתן להחיל את הדוקטרינה גם בנסיבות אלו, ואף ביתר שאת:

"במקרה דנן אין אנו עוסקים למעשה בעתירה לביקורת חוקתית אלא בעתירות התוקפות תיקון בחוקה (טענת 'תיקון חוקה לא חוקתי'). דומני שאך מובן הוא כי עובדה זו מעצימה את הצורך בזהירות ואיפוק מרביים ומקרינה גם על שאלת הבשלות; לשון אחר - הנטל באשר לבשלות השאלה העומדת לדיון ובאשר לצידוק לדון ולהכריע בשאלה זו בעיתוי הנוכחי כבד יותר ממקרה רגיל של ביקורת חוקתית, וגם מערכת האיזונים (לרבות בהיבט של אפקט מצנן) נוטה יותר להימנעות מדיון והכרעה בטענה נגד תיקון בחוקה במנותק מהפעלה קונקרטית של הסמכות הנדונה וקיומה של פגיעה מוכחת" (פסקה 5 לחוות דעתו).

14. אני שותף לעמדה זו. דוקטרינת הבשלות משקפת ריסון ואיפוק. אלו מתחייבים כאשר בית משפט זה בוחן חוקתיות של חוק, ובוודאי מתחייבים כאשר מדובר בעתירות כלפי תוקפו של חוק-יסוד.

מן הכלל אל הפרט

15. לגישתי, גם בענייננו ניתן וראוי לעשות שימוש בדוקטרינת הבשלות, וזאת ממספר טעמים מרכזיים. כאמור, עיקר הטענות בעתירות השונות עניינו ההשלכות השונות של מה שכוונה "ביטול עילת הסבירות". הטענות הן צופות פני עתיד, שכן חלק מהעתירות הוגשו שעות וחלק דקות ספורות בלבד לאחר חקיקת תיקון מס' 3. מצב שבו טרם יבשה הדיו מעל ספר החוקים, או מעל החוקה המתגבשת, וכבר נדרש בית המשפט העליון לבחינת תוקפו של חוק או חוק-יסוד, אינו מצב רצוי. התנהלות זו מציבה את בית המשפט פעם אחר פעם בלב המחלוקת הפוליטית – ייתכן בהחלט שלא לצורך (ראו והשוו: יגאל מרזל "הדיון בעתירות לעניין תוקף חוק" ספר אליהו מצא 167, 197 (אהרן ברק ואח' עורכים 2015)).

16. הנגזר מעיתוי הגשת העתירות הוא כי בשלב זה טרם נוצקה פרשנות לחוק. כאשר אין ספק, לטעמי, כי החוק טעון פרשנות. למען הבהירות, אצטט כעת את סעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה:

"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 ההחלטה 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."

17. מי שנדרש ליישם את תיקון מס' 3, בעיקרו של דבר, היא הרשות השופטת לה נתונה מלאכת פרשנותו. לצד זאת, קיימת חשיבות רבה ביותר גם לאופן שבו הרשות המבצעת תפרש את תיקון מס' 3. אחת מהמשמעויות של דחיית עתירה מטעמי העדר בשלות, הוא כי ההכרעה השיפוטית בטענות תתקבל רק לאחר שהרשות המבצעת תציג את פרשנותה שלה לתיקון והשלכותיו (ראו והשוו: פוליאק, בעמוד 59). למעשה, מתבקש כי מקום בו בית המשפט סבור כי נכון לשקול התערבות בתוכנו של חוק-יסוד, הדבר ייעשה רק לאחר בחינת יישומו ועיצוב גבולותיו בפרשנות בית המשפט. כפי שהבהירה הנשיאה ד' ביניש בעניין בוגרי התיכון:

"ברמה הצהרתית אכן מעורר החוק על פניו שאלות קשות ומורכבות, אלא שחוקתיותו של החוק תלויה, מלכתחילה במידה רבה בתוכן הפרשני שינתן להוראותיו, והדבר יתברר רק בשלב יישומו."

18. במקרה דנן, ניסוחו של הסעיף מושא העתירות מותיר סימני שאלה פרשניים. בין היתר, התיקון מתייחס ל"ענייני מינויים", אולם גבולות תיבה זו אינם ברורים. אף התיבה "לא ידון" – טעונה פרשנות, שכן ליבון הטענות וסיווגן מחייב את הבאתן לפתחו של בית המשפט. יש להדגיש, כי במענה לשאלתי במהלך הדיון בעתירות, השיב בא-כוח הממשלה כי הכוונה היא שבית המשפט לא ידון לגופו בטענות מסוג זה שכן הציפייה היא שהן ידחו על הסף (פרו' דיון מיום 12.9.2023, בעמוד 70). אכן, ספק אם ניתן לקיים את מצוותו המהותית של המכונן ללא סיווג מקדים של הטענה ככזו אשר נכנסת לגדרי הסעיף. מטבע הדברים, סוגיה זו תתבהר בעתיד. איני שותף אפוא לעמדת חברתי, הנשיאה (בדימ'), אשר רואה במילים "לא ידון" מחסום מוחלט מפני הידרשות לסוגיה (פסקה 101 לחוות דעתה).

כמו כן, קיימת אי-התאמה מסוימת בין דברי ההסבר (דברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות), התשפ"ג–2023, ס"ח 968 (להלן: דברי ההסבר)), לבין נוסח הסעיף. דברי ההסבר מלמדים על רצון המחוקק לשנות את פרשנות גבולות עילת הסבירות לאור בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1)

421 (1980) (להלן: עניין דפי זהב או הלכת דפי זהב). אם תרצו, לצמצם את גבולות עילת הסבירות להיקפה טרם מתן פסק הדין בעניין דפי זהב (על המשקל הפרשני שיש להקנות לדברי ההסבר לחקיקה, ראו רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פסקה 33 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (19.8.2019); בג"ץ 3353/18 קליבורן נ' משרד הפנים, פסקה 24 (22.9.2020)). אולם, על פני הדברים, התיקון עצמו נוקט בלשון גורפת יותר.

בכל אופן, נותר להכריע במקרים שעוד יובאו לפני בתי המשפט האם עילת הסבירות בוטלה כליל, או ששרידיה נותרו בתצורה המכונה עילת הסבירות ה"מצומצמת" או בטרמינולוגיה של "מופרכות", אשר הייתה מקובלת עד לפסק הדין בעניין דפי זהב. בסוגיה זו עמדת הממשלה, אף בהליך שלפנינו, לא הייתה עקבית (ראו למשל סעיף 165 לכתב התשובה מטעם המשיבים 5-7 אל מול סעיף 45 להשלמת הטיעון מטעמם). ממילא, כוונתם הסובייקטיבית של מנסחי תיקון מס' 3 אינה בגדר סוף פסוק. כמו כן, ספקות פרשניים באשר לגבולותיו של תיקון מס' 3 הועלו גם בעמדת הכנסת. אם כך, בתי המשפט עשויים להגיע לבסוף למסקנה כי משמעות התיקון היא ביטול הלכת דפי זהב ותו לא. אם זו אכן המשמעות הסופית של תיקון מס' 3 הרי שעוצמת הפגיעה של התיקון בעקרונות הדמוקרטיים השונים רחוקה עוד יותר מלהיות כזו המצדיקה ביטול סעיף מתוך חוק-יסוד.

19. חברתי הנשיאה (בדימ') איננה רואה נתיב פרשני המוביל למסקנה כי תיקון מס' 3 רק ביטל את הלכת דפי זהב. לכך אשיב: ראשית, בית משפט זה בעבר, בשורה ארוכה של מקרים, בחר שלא להיצמד ללשון החוק משיקולים כאלו ואחרים. אני רואה מדוע דווקא הפעם זו יש להקנות ללשון החוק משקל כה מכריע; שנית, הקושי שבעיגון סמכות בית משפט זה לפסול חוק-יסוד על בסיס עקרונות רחבים ומונחים עמומים עולה בהרבה על הקושי שבאימוץ פרשנות שבה תומכת הכנסת ובה תמכו גם משיבי הממשלה בשלב מסוים (ראו כאמור סעיף 165 לכתב התשובה מטעמם); בנוסף, גם אם בסופו של יום היו מגיעים בתי המשפט למסקנה הדומה למסקנת חברתי – כי הפרשנות היחידה האפשרית היא כזו שלפיה עילת הסבירות בוטלה לחלוטין, אין הדבר מצדיק קביעה כה נחרצת כבר בשלב זה. אם כן, לו תתקבל דעתי, ראוי להותיר את ההכרעה בסוגיות פרשניות אלו, לצד סוגיות פרשניות אחרות, למקרים עתידיים אשר יובאו לפני הערכאות השונות.

20. כמו כן, אין חולק כי תיקון מס' 3 אינו פוטר את הגורמים המנויים בסעיף מהחובה לנהוג בסבירות. תיקון זה יוצר אפוא, במקרים הנכללים בו, חיץ בין חובת



הסבירות לעילת הסבירות. חיץ המונע מבית המשפט להעניק סעד ומבקש לכבול את ידיו מקום בו חובת הסבירות מופרת. בכך, יצר המכונן הסדר חריג, בעייתי ובלתי קוהרנטי ביחס לזכויות וחובות משפטיות אחרות. בהינתן זאת, נטען לפנינו כי "באין דיין יעלם אף הדין עמו". לכך אשיב – יש דין ויש דיין. הביקורת השיפוטית על החלטות הרשות המבצעת, לרבות על הגורמים המנויים במפורש בתיקון מס' 3, הייתה ונותרה הדוקה. הדין המנהלי מציב בפניהם שורה ארוכה של דרישות וחובות. כל אלו לא נפגמו ולו במעט. בידי בית משפט זה היו, ונותרו, סמכויות נרחבות. המשפט המנהלי, עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק, אינו נסמך באופן כה דרמטי על פרשנות מסוימת להיקפה של עילת הסבירות.

21. בהמשך לכך, לטעמי אין להוציא מכלל אפשרות כי בחיי המעשה "מה שהיה הוא שיהיה". על שימוש היתר שנעשה בטענות בדבר "חוסר סבירות" נכתב בעבר בהרחבה בפסיקה ובספרות המשפטית. לטענת המבקרים, בפסיקה נעשה שימוש בעילת הסבירות, שלא לצורך, מקום בו ישנן עילות התערבות קונקרטיות ומתוחמות יותר שניתן ליישמן. על כן, ניתן לצפות כי במקרים רבים, גם אם לא ככולם, ה'וואקום' אשר מותירה אחריה עילת הסבירות, במתכונת שבה הייתה מקובלת בפסיקה עד לתיקון מס' 3, יתמלא על ידי עילות קיימות אחרות או אפילו עילות חדשות אשר תתגבשנה.

מכך נגזר, כי תיקון מס' 3 ישפיע באופן ישיר רק במקרה שבו החלטת הממשלה, ראש הממשלה או שר, התקבלה בסמכות, לא משיקולים זרים, על בסיס תשתית עובדתית ראויה, תוך עמידה בכלל התנאים הקבועים בחוק וכלל דרישות המשפט המנהלי, ללא פגיעה בלתי מידתית בזכויות ובכל זאת – היא לא "סתם" בלתי סבירה, אלא היא בלתי סבירה באופן קיצוני. מקרים אלו נדירים שבנדירים. האם בשמם של אותם מקרים, נדירים שבנדירים, אשר טרם התרחשו מאז חקיקת תיקון מס' 3 ואשר ייתכן שלא יתרחשו, ראוי לנקוט כבר כעת בצעד כה דרסטי כביטול סעיף בחוק-יסוד? התשובה לכך, לדידי, שלילית.

22. טענה נוספת בעתירות השונות היא שבשל תיקון מס' 3 יראו עצמם כעת הגורמים המנויים בסעיף כפטורים מחובת הסבירות וביקורת שיפוטית מהותית על החלטותיהם וינצלו זאת לרעה באופן שבו החלטות בלתי סבירות של הממשלה, השרים השונים וראש הממשלה יהפכו לנפוצות יותר. עמדה זו אינה רואה לקבל מאחר שהיא מנוגדת לעקרונות המשפט המנהלי. אין אנו יכולים לצאת מנקודת הנחה כי הרשות המבצעת, לא כל שכן הבכירים ביותר בה, ינצלו לרעה את כוחם וינהגו בניגוד לדין. הנחה שכזו מנוגדת

לרציונאליים שבבסיס חזקת החוקיות (פוליאק, בעמוד 68; ראו והשוו: עניין איגוד הנאמנים, בפסקה 12).

23. אף איני רואה להעניק משקל ממשי לכך שתיקון מס' 3 הוא, על פי הנטען, חלק ממהלך חקיקתי וחוקתי רחב יותר. כלומר, שיש לבוחנו לא בפני עצמו, אלא כצעד ראשון או כחלק ממכלול חקיקה הפוגם בליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל. כעולה באופן מפורש בחלק מהעיתירות, וכעולה מבין שורותיהן של עתירות אחרות, זהו החשש המרכזי של העותרים השונים. מטענות אלו משתמעת ההבנה כי תיקון מס' 3, כשלעצמו, בעל השלכות מוגבלות, ודאי בשלב זה טרם התבררו גבולותיו.

24. אכן, לא נעצום עינינו מהעובדה שהעיקרון שניצב בבסיס תיקון מס' 3 נכלל בהצהרת שר המשפטים הנוכחי בדבר שינויי חקיקה שבכוונת ממשלת ישראל הנוכחית לקדם לצד צעדים נוספים. אולם, בית משפט זה נזהר עד כה מלהתבסס בהליך משפטי על הצהרות במסיבות עיתונאים או מסמכים המבטאים כוונות פוליטיות, ולא בכדי. מלבד זאת, אנו עדים לשיח ציבורי ופוליטי ער שעודנו מעצב את סדר היום החקיקתי כך שתוכנה של אותה חקיקה עתידית כלל אינו ברור. כמו כן, הלכה היא כי בית משפט זה איננו מתערב ככלל בהליכי חקיקה מתוך כבוד לעיקרון הפרדת הרשויות, ולכן השלב הראוי לבחינת חוקתיותו של חוק מסוים ותקינות ההליך שבו הוא נחקק הוא לאחר השלמת הליך החקיקה (בג"ץ 1234/23 אורון נ' ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, פסקה 3 (16.2.2023)). קיים אפוא קושי רב בלחות דעה באשר לחוקתיות חקיקה עתידית, או מצבור חקיקה עתידית, אשר תוכנה אינו ברור עדיין. יש לציין, כי במענה לשאלתי הבהיר בא-כוחה של הכנסת כי חלק הארי של הצעות החוק להן התייחסו מי מבין באי-כוח העותרים הן הצעות חוק פרטיות אשר כלל אינן מקודמות.

25. משכך, לטעמי, איננו יכולים להורות על פסילת תיקון חוק-יסוד על בסיס השערות בדבר חקיקה עתידית ותוכנה. יתרה מזאת, ובהתאם לדוקטרינת הבשלות, ככל שאותן הצעות חוק ישלימו את הליך החקיקה במתכונת כזו או אחרת, ייתכן שאז יהיה העיתוי המצדיק להידרש לגופן של חלק מטענות העותרים ביתר הרחבה. יוצא, כי טיעון זה ממחיש את ההצדקה לדחות את בירור העתירות לעיתוי מאוחר יותר.

26. נוסף על כל האמור, יתרון מוצהר וברור של דוקטרינת הבשלות ויישומה בנסיבות העניין הוא הפחתת החיכוך בין הרשות השופטת ליתר הרשויות. אין אנו מצויים בימים רגילים. הסערה הציבורית וקולות המפגינים – משני צדי המתרס – חודרים בנקל

דרך חלונות לשכות שופטי בית המשפט העליון ונשמעים היטב באוזנינו. דומה שבת משפט זה נקלע פעם נוספת, שלא בטובתו, לליבת המחלוקת הציבורית בישראל.

המלאכה השיפוטית מזמנת ליושב בדין אתגרים רבים. מהגדולים שבהם, הוא לדעת מתי לנהוג בריסון ובאיפוק. הניסיון מלמד, כי בדרך זו גלום כוח רב ולעיתים כוח רב מאשר בנתיבים חלופיים. את משאביו, לרבות בכל הקשור לאמון הציבור בבית המשפט, על בית משפט זה לשמור למקרים המתאימים לכך. הצמצום המסוים שנעשה בסמכויות בתי המשפט אשר היקפו כלל לא ברור בעת הזו, אינו מבין מקרים אלו. אין בכך כדי לומר כי בית המשפט צריך להירתע מלעשות שימוש בסמכויותיו הקיימות, אלא כי בית המשפט נדרש להפעיל את סמכויותיו בשום שכל, וככל שביכולתו לבחור בנתיב ראוי המצמצם את החיכוך בין הרשויות השונות – כך ייטב. הנשיאה (בדימ') רואה אינטרס ציבורי מובהק בבירור העתירות דווקא בעיתוי זה (פסקה 102 לחוות דעתה), ואילו אני סבור כי האינטרס הציבורי המובהק הוא דווקא להימנע, במידת הניתן, מהמשבר בין הרשויות שעלול להיגרם או להחריף כתוצאה מההכרעה בעתירות שלפנינו.

27. מכלל טעמים אלה, אני סבור כי שני שלבי בחינת בשלותה של עתירה חוקתית מצביעים לעבר המסקנה כי אין זה העיתוי המתאים להכריע בעתירות שלפנינו.

28. לסיכום: אני מקבל את העמדה העקרונית שבידינו הסמכות להתערב בחוקי-יסוד מכוחן של הדוקטרינות כפי שפותחו עד כה בפסיקת בית משפט זה. מעבר לכך – גם אם קיים פתח, צר שבצרים, להתערבות שיפוטית בתוקפם של חוקי-יסוד, אני רואה הצדקה להיחפז לעשות שימוש בסמכות זו בעיתוי הנוכחי.

יחד עם זאת, יש לומר כי תיקון מס' 3 אינו בגדר סעיף המוסיף כבוד לחוקת מדינת ישראל המתגבשת. במובנים מסוימים ההיגיון שבבסיסו אינו ברור, הניסוח אינו חד, ומותיר, כאמור, חללים רבים אשר טעונים פרשנות, ואף לא נכללו בו הוראות מעבר כלשהן, כפי שראוי היה לקבוע על מנת שלא להסב נזק מיותר לבעלי דין שעניינם מתברר בימים אלו. אי-הבהירות והקשיים בנוסח החוק הוצפו במסגרת הדיונים בעיצוב תיקון מס' 3, אולם לא זכו למענה ראוי בניסוחו. טעמי המכונן עמו.

אף על פי כן, בשלב זה קיים ספק אם בסופו של יום תיקון מס' 3 יתברר כבעל חשיבות מעשית ממשית. קיים ספק גדול עוד יותר אם תיקון מס' 3 יתברר ככזה הפוגע פגיעה אנושה באופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל, או אפילו קרוב לכך. גם זאת יש

לומר: אין זה מטבעו של שופט לראות עוול מתרחש לנגד עיניו ולהשיב את פניו של העותר לסעד ריקם. כך מזה דורי דורות – וכך גם בימינו אנו. תיקון מס' 3 אינו יכול לשנות זאת.

29. על כן, לו דעתי הייתה מתקבלת היינו מורים על דחיית העתירות. לא מתוך הסכמה או תמיכה בתוכנו של תיקון מס' 3, אלא מתוך הכרה בגבולות סמכותנו בעת הזו. ביטול סעיף מתוך חוק-יסוד, אף לשיטת הסבורים כי לבית משפט זה הסמכות לעשות כן, ייעשה כמוצא אחרון ממש ובמקרה שבו כלו כל הקיצין. תיקון מס' 3 אינו מקרה כזה. 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.

30. בהתייחס להערותיהם של חברי השופטים ד' ברק-ארז ו-ע' גרוסקופף, ברצוני להוסיף ולהבהיר כי באומרי "חוסר בשלוח", כוונתי לאי-הוודאות באשר למצבי דברים משתנים ומגוונים, בהם בית משפט זה יידרש להפעיל את דוקטרינת הסבירות בעתיד לבוא.

הווה אומר: אין בידינו לקבוע בגדרן של העתירות הכוללניות שלפנינו, כיצד יש ליישם את דוקטרינת הסבירות בכל אותם מצבים שטרם התעוררו בהליכים קיימים או עתידיים, והאם יישום זה מעורר שאלות ברמה חוקתית.

עמדתי זו נסמכת על הכלל הגדול לפיו בית משפט זה אינו אמור לעסוק בעניינים אקדמיים (ראו: בג"ץ 8175/20 ע"א נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (22.3.2022); בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה 2 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (12.7.2021)).

אשר על כן, לנוכח מכלול האמור לעיל, אני סבור כי דין העתירות להידחות.

## דברי הקדמה

1. השיח החוקתי שמתקיים במחוזותינו מתנהל לפי הדפוס "מה גובר על מה?". לפי כללי השיח, בית המשפט העליון – ובנסיבות מתאימות, גם מוסד שיפוטי אחר – מוסמך לקבוע את בטלותו של חוק רגיל של הכנסת אשר נחקק בניגוד להוראותיו של אחד מחוקי היסוד (ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי)). מכאן נולדה הטענה נושא דיוננו: "אם פסיקתו של בית משפט זה בדבר בטלותו של חוק רגיל באה מכוח האמור בחוקי היסוד, אזי ניתן לכונן חוק יסוד שיהא חסין מפני ביקורת שיפוטית – לאמור: חוק יסוד גובר על כוחו של בית המשפט העליון".

2. טענה זו מזכירה משחק ילדים הידוע בשם "אבן, נייר ומספריים" או "אבנייר ומספריים", בעגה הירושלמית. מדובר במשחק מסדר שני שמנצחו מכריע במחלוקת הילדים באשר לפעילות מסדר ראשון שברצונם לקיים (כדוגמת הבחירה בין משחק כדורגל ומשחק כדורסל, או החלטה בדבר זהותו של המחפש הראשון במשחק מחבואים). בגדרו של משחק זה, משתתפיו מסמנים בבת-אחת, באמצעות אצבעותיהם, את בחירתם ב"אבן", ב"נייר" או ב"מספריים"; והמנצח נקבע לפי הכלל הבא: "אבן" שוברת ועל ידי כך מנצחת "מספריים", "מספריים" גוזרים ועל ידי כך מנצחים "נייר", ואילו "נייר" מכסה ועל ידי כך מנצח "אבן".

3. השיח החוקתי שלנו אינו יכול להתנהל לפי דפוס המשחק "אבן, נייר ומספריים", או משחק ילדים אחר. שיח חוקתי אינו בגדר משחק לילדים; ובוודאי שאין הוא יכול להתנהל כדרכם של משחקי ילדים בגדרם של הליכים משפטיים אשר קובעים זכויות וחובות רבות חשיבות. משתתפיו הפעילים של שיח זה כוללים את המחוקק הראשי – הכנסת – וכן את מחוקקי המשנה, אשר משתייכים לזרועות הביצוע של הממשלה, ואת הרשות השופטת, שבראשה עומד בית המשפט העליון. במסגרתו של שיח זה, הכנסת, מחוקקי המשנה ובית המשפט העליון אינם רשאים לנכס לעצמם כוח-על במחי-יד, כפי שנעשה במשחק "אבן, נייר ומספריים". מקורו של כוח-על, כמו של כל כוח משפטי, צריך להימצא באקט הסמכה אשר נעשה במציאות ואשר מעוגן בדין. באופן ספציפי יותר, כוונתי לאקט פורמלי של הריבון אשר מקנה כוח-על לכנסת כרשות מחוקקת, לאחד ממחוקקי המשנה או לבית המשפט העליון (ראו: H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 64-66 (1961) (להלן: הארט)).

4. בראש ובראשונה, הנני מכוון דבריי אלה לכך שסמכויות השלטון אינן נוצרות יש מאין ללא מעשה הסמכה פורמלי – וכפועל יוצא מכך, יש צורך בקיומה של הסמכה פורמלית בת-תוקף כתנאי לכשירותה ולתקפותה של כל פעולה שלטונית באשר היא: החל מכינון חוקי היסוד, עובר לחקיקת חוקים רגילים, וכלה בהתקנת תקנות בנות-פועל תחיקתי ובמעשים אחרים של השלטון, לרבות שפיטה.

5. לצד האמור וכפי שעולה ממנו, הנני מבקש לחלוק על קונספציה אחרת שמצאה אחיזה בשיח החוקתי אשר מתקיים במחוזותינו. כוונתי לקונספציה אשר מבכרת רעיונות ערכיים מופשטים, נטולי עיגון פורמלי – כדוגמת "דמוקרטיה" – על פני האות הכתובה של המשפט; אשר מעמידה מטאפורות מעל העובדות כהווייתן; אשר מניחה, יש מאין, כי בית משפט זה הוסמך ליצוק תוכן קונקרטי ומחייב מבחינה משפטית לתוך הערכים המופשטים; ואשר פוסחת על שאלות תורת-משפטיות יסודיות על ידי מהלכים שבבסיסם הנחת המבוקש. תשובות אמת לשאלות משפטיות, לרבות שאלות משפטיות מורכבות אשר נטועות בדיני חוקה, יש למצוא בגדרי הדין הפוזיטיבי, ורק בו. המשפט הפורמלי שמעוגן במסמכיה הרשמיים של המדינה, ובראשם ספרי חוק, הוא זה שאמור להכריע את הכף. הוא – ולא רעיונות ערכיים נטולי גושפנקא משפטית-פורמלית ומטאפורות למיניהן.

6. עיקרה של ביקורת זו מכוון לשתי גישות קצה אשר שוללות זו את זו אהדדי. אחת מגישות אלו, בה אווז בא-כוח הממשלה, מעניקה חופש פעולה מלא למוסד המחוקק – הכנסת – על בסיס בחירתו על ידי רוב העם. הגישה האחרת, בה דוגלים רוב חברי המותב הנוכחי, מעניקה לבית משפט זה כוח נטול גבולות מוחשיים לבטל כל חוק, לרבות חוק יסוד, שאינו תואם את אופייה של מדינתנו כמדינה "יהודית ודמוקרטית". מכנה משותף שמחבר גישות אלו זאת אל זאת הוא הפטור העצמי מהצגת אסמכתא משפטית-פורמלית. בא-כוח הממשלה רואה את עצמו פטור מלהציג אסמכתא משפטית-פורמלית לקיום הסמכה של הכנסת לחוקק כל חוק יסוד. מנגד, רוב חברי המותב הנוכחי רואים את עצמם פטורים מלהציג אסמכתא משפטית-פורמלית לקיומו של כוח להעמיד כל חוק, לרבות חוק יסוד, לביקורת שיפוטית רחבת ידיים. הנני סבור כי מהלכים אלה הם חסרי בסיס.

7. לדידי, סמכויות שררה שאינן כתובות בשום חוק (או חוקה) אינן קיימות. בשיטת משפטנו, רק לאזרח רגיל מותר לעשות כל דבר שלא נאסר בחוק. רשויות השלטון –

ובכללן הכנסת – אינן מוסמכות לפעול אלא בגבולות הסמכות שהדין הקנה להם (ראו: בג"ץ 1/49 בד'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949)). לשיטתו של בא-כוח הממשלה, לא קיימת שום מגבלה אשר מונעת מהכנסת את הכוח לחוקק חוק יסוד ששולל מאדם את קניינו, מגרשו מבתו-שלו והופך אותו לדר רחוב. מנגד, חבריי למותב אשר גוזרים את סמכות הביקורת השיפוטית מהיותה של מדינתנו "יהודית ודמוקרטית" אינם מציבים שום מגבלה לכוחו של בית המשפט העליון לקבוע את תכני הדמוקרטיה היהודית כראות עיניו.

8. גישות קצה אלה אינן מקובלות עלי כלל ועיקר. הן יוצרות סמכויות שררה יש מאין, ללא שום עיגון משפטי-פורמלי. הן מוליכות לתוצאות מרחיקות לכת שאין להן אח ורע בשיטות משפט מקבילות. בבסיסה של כל אחת מהגישות הללו עומד טיעון משפטי אשר מניח את מבוקשו – טיעון שבכוחו להוכיח כל דבר שהטוען חפץ ביקרו. אולם, טיעון שבכוחו להוכיח כל דבר אינו יכול להוכיח דבר או חצי-דבר.

9. במדינתנו, העם הוא הריבון. בהתאם לכך, כוחה של הכנסת, כוחם של מחוקקי המשנה וכוחו של בית המשפט העליון חייבים להיות מעוגנים במעשה פורמלי מסמך אשר נעשה על ידי העם הריבון, בין במישרין – במשאל עם – ובין על ידי מייצגיו המוסמכים של העם. העם עושה את המעשה המסמך וקובע את היקף הסמכות של המחוקק הראשי ושל שאר מוסדות המדינה בנקודות זמן נדירות ומיוחדות אשר תוארו בספרות כ"רגעי-האמת החוקתיים" (constitutional moments) (ראו: BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS 3-33 (1991) – בראש ובראשונה, בזמן כינונה של המדינה (ראו שם, בעמ' 6-7, 21, 58; Bruce A. Ackerman, *Discovering the Constitution*, 93 YALE L.J. 1013, 1022-1023 (1984); Jaime G. Lluch Aguilú, *State-Nations, the Legitimacy-Legality Constitutional Conundrum, and Sub-State Party System Realignment: Catalonia and Puerto Rico (2005-2018)*, 87 REV. JUR. U.P.R. 266, 274 (2018) ("Constitutional moments play a critical role in the process of state formation and majority nation-building by creating institutions with state-wide authority")). עסקינן, בלי צל-צלו של ספק, במעשה בעל חשיבות עליונה – תרתי משמע – ועל כן הוא אמור להיות מעוגן במסמך הכינון, קרי: במסמך ההקמה של המדינה או, למצער, במסמך רשמי אחר.

10. מטעמים אלה, סבורני כי השיח החוקתי הרווח במחוזותינו מחייב שינוי. במרכזו של שיח זה צריכה לעמוד השאלה הבאה, ורק היא: "מהן הסמכויות שהוקנו למוסדותינו

הממלכתיים – הכנסת, הממשלה על זרועותיה ובתי המשפט – ברגע-האמת החוקתי, קרי: בכינונה של מדינת ישראל כמדינה ריבונית?“. ללא מענה עובדתי לשאלה זו – שאלת ההסמכה הפורמלית – איש אינו רשאי, וממילא אינו יכול, לתת מענה נכון לשאלה “מה גובר על מה?”. כל ניסיון לתת מענה לשאלה זו מבלי לפתור את שאלת ההסמכה הפורמלית לא יהא שונה מהמשחק “אכן, נייר ומספריים”.

11. שאלת ההסמכה הפורמלית – שאלה שעניינה מקור סמכותה של הכנסת לכונן חוקי יסוד ולחוקק חוקים רגילים – תעמוד אפוא במוקד פסק דיני. רק אחרי שאתן מענה עובדתי מספק לשאלת ההסמכה, אעסוק בשאלה “מה גובר על מה?” אשר עלתה, בעניינינו-שלנו, בהקשרו של חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), התשפ"ג-2023, שכוון את סעיף 15(ד) לאותו חוק יסוד (להלן: ההודאה נושא דיוננו).

12. אקדים את המאוחר ואומר בקצרה את אשר כבר אמרתי בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, פסקאות 35-36 לפסק דיני (26.10.2023) (להלן: בג"ץ טבריה):

- הסמכתה הפורמלית של הכנסת לכונן חוקי יסוד ולחוקק חוקים רגילים באה ממסמכי ההקמה של המדינה ומשפטה: המנשר, שפורסם על ידי מועצת המדינה הזמנית בה' באייר, תש"ח, 14.5.1948, ופקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, שנחקקה ביום י"ב באייר, תש"ח, 21.5.1948. מסמכי יסוד אלה קבעו במפורש כי סמכותה האמורה של הכנסת מעוגנת בהכרזת העצמאות, אשר הוכרזה על ידי מועצת העם בה' באייר, תש"ח, 14.5.1948 – הכרזה אשר שיקפה, ואשר ממשיכה לשקף, את ה"אני מאמין" הקולקטיבי של העם היושב בציון.

- האמור בהכרזת העצמאות מהווה אפוא את “כלל ההכרה” הבסיסי המקשר בין העם הריבון לבין משפט המדינה (ראו: הארט, בעמ' 107-97) – כלל שהקים מסד בעבור משפט המדינה כולו.

- הכרזת העצמאות מגדירה את מתחם פועלה של הכנסת (ואת מתחם פועלן של שאר רשויות המדינה) בקווים כלליים מאד. מדובר במתחם פעולה רחב, אך לא אינסופי. הכנסת אינה מוסמכת לחרוג ממתחם זה בבואה לכונן חוקי יסוד ולחוקק חוקים רגילים, ומן הסתם אין בידה



לשנות או לבטל את "כלל ההכרה" הבסיסי אשר מעוגן בהכרזת העצמאות.

- אשר כל כן, כל מעשה חקיקה של הכנסת – חוק רגיל, ואפילו חוק יסוד – כפוף לגבולות ההסמכה שנקבעו בהכרזת העצמאות. מעשה חקיקה שמתיימר לפרוץ גבולות אלה הוא בגדר חריגה מההסמכה שניתנה לכנסת, ואין לו תוקף משפטי.

- כפועל יוצא מכך, בית משפט זה מוסמך לבטל מעשה חקיקה, אשר נפגם בחוסר סמכות כאמור, בבואו להפעיל את סמכויות השפיטה אשר הופקדו בידיו.

13. באשר להוראה נושא דיוננו – אקדים ואומר כי הוראה זו, לפי פירושה הנכון, לא נפגמה בחוסר סמכות, ועל כן שומה עלינו לתת לה תוקף. מטעם זה, אבקש לחלוק על המסקנה ההפוכה אליה הגיעה חברתי, הנשיאה (בדימ') א' חיות, בפסק דינה המפורט והמעמיק.

14. עד כאן סיכום הדברים ; וכעת אפרטם.

השאלות שעומדות לדיון

15. העתירות שלפנינו מעלות לדיון שאלות יסוד בדיני החוקה ; ואלה הן :

א. האם בידי הכנסת נתונה הסמכות לחוקק כל חוק שתמצא לנכון, כל אימת שהחוק אינו מנוגד לחוקי היסוד ?

ב. האם כינון חוקי יסוד על ידי הכנסת כפוף למגבלות ולביקורת שיפוטית, ואם כן – באלו נסיבות ?

ג. מה דינה של ההוראה נושא דיוננו, אשר קובעת כדלקמן :

"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 ההחלטה 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".

האם הוראה זו חוקתית?

16. תשובתי לשאלה הראשונה שהצגתי היא לאו מוחלט: הכנסת מעולם לא קיבלה לידיה סמכות לחוקק כל חוק בו תחפוץ, כל אימת שהחוק אינו סותר את חוקי היסוד. כפי שכבר הזדמן לי לומר, וכפי שאסביר בהרחבה להלן, סמכויות החקיקה של הכנסת באות מהכרזת העצמאות, ועל כן הן כפופות לא רק לחוקי היסוד, אלא גם לאמור בהכרזת העצמאות אשר קבעה את גבולותיהן (ראו: בג"ץ טבריה, פסקאות 35-36 לפסק דיני).

17. באשר לשאלה השנייה – הכרזת העצמאות, שכאמור הגדירה את סמכויות החקיקה של הכנסת, הגבילה את כוחה של הכנסת גם בפועלה כרשות מכוונת. חוקי היסוד שהכנסת מכוונת אינם יכולים אפוא לעמוד בסתירה לאמור בהכרזת העצמאות. כפועל יוצא מכך, סמכויות השפיטה שהופקדו בידי בית משפט זה מסמיכות אותו לבחון ולקבוע את תוקפם של חוקי יסוד – בגבולות שיתוארו להלן.

18. באשר לשאלה השלישית – סבורני, כאמור, כי פירושה הנכון של ההוראה נושא דיוננו מוביל למסקנה ברורה כי הכנסת היתה מוסמכת לכוננה. אשר על כן, אין מדובר בתיקון בלתי חוקתי של חוק יסוד: השפיטה.

הערה מקדמית: תוכנם של דיני החוקה של מדינתנו הוא עניין של עובדה אמפירית

19. בטרם אדון בשאלות שהצגתי לגופן, אעיר הערה מקדמית באשר למהותן ולמהות התשובות שאבקש לתת לכל אחת מהן.

20. לדידי, כל השאלות שהצגתי הן שאלות עובדתיות באשר לתוכנם של דיני החוקה הנהוגים במחוזותינו, ועל כן התשובות שתינתנה על ידי לשאלות אלה, אף הן נטועות בעולמן של עובדות אמפיריות, ולא במקום אחר, כדוגמת מסכת ערכים המקובלת על קהל כזה או אחר. ניסיון לתת מענה לא עובדתי לשאלות אלה – ובפרט, הניסיון השכיח במחוזותינו לגזור נורמות חוקתיות מתוך ערכים אמורפיים שאין להם עיגון פורמלי ואחיזה עובדתית בדין – אינו מקובל עלי.

21. לדידי, נורמות חוקתיות שזכו להיקרא "ערכי היסוד של השיטה" תהיינה ראויות לשם זה רק אם הן מעוגנות במעשיהם של מכוני החוקה המוסמכים – מייסדי המדינה וחברי הכנסת אשר באו אחריהם – וזאת, כל אימת שלמעשים אלו יש אסמכתא פורמלית. באין אסמכתא פורמלית כאמור, הצהרה שיפוטית – *ex cathedra* – כי ערך חברתי כזה או אחר נמנה עם ערכי היסוד של משטרנו החוקתי לא תהא נכונה ברמה העובדתית. הצהרה מעין זו אינה אלא משאלת-לבו של המצהיר, הא ותו לא. היא לא מהווה חלק ממשפטנו החוקתי ולא אפסוק את הדין לפיה.

22. בהקשר זה, ובהקשרים רבים אחרים, שומה עלינו לזכור את אשר מורה לנו סעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה, לפיו "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין". הרישא של סעיף זה, אשר משתמשת במילים "אין מרות", קובעת עיקרון-על של עצמאות בתי המשפט ושל השופטות והשופטים שפועלים בהם. לצד עיקרון זה, מילות הסיפא של הסעיף – "זולת מרותו של הדין" – קובעות את יחסי המרות שבין הדין לדיין. מילים אלה קובעות כי השופט נתון למרותו של הדין, ולא להיפך. במסגרתם של יחסי מרות כאמור, תוכנו של הדין אינו יכול להיות תלוי ברצונותיו ובערכיו האישיים של השופט או בערכיהם של האזרחים הטובים עמהם השופט מזדהה – יהיו נאורים ונעלים ככל שיהיו. מסכת הדינים שהשופט נדרש להפעיל וליישם בפסיקתו חייבת להימצא בעובדות המשפט שאינן תלויות בשופט. השאלה "מה אומר הדין בעניין כזה או אחר?" היא שאלה עובדתית שצריכה לקבל מענה עובדתי. השאלה שמעסיקה אותנו כאן – "מהם גדר סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים וחוקי יסוד?" – גם היא שאלה עובדתית אשר צריכה לקבל תשובה מוסמכת המעוגנת בעולמן של עובדות. גישתי זו – שניתן לכנותה "משפט כעובדה" – מצאה את ביטוייה בפסק דיני בבג"ץ טבריה, במספר פסקי דין נוספים (ראו, למשל, פסקי הדין שנתתי ברע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (19.8.2019); בע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל (9.11.2020); ובע"א 3129/19 זנלכל בע"מ נ' פקיד שומה חיפה (25.8.2022)) ובכתיבה עיונית (ראו: Alex Stein, *Probabilism in Legal Interpretation*, 107 IOWA L. REV. 1389 (2022) (להלן: *Probabilism in Interpretation*)). גישה זו נטועה במסורת הפוזיטיביסטית (ראו: H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 HARV. L. REV. 593 (1958) (להלן: *Separation of Law and Morals*)), ואיני רואה כל סיבה לסטות ממנה כאן ובכלל.

23. הנני מודע לכך שגישתי לא תהלום את כל התקדימים החוקתיים הקיימים ואת כל האמירות השיפוטיות באשר לתוכנם של דיני החוקה הנהוגים בישראל. המותב הנוכחי הוא מותב מיוחד במינו, אשר התכנס, בין היתר, כדי לעשות סדר בדינים אלו ולשוות להם יציבות למשך שנים ארוכות. לטעמי, מטרה זו תושג רק אם נשכיל לעגן את דיני החוקה של מדינתנו בעובדות שמשקפות את האמת לאמיתה באשר לשאלת ההסמכה ולכל שאר השאלות שתעמודנה לדיון. "ערכי היסוד" שאין להם עיגון בעובדות אינם בגדר "דין"; וכך הוא גם לגבי מושגים אמורפיים כמו "רצון העם" ו"דמוקרטיה" אשר ניתנים למספר פירושים ואשר אינם מגדירים – ואף אינם מתיימרים להגדיר – את היקפן של סמכויות החקיקה שנמסרו לכנסת.

האם בידי הכנסת נתונה הסמכות לחוקק כל חוק מכל סיבה שתמצא לנכון, כל אימת שהחוק אינו מנוגד לחוקי היסוד?

מהו היקף סמכותה של הכנסת לכונן חוקי יסוד?

24. למיטב ידיעתי, שאלות יסודיות אלה טרם נדונו לגופן, במלוא היקפן; וכתוצאה מכך, טרם הוכרעו בפסיקתנו. שאלות אלה בצבצו בין שורותיו של פסק הדין החוקתי המייסד בעניין בנק המזרחי, וכן בפסיקה שעניינה "שימוש לרעה בסמכות מכוונת" (ראו: בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל פסקאות כד-ל לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (6.9.2017); ובג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקאות 33-45 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות ופסקאות 5-15 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (23.5.2021)), אולם גם פסקי דין אלה הותירו אותן ללא הכרעה חותכת.

25. הכרעה בשאלה כאמור נוגעת ליסודותיו של המשפט החוקתי שלנו – אשר עדיין נמצא בשלבי בנייה – ומכאן חשיבותן. כפי שכבר ציינתי, מדובר בשאלות של עובדה אשר מפנות את זרקורינו אל אקט ההסמכה הפורמלי של הכנסת כרשות מחוקקת ואל תוכנה של הסמכה כאמור. מסיבה זאת, מן הראוי להגדיר שאלות אלה כשאלות שעניינן אקט ההסמכה הפורמלי; וכך אעשה.

האם הכנסת אי-פעם קיבלה הסמכה גורפת לחוקק כל חוק, מכל סיבה שתהא טובה בעיניה, כל אימת שהחוק אינו מנוגד לאחד מחוקי היסוד, והאם נתונה בידה הסמכות לכונן כל חוק יסוד שתמצא לנכון?

26. תשובתי לשאלות אלה היא לאו מוחלט.

27. כפי שצויין על ידי בבג"ץ טבריה, לפי הדעה שקנתה אחיזה בקרב הציבור שאינו בקי ברזי המשפט, הכנסת היא הריבון הדמוקרטי שמטמיע בתוכו את רצון העם ושיכול לחוקק כל חוק – ואחרי כינונם של חוקי היסוד, כל חוק שאינו מנוגד להם. דא עקא, דעה זו אינה מעוגנת בעובדות, וממילא אינה נתמכת בשום אסמכתא משפטית בדמותם של מעשי הסמכה רשמיים.

28. מדובר בדעה רווחת, אך שגויה מן היסוד. שאלו את מי שאוחז בדעה זו "היכן בדיוק מצויה הסמכה של הכנסת לחוקק כטוב בעיניה?" – וכל שתוכלו לקבל במענה הוא הפניה למושג הכללי של "דמוקרטיה", שלו, כידוע, יש תכנים שונים המשתנים מחברה לחברה וממדינה למדינה. "דמוקרטיה" כפשוטה אכן יכולה לכלול בתוכה הסמכה גורפת כאמור, אך היא יכולה גם לבחור בדרך אחרת. אכן, לא מעט משטרים דמוקרטיים, אם לא רובם, מטילים הגבלות משמעותיות על סמכותו של המוסד המחוקק.

29. כפי שכבר הזדמן לי להסביר (ראו: פסקאות 21-23 לפסק דיני בבג"ץ טבריה), לכך יש רציונל גלוי וידוע, שלא נתקשה להבינו אם נעמיד לנגד עינינו חברה עסקית נטולת איסורים על קיפוח המיעוט. בחברה זו, הרוב האריתמטי יכול להשתלט בכל עת על מוקדי קבלת ההחלטות, לנהל את החברה לפי מאווייו מבלי להתחשב באינטרסים של המיעוט ולבסוף, לנכס לעצמו את הכספים והמשאבים שהמיעוט השקיע בחברה ולהשאיר את המיעוט בלא כלום. חברה כזאת, מטבע הדברים, לא תוכל לגייס השקעות מאלו שיחששו להפוך למיעוט אריתמטי; אלה שכבר השקיעו בחברה ימשכו חזרה את השקעותיהם ויבריחו ממנה את משאביהם ואת רגליהם, בטרם יהפכו למיעוט נרדף ומנוצל עד היסוד; והמיעוט האריתמטי שיישאר בחברה (אם בכלל) ינוצל באופן תמידי וללא רחמים על ידי הרוב. תרחיש אימים זה הוא נחלתה של כל דמוקרטיה אריתמטית נטולת רטנים והגבלות, ואידך זיל גמור (ראו: Daron Acemoglu et al., *Institutions as a Fundamental Cause of Long-run Growth*, in HANDBOOK OF ECONOMIC GROWTH 1, 385-472 (2005); Douglass C. North et al., *Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England*, 49 J. ECON. HIS. 803 (1989)).

30. אפשרות התממשותו של תרחיש זה מסבירה את קיומה של הדעה הרווחת אשר רואה בכללים החוקתיים אמצעי למניעתו. האוחזים בדעה זו מפרידים את עצמם

מהדמוקרטי הדוגמטי שאינו מכיר בהטלת מגבלות כלשהן על הכרעת הרוב בחברה. הכלכלן הנודע, פרידריך האייק, הציג דעה זו באופן קצר וקולע:

"The crucial conception of the doctrinaire democrat is that of popular sovereignty. This means to him that majority rule is unlimited and unlimitable. The ideal of democracy, originally intended to prevent all arbitrary power, thus becomes a justification for a new arbitrary power. Yet the authority of democratic decision rests on its being made by the majority of a community which is held together by certain beliefs common to most members; and it is necessary that the majority submit to these common principles even when it may be in its immediate interest to violate them. [...] *The essential point remains: it is the acceptance of such common principles that makes a collection of people a community. And this common acceptance is the indispensable condition for a free society. A group of men normally become a society not by giving themselves laws but by obeying the same rules of conduct. This means that the power of the majority is limited by those commonly held principles and that there is no legitimate power beyond them.*"

FRIEDRICH A. HAYEK, THE CONSTITUTION OF LIBERTY 106-107 (1960).

(ההדגשה הוספה – א.ש.).

דברים חשובים אלה צוטטו ותורגמו על ידי לעברית בבג"ץ טבריה (ראו: שם, פסקה 22 לפסק דיני). מפאת חשיבות הדברים והצורך להפנימם, אציג את תרגומם פעם נוספת:

"עבור דמוקרט דוגמטי, מושג המפתח הוא ריבונות העם, שמשמעו שלטון רוב נטול מגבלות. בדרך זו, הרעיון הדמוקרטי, שבמקור נועד למנוע את היווצרותו של כוח שררה שרירותי, מייצר הצדקה לכוח שררה שרירותי חדש. ברם, סמכותה של ההכרעה הדמוקרטית נעוצה בהיותה החלטת הרוב בחברה שאחדותה מבוססת על תפישות עולם ואמונות המאפיינות את רוב בניה ובנותיה; ועל כן מן ההכרח הוא שהרוב המתמטי יכפיף את עצמו לעקרונות משותפים אלה גם כאשר האינטרס המיידי שלו בא על סיפוקו על ידי הפרתם. הנקודה המכרעת כאן אינה אלא זאת: מה שהופך אוסף מקרי של אנשים לחברה ולמדינה הוא קבלת העקרונות המשותפים הללו. קבלת העקרונות המשותפים הללו הינה תנאי הכרחי לקיומה של חברה חופשית. קבוצת אנשים הופכת את עצמה לחברה מאורגנת

לא על ידי קביעת חוקים ותקנות, אלא באמצעות ציות לאותם כללי התנהגות. מכאן המסקנה כי כוחו של הרוב מוגבל מעיקרו על ידי העקרונות המשותפים של החברה, ושום כוח לגיטימי אינו יכול לעמוד מעליהם" (תרגום שלי, שבמסגרתו נעשה מאמץ להישאר נאמן למהות הדברים שבמקור – א.ש.).

31. מכאן עולה שאלת-השאלות: "מניין לנו שהדמוקרטיה הישראלית הסמיכה את הכנסת לחוקק כל חוק ולכונן כל חוק יסוד שתמצא לנכון?" לשאלה זו אין בנמצא תשובה מוסכמת או מוסמכת, קל וחומר, תשובה מוסכמת ומוסמכת אשר מגובה באסמכתא משפטית פורמלית.

32. לכך יש סיבה פשוטה, שאף היא מצויה בעולמן של עובדות. הכנסת מעולם לא קיבלה לידיה הסמכה גורפת לחוקק כל חוק ולכונן כל חוק יסוד שתמצא לנכון; וכפועל יוצא מכך, הכנסת ממילא לא יכלה לחוקק שום חוק, או לכונן חוק יסוד, שמתיימר להקנות לה סמכות כזאת. יתרה מכך: כפי שאראה בהמשך דבריי, כוחה של הכנסת לחוקק חוקים רגילים ולכונן חוקי יסוד הוגבל מעיקרו במעמד הסמכתה כמוסד המחוקק של מדינת ישראל. הגבלה זו מצויה בעולם העובדות שהוא – ורק הוא – מעניין אותנו כאן.

33. כפי שהסברתי באריכות בפסק דיני בבג"ץ טבריה, הכנסת הנוכחית וכל אלו שקדמו לה, ירשו את סמכויות החקיקה שהוענקו למועצת המדינה הזמנית ולכנסת הראשונה במועד הקמת המדינה, הוא חודש מאי 1948. סמכויות אלה לא גדלו ולא קטנו, אלא נשארו כמות-שהן עד עצם היום הזה. קיומן וגבולותיהן של סמכויות אלה נגזרים מהכרתו של העם, שישב בציון בהקמת המדינה, בכוחה של הכנסת לחוקק חוקים ולכונן חוקה – כפי שתועד במסמכי ההקמה של המדינה, ובראשם הכרזת העצמאות. הכרה זו, בגבולות שניתנה, מהווה מסד הסמכות הבלעדי לחקיקת חוקי המדינה ולכינון חוקתה באמצעות חוקי יסוד. ללא הכרה כאמור, לשום חוק ולשום חוק יסוד שחוקקו על ידי הכנסת לא היה מקור סמכות בעל תוקף משפטי מחייב. הכרה כאמור, יחד עם מסמכי ההקמה שתיעדו אותה – ובראשם הכרזת העצמאות – הם אלה שיצרו וקיימו את "כלל ההכרה" הבסיסי (the rule of recognition) עליו עומד משפט המדינה כולו, ובלעדי אינן (ראו: הארט, בעמ' 97-107).

34. את הסמכת הכנסת לחוקק חוקים ולכונן חוקה – ואת גבולותיה של הסמכה כאמור – תיעדו מסמכי ההקמה אשר כוללים את אלו:

- א. המנשר שפורסם מטעם מועצת המדינה הזמנית בה' באייר, תש"ח,  
14.5.1948 ;
- ב. פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 (להלן: פקודת סדרי השלטון והמשפט), כפי שחוקקה על ידי מועצת המדינה הזמנית בי"ב באייר, תש"ח, 21.5.1948 ;
- ג. וכן – בראש ובראשונה – הכרזת העצמאות אשר הוכרזה על ידי מועצת העם בה' באייר, תש"ח, 14.5.1948, ושאליה הפנו המנשר והפקודה במילים מפורשות שאינן מותירות מקום לספקות.

על משמעותם החוקתית של שלושת אלו עמדתי בפסק דיני בבג"ץ טבריה. מפאת חשיבות הדברים, ולשם פירוט ושלמות התמונה, אעמוד עליהם כאן פעם נוספת.

המנשר

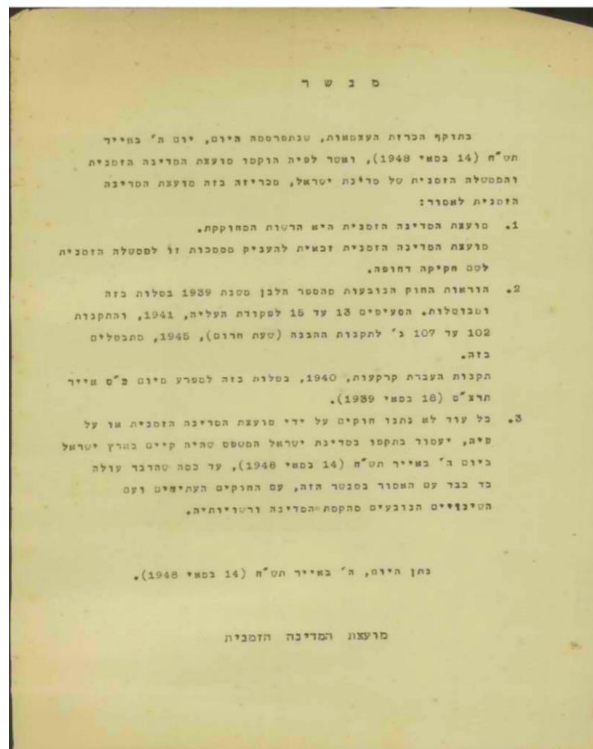
35. המנשר, שכאמור פורסם ביום 14.5.1948, קבע את הדברים הבאים :

"בתוקף הכרזת העצמאות, שנתפרסמה היום, יום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948), ואשר לפיה הוקמו מועצת המדינה הזמנית והממשלה הזמנית של מדינת ישראל, מכריזה בזה מועצת המדינה הזמנית לאמור: 1. מועצת המדינה הזמנית היא הרשות המחוקקת. מועצת המדינה הזמנית זכאית להעניק מסמכות זו לממשלה הזמנית לשם חקיקה דחופה" (ההדגשה הוספה – א.ש.).

מפאת חשיבותו של מסמך היסטורי זה, ראיתי לנכון להביאו כאן, כפי שהודפס

והופץ :





36. כפי שניתן להיווכח, המנשר מציין במפורש את העובדה שמועצת המדינה הזמנית קיבלה את סמכויותיה מהכרזת העצמאות, וכי אין לה מקור אחר ממנו ניתן לשאוב את הסמכות לחוקק חוקים ולכונן חוקה. הווה אומר: מועצת המדינה הזמנית, וכל כנסת שנכנסה לנעליה במרוצת השנים, לא קיבלה לידיה סמכויות אשר עולות על אלה שבהכרזת העצמאות.

פקודת סדרי השלטון והמשפט

37. פקודה זו הקימה את מוסדות השלטון במדינת ישראל והגדירה את סמכויותיהם. במבוא לפקודה נאמר מפורשות כך:

”בתוקף הסמכות שנקבעה למועצת המדינה הזמנית בהכרזה על הקמת מדינת ישראל מיום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) ובמנשר מאותו יום, מחוקקת בזאת מועצת המדינה הזמנית לאמור: [...]” (ההדגשה הוספה – א.ש.).

מפאת חשיבותו של מסמך היסטורי זה, ראיתי לנכון להביאו כאן, כפי שפורסם:



עתון רשמי מס' 2 מיום י"ב באייר תש"ח – 21 במאי 1948

## תוספת א'

### ה ת ו כ ן :

עמוד

|   |                                                    |
|---|----------------------------------------------------|
| 1 | פקודת סדרי השלטון והמשפט, מס' 1 לשנת תש"ח – 1948   |
| 5 | פקודת הבולים, מס' 2 לשנת תש"ח – 1948               |
| 6 | פקודת אגרות (לאומיות ודגל), מס' 3 לשנת תש"ח – 1948 |

### פקודת סדרי השלטון והמשפט

מס' 1 לשנת תש"ח – 1948

בתוקף הסמכות שנקבעה למועצת המדינה הזמנית בהכרזה על הקמת מדינת ישראל מיום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) ובמנשר מאותו יום, מחוקקת בזה מועצת המדינה הזמנית לאמור:

38. האמור במנשר ובפקודת סדרי השלטון והמשפט אינו משאיר מקום לספקות באשר למקור הסמכתה של הכנסת לחוקק חוקים ולכונן חוקה בעבור מדינת ישראל. מסמכי הקמה אלה קובעים במפורש כי מועצת המדינה הזמנית, וכל בית מחוקקים שמתמנה אחריה, יהיו מוסמכים לחוקק חוקים ולכונן הוראות חוקה בתוקף הסמכות שנקבעה בהכרזת העצמאות. הסמכה זו – בלעדיה אין: בלעדי הסמכה כאמור, שום כנסת לא היתה מוסמכת לחוקק חוקים רגילים ולכונן חוקי יסוד. אם נתעלם מהסמכה זו, לא נמצא במשפטנו הוראה פורמלית כלשהי שנותנת לחוקי הכנסת תוקף משפטי או שמחייבת את מוסדות המדינה ואת אזרחיה לקיים חוקים אלה ולציית להם. הסמכה זו – וגבולותיה – זכו להכרת העם בזמן קביעתה. כל אלה מתועדים בהכרזת העצמאות, שמעמדה המשפטי הפורמלי כנורמת-העל – כלל ההכרה הבסיסי, כלשונו של הארט – עוגן במנשר ואחריו בפקודת סדרי השלטון והמשפט המקורית (ראו גם: פסקאות 6-17 לפסק דיני בבג"ץ טבריה).

39. מכאן עולה מסקנה ברורה וחד-משמעית: חוקי הכנסת וחוקי היסוד שלה לעולם כפופים לגבולותיה של סמכות החקיקה הכללית אשר נקבעה בהכרזת העצמאות. סמכות זו עברה מכנסת לכנסת כמות שהיא. מועצת המדינה הזמנית לא יכלה להעביר לכנסת הראשונה יותר סמכויות משהיו לה, וכך הוא גם לגבי שאר ההעברות של סמכות החקיקה מכנסת לכנסת. אשר על כן, הכנסת הנוכחית, כמו כל כנסת אחרת, אינה רשאית לחרוג מהכרזת העצמאות בבואה לחוקק חוקים רגילים ולכונן חוקי יסוד.

טענות הממשלה: "מחוקק כל-יכול" מכוחם של "דמוקרטיה" ו"רצון העם"

40. בא-כוח הממשלה חולק בתוקף על מסקנה זו שהצגתי לעיל. לטענתו, להכרזת העצמאות יש אמנם חשיבות לאומית והיסטורית עליונה, אולם היא אינה בגדר מקור משפטי-פורמלי לסמכות הכנסת לחוקק חוקים ולכונן חוקי יסוד.

41. כפי שכבר ציינתי, טענה זו מקובלת במחוזותינו ויש לה אפילו אחיזה לא מבוטלת בפסיקה. דא עקא, האוחזים בטענה זו מתעלמים לחלוטין מהאמור במסמכי ההקמה הפורמליים – המנשר ופקודת סדרי השלטון והמשפט – שעל מעמדם המשפטי המחייב לא ניתן לחלוק. המנשר, ואחריו פקודת סדרי השלטון והמשפט, אמרו בקול צלול וברור כי הסמכות לחוקק חוקים רגילים ולכונן חוקי יסוד – סמכותה של מועצת המדינה הזמנית והסמכות של הכנסות אשר באו אחריה ונכנסו לנעליה – מעוגנת בהכרזת העצמאות. זהו דברו הרשמי של המשפט הישראלי בהקמתו, ואחריו אין ולא כלום.

42. ראש הממשלה הראשון של מדינת ישראל, דוד בן גוריון, החזיק בדעה לפיה הכרזת העצמאות אינה בגדר חוקה, אינה בגדר "דין" ואינה מהווה חלק מדברו הרשמי של המשפט הישראלי. מדובר בהבעת דעה של אחד מהאבות המייסדים של המדינה, אשר יכול שתהא לה השלכה על פרשנותם של דינים שנקבעו בהקמת המדינה – אך לא על הנושא אשר נדון בענייננו. זאת, מאחר שהמנשר ופקודת סדרי השלטון והמשפט קבעו בלשון חד-משמעית, שאינה מצריכה פרשנות, כי הכרזת העצמאות היא הבסיס לסמכותה של הכנסת לחוקק חוקים ולכונן חוקי יסוד. מסמכי הקמה רשמיים אלה מן הסתם גוברים על דעה כזאת או אחרת, גם כשבעל הדעה הוא אחד ממייסדי המדינה וראש ממשלתה הראשון.

43. יתרה מזאת: דבריו של בן גוריון כי הכרזת העצמאות לא נועדה להיות חוקה הם דברים נכונים כשלעצמם. כפי שצויין על ידי בבג"ץ טבריה, הכרזת העצמאות אכן אינה בגדר חוקה, וממילא לא נועדה להיות חוקה: היא אינה מכילה בתוכה רשימה סדורה ומלאה של סדרי השלטון ושל זכויות האדם (ראו: פסקה 23 לפסק דיני בבג"ץ טבריה). ברם, הכרזת העצמאות מעגנת בתוכה את "כלל ההכרה" הבסיסי – המסד הראשוני עליו עומד המשפט הישראלי כולו.

44. הבה נשאל את עצמנו את השאלה הבאה: מה תהא התוצאה אם נתעלם מהאמור במנשר ובפקודת סדרי השלטון והמשפט באשר להסמכת הכנסת לחוקק חוקים ולכונן חוקי יסוד? היכן בדיוק נמצא את ההסמכה הנדרשת? במה בדיוק אוחד בא-כוח הממשלה בסברו כי הכנסת מוסמכת לכונן כל חוק יסוד שטוב בעיניה ולחוקק כל חוק שתואם את חוקי היסוד?

45. לבא-כוח הממשלה יש תשובה לשאלות אלה. הוא סבור כי הסמכה חובקת-כל כאמור ניתנת לכל כנסת אשר נבחרת על ידי רוב העם בפועלו כריבון בהליך הבחירות הדמוקרטי. לשאלת ההמשך המתבקשת "היכן בדיוק זה כתוב?", משיב בא-כוח הממשלה שריבונות העם ושלטון הרוב הדמוקרטי הם אמיתות ברורות וידועות שאינן צריכות כתב. לשיטתו, ריבונות העם ושלטון הרוב הדמוקרטי מצמיחים את ההסמכה הנדרשת כדבר המובן מאליו, ואינם זקוקים לעיגון רשמי בספר החוקים. מדובר באקסיומה מדינית-משפטית שעליה, לדבריו, לא ניתן לחלוק, שכן מי שחולק עליה מוצא את עצמו כופר בעיקר, בהיותו מתכחש לעיקרון של ריבונות העם ולאופייה הדמוקרטי של מדינתנו.

46. טענה גורפת זו אין בידי לקבל. ראשית, הדין הישראלי הוא דין מפותח אשר מתועד לפרטיו במסמכים רשמיים שונים שנושאים את סמל המדינה. כיצד ייתכן שהכלל הכי בסיסי של דין זה – כלל אשר מסמך את הכנסת לחוקק חוקים ולכונן חוקי יסוד – אינו מוצא את מקומו בשום מסמך רשמי של המדינה? לשאלה זו, מן הסתם, אין תשובה שמניחה את הדעת, מה גם שהאמור במנשר ובפקודת סדרי השלטון והמשפט המקורית שוללים מניה וביה את הנחת היסוד שבבסיסה. כפי שציינתי, וחזרתי וציינתי, מסמכי הקמה אלה קובעים במפורש כי סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים ולכונן חוקי יסוד מצויה בהכרזת העצמאות.

47. בא-כוח הממשלה מניח בטענותיו כי כוחו של הרוב במשטר דמוקרטי מכיל בחובו, מעצם טבעו, את הכוח לחוקק חוקים ולכונן חוקי יסוד בהתאם לרצון הרוב. זאת, כביטוי טבעי ומובן מאליו של רצון העם, שכן אין לנו ביטוי טוב יותר לרצון העם מאשר רצונו של רוב העם אשר בא לממש את זכויותיו כרוב.

48. טענה זו לוקה בהנחת המבוקש. רצונו של רוב העם ורצון העם כולו הם שני דברים שונים, שלרוב אינם חופפים זה את זה. מדינה דמוקרטית אכן מנהלת את רוב ענייניה בהתאם לרצון הרוב, אולם מכאן לא ניתן לגזור כלל נוסף אשר מעניק לרוב העם

שליטה מוחלטת בכל שאר ענייני המדינה. ההיפך הוא הנכון: כפי שכבר צויין על ידי, רוב הדמוקרטיים מגבילות את כוחו של הרוב, לבל יהפוך לכוח דורסני שפוגע במיעוט – דבר שנעשה בגדרם של הסדרים חוקתיים, על-חוקיים, כאלה או אחרים. מסיבה זו, גם אלו שסבורים כי רצונו של רוב העם הוא הבסיס הטבעי להפעלתה של סמכות החקיקה – כחלק מזכותם הטבעית של בני אנוש לניהול עצמי – מסכימים כי אין מדובר בהסמכה גורפת, אשר הופכת את נציגו של הרוב למחוקק כל-יכול.

כפי שנכתב במאמר חשוב אשר בחן דמוקרטיה מזווית הראייה של "משפט הטבע" (natural law):

"Sometimes democracy seems to be defined a little too exclusively in terms of majority rule. That is surely one of the indispensable, recognizable features of democracy in action, but it seems to me, only one. A second, not a whit less important, is the provision of safeguards for dissenting minorities."

Robert L. Calhoun, *Democracy and Natural Law*, 5 NAT. L. F. 31, 35 (1960).

49. במקרה שלפנינו, אחרי שידענו כי המנשר ופקודת סדרי השלטון והמשפט המקורית אמרו במפורש כי הכרזת העצמאות היא המקור הראשוני של כל סמכויות החקיקה שבידי הכנסת, ואחרי שבדקנו – ולא מצאנו – שום עיגון רשמי אחר לסמכויות אלה, ממילא אין כל סיבה להפליג למרחקים ולהגיע למשפט הטבע.

50. מכאן להכרזת העצמאות גופה.

הכרזת העצמאות:

בחירת העם בדמוקרטיה מאוזנת, ולא אריתמטית

51. הכרזת העצמאות הכריזה "על הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל, היא מדינת ישראל". מייסדי המדינה קבעו במסגרתה, בין היתר, כי "החל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה,

מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם ישראל".

52. החוקה שהובטחה בפסקה זו לא כוננה כמתוכנן. הסמכות לכונן חוקה עברה אפוא מכנסת לכנסת, שבהתאם להחלטת הררי המפורסמת (ראו: ד"כ 5, 1743 (התש"י) (להלן: החלטת הררי)) החלה לכונן חוקה – חלקים-חלקים – במסגרתם של חוקי יסוד; והדברים ידועים (ראו: אהרן ברק מבחר כתבים ג – עניינים חוקתיים 160 (2017) (להלן: ברק, מבחר כתבים)).

53. כמו כן קבעה הכרזת העצמאות כדלקמן:

"מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין [...]"

(ראו: <https://main.knesset.gov.il/about/occasion/pa:ges/declaration.aspx>).

כפי שהסברתי בפסק דיני בבג"ץ טבריה, קביעה זו מהווה חלק מההסמכה לחוקק חוקים ולכונן חוקה, שהכנסת קיבלה מהעם, כאמור במנשר ובפקודת סדרי השלטון והמשפט המקורית. מקביעה זו עולה כי הפעלת סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים ולכונן חוקה לעולם כפופה לחובתה של הכנסת להבטיח, בין היתר, "חירות", "צדק" ו"שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור" לכל אזרחי המדינה באשר הם, לצד חובתה הלא-פחות חשובה לקיים בית לאומי-יהודי במדינת ישראל ("מדינה יהודית") בהתאם למסורת הדתית-לאומית הטבועה בנו ("חזונו של נביאי ישראל"). אין זה מקרה שסעיף 1(ב) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, קובע כי בכל כנסת חדשה, בתום הצהרות האמונים של חבריה, "ייקראו בפני המליאה מזמור קכ"ב בתהלים וקטעים מתוך ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, המופיעים בתוספת"; כאשר התוספת לחוק חוזרת על האמור בהכרזת העצמאות ומבטיחה, בין היתר, כי "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".

54. לנוכח המגבלות שנקבעו לכנסת בהכרזת העצמאות, בקלות נגיע למסקנה כי שום כנסת אינה מוסמכת לחוקק חוקים כדלקמן, בין בלבוש של חוק רגיל, ובין בלבוש של חוק יסוד:

- חוק שמונע מנשים או מבני מיעוטים להתמנות לנושאי משרות ציבוריות. חוק זה שולל מנפגעותיו ומנפגעי את זכאותם לשוויון זכויות חברתי ומדיני גמור.
- חוק פרסונלי אשר בא להיטיב עם אדם או עם גוף ספציפי שהמחוקקים חפצים ביקרו; או להפך, חוק פרסונלי אשר בא להעניש אדם או גוף ספציפי או לבטל זכות מזכויותיו (מעשה חקיקה הידוע לשמצה במשפט החוקתי האמריקני כ-bill of attainder :ראו U.S. Const., Article I, Section 9, Clause 3: "No Bill of Attainder [...] shall be passed"). חוק כזה, אף הוא מפר את דרישת השוויון שבהכרזת העצמאות, לצד הפגיעה בעיקרון של הפרדת הרשויות, כל אימת שמדובר בניכוס סמכויות השפיטה על ידי המחוקק (ראו: פסקאות 40-46 לפסק דיני בבג"ץ טבריה).
- חוק שמבטל בחירות לכנסת או דוחה אותן לתקופה ארוכה. חוק זה פוגע בחירות ובאוטונומיה של הפרט שמבקש לנהל את חייו באמצעות נבחריו אשר דואגים לביטחונם ולרווחתם.
- חוק שמבטל את זכותם של יהודים לעלות לישראל. חוק זה פוגע בזכותם של בני העם היהודי לעליה ולקיבוץ גלויות.
- חוק שמבטל שבתות, חגים ומועדי ישראל כימי פגרה ומנוחה. חוק זה מבטל את הבית הלאומי-יהודי במדינת ישראל ("מדינה יהודית"), אשר אמור להיבנות בהתאם למסורת הדתית-לאומית ("חזון של נביאי ישראל"). אפנה בהקשר זה לאמור במכתב הסטטוס-קוו אשר הועבר על ידי ראש ממשלת-ישראל המיועד, דוד בן גוריון, להסתדרות אגודת ישראל העולמית כשנה לפני הקמת המדינה, ביום 10.6.1947. מכתב זה – שבעזרתו נכון יהיה לפרש את התיבות "מדינה יהודית" ו"חזון של נביאי ישראל", שבהכרזת העצמאות – מבהיר כי מדינת ישראל, לכשתיוסד, לא תהא תאוקרטית, אולם היא תכבד את ערכי היהדות ותשריין את קדושת השבת כיום מנוחה רשמי שלה "מתוך מתן רשות לנוצרים ובעלי דת אחרת לשבות ביום החג השבועי שלהם" (ראו: [https://rotter.net/User\\_files/forum/57c208e4620712c6.png](https://rotter.net/User_files/forum/57c208e4620712c6.png)).

• חוק שמבטל ביקורת שיפוטית על פעולות הממשלה והכנסת, על ידי שלילת סמכותם של בתי המשפט לבחון את חוקיותן של פעולות כאמור, ולבטל פעולות והחלטות שאינן חוקיות. חוק זה פוגע פגיעה אנושה בהפרדת הרשויות, חושף את אזרחי המדינה ואת תושביה לעריצותם של האוחזים בכוחות השלטון בממשלה ובכנסת, ועל ידי כך פוגע בזכות האדם לחירות ולצדק משפטי בסיסי.

55. ודוק: באומרי ששום כנסת אינה מוסמכת לחוקק חוקים כאלה, כוונתי לכך שלחקיקתם של חוקים כאמור לא יהא תוקף משפטי גם אם הכנסת תחוקק אותם ברוב של 120:0. חקיקה כאמור תהא בגדר *ultra vires* ובטלה מדעיקרא, בהיותה חורגת מגבולות הסמכות שהוקנתה לכנסת. חקיקה כזאת הופכת את הקערה על-פיה על ידי שינוי יסודות המשפט ואופי המדינה בישראל. שום כנסת לא קיבלה לידיה את הסמכות לחוקק חוקים כאלה.

56. דומני כי לא אטעה אם אומר שעל מסקנתי זו לא ניתן לחלוק לנוכח מהות הסמכות שמועצת העם והכנסות אשר באו אחריה קיבלו לידיהן בייסוד המדינה, כפי שנוסדה במאי 1948. סמכות החקיקה של הכנסת, לרבות הסמכות לכוון חוקי יסוד, אינה בגדר סמכות מוחלטת נטולת סייגים וגבולות, ומעולם לא היתה כזאת. מדובר בסמכות שהוגבלה מעיקרה במסמך מכונן – הכרזת העצמאות, שקבעה את אופייה של מדינת ישראל לנצח-נצחים – אשר העניק לכנסת את סמכות החקיקה ואת הסמכות לכוון חוקה. בכך שונה הכנסת שלנו מהפרלמנט הבריטי אשר קיבל לידי, באופן פורמלי, סמכויות חקיקה בלתי מוגבלות שנכפפו רק לחתימתו הטקסית של הכתר (ראו: A.V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 3-4 (8th ed., 1915)). הכרזת העצמאות הנהיגה במדינתנו משטר דמוקרטי מאוזן ומאזן אשר מכפיף את רצונו של הרוב לחובתו לקיים שוויון, צדק וחירות, לשמור על אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה וכן לכבד את זכותם של יהודים לעלות לישראל ולהפוך לאזרחיה.

57. האם ניתן לשנות את הכרזת העצמאות או לבטלה? שאלה זו עלתה בפסק דינו של השופט נ' סולברג בבג"ץ טבריה. בפסק דיני בבג"ץ טבריה נמנעתי מלתת תשובה לשאלה זו, וגם כאן אמנע מכך. במאמר מוסגר, אעיר כי אני משער שהכרזת העצמאות אינה ניתנת לשינוי בעל תוקף חוקתי, למעט, אולי, במשאל עם וברוב מוחץ של בעלי זכויות ההצבעה. מדובר בסוגיה חוקתית מורכבת ביותר ובעלת השלכות מרחיקות לכת על מבנה השלטון במדינה, על אופייה ועל זהותה. סוגיה קשה זו אינה דורשת הכרעה בענייננו-שלנו, ואין כל סיבה לנסות להכריע בה כאן.



מענה לטענה "אין מה לחשוש, מאחר שהכנסת ממילא לא תחוקק חוקים פוגעניים ודורסניים, כדוגמת אלו שצוינו לעיל"

58. אקדים ואכיר בכך שמן הסתם יהיו כאלה שימאנו לקבל את הגישה הפורמליסטית הנקוטה בידי, ויאמרו את הדברים הבאים: "תנוח דעתך. כל בר-דעת יודע שהכנסת לעולם לא תחוקק את אחד החוקים הפוגעניים והדורסניים שמנית לעיל, ועל כן חששך הוא חשש תאורטי שאינו ראוי לשמש מסד לדיני החוקה של מדינת ישראל בחיי המעשה".

לביקורת זו אבקש לתת שתי תשובות.

59. ראשית, הכלי החברתי ששמו "משפט", ובפרט המשפט החוקתי, צריך להיות פורמלי במידה משמעותית כזאת או אחרת (ראו: Ernest J. Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, 97 YALE L.J. 949, 953-957, 961-971 (1998); Frederick Schauer, *Formalism*, 97 YALE L.J. 509, 520-535 (1998)). לכך יש סיבה תורת-משפטית שקל להבינה: תוציאו את הפורמליות מתוך הפרקטיקה החברתית שנקראת "משפט" ותמצאו את עצמכם במהרה בתוך פרקטיקה אחרת לחלוטין, שבמסגרתה מתקבלים ונאכפים החלטות ופסקי דין של שופטים המבוססים על "נראה לי" ועל "לא נראה לי" – כאשר איש-איש לפי דרכו את הישר בעיניו עושה (במקרה הטוב).

60. שנית, ולענייננו זה העיקר: נורמות חוקתיות, כדוגמת הכרזת העצמאות, נועדו מעיקרן לספק לאזרחים ולאזרחיות הגנת קבע סטרוקטורלית – לא קוניונקטורלית – מפני עריצות השלטון. הגנה חוקתית לא נוצרת אלא כדי לשכון דרך קבע במבנה המשפט והחברה – כדרכם של מלט, בטון וברזל ביסודות הבניין אשר נבנה על-מנת לעמוד על תילו ולא לקרוס.

61. אני מצרף אפוא את דעתי לעמדת חברתי הנשיאה כי "הצורך למנוע מראש תרחישי קיצון עומד ביסוד הסדרים חוקתיים רבים [...]" (ראו: פסקה 93 לפסק דינה של הנשיאה).

הכרזת העצמאות בפסיקתו של בית המשפט העליון

62. בפסק דיני בבג"ץ טבריה, הצבעתי על התקלה שנפלה בהתייחסותו של בית משפט זה למעמדה של הכרזת העצמאות במשפט המדינה. התייחסות זו ניתנה מבלי ליתן כל מעמד, או אפילו אזכור, למסמכי הקמתו של משפט המדינה: המנשר ופקודת סדרי השלטון והמשפט המקורית.

63. כך למשל, בפסקי הדין בהם בית משפט זה התייחס להכרזת העצמאות נקבע כי ההכרזה "מבטאת את חזון העם ואת 'האני מאמין' שלו, אבל אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים, או ביטולם" (ראו: בג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 85, 90 (1948) – פסק הדין הידוע בשם זיו נ' גוברניק; וכך הוא ייקרא להלן); וכי ההכרזה מהווה בסיס לפרשנותם של דברי חקיקה שטעונים פירוש, ותו לא (ראו: בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 885 (1953); בג"ץ 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו (1) 129, 136 (1971)).

64. כמו כן, נקבע אמנם כי אזכור ההכרזה בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מאפשר לראות בה מקור חוקתי עצמאי להכרה בזכויות האדם, אולם הסוגיה הושארה בצריך עיון (ראו: בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ (3) 2, 24-25 (1996); ראו בנוסף: דברי השופט ד' לוין בעניין בנק המזרחי, בעמ' 450-455; בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619, פסקה 40 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2006) (להלן: בג"ץ 6427/02); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית כרך שלישי 305 (1994); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 263-266 (2014); וכן, אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9, 19 (2018)).

65. לצד כל אלה, הבהיר הנשיא מ' שמגר כי "הכרזה זו – היא 'מגילת העצמאות' שלנו, שהיא הן תעודת הלידה והן תעודת הזהות של המדינה כיחידה מדינית, ריבונית ועצמאית" (ראו: עניין בנק המזרחי, בעמ' 309) – אמירה שרואה בהכרזת העצמאות נורמה בסיסית וכן המסד עליו עומד המשפט הישראלי כולו.

בהקשר זה, הפנתי גם לדבריהם הנכונים של המלומדים פרופ' אמנון רובינשטיין ופרופ' ברק מדינה; ואביאם גם כאן:

"מבחינה משפטית פועלה של ההכרזה הוא בשני מישורים עיקריים: ראשית, היא מבטאת את 'הנורמה הבסיסית' של המשפט בישראל; שנית, היא מבטאת את ה'אני מאמין' של העם, ומתווה בכך את אופיה של המדינה" (ראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 37 (2005)).

66. כפי שהסברתי, וכפי שניתן להיווכח מהכתובים, הדעות שהובאו לעיל אינן כוללות התייחסות לאמור במסמכי הקמתו של משפט המדינה – המנשר ופקודת סדרי השלטון והמשפט המקורית – באשר למעמדה המשפטי הפורמלי של הכרזת העצמאות כנורמה בסיסית עליה עומד המשפט הישראלי כולו, וכנורמה מכוננת אשר תוחמת את סמכויות החקיקה של הכנסת. סבורני כי הדבר מחייבנו לתקן את ההלכה הפסוקה ולקבוע במילים מפורשות – בהתאם לאמור במנשר ובפקודת סדרי השלטון והמשפט המקורית – כי הכרזת העצמאות היא הנורמה המשפטית הבסיסית של דיננו אשר יצרה את סמכויות החקיקה של הכנסת ותחמה אותן כפי שתחמה.

67. בפסק דינו בבג"ץ 6427/02, קבע הנשיא ברק כדלהלן:

"יש מקום לתפיסה כי חוק או חוק-יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם" (ראו: שם, פסקה 74; ראו גם: אהרן ברק "הסמכות המכוננת הראשונית וההגבלות המוטלות עליה" משפט ועסקים כח 123, 138-146 (2023)).

עמדה זו, בכל הכבוד, היא נכונה ומקובלת עלי לחלוטין, כל אימת שהיא נסמכת על לשונה של הכרזת העצמאות ועל מובנה המקורי – כפי שעוגנה כנורמת היסוד של המשפט הישראלי במנשר ובפקודת סדרי השלטון והמשפט. זאת דרכו של המשפט החוקתי הפורמלי, וזוהי דרכי-שלי. כפי שכבר ציינתי, "ערכי היסוד" הבלתי פורמליים וכן נורמות מוסריות כאלה או אחרות – נעלים ככל שיהיו – אינם מהווים חלק מהמשפט כאשר אין להם עיגון משפטי-פורמלי; ובוודאי שלא ניתן לשוות להם מעמד של נורמות-על חוקתיות (ראו: *Separation of Law and Morals*, 596-600).

68. בשורה התחתונה, עמדתי באשר למעמדה ולכוחה של הכרזת העצמאות קרובה מאד לדעות שנשמעו מפיהם של הנשיאה א' חיות והשופטים ע' פוגלמן וי' עמית בבג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021), אם כי נבדלת מדעות אלה בבסיסה הפורמלי. כפי שכבר הסברתי, הכרזת העצמאות היא הנורמה הבסיסית הפורמלית של הדין הישראלי

כולו – מעמד שנקבע לה במסמכי ההקמה של המדינה ומוסדותיה: המנשר ופקודת סדרי השלטון והמשפט המקורית. ככל שחבריי דוגלים בהכרה משפטית בערכי היסוד של מדינתנו ללא עיגון פורמלי כאמור, דרכי תישאר נפרדת מדרכם – כאשר שתי הדרכים הללו מובילות בענייננו לאותו מקום (ראו גם: פסקאות 35-36 לפסק דיני בבג"ץ טבריה).

69. חברתי הנשיאה חוזרת בפסק דינה הנוכחי על עמדתה בעניין חסון, לפיה בית משפט זה מוסמך לבחון את תקפותם החוקתית של חוקי הכנסת, לרבות חוקי היסוד, לאור "מאפייני הזהות הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", לאורן של "תפיסות היסוד אשר מלוות את המדינה מראשיתה ועד ימינו אלה" ולאורם של "נתונים קונסטיטוציוניים שעל בסיסם גובשה לכתחילה תורת הרשות המכוננת" (ראו שם, פסקאות 64-66). עמדה זו מקובלת על רוב חברי המותב הנוכחי, אולם אין בידי להצטרף אליה.

70. עם כל הכבוד והיקר, הנני סבור כי סמכות הביקורת השיפוטית שבידינו צרה הרבה יותר מההגדרה שניתנה לה על ידי הנשיאה. האופן שבו הגדירה הנשיאה את היקף הסמכות כאמור אינו מעוגן בשום הוראה פורמלית בת-תוקף חוקתית, ועל כן הוא לוקה בהנחת המבוקש. שופטים ואנשי אקדמיה שדוגלים בגישה זו מניחים – מבלי להישען על שום הסמכה פורמלית או מקור משפטי אחר – כי אופייה הכללי של מדינת ישראל כ"יהודית ודמוקרטית" מסמיך את הערכאות השיפוטיות, ובפרט את בית המשפט העליון, לגזור ערכים כלליים ממאפייני יסוד אלה, למלא ערכים אלה בתכנים קונקרטיים, ואחר-כך לקבוע כי תקפותם של חוקי הכנסת, לרבות חוקי היסוד, תיבחן לאור התכנים הללו במסגרתה של ביקורת שיפוטית. זאת, בשונה מגישה-שלי, אשר משתיתה את סמכות הביקורת השיפוטית על הוראותיהם המפורשות של המנשר ושל פקודת סדרי השלטון והמשפט המקורית, אשר הכפיפו את כלל סמכויות החקיקה של הכנסת, בלשון ברורה וחד-משמעית, לעקרונותיה של הכרזת העצמאות, כדוגמת צדק, שוויון ומדינה יהודית, באופן שמאפשר לכנסת – לה, ולא לנו – למלא עקרונות אלה בתכנים קונקרטיים, כל אימת שהכנסת מאמצת לעצמה את אחד המובנים המקובלים של העקרונות או את אחת התפישות הערכיות שהזינו את קביעתם. כפועל יוצא מכך, בית משפט זה מפעיל את סמכות הביקורת השיפוטית שלו – אשר מהווה חלק מסמכויות השפיטה ואשר מעוגנת כעת בסעיפים 15(ג) ו-15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה – מבלי להיכנס לתוככי הזירה הפוליטית בה מתבצעת הבחירה בין התפישות הערכיות השונות אשר באות למלא את עקרונותיה הכלליים של הכרזת העצמאות בתכנים קונקרטיים. במסגרת זו, סמכות

הביקורת השיפוטית אשר תופעל על ידינו ביחס לחוקים וחוקי יסוד תהא, כל כולה, מכוונת למניעתן של חריגות ממתחם הפעילות הרחב שהכרזת העצמאות הועידה לכנסת.

ההבדל היסודי שבין גישת הנשיאה, שכאמור מקובלת על רוב חברי המותב הנוכחי, לבין גישתי-שלי הוא זה: בשונה מגישת הנשיאה, לפיה היותה של מדינתנו "יהודית ודמוקרטית" מגדיר את היקפה הרחב של הביקורת השיפוטית על חוקים וחוקי יסוד, הנני סבור כי עקרונותיה הכלליים של הכרזת העצמאות – כדוגמת צדק ושוויון – מגדירים את חופש הפעולה של הכנסת בבואה לחוקק חוקים וחוקי יסוד. חופש פעולה זה מותיר בידינו סמכות צרה של ביקורת שיפוטית, אשר תופעל על ידינו רק במקרים של חריגה ברורה מכל המובנים המקובלים של אותם עקרונות כלליים. במילים אחרות: הכנסת היא זאת שמוסמכת להזין את עקרונותיה הכלליים של הכרזת העצמאות בתכנים קונקרטיים – היא, ולא אנחנו. התערבותנו בתכנים שנבחרו על ידי הכנסת תיעשה רק אם נמצאם מנוגדים לכל המובנים האפשריים של העקרונות.

71. בעניינים אלה אעסוק כעת.

גבולות החקיקה של הכנסת תחת הכרזת העצמאות

72. הכרזת העצמאות תחמה והגבילה את סמכויות החקיקה של הכנסת באמצעות מושגים כלליים אשר נוסחו ברמת הפשטה גבוהה, כיאה למסמך חוקתי מייסד. מושגים אלה כוללים, בין היתר, את הדרישה כי המדינה תהא יהודית ופתוחה לעלייה יהודית, ואת הדרישה להבטחתם של חירות, שוויון וצדק, ולמימוש חזונם של נביאי ישראל. דרישות כלליות אלה ניתנות למספר פירושים וניתן לממשן באינסוף דרכים. הבחירה בין פירושים ודרכים אלה הופקדה בידי רשויות השלטון שמנהלות את המדינה, ובראשן הרשות המחוקקת הנבחרת: הכנסת.

73. הכנסת קיבלה אפוא מרחב תמרון רחב-ממדים לחקיקת חוקים ולכינונם של חוקי יסוד. המושגים הכלליים כדוגמת שוויון וחירות היו ונשארו תלויי תפישה ופתוחים לפרשנויות שונות ומנוגדות (ראו: W. B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, PROC. ARIST. SOC. 167 (1956) 56 (להלן: גאליי)). כפועל יוצא מכך, המתחם המושגי שבתוכו הוסמכה הכנסת לפעול מאפשר לה לאמץ כל תפישה של "שוויון", של "חירות" וכיוצא באלה, כל אימת שתפישה זו (conception) עולה בקנה אחד עם מובניהם המקובלים של "שוויון", "חירות" וכיוצא באלה, כמושגי-יסוד בסיסיים (concepts) (ראו

והשוו: Andrei Marmor, *Meaning and Belief in Constitutional Interpretation*, 82 (FORDHAM L. REV. 577, 587-589 (2013)). זאת ועוד: מאחר שמושגים כלליים כאמור נכתבו בהכרזת העצמאות במבט צופה פני-עתידי ומוקמו על ידי מנסחי ההכרזה על פני ציר זמן ארוך בשנים, דומני כי לא אטעה אם אומר שהכנסת הוסמכה לקרוא לתוך המושגים הללו משמעויות חדשות – הנגזרות מתפישות עולם בנות-זמננו – כל אימת שמשמעויות אלו אינן מנוגדות להבנות אשר 1999 את המושגים בהם נעשה שימוש בהכרזת העצמאות בזמן קביעתם (ראו: *Probabilism in Interpretation*, בעמ' 1428).

74. רוחב הסמכה זה של הכנסת, אין פירושו שהכנסת מוסמכת לעשות כל העולה על רוחה ולחוקק כל חוק רגיל או כל חוק יסוד. כפי שכבר צויין על ידי, חקיקת חוקים שמפרים את כל התפישות המקובלות של "שוויון", של "חירות" וכיוצא באלה, תימצא מחוץ לדלת אמות סמכויותיה של הכנסת כמוסד מחוקק וכרשות מכוננת. דוגמאות של חוקים פסולים כאמור כבר ניתנו על ידי, ואין סיבה לחזור עליהן.

75. תוכנות אלה מגדירות את אופייה המוגבל של הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת בכלל ועל חקיקת היסוד בפרט – נושא אליו אני עובר כעת.

#### ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת

76. קיומה של ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת, לרבות חוקי יסוד, נגזרת מהעיקרון של שלטון החוק. עיקרון זה מחייב את אזרחי המדינה ואת רשויותיה – לרבות הכנסת בכבודה ובעצמה – להקפיד שלא לחרוג משורת הדין. כפי שהזדמן לי לומר בהקשר אחר, "כולנו מרכינים את ראשינו בפני הדין, ואילו הדין אינו מרכין את ראשו בפני איש" (ראו: בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקה 40 לפסק דיני (18.1.2023) (להלן: עניין שיינפלד)). בדיקת קיומן של חריגות משורת הדין מצויה בסמכותם של בתי המשפט, אשר אמונים על אכיפתו של עיקרון שלטון החוק (ראו: Joseph Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, in *THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY* 217 (2d ed., 2009)). בדיקה כאמור היא חלק אינטגרלי מסמכות השפיטה שהופקדה בידי בתי המשפט השונים בסעיף 1 לחוק-יסוד: השפיטה.

77. סעיפים 15(ג) ו-15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה מסמיכים בית משפט זה להעמיד תחת שבט ביקורתו את פועלן של כל רשויות המדינה, ובכללן הכנסת כמוסד מחוקק (ראו: בג"ץ 325/85 מיערי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 122, 129-128 (1985); בג"ץ

1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 700, 661 (1995); בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 157-158 (1985); ובג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקה 41 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (6.8.2017)). ברם, בעניין זה יש להבחין בין סמכות הביקורת השיפוטית האמורה לבין עילות הביקורת והיקפה. כפי שאראה להלן, מדובר בסמכות כללית שבצדה עילות ביקורת והתערבות צרות ומוגדרות.

78. למשל: כפי שכבר צויין על ידי, הכנסת אינה מוסמכת לחוקק חוק שסותר את האמור בהכרזת העצמאות – מעשה חקיקה כזה יהא בגדר חריגה מסמכות הכנסת. אולם, בבואה לחוקק חוקים, הכנסת סוברנית לבחור כל תפישה מקובלת של חירות, של שוויון ושל צדק חברתי מבין התפישות הרבות הקיימות. בבחירה ערכית זו לא נתערב, שכן הקביעה באיזו תפישה מוסרית, ערכית או מדינית תבחר הכנסת צריכה להיעשות "ביום הבוחר, ולא ביום העתיד" (ראו: בג"ץ 5004/14 ג'קלין נ' משרד החינוך, פסקה 4 לפסק דיני (7.8.2019)).

79. סמכותנו להכריז על סתירה בין דבר חקיקה של הכנסת לבין הכרזת העצמאות, ועל בטלותו של דבר החקיקה בשל סתירה כאמור, היא סמכות מתוחמת על ידי רוחב הפס הערכי שניתן לכנסת במסגרת המושגים "שוויון", "חירות", "צדק" וכיוצא באלה. כל אימת שהכנסת בוחרת לאמץ לעצמה את אחת התפישות המקובלות של אותם המושגים – "מושגי המחלוקת", כתיאורו של גאליי – לא יהא בידינו להתערב בבחירתה. הכנסת היא זאת שמוסמכת ליתן משמעות למושגי המחלוקת הערכיים ועל ידי כך לקבוע הסדרים ראשוניים. היא – ולא אנחנו. קביעת הסדרים ראשוניים כאמור צריכה לעמוד אך ורק במבחן הבוחרים בגדרן של בחירות לכנסת, ולא במבחן השופטים במסגרתה של ביקורת שיפוטית. מטרתה של ביקורת שיפוטית על קביעת ההסדרים הראשוניים על ידי הכנסת אינה אלא זאת: שמירה על כללי המשחק הפוליטי, שעיקרה מניעת חריגות ממתחם הפעילות הרחב של הכנסת אשר הוגדר בהכרזת העצמאות ובחוקי היסוד. בבואנו להפעיל ביקורת שיפוטית כאמור, שומה עלינו להבטיח כי כללי המשחק הפוליטי, שעיקרם נקבע בהכרזת העצמאות ובחוקי היסוד, נשמרים על ידי השחקנים שפועלים בזירה הפוליטית. זאת, מבלי שבית המשפט יורד אל הזירה הפוליטית ונוטל חלק במשחק.

80. כפי שכבר צויין על ידי, האמור לעיל חל הן על חקיקת חוקים רגילים והן על כינונם של חוקי יסוד. חוק רגיל שתואם את אחת התפישות המקובלות של "שוויון", "חירות", "צדק" וכיוצא באלה, לא יעמוד בסתירה להכרזת העצמאות ולא ייפסל; וכך הוא גם לגבי חוקי יסוד. חוק רגיל אשר ימצא מנוגד לכל אחת ואחת מהתפישות המקובלות של

"שוויון", "חירות", "צדק" וכיוצא באלה, ייפסל גם ייפסל; והוא הדין לגבי חוקי יסוד. ודוק: צמד המילים "חוק יסוד" אינו בגדר סיסמא או מילת קסם, אשר פוטרת את הכנסת מחובתה להתאים את מכלול מעשי החקיקה שלה להכרזת העצמאות, כמסד של כלל החוקים לפיהם פועלת המדינה. כפועל יוצא מכך, חוק שסותר את הכרזת העצמאות הוא חוק שחוקק בחוסר סמכות, ואשר יבוטל במסגרת ביקורת שיפוטית גם אם הכנסת בחרה לכנותו בשם "חוק יסוד".

#### כינון חוקי היסוד

81. ליבון יסודי של כינון חוקי היסוד והיבטיו החוקתיים אינו דרוש להכרעה בעתירות שלפנינו, ועל כן אתייחס לנושא זה בקיצור נמרץ – זאת בכדי לא להשאיר את תמונת המצב החוקתי שתיארתי בלתי שלמה ולוקה בחסר.

82. כפי שכבר צויין על ידי, חוקי היסוד שלנו כוננו על ידי הכנסת בעקבות החלטת הררי. הדבר נעשה מבלי שקדם לכך כינונו של חוק-יסוד: החקיקה. כפי שציין, בצדק רב, הנשיא א' ברק, ככה לא בונים חוקה: כינון חוקי יסוד בלא תשתית נורמטיבית שנדרשת לכינונם הוא בגדר תקלה (ראו: ברק, מבחר כתבים, בעמ' 161). כמו הנשיא ברק, גם אני סבור כי תקלה זו אינה מאיינת את כוחם החוקתי של חוקי היסוד שכבר נמצאים עמנו. הכנסת – ובדומה לה, גם העם – קיבלו את חוקי היסוד ככאלה (ראו: שם). כפי שנפסק בעניין בנק המזרחי, לחוקים אלה יש מעמד חוקתי בשני מובנים. ראשית, אין לתקן או לשנות חוק יסוד אלא בדרך שהותוותה בו וברוב הדרוש של חברי הכנסת (ראו: עניין בנק המזרחי, בעמ' 320-322). ושנית, חוק רגיל אשר יימצא סותר את הוראת חוק היסוד הוא חוק שאין לו תוקף ועלינו להכריז על בטלותו (ראו: עניין בנק המזרחי, בעמ' 277).

83. ברצוני להציג את התקלה שנפלה בכינון חוקי היסוד ואת תיקונה מכללא במילים שונות מאלו של הנשיא ברק. ההסמכה לכונן חוקי יסוד, אשר ניתנה לכל כנסת וכנסת, כאמור בהחלטת הררי, כללה בתוכה הסמכה נלווית לקבוע את כללי הכינון של חוקי היסוד: כללים שעניינם הרוב הדרוש לכינון, עבודות ההכנה וכיוצא באלה. הכנסת דילגה על כינון הכללים הללו וכוננה שורה ארוכה של חוקי יסוד, מבלי להידרש לסוגיות שכללי הכינון אמורים היו להסדיר – כדוגמת הקוורום והמספר האבסולוטי של חברי כנסת שאמורים לתמוך בחוק יסוד כזה או אחר.



84. לטעמי, מדובר בפגם רציני אשר מזכיר במידת-מה את הפגם שנפל בכינונו של אחד מתיקוני החוקה האמריקנית החשובים ביותר: התיקון הארבעה-עשר, שעניינו הבטחת הליך משפטי הוגן לכל אזרחית ואזרח. תיקון זה כונן מבלי להקפיד על הפרוצדורה שנועדה להבטיח את תמיכתן של 3/4 מהמדינות המשתתפות בהליך – תקלה שבעטיה נראה היה שהרוב הדרוש לא הושג. חרף זאת, מזכיר המדינה נתן את אישורו לכך שהתיקון כונן כדת וכדין, ולאחר מכן אומץ התיקון כבר-תוקף על ידי כל מוסדות המדינה, לרבות בית המשפט העליון של ארצות הברית (ראו: ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW 14-16 (5th ed., 2015); וכן Coleman v. Miller, 307 U.S. 433, 448-450 (1939)).

85. בדומה לכך, גם במחוזותינו איש אינו מפקפק בתקפותם של חוקי היסוד אשר כוננו בלי להידרש לכללי הכינון. חוקים אלה הם חוקי יסוד שרירים וקיימים, ולא נביט עוד לאחור. מה שנעשה נעשה, ולא נפחית מתוקפם של חוקי היסוד אשר כוננו ללא קביעה מוקדמת של כללי הכינון.

86. עם זאת, סבורני כי אין כל סיבה שנכפה על עצמנו גם בעתיד את התקלה החוקתית שאירעה. כאמור, הסמכות לכונן חוקי יסוד עברה מכנסת לכנסת, ועל כך אין חולק. ברם, כפי שכבר צויין על ידי, סמכות זו לא עברה מכנסת לכנסת בגפה. יחד עמה הועברה לידי הכנסת סמכות נוספת: הסמכות הנלווית לקבוע את כללי כינונם של חוקי היסוד הן מבחינת הפרוצדורה החקיקתית, והן מבחינת מספר חברי הכנסת שיידרשו לתמוך בחוק יסוד כדי שזה ישמש חוק יסוד בעל מעמד חוקתי. סמכות נלווית זו ניתן היה להפעיל – אחת ולתמיד – על ידי כינונו של חוק-יסוד: החקיקה, דבר שמן הסתם לא נעשה. כמו כן, סמכות כאמור ניתן היה להפעיל אד-הוק עובר לכינונו של כל חוק יסוד, דבר שאף הוא לא נעשה. במבט צופה פני-עתיד, ספק בעיניי אם יהא זה נכון מבחינתנו ליתן הכרה חוקתית לחוק שנושא תווית של "חוק יסוד" אשר כונן ללא פרוצדורת כינון מיוחדת.

87. ההוראה נושא דיוננו, אף היא סובלת מאותו כָּשָׁל פרוצדורלי עליו הצבעתי. אולם, עמדתי היא כי עלינו להקפיד על דרכי הכינון של חוקי יסוד רק מכאן ואילך – דרישה שאינה חלה על חוקי היסוד שכבר כוננו.

אי-סבירות קיצונית כעילה להתערבות בתי המשפט בהחלטותיהן של רשויות המינהל הציבורי

88. בעניינה של אי-סבירות קיצונית כעילה להתערבותם של בתי המשפט בהחלטות הרשויות השונות, לרבות אלו של הממשלה (להלן: דוקטרינת הסבירות), קיימות שלוש גישות עקרוניות בקרב שופטי בית המשפט העליון.

89. הגישה הראשונה נקוטה בידי רוב השופטים, ואותה אכנה, לסירוגין, בשם גישת הרוב או נוסחת דפי זהב, בהתאמה לשמו של פסק הדין מפיו של השופט ברק, שייסד גישה זו (ראו: בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 439-447 (1980)). לפי גישת הרוב, אי-סבירות קיצונית מהווה עילה עצמאית להתערבותו של בית המשפט בהחלטת הרשות ולפסילתה. אימתי תיחשב ההחלטה בלתי סבירה "במידה קיצונית"? לפי גישת הרוב, לתוצאה זו אפשר שנגיע גם כאשר הרשות פועלת בהתאם לכללי הצדק הטבעי, בתום לב וללא אבק של שרירות, שוקלת את כל השיקולים שממין העניין – ורק אותם, ואינה מפלה איש לרעה או לטובה. אם הרשות נתנה לאחד השיקולים ששקלה משקל שסוטה באופן קיצוני מהמשקל הראוי, למעלה או למטה, בפנינו החלטה שנפגמה בחוסר סבירות קיצוני אשר יורד לשורש העניין, ודינה בטלות (מלאה או יחסית) (ראו, מני רבים: דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל, פסקאות 12-14 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (15.12.2021) (להלן: עניין רותם)).

90. הגישה השנייה, היא גישתו של השופט סולברג (להלן: גישת סולברג). לפי גישת סולברג, נוסחת דפי זהב רחבה יתר על המידה, ויש להעמיד תחתיה את המבחנים הבאים:

א. האם רשות מינהלית סבירה יכלה לקבל את ההחלטה שעומדת לביקורת שיפוטית? אם כן, אזי אין לפנינו החלטה בלתי סבירה.

ב. כדי להוכיח ששום רשות מינהלית סבירה לא הייתה מקבלת החלטה כאמור, נדרשים "נתונים מוחצים", להבדיל מהפרשי המשקל עליהם מבוססת נוסחת דפי זהב.

(ראו: נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18 (2019) (להלן: סולברג); רע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רותם, פסקה 37 לפסק דינו של השופט סולברג (5.5.2020); דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פסקה 6 לפסק דינו של השופט סולברג (4.7.2021); בג"ץ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך, פסקה 6

לפסק דינו של השופט סולברג (29.3.2022); בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פסקה 15 לפסק דינו של השופט סולברג (1.3.2016); דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פסקה 36 לפסק דינו של השופט סולברג (26.10.2017).

מבחנים אלה נועדו, בין היתר, לאפשר ביקורת שיפוטית יעילה גם כאשר קיים מחסור בראיות (ראו: סולברג, בסמוך לה"ש 30). פרמטר נוסף זה יוצר חפיפה רבה, אם כי לא מלאה, בין גישת סולברג לבין גישתי, שאותה אציג כעת.

91. הגישה השלישית – גישתי שלי – תיקרא הגישה הראייתית מטעמים שאבארם מיד. גישה זו מחזירה את דוקטרינת הסבירות מנוסחת דפי זהב אל ראשית דרכה ואל מקורה במשפט המקובל האנגלי.

להלן עיקרי הגישה הראייתית כפי שנזדמן לי להסביר:

"בראשית דרכה, דוקטרינת הסבירות הועדה לפעול במתכונת שיורית וצנועה, כמעין חזקה משפטית בדבר קיומם של שיקולים זרים, שרירות-לב או פגם חמור אחר בהחלטה מינהלית – זאת, כאשר ניכר היה שההחלטה נפגמה בפגם חמור כלשהו שאותו אין אפשרות להוכיח בשל מחסור בראיות או מסיבה אחרת. באין אפשרות להוכיח את מהותו של הפגם, אפשרה הדוקטרינה לפסול את ההחלטה המינהלית בשל היותה – על פניה – בלתי סבירה בעליל, או בלתי סבירה באופן קיצוני [...] מתכונת זו של הפעלת הדוקטרינה היתה זהה מבחינה פונקציונלית לפועלו של הכלל 'הדבר מעיד על עצמו' בגדרם של דיני הנזיקין, אשר מאפשר לתובע לבסס את טענתו בדבר התרשלות הנתבע מבלי להוכיח את פרטי ההתרשלות בנסיבות מהן עולה – במאזן ההסתברויות – כי הנתבע התרשל בדרך כלשהי ועל ידי כך גרם נזק לתובע [...] מתכונת זו אפיינה את הפעלת הדוקטרינה בארץ מולדתה – בריטניה" (ראו: עניין רותם, פסקה 3 לפסק דיני; ההדגשה הוספה, והציטוטים הפנימיים הוסרו – א.ש.).

ובמקום אחר:

"הנני מתנגד להפעלתה של דוקטרינת הסבירות במתכונת שכיניתה 'המשפט זה אני', במסגרתה בית המשפט מעמיד את איכות השיקולים אשר נשקלו על ידי הרשות עובר לקבלת החלטתה לבחינה מוסרית-ערכית משל עצמו. התערבות זו בשיקול הדעת המינהלי אינה מקובלת

עלי כלל ועיקר. לטעמי, דוקטרינת הסבירות מעמידה לרשותנו כלל שיורי שפועלו זהה מבחינה פונקציונלית לפועלו של הכלל 'הדבר מעיד על עצמו' בגדרם של דיני הניקין, אשר מאפשר לתובע לבסס את טענתו בדבר התרשלות הנתבע מבלי להוכיח את פרטי ההתרשלות בנסיבות מהן עולה – במאזן ההסתברויות – כי הנתבע התרשל בדרך כלשהי, שאינה ידועה, ועל ידי כך גרם נזק לתובע [...]. בדומה לכך, דוקטרינת הסבירות קובעת כי החלטה מינהלית אשר נראית, על פניה, בלתי סבירה במידה קיצונית היא החלטה שלבטח לוקה באחד הפגמים היסודיים כדוגמת שרירות, שיקולים זרים והפליה, וזאת על אף שקיומו של פגם כגון דא איננו גלוי לעין [...] בפועלה במתכונת שיורית זו, דוקטרינת הסבירות מביאה תועלת חברתית מרובה: היא מספקת לבתי המשפט כלי יעיל והכרחי לביקורת שיפוטית תחת חוסר ודאות ואינה מאפשרת לרשויות השלטון להסתיר את קלקלתן על ידי ניצול של עמימות המסד העובדתי. טוב אפוא נעשה אם נשמרה במתכונת זו. במקרה שלפנינו, סבורני כי היזקקות לדוקטרינת הסבירות אינה נדרשת" (ראו: עניין שיינפלד, פסקה 35 לפסק דיני; ההדגשה הוספה, והציטוטים הפנימיים הוסרו – א.ש.).

92. כפי שניתן להבין מציטוטים אלה, הגישה הראייתית – כשמה כן היא – נטועה בדיני ראיות, ולא במשפט מהותי. גישה זו אינה רואה בחוסר סבירות קיצוני עילה עצמאית להתערבות בהחלטת הרשות, וממילא אינה נכנסת לבדיקת המשקלים השונים שהרשות בחרה לתת לשיקולים ששקלה עובר לקבלת החלטתה (בדיקת הסבירות "האיזונית", כתיאורה על ידי בא-כוח היועצת המשפטית לממשלה). גישה זו בוחנת את החלטת הרשות כולה כאשר היא מציגה, ביחס להחלטה זו, שאלה אחת בלבד: האם עסקינן בהחלטה מתקבלת על הדעת על-פניה? אם המענה לשאלה זו הוא שלילי, ברי הוא כי לפנינו החלטה שלבטח נפגמה בפגם כלשהו כדוגמת שרירות, זדון, חוסר תום לב, שיקולים זרים, התעלמות משיקול ענייני או הפליה. בדרך זו, חוסר סבירות קיצוני מוכיח את קיומו של אחד הפגמים הקונקרטיים בהחלטת הרשות. הוכחה זו, משמעה החלטה שהרשות כלל לא היתה מוסמכת לקבל (ultra vires). זאת, מאחר שהקניית הסמכות לרשות אינה כוללת סמכות לקבל החלטות מתוך שרירות, זדון, חוסר תום לב, שיקולים זרים והפליה פסולה, או תוך התעלמות משיקול ענייני (ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית א' 154 (1996); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי ב' 619 (2010)). הקניית סמכות כאמור לרשות מן הסתם גם אינה מכילה בחובה הסמכה לקבל החלטות אבסורדיות שהדעת אינה סובלת.

93. היבט זה של דוקטרינת הסבירות הוסבר היטב בפסק דינו של השופט צ' ברנזון בע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג(2) 1026,

1032-1037 (1959) (להלן: עניין דיזנגוף) – פסק הדין אשר ייבא את דוקטרינת הסבירות מהמשפט המקובל האנגלי במתכונתה הישנה והטובה, לפני ששונתה על ידי נוסחת דפי זהב.

ואלה הם דברי השופט ברנזון בעניין דיזנגוף:

“ענייני הסבירות והחריגה מהסמכות כרוכים [...] זה אחר זה [...] ובכן, קשה להבדיל באופן מהותי בין מבחן הסבירות לבין המבחנים האחרים המקובלים לפסילת אקט מינהלי כמו חוסר-תום-לב, נקיטת שיקולים בלתי כשרים, השגת מטרה זרה לענין, וכו', שכולם אינם אלא צורות שונות לבדיקת ענין החריגה מסמכות. ייתכן שהשם המשותף היא לכל הסוגים האלה של חריגה מסמכות הוא 'עיוות הסמכות', מה שנקרא בפי הצרפתים *détournement de pouvoir* ובפי האנגלים *abuse of power* [...]” (ראו: שם, בעמ' 1038-1037).

94. החלטתי לאמץ את הגישה הראייתית לדוקטרינת הסבירות נבעה לא רק מיתרונותיה ככלי עבודה שיפוטי שמאפשר ביקורת שיפוטית יעילה על החלטות רשות שלטונית במצבים של אי-ודאות באשר למה שמסתתר מאחורי החלטת הרשות. החלטתי זו נבעה מסיבה נוספת, והיא: שלילתה של דוקטרינת הסבירות במתכונת של “המשפט זה אני”. כאשר בית משפט מפעיל את נוסחת דפי זהב וקובע כי הרשות סטתה במידה קיצונית – כלפי מעלה או כלפי מטה – במתן משקל יחסי לאחד השיקולים ששקלה, הוא גם קובע, מניה וביה, עמדה ערכית באשר למשקלו הראוי של אותו שיקול. לטעמי, קביעתו של משקל ראוי כאמור היא עניינה הבלעדי של הרשות, ולא עניינו של בית המשפט, ועל כן היא חורגת מגבולות המותר בביקורת שיפוטית על החלטות השלטון. מסיבה זו, הנוסחה של דפי זהב, אשר הרחיבה את דוקטרינת הסבירות המקורית – כפי שאומצה במשפטנו בפסק הדין בעניין דיזנגוף – אינה מקובלת עלי ועל חברי, השופט סולברג.

95. בעניין אחרון זה, השופט סולברג ואנוכי נשארנו בדעת מיעוט, ופסיקותינו לא היו לחלק מהדין הישראלי הנוהג – לפחות עד לחקיקת ההוראה נושא דיוננו.

96. הדין האנגלי, ממנו שאבנו את דוקטרינת הסבירות המקורית, קובע דברים דומים. דין זה נוסד בהלכת ונטבורי הידועה: *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.* [1948] 1 K.B. 223. הלכת ונטבורי קבעה כי החלטת רשות יורדת למצולותיה של אי-סבירות קיצונית בהתקיים נסיבות שמטילות עליה דופי ברמה של

"something overwhelming" (ראו: שם, בעמ' 229) – "מוחץ", לפי מינוחו של השופט סולברג. נסיבות-קצה כאמור נמשלו על ידי המלומד סטנלי דה-סמית, אחד מענקי המשפט המינהלי, לפיטוריה של מורה מבית ספר ציבורי בשל שיערה הג'ינג'י ("such as DE SMITH'S (a teacher being dismissed on the ground of her red hair" (ראו: JUDICIAL REVIEW 551 (6th ed. 2007) (להלן: דה-סמית)). דוגמא נוספת לחוסר סבירות קיצוני היא החלטת רשות שמזמינה תגובה מיידית "My goodness, that is certainly wrong!" (ראו: דה-סמית, בעמ' 554). הגדרות נוספות של "חוסר סבירות קיצוני", אשר הופיעו בפסיקתם של בתי המשפט הבריטיים הן "outrageous", "absurd", "perverse" ו-"irrational" (מעוות, אבסורדי, שערורייתי ובלתי רציונלי) (ראו: דה-סמית, בעמ' 553).

97. כפי שהוסבר בהלכת ונטבורי, התקיימותה של אי-סבירות קיצונית מצביעה מניה וביה על כך שהחלטת הרשות נפגמה באחד הפגמים הקונקרטיים, כדוגמת "שיקולים זרים", "שרירות" או "חוסר תום-לב", שגורר אחריו ביקורת שיפוטית:

"There have been in the cases expressions used relating to the sort of things that authorities must not do [...] Bad faith, dishonesty – those of course, stand by themselves – unreasonableness, attention given to extraneous circumstances, disregard of public policy and things like that have all been referred to, according to the facts of individual cases, as being matters which are relevant to the question. If they cannot all be confined under one head, they at any rate, I think, overlap to a very great extent [...]"

It is true the discretion must be exercised reasonably. Now what does that mean? [...] It has frequently been used and is frequently used as a general description of the things that must not be done. For instance, a person entrusted with a discretion must, so to speak, direct himself properly in law. He must call his own attention to the matters which he is bound to consider. He must exclude from his consideration matters which are irrelevant to what he has to consider. If he does not obey those rules, he may truly be said, and often is said, to be acting 'unreasonably'. Similarly, there may be something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority. Warrington L.J. in *Short v. Poole Corporation* [1926] Ch. 66, 90, 91 gave the

example of the red-haired teacher, dismissed because she had red hair. That is unreasonable in one sense. In another sense it is taking into consideration extraneous matters. It is so unreasonable that it might almost be described as being done in bad faith; and, in fact, all these things run into one another".

(ראו: הלכת ונסבורי, בעמ' 228-229).

לנוכח חפיפה כאמור, אין ספק בכך שתבחיני "אי-הסבירות" אשר נקבעו בהלכת ונסבורי נועדו לאפשר לשופטים לזהות החלטות קיצוניות שלבטח נפגמו בשרירות, בחוסר תום-לב, בשיקולים זרים או בפגם קונקרטי אחר שנאסר על ידי המשפט המינהלי (ראו: דה-סמית, בעמ' 553). מכאן הזיקה בין הלכת ונסבורי לגישה הראייתית בה אני מצדד.

98. זיקה זו משקפת את הפרקטיקה הנהוגה בבתי המשפט האנגליים. במסגרתה, היותה של החלטת הרשות בלתי הגיונית או בלתי סבירה על-פניה מעבירה אל הרשות את הנטל להוכיח כי ההחלטה התקבלה כדבעי, ללא שום שרירות ומתוך שיקולים ענייניים (ראו: Paul Daly, *Wednesbury's Reason and Structure*, 2 PUB. LAW 238 (2011)).

99. זאת ועוד: גם בגדרי המשפט האנגלי נשמעה התנגדות נמרצת – הוזה במהותה להתנגדותי שלי – להפעלתה של דוקטרינת הסבירות במתכונת של "המשפט זה אני". התנגדות זו באה מפיהם של פרופ' ג'פרי ג'ואל, אחד מגדולי המומחים האקדמיים במשפט המינהלי, ושל הלורד לסטר, שופט לשעבר בבית הלורדים (כיום בית המשפט העליון) של בריטניה הגדולה (The Wednesbury test, because of its vagueness, allows judges to obscure their social and economic preferences more easily than would be possible were they to be guided by established legal principle" :ראו: Lord Lester & Jeffrey Jowell, *Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law*, PUB. LAW 368, 372 (1987)).

מן הכלל אל הפרט

100. הוראת חוק-יסוד: השפיטה, עליה מלינות העתירות שלפנינו, קובעת כך:

“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 ההחלטה 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”.

101. אליבא דעותרים, הביטוי “לא ידון בעניין סבירות ההחלטה”, פירושו חסינות מלאה, או כמעט-מלאה, של החלטות הממשלה, ראשה ושריה מביקורת שיפוטית. זה”כ שמחה רוטמן, שטען לפנינו מטעם ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, שבראשה הוא עומד, אישר שזאת אכן היתה כוונתם של הוגי ההוראה החוקתית החדשה.

102. אודה ולא אכחד: אילו סברתי, כפי שסבורים חבריי, הנשיאה חיות והשופט י’ עמית, כי זאת אכן פרשנותה הנכונה של ההוראה נושא דיוננו – פרשנות שלמעשה מעקרת את הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה, ראשה ושריה – לא הייתי מהסס לקבוע כי הכנסת לא היתה מוסמכת לכונן את ההוראה וכי הכותרת “חוק יסוד” אין בה כדי לרפא את חוסר הסמכות ולהציל את ההוראה מביטולה. פשיטא הוא, לטעמי, כי ביטול הביקורת השיפוטית על החלטות ממשלה אינו עולה בקנה אחד עם שום תפישה מקובלת של “צדק” ושל “חירות” שהובטחו לנו, כאזרחי מדינה בני חורין, בהכרזת העצמאות (ראו והשוו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית ג 1587-1591 (2014)). העדרה של ביקורת שיפוטית כאמור, משמעה כפיפות מוחלטת של האזרח לכל החלטה מעשה ידי הממשלה, ראשה ושר משריה; וכפיפות זו, פירושה העדר חירות והיעדר גישה לצדק המשפטי שבתו המשפט שלנו מצווים לספק לאזרחי המדינה (ראו: Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16, 30-33 (1913)). אשר על כן, הוראה שמתיימרת לבטל ביקורת שיפוטית על החלטות ממשלה או על החלטותיהן של רשויות אחרות, או להפוך ביקורת שיפוטית לבלתי אפקטיבית – מקומה לא יכירנו בספר החוקים של מדינת ישראל.

103. ברם, פרשנות זו של ההוראה נושא דיוננו אינה נכונה. הנני סבור כי ההוראה נושא דיוננו מבטלת אך ורק את נוסחת דפי זהב – דוקטרינה משפטית שכונתה על ידי היועצת המשפטית לממשלה כדרישת “הסבירות האיזונית”. במילים אחרות, ההוראה נושא דיוננו עושה דבר אחד בלבד: היא מבטלת את “אי-הסבירות” כעילה עצמאית להתערבותנו בהחלטות הממשלה, ראשה ושריה – זאת, תוך שמירה מלאה על ביקורת שיפוטית שמונעת על ידי עילות התערבות אחרות, כדוגמת שרירות, חוסר תום-לב, הפליה, שיקולים זרים, אי-שקילת שיקולים מהותיים והפרת כללי הצדק הטבעי אשר כוללים את



זכות הנפגע הפוטנציאלי לשימוע ואיסור על משוא פנים. בעניין זה, דעתי היא כדעתה של חברתי, השופטת י' וילנר.

104. ההוראה נושא דיוננו לא באה לחסום שום טענה שמייחסת להחלטת ממשלה, במסגרתה של ביקורת שיפוטית, שרירות, חוסר תום-לב, הפליה, שיקולים זרים, אי-שקילת שיקולים מהותיים או הפרת כללי הצדק הטבעי, ומן הסתם אינה מונעת את הוכחת הפגמים האמורים על ידי היות ההחלטה מעוותת, אבסורדית ומופרכת על-פניה (קרי: החלטה שעל-פניה אינה סבירה במידה קיצונית). הווה אומר: ההוראה נושא דיוננו משמרת את הגישה הראייתית להפעלתה של דוקטרינת הסבירות, שלטעמי מהווה כלי יעיל ועוצמתי די הצורך להפעלתה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית. לפי גישה זו, היותה של החלטת ממשלה מעוותת, אבסורדית, מופרכת על-פניה – וכפועל יוצא מכך, בלתי סבירה במידה קיצונית – מוכיחה כי ההחלטה נפגמה באחד הפגמים האמורים, על כל המשתמע מכך.

105. ההוראה נושא דיוננו אינה אוסרת אפוא על שימוש ראיתי באי-סבירות ההחלטה המינהלית; וגם אילו היה בה איסור כזה, בנקל היינו מחליפים את המילים "חוסר סבירות קיצוני" ב"עיוות מהותי", "מופרכות", "אבסורדיות" או "היעדר רציונליות" – שהרי אלו הם ביטויים נרדפים. מצב משפטי זה דומה למצבם המשפטי של דיני הנזיקין הקנדיים בעקבות ביטולו של הכלל "הדבר מעיד על עצמו" (*res ipsa loquitur*) כבסיס לזיהוי התרשלות אצל הנתבע. בית המשפט העליון הקנדי ביטל כלל זה ככלל של דין מהותי וכעילה עצמאית לקביעת התרשלות, בקבעו כי הכלל אינו נחוץ, תוך שהוא מבהיר כי האירוע הטיפוסי אשר הפעיל את הכלל – גרימת נזק לתובע על ידי חפץ שבשליטת הנתבע, תאונה שברגיל לא מתרחשת באין התרשלות מצד הנתבע – ימשיך לשמש כראיה נסיבתית להוכחת ההתרשלות (ראו: *Fontaine v. British Columbia* [1998] 1 SCR 424).

106. אמור מעתה: המילים "לא ידון בעניין סבירות ההחלטה", בהן עשתה הכנסת שימוש בהוראה נושא דיוננו, משמען שבית משפט זה לא ידון בעניין סבירותה של החלטה כאמור כנושא עצמאי בהתאם לנוסחת דפי זהב. מילים אלה לא אוסרות על בית המשפט לראות בעיוות מהותי שדבק בהחלטת ממשלה, בהחלטת ראש הממשלה או בהחלטת שר משרה אינדיקציה לכך שההחלטה נפגמה בשרירות, בחוסר תום-לב, בהפליה, בשיקולים זרים, באי-שקילת שיקולים מהותיים או בהפרת כללי הצדק הטבעי. קיומה של סמכות כאמור, משמעה כי יש בידינו ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות הממשלה, ראשה ושריה. היקפה של ביקורת זו פחת אמנם בעקבות ביטולה של נוסחת דפי זהב, אולם אין מדובר בפחות שעולה כדי סתירה להכרזת העצמאות וכדי פגיעה בנורמות חוקתיות מחייבות.

107. על כך שההוראה נושא דיוננו מבטלת אך ורק את נוסחת דפי זהב ניתן ללמוד בבירור מדברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות) ה"ח 110 (למעשה, מדובר בתיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה. הטעות במקור – א.ש.).

ואלה הם הדברים שנכתבו שם:

"בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות המדינה בהתאם להוראות סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה.

[...]

מכוח סמכות זו, עורך בית המשפט ביקורת מינהלית על פעולות הרשות המבצעת. התפתחות עילות של הביקורת המינהלית נעשתה בעיקרה בפסיקה, ובכלל זה התפתחה עילת הסבירות. כיום עילה זו מאפשרת לבית המשפט לפסול החלטה מינהלית הלוקה בחוסר סבירות במובן זה שהיא אינה נותנת 'משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה' (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1), 437 421 (1980)), וזאת כשמדובר ב'חוסר סבירות מהותי או קיצוני' (שם, שם).

על השימוש בעילת הסבירות במובנה זה, ובפרט על החלת עילת הסבירות בנוגע להחלטות של הדרג הנבחר, נטען בין היתר כי קביעת האיזון הערכי בין השיקולים השונים הנוגעים להחלטה מינהלית צריכה להיות נתונה לנבחרי הציבור ולא לבית המשפט. לפיכך מוצע לקבוע בחוק-יסוד: השפיטה כי רשות שיפוטית לא תוכל לדון בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה במליאתה, של ראש הממשלה או של שר אחר וכן של נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, או להוציא צו כלפי דרג נבחר בעניין סבירות החלטתו.

יצוין כי אין באמור כדי להגביל את סמכותו של בית המשפט לדון או להוציא צו בשל עילות אחרות של ביקורת מינהלית [...]" (ראו: שם; ההדגשות הוספו – א.ש.).

108. עינינו הרואות כי בדברי ההסבר של ההוראה נושא דיוננו, בצינו את המושג "עילת הסבירות", המחוקק ביקש להתייחס למובנה הרחב של עילת הסבירות – קרי: לנוסחת דפי זהב – ולמובן זה בלבד. לא בכדי נקט המחוקק בצמד המילים "במובנה זה" בהדגישו כי עסקינן בעילת הסבירות כפי שזו נקבעה בהלכת דפי זהב. כידוע, חזקה היא כי המחוקק אינו משחית את מילותיו לריק. אשר על כן, כל פרשנות אחרת למילות החוק

– ובכלל זאת פרשנות אשר מבטלת את עילת הסבירות במובנה הראייתי – אינה עולה בקנה אחד עם דברי ההסבר להוראה נושא דיוננו ואינה מקובלת עליי.

109. חברי הכנסת שהצביעו בעד כינונה של ההוראה נושא דיוננו העמידו לנגד עיניהם את הנוסח שנחקק ואת דברי ההסבר שליוו נוסח זה. הנוסח שנחקק ודברי ההסבר שליוו אותו מאמתים את מסקנתי הפרשנית ושוללים את עמדת העותרים ואת עמדתו של חה"כ רוטמן.

110. בנקודה זו, אבקש לחלוק על עמדתה של חברתי הנשיאה אשר מאמצת את פרשנות העותרים לנוכח עמדתו של חה"כ רוטמן ועמדתם של היועצים המשפטיים שליוו את תהליך חקיקתה של ההוראה נושא דיוננו. הנשיאה סבורה כי עמדות אלה משקפות את התכלית הסובייקטיבית של ההוראה, ועם זאת, במלוא הכבוד, לא אוכל להסכים. תכליתה הסובייקטיבית של ההוראה נושא דיוננו נגזרת משני אלה: האמור בהצעת תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה – הצעה שבעדה הצביעו חברי הכנסת שתמכו בה; ודברי ההסבר לאותה הצעה, אשר ציינו במפורש את כוונת מנסחיה לבטל את הלכת דפי זהב בהקשרן של החלטות ממשלה, ראשה ושריה – הא ותו לא. כוונת המחוקק – זאת אשר קובעת את תכליתו הסובייקטיבית של חוק כזה או אחר – אינה מצויה אלא בהחלטתם של חברי הכנסת להצביע בעד חקיקת החוק לאור האמור בהצעת החוק ודברי ההסבר אשר מלווים אותה (כמוסבר על ידי חברתי, השופטת וילנר, בפסקאות 50 ו-61 לפסק דינה; כמו כן ראו, מני רבים: *Probabilism in Interpretation*, בעמ' 1400).

111. ההוראה נושא דיוננו לא עשתה אפוא אלא זאת: היא ביטלה את הלכת דפי זהב בהקשרן של החלטות הממשלה, ראשה ושריה, תוך שהיא מחזירה אותנו, כאמור, אל דוקטרינת הסבירות הישנה כהגדרתה בדין האנגלי. בהקשרו של הדין האנגלי, אציין כי אינני מסכים עם דברי חברתי הנשיאה אשר מייחסים לדין זה הרחבה של דוקטרינת הסבירות שתואמת את נוסחת דפי זהב. ההלכות האנגליות נסקרו על ידי לעיל, והן מדברות בעד עצמן.

112. כאמור, אין כל ספק בכך שההוראה נושא דיוננו לא באה לבטל אלא אך ורק את נוסחת דפי זהב, ועל כן אינה נפגמת בשום פגם חוקתי. למען הזהירות, אוסיף כי אילו סברתי שניתן לפרש הוראה זו כחסימה כללית אשר מונעת מבתי המשפט כל היזקקות לשאלת הסבירות, לרבות היזקקות לסבירות במובן הראייתי – כפי שטוענים העותרים – גם אז לא הייתי מכריז על בטלותה. זאת, מאחר שהאמור בהוראה זו מתפרש באופן טבעי,

כפי שעולה מדברי ההסבר, כביטול של נוסחת דפי זהב ולא מעבר לכך; ומאחר שפרשנות זו עלינו להעדיף מכוחו של הכלל אשר מחייבנו לאמץ פירוש חוקתי, זה שמקיים את החוק מושא המחלוקת ונותן לו חיים, על פני פירוש אחר אשר מביא לביטול החוק – כל אימת שהדבר עולה בקנה אחד עם לשון החוק (ראו: בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 812, 808, 793 (1996); בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פסקה 5 לפסק דינו של הנשיא ברק (22.11.2004)). לפיכך, וככל שעמדתי הפרשנית העקרונית לא תהא מקובלת על חבריי, אבקש להצטרף למסקנתה של חברתי השופטת וילנר (ובהקשר זה, ראו גם את האמור בפסקאות 18-20 לפסק דינו של חברי, השופט י' אלרון).

113. ההוראה נושא דיוננו יכולה להיות מנוסחת טוב יותר מכפי שנוסחה, אך אין מדובר בהוראה בלתי חוקתית. הכנסת הורתה לנו כי ביחס להחלטות הממשלה, ראשה ושריה נסתפק בביקורת שיפוטית במתכונת שקדמה להלכת דפי זהב, אשר נהוגה בדין האנגלי. מתכונת זו אינה מפרה שום נורמה חוקתית, הגם שהיא מצמצמת במידת-מה את היקף הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה, ראשה ושריה.

#### טענות נוספות

114. בטרם אסיים את דבריי, אוסיף בקצרה כי לא מקובלת עלי הטענה שרואה פגם יסודי בחקיקת ההוראה נושא דיוננו במתווה של גיבוש הצעת החוק מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. ההוראה נושא דיוננו נחקקה בהצבעה תקפה של חברי הכנסת בישיבה שרוב משתתפיה הרימו את ידיהם בעד הצעת החוק האמורה; ודיינו בכך. בעניין זה, הנני מסכים עם דברי חברי, השופט י' כשר.

115. טענת העותרים אשר מייחסת לכנסת שימוש לרעה בסמכות המכוננת, אף היא אינה מקובלת עלי. זאת, מאחר שסמכות הביקורת השיפוטית, בה אנו אווזים, מעוגנת בחוק יסוד: השפיטה; ועל כן, אך טבעי הוא שצמצום הסמכות האמורה ייעשה באמצעות תיקון האמור באותו חוק גופו. גם בעניין זה מקובלת עלי חוות דעתו של חברי, השופט כשר.

הכרזת העצמאות ותפקידו של בית המשפט העליון: מענה לחבריי

מענה לשופט נ' סולברג

116. חברי, השופט נ' סולברג, דוחה בשתי ידיו את קביעתי לפיה חקיקת חוקי הכנסת וכינון חוקי היסוד "לעולם כפופים לגבולותיה של סמכות החקיקה הכללית אשר נקבעה בהכרזת העצמאות". לדעתו, "קביעה זו מעוררת שורה של קשיים חמורים, במישור הפרשני, ההיסטורי, העיוני והמעשי".

117. אאחז את השור בקרניו ואסיר מסדר היום את ה"קשיים" עליהם מצביע חברי באבחה אחת – על ידי הצבעה על שורש-השורשים של הטעות שנפלה אצל חברי: התעלמות מהדברים המפורשים אשר נקבעו במנשר ובפקודת סדרי השלטון והמשפט ביחס לכלל סמכויות החקיקה. כפי שצינתי בחוות דעתי הנוכחית, וקודם-לכן בבג"ץ טבריה, המנשר קבע, ביום 14.5.1948, כי הכרזתו בדבר הקמת הגוף המחקק והמכוון של מדינת ישראל – מועצת המדינה הזמנית, קודמתן של הפנסות שירשו את סמכויותיה – באה מכוחה של הכרזת העצמאות. כמו כן קבע המנשר, במילים ברורות ומפורשות לא פחות, כי מועצת המדינה הזמנית לא הוקמה אלא לפי הכרזת העצמאות. כעבור שבוע, דבר חקיקה מייסד נוסף, פקודת סדרי השלטון והמשפט, קבע כי מועצת המדינה הזמנית מחוקקת אותו מתוקף סמכותה לפי הכרזת העצמאות. בזאת הכול התחיל; ולדידי, בזאת הדיון במעמדה של הכרזת העצמאות מסתיים: הכרזת העצמאות היא המקור האולטימטיבי של הסמכות לחוקק חוקים ולכונן חוקי-יסוד במדינת ישראל. ההכרזה עצמה אינה בגדר חוקה, אך יש לה מעמד חוקתי, על-חוקי, כנורמת יסוד עליה עומד המשפט הישראלי כולו – כפי שהסברתי בחוות דעתי.

118. חברי מעלה שורה ארוכה של שאלות ותהיות שתחילתן ב"כיצד ייתכן?". דא עקא, כל השאלות והתהיות הללו מתנפצות לרסיסי-רסיסים בהיתקלותן בסלע-קיומנו המשפטי: הכרזת העצמאות, מסמך מכונן אשר מחובר חיבור קבע אל אבני היסוד שהניחו המנשר ופקודת סדרי השלטון והמשפט. חברי סומך את ידיו על דעותיהם של שופטים, מלומדי משפט ומדינאים – שורה ארוכה ומרשימה של אנשי אשכולות אשר ניצבים מאחורי הדעה הרווחת השוללת מהכרזת העצמאות מעמד קונסטיטוציוני. ברם, למיטב ידיעתי, הגותם החוקתית של כל האישים המכובדים הללו אינה כוללת התייחסות למילותיהם המפורשות והברורות של המנשר ושל פקודת סדרי השלטון והמשפט, אשר אומרות את ההפך הגמור; ומכל מקום, חברי אינו מביא התייחסות כאמור בפסק דינו. במצב דברים זה, אין בידי לומר אלא זאת: חזרה על אותה טעות אינה יכולה להפוך את הטעות לאמת.

119. המנשר ופקודת סדרי השלטון והמשפט הניחו יסודות להקמתו של משפט המדינה. אמירתם הברורה כי סמכויותיה של מועצת המדינה הזמנית מעוגנות בהכרזת העצמאות, משמעה שלמועצת המדינה הזמנית ולפנסות אשר באו אחריה אין סמכויות מעבר לכך. כפי שהסברתי בחוות דעתי הנוכחית, וקודם-לכן בבג"ץ טבריה, אמירה זו מטמיעה בתוכה את כלל ההכרה הבסיסי עליו עומד המשפט הישראלי כולו. חברי מציג תזה לפיה הכנסת קנתה לעצמה סמכות בלתי מוגבלת לכונן כל חוק-יסוד בו תחפוץ, אך אינו מציין את המקור הפורמלי של הסמכות לכינונם של חוקים כאלה. כיצד נדע, אם כן, שחברי מציג תזה זאת אמת המצויה בעולמן של עובדות, להבדיל ממקבץ של אמונות וערכים פרטיים? חברי מבקר את שופטי הרוב על שבחרו לבסס את סמכות הביקורת השיפוטית ביחס לחוקי-יסוד על היותה של מדינתנו "יהודית ודמוקרטית". לדבריו – ועמהם אני מסכים – לביסוס זה של סמכות הביקורת השיפוטית אין אחיזה בדין הפוזיטיבי. אם כך הוא הדבר, הבה נשאל את עצמנו אם הדין הפוזיטיבי מכיר בסמכות הכנסת לכונן כל חוק-יסוד שיעלה על רוחה? בדקתי את הדין הפוזיטיבי לאורכו ולרוחבו ולא מצאתי בו שום הוראה אשר מקנה לכנסת סמכות מעין זאת – ולא בכדי: הכנסת מקבצת בתוכה את נבחרי העם, אך היא אינה "שמש העמים". האם חברי מאמין שהכנסת מוסמכת לכונן חוקי-יסוד אשר יחלקו מחדש את זכויות הקניין בנכסים פרטיים, יבטלו את זכויות היהודים לשבות, או יאסרו על קיום יחסי מין הומוסקסואליים בין בגירים ויתגברו את האיסור בסנקציה עונשית? אם כן, מכוח מה? היכן בדיוק נמצאת הסמכות להטוען חברי? האם יש לסמכות זו בסיס פורמלי כלשהו? לחברי אין תשובות לשאלות יסודיות אלה בגדרי הדין הפוזיטיבי. דומני אפוא כי חברי הכניס את עצמו בטיעונו, בלי משים, לשיח החוקתי השגוי עליו הצבעתי בפתח דבריי: שיח שנשען על הנחת המבוקש, אשר מתנהל לפי הדפוס של משחק ילדים "אבן, נייר ומספריים".

120. כפי שציינתי בחוות דעתי הנוכחית, וקודם-לכן בבג"ץ טבריה, אם נסיר מהכרזת העצמאות את מעמדה ככלל ההכרה הבסיסי – וכבסיס לסמכויות החקיקה ולכינון חוקי-יסוד – נמצא את עצמנו עומדים מול כנסת שאינה אוחדת בשום סמכות חקיקה פורמלית. כאמור, תוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת.

121. חברי מעלה תהיות ביחס לקביעתי לפיה הכנסת אינה מוסמכת לכונן חוק-יסוד שמאין את סמכות הביקורת השיפוטית של בתי המשפט. באופן ספציפי יותר, חברי שואל מניין לי לדעת שחוק כזה יפר את דרישת הצדק שבהכרזת העצמאות. לשאלה זו אענה בקיצור נמרץ: הכרזת העצמאות אימצה את מערכת המושגים האוניברסלית של זכויות האדם ושל התנגדות למשטרים טוטליטריים, אשר אפיינו את רוח התקופה שאחרי

מלחמת העולם השנייה (ראו: Yoram Shachar, *Jefferson Goes East: The American Origins of the Israeli Declaration of Independence*, 10 THEORETICAL INQ. L. (2009) 589). הסרת הביקורת השיפוטית ממעשיהם של בעלי שורה שפוגעים באזרח אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם דרישת הצדק המשפטי, כפי שהובנה אז וכפי שהיא מובנת כעת.

122. חברי סבור כי הכרתנו בהכרזת העצמאות כנורמת-על תיצור מצב בלתי רצוי של חוסר היקבעות (indeterminacy) – ערפל משפטי אשר יאפשר לשופטים, שאינם נבחרים, להיכנס לנעליו של מחוקק-העל ולהזין את המשפט החוקתי בערכיהם הפרטיים. חשש זה נראה לי מופרז. כפי שהוסבר על ידי, הכרזת העצמאות היא, בראש ובראשונה, מקור סמכותה של הכנסת. הכנסת היא זאת שאמורה להזין תכנים קונקרטיים אל תוך המושגים הכלליים שבהכרזת העצמאות – היא, ולא אנחנו. בית המשפט העליון מוסמך להתערב בפועלה של הכנסת כמחוקק וכמחוקק-על, אשר נבחר על ידי העם, רק כאשר מדובר בחוק רגיל או בחוק-יסוד שאינו עולה בקנה אחד עם שום מובן אפשרי שניתן לייחס לעקרונותיה של הכרזת העצמאות. למשל, כפי שקבעתי בבג"ץ טבריה: חוק פרסונלי מובהק אשר בא להטיב עם יקיר הקואליציה, שאמונה על חקיקתו, אינו עולה בקנה אחד עם שום מובן של הדרישה ל"שוויון גמור" שבהכרזת העצמאות. חוק כזה אין הכנסת מוסמכת לחוקק, ועל כן אין לו תוקף משפטי. כך הוא לגבי חוק רגיל, וכך הוא גם לגבי חוקי-יסוד.

123. חברי מזהה שורה של קשיים יישומיים שלשיטתו יתעוררו בעקבות הכרתנו בהכרזת העצמאות כנורמת-על. מבלי להקל ראש בקשיים אלה, אשיב כי קיומם אינו מהווה סיבה להתעלמות מהדין הפוזיטיבי: ההוראות הברורות שבמנשר ובפקודת סדרי השלטון והמשפט אשר משוות להכרזת העצמאות מעמד של נורמת-על, הבסיס של סמכויות חקיקה לסוגיהן. דין פוזיטיבי הוא דין, ובלעדיו אין. אוסיף ואציין כי הקשיים עליהם מצביע חברי מאפיינים את עולמן של כל הוראות דין בנות תוקף חוקתי אשר מנוסחות בלשון כללית, במבט הצופה פני-עתיד, על ידי מייסדי המדינה שמטבע הדברים נהנים מיתרון הראשונים.

124. זאת ועוד: בניגוד לחברי, אני רואה כל קושי בציון החוקה העתידית בהכרזת העצמאות. כפי שכבר ציינתי, הכרזת העצמאות היא נורמת-על של משפטנו – בסיס הסמכויות לחוקק חוקים ולכונן חוקי-יסוד – אך היא עצמה אינה בגדר חוקה. באשר לאפשרות לבטל או לשנות את הכרזת העצמאות – כפי שציינתי בבג"ץ טבריה, אין כל

סיבה שנדון בשאלה כבדת משקל זו אגב אורחא ולמעלה מן הצורך. אחזור על אשר אמרתי בבג"ץ טבריה: אין זה מן הנמנע שמשאל עם יכול לשנות את ההכרזה ברוב מוחץ של קולות המצביעים, אולם מהלך כזה כמוהו כהקמת המדינה מבראשית.

מענה לשופט ע' גרוסקופף

125. בטרם אנעל את חוות דעתי, אני לדברי חברי, השופט ע' גרוסקופף, בעניין מעמדה של הכרזת העצמאות. כפי שהדגשתי, וחזרתי והדגשתי, מעמד זה נקנה מכוחו של רצון העם שישב בציון בהקמת המדינה, ומצא ביטוי פורמלי מפורש במנשר ובפקודת סדרי השלטון והמשפט. מסמכים אלו, אשר הקימו את משפטה של מדינת ישראל, קבעו ב"רחל בתך הקטנה" כי סמכות החקיקה של מועצת המדינה הזמנית – וכפועל יוצא מכך של כל הכנסות אשר באו אחריה – מעוגנת בהכרזת העצמאות. חברי סבור כי עלינו להתייחס אל מסמכי הקמה אלו, חרף דבריהם המפורשים ולמרות מעמדם הפורמלי, כאמירות בעלמא – זאת, מאחר שהדעה המקובלת אשר השתרשה בפסיקתו של בית משפט זה, עליה אחראים ענקי המשפט שקדמו לנו, קובעת כי להכרזת העצמאות אין מעמד משפטי פורמלי.

126. הנני סבור כי אנו כשופטים מצוים לפסוק דין אמת לאמיתו. עיקרון בסיסי זה חל ביתר שאת כאשר עסקינן ביסודות המשפט החוקתי, ובעוצמה רבה אף יותר כאשר הדבר נעשה על רקע מחלוקת ציבורית חריפה באשר למהותם של יסודות אלה. בעניינים כגון זה, אמת מנצחת יציבות בנוקאוט, ולא רק בנקודות.

127. בצאתי מהנחות אלה, ואחרי שידעתי שענקי המשפט, אליהם מפנה חברי, עשו טעות ענקית כאשר התעלמו מהקביעה החד-משמעית במנשר ובפקודת סדרי השלטון והמשפט – קביעתו של המוסד המכונן אשר אומרת כי מחוקקנו בא לחוקק חוקים מתוקף סמכותו לפי הכרזת העצמאות – הגעתי לכלל מסקנה כי חובה עלינו לסטות מהשביל השגוי אשר נסלל על ידי קודמינו ולהתחיל לצעוד בדרך אחרת: דרך האמת לאמיתה המרוצפת על ידי עובדות. בהקשר זה, אעלה על הכתב את הסכמתי המלאה עם דברי חברתי, השופט ד' ברק-ארוך, באשר למסקנתי זו. חברתי כותבת – בצדק רב – כי עמדותי ביחס למעמדה המחייב של הכרזת העצמאות אינה תואמת את האמור בפסק הדין זיו נ' גוברניק. אחזור ואציין את הסיבה לחוסר התאמה זה: זיו נ' גוברניק הוא פסק דין שגוי באשר אינו מתייחס לאמור במנשר ובפקודת סדרי השלטון והמשפט – מסמכי יסוד אשר



הקימו את משפטנו ואשר זיהו במפורש את הכרזת העצמאות כמקורן של סמכויות חקיקה.

128. חברי, השופט גרוסקופף, מבקרני על בסיס משנתו של רונאלד דוורקין אשר רואה בפיתוח הדין שנעשה על ידי בתי המשפט ספר שנכתב בשרשרת (chain novel) – חיבור קולקטיבי שבמסגרתו כותבי הפרקים, אשר אוחדים בעט זה-אחר-זה, מחויבים להיצמד לעלילה שפותחה על ידי קודמיהם. דא עקא, משנתו זו של דוורקין (ראו: RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 229 (1986)) אינה מועילה במצב הדברים הייחודי שקיים במשפטנו-שלנו, אשר בו כותבי הפרקים הראשונים של הספר, כדוגמת השופטים שכתבו את פסק הדין זיו נ' גוברניק, התעלמו – בין במודע ובין שלא במודע – מפרק המבוא אשר נכתב עבורם על ידי מכונן החיבור כולו.

129. ואכן, נגד משנתו של דוורקין נמתחה ביקורת נוקבת בשל כך שאין בה שום מחויבות לחשיפת האמת המשפטית ופסיקה על פיה. כפי שכותבת הפרופ' לי אן פֶּנֶל:

"Significantly, Dworkin's chain author judge has no duty – indeed no license – to check the ongoing story against the realities of the outside world or demand that the doctrines actually work out properly in consequentialist terms. As in fiction, only the internal consistency of the piece itself matters. There is no chance for moral outrage at a story gone awry, and no way to abandon a story that no longer rings true. Errors are not only tolerated, they are expanded, replicated, and applied in new and different settings".

Lee Anne Fennell, *Between Monster and Machine: Rethinking the Judicial Function*, 51 S.C. L. REV. 183, 215 (1999).

במאמר מוסגר, אציין כי אף ברמה האמפירית משנתו של דוורקין מסבירה את פיתוח התקדימים המשפטיים על ידי בתי המשפט האמריקניים רק באופן חלקי ולוקה בחסר (ראו: Stefanie A. Lindquist & Frank B. Cross, *Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent*, 80 N.Y.U. L. REV. 1156 (2005)). כך, למשל, משנה זו אינה יכולה להסביר את ביטול הדוקטרינה הגזענית הישנה "נפרד אך שווה", אשר אפשרה הפרדה גזעית בין תלמידי החינוך הממלכתי, בפסק הדין הקנוני *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

אשר קבע כי פסק הדין שניתן בעניין Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896) היה שגוי מיסודו, וכי הפרדה גזעית כאמור מנוגדת לחוקת ארצות-הברית.

130. כמו כן, איני מסכים עם הערכת חברי שגישתי מחוללת מהפך ביסודות המשפט. כפי שהראיתי בפסק דיני, עקרונותיה של הכרזת העצמאות הנחו את פועלה של הכנסת ואת פועלם של בתי המשפט בשדה החוקתי מאז קום המדינה. לא בכדי כותבת חברתי, השופטת ברק-ארז, בפסק דינה כי הפעלת הסמכות המכוננת כפופה לעקרונותיה של הכרזת העצמאות; וכפועל יוצא מכך – לשיטתי – הוא הדין עם חקיקה רגילה של הכנסת. קבלת עמדתי, שכאמור רואה בהכרזת העצמאות לא רק את סלע-קיומנו כחברה וכמדינה, אלא גם את המסד הבראשיתי עליו עומד המשפט הישראלי כולו, אינה מביאה אפוא לשום שינוי מרחיק לכת למעט המעבר ההכרחי מאי-סדר חוקתי לסדר חוקתי.

סוף דבר

131. ההוראה נושא דיוננו מותירה בידינו ביקורת שיפוטית אפקטיבית ומועילה, שבכוחה לספק הגנה נאותה על שלטון החוק ועל זכויות האזרח. כך אצלנו, וכך הוא גם במשפט האנגלי. לא אלמן ישראל (וגם אנגליה אינה אלמנה).

דין העתירות להידחות.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מצטרף לדעתה של חברתי הנשיאה השופטת א' חיות, כי דין העתירות להתקבל וכי יש להורות על בטלותו של תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה, ומסכים אני לעיקרי דרך הילוכה בפסק דינה. אם בחרתי להאריך בדברים, עשיתי זאת משום חשיבות הנושא שהונח לפתחנו.

פתח דבר

1. ביום 1.11.2022 התקיימו הבחירות לכנסת העשרים וחמש וביום 9.11.2022 התכנסה ועדת הבחירות המרכזית ואישרה את תוצאות הבחירות. מלאכת הרכבת

הממשלה הסתיימה בסוף חודש דצמבר, וביום 4.1.2023 נשא שר המשפטים נאום שבו הציג את התוכנית המכונה "הרפורמה המשפטית".

2. תיקון 3 לחוק יסוד: השפיטה, התיקון נושא דיונו, הוא אחד הרכיבים באותה "רפורמה משפטית", ועניינו בביטול הביקורת השיפוטית על הממשלה ועל כל אחד משריה מכוח עילת הסבירות. כפי שנראה להלן, התיקון לחוק היסוד מביא אותנו לדיון במונחי יסוד כמו דמוקרטיה, הפרדת רשויות, עצמאות המשפט ושלטון החוק, מעמדה של הכרזת העצמאות ועוד, כך שאין מדובר בתיקון מינורי.

3. נשים לפנינו את נוסחו של תיקון מספר 3 לחוק יסוד: השפיטה (להלן: התיקון או התיקון לחוק היסוד):

(1ד) 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 ההחלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר, ולא ייתן צו בעניין כאמור; בסעיף זה, "ההחלטה" – כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות.

קריאה תמה של הסעיף מלמדת כי הוא חל על כל בתי המשפט ועל כל החלטה, הן במעשה והן בהימנעות ממעשה. אין לי אלא להביא דברים בשם אומרם: "הממשלה סבורה כי פרשנות נכונה של תיקון מס' 3 [...] היא כי ביחס להחלטות הממשלה ושריה אין עוד אפשרות לביקורת שיפוטית בעילה של חוסר סבירות מכל סוג שהוא, אף אם יסבור מישהו שמדובר בהחלטה בלתי סבירה באופן קיצוני נוסח וונדסבורי" (פסקה 45 לתשובה המשלימה של הממשלה, הדגשה הוספה – י"ע). ואכן, התיקון לחוק היסוד אינו מבחין בין סוגי החלטות, אינו מבחין בין סוגים של אי סבירות, אינו מבחין בין מעשה לבין החלטה על הימנעות ממעשה, אינו מבחין בין החלטות בדרג הממשלה לבין החלטות בדרג של שרים. המדובר בנוסח גורף, שאין לו שיעור, לא למעלה ולא למטה ולא לצדדים, תיקון שעלול להציף את מרבית השטחים שבהם חורשת משך שנים בזהירות ובתבונה מחרשת הדין המינהלי (בפרפרזה על דברי השופט זילברג בע"פ 53/54 אש"ד מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח(2) 785, 818 (1954)). המדובר בתיקון לחוק יסוד שנחקק בהליך חריג ביותר של הצעה מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן: הוועדה או ועדת החוקה), תוך פרק זמן קצר, תוך התעלמות מעמדת הייעוץ המשפטי של הכנסת, תוך התעלמות מעמדת הייעוץ המשפטי של הממשלה, ותוך התעלמות מכל העצות, ההתרעות והאזהרות של משפטנים, כלכלנים, אנשי ביטחון,

פקידים בכירים בשירות הציבורי, גורמי חברה אזרחית ועוד. כפי שציינה הכנסת בתשובתה, מעולם לא הוגשו לוועדה בכנסת כל כך הרבה הסתייגויות לפני הקריאה השניה והשלישית (הוגשו למעלה מ-27,000 הסתייגויות).

ודוק: היו מקרים שבהם המחוקק הגביל או שלל את סמכות השיפוט של בתי המשפט, אך זאת בנושא מסוים (ראו, טרם "המהפכה החוקתית", בג"ץ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' אלפטרפטה, פ"ד מה(5) 445, 451 (1991). על חקיקה השוללת כליל ביקורת שיפוטית בתחום מסוים ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד 119-126 (2017) (להלן: ברק-ארז משפט מינהלי) וכן ראו להלן בפסקה 76). לא כך נעשה במקרה שלפנינו. הנוסח הגורף של התיקון אך ממחיש את האמירה "תפסת מרובה לא תפסת". דיאלוג קונסטיטוציוני נאות בא לידי ביטוי בתגובה של הכנסת להלכה או לפסק דין מסוים של בית המשפט העליון, ולא בדרך של שלילה גורפת של סמכויות בית המשפט בתחום כה מרכזי. אומר אפוא בזהירות הראויה כי אם הכנסת הייתה מתקנת את חוק היסוד באופן שמצמצם את הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות באופן נושאי-נקודתי, לדוגמה, לגבי מינוי שרים שאושרו על ידי הכנסת, דומני כי לא היינו מגיעים עד הלום.

4. בעמודים הבאים אנסה להסביר מדוע שורה של נימוקים מביאים בהצטברותם למסקנה כי יש מקום לביטולו של התיקון לחוק, על אף שמדובר בחוק יסוד. טרם ניגש למלאכה, נגביה מעט את מבטנו, על מנת להבין את השפעתו של התיקון על המרחב הדמוקרטי בישראל, בבחינת דע מהיכן אנו באים ולאן אנו הולכים.

הערת מינוח: התיקון לחוק היסוד אמנם אינו מבטל את עילת הסבירות במשפט המינהלי בכללותו, אך הוא מבטל אותה ביחס להחלטות הממשלה וכל אחד משריה. לשם הנוחות והקיצור אתייחס לכך להלן כאל "ביטול עילת הסבירות".

דע מאין אנו באים – הגרעון הדמוקרטי של מדינת ישראל עוד לפני התיקון לחוק היסוד

5. דמוקרטיה אינה אורגניזם אשר חי לנצח, תוך שהוא מזין את עצמו מהאוויר סביבו. כפי שאין הבור מתמלא מחולייתו, כפי שמטוס אינו יכול להמשיך לטוס לאורך זמן ללא מנוע, כך גם הדמוקרטיה זקוקה בכל עת למנגנונים אשר ייצבו אותה וישמרו על חיותה ומעופה.

למטוס הדמוקרטיה יכולים להיות מנועים שונים שבכוחם לאזן, לייצב ולחלק את הכוחות של הרשויות השונות במדינה:

- (-) פדרליזם – משטר פדרלי/מדינתי/קנטונים.
- (-) בחירות אזוריות.
- (-) שני בתי פרלמנט.
- (-) רשויות מוניציפליות חזקות ובעלות סמכויות מול הממשל המרכזי.
- (-) נשיא בעל סמכויות ביצועיות.
- (-) חוקה מוסדית מלאה ומשוריינת.
- (-) מגילת זכויות אדם מלאה.
- (-) כפיפות לבית דין חיצוני (כמו בית הדין האירופי לצדק בלוקסמבורג).
- (-) מסורת חוקתית, נוהגים חוקתיים, תרבות של *it is not done*.

יש מדינות שהתברכו בכל המנועים, יש מדינות שהתברכו בחלק מהמנועים, אך בישראל אין אפילו מנוע אחד ממנועים אלה, כך שעוד לפני התיקון לחוק היסוד, מדינת ישראל לא הייתה דמוקרטיה משוכללת, בלשון המעטה. לא ייפלא כי המלומד פרופ' עמיחי כהן, שבחן מספר רב של מדינות ו"מנועי דמוקרטיה" שמתקיימים בהן, מיקם את מדינת ישראל לצד מאוריציוס, והרחק ממדינות כמו אוסטרליה והולנד (עמיחי כהן פסקת ההתגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018); עמיחי כהן מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד (2020)).

6. ואם לא די בחסרונם של "מנועי דמוקרטיה", הרי שבישראל לרוב חברי הכנסת יש אינטרס מובנה וטבעי, הנובע ממבנה המשטר הפרלמנטרי של מדינת ישראל, בשימור קיומה של הממשלה, שהיא הראשית והיא התכלית לחברותם בכנסת. הנשיאה עמדה על כך בפסקה 112 לפסק דינה, וארחיב מעט בלשוני-שלי.

במבנה המוסדי של ממשלה-קואליציה, יש כוח פוליטי עצום לראשי מפלגות הקואליציה, ובאנלוגיה לדיני הממשל התאגידי, ניתן לומר שהם "גרעין השליטה" של הרשות המבצעת והמחוקקת (עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם, דמוקרטיה והחוקה המוסדית הישראלית" עיוני משפט מד 87, 122 (2021) (להלן: כהן ורוזנאי)). הכנסת נשלטת על ידי הממשלה המחזיקה ברוב קואליציוני מובנה מקרב חברי הכנסת, רוב אשר מחושק מכוח עקרון המשמעת הקואליציונית וההסכמים הקואליציוניים (מתן גוטמן "שליטתה של הממשלה על הכנסת והסכם קואליציוני כשריון חוקתי" ICON S-IL Blog (30.4.2019)). לעוצמה זו של הממשלה יש להוסיף את ועדת השרים לענייני חקיקה שביכולתה להטיל וטו כמעט על כל מעשה חקיקה, ואת יכולתה של הממשלה להחיל את

דין הרציפות על הצעות חוק או להתנגד לרציפות (רבקה וייל "הלכת יולי אדלשטיין וכרונולוגית יחסי הכוחות בין הכנסת לממשלה בישראל" עיוני משפט מד 321, 333 (2021)), כך ש"במקום שהממשלה תהיה סוכנת הביצוע של הכנסת, הכנסת הופכת להיות סוכנת החקיקה של הממשלה" (קרן הורוביץ ואיתי בר-סימן טוב "היועץ המשפטי לכנסת ומקומו בהפרדת הרשויות בהליכי החקיקה" עיוני משפט מד 267, 313 (2021)). עוצמת השליטה של הממשלה גברה עוד יותר לנוכח השימוש הנרחב בחוק הנורווגי על פי סעיפים 42ג ו-43(ב)-(ו) לחוק יסוד: הכנסת, באשר כל חבר כנסת שהתמנה מכוח חוק זה יודע כי כהונתו יכולה להסתיים בכל עת בהתאם לרצונו של השר או סגן השר שאותו החליף. עוד גברה עוצמת השליטה של הממשלה עם צמצום מוסד אי-האמון והמרתו באי-אמון קונסטרוקטיבי (סעיף 28 לחוק יסוד: הממשלה; וראו פסקה 112 לפסק דינה של הנשיאה). עוצמת השליטה של הממשלה מתחזקת אף יותר כאשר הקואליציה היא הומוגנית באופיה. במשטר הפרלמנטרי בישראל, הרשות המחוקקת היא היד הארוכה של הרשות המבצעת, השולטת על הכנסת מכוח הרוב הקואליציוני, כפי שכבר נכתב: "דברים אלו נכונים ביתר שאת בשיטת המשטר הפרלמנטרית הנהוגה בישראל, שבה מחזיקה הרשות המבצעת ברוב מקרב חברי הרשות המחוקקת; כפועל יוצא מכך, בדרך כלל 'שולטת' הממשלה בכנסת הלכה למעשה" (בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקה 39 לפסק דינו של השופט סולברג (6.8.2017) (להלן: עניין קוונטינסקי)).

גם הביקורת הפרלמנטרית על הממשלה אינה אפקטיבית במקרים רבים, כאשר הרוב הקואליציוני שעליו שולטת הממשלה, שולט ממילא על הוועדות החשובות. ניתן אפוא לומר כי הרשות המחוקקת משרתת את הרשות המבצעת וכי קיימת שליטה כמעט מוחלטת של הרשות המבצעת בהליכים הפרלמנטריים: "לא ניתן לדון ולבחון שינויים חוקתיים במארג החוקתי הישראלי מבלי לתת משקל ממשי להתכת הרשויות בין הכנסת לממשלה" (מתן גוטמן "המדינה הקואליציונית 'חותמת הגומי' ו'להקת המעודדות' – על רמיסת הכנסת על ידי הממשלה" ספר סלים ג'ובראן 197, 198-197 (2023) (הדגשה הוספה – י"ע)). הנה כי כן, הרשות המבצעת והרשות המחוקקת כמעט שהיו לבשר אחד.

על מצב דברים זה, אמר מונטסקיה, מי שהניח את היסודות התיאורטיים של עקרון הפרדת הרשויות, כי כאשר הרשות המחוקקת והרשות המבצעת מתגלמים באותו גוף או באותו אדם – אזי החירות אינה יכולה להתקיים: "When the legislative and executive powers are united in the same person, or in the same body of magistrates, there can be no liberty" (לציטוטים נוספים מספרו של מונטסקיה, ראו דברי השופט חשין בבג"ץ 4899/03 ארגון מגדלי העופות אגודה חקלאית שיתופית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 83-84 (2004) (להלן: עניין מגדלי העופות)).

בהעדר כל מנגנון של ביזור הכוח, הממשלה בישראל כרשות המבצעת היא מהממשלות החזקות ביותר במדינות דמוקרטיות-מערביות. "המציאות הישראלית היא – כך דומה – החלשה מתמדת של כוח הכנסת לעומת כוחה של הממשלה, [...] הגידול בהיקף פעילותה של המדינה חולל שינוי פנימי בחלוקת התפקידים בין רשויות השלטון על דרך העברת כוח רב לידי הרשות המבצעת" (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקאות קכח-קכט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין והאסמכתאות שם (27.3.2016) (להלן: עניין מתווה הגז)). הממשלה, הרשות המבצעת עצמה, נתונה לשליטתו של ראש הממשלה, מי שבידיו סמכויות רבות על פי תקנון הממשלה, מי שמחזיק בידיו סמכויות ביטחוניות רבות, מי שיכול למנות שרים ולפטרם ואף לפזר את הכנסת ולהפוך את ממשלתו לממשלת מעבר. ואילו לכנסת, הנשלטת כאמור על ידי הקואליציה – בהיותה הרשות המחוקקת היחידה במדינה, והיא מכהנת בעת ובעונה אחת גם כרשות המכוננת – יש כוח עצום, שבהעדר "כללי משחק" כמו חוק יסוד: החקיקה, מתאפשר לה גם לשנות בנקל חוקי יסוד ואת כללי המשחק עצמם.

7. בישראל יש חוקי יסוד שבעתיד יתאגדו לכלל חוקה שלמה ומשוריינת, כך שמנוע עיקרי לשמירה על מעופו של מטוס הדמוקרטיה הוא בית המשפט העליון. אל יחשוב הקורא כי המדובר במנוע סילוני-עוצמתי, כי אם במנוע צנוע, והדס"ל (דלק סילוני) שהזין אותו בשלושת העשורים האחרונים היה אף הוא דל-אוקטן, ועיקרו לצורך שמירה על זכויות אדם ואזרח הוא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מאז שנת 1992 לא נחקק אף חוק יסוד נוסף ולא תוקן חוק יסוד במטרה לעגן ולהגן על זכויות יסוד חוקתיות נוספות.

התשובה לשאלה כיצד מדינת ישראל נשארה דמוקרטית במשך שבעים וחמש שנות קיומה היא מורכבת. ייתכן כי התשובה לכך נמצאת בסדרי השלטון והממשל שירשנו מהמנדט הבריטי, שהחליף את הכיבוש התורכי ששלט בארץ 400 שנה; או במוסדות של "המדינה שבדרך"; או בשל תרבות שלטונית ותודעה חברתית-משפטית ששררה בקרב הציבור במדינה משך עשרות שנים; או בשל גורמים עצמאיים נוספים כמו הייעוץ המשפטי, פקידות מקצועית, ותקשורת חופשית. שאלה זו היא עניין להיסטוריונים, סוציולוגים וחוקרי מדע המדינה לענות בו, ולא אתיימר להסיג את גבולם של אלה.

המסקנה הנובעת מהעדר "מנועי דמוקרטיה" בישראל היא שהכיוון צריך להיות אך ורק "מערכה מכאן" – אך ורק לכיוון של תוספת מנועים המחזקים את המשטר הדמוקרטי. זהו ההקשר שבו יש לבחון את התיקון לחוק היסוד, ונעמיק בדברים בהמשך. לכן, ועוד לפני שהתחלנו את מסענו, די בכיוון הנגדי שהתיקון לחוק היסוד לוקח אותנו, כדי לרופף את הברגים שמחברים את מנוע בית המשפט העליון לתושבת, ולהדליק נורה אדומה מהבהבת בלוח השעונים של מטוס הדמוקרטיה הישראלי.

8. ואם ישאל השואל, מה לביטול עילת הסבירות נושא דיוננו ולדמוקרטיה, את פתח לו ואמור כי ביטול עילת הסבירות פוגע במספר אבני יסוד ועקרונות יסוד של השיטה המשפטית ושל הדמוקרטיה, והם: עקרון שלטון החוק; זכות הגישה לערכאות; עקרון הפרדת הרשויות; וזכויות יסוד חוקתיות. אכן, יש מדינות דמוקרטיות שבהן עילת הסבירות מתפרשת ומיושמת בצמצום, אך לנוכח הגרעון הדמוקרטי הכבד במדינת ישראל, כמתואר לעיל, לשלילה כה גורפת של עילת הסבירות יש משקל סגולי גבוה הרבה יותר מאשר במדינות אחרות. ודוק: ביטול עילת הסבירות על פי התיקון לחוק היסוד אינו מביא מיניה וביה לקץ הדמוקרטיה, אך אל לנו ללכת שולל אחר טיעון זה. במשטר דמוקרטי יש לעמוד על המשמר, מאחר שדמוקרטיות מתות בסתר, לא במספר אבחות גדולות אלא בשורה של צעדים, שעל כל אחד מהם בנפרד ניתן לומר שאינו מביא לקץ הדמוקרטיה, אך בהצטברותם הם עלולים להביא לשינוי משטרי. צר לי לקבוע כי התיקון לחוק היסוד הוא צעד אחד בכיוון הלא נכון של החלשת הדמוקרטיה.

9. טרם נצא לדרכנו אשרטט בקווים כלליים חלק מהתחנות בדרך הילוכנו: אסביר מה מקור סמכותו של בית משפט זה להתערב בחוק יסוד; מדוע צריכה להיות ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד; אעמוד על משמעותו של התיקון לחוק היסוד נושא דיוננו ואצביע על מספר נפקויות והיבטים שלו; ואביע עמדתי מדוע יש לפסול את התיקון לחוק היסוד בהיותו תיקון חוקתי שאינו חוקתי. תחת כל אחת מכותרות אלה נתעכב על נושאים נוספים הצריכים לענייננו.

סמכות בית המשפט לפסול חקיקה ראשית

10. עודנו מגיעים לשאלת סמכות בית המשפט להעביר תחת שבט ביקורתו חוקי יסוד, נעבור דרך שאלה קודמת לכך. מניין סמכותו של בית משפט זה לפסול חקיקה ראשית "רגילה" של הכנסת? שאלה זו מצאה הד בהערתו של חברי, השופט מין, בפסק דינו בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקה 8 (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר):



"[...] על פניו, שאלת סמכותו של בית משפט זה לבצע ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקים מכוח חוקי היסוד, חרף העובדה שכיום כמעט ולא נמצא לה חולק, אינה מובנת מאליה ואינה מושתתת בהכרח על יסודות ברורים [...]."

הטענה כי בית המשפט בישראל נטל לעצמו את הסמכות לפסול חוקים, חלשה לעמדתי מהטענה שבית המשפט בארצות הברית נטל לעצמו סמכות דומה בפסק הדין בעניין *Marbury v. Madison*, שלא הסתמך על הוראה מפורשת כמו פסקת ההגבלה הקיימת במשפטנו (לפסק דין זה ראו ארנון גוטפלד, יורם רבין "גבולות כוחו של בית המשפט: פרשת *Marbury v. Madison* והשתקפותה במשפט החוקתי הישראלי" 90 אדמונד לוי 75 (2017)). מכל מקום, "גם המתנגדים העקשים ביותר של המהפכה החוקתית אינם יכולים להתעלם מכך שבמאוס 1992 נפל דבר בישראל" (יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? - הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 177 (1997) (להלן: דותן הדיאלוג הקונסטיטוציוני)). ואכן, נפל דבר בישראל, וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק הכניסו את ישראל לעידן החוקתי.

פסק הדין בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי) הניב תילי תילים של מאמרים (אהרן ברק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק כך ד: הביקורת השיפוטית 1707-1706 ה"ש 134 והאסמכתאות הרבות שם (פירוש לחוקי-היסוד בעריכת יצחק זמיר, 2023) (להלן: ברק חוקי היסוד)). במאמרים אלה אנו מוצאים תשובה מפורטת לטענה חסרת הבסיס כי בית המשפט נטל על דעת עצמו את הסמכות לפסול חקיקה ראשית. לכן, לא אאריך בדברים ואציג את התשובה לטענה באופן טלגרפי.

11. ואלו העוגנים לסמכותו של בית המשפט לבקר חקיקה ראשית:

(-) עצם קביעתה של פסקת ההגבלה, המגדירה את התנאים שבהתקיימם ניתן להגביל את הזכויות המוגנות בחוקי היסוד, מעידה על סמכותו של בית המשפט לפסול חקיקה ראשית. שהרי, לא ייתכן כי הכנסת עצמה תחליט אם חוק מעשה ידיה עומד בארבעת התנאים בפסקת ההגבלה: "יצירת חוקה על-ידי שימוש בסמכות המכוננת כרוכה בהענקת הסמכות לפרשנות חוקתית לרשות השופטת" (עניין בנק המזרחי, בעמ' 422).

(-) סעיף שמירת הדינים בשני חוקי היסוד, כשלעצמו, מעיד על סמכותו של בית המשפט לפסול חקיקה ראשית. ברי כי גם סעיף זה מכוון לבתי המשפט, שהרי הכנסת יכולה בכל עת לשנות ולבטל חוקים ישנים. מכלל הלאו האמור בסעיף זה נשמע הן לסמכותו של בית המשפט, קרי, כי יש בחוק היסוד כדי לפגוע בתוקפו של דין שיחוקק לאחר תחולתו.

(-) הפרוטוקולים של הדיונים בוועדת החוקה בנוגע לחקיקת חוקי היסוד, מלמדים כי חברי הכנסת היו ערים לכך שחוקי היסוד נותנים בידי בית המשפט את הסמכות לפסילת חוק (וראו אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" משפט ועסקים יד 79 (2012) (להלן: רובינשטיין חוקי היסוד)). המחבר מתאר את הליך החקיקה, ומצטט מתוך פרוטוקולים שבהם נאמר במפורש כי ניתן יהיה לתקוף חקיקה ראשית, וכלשונו: "כפי שניתן לראות לאורכו של מאמר זה, נושא הביקורת השיפוטית היה ידוע לחברי-הכנסת מיומו הראשון של הליך החקיקה" (שם, בעמ' 108).

(-) חבר הכנסת אוריאל לין, שעמד בראש ועדת החוקה שקידמה כאמור את חקיקתם של שני חוקי היסוד, חוזר ומעיד על כך שהמהפכה החוקתית הייתה מעשה מודע ומכוון של הכנסת (אוריאל לין ושלומי לויא כיצד שונתה השיטה הפוליטית בישראל 2022-1990 (מהדורה שניה, 2022) (להלן: לין-לויא); כן ראו ברק חוקי היסוד, בעמ' 1713-1712).

(-) ואם נותר ספק ספיקא כי חברי הכנסת דאז ידעו והבינו היטב במה מדובר, נזכיר כי בשנת 1994 תוקנו שני חוקי היסוד ברוב גדול. באותה עת, שמה של המהפכה החוקתית כבר נישא על שפתי רבים. עמדתי על כך בדברים שכתבתי בבג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פסקה 6 (8.7.2021) (להלן: עניין חוק הלאום):

"התיקון משנת 1994 נעשה לאחר שהרעיון של מהפכה חוקתית כבר נפוץ ברבים בעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. תיקון שני חוקי יסוד אלה התקבל בשנת 1994 ברוב גדול של חברי הכנסת (עמיחי כהן מלחמות הבג"ץ המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד עמ' 102-103 (2020)) ויש בכך תשובה ניצחת לטוענים שחוקי היסוד התקבלו בשל חוסר תשומת לב של חלק מהמחוקקים. הנה כי כן, לא רק שהרשות המכוננת אישרה בשנת 1994 את המהפכה החוקתית, היא אף חיזקה אותה בכך שהזרימה את עקרונות הכרזת העצמאות אל תוך חוקי היסוד בבחינת 'וַיִּחְזְקוּהוּ בְּמִסְמָרִים לֹא יָמוּט' (ישעיה מא ז) " (הדגשה הוספה – י"ע).

עד כאן לגבי הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקה "רגילה" של הכנסת. כעת נעמוד על מקור הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.

מקור הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד

12. השאלה אם לבית המשפט יש סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד ומה מקורה, זכתה לדיון בפסיקה ובספרות המקצועית. לסוגיה זו אדרש כעת, ואפתח בהתייחסות לטענת הממשלה והכנסת בדבר העדר סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.

הממשלה והכנסת טוענות כי דווקא לנוכח פסק הדין בעניין בנק המזרחי, אין לבית המשפט סמכות לדון בתוקפו של חוק יסוד. לשיטה זו, מאחר שחוקי היסוד הם במעמד חוקתי על-חוקי, הם מהווים את הנורמה הבסיסית שמכוחה ניתן לבקר חקיקה ראשית, ואין מקור חוקי שהוא גבוה-מעל-גבוה שמכוחו ניתן לבקר את חוקי היסוד עצמם. טענה זו נזכרה בדבריה של הנשיאה חיות בעניין חוק הלאום:

"סמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית נגזרת מהעליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד. מכאן הקושי בקיום ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד, הטמון בכך שחוקי יסוד אלה מצויים בפסגת המדרג הנורמטיבי הפוזיטיבי, ומהם שואב בית המשפט עצמו את סמכויותיו [...]" (שם, בפסקה 32).

13. בפסק הדין בעניין בנק המזרחי נקבע כי כאשר הכנסת מחוקקת חוק יסוד היא עושה זאת מכוח סמכותה כרשות מכוננת (הנשיא שמגר בדעת יחיד סבר כי הסמכות נגזרת מכוח הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת); כי לחוק יסוד מעמד נורמטיבי חוקתי על-חוקי; כי לבית המשפט סמכות לבטל חוקים שאינם עומדים בתנאי "פסקת ההגבלה"; כי תיקון או שינוי של חוק יסוד ייעשה רק בחוק יסוד ולא ניתן לשנות חוק יסוד בחוק רגיל; כי בכוחה של הכנסת לשריין את הוראות חוקי היסוד ובכך ליצור נוקשות של החוקה, קרי, לכבול את עצמה באמצעות שריון פורמלי.

לדידי, לא ניתן להסיק מעניין בנק המזרחי, שעניינו המרכזי הוא בתורת "שני הכובעים" וביחס שבין חוק יסוד לבין חקיקה ראשית, מסקנה לגבי העדר סמכותו של בית המשפט לבקר את חוק היסוד עצמו. בעניין בנק המזרחי בית המשפט הכיר ב"סמכות המכוננת" של הכנסת ובכך העניק ביסוס משטרי לחוקה, אך לא ייפלא כי איננו מוצאים בפסק הדין דיון של ממש בביקורת שיפוטית על חקיקת חוקי יסוד. ההכרה בעליונות

חוקי היסוד נותנת בסיס משפטי לביקורת על חקיקה רגילה של הכנסת, ונועדה למנוע מהרשות המחוקקת לחוקק חוקים הסותרים את חוקי היסוד או פוגעים בהם ובזכויות האדם המנויות בהם. אך המדרג הנורמטיבי של חוק יסוד < חוק רגיל > חקיקת משנה אינו מחייב הכרה בהעדר מגבלות על הרשות המכוננת, כפי שהבהירה היטב הנשיאה בפסקה 91 לפסק דינה.

ומזווית נוספת: תהא זו תוצאה פרדוכסלית לטעון כי דווקא ההכרה של בית המשפט בקיומה של חוקה לישראל כבסיס לביקורת שיפוטית על חוקים, תביא לפגיעה בעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית. תהא זו תוצאה פרדוכסלית לטעון כי פסק הדין בעניין בנק המזרחי בא להוסיף עוד עוצמה לכנסת באמצעות שימוש בחוקי יסוד על מנת "להתמגן" מפני ביקורת שיפוטית, שהרי החוקה נועדה דווקא על מנת להגביל את הרשות המחוקקת ואת הרוב הפוליטי המזדמן השולט בה. הדרך למנוע חשש מתוספת מסוכנת של עוצמה לכנסת, היא הטלת מגבלות על הכנסת בפועלה בכובעה כרשות מכוננת, ואחת הדרכים לכך היא בהסתמך על העקרונות המחייבים שנקבעו בהכרזת העצמאות (אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" 99 ברנזון כרך שני 119, 145 ה"ש 55 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000) (להלן: בנדור חוקי יסוד)).

14. הכנסת, אך בעיקר הממשלה, הציבו בתגובותיהן את הטיעון העקרוני שניתן לתמצתו בשורות הבאות: מדינת ישראל היא מדינה דמוקרטית; הריבון הוא העם – אזרחי ישראל, המיוצגים על ידי חברי הכנסת שבהם בחרו; מקור הסמכות הוא בכללים שקובעת הכנסת בחוקי היסוד ואין מעליהם דבר; ריבונות העל מסורה בסוף כל הסופים בידיו של העם באמצעות נציגיו בכנסת, וחקיקת חוקי יסוד אינה כפופה כלל לביקורת שיפוטית, והיא בלתי שפיטה.

לשיטה זו, קול העם הוא כמו קול האל (Vox populi, vox dei) – העם נותן יפוי כוח בלתי חוזר לנציגיו, ולאחר מכן הוא נכנס כמו דוב לשנת חורף הנמשכת מספר שנים עד לבחירות הבאות (הדבר נכון במיוחד בישראל, שבה לא נהוג לערוך משאלי עם ולא נהוגה שיטת בחירות אזורית, כך שנוצר נתק אלקטורלי ממשי בין הבוחר לנבחר – (יניב רוזנאי ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל 81 ה"ש 159 והאסמכתאות שם (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2021) (להלן: רוזנאי ביקורת חוקתית)). תפיסה רובנית זו, של "דמוקרטיה ייצוגית", של רוב כל-יכול שרשאי לתפוס ככל יכולתו בנוסח the winner takes it all – היא תפיסה פשטנית. יש לדחות תפיסה פשטנית זו בפרט בהעדרם של חוקה וכל עוד לא נקבעו הכללים ליצירת החוקה. התפיסה הרווחת כיום במדינות המערב היא של מודל מפותח יותר, של דמוקרטיה ייצוגית

ומפוקחת (Monitory Democracy), באמצעות גופים ממתני כוח ומרסני כוח (ג'ון קין ההיסטוריה הקצרה של הדמוקרטיה (2022)).

15. חוק יסוד: השפיטה אינו כולל הוראה השוללת מבית המשפט סמכות לדון בסעד או בטענה הנוגעת לתוקפו של חוק יסוד. לפי הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת רשויות), ה"ח 947 (13.2.2023), "מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לא יידרש, במישרין או בעקיפין, לשאלה בדבר תוקפו של חוק-יסוד ולא יהיה תוקף להחלטה שהתקבלה בעניין כאמור". העובדה שהצעה זו הועלתה, במהלך החודשים האחרונים, תומכת במסקנה כי הגישה הרווחת היא שיש כיום סמכות כזו (ואיני מביע עמדה בשאלת תוקפה של הוראה כזו אם תתקבל ההצעה).

16. אין לכתוד כי עד לפרסום ספרו של רוזנאי Constitutional Amendments Unconstitutional, הדיון במשפט הישראלי בנושא של התיקון החוקתי שאינו חוקתי היה מצומצם (אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" 99 גבריאל בך 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011) (להלן: ברק תיקון של חוקה שאינו חוקתי)), אך בשנים האחרונות התייחסה הפסיקה לנושא זה (בג"ץ 4908/10 ח"כ בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: עניין התקציב הדו-שנתי), בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.5.2018) (להלן: ענין חוק ההדחה), עניין חוק הלאום). מכל מקום, הפסיקה והספרות האקדמית חרשו זה מכבר תלמים בשאלה אם יש מגבלות על כוחה של הכנסת, ומהדעה הרווחת משתמע במפורש או מכללא כי גם חוקי היסוד אינם חסינים מפני ביקורת שיפוטית. אביא מקצת מהדברים בשם אומרם ואפתח בפסיקת בית המשפט לאורך השנים:

"אין הכנסת בלתי מוגבלת, על-פי טבעם של דברים, בסמכותה ובכוחה. יש עקרונות-על - אם תרצה: עקרונות-מסד - הטבועים בעצם קיומה של הכנסת; יש תכונות אופי השוכנות בגנים של הכנסת - בהיותה מה שהיא - ומאותם עקרונות, מאותן תכונות, לא תוכל הכנסת להשתחרר" (השופט חשין בנק המזרחי, בעמ' 546-545).

"ואולם גם חוקי-היסוד אינם בפסגת הפירמידה, שמא נאמר: בתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי-היסוד יונקים מהם את חיותם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדמוקרטיה היהודית. אלה הם ה'גבוה מעל גבוה שומר'" (השופט חשין בע"א 733/95 ארפל אלומיניום

בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997) (להלן: עניין ארפל)).

"יש מקום לתפיסה כי חוק או חוק-יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם" (דברי הנשיא ברק בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 716-717 (2006) (להלן: עניין גיוס בני הישיבות)).

"הפירמידה המשפטית בנויה אפוא על ערכי-העומק של החברה והמדינה. אותם ערכים מזינים בשורשיהן את הנורמות השוררות במדינה, ובלעדיהם לא תיכון המדינה. וגם הכנסת - שהיא עצמה חיה מכוחם - תכוף ראשה לפני אותם ערכים. [...] עיקרים אלה שבדמוקרטיה נעלים הם מחוקי-יסוד ולא-כל-שכן נעלים הם מחקיקה מן-המניין. שכן חוקי היסוד - בוודאי כך חוקים מן-המניין - שואבים את כוחם מעיקרי הדמוקרטיה, וממילא קדים ומשתחווים הם לפני אותם עיקרים. הנה-כי-כן, מכוחם של עיקרי הדמוקרטיה נבחרת הכנסת בבחירות דמוקרטיות, וסמכותה המשפטית, החברתית והמוסרית לחוקק חוקים ולקבוע הסדרים ראשוניים שואבת את כוחה מעיקרי הדמוקרטיה ומן ההסכמה החברתית השוררים בחברה. [...] יש עיקרי-יסוד בחיי המדינה שלא נוכל בלעדיהם ואין אנו זכאים להתעלם מהם. שאם נעבור ונתעלם, אנו לא עוד נהיה אנו" (המשנה לנשיא (בדימ') חשין בעניין גיוס בני הישיבות, בעמ' 729-730, 741-742, 757).

"בתי המשפט בישראל הכירו בקיומם של עקרונות על שאינם ניתנים לשינוי. גם חוקי היסוד שלנו הניחו את העיקרון החוקתי המרכזי, שספק אם הוא ניתן לשינוי, המתייחס לאופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה. [...] אכן, אף אני סבורה כי קיימים עקרונות יסוד, העומדים בבסיס קיומנו כחברה וכמדינה אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות [...]. במקרה כזה - ומוטב שלא יתרחש לעולם - יידרש בית המשפט להכריע אם חרזה הכנסת מסמכותה המכוננת ופגיעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית" (עניין התקציב הדו-שנתי, בפסקה 34 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

"סבורני כי אין להרחיק לכת ולסתום את הגולל על סמכותו של בית משפט זה לבקר חקיקת יסוד, וזאת בזהירות הנדרשת ועל פי אמות מידה קפדניות [...]. ככל רשויות השלטון, מחויב בית משפט זה להגן על חוקי היסוד המצויים בליבת שיטתנו המשפטית [...], ולהכריע בסוגיות המובאות לפניו לאור ערכי היסוד הראויים למשטר דמוקרטי חוקתי - יהיו הם כתובים עלי ספר או לאו [...]" (בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל, פסקה 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן (6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי)).

"[...] אם ימצא בית משפט זה כי תיקון שנעשה לחוק היסוד פוגע בצורה חמורה במשטר הדמוקרטי, אין לשלול את האפשרות – ושוב, אומר זאת בזהירות המתבקשת, כי נושא זה טרם נדון לגופו בבית המשפט – כי הדבר יוביל למסקנה החריגה שמדובר בתיקון חוקתי שאינו חוקתי ולכן יש לפסלו" (עניין המרכז האקדמי, בפסקה לה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין).

גם בדברי מלומדים אנו מוצאים כי יש ערכי יסוד שהם גבוה-מעל-גבוה, המסמיכים את בית המשפט לבקר חוקי יסוד. אביא מקצת הדברים:

"חירות, שוויון, צדק אינם רק ערכי-יסוד; הם גם מושגי-יסוד הקודמים לשיטה המשפטית וקיימים מעל ומעבר לה" (גואלטירו פרוקצ'יה "הערות בדבר שינוי תוכנם של ערכי-היסוד במשפט" עיוני משפט טו 377, 382 (1990)).

"[...] הגבלה זו על כוחו של המחוקק חלה במקרים מיוחדים ויוצאי דופן שבהם השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי" (אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 99 (2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית)).

"חשוב לזכור כי, עקרונית, ניתן לייחס עליונות גם לנורמות שאינן חקוקות. זה הוא המעמד של משפט הטבע בתורות משפט טבע של המשפט, וזה הוא מעמד 'ערכי היסוד' אם הקהילה המשפטית ובתי המשפט יבחנו תוקפם של חוקים על פיהם" (רות גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 35-36 (1997) (להלן: גביוון המהפכה החוקתית)).

"את מעשי הכנסת יש לא רק לפרש לאורם של עקרונות העל המקובלים בחברה הישראלית, כי אם גם לבקר את עצם קיומם. מעשה חקיקה שיסתור את עקרונות העל של החברה הישראלית לא יעבור את ביקורת בתי-המשפט. כך אחרי חקיקתם של חוקי-היסוד, וכך גם לפני חקיקתם" (יוסף אדרעי "מהפכה חוקתית האמנם?" משפט וממשל ג 453, 458 (1996)).

"ביטול הזיקה לעם היהודי או ביטול האופי הדמוקרטי של הממשל שקולים לביטולה של מדינת ישראל. זאת אין בסמכותה של האספה המכוננת של מדינת ישראל לעשות" (בנדור חוקי יסוד, בעמ' 142).

למעשה, כבר לאחר פסק הדין בעניין בנק המזרחי, היו שצפו את האפשרות כי יגיע הרגע שבו בית המשפט לא ימצא מנוס מפסילת חוק יסוד:

"[...] ניתן להוסיף את האפשרות שבית המשפט יתערב ויפסול גם פעולות של הכנסת בגדר כוחות הכינון שלה [...] ניתן להניח, שזוהי דרך פעולה שבית המשפט ינקוט רק במצבים קיצוניים ונדירים יחסית.

[...] ואם יחוש בית המשפט כי עליו לעשות צעד קיצוני 'ולשבור את הכלים', הרי המסגרת שפותחה בעקבות המהפכה החוקתית מותירה לו את האמצעים העיוניים לעשות כן. לפיכך כאשר יחוש בית המשפט כי כלו כל הקצין, הוא עשוי להתערב ולהגביל גם את הסמכות המכוננת של הכנסת, אם היא תאיים על עקרונות היסוד של הדמוקרטיה או על חירויות היסוד של המיעוט" (דותן הדיאלוג הקונסטיטוציוני, בעמ' 189-190, 208, הדגשה הוספה – י"ע).

אציין כי בסעיף 35(ה) להצעת חוק יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ב 149 משנת 1992, הוצע כי בית המשפט יהא רשאי להכריז שהוראה של חוק יסוד אינה תקפה "מן הטעם שהחוק או ההוראה לא נתקבלו ברוב הדרוש לקבלתם או מן הטעם שהם סותרים חוק-יסוד ולא נאמר בהם שתקפם הוא על אף האמור בחוק-היסוד או שהם סותרים עקרון מעקרונות היסוד של מדינת ישראל". מכאן, שהרעיון של עקרונות יסוד שיש בהם כדי לכבול את הרשות המכוננת אינו רעיון חדש.

17. לעניין מקור הסמכות לדוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, אני נכון לקבל את עמדתה של הנשיאה כי המערך החוקתי בכללותו, אותם "נתונים קונסטיטוציוניים" שביססו את עצם סמכותה של הרשות המכוננת, הם גם אלה הקובעים את מגבלותיה (בפסקה 66 לפסק דינה). לדידי, ניתן לגזור את מקור הסמכות גם מההכרזה על הקמת מדינת ישראל (השם הרשמי של הכרזת העצמאות) וגם מהעקרונות העל-חוקתיים שנזכרו בפסיקה דלעיל. לא אכחד כי איני רואה נפקות מעשית לשאלה איזו דרך יש להעדיף – האם נקודת האחיזה הארכימדית נובעת מ"הנתונים הקונסטיטוציוניים" או ממקור חיצוני אחר – באשר כל הדרכים מובילות לאותה נקודה אשר תוחמת את "גבולות הגזרה" של הרשות המכוננת.

לצורך דיוננו, אף איני רואה טעם להידרש לשאלה אם סמכותה המכוננת של הכנסת היא נגזרת או מקורית. בנושא זה ניתן להצביע על שלוש גישות: האחת – הסמכות היא לעולם נגזרת מאחר שהסמכות המקורית הייתה של מועצת העם (בנדוד חוקי יסוד, בעמ' 135 ה"ש 55). השניה – בקבלת חוקי יסוד חדשים פועלת הכנסת כרשות מכוננת מקורית ובתיקון חוק יסוד היא פועלת כרשות מכוננת נגזרת (קלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון" משפטים כח 341, 357



(1997) (להלן: קליין בנק המזרחי); קלוד קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב 52, 54 (התש"ל)). השלישית – כל עוד לא הושלם מפעל החוקה, הכנסת פועלת כרשות מכוננת מקורית (עניין חוק הלאום, בפסקה 13 לפסק דינו של השופט סולברג; אהרן ברק "הסמכות המכוננת הראשונית וההגבלות המוטלות עליה" משפט ועסקים כח 123, 138 (2023) (להלן: ברק הסמכות המכוננת)).

18. יש בסיס איתן לראות בהכרזת העצמאות כמקור סמכות (ראו ברק הסמכות המכוננת). איני רואה טעם לחזור ולהציג את "מירוץ השליחים" של החוקה מיום הקמת המדינה ואילך, ואפנה את הקורא אל פירוט הדברים בפסקאות 48-50 לפסק דינה של הנשיאה; לדברי חברי, השופט שטיין, שבפסק דינו סקר עקב בצד אגודל את השתלשלות הדברים ולפסק דינו בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (26.10.2023); וכן לדברי השופט מזוז בעניין חוק הלאום, בפסקאות 9-10.

בשורה של פסקי דין הבהיר בית משפט זה כי הכרזת העצמאות אינה בגדר חוק מחייב. הכרזת העצמאות גם אינה החוקה של מדינת ישראל, וזו נמצאת עדיין בתהליכי גיבוש בדמות חוקי היסוד. אולם אין משמעות הדבר שלהכרזת העצמאות אין נפקות משפטית. כבר בעניין בנק המזרחי, הצביע בית המשפט על כך שמקור הסמכות הוא חיצוני לחוקי היסוד עצמם:

"כדי לקבוע חוקה, המצויה ברמה נורמטיבית עליונה על חוק, נדרשת לכנסת נקודת אחיזה ארכימדית, המצויה מחוץ לחוקה או לחוק, אשר מעניקה לה את הסמכות לכוון חוקה. החוקה אינה יכולה ליצור את הסמכות שתיצור אותה. חוק אינו יכול ליצור חוקה אשר החוק כפוף לה. החוק אינו יכול ליצור את הסמכות שתיצור אותו. מעשה חוקה מחייב תמיד נקודת אחיזה שמחוץ לגוף המחוקק. נקודת אחיזה זו צריכה לינוק עצמה מהעם, אשר הריבונות שייכת לו" (שם, בעמ' 355 לדברי הנשיא ברק, הדגשות הוספו – י"ע).

הכרזת העצמאות מבטאת את ערכיה של מדינת ישראל; וכאשר הכנסת חורגת מהגרעין של מגבלות אלה, בית המשפט מוסמך להעניק סעדים חוקתיים (ברק הסמכות המכוננת). הכרזת העצמאות היא תעודת הלידה ותעודת הזהות של המדינה, ולא בכדי סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 1 לחוק יסוד: חופש העיסוק, קובעים את ההוראה הזוהה הבאה:

## עקרונות יסוד

זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכולות ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

בכך נמצאנו גם טובלים במימי הכרזת העצמאות וגם שואבים ממנה את ערכי המשטר הדמוקרטי בישראל. אין מדובר באמירה דקלרטיבית גרידא, אין מדובר בהוראה המשמשת אך בסיס לפרשנות. יפים לענייננו הדברים הבאים:

"[...] עקרונות היסוד שבחלק הראשון ובחלק השלישי של הכרזת העצמאות הם 'נשמתו היתירה' של המשפט הישראלי. [...] נובע מאופיים של עקרונות היסוד כנורמות משפטיות שהם חלק מהמשפט של המדינה, שיש להם נפקות משפטית, ויש להביאם בחשבון בהתחשב בהקשרים הרלוונטיים. מבחינה זו הם 'נורמות בנות פועל תחיקתי'. [...] סמכותה של הכנסת כאספה מכוננת [...] אינה סמכות מוחלטת. היא אומנם סמכות רחבה ביותר, אך היא מוגבלת באמצעות העקרונות של 'ההיסטוריה והאידיאולוגיה' והאני מאמין והחזון' של העם, הקבועים בהכרזת העצמאות. [...] מתבקשות מכך כמה מסקנות. למשל, הכנסת כרשות מכוננת אינה מוסמכת לבטל את אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ואינה מוסמכת לבטל את אופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית [...] על כן אין הכנסת כאסיפה מכוננת מוסמכת לבטל את הכרזת העצמאות, ואין היא מוסמכת לבטל או לפגוע בדרישות המינימום באשר לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9, 22, 30, 36 (2018)).

"חייבת הכנסת, כרשות מכוננת, לפעול במסגרת עקרונות יסוד וערכי היסוד של המבנה החוקתי שלנו. עליה לפעול במסגרת אמות המדינה העקרוניות עליהן מבוססת הכרזת העצמאות ועליהם מבוסס מפעל החוקה כולו. על פי תפיסה זו חוק יסוד חדש או תיקון לחוק יסוד 'אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי'" (ברק תיקון של חוקה שאינו חוקתי, בעמ' 380).

"עיקריה הנורמטיביים של הכרזת העצמאות, כלומר הזיקה לעם היהודי והמשל הדמוקרטי, אינם כלי עזר פרשניים בלבד, כפי שקבע עד עתה בית המשפט העליון; אלה הן נורמות מחייבות, שלהן כפופות כל רשויות המדינה, לרבות האספה המכוננת שלה, הקיימת ופועלת מכוח הכרזת העצמאות. [...] הקמת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה אך 'המלצה' או 'חזקה פרשנית'. מדובר במהות הבסיסית והמחייבת שנקבעה למדינה על-ידי מייסדיה. כיאה לנורמה המשפטית הראשונית, שנתקבלה על-ידי המוסד המשפטי הראשוני בפועל

ישירות בשם הריבון מכוח הנורמה הבסיסית, התקבלה  
ההכרזה פה אחד. [...] הכנסת, אף בשמשה כאספה  
המכוננת, כפופה אפוא לערכי היסוד המחייבים הקבועים  
בהכרזת העצמאות" (בנדור חוקי יסוד, בעמ' 143).

19. ערכי הכרזת העצמאות אינם משקפים רק את ה"אני מאמין" של המדינה, הם  
"ערכים אשר האבות המייסדים הבטיחו להשתית עליהם את המדינה. ודוק שלא רק  
המשפט והחקיקה הושתתו על יסודות אלה, כי אם המדינה כולה, על ממשלתה ורשויותיה  
וצבאותיה" (חיים כהן "עריכה של מדינה יהודית ודמוקרטית – עיונים בחוק-יסוד: כבוד  
האדם וחירותו" הפרקליט: 99 היובל 9, 14 (1993-1994)), "ערכים אלה הם בבחינת  
ערכי-על, המרחפים מעל לשיטת המשפט כולה" (אשר מעוז "עריכה של מדינה יהודית  
ודמוקרטית" עיוני משפט יט 547, 565 (1995)). ערכי היסוד הם אפוא המצפן שבלעדו  
יפרע עם ותאבד דרכה של המדינה היהודית-דמוקרטית בביתה הלאומי.

יש ערכים ועקרונות יסוד שארוגים בסיפור חייה של מדינת ישראל, יש "אמנה  
חברתית" שהיא החוזה והבסיס לחיים המשותפים של כל אזרחי המדינה. ערכים  
ועקרונות יסוד אלה, המגלמים קונצנזוס שאינו בר-חלוף, הם ערכי העומק המזינים  
ומפיחים חיים בכל חוק של הכנסת, הן בחקיקה ראשית והן בחוקי היסוד. "חוקה וחוק  
שאינם שולחים שורשים עמוק אל הערכים והמוסכמות של החברה, יקמלו וייעלמו עד-  
מהרה. בסוף כל הסופות, ערכי העומק של החברה ידם תהא על העליונה. כך הוא בענייני  
של זכויות האדם וכך הוא בעיקרי המישטר ובערכי החברה הכלליים" (עניין גיוס בני  
הישיבות, בפסקה 9 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין).

כאמור, איני רואה להכריע אם מקור הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי היסוד  
נובע מאותם "נתונים קונסטיטוציוניים" שביססו את עצם סמכותה של הרשות המכוננת,  
או אם מהכרזת העצמאות, או אם מעקרונות על-חוקתיים. זאת, בהעדר נפקות מעשית  
לשאלה ובאשר כל הדרכים מובילות לאותה התוצאה.

לאחר שעמדנו על מקור הסמכות, נסביר מדוע חיוני להכיר בביקורת שיפוטית  
על חוקי יסוד.

הקלות הבלתי נסבלת של השימוש בסמכות המכוננת מחייבת ביקורת שיפוטית

20. כאשר כנסת ישראל מחוקקת חוקי יסוד היא פועלת בכובעה כרשות מכוננת (על  
תורת "שני הכובעים" ראו, בין היתר, אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של

מדינת ישראל א 60 (מהדורה שישית, 2005); אורי אהרונסון "המהפכה החוקתית: הדור הבא" מחקרי משפט לד (2023); רבקה וייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנט של חוקת הכלאיים הישראלי" עיוני משפט לח 501, 515 (2016)). מאז נודע ברבים כי קיימת זהות מוסדית בין הכנסת כרשות מכוננת חוקה, לבין הכנסת כבית המחוקקים, דומה כי נאה עד מאוד כובע המכונן בעיני הכנסת, והיא מחליפה את כובעיה בתכיפות ובזריזות גבוהה, כמעט חדשות לבקרים (כמפורט גם בפסקה 83 לפסק דינה של הנשיאה), וכפי שנודמן לי לומר:

"קצרים היו ימי שני חייה של הכנסת ה-23, משך כתשעה חודשים בלבד, אך במהלך תקופה קצרה זו תוקנו חוקי היסוד 13 פעמים (!!!) בהוראת שעה, בגדר שיא אולימפי בתיקוני חוקה למרחקים קצרים (לשם השוואה, החוקה בארצות הברית התקבלה בשנת 1787 ומאז, בחלוף למעלה ממאתיים ושלושים שנה, התקבלו 27 תיקונים לחוקה)" (עניין שפיר, בפסקה 4 לפסק דיני).

מכאן, שהטענה כי בארצות הברית לא היה עולה על הדעת שבית המשפט יתערב בתיקון לחוקה, היא בבחינת השוואה בין תפוזים לשור הבר. לפנינו דוגמה לכך שיש להישמר מפני העתקה של מאפיין אחד ממדינה דמוקרטית מסוימת, תוך השמטה של מאפיינים משלימים שקיימים בשיטת המשטר של אותה מדינה. בארצות הברית, על מנת לתקן את החוקה, יש צורך ברוב של שני שלישים בשני הבתים ואישור של שלושה רבעים מהמדינות (עניין התקציב הדו-שנתי, בעמ' 317; דברי הנשיאה חיות בעניין חוק הלאום, בפסקה 34). לא בכדי כבר למעלה משלושים שנה לא נעשה בארצות הברית תיקון לחוקה. ואילו בישראל:

"[...] אוי לאותה חוקה, שנעשתה על ידי הכנסת כחומר ביד היוצר – לא כאבן בידי המסתת ולא כיריעה ביד הרוקם, אלא כפלסטלינה בידי המכונן. יציבות חוקתית? תרבות תיקון חוקתית (amendment culture)? מן הסתם מונחים שאינם הולמים את תנאי הארץ ותושביה" (בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקה 3 לפסק דיני (18.1.2023) (להלן: עניין דרעי הרביעי)).

אם כן, בעמודים הבאים אבקש לעמוד על היבטים שונים בהליך חקיקת חוקי יסוד ועל סוגיות נוספות הנוגעות לחוקי היסוד, שיש בהם לשיטתי כדי להעיד על ההצדקה לביקורת שיפוטית על חוקי היסוד ועל היקפה.

21. אי יציבות החוקה והעדר מגבלות על שינויה: עובר לחקיקתו של חוק היסוד הראשון, חוק יסוד: הכנסת, הציע חבר הכנסת סנה לשריין את חוק היסוד כולו על מנת להבטיח את יציבות החוק "כדי שאיזו קאפריזה רגעית חולפת, איזה אינטרס לשעה אחת או ליום אחד או לתקופה קצרה, איזו התלקחות יצרים, איזה צירוף מקרי של כוחות לא יוכלו לשנות את אבני היסוד של חוקת הארץ" (ד"כ 2.2.1958, 957). לא רוח נבואה שרתה על חבר הכנסת סנה כאשר אמר את הדברים, אלא תפיסה כיצד צריכה להיראות חוקה.

מידת החסינות של חוקי היסוד מהתערבות בית המשפט צריכה לעמוד ביחס ישיר לקושי בשינוי החוקה ולתכיפות בשינוי החוקה. ככלל, חוקה נועדה "להגן על האומה מפני שינויים קיצוניים בנרטיב המכונן, המאיימים לפרק את רצף אבני-הבנין מהן מורכב סיפורה" (דברי השופט לוי בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44, 60-61 (2012) (להלן: עניין חוק האזרחות)). ברם, בישראל ניתן לשנות את רוב הוראות חוקי היסוד ולחוקק חוקי יסוד חדשים ברוב רגיל, וגם הליכי החקיקה של חוק יסוד אינם שונים מהליכי החקיקה של חוק רגיל. כדי לתקן חוק יסוד מספיק רוב רגיל (ולעיתים רוב של 61 ח"כים) וניתן לתקנו בשלוש קריאות תוך זמן קצר. כאמור, השינויים בחוקי היסוד נעשים בתכיפות ובמהירות רבה (אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב 443, 444-445 (1995) (להלן: בנדור פגמים בחקיקת חוקי יסוד)). כך, לדוגמה, חוק יסוד: הכנסת כבר תוקן מעל 50 פעמים, ומאז כינונו בשנת 1958, הוכנסו בחוקי היסוד השונים למעלה ממאה שינויים. בשנת 2020 לבדה התקבלו תשעה תיקונים לחוקי יסוד, ומאז שנת 2013 התקבלו 28 תיקונים לחוקי יסוד (וראו פסקה 5 לפסק דינו של השופט מזוז בעניין חוק הלאום; אביגדור קלגסבלד "חוק יסוד סותר (הוראת שעה): תקציב דו-שנתי, שימוש לרעה בסמכות הכינון ושני רעיונות חדשים – הערות בשולי בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל וממשלת ישראל" משפט ועסקים כו 1, 16 (צפוי להתפרסם)). מספר התיקונים מעיד על כך שאין "קדושה חוקתית" אשר שורה על מרביתם של חוקי היסוד, וכי החוקה בישראל "גמישה" עד מאוד, שלא לתפארת מדינת ישראל, אלא כ"אסקופה הנדרסת שכל רוח מצויה, אם כלכלית ואם פוליטית, מרוקנת אותו מתוכנו לעבר ניסויים ותעיות [...]". אם חוק יסוד הוא כשמו, הנה היסוד רעוע בתכלית (עניין המרכז האקדמי, בפסקה לב לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין); וראו גם אליקים רובינשטיין "החוקתיות במדרון: זילות ודורסנות, והניתן להעלות את אבנו של סיזיפוס לפסגת ההר" ICON-S-IL Blog (24.1.2021)).

הקלות שבה ניתן לחוקק ולשנות חוקי יסוד, פוגעת מיניה וביה במעמד, ועל כך עמד בית משפט זה בפסיקתו:

"הקלות בה ניתן לשנות את חוקי היסוד בישראל פוגעת במעמדם. 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 תכופים ולעמוד איתנה מול שינויים בהרכב הפוליטי של השלטון ואל מול שינויים חברתיים כאלה ואחרים. חוקה מציבה בפני החברה אמת מידה נורמטיבית. הליך השינוי המורכב של החוקה הוא המאפשר לאמת מידה זו לעמוד איתנה ויציבה גם אל מול חברה גועשת ומשטר משתנה. בישראל המצב אינו כזה. מרבית חוקי היסוד שלנו אינם משוריינים ועל כן ניתנים לשינוי על ידי הכנסת ברוב רגיל בהליכי חקיקה רגילים" (עניין התקציב הדו-שנתי, בפסקה 20 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, הדגשה הוספה – י"ע).

בין הריסון של הרשות המכוננת לבין הריסון השיפוטי שבית המשפט נוהג בו יש יחסי גומלין. "ריסון שיפוטי אסור לו שיביא לשיתוק שיפוטי" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא (4) 367, 390 (1997)). ככל שהרשות המכוננת אינה מפגינה ריסון בשעה שהיא עוסקת בחוקי יסוד שמענגים את העקרונות החוקתיים של המדינה, כך גדל, בהתאם, הצורך כי בית המשפט יערוך ביקורת על חוקי היסוד, ועל כך כבר נאמר:

"עוד יצוין, כי מטבע הדברים, תכיפות התיקונים החוקתיים על ידי הרשות המכוננת יש בה כדי להשפיע על מידת התערבותו של בית המשפט [...]. הרשות המכוננת הישראלית מבצעת תיקונים רבים ותכופים בחוקי היסוד, באופן שיש בו, בכל הכבוד, הקלת ראש בחוקתיותם של חוקי היסוד, שלא לומר זילותם [...]. הריסון אותה נוקטת הרשות המכוננת בתיקון החוקה מחייב גם ריסון מצד בית המשפט; ואולם נדמה שההמשך הטבעי לדברים אלה, הוא שככל שהרשות המכוננת אינה נוקטת היא עצמה ריסון של ממש בבואה לתקן את עקרונותיה החוקתיים של המדינה, נכונותו של בית המשפט לבקרה – רחבה יותר, גם אם ברי כי עדיין תהא מצומצמת מהביקורת אותה נוקט בית המשפט כלפי חקיקה במעמד נורמטיבי רגיל, שגם היא מצומצמת מעיקרא. לעת זו אין צורך להרחיב מעבר לאמור" (עניין המרכז האקדמי, בפסקה לה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, הדגשה הוספה – י"ע).

אף אני הבעתי בעבר את דעתי כי הריסון השיפוטי אינו חד-סיטרי:

"בית משפט זה אינו ממהר לפסול חוק של הכנסת. על אחת כמה וכמה, מחויב בית המשפט לריסון שיפוטי מקום שבו מדובר בחוק יסוד. ברם, גם על הכנסת לפעול בריסון בהפעלת סמכותה כרשות מכוננת ולהצביע על חוקי יסוד ב'יד רועדת', תוך מודעות והכרה בחשיבות הרגע וגודל השעה. שהרי לא בחוק רגיל עסקינן, אלא בחוק יסוד, שבעצם היותו חוק יסוד הוא אמור להיות בעל השלכות ארוכות טווח על משפטה ועל אופיה של המדינה והחברה" (עניין שפיר, בפסקה 4, הדגשה הוספה – י"ע).

22. רוחב ההסכמה בחקיקת חוקי יסוד: ככלל, חוקה אמורה להתקבל בהסכמה רחבה חוצת מפלגות ומתוך הבנה בין חלקי הבית, וזאת נוכח אופייה כמסמך שמשקף את ההסכמות הבסיסיות של החברה: "חוקה היא למעשה המסמך הקובע את כללי-היסוד המשותפים לחברה החיה במסגרתה" (גביון המהפכה החוקתית, בעמ' 35-36). כך נעשה בשנות התשעים עת נחקקו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק יסוד: חופש העיסוק; חוק יסוד: הממשלה שבו נקבע עקרון הבחירה הישירה של ראש הממשלה; וחוקים נוספים כמו חוק המפלגות (ליו-לוי); רובינשטיין חוקי היסוד; מאיר שמגר חוקה בהסכמה הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה 238 בסעיף 181 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005), שם הוצע כי תיקון לחוקה יתקבל ברוב מיוחס של שני שלישים בארבע קריאות). "דורות של חברי כנסת, מימין ומשמאל, מהקואליציה ומהאופוזיציה, היו שותפים לתפיסה שלפיה חקיקת חוקי יסוד מחייבת הליך ארוך ומעמיק, ובעיקר הליך דיאלוגי של הבנה ושיתוף פעולה חוצה מחנות פוליטיים" (אורי אהרונסון, איתי בר-סימן-טוב, עדין ישראלי לוי, רונית לוי-שנור, דורין לוסטיג ואיסי רוזן-צבי "נורמות הליכיות בחקיקת חוקי יסוד וחקיקה במסלול ועדה" עיוני משפט 15 (עתיד להתפרסם) (להלן: אהרונסון ואח' נורמות הליכיות). גם חברי, השופט סולברג, שיצא בשעתו חוצץ נגד דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, הסביר כי "כינונה של חוקה המעגנת את ערכיה היסודיים של המדינה, את סדרי-המשטר, ואת כללי המשחק – טעונה הסמכה, ומצריכה הסכמה ציבורית רחבה" (בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה 6 לפסק דינו (12.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים) (הדגשה הוספה – י"ע)).

יפים לענייננו דברי שר המשפטים דאז, משה נסים, בעת הקריאה השניה והשלישית לחוק יסוד: השפיטה, הוא החוק נושא דיוננו:

"לא ראוי לקבל חוק-יסוד ברוב קטן, אפילו לא רוב של 61 חברי הכנסת [...]. אני אומר, שלא ראוי לקבל חוק-

יסוד, ודאי שלא חוקה נוקשה, ללא הבנה בין חלקי הבית. זה מצריך רוח של הבנה וגם רוח של פשרנות. חשוב שנדע כי חוקי-היסוד שנוותרו, וחוקה שצריכה להינתן, לא יכללו מהפכות ולא יקעקעו מוסכמות בחברה הישראלית. אם נלך בדרך זו, ואם תשרוד הרוח הזאת – רוח של הבנה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בחוק-יסוד: השפיטה – הכנסת הזאת תרשום לזכותה הישג רב-משמעות בהצעת מערכת החוקים במדינת ישראל לקראת שעתה היפה" (ד"כ 1737, 28.2.1984).

הסכמה רחבה מביאה לידי ביטוי את השאיפות והמטרות של החברה, היא משקפת את הערכים המשותפים ומשרטטת "בסיס משותף לבני האומה, חותרת לקוהרנטיות בהתווית סיפור חייה ורושמת את קווי המיתאר לדמותה" (עניין חוק האזרחות, בפסקה 10 לפסק דינו של השופט לוי). הסכמה רחבה יוצרת תשתית לחיים בצוותא ומחזקת את החוסן הלאומי ואת הלכידות הפנימית. בנקודה זו אין לי אלא להפנות לדברי חברי, השופט שטיין (בפסקה 27 לפסק דינו), שם הוא עומד על העקרונות המשותפים שהופכים אנשים לחברה ולמדינה. ולהיפך, כפייה של שינויים מהותיים שלא בהסכמה רחבה מערערת את החוסן הלאומי ואת הערכות ההדדיות. איננו צריכים להרחיק עדותנו. התיקון לחוק היסוד נושא דיונו, נחקק בתמיכת 64 חברי הקואליציה בלבד ועודנו שנוי במחלוקת ציבורית רחבה.

23. זאת ועוד. על פי המצב החוקתי דהיום, חוקי יסוד יכולים להתקבל ברוב רגיל ובמספר קטן של חברי כנסת. למרבה האבסורד, יש הטוענים כי אף ניתן ברוב רגיל לקבוע שריון פורמלי של חוק יסוד, דהיינו, 10 חברי כנסת יכולים לחוקק סעיף בחוק יסוד ולקבוע כי לצורך שינויו יש צורך ברוב מיוחד של 61 חברי כנסת (דותן הדיאלוג הקונסטיטוציוני, בעמ' 181-182). עם זאת, בעשורים האחרונים הכנסת מקפידה לעמוד בדרישת הרוב המיוחס בבואה לאמץ הוראת שריון – נדב דישון "שימוש לרעה בשריון פורמלי של חוק יסוד" משפט ועסקים טכסט לה"ש 138-140 (צפוי להתפרסם) (להלן: דיסון)). כל קבוצה של חברי כנסת יכולה אפוא לעשות "מחטף חוקתי", לחוקק חוק, לחבוש על ראשו כתר של חוק יסוד, וכך נמצאנו עושים את חוקי היסוד מחוקה לעתיד לחוקא ואיטלולא.

24. המעמד המיוחד שניתן לחוקי היסוד על ידי בית משפט זה בעניין בנק המזרחי, לא נולד בחלל ריק. ההנחה היא שהחוקה לעתיד מעגנת ערכי יסוד דומיננטיים ועל-זמניים, שנועדו גם לדורות הבאים. ערכים שנהנים מהסכמה רחבה בציבור מאחורי "מסך בערות". זאת, בניגוד לחוק יסוד שמגלם הסכמה קואליציונית צרה, כך ש"במקום להגיע



לחברה שבה הקונסטיטוציה מנחה את הפוליטיקה, הגענו למצב שבו יש פוליטיזציה של הקונסטיטוציה" (דותן הדיאלוג הקונסטיטוציוני, בעמ' 191).

יש בכך כדי להשיב על הטענה כי אם בבחירות הבאות תעלה האופוזיציה לשלטון היא תוכל לבטל את התיקון לחוק היסוד. נהפוך הוא. עיצוב, עיגון ושינוי של החוקה – כל אלה אינם אמורים להיעשות על ידי הצמדת הכותרת "חוק יסוד" לנורמה שמשנתנה מדי חילופי שלטון, על פי העדפה של הרוב הזמני-ארעי השולט בנקודת זמן מסוימת, ותוך "קביעת עובדות בשטח, נוסח 'עוד דונם ועוד עז'" (עניין התקציב הדו-שנתי, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט הנדל).

25. הסכמה רחבה באה לידי ביטוי, מטבע הדברים, גם בתחושת חגיגות האופפת את המעמד. עת הכנסת מחוקקת או מתקנת חוק יסוד, היא חובשת לראשה את כתר הרשות המכוננת. שעה שכתר מלכות על ראשה, יודע העם כי ביום חג ומועד עסקינן, וכי הכנסת מודעת לגודל השעה:

"קביעת חוקה (והרי חוקי היסוד הם פרקים בחוקה העתידית) והנחלתה לעם הן אירוע של חג לכל משטר דמוקרטי ונאור. מלאכת קביעת החוקה חזקה עליה שתיעשה על-ידי המחוקק העוסק בכך בדחילו ורחימו, בכובד ראש ובאחריות מרובה, כאשר הוא מחזיק בידו במטה המגולף בערכים ובעקרונות, שנמסר לידו כרשות מכוננת" (דברי השופט לוין בעניין בנק המזרחי, בעמ' 453).

"יום חקיקתו של חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד אמור להיות יום חגיגי שבו הכנסת לובשת לבן ומצטחצחת בהתרגשות לקראת המאורע ולא יום קטנות פוליטי" (עניין שפיר, בפסקה 4 לפסק דיני).

חגיגות המעמד אינה צריכה להתבטא בהכרח בברקים ורעמים, אך ניתן לומר בוודאות כי התיקון לחוק נושא דיוננו לא היה יום חג אלא יום של חול, וביום חולין כזה דרכיו של העם אינן מצטלבות אלא נפרדות.

26. אי ההשתלבות במערך החוקתי: לשיטת הכנסת, די בכותרת הצורנית כדי להפוך כל חוק רגיל לחוק יסוד. מכאן קצרה הדרך לנסות להקנות חסינות לכל חוק שהממשלה חפצה ביקרו על ידי עיטורו בכותרת של חוק יסוד. לשיטה זו, אין מניעה לחוקק את חוק יסוד: היטל תיעול, על אף שחוק כזה אינו מתיישב ואינו משתלב עם המארג החוקתי (על מבחן ההתאמה למארג החוקתי ראו עניין שפיר, בפסקה 41 לפסק דינה של הנשיאה

חיות). ככל שאין מדובר בהוראה שאין מקומה הטבעי בחוקה, כך תגדל הנכונות לביקורת שיפוטית.

27. פגמים בהליכי החקיקה: חקיקה או תיקון של חוק יסוד ראוי כי ייעשו לאחר עבודת מטה יסודית, ולאחר קבלת הערות הציבור, כפי שנעשה פעמים רבות בחקיקה ראשית רגילה. הדברים נכונים במיוחד שעה שיש בחוק היסוד משום שינוי של כללי המשחק המשטרי. ככל שההליך נעשה שלא בדרך הדברים הרגילה, בחיפזון, בשטחיות, מבלי להטות אוזן קשבת להערות הציבור, להערות המומחים ולהערות חברי הכנסת המתנגדים – כך הנטייה להתערבות שיפוטית גדולה יותר.

28. 'מסך הבערות': יש מצבים המצדיקים שינוי חוקי יסוד באופן מידי, אך בהעדר צורך דחוף, ראוי כי שינוי חוק יסוד, במיוחד שינוי עומק, ייעשה שלא בתחולה מיידית:

"ההגנה על כללי ההכרעה, או 'כללי המשחק' המוסדיים, נועדה, בין היתר, כדי למנוע מנציגי הציבור לפעול למען קידום האינטרסים האישיים שלהם, או של מפלגותיהם, חלף האינטרס הציבורי הכללי, או האינטרסים של בוחריהם. [...] גם הנורמות המוסדיות נדרשות להיקבע במנותק, עד כמה שניתן, מהאינטרסים האישיים של קובעיהן; או כפי שהגדירו זאת מלומדים, מאחורי 'מסך של בערות' [...] לפיו לא ניתן לעשות מקצה תיקונים או שיפורים לאחר ש'מסך הבערות' הוסר, והנציגים מגלים את מי הם מייצגים [...] נורמה חוקתית של קביעת כללים כלליים, צופים פני עתיד ויציבים, שאינם ניתנים לשינוי בקלות על פי האינטרסים הצרים והזמניים במערכת הפוליטית, שומרת אם כן על כבודן של הנורמות החוקתיות ועל עקרון ההוגנות בעיצוב כללי המשחק הדמוקרטיים בישראל [...]. תחולה מיידית אף לא מוצדקת מעשית, שכן היא תורמת לשינויים חוקתיים תכופים ומזדמנים (מתוך הנחה מוטעית שבהתבטל האילוץ – ניתן יהיה לשנות שוב את ההסדר החוקתי)" (עניין ממשלת החילופים, בפסקאות 122-126 לפסק דינו במיעוט של המשנה לנשיאה מלצר, הדגשות במקור – י"ע).

הסכנה האינהרנטית בחוק יסוד שמתקבל בתחולה מיידית, היא שהכנסת תקבע כללי משחק שישרתו את טובתם של חברי הכנסת ואת טובת הממשלה המכהנת (ראו הערתו של השופט גרוסקופף בעניין דרעי הרביעי, בפסקה 4 לפסק דינו, כי יש חשש שהתיקון לחוק היסוד נעשה לצורך נקודתי). הכלל הבסיסי ביותר, בבחינת הבסיס ל"פירמידת הנורמות" של כללי המשחק, הוא שעל כללי המשחק "להיקבע לפני המשחק, ולא להיות נתונים בקלות לשינוי במהלכו רק כדי להתאימם לאינטרסים של השחקנים

שבידיהם יתרון באותה עת" (אריאל בנדור "חוקי-היסוד כבסיס לחוקה – הצעה לחוקת ישראל" משפט וממשל ה' 15, 18 (2000)). ככל שההליך נעשה שלא מאחורי מסך הבערות, אלא אד-הוק כדי לפתור בעיה נקודתית או פרסונלית – כך הנטייה להתערבות שיפוטית תהא גדולה יותר.

29. אי חקיקת חוק יסוד: החקיקה: הממשלה אישרה בתשובתה כי "העובדה שבישראל לא נקבע בחוק יסוד הליך מיוחד לכינון חוקי יסוד ולתיקונם אכן מהווה עיוות", אלא שלשיטתה, גם בעיוות זה אין כדי להקנות סמכות לבית המשפט.

דעתי שונה. עמדנו על כך שהחלפת הכובעים בין הרשות המכוננת לרשות המחוקקת לא באה לידי ביטוי בפרמטר כלשהו לעומת חקיקה ראשית רגילה, למעט הכותרת "חוק יסוד" (ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל ו' 509, 516 (2003)). חוקי היסוד נחשבים כפרקים בחוקה העתידית, אך מבלי שנקבעו "כללי משחק" לדרך שבה יש לנהוג על מנת ליצור חוקה.

"מכל מקום, לפי המצב בישראל כיום, אין לתפיסה הקשיחה ביחס להליכי החקיקה מסגרת הולמת. כאמור, בהיעדר חוק יסוד: החקיקה, ההגבלות על הליכי החקיקה או השינוי של חוקי יסוד הן מצומצמות" (עניין התקציב הדו-שנתי, בפסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, הדגשה הוספה – י"ע).

בית משפט זה חזר והתריע על העדר חוק יסוד: החקיקה:

"בשולי הדברים נחזור על שנאמר בבית משפט זה לא אחת בדבר הצורך בקיומו של חוק-יסוד: החקיקה, אשר יסדיר, בין היתר, את מעמדם של חוקי היסוד במדינת ישראל והאפשרות לתקנם [...] בבואנו לבחון את תקינות עבודת החקיקה של הכנסת, כרשות מחוקקת ומכוננת כאחת, איננו יכולים להתעלם מפגמים מהותיים הנופלים בה. הפתרון הראוי הוא אם כן בכינון חוק יסוד: החקיקה, אולם עד שזה יזכה להגיע לאויר העולם, אין מנוס מקביעת כללים מנחים לשם שמירה על עקרונותיו הבסיסיים של המשטר הפרלמנטרי הישראלי, ועל-ידי כך לכבד את הכנסת – לכבד את עבודתה ואת תוצריה, לכבד את עקרונות המשטר החוקתי" (עניין המרכז האקדמי, בפסקה לז לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין).

ואף אני בעניין שפיר הפניתי קריאה "למען הדמוקרטיה בישראל הבו לנו כבר את חוק יסוד: החקיקה" (שם, בפסקה 3 לפסק דיני).

30. בחלק מהצעות חוק יסוד: החקיקה השונות שהוצעו לאורך השנים, הוצע מנגנון המחייב, בין היתר, הצבעה בארבע קריאות, כאשר הקריאה הרביעית תתקיים בישיבה מיוחדת, לא לפני חלוף שישה חודשים ממועד הקריאה השלישית, ועליה להתקבל ברוב מיוחס (דישון, בה"ש 26). יש בכך כדי להעיד על הצורך בכללים מיוחדים לצורך חקיקה או תיקון של חוקי יסוד.

דומה כי ישראל היא המדינה היחידה בעולם שבה ניתן להעביר תיקון חוקתי ברוב רגיל ובהליכי חקיקה רגילים (כהן ורוזנאי, בעמ' 127-128; עמיחי כהן "תיקון חוקתי לא־חוקתי בעידן של פוליטיקה פופוליסטית-בעקבות ספרו של יניב רוזנאי Unconstitutional Constitutional Amendments" משפט וממשל כא 335, 336 (2020)). בכל המדינות שכווננה בהן חוקה יש מנגנונים שונים לתיקון החוקה "מְדִינָה וּמְדִינָה פְּכֶתָּה וְאֵל עִם וְעַם פְּלִשׁוֹנוֹ" (מגילת אסתר א, כב), ובין היתר: דרישה לרוב מיוחס; פסקי זמן בין הליכי החקיקה; קבלת תיקון בחוקה רק לאחר בחירות חדשות; משאל עם; הגבלות על תיקון חוקתי לגבי הוראות ספציפיות או נושאים מסוימים (גבריאלי בוקבזה הסדרים לתיקון חוקות (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2023); יובל וורגן ודפנה בן-פורת דרכים לתיקון חוקה (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2005)). במובן זה, החוקה הישראלית היא גמישה בצורה קיצונית, כמעט חסרת חוליות, באופן המאפשר לה לזכות באליפות העולם בהתעמלות קרקע לחוקות. כל עוד לא נחקק חוק יסוד: החקיקה באופן המסדיר את חקיקת פרקי היסוד של החוקה העתידית של מדינת ישראל – הן בהיבט ההליכי, הן בהיבט המספרי של הרוב הנדרש, והן בהיבט המהותי-תוכני, לכנסת ניתן כוח עצום ללא כל מגבלה. כל עוד לא נקבעו כללי המשחק של חקיקת חוקי יסוד, ממילא לא נקבעו כללי המשחק לביקורת שיפוטית על חוקי היסוד. הכנסת, כרשות מכוננת, יכולה הייתה לקבוע תנאים לגבי הדרך לקבלת חוקי יסוד ולתיקונם, אך היא בחרה שלא לעשות כן. העובדה שהכנסת יכולה כיום לכוון ולתקן חוקי יסוד בפרוצדורה של חוק רגיל, היא אנומליה, והיו שראו בכך כובע שלישי שהכנסת חובשת על כובעה, ובשל כך קראו לחוקק את חוק יסוד: החקיקה (קליין בנק המזרחי, בעמ' 358). כל עוד לא נחקק חוק יסוד: החקיקה, החוקה בישראל חסרה את אחד היסודות שמכוננים חוקה:

"חוקה מקיימת שני תנאים הכרחיים: הראשון הוא, שכל חוק (או נורמה אחרת במערכת המשפטית) חייב לתאום את קביעות החוקה, ואם אינו עושה כן – הריהו חסר תוקף משפטי. התנאי השני הוא, שכדי לשנות את החוקה (או לגרוע ממנה בדרך אחרת) נדרשת פרוצדורה מיוחדת, השונה (ובדרך-כלל תובענית יותר) מהפרוצדורה הנדרשת בהליכי חקיקה רגילים" (דותן הדיאלוג הקונסטיטוציוני, בעמ' 157, הדגשה הוספה – י"ע).

לכן, דווקא העדרו של חוק יסוד: החקיקה מחייב כי גם חוקי היסוד יהיו נתונים לביקורת שיפוטית. יש בכך גם תשובה לטענת הממשלה כי לא נמצאו שיטות משפט אחרות המאפשרות לבית המשפט לפסול תיקונים חוקתיים מבלי להיסמך על החוקה עצמה. היא הנותנת. מקום שבו החוקה מתווה את הדרך לשינוי הוראותיה וקובעת מגבלות פרוצדורליות או מהותיות על שינוי החוקה, כפי שנעשה בחוקותיהן של מדינות הים, על בית המשפט לפעול בהתאם להוראות אלה. ולהיפך – כל עוד לא נחקקו וכל עוד לא נקבעו מגבלות כאלה ואחרות, אין לשלול את האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על תיקון חוקתי. באנגליה, שם אין חוקה, המשפט אינו מכיר כלל בסמכות המכוננת של הפרלמנט, כך שלא ניתן להקיש מהמשפט האנגלי לענייננו (קליין בנק המזרחי, בעמ' 345). לא למותר לציין כי ב-83% מהחוקות בעולם, יש מנגנון מפורש של ביקורת שיפוטית, המאפשר לגופים שיפוטיים להגן על החוקה ועל הוראותיה מפני הפרות מצד המחוקק (רוזנאי ביקורת חוקתית, בעמ' 47, 51).

31. יכול הטוען לטעון כי יש בכך "משום היפוך היוצרות: בית המשפט הוא שמתווה את גבולות סמכות החקיקה, במקום שהמחוקק יתווה את גבולות סמכות השיפוט" (דברי השופט אלרון בעניין שפיר, בפסקה 9 לפסק דינו), או לטעון כי בכך מעצב בית המשפט את החוקה שממנה הוא שואב את סמכויותיו (פסקאות 5 ו-7 לפסק דינו של השופט אלרון). איני סבור כך. כאשר בית המשפט פוסל הוראה ספציפית בחוק יסוד, הוא אינו מתיימר בכך לעצב את החוקה או לקבוע מהי הדרך לחקיקת חוקי יסוד – כמה קריאות, מה הרוב הנדרש, מועד התחולה, סוג העניינים שיבואו בגדרי חוקי היסוד וכיוצא בזה. אלה כללי משחק המסורים לסמכותו של המכונן לקבוע, ויש להצר על כך שהמכונן ביכר עד היום שלא לעשות כן. חוק יסוד: החקיקה, שטרם בא לעולם, אינו אמור לקבוע את עקרונות היסוד התוכניים של החוקה, אלא את "מערכת ההפעלה" או כללי המשחק לכינונם של חוקי היסוד. הצבת סייג ספציפי לכוחה של הרשות המכוננת במסגרת כללי משחק שטרם נקבעו, אינה שקולה כלל וכלל לקביעת עקרונות היסוד של החוקה, ובוודאי שלא לעיצובה של החוקה. לכן, כאשר בית המשפט מכריז על התיקון לחוק היסוד כבטל, בבחינת "אל תעשה", הוא אינו מסיג את גבולה של הרשות המכוננת בקביעת ערכי היסוד בחוקה העתידית בבחינת "עשה".

העדרו של חוק יסוד: החקיקה מביא אותנו לנקודה הבאה.

32. אי השלמת המפעל החוקתי: חלפו שבעה עשורים מאז התקבלה "החלטת הררי", והרשות המכוננת לא מילאה את תפקידה ולא השלימה את פרויקט החוקה (וזאת, מעבר לאי חקיקת חוק יסוד: החקיקה).

בעניין חוק ההדחה אמרה הנשיאה חיות את הדברים הבאים:

"לעת הזו, ובהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי כמשימה שטרם הושלמה, ובפרט משלא נקבעו עד כה ההליכים לכינון ולתיקון של חוקי-יסוד, יש בעייתיות לא מבוטלת באימוץ דוקטרינה מקיפה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי דוגמת הדוקטרינות הנוהגות במשפט המשווה" (שם), בפסקה 25 לפסק דינה; על כך חזרה הנשיאה חיות בעניין חוק הלאום, בפסקה 15 לפסק דינה).

לדעה זו הצטרף השופט מזוז בעניין חוק הלאום, בפסקה 2 לפסק דינו (לדעה דומה ראו ברק הסמכות המכוננת, בעמ' 137-138).

33. דעתי שונה. לטעמי, דווקא מאחר שהחוקה טרם הושלמה ואף לא נקבעו כללי המשחק לכינונה של החוקה, הדבר מחייב ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, שמא אף הנמכת רף ההתערבות השיפוטית. שאם נקבל את הדעה כי אי השלמת המפעל החוקתי מקשה על החלת ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, יש בכך תמריץ לכנסת ולממשלה שלא להשלים את המפעל החוקתי: "לא יתכן שדווקא העדר הסדרה יוביל לכך שהנושא יחמוק מביקורת. אין לאפשר למחדל, להפוך למפלט ולמקלט" (עניין קוונטינסקי, בפסקה 55 לפסק דינו של השופט סולברג). אדרבה, אם וכאשר יושלם המפעל החוקתי וייקבע מתווה ייחודי נוקשה, כללי, ויציב לחקיקת חוקי יסוד ולתיקונם, או-אז יש לנקוט בגישה מצמצמת להחלת הדוקטרינה של התיקון החוקתי שאינו חוקתי. דעה דומה הביעו חבריי השופטת ברון והשופט קרא בעניין חוק הלאום (פסקאות 2 ו-9 לפסקי דינם, בהתאמה).

34. פגיעה בזכויות אדם: ולבסוף, ולא אחרון בסדר חשיבותו, סיבת כל הסיבות לכיבוד החוקה ולמעמדה החוקתי העל-חוקתי הוא שהחוקה נועדה לשריין את זכויות האדם והאזרח:

"דמוקרטיה אמיתית מכירה בכוחה של חוקה - פרי הסמכות המכוננת - לשריין את ערכי היסוד של השיטה ואת זכויות האדם הבסיסיות, בפני כוחו של הרוב. הגבלה כזו על עקרון שלטון הרוב אינה פוגעת בדמוקרטיה, אלא היא מהווה את הגשמתה במלואה. [...] בענייני חוקה

וזכויות אדם חוקתיות [...], מתן כוח לרוב לפגוע בזכויות המיעוט הוא מעשה בלתי דמוקרטי. ההגנה על זכויות הפרט והמיעוט ועל ערכי היסוד של המבנה המשפטי מפני כוחו של הרוב, היא המעשה הדמוקרטי" (הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי, בעמ' 397-398).

כאשר החוקה עושה ההיפך, פוגעת בזכויות האדם, מגבילה את זכות הגישה לערכאות ומציבה את הממשלה מעל החוק – ועל כך אעמוד בהמשך – כך הנטייה להתערבות שיפוטית גדולה יותר.

35. סיכום ביניים: הקלות הבלתי נסבלת של מנגנון התיקון החוקתי בישראל, הביאה לזילות של חוקי היסוד, שחברי הקואליציה לשים אותם כפלסטלינה לצרכיהם בתכיפות גוברת והולכת (בנדור פגמים בחקיקת חוקי יסוד; יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" משפט וממשל א 395, 402 (1992); סוזי נבות ויניב רוזנאי "על הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד" ICON-S-IL Blog (4.11.2018)). ככה לא בונים חוקה, ככה לא מחוקקים חוקי יסוד (להליכי החקיקה הראויים של נורמות חוקתיות ראו בהרחבה אהרונסון ואח' נורמות הליכיות). בישראל, שבה אין חוקה נוקשה, אין שני בתים לפרלמנט, אין שיטה פדרלית ואין מנגנונים אחרים של בלמים ואיזונים (checks and balances), הצורך בביקורת שיפוטית מוגבלת על חוקי היסוד, החוקה לעתיד, הוא חיוני. הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד צריכה לעמוד בהלימה ליציבות, להליך, לרצינות, לחגיגות, ולרוב הנדרש לחקיקת חוקי יסוד. מה שנחקק בהליך רגיל; ברוב רגיל; שנעשים בו שינויים תכופים, לעיתים אף שינויים נקודתיים ופרסונליים, שינויים אד-הוק שלא מאחורי 'מסך בערות' – אינו מצדיק מתן חסינות מפני ביקורת שיפוטית. קביעה כי אין לבית המשפט העליון סמכות לבקר חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד, משמעה מתן כוח בלתי מוגבל לרשות המבצעת, בהינתן שזו יכולה לפעול באמצעות הרשות המכוננת ולהשתמש בכוח הרוב לרעה על מנת לפגוע בזכויות המיעוט תוך עריצות הרוב, חשש שביטאו עוד לפני שנים רבות ג'ון סטיוארט מיל (ג'ון סטיוארט מיל על החירות (אהרן אמיר מתרגם, הוצא שלם 2006)) ואלקסיס דה-טוקוויל (אלקסיס דה-טוקוויל הדמוקרטיה באמריקה (אהרן אמיר מתרגם, הוצאת שלם 2010)).

36. למי שסבור כי אין לבית משפט זה סמכות לבקר חוקי יסוד, אציע כתרגיל מחשבתי להתייצב מאחורי "מסך בערות" וליתן דעתו על חוקי היסוד הבאים:

חוק יסוד: איסור שחיטה כשרה.

חוק יסוד: ביטול חובת כשרות בצה"ל.

חוק יסוד: ביטול יום השבת כיום המנוחה השבועי.

חוק יסוד: ביטול השפה העברית כשפה הרשמית.

חוק יסוד: ביטול חוק השבות.

תיקון לחוק יסוד: חופש העיסוק: על אף האמור בחוק ההסמכה, רשות מקומית

אינה יכולה לאסור פתיחת בתי עסק בשבת בכל מקום שהוא.

המשותף לכל "חוקי היסוד" דלעיל, שהם פוגעים בעמוד היהודי של "יהודית ודמוקרטית". האם היינו נכונים לקבל חוקי יסוד המקעקעים את היסוד היהודי של המדינה, אך ורק מאחר שנמצא בכנסת רוב מזדמן לכך? הממשלה טענה כי אין לפסוק על פי תרחישי אימה ואין לי אלא להסכים כי רשימת החוקים הדמיוניים דלעיל הם תרחישי אימה בהיבט של העמוד היהודי במדינת ישראל. אלא שכל אימת שאנו בוחנים מעשה חקיקה עלינו לקחת בחשבון כי איננו יכולים לדמיין ולצפות את כל התרחישים האפשריים.

היה זה השופט בך בעניין בנק המזרחי שהתבטא כי "ישנם דברים מסוימים, אשר יש להניח כי במשטר דמוקרטי תקין פשוט לא יקרו" (שם, בעמ' 583). אולם במשטר דמוקרטי אי אפשר לקבל תשובות בנוסח "זה לא יקרה" או "סמוך עלינו", ואחזור על הציטוט הקולע שהביאה הנשיאה בפסקה 93 לפסק דינה: "כל המבנה הקונסטיטוציוני מבוסס על ההנחה, כי דברים עשויים לא להתנהל כשורה, ועל-כן יש להציב גבולות וגדרות" (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מג(3) 505, 606 (1986) (להלן: עניין ברזילי)).

בתשובה לטענה כי לא ייתכן שלכנסת יינתן כוח מוחלט, השיבה הכנסת כי חזקה עליה, כמי שרגישה לדעת הקהל, שלא תפעל לזעזע את עקרונות היסוד של הדמוקרטיה בישראל (פסקה 353 לתשובת הכנסת). לשיטת הדוגלים ב"תסמכו עלינו", ניתן לבטל את הביקורת השיפוטית בכלל ולסמוך על המחוקקים והמכוננים. אך משטרים שבנויים על מנגנון של "תסמכו עלינו", משטרים שנשמכים על ההנחה שנבחרו הציבור אינם נדרשים לבלמים ואיזונים – אינם משטרים דמוקרטיים. ובכלל, "אילו היו בני-האדם מלאכים, לא היה צורך בשלטון כלל. אילו משלו מלאכים בבני-האדם, לא היה צורך בשום ריסון לשלטון, לא מבית ולא מחוץ" (אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט 262 (הוצאת שלם, 2004)). חברי, השופט שטיין, ניסח יפה את הדברים בפסקה 57 סיפא לפסק דינו בתארו את ההגנה החוקתית כמלט, בטון וברזל ביסודות הבניין, ואין לי אלא להצטרף לדבריו.



37. עמדנו על המקור לקיומה של סמכות לבית משפט זה לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, וכן על הסיבה שבגינה, במבנה המשטרי הקיים בישראל, חיוני לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, שאם לא כן, חוקי היסוד עלולים לשמש ככלי לחתור תחת הדמוקרטיה עצמה, בבחינת "חוקתיות פוגענית" (abusive constitutionalism). בנקודה זו אוסיף הערה ביחס לרף ההתערבות מכוח דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי.

38. בעניין חוק הלאום, שם הניח בית משפט זה את היסודות לקיום ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, הנשיאה הציבה בפסק דינה מבחנים הקובעים רף גבוה לצורך השימוש בדוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי: "מצבים שבהם חוק יסוד שולל או סותר באופן חזיתי את 'המאפיינים הגרעיניים' המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית" (שם, בפסקה 29 לפסק דינה). חברתי, השופטת ברק-ארז הציבה אף היא רף גבוה, שמא אף גבוה יותר – מקום שבו חוק יסוד "מהווה 'שבירת כלים', במובן של הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית" (שם, בפסקה 16 לפסק דינה). דומני כי חברי, השופט פוגלמן, הציב מבחן רחב יותר: "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).

ספק אם מלכתחילה היה מקום לקבוע רף כה גבוה להפעלת דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי. על פי המצב החוקתי בישראל, אין כל "סממני קדושה" האופפים את הליכי חקיקת חוקי היסוד, שבגינם נדרש בית משפט זה "לִכְפֹּף אֶגְמוֹן רִאשׁוֹ" (ישעיהו נח, ה) ולומר "קדוש-קדוש-קדוש" על כל חוק יסוד ותיקון לחוק יסוד. אם חוקי יסוד נעשו ככדור משחק בידי הכנסת, אזי כאשר הכדור מתגלגל לפתחו של בית המשפט, אין הוא הופך לאגרטל פורצלן עדין, שאין בית המשפט מורשה להחזיקו אלא לראותו בלבד.

שאלה שאותיר בצריך עיון היא אם סטנדרט הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד אינו צריך להיות נמוך מהרף שהוצע בעניין חוק הלאום (חברתי הנשיאה סברה כי יש להותיר על כנו את הרף שנקבע שם, כאמור בפסקה 105 לפסק דינה). כאשר נקבע אותו רף, נראה היה כי מדובר בעניין תיאורטי רחוק, בתרחיש היפותטי ובמבחן שלא ייעשה בו שימוש לעולם, אך לא ימים של אז כימינו אנו. כאשר תיקון חוקתי חותר תחת הבסיס הדמוקרטי ושלטון החוק; כאשר הוא חותר תחת האפשרות להחלפת השלטון; כאשר הוא חותר תחת האפשרות להגן על כבודם וחירותם של תושבי המדינה; וכאשר הוא חותר תחת הבסיס היהודי של המדינה – כל אלה קטיגוריות החשודות כתיקון חוקתי שאינו חוקתי. על רקע האמור לעיל לגבי העדרם של מנועים דמוקרטיים מספקים ובדבר

ה"קלות הבלתי נסבלת" של חקיקת חוקי יסוד ותיקונם מבלי שנקבעו "כללי משחק חוקתיים", דומה כי יש להרהר אחר האפשרות להרחיב את נכונותו של בית משפט זה להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד המשנים את האיזונים והבלמים הקבועים בשיטתנו.

מכל מקום, כפי שאסביר להלן, התיקון לחוק היסוד שבפנינו אינו עומד גם ברף של ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד שהציב בית המשפט בעניין חוק הלאום, ועל כך עמדה גם הנשיאה בפסק דינה. משכך, לא אקבע מסמרות בנושא, ונקווה שלא נדרש לשאלה זו בעתיד.

39. וכעת, לאחר שהסברנו מדוע חיוני כי תהא ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, מהו מקור הסמכות לכך ומה אמות המידה לבחינת התיקון, אפנה לבחינת התיקון לחוק נושא דיוננו.

על עילת הסבירות

40. בהעדר חוק הכולל את עילות הביקורת המינהלית, הפסיקה קבעה את כללי היסוד לפעולתן של רשויות המינהל ואת "המרעין בישין" שעשויים להצדיק התערבות בפעולות מינהליות שונות. אחת מאותן עילות ביקורת היא עילת הסבירות. לא בכדי צמחה עילה זו מתוך העילה של חריגה מסמכות, מאחר שהבחינה נעשית בהתאם להוראות החוק המסמך על פי תכליתו ותפקידו של החוק. אין לי אלא ללכת לדברי ראשונים:

"אני רואה את העיקר בזה, שענין הסבירות אינו בעצם אלא אחת הצורות של חריגה מסמכות [...] עניני הסבירות והחריגה מהסמכות כרוכים, איפוא, זה אחר זה, [...] התחומים בין חריגה מסמכות מטעמי אי סבירות וחריגה מטעמים אחרים הם לעתים קרובות מטושטשים וקשה להבדיל ביניהם [...] ייתכן שהשם המשותף היאה לכל הסוגים האלה של חריגה מסמכות הוא 'עיוות הסמכות', מה שנקרא בפי הצרפתים [...] ובפי האנגלים abuse of power" (ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזינגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026, 1037-1038 (1959)).

"תקנה אשר דבקה בה אי-סבירות היורדת לשרשו של ענין, רואים אותה כחורגת מסמכותו של מי שהתקינה ובשל כך תיחשב כבטלה ומבוטלת [...] חריגה מהותית מסמכות בכגון דא יכול שתבטא בהתקנת תקנה שהוראותיה אינן במסגרת ד' האמות, כפשוטן, של הסעיף

המסמך בחוק החרות ויכול שהחריגה מסמכות תתבטא באי-סבירותו של התוכן, כי הרי הנחה היא שהמחוקק לא נתכוון להעניק סמכות להתקין תקנות שהן בלתי-סבירות" (בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94, 102-101 (1976)).

משמע, כאשר בית המשפט מתערב וקובע כי החלטה מסוימת של שר חרגה ממתחם הסבירות ודינה להתבטל בשל חוסר סבירות קיצוני או מהותי, הוא אומר למעשה, כי השר חרג מסמכותו על פי החוק המסמך וכי המחוקק לא התכוון לתת בידי השר סמכות לקבל החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני.

41. פסק דינו של השופט ברק בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 437 (1980) (להלן: עניין דפי זהב) נחשב על ידי מלומדי משפט כפסק דין תקדימי שיצר קטיגורית סבירות חדשה (ראו בפסקה 13 לפסק דינה של השופטת וילנר). מנגד, יש הגורסים כי פסק הדין בעניין דפי זהב לא יצר עילת סבירות חדשה יש מאין, אלא אך שכלל את המתודולוגיה של בדיקת הסבירות, כאשר הסבירות האיזונית משמעה: "איזון זה הוא סביר, אם הרשות המוסמכת נותנת את המשקל הראוי, כלומר, המשקל המתבקש על-פי פירושה של הנורמה החקיקתית אותה מבצעת הרשות המינהלית, לאינטרסים השונים הבאים בחשבון" (שם, בעמ' 445). למיצער, ניתן לומר כי הלכת דפי זהב העמידה את עילת הסבירות כעילה מרכזית ועצמאית העומדת על רגליה שלה, וזו הסיבה שבגינה רואים אותה כאבן דרך. וכלשונו של השופט חשין: "לימים, משבאה לאוויר העולם כעילה כוללת-כול, השתלטה עילת הסבירות – כמוה כעוולת הרשלנות בזמנה ובמקומה – על כל סביבותיה, ואבותיה הקדמונים באו לחסות בצלה. עילת הסבירות הפכה בתחום המשפט המינהלי [...] ל'עילת מסגרת' שתכניה יכולים שישתנו מעניין לעניין ומתקופה לתקופה, על-פי תנאי המקום והזמן" (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 777, 728 (1999) (להלן: עניין סטמקה)).

הפסיקה חזרה ושנתה פעמים רבות על אודות חשיבותה של עילת הסבירות ככלי ביקורת על מעשי המינהל:

"אף אני סבורה כי עילת הסבירות היא מכשיר מרכזי וחיוני להפעלת ביקורת שיפוטית על המינהל, וכי ממילא לאורך השנים השתרשו בפסיקתנו כללים מנחים להפעלתה ויישומה תוך הקפדה על שמירת מרחב שיקול הדעת הנתון לרשות בדין" (דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאיים הכללית נ' שר התחבורה, פסקה 37 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (26.10.2017) (להלן: עניין התאחדות הסוחרים)).

42. בניגוד לטענה רווחת, כאשר בית המשפט קובע כי החלטה מינהלית מסוימת נגועה באי סבירות קיצונית, הוא אינו מתיימר להחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתה של הרשות:

"הביקורת השיפוטית המתבצעת בגדר עילת הסבירות אינה מיועדת לקבוע מהי ההחלטה שעל הרשות לקבל, אלא רק להגדיר מתחם של החלטות אפשריות, קרי של נקודות איזון אפשריות בין השיקולים השונים, אשר כל אחת מהן עשויה לעמוד במבחן הסבירות" (בג"ץ 8371/09 דורון נ' שר הפנים, פסקה 22 לפסק דינו של השופט פוגלמן (7.7.2010)).

בבוא בית המשפט לבחון אם החלטה מינהלית חרגה ממתחם הסבירות, בית המשפט מתחשב בשורה של נתונים:

"השאלה אם החלטה מינהלית לוקה בחוסר סבירות קיצוני תלויה בגבולות של מיתחם הסבירות, הוא המיתחם שבו הרשות המינהלית רשאית להחליט לפי שיקול דעתה. מיתחם הסבירות של כל סמכות מינהלית תלוי במאפיינים של הסמכות: מה הלשון והתכלית של החוק המסמיך; מי הרשות המוסמכת; מהו העניין המוסדר על-ידי הסמכות; האם הסמכות מופעלת בעיקר על יסוד מימצאים עובדתיים, על יסוד שיקולים של מדיניות, או על יסוד מבחנים מקצועיים, כגון: מבחנים רפואיים או הנדסיים; וכיוצא באלה. בהתאם למאפיינים אלה משתנה מיתחם הסבירות: יש שהוא צר ויש שהוא רחב" (דברי השופט זמיר בבג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46, 57 (1997)).

(עוד על מתחם הסבירות ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ה 3586-3581 (2020) (להלן: זמיר הסמכות המינהלית)).

43. מאז ומתמיד בית משפט זה נקט ריסון עצמי בבואו לבקר את מעשי הרשות. מכאן "חזקת התקינות המינהלית"; מכאן הכלל שלפיו אין בית המשפט מחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו; ומכאן עילות הסף הרבות של המשפט המינהלי. כך במיוחד בכל הנוגע לעילת הסבירות, ויעידו על כך המונחים "אי סבירות קיצונית", "אי סבירות מהותית היורדת לשורש העניין", "מתחם הסבירות" וכיוצא באלה ביטויים (לדעה לפיה אין צורך בדרישה לחריגה "קיצונית" ראו זמיר הסמכות המינהלית, בעמ')

3587-3590). מתחם הסבירות הנתון לרשות רחב יותר מקום שבו מדובר בסוגיה מורכבת "רב-קודקודית" המערבת מספר רב של שיקולים (בג"ץ 7487/15 ארקיע נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה (25.1.2016)). מתחם הסבירות רחב במיוחד בהחלטות מדיניות העוסקות בסוגיות של בטחון והגנה, בהן "סמכות הממשלה רחבה עד מאד. דרכי הפעלת סמכות זו עומדות בעיקרן לפיקוח הכנסת והציבור. ממילא, התערבות שיפוטית בתחום פעילות זה הינה מצומצמת ביותר" (בג"ץ 7844/07 כהן נ' ממשלת ישראל, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה והאסמכתאות שם (14.4.2008)). מתחם הסבירות רחב יותר מקום שבו ההחלטה קיבלה אישור פרלמנטרי של הכנסת או של אחת מוועדותיה או כאשר מדובר בשאלות של מדיניות, המערבות שיקולים של מקצועיות ומומחיות (בג"ץ 7198/21 איגוד נותני שירותים פיננסיים נ' ממשלת ישראל, פסקה 22 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (2021)). ביחס לממשלה, בית המשפט מתחשב בכך שזו פועלת גם מכוח שיקולים פוליטיים, ונוקט עוד יותר זהירות וריסון עצמי בבואו לבקר את החלטותיה, נוכח מעמדה הרם כמי שעומדת בנדבך העליון של הרשות המבצעת: "מעמדה של הממשלה כרשות המבצעת של המדינה רם ומיוחד הוא, בהיותה הרשות המבצעת של המדינה, כאמור בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה" (בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 498, 485 (1993) (להלן: עניין מיטראל); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 841 (2003) (להלן: עניין הנגבי)). ולבסוף, גם כאשר בית המשפט מוצא חריגה ממתחם הסבירות הוא מורה לעיתים על החזרת הסוגיה לדיון אל הרשות על מנת שזו תקבל החלטה חדשה (ראו, לדוגמה, ע"מ 4821/21 פלונית נ' שר הפנים (29.11.2022)).

אכן, [...] עתירות רבות, מהן שהתבססו על עילת הסבירות, תרמו לשיפור המינהל הציבורי בישראל, לעתים בפסקי דין מלומדים ולעתים ב'שמרטפות' עיקשת ונחושה על-ידי בית המשפט" (בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ, פסקה ג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (12.2.2015) (להלן: עניין הנגבי השני)). אך בפועל, התערבות בית המשפט בהחלטות הממשלה ושריה בעילת הסבירות היא ממילא מצומצמת ועל כך יעידו גם הנתונים. בין השנים 2003-2022 הוגשו 64 עתירות בנושא מינויים, 12 עתירות התקבלו ומתוכן רק שבע על בסיס עילת הסבירות. עתירה אחת בלבד מתוך 22 עתירות שהוגשו נגד מינויים שבסמכות הממשלה התקבלה, ובארבעה מקרים התקבלו עתירות כנגד החלטות שרים למנות את פלוני לתפקיד בכיר (אלעד גיל ובל יוסף השימוש בעילת הסבירות בפיקוח על מינויים ציבוריים (תכלית – המכון למדיניות ישראלית, 2023)). בניגוד לדעה הרווחת, "סקירות אמפיריות של השימוש השיפוטי בעילת אי-הסבירות בישראל אינן מובילות למסקנה כי בג"ץ התיר כל רסן. נהפוך הוא, גישה זהירה ובצידה התערבות במקרים ספורים בלבד [...] היא השולטת

בפסיקה הישראלית" (מרגית כהן "עילת הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" 99 אור: קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 773, 816 (2013)).

על פי המסמך שהונח בפני ועדת החוקה (מ/ש 6 לתשובת הכנסת), עולה כי בעשור האחרון התקבלו 44 עתירות בעילת הסבירות, אך רק ב-16 מקרים היה מדובר בהחלטות של הממשלה או של שרי הממשלה (ראו גם בפסקה 172 לפסק דינה של הנשיאה). אל מול פסקי דין בודדים אלה ניתן להעמיד מאות פסקי דין שבהם נדחו עתירות מן הטעם שבית המשפט אינו ממיר את שיקול דעתה של הרשות המינהלית בשיקול דעתו-שלו. אל מול פסקי דין בודדים אלה ניתן להעמיד עשרות אלפי החלטות שהרשות המבצעת קיבלה או נמנעה מלקבל ולא הגיעו כלל לפתחם של בתי המשפט. מכאן, שעיקר כוחה ופועלה של עילת הסבירות אינו בבחינה של ההחלטה המינהלית בדיעבד בזירה של בית המשפט, אלא בבחינתה מלכתחילה בתוך המנגנון המינהלי עוד בשלב גיבוש ועיצוב ההחלטה, מתוך ידיעה כי הפרה של חובת הסבירות תיבחן על פי עילת הסבירות: "יש להעריך את תרומתה של עילת הסבירות לא רק בהתייחס למקרים שנדונו בבתי המשפט, אלא גם מהיבט השפעתה של עיצוב החלטותיהן של רשויות המינהל [...]" (ברק-אור משפט מינהלי, כרך ב בעמ' 769).

לביטול עילת הסבירות יש אפוא פגיעה הסמויה מן העין, שממדיה ילכו ויתבררו ככל שיחלוף הזמן, פגיעה בציבור ככלל ופגיעה בענייניהם הפרטניים של מי שההחלטות בענייניהם יובאו בפני השרים.

44. אחת הטענות הרווחות כנגד השימוש בעילת הסבירות היא היותה עמומה. על כך כבר השיבה הפסיקה:

"עילת הסבירות אינה נפגמת מעצם היותה נורמה מופשטת או מושג שסתום. אדרבא, 'עובדה זו מאפשרת לסבירות להיות 'הגשר שבאמצעותו המשפט עשוי לתת פתרונות מודרניים לבעיות החברתיות החדשות' [...]. עוקץ עמימותה ממילא קהה לאחר שנים ארוכות שבהן עוצבה מקרה אחר מקרה במשפט המקובל נוסח ישראל, שהעמיד בידינו גוף מקיף של כללים ליישומה" (עניין התאחדות הסוחרים, בפסקה 57 לפסק דינה של הנשיאה נאור).

ובכלל, בעולם המשפט אנו מוצאים ביטויים שהם עמומים מטבעם, ובעמוד בית המשפט מחפש את הצלול – מונחי שסתום שהמחוקק בחר להותירם כ"רקמה פתוחה"

כמו תום לב, תקנת הציבור, תנאי מקפח, רשלנות, התנהגות בלתי הולמת וכיוצא באלה. עמדה על כך הנשיאה חיות בפסק דינה בעניין הנגבי השני: "אילו ביקשנו לראות בכך מאפיין הפוגם בעילת הסבירות כנורמה משפטית, היה עלינו לצרף אליה כנורמות פגומות, על פי אותה גישה, גם שורה ארוכה ונכבדה של נורמות משפטיות בעלות מאפיינים דומים כמו עקרון תום הלב ותקנת הציבור למשל" (בפסקה 3 לפסק דינה).

ביטוי עמום במיוחד הוא "צדק" שאותו אנו מוצאים בסעיף 15(ג) לחוק יסוד:

השפיטה:

בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק;  
בשבתו כאמור ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם  
סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או  
של בית דין אחר.

הזכרנו ביטוי עמום זה של "צדק", מאחר שטענה רווחת נגד עילת הסבירות היא ש"מה שנתפס בעיני האחד כבלתי-סביר באופן קיצוני, נחזה בעיני חברו כסביר וראוי" (עניין התאחדות הסוחרים, בפסקה 36 לפסק דינו של השופט סולברג). והנה, כך בדיוק נאמר לגבי אותה עילה עמומה של "צדק": "צדק לאחד הוא עוול לאחר" (דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 781, 661 (1996)). שבעים וחמש שנה פסק בית משפט זה והעניק סעד למען הצדק ועשרות בשנים פסק על פי עילת הסבירות, הגם שמדובר במונחים עמומים הנושאים על גבם מטען כבד. אין אפוא כל סיבה לבהלה ממונח שסתום כמו "צדק" או "סבירות".

עדיפה אפוא "עמימותה" של עילת הסבירות שהופקדה בידי בתי המשפט, אשר מזה שנות דור שוקלים אותה במאזניים של משפט תוך ריסון עצמי-שיפוטי, על פני הכחדתה של עילה זו ביחס להחלטות הממשלה ושריה. "למרות שהמשקל והאיזון הם מושגים גמישים, תמיד הם מושגים אובייקטיביים שכן בכל הנסיבות, יהיו אשר יהיו, הרשות המוסמכת המפעילה את הסמכות, ובית המשפט המפעיל ביקורת על החלטת הרשות, חייבים להדריך את עצמם, בקביעת המשקל והאיזון, לא על פי השקפה חברתית או נטייה אישית, אלא על פי התכליות של החוק המסמך ונסיבות המקרה הנדון" (זמיר הסמכות המינהלית, בעמ' 3579). ובכלל, מערכת משפט מודרנית נדרשת לסטנדרטים, לנורמות כלליות-עקרוניות-מופשטות ולביטויי שסתום כמו "סבירות", "צדק", "מידתיות", "תקנת הציבור", "תום לב" וכיוצא בזה, חלף ניסוח של כללים קזואליסטיים, מאחר שלא ניתן אף פעם לחזות את כל המצבים והתרחישים האפשריים (לניסוח קזואליסטי במשפט העברי ראו משה זילברג כך דרכו של תלמוד (מהדורה שניה, 1984);

יצחק עמית "ועשית מעקה לגגך ולא תשים דמים בביתך": על חובת הזהירות של המחזיק במקרקעין" פרשת השבוע עיונים משפטיים בפרשיות התורה 185 (אביעד הכהן ומיכאל ויגודה עורכים, התשס"א)).

45. הזכרנו את חשיבותה של עילת הסבירות, ונחזור שוב על מרכזיותה וחיוניותה כעילת ביקורת במשפט המינהלי:

"על פי תפיסת המשפט המינהלי בדורות האחרונים משמשת עילת הסבירות מכשיר מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל, והיא ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון" (בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה אהוד אולמרט, פ"ד סב(3) 486, 445 (6.12.2007) (להלן: עניין אמונה)).

"עילת הסבירות היא מאבני היסוד של המשפט המינהלי" (דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל, פסקה 105 לפסק דינו של השופט פוגלמן (15.12.2021) (להלן: עניין רותם)).

"עילת הסבירות העומדת ביסוד העתירות שלפנינו נטועה עמוק בקרקע המשפט המינהלי, ותחולתה במשפט הישראלי אינה מוטלת בספק" (עניין דדעי הרביעי, בפסקה 5 לפסק דינה של השופטת ברון).

בהינתן תפקידו של בית המשפט העליון כמוסד המשמש כבלם וכממתן כוח של הרשויות האחרות, ובהינתן שעילת הסבירות היא העילה המרכזית שמכוחה פועל בית המשפט בשדה המינהלי, הרי שלביטול הביקורת השיפוטית על הממשלה ושריה באמצעות עילה זו עלולות להיות השלכות מרחיקות לכת:

"הצרת אמצעי הביקורת השיפוטית שנועד לבחינת הרציונליות של ההחלטה המינהלית, כמוצע על ידי חברי, עלולה להביא למהפכה בתפיסת עקרון חוקיות המינהל, ולפגוע במאגר הכלים המשפטיים הנתונים בידי המשפט לצורך בחינת פעולת הרשות הציבורית במסגרת ההגנה השיפוטית הנתונה לפרט מפני שרירות השלטון. צמצומה של עילת הסבירות עלול ליצור חלל ריק במיתחם הביקורת השיפוטית שעילות ביקורת אחרות לא תמלאנה, ולהצר עד למאד את נכונותו של בית המשפט להתערב במצבים בהם הרשות המינהלית בהחלטתה לא שקלה את מלוא השיקולים הרלבנטיים ואותם בלבד, או שקלה אותם, אך לא ייחסה להם את המשקלות היחסיים המתאימים. קל לשער את הנזק הצפוי מתהליך כזה לרעיון חוקיות המינהל ולתכלית ההגנה על האזרח ביחסו אל הממשל, העומד ביסוד הגדרתן של עילות הביקורת



השיפוטית על המינהל" (עניין אמונה, בפסקה 33 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

"שלילה כמעט מוחלטת של עילת הסבירות מותר לטעמי את הציבור 'חשוף בצריח', שכן הוא שיישא במחיר אותן החלטות המצויות מחוץ לגדרי מתחם הסבירות" (עניין אמונה, בפסקה 19 א לפסק דינה של השופטת ארבל).

46. דיברנו בשבחה של עילת הסבירות, וניתן לומר כי יותר מששמרו הממשלה והשרים ונבחרי הציבור את הסבירות, שמרה הסבירות אותם ואת ישראל, שאילולא הסבירות פניו של השירות הציבורי היו אחרים. הסבירות היא למעשה תקן איכות, מעין ISO 9001 של הליך קבלת החלטה: בחינה של כלל השיקולים הרלוונטיים, סילוק השיקולים הלא רלוונטיים, איסוף נתונים רלוונטיים לשם יצירת תשתית עובדתית, איזון בין השיקולים השונים וקבלת החלטה רציונלית תוך זמן סביר. ואכן, לסבירות המינהלית יש מספר מופעים, וארחיב על כך כעת.

מהי ה"סבירות" שאליה התכוון המכונן?

47. המשפט המינהלי אינו חרות עלי ספר החוקים. הוא כולו פרי פסיקה ועילות הביקורת השיפוטית נכרכות לעיתים זו בזו. חסרים אנו חוק סדרי מינהל שבו יפורטו עילות הביקורת השיפוטית. כך נוצר מצב לפיו המכונן רתם את העגלה לפני הסוס ונחפז לשלול ממערכת המשפט את עילת הסבירות, עוד קודם שהבהיר מהי אותה סבירות שאליה התכוון ומה היא כוללת. דומה כי בכך לא מתיישב התיקון עם מבחן ההתאמה למארג החוקתי וניתן היה לפסול אותו גם במסגרת הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת. אני רואה להידרש לנושא זה לאור התוצאה אליה הגעתי באמצעות הדוקטרינה של התיקון החוקתי הבלתי חוקתי, ומשהרחיבה הנשיאה בנושא (פסקאות 185-192 לפסק דינה), אין לי אלא להצטרף לדבריה.

סתם המכונן ולא פירט אלו מופעים של עילת הסבירות נכללים בתיקון, והאם לשיטתו העילה כוללת:

- (-) אי שקילת כלל השיקולים הרלוונטיים ;
- (-) אי מתן משקל ראוי לשיקולים השונים ;
- (-) אי שקילה של חריגים ;
- (-) קבלת החלטה מופרכת, לא רציונלית ;
- (-) קבלת החלטה ללא תשתית עובדתית ראויה (סבירות הליכית) \* ;

- (-) קבלת החלטה על בסיס ראיות, נתונים ועובדות שאין להתחשב בהם או אי מתן משקל הולם להם;
- (-) קבלת החלטה להימנע מלהחליט;
- (-) שיהוי בקבלת החלטה או זריזות יתר בקבלתה (סבירות הליכית)\*.

\*להבחנה בין סבירות הליכית לבין סבירות תוכנית-מהותית, ראו יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר א' 417 (2003).

כל אחד מהמופעים דלעיל נזכר בפסיקה כנכלל בעילת הסבירות, דבר שמלמד על המורכבות של עילה זו, אשר כאמור משמשת מזה עשרות בשנים במשפט המינהלי. נעמוד להלן ובאופן פרטני על המופעים השונים של עילת הסבירות בפסיקה.

48. הסבירות האיונית: לאור הנוסח הגורף של התיקון לחוק היסוד, הוא כולל לכאורה את כל המופעים. עם זאת, בדברי ההסבר הקצרים לתיקון לחוק היסוד, אנו מוצאים התייחסות רק למופע זה של עילת הסבירות, תוך התייחסות להלכת דפי זהב.

על האיון הפנימי במערך השיקולים במסגרת עילת הסבירות עמד בית משפט

זה:

"כידוע, במסגרת הביקורת השיפוטית נבחן, בין היתר, האיון הפנימי בין השיקולים שהפעילה הרשות המנהלית. שיקול-דעת מנהלי 'אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה' ייפסל בשל חוסר סבירות [...]. החלטה מינהלית 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 האיון הפנימי בין השיקולים היה מעוות" (בג"ץ 1905/03 עכל נ' מדינת ישראל-שר הפנים, פסקה 17 לפסק דינו של השופט פוגלמן (5.12.2020) (הדגשות הוספו – י"ע)).

וראו גם בג"ץ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל פסקה 39 והאסמכתאות שם (4.11.2009) (להלן: עניין מנכ"ל משרד המדע).

אין חולק אפוא כי "סבירות איונית", קרי, אי מתן משקל ראוי לשיקולים השונים, או מתן משקל יתר לאחד השיקולים – הוא מסוג הפגמים שנכללים בעילת

הסבירות. בהקשר זה ידועה המטפורה של חברתי, השופטת ברק-ארז ולפיה "על דרך ההשאלה, ניתן לומר כי אפשר להקדיח את התבשיל גם כאשר שמים בו את כל המרכיבים הנכונים, אך בכמויות החורגות מן הנדרש במידה ניכרת" (ברק-ארז משפט מינהלי, כרך ב בעמ' 725). דוגמאות לשימוש בסבירות האיזונית אנו מוצאים בבג"ץ 3842/18 מכלוף נ' השר לביטחון פנים, פסקאות 40-41 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (19.2.2020) – באותו מקרה התערב בית המשפט בהחלטת שר המשפטים והשר לבטחון פנים לדחות את בקשת העותר לאשר את העברתו מתאילנד לישראל לשם נשיאת עונש המאסר שהושת עליו בתאילנד מכוח החוק לנשיאת עונש מאסר במדינת אזרחותו של האסיר, התשנ"ז-1996. דוגמה נוספת היא בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי בישראל נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002) (להלן: עניין שיח חדש), שם נפסק על פי העיקרון של "צדק חלוקתי" אך במסגרת עילת הסבירות שמחייבת לאזן בין כלל השיקולים.

49. על אף שדברי ההסבר הקצרים להצעת החוק מתייחסים רק למופע של סבירות איזונית, לשונו המפורשת של הסעיף מלמדת כי הוא חל על כל מופעי הסבירות. ראשית, הדבר נלמד מהנוסח הגורף והבלתי מסויג של הסעיף, שאינו מבחין בין סוגי סבירות, ומכך שנדחו הצעות למקד ולצמצם בהתאם את נוסח התיקון. שנית, הדברים אינם מתיישרים עם הסיפא של התיקון, שכן הימנעות מהפעלת סמכות אינה מעוררת על פי רוב שאלות ממופע הסבירות האיזונית, אלא ממופעים אחרים של סבירות (כמו הימנעות משקילת שיקולים רלוונטיים או חלופה זמן בלתי סביר עד מתן ההחלטה). מכאן, שלו היה המכונן מבקש להחיל את התיקון על הסבירות האיזונית בלבד, לא היה צורך בסיפא.

נעמוד להלן ובאופן פרטני על מופעים נוספים של עילת הסבירות בפסיקה.

50. אי שקילה של כלל השיקולים הרלוונטיים: דומה כי הפסיקה, בעיקרה, ראתה מופע זה כחלק מעילת הסבירות ולא כעילה עצמאית העומדת על רגליה שלה:

"פסילת החלטתו של שר הביטחון נובעת מאי-התחשבותו, הלכה למעשה, בשיקול שלעניין. במקרה זה ההתעלמות מן השיקול הרלוואנטי הפכה את ההחלטה אף לבלתי סבירה" (דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195, 210 (1995) (להלן: עניין ויכסלבאום)).

"עמדתו זו של שר הביטחון שמה את כל כובד המשקל על רגשותיהם של המשפחות השכולות ושל הציבור אשר הטקס המשותף יש בו כדי לפגוע ברגשותיהם, תוך

התעלמות מוחלטת מן הפגיעה ברגשות המשפחות השכולות והציבור המבקשים לקיימו במתכונת שבו התקיים לאורך השנים עד כה. משכך החלטת השר לוקה בחוסר איזון ממשי ובחוסר סבירות במידה המצדיקה את התערבותנו" (בג"ץ 2964/18 חוג ההורים פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון, פסקה 10 לפסק דינה של הנשיאה חיות (17.4.2018) (הדגשה הוספה – י"ע)).

"אף אני סבורה כי עילת הסבירות היא מכשיר מרכזי וחיוני להפעלת ביקורת שיפוטית על המינהל [...]. הדברים מקבלים משקל רב אף יותר באותם מקרים שבהם הפסול שנפל בפעולתה של הרשות המינהלית עולה אף כדי התעלמות [של] ממש משיקול רלוונטי" (עניין התאחדות הסוחרים, בפסקה 36 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, הדגשה והערה הוספו – י"ע).

מנגד, יש הסבורים כי אי שקילה של כל השיקולים הרלוונטיים היא עילה עצמאית. כך משתמע מבג"ץ 3823/22 נתניהו נ' היועצת המשפטית לממשלה, פסקה 4 לפסק דינו של השופט סולברג (17.7.2023):

"עדיין, עילה זו [הסבירות – י"ע] – בעלת חשיבות, אך לוקה בבעייתיות – אינה חזות הכל; לבטח אינה תנאי בלעדיו-אין לתקומתן של עתירות מסוגה של העתירה שלפנינו. ביקורת שיפוטית על החלטת היועצת המשפטית לממשלה, בתחום אכיפת המשפט הפלילי ובכלל, איננה תחומה אך ורק לד' אמותיה של עילת הסבירות. לא בכדי, גם בעתירה שלפנינו נטען, בין היתר, על הימנעות משקילת שיקולים רלבנטיים (סעיף 103 לעתירה המתקנת), על ניגוד עניינים (פסקה 57 לחוות דעתו של חברי, השופט ח' כבוב), וטענות נוספות. גם אלה אינן ממצות את ארסנל העילות המינהליות המסורתיות הנוהגות עימנו מימים ימימה, ובכולן ניתן לתקוע יתד נאמן".

בכל מקרה, ההבחנה בין אי שקילת כל השיקולים הרלוונטיים לבין אי מתן משקל ראוי לשיקול פלוני, היא לעיתים הבחנה דקה מן הדק.

51. החלטה לא רציונאלית/מופרכת: על מופע חשוב זה של עילת הסבירות עמדה הנשיאה בפסק דינה (בפסקאות 126-128). משמעותה של הסבירות במופע זה היא כי נאסר על איש המינהל הציבורי לקבל החלטות מופרכות, קרי מסקנותיו צריכות להיגזר מן השיקולים הרלוונטיים לעניין והתשתית העובדתית שהונחה בפניו. אם אין קשר בין ההחלטה האופרטיבית לבין המסד העובדתי והחוקי שממנו היא מתיימרת לנבוע – הרי שמדובר בהחלטה חסרת היגיון ומופרכת, והיא לא תוכל לעמוד (ראו לדוגמה בג"ץ

8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך, פסקה 53 לפסק דינה של השופטת וילנר (29.3.2022); ברק-ארז משפט מינהלי, כרך ב בעמ' 723-725).

52. העדר תשתית עובדתית: האם פסילת החלטה מינהלית מן הטעם שניתנה ללא תשתית עובדתית מספקת, היא עילה עצמאית או שהיא נכללת בעילת הסבירות? בפסיקה אנו מוצאים כי העדר תשתית עובדתית היא עילה עצמאית:

"כדי להגיע למסקנה שאין מקום להתערב בפסק דינו של בית המשפט קמא – די אם נתמקד בפגם העיקרי שנפל בהחלטת ההדחה. פגם זה נוגע להיעדרה של תשתית עובדתית הנדרשת על פי כללי המשפט המינהלי לשם ביסוס החלטה של כל רשות מנהלית באשר היא [...]. אך אם בעל הסמכות המנהלית אינו נותן את דעתו למכלול הראיות הרלוונטיות שנאספו, אין מנוס מן הקביעה כי הופרה החובה המוטלת על הרשות לקבל החלטה המבוססת על כלל העובדות הרלוונטיות, וברי כי החלטה שכך התקבלה אינה יכולה לעמוד. [...] משהתברר כי מדובר בהחלטות מוקשות, מתפתחות, שנתקבלו מבלעדי תשתית עובדתית הולמת, ובניגוד להסדר המפורט, המיוחד, שנקבע בנוהל ההדחה של צה"ל – אין מנוס מהתערבות" (בג"ץ 6745/19 לובטון נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקאות 63 ו-75 לפסק דינה של הנשיאה חיות (14.3.2022) (הדגשה הוספה – י"ע) (וכן ראו את פסק דינו של השופט סולברג, שם)).

לכן, כשלעצמי, אני סבור כי על אף הלשון הגורפת שבה נקט המכונן, אין לכלול מופע זה של סבירות בגדר התיקון לחוק היסוד. אולם ראוי לציין כי בפסיקה אנו מוצאים כי המופע של העדר תשתית עובדתית מהווה אף הוא חלק מעילת הסבירות:

"לפיכך, 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) (הדגשה הוספה – י"ע)).

"משטרת ישראל, ככל רשות מנהלית, מחויבת לקבל את החלטותיה על סמך תשתית עובדתית מלאה, וזאת כערוכה לקבלת החלטות סבירות וענייניות המושתתות על בדיקה שיטתית והוגנת של העובדות" (בג"ץ 3798/09 גורווד נ' ...)

המפקח הכללי של משטרת ישראל, פסקה 19 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (7.12.2010) (להלן: עניין גורוחוד) (הדגשה הוספה – י"ע)).

מכאן, שיכול הטוען לטעון כי גם מופע זה נכלל בגדר עילת הסבירות שנכרתה במסגרת התיקון לחוק היסוד.

53. קבלת החלטה על בסיס ראיות, נתונים ועובדות שאין להתחשב בהם או אי מתן משקל הולם להם: ניתן להצביע גם על עילה נוספת או תת-עילה, ולפיה הונחה תשתית עובדתית אך לא ניתן משקל הולם לראיות או לנתונים מסוימים (להבדיל מאי מתן משקל לשיקולים שונים):

"שאלת מסוכנותו של המשיב עמדה בפני הוועדה וזו שקלה אותה, אלא שהיא הגיעה למסקנה בלתי סבירה בעליל, תוך אי-מתן משקל הולם לראיות המינהליות אשר היו בפניה, כמפורט לעיל, בדבר מסוכנותו של המשיב. בנסיבות אלה, ראוי שנעשה אנו את שהיה על הוועדה לעשות נוכח התשתית הראייתית אשר הייתה בפניה. התוצאה היא, שהואיל והחלטת הוועדה על שחרור המשיב חרגה ממיתחם הסבירות, אציע לחברי לבטלה" (בג"ץ 1920/00 גלאון נ' ועדת השחרורים בית הסוהר מעשיהו, פ"ד נד(2) 313, 328 (2000) (הדגשות הוספו – י"ע)).

"מסקנתנו היא כי החלטת המשיבים בעניינה של העותרת אינה מבטאת איזון סביר של הנתונים הרלוונטיים" (עניין גורוחוד, בפסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

ומזווית אחרת: ככלל, על הרשות לדאוג כי תחת ידה יהיו כל העובדות והנתונים הרלוונטיים ועליה לוודא כי היא אינה מתחשבת בעובדות ובנתונים שאינם נוגעים לעניין (בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב בע"מ (1992) נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 425 (1994)).

54. אי שקילה של חריגים: האם אי שקילה של חריגים נכללת בעילת הסבירות? כך, לדוגמה, מדיניות שר הביטחון למנוע מתן היתר כניסה לישראל מרצועת עזה גם לצורך קבלת טיפול רפואי. נקבע כי מדיניות זו בעינה עומדת, אך עם זאת, יש לאפשר הכנסת פצוע שרגלו נקטעה ונדרש טיפול רפואי דחוף על מנת להציל את רגלו השניה:

"עם זאת, כידוע, על הרשות המינהלית מוטלת החובה לבחון האם נסיבותיו המיוחדות והחריגות של המקרה

הנדון, אינן מצדיקות סטייה מהנהלים וההנחיות הכלליות [...] בנוסף לכך, הפעלת שיקול דעת לצורך יישומו של נוהל מינהלי בעניינו של אדם צריכה להתבצע לאחר בחינת נסיבותיו הקונקרטיות והרלוונטיות לשם קבלת ההחלטה. אף במקרים בהם מגבשת הרשות המינהלית מדיניות כללית, עליה לבחון האם ראוי ליישם אותה בשים לב למערכת העובדות בכל מקרה" (בג"ץ 2777/18 כרנו נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת וילנר (16.4.2018)).

55. שיהוי מינהלי-בירוקרטי ומהירות בלתי סבירה: סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 קובע כלהלן:

מקום שלא נקבע זמן  
11. הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו  
— משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות  
הראויה ולחזור ולעשותו מזמן לזמן ככל הנדרש לפי  
הנסיבות.

מכאן חובתה של הרשות להפעיל סמכויותיה תוך זמן סביר. ובכלל, "סבירות משמעה גם עמידה בלוח זמנים סביר" (בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, 451 (1994)). החובה של הרשות מינהלית שלא לפעול בשיהוי היא "מן המושכלות הראשונים של מינהל תקין" והיא נובעת מחובת הנאמנות וההגינות של הרשות המינהלית כלפי הציבור (בג"ץ 4630/17 TAGAL נ' שר הפנים, פסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה חיות והאסמכתאות שם (25.4.2021)): "ככלל, במסגרת הביקורת על ההחלטה המינהלית, בית המשפט נדרש גם למימד הזמן" (בג"ץ 5419/23 אלו"ט - אגודה לאומית לילדים ובוגרים עם אוטיזם נ' מנכ"ל משרד החינוך, פסקה 19 לפסק דיני (20.8.2023); עוד לעניין החובה לפעול במהירות ראו גם בג"ץ 2832/96 בנאי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(2) 582, 593 (1996); וכן ברק-אוז משפט מינהלי, כרך א בעמ' 355 ואילך).

אי מתן החלטה תוך זמן סביר ושיהוי בירוקרטי נבחנו אף הם באספקלריה של עילת הסבירות. כך, בעניין סטמקה נקבע כי פרק הזמן הממושך שנקבע בנוהל משרד הפנים הוא ארוך מאוד וכי מדיניותו של שר הפנים אינה עומדת במבחן המידתיות והיא בלתי סבירה:

"שר הפנים קנה שיקול-דעת כיצד ואימתי יחליט, ואולם, קביעת מסגרת של שש שנים בקירוב — לא עוד אלא מסגרת נוקשה — עד שנכון הוא להתחיל ולדון בבקשת

ההתאזרחות של בן-הזוג הזר, מעבירה את שיקול-דעתו של שר הפנים אל-מעבר לגבולות שהושמו לסמכותו. אכן, במסגרת שיקול-הדעת מוסמך השר לקבוע פרק-זמן מינימלי ('פז"מ' בלשון הבריות); זה דרכו של עולם, שרשות מוסמכת קובעת לעצמה הנחיות למקרה הממוצע. ואולם הנחיות שהשר קבע לעצמו אינן עומדות במבחן הסבירות והמידתיות" (שם, בעמ' 794, הדגשה הוספה – י"ע).

לכן, הורה בית המשפט שם כי:

"אשר להתאזרחותו של בן-הזוג הזר: שר הפנים מוסמך לקבוע מדיניות – אשר תפורסם – ולפיה יזכה בן-הזוג הזר באזרחות בתום תקופת זמן סבירה שתקבע ובהתמלא התנאים המוקדמים הנדרשים" (שם, בעמ' 796, הדגשה הוספה – י"ע).

גם דרישות בירוקרטיות כמו חובת הצגת מסמכים שונים, היקף הבדיקה וזמן הבדיקה, נבחנים תחת עילת הסבירות (בג"ץ 7139/02 עבאט-בצה נ' שר הפנים, פ"ד נז(3) 481, 488-489 (2003)), וכן:

"אשר לפן העקרוני, אין אנו מוצאים כי מדיניות המשיב לוקה באי סבירות המצדיקה התערבותנו. הזמן החולף מאז הגשת בקשה ועד לאישורה, דרוש כדי לקבל את המסמכים הנחוצים ולצבור את המידע המלא הדרוש כדי להחליט אם ליתן את האישור אם לאו" (בג"ץ 5315/02 חתו נ' שר הפנים, פסקה 2 (4.12.2002) (הדגשה הוספה – י"ע)).

בניגוד למופע של שיהוי, אנו מוצאים גם תתי-מופעים של מהירות בלתי סבירה. כך, כאשר הרשות נועצת בגורם אחר, עליה "ליתן לגוף המייעץ שהות ראויה למחשבה ולשיקול עד שיחויב ליתן את עצתו" (בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496, 520 (2000)). וכאשר בשימוע עסקינן, הרי שכחלק מעקרונות הצדק הטבעי, על הרשות ליתן זמן סביר על מנת לאפשר לבעל הזכות להיערך כדבעי: "חובתה של הרשות היא לתת למי שעלול להיפגע מהחלטתה הזדמנות הוגנת וסבירה להשמיע את טענותיו" (בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 889-890 (2004)).



56. החלטה להימנע מלהחליט: אי הפעלת סמכות נחשבה מאז ומתמיד כמופע שנכלל בעילת הסבירות:

"חובתה של רשות לשרת את האינטרס הציבורי משמיעה לנו גם את החובה לטפל בבקשותיהם של אזרחים בתוך זמן סביר [...]. עם זאת, שיקול הדעת הרחב המסור למדינה בקבלת ההחלטה אינו יכול לשמש תירוץ לאי-הפעלת שיקול דעת, ולהימנעות מקבלתה בפרק זמן סביר" (בג"ץ 5435/14 עמותת כפר דהמש נ' ממשלת ישראל, פסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה חיות (28.4.2021)).

"רשות שנתונה בידה סמכות לשקול ולהחליט, הופקדה בידה לא רק זכות להפעיל את הסמכות, אלא גם החובה לשקול את הפעלתה ולהפעילה כשמוצדק הדבר" (עניין מיטראל, בעמ' 497).

"מכאן, כי גם אם הרשות ממאנת להפעיל סמכות שבשיקול דעת ניתן לבחון הימנעותה האמורה מפעולה לפי אמות המידה המקובלות בעת בחינתן של סמכויות סטטוטוריות, היינו ניתן לבחון אם ההימנעות משימוש בסמכות נבעה משיקולים סבירים או שמא חייב מכלול הנסיבות את הפעלת הסמכות; כן נבחן אם ביסוד ההימנעות אינם מונחים חוסר סבירות, שרירות או הפליה העלולות לפסול את מעשיה או מחדליה של הרשות. [...] משמע, לא רק הפעלת סמכות בנסיבות בהן הפעלתה אינה סבירה, אלא גם הימנעות מהפעלת סמכות שבשיקול דעת בשל טעמים בלתי סבירים, יכולים להוליך למסקנה כי ההימנעות מפעולה היא בטלה [...]. משמע, יש נסיבות שבהן עולה המסקנה - גם לגבי סמכות שבשיקול-דעת - כי הימנעות מהפעלת הסמכות היא בלתי סבירה במידה היוורדת לשורשו של עניין" (בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5), 404, 423, 425 (1993) (להלן: עניין דרעי-פנחסי) (הדגשות הוספו – י"ע)).

"השאלה עתה היא האם יש מקום להתערבות בשיקול דעתו של השר, שלא התקין כללים, בנימוק שהוא בלתי סביר באופן קיצוני [...]. איני סבור שהחלטתו של השר שלא להתקין לעת הזאת כללים מצדיקה התערבות בית משפט זה בגדרי אי סבירות קיצונית" (בג"ץ 4540/00 עפאש נ' שר הבריאות, פסקאות 4(ג) ו-6(ג) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (14.5.2006) (הדגשה הוספה – י"ע)).

57. הנה כי כן, לפנינו שורה של מופעים שונים שנכללו בפסיקה תחת עילת הסבירות. הנוסח הגורף של החוק, מעלה את הכוורת בגסות על עילת הסבירות, לכאורה, על כל אחד

ואחד מענפיה, ועל כל אחד ואחד ממופעה השונים מבלי להגדיר למה התכוון המכונן במילה "סבירות".

לעמדת, נוסחו הגורף של התיקון לחוק היסוד לכאורה כונס תחת כנפיו את עילת הסבירות על כל מופעה. ועדיין קיים החשש כי שופט פלוני יסבור כי אי שקילת כל השיקולים נכללת בעילת הסבירות ושופט אחר יסבור אחרת (למעשה, איננו צריכים להרחיק עדותנו, שכן דוגמה לפרשנויות שונות של משמעות המונח "סבירות" מצויה אף בפסקי דינם של חלק מחבריי). ובעמוד תר המתדיין המבולבל אחר הוודאות. כידוע, מערכת המשפט מייחסת חשיבות רבה לשאלת הסמכות העניינית, על מנת שהמתדיין ידע על איזו דלת עליו להתדפק על מנת לקבל סעד מבית המשפט (וראו, לדוגמה, רע"א 2299/23 זילברברג נ' פרו (15.8.2023)). במקרה דנן, איננו עוסקים בשאלה על איזו דלת להתדפק אלא אם בכלל מותר למתדיין לדפוק על הדלת, שהרי המכונן אסר על מערכת המשפט אפילו "לדון" בנושא. ובכלל, כיצד נזהה עילה של חוסר סבירות? האם הסמכות לדון תיבחן על פי מבחן צורני-פורמלי של הופעת המילה "סבירות" בכתבי בי-דין, או שמא על פי מבחן מהותי?

58. טיכום ביניים: התיקון לחוק היסוד אינו מגדיר מהי סבירות ואינו מבחין בין מופעים שונים של סבירות. אם ביקש המכונן להתמודד עם חוסר ודאות, התוצר שיצא תחת ידו מביא לתוצאה הפוכה לחלוטין. אין לנו אלא לצטט מתשובת הכנסת (פסקה 295(ב)):

"[...] פנים רבות לעילת הסבירות, והם שונים זה מזה. ביחס לכל פניה של עילת הסבירות, לא ברור כיצד חוק היסוד המתקן ישפיע על יישומם. האם חוק היסוד המתקן ישנה את האופן שבו בוחנים בתי המשפט את הליך קבלת ההחלטה? האם יפתחו בתי המשפט עילות של 'מופרכות' 'שרירותיות' או 'גחמנות'? האם חוק היסוד המתקן יפורש כמתייחס לעילת הסבירות במובנה הרחב בלבד? האם חוק היסוד המתקן ישפיע על המשפט האזרחי והפלילי? כיצד ייושם חוק היסוד המתקן ביחס לחוקים הנוקטים במפורש במונח 'סבירות'? כל הקושיות הללו נותרות לעת הזאת בלא מענה, על אף שלתשובות שתינתנה להן יש חשיבות רבה בהערכת השפעתו של חוק היסוד המתקן".

התיקון לחוק היסוד: היבטים נוספים

59. עמדנו על כך שלביטוי "סבירות" מופעים רבים וכי אחת הנפקויות ללשונו הגורפת של התיקון לחוק היסוד היא יצירת חוסר ודאות. אעמוד להלן על היבטים נוספים

הנובעים מהתיקון לחוק היסוד, היבטים שאין בהם כשלעצמם כדי להביא לביטולו של התיקון, אך יש בהם כדי להאיר השלכות שונות הנובעות ממנו.

60. היבט ראשון: הכנסת הדגישה בתשובתה כי התיקון לחוק היסוד אך צמצם את עילת הסבירות כמכשיר בידי בית המשפט, אך אינו נוגע כלל לחובת הסבירות, ואין בו כדי לצמצם את חובת הסבירות החלה על רשויות המינהל. לשיטתה של הכנסת, חובת הסבירות נותרה על כנה והיא שרירה וקיימת גם לאחר התיקון לחוק היסוד, הגם שלא ניתן יהיה לאכוף על הממשלה ושריה בדרך שיפוטית לעמוד בחובת הסבירות המוטלת עליהם. גם חבריי, השופטת וילנר והשופט אלדון, סבורים כי חובת הסבירות נותרה בעינה גם לאחר התיקון לחוק היסוד.

על טיעון זה ניתן לומר "אשרי המאמין". עילת הסבירות מחייבת לנהוג בסבירות וחובת הסבירות מתרגמת עצמה לעילת הסבירות וקיים יחס ישיר בין העילה לבין החובה. הכל מכירים את הביטוי "לית דין ולית דיין", אך גם ההיפך הוא הנכון ו"בלית דיין לית דין" (בג"ץ 2/80 בט' נ' שר הדתות, פ"ד לד (3) 144, 146 (1980)) "שכן בלא דיין אין דין" (בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט (3) 141, 157 (1985)). במקום שבו אין שופט ואין בית משפט גם אין דין, ומקום שבו החלטה של ממשלה או שר חסינה למעשה מפני התערבות, הרי ש"חסינות זו סופה להוליד אי-קיום החוק, שכן באין דיין אין דין" (בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב (4) 617, 638 (1999)). עוד למדנו כי במקום שיש זכות יש סעד: *ubi jus ibi remedium* אך מקום שבו אין סעד גם אין זכות: "הסעד שבית-משפט זה מושיט לעותר שהאינטרס שלו נפגע, הוא המוליד את הזכות [...]". (בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 729, 745 (1980)). וכפי שלימדנו הפוזיטיביסט ג'ון אוסטין במודל הפקודה, חוק ללא סנקציה אינו חוק (JOHN AUSTIN, THE PROVINCE OF JURISPRUDENCE DETERMINED (1832); חיים שיין הפילוסופיה של המשפט 212-214 (2008)). לכן, לדוגמה, כאשר שוללים את סמכותו של בית המשפט לדון בעבירות נשק מבלי לבטל את עבירות הנשק – הצד השני במשוואה הוא, שלמעשה, ניתן להחזיק ולשאת נשק ולסחור בנשק באין מפריע, גם אם יש דין האוסר על כך. כאשר שוללים את סמכותו של בית המשפט לדון בעבירות תעבורה – הצד השני במשוואה הוא, שלמעשה, אין מניעה לנסוע במהירות מופרזת.

להבדיל מהדין הפלילי, המשפט המינהלי אינו חוק החרות עלי ספר החוקים, והוא כולו יציר הפסיקה, כך שהדברים נכונים ביתר שאת. כפי שהדגישה הכנסת בטיעוניה, מחובת הסבירות נגזרת עילת הסבירות. אך גם ההיפך הוא הנכון – מעילת הסבירות נגזרת חובת הסבירות, ובהעדר עילת סבירות תידלדל חובת הסבירות ותיעלם.

בהעדר אפשרות לאכוף על הממשלה ושריה את החובה לנהוג בסבירות ובהגיון (וכלשון החוק, בית המשפט "לא ידון"), המשמעות המעשית היא שהממשלה ושריה פטורים מהחובה לנהוג בסבירות ובהגיון: "רשות היודעת כי אם תפעל בחוסר סבירות קיצוני עשוי בית המשפט להתערב בפעולתה תבחן בעצמה, לפני מתן ההחלטה, את סבירותה" (עניין הנגבי, בפסקה 2 לפסק דינה של השופטת נאור). המשמעות המעשית של התיקון לחוק היסוד, מקבלת משנה תוקף לנוכח העובדה שבמהלך ישיבות ועדת החוקה, הועלתה הצעה לקבוע במפורש שהשרים חייבים לפעול בסבירות, אך המכונן בחר שלא לכלול חובה זו, אפילו לא בממד ההצהרתי.

כאשר שוללים את סמכותו של בית המשפט לדון בעילת הסבירות – החלק השני במשוואה הוא שכל שר ונבחר ציבור עשוי לראות עצמו פטור מחובת הסבירות ויכול לנהוג בחוסר סבירות. האם זה המסר החינוכי-תדמייתי של החוקה בישראל? האם אלה הערכים שהחוקה אמורה להנחיל ולהשריש בתודעת הציבור? (על התפקיד החינוכי-תדמייתי של החוקה ראו דותן הדיאלוג הקונסטיטוציוני, בעמ' 162-163).

וכעת, צא ולמד: המכונן הישראלי הוא היחיד בעולם שכלל בחוקה פטור משתמע לממשלה, לראשיה ולשריה מלנהוג בסבירות ובהגיון.

61. היבט שני: הכנסת העלתה טענה בנוסח "לא אלמן ישראל". ככל שתוגש עתירה ותעלה טענה להפרת חובה מינהלית, בית המשפט יוכל לבחון את הדברים על פי עילות ביקורת אחרות כמו שיקולים זרים. לשיטה זו, ביטול הביקורת על פי עילת הסבירות אינו צעד כה דרמטי, שהרי לבית המשפט יש ארסנל כלים שעומד לרשותו על מנת לפסול החלטות מינהליות, כמו שיקולים זרים.

הפסיקה עמדה על כך שעל הטוען "כי הרשות המינהלית שקלה שיקולים זרים מוטל נטל שאינו פשוט להוכחה, שכן מדובר במשימה קשה עבור בית המשפט המחייבת פענוח 'כליות ולב' של רשות מינהלית כדי לעמוד על טיב השיקולים שנשקלו' [...]. לפתחו של המבקש להוכיח כי רשות מינהלית שקלה שיקול סובייקטיבי זר רובץ אפוא נטל המחייב הנחת תשתית עובדתית מוצקה ומלאכה זו אינה פשוטה" (בג"ץ 4790/14 יהדות התורה-אגודת ישראל-דגל התורה נ' השר לשירותי דת, פסקה 50 והאסמכתאות שם (19.10.2014) (להלן: עניין יהדות התורה); בג"ץ 446/12 האגודה לצדק חלוקתי בע"מ נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקה 23 (26.8.2012)). מטבע הדברים בית המשפט אינו בוחן כליות ולב, ולכך יש להוסיף את פערי המידע שבין האזרח-העותר לבין הרשות

המינהלית, שאינם מאפשרים להיכנס אל מאחורי הקלעים של קבלת ההחלטה, על מנת להוכיח שיקולים זרים.

עילת הסבירות היא הכלי המאפשר לבית המשפט לחשוף שיקולים זרים או "מרעין בישין" אחרים שדבקו בהחלטה המינהלית, שקשה להוכיחם, ו"במקרים אלה, ניתן עדיין להצביע על האופי הבלתי מאוזן של ההחלטה, בהתחשב במניעה הגלויים של הרשות" (ברק-ארז משפט מינהלי, כרך ב בעמ' 726). או כפי שציין חברי, השופט שטיין בעניין דרעי הרביעי: "דוקטרינת הסבירות קובעת כי החלטה מינהלית אשר נראית, על פניה, בלתי סבירה במידה קיצונית 'היא החלטה שלבטח לוקה באחד הפגמים היסודיים כדוגמת שרירות, שיקולים זרים והפליה, וזאת על אף שקיומו של פגם כגון דא איננו גלוי לעין' [...] מספקת לבתי המשפט כלי יעיל והכרחי לביקורת שיפוטית תחת חוסר ודאות ואינה מאפשרת לרשויות השלטון להסתיר את קלקלתן על ידי ניצול של עמימות המסד העובדתי" (שם, בפסקה 35 לפסק דינו). עילת הסבירות נועדה אפוא להתגבר על הקושי להוכיח מניעים זרים:

"אכן, נטל קשה מוטל על עותר, החייב להוכיח שיקול סובייקטיבי פסול של רשות מוסמכת. מחשבות קשות הן להוכחה, ומחשבות שלא כדין על אחת כמה וכמה. מכאן המגמה המודרנית במשפט המינהלי לעבור ממבחנים סובייקטיביים באשר לפסלות שיקול הדעת (כגון שיקולים זרים) לעבר מבחנים אובייקטיביים (כגון סבירות)" (בג"ץ 571/89 מוסקוביץ נ' מועצת השמאים, פ"ד מד(2) 236, 246 (1990)).

62. ומזווית אחרת: אם התיקון לחוק היסוד יעמוד על כנו וייעשה שימוש חלופי בעילה של שיקולים זרים, כפי שמציעים חלק מחבריי, הדבר יביא מטבע הדברים לשימוש מוגבר בעילה של שיקולים זרים, תוך הנמכת הרף הראייתי להוכחת שיקולים אלה. ואכן, הכנסת ציינה בטיעוניה כי ייתכן שיהיה צורך להרחיב את עילת השיקולים הזרים "במובן המהותי או הראייתי" וכי "הדעת נותנת שלאחר ביטול עילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה ושריה, יפתחו בתי המשפט כללים וחזקות הנוגעים לאופן בחינת חשד לשיקולים זרים".

צא ולמד: הצד השני של המשוואה הוא, שבמקום להשתמש בעילה "רכה" יחסית כמו חוסר סבירות, בית המשפט יאלץ להשתמש ב"תותחים" כבדים בדמות עילות קשות ובוטות יותר כמו שרירות או שיקולים זרים (וראו עניין דרעי הרביעי, שם חלק מחברי ההרכב פיתחו את עילת המניעות חלף עילת הסבירות). לא בכדי כמעט איננו

מוצאים בפסיקה פסילת החלטות בשל שיקולים זרים ולא הוצגה בפנינו על ידי הצדדים אסמכתא לפסיקה כזו. ברגיל בית המשפט אינו בוחן כליות ולב ועילה זו עלולה לעיתים, בצדק או שלא בצדק, להתפרש כהטלת דופי אישי במקבל ההחלטה. סיבה נוספת קשורה בטיבו של ההליך המינהלי, המבוסס על מסמכים ותצהירים בלבד ללא שמיעת ראיות, כך שמטבע הדברים המניע או התכלית הזרה והפסולה שבבסיס ההחלטה נותרים סמויים מן העין.

ואשר לעילת השרירות, שאף היא הוצעה כפתרון לביטול עילת הסבירות, נאמר בפסיקה כי "שרירות היא סוג של שחיתות. יש בה חומרה קיצונית. היא עילה לפסול כל החלטה מינהלית" (בג"ץ 986/05 פלד נ' עיריית תל אביב-יפו, פסקה 14 (13.4.2005) (הדגשה הוספה – י"ע)). שימוש בעילת השרירות חלף עילת הסבירות עלול אפוא להכתים את השר או הממשלה בשחיתות.

63. היבט שלישי: נקודת המוצא של המשפט המינהלי היא "חזקת התקינות המינהלית". חזקה זו עומדת לצד השר והמשרד שהוא עומד בראשו, והיא שמביאה לכך שרובן המכריע של העתירות המוגשות לבית משפט זה נדחות. חזקת התקינות המינהלית היא חזקה נורמטיבית אך היא נוצרה על בסיס חזקה עובדתית שמקורה בהתנהלות של שנים רבות, ולפיה חזקה על השר, שקיבל ליווי וייעוץ משפטי ראוי, שבחן את כלל השיקולים הרלוונטיים והמשקל שיש ליתן להם (לחזקת התקינות ראו ברק-ארז משפט מינהלי, כרך ד בעמ' 24-47).

צא ולמד: הצד השני של המשוואה של ביטול עילת הסבירות, הוא כרסום בחזקת התקינות המינהלית. באין עילת סבירות תדלדל ותיעלם חובת הסבירות ועמה גם תקינות המעשה המינהלי. ההשלכה של ביטול חזקת התקינות היא עצומה, מאחר שהיא עלולה לפרק את אחד הבסיסים של המשפט המינהלי.

64. היבט רביעי: הכנסת טענה כי העתירה אינה בשלה לדיון ובמסגרת זו העלתה שורה של שאלות וביניהן "האם חוק היסוד המתקן ישפיע על המשפט האזרחי והפלילי?" (סעיף 295(ב) לתגובת הכנסת). לדידי, לאור לשונו הגורפת של התיקון לחוק היסוד, ולנוכח הסיפא של התיקון לחוק היסוד, מתעוררת השאלה אם התיקון לחוק היסוד אינו משליך על האפשרות להגיש תובענה אזרחית-נזיקית בעילת הרשלנות נגד הרשות המינהלית שפעלה או חדלה מלפעול באופן בלתי סביר בשל החלטה של שר.

לדוגמה, סעיף 188 לפקודת העיריות [נוסח חדש] (להלן: פקודת העיריות) קובע כי נדרש אישור של שר הפנים כמעט לכל פעולה במקרקעין של העירייה. כיצד ניתן יהיה לתבוע בגין נזק שנגרם עקב החלטת שר הפנים להימנע משך תקופה ארוכה ובלתי סבירה מליתן את אישורו לעסקת מקרקעין?

דוגמה נוספת: אחד מפסקי הדין הידועים בנושא אחריות המדינה בנזיקין הוא פסק הדין בע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (25.5.2006) שעניינו באחריות רשויות הניקוז בגין נזקי הצפה. בפסק הדין נאמר כי "אפילו היתה המדינה מאמצת באופן מודע מדיניות של אי התערבות כנטען על ידה, ספק אם ניתן היה לראות במדיניות כזו מדיניות סבירה השוללת אחריות בנזיקין" (פסקה 43 לפסק דינה של השופטת חיות). מכאן, שאם שר מסוים יחליט כי המדיניות שלו היא להימנע מעשייה בתחום מסוים, מתוך שיקול שהסיכון להתרחשות הנזק אינו גדול לשיטתו, ספק אם ניתן יהיה לבחון את ההחלטה באספקלריה של דיני הנזיקין.

על אף שהסבירות הנזיקית אינה חופפת לסבירות המינהלית, יש ממשק רחב בין דיני הנזיקין למשפט המינהלי (ראו, לדוגמה, פסק דיני ברע"א 2063/16 גליק נ' משרתת ישראל (19.1.2017)). צא ולמד: הנוסח הגורף של החוק, יוצר עמימות ואי ודאות לגבי האפשרות של הגשת תביעה אזרחית המבוססת על עילת הרשלנות, בגין נזק שנגרם כתוצאה מהחלטה או הימנעות מהחלטה של שר. כתוצאה מהתיקון, שר בישראל יכול לעשות או לא לעשות פעולה, מבלי שיתאפשר לבית המשפט לבקר את המעשה או המחדל באספקלריה נזיקית. ובקיצור, התיקון עלול להחזיר אותנו לכלל האנכרוניסטי של "The king can do no wrong" בנזיקין.

65. היבט חמישי: נניח כי שר פלוני הדיח מתפקידו עובד בכיר במשרדו. האם יכול בית הדין לעבודה לדון בתביעת העובד הטוען כי החלטת השר אינה סבירה ולכן יש להחזירו לעבודה?

צא ולמד: מהנוסח הגורף של החוק, ולפיו בית משפט "לא ידון" ו"לא ייתן צו" עולה לכאורה כי המכונן הקנה חסינות גם מפני תביעות בתחום דיני עבודה. כך נטען גם במפורש בתשובה המשלימה של הממשלה (פסקה 47 סיפא).

66. סיכום ביניים: לביטול עילת הסבירות יש צד שני למשוואה, ועמדנו על חמישה היבטים שונים של צד זה. הנה כי כן, משך שנים רבות, חרשה מחרשת הדין המינהלי, רגב אחר רגב, צעד אחר צעד. ביטול עילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה ושריה

עלול להביא לשינויים טקטוניים בשדה המינהלי ובתחומי משפט נוספים, שינויים שעלולים להביא לתוצאות שהמכונן כלל לא התכוון להן.

ברם, בית משפט זה אינו בוחן את תבונתו של המחוקק, קל וחומר שלא את תבונתו של המכונן. כפי שנאמר פעמים רבות בפסיקה, בלשון כזו ואחרת, בית המשפט נדרש לבחון את חוקתיות החוק ולא את השאלה אם החוק הוא טוב, יעיל, מוצדק וכיוצא בזה (ראו, מבין רבים, עניין בנק המזרחי, בעמ' 438; בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, בפסקה 1 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (22.9.2014); בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקה 14 לפסק דיני (15.4.2015)).

חוסר הוודאות שהתיקון לחוק היסוד מביא עמו וגם הקשיים הרבים שהוא מעורר כמפורט לעיל – כל אלה אינם עילה לפסילתו של חוק, על אחת כמה וכמה חוק יסוד. טרם אפנה לבחינת תוקפו של התיקון לחוק היסוד, באספקלריה של התיקון החוקתי הלא חוקתי, אעמוד על נושאים נוספים המתעוררים בענייננו.

על סבירות ומידתיות

67. תומכי התיקון טוענים כי חלף עילת הסבירות תבוא עילת המידתיות. על טענה זו השיבה הנשיאה בפסקה 148 לפסק דינה, ואוסיף אף אני מבלי להאריך.

אכן, עילת המידתיות היא עילה מודרנית ומשוכללת הפורסת אברותיה גם על המשפט המינהלי (מידתיות מינהלית להבדיל ממידתיות חוקתית). אך עילת המידתיות אינה יכולה להחליף את עילת הסבירות. ככלל, נפקותה העיקרית של עילת המידתיות היא בתחום החוקתי, מקום שבו יש פגיעה בזכויות יסוד, בעוד שנפקותה העיקרית של עילת הסבירות היא בתחום המשפט המינהלי. לצד זאת, המידתיות משמשת גם בתחום המשפט המינהלי ואין לכחד כי "לעיתים עשויה להיות חפיפה בין שתי העילות כך ש"החלטה שאינה מידתית תימצא גם כבלתי סבירה" (עניין גורוחוד, בפסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). ברם, המדובר בשתי עילות שונות ו"חשוב להקדים ולהבהיר כי עילת המידתיות אינה מייתרת את עילת הסבירות [...] " (ברק-ארז משפט מינהלי, כרך ב בעמ' 784).

"[...] העמדת עילות אלו, זו לצד זו, מלמדת על היחס המורכב ורב-הפנים שמתקיים בין עילת המידתיות במישור המשפט המנהלי לבין עילת הסבירות על צורותיה ומופעה השונים בפסיקתו של בית משפט זה [...]. בענייננו, די אם נתמקד בהיבט אחד של יחס מורכב זה,



ונאמר כי בנסיבות מסוימות עשוייה עילת הסבירות להיות עילת ביקורת רחבה יותר מעילת המידתיות המנהלית, במובן זה שהיא מאפשרת לבחון את ההחלטה המנהלית הקונקרטית הן על-פי תקינות ההליך שקיימה הרשות והן על-פי התוצאה הסופית. ניתן לומר, אם כן, כי ייתכנו מצבים בהם ההחלטה המנהלית תהא מידתית על-פי תוצאתה ותכליתה, אולם בד-בבד יימצא כי בהליך המנהלי שקדם להחלטה נפל פגם המלמד על אי-סבירותה [...]” (עניין גורווחוד, בפסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, הדגשות הוספו – י”ע).

(עוד להבדלים בין עילת המידתיות לבין עילת הסבירות ראו, בין היתר, אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 465-455 (2010); פסק דיני בעניין רותם, בפסקה 1; גיא דוידוב “ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית” הפרקליט מט 345, 366-364 (2008); נדב דגן “מידתיות חוקיות, סבירות מינהלית: הסדרה משפטית של שיקול דעת שלטוני בראי המשפט המקובל” דין ודברים טו 461 (2021)).

כאמור, המדובר בשתי עילות שונות. כך, בעניין גורווחוד, בחן בית המשפט את השאלה אם החלטת הפיטורים הייתה סבירה ובהמשך בחן את החלטת הפיטורים במשקפי המידתיות, לנוכח ההשלכות הדרסטיות של הפיטורים על חייו של אדם. המידתיות משמשת אותנו בבואנו לבחון פגיעה בזכות יסוד חוקתית בחוק או באקט מינהלי. אך לא כל החלטה מינהלית פוגעת בזכות יסוד חוקתית או בליבת הזכות החוקתית, ומכאן הצורך להיזקק לעילת הסבירות. כך, לדוגמה, המידתיות לא תצלח להתמודד עם נושאים כמו מינויים של בכירים בשירות הציבורי או פיטורים של שומרי סף.

68. הערה: אילו בחנתי את התיקון לחוק היסוד באספקלריה של עילת המידתיות, התיקון היה נופל על נקלה תחת חרבו של מבחן המשנה השלישי. מתוך אלפי ההחלטות של הרשות המבצעת, רק פרומיל מובא לפתחו של בית המשפט ורק באחוז קטן מתוך אותו פרומיל נקבע כי ההחלטה אינה סבירה באופן קיצוני. ברי איפה כי הצר אינו שווה בנזק המלך – חסימת הביקורת השיפוטית בפרומיל של החלטות אל מול הנזק שייגרם לאינטרס הציבורי לאור החסינות והפטור למעשה שניתן לממשלה ולשריה מהחובה לפעול בסבירות.

בין דרג נבחר לדרג מקצועי

69. בדיון שהתנהל בפנינו, הרבה בא כוחה של הממשלה ובא כוחו של ח"כ רוטמן להסתמך על הדברים שנכתבו במאמרו של חברי, השופט סולברג, "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18 (2020)). כפי שצינה גם הכנסת בתשובתה: "חברי הכנסת שתמכו בחוק היסוד המתקן הציגו את התיקון ככזה הצועד בעקבות עמדתו של כב' השופט סולברג". אלא שחברי פרסם לאחר מאמרו זה מאמר נוסף שכותרתו "הלכת דרעי-פנחסי בראי עילת הסבירות" בלוג רשות הרבים (16.1.2022) שבו כתב: "אני לא סבור שהשעה כשרה לביטול עילת הסבירות לחלוטין, אבל המגמה צריכה להתהפך: לא שימוש גורף, כברירת מחדל, גם כשהדבר אינו מתחייב. הצמצום והמיקוד הכרחיים". בנוסף, חברי גם הסתייג כבר בפומבי מהשימוש שנעשה במאמרו ולא בכדי, שהרי במאמרו קרא אך לצמצום השימוש בעילת הסבירות אך לא לביטולה, ולצמצום השימוש בפסיקת בית המשפט העליון ולא לביטולו בחקיקה, על אחת כמה וכמה שלא כתיקון לחוק יסוד.

אולם, מאחר שהדברים נכתבו ונטענו בפנינו, ומאחר שהתיקון לחוק היסוד "מתכתב" עם מאמרו של חברי ובעיקר עם הצעתו להבחין בין דרג נבחר לדרג ממונה, אתייחס בקצרה להבחנה זו.

70. אומר חברי במאמרו כי:

"החלטות המתקבלות על ידי דרג נבחר – ממשלה, שרים, ראשי רשויות – הן על פי רוב החלטות המשקפות תפיסת עולם: תפיסת עולם ערכית, תפיסת עולם מקצועית. לעיתים ההחלטות עוסקות בסוגיה נקודתית, לרוב עניינן בהתווית מדיניות הנושאת עימה משמעויות רוחביות" (הדגשות במקור – י"ע).

אני נכון להסכים כי נבחר ציבור מקבלים החלטות גם משיקולים ערכיים ומקצועיים. ברם, נבחר ציבור מקבלים החלטות גם משיקולים פוליטיים, שאינם ענייניים בהכרח, והם הראשונים שיעידו על כך. לדוגמה, פלוני התמנה לשר במשרד מסוים על אף שאין לו כל ניסיון בתחום; אגף נתלש ממשרד א' והועבר למשרד ב'; משרד מסוים פוצל לשניים; במשרד מסוים יכהנו שני שרים ברוטציה – כל אלה לא נעשים בהכרח מתוך שיקול מקצועי-ערכי, אלא כחלק מהמשחק הפוליטי ומשיקולים פוליטיים-קואליציוניים. ודוק: שיקולים פוליטיים הם לגיטימיים ואינם בהכרח שיקולים זרים, הכל על פי הקשר הדברים (ברק-ארז משפט מינהלי, כרך ב בעמ' 654).

71. המכונן הותיר את עילת הסבירות ביחס לדרג המקצועי, להבדיל מהדרג הנבחר. לדידי, ההמלצה לחסימת הביקורת על הדרג הנבחר והותרתה על הדרג המקצועי עומדת בסתירה-רבתי לפסיקתו של בית משפט זה. הפסיקה הדגישה פעם אחר פעם אחר פעם, במגוון רחב מאוד של תחומים, כי בית המשפט אינו מחליף את שיקול הדעת המקצועי-תכנוני של הפקיד המקצועי; כי בית המשפט "אינו משמש ערכאה המחליטה במקומה של הרשות בעניינים מקצועיים שבתחום סמכותה" (בג"ץ 6924/22 ועד מקומי צור הדסה נ' שרת הפנים (21.5.2023)); כי "כאשר מדובר בשאלה מקצועית רגולטורית הכרוכה בשיקולים מקצועיים מובהקים ששקילתם מצריכה מומחיות מיוחדת – מתחם שיקול הדעת המוקנה לרשות הוא רחב ביותר" (בג"ץ The Lesser Group Limited 8338/21 נ' רשות ניירות ערך, פסקה 62 לפסק דינו של השופט אלרון (4.4.2023)); עוד לנושא זה ראו, מבין רבים, בג"ץ 8939/22 קליין נ' מפקד מיטב (6.6.2023); בג"ץ 2117/13 חדד נ' משרד החינוך התרבות, פסקה 4 (3.6.2013)). מתחם שיקול הדעת של מקבל ההחלטה הוא רחב יותר דווקא כאשר מדובר בדרג פקידותי-מקצועי:

"[...] ככלל, בית המשפט נמנע מהתערבות בשיקול דעת הרשות הציבורית, ונטיה זו גוברת ביתר שאת, מקום שבו ההחלטה הנבחנת מצויה בתחום מומחיותה המקצועית של הרשות, או שהיא מהווה בחירה בין מספר עמדות מקצועיות נוגדות" (בג"ץ 3017/05 חברת הזרע (1939) בע"מ נ' המועצה ארצית לתכנון ובניה, פסקה 38 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (23.3.2011) (הדגשה הוספה – י"ע)).

וככל שההחלטה מתקבלת בידי גורם מקצועי בעל מומחיות, מתחם הסבירות אף גדול יותר:

"כאשר מדובר בשאלה מקצועית רגולטורית - הכרוכה בשיקולים מקצועיים מובהקים ששקילתם מצריכה מומחיות מיוחדת והם מצויים בגרעין שיקול הדעת הרגולטורי המוקנה לרשות המוסמכת - מתחם שיקול הדעת המוקנה לרשות הוא רחב ביותר. ככל שמתחם הסבירות רחב יותר, נכונותו של בית המשפט להתערב במעשה המינהלי מצומצמת יותר. אכן, 'כרוחב הסמכות כן רוחבו של מתחם הסבירות'" (בג"ץ 6271/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר, פסקה 11 (26.11.2012), כפי שצוטט בבג"ץ 5263/16 נשר מפעלי מלט ישראלים נ' המשרד להגנת הסביבה, פסקה 11 והאסמכתאות שם (23.7.2018)).

המשמעות שיש למומחיות מקצועית באה לידי ביטוי הן בהיקף ההתערבות המצומצם של בית המשפט והן בדיני הפרשנות:

”הנה-כי-כן, חוק שנושאו הוא נושא מקצועי או טכני, נוהג של הרשות המוסמכת – רשות בעלת ידע מקצועי וטכני או רשות הנעזרת בבעלי-ידע מקצועי או טכני – ראוי הוא שיזכה במשקל לעת הירשותו של בית-המשפט לפירוש החוק” (עניין סטמקה, בעמ’ 745-746).

הנטייה שלא להתערב בהחלטות מקצועיות של דרג מקצועי מושרשת במשפט המינהלי כדי כך, שבית המשפט אף שולל חוות דעת מומחה ‘חיצוני’ או ‘פרטי’ על פני חוות דעת מקצועית של הרשות המינהלית (ראו, לדוגמה, בג”ץ 4874/21 אליקים בן ארי בע”מ נ’ רשות מקרקעי ישראל, בפסקאות 29-33 והאסמכתאות שם (6.2.2022)).

כדוגמה להבחנה בין דרג מקצועי לדרג נבחר, נניח כי ועדת גבולות שהוקמה על ידי שר הפנים, המליצה שלא לספח שטח לתחום השיפוט של עיר מסוימת; או ועדה של אנשי מקצוע במשרד הפנים המליצו לתקצב גוף או רשות מקומית בסכום מסוים; או ועדה של אנשי מקצוע המליצה לאשר חוק עזר מסוים (חקיקת חוקי עזר כפופה לסמכותו של שר הפנים מכוח סעיף 258 לפקודת העיריות). והנה, שר הפנים מחליט לדחות את המלצת הוועדה ולהורות על סיפוח השטח לתחום השיפוט של אותה עיר; מחליט שלא לתקצב את הגוף או הרשות המקומית למרות ההמלצה; מחליט שלא לאשר את חוק העזר למרות ההמלצה. לשיטת המצדדים בהבחנה בין דרג מקצועי לדרג נבחר, בית המשפט אינו רשאי להתערב בהחלטת השר, בהיותה החלטה של דרג נבחר, וכך נותר האזרח ללא הגנה אפקטיבית מפני החלטת השר העומדת בניגוד להחלטות של ועדות מקצועיות.

72. כמו כן, ההנחה לפיה רוב ההחלטות של הדרג הנבחר עניינן בהתוויית מדיניות, ספק אם משקפת את הדברים כהווייתם.

החלטות רבות שמקבלים שרים הן החלטות יישומיות-פרטניות, ובדיקה שנערכה על ידי הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, העלתה שהחלטות רבות מתקבלות על ידי השרים (סעיף 138(ג) לתשובת הכנסת). בסעיף 190 לעתירת לשכת עורכי הדין הובאה טבלה עם מספר דוגמאות לסמכויות רגולטוריות-מקצועיות שאין בהן ממד “ערכי” או “מדיני” כמו מתן רישיונות, היתרים, אישורים, זיכיונות, מענקים וכיוצא באלה עניינים פרטניים, שעל פי החוק הסמכות לנתינתם מופקדת בידי שר כזה או אחר או מוענקת לממשלה (וראו גם בפסקה 144 לפסק דינה של הנשיאה). ניתן להצביע על עשרות ומאות החלטות מינהליות פרטניות ונקודתיות שמקבל השר. למי ליתן היתר או רישיון או זיכיון כזה או אחר בתחום האנרגיה או בתחום התחבורה או בתחום התקשורת; או על דרך

השלילה – למי לא לתת רישיון, היתר, זיכיון וכיוצא בזה; למי ליתן אשרת שהייה או אשרת כניסה לישראל או רישיון קבע; למי לשלול תעודת עולה על פי חוק השבות; לאיזו מחצבה לאפשר המשך פעילות; למי לאשר הקצאת קרקע ברשות מקומית; מה תוכנית הלימודים המאושרת של מוסד חינוך רשמי; האם לאשר שינוי של תוכנית מתאר מחוזית; האם לאפשר פעולה מסוימת בתקופת בחירות וכיוצא בזה. אביא מספר דוגמאות לפסיקה שבחנה החלטות נקודתיות-פרטניות באספקלריה של עילת הסבירות: נקבע כי החלטת שרים להעניק למפעל מסוים מעמד של "מפעל מאושר" מהווה סטייה בלתי סבירה ממדיניותה העקבית בנושא ועל כן דינה להתבטל (בג"ץ 5277/96 חוד נ' שר האוצר, פ"ד נ(5) 854 (1997)); נבחנה השאלה אם לקבל או להימנע מלקבל החלטה אם להעמיד לדין משמעת בשירות הציבורי (בג"ץ 7074/93 סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 749 (1994) (לא למותר לציין כי בעניין אחרון זה נדון מושג שסתום "התנהגות שאינה הולמת", ולפנינו דוגמה נוספת למונח מעורפל שגם מצריך לקחת בחשבון שיקולים ערכיים)); נבחנה השאלה אם להעמיד לדין או להימנע מלהעמיד לדין רב עיר לפי סעיף 12א לחוק שרותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971 (ראו בג"ץ 7150/16 המרכז הרפורמי לדת ומדינה נ' שרת המשפטים, פסקה 90 (21.9.2020) שם נקבע כי "אי-העמדת הרב אליהו לדין משמעת בגין התבטאויות אסורות שדוגמאותיהן הובאו לעיל, ורק בגין התבטאויות כאלה, לוקה בחוסר סבירות קיצוני").

לשרים בישראל יש סמכויות משנה של ציווי, תיאום ופיקוח (זמיר הסמכות המנהלית, כרך א בעמ' 434) והם מקבלים אינספור החלטות מינהליות מעשה שבשגרה. כעת, בעקבות התיקון לחוק היסוד, החלטות מעין אלה תהיינה חסינות מביקורת שיפוטית. ודוק: אין חולק כי שרים מתווים מדיניות, אך כאשר פורטים את המדיניות לחיי המעשה, המדיניות מורכבת מעשרות ומאות החלטות נקודתיות-פרטניות של שרים אשר ברובן אין כרוכים בהן שיקולים ערכיים או מדיניים. מכאן, שעילת הסבירות אינה עוסקת רק ב"פוליטיקה" או ב"מדיניות" או ב"ערכים", אלא בחיי היום-יום של האזרח במדינתו.

ואם לא די בכך, נזכור כי שר יכול ליטול לעצמו סמכות מהכפופים לו. כך ניתן לחסן כל החלטה פרטנית ונקודתית או אחרת, שבמצב הדברים הרגיל מתקבלת על ידי הדרג המקצועי, על ידי "משיכת" ההחלטה למעלה, אל השר, מכוח סמכותו לפי סעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה. וכך, במקום החלטות שבמצב הדברים הרגיל היו מתקבלות על ידי הדרג הפקידותי-מקצועי במשרד, התיקון מתמרץ את השר לקבל בעצמו החלטות שאותן הוא מעוניין לחסן מפני ביקורת שיפוטית (וראו פסקה 174 לפסק דינה של הנשיאה).

73. סיכום ביניים: הצבענו על הקשיים הניכרים בתזה שעומדת בבסיס התיקון לחוק היסוד, תיקון שביקש לעשות הבחנה גורפת בין דרג נבחר לדרג ממונה, תיקון שאינו מבחין בין הממשלה לשריה, שאינו מבחין בין החלטות מדיניות לבין החלטות נקודתיות-פרטניות, ושאנו מבחין בין המופעים השונים של עילת הסבירות. קודם לכן, עמדנו על העמימות ואי הבהירות של התיקון לחוק היסוד ועל היבטים נוספים המצביעים על התוצר הבעייתי, בלשון המעטה, של התיקון לחוק היסוד.

ועדיין לא הסברנו מדוע יש לפסול את התיקון לחוק היסוד, ולנושא זה אנו מגיעים כעת.

ביטול עילת הסבירות מהווה תיקון חוקתי שאינו חוקתי

74. מדינת ישראל מושתתת על שני עמודים – "יהודית" ו"דמוקרטית". תחת אברותיו של המונח "דמוקרטית" מסתופפים שורה של עיקרים וערכים מכוננים שהם למעשה אבני היסוד של הדמוקרטיה המהותית, ובין היתר: "[...] בחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית" (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 23 (2003)). אקדים אחרית לראשית ואומר כי לטעמי, ביטול עילת הסבירות ביחס לממשלה ולשריה פוגע בעקרונות הליבה של הדמוקרטיה: פוגע בשלטון החוק; פוגע בזכות הגישה לערכאות; פוגע בהפרדת הרשויות; פוגע בזכויות יסוד חוקתיות. בשל כל אחד מהטעמים האלה דינו של התיקון לחוק היסוד להיפסל כתיקון חוקתי לא חוקתי.

כל אחד ואחד מהיבטים אלה הוא מעקרונות המשטר הדמוקרטי שנזכרים בנשימה אחת עם עילת הסבירות:

"עקרונות אלה כולם – שלטון החוק, הפרדת הרשויות תוך איזונים ובלמים ביניהן, סמכות הביקורת השיפוטית וכן מנגנוני הביקורת הדמוקרטיים הנוספים – ניצבים כעמודי תווך במשטר הדמוקרטי. הם תנאי-בלעדיו-אין לשמירת זכויות האדם, ואלה הן גרעין המשטר הדמוקרטי, החותר לקידום טובת האדם. בשל כל אלה נאמר, ולא פעם, כי בית-משפט זה מופקד על חוקיותה וסבירותה של פעולתן של רשויות השלטון במדינה [...]. סמכות השיפוט והביקורת של בית-המשפט על מעשיהם של גופי השלטון היא 'חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע אחד מעמודי התווך של בנין

המדינה" (השופט ריבלין בעניין הנגבי, בעמ' 835, הדגשות הוספו – י"ע).

"שיקול הדעת המינהלי כפוף לפיקוח שיפוטי במספר עילות ביקורת תחומות ומגודרות – ובהן עילת הסבירות. הביקורת השיפוטית על מעשה המינהל נועדה להגן על זכויות אדם ועל ערכי יסוד מפני שימוש לרעה בכוח, ולהבטיח ממשל תקין, נקי כפיים והוגן. בית המשפט הוא המפקד על שמירת גבולות הסמכות של הרשות המינהלית ועל חוקיות הפעלת הסמכות [...] זאת תמציתה של דוקטרינת האיזונים והבלמים שביסוד עקרון הפרדת הרשויות; זאת מהותה של הדמוקרטיה" (עניין דרעי הרביעי בפסקה 4 לפסק דינה של השופטת ברון, הדגשות הוספו – י"ע).

אעמוד להלן על השלכות התיקון על כל אחד ואחד מהיבטים אלה, ומתוך הדברים יבין הקורא מדוע התיקון גורם למעשה לפגיעה בגרעין הקשה של היסוד הדמוקרטי במדינה. אך תחילה, וכמקור השראה, אחזור שנים רבות לאחר, עוד טרם המהפכה החוקתית.

בג"ץ ברגמן – דוגמה לפגיעה בליבת הדמוקרטיה

75. בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969) (להלן: עניין ברגמן), ניתן לפני למעלה מחמישים שנה, שנים רבות לפני שבאו לעולם שני חוקי היסוד שחוללו את המהפכה המשפטית, על פסקת ההגבלה שהעניקה לבית המשפט את הסמכות לפסול חקיקה ראשית. בפסק הדין בעניין ברגמן נדונה השאלה אם סעיף מסוים בחוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות (מימון הגבלת הוצאות ובקורת), התשכ"ט-1969, פוגע בערך השוויון בבחירות הקבוע בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. סעיף זה קובע את ההוראה הכללית הבאה: "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסייות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת".

על פי הקשר הדברים והדבקים, השוויון בבחירות מתבטא בכך ש"לכל קול יינתן קול" (בג"ץ 65/05 מוסלח נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נט(4) 553, 556 (2005)), וזו הפרשנות המילולית הסבירה של הסעיף. הדבר היה כל כך מובן מאליו, שהיועץ המשפטי לממשלה דאז אפילו לא העלה על דעתו כי בית המשפט יראה את הוראת חוק המימון כפוגעת בגרעין הקשה של עקרון השוויון והודיע כי הוא סבור "כי לגופו של עניין אין לעתירה על מה שתסמוך" (עניין ברגמן, בעמ' 696).

אך בית המשפט סבר אחרת, וקבע כי הוראת חוק המימון פוגעת בערך השוויון המהותי מבלי שהחוק התקבל בכנסת ברוב הנדרש. פסק הדין בעניין ברגמן "חולל מהפכה כיוון שנחת על הקהילה המשפטית בהפתעה מוחלטת ושינה סדרי בראשית" (השופט זמיר בעניין בנק המזרחי, בעמ' 468). וכפי שסיכם את הדברים השופט חשין "בשכר הימים סברו הסוברים כי 'בחירות שוות' משמיעות אותנו 'קול אחד לכל אחד', עד שבא בית המשפט העליון ולימדנו מפי השופט לנדוי – כי עקרון השוויון תופס – ובחוקה – בזכות להיבחר כשם שתופס הוא בזכות לבחור" (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 500 (1996)). פרשנות נועזת זו למילה "שוויון" זכתה להמשך בבג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1984) בעניין הפחתת מכסות הזמן ברדיו ובטלוויזיה לרשימות חדשות; בבג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983) (להלן: עניין רובינשטיין) בעניין תחולה רטרואקטיבית של מימון למפלגות שחרגו בהוצאות המותרות שהוציאו המפלגות; בבג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990) (להלן: עניין לאו"ר) בעניין הגדלה למפרע של יחידת המימון. בכל פסקי הדין הנ"ל נפסק כי דברי החקיקה וההחלטות שנדונו בהם מביאים לפגיעה בשוויון המהותי לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, וכי "אין אנו מדברים עוד על 'קול אחד לכל אחד' אלא על 'שוויון הסיכויים' של רשימות המועמדים" (עניין רובינשטיין, בעמ' 150).

לא בכדי הזכרתי את עניין ברגמן ופסקי הדין שבאו בעקבותיו. במבט ראשון ניתן היה לסבור כי באותם חוקים שנדונו בפסקי דין אלה, אין כדי לפגוע בגרעין של ערך השוויון שהוא "קול אחד לכל אחד". אך בית המשפט סבר כי בחוקים אלה יש פגיעה בליבו של ערך השוויון, קרי בליבה של הדמוקרטיה, כדי כך שהורה על בטלותם. כל זאת, עוד בימים שבהם טרם הוכרה סמכותו של בית המשפט לפסול חוקים. בדומה, במבט ראשון ניתן לסבור כי התיקון לחוק היסוד שעניינו "רק" בעילת הסבירות, אינו פוגע בגרעין ובליבה של עקרונות הדמוקרטיה, אך לא כך הדבר כפי שיפורט להלן.

התיקון לחוק היסוד – פגיעה בגרעין הדמוקרטי

76. שלילת הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות באופן גורף על החלטות של הממשלה ושל שרי הממשלה, פוגעת בשורה של "ערכים שגם הרוב צריך להיות כפוף להם, ובהם עצמאות הרשות השופטת, הפרדת רשויות, זכויות אדם ושלטון החוק המהותי" (ברק חוקי היסוד, בעמ' 1747).



על כך שהביקורת השיפוטית על גורמי מינהל היא חלק בלתי נפרד מהדמוקרטיה  
כבר עמדו ראשונים :

"בית-משפט זה מופקד על שמירת חוקיות, תקינות  
וסבירות פעולתן של הרשויות הציבוריות במדינה,  
ולתפקיד זה חשיבות חוקתית וציבורית ממדרגה ראשונה.  
פגיעה כל שהיא בו עשויה לערער את אחד היסודות של  
שלטון החוק בחיים הציבוריים של המדינה ולפגוע בציפור  
נפשה של הזרוע השיפוטית במדינה" (בג"ץ 403/71  
אלכורדי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד כו(2) 66, 73-  
72 (1972) (הדגשה הוספה – י"ע)).

"[...] סמכויות אלו, לדון ולהכריע בסכסוכים המתעוררים  
בין פרטים או בין פרטים לרשויות השלטון וכן להפעיל  
ביקורת שיפוטית על תקינות פעולות המינהל ועל חוקיותן,  
הן מאבני היסוד של משטר דמוקרטי תקין [...]. אכן, קיום  
אפקטיבי של משפט מחייב קיומה של ביקורת שיפוטית  
אפקטיבית; ללא ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת  
מתערערת הפרדת הרשויות. עמה נפגמת חירות האדם,  
ונפגמים היסודות של משטר חופשי" (בג"ץ 294/89 המוסד  
לביטוח לאומי נ' ועדת העררים על פי סעיף 11 לחוק  
התגמולים, פ"ד מה(5) 445, 449 (1991) (הדגשות הוספו  
– י"ע)).

גם כאשר נקבע בחקיקה ראשית כי החלטה מסוימת היא "סופית ואין אחריה ולא  
כלום" ונוסחים כיוצא בזה, נקבע בפסיקה כי אין בכוחה של חקיקה כזו לגבור על הוראת  
סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה. לדוגמה, נטען כי סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח  
משולב], התשכ"ט-1969 (להלן: חוק הבחירות לכנסת) אינו מאפשר ביקורת שיפוטית  
לאור נוסח הסעיף: "[...] שום בית משפט לא ייזקק לבקשת סעד בקשר למעשה או  
למחדל כזה או בקשר להחלטה או להוראה של הועדה המרכזית [...]". טענה זו נדחתה  
על ידי בית משפט זה:

"אין בידינו לקבל טיעון זה. סמכותו של בית-המשפט  
הגבוה לצדק יונקת חיותה מהוראות חוק-יסוד: השפיטה  
(סעיף 15). היא מעוגנת אפוא בהוראה חוקתית-על-  
חוקית. אין בכוחה של הוראת חוק לשנות מהוראותיו של  
חוק יסוד" (בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר  
ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נז(1) 750, 755 (2003)).

(לדוגמאות נוספות למחסום סטטוטורי בדמות הוראת סופיות ראו יואב דותן  
ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי כרך א 222 ואילך (2022) (להלן: דותן ביקורת  
שיפוטית)).

ודוק: הדברים שם נאמרו לגבי חקיקה ראשית, בעוד ענייננו בתיקון לחוק יסוד. ברם, יש באמור לעיל כדי להדגיש את חשיבותה של הביקורת השיפוטית, כדי כך שהיא גוברת על הוראה מפורשת בחוק. ובכלל, ביטול של ביקורת שיפוטית על רשויות מינהליות, "גדיעת סמכות שיפוט" (ouster clause) בישראל ובמשפט המקובל בכלל, נתפס כהוראה שיש להתייחס אליה בחשדנות ואף כהוראה הנוגדת את תקנת הציבור: "אילו כך היה עלינו לראות את המצב, היתה לנו כאן הפקעת סמכות בית המשפט (ouster of jurisdiction), דבר הנוגד את תקנת הציבור [...]" (בג"ץ 188/77 המוטראן הקופטי האורתודוכסי של הכסא הקדוש בירושלים נ' ממשלת ישראל, פ"ד לג(1) 225, 248 (1979); (MICHAEL FORDHAM, JUDICIAL REVIEW HANDBOOK 320-323 (6th ed. 2012)). כך לגבי סעיף שמגביל חלקית ביקורת שיפוטית ועל דרך של קל וחומר לגבי ביטול גורף של עילת ביקורת שיפוטית מרכזית על כל פעולות הממשלה ושריה. לא בכדי לא מצאנו בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאי כל מקבילה לביטול גורף חוקתי בנוסח התיקון לחוק היסוד (דותן ביקורת שיפוטית, בעמ' 232-236).

וכך נאמר בעבר על ניסיון המחוקק לחסום ביקורת שיפוטית על מעשי המינהל:

"בימים שמכבר ניסה המחוקק לחסום דרכים לביקורת שיפוטית על פעילות מינהלית, ולעניין זה עשה שימוש בנוסחאות מנוסחאות שונות, ביניהן בשיקול דעת שהוא 'מוחלט' [...]. בתי המשפט עמדו במערכה זו – עמדו ויכלו. ימים אלה חלפו עברו, וקשה להניח שיחזרו אלינו" (דברי השופט חשין בבג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 528 (1992) (הדגשה הוספה – י"ע)).

מי יגול עפר מעיני השופט חשין שסבר כי ימים אלה חלפו עברו?

77. עילת הסבירות היא כלי מרכזי באשפתה של הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת, והביקורת השיפוטית מגשימה את עקרונות שלטון החוק, הפרדת הרשויות והדמוקרטיה (עניין בנק המזרחי, בעמ' 418-422). נראה להלן כיצד התיקון לחוק היסוד פוגע בערכים אלה בעצם שלילת הביקורת השיפוטית כפקטור ממתן כוח, שיש בו כדי לבלום ולאזן קמצא את הכוח העצום שיש בידי הרשות המבצעת בישראל.

פגיעה בזכות הגישה לערכאות

78. עצמאות הרשות השופטת היא עקרון יסודי השזור בצופן הגנטי של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ברק שופט בחברה דמוקרטית, בעמ' 122-123). עקרון זה מצא את ביטוי בסעיף 2 לחוק יסוד: השפיטה, סעיף המופנה אל כל שופטת ושופט בישראל:

"בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין". אין לשופט אלא מרותו של הדין. השופט אינו כפוף לאף אחד, זולת החוק. נשיא בית המשפט העליון אינו יכול להורות לשופט בית משפט השלום בעפולה או לשופטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע כיצד לפסוק במקרים שהובאו בפניהם, כי לכל שופט בישראל יש עצמאות שיפוטית מלאה. עד היום, התיבה מי שבידו סמכות שפיטה הופיעה רק בסעיף 2 לחוק יסוד: השפיטה, כסמל וכדגל של עצמאות אישית מעל כסאם של כל שופטת ושופט בישראל. מה רבה הסמליות שהשימוש בנוסח "מי שבידו סמכות שפיטה" נעשה דווקא בתיקון שלפנינו.

על שולחנו של השופט אנו מוצאים כלים של משפט אשר משמשים אותו בעבודתו. כאשר השופט דן בחוזה, עומדים לרשותו כלי עבודה בדמות האיזמלים הדקים והעדינים של פרשנות ותום לב וכלה בפטישים של החוזה האחיד ותקנת הציבור. כאשר השופט דן במשפט המינהלי עומדים לרשותו מגוון של כלים, החל באיזמל של עילת הסבירות וכלה בפטיש של שיקולים זרים. והנה, בא המכונן ונוטל מהשופט כלי עבודה מרכזי, משל דומה הדבר למנתח שייאסר עליו להשתמש בעת הניתוח באיזמל מנתחים (סקלפל) או במצבט למניעת דימום. התיקון שבו עסקין מדלל אפוא את כוחו של הדין בכך שהוא שולל מהשופט את אחד מכלי המשפט החשובים שהוא עושה בו שימוש.

עילת הסבירות היא עילת ביקורת המשמשת את בתי המשפט מזה עשרות שנים, והיא מאפשרת לבית המשפט ליתן לאזרח סעד אפקטיבי מפני החלטה החורגת ממתחם הסבירות. נחזור שוב לדברי השופט חשין בעניין ארפל:

"זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר – וכך אומר אני – כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק. [...] נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית-משפט – בין במישורין בין בעקיפין – ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה- *raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד.

[...] מוחה של הדמוקרטיה עשוי שלוש אונות: האונה המחוקקת, האונה המבצעת והאונה השופטת. שיתוק אחת

מהן יביא להיעלמות הדמוקרטיה. קיומה של רשות שופטת – כאונה חיונית בגופה של המדינה הדמוקרטית – משמיע מעצמו איסור חסימת צינורות הדם המוליכים אליה, איסור חסימת דרכו של אדם לבית-המשפט" (בעמ' 629-630, הדגשות הוספו – י"ע).

דברים עוצמתיים אלה נאמרו בקשר לשאלה אם מוסמך בית המשפט המחוזי לדון בבקשה לביטול מדגם שנרשם בפנקס המדגמים. בענייננו-שלנו הדיון נסב על חסימה-רבתי של זכות הגישה האפקטיבית לערכאות בתחום המשפט המינהלי. על בית המשפט נאסר אפילו לדון בעתירה ובתובענה שעילתה בסבירות החלטות הממשלה ושריה ("לא ידון").

79. הנפקות של התיקון היא שנחסמת דרכו של האזרח לקבל סעד אפקטיבי מול כוחה הבלתי מוגבל של הרשות המבצעת. אין צורך להכביר מילים על חשיבות זכות הגישה לערכאות. המכונן היה ער לחשיבותה של זכות זו, כדי כך שבסעיף 39(ד) לחוק יסוד: הממשלה נקבע כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות [...]".

פגיעה בהפרדת הרשויות

80. עקרון הפרדת הרשויות נמצא בגרעין הקשה של כל משטר דמוקרטי ותכליתו היא ביזור הכוח ומניעת ריכוזו בידי גורם אחד. הדברים פשוטים וברורים, אך לעיתים רצוי לחזור על המובן מאליו:

"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 [...]. 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" (דברי המשנה לנשיא (בדימ') חשין בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, 56 (2006) (להלן: עניין ועדת המעקב)).

"ביזור סמכויות – כיצד? לביזור סמכויות אופטימלי נבחרה הנוסחה – גם היא באה מניסיון החיים – של 'איוונים ובלמים' (checks and balances). וזה עיקרה של הנוסחה: לכל אחת משלוש הרשויות העושות שלטון מוקצית חלקה משלה, ובה היא שליטה בלבדית – חלקת-

מחוקק, חלקת-מבצע, חלקת-שופט. [...] חוכמת המדינאות היא כי יישמר שיווי-משקל, והנדנדה תיסוב במתינות לרווחתם של הכול. ואולם, שעה שאחת מן הרשויות תטלטל את קרניה יתר-על-המידה, או מקום שאחת מן הרוכבות על כנף-הנדנדה תפר את שיווי-המשקל, ייפרעו הסדרים, וטלטלה תאחז בכל מערך השלטון" (דברי השופט חשין בעניין מגדלי העופות, בעמ' 82).

עוד על חשיבות הפרדת הרשויות ראו בפסק דינו של השופט סולברג בעניין קוונטינסקי, בפסקאות 35-36.

81. הרציונל מאחורי הפרדת הרשויות הוא מניעת עריצות הרוב והגנה על הפרט. רק על ידי "מניעת ריכוז היתר של הכוח באופן בלעדי בידי רשות אחת, מובטחת הדמוקרטיה ונשמרת חירותם של הפרט ושל הכלל" (בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 518 (1988)). אך הפרדת רשויות אין משמעה חיץ בין הרשויות אלא איזון ביניהן:

"ההפרדה בין הרשויות אין משמעותה דווקא יצירתו של חיץ, המונע החלטות כל קשר ומגע בין הרשויות, אלא ביטוייה בעיקר בקיומו של איזון בין סמכויותיהן של הרשויות, להלכה ולמעשה, המאפשר אי-תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר" (בג"ץ 306/81 שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 141, 181 (1981)).

"סמכות הביקורת השיפוטית של בית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק נחשבת לאבן יסוד של מערך האיזונים בין הרשויות בישראל ועל כן מצאה את מקומה במסגרת הוראת חוק יסוד: השפיטה" (עניין שפיר, בפסקה 8 לפסק דינו של השופט מ'ינץ).

הפרדת הרשויות נועדה אפוא ליצור משטר של איזונים ובלמים על מנת למנוע ריכוז הכוח. בהעדר בלמים, קצר המרחק לשלטון ללא מעצורים. ודוק: איננו באים לומר כי לרשות השופטת יש מונופול על עיצוב ההסדרים הנוגעים לביקורת שיפוטית וכי הגבלה על היקף הביקורת דינה להיפסל במישור החוקתי. ברם, יש להבחין בין הגבלה נקודתית-נושאת, לבין הגבלה גורפת כמו במקרה דנן. ביטול עילת הסבירות ביחס לממשלה ולכל אחד משריה משמעו ניטרול של אחד הכלים העיקריים המשמשים לפיקוח שיפוטי על החלטות הממשלה והשרים, ומתן כוח גדול עוד יותר מהכוח הרב הנתון כבר ממילא בידי הרשות המבצעת. נטלת מהמשפט המינהלי את עילת הסבירות, נמצאת

מחליש את הביקורת על החלטות הממשלה ושריה. לכן, הטענה כי יש בתיקון לחוק היסוד כדי "לחזק" את הדמוקרטיה היא אמירה מטעה, בלשון המעטה.

82. הייתה זו דווקא הממשלה בתגובתה שציטטה את דברי השופט זילברג:

"[ב]משטר טוטליטרי מושך השליט אליו, או לנאמניו, את כל ענפי השלטון; במשטר דמוקרטי הסמכויות חלוקות, ו'אין מלכות נוגעת בחברתה אפילו כמלוא נימה'. אפילו כמלוא נימה, כי הוויתור ב'פכים קטנים' שאדם דש בעקביו, גורר קמעא קמעא אחריו את ריכוז כל הסמכויות ביד אחת, או בידיים אחדות; והדברים עתיקים" (בג"ץ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט (3) 337, 343 (1965)).

ועל זה נאמר, היא הנותנת. ביטול עילת הסבירות ביחס לממשלה ושרי הממשלה הוא העצמת הכוח הריכוזי שמצוי ממילא בידי הרשות המבצעת ודילול חלקת השדה שבתחומי הרשות השופטת – "כל רשות תפעל ותעשה אך-ורק בגידרי הסמכויות שניתנו לה בחוק (ובחוקה) ואסורה היא מִתְרוֹש בשדות שהוקצו לאחיותיה" (המשנה לנשיא (בדימ') חשין בעניין ועדת המעקב, בעמ' 57).

פגיעה בשלטון החוק

83. אחד העקרונות החשובים בדמוקרטיה הוא הערך של שלטון החוק (על שלטון החוק בישראל ראו שורת המאמרים הנזכרים אצל ברק חוקי היסוד, בעמ' 1728 ה"ש 49) ומעמדו של שלטון החוק בישראל הוא כשל עיקרון חוקתי (שם, בעמ' 1731).

לביטול עילת הסבירות השלכה במספר מישורים על שלטון החוק.

א. הצבת הממשלה ושריה מעל החוק

84. ביקורת שיפוטית על כל הרשויות היא אכן פינה לשלטון החוק במדינה דמוקרטית:

"הביקורת השיפוטית, כך שנינו, משתרעת על כל רשויות השלטון [...]. סמכות הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת, הממשלה ויתר שדרות השלטון היא אכן פינה בדמוקרטיה המכבדת את שלטון החוק. היא משקפת את שלטון החוק הפורמאלי, שמשמעותו כי כל רשויות השלטון כפופות לחוק, והכול כפופים לביקורת שיפוטית שנועדה להבטיח את כיבוד החוק [...]. הביקורת השיפוטית מבטאת גם את שלטון החוק המהותי, שממנו נובע כי יש לאזן בין

הערכים, העקרונות והאינטרסים של החברה הדמוקרטית  
 תוך הסמכת השלטון להפעיל שיקול-דעת המאזן באופן  
 ראוי בין השיקולים הראויים" (דברי השופט דיבלין בעניין  
 הנגבי, בעמ' 834-835, הדגשה הוספה – י"ע).

"[...] קיומה של הביקורת השיפוטית על חוקיות פעולתה  
 של כל רשות הוא תנאי יסוד לשלטון החוק, ואשר מבחינתן  
 ההפרדה שבין הרשויות אינה מתבטאת בסגירת הדרך  
 בפני הביקורת השיפוטית" (בג"ץ 325/85 ח"כ מיערי נ'  
 יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 122, 128 (1985) (הדגשה הוספה  
 – י"ע)).

שלטון החוק חל על כל הרשויות, לרבות הממשלה ושריה, ולא בכדי אנו מוצאים

בארצות הברית את הביטוי Government under law.

"שלטון החוק, במובן זה, משמעותו כפולה: חוקיות  
 השלטון והשלטת החוק. [...] בכל הנוגע לרשות  
 המבצעת, שלטון החוק משמעו חוקיות המינהל. הרשות  
 המבצעת כפופה לחוק. ליחידה אין זכויות, כוחות או  
 חסינויות, אלא אם כן החוק מעניק זאת להם. מכאן  
 שלאיש השלטון, בתור שכזה, אין יתר זכויות, כוחות או  
 חסינויות מאשר לכל אדם אחר במדינה, ועל-כן יש לו  
 אותה אחריות למעשיו כמו לכל אדם אחר" (עניין ברזילי,  
 בעמ' 621).

כנבחר הציבור, אין לשרים "ולא כלום. כל שיש להם, למען הציבור יש להם  
 ולא כלום משל עצמם" (בג"ץ 4287/93 אמיתי-אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ'  
 ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 463 (1993)). הרשות הציבורית "כל כולה לא נוצרה  
 כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן"  
 (בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325,  
 331 (1971)). השרים הם שלוחיו של הציבור ומשרתיו, וכל סמכויותיהם נועדו למען  
 הציבור כי "איש הציבור הוא נאמן הציבור, לא לעצמו הוא פועל, אלא למען האינטרס  
 הציבורי הוא פועל" (בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 778-  
 777 (1991)). זו מהותה של חובת הנאמנות של נבחר הציבור כלפי הציבור, ו"מחובת  
 נאמנות זו נגזרת חובתו להפעיל את שיקול דעתו בסבירות, בתום לב, ללא שרירות, ומתוך  
 התחשבות בכל הנתונים הרלבנטיים" (בג"ץ 6840/01 פלצמן נ' הרמטכ"ל, פ"ד ס(3) 121,  
 134 (2005)).

85. לסבירות יש מספר מופעים במשפט, בהקשרים שונים ובענפי משפט שונים,  
 כאשר החוט המקשר ביניהם הוא שעל כל אדם לנהוג כפי שהיה נוהג אדם סביר או בעל

תפקיד סביר באותן נסיבות. מהנדס שסטה מרף הזהירות הנדרש ולא פעל כמהנדס סביר, עלול להביא להתמוטטות של בניין. רופא שסטה מרף הזהירות הנדרש ולא פעל כרופא סביר, עלול להביא למותו של החולה. ואילו במשפט המינהלי, לית אתר ולית רשות הפטורים מעילת הסבירות. גם שומר סף מובהק כמו היועץ המשפטי לממשלה כפוף לחובה זו בכל הקשור לשורה של החלטות אותן הוא מקבל לאורך כל שלבי ההליך הפלילי, כמו העמדה לדין או אי העמדה לדין, קביעת העילה לסגירת תיק, בחירה בעבירה כזו או אחרת בכתב האישום, חתימת הסכם עד מדינה וכיוצא בזה (ראו, מני רבים, בג"ץ 8814/18 שלו נ' מדינת ישראל – פרקליטות מחוז תל אביב, פסקה 8 (27.1.2019); בג"ץ 4308/21 עזבון אבו נאב נ' ראש המחלקה לחקירות שוטרים במשרד המשפטים (18.4.2022)).

הנה כי כן, הכל חייבים לפעול בסבירות, בהתאם לאופן שבו בית המשפט מפרש את החוק ויוצק תוכן למונח זה: "אין רשות שהיא מעל לחוק, אין רשות הרשאית לפעול מתוך חוסר סבירות. זהו גם שלטון החוק המהותי" (בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 277 (1993) (להלן: עניין אייזנברג) (הדגשה הוספה – י"ע)). אך על פי התיקון נושא דיוננו, שרי הממשלה אינם שווים בפני החוק בהיותם פטורים למעשה מעולה של חובת הסבירות עקב ביטול עילת הסבירות. המדובר בפגיעה בשלטון החוק, בחובה להשתמש בכוח השלטון לטובת הציבור ולמען הציבור. זו הליכה של התיקון לחוק היסוד – לחסום ולמנוע ביקורת שיפוטית על הממשלה ושריה.

86. הכל כפופים לחוק, אך אין טעם באמירה שהרשות המבצעת כפופה לשלטון החוק ללא דרכי בקרה ופיקוח אפקטיביים. בנקודה זו, אנו נדרשים לקולו הזך של הפיקולו שיתריע בפנינו:

"אין ריק בעולם המשפט. אין ריק במערכות השלטון. בהיווצר ריק במערכות השלטון, ולו לחלקיק שנייה, להרף-עין, יימלא החלל כמו-מעצמו ברשות זו או אחרת ובנורמות שאותה רשות תשליט באותה שדה. וכך, בהיסוג המשפט אחר ייתפש מקומו לאלתר בידי נורמות אחרות, אפשר נורמות שאינן ראויות. [...] הותרת ענייננו אך לרשות המבצעת, לממשלה, מביאה לדעתי להזערותם ולהנמכת קומתם של אותם עיקרי-יסוד שהם כה חשובים לאיכות חיינו כחברה שטוב וראוי לחיות בה. משלמדנו כי תרבות ה'לא יעשה כן במקומנו' נחלשה, ואנו דלוננו עד-מאוד, האם לא ראוי היה כי המשפט ישמיע את קולו ברמה? כי קולו לא יהא אך כקולו של הפיקולו, 'זך וטהור אך נבלע בהמולה'?" (בג"ץ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(3) 145, 176-177 (2004) (הדגשה הוספה – י"ע)).



ב. מינויים ופיטורים של שומרי סף

87. אין להתעלם מהמשמעות של ביטול עילת הסבירות בכל הקשור למינויים או לפיטורים של שומרי הסף. ביטול עילת הסבירות מעניק לדרג הפוליטי שליטה ללא מיצרים על המינוי או על סיום התפקיד של שומרי הסף, אותם בעלי תפקיד שעצמאותם היא הבסיס למילוי תפקידם.

לא ניתן להפריז בחשיבותם של שומרי הסף במשרדי הממשלה כמו חשב המשרד, המבקר הפנימי של המשרד, ומעל כולם – הייעוץ המשפטי של המשרד. הרשות המבצעת על משרדיה ושריה ורשויותיה, מקבלת מדי יום מאות החלטות בנושאים רבים ומגוונים כמו כוח האדם הממשלתי, מכרזים, התקנת תקנות, רישיונות, זיכיונות, היתרים למיניהם ועוד. כאמור, חלק הארי של החלטות הרשות המבצעת אינו בידיעת הציבור ואינו מגיע אל כתלי בית המשפט. הבלם הראשון והיומיומי שיש בו כדי לרסן ולבקר את החלטות השרים הוא מערך הייעוץ המשפטי במשרדי הממשלה השונים. הייעוץ המשפטי העצמאי והבלתי תלוי מהווה מנגנון נוסף של איזונים ובלמים מול הכוח השלטוני של הרשות המבצעת. חשיבותו של מערך הייעוץ המשפטי היא כה רבה, שיש הגורסים כי במשך השנים התגבש במשפט הישראלי נוהג חוקתי בדבר עצמאות מערך הייעוץ המשפטי ברשות המבצעת (מתן גוטמן "הבו לנו יועמ"שים צייתנים!" על המעמד החוקתי של עקרון עצמאות הייעוץ המשפטי ברשות המבצעת" ICON-S-IL Blog (27.11.2018)). אך גם בלי להידרש לתזה של נוהג חוקתי, ייעוץ משפטי עצמאי ואפקטיבי, שעומד מאחורי חזקת התקינות המינהלית, הוא קו ההגנה הקדמי והפנימי של שלטון החוק. הדבר שמאפשר לייעוץ המשפטי ברשות המבצעת לעמוד איתן על רגליו הוא הידיעה כי החלטה שאינה סבירה באופן קיצוני תיפסל על ידי בית המשפט. הייעוץ המשפטי העצמאי כשומר סף, הוא שמבטיח כי החלטות משרדי הממשלה מתקבלות בסמכות, בהליך מינהלי תקין, תוך שמירה על עקרונות המשפט המינהלי. פיטורים של שומרי הסף במשרדי הממשלה או מינויים לא ראויים של אחרים כשומרי סף, עלולים לגרום לקריסה של אחת הערכות החשובות לשמירה על שלטון החוק בפעולתם של משרדי הממשלה.

ביטול עילת הסבירות עלול לשמוט את הקרקע תחת רגלי מערך הייעוץ המשפטי ושומרי הסף האחרים במשרדי הממשלה. בהינתן שמתוך מאות החלטות שמתקבלות על ידי השרים, רק חלק מזערי מגיע אל פתחו של בית המשפט, הרי שפגיעה זו אף חמורה יותר בהשלכותיה מהצד הגלוי של ביטול עילת הסבירות.

88. עילת הסבירות היא אפוא מכשיר עיקרי לבחינת פיטורים או מינויים במערך הייעוץ המשפטי ובמערך של שומרי הסף במשרדי הממשלה. עילת הסבירות היא גם המחסום מפני פיטורים או מינויים של גורמים אחרים, ועל כך להלן.

ג. מינויים ופיטורים לא ראויים ובלתי סבירים

89. עילת הסבירות היא המגן הכמעט יחיד על הציבור מפני מינויים ופיטורים בלתי סבירים ולהבטחת טוהר המידות בשירות הציבורי (וראו פסקאות 162-166 לפסק דינה של הנשיאה). נביא, לדוגמה, אך מקצת הדברים שנאמרו בנושא זה בעניין הנגבי השני:

"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'. למיטב הבנתי, גם הנשיא לנדוי, שהסתייג מעילת הסבירות (ראו מאמרו 'על שפיטות וסבירות בדיון המינהלי', עיוני משפט יד, 5 (1984), שאיזכר חברי), היה מודה, מתוך יושרתו והקפדתו היתרה על טוהר המינהל הציבורי, כי יש מקרים שבהם עילה זו היא הדרך היחידה למניעת מינוי פסול. עילת הסבירות, ושוב – בכל הזהירות – מאפשרת לבית המשפט לשמש כמה שקרוי בלשון עידננו 'המבוגר האחראי', ולא אחטא לאמת אם אניח כי לא מעטים בין ראשי הממנים עצמם מייחלים בסתר ליבם להתערבות הבג"צית, כדי למנוע מינוי שנולד מלחצים כאלה ואחרים" (שם, בפסקה ב' לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין).

"אכן, כפי שציין חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (פסקה ב), לא אחת עילת הסבירות היא עילת ההתערבות היחידה שבאמצעותה ניתן למנוע מינוי פסול" (שם, בפסקה 2 לפסק דינה של הנשיאה נאור).

"עילת הסבירות פורסת אברותיה על כל מעשי המינהל ויש בה לחזק ולהטמיע נורמות של אתיקה ציבורית ולהגן על האינטרס של ניקיון כפיים בשירות הציבורי" (שם, בפסקה 1 לפסק דיני).

ונזדמן לי להתייחס לחשיבותה של עילת הסבירות בנושא זה במקום אחר:

"אין חולק כי על בית המשפט להפעיל את עילת הסבירות במתינות ובזהירות, כך בכלל, וכך בסוגיה של מינויי בכירים בשירות הציבורי. עם זאת, כשירות לחוד וסבירות לחוד, ואם יש בעילת הסבירות המרחפת ממעל כדי למנוע מינויים שאינם ראויים – דיינו" (בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ ואזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת

ישראל, פסקה 1 לפסק דיני (1.3.2016) (להלן: עניין אומ"ץ) (הדגשה הוספה – י"ע)).

עילת הסבירות היא אפוא שחקן מרכזי בבחינה של מינויים לתפקידים שונים: "מתוקף מעמדה של הרשות הציבורית כנאמנה של הציבור, מוטלת עליה חובה להפעיל את סמכויותיה, ובתוכן סמכות המינויים, בהגיונות וביושר, לשקול שיקולים ענייניים בלבד, ולפעול בסבירות בהתאם לאמות המידה של המשפט המינהלי" (עניין מנכ"ל משרד המדע, בפסקה 39 והאסמכתאות שם, הדגשות הוספו – י"ע; על כך שהחובה להימנע ממינויים פוליטיים בשירות המדינה נגזרת ממעמדה של הרשות הציבורית כנאמן הציבור ראו עניין יהדות התורה, בפסקה 51 והאסמכתאות שם; בג"ץ 154/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 111, 118-122 (1998)).

ככלל, בהפעילו ביקורת שיפוטית על החלטת המינוי, בית המשפט אינו שם את עצמו בנעליו של הגורם הממנה ואינו מחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתו שלו (בג"ץ 8134/11 אשר נ' שר האוצר, פסקה 11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (29.1.2012)). עם זאת:

"לרשות השופטת תפקיד חיוני במיגור תופעות פסולות של שימוש לרעה בכוח המסור לנבחרי ציבור ולעובדי השירות הציבורי. הדבר בא לידי ביטוי הן באפיק הפלילי, הן באפיק המינהלי, על כלל שלוחותיו, בין היתר במסגרת הביקורת השיפוטית על מינויים בשירות הציבורי" (עניין אומ"ץ, בפסקה 13 לפסק דינו של השופט סולברג).

עילת הסבירות משמשת בעיקר לפסילת מינויים שנעשו משיקולים פוליטיים-אישיים או כאשר המינוי לוקה בפגם ערכי-נורמטיבי (בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פסקה 20 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (12.10.2008)). כך, בג"ץ פסל בעילה של חוסר סבירות קיצונית מינוי מנכ"ל למשרד ממשלתי מן הטעם שהמועמד שיבש חקירה ומסר עדות שקר בבית המשפט (עניין אייזנברג). בג"ץ פסל בעילה של חוסר סבירות קיצונית מינוי של אדם לתפקיד מנכ"ל עמידר, מאחר שהלה מסר תצהיר כוזב, במסגרת תביעת פיצויים על נזקי גוף שבה טען כי איבד את כושר עבודתו. זאת, מאחר ש"חתימה על מסמכים אשר תוכנם אינו אמת, על-מנת להשיג טובת הנאה אישית, היא מסוג המעשים המטילים צל כבד על אישיותו של אדם [...]. אופי התפקיד של מנהל כללי בחברה מחייב מינויו של מועמד ישר דרך" (בג"ץ 932/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הוועדה לבדיקת מינויים, פ"ד נג(3) 769, 789-790 (1999)).

90. ביטול עילת הסבירות עלול להביא לפגיעה רבתי בטוהר המידות, להשחתת השירות הציבורי ולמינוי של אנשים בלתי ראויים למשרות שאינן הולמות את מידותיהם וכישוריהם. קליגולה התכוון למנות את סוסו כקונסול, ויש המצביעים על כך כדוגמה להחלטה בלתי סבירה. כשלעצמי, איני חושש ממינוי סוסים למשרות ציבוריות בישראל, מן הטעם ש"אין סוסים שמדברים עברית". אך לא רק מינוי של סוס יכול להיחשב כמינוי בלתי סביר. ללא עילת הסבירות, מה ימנע מינוי של מי שהורשע בעבירת מין כמנכ"ל המשרד לקידום מעמד האשה; מינוי של מי שהורשע בהעלמת מס לתפקיד מנהל רשות המיסים; מינוי של אדם בעל עבר פלילי רלוונטי או מקורב למשפחת פשע; מינוי של מי שאינו בעל כישורים מקצועיים רלוונטיים לתפקיד מנכ"ל המשרד. בעניין מנכ"ל משרד המדע, פסל בית המשפט מינויו של מועמד, לאחר שהלה נבחר לתפקידו על ידי שר המדע והטכנולוגיה. בית המשפט דחה גם את האפשרות למנותו כמנכ"ל זמני על מנת לאפשר בחינה מעשית אם יכולותיו מספקות לצורך מינוי קבע לתפקיד, בצינו כי "משרות הנהגה בשירות הציבורי אינן אמורות להינתן בתור נסיון בידי מי שיש ספק בדבר כשירותם לעמוד בדרישות התפקיד. [...] קשה להתגבר על הרושם שנוצר לפיו תקופת הנסיון בת שישה חודשים של המועמד נועדה לשמש שלב מסייע בהכשרת מינויו בעתיד, תוך עקיפת תנאי הכשירות הבסיסיים שהוא אינו עומד בהם" (שם, בפסקה 62).

על החשש מפני מינויים בלתי ראויים, השיבה הכנסת בתשובתה המשלימה כי חזקה על שר שלא ימנה במודע אנשים שאין להם את הכישורים המתאימים להצליח בתפקידם. ובקיצור, לפנינו שוב תשובה בנוסח "סמוך עלינו", אך כפי שהבהרתי לעיל, במדינה דמוקרטית אין לקבל תשובה בנוסח זה אלא יש צורך במנגנונים שימנעו את הצורך לסמוך באופן עיוור על הרשות המבצעת.

91. תשובה נוספת של הכנסת היא כי בכל הנוגע למינוי בכירים "קיים שיח ציבורי ותקשורתי ער", כך שמן הסתם שיח זה ירתיע מפני מינויים בלתי ראויים. צר לי לקבוע, כי המציאות מוכיחה כי לא סגי ב"שיח ציבורי ער" או בביקורת ציבורית כדי למנוע מינוי בלתי ראוי. התופעה של מינויים בלתי ראויים בשל קרבה פוליטית או אישית [...] איננה מצטמצמת למשרות בכירות, הכרוכות בקביעת מדיניות, אלא מתפשטת ויורדת עד לדרגות הנמוכות ביותר. היא חלה בשירות הממשלתי, ברשויות המקומיות ובתאגידים הציבוריים, כמו המוסד לביטוח לאומי, שירות-התעסוקה ורשות-השידור. במיוחד פשה הנגע בחברות הממשלתיות, שחובה עליהן לפעול לפי שיקולים עסקיים, ואילו למעשה השרים הממונים עליהן נוהגים בהן לעתים קרובות כאילו הן אחוזות פרטיות של השרים [...] "(יצחק זמיר "מינויים פוליטיים" משפטים כ 19, 21-22 (1990) (להלן: זמיר מינויים פוליטיים)).

דברים שנכתבו לפני למעלה משלושים שנה, כוחם יפה גם היום, הן לגבי מינויים בחברות ממשלתיות והן לגבי מינויים בתחום התקשורת (ראו, לדוגמה, בג"ץ 1257/20 הצלחה לקידום חברה הוגנת נ' שר התקשורת (13.1.2021)), בגדרו הורה בית המשפט לאשר מינויים לתפקידים בתחום זה לנוכח הימנעות הממשלה, משיקולים השמורים עמה, לאייש משך שנים תפקידים אלה). לא למותר לציין כי השתלטות פוליטית על מוסדות ומנגנונים בתחום התקשורת היא פגיעה ישירה ומיידית בדמוקרטיה.

92. מדוע נושא המינויים הוא כל כך חשוב?

עובדי הציבור, שבשנים האחרונות מכונים לעתים "פקידים", הם עמוד השדרה של השירות הציבורי. בלעדי אותם "פקידים" לא ניתן לקיים שירות ציבורי תקין ברמה ההולמת מדינה מודרנית, ולמעשה, "חיי הפרט והכלל בישראל תלויים בשירות הציבורי, ברמתו ובדרך תפקודו" (עניין מנכ"ל משרד המדע, בפסקה 13). בלעדי אותם "פקידים", בלעדי אותם משרתי ציבור (civil servants), לא היה בלם בפני החלטות בעלות אופי פוליטי-סקטוריאלי שאינן מיטיבות עם כלל הציבור. התפקוד היעיל של הרשות המבצעת ויכולתם של שרי הממשלה למלא את המשימות שבאחריות משרדיהם, תלויים בתפקודם של אותם עובדי ציבור. הדבר נכון במיוחד על רקע אי היציבות הפוליטית בישראל, דבר שמביא לכך שמשך הכהונה הממוצע של שר בישראל אינו עומד אפילו על שנתיים.

עובד הציבור נדרש להיות נקי כפיים ובר-לבב, ממלכתי, מקצועי, א-פוליטי, שנתוניו האישיים, השכלתו וניסיונו המקצועי מתאימים לתפקיד שאותו הוא ממלא במערכת. זו דמותו של הפקיד המקצועי, ומשידענו זאת, איננו רואים פחיתות כבוד בתואר "פקיד", ובלבד שיהיה פקיד מקצועי ולא לבלר שתורתו-אומנותו היא בנאמנותו ובקרבתו הפוליטית או האישית לשר הממנה. מינוי לתפקיד שלא על פי הכישורים המקצועיים הטובים ביותר, הוא מרשם בדוק לממשל לא אפקטיבי. המתאם בין רמתו של השירות הציבורי ויעילות תפקודו לבין רמתם המקצועית של עובדי הציבור הוא מן המפורסמות:

"רמתו של השירות הציבורי הינה גורם חיוני לתיפקודו התקין. [...] בין טיבו ואיכותו של השירות הציבורי לבין אימון הציבור בו מתקיים קשר גומלין הדוק. [...] הליך המינויים והבחירה לתפקידים בשירות הציבורי הוא גורם בעל משקל מיוחד בקביעת רמתו ואיכותו של השירות, ובגיבוש מידת האימון הציבורי בו. [...] בית המשפט הגבוה לצדק נדרש כבר מקדמת דנא, ועל דרך השיגרה, לבחינת תקינותם של מינויים בשירות הציבורי ולפיקוח

הדוק על פעולתן של רשויות השלטון בתחום זה. פיקוח זה הוא ערובה חשובה לאיושם של תפקידים ציבוריים בידי אנשים כשירים לכך מבחינת רמתם המקצועית והאישית" (בג"ץ 8815/05 לנדשטיין נ' שפיגלר, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (26.12.2005) (להלן: עניין ממשלת המעבר)).

מינויים בלתי ראויים יוצרים אפקט-דומינו. כאשר עובדי ציבור נוכחים לדעת כי הקידום למשרה בכירה אינו משקף כישורים אלא קשרים, מטבע הדברים יש בכך כדי לכרסם במוטיבציה ולדחוק עובדי ציבור נאמנים מהשירות הציבורי אל השוק הפרטי, ואת מקומם יתפסו אחרים, מקושרים, שאינם בהכרח בעלי כישורים (זמיר מינויים פוליטיים, בעמ' 25).

93. משהרחבנו מעט בענייני מינויים לא נלאה מלחזור ולהזכיר כי ביטול עילת הסבירות הוא הסיבה לדיון זה, באשר זו העילה המרכזית להבטחת טוהר המידות ופסילת מינויים בלתי ראויים שבבסיסם קשרים ולא כישורים והתאמה לתפקיד. זאת, משום הקושי להסתמך על שיקולים זרים: "הצורך להתגבר על חזקת החוקיות יוצר נטל כבד [...] זה המצב הרגיל במינויים פוליטיים. [...] המינוי של חבר המפלגה נעשה פסול אם הממנה הושפע מכך שהממונה משתייך לאותה מפלגה. הפגם נעוץ אפוא במחשבה, ולא במעשה. אולם כיוון שאין אדם משים עצמו רשע, אין שר שיוודה במחשבה כזאת, שברור כי היא פסולה ופוסלת" (יצחק זמיר "מינויים פוליטיים בביקורת שיפוטית" משפטים כא 145, 149 (1991)).

ביטול עילת הסבירות משמעו מתן חסינות לשרי הממשלה ולממשלה בתחום המינויים. הסיכוי, וליתר הדיוק, הסיכון להשחתת השירות הציבורי ולפגיעה בטוהר המידות, כתוצאה מפוליטיזציה של הדרג המקצועי במשרדים השונים היא תוצאה בלתי נמנעת מביטול עילת הסבירות – והתוצאה היא מרשם בטוח לדרדור השירות הציבורי המקצועי ולהשחתתו.

94. הביקורת של בית המשפט חיונית לא רק בהיבט של מינוי של פלוני אלא גם בהיבט פיטוריו של אלמוני או ביטול מינוי:

"כשם שבהליך המינוי פועל השר כנאמן הציבור, כך על הליך ביטולו של המינוי להיעשות מתוך נאמנות לציבור ומטעמים ענייניים בלבד הקשורים בטובתה וביעילותה של המערכת הציבורית. מחובת הנאמנות בהליך המינוי וביטולו נגזרת חובתו של הגורם המוסמך להפעיל את

שיקול-דעתו בהגנות, ביושר ובסבירות" (בג"ץ 5464/04 זריפי נ' שר המשפטים, פ"ד נט(5) 721, 732-731 (2005)).

לא פחות חשוב מנושא המינויים הוא נושא הפיטורים. ניתן רק לשער איך ייראה השירות הציבורי אם הפקידים ידעו כי כל החלטה עצמאית שלהם, שאינה נושאת חן בעיני השר, עלולה להביא לפיטוריהם. ואם בעת מינוי תיתכן האפשרות להוכיח קיומו של שיקול זר, הרי שבהחלטה על פיטורים הדבר מורכב בהרבה, שכן שר המחליט על פיטוריו של פקיד לא יצהיר כי הדבר נעשה משיקולים זרים, ויעשה מאמץ לתלות את החלטתו בכשלים נטענים כאלו ואחרים שנפלו בעבודת הפקיד.

חובת הנאמנות בכל הנוגע למינויים משתרעת גם על אי איש תפקידים נדרשים. אחזור ואדגיש את הסיפא לתיקון לחוק היסוד. על פי התיקון נושא דיוננו, גם החלטה להימנע ממינוי חסינה מפני ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות, שהיא העילה המרכזית לבחינת מחדל של אי מינוי – רמטכ"ל, ראשי השב"כ והמוסד, מפכ"ל, מנכ"ל, חשכ"ל, ראש אגף תקציבים, מנהל הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, מנכ"ל הרשות השנייה, ראש הרשות להגנת הפרטיות, נציב שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, יושב ראש המועצה הארצית לתכנון ובניה, פרקליט מדינה, יועץ משפטי, דיינים, שופטים, עשרות ומאות דירקטורים בחברות ממשלתיות ועוד תפקידי מפתח. במהלך חמש מערכות הבחירות שהתרגשו עלינו, בית משפט זה דחק בממשלה לבצע שורה של מינויים, כמו מינוי פרקליט מדינה ומינוי מפכ"ל, אחרי כשנתיים שבמהלכן לא היה מפכ"ל למשטרת ישראל.

ההימנעות ממינוי בעלי תפקידים מביאה אותנו להשלכה נוספת של התיקון.

ד. אי הפעלת הסמכות המינהלית

95. עילת הסבירות חלה על מעשה אך גם על מחדל של הימנעות מקבלת החלטה:

"אכן, אם חוסר סבירות בהתקנתה של תקנה יש בו כדי להביא לבטלותה של התקנה, הרי גם חוסר סבירות באי-התקנתה יש בו כדי להביא לבטלות ההחלטה שלא להתקינה. איני רואה כל יסוד ראציונאלי להבחנה משפטית - להבדיל מהבחנה באשר למרחב השיקולים - בין שני סוגי ההחלטות" (בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 35 (1983) (הדגשה הוספה – י"ע)).

"גם הימנעות מהפעלת סמכות שבשיקול דעת בשל טעמים בלתי סבירים, יכולה להוליך למסקנה כי ההימנעות

מפעולה היא בטלה" (דברי הנשיא שמגר בעניין דרעי-  
פנחסי, בעמ' 423, הדגשה הוספה – י"ע).

הנוסח הגורף של התיקון לחוק היסוד, כולל גם אי שפיטות ביחס להחלטה להימנע מהפעלת כל סמכות בעילת הסבירות. לא ניתן להפריז בחשיבותה של הוראה זו, שהתקבלה "ברגע האחרון" כלאחר יד, וללא כל עבודת הכנה לגבי המשמעויות מרחיקות הלכת שלה. המדובר בפגיעה ישירה בליבת המשפט המינהלי והתפרקות מוחלטת מביקורת שיפוטית על הממשלה ושריה, מקום שבו הללו החליטו להימנע מהפעלת סמכויות חובה ורשות שהוקנו להם על פי חוק. הדבר בא לידי ביטוי, לדוגמה, בחוקים רבים בהם אנו מוצאים הוראה לפיה השר יתקין תקנות לביצוע החוק. הימנעות מדעת ובמכוון של השר מלעשות כן, למשך פרק זמן בלתי סביר, מתאימה לביקורת בעילת הסבירות. כך, כאשר שר הבריאות ושר הרווחה נמנעו מלהתקין תקנות הנוגעות לזכויות עובדים זרים, נקבע כי "החלטת המשיבים שלא לעשות כל שימוש בסמכותם לפי סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, בנוגע לעובדי סיעוד בעלי זיקה חזקה לישראל, אינה מצויה במתחם הסבירות" (בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה, פסקה 83 לפסק דינה של השופטת ארבל (18.11.2013) (להלן: עניין קו לעובד)). כעת יידרש בית המשפט שלא לדון בכך.

ה. התעלמות משיקולים מקצועיים

96. כאמור, אחד המופעים של עילת הסבירות הוא מתן משקל ראוי לכלל השיקולים הרלוונטיים להחלטה. הדברים באים לידי ביטוי בנושאים מקצועיים שונים כגון בריאות, איכות הסביבה ותכנון ובניה (ראו, לדוגמה, דנ"מ 4753/19 עיריית הרצליה נ' הוועדה לתכנון מתחמים מועדפים לדיור (6.5.2021)). ביטול עילת הסבירות יאפשר לממשלה ולכל שר בממשלה לקבל החלטות שהשיקול שבבסיסן אינו מקצועי, ובמקרה הטוב, תוך אמירה לפרוטוקול, כדי לצאת ידי חובה, כי לא נעלם מעיניו השיקול המקצועי. לא ניתן להפריז בחשיבות ההשלכות שיש להיבט זה על הדרגים המקצועיים בכל משרדי הממשלה.

ו. ממשלת מעבר

97. הגרעון הדמוקרטי המתמיד שבו נמצאת ישראל, מגיע לשיא בתקופה של ממשלת מעבר, ואיני רואה להרחיב בנושא זה שבו דנה גם הנשיאה בפסקאות 167-168 לפסק דינה (ראו, לדוגמה, עניין ממשלת המעבר, עניין מתווה הגז, בפסקה 2 לפסק דינה של השופטת חיות; בג"ץ 9577/02 סיעת המפד"ל הדתית לאומית המזרחי נ' יו"ר



הכנסת, פ"ד נז(1) 710 (2002), שם נדונו מינויים של רבנים ראשיים בממשלת מעבר; רבקה וייל "תקופת בין השמשות: על סמכויותיה של ממשל-מעבר" משפט וממשל יג 167 (2010). עילת הסבירות משמשת כלי מרכזי בהפעלת הביקורת השיפוטית על פעולות ועל מינויים בממשלת מעבר (וראו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.1501 בנושא "מינויים בתקופת בחירות", הנחייה שכל כולה מבוססת על פסיקת בית המשפט לפיה מתחם הסבירות של ממשלת מעבר מצומצם יותר; בג"ץ 5403/22 לביא, זכויות אזרח, מנהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' ראש הממשלה (22.9.2022)). ביטול עילת הסבירות על פעולות הממשלה ושריה עלול לצמצם באופן משמעותי את הביקורת על פעולות ממשלת מעבר.

ממשלת מעבר, כשמה כן היא, מכהנת עד לבחירות הקרובות, ובנקודה זו אני מגיע לסכנה מיידית ומוחשית נוספת שנובעת מהתיקון לחוק היסוד.

#### ז. טוהר הבחירות

98. אחד המנגנונים החשובים ביותר בישראל להבטחת טוהר הבחירות הוא ועדת הבחירות המרכזית הפועלת כיום כגוף עצמאי בראשות שופט בית משפט עליון. כמי שכהן כיו"ר הוועדה לכנסת ה-25, כאשר מסרתי את תוצאות הבחירות לנשיא המדינה, הדגשתי בנאומי כי "הליך הבחירות ניצב ממש בליבת הדמוקרטיה הישראלית ומכאן החובה לשמור מכל משמר על עצמאותה של ועדת הבחירות המרכזית ועל אי תלותה". למרבה הצער, ביני לביני, כבר הועלו מספר הצעות חוק פרטיות שיש בהן כדי לפגוע בעצמאות ועדת הבחירות המרכזית.

על אף עצמאותה, ועדת הבחירות המרכזית אינה יכולה לבדה להתמודד עם החלטות ממשלה או שרי ממשלה, שיכולות להשפיע במישרין או בעקיפין על אופן ניהול הבחירות. אני רואה לפרט דוגמאות לנושאים ולהחלטות שיש בהן כדי להשפיע על הליך הבחירות, ואסתפק בהפניה לסמכויות הרבות המוענקות לשר הפנים בסעיף 145 לחוק הבחירות לכנסת, לרבות בכל הקשור ל"הכנת הבחירות, הנהלתן וקביעת תוצאותיהן". כשלעצמי, אני סבור כי יש מקום לחשש מפני מפלגת רוב שתודיע על ביטול הבחירות, צעד שלא נעשה גם במשטרים פופוליסטיים-סמכותניים-רודניים. אך כפי שהזכרנו, דמוקרטיה לא מתה באבחה אחת ואין צורך להיזקק לצעד קיצוני של ביטול הבחירות, באשר ניתן להשפיע בתשעים ותשע דרכים על קיומן של בחירות שוויוניות וחופשיות.

99. עילת הסבירות נהוגה במשפט המינהלי. יכול הטוען לטעון כי אין המשפט המינהלי נוגע במשפט החוקתי, ולכן, גם אם בוטלה עילת הסבירות ביחס לממשלה ולשריה, אין זה עניין למשפט החוקתי ולזכויות יסוד.

ולא היא. בין המשפט המינהלי לבין הזכויות החוקתיות יש קשר בל יינתק, באשר החלטות מינהליות משפיעות על זכויות אדם חוקתיות. איסור הפלייה נבחן על פי אמות מידה המחייבות את הרשויות "לנהוג בחלוקת תקציביהן בשוויון ובסבירות, והכול תוך יצירת תבחינים ברורים, שקופים וענייניים המקיימים את ערכים אלו" (ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, פסקה 34 (2010) (הדגשה הוספה – י"ע)). לעילת הסבירות יש זיקה הדוקה לעקרון השוויון כמסגרת לאיזון בין אינטרסים של קבוצות שונות (עניין שיח חדש; ברק-ארז משפט מינהלי, כרך ב בעמ' 735). בית משפט זה התערב מכוח עילת הסבירות בהחלטת שר הביטחון למנוע כיתוב נוסף על מצבת חללי צה"ל בבתי קברות צבאיים תוך מתן משקל לעקרון כבוד האדם (עניין ויכסלבאום); כאשר הרגולטור קיבל החלטה מינהלית לפיה ניתן לנתק מים וחשמל על פי אמות מידה שנקבעו על ידו, נקבע כי יש בכך כדי להשפיע על הזכות לקיום בכבוד (וראו, לעניין ניתוק חשמל, בג"ץ 4988/19 רוזנצוויג מויסה נ' הרשות לשירותים ציבוריים חשמל (20.1.2022)); כאשר השרים הרלוונטיים לא התקינו תקנות הנוגעות לזכויות עובדים זרים, נקבע כי זהו מחדל שאינו מצוי במתחם הסבירות, וכי יש בכך כדי לפגוע בזכויות יסוד של אותם עובדים (עניין קו לעובד); כאשר שר הדתות החליט על שינוי מבחני התמיכה של המשרד למפרע, וללא תקופת הסתגלות – נקבע כי מדובר בהחלטה בלתי סבירה (בג"ץ 5290/97 עזרא-תנועת הנוער החרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 410 (1997)); כאשר שר האוצר החליט להפסיק לאלתר את הסבסוד לאברכים שילדיהם נמצאים במעונות יום לפעוטות, נקבע כי החלטה זו אינה נופלת במתחם הסבירות בהעדר תקופת מעבר, וכי הסבסוד יימשך עד סוף השנה (בג"ץ 5782/21 זילבר נ' שר האוצר (12.2.2021)); מדיניות של שר הפנים בכל הנוגע לכניסה לישראל או יציאה ממנה יכולה לפגוע בזכויות חוקתיות של חופש התנועה; החלטה של שר השיכון בקביעת קריטריונים לזכאים לדיר ציבורי או החלטה של שר בקביעת קריטריונים לחלוקת תלושי מזון – אלה החלטות שיכולות לפגוע בשוויון או בזכות לדיר ולמזון, זכויות שהן חלק מהזכות לקיום בכבוד. כאשר הממשלה מקבלת החלטה על הפעלת שב"כ לשם ביצוע מעקבים אחר אזרחיה בתקופת הקורונה, יש בכך כדי להשפיע על הזכות לפרטיות (בג"ץ 6732/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (1.3.2021)). ואם הזכרנו את שב"כ, הרי שסעיף 7 לחוק שירות הביטחון הכללי,

התשס"ב-2002 קובע מה ייעוד השירות ומה הם תפקידיו, וסעיף 7(ב)(6) לחוק קובע כי בנוסף לכל התפקידים המפורטים בסעיף, הממשלה יכולה להפעילו בתחומים נוספים: "פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לעניני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה". נותר לקורא להעלות בדמיונו סוגי פעילויות שמבצעים שירותי ביטחון במשטרים שאיננו רוצים לחיות בהם. האם אנו מוכנים כי הממשלה תפעיל את שירות הביטחון ללא כל ביקורת אפקטיבית על סבירות פעולתה (וכבר הזכרנו כי הכנסת וועדות הכנסת הן בשליטת הממשלה)?

פסק הדין בעניין קול העם הוא המגדלור של הפסיקה בעניין חופש הביטוי. הפוך והפוך בפסק הדין ולא תמצא בו את המילה סבירות. אך למעשה, בית המשפט איזן באופן שונה בין האינטרס של בטחון המדינה לבין חופש הביטוי. החלטה של שר יכולה לבטא הכרעה בין אינטרסים וזכויות יסוד המתנגשים ביניהם, והמשקל שניתן לכל אינטרס ולכל זכות הוא ליבתה של עילת הסבירות: "לבה של הבחינה הוא באיזון בין הזכויות המתנגשות" (עניין התאחדות הסוחרים, בפסקה 48 לפסק דינה של הנשיאה נאור) ועילת הסבירות היא שמאפשרת להתערב בהחלטת השר מקום שבו האיזון בין הזכויות והאינטרסים השונים לא נעשה כהלכה. ואכן, בעניין התאחדות הסוחרים, נקבע כי החלטת שר הפנים נגועה בחוסר סבירות קיצוני מאחר שלא ניתן בה משקל הולם לאוטונומיה של הרשות המקומית.

100. לאחר שסקרנו את כל אלה ואת חשיבותה של עילת הסבירות, אין לי אלא להסכים עם עמדת היועצת המשפטית לממשלה כי ביטול עילת הסבירות משמעותה יצירת חור שחור נורמטיבי, כזה שכוח הכבידה העוצמתי שלו שואב אליו שורה ארוכה של ערכים ונושאים עד שלא נודע כי באו אל קרבו.

101. סיכום ביניים: עמדנו על שורה של נימוקים שבגינם יש מקום לביטול התיקון לחוק היסוד חוקתי לא חוקתי, בהיותו פוגע בגרעין הקשה של מספר ערכים דמוקרטיים: שלטון החוק על היבטיו השונים; זכות הגישה לערכאות; הפרדת הרשויות; וזכויות יסוד חוקתיות.

פגמים בחקיקת החוק

בנוסף להיות התיקון לחוק היסוד תיקון לא חוקתי, נפלו בהליך חקיקתו פגמים:

102. השימוש במסלול של הצעת חוק מטעם ועדת החוקה: הנשיאה עמדה בפסק דינה על השימוש שנעשה בסעיף 80 לתקנון הכנסת (פסקאות 193-203) ועל כן אקצר בדברים.

גם הייעוץ המשפטי של הכנסת סבר מלכתחילה כי ההליך לא היה מיטבי. לא רק שהתיקון לחוק היסוד התקבל בתוך 'ואקום' של כללי משחק חוקתיים, אלא שאפילו הנוהג הרגיל נעקף והתיקון הוגש מטעם ועדת החוקה. למעשה, זו הפעם היחידה שבה קודמה הצעת חוק מטעם הוועדה, שלא בהסכמה רחבה או שלא בעניין הקשור בענייניה של הכנסת. ובקיצור, עד היום הליך חקיקה מטעם ועדת חוקה היה מהלך ייחודי שנועד לחיזוק הכנסת כגוף, והנוהג היה ליזום חוקי יסוד במסגרת הוועדה בהסכמה בין-גושית של קואליציה ואופוזיציה (ראו בהרחבה אהרונסון ואח' נורמות הליכיות).

גם אם אין בפגם הליכי זה, כשלעצמו, כדי לפגוע בתוקפו של התיקון, הוא מצטבר לכשלים המהותיים שבבסיס התיקון לחוק היסוד. לא בכדי ננקטה דרך עקלקלה זו. הדבר נעשה כדי לחמוק מבחינה סדורה ומעמיקה של השלכות התיקון כפי שנעשה ברגיל בהצעת חוק ממשלתית, ועל מנת לחמוק מהצורך לגבש עמדה ממשלתית כפי שנעשה ביחס להצעת חוק פרטית. בהקשר זה אזכיר כי כאשר הנושא הועלה על ידי שר המשפטים במסגרת "הרפורמה המשפטית" כטיוטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט), היועצת המשפטית לממשלה שללה את התיקון בחוות דעתה מיום 2.2.2023. למעשה, התיקון לחוק היסוד נעשה מבלי שהוצגה עמדת הממשלה, מאחר שהצעת החוק לא עברה בדרך המלך של הצעות חוק ממשלתיות. יש בכך מן האבסורד, בהינתן שכל התיקון לחוק היסוד נועד עבור הממשלה ויש בו כדי להשפיע על עבודת הממשלה.

103. הבהילות בהליכי החקיקה של התיקון: חוק יסוד: השפיטה התגבש במשך שש שנים והתקבל ללא כל מתנגדים מקרב חברי הכנסת. התיקון לחוק היסוד נושא דיונו התקבל תוך כחודש, אך ורק בקולות חברי הקואליציה. ודוק: איני סבור כי ההליך המזורז בענייננו מביא כשלעצמו לתוצאה של בטלות התיקון לחוק היסוד מכוח ההלכה שנקבעה בעניין קוונטינסקי (לדעה לפיה יש לבחון את איכות ההליך החקיקתי של חוקי יסוד במבחן מחמיר מזה שנקבע בהלכת קוונטינסקי ראו אהרונסון ואח' נורמות הליכיות). עם זאת, יש בכל אלה כדי ללמד על החיפזון והבהילות שבהם נעשה התיקון, ביחס הפוך לחלוטין להשלכותיו מרחיקות הלכת. התיקון נכנס לוועדה ויצא מהוועדה כמעט כפי שנכנס, בבחינת "כבולעו כן פולטו". עובדה זו, כשלעצמה, מצביעה לכאורה על כך

שהוועדה לא הייתה קשובה לקולות ולדעות שנשמעו במהלך הדיונים, ואף התעלמה לחלוטין מעמדת הייעוץ המשפטי של הוועדה.

104. שבעים וחמש שנה מדינת ישראל תפקדה כהלכה עם עילת הסבירות – הכלכלה פרוחה, ישראל הפכה למעצמה צבאית, למעצמת היי-טק בתחומים שונים, לאקדמיה הישראלית יצאו מוניטין בתחומים שונים ועוד. על מה ולמה הבהילות והחיפזון? ומדוע נעשה לראשונה שימוש במנגנון של סעיף 80 לתקנון בנסיבות של אי הסכמה ושל הצעה שאינה נוגעת לכנסת, לצורך חקיקה כה כבדת משקל ושנויה במחלוקת של חוק יסוד? על מה ולמה לא נעשתה עבודת מטה הכוללת את הגורמים הממשלתיים הרלוונטיים? מדוע אפילו לא התקיים דיון כלשהו באחד ממשרדי הממשלה לגבי השלכות החוק? כל אלה מצביעים על כך שהתיקון לחוק היסוד לא נולד בדרך הטבע.

כאמור, פגמים אלה, בבדידותם, אינם פוגעים בתקפותו של התיקון לחוק היסוד, אך משקלם עמם, בהצטרף למסקנתנו בדבר בטלות התיקון בשל היותו תיקון חוקתי שאינו חוקתי.

הערות לעמדת היועצת המשפטית לממשלה

105. בעתירה התלויה ועומדת לגבי תיקון פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 המאפשר לשר לקבוע מדיניות (בג"ץ 8987/22 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת), הביעה היועצת המשפטית לממשלה עמדתה כי יש לבחון את אותו תיקון "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". בכך קשרה היועצת המשפטית לממשלה את התיקון שם, במצב המשפטי בכללותו. בדומה, גם כאן נטען על ידי היועצת המשפטית כי אין לנתק בין התיקון לחוק היסוד לבין מכלול החקיקה המוצעת במסגרת "הרפורמה המשפטית".

הכנסת ציינה בתשובתה המשלימה, כי אין תקדים לבחינת חוקיות של חוק או של חוק יסוד על רקע מכלול הכולל טיוטות תזכירים והצעות חוק שהליך חקיקתם לא הסתיים. לשיטה זו, בית המשפט נדרש אך ורק לסוגיה שמונחת על שולחנו מבלי להביט שמאלה או ימינה. כך סברו גם הנשיאה חיות והשופטת וילנר בפסק דינן.

106. התיקון שלפנינו הוא תיקון בודד ש"נגזר" מתוך הטיוטה הראשונה של הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות). טיוטה זו עסקה במכלול תיקונים נוספים כמו שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים וסמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד וחקיקה ראשית רגילה. ניתן להבין את העמדה הגורסת כי די בכך כדי להצדיק ראייה הוליסטית של מכלול התיקונים המוצעים, חלף מתיחת "קו כחול" והתמקדות אך ורק בתיקון שלפנינו. שכן, היה זה עניין של החלטה "לפצל" את התיקונים השונים למהלכי חקיקה נפרדים ולא לבצעם במסגרת מהלך חקיקה שלם (שאז לא היה ספק כי יש לבחון את המכלול). ככל שבוחנים את התיקון לחוק גם על רקע מכלול התיקונים המוצעים, כעמדת היועצת המשפטית, הרי שמשקלו הסגולי של התיקון על הסכנות הכרוכות בו, עולה עשרת מונים. זאת, מאחר שבראייה כזו התמונה המתקבלת מבהירה כי מדובר אך בצעד אחד מתוך מארג חקיקה שלם אשר משנה באופן מרחיק לכת (ושמא בלתי הפיך) את מערך האיזונים והבלמים של שיטתנו. לשיטה זו, בחירתם של המשיבים לערוך את השינויים תיקון אחד בכל פעם מעוררת את החשש כי יש כוונה לילך בדרכן של מדינות אחרות שבהן הדמוקרטיה הוחלשה וכובתה בסדרה של תהליכים ושינוי של נורמות משטריות ודמוקרטיות (לשימוש בחוק עצמו על מנת לפרק מוסדות שלטון דמוקרטיים ראו קים ליין שפלי רדנות בחסות החוק (2023)).

107. העתירות שלפנינו אינן עתירות של יום-ביומו והן מעוררות את השאלה אם התייחסות אך ורק לתיקון בחוק היסוד, כמוה כחוקר מעבדה שמצמיד את עינו למיקרוסקופ על מנת לבחון צלחת-פֶּטְרִי המונחת תחת המיקרוסקופ. זאת, בהתעלם מצלחות הפטרי הרבות שכבר בדרכן אל השולחן. כאמור, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, התמקדות בצלחת פטרי אחת תחת המיקרוסקופ המשפטי כמוה כעיוור הממשש את חדק הפיל והיא עלולה להחמיץ את התמונה הכוללת. ודוק: לעמדה זו, איננו מדברים ב"מדרון חלקלק" אלא בחקיקה של צעד אחר צעד, כאשר לגבי כל צעד, כשלעצמו, ניתן לטעון כי אינו קץ הדמוקרטיה (על ההבחנה בין השניים ראו דוד אנוך "על מדרונות חלקלקים ונקניקי סלמי" ICON-S-IL Blog (27.8.2023)).

108. עמדת היועצת המשפטית לפיה יש לראות את המכלול, מעוגנת בהכרזות של גורמים רמי דרג כמו ראש הממשלה ושר המשפטים; בהכרזות חוזרות ונשנות של שרים וחברי כנסת; בחוקים שחלקם כבר עברו הליכי חקיקה וכבר מתחממים על הקווים; בחוקים בדמות הצעות חוק, ובין היתר, כאלה הנוגעות לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, לצמצום הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית ושלייתה לחלוטין ביחס לחוקי יסוד, לחקיקת "פסקת התגברות", ולהחלשת מעמדם של היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה ומשקל חוות דעתם; ובהתחייבויות שעוגנו במפורש בהסכמים קואליציוניים.

בהסכמים אלה, כל סיעות הקואליציה חתמו "בלנקו" על התחייבות לתמוך בכל הצעות חוק כפי שיוצעו על ידי שר המשפטים:

"כל סיעות הקואליציה יתמכו בכל הצעות החוק, לרבות בחוקי יסוד ובתיקונים לחוקי יסוד, כפי שיוצעו על ידי שר המשפטים, ושיעסקו, בין היתר, בהסדר מערכת היחסים שבין הרשויות ובסמכויותיהן, ובפרט במערכת היחסים שבין הכנסת והממשלה לבין מערכת המשפט ובית המשפט העליון ובשיטת בחירת השופטים. כל זאת לשם השבת האיזון הראוי בין הרשויות. החקיקה כאמור תכלול גם חקיקת חוק יסוד: החקיקה ופסקת התגברות. כל הצעות החוק שעניינן הנושאים הנזכרים בסעיף זה תקבלנה עדיפות מוחלטת ומלאה, בכל מקרה ונסיבות, על פני כל חקיקה אחרת, לרבות בכל הקשור לקדימות ראשונה בהעלאת הצעות למליאה מיד עם הנחתן בכנסת ובהשלמת הטיפול בהן בוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת לפני כל דיון בכל הצעת חוק אחרת המונחת על שולחן הוועדה. האמור יחול בכל הקריאות.

הממשלה וסיעות הקואליציה יתמכו בהצעת החוק מטעם הליכוד שתקבע כי מינוי היועץ המשפטי למשרדים הממשלתיים וכן ליחידות הסמך יבוצע כמשרת אמון על ידי מנכ"ל אותו המשרד הממשלתי".

לא למותר להזכיר כי בהקשר של הסכם קואליציוני אחר אמר בית משפט זה כי "ברי כי יהא אשר יהא ההסכם הקואליציוני, שהוא הסכם פוליטי המשקף את מאוויי חותמיו ומשדר אי נחת פוליטית מחוות הדעת המשפטית, אין ספק בעינינו כי הממשלה לא תעשה כל עיקר מעשה שהיועץ המשפטי יכריז עליו כבלתי חוקי" (בג"ץ 3301/15 גלאון נ' סיעת הליכוד, פסקה י"ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (29.6.2015) (הדגשה הוספה – י"ע)). מה שהיה בעבר בגדר "אין ספק" התבדה, והתיקון לחוק היסוד נעשה בניגוד לעמדתה של היועצת המשפטית לממשלה.

109. ונחזור לשאלה שלפנינו – האם יש לבחון את התיקון לחוק היסוד על רקע מכלול החקיקה שנמצאת "בצנרת" כעמדת היועצת המשפטית לממשלה? לדידי, החוק דנן, כשלעצמו ובבדידותו, כבר פוגע במספר גרעינים דמוקרטיים כפי שפורט לעיל. לכן, אותיר את עמדת היועצת המשפטית בצריך עיון.

הערות לעמדת הממשלה

110. מתשובת הממשלה עשויה להשתמע תפיסה פשטנית של דמוקרטיה פורמלית-רובנית, שלפיה הרוב יכול לקבוע ה-כ-7, וזאת כפועל יוצא מכך שהרוב הוא הריבון וככזה

הוא שמבטא את "רצון העם" (או שמא רצון ההמון) או את ריבונות העם (popular sovereignty) [במאמר מוסגר אציין כי ניתן גם לפקפק באקסיומה לפיה כל החלטה של שר משקפת בהכרח את "רצון העם". כך בעידן הפריימריז, וכך במציאות הקואליציונית, כאשר מפלגה קטנה כופה את רצונה על הרוב. לכן, בנקודה זו, אני מסכים עם חברי, השופט שטיין, כי המושג "רצון העם" הוא מושג אמורפי].

תפיסה פשטנית זו מתעלמת מכך שהשיח החוקתי נועד מלכתחילה להגן על המיעוט מפני "עריצות הרוב" (tyranny of the majority), ומכך שמטרת התיקון היא לחזק עוד יותר את כוחה הרב ממילא של הרשות המבצעת בישראל. אין לי אלא להזכיר את המימרות הידועות לפיהן "כוח משחית, וכוח מוחלט משחית באופן מוחלט", וכידוע "סמכויות בלתי מוגבלות של רשויות השלטון נוגדות את האופי הדמוקרטי של המשטר". בצדק ציין השופט דאגלס (Douglas) כי סמכויות מוחלטות הן "תחילה סופה של החירות" (וראו עניין ברזילי, בעמ' 588). הכשל בתפיסה פשטנית מומחש באלגוריה הבאה: "תסמכי עלינו" אומרים ארבעה זאבים לכבשה, בבואם לבחור בשיטת "הרוב קובע" את המנה העיקרית לארוחת הערב, שהרי חזקה על הזאבים כי יפגינו עניין אמיתי באיכות חייה ואריכות ימיה ושלומה של הכבשה.

התזה שנבחרה הציבור שהם נציגי הרוב יכולים לעשות ה-כ-ל, ובלבד שיעשו כן בחוק יסוד, משמעה חריגה מיפוי הכוח ומהמנדט שניתן להם. יפוי הכוח שניתן לנבחרים הציבור מאפשר להם במסגרת כללי המשחק לעשות כמעט הכל, אך אינו מאפשר להם להשתחרר מכל מגבלה על כוחם.

כפי שהסברתי בהרחבה לעיל, התיקון לחוק מסיר את אחת המגבלות המעטות שעוד קיימות על כוחה של הרשות המבצעת.

111. בתשובת הממשלה אנו מוצאים את הציטוט הבא, שאותו הפנתה הממשלה כלפי בית משפט זה: "הַיִּתְפָּאֵר הַגִּרְזָן עַל הַחֲצָב בּוֹ אִם-יִתְגַּדֵּל הַמִּשׁוֹר עַל מְנִיפּוֹ" (ישעיהו י, טו). אין לי אלא להחזיר ציטוט זה אל פתחה של הממשלה:

"המישטר הדמוקרטי (וכמותו עקרון יהודיותה של המדינה) הוא המעטפת שבתוכה ועל פי כלליה פועלות כל רשויות השלטון [...] הַיִּתְפָּאֵר הַגִּרְזָן עַל הַחֲצָב בּוֹ אִם-יִתְגַּדֵּל הַמִּשׁוֹר עַל מְנִיפּוֹ" [היחס בין המעטפת לבין חוקי-היסוד והחוקים מן-המניין הוא, בהתאמה, כיחס בין החוצב לבין הגרזן או כיחס שבין מניף המשור לבין המשור. ואמנם, אין זה מסמכותן ואף אין זה מדרכן של רשויות השלטון - ובהן הכנסת - לפגוע בעיקר מאותם



עיקרים המהווים תשתית לחיי המדינה, לפגום בעיקר מעיקרי הדמוקרטיה. ואם עברה הכנסת את קו הגבול התוחם את סמכויותיה, חובה היא המוטלת על בית-המשפט להעמיד דברים על מכונם, קרא, להורות על היותה של חקיקה פלונית חקיקה בטלה מעיקרה" (עניין גיוס בני הישיבות, בפסקה 51 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין, הדגשות הוספו – י"ע).

ברי כי שלטון הרוב הוא התנאי והבסיס למשטר דמוקרטי, תנאי הכרחי אך לא תנאי מספיק. אין לי אלא לצטט את דבריו של הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי, שלא ימצא יושב בבית זה שיחלוק עליהם (בעמ' 423-424):

"דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא גם שלטונם של ערכי היסוד וזכויות האדם כפי שנתגבשו בחוקה. דמוקרטיה היא איזון עדין בין שלטון הרוב לבין ערכי היסוד של החברה השולטים על הרוב. [...] טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטון הרוב, ופגעת בעצם מהותה. טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטונם של ערכי היסוד ופגעת בעצם קיומה".

112. בתשובת הממשלה אנו מוצאים אמירות בנוסח "אין כל סיבה להניח שהפרלמנט יהיה זה שיפגע קשות בזכויות או במשטר הדמוקרטי, יותר מאשר בית המשפט" (בפסקה 282); "העברת הריבונות לידי מי שאומנותו משפט" (פסקה 29 לתשובה המשלימה של הממשלה); וכן את השאלה מי ישלוט – האם הרשות המבצעת או בג"ץ.

העמדת בג"ץ מול הממשלה כשני גופים שכביכול נאבקים ביניהם על הריבונות ועל השליטה, והעמדת ה"סיכון" ו"החשש" מפני הרשות המבצעת אל מול ה"סיכון" ו"החשש" מפני הרשות השופטת (פסקה 2 ופסקה 36 לתשובה המשלימה של הממשלה), היא הצגת תמונה מעוותת של יחסי הכוחות בין הרשות השופטת לרשות המבצעת. עמדנו על כך שהסמכויות של הרשות המבצעת בישראל הן עצומות בהשוואה לדמוקרטיות מערביות אחרות, בהינתן שליטתה על הכנסת מכוח הרוב הקואליציוני:

"אצלנו, הגם שיש עיקרון פורמלי של עליונות הרשות המחוקקת, אין ספק בלבד של כל מתבונן כי העליונות היא דווקא בידי הממשלה" (רות גביון "ארבעים שנה למשפט החוקתי" משפטים יט 617, 621 (1990) (הדגשה הוספה – י"ע)).

הרשות המבצעת מחזיקה בכל הכלים של הפעלת הכוח השלטוני: היא יכולה לעצור ולאסור אדם, להיכנס לביתו ולחצרו, להטיל מיסים, להקצות ולנתב כספים

לגופים כאלה ואחרים, להפקיע רכוש, לצאת למלחמה או לכרות הסכמי שלום, להורות לאזרחיה לסכן את חייהם, וכיוצא באלה. מאות החלטות מתקבלות מדי שבוע ומדי חודש על ידי הרשות המבצעת, ורק מעטות מהן מובאות לפתחם של בתי המשפט. מכאן הביטוי שאין לרשות השופטת לא חרב ולא ארנק, ודומה אפוא כי נכון הוא ש"המיתוס בנוגע לכוחו של בית המשפט 'גדול בכמה מידות' על המציאות" (דפנה ברק-ארז אזור-נתין-צרכן: משפט ושלטון במדינה משתנה, 270 (מיכל שוורץ עורכת, 2012) (הדבר נאמר ביחס ליכולתם המוגבלת של בתי המשפט ליצור שינוי באתיקה של מינויים פוליטיים בלתי ראויים, אך הוא נכון גם באופן רחב יותר)). החולשה האינהרנטית של הרשות השופטת היא הסיבה לכך שאף בית משפט בעולם, אף לא בית משפט "חזק", לא הפך משטר דמוקרטי לדיקטטורה או לרודנות. ההיפך הוא הנכון, ההיסטוריה מלמדת אותנו כי בית משפט חלש הוא ערובה להתחזקות מגמות של רודנות וסמכותנות. כאשר הכיוון אינו "מערבה מכאן" כפי שציינתי בתחילת פסק דיני, אלא להיפך, אזי הצעד הראשון שבו נקטו שליטים שביקשו להעצים את כוחם היה החלשה של הרשות השופטת במגוון של צעדים (כהן ורוזנאי, בעמ' 98).

#### הערות לעמדת הכנסת

113. את הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד אין לראות חלילה כמאבק בין הרשות השופטת לבין הכנסת בכובעה כרשות מכוונת. נהפוך הוא. בשל שליטתה של הרשות המבצעת בכנסת, יש בדוקטרינות ההתערבות בחוקי היסוד כדי להגן על עצמאותה של הכנסת:

"בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוונת, כפי שיושמה בעניין המרכז האקדמי, ניתן לראות אם כן ביטוי לתפקידו של בית המשפט כמגן על הכנסת, במעמדה כרשות מכוונת וכרשות המפקחת על הממשלה. דוקטרינת התערבות זו אמורה לחזק את מעמדה המוסדי של הכנסת אל מול כרסום בו מצד הרשות המבצעת, וזאת על ידי החזרה למקומו של האיזון החוקתי העומד בבסיס עיקרון הפרדת הרשויות (רוזנאי, שימוש לרעה, בעמ' 1374) (עניין ממשלת החילופים, בפסקה 93 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר, הדגשות במקור – י"ע).

114. הכנסת טענה לחוסר בשלות של העתירות ואין לי אלא להצטרף לאמור בפסקאות 98-102 לפסק דינה של הנשיאה שדחתה טענה זו. כאמור, טענה זו מוקשית על פניה, שהרי בשלילת סמכות של בתי המשפט עסקינן, אשר השלכותיה הן מיידיות ("לא ידון"). בענייני סמכות, על המתדיינים לדעת מראש אם הם יכולים בכלל להתדפק על דלתו של

בית המשפט, ועל דלתו של איזה בית משפט: "אל לנו להגיע למצב בו ציבור המתדיינים המתדפק על דלתות בתי המשפט, יהיה נתון במצב של חוסר ודאות, בכל הנוגע לזהותה של הדלת אשר דרכה ניתן להיכנס" (רע"א 3749/12 בר-עוז נ' סטר, פ"ד סו(1) 678, 714 (2013)).

הנושא בשל עד מאוד לדיון ואיננו צריכים להרחיק עדותנו. במספר עתירות התלויות ועומדות בבית משפט זה, שמבוססות על עילת הסבירות, ביקשה המדינה להתלות את הדיונים עד אשר יינתן פסק הדין בעתירות שלפנינו (לדוגמה: בג"ץ 8910/22 שעניינו בסבירות המינוי של חבר הכנסת איתמר בן-גביר לתפקיד השר לביטחון לאומי; בג"ץ 7305/22 שעניינו בהפחתה מדורגת של מכסי מגן על ייבוא דגים מסוימים לישראל. בדומה, התבקשה התלייה בבג"ץ 8907/22; בג"ץ 5626/22 ו-1932/23; עע"מ 1814/23; ועע"מ 8151/22). מכאן, שטענת אי הבשלות מתנפצת אל מול העתירות התלויות ועומדות בבית משפט זה.

115. הכנסת ביקשה להקיש לענייננו מהוראת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, וכך גם חברתי, השופטת וילנר (פסקה 84 לפסק דינה). לפי טיעון זה, יש לבחון את ביטול עילת הסבירות במשקפי סעיף 7א לחוק היסוד: הכנסת ואמות המידה הקבועות בו, וכפי שלא יעלה על הדעת כי נמנע ממפלגה שתציע במצעה לבטל את עילת הסבירות להתמודד בכנסת, כך אין לראות בביטול עילת הסבירות משום פגיעה בגרעין של "יהודית ודמוקרטית" במסגרת דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי.

על טיעון זה כבר השיבה הנשיאה בפסק דינה (פסקה 107) ואוסיף אף אני ואומר כי אין הנדון דומה לראיה. מושכלת יסוד היא ש"דיבור שבחיקוק הוא יצור החי בסביבתו. הוא מקבל צביונו מהקשר הדברים [...]". (בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כ"ג (2) 477, 513 (1970)). התכליות של חוק יסוד: הכנסת שבבסיסן, בין היתר, הזכות לבחור ולהיבחר, אינן התכליות של חוק יסוד: השפיטה, כך שאין מקום להיקש הנטען.

מכל מקום, משהוזכר טיעון זה, אומר כי הוא דווקא תומך בתוצאה אליה הגענו, באשר שתי התכליות באות להגן על ערכי יסוד בשיטתנו הדמוקרטית. על פי החוק והפסיקה, לא בנקל תהא הצדקה למנוע ממפלגה או מאדם את זכות היסוד הדמוקרטית לבחור ולהיבחר; בדומה, לא בנקל תהא הצדקה לפגוע בשורה של עקרונות יסוד בדמוקרטיה שעליהם עמדנו לעיל, כמו הפרדת רשויות, שלטון החוק על שלל היבטיו וזכות הגישה לערכאות.

116. הכנסת הציעה בתשובתה דרכי הימלטות מהמצב המשפטי שנוצר בעקבות תיקון חוק היסוד, תוך העלאת ספקולציות, תחזיות, והערכות כיצד ישכיל בית המשפט לנהוג בעתיד. כך, היא העלתה אפשרות כי בית המשפט יפתח וירחיב במשפט המינהלי עילות שיחליפו את עילת הסבירות בביקורת על החלטות הממשלה ושריה; אפשרות שבית המשפט יצמצם את תחולתו של התיקון לחוק היסוד כך שלא יחול על החלטות של שרים שנטלו לעצמם סמכות של פקיד במשרד, ולא יחול על החלטות של פקידים שהואצלה להם סמכות מאת השר; אפשרות כי בית המשפט יפתח כללים וחזקות הנוגעים לאופן בחינת חשד לשיקולים זרים ויעצב מחדש את הדינים הקשורים לנטל הראייתי הקשור לעילה זו; אפשרות כי בית המשפט יפעיל את עילת ה"מופרכות" או "השרירות"; אפשרות כי בית המשפט יפרש את התיקון כלא חל על סבירות הליכית; אפשרות כי בית המשפט יפתח כללים חלופיים לעילת הסבירות כדי לכפות על הממשלה לעמוד בהוראות הדין הקשור למינויים; אפשרות כי בית המשפט יפתח דוקטרינות כמו חובת הנאמנות של הממשלה לציבור, או חובת השוויון בבחירות המעוגנת בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, או יתן פרשנות מרחיבה לסעיף 3 לחוק יסוד: הממשלה – והכל על מנת להתמודד עם הסוגיה של ממשלת מעבר; אפשרות שבית המשפט ישתמש בדיני הגירעון הדמוקרטי; בחופש העיסוק; בעילת איסור ההפליה; בעקרון הפרדת הרשויות; במידתיות ובעילות נוספות מתחום המשפט המינהלי; והאפשרות כי הכנסת תשכיל בעתיד להדק את הפיקוח על עבודת הממשלה.

לטעמי, דווקא מגוון הדרכים שהוצעו על ידי הכנסת מעיד על ההרס שהתיקון לחוק היסוד בא להמיט על המשפט המינהלי. שאם לא כן, לא היינו נזקקים לתקווה ששרי הממשלה יפעלו באופן סביר גם בהעדר ביקורת שיפוטית על סבירות החלטתם; לא היה צורך בדוקטרינות ובדרכים עוקפות כדי לנטרל את פועלו של החוק; ולא היינו נדרשים להבטחה המעורפלת של הכנסת כי "תרים את הכפפה שהיא עצמה פשטה מידיה של הרשות השופטת" ותפתח בעתיד את הכלים שברשותה "כדי להתאימם לפיקוח על החלטות פרטניות של הממשלה ושריה". עמדנו על כך שהכנסת נשלטת על ידי הממשלה מכוח הרוב הקואליציוני, כך שהאפשרות שהכנסת תיכנס לנעלי בית המשפט ותעשה את תפקידו של בית המשפט אינה מסתברת, בלשון המעטה. מה עוד, שלכנסת אין "שיניים פורמליות", כלשונה-שלה, כדי לאכוף את מלאכת הפיקוח ואת מסקנות הפיקוח על החלטות הממשלה ושריה (כאנקדוטה אציין כי יו"ר הוועדה לביטחון לאומי בכנסת כיום משתייך לאותה מפלגה של השר לביטחון לאומי, והוא אמור בתפקידו זה לפקח על יו"ר המפלגה שלו). הסיכוי לביקורת פרלמנטרית אפקטיבית הוא אפוא קטן, ואין בו כדי למלא את החלל. נהפוך הוא, יש בכך כדי לחזק את הצורך בביקורת שיפוטית: "בהקשר הישראלי חברי-הכנסת נבחרים ברשימה כללית-ארצית, ולא באזורים. נוסף על כך,

הממשלה נשענת על בסיס קואליציוני בכנסת. בנסיבות אלה הסיכוי לביקורת פרלמנטרית משמעותית על פעילות הממשלה יורד, וממילא מתחזקת הלגיטימיות של הפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות" (דפנה ברק-ארז "לקראת דיני דמוקרטיה בישראל" עיוני משפט לג, 527, 552 (2011)).

117. הכנסת טענה בתשובתה כי החלטות הדרג הנבחר עומדות לבחינה וביקורת של האזרח, שיכול להביע את תמיכתו או הסתייגותו בקלפי, מעין תחליף לביקורת השיפוטית.

טענה זו אין לה על מה שתסמוך, בין היתר, מהסיבות הבאות: ראשית, המדובר בעשרות ומאות החלטות שמקבלים שרים במהלך כהונתם, בעוד שלאזרח יש רק פתק אחד שהוא משלשל לתיבה פעם אחת בארבע שנים. שנית, חלק הארי של ההחלטות הרבות שמתקבלות על ידי הממשלה ושריה, סמוי מעיני הציבור. שלישית, הטענה כי חזקה על הבוחר שיעניש בבחירות את המפלגה על החלטה פלונית של שר פלוני, מהדהדת את התזה של "היד הנעלמה" בשוק החופשי, עקרון שמקורו בכתבי אדם סמית במאה ה-18. אלא שכיום יודעים אנו כי יש צורך ברגולטור על מנת להבטיח תחרות חופשית וכי ההנחה שבפני האזרח עומדים כל הנתונים והמידע לצורך קבלת החלטה אינה הנחה נכונה.

מכאן, שהביקורת הציבורית אינה יכולה להיות תחליף נאות לביקורת השיפוטית.

118. הכנסת מודה כי ייתכן שבהצעות שהעלתה לא יהיה מענה מושלם ל"חור השחור" שנוצר בביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה ושריה, וכי קיימת אפשרות שהחוק "אכן יוביל (כפי שהעותרים חוששים) למבול החלטות בלתי-סבירות של שרי הממשלה, ויתברר שהפיקוח הציבורי והפרלמנטרי על החלטות הממשלה לוקה בחסר וכי בתי המשפט מתקשים למצוא עילות חלופיות שיאפשרו להם לקיים ביקורת שיפוטית במקרים המתאימים על החלטות אלה" (שס, בפסקה 297, הדגשה הוספה – י"ע). הכנסת הציעה אפוא להמתין ולראות כיצד יפעלו שרי הממשלה לאחר השינוי וכיצד ינהגו ביחס לחובתם לפעול בסבירות.

איני רואה כל סיבה להמתין לראות אם החשש אכן יתגשם במהלך השנים הקרובות, עד שאותן החלטות בלתי סבירות יצטברו לכדי מבול. לשם כך נועדה דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי – לחסום את דרכו של המבול, שאם לא נעשה

כן, אזי "אחרינו המבול" ואז כבר יהיה מאוחר מדי, והיונה שיצאה במעופה לדרכה כבר לא תמצא מנוח לרגלה בדרכה חזרה.

119. לסיכום, לשיטת הכנסת, בעקבות התיקון לחוק היסוד, עתירה שמבוססת על עילת הסבירות תידחה "והאפשרות לבקר את ההחלטה תיוותר לציבור ולנציגיו בלבד באמצעות כלי הביקורת הפרלמנטריים או באמצעות לחץ ציבורי" (שם, בפסקה 313). אומר בקול ברור וצלול כי ההסתמכות על שני כלים אלה – הבטחה מעורפלת לביקורת פרלמנטרית בעתיד ולחץ ציבורי – אינה יכולה להוות תחליף של ממש לביקורת שיפוטית אפקטיבית.

הערה לפסק דינם של חברי שנקטו בדרך של פרשנות מקיימת

120. הכלל הוא שביטול חוק הוא המוצא האחרון, ולכן, על דרך העיקרון, יש להעדיף פרשנות מקיימת של חוק על פני ביטולו. כל זאת, ובלבד שפרשנות מקיימת היא אפשרית וסבירה. כך עשה בית משפט זה בעניין חוק הלאום, שם ניתנה פרשנות מקיימת, ניתן לומר אף "מפייסת-מגשרת-מרככת" כלפי אזרחי המדינה הלא יהודים (פסקה 3 לפסק דיני בעניין חוק הלאום). מכאן מאמציהם של חברי למצוא בתיקון לחוק היסוד פנים אחרות, פנים שוחקות יותר.

על כך השיבה הנשיאה בהרחבה בפסקאות 118-136 לפסק דינה ואין לי אלא להצטרף לדברים. נשים לנגד עינינו שוב את נוסח התיקון לחוק היסוד:

(17) 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 ההחלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר, ולא ייתן צו בעניין כאמור; בסעיף זה, "ההחלטה" – כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות.

חבריי מתעלמים מהלשון המפורשת הגורפת והבלתי-מסויגת שבה נקט המכונן; וגם מהכוונה הסובייקטיבית המפורשת של המכוננים, כפי שבאה לידי ביטוי לכל אורך הליך החקיקה, וגם בדיון בפנינו ובתשובה המשלימה של הממשלה. חברי, השופט שטיין, נתן משקל רב לדברי ההסבר, ומאלף בהקשר זה להפנות לדבריו של ח"כ רוטמן, שבמהלך הדיון בפנינו שלל את ההסתמכות על דברי ההסבר (עמ' 38 לפרוטוקול):

"דברי הסבר, וזה באמת עובדה שלא ידועה לרבים, ותודה לכבודו על השאלה. דברי הסבר אינם נכתבים מטעם הועדה. דברי הסבר נכתבים על ידי היעוץ המשפטי לוועדה. הם לא [] בהחלטת חברי הוועדה ואף לא בהחלטת יושב ראש הוועדה, אלא על ידי היעוץ המשפטי לוועדה. המעורבות בכתובתם, לא קיימת או דלה עד לא קיימת בכלל, מצד חברי הכנסת. ולכן בוודאי בהצעת חוק שבאה מטעם ועדה בניגוד להצעת חוק פרטית, [שבה] מי שכותב את דברי ההסבר בגדול, הוא חבר הכנסת המציע, ועם קצת סיוע ועזרה מהמחלקה המשפטית של הכנסת. אבל הוא חתום עליהם בהצעות חוק מטעם וועדה, מי שחתום על דברי ההסבר, זה היעוץ המשפטי. הם משקפים את עמדתם את תפיסתם בנוגע לחוק. [...] אינני מציע לכבודכם כיצד לפרש חוקים, אבל אם היו שואלים אותי בדברי הסבר בהצעות חוק מטעם ועדה? הייתי מסתמך יותר כדי לזהות את כוונת המחוקק, הייתי מסתמך יותר על הפרוטוקולים והדיונים ופחות על דברי ההסבר" (הערות הוספו – י"ע).

כפי שציינה גם הכנסת בתשובתה המשלימה, מלשון התיקון לחוק היסוד, נראה שהתיקון חל על עילת הסבירות בכל היבטיה, מבלי להבחין בין עילת הסבירות המסורתית לבין עילת הסבירות החדשה כפי שפותחה בהלכת דפי זהב. אכן, פרשנות חוקתית היא פרשנות על פי התכלית האובייקטיבית, אך גם בהתעלם מהלשון המפורשת, גם בהתעלם מהלשון הגורפת, גם בהתעלם מהכוונה הסובייקטיבית של המכוננים שהצהירו על כך בריש גלי – המעוות לא יכול לתקן והעקוב לא יהפוך למישור באמצעות פרשנות מקיימת. התיקון שלפנינו, במכלול היבטיו השונים כפי שפורט בהרחבה לעיל, נקוב ככברה "מִפְּךָ רָגַל וְעַד רֹאשׁ אֵין בּוֹ מָתָם, פָּצַע וְחַבּוּרָה וּמָכָה טָרִיָּה" (ישעיהו א, ו). לדרך הפרשנות המקיימת אין כל עיגון ויתד בחוק היסוד עצמו. זו הנקודה היחידה שבה מצאתי עצמי מסכים עם טענת הממשלה, לפיה פרשנות כזו משמעותה חקיקה מחדש.

121. חברי השופט שטיין מסכים כי התיקון לחוק היסוד סובל מכשל פרוצדורלי בהעדר חוק יסוד: החקיקה, אך לשיטתו עלינו להקפיד על דרכי הכינון של חוק יסוד "רק מכאן ואילך" (פסקה 83 לפסק דינו). לטעמי, מכאן ואילך הוא כאן ועכשיו, בתיקון שלפנינו.

122. חברתי השופטת וילנר ציטטה בפסקה 74 לפסק דינה מתוך ספרו של המלומד דותן על מנת להראות כי המחוקק והמכונן רשאים להתוות את גבולות הביקורת השיפוטית. כשלעצמי, הייתי מדגיש דווקא קטע אחר מתוך הרישא של הציטוט:

"הגישה שלפיה כל קביעה של המחוקק בנוגע להיקף הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות בהקשר נוסף מסוים סותרת בהכרח את סעיף 15(ג) משום שהיא 'מסיגה' את גבולו של בג"ץ – מבטאת עמדה פרשנית חוקתית שלפיה הסעיף נועד להעניק לבג"ץ מונופול מוחלט על קביעת היקף הביקורת השיפוטית המינהלית [...] (דותן) ביקורת שיפוטית, בעמ' 237, הדגשה הוספה – י"ע).

אילו ביקש המכונן להוציא נושא נקודתי מסוים מתחום עילת הסבירות (כגון מינוי שרים שאושר בכנסת) היינו במקום אחר, ועל כך עמדתי כבר בראשית דברי (לעיל פסקה 3). אך התיקון לחוק היסוד שולל באופן גורף את הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות, על "כל החלטה" של הממשלה ושריה. ואכן, לא בכדי, המלומד דותן הביע בדיוני ועדת החוקה את התנגדותו לתיקון חוק היסוד.

123. ולבסוף, ושמא עיקרו של דבר. הפרשנות המקיימת שהוצעה על ידי חבריי, מתעלמת מההשלכות הקשות הנובעות גם מהליכה בדרך זו. עקירתה של "הסבירות האיזונית" מתוך כלל המופעים של עילת הסבירות, אם בכלל אפשרית, כורסת ענף מרכזי חשוב של ביקורת מינהלית; מתעלמת מכוחה לחשוף או להתגבר על פגמים אחרים כמו שיקולים זרים; מאפשרת לממשלה ולכל אחד משריה לחסן את החלטתו מפני ביקורת שיפוטית תוך שימוש בנוסח כמו "שקלתי גם את השיקולים הבאים..." ובכך למנוע מבית המשפט לבחון את ההחלטה; אין בה מרפא של ממש לפגיעה הקשה בעקרונות היסוד שעליהם עמדנו לעיל; והיא מותירה "חורים שחורים" של ממש בתחומים השונים שעליהם עמדנו לעיל, כמו מינויים, ממשלת מעבר, טוהר הבחירות וכיוצא בזה.

#### סיכום

124. מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. זוהי תמצית הווייתה. שילוב זה בין "יהודית" ל"דמוקרטית" הוא המצפן הערכי שמוביל את מדינת ישראל בנתיבי אבק וזמן, עמוד האש שלאורו מדינת ישראל צועדת בכל אשר תלך. יסודות אלו, "יהודית ודמוקרטית", נטועים אפוא עמוק בצופן הגנטי של מדינתנו. ברם, יסודות אלו אינם חסינים מפני רעשי אדמה שעלולים לכרסם ביציבותם. יסודות אלו טעונים שימור, טיפוח ותחזוק, לבל יתערערו חלילה ויעמידו את הבניין כולו בסכנה. כמו כל מבנה של חומר ולבנים, גם מבנה משטרי נדרש לערוך "בדק בית" מדי זמן, והעובדה שמדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית אין פירושה כי המערכת החיסונית של המדינה אינה טעונה הגנה וחזוק.



ענייננו שלנו מתמקד ביסוד הדמוקרטי של מדינת ישראל, ונקודת המוצא של מסענו היא הגרעון הדמוקרטי שבו נמצאת המדינה, אשר חסרה "מנועי דמוקרטיה" שקיימים במדינות רבות בעולם ושתורמים לביצורו של היסוד הדמוקרטי. "תמונת הראי" המתקבלת מהעדרם של "מנועים" כאמור היא כי בישראל יש לרשות המבצעת עוצמה מיוחדת בהשוואה למדינות אחרות, וזאת בהינתן שורה של מאפיינים, ובראשם היותה של הכנסת נשלטת על ידי הממשלה. המסקנה המתבקשת היא שמדינת ישראל זקוקה לתוספת של מנועים המחזקים את המשטר הדמוקרטי. ואולם, התיקון לחוק היסוד שבגדרו בוטלה עילת הסבירות בכל הנוגע להחלטות הממשלה ושריה, צועד בכיוון ההפוך ומעצים עוד יותר את כוחה של הרשות המבצעת. לנוכח הגרעון הדמוקרטי במדינת ישראל, ובהינתן שעילת הסבירות היא מקור מרכזי לביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת, לשלילה כה גורפת של עילת הסבירות יש משקל סגולי גבוה הרבה יותר מאשר במדינות אחרות.

על רקע נקודת מוצא זו, ומשעומדות רגלינו בסופו של מסע, נסכם בקצרה את התחנות העיקריות שחלפנו על פניהן בדרך אל מסקנתנו.

א. הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד: מעמדן של חוקי היסוד הוא כשל חוקה, אך במצב החוקתי הקיים, אין דבר המבטיח כי הכותרת "חוק יסוד" תשמש לכינון הוראות חוקתיות באופיין; אין כל מגבלה על האופן שבו מחוקקים חוקי יסוד ועל דרך הכלל אף אין מגבלה על שינויים; הליכי חקיקתם זהים לאלה של חוק רגיל; הם לא בהכרח מתקבלים בהסכמה רחבה; לא בהכרח מתקבלים מאחורי 'מסך בערות'; לא בהכרח משתלבים במארג החקיקתי; ולא בהכרח נערכת לגביהם עבודת מטה סדורה כפי שנעשה על פי רוב בחקיקה רגילה. כל אלה, לצד אי השלמת המפעל החוקתי, ובמיוחד אי קביעת 'כללי משחק' בדמות חוק יסוד: החקיקה – מובילים למסקנה כי חיוני להכיר בסמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד. סמכות זו שאובה מהנתונים החוקתיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מהכרזת העצמאות או מערכי היסוד של שיטתנו המשפטית, שחוקי היסוד יונקים מהם.

ב. ביטולה הגורף של עילת הסבירות: התיקון לחוק היסוד גורף עד מאוד – הוא חל על כל בתי המשפט ועל כל החלטה, הן במעשה והן בהימנעות ממעשה. התיקון מורה לבתי המשפט שלא לדון על פי עילת הסבירות מבלי להבחין בין סוגי החלטות, בין סוגים של אי סבירות ובין החלטות בדרג הממשלה לבין החלטות בדרג של שרים.

לעילת הסבירות מופעים רבים – אי שקילת כלל השיקולים הרלוונטיים; אי מתן משקל ראוי לשיקולים השונים (סבירות איזונית); אי שקילה של חריגים; קבלת החלטה מופרכת או לא רציונלית; קבלת החלטה ללא תשתית עובדתית ראויה (סבירות הליכית); קבלת החלטה על בסיס ראיות, נתונים ועובדות שאין להתחשב בהם או אי מתן משקל הולם להם; קבלת החלטה להימנע מלהחליט; שיהוי בקבלת החלטה או זריזות יתר בקבלתה (סבירות הליכית). הנוסח הגורף של התיקון כונס לכאורה תחת כנפיו את כל המופעים, ומביא לחוסר ודאות בעניין סמכותו של בית המשפט לתת סעד במקרים המובאים לפתחו.

חלק מרכזי מכוחה ופועלה של עילת הסבירות אינו בבחינה של ההחלטה המינהלית בדיעבד בזירה של בית המשפט, אלא בבחינתה מלכתחילה בתוך המנגנון המינהלי עוד בשלב גיבוש ההחלטה ועיצובה, מתוך ידיעה כי הפרה של חובת הסבירות תיבחן על פי עילת הסבירות. בהעדר עילת סבירות, תידלדל חובת הסבירות ותיעלם, מה שיתיר את הציבור 'חשוף בצריח', כמי שישא במחיר של אותן החלטות המצויות מחוץ לגדרי מתחם הסבירות.

ג. פגיעה בגרעין הדמוקרטי: המסקנה כי לפנינו תיקון חוקתי שאינו חוקתי נובעת משורה של סיבות שעניינן פגיעה בגרעין הדמוקרטי. פגיעה זו באה לידי ביטוי במספר אופנים: פגיעה בזכות הגישה לערכאות לשם קבלת סעד אפקטיבי; פגיעה בהפרדת הרשויות ובעקרון של ביזור הכוח שעומד ביסודה; פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות לנוכח הקשר ההדוק בין המשפט המינהלי לבין הזכויות החוקתיות; ופגיעה בשלטון החוק שבאה לידי ביטוי בשורה של היבטים: ביטול עילת הסבירות מציב את הממשלה ושריה מעל החוק כמי שפטורים מעילת הסבירות וכפועל יוצא מחובת הסבירות; ביטול עילת הסבירות מעניק לדרג הפוליטי שליטה ללא מיצרים על מינוי או על סיום תפקיד של שומרי סף; עילת הסבירות היא המגן הכמעט יחיד על הציבור מפני מינויים או פיטורים שנעשו משיקולים פוליטיים-אישיים או כאלה הלוקים בפגם ערכי-נורמטיבי; ביטול עילת הסבירות משמעו הענקת חסינות מפני אי הפעלת הסמכות המינהלית; הוא מאפשר התעלמות משיקולים מקצועיים; פוגע באפשרות לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית על ממשלת מעבר; ועלול לפגוע גם בקיומן של בחירות שוויוניות וחופשיות לנוכח הסמכויות הרבות המוענקות לשר הפנים בכל הקשור ל"הכנת הבחירות, הנהלתן וקביעת תוצאותיהן".

125. לנוכח כל האמור לעיל, איני רואה מנוס מן המסקנה כי תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה אינו חוקתי, ומשכך דינו בטלות.

עם זאת, אדגיש כי הוצאת "הכרטיס האדום" ביחס לתיקון לחוק היסוד צריכה להתפרש על רקע המבנה המשטרי החוקתי הקיים בישראל על הקשיים הגלומים בו. הוספתם של איזונים ובלמים שחסרים כיום בשיטתנו, כגון באמצעות חקיקת חוק יסוד: החקיקה או בדרכים אחרות, יכולה להביא עמה שקילה מחדש של היקף סמכותו של בית המשפט העליון להתערב בחוקי יסוד.

לאחר הדברים האלה

126. משהובאו בפני חוות דעתם של חבריי, השופטים מין וסולברג אוסיף מילים מספר.

לא מצאתי בפסק דינם של חבריי התייחסות לשחיקה בהליכי חקיקת חוקי יסוד ולנפקות של מתן כוח בלתי מוגבל לרשות המכוננת, על כל הסכנות הנובעות מכך, כפי שהרחבתי בפסק דיני. מנגד, לכל אורך הדרך, חבריי מביעים את החשש מפני פעולתו של בית המשפט. כפי שצינתי, מדינת ישראל חסרה "מנועי דמוקרטיה" שקיימים במדינות רבות בעולם והרשות המבצעת בישראל היא מהחזקות במדינות הדמוקרטיות. הניסיון להציב מולה את הרשות השופטת כבעלת כוח דומה חוטא למציאות הדברים, ואין לומר כי הסכנה האמיתית לשורשי הדמוקרטיה נובעת מבית המשפט (וראו בהרחבה בפסקה 112 לעיל).

איני רואה להידרש לכל תג ותג בפסקי דינם של חבריי, ואעיר אך מספר הערות כלליות ו"טלגרפיות" ככל שניתן.

127. לפסק דינו של חברי השופט מין: כאשר בית המשפט פוסל חוק, הוא אינו אומר לכנסת כיצד לחוקק ומה תוכן החוק, אלא מותיר מלאכה זו למחוקק: "אין זה תפקידו של בית המשפט להתוות הסדר חקיקתי עתידי. על כך מופקדות הממשלה והכנסת" (בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 4 לפסק דינו של השופט

פוגלמן (12.9.2017)). מכאן שאין לייחס לדבריי יומרה כלשהי "לקחת את המושכות" ולקבוע ישירות את תכני החוקה (פסקה 59 לפסק דינו של חברי).

חברי מדמה עצמו לאותו נער הקורא בקול צלול "המלך הוא ערום". אך אם באגדות עם עסקינן, מעדיף אני את האגדה על הילד ההולנדי שסתם באצבעו את החור שבסכר.

128. לפסק דינו של חברי השופט סולברג: כאשר בית המשפט העליון פוסל חקיקה ראשית וחקיקת יסוד, אין משמעות הדבר כי נתונה לו "המילה האחרונה". הכדור חוזר למגרשה של הכנסת, בכובעה כרשות מחוקקת או מכוננת, והיא רשאית לקבוע את תוכנה, בכפוף לאותה מגבלה ספציפית שנקבעה על ידי בית המשפט, כך שהמילה האחרונה בנושא נתונה לכנסת. כפי שכתבתי, אילולא הנוסח הקיצוני והגורף של התיקון, ייתכן שלא היינו נדרשים לסוגיות שבפנינו.

חברי מכיר בכך שהממשלה מקבלת החלטות משיקולים פוליטיים-ערכיים (פסקאות 191-193). אולם, המציאות מלמדת כי שיקול פוליטי עשוי אמנם להיות ערכי, אך הוא עשוי גם להיות בלתי ענייני ובלתי סביר. סולם הערכים של הממשלה בא לידי ביטוי גם בסדרי העדיפויות שלה, שבהם בית המשפט אינו נוהג להתערב: "מושכלות יסוד אלו מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בהחלטות הקובעות מדיניות כלכלית ערכית וסדרי עדיפויות חברתיים" (בג"ץ 7318/22 אשכול רשויות יהודה ושומרון נ' שרת התחבורה, פסקה 13 (3.11.2022); בג"ץ 1053/21 עיריית רהט נ' רשות מקרקעי ישראל, פסקה 17 (8.6.2022)). בית המשפט לא מורה לממשלה אלו סכומים יש להקצות לחיזוק מנגנוני הרווחה או לרפואת הנפש, בית המשפט לא מורה לממשלה היכן לסלול כביש או להרחיב כביש, איזה ענף לעודד או להסדיר או ליתן סובסידיה וכיו"ב – על כך מחליטה ומבצעת הממשלה על פי סדרי העדיפויות שלה, המשקפים את סולם הערכים שלה.

חברי העלה הצעה לפיה כדי לפסול החלטה של שר, בית המשפט יידרש לקבל החלטה פה אחד בהרכב מורחב (פסקאות 207-210). "על הראשונים אנו מצטערים ואתה בא להוסיף עליהם" (פירוש רש"י לשמות י"ח, ב). כפי שציטטתי לעיל, "אין זה תפקידו של בית המשפט להתוות הסדר חקיקתי עתידי".

חברי הזכיר את הכלל "כל המשנה, ידו על התחתונה. וכל החוזר בו, ידו על התחתונה" (בבא מציעא ו, ב). כשלעצמי אני סבור כי יש לתהות כיצד הגענו למצב שבו,

לראשונה בתולדות המדינה, בית המשפט העליון נדרש לשאלת תקפותו של חוק יסוד, שמא הבעיה אינה רובצת לפתחם של שופטי בית משפט זה.

חברי הפליא בסקירתו ההיסטורית והוא ניצב בפסק דינו על כתפי ענקים בשרשרת הדורות של בית משפט זה. אלא שהמשפט אינו קופא על שמריו ואינו פועל ב'ואקום', אלא מגיב למציאות המשתנה. מה היו אותם ענקי משפט אומרים כיום? מי יגלה עפר מעיני ענקי המשפט של פעם, שלא נאלצו לעמוד בניסיון שבו אנו עומדים.

לפני סיום

129. פסק דינו ניתן בשל צעד שננקט לראשונה בתולדות המדינה – שלילת סמכות גורפת באופן שלא יתאפשר לבתי המשפט בישראל להושיט סעד אפקטיבי בתחום רגיש וחיוני של ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת. בספרו חוקי היסוד, מספר השופט ברק כי כאשר כתב את פסק הדין בעניין בנק המזרחי הוא הרגיש את משק כנפי ההיסטוריה (כרך ד, בעמ' 1716). לא זו הייתה תחושתו בכתיבת פסק דין זה. לכל אורך הכתיבה ליוותה אותי תחושת אכזבה וצער עמוק על כך, שבמקום לעסוק בתפקידו הקלאסי של בית משפט זה – הגנה על זכויות אדם ואזרח, אנו נדרשים להגן על הבסיס עצמו, על העמוד הדמוקרטי של המדינה היהודית והדמוקרטית. על כך יש להצר.

ביני לביני נכפתה עלינו מלחמה קשה על מוראותיה ועל מחיריה הכבדים. ליבנו ותפילותינו עם החטופים והלוחמים ומי יתן שישובו כולם לביתם בריאים ושלמים במהרה.

סוף דבר

130. אשר על כן, אני מצטרף לדעתה של הנשיאה לפיה דין התיקון לחוק היסוד בנוסחו הגורף להיפסל.

ש ו פ ט

השופטת ג' כנפי-שטייניץ:

אין בידי להצטרף למסקנה שלפיה יש להכריז על בטלותו של חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (להלן: התיקון), ולטעמי דין העתירות כולן להידחות. אף שאני

מסכימה עקרונית לעמדת חברתי הנשיאה א' חיות כי נתונה לבית משפט זה סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד – בחינתו של התיקון, על פי פרשנותו הראויה, מובילה לטעמי למסקנה כי זה אינו עומד באמות המידה הצרות ביותר המצדיקות פסילתו של חוק יסוד, אף לא בקירוב.

אציג אפוא את עמדתי בסוגיות המרכזיות שבמוקד הדיון שלפנינו. סדר הדיון יהיה כדלקמן: אפתח בדיון במקור הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד ובאמות המידה החלות בעניין זה; לאחר מכן אעמוד בקצרה על מושכלות יסוד בכל הנוגע לתמורה שעברה עילת הסבירות העומדת במוקד התיקון; בהמשך לכך אדרש לאופן שבו יש, לדעתי, לפרש את התיקון; ולבסוף, אבחן את תוקפו של התיקון.

#### ביקורת על חוקי יסוד

1. ההכרה בקיומם של עקרונות יסוד העומדים בבסיס קיומה של מדינת ישראל – היותה מדינה יהודית ודמוקרטית – וככאלה עומדים גם בבסיס שיטתה המשפטית, מצויה עמנו מראשית ימי המדינה. בפסק הדין שניתן בפרשת ירדור, כבר בשנות השישים של המאה הקודמת, אישר בית המשפט, עוד בטרם עוגן הדבר בהוראת חוק, את פסילתה של רשימת מועמדים מהתמודדות לבחירות לכנסת, לאחר שנמצא כי מטרותיה שוללות את קיומה של המדינה. השופט י' זוסמן עמד בפסק דינו על קיומם של עקרונות יסוד על-חוקיים, ואף על-חוקתיים, שהם כה יסודיים עד שיש בהם כדי לכבול את ידי המחוקק עצמו ולמנוע שינוי השיטה "מתוכה". בעמדתו זו ראה השופט זוסמן משום הגשמת העיקרון של "דמוקרטיה מתגוננת" אשר אינו מאפשר לחתור תחת עקרונותיה "במסווה של פעילות פרלמנטרית לגיטימית" (ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 389-390 (1965); ולהשקפה כי השימוש שנעשה בפסק דין זה בעקרונות היסוד הוא שימוש פרשני, ראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט ח 291, 352 וכן ה"ש 219 (התשס"ג) (להלן: רובינשטיין ומדינה)).

2. התפיסה כי אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מהווה עקרון יסוד העומד גם בבסיס השיטה המשפטית, כאמת מידה פרשנית, זכתה להתייחסויות רבות בפסיקת בית המשפט לאורך השנים (רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, בעמ' 62 ו-70 (1996) (להלן: עניין יאסין); א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, בעמ' 14 ו-66 (2003) (להלן: עניין טיבי); א"ב 1095/15 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' זועבי, פסקאות 6-7 לפסק דינה של

הנשיאה מ' נאור (10.12.2015) (להלן: עניין זועבי)). לתפיסה זו שמור מקום מיוחד בפרשנות דברי חקיקה, לרבות חקיקת יסוד. ביטוי לכך ניתן למצוא בתורת הפרשנות התכליתית, החולשת על שיטת המשפט הישראלית, בגדרה נבחנת תכליתו האובייקטיבית של החוק, ובין היתר, מידת השתלבותו עם עקרונות היסוד של השיטה. זאת, מתוך הכרה במעמד המיוחד של עקרונות יסוד אלה בשיטת המשפט הישראלית (בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, פסקה 44 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן (26.10.2023) (להלן: עניין התנועה לטוהר המידות); בג"ץ 273/10 אלמזרק נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, פסקה 13 (2.9.2011); רע"פ 1553/15 עיסא נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה "השומרון", פסקה 14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ס' גובראן (31.10.2017); ורבים אחרים). הבסיס המשפטי לתפיסה זו הוא – שחזקה על המחוקק שאין הוא מבקש לפגוע בעקרונות היסוד הבסיסיים ביותר של השיטה עת שהוא עושה שימוש בסמכותו: "מן הדין הוא להניח גם שהמחוקק הריבוני לא התכוון לפגוע בעקרונות כלליים שהם בבחינת יסוד מוסד של מערכת המשפט שלנו כולה" (ד"נ 13/58 עירית תל-אביב-יפו נ' לובין, פ"ד יג 118, 122 (1959); אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה 418-419 (התשנ"ג) (להלן: פרשנות במשפט)).

3. בעניין חוק הלאום נעשה צעד נוסף, וזהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית זכתה להכרה מפורשת כעקרון-על המעמיד מגבלות מהותיות על סמכותה המכוננת של הכנסת בבואה לקבוע נורמות חוקתיות או לתקן (בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021) (להלן: עניין חוק הלאום)). וראו גם: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון); בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, פסקה 34 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (2011) (להלן: עניין בר-און); בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.5.2018) (להלן: עניין בן מאיר)). בפרשה זו נדחתה הטענה לפיה חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום), עולה כדי תיקון חוקתי שאינו חוקתי המצדיק את בטלותו, תוך שנקבע כי אין לאמץ את דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי במלוא היקפה, בטרם הושלם תהליך כינון החוקה. בצד האמור, הביעה הנשיאה א' חיות עמדתה 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, בפסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות. ההדגשה במקור). על פי השקפה זו, דמותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מהווה עיקרון כה יסודי במבנה החוקתי של שיטתנו המשפטית עד כי זה אינו ניתן לשינוי – גם לא על-ידי הרשות המכוננת. ההנחה המובלעת בה היא, ששני הפרמטרים, "יהודית" ו"דמוקרטית", מהווים מרכיבים כה יסודיים בהגדרת זהותה של

מדינת ישראל, עד כי שלילתו של אחד מהם פירושה שלילת זהותה של המדינה, המשולה ל"ביטולה".

4. למרות שעמדה זו לא נדרשה לתוצאת פסק הדין משנמצא, בדעת רוב, כי חוק הלאום אינו שולל את אופייה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית – פסק הדין מגלה הסכמה רחבה באשר לעצם קיומן של מגבלות על כוחה של הרשות המכוננת לקבוע נורמות חוקתיות העומדות בסתירה למאפייני הליבה של המדינה כיהודית ודמוקרטית. עם זאת, בפסק הדין לא הוכרעה השאלה, האם לצד מגבלות אלה, נתונה לבית משפט זה סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי יסוד ומהו העוגן הנורמטיבי לכך. זהו, אפוא, אחד ממוקדי הדיון שלפנינו.

5. אף שלעמדתי העתירות המונחות לפנינו אינן מחייבות הכרעה בשאלה זו, בשל הדיון הנרחב בסוגיה זו בחוות דעתם של חבריי, ראיתי להידרש לה אף אני. לגופם של דברים, ראיתי לצרף דעתי למסקנתה של חברתי הנשיאה א' חיות, ולפיה קיימת לבית משפט זה סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד. דרכי למסקנה זו שונה במקצת מזו של חברתי – כפי שאפרט להלן.

6. סוגיית קיומה של ביקורת שיפוטית על סמכותה המכוננת של הכנסת, מעלה שאלות מורכבות ביותר, שמוטב היה לו, לבית המשפט, שלא היה צריך להידרש להן. מדובר בסוגיה כבדת משקל היורדת לשורש היחסים שבין הרשויות, ומשליכה גם על מעמדו של בית המשפט בחברה הישראלית. התערבות שיפוטית בחקיקת יסוד עשויה להיחשב כפגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות ובעצמאותה של הכנסת, כמייצגת את הריבון, הוא העם – ולגלגל לפתחו של בית המשפט מחלוקות ערכיות שעדיף שיוכרעו בזירה הציבורית. סוגיה זו אף מעלה שאלות סבוכות באשר לבסיס העיוני לקיום ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד בטרם התגבשה דמותה החוקתית של מדינת ישראל. זאת בפרט, לנוכח אי-הבהירות שנותרה, גם לאחר פסק הדין בעניין בנק המזרחי, באשר לאופייה וסמכותה של הכנסת כרשות מכוננת במדינת ישראל – האם סמכות מכוננת מקורית (ראשונית) או סמכות נגזרת (משנית), או שתיהן יחדיו (ע"א 6821/93 בנק המזרחי, המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי)). ראו: יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" ספר אליקים רובינשטיין 1349, 1351 (אהרן ברק ואח' עורכים 2021); כן ראו דעות שונות לעניין סמכותה המכוננת של הכנסת והשלכותיה: קלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון" משפטים כח 341, 356-357 (התשנ"ז) (להלן: קליין, בעקבות פסק-הדין



בנק המזרחי); אהרן ברק "הסמכות המכוננת הראשונית והגבלות המוטלות עליה" משפט ועסקים כח 123 (התשפ"ג) (להלן: ברק, הסמכות המכוננת הראשונית).

7. הנחת היסוד של שיטת המשפט הישראלית היא, כי הכנסת היא-היא הרשות המכוננת, וחקיקת היסוד היא הביטוי לריבונותה ולריבונות העם לעצב לעצמו הסדרים חוקתיים. המחוקק הוא מקור הסמכות העליון בתחום החקיקה, הוא המוסמך לחוקק חקיקה רגילה, והוא המוסמך לחוקק חקיקה חוקתית (עניין בנק המזרחי, בעמ' 270-271). לצד האמור, למחוקק שמור הכוח לכבול את עצמו ולהגן על ערכי יסוד באמצעות שריון של הוראות חוקי-היסוד מפני שינויין. יכולת הכבילה של המחוקק היא חלק מריבונותו. כבילה זו עוסקת ביחסים שבין מכוון החוקה לבין מתקן החוקה, ועניינה בשאלה כיצד מתקן החוקה מוסמך לשנותה (רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטית של חוקת הכלאיים הישראלית" עיוני משפט לח 501, 519 (2016) (להלן: ווייל)). בהתאם לתפיסה זו, רשאי המחוקק לכלול בחוקה הוראות שריון המטילות מגבלות על כוחה של הרשות המכוננת לשנות מהוראות החוקה, בין אם אלה מגבלות דיוניות-צורניות (למשל, דרישה לרוב מיוחד), ובין אם אלה מגבלות מהותיות (למשל, "הוראת נצחיות"). בכלל זה הוא מוסמך לקבוע כי נורמה חוקתית לא תשונה אלא בהליך מיוחד, או לא תשונה כלל. הגבלה זו של יכולת החקיקה נובעת מן המחוקק-מכוון עצמו, ואין בה כדי לפגוע בריבונותו או עליונותו (ראו: רות גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 35 ו-47-51 (1997); קלוד קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב 51, 54 (התש"ל); רובינשטיין ומדינה, בעמ' 313-311; עניין בן מאיר, בפסקאות 9-10 לפסק דינו של השופט מ' מזוז). עמד על כך הנשיא שמגר בעניין בנק המזרחי:

"כוחה של הכנסת – כבית המחוקקים הריבוני לחוקק הוראות חוק מכל סוג ומכל תוכן, ובכלל זה לשריין בחקיקה (בהיבט הצורני או התוכני) ערכי יסוד של מדינת ישראל ולכבול בכך את עצמה וכל כנסת שאחריה, וזאת בכפיפות לסמכות שינוי או ביטול הכבילה בדרך הנקבעת על-ידי הכנסת. ערכים אלו הם ערכים אשר מתאפיינים בקונצנזוס חברתי רחב. לכאורה, יש אכן בתיזה זו כדי להפחית מכוחה החקיקתי העתידי הכל-יכול של הכנסת, כי כנסת אחת כובלת, כאמור, במעשה החוקתי את כוח החקיקה של עצמה ושל כנסת אחרת. אולם זהו מעין פרדוקס חוקתי קלאסי של ריבונות המחוקק: בהנחה שהכנסת היא ריבונית, הרי שהיא רשאית לעשות כל פעולה, לרבות כבילתה של הכנסת. במילים אחרות, כבילת הכנסת מכרסמת בריבונות הכנסת. אולם תוצאה זו היא פרי מעשיה של הכנסת עצמה. היא המחוקקת והיא

הכובלת תוך כדי כך, והיא המוסמכת להסיר את הכבלים בדרכים שקבעה לעצמה" (עניין בנק המזרחי, בעמ' 289).

הגבלות אלה עשויות לחול הן על חקיקה רגילה והן על חקיקת יסוד:

"הכנסת מוסמכת לחוקק בשני מידרגים חקיקתיים, בין זה החוקתי (חוקה שלמה או חוקי יסוד) ובין זה של החקיקה הרגילה [...] במסגרת סמכותה הבלתי מוגבלת יכולה הכנסת לקבוע תנאים וסייגים שיחולו על חקיקה עתידית, בין חוקתית ובין רגילה" (שם, בעמ' 285).

8. כבילה עצמית של המחוקק יכולה להוות בסיס להפעלת ביקורת שיפוטית מקום בו תיקון החוקה עומד בניגוד למגבלות שקבע, באופן שעשוי להוביל לביטול התיקון. כך נקבע על-ידי השופט ברק, לעניין הפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד המפרה מגבלה דיונית-צורנית (דרישה לרוב מיוחד בחקיקת יסוד): "עצם קביעתה של הוראת שריון מניחה ביקורת על ידי בית המשפט, שהוא גוף עצמאי ובלתי תלוי, באשר לתוקף המשפטי של חקיקה המבקשת לשנות את הוראת השריון בלא לקיים את הרוב המיוחד שהוראת השריון דורשת. [...] קיומה של הוראת שריון מניח ביקורת שיפוטית, וביקורת שיפוטית זו בכוחה לקבוע, כי הוראת חוק - בין חוק 'רגיל' ובין חוק-יסוד - שנתקבלה על-ידי רוב 'רגיל', ולא על-ידי הרוב המיוחד הנדרש בהוראת השריון, בטלה היא ומבוטלת" (בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 539 (1990)). דברים דומים נאמרו על-ידי הנשיא מ' שמגר לעניין הפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד המפרה מגבלות צורניות או מגבלות מהותיות: "הכנסת רשאית להגביל את צורת החקיקה והיא רשאית להגביל את תוכן החקיקה. הרשות השופטת נותנת תוקף לרצונה של הכנסת להגביל את כוחה" (עניין בנק המזרחי, בעמ' 291. וראו גם שם, בעמ' 292; כן ראו: אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאלי בך 361, 374-375 (דוד האן ואח' עורכים 2011) (להלן: ברק, תיקון של חוקה)). לפי גישה זו, סמכות הביקורת השיפוטית נגזרת מעצם קיומן של מגבלות צורניות או מהותיות על סמכותה של הרשות המכוננת, וניתן להפעילה מקום בו חרג המחוקק ממגבלות אלה.

9. בשיטתנו המשפטית לא עוגנו בחוקי היסוד פסקאות מפורשות המטילות מגבלות מהותיות על כוחה של הרשות המכוננת לתקן את חוקי היסוד. זאת, בשונה ממגבלות צורניות אותן ניתן למצוא במספר חוקי יסוד (ראו למשל, סעיף 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; וסעיפים 4 ו-45 לחוק-יסוד: הכנסת). משטרם נחקק חוק-יסוד: החקיקה, אף טרם הותוו באופן מפורש גבולות סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על תוכנה של חקיקת יסוד. מצב דברים זה מקשה לכאורה על קיום ביקורת שיפוטית על

חוקי יסוד, ללא תשתית נורמטיבית מתאימה בחוקה הקיימת. קושי זה מתחדד לנוכח קביעותיו של בית משפט זה בעניין בנק המזרחי, אשר העניקו לחוקי היסוד מעמד נורמטיבי חוקתי על-חוקי תוך שימת הדגש על הטקסט החוקתי (ראו: יואב דותן "חצי יובל לפסק דין בנק המזרחי: שאון תופי המהפכה וקולו של הפיקולו – מורשתו החוקתית של השופט מישאל חשין" משפט ועסקים כו 1, 9-10 (2022)).

10. חרף הקשיים האמורים, קיימת לגישתי בחקיקת היסוד תשתית טקסטואלית מספקת, גם אם לא מפורשת, לקיומה של מגבלה מהותית שנטלה הכנסת על עצמה – המכפיפה את כוחה המכוון לעקרונות היסוד של "מדינה יהודית ודמוקרטית". כבר בעניין בנק המזרחי היה מוכן הנשיא שמגר לראות בעקרונות היסוד של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית, ככילה אפשרית על כוחה המכוון של הכנסת במישור המהותי (עניין בנק המזרחי, בעמ' 292-293; רובינשטיין ומדינה, בעמ' 343). ואכן, עקרונות יסוד אלה מעוגנים היטב בחוקי-היסוד הקיימים, כבר בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי. כך, סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע כי "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". הוראה דומה נקבעה גם בסעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ולפיה "חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

11. עיגון טקסטואלי מפורש יותר למגבלה מהותית שנטלה הכנסת על עצמה, בכל הנוגע לשימור מאפייני המדינה כיהודית ודמוקרטית, ניתן למצוא בהוראת סעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת, המורה כי: "רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לרבות בהתבטאויותיו, לפי הענין, במפורש או במשתמע [...] שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". הוראה זו נועדה לשים סייגים לזכות לבחור ולהיבחר, באופן השולל השתתפות במוסד המחקק מאלה שפעילותם עלולה לפגוע בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (וראו הוראה משלימה בסעיף 1א(1) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, המוציאה מכלל החסינות מעשים של חבר כנסת שיש בהם משום "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי" או "שלילת אופייה הדמוקרטי של המדינה". כן ראו הוראת סעיף 5(1) לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992). תכליתה לשמור על אופייה היסודי של המדינה ולמנוע ניצול הכלים הדמוקרטיים לשם שינוי השיטה מתוכה: "סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת מבוסס על התפיסה כי 'דמוקרטיה רשאית להגן על עצמה מפני כוחות לא דמוקרטיים המבקשים לעשות שימוש בדרכים דמוקרטיות לשם שלילת הדמוקרטיה'" (עניין

טיבי, בפסקה 5 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; עניין זוועבי, בפסקה 6 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור). בהוראה זו הביע אפוא המחוקק את עמדתו בשאלה מה ייחשב "על-פי תפיסותינו החוקתיות כמעשה מותר או אסור בתחום הפרלמנטרי", תוך התייחסות למאפייניו של המשטר החוקתי בישראל (בג"ץ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 210, 169 (1987)).

12. נורמה זו, בהצטרפה לנורמות החוקתיות הנוספות שתוארו, מהווה אפוא משום עיגון, ולמצער עיגון משתמע, למגבלה מהותית שנטלה הרשות המכוננת על עצמה, המחייבת את הכנסת לפעול בתוך דל"ת אמות של עקרונות היסוד של המשטר, והמכפיפה את כוחה המכונן לשמירת אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (וראו: ווייל, בעמ' 567-566; רחנאי, בעמ' 1354 וכן ה"ש 12; שרון וינטל "פסקאות נצחיות" בחוקה: הסטנדרט הנורמטיבי המחמיר בכינון סדר חוקתי חדש פרק ראשון 37-40 (עבודה לקבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים 2007) (להלן: וינטל). כן ראו עניין חוק הלאום, בפסקה 19 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות). אם הכנסת מבקשת למנוע ממי שמתנגד לקיומה של מדינת ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית" להיכנס בשעריה, על מנת למנוע פוטנציאל לשינוי מאפייניה היסודיים של המדינה – קל וחומר שהיא מבקשת למנוע חקיקה קונקרטית ואקטואלית השוללת מאפיינים אלה. אמנם, אין מדובר בהוראת שריון או כבילה מפורשת כפי שניתן למצוא בחוקות אחרות בעולם (וינטל, בעמ' 10-20), אך ניתן לראות בה כאמור הוראת כבילה מהותית, המעוגנת בטקסט החוקתי, המקימה שני מנגנוני הגנה על זהותה החוקתית של המדינה המשלימים זה את זה: מנגנון אחד, מפורש, בבחינת קו הגנה ראשון – שעניינו שלילת ההשתתפות בהליך הדמוקרטי ממי שמבקש לחתור תחת אופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית (עניין 'אסין בעמ' 70; עניין טיבי בפסקה 2 לפסק דינו של הנשיא א' ברק); ומנגנון שני, משתמע, בבחינת קו הגנה אחורי – שנועד למנוע מן המחוקק לפעול לקידום חקיקה שאינה מתיישבת עם אופייה זה של המדינה ולשנות את השיטה "מתוכה" (כך סבורה המלומדת ווייל, ראו: שם, בעמ' 567). שני מנגנונים אלה יחדיו מבקשים למנוע מן הרשות המחוקקת, שסמכותה יונקת משורשיה הדמוקרטיים של המדינה, לפעול באופן מנוגד לכללי המסגרת של המשטר הדמוקרטי שבחסותם נבחרה. מטרתם להבטיח הגנה ויציבות לעקרונות היסוד של מדינת ישראל ולמנוע שינויים על-ידי רוב מזדמן (והשוו: רחנאי, בעמ' 1376). ההגבלה האמורה משתלבת היטב עם המערך החוקתי במדינת ישראל בכללותו, כפי שתואר בחוות דעתה של חברתי הנשיאה. חקיקת היסוד משמיעה לנו, אפוא, כי על אף עליונותה המוסדית של הכנסת כרשות מחוקקת, אין היא מוסמכת לשלול את קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית או לרוקן עקרונות אלה מתוכנם.

ואבהיר, כי מגישתי זו לא מתחייבת המסקנה כי עובר לחקיקת חוקי היסוד האמורים, לא חלה כל מגבלה על כוחה המכונן של הכנסת. עמדתי היא, כי בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי, ראוי לגזור מגבלה זו מתוך הטקסט החוקתי הקיים – באופן המכבד את ריבונותה של הכנסת ואת כוחה הכובל.

13. סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד נגזרת, אם כן, מן המגבלות שהטילה הרשות המכוננת בחוקי היסוד, על סמכותה לקבוע נורמות חוקתיות או לתקנן. סמכות זו מתחייבת, כבר בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי שטרם הסתיים, על מנת לוודא שהמגבלות המהותיות המוטלות על הכנסת, לא יהפכו ל"אות מתה". בכך, אין משום כרסום בריבונותה של הכנסת, אלא, כאמור, משום כיבוד של כוחה הכובל, כפי שמצא ביטוי במסד החוקתי הקיים (עניין בנק המזרחי, בעמ' 289). ככל שעברה הכנסת את קו הגבול התוחם את סמכויותיה, נתונה לבית המשפט הסמכות להשיב דברים לגבולם, לרבות ביטול חקיקה העומדת בניגוד למגבלותיה. בנקודה זו, אבקש להצטרף לעמדת חברי השופט י' עמית, ולפיה אי-השלמת המפעל החוקתי הישראלי, אינה מקשה על החלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, אלא להיפך – מהווה טעם נוסף להחלתה (פסקה 33 לחוות דעתו).

14. ואולם בקיומה של סמכות אין די, והעיקר הוא אמות המידה להפעלתה. לגישתי, אף שקיימת לבית משפט זה סמכות לבקר חקיקת יסוד, סמכות זו צרה ביותר בהיקפה, ורוחבה כ"קוף המחט". הדבר מתחייב מייחודן של הנורמות החוקתיות ככאלה העוסקות בנושאי הליבה של החברה הישראלית, וממעמדן הרם כנורמות העומדות בפסגת פירמידת הנורמות. אלה מחייבים את בית המשפט לנקוט גישה זהירה ומרוסנת בהפעילו את הסמכות לביקורת שיפוטית, עד כדי השתדלות של ממש להימנע מהפעלתה אלא כשאינן מנוס מכך. ריסון שיפוטי כאמור מחייב בראש ובראשונה הפעלת מאמץ פרשני שנועד לתת לתיקון החוקתי העומד לבחינה פרשנות העולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של החוקה (עניין חוק הלאום, בפסקה 59 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות; בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996); יניב רוזנאי "שמרנות רדיקלית ודוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי" S-ICON Essays: חיבורים במשפט הציבורי א 1 (2022) (להלן: רוזנאי, שמרנות רדיקלית)). עמדה זו אף עולה בקנה אחד עם הקו המנחה ששורטט בפסיקתו של בית משפט זה במהלך השנים, הרואה בפסילתו של חוק שחוקקה הכנסת משום "מוצא אחרון" (עניין התנועה לטוהר המידות, בפסקה 31 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן והאסמכתאות הנזכרות שם; בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 812-813 (1996); בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית

– ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל, פסקה 39 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות ((4.4.2021).

15. גבולותיה הצרים של הביקורת השיפוטית על נורמות חוקתיות הותוו כבר בעניין חוק הלאום. זאת, בשים לב לשלב הביניים בו מצוי מפעל כינון חוקי היסוד, ומשטרם נקבעו בחקיקת היסוד ההליכים הנדרשים לתיקון החוקה (עניין חוק הלאום, בפסקאות 15-16 לפסק דינה של הנשיאה חיות). גבולות אלה נגזרים הן מהיקפן הצר של המגבלות המוטלות על הכנסת כרשות מכוננת, והן מעוצמת הפגיעה המצדיקה התערבות בחקיקת יסוד. באשר להיקפן של המגבלות, תחם בית משפט זה את גבולותיהן ככאלה שהן "צרות ביותר, ונוגעות למצבים חריגים של שינוי חוקתי השולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה" (שם, בפסקה 28 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות. ההדגשות במקור; ברק, תיקון של חוקה, בעמ' 380). באשר לעוצמת הפגיעה, עמד בית המשפט על כך שאין מדובר בפגיעה סתם, אלא כי "מדובר במצבים שבהם הוראה חוקתית פוגעת אנושה באופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה, עד כי אין כל דרך ליישב מבחינה מושגית ופרקטית בין הוראה זו ובין מרכיביה אלה של זהות המדינה" (עניין חוק הלאום, בפסקה 29 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות. ההדגשות במקור). חברתי השופטת ד' ברק-ארז, הציעה בעניין חוק הלאום לצמצם את גבולות הביקורת השיפוטית אף מעבר לכך, ולעשות בה שימוש רק לגבי "חוק יסוד שמהווה 'שבירת כלים', במובן של הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית. כך למשל, ככל שחוק יסוד יבקש לשלול את מאפייניו השוויוניים של הליך הבחירות הוא ישמוט את הקרקע מתחת לחקיקתו, משום שעם הפגיעה בהשתתפות השוויונית בבחירות לא ניתן יהיה להשיב לאחור את מה שנעשה" (שם, בפסקה 16 לחוות דעתה). כשלעצמי אני סבורה כי עשויים להיות מצבים נדירים בהם יהיה מקום לביקורת שיפוטית גם אם מדובר בחוק שהשלכותיו הפיכות. עם זאת, מקובלת עליי השקפתה כי ביקורת שיפוטית על חוק יסוד צריכה להיות שמורה אך ורק למקרי קיצון, וכי אין מקום "ליצור 'מדרון חלקלק' שיפתח את הדלת להתייחסות לחוקי יסוד כאל חוקים רגילים" (שם, בפסקה 17).

16. טעם נוסף לצמצום גבולות הביקורת השיפוטית נעוץ באופיין הבלתי מוגדר, בבחינת "רקמה פתוחה", של עקרונות הליבה של הזהות היהודית והדמוקרטית של המדינה, המקשה על מתן הגנה רחבה לעקרונות העשויים להיות נתונים למחלוקות מושגיות רחבות (והשוו: יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" משפט וממשל א 395, 406-407 (התשנ"ג); רובינשטיין ומדינה, בעמ' 300). אף שקיימת הסכמה רחבה על דמותה של המדינה כיהודית ודמוקרטית, השקפה שהיא בעלת שורשים עמוקים בהיסטוריה החוקתית והחברתית של מדינת ישראל – ספק אם קיימת הכרעה מוסכמת על

תוכנם הקונקרטי של מאפייני הליכה של שני מרכיבי זהותה של המדינה (ולדמותה רבת הפנים של זהות המדינה כיהודית ודמוקרטית, ראו למשל: רות גביון ופניה עוז-זלצברגר "ישראל כמדינה לאומית וליברלית" משפט ועסקים יד 293 (התשע"ב); מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז(3) 659 (התשנ"ג)).

17. מכל מקום, המתח העשוי להתקיים בין כיבוד הרשות המכוננת כמייצגת את ריבונות העם לבין שמירה על ערכי היסוד של מדינת ישראל, מחייב לבחון חקיקה הנחשדת כבלתי דמוקרטית בחרדת קודש, על מנת שלא נימצא פוגעים בערכי היסוד של השיטה הדמוקרטית בעת שאנו באים להגן עליהם. אם סמכות בית המשפט לפסול חוק של הכנסת תוארה כ"נשק בלתי קונבנציונאלי" – פסילת חוק יסוד על אחת כמה וכמה. השאלה שעלינו להציב לפנינו, בענייננו אנו, היא – האם מדובר בחקיקת יסוד הפוגעת באופן כה חמור באופייה הדמוקרטי של המדינה, עד שדגל שחור לזהות המדינה מתנוסס מעליה, ולאחריה נתקשה עוד לראות במדינת ישראל מדינה דמוקרטית.

כפי שאפרט להלן, אף שהתיקון מעלה קשיים, עמדתי היא כי ניתן למתן קשיים אלה בדרך של פרשנות מצמצמת, ומכל מקום, התיקון, בפרשנותו זו, אינו פוגע אנושות באופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל באופן המצדיק את פסילתו, אף לא בקירוב.

עילת הסבירות

18. בפתח הדיון בעילת הסבירות יש לומר את המובן מאליו – על רשות שלטונית לפעול בסבירות. רשות שלטונית פועלת כנאמן הציבור, וככזו היא אמורה להפעיל את סמכותה בתום לב, על יסוד שיקולים ענייניים, בשוויון, בסבירות ובמידתיות (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 619 (2010) (להלן: ברק-ארז)). כלל זה, העוסק באופן הפעלתו של שיקול הדעת השלטוני, אינו שנוי במחלוקת. התפיסה העומדת בבסיסו, כפי שגובשה במשפט האנגלי, היא כי "שיקול הדעת שהחוק מקנה לרשות המינהלית לא נועד להסמיך את הרשות לקבל החלטה שהיא באופן ברור ובולט בלתי סבירה" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ה 3849 (2020) (להלן: זמיר)). ואולם הדיון שבענייננו אינו עוסק בחובת הסבירות, שעליה אין חולק, אלא בעילת הסבירות, שעניינה בהיקף הביקורת השיפוטית על סבירות הפעלתו של שיקול הדעת המינהלי על-ידי הרשות.

19. כפי שציינו חבריי, עילת הסבירות כעילה לביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות קיימת עמנו עוד מראשית שנות ה-50 של המאה הקודמת. עם זאת, בחלוף השנים חלה תמורה באופייה ובדמותה, כאשר מקובל להעביר בהקשר זה את קו פרשת המים בפסק הדין בעניין דפי זחב, שניתן בשנת 1980 (בג"ץ 389/80 דפי זחב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421 (1980) (להלן: עניין דפי זחב)). בתמצית יוזכר, כי בתקופה שקדמה לפסק הדין בעניין דפי זחב, השימוש בעילת הסבירות – לעיתים לא בשמה המפורש – התייחס לפסילת החלטה מינהלית (לרוב חקיקת-עזר וחקיקת משנה) שהיא "בלתי הגיונית", "בלתי מתקבלת על הדעת", "אבסורדית", "מופרכת מעיקרה", מביאה ל"עוול ואי-צדק בולט", ועוד תיאורים מעין אלה (ראו למשל: בג"ץ 21/51 בינבויס נ' עיריית תל אביב, פ"ד ו 375, 386 (1952); בג"ץ 321/60 לחם חי בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד טו 197, 209 (1961) (להלן: עניין לחם חי); ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026, 1040 (1959) (להלן: עניין דיזנגוף); בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל (2), 94, 105 (1976) (להלן: עניין דקה)). הבסיס הרעיוני לפסילת החלטה מינהלית שלקתה בפגם חמור כזה של חוסר סבירות, היה דוקטרינת חוסר הסמכות – ובפרט, ההנחה המשוערת ולפיה הגורם שהעניק לרשות המינהלית את הסמכות שמכוחה פעלה, לא התכוון כי זו תופעל בצורה שאינה הגיונית ואינה מתקבלת על הדעת (עניין דקה, בעמ' 102; עניין דיזנגוף, בעמ' 1037; ע"א 6/66 קלו נ' עיריית בת ים, פ"ד כ (2) 327, 331-332 (1966) (להלן: עניין קלו); ע"א 780/70 עיריית תל אביב יפו נ' ספיר, פ"ד כה (2) 486, 497 (1971); יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" משפטים נא 673, 678 (2022) (להלן: דותן, שני מושגים)).

20. פגם זה של חוסר סמכות נלווה לרוב, בפסיקת בית המשפט באותה תקופה, לפגמים מינהליים אחרים, כגון שקילת שיקולים זרים ואפליה (וראו למשל: עניין קלו, בעמ' 333 (פסילה של חוק עזר המטיל מס עירוני גבוה יותר על בעלי איטליז שמוכרים בשר לא כשר, הן מטעמי חוסר סבירות והן מטעמי הפליה ועירוב מטרה זרה); עניין דיזנגוף, בעמ' 1038-1041 (פסילת תחולה למפרע של צו שקבע תעריפים מוגדלים לדמי סוורות בנמלי הארץ, לתקופה של כשנה וחצי טרם פרסום הצו, הן מטעמי חוסר סבירות והן בנימוק של מטרה בלתי רלבנטית). ולדוגמאות נוספות של פסילת החלטות מינהליות בעילה זו, ראו: זמיר, בעמ' 3861-3863). עילת הסבירות במובנה האמור, כונתה בספרות המשפטית, בין היתר, בשם "סבירות של מופרכות", על שם סטנדרט הפסילה הנוקשה שהעמידה: החלטה כה מופרכת, עד שאף אדם הגיוני לא יעלה על דעתו שהיא מצויה בתחומי הסמכות (להלן גם: סבירות צרה; ראו: דותן, שני מושגים, בעמ' 679-680).



21. החל מראשית שנות ה-80, השתרש בפסיקה הישראלית מודל חדש של סבירות, רחב יותר, שעיקריו הוצגו לראשונה בפירוט בפסק דינו של השופט א' ברק בעניין דפי זהב. על פי מודל זה, בית המשפט יפסול החלטה מינהלית מחמת חוסר סבירות, כאשר הרשות המוסמכת לא איזנה באופן סביר בין האינטרסים השונים הראויים להישקל במסגרת ההחלטה – במובן זה שלא ניתן להם המשקל הראוי, בהתחשב בתכלית הנורמה המסמיכה (להלן: נוסחת איזון האינטרסים). עניין דפי זהב, בעמ' 444-445; ברק-ארז, בעמ' 725. נוסחה זו הוצגה על-ידי השופט ברק קודם לכן, בקצרה, בבג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 742 (1980) (להלן: עניין מרכז הקבלנים), תוך התבססות על דברי השופט מ' שמגר בעניין דקה, בעמ' 105). ביסוס למודל הסבירות החדש, מצא השופט ברק במקרים קודמים שנדונו בפסיקה, אשר ברובם לא הוזכרה עילת הסבירות בשמה המפורש, אך לגישתו ההכרעה בהם נעשתה תוך שימוש בנוסחת איזון האינטרסים (ראו: בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953) (להלן: עניין קול העם); בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' לוי גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד טז 2408, 2412 (1962) (להלן: עניין אולפני הסרטה); בג"ץ 144/74 לבנה נ' נציבות שירות בתי-הסוהר, פ"ד כח(2) 686 (1974); בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169, פסקה 8 (1979). יושם אל לב, כי כל המקרים הללו עסקו, בצורות שונות, בהגנה על חופש הביטוי – וראו ברק-ארז, בעמ' 731). השופט ברק ציין כי:

"במקרים אלה פעלה הרשות המינהלית בתום-לב, שלא מתוך שרירות, שקלה הגורמים הרלבנטיים, ונמנעה מלשקול גורמים שאינם רלבנטיים. הפגם העיקרי שנמצא בהחלטתה הוא איזון בצורה בלתי ראויה בין הגורמים הרלבנטיים בינם לבין עצמם. זהו פגם של חוסר סבירות מינהלית. רשות סבירה במקומה של הרשות המינהלית בדוגמאות אלה, הנותנת דעתה למטרה החקיקתית הניצבת לפניה, הייתה נותנת משקל שונה לאינטרסים השונים, ובית המשפט פסל את ההחלטה, רק מהטעם שמשקל ראוי זה לא ניתן" (עניין דפי זהב, בעמ' 446).

22. על שם נוסחת האיזון האמורה, כונתה עילת הסבירות החדשה בספרות המשפטית, בין היתר, בשם "סבירות איזונית" (להלן גם: סבירות רחבה; ראו דותן, שני מושגים, בעמ' 681-685). לצד מבחן איזון האינטרסים, נקבעו בפסיקה עקרונות נוספים להפעלתה של עילת הסבירות החדשה: נקבע, כי סבירות ההחלטה נבחנת לפי מבחן אובייקטיבי של רשות מינהלית סבירה, כאשר עקרון הסבירות מכתוב "מתחם סבירות", הכולל מספר אפשרויות מהן יכולה הרשות לבחור באופן סביר. רק אם ההחלטה נופלת מחוץ לגדרי מתחם זה, באופן המשקף סטייה מהותית או קיצונית מסטנדרט ההתנהגות

של רשות מינהלית סבירה, יתערב בית המשפט ויפסול את ההחלטה (עניין דפי זחב, בעמ' 439-444; מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 773, 798-797 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים 2013)). מעבר לכך נקבע, כי עילת הסבירות היא עילה עצמאית, אשר יכולה לשמש לפסילת החלטה מינהלית גם מבלי שנתגלו בהחלטה עילות פסלות נוספות (עניין דפי זחב, בעמ' 437-439).

23. מאז שניתן פסק הדין בעניין דפי זחב, קנתה לה עילת הסבירות האיזונית אחיזה איתנה בפסיקה, כעילת פסלות עצמאית העומדת על רגליה שלה, המחליפה את סטנדרט הסבירות של מופרכות שנהג קודם לכן. בתוך כך, אף התנתקה עילה זו, מבחינה רעיונית, מדוקטרינת חוסר הסמכות (דותן, שני מושגים, בעמ' 684). על השינוי שחל בהקשר זה עמד השופט ברק בעניין שניצר, עת שציין, בהתייחס להלכה המאפשרת התערבות בהחלטה "מופרכת או אבסורדית", כי:

"ניסוח זה תאם יפה את התפתחותם של דיני שיקול הדעת המינהלי לפני למעלה משלושים שנה. בינתיים פותחה תורת שיקול הדעת. נקבע, בין השאר, כי החלטה בלתי סבירה – גם אם אינה מופרכת או אבסורדית – אינה החלטה חוקית" (בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 639 (1989)).

בלבושה החדש, הפכה עילת הסבירות לכלי מרכזי ועיקרי לביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות. עילה זו שימשה לבחינת החלטות בתחומים שונים, ביניהם, ומבלי למצות – ענייני מינויים ופיטורים; העמדה לדין; כניסה ויציאה מישראל; הסכמים פוליטיים; ניהול משא ומתן מדיני; החלטות תכנוניות: הקמת ועדת חקירה ממלכתית; קביעת מדיניות פיסקלית; הענקת פרס ישראל; כיתוב על קברי חללי צה"ל; מיגון כיתות לימוד; ועוד רבים אחרים (ראו את הסקירה אצל ברק-ארז, בעמ' 733-761. כן ראו את הסקירה בסעיף א.3 לתשובת הכנסת לעתירות). בשל תחולתה הרחבה של עילה זו, היו שהתייחסו אליה כאל "עילת סל" או "עילת מסגרת" במשפט המינהלי, בדומה לעוולת הרשלנות בדיני הנזיקין (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 778 (1999); מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 102, 123 (התשמ"ב) (להלן: שקד)). היקפה הרחב של העילה, אף שימש להרחבת דוקטרינת השפיטות – מקום שעילה זו סיפקה אמות מידה משפטיות לבחינת מקרים אשר לא הוסדרו על-ידי נורמה משפטית אחרת (בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 478-482 (1988); ברק-ארז, בעמ' 762-763; משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין

המינהלי" עיוני משפט יד 5 (1989)). ניתן לומר, כי רוב מלומדי המשפט ראו בעילת הסבירות החדשה ציון דרך, אם לא מהפכה של ממש, מבחינת הרחבת היקף הביקורת השיפוטית על פעולות הרשות – במובן זה שמכוחה ניתן לפסול החלטה מינהלית למרות שזו התקבלה בסמכות, בתום לב, בהליך מינהלי תקין ותוך שקילת כל השיקולים הנוגעים לעניין, והם בלבד (ראו: ברק-ארז, בעמ' 725; דותן, שני מושגים, בעמ' 674).

24. על התמורה שחלה בדמותה של עילת הסבירות, והשימוש שנעשה בה במובנה הרחב, נמתחה במהלך השנים ביקורת, לעיתים נוקבת, מצד שופטי בית משפט זה, מצד מלומדי משפט ומצד הממסד הפוליטי. אשר לביקורת בשדה המשפטי, כפי שציינה חברתי השופטת י' וילנר, זו החלה כבר במועד "הולדתה" של עילת הסבירות החדשה, בפסק דינו של הנשיא מ' לנדוי בעניין דפי זהב. הביקורת על עילת הסבירות התמקדה במרוצת השנים ברמת ההפשטה הגבוהה ובעמימותה הנטענת של נוסחת איזון האינטרסים, ובהשלכות הלא-רצויות של השימוש בה.

כך, בין היתר, נטען כי נוסחה זו, שאינה מתווה אמות מידה ברורות, מהווה צינור להכנסת שיקולים שלא נמנו בהוראה המסמיכה, פרי יצירתו של בית המשפט; וכי ההכרעה השיפוטית מכוחה מתרחקת מנורמות משפטיות פוזיטיביות, ומסתמכת על תכנים ערכיים במהותם, המוצאים ביטוי ב"משקל הראוי" שלדעת בית המשפט יש לייחס לכל שיקול. באופן זה, כך נטען, נוסחה זו מאפשרת לבית המשפט לאכוף את השקפותיו ואת העדפותיו האישיות על רשויות השלטון, באופן המביא, הלכה למעשה, להחלפת שיקול דעתה של הרשות המוסמכת בשיקול דעתו של בית המשפט. עוד נטען, כי לבית המשפט אין את המיומנות והכלים הדרושים לבחון את סבירותו של איזון בין שיקולים שונים בתחומי מדיניות ובתחומים מקצועיים; וכי גם מבחינת ההכשר הדמוקרטית, עליו למשוך ידיו מביקורת על החלטות מינהליות בנושאים אלה, בפרט כאלה המתקבלות על-ידי דרג נבחר. כן נטען כי השימוש בעילת הסבירות מערב את בית המשפט בבחינת תבונתה של ההחלטה המינהלית; מגביר את חוסר הוודאות המשפטית; ופוגע יתר על המידה בחירות הפעולה של רשויות המינהל בניהול ענייני המדינה שבתחומי סמכותן (ראו: עניין דפי זהב, בעמ' 431-432; בג"ץ 1635/90 ז'רד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 770-771 (1991) (להלן: עניין ז'רד'בסקי); בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, 521-524 (2007) (להלן: עניין אמונה); דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לפסק דינו של השופט א' שטיין (2021); נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18, 46-53 (2020) (להלן: סולברג); שקד, בעמ' 121; דניאל פרידמן הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושברה 135-136 (2013); מנחם מאוטנר "בין כשירות לסבירות – בעקבות

בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, מר אהוד אולמרט" המשפט יד 403, 412-413 (התשע"א) (להלן: מאוטנר)).

25. הביקורת שנמתחה על עילת הסבירות האיוונית מצד הממסד הפוליטי הייתה דומה. נטען כי באמצעות עילה זו הפך בית המשפט לגוף המכריע בשאלות שאינן בתחום מומחיותו המשפטית, תוך שהוא מעמיד את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות, לרבות בשאלות של קביעת מדיניות. בכך, כך נטען, פלש בית המשפט לגדרי סמכותן של הרשויות האחרות והפך לפוסק האחרון בשאלות פוליטיות, כלכליות, חברתיות ומדיניות – חלקן שאלות הנתונות במחלוקת ציבורית – גם כאשר אלה אינן מתאימות לביורר משפטי, וגם כאשר מדובר בהחלטות שעל פי טיבן ראוי היה להותירן להחלטת הרשות. על החלטות מן הסוג האחרון, בהקשר לבחינתם של נושאים פוליטיים, צבאיים ומדיניים, ציין המשנה לנשיא מ' אלון בלשון הומור: "לדעתי, בלתי סביר לחלוטין הוא לצפות באופן סביר, כי בית-משפט יבדוק סבירותם של נושאים מעין אלה" (עניין ז'רז'בסקי, בעמ' 771).

26. כאן המקום להעיר, כי מרבית מבקריה של עילת הסבירות בשדה המשפט, לא ראו בה בהכרח משום התפתחות שלילית של המשפט המינהלי, ועיקר המחלוקת נסב על גבולות השימוש בעילה. בהקשר זה נטען, כי יש לנקוט ריסון בשימוש בה, תוך הותרתה כעילת ביקורת שיוורית השמורה למקרים קיצוניים ולאחר מיצויין של עילות ביקורת מדויקות יותר. כך למשל, קראו מבקריה לנקוט יתר-זהירות בשימוש בעילה זו, במיוחד בכל הנוגע להחלטות בענייני מדיניות, המתקבלות על-ידי דרג נבחר (דותן, שני מושגים, בעמ' 710-711; סולברג, בעמ' 53-54); להקפיד להשתמש בה במקרים קיצוניים בלבד (עניין אמונה, בעמ' 525; בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקה 35 לפסק דינו של השופט א' שטיין (18.1.2023) (להלן: עניין שיינפלד)); לבכר שימוש בעילות ביקורת פרטיקולריות בעלות פרישה מצומצמת יותר (עניין אמונה, בעמ' 524); ואף להסתפק בעילת הסבירות במובנה הקודם, של סבירות של מופרכות (עניין דפי זחב, בעמ' 432).

27. מנגד, המצדדים בעילת הסבירות הרחבה, טענו, בין היתר, כי השימוש בעילה זו מהווה כלי חשוב להגברת הפיקוח של בית המשפט על פעולותיה של הרשות המבצעת, לשם הגנה על זכויות הפרט ולשם קידום נורמות של ניקיון כפיים והגינות שלטונית – וכי צמצום העילה יפגע בהגנה השיפוטית הנתונה לפרט מפני שרירות השלטון. הודגש, כי עילת הסבירות מהווה לעיתים אמצעי יחיד להתמודדות עם מקרים בהם נשקלו רק שיקולים רלבנטיים, אך לא ניתן להם משקל הולם – ובנוסף, כי יש לעילה זו חשיבות במקרים בהם נשקלו למעשה שיקולים זרים, אך קיים קושי ראייתי להוכיחם. בהקשר זה

נטען גם, כי תרומתה של עילת הסבירות מתבטאת, לא רק במקרים שנדונו בפועל בבתי המשפט, אלא גם בהשפעותיה על עיצוב החלטותיהן של רשויות המינהל מראש. עוד נטען, כי המומחיות הנדרשת מבית המשפט בבואו לבקר את רשויות השלטון בעילה זו, אינה שונה מן המומחיות הנדרשת ממנו בבואו לבקר גורמי מקצוע אחרים בעילות דומות בתחומי משפט שונים; כי בית המשפט נזהר מלהחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו, והתערבותו נעשית רק במקרים קיצוניים; וכי לאחר שניתנו מאות פסקי דין שיישמו את עילת הסבירות, התגבשו כללים ואמות מידה ליישומה והיא אינה עוד עמומה כבעבר (ראו: בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ, פסקה ג' לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, פסקה 2 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור ופסקה 3 לפסק דינה של השופטת א' חיות (12.2.2015) (להלן: עניין הנגבי); בג"ץ 4921/13 אומ"ץ – אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ראש עיריית רמת השרון, פ"ד סו(3) 135, 226 (2013); עניין אמונה, בעמ' 487 ו-511; עניין זרז'בסקי, בעמ' 857-858; עניין שיינפלד, בפסקאות 5-6 לפסק דינה של השופטת ע' ברוך; ברק-ארז, בעמ' 769).

28. סיכום הדברים הוא, כי בעוד שאין מחלוקת כי פעולות המנהל כפופות לחובת הסבירות – מזה עשרות שנים קיימת מחלוקת חריפה על "רוחבה" של עילת הסבירות, ולמעשה על היקפה וגבולותיה הראויים של הביקורת השיפוטית על מעשי המנהל, על תפקידו הראוי של בית המשפט, ועל "חלוקת העבודה" בין הרשות המינהלית לבין הרשות השופטת. מחלוקת זו משקפת את המתח הקיים בין הגברת הביקורת השיפוטית על מעשי המנהל, לשם קידום נורמות של ניקיון כפיים, הגינות שלטונית והגנה על זכויות הפרט; ובין שמירה על חופש הפעולה של רשויות המנהל בניהול ענייני המדינה שבתחומי סמכותן, מתוך כיבוד עיקרון הפרדת הרשויות במדינה דמוקרטית.

על רקע מחלוקת ארוכת שנים זו, נחקק חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), הוא התיקון מושא הדיון שלפנינו.

פרשנותו של התיקון

29. סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה קובע את מקום מושבו של בית המשפט העליון ואת סמכויות השיפוט הנתונות לו, לרבות בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. במסגרת התיקון לחוק נוסף סעיף-קטן 15(ד), הקובע בזו הלשון:

"על אף האמור בחוק-יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה

על פי דין, לרבות בית המשפט העליון בשבתו בית משפט גבוה לצדק, לא ידון בעניין סבירות ההחלטה 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".

התיקון לחוק, על פי נוסחו, שולל דיון, וכפועל יוצא מכך שולל ביקורת שיפוטית, על החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים, הנסמכות על "סבירות ההחלטה". לעניין זה קובע החוק כי "החלטה" משמעה הן החלטה בה הופעלה הסמכות והן החלטה על הימנעות מהפעלת הסמכות. החוק אינו מגדיר את המושג "סבירות ההחלטה".

30. השאלה העומדת במוקד הדיון שלפנינו היא, האם הוראת התיקון היא בלתי חוקתית בעוצמה המחייבת את ביטולה, כלומר, האם היא מתנגשת עם עקרון היסוד של "מדינה דמוקרטית" באופן ברור, קיצוני וחרף, עד כדי מיטוטה או אפשרות מיטוטה של זהות יסוד זו. על מנת שניתן יהיה להשיב לשאלה זו, יש להידרש תחילה לסוגיית פרשנותו של התיקון. יוער, כי התיקון שנוסחו תמציתי ו'רזה' מעורר שאלות פרשניות לא מעטות, אשר אין מקום למצות את הדיון בהן במסגרת העתירות שלפנינו, ויש להתירן לעתיד לבוא. עם זאת, מבין השאלות הפרשניות שעל המדוכה, יש מקום לדון בשאלה המרכזית הנוגעת להיקף התפרשותו של התיקון, המשליכה לטעמי על הדיון החוקתי – והיא: האם יש לפרש את התיקון בצורה מצמצמת, באופן השולל ביקורת שיפוטית רק בעילת הסבירות האיונית ולא בעילת הסבירות הצרה, "סבירות של מופרכות" אשר הייתה נהוגה בעבר (להלן: פרשנות מצמצמת); או שמא יש לפרש את התיקון בצורה מרחיבה, באופן החוסם כל ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות (להלן: פרשנות מרחיבה). שאלה זו עולה, בין היתר, לנוכח הפער בין נוסחו הגורף של התיקון התומך לכאורה באפשרות השנייה, לבין דברי ההסבר של החוק, התומכים לכאורה באפשרות הראשונה. בהקשר זה, ראיתי להצטרף לעמדתם של השופטים י' וילנר ו-א' שטיין, ולפיה יש להעניק לתיקון פרשנות מצמצמת. להלן אפרט את טעמי.

31. נקודת המוצא לפרשנותו של חוק, לרבות חוק יסוד, היא לשון החוק. היא מכתיבה את מתחם האפשרויות הלשוניות, מתוכן יש לאתר את הפירוש המגשים בצורה הטובה ביותר את תכלית החקיקה (בג"ץ 3897/21 פוקס נ' לפיד, פסקאות 22-23 (7.6.2021)). כאמור בענייננו, במבט ראשון, נוסחו המילולי הגורף של התיקון אינו מעמיד מספר אופציות לשוניות, אלא תומך בפרשנות מרחיבה של התיקון. ואולם, מבט

שני מגלה שהדברים אינם כה פשוטים. בעוד שהתיקון קובע כי מי שבידו סמכות שפיטה "לא ידון בעניין סבירות ההחלטה" של הממשלה ושל שריה – הוא סותם ואינו מפרש מהי אותה "סבירות" (וראו את דברי הנשיא לנדוי בעניין דפי זהב, בעמ' 431, ולפיהם: "הכל תלוי במה שמתכוונים לבטא במילה סבירות"). המושג "סבירות ההחלטה" עשוי לכלול, על פניו, לא רק סבירות של מופרכות וסבירות איזונית, אלא גם, בין היתר, סבירות הליכית וסבירות מהותית (להבחנה זו ראו יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר – מאמרים חלק א' 417 (אהרן ברק ואח' עורכים 2003)); סבירות המעוגנת בחוקים פרטניים שונים כתנאי להפעלת סמכות מינהלית (ראו בפרוטוקול ישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט (להלן: ועדת החוקה) מיום 4.7.2023, בעמ' 69); ועוד. עם זאת, דומה כי לפחות חלק מהמובנים האפשריים הללו של "סבירות ההחלטה", לא נועדו להיכלל במסגרת התיקון (וראו את דברי יו"ר ועדת החוקה לגבי סבירות המעוגנת בחוקים פרטניים – שם, בעמ' 68). לטעמי, העדר ההגדרה של המונח "סבירות" בלשון התיקון, אינו משמיע בהכרח בחירה של המחוקק לשלול בחינה של "סבירות ההחלטה" בכל מובניה האפשריים – כך במיוחד, מקום שההתייחסות המקובלת בפסיקתנו לסבירות מינהלית בעשורים האחרונים, היא במובן של סבירות איזונית. יתר על כן, וכפי שיוסבר בהמשך, ספק אם הסטנדרט שמעמידה הסבירות הצרה, נכלל מלכתחילה תחת קטגוריה של "סבירות", במובחן מקטגוריות של "חוסר סמכות" או "שרירות" – אשר אין חולק כי התיקון אינו בא לשלול ביקורת שיפוטית בעניין. לפיכך, מתחם האפשרויות הלשוניות מותיר עמנו את שתי האפשרויות הפרשניות העומדות לבחינתנו.

32. אשר לתכלית הסובייקטיבית של התיקון, זו מציגה פנים לכאן ולכאן. עיון בהיסטוריה החקיקתית מעלה כי במהלך הדיון החקיקתי נדחו הצעות לחדד במסגרת התיקון את ההבחנה בין סבירות איזונית ובין סבירות של מופרכות, באופן המעיד, לכאורה, על כוונה לשלול ביקורת שיפוטית גם על פי סטנדרט הסבירות הצרה. כך גם טען לפנינו יו"ר ועדת החוקה. מנגד, כוונת יוצרי התיקון, כפי שהיא משתקפת מדברי ההסבר שקדמו לחקיקתו ושימשו מצע לדיון החקיקתי, תומכת דווקא בהענקת פרשנות מצמצמת לתיקון. כפי שצינו גם חבריי, בדברי ההסבר מתואר כי "כיום עילה זו מאפשרת לבית המשפט לפסול החלטה מינהלית הלוקה בחוסר סבירות במובן זה שהיא אינה נותנת 'משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה'", תוך הפניה לפסק הדין בעניין דפי זהב (דברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות), ה"ח 968, 110 (5.7.2023) (להלן: דברי ההסבר)). עוד מצוין כי התיקון המוצע, השולל ביקורת שיפוטית על החלטותיהם של הממשלה ושריה, מגיע בעקבות הביקורת "על השימוש בעילת הסבירות במובנה זה" – כלומר, במובנה כסבירות איזונית (שם). ההדגשה נוספה). זאת, מבלי שנזכר כלל סטנדרט הסבירות הצרה (ולדברי

ההסבר להצעת חוק ככלי עזר לאיתור תכלית החקיקה, ראו: רע"א 10011/17 מ"טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פסקה 33 (19.8.2019); פרשנות במשפט, בעמ' 378-370). כמו חבריי השופטים י' וילנר ו-א' שטיין, אני סבורה כי ניתן למצוא בדברים אלה משום עוגן משמעותי למסקנה כי התיקון נועד להגביל, מבחינת תכליתו הסובייקטיבית, את השימוש בעילת הסבירות במובנה האיזוני הרחב, הנהוגה היום בפסיקה. פרשנות כזו מתיישבת, כאמור בדברי ההסבר, גם עם הרקע לחקיקת התיקון ועם המניעים לחקיקתו, שעה שהביקורת על עילת הסבירות התמקדה מראשיתה בסבירות האיזונית ובקשיים שהיא מעוררת, מבלי שנמתחה ביקורת דומה על עילת הסבירות הצרה.

33. מכל מקום, למדנו ושנינו כי אין די בתכליתו הסובייקטיבית של החוק כדי להכריע בפרשנותו הראויה, והדברים ידועים. בהקשר זה נקבע לא אחת בפסיקה, כי "כל דבר חקיקה מתפרש על-פי נוסחו ותכליתו, ולא כוונתם הסובייקטיבית של מחוקקיו [...]" תקבע את פרשנותו הראויה" (בג"ץ 3262/95 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט(3) 153, 158 (1995); דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פסקה 25 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (12.9.2017)). לדברים אלה משנה תוקף שעה שאנו עוסקים בפרשנות חוקי יסוד, המתייחדת במתן הבכורה לתכלית האובייקטיבית, ולא לכוונתם הסובייקטיבית של יוצרי החוקה (ראו: פרשנות תכליתית, בעמ' 455-459; בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (13.4.2016)). כידוע, חוקי-היסוד מפורשים על רקע מבנה השיטה המשפטית כולה, מתוך מגמה שיעלו בקנה אחד זה עם זה, וכן עם עקרונות היסוד של השיטה. כללים אלה נגזרים מייעודה המיוחד של החוקה, לקבוע לאורך זמן את מסגרות השלטון ואת אורחות החיים במדינה; וכן מעצם היותו של כל חוק יסוד לבנה אחת מתוך מבנה חוקתי כולל (ראו: בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 595 (1986); בג"ץ 7510/19 אור-הכהן נ' ראש הממשלה, פסקה 11 (9.1.2020) (להלן: עניין אור-הכהן); עניין חוק הלאום, בפסקה 59).

34. בענייננו, תכליתו האובייקטיבית של התיקון – המגלמת את המטרה שאותה הוא נועד להגשים במארג החוקתי הכולל, בדרך המקיימת את עקרונות היסוד של השיטה – תומכת במתן פרשנות מצמצמת לתיקון. תכלית זו מהווה פרי איזון של שתי תכליות וערכים מרכזיים אותם נועד התיקון להגשים: מחד, קיומה של ביקורת שיפוטית על מעשי המינהל לשם אכיפתן של נורמות החלות על הרשות המינהלית; ומאידך, שמירה על חופש הפעולה של הממשלה ושריה בניהול ענייני המדינה שבתחום סמכותם, כמתבקש מעיקרון הפרדת הרשויות. פרשנות מרחיבה לתיקון, המונעת באופן גורף כל ביקורת שיפוטית על סבירותן של החלטות הממשלה והשרים, גם בעילה של סבירות צרה – אינה



מבטאת איזון ראוי בין שני ערכים אלה. היא נותנת בכורה לתכלית השמירה על חופש הפעולה של הרשות, במחיר של פגיעה קשה בביקורת השיפוטית על החלטותיה. המשמעות של ביטול עילת הסבירות הצרה היא, כמתואר לעיל, כי לא ניתן לבקר החלטות מינהליות שהן כה מופרכות, עד שיש לראותן כחורגות מגדרי הסמכות המוענקת לרשות. פרשנות כזו חותרת תחת עקרון שלטון החוק, הגוזר על הרשות פעולה רק במסגרת סמכות חוקית שהוקנתה לה. מנגד, הפרשנות המצמצמת לתיקון מאזנת באופן ראוי יותר בין התכליות המתמודדות, תוך שהיא נמנעת מפגיעה דומה בעקרון שלטון החוק. היא מרחיבה את חופש הפעולה הנתון לממשלה ולשרים בניהול ענייני המדינה שבתחום סמכותם, אך גם משמרת עילה לביקורת שיפוטית על סבירות החלטותיהם, אף אם הפתח שהיא מותירה להתערבות שיפוטית, צר יותר.

35. פרשנות זו מתבקשת גם מכוח ההלכה הפרשנית שלפיה דברי חקיקה המבקשים לשלול או להגביל ביקורת שיפוטית, יפורשו בצמצום ובדיוקנות. מקורה של הלכה זו בהכרה בחשיבות תפקידם של בתי המשפט לקיומו של משטר דמוקרטי, בשמירה על עקרון שלטון החוק, עקרון הפרדת הרשויות, שמירה על זכויות אדם ועוד (ראו: בג"ץ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים לפי סעיף 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, פ"ד מה(5) 445, פסקאות 4-6 (1991) (להלן: עניין ועדת העררים); יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי – כך א' 225-232 (2022); פרשנות במשפט, בעמ' 530-536). המחוקק אמנם רשאי לשלול או להגביל את סמכויות השיפוט של בתי-המשפט, אך עליו לעשות כן בלשון ברורה ומפורשת, שאינה משתמעת לשתי פנים. כך במיוחד, מקום שעל הפרק שלילת ביקורת שיפוטית על החלטותיהם של גופים שלטוניים. בהקשר זה נפסק:

"חשיבות חוקתית וציבורית ממדרגה ראשונה נודעת לכך, ששום גוף או איש במדינה, הממלא תפקיד שיפוטי או מינהלי על-פי דין, לא יעשה שבת לעצמו ולא יהיה פטור מביקורת שיפוטית עליונה על פעולותיו ומחדליו האפשריים. הכנסת יכולה, כמובן, להורות אחרת. אבל אין להניח קיומה של כוונה כזאת, אלא אם הכוונה מובעת בלשון מפורשת וחד-משמעית שאינה משאירה מקום לשום ספק. [...] בית-משפט זה מופקד על שמירת חוקיות, תקינות וסבירות פעולתן של הרשויות הציבוריות במדינה, ולתפקיד זה חשיבות חוקתית וציבורית ממדרגה ראשונה. פגיעה כל-שהיא בו עשויה לערער אחד היסודות של שלטון החוק בחיים הציבוריים של המדינה ולפגוע בציפור נפשה של הזרוע השיפוטית במדינה. אשר-על-כן, עלינו לקבוע כי כל שלילה או הגבלה על סמכות הבקורת השיפוטית של בית-המשפט הגבוה לצדק אפשרית רק על-ידי אמירה ברורה ומפורשת הבאה מפי המחוקק הריבוני

של המדינה" (בג"ץ 403/71 אלכורדי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד כו(2) 66, 73-74 (1972)). וראו גם: עניין הנגבי, בפסקה 9 לפסק דינו של השופט א' ריבלין).

בענייננו, חזקה על המחוקק כי לא נתכוון לשלול מבית המשפט את הסמכות לבקר את החלטות הממשלה ושריה מכוח עילת הסבירות הצרה, באופן המערער את יסוד שלטון החוק. חזקה זו ניתנת לסתירה, כאמור, רק בלשון מפורשת וחד-משמעית, שאינה משאירה מקום לשום ספק. לטעמי, לשון התיקון המתייחסת באופן כללי ל"סבירות ההחלטה" מבלי להגדירה, אינה עונה על דרישה זו.

36. המסקנה שלפיה יש לפרש את התיקון באופן מצמצם, יכולה להיגזר גם מן הכלל הפרשני בדבר פרשנות מקיימת. כלל זה, שנקבע לגבי חקיקה "רגילה", קובע כי עדיפה פרשנות מקיימת, ככל שזו אפשרית וסבירה, על פני פרשנות שמתחייבת ממנה מסקנה בדבר אי-חוקתיות החוק העשויה להביא לביטולו (עניין חוק הלאום, בפסקה 9 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן, והאסמכתאות שם). הכלל האמור חל, בשינויים המחויבים, גם לגבי חוקי יסוד (שם, בפסקה 59 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות), ואף חל ביתר שאת, בשם לב לחריגותו הקיצונית של סעד המורה על ביטול חוק יסוד. בהקשר זה, משנמצא כי הפרשנות המרחיבה, ולפיה התיקון מונע ביקורת שיפוטית גם בעילה של סבירות צרה, מעורר קשיים חוקתיים בהיבט של עקרון שלטון החוק – ומבלי צורך להכריע בשאלה אם דינו של התיקון, בפרשנותו המרחיבה, היה בטלות – יש בכך, לטעמי, משום טעם נוסף להעדפתה של הפרשנות המצמצמת. להשקפתי, פרשנות מצמצמת כזו, המונעת שימוש אפשרי ב"נשק יום הדין" של פסילת חוק יסוד, מכבדת יותר את ריבונותה של הכנסת, מאשר היצמדות לתכליתו הסובייקטיבית של החוק, העשויה להוביל לביטול מעשי חקיקה שיצאו מלפניה.

37. ולבסוף, בסיס נוסף ושונה התומך בפרשנות מצמצמת, מצוי לגישתי באפשרות הרואה בסטנדרט הסבירות של מופרכות, כפי שנהג קודם לעניין דפי זהב, נגזרת של עילת חוסר הסמכות או עילת השרירות – ולא חלק מעילת הסבירות כמובנה בארבעת העשורים האחרונים. כזכור, השימוש בסטנדרט המופרכות נקשר עוד מראשיתו בעילת חוסר הסמכות, במובן זה שהחלטה שענתה על סטנדרט קיצוני זה, נחשבה להחלטה שניתנה בחוסר סמכות. כך, ציין השופט צ' ברנזון בפסק הדין המנחה בעניין דיזנגוף כי "ענין הסבירות אינו בעצם אלא אחת הצורות של חריגה מסמכות" ו"עניני הסבירות והחריגה מהסמכות כרוכים, איפוא, זה אחר זה", שכן משמעותו של מבחן הסבירות היא:

"שאם ימצא בית המשפט כי חקיקת המשנה היא כה בלתי הגיונית ובלתי נסבלת עד שאדם בר-דעת לא יעלה על דעתו ששר סביר היה מסוגל לעשותה, כי אז יצטרך לאמור שעולם לא נתכוון המחוקק לתת כוח זה בידי השר. חקיקת המשנה אינה מתקבלת על הדעת והיא מחוץ לתחום הסמכות" (עניין דיזנגוף, בעמ' 1037).

עוד נעשה בפסיקה חיבור בין סטנדרט המופרכות ובין עילת השרירות. כך, ציין הנשיא לנדוי בעניין דפי זהב, בהתייחס להחלטה "מופרכת מעיקרה ובשל כך בלתי-סבירה לחלוטין", כי:

"על החלטה כזאת ניתן לומר, ששום פקיד סביר לא היה יכול לקבלה, ועל-כן היא פסולה, משום שרירות שבה, והחלטה שרירותית לא תוכל לעמוד, על-פי אחת מעילות הפסלות שבית-משפט זה הכיר בהן מאז ומתמיד" (עניין דפי זהב, בעמ' 432. ולאזכור עילת השרירות כאחת מעילות הביקורת המינהליות, ראו מבין רבים: עניין לחם חי, בעמ' 208; עניין מרכז הקבלנים, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט א' ברק. וראו גם: ברק-ארז, בעמ' 723-724).

האפשרות לפסול החלטות לא-סבירות בעליל על בסיס עילה של שרירות, עלתה גם בדיוני ועדת החוקה שקדמו לחקיקת התיקון, תוך שצוין כי התיקון לא נועד להתערב בעילה זו (ראו בפרוטוקול הדיון בוועדה מיום 27.6.2023, בעמ' 34, וכן בעמ' 42-48). גם אם נראה, אם כן, בביקורת השיפוטית על החלטות מופרכות מעיקרן חלק מעילת חוסר הסמכות או מעילת השרירות, הרי שהתיקון לא נועד לפגוע בעילות אלה. בדברי ההסבר לתיקון צוין במפורש כי "אין באמור כדי להגביל את סמכותו של בית המשפט לדון או להוציא צו בשל עילות אחרות של ביקורת מינהלית" – ודומה כי עניין זה אינו שנוי במחלוקת. בתשובת הכנסת לעתירות אף צוינה האפשרות לפרש בצורה רחבה יותר עילות אחרות של ביקורת מינהלית, כדרך למלא חלק מן "הריק" שייווצר לאחר ביטול עילת הסבירות בנוגע להחלטות הדרג הממשלתי. פרשנות רחבה של עילת חוסר הסמכות או עילת השרירות, יכולה אפוא לשמש בסיס לעיגונה של עילת הסבירות בתצורתה הצרה.

38. לסיכום חלק זה: יש לפרש את התיקון בצורה מצמצמת, כך שהוא מונע ביקורת שיפוטית רק בעילה של סבירות רחבה "איזונית", ולא בעילה של סבירות צרה שעניינה במופרכות ההחלטה. כך מתחייב מתכליתו האובייקטיבית של התיקון; מן החזקה הפרשנית המורה לפרש בצמצום דברי חקיקה המגבילים סמכות שיפוט של בתי המשפט; וכן מן הכלל הפרשני המבכר פרשנות מקיימת. הפירוש האמור מתבקש גם מדברי ההסבר לתיקון, והוא אף מתיישב עם הרקע לתיקון ועם המניעים לחקיקתו. לבסוף, פרשנות

מצמצמת כאמור יכולה להישען גם על האפשרות להשקיף על עילת הסבירות הצרה כעל נגזרת של עילת חוסר הסמכות או עילת השרירות, שבהן אין התיקון מתערב.

ומכאן, לבחינת התיקון, בפרשנותו האמורה, על פי המבחנים להתערבות בחקיקת חוקי יסוד.

תוקפו של התיקון

39. אין מנוס מלומר: דיון לגיטימי, ואולי נחוץ, על היקפה וגדריה של עילת הסבירות – הוליד חוק חפז, רחב וגורף, שנגזר במגזריים גסים. החוק, במתכונתו הקיימת, מעלה שורה של קשיים שהועלו כולם על-ידי גורמי הייעוץ המשפטי במהלך הליך חקיקתו של התיקון, ואף על פי כן לא ניתן להם מענה בחוק. כך, ובאופן שאינו ממצה, התיקון אינו מגדיר כאמור את המושג "סבירות" ואינו מבחין בין מובניו השונים של מושג זה; הוא אינו מבחין בין החלטות מינהליות שונות אשר נטען כי ראוי היה להבחין ביניהן, ובפרט, בין החלטות כלליות בנושאי מדיניות ובין החלטות אינדיבידואליות הנוגעות לאינטרסים של הפרט; הוא אינו מתייחס לתחולתו של התיקון על החלטות שנתקבלו על-ידי שר מכוח סמכות שניתלה לפי סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה; ועוד. תוצאת הדברים היא, שחלף צמצום גבולות העילה בצורה מאוזנת, תוך הבחנה בין סוגי החלטות והגדרת סטנדרט ביקורת מדויק יותר שייתן מענה לשאלות שעלו במהלך הליך החקיקה – נוסח התיקון בלשון כוללנית וגורפת, אשר אינה רגישה להבחנות חשובות שנעשו גם על-ידי מבקריה של עילת הסבירות. פרופ' יואב דותן תיאר זאת בצורה קולעת, בצינון שהתיקון 'שופך את התינוק עם מי האמבט' (פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה מיום 4.7.2023, בעמ' 41-42). אוסיף, כפי שכבר צוין, כי גם מבקריה החריפים של עילת הסבירות מבין מלומדי המשפט, סברו כי גדרי השימוש בעילה זו הם עניין לפסיקה לענות בו, ולא נושא להתערבות חקיקתית. עמדתם הייתה כאמור, באופן מסורתי, כי בשל הקשיים שמעוררת עילת הסבירות, יש לנקוט יתר זהירות וריסון בשימוש בה, או לצמצמה באמצעים פסיקטיים. במובן זה, אף שהתיקון מבקש להיתלות ב'אילנות' הביקורת על עילת הסבירות, בפועל אין הוא תוצאה טבעית של ביקורת זו.

40. לאור האמור, ייתכן שטוב היה, אילו חוק היסוד המתקן, במתכונתו הנוכחית, לא היה בא לעולם. עם זאת, וזה העיקר – משעה שמצא התיקון את מקומו בספר החוקים, אין זה מתפקידנו להרהר אחרי מידת צדקתו או תבונתו. גם חוק שאינו ראוי, ואף חוק "רע-לתפארת", אינו בהכרח חוק בלתי חוקתי (בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פסקה 38 לפסק דינו של השופט י' עמית (17.9.2014); עניין בנק המזרחי, בעמ' 438).

השאלה אם התיקון מוצדק, אם חוקק בהליך מיטבי ואם נוסחו נכון, היא בעלת חשיבות, בוודאי במישור הציבורי – אך היא אינה נתונה להכרעתו המשפטית של בית משפט זה. מקום שהמחוקק עשה את בחירתו בהוציאו את התיקון תחת ידיו, השאלה שעלינו להציב לעצמנו, כמי שאמונים על שמירת הדין, היא – האם מתקיימות במקרה שלפנינו אמות המידה המשפטיות לפסילת חוק יסוד, לאמור: האם התיקון פוגע בצורה אנושה בליבת זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל. הא, ותו לא. בהעמידי שאלה זו לפניי, אני סבורה כי יש להשיב עליה בשלילה. להלן אפרט את טעמי.

41. חוק יסוד המבקש לשלול ביקורת שיפוטית עלול, במקרים קיצוניים, לפגוע בצורה אנושה באושיות הדמוקרטיה. כך למשל, לו חוק היסוד היה חוסם כל ביקורת שיפוטית על החלטותיו של הדרג המיניסטריאלי, היה בו כדי לפגוע בצורה אנושה בשלטון החוק ובעקרון הפרדת הרשויות, ולפיכך גם באופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל. זה אינו המצב בענייננו. הגם שהתיקון שולל באופן גורף את השימוש בעילת הסבירות האיזונית, בסופו של יום הוא עוסק בעילת ביקורת אחת, מתוך שורה ארוכה של עילות הקיימות במשפט המינהלי, שמהן הוא לא בא לגרוע. משמעות הדברים היא, שהביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה ושריה תישמר בכל העילות המוכרות – ביניהן עילת השיקולים הזרים, תום לב, הפליה, מידתיות, חוסר סמכות, טעות בפירוש הדין, פגמים שנפלו בהליך קבלת ההחלטה, ועוד. כן ישמר השימוש בעילת הסבירות הרחבה בכל המתייחס להחלטות רשויות המינהל שאינן החלטות הממשלה ושריה.

42. אכן, גם פגיעה מתוחמת יותר בסמכויות השיפוט של בית המשפט, עשויה להיחשב ככזו הפוגעת בליבת זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל. זאת, ככל שיש בה כדי לאיין או לפגוע בצורה אנושה ביכולתו של בית המשפט לשמור על שלטון החוק, לבקר את מעשי המנהל או להגן על גרעין זכויות האדם. כך היה, למשל, לו חסם חוק היסוד ביקורת שיפוטית בשאלת הסמכות שמכוחה התקבלה ההחלטה המינהלית; וכך גם לו שלל דיון במידתיות הפגיעה של החלטה כזו בזכויות אדם מוגנות. בשונה מכך, האיסור לדון בסבירות החלטותיהם של הממשלה והשרים, בעילת הסבירות האיזונית – אינו עולה, להשקפתי, כדי פגיעה אנושה בליבת זהותה הדמוקרטית של המדינה. רחוק מכך. את מסקנתי זו ניתן להעמיד על שני טעמים מרכזיים ומצטברים:

האחד, טעם מעשי, שעניינו בהיקף המצומצם יחסית של השלכות ביטול עילת הסבירות האיזונית על חיי המעשה, בשל היכולת להחליפה בעילות ביקורת אחרות, קונקרטיות יותר, מן המשפט המינהלי. טעם זה מסביר מדוע התיקון אינו פוגע בצורה

אנושה ביכולתו של בית המשפט לבקר את החלטות הממשלה ושריה, כמתחייב מעקרון הפרדת הרשויות.

השני, טעם נורמטיבי, המתמקד באותם מקרים שבהם אין תחליף לעילת הסבירות האיזונית – מתייחס ללגיטימיות העמדה המסתייגת מביקורת שיפוטית על החלטותיהם של הממשלה ושריה באמצעות נוסחת הסבירות האיזונית. טעם זה מסביר, בין היתר, מדוע התיקון אינו פוגע בצורה אנושה בעקרון שלטון החוק. אפרט.

הטעם המעשי

43. טענתם המרכזית של העותרים ושל היועצת המשפטית לממשלה היא, כי התיקון יוצר "חור שחור נורמטיבי" של החלטות מינהליות בתחומים שונים, אשר הביקורת השיפוטית בעניינן התקיימה עד כה בעיקר באמצעות עילת הסבירות – ולאחר התיקון, כך על פי הנטען, לא תהיה לבית המשפט, וכנגזרת מכך לייעוץ המשפטי לממשלה ושריה, יכולת אפקטיבית לפקח עליהן. בהקשר זה הוזכרו, במיוחד, החלטות הנוגעות למינויי בכירים ופיטורים של שומרי סף; החלטות של ממשלת מעבר; והחלטות פרטניות שאינן כרוכות בזכויות מוגנות, כדוגמת החלטות בנושא מתן רישיונות והיתרים. נטען, כי היעדר היכולת של בית המשפט להתערב בהחלטות אלה, פוגע בצורה אנושה במערכת האיזונים והבלמים הראויה בין הרשות השופטת והרשות המבצעת, הנגזרת מעקרון הפרדת הרשויות. אינני מקבלת טענות אלה. חרף המאמץ שנעשה לבסס טענה זו, וכפי שציין חברי השופט י' אלרון, כלל לא ברור באיזו מידה יימצאו לאחר התיקון החלטות אשר קודם לתיקון היו נפסלות מחמת חוסר סבירות, ולאחר התיקון לא תהיה לבית המשפט יכולת להתערב בהן. כפי שיפורט להלן, יש טעם טוב לסבור כי מדובר, אם בכלל, במספר מקרים מצומצם למדי – באופן שאין בו כדי לפגוע בצורה אנושה במערכת האיזונים והבלמים שבין הרשויות.

44. כפי שתואר, עילת הסבירות האיזונית – שעניינה במתן משקל הולם לשיקולים הרלבנטיים להחלטה ובאיזון ראוי בין השיקולים – מתייחדת בהיותה נורמה כללית, מופשטת יחסית, ובעלת פרישה רחבה. בכך היא נבדלת מעילות ביקורת קונקרטיות, מדויקות יותר ובעלות פרישה מצומצמת יותר, כגון היעדר תשתית עובדתית או הפליה – הטענות, לרוב, הוכחה של עובדות מסוימות (למשל, חומר רלבנטי שלא עמד בפני הרשות בעת קבלת ההחלטה), או התקיימות רכיבים ייחודיים (למשל, טובת הנאה שניתנה לאחר דומה). מאפיין זה של עילת הסבירות, מוביל פעמים רבות לכך שעילה זו תופסת ברשתה מקרים הנתפסים ברשתותיהן של עילות אחרות – כך, לשם המחשה, ניתן

לומר שהחלטה שהיא מפלה, היא גם בלתי סבירה – מאחר שאין היא נותנת משקל הולם לעקרון השוויון. לחפיפה הרבה המתקיימת בין עילות הביקורת השונות, התייחס השופט א' ברק בעניין מרכז הקבלנים, תוך שציין כי "כשלעצמי הייתי כולל את כולן תחת הכותרת של חוסר סבירות" (שם, בעמ' 743). אמירה זו מדגימה היטב את אופייה חובק-הכל של עילה זו. אופי זה יכול להסביר בתורו את הביקורת שנשמעה לגבי עילת הסבירות, ולפיה המרכזיות שצברה בפסיקה, מאז פסק הדין בעניין דפי זהב, באה לה על חשבון עילות אחרות שנדחקו לקרן זוית – במובן זה שתוך כדי התפתחותה של עילה זו, "היא בלעה לתוכה, כאדם שאינו יודע שובע, עילות פרטיקולריות שהוכרו בעבר" (עניין אמונה, בעמ' 522). ואכן, הפנייה לעילת הסבירות היא נוחה יותר, בהשוואה לעילות קונקרטיות הקשות יותר להוכחה (ולגבי פנייה לדוקטרינות כלליות חלף כללים מיוחדים בדין האזרחי, ראו והשוו: חגי וניצקי "ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי" דין ודברים י 137 (2018)). תימוכין לעניין זה, ניתן למצוא בטענה המועלית תדיר על-ידי 'מצדדיה' של עילת הסבירות הרחבה – ולפיה עילה זו משמשת גם לפסילת החלטות שמתקיים בעניינן פגם קונקרטי של שקילת שיקולים זרים, אשר יש קושי בהוכחתו (ראו למשל בעניין הנגבי, בפסקה 2 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור).

45. על רקע מאפיינים אלה של עילת הסבירות הרחבה, מתחזקת המסקנה כי עילות הביקורת הקיימות – חוסר סמכות, הפליה, מטרה זרה, מידתיות, חוסר תום לב, פגמים הליכיים ועוד – יוכלו למלא במידה רבה חלק מן "הריק" שיותר צמצומה של העילה. זוהי הייתה, למעשה, אחת ממטרותיו של המחוקק עת תיקן את חוק היסוד – להשיב למימדיהן המקוריים את עילות הביקורת הפרטיקולריות אשר "נבלעו", כך לפי הטענה, בצילה של עילת הסבירות, באופן שידייק את הביקורת השיפוטית ויגביר את הוודאות המשפטית (ולגבי יתרונה של עילת המידתיות בהקשר זה, בהשוואה לעילת הסבירות, ראו סולברג, בעמ' 54-55). בהקשר זה, איני רואה בסיס מבורר להבחין בין החלטות בנושאי מינויים, ממשלות מעבר, ופגיעה באינטרסים של הפרט, ובין החלטות בנושאים אחרים – שלגבי כולן לא קיימת מניעה להשתמש בעילות הביקורת הקיימות, במקרים המתאימים, חלף השימוש שנעשה עד כה בעילת הסבירות האיונית (וראו למשל את השימוש בעילת המניעות או ההשתק תחת עילת הסבירות, בפסקי הדין של השופטים ד' ברק-ארז ו-א' שטיין בעניין שיינפלד, שעסק במינויי בכירים; ואת השימוש בפגמים הליכיים ואחרים בפסק הדין בבג"ץ 5419/23 אלו"ט – אגודה לאומית לילדים ובוגרים עם אוטיזם נ' מנכ"ל משרד החינוך (20.8.2023), שעסק בפגיעה באינטרסים של הפרט, וניתן לאחר שחוקק התיקון מושא העתירות לפנינו).

46. כלי משמעותי נוסף המשמש לביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות, ונמצא אף הוא ב"ארגז הכלים" הנתון לבית המשפט מאז ומתמיד, גם לגבי החלטות מן הסוג האמור – הוא פרשנות הנורמה המסמיקה. רשות מינהלית חייבת לפעול בגבולות החוק המסמך, על פי לשונו ותכליתו. מקום בו הרשות הפעילה את סמכותה שלא על פי השיקולים או על פי נוסחת האיזון המתחייבים מן הנורמה המסמיקה, מדובר בטעות שבחוק. בפסילת החלטה כזו פועל בית המשפט בתפקידו המסורתי כפרשן המוסמך של החוק ולא מכוחה של עילת הסבירות. מלאכת פרשנות החקיקה היא "מגרשו הטבעי" של בית המשפט, היא מונחית על-פי אמות מידה ברורות, שהותו בפסיקה ארוכת שנים – ואין בצמצום עילת הסבירות כדי לפגוע בכך (וראו למשל את השימוש שעשתה הנשיאה א' חיות בכלי זה, עת פירשה את סעיף 30(ד) לחוק-יסוד: הממשלה כך שהוא אוסר על ממשלת מעבר לבצע שינויים בהרכבה מקום שהדבר אינו דרוש לשם הבטחת תפקודה התקין – עניין אור-הכהן, בפסקה 15; כן ראו בהקשר זה ההבחנה בין "סבירות משפטית" ל"סבירות מקצועית" אצל מאוטנר, בעמ' 412-413).

47. דרך נוספת שיכולה לסייע בדינו בביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות, כפי שצינה חברתי השופטת י' וילנר, מצויה בפיתוח פרשני של עילות ביקורת קיימות (וראו למשל את האפשרויות המוזכרות בעמ' 105 ו-111-113 לתשובת הכנסת לעתירות). כן ניתן יהיה לעשות שימוש, במקרים המתאימים לכך, בעילת הסבירות הצרה, תוך פיתוח אמות מידה להפעלתה. קשה לצפות כיצד יתפתח הדין, ומובן כי השימוש בכלים אלה, ככל שייעשה, צריך להיות זהיר ומותאם לנסיבות. מכל מקום, הניסיון השיפוטי מלמדנו כי גם במקרים מורכבים, מוצא בית המשפט את הדרך להעניק לפונים אליו סעד מכוח הדין, ככל שהדבר נדרש ומתבקש בנסיבות המקרה.

48. על רקע האמור, אין לקבל את הטענה ולפיה התיקון פוגע ביכולתו של בית המשפט לבקר את החלטות הממשלה והשרים עד כדי פגיעה בנושא בעקרונות יסוד של הדמוקרטיה. טענה זו, המדמה את הסבירות האיונית לעמוד תווך אשר אם יוסר, לגבי החלטות הממשלה והשרים, תתמוטט או תיטה ליפול מערכת האיזונים המחזיקה את המבנה הדמוקרטי כולו – נראית מוגזמת במידה רבה, ומתעלמת מאופייה של הסבירות האיונית ומשלל הכלים המצויים בצקלוננו. אין לכחד, בעשורים האחרונים התבסס "עמוד" הסבירות האיונית והכה שורשים בשיטתנו, עד כי הסרתו לגבי החלטות אלה, תביא עמה שינוי מסוים של פני המשפט המינהלי. עם זאת, שינוי של הדין, גם אם יסודי, אינו גורר בהכרח פגיעה באושיות הדמוקרטיה. וידגש: עקרון הפרדת הרשויות מחייב אותנו לעצב את הפרמטרים להתערבות שיפוטית בחקיקת יסוד, כך שתידרש לשם כך



פגיעה בליבת עקרונות הדמוקרטיה שהיא כה קיצונית וחריגה, עד שהיא "מעידה על עצמה". בענייננו, הפגיעה המוגבלת של התיקון ביכולת לבקר את החלטות הממשלה והשרים, אינה עומדת באמות מידה אלה. טענות העותרים ביחס לעוצמת הפגיעה הן ספקולטיביות בעיקרן, בעוד שהנתונים המשפטיים הקיימים, מורים לנו כאמור כי מדובר בפגיעה מתוחמת ביותר.

הטעם הנורמטיבי

49. ואולם, אך מובן כי מטרת התיקון, לא הייתה למלא את ה'חלל' שיוותר עם ביטול עילת הסבירות האיונית באשר להחלטות הממשלה והשרים, עד אפס מקום. אמנם, התיקון נועד לבכר שימוש בעילות ביקורת קונקרטיות, אך הוא נועד גם לצמצם את היקף הביקורת השיפוטית ולהותיר החלטות מסוימות ללא התערבות שיפוטית. אני סבורה, כי היעדר היכולת לבקר את אותן החלטות, לגביהן לא קמה עילת ביקורת אחרת להוציא עילת הסבירות האיונית – אינו פוגע בצורה אנושה באושיות הדמוקרטיה, לא רק בשל היקפן המצומצם של החלטות אלה, אלא גם בשים לב לטיבן של אותן החלטות. כאמור, מדובר בהחלטות שהממשלה ושריה היו מוסמכים לקבל, שהתקבלו על בסיס תשתית עובדתית ראויה ולאחר הליך מינהלי תקין, תוך שהממשלה ושריה פעלו בתום לב, שלא מתוך שרירות, שקלו את כלל השיקולים הרלבנטיים, נמנעו מלשקול שיקולים שאינם רלבנטיים, ולא פגעו בהחלטתם באופן בלתי מידתי בזכויות אדם. הפגם היחיד שנמצא בהחלטות אלה הוא איזון בלתי סביר בין השיקולים הרלבנטיים, בינם לבין עצמם (ראו בעניין דפי ז'הב, בעמ' 446) – ואף זאת, באופן שאינו מופרך על פי סטנדרט הסבירות הצרה. הלגיטימציה של בית המשפט להתערב בהחלטות אלה – להבדיל, למשל, מהלגיטימציה להתערב בהחלטות דומות בהן נמצא פגם מינהלי 'מסורתי', כדוגמת חוסר סמכות או מטרה זרה – מצויה, כפי שפורט לעיל, במחלוקת משפטית וציבורית ארוכת שנים.

50. בכינון חוק היסוד המתקן, אימצה הכנסת, בכובעה כרשות מכוונת, את העמדה שלפיה אין זה ראוי כי בית המשפט ידון בסבירות החלטותיהם של הממשלה ושריה, במובן של סבירות איונית. בעמדה זו, המבוססת כאמור על טענות בדבר עמימותה של נוסחת איזון האינטרסים ובדבר השלכותיו הלא-רצויות של השימוש בנוסחה זו – אחזו במשך השנים מלומדי משפט וחלק משופטי בית משפט זה. גם אם שינוי חקיקתי של עילת הסבירות הוא לצנינים בעינינו, עדיין התיקון לחוק משקף עמדה לגיטימית ומנומקת, אשר אין בה כדי לשלול או לפגוע בצורה אנושה באושיות הדמוקרטיה. אילו עמדה זו הייתה נושאת עמה פגיעה כאמור באופייה הדמוקרטי של המדינה, היה מקום,

לכאורה, לחסום מהתמודדות לכנסת רשימות ומועמדים אשר קראו לצמצום עילת הסבירות. זאת לא קרה, ודומה שאין חולק כי חסימה מעין זו אינה מתקבלת על הדעת. כפי שציינה הכנסת בתשובתה לעתירות, המחלוקת על גבולות עילת הסבירות מתנהלת מזה עשרות שנים בשדה האקדמי, המשפטי והציבורי, ומעולם לא נטען כי עמדתו של אחד מהצדדים במחלוקת זו, היא פסולה עד כדי חריגה מיסודות הדמוקרטיה.

51. ויודגש, במשך שלושה עשורים, מאז קום המדינה ועד שנות השמונים, עילת הסבירות הרחבה לא נהגה בפסיקת בתי המשפט, ודאי לא בהיקפה כיום – וזאת, מבלי שנטען כי נפל פגם בזהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל בכל אותן שנים. מצב דברים זה, אם תרצו – טעם היסטורי זה, מקשה לראות בעילת הסבירות האיזונית משום תנאי יסוד לדמוקרטיה הישראלית. כפי שציינה חברתי השופטת י' וילנר, קבלת העמדה הגורסת כי ביטול עילת הסבירות הרחבה לגבי החלטות הממשלה והשרים, הוא בגדר פגיעה אנושה במשטרנו הדמוקרטי – משמעותו לרומם את עקרון הסבירות, בתצורתו האיזונית, למעמד על-חוקתי שלא ברור מהיכן בא לו (ראו והשוו: דותן, ביקורת שיפוטית, בעמ' 239). מעמד זה אינו יכול להתבסס, כפי שהוסבר, על טענה לפגיעה אנושה של התיקון בעקרון הפרדת הרשויות; והוא גם אינו יכול להתבסס, לעמדתי, על טענה לפגיעה אנושה בעקרון שלטון החוק.

52. בהקשר אחרון זה, טוענים העותרים והיועצת המשפטית לממשלה כי התיקון מותיר את החובה המוטלת על הרשות לפעול בסבירות, ללא כל ביקורת שיפוטית – באופן ש"יש דין, אך אין דיין". אין בידי לקבל טענה זו, משתי סיבות:

ראשית, בהתאם לפרשנותנו המצמצמת לתיקון, נותרת בארגז הכלים של בית המשפט האפשרות לביקורת שיפוטית על החובה לפעול בסבירות, מכוח עילת הסבירות הצרה. המשמעות היא, למעשה, שינוי של חובת הסבירות מן החובה האיזונית הקודמת, לחובה חדשה-ישנה, ולפיה על הרשות לפעול בצורה שאינה מופרכת וחסרת הגיון. שינוי זה נחזה, על פניו, כהנמכה של "רף הסבירות" שבאמצעותו נבחנות החלטות הממשלה והשרים. ואולם יש לזכור, כי הטענה לגבי הרף שמציבה עילת הסבירות הרחבה, רף שגבולותיו הותוו כאמור לראשונה בפסיקה בראשית שנות השמונים – היא לא כי הוא מוצב גבוה מדי, אלא כי הוא מנוסח בצורה עמומה מדי, באופן שמוביל בפועל לבחינת תבונתה של ההחלטה, בהתאם לעמדותיו האישיות של השופט היושב בדין. במובן זה, החזרה אל סטנדרט הסבירות הצרה, לא נועדה להנמיך את רף הסבירות, אלא להפוך אותו לקונקרטי וברור יותר. אמנם, גם הסטנדרט הצר של "מופרכות" ההחלטה, מנוסח בעיקרו

של דבר בצורה של רקמה פתוחה, המעניקה לבית המשפט שיקול דעת רחב – ועדיין, מדובר בשינוי האמור לצמצם את חוסר הוודאות הקיים בעניין זה.

שנית, ונימוק זה אינו קשור לשימור עילת הסבירות הצרה – התיקון בענייננו אינו יוצר מצב של דין ללא דין, שכן החובה לאזן באופן סביר בין השיקולים השונים נשמרת אמנם, אך לא כחובה שבדין. אסביר. התיקון אינו קובע כי הממשלה ושריה פטורים מלאזן באופן סביר בין השיקולים הרלבנטיים להחלטותיהם. הוא קובע, כי בית המשפט אינו מוסמך לבחון, ולא ראוי שיבחן, את סבירות האזון האמור. במובן זה, התיקון מעמיד את הסבירות האזונית בשורה אחת עם 'מעלות' כמו תבונה, יעילות או מוסריות, שהיינו רוצים שיהיו נחלתן של החלטות הרשות – אך לא מושא לביקורת שיפוטית, שכן בנושאים אלה אין לבית המשפט מומחיות מיוחדת או יתרון ברור על פני יתר הבריות (ראו: בג"ץ 311/60 י. מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989, 1996 (1961); בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פסקה 15 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (1.3.2016)). אין זאת אומרת, כי בהיעדר עילת "נבונות" או "מוסריות", לא חלה על הרשות חובה לקבל החלטה נבונה ומוסרית. ואולם, חובות אלה אינן עוטות לבוש משפטי-אכיף, אלא נותרות בספרה הציבורית, במובן זה שהביקורת על קיומן נתונה לציבור ולנציגיו – מבלי שהדבר מעורר קושי חוקתי. כך למשל, כפי שציינה הממשלה בהשלמת הטיעון מטעמה, אין חולק כי חלה על הכנסת החובה לחוקק חוקים סבירים, אך חובה זו אינה מיתרגמת לעילה משפטית המאפשרת לפסול חוקים מן הטעם שאינם סבירים, אלא היא נתונה למשפט הציבורי, עת שזה בא לבחור את נציגיו.

התיקון בענייננו מעגן אפוא את העמדה, כי גם חובת הסבירות האזונית המוטלת על הממשלה ושריה, נמנית עם אותן חובות 'ציבוריות'. זו הסיבה, שנדמה שהתיקון מותיר את החובה לאזן באופן סביר בין השיקולים השונים, ללא ביקורת שיפוטית: משום שאכן נותרת חובה כזו, ואולם היא אינה עוד חובה משפטית, אלא חובה ציבורית. במבט ראשון אולי קשה לקבל הבחנה זאת, שכן המושג "סבירות" נשמע משפטי ו'ארצי' יותר, בהשוואה למושג "תבונה" – ואכן, הסבירות, בשונה מן התבונה, נבחנת תדיר בענפי משפט אחרים. עם זאת, כבר אמרנו, כי הסבירות המשפטית בתחום המינהלי אינה נעלמת, אלא הופכת צרה יותר. עוד יש לזכור, כי הביקורת שבעקבותיה חוקק התיקון גורסת, כי עילת הסבירות הרחבה, כפי שהיא מיושמת בפסיקה – מודדת לעיתים תבונה ב"מעטה" של סבירות. מכל הטעמים הללו, אני סבורה כי אין בתיקון משום פגיעה אנושה בשלטון החוק, כי אם שינוי של סטנדרט הסבירות הנוהג, תוך עיגון עמדה אפשרית לגבי גבולותיה

## הראויים של הביקורת השיפוטית.

53. ונזכיר מושכלות יסוד. בעוד שבית המשפט אמון על יישום החוק, על הכנסת מוטלת האחריות ליצור את החוק – ובכלל זה להתוות בחקיקה את גבולות הביקורת השיפוטית, הן במישור של סמכות השיפוט והן במישור הדין המהותי. בתיקון שלפנינו, מימשה הכנסת אחריות זו, עת הגבילה את סמכותם של בתי המשפט לדון בסבירות החלטותיהם של הממשלה ושריה. זוהי זכותו של המחוקק, וזהו כוחו (אהרן ברק מבחר כתבים ד – על בית המשפט ושופטיו 62-63 (2017); בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 784 (1995)). מובן, כי גם חקיקה זו כפופה לדינים רלבנטיים, ובכך לפיקוח בית המשפט. ואולם, יש להיזהר פן יהפוך הפיקוח למתן "בלעדיות" לבית המשפט בעיצוב הדין או בעיצוב היקפה הראוי של הביקורת השיפוטית, באופן שנוגד את עקרון הפרדת הרשויות (ראו: דותן, ביקורת שיפוטית, בעמ' 237-238). בכל הנוגע לעיצוב גבולותיה של הביקורת השיפוטית, יש להישמר גם, להשקפתי, מתפיסה 'אימפריאליסטית' של המשפט, ולפיה לא יכולים להיות איום כלשהם המשוחררים מביקורת כזו. איום כאלה קיימים, בתחומים שונים ובמידות שונות, גם לגבי פעולותיהן של רשויות השלטון – ואין משמעות הדבר קץ הדמוקרטיה.

54. ולבסוף, אין להתעלם גם מכך שהתיקון בענייננו מהווה תגובה מצד המחוקק, להתפתחות פסיקתית, ארוכת שנים, שאינה רצויה בעיניו. מושכלות יסוד הן כי פסיקתנו אינה סוף פסוק, במובן זה שהמחוקק רשאי, אם רצונו בכך, להסיג דברים לאחר ולשנות בחקיקה את פסיקת בית המשפט שנתקבלה על בסיס הדין הקיים. דיאלוג נמשך זה בין המחוקק ובין בתי המשפט הוא מיסודות השיטה, ולא אחת מציין בית המשפט בפסק-דינו – כי אם התוצאה אינה טובה בעיני המחוקק, יש בכוחו לשנות את החוק, כך שתושג התוצאה הרצויה בעיניו (וראו למשל: ע"פ 7128/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (16.5.2018); ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4) 549, 566 (1997)). כך עשה המחוקק בענייננו, עת תיקן את חוק היסוד. אף אם "תנועת המטוטלת" הלכה רחוק מידי, לא ניתן לומר כי קמה עילה מבוססת לפסול את מעשי ידיו.

55. אוסיף לפני סיום: שני הצדדים למחלוקת, אלה התומכים בתיקון ואלה המתנגדים לו, אלה הסבורים כי חשיבותו רבה ואלה הסבורים כי עמו בא הקץ לדמוקרטיה, פועלים כולם לשם שמיים, מתוך אמונה כי עמדתם תטיב עם המדינה. במובן זה, המחלוקת על עילת הסבירות, שהיא חלק ממחלוקת ערכית רחבה יותר על חלוקת הסמכויות שבין הרשויות, על מקומו הראוי של בית המשפט בחברה הישראלית, ועל

דמותה של הדמוקרטיה במדינת ישראל – היא מחלוקת ראויה, שסופה להתקיים. דווקא בימים קשים אלה, ימי מלחמה מדממת עם אויבינו, מוטב כי נוסיף לנהל מחלוקת זו באופן ענייני ובדרכי שלום, כשטובת המדינה לנגד עינינו.

56. סיכומם של דברים: חוק היסוד המתקן מעורר קשיים רבים, עד כי יש להצר על האופן שבו מצא את מקומו בחוקתנו העתידית. עם זאת, ובאופן המתכתב עם הביקורת שהולידה את התיקון: על בית המשפט להבחין בין תחומי הרצוי בעיניו, ובין תחומי האסור והמותר מבחינה משפטית, הנתונים להכרעתו. בהקשר זה, וכפי שפורט לעיל, עמדתי היא כי אנו רשאים להתערב בחקיקת יסוד, רק במקרים נדירים שבנדירים, בהם מתנוסס 'דגל שחור' מעל חוק היסוד המאיים למוטט את אושיות הדמוקרטיה. המקרה שלפנינו אינו בא בגדר מקרים נדירים אלה, אף לא בקירוב. מבחינה מעשית, השלכותיו של התיקון מצומצמות במידה רבה, שכן ניתן להחליף את השימוש בעילת הסבירות הרחבה בעילות ביקורת אחרות הקיימות בשיטתנו, ואף להיעזר בעילת הסבירות הצרה, אשר לטעמי התיקון, על פי פרשנותו הראויה, מותירה על כנה. המקרים המעטים הנותרים – הם מקרים אשר בהתחשב בטיבם, ועל-פי עמדתו הנורמטיבית של המחוקק לא ראוי כי בית המשפט יידרש להם. בכך, לא תבוא לקיצה הדמוקרטיה בישראל, ולא ייפגעו באופן אנוש עקרונות שלטון החוק והפרדת הרשויות במדינתנו.

לאחר שעיינתי בחוות דעתם של חברי אוסיף הערות אחדות:

57. יש מחבריי הסבורים כי לא ניתן לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד מכוחם של חוקי יסוד המצויים באותו מדרג נורמטיבי (פסקה 15 לחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז ופסקה 119 לחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג). אני חולקת על השקפה זו, אשר אינה עולה בקנה אחד עם סמכותה של הכנסת, כרשות מכוננת, להגן על ערכי יסוד באמצעות הטלת מגבלות בחוקי יסוד על שינויים (פסקה 7 לחוות דעתי והאסמכתאות שם. ולהרחבה ראו: וייל, בעמ' 515). על כך נאמר כי "כוחה של הכנסת, כרשות מכוננת, מוגבל, בראש ובראשונה מכוח ההוראות הקבועות בחוקי-היסוד עצמם" (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 350).

58. הטיעון הרווח השולל ביקורת שיפוטית על חוק יסוד מכוחה של חקיקת יסוד, המצויה באותו המדרג, מתייחס לסמכות המכוננת הראשונית. טיעון זה מבחין בין שתי סמכויות מכוננות: ראשונית (מקורית) ומשנית (נגזרת). הסמכות המכוננת הראשונית, היא הקובעת את תוכן החוקה ואת הדרכים לתיקונה והיא הפועלת עד להשלמת החוקה. משאין מעליה סמכות נוספת, הטלת מגבלות על סמכותה חייבת להתבסס, על פי השקפה

זו, על נקודת אחיזה המצויה מחוץ לחוקה. לעומתה, הסמכות המכוננת המשנית, הנכנסת לפעולה עם סיום תפקידה של הסמכות המכוננת הראשונית, היא סמכות מוגבלת. סמכותה מוסדרת על-ידי הסמכות המכוננת הראשונית, והיא אינה רשאית לחרוג מן המגבלות שזו קבעה לה בחוקה עצמה. ביחסים שבין השניים, נורמה חוקתית פרי יצירתה של הסמכות המכוננת הראשונית גוברת על נורמה חוקתית פרי תיקון של הסמכות המכוננת המשנית, על אף שמדובר בהוראות המצויות באותו מדרג נורמטיבי (ראו: ברק, הסמכות המכוננת הראשונית, בעמ' 123-128).

59. ההשקפה שלפיה ביקורת שיפוטית על תיקון חוקתי חייבת להתבסס על נקודת אחיזה חיצונית לחוקה, מושתתת אפוא על ההנחה שהכנסת היא בעלת סמכות מכוננת ראשונית. זוהי, כאמור, השקפתו של אהרן ברק הסבור כי כל עוד לא הושלם המפעל החוקתי, הכנסת פועלת בכובעה כסמכות מכוננת ראשונית (שס). אלא שהשקפה זו אינה יחידה או בלעדית, ואופייה של הרשות המכוננת הישראלית טרם הוכרע בפסיקה. כך, למשל, לשיטתו של פרופ' קלוד קליין, אוחזת הכנסת בסמכות מכוננת ראשונית בכל אותם נושאים שבהם טרם נחקקו חוקי יסוד, בעוד שבנושאים בהם נחקקו חוקי יסוד (כבענייננו) מיצתה הכנסת את סמכותה המכוננת הראשונית, והיא פועלת כסמכות מכוננת משנית. באופן זה חובשת הכנסת, לשיטתו, שלושה כובעים: של מכונן מקורי, מכונן נגזר ומחוקק (קליין, בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי, בעמ' 355-357; ולביקורת על גישה זו ולפיה אין לראות בכנסת כסמכות מכוננת מקורית בעת שהיא מחוקקת חוק יסוד חדש, ראו: סוזי נבות "נוקשות – סעיף 11 לחוק-יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי" קומנטר מאמרים על חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה 13-14 (2021)). קיימת גם גישת ביניים של פרופ' רבקה ווייל שלפיה בשל הקושי לפסול תיקון חוקתי בהיותו בלתי חוקתי בטרם הושלם מפעל אימוץ החוקה, יש לעשות כן רק ככלי של "מוצא אחרון" (ווייל, בעמ' 564-565). כפי שציינתי בחוות דעתי, אי-השלמת המפעל החוקתי הישראלי, אינה מקשה לטעמי על החלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, אלא להיפך – מהווה טעם נוסף להחלתה.

60. אוסיף כי חלק מחוקי היסוד הקיימים כוללים הוראות כבילה צורניות-דיוניות מפורשות על תיקונם (דרישה לרוב מיוחס של חברי הכנסת), ודומה כי איש לא יחלוק על סמכותו של בית משפט זה לערוך ביקורת שיפוטית בשאלה האם הדרישות הצורניות בעניינו של התיקון החוקתי קוימו כדין (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 351). ולטעמים נוספים לקיום ביקורת על חוק יסוד מכוח חקיקת יסוד המצויה באותו מדרג נורמטיבי, ראו: פסקה 55 לחוות דעתו של השופט ע' גרוסקופף ופסקה 10 לחוות דעתו של השופט י' כשר).

61. ולהערה נוספת. חברי השופט סולברג מתקשה לראות בחקיקת היסוד ובסעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת, משום עיגון להגבלת כוחה של הרשות המכוננת לחוקק חוקי יסוד הסותרים את אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לעיון נוסף ולהרחבת הדעת באשר לקשר בין מנגנון פסילת מפלגות לבין המנגנון של הטלת מגבלות מהותיות על תיקונים חוקתיים, כמכשירים שנועדו שניהם להגן על ליבת זהותה החוקתית של המדינה אפנה גם לרוזנאי, שמרנות ודיקלית, בעמ' 9-10 (כן ראו ה"ש 46 והאסמכתאות שפורטו שם; וכן האסמכתאות בסעיף 12 לחוות דעתי). בניגוד לעולה מעמדת חברי, הגבלה שמטילה הכנסת על עצמה, אינה סותרת את עקרון ריבונות הכנסת, אלא משלימה אותה.

62. השופט סולברג גייס בחוות דעתו את כל ענקי המשפט כדי לבסס את השקפתו בדבר עליונות המחוקק-המכונן וסמכותו לחוקק כל חוק ללא כל מגבלה. אלא שבסקירתו נפקדו דבריהם של אותם ענקי משפט שלפיהם מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית, ללא עוררין (ראו: עניין קול העם, בעמ' 884; בג"ץ 206/61 המפלגה הקומוניסטית הישראלית נ' ראש העיר ירושלים, פ"ד טז 1723, 1726 (1961); עניין אולפני הסרטה, בעמ' 2415; עניין בנק המזרחי, בעמ' 293; ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 298 (1985); בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 433, 412 (1994); בג"ץ 7351/95 נבואני נ' השר לענייני דתות, פ"ד נ(4) 89, 120 (1996); ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 630 (1997); בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, 341 (1998); בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577, 588 (2004); בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142, 207 (2010); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44, 63 (2012); עניין בר-און, בפסקה 34 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש; עניין חוק הלאום, בפסקה 19 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות; ורבים אחרים).

63. לו היה חברי מסתפק בטענה כי לא קיימת הוראה מפורשת המקנה לבית משפט זה סמכות לבקר חקיקת יסוד, ניחא. עם זאת אעיר, במאמר מוסגר, כי בתי משפט חוקתיים במדינות שונות לא פירשו את שתיקתה של החוקה בעניין סמכות בית המשפט לביקורת שיפוטית על חוקתיות תיקון חוקתי, כשלילת הסמכות (ולמבט השוואתי ראו: ברק, תיקון של חוקה, בעמ' 363-373). ואולם, טענתו של חברי כי לא קיימת כל מגבלה על כוחה המחוקק-מכונן של הכנסת, עד כי היא רשאית לכונן חוקי יסוד הסותרים את אופייה של

מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית, היא טענה קשה. לשיטתו של חברי רשאיית הכנסת, למשל, לחוקק חוק יסוד השולל כל ביקורת שיפוטית ממעשי הדרג המיניסטריאלי, ולחלופין חוק יסוד האוסר על חבישת כיפה בפרהסיה, מבלי שעומדת לבית משפט זה סמכות לבקרו או להעניק סעד. מכל מקום, מוזמן המחוקק לחוקק את חוק-יסוד: החקיקה ולקבוע את הכללים לפיהם יחוקקו או ישונו חוקי היסוד ואת היקפה של הביקורת השיפוטית בעניינם.

64. אחזור ואדגיש כי לגישתי, מרכז הכובד אינו עומד על קיומה של הסמכות לבקר חוקי יסוד, אלא על אופן הפעלתה – כלומר, על אמות המידה הצרות ביותר להחלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. כאמור, יש להפעיל סמכות זו בריסון מרבי ורק במקרי קיצון שבקיצון שכמוהם כ"ביטול" זהותה החוקתית של המדינה.

65. ומילה אחרונה על שמרנות ועל אקטיביזם שיפוטי: חברי השופט סולברג סבור כי לבית משפט זה לא מסורה הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על תיקון לחוק יסוד, אפילו הוא פוגע בליבת אופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. ביסודה של השקפתו מונחת תפיסה "שמרנית" של ריסון שיפוטי, שמירה על עקרון הפרדת הרשויות ואי התערבות במעשי המחוקק (פסקאות 57, 136, 182 לחוות דעתו). ככלל, עקרונות אלה מקובלים גם עליי. אלא שבאותם מקרים נדירים וקיצוניים, ויש לקוות תיאורטיים, בהם מעשי חקיקה שוללים את אופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית, תפיסתו מגנה על תוצאה בלתי שמרנית בעליל. קולעים לעניין זה דבריו של פרופ' יניב רוזנאי: "מי שסבור שחוק יסוד יכול לשלול את ערכי מדינת ישראל כיהודית אינו שמרן. מי שסבור שחוק יסוד יכול לשלול את ערכי המדינה כדמוקרטית אינו שמרן. הוא רדיקל המבקש לשנות מיסודו את הסדר החוקתי. הוא מבקש לצאת נגד היסודות עליהם הוקמה המדינה, נגד קביעות שיפוטיות שנפסקו מאז שנות השישים של המאה הקודמת בדבר עקרונות היסוד של השיטה, ונגד ערכי יסוד שחברי הכנסת עצמם קבעו בדברי חקיקה שהם ערכי יסוד" (רוזנאי, שמרנות רדיקלית, בעמ' 16-17).

66. בסופו של יום, כפי שציינתי בחוות דעתי, התיקון שבמוקד ענייננו רחוק מלשלול את מאפייני היסוד של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית מתוקנת. מדעתי זו לא שינית.



העתירות שלפנינו מעלות שורה ארוכה של שאלות מהותיות ומשמעותיות. בחוות דעתי לא אתייחס לכל השאלות הללו בהרחבה, שכן מקובלת עלי מסקנתה של חברתי הנשיאה (בדימ') א' חיות, לפיה יש מקום לקבל את העתירות ולהכריז על בטלותו של תיקון מספר 3 לחוק יסוד: השפיטה, כפי שהתבקש בהן. יחד עם זאת, אתייחס בקצרה לעמדתי שלי ביחס לחלק מהנושאים שהועלו במסגרת העתירות, בתשובות המשיבים ובדיון בעל-פה שהתקיים לפנינו.

1. העתירות מחייבות הכרעה במספר שאלות – השאלה הראשונה היא האם הכנסת, כרשות מכוננת, מוגבלת בסמכותה לחוקק חוקי יסוד. בהנחה שהתשובה לשאלה זו היא חיובית, השאלה השנייה היא האם מוסמך בית המשפט לבקר את הכנסת בפועלה כרשות מכוננת, ולקבוע כי היא חרגה מסמכותה בחקיקת חוק יסוד (ולא רק כאשר היא חרגה מסמכותה בחקיקת חוק רגיל שאינו חוק יסוד). בהנחה שהתשובה לשאלה זו היא חיובית, עולה השאלה השלישית – האם במקרה דנן חרגה הכנסת מסמכותה כרשות מכוננת בתיקון מספר 3 לחוק יסוד: השפיטה (להלן: התיקון), באופן המחייב הצהרה על בטלותו של התיקון. שאלה זו נחלקת לשתי שאלות משנה – האחת נוגעת לפרשנותו הנכונה של התיקון, ובפרט האם הוא חל כל אימת שמתעוררת שאלה בדבר סבירות החלטה של הממשלה, ראש הממשלה או שריה; או שמא תחולתו היא מוגבלת. השאלה השנייה היא האם בהתאם לפרשנות הנכונה של התיקון, חקיקתו מהווה חריגה של הכנסת מסמכותה כרשות מכוננת.

כפי שאפרט להלן, לטעמי הכנסת מוגבלת בחקיקת חוקי יסוד כך שחוקים אלה אינם יכולים לעמוד בסתירה לעקרונות היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; ובית המשפט מוסמך לבקר את הכנסת כאשר היא חורגת מסמכותה בהקשר זה. בהמשך לכך אבהיר מדוע לטעמי הפרשנות הנכונה של התיקון היא שלילה מוחלטת של כל אפשרות לדון בסבירות החלטות של הממשלה, ראש הממשלה והשרים; ואסביר מדוע, בהתאם לפרשנות זו – התיקון מהווה חריגה מסמכותה של הכנסת כרשות מכוננת ויש להורות על ביטולו. להלן אתייחס כאמור בקצרה לנושאים הללו.

השאלה הראשונה – האם הכנסת מוגבלת בסמכותה כרשות מכוננת לחוקק חוקי יסוד?

2. חלק מחברותיי וחבריי – אליהם אבקש גם אני להצטרף – סבורים, כל אחד מטעמיו, כי הכנסת בכובעה כרשות מכוננת מוגבלת בסמכותה לחוקק חוקי יסוד. לעומת

זאת, לגישת חלקם האחר של חבריי לא קיימות מגבלות על סמכות זו (ביניהם נמנה גם השופט י' אלרון, אשר סבור כי אף אם קיימות מגבלות כאמור, הקביעה כי הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה כרשות מכוננת שמורה למקרים קיצוניים וחריגים של פגיעה בזכויות היסוד של הפרט וכמוצא אחרון בלבד – ראו פסקה 4 לחוות דעתו).

השופטים אשר סבורים כי הכנסת מוגבלת בסמכותה, נבדלים אלה מאלה בשאלה האם המקור להגבלה הוא הדרישות הכלליות שהותוו במגילת העצמאות (כפי שקובע למשל השופט שטיין); או שמא ההגבלה נובעת מ"תפיסות יסוד" ומ"מאפייני זהות גרעיניים" של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית, הנלמדים "מהטקסט החוקתי ומהמערך החוקתי בכללותו, כפי שהתפתחו מימיה הראשונים של המדינה", כאשר אחד המקורות לאיתורם של מאפיינים אלה הוא מגילת העצמאות (כפי שסבורה הנשיאה (בדימ') חיות, ראו פסקה 65 לחוות דעתה). אינני סבורה כי יש הכרח להכריע בשאלה זו במסגרת הדיון הנוכחי. זאת מאחר שבסופו של דבר בהתאם לשתי הגישות הללו המסקנה היא כי ישנן מגבלות המוטלות על הכנסת כרשות מכוננת, לפיהן הכנסת אינה מוסמכת לפגוע באופייה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מסקנה זו מקובלת אף עלי.

די אם נאמר בהקשר זה כי מאפיינים אלה – היהודי והדמוקרטי – הם שני מאפייני הזהות הגרעיניים של מדינת ישראל, אשר הוכתבו כבר בראשית הדרך על ידי מגילת העצמאות וקנו להם שביתה במערך החוקתי הכולל המתהווה במדינתנו. על כן, גם לטעמי, "שלילת איזה מהם מובילה להתמוטטות המבנה כולו" (ראו פסקה 64 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות). במילים אחרות – מדינת ישראל שאיננה יהודית או איננה דמוקרטית, איננה "מדינת ישראל" כפי שהוקמה וכפי שהתקיימה מאז ועד היום.

עמדתי היא אם כן כי הסמכות המכוננת של הכנסת אינה בלתי מוגבלת. כך, אין בכוחה של הכנסת גם בכובעה כרשות מכוננת, ועל אף שהיא נבחרה על ידי רוב העם, לחוקק ללא כל מגבלה כל חוק יסוד שתמצא לנכון; והיא מוגבלת בכך שאסור לה לפגוע באופי היהודי והדמוקרטי של המדינה. השאלה איזה סוג של פגיעה יצדיק את המסקנה לפיה הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת ומהו הנטל המוטל על הטוען לכך, תיבחן בהמשך.

השאלה השנייה – האם מוסמך בית המשפט העליון לבקר את הכנסת כאשר היא חורגת מגבולות סמכותה כרשות מכוננת?

3. בכל הנוגע לשאלה זו, אני מסכימה עם גישתה של השופטת וילנר כי יש לפרש את הוראת סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה כמקנה לבית משפט זה סמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (ראו פסקאות 4-5 לחוות דעתה; כן ראו: פסקה 87 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות ופסקה 73 לחוות דעתו של השופט שטיין המפנים גם הם לסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה כמקור חוקי לסמכות בית המשפט להצהיר על בטלות חוק יסוד כאשר הכנסת חורגת מסמכותה כרשות מכוננת). פרשנות זו מתיישבת הן עם לשונה הכללית של הוראת סעיף זה, המסמיכה את בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק לדון ולהושיט סעד למען הצדק כלפי רשויות השלטון; והן מהמסקנה כי הכנסת מוגבלת בפועלה כרשות מכוננת, שממנה נובע צורך חיוני בקיומו של כלי שיאפשר את אכיפת המגבלות הללו אם וכאשר הכנסת חורגת מהן. בהתאם לסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, ובהיעדר כל כלי אפקטיבי אחר בשיטת המשפט בישראל שבכוחו לרסן את כוחה של הרשות המכוננת – הרשות השופטת, האמונה ככלל על עריכת ביקורת על אופן מימוש סמכויותיהן של יתר הרשויות, היא שאמונה גם על אכיפת המגבלות הקיימות על כוחה של הרשות המכוננת (וראו לעניין זה פסקאות 72-85 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות).

השאלה השלישית – האם תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה פוגע באופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית במידה המצדיקה התערבות שיפוטית ופסילת התיקון?

4. הנשיאה (בדימ') חיות קובעת בחוות דעתה כי התיקון – אשר לגישתה מבטל באופן גורף את הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים – פוגע פגיעה קשה ביותר במאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, בשל פגיעתו בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק. משכך, היא קובעת כי בכינונו של התיקון חרגה הכנסת מסמכותה כרשות מכוננת באופן המצדיק את פסילתו. לעומתה, השופטים וילנר, שטיין וכנפי-שטייניץ סבורים כי הפרשנות הנכונה והראויה של התיקון אין משמעה שלילה מוחלטת של עילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה, ראש הממשלה ושריה, כי אם צמצומה למובנה "המסורתי" עובר לפסק הדין בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד ל"ה(1) 421 (1980) (להלן: עניין דפי זהב). לגישתם, בהתאם לפרשנותו זו (אשר תכונה להלן: הפרשנות המצמצמת), אין בתיקון משום פגיעה אנושה בליבת זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל, ועל כן אין הוא בגדר חריגה של הכנסת מסמכותה כרשות מכוננת. יצוין כי השופטת וילנר סבורה שיש להעדיף את הפרשנות הזו, מאחר שעל פיה לא נוצר צורך בביטול חוק היסוד (קרי מדובר בפרשנות "מקיימת" – ראו פסקה 39 לחוות דעתה. ראו גם פסקה 37 לחוות דעתה של השופטת כנפי-שטייניץ המציגה גישה דומה). כפי שאראה בהמשך, אני מסכימה עם

עמדתה של הנשיאה (בדימ') חיות כי לא ניתן להגיע לתוצאה פרשנית מצמצמת זו, ולכן גם אני סבורה כי דין התיקון להתבטל בשל פגיעתו הקשה באופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל.

פרשנות התיקון – האם ניתן לקבל את הפרשנות המצמצמת לפיה הוא מתייחס רק לעילת הסבירות כפי שהיא נקבעה בעניין דפי זהב?

5. מהי הפרשנות הנכונה לתיקון, והאם יש מקום לקבל את עמדת חלק מחבריי הסבורים כי יש לאמץ את הפרשנות המצמצמת לפיה התיקון נועד להשיב את המצב המשפטי לזה שהיה קיים ערב פסק הדין בעניין דפי זהב? כדי לבחון זאת, יש להרחיב מעט את הדיבור בשאלה מה היה הדין בהתייחס לבחינה שיפוטית של החלטות מינהליות לפני פסק הדין בעניין דפי זהב, ומה היה החידוש בפסק דין זה. זאת מאחר שכדי לקבוע האם הפרשנות לפיה התיקון נועד להשיב את מצב הדברים לזה שהיה לפני פסק הדין בעניין דפי זהב היא פרשנות אפשרית, מעשית ובעלת משמעות, יש לבחון האם ניתן לצקת תוכן ממשי לפרשנות זו, באופן שיכוון את בתי המשפט ביחס לעתירות עתידיות בהן תיטען טענה של העדר סבירות.

למעשה, הנחת היסוד הניצבת בבסיסה של הפרשנות המצמצמת לתיקון היא כי המצב המשפטי לפני פסק הדין בעניין דפי זהב היה ברור; וכי פסק הדין יצר שינוי ברור במצב המשפטי. אלמלא כן, אין כמובן משמעות ברורה להנחיה אפשרית של המחוקק כי בתי המשפט צריכים, מעתה ואילך, לנהוג כאילו "הלכת דפי זהב" לא באה לעולם.

את הנחת היסוד הזו ניתן לחלק לשלוש הנחות משנה –

(-) עובר לפסק הדין בעניין דפי זהב הייתה התערבות אפשרית של בית המשפט בהחלטות מינהליות רק במקרה של החלטה שהיא מופרכת מעיקרה, ששום גורם רציונלי לא היה יכול לקבלה, מבלי שבית המשפט בחן את האיזון שנערך בין השיקולים הרלוונטיים ששימשו לצורך קבלת ההחלטה;

(-) פסק הדין בעניין דפי זהב היה "קו פרשת המים", ואחריו השתנה באופן ברור מודל הביקורת השיפוטית בהתאם לעילת הסבירות, כך שבית המשפט רשאי לבחון את המשקל היחסי של כל שיקול ושיקול, ולהתערב כאשר ישנה חריגה מהמשקלות הראויים שהיו צריכים להינתן לכל אחד מהשיקולים;

(-) המצב המשפטי היום הוא כפי שנקבע בפסק הדין בעניין דפי ז'הב.

במילים אחרות, לפי הפרשנות המצמצמת המוצעת על ידי חלק מחבריי, יש לקרוא את התיקון כאילו נאמר בו כי בית המשפט יחזור למצב ששרר טרום פסק הדין בעניין דפי ז'הב, וזאת מתוך הנחה כאמור שמצב זה הוא שונה באופן חד וברור מהמצב המשפטי שלאחר פסק דין זה, ושזהו מצב הדברים נכון למועד התיקון.

6. אני סבורה כי לא ניתן לקבל את כל הנחות היסוד הללו, מאחר שהן אינן משקפות את המצב המשפטי – לא לפני התיקון ולא לאחריו. משכך, לטעמי הפרשנות בהתאם להנחות אלה היא פרשנות שלא ניתן לקבלה. יתרה מכך, מדובר בפרשנות מורכבת, המוסיפה ללשון החוק את מה שלא נאמר בו (ואת מה שבiodעין התכוון המחוקק שלא לכלול בו); תוך התוויה של קטגוריות שאינן ברורות ואינן חד-משמעיות (המצב לפני פסק הדין בעניין דפי ז'הב; והמצב לאחר מכן). לכן, לגישתי פרשנות מצמצמת זו, שאין לה אחיזה בלשון החוק, היא פרשנות מלאכותית, לא ישימה והיא נעדרת למעשה משמעות אופרטיבית. להלן אפרט ואבהיר את הדברים.

התפתחותה של עילת הסבירות

7. פסק הדין בעניין דפי ז'הב נחשב בפסיקה ובספרות המשפטית כ"קו פרשת המים" בכל הנוגע לעילת הסבירות, וזאת בעיקר בשני מובנים: ראשית, בכך שהוא קבע כי עילת הסבירות היא עילת פסילה נפרדת מעילות אחרות, והיא איננה רק נגזרת של עילת העדר הסמכות; ושנית, בכך שהוא איפשר לבית המשפט לבקר החלטה גם כאשר מקבל ההחלטה לקח בחשבון את כלל השיקולים הרלוונטיים ורק אותם, אלא שהאיזון שהוא ערך ביניהם חרג באופן קיצוני או מהותי ממתחם הסבירות. להלן ארחיב מעט את הדיבור על האופן בו נתפסה עילת הסבירות לפני פסק הדין בעניין דפי ז'הב ועל האופן בו פסק הדין שינה לכאורה תפיסה זו; ואבהיר מדוע אינני שותפה לעמדה זו.

8. כפי שצינו חבריי, מקורה של עילת הסבירות במשפט האנגלי, והיא נשאבה לתוך המשפט המינהלי הישראלי כבר משנותיה הראשונות של המדינה. בראשית הדרך נהוג היה להתייחס לעילת הסבירות כרכיב של עילת חוסר הסמכות. כפי שציין השופט צ' ברנזון בע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026 (1959) (להלן: עניין דיזנגוף): "ענין הסבירות אינו בעצם אלא אחת הצורות של חריגה מסמכות... עניני הסבירות והחריגה מהסמכות כרוכים, אפוא, זה אחר זה, וכמו שנאמר שם רק במובן זה שהפרלמנט אף פעם לא נתכוון לתת סמכות לתקנות

כאלה, אפשר לעורר כהלכה את שאלת חוסר ההגיון" (שם, בעמוד 1037. ראו גם: מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 773, 794 (2013) (להלן: כהן); יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" משפטים נא 673, 678 (2022) (להלן: דותן, ריסון וסבירות)). בהתאם, הנוסחה המקובלת ששימשה בדרך כלל את בתי המשפט לצורך בחינת סבירותה של החלטה מינהלית הייתה כי רק החלטה שהיא כה מופרכת או בלתי מתקבלת על הדעת, עד שלא ייתכן כי המחוקק התכוון להסמיך את הרשות המנהלית לקבל אותה – תיחשב לבלתי סבירה (ראו למשל: בג"ץ 80/54 נוחימובסקי נ' שר-המשפטים ויו"ר וחברי הוועדה למתן תעודות למבקרי-חשבונות מוסמכים, פ"ד ח 1491, 1499 (1954) (להלן: עניין נוחימובסקי); עניין דיזינגוף, בעמוד 1039; בג"ץ 129/57 מנשי נ' שר-הפנים, פ"ד יב 209, 214-215 (1958). ראו גם: כהן, בעמודים 794-795; דותן, ריסון וסבירות, בעמוד 679).

לצד זאת, יצוין כבר עתה כי הדרך בה על בית המשפט להפעיל נוסחה כללית זו – היינו לבחון האם ההחלטה שהובאה לפתחו היא "מופרכת" או "בלתי מתקבלת על הדעת" במידה כזו שהיא מהווה חריגה מסמכות – לא הובררה די הצורך. בעניין נוחימובסקי ציין השופט ברנזון: "אימתי מעשה הוא בלתי מתקבל על הדעת במידה כזאת שהוא בגדר שימוש לרעה בסמכות? אין תשובה חותכת כללית לשאלה זו. התשובה תלויה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה, ומובן שיש להביא בחשבון את כל הנסיבות והגורמים הנוגעים לעניין" (שם, בעמוד 1499; ההדגשה הוספה).

כמו כן, יצוין במאמר מוסגר כי מלבד מובנה זה של עילת הסבירות, באותן שנים נעשה לעיתים שימוש במונח אי-סבירות גם לצורך תיאורן של החלטות שנפלו בהן פגמים אחרים בהפעלת שיקול הדעת, כדוגמת שיקולים זרים, הפליה וכיוצא בזה, שבאותה עת נתפסו אף הם כפגמים בהפעלת הסמכות (ראו: איל זמיר "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 291, 297-298 (1982); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 723 (2010) (להלן: ברק-ארז, משפט מינהלי); דותן, ריסון וסבירות, בעמוד 677. כן ראו: עניין דיזינגוף, בעמודים 1037-1038).

9. בשנת 1980 ניתן פסק הדין בעניין דפי זהב. בפסק הדין, המשיג השופט א' ברק את עילת הסבירות באמצעות ארבע פרופוזיציות:

ראשית, חוסר סבירות כשלעצמו הוא עילה לפסילתו של שיקול-דעת מינהלי; שנית, חוסר הסבירות נמדד באמות מידה אובייקטיביות; שלישית, חוסר סבירות, הפוסל

שיקול-דעת מינהלי, הוא חוסר סבירות מהותי או קיצוני; רביעית, עקרון הסבירות מביא לפסילתו של שיקול-דעת מינהלי, אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה (שם, בעמוד 437).

על אף שבפסק דינו ציין השופט ברק כי פרופוזיציות אלה משקפות את המשפט המצוי כפי שהוא עולה מפסיקתו של בית משפט זה, הדעה הרווחת בקרב שופטים ומלומדים היא כי מדובר בפסק דין תקדימי אשר שינה באופן מהותי את עילת הסבירות כפי שנתפסה בפסיקה עד אותה עת (ראו: מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5, 25, 25, 27 (1994); יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר – מאמרים 417, 420 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2003); ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמוד 725; כהן, בעמוד 796; דותן, ריסון וסבירות, בעמודים 674, 685). כן ראו: בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל, אהוד אולמרט, פסקה 7 לחוות דעתו של השופט א' גרוניס (30.11.2006); בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, אהוד אולמרט, פ"ד סב(3) 445, 522 (2007) (להלן: עניין אמונה); דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פסקה 57 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (26.10.2017)).

אחד השינויים העיקריים שנהוג לעמוד עליהם בהקשר זה הוא הפיכתה של עילת הסבירות לעילת ביקורת "עצמאית" וניתוקה מעילת חוסר הסמכות (ראו: ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמוד 725 ה"ש 6; דותן, ריסון וסבירות, בעמודים 684, 686-687). בכל הנוגע לענייננו, אני סבורה כי אין לשינוי זה השלכה משמעותית, והוא אף איננו ייחודי לעילת הסבירות. בדומה לעילת הסבירות, קיימות עילות נוספות המסווגות כיום כעילות להתערבות במישור שיקול הדעת – כדוגמת שיקולים זרים והפליה – אשר סווגו בעבר כחלק מן העילה של חוסר סמכות, מתוך התפיסה כי פגם חמור בהפעלת שיקול הדעת כמוהו כחריגה מסמכות. כך למשל, בעניין דיזינגוף ציין השופט ברנזון כי "קשה להבדיל באופן מהותי בין מבחן הסבירות לבין המבחנים האחרים המקובלים לפסילת אקט מינהלי כמו חוסר-תום-לב, נקיטת שיקולים בלתי כשרים, השגת מטרה זרה לעניין, וכו', שכולם אינם אלא צורות שונות לבדיקת ענין החריגה מסמכות" (שם, בעמוד 1038. ראו גם: עניין נוחימובסקי, בעמוד 1499; ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמוד 636; דותן, ריסון וסבירות, בעמוד 678).

לא למותר לציין גם כי מהלך דומה התרחש אף ביחס לעילות שעניינן הפרת כללי הצדק הטבעי (מתן זכות טיעון ואיסור על משוא פנים), שנתפסו בעבר כנגזרת של עילת חוסר הסמכות, וכיום הן מסווגות כעילות התערבות "עצמאיות" שנבחנות במישור ההליך

(ראו: ע"א 183/69 עיריית פתח תקוה והמועצה הדתית פתח תקוה נ' אברהם טחן ממעברת "עמישב", כג(2) 398 (1969); בג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט, פסקה טז (12.11.2015); ברק-ארוז, משפט מינהלי, בעמוד 461; דותן, ריסון וסבירות, בעמוד 678 ה"ש 13). נראה אם כן כי מדובר במהלך טבעי של פיתוח כללי המשפט המינהלי והביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות (אשר בהיעדר חקיקה, התפתחו באופן בלעדי בפסיקתם של בתי המשפט); מהלך במסגרתו סווגו מחדש עילות שונות כדי להסדיר בצורה ברורה ועקיבה יותר את אופני ההתערבות במשפט המינהלי, בחלוקה לשלושה מישורים: מישור הסמכות, מישור ההליך ומישור שיקול הדעת (ראו: ברק-ארוז, משפט מינהלי, בעמוד 15; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ה 3290 (2020) (להלן: זמיר)).

לצד זאת, דומה כי "החידוש" העיקרי והמהותי ביותר המיוחס לפסק הדין – ואשר כפי הנראה עומד במוקד הפרשנות המצמצמת שמציעים חבריי – הוא "הנוסחה האיזונית" עליה עמד השופט ברק בפסק דינו (ראו: ברק-ארוז, משפט מינהלי, בעמוד 725; כהן, בעמוד 798; דותן, ריסון וסבירות, בעמוד 682; עניין אמונה, בעמוד 522). לפי נוסחה זו:

על הרשות המינהלית לאזן את האינטרסים השונים במסגרת הנורמה הכללית שנקבעה על-ידי המחוקק. איזון זה הוא סביר, אם הרשות המוסמכת נותנת את המשקל הראוי, כלומר, המשקל המתבקש על-פי פירושה של הנורמה החקיקתית אותה מבצעת הרשות המינהלית, לאינטרסים השונים הבאים בחשבון. איזון זה אינו סביר, אם הרשות המוסמכת אינה נותנת משקל ראוי לאינטרסים השונים (עניין דפי זהב, בעמוד 445).

גם בפסקי דין מאוחרים יותר הוגדרה הנוסחה האיזונית באופן דומה. ראו למשל: בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 263-264 (1993); בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 907 (2004); בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקה 42 (9.6.2011); בג"ץ 3823/22 נתניהו נ' היועצת המשפטית לממשלה, פסקה 4 לחוות דעתה של השופט ד' ברק-ארוז (17.7.2023).

יצוין כי לצד נוסחה זו, הדגיש השופט ברק בפסק דינו כי מכלול השיקולים הרלוונטיים ייקבע על ידי בית המשפט בהתאם לחוק המסמין את הרשות המינהלית לביצוע הפעולה. לצורך כך, על בית המשפט לפרש את החוק, כאשר "על-פי פירושו של החוק, עשוי להיווצר מתחם של סבירות שבמסגרתו כל איזון אשר ייעשה על-ידי הרשות



המינהלית יהא ראוי, שכן כל יחס בין האינטרסים השונים נופל למסגרת החקיקתית הקבועה על ידי המחוקק. איזון שנעשה מחוץ לתחום זה הוא בלתי סביר, ובית המשפט יתערב בדבר" (שם, בעמוד 445). בכך טבע השופט ברק את המונח "מתחם הסבירות", המשמש תדיר את בתי המשפט בבואם לבחון את סבירותה של החלטה מינהלית (ראו, למשל: בג"ץ 2534/97 חבר-הכנסת יונה יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 29 (1997); בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, מר אריאל שרון, פ"ד נז(6) 817, 916 (2003); בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקאות 52, 55 לפסק דינה של הנשיאה חיות (18.1.2023)). עוד הדגיש השופט ברק כי "אין לבטל מעשה מינהלי בשל סטייה של מה בכך מסטנדרט ההתנהגות הסבירה... או סטייה בעניין שולי... כדי שסטייה מסטנדרט ההתנהגות המקובל על רשות מינהלית סבירה תביא לביטול המעשה המינהלי, יש צורך בסטייה מהותית, היורדת לשורש העניין" (שם, בעמוד 443; ההדגשה הוספה).

10. ואולם, על אף שהיוולדה של הנוסחה האיזונית מיוחסת ככלל לפסק דינו של השופט ברק בעניין דפי זהב, למעשה ניתן למצוא לה שורשים מוקדמים יותר בפסיקה ובספרות (ראו: כהן, בעמודים 795-796; זמיר, בעמוד 3556). את הדוגמה המובהקת ביותר ניתן למצוא בבג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94 (1976) (להלן: עניין דקה) – שם הכיר בית המשפט מפורשות באפשרות להתערב בהחלטת הרשות המינהלית מן הטעם שלא ניתן משקל הולם לשיקולים הרלוונטיים השונים, עד כדי שהחלטה הפכה בלתי סבירה בעליל. באותו עניין נידונה עתירה לביטול תקנה מסוימת בתקנות התעבורה. בפסק דינו דן השופט מ' שמגר בשאלה באילו נסיבות תתקבל מסקנה של חוסר סבירות, וציין כי:

...למרות העובדה שאי-הסבירות מוצאת ביטוי, בעיקרה, בתופעות אשר להן גם קיום עצמאי כמדדים על-פיהם נבחנים שיקולים של רשות סטטוטורית, יכולה אי-הסבירות גם להתגלות כאשר היא בגפה: לדוגמא, יכול שייוצרו נסיבות בהן לא נשקל על-ידי הרשות המיניסטריאלית שיקול זה, והובאו בחשבון אך ורק שיקולים שהם רלבנטיים לעניין, אולם לשיקולים הרלבנטיים השונים יוחס משקל בפרופורציה כה מעוותת ביניהם לבין עצמם, עד שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה ובשל כך לבלתי-סבירה לחלוטין (שם, בעמוד 105; ההדגשה הוספה).

כפי שניתן לראות, באותו עניין קשר השופט שמגר באופן ברור בין עילת הסבירות במובנה "המסורתי" – לפיה רק החלטה "מופרכת מעיקרה" תיחשב כבלתי-סבירה; לבין הנוסחה האיזונית המיוחסת לעילת הסבירות "העדכנית" – לפיה החלטה תיחשב כבלתי סבירה מקום בו לא ניתן משקל הולם וראוי לשיקולים השונים הצריכים לעניין.

גם במקרים אחרים – המוקדמים לפסק הדין בעניין דפי זהב – הכיר בית משפט זה באפשרות לערוך ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות בהתאם לנוסחה האיזונית, אף אם לא עשה שימוש במינוח הזה. כך, כבר בפסק דינו של בית משפט זה משנת 1953 בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953) (להלן: עניין קול העם), ניתן למצוא התייחסות לחובתה של הרשות המינהלית לשיקול שיקולים שונים ולאזן ביניהם כראוי; והכרה בסמכותו של בית המשפט להתערב בשיקול דעתה ככל שלא עשתה כן. באותו עניין נדונו עתירות נגד צווים שהוציא שר הפנים מכוח פקודת העיתונות להפסקת פרסומם של עיתונים, משמצא כי יש במאמרים המפורסמים בהם כדי לסכן את שלום הציבור. בפסק דינו בחן השופט ש' אגרנט את שיקול הדעת שהפעיל שר הפנים בהוצאת הצווים, ובפרט את האיזון שערך בין השיקולים הרלוונטיים של שלום הציבור מזה וחופש הביטוי מזה, והגיע למסקנה כי נפל פגם באיזון זה שבגינו יש להורות על ביטול הצווים. בין היתר, ציין השופט אגרנט בפסק דינו כי "הפתרון צריך לבוא בדרך של שקילת האינטרסים של בטחון המדינה מזה וחופש הביטוי מזה" (שם, בעמוד 881). עוד הוא הבהיר כי "אמנם יש והמחוקק עושה את מלאכת השקילה והאיזון בעצמו... אך יש והמחוקק משאיר את שיקול הדעת בשטח זה בידי אחרים, כגון, בידי הרשות המבצעת. בסוג האחרון של מקרים, מן ההכרח שתתעורר השאלה – ודווקא משום שאין אותה גישה מכילה בקרבה נוסחה מדויקת וצרה – מהו העקרון הרציונאלי שצריך לשמש לה, לרשות המבצעת, שעה שהיא עוסקת בתהליך האמור, לשם הכרעת הכף לצד זה או זה משני האינטרסים הנזכרים?" (שם, בעמודים 881-882).

דוגמאות נוספות ניתן למצוא בפסק הדין שניתן בבג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' לוי גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, משרד-הפנים, פ"ד טז 2408 (1962) (להלן: עניין אולפני הסרטה) – שם התערב בית משפט זה בשיקול דעתה של המועצה לביקורת סרטים ומחזות לפסול לשידור קטע מיומן קולנועי מן הטעם שלא ניתן בהחלטה משקל ראוי לשיקול של "זכות האזרח להפיץ ולקבל ידיעות על המתרחש מסביבו" (שם, בעמוד 2415); ובפסק הדין בבג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169 (1979) – שם התערב בית המשפט בשיקול דעתה של משטרת ישראל לדחות בקשה לקיים תהלוכה בין היתר מן הטעם שההחלטה לא איזנה כראוי בין השיקול התעבורתי של פגיעה בסדרי התנועה לבין הזכות לקיים אסיפה או תהלוכה. בפסק דין אחרון זה ציין השופט ברק כי "האיזון בין האינטרסים השונים הופקד על-ידי המחוקק בידי של המשיב מס' 2, וכל עוד הוא שקל את השיקולים [ה]ראויים ונתן להם את המשקל הראוי, לא נתערב. אך אם שיקוליו של המשיב מס' 2 [לוקים] בחוסר תום לב, בשרירות, באפליה או בחוסר סבירות – לא נהסס מלהתערב" (שם, בעמוד 177; ראו גם את חוות דעתו של השופט ברק בבג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 742 (1980)).

מן האמור עולה בבירור כי אף לפני פסק הדין בעניין דפי זהב הכיר בית משפט זה באפשרות להתערב בשיקול דעתה של הרשות המינהלית בשל כך שלא ניתן משקל ראוי לאיזה מהשיקולים השונים שהיו צריכים להישקל בעת קבלת ההחלטה. כפי שציין זמיר בספרו:

...מאז שנות החמישים נהג בית המשפט לפסול החלטות מינהליות גם כאשר הפגם היחיד שנפל בהחלטה היה מתן משקל בלתי ראוי לשיקול מסוים. לכן ברור שבית המשפט לא יצר, ואף לא התיימר ליצור מובן חדש לעילת הסבירות או עילת ביקורת חדשה, לא בפסק דין דקה משנת 1976 ואף לא בפסק דין דפי זהב משנת 1980. אכן, בפסקי דין אלה בית המשפט לא המציא את הגלגל, אלא רק הסיר ממנו את העטיפה שהסתירה אותו: הוא לא יצר עילת 'חדשה' לצד העילה 'הישנה', אלא רק הבהיר שעילת הסבירות מורכבת מאז ומתמיד משתי עילות, כלומר, עילת החלטה ועילת שיקול הדעת (זמיר, בעמודים 3559-3560; ההדגשה הוספה).

לטעמי, מכך ניתן להסיק שתי מסקנות: ראשית, כי פסק הדין בעניין דפי זהב לא היווה "קו פרשת המים" אשר ממנו ואילך השתנה באופן ברור המצב המשפטי; ושנית, כי הנוסחה האיזונית שנזכרה בפסק הדין בעניין דפי זהב (ואף קודם לכן בעניין דקה) לא יצרה באמת שינוי מהותי באופן בו בוחנים בתי המשפט הלכה למעשה את סבירותן של החלטות מינהליות, אלא היא רק הכריזה על צורת הבחינה שהופעלה עוד קודם לכן על ידי בתי המשפט, אף אם לא במוצהר.

המסקנה השנייה נובעת מהעובדה שלבית המשפט נדרשים תמיד כלים אנליטיים כדי לבחון החלטות ולהעמיד אותן תחת שבט ביקורתו. עילת הסבירות – הן במובנה "המסורתי" והן במובנה "העדכני" – היא עילה עמומה אשר אינה מספקת מבחן ברור להפעלתה. כך, בין אם נגדיר את עילת הסבירות כחלה על החלטות "מופרכות" או "בלתי מתקבלות על הדעת" ובין אם נגדיר אותה כחלה על החלטות "החורגות ממתחם הסבירות" – עדיין לא יהיה בכך כדי להבהיר באילו כלים בוחן בית המשפט בפועל, באופן מעשי, האם החלטה פלונית נכנסת תחת הגדרות אלה. כפי שמציין דותן במאמרו:

הנוסחאות הלשוניות המשמשות את בתי המשפט בתור 'עילות' הביקורת השיפוטית, ובוודאי אלו הנוגעות לסבירות, הן עמומות, מעורפלות, בלתי נקבעות וחמקמקות, והדבר מקשה מאוד על מי שמנסה לצקת תכנים קונקרטיים מוגדרים, כאלה שיכולים להיות לעזר

למי שמנסה לפעול על פיהן באופן אחיד, עקיב, נהיר ורציונלי (דותן, ריסון וסבירות, בעמוד 688).

דותן אומנם סבור כי "אפשר כמובן לומר שמבחן המופרכות 'צר' מהמבחן האיזוני הרחב, וכי הוא מותיר לבית המשפט פחות מקום להתערבות בשיקול הדעת המינהלי..." (שם, בעמוד 688), ואולם לא ברור על מה מבוססת אמירה זו. בהמשך הוא אף מציין כי "דומה שהנוסחאות הלשוניות עצמן אינן מספקות לנו הסבר ברור לא בדבר התוכן המהותי של כל אחת מהנוסחאות הללו ולא בדבר התוצאות הקונקרטיות של החלתן במקרה נתון זה או אחר" (שם).

לגישתי, הדרך היחידה בה יכול בית המשפט להכריע האם החלטה פלונית הבאה לפתחו היא החלטה בלתי סבירה (בין אם חוסר סבירות מוגדר כ"מופרכות" או כ"חריגה ממתחם הסבירות") היא באמצעות בחינת מכלול הנסיבות והשיקולים אשר ניצבים ברקע לקבלת ההחלטה, ובדיקה האם ההחלטה משקפת איזון הולם ביניהם. כפי שציין השופט אגרנט כבר בשנת 1953 בעניין קול העם, כאשר המחקק מותיר את מלאכת השקילה והאיזון לרשות המינהלית, "מן ההכרח שתתעורר השאלה – ודווקא משום שאין אותה גישה מכילה בקרבה נוסחה מדויקת וצרה – מהו העקרון הרציונאלי שצריך לשמש לה, לרשות המבצעת, שעה שהיא עוסקת בתהליך האמור, לשם הכרעת הכף לצד זה או זה משני האינטרסים הנזכרים" (שם, בעמודים 881-882). ואכן, מבלי לבחון את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, כיצד מצופה השופט להכריע אם מדובר בהחלטה "בלתי-סבירה בעליל" או "מופרכת"? כמובן זה, הנוסחה האיזונית הבוחנת את מכלול הנסיבות ואת השיקולים שביסוד ההחלטה, היא הכלי השיפוטי המשמש לבחינת סבירות ההחלטה, ואשר אין תימה כי שימש בפועל, גם אם לא באופן מוצהר, את בתי המשפט שנים ארוכות עובר לפסק הדין בעניין דפי זהב.

11. לאחר שעמדתי על דברים אלה, אעבור לפרט מדוע לטעמי לא ניתן לקבל את הפרשנות המצמצמת המוצעת על ידי חלק מחבריי.

הקשיים העיקריים בפרשנות המצמצמת

12. כפי שצוין לעיל, עיקרה של הפרשנות המצמצמת אותה מציעים חבריי הוא בכך שתבוטל עילת הסבירות "האיזונית" כפי שנוסחה בעניין דפי זהב, ונשוב ל"עילת הסבירות המקורית" בנוסחה "טרום דפי זהב" – כך שרק החלטה שהיא "מופרכת" או "בלתי מתקבלת על הדעת" תיחשב כהחלטה בלתי סבירה. פרשנות זו לוקה במספר כשלים.

13. ראשית – הפרשנות המוצעת נעדרת כל אחיזה בלשון התיקון. נוסח התיקון קובע כך:

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 ההחלטה 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 (ההדגשה הוספה).

כפי שניתן להיווכח, התיקון קובע באופן כוללני וגורף כי בית המשפט "לא ידון בעניין סבירות". לשון התיקון אינה מבחינה בין "סבירות" במתכונת כזו או אחרת, ובפרט היא איננה מבחינה בין "סבירות" במובנה לפני פסק הדין בעניין דפי זהב לבין "סבירות" במובנה לאחר פסק הדין. לכן הפרשנות המתבקשת, ולמעשה היחידה, הנלמדת מלשון החוק היא כי כל אימת שתעלה בפני בית המשפט (ולמעשה בפני כל גורם שיש בידיו סמכות שפיטה על פי דין) טענה ביחס לחוסר סבירות של החלטת הממשלה, ראש הממשלה או שריה – בין אם תהיה זו טענה ל"חוסר סבירות קיצוני", להחלטה "בלתי מתקבלת על הדעת" עד כדי "מופרכות", ל"חוסר סבירות איזוני" וכיוצא בזה – בית המשפט יהיה מנוע מלדון בטענה זו. במילים אחרות, להבחנה שמציעים חלק מחבריי בין מובניה השונים של עילת הסבירות אין כל עיגון טקסטואלי בלשונו הברורה והחד-משמעית של התיקון, ועל כן היא חורגת מן הגבולות הלגיטימיים של מלאכת הפרשנות (ראו: ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364, 395 (1991); בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 271, 285, 288 (2004) (להלן: עניין גניס); ע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין חיפה נ' פוליטי, פ"ד סב(4) 280, 302-303 (2008)). פרשנות מעין זו כמוה ככתיבת החוק מחדש. ואולם – כתיבת חוקים היא מלאכה השמורה לרשות המחוקקת, ואילו בית המשפט אמון על פרשנותם של החוקים; וככל שיש בכך צורך – על בחינת תוקפם בהתאם לפרשנות הנכונה שלהם. בית המשפט אינו רשאי לטעמי, רק כדי "לקיים" את החוק, לכתוב אותו מחדש באופן שיאפשר להכיר בתוקפו.

יפים לענייננו דבריו של השופט א' ריבלין (שנותר בדעת מיעוט) בעניין גניס, בשינויים המחויבים:

הסמכות לחוקק חוקים ולתקנם שמורה לרשות המחוקקת, בעוד שבית-המשפט מפרש חוקים ומפקח על חוקתיותם. פרשנות אשר אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק פגיעה בסמכות הנתונה לגוף המחוקק עולה על זו הכרוכה בהכרזה על בטלותו של חוק מטעמים חוקתיים לאין ערוך. פרשנות הנעדרת אחיזה ראויה בלשון החוק עשויה להפר את האיזון העדין שבין הרשויות. במובן מסוים יש בפרשנות עוקפת גם משום התנערות של בית-המשפט מתפקידו שלו להכריז בקול רם וברור איזהו חוק אשר ספר החוקים שלנו אינו יכול לשאתו לאור עקרונות היסוד של משטרנו כפי שהם מעוגנים במסמכים החוקתיים. הכרזה חוקתית ברורה היא תכופות צורך חיוני, המציג בפני הגוף המחוקק ובפני הציבור הנחיה חוקתית הצופה גם פני עתיד (שם, בעמוד 289).

אם כן, על אף שכלל עלינו להעדיף דרך של פרשנות המקיימת את החוק על פני פסילתו, אין אנו רשאים לילך בדרך פרשנית זו במקרים שבהם הפרשנות המקיימת נעדרת אחיזה, ולו מינימלית, בלשון החוק.

14. שנית – הפרשנות המצמצמת שהוצעה מנוגדת באופן חזיתי וברור לתכלית הסובייקטיבית של התיקון, כפי שהיא נלמדת מהפרוטוקולים של הדיונים שהתקיימו בהצעת התיקון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן: ועדת החוקה) (ועמדה על כך הנשיאה (בדימ') חיות בהרחבה בפסקאות 129-132 לחוות דעתה); כמו גם מעמדויהם של משיבי הממשלה ושל יו"ר ועדת החוקה, חבר הכנסת שמחה רוטמן (להלן: ח"כ רוטמן), כפי שהוצגו לפנינו. כך למשל, בדיון שהתקיים בוועדת החוקה ביחס לאפשרות לצמצם את עילת הסבירות למובנה "טרום דפי זהב", ציין ח"כ רוטמן כי אין דרך "למתוח את הקו בין אי-סבירות קיצונית לאי-סבירות לא קיצונית" (פרוטוקול ישיבה 105 של ועדת החוקה, הכנסת ה-25, 113 (25.6.2023)). דברים דומים אמר ח"כ רוטמן גם בישיבת הוועדה מיום 13.7.2023 (ראו פרוטוקול ישיבה 125 של ועדת חוקה, הכנסת ה-25, 15 (13.7.2023)). גם בהצגת התיקון במליאת הכנסת לקראת קריאה שנייה ושלישית, שב והבהיר ח"כ רוטמן כי מוצע לקבוע שרשות שיפוטית לא תוכל לדון בעניין סבירות החלטת הממשלה, ראש הממשלה או השרים, "בין אם מכוח עילת הסבירות המקורית ובין אם מכוח עילת הסבירות החדשה"; ואף ציין כי עמדה זו משקפת את העקרונות והיסודות שבבסיס הצעת התיקון (פרוטוקול ישיבה 97 של הכנסת, 551-552 (23.7.2023)). ח"כ רוטמן המשיך לדבוק בקו זה גם בדיון שהתקיים לפנינו ביום 12.9.2023 – שם, במענה לשאלות הנוגעות לאפשרות לפרש את התיקון ככזה שמותיר את עילת הסבירות במובנה "טרום דפי זהב", הבהיר ח"כ רוטמן כי התיקון

מונע מבית המשפט לדון בסבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים, על כל מובניה (עמודים 37-39 לפרוטוקול הדיון).

באשר לעמדת משיבי הממשלה, אומנם בתצהיר התשובה שהוגש מטעם עלתה הגישה לפיה יש להעניק לתיקון פרשנות מצמצמת המשיבה את המצב המשפטי לקדמותו טרום פסק הדין בעניין דפי זהב, בדומה לפרשנות שהציגו חלק מחבריי (וראו פסקאות 51-54 לחוות דעתה של השופטת וילנר). עם זאת, הן בדיון שהתקיים לפנינו והן בהשלמת הטיעון שהגישו משיבי הממשלה לאחר הדיון נשללה לחלוטין גישה זו, והובעה עמדה חד-משמעית לפיה "פרשנות נכונה של [התיקון]... היא כי ביחס להחלטות הממשלה ושריה אין עוד אפשרות לביקורת שיפוטית בעילה של חוסר סבירות מכל סוג שהוא, אף אם יסבור מישהו שמדובר בהחלטה בלתי סבירה באופן קיצוני נוסח וונדסבורי (פסק דין אנגלי שתואם לכאורה את עילת הסבירות במובנה "טרום דפי זהב" – ר.ר.); זאת, בהיעדר יכולת מעשית להבחין בין מובניה השונים של עילת הסבירות (פסקה 45 להשלמת הטיעון מטעם הממשלה).

בחינתם של מקורות אלה מעלה בבירור כי כוונתו הסובייקטיבית של התיקון הייתה לבטל באופן גורף ומוחלט את עילת הסבירות כעילה להתערבות בהחלטות הממשלה, ראש הממשלה ושריה, על כל מובניה והיבטיה. אכן, ככלל אין להעדיף את התכלית הסובייקטיבית של המחוקק על פני תכליתו האובייקטיבית של החוק (ראו: דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פסקאות 24-25 לפסק דינה של הנשיאה נאור (12.9.2017); בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, פסקה 62 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן (26.10.2023)); זאת בפרט כאשר מדובר בפרשנות חוקי היסוד שהם חלק מן החוקה המתהווה של מדינת ישראל (ראו: אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 456-459 (2003); בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה נאור (13.4.2016)). יחד עם זאת, במקרים בהם ניתן להתחקות באופן ברור ומובהק אחר כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק, אני סבורה שיש לתת לה משקל משמעותי במסגרת התהליך הפרשני. במקרה דנן, דומה כי לא ניתן להתעלם מלשונו הכוללנית והגורפת של החוק – שאינה עולה בקנה אחד עם הפרשנות המצמצמת; מדברים שעלו במפורש בתהליך החקיקה, לרבות הצעות מפורשות שנועדו לצמצם את תחולתו של התיקון כך שתבוטל רק עילת הסבירות "האיזונית" נוסח פסק הדין בעניין דפי זהב – אשר נדחו; ומעמדותיהם של רוב המשיבים בהליך שלפנינו. באלה יש משום כלי עזר פרשניים נוספים, בהם יש להתחשב בבואנו לפרש את החוק, ומהם עולה תמונה ברורה וחד-משמעית לפיה כוונתו של התיקון הייתה

לבטל באופן מוחלט וגורף את עילת הסבירות – על כל מובניה האפשריים – ביחס להחלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים.

יודגש כי לא נעלמה מעיניי הטענה כי דברי ההסבר לתיקון עשויים לרמוז על כוונה סובייקטיבית אחרת, המתיישבת דווקא עם מתן פרשנות מצמצמת לתיקון, כפי שסבורים חלק מחבריי. כך, נכתב בדברי ההסבר לתיקון כי:

כיום עילה זו (עילת הסבירות – ר.ר.) מאפשרת לבית המשפט לפסול החלטה מינהלית הלוקה בחוסר סבירות במובן זה שהיא אינה נותנת 'משקל' ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה' (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421,437 (1980)), וזאת כשמדובר ב'חוסר סבירות מהותי או קיצוני'... על השימוש בעילת הסבירות במובנה זה, ובפרט על החלת עילת הסבירות בנוגע להחלטות של הדרג הנבחר, נטען בין היתר כי קביעת האיזון הערכי בין השיקולים השונים הנוגעים להחלטה מינהלית צריכה להיות נתונה לנבחרי הציבור ולא לבית המשפט. לפיכך מוצע לקבוע בחוק יסוד: השפיטה כי רשות שיפוטית לא תוכל לדון בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה במליאתה, של ראש הממשלה או של שר אחר... (דברי ההסבר להצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות), ה"ח הכנסת 110, 110).

מכך עשוי להשתמע לכאורה כי התיקון מכוון לביטול עילת הסבירות רק במובנה לאחר פסק הדין בעניין דפי זהב. עם זאת, אינני סבורה כי די בכך כדי לקבוע כי זו אכן כוונתו הסובייקטיבית של התיקון. ודוקו – על אף שדברי ההסבר עשויים להתפרש באופן העולה בקנה אחד עם הפרשנות המצמצמת, ניתן להבינם גם באופן אחר. כך, אני סבורה כי ניתן לקרוא את ההתייחסות בדברי ההסבר לפסק הדין בעניין דפי זהב ולהתרחבות שחלה לכאורה בהפעלת עילת הסבירות מאז ועד היום, כהתייחסות שנועדה לספק רקע ולהוות בסיס למסקנה לפיה יש לבטל באופן מוחלט את עילת הסבירות ביחס להחלטות של הממשלה, ראש הממשלה ושריה. למעשה, קריאה זו מתיישבת הרבה יותר הן עם הלשון הגורפת והכוללנית בה נוקט התיקון; והן עם העמדות הברורות שנשמעו על ידי גורמים שונים, משני צדי המתרס, במהלך תהליך חקיקת התיקון, לפיהם התיקון נועד לבטל לחלוטין את עילת הסבירות בכל מובניה, "טרומ דפי זהב" ו"פוסט דפי זהב" (והתייחסה לכך הנשיאה (בדימ') חיות בפסקאות 130-132 לחוות דעתה). קריאה זו אף עולה בקנה אחד עם עמדתי כי מבחינה מעשית לא ניתן להבחין באופן חד וברור בין עילת הסבירות בנוסחה "טרומ דפי זהב" לבין עילת הסבירות בנוסחה "פוסט דפי זהב" – כפי שאפרט להלן.



15. שלישית – אני סבורה כי הפרשנות המצמצמת אינה משקפת באופן אמיתי את המצב המשפטי לפני ואחרי פסק הדין בעניין דפי זהב. כפי שצינתי לעיל, הפרשנות המצמצמת רואה את פסק הדין בעניין דפי זהב כ"קו פרשת המים" ששינה באופן ברור ומובהק את המצב המשפטי ביחס לזה שהיה קיים לפניו – כך שקיימת הלכה ברורה ואחידה של "טרום דפי זהב" והלכה ברורה ואחידה של "פוסט דפי זהב"; וכל שהתיקון נועד לעשות הוא למנוע את המשך תחולת ההלכה של "פוסט דפי זהב" ולהחזיר את המצב שהיה קיים לפני פסק הדין. ואולם, חרף הדעה הרווחת כי פסק הדין בעניין דפי זהב יצר שינוי של ממש במצב המשפטי בנוגע לעילת הסבירות – אני סבורה כי פסק הדין היווה רק חוליה אחת בשרשרת הדרגתית של התפתחות פסיקתית. לאורך השנים התחבטה הפסיקה בהיקף הביקורת על החלטות של רשויות המדינה (הן הממשלה והשרים והן פקידים אחרים), ובפרט על היקף הביקורת מכוח עילת הסבירות.

כפי שעולה מן התיאור לעיל וכפי שיומחש גם להלן, הייתה ועודנה ישנה סקאלה רחבה של דעות בהקשר זה, בקרב שופטים ומלומדים, הן לפני עניין דפי זהב והן לאחר מכן. כך עולה בבירור גם מחוות דעתה של השופטת וילנר (ראו פסקאות 17-35 לחוות דעתה). עניין דפי זהב הוא "לבנה" אחת במבנה המורכב הנוגע להיקף הביקורת על החלטות מינהליות מכוח עילת הסבירות. הוא אומנם נחשב ל"לבנה" משמעותית, אולם הוא איננו בגדר "קיר" המפריד באופן חד וברור בין המצב המשפטי ששרר לפני לזה שבא אחרי.

(א) המצב לפני פסק הדין בעניין דפי זהב – קיומה של אפשרות לביקורת לפי עילת הסבירות "האיזונית": כפי שפורט בפסקה 10 לעיל, גם בפסקי דין שקדמו לפסק הדין בעניין דפי זהב עשה בית המשפט שימוש בנוסחה האיזונית לצורך קיום ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות, אף אם לא עשה כן באופן מוצהר. כלומר, החידוש המרכזי המיוחס לפסק הדין בעניין דפי זהב – הוא הנוסחה האיזונית – למעשה אינו חידוש מהותי. לתפיסתי, פועלו המרכזי (והחשוב) של השופט ברק בפסק הדין היה להמשיג באמצעות נוסחה מילולית את מה שבתו המשפט עשו עוד קודם לכן במסגרת ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות – בחינת מכלול הנסיבות והשיקולים הצריכים לעניין, והכרעה האם ההחלטה שהתקבלה נגזרת מהם באופן ראוי או חורגת מהם באופן קיצוני.

אומנם, לא ניתן להתעלם מכך שהשימוש בעילת הסבירות כעילת ביקורת מינהלית הלך והתרחב לאורך השנים, ובפרט לאחר שניתן פסק הדין בעניין דפי

זהב. עם זאת, אינני סבורה כי ניתן לייחס התרחבות זו באופן בלעדי לפסק הדין בעניין דפי זהב, אלא למספר גורמים, ובכלל זה להתפתחות של עילות הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל בפסיקה ולקשיי ההוכחה הנלווים לעילות אחרות במישור שיקול הדעת (כדוגמת שיקולים זרים). מכל מקום, אף אם פסק הדין בעניין דפי זהב היה גורם משמעותי להתרחבות השימוש בעילה, אין בכך כדי לשנות את העובדה שמבחינה משפטית לא היה בו משום שינוי ברור ומהותי של עילת הסבירות ביחס למצב שקדם לו.

(ב) הקביעות בפסק הדין דפי זהב: גם השופט ברק עצמו בעניין דפי זהב לא ראה את פסק הדין כ"קו פרשת המים" או כפסק דין המחולל מהפכה בעילת הסבירות. כפי שצוין לעיל, בפסק דינו הבהיר השופט ברק כי הוא רק משקף את הדין המצוי כפי שהוא עלה מפסיקתו של בית משפט זה עד אותה נקודה. בפסק דינו אף נסמך השופט ברק על פסקי דין קודמים המשקפים לשיטתו גישה דומה לנוסחה האיזונית אותה הציג בפסק הדין (ראו: עניין דפי זהב, בעמודים 446-445). עוד יש לציין כי בניגוד לטוענים כי הקביעות בפסק הדין הפכו את עילת הסבירות לכלי באמצעותו יכול בית המשפט להחליף את שיקול דעתה של הרשות המינהלית בשיקול דעתו שלו ולהתערב בכל מקרה בו הוא סבור כי היה מקום לערוך איזון שונה בין השיקולים הרלוונטיים (ראו: דותן, ריסון וסבירות, בעמודים 701-702) – הרי שכפי שצוין לעיל, השופט ברק הבהיר בפסק דינו כי התערבות בהחלטות מינהליות נובעת מהחוק בהתאם לפרשנותו הנכונה; וכי ההתערבות מכוח עילת הסבירות שמורה רק למקרים של אי-סבירות "קיצונית" או "מהותית". עוד הוא הבהיר כי אין פתרון אחד ויחיד בו על הרשות המינהלית לבחור ואשר חריגה ממנו תיחשב לבלתי סבירה, אלא יש מתחם של החלטות סבירות שבאפשרותה של הרשות לקבל – כאשר רק חריגה משמעותית ממתחם זה עשויה להוביל להתערבות. ואכן, על פי רוב, בתי המשפט נוהגים בריסון רב בבואם לבחון החלטות מינהליות ולא נוהגים להתערב בהחלטות אלה אלא במקרים חריגים (כאשר כפי שיצוין להלן רף ההתערבות עשוי להשתנות בהתאם לסוג ההחלטה ולזהות הגורם המינהלי שקיבל את ההחלטה) (ראו: ברק-ארו, משפט מינהלי, 764-765; כהן, בעמודים 799-802; זמיר, בעמוד 3601).

(ג) המצב לאחר פסק הדין – מגוון דעות ושינויים בהלכה: גם אחרי פסק הדין בעניין דפי זהב, שאלת היקף תחולתה של עילת הסבירות היא שאלה שיש לגביה מגוון דעות ועמדות. כך, גם לאחר שניתן פסק הדין בעניין דפי זהב היו וישנם שופטים בבית משפט זה המצדדים בגישה זהירה יותר ביחס להתערבות מכוח

עילת הסבירות, הקרובה הרבה יותר לעמדה המסויגת שהביע הנשיא מ' לנדוי בפסק הדין בעניין דפי זחב ביחס להיקף החלתה של עילת הסבירות מאשר לעמדתו של השופט ברק (ועמדה על כך בהרחבה השופטת וילנר בפסקאות 31-26 לחוות דעתה. ראו גם: דותן, ריסון וסבירות, בעמוד 704). לכן, דומה כי "מוטת הכנפיים" של עילה זו מצויה בתהליך שינוי פסיקתי רצוף. כפי שקורה לא אחת עם ההלכה הפסוקה, ישנם שינויים הדרגתיים בתחולתה של העילה, והיא מוסיפה כל העת להתפתח – בהתאם לעמדותיהם של השופטים השונים, הנסיבות המשתנות, שינויי העיתים, ועוד כיוצא באלה עניינים.

אם כן, גם לאחר פסק הדין בעניין דפי זחב, עילת הסבירות לא "שקטה על שמריה". בתי המשפט הוסיפו לבחון אותה, להגדיר את היקף תחולתה ולהבהיר את משמעותה. העילה נבחנה במסגרת פסקי דין רבים, ויישומה בכל אחד מהמקרים הללו הביא להבהרה רבה יותר של המצב המשפטי לגביה (ראו: בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ, פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת חיות (12.2.2015)). בכלל זה, נקבעו אמות מידה מנחות ביחס להיקף ההתערבות הראוי של בית המשפט בהחלטות שונות, בהתאם לזהות הגורם שקיבל את ההחלטה (למשל, החלטות של גופים מקצועיים או החלטות של דרג נבחר); אופי ההחלטה (למשל, החלטות המשקפות מדיניות, החלטות ביטחוניות) וכיוצא באלה (כפי שפירטה הנשיאה (בדימ') חיות בפסקאות 10-11 לחוות דעתה. ראו גם: ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמודים 749-762). כל פסקי הדין הללו שינו – כל אחד בתורו – את היקף תחולתה של עילת הסבירות, כאשר המילה האחרונה בהקשר זה ודאי לא נאמרה, וכדרכם של פסקי דין, הם יוסיפו להבהיר, לשנות, לצמצם (או להרחיב) את העילה גם בעתיד.

במילים אחרות – עילת הסבירות נכון להיום אינה זהה בהיקפה ובהגדרתה לזו שהייתה מיד לאחר פרסומו של פסק הדין בעניין דפי זחב. גם מטעם זה קשה להלום את המסקנה לפיה פסק הדין בעניין דפי זחב "קיבע" את המשמעות של עילת הסבירות. כפועל יוצא אף קשה להלום את הפרשנות המצמצמת לפיה כל פועלו של התיקון הוא להחזיר את המצב לאחור ל"יום שלפני" פסק הדין בעניין דפי זחב.

סיכומו של דבר, קביעה פרשנית המניחה כי יש הגדרה ברורה לעילת הסבירות לפני עניין דפי זחב, והגדרה ברורה לעילת הסבירות לאחר מכן – היא קביעה שאינני שותפה לה ושאני סבורה כי היא יכולה לעמוד. לא ניתן לכן לקבל פרשנות השמה את

כל כובד המשקל על הקביעה שניתנה בעניין דפי זהב. לטעמי, אין משמעות ממשית ובת יישום לניסיון הפרשני לקבוע כי התיקון החזיר את עילת הסבירות למצב שהיה קיים לפני עניין דפי זהב, שכן כאמור, גם לפני כן (כמו גם לאחר מכך), הפסיקה ביחס לעילה זו היא מגוונת, מורכבת ומתפתחת, ואינה עשויה מקשה אחת.

16. רביעית – אני סבורה כי הפרשנות המצמצמת מותירה את התיקון חסר משמעות בשני מובנים: המובן הראשון הוא שהפרשנות המצמצמת מבקשת לבטל את הנוסחה האיזונית מבלי להבהיר כיצד יבחנו בתי המשפט בפועל האם החלטה פלונית היא בלתי סבירה (במובנה "המסורתי" של החלטה "מופרכת" או "בלתי מתקבלת על הדעת"). ברי לכל כי מבחן לפיו השופט קורא את ההחלטה ובהתבסס על "תחושת בטן" מגיע למסקנה כי מדובר בהחלטה מופרכת איננו מבחן ראוי. כיצד מצופה אם כן השופט הבוחן את ההחלטה לברר אם מדובר בהחלטה "מופרכת" או כזו "שאינה מתקבלת על הדעת"? לצורך כך, מטבע הדברים, עליו לבחון את הרקע, הנסיבות והשיקולים שהובילו לקבלתה, ולהכריע האם ההחלטה שהתקבלה מביאה את מכלול הנתונים הללו בחשבון באופן ראוי. כאמור, כך נהגו בפועל למצער חלק מהשופטים גם לפני שהלכת דפי זהב באה לעולם. כפי שציינתי לעיל, אני סבורה כי השופט ברק בפסק דינו בעניין דפי זהב (וקודם לכן השופט שמגר בעניין דקה) המשיג במילים את האופן בו נבחנה אי-סבירות של החלטות גם בשנים שקדמו לפסק הדין. בבחינה זו נדרשו בתי המשפט לנסיבות ולנימוקים אותם היה על הרשות לשקול לצורך קבלת החלטה, והם בחנו האם ההחלטה שהתקבלה אכן משקפת באופן ראוי את מכלול הנסיבות והשיקולים הללו. ביטולו של כלי זה – כפי שמבקשים לעשות חברי הנוקטים בפרשנות המצמצמת – מותיר את בית המשפט ללא כלים לבחינת סבירותה של החלטה גם אם חוזרים כביכול למובנה "המסורתי" של עילה זו כעילה של "מופרכות". נראה כי השופטת כנפי-שטייניץ ערה לעניין זה, והיא מציינת בחוות דעתה כי "...גם הסטנדרט הצר של 'מופרכות' ההחלטה, מנוסח בעיקרו של דבר בצורה של רקמה פתוחה, המעניקה לבית המשפט שיקול דעת רחב" (ראו פסקה 53 לחוות דעתה). עם זאת, היא איננה מבהירה באיזה אופן על בית המשפט להפעיל שיקול דעת זה, מהם הכלים העומדים לרשותו, וכיצד עליו לקבוע כי החלטה מסוימת נכנסת לתוך אותו סטנדרט "צר" כלשונה של "מופרכות".

במאמר מוסגר, יצוין כי ניתן לקרוא את הפרשנות המצמצמת המבקשת להשיב את המצב המשפטי לזה שהיה לפני פסק הדין בעניין דפי זהב באופן שונה (אף שאינו עולה באופן מפורש בחוות דעותיהם של חברי, ובאחדות מהן אף נשלל במפורש – ראו פסקה 53 לחוות דעתה של השופטת כנפי-שטייניץ) – כפרשנות שאינה מבקשת לבטל כליל את הנוסחה האיזונית אלא להגביה את רף ההתערבות של בתי המשפט מכוח עילת

הסבירות, כך שרק אי-סבירות קיצונית בעליל תוביל להתערבות ולא "סתם" חריגה ממתחם הסבירות. אם נשלב את שתי הטרימינולוגיות, המשמעות היא שרק סטייה קיצונית בעליל ממתחם הסבירות תוביל להתערבות. אולם, ההבחנה בין שני המקרים הללו, והקביעה מתי החריגה עולה כדי "מופרכות" ומתי היא "סתם" חריגה ממתחם הסבירות, היא עניין שעשוי להשתנות כתלות בגישתו של השופט שדן בהחלטה. כך, הן עובר לפסק הדין בעניין דפי זהב והן לאחריו ניתן להיווכח בגישות שונות של שופטים לעניין מידת ההתערבות הראויה בהחלטות הרשות המינהלית (ראו: עניין אולפני הסדרטה; בג"ץ 30/66 חג'אזי נ' שר המשפטים, פ"ד כ(1) 427 (1966); ברק-ארוז, משפט מינהלי, בעמודים 751 ה"ש 110, 764; כהן, בעמודים 799-804; זמיר, בעמודים 3587-3589). מה שבעיני אחד הוא מופרך ובלתי סביר בעליל, עשוי לא להיות כה מופרך בעיניו של האחר, ולהיפך. במילים אחרות המבחן שאליו הפנה השופט שטיין מהמשפט האנגלי, לפיו החלטה בלתי סבירה היא כזו המזמינה תגובה של "my goodness, that is certainly wrong" (ראו פסקה 92 לחוות דעתו), איננו בהכרח מבחן ברור יותר או אובייקטיבי יותר מהנוסחה האיזונית.

בהקשר אחרון זה, לא למותר להזכיר כי גם לגישת משיבי הממשלה וח"כ רוטמן אין אפשרות מעשית להבחין בין אי-סבירות "קיצונית" לאי-סבירות "סתם". כך, כפי שהוזכר לעיל, בדיון שהתקיים בוועדת החוקה ביחס לאפשרות לצמצם את עילת הסבירות למובנה "טרום דפי זהב", ציין ח"כ רוטמן כי אין דרך "למתוח את הקו בין אי-סבירות קיצונית לאי-סבירות לא קיצונית" (פרוטוקול ישיבה 105 של ועדת החוקה, הכנסת ה-25, 113 (25.6.2023)). גם בישיבת הוועדה מיום 13.7.2023 התייחס ח"כ רוטמן לאפשרות להבחין בין אי-סבירות לאי-סבירות קיצונית, וציין כי להבחנות אלה "יש מקום בעולם התיאורטי העיוני" וכי "הן לא עובדות בעולם האמיתי" (פרוטוקול ישיבה 125 של ועדת חוקה, הכנסת ה-25, 15 (13.7.2023)). כלומר, גם מי שיוזם את הצעת החוק היה סבור כי ההבחנה בין המצב לפני פסק הדין בעניין דפי זהב לבין המצב אחריו, ככל שמבינים אותה כהבחנה בין אי-סבירות קיצונית לבין אי-סבירות שאינה קיצונית – היא הבחנה שלא ניתן לבצעה. גם בהשלמת הטיעון שהוגשה מטעם משיבי הממשלה הובעה עמדה דומה לפיה אין יכולת מעשית "להבחין בין מקרים קיצוניים אבסורדיים לבין קביעת מתחם של סבירות איזונית..." (פסקה 45 להשלמת הטיעון).

על כן, גם אם קוראים את הפרשנות המצמצמת ככזו שנועדה להעלות את רף ההתערבות בהחלטות של הממשלה, ראש הממשלה ושריה מכוח עילת הסבירות – אינני סבורה כי ניתן לקבלה.

המובן השני הוא שמקריאת עמדותיהם של חלק מחבריי הנוקטים בפרשנות המצמצמת, עולה כי למעשה הם מבקשים לרוקן את התיקון כמעט מכל תוכן. כך למשל, מצינת השופטת כנפי-שטייניץ בחוות דעתה כי "כלל לא ברור באיזו מידה יימצאו לאחר התיקון החלטות אשר קודם לתיקון היו נפסלות מחמת חוסר סבירות, ולאחר התיקון לא תהיה לבית המשפט יכולת להתערב בהן... יש טעם טוב לסבור כי מדובר, אם בכלל, במספר מקרים מצומצם למדי" (פסקה 44 לחוות דעתה; ההדגשה הוספה. יצוין כי בהמשך דבריה מתייחסת השופטת כנפי-שטייניץ לנושא זה ולהשלכה שיש לתיקון – ראו פסקה 50 לחוות דעתה). עוד היא מוסיפה כי "כלי משמעותי נוסף המשמש לביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות, ונמצא אף הוא ב'ארגז הכלים' הנתון לבית המשפט מאז ומתמיד... הוא פרשנות הנורמה המסמכה. רשות מינהלית חייבת לפעול בגבולות החוק המסמך, על פי לשונו ותכליתו. מקום בו הרשות הפעילה את סמכותה שלא על פי השיקולים או על פי נוסחת האיזון המתחייבים מן הנורמה המסמכה, מדובר בטעות שבחוק" (פסקה 47 לחוות דעתה). מן האמור עולה למעשה כי "מה שהיה הוא שיהיה" במובן הפשוט ביותר של הדברים: בית המשפט יוכל להמשיך ולהפעיל את הנוסחה האיזונית, אלא שבמקום לעשות כן תחת הכותרת של "עילת הסבירות" הוא יעשה זאת תחת הכותרת של "פרשנות החוק" או בעילות אחרות. גישה מעין זו מעקרת את התיקון כמעט מכל תוכן מעשי. ברי כי בכינונה את התיקון התכוונה הרשות המכוונת ליצור שינוי כלשהו – שאלמלא כן ניתן היה להותיר את המצב הקיים כמות שהוא ולא לעמוד על שינוי, בעיקר כאשר השינוי הזה גרר מחלוקות תהומיות בציבור הישראלי. על כן, פרשנות המותירה את התיקון ללא כל משמעות אופרטיבית איננה פרשנות אפשרית בעיניי.

17. חמישית ואחרון – בהתאם לפרשנות המצמצמת, לא ברור מה דינו של שיקול שהובא בחשבון אך ניתן לו משקל מזערי. כך, מהפרשנות המצמצמת עולה לכאורה שבית המשפט לא יוכל להתערב בהחלטה (או כי מידת ההתערבות שלו תהיה מצומצמת) כאשר מקבל ההחלטה הביא בחשבון את כלל השיקולים הרלוונטיים, וזאת גם אם לא ניתן לכל אחד מהם המשקל הראוי; וזאת לעומת מקרה בו אחד השיקולים הרלוונטיים לא הובא בחשבון כלל (יוער במאמר מוסגר כי תיתכן גישה לפיה האפשרות להתערב גם מטעם זה מבוטלת עם ביטול עילת הסבירות). היינו מיוחס הבדל משמעותי בין מתן משקל מצומצם מאוד לאחד השיקולים לבין התעלמות ממנו. לטעמי פרשנות שזו המסקנה הנובעת ממנה היא בעייתית, שכן ההבדל בין מתן משקל מזערי לאחד השיקולים לבין התעלמות ממנו הוא הבדל שכמעט אין לו משמעות (וראו: ברק-ארז, משפט מינהלי, בעמוד 728).

18. בסיכומי של דבר, לנוכח הצטברותם של הקשיים שפורטו לעיל, אני סבורה כי הפרשנות המצמצמת שהוצעה על ידי חלק מחבריי איננה פרשנות אפשרית לתיקון. זאת,

אף לו הייתי סבורה כי יש לקבל את עמדתם לפיה התכלית האובייקטיבית של התיקון תומכת בפרשנות זו.

אומנם, כפי שמציינות חברותי השופטות וילנר וכנפי-שטייניץ, התפישה הפרשנית הכללית היא כי עלינו להעדיף פרשנות מקיימת של החוק על פני פרשנות המביאה למסקנה בדבר אי-חוקתיותו באופן שעשוי להביא לביטולו. עם זאת, הדבר נכון רק כאשר מדובר בפרשנות שהיא אפשרית וסבירה (ראו מהעת האחרונה: בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פסקה 59 וההפניות שם (8.7.2021) (להלן: עניין חסון)). כאמור לעיל זה אינו המצב ביחס לפרשנות המצמצמת שמציעים חלק מחבריי.

אשר על כן, יש להבין את התיקון כפשוטו, בהתאם ללשונו המפורשת – כמבטל באופן מוחלט את עילת הסבירות על כל מופעה ובכל מובניה, ביחס להחלטות הממשלה, ראש הממשלה ושריה. בכלל זה, יודגש כי התיקון מתייחס הן להחלטות מדיניות והן לכאלה הנוגעות לאדם ספציפי; הן להחלטות אקטיביות והן למחדל בלתי סביר מקבלת החלטה; הוא חל הן על ממשלה מכהנת והן על ממשלות מעבר; הוא חל גם על החלטות בדבר מינויים ופיטורין; והוא אף חל ככל הנראה הן על החלטות שהתקבלו לאחר הליך קבלת החלטה סדור וסביר והן על כאלה שהתקבלו ללא הליך כזה. בהתבסס על פרשנות זו של התיקון, אבחן האם הוא מהווה חריגה מגבולות סמכותה של הכנסת כרשות מכוונת באופן המצדיק את פסילתו.

האם לאור הפרשנות הנכונה של התיקון חרגה הכנסת מסמכותה המכוונת?

19. לאחר שקבעתי כי התיקון על פי פרשנותו הנכונה שולל מבית המשפט אפשרות לדון בכל טענה שהיא בדבר חוסר סבירות כאשר מדובר בהחלטה של הממשלה, ראש הממשלה או אחד השרים – יש לבחון האם התיקון מהווה חריגה של הרשות המכוונת מסמכותה שדי בה כדי להוביל לפסילתו. לצורך בחינה זו, אני סבורה כי יש להשיב תחילה על שאלה מקדמית הנוגעת לסטנדרט הביקורת השיפוטית שיש להחיל על התיקון דנן. לעניין זה אעבור כעת.

סטנדרט הביקורת השיפוטית שיש להחיל על התיקון

20. כפי שהבהרתי לעיל, אני סבורה כי סמכותה של הכנסת כרשות מכוונת היא מוגבלת; כי היא אינה יכולה לכוון חוקי יסוד הפוגעים באופן משמעותי במאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; וכי בית משפט זה מוסמך

לבחון האם הכנסת חרזה מסמכותה כרשות מכוננת, ולהכריז על בטלות חוק יסוד או תיקון לו אם התשובה לכך היא בחיוב.

יחד עם זאת, כפי שנקבע בעבר, לא כל פגיעה במאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית תעלה לכדי חריגה מהסמכות המכוננת. חריגה כזו מתקיימת רק כאשר מדובר בפגיעה קשה וחמורה ביותר במאפייניה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית (ראו: עניין חסון, בפסקאות 28-31 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

21. הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקי יסוד היא אם כן מצומצמת מאוד, והיא נועדה רק למקרים חריגים ביותר. יחד עם זאת, לטעמי, הביקורת המצומצמת הזו אינה עשויה מקשה אחת. גם כאשר מדובר בביקורת על חקיקת חוקי יסוד, עשויים להיות הבדלים בין היקף הביקורת השיפוטית במקרים שונים. שאלת סטנדרט הביקורת והיקפה צריכה להיבחן אפוא תוך התייחסות לסוג התיקון המוצע ולמאפייניו.

במקרה דנן, אני סבורה כי רמת הביקורת צריכה לשקף בראש ובראשונה את "ניגוד העניינים המוסדי" בו מצויה הרשות המכוננת בהחלטות הנוגעות לחלוקת הסמכויות בין הרשויות, ובפרט בחקיקה המצמצמת את כוחה של הרשות השופטת בביקורת על הרשות המבצעת. לצד זאת, יש להביא בחשבון גם את העובדה שהתיקון התקבל ללא הסכמה של אף אחד מחברי הכנסת מטעם האופוזיציה; ואת העובדה שתחולתו של התיקון היא מיידית, וכי הוא ישפיע על אתר על הממשלה הנוכחית. לאור כל אלה, החשש מפני ניגוד העניינים המוסדי בו מצויה הרשות המכוננת אינו מתמתן ולמעשה אף מתעצם. נושאים אלה יפורטו להלן.

(א) קיומו של "ניגוד עניינים מוסדי"

22. לגישתי, יש להתייחס ביתר חשדנות ולהפעיל ביקורת שיפוטית מוגברת יותר כאשר מדובר בחקיקה או בתיקון לחוק לגביהם מצויה הכנסת בניגוד עניינים מוסדי בין כובעה כרשות מכוננת לבין קידום תכלית פרטיקולרית-מוסדית אחרת. משכך, אני סבורה כי רמת הביקורת השיפוטית על התיקון דנן, צריכה להביא בחשבון את העובדה שמדובר בתיקון המשליך על האיזון בין שלוש רשויות השלטון ומצמצם את כוחה של רשות אחת על חשבונה של רשות אחרת. כפי שיובהר להלן, בחוקי יסוד כאלה יש להפעיל ביקורת שיפוטית קפדנית יותר; ובפרט – כאשר מדובר בחוק יסוד או בתיקון לחוק יסוד שנועדו לצמצם את כוחה של הרשות השופטת תוך הגברת כוחה של הרשות המבצעת.



23. הכלל האוסר על ניגוד עניינים הוא עקרון יסודי בשיטתנו, האוסר על עובד ציבור להימצא במצב של ניגוד עניינים בין אינטרס הקשור בהפעלת סמכותו לבין אינטרס אחר שאף עמו הוא קשור (ראו: בג"ץ 6641/93 סיעת "צעירים למען חיפה" בעיריית חיפה נ' מועצת העיר חיפה, פ"ד מח(3) 555, 559 (1994); בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקווה נ' מועצת עיריית פתח-תקווה, פ"ד לד(2) 566, 571 (1980)). האיסור על ניגוד עניינים חל גם כאשר ניגוד העניינים הוא מוסדי, קרי כאשר קיימת התנגשות בין שני אינטרסים שלטוניים עליהם עובד הציבור מופקד (ראו: בג"ץ 244/86 רביבו נ' ראש המועצה המקומית אופקים, פ"ד מב(3) 183, 185 (1988)). האיסור להימצא בניגוד עניינים נועד הן כדי להבטיח כי בעת מילוי התפקיד הציבורי יופעלו שיקולים ענייניים בלבד ללא השפעות חיצוניות ושיקולים זרים; והן לצורך הבטחת אמון הציבור ברשות (ראו: בג"ץ 1100/95 קאסוטו נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מט(3) 691, 698 (1995)). המבחן לקיומו של ניגוד עניינים הוא אובייקטיבי, ואין צורך שניגוד העניינים יתקיים הלכה למעשה אלא די בפוטנציאל לניגוד עניינים (ראו: בג"ץ 11745/04 רמות למען הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פסקה 15 (4.9.2008)).

אכן, פעמים רבות חוק או החלטה של הכנסת עשויים להשפיע באופן כזה או אחר על חברי הכנסת או על הכנסת עצמה. חקיקה שכזו היא כמובן לגיטימית ואינה אסורה. ואולם, הימצאותה של הכנסת בניגוד עניינים מוסדי והחשש הנובע מקיומו של ניגוד העניינים הזה, מחייבים לטעמי בחינה קפדנית יותר של תוכן התיקון וגישה מקלה מעט יותר להתערבות שיפוטית. בהקשר זה יצוין כי גם הפסיקה הכירה זה מכבר, במסגרת הדוקטרינה של "שימוש לרעה בסמכות המכוננת", בכך כי כאשר הכנסת עושה שימוש בסמכות המכוננת לצורך אינטרסים פרטיקולריים (של אדם ספציפי או של "פרסונה מוסדית") עשויה להיות לכך השלכה על תוקף החיקוק (ראו: בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקה 40 לפסק דינה של הנשיאה חיות (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר); בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה 140 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר, פסקה 15 לחוות דעתה של הנשיאה חיות (12.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים); בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי)). לטעמי, קיומו של ניגוד עניינים מוסדי מחייב החלת סטנדרט ביקורת מחמיר יותר על תוכנו של חוק יסוד או של תיקון לחוק יסוד (שאינו נוגע רק לזיהוי הנורמה ולהתאמתה למארג החקיקתי, בהתאם לדוקטרינה של "שימוש לרעה בסמכות המכוננת", כפי שנשמע עד כה בפסיקתו של בית משפט זה). זאת לאור החשש כי אף אם חוק היסוד אכן תואם למארג החקיקתי, תוכנו הושפע לרעה בשל אותו ניגוד עניינים מוסדי בו הייתה מצויה הרשות המכוננת בעת כינונו. כפי שאמחיש להלן, אני סבורה כי בכינונה את

התיקון דנן הייתה מצויה הכנסת בניגוד עניינים מוסדי שיש בו כדי להצדיק החלת סטנדרט ביקורת מחמיר יותר על התיקון.

24. התיקון דנן עוסק באופן ישיר בקביעת גבולות כוחה של הרשות המבצעת השולטת בפועל בכנסת. כפי שהיטיבה להסביר הנשיאה (בדימ') חיות, בשיטת המשפט הישראלית, לכנסת ישנם שני כובעים: רשות מחוקקת ורשות מכוונת. בשיטת המשטר הפרלמנטרית הנהוגה בישראל, בה מחזיקה הרשות המבצעת ברוב מקרב חברי הכנסת – הכנסת (בשני כובעיה) נשלטת בפועל על ידי הרשות המבצעת, קרי הממשלה. לכן, בכוחה של הממשלה, באמצעות הכנסת, לחוקק ולתקן חוקי יסוד המשליכים על מאזן הכוחות בין הרשויות ולשנותו (ראו פסקאות 79-81 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות). מכאן כי הרשות המכוונת מצויה במצב של ניגוד עניינים מוסדי כאשר היא מחוקקת חוק יסוד המשליך באופן ישיר על גבולות כוחה של הרשות המבצעת השולטת בה. התיקון דנן הוא כזה, שכן הוא מגביל את כוחה של הרשות השופטת לבקר את פעולותיה של הרשות המבצעת (לדיון במגבלות אפשריות על "חקיקה עצמית" בין היתר בשל ניגוד עניינים ופגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, ראו: יואב דותן "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים לא 771, 792-794 (התשס"א); עוד ראו: לוציאן אריה בבצ'וק וברק מדינה "ביקורת שיפוטית על הרפורמה המשפטית" פורום עיוני משפט מח 1, 43-46 (התשפ"ג)).

25. עקרון הפרדת הרשויות נחשב לאחד מעקרונות היסוד של המשפט החוקתי בישראל כמו גם בדמוקרטיות אחרות. מכוחו של עקרון זה מתחלקים הכוחות בין רשויות השלטון, במטרה למנוע צבירת כוח מוחלט ובלתי מבוקר בידי כל אחת מרשויות השלטון. עקרון הפרדת הרשויות מושג באמצעות יצירת איזונים ובלמים בין הרשויות, כאשר כל אחת מהן מתמחה בתחום אחד אך גם מקיימת פיקוח הדדי על האחרות (ראו למשל: בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 518 (1998); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 55, 55-58 (2006)). תפקידה העיקרי והמשמעותי של הרשות השופטת באותו ביזור סמכויות הוא לקיים ביקורת שיפוטית וחוקתית על הרשויות האחרות. בתוך כך עליה לשמור על גבולות הסמכות של הרשויות האחרות ועל חוקיות הפעלת הסמכות (ראו: בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחברה, פ"ד נא(4) 1, 40 (1997)).

מטבע הדברים – ככל שהיקף הביקורת השיפוטית רחב יותר, כך מצטמצם כוחן של הרשויות האחרות; ולהיפך. מכאן שלחקיקה הנוגעת להיקף הביקורת השיפוטית

ולצמצומה, יש השלכה על מערך הכוחות בין רשויות השלטון. כאשר הרשות המכוננת משתמשת בכוחה כדי לחוקק או לתקן חוקי יסוד המשנים את כללי המשחק ביחס למאזן הכוחות בין הרשויות השונות, היא מצויה בניגוד עניינים מוסדי מובנה. האינטרסים המנוגדים הם מצד אחד – האינטרס בצמצום כוחה של הרשות השופטת; ומהצד השני – החובה של הרשות המכוננת לקדם את האינטרס הציבורי להשגת מבנה משטרי טוב יותר בהתאם לערכי היסוד ועקרונות השיטה הנוהגים בחברה הישראלית (ראו והשוו: שפיר, בפסקה 40 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

אם כן, חוקים – ובכלל זה חוקי יסוד – הנוגעים להפרדת הרשויות ולמירקם היחסים בין הרשויות; ובפרט, חוקי יסוד או תיקונים להם המצמצמים באופן משמעותי את כוחה של הרשות השופטת, שתפקידה בין היתר לבקר את הרשויות שכונו את אותו החוק – מעוררים חשש מפני שימוש לרעה בסמכות המכוננת לצורך הגברת כוחן של הרשויות האחרות, ולפגיעה באופן זה באיזון בין הרשויות וביסודות הדמוקרטיים של המדינה. במקרה כזה גוברים הטעמים המצדיקים ביקורת שיפוטית הדוקה יותר ביחס לחוקי היסוד, ויש לבחון אותם ברמת ביקורת גבוהה יותר מאשר רמת הביקורת בה נבחנים בדרך כלל חוקים כאלה (אף כי עדיין מצומצמת משמעותית מזו הנקטת כלפי חקיקה במעמד נורמטיבי רגיל) (ראו בהקשר זה: יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" 1349, 1384-1386 (2021); עניין המרכז האקדמי, פסקה לה' לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין).

26. לכאורה ניתן לטעון כי לא רק הכנסת מצויה במצב של ניגוד עניינים מוסדי אלא גם בית המשפט שהתיקון נוגע להיקף הסמכויות שלו; וכי משכך, על בית המשפט לפעול בצורה זהירה יותר בהפעילו ביקורת שיפוטית על תיקון שכזה.

אינני סבורה כי אלה הם פני הדברים, וזאת ממספר טעמים. ראשית, התפקיד של בית המשפט בחברה דמוקרטית הוא לפרש את חוקי המדינה ולבקר את הפעלת הסמכויות של יתר הרשויות. זהו הבסיס לעקרון הפרדת הרשויות. שינוי במערך האיזונים והבלמים על-ידי הרשות המכוננת איננו אסור בכל מקרה, אולם כחלק מאותם איזונים ובלמים ממש, ולאור החששות העולים מניגוד העניינים המובנה בו מצויה הכנסת – כאשר נעשה שינוי כזה, על בית המשפט לבחון ביתר זהירות האם הרשות המכוננת עשתה שימוש לרעה בכוחה לצורך שינוי כללי המשחק באופן המהווה חריגה מסמכותה המכוננת. זאת בעיקר כאשר נגרעת מבית המשפט סמכות שהיא חלק מהותי ואינטגרלי מתפקידו; כאשר מדובר בשינוי רוחבי ולא בתיקון הנוגע לתחום ספציפי; ובפרט משמדובר בהוראה גורפת השוללת כל דיון בהחלטות שנטען לגביהן שאינן סבירות ("בית המשפט לא ידון"

כנוסח התיקון), ולא בהוראה העוסקת רק בסטנדרט הביקורת ובהתוויית שיקול הדעת השיפוטי.

יתרה מכך – אין מחלוקת כי התיקון אינו גורע מחובת הממשלה, ראש הממשלה והשרים לפעול בסבירות. הוא רק שולל מבית המשפט את האפשרות לפקח על חריגה אפשרית מחובה זו ולאכוף אותה. במובן זה מובחנים הממשלה, ראש הממשלה והשרים מיתר נושאי המשרה במינהל – לא בסטנדרט ההתנהגות שחל עליהם אלא רק באפשרות אכיפתו עליהם. לכך לא נמצא נימוק משכנע: אם אכן חייבים הממשלה, ראש הממשלה והשרים לנהוג בסבירות, מדוע נפטור אותם – רק אותם ודווקא אותם – מאכיפת החובה הזו? הביקורת השיפוטית יונקת את כוחה מעקרון הפרדת הרשויות ומהצורך להבטיח את שלטון החוק כך שיחול על כל הפרטים במדינה. התיקון מעניק למעשה חסינות מביקורת שיפוטית על שיקול הדעת של העומדים בראש הרשות המבצעת. כפי שציין השופט ברק בבג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הראשי, פ"ד מב(4) 617, 638 (1989): "חסינות זו סופה להוליד אי-קיום החוק, שכן באין דיין אין דין".

שנית, דווקא נקודת המוצא של הטיעון הזה – לפיה התיקון מצמצם את כוחה של הרשות השופטת, היא המצדיקה בעיניי לבחון אותו ביתר חשדנות ולהקל באמות המידה בהן בית המשפט יכול להתערב בחקיקת חוקי יסוד.

המבנה המשטרי בישראל, בו כאמור "שולטת" הרשות המבצעת הלכה למעשה ברשות המחוקקת והמכוננת, משליך על הפרדת הרשויות בישראל ומקנה כוח רב לרשות המבצעת. מבנה זה מחייב לכן שמירה הדוקה על היקף הסמכויות של הרשות השופטת, תוך הימנעות מהרחבה יתרה של כוחה של הרשות המבצעת; ומצדיק משום כך בעיניי בחינה חשדנית וקפדנית יותר על חקיקה המבקשת להחליש את כוחם של בתי המשפט תוך הגדלת כוחה של הרשות המבצעת.

לכאורה, כדי לקיים את עקרון הפרדת הרשויות, ראוי היה כי בהליך בו מעוצבת מערכת היחסים בין שתיים מהרשויות (במקרה הנדון – הרשות המבצעת והרשות השופטת) יינתן מעמד נכבד לרשות השלישית (היינו, הרשות המחוקקת והמכוננת) (ראו: דותן, ביקורת שיפוטית, בעמוד 238). עם זאת, לנוכח המציאות המשטרית והפוליטית בישראל, בה קיים קשר הדוק ואף כפיפות מסוימת בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת והמכוננת, היכולת לעשות זאת היא מוגבלת. לטעמי, וכפי שמציין גם דותן, אין מקום להשאיר לרשות אחת את מלוא הכוח לעצב הסדרים מסוג זה הנוגעים להפרדת הרשויות (שם). מדובר באיזון עדין שלאף רשות אין "מונופול" להסדיר לבדה. בפרט אין מונופול

כזה גם לכנסת חרף סמכותה המכוננת. שלוש הרשויות צריכות ויכולות לקחת חלק בעיצוב היחסים ביניהן. מכאן לטעמי נובע תפקידו של בית המשפט בשלב זה – לבחון בזהירות ובחשדנות את התיקון הנוגע לגבולות הסמכויות של הרשויות ולאיוון ביניהן.

(ב) היעדר הסכמה של מי מחברי הכנסת מהאופוזיציה

27. זאת ועוד, החשש אליו התייחסתי לעיל ביחס לקיומו של ניגוד עניינים מוסדי הופך משמעותי הרבה יותר כאשר מדובר בתיקון שהתקבל רק על ידי חברי הכנסת מטעם הקואליציה – שהיא השולטת בכנסת, והיא זו שמקימה את הממשלה. כאמור, כאשר מדובר בתיקון כזה, גובר החשש כי הרשות המבצעת (באמצעות הכנסת) ביקשה להרחיב את כוחה באופן המפר את האיוון הראוי בין הרשויות; וזאת על ידי צמצום היקף הביקורת על פעולותיה שלה על ידי הרשות השופטת שזהו תפקידה.

28. תחום משפטי אחר שניתן לשאוב ממנו השראה בהקשר זה הוא התחום של דיני החברות. גם דינים אלה עוסקים בשאלות הנוגעות לדמוקרטיה תאגידית, בחברות בהן לרוב בעלי המניות יש בדרך כלל כוח לקבוע את אופן ההתנהלות של החברה (בדומה לרוב הקואליציוני בדמוקרטיה הישראלית). הפסיקה העוסקת בדיני חברות נדרשה לא אחת לשאלה מה צריך להיות טיבה של הביקורת השיפוטית על החלטות המתקבלות על ידי האורגנים המוסמכים בחברה (הדירקטורים), המתמנים בדרך כלל על ידי בעלי השליטה בה, המחזיקים ברוב מניותיה (בדומה לממשלה המתמנה על ידי רוב חברי הכנסת). כלל היסוד שהתגבש בפסיקה הוא כי בתי המשפט אינם מתערבים בדרך כלל בהחלטות הרוב, במדיניות שהוא מבקש להחיל בחברה, בעסקאות שהוא מבקש לקדם או באופן בו הוא מבקש לנהל את החברה (ראו: ע"א 7753/14 ורדניקוב נ' אלוביץ, פסקה 74 (28.12.2016)).

לכלל הזה יש סייג אחד משמעותי: כאשר הרוב מבקש לקבל החלטה שלגביה הוא מצוי במצב של ניגוד עניינים, קרי החלטה שעשויה להיטיב עם האינטרס של הרוב, ולא בהכרח עם זה של החברה. הדין לא אוסר על בעלי שליטה בחברה לקבל החלטות תוך ניגוד עניינים, קרי החלטות בעניינים הנוגעים לאינטרס האישי שלהם, ואף לא אוסר עליהם לבצע עסקאות עם החברה (ראו: זוהר גושן "הצבעה תוך ניגוד אינטרסים בדיני חברות" משפטים כט 17, 29 (תשנ"ח-תשנ"ט)). אולם בה בעת קיימים מנגנונים שונים שנועדו לצמצם את החשש מפני הנזק הפוטנציאלי הטמון בעסקאות מעין אלה, ובפרט

קיים פיקוח שיפוטי הדוק יותר ורף ביקורת מחמיר יותר על עסקאות כאלה, והן אינן נהנות ככלל מחזקת התקינות.

חוק החברות כולל שורה של הוראות שנועדו להתמודד עם המקרים בהם בעל השליטה בחברה מצוי במצב של ניגוד עניינים, ובכלל זה כאשר הוא מבקש לבצע עסקאות הנגועות בניגוד עניינים. במישור הפרוצדוראלי, חוק החברות קובע מנגנון מיוחד לקבלת החלטות כאלה. המנגנון הזה כולל "אישור משולש" של ההחלטה: על ידי ועדת הביקורת של החברה; על ידי הדירקטוריון שלה; ועל ידי רוב מקרב מיעוט בעלי המניות (ראו סעיף 275(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999). הרציונל של הדרישה הזו נובע מכך שהרוב (והדירקטורים שמונו על ידי) חשוד ביחס להחלטות שהוא מקבל בניגוד עניינים, החלטות המיטיבות איתו ומקדמות את האינטרסים שלו. החשש הוא כי החלטות כאלה עלולות להיטיב עם הרוב על חשבון האינטרס של החברה, וכפועל יוצא על חשבון האינטרס של המיעוט.

ודוקו – מאחר שהדירקטוריון נשלט על ידי בעל השליטה (שהוא הממנה את הדירקטורים מטעמו ויכול לפטרם), ולנוכח החשש כי הדירקטורים יקבלו החלטות התואמות את האינטרס של בעל השליטה ולא בהכרח את זה של החברה, לא הסתפק המחוקק באישור העסקה על ידי הדירקטוריון, אלא הוא דרש כי העסקה תאושר גם על ידי רוב מקרב בעלי מניות המיעוט. כאשר קיים אישור כזה, יש בכך כדי לצמצם את החשש מפני ניצול לרעה של הרוב את כוחו (ראו: ע"א 7594/16 עו"ד יצחק מולכו, המנהל המיוחד נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ, פסקה 50 (25.3.2021)). ההנחה היא אם כן כי אישורה של עסקה גם על ידי בעלי מניות המיעוט, מהווה אינדיקציה לכך שהם רואים את העסקה ככזו המיטיבה עם החברה ולא רק עם בעלי מניות הרוב.

29. אי-אפשר כמובן להקיש באופן מלא מדיני החברות לדינים הנוגעים לכינון חוקים וחוקי יסוד, בין היתר בשל ההבדלים הרבים הקיימים בין שתי מערכות הדינים, ובפרט בין המטרה העסקית שהיא המטרה הדומיננטית בחברות אך לא במנגנון המדינתי; כמו גם מאחר שבית המשפט עצמו הוא חלק מובנה מהמנגנון המדינתי. יחד עם זאת, הרציונל של חשדנות מובנית כלפי החלטות בניגוד עניינים; החלתו של סטנדרט ביקורת שיפוטי מחמיר ביחס להחלטות בהן קיים חשש לניצול כוחו של הרוב; והאופן בו ניתן להפיג במידה מסוימת את החשש הזה על ידי תמיכה של בעלי מניות המיעוט בהחלטה – הם רציונלים שניתן ללמוד מהם גם לענייננו. מהמנגנון של ה"אישור המשולש" שבחוק החברות, ניתן אפוא ללמוד כי כאשר חיקוק מסוים מתקבל בהסכמה רחבה – לא רק של חברי הקואליציה אלא גם של חברי האופוזיציה (רובם או למצער חלק משמעותי מהם),

זוהי אינדיקציה טובה לכך שאין מדובר בחיקוק שנועד בעיקר כדי להיטיב עם הרשות המבצעת הנוכחית, אלא בחיקוק העולה בקנה אחד עם טובת החברה בישראל בכללותה. על כן, אני סבורה כי סטנדרט הביקורת השיפוטית צריך להביא לידי ביטוי גם את שאלת רוחב ההסכמה לדבר החקיקה, כך שבמקרים בהם חוק היסוד התקבל כאשר הכנסת מצויה במצב של ניגוד עניינים מוסדי; וכאשר החוק התקבל שלא בהסכמה רחבה, ובעיקר במקרים בהם הוא התקבל על-ידי הקואליציה בלבד – הנכונות של בית המשפט להתערב תגבר.

עמדה דומה הובעה גם על-ידי פרופ' יניב רוזנאי בספרו Unconstitutional Constitutional Amendments (2017). רוזנאי הציע להחיל ביקורת שיפוטית דיפרנציאלית הנגזרת מהליך החקיקה ומהלגיטימציה הציבורית של הנורמה החוקתית שתוקנה. כך, ככל שהליך התיקון זוכה ללגיטימציה דמוקרטית פחותה (הליך המכונה על-ידי "governmental amendment power"), הביקורת השיפוטית צריכה להיות מוגברת. מנגד, ככל שההליך זוכה ללגיטימציה דמוקרטית מוגברת (בהליך המכונה על-ידי "popular amendment power"), הביקורת השיפוטית צריכה להיות מרוסנת יותר. לטעמי כאמור הדברים יפים בעיקר ביחס לתיקונים לחוקה שהתקבלו על ידי הכנסת כאשר היא מצויה במצב של ניגוד עניינים מוסדי.

30. ככל שמדובר בתיקון נושא העתירה דנן, הרי לא זו בלבד שלא היה לו רוב מקרב המיעוט (קרי חברי הכנסת שאינם מהקואליציה) אלא שאף לא אחד מחברי הכנסת הללו תמך בו – לא בוועדת החוקה ולא במליאת הכנסת. למעשה, כל חברי הכנסת מהאופוזיציה אף לא לקחו כלל חלק בהצבעה במליאה כאקט של הבעת "מחאה". אין אם כן כל אינדיקציה המפיגה את החשש הנובע מניגוד העניינים המוסדי בו הייתה מצויה הכנסת בכינונה את התיקון – שנועד כאמור לצמצם את סמכויותיה של הרשות השופטת בהפעלת הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת. החשש הנובע מערעור שיווי המשקל בין הרשויות ומניגוד העניינים המובנה בו הייתה מצויה הכנסת לא הופג, באופן המחייב לטעמי ביקורת שיפוטית הדוקה יותר.

(ג) תחולתו המיידית של התיקון והשינוי המידי ב"כללי המשחק"

31. לכל אלה יש להוסיף את העובדה שתחולתו של התיקון היא מיידית. התיקון שהתקבל על ידי הכנסת בקולות הקואליציה בלבד, הוא תיקון שלנוכח תחולתו המיידית מי ש"נהנית" ממנו היא גם הממשלה הנוכחית שהוקמה על ידי אותה קואליציה. זאת מאחר שהתיקון נועד לצמצם על אתר את היקף הביקורת השיפוטית על פעולותיה של

הרשות המבצעת. תחולתו המיידית של התיקון מגבירה את החשש לניגוד עניינים באופן המחייב החלת סטנדרט ביקורת שיביא עניינים אלה בחשבון, ובהתאם תגבר הנכונות להתערב בו (על הבעייתיות בתחולתו המיידית של תיקון משטרי מהותי עמד בית משפט זה בהרחבה בעניין ממשלת החילופים).

יודגש כי התיקון נוגע לעילת ביקורת שעוגנה בפסיקת בית המשפט העליון למעשה כמעט מאז קום המדינה. מאז עושה בה בית המשפט שימוש כדי לבקר את החלטות הרשות המבצעת בתחומים שונים, ובין היתר כדי להגן על זכויות ואינטרסים של הפרט. התיקון, שנעשה תוך שימוש בכוחה הקואליציוני של הרשות המבצעת, מגביל את האפשרות של בית המשפט לפקח על כך שהרשות המבצעת לא תעשה שימוש לרעה בכוחה. מדובר בשינוי רוחבי, השולל מהרשות השופטת את האפשרות לדון בכל החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים שנטען לגביהן שהתקבלו בחוסר סבירות ולבקרן (ולא בהתוויה של אופן הפעלת סמכותו השיפוטית של בית המשפט בתחום מסוים או בנושא מסוים). בכך משנה התיקון את כללי המשחק הנוהגים זה מכבר במערכת היחסים בין הרשות המבצעת לבין הרשות השופטת. על רקע דברים אלה, תחולתו המיידית מעצימה את החשש כי התיקון – אשר שולל באופן גורף את האפשרות לעשות שימוש בעילת הסבירות ככלי לפיקוח וביקורת על החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים – נחקק תוך חריגה מהסמכות המכוננת ואינו חוקתי.

32. אחזור ואבהיר כי המסקנה של הדברים האמורים אינה איסור על הרשות המחוקקת או המכוננת להשתמש בסמכותה כאשר היא מצויה בניגוד עניינים מוסדי. זאת, גם כאשר החששות להשפעה של ניגוד העניינים גוברים לנוכח קבלת התיקון ברוב של הקואליציה בלבד, ולאור תחולתו המיידית של התיקון. ניגוד עניינים כזה הוא תוצר לוואי של שיטת המשטר, והוא מאפיין כל חקיקה הנוגעת לחלוקת הסמכויות בין הממשלה, הכנסת ובית המשפט. יחד עם זאת, לניגוד העניינים המוסדי ולחשש הנובע ממנו, בעיקר כאשר הוא נוגע לעקרון הפרדת הרשויות ולשינוי "כללי המשחק" בהקשר זה, צריכה להיות השלכה על סטנדרט הביקורת שלאורו ייבחן התיקון ולהביא לבחינתו ביתר חשדנות.

33. המסקנה של כל האמור לעיל לטעמי היא כי יש להחיל סטנדרט ביקורת שיפוטית מחמיר יותר על התיקון נושא העתירות, קרי להחיל אמות מידה מקלות מעט יותר להתערבות בית המשפט בהתייחס אליו.



34. משעמדתי על סטנדרט הביקורת אותו יש להחיל על התיקון דנן, יש להידרש לשאלה האם – בהתחשב בסטנדרט זה – יש בתיקון משום פגיעה קשה וחמורה באופייה הדמוקרטי של המדינה – שרק אם כן, יהיה מקום להכריז על פסילתו. הנשיאה (בדימ') חיות עמדה בהרחבה בחוות דעתה על האופן בו עילת הסבירות משמשת מכשיר עיקרי וכלי חיוני של הביקורת השיפוטית על רשויות השלטון; והבהירה כיצד נטילתו משנה את מערך האיזונים בין הרשויות, מעצימה את הכוח השלטוני הנתון בידי הדרג הנבחר, ופוגעת פגיעה קשה בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק – עקרונות שהם מהמאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית (ראו פסקאות 141-179 לפסק דינה). אני מצטרפת לכל הקביעות הללו ואינני רואה לנכון לחזור על הדברים.

על כל האמור אבקש להוסיף ולהתייחס באופן ספציפי וביתר פירוט לעניין ספציפי אחד הנובע לטעמי מהתיקון, ואשר יש גם בו משום פגיעה משמעותית באופי הדמוקרטי של המדינה: העדר האפשרות של בית המשפט להעמיד תחת שבט ביקורתו החלטות בענייני מינויים ופיטורים של שומרי סף.

הפגיעה בפיקוח האפקטיבי של שומרי הסף

35. אחת ההשפעות הבעייתיות ומרחיקות הלכת של התיקון נוגעת לפגיעה בתפקידם ובתפקודם של פקידי הממשל בכלל, בהם גם בעלי תפקידים בכירים ומשמעוניים, ובפרט של שומרי הסף; ולהשלכה של הפגיעה הזו על שלטון החוק. המינהל הציבורי כולל פקידים שתפקידם הוא לוודא שהמערך הממשלתי מתנהל כנדרש. פקידים כאלה מכונים בדרך כלל "שומרי סף", והם אמונים על עריכת ביקורת ופיקוח על פעולות של גורמים אחרים, כדי לוודא כי הם פועלים בהתאם לדין וכדי למנוע חוסר תקינות וניצול לרעה של הכוח השלטוני. שומרי סף קיימים בגופים רבים ובכלל זה בחברות ציבוריות, ברשויות מקומיות ובמערכות השלטון המרכזי.

תפקידם של שומרי הסף – כמו תפקידו של כל מבקר או מפקח – מחייב אותם לפעול לעיתים תכופות באופן המנוגד לאינטרס של הגופים המפוקחים. כדי להיות אפקטיביים, המחויבות היחידה של שומרי הסף צריכה להיות ביצוע מיטבי וחסר פניות של פעילות הפיקוח שהם הוסמכו לבצע. לכן, אחד הנושאים המשמעותיים שיש לתת עליהם את הדעת כדי להבטיח כי שומרי הסף יבצעו את תפקידם החשוב כנדרש, הוא עצמאותם והעדר התלות שלהם בגורמים שעליהם הם אמורים לפקח (ראו: יואב דותן

ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי כך א 110 (2022) (להלן: דותן, ביקורת שיפוטית)).

כאשר משרתו של שומר סף תלויה באדם אחר; קרי כאשר ישנן תלות וזיקה בין מינויו והמשך כהונתו (ולעיתים גם תנאי שכרו) לבין אותו אדם אחר – מצוי שומר הסף בניגוד עניינים מובנה ככל שהדבר נוגע להחלטות הנוגעות לאינטרסים של אותו אדם אחר. במקרים כאלה, קשה להניח כי חרף העניין שיש לגורם הממנה-המפוקח בהחלטה כזו או אחרת, יהיה שומר הסף מסוגל לקבל החלטה עניינית שאינה מביאה כלל בחשבון את שאיפותיו ואת האינטרסים של אותו גורם שמינה אותו ושאתראי על קידומו האפשרי או על פיטוריו. מכאן נובע כי יש חשיבות להליך מינוי "נקי" ולניתוק הזיקה בין שומר הסף לבין מי שאותו הוא אמור לבקר; כמו גם לצמצום האפשרות של הגורם המפוקח לפטר את שומר הסף או להרע את תנאי העסקתו שלא מטעמים ענייניים. באופן זה ניתן למזער את החשש מפני ניגוד עניינים מובנה, ולהבטיח שההחלטות שיקבלו שומרי הסף יהיו מבוססות רק על שיקולים ענייניים ולא יהיו מיועדות לקידום אינטרס כזה או אחר של מי שמינה אותם.

36. יודגש כי ההשלכות החמורות של ניגוד עניינים מובנה נוגעות דווקא לאותם מקרים בהם שומרי הסף אינם מפוטרים ולא עולה האפשרות לפטרם; קרי במקרים בהם בפועל שומר הסף אינו מקבל החלטות הפוגעות בגורמים המפוקחים. החשש הוא אפוא דווקא מפני המקרים בהם שומר הסף מוודא שלא יהיה רצון וצורך לפטרו, על ידי כך שהוא מקבל מראש החלטות שיישאו חן בעיני הגורם שהוא בעל הסמכות לפטר אותו או לשנות את תנאי העסקה שלו. מקרים כאלה הם פעמים רבות סמויים מן העין. קשה מאוד לדעת האם החלטה מסוימת התקבלה על ידי שומר הסף מאחר שהוא סבור באמת ובתמים כי היא ההחלטה הנכונה; או שמא היא התקבלה בשל השפעה – סמויה או גלויה, מודעת או שאינה מודעת – לחששו מפני פיטוריו ולרצונו להפיס את דעתו של מי שמינה אותו.

37. גם המחוקק והפסיקה הכירו בכך שכאשר שומר סף תלוי לצורך המשך תפקידו (או לצורך קידומו, כמו גם ביחס לגובה התגמול שלו) בגורם שעליו הוא אמור לפקח, הדבר יוצר ניגוד עניינים מובנה אשר עלול להוביל לקבלת החלטות מוטות וויתור על עמדות מקצועיות כדי "לרצות" את הגורם הממנה. במספר דברי חקיקה נקבעו משום כך הסדרים שנועדו לוודא כי הגורם המבקר יוכל למלא את תפקידו כנדרש – תוך שלילה או למצער צמצום האפשרות של הגורם המפוקח להתערב בהליכי המינוי והפיטורים שלו.

דוגמה לכך קיימת בחוק יסוד: השפיטה הקובע תנאים מכבידים מאוד ביחס לאפשרות של סיום כהונתו של שופט. תנאים אלה נועדו להבטיח כי לא יהיה על שופט כל מורא למעט אימת הדין, וכי הוא יראה עצמו כפוף לחוק ולו בלבד. מובן כי אם הייתה לגורם שלטוני כלשהו אפשרות לפטר שופטים (ובעיקר אם אפשרות זו לא הייתה כפופה לביקורת שיפוטית שתבחן את סבירותה), הדבר היה מצמצם במידה רבה מאוד את העצמאות השיפוטית של שופטים.

הפסיקה התייחסה באופן דומה גם למינויים ופיטורים של בוררים (כפי שהבהרתי בהפ"ב (ת"א) 35255-08-17 בניון נ' אקו"ם בע"מ, פסקאות 36-42 (10.7.2018)); ופסיקה דומה קיימת גם ביחס לאפשרות להסתמך על חוות דעתם של מומחים כתלות במי שמינה אותם ומשלם את שכרם (ראו למשל: רע"א 10895/08 גולן נ' דלאל, פסקה י' (23.4.2009)). הסדרים דומים קיימים גם בחוק החברות ובפסיקה ביחס לסטנדרט הביקורת המופעל על החלטות בחברה כנגזרת של מידת העצמאות של מקבל ההחלטה, וכן ביחס להיעדר תלותו של רואה החשבון המבקר של החברה.

38. כאמור, תפקידם של שומרי הסף במינהל הציבורי הוא לפקח על פעולות השלטון, ולוודא כי הנושאים במשרות שלטוניות פועלים כחוק כאשר הם מקבלים החלטות בנושאים שהם בגדרי סמכויותיהם (ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ד 2392 (2017)). שומרי הסף אמורים בין היתר למנוע מצבים בהם מקבלי ההחלטות במינהל הציבורי מקבלים החלטות שנועדו לקדם שיקולים אישיים שלהם או שיקולים זרים אחרים שאין מקום להביאם בחשבון במסגרת ההחלטה. שומרי הסף אמורים גם למנוע ממקבלי ההחלטות לקבל החלטות בלתי חוקיות, לחרוג מסמכותם וכיוצא באלה. כן הם אמורים לוודא כי אותם גורמים האמונים על קבלת החלטות, לא יהיו במצב של ניגוד עניינים. זאת כדי לעקר את החשש המובנה מפני שיקולים לא ענייניים בהחלטות שאותם גורמים יקבלו. למותר לציין כי בהעדר הפיקוח והמגבלות הללו, עלול להיפגע טוהר המינהל הציבורי. החלטות שהן בלתי חוקיות, וכן החלטות שהתקבלו במצב של ניגוד עניינים או תוך העדפה של שיקולים זרים, עלולות לגרום נזק, לעיתים נזק חמור, לציבור – בהיותן החלטות שאינן תואמות בהכרח את האינטרס הציבורי ואף עלולות להיות מנוגדות לו. לשומרי סף יעילים יש אפוא חשיבות רבה בהגנה על שלטון החוק, שהוא כאמור אחד מאותם מאפיינים גרעיניים של המשטר הדמוקרטי; וכן בהגנה על ארון הציבור במינהל הציבורי.

משום כך, כל האמור לעיל ביחס לחשש מפני ניגוד עניינים של שומרי סף בכלל, חל – אולי אף ביתר שאת – גם ביחס לשומרי הסף הציבוריים. הליך פגום של פיקוח

וביקורת, עלול להיות בעל משמעויות חמורות הרבה יותר כאשר מדובר בענייני ציבור ובאינטרס הציבורי. גם כאן, כדי ששומר הסף יוכל לבצע את מלאכתו נאמנה, מנגנוני המינוי, הפיטורין והקידום שלו צריכים להיות נקיים ככל האפשר מתלות, זיקה או השפעה כלשהי של הגורמים המפוקחים.

39. הממשלה והשרים מוסמכים למנות בעלי תפקידים רבים המשמשים כשומרי סף משמעותיים ומהותיים. בכלל זה ניתן למנות בין היתר את היועץ המשפטי לממשלה והמשנים לו; פרקליט המדינה; נציב הביקורת על מערך התביעה ומייצגי המדינה בערכאות; ועוד (ראו למשל: התוספת השנייה לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959). בנוסף, בחלק מהמקרים, מוסמך מי שמינה את שומר הסף גם להפסיק את כהונתו (סמכות זו נגזרת מסמכות המינוי בהתאם לסעיף 14 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; כמו כן החלטות ממשלה שונות מסדירות את האופן בו יש להפעיל את הסמכות למנות ולהפסיק כהונה של בעלי תפקידים בכירים, למשל: החלטת ממשלה 4062 מתאריך 7.9.2008 שתוקנה בהחלטת ממשלה מספר 1148 מיום 14.2.2016).

במצבים כאלה – בהם הגורם המפוקח הוא גם הגורם שבסמכותו למנות או להפסיק את כהונתו של שומר הסף – יש חשיבות רבה לקיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הליכי המינויים והפיטורים. קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הליכים אלה היא שמבטיחה ששומרי סף יתמנו בהתאם לשיקולים ענייניים; ששומרי הסף שמונו יוכלו להיות סמוכים ובטוחים שהם לא יפוטרו מטעמים בלתי סבירים; ושכהונתם לא תופסק רק מאחר שלא פעלו בהתאם לאינטרסים של מי שמינה אותם. כשאלה הם פני הדברים, יכול הציבור להיות סמוך ובטוח כי שומרי הסף שיתמנו יהיו שומרי סף מקצועיים, כי הם ימלאו את תפקידם כנדרש, כי הם ימתחו ביקורת מקום בו היא תהיה נחוצה – וכי לא יהיה להם מורא מפני ההשלכות האפשריות של ביקורת כזו.

40. לעילת הסבירות תפקיד משמעותי בכך, שכן היא מאפשרת לבית המשפט לפקח באופן אפקטיבי על החלטות הנוגעות למינויים ולסיום כהונתם של בעלי תפקידים ציבוריים (ועמדו על כך בהרחבה הנשיאה (בדימ') חיות בפסקאות 162-166 לחוות דעתה והשופט עמית בפסקאות 89-94 לחוות דעתו), ובתוך כך על החלטות הנוגעות למינויים ולסיום כהונתם של שומרי הסף. כפי שהומחש לעיל, תפקיד זה הופך משמעותי אף יותר כאשר הגורם הממנה את שומרי הסף או מסיים את העסקתם, הוא גם הגורם המפוקח על ידי אותם שומרי סף (או קשור אליו).

אכן, ייתכנו מקרים בהם ניתן יהיה לתקוף החלטות בדבר מינוי או פיטורים של שומרי סף גם מכוח עילות מינהליות אחרות, וקיומן של העילות האחרות מסייע אף הוא בהבטחת מינויים ופיטורים ענייניים של שומרי סף. אולם, וכפי שהובהר גם בחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות, חשיבותה של עילת הסבירות היא באותם מקרים בהם אין די בעילות אלה, בין אם בשל קשיים ראייתיים או מטעם אחר. יתרה מכך, הלכה למעשה, עילת הסבירות היא העילה המרכזית בה נעשה שימוש בפסיקה בסוגיית המינויים, ואף צוין כי "לא אחת עילת הסבירות היא עילת ההתערבות היחידה שבאמצעותה ניתן למנוע מינוי פסול" (בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ, פסקה 2 לחוות דעתה של הנשיאה נאור (12.2.2015)). לכן, קיומה של עילת הסבירות בתור "כלי עבודה" בארגז הכלים השיפוטי, הוא בעל חשיבות רבה בהקשר זה.

ודוקו – אם ההחלטות של הגורם המפוקח ביחס למינויים ולסיום כהונתם של שומרי הסף (כאשר מדובר בהחלטות של הממשלה, ראש הממשלה או אחד השרים) יהיו חסינות מפני ביקורת שיפוטית בהתייחס לסבירותן – תיפגע העצמאות של שומרי הסף ותגבר תלותם בגורמים המפוקחים. מנגד, קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית הכוללת אפשרות לבחון את סבירות ההחלטה, תאפשר לבית המשפט להתערב בהחלטות ביחס למינוי או לפיטורין החורגות באופן קיצוני ממתחם הסבירות. התערבות כזו, ואף יותר מכך ידיעתם של הגורמים המקבלים את ההחלטות (ושל הציבור בכללותו) על אודות אפשרות קיומה של התערבות כזו, הן לכן משמעותיות.

במילים אחרות, אם בית המשפט לא יוכל לבחון את סבירות ההחלטות בדבר המינויים והפיטורים של שומרי הסף, משמעות הדבר היא כי מי שיחליט על מינויים או על פיטוריהם – יוכל לקבל החלטות החורגות ממתחם הסבירות, ובכלל זה גם בלתי סבירות בעליל, בלא שניתן יהיה לבקר החלטות כאלה. המשקל של כפיפותם של שומרי הסף (שיהיו מודעים כמובן לכך) לגורמי השלטון שימנו אותם ויוכלו גם לפטרם – יגבר לאור האמור בצורה משמעותית. בנסיבות כאלה לא זו בלבד שהממשלה, ראש הממשלה או כל אחד מהשרים עלולים למנות רק שומרי סף שהם סבורים שידאגו לאינטרסים שלהם; אלא שגם שומרי סף שימנו מטעמים ראויים עלולים שלא לבצע את תפקידם כנדרש בשל החשש מפני פיטוריהם. גם אמון הציבור בשומרי הסף עלול להיפגע. ודוקו – גם אם קשה לצפות איך ינהג שומר סף לאחר מינויו, הרי כל עוד חרב הפיטורין האפשריים מונפת על ראשו, וכל עוד הוא אינו יכול לצפות לסיוע של בית המשפט אם יפטר מטעמים שאינם סבירים – החשש אליו התייחסתי לעיל, הולך וגובר.

41. חרף החשיבות הרבה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות הנוגעות למינויים ולפיטורים של שומרי סף, התיקון שולל את האפשרות לביקורת כזו מכוח עילת הסבירות גם ביחס לנושאים קריטיים אלה. כך, התיקון קובע באופן ברור ומפורש כי הוא יחול על "כל החלטה, לדבות בענייני מינויים". היינו בית המשפט לא יוכל לבחון ולבקר מכוח עילת הסבירות כל החלטה הנוגעת למינויים כמו גם לפיטורים של בעלי תפקידים ציבוריים, ובכלל זה שומרי סף. הצרת שיקול הדעת של בית המשפט בביקורת על החלטות הנוגעות למינויים ולפיטורים, והשלילה של כלי אפקטיבי ומשמעותי בביקורת הזו, משליכות באופן ישיר וברור על האפקטיביות של שומרי הסף. למעשה, החלשתם של שומרי הסף וחיוזוק התלות ביניהם לבין הגורמים המפוקחים, מסכלת במידה רבה את האפקטיביות של תפקידם בשמירה על שלטון החוק. עניין זה הוא רכיב נוסף אם כן – ולטעמי משמעותי במיוחד – בפגיעה בשלטון החוק הצפויה כתוצאה מהתיקון.

42. כפי שהבהרתי זה מכבר לעיל, אני מצטרפת לכל האמור בחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות ביחס לפגיעה הקשה שהתיקון מסב לעקרון שלטון החוק ולעקרון הפרדת הרשויות. בדבריי לעיל ביקשתי אך להדגיש ולחדד אספקט משמעותי אחד של פגיעה זו. על כן, משהגעתי לכלל מסקנה כי התיקון פוגע פגיעה קשה בעקרונות הדמוקרטיים של מדינת ישראל, ולאור סטנדרט הביקורת שיש להחיל על התיקון כפי שהבהרתי לעיל, אני סבורה כי יש מקום לקבוע כי בחקיקתו חרגה הכנסת מסמכותה כרשות מכוננת, באופן המצדיק את ביטולו על ידי בית משפט זה.

#### סיכומו של דבר

43. אני סבורה כי הפרשנות הנכונה לתיקון היא זו העולה באופן ברור מלשון החוק, פרשנות לפיה בית המשפט לא יהיה מוסמך – כאשר מדובר בהחלטות הממשלה, ראש הממשלה או השרים – לבחון אותן תוך שימוש בכלי של עילת הסבירות על כל היבטיה. בהתאם לפרשנות זו, התיקון פוגע באופן משמעותי בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק שהם מליבת עקרונות השיטה הדמוקרטית.

עוד אני סבורה כי הכנסת כרשות מכוננת אינה רשאית לפגוע בתשתית הדמוקרטית של המדינה באופן הפוגע משמעותי בזהותה של המדינה כדמוקרטיה; וכי כאשר היא עושה כן, בית המשפט מוסמך לבטל את פעולתה. השאלה האם פגיעה כלשהי במאפייני הדמוקרטיה עולה לכדי פגיעה המהווה חריגה של הרשות המכוננת מסמכותה – תלויה בין היתר בסטנדרט הביקורת שלאורו על בית המשפט לבחון את התיקון.

במקרה הנוכחי אני סבורה כי מאחר שמדובר בתיקון הפוגע ביכולת של הרשות השופטת לבקר את הרשות המבצעת באופן המשנה מהותית את מערך האיזונים הקיים בין שלוש הרשויות; ובאופן המעורר חשש לניגוד עניינים מוסדי של הכנסת – יש להתייחס אליו תוך החלת סטנדרט ביקורת מחמיר מעט יותר על פעולת הכנסת, קרי תוך אפשרות מקלה מעט יותר להתערבות שיפוטית בתיקון. בהתחשב בסטנדרט זה, אני סבורה כי הפגיעה המשמעותית שיוצר התיקון בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק – שהם מעקרונות הליבה של הדמוקרטיה בישראל – היא כזו המצדיקה התערבות שיפוטית ומובילה למסקנה כי יש לפסול את התיקון.

אחר הדברים האלה

44. לאחר שקראתי את חוות הדעת של כל חבריי, ברצוני להוסיף התייחסות קצרה ותמציתית לחלקן.

45. חבריי, השופטים ד' מין ונ' סולברג, סבורים כי הכנסת כרשות מכוונת אינה מוגבלת בסמכותה, וכי בית משפט זה נעדר סמכות לבקר את תוקפו של חוק יסוד שהתקבל על ידי הכנסת. ספק בעיני אם זו הייתה עמדתם בהתייחס לכל תיקון אפשרי בחוקי היסוד ובחוקה המתהווה של מדינת ישראל. כך למשל, ספק בעיני אם חבריי היו קובעים כי אין מקום לביקורת שיפוטית גם כאשר נפל פגם ברור ומהותי בתהליך חקיקת החוק. "חוק יסוד" שהתקבל בדרך כזו ודאי אינו יכול להיחשב כ"חוק יסוד" בעל תוקף, ויש להצהיר על כך ולמנוע את הכללתו בחוקה המתהווה (וראו לעניין זה פסקה 29 לחוות דעתו של השופט ע' גרוסקופף).

זאת ועוד, ספק אם חבריי היו נותרים איתנים בדעתם גם לו הייתה הכנסת מחוקקת חוק יסוד המבטל את הבחירות בישראל; או חוק יסוד השולל לחלוטין את כוחו של בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק לבקר את פעולות הרשות המבצעת בכל עילה שהיא.

46. דומה שהתשובה של חברי השופט מין ביחס למקרים תיאורטיים כאלה היא כי המשפט אינו צריך להתבסס על "תרחישי אימים קיצוניים ותסריטי בלהות" (ראו פסקה 49 לחוות דעתו). דעתי בנקודה זו היא שונה. המשפט מטיבו נועד כדי להתמודד עם מצבי משבר, ולא עם המקרים בהם הדברים מתנהלים כסדרם. חוזה נכתב בעיקר כדי להתמודד עם הפרה אפשרית של ההסכמות אליהן הגיעו הצדדים; החוק הפלילי נכתב מתוך הנחה

שיש מי שיבקשו להפר את המוסכמות החברתיות הבסיסיות; והמשפט החוקתי נועד כדי לשמור ולשמר את המבנה החוקתי במדינה ולהגן עליו מפני פגיעה בו.

תרחישי אימה עשויים לקרות; התרחשותם מגיעה בהפתעה; ופגיעתם עלולה להיות רעה, הרבה יותר ממה שניתן היה להעלות על הדעת. כדאי לכן להניח כי תרחישי אימה הם אפשריים, להיערך לקראתם מראש ולנסות למנוע אותם. זאת בין היתר באמצעות כללים שירחיקו אותם ככל האפשר.

אכן, חוק השולל את קיומן של בחירות במדינת ישראל; חוק השולל כליל את אפשרות הביקורת של בית משפט זה על הרשות המבצעת; או חוק השולל את האופי היהודי של המדינה – אינם מצויים כעת על הפרק וקשה מאוד לדמיין אותם הופכים לאפשרות מציאותית. אך אין פירוש הדבר כי הכללים המשפטיים צריכים להתעלם מאפשרות כזו. להיפך – על הכללים המשפטיים למנוע את האפשרות ולו גם התיאורטית מפני התממשותם, ולדאוג כי חוקים כאלה לא יוכלו לעולם להפוך לאפשרות ממשית. לכן, אני סבורה כי לא ניתן לקבל את הנמקתו זו של חברי השופט מיון בהתייחס למגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת ועל כוחו של בית משפט זה לבקר את פעולתה.

47. באשר לחברי השופט סולברג, הוא סבור כי לא ניתן לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד מאחר שאין בנמצא מקור סמכות כלשהו המאפשר לערוך ביקורת שיפוטית כזו. כפי שהובהר בפסקה 2 לעיל, חברותי וחבריי אשר סבורים כי הכנסת מוגבלת בסמכותה לכונן חוקי יסוד התייחסו לשני מקורות אפשריים להגבלה זו – מגילת העצמאות והמערך החוקתי הקיים בכללותו. חוות דעתו של חברי מתייחסת בהרחבה למגילת העצמאות ושוללת את מעמדה כמסמך משפטי שממנו ניתן להסיק קיומן של מגבלות כלשהן על סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת. לצורך כך העמיק חברי בנבכי ההיסטוריה של מגילת העצמאות, ודן אחד לאחד במהלכים שהובילו לניסוחה ולחתימתה. באשר לחלופה השנייה מפנה חברי לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות ותוהה מהם אותם "נתונים חוקתיים" המבססים את מגבלותיה של הרשות המכוננת, כאשר לשיטתו "הנתונים החוקתיים" מלמדים דווקא שאין בנמצא נורמה ברמה נורמטיבית גבוהה יותר מחוקי היסוד המגבילה את סמכויותיה של הרשות המכוננת.

כשלעצמי, אני סבורה כי כל דיון – ובכלל זה דיון משפטי המתקיים במסגרת שיטת משפט מסוימת, מחייב הנחה בדבר קיומן של אקסיומות המקובלות על הכול. בדיון המשפטי במדינת ישראל, האקסיומה הזו היא קיומה של מדינת ישראל כפי שהיא הוכרזה בשנת 1948, כמדינה יהודית ודמוקרטית. זהו הבסיס ו"אידך זיל גמור". אכן, גם



לטעמי מגילת העצמאות איננה מסמך חוקתי, ולכן לא ניתן לעשות בה שימוש כדי לבקר דברי חקיקה. בעניין זה אני שותפה לעמדה שהביעה חברתי השופטת ד' ברק-ארז בחוות דעתה (ראו פסקה 11 לחוות הדעת). לצד זאת, מגילת העצמאות היא המסמך שכונן את מדינת ישראל כפי שאנו מכירים אותה היום. משכך, התשתית הרעיונית של המסמך הזה משקפת את התשתית שעל בסיסה הוקמה המדינה; תשתית שאם תשתנה שינוי מהותי ומשמעותי, תחדל המדינה מלהיות זו שניתנה לה עצמאות בה' באייר התש"ח. תשתית זו כוללת את המאפיינים היסודיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

יתרה מכך, כפי שציינתי לעיל, וכפי שפירטה הנשיאה (בדימ') חיות בחוות דעתה (ראו פסקאות 64-67 לחוות דעתה; ראו גם פסקאות 38-42 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף), מאפיינים אלה קנו להם שביתה במערך החוקתי הכולל שהתהווה במדינתנו לאורך השנים, ועוגנו באופן מפורש בחוקי היסוד. כיום מאפיינים יסודיים אלה – המבססים את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – הם עקרונות כתובים ומעוגנים היטב. מאפיינים אלה הם שצריכים להכווין את דרכה של הכנסת בביצוע מלאכת חקיקת חוקי היסוד, והם שצריכים גם להגבילה בביצוע מלאכה חשובה זו.

48. השופט סולברג אף מתייחס בחוות דעתו לשאלות "מטא" ולאפשרות להשיב עליהן במסגרת הדיון המשפטי. אני סבורה כי ניסיון לבחון שאלות כאלה מביא לא אחת למבוי סתום (כמו למשל הניסיון התיאורטי לדון בשאלה אם ישנו אל, מי ברא אותו וכיוצא באלה שאלות). לטעמי, הדיון שלפנינו איננו מחייב דיון בשאלות ה"מטא" הללו, שאם נדון בהן – אף אנו עלולים להגיע למבוי סתום: בהנחה שמקור הסמכות של הכנסת הוא במועצת המדינה הזמנית, מהו מקור הסמכות של מועצת המדינה הזמנית? מהו מקור הסמכות של האומות המאוחדות? מהו מקור הסמכות של הרוב? של העם? כאמור, הדיון בעתירות דנן מחייב לטעמי התבססות על האקסיומות המונחות בתשתית קיומה של המדינה. במדינת ישראל, כמו בכל מדינה דמוקרטית, אחת האקסיומות היא קיומה של דמוקרטיה. אפשר להתווכח על השאלה מהי דמוקרטיה, מהם הכללים הנגזרים ממנה, מה צריכה להיות חלוקת הסמכויות בין הרשויות השונות בה, וכיוצא באלה. כל אלה הם נושאים שהתנהל דיון לגביהם בפסק הדין הנוכחי. אולם, דומה כי הנחת המוצא המשותפת לרובם המוחלט של השופטים והשופטות היא הנחת המוצא הזו – כי מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית, וכי כזו עליה להוסיף ולהיות. את שני העקרונות הללו לא ניתן ליטול ממנה.

49. ולפני סיום – המחלוקת נושא פסק הדין דנן היא מחלוקת שמוטב היה אלמלא היה בית המשפט נדרש להכריע בה. זוהי מחלוקת המפלגת את העם, וכפי שעולה ממכלול חוות הדעת של חברותיי וחבריי, גם בית משפט זה נחלק בדעותיו לגביה. אולם, הסכסוך הובא בפנינו ועלינו להכריע בו. כל שופט שמובאת בפניו מחלוקת, נדרש להכריע בה וכך הוא עושה. כך גם עשה כל אחד ואחת מאיתנו בהליך הנוכחי. כל אחד מאיתנו עשה כן בהתאם לאופן בו הוא סבור כי הדין מחייב אותו לפעול ולפסוק. מבחינה זו אין חוות דעת אחת טובה מרעותה.

אכן, הדעות נחלקו בינינו. ההכרעה הסופית נפלה בסופו של דבר "על חודו של קול" (אף שחשוב להדגיש כי קיימת הסכמה רחבה הרבה יותר ביחס לשאלות הבסיס הנוגעות למגבלות על כוחה המכוון של הכנסת ועל סמכותו של בית משפט זה לבקר את עמידתה בהן; ואולי אף ביחס לבטלות התיקון בהנחה שיש לפרשו שלא בהתאם לפרשנות המצמצמת). אפשר להצר על כך שפסק הדין לא התקבל בהסכמה רחבה של כלל השופטים; אך בה בעת אפשר גם לשמוח ולהתברך בכך. מחלוקות הן מנשמת אפו של ההליך המשפטי. כך היה תמיד – גם בתקופה בה כיהנו אותם ענקי משפט שחברי השופט סולברג נסמך על עמדותיהם; ויש לקוות כי כך יהיה גם בעתיד. מגוון הדעות הוא המציע את הדין קדימה, הוא המאפשר לשפר את המשפט, לדייק אותו ולקדמו. כך התפתחה בישראל לאורך השנים שיטת המשפט שכולנו גאים בה, וכך היא תוסיף ותתפתח, עקב בצד אגודל גם בהמשך.

50. בשולי חוות דעתו, מציע השופט סולברג כי כל שופטי ההרכב יודיעו בפסק דין על אודות האופן בו תופעל עילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה ושריה מעתה ואילך. אינני סבורה כי הצהרה כזו היא דרושה. ראשית, כפי שציינתי לעיל, פיתוחה של עילת הסבירות הוא עניין מתמשך. הוא נעשה על ידי ההלכה הפסוקה באופן רציף במהלך השנים, ועילת הסבירות מקבלת ומשנה צורה מהליך להליך, בהתאם לעובדותיו ולנסיבותיו. יתכן שבעתיד יהיה מקום להגביל את תחולת העילה – בין היתר לאור עמדתה של הכנסת כפי שהיא עולה מהתיקון נושא העתירות דנן. לא זה המקום לקבוע האם יש לנהוג כך ומה צריכים להיות ההיקף והמשמעות של ההגבלה האמורה.

מנגד, גם מבחינת הכנסת – הסיפור לא תם. קריאת פסק דיננו מעלה כי ישנם תיקונים אפשריים רבים שאילו הייתה הכנסת מקבלת אותם, לא היה רוב חברי ההרכב סבור כי יש להתערב בהם ולהורות על בטלותם. הכנסת רשאית אם כן, אם תמצא לנכון, לשוב ולהתכנס כדי לחוקק תיקון שונה, מצומצם יותר. אם כך תעשה – יתכן שבהליך עתידי, ככל שיהיה כזה, בו יובא התיקון לבחינת בית המשפט, התוצאה תהיה שונה.

51. לאור כל האמור, אני מצטרפת לתוצאה אליה הגיעה חברתי הנשיאה (בדימ') חיות לפיה יש לקבל את העתירות ולפסול את תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה.

## ש ו פ ט ת

### השופט י' כשר:

1. בעתירות שלפנינו (וכן בתגובתה של היועצת המשפטית לממשלה), נתבקשנו להורות על ביטול תיקון מספר 3 לחוק יסוד: השפיטה (להלן: חוק היסוד ו-התיקון).

ארבע הן השאלות העומדות לדיון בעתירות שבפנינו:

הראשונה – האם קיימת מגבלה כלשהי על הכנסת, במעמדה כרשות המכוננת האמונה על כינון חוקי יסוד ותיקונם, לעניין תוכנו של חוק יסוד (או תוכנו של תיקון לחוק יסוד)? ובניסוח אחר – האם קיימים מצבים בהם ניתן לקבוע כי הכנסת, כרשות מכוננת, חרגה מסמכותה בעת שכוונה חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד, בשל תוכנו, במישור המהותי, של דבר החקיקה?

השנייה – בהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה הינה חיובית, האם מוקנית לבית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, הסמכות לקבוע כי הכנסת חרגה מסמכותה ולפסוק סעד מתאים, לרבות בדבר בטלותו של התיקון לחוק היסוד?

השלישית – בהנחה שהתשובה לשתי השאלות דלעיל הינה בחיוב, האם התיקון נושא העתירות דנן מגלם חריגה מסמכותה של הכנסת כרשות מכוננת ויש אף להצהיר על בטלותו עקב כך?

הרביעית – בהנחה שהתשובה למי מהשאלות הקודמות הינה שלילית, האם התיקון לחוק היסוד, נושא העתירות דנן, דינו להיות מבוטל מטעם אחר?

2. בעת שנכתבה חוות דעתי זו, מונחות היו בפניי חוות הדעת של חלק מחבריי, ובראשן חוות דעתה המנומקת והמפורטת של הנשיאה (בדימוס) א' חיות (להלן:

הנשיאה). אוכל אפוא, להלן, להסתמך על דעת גדולים ממני ולקצר בהתייחסותי לחלק מהסוגיות הנדונות.

כך, אינני נזקק לניתוח עילת הסבירות והתפתחות הפסיקה בהקשרה, וגם לא לסקירה מלאה של הליך החקיקה של התיקון לחוק היסוד. הנני נסמך בעניינים אלו על הכתוב בחוות דעתה של הנשיאה.

עוד אציין כי במסגרת ההליך דנן הוגשו שמונה עתירות, ארבע תגובות, שני מסמכי טיעון מטעם מי שהותר להם לשמש כ- "ידיד בית המשפט" וכן התקיים דיון ארוך במיוחד של שמיעת טיעונים בעל-פה, וברשות שניתנה על ידינו הוגשו שני טיעונים משלימים בכתב. התייחסות לכל טענה וטענה שנטענה במסגרת ההליך דנן הייתה מצריכה להאריך את חוות דעתי עד למאוד. יש לראות אפוא את היעדר ההתייחסות לטענה מהטענות שנטענו בפנינו כקביעה שאיני רואה בה פוטנציאל לשינוי התוצאה.

האם קיימת מגבלה על סמכותה של הכנסת בחקיקת חוקי יסוד ותיקונם?

3. בהקשר המגבלות על סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת, מוכרות שתי דוקטרינות משפטיות:

האחת – עניינה בשימוש לרעה בסמכות המכוננת, ובתמצית – בטענה שעיצובה של הנורמה בה עסקינן והכתרתה בכותרת "חוק יסוד" דווקא, נעשתה תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת. זאת משום שהנורמה אינה מתאימה, בלא קשר ללגיטימיות של תוכנה, להיות מזוהה כחוק יסוד.

השנייה – עניינה בכך שהכנסת, כרשות מכוננת, חרגה מסמכותה לאור תוכנה של הנורמה שכווננה, בדומה לדוקטרינה המוכרת בדין הזר כדוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי".

הגם שנטען במסגרת העתירות דנן כי יש להורות על בטלות התיקון גם על יסוד הטענה בדבר שימוש לרעה בסמכות המכוננת, עיקר הדיון התמקד בשאלה בדבר עצם תחולתה של הדוקטרינה השנייה בישראל ויישומה בנסיבות התיקון דנן. כך אעשה להלן גם אני.

4. השאלה הראשונה שהוצגה לעיל – האם קיימת מגבלה כלשהי על הכנסת, במעמדה כרשות המכוננת, לעניין תוכנו של חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד? – הינה, לדעתי, השאלה העקרונית הנכבדה מכל השאלות הנשאלות בהליך דנן.

על אף שכאמור מדובר בשאלה נכבדה, אוכל לקצר בהתייחסותי אליה, מהטעם שמקובלת עליי עמדתה של הנשיאה, כפי שהובעה עוד בפסק הדין בבג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021) (להלן: עניין חסון), ומובעת שוב בחוות דעתה בהליך דנן.

ובתמצית: מקובל גם עליי שמה שמכונה על ידי הנשיאה "המערך החוקתי בכללותו", שתחילתו בהכרזת העצמאות, במסמכי היסוד של המשפט הישראלי וב-"החלטת הררי", והמשכו בחקיקת חוקי היסוד עד כה, מלמד כי הגדרת היסוד של מדינת ישראל הינה היותה מדינה יהודית ודמוקרטית וכי הכנסת, גם בכובעה כרשות המכוננת, כפופה להגדרה זו.

5. אבקש בכל זאת להוסיף מספר הערות תמציתיות, הראשונה שבהן לעניין מעמדה של מגילת העצמאות בהקשר דנן:

מסכים אני לטענה שמגילת העצמאות אינה, ולא הייתה כוונה שתהיה, החוקה של המדינה (שהרי נקבע בה במפורש כי: "אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתקבע על-ידי האספה המכוננת והנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948..."; ההדגשה הוספה – י' כ'). מסכים אני שגם לא ניתן לראות במגילת העצמאות משום "חוקת-על".

יחד עם זאת, מגילת העצמאות הינה "הן תעודת הלידה והן תעודת הזהות של המדינה כיחידה מדינית, ריבונית ועצמאית" (כדבריו של הנשיא (בדימ') מ' שמגר בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 309 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי)).

יתר על כן, מגילת העצמאות היא המקור והבסיס ל-"החלטת הררי", שניתנה בזמן כהונתה של הכנסת הראשונה, בה הוחלט כי: "החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה" (ד"כ 14.6.1950, 1743).

עוד אציין כי עמדתה העקבית של הכנסת בדיון בפנינו הייתה שמקור סמכותה המכוננת של הכנסת הינו אכן מגילת העצמאות, "החלטת הררי" והעברת הסמכויות מהכנסת הראשונה ועד לכנסת הנוכחית.

אבקש לפני סיום הערתי בעניין זה, להפנות גם לדבריו של פרופ' אהרן ברק, במאמרו "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9, 10 (2018): "על פי גישה פרשנית זו, סמכותה של האספה המכוננת היא לממש בחוקה את 'ההיסטוריה והאידיאולוגיה' ואת ה'אני מאמין והחזון' של העם. אין היא מוסמכת לשלול את 'ההיסטוריה והאידיאולוגיה' ואת ה'אני מאמין והחזון' שלו."

על כן, מצטרף אני לדעה לפיה שמורה למגילת העצמאות מקום של כבוד וככורה באותו "המערך החוקתי בכללותו", המבסס את המסקנה דלעיל לפיה הגדרת היסוד של מדינת ישראל הינה היותה מדינה יהודית ודמוקרטית וכי הכנסת, גם בכובעה כרשות המכוננת, כפופה להגדרה זו.

אכן, לטיעון המשלים שהוגש מטעם ממשלת ישראל, ראש ממשלת ישראל ושר המשפטים (להלן: גורמי הממשלה), צורף עותק מדברי הכנסת והפנייה לדברים שנשא ראש הממשלה הראשון, דוד בן-גוריון, בדבר הסמכות הבלתי מוגבלת של הבוחר לעצב את הנורמות במדינה, לרבות לבחור במשטר מלוכני. בענווה המתבקשת, דברים אלו אינם מקובלים עליי כמבטאים נכונה את המצב המשפטי גם בעת שנאמרו, קל וחומר כיום. להשקפתי, משהוכרז כי מדינת ישראל "תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות..."<sup>6</sup>, אין היא יכולה, לדוגמא, להיות מדינה שבראשה עומד מלך כל-יכול.

6. עוד אבקש להעיר לגבי מה שמכונה "דוקטרינת המבנה הבסיסי", שאומצה בפסקי דין של בית המשפט העליון של הודו (ראו: Kesavananda Bharati v. State of Kerala, AIR 1973 SC 1461 ו-Minerva Mills Ltd. v. Union of India, AIR 9 SC 1461), ואשר תמציתה בקביעה לפיה תיקון לחוקה אינו יכול לשנות מן היסוד את זהותה או את מאפייניה הבסיסיים של החוקה (להרחבה, ראו: YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS 42 (2017)). הובעו ספקות באשר לאפשרות ליישום דוקטרינה זו בישראל וזאת לאור העובדה שמלאכת כינונה של החוקה במדינתנו טרם הושלמה (וראו: אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" מבחר כתבים – עיונים חוקתיים כרך ג 143 (2017) (להלן: ברק, תיקון של חוקה שאינו חוקתי)). לעניין זה אבקש להעיר כי, לדעתי, בשלב הנוכחי של המפעל החוקתי, אין בכך שטרם הושלמה מלאכת חקיקתה של החוקה כדי לשלול בהכרח את החלתה של דוקטרינה זו גם בישראל, בשינויים המחויבים. זאת, בהינתן שמלאכת כינונם של חוקי היסוד במדינתנו נמשכת מזה עשרות רבות של שנים, וכי כוננו זה מכבר מספר משמעותי של חוקי יסוד. משכך, לעמדתי, גם בישראל

יכול כי יכונן תיקון לחוק יסוד, שהינו כה מנוגד לעקרונות הבסיס המשותפים לחוקי היסוד האחרים, עד שייתכן וניתן יהיה לראותו כסותר את מאפייניה היסודיים של החוקה המתהווה במדינה.

7. ולפני סיום פרק זה אבקש להדגיש הוראת דין שהינה לדעתי בעלת חשיבות רבה לענייננו, היא הוראת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, הקובעת כי:

“(א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לרבות בהתבטאויותיו, לפי הענין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:  
 (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;  
 (2) הסתה לגזענות;  
 (3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל.”

הוראה משלימה להוראה דלעיל ניתן למצוא בסעיפים 57(ט) ו-1(ט) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ”ט-1969, המחייבים לצרף לרשימות המועמדים לכנסת כתב הסכמה של כל אחד מהמועמדים, ובו הצהרה לפיה: “אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולהימנע מלפעול בניגוד לעקרונות סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת”. בנוסף לכך, סעיף 5 לחוק המפלגות, התשנ”ב-1992, מסמיך את רשם המפלגות שלא לרשום מפלגה מחמת שאין היא עומדת בתנאים המנויים בסעיף, המקבילים לתנאי סעיף 7א הנ”ל (וראו: רע”א 7504/95 יאסין נ’ רשם המפלגות, פ”ד נ(2) 45 (1996)).

הכנסת הפנתה להוראת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, שצוטטה לעיל, כדי לשכנענו לאמץ את הפסיקה שיישמה את ההוראה באופן מצמצם ולדחות בעקבות זאת את העתירות דנן. אני, לעומת זאת, מבקש לראות בה אסמכתה ברורה לתשובה לשאלה העקרונית אשר עומדת במרכז הדיון. אסביר.

טענתם המרכזית של גורמי הממשלה, המתנגדים מכל וכל להכרה במגבלה כלשהי על סמכותה המכוננת של הכנסת, הינה שאין מקום להגביל באופן כלשהו את סמכותו של הריבון – העם, להחליט על ההסדרים החוקיים ועל הנורמות המקובלות עליו וכי הואיל והעם מיוצג בכנסת, כתוצאה של הבחירות, אין כל מקום להכיר במגבלה כלשהי המוטלת על הכנסת בעת שהינה מפעילה את סמכותה המכוננת.

אלא שעמדה זו והוראתו המפורשת של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, אינם יכולים לדעתי לדור בכפיפה אחת. הוראת סעיף 7א, ובזה עיקר מהותה, הינה להוציא

לחלוטין מתחום שוק הדעות הלגיטימי ומהאפשרות לקדם דעה וליצור לה תמיכה בכנסת, כל דעה השוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. זאת גם (ואולי אף דווקא וכאשר) יש לאותה דעה תמיכה או פוטנציאל לתמיכה משמעותית בציבור.

ולשם ההמחשה: נניח שקמה תנועה הדוגלת במשטר מלוכני בישראל ואף סוברת שמצאה את הדמות שראוי לשים את כתר המלוכה על ראשה, וזאת במובן הקלאסי של מלוכה (סמכות-על מוחלטת ובלתי מוגבלת של המלך). נניח שתנועה זו צוברת לה תמיכה משמעותית בציבור. אין מחלוקת שתנועה זו לא תוכל להשתתף בבחירות לכנסת וכל אדם התומך בה לא יוכל להיכלל ברשימת מועמדים כלשהי לכנסת, לפי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. התוצאה היא שלא ניתן יהיה לדעת כלל עד כמה התמיכה באותה תנועה היא רבה ועוד יותר מכך – תהיה מידת התמיכה בה אשר תהיה (ואף אם הצליחה לרכוש את תמיכתו של רוב הציבור), לא יהיה לה ביטוי כלשהו בכנסת. יתר על כן, חברי הכנסת, נאמנים להצהרתם, יהיו מנועים מלפעול לקידום רעיונותיה של אותה תנועה במהלך פעילותה של הכנסת לה נבחרו (וראו: פסקה 9 לפסק דינו של חברי, השופט נ' סולברג, בבג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.5.2018)). ומתבקשת השאלה: כיצד תוצאה זו מתיישבת עם גישתם של גורמי הממשלה, בדבר היעדר לגיטימיות להגבלה כלשהי על רצונו של העם? (וכמובן שניתן היה להמחיש את הדברים לעיל גם בדוגמאות אחרות, כגון תנועה גזענית מוצהרת או תנועה המבקשת לנתק את הקשר בין המדינה לבין העם היהודי).

ובמילים אחרות, כיצד מי שסובר שהוראת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת הינה חוקית ולגיטימית, יכול באותה הנשימה לומר שסמכותה של הכנסת לכונן, מבחינת תוכנם של חוקי יסוד, הינה בלתי מוגבלת? כיצד ניתן לומר כי מה שהינו כה פסול ומנוגד להגדרת היסוד של המדינה עד שלא ניתנת כלל האפשרות ל-"ריבון" לגבש עמדה לגביו, הינו לגיטימי להיכלל בחוקת המדינה אם כך הצביעה הכנסת ברוב דעות? דעתי, שלא ניתן.

אכן, לו היה עסקינן בבעלי דין רגילים ובהליך רגיל, היה לדעתי משקל משמעותי לטענה שהוראת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, משתיקה את הטיעון המרכזי שנטען בפנינו על ידי גורמי הממשלה. בענייננו די בכך שההוראה הנ"ל, הקבועה בחוק יסוד, מבטאת תפיסה ברורה לפיה קיימת מגבלה על תוכנן של הנורמות שהריבון – העם – יכול לבחור בהן, ולרבות קביעה ברורה המונעת מראש בחירה בנורמות השוללות את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.



סבורני שגם הניסוח המדויק של הוראת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת – "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" – הוא חשוב, שכן עולה ממנו שמהות קיומה של מדינת ישראל הינה בהיותה מדינה יהודית ודמוקרטית (וראו עניין חסון, פסקה 19 לפסק דינה של הנשיאה).

לאמור: המבקש לחוקק נורמה השוללת ממדינת ישראל את היותה מדינה יהודית או את היותה מדינה דמוקרטית, אינו משנה את חוקיה של המדינה אלא מבקש לשלול את עצם הגדרת קיומה.

האם בית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, מוסמך לקבוע כי הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת בעת שתיקנה חוק יסוד, וליתן סעד בהתאם?

8. משהשבתי על השאלה הראשונה בחיוב, על דרך אימוץ דעתה של הנשיאה, נוצר הצורך להתייחס לשאלה השנייה – שאלת סמכותו של בית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, לקבוע כי הכנסת, בעת שפעלה מכוח סמכותה המכוננת, חרגה מסמכותה (במובן שהוגדר לעיל)?

שאלה זו הושארה ב-"צריך עיון" בפסק הדין בעניין חסון וטרם הוכרעה בפסיקתו של בית משפט זה.

9. לדעתי, השאלה "הכבדה" יותר היא השאלה הראשונה, בה דנתי לעיל, הנוגעת לעצם קיומן של מגבלות כלשהן על סמכותה המכוננת של הכנסת. לשאלה זו השבתי בחיוב: סמכותה המכוננת של הכנסת כפופה לנורמה הקובעת כי מדינת ישראל הינה מדינה יהודית ודמוקרטית.

בהנחה זו, כך אני סבור, לשאלה השנייה קיימת תשובה ברורה בדין, הקבועה בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, לפיו:

"(ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר.  
(ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק –  
[...]

(2) לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם

כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין – להימנע  
מלפעול;

בלשון חוק היסוד אין כל מגבלה על מתן צו לכנסת, שאין חולק שהינה רשות מ- "רשויות המדינה". בית משפט זה, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, הוציא תחת ידו (בריסון המתחייב מכיבוד מעמדה של הכנסת, ובנסיבות המתאימות) צווים המחייבים את הכנסת בהקשרים שונים (ראו, לדוגמא: בג"ץ 325/85 מיערי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 122 (1985), ובמיוחד את קביעותיו של הנשיא מ' שמגר בעמ' 127-128 לפסק הדין; וראו גם את בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (1995) ודבריו של המשנה לנשיא א' ברק בעמ' 699). בית משפט זה, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, הכיר בסמכותו להוציא צווים המצהירים על בטלות חקיקה של הכנסת (עניין בנק המזרחי, וראו בהקשר דנן במיוחד את דבריו של הנשיא א' ברק בעמ' 421-422 לפסק הדין), הוציא בפועל צווים המחייבים את הכנסת לעניין ביטולו של חוק (ראו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017); בג"ץ 6942/19 צ'באנו נ' שר הפנים (12.7.2023)), וכן קבע את סמכותו להוציא צווים, המחייבים את הכנסת, לעניין תוקפם של תיקונים לחוק יסוד שנעשו תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת (וראה בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר) וכן בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) (להלן: עניין התקציב הדו-שנתי)).

10. הטענה היחידה כנגד סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לדון וליתן סעד, בהנחה שקיימת מגבלה על הסמכות המכוננת של הכנסת, הינה שמקור סמכותו של בית המשפט מצוי בחוק יסוד ומכאן שלא ניתן לפרשו כמאפשר ביטול דבר חקיקה המצוי באותה דרגה נורמטיבית. כך נטען על ידי הכנסת (פסקה 342 לתגובת הכנסת), וכך נטען גם על ידי גורמי הממשלה (שהתמקדו, ככלל, בשאלה הראשונה ופחות בהבחנה בינה לבין השאלה השנייה דנן), לאמור: "אין בכוחו של בית המשפט הנכבד לדון בתוקפן של נורמות מן המדרג שממנו הוא עצמו יונק את מקור סמכותו, כלומר חוקי היסוד" (פסקה 9 לתגובת גורמי הממשלה; וראו בנוסף בפסיקה 20).

טענה זו מוקשית בעיניי: אין חולק שבחלק ממדינות העולם מוקנית לערכאה השיפוטית הבכירה, בחוקה, סמכות לבקר תיקונים לחוקה (למשל: סעיף 167(4)(d) לחוקת דרום אפריקה; ולהרחבה, ראו: ברק, תיקון של חוקה שאינו חוקתי, בעמ' 152; יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" ספר אליקים רובינשטיין 1349, 1379 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2021)). הכנסת וגורמי הממשלה אף אינם טוענים שקיימת מניעה לעשות כן גם בישראל. לא זו אף זו, דומה כי מקובל הן על הכנסת והן על גורמי הממשלה כי המקום

היותר מתאים להסדרת הסוגיה יהיה חוק יסוד: חקיקה, שלמרבה הצער לא חוקק עד היום.

העולה בברור מהמקובץ לעיל הינו כי אין כל מחלוקת שהסמכות לערכאה השיפוטית הבכירה לבקר את מלאכת תיקון החוקה מקומה להיקבע בחוקה עצמה. יתר על כן, דומה כי לא ייתכן מקום אחר לקביעת סמכות שכזו ולא שמענו שכדי לקבוע סמכות לערכאה השיפוטית העליונה לבקר תיקונים לחוקה, יש לקבוע מעל החוקה מעין "חוקת-על" שבה תוקנה אותה סמכות, שאחרת נמצא במצב בו בית משפט דן "בתוקפן של נורמות מן המדרג שממנו הוא עצמו יונק את מקור סמכותו".

והנה מצאנו שלא רק שייתכן שבפרק אחד של חוקה תינתן סמכות לערכאה שיפוטית לבקר תיקון שייעשה בחלק אחר של החוקה, אלא שאם מבקשים לקבוע סמכות שכזו זוהי הדרך הטבעית והמתבקשת לעשות כן.

על כן, הנני רואה את הטענה לפיה אין להכיר בסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לבקר תיקון לחקיקת יסוד משום שסמכותו של בית המשפט קבועה אף היא בחוק יסוד – כחסרת בסיס.

11. ביישום לנסיבותיה של מדינת ישראל, לעת הזאת, השאלה היא מהו הדין כאשר חוקה מכוננת פרקים פרקים, על פני עשרות שנים, והפרק המתייחס להליך החקיקה עצמו – חוק יסוד: חקיקה – טרם כונן?

סבור אני שהתשובה הברורה לכך מצויה בחוק יסוד שכבר כונן, הוא חוק-יסוד: השפיטה, המקנה סמכות לבית המשפט הגבוה לצדק, סמכות שאינה מוגבלת מבחינת הגופים שיכול ויהיו כפופים לה.

12. במהלך הדיון בפנינו, טען ב"כ גורמי הממשלה, כי: "התשובה היא שהכנסת איננה יכולה לפגוע בזהותה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית. אבל מי שיכול לבקר את זה, זה רק העם. זה רק הריבון. אין שום מקור סמכות אחרת" (עמ' 50 לפרוטוקול המוקלט).

אמירה זאת (שבהערת אגב אציין כי ספק עד כמה הינה עולה בקנה אחד עם הטיעון של גורמי הממשלה בהקשר השאלה הראשונה שנדונה לעיל), אף היא מוקשית בעיני: אם הכנסת חורגת מסמכותה, ואם סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק הינה כמצוין בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, הכיצד ועל בסיס מה ניתן לטעון שאין לבית המשפט הגבוה לצדק סמכות לקבוע שבוצעה החריגה מהסמכות וליתן סעד?

דומה כי התשובה היחידה שהושמעה בהקשר זה הינה ל-"אי-שפיטות" ואף זו טענה מוקשית בעיני עד למאוד. כמבואר לעיל, השאלות העיקריות הדורשות הכרעה בדנן נוגעות לגבולות סמכותה של הכנסת בכובעה כרשות המכוננת, ולשאלה האם בעת שכוונה את התיקון, חרגה הכנסת מהסמכות המוקנית לה. כידוע, להבדיל משאלות הנוגעות לבחינת המדיניות שבה נקטה רשות פוליטית, ההכרעה בשאלה "מהי סמכותה של הרשות הפוליטית והאם סמכותה הופעלה כדין, [...] מסורה, בדרך כלל, לבית המשפט, במסגרת סמכותו וחובתו לקבוע מהו החוק" (בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 489 (1988)).

משכך, גם טענה זו הינה, לדעתי, חסרת בסיס.

13. נראה כי זוהי העת וגם ההקשר להתייחס לטענה מרכזית (שמא מרכזית), בטיעוני גורמי הממשלה.

וכך נכתב בסעיף הפותח את הטיעון המשלים שהוגש לנו מטעם גורמי הממשלה:

"בפתח הדברים ממשלת ישראל שבה ומבהירה: עניינן של עתירות אלו הוא בראש ובראשונה בשאלה האם יש גבולות לסמכויותיו של בית המשפט הנכבד. משמעותו של הסעד הדרמטי שמבקשים העותרים, סעד חסר הקבלה במדינות המערב המתוקנות, היא שבית המשפט ישים עצמו עליון על מקור סמכותו, וייטול לעצמו כתר מכוון-העל; למעשה את כתר הריבונות" (ההדגשה הוספה – י' כ').

טיעון דומה וחריף לא פחות, נטען עוד קודם לכן, בתגובת גורמי הממשלה לעתירה (פסקה 18):

"העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד להפוך את מושכלות היסוד, להפוך את העקרונות שהוא עצמו חזר ושנה ושילש והתבסס עליהם, ולהכריז כי ריבונות-העל מסורה בידי" (ההדגשה הוספה – י' כ').

וכך זכינו לשמוע גם בנאומו של יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, חה"כ שמחה רוטמן, בפנינו, את הטענה לפיה מה שעומד על הפרק הוא: "השלטת משטר אוליגרכי של קבוצת אנשים, ויהיו חכמים ונבונים וישרים, ככל שיהיו" (עמ' 30 לפרוטוקול המוקלט).

ובכן, לו דעת הטוענים את הנטען לעיל להישמע, המחלוקת היא בראש ובראשונה ואף בעיקר בשאלת מעמד הבכורה, האם הוא בידי הכנסת או בידי בית המשפט הגבוה לצדק?

דעתי היא שכל אלו הינן טענות חסרות כל בסיס ולא זו השאלה העומדת על הפרק: בית המשפט הגבוה לצדק אינו יכול לזיום חקיקה כלשהי, ודאי חקיקת יסוד או תיקון לחוק יסוד. בית המשפט הגבוה לצדק גם אינו יכול לקבוע את תוכנם של חוק יסוד או תיקון לחוקי יסוד. בית המשפט הגבוה לצדק גם אינו מתבקש לקבוע שהינו "מכונן על" ובוודאי שלא מי ש-"ריבונות העל" מצויה כביכול בידיו.

בית המשפט הגבוה לצדק כן מתבקש, בעתירות דנן, להכריע בשאלה האם במצב בו חקיקת חוקי היסוד של המדינה נמשכת עשרות בשנים, מחד גיסא, וטרם חוקק חוק יסוד: החקיקה, מאידך גיסא, מוקנית לו הסמכות לקבוע שתיוון המנוגד להגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אינו תקף.

ואבקש לשאול, האם, לפי אותה השקפה, בכל אותן חוקות שקבעו הוראות בסיס שלא ניתן לשנותן והסמיכו את הערכאה השיפוטית העליונה במדינה להגן על אותן הוראות, הושם "כתר מכונן-העל" ו-"למעשה... כתר הריבונות" על ראשו של בית המשפט? והאם באותן המדינות המצב הוא של "השלטת משטר אוליגרכי של קבוצת אנשים, ויהיו חכמים ונבונים וישרים, ככל שיהיו"?

לא נותר אלא להצטער, מאוד, על העמדת הדברים באופן האמור.

ועוד הערה: נטען על ידי גורמי הממשלה, במישור הדין הרצוי, כי אין חזקה שהערכים הנכונים נמצאים היום ויימצאו בעתיד דווקא בידי בית המשפט הגבוה לצדק ולא בידי נבחרי העם. לטענה זו הנני מסכים ללא היסוס. אולם, מנקודת מוצא זו, כשאלה של דין רצוי ותחת "מסך בערות" (שגורם לכך שאין אנו יודעים מי הם אלו שישבו ביום מן הימים על כס השיפוט וגם לא בידי מי תהיה השליטה בכנסת באותו המועד), אבקש לשאול: האם עדיף הסדר חקיקתי המקנה לכנסת, כרשות מכוננת, כוח בלתי מוגבל המאפשר לכנסת לכוון כל חוק יסוד שתחפוץ, יהיה תוכנו אשר יהיה, או עדיף הסדר הקובע איזון מסוים למקרי קיצון? דומני שגם התשובה המתבקשת לשאלה זו, שעניינה במישור הדין הרצוי, אינה תואמת את עמדתם של גורמי הממשלה בפנינו.

האם בחקיקה התיקון לחוק יסוד: השפיטה, חרגה הכנסת מסמכותה? – המבחן

14. משהשבתי בחיוב לשתי השאלות הראשונות שהצבתי בפתח חוות דעתי, נוצר הצורך להידרש לשאלה השלישית – האם, בחקיקת התיקון דנן לחוק-יסוד: השפיטה, חרגה הכנסת מסמכותה המכוננת, לאור תוכנו של התיקון והטענה כי הוא מנוגד לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית?

את התייחסותי לשאלה זו אחלק, להלן, לשניים: החלק הראשון, הוא החלק דנן, יתייחס למבחן שעל פיו יש להכריע בשאלה האמורה; החלק השני, שיבוא מיד לאחריו, יתייחס ליישום המבחן על התיקון דנן.

15. המבחן למגבלה המוטלת על הכנסת, כסמכות מכוננת ולעניין תיקון חוק יסוד, בכל הנוגע לתוכן התיקון, נקבע כבר, במידה רבה, בפסק הדין בעניין חסון. מבחן זה הינו, לדעתי בצדק רב, מבחן הקובע מגבלה צרה ביותר על סמכותה המכוננת של הכנסת ובחינה דווקנית עד למאוד קודם שייקבע שבמקרה ספציפי הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת לאור תוכנו של דבר החקיקה שיצא תחת ידה.

בשל החשיבות הרבה של הדברים אצטט להלן (תוך שהנני מודע לעובדה שכך עשתה גם חברתי, השופטת י' וילנר, בחוות דעתה), קטעים רלוונטיים מפסק דינה של הנשיאה בעניין חסון:

“לגישתי, 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” (פסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה; ההדגשה במקור – י' כ'. ראו דברים דומים גם בפסקאות 18 ו-27 לפסק דינה של הנשיאה).

עוד קבעה הנשיאה כי:

“בהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי, אני סבורה כי המגבלות החלות על הרשות המכוננת הן, כאמור, צרות ביותר, ונוגעות למצבים חריגים של שינוי חוקתי השולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה” (פסקה 28 לפסק דינה; ההדגשה במקור – י' כ').

בהמשך קבעה הנשיאה כי על הפגיעה להיות “אנושה”, וכי:

“באותם המצבים שבהם חוק יסוד שולל או סותר באופן חזיתי את המאפיינים “הגרעיניים” המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית

ודמוקרטיה – ניתן לומר כי הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת" (פסקה 29 לפסק דינה; ההפניות הושמטו – י' כ').

ובסיכום דבריה בסוגיה, קבעה הנשיאה כי:

"ניתן להצביע כבר עתה על מגבלות – צרות ביותר – המוטלות על סמכותה המכוננת של הכנסת, ולקבוע כי אינה מוסמכת לשלול את מאפייני הזהות הגרעיניים מינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית" (פסקה 31 לפסק דינה; ההדגשה במקור – י' כ').

16. השופט נ' הנדל, בעניין חסון, מצטט את דבריו בפסק דינו בעניין התקציב הדו-שנתי, לאמור:

"גם אם תיקלט דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי במשפטנו יש להגבילה, למצער בראשית דרכה, לתחומי השמירה על אופייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל. ועל זאת אוסיף, לשמירה על גרעין אופייה היהודי והדמוקרטי" (פסקה 3 לחוות דעתו; ההדגשה הוספה – י' כ').

17. חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, ביקשה לקבוע גישה מצמצמת עוד יותר, בקבעה, בהתייחס לפסק דינה של הנשיאה באותה פרשה, כי:

"אני עצמי נוטה לשימוש בטרמינולוגיה שהיא אף מצמצמת יותר – ומציעה להתייחס לחוק יסוד שמהווה 'שבירת כלים', במובן של הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית" (פסקה 16 לחוות דעתה).

ובהמשך לכך הוסיפה חברתי את הדברים הבאים:

"הדוגמאות הנוגעות למצבי הקצה שעשויים להצדיק ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד לא נועדו ליצור 'מדרון חלקלק' שיפתח את הדלת להתייחסות לחוקי היסוד כאל חוקים רגילים. הן לא אמורות לשמש הכשר לביקורת שיפוטית כזו גם במקרים אחרים. יש בהן כדי לתרום לוודאות המשפטית, ולהבהיר כי הגשת עתירות נגד חוקי יסוד אינה אמורה להיות חזון נפרץ. העובדה שהדוגמאות הנזכרות כאן נסבות על מקרים קיצוניים שהתממשותם בפועל היא בבחינת 'לא יעלה על הדעת' מלמדת כי המדרון לעבר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד אינו חלקלק כל עיקר. אדרבה, חומת ברזל ברורה עומדת בפתחו" (פסקה 17 לחוות דעתה; ההדגשה הוספה – י' כ').

18. השופט מ' מזוז, קבע מבחן דומה לזה שנקבע על ידי הנשיאה :

"לא כל 'פגיעה' באופי היהודי או הדמוקרטי של המדינה תיחשב כחריגה מהסמכות המכוננת של הכנסת, אלא רק 'מקרי קצה' של פגיעה קשה ומהותית, המערערת את הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה. המדובר במצבים חריגים וקיצוניים השוללים את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה ואת תכונות המינימום לשימור זהותה היהודית או הדמוקרטית" (פסקה 13 לחוות דעתו; ההדגשה הוספה – י' כ').

19. המשנה לנשיאה ח' מלצר, והשופטים ע' פולגמן, י' עמית ו-ע' ברון, הצטרפו לעמדתה של הנשיאה, על כל נימוקיה. גם השופט ג' קרא, שהיה בדעת מיעוט בעניין חסון, אימץ את המבחן הצר שהותווה על ידי חבריו, בקבעו: "כל הגישות המתוארות מתלכדות לשאלה המכרעת שהיא האם חוק היסוד או התיקון לו שוללים את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה" (פסקה 13 לחוות דעתו).

20. לא יהיה זה מיותר לציין כי כל הצדדים אשר בפנינו, אשר תומכים בקבלת העתירות (ובחריג בודד – האגודה לזכויות האזרח במעמדה כ-"ידיד בית המשפט"), לא ביקשו כלל להרחיב את המבחן הצר דלעיל, אלא אמצו אותו ונסמכו עליו.

כך, טוענת היועצת המשפטית לממשלה ל-"פגיעה קשה בעצם קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (פסקה 19 סיפא לתגובתה, וראו ניסוח דומה בפסקה 9). בניסוח מעט אחר נטען על ידי היועצת המשפטית לממשלה כי: "בישראל משמעות ההגבלה היא שהרשות המכוננת מנועה מלבצע שינויים בחוקי היסוד, שתוצאתם שלילת אופייה של ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית" (פסקה 25 לתגובתה; וראו גם פסקה 27).

בהמשך התגובה (פסקה 216), מאמצת היועצת המשפטית לממשלה, במפורש, את המבחן שנקבע על ידי הנשיאה בעניין חסון.

כך גם בעתירת העותרת בבג"ץ 5658/23 (פסקאות 237, 253, 393), בעתירת העותרים בבג"ץ 5663/23 (פסקה 231); בעתירת העותרים בבג"ץ 5659/23 (פסקאות 232 ו-239); בעתירת העותר בבג"ץ 5660/23 (פסקאות 69-75); ובעתירת העותר בבג"ץ 5661/23 (פסקאות 88 ו-92).

21. אמור מעתה: כדי שייקבע שתיקון לחוק יסוד נעשה בחריגה מסמכות, על האמור בו לשלול את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה, בכך שהינו פוגע פגיעה



אנושה במאפייני הזהות הגרעיניים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית. לפי גישה מצמצמת עוד יותר, על התיקון להוות "שבירת כלים", במובן של הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית.

האם בחקיקה התיקון לחוק יסוד: השפיטה, חרצה הכנסת מסמכותה? – יישום המבחן

22. ומשעמדתי על המבחן הרלוונטי, נותר להשיב על השאלה: האמנם התיקון דנן שולל את ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה? האם הינו פוגע פגיעה אנושה בגרעינים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית? האם יש בו משום 'שבירת כלים' והרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית?

על כך אעשה כמיטב יכולתי להשיב להלן.

23. מהותו של התיקון הינו בשינוי נקודת האיזון בתחום הביקורת השיפוטית על הדרג המיניסטריאלי (הממשלה, ראש הממשלה, ושרי הממשלה), תוך החלשה של הביקורת השיפוטית והגברת כוחם של הממשלה ושריה.

זוהי קביעתו של התיקון – סיוג הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה ושריה – וזוהי גם הכוונה המוצהרת של מחוקקיו (וראו גם פסקה 169 לתגובת גורמי הממשלה).

24. באשר לזיהויים של אותם "יסודות גרעיניים" של המדינה כמדינה דמוקרטית, אימצה הנשיאה, בפסק הדין בעניין חסון, דברים שנקבעו בפסיקה קודמת (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 23 (2003)), וקבעה:

"בדומה, 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" (פסקה 29 לפסק דינה של הנשיאה; ההדגשה הוספה, ההפניה הושמטה – י"כ).

האמור לעיל מקובל גם עליי.

ברור כי מבין חמשת העיקרים דלעיל, רלוונטיים לעניינו "קיום הפרדת רשויות" ו-"שלטון החוק".

בהערת אגב אציין כי נטען בפנינו, בעיקר על ידי התנועה למען איכות השלטון בישראל, כי התיקון דנן פוגע בעצמאותה של הרשות השופטת. להשקפתי, טיעון זה הינו חסר בסיס, שכן סמכות וגדר הסמכות – לחוד, ועצמאות – לחוד. כך יכול גוף להיות בעל סמכות מצומצמת ולהיות בעל עצמאות בדרגה גבוהה, וההפך: להיות בעל סמכות רחבה ודרגת עצמאות נמוכה. עניינו של התיקון דנן בהצרת סמכותה של הרשות השופטת, לא בעצמאותה.

25. מקובל גם עליי שהביקורת השיפוטית על פעולותיה של הרשות המבצעת הינה ממרכיביה המרכזיים של עקרון הפרדת הרשויות וכן מרכיב הכרחי בשלטון החוק ובשמירה על החירויות של האזרח. כפי שציין בית משפט זה בעבר:

”סמכות הביקורת השיפוטית מייסדת עצמה על תפיסות יסוד חוקתיות, ובראשן ההכרח להבטיח את 'שלטון החוק בשלטון'; היא נותנת ביטוי לעיקרון הפרדת הרשויות במובן של 'יצירת...איזון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות'; היא משקפת את שלטון החוק הפורמאלי והמהותי; היא הכרחית כדי למנוע שימוש לרעה בכוח ופגיעה בחירות שלא כדין ולהבטיח את עקרון חוקיות המינהל; היא נותנת ביטוי לעיקרון שלפיו הכול שווים בפני החוק; בלעדיה הופך שיקול-הדעת השלטוני לבלתי מוגבל, ואין זר מכך לאופיו הדמוקרטי של משטרנו” (בג”ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ’ כנסת ישראל, פ”ד נט(2) 481, 756 (2005); ההפניות הושמטו – י’ כ’; וראו גם: פסקה 114 לחוות דעתה של הנשיאה; פסקה 98 לחוות דעתו של חברי השופט א’ שטיין).

הדבר אף אינו שנוי במחלוקת כלל, כעולה מתגובת גורמי הממשלה: ”ממשלת ישראל סבורה כי משטר דמוקרטי ושלטון חוק מחייבים את קיומה של מערכת משפט עצמאית וחזקה, שניתן לפנות אליה לקבלת סעד נגד מוסדות השלטון. אין מחלוקת כי הביקורת השיפוטית על עבודת הממשלה ויתר הרשויות הכרחית להגנה על האזרח ועל הציבור מפני שרירות ושימוש לרעה בכוח שלטוני” (פסקה 168; ההדגשה הוספה – י’ כ’).

אין ספק שהתיקון מחליש את הביקורת השיפוטית של בתי המשפט, בעיקר של בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, על החלטותיהם של הממשלה ושריה. עמדתי על כך שזהו בדיוק פועלו של התיקון, וזוהי גם כוונתם המוצהרת של יוזמיו. בהיבט זה, ניתן לדעתי לקבוע כי התיקון פוגע בעקרון הפרדת הרשויות.

מסכים אני גם עם העמדה לפיה החלשתה של הביקורת השיפוטית מהווה גם החלשה של שלטון החוק, לעניין אכיפת הדין על כל רשויות המדינה. כך ככלל וכך (כפי שעוד אעמוד להלן), גם בנסיבות דנן.

26. כעולה מהאמור, לדעתי ניתן לקבוע כי יש בתיקון דנן פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות וגם פגיעה בעקרון שלטון החוק.

אלא שכבר למדנו לעיל כי אין די בקביעתה של פגיעה כאמור. המבחן לפסילתו של התיקון כמהווה חריגה מסמכותה של הכנסת כרשות המכוננת, הינו מחמיר בהרבה.

עמדה על כך הנשיאה בפסק הדין בעניין חסון:

"המגבלה שחלה על הרשות המכוננת עניינה בליבת הזהות היהודית והדמוקרטית ובה בלבד. המכונן אינו רשאי לשלול – להלכה או למעשה – את קיומה של המדינה כ'יהודית ודמוקרטית', אך הוא רשאי לשרטט, על פי שיקול דעתו, את האופן שבו יבוא לידי ביטוי צירוף מילים זה במסגרת חוק היסוד, אף אם הדבר כרוך באיזונים ובפשרות אשר מגדירים מחדש את אופן התפרשותו של אחד ממרכיבי זהותה של המדינה. ברוח זו, בית משפט זה כבר קבע כי רחוקה הדרך בין קביעה לפיה נורמה מסוימת פוגעת פגיעה קשה בזכות יסוד מסוימת ובין המסקנה שנורמה זו שוללת את דרישות המינימום המגדירות מדינה כדמוקרטית" (פסקה 30 לפסק דינה; ההפניה הושמטה, ההדגשה הוספה – י"כ).

עמד על כך ובהקשר הספציפי של הצרתה של ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת, פרופ' אהרן ברק, במאמרו "תיקון של חוקה שאינו חוקתי":

"ביטול הביקורת השיפוטית הקיימת על חוקתיות החוק והחלפתה בביקורת שיפוטית 'רכה' יותר עשויה להיחשב כפגיעה במבנה הבסיסי של חוקה קיימת. לדעתי, אין לראותה כפגיעה בליבת הדמוקרטיה ועל כן אם הכנסת תמצא לנכון לקבוע הוראות בעניין זה, הסמכות בידה לעשות כן כל עוד מפעל חוקי היסוד לא הסתיים" (שם, בעמ' 158; וראו גם: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד 106-107 (2005); פסקה 72 לחוות דעתה של חברתי השופטת י' וילנר).

27. המסקנה העולה מן האמור הינה שלא כל הסטה של נקודת האיזון בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת, על דרך הצרתה של הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת, תהווה חריגה מסמכות מצדה של הרשות המכוננת.

לדעתי גם לא ניתן לומר אחרת. אין בסיס לקביעה לפיה נקודת האיזון בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת הינה קבועה; ואף למעלה מכך אין בסיס לקביעה לפיה נקודת האיזון האמורה יכולה, כעניין שבעקרון, לנוע רק על דרך חיזוקה של הרשות

השופטת. גישה אחרת אינה עולה בקנה אחד עם המבחן עליו עמדנו לעיל לעניין עצם קיומה של מגבלה על סמכותה המכוונת של הכנסת.

השאלה היא אפוא האם הסטת נקודת האיזון בין הרשות השופטת לרשות המבצעת, על דרך הצרת הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת, כפי שנעשתה בתיקון דנן, מגיעה כדי שלילת ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה? פגיעה אנושה בגרעינים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית? 'שבירת כלים' והרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית?

ואדגיש, מקובלת עליי ההערה שבחוות דעתה של הנשיאה (פסקה 106), לפיה השאלה אינה האם בעקבות התיקון חדלה מדינת ישראל מלהיות דמוקרטית ושינתה את פניה לדיקטטורה. השאלה היא, בהתאם למבחן שנקבע בפסק הדין בעניין חסון, וכפי שהציגה הנשיאה בחוות דעתה דכאן: "האם חוק היסוד או התיקון לחוק היסוד פוגעים פגיעה כה קשה במאפיינים גרעיניים של המדינה, עד כדי זעזוע אבני הבניין של חוקתנו המתגבשת" (פסקה 106).

28. את הפגיעה העלולה להיגרם מהתיקון לחוק-יסוד: השפיטה, ניתן לחלק, להבנתי, לשני סוגים – פגיעה ישירה ופגיעה עקיפה:

29. פגיעה עקרונית / ישירה – הנגרמת בעקבות העובדה שקיים "דין" (חובתה של הממשלה ושריה לנהוג בסבירות), ואין "דיין" – לא ניתן יהיה לאכוף את החובה שבדין, לנהוג בסבירות, על הממשלה ושריה, והיא תיוותר, לפי הנטען, כקליפה ריקה. מנקודת מבט זו, עצם המצב שקיים דין מחד גיסא, ולמעשה חופש להפר אותו מאידך גיסא, בלא כל אפשרות לתגובה שיפוטית, מהווה פגיעה בעקרון שלטון החוק (וראו פסקה 160 לחוות הדעת של הנשיאה). יצוין כי לפי השקפה זו דומה כי הפגיעה הנגרמת בשלטון החוק במצב שיוצר התיקון הינה אף חמורה מהפגיעה שהייתה נגרמת לו הייתה מבוטלת מיסודה החובה המוטלת על הממשלה ושריה לנהוג בסבירות.

הפגיעה העקרונית / הישירה האחרת הינה ממקומו של הרואה את עצמו נפגע מהחלטה של הממשלה או שר משריה, עקב הפרת החובה לנהוג בסבירות, ונשללת ממנו האפשרות לקבלת סעד משפטי כלשהו בגין כך. אף בכך יש משום פגיעה בעקרון שלטון החוק.

בהקשר האמור ובהערת אגב, אפשר אף להפנות לשינוי המצער בעמדתם של גורמי הממשלה, מהכרה בקיומה של החובה לנהוג בסבירות לעמדה לפיה אין מדובר כלל בחובה אלא ב-"מידה טובה" (פסקה 38 לטיעון המשלים).

30. פגיעה עקיפה / תפקודית – המתבטאת בהפקעת אחד מ- "כלי העבודה" אשר ב- "ארגז הכלים" המשרת את בתי המשפט במלאכת הביקורת השיפוטית על הממשלה ושריה, והענקת סעד במקרים המתאימים לכך (וראו פסקה 12 לתגובתה של היועצת המשפטית לממשלה).

בהקשר זה עומדים העותרים והיועצת המשפטית לממשלה על חשיבותה ומרכזיותה של עילת הסבירות במלאכת הביקורת השיפוטית על מעשי המנהל. בתוך כך, עומדים הם על ההקשרים והנסיבות בהן שלילת עילת הסבירות, ככלי לביקורת שיפוטית על הממשלה ושריה, תביא לשלילת סעד אפקטיבי כלשהו במקרים רבים, ולפגיעה קשה באינטרסים חשובים של הציבור ושל הפרט.

במיוחד עמדו היועצת המשפטית לממשלה והעותרים השונים על ההשלכות השליליות שעלולות להיות לביטול עילת הסבירות, לעניין הפיקוח השיפוטי על החלטות הממשלה ושריה, בהקשרים הבאים: מינויי בכירים ומינויים פוליטיים או כאלו המנוגדים לחובה לשמור על טוהר המידות; פיטורי בעלי תפקיד וההשפעה על עצמאותם של בעלי התפקיד בעת כהונתם; מגבלות על ממשלת מעבר; התעלמות משיקולים מקצועיים והעדפת שיקולים פוליטיים צרים.

וזה המקום להדגיש: איני מזלזל באף לא אחד מהטיעונים האמורים, במיוחד (בלי לפגוע חלילה בעותרים ובב"כ), משהם נשמעים מפיה של היועצת המשפטית לממשלה בכבודה ובעצמה. אותם חששות, הנוגעים לפגיעה העקיפה / התפקודית, כפי שהוגדרה לעיל, הם לדעתי בעלי המשקל הרב ביותר בטיעונים השונים המבקשים לשכנע שדין העתירות להתקבל.

אגב כך אציין כי איני חושב שהפגיעה העקרונית / הישירה, עליה עמדתי לעיל, יש בה כדי להוסיף משקל של ממש לעניין ההכרעה דנן. זאת, משום שעל פניה נראה שמדובר בפגיעה בינארית – אין בה את ההבחנה הנחוצה בין גריעה כלשהי מהיקף הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת לבין גריעה המהווה פגיעה אנושה. אכן, במצב בו מוטלת על הממשלה ושריה חובה אולם לא קיים "דיין" אשר יאכוף את קיומה, יש פגיעה עקרונית מסוימת בשלטון החוק. כך גם מנקודת המבט של העותר הספציפי במקרה עתידי, שלמרות שהפרת החובה גרמה לו לנזק – אינו יכול לזכות בסעד. אם נתלה את ההכרעה דנן במישור הפגיעה העקרונית / הישירה כאמור, הרי שכל תיקון הגורע מהיקף הביקורת השיפוטית, באשר הוא, יביא בהכרח למסקנה כי יש לבטלו בשל פגיעה בשלטון החוק. ברם, להשקפתי אין די בעצם קיומה של פגיעה כלשהי בשלטון החוק או בהפרדת

הרשויות. עסקינן בעניין של מידה – עד כמה פגיעה זו הינה פגיעה אנושה העומדת במבחן הדווקני והצר הרלוונטי לעניינו. לכן, הטיעונים שהינם בעלי המשקל העיקרי בעניין זה, הינם, לדעתי, הטיעונים במישור הפגיעה העקיפה / תפקודית.

31. ועוד קודם שאמשיך, סבורני שראוי להבהיר: פגיעה אנושה בדמוקרטיה יכולה להיגרם לא רק מצעדים שעל פניהם הינם מרחיקי לכת, כדוגמת שלילת זכות הבחירה מחלק מהציבור. היא יכולה להיעשות גם בדרכים אשר לציבור הרחב עלולים להיראות כ- "משפטיים" מובהקים ולכן, כביכול, כחשובים ודרמטיים פחות.

כך, כדוגמא בלבד, נניח שיחוקק חוק לפיו בכל סכסוך משפטי שבו רשות מרשויות המדינה הינה צד לו, מנהלי, פלילי, אזרחי או אחר, תעודה חתומה על ידי שר, המפרטת עובדות רלוונטיות, תחשב כראיה מכרעת שאין אחריה ולא כלום לעניין נכונותן של אותן עובדות. תיקון שכזה נחזה להיות עניין שבדיני ראיות ובטכניקה משפטית שרק מי שמקצועם בכך ייראו בו כבעל חשיבות מיוחדת. ניתן אולי לדמיין אפילו שיימצא מי שיטען כי יש להאמין לשרים לא פחות מאשר לשופטים וכי חזקה על שרים שלא יאשרו עובדות שאינן אמת, שאחרת קלונם יתגלה ביום מן הימים ובוחריהם ימאסו בהם. בפועל, משמעו של חוק כזה, לו חלילה היה מחוקק, הינו ביטול כמעט מוחלט של יכולתו של הפרט לעמוד על זכויותיו מול הרשויות, הפקעה למעשה של הזכויות הבסיסיות של כל אזרחי המדינה ופגיעה אנושה בליבת הדמוקרטיה בישראל ובגרעינים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

32. בכפוף להערות אלו, אפנה עתה לבחון את עמידתו של התיקון דנן באמת המידה כפי שהובאה לעיל.

הערכת מידתה של הפגיעה העלולה להיגרם בעקבות התיקון דנן, תלויה לדעתי במספר היבטים, שחלקם יוזכר להלן:

היבט ראשון – האופן בו ינהגו הממשלה ושריה לכשישחררו מעול הביקורת השיפוטית על סבירות החלטותיהם. ההערכה כי בהעדר "דיין" תרבינה מאוד ההחלטות של הממשלה ושריה שהיו נפסלות לו הייתה ממשיכה להתקיים עילת הסבירות, אינה חסרת הגיון אולם יכולה גם להתבדות.

היבט שני – כיצד יפורש התיקון על ידי בתי המשפט ובעיקר על ידי בית משפט זה. בהקשר זה כבר הועלו מספר שאלות בעלות חשיבות: האם הביטול מתייחס לעילת הסבירות "האיזונית" המזוהה עם פסק הדין בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות

השידור, פ"ד לה (1) 421 (1980), או שמא משמעות התיקון היא ביטול עילת הסבירות אף בנוסחה הצר שקדם להלכה הנ"ל?

עוד נשאלה השאלה כיצד יפורש התיקון לעניין האצלת סמכויות ונטילת סמכויות על ידי השר? וברי כי תעלינה בעתיד שאלות נוספות.

היבט שלישי – מוסכם גם על גורמי הממשלה (ראו פסקה 172 לתגובתם) כי ביטול עילת הסבירות אינו גורע מיתר עילות הפיקוח השיפוטי על רשויות המנהל. הכנסת מצביעה על כך שזו גם הייתה העמדה הברורה במהלך הדיונים של ועדת החוקה חוק ומשפט בעניינו של התיקון דנן. התשובה לשאלה כיצד ייושמו העילות האחרות (ואולי חדשות שתפותחנה), בנסיבות בהן לא ניתן לעשות שימוש בעילת הסבירות, אף היא מצויה בעתיד. בהקשר זה ברור, לדעתי, שביטול עילת הסבירות אין משמעו שתוכנם של ההחלטה או המעשה כנגדו תוגש עתירה לבית המשפט, יהפוך לבלתי רלוונטי. כך, כפי שברור שתוכנה של החלטה יכול לשלול טענה לקיומם של שיקולים זרים, כך ברי כי תוכנה של ההחלטה יכול לחזק טענה לקיומם של שיקולים זרים. בהקשר זה יצוין כי חברי, השופט א' שטיין, הביע זה מכבר את גישתו לפיה עילת הסבירות מגלמת את העיקרון המשפטי של "הדבר מדבר בעדו" בדיני הנזיקין (סעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]), גישה עליה עמד זמן ניכר עוד קודם שנבחרה כלל הכנסת הנוכחית (וראו: ע"ע"ם 1798/20 עמותת פורום המזרח התיכון ישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו (7.1.2021)). בין אם תאומץ גישה זו, על העברת נטל ההוכחה הנובעת ממנה, למישור המשפט המנהלי, ובין אם לאו, סביר כי השימוש בעילה שעניינה שקילת שיקולים זרים, לרבות האפשרות להסיק מסקנות בעניין זה מתוכנם של ההחלטה או המעשה העומדים לדיון, יגבר.

כך, כדוגמא נוספת, עילת החריגה מסמכות, על ההבחנה בה, בהקשר הימנעות מהפעלת סמכות, בין סמכות חובה לבין סמכות רשות, עשויה בהחלט להיות רלוונטית, במקרים המתאימים, לעניין אותו חלק בתיקון המתייחס ל- "...החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

כמו כן, יכול והנטייה המסויגת של בתי המשפט המנהליים (ואף בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק), בכל הנוגע לקיום בירור עובדתי, יכולה אף היא לעבור שינוי, והכלים לכך מצויים בדין הקיים.

ולמותר לציין כי האמור לעיל הינו בגדר דוגמאות להמחשה בלבד.

היבט רביעי – מה יהיה תוקפן של הלכות מחייבות שנפסקו עובר לכניסתו של התיקון דנן לתוקף? כך, לדוגמא, ההלכות שכבר נפסקו לעניין מגבלותיה של ממשלת

מעבר, יכול ויצמצמו את החששות בעניין זה. לעניין זה דומה שהקביעה לפיה התיקון לא ביטל את חובתם של הממשלה ושריה לנהוג בסבירות, מחזקת את האפשרות לקבוע שההלכות שכבר נקבעו, על בסיס קיומה של חובה זו, שרירות וקיימות.

היבט חמישי – הכנסת טוענת כי היא עצמה תמלא תפקיד פעיל יותר בפיקוח על סבירות החלטותיהם ופעולותיהם של הממשלה ושריה.

33. ואחר כל אלה אבקש להבהיר: מסכים אני לדברי הנשיאה (פסקה 152 לחוות דעתה) שכל האמור לעיל לא יהווה פיצוי (ולשיטתי יש לסייג – לא יהווה פיצוי מלא או לא יהווה תחליף מושלם) לכלי החשוב שנלקח מארגז הכלים של הרשות השופטת – עילת הסבירות בפיקוח שיפוטי על הממשלה ושריה. מסכים אני גם עם התיאור לפיו בעקבות התיקון ייווצרו "חורים שחורים", כבא להמחיש את העובדה שבמקרים מסוימים, לאחר התיקון, לא יוכל עוד בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית ולהושיט סעד. אוסיף ואציין כי ספק אם תוצאה אחרת הינה אף ראויה, שהרי משמעה שנמצאו הדרכים להגיע לתוצאה השונה מזו שהמחוקק התכוון אליה בתיקון.

אלא שעדיין יש לבחון האם די בכך כדי לעמוד במבחן הצר והדווקני, עליו עמדתי לעיל, לעניין קביעה שהכנסת חרגה מסמכותה כרשות מכוונת בכינון התיקון לחוק-יסוד: השפיטה.

34. חזרתי אפוא לשאלה המכרעת: האם הסטת נקודת האיזון בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת, בעניין הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת, כפי שבוצע בתיקון דנן, מגיעה כדי שלילת ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה? פגיעה אנושה בגרעינים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית? 'שבירת כלים' והרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית?

עמדתי לעיל על כך שהביקורת השיפוטית על פעולותיה של הרשות המבצעת הינה ממרכיביו המרכזיים של עקרון הפרדת הרשויות, וכן מרכיב הכרחי בשלטון החוק ובשמירה על חריות האזרח. ביטול הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת ואף על חלק משמעותי ממנה (כפי שהדבר בנסיבות דנן), יכול להוות על כן פגיעה אנושה בגרעינים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, כנדרש על פי המבחן עליו עמדתי לעיל.



מאידך גיסא, עמדתי לעיל על כך שלא כל גריעה מהיקף הביקורת השיפוטית על פעולותיה של הרשות המבצעת תחשב כמספקת לקביעה המאוד מרחיקת לכת המבוקשת במסגרת העתירות דנן.

מדובר אפוא, במידה רבה, בעניין של מידה. תבונתי אינה מגעת כדי להציע נוסחה ברורה ומדויקת לאיתור אותה נקודה שמעבר לה הסטת האזון בין הרשות השופטת לרשות המבצעת, על דרך הצרת הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת, תצדיק קביעה שהכנסת חרטה מסמכותה המכוננת.

מונח שאמץ לעניין איתורה של אותה נקודה מכרעת, בדומה לדרכו של חברי, השופט א' שטיין (פסקה 98 לחוות דעתו), הינו זה המתייחס להמשך קיומה של "ביקורת אפקטיבית" של הרשות השופטת על הרשות המבצעת. מודה אני בכך שגם השימוש במונח זה אין בו, כשלעצמו, כדי ללמד מתי הצרה של הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת תגיע כדי קביעה שהביקורת אינה אפקטיבית עוד ומתי לא. עם זאת, אני סבור כי אימוצו של מונח זה יועיל, גם אם באופן מוגבל, ככלי ביטוי לבחינת מידת הפגיעה.

35. זוהי העת להזכיר, פעם נוספת, כי ב-"ארגז הכלים" של בית המשפט מצויים כלים חשובים רבים ונוספים, ואזכיר את חלקם, שהינם בעלי זיקה לעילת הסבירות: העילה שעניינה בחובתה של הרשות המנהלית לפעול על בסיס תשתית עובדתית מספקת; העילה שעניינה בחובתה של הרשות המנהלית לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים; העילה שעניינה בחובתה של הרשות המנהלית להימנע משקילת שיקולים זרים; העילה שעניינה בחובתה של הרשות המנהלית לפעול במידתיות; העילה שעניינה בחובתה של הרשות המנהלית לפעול בתום לב; העילה שעניינה בחובתה של הרשות המנהלית לפעול שלא בשרירות.

לאילו מתווספים הכללים המחייבים לעניין תקינות ההליך המנהלי (לרבות הימנעות מניגוד עניינים, מתן זכות טיעון לצד נפגע ועוד).

אכן, עילת הסבירות הינה עילה מרכזית וחשובה, ויש בה לעיתים כדי לייתר את הצורך בבחינת מי מהעילות האחרות. כמו כן, וכפי שציינתי לעיל, סביר כי לעיתים לא יימצא לעילת הסבירות תחליף בעילות האחרות.

יחד עם זאת וכאמור לעיל, קיימות עילות חשובות נוספות. כך, דומה כי עתירות מסוג העתירות דנן היו מוגשות גם לו התיקון היה מבטל, ככל שאמורים הדברים בממשלה או בשריה, את העילה שעניינה בחובה לפעול על יסוד תשתית עובדתית מספקת או את העילה שעניינה בחובה להימנע שקילת שיקולים זרים. קביעה לפיה כל גריעה של

מי מהעילות הנ"ל, בכל האמור לממשלה ושריה, יש בה משום פגיעה אנושה בגרעינים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, נראית לי קביעה מרחיקת לכת שאין לה מקום.

לאמור יש להוסיף את שנאמר לעיל לעניין ההיבטים שיש בהם כדי להשפיע על השלכותיו של התיקון דנן והמצויים כולם בעתיד.

התוצאה היא שאיני סבור שבמבט כולל, להבדיל מהתמקדות בחששות (שאינם מופרכים) להשלכותיו של התיקון דנן, ניתן לומר שהתיקון יוביל לכך שבמדינת ישראל לא תהא עוד ביקורת אפקטיבית של הרשות השופטת על הרשות המבצעת. ואותם הדברים לעניין התיאור בדבר היווצרותם של "חורים שחורים": איני סבור שבמבט כולל ניתן לומר שה- "שטחים", לעניין הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת (על כלל חלקיה), שיהפכו ל-"חורים שחורים", הינם כה משמעותיים עד שניתן לומר שהפגיעה בביקורת השיפוטית מגיעה כדי פגיעה אנושה בגרעינים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

לאור האמור, דעתי היא כי אין לקבוע לגבי התיקון דנן כי הינו מגיע כדי שלילת ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה, לפגיעה אנושה בגרעינים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית או ל-"שבירת כלים" ולהרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית.

"הקשר רחב", "סלאמי", "עצים ויער", "מדרון חלקלק"

36. טענה מרכזית נוספת שנטענה על ידי העותרים הינה שיש להורות על בטלותו של התיקון לא על דרך בחינתו של התיקון בלבד אלא מתוך ראיה רחבה יותר, כחלק משורת מהלכיה של "הרפורמה המשפטית", שהתיקון דנן הינו רק המהלך הראשון בה. לפי קו הטיעון האמור על בית משפט זה להתגייס ולעצור את מהלכה של "הרפורמה המשפטית" כבר בתחנתה הראשונה.

הניסוחים של אותם טיעונים היו שונים, החל מבקשה שהעתירה תבחן לפי "הקשר הרחב" של הדברים (ושאין להתבונן ב-"עצים" אלא ב-"יער" כולו), דרך קריאה לבית משפט זה שלא לאפשר לפגוע בעקרונות הדמוקרטיה על פי "שיטת הסלאמי", ולמנוע את התדרדרותה של הדמוקרטיה הישראלית במדרון חלקלק (כל אלו יכונו להלן: טיעון הסלאמי).

ויודגש: עניינם של הטיעונים דלעיל אינו בנורמות שכבר חוקקו ובטענה שיש לבחון את השלכותיו של התיקון דנן לאור המצב המשפטי הקיים, אלא בצעדים חקיקתיים עתידיים.

כך נטען, לדוגמא, בעתירתה של התנועה למען איכות השלטון בישראל כי התיקון הינו: "אקורד הפתיחה של סיום הפרק הדמוקרטי במדינת ישראל" (פסקה 7); וכי: "אין לראות בתיקון מושא עתירה זו כעומד בדד. אין מקום לראות את העצים ולהתעלם מהיער. על תיקון זה יש להשקיף כחלק אינטגרלי, ראשון וחיוני, מיוזמות החקיקה ומתוכנית השלבים של שר המשפטים יריב לוין שתכליתן לבצע הפיכה משטרית במדינת ישראל. על כן, והגם שטרם הושלמה חקיקת כל רכיבי הרפורמה, העותרת תטען כי על בית המשפט הנכבד לבחון את חוקתיות הטיעונים החוקתיים האמורים גם באופן מצרפי, ובראייה רחבה על כלל מהלכי הממשלה" (פסקה 9; ההדגשה במקור – י' כ').

וראו לדוגמא גם בטיעוניה של לשכת עורכי הדין (פסקאות 3, 4 ו-211), וכן בטיעוניה של היועצת המשפטית לממשלה (פסקאות 9, 22 ו-247-349).

37. טענות מהסוג האמור נתקלות לעיתים קרובות בקושי עובדתי / ראייתי לעניין עצם היות מעשה המנהל או דבר חקיקה הנתקף בעתירה בגדר מהלך ראשון בלבד מקרב שורת מהלכים שיש בהם, יחד, כדי לשנות, באופן מהותי, את התמונה העובדתית.

קושי כזה אינו קיים בנסיבות דנן.

הדברים פורטו בחוות דעתה של הנשיאה וגם כאן אוכל לקצר: ביום 4.1.2023, בסמוך לאחר השבעתה של הממשלה, כינס שר המשפטים וסגן ראש הממשלה, חה"כ יריב לוין, מסיבת עיתונאים, ובה הודיע על מה שכונה על ידו "רפורמת המשילות". במסיבת העיתונאים הציג השר את מה שכונה על ידו "השלב הראשון של הרפורמה", אשר כלל את ארבעת הנושאים הבאים: "שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים" (כך שתהיה בשליטתן המוחלטת של הממשלה והקואליציה), "הסדרת פסילת חוקים ופסקת התגברות", "ביטול עילת הסבירות", "היועצים המשפטיים" (שמשמעו: "לא עוד כפיפות הממשלה לדרג לא נבחר").

ואם רשימת ארבעת הצעדים דלעיל אינה מספקת, הובהר, חזור והבהר, כי הינם מייצגים אך ורק את "השלב הראשון", וזאת מבלי להבהיר כמה "שלבים" נוספים צפויים ומה עתיד להיכלל במסגרתם.

לא היה זה "רק" נאום של שר המשפטים וסגן ראש הממשלה, שכן מתברר שבהסכם הקואליציוני שביסוד הקמתה של הממשלה שזה עתה הוקמה, נקבע כי:

"כל סיעות הקואליציה יתמכו בכל הצעות החוק, לרבות בחוקי יסוד ובתיקונים לחוקי יסוד, כפי שיוצעו על ידי שר המשפטים, ושיעסקו במערכת המשפט ובין היתר בהסדרת מערכת היחסים שבין הכנסת והממשלה לבין מערכת המשפט ובית המשפט העליון ובשיטת בחירת השופטים. כל זאת לשם השבת האיזון הראוי בין הרשויות. החקיקה כאמור תכלול גם חקיקת חוק יסוד: החקיקה ופסקת התגברות. כל הצעות החוק שעניינן הנושאים הנזכרים בסעיף זה תקבלנה עדיפות מוחלטת ומלאה, בכל מקרה ונסיבות, על פני כל חקיקה אחרת..."

על המהלכים מאותה מסיבת עיתונאים ועד לאישור התיקון דנן, בקריאה שניה ושלישית, עמדה הנשיאה בחוות דעתה, ואמנע מלחזור עליהם.

מבחינה עובדתית, התיקון דנן אכן היה אפוא, למצער בעת שהחלה מלאכת חקיקתו, חלק ממהלך רחב יותר, שגם באשר ליתר מרכיביו, ניתן לומר, בלשון המאופקת הנדרשת, כי הם אינם נעדרי השלכות על הדמוקרטיה הישראלית.

על כן, מבחינה ציבורית, ניתן להבין, ללא קושי, התייחסות אל התיקון דנן כאל חלק ממהלך כולל.

38. במישור המשפטי, התוצאה הינה, לדעתי, אחרת, ומצווים אנו להתייחס אל התיקון בהתאם למצב המשפטי הקיים במועד בו אנו דנים ולא על יסוד דברי חקיקה אחרים ונוספים הצפויים, לפי הערכה כזו או אחרת ובדרגת ודאות כזו או אחרת, בעתיד.

זאת, לא רק משום שאין דרכו של בית משפט זה לדון בעניינים תאורטיים (כמובהר, בהקשר דנן, בפסקה 46 לחוות דעתה של חברתי השופטת י' וילנר), ובהתפתחויות שיכול שתתרחשנה ויכול שלא, אלא גם אם מניחים שהחשש בדבר חקיקה עתידית נוספת יתגשם. אסביר.

39. תחילה חשוב להבחין בין שני טיעונים אשר ביניהם הבדל מכריע בהקשר דנן:

הראשון – הטענה שיש לבחון את השלכותיו של דבר חקיקה, בהיותו חלק ממהלך חקיקה רחב יותר, בהתייחס לחלקים מאותו מהלך שכבר בוצעו; השני – הטענה שיש לבחון את השלכותיו של דבר חקיקה, בהיותו חלק ממהלך חקיקה רחב יותר, בהתייחס לחלקים מאותו מהלך שטרם בוצעו.

אין כל קושי בטיעון מהסוג הראשון, שכן כל המבוקש במסגרתו הינו להתחשב במצב המשפטי הקיים. לא כך באשר לטיעון מהסוג השני. בעתירות דנן ענייננו בטיעון שהינו, ובאופן המובהק ביותר, מהסוג השני (התיקון דנן הינו דבר החקיקה הראשון והיחיד עד כה שחוקק במסגרת ה- "רפורמה המשפטית").

40. הטיעון מהסוג השני, מעורר על פניו קושי שכן מעצם טיבו הינו בעל חשיבות מהותית אך ורק כאשר מבוקש על בסיסו לפסול דבר חקיקה אשר אין מקום לפסלו כשלעצמו.

כך, הטוען שהתיקון דנן, כשלעצמו, הינו בעל השלכות כה קשות על אופייה הדמוקרטי של המדינה, עד שמן הדין לקבוע את בטלותו, אינו נזקק כלל לטיעון המבוסס על חקיקה עתידית שתחמיר עוד יותר את התמונה. כמו כן, כאשר להשקפתו של הטוען המצב הוא שהאפקט המצטבר של התיקון והחקיקה העתידית, יחד, אין בו די כדי להצדיק את ההצהרה על בטלותו של התיקון, אין טעם בטיעון המבוסס על החקיקה העתידית.

המקרה היחיד בו הטענה המתבססת על השלכותיה של חקיקה עתידית הינה בעלת משקל מהותי, הוא כאשר התיקון כשלעצמו אינו בעל השלכות המצדיקות הצהרה על בטלותו, אולם יחד עם השלכותיה של החקיקה העתידית, התוצאה משתנה.

התוצאה המבוקשת על ידי מי שמעלה טענה כאמור הינה על פניה בעייתית מאוד: מבקש הוא שיוצהר על תיקון לחוק יסוד שהינו בלתי חוקי למרות שככל שאמורים הדברים בתיקון כשלעצמו אין מקום לכך, וזאת על בסיס התרחשות עתידית, שלהערכתו של הטוען צפויה להתרחש, והשלכותיה.

41. התוצאה המבוקשת על ידי הטוען את טיעון הסלאמי, הינה גם בלתי מוצדקת. כדי להמחיש את הדבר, נניח שמהלך ה- "רפורמה" כולל שני מעשי חקיקה בלבד. כפי שהבהרתי לעיל, לטיעון הסלאמי שמורה חשיבות מהותית רק אם מניחים שמעשה החקיקה הראשון, כשלעצמו, אינו בעל השלכות המצדיקות את ההצהרה על ביטולו, ורק התוצאה המצרפית של שני דברי החקיקה יחד היא שמצדיקה את ההתערבות השיפוטית.

סבור אני שקשה לחלוק על כך שהתוצאה היותר צודקת בנסיבות אלו אינה הצהרה על בטלותו של מעשה החקיקה הראשון אלא מתן הצהרה, במקרה הצורך, רק בעת שיחוקק מעשה החקיקה השני ורק לגבי מעשה החקיקה השני. כך יותר בתוקפו מעשה החקיקה הראשון (שאין סיבה מספקת לבטלו, כשלעצמו), יבוטל מעשה החקיקה

השני, והתוצאה שמבקשים למנוע אותה – האפקט המצרפי של שני דברי החקיקה – תמנע.

אפשר להסביר את הדברים גם על דרך ההפניה להבחנה שערכתי לעיל בין שני סוגי הטיעונים: כאשר מה שעומד על הפרק הוא דבר החקיקה הראשון, הטיעון כנגדו, בהתבסס על הטענה שהינו חלק ממהלך חקיקה כולל, הינו מהסוג השני (הסוג המתייחס לחקיקה שטרם נחקקה), שאין לו, לדעתי, בסיס. לאחר אי-התערבות במעשה החקיקה הראשון, אם אכן יחוקק מעשה החקיקה השני ותוגש בהקשרו עתירה לבית משפט זה, הטיעון יהיה מהסוג הראשון (הסוג המתייחס למצב המשפטי הקיים, הכולל חקיקה שכבר חוקקה), שאין כל קושי לקבלו.

להגיון עליו עמדתי לעיל יש חריג, וזאת כאשר אי-ההתערבות בדבר החקיקה הראשון, מחלישה את כוחו של בית המשפט להתערב בדבר החקיקה השני. חריג חשוב זה אינו רלוונטי לענייננו, הן משום שהתיקון דנן עניינו בביקורת שיפוטית על הממשלה ושריה ולא על חקיקה, והן משום שעילת הסבירות אינה רלוונטית ממילא לביקורת שיפוטית על חקיקה. רוצה לומר: דחיית העתירות דנן לא תגרע מכוחו של בית משפט זה בעת שיתבקש לדון בתוקפה של חקיקה עתידית.

42. ביישום לענייננו, המשמעות היא כי אין כל מקום להורות על בטלותו של התיקון דנן על בסיס הטענות כי הינו חלק ממהלך חקיקתי נרחב שהמשכו בעתיד.

יחד עם זאת, המצב המשפטי בישראל, באם תדחנה העתירות דנן והתיקון דנן יוותר בתוקפו, הינו מצב משפטי אחר מזה שהיה קודם לחקיקת התיקון.

על כן, אם וכאשר תכונן בעתיד חקיקת יסוד שייטען לגביה כי הינה פוגעת פגיעה אנושה במאפייני הזהות הגרעיניים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, טיעון זה ייבחן, בין היתר, לאור המצב שהביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה ושריה הינה צרה מזו שהייתה וזאת בעקבות התיקון דנן.

ראוי להזכיר בהקשר זה כי "מאפייני הזהות הגרעיניים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית", אינם מתמצים בקיומה של ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת. בהתאם, השלכותיו של התיקון דנן יכול ותהיינה רלוונטיות הן בעת שתבחן חקיקה עתידית שעניינה קרוב לעניינו של התיקון דנן והן בעת שתבחן חקיקה עתידית שעניינה במרכיבים חיוניים אחרים של זהותה של המדינה כמדינה דמוקרטית.

הטענות האחרות כנגד תקפות התיקון

43. הטיעון המרכזי הנוסף, המועלה בעתירות אשר בפנינו וכן בעמדתה של היועצת המשפטית לממשלה, מבקש לשכנע כי דין התיקון בטלות משום שנחקק תוך שהכנסת עושה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת, וזאת על פי הדוקטרינה המשפטית עליה עמדתי בתחילת חוות דעתי זו (פסקה 3 לעיל).

הטיעונים בעניין זה נסמכים על פסק דינו של בית משפט זה, בעניין שפיר. ההלכה שנקבעה בעניין שפיר קבעה מבחן דו-שלבי, שנועד "לזהות" האם הנורמה שחוקקה במסגרת תיקון לחוק יסוד הינה נורמה המתאימה במהותה להיכלל בחוק יסוד. כפי שנקבע שם, השלב הראשון הינו "שלב הזיהוי", אשר "במסגרתו על בית המשפט לבחון אם חוק היסוד או התיקון לו נושאים את המאפיינים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות" (פסקה 36 לפסק דינה של הנשיאה בעניין שפיר; ההדגשה במקור – י' כ'). אם התיקון אינו עומד ב-"שלב הזיהוי", נבחן, במסגרת השלב השני, את הצידוק לקביעתה של הנורמה בה עסקינן במסגרת חוק יסוד דווקא.

לעניין שלב הזיהוי, נקבעו על ידי הנשיאה, בפסק הדין בעניין שפיר, שלושה מבחני עזר, שייבחנו להלן: מבחן היציבות, מבחן הכלליות ומבחן ההתאמה למארג החוקתי. חברתי השופטת ד' ברק-ארוז, בחוות דעתה בעניין שפיר, העדיפה לקבוע, במקום המבחן של התאמה למארג החוקתי, את מבחן "המובחנות", שמשמעו שהתיקון לחוק היסוד לא פלש באופן מובהק לתחומה של רשות אחרת, לרבות לתחומה של הכנסת עצמה כמחוקקת של חוקים "רגילים".

כמו כן, לא למותר להזכיר כי את הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות מכוננת, יש להחיל בזהירות רבה, ולשמור אותה למקרים קיצוניים (בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה 10 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל; פסקה 8 לחוות דעתה של השופטת ע' ברון; פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארוז (12.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים)).

אפנה עתה ליישם את מבחני העזר שהתוותה הנשיאה בעניין שפיר, כחלק משלב הזיהוי, על התיקון דנן:

44. מבחן היציבות – מבקש לבחון, בתמצית, האם ההסדר החקיקתי בו עסקינן נועד להיות הסדר קבע יציב הצופה פני עתיד. איני רואה כל קושי לקבוע שהוראת התיקון דנן עומדת במבחן זה ולא מצאתי טיעון המעורר שאלה של ממש בהקשר זה.

45. מבחן הכלליות – מבקש לבחון, בתמצית, האם הנורמה הינה בעלת תחולה כללית ומופשטת, המתייחסת לקבוצה בלתי מסוימת, להבדיל מנורמה פרסונלית. אחת מטענות העותרים הינה כי העובדה שהממשלה היא יוזמת התיקון והיא הנהנית ממנו, מקנה לו אופי פרסונלי, כך שהוא אינו עומד במבחן הכלליות. אין בידי לקבל טענה זו. בעניין שפיר, צוין כי נורמה אינה צולחת את מבחן הכלליות בהיותה נורמה פרסונלית, כאשר היא "מכוונת כל כולה לפתרון קשיים ספציפיים של ממשלה מסוימת וכנסת מסוימת" (שם, פסקה 50 לפסק דינה של הנשיאה; וראו גם: פסקה 26 לחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז בעניין שפיר; עניין ממשלת החילופים, פסקה 12 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל). בענייננו, התיקון מבקש לשנות את מערך הכוחות בין הממשלה לבין הרשות השופטת באופן כללי, ולא לצמצם עצמו אך ורק לממשלה הנוכחית. ככזה, התיקון דגן הינו נורמה העוסקת בהגדרת היחסים בין רשויות השלטון השונות (ובענייננו ביחס שבין הרשות השופטת לרשות המבצעת). נורמה מסוג זה הינה, בהגדרה, נורמה כללית, שמקומה הטבעי הוא החוקה. לשיטתי, עצם העובדה שהנורמה הרלוונטית מחזקת את כוחה של אחת הרשויות על פני רעותה, אינה הופכת אותה לנורמה "פרסונלית".

כמו כן, אף אם המניעים לכינון התיקון נגעו לאינטרסים ספציפיים של הממשלה הנוכחית – ואיני קובע כך או אחרת – ממילא אין בכך כדי להוביל לכך שהתיקון לא יצליח את מבחן הכלליות. זאת, שכן הלכה מושרשת עמנו כי בביקורת שיפוטית החוק (או חוק היסוד) הוא העומד לביקורת, ולא מניעיהם של מחוקקיו (או מכוונניו) (ראו: בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, פסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (2011); עניין שפיר, פסקה 43 לפסק דינה של הנשיאה; עניין ממשלת החילופים, פסקה 12 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל).

46. טענה נוספת שהועלתה מטעם העותרים הינה כי התיקון הינו נורמה פרסונלית נוכח תחולתו המיידית במישור הזמן. בפסק הדין בעניין ממשלת החילופים נדרש בית משפט זה בהרחבה לשאלה אימתי עיגון נורמה בחוק יסוד יעלה לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוונת, מפאת החלתה האקטיבית (או הרטרואקטיבית). בדעת מיעוט, המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר סבר כי החלה מיידית של תיקון חוקתי הופכת את התיקון לנורמה פרסונלית, ומשכך מצא לקבל את העתירות באותו העניין. מנגד, יתר חברי ההרכב מצאו לדחות את העתירות. השופט נ' הנדל הטעים כי:

"אינני סבור שיש בתפקיד המיוחד והחד פעמי שביקשה הכרזת העצמאות להעניק לאספה המכוונת, כדי ללמד על כך שכנסת ישראל – החובשת כיום שני כובעים, ועוסקת בתהליך מתמשך של יצירת פרקי חוקה – נדרשת 'להתפזר' על מנת לאפשר לכל חוק יסוד משטרי, או תיקון



לו, להיכנס לתוקף. זאת ועוד, אין ביתרונות המעשיים שחברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר, מוצא בדחיית מועד התחולה של נורמות משטריות יסודיות כדי לשנות את הדין המצוי, ולאפשר, בשל כך, התערבות שיפוטית בהחלטות הרשות המכוננת. אסכם, כי לשיטתי אין בדין הנוהג בסיס לנטילת מעמדו החוקתי של תיקון משטרי בעל תחולה מיידית – אלא אם דחיית התחולה מתחייבת מתכליתו, כפי שקרה בהקשר של חוקי יסוד הממשלה האחרונים. תיקון 8, כמוהו כתיקונים משטריים רבים שהוחלו כבר במהלך חיי הכנסת שכוננה אותם, אמנם מכיל חידוש חוקתי, אך אין בעצם קיומו של חידוש כזה כדי לחייב את דחיית התחולה" (פסקאות 17-18 לחוות דעתו).

בדומה, חברתי השופטת ד' ברק ארז קבעה כי:

"תיקון שתחולתו היא מיידית עלול להיות בלתי רצוי במישור של התרבות הפוליטית ואף לעורר קשיים שונים. אולם, איני סבורה כי עובדה זו כשלעצמה הופכת אותו בהכרח לפרסונלי ועל כן לכזה שאינו עומד בקריטריון הכללי, כמובנו בהקשרה של דוקטרינת השימוש לרעה בחוקי יסוד" (פסקה 18 לחוות דעתה).

בחוות דעתה, הנשיאה הביעה עמדה מורכבת יותר, לפיה אף שככלל החלה מיידית של תיקון חוקתי אין משמעה כי התיקון מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, ייתכנו מצבים בהם החלה מיידית של תיקון חוקתי תשווה לו אופי פרסונלי:

"נורמה החלה רק ביחס לכנסת או לממשלה ספציפית נושאת במובהק אופי פרסונאלי, ומשכך היא 'מעוררת קושי, ולא ניתן לייחס לה אופי ומעמד חוקתיים'. קושי מעין זה עלול, לשיטתי, להתעורר כאשר ההוראה מוחלת גם על הכנסת המכוננת אותה, ומאפשרת לאותה כנסת ליהנות מ'הטבות' מיוחדות בשל אימוץ הנורמה. מצבים מסוג זה מאופיינים בניגוד עניינים מוסדי בין כובעה של הכנסת כרשות מכוננת, אשר אמורה לקבוע נורמות כלליות שיעצבו את דמותה של המדינה לאורך זמן, ובין אותם 'אינטרסים פרטיקולריים' של חברי הכנסת בכנסת הספציפית" פסקה 15 לחוות דעתה; ההפניות הושמטו – י' כ').

עם זאת, אף הנשיאה מצאה לדחות את העתירות בעניין ממשלת החילופים, תוך

שציינה כי:

"אף אם מקרה פרטי שימש תמריץ לחקיקת חוק היסוד, בענייננו ניכר כי תכלית ההסדר נוגעת לקושי כללי שעשוי להתעורר גם בעתיד – חוסר יציבות שלטונית והיעדר

מנגנונים שיפיגו את חוסר האמון בין צדדים פוליטיים" (פסקה 17 לחוות דעתה).

לשיטתי, דברים אלו יפים גם לענייננו. כאמור לעיל, התיקון דנן מהווה חלק מ- "רפורמה משפטית" המבקשת לשנות את מערך הכוחות בין רשויות המדינה. בתוך כך, התיקון נועד להתמודד עם מה שיוזמיו רואים בו כ- "קושי" אשר היה קיים גם בעבר, ואשר ללא התיקון עשוי להתעורר גם בעתיד. אשר על כן, סבורני כי עצם החלת התיקון באופן מיידי במישור הזמן, אינה הופכת את כינונו לשימוש לרעה בסמכות המכוננת.

יתר על כן, קבלת הטענה בדבר התחולה המיידית, גם מובילה ולמצער עלולה להביא לתוצאה שהינה, לדעתי, בגדר אבסורד: נניח שייקבע כלל משפטי גורף בהתאם לטיעון האמור, ותיקון מסוג התיקון דנן יוכל להיכנס לתוקף רק עם תחילת כהונתה של הכנסת הבאה. כעת נניח שהכנסת הבאה מבקשת לשנות את התיקון (נניח לתיקון מתון ומאוזן יותר). גם אותו תיקון, לפי אותו הגיון, אמור להיכנס לתוקף רק בזמן כהונתה של הכנסת שלאחר מכן ובינתיים יחול התיקון המתון והמאוזן פחות. והתוצאה: אף כנסת לא תזכה לכך שהמשפט הקיים, בתקופת כהונתה, יהיה לפי השקפתה.

בצד האמור לעיל מקובל עלי כי אכן יכול וקביעת תחולה מיידית לתיקון לחוק יסוד, בהתקיים נסיבות נוספות, תעיד על ממד פרסונאלי המצוי ביסוד התיקון. כך, לדוגמא, לו הייתה טענה שהושמעה בפנינו, לפיה ביסוד התיקון הרצון לפטר נושא תפקיד ציבורי מסוים, זוכה לביסוס של ממש, יכול והמסקנה לפיה התיקון הנחזה להיות עקרוני הינו בעצם תיקון בעל ממד פרסונאלי מהותי, היתה אחרת.

47. מבחן ההתאמה למארג החוקתי – מבקש לבחון, בתמצית, האם הנורמה מסדירה עניין המתאים להיות מוסדר במסגרת חוק יסוד, תוך השוואה לחקיקת יסוד קיימת. לעניין זה נטען כי עילות הביקורת בהן עושה בית המשפט שימוש, לצורך הביקורת על הרשות המבצעת, אינן קבועות בחוק היסוד (ואף לא בחקיקה "רגילה"), ולכן הסדר לגבי עילת ביקורת ספציפית (עילת הסבירות) והשימוש בה בביקורת שיפוטית על הממשלה ושריה, אינו הסדר שמקומו בחוק יסוד.

הטענה האמורה הינה, לדעתי, טענה בעלת משקל רב מהטענות לגבי שני המבחנים הקודמים, אולם גם היא אינה מקובלת עליי: כפי שציינתי לעיל, מקומה הטבעי של הסדרת מערכת היחסים בין רשויות המדינה היא בחוק יסוד. כמו כן, סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק קבועה בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה. עניינו של התיקון הוא סיוגה של אותה סמכות. "מיקומו" של התיקון אינו אפוא תמוה על פניו. בנוסף, קיים מתח מסוים בין הטענה לפיה עניינו של התיקון הוא ספציפי מדי כדי להיכלל בתיקון

לחוק יסוד לבין הטענה שהינו בעל השלכות רוחב יוצאות דופן, כפי שנטען על ידי העותרים והיועצת המשפטית לממשלה.

התוצאה לדעתי אינה משתנה אם מאמצים את מבחן "המובחנות", לפי גישתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז בעניין שפיר: מאותם הטעמים שביסוד עמדתי באשר למבחן "ההתאמה למארג החוקתי", לא ניתן לדעתי לקבוע שהתיקון דנן מהווה פלישה מובהקת של הכנסת, במעמדה כרשות המכוננת, אל תחומה של הכנסת במעמדה כרשות המחוקקת.

48. כעולה מן המקובץ לעיל, להשקפתי אין מקום לקבוע כי הכנסת, בעת שכווננה את התיקון דנן, השתמשה לרעה בסמכותה כרשות מכוננת.

49. טענה אחרת נוגעת לשימוש שנעשה, לצורך חקיקתו של התיקון, בסעיף 80 לתקנון הכנסת, ובאופציה של הנחת הצעת חוק מטעמה של ועדת חוק חוקה ומשפט של הכנסת (ולא כהצעת חוק מטעם הממשלה או כהצעת חוק פרטית). סעיף 80 לתקנון הכנסת קובע כי:

"(א) ועדת הכנסת, ועדת החוקה חוק ומשפט והוועדה לענייני ביקורת המדינה רשאיות ליזום, בתחומי ענייניהן לפי תקנון זה, הצעות חוק בנושאים אלה ולהכין לקריאה הראשונה: חוקי-יסוד, עניינים שמתחייבים מתיקון של חוק-יסוד ומוצעים לצדו, הכנסת, חברי הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות, מימון מפלגות ומבקר המדינה.  
(ב) הכינה ועדה הצעת חוק לקריאה הראשונה, יורה מזכיר הכנסת על פרסומה ברשומות – הצעות חוק הכנסת, בצירוף דברי הסבר."

לגבי השימוש בסעיף 80 לתקנון הכנסת בנסיבות העניין דנן, נטענו שתי טענות מרכזיות: הראשונה, כי לא הוועדה היא שיזמה את התיקון אלא חה"כ רוטמן, יו"ר הוועדה, וכי למעשה מדובר בהצעת חוק פרטית ש-"התחפשה" להצעת חוק מטעם הוועדה; השנייה, כי האפשרות, הקבועה בסעיף 80 לתקנון הכנסת, לוועדת חוק חוקה ומשפט ליזום הצעות חוק, מוגבלת, כקבוע בתקנון, לנושאים ב-"תחומי ענייניהן" של הוועדות, ושימשה בפועל, ברוב המקרים, לעניינים שעוסקים בכנסת עצמה ובמיעוטם של מקרים בעניינים החורגים מכך אולם אשר לגביהם הייתה הסכמה רחבה.

אשר לטענה הראשונה, כפי שצוין בתגובת הכנסת, סעיף 80 לתקנון הכנסת אינו כולל כל הוראה מפורשת המכתיבה כי לצורך ייזום הצעת חוק מטעם ועדה נדרשת עבודה הכנה מקדימה, והחלטה של הוועדה על הכנת הצעת החוק. אשר על כן, אינני סבור כי

בענייננו נפל פגם בכך שהצעת התיקון הועלתה לדיון בוועדה על ידי חה"כ רוטמן, יו"ר הוועדה, וממילא ממועד אישורה על ידי הוועדה סבורני כי לא ניתן להתייחס אליה כאל הצעת חוק פרטית ש-"התחפשה" להצעת חוק מטעם הוועדה.

אשר לטענה השנייה, אין חולק כי אופן השימוש בפועל בסעיף 80 לתקנון הכנסת נושא משקל בפרשנותו (ראו בג"ץ 706/19 פריג' נ' יושב ראש הכנסת, פסקה 19 לחוות דעתה של הנשיאה (28.3.2019); וראו פסקה 202 לחוות דעתה של הנשיאה דכאן). על כן, בשים לב לעולה מתיאור האופן בו יושם סעיף 80 לתקנון הכנסת במרוצת השנים כמתואר בחוות דעתה של הנשיאה (פסקה 200), דומה כי טענה זו איננה משוללת יסוד.

מאידך גיסא, לשון סעיף 80 לתקנון הכנסת אינה מרמזת, בשום צורה, כי סמכות הכנסת ליזום הצעת חוק יסוד שאינה נוגעת לענייני הכנסת, מוגבלת לעניינים שלגביהם שורת הסכמה רחבה. לכן, אף אם פרשנות מעין זו עולה בקנה אחד עם נוהגיה של הכנסת, אין זו הפרשנות המתבקשת לסעיף זה. לפיכך, ובשים לב שחברי הוועדה הסתמכו על חוות דעתה של היועצת המשפטית של הכנסת מזמן אמת, לפיה אין פגם בקידום הצעת החוק של התיקון כהצעה מטעם הוועדה, אינני סבור כי די בטעם זה כדי להצדיק את ביטול התיקון בנסיבות דנן.

50. תקינות הדיונים – נטען כנגד תקינותם של הדיונים שהתקיימו במסגרת הליך חקיקתו של התיקון. בעניין זה הנני מבקש להצטרף לדעתה של הנשיאה (ואף של הכנסת עצמה, ראו פסקה 224 לתגובת הכנסת) שהדיונים לא התקיימו בדרך המיטבית, ומצטרף גם לדעתה של הנשיאה שלא הגיעו הדברים כדי הנסיבות הקיצוניות שבהתקיימותן ניתן לומר שמדובר בפגם היורד לשורשו של עניין (פסקה 195).

הערה לגבי "בשלות"

51. הכנסת ביקשה לשכנע כי יש לדחות את העתירות דנן הואיל והסוגיה המועלית בהן אינן "בשלות" להכרעה. זאת בעיקר משום שהשלכותיו של התיקון בו עסקינן בפועל תתבררנה רק בעתיד ולא קיימת, לעת הזאת, תשתית עובדתית לבחינת השאלה האם החששות שמעלים העותרים והיועצת המשפטית לממשלה אכן יתגשמו.

חברי, השופט י' אלרון, מצא לנכון לקבל את הטיעון האמור.

לצערי, בנסיבות דנן לא ניתן לדעתי לקבל את הטענה: מדובר בתיקון ובעתירות שמיותר לפרט את חשיבותן הציבורית, ולא ניתן להותיר את שאלת תוקפו של התיקון למועד בלתי מוגדר בעתיד. גם העובדה שעסקינן בהוראה הנוגעת לסמכותו של בית

משפט, מקשה על דחיית ההכרעה באשר לתוקפה למועד בלתי ידוע בעתיד. בנסיבות אלו, אל מול העובדה שהכרעתנו תינתן קודם שניתן יהיה לבחון את השלכותיו של התיקון בפועל, עומד אינטרס ציבורי מובהק במתן הכרעה (על קיומו של אינטרס ציבורי במתן ההכרעה, ראה פסק הדין בבג"ץ 2311/11 סבב נ' הכנסת, פסקאות 16 ו-27 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (17.9.2014); בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקה 8 לפסק דינה של הנשיאה (27.5.2018)). אוסיף ואציין כי ייתכן בהחלט שתהיה, בעתיד, מחלוקת חריפה לגבי המסקנות שיש להסיק מהשלכות כאלו ואחרות של התיקון: כך, לדוגמא, נניח כי יהיו מקרים רבים שבו תדחנה עתירות מהטעם שלמעשה מהותה של העתירה הינה בתקיפת סבירותה של החלטה של הממשלה או שר משריה, ועילה שכזו אינה קיימת עוד, ואף שיהיו מקרים רבים בהם ניתן יהיה להצביע על חוסר נחת של בית המשפט מתוצאה זו. סביר להניח שיוזמיו של התיקון יראו בכך תוצאה מבורכת וראויה ואילו העותרים יראו בכך התממשות חששותיהם. גם משום כך איני רואה מקום לקבלת הטענה בדבר "בשלות" העתירה.

סיכום וסוף דבר

52. סיכום עמדתי, כמפורט לעיל, הינו כדלקמן:

(-) מקובלת גם עליי עמדתה של הנשיאה, כפי שנקבע בעניין חסון וגם בחוות דעתה דכאן, לפיה סמכותה של הכנסת, כרשות מכוננת, לעניין כינון חוקי יסוד ותיקונם, מוגבלת בכך שהינה כפופה להגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

(-) לדעתי, לבית משפט זה, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, מוקנית, מכוח סעיפים 15(ג) ו-15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה, הסמכות לקבוע, בנסיבות המתאימות, כי הכנסת, בעת שכוננה או תיקנה חוק יסוד, חרגה מסמכותה המכוננת, ולהורות על בטלותו של התיקון.

(-) מאמץ אני את דעתה של הנשיאה ושופטים נוספים שפסקו בעניין חסון, כי המבחן לעניין חריגתה של הכנסת מגדר סמכותה כאמור לעיל הינו צר ודווקני. בהתאם למבחן זה, כדי שייקבע שכינון או תיקון חוק יסוד נעשה בחריגה מסמכות, על האמור בו לשלול את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה, בכך שהינו פוגע פגיעה אנושה במאפייני הזהות הגרעיניים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית.

(-) מאמץ אני גם את הקביעה לפיה עקרונות הליבה של הדמוקרטיה, לעניין האמור, הינם: בחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם; קיום הפרדת רשויות; שלטון החוק; ורשות שופטת עצמאית.

(-) התיקון דנן יש בו, וזו גם כוונת המכונן, כדי להחליש את הביקורת השיפוטית על הממשלה ושריה. בכך יש, לדעתי, משום פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ופגיעה בעקרון שלטון החוק.

(-) הסטת נקודת האיזון בין הרשות השופטת לרשות המבצעת, על דרך הצרת הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת, כפי שנעשתה בתיקון דנן, אינה מגיעה כדי שלילת ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה או לפגיעה אנושה בגרעינים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. במצב המשפטי שאחרי התיקון, הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת אמנם תיחלש במידה מסוימת ובהקשר מסוים, אולם לא תגיע למצב בו ניתן יהיה לתארה כבלתי אפקטיבית.

(-) אינני סבור כי יש מקום לבחון את התיקון לאור כלל מרכיביה של "הרפורמה המשפטית", שטרם חוקקו. יחד עם זאת, אם התיקון יישאר בתוקפו, חקיקה עתידית תבחן לאור המצב המשפטי שיהיה קיים במועד חקיקתה, הכולל גם את התיקון והשלכותיו, ויכול שבשל ההשלכות המצרפיות של התיקון דנן ואותה חקיקה עתידית, יהיה מקום לקבוע את בטלותה.

(-) אינני סבור שיש בסיס, בנסיבות דנן, לטענה כי בכך שהנורמה בה עסקינן כוננה בדרך של תיקון חוק יסוד דווקא יש משום שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת.

(-) הטענות לעניין תקינות הליך תיקון חוק היסוד דנן, אינן מצדיקות, לדעתי, את ביטולו.

התוצאה היא שדין העתירות, לדעתי, להידחות וכך הנני מציע לחברותי וחבריי שיעשה.

53. וממש לפני סיום אבקש להבהיר: כפי שהדגשתי בגוף חוות דעתי לעיל, הגעתי למסקנה כי דין העתירות להידחות לא משום שהנני מקל ראש בהשפעותיו השליליות האפשריות של התיקון לחוק-יסוד: השפיטה, כפי שפורטו על ידי היועצת המשפטית

לממשלה וכן על ידי העותרים. אין מדובר לדעתי בחששות בעלמא או בעניינים נעדרים חשיבות ואין עסקינן ב- "מכה קלה בכנף". לא על עניין של מה בכך נאבקו מי שנאבקו והתנגדו מי שהתנגדו לתיקון זה.

ברם, השאלה שעליי להכריע בה אינה עד כמה התיקון נושא העתירות דנן הינו לרוחי והאם, להשקפתי, מוטב היה שלא היה נחקק כלל. מלאכת חקיקת חוקי היסוד והתיקונים להם מצויה בסמכותה של הכנסת ולא של בית משפט זה.

השאלה שעליי להכריע בה היא האם התיקון נושא העתירות דנן מגיע עד כדי הנסיבות הקיצוניות – פגיעה אנושה במאפייני הזהות הגרעיניים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית – שרק בהתרחשותן, יעשה בית משפט זה שימוש בסמכות המאוד מרחיקת לכת (סמכות שלהשקפתי מוקנית לו), להורות על ביטול תיקון לחוק יסוד.

על כך, לדעתי, יש להשיב בשלילה ומכאן התוצאה אליה הגעתי לעיל.

#### ש ו פ ט

ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן:

עניינן של העתירות שלפנינו בתיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה (להלן גם: תיקון מס' 3 או התיקון), שזו לשונו:

בית המשפט  
העליון 15. [...]

(17) 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 ההחלטה 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.

(תיקון מס' 3)  
תשפ"ג-2023

לאחר שעיינתי בחוות דעתם של חבריי מצאתי לצרף דעתי לחוות דעתה המקיפה והמנומקת של חברתי הנשיאה (בדימ') א' חיות. אף לשיטתי, בכינונה את תיקון מס' 3

לחוק-יסוד: השפיטה חרגה הכנסת מסמכותה המכוננת ואין מנוס מן המסקנה כי יש להורות על בטלותו.

חבריי פרסו יריעה רחבה בסוגיות שלפנינו, ועל כן לא ראיתי לשוב על הדברים ולהאריך מעבר לצורך. לצד זאת, מצאתי להתייחס בקצרה למספר סוגיות: ראשית, לשאלה העקרונית שניצבת במוקד ההליכים דנן והיא הביקורת השיפוטית על חריגה של הכנסת מהסמכות המכוננת; שנית, למתווה הפרשני שהציעו חלק מחבריי בהליכים דנן; ושלישית, לשימוש שנעשה בסעיף 80 לתקנון הכנסת (16.10.2023) (להלן: תקנון הכנסת או התקנון) בחקיקת תיקון מס' 3.

#### חריגה מהסמכות המכוננת

1. ההכרעה בשאלה אם דינו של תיקון מס' 3 בטלות, מחייבת הכרעה בשאלה מקדימה: האם בית משפט זה מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד. דומני כי שאלה זו מעוררת שלוש שאלות משנה: ראשית, האם קיימות מגבלות מהותיות-תוכניות על סמכותה המכוננת של הכנסת; שנית, האם בית משפט זה הוא הגורם המתאים לפקח על גבולות סמכותה של הרשות המכוננת; ושלישית, ככל שהתשובה לשתי השאלות הראשונות חיובית, מהי אמת המידה להתערבותו של בית משפט זה בחוקי היסוד. הדברים כאמור פורטו בהרחבה בחוות דעתם של חבריי, ולכן אביא עמדתי בתמצית.

2. השאלה הראשונה הוכרעה בפסק הדין בעתירות שכוונו לחוקתיותו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021) (להלן: עניין חסון)). באותו עניין, עמדנו על כך שגם עובר להשלמתו של מפעל החוקה הישראלי, סמכויות הרשות המכוננת אינן בלתי מוגבלות. על הרשות המכוננת, כך נפסק, מוטלת מגבלה צרה שנוגעת למאפייני הזהות הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כפי שציננה באותו עניין הנשיאה חיות:

”הכרזת העצמאות התוותה את אופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית; חוקי היסוד עיגנו שני מרכיבים אלה בזהותה של המדינה באופן מפורש; החקיקה והפסיקה חיזקו וביצרו אותם; וקורות חייה של האומה מאז הקמתה שבו והמחישו כי זו דמותה. על כן, דומה כי אף שהמפעל החוקתי טרם הושלם, זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה ניתנת לערעור” (שם, פסקה 29).



3. ואולם, בעוד ששאלת קיומן וטיבן של המגבלות שחלות על הרשות המכוננת הוכרעה, שאלת סמכותו של בית משפט זה לבחון חריגה ממגבלות אלו, כמו גם לתת בגינה סעד – לא נדרשה להכרעה בעניין חסון. הגם שכך, ציינתי שם כי אני נוטה לגישה שלפיה לבית המשפט סמכות כאמור, והיא נגזרת של אותן מגבלות על הסמכות המכוננת – וזאת "על מנת שמגבלות אלו לא יהפכו לאות מתה" (פסקה 4 לפסק דיני). ההליך שלפנינו מחייב הכרעה בשאלה זו. חברתי הנשיאה (בדימ') חיות עמדה בחוות דעתה על מאפייניו הייחודיים של המבנה החוקתי הישראלי ועל האופן שבו מיושמת בפועל הסמכות המכוננת בישראל. אף אני, כחברתי הנשיאה (בדימ') סבור כי שילובם של נתונים אלה מוליך למסקנה כי בית משפט זה הוא המוסד אשר מוסמך לקבוע אם הכנסת חרזה מסמכותה האמורה.

4. שאלה שלישית ואחרונה היא מהי אמת המידה להתערבותו של בית משפט זה כאשר חורגת הרשות המכוננת מסמכותה, ובניסוח אחר: מהי מידת הפגיעה של חקיקת יסוד ביסודות הדמוקרטיים או היהודיים של המדינה אשר תקים עילה להתערבות בית המשפט. בעניין חסון, שבו כזכור לא נדרשה הכרעה בשאלה זו, התייחסה הנשיאה חיות למצבים שבהם חוק היסוד סותר חזיתית את מאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (שם, פסקה 29 לפסק דינה); והשופטת ד' ברק-ארד התייחסה למצבים של "הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית" (שם, פסקה 16 לפסק דינה).

5. בחוות דעתם בהליך שלפנינו, התייחסו חלק מחבריי למאפייניו הייחודיים של המפעל החוקתי הישראלי, ובכלל זאת, להיעדרו של הליך ייעודי לכינון נורמות חוקתיות ולתיקונן וכן לשליטת הממשלה – באמצעות הרוב הקואליציוני שלה – בהפעלת הסמכות המכוננת (ראו למשל פסקאות 72-81 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות). ייחודיות זו הובילה בשנים האחרונות לזילות של חוקי היסוד ושל המפעל החוקתי הישראלי, כך שכל רוב קואליציוני משתמש בחוקי היסוד כלוח מחיק, ובאבחה חטופה מוחק, משנה ומוסיף הוראות חוקתיות למימוש צרכיו הנקודתיים. כך באו לעולם תיקונים חוקתיים שבינם לבין תכנון חוקתי ארוך טווח וצופה פני עתיד – אין ולא כלום.

6. השימוש היומיומי, האגבי כמעט, של הרוב הקואליציוני בסמכות המכוננת מצטרף להעדרם של מנגנונים משטריים מאזנים אחרים. אמנה מנגנונים אלה להלן בכותרת בלבד אך יובהר כבר עתה, כי חשיבותו של כל אחד ממנגנונים אלה אינה בעצם קיומו, כי אם במגבלות וברסנים שהוא מטיל על הכוח השלטוני. כך, הרשות המחוקקת

בישראל אינה מורכבת משני בתים נפרדים; אין בישראל משטר נשיאותי שבמסגרתו נבחר נשיא בעל סמכויות ביצועיות באופן עצמאי ונפרד מהבחירות לרשות המחוקקת; שיטת הממשל אינה פדרלית, כך שהכוח השלטוני מרוכז בידי שלטון מרכזי אחד; ואין בישראל שיטת בחירות אזורית (להרחבה ראו עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" עיוני משפט מד(1) 87, 117-122 (2021)). מצב דברים זה, שבו גרעין השליטה – הן בסמכויות הביצוע, הן בסמכויות החקיקה, הן בסמכויות הכינון – מוחזק כולו, הלכה למעשה, בידי הממשלה אין לו אח ורע בעולם המערבי.

7. בעיניי, מאפיינים אלה מקרינים במישרין על רף התערבותו של בית משפט זה בכל הנוגע לחריגתה של הכנסת מסמכותה המכוננת. ככל שהמנגנון לקביעת הוראות החוקה חלש יותר וחשוף יותר להשפעות זמניות-קואליציוניות – כך נחלשת ההצדקה ליתן להוראות אלו "חסינות" מביקורת שיפוטית. משכך, ובהינתן מערך האיזונים הרופף והשברירי שקיים בעת הזו במשפט הישראלי, נוטה אני לדעה שדי בכך שחוק יסוד פוגע פגיעה חמורה בעמודי התווך של מדינת ישראל – זה היהודי או זה הדמוקרטי – כדי להצדיק את התערבותו של בית משפט זה. ואולם, כפי שצינו גם חלק מחבריי, תיקון מס' 3 אינו מחייב אותנו להכריע בשאלה זו – מאחר שהוא מצדיק התערבותנו אף לפי הרף המחמיר שנקבע בעניין חסון.

8. חבריי הנשיאה (בדימ') חיות והשופטים י' עמית ו-ר' דונן עמדו בחוות דעתם באריכות על פגיעתו של תיקון מס' 3 ביסוד הדמוקרטי של המדינה. ואולם, פטור בלא כלום אי אפשר, ואתייחס אף אני בתמצית לפגיעה זו. תיקון מס' 3 ביקש לנעול את שערי בתי המשפט, לרבות בית משפט זה, מלדון וליתן סעד ביחס להחלטות בלתי סבירות של הממשלה, ראש הממשלה והשרים. עילת הסבירות שפותחה בפסיקת בתי המשפט משך עשרות שנים נועדה להבטיח כי רשויות השלטון לא יקבלו החלטות מבלי לשקול את השיקולים הרלוונטיים ומבלי שערכו ביניהם איזון ראוי. בעניין אמונה נקבע ביחס לעילת הסבירות כי:

"על פי תפיסת המשפט המינהלי בדורות האחרונים משמשת עילת הסבירות מכשיר מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל, והיא ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון. [...] בלא הבטחה כי החלטת המינהל תהא סבירה ורציונלית, צפויים הפרט והציבור להיפגע פגיעה קשה. אין די בקבלת החלטה מינהלית בסמכות ובתום לב. על ההחלטה להיות רציונלית ונבונה במסגרת מיתחם שיקול הדעת הנתון לרשות המוסמכת" (בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה

הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, 487-486 (2007); בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה, דנג"ץ 10673/07 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ראש ממשלת ישראל (9.3.2008); כן ראו דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל, פסקאות 33-34 לפסק דיני ((15.12.2021)).

9. בתיקון מס' 3, שחסם כל אפשרות לדיון בבתי המשפט בטענת חוסר סבירות ביחס לדרג המיניסטריאלי, מגולמת פגיעה אנושה בעקרון שלטון החוק ובעקרון הפרדת הרשויות – מהיסודיים שבעקרונות הדמוקרטיה. את פגיעתו של התיקון בעקרונות אלה ניתן לשרטט בשלושה מעגלים:

במעגל הראשון ניצב הפרט שנפגע מהחלטה בלתי סבירה. עבור פרט זה, עצם נעילת שערי בית המשפט היא חריגה ותקדימית מאין כמותה. לראשונה נקבעה בחוק יסוד הוראה שמונעת ממי שנפגע מהחלטה שלטונית להביאה לבירור לפני הערכאה המתאימה. כפי שכבר צוין בעבר, בהקשר אחר: "חסימת הדרך לבית-משפט – בין במישרין בין בעקיפין – ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה-*raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה" (ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997)).

תיקון מס' 3 משמיע אפוא לאותם פרטים שנפגעו מהחלטה שלטונית בלתי סבירה שאין להם כתובת למול כוחו הכמעט בלתי מוגבל של הדרג המיניסטריאלי. זאת ועוד, התיקון לא רק שמונע מתן סעד, אלא גם את עצם קיום הדיון בטענותיו של הפרט. מניעת קיום הדיון בסבירות ההחלטה בעניינו של פרט משמעה – למעשה – כי ממילא אין טעם בחובת הסבירות שמוטלת על הממשלה, על ראשה ועל השרים (ראו והשוו: ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פ"ד סא(2) 855, 875 (2006)).

ומכאן למעגל השני – שבו נמצאים הממשלה, ראש הממשלה והשרים, שתיקון מס' 3 מעצים עד מאוד את הכוח שנתון בידיהם. הוראת התיקון מסירה מהם את מגבלות הכוח שנבעו מעילת הסבירות, ובכך מכרסמות במערכת האיזונים והבלמים הרעועה ממילא בשיטת המשפט הישראלית. ביסוד עקרון הפרדת הרשויות ניצב הצורך למנוע ריכוז של כוח רב מדי בידי אחת מהן. כך, ציין הנשיא מ' שמגר באחת הפרשות:

"הפרדת הרשויות נוצרה כדי ליצור איזון בין הרשויות, שכן רק בדרך זו, היינו על-ידי מניעת ריכוז היתר של הכוח באופן בלעדי בידי רשות אחת, מובטחת הדמוקרטיה ונשמרת חירותם של הפרט ושל הכלל. לשון אחר, הביזור

השיטתי והקונספטואלי של הסמכויות בין הרשויות, תוך השלטת עקרונות חוקתיים בדבר פיקוח ובקרה הדדיים, וקביעתם למטרה זו של קשרים וגשרים בין הרשויות השונות, הם שיצרו את הבסיס בעל המרכיבים המשולבים החובקים את כל זרועות השלטון. כך נוצרת מקבילית הכוחות, המקימה ומייצבת את האיזון, שהוא תנאי לקיום החירות ולקיום תקינות הממשל על כל זרועותיו" (בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 518 (1988)).

החסינות מביקורת שיפוטית בעילת הסבירות שמוענקת להחלטות הממשלה ושריה יוצרת מחוזות נרחבים של שיקול דעת שיוותרו ללא ביקורת שיפוטית אפקטיבית (והדברים פורטו באריכות בחוות דעתם של חבריי; לחלקם אתיחס גם להלן). התיקון מייצר אפוא "שטחים מתים" בביקורת השיפוטית – שטחים שבהם הממשלה, ראש הממשלה ושריה יחזיקו בכוח שלטוני בלתי מוגבל – וזאת באופן שחוטא לרעיון הבסיסי של הפרדת רשויות. הדוגמה המובהקת ביותר היא תחום המינויים והפיטורים, שחשיפתו להחלטות בלתי סבירות של דרג מיניסטריאלי תפגע בצורה בלתי הפיכה בדמותו של השירות הציבורי, ובהתאם גם בשלטון החוק (וארחיב בעניין זה בהמשך דבריי).

במעגל השלישי נמצאת שיטתנו המשפטית בכללותה ועקרון שלטון החוק. ביסודו של שלטון החוק ניצבת התפיסה שלפיה אין מי שהוא מעל למשפט – הכל כפופים לחוק, "מקטון ועד גדול, מן האדם ברחוב ועד ראש הממשלה" (יצחק זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין 61 (1987)). ואולם, התיקון מבקש, כפי שניכר כבר בלשונו, לסדוק עקרון זה במובנו הבסיסי ביותר. תיקון מס' 3 מבקש לקבוע כי הממשלה ודרג השרים מצוי מעל המשפט: חובת הסבירות שממשיכה על פני הדברים לחול ביחס לרשויות המינהל היא בלתי אכיפה ביחס אליהם. התיקון יוצר, במכוון, מצב שבו "יש דין ואין דיין". מהלך זה סופו (ואולי גם ראשיתו) לפטור את הממשלה והשרים מלבחון אם החלטותיהם סבירות ומאוזנות (בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ, פסקה 2 לפסק הדין של הנשיאה מ' נאור (12.2.2015)).

10. חומרתה היתרה של הפגיעה בשלושת המעגלים שתוארו לעיל נובעת מכך שמדובר בתיקון גורף ומוחלט, שמונע מכל בית משפט מלדון בעילת הסבירות ביחס להחלטות הדרג המיניסטריאלי; מכך שתחולתו הרחבה מתפרסת על כל החלטה (מכל סוג שהוא) של הדרג המיניסטריאלי, על מעשים ועל מחדלים כאחד, על החלטות מדיניות ועל החלטות אינדיוידואליות כאחד; מכך שהתיקון נעדר מנגנוני פיקוח או איזונים

חליפיים; ומכך שעילות אחרות של המשפט המינהלי במתכונתו הנוכחית אינן יכולות לשמש חלופה לביקורת שיפוטית בעילת הסבירות.

11. הפגיעה שמגולמת בשלושת המעגלים עולה בעיניי כדי פגיעה אנושה בעקרונות הדמוקרטיים היסודיים ביותר במדינת ישראל. בהשאלה מקביעת בית משפט זה בעניין אחר, הביקורת השיפוטית אינה מבטיחה הגנה יעילה על זכויות האדם – אך הותרת הדין ללא דיין, סופה פגיעה בזכויות אלו (ראו והשוו: רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי – תל-אביב, פ"ד נב(1) 697, 713 (1998)). נוכח האמור לעיל, מקובלת עליי ללא סייג מסקנתה של חברתי הנשיאה (בדימ') חיות כי תיקון מס' 3 "מערער מן היסוד את מערכת האיוונים והבלמים הרעועה ממילא" (פסקה 178 לחוות דעתה) וכי דינו בטלות.

פרשנות מקיימת

א. הקשיים שבפרשנות מקיימת של התיקון

12. חלק מחבריי סבורים כי ניתן להותיר את תיקון מס' 3 על כנו באמצעות פרשנותו באופן מצמצם. מקובלת עליי הגישה העקרונית שמובאת בחוות דעתם של חבריי, גישה שעליה עמדנו לא אחת בעבר, ושלפיה נקודת המוצא היא שבית המשפט יפנה לפסילת חוק (לא כל שכן חוק יסוד) כ"מוצא אחרון" בלבד (בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקה 14 לפסק דיני וההפניות שם (18.1.2023); כן ראו והשוו: בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, פסקה 31 לפסק דיני (26.10.2023) (להלן: עניין התנועה לטוהר המידות)). עם זאת, המתווה המוצע על ידי חלק מחבריי להימנעות מפסילת תיקון מס' 3 מעורר להשקפתי קשיים ניכרים בשורה של מישורים, וממילא אני סבור כי אין בו כדי לרפא את פגיעתו הקשה של תיקון מס' 3 באופן מלא. אתייחס לדברים בקצרה.

13. לשיטתם של חלק מחבריי יש לפרש את התיקון באופן ששולל ביקורת שיפוטית רק בעילת "הסבירות האיונית", אך מאפשר ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות "המקורית", קרי "סבירות של מופרכות" (ראו הגדרות אלו בחוות דעתה של חברתי השופטת י' וילנר, פסקאות 9-16; אשתמש בהגדרות אלו להלן, אך זאת מבלי לטעת מסמרות בקיומן של ההבחנות האמורות). חברתי השופטת וילנר פורשת בחוות דעתה מהלך פרשני אשר מוליך, לשיטתה, למסקנה זו (שאליה כאמור מגיעים גם אחרים מחבריי). כאמור, תזה פרשנית זו מעוררת בעיניי קשיים ניכרים בשורה של מישורים.

14. הקושי הראשון שקיים לשיטתי בתזה הפרשנית המצמצמת נעוץ בחוסר הבהירות באשר לתחומי התפרסותה. חברתי השופטת וילנר מבקשת להציב קו גבול ברור ותחום בין עילת הסבירות שלפני פסק הדין בעניין דפי זהב (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421 (1980) (להלן: עניין דפי זהב)) שלגביה תמשיך ותתקיים ביקורת שיפוטית; לבין עילת הסבירות שלאחר פסק הדין – שלא תוכל לשמש את בית המשפט בבוחנו את החלטות הממשלה ושריה. ואולם, נדמה שקיים קושי להצביע על גבולות "הסבירות" שתעמוד בתוקפה אף לאחר תיקון מס' 3 (ראו גם את האמור בהקשר זה בפסקה 15 לחוות דעתה של חברתי השופטת רונן). בהקשר זה מפנה חברתי השופטת וילנר, בין היתר, גם לפסק הדין בעניין דקה (בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל (2) 94, 105 (1976) (להלן: עניין דקה)). אך עיון באמור בפסק הדין מלמד על הקושי להבחין בין קיומה של קטגוריה מובחנת של "סבירות דפי זהב" לעומת "סבירות דקה". כך, בעניין דקה צוין:

"יכולה אי-הסבירות גם להתגלות כאשר היא בגפה: לדוגמה, יכול שיווצרו נסיבות בהן לא נשקל על-ידי הרשות המיניסטריאלית שיקול זר, והובאו בחשבון אך ורק שיקולים שהם רלבנטיים לענין, אולם לשיקולים הרלבנטיים השונים יוחס משקל בפרופורציה כה מעוותת ביניהם לבין עצמם, עד שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה, ובשל כך לבלתי סבירה לחלוטין" (שם, בעמ' 105).

בעיניי, קשה לומר שגישת פסק דין דקה לא משקפת סבירות "איונית". זו באה לידי ביטוי הן בלשונו של פסק הדין, הן במהותו – איוניות. זאת ועוד, עיון בפסק הדין של השופט א' ברק בעניין דפי זהב מגלה שהוא נשען על האמור לעיל בפסק דין דקה וצוין בו במפורש כי רק חוסר סבירות קיצוני יוביל לפסילתה של ההחלטה המינהלית (שם, בעמ' 437). אם כן, מהי ההבחנה בין עילת הסבירות בעניין דקה לבין עילת הסבירות בעניין דפי זהב (עילת הסבירות ה"איונית"). כך גם המתווה הפרשני של חזרה לעילת הסבירות "המקורית" מעורר שאלות יישומיות לא פשוטות. בראש ובראשונה נשאלת השאלה – כיצד הלכה למעשה תיבחן השאלה האם החלטה מינהלית היא "מופרכת" או "בלתי הגיונית"? האם לפי הגישה המצמצמת רשאי בית המשפט לבחון את סבירות ההחלטה בהתאם לאמות המידה בפסק דין דקה? קשיים יישומיים אלה – שמטילים ספק באפשרות לקבוע מה בא בגדר הפרשנות המקיימת ומה מחוצה לה – מקרינים בעיניי במישרין על האפשרות לפנות לאפיק פרשני חלף האפיק החוקתי.

15. ודוקו: איני מבקש לומר כי פסק הדין בעניין דפי זהב לא היה נקודת ציון חשובה בהתפתחות המשפט המינהלי הישראלי. כל שאני מבקש הוא להבהיר שהחלופה הפרשנית ה"מצמצמת" אינה נשענת בעיניי על קרקע מוצקה, וכי אין היא מסוגלת להעמיד תזה פרשנית ברורה בדבר גבולותיה של עילת הסבירות שתיוותר לאחר פרשנותו המצמצמת של התיקון.

16. עמימות התזה הפרשנית החלופית מוליכה גם לקשיים בבחינת פרשנות התיקון בהתאם לכללי הפרשנות המקובלים בפסיקתנו. ראשית, בכל הנוגע ללשון התיקון, הרי שהיא על פניה ברורה; התיקון קובע כי בית משפט "לא ידון בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר". מדובר בלשון רחבה וגורפת שלא מסייגת עצמה לסוג זה או לסוג אחר של סבירות. מכאן, שקיים קושי בעמדה שגורסת כי בניגוד ללשון המפורשת שבה נקט התיקון, בית משפט זה רשאי לדון בסבירות, בנגזרת מצומצמת יותר. לא מצאתי עיגון לשוני לטענה כי הלשון מכוונת רק לסוג מסוים של סבירות – סוג שאין לו אזכור בלשון הסעיף. לכך יש להוסיף כי כפי שצוין לעיל, ההבחנה המוצעת בין "סוגי הסבירות" כשלעצמה אינה נקיה מספקות, ולפיכך אין בפרשנות המצמצמת המוצעת כדי להצביע על חלופה לשונית ברורה ומוגדרת. מכאן שהקושי במישור הלשון אינו רק בשאלת קיומה של אחיזה בלשון התיקון; כי אם גם בקיומה של חלופה לשונית ברורה וקוהרנטית.

17. אשר לתכליות התיקון, חברתי השופטת וילנר סבורה כי התכלית האובייקטיבית תומכת בפרשנות המוצעת על ידה, וכי יש לה יסוד אף בתכלית הסובייקטיבית.. ואולם, התכלית הסובייקטיבית שעליה מצביעה חברתי נשענת, בעיקרה, על שני רכיבים שאני מתקשה למצוא בהם עוגן מספיק: דברי ההסבר של תיקון מס' 3 ועמדת הממשלה בהליכים שלפנינו. בכל הנוגע להישענות על דברי ההסבר לתיקון, מובן כי יש ליתן לדברי ההסבר משקל בבחינת תכליתו הסובייקטיבית של דבר חקיקה (ראו למשל: בג"ץ 8544/20 חברת מוקד אנוש בע"מ נ' נציב קבילות הציבור למקצועות רפואיים במשרד הבריאות, פסקה 17 (16.11.2022); בג"ץ 6301/18 פוזננסקי כץ נ' שרת המשפטים, פסקה 40 לפסק דיני (27.12.2018)). ואולם, במקרה דנן דברי ההסבר, שמבוססים כאמור על ההבחנה המוטלת בספק בין הסבירות במובנה לפני עניין דפי זהב ולאחריו, נוסחו על ידי הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן: ועדת החוקה), ובמסגרת הליך החקיקה הבהיר הייעוץ המשפטי שנוסח התיקון לא מותיר פתח לעילת סבירות כלשהי ביחס להחלטות הממשלה ומי משריה (ראו גם את דברי הנשיאה (בדימ') חיות בהקשר זה בפסקה 130 לחוות דעתה; פסקה 120 לחוות דעתו של השופט עמית).

מוקשית אף יותר בעיניי היא ההישענות על עמדת משיבי הממשלה בהליכים שלפנינו כתימוכין לתכלית הסובייקטיבית האמורה. תחילה, יש לעמוד על כך שמדובר בעמדה מאוחרת להליך החקיקה, שגובשה אגב מענה לטענות בהליך משפטי תלוי ועומד (ראו והשוו: ע"מ 7368/22 משרד הפנים נ' בריל, פסקה 28 (7.3.2023); ע"מ 7825/19 יוניון מוטורס בע"מ נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים, פסקה 26 (18.10.2020)). נתונים אלה משליכים על המשקל שיש לתת לעמדה זו בגיבוש התכלית הסובייקטיבית. זאת ועוד, לא מצאתי טעם מבורר לבכר את דברי משיבי הממשלה בתצהיר התשובה מטעמם על דברי משיבי הממשלה בהשלמת הטיעון מטעמם ועל דבריהם בדיון לפנינו – שמלמדים דווקא כי לשיטתם, התכלית הסובייקטיבית הייתה לבטל אפשרות לביקורת שיפוטית על כל מובן של סבירות ההחלטה ("סבירות מכל סוג שהוא", השלמת הטיעון מטעם משיבי הממשלה מיום 16.10.2023, בעמ' 21).

לכך יש להוסיף כי נתונים אחרים (ובכלל זאת דברי יו"ר ועדת החוקה בהליך החקיקה; כמו גם דחיית הצעות שונות שהועלו לריכוך נוסחו של התיקון) – מעידים בעיניי בבירור על תכלית סובייקטיבית שונה: כוונת המכונן המפורשת הייתה למנוע את האפשרות שבית משפט זה יידרש לבחינת סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה ושריה – סבירות על כל סוגיה (להרחבה, ראו בחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות, פסקאות 130-131; פסקה 120 לחוות דעתו של השופט עמית; פסקה 14 לחוות דעתה של השופטת דנון). מכאן שקיים בעיני קושי ממשי בעמדה שלפיה התכלית הסובייקטיבית של התיקון מלמדת על כוונת המחוקק להותיר עילת סבירות מסוימת בארגז הכלים השיפוטי ביחס להחלטות הממשלה, ראש הממשלה ושריה.

18. שונים הם פני הדברים ביחס לתכלית האובייקטיבית, שאכן תומכת בעיניי בפרשנות מצמצמת לתיקון מס' 3. כפי שנפסק לא אחת בעבר, הוראות שמגבילות או מצמצמות את סמכות בתי המשפט יש לפרש "על דרך ההקפדה והצמצום" (בג"ץ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים לפי חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970, פ"ד מה(5) 445, 451 (1991); כן ראו: בג"ץ 264/77 משה נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד לב(1) 678, 687 (1978); ובג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750, 756 (2003); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 260 (1993) (להלן: ברק, פרשנות החקיקה)). ביסודו של כלל זה עומדת ההבנה כי ביקורת שיפוטית על מעשי השלטון היא מנשמת אפו של המשטר הדמוקרטי, ולכן הגבלת הביקורת תיעשה רק בנתון ללשון ברורה ומפורשת של המחוקק



(ראו למשל: בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד (2) 141, 172 (1970)).

19. כפי שציינתי אך לאחרונה בעניין התנועה לטוהר המידות, בהתנגשות שבין תכלית אובייקטיבית לבין תכלית סובייקטיבית, "כאשר התכלית הסובייקטיבית אינה מעוגנת בלשון החיקוק 'בצורה מפורשת, חד משמעית וברורה', בכוון של התכליות האובייקטיביות לגבור" (פסקה 62 וההפניות שם). דברים אלה נאמרו ביחס לפרשנות חוק, וברי כי בכל הנוגע לפרשנות חוקי היסוד, הם מקבלים משנה תוקף. בהקשר זה מקובלים עליי דבריה של חברתי השופטת ג' כנפי-שטייניץ, בדבר חשיבותה היתרה של התכלית האובייקטיבית בפרשנות החוקה (פסקה 34 לחוות דעתה). עמד על כך גם השופט עמית בעניין חסון:

"בדיני פרשנות קיימת משרעת שנעה בין הכוונה הסובייקטיבית של יוצר הטכסט לבין הכוונה האובייקטיבית של יוצר הטכסט. בקצה האחד של המשרעת נמצאת הצוואה, שאז הכוונה הסובייקטיבית של המצווה עומדת במוקד הבירור המשפטי. לצידה של הצוואה עומד החוזה. בקצה השני של המשרעת עומד החוק ובסוף הקצה השני עומדת החוקה, חוקי היסוד. פרשנותם של חוקי היסוד נעשית אפוא באספקלריה של התכלית האובייקטיבית, של עקרונות היסוד של השיטה" (שם, פסקה 4; כן ראו: אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 200 (2014)).

20. חרף האמור לעיל, אני סבור כי הצמצום הפרשני אפשרי במקרה דנן. כנסת ישראל כוננה תיקון שלשוננו ברורה ומובהקת: בית משפט זה לא יידרש לסבירות החלטותיהם של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר. בכך ביקשה, בלשון מפורשת, לפטור את פעולותיהם ומחדליהם של הממשלה ושל שריה מביקורת שיפוטית בעילת הסבירות. כפי שציינתי לעיל, החזקה הכללית שלפיה דבר חקיקה לא בא לפגוע בסמכות השיפוט נובעת מכך שכלל, אין לראות במחוקק כמי שביקש למנוע מבית משפט זה ליתן סעד במקרה של הפרת הדין ואין לראות בו כמי שביקש להותיר את הדין ללא דיין (ברק, פרשנות החקיקה, בעמ' 535). ואולם, דומני – ומכאן הקושי הרב שבמקרה דנן – כי זו הייתה כוונת המכונן המפורשת בהליך שלפנינו. מדובר במקרה מובהק שבו כוונת המכונן מצאה ביטוי בלשון חדה וברורה, שקיים קושי לצמצמה בדרך פרשנית. לכך מצטרף כאמור הקושי שעליו עמדתי לעיל בדבר עמימותה של החלופה הפרשנית שהוצעה על ידי חלק מחבריי.

ב. היש בכוחה של הפרשנות המצמצמת לסייע?

21. כאמור, איני סבור שיש בידינו לאמץ פרשנות מצמצמת לתיקון מס' 3, ואולם, מעבר לצורך אעיר כי אף בנתון לפרשנות זו (לו הייתי מאמץ), אני סבור שאין בה כדי להועיל. אכן, דומה כי בין מרבית חבריי שורת הסכמה שבלעדי פרשנות זו פגיעת התיקון בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים היא אנושה (ראו למשל פסקה 98 לחוות דעתו של חברי השופט א' שטיין). עוד דומה שאין חולק כי הפרשנות המצמצמת שהוצעה לתיקון מקטינה את פגיעתו בהפרדת הרשויות ובשלטון החוק. ואולם, בעיניי, אף לו היינו מאמצים את הפרשנות המצמצמת, הייתה זו מותרת אחריה "חורים שחורים" נורמטיביים שפגיעתם בהפרדת הרשויות ובשלטון החוק משמעותית וחמורה.

22. דוגמה בולטת שמלמדת על כך שסבירות מסוג מופרכות אין די בה היא תחום המינויים והפיטורים. יתר עילות המשפט המינהלי, לרבות עילת השיקולים הזרים (ובפרט במתכונתה הנוכחית) – אין בהן כדי לתת מענה לשורת המצבים שהובאו בעבר בפסיקת בית משפט זה, ואשר מלמדות על תפקידה של הסבירות האיזונית בתחום זה. רק לשם ההדגמה, אתייחס בתמצית לפרשת פלונית (בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62 (1999)), שעניינה בהחלטת שר הביטחון והרמטכ"ל לקדם לדרגת אלוף קצין שהודה בהתנהגות בלתי הולמת על רקע מיני. בית המשפט הדגיש בפסק הדין כי ההחלטה פגומה באיזון הפנימי שבין השיקולים, וזאת הגם שאינה לוקה בפגמים אחרים מהמשפט המינהלי. וכלשון בית המשפט:

"[הרמטכ"ל ושר הביטחון – ע' פ'] לא נתנו לשיקולים המשמשים בזירה ולאינטרסים הראויים להגנה את משקלם הראוי, כל אחד לעצמו, ואת משקלם היחסי האחד כנגד האחר ולא עשו את האיזון הנורמטיבי הראוי ביניהם. כמי שמופקד בראש ובראשונה על הביטחון, הציבו הם בראש מעייניהם את צורכי צה"ל ואת התרומה הגדולה שהמשיב יכול לתרום לצה"ל אם יקודם. אין לנו ספק ברצינות ובכנות שיקולם זה. אין לנו ספק שהשיקול נעשה בתום-לב ובלא שרירות. אין אנו מטילים דופי בפן זה של שיקול דעתם [...] אולם, ככל שהדבר מתייחס לפן הערכי-נורמטיבי-מוסרי, נראה לנו, כי נפל פגם מהותי בהחלטה, עקב אי-מתן משקל הולם וראוי לכל אחד מן השיקולים הספונים בפן זה" (ההדגשה הוספה – ע' פ'; שם, בעמ' 70).

הנה כי כן, ענייננו בהחלטה שהפגם בה טמון באיזון הפנימי בין השיקולים שהולכו לקבלתה. איונה של עילת הסבירות האיזונית משמעה, הלכה למעשה שלילת כלי ביקורת מרכזי בתחום המינויים והפיטורים. לכך יש להוסיף כי המינויים שעליהם

אמונים הממשלה, ראש הממשלה והשרים הם המינויים הבכירים ביותר בשירות המדינה. חסימת הביקורת השיפוטית באופן שמחסן מינויים בלתי סבירים (איונית), כמו גם פיטורים והימנעות ממינויים, משמעה פתיחת פתח רחב לפוליטיזציה ולפגיעה בטוהר המידות של המגזר הציבורי (ראו את הפירוט בהקשר זה בחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות, פסקאות 162-166; ובחוות דעתו של השופט עמית, פסקאות 87-94). זאת, גם במישור התנהלותם של הגורמים הממונים, שידעו שמינויים והמשך כהונתם תלויה אך ברצונו של הדרג המיניסטריאלי, ללא מנגנון פיקוח אפקטיבי. פגיעות אלו צפויות לסדוק בהדרגה את אופיו המקצועי של השירות הציבורי בישראל, שהוא יסוד חיוני בשמירה על מינהל תקין בשיטתנו המשפטית (ראו למשל, את מרכזיותה של עילת הסבירות בביקורת השיפוטית על קציבת כהונתו של מפכ"ל המשטרה: בג"ץ 911/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקאות 15-21 (12.12.2021)).

23. דוגמה נוספת ל"חור שחור" נורמטיבי היא במישור התנהלותן של ממשלות מעבר. מבלי להאריך שלא לצורך (ראו גם פסקה 167 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות), אציין כי המגבלה על פעילותה של ממשלת מעבר נובעת כשלעצמה מעילת הסבירות האיונית. כך, בפסק הדין המרכזי שקבע את המגבלות על פעולות ממשלת מעבר, נפסק בין היתר:

"מיתחם הסבירות של ראש-ממשלה שהתפטר ושל חברי ממשלתו צר ממיתחם הסבירות של ראש-ממשלה ושל ממשלה המכהנים כרגיל. הטעם לכך הוא זה שעל ראש-ממשלה ועל ממשלה יוצאת זו להביא בחשבון את הנתון המיוחד – נתון שממשלה ברגיל אינה צריכה להתחשב בו והם תכלית קיומה ומקור סמכותה. זאת ועוד, 'מיתחם' הסבירות של ראש-הממשלה וממשלה אלו משתנה ככל שמועד סיום כהונתו של ראש-הממשלה הנבחר מתקרב והולך [...] 'מיתחם' זה נעשה צר יותר – והצורך באיפוק ובריסון נדרש יותר – לאחר הבחירות" (בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455, 470 (2001) (להלן: עניין וייס)).

הלכת וייס קובעת כי על ממשלת מעבר לשקול, לצד שיקוליה האחרים בקבלת החלטה, גם את עצם היותה ממשלת מעבר – את חובתה לפעול בריסון ובאיפוק כממשלה שאינה זוכה עוד לאמון הכנסת לצד חובתה בהבטחת יציבות והמשכיות. הנה כי כן, המגבלות על פעילותן של ממשלות מעבר אין מקורן ב"סבירות של מופרכות", והן גם לא נשענות על חובות אחרות מהמשפט המינהלי. על בסיסה של הלכת וייס נבנה גוף פסיקה שעניינו סמכויות ממשלות מעבר, כמו גם מכלול של הנחיות ועמדות מטעם היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות אלו (וראו למשל: בג"ץ 2453/06 ההסתדרות הרפואית

בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (21.3.2006); בג"ץ 8815/05 לנדשטיין נ' שפיגלר (26.12.2005); הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.1501 "מינויים בתקופת בחירות" (2019); כן ראו מהעת האחרונה: בג"ץ 6654/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה (13.12.2022) (להלן: עניין פורום קהלת); בג"ץ 5403/22 לביא, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד התיישבות נ' ראש הממשלה (22.9.2022)). בחינת פסיקת בית משפט זה, לרבות מן השנים האחרונות, בתחום המגבלות שחלות על ממשלות מעבר מלמדת כי היא מסתמכת כל כולה על הלכת וייס ועל הסבירות האיזונית – בין אם הדבר צוין במפורש, בין אם לאו.

איני סבור כי יש בכוחן של עילות אחרות של המשפט המינהלי במתכונתו הנוכחית, ובראשן עילת השיקולים הזרים (שעליה למשל הצביעה הכנסת כעילה חלופית) כדי למתן באופן מספק את הפגיעה שתיגרם עקב ביטול הסבירות האיזונית בהקשר זה. במקרים רבים, אין מדובר בממשלה שקיבלה החלטה מתוך שיקול זר. נדמה כי המקרה הפרדיגמטי הוא מקרה שבו במסגרת ההחלטה שקיבלה הממשלה לא ניתן משקל מספק לריסון המתחייב מכהונתה כממשלת מעבר. כך לדוגמה נטען ביחס למינויים בתקופת ממשלת מעבר (עניין לביא; בג"ץ 1004/15 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' השר לבטחון פנים (1.4.2015); בג"ץ 4065/09 כהן נ' שר הפנים (20.7.2010)); וביחס לניהול משא ומתן או חתימה על הסכמים בתקופת ממשלת מעבר (עניין פורום קהלת; בג"ץ 9202/08 לבנת נ' ראש הממשלה (4.12.2008); עניין וייס). הפרשנות המצמצמת תותר אפוא את ממשלות המעבר לפעול כרצונן, ללא אותן מגבלות המתחייבות מכך שאין מדובר עוד בממשלה שנהנית מאמון הכנסת.

24. תחום אחר שיותר בו "חור שחור" נורמטיבי, אף בהינתן הפרשנות המצמצמת, הוא החלטות פרטניות שמגלמות פגיעה באינטרס – שלא עולה כדי פגיעה בזכות. בניגוד לתפיסה הרווחת שלפיה החלטות שרים הן ככלל החלטות רוחביות שמשקפות מדיניות, הרי שלמעשה שרי הממשלה מקבלים מדי יום החלטות רבות שהן יישומיות ואינדיווידואליות (ראו למשל פסקה 144 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות). פעמים רבות, החלטות מעין אלו הן משמעותיות ביותר לפרט, וביחס אליהן עילת הסבירות האיזונית היא כלי הביקורת השיפוטית המרכזי. בין היתר, ניתן להדגים זאת בפסק הדין שעניינו בסירוב שר הביטחון לשינוי כיתוב על המצבות הצבאיות שהוקמו על קברי החללים מאסון המסוקים (בג"ץ 6069/00 העמותה להנצחת חללי אסון המסוקים בשאר ישוב נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 75 (2001)); ובפסק דין שעסק בזכאות לקבל תמריץ כלכלי (בג"ץ 1829/93 חברת הנסיעות והתיירות נצרת בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(4) 42 (1994)). עילת המידתיות, שאוזכרה לא אחת כעילה חלופית ב"יום שאחרי עילת

הסבירות", אינה יכולה לספק, בתצורתה הנוכחית, תחליף הולם באותם המקרים שבהם לא ניתן להצביע בהכרח על זכות מוקנית שנפגעה. הגבלת הביקורת השיפוטית לסבירות "המקורית" תותיר אפוא במקרים אלה את הפרט ללא אפשרות לקבל סעד.

25. כחלק מהמענה לטענה בדבר פגיעה בשלטון החוק בתחומים אלה, נטען לפנינו כי גם אם בית משפט זה לא ידון בחוסר הסבירות, הרי שחובת הסבירות (לרבות הסבירות האיזונית) עודנה בתוקפה ומחייבת את הממשלה ואת שריה (ראו והשוו גם פסקה 76 לחוות דעתה של חברתי השופטת וילנר). בעיני טיעון זה אינו גורע מהפגיעה של תיקון מס' 3 (על פרשנויותיו) בעקרון שלטון החוק (כפי שפירטתי גם בחלקה הראשון של חוות דעתי). קיומה של החובה לפעול בסבירות בלא ערובה מוסדית לאכיפתה, משול לביטול חובה זו (ראו גם פסקה 60 לחוות דעתו של השופט עמית). עמדנו על כך גם בעבר:

"[הביקורת השיפוטית – ע' פ'] יונקת כוחה מעקרון הפרדת הרשויות ומהצורך להבטיח את חוקיות השלטון [...] אין כל סיבה, שבית המשפט המינהלי לא יבחן, באמות מידה של חוקיות, את מלוא ההיקף של שיקול הדעת המינהלי, שאם לא כן, יישארו תחומי שיקול-דעת החסינים מביקורת שיפוטית. חסינות זו סופה להוליד אי-קיום החוק, שכן באין דיין אין דין. [...] ביקורת זו חייבת לגעת בכל אחד מהיסודות הקובעים את חוקיות שיקול הדעת [...]. אין מקום להשאיר 'תחומים מתיים' (בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 638-639 (1989))."

26. לבסוף, אציין שקיים קושי גם בעמדה העקרונית שלפיה אף אם התיקון פוגע בפגיעה קשה בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים, הרי שבית המשפט יוכל לפתח כלים ודוקטרינות חלופיים להתמודד עם פגיעה זו (ראו גם פסקה 78 לחוות דעתה של השופטת וילנר; פסקה 48 לחוות דעתה של השופטת כנפי-שטייניץ). הקושי המרכזי בטיעון זה נעוץ בהנחה כי המכונן מוסמך לפגוע פגיעה אנושה בביקורת השיפוטית, בהפרדת הרשויות ובאיזונים ובבלמים של השיטה.

27. הנה כי כן, בתחומים שפורטו לעיל (לצדם של תחומים נוספים שאף בהם הסבירות האיזונית משמשת עילת ביקורת מרכזית), פרשנותו המצמצמת של התיקון מותירה על כנה פגיעה חמורה בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות. חלק מחבריי ביקשו להראות שבשיטות משפט אחרות, קיימת עילת סבירות מצומצמת (שדומה לעילת הסבירות "המקורית") – אך בעיני השוואה זו היא מוקשית שכן היא אינה מתייחסת להקשר הרחב של מערך האיזונים והבלמים הרופף ממילא בשיטת המשפט הישראלית

(ראו גם פסקה 116 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות). במקרה דנן ביקשה הרשות המבצעת – שממילא כוחה רב והמגבלות עליה מועטות – לעשות שימוש ברוב הקואליציוני שנתון לה כדי להסיר מעליה מנגנון ביקורת. נוכח העדרם של איזונים ובלמים משמעותיים אחרים בשיטתנו, ובשים לב לדבריי לעיל בדבר הרף הראוי להתערבותו של בית משפט זה בשאלת חריגתה של הכנסת מסמכותה המכוננת, ייתכן מאוד שאף הפגיעה שנותרה לאחר הצמצום הפרשני הייתה עולה כדי חריגה מסמכותה המכוננת של הכנסת. ואולם, כאמור, לא ראיתי לטעת בכך מסמרות, מאחר שמלכתחילה איני סבור כי המתווה הפרשני אפשרי ביחס לתיקון מס' 3.

לפני סיום – על פגם בהליך הכינון

28. לפני סיום מצאתי להתייחס בקצרה להליך כינונו של תיקון מס' 3. מצטרף אני להערותיה של חברתי הנשיאה (בדימ') חיות בעניין השימוש שנעשה במקרה זה בסעיף 80 לתקנון הכנסת. אף לשיטתי, קידום הצעת החוק כהצעה מטעם ועדת החוקה מעורר קשיים לא מבוטלים, כפי שיפורט להלן.

29. בפתח הדברים, ובטרם אתייחס לשאלת הפגם הנטען בהליך החקיקה כתוצאה משימוש בסעיף 80 לתקנון, אבקש להתייחס לאמת המידה לביקורת שיפוטית על פגמים בהליך החקיקה כאשר עסקינן בחוק יסוד. כידוע, כאשר מדובר בביקורת שיפוטית על הליך חקיקה של חוק רגיל נקבעה בפסיקתנו אמת מידה מחמירה, שלפיה בית משפט זה יתערב רק במקרים חריגים וקיצוניים, כאשר נפל בהליך החקיקה פגם היורד לשורש ההליך (וראו: בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017)); בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה, דנג"ץ 6571/17 היועץ המשפטי לממשלה נ' קוונטינסקי (19.5.2021)). נטען לפנינו כי כאשר מדובר בהליך חקיקתו של חוק יסוד, יש לקבוע אמת מידה שונה, ולאמץ דרישה להליך חקיקה ראוי (ראו למשל סעיף 420 לכתב התשובה של היועצת המשפטית לממשלה). אכן, השילוב הבעייתי שבין חשיבותם ומעמדם של חוקי היסוד לבין הקלות שבה ניתן לחוקק אותם ולתקנם מעורר שאלה נכבדה בדבר הצורך בביקורת שיפוטית קפדנית יותר על הליך חקיקתם. ואולם, נוכח מסקנתי לעיל שלפיה יש להורות על בטלות התיקון מחמת חריגה מהסמכות המכוננת, איני סבור כי עלינו לטעת מסמרות בשאלה זו במקרה דנן. לצד זאת, לא ניתן להימנע מהתייחסות קצרה למספר קשיים בהליך הכינון הנדון ולו לצורך הסקת מסקנות במבט צופה פני עתיד.

30. סעיף 80 לתקנון הכנסת מאפשר, כמפורט בחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות (פסקאות 197-198), לוועדת הכנסת, לוועדת החוקה ולוועדה לענייני ביקורת המדינה ליזום "בתחומי ענייניהן לפי תקנון זה" הצעות חוק בנושאים שמנויים בסעיף ולהכניס לקריאה ראשונה. חברתי מדגישה בחוות דעתה כי השימוש שנעשה במקרה זה בסעיף 80 לתקנון חורג במידה ניכרת מהפרקטיקה שהתגבשה לאורך השנים, שלפיה הגשת הצעות חוקי יסוד מטעם ועדת החוקה נעשתה ככלל ביחס לעניינים בעלי קשר הדוק לכנסת, כדוגמת ענייני בחירות ומימון מפלגות; או לחלופין, כאשר ההצעה קודמה בהסכמה רחבה (וראו: פסקאות 200-202 לחוות דעתה). אכן, כפי שצוין בעבר, בעת פרשנות הוראות תקנון הכנסת, יש ליתן משקל הולם לפרקטיקה הנוהגת (בג"ץ 706/19 סגן יושב ראש הכנסת נ' יושב ראש הכנסת, פסקה 9 (28.3.2019)). בכך יש כדי לבטא את חופש הפעולה הנתון לכנסת לעצב את סדרי עבודתה (ראו גם: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – כך ב: רשויות השלטון ואזרחות 709 (מהדורה שישית, 2005)). משכך, החריגה מהפרקטיקה הנוהגת במקרה דנן יש בה, כשלעצמה, כדי לעורר קושי ממשי.

31. בנוסף, יש לעמוד על כך שמסלול החקיקה של הצעת חוק מטעם ועדה הוא מסלול "מקל" ומקוצר בהשוואה למסלול החקיקה של הצעת חוק פרטית. בפרט, הצעת חוק מטעם ועדה אינה כפופה לדרישה מקדמית של דיון מוקדם במליאת הכנסת ("קריאה טרומית"), או לחובת הנחה של 45 יום. עיון בדיון שהתקיים בוועדת הכנסת בעניינו של סעיף 80 לתקנון (במסגרת דיון על תיקון התקנון) מעלה כי ההצדקה ל"הקלות" אלו טמונה בהנחה כי בהצעות חוק מטעם ועדה ייעשה שימוש במשאבים ובמומחיות של הוועדה כעבודת הכנה, עובר לקידומה בכנסת – בדומה לעבודת המטה שנעשית ביחס להצעת חוק ממשלתית (שאף היא "פטורה" מקריאה טרומית ומחובת הנחה). קרי, ההנחה היא שהצעות אלו יהיו "בשלות" יותר בהשוואה להצעות חוק פרטיות. וראו בהקשר זה את דבריו של נציג משרד המשפטים באותו הדיון, עו"ד איל זנדברג: "[...] המשאבים של הוועדה אמורים להיות תחליף, וסליחה שאני אומר את זה כך, למנגנוני הממשלה [...] למה ועדה יכולה לקפוץ ישר לקריאה הראשונה? כי מניחים שהוועדה כגוף, יש לה יותר התמחות ומשאבים מחבר הכנסת הבודד שמגיש הצעת חוק" (פרוטוקול ישיבה 161 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-18, 56 (1.3.2011) (להלן: פרוטוקול הדיון מיום 1.3.2011)). מקום שבו הצעת החוק מטעם ועדה מקודמת למעשה על ידי חבר כנסת יחיד, ולא נעשה שימוש במנגנונים האמורים, עשויה להתערער עד מאוד ההצדקה לעשות שימוש במסלול המקוצר והמקל – תוך "עקיפת" הדרישה לקריאה נוספת ולחובת ההנחה.

32. בשנים לב לאמור לעיל בדבר ההקלות שנלוות למסלול הצעת חוק מטעם ועדה, דומה כי בענייננו מתחדדת גם חשיבותה של השאלה מיהו הגורם שמסמך ליזום הצעת חוק כאמור. כפי שצוין בחוות דעתו של חברי השופט י' כשר, הוראת סעיף 80 לתקנון שותקת באשר לשאלת מיהות הגורם אשר מסמך ליזום הצעת חוק בשם ועדה. ואולם, בשונה מחברי (ראו פסקה 49 לחוות דעתו), איני סבור כי שתיקת התקנון מכריעה סוגיה זו. לעמדתי, שאלה זו היא שאלה מורכבת, והיא מערבת אינטרסים כבדי משקל. כך למשל, נוכח סמכותו של יו"ר הוועדה לקבוע את סדר יומה של הוועדה (סעיף 111(ב)(1) לתקנון הכנסת), עשויה להינתן לו – הלכה למעשה – זכות "וטו" בקידום הצעת חוק מטעם הוועדה; כמו גם אפשרות עודפת בהשוואה לחברי כנסת אחרים לקידום הצעות חוק מטעמו תחת הכותרת הצעת חוק מטעם ועדה. איני משוכנע כי לשונו ותכליתו של סעיף 80 מלמדות על כוונה ליתן כוח עודף כאמור ליושבי ראש הוועדות הרלוונטיות. יוער כי סוגיה זו הועלתה בדיוני ועדת הכנסת ביחס לסעיף 80 לתקנון, ואף אז הובע החשש כי מנגנון זה "ינוצל לרעה" בידי יו"ר הוועדה (וראו: פרוטוקול הדיון מיום 1.3.2011, בעמ' 60).

33. הסוגיות שעליהן עמדתי לעיל אינן מחייבות ביאור ממצה במקרה דנן, מאחר שכאמור, הגעתי לכלל מסקנה כי יש להורות על ביטולו של תיקון מס' 3 בשל תוכנו. עם זאת, רשמתי לפניי את הצהרת הכנסת שלפיה "נוכח ריבוי הצעות חוק מטעם ועדה בתקופה האחרונה, בוחנת היועצת המשפטית לכנסת במבט צופה פני עתיד אם יש צורך בקביעת הנחיות לקידום הצעת חוק מטעם ועדה, ואם כן – מהם, ומה הדרך הראויה לעשות זאת" (סעיף 229 לכתב התשובה מטעמה). אכן, המורכבויות שתוארו לעיל ביחס לשימוש בסעיף 80 לתקנון הכנסת (כמו גם מורכבויות נוספות שעשויות להתעורר בהקשר זה), מצדיקות קביעת כללים שייתנו להן מענה. ברי כי אין בהערוטיי לעיל, שבהן לא ראיתי לטעת מסמרות, כדי לכבול את שיקול דעתה של הכנסת בקביעת כללים כאמור.

אחר הדברים האלה

34. לאחר כתיבת הדברים, עיינתי בחוות דעתם של חבריי וחברותיי, ודומני כי הבדלי הגישות בינינו ברורים ואין הכרח להוסיף ולהרחיב בנושא. לצד זאת, ראיתי להתייחס בתמצית לחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג. בחוות דעתו, נשען חברי על עמדות היסטוריות של שופטי ונשיאי בית משפט זה כדי לתמוך במסקנתו בדבר סמכותה הבלתי מוגבלת של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת. הישענותו של חברי על עמדות אלו לוקה במספר מישורים, שעליהם עמדו גם חלק מחבריי (ראו פסקה 205 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות; פסקה 128 לחוות דעתו של השופט עמית; פסקאות 102-105



לחוות דעתה של השופטת ברק-ארד; פסקה 61ד לחוות דעתו של השופט ע' גרוסקופף). בתמצית, חלק מהעמדות שאליהן מפנה חברי אינן מתייחסות כלל לסמכותה המכוננת של הכנסת, אלא לסמכותה לחוקק חוקים, וחלקן אף הובעו לפני חקיקת חוקי היסוד.

זאת ועוד – סקירתו ההיסטורית של חברי מבכרת, בלא שניתן לכך טעם מבורר, את פסיקת בית משפט זה בעשורים הראשונים על פני פסיקתו בשלושת העשורים האחרונים. כידוע, פסיקתו של בית משפט זה מתפתחת, בהתאם לעקרונות המשפט המקובל, עקב בצד אגודל, ממקרה למקרה, בהתאם לנסיבות. כך גם פסיקתנו בעשורים האחרונים ביחס לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד לא נוצרה "בחלל ריק". גוף פסיקה זה התפתח על רקע שינויי עומק במאפייני הפעלת הסמכות המכוננת, בהיקף השימוש בסמכות זו, בתצורת השימוש בה ובתכלית השימוש בה (ראו בהקשר זה גם פסקאות 83-82 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות). הפסיקה שאליה התייחס חברי קדמה, אפוא, לתהליך השחיקה והזילות במעמד של חוקי היסוד, תהליך שהגיע לשיאו בשנים האחרונות. תהליך זה לא עמד, וממילא לא יכול היה לעמוד, לנגד עיניהם של מרבית השופטים והנשיאים שאת פסיקתם סקר חברי.

35. חברי מוסיף ומציין כי הביקורת השיפוטית בדבר חריגת הכנסת מסמכותה המכוננת במתכונת שמוצעת על ידי חלק מחברי דעת הרוב עשויה להוליך אף לפסילת תיקונים שנוסחם גורף פחות מנוסחו של תיקון מס' 3 (פסקה 151 לחוות דעתו). למותר לציין כי את שאלת חריגתה של הכנסת מסמכותה המכוננת יש לבחון על רקע תיקון ספציפי, מאפייני פגיעתו הקונקרטיים בזהותה היהודית והדמוקרטית של המדינה ועל רקע מערך האיזונים והבלמים של השיטה. למעשה, יש לקוות שלא נידרש לשוב ולבחון שאלות קשות אלו.

36. לבסוף, אשוב ואדגיש כי לשיטתי, מן המבנה המשטרי במדינת ישראל, מתחייבת הקביעה לפיה לבית משפט זה סמכות לבחון את שאלת חריגתה של הכנסת מסמכותה המכוננת. שאם לא כן, המגבלות על הסמכות המכוננת – שעל קיומן עמד בית משפט זה בעבר – תהפוכנה בפועל לאות מתה; וכפי שציינו בהליך דנן, באין דיין – אין דין.

סוף דבר

37. בנתון להערוטיי לעיל, מצאתי כאמור לצרף דעתי לדעתה של הנשיאה (בדימ') חיות כי יש להורות על קבלת העתירות שבכותרת ולהכריז על בטלותו של תיקון מס' 3.

## מ"מ הנשיא

השופט ד' מין:

קשוט עצמך תחילה

1. סמכות איננה עניין של מה בכך. היא הבסיס לכל.

נקודת המוצא היא כי רשות מינהלית אינה רשאית לפעול אלא בגדרי דל"ת אמותיה של הסמכות הנתונה לה על פי חוק. עיקרון זה פורש כנפיו על הכל, ללא הבחנה בין דרגה, מעמד ומשרה, וללא הבחנה בין סוגי פעולות או אפיוני הסמכות (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 74-76 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 97-126 (2010)). חובתה של רשות מינהלית לפעול בסמכות קשורה בטבורה לעקרונות הבסיסיים ביותר של המינהל הציבורי, עיקרון הפרדת הרשויות ועיקרון שלטון החוק. עמד על כך בית משפט זה כבר בראשית דרכו בבג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399 (1951) (להלן: עניין שייב):

"אין הרשות המבצעת בת חורין להטיל הגבלות רק מפני שהיא חושבת אותן כרצויות, אלא אם כן החוק, הדן בענין הנדון, מקנה לה את הסמכות להטיל את ההגבלות, אם תמצא צורך בהן. אם סמכות כזאת אינה מצוייה בחוק מסויים, על הרשות המבצעת לשכנע ולהניע את המחוקק שסמכות זו תינתן לה, אבל כל עוד לא ניתנה לה, אין היא רשאית ליטול אותה לעצמה, אחרת כל העיקרון של 'שלטון החוק', אחת הערכות למשטר הדימוקרטי במדינה, ייהפך למליצה ריקה..." (שם, עמ' 411; ההדגשות במקור).

2. כפועל יוצא מהכלל האמור, ובהינתן חומרת הפגם הטמון בנקיטת פעולה מינהלית תוך חריגה מסמכות, פעולה שכזו נתפשת כנעדרת תוקף ובטלה מעיקרה (ראו למשל: בג"ץ 1405/14 סלוין נ' המשנה למנכ"ל משרד הבריאות, פסקה 25 (7.8.2014) (להלן: עניין סלוין); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ד 2983 (2017)). ההקפדה על קוצו של יוד בהקשר זה באה לידי ביטוי בשורה ארוכה מאוד של מקרים, לגבי מנעד מגוון של סמכויות ובקשר לגופים שלטוניים שונים.

כך נהג בית משפט זה במשך שנים. למשל, באחד מפסקי הדין המרכזיים והראשונים שעסקו בסוגיית הסמכות, בוטל איסור שהטילה המשטרה בחוסר סמכות על

עיסוק במשלח יד (בג"ץ 1/49 בז'דנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949)); ובעניין שייב, משנת 1951, בוטלה הוראה שניתנה על ידי שר הביטחון שאסרה על העסקתו של מורה בבית ספר, מבלי שהדבר היה נתון לסמכותו. במקרים אחרים בוטלה החלטת ראש עיר לסגור בתי ספר בעירו שניתנה בחוסר סמכות (בג"ץ 8046/04 בן עטיה נ' ראש-עיריית בת ים, שלומי לחיאני, פ"ד נט(4) 29 (2005) (להלן: עניין בן עטיה)); בוטלה גבייה ללא סמכות של אגרה על ידי עירייה (ע"א 546/04 עיריית ירושלים נ' שרותי בריאות כללית (20.8.2009)); בוטלו צווים שהוצאו בהיעדר סמכות על ידי משטרת ישראל כלפי ספקי גישה לאינטרנט להגבלת הגישה לאתרי הימורים (עע"מ 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, פ"ד סו(2) 159 (2013)); בוטלה הוראה שניתנה על ידי המשנה למנכ"ל משרד הבריאות להגביל את פעילותו של רופא שנחשד בהפרת הוראות הדין, שכן לא נמצא לכך מקור סמכות (עניין סליון); בוטלה הוראה שניתנה מצד גורמים במשרד הבריאות שאסרה ללא סמכות על יבוא סיגריות אלקטרוניות לישראל (בג"ץ 6665/12 א.סיג בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות (3.12.2014) (להלן: עניין א.סיג)); בוטלו פעולות גביה שנעשו על ידי רשויות מקומיות באמצעות חברות גביה פרטיות ללא מקור הסמכה בדין (בג"ץ 4113/13 לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים נ' שר הפנים (26.3.2018)); ועוד ועוד.

כל זאת מבלי להתעלם מהתפתחות עיקרון הבטלות היחסית, אשר נקבע כי עשוי במקרים מסוימים להביא לבטלות חלקית בלבד של הפעולה השלטונית (ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793, 816 (1996); רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637, 643 (2000); עע"מ 3202/21 מרכז השלטון האזורי נ' הוועדה הארצית לתכנון ובניה של מתחמים מועדפים לדיור, פסקה 54 (8.8.2023)) – עיקרון שרלוונטי פחות כאשר מדובר בפגם חמור במישור הסמכות (רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 686-687 (2001); עניין א.סיג, פסקה 26; בג"ץ 1555/05 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי מחוז תל-אביב, פסקה 45 (16.7.2009) (להלן: עניין לוי); עניין סליון, פסקה 25; ע"א 4872/17 המועצה המקומית זכרון יעקב נ' מאיר אפרת אחזקות בע"מ, פסקה 57 (9.10.2018)).

3. טווח הפעולות שאותן רשות מינהלית כלשהי רשאית לנקוט מצוי אפוא כולו בתוך גדר הסמכות הנתונה לה מכוח הדין. הא ותו לא. מכוח עיקרון החוקיות אין רשות מרשויות המדינה מוסמכת לבצע פעולה כלשהי מבלי שהוענקה לה בחוק סמכות לעשות כן. מתחתית המדרגה, מאחרון הפקידים, ועד לראשי המערכת – כולם כאחד כפופים לעיקרון החוקיות, ולגבי כולם – תהא ההחלטה בטלה אם ניתנה ללא הסמכה מפורשת בחוק.

4. עיקרון זה חל באותה מידה לגבי מי שממלא תפקיד שיפוטי. ערכאות שיפוטיות כפופות גם הן לעיקרון החוקיות כמו יתר הרשויות השלטון. הלכה היא מימים ימימה כי לערכאה שיפוטית נתונות הסמכויות שהוענקו לה בחוק ואין לה אלא את אשר הדין נתן בידיה (בג"ץ 26/51 מנשה נ' יושב ראש וחברי בית דין הרבנות בירושלים, פ"ד ה 714, 719-717 (1951); בג"ץ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד נ(4) 590, 604 (1996); עניין לוי, פסקה 18 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה; בג"ץ 6929/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד סו(2) 1, 16 (2013); בג"ץ 7212/09 פלוני נ' פלונית, פסקה 11 (3.7.2013); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג 1700 (2014)). וכך נאמר למשל בבש"פ 4972/07 פואז נ' מדינת ישראל (20.3.2008):

"אחד המאפיינים החשובים של עקרון שלטון החוק מעוגן ברעיון לפיו השלטון, על כל זרועותיו, פועל במסגרת הסמכויות שהחוק היקנה לו, ולא מעבר להן. גדר הסמכויות של זרועות השלטון, ובתי המשפט בכלל זה, מוגדר בחוק. [...] חריגה מסמכות שהחוק העניק לרשות שלטונית, אינה מסתכמת בהפרה של ההסדר החקיקתי, שהוא מקור החיות המשפטית לפעולת הרשות. היא עלולה לפגוע ביסודות המהותיים של שלטון החוק ועקרון הפרדת הרשויות, ולכרסם בכלל היסוד המהווה תשתית למינהל ציבורי תקין לפיו אין לרשות שלטונית אלא הסמכויות שהוקנו לה בדין" (שם, פסקה 6).

בית משפט זה חזר והדגיש כי אל לערכאה שיפוטית ממלכתית לחרוג מגדרי הפעולות והסמכויות שהוענקו לה בחוק, וכך גם הובהר לא אחת כי:

"מחובתנו לשמור על כך ששום גוף במדינה לא יטול לעצמו סמכות שיפוטית ממלכתית אלא על-פי אסמכתה חוקית ברורה ומפורשת" (בג"ץ 30/76 סיהו נ' בית-הדין הדתי לעדת היהודים הקראים, פ"ד לא(1) 13, 17-18 (1977)).

5. חריגה מסמכות, גם של גוף שיפוטי, הייתה עוד מימים ימימה נושא לביקורת חריפה: "שיטת המשפט רואה בחומרה פעילותו של גוף שיפוטי אל מעבר לגדרים שהדין הציב לו" (בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח(4) 591, 616 (1994)). וכך נאמר בבג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006):

"לכל ערכאת שיפוט ממלכתית [...] אין אלא את אותן סמכויות שיפוט שחוק המדינה העניק לה; החוק הוא שהקימה, הוא שהגדיר את סמכויותיה, והוא שייחדן לה. בעשותו כן, הניח החוק, כחלק מתפישת יסוד בממשל דמוקרטי, כי במתן סמכויות שיפוט טמונות, בה בעת, גם מגבלות כוח השיפוט. כל אשר לא ניתן לערכאה השיפוטית, מצוי מחוץ ומעבר לכוחה, ואל לה לחרוג מגדרי פעולתה המוכרים על עבר תחומים שלא הופקדו בידיה, ובאחריותה. זהו עקרון החוקיות המאפיין את מבנה השלטון הדמוקרטי, שעליו נשענת תפישת מעמדן של רשויות השלטון, ומערכות השיפוט בכלל זה. על יסוד עיקרון זה מתפרש מרחב הסמכויות הנתון לערכאות השיפוט הממלכתיות..." (שם, עמ' 279).

תפיסה דמוקרטית מחייבת כי לצד סמכויות השיפוט יוכרו גם מגבלות כוח השיפוט. עיקרון החוקיות, הנמנה על מאפייני השלטון הדמוקרטי מחייבנו להכיר בכך כי אין לאפשר לשום ערכאה שיפוטית לחרוג מחוץ לכוחה. החוק הוא שתוחם את כוחה וסמכויותיה (רע"א 1465/07 בני וצביקה בע"מ נ' אשתאול מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פסקה 13 (17.12.2009)). וכך:

"כל סמכות אשר לא הוקנתה לערכאת השיפוט ממילא מצויה מעבר לכוחה וסמכויותיה" (עניין לוי, פסקה 17 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה).

6. נדמה כי אין צורך להאריך בדבר נכונות דברים אלה לכל ערכאה שיפוטית באשר היא. בית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק אינו שונה מערכאות שיפוטיות אחרות בהקשר זה. אין לאפשר מצב של איפה ואיפה. בית משפט זה, ככל ערכאה שיפוטית, כפוף לאותן מושכלות יסוד. דמו של בית משפט זה אינו אדום יותר מכל ערכאה שיפוטית אחרת. כך מספרת הגמרא (בבלי, בבא בתרא ס, ע"א-ע"ב):

"ר' ינאי הוה ליה אילן הנוטה לרשות הרבים. הוה ההוא גברא דהוה ליה נמי (היה איש אחד שגם לו היה) אילן הנוטה לרשות הרבים. אתו בני רשות הרבים הוו קא מעכבי עילויה (באו בני רשות הרבים ועיכבו על אותו אדם מלקיים את אילנו). אתא לקמיה דר' ינאי (בא לפני ר' ינאי לשאול את הדין). אמר ליה (אמר לו ר' ינאי לאיש): "זיל האידנא ותא למחר" (לך עכשיו ובא מחר). בליליא שדר קצייה להווא דידיה (בלילה שלח ר' ינאי שליח לקצוץ את אילנו שלו). למחר אתא לקמיה (למחרת בא האיש לפני ר' ינאי). אמר ליה (אמר לו ר' ינאי): זיל קוץ (לך קצוץ את אילנך). אמר ליה (אמר לו האיש): הא מר נמי אית ליה! (הרי גם לך אדוני יש אילן הנוטה לרשות הרבים). אמר ליה (אמר לו ר' ינאי): זיל חזי, אי קוץ דידי קוץ דידך, אי לא קוץ דידי לא תקוץ את (לך וראה אם שלי

קצוץ, קצוץ את שלך ואם שלי אינו קצוץ, אל תקצוץ את שלך)."

בהמשך הגמרא שואלת:

"מעיקרא מאי סבר ולבסוף מאי סבר? (מתחילה מה סבר ר' ינאי שלא קצץ את אילנו ומה סבר בסוף שכן קצץ). מעיקרא סבר: ניחא להו לבני רשות הרבים דיתבי בטוליה, כיון דחזא דקא מעכבי, שדר קצייה (מתחילה סבר שנוח להם לבני רשות הרבים באילנו הנוטה על רשות הרבים מאחר שהם יושבים בצילו, אך כיוון שראה שהיו מוחים על אילנו של האיש השני, שלח לקצוץ את שלו)."

ועל כך שואלת הגמרא:

"וליא ליה: זיל קוץ דידך והדר אקוץ דידי! (ושיאמר לאיש לך קצוץ את שלך ולאחר מכן אקצוץ את שלי – היינו מדוע דחה ר' ינאי את פסק דינו עד אחר שיקצוץ בעצמו בעוד שבינתיים נמשך הנזק לבני רשות הרבים)."

והתשובה:

"משום דריש לקיש, דאמר: 'התקוששו וקושו' (צפניה ב, 1) – קשוט עצמך ואח"כ קשוט אחרים."

מכאן לומדים מוסר השכל עצום. ראשית, פסיקתו של בעל הסמכות השיפוטית אינה עניין שמקורו בתחושה מה מטיב עם הציבור ומה לא. מה נחוץ ומה לא. המקור הוא בדין ולא בטעם האיש. שנית, על הפוסק "לקשוט עצמו תחילה" ולהחיל על עצמו את הדין עובר להעברת ביקורת והחלת הדין על זולתו. ודי לחכימא ברמיזא. או שמא לא די.

מקור סמכות – אין

7. אין חולק כי חוקי היסוד בישראל אינם מקנים סמכות מפורשת לבית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי היסוד. אין בחוקי היסוד כל הוראה בנוגע למגבלות כלשהן המוטלות על הכנסת בבואה לחוקק חוקי יסוד, ואין בהם כל הוראה המסמיכה גוף שיפוטי כלשהו, לרבות בית משפט זה, לפסול חוק יסוד. הדברים בעיניי פשוטים, נהירים ומובנים, ואולם נוכח החשיבות הרבה שיוחסה לנושא זה בעתירות דנן, שבתי ועיינתי היטב בחוקי היסוד שנחקקו בישראל כדי להתרשם שמא נעלמה ממני

הלכה. עיינתי ולא מצאתי. הדברים ברורים ונחרצים: אין מקור סמכות המאפשר לבית משפט זה לדון בתוקפו של חוק יסוד, ובוודאי שלא לפסול אותו.

לא מצאתי, לא בחומר הרב שהונח לפנינו ולא בחוות דעתם של חבריי, תשובה מספקת לשאלה כה בסיסית, יסודית והכרחית שאמורה לעמוד בבסיסו של כל דיון משפטי כגון זה, והמסמיכה אותנו לערוך דיון מן הסוג שחבריי מבקשים לערוך. לא מצאתי תשובה הולמת לשאלה זו, ואף לא קצה חוט לפתרון. על כך אעמוד בהרחבה להלן, ואתחיל מהבסיס – שהוא גם נקודת המוצא לדיון, בעניין סמכותו של בית משפט זה לבקר חוקים "רגילים".

8. ואקדים דבר. מודע אני, כפי שהצבעתי בעבר בעניין יישום הוראת סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת, שדעתי לא נשמעה ומצאתי עצמי "כקול קורא במדבר" (א"ב 1156/21 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-24 נ' מראענה (28.2.2021) (להלן: עניין מראענה)). הפעם חש אני כי הנני לא רק קול קורא במדבר אלא בבחינת הנער שקורא בקול צלול וברור: "המלך הוא עירום" (הנס כריסטיאן אנדרסן בגדי המלך החדשים (1837)). ברם לעתים אין מנוס "ואי לאו דדלאי לך חספא, לא משכחת מרגניתא תותה" (אילולי הייתי מרים את החרס מהקרקע עבור זולתי, המרגלית החבויה תחתיו לא הייתה נמצאת) (בבלי, בבא מציעא יז, ע"ב). בעיניי נראה כי לעניין חוות דעתם של חבריי יפה הביטוי "לפום חורפא שבשתא" (שמחמת חריפותם נקלעו לכלל טעות) (בבלי, נדה לג, ע"ב).

9. נקודת המוצא, כפי שציינתי בעבר, היא כי שאלת סמכותו של בית משפט זה לבקר חוקים רגילים אינה מושתתת, במלוא הצניעות, על יסודות איתנים. וזאת על אף שאין מדובר בשאלה משנית כי אם בשאלה יסודית שהיה ראוי לה לקבל מענה ברור, מבורר ויסודי. אכן אין חולק כי ביקורת שיפוטית על חוקים מכוח חוקי היסוד היא מציאות שקנתה לה שביתה בעקבות פסק הדין בעניין בנק המזרחי (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221, 403 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי)), אך אין בכך כדי להעיד שמדובר במציאות מובנת מאליה (ראו למשל: רות גביוון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט(3) 631 (1995) (להלן: גביוון, מדינה יהודית ודמוקרטית); משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג 697, 702 (1996); יוסף מ' אדרעי "מהפכה חוקתית: האומנם?" משפט וממשל ג 453, 460 (1996); עלי זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל – שתי הערות אגב לאימרות אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש" משפט וממשל ג 679 (1996); יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה

(לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט' מאזני משפט ה 125 (2006) (להלן: שגב, מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה); גדעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" משפט וממשל יא 571 (2008)). כל המוסיף על האמור בספרות זו – גורע. על כן אין בכוונתי לחזור על דברי הביקורת אשר פורטו בהרחבה בספרות, ולהם גם הדים בעמדות השונות בעניין בנק המזרחי עצמו. עם זאת, מתיר אני לעצמי להעלות מספר הסתייגויות להלכה במסגרת זו. לעניות דעתי, תשובה מפורשת, מפורטת וברורה טרם ניתנה לסוגיית הסמכות לבקר חוקים, זאתת מפאת העובדה שמדובר במציאות שצברה תאוצה, חלחלה עמוק לתוך המלאכה השיפוטית ואין מי שיתהה על הראשונות.

10. חברי השופט י' עמית דוחה בהינף יד את התהיות שהעליתי בעבר בדבר סמכות בית משפט זה לבטל חוקים רגילים באומרו כי אין להן בסיס (פסקה 10 לחוות דעתו). תחילה דוחה חברי את הטענה כי קיימת עמימות ביחס לכוונת המחוקק-המכוון בכל הקשור לסוגיית הביקורת השיפוטית על חוקים, בהפנתו למאמר של אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" משפט ועסקים יד 79 (2012) (להלן: רובינשטיין, סיפורם של חוקי-היסוד), בו צוין כי מהפרוטוקולים של הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בנוגע לחקיקת חוקי היסוד עולה כי חברי הכנסת היו ערים לכך שחוקי היסוד נותנים בידי בית המשפט את הסמכות לפסילת חוק וכי "נושא הביקורת השיפוטית היה ידוע לחברי-הכנסת מיומו הראשון של הליך החקיקה" (שם, עמ' 108); ובהפנתו לדבריו של חבר הכנסת אוריאל לין, שעמד בראש ועדת החוקה, אשר "העיד" כי המהפכה החוקתית הייתה מעשה מודע ומכוון של הכנסת (אוריאל לין ושלומי לוי כיצד שונתה השיטה הפוליטית בישראל 1990-2022 (מהדורה שנייה, 2022)). "עדויות" אלה מכריעות את הכף לשיטת חברי בהתייחס לסוגיה הנכבדה הנוגעת להשתלשלות חקיקת חוקי היסוד – חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – וכוונת המחוקק-המכוון שעמדה ביסודם.

ברם, בראשית הדברים יש לציין כי כלל לא ברור אם לצורך הכרעה בשאלת קיומה של סמכות לבקר דבר חקיקה דרושה כניסה ל"מכונת הזמן" לשם הבירור ההיסטורי בהתייחס לכוונתו הסובייקטיבית של המחוקק-המכוון משנת 1992 או 1994, כדוגמת זה אליו מכוון חברי. אולם שעה שחברי הכנס ראשו לתוך קלחת זו, אעמיד דברים מבחינתי על דיוקם ולו כדי להפיס את הדעת וכדי לבסס את חוות דעתי כיאות.

11. הנחת היסוד היא כי הניסיון ללמוד על "כוונת המחוקק" מתוך דברי פרוטוקול איזו מוועדות הכנסת הוא פעמים רבות מורכב (וראו למשל: רע"א 10011/17 מ"ט-ל



הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פסקה 40 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז (19.8.2019); בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פסקה 76 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') (להלן: עניין חוק הלאום); וראו גם עמדתו של הנשיא (בדימ') מ' שמגר, בהתייחס באופן ספציפי לסוגיה מושא ענייננו: עניין בנק המזרחי, עמ' 313-314), בוודאי שעה שאין חולק כי מדובר בסוגיה שהייתה שנויה במחלוקת והיו לה תומכים ומתנגדים מקצוות שונים שהביעו עמדתם בסוגיה במהלך הדיונים. העובדה שחלק מהמעורבים בהליך החקיקה ראו את פני הדברים באופן מסוים, אינה משכנעת כי כך בהכרח היו הדברים. בכל מקרה, קשה להסתמך על התרשמות רטרופקטיבית של חברי כנסת מסוימים המנסים להציג את העבר באור מסוים, וסיבותיהם עימם. במקרה זה, לא רק שקיימות "עדויות" אחרות המצביעות על הלך דברים שונה, אלא שעיון בפרוטוקולי הוועדה מגלה תמונה מורכבת יותר מהתמונה המוחלטת עליה נסמך חברי השופט עמית בדבריו.

12. כך, "עדות" המצביעה על התרשמות שונה מזו שתוארה על ידי חברי באה לידי ביטוי בתיאורה של יהודית קרפ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה באותה עת שליוותה גם היא את הליך החקיקה, את מהלך הדיונים בהצעות החוק: "מהדברים שנאמרו בכנסת קשה להסיק מסקנות לעניין הלך מחשבה, הסכמה או אחדות-דעים בסוגיית המעמד הנורמטיבי של חוקי-היסוד וסמכות בית-המשפט לפסול חוקים שאינם מתיישבים עמו" (יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323, 365 (1992) (להלן: קרפ)). דברים אלה נאמרו "בזמן אמת" לאחר חקיקת חוקי היסוד ועוד טרם ניתן פסק הדין בעניין בנק המזרחי, ולכן תרומתם לעניין משמעותית ביותר.

13. בנוסף, לצורך עמידה על "כוונת" המחוקק-המכוון יש להיזכר ברקע שקדם להצעת החוק, אשר מסייע להבנת התמונה השלמה של הדיון שהתקיים בכנסת לאישור חוקי היסוד. אין חולק כי חוקי היסוד קודמו על רקע פשרה, "מתוך הבנה שעלינו ליצור הסכמה רחבה של כל סיעות הבית" (ח"כ אוריאל לין, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת באותה עת, פרוטוקול ישיבה 398 של הכנסת ה-12, עמ' 3782 (17.3.1992)), ולאחר שניסיונות קודמים לחוקק הצעות חוק מקיפות שגובשו במשרד המשפטים (הצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם והצעת חוק יסוד: החקיקה) – לא צלחו (וראו: אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3, 10-11 (2004) (להלן: ברק, בת מצווה); יהושע שופמן "המהפכה החוקתית" שורשים במשפט 461, 462 (2020)). בתוך כך, ברקע לחקיקת חוקי היסוד עמד הכישלון להסדיר את אופן כינון החוקה, ובכלל זה להסמיק באופן מפורש את בית משפט זה להכריז על בטלות חוק, עניין שקיבל ביטוי

בהצעת חוק יסוד: החקיקה שלא קודמה (וראו: דן מרידור "עיקרים בהצעת חוק יסוד: החקיקה" משפט וממשל א 387 (1992)). בהקשר זה גם אין לתהות על כך שלאורך הדרך התעוררה סוגיית הביקורת השיפוטית, ואין תמה כי נושא זה היה "ידוע" לחברי הכנסת. נושא הביקורת השיפוטית אכן עלה במהלך הדיונים לא פעם ולא פעמיים, כחלק מהנושאים השנויים במחלוקת.

14. וכך, הקולות שהושמעו במהלך הדיונים היו שונים ומגוונים בהתייחס לאפשרות כי הוראות חוקי היסוד, ובעיקר הוראות פסקת ההגבלה, מאפשרות ביקורת שיפוטית. במהלך הדיונים בוועדת החוקה הודגשו הרגישות הרבה והזהירות הנדרשת בקביעת הוראות שמשמעותן יצירת ביקורת שיפוטית מפורשת על ידי בית המשפט, וכן צוינה האפשרות שקביעה מפורשת בנושא תחרוג מטווח הפשרה וההסכמה אליה הגיעו הסיעות (ראו למשל התייחסויות לנושא הביקורת השיפוטית: פרוטוקול ישיבה 275 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, עמ' 13-14 (1.7.1991) (להלן: הדיון מיום 1.7.1991); פרוטוקול ישיבה 342 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, עמ' 9-10, 16 ו-32 (5.2.1992) (להלן: הדיון מיום 5.2.1992)). בין שלל ההתבטאויות, במהלך הדיון מיום 1.7.1991 הבהיר נציג משרד המשפטים כי בניגוד להצעות חוק יסוד אחרות, לא נכללת בהצעות חוקי היסוד הוראה מפורשת על פיה הוראה הנוגדת הוראה בחוק יסוד תהא בטלה, ועל כן "השאלה של המעמד העליון והעדיף של חוק יסוד זה על פני חוקים אחרים נשארת בלתי מפורשת בצורה חד-משמעית" (שם, עמ' 12).

15. גם אם ניקח בחשבון התבטאויות מהן עולה כי חלק מחברי הכנסת ראו את סעיפי החוק כמקנים סמכות לערוך ביקורת שיפוטית (למשל מפי ח"כ אמנון רובינשטיין: "בוודאי אפשר להבהיר זאת במשפט נוסף בסעיף 8 [לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ד.מ.], אם כי לדעתי סעיף 8 בנוסח המונח לפנינו כבר אומר זאת" (דיון מיום 5.2.1992, עמ' 10)), לכל היותר מדובר בקולות שונים שעלו במהלך הדיון אשר מדרך הטבע, חלקם סותרים זה את זה ואין בנמצא הכרעה חד-משמעית בדבר כוונת המחוקקים-המכוננים לבסס ביקורת מסוג זה.

16. אם בכלל ניתן להסיק מבליל הדעות שנשמעו במהלך הליכי החקיקה מסקנה קוהרנטית נחרצת, הרי שזו טמונה בהתייחסויות מפי ח"כ לין, יו"ר הוועדה כאמור. לכל אורך הדרך נזהר ח"כ לין מלהביע עמדה מפורשת בסוגיה. הוא הבהיר כי מדובר בנושא "פרובלמטי" (דיון מיום 1.7.1991, עמ' 13-14) אשר טעון ליבון נפרד (למשל: דיון מיום 5.2.1992, עמ' 16), ובדיון האחרון שהתקיים בהצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

בהכנה לקריאה שנייה ושלישית, כאשר חזרו והועלו חששות כי נוסח החוק יאפשר ביטול חוקים מסוימים, הבהיר יו"ר הוועדה:

"ההבדל הגדול בין החוק הזה [...] ובין חוקים אחרים שעמדו לעיניכם, כמו חוק יסוד: זכויות האדם, או חוק יסוד: החקיקה, הוא בהקמת בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה. באותן הצעות חוק בית המשפט העליון קיבל כוח לבטל חוקים. פה אנחנו לא עוסקים בנושא הזה, פה אנחנו לא נותנים לבית המשפט העליון את הכוח הזה" (פרוטוקול ישיבה 356 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, עמ' 34 (9.3.1992); ההדגשה אינה במקור – ד.מ.).

גם במהלך הדיון במליאה הדגיש יו"ר הוועדה, וביתר שאת, כי אין הכוונה לבסס במהלך זה סמכות לערוך ביקורת שיפוטית המאפשרת לבטל חוקים, אולי על מנת "לפייס" את דעת המתנגדים:

"...אנחנו לא מעבירים את המשקל לבית המשפט העליון. אנחנו לא עושים כפי שהוצע בחוק-יסוד: החקיקה או בחוק-יסוד: זכויות האדם, שהוגשו בזמנם. אין מוקם בית-משפט לחוקה, ואין מוקם בית-משפט שמקבל כוח לבטל חוקים" (שם, עמ' 3783).

בהמשך לדברים אלו, הקשו במהלך הדיון ח"כ מיכאל איתן וח"כ אליקים העצני על יו"ר הוועדה, תוך הפנייה להוראת סעיף 8 שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל...", ובתגובה הובהר כי אין הכוונה לביטול חקיקה על ידי בית המשפט. וכך היו חילופי הדברים:

"מיכאל איתן: מה זה סעיף 8?  
אוריאל לין: סעיף 8 אומר, וזה סעיף בעל חשיבות עצומה, שכן אפשר לתכלית ראויה, אם זה הולם את ערכיה של מדינת ישראל – וערכיה של מדינת ישראל הוגדרו בסעיף 1, שאלה ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית – אפשר לתכלית ראויה, במידה שאינה עולה על הנדרש בחוק, לצמצם זכויות יסוד על-פי חוק-יסוד זה.  
מיכאל איתן: אבל אין ביטול חוקי הכנסת.  
אליקים העצני: ומי יקבע? איפה הפרמטרים?  
מיכאל איתן: סעיף 4 – מה זה ערכיה של מדינה יהודית?  
זו שאלה פוליטית, זו לא שאלה משפטית.

אוריאל לין: מחוקק קובע ובית-המשפט קובע. זוהי המערכת הקיימת היום ואין לך אחרת. אין לך מערכת אחרת. גם היום בית-המשפט יכול לפרש חוקים. מיכאל איתן: אבל לא לפסול חוקים. אוריאל לין: אין צורך לפסול חוקים. לא פוסלים חוק. החוק צריך להיעשות לתכלית ראויה. לא סתם חוק שרירותי. משום שאלה חירויות היסוד של הפרט, שכולנו מאמינים בהן [...] (שם, עמ' 3783).

וכך גם בהמשך, ח"כ לין הרגיע והבהיר את המתנגדים והחוששים כי אין הכוונה "להעביר את הכוח למערכת בתי המשפט":

"רבותי חברי הכנסת, כל החששות שהובעו כאן במהלך הדיון היו ידועים היטב לוועדה, ואנחנו התייחסנו אליהם במהלך הדיון בוועדה. הייתי אומר: לאחר 44 שנים, הבה נאמר לעם ישראל: כן, אנחנו מעזים לתת לכם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על אף ההיסוסים, על אף הבעיות, אנחנו רוצים באיזו נקודת זמן לשים את הגבול ולומר: לא נאמר לכם עוד שזה בלתי אפשרי. נאמר לכם: כן, אנחנו מוכנים לעשות את זה. ואני אומר לחברי הבית: בואו נעשה את הניסיון. הכוח לא הועבר למערכת בתי-המשפט. הכוח נשאר בבית הזה. ואם חלילה יסתבר מהנסיון עם החוק הזה שאנחנו טעינו, והפרשנות הניתנת לחוק אינה על-פי כוונתו האמיתית של המחוקק, יש בידי הכנסת הכוח לשנות את החוק" (שם, עמ' 3788; ההדגשות אינן במקור – ד.מ.).

נוכח התבטאויות חד-משמעיות אלה, ברי כי אין מקום להסתמך על תיאור מצב הדברים מאוחר יותר על ידי לין, על פיו חברי הכנסת העניקו במודע לבתי המשפט את סמכות הביקורת השיפוטית על דבר חקיקה הפוגע בזכויות יסוד (למשל: אוריאל לין "חוקי-היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" המשפט ה' 267 (2000); אוריאל לין ושלומי לוי "כיצד הצליחה ועדת החוקה בכנסת השתים-עשרה במקום שבו נכשלו אחרים: דגשים והרהורים לגבי העתיד" משפט ועסקים יד 261 (2012) (להלן: לין ולוי)). כעולה מהמובאות לעיל, לצד אמירות המבקשות לבסס ביקורת שיפוטית, נאמרו במהלך הליך החקיקה אמירות חד-משמעיות ונחרצות על פיהן "אין לחשוש" כי מדובר בהליך אשר יעניק לבית המשפט את הכוח לבטל חוקים. וזאת בעיקר על ידי הגורם אשר עמד בראש הוועדה, ניהל את מהלך הדיון וקידם את החקיקה. אף בתיאוריו המאוחרים של לין קיים הד לכך שבאותו זמן הועדפה בחירה של הוראת חוק "מאופקת" על פני הוראה "לא-מנומסת" המבהירה כי לבית המשפט העליון הסמכות לבטל את חוקי הכנסת, מהחשש שניסוח בוטה היה מכשיל את המהלך (לין ולוי, עמ' 284). גם בדברים אלה, יש כדי לתמוך בהיבט מסוים הנוגע לעמימות, או לכל הפחות המורכבות, שעמדה בבסיס

העניין. גם לין עצמו טורח אפוא להדגיש כי לא היה מקום לצאת "בריש גלי" באמירה מפורשת המקנה סמכות לערוך ביקורת שיפוטית, בשל החשש כי מהלך שכזה יסוכל.

17. אם כן, תשובה ברורה בנוגע להלך הרוח של המחוקקים-המכוננים – אין. עדויות על אודות כוונת המחוקק ניתן למצוא לכאן ולכאן, הן בפרוטוקולים של דיוני הכנסת וועדותיה והן בהתייחסויות מאוחרות יותר של משתתפי הדיון. ניתן לסכם כי התשובות שניתנו לאורך השנים לשאלות אלה היו תלויות בנקודת ההשקפה ובעיני המתבונן. וכך גם, התשובה לשאלה הנלווית, האם בחוקי היסוד לבדם היה טמון הכוח לחולל את אותה מהפכה חוקתית, שהנגזרת ממנה היא סמכותם של בתי המשפט לערוך ביקורת שיפוטית, איננה כה פשוטה. בהקשר זה יש לציין את דבריו של השופט ברק עצמו באחד ממאמריו: "אמת, עד לפסק-הדין בעניין בנק המזרחי היה אפשר לטעון [...] כי חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם לא חוללו כל מהפכה חוקתית, לא בגדרי המשפט המצוי ולא בגדרי המשפט הרצוי, אולם טענה זו אינה נכונה עוד לאחר פסק-הדין בעניין בנק המזרחי. פסק-דין זה קבע כי חוקי-היסוד מצויים ברמה נורמטיבית גבוהה יותר מחקיקה רגילה" (ברק, בת מצווה, עמ' 14). ובגישה מרוככת יותר: "המהפכה החוקתית התאפשרה בשנת 1992 בזכות שיתוף-הפעולה בין הרשות המכוננת והרשות השופטת. כל אחת משתי הרשויות הללו לא יכלה להוליד מהפכה זו בפעולתה שלה בלבד. רק איחוד הכוחות בין הכנסת לבין בית המשפט הוביל למהפכה החוקתית" (שם, עמ' 19). היינו, הד לגישה שפסק הדין בעניין בנק המזרחי הוא "קו פרשת המים" שחצה את ההיסטוריה – ולא חוקי היסוד לבדם – קיים בדבריו של השופט ברק עצמו.

18. על כך יש להוסיף כי לא רק שעולה כי חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992 לא לוותה בהכרח בחגיגות "המתבקשת" בהצהרה ברורה על כינונה של חוקה, ועל כך יורחב גם להלן (כן ראו למשל: קרפ, עמ' 326; אור בסוק "עשור ל'מהפכה החוקתית' – בחינת התהליך החוקתי בישראל דרך פריזמה היסטורית-השוואתית" משפט וממשל ו' 451 (2003)); ולא רק שהשופט ברק עצמו התבטא בזמן אמת כחושש מ"משבר לגיטימיות, אשר מקורו בצורת חקיקה של חוקי היסוד. לא קדמה להם הכנה מספקת של הציבור. המהפיכה החוקתית התרחשה בשקט, כמעט בהחבא" (ציטוט בשמו של השופט ברק בתוך רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטית של חוקת הכלאיים הישראלית" עיוני משפט לח 501, 546 (2016) (להלן: ווייל, עשרים שנה לבנק המזרחי)); הרי שגם את הטענה כי הרשות המכוננת אישרה באופן מוחלט את המהלך בשנת 1994, בעת שתוקנו חוקי היסוד, כפי שטען חברי השופט י' עמית, קשה לקבל כאקסיומה. יש לקחת בחשבון כי תיקון חוקי היסוד בשנת 1994 נעשה על רקע נקודתי בניסיון להתמודד

עם פסק הדין בעניין מיטראל (בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, מר יצחק רבין, פ"ד מז(5) 485 (1993)), בו נקבע כי הוראה האוסרת על ייבוא בשר שאינו כשר לארץ עומדת בניגוד לחוק היסוד האמור, ועל רקע הצעת פשרה מצד השופט ברק בדמות מכתב שנשלח על ידו אל יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (המכתב פורסם במלואו במשפט וממשל ב 545 (1994) (אהרן ברק "על התיקונים בחוק-יסוד: חופש העיסוק")), המתמקד בהערות נקודתיות לחוק היסוד, ככל הנראה על רקע ניסיון למנוע סיכול המפעל החוקתי כולו (ראו למשל: גדעון ספיר המהפכה החוקתית עבר, הווה, עתיד 121-122 (2010)). מכל מקום הדעות בדבר טיב המעמד, והאופן שבו תפסה את עצמה הכנסת כרשות מכוננת באותו רגע, חלוקות ואינן חד-משמעיות (וראו למשל: ווייל, עשרים שנה לבנק המזרחי, עמ' 547; Rivka Weill, *Hybrid Constitutionalism: The Israeli Case for Judicial Review and Why We Should Care*, 30(2) BERK. J. INT'L L. 349, (2012) 377-378).

19. ומכאן לטענתו של חברי השופט עמית כי ניתן למצוא בסיס לסמכותו של בית משפט זה לבטל חוקים גם בפסקת ההגבלה. לדעתי קשה למצוא מקור סמכות בעצם קיומה של פסקת ההגבלה – בשניים בלבד מחוקי היסוד (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק) – המגדירה את התנאים אשר בהתקיימם ניתן להגביל את הזכויות המוגנות בחוקי יסוד.

ראשית, אינני סבור כי ניתן למצוא בהוראות פסקת ההגבלה סמכות מפורשת וברורה לביטול חוקים. אין מדובר ב"פסקת עליונות" ברורה שמשמעותה כי חקיקה הסותרת הוראות אלו – בטלה מעיקרא וכי בסמכותו של בית המשפט להורות על כך (וראו למשל: זאב סגל "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים – הסמכות להכריז על אי-חוקתיות חקיקה – למי?" משפטים כח 239, 241 (1997)). כאמור לעיל, נושא זה אף עלה לדיון במסגרת הדיונים בהצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובהצעת חוק יסוד: חופש העיסוק, בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, תוך השוואה של הנוסח הקיים לנוסח הצעות חוק קודמות אשר כללו "סעיף עליונות" ברור. כך למשל התבטא נציג משרד המשפטים בדיון:

"... בכל הנוסחאות, החל בהצעה הראשונה משנת 1973 שועדת החוקה חוק ומשפט הניחה על שולחן הכנסת – חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח – היתה הוראה מפורשת שכל הוראה בחוק הנוגדת את חוק היסוד, בטלה. הוראה כזאת לא קיימת כאן. כך שהשאלה של המעמד העליון והעדיף של חוק יסוד זה על פני חוקים אחרים נשארת

בלתי מפורשת בצורה חד-משמעית" (דיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 1.7.1991, עמ' 12)

הדגש בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד הוא בהגבלת כוחה של הכנסת עצמה לפגוע בזכויות הנמנות באותם חוקי יסוד. אולם כפי שכבר ציינה חברתי הנשיאה (בדימ'), מבחינה עיונית הגבלת כוחה של הכנסת עצמה אינה מובילה בהכרח למסקנה כי חריגה מסמכות תהווה עילה לביקורת שיפוטית (פסקה 69 לחוות דעתה). מדובר בשתי סוגיות נפרדות (וראו למשל באשר למנגנוני הביקורת הפרלמנטרית מאז חקיקת חוקי היסוד: רובינשטיין, סיפורם של חוקי היסוד, עמ' 105).

20. יתר על כן, אם בתחילת הדרך הסמכות לבטל חוקים נשענה בעניין בנק המזרחי על עליונותם של חוקי היסוד שנכללה בהם פסקת הגבלה בלבד, תוך ניסיון להסתמך על מוצא פי המחוקק-המכונן (עניין בנק המזרחי, עמ' 408-409); בהמשך סמכות זו הורחבה לגבי כלל חוקי היסוד תוך "השאלת" פסקת ההגבלה ליתר חוקי היסוד, חרף העובדה שלא קיים לכך עוגן כלשהו בחוקי היסוד האחרים (ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003); בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, כבוד השופט מישאל חשין, פ"ד נז(1) 750 (2003); אהרן ברק מבחר כתבים ג – עיונים חוקתיים 746 (2017) (להלן: ברק, עיונים חוקתיים); וראו: אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו 305 (2003) (להלן: בנדור, ארבע מהפכות חוקתיות)). אם פסקת ההגבלה הקבועה בחוקי יסוד היא אפוא מקור סמכות, מאיפה שאבה לה סמכות "פסקת ההגבלה השיפוטית" שצמחה על רקע "השראה" בלבד מאחותה הכתובה? (וראו עוד בקשר להתפתחות זו: הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א 59, 64-65 (2004); וכן ראו עמדתו של השופט ברק כי היעדר הכרעה בעניין בנק המזרחי בקשר לסמכות לפסול חקיקה רגילה גם בהיעדר "פסקת הגבלה", מקורו ב"טעות" (ברק, בת מצווה, עמ' 32, ה"ש 134)). לחברי הפתרונים, לא לי.

ולבסוף, גם אין בסעיף "שמירת הדינים" שהוזכר על ידי חברי, אשר נועד להתמודד עם הכלל הבסיסי על פיו חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם, כדי לבסס סמכות לביקורת שיפוטית של חוקים.

21. בשולי הדברים ולסיום פרק זה אוסיף כי ההפניה של חברי השופט עמית בסוגיית הסמכות לפסק הדין בעניין Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803) בפסקה 10 לחוות

דעתו איננה מובנית מאליה, בלשון המעטה. לא רק שכפי שחברי עצמו ציינו בפסקה 20 לחוות דעתו, ההשוואה בין שיטת משפטנו לשיטת המשפט האמריקאית איננה ממך העניין – שכן "יש להישמר מפני העתקה של מאפיין אחד ממדינה דמוקרטית מסוימת, תוך השמטה של מאפיינים משלימים שקיימים בשיטת המשטר של אותה מדינה" – אלא שבסוגיה שהעלה חברי בדבר סמכותו של בית משפט זה לבקר חוקים בהיעדר "חוקה" מפורשת, ההשוואה לפסיקת בית המשפט בארצות הברית מוקשית ביותר. ודאי לא נעלמה מעיני חברי העובדה שפסק הדין בעניין *Marbury v. Madison* ניתן על רקע קיומה הבלתי שנוי במחלוקת של חוקה כתובה שכוננה 16 שנה קודם לכן, מה שאין כן במדינתנו. כמו כן, מבלי שיהיה בכך כדי למצות את ההבדלים בין הדוקטרינות שהתפתחו בהקשר זה בישראל לבין מערכת הכללים שהתפתחה בארצות הברית, הרי שהדיון יהיה חסר לחלוטין ללא התבוננות על הבדל מרכזי אחד לפחות – בארצות הברית פותחו שבעה כללים להתווית הריסון השיפוטי שיש לנקוט בטרם יכריז בית משפט על בטלותו של דבר חקיקה ("כללי אשוונדר" שפותחו בעניין *Ashwander v. Tennessee Valley* (1936) 288 U.S. 297). אף שכללים אלה הוזכרו בעניין בנק המזרחי (שם, עמ' 349-350), ובפרשות מאוחרות יותר (ראו למשל: בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקה 9 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר); בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, פסקה 31 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן (26.10.2023)), הם לא אומצו לשיטת משפטנו ככתבם וכלשונם.

סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה

22. אוסיף להשלמת התמונה כי לעניות דעתי לא ניתן למצוא מקור סמכות לביקורת שיפוטית על דברי חקיקה (חקיקה רגילה ובוודאי לא חקיקת יסוד) בהוראות סעיף 15(ג) או 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, עליהן ביקשו להישען חלק מחבריי.

ראשית, משמעותן הטבעית של המילים "סעד למען הצדק" שבסעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה בו התמקדו חבריי, איננה כוללת את האפשרות לבטל חוק (אמנון רייכמן "גשרון צר מאוד: חוקה, צדק, יושר וסעד בעקבות פרשת 'הפורום לדוקרים בנגב'" משפטים 726, 701 (2007) (להלן: רייכמן); וראו גם: אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" ספר ברנזון כרך ב' 119, 168 (2000) (להלן: בנדור, המעמד המשפטי של חוקי-יסוד)). בנוסף, ובהקשר הדברים לענייננו אף זאת עיקר, אין כל אינדיקציה לכך שחוק יסוד: השפיטה הסמיך את בית המשפט לבטל חקיקה ראשית של הכנסת, קל וחומר לא חקיקת יסוד. בדברי ההסבר משנת 1978 הובהר באופן מפורש כי נושא סמכותו של בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית על חוקים ידון בחוק-יסוד נפרד (הצעת חוק יסוד:



בתי המשפט, ה"ח 1348; להלן: דברי ההסבר). וכך נאמר בדברי ההסבר בהתייחס בין היתר לסעיף קטן (ה) הקובע כי "סמכויות אחרות של בית המשפט העליון ייקבעו בחוק" (ובלשון הצעת החוק: "סמכויות אחרות של בית המשפט העליון ייקבעו בחוק-יסוד או בחוק"), בלשון בהירה, פשוטה וחד-משמעית:

"הסעיף מרמז על האפשרות להקנות סמכויות לבית המשפט העליון בתפקידו כבית משפט לחוקה. חוק היסוד הנוכחי עדיין אינו מקנה סמכות כזאת, אולם משתקנה – תהיה הקביעה בחוק יסוד" (דברי ההסבר, עמ' 245).

הנה כי כן, המכונן הבהיר בעת חקיקת חוק יסוד: השפיטה ברחל בתך הקטנה, כי "חוק היסוד הנוכחי עדיין אינו מקנה סמכות זו". גם מהדיון שהתקיים בהצעת החוק עולה כי הסמכויות המנויות בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה (סעיף 19 להצעת החוק) לא נועדו לשמש כבסיס לביטול דבר חקיקה. כך, בדיונים שהתקיימו בוועדת המשנה לחוקי-יסוד של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-10 צוין כי סעיף קטן (ה) בא לרמז על האפשרות לקבוע הוראות באשר לסמכותו של בית המשפט העליון בחוק יסוד נפרד, "חוק יסוד: החקיקה" (פרוטוקול ישיבה 14 של ועדת המשנה לחוקי-יסוד של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-10 (16.11.1982)). האזכור בחוק יסוד: השפיטה נועד להתמודד עם האפשרות כי תעלה בעתיד טענה שלא ניתן להקנות סמכויות נוספות לבית המשפט העליון בחוק יסוד נפרד מבלי שבא זכרה של הסמכות הנוספת בחוק יסוד: השפיטה (שם, עמ' 3 לפרוטוקול). הנחת היסוד ונקודת המוצא של המחוקק-המכונן, הייתה אפוא כי אין די בהוראת סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה כדי לבסס סמכות זו. במאמר מוסגר יצוין אם אכן היה ניתן לצקת לסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה משמעות המקנה סמכות לביטול דברי חקיקה (או אף חקיקת יסוד כטענת חלק מחבריי), הרי ששנת 1984, שנת פרסום חוק יסוד: השפיטה הייתה השנה שבה היה מתחולל "המהפך" שהיה מאפשר לבית המשפט לעשות זאת. לא כך היה הדבר, כידוע.

23. מנקודת מוצא זו, גם פשוט ובהיר מדוע גם בעניין בנק המזרחי לא הסתמך בית משפט זה על הוראת סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה כמקור סמכות לקיום ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית (אף כי היה זה מדובר לכאורה ב"פיתרון" קל ופשוט ליישום), אלא נדרש לפתח תיאוריה המתבססת על עליונותם הנורמטיבית של חוקי היסוד (וראו למשל: אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט ממשל א 9, 10-12 (1993) (להלן: ברק, זכויות יסוד מוגנות)). התפיסה שהשתרשה עד לאותה עת הייתה כי למחוקק נתונה סמכות מוחלטת שאין לבית המשפט דריסת רגל בה, בכל הקשור לתוכנו של הסדר חקיקתי (בג"ץ 172/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש

הכנסת, פ"ד מד(3) 555, 529 (1990) (להלן: עניין לאו"ר); ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129 (1972) (להלן: עניין רוגוזינסקי); בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794 (1973); ראו גם: איתי בר-סימן-טוב "מהפכה או המשכיות? מקומו של פסק-דין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל יט 271 (2018); יאיר שגיא "פסק-הדין שעשה היסטוריה: עיון היסטוריוגרפי בפסק-הדין בפרשת בנק המזרחי" משפט וממשל יט 325, 337 (2018). לא בכדי, גם לפני המהפכה החוקתית וגם לאחר מכן, סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה לא שימש מסד עצמאי ונפרד לביטול חוקים בשל תוכנם.

24. לכל היותר, בפסק דין יוצא דופן, בהסתמך על הוראת סעיף 15(ג) שעניינה מתן "סעד למתן הצדק" ניתן על ידי בית משפט זה סעד בניגוד לחוק (בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102 (2003) (להלן: עניין הפורום לדו קיום בנגב)). אלא שפסק דין זה נתפס כמרחיק לכת ועורר ביקורת רבה (ראו למשל: יצחק זמיר "שיקול הצדק בהחלטות מנהליות" משפט וממשל ז 623, 635-636 (2005); בנדור, ארבע מהפכות חוקתיות; רייכמן). כך גם הובהר בפסיקה מאוחרת יותר, בהתייחס לפסק הדין האמור, כי אין די בסעיף 15(ג) כדי להקים עילת התערבות על ידי בית משפט זה "בניגוד לדבר חקיקה מפורש" (בג"ץ 2755/12 ששר נ' שר הביטחון, מר אהוד ברק, פסקה 12 (18.6.2013)). בכל מקרה, לא עמדה על הפרק האפשרות להביא לביטול סעיף חוק מכוח הוראת 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, להבדיל מביטול סעיף חוק כסעד חוקתי שהשתרש כאמור בפסיקה מכוח תיאוריה נפרדת (חלק מהמבקרים אף ציינו כי ניתן היה להצדיק את פסק הדין שניתן בעניין הפורום לדו קיום בנגב אם היה מסתמך על סעד חוקתי כמקור סמכות משלים, וראו למשל: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי – משפט מינהלי דיוני כרך ד 60 (2017) (להלן: משפט מינהלי דיוני)).

25. סיכומם של דברים, סמכותו של בית משפט זה להתערב בדבר חקיקה היא בגדר סמכות "מתגלגלת" שצברה תאוצה למן ימי המהפכה החוקתית. תחילתה בהסתמכות על הוראות פסקת ההגבלה ובסופה לבשה צורה של כלי גורף המופעל בהתייחס לחוקי היסוד כולם, גם ללא "פסקת הגבלה" מפורשת. לעניות דעתי, הדברים לא רק הוצאו מהקשרם, אלא יצאו היום מכלל שליטה.

ומכאן – לסמכות להתערב בחוקי יסוד.

התערבות בחוקי יסוד

26. לדעתי כאמור, הסמכות לבקר חוקים רגילים אינה מושתתת על יסודות איתנים, בלשון המעטה. אולם אינני עיוור לכך שבית משפט זה פילס לו כאמור דרך שונה, והמציאות על פיה בית משפט זה מוסמך לבקר חוקים קנתה לה שביתה. מנקודת מוצא זו, האמת הפשוטה צריכה להיאמר: כאשר בית משפט זה בעניין בנק המזרחי אימץ, על בסיס חוקי היסוד, תיאוריה על פיה מוקנית לו סמכות לקיים ביקורת שיפוטית בהתבסס על אותם חוקי יסוד כ"חוקה", מיניה וביה הוענקה לכנסת היכולת לקבוע, לשנות ואף לבטל את תוכנם של חוקי היסוד כחלק מ"חוקתה" של המדינה (יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 185 (1997) (להלן: דותן, חוקה למדינת ישראל)). הבחירה להכיר ב"חוקה" לא הייתה מובנת מאליה (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א 93 (מהדורה שישית, 2005)). ביקורת שיפוטית על חוקים בהיעדר חוקה "נוקשה" שגובשה על רקע דיון ציבורי והליך לקבלת הסכמה רחבה, איננה פשוטה (וראו למשל: רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1997) (להלן: גביון, המהפכה החוקתית)). וכך גם הלבשת הכנסת בכובע של "רשות מכוונת" בהתעלם מהפרדת הרשויות המתבקשת בין הרשות המחוקקת לרשות המכוונת מגלה קושי נוסף (וראו: עלי זלצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" משפט וממשל ד 489, 499 (1998)). אולם משהועמדה סמכותה של הרשות המכוונת לכוון "חוקה", בהסתמך על קיומו של מדרג נורמטיבי, קשה עד בלתי אפשרי כי בית משפט זה ייטול לעצמו את המושכות להכרה בביקורת שיפוטית שיש בה כדי להתגבר על אותה "חוקה". הניסיון של בית המשפט להעביר תחת שבט ביקורתו את אותה חוקה, הוא מוקשה ביותר וחותר תחת אותה הדרך שבית המשפט עצמו פסע בה בגדרי "המהפכה החוקתית" אשר רוממה את מעמדה של "החוקה" בהתבסס על "תורת הסמכות המכוונת" (דותן, חוקה למדינת ישראל, עמ' 186-187; ראו גם: יואב דותן "חצי יובל לפסק דין בנק המזרחי: שאון תופי המהפכה וקולו של הפיקולו – מורשתו החוקתית של השופט מישאל חשין" משפטים ועסקים כו 1, 31-32 (2022) (להלן: דותן, חצי יובל לפסק דין בנק המזרחי)).

27. נזכיר בהקשר זה כי במשך עשרות שנים, הרבה אחרי שבאה לאוויר העולם הכרזת העצמאות, ולפני "המהפכה החוקתית", התפיסה המושרשת הייתה כי אין בכוחם של "עקרונות היסוד של השיטה" כדי להביא לביטולה של הוראה כלשהי מספר החוקים. כפי שהתבטא בהקשר זה השופט א' ברק:

"עליונות המחוקק נתפסה כמשתרעת גם על חקיקת חוקים  
הנוגדים זכויות אדם. נסיונות להביא לבטלותם של חוקים

שפגעו בעיקרון זה או אחר מעקרונות היסוד של השיטה ובזכות זו או אחרת מזכויות היסוד, נכשלו" (ברק, זכויות יסוד מוגנות, עמ' 11).

הנחת היסוד שהשתרשה וקיבלה ביטוי חד-משמעי בפסיקה, הייתה כי:

"אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו. תפיסה זו, קיבלנוה בירושה מהתפיסה האנגלית ופיתחנו אותה על רקע המציאות של הדמוקרטיה שלנו. כך אנו נוהגים זה למעלה מארבעים שנה. היא משקפת את ההסכמה החברתית בישראל, והיא נהנית מקונצנזוס של הציבור הנאור" (עניין לאור, עמ' 554).

דברים אלה באו לידי ביטוי ציורי בפסק דינו של השופט ברנזון בבג"ץ 188/63

אלאזהרי נ' שר הפנים, פ"ד יט(1) 337 (1965):

"חושבני, כי הכל מסכימים שאין בתי-המשפט יכולים להרהר אחרי מידותיו של המחוקק הריבוני, כפי שהן מוצאות את ביטויין בחוקים המתקבלים על-ידי. בית המשפט יכול רק לפרש חוק הכנסת ולא להעמיד בסימן שאלה תוקפו של חוק ונכונות הדברים האמורים בו. [...]

הוא הדין, לדעתי, כשמדובר לא בעשיית חוק אלא בשלילת תוקפו, שבשני המקרים זו היא התערבות שרירותית מצד בית-המשפט בסמכות הבלעדית של המחוקק. אחרי שחוק נתקבל בכנסת ופורסם ברשומות, עלינו להרכין ראש בפניו ולא להרהר אחרי הוראותיו, קביעותיו והנחותיו. הכנסת נוסכת את יינה לתוך קנקן החוק, ובית-המשפט יכול רק לומר, בדרך של פירוש החוק, מהו טעמו של היין. הוא אינו יכול לומר שהקנקן ריק מייך בניגוד לאמור בחוק עצמו" (שם, עמ' 349).

עמדה זו תוארה כמייצגת את "הלכת היסוד של המשפט הקונסטיטוציוני

בישראל, הלכה המקובלת על שופטי בית המשפט העליון ועל מורי המשפט כאחד: 'דעת הכל היא'" (יזהר טל "מחוקק כל יכול – האמנם?" עיוני משפט י(2) 361, 362 (1984)).

והנה, בשנים 1992-1995 נפל דבר. בין אם היה זה מוצא פי הרשות המכוננת, בין אם מוצא פיו של בית משפט זה, ובין אם מדובר היה בתוצר שיתוף הפעולה בין הרשויות כטענתו של השופט ברק כאמור לעיל, אין חולק כי "המהפכה החוקתית" הביאה עמה שינוי תפיסתי עמוק בהיבט הביקורת השיפוטית על תוכנם של חוקים, תוך הכתרת חוקי היסוד בכתר של "חוקה" למדינת ישראל. כתר ה"חוקה" ו"תורת הסמכות המכוננת" הם אלו אשר עמדו בבסיס סמכות זו, ולא "עקרונות היסוד של השיטה".

28. כפי שציינתי בעניין שפיר (פסקה 11 לחוות דעתי), דעת הרוב בעניין בנק המזרחי דחתה את גישתו של השופט מ' חשין אשר הביע הסתייגות מיצירת "חוקה" מבלי שנעשה מהלך ברור לכינונה, ובמענה לתמיהה – האם בית המשפט הוא שיקבע את גדרי החוקה? (שם, עמ' 516) – ניתנה התשובה הברורה: "תשובתה של תורת הסמכות המכוננת להבחנה בין מעשה חוקה למעשה חקיקה היא פשוטה וברורה, שהרי היא נזקקת למבחן צורני פשוט" (שם, עמ' 394). האפשרות לבחון את חוקתיות השימוש בדיבור "חוק יסוד" נותרה ב"צריך עיון", אך בין כך ובין כך לא הונח כל בסיס רעיוני לבחינה שכזו. אדרבה, הותרת אפשרות זו בצריך עיון עומדת בסתירה חזיתית למענה שניתן כאמור בדמות ההבחנה הצורנית הברורה בין דבר חקיקה לדבר חוקה, העומדת בבסיסה של "תורת הסמכות המכוננת". כל אחת מהגישות שיוצגו על ידי השופטים א' ברק ו-מ' חשין בעניין בנק המזרחי בנוגע לקיומה או להיעדרה של חוקה בשיטת משפטנו ומקור הסמכות לביצוע ביקורת שיפוטית על דבר חקיקה מבטאת תפיסה שונה (וראו למשל: יהושע (שוקי) שגב "ההיית או חלמתי חלום" השופט חשין על סמכותה המכוננת של הכנסת" מאזני משפט ו 461 (התשס"ז); עלי זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל" משפט וממשל ג 679 (1996)). חוקה פורמלית מזה, וחוקה שאינה פורמלית מזה; דמוקרטיה של שתי דרגות מזה, ודמוקרטיה של דרגה אחת מזה. ברם, הגישה שנבחרה והועלתה על נס בשיח המשפטי ובפסיקת בית משפט זה במשך העשורים שחלפו מאז, היא הגישה הטקסטואלית-צורנית (ראו למשל: אורי אהרונסון "המהפכה החוקתית: הדור הבא" מחקרי משפט לד 1, 6 (2021)). זו הייתה הבחירה. בהמשך לבחירה זו, בית המשפט אינו יכול לתור לו כרצונו אחר נורמות שונות, על מנת להרחיב את סל הכלים שברשותו.

29. במצב דברים זה, דוקטרינות שעניינן החלת ביקורת שיפוטית על תוכנו של הטקסט החוקתי חותרות תחת שורש ההכרה בסמכות המכוננת. אין מדובר בקושי טכני או פרוצדורלי. מדובר בקושי מהותי החותר תחת תפיסות עומק יסודיות. פסילת חוקי יסוד על בסיס תוכנם בהינתן עקרונות יסוד עליונים עומדת בסתירה חזיתית וקשה עם הבסיס התאורטי עליו הושתתה הסמכות לביצוע ביקורת שיפוטית בעניין בנק המזרחי, על פיו הכנסת בכובעה כרשות מכוננת, היא זו שקובעת את הנורמות החוקתיות (דותן, חצי יובל לפסק דין בנק המזרחי, עמ' 32; ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ 595, 606 (2017)). הדברים נכונים גם לגבי פיתוח "המבחן הדו-שלבי" לזיהוי חוק יסוד תחת הכותרת של "שימוש לרעה בסמכות מכוננת" (למשל עניין שפיר, פסקאות 36-45 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ')) אשר גם בו יש במובן מסוים, משום שמיטת הקרקע מתחת להכרה בעליונותם של חוקי היסוד ובסמכותה המכוננת של הכנסת (שם, פסקה 6

לחוות דעתי). אך לא ראיתי להאריך עוד בסוגיה האמורה שעה שזו אינה עומדת במרכז הדיון שלפנינו.

30. פשיטא בעיני אפוא כי כאז כן היום, אין בכוחם של "עקרונות היסוד של השיטה" כדי למלא את החסר של חוקה כתובה, אשר טרם התגבשה, לכל הדעות, באופן מלא. משאת הנפש כי עקרונות היסוד יקבלו ביטוי מפורש וברור בחוקה כתובה, אינה יכולה לבוא חלף מקור סמכות מפורש. מעבר לכך, אם לבית המשפט סמכות אינהרנטית מכוח "עקרונות יסוד" בלתי כתובים לפעול ללא מקור סמכות מפורש, בין אם לפסילת חוקים, בין אם לפסילת חוקי יסוד, מה בכלל הצורך בכינון "חוקה" מכוחה ניתנה הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית? מה לי חוק רגיל, מה לי חוק יסוד. זו במובן מסוים גישתו המוקשית בעיניי של חברי השופט א' שטיין.

31. בהקשר זה אעיר במאמר מוסגר אגב אזכור גישתו של חברי השופט שטיין, כי דומה שגישה זו אינה מתבססת על מקור סמכות כלשהו זולת מגילת העצמאות, אשר המגמה המרכזית בפסיקה הייתה מאז ומתמיד לראות בה ככלי פרשני ולא כמקור סמכות עצמאי (וראו למשל: עניין בנק המזרחי, עמ' 451; בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (1953); עניין חוק הלאום, פסקה 13 לחוות דעתי; עניין רוגוזינסקי, עמ' 135; בג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת, פסקה 68 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג (8.7.2021); אליקים רובינשטיין ונעם סולברג "הכרזת העצמאות של מדינת ישראל – אחרי בלוחה (כמעט) היתה לה עדנה" אליקים רובינשטיין נתיבי ממשל ומשפט 179, 187-188 (2003)). בנוסף אעיר כי הניסיון של חברי להיתלות במגילת העצמאות כעוגן חיצוני נפרד המאפשר פסילת דברי חקיקה ואף חקיקת יסוד, לוקה להשקפתי בחסר. מדובר הלכה למעשה בהכתרת מגילת העצמאות כ"חוקה" החדשה-ישנה של מדינת ישראל. אף כי אין מודל חד-משמעי המגדיר מהי "חוקה", מקובל להתייחס לשני מאפיינים מרכזיים של חוקה: "עליונות", היינו כי היא נהנית ממעמד נורמטיבי עליון; ו"נוקשות", היינו קיומו של מנגנון מיוחד לצורך שינוי הוראותיה (גביוון, המהפכה החוקתית, עמ' 35; אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט ח 291, 296 (2003) (להלן: רובינשטיין ומדינה, החוקה של מדינת ישראל)). אכן חברי השופט שטיין עיטר לכאורה את מגילת העצמאות הן במאפיין העליונות (פסקה 36 לחוות דעתו) והן במאפיין הנוקשות – שלא לומר נצחיות (פסקה 54 לחוות דעתו). ברם, זאת עשה גם כן בניגוד מוחלט לגישה המקובלת כי הכרזת העצמאות אינה החוקה של מדינת ישראל (אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9, 36 (2018); אהרן ברק "מגילת העצמאות

והכנסת כרשות מכוננת" ICON-S-IL Blog (22.3.2020)). לא בכדי במדינת ישראל לא כוננה חוקה במהלך 75 שנות קיומה. המחלוקות החברתיות השונות, הדילמות בקשר לסוגיות יסוד והקושי במציאת הסכמה רחבה, כל אלה ועוד מנעו ומונעים כינונה של חוקה (ראו למשל: סקירה אצל גביון, המהפכה החוקתית, עמודים 83-93; וכן: שגב, מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה). "המהפכה החוקתית" ביקשה למצוא חוקה בתוך הקיים, וקשייה בצידה כפי שפירטתי לעיל. ברם גם הניסיון לפתור את סוגיית מצוקת החוקה אשר לה אנו נכספים באמצעות אותו מסמך היסטורי של מגילת העצמאות, הוא בעיני אפוא קשה ביותר.

מעבר לכך ומעל הכל, זיהוי מועצת העם כבעלת הסמכות ליצור מסמך בעל משמעות מכוננת הוא בלתי מתקבל על הדעת, נוכח העובדה שאין חולק כי אין מדובר בגוף נבחר אלא מזדמן, בשונה מהכנסת אשר נבחרה בבחירות דמוקרטיות על ידי העם-הריבון. בעיניי, כל המוסיף על כך, גורע.

32. אוסיף בשולי דיון זה כי הניסיון לתלות את תחילתו של המהלך – ההכרה בסמכותו של בית המשפט לבקר חוקי יסוד – בהערת אגב שהושארה בצריך עיון בעניין בנק המזרחי, הינו גם כן מוקשה ביותר. כפי שפורט לעיל, המבחן הצורני שנקבע באותו עניין לזיהוי נורמות חוקתיות, הוא זה שעמד בבסיס "תורת הסמכות המכוננת" מכוחה סבר בית משפט זה כי בסמכותו להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקים (שם, עמ' 403). העובדה שנשאלה כבר באותה עת השאלה האם ניתן לעשות שימוש לרעה בדיבור "חוק יסוד", אין בה כדי להוכיח דבר. כפי שצוין שם, "שאלה זו איננה פשוטה כלל ועיקר, והתשובה לה יורדת לשורשי היחסים בין הסמכות המכוננת (של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט)" (שם, עמ' 406). מדובר אפוא בשאלה כבדה, מורכבת ומסובכת הנוגעת לעומק חלוקת הסמכויות שבין הרשות המחוקקת-מכוננת לבין הרשות השופטת, אשר לה השלכות עמוקות על עיקרון הפרדת הרשויות.

33. ה"מחירים" של הבחירה במבחן הצורני לזיהוי נורמה חוקתית היו ברורים לכל, ובהם בעיקר כי על פי מבחן זה לא נערכת "ועדת קבלה" לנורמה חוקתית לצורך זיהויה ככזו. הנחת היסוד הייתה כי "הדוגל בסמכות מכוננת כמקור סמכות לחקיקתם של חוקי-יסוד חייב גם לדגול בגישה פורמלית או פורמליסטית לגבי אמצעי הזיהוי של הנורמות הנהנות מעליונות נורמטיבית" (קלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון" משפטים כח 341, 353 (1997)). גישה כזו מחייבת נקודת מוצא לפיה אין זה מתפקידו של בית המשפט לקבוע אם דבר חקיקה מתאים

מבחינת תוכנו להיכלל בחוקה וכי זהו תפקידו של המחוקק-המכונן (וראו גם: בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 293-294 (2011)). הגוף שבידו הסמכות המכוננת הוא בעל הסמכות לקבוע את "כללי המשחק" של השיטה המשפטית הבאים לידי ביטוי בצורת "חוקה" (רובינשטיין ומדינה, החוקה של מדינת ישראל, עמ' 296 (2003)). וכפי שהתבטא בהקשר זה השופט ברק: "אין זה ראוי ליצור חוסר ודאות באשר לעצם זיהוין של ההוראות החוקתיות, ואין זה ראוי להטיל תפקיד זה על הרשות השופטת" (ברק, זכויות יסוד מוגנות, עמ' 20). אינני מתעלם בהקשר זה מפיתוחה של דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות מכוננת" אשר עניינה לכאורה בשאלה אם נורמה מסוימת מתאימה להיחשב כנורמה חוקתית מבחינת מאפייניה (עניין חוק הלאום, פסקאות 32-37 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ'); עניין שפיר, פסקה 31 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ')), כמעין פיתוח של המבחן הצורני. אולם גם דוקטרינה זו לוקה בזליגה קלה מדי אל עבר בחינה מהותית של תוכנם של חוקי היסוד (עניין שפיר, פסקה 12 לחוות דעתי; עניין ממשלת החילופים, פסקה 15 לחוות דעתי (12.7.2021)) ואין זה המקום להאריך בכך.

34. במסגרת זו אציין כי עצם העובדה שחוקי היסוד ניתנים לשינוי בקלות יחסית, אינה בגדר חידוש, ובוודאי שאין בכך כדי לבסס "הצדקה" לביקורת שיפוטית. כפי שציינתי בעבר, הקלות והפשטות שבהן ניתן לתקן את חוקי היסוד אף שימשו כטיעון תומך בעניין בנק המזרחי להכרה בסמכותה המכוננת של הכנסת (שם, עמ' 424; ראו גם: אורי אהרונסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו כקושי אנטי רובני" עיוני משפט 509, 552 (2016) (להלן: אהרונסון)).

35. מעבר לכך, בהתייחס לאמור בחוות דעת חברי השופט עמית המבקש למצוא פסול בהיעדר ה"חגיגות", בציינו שחוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (להלן: התיקון לחוק היסוד או התיקון) מושא דיוננו "לא היה יום חג אלא יום של חול" (פסקה 25 לחוות דעתו). לא רק שקשה לומר שהיה זה "סתם יום של חול", שכן מדובר היה ביום דרמטי במיוחד כאשר "העם" והכנסת היו מודעים גם מודעים לגודל המעמד; אלא שגם אם היינו שואפים אולי לראות את יום חקיקתו של חוק יסוד כיום חגיגי שבו "הכנסת לובשת לבן ומצטחצחת בהתרגשות לקראת המאורע ולא יום קטנות פוליטי" (עניין שפיר, פסקה 4 לחוות דעתו של חברי), הלכה למעשה יישום מבחן ה"הצטחצחות" עשוי להביא לריקון ספר החוקים מחוקי היסוד שנחקקו בו. די בכך שנזכיר כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הנחשב ל"עמוד תווך בפסיקה הישראלית" (דנ"א 2121/12 פלוני נ' דין-אורבך, פ"ד סז(1) 667, 777 (2014)) אושר בקריאה שלישית תחת נוכחות דלה במיוחד במליאה, בשל



שינוי סדר היום ברגע האחרון שנבע משיקולים פוליטיים נקודתיים. כפי שמתאר אמנון רובינשטיין במאמרו סיפורם של חוקי-היסוד:

"בבוקרו של ה-17.3.1992 ביקש ממני יושב-ראש הכנסת דב שילנסקי לדחות את ההצבעה על החוק ולקיימה רק לאחר ההצבעה על התיקונים לחוק הערכות, שאותה יזם חבר-הכנסת שמעון שיטריט. הנימוק היה שתיקוני חוק הערכות חשובים לחבר-הכנסת שיטריט כחלק ממסע הבחירות שלו, וכי אין שום בעיה בשינוי סדר ההצבעה. אני, בחולשתי, הסכמתי להצעה, אך התניתי זאת בכך שחבר-הכנסת שיטריט ידאג לכך שחברי סיעתו יישארו להצבעה על חוקי-היסוד. בהצבעה על תיקוני חוק הערכות השתתפו שישה-עשר חברי-כנסת מ'העבודה', ומייד לאחריה החלו חלקם לעזוב את אולם המליאה. בראותי זאת רצתי אל דלת היציאה בניסיון לחסום את יציאתם ולהזכיר להם את הבטחתם להישאר להצבעה (זו גם הסיבה לעובדה שלא נאמתי בדיון החשוב שהתקיים בהצעת חוק-היסוד שיזמתי), אך הכל היה לשווא. חברי-כנסת מה'עבודה' עזבו את המליאה, ובהצבעה על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו השתתפו רק שבעה מחברי סיעת 'העבודה'. אילו רק אחד מהעוזבים היה מסכים להישאר, הייתה נופלת ההסתייגות לגבי שריון החוק, וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו אחיו על חופש העיסוק, היה משוריין" (שם, עמ' 95).

הנה כי כן, גם הנוכחים במעמד חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שאין חולק על מרכזיותו וחשיבותו, לא הסתנווורו, בלשון המעטה מעוצמת האירוע. סדר היום הוכתב בשל צורך רגעי על רקע תקופת הפריימריז. חלק נכבד מהנוכחים עזבו את המקום מבלי משים, רגע לפני ההצבעה הקריטית – בעוד ח"כ רובינשטיין מנסה בכוח הזרוע לבלום נטישה זו באמצעות חסימת דלת היציאה – ולא הבחינו כלל כי לנגד עיניהם מתרחש אירוע חגיגי של חג ורגע של גדולה (וראו גם: קרפ, עמ' 326-330). מדובר היה אפוא ב"סתם יום חולין" שהיה בו חסד, ובו דרכי חברי הכנסת הצטלבו.

36. אם כן, בהתחשב בהתפתחות המשפט החוקתי במדינתנו, אין בסיס לביקורת שיפוטית על נורמות המעוגנות בחוקי היסוד. מדובר במהלך אשר חותר תחת הלגיטימציה שרכש לו בית משפט זה להתערב בדברי חקיקה, בהסתמך על אותם חוקי יסוד. ואין צריך לומר כי לא ניתן להסיק שיש לבית משפט זה סמכות לבקר חוקי יסוד ללא סמכות מפורשת בחוק אלא באופן מרומז בלבד.

נימוקים משלימים – "צורך", "הכרח" ו-"גישה רווחת"

37. מבלי לפגוע בכל האמור, חברתי הנשיאה (בדימ') ציינה בחוות דעתה כי בית משפט זה הוא "הגורם המתאים" לעמוד על המשמר "מפני פריצת גבולות סמכותה המכוננת של הכנסת"; כי קיים "צורך" בגורם אשר ישמש כבלם לאותם מצבים קיצוניים שבהם הכנסת עלולה לפרוץ את גבולות סמכותה המכוננת (פסקה 85); כי "אין כיום גוף אחר מלבד בית המשפט" (פסקה 88). בדרך דומה הילכו גם חלק מחבריי השופטים. ברם, עם כל הכבוד, אין מדובר בטיעונים אשר יש בכוחם לבסס סמכות יש מאין. יש בנימוקים אלה לדעתי "הנחת המבוקש".

38. השאלה האם ראוי, נחוץ או אף "הכרחי" כי בית משפט זה יערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, איננה יכולה לשמש בסיס להכרעה בסוגיית הסמכות. צורך אינו מהווה מקור סמכות. נחיצות איננה מקימה סמכות. ובוודאי שאין בכוחם וביכולתם של שופטי בית משפט זה להניח כי זהו הדבר ההכרחי משום ש"אין מישהו אחר" שיעשה את המלאכה. בית המשפט אינו הסמכות המכוננת. בית המשפט אינו הסמכות המחוקקת. משל היינו "המבוגר האחראי". בית המשפט כבודו במקומו מונח. לא מעבר לכך.

39. לעניין זה עלינו להזכיר בכנות, כי רשויות מינהל שונות אשר העלו לפני בית משפט זה במשך שנים, נוכח מחלוקות שהתגלעו בדבר סוגיית הסמכות, טענות מסוג זה – כי הסמכות נתונה להן לבצע דבר כלשהו, שכן מדובר בעניין ראוי, שכן מדובר בדבר רצוי, שכן קיימת הצדקה לכך – נדחו מכל וכל. טענות מסוג זה, כי "כך ראוי וכך נכון" לא התקבלו על ידי בית משפט זה ולו פעם אחת, כמבססות מקור סמכות, ואף נדחו בשפה ברורה וחדה. ולא בכדי. טענות מסוג זה אינן יכולות להצדיק הענקת סמכות שאיננה נתונה בדין (ראו למשל: עניין בן עטיה, עמ' 37; עניין שייב, עמ' 411: "אין הרשות המבצעת בת חורין להטיל הגבלות רק מפני שהיא חושבת אותן כרצויות, אלא אם כן החוק, הדין בעניין הנדון, מקנה לה את הסמכות להטיל את ההגבלות" (ההדגשה במקור)).

40. בנקל ניתן לשער מה היה פוסק בית משפט זה אם בתיק המתנהל לפניו היה צריך להידרש לשאלת התנהלותו של פקיד רישוי ברשות מקומית אשר העניק רישיון מסוים ללא סמכות, בטענה כי קיים "צורך" או "הצדקה" לכך. בית משפט זה היה דוחה את הטענה מכל וכל, תוך הבהרה כי אין מדובר בשיקול אשר יש בכוחו להקנות סמכות לגורם מינהלי כלשהו. על אותו משקל ניתן רק לשער מה היה פוסק בית משפט זה במקרה שבו היה בית דין רבני חורג מסמכותו תוך הסתמכות על עקרונות יהודיים בשל "צורך" ו"נחיצות".

41. אוסיף כי הטענה שבית משפט זה הוא "הגורם המתאים" לפיקוח על גבולות סמכותה של הרשות המכוננת – מעבר לכך שכאמור חולק אני מכל וכל על רלוונטיות השאלה בדבר זהות "הגורם המתאים" לעניין מישור הסמכות – ראוי לבירור ואיננה מובנת מאליה. אין זה מובן מאליו כלל להפקיד את בית המשפט "בראש הפירמידה" באופן שיש בכוחו לעצב את גדריהן של סמכויות הרשויות כולן. לא רק שאין בסיס עובדתי לטענה כי בית המשפט – כעיקרון – מקבל החלטות "טוב" יותר משל המחוקק בכל עניין ובכל היבט, אף הטענה כי בית המשפט מממש את הערכים החוקתיים באופן "המתאים" ביותר, טענה דיון (וראו למשל: אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" משפטים מ 239 (2011)).

42. בשולי פרק זה, אציין כי חברי השופט עמית מציין כי עצם העובדה שהועלתה לאחרונה הצעת חוק על פיה לבית המשפט העליון לא תהא נתונה סמכות לדון בתוקפו של חוק יסוד (הצעת חוק (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת רשויות), ה"ח 947) "תומכת במסקנה כי הגישה הרווחת היא שיש כיום סמכות כזו". אלא שכמעט אין צריך לומר כי אין בכוחה של "גישה רווחת" כדי לשמש מקור סמכות. על פי שיטת משפטנו, פעילות ללא הסמכה בחוק על בסיס "נוהג" קיים, אינה הופכת מעשה בלתי חוקי לחוקי (ראו למשל: עניין סליון, פסקה 39). לא ברור כיצד דיון בדבר גישה רווחת עשוי לתרום לשאלת קיומו של מקור סמכות מבורר לביסוס ביקורת שיפוטית חריגה וקיצונית של ביטול חקיקת יסוד. בכל מקרה, הנחת היסודות לקיומה של "גישה רווחת" כאמור על העובדה שהוגשה הצעת חוק בנושא הינה מוקשית ביותר. המסקנות שניתן להסיק מעצם העובדה שהוגשה הצעת חוק לגבי המצב שקדם לה או לגבי תפיסה רווחת או קיימת, הן דלות (והשוו: פסקה 16 לחוות דעתו של חברי השופט עמית).

43. לא למותר לציין כי במשך השנים הוגשו הצעות חוק שונות המבקשות לעגן את עליונותם של חוקי היסוד על דברי חקיקה רגילה (הצעת חוק יסוד: החקיקה, ה"ח 2988 משנת 2001; הצעת חוק יסוד: החקיקה פ/1383/22; הצעת חוק יסוד: החקיקה פ/1843/17; הצעת חוק יסוד: החקיקה פ/981/23 משנת 2020; וכן תזכיר חוק ממשלתי חוק יסוד: החקיקה שהופץ בשנת 2017 ובו הוצע לעגן "בצורה מפורשת את סמכות בית המשפט העליון לבקר את חקיקת הכנסת ולפסול חוקים במקרים המתאימים"). זאת על אף שאין חולק כי התפיסה שהשתרשה בפסיקתנו היא כי בסמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה "רגילים" (גם אם לשיטתי כאמור, מדובר בסמכות הבנויה על אדנים רעועים ולא היה מקום להשרישה). כלום יש מי שסבור כי העובדה שבהצעות חוק התבקש לעגן את עליונותם של חוקי היסוד על דבר חקיקה

"רגיל", משמעותה כי "הגישה הרווחת" בעניין זה היא הפוכה, ויש בכך כדי להשליך גם על שאלת סמכותו של בית משפט זה להתערב בהוראות חקיקה? אדרבה, הואיל והכנסת חולקת על פרישת היקף סמכותו של בית משפט זה לבקר חוקי יסוד, הצעת החוק האמורה הייתה בבחינת ניסיון "להקדים תרופה למכה". ולא בכדי יש רגליים לחשש האמור, וחוות דעתם של חלק מחבריי בפסק דין זה מוכיחות זאת.

#### המדרון החלקלק

44. הדברים שנאמרו על ידי בעבר בקשר לשאלת הסמכות, מקבלים הפעם משנה תוקף, חיזוק ותיקוף. לא רק שבית משפט זה מאמץ לחיקו דוקטרינות המאפשרות ביקורת על חוקי יסוד העומדות כאמור בסתירה חזיתית עם התפיסה ממנה שאב את סמכויותיו לבקר חוקים רגילים, התוצר שיוצא מתחת ידו נעדר גבולות גזרה ברורים. דוקטרינות אלו הצומחות "יש מאין" כסוס פרא מחוסר רסן, ללא כל מקור סמכות, משוחררות הלכה למעשה מכל הגבלה, ונעדרות מסגרת כללים ברורה שיש בכוחה לתחם את גבולותיהן. בהיעדר מקור סמכות, ללא גבולות, "איש הישר בעיניו יעשה". הריסון העצמי שבית המשפט טוען שהוא נוקט בו, תוך אימוץ אמת מידה כביכול זהירה ומרוסנת (ראו למשל: עניין חוק הלאום, פסקה 29 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ'); בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה 20 לחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז (12.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים)) מהווה בעיניי רק נחמה פורתא, ופסק דין זה מעיד על כך כמאה עדים.

בכך, לנגד עינינו עולה וצפה הזליגה אל עבר מחוזות רחוקים ומרחיקי לכת. וארחיב.

45. הנחת היסוד הייתה מאז ומעולם כי נדרשת מידה רבה מאוד של זהירות בעת הפעלת ביקורת שיפוטית המביאה לכדי ביטול דבר חקיקה "רגיל" שיצא מתחת ידי הכנסת, שהיא בגדר "נשק יום הדין" (ובנוסחה המחמירה יותר של השופט ברק – "נשק לא קונבנציונלי" (אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (1992)), אליה יש לפנות רק כאשר "כלו כל הקיצין" (בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 286 (2005); כן ראו: בג"ץ 7956/10 גבאי נ' שר האוצר, פסקה כ"ב (19.11.2012)). על הריסון הרב המתחייב בביקורת חוקתית על דברי חקיקה "רגילה" עמד בזמנו השופט זמיר בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485 (1996), דברים אשר לא נס ליחם ונראה כי חשוב לחזור ולשננם:

"אכן, כיום הלכה היא שחוקי היסוד הקנו לבית המשפט סמכות לבטל חוקים. [...] יש לשמור עליה היטב, כדי שניתן יהיה לעשות בה שימוש במקרה הראוי. אך דווקא בשל כך יש להיזהר מאוד שלא תהיה כעושר השמור לבעליו לרעתו. כבר אמר הנשיא ברק, שהסמכות של בית-משפט לבטל חוקים דומה לנשק בלתי קונבנציונלי [...]. כל אחד יודע עד כמה נשק כזה עלול להיות הרסני, אם כי לא כל אחד מבין עד היכן עלול ההרס להתפשט. מי שמופקד על נשק כזה מחויב באיפוק מרבי. אוי לסמכות שאין עמה אחריות" (שם, עמ' 496).

גם לפי התפיסה שחוקי היסוד הקנו לבית המשפט סמכות לבטל חוקים, מתחייבת נקיטת אמת מידה זהירה ומרוסנת ביותר בעת שימוש בסמכות זו. "אוי לסמכות שאין עמה אחריות".

46. על אחת כמה וכמה שהדיון בהיקף הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד (גם לעמדה המניחה קיומה של סמכות כאמור), יצא מתוך נקודת הנחה מרוסנת, זהירה ומאופקת. האפשרות התיאורטית הרחוקה של התערבות בתוכנם של חוקי יסוד, הועלתה בעבר לגבי מצבי דחק קיצוניים, בהתייחס לאפשרות ההיפותטית שבה יבוא לפני בית המשפט חוק יסוד ה"שולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 717 (2006) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל)), אפשרות רחוקה וערטילאית שגבולותיה נותרו בצריך עיון.

47. בהמשך הדרך, הוזכרו שתי דוקטרינות בפסיקה, בקשר לסוגיית ההתערבות בחוקי היסוד. האחת, דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות מכוננת", המתיימרת לעסוק בהיבטים הצורניים של חוקי היסוד ולא בתוכנם (וראו בהקשר זה: פסקה 59 לחוות דעת חברתי הנשיאה (בדימ'); ; אציין במאמר מוסגר כי עמדתי בעבר בקצרה על הסכנות הרובצות לפתחה של הדוקטרינה ה"צורנית" כביכול (עניין שפיר, פסקה 12 לחוות דעתי; עניין ממשלת החילופים, פסקה 15 לחוות דעתי) אך כאמור אין מקום להאריך בכך כעת).

השנייה, דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", אשר הובהרה על ידי בית משפט זה הבעייתיות הרבה באימוצה, נוכח העובדה שסמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית נגזרת מהעליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד וכן בהינתן השלב שבו מצוי תהליך גיבוש החוקה הישראלית (בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקה 25 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ') (27.5.2018) (להלן: עניין חוק ההדחה); עניין חוק הלאום, פסקה 16 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ')).

48. באותן פרשות הובהר כי אין מקום לזליגה למצב שבו בית משפט זה יביא להזרמת "עקרונות ה'חוקה הראויה" (עניין ממשלת החילופים, פסקה 10 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל) וכי יש לנקוט "משנה ריסון" בעת דיון במגבלות החלות על השימוש בסמכות מכוננת (עניין ממשלת החילופים, פסקה 20 לחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז). גם בשלב מאוחר יותר, הובהר כי מדובר במגבלות "צרות ביותר, ונוגעות למצבים חריגים של שינוי חוקתי השולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה" וכן "במצבים שבהם הוראה חוקתית פוגעת פגיעה אנושה באופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה..." (עניין חוק הלאום, פסקה 29 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ')). חברתי השופטת ד' ברק-ארז ציינה כי מדובר ב"מצבי קיצון" בלבד, בהם מדובר בחוק יסוד "שמהווה 'שבירת כלים', במובן של הרס בלתי הפיך של שיטה חוקתית" (עניין חוק הלאום, פסקה 16 לחוות דעתה).

49. הדיון בקשר לביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד נסוב אפוא עד כה על מקרי קיצון, חריגים וגורפים, המהווים הרס מוחלט ("בלתי הפיך") של היסודות הדמוקרטיים ושל ערכי היסוד. אני סברתי אז וכך אני סבור גם היום, כי אין מקום לבסס דוקטרינה שלמה על בסיס תרחישי אימים קיצוניים ותסריטי בלהות. וכך התבטאתי בעבר בעניין ממשלת החילופים:

"ישאל השואל, האם אין לדבר גבול? האם אין להעלות על הדעת מקרה קיצוני, חריג וחמור במיוחד אשר בית המשפט לא יוכל לעמוד מנגד נוכח עיגונן של נורמות על-חוקיות ועל-חוקתיות בלתי מתקבלות על הדעת על יד הרשות המחוקקת או המכוננת? האם לא ייתכנו מצבים בהם חוקי הכנסת 'הרגילים' או חוקי היסוד יסתרו באופן ישיר את העקרונות הדמוקרטיים-היהודיים של המדינה? גם במצבים כאלה אין מקום להתערבות בית המשפט? אין מקום לבסס דוקטרינה שלמה על בסיס תרחישי אימים קיצוניים הכוללים את אובדן רכיבי היסוד הבסיסיים ביותר של שיטת משפטנו. כפי שחזקה על בית משפט זה שלא יחתור תחת ערכי היסוד, לא יקבל החלטה הפוגעת בערכי היסוד השורשיים של שיטת משפטנו (אף כי באופן 'טכני' היכולת לעשות כן מסורה בידו), חזקה על הכנסת, כי לא תביאנו לכדי תרחיש בלהות מעין זה אשר 'מוטב אם לא יתרחש לעולם' (עניין בר-און, עמ' 312). על כגון דא נאמר על ידי השופט האמריקני לרנד הנד:

'A society so riven that the spirit of moderation is gone, no court can save.'

(Learned Hand, The Contribution of an Independent Judiciary to Civilization, in The Spirit Of Liberty 155, 164-165 (Irving Dilliard ed. 1953 [1942]))

ואין צריך לומר כי אף קיים קושי משמעותי לומר כי בית משפט הוא המוסד המשמש כמצפן ערכי לקביעת הנורמות של הרשות המכוננת. לא בידנו הדבר.

על כך יש להוסיף כי את ההתייחסות לתרחישים דמיוניים הרי-אסון יש לבחון על רקע התנאים המוסדיים שבהם הכנסת פועלת. בכלל זה, יש למנות את תהליכי החקיקה המורכבים הכוללים שלוש קריאות במליאה ודיון בוועדה מוועדת הכנסת המקשה על יכולתו של רוב מקרי להעביר חקיקה בחטף; העובדה שהכנסת היא גוף הטרוגני ובלתי מתואם אשר מרכיב משמעותי בעיצוב הישגיו כולל משא ומתן להשגת פשרות שמונעות מימוש מלא של אידיאולוגיה מסוימת, בוודאי אידיאולוגיה קיצונית; רשת עניפה של ייעוץ משפטי המלווה את הליך החקיקה ועוד [...]” (שם, פסקאות 12-13 לחוות דעתי).

50. לטעמים שמניתי בעבר מצטרף המקרה דנן, המביא לידי ביטוי באופן המוחשי והממשי ביותר את הסכנות הכרוכות בפיתוח דוקטרינות כאלו, הנעדרות מקור סמכות ברור וגדריהן פורחים באוויר. שכן במקרה זה, כפי שיפורט בהמשך, התרחקנו שנות אור מתיאור המצבים הקיצוניים, החרिפים וה”בלתי נסבלים” בגינם ניתן בכלל להעלות על הדעת, גם לשיטה הסוברת כי הדבר בגדר סמכותו של בית משפט זה, דיון על התערבות בחוקי היסוד. ובכל זאת, חרף נקודת מוצא על פיה אין לאפשר לבית המשפט דריסת רגל בהיכל הקודש של ”החוקה”, אלא אם מדובר במקרה קיצוני, בוטה וחריג ביותר המבטא ”הרס מוחלט” של עקרונות הדמוקרטיה, הגענו היום למצב שבו עומדת על הפרק פסילת חוק יסוד שיש בו משום התערבות בעילה מסוימת בהיבט מסוים של הביקורת השיפוטית על ידי בית המשפט.

51. הנה כי כן, פתיחת האפשרות להתערב בחוקי יסוד, ללא מקור סמכות מפורש, ובהסתמך על נוסחה פתוחה ובלתי מוגדרת דיה מותרת פתח רחב הנתון לפרשנות משתנה ובלתי ברורה לגבי טווח היקף הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד. זאת בין אם מדובר ב”שלילת ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה” על פי ”דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי” שעד כה הובהרו בפסיקתנו בעיקר בעיותיה וקשייה; ובין אם בנוסחה אחרת (”פגיעה ב”לב הפועם של ‘החוקה נוסח ישראל’” או ”פגיעה כה קשה במאפיינים גרעיניים של המדינה, עד כדי עצווע אבני הבניין של חוקתנו המתגבשת”) תחת הכותרת של ”חריגה מסמכות מכוננת” (הנוסחאות הבאות לידי ביטוי בחוות דעת חבריי הן רבות ושונות והזכרתי רק את חלקן מחמת קוצר היריעה). העובדה שכל אחד

מחבריי מצביע על מקורות סמכות שונים, ומקור הסמכות נותר מעורפל גם בחוות דעתם (ראו למשל: פסקה 19 לחוות דעתו של חברי השופט עמית המדגיש כי אף אין צורך לשיטתו להכריע בדבר מקור הסמכות), משליכה גם על אמת המידה המעורפלת שקשה לעמוד על גבולותיה, ועל אופיה הגמיש, הרעוע והבלתי יציב של ה"דוקטרינה".

52. כאמור לעיל, גם לעמדת הסוברים כי קיימת סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, התערבות שיפוטית כזו תהא שמורה למקרים קיצוניים וחריגים במיוחד, למצבים של פגיעה אנושה, חריפה וקשה בליבת הזהות "היהודית" או "הדמוקרטית". אולם תהא אשר תהא הלשון אשר עומדת על צמצום הביקורת השיפוטית והחלת דוקטרינה זו רק באותם מצבים חריגים וקיצוניים בלבד (וראו למשל פסקה 94 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ')), הרי שבהיעדר הסכמה חברתית-ציבורית ברורה לגבי תוכנם המפורט והמדויק של עקרונות הליכה (וראו למשל דיון בנושא זה: אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית": אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?" עיוני משפט יט 479, 491 (1995); גביזון, מדינה יהודית ודמוקרטית; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 59-72 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010); מנחם מאוטנר "הויכוח בין מנחם אלון לבין אהרן ברק על הזהות התרבותית של המשפט הישראלי" הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון 109 (2018)) – הותרת ניסוח עמום ומופשט למבחן ההתערבות יוצרת מיניה וביה פתח רחב, תלוי תפיסות ערכיות שונות, באשר לקיומה של "פגיעה אנושה" כאמור. תחת הכותרת של "חריגה מסמכות מכוונת" או כל כותרת מקבילה, על בית המשפט לבחון "פגיעה אנושה" בעקרונות יסוד שגדריהם שנויים במחלוקת ערכיות, חברתיות וציבוריות, ולהן פנים רבות.

53. וישאל השואל – הרי אין בכך כל חידוש, שכן גם בדיון שעניינו יישום סעיף 7א(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת מוטלת על בית משפט זה המשימה לפרוט לכדי תוכן קונקרטי את המונח "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", ולקבוע מהם אותם עקרונות אשר שלילתם מצדיקה את ההגבלה מכוח אותו סעיף. אולם, לא בכדי בית משפט זה בחר בגישה מרוסנת ביותר בעת יישום הוראת סעיף זה; קבע כי ההגבלות מכוחו הן מינימליות ביותר; יצק לו רף מחמיר ביותר, פרשנות שמשמעותה כמעט – או לא כמעט – ריקונו מכל תוכן והעמדת דברי המחוקק כתיאורטיים בלבד (ראו ביקורת שהשמעתי בעניין זה: עניין מראענה, פסקאות 1-3 לחוות דעתי; א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף, פסקה 40 לחוות דעתי (18.7.2019) (להלן: עניין כסיף); א"ב 852/20 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23 נ' יזבק, פסקה 14 לחוות דעתי (9.2.2020)). גם במקרים שבהם הוצגו ראיות בוטות וברורות, בית המשפט עשה



מאמצים רבים להימנע מלצקת תוכן מעשי להגבלה הקבועה בסעיף (ראו למשל: עניין כסיף, פסקאות 23-39 לחוות דעתי). קיימת אפוא מידה של אירוניה בטענה כי מושגים אלה – "יהודית ודמוקרטית" – זוכים לתרגום מעשי על ידי בית משפט זה כדבר יום ביומו בעת יישום הוראת סעיף 7א(א)(1) האמורה, וכי יש ליישם את האמור על ענייננו.

54. אדרבה, שמח הייתי אם חבריי היו מאמצים את הביקורת שהשמעתי בעניין זה לגבי יישום הוראת סעיף 7א(א)(1) וקובעים כי אין מדובר בהוראת חוק שהמחוקק השחית לריק את מילותיו לשם תפארת המליצה. אולם שעה שאין כך הדבר, ריקון מתוכן של הוראה המאפשרת שלילת מועמד או רשימה להיבחר על בסיס עיקרון של "שלילת קיומה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית"; ושימוש בנוסחה דומה כזו או אחרת לצורך עשיית שימוש בכלי הקיצוני של ביטול חוק יסוד, מהווה בהקשר זה במידה רבה אחיזה בחבל משני קצותיו.

55. בעניין זה טוענת אמנם חברתי הנשיאה (בדימ') כי אין להשוות בין המבחנים שגובשו לעניין עילת הפסילה לפי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת לבין המבחנים הנוגעים לחריגה מסמכות מכוונת (וכך גם עולה מחוות דעתו של חברי השופט עמית, פסקה 115). אולם קשה להלום סברה זו. ראשית, אף חברתי שואבת השראה לענייננו מפרשנות מונחים אלה ("יהודית ודמוקרטית") בפסיקת בית משפט זה בקשר להוראת סעיף 7א(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת (למשל בפסקה 103 לחוות דעתה). שנית, מבין השיטין עולה כי לעמדת חברתי, רף הפגיעה בזכות לבחור ולהיבחר צריך להיות גבוה יותר מאשר רף ההתערבות בסמכותה המכוונת של הכנסת בשל ההגבלה הטמונה בסעיף 7א שמשמעותה "הרחקה מראש" ולא התמודדות עם תוצר מוגמר. אף אם הזכות לבחור ולהיבחר היא-היא "נשמת אפו של כל משטר דמוקרטי" (כפי שהפנתה חברתי לעניין כסיף, פסקאות 3 ו-12 לחוות דעתה); הרי שניתן לומר כי סמכותה של הרשות המכוונת היא-היא הביטוי הדמוקרטי הנעלה ביותר. היא לא רק "נשמת אפו" של המשטר הדמוקרטי, אלא היא הביטוי המלא ביותר ל"דמוקרטיה" עצמה.

56. ובמילים אחרות, נניח שאכן מדובר היה ברשימה השוללת את "קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" והיה יוצא מתחת ידיה דבר חקיקת יסוד המבטא שלילה זו. האם אז היה מקום להבחנה בין רף ההתערבות ב"זכות לבחור ולהיבחר" של מועמד או רשימה כזו; לבין רף ההתערבות בתוצר חקיקת יסוד של רשימה כזו? הנחת היסוד בדברי חברתי היא כי אין מדובר בקיומו של קושי מעשי להוכחת התקיימות עילת פסילה מסוימת בשלב שבו מדובר בהתמודדות לכנסת בלבד, אלא כי באופן עיוני הזכות

לבחור ולהיבחר, הכוללת הגבלה מראש של התמודדות בכנסת, מכתובה רף התערבות שונה. הדברים קשים.

57. אוסיף בשולי הדברים כי לא בכדי באופן דומה, גם המבחן הראשון שבפסקת ההגבלה – הקובע כי פגיעה בחוק יסוד מותרת רק ב"חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל", כאשר ערכים אלה פורשו כ"ערכיה של המדינה כיהודית ודמוקרטית" (בהתאם לסעיפי המטרה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק) הקשור גם לדרישת ה"תכלית ראויה" – כמעט רוקן מכל מתוכן (וראו: אהרן ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק כרך ג 1834-1833 (2023)).

58. מכל מקום, הבעייתיות במבחן המעורפל, אשר לו נוסחים שונים, ונכנה אותו באופן כללי כמבחן "זעזוע ליבת הזהות הדמוקרטית והיהודית" באה לידי ביטוי מלא במקרה דנן, בו רואים חלק מחבריי את התיקון לחוק היסוד כפוגע אנושות בליבת עקרונות דמוקרטיים מהותיים, בעוד אחרים סבורים כי אין מדובר בפגיעה כלל, או בפגיעה קלה בלבד. ניתן רק לשער כי אם אכן היה מדובר במקרה חריג וקיצוני "המדובר בעד עצמו", הזועק לשמיים, המרעיד את אמות הסיפים באופן שאינו מותר ספק בדבר הנחיצות בהתערבות החריגה, הקיצונית והבוטה מצד בית המשפט בנורמה המכוונת, הייתה לכך הסכמה רחבה בבית משפט זה, מקיר לקיר. אך לא כך הם פני הדברים ויחסי הכוחות בין השופטים השונים והרוב המזדמן לכיוון ביטול התיקון מוכיח בעיני כמה עדים שאין המדובר בתיקון המוביל כלל להתמוטטות הדמוקרטיה.

59. אך גם בכך לא תם הדיון. כאמור, חברי השופט עמית בנה קומה נוספת בחוות דעתו, בה העלה את אפשרות הזליגה אל עבר הנמכה מפורשת של רף ההתערבות בחוקי היסוד (פסקה 38 לחוות דעתו). נראה כי לגישה זו, על בית המשפט לקחת לידי את המושכות לקבוע ישירות את תכני החוקה. השאלה העומדת על הפרק לפי עמדה זו אינה עוד האם חרגה הכנסת מסמכותה המכוונת (תוך פגיעה אנושה בעקרונות הליבה), אלא – תוך סטייה ניכרת ומרחיקת לכת מתפקידו של בית משפט זה – האם מדובר ב"מסר החינוכי-תדמיתי של החוקה בישראל? האם אלה הערכים שהחוקה אמורה להנחיל ולהשריש בתודעת הציבור?" (פסקה 60 לחוות דעתו של חברי השופט עמית). אין זה מתפקידו של בית משפט זה לבחון את הערכים שאותם אמורה החוקה להשריש. אין להעלות על הדעת התערבות בחוק יסוד (או אף בחוק "רגיל") רק משום שהוא נושא מסר חינוכי-תדמיתי שאינו לרוחנו. נראה כי יש לחזור ולהזכיר בהקשר זה עקרונות יסוד

ברורים באשר לחלוקת התפקידים בין הרשויות הראשונות, וזאת אף בהתייחס לביקורת שיפוטית על דבר חקיקה "רגיל", קל וחומר בן בנו של קל וחומר לעניין חקיקת יסוד:

"בית-המשפט לא בא להחליף את שיקוליו של המחוקק בשיקוליו שלו. בית-המשפט אינו נכנס לנעליו של המחוקק. הוא אינו שואל את עצמו מהם האמצעים שהוא היה בוחר אילו היה חבר בגוף המחוקק. בית-המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקתיות החוק, לא את תכונתו. השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386-387 (1997)).

לא זו בלבד שבית המשפט אינו רשאי להיכנס לנעליו של המחוקק ולשאול את עצמו אילו תכנים הוא עצמו היה מחוקק בחוק לו הדבר היה בידו; אלא שלא יכול להיות שתפקידו של בית המשפט הוא לעצב מבחינה חינוכית ותדמיתית את הערכים היסודיים שצריכים לבוא לידי ביטוי ב"חוקה". גם לעמדה הסוברת כי סמכותו של בית משפט כוללת סמכות ביקורת על חוקי היסוד, הדגש הוא בגבולות סמכותה של הרשות המכוננת (לשיטת חברתי הנשיאה (בדימ')) או בקיומם של עקרונות יסוד העומדים בסתירה חזיתית להם. ההצדקה הנטענת לביקורת זו היא כי הרשות המכוננת חצתה את הגבול שאותו היא לא הייתה רשאית או מוסמכת לחצות. לעולם השאלה אינה יכולה להיות מהם הערכים החינוכיים הנכונים והמתאימים להיכלל בחוקה; אלא אך ורק האם מתקיימות עילות ביקורת שיפוטיות מבוררות. דברים אלה בדבר "ההתאמה החינוכית-תדמיתית" של הוראות חוק היסוד מבטאים יותר מכל לעניות דעתי את חציית הגבול על ידי בית משפט זה.

עיקרון הפרדת הרשויות ועיקרון שלטון החוק

60. אם בעניין ממשלת החילופים ציינתי כי עצם הדיון על התערבות שיפוטית בחוקי יסוד חותר לטעמי תחת מושכלות יסוד, ביניהם עיקרון הפרדת הרשויות (שם, פסקה 1 לחוות דעתי), הרי שהדיון אליו התגלגלנו בעת הזו אינו רק חותר תחת עיקרון הפרדת הרשויות, אלא אף רומס אותו ברגל גסה. ולא רק אותו, אלא גם את עיקרון שלטון החוק ממנו מבקשים חבריי, המוצאים בהוראות חוק היסוד כר פורה להתערבות, להיבנות. ארחיב לגבי כל אחד מהיבטים אלה.

עיקרון הפרדת הרשויות: אכן, עיקרון הפרדת הרשויות מבטא לא רק הפרדה בין הרשויות השונות וביזור הסמכויות בין גופים שונים, אלא גם פיקוח הדדי מוגדר (בג"ץ 306/81 שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 141 (1981)). הפרדת הרשויות אין

משמעותה הפרדה הרמטית כי אם מערכת של "איזונים ובלמים" בין המערכות השונות, אם כי "התשתית היא בעיקרון ההפרדה, וכי אותם 'איזונים ובלמים' בנויים על אותה תשתית" (בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 388, 289 (1998)). עיקרון הפרדת הרשויות הוא גם העומד ביסוד הצורך לנקוט בזהירות בעת שקילת ביטול דבר חקיקה (אף לעמדה כי קיימת סמכות לכך), ובוודאי חקיקת יסוד. בהקשר זה נאמר בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2006) כי:

"רובצת עלינו בכל כובדה ועוצמתה דוקטרינת ביזור הסמכויות והפרדת הרשויות, והיא דוקטרינה שעלינו להיזהר בכבודה עד-מאוד. זהיר-זהיר נהלך עד שנורה על פסלותה של הוראה שבחוק הכנסת [...]. זהירות-יתר זו עטפה עצמה בדוקטרינה, ואותה דוקטרינה מזהירה אותנו באורח מפורש ומפורט מפני התערבות במעשי חקיקה של הכנסת שמא יעבור בית המשפט ויחרוש שלא בהיתר בשדה של הרשות המחוקקת" (שם, עמ' 518).

יצירת דוקטרינה בלתי מוגדרת המאפשרת התערבות בחוקי יסוד על בסיס מבחן מעורפל וללא יצירת מנגנון ברור לקביעת רף חציית קו הגבול, איננה עומדת, בלשון המעטה, בסטנדרט הזהירות האמור. מעבר לכך, למול ההתערבות בחוק יסוד עומד תמרוז אזהרה בדמות אחד מהנדבכים היסודיים של עיקרון הפרדת הרשויות, והוא כי כל גורם שמוענק לו כוח ההכרעה עלול לנצל כוח זה לרעה אם לא יהיו מנגנונים שיפקחו עליו ויאזנו את הסמכויות שניתנו לו (יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריות – מבט השוואתי" משפט וממשל י 489, 494 (2007) (להלן: דותן, מבט השוואתי)). מנגנון התערבות עמום ומעורפל המכשיר טווח רחב של מקרים המאפשרים התערבות כנורמה מכוננת ללא שהותו דרכי פעולה ברורות לעשות כן מכוח סמכות מפורשת, מעצים קושי זה.

עיקרון שלטון החוק: ראשית ייאמר כי אחד מהיבטיו של עיקרון זה הוא עיקרון חוקיות המינהל, לפיו רשות מינהלית אינה יכולה לנקוט פעולה מבלי שהוסמכה לכך בחוק. דיון בסוגיה זו ערכתי לעיל בתחילת חוות דעתי ולא אשוב עליו כעת, והדברים ברורים. עצם השימוש בסמכות לבטל דבר חקיקת יסוד בהיעדר הסמכה מפורשת מהווה פגיעה מרכזית בעיקרון שלטון החוק. מעבר לכך, בקשר לעיקרון השלטון החוק נאמר עוד מימים ימימה כי "ביטוי העיקרי [...] הוא בכך שהוא אינו שלטונם של אנשים – לפי החלטותיהם, שיקוליהם ומאוייהם הבלתי מוגבלים – אלא בכך שהוא נשען על הוראותיהן של נורמות יציבות, השוות לכול ואשר מחייבות את הכול במידה זהה" (ע"ב

2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225, 261 (1984) (להלן: עניין ניימן)). לנגד עינינו צפה ועולה "דוקטרינה" מחוסרת רסן חדשה, עמומה וחסרת גבולות שאין בינה לבין שלטון החוק – המחייב כאמור נורמות יציבות החלות על הכל באופן שווה – מאומה. לא "נורמה" ברורה ומסודרת המבוססת על אדני סמכות יציבים מונחת לפנינו, כי אם מהלך החותר תחת ערכי היסוד הדמוקרטיים הבסיסיים ביותר – עיקרון הפרדת הרשויות, עיקרון החוקיות ועיקרון שלטון החוק.

בנוסף, נקודת המוצא שאין עליה חולק, היא כי אין כל פגיעה בערכי הדמוקרטיה בכך שהרשות המכוננת קובעת את גבולותיהן של הרשויות האחרות. כפי שציינה חברתי הנשיאה (בדימ') בעניין שפיר "הרשות המכוננת היא זו שיוצרת את הנורמות החוקתיות אשר מגדירות את גבולותיהן וסמכויותיהן של הרשויות האחרות" (פסקה 59 לחוות דעתה). לעניין זה יפים גם דברי השופט ברק, ככתבם וכלשונם, באשר לסמכותה של הרשות המכוננת לקבוע את "כללי המשחק" (אהרן ברק "הפרלמנט ובית-המשפט העליון – מבט לעתיד" הפרקליט מה 5 (2000)):

"... אף, שהכנסת אינה ריבונית, הכנסת היא עליונה. אכן, יש לה לכנסת ייחוד משלה. מעקרון הדמוקרטיה נובע שהכנסת היא הביטוי המלא של הדמוקרטיה הפורמלית שלנו. היא נבחרה על-ידי העם. רק היא הוסמכה לחוקק את חוקי המדינה. ייחוד זה – אותו אני מבטא בתאור של הכנסת העליונה – מתבטא בכוחה של הכנסת – בכפוף לחוקת המדינה – לשנות את מבנה הסמכויות של הרשויות השונות. תפקיד זה של הכנסת הוא כפול: האחד, בהיות הכנסת שלנו גם בגדר אסיפה מכוננת, היא זו הקובעת את החוקה שלנו. זהו מעמד מיוחד במינו, ממנו נהנית הכנסת שלנו. [...] הכנסת שלנו – כמו פרלמנטים אחרים – היא בעלת כוח לשנות את החוקה. זו סמכות מכוננת נגזרת. שנית, בהיות הכנסת רשות מחוקקת, היא יכולה – באמצעות החוקים ובמסגרת החוקה – לשנות את מבנה הסמכויות של הרשויות השונות. כולנו חייבים לפעול לפי כללי המשחק. הכנסת – ורק היא – יכולה לשנות את כללי המשחק. הסמכות שמוענקת לרשות המבצעת ולרשות השופטת היא הסמכות שהכנסת – ככובע של הרשות המכוננת (חוקי היסוד) או ככובע של הרשות המחוקקת (חוקים רגילים) – מעניקה להם. אין הם יכולים להעניק לעצמם סמכויות אלא רק לקבלן מכוחה של הכנסת. במובן זה הכנסת היא עליונה" (שם, עמ' 7-6).

ובלשונו של המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב

העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא (1) 1 (2006):

"אכן, ישראל היא מדינה דמוקרטית – כך גם מצהירים בחגיגות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בסעיף 1א בו, וחוק-יסוד: חופש העיסוק, בסעיף 2 בו – והגם שהמתבונן מן הצד יכול לדמות בנפשו לעיתים כי הממשלה היא הגוף העליון במדינה – היא ולא הכנסת (ראו, למשל, הדיון בחוקי ההסדרים בפרשת ארגון מגדלי העופות בישראל) – אל-נא נלך שולל ואל-נא נתיר לתמונה שגויה זו להטעותנו. הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה; היא הרשות המחוקקת העליונה, והממשלה היא הרשות המבצעת; הכנסת נבחרת בבחירות כלליות וחופשיות וזוכה לאמונו של העם (סעיפים 4 ו-5 לחוק-יסוד: הכנסת), ואילו הממשלה מכהנת רק מכוח אמן הכנסת (סעיף 3 לחוק-יסוד: הממשלה). מתוך שהכנסת נבחרת בידי אזרחי המדינה כולם, מייצגת היא את האזרחים ומשמשת היא להם לפה. משידענו כך, נוסף ונדע ממילא כי בידי הכנסת – ובידי הכנסת בלבד – ניתנה הסמכות להכריע בסוגיות-יסוד של המדינה, קרא, לקבוע הסדרים ראשוניים להנהגת המדינה ויושביה" (שם, עמ' 63).

קביעת "כללי המשחק" על ידי הכנסת בחוק יסוד אינה מהווה אפוא כשלעצמה פגיעה בשלטון החוק.

61. בעבר ציינתי כי נטילת סמכות לבקר חוקי יסוד מעלה את החשש כי התאוריה בדבר עליונות חוקי היסוד איננה כנה, כי אם נועדה אך ורק לאפשר ביקורת שיפוטית על חוקים (בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקה 9 לחוות דעתי (18.1.2023); וראו: בנדור, המעמד המשפטי של חוקי-יסוד, עמ' 168). כך ציינתי אז, ודברים אלה רלוונטיים יותר מתמיד כיום. תוך רמיסת עקרונות יסוד בשיטתנו המשפטית, חבריי מוצאים נתיב לפסילת חקיקת יסוד, בלי שניתן מענה של ממש לקשיים שהתעוררו באימוץ הדוקטרינות הנזכרות לעיל, וזאת בהתאם ל"צורך" העומד לשיטתם בעת הזו על הפרק.

62. בעניין זה יש להעיר כי דמוקרטיה מורכבת ממכלול היבטים. הנחת יסוד כי תפקידו של בית המשפט להגן מפני עוצמתו של הרוב איננה מגלה את התמונה המלאה. דמוקרטיה איננה רק מגבלות החלות על שלטון הרוב. על המוסדות השונים מוטלת בראש ובראשונה החובה להגן על "שלטון הרוב" במובן של מימוש רצון הרוב (והשוו: בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (23.3.2020)). דמוקרטיה משקפת בחירה של העם את נציגיו והיא קודם כל מזדהה עם מרכזיותו של הגוף המחוקק שבמסגרתו פועלים אותם נציגים. דמוקרטיה היא קודם כל, "ריבונות העם". ריבונות זו מוצאת מהכוח אל הפועל בבחירות חופשיות הנערכות לעתים מזומנות, ובהן העם בוחר את נציגיו אשר ישקפו את השקפותיו. דמוקרטיה בהיבט זה מזדהה עם שלטון

הרוב ועם מרכזיותו של הגוף המחוקק שבמסגרתו פועלים נציגי העם. זהו היבט פורמלי של הדמוקרטיה. הוא בעל חשיבות מרכזית, שכן בלעדיו המשטר אינו דמוקרטי" (ברק, עיונים חוקתיים, עמ' 102).

אכן, דמוקרטיה איננה רק בעלת היבט פורמלי, היא משקפת מכלול ערכים מהותיים, ביניהם עיקרון הפרדת הרשויות, עיקרון שלטון החוק, זכויות אדם ועוד, אשר יש בכוחם לרסן את כוחו של הרוב. על כך אין חולק. אולם אין בכך כדי להצדיק "היפוך היוצרות" כדוגמת הדרך בה הולכים חלק מחבריי, הנוטים, כך נראה, לייחס לעקרונות הדמוקרטיה הפורמלית מעין "חזקת אי-תקינות". מטעם זה, גם העובדה שחברי האופוזיציה לא תמכו בתיקון לחוק היסוד (פסקאות 21 ו-30 לחוות דעתה של חברי השופטת ר' רונן; עובדה שניתן לה משקל גם בחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ')) אינה יכולה להוות בסיס לביקורת שיפוטית מוגברת.

63. בהקשר זה, אינני סבור כי יש לתת ל"גירעון הדמוקרטי" בדמות ההשפעה שיש לממשלה על הכנסת כרשות מחוקקת, משקל מכריע לעניין זה, כפי שנעשה על ידי חלק מחבריי. זאת עד כדי "הרמת מסך" לרשות המכוננת על ידי חברתי השופטת רונן (תוך השראה, כך נראה, מהוראת סעיף 6 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 ממנו שואבת חברתי מעט מדבריה) המייחסת את חקיקת חוק היסוד לרשות המבצעת ממש. אכן, בעבר הצביע בית המשפט על מגמה של התחזקות מעמדה של הממשלה על פני מעמדה של הכנסת (ראו למשל: בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 8 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') (27.3.2016); בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקה 39 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג (6.8.2017)). אולם מכאן ועד הקביעה כי התחזקות זו של הממשלה על פני הכנסת ממחישה את ה"צורך" בדבר קיום ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (או אף מחייבת הרחבה והעמקה של היקף הביקורת, כשיטת חלק מחבריי), הדרך ארוכה.

64. אין זה המקום לעמוד על מכלול יחסי הכוחות המורכבים שבין הכנסת לממשלה, אך די אם אציין כי יש רבדים נוספים לתמונה. ניתן לומר כי המצב שבו הממשלה מורכבת מחברי הפרלמנט עצמם ומהווה "החלק המוביל" של הפרלמנט, הוא מאפיין "קלאסי" של משטר דמוקרטי (יגאל מרזל "חובת האמון של הממשלה כלפי הכנסת" חובות האמון בדין הישראלי 1, 13 (2016)). חולשה מסוימת מצד הכנסת היא בחירה מודעת של שיטה דמוקרטית (רבקה ווייל "האם הכנסת זקוקה לעזרתו של בית המשפט?" ICON-S-IL Blog (5.8.2022)). גם במדינות דמוקרטיות נוספות מועלות טענות לשחיקה של

הפרלמנט, ואין מדובר בהכרח בהיבט ייחודי לדמוקרטיה הישראלית המצדיק הפעלת כלים חריגים לשם התמודדות עם התופעה (ראו: יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי כרך א 238, ה"ש 84 (2022) (להלן: דותן, ביקורת שיפוטית)).

65. גם בהתייחס באופן נקודתי יותר למצב הדברים בישראל, היו שהצביעו על כך שהתזה על פיה הממשלה התחזקה ואף השתלטה על פעילות הכנסת איננה משקפת את אופי המשטר בישראל במשך כל השנים על כל רבדיו (רבקה וויל "הלכת יולי אדלשטיין וכרונולוגיית יחסי הכוחות" עיוני משפט מד 321 (2021) (להלן: וויל, הלכת יולי אדלשטיין)). על דרך הכלל, הממשלות בישראל אינן יציבות ושורדות במשך כשנתיים בממוצע; במשך שנים ישראל התמודדה עם מציאות של ממשלות מעבר ארוכות אשר חל עליהן הכלל על פיו עליהן לנהוג בשל כך בריסון ובאיפוק רב, וזאת מכוח פסיקת בית משפט זה (בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 468, 455 (2001); בג"ץ 6197/22 איגוד רבני הקהילות בישראל נ' שרת החינוך, פסקה 8 (8.12.2022); בג"ץ 6654/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה, פסקאות 6-7 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') (13.1.2022)); חלק מהמנגנונים שמקובל לתאר ככאלה המחלישים את הכנסת והמחזקים את הממשלה נועדו להתמודד עם החולשה המובנית של הממשלה כפועל יוצא משיטת הבחירות היחסיות; ועוד. על כך יוסף ואולי אף זאת עיקר, כי "הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת" כלשון סעיף 3 לחוק יסוד: הממשלה, כאשר בידי הכנסת הכוח להביא לסיום הממשלה בהצבעת אי-אמון. כך נוכחנו בדבר במו עינינו, בתקופת כהונת הממשלה הקודמת (הממשלה ה-36), כאשר הספיקה פרישתה של חברת כנסת אחת (ח"כ עידית סילמן) כדי להתניע את הפלת הממשלה כולה.

66. דיון מסוג זה גם לעולם יהיה חסר אם נתעלם מהיבט התגברות הפיקוח המשפטי מצד בתי המשפט הן על הממשלה והן על הכנסת (וראו למשל: וויל, הלכת יולי אדלשטיין, עמ' 336; דותן, הביקורת השיפוטית, עמ' 93-94). ההכרעה כי בית משפט זה הוא שצריך "להיכנס לזירה" לאור חולשתה של הכנסת או התגברות חוזקה של הממשלה, אינה יכולה לעמוד ללא בדיקה עצמית מקיפה בדבר היקף סמכויותיו של בית משפט זה והמקום שהוא קנה לעצמו בתוך צלעות המשולש.

67. מכל מקום, אינני מוצא מקום להאריך מילים בדבר הטענה כי בישראל עסקינן בדמוקרטיה "מוחלשת" או בלשונו של חברי השופט עמית – שאינה "משוכללת", הזקוקה והנדרשת, ולו בשל חולשה זו לבדה, ל"הצלה" על ידי בית המשפט. אני גאה מאוד בקיומנו כדמוקרטיה עיקשת, חזקה ומשמעותית בעולם בכלל ובלב המזרח התיכון



בפרט. זאת בוודאי בהתחשב בייחודיות המציאות הישראלית, בהינתן האתגרים המורכבים איתם נדרשת מדינתנו הקטנה להתמודד חדשים לבקרים, וביניהם האיומים הביטחוניים השונים המעמידים לפתחנו אתגרים קשים ומורכבים, כפי שגם אנו חשים על בשרנו בחודשים האחרונים ממש.

68. ככל שיטת משטר דמוקרטית, גם שיטת המשטר במדינת ישראל מבוססת על קיומה של מערכת בלמים ואיזונים. בתוך כך, נשמעים קולות שונים בדבר היקף הביקורת השיפוטית על פעולות הממשלה והכנסת. הדיון והבירור לגבי נקודת האיזון הרצויה, לגבי תיחום פעולותיהן השונות של כלל הרשויות, אינו פוגע מעצם טיבו ב"דמוקרטיה". אדרבה. ניתן לומר כי ביטול חוק יסוד בהתבסס על דוקטרינה מעורפלת, הוא זה הטומן בחובו מחיר לא מבוטל, מנקודת מבט דמוקרטית.

על הסבירות, על קצה המזלג

69. כאמור לעיל, לעמדתי כלל אין בית משפט זה מוסמך לבקר חוקי יסוד, כאשר פעולה בחוסר סמכות לוקה בפגם חריף ביותר. גם מנקודת המוצא של חבריי, המכירה בסמכות לבקר חוקי יסוד, אמת המידה להפעלתה הינה עמומה ביותר, נסמכת על עקרונות מעורפלים ופיתוחה מהווה בפני עצמו לעניות דעתי ביטוי לגירעון דמוקרטי ופגיעה בערכי יסוד דמוקרטיים. מכאן כי לשיטתי איננו נדרשים כלל לשאלת הביקורת השיפוטית במקרה זה.

ברם, פטור בלא כלום אי אפשר. על כן אוסיף מספר מילים לגופו של התיקון מושא דיוננו, ובעיקר בכל הנוגע לסוגיה הכללית של פרשנות התיקון ולנקודת האיזון שבין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית, בעיקר בחוקי יסוד. זאת הגם כי מסכים אני עם עמדת חברי השופט י' אלדון, כי גם דיון בקשר לפרשנות התיקון הינו במידה רבה מוקדם וחסר בשלות טרם יושמו ועוצבו גבולותיו בפסיקת בית המשפט.

70. חבריי עמדו בהרחבה על המשמעויות השונות שניתנו לעילת ה"סבירות", על התפתחותה בפסיקת בית משפט זה ועל הביקורת שנשמעה בקשר אליה מכיוונים שונים. אין מקום לחזור על סקירה זו. די בכך שאציין כי התיקון בא לעולם על רקע מחלוקת שנתגלעה באשר להיקף גבולותיה ויישומה הראוי של עילה זו, אשר מצאה לה הדים בפסיקת שופטי בית משפט זה ובקרב מלומדים שונים ונבחרו ציבור. נדמה כי עיקר הדיון בעת הזו מתכנס סביב פרשנות התיקון, האם ההוראה שעוגנה במסגרתו סובלת "פרשנות מצמצמת" על פיה מדובר בצמצום עילת הסבירות לימיה טרם הלכת דפי זהב (בג"ץ

389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421 (1981) (להלן: עניין דפי זהב)), או שמא מדובר בהוראה שאיננה מאפשרת דיון בעילת הסבירות בכל מובניה, לגבי הממשלה ושריה. מעמד בכורה נתנו חלק מחבריי לתכלית הסובייקטיבית של התיקון, בקבעם כי זו, בצירוף לשון החוק, אינן מותרות פתח לפרשנות המצמצמת בה בחרה חברתי השופטת י' וילנר. בעניין זה חלוק אני על חבריי. וארחיב.

71. שנים רבות לפני שהונחו היסודות לפיתוחה של דוקטרינה המאפשרת לעמת את חוקי היסוד עם עקרונות היסוד, עמדנו העקבית של בית משפט זה הייתה כי מחויבים אנו לקרוא את הטקסט החוקתי במבט רחב ולצקת לתוכו את התכלית האובייקטיבית ההכרחית לצורך "הגשמת עקרונותיה היסודיים של השיטה" (עניין ניימן, עמ' 306). נקבע כי עלינו להביאו "לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים במדינה" (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 595 (1986)), בהתחשב "באופיו של המוסד השלטוני והשיטה המשטרית כולה" (בג"ץ 7510/19 אור-הכהן נ' ראש הממשלה, פסקה 11 (9.1.2020) (להלן: עניין אור-הכהן)).

72. אמת, נקודת האחיזה היא בלשון. אולם התפיסה היא, ככל שמדובר בחוקי יסוד, כי מבין האפשרויות שיש להן עיגון לשוני, יש ליתן לטקסט החוקתי משמעות המשקפת איזון בין ההיסטוריה של התפתחותו, תכליתו האובייקטיבית ועקרונות היסוד של השיטה:

"פרשנות מתוך מבט רחב אינה מוגבלת אך למשמעות המילים בהקשר המילולי-היסטורי שבו הן נוצרו. היא נותנת ללשון החוק מובן בהקשרן ההיסטורי ובמסגרת תפיסות היסוד המודרניות" (אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 461 (2003) (להלן: ברק, פרשנות במשפט)).

73. הנחת היסוד היא אפוא כי הוראה חוקתית יש לפרש מתוך "מבט רחב", ולא "באופן טכני", שכן המערך החוקתי אינו מורכב רק מהטקסט החוקתי עצמו (בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש-הממשלה – בנימין נתניהו, פ"ד נב(5) 206, 209 (1998); עניין חוק הלאום, פסקה 20 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ'); עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל, עמ' 673-674). כן הובהר כי נקודת מבט "רחבה" אין משמעה בהכרח פרשנות מרחיבה, ויש שנקודת המבט הרחבה תוביל דווקא לפרשנות מצמצמת (ראו: עניין אור-הכהן, פסקה 11; ברק, פרשנות במשפט, עמ' 460-462). אף נאמר כי הוראות חוק יסוד יש לפרש "מתוך 'נדיבות'" (בג"ץ 2481/93 דין נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 470, 456 (1994)) ולהעניק לו מובן המאפשר לו "לקיים את תפקידו

בהווה ובעתיד בצורה הראויה ביותר" (עניין בנק המזרחי, עמ' 429). כך גם בעניין ניימן צוין כי:

"הוראות יסוד יש לפרש מתוך 'מבט רחב' [...] ומתוך הבנה, כי עניין לנו בהוראה הקובעת אורחות חיים [...]. עניין לנו בניסיון אנושי, החייב להתאים עצמו למציאות חיים משתנה. אם אמרנו על חוק רגיל, כי אין הוא מבצר הנכבש בעזרת מילון אלא עטיפה לרעיון חקיקתי חי [...], הרי על אחת כמה וכמה שגישה זו צריכה להדריכנו לעניין פירושן של הוראות בעלות אופי חוקתי" (שם, עמ' 306).

הכלל הוא אם כן כי חוק יסוד יש לפרש מתוך "מבט רחב" באופן המשקף את "תפיסות היסוד" שהוא נועד להגשים כטקסט חוקתי. זו הנחת המוצא שלא היה חולק עליה. מכאן אפוא, כי הרבה לפני שנזקקים אנו לדוקטרינות המאפשרות לעשות שימוש בעקרונות היסוד כ"חרב" המונפת על חוק היסוד, מצווים אנו להתייחס לעקרונות אלה כ"מגן" על ההוראה החוקתית. היינו, חובה עלינו ליתן לאותם התוצרים של הרשות המכוננת את הפרשנות המיטיבה ביותר להגשמת עקרונות השיטה.

74. חבריי הטוענים כי דינו של תיקון חוק היסוד בטלות, סבורים כי הלשון אינה סובלת פרשנות לפיה מדובר בצמצום של עילת הסבירות וכי התכלית הסובייקטיבית עומדת בסתירה לכך. בעניין זה, העמדה כי לשונו של התיקון לחוק היסוד "גורפת", בלתי מסויגת ואינה מותירה מקום "לשום ספק" באשר להיקף תחולתו (כפי שהתנסחה למשל חברתי הנשיאה (בדימ') בפסקה 125 לחוות דעתה) קשה בעיני. מושג "הסבירות" עצמו נטוע בעמימות. ניתוח היקפו וגדריו לא ברורים. על כן הכרחי ליצוק תוכן להסדר שמבקש התיקון לחוק היסוד לכוון. בכך לא קיים כל חידוש שכן העמימות והיעדר הקונקרטיזציה הם מנת חלקו הטבעית של כל חוק יסוד (בוודאי נכון הדבר לשיטת חבריי, שכן "כלליות" הינו אחד המאפיינים לזיהוי נורמה חוקתית לפי המבחן הדו-שלבי שפותח בעניין שפיר). בניגוד לחוקים רגילים שבהם קיימת חשיבות בפירוט מעשי-קונקרטי באשר לאופן הפעלתם במצבים ספציפיים עתידיים, חוקי היסוד מטבעם מנוסחים באופן עמום ו"פתוח" (דותן, מבט השוואתי, עמ' 497). הנחת היסוד היא כי מושג סתמי-כללי בחוק יסוד לעולם יהיה טעון פרשנות, ואף פרשנות מדוקדקת המגדירה את גבולותיו בתוך ההקשר הכללי.

75. נתמקד לשם הדוגמה במילים המפורסמות "אין פוגעים בקנינו של אדם" שבסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מדובר בהצהרה כללית אשר ניתן ללמוד ממנה מעט מאוד באשר להיקף התפרשותה של הזכות אותה מבקש הסעיף לעגן. מהו

"קנין"? כל קנין פרטי במשמע? המילה "קנין" טומנת בחובה טווח פרשנויות עצום, שמשמעותו היקף התפרשות רחב ביותר של ההגנה על הזכות (וראו: דותן, מבט השוואתי, עמ' 498). נניח לשם הדוגמה כי לפנינו הייתה מונחת עתירה המעלה על המוקד סעיף זה. האם בית המשפט היה קובע כי מבחינה לשונית הפרשנות היחידה האפשרית והקיימת היא כי המילה "קנין" כוללת בתוכה את מנעד האפשרויות הרחב ביותר למושג זה, ומכאן ש"אין פוגעים בקנינו של אדם" הוא ביטוי קיצוני, הרסני ומרחיק לכת העומד בניגוד מוחלט לעקרונות דמוקרטיים אחרים? או שמא, היה בית המשפט יוצק למונח זה תוכן בהתחשב במציאות המשפטית הקיימת, בהתחשב ב"ניסיון האנושי, החייב להתאים עצמו למציאות חיים המשתנה" (עניין ניימן לעיל) בהינתן ההקשר ההיסטורי וחקיקתי הכללי ותפיסות היסוד?

76. מנקודת מבט זו, קשה בעיניי הגישה על פיה הלשון הכללית (של המונח "סבירות") מקבלת על ידי חלק מחבריי משמעות גורפת, "חד-משמעית" ונטולת ספק באשר להיקפו של המושג. עצם העובדה שנעשה שימוש במונח "סבירות" כמונח כללי ולא מוגדר, שעה שמדובר במונח שבחוק יסוד, אינה יכולה לשמש כבסיס לטענה כי הלשון נוגדת פרשנות הממקמת את המונח בהקשר המציאותי, ההיסטורי, המשפטי והחקיקתי המדויק שלו. מדובר בחתירה תחת כללי הפרשנות שהוכתבו בקשר לחוקי יסוד, ויש בה כדי לערער את האופן היסודי ביותר שבו עלינו לקרוא, לפרש וליישם אותם.

77. ואדגיש, כשלעצמי כאמור אינני סבור כי גבולותיו של המונח זקוקים לביאור מדויק בעת הזו והנחות יסוד רבות שמניחים חבריי התומכים בביטול ההוראה אינן מקובלות עליי. אולם על חבריי הסוברים כי פרשנות גורפת של המונח "סבירות" מכתיבה בטלות ההוראה, מוטלת בראש ובראשונה החובה לתור אחר משמעות המגשימה את "עקרונות היסוד של השיטה". אם לעמדתם פרשנות גורפת של ההוראה משמעותה פגיעה חסרת גבולות בעקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק או בכל עיקרון דמוקרטי יסודי אחר, עליהם לתור אחר פרשנות המביאה את ההסדר החוקתי לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי. בהקשר זה, אינני סבור כי לשון ההוראה היא זו העומדת בדרכם של חבריי לעשות כן, או ההופכת את מלאכם זו לקשה יתר על המידה או מלאכותית. אדרבה, הלשון היא עמומה-כללית-פתוחה ומאפשרת יציקת תוכן משמעותי לתוכה. הטענה כי המובן המילולי של המונח "סבירות" בהוראת חוק היסוד מסוגל לבטא אך ורק היבט גורף וחסר הבחנה של סוגים שונים, מונחים שונים ופרשנויות המוכרות בדין של "סבירות", היא מוקשית, והיא עצמה חסרת עוגן בסעיף.

78. אוסיף כי במקרים אחרים, בית משפט זה עשה כל שביכולתו לקרוא את הלשון ככזו המגשימה את עקרונות היסוד של השיטה, גם כאשר נדרש לכך מאמץ רב בהרבה. רק לשם הדוגמה, אזכיר כי בעניין ניימן נקבע כי "מותר" לפרש את לשונה של הוראת יסוד חוקתית הקובעת סמכות חובה, באופן המקנה שיקול דעת לבעל הסמכות – גם תוך סטייה משמעותית מלשונה של ההוראה – אם "מתן שיקול דעת זה חיוני הוא להגשמת עקרונותיה היסודיים של השיטה" (שם, עמ' 306). הנחת היסוד היא כאמור כי פרשנות חוקי יסוד היא פרשנות "המתבססת על אחדות חוקתית. זו פרשנות שאינה מוגבלת אך למשמעות המילים בהקשר המילולי-היסטורי שבו הן נוצרו, אלא מקיימת אותן בהקשרן ההיסטורי ובמסגרת תפישות-היסוד החוקתיות המודרניות" (אהרן ברק "פרשנותם של חוקי-יסוד" משפטים כב 31, 54 (1992)).

79. על אחת כמה וכמה שלא ניתן להתעלם בהקשר זה, כפי שהצביעה חברתי השופטת י' וילנר, מההקשר הרחב של הדיון המתקיים בשנים האחרונות בקשר לעילת הסבירות, ובהתחשב בכך שהשיח על אודות עילה זו מתייחס רובו ככולו לסבירות כמובנה בפסק הדין בעניין דפי זהב (ראו האסמכתאות בפסקה 45 לחברתי); מדברי ההסבר לחוק המפנים בהקשר זה באופן מפורש לעניין דפי זהב ומציינים את הביקורת שנשמעה על שימוש בחוסר סבירות "במובנה זה", היינו כפי שפורשה בעניין דפי זהב; מהביטויים השונים בדבר התכלית הסובייקטיבית המכוונת לפרשנות מסוג זה בטענות הממשלה בתצהיר תשובה מטעמה; ועוד.

80. אכן, התכלית הסובייקטיבית של התיקון כשלעצמה אינה חד משמעית והיא נושאת אופי כפול. אולם בהקשר זה עלינו לחזור על הכלל שהוזכר לעיל, על פיו איתור "כוונת המחוקק" באופן נחרץ על בסיס אמירות שונות בדיוני ועדה מוועדות הכנסת אינו כה פשוט, בלשון המעטה. זאת ודאי כאשר דברי ההסבר תומכים בפרשנות שונה. ומעבר לכך, גם כאשר מדובר בדבר חקיקה רגיל, ההלכה הפסוקה מורה לנו כי התכלית הסובייקטיבית אינה חזות הכל. במקרה של סתירה בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית, אם החוק לא נותן ביטוי לשוני ראוי לתכלית הסובייקטיבית דווקא, ידה של התכלית האובייקטיבית ככלל תהא על העליונה (בג"ץ 3262/95 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט(3) 153, 158 (1995); ע"א 2112/95 אגף המכס והמע"מ נ' אלקה אחזקות בע"מ, פ"ד נג(5) 769, 794-796 (1999); דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פסקאות 24-25 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור (12.9.2017)). על אחת כמה וכמה שבפרשנות חוקי היסוד כאמור לא התכלית הסובייקטיבית היא המכרעת, אלא התכלית האובייקטיבית המשקפת כאמור "את תפיסות היסוד, את הערכים ואת המטרות שהטקסט

החוקתי נועד להגשים במדינה דמוקרטית" (בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 15 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור (13.4.2016)); וראו גם: עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל, עמ' 674).

81. עוד חשוב להדגיש, אחרי הכל, כי המשפט המינהלי אינו נותר יתום, גם לאחר התיקון האמור, כפי שהצביעו גם חלק מחבריי בחוות דעתם. התיקון לחוק היסוד אינו מונע כליל עריכת ביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה והשרים, אינו מעניק להם שיקול דעת מוחלט וגורף ואינו מעניק חסינות להחלטותיהם. אכן, היקפו המדויק ותוכנו הקונקרטי ראויים לבירור, תיחום ופרשנות. אולם בכל מקרה, מכאן ועד לפגיעה "אנושה ורב-מימדית" במאפייניה הגרעיניים המינימליים של מדינת ישראל כדמוקרטיה, הדרך רחוקה עד מאוד, שלא לומר כמרחק מזרח ממערב. ביקורת שיפוטית על מעשי המינהל עודנה מורכבת מסבך עילות מינהליות שונות שפותחו בפסיקה, בכללן החובה לפעול במידתיות, לנהוג בהגינות ובתום לב, להימנע מלשקול שיקולים זרים ולהימנע מהפליה. אכן, במשך השנים "בלעה" עילת הסבירות חלק מעילות הביקורת. ברם בהקשר זה עוד חזון למועד באשר להשלכותיו של התיקון, בין אם בין היתר בפיתוח עילות ביקורת מינהליות נוספות ובין אם בפיתוחן של אלו הקיימות (וראו בהקשר זה התייחסויות מטעם הכנסת הן בפסקאות 16-18 להשלמת הטיעון והן בפסקה 318 לתצהיר התשובה מטעמה).

82. ובאשר לטענת חלק מחבריי כי עילות הביקורת האחרות אינן יכולות לשמש "תחליף אפקטיבי" לעילת הסבירות. אין חולק שהיקף השימוש בעילת הסבירות הלך והתרחב עם השנים, ואין חולק כי התרחבות זו שימשה כר פורה לשיח משפטי נרחב וביקורתי. כך גם אין חולק כי אין בנמצא הגבלות קונקרטיות על השימוש שנעשה בעילת הסבירות כמקור להתערבות ו"מתחם הסבירות אינו אלא פרי יצירתו של בית המשפט עצמו, אשר ברצותו – מרחיב, וברצותו – מקצר" (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 764-763 (2010)). אכן, אין חולק כי בניגוד לעילות ביקורת אחרות "שהתכנים שלהן ותחומי התפרסותן הם מובנים ומוסכמים יחסית, הרי עילת הסבירות מרכזת אליה את עיקר המחלוקות המתודולוגיות והעקרוניות הנוגעות להיקף הביקורת המשפטית" (דותן, ביקורת שיפוטית, עמ' 209). מנקודת מבט זו, מוקשית ביותר הטענה כי יתר עילות ההתערבות הן קונקרטיות מדי, מוגדרות מדי, כוללות קווי גזרה ברורים מדי, ולכן אין בכוחן למלא את החלל. אדרבה, הביקורת על עילת הסבירות מתמקדת בדיוק ברכיבים אלה – היותה חסרת גבולות גזרה, עמומה, מצויה ברמת הפשטה גבוהה ומעניקה לבית המשפט מנדט בלתי מוגבל בנושאים שלגביהם לאו דווקא עדיפה השקפתו (ראו למשל: יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" משפטים נא 673, 683 (2022); נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18 (2020); בג"ץ

5853/07 אמונה – תנועת האשה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, אהוד אולמרט, פ"ד סב(3) 445, 525-521 (2007-2008); בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פסקה 15 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג (1.3.2016)). הטענה כי "עמימות" זו עדיפה דווקא משום שהיא נותנת לבית המשפט כרחב להתערבות שאינו מנת חלקן של יתר עילות ההתערבות, רק ממחישה את הבעייתיות הטמונה בעילה זו ומחדדת את הביקורת על בית משפט זה בעיצובן של עילות ביקורת שאין להן כמעט גבול.

83. ומעל הכל, יש לזכור כי עצם הגבלת היקף הביקורת השיפוטית על ידי בית משפט זה בהתייחס לעילת התערבות מינהלית שכולה "יציר הפסיקה", איננה מהווה משום "חציית גבול" מצד המחוקק או המכונן. הנחת היסוד היא כי המחוקק רשאי להגיב להתפתחות כלל פסיקתית. ברי כי לכנסת הסמכות "להגיב" לגבי עיצוב היקף הביקורת השיפוטית במישור הפעולה שבין שתי הרשויות: הרשות השופטת והרשות המבצעת. התערבות מעין זו, ברמת העיקרון, אף מתחייבת מכוח העקרונות הדמוקרטיים (דותן, ביקורת שיפוטית, עמ' 238).

84. אוסיף בהקשר זה כי ההצדקה לביקורת חוקתית נשענת לא מעט על ההנחה כי פסיקת בית משפט זה איננה "סוף פסוק חוקתי" שכן לכנסת עומדת הסמכות להשיב את המצב לקדמותו באמצעות חקיקה, אם פסיקת בית המשפט אינה מקובלת עליה (סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דו-שיח בכלים מוסדיים" משפטים על אתר יב 99, 106 (2018); ראו גם: דותן, חוקה למדינת ישראל, עמ' 149). כך גם כלפי הכנסת מושמעת לעתים הביקורת, מדוע לא קודם מהלך חקיקתי להסגה לאחר של פסק הדין שניתן בעניין בנק המזרחי (רון חריס "העבר המדומיין של בית המשפט העליון: השימוש בנרטיבים היסטוריים על ידי מבקרי בית המשפט" עיוני משפט מד 49, 80-81 (2021); אהרונסון; ראו גם: אהרן ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק כרך ד 1716 (2023) שם מציין השופט ברק כי בעת כתיבת פסק הדין בעניין בנק המזרחי סבר כי אם הכנסת לא תרצה בפסק הדין "בידיה הסמכות לבטלו או לשנותו". הנחת היסוד, שעמדה בבסיס ההצדקה לביקורת חוקתית, היא אפוא כי לו רצה המחוקק-המכונן, יכול היה להשיב את "המהפכה החוקתית" לאחר. ממנה גם נגזרת ההנחה כי לכנסת הסמכות להעמיד את היקף הביקורת השיפוטית על סדרה הראוי. אולם הנחות יסוד אלו נסדקות נוכח תגובתו של בית משפט זה למהלך הנוכחי של הכנסת. בהקשר זה שבה ומרחפת מעלינו האזהרה "להימנע מזליגה ממצב של 'דיאלוג' חוקתי בין בית המשפט לבין הכנסת, ל'מונולוג' שבו בית המשפט מכתוב את כללי המשחק ואת נורמות היסוד במקום הרשות המכוננת" (עניין ממשלת החילופים, פסקה 11 לחוות דעתי).

85. ההתערבות על ידי בית המשפט בנורמה מכוננת הופכת את בית המשפט הלכה למעשה לבעל "המילה האחרונה" (ראו: וייל, עשרים שנה לבנק המזרחי, עמ' 564). בנסיבות כגון אלה שבענייננו, בהן עומדת על הפרק סוגיה הקשורה להתייחסות של הרשות המכוננת לפיתוח היבט מסוים של ביקורת שיפוטית שפותח כולו בפסיקה, עלינו להביט על עצמנו ולשאול – בכנות – האם אין מדובר בנושא שבו אנו עצמנו מצויים ב"ניגוד עניינים מוסדי" (מושג שהעלתה חברתי השופטת רונן בהתייחס בעיקר לרשות המכוננת). האם זה המקרה המתאים לעשות שימוש בנשק כה חריף וקיצוני בו מבקשים חלק מחבריי לעשות שימוש. לטעמי, התיקון לחוק היסוד מושא ענייננו אינו מחליש את שלטון החוק או את עיקרון הפרדת הרשויות; ביטולו הוא הפוגע בעקרונות דמוקרטיים. שוב בעניין זה קורא אני בקול צלול "המלך הוא עירום".

86. לסיכום: כאמור לעיל, לעמדת נקודת המוצא היא כי כלל אין בית משפט זה מוסמך לבקר חוקי יסוד. גם מנקודת מבטם של חבריי המכירה בסמכות לבקר חוקי יסוד, אמת המידה להפעלתה הינה עמומה ביותר וקשייה רבים. מכל מקום, התיקון לחוק היסוד רחוק כמזרח ממערב מקשת המצבים שאף לשיטת חבריי מצדיקים התערבות, ובכל מקרה מסכים אני כי טרם בשלה השעה לדון בהיקפו ובגדריו. אם דעתי הייתה נשמעת אפוא, היינו דוחים את העתירות על ראשן, קרבן וכרעיהן. במישור המעשי, ולו לצורך "הקטנת הנזק" ובבחינת "הרע במיעוטו", אם קולי היה נדרש לשם גיבוש רוב לעמדת השופטת וילנר בדבר פרשנות מצמצמת של התיקון, הייתי מצרף אני את קולי בהתאם.

87. לאחר קריאת חוות דעתם של חבריי והתוספות להן, אוסיף מילים אחדות.

אינני סבור כי ניתן לומר שמדובר בתיקון שמשמעותו סכנה מוחשית, הרסנית ואנושה לדמוקרטיה, כפי שהתבטאו חלק מחבריי בחוות דעתם. כדבריהם שמדובר ב"תיקון קיצוני וחריג בכל קנה מידה" ה"מתנגש חזיתית בליבת שניים ממאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית" (חוות דעתה של הנשיאה (בדימ'), פסקה 176) וה"מערער מן היסוד את מערכת האיזונים והבלמים הרעועה ממילא" (פסקה 178); המהווה "פגיעה אנושה בעקרונות הדמוקרטיים היסודיים ביותר במדינת ישראל" (חוות דעתו של מ"מ הנשיא, פסקה 11); הממית "הרס" על המשפט המינהלי (חוות דעתו של חברי השופט עמית, פסקה 116) ויוצר "חור שחור נורמטיבי, כזה שכוח הכבידה העוצמתי שלו שואב אליו שורה ארוכה של ערכים ונושאים עד שלא נודע כי באו אל קרבן" (פסקה 100); הפוגע "פגיעה אנושה" ב"אבני הבסיס של שיטתנו החוקתית" (חוות



דעתה של חברתי השופטת ברק-ארז, פסקה 27) ובדמוקרטיה (פסקה 35); כאשר "מרחפות מעל מדינת ישראל סכנות קיומיות, מחוץ ומבית... הדמוקרטיה הישראלית נתונה בימים אלה בסכנה מבית, והיא מגולמת בתיקון" (חוות דעתה של חברתי השופטת ברון, פסקה 1) היוצר "סכנה מוחשית לתקינות המינהל הציבורי ולשלטון החוק" (פסקה 28); ה"עלול אף לגרום לנזקים קשים לדמוקרטיה הישראלית" (חוות דעתו של חברי השופט גרוסקופף, פסקה 76) והמסיט את "נתיב הספינה ל'מים מסוכנים' – מסוכנים מאד" (פסקה 85); המהווה "מקרה קצה של פגיעה קשה ומהותית בגרעין הדמוקרטי של מדינת ישראל" (חוות דעתו של חברי השופט כבוב, פסקה 99); והפוגע "פגיעה קשה בעקרונות הדמוקרטיים של מדינת ישראל" (חוות דעתה של חברתי השופטת רון, פסקה 42).

להשקפתי תיאורים אלו אינם משקפים נכון את המצב החוקתי לאחר התיקון. לא קרוב לכך. צל הרים כהרים. ודאי בהתחשב ברוב הדחוק של השופטים התומכים בביטול התיקון לעומת המתנגדים לכך, דבר המצביע כשלעצמו על חולשת הטענה לקריסת המבנה הדמוקרטי בישראל עד היסוד.

## ש ו פ ט

### השופט ח' כבוב:

1. עניינן של העתירות שבכותרת בתיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, במסגרתו נקבע בסעיף 15(ד), כדלהלן:

"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 ההחלטה 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" (להלן גם: תיקון מס' 3 או סעיף 15(ד)).

השאלות המתעוררות בעתירות שלפנינו ניתנות לחלוקה לשלוש קטגוריות:

הסמכות. האם קיימת מגבלה על הסמכות המכוננת של הכנסת, והאם לבית משפט זה סמכות לדון בתוקפו של חוק-יסוד? שאלה זו נחלקת לכמה שאלות משנה: מה הם גבולות סמכותה של הכנסת כרשות המכוננת, ככל שקיימים כאלו? האם בית המשפט הוא הגורם שבידו הסמכות לפקח אחר המגבלות המוטלות על הכנסת בפועלה כרשות

מכוננת, ואם כן מה מקור הסמכות האמורה? מהי מהות הביקורת שבית המשפט מוסמך להעביר על חוקי-יסוד והנסיבות שבהן יורה בית המשפט על בטלות חוק-יסוד?

הפרשנות. מהי הפרשנות הנכונה של תיקון מס' 3, ובפרט, מה פירוש התיבה "סבירות" במסגרת התיקון; ומהן השלכות התיקון בהתאם לפרשנותו הנכונה?

עילת ההתערבות והסעד. בהינתן פרשנות התיקון והשלכותיה, האם קמה עילה להתערבות שיפוטית, והאם נדרש לבטל את סעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה?

אפנה אפוא לדון בסוגיות שעל הפרק, על-פי סדרן. בפתח הדברים אציין, כי לאחר שקראתי את חוות דעתם המפורטות של חברותי וחבריי, לא מצאתי מקום להרחיב בניתוח של כלל הסוגיות שזכו להתייחסות כזו או אחרת בעתירות שלפנינו. חוות דעתי תהיה ממוקדת במידה הנדרשת להבהרת עמדתי העקרונית בסוגיות שעל הפרק, וגם אז, הדבר ייעשה בקיצור ככל הניתן. טענות שלא בא זכרן בחוות דעתי, לא היה בהן כדי לשנות מעמדתי העקרונית.

א. האם קיימות מגבלות כלשהן על הסמכות המכוננת של הכנסת; והאם בית המשפט הוא הגורם המוסמך לאכוף את המגבלות הללו?

הערה מקדימה: כפי שיוסבר להלן בהרחבה, התיאוריה המקובלת במשפט הישראלי מאז שניתן פסק הדין בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי), היא כי הכנסת מחזיקה בשני 'כובעים' במקביל: 'הכובע המחוקק' ו'הכובע המכונן'. הכנסת פושטת מעליה את הכובע המחוקק וחובשת על ראשה את הכובע המכונן כאשר היא מכתירה חוק בתואר 'חוק-יסוד' ללא ציון שנת החקיקה. עם זאת, את הכובעים השונים חובשים אותם אנשים (חברי הכנסת), והפרוצדורה הנדרשת לשם חבישת שני הכובעים היא פרוצדורה זהה (העברת דבר החקיקה בשלוש קריאות ברוב רגיל, ככל שלא קיימת הוראת שריון). ואכן, חברי הכנסת אינם מהססים לחבוש על ראשם את הכובע המכונן כל אימת שהדבר יאה בעיניהם. מכאן, וכפי שיורחב להלן, ככל שקיימת הצדקה עקרונית להכיר במגבלות המוטלות על הרשות המחוקקת במדינה דמוקרטית, הרי שאותה הצדקה עשויה להיות רלוונטית, ולהוות נקודת מוצא לדיון, בשיטתנו, הן ביחס לרשות המחוקקת הן ביחס לרשות המכוננת.

א.1. גבולות הסמכות של הכנסת כרשות מכוננת

2. פשיטא, כי שאלת סמכותו של בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד כרוכה, מניה וביה, בהכרה בכך שסמכותה של הכנסת כרשות מכוננת – מוגבלת.

אחרת, הכנסת הייתה רשאית לעשות כטוב בעיניה, ולא היה כל מקום לערוך ביקורת שיפוטית על פועלה כרשות מכוננת.

3. ברמה העיונית, בפסיקה ובספרות נמנו מספר תכליות להטלת מגבלות על סמכותה של הרשות המחוקקת במדינה דמוקרטית, ובפרט: הגנה על העם-הריבון מפני נציגיו ברשות המחוקקת; הגנה על עקרונות מכוננים-קיומיים של המדינה; והגנה על הרשות המחוקקת ועל מעמדה אל מול הרשות המבצעת.

אפרט בקצרה במה דברים אמורים.

4. הגנה על העם-הריבון מפני נציגיו ברשות המחוקקת: כאשר אנו בוחנים את גבולות הסמכות של הרשות המחוקקת באספקלריה זו, השאלה שעומדת בראש מעיינו היא "מה העם, הוא הריבון, הסמיך את הרשות המחוקקת לעשות בהצביעו לנציגיו בבחירות הכלליות?". שכן, אם הרשות המחוקקת פעלה באופן המנוגד להסמכה שניתנה לה על-ידי העם, אזי היא פעלה בחריגה מסמכות, ופעולתה אינה שונה מבחינה מהותית מזו של רשויות אחרות הפועלות בניגוד להסמכה שניתנה להן. גבולות סמכותה של הרשות המחוקקת, במישור זה, נובעים מההצבעה של העם בבחירות. ההצבעה בבחירות הכלליות משקפת את שאיפת העם להגשים מספר מטרות, שהמשמעותית שבהן היא קיומו של משטר דמוקרטי במדינה (ראו למשל: אהרן ברק "הפרלמנט ובית-המשפט המשפט העליון – מבט לעתיד" הפרקליט מה 5, 5 (2000)).

אם כן, הכרה בגבולות סמכותה של הרשות המחוקקת איננה באה, בהכרח, על חשבון ריבונות העם. אדרבא, ישנן פעמים שדווקא הטלת מגבלות על סמכותה של הרשות המחוקקת היא זו שתשרת את העם. כזהו למשל המקרה (התיאורטי) המובא על-ידי השופט מ' חשין בעניין בנק המזרחי (בעמוד 544), המתייחס למצב שבו הרשות המחוקקת תחליט ברוב מוחלט של חבריה, ואולי אף פה-אחד, לבטל את הבחירות ולהאריך את כהונתה לתקופה בת 8 שנים, בהיעדר "נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן" (כלשון סעיף 9א(א) לחוק-יסוד: הכנסת). כאשר אנו אומרים כי פעולה מעין זו מנוגדת לסמכותה של הרשות המחוקקת, איננו מגבילים בכך את הריבון-העם, אלא להיפך. שכן, בנסיבות המתוארות, העם-הריבון, לא הסמיך את חברי הרשות המחוקקת לעשות את מה שנעשה על-ידם.

5. הגנה על עקרונות מכוננים-קיומיים של המדינה: ברבות השנים התפתחו במדינות רבות מגבלות על התפיסה הדמוקרטית הפורמלית (עיקרון הכרעת הרוב ברשות המחוקקת), והוכרה החשיבות של יצירת כללי משחק שאותם לא יהיה ניתן לשנות באמצעות רוב 'פשוט' ברשות המחוקקת. כללים אלו נועדו לשמור מכל משמר על

העקרונות הבסיסיים שלשמם ולמענם הוקמה המדינה. אמנם, אין ברחבי העולם נוסחה אחידה לעקרונות שנועדו לאזן בין ערכים 'דמוקרטיים' לבין ערכים 'חוקתיים', אך הצורך בקביעת מנגנונים אלו ברור (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 61-53 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה)). כפי שצינו רובינשטיין ומדינה, למעשה, אין בעולם שיטת משטר שאין בה עקרונות חוקתיים כלל, אף אם קיימות מדינות שאין בהן חוקה פורמלית (שם, בעמוד 53). כל מדינה והעקרונות שעמדו בבסיס הקמתה. כך למשל, דומה כי בבסיס החוקה האמריקנית ניצב העיקרון בדבר חירות הפרט, אשר לאורו עוצבו הן החלק הכללי של החוקה – בדרך של איזונים ובלמים שנועדו להגן על הפרט מפני ניצול לרעה של כוח שלטוני, ולעניין זה ראו ב'פדרליסט' מס' 85 :

"The additional securities to republican government, to liberty and to property, to be derived from the adoption of the plan under consideration, consist chiefly in the restraints which the preservation of the Union will impose on local factions and insurrections, and on the ambition of powerful individuals in single States, who may acquire credit and influence enough, from leaders and favorites, to become the despots of the people; in the diminution of the opportunities to foreign intrigue, which the dissolution of the Confederacy would invite and facilitate; in the prevention of extensive military establishments, which could not fail to grow out of wars between the States in a disunited situation; in the express guaranty of a republican form of government to each; in the absolute and universal exclusion of titles of nobility; and in the precautions against the repetition of those practices on the part of the State governments which have undermined the foundations of property and credit, have planted mutual distrust in the breasts of all classes of citizens, and have occasioned an almost universal prostration of morals" (The Federalist No. 85 (Alexander Hamilton)).

על המורכבות הטמונה בדברים אלו עמדה פרופ' רות גביון, בצינה :

"חשוב לזכור כי, עקרונית, ניתן לייחס עליונות גם לנורמות שאינן חקוקות. זה הוא המעמד של משפט הטבע בתורות משפט טבע של המשפט, וזה הוא מעמד 'ערכי היסוד' אם הקהילה המשפטית ובתי המשפט יבחנו תוקפם של חוקים על פיהם [...] השאלה, מהו ההסדר הראוי בחברה מסוימת בזמן נתון, היא שאלה פוליטית מרכזית וחשובה. סביר להניח, כי אין לשאלות אלה תשובות

כלליות, הנכונות תמיד ובכל חברה. שאלה זו תיפתר בכל חברה על סמך מאפיינים ייחודיים לחברה שמדובר בה, ועל סמך עקרונות ראויים כלליים של תפישת השלטון והמדינה. לעומת זאת, השאלה, מהו ההסדר המשטרי-חוקתי הקיים בחברה מסוימת בזמן נתון? היא שאלה מעורבת של מציאות פוליטית ושל משפט. תשובות לשתי השאלות – הן זו לגבי ההסדרים הראויים הן זו לגבי ההסדרים הקיימים – אינן יכולות להילמד מתוך עיונים מושגיים או לוגיים, או מתוך גזירה הכרחית מעקרונות תורת-המשטרים או מעקרונות תורת-המשפט, או אף מצורת משטר מסוימת (כגון דמוקרטיה) או מתורת-משפט מסוימת (כגון זו של אוסטיין, קלזן, הרט או דוורקין) (רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כ"ח 21, 35-37 (1997)).

6. הנה כי כן, בד בבד עם פיתוחן של דמוקרטיות וחוקות מודרניות, התגבשה ההבנה כי ישנם עקרונות שעומדים בבסיס קיומה של המדינה, אשר מצדיקים להטיל מגבלות מסוימות גם על נציגיו של הריבון המכהנים ברשות המחוקקת. העקרונות המכוננים של המדינה עשויים לכלול את חובתו של הרוב להכיר בזכויות המיעוט, ואפילו את העיקרון שלפיו המיעוט זכאי להיות חלק אינטגרלי בהליך קבלת ההחלטות במדינה. כך למשל, חברי, השופט א' שטיין, מטעים בחוות דעתו כי ההגנה על המיעוט במדינה דמוקרטית עשויה לנבוע, במידה לא מבוטלת, מרצון הרוב ומהאינטרס שלו לייצר מדינה משגשגת (ראו בפסקאות 26-27 לחוות דעתו).

7. הגנה על הרשות המחוקקת ועל מעמדה מול הרשות המבצעת: כידוע, אחד מתפקידיה של הרשות המחוקקת הוא חקיקת חוקים המסמיכים את רשויות המדינה ומורים להן כיצד עליהן לפעול בכפוף לדין. על כך מבוסס עיקרון חוקיות המינהל במובנו הבסיסי ביותר (ראו למשל: יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי כרך א 321-336 (2022) (להלן: דותן)); לפיו, כידוע, אין לרשות המינהלית אלא את הסמכויות שהוענקו לה בחוק או מכוחו, ועל כן פעולה של רשות שלטונית החורגת מגדר החוק המסמיך לוקה בפגם יסודי של חוסר סמכות (ראו למשל: בג"ץ 1/49 בד'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399 (1951) (להלן בהתאמה: עניין בד'רנו; עניין שייב)).

בשיטתנו, מכיוון שלרשות המבצעת יש, כמעט בהכרח, רוב בקרב חברי הרשות המחוקקת, וישנה פרקטיקה מקובלת של משמעת קואליציונית, קיים חשש כי הרשות המבצעת, שלה השפעה רבה על הליכי חקיקה, תעשה שימוש בכוחה זה, כדי לצמצם את המגבלות החלות עליה באמצעות חקיקה (על כל אלו ועוד פירטו חבריי ארוכות, ולא מצאתי להוסיף עליהם. המעוניינים בסקירה מקיפה נוספת, לרבות מבט משווה לארה"ב,

ותוך הצבעה על הקשר ההפוך בין עוצמתו של מבנה הפרדת הרשויות והיכולת של רשויות השלטון השונות לקיים מערכת אפקטיבית של איזונים ובלמים זו על זו, ימצאו זאת במאמרה של פרופ' רבקה וייל: Rivka Weill, *On the Nexus Between the Strength of the Separation of Powers and the Power of the Judiciary*, 31 WM. & MARY BILL RTS. (J. 705 (2023)).

כפי שיבואר בהמשך חוות דעתי, דברים אלו מקבלים משנה תוקף נוכח מהותו של תיקון מס' 3. במסגרתו, דומה כי נעשה שימוש בהשפעת הרשות המבצעת על הרשות המכוננת, כדי לחסן את הרשות המבצעת מפני חובת הציות לרשות המחוקקת.

א.2. ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת

8. כידוע, אין בישראל הוראת חוק מפורשת, לרבות חקיקת יסוד, המסמיכה את בתי המשפט לבטל דבר חקיקה של הכנסת. בוודאי שלא קיימת הוראה מפורשת המסמיכה את בתי המשפט לבטל חקיקת יסוד. אם כן, בבואנו ליתן מענה לשאלה האם בית המשפט מוסמך לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד של הכנסת, מוטב כי נזכיר לעצמנו מהו מקור סמכותו של בית המשפט לבקר חקיקה רגילה של הכנסת, מקום בו היא אינה תואמת את הוראות חוקי היסוד, בבחינת 'דע מאין באת ולאן אתה הולך'.

נתחיל אפוא מבראשית.

9. הגישה ששלטה בעשורים הראשונים לאחר קום המדינה, שהתבססה על המסורת הבריטית, הייתה כי אין לבית משפט זה סמכות להורות על שלילת תוקפו של חוק, אלא רק לבאר את פירושו:

"אחרי שחוק נתקבל בכנסת ופורסם ברשומות, עלינו להרכין ראש בפניו ולא להרהר אחרי הוראותיו, קביעותיו והנחותיו. הכנסת נוסכת את יינה לתוך קנקן החוק, ובית-המשפט יכול רק לומר, בדרך של פירוש החוק, מהו טעמו של היין. הוא אינו יכול לומר שהקנקן ריק מדין בניגוד לאמור בחוק עצמו" (בג"ץ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט(1) 337, 349 (1965)).

10. לאורך השנים החלו ניצני פסיקה שכפרו במה שניתן לכנות 'עליונות הרשות המחוקקת'. התפנית המרכזית בגישה זו התרחשה לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק-יסוד: חופש העיסוק. אז, כפי שיוסבר מיד, הוכרה בפסיקה סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, גם בהיעדר הוראת שריון פורמלית (ראו והשוו: בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969); לביקורת על אודות מה שמכונה 'המהפכה החוקתית' ראו: יהודית קרפ "חוק-יסוד כבוד האדם

וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323 (1993); גדעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" משפט וממשל יא 571 (2008).

11. הזרם המרכזי שהתפתח בפסיקת בית המשפט העליון, בכל הנוגע לסמכות בית המשפט להורות על ביטול חקיקה ראשית 'רגילה' של הכנסת, קשור בתיאוריית שני הכובעים שהוצגה לעיל, בדבר הסמכות המכוננת של הכנסת. זרם זה הכה שורש בפסק הדין בעניין בנק המזרחי. בהתאם לתיאוריה זו, דברים שנאמרו מפי הכנסת בכובעה המכונן ניצבים במעמד נורמטיבי גבוה יותר מדברים שנאמרו מפי הכנסת בכובעה המחוקק; ולפיכך, אם חוק רגיל נמצא כעומד בסתירה להוראות של חוק-יסוד – בית המשפט מוסמך, כתנאים מסוימים, להורות על בטלותו.

12. כבר בעניין בנק המזרחי נותרו ב'צריך עיון' מספר שאלות שתיאוריה זו מעוררת, ובכללן השאלה מה יקרה אם הכנסת תעשה 'שימוש לרעה' בסמכות המכוננת על-ידי קביעת נורמה שאינה מתאימה להיכלל תחת הכותרת 'חוק-יסוד' (שם, בעמוד 406). שאלה זו תזכה בהמשך לתשובה מפי חלק משופטי בית משפט זה (שעל אודותיה ארחיב להלן), לפיה בית המשפט מוסמך, בנסיבות מסוימות, להורות על בטלות חוק-יסוד שכזה. כמו כן, הועלתה האפשרות בדבר חוק-יסוד שאותו הכנסת לא תהא מוסמכת לכוון בהיותו 'תיקון חוקתי לא חוקתי' (שם, בעמוד 394).

13. תיאוריית שני הכובעים שאומצה על-ידי הנשיא א' ברק בעניין בנק המזרחי הייתה שונה מזו של הנשיא (בדימ') מ' שמגר, שסבר כי הכובע 'המכונן' עבר מן העולם יחד עם 'החלטת הררי' שבה התקבלה פשרה שלפיה, תחת כינון חוקה, הכנסת תחוקק חוקי-יסוד שיהפכו ביום מן הימים לחוקת המדינה (להרחבה על החלטת הררי, ראו: בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקה 4 לחוות דעתי (18.01.2023) (להלן: עניין שיינפלד)). עם זאת, גם הנשיא (בדימ') שמגר סבר כי בית המשפט מוסמך לבטל חקיקה ראשית של הכנסת מכוח חוקי היסוד. התיאוריה של הנשיא (בדימ') שמגר התבססה על סמכותה של הכנסת להגביל את עצמה. לפי תיאוריה זו, פסקת ההגבלה (שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק) מבטאת את רצונה של הכנסת להגביל את עצמה מלפעול בניגוד לאמור בחוק היסוד, ומכאן שלבית המשפט מסורה הסמכות לאכוף את ההגבלה שהכנסת נטלה על עצמה, בדרך של ביטול חקיקה ראשית העומדת בסתירה לאמור בחוק היסוד.

14. השופט חשין סבר אחרת. לאחר שבחן בחוות דעתו, בהרחבה רבה, פסקי דין, מקורות פרלמנטריים, כמו גם דברי מלומדים שנאמרו לאורך השנים, הוא הגיע לכלל מסקנה, כי לאורך ההיסטוריה של מדינת ישראל, הדעה המקובלת הייתה שחוקי-היסוד

הם בעלי מעמד נורמטיבי זהה לחקיקה רגילה. השופט חשין סבר כי קבלת חוקה מחייבת שהעם, שהוא זה שמקבל על עצמו את ההתחייבויות המעוגנות בחוקה, יידע שהוא 'מצביע' על חוקה ולא על חוק רגיל; להבדיל ממצב שבו בית המשפט הוא זה ש'מעדכן' את העם בדבר חוקה שהריבון מחויב בה. לפי השופט חשין, ניתן ללמוד ממקומות אחרים בעולם כיצד חוקה מתקבלת, ואין בנמצא חוקות אחרות שבהן בית המשפט הוא זה שהודיע לבית המחוקקים ולכל העם כי התקבלה חוקה המחייבת אותם. השופט חשין חלק גם על גישת הנשיא (בדימ') שמגר שלפיה הכנסת מוסמכת להגביל את עצמה. לשיטתו, אין לכנסת אחת כל עדיפות על פני כנסת אחרת, ולכן אין להניח כי יש בסמכותם של חברי כנסת מסוימת להגביל את חברי הכנסת שייבחרו אחריהם. דוגמה מוקדמת מובהקת לגישת השופט חשין בפסיקה הישראלית ניתן למצוא בבג"ץ 60/77 רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת, פ"ד ל"א(2) 556 (1977) – שם שלל בית המשפט מפורשות את הטענה כי חוק-יסוד ניתן לשינוי בחוק-יסוד בלבד, וכך נאמר שם: "בצדק טוענת הגב' ביניש שעם כל הכבוד לפרופסור קליין, אין כל אסמכתה לכך שלא ניתן לשנות חוק-יסוד אלא על-ידי חוק שהכנסת כינתה אותו כחוק-יסוד, שהענין הוא ענין שבסמנטיקה בלבד, וכי למעשה הפסיקה היא אחרת" (שם, בעמוד 560; ההדגשה שבקו תחתון הוספה – ח' כ').

לצד זאת, השופט חשין סבר כי פסקת ההגבלה מאפשרת לבית המשפט לפסול חוקים העומדים בסתירה לחוק היסוד, כל עוד לא נקבע בחוק כי הוא יהיה תקף על אף האמור בחוק היסוד. השופט חשין קבע כי משהכנסת התחייבה ליתן לאזרחים את הזכויות המנויות בחוק היסוד, ניתן להניח כי היא לא התכוונה לשלול את הזכויות שאותן היא הבטיחה, אם היא לא אמרה בפירוש את ההיפך. במובן זה, בית המשפט רק מבהיר לכנסת את השגגה שיצאה תחת ידה. עם זאת, ככל שהכנסת תאמר בפירוש כי שלילת הזכויות היא "על אף האמור בחוק היסוד", הרי שאין כל דבר שימנע ממנה לעשות כן (שם, בעמודים 554-563).

לא זו אף זו, השופט חשין דחה מכול וכול את הרעיון בדבר האפשרות שהכנסת תעשה 'שימוש לרעה' בסמכות כינון החוקה. לדבריו:

"האומנם נאמר כי בית-משפט הוא שיקבע מה ראוי לה לחוקה שתכלול – ומה אין ראוי לה לחוקה שתכלול – ומתוך שחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים אין הוא 'ראוי' שייכלל בחוקה, יוסיף בית המשפט ויקבע כי שריונו נעשה שלא כדין ובחריגה מסמכות אך מטעם זה בלבד? איסור שתיית משקאות אלכוהוליים (PROHIBITION) נכלל בתיקון לחוקת ארצות-הברית. כך ביקש 'מחוקק החוקה' לעשות – וכרצונו עשה. חוק זה, אליבא דכולי עלמא, אין הוא ממשפחת חוקי חוקה. האם נאמר כי מתקן החוקה חרג מסמכותו?" (עניין בנק המזרחי, בעמוד 516).



## א.3. ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד

15. כאמור בפתח חוות דעתי, סבורני, כי הביקורת השיפוטית על חוקי-היסוד שהכנסת מכוננת קשורה בטבורה לשאלת גבולות סמכותה המכוננת של הכנסת במדינת ישראל.

16. חברי, השופט שטיין, סבור כי מקור ההגבלה על סמכותה המכוננת של הכנסת טמון בהכרזת העצמאות, המנשר ופקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. כשלעצמי, עובר לכתובת שורות אלה, שקלתי בכובד ראש את מעמדה של הכרזת העצמאות, המנשר והפקודה האמורה, בקשר עם המגבלות החלות על הכנסת כרשות מכוננת. זאת עשיתי הן לאחר קריאת חוות דעתו של חברי השופט שטיין בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (26.10.2023); הן לאחר עיון בחוות דעתו בעתירות שבכותרת. שהרי "הכרזה זו – היא 'מגילת העצמאות' שלנו, [היא הן תעודת הלידה והן תעודת הזהות של המדינה כיחידה מדינית, ריבונית ועצמאית" (דברי הנשיא (בדימ') שמגר בעניין בנק המזרחי, בעמוד 309). ואולם, נוכח הקשיים שמערימים המסמכים המעידים על אופן הבנת ההכרזה על-ידי מנסחיה (ראו למשל: פרוטוקול הישיבה השלושים ושש של מועצת-המדינה הזמנית מיום 13.09.1949, דברי ראש-הממשלה, דוד בן-גוריון: "מיד עם הייסוד ידענו, שהמועצה הזמנית אינה השלטון הנצחי של מדינת-ישראל, אלא סידור זמני. ובהגיע ההזדמנות הראשונה יימסר הכוח, שנטלה לעצמה הממשלה והמועצה הזמנית, לעם שיבחר בבחירות דמוקרטיות את נציגיו ואלה יקבעו יסודותיה החוקיים של המדינה"), ובשים לב לכך שזו גם הייתה ההבנה הרווחת בקרב שופטי בית משפט זה סמוך לאחר קום המדינה (ראו למשל: בג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 85, 90 (1948)), איני סבור כי נכון שנקבע כי המקור להגבלת סמכותה המכוננת של הכנסת הוא כמוצע על-ידי חברי. זאת נאמר, חרף העובדה שגם אני סבור כי יש טעם של ממש ב'פורמליזציה' של המשפט החוקתי בישראל; ומבלי שנעלמה מעיני הערת חברי, השופט י' אלרון, בפסקה 4 לחוות דעתו, באשר ל'היפוך היוצרות' שחל בפיתוח המשפט החוקתי בישראל על-ידי בית משפט זה – שלא בטובתו.

17. מנגד, דומה כי מרבית שופטי בית משפט זה סבורים, כפי שכבר נקבע בבג"ץ 5555/18 חסון נ' הכנסת (08.07.2021) (להלן: עניין חסון) בדעת רוב, כי סמכותה המכוננת של הכנסת בישראל מוגבלת על-ידי עקרונות הנובעים "מהטקסט החוקתי, ומן המערך החוקתי בכללותו, כפי שהתפתח במהלך שנות קיומה של המדינה" (שם, בפסקה 16 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות). בהתאם לגישה זו, מאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל, שהכנסת איננה מוסמכת לסטות מהם באופן מהותי, הם היותה של המדינה

יהודית ודמוקרטית. קרי, עקרונות היסוד הניצבים בבסיס קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מגבילים את כוחה של הכנסת, לרבות בעת חקיקת חוקי-יסוד.

18. כשלעצמי, דומני כי ההמשגה הטובה ביותר למגבלות המוטלות על הסמכות המכוננת של הכנסת, מצויה בתפיסתו של השופט חשין בעניין בנק המזרחי. באותו עניין, השופט חשין ציין כי אף שלשיטתו אין לישראל חוקה פורמלית, הכנסת אינה מוסמכת לחוקק כל חוק שהוא. כך למשל, הכנסת אינה רשאית לשנות את מספר חבריה לאלתר או להאריך את כהונתה מעבר לארבע שנים, וזאת אף אם 120 חברי כנסת הצביעו על חוק כזה ב-3 קריאות, ואף אם הם כינו את החוק 'חוק-יסוד' (שם, בעמודים 544-545). חוק כזה יהא בטל ומבוטל כאילו לא היה. הבסיס לתפיסה זו הוא שהעם מעולם לא הסמיך את הכנסת לכך. ולכן, מדובר בחוק שנחקק על-ידי הכנסת בחוסר סמכות. לדידי, תפיסה זו מבטאת את חובתה של הכנסת להישמע למקור סמכותה הבסיסי ביותר – הלא הוא העם, אשר לא הסמיך את הכנסת לפעול באופן ששולל את זהותה של המדינה כמדינה דמוקרטית. לעניין זה, ראו האמור בפסק דינו של השופט חשין ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997) (להלן: עניין ארפל): "[...] ואולם גם חוקי-היסוד אינם בפסגת הפירמידה, שמא נאמר: בתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי-היסוד יונקים מהם את חיותם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדמוקרטיה היהודית. אלה הם הגבוה מעל גבוה שומרי. אלה הם הגנים היוצרים את חיינו".

19. מהאמור נובע כי מקובלת עליי טענת משיבי הממשלה שלפיה העם בישראל הוא הריבון, והוא זה שרשאי לקבוע את גבולות הסמכות של כל רשות מרשויות המדינה. כך בפרט, כאשר לא קיימת חוקה פורמלית המגבילה את הריבון-העם משינוי חוקי היסוד. ברם, בשונה ממשיבי הממשלה, אינני סבור כי הטלת מגבלה על הכנסת משמעה, בהכרח, הטלת הגבלה על רצון העם. שכן, כמוסבר לעיל, לעתים דווקא הגבלת הרשות המחוקקת היא זו ששומרת על העם מפני פעולות של הרשות המחוקקת אשר מתבצעות בניגוד להסמכה שניתנה לה.

ישאל השואל – כיצד נוכל לדעת מהן גבולות ההסמכה שהעם הציב לכנסת. הרי גבולות אלו אינם משורטטים בדבר חקיקה או בחוקה כתובה שניתנה ואושררה על-ידי העם; ומניין לנו כי הגבלת נציגיו של הריבון לא תביא להגבלה של רצון העם, בניסיון להגן עליו? מדובר בשאלה קשה, שיורדת לשורש היחסים המורכבים שבין שלוש הרשויות, ואעשה כמיטב יכולתי להשיב על כך בהמשך. בשלב זה, די בכך שאציין, כי אף בהיעדר חוקה כתובה, נדרשת הגנה, ולו בסיסית ביותר, על העם מפני נציגיו.

20. למעשה, כבר בעניין בנק המזרחי, ולאמיתו של דבר עוד קודם לכן, התעוררה שאלת גבולות סמכותה של הכנסת, גם כרשות מכוונת. בצייני דברים אלו, אני מתעלם מעמדת הכנסת ומשיבי הממשלה, לפיה אם חוקי היסוד הם מקור הסמכות לביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית 'רגילה', הרי שהעברת ביקורת שיפוטית על חוקים אלה היא בבחינת כריתת הענף עליו יושבת הביקורת השיפוטית על חקיקה רגילה מאז עניין בנק המזרחי. כידוע, עמדה דומה הביע אף חברי, השופט ד' מין, בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקה 8 לחוות דעתו (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר); בעניין חסון, פסקה 2 לחוות דעתו; ובבג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון נ' כנסת ישראל (12.07.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים), במסגרתו ציין חברי, כך:

"משהועמדה סמכותה של הרשות המכוונת לכוון 'חוקה', על פניו מבלי לקבוע מסמרות בעניין, אין כל לגיטימציה לכך שבית משפט זה ייטול לעצמו את המושכות להכרה בביקורת שיפוטית שיש בה כדי להתגבר על אותה 'חוקה'. לא ניתן לאחוז בחבל משני קצותיו" (שם, בפסקה 9).

מדובר בביקורת של ממש, בייחוד תחת משטר משפטי שמעניק את הבכורה ל'תיאוריית שני הכובעים', לפיה המגבלות על חקיקה רגילה של הכנסת הוטלו עליה רק מכוח הכובע המכוון של הכנסת. אולם, סבורני, כי כאשר עסקינן במגבלות המוטלות על הסמכות המכוונת, אין מדובר ב'התגברות' על 'החוקה', אלא בקביעה כי חוק-היסוד האמור חוקק או תוקן בחריגה מסמכות. דהיינו, כי מעולם לא הייתה לכנסת סמכות לעשות כן. המגבלות על סמכותה המכוונת של הכנסת אינן נובעות אפוא מ'כובע' כזה או אחר, אלא מכך שהעם-הריבון הסמיך אותה לבצע עבורו תפקיד מסוים, ולא הסמיך אותה להיות כל-יכולה.

21. אודה ולא אכחד. המסקנה לפיה הכנסת מוגבלת בסמכותה המכוונת לא מנביעה, באופן אוטומטי, את המסקנה שבית המשפט הוא הגורם המוסמך לקבוע מתי הכנסת חרגה מסמכותה. ניתן היה למשל לסבור, כפי שהממשלה ביקשה לטעון לפנינו, כי העם הוא זה שיפקח על סמכותה המכוונת של הכנסת ב'יום הבוחר'. דא עקא, במצב הדברים הקיים בשיטתנו המשטרית, כאמור לעיל וכפי שיפורט מיד, אני מוצא קושי ממשי בכך שהיעדר הסדרה מפורשת של סמכויות הרשות המכוונת יוביל לכך שנושא כה מהותי – פעולה של כינון חוקי היסוד, בחריגה מסמכות – יחמוק מביקורת שיפוטית.

22. מסקנה זו מתחדדת לאור עיקרון שלטון החוק, ש"מופנה הן לפרטים והן לזרועות השלטון, והוא חל גם על בית הנבחרים עצמו, [ב]בחינת 'שלטון החוק במחוקק'" (בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197, 202 (1982)). משמעות תפיסה זו היא שבמדינה דמוקרטית כולם כפופים לחוק, לרבות המחוקק; ובלשון הפילוסוף יוסף

רז: "People should obey the law and be ruled by it [...] the government shall be ruled by the law and subject to it" (JOSEF RAZ, THE AUTHORITY OF LAW 212 (1979)). משכך, ומשעה שנמצא כי קיימות מגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת – הרי שהותרת מעשה שנעשה בחוסר סמכות ללא ביקורת שיפוטית, תוביל למצב שבו הכנסת אינה כפופה לדבר במהלך שנות כהונתה; אפילו כאשר היא נוטלת לעצמה סמכויות שמעולם לא ניתנו לה.

23. כאמור, הדברים מקבלים משנה תוקף בראי העובדה שבישראל קיימת זהות ותמימות דעים לא מבוטלת בין הרשות המחוקקת ובין הרשות המבצעת; וכמעט שאין גורם מאזן לכוון המשותף מלבד הרשות השופטת. מצב זה גורם גם לכך שתיקונים לחוקי-יסוד נעשים בישראל באופן תכוף ביותר, בין היתר כדי לענות על צרכי שעה של הממשלה (כמתואר על-ידי חברי, השופט י' עמית, בפסקאות 20-21 לחוות דעתו. ראו גם אלעד גיל "שינוי כללי המשחק בזמן המשחק" – "פתולוגיה" ישראלית" תכלית – המכון למדיניות ישראלית (18.01.2023), שם מתואר כי דרך פעולה זו היא מנת חלקה של כל הממשלות בישראל, בעיקר מאז שנת 2014, ללא הבדל בהרכב הקואליציה; עמיר פוקס "השינויים התכופים בחוקי היסוד" המכון הישראלי לדמוקרטיה (27.07.2023)). כפי שצינתי לעיל, ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד נועדה, בראש ובראשונה, לשמור על הריבון-העם מפני פגיעה בו על-ידי נציגיו בכנסת, אשר עלולים לעשות שימוש בכוחם שלא לטובת העם, ובניגוד לסמכות שניתנה להם על-ידי העם.

24. בעניין שיינפלד הבעתי דעתי כי בראש השיקולים המצדיקים ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, ניצב הצורך בהגנה ובשימור על עיקרון הפרדת הרשויות שניצב בבסיס התפיסה המדינית הדמוקרטית, בצייני כי:

"במצב דברים זה, קרי בהיעדרה של חוקה שלמה ופורמלית ובהינתן המציאות מזה עשרות שנים, בה נורמות חוקתיות בישראל נקבעות, בהליך חקיקתי רגיל וללא הבחנה בין הכובע המכונן והכובע המחוקק, בניגוד להליכים המקובלים בעולם [...] – סבורני כי קיימת חשיבות לא מבוטלת, לשימור מערך האיזונים והבלמים העדין שקיים בין הרשות המכוננת לבין הרשות השופטת [...] תפקידו של בית המשפט בהקשר זה ברור עוד יותר בעיניי, נוכח המאפיינים הייחודיים של המערכת השלטונית-מוסדית בישראל, ובפרט ההשפעה הרבה, והכמעט בלעדית, של הממשלה על הליכי חקיקה בכנסת [...] (שם, בפסקה 5 לחוות דעתי; ההפניות הושמטו).

וכדברי חברי, השופט נ' סולברג, בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקה 36 לחוות דעתו (06.08.2017) (להלן: עניין קוונטינסקי): "לעיתים דווקא התערבות

ביקורתית של רשות אחת בפעולתה של רשות אחרת, היא אשר שומרת על מעמדן ההולם של רשויות השלטון כולן, ומונעת ניצול לרעה של הכוח המסור להן". אחר דברים אלו אף הביא חברי, מדבריו של השופט חשין בעניין מגדלי העופות, שאת דבריו מצאתי להביא גם כן:

"לכל אחת משלוש הרשויות העושות שלטון מוקצית חלקה משלה, ובה היא שליטה בלבדית – חלקת-מחוקק, חלקת-מבצע, חלקת-שופט. בה-בעת מחזיקה כל רשות בקרניהן של שתי הרשויות האחרות ומוחזקת היא בקרניה על-ידי שתי הרשויות האחרות, לבל תנגח רשות את רעותה, ולבל תשתלט רשות על חלקותיהן של אחיותיה הרשויות האחרות. הרשויות נפרדות אפוא אישה מרעותה, אך גם קשורות הן ביניהן-לבין-עצמן. מדברים אנו במעין-סחר־חֶרֶת ולה שלוש כנפיים. חוכמת המדינאות היא כי יישמר שיווי-משקל, והנדנדה תיסוב במתינות לרווחתם של הכול. ואולם, שעה שאחת מן הרשויות תטלטל את קרניה יתר-על-המידה, או מקום שאחת מן הרוכבות על כנף-הנדנדה תפר את שיווי-המשקל, ייפרעו הסדרים, וטלטלה תאחז בכל מערך השלטון" (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 82 (2004)).

25. בעניין קוונטינסקי נקבע, בין היתר על יסוד האמור לעיל, כי דבר חקיקה יהיה חסר תוקף אם חברי הכנסת לא קיבלו "אפשרות מעשית כלשהי לקיים דיון מינימלי בהצעת החוק ולגבש עמדה מושכלת לגביה" (שם, בפסקה 69). דהיינו, גם אם כל חברי הכנסת יבחרו באופן חופשי לקיים הצבעה על דבר חקיקה מבלי שניתנה להם הזדמנות כאמור, לא יהיה לכך תוקף, ובית המשפט יורה על בטלות החוק. ומדוע? משום שחברי הכנסת לא הוסמכו לחוקק חוקים מבלי לקבל הזדמנות לקיים דיון מינימלי בהצעת החוק. הגם שבאותו עניין דובר בפרוצדורה של חקיקת החוק ולא בתכנון, סבורני כי ניתן להסיק מאותו עניין על כך שחברי הכנסת אינם 'כל-יכולים'; זאת, גם כאשר אין כל מקור פורמלי השולל מהם לקיים הצבעה על דבר חקיקה מבלי שישנה הזדמנות מעשית לקיים דיון מינימלי בתוכנו. המגבלות המוטלות על סמכותם נובעות ממהות התפקיד שהוטל עליהם על-ידי הציבור בעת הבחירות.

26. בצד האמור, ברור כי ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד איננה אמורה להיות מעשה יום ביומו, ומן הראוי כי רק שיקולים כבדי-משקל יחייבו את בית המשפט לעשות כן. זאת, מכיוון שהעברת ביקורת כאמור, ללא שקיימת לכך הסמכה מפורשת, מקימה בעצמה חשש לכך שהרשות השופטת תשיג את גבולה של הרשות המכוננת ותביא בכך לפגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות וברצון העם. לצד זאת, כאמור, קיים חשש בדבר פגיעה אפשרית בתפיסתו של בית המשפט על-ידי הציבור כמי שאמון על יישום החוק, להבדיל מקביעת תוכנו, וראו בהקשר זה את אזהרתו של חברי, השופט סולברג כי:

"הדבר עשוי להתפרש כשימוש שלא לטובה בסמכות הביקורת השיפוטית, אשר כל קיומה, בהסמכה המשתמעת שהעניק לנו המכון-המחוקק בגדרי חוקי-היסוד [...] שומה עלינו להבטיח הפרדת רשויות, למנוע עירוב תחומין. כל רשות וגדרי תפקידה, כל פקיד וסמכויותיו-הוא, 'איש איש על עבודתו, ואֵל מִשְׁאוֹ' (במדבר ד, יט). אלמלא הפרדת רשויות זו, איש את רעהו – סמכותו בלעז" (עניין שפיר, בפסקה 28 לחוות דעתו).

עם זאת, בהינתן כל האמור לעיל, דומה כי הביקורת השיפוטית על סמכותה המכוננת של הכנסת היא כורח המציאות; הכרח בל יגונה. מכל מקום, יש צורך בזהירות מיוחדת. יש להשתכנע כי מדובר באירוע קיצון כדי שבית המשפט ייטול על עצמו את התפקיד הרגיש הזה.

27. לאחר מתן מענה לשאלת מקור סמכותו של בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית, ואף לבטל חקיקת יסוד של הכנסת, אדרש עתה, בקצרה, למהות הביקורת, ולדוקטרינות שהוצעו בפסיקה בסוגיה זו.

#### א.3.א. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת

28. הדוקטרינה המוכרת הראשונה, שבשונה מרעותה עברה תמורות והתפתחויות בפסיקת בית משפט זה ועל כן ארחיב קמעה על אודותיה, נושאת את השם "שימוש לרעה בסמכות המכוננת". דוקטרינה זו גורסת כי סמכות בית המשפט לבטל חקיקת יסוד קשורה בכך שבית המשפט 'מזהה' כי הנורמה הרלוונטית איננה מתאימה להיקבע בגדרי חוקתה של מדינת ישראל. זאת, לא משום שמדובר בנורמה שאיננה ראויה להיקבע בחוקת מדינת ישראל מבחינת תוכנה. שכן, בית המשפט אינו יושב כערכאת ערעור על החלטותיה של הרשות המכוננת של המדינה. במקום זאת, מדובר בכלל שעניינו בזיהוי שהכנסת נתנה לנורמה מסוימת כותרת שגויה. לפי תיאוריה זו, בית המשפט הוא הגורם המוסמך 'לזהות' מתי חברי הכנסת 'טעו' לחשוב שנורמה מסוימת היא חלק מהחוקה, כאשר היא איננה כזו. בדומה לכך, ניתן לחשוב על דוגמה שבה מאה ועשרים חברי כנסת מצביעים על חוק-יסוד מסוים בשתי קריאות, ובגוף חוק היסוד נרשם כי הוא יעבור לאחר שתי קריאות בלבד. ברי כי בית המשפט יהיה מוסמך להורות כי ה'דבר' שעליו הצביעו חברי הכנסת איננו בגדר 'חוק-יסוד', וזאת מאחר שבית המשפט הוא הגורם האמון על זיהוי תוקפם הנורמטיבי המחייב של דברי חקיקה. התפתחותה של דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת', תוארה בהרחבה על-ידי חברי השופט סולברג בעניין ממשלת החילופים, ולא מצאתי להביא את הדברים שוב.

29. בענייננו, די בכך שאציין כי לדידי קיים קושי ממשי לטעון כי הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת במסגרת תיקון מס' 3. זאת, מכיוון שסמכות בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק לבקר את פעולות הממשלה ושריה, היא סוגיה שקשורה למבנה החוקתי של המדינה, והיא עוגנה זה מכבר בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה; וככזו קשה לקבל את הטענה שמקום הוראה זו אינו בגדרי החוקה של המדינה. באופן קונקרטי יותר אף יוער, כי קשה להלום טענה לפיה מיקומו הגאומטרי של תיקון כגון דא, המבקש להגביל במפורש את סמכות בתי המשפט, יהיה חיצוני לחוק-יסוד: השפיטה, למשל בגדרי חוק-יסוד: החקיקה (ככל שיחוקק ביום מן הימים), שתכליתו, ככל הנראה, תהיה בין היתר, להגדיר את מהותם של חוקי-היסוד ואת אופן חקיקתם, ובכך לבדל אותם מחוקים אחרים באופן מהותי יותר מה'מבחן הצורני' שהוכר בעניין בנק המזרחי.

#### א.3.ב. דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי

30. הדוקטרינה המוכרת השנייה, שאותה מקובל לכנות "התיקון החוקתי הבלתי חוקתי" (Unconstitutional Constitutional Amendment), עוסקת במגבלות הכוח המהותיות של הסמכות המכוננת עצמה. לדוקטרינה זו שני מופעים שכיחים: הראשון מבוסס על קיומן של "פסקאות נצחיות" מפורשות בחוקה, שקובעות כי היבטים מסוימים של החוקה אינם ניתנים לתיקון או לשינוי; והמופע השני מבוסס על ההנחה לפיה אין בכוחו של תיקון חוקתי לפגוע במבנה הבסיסי (Basic Structure) של החוקה, או בערכי היסוד של השיטה.

אין זה מפתיע שנוכח טיבה וטבעה של דוקטרינה זו, יישומה במובניה המוכרים, מעורר קושי במדינת ישראל בה טרם הושלם תהליך כינון החוקה. אומנם, כבר בפסיקתו המוקדמת התייחס בית משפט זה לקיומם של עקרונות-על בשיטתנו המשפטית, אך הוא נמנע מלקבוע כי ניתן לפסול מכוחם חקיקה או חוקי-יסוד (ראו למשל: ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 389-390 (1965) (להלן: עניין ירדור)). בנסיבות כגון דא, מתעצם הקושי, על סמך מה יכול בית המשפט לקבוע את גדרי סמכותו של מכוון החוקה, או במילים אחרות, מה עומד במדרג הנורמטיבי מעל מכוון החוקה? כאמור, שאלה זו נדונה במספר פסקי דין, והיא נזכרה כבר בעניין בנק המזרחי, ואף קודם לכן בעניין ירדור, וכן בבג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 554 (1990), ומאז שבה סוגיה זו במספר הזדמנויות (ראו גם: אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר בך 361 (דוד האן ואח' עורכים, 2011)).

31. כך, לדוגמה, בבג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.05.2018) שעסק בתיקון מס' 44 לחוק-יסוד: הכנסת, המוכר גם כ'חוק ההדחה', צוין כי קיים קושי ממשי בפיתוח דוקטרינה מעין זו במשפט הישראלי, בה אין חוקה שלמה ואין פסקת נצחיות ב'פרקי החוקה' הכתובים של המדינה. באותו עניין ציינה הנשיאה חיות כי "לעת הזו, ובהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי כמשימה שטרם הושלמה, ובפרט משלא נקבעו עד כה ההליכים לכינון ולתיקון של חוקי-יסוד, יש בעייתיות לא מבוטלת באימוץ דוקטרינה מקיפה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי דוגמת הדוקטרינות הנוהגות במשפט המשווה" (שם, בפסקה 25 לחוות דעתה).

32. שאלה זו נדונה פעם נוספת בעניין חסון, שעסק בתוקפו ובחוקתיות חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. אך גם שם לא הייתה תמימות דעים בין השופטים בסוגיה זו. חשוב להדגיש כי 10 מבין 11 שופטי בית משפט זה סברו כי חוק הלאום לא מגיע, ולו בקירוב, לאותם מקרים בהם ייקבע כי מדובר בתיקון חוקתי לא חוקתי. לצד זאת, מרבית שופטי ההרכב עמדו על כך שכל עוד אין בישראל חוקה מלאה, חלה על הכנסת כרשות מכוונת מגבלה אחת, צרה ביותר, והיא שאין ביכולתה לשלול בחוק-יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית, מכיוון שמדובר ב'חריגה מהסמכות המכוונת'.

33. הנה כי כן, בניסיון לתור אחר גבולות סמכותה של הכנסת כרשות מכוונת, התגבשה ההלכה הפסוקה לגבי טיב הביקורת השיפוטית על חוקי-יסוד. כמפורט לעיל, בפסיקה ניתנו שני סוגים של תשובות לשאלת מהות הביקורת שבית המשפט מוסמך להעביר על חוקי-יסוד, בגדרי ה'שימוש לרעה בסמכות המכוונת' או ה'התיקון החוקתי שאינו חוקתי'; כאשר כל אחת מהן נושאת נסיבות בהתקיימן יורה בית המשפט על בטלות חוק-יסוד.

34. בענייננו-אנו, קבעה הנשיאה (בדימ') חיות כי "תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, מהווה מקרה קצה שחקיקתו מגיעה כדי חריגה מסמכותה המכוונת של הכנסת". קביעה זו מקובלת גם עליי, וטעמי לכך יתבהרו בהמשך חוות דעתי. כאמור בפסקה 18 לעיל, על אף שהרשות המכוונת הוסמכה על-ידי העם לקבל החלטות רבות באשר לעתיד האומה, סמכות זו אינה בלתי מוגבלת. במילים אחרות, ישנם מקרים שבהם הכנסת, בתפקידה המכוון, חורגת מסמכותה, במובן זה שהיא פעלה בניגוד לסמכות שניתנה לה על-ידי הריבון-העם.

35. טרם חתימת פרק זה אשוב ואבהיר: הקביעה כי נציג הריבון חרג מסמכותו, כאשר הדבר לא הוסדר בדבר חקיקה כלשהו איננה פשוטה כלל ועיקר. מדובר בסוגיה



סבוכה, שצעידה בה משולה להליכה בשדה מוקשים. משכך, סבורני כי שומה עלינו להיזהר פן הדבר יהפוך לחזון נפרץ. דרכו של המשפט המקובל להתפתח עקב בצד אגודל, ממקרה למקרה, וכך אעשה אף אני מבלי להתיימר למצות את הדיון בסוגיית הביקורת השיפוטית על חוקי-יסוד.

עתה אפנה למקרה שלפנינו.

ב. פרשנותו הנכונה של תיקון מס' 3, או מה הכוונה במילה סבירות?

36. כמובא לעיל, סעיף 15(ד) מושא עניינינו קובע כך:

”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 ההחלטה 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”.

בפרק זה, וכדי להכריע בגודל העתירות, יש להכריע מה פרשנות התיבה סבירות במסגרת התיקון. אתגר זהה הציב הנשיא מ' לנדוי בפני חברו, השופט ברק, כבר בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור פ"ד לה(1) 421 (להלן: הלכת דפי זהב), בציינו: ”הכל תלוי במה שמתכוונים לבטא במלה סבירות” (שם, בעמוד 432). לכך אפנה, בתמצית, עתה.

הערה מקדימה: חלק מחבריי הביאו, בפירוט רב, את הגִּנְאָלוֹגְיָה של עילת הסבירות. אם אחזור על איזה מדבריהם, הדבר נעשה לשם בהירות חוות דעתי.

ב.1. התפתחותה של עילת הסבירות בפסיקה

ב.1.א. שורשיה האנגליים של עילת הסבירות

37. השימוש במושג 'סבירות' בתחום המשפט המינהלי מוכר במשפטנו עוד מקדמת דנא. שורשיה של עילת הסבירות נטועים בשיטת המשפט האנגלית, שם נעשה בה שימוש, בעיקרם של דברים, לשם העברת ביקורת שיפוטית על חוקי עזר (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 723 (כרך ב 2010) (להלן: ברק-ארז), שם מוזכר גם פסק הדין האנגלי בעניין Kruse v. Johnson 1 Q.B. 91 [1898] (להלן: עניין Kruse)).

38. בגרסתה האנגלית, התייחסה עילת הסבירות לשתי קבוצות עיקריות של מקרים. הראשונה, עניינה במצבים בהם נפל בהחלטה המינהלית אחד מהפגמים האחרים המוכרים

במשפט המינהלי, כמו למשל שקילת שיקולים זרים, אי שקילת שיקולים רלוונטיים או חוסר סמכות; השנייה, עניינה במצבים בהם ההחלטה המינהלית מופרכת על פניה או שרירותית (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כך ה – עילות הביקורת המשפטית 3849 (2020) (להלן: זמיר – הסמכות המינהלית); ברק-ארז, בעמוד 723)).

39. שני מובניה אלו של עילת הסבירות האנגלית באו לידי ביטוי גם יחד בהלכת Wednesbury הנודעת ( Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation, 1948 1 KB 223, 229).

תחילה, עמד בית המשפט על הקשר שבין עילת הסבירות לבין עילת חוסר הסמכות, עת שהטעים כי:

"There may be something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of authority".

וביתר כלליות, חודדה הזיקה שבין עילת הסבירות לבין יתר עילות הביקורת במשפט המינהלי:

"It has frequently been used and is frequently used as a general description of the things that must not be done".

לבסוף, ולעניין טיב הפגמים אשר יובילו להתערבות שיפוטית בהחלטה מינהלית אף אם התקבלה לאחר שנשקלו כלל השיקולים הרלוונטיים, נפסק שם, בסיכומם של דברים, כך:

"[...] it may be still possible to say that, although the local authority has kept within the four corners of the matters which they ought to consider, they have nevertheless come to a conclusion so unreasonable that no reasonable authority could ever come to it. In such a case, again, I think the court can interfere" (שם, בעמוד 234).

40. ואכן, זיקתה של עילת הסבירות ליתר עילות הביקורת השיפוטית במשפט המינהלי, ובעיקרן – לעילת חוסר הסמכות, מבוססת היטב בשיטת המשפט האנגלית. הבסיס העיוני לזיקה זו תואר בעבר על ידי פרופ' איל זמיר, כדלהלן:

"אין תוקף משפטי לנורמה שאין לה מקור הסמכה, או החורגת מהסמכות שהוענקה למייצר אותה נורמה. זוהי הדוקטרינה של Ultra-vires [...] היות שהמחוקק (באנגליה כבישראל) אינו מגדיר באופן כולל ומקיף את

גבולות הסמכות של המינהל, נדרש בית המשפט, בדרך של פרשנות החוק ואיתור כוונתו המשווערת של המחוקק, לקבוע את היקפה של הסמכות. מכאן קצרה הדרך לייחס למחוקק כוונה משוערת שהאקטים האינדיווידואליים והכלליים של המינהל, הנעשים מכוח הסמכתו של המחוקק, ייעשו באופן סביר" (איל זמיר "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי" משפטים י"ב 291, 308 (1982) (להלן: זמיר – עילת אי-הסבירות) (ההדגשות הוספו – ח' כ')).

ב.1.ב. עילת הסבירות בשנותיו הראשונות של המשפט הישראלי

41. עילת הסבירות האנגלית התפשטה לכלל מדינות המשפט המקובל. יחד עם קליטת המשפט האנגלי בארץ ישראל, נקלטה גם עילה זו לתוך המשפט המנדטורי ולאחריו – למשפט הישראלי, כבר בשנותיו הראשונות (זמיר – הסמכות המינהלית, בעמוד 3849).

42. ואכן, השימוש במושג 'סבירות' כאמת מידה להתערבות בהחלטות המינהל – ניכר עוד משלבים מוקדמים של המשפט הישראלי. כך למשל, בבג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151, 1164 (1961) (להלן: עניין כרדוש)) נפסק כי "רשאי בית-המשפט הגבוה לצדק להיכנס לעובי הקורה של השאלות, אם הרשות נתפסה לשיקולים בלתי סבירים או לא הביאה בחשבון שיקולים רלבנטיים" (כן ראו: ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026 (1959) (להלן: עניין דיזנגוף)).

43. לא למותר לציין, כי אף מפסיקה אחרת, מוקדמת עוד יותר, אשר אומנם לא נקטה באופן מפורש במונח 'סבירות', ניתן ללמוד על האופן שבו הובנה עילת הסבירות באותם הימים. לדוגמא, עוד בבג"ץ 80/54 נוחימובסקי נ' שר המשפטים, פ"ד ח 1491, 1499 (1954) (להלן: עניין נוחימובסקי)), הדגיש בית משפט זה את העיקרון לפיו "עשיית מעשה שהוא באופן בולט בלתי מתקבל על הדעת, אין לראות בו שימוש נכון בסמכות למטרה היעודה, וגם הוא פסול".

44. מלבד האמור, עיון בפסיקה המוקדמת ביחס לעילת הסבירות מלמד כי בעת קליטתה למשפט הישראלי נשמרו שלושה היבטים משמעותיים אשר אפיינו את עילת הסבירות האנגלית.

45. המאפיין הראשון עניינו ברציונל העיוני שעומד בבסיס עילת הסבירות, דהיינו – בזיקתה של עילת הסבירות לעילת חוסר הסמכות. כך, בפסיקה שהוזכרה לעיל ובפסקי דין אחרים מאותה העת, הדגיש בית משפט זה את הקשר בין טיב הסמכות שהעניק המחוקק לרשות המינהלית לבין סבירותה של החלטתה (ראו למשל: עניין כרדוש, בעמוד

1164; ע"א 6/66 שם טוב קלו נ' עיריית בת-ים, פ"ד כ(2) 327, 331-332 (1966); ע"א 780/70 עיריית תל-אביב-יפו נ' ספיר, פ"ד כה(2) 486, 495 (1971)). דהיינו, לא אחת הוטעם כי "הנחה היא שהמחוקק לא נתכוון להעניק סמכות להתקין תקנות שהן בלתי-סבירות. אם נתגלה פגם כאמור, רואים את התקנתה של התקנה כחריגה מסמכות" (בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94, 102 (1976) (להלן: עניין דקה); כן ראו: בג"ץ 310/80 דרור הדרום חברה לפיתוח בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לה(1) 253, 262 (1980)).

מפסיקה אחרת מאותן השנים ניתן ללמוד על הקשר שבין עילת הסבירות לבין עקרונות של איסור על שימוש לרעה בסמכות מינהלית עד כדי "עיוות הסמכות" (Abuse of Power) (עניין נוחימובסקי, בעמוד 1499); גם זאת, בדומה לדרך שבה הובנה עילת הסבירות בחלק מפסקי הדין האנגליים. את הזיקה האמורה, בין עילת הסבירות ובין עילת חוסר הסמכות היטיב לבטא השופט צ' ברנזון:

"אני רואה את העיקר בזה, שענין הסבירות אינו בעצם אלא אחת הצורות של חריגה מסמכות [...] עניני הסבירות והחריגה מהסמכות כרוכים, איפוא, זה אחר זה [...] רק במובן זה שהפרלמנט אף פעם לא נתכוון לתת סמכות לתקנות כאלה, אפשר לעורר כהלכה את שאלת חוסר ההגיון. באותו מובן, ובאותו מובן בלבד, אפשר, לדעתי, לעורר גם את שאלת אי-הסבירות של חקיקת-משנה מכל סוג שהוא" (עניין דיזנגוף, בעמוד 1037).

46. המאפיין השני של עילת הסבירות ב'עת המוקדמת', אשר הולך אף הוא יד ביד עם הלכת Wednesbury, עניינו בהשקה הקיימת בינה לבין עילות ביקורת נוספות, ובכלל זה – עילת השיקולים הזרים או אי שקילת שיקולים רלוונטיים (ראו: ברק-ארז, בעמוד 723; זמיר – עילת אי-הסבירות, בעמודים 293-294; עניין דיזנגוף, בעמוד 1038).

בהקשר זה, הנשיא לנדוי, אשר סבר כי בראי השקה זו אין להעניק לעילת הסבירות מעמד עצמאי, העיר כך – "אודה ולא אבוש, שגם אני השתמשתי מדי פעם לתומי במונח הסבירות באומרי, למשל, כי שיקוליה של רשות מינהלית היו סבירים וכדומה" (הלכת דפי זהב, בעמוד 433). מנגד, השופט ברק ציין בעניין אחר כי "ההבחנה שאנו עושים בין עילות הפסלות השונות ממילא אינה מדעית [...] כשלעצמי הייתי כולל את כולן תחת הכותרת של חוסר סבירות" (בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 745 (1980) (להלן: עניין מרכז הקבלנים)). דומה אפוא, כי לשיטת השופט ברק, בשל ההשקה בין העילות המינהליות ה'קלאסיות' ובין עילת הסבירות, ניתן היה 'לוותר' על עילות הביקורת האחרות ולהסתפק בעילת הסבירות לבדה.

47. המאפיין השלישי אשר קושר בין עילת הסבירות האנגלית לבין עילת הסבירות הישראלית במתכונתה באותה העת, כרוך בעובדה שבתי המשפט נדרשו לעילה זו באופן מצומצם יחסית – בדומה לסטנדרט שנקבע בהלכת *Wednesbury* (זמיר – עילת אי-הסבירות, בעמוד 302). ואכן, הפסיקה חזרה לא אחת על הכלל הבסיסי ביחס לביקורת השיפוטית במשפט המינהלי, אשר מקורו בעיקרון הפרדת הרשויות, לפיו:

”שיקול-דעת פירושו, חופש הבחירה בין פתרונות אפשריים שונים, או ברירה שניתנה בידי הרשות המינהלית, והואיל והרשות הוסמכה לבחור ולבורר לה את הפתרון המתאים לפי דעתה, לא יתערב בית-המשפט בדבר על שום כך בלבד שהוא היה בוחר בפתרון אחר” (ד”נ 16/61 רשם החברות נ’ כרדוש, פ”ד טז 1202, 1215 (1962)).

בהינתן הכלל האמור, ניאות בית משפט זה להשתמש בעילת הסבירות אך ורק במצבים בהם מדובר ב”החלטה מינהלית [ש] היא שרירותית בעליל, קפריזית או מופרכת”, דהיינו כאשר –

”הרשות המינהלית אינה מספקת לה שום הסבר, או למצער שההסבר שהרשות מספקת אינו עומד בסטנדרט מינימלי של קשר רציונלי [...] החלטה מופרכת היא החלטה שעל פני הדברים לא ניתן להצדיקה, כלומר החלטה שנגועה בפגמים כה בולטים, עד שהתערבות בה נראית מחויבת המציאות” (דותן, בעמוד 210).

בהקשר אחרון זה ראו גם בג”ץ 580/77 התאחדות הסוחרים הכללית בישראל נ’ עיריית תל-אביב-יפו, פ”ד לב(2) 780, 782 (1978), שם נבחן תוקפו של חוק עזר עירוני שהוראותיו נראו לבית המשפט “משונות”, אשר חייב בעלי עסקים לטאטא את המדרכה הקרובה לפתח עסקם שלוש פעמים ביום, זאת ללא כל קשר לשאלה אם העסק פעל באותה העת או אם המדרכה הייתה טעונה ניקיון; וכן ראו אצל ברק-ארז, בעמודים 723-724.

על סטנדרט הביקורת השיפוטית שהיה נהוג באותם הימים עמד השופט ברנזון בציינו כדלהלן:

”הייתי אומר, שאם ימצא בית-המשפט כי חקיקת-המשנה היא כה בלתי הגיונית ובלתי נסבלת עד שאדם בר-דעת לא יעלה על דעתו ששר סביר היה מסוגל לעשותה, כי אז יצטרך לאמור שמעולם לא נתכוון המחוקק לתת כוח זה בידי השר” (עניין דינגוף, בעמוד 1039).

אף בפסיקה מאוחרת יותר הובהר כי:

"באין טענה של שחיתות רחמנא ליצלן או של כוונת זדון או חוסר תום-לב מסוג אחר, או סתם שרירות מרושעת, לא יתערב בית-משפט זה בשיקול דעתה נשל ממשלת ישראל – ח' כ' (בג"ץ 162/72 קינרוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 238, 242-243 (1972)).

עמד על כך גם השופט מ' אלון עת שפסק כך:

"מובן ואין צריך לומר כי יתכן גם יתכן ובמציאות המגוונת והסבוכה של יחסי כלכלה ומסחר בין רשות ציבורית לאזרח יעלה לפנינו מקרה של חוסר סבירות מפליג ומופלג שיצדיק התערבותנו בענין" (עניין מרכז הקבלנים, בעמוד 754).

יוער, כי סטנדרט דומה קיים גם בשיטות המשפט בארה"ב ובאנגליה (ראו בהתאמה: דותן, בעמוד 211; פסקאות 92-94 לחוות דעתו של חברי, השופט שטיין).

48. אם נסכם עד כה, מראשית ימיה של המדינה (וכפי שיובהר להלן, עד לתחילת שנות השמונים של המאה הקודמת), מובנה העצמאי של עילת הסבירות, ככל שאכן זכתה למעמד עצמאי שכזה, היה מצומצם למדי. כך, עילת הסבירות שימשה אך ורק לביטול החלטות שרירותיות, קפריזיות או מופרכות על פניהן.

סטנדרט ביקורת שיפוטית זה ייקרא להלן – מבחן המופרכות.

ב.1.ג. הרחבתה של עילת הסבירות

49. בראשית שנות השמונים חלה התפתחות משמעותית בשלושת מאפייניה האנגליים של עילת הסבירות, כפי שהוזכרו לעיל, והיא החלה להתרחק מהם (זאת, במקביל לתהליכים כלליים של התרחקות שיטת המשפט הישראלית מהשיטה האנגלית, ראו למשל: מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 586 (1993) (להלן: מאוטנר – ירידת הפורמליזם ועליית הערכים)).

50. ראשית, בקשר לשני המאפיינים הראשונים, עילת הסבירות התנתקה מעילת חוסר הסמכות ומהעילות האחרות שבמשפט המינהלי, עת שקיבלה מעמד עצמאי כעילה העומדת על רגליה שלה (דותן, בעמוד 127; ברק-ארז, בעמוד 729). כך, בפסיקה מאוחרת יותר, בית משפט זה לא חזר עוד על העיקרון לפיו "ענין הסבירות אינו בעצם אלא אחת הצורות של חריגה מסמכות" (לעיל, פסקה 45). יתירה מכך: הפסיקה המאוחרת אימצה לקרבה עיקרון הפוך לפיו – 'סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד' (ראו, מני רבים: בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוני והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993) (להלן: עניין אייזנברג); בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404

(1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993); בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה קי"ג לחוות-דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (27.03.2016) (להלן: עניין מתווה הגז).

51. שנית, חל שינוי בסטנדרט הביקורת השיפוטית על אופן הפעלת שיקול הדעת המינהלי, והרטוריקה הפכה מרחיבה יותר. בהקשר זה ראוי לציין, כי בתחילת דרכה של עילת הסבירות כעילה העומדת על רגליה-שלה הובהר כי הפעלתה תלויה בכך "שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה ובשל כך לבלתי-סבירה לחלוטין" (עניין דקה, בעמוד 105; ההדגשה שבקו תחתון הוספה – ח' כ'); אך בהמשך נזנחה הדרישה לכך שההחלטה שהתקבלה תהא מופרכת.

בשלב הראשון, נשמעה התנגדות לרטוריקה מרחיבה זו. בהקשר זה, ביקש מ"מ הנשיא לנדוי להזכיר כי:

"הלכות חוסר סבירות פותחו בסוגיית חקיקת-המשנה, שעליה מפקח בית-משפט זה על יסוד הכלל שחוסר סבירות מפליג כמוהו כחריגה מסמכותו של מחוקק-המשנה [...] בנוגע לפעולותיהן של רשויות המינהל תמיד אמרנו שאפילו נראית לנו ההחלטה בלתי-נבונה או בלתי-יעילה, אין בזה כדי ליצור עילה לעתירתה בבית-משפט זה" (בג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא(3) 657, 666 (1977) (להלן: עניין פוגל)).

עם דבריו אלו התכתב השופט ברק בפסק הדין בעניין מרכז הקבלנים, בצינו כי בניגוד לאמור לעיל "אין לזהות החלטה בלתי יעילה וחסרת תבונה עם החלטה בלתי סבירה. שני אנשים סבירים עשויים להגיע להחלטות שונות ומנוגדות על יסוד אותה מערכת עובדתית מבלי שהחלטתו של מי מהם תהא בלתי סבירה". השופט ברק שב וחזר על המשמעות שיוחסה על-ידו לעילת הסבירות, לפיה:

"חוסר סבירות הוא מונח טכני ומשמעותו החלטה של עובד ציבור שעובד סביר במקומו לא היה צריך להגיע אליה, כגון שעובד הציבור נתן משקל יחסי בלתי סביר לאינטרסים השונים הראויים להישקל" (עניין מרכז הקבלנים, בעמוד 744) (ההדגשות הוספו – ח' כ').

אולם, גישתו של השופט ברק לא זכתה להסכמת רוב חברי ההרכב באותו עניין. כך, בעוד שהשופט י' כהן בחר שלא להביע את עמדתו בעניין, השופט אלון יצא באופן מפורש נגד האופן שבו ביקש השופט ברק ליישם את עילת הסבירות – וכך הוא פסק:

"עם כל הכבוד לחברי, הרחבה יתירה זו של כללים ועילות להתערבותנו במעשיה של הרשות הציבורית הפועלת בתחום הכלכלי שבמשפט הפרטי אינה נראית לי [...] התערבותנו בבדיקתה של סבירות זו, כאשר לא נטענת טענה מפורשת בדבר אפליה או שרירות אלא כדי להבטיח, כדברי חברי, מתן הרגשה לבני הציבור כי הענינים מתנהלים ביושר ולא בדרך מפלה או שרירותית היא משימה שאינה צריכה וקשה, קשה ביותר, לעמוד בה ולהרימה [...] הגדרת "חוסר הסבירות" [...] נראית לי כסתמית מדי ונרחבת מדי מלקבעה ככלל לענין התערבותנו בהחלטתה של רשות ציבורית הבאה על חוזה עם אזרח [...] חוששני כי בדרך זו פותחים אנו לרווחה שערי בית-המשפט לעתירות רבות ומרובות, שגם אם בסופו של דיון יידחו משום שיתברר שאין כאן אלא משום חוסר תבונה או חוסר יעילות, הרי ביני לביני מעוכבת הרשות הציבורית בפעילותה ובמעשיה, אם על-ידי מתן צו זמני ואם על-ידי עצם העובדה שהענין נמצא בבירור משפט" (עניין מרכז הקבלנים, בעמודים 753-754).

ב.1.1. ד. הלכת דפי זהב – מעבר ממבחן המופרכות למבחן איזון האינטרסים

52. המפנה המשמעותי ביותר בקשר לאופן שבו יושמה עילת הסבירות במשפט הישראלי חל בהלכת דפי זהב. בהלכה זו, הושלמו השינויים בשלושת המאפיינים של עילת הסבירות, כפי שהוזכרו לעיל. כך, בחוות-דעתו פרש השופט ברק את משנתו ביחס לעילת הסבירות, בקבעו ארבעה עקרונות בקשר לאופן השימוש בעילה זו, כדלהלן:

"ראשית, חוסר סבירות כשלעצמו הוא עילה לפסילתו של שיקול-דעת מינהלי;

שנית, חוסר הסבירות נמדד באמות מידה אובייקטיביות;

שלישית, חוסר סבירות, הפוסל שיקול-דעת מינהלי, הוא חוסר סבירות מהותי או קיצוני;

רביעית, עקרון הסבירות מביא לפסילתו של שיקול-דעת מינהלי, אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה" (הלכת דפי זהב, בעמוד 437).

53. עינינו הרואות, כי במישורים הראשון והשני שהוזכרו לעיל, עילת הסבירות התנתקה מיתר עילות הביקורת השיפוטית המינהלית, ובכללן – עילת חוסר הסמכות. במישור השלישי שהזכרתי לעיל, חל שינוי משמעותי גם בסטנדרט הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת המינהלי. אומנם, הובהר כי לא די בסטייה קלה מסטנדרט ההתנהגות המצופה מרשות מינהלית סבירה, על מנת שבית המשפט יורה על בטלות החלטתה, שכן – "יש צורך בסטייה מהותית, היורדת לשורש העניין" (הלכת דפי זהב, בעמוד 444). אלא מאי? נוסחת הפעלתה של עילת הסבירות שונתה בהלכת דפי זהב, בהמשך לעמדה



שהובעה בעניין מרכז הקבלנים. כך שבשונה ממבחן המופרכות שהיה נהוג עד אותה העת (ובכלל זאת, בעניין דקה) – נפסק כי עילת הסבירות חולשת גם על מצבים בהם הרשות לא איזנה כראוי בין האינטרסים העומדים על הפרק לבין עצמם, ולא רק על מצבים בהם הרשות המינהלית קיבלה החלטה מופרכת (הלכת דפי זהב, בעמודים 444-447; ברק-ארוז, בעמוד 729; זמיר – הסמכות המינהלית, בעמוד 3868).

54. עינינו הרואות, כי על פי המבחן הנ"ל, בית המשפט רשאי לפסול החלטה מינהלית אשר נתקבלה בדלת אמות הסמכות, לאחר הליך מינהלי תקין, כאשר טרם קבלתה "פעלה הרשות המינהלית בתום-לב, שלא מתוך שרירות, שקלה הגורמים הרלבנטיים, ונמנעה מלשקול גורמים שאינם רלבנטיים [אך] הפגם העיקרי שנמצא בהחלטתה הוא איזון בצורה בלתי ראויה בין הגורמים הרלבנטיים בינם לבין עצמם" (הלכת דפי זהב, בעמוד 446; ההדגשה בקו תחתון הוספה – ח' כ'); וכל זאת, אף כאשר ההחלטה אינה מופרכת, כפריזית או בלתי מתקבלת על הדעת.

סטנדרט ביקורת שיפוטית זה ייקרא להלן – מבחן איזון האינטרסים.

55. יוער, כי השופט ברק, מבסס את התזה המוצעת על-ידו על כך ש"בפסיקתו של בית-משפט זה ניתן למצוא מספר ניכר של מקרים בהם בדק בית המשפט, אם האיזון, אשר נעשה על-ידי הרשות המינהלית בין האינטרסים השונים שיש להתחשב בהם, הוא ראוי, ובית המשפט ביטל שיקול-דעת מינהלי עת שסבר, כי האיזון שנעשה על-ידי הרשות המינהלית אינו ראוי [...]" (שם, בעמוד 445). ברם, עיון מדוקדק באסמכתאות אליהן הפנה השופט ברק מעורר ספק באשר לתמיכתן בתזה זו. כך, בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 895 (1953) סיכם השופט ש' אגרנט את חוות דעתו בצינו, כי בשים לב לפרשנות הנכונה של התיבות "likely to endanger the public peace" שבסעיף 19(2)(א) לפקודת העיתונות, הרי ששר הפנים "חרג [...] חריגה יסודית מתחום סמכותו" כאשר הוציא צו להפסקת ההוצאה לאור של העיתון 'קול העם'. ברי אפוא כי אין מדובר בביקורת על שיקול דעתו של שר הפנים אלא בביקורת שיפוטית על חריגה מסמכותו לפי פקודת העיתונות, בנסיבות העניין; בבג"ץ 144/74 לבנה נ' נציבות שירות בתי-הסוהר, פ"ד כח(2) 686 (1974), החלטת מנהל בית הסוהר בוטלה בשל חריגתו מהסמכות שהוקנתה לו בחוק, כפי שסמכות זו פורשה על-ידי בית המשפט ("מדרב להיטות על 'שמירת השקט בין כתלי בית-הסוהר' נתפס הוא לכלל טעות משפטית שרשאי הוא להשתמש בסמכותו לאסור הכנסת ספרים לשם סתימת הפיות ומניעת ויכוחים פוליטיים" (שם, בעמוד 690)); בבג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' לוי גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, משרד-הפנים, פ"ד טז 2408 (1962) בוטלה החלטת המועצה לביקורת סרטים ומחזות מחמת התעלמות משיקול רלוונטי, ולא מחמת האופן שבו נערך האיזון בין

השיקולים ("בהחלטת המועצה ובתשובתה לבקשה שלפנינו אין לגלות שהיא התחשבה באותו עקרון חיוני; אילו עשתה כן, לא היתה יכולה להגיע להחלטה, אליה הגיעה" (שם, בעמוד 2419)). הנה כי כן, ספק אם ניתן לומר כי במקרים הללו ההחלטות נפסלו בשל כך שהאיזון שנערך בין השיקולים היה פגום.

56. ראוי לציין כי באותו עניין הנשיא לנדוי הסתייג מעמדה זו. בחוות-דעתו דבק הוא בגישתו, כפי שהובעה עוד בעניין פוגל, לפיה הרחבת עילת הסבירות עלולה להוביל לכך "[ש]נגיע עד מהרה לבחינה עניינית של ההחלטה מחדש (de novo)". אשר על כן, הנשיא לנדוי תמך בגישת השופט אלון (ראו לעיל: עניין מרכז הקבלנים, בעמודים 754-753) – לפיה יש לדבוק במבחן המופרכות, ואין לשנותו לכדי "נוסחה חדשה בדבר מתן משקל יחסי בלתי סביר לאינטרסים השונים הראויים להישקל – נוסחה העלולה לערב את בית המשפט בבדיקת תבונתה ויעילותה של ההחלטה המינהלית" (הלכת דפי זהב, בעמוד 432).

57. במאמר מוסגר יצוין, כי יש הטוענים שהרחבתה של עילת הסבירות בהלכת דפי זהב הייתה רק מאפיין אחד בודד מתוך מגמה כללית בפסיקה של תחילת שנות השמונים, במסגרתה הורחב היקף הביקורת השיפוטית בתחום המשפט הציבורי (דותן, בעמוד 126; ברק-ארז, בעמוד 729; ראו באופן כללי: מאוטנר – ירידת הפורמליזם ועליית הערכים). בדומה לכך, יש שמזכירים מעת לעת את צמצומן של עילות הסף בבית המשפט הגבוה לצדק, ובעיקר את עילות הסף שעניינן זכות העמידה והשפיטות (ראו: בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988)).

ב.1.ה. עילת הסבירות לאחר הלכת דפי זהב

58. השינויים שנערכו בעילת הסבירות במסגרת הלכת דפי זהב הלכו וחלחלו לפסיקת בית משפט זה בשנים שחלפו מאז שנפסקה (יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" משפטים נא 673, 685-686 (2022) (להלן: דותן – שני מושגים של ריסון וסבירות)).

59. תחילה, נזנח מבחן המופרכות שהיה כאמור המבחן המקובל בעת המוקדמת, תוך שמבחן איזון האינטרסים נעשה המבחן העיקרי להפעלת עילת הסבירות. היטיב לתאר זאת פרופ' דותן כך:

"בהדרגה אך בבטחה ובמהירות יחסית, השתלטה המתודולוגיה החדשה על יישומה של עילת הסבירות. התהליך הזה בא לידי ביטוי, בראש ובראשונה, בשימוש ההולך וגובר בנוסחת האיזון הרחבה של דפי זהב ללא

התייחסות או אזכור של מבחן המופרכות" (דותן – שני מושגים של ריסון וסבירות, בעמוד 686).

התפתחות דוקטרינרית זו תוארה גם בפסיקה, כך:

"[ברבות השנים] פותחה תורת שיקול הדעת. נקבע, בין השאר, כי החלטה בלתי סבירה – גם אם אינה מופרכת או אבסורדית – אינה החלטה חוקית. במקביל פותחו הדינים בדבר ההתערבות השיפוטית, ונקבע, כי הביקורת השיפוטית תחול גם על הפעלה בלתי סבירה של שיקול הדעת המינהלי" (בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 639 (1989) (להלן: עניין שניצר) (ההדגשות והתוספות – ח' כ')).

60. בהמשך הדברים, החלה עילת הסבירות לקבל גם ממד ערכי (ראו למשל: בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 338 (1988)), ונשמעה מעת לעת העמדה כי מדובר בעילה המרכזית ביותר במשפט המינהלי (דותן – שני מושגים של ריסון וסבירות, בעמוד 687). זאת, תוך שחיקת הדוקטרינה של Ultra Vires, אשר שלטה בכיפה בשנותיו הראשונות של המשפט הישראלי (ראו למשל: עניין בז'רנו; עניין שייב; בג"ץ 36/51 חת נ' מועצת עיריית חיפה, פ"ד ה 1553 (1951)).

61. לאורך השנים נעשה שימוש בעילת הסבירות לצורך הפעלת ביקורת שיפוטית על סמכויות שונות ומגוונות של המינהל הציבורי. התפתחות זו הובילה להרחבת הביקורת השיפוטית בתחומים רבים, ובכללם – הסכמים פוליטיים (ראו למשל: בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991)), פיטורים ומינויים של נושאי תפקידים בשירות הציבורי (ראו למשל: עניין אייזנברג; בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 9 (06.05.2020)), החלטות שמקבלת ממשלה יוצאת או ממשלת מעבר (ראו למשל: בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455 (2001); רבקה ווייל "תקופת בין השמשות: על סמכויותיה של ממשלת-מעבר" משפט וממשל יג 167 (2010) ועוד. תחום נוסף בו חלה התפתחות משמעותית הוא בהתערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בשיקול הדעת של היועץ המשפטי לממשלה בנושאי חקירה והעמדה לדין, כמו גם בהחלטותיהם של גופי תביעה וחקירה אחרים, לסקירה רחבה ראו: בג"ץ 3823/22 נתניהו נ' היועצת המשפטית לממשלה, פסקאות 34-39 לחוות-דעתי (17.07.2023) (להלן: עניין נתניהו; כן ראו: דותן, בעמוד 206; ברק-ארז, בעמודים 750-757).

62. לצד מגמה זו, בית משפט זה החל להרחיב את יריעת הביקורת השיפוטית באמצעות עילת הסבירות, ביחס לשיקולים בתחומים שונים, כמו למשל – בתחום הביטחון (ראו למשל: עניין שניצר, בעמודים 639-640), בתחום התקציבי (ראו למשל:

בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007), ובתחום התכנוני (ראו למשל: בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקה 43 לחוות-דעתה של השופטת ע' ארבל (09.06.2011) ועוד).

63. במישור התחולה – עילת הסבירות חלה על כל סמכות, הנתונה בידי כל רשות וניתן להשתמש בה בכל ערכאה (זמיר – הסמכות המינהלית, בעמוד 3849; ברק-ארז, בעמוד 749). יחד עם זאת, ועל אף תחולתה הרחבה והכללית של עילת הסבירות, נפסק לא אחת כי החלתה היא תלוית-הקשר. יפים לעניין זה דברי השופט י' זמיר:

"השאלה אם החלטה מינהלית לוקה בחוסר סבירות קיצוני תלויה בגבולות של מיתחם הסבירות, הוא המיתחם שבו הרשות המינהלית רשאית להחליט לפי שיקול דעתה. מיתחם הסבירות של כל סמכות מינהלית תלוי במאפיינים של הסמכות: מה הלשון והתכלית של החוק המסמך; מי הרשות המוסמכת; מהו העניין המוסדר על-ידי הסמכות; האם הסמכות מופעלת בעיקר על יסוד מימצאים עובדתיים, על יסוד שיקולים של מדיניות, או על יסוד מבחנים מקצועיים, כגון: מבחנים רפואיים או הנדסיים; וכיוצא באלה. בהתאם למאפיינים אלה משתנה מיתחם הסבירות: יש שהוא צר ויש שהוא רחב. בהתאם לכך משתנה גם הביקורת השיפוטית: אף שהכלל בדבר הסבירות, המשמש את הביקורת השיפוטית, הוא אותו כלל לגבי כל סמכות וסמכות, היישום של כלל זה משתנה לפי מיתחם הסבירות מסמכות לסמכות" (בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46, 57-58 (1997); כן ראו לאחרונה: בג"ץ 4700/21 טילפן נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פסקה 24 לחוות-דעתי (05.12.2023)).

64. הנה כי כן, עילת הסבירות, היא חלק מהמשפט המינהלי הישראלי עוד משנות החמישים של המאה הקודמת. ברם, עם השנים חלו תמורות משמעותיות באופייה, משמעותה ובאופן יישומה, כאשר לדידי, ולדעת שופטים ומלומדי משפט רבים, קו פרשת המים הוא הלכת דפי זהב. קו פרשת מים זה מסמן את המעבר ממבחן שעניינו בסמכות הרשות המינהלית, למבחן שעניינו בשיקול הדעת של הרשות המינהלית; והוא גם מסמן את המועד שבו החלה עילת הסבירות להתפרס ו'לבלוע' את עילות הביקורת האחרות "כאדם שאינו יודע שובע" (דברי הנשיא א' גרוניס בבג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, 522 (2007) (להלן: עניין אמונה)). לדידי, אין מדובר בשינוי סמנטי, או כזה שהוא קל, כלל ועיקר.

2.ב המחלוקת ביחס לעילת הסבירות

65. בשנים שחלפו מאז נפסקה הלכת דפי זהב עוררה עילת הסבירות מחלוקת עזה בקרב האקדמיה המשפטית ובין כותלי בית משפט זה. אכן, דיו רב נשפך ביחס לטיבה של עילת הסבירות, בקשר להיקף פריסתה, כמו גם לגבי אופן ומידת השימוש בה בפסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק.

66. לאמיתו של דבר, מחלוקת זו השתקפה כבר בעמדות השונות שהובעו בהלכת דפי זהב עצמה ולמעשה פסק הדין באותו עניין "נחשב עד היום לייצוג משקף של המחלוקות סביב עילת הסבירות" (ברק-ארוז, בעמוד 731). אכן, ניתן לומר, על דרך ההכללה, כי מבקריה של עילת הסבירות אינם יוצאים נגד עילת הסבירות כפי שיושמה עד להלכת דפי זהב, דהיינו – נגד מבחן המופרכות; כי אם מפנים את חיציהם כלפי מבחן איזון האינטרסים (ראו למשל: זמיר – הסמכות המינהלית, בעמוד 3869).

67. על קצה המזלג, יצוין, כי מן העבר האחד, המצדדים במתכונתה הרחבה של עילת הסבירות, דהיינו – במבחן איזון האינטרסים, עמדו לא אחת על חשיבותה. יפים לעניין זה דבריה של השופטת א' פרוקצ'יה:

"על פי תפישת המשפט המינהלי בדורות האחרונים, משמשת עילת הסבירות מכשיר עיקרי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל והיא ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון. באמצעות עילה זו נבחנת הרציונליות שבהחלטת המינהל כמושג נורמטיבי. לצורך בחינה זו נקבעו אמות מידה שעל בית המשפט לבחון, קרי: אם נשקלו על ידי הרשות המינהלית מלוא השיקולים הרלוונטיים לעניין, והם בלבד, או שמא נשקלו שיקולים זרים וחיצוניים לעניין; שנית, אם הרשות ייחסה לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים את משקלו היחסי הראוי והגיעה באמצעות שקילה זו לנקודת איזון המצויה במתחם הסבירות הנתון לה. מתחם סבירות זה עשוי להשתנות מעניין לעניין, בהתאם לנתוניו ולמאפייניו של המקרה. בלא הבטחה כי החלטת המינהל תהא סבירה ורציונלית, צפויים הפרט והציבור להיפגע פגיעה קשה. אין די בקבלת החלטה מינהלית בסמכות ובתום לב. על ההחלטה להיות רציונלית ונכונה במסגרת מתחם שיקול הדעת הנתון לרשות המוסמכת.

הצרת אמצעי הביקורת השיפוטית שנועד לבחינת הרציונליות של ההחלטה המינהלית, כמוצע על ידי חברי, עלולה להביא למהפכה בתפישה כלפי עקרון חוקיות המינהל ולפגוע במאגר הכלים המשפטיים הנתונים בידי המשפט לצורך בחינת פעולת הרשות הציבורית במסגרת ההגנה השיפוטית הנתונה לפרט מפני שרירות השלטון" (עניין אמונה, בעמודים 486-487).

באותה הפרשה, לא נעלמה מעיני השופטת פרוקצ'יה הביקורת שנשמעה ביחס לשימוש שנעשה במבחן איזון האינטרסים, בהשיבה כך:

"אין לפגוע בכלי חיוני של ביקורת שיפוטית על המינהל בשל חשש מובנה מהפעלתו בדרך מוטעית. יש להותיר את האמצעי בעינו, במלוא היקפו, ולהגן עליו. יש לשקוד, בד בבד, יום יום ושעה שעה, על יישום נכון וראוי של העקרונות שעליהם הוא בנוי. דרך זו תותיר בעינה את מלוא ההגנה הנתונה כיום לאזרח ביחסו לשלטון, תגן בו-זמנית על מעמדה של הרשות המינהלית מפני פלישה לתחומיה ותשתלב באורח הרמוני במערך החוקתי הכולל שעל יסודותיו בנוי המשטר הדמוקרטי בישראל" (שם, בעמודים 488-489).

68. בעניין נתניהו, חברתי, השופטת ברק-ארז, ביקשה להדגיש כי לעילת הסבירות ישנה גם חשיבות בחיי המעשה. לגישתה, לעילת הסבירות עשוי להיות תפקיד חשוב בהתמודדות עם קשיים ראייתיים בהוכחת שיקול זר שנפל בהחלטה מינהלית פלונית, וכלשונה:

"לעתים עילת הסבירות משמשת כלי חשוב לביקורת גם על החלטות פגומות שבהן נפלו שיקולים זרים, באותם מקרים שבהם קיימים מחסומים ראייתיים שונים המטילים קושי על האפשרות להצביע על שיקולים אלו. כידוע, דברים שבלב הם קשים להוכחה, ואילו יתרונה של עילת הסבירות הוא בבחינת האיזון בין השיקולים שביסוד ההחלטה, מבלי להידרש לדברים שבלב ולכוונות נסתרות" (עניין נתניהו, בפסקה 5 לחוות-דעתה).

לצד זאת, בכתיבה האקדמית, הוזכרה גם "תרומתה של עילת הסבירות לא רק בהתייחס למקרים שנדונו בבתי המשפט, אלא גם מהיבט השפעתה על עיצוב החלטותיהן של רשויות המינהל כהחלטות שחותרות לאיזון בין מידב השיקולים, לרבות שיקולים נורמטיביים" (ברק-ארז, בעמוד 769).

69. מן העבר השני, קיתונות של ביקורת נשפכו על עילת הסבירות, גם על-ידי שופטי בית משפט זה. בביקורתם של שופטי בית משפט זה עוברות, כחוט השני, העמדות המסתייגות שהביעו עוד קודם לכן הנשיא לנדוי והשופט אלון. לעניין זה ראו את דברי חברי, השופט שטיין:

"דומני כי לא אטעה אם אומר כי חששו של הנשיא לנדוי התממש הלכה למעשה. בשני העשורים האחרונים, עדים היינו – לא אחת – להפעלתה של דוקטרינת הסבירות במתכונת רחבה אשר כללה התערבות שיפוטית בתוכן ההחלטה המינהלית *de novo* (דנ"פ

5387/20 דעות נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לחוות-דעתו  
 .((15.12.2021).

70. בהקשר האמור, ראוי לציין גם את ההסתייגות שהביע השופט גרוניס ממבחן  
 איזון האינטרסים:

"מה שנעשה בפועל על ידי שופט, הסובר כי ההחלטה פסולה בשל חוסר סבירות, הוא בחינה של התוצאה, קרי נפקות ההחלטה. לעתים, נעשית במקרים כאלה פעולה שניתן לכנותה 'הנדסה חוזרת' (Reverse Engineering). כלומר, בית המשפט בוחן את התוצאה, קרי – ההחלטה, ובהליך של בחינה לאחור מונה את השיקולים אשר, על פי השערתו, הובאו בחשבון על ידי הגוף המחליט. אם ההחלטה הסופית אינה מקובלת על בית המשפט, יאמר הוא שאחד השיקולים קיבל משקל מוגזם או ששיקול מסוים לא הובא כלל בחשבון. לכן, צריך גם לקבל עם קב חומטין את האמירה, החוזרת לעתים בהקשר זה, כי בית המשפט אינו שם את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות שהוסמכה בדין לקבל את ההחלטה [...] נראה כי לעתים, כאשר בית המשפט מתערב בהחלטה בשל חוסר סבירות, הוא בהחלט מעמיד את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות" (עניין אמונה, בעמודים 523-524).

71. על מבקריו של מבחן איזון האינטרסים והשימוש שנעשה בו נמנה גם חברי, השופט סולברג, שציין בין היתר כך:

"הסבירות פנים רבות לה, וגם הראוי הריהו תלוי בעיני המתבונן [...] מה שנתפס בעיני האחד כבלתי-סביר באופן קיצוני, נחזה בעיני חברו כסביר וראוי. כך בכלל, וכך בפרט – כשעל הפרק סוגיה ערכית-עקרונית, הנתונה לדיון ציבורי מתמשך; ועניינו יוכיח. יש להמשיך ולחתור אפוא למיקודה של עילת הסבירות, לפורטה לפרוטות, לאמות מידה, אף לקצץ מוטת כנפיה [...] (דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פסקה 36 לחוות-דעתו של חברי, השופט סולברג (26.10.2017); כן ראו: נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18 (2019) (להלן: סולברג – על ערכים סובייקטיביים)).

ובעניין נתניהו הוסיף והעיר חברי, כי:

"כדאי לזכור ולהזכיר, כי הגם שעילת הסבירות הלכה והתפשטה [...] עדיין, עילה זו – בעלת חשיבות, אך לוקה בבעייתיות – אינה חזות הכל; לבטח אינה תנאי בלעדיו-אין לתקומתן של עתירות [...] (עניין נתניהו, בפסקה 4 לחוות-דעתו).

72. גם פרופ' מנחם מאוטנר הביע, לא אחת, דברי ביקורת בקשר למבחן איזון האינטרסים:

"בחלק מהמקרים מפעיל בג"ץ את מבחן הסבירות בדרך שאני מכנה 'סבירות מקצועית'. כאשר בית המשפט מפעיל את מבחן הסבירות בדרך זו, הוא בוחן לגופם את השיקולים המקצועיים של רשויות המנהל, הנופלים בגדר המומחיות והידע המקצועיים הייחודיים של הרשות. שופט המפעיל בדרך זו את מבחן הסבירות משתמש למעשה ב'שכל הישר' שלו על מנת לבחון את המידה שבה הפעלת הסמכות על ידי הרשות היא סבירה. משמע: שופט המפעיל את מבחן הסבירות המקצועית אינו עושה שימוש באיזה כישור שהוא ייחודי לו כמשפטן או כשופט. הוא משתמש בידע שרכש כאדם הנמנה עם קבוצה חברתית מסוימת" (מנחם מאוטנר "בין כשירות לסבירות בעקבות בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית הלאומית נ' ראש הממשלה, מר אהוד אולמרט" המשפט יד 413, 403 (2008)).

פרופ' מאוטנר הוסיף והעיר כי מבחן איזון האינטרסים כרוך באי-וודאות אינהרנטית, שכן:

"אין בנמצא נוסחה לאיתורם של עקרונות מסוימים, ולא אחרים, מתוך עושר התכנים העצום של משפט המדינה, כרלוונטיים לצורך החלטה מנהלית או פוליטית מסוימת, ואין בנמצא נוסחה למתן משקלות יחסיים לעקרונות, משעה שאותרו כרלוונטיים מהבחינה המשפטית, ולאיוונם [...] עם הפעלתה של עילת הסבירות, חדל בג"ץ מלהיות 'שומר הגובלות' של החלטות מנהליות, והפך עצמו למי שבוחן את ההחלטות גופן. במקרים של הפעלת עילת הסבירות כ'סבירות מקצועית', נעשתה הבחינה לגופן של ההחלטות" (שם, בעמודים 415-416).

ב.3. פרשנות תיקון מס' 3 לחוק-יסוד השפיטה

73. בהינתן האמור לעיל, ניתן היה לסבור, כי תיקון מס' 3 נועד למנוע מבתי המשפט לעשות שימוש במבחן הסבירות האיזונית, שכאמור הוא זה שעומד במחלוקת עמוקה, מזה עשרות שנים; ולא לשלול את סמכותם של בתי המשפט מלדון בעילת הסבירות על יתר היבטיה, שעניינם בהחלטה מופרכת, קפריזית ובלתי מתקבלת על הדעת.

74. לעמדה זו ניתן לכאורה למצוא תימוכין בדברי ההסבר לתיקון מס' 3, בהם נכתב כך:

"[...] התפתחות עילות של הביקורת המינהלית נעשתה בעיקרה בפסיקה, ובכלל זה התפתחה עילת הסבירות.



כיום עילה זו מאפשרת לבית המשפט לפסול החלטה מינהלית הלוקה בחוסר סבירות במובן זה שהיא אינה נותנת 'משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה' (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1), 421 437 (1980)), וזאת כשמדובר ב"חוסר סבירות מהותי או קיצוני" (שם, שם).

על השימוש בעילת הסבירות במובנה זה, ובפרט על החלת עילת הסבירות בנוגע להחלטות של הדרג הנבחר, נטען בין היתר כי קביעת האיזון הערכי בין השיקולים השונים הנוגעים להחלטה מינהלית צריכה להיות נתונה לנבחר הציבור ולא לבית המשפט. לפיכך מוצע לקבוע בחוק יסוד: השפיטה כי רשות שיפוטית לא תוכל לדון בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה במליאתה, של ראש הממשלה או של שר אחר וכן של נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, או להוציא צו כלפי דרג נבחר בעניין סבירות החלטתו.

75. לא זו אף זו, כך טענו לפנינו משיבי הממשלה בתצהיר התשובה מטעמם (בפסקה 165), בטרם שינוי עמדתם בדיון שהתקיים לפנינו ובהשלמת הטיעון מטעמם. כך גם הציעה הכנסת כי אפשר לפרש את הוראת התיקון.

76. ודוק. לו זה היה פועלו של תיקון מס' 3, סבורני כי קשה היה לטעון שמדובר בשינוי סדרי עולם, שכן משמעות הדברים הייתה – חזרה של המשפט המינהלי הישראלי למצבו עד לשנות ה-80 של המאה הקודמת. מי שהיה מבקש לטעון כי החלטה כזו פוגעת בליבתה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, היה ניצב אפוא בפני משוכה משמעותית. אולי בלתי עבירה.

במצב כזה, הייתי נוטה לצרף את דעתי לעמדה שלפיה דין העתירות להידחות.

77. מנגד, אם פועלו של תיקון מס' 3 הוא כזה שמבטל את סמכות בית המשפט לדון בעילת הסבירות בכללותה, משמעות הדבר היא כי בית המשפט לא רשאי לבקר או ליתן סעד, ביחס לפעולה מופרכת ואבסורדית של הממשלה, העומד בראשה ושריה. דא עקא, שכפי שהוסבר לעיל, כאשר רשות מינהלית פועלת באופן מופרך ואבסורדי – פעולה כזו שאף אדם בר דעת לא היה מעלה על דעתו שלשם כך ניתנה לה הסמכות – הרי שהחלטתה איננה חוקית.

78. הוזה אומר, ככל שתיוקון מס' 3 אכן מונע מבית המשפט לבקר את פעולתם של בכירי הרשות המבצעת, גם כאשר ברור כי פעולה זו נעשתה שלא בסמכות, הרי שיש לכך משמעות אחת – המחוקק ביקש לפטור את הממשלה ושריה מעולו של הציות לדין; ולמצער מעולו של הדין, וכידוע 'באין דיין אין דין' (עניין ארפל, בעמוד 629: "באין

רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד [...] בחסימת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדין, ובאין דין ייעלם אף הדין עמו" (ההפניות הושמטו – ח' כ'). בנקודה זו, שותף אני לגישתו של חברי, השופט שטיין, אשר סבר כי אם זה היה הפירוש הנכון לתיקון, הרי שהכנסת לא הייתה מוסמכת לחוקקו (בפסקה 98 לחוות דעתו). דומה כי אף חברתי השופטת וילנר שותפה לעמדה זו, שכן היא מציינת כי פרשנותה את התיקון היא "פרשנות מקיימת" (בפסקה 7 לחוות דעתה). שמע מינה, כי גם לגישת חברתי, בלעדי פרשנותה המקיימת, היה מקום לבטל את הוראת התיקון.

79. נראה אם כן, כי אחת המחלוקות העיקריות הניצבת לפתחנו, היא מחלוקת פרשנית ביחס למשמעות התיבה 'סבירות' בגדרי התיקון. מהו אפוא פירושו הנכון של התיקון לחוק-היסוד?

80. לטעמי, התשובה לשאלה זו טמונה בראש ובראשונה, בלשון סעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה; ובפרט בתיבות "לא ידון בעניין סבירות ההחלטה".

81. כפי שציינתי לעיל, השימוש בעילת הסבירות מוכר במשפט המינהלי של מדינת ישראל מראשית היווסדה. ביסודו, עומדת ההנחה כי החלטה מינהלית שהיא מופרכת, קפריזית ובלתי מתקבלת על הדעת לחלוטין – התקבלה בחוסר סמכות. הטעם לכך הוא, כמצוין בהרחבה לעיל, שבבסיס ההסמכה המינהלית, בכל חוק, ניצבות הנחות מובלעות בדבר גבולות הסמכות שהוקנו למינהל. חריגה של המינהל מגבולות סמכות אלו, אינם שונים מחריגתה מהוראות החוק המפורש. אפנה בעניין זה למילותיו של השופט ברנזון שהובאו לעיל, ואשר מפאת חשיבותם אצטטם פעם נוספת:

"הייתי אומר, שאם ימצא בית-המשפט כי חקיקת-המשנה היא כה בלתי הגיונית ובלתי נסבלת עד שאדם בר-דעת לא יעלה על דעתו ששר סביר היה מסוגל לעשותה, כי אז יצטרך לאמור שמעולם לא נתכוון המחוקק לתת כוח זה בידי השר" (עניין דיזנגוף, בעמוד 1039).

82. כמסבר בהרחבה לעיל, לאורך השנים, מבחניה של עילת הסבירות הלכו והתרחבו עד למאוד, באופן שעורר ביקורת חריפה מצד שופטים ומלומדי משפט. את מבחן המופרכות החליף מבחן איזון האינטרסים, באופן שהקים חשש כי גבולותיו העמומים של המבחן החדש עלולים להביא את בית המשפט להחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו, באופן החורג מתפקידו של בית המשפט. גם אם בפי תומכי מבחן איזון האינטרסים קיימות תשובות טובות, לא ניתן להקל ראש בטענות

מבקריו. המחלוקת על גבולותיה של עילת הסבירות ומבחניה היא אפוא, ללא כל ספק, מחלוקת לגיטימית.

83. ואכן, ניתן היה לחשוב על מספר פתרונות שונים על מנת להתמודד עם הבעייתיות שנוצרה כתוצאה ממבחן איזון האינטרסים, לשיטת מבקרי מבחן זה. כך למשל, פתרון אחד ניתן למצוא אצל סולברג – על ערכים סובייקטיבים, ודומני כי לא אטעה אם אומר כי ניתן היה לחשוב גם על פתרונות אחרים. אולם, הפתרון שנבחר על-ידי מנסחי תיקון מס' 3 היה אחר: ביטול מוחלט של הביקורת השיפוטית על סבירות ההחלטות של הממשלה, העומד בראשיה, וחבריה. לכאורה, פתרון זה מבקש ליישם את הביקורות שנשמעו בקשר למבחן איזון האינטרסים, שכן בהיעדר עילת הסבירות בוודאי שאי אפשר ליישם את המבחן האמור.

84. ברם, וזה העיקר, לביטול עילת הסבירות ישנן עוד תוצאות. ביטול עילה זו, כפי שנעשה, שולל את עילת הסבירות כולה, על קרביה וכרעיה, ובכלל זאת נשללת גם האפשרות להגיע למסקנה כי החלטה היא בלתי סבירה באמצעות מבחן המופרכות. שכן, בהיעדר עילה ששמה 'סבירות', ועל אחת כמה וכמה בהיעדר יכולת של בתי המשפט לדון בסבירות ההחלטה, אין בנמצא מבחן כלשהוא שבאמצעותו ניתן להגיע למסקנה כי יש לבטל את החלטת הממשלה, העומד בראשה ושריה, גם כאשר היא איננה סבירה עד כדי היותה החלטה מופרכת וקפריזית. זאת, אף שהחלטה מעין זו היא החלטה בלתי חוקית שהתקבלה בחוסר סמכות.

85. ויובהר, פעם נוספת, כי מאז ומעולם הייתה קיימת במשפטנו עילת סבירות אחת. אומנם, כאמור, בהלכת דפי זהב ולאחריה נערכו שינויים משמעותיים ביישום עילה זו, ובעיקרו של דבר – שונתה המתודולוגיה להפעלתה. אולם, את השינוי בהקשר זה, יש לראות כשינוי במבחן ולא כהחלפה של העילה בעילה אחרת.

86. ויודגש, כי לדידי לא זו בלבד שפרשנות זו היא היחידה שעולה בקנה אחד עם לשון החוק, אלא שהיא נלמדת גם מהדיונים שנערכו בוועדת חוקה, חוקה ומשפט של הכנסת (ראו בפסקאות 130-132 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ') חיות), ומנוסחו הסופי של תיקון מס' 3, לאחר התמורות שחלו בו בסוגיית המינויים ולגבי 'הימנעות מקבלת החלטה' (כמצוין בחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, בפסקאות 15-26). פרשנות זו אף נתמכת באופן חד משמעי על-ידי הצהרתו של יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט, ח"כ רוטמן, בדיון שנערך לפנינו (ראו בפסקה 130 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ') חיות; ובפסקה 14 לחוות של חברתי השופטת ר' רונן); וכן באופן שבו פורש התיקון על-ידי משיבי הממשלה בהשלמת הטיעון מטעמם (בפסקאות

43-45); על-ידי היועצת המשפטית לממשלה (בפסקאות 435-437); וכן על-ידי העותרים השונים.

87. הנה כי כן, הוראת תיקון מס' 3, בהתאם לפרשנותה הנכונה, פוטרת את הממשלה, העומד בראשה ושריה מביקורת שיפוטית בגין עילת הסבירות, ללא כל מגבלה בדבר מידת המופרכות או הקפריזיות של ההחלטה שהתקבלה על-ידם. הוראה זו לא באה בחלל ריק. בדברי ההסבר הוטעם כי היא נועדה לפתור את הקושי שזיהו מנסחי התיקון עם מבחן איזון האינטרסים. ברם, במסגרת תיקון מס' 3 הכנסת לא ביטלה את מבחן איזון האינטרסים לבדו, אלא את הביקורת השיפוטית על עילת הסבירות בכללותה.

88. משמעות הדברים היא, בעיניי, שהכנסת – שמכוח הסמכויות שהוענקו על-ידה פועלים הממשלה, העומד בראשה ושריה – פטרה, במסגרת תיקון מס' 3, את בכירי הרשות המבצעת מחובת הציות לחוק. וכתוצאה מכך, גם החלטות מופרכות וקפריזיות החורגות מסמכותם של בכירי הרשות המבצעת, פטורות מביקורת שיפוטית ככל שהוראת התיקון תיוותר על כנה. שהרי, עילת הסבירות בוטלה בכללותה במסגרת התיקון.

89. אם כן, לאחר שעמדתי על פרשנותו הנכונה של תיקון מס' 3, ובהתאם לאמור לעיל, השאלות שבהן נותר להכריע הן האם הרשות המכוננת מוסמכת לפטור את בכירי הרשות המבצעת מציות לחוק; האם קמה עילה להתערבות שיפוטית בהוראה בחוק-יסוד העושה כן; ומהו הסעד שעל בית המשפט להושיט לעותרים בעתירות דנן.

ג. עילת ההתערבות והסעד

90. לאחר שהפכתי בטענות הצדדים, ובחוות הדעת השונות של חבריי, הגעתי לכלל מסקנה כי אין מנוס מלהורות על ביטול סעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה.

91. כאמור לעיל, גישתי באשר למגבלות הרשות המכוננת נעוצה, בעיקרו של דבר, בכך שהעם-הריבון לא הסמיך את הכנסת להיות כל-יכולה, גם בפועלה כרשות מכוננת. המגבלה המרכזית המוטלת על הסמכות המכוננת נובעת, אפוא, מעצם מקור סמכותה הבסיסי ביותר – הלא הוא העם. מכך נגזר, שהכנסת אינה מוסמכת לחתור תחת הסמכויות שניתנו לה, בהיבט הדמוקרטי.

92. בפסק הדין בא"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003) הוזכרה שורה של מאפיינים דמוקרטיים 'גרעיניים', המבוססים בראש ובראשונה, על הכרה בריבונות העם. מאפיינים אלו מתבטאים בקיומן של בחירות

חופשיות ושוויון; הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון; קיום הפרדת רשויות; ושלטון החוק.

93. הקשר שבין ריבונות העם לבין עקרונות אלו הוא ברור. מאחר שהעם הוא הריבון, ההכרעות במדינה צריכות להתקבל באמצעות בחירות חופשיות ושוויון, שבהן העם יכול לבחור את נציגיו בבית הנבחרים. בבסיס העיקרון של ריבונות העם ניצבת אף התפיסה בדבר גרעין מינימלי של זכויות אדם. אחרת, אם לאזרחי המדינה אין זכויות שוות, ולו במובן הגרעיני ביותר, הכיצד הם יהיו אדונים לגורלם? זאת ועוד. כידוע, בהיעדר הפרדה בין הרשויות, כאשר מי שאחראי על ביצוע החוק מחוקק לעצמו ושולט בשאלה בפני מי הוא ייתן את הדין, לא תיתכן כל חירות. אזרחי מדינה שבה מתנהל שלטון מעין זה, לא יוכלו להיות אדונים לגורלם לאורך זמן. עיקרון שלטון החוק הוא צדו השני של אותו המטבע, במובן זה שכאשר רשות שלטונית ניצבת מעל החוק, אין לריבון-העם כל דרך לאכוף את שלטונו באמצעות החוק.

94. ומכאן לענייננו. התשובה לשאלה אם הרשות המכוננת מוסמכת לפטור את בכירי הרשות המבצעת מציות לחוק, היא, לדידי, בשלילה מוחלטת.

95. "מדינתנו מושתתת על שלטון החוק ולא על שלטון אישים", כך נקבע בעניין שייב לפני למעלה משבעה עשורים. זהו התיאור המזוקק ביותר של עקרונות שלטון החוק והפרדת רשויות, הנובעים כאמור מריבונות העם. כאמור לעיל, אין למינהל אלא את הסמכויות שהוענקו לו בחוק או מכוחו. כל פעולה של רשות מינהלית, לרבות של הממשלה, העומד בראשה ושריה, החורגת מגדר החוק המסמיך, לוקה בפגם יסודי של חוסר סמכות. חוסר הסמכות נובע מכך שהריבון-העם לא התיר לרשות המינהלית לעשות ככל העולה על רוחה, אלא קבע, באמצעות נציגיו בכנסת, את גדרי סמכותה בחקיקה. כאשר הרשות המינהלית נפטרת מחובתה לפעול בהתאם לחוק המסמיך, משמעות הדבר שהיא אינה מחויבת עוד לציית לריבון-העם שהסמיך אותה.

96. מאחר שכנסת ישראל מעולם לא הוסמכה להפקיע את הריבונות מידי העם, ולתתה בידי רשות כלשהי, גם לא בפועל כרשות מכוננת – הרי שהכנסת אינה מוסמכת לפטור את הדרג המיניסטריאלי מחובתו לתת את הדין כאשר הוא חורג מסמכותו החוקית. פטור שכזה ייצור מצב בו העם נשלט בידי אישים ולא בידי חוקים. כפי שציין חברי, השופט סולברג, בעניין קוונטינסקי:

"הריבונות במדינה דמוקרטית נתונה לעם, וכדברי אברהם לינקולן בנאום גטיסברג: 'Government of the people, by the people, for the people'. הכנסת מייצגת את העם,

ולפיכך הוכר מעמדה הרם בקרב שלוש רשויות השלטון. באופן מיוחד חזק מעמדה של הכנסת בכל הנוגע לחקיקה, המהווה את הפונקציה המרכזית של הכנסת כבית מחוקקים וכרשות שלטון עצמאית" (בפסקה 36 לחוות דעתו).

97. הנה כי כן, מעמדה הרם של הכנסת נובע מכך שהיא מייצגת את העם בעת שהיא מחוקקת חוקים. אולם, סמכות חקיקת החוקים אינה 'שייכת' לחברי הכנסת. הכנסת מחזיקה סמכות זו ב'נאמנות' עבור העם. מכאן, שהכנסת איננה מוסמכת להפקיע את כוחה זה, ולוותר על כך שחוקיה ייאכפו אל מול הדרג המיניסטריאלי.

98. לאור כל המפורט לעיל, הגעתי לכלל מסקנה כי תיקון מס' 3 תוקן בחריגה מסמכותה המכוננת של הכנסת. מסקנתי זו נובעת מכך שהכנסת מעולם לא הוסמכה לפטור את הממשלה, העומד בראשה ושריה מחובתם לציית לחוק, ולאפשר להם לקבל החלטות שרירותיות וקפריזיות, המנוגדות בבירור לתכלית החוק המסמיך, מבלי לתת על כך את הדין.

99. בהינתן כל האמור לעיל, סבורני כי אין מנוס מהתערבות שיפוטית ומביטולו של סעיף 15(ד). מדובר, לדידי, במקרה קצה של פגיעה קשה ומהותית בגרעין הדמוקרטי של מדינת ישראל. עם זאת לא ניתן להסכין.

100. הערה טרם חתימה: בצד ביטולו של סעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה, לגישתי, טוב נעשה אם נישיר מבט לביקורת הנוקבת וארוכת השנים שהושמעה, הן מפי שופטי בית משפט זה הן מפי מלומדי משפט, על אודות מבחן איזון האינטרסים והשימוש שנעשה בו בחמשת העשורים האחרונים. דברים אלו מקבלים משנה תוקף, בשים לב לכך שביקורת זו הגיעה עד למליאת הכנסת, ובאה לידי ביטוי בחקיקת-יסוד. גם אם אין מנוס מביטולו של סעיף 15(ד), נוכח נוסחו הגורף כפי שהובהר לעיל, סבורני כי נכון שגֵּטָה אוֹזֶן קשבת לביקורת זו וניתן לה ביטוי בפסיקתנו.

## ש ו פ ט

### השופטת (בדימ') ע' ברון:

"מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון,

חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות;  
 ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות".  
 [מתוך ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, ה' באייר התש"ח  
 (14.5.1948), ע"ר התש"ח 1]

1. כעולה מההכרזה על הקמתה של מדינת ישראל, היא הכרזת העצמאות, מדינת ישראל הוקמה על ידי אבותיה המייסדים כמדינה יהודית בעלת אופי דמוקרטי המעלה על נס זכויות אדם וחירויות פרט. זו תעודת הלידה ואף תעודת הזהות של מדינתנו הריבונית (הנשיא מ' שמגר ב-ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 309 (1995); להלן: עניין בנק המזרחי). בימים אלה, בחלוף 75 שנה מאז אותו רגע היסטורי של הכרזת העצמאות, מרחפות מעל מדינת ישראל סכנות קיומיות, מחוץ ומבית. בעוד שורות אלה נכתבות, ומאז הטבח הנוראי ומעשי הזוועות של יום 7 באוקטובר, מדינת ישראל נתונה במלחמה עקובה מדם נגד אויב ברברי שקם עלינו לכלותנו. על סכנות אלה שמחוץ נגבר ביד חזקה ובזרוע נטויה.

הדמוקרטיה הישראלית נתונה בימים אלה בסכנה מבית, והיא מגולמת בתיקון לחוק-יסוד: השפיטה – שנועד להביא לשינוי משטרי יסודי במדינת ישראל (להלן: התיקון לחוק היסוד או התיקון). תכליתו של התיקון היא להפר את שיווי המשקל הנוהג בין שלוש רשויות השלטון במדינה, תוך החלשת כוחה של הרשות השופטת ביחס לרשות המבצעת. התיקון מסיר מעל הממשלה ושריה את כבלי הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות, ובכך מבקש להקנות לרשות המבצעת שררה חסרת איזונים ובלמים אפקטיביים. הפקעתה של עילת הסבירות מידיה של בית המשפט מאפשרת במקרים רבים שימוש כמעט בלתי מוגבל בכוח שלטוני, ובכך התיקון לחוק היסוד פוגע באורח אנוש בעקרון הפרדת הרשויות, בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל. הפגיעה מתעצמת עד מאוד לנוכח המבנה הפרלמנטרי הישראלי – שבו הממשלה מתפקדת למעשה כ"רשות על" מבצעת ומחוקקת גם יחד. במצב דברים זה, לבית המשפט העליון נתונה לא רק הסמכות אלא גם החובה לקבוע כי התיקון לחוק היסוד נעשה תוך חריגה מהסמכות המכוננת – ועל כן דינו בטלות.

בהינתן האמור, דעתי כדעתה של חברתי הנשיאה (בדימ') אסתר חיות כי דין העתירות שלפנינו להתקבל וכי יש להורות על בטלותו של התיקון לחוק היסוד. אני שותפה אף לעמדותיה העקרוניות כפי שפורטו בפסק דינה הממצה, ולפרשנותה את התיקון לחוק היסוד.

כך בתמצית, ועתה בהרחבה.

“אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל, היא מדינת ישראל”

2. הכרזת העצמאות מהווה אבן פינה במשטר החוקתי של מדינת ישראל ונודע לה ערך נורמטיבי עליון. הערכים המנויים בה הם “ערכים אשר האבות המייסדים הבטיחו להשתית עליהם את המדינה. לא רק המשפט והחקיקה הושתתו על יסודות אלה, כי אם המדינה כולה, על ממשלתה ורשויותיה וצבאותיה” (חיים כהן “ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית” מבחר כתבים 45, 51-52 (2001)). היא נזכרת בפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש”ח-1948 כאִמה המולידה של הפקודה – שנחקקה “בתוקף הסמכות שנקבעה למועצת המדינה הזמנית בהכרזה על הקמת מדינת ישראל מיום ה’ באייר תש”ח (14 במאי 1948) ובמנשר מאותו יום”. גם אם ההכרזה אינה נושאת תוקף משפטי כשל חוק או חוקה, הלכה היא עימנו כי “יש לפרש כל חוק לאור הכרזת העצמאות, המבטאת ‘את חזון העם’ ואת ‘האני מאמין שלו’” (ע”ב 2/84 ניימן נ’ יו”ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ”ד לט(2) 225, 307 (1985), וראו גם בעמ’ 293; בג”ץ 153/87 שקדיאל נ’ השר לענייני דתות, פ”ד מב(2) 221, 274 (1988); בג”ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח’ נ’ כנסת ישראל ואח’, נט(2) 481, 765-769 (2005)).

3. הגדרתה של ישראל בהכרזת העצמאות כמדינה יהודית ודמוקרטית היא “אבן הראשה במשפטנו החוקתי”, ומהווה “ביטוי מזוקק לנרטיב המכונן של ישראל” (דברי השופט א’ א’ לוי (בדעת מיעוט, אך לא לעניין זה) ב-בג”ץ 466/07 גלאון נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 13 (11.1.2012)). לא בכדי שני חוקי היסוד המהווים את מגילת הזכויות הישראלית (חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק) נפתחים בהפניה להכרזת העצמאות ולערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; וכך בלשונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו –

1. עקרונות יסוד  
זכויות היסוד של האדם בישראל  
מושתתות על ההכרה בערך האדם,  
בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן  
יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על  
הקמת מדינת ישראל.

א. מטרה  
חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד  
האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד  
את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה  
יהודית ודמוקרטית.

זאת ועוד. בהתאם לחוק-יסוד: הכנסת (סעיף 7א), שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מהווה עילה לפסילת מועמד או רשימה ממועמדות לכנסת; ובכך גם חוק יסוד זה “מבטא בבירור את התפישה לפיה הבסיס להגדרה העצמית של מדינת ישראל הוא היותה מדינה יהודית ודמוקרטית” (בג”ץ 5555/18 חסון נ’ כנסת



ישראל, פסקה 19 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות (8.7.2021), להלן: עניין חסון). אין זאת אלא שהיותה של המדינה יהודית ודמוקרטית היא "הברית התיכון המחבר את משכנו המשותף", "כאמור במקרא – 'וְהַבְרִית הַתִּיכֹן בְּתוֹךְ הַקְּדָשִׁים מְבָרַח מִן הַקְּצָה אֶל הַקְּצָה' (שמות כו, 28)" (שם, פסקה 31).

#### חריגה מסמכות מכוונת

4. נקודת המוצא לדיון בעתירות שלפנינו היא שהסמכות המכוונת הנתונה בידי הכנסת אינה בלתי מוגבלת, וכי הכנסת אינה מוסמכת לשלול במסגרת חקיקת יסוד (או תיקונה) את מאפיינייה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הלכה זו נקבעה בפסק הדין שניתן בבית משפט זה בהרכב מורחב בעתירות שעניינן בשאלת החוקתיות של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (עניין חסון). בהמשך לכך, בעניין חסון עמדה לדיון גם שאלת סמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק לקיים ביקורת שיפוטית ביחס לתוכנה של חקיקת יסוד – באותם מקרים שבהם הכנסת חורגת מסמכותה המכוונת. הגם ששאלה זו נדונה שם לגופה בהרחבה, משלא נדרשה לצורך הכרעה היא נותרה פתוחה. היום שאלה זאת מונחת לפתחנו, והגיעה שעת הכרעה.

הנשיאה פרשה בחוות דעתה יריעה רחבה ומלומדת, והולוכה אותנו צעד אחר צעד למסקנה המתחייבת לעניין הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד. אומר מיד כי בסוגיה נכבדה זו, דעתי כדעתה כי באותם מקרים נדירים שבהם הכנסת חורגת מגבולות הסמכות המכוונת הנתונה לה – בית משפט זה מוסמך לקבוע כי הנורמה החוקתית בטלה. התשתית לקביעה זו הונחה כאמור בעניין חסון. בפסק הדין שם הבהירה הנשיאה כי בשלב זה לא ניתן לאמץ למשפט הישראלי את אחד המודלים של דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" כמות שהם – שכן דוקטרינה זו הולמת שיטות משפט שבהן קיימת חוקה שלמה, שאז הדוקטרינה מופעלת ביחס לסמכות התיקון של חוקה זו; בעוד בישראל החוקה נבנית "פרקים פרקים" ומלאכת כינונה טרם הושלמה (שם, פסקה 14 לחוות דעתה של הנשיאה). עם זאת, כך נקבע, סמכויותיה של הרשות המכוונת אינן בלתי מוגבלות; ומאפייניו הייחודיים של המשטר החוקתי בישראל מחייבים קיומה של ביקורת שיפוטית על תוכנה של חקיקת יסוד. כך בפרט, היעדרה של חוקה שלמה; העובדה שלא קיים הבדל ממשי בין הליך חקיקת חוק "רגיל" ובין הליך כינון חוק יסוד; ולנוכח שליטתו של הרוב הפוליטי בכנסת ובתוך כך גם בהפעלת הסמכות המכוונת. וכלשונו של השופט מ' מזוז:

"העדרה של חוקה שלמה, וקיומו של מצב חריג, כאשר נורמות חוקתיות בישראל נחקקות למעשה בהליך חקיקתי

רגיל, בהעדר הפרדה מוסדית והליכית בין חקיקת הוראות חוקתיות לבין חקיקה רגילה, ולא בהליך נוקשה וייחודי של חקיקת חוקה או תיקונים לחוקה כמקובל בחוקות בעולם, מעלה את הצורך והחשיבות בקיומן של מגבלות על הפעלת הסמכות המכוננת, ובקיום ביקורת שיפוטית דווקא בשלב זה" (עניין חסון, פסקה 5 לפסק דינו).

כפי שהובהר על ידי הנשיאה, בית המשפט העליון הוא הגורם המתאים ביותר לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד. כך בהינתן "הנתונים החוקתיים" שביסוד תורת הרשות המכוננת; כך בהינתן מהות תפקידה של ערכאה זו במסגרת הפרדת הרשויות; וכך בהתאם לסמכות הרחבה שהוקנתה לבית משפט זה ליתן כל סעד למען הצדק ובכלל זאת צווים לרשויות המדינה (פסקאות 66 ו-86 לחוות דעתה של הנשיאה). סמכות זו אף עוגנה בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה ובכך זכתה למעמד נורמטיבי עליון.

5. בהתייחס לסטנדרט הביקורת השיפוטית החל על תוכנה של חקיקת יסוד, בעניין חסון הביעה הנשיאה דעתה כי בשים לב לשלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי, "המגבלות החלות על הרשות המכוננת הן, כאמור, צרות ביותר, ונוגעות למצבים חריגים של שינוי חוקתי השולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה" (פסקה 28). במסגרת העתירות שלפנינו מוסיפה הנשיאה ומבהירה, כי "השאלה שיש לשאול היא האם חוק היסוד או התיקון לחוק היסוד פוגעים פגיעה כה קשה במאפיינים הגרעיניים של המדינה, עד כדי זעזוע אבני הבניין של חוקתנו המתגבשת. ככל שזה המצב המסקנה היא כי עניין לנו בחוק יסוד החורג מגדרי סמכותה המכוננת של הכנסת" (פסקה 106 לחוות דעתה).

חברי השופט יצחק עמית, לעומת זאת, סבור כי "דווקא מאחר שהחוקה טרם הושלמה ואף לא נקבעו כללי המשחק לכינונה של החוקה, הדבר מחייב ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, שמא אף הנמכת דף ההתערבות השיפוטית" (פסקה 33 לחוות דעתו; וראו גם חוות דעתה של השופטת ג' כנפי-שטייניץ, פסקה 13; וחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן, פסקה 7). ייאמר כי אני נוטה להסכים עם גישתו של השופט עמית, ולכך כיוונתי כבר בעניין חסון (שם, בפסקה 2 לחוות דעתי; ובפסקה 9 לחוות דעתו של השופט ג' קרא). דומני כי המצב המשטרי הייחודי למדינת ישראל, המתאפיין בקלות היחסית שבה ניתן לחוקק ולתקן את חוקי היסוד, מצריך פתח רחב יותר לביקורת שיפוטית; ואולם אינני נדרשת להכריע בסוגיה זו.

6. כפי שקבעה הנשיאה, במקרה שלפנינו התיקון לחוק-יסוד: השפיטה אינו עומד אף ברף המחמיר של הביקורת השיפוטית, ולנוכח פגיעתו האנושה במאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, דינו בטלות; חבריי ממלא מקום הנשיא עוזי

פוגלמן, השופט יצחק עמית והשופטת רות רונן מסכימים עימה, ודעתי כמותם. הדברים שאוסיף על חוות הדעת המפורטות של חבריי יוקדשו לנושא זה.

#### עילת הסבירות

7. במוקד התיקון לחוק היסוד, ומשכך במוקד העתירות שלפנינו, ניצבת עילת הסבירות. עילה זו נקלטה במשפט המינהלי הישראלי מן המשפט האנגלי, שם היא נולדה כאמת מידה לביקורת שיפוטית על חוקי עזר. בפסק הדין המרכזי בעניין *Wednesbury*, נקבע כי כאשר רשות מקבלת החלטה שהיא כה בלתי סבירה עד שאף רשות סבירה לא היתה מגיעה אליה, בית המשפט יתערב בה; שכן מדובר למעשה בהחלטה החורגת מן הסמכות שניתנה לרשות על ידי המחוקק (*Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, 233-234 (C.A); ע"א 311/57; פ"ד יג 1026, 1039 (1959)).

מאז קליטתה בשיטתנו ועד היום, במשך עשרות שנים, חלה בעילת הסבירות שורה של תמורות והיא הלכה והתפתחה בפסיקה עד שהתעצבה בדמותה הנוכחית. במובנה "המקורי", עילת הסבירות יוחדה בעיקר למקרים של "שרירות או חוסר היגיון מוחלט בהחלטה", כך שהדגש הושם על תוצאת ההחלטה (להלן: הסבירות המסורתית); ואולם במובנה העכשווי עניינה של עילת הסבירות ב"חוסר איזון פנימי בהחלטה", כך שהדגש הוא על שיקול הדעת המינהלי ביחס לשיקולים שהניעו את קבלת ההחלטה (להלן: סבירות איזונית) (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 723-726 (2010), להלן: ברק-ארז). נוסף על כך, בעוד בעבר נהוג היה לקשור את עילת הסבירות עם עילות אחרות מהמשפט המינהלי – כדוגמת שיקולים זרים, הפליה או חוסר תום לב – זה מכבר משמשת עילת הסבירות כעילת ביקורת עצמאית (ברק-ארז, עמ' 725; ראו גם: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ה 3849-3850 (2020), להלן: זמיר).

8. הנה כי כן, ביסוד עילת הסבירות האיזונית ניצבת ההנחה שלפיה החלטות מינהליות המתקבלות מבלי שהרשות שקלה כדבעי את מכלול השיקולים הרלוונטיים, או מבלי לתת לשיקולים אלה משקל ראוי, הן החלטות העלולות לפגוע בפרט או בציבור בכללותו. משכך, עילה זו כפי שהתעצבה בפסיקה, מתמקדת ככלל ברציונליות של ההחלטה המינהלית:

"באמצעות עילה זו, נבחנת הרציונליות שבהחלטת המינהל כמושג נורמטיבי, ולצורך בחינה זו נקבעו אמות מידה שעל בית המשפט לבחון, קרי: האם נשקלו על ידי

הרשות המינהלית מלוא השיקולים הרלבנטיים לענין, והם בלבד, או שמא נשקלו שיקולים זרים וחיזוניים לענין; שנית, האם הרשות ייחסה לכל אחד מהשיקולים הרלבנטיים את משקלו היחסי הראוי, והגיעה באמצעות שקילה זו לנקודת איזון המצויה במתחם הסבירות הנתון לה. מתחם סבירות זה עשוי להשתנות מענין לענין, בהתאם לנתוניו ולמאפייניו של המקרה. בלא הבטחה כי החלטת המינהל תהא סבירה ורציונלית, צפויים הפרט והציבור להיפגע פגיעה קשה. אין די בקבלת החלטה מינהלית בסמכות ובתום לב. על ההחלטה להיות רציונלית ונכונה במסגרת מיתחם שיקול הדעת הנתון לרשות המוסמכת" (5853/07 אמונה תנועת האיש הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פסקה 33 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (6.12.2007), להלן: עניין אמונה) (ראו גם: ברק-ארז 723-728; זמיר 3849, 3852-3853).

9. אבן דרך משמעותית בהתפתחותה של עילת הסבירות האיונית במשפט הישראלי היא פסק הדין שניתן ב-בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421, 435 (1980) (להלן: עניין דפי זהב); ויש אף מי שרואים בו "קו פרשת מים" בהתפתחותה של עילת הסבירות – מסבירות מסורתית לסבירות איונית – על אף שאינני שותפה לתפיסה זו (ראו, למשל, בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 7 לחוות דעתו של השופט א' גרוניס (30.11.2006); רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פסקה 21 לחוות דעתו של השופט י' עמית (19.1.2017); דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל, פסקה 105 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן, פסקאות 13-14 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות, פסקה 5 לחוות דעתו של השופט א' שטיין (15.12.2021)). בפסק הדין בעניין דפי זהב טבע השופט א' ברק את המושג "מתחם הסבירות", המתאר את תחום האפשרויות הפרושות לפני הרשות המינהלית "שהינן סבירות בנסיבות העניין"; קרי: אפשרויות שהן פרי איזון בין האינטרסים הרלוונטיים לעניין, שבגדרו ניתן לכל אחד מהם משקל ראוי. בהמשך לכך הובהר על ידו, כי בית המשפט יתערב אך בהחלטות הסוטות ממתחם זה סטייה "מהותית, היורדת לשורש העניין".

ואולם לסבירות האיונית יש למעשה שורשים בפסיקה הקודמת לעניין דפי זהב. כך, למשל, ב-בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל (2) 94, 105 (1976) (להלן: עניין דקה), האיר השופט מ' שמגר זרקור על האיזון הדרוש בין השיקולים המנחים את הרשות בקבלת החלטה על ידה. ועוד קודם לכן, ב-בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953) נבחן שיקול הדעת של שר הפנים תוך בדיקה אם איזון כהלכה בין האינטרסים הכרוכים בשלום הציבור מזה ובין חופש הביטוי וחופש העיתונות מזה (וראו סקירה ודוגמאות נוספות בפסקה 9 לחוות דעתה של השופטת ר' רונן).

10. בכל אופן, כיום עילת הסבירות משמשת תדיר את בתי המשפט להבטחת קיומו של ממשל תקין, הוגן ונקי כפיים ולהגנה על האזרח מפני שימוש לרעה בכוח השררה. עילה זו "ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון" (עניין אמונה, פסקה 33). נתון לה "מקום של כבוד בשמירה על ההגנות ועל טוהר המידות בשלטון הציבורי וכן היא תורמת להקפדה על זכויות אדם ולהגנה עליהן לבל תפגענה ממעשי השלטון במידה העולה על הראוי והנדרש..." (דברי השופטת א' חיות ב-בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ, פסקה 3 (12.2.2015); להלן: עניין הנגבי (2015)).

בפסיקתו של בית משפט זה התגבש במהלך השנים קורפוס של הלכות, ובו כללים ועקרונות המסדירים את השימוש בעילת הסבירות. אחד מעקרונות היסוד שנקבעו בפסיקה בהקשר זה, הוא שעילה זו נאכפת תוך מתן כבוד למתחם הסבירות השמור לרשות, וכי "אל לו [לבית המשפט] לשים את שיקול-דעתו שלו תחת שיקול-דעתה של הרשות המינהלית, שבידיה סמכות ההחלטה על-פי החוק" (השופט מ' לנדוי בבג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' לוי גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, משרד-הפנים, פ"ד טז 2408, 2412 (1962)). בהמשך לכך, בית המשפט גוזר על עצמו איפוק וריסון שיפוטי בעת שימוש בעילה:

"בית-משפט זה אימץ, לכל רוחב הקשת של הביקורת השיפוטית על פעולותיהן ועל החלטותיהן של הרשויות השלטוניות, כללים שונים, אשר המכנה המשותף להם מבטא ריסון עצמי שיפוטי. עם הכללים האלה ניתן למנות – בלא למצות – את 'מיתחם הסבירות', את 'חזקת הכשרות', את 'חזקת החוקתיות', את הכלל שלפיו אין בית-המשפט מחליף את שיקול-דעתה של הרשות בשיקול-דעתו שלו ואת עילות הסף של המשפט המינהלי. כללים אלה אינם מן השפה אל החוץ. הם חלק בלתי נפרד והכרחי מן הביקורת השיפוטית. הפעלתם מושפעת, בין היתר, מן השאלה מיהו הגוף העומד לביקורת, ומיהי הסמכות שהפעיל" (השופט א' ריבלין ב-בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 836 (2003)).

11. כלל יסוד שהשתרש אפוא בפסיקתנו הוא שסבירות החלטות וחקיקות תיבחן לאור מטרותם, ובית המשפט אינו שם עצמו בנעלי הרשות ואינו בוחן את איכות או יעילות ההחלטה. כלל זה עולה בקנה אחד עם חזקת התקינות המינהלית הנהוגה במחוזותינו, והוא תוחם הלכה למעשה את היקף הביקורת השיפוטית על סבירות החלטותיה של הרשות המינהלית (ראו מני רבים: עניין דקה, עמ' 102-105; עניין דפי זהב, עמ' 432, 443-444; בג"ץ 4500/07 יחימוביץ' נ' מועצת הרשות השנייה לרדיו ולטלוויזיה, פסקה 15

לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (21.11.2007); בג"ץ 11087/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 13 לחוות דעתו של המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין (21.8.2012); רע"א 775/11 פלקסר נ' משטרת ישראל, פסקה 28 לחוות דעתה של השופטת א' חיות ופסקה 3 לחוות דעתו של השופט י' עמית (11.8.2014)).

אין זאת אלא, שעילת הסבירות שמורה למקרים חריגים שבהם ההחלטה המינהלית לוקה בחוסר סבירות קיצוני או מהותי:

"בניגוד למה שעלול להשתמע מן התיבה 'עילת הסבירות', כבר הובהר בפסיקה כי בית המשפט אינו שם עצמו בנעלי הרשות ואינו בוחן את תבונתה של ההחלטה. התערבות שיפוטית בהחלטות מינהליות שמורה למקרים חריגים של חוסר סבירות ניכר. בית המשפט לא שואל את עצמו מה הוא היה מחליט בנסיבות המקרה, אלא מה רשות סבירה היתה מחליטה. בהקשר זה, מתחם שיקול הדעת הנתון לרשות בהחלטותיה הוא רחב, וכולל מגוון אלטרנטיבות שכולן עשויות להיות סבירות. מכל מקום, עילת הסבירות אינה מאפשרת לשופט לפסול כל החלטה שנראית לו 'בלתי סבירה' כמשמעותו של מונח זה בלשון שאינה משפטית (ראו דברי הנשיא מ' לנדוי בעניין דפי זהב, עמ' 432-433), ואין היא משמשת 'כסות ומסך להשקפותיו של בית המשפט' (דברי השופט א' ברק בעניין דפי זהב, עמ' 440)" (בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקה 5 לחוות דעתי (18.1.2023), להלן: עניין שיינפלד).

התיקון לחוק היסוד

12. ביום 24.7.2023 אושר בכנסת, בצעד דרמטי, תיקון לחוק-יסוד: השפיטה (תיקון חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3)), הוא התיקון או התיקון לחוק היסוד כהגדרתו לעיל. במסגרת התיקון הוסף לסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה סעיף קטן (ד) שזו לשונו:

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 ההחלטה 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.

תוכו של התיקון פָּכְרוּ. לשונו הברורה והחד-משמעית מעידה באופן שאינו משתמע לשני פנים על תכליתו: שינוי כללי המשחק של הדמוקרטיה הישראלית, כבילת ידיה של הרשות השופטת והסרת כבלי הביקורת השיפוטית מעל הרשות המבצעת. האמצעי: הושטת ידו הארוכה של השלטון אל ארגז הכלים השיפוטי ונטילתו של אחד

המכשירים השימושיים והמשמעותיים לקיום ביקורת שיפוטית, הוא עילת הסבירות. הדרך: קביעת איסור גורף ומוחלט, החל על כל ערכאה שיפוטית, לדון ולהושיט כל סעד במקרה של הפרת חובת הסבירות החלה על הממשלה, שריה והעומד בראשה (יחדיו יכוננו להלן: הממשלה). התוצאה: הענקת חסינות מוחלטת מהפרה של חובת הסבירות, ביחס לכל החלטה שמתקבלת על ידי הממשלה, ובכלל זה החלטות בעניין מינויים ואף החלטה להימנע מהפעלת סמכות.

טרם שאנמק את עמדתי שלפיה מדובר במעשה חקיקה החותר תחת מאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, יש לתת את הדעת להליך שבו נחקק התיקון לחוק היסוד – המעורר לא מעט קשיים כשלעצמו.

הרקע לחקיקתו של התיקון לחוק ומהלך החקיקה

13. התיקון לחוק היסוד נולד כחלק מתוכנית רחבה יותר לשינוי משטרי, שהגתה ממשלת ישראל ה-37 בהובלתו של שר המשפטים. מטרתה המוצהרת של התוכנית היא לעצב מחדש את מערכת היחסים שבין שלוש הרשויות בישראל – תוך הגבלת כוחה של הרשות השופטת לקיים ביקורת שיפוטית על הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. בתוך כך, במסגרת ההסכמים הקואליציוניים שנחתמו בין סיעת הליכוד ליתר סיעות הקואליציה, עוגנה התחייבות מפורשת של הסיעות לקיים משמעת קואליציונית הדוקה ביחס להצעות חוק שיועלו לצורך קידומה של "הרפורמה להבטחת המשילות וחיזוק יכולת הממשלה לבצע את מדיניותה" (להלן: תוכנית הרפורמה).

תוכנית הרפורמה "הושקה" במסיבת עיתונאים חגיגית שערך שר המשפטים ביום 4.1.2023, ימים ספורים לאחר הקמת הממשלה, ובה פרש בפני הציבור את עיקריה. השלב הראשון של תוכנית הרפורמה, כך לדברי השר, כלל ארבעה צעדים עיקריים: שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, באופן שיבטיח לקואליציה שליטה במינויים; הגבלת הביקורת השיפוטית על הרשות המחוקקת, בין היתר באמצעות חקיקת פסקת התגברות; הגבלת הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת על ידי ביטול עילת הסבירות; והסרת כפיפות השרים לחוות הדעת של הייעוץ המשפטי לממשלה. תוכנית הרפורמה הוצגה על ידי השר במסיבת עיתונאים כתוכנית לחיזוק הדמוקרטיה הישראלית:

"המהפכה החוקתית וההתערבות ההולכת והגדלה של מערכת המשפט בהחלטות הממשלה ובחקיקת הכנסת, דרדרו את האמון במערכת המשפט לשפל מסוכן, הביאו לאובדן המשילות ולפגיעה בדמוקרטיה. אנחנו הולכים לקלפי, מצביעים, בוחרים. אך פעם אחר פעם אנשים שלא בחרנו מחליטים עבורנו. ציבורים רבים נושאים עיניהם למערכת המשפט ולא שומעים בה את קולם. זו לא דמוקרטיה."

14. בחלוף כשבוע, ביום 11.1.2023, העביר שר המשפטים לבחינתה של היועצת המשפטית לממשלה (להלן: היועמ"שית) טיוטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט). טיוטת התזכיר התייחסה לשלושה מתוך ארבעת היעדים שהוצבו בתוכנית הרפורמה, והיא כללה תיקוני חקיקה ביחס להרכב הוועדה לבחירת שופטים ולסמכויותיו של בית המשפט העליון (הגבלת הביקורת השיפוטית על חקיקה של הכנסת וביטול עילת הסבירות).

היועמ"שית הבהירה כי לעמדתה תיקוני החקיקה המבוקשים פוגעים באבני יסוד של המשטר הדמוקרטי, ובפרט בעקרון הפרדת הרשויות המחייב קיומה של רשות שופטת עצמאית ובלתי תלויה. לגישתה, תיקונים אלה מקנים לרשויות השלטון כוח בלתי מוגבל, שמקים חשש לפגיעה בזכויות אדם, בשלטון החוק ובמינהל תקין. עוד הובהר, כי לא ניתן לקדם מהלך כזה של תיקון חקיקת יסוד ללא עבודת מטה מקצועית וגיבוש הסכמה רחבה. לאחר הדברים הללו, טיוטת התזכיר נגנזה – אך לא תוכנית הרפורמה. קידומה החל משלב זה נעשה בדרך של הצעות חקיקה פרטיות והצעות מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן: ועדת החוקה).

במהלך חודש ינואר 2023 קיימה ועדת החוקה דיונים בהצעות חקיקה לשינוי מערכת היחסים בין שלוש הרשויות. דיונים אלה הוכתרו בכותרת "ציון במשפט תיפדה – מחזירים את הצדק למערכת המשפט". בתום סבב הדיונים, אישרה ועדת החוקה שתי הצעות חוק מטעמה: הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות), שעניינה בהרכב הוועדה לבחירת שופטים; והצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) שעסקה בהגבלת היקף הביקורת השיפוטית על חקיקה של הכנסת. הצעות אלה אושרו במליאת הכנסת בקריאה ראשונה (ביום 20.2.2023 וביום 13.3.2023 בהתאמה). הצעת החוק שעניינה בהרכב הוועדה לבחירת שופטים אף אושרה ביום 27.3.2023 על ידי ועדת החוקה לקריאה שנייה ושלישית.

15. הדיונים בוועדת החוקה לוו במחאה חברתית חסרת תקדים בהיקפה ובעוצמתה. במשך שבועות ארוכים, מאות אלפי אזרחים יצאו לרחובות והפגינו נגד תוכנית הרפורמה המשפטית, שאותה כינו "הפיכה משטרית". דגל ישראל הפך לסמלם של המתנגדים לתוכנית, שחזרו והתריעו מפני הסכנות הגלומות בשחרורן של רשויות השלטון מכבלי הביקורת השיפוטית. ככל שהממשלה נקטה עוד ועוד צעדים לקידום תוכנית הרפורמה כך הלכה המחאה והסלימה, וקרע עמוק נפער בחברה הישראלית בין תומכי התוכנית למתנגדיה.



ביום 27.3.2023 הודיע ראש הממשלה על השהיית הליכי החקיקה לצורך משא ומתן עם נציגי האופוזיציה במטרה לגבש מתווה פשרה מוסכם. מהלך זה לא נשא פרי, וביום 20.6.2023 הניח יו"ר ועדת החוקה על שולחן הוועדה הצעה לתיקון חוק היסוד ובה ביטול עילת הסבירות (הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות)); לימים הבשילה הצעה זו לתיקון לחוק היסוד שבו אנו עוסקים (להלן: הצעת החוק). הצעה זו הוגשה כהצעת חוק מטעם ועדת החוקה מכוח סעיף 80(א) לתקנון הכנסת.

16. ועדת החוקה ערכה חמישה דיונים בלבד לצורך הכנת הצעת החוק לקריאה ראשונה, שנמשכו על פני עשרה ימים, ובהם נשמעו עמדות הייעוץ המשפטי לוועדה, היועמ"שית, מומחים ואנשי משפט מהאקדמיה ומהשירות הציבורי. רבים מהם התריעו בפני חברי הוועדה על הסכנות הרבות הגלומות בתיקון לחוק היסוד.

בתוך כך, היועץ המשפטי לוועדת החוקה, עו"ד ד"ר גור בליי, עמד בכתב ובעל פה על שורה של קשיים שעלו מהצעת החוק. בראש ובראשונה, לעמדתו שלילה קטגורית של עילת הסבירות תביא ליצירת "חורים שחורים" בתחומי מינהל מסוימים שבהם לא ניתן יהיה לקיים ביקורת שיפוטית כלשהי (למשל בתחום המינויים בשירות הציבורי, ובפרט של שומרי הסף); וכן הצביע עו"ד בליי על קיומו של חשש כי ביטול עילת הסבירות עלול להיתפס ככזה שפוטור את מקבלי ההחלטות מעצם חובת הסבירות. היועץ המשפטי לוועדה הציע לבחון את ההצדקה להבחנה שנעשתה בהצעת החוק בין דרג נבחר לדרג מקצועי בכל הנוגע לתחולתה של עילת הסבירות, ותחת זאת לשקול מודל חלופי – המצמצם את הביקורת השיפוטית רק ביחס לסוג מסוים של החלטות. עו"ד בליי סבר שיש קושי גם בכך שההצעה אינה מגדירה את עילת הסבירות שהיא חלה ביחס אליה, וכתוצאה מכך ההסדר המוצע הוא על פניו גורף ורחב.

המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), עו"ד גיל לימון, הביע אף הוא עמדה שלפיה הצעת החוק משחררת למעשה את נבחרי הציבור מחובת הסבירות, ובכך מאפשרת קבלת החלטות שרירותיות, המתעלמות מעובדות ושיקולים רלוונטיים. עו"ד לימון הוסיף והדגיש כי הצעת החוק כלל אינה מתמודדת עם המורכבויות של עילת הסבירות, ממילא גם לא מגדירה אותה, אלא מתמקדת בחסימה מוחלטת של ביקורת שיפוטית על החלטות בלתי סבירות באופן הפוגע פגיעה קשה בערכיה הבסיסיים של הדמוקרטיה.

17. חרף האמור, ביום 4.7.2023 אושרה הצעת החוק בוועדת החוקה להנחה לקריאה ראשונה, כהצעת חוק מטעם הוועדה. ביום 10.7.2023 היא אושרה במליאת הכנסת

בקריאה ראשונה – ברוב של 64 אל מול 56 חברי כנסת. בהמשך לכך נערכו בוועדת החוקה ארבעה דיונים נוספים להכנת הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית, שנמשכו על פני תשעה ימים, ובמהלכם נשמעו חוות דעת של משפטנים – שחלקם הציעו נוסחים "מרוככים" יותר לביטול עילת הסבירות. בין היתר הוצע להגביל את ביטול עילת הסבירות להחלטות מדיניות כלליות להבדיל מהחלטות פרטניות; להבהיר כי לבית המשפט תהיה שמורה האפשרות להתערב במינויים לא ראויים בהתאם לעיקרון האוסר על שקילת שיקולים זרים; להבהיר כי ביטול עילת הסבירות לא יחול על החלטה שנתקבלה מתוקף סמכות ששר נטל לעצמו מכוח סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה; ועוד. ואולם אף אחת מהצעות אלה לא נתקבלה.

עוד במסגרת הכנת הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית, נמסר לחברי הוועדה נוסח מתוקן להצעת החוק. בהצעה זו הובהר כי ביטול עילת הסבירות יחול רק ביחס להחלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר, ונשמט המשפט "וכן של נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק" שהופיע בנוסח המקורי. לעומת זאת, להצעת החוק נוספה הגדרה למושג "החלטה" הנזכר בה, שלפיה מדובר ב"כל החלטה לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

ביום 19.7.2023 אושרה הצעת החוק בנוסח המתוקן בוועדת החוקה. ביום 24.7.2023 אושרה הצעת החוק גם בקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת – ברוב של 64 חברי כנסת וללא מתנגדים, משחברי הכנסת מטעם האופוזיציה החרימו את ההצבעה. השלמת חקיקתו של התיקון לחוק היסוד נחגגה על ידי חברי הקואליציה בתמונת "סלפי" שצילמו במליאה – שנחרטה בתודעה הציבורית כתמונת ניצחון של תומכי הרפורמה בגוברם על מתנגדיה.

18. חקיקת יסוד אמורה לסמל "קביעות, נצחיות המדינה והאומה, זכויות האדם והאזרח ובתוכן זכויות המיעוטים" (השופט א' רובינשטיין ב-בג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל, פסקה ה (7.4.2011)). כינונה של חוקה המעגנת ערכי יסוד, סדרי משטר וכללי משחק "טעונה הסמכה, ומצריכה הסכמה ציבורית רחבה" (השופט נ' סולברג ב-בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה 6 (12.7.2021)). יום חקיקתו של חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד אמור להיות "יום חגיגי שבו הכנסת לובשת לבן ומצטחצחת בהתרגשות לקראת המאורע" (השופט י' עמית ב-בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקה 4 (23.5.2021)).

ואולם חקיקתו של התיקון לחוק היסוד רחוקה ממאפיינים אלה כרחוק מזרח ממערב. לא רק שהתיקון לחוק היסוד לא זכה להסכמה רחבה בכנסת, אלא שחקיקתו זרעה קרע ופילוג חסרי תקדים בחברה הישראלית. הוא עבר בקריאה שנייה ושלישית ברוב קואליציוני דחוק של 64 חברי כנסת, כאשר נציגי האופוזיציה נעדרו כולם מההצבעה כאקט של מחאה. מבחינת לוחות הזמנים וסדר הדיונים, חקיקתו של התיקון נעשתה בחיפזון, שלא לומר בחטף, באופן שאינו מתיישב עם הפעלה הולמת של הסמכות המכוננת. ספק אם השיח בוועדת החוקה הגיע לכדי מיצוי ואם נעשתה עבודת הכנה מקצועית ראויה, לא כל שכן בשים לב להשלכות הרחב מרחיקות הלכת של התיקון. נוסף על כך, הצעת החוק קודמה כהצעת חוק שיזמה והכינה ועדת החוקה בהתאם לסעיף 80(א) לתקנון הכנסת – הגם שמבחינה מהותית התיקון נולד כהצעת חוק פרטית. כך, כפי הנראה, על מנת "לדלג" על הפרוצדורה המתחייבת בהצעת חוק פרטית, הכוללת הצבעה בקריאה טרומית, המתנה של 45 ימים טרם הצבעה זו, וגיבוש עמדת הממשלה ביחס להצעה. מספר חסר תקדים של יותר מ-27,000 הסתייגויות נרשם לנוסח הצעת החוק שהוגש לוועדה – אך הסתייגויות אלה נדונו במתווה מקוצר שקבע יו"ר ועדת החוקה, במשך שלושה דיונים בלבד, שבסופם נדחו כולן.

אבהיר, כי לא בשל פגמים אלה סבורתני כי יש להורות על בטלותו של התיקון – אף על פי שניכר כי הליך כינונו לא הולם את המהות החוקתית הטבועה בחקיקת יסוד. אם הארכתי בהתייחסותי להליכי החקיקה, היה זה אפוא משום שמהלך חריג זה צובע בצבעים עזים את הנזקים הגלומים בתיקון לחוק היסוד. נוסף על זאת, מהלך החקיקה מהווה נדבך משמעותי בפרשנותו של התיקון לחוק היסוד – סוגיה שאליה אדרש עתה.

#### פרשנות התיקון לחוק היסוד

19. הכנסת מציעה לנו לאמץ פרשנות מקיימת של התיקון לחוק היסוד, שלפיה התיקון לא נועד לבטל כליל את השימוש בעילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה – אלא "רק" את הסבירות האיזונית; קרי: הסבירות המסורתית נותרה על מכונה וניתן לעשות בה שימוש לצורך ביקורת שיפוטית על החלטות מופרכות או בלתי מתקבלות על הדעת. עמדה פרשנית זו נסמכת בעיקרה על דברי ההסבר לתיקון לחוק היסוד. לפי הנטען, דברי ההסבר מלמדים כי כוונת המחוקק הייתה להחזיר את הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות למידותיה ערב פסק הדין בעניין דפי זהב (להלן: הפרשנות המקיימת). וכך צוין בדברי ההסבר:

"כיום עילה זו מאפשרת לבית המשפט לפסול החלטה מינהלית הלוקה בחוסר סבירות במובן זה שהיא אינה נותנת 'משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית

להתחשב בהם בהחלטתה' (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 437 (1980)), וזאת כשמדובר ב'חוסר סבירות מהותי או קיצוני' (שם, שם). על השימוש בעילת הסבירות במובנה זה, ובפרט על החלת עילת הסבירות בנוגע להחלטות של הדרג הנבחר, נטען בין היתר כי קביעת האיזון הערכי בין השיקולים השונים הנוגעים להחלטה מינהלית צריכה להיות נתונה לנבחרי הציבור ולא לבית המשפט" (ההדגשות שלי-ע'ב') (הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות), ה"ח הכנסת התשפ"ג 110; להלן: דברי ההסבר).

על פי הפרשנות המקיימת, דברי ההסבר מלמדים כי התיקון לחוק נדרש על רקע הביקורת בנוגע לשימוש בעילת הסבירות "במובנה זה", תוך הפניה לעניין דפי זהב – ומכאן שהכוונה היא לסבירות האיזונית. פרשנות זו מקובלת על חבריי השופט אלכס שטיין, השופטת יעל וילנר והשופטת גילה כנפי-שטייניץ, כל אחד מטעמיו; ואולם לעמדתי מדובר במהלך פרשני חסר אחיזה בטקסט החוקתי ובתכלית הסובייקטיבית שלו, ולכן אין לו תקומה. ואבאר.

20. ראשית, הפרשנות המקיימת יוצאת מנקודת הנחה שלפיה המצב המשפטי ערב פסק הדין בעניין דפי זהב היה שונה באופן חד וברור מהמצב ביום שלאחר פסק הדין – אך דומני כי תיאור זה חוטא לאופן שבו התפתחה העילה בפסיקת בית משפט זה. אמנם אין חולק כי עניין דפי זהב מהווה אבן דרך משמעותית בהתפתחות שחלה בפסיקה ביחס לעילת הסבירות – ואולם לא ניתן לסמנו כ"קו פרשת מים" ביחס לשימוש בסבירות האיזונית. השופטת רונן הדגימה והבהירה בחוות דעתה כי פסק הדין בעניין דפי זהב לא שינה באורח מהותי את אמת המידה שבה בחנו בתי המשפט את סבירותן של החלטות מינהליות כבר קודם לכן, אלא "היווה רק חוליה אחת בשרשרת הדרגתית של התפתחות פסיקתית" (בפסקה 15 לחוות דעתה); ואני מסכימה עימה. בעמדה דומה מחזיק פרופ' יצחק זמיר:

"...מאז שנות החמישים נהג בית המשפט לפסול החלטות מינהליות גם כאשר הפגם היחיד שנפל בהחלטה היה מתן משקל בלתי ראוי לשיקול מסוים. לכן ברור שבית המשפט לא יצר, ואף לא התיימר ליצור מובן חדש לעילת הסבירות או עילת ביקורת חדשה, לא בפסק דין דקה משנת 1976 ואף לא בפסק דין דפי זהב משנת 1980. אכן, בפסקי דין אלה בית המשפט לא המציא את הגלגל, אלא רק הסיר ממנו את העטיפה שהסתירה אותו: הוא לא יצר עילה 'חדשה' לצד העילה 'הישנה', אלא רק הבהיר שעילת הסבירות מורכבת מאז ומתמיד משתי עילות, כלומר, עילת החלטה ועילת שיקול הדעת (זמיר 3559-3560).

הנה כי כן, פסק הדין בעניין דפי זהב לא יצר יש מאין עילת ביקורת חדשה – אלא המשיג והבהיר את הפרקטיקה האיזונית ואת האופן שבו בתי המשפט בחנו אי-סבירות של החלטות גם קודם לכן. משכך, בראיית איסור לדיכויטומיה שעליה נשענת הפרשנות המקיימת, בין עילת הסבירות במובנה לפני פסק הדין בעניין דפי זהב ובין עילת הסבירות במובנה ביום שלאחר מכן.

21. שנית, וזה העיקר לטעמי, אין לפרשנות המקיימת כל נקודת אחיזה ארכימדית בלשון התיקון לחוק היסוד, והיא אף עומדת בסתירה מוחלטת לתכלית הסובייקטיבית שלו כפי שזו נלמדת מן המהלכים שקדמו לחקיקתו.

ביסוד הפרשנות המקיימת עומדת "חזקת חוקתיות". לפי חזקה זאת, שומה על הפרשן של החוק "לעשות כל שניתן לעשות כדי לתת לחוק אותו פירוש אפשרי אשר יתאים לחוקה (ואצלנו – חוק היסוד) ולא ינגוד לה"; וברי כי חזקה זו מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר בפרשנות של חקיקת יסוד. ואולם ככל כלל פרשני, חזקת החוקתיות אף היא ניתנת לסתירה – באותם מקרים שבהם פירוש כזה איננו אפשרי (הנשיא א' ברק ב-בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 276 (2004)). בעניינו, התיקון לחוק היסוד נוקט לשון ברורה ונחרצת, שאינה מותירה מקום לספק כי הוא מורה על ביטולה המוחלט והבלתי מסויג של עילת הסבירות, וזאת ביחס לכל החלטה שנתקבלה על ידי הממשלה או כל אחד משריה. "כל מילה, כל ביטוי בשפה ניתן לפרשם בצמצום וניתן לפרשם ברחבות, אף ברחבות-יתר. ואולם ככל שנרחיב ונוסיף ונרחיב נגיע לנקודה שבה יימתח קרום המעטפת עד לקצה-יכולתו" (רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 253 (1999)). זה המצב בעניינו: קריאה של מובנים שונים של עילת הסבירות לתוך התיקון פורצת את גבולות הלשון, וכבר בשל כך היא לא תסכון.

ומכאן לתכליתו הסובייקטיבית של התיקון לחוק. המהלכים שקדמו לחקיקתו של התיקון אינם מותירים מרחב לדימיון בנוגע לחזונו של יוזמי החוק ומקדמיו. הדברים נאמרו בבירור במסיבת העיתונאים שבה יצאה תוכנית הרפורמה לדרך, בדיוניה של ועדת החוקה, במליאת הכנסת ולמעשה על כל במה אפשרית. מטרותיה המוצהרות של תוכנית הרפורמה כללו במפורש את ביצור מעמדה של הרשות המבצעת על ידי הצרת צעדיה של הרשות השופטת. יו"ר ועדת החוקה שיזם את הצעת החוק, חבר הכנסת שמחה רוטמן, הבהיר במסגרת הצגת התיקון לחוק היסוד במליאת הכנסת לקראת ההצבעה לקריאה שנייה ושלישית, כי משמעותו היא שרשות שיפוטית לא תוכל לדון בעניין סבירות החלטה של הממשלה, ראש הממשלה או שר אחר "בין אם מכוח עילת הסבירות המקורית ובין אם מכוח עילת הסבירות החדשה, וזאת אף בנושא מינויים ובעניין החלטה שלא להפעיל סמכות..." (פרוטוקול ישיבה 97 של הכנסת ה-25, 551-552 (27.3.2023)). הייעוץ

המשפטי לוועדת החוקה, נציגי היועמ"ש ושוורה של מומחים שהופיעו לפני הוועדה חזרו והתריעו מפני הסכנות הגלומות בביטול גורף ומוחלט של עילת הסבירות ביחס לכל החלטות הממשלה – ואולם אזהרות אלה נפלו על אוזניים ערלות.

אם לאחר כל אלה נותר עוד מקום לספק, אזי במסגרת הדיון לפנינו הבהיר חבר הכנסת רוטמן כי מטרת התיקון לחוק היא לבטל את עילת הסבירות על כל מובניה וביחס לכל החלטה של הממשלה וחבריה (פרוטוקול יום 12.9.2023, עמ' 37-39).

22. אכן, במלאכת הפרשנות המשפטית אין התכלית הסובייקטיבית חזות הכל; ונדרש לתת משקל גם לתכלית האובייקטיבית של דבר החקיקה – "היא המטרות והמדיניות שדבר החקיקה נועד להגשים בשים לב לעיקרי יסודות השיטה והערכים עליהם בנוי המשטר הדמוקרטי" (בג"ץ 962/07 לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 41 (1.4.2007); בג"ץ 7510/19 אור-הכהן נ' ראש הממשלה, פסקה 14 (9.1.2020); להלן: עניין אור-הכהן). כפי שהדגישו חבריי, בפרשנות חקיקת יסוד אף נודעת לתכלית האובייקטיבית חשיבות יתרה (פסקה 33 לחוות דעתה של השופטת ג' כנפי-שטייניץ; פסקה 19 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן; וכן ראו דברי השופט י' עמית בעניין חסון, פסקה 4); ובהקשר זה, "יש לתת ביטוי לאופיים של חוקי היסוד, אשר נועדו לעצב את דמותה של החברה ואת שאיפותיה במהלך ההיסטוריה; אשר באו לקבוע את תפיסותיה הבסיסיות של המדינה ואת היסוד לערכיה החברתיים; אשר מבקשים לקבוע את שאיפותיה, מחויבויותיה ומגמותיה של המדינה" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 24 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (11.5.2006)).

בענייננו, במסגרת התכלית האובייקטיבית יש ליתן לתיקון לחוק היסוד פרשנות המקיימת את עקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית – ומבחינה זו התכלית האובייקטיבית מתיישבת לכאורה עם הפרשנות המקיימת המוצעת. ואולם בהינתן התכלית הסובייקטיבית המובהקת של התיקון לחוק היסוד, כמפורט לעיל, מתן הבכורה לתכלית האובייקטיבית של החוק אינה אלא כתיבת חוק-יסוד חדש – וזאת בוודאי שאין בסמכותו ולא מתפקידו של בית המשפט העליון.

בהתייחס למלאכת הפרשנות של טקסט משפטי, כבר נאמר כי "אם התוצאה אינה הגיונית ונוגדת את השכל הישר, חזקה היא כי הפרשן טעה בגיבוש התכלית של דבר החקיקה" (בש"א 1481/96 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(5) 598, 606 (1996)). בענייננו, כפי שהוברר, הפרשנות המקיימת היא יצירת יש מאין וכזאת לא ניתן.

23. יצוין כי לצד הפרשנות המקיימת לתיקון לחוק היסוד, הכנסת מציעה כי בתי המשפט יעשו שימוש רחב בעילות הביקורת האחרות מן המשפט המינהלי – ובכך לטענתה יצומצם עד מאוד הנזק הגלום בביטול עילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה. משמצאתי כי אין יסוד לפרשנות המקיימת לתיקון, ממילא תוכנית פעולה זו אין לה תקנה. זאת ועוד. מדובר ב"תוכנית מעקפים" – שכל מטרתה להימנע מלהכריז על התיקון לחוק היסוד כבטל, אף במחיר ריקונו מתוכן. משיבי הממשלה, כמו גם יו"ר ועדת החוקה, מתנגדים כולם לתוכנית המוצעת על ידי הכנסת – בהיותה חוטאת באופן מובהק לתכליתו הברורה של התיקון. בנקודה זו, ובה בלבד, אני תמימת דעים עימם. מכל מקום אין זה מדרכו של בית המשפט לעקוף דבר חקיקה, אלא לאכוף אותו.

ועוד ייאמר, כי ספק רב אם יש ביכולתן של עילות ביקורת מינהליות אחרות לכסות על היעדרה של עילת הסבירות מארסנל הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה. כך משום שהדיון בעילת הסבירות מניח כי הרשות שקלה שיקולים חוקיים בלבד, ובכך ייחודה ועדיפותה של עילה זו על פני העילות האחרות כדוגמת חוסר תום לב, שרירות ושיקולים זרים (ברק-ארז, עמ' 725); כך משום שעילות אלה קשות עד מאוד להוכחה, שכן כידוע בית המשפט אינו "בוחן כליות ולב" (בג"ץ 4790/14 יהדות התורה-אגודת ישראל-דגל התורה נ' השר לשירותי דת, פסקאות 50, 55 (19.10.2014)); וכך משום שהשימוש בהן משמעותו כי בהחלטת המינהל דבקו דופי אישי או פגם מוסרי חמור. לא בכדי אפוא עילת הסבירות דחקה במידה רבה את עילות הביקורת האחרות:

"אכן, נטל קשה מוטל על עותר, החייב להוכיח שיקול סובייקטיבי פסול של רשות מוסמכת. מחשבות קשות הן להוכחה, ומחשבות שלא כדין על אחת כמה וכמה. מכאן המגמה המודרנית במשפט המינהלי לעבור ממבחנים סובייקטיביים באשר לפסלות שיקול הדעת (כגון שיקולים זרים) לעבר מבחנים אובייקטיביים (כגון סבירות)" (בג"ץ 571/89 מוסקוביץ נ מועצת השמאים, פ"ד מד(2) 236, 246 (1990)).

עילת המידתיות אף היא אינה תחליף לעילת הסבירות ברבים מן המקרים – שכן השימוש בה נועד למצבים ייחודיים שבהם החלטת הרשות פוגעת בזכויות יסוד של הפרט. יתרונה של עילת הסבירות הוא בכך שניתן לעשות בה שימוש גם ביחס לפגיעות שאינן עולות כדי פגיעה בזכות יסוד, כדוגמת פגיעה באינטרסים כלכליים, חברתיים ואחרים של הפרט. כפי שיפורט בהמשך, ישנם מצבים שבהם כלל לא ניתן להעביר את ההחלטה המינהלית תחת ביקורת שיפוטית אלא בעילה של סבירות איזונית – וכאלה הן, למשל, החלטות בנושא מינויים בשירות הציבורי; החלטות המתקבלות על ידי ממשלות מעבר

בנושאים מסוימים; והחלטות שיש בהן פגיעה באינטרסים ציבוריים שאינה עולה כדי פגיעה בזכות של הפרט.

24. אוסיף עוד זאת. בהיעדר דיכוטומיה בנוגע למובניה השונים של עילת הסבירות, לא רק שנשמט היסוד תחת הפרשנות המקיימת – אלא שאם היינו מאמצים אותה, היינו מכבירים על ההתדיינות המשפטית ביחס להחלטה המינהלית שורה של מחלוקות מזן חדש. בפרט, ייפתח הפתח לטעון ביחס לסבירות המסורתית הנטענת בעתירה, או ביחס לכל עילה אחרת מהמשפט המינהלי (כדוגמת מידתיות), כי מדובר למעשה בסבירות איזונית "במסווה".

הפגיעה ביסודות הגרעיניים של הדמוקרטיה

25. אדריכלי התיקון לחוק היסוד הציגו אותו לחברי ועדת החוקה, לכנסת ואף לציבור כמהלך שנועד "לחזק את הדמוקרטיה" – זאת באמצעות ביצור ה"משילות". בתוך כך, בדברי ההסבר צוין כי "קביעת האיזון הערכי בין השיקולים השונים הנוגעים להחלטה מינהלית צריכה להיות נתונה לנבחרי הציבור ולא לבית המשפט". בכל הכבוד, מדובר ברטוריקה מטעה. התיקון לחוק היסוד לא רק שאינו מחזק את המשטר הדמוקרטי בישראל – אלא שהוא מנחית עליו מכת גרון. ואבאר.

כדי לרדת לשורש הדברים יש לחזור למושכלות ראשונים. מקורה של המילה "דמוקרטיה" בשפה היוונית, ומשמעותה המילולית היא "שלטון העם". ויודגש: שלטון העם ולא שלטון הרוב. "העם" הוא המצרף של כל חלקיו ופרטיו, בין שהם נמנים עם קבוצת הרוב ובין עם קבוצות המיעוט. אכן, במשטר דמוקרטי הכרעות ציבוריות מתקבלות בהתאם לעקרון הרוב (בנק המזרחי, עמ' 546; ראו גם: בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, נט(2) 14, 44 (2004)). אולם עקרון הרוב אינו רישיון לעריצות הרוב – ולכן "במשטר דמוקרטי יש להגן מכל משמר אף על עקרונות יסוד של השיטה ועל זכויות אדם, ובהן זכויות המיעוט" (בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 8 לחוות דעתי (27.5.2020)). ראו גם: ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 436 (1968); בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט י' עמית (23.3.2020); אלקסיס דה-טוקוויל הדמוקרטיה באמריקה 264 (אהרן אמיר מתרגם) (2008)). ובלשונו של השופט א' רובינשטיין:

"דמוקרטיה, במשמעותה האמיתית והמהותית, טומנת בחובה לא רק את עקרון רצונו של הרוב אלא גם את הגבלת רצונו של הרוב. המתח המתמיד שבין שני זרמים



אלה – כוח הרוב ומגבלותיו – הוא צירו של התהליך הדמוקרטי: הוא מקנה זכויות מסוימות בפני הרוב למיעוט כלשהו, לאדם באשר הוא" (ההדגשה שלי-ע'ב') (אליקים רובינשטיין "המשפט בישראל בשנות ה-70" עיוני משפט ב' (תשל"ב-ל"ג) 271, 274) (ראו גם: השופט א' ברק בעניין בנק המזרחי, עמ' 423).

הרבה אמת טמונה באמירה המיוחסת לאברהם לינקולן: "כמעט כל בני האדם יכולים להתמודד עם מצוקות. אם אתה רוצה להעמיד אדם במבחן אמיתי, תן לו כוח". רשויות השלטון אוצרות בידיהן כוח שררה רב, והרשות השופטת היא המופקדת על כך שלא ייעשה שימוש לרעה בכוח זה לקידום מטרותיו של השלטון תוך פגיעה בהפרדת הרשויות ובעצמאות הרשות השופטת, בשלטון החוק ובזכויות אדם. בית המשפט נדרש לעמוד על המשמר ולהגן על עניינם של קבוצות מיעוט או יחידים שזכו ליחס בלתי-שוויוני או לא-צודק. שיטת המשטר הדמוקרטית מכירה אפוא במגבלות הכוח האנושי, ומכאן מרכזיותה וחשיבותה של הביקורת השיפוטית במערך האיזונים והבלמים של שלוש הרשויות. ואולם התיקון לחוק היסוד פועל בכיוון ההפוך: הוא מבקש להחליש את כוחה של הרשות השופטת, להקהות מעוקצה של הביקורת השיפוטית ולהסיר את הרסן מעל הממשלה. זה אינו מעשה דמוקרטי – אלא אנטי דמוקרטי בעליל.

26. ויודגש: התיקון לחוק היסוד הוא מעשה חקיקה גורף וקיצוני במיוחד.

כפי שנוסח, התיקון מתמקד בשלילת כוחו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על הממשלה מכוח עילת הסבירות – זאת מבלי להבטיח ולעגן בדרכים חלופיות את חובתה של הממשלה ושריה לפעול בסבירות. בנסיבות אלה עלולה הממשלה ועלולים השרים לראות עצמם משוחררים מהחובה הרובצת עליהם בנדון – שאז ביטול עילת הסבירות יוריד עימו ביגון שאולה אף את חובת הסבירות עצמה. כידוע, "באין דיין ייעלם אף הדין עימו" (ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997), להלן: עניין ארפל). וכפי שציין חברי ממלא מקום הנשיא, "קיומה של החובה לפעול בסבירות בלא ערובה מוסדית לאכיפתה משול לביטול חובה זו" (סעיף 25 לחוות דעתו, וראו גם פסקה 60 לחוות דעתו של השופט י' עמית).

ביטול עילת הסבירות צפוי לפגוע אף ביכולתו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה לבלום "מבית" החלטות שרירותיות ובלתי סבירות באופן קיצוני, כבר במהלך גיבושן. בית המשפט בוחן את סבירות ההחלטה בדיעבד – לאחר שכבר נתקבלה; ואולם החשיבות הטמונה בעילה היא קודם לכל בכך שהיא מקרינה על בחינתה של ההחלטה המינהלית לכתחילה – בתוך המנגנון המינהלי, כבר בשלב גיבוש ועיצוב ההחלטה, וזאת מתוך ידיעה כי במשקפיים אלה ההחלטה תעמוד לביקורת שיפוטית.

27. התיקון לחוק היסוד חוסם באופן מוחלט ביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה בעילת הסבירות, ללא הבחנה בין סוגים שונים של החלטות – ובפרט בין החלטות שבמדיניות רחבה ובין החלטות הניתנות בענייני הפרטני של אדם או גוף מסוים. כידוע, שרי הממשלה מחזיקים בשורה ארוכה של סמכויות בעניינים פרטניים – כדוגמת הענקת רישיונות, זיכיונות והיתרים (וביטולם של אלה); קביעת מעמד בישראל; הפקעת קרקעות ומתן פיצוי בגין ההפקעה; סמכויות בנוגע להליכים פליליים; וכיוצא באלה סמכויות רבות נוספות. התיקון לחוק היסוד מוציא אפוא מתחולת עילת הסבירות החלטות פרטניות רבות המתקבלות כדבר שבשגרה מדי יום ביומו; ומדובר הן בהחלטות שבסמכותם הישירה של השרים, הן בהחלטות שבסמכות עובדי משרדם והשרים רשאים ליטול אותה לידיהם על מנת לחסן את ההחלטות מביקורת שיפוטית.

התיקון לא רק אוסר על בית המשפט ליתן סעד, אלא שנאסר עליו עצם הדיון בשאלת סבירותה של החלטת ממשלה – קרי: המחוקק לא רק סוגר את הדלת על הביקורת השיפוטית, אלא גם נועל אותה בסורג ובריח. וכפי שהוברר לעיל, התיקון לחוק היסוד חל על עילת הסבירות על כל פניה – לא רק סבירות איזונית אלא אף סבירות מסורתית, והמשמעות היא שלא ניתן לקיים ביקורת שיפוטית אף על החלטות מופרכות או בלתי מתקבלות על הדעת שיצאו מלפני הממשלה.

28. כבר במסגרת הליכי חקיקתו של התיקון לחוק היסוד, חזרה היועמ"שית והתריעה כי ביטול עילת הסבירות צפוי לפעור "חורים שחורים נורמטיביים" במשפט המינהלי – שבהם לא ניתן יהיה לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות הרשות בעילת הסבירות. נושא זה נדון על ידה בהרחבה גם במסגרת עמדתה בעתירות, ואכן מדובר בסכנה מוחשית לתקינות המינהל הציבורי ולשלטון החוק.

תחום מרכזי שיוותר פרוץ בעקבות התיקון לחוק הוא תחום המינויים בשירות הציבורי. החובה לנהוג בסבירות היא ערובה חסרת תחליף לשמירה על תקינות פעילות המינהל, על טוהר המידות של השירות הציבורי, על הגינות השלטון ביחסיו עם הפרט ועל שלטון החוק ואמון הציבור; והשימוש בעילת הסבירות הוא כפי הנראה האמצעי האפקטיבי ביותר, אם לא היחיד, למניעת מינויים לא ראויים המוכתבים משיקולים פוליטיים, או מינויים שדבק בהם פגם מוסרי-ערכי.

כעולה מעמדת היועמ"שית, עילת הסבירות פורשת כנפיה על כלל המינויים הבכירים בשירות המדינה שעליהם אמונה הממשלה – ובהם תפקיד הרמטכ"ל, מפכ"ל המשטרה, ראש השב"כ, נגיד בנק ישראל ועוד כהנה וכהנה תפקידים; כמו גם על רשימה

ארוכה עד מאוד של מינויים הטעונים אישור של הממשלה לפי חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 – הכוללת בין היתר שורה של מאסדרים ושומרי סף כדוגמת הממונה על שוק ההון, הממונה על התקציבים, החשב הכללי, היועץ המשפטי לממשלה, פרקליט המדינה ועוד רבים. מתן חסינות להחלטות הממשלה ושריה ביחס למינויים אלה הוא מרשם ודאי לפוליטיזציה ולמינוי של מקורבים חלף מועמדים בעלי כישורים מתאימים. אם סכנה זו תתממש, את מקומו של הדרג המקצועי הבכיר במשרדי הממשלה יתפסו אנשי אמונם של הפוליטיקאים, כאשר לנגד עיניהם אינטרסים קצרי טווח של השלטון. המשמעות היא פגיעה אנושה בתפקודו ובמקצועיותו של השירות הציבורי.

יש להדגיש כי צידה השני של סמכות המינוי היא הסמכות להכריז על סיום הכהונה; ובהקשר זה צפויה פגיעה בעצמאותם של בעלי התפקידים בדרג המקצועי של הרשות המבצעת, וביכולתם לבצע את תפקידם כאשר חרב הפיטורים מתנוססת מעל לראשם אם לא יסורו למרותו של הגורם שמינה אותם. חששות אלה חמורים במיוחד כאשר מדובר בשומרי הסף ובעלי סמכויות האכיפה והאסדרה בשירות הציבורי. בתוך כך, היועמ"שית מצביעה על כי לא תהיה כל מניעה לבטל את ועדות האיתור למינויים לתפקידים בכירים במשרד האוצר ובמשק, המשמשים כשומרי סף. זאת משום שהחובה לקיים הליכי איתור ראויים אינה מעוגנת עלי חוק אלא בהחלטות ממשלה, שביטולן או שינוין מחמת אי סבירות חסין על פי התיקון מביקורת שיפוטית.

29. עילת הסבירות משמשת באופן בלעדי כמעט גם להבטחת חובת האיפוק והריסון המוטלת על הממשלה וחבריה בתקופת בחירות ועד להרכבת ממשלה חדשה. בהקשר זה נפתח פתח רחב לקבלת החלטות על ידי ממשלת מעבר שיש בהן משום כבילת שיקול דעתה של הממשלה הבאה אחריה; ולכך שממשלת המעבר תנצל את משאבי הציבור לטובתה באופן שפוגע בשוויון בבחירות. על רקע חששות אלה נקבע בפסיקה כי מתחם הסבירות הנתון להחלטותיה של ממשלת מעבר הוא מצומצם ביחס לזה של החלטות שהתקבלו על ידי ממשלה המכהנת מכוח אמון הכנסת:

"אף שלממשלת מעבר נתונות סמכויותיה של ממשלה רגילה, בבוא ממשלת מעבר להפעיל את סמכויותיה, עומד לרשותה מתחם סבירות צר מזה העומד לרשות ממשלה רגילה (עניין וייס, בעמ' 470). בהקשר זה ציין בית המשפט כי במתח שבין הצורך ביציבות שלטונית והמשכיות ובין זמניותה של הממשלה ומקור סמכותה הבעייתי, על ממשלת מעבר לנהוג איפוק בפעולותיה אלא אם כן קיים 'צורך ציבורי חיוני בעשייה', וגם אז מוטלת עליה החובה לפעול להגשמתו במידתיות (שם, בעמ' 468-469) " (בג"ץ 7510/19 אור-הכהן נ' ראש הממשלה, פסקה 10 (9.1.2020); להלן: עניין אור-הכהן).

30. אין לעילת הסבירות תחליף ראוי גם בכל הנוגע להגנה על אינטרסים ציבוריים חשובים שונים, שאינם עולים כדי פגיעה בזכות, מפני מפגיעה על ידי הרשות. אחת הדוגמאות המובהקות לכך היא בתחום הגנת הסביבה והמשאבים הציבוריים – שאז לא פעם הרשות המבצעת נוטה לבכר אינטרסים פוליטיים מידיים על פני אלה של הדורות הבאים. בתוך כך, נפסק כי החלטה תכנונית שאינה נותנת משקל ראוי לשיקולים הסביבתיים עשויה להיות בלתי סבירה בעליל (ראו למשל: בג"ץ 9409/05 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנה על הסביבה נ' הוועדה הארצית לתכנון ובנייה של תשתיות לאומית, פ"ד (2) 316, 335 (2010)). וכן נקבע כי במסגרת החלטה לגבות דמי כניסה לחוף רחצה ציבורי, נדרש היה לתת משקל ראוי לזכותו של הציבור ליהנות מהחופים שהם משאב לאומי, על פני האינטרסים המסחריים והכלכליים המוטלים על הכף (בג"ץ 5824/05 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים, פסקה 18 (10.12.2009)).

בהקשר של הגנה על זכויות אדם, ורק לדוגמה, בית המשפט העליון הורה למשרד הביטחון, למשרד החינוך, למועצה האזורית שער הנגב ולראשיהם, למגן במיגון מלא כיתות בבתי ספר ביישובי עוטף עזה. זאת הגם שההחלטה למגן את כיתות בתי הספר היתה כרוכה בשקילת שיקולים תקציביים משמעותיים – המצויה ככלל בגדר מתחם שיקול הדעת המסור לרשות. נקבע כי בית המשפט יתערב "אם כי לעיתים רחוקות ומתוך ריסון – אף בהחלטות הנוגעות לשיקול דעתה המקצועי של הרשות או לתקציבים המוקצים על ידה, אם החלטות אלה חורגות באופן קיצוני ממתחם הסבירות המוקנה לרשות המינהלית". ואולם הובהר, כי "על בית המשפט להתערב במידה רבה יותר כאשר עסקינן בהחלטות שעשויות להשליך על זכויות אדם בכלל, ועל מידת הסיכון שנשקף לחיי אדם בפרט" (בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד (2) 198, 212 (2007); בקשה לקיום דיון נוסף בעניין נדחתה, ראו: דנג"ץ 5386/07 מדינת ישראל נ' ווסר (19.7.2007)).

31. אין לכחד, השימוש ההולך וגובר בעילת הסבירות נכרך לא אחת בביקורת בדבר עמימותה של עילה זו. בתוך כך, נטען כי "מושג 'חוסר הסבירות' – הוא מונח כוללני ומעורפל, החסר תוכן מוגדר" (מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 102, 113 (1982)); וכי מושג זה משמש "כחומר ביד השופט היוצר – ברצותו מרחיב וברצותו מקצר" (נעם סולברג "הלכת דרעי-פנחסי בראי עילת הסבירות" בלוג רשות הרבים (16.1.2022)). עוד נטען כי "סבירות החלטה מינהלית אינה עניין לבית המשפט, משום שבית המשפט אינו כשיר ואינו מתאים להכריע בשאלה זאת יותר משר או רשות מינהלית אחרת; וכי השימוש בעילה זאת סותר את העיקרון של הפרדת הרשויות ופוגע ביכולת המשילות" (זמיר, עמ' 3873). עם זאת, גם המבקרים הנחרצים ביותר של העילה

לא הטילו ספק בעצם נחיצותה ולא ביקשו להגבילה בחקיקה – אלא הציעו לצמצם את רוחב פרישתה בפסיקה (ראו דברי השופטת א' חיות בעניין הנגבי 2015; ודברי השופטת א' פרוקצ'יה בעניין אמונה, פסקה 33; רון שפירא "על סבירותה של עילת הסבירות" בלוג רשות הרבים, 7 (16.1.2023)).

אלא שבמקום לעצב את עילת הסבירות ממקרה למקרה, כדרך שבו מתפתחות הלכות המשפט המינהלי בישראל, התיקון לחוק היסוד מבטל אותה כליל ביחס להחלטות הממשלה, במעשה חקיקה חפוז ומגמתי; והטוטליות של התיקון לחוק היסוד סופה שתהפוך לפרקטיקות טוטלטריות.

32. הסכנות השונות הגלומות בתיקון לחוק היסוד מתעצמות עד מאוד לנוכח מעמדה של הרשות המבצעת במבנה המשטרי הישראלי. כידוע, בישראל נהנית הממשלה מרוב צייתי בכנסת, המרכיין ראש בפניה ומקנה לה כוח חסר ביקורת כמעט לחלוטין. רוב זה, בשילוב עם פרקטיקות נהוגות כדוגמת "משמעת סיעתית", ו-"משמעת קואליציונית" שאף מעוגנת בהסכמים קואליציוניים, מקנה לממשלה שליטה מלאה על הליכי החקיקה. בהיעדרו של חוק יסוד: החקיקה, הליך חקיקת יסוד הוא כהליך חקיקה רגילה, אינו כרוך בפרוצדורה נוקשה וייחודית, כך שהממשלה חופשייה לעשות שימוש בסמכות המכוננת של הכנסת על מנת לעצב את כללי המשחק המשטריים כרצונה ובהתאם לאינטרסים שלה (ראו בפסקה 75 לחוות דעתה של הנשיאה; עניין שיינפלד, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט י' עמית; עניין חסון, פסקה 5 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז). במבט השוואתי, אין בישראל אף לא אחד מהמנגנונים הנהוגים בדמוקרטיות אחרות ומשמשים שם לצורך ביזור כוח שלטוני – כדוגמת מבנה פדרלי המחלק את הכוח בין שלטון מרכזי למדינות השונות; פרלמנט המורכב משני בתים; שיטה נשיאותית המפרידה בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת; ועוד.

התוצאה היא שכוחה של הכנסת לפקח על הממשלה הוא מוגבל וחסר שיניים במידה רבה. בתוך כך יש לציין, כי מוסד אי האמון צומצם בחקיקה באופן משמעותי – וכיום לא ניתן לעשות בו שימוש מבלי להצביע אמון בממשלה אחרת (סעיף 28 לחוק-יסוד: הממשלה). חקיקת "החוק הנורבגי" העצימה אף היא את תלותם של חברי הכנסת בממשלה. חוק זה מאפשר לשר ולסגן שר להתפטר מהכנסת באופן שאת מקומם יתפוס מחליף מסיעתם, ועם סיום כהונתם בממשלה הם רשאים לחזור שוב לכיסאם בכנסת במקום מחליפיהם. מטבע הדברים, מנגנון זה יוצר מחויבות אינהרנטית מצד חברי הכנסת המחליפים כלפי חברי הממשלה שהעניקו להם את מושבם – שברצותם עלולים לקחתו בחזרה.

אם לא די בכל אלה, הרי שלישראל אין חוקה יציבה ואף לא מגילת זכויות מלאה; והיא אינה כפופה למנגנון פיקוח בין-לאומי כדוגמת האמנה האירופית לזכויות אדם.

הנה כי כן, בעוד לפי עקרון הפרדת הרשויות הכנסת היא הריבון וככזו אינה אמורה לשמש "להקת המעודדות של הממשלה" (המשנה לנשיאה א' רובינשטיין ב-בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכותה שלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה קמב (27.3.2016)) – בפועל זה במידה רבה המצב. ואל מול הכוח השלטוני רב העוצמה הנתון בידי הרשות המבצעת – הרשות השופטת היא שנושאת בנטל השמירה על שלטון החוק, ותפקידה הוא להגן על זכויות אדם ועל ערכי היסוד של הדמוקרטיה. אלא שהתיקון לחוק כובל את ידיה מלעשות כן באופן אפקטיבי.

33. מאז ומתמיד שימש בית המשפט הגבוה לצדק כתובת למי שנמצא נפגע כתוצאה מהפעלה בלתי סבירה של כוח השררה – ואולם התיקון לחוק היסוד אוסר על ערכאה זו מעתה ואילך, ולמעשה גם על כל ערכאה שיפוטית אחרת, לדון ולפסוק סעד בעניינו של הפרט ביחס להחלטות בלתי סבירות; כאשר לא אחת עילת הסבירות היא הכלי האפקטיבי המרכזי, אם לא היחיד, ליתן מענה לפגיעה מצד השלטון בעניינו של הפרט.

ויובהר: אותו אדם או גוף שזכויותיו קופחו על ידי הרשות נפגע פגיעה כפולה: פעם אחת כתוצאה מההחלטה הפרטנית בעניינו, ופעם שנייה כתוצאה משלילת זכות הגישה שלו לערכאות – שהינה זכות יסוד רבת חשיבות. ביחס לזכות הגישה לערכאות כבר צוין כי "קיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות היסוד"; וכי היא מהווה "צינור החיים של בית המשפט" ו"התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק" (רע"ב 8411/16 סלע נ' שירות בתי הסוהר, פסקאות 13-15 לחוות דעתו של השופט ד' מינץ (בדעת מיעוט אך לא לעניין זה) ופסקה 34 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות (17.7.2018)). השופט מ' חשין עמד זה מכבר בלשונו הציורית והקולעת על הפגיעה הנגרמת לעצמאותה של הרשות השופטת כתוצאה מחסימת הגישה לערכאות:

"מושג הדמוקרטיה משמיע – אף זועק – קיומה של רשות שופטת. מוחה של הדימוקרטיה עשוי שלוש אונות: האונה המחוקקת, האונה המבצעת והאונה השופטת. המוח – על שלוש האונות – הוא השולט על הגוף, נותן לגוף חיות ומעצב את חייו. שיתקת אחת משלוש אונות אלו, והדמוקרטיה נעלמה ואיננה. מסקנה נדרשת מאלה היא, כי קיומה של רשות שופטת – כאונה חיונית בגופה של המדינה הדמוקרטית – משמיע מעצמו איסור חסימת צינורות הדם המוליכים אליה, איסור חסימת דרכו של אדם לבית-המשפט. הסדר ראוי לפנייה לבית-משפט –

כן; חסימת הדרך – בין במישרין בין בעקיפין – לא ולא.”  
(עניין ארפל, עמ' 630).

קיומה של רשות שופטת עצמאית ובלתי תלויה הוא אינטרס של כל אזרח ואזרחית בישראל, שבכל עת עלולים להיות חשופים לניצול לרעה של כוח השררה הנתון בידי השלטון. כל אדם עלול להזדקק בנסיבות כאלה או אחרות ל"כיפת הברזל" של בית המשפט, שתבלום את הפגיעה בזכויותיו. בטלותו של התיקון לחוק היסוד בפסיקתנו מתחייבת אפוא "לא בגלל דאגה עצמית להאדיר כוח ולהרבות חשיבות" (דברי השופט צ' ברנזון ב-בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד (2) 141, 172 (1970)) – אלא משום שרק רשות שופטת עצמאית יכולה להבטיח שהממשלה, שריה והעומד בראשה לא יציבו עצמם מעל ומחוץ לחוק.

חתימה

34. הדמוקרטיה היא אבן יסוד קיומית הנטועה בליבת עקרונותיה וערכיה של מדינת ישראל, חיונית להמשך קיומה ולשמירה על עתידה.

התיקון לחוק היסוד הוא גורף וקיצוני. הוא מונע באופן מוחלט את יכולתו של בית המשפט לבקר את סבירות החלטותיהם מכל סוג של הממשלה והעומד בראשה וכל שר משרה. המשמעות היא הקניית חסינות להחלטותיהם, העמדתם מעל לביקורת שיפוטית אפקטיבית שהיא הכרחית כדי למנוע שימוש לרעה בכוח השררה. בעוד נבחר הציבור חבים חובת נאמנות לציבור כולו, והחובה לנהוג בסבירות היא מרכיב מהותי של חובת הנאמנות, התיקון אינו מאפשר לאכוף חובה זו על הדרג הממשלתי הנבחר, ובאין דיין אין דין. "לרבות בענייני מינויים" מורה התיקון, ובכך בפועל ניטלים גם עצמאותם ואי תלותם של בעלי תפקיד הממונים על ידי הדרג הנבחר, ובדגש על שומרי הסף; שכן מינויים, וממילא גם העברתם מכהונתם, נתונים לחסדי השרים והממשלה. בהיעדר ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות, אף לא ניתן יהיה למנוע "חלוקת ג'ובים" ומינוי מקורבים בשירות הציבורי. במבנה המשטרי בישראל, הממשלה "שולטת" בכנסת הלכה למעשה מתוקף הרוב הקואליציוני והמשמעת הקואליציונית; ועקירת כלי מרכזי, ולא אחת בלעדי, מארגז כלי הביקורת השיפוטית, משמעה תוספת כוח שלטוני חסר תקדים המרוכז בידי הממשלה כ"רשות על" מבצעת-מחוקקת-מכוננת גם יחד.

יש מי שמנסים לגמד את גודל האירוע, לייחס לתיקון לחוק אגביות זניחה, כאילו מדובר בעניין פעוט ושולי. אך זוהי שעה אקוטית שבה אנו מצווים בשמירה על עקרון הפרדת הרשויות, עצמאות מערכת המשפט, שלטון החוק וזכויות הפרט – שמירה על צביונה של המדינה, על ערכי הדמוקרטיה וערכי מגילת העצמאות. לא ניתן לעמוד מנגד.

דין התיקון בטלות. וכמילותיו עתיקות היומין של המשורר האנגלי ג'ון דאן (בתרגום רמי דיצני): "לעולם אל תשלח לשאל למי צלצלו הפעמונים – לך הם מצלצלים".

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים לתוצאה אליה הגיעה חברתי, הנשיאה (בדימ') אסתר חיות, ולעיקר ההנמקות שפורטו בחוות דעתה המפורטת והמקיפה. עם זאת, דרכי אינה זהה לדרכה בהיבטים מסוימים, שעשויה להיות להם חשיבות לעתיד לבוא. מצאתי לפיכך לנכון לתאר בפירוט את נתיב הילוכי, ואולם באותם צמתים בהם מתלכדות דרכינו, אסתפק בהפניה לחוות דעתה.

הקדמה – הפסיקה ככתיבת "רומן שרשרת"

1. מלאכת השיפוט דומה למלאכת הכתיבה של "רומן שרשרת" ("Chain Novel"). מטאפורה זו, שנהגתה על ידי פרופ' רונלד דבורקין (Ronald Dworkin), באה להסביר ולהבהיר את טיב מלאכתו של שופט הניצב בפני מקרה הדורש הכרעה שיפוטית, ובתוך כך את המחויבויות והמגבלות הנלוות לה. בפני הסופר שאליו מדמה פרופ' דבורקין את השופט במשפט המקובל, עומדת המשימה לכתוב פרק חדש בסיפור שפרקיו הקודמים נכתבו זה מכבר. מלאכת הכתיבה של פרק זה, מסביר פרופ' דבורקין, מורכבת מפרשנות הטקסט הקיים ומיצירה של טקסט חדש אשר ממשיך את קודמו. אכן, הסופר האוחז בעט לקראת כתיבתו של פרק חדש אומנם מבטא את פרי יצירתו שלו, אך הוא אינו חופשי ביצירתו: הפרקים שנכתבו ומרכיבים את ראשיתו של הרומן מגבילים את יצירתו של הסופר הנוכחי, בתוכנם, בסגנונם ובמציאות שהם יצרו. ובלשונו של פרופ' דבורקין:

Each judge must regard himself, in deciding the new case before him, as a partner in a complex chain enterprise of which these innumerable decisions, structures, conventions, and practices are the history; it is his job to continue that history into the future through what he does on the day. He must interpret what has gone before because he has a responsibility to advance the enterprise in hand rather than strike out in some new direction of his own. So he must determine,



according to his own judgment, what the earlier decisions come to, what the point or the practice so far, taken as a whole, really is. (Ronald Dworkin, *Law as Interpretation*, 60 TEX. L. REV. 527, 543 (1982); RONALD DWORKIN LAW'S EMPIRE 228-238 (1998)).

אם כן, לפי תיאורו של פרופ' דבורקין, מלאכת השפיטה, על אף החדשנות והיצירתיות הטבועות בה, ולמרות הכוח לסטות מתקדימים במקרים מתאימים ועל ידי הערכאה המוסמכת לכך, מוקפת בגדרות המציאות שנתגבשה עד לרגע הכתיבה, קרי, מחויבת בכיבוד ההלכות שהתגבשו בעבר, ונדרשת לפעול ככלל (שיש לו חריגים) בגבולות ד' אמותיה של הפסיקה הקודמת.

2. הסוגיה שהונחה לפתחנו מחייבת כתיבת פרקים חדשים במשפט החוקתי הישראלי. מכאן חשיבותה, ומטעם זה נקבעו העתירות דנן באופן תקדימי, לדיון בפני הרכב מלא (*en banc*) של שופטי ושופטות בית המשפט העליון. ואולם, פסק דין זה, עם כל חשיבותו, אינו מהווה, ואין זה ראוי כי יהיה, בריאה מחודשת של המשפט החוקתי הישראלי. תפקידנו אינו ליצור "יש מאין" משפט חוקתי לישראל. המשפט החוקתי הישראלי קיים גם כיום, ובהיבטים חשובים התפתחותו גם הגיעה להבשלה במשך 75 שנות קיום המדינה. תפקידנו, איפוא, הוא להמשיך בפיתוחו, תוך כתיבת הפרקים חדשים הנחוצים להכרעתנו, וזאת בהינתן הפרקים הקודמים ובהתבסס עליהם.

3. אם כן, וכפי שנכתבים "רומני שרשרת" כאמור, גם חוות דעת זו תנוע מהפרקים שכבר נכתבו על ידי בית משפט זה ב"ספר המשפט החוקתי" של מדינת ישראל – אותם אסקור ממעוף הציפור – אל עבר הפרקים החדשים שנדרש לכתוב על מנת להכריע במקרה שלפנינו, אותם אציג ביתר פירוט והרחבה. לאחר מכן, אדרש לבחינת התיקון לחוק שלפנינו.

המצב החוקתי בו אנו מצויים – "חוקה בהתהוות"

4. המשפט החוקתי עוסק בהגדרת עקרונות היסוד של שיטת המשטר החלה במדינה – הגדרת ערכיה המרכזיים של השיטה; התוויית מבנה רשויות השלטון והיחסים ביניהן; ותחימת חובות וזכויות היסוד של הפרט. חוקה היא כלי משפטי בו מעוגנים עקרונות היסוד הללו – כולם או עיקרם. עמד על כך הנשיא (בדימ') מאיר שמגר:

חוקה היא קודקס, קובץ הוראות חוק אשר באמצעותו מבקשים להסדיר את חלוקת התפקידים, את הסמכויות ואת החובות בין רשויות השלטון ולהגדיר את מערכת היחסים ביניהן לבין עצמן וביניהן לבין האזרח. רוב החוקות כיום כוללות גם רשימה של זכויות היסוד של האדם (bill of rights) אשר חובה על כל רשות ורשות לכבדן ולהימנע מן הפגיעה בהן. בחוקה מקובצים אפוא העקרונות היסודיים אשר עליהם מושתת השלטון (מאיר שמגר חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה 11 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005)).

[וראו גם רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 29 (1997) (להלן: גביון, המהפכה החוקתית): "חוקה היא למעשה מסמך הקובע את כללי-היסוד המשותפים לחברה החיה במסגרתה". בהמשך מבחינה פרופ' גביון בין חוקה מטריאלית (או מהותית), המתייחסת למכלול ההסדרים הבסיסיים המגדירים את מוסדות השלטון והיחסים ביניהם, לבין חוקה פורמלית, המעגנת את כללי היסוד במסמכים חקיקתיים מובחנים. במינוח שנקטתי לעיל, המשפט החוקתי מקביל לחוקה מטריאלית והחוקה לחוקה פורמלית (שם, בעמ' 34-37)].

5. ודוק, לכל מדינה יש משפט חוקתי, אך לא לכל מדינה יש חוקה. בריטניה (United Kingdom) מוסיפה לשמש דוגמה בוהקת למדינה מערבית שיש לה משטר חוקתי, אך אין לה חוקה. אכן, משפט חוקתי הוא מאפיין אינהרנטי של כל מדינה – תכנית האב (blueprint) של קיומה; חוקה היא המכשיר המשפטי הנפוץ בעולם למתן ביטוי פורמלי לקווי המתאר של תכנית האב הזו, אך אין היא בגדר הכרח בלעדיו אין.

6. במרבית המדינות להן יש חוקה נוצרה החוקה כיחידה אחת בעקבות אירוע מכונן, המהווה את "כור ההיתוך החוקתי". עשרת הדיברות, חוקתו הקנונית של עם ישראל, ניתנו לנו במעמד הר סיני, טרם הכניסה לארץ ישראל, מפי הגבורה, "בתשואות וקולות וקהלה" (רש"י, שמות לד, ג). חוקות המדינות של ימינו, רובן ככולן, נוצרו אף הן בעקבות מאורע מכונן שניתן לכנותו "זמן חוקתי" (ייסוד המדינה; ארגונה מחדש בעקבות מלחמה או מהפכה וכדומה). בהעדר יכולת להתבסס על דברי אלוהים חיים, נשענות החוקות הללו לרוב על מהלך מיוחד המבקש לבססן על "קול העם" – אסיפה חוקתית, משאל עם וכן הלאה (לרעיון של "כור ההיתוך חוקתי" ראו Robert Justin Lipkin, *The Anatomy of Constitutional Revolutions*, 68 NEB. L. REV. 701, 737 (1989) ("Constitutional revolutions occur in the context of social, economic, and ideological upheaval"); Bruce A. Ackerman, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 YALE L.J. 1013, 1022 (1984); Jon Elster,

*Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 45 DUKE LAW J. 364, 370-371 (1995); Bruce A. Ackerman, *Constitutional Politics/Constitutional Law*, 99 YALE L.J. 453, 474 (1989) לסקירה כללית על אודות האופן בו נוצרות חוקות ראו: TODD EISENSTADT, A. CARL LEVAN, & TOFIGH MABOUDI, *CONSTITUENTS BEFORE ASSEMBLY: PARTICIPATION, DELIBERATION, (AND REPRESENTATION IN THE CRAFTING OF NEW CONSTITUTIONS)* (2017).

7. היווצרותה של חוקה ב"כור היתוך חוקתי" תואמת היטב את תכליותיה המרכזיות: הגדרת "כללי המשחק החוקתיים" על פיהם מתנהלים חיי המדינה. ויובהר, "כללי המשחק החוקתיים" עומדים לא רק מעל לכל אחת מרשויות המדינה, ומעל לכל אחד מהפרטים, אלא גם מעל לפוליטיקה היומיומית ולמשפט הנוהג. הן נציגי הציבור והן סוכני המשפט כפופים לחוקה, ומחויבים לפעול בהתאם להוראותיה – שהרי היא זו שמגדירה את כללי היסוד לחיי האומה, ומאפשרת את קיומו של שיתוף הפעולה האנושי במסגרת המדינתית.

8. עם הקמתה של מדינת ישראל, ובהתאם לאמור בהחלטת האו"ם על הקמת המדינה (החלטה מס' 181 של עצרת האומות המאוחדות מכ"ט בנובמבר 1947), ביקשנו גם אנו לפעול כאחת המדינות המתקנות, וליצור לעצמנו חוקה, אשר תלווה את מדינת ישראל, וזאת באמצעות "כור היתוך חוקתי" שכונס בסמוך להקמת המדינה. כבר בהכרזה על הקמת מדינת ישראל (להלן: מגילת העצמאות) נאמר כי רשויות המדינה ("השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה") יוקמו "בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האסיפה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948". מכאן שכוונתם המקורית של מקימי המדינה (הם חברי מועצת המדינה הזמנית) הייתה לעגן את "כללי המשחק החוקתיים" בחוקה, בלוח זמנים קצר מאד (4 חודשים וחצי) ועל ידי גוף שייבחר באופן דמוקרטי למטרה זו. דהיינו, גוף שיקיים "חשיבה חוקתית" ב"זמן חוקתי" (Ruth Gavison, *The Controversy over Israel's Bill of Rights*, 15 ISR. Y.B. HUM. RTS. (1985) 113, 117; אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט כח 219, 316 (2003) (להלן: רובינשטיין ומדינה); יצחק אנגלרד מבוא לתורת המשפט 135 (מהדורה שנייה, 2019) (להלן: אנגלרד)). ואכן, תוך חריגה מסוימת מלוח הזמנים שהוגדר (באופן מובן, בהינתן מלחמת העצמאות שהתחוללה עד ינואר 1949), התקיימו ביום 25.1.1949 בחירות לאסיפה המכוננת, שעיקר ייעודה היה לכוון חוקה למדינת ישראל. זה צריך היה להיות "כור ההיתוך החוקתי" של מדינת ישראל, אשר אמור היה להניב חוקה אחודה, שתעוצב על ידי גוף שנבחר למטרה זו, בשלבי ההתהוות הראשונים של המדינה.

9. אלא, שכידוע, האסיפה המכוננת לא הגשימה את ייעודה המרכזי כ"כור ההיתוך החוקתי" של מדינת ישראל – ייעוד המשתקף בשם שניתן לה בראשונה. חלף זאת, היא שינתה את שמה ל"כנסת הראשונה" תוך פחות מחודש לאחר היבחרה, והתמקדה בייעוד אחר, שהוקנה לה ברגע האחרון – החלפת מועצת המדינה הזמנית (שהתפזרה עם בחירתה של האסיפה המכוננת) ונטילת כלל סמכויותיה, כך שהיא הפכה לרשות המחוקקת של מדינת ישראל (ראו סעיפים 1 ו-3 לפקודת המעבר לאסיפה המכוננת, התש"ט-1949; סעיף 1 לחוק המעבר, התש"ט-1949 (להלן: חוק המעבר)). לאחר תקופה של כשנה וחצי במהלכה לא הצליחו צירי האסיפה המכוננת (ששמם הוסב בינתיים ל"חברי כנסת". ראו סעיף 1 לחוק המעבר) לכונן חוקה מוסכמת, הם הגיעו לפשרה המכונה "החלטת הררי", מכוחה נקבע כי במקום חוקה שתינתן ב"כור ההיתוך החוקתי", "החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה" (להלן: החלטת הררי). החלטה זו התקבלה ביום 13.6.1950, לאחר "ויכוח גדול שנמשך שעות" (פרוטוקול ישיבה 151 של הכנסת ה-1, 1719 (13.6.1950) (להלן: פרוטוקול החלטת הררי)). בין 50 חברי הכנסת שהצביעו בעד החלטת הררי, היו כאלה שסברו כי אומנם ישנו צורך בכינון חוקה למדינת ישראל, אך זו לא הייתה העת המתאימה לכך (וראו למשל דבריו של חבר הכנסת אורי צבי גרינברג: "כי לא תתכן יצירת חוקה ולא יתכן מתן חוקה מוגמרת בתנאים אלו שאנו נתונים בהם עכשיו [...] כל זמן קיום הבית הזה בוערת האדמה מתחתינו [...] ובאשר לעצם הטעם של מתן חוקה: בקלות-דעת זו שאנו מוציאים לאור [...] הגדות לפסח בנוסח לוקאלי כיתתי, הרי אי-אפשר לגשת ליצור חוקה למדינה של עם-ישראל הגדול". פרוטוקול החלטת הררי, בעמ' 1718). מנגד, בין 39 חברי הכנסת שהתנגדו להחלטה, היו כאלה שהתרעמו על "התחמקותה" של הכנסת הראשונה מהתפקיד העיקרי שהוטל עליה (שם, בעמ' 1721) ועל הזנת הציבור ב"פירורי חוקה" (כלשונו של חבר הכנסת משה סנה. שם, בעמ' 1722). אכן, רבות נכתב על כישלונה של האסיפה המכוננת בכינון חוקה, ועל המניעים והאינטרסים השונים שעמדו בבסיסו ובבסיסה של החלטת הררי (ראו, למשל: אמנון רובינשטיין ורענן הר-זהב "חוק-יסוד: הכנסת" פירוש לחוקי היסוד 12 (יצחק זמיר עורך, 1993); יוסף ויילר ודורין לוסטיג "מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל" עיוני משפט לח 419, 463-467 (2016) (להלן: ויילר ולוסטיג, מקום טוב באמצע); דניאל פרידמן קץ התמימות – משפט ושלטון בישראל 149-157 (2019) (להלן: פרידמן)), ואין זה המקום להרחיב עליהם. העיקר לדיוננו הוא כי בסופו של דבר החלטת הררי התקבלה, ועל פיה המשיך, מאז ועד היום, מפעל החוקה של מדינת ישראל.

10. החלטת הררי שינתה את פניו של המפעל החוקתי הישראלי (ראו ויילר ולוסטיג מקום טוב באמצע, בעמ' 470), והפכה אותו להמצאה ישראלית מקורית, קונץ-פטנט אשר למיטב ידיעתי אין לו אח ורע ברחבי העולם (אם כי יש מי שראה קווי דמיון בין הסיפור החוקתי הישראלי לבין הסיפורים החוקתיים של הודו או של אירלנד, אשר אימצו "אסטרטגיות חוקתיות תוספתיות" ("incrementalist constitutional strategies"). ראו: Hanna Lerner, *Constitution-writing in deeply divided societies: the incrementalist approach*, NATIONS & NATIONALISM 16(1) 68, 74 (2010). במקום חוקה הניתנת כמקשה אחת בעקבות "כור היתוך חוקתי", הכלי המשפטי המגלם את המשפט החוקתי הישראלי מזה כ-70 שנים הוא בגדר "חוקה בהתהוות". ודוק, חוקות רבות אינן כוללות התייחסות למכלול היבטיו של המשפט החוקתי, ואף לא לכל היבטיו המרכזיים (להשוואה בין חוקות העולם בהיבטים שונים ומגוונים ראו TOM GINSBURG (2011) ROSALIND, DIXON COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW). בכך אין רבותא. ייחודה של מדינת ישראל, ולא לטובה, אינו בכך שחוקתה חלקית ואינה מושלמת, אלא בכך שמלאכת הכנת החוקה מתמשכת ואינה נשלמת. לא זו אף זו, למעט הקביעה מי הגוף האחראי על יצירת חוקי היסוד שירכיבו את חוקת ישראל (הוא כנסת ישראל על פי הסמכות שהועברה לה מכוח סעיפים 5, 9 ו-10 לחוק המעבר לכנסת השניה, התשי"א-1951), לא הוגדר בהחלטת הררי המתווה שעל פיו אותו גוף נדרש לפעול, ובכלל זה האופן בו יש לחוקק את חוקי היסוד, לתקנם או לשנותם (לביקורת על הערפול המאפיין את החלטת הררי, בפרט ביחס למנגנון האכיפה של חוקי יסוד ראו בנימין אקצין "חוקי-יסוד וחוקים משוריינים בישראל" הפרקליט יז 230, 232-233 (1960); גביוון, המהפכה החוקתית, בעמ' 76, 78).

11. האמת חייבת להיאמר – ניתן להטיל ספק בעצם סמכותה של האסיפה המכוננת לקבל את החלטת הררי, שהרי היא, ורק היא, נבחרה על מנת לכוון חוקה, ואילו דעתו של הציבור לא נתבקשה ביחס להחלטת הררי. ניתן גם להטיל ספק בכך שפרשנותה הנכונה של החלטת הררי היא להסמיך כנסות עתידיות לכוון חוקה או כי חוקי היסוד יהיו בעל תוקף מחייב כשל חוקה קודם "שיתאגדו לחוקת המדינה" (כך, למשל, עמדתו של השופט מישאל חשין, הייתה כי גם אם לאסיפה המכוננת ניתנה הסמכות לכוון חוקה, היא לא יכלה להעבירה לכנסות אחרות. ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 475-476, 487-486, 492 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי). כן ראו גביוון, המהפכה החוקתית, בעמ' 66 ה"ש 96. פרופ' גביוון אף סברה כי בעקבות החלטת הררי הוחמזה ההזדמנות ההיסטורית היחידה שבה ניתן היה לחוקק חוקה: רות גביוון "ארבעים שנה למשפט החוקתי (תגובה להרצאתו של פרופסור

שטרית) "משפטים יט 617, 619 (1989). עוד ראו אריאל נתן "החלטת הררי – על החמצה ופשרה" שורשים במשפט 49, 52-55 (דינה זילבר עורכת, 2020). ואולם, אין בדעתי לעשות כן. זאת מהטעם הפשוט שעניינים אלה נדונו והוכרעו זה מכבר על ידי בית משפט זה, ובהינתן הכרעות אלה אין מקום כי נעיין בהם מחדש. ברוח דימויו של פרופ' דבורקין: הכרעות אלה הן "הפרקים הקודמים", ותפקידנו להמשיך בכתיבת "ספר המשפט החוקתי" של מדינת ישראל – לא למחוק את כל שנפסק לפנינו ולהתחיל את המלאכה מבראשית.

12. בית המשפט העליון הוא שנתן תוקף להחלטת הררי, כפי שפורשה על ידו, והכיר במעמד החוקתי העל-חוקי של חוקי היסוד שכונו כנסות ישראל לאורך השנים (לביקורת חריפה על מהלך זה ראו פרידמן, בעמ' 587-605). בכך נתן בית משפט זה תוקף למפעל "החוקה בהתהוות", והכיר ב"כפל כובעיה" של כנסת ישראל – כרשות מכוננת וכרשות מחוקקת. הוא עשה כן בשורה של פסקי דין, ששיאם בפסק הדין המכונן בעניין בנק המזרחי, בו הוכרה, ברוב דעות (כנגד דעתו החולקת של השופט חשין), עליונותם הנורמטיבית של חוקי היסוד ותוקפם המחייב טרם איגודם לחוקה, והמשכם בפסיקה עקבית לאורך קרוב ל-30 שנה, אשר אימצה, שוב בדעות רוב, את "תורת שני הכובעים" מבית מדרשו של הנשיא אהרן ברק. על פי גישה זו, כל כנסת מכהנת בישראל משמשת, בו-זמנית, הן כרשות המחוקקת והן כרשות המכוננת, כאשר "בעת כינון חוקי היסוד, הכנסת פועלת ב'כובעה' כרשות מכוננת, וכוחה זה מאפשר לה להגביל את כוחה שלה כרשות מחוקקת" (אהרן ברק מבחר כתבים ג – עיונים חוקתיים 37 (2017)). להרחבה על גישה זו ראו פסקה 20 לחוות דעתו של השופט יצחק עמית, והאסמכתאות שם). גישה זו זכתה למעמד בכורה, תוך העדפתה על "תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת" מבית מדרשו של הנשיא שמגר (ראו בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 291-292 (2011) (להלן: עניין בר-און); בג"ץ 3132/15 יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 7 לפסק דינו של השופט חנן מלצר (13.4.2016); ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל ו 509, 513-514 (2003). לעמדה כי בניגוד לתפיסה הרווחת, עמדתו של השופט חשין דווקא אומצה בפסיקה, ראו יואב דותן "חצי יובל לפסק דין בנק המזרחי: שאון תופי המהפכה וקולו של הפיקולו – מורשתו החוקתית של השופט מישאל חשין" משפט ועסקים כו 1, 3, 10 (2021). לקריאה שונה, לפיה ישנם מספר פסקי דין חוקתיים אשר מבטאים דווקא את אימוץ גישת "תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת" של הנשיא שמגר, ראו רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטית של חוקת הכלאיים הישראלית" עיוני משפט לח 501, 514-515 (2016)). ודוק, עצם העובדה שהחלטות בית משפט זה התקבלו בדעת רוב, בניגוד לדעתם של ענקי משפט כדוגמת הנשיא שמגר והשופט חשין (אשר גם שנים לאחר מתן פסק הדין בעניין

בנק המזרחי עמדו על עמדותיהם. ראו טל כהנא ואילנה פרנקל "ריאיון עם המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס), השופט מישאל חשין" דין ודברים ג 195, 196 (2006); "ריאיון – נשיא בית המשפט העליון בדימוס מאיר שמגר" עלי משפט ז 12 (2009), מלמדת כי הכרעותיו של בית משפט זה בעניינים אלה בוודאי לא היו מובנות מאליהן, וכי ניתן היה לאמץ כיווני התפתחות חוקתיים אחרים. ואולם, כפי ששנינו, זו דרכו של המשפט – הוא נכתב "פרקים פרקים", על ידי שופטים שונים, ובהתאם לציווי "אחרי רבים להטות".

13. ואכן, בהליכים שלפנינו איש מהטוענים לא ביקש לחלוק על עצם סמכותה של הכנסת לשמש לא רק כרשות המחוקקת של מדינת ישראל, אלא גם, בעת ובעונה אחת, כרשות המכוננת של מדינת ישראל. זאת ועוד, איש מהטוענים גם לא חלק על כך שבכובעה המכונן, הכנסת הנוכחית, הכנסת ה-25, היא ממשיכת הרשויות המכוננות שקדמו לה, דהיינו כל עשרים וארבע הכנסות שקדמו לה, וש"ירשו" אף הן את הסמכות המכוננת, כל אחת מקודמתה (כך, בין אם נראה בסמכות זו סמכות מכוננת "מקורית", ובין אם נראה בה סמכות מכוננת "נגזרת". ראו בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פסקה 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות והאסמכתאות שם ופסקה 13 לפסק דינו של השופט נעם סולברג (8.7.2021) (להלן: עניין חסון); אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" ספר ברנזון כרך שני 135 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 1997) (להלן: בנדור, המעמד המשפטי של חוקי היסוד); קלוד קליין "בעקבות פסק דין המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית המשפט העליון" משפטים כח 341, 356-357 (1997) (להלן: קליין, הסמכות המכוננת) (לעמדה כי הסמכות המקורית ממשיכה להתקיים ביחס לאותם נושאים שבהם טרם נחקקו חוקי היסוד, ואילו באותם נושאים שבהם נחקקו זה מכבר חוקי יסוד, מיצתה הכנסת את סמכותה המכוננת המקורית); אהרן ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק כרך א – תורת הזכויות החוקתיות 209 (יצחק זמיר עורך, 2023) (להלן: ברק, תורת הזכויות החוקתיות)). אכן, כשם שהשופטים, לפי אופן פעולתם, כותבים את הפסיקה כ"רומן שרשרת"; לאור המציאות החוקתית בה אנו מצויים, גם הכנסת, מכוח החלטת הררי, כותבת את החוקה הישראלית כ"רומן שרשרת".

14. השאלה החוקתית בה חלוקים הצדדים בתיק שלפנינו היא כפולה: ראשית, מהן, אם בכלל, המגבלות המוטלות על הכנסת בכובעה המכונן; שנית, וככל שמוטלות מגבלות כלשהן כאמור, האם לבית המשפט סמכות לפסוק בעתירות שליבתן בטענה כי הכנסת, בכובעה המכונן, חרגה מגדרות המגבלות האמורות. ביחס לשני העניינים הללו כבר נכתבו פרקים חשובים בספר המשפט החוקתי הישראלי, ומחובתנו לתת כבוד ראוי לאשר הכריעו קודמינו. עם זאת, היבטים מסוימים של השאלות הללו טרם הוכרעו. בהיבטים

אלה נדרשים אנו להכריע, ואגב כך לכתוב פרקים חדשים בספר המשפט החוקתי הישראלי. להלן אתייחס לנושאים שלמיטב הבנתי כבר הוכרעו בפסיקתנו, ולאחר מכן אתייחס לאותם היבטים בהם נדרשים אנו לחרוש תלם לראשונה.

המצב החוקתי בו אנו מצויים – המגבלות על סמכויות הכנסת בכובעה המכונן

15. שאלת היסוד בהקשר זה, היא האם הכנסת בכובעה המכונן היא "כל יכולה" (Omnipotent), או שמא מוטלות מגבלות על סמכויותיה. בשאלה זו עסק בית משפט זה בעבר, ואף הכריע. לפיכך, אינני סבור כי נדרשים אנו לבחון אותה שוב. הכרעתו של בית המשפט בעניין זה נובעת מדחיית "תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת" והעדפת "תורת שני הכובעים" על פניה (ראו פסקה 12 לעיל). ככל שנדרשת אסמכתא מפורשת לכך, הרי שהיא תימצא בדבריה אלה של הנשיאה חיות בעניין חסון:

הבסיס העיוני לקביעה לפיה חרף עליונותה של הכנסת בכובעה כרשות המכוננת היא איננה "כל יכולה", נגזר מכך שסמכותה זו של הכנסת באה לה מן הריבון – העם – ועברה מהאסיפה המכוננת (הכנסת הראשונה) אל הכנסת השנייה וכך מכנסת לכנסת, עד ימינו אנו (עניין בנק המזרחי, בעמ' 356, 369). מכך מתחייבת המסקנה כי האפשרות לקבוע הוראה חוקתית אשר תמוטט את המפעל החוקתי כולו ותנתק את "הרציפות החוקתית" (כפי שכוונה בעניין בנק המזרחי, בעמ' 356) שהחלה עם קום המדינה ונמשכת עד היום, אינה באה בגדר הסמכות המכוננת הנתונה לכנסת (ראו והשוו: עניין שפיר, בפסקה 60 לחוות דעתי ובפסקה 31 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארד). מסקנה זו נובעת מעצם קיומה של מסגרת נורמטיבית חוקתית, שהיא, כפי שציין השופט א' א' לוי, "מבין הכלים המקנים לשיטה המשפטית כוח להגן על האומה מפני שינויים קיצוניים בנרטיב המכונן, המאיימים לפרק את רצף אבני-הבנין מהן מורכב סיפורה" (עניין גלאון, בעמ' 61-62).

(פסקה 24 לחוות דעתה).

בהמשך לדברים אלה, הנשיאה חיות סוקרת את ההצדקות והגישות השונות אשר מובילות כולן כאחת למסקנה כי הכנסת איננה "כל יכולה", גם אם הדרך העיונית של כל גישה שונה מזו של רעותה ונבדלת ממנה (בין גישות אלה, הובאה גם הגישה המבחינה בין סמכות מכוננת "מקורית" לסמכות מכוננת "נגזרת", כמפורט לעיל. ראו שם, פסקה 25 לחוות דעתה). המסקנה העולה מכך היא, איפוא, כי "[הגישות וההבחנות השונות] מתלכדות, בסופו של דבר, לשורה תחתונה אחת והיא שבשלב זה של המפעל החוקתי



הישראלי קיימות מגבלות – צרות ביותר בהיקפן – על סמכותה של הרשות המכוננת [...]” (שם, פסקה 27).

16. יש הסבורים כי ההכרה במגבלות על סמכות הכנסת כמחוקקת (קרי, המגבלות המוטלות על הכנסת בחקיקתה חוק במעמד “רגיל”) מחייבת לקבוע שאין מוטלות מגבלות על סמכותה כמכוננת. לשיטתי, זו טענה שגויה (וראו לעניין זה גם עמדתו של השופט עמית בפסקה 13 לחוות דעתו). העובדה שבכוחה של הכנסת (כרשות המכוננת) לכבול את ידי עצמה (כרשות המחוקקת), אינה מלמדת כי סמכויותיה כרשות מכוננת אינן מוגבלות. ההנחה ביסוד טענה זו היא שאם הכנסת בכובעה כמחוקקת היא מוגבלת, אזי שוודאי שבכובעה האחר, כרשות מכוננת – היא אינה מוגבלת. במילים אחרות, ההנחה היא שבשיטת משטר חייב להתקיים גוף שכוחו אינו מוגבל. ואולם הדבר שקול להנחה כי אם כל בני האדם בני תמותה חייב להתקיים יצור שאינו בן אדם ואינו בן תמותה. ייתכן שקיים ייצור כזה, אך ייתכן כמובן גם שאין הוא קיים (והשוו ליחסו של איבן איליץ’ לסוגיה קרובה: “הדיוק הידוע, שלמד מלפנים בספר למוד של כללי ההגיון של קויז'בטר ‘קיוס הוא בן אדם, בני אדם הם בני תמותה שמע מיניה, שקיוס הוא בן תמותה’. נראה לו תמיד למשפט צדק רק במה שנוגע לקיוס, אך לא במה שנוגע אליו” (לב טולסטוי מותו של איבן איליץ’ פרק שישי (אלכסנדר זיסקינד רבינוביץ’ מתרגם, 1913))). מכל מקום, במערכת משטרית לא חייב להתקיים גוף שהוא כל יכול, וזהו מצב הדברים בשיטתנו. חמור מכך, אם היה קיים גוף כזה, היה בכך משום הפרת מערכת “האיזונים והבלמים” (checks and balances) העומדת ביסוד שיטתנו המשטרית, וביסוד כל שיטת משטר דמוקרטית.

17. יש הטוענים כי הכנסת היא כל יכולה, מאחר שהיא מייצגת את העם ונבחרת על ידו, והעם הוא כל יכול. ביסוד טענה זו עומדת הנחת מוצא, “העם הוא כל יכול”, המחייבת עיון ובירור – באיזה מובן “העם הוא כל יכול”? מיהו “העם”? כיצד מתבטאת עובדת היותו “כל יכול”? בסופו של דבר, הטוען לכך מתכוון, לעיתים קרובות, לכך ש“רצון רוב העם הוא כל יכול”, ואולם קביעה זו שגויה בעליל בשיטתנו (ולמיטב הכרתי, בכל שיטת משטר דמוקרטית). בשיטתנו המשטרית, רוב העם אינו יכול להחליט על גירוש המיעוט; אין הוא יכול להחליט על פגיעה שרירותית בזכויות הפרט; רוב העם בהווה אינו יכול להנציח את היותו הרוב גם בעתיד; בדמוקרטיה כשלנו, רוב העם אפילו אינו יכול להחליט על החלפת נציגיו הנבחרים, אלא במועד הבחירות – ואלה כמובן רק דוגמאות קיצוניות למגבלות המוטלות על רצון רוב העם. אמור מעתה: רצון רוב העם אינו כל יכול, וממילא לא ברור באיזה מובן העם הוא כל יכול.

18. ואולם נוכל להותיר עניינים פילוסופיים אלה לאחרים, באשר גם אם נניח כי יש מובן בו "רצון העם הוא כל יכול", אין בכך כדי ללמד ש"הכנסת היא כל יכולה". הכנסת בוודאי איננה העם; אומנם הכנסת מורכבת מנציגים שהעם בחר, ואשר הוסמכו לפעול למען העם במישורים שונים, ביניהם כמחוקקים וכמכוננים. ואולם, בהיותם נציגי העם, ממילא כוחם אינו בלתי מוגבל, אלא חייב להיות מופעל בהתאם לתכליות למען ניתנה להם השליחות שמכוחה הפכו הם לנציגיו של העם לכתחילה, כאשר מתכליות אלה נגזרות מגבלותיהם. לשם השוואה: גם אם נניח כי "אדם הוא כל יכול ביחס לרכושו" (וכידוע, אין זהו המצב בשיטתנו), בוודאי שלא ניתן לומר כי שלוחו של אותו אדם הוא "כל יכול ביחס לרכוש מושא השליחות".

19. הכנסת, אם כך, אינה "כל יכולה" – והדבר נכון הן לפעולתה בכובעה כמחוקקת, והן לפעולתה בכובעה כמכוננת. מהן המגבלות המוטלות על הכנסת המכהנת בפועלה כרשות המכוננת? בית משפט זה סיפק לכך מספר תשובות בעבר. מגבלה אחת המוטלת על הכנסת בכובעה כמכוננת היא האיסור על שימוש לרעה בסמכות המכוננת. מגבלה זו פורשה והופעלה בפסיקת בית משפט זה כמתייחסת לשימוש בסמכות המכוננת בעניינים שאינם מתאימים להיכלל בחוקה. מגבלה זו אוסרת להכליל בחוקה הוראות שאינן ראויות להיכלל בה, מתוך הנחה (הניתנת לסתירה) כי פעולה זו מהווה ניצול לרעה של הסמכות המכוננת. בעיניי, מגבלה זו נובעת מחובת האמון הציבורית המוטלת על הכנסת וחבריה, המחייבת אותם להשתמש בסמכות המכוננת לתכלית שלשמה הוענקה. על כך עוד אתעכב בהמשך הדברים. מגבלה אחרת שנקבעה בפסיקה אך טרם הופעלה, היא האיסור על חריגה מסמכות הרשות המכוננת. חברתי, הנשיאה (בדימ') חיות, מפרשת מגבלה זו כמכוונת למצבים של שלילת אופייה "היהודי והדמוקרטי" של מדינת ישראל. בעניין זה, סבורני כי מדובר במופע חשוב, אך בלתי ממצה של ההגבלה. גם על כך ארחיב בהמשך. לצורך החלק הנוכחי, די לי במסקנה כי ב"פרקים הקודמים" של ספר המשפט החוקתי שלנו נקבע, שעל הכנסת בכובעה כרשות המכוננת, מוטלות מגבלות שונות, אשר עשויות לבוא לידי ביטוי בדמות איסור על שימוש לרעה בסמכות המכוננת או איסור על חריגה מהסמכות המכוננת. ברם, לדידי, תוכנן המלא של המגבלות המוטלות על הכנסת המכהנת בפועלה כרשות המכוננת, הוא עניין שטרם נאמרה לגביו המילה האחרונה. קרי, סוגיה זו החלה להיכתב ב"פרקים הקודמים" של ספר המשפט החוקתי שלנו, אך היא טרם מוצתה.

20. בכך לא מסתכמות המסקנות שביכולתנו להסיק מהפסיקה הקיימת. בצד ההלכות שהבהירו אילו מגבלות מוטלות על הכנסת כרשות מכוונת, הבהירה הפסיקה גם אילו מגבלות אין ראוי להטיל עליה.

21. בראש ובראשונה, להבנתי, לא התקבלה הגישה לפיה יש מקום להכיר במגבלות הנובעות מעקרונות אמורפיים שאין להם עיגון בדין הפוזיטיבי, בגדר "משפט טבעי" המגביל את הסמכות המכוונת. אכן, בשנותיו הראשונות של המשפט הישראלי נעשתה פנייה לעקרונות משפט הטבע על מנת לבסס קביעות במישור החוקתי (ראו ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט 365, 389, 390 (1965); רובינשטיין ומדינה, בעמ' 352), ואף היו שופטים ומלומדים שראו בכך בסיס להכרה במגבלות על סמכות הכנסת לכונן חוקי יסוד (הבולט בהם היה השופט חשין. ראו בג"ץ 6427/02 התנועה למען התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 620, 725-726 (2006). כן ראו בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 83 (1949); בג"ץ 29/62 כהן נ' שר-הביטחון, פ"ד טז 1023, 1027 (1962); בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415 (1962). וראו יישום דומה גם בתחום המשפט הפרטי: ד"נ 29/84 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(4) 505, 511-512 (1984)). ואולם, דומה כי עם התפתחותה של הפסיקה, וביתר שאת בעשור האחרון, נדחתה אפשרות זו, ולמצער הוקפא פיתוחה (לעמדה כי שופטי בית משפט זה נוהגים לצעוד ב"גישת הביניים", שאינה מכירה, מחד גיסא, במערכת-על ששיטת משפטנו כפופה לה, ומאידך גיסא, נוטה לשלב "עקרונות יסוד של השיטה", ראו אנגלרד, בעמ' 87-88). זאת, בעיקר בזכות פסיקתה של הנשיאה חיות, בעקבותיה התקבעה במשפט החוקתי העמדה הפוזיטיביסטית כי את המגבלות המוטלות על הסמכות המכוונת של הכנסת ניתן וצריך למצוא במקורות משפטיים קיימים, אותם היא מכנה "נתונים חוקתיים", ולא בעקרונות מוסר או טבע, שסמכותם עמומה ותוכנם מעורפל (פסקאות 53 ו-66 לחוות דעתה. להרחבה ראו עניין חסון, פסקאות 19-23 לחוות דעתה. חברי, השופט עמית, מותיר בחוות דעתו בצריך עיון את האפשרות לבסס באופן בלעדי את המגבלות המוטלות על הסמכות המכוונת של הכנסת על עקרונות על-חוקתיים, וזאת מאחר שאינו רואה נפקות מעשית לשאלת מקור המגבלות (פסקאות 16-17 לחוות דעתו). עמדה נחרצת נגד גישה שאינה פוזיטיביסטית מביע חברי, השופט אלכס שטיין (ראו פסקאות 17-19 לחוות דעתו)).

22. בדומה, נדחתה פעם אחר פעם האפשרות לראות במגילת העצמאות, כשלעצמה, מקור נורמטיבי המגביל את סמכויות הכנסת כרשות מכוונת. אכן, למגילת העצמאות

תפקיד חשוב ומכונן בשיטתנו – מכוחה נוסדה מדינת ישראל, ומכוחה הפכה מועצת העם למועצת המדינה הזמנית, ומנהלת העם לממשלה הזמנית. מגילת העצמאות גם קבעה את שמה של המדינה החדשה "ישראל". ואולם, עם כל חשיבותה, מגילת העצמאות איננה חוקה, ומעולם לא התימרה להיות חוקה. עניין זה עולה במפורש מהקביעה הכלולה בה לפיה האסיפה המכוננת הנבחרת היא שתקבע את החוקה. זאת ועוד, פסיקה עקבית וענפה של בית משפט זה הבהירה כי חלקים משמעותיים של מגילת העצמאות הם הצהרתיים בלבד, וכי אין לראות באמור בה משום קביעות בעלות תוקף נורמטיבי מחייב – לא כלפי רשויות המנהל, ובוודאי שלא כלפי הכנסת, בין בכובעה כרשות מחוקקת ובין בכובעה כרשות מכוננת (בג"ץ 10/48 צבי נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 85, 89 (1948) ("מגילת העצמאות" אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים, או ביטולם"); בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 457 (1994) (הוראות אלה אינן מהוות "דין מחייב"); בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 612 (1964) (החלקים הראשון והשלישי של המגילה אינם "בני פועל תחיקתי"). לעמדה חולקת, שפותחה בשנים האחרונות, ראו אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא, 9, 19 (2018) (להלן: ברק, מגילת העצמאות) (לעמדתו, כל חלקיה של מגילת העצמאות מהוות נורמות משפטיות מחייבות). כן ראו בנדור, המעמד המשפטי של חוקי היסוד, בעמ' 143. יחד עם זאת, ראוי לציין כי גם הנשיא (בדימ') ברק, בכתיבתו האקדמית, אימץ את החלוקה ה"מסורתית" של המגילה לשלושה חלקים אשר בכל זאת נבדלים באופיים ומהותם (היסטורי-אידאולוגי; אופרטיבי ודקלרטיבי). ראו ברק, תורת הזכויות החוקתיות, בעמ' 445-447).

23. בחוות דעתו בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (26.10.2023), אשר ניתנה אך לאחרונה, חרג השופט שטיין ממסורת ארוכת שנים זו, והביע עמדה לפיה מגילת העצמאות היא "כלל ההכרה" הבסיסי במשפט הישראלי, ולפיכך סמכותה של הכנסת, הן כרשות מחוקקת והן כרשות מכוננת, מוגבלת בהוראות ה"אני מאמין" הכלולות במגילת העצמאות. על עמדתו זו חזר חברי גם בחוות דעתו בהליך זה, ואולם היא נותרה לעת הזו בגדר "קול קורא במדבר" (למעט עמדתה של חברתי, השופטת דפנה ברק-ארז בפסקאות 7-12 לחוות דעתה בתיק זה, הסוברת כי מגילת העצמאות מגבילה את הכנסת בפעולתה כרשות המכוננת). אודה ולא אכחד – שיטתו של השופט שטיין מפתה כשם שהיא מקורית. עם זאת, לא אוכל להצטרף לעמדתו, ולו מהטעם שלמיטב הכרתי היא חורגת בצורה חדה ממשפטנו החוקתי, כפי שפותח על ידי הענקים שקדמו לנו, והמהווים את ה"פרקים הקודמים" שנכתבו על ידם. כאמור, על פי הגישה שקנתה שביתה במשפטנו החוקתי, חלקיה הלא אופרטיביים של מגילת העצמאות הם הצהרתיים בלבד,

ואין בהם כוח נורמטיבי מחייב. גישתו של חברי מקנה להם תוקף מחייב כלפי הכנסת, וממילא, כלפי כל רשויות השלטון. ייתכן שהדבר רצוי, ואולם הוא מהווה סטייה חדה מכל שידענו, וכל שנהגנו על פיו. זוהי מחיקת הקיים, וכתיבה מבראשית של ספר המשפט החוקתי הישראלי, ולמעשה של ספר המשפט הישראלי כולו. עניין זה, גם אם הוא מצוי מבחינה פורמלית בסמכותנו, חורג לתפיסתי מהאופן בו ראוי כי נפעל כשופטים. הדרך בה פעלו קודמנו בהקשר החוקתי אינה כה שגויה, עד כי ראוי לנהוג בה על פי האמור באינטרנציונל: "עולם יִשָּׁן עַדִּי הַיְסוּד נִחְרַמָּה/ מִגֵּב כְּפּוֹף נִפְרָק הָעֵל/ אֶת עוֹלָמָנוּ אֶז נִקְרַמָּה/ לֹא כְּלוֹם מִתְמוֹל, מִחֵר – הַכֹּל" (בתרגום אברהם שלונסקי).

24. בשולי הדברים אעיר כי הנחת חברי, השופט שטיין, לפיה די שנראה במגילת העצמאות חלק מ"כלל ההכרה" של המשפט הישראלי, על מנת שכלל הוראותיה יחייבו את הכנסת הינה מרחיקת לכת. במגילת העצמאות חלק אופרטיבי, הכולל הכרזה על הקמת המדינה; על מוסדותיה הזמניים; ועל שמה. לחלק זה משמעות נורמטיבית ברורה. בצד חלק זה, יש במגילת העצמאות גם מבוא היסטורי-אידיאולוגי וחלק הצהרתי, אשר להם לא ניתן מעולם תוקף נורמטיבי במישורין (להבדיל מהפניה כמקור השראה. ראו, למשל, סעיף 1 לחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו – "[...] והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". לגישה שונה מהעת האחרונה ראו ברק, מגילת העצמאות)). במצב דברים זה, גם אם חלקיה האופרטיביים של מגילת העצמאות הם חלק מ"כלל ההכרה", לא עולה מכך כי גם חלקיה הדקלרטיביים של מגילת העצמאות מהווים חלק מ"כלל ההכרה" (והשוו למעמדה של הכרזת העצמאות האמריקאית: Dan Himmelfarb, *The Constitutional Relevance of the Second Sentence of the Declaration of Independence*, 100 YALE L.J. 169, 169 nn.2-5 (1990) (surveying the literature); WALTER BERNS, *TAKING THE CONSTITUTION SERIOUSLY* 16 (1987) ("It has become common to hear scholars dismiss the Declaration as mere propaganda, or a clever lawyer's brief with a dash of natural law added for spice, a convenient weapon to wield against the British, and no more") Carlton F. W. Larson, *The Declaration of Independence: להרחבה וביקורת ראו* A 225th Anniversary Re-Interpretation, 76 WASH. L. REV. 701 (2001); Frederick Schauer, *Why the Declaration of Independence Is Not Law - And Why (It Could Be)*, 89 S. CAL. L. REV. 619 (2016).

המצב החוקתי בו אנו מצויים – ביקורת שיפוטית על פעולת הכנסת בכובעה המכונן

25. השאלה השנייה עליה נדרשים אנו לענות היא זו: האם לבית משפט זה סמכות לבצע ביקורת שיפוטית על עמידת הכנסת במגבלות המוטלות עליה בבואה לפעול בכובעה כרשות המכוננת? חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, בפסקאות 56-59 לחוות דעתה, מבהירה כי לעניין זה, ככל שמדובר בפיקוח על המגבלה של "שימוש לרעה בסמכות המכוננת" – קיימת הלכה, וזאת לאור שנפסק בבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי). כן ראו בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקאות 31-35 לחוות דעתה (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר)). לעומת זאת, ככל שמדובר בפיקוח על מגבלת הסמכות, סבורה חברתי כי העניין טרם הוכרע עד היום (ראו בתמצית: עניין חסון, פסקה 16 לחוות דעתה). גישתה הזהירה של חברתי לפיתוח הדין מקובלת עליי. אכן, ניתן לטעון כי אין מקום להפריד בין סמכויות הפיקוח מלכתחילה, ועל כן אם נתונה לבית משפט זה הסמכות לפקח על כך שהכנסת לא עשתה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, נובע מכך, מניה וביה, כי בסמכותו גם לפקח שהכנסת לא חרגה ממגבלות אחרות המוטלות עליה, ובכלל זה שלא חרגה מגדר הסמכות הנתונה לה. עם זאת, ולו למען הזהירות, אפסע אף אני בדרכה של חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, ואקיים את הדיון תחת ההנחה שלעניין מגבלות אחרות המוטלות על פעולתה של הכנסת כרשות מכוננת, פרט למגבלה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת, עדיין לא נקבעה הלכה בעניין סמכות הפיקוח של בית משפט זה.

26. בטרם נפנה לכתיבת הפרקים החדשים בספר המשפט החוקתי שלנו, אבקש להתייחס לנקודה נוספת. לעיל נאמר כי בשיטתנו המשטרית אין גוף שהוא כל יכול, ובכלל זה גם הכנסת אינה כל יכולה. בהתאם לכך – פסיקתנו הכירה במגבלות המוטלות על הכנסת, הן בהפעלת סמכותה המחוקקת והן בהפעלת סמכותה המכוננת, כאשר לבית משפט זה הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית על פעולות הכנסת הנעשות מכוח שתי הסמכויות הללו. ברם, ישאל השואל מה מגביל את כוחו של בית משפט זה אם רשאי הוא לערוך ביקורת שיפוטית על פעולותיה של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת? על כך אשיב בשניים: ראשית, כפי שעמדתי לעיל, תפקידו של השופט מוגבל בפרקים הקודמים שנכתבו בספר המשפט החוקתי. אין הוא יוצר יש מאין, אלא הוא משתלב בתוך המסגרת המשפטית של "החוקה שבהתהוות", ובכלל זה בגדר מה שכבר נפסק והוכרע עוד קודם לכן לגביה. כך, כחלק מחובתו "לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים" (סעיף 6 לחוק-יסוד: השפיטה). שנית, הרשות השופטת היא גורם פסיבי מבחינת אופי פעולתה, הן בכלל והן בהקשר החוקתי. לבית המשפט אין סמכות ליזום חקיקה (ביכולתו, לכל היותר, לקרוא לחקיקה בעניין זה או

אחר, וכידוע, לעיתים קרובות הדבר לא מסתייע), בוודאי שאין ביכולתו לזום התקנת חוקי יסוד (ולראיה, למרות ההסכמה הכללית בבית משפט זה בדבר הצורך בחוק-יסוד: החקיקה, אין הוא נראה באופן); אין לו סמכות לייצר חקיקה, ובוודאי שלא לכתוב את החוקה; הוא אפילו אינו קובע את הנושאים הבאים לפניו (אם כי יש להודות שבעניין זה אנו "זוכים" כי יוגשו עתירות כמעט בכל סוגיה העולה על סדר היום הציבורי – בין לצורך ובין שלא לצורך). עיקר תפקידה של הרשות השופטת, בהקשר החוקתי, הוא לבחון את תוקפן של פעולות שעושות הרשויות האחרות: המחוקקת והמבצעת. אכן, לעיתים תמנע הרשות השופטת מרשויות אלה מלפעול במישור החוקתי כאוות נפשו (וזאת כשהשתכנעה שחרגו ממגבלות המוטלות עליהן), ואולם העדר יכולת ייזום ופעולה עצמאית של הרשות השופטת מהווה מגבלה משמעותית מאד על כוחה.

הפרקים החדשים בספר המשפט החוקתי – המגבלות המוטלות על הכנסת בכובעה המכונן

27. חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, פוסעת צעד מדוד ושקול, גם אם רב חשיבות, בהגדרת המגבלות המוטלות על הכנסת כמכוננת. בהתאם לעקרונות שהניחה בעניין חסון, היא מכירה במגבלה נוספת המוטלת על פעולת הכנסת כרשות מכוננת – האיסור לחרוג מגדר הסמכות שניתנה לה, באמצעות קביעת הוראות העומדות בסתירה ל"מאפייני הזהות הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". עמדתה של חברתי, על כלל הנמקותיה, מקובלת עליי. יחד עם זאת, סבור אני כי המגבלה בה היא מכירה בהקשר זה היא רק מופע אחד, גם אם חשוב ומרכזי, של מגבלת הסמכות המוטלת על הכנסת בכובעה המכונן. על מנת לתאר כהלכה את דרכי, אדרש להרחיב בנקודת המבט, ולהציג תמונה כוללת של המגבלות המוטלות על הכנסת בכובעה המכונן – תמונה שההלכות הקיימות משתלבות בה היטב.

28. לגישתי, בבוא הכנסת להפעיל את הסמכות המכוננת שברשותה, על מנת לחדש או לעדכן את "החוקה בהתהוות", עליה לעשות כן בכפוף לשלוש מגבלות: מגבלת התקינות; מגבלת האמון; ומגבלת הסמכות. אציג עתה כל מגבלה, ואת המקור הנורמטיבי להכפפת הכנסת אליה, בכובעה כרשות המכוננת.

29. מגבלת התקינות (החובה לפעול בהתאם לכללי הפרוצדורה המחייבים) – נוגעת לכל פעולה משפטית, ומחייבת כי המוסמך לבצעה יפעל בהתאם למה שפרופ' ה.ל.א. הארט (H.L.A. Hart) כינה "כללים מסדר שני", כלומר על פי הכללים הנוהגים בשיטת המשפט על מנת להסדיר את דרך ביצועה של אותה פעולה משפטית (H.L.A. Hart, ).

(The Concept of Law 94 (2nd ed., 1994)). בהקשר בו עסקינן, מגבלת התקינות משמיעה לכנסת כי בפועלה כרשות המכוננת מחובתה לפעול בהתאם לכללים המסדירים כיצד יש לכוון חוקי יסוד. בהעדרו של חוק-יסוד: החקיקה (אשר אמור להגדיר את הפרוצדורה לכינונם ולתיקונם של חוקי יסוד), הכללים החלים על הכנסת מוגדרים בעיקרם בתקנון הכנסת (עניין בר-און, בעמ' 298). כך, למשל, על הכנסת להעביר חוק יסוד בשלוש קריאות במליאת הכנסת, אם מדובר בהצעה שהועלתה על ידי הממשלה, ובארבע קריאות, אם מדובר בהצעת חוק פרטית. בדומה, עליה לאפשר לכלל חברי הכנסת להשתתף בהצבעה, כשעומד לרשותם המידע המינימאלי הדרוש על מנת ליטול בה חלק (וראו ההלכה שנפסקה בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017) שנקבעה אומנם ביחס לסמכות המחוקקת, אולם סבורני כי היא רלוונטית, ואולי אף ביתר שאת, ביחס לסמכות המכוננת. ראו גם: בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקה 45 לחוות דעתה של הנשיאה חיות (18.1.2023) (להלן: עניין שיינפלד)). כך, חוק יסוד שהועבר באופן לא תקין עשוי שלא להיות מוכר כלל. מקרה מובהק בהקשר זה הוא, למשל, מצב בו חוק יסוד עבר בשתי קריאות בלבד, או לא עמד בדרישה לרוב מיוחד שנקבעה לגביו. מצב אחר, המהווה אף הוא בעיניי מקרה ברור לאי-עמידה במגבלת התקינות, הוא כאשר לא התאפשר לחלק מחברי הכנסת להשתתף בהצבעה – כגון שדרכם למשכן הכנסת נחסמה בכוונת מכוון על ידי גורמים שלא היו מעוניינים לאפשר את השתתפותם בהצבעה. במצב דברים זה, חוק היסוד לא הועבר על ידי הכנסת באופן תקין, ולדבר השלכה על תוקף פעולתה כרשות מכוננת. מגבלת התקינות מתייחסת, איפוא, לאופן בו עבר חוק היסוד ולבחינת ההליך בו התקבל, וזאת במנותק מתכליתו או מתוכנו.

30. מגבלת האמון (החובה לפעול למען המטרות לשמן ניתנה הסמכות) – נובעת מכך ששיטת המשטר שלנו היא דמוקרטיה ייצוגית, במסגרתה חברי הכנסת הם נציגיו של העם, וחבים לו חובת אמון במישור הציבורי (לתיאוריה שבבסיס הדמוקרטיה הייצוגית ולביקורות עליה, ראו Nadia Urbinati, *Representative democracy and its critics*, in THE FUTURE OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY 23-49 (2011)). לא זהו המקום להרחיב ביחס למשמעותה של חובה זו, שהיא בוודאי שונה מחובות האמון המוכרות במסגרת המשפט הפרטי (להרחבה ביחס לחובת האמון של חברי הכנסת ראו: סוזי נבות "חבר כנסת כ'נאמן הציבור'" משפטים לא 433 (2001); יגאל מרזל "ניגוד עניינים של חברי כנסת: בין הנאמנות למפלגה לנאמנות לציבור?" ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 389 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכים, 2009). והשוו: Robert G. Natelson, *The Constitution and the Public Trust*, 52 BUFF. L. REV. 1077, 1148-1156 (2004); D. Theodore Rave, *Politicians as Fiduciaries*, 126 HARV. L. REV. 671, 708-713 (2013); FIDUCIARY GOVERNMENT (Evan J. Criddle



(et al. eds., 2018). די לענייננו לציין כי חברי הכנסת, כשלוחי העם, אינם רשאים לעשות שימוש בסמכויות המופקדות בידיהם כשליחי הציבור שלא לתכליות לשמן הופקדו בידיהם. ודוק, לחברי הכנסת שיקול דעת רחב מאד ביחס לתכליות שברצונם לקדם, והאופן בו יביאו להפעלת סמכויות הכנסת על מנת לקדמן. ואולם, שיקול דעת זה אינו בלתי מוגבל. כך, למשל, אין הם רשאים להשתמש בסמכויות החקיקה הנתונות בידיהם לצורך קידום מטרות פרטיות שלהם או של קרוביהם (והשוו לפרשת חבר הכנסת חיים כץ, במסגרתה נחקרה האפשרות להפרת חובת האמונים לצורך קידום אינטרסים כלכליים של קבוצה הקשורה בו. יצוין כי הסדר הטיעון באותו עניין היה מקל, לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה שוכנע כי הבעיה הייתה במישור הפרת חובת הגילוי, ולא במישור הפעולה בניגוד עניינים. ראו בג"ץ 8311/21 משמר הדמוקרטיה הישראלית נ' היועץ המשפטי לממשלה (26.12.2021)). חובות אמון ציבוריות אלה חלות גם, ואפילו ביתר שאת, כאשר הכנסת מפעילה את סמכויותיה כרשות המכוננת. חברי הכנסת, בכובעם כצירים בגוף המכונן, בוודאי שאינם רשאים לפעול למען אינטרסים אישיים צרים שלהם, אלא נדרשים לאמץ לעצמם "חשיבה חוקתית" רחבה. לפיכך, חקיקת חוקי יסוד שכל תכליתם קידום עניינים פרטניים אד-הוק, ולא הסדרה כללית וקבועה, חורגת במקרה הרגיל מחובת האמון הציבורי המוטלת על חברי הכנסת, ודינה להתבטל.

31. ואכן, המגבלה הראשונה שהוכרה בפסיקה על סמכותה של הכנסת בכובעה המכונן, היא האיסור על שימוש לרעה בסמכות זו, על דרך של הכללת הסדרים שמקומם לא יכירם בחוקי יסוד (הסדרים זמניים; פרטניים; או שאינם מתאימים מסיבה אחרת למארג החוקתי). ויובהר, דרך הילוכה של הפסיקה הייתה שלא לבחון במישרין את מניעיהם הפרטיים של חברי הכנסת, ועל כן נקבע, כהלכה, כי "המניעים לחקיקת חוק יסוד, כשלעצמם, אינם מהווים עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד" (דברי הנשיאה חיות בבג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה 17 והאסמכתאות הנזכרות שם (12.7.2021); ההדגשה במקור). ואולם, כאשר התכלית הסובייקטיבית של השימוש בסמכות המכוננת, דהיינו אותם מטרות וערכים שהכנסת ביקשה לקדם באמצעות כינון חוק היסוד או תיקונו, חורגת מהתכליות שלשמן הוקנתה הסמכות המכוננת לכנסת מלכתחילה, וזאת על פי קריטריונים חיצוניים, כגון כשהשימוש בסמכות המכוננת נועדה לקדם תכלית פרסונלית (ולא כללית), להסדיר עניין בעל אופי זמני (להבדיל מקבוע), קבע בית משפט זה כי מדובר לכאורה בשימוש לרעה בסמכות המכוננת (להרחבה ראו פסקאות 56-59 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות. כן ראו עניין שפיר, פסקאות 38-42 לחוות דעתה של הנשיאה חיות). כמובהר, מבחינה מושגית, המדובר במקרים בהם קיים חשש כי חברי הכנסת מפירים את האמון הציבורי שניתן בהם,

ועושים בסמכות המכוננת שימוש לצרכים זרים. אכן, כפי שציינתי בעניין שיינפלד: "שימוש לרעה בסמכות (Abuse of Authority) הוא, בראש ובראשונה, שימוש למטרה זרה החורגת מגדר המטרות שלשמן הוקנתה הסמכות [האסמכתאות הושמטו]. כך ביחס לכל סמכות הנתונה לגוף שלטוני, ובכלל זה, לכאורה, גם הסמכויות השונות הנתונות לכנסת בכובעיה השונים" (פסקה 4 לחוות דעתי).

32. ויודגש, לראייתי הדוקטרינה בדבר שימוש לרעה בסמכות אינה בוחנת אם מבחינת תוכנה ראויה ההוראה להיכלל בחוקה, אלא האם השימוש בסמכות המכוננת נעשה לשם הגשמת תכלית ראויה – דהיינו אחת מהתכליות שלשמן הוקנתה לכנסת הסמכות המכוננת. על כן קביעת הוראת חוק יסוד שתוכנה ראוי שיהווה חלק מהחוקה העתידית של מדינת ישראל, עדיין עלולה להיות בגדר שימוש לרעה בסמכות, למשל, אם התכלית להכללתה היא פרסונלית, ולא כללית, וזאת ללא צידוק מספיק (שאלה אחרת היא מה השלכת נתון זה במישור הסעד. עניין זה חורג מהדיון הנוכחי). כך נטייתי לראות את תיקון חוק היסוד שנדון בעניין שיינפלד (וראו המשך פסקה 4 לחוות דעתי באותו עניין: "בענייננו, 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"). מרכז הכובד, לפיכך, במגבלה בה עסקינן, אינו בתהייה אם מדובר בנורמה שיכולה למצוא עצמה, כעניין תוכני, במדרג החוקתי, אלא בשאלה אם השימוש בסמכות המכוננת על מנת לקבוע הוראה זו נעשה לתכלית לשמה הוענקה – הסדרת עקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית באופן כללי וקבוע, אשר יכבלו את ידיו של הרוב המזדמן בכנסת.

33. מגבלת הסמכות (החובה לפעול בתחום הסמכות שהוקנתה לכנסת הנוכחית) – מגבלה זו משמיעה לנו כי הכנסת הנוכחית אינה מוסמכת לכוון כל חוק יסוד העולה על דעתה, אלא עליה לתת את דעתה להיקף סמכותה, הנגזר מהיותה חוליה אחת בשרשרת ארוכה של רשויות מכוננות, שתפקידן לכתוב במאוחד את חוקתה של מדינת ישראל. במילים אחרות, על הכנסת הנוכחית, בהפעילה את סמכותה המכוננת, לתת דעתה על כך שאיננה יוצרת חוקה חדשה מבראשית, אלא היא חלק מפרויקט מתמשך אותו כיניתי "חוקה בהתהוות". במסגרת פרויקט זה בסמכותה לכתוב פרקים חדשים, ואף לתקן את הפרקים הקודמים, אך אין באפשרותה להתעלם מהפרויקט שהתעצב עד כה, מ"החוקה

בהתהוות" במצבה הנוכחי. למגבלה זו שתי הצדקות נורמטיביות: האחת, עניינה היקף ההסמכה שקיבלה הכנסת הנוכחית להשתתף במפעל החוקה (להלן: היקף ההסמכה שניתנה לכנסת הנוכחית); השנייה, נעוצה בתכלית ההסמכה שניתנה לכנסת לכינון חוקה (להלן: תכלית ההסמכה לכינון חוקה). אפרט קמעה ביחס להצדקות אלה.

34. ההצדקה הראשונה, שעניינה היקף ההסמכה שניתנה לכנסת הנוכחית, נשענת על התהליך שהביא לכך שלכנסת הנוכחית נתונה הסמכות לפעול בכובעה המכונן. כמובהר, סמכות זו מקורה בהחלטת הררי, אשר שינתה את שיטת קביעת החוקה: מחוקה שתתקבל על ידי האסיפה המכוננת במהלך אחד – דהיינו ב"כור ההיתוך החוקתי" – לחוקה שתתקבל בשלבים, "פרקים פרקים", על ידי מספר בלתי ידוע של כנסות, שיאוגדו לבסוף לחוקה אחת. במצב דברים זה, הכנסת המכהנת איננה סופר "כל יכול", הכותב את החוקה כטוב בעיניו, והרשאי לראות בפרקים שכתבו הכנסות הקודמות משום טיטוט, שברצונו יתייחס אליהם, וברצונו יתעלם מהם. הכנסת הנוכחית היא חוליה אחת בשרשרת ארוכה של רשויות מכוננות, ומחובתה לכבד בתרומתה את התרומות שהעניקו הכנסות הקודמות (והשוו: קליין, הסמכות המכוננת, בעמ' 356-357. ודוק, בשונה מפרופ' קלוד קליין אינני סבור שיש להבחין בין "סמכות מכוננת מקורית" לבין "סמכות מכוננת נגזרת". לשיטתי, הסמכות המכוננת שיש לכנסת המכהנת היא אחת, ואולם הפעלתה מחייבת התחשבות באופן בו הופעלה הסמכות המכוננת על ידי הכנסות הקודמות). אם ניעזר בדימויו של פרופ' דבורקין, הכנסת הנוכחית היא, בהתאם להחלטת הררי, ממשיכת דרכן של הכנסות הקודמות בכתיבת "החוקה בהתהוות", בגדר חוליה נוספת הכותבת את החוקה הישראלית, כסופרים הכותבים "רומן שרשרת" – מכוח מעמדה זה, ביכולתה להשפיע על עיצוב החוקה, אך אין בכוחה להתעלם משעשו קודמותיה.

35. ההצדקה השנייה, תכלית ההסמכה לכינון חוקה, מצביעה על כך שתכלית עיקרית של חוקה היא להגביל את ידיו של הרוב המזדמן בכנסת, ולחייב אותו לפעול על פי כללי המשחק החוקתיים. אכן, כפי שציין חברי, השופט עמית, "החוקה נועדה דווקא על מנת להגביל את הרשות המחוקקת ואת הרוב הפוליטי המזדמן השולט בה" (פסקה 13 לחוות דעתו. כן ראו עניין בר-און, בעמ' 313; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג 182-185 (1994); גביוון, המהפכה החוקתית, בעמ' 61-70 (פרופ' גביוון מבחינה בין חוקה גמישה, שאינה כובלת את המחוקק, לבין חוקה קשיחה, הכובלת את המחוקק); בנדור, המעמד המשפטי של חוקי היסוד, בעמ' 128-130)). לפיכך, אם הכנסת הנוכחית, בכובעה המכונן, חופשית לשחרר את עצמה מכל המגבלות החוקתיות שיצרו קודמותיה, הרי ש"החוקה בהתהוות" חסרה את עיקר תכליתה. מה תועלת לנו בכבילת ידיה של הכנסת כרשות המחוקקת, אם אותה כנסת רשאית להסיר מעצמה כל כבילה, בכובעה כרשות מכוננת? דרך אחרת להציג

טעם זה היא כשיקוף של המגבלה על ניגוד עניינים מוסדי – בעקבות אימוץ תורת "שני הכובעים" הכנסת הנוכחית בכובעה כרשות המחוקקת היא הגורם המרכזי כלפיו מופנות ההגבלות החוקתיות שקבעו קודמותיה במסגרת "החוקה בהתהוות"; ובכובעה כרשות המכוננת היא בעלת הסמכות להוסיף ולשנות את "החוקה בהתהוות", ועשויה בכך לשחרר את עצמה ממגבלות אלה (עוד לעניין זה, ראו פסקה 59 להלן).

36. המסקנה המתבקשת משתי ההצדקות הללו היא שעל הסמכות המכוננת של הכנסת הנוכחית יש מגבלות, אשר המקור להטלתן הוא חובתה לכבד את "החוקה בהתהוות", כפי שעוצבה על ידי הכנסות הקודמות. למה הדבר דומה? לבנאי הנכנס בנעליו של בנאי קודם, ונדרש להשלים מבנה שהאחר הניח לו יסודות והקים חלק ניכר מהתשתיות והקירות. בנאי שכזה אינו נדרש, ואף אינו רשאי (בהעדר הסמכה מהמזמין, ובענייננו העם), להרוס את המבנה בכללותו, אלא עליו לתקן ליקויים פה ושם, ולהשלים את שחסר. הריסת המבנה, כמוה ככתיבת החוקה מחדש, ומשמעה הצהרה "לא פָּלוּם מִתְמוּל, / מִתְּר – הַכָּל". הצהרה כזו רשאי להשמיע המהפכן, המקים מדינה חדשה; לא הכנסת ה-25 של מדינת ישראל.

37. מקור מגבלת הסמכות המוטלת על הכנסת הנוכחית בכובעה המכונן, איננו מצוי לפיכך, לא בעקרונות ערטילאיים (משפט הטבע), גם לא במסמך מכונן כלשהו (מגילת העצמאות), אלא ב"חוקה בהתהוות" עצמה – דהיינו בעקרונות שכבר הונחו בחוקי היסוד הקיימים כפי שנחקקו על ידי הכנסות הקודמות בכובען המכונן. חברתי, הנשיאה (בדימ') חיות, מכנה עקרונות אלה בשם "נתונים חוקתיים" (פסקאות 53 ו-66 לחוות דעתה; עניין חסון, פסקאות 19-23 לחוות דעתה ופסקה 4 לחוות דעתו של השופט הנדל), וכך אנהג גם אני. מגבלות אלה אינן מונעות מהכנסת הנוכחית להוסיף פרקים ל"חוקה בהתהוות" או לשנותם, ואולם הן מציבות בפניה שני סייגים מרכזיים: ראשית, הכנסת הנוכחית אינה מוסמכת לקעקע את עקרונות היסוד שכבר נוצקו ב"חוקה בהתהוות", קרי את ה"נתונים החוקתיים", באופן הממוטט את המבנה שייצרו קודמותיה; שנית, סמכותה של הכנסת הנוכחית לבצע שינויים מהוויים סטייה ניכרת מעקרונות היסוד שכבר נוצקו ב"חוקה בהתהוות", דהיינו מ"הנתונים החוקתיים", מותנית בגיבוש הסכמה רחבה, ואינה יכולה להתבצע באמצעות הרוב המזדמן – אותו רוב שאת כוחו מיועדת החוקה להגביל. אעמוד ביתר פירוט על כל אחד מהסייגים הללו.

38. הסייג הראשון, המרכזי והמהותי, הוא, בעיקרו, זה שעליו מצביעה הנשיאה (בדימ') חיות בחוות דעתה. הכנסת הנוכחית, בכובעה המכונן, אינה רשאית להחריב את

המבנה הקיים של "החוקה בהתהוות". בדימוי הבנאי בו עשיתי שימוש, אין היא רשאית למוטט את המבנה החוקתי שיצרו קודמותיה, על ידי הריסת יסודותיו או הסרת קורות היסוד המונחות בבסיסו. מטעם זה, דעתי כדעתה, כי פגיעה ב"מאפייני הזהות הגרעיניים המינימאליים של מדינת ישראל", כפי שהונחו בחוקי היסוד הקיימים, חורגת מסמכותה של הכנסת הנוכחית. מהלך שכזה, הוא בגדר כפירה בעיקר הפרויקט של "החוקה בהתהוות". משכך, אין הוא יכול להוות פעולה מכוח סמכות המשכית שנמסרה לכנסת הנוכחית על פי החלטת הררי.

39. ודוק, הקורא את חוקי היסוד שכוננו עד כה, יזהה על נקלה את קיומם של אותם "נתונים חוקתיים" המצויים בתשתית חקיקת היסוד כולה. אכן, "המערך החוקתי בכללותו אינו מותיר מקום לספק כי קיומה ודמותה של מדינת ישראל באו לה מן השילוב – 'יהודית ודמוקרטית' וכי זהו הלב הפועם של 'החוקה נוסח ישראל'" (עניין חסון, פסקה 18 לפסק דינה של הנשיאה חיות). מתוך רשימה של מקורות מהם ניתן ללמוד על אותם "נתונים חוקתיים", סבורני כי שתי נורמות מצביעות באופן ברור ביותר על זיהויים של רכיבי ה"יהודית" וה"דמוקרטית" כבסיס החוקה.

40. מקור אחד הוא סעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת, שלפיו מועמד או רשימת מועמדים לא ישתתפו בבחירות לכנסת אם יש במטרותיהם או במעשיהם משום "שלילת קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". במסגרת סעיף זה גילתה הרשות המכוננת את דעתה כי יסודותיה היהודיים והדמוקרטיים של מדינת ישראל קודמים לזכות היסוד להיבחר, ובכך מהווים "הגרעין המינימלי" של זהות המדינה (השוו: רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, 65-66 (1996); א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 21-24 (2003); א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף ואח', פסקה 13 (18.7.2019)). יתרה מכך, ניתן לקרוא את סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת ככזה המבסס את קדימותם של עקרונות היסוד על פני הפעלתה של הסמכות המכוננת אף בכך שהוא מונע, הלכה למעשה, את איושה של הרשות המכוננת בחוקים שעשויים לפעול לשלילת קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. באספקלריה זו, ניתן לראות בסעיף זה כלל חוקתי שנועד למנוע מלכתחילה אפשרות של שינוי בסיס החוקה (ראו: עניין חסון, פסקה 19 לפסק דינה של הנשיאה חיות); אביחי דורפמן "התיאוריה של כלל השינוי החוקתי: מדוע אופן תיקון החוקה משליך על אופי המשטר?" משפט וממשל י 429 (2007).

ויובהר, סעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת מלמד על החשיבות הרבה המיוחסת לאופייה "היהודי והדמוקרטי" של המדינה ב"חוקה בהתהוות". ואולם לא ניתן ללמוד

ממנו גזירה שווה, לפיה מגבלת הסמכות של הכנסת כרשות המכוננת כוללת רק את אותם עניינים בגינם יפסלו אדם או רשימה מלהתמודד לכנסת. תכלית המגבלות, זו הנוגעת להתמודדות לכנסת מזה, וזו הנוגעת לסמכות המכוננת של הכנסת מזה, שונה, ואין אפשרות ללמוד מהיקפה של האחת על היקפה של האחרת. כך, למשל, אינני סבור כי יש לפסול מהתמודדות לכנסת אדם הקורא לשינוי בהרכב הוועדה לבחירת שופטים בדרך כזו או אחרת, למרות שברור לדידי כי שינויים מסוימים בדרך מינוי שופטים (למשל, מתן שליטה מוחלטת לממשלה על מנגנון המינוי) נוגדים את עקרון העצמאות השיפוטית, ולפיכך עומדים בסתירה חזיתית לאופייה הדמוקרטי של המדינה.

41. מקור מרכזי נוסף מצוי הן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והן בחוק-יסוד: חופש העיסוק. המבוא לשני חוקי יסוד אלו, שיש הטוענים שניתן לראות בו מבוא למפעל החוקתי הישראלי כולו (ראו: אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" המשפט יא 79, 103-105 (2007)), מלמד כי מטרתם של חוקים אלה היא להגן על כבוד האדם ועל חופש העיסוק "כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

42. קיצורו של דבר, מפעל "החוקה בהתהוות" המתפרש על פני 75 שנות קיומה של המדינה, יצק מסגרת של עקרונות יסוד, של "נתונים חוקתיים", שאין הכנסת בכובעה המכונן רשאית להתעלם מהם, ובוודאי שאינה רשאית לעקורם מן היסוד.

43. הסייג השני, אותו סבור אני כי נדרש להוסיף, נוגע לשינויים ב"נתונים החוקתיים", אשר אינם כה קיצוניים, עד כדי החרבת המבנה, ואולם הם מהווים סטייה ניכרת מ"החוקה בהתהוות" כפי שהתגבשה עד כה, בגדר הריסת קירות או הזזת מיקום התשתיות. שינויים ניכרים כאלה חורגים מסמכותו של הרוב המזדמן בכנסת הנוכחית, אשר תכליתה של החוקה הייתה לתחום אותו לתבנית המבנה הקיים (ולהרחבה ראו פסקאות 77-78 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות). יחד עם זאת, אינני סבור שהם חורגים מסמכותה של הכנסת בכובעה המכונן, ובלבד שפעולתה משקפת הסכמה רחבה, העולה על גדרו של הרוב הקואליציוני הנוכחי. במילים אחרות, כאשר הכנסת מבקשת לשנות באופן מהותי חלק קיים שהוגדר על ידי קודמותיה, אין היא רשאית לעשות כן בכוחו של רוב מזדמן השולט בה, אלא עליה לגבש לשם כך הסכמה רחבה (גם אם לא הסכמה כללית). כך, הן משום שללא הסכמה כזו אין הצדקה שתסטה בצורה חדה מהכיוון בו פסעו קודמותיה (היבט היקף ההסכמה שניתנה לכנסת הנוכחית), והן בשל קיומו של

סיכון כי שימוש שכזה בסמכות המכוננת מסכל את מטרתה של "החוקה בהתהוות" בהגבלת הכנסת בכובעה כמחוקקת (היבט תכלית ההסמכה לכינון חוקה).

44. למיטב הכרתי, עד לאחרונה, מפעל "החוקה בהתהוות" נוהל, ככלל, בהתאם למתווה שתואר לעיל. דהיינו, הפעלת הסמכות המכוננת, בין אם לשם קביעת הסדרים חדשים, ובין אם לשם שינוי מהותי של הסדרים קיימים, נעשתה בהסכמה רחבה או בהתאם ל"נתונים החוקתיים" הקיימים. כך, למשל, חוק-יסוד: הכנסת עבר ברוב של 0:96, חוק-יסוד: הממשלה עבר ברוב של 37:72 ואילו חוק-יסוד: הצבא, וחוק-יסוד: השפיטה עברו ללא כל מתנגדים (למצער, לא כאלה שצוינו בפרוטוקול הדיון). כך היה גם ביחס לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, אשר ההצבעה בקריאה שלישית שהתקיימה בכנסת ביחס לנוסחם המקורי הסתיימה אומנם בתוצאה של 21:32 ו-0:23, בהתאמה, ואולם, כפי שניתן ללמוד מהצבעות שהתקיימו כשנתיים לאחר חקיקתם לראשונה, ביחס לתיקונים שהוכנסו בהם, הם זכו, הלכה למעשה, להסכמה רחבה מאד (כך, נוסחו המחדש של חוק-יסוד: חופש העיסוק עבר בקריאה שלישית ברוב של 9:67, ותיקונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שנעשה במסגרת כינונו מחדש של חוק-יסוד: חופש העיסוק, ואשר הוסיף את סעיף "עקרונות היסוד" המגדיר את העקרונות עליהם מושתת החוק, התקבל ברוב של 0:75 בקריאה שנייה. לעניין ההסכמה הרחבה שהובילה לחקיקתם של חוקי-היסוד, ראו התבטאויותיהם של חברי הכנסת אשר הובילו את הליך חקיקת התיקונים: אוריאל לין "חוקי-היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" המשפט ה' 267, 272-273 (2000); אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" משפט ועסקים יד 79, 94-97 (2012); אוריאל לין ושלומי לוי "כיצד הצליחה ועדת החוקה בכנסת השתים-עשרה במקום שבו נכשלו אחרים: דגשים והרהורים לגבי העתיד" משפט ועסקים יד 261, 267-270 (2012) (להלן: לין ולוי). שונים הדברים, כפי שיפורט בהמשך, במקרה דנן, ועל כן הצורך שנוצר בהבהרת מגבלת הסמכות.

יועזר, כי בעשור האחרון התקבלו מספר חוקי יסוד שנויים במחלוקת ללא הסכמה רחבה. כך, למשל, חוק-יסוד: משאל עם התקבל ביום 12.3.2014 ברוב של 0:68, כאשר חברי האופוזיציה החרימו את ההצבעה; חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי התקבל ביום 26.7.2018 בהצבעה שתוצאתה הייתה 55:62, כאשר הרוב היה מורכב מחברי הקואליציה בלבד. עם זאת, נראה כי בשני המקרים הללו לא דובר בחידוש או שינוי העומד בסתירה ל"נתונים החוקתיים" של "החוקה בהתהוות". במקרה הראשון, הוחלש כוחה של הכנסת, וחוזק כוחה של הדמוקרטיה הישירה, בכך שנדרש משאל עם;

ובמקרה השני, בהתאם לעמדת הרוב בעניין חסון, החוק ניתן לפרשנות שאינה פוגעת במאפיינים הדמוקרטיים הגרעיניים של מדינת ישראל.

45. מהם "קורות היסוד" של "החוקה בהתהוות", אשר אותן אין הכנסת הנוכחית בכובעה המכונן רשאית לשנות? מהי "סטייה ניכרת" מ"החוקה בהתהוות" אותה היא רשאית לקדם רק ב"הסכמה רחבה"? ומהי אותה "הסכמה רחבה"? הגורם שראוי כי ייתן תשובות לשאלות אלה הוא הרשות המכוננת, וזאת על דרך של קביעת חוק-יסוד: החקיקה, אשר יניח את הגג מעל "החוקה בהתהוות", ויאפשר להפוך אותה לחוקה שנשלמה הכנתה (גם אם תיוותר בלתי מושלמת מבחינת התכנים שבה). אלא שהכנסות השונות, בכובען כרשות המכוננת, סירבו עד כה ליטול על עצמן משימה זו, ונמנעו מהשלמת מבנה החוקה. כיצד עלינו לנהוג במצב דברים זה?

46. אפשרות אחת, אותה הציעו חלק מהעותרים (סעיף 25 לעיקרי הטיעון שהגישו העותרות בבג"ץ 5661/23), ואשר זוכה לתמיכה מסוימת בחוות דעתו של חברי, השופט שטיין (פסקאות 77-83 לחוות דעתו), היא שבית משפט זה יימנע מלהכיר בתוקפם של חוקי יסוד חדשים כל עוד לא תיקבע על ידי הכנסת, בכובעה כרשות המכוננת, פרוצדורת הכינון, דהיינו כל עוד לא יועבר חוק-יסוד: החקיקה. אפשרות אחרת, הפוכה בתוצאתה, היא שכל עוד לא הוגדרו בחוק-יסוד: החקיקה עניינים אלה, יימנע בית משפט זה מלהעביר כל ביקורת על חוקי היסוד, ויכיר בכך בכוחה של הכנסת המכהנת להעביר חוקי יסוד כחוכמתה (דומה שבדרך זו פוסע חברי, השופט דוד מין). שתי אפשרויות הקצה הללו נראות לי בלתי ראויות. האחת, משמעה עצירת מפעל "החוקה בהתהוות", ומניעת התקדמותו כל עוד לא יחקק חוק-יסוד: החקיקה, וזאת באופן שיסכל לא רק את התקדמות באמצעות הוספת פרקים חדשים, אלא גם תיקון ליקויים קלים, שאין כל טעם שלא להכיר בסמכות הכנסת המכהנת לבצעם, וזאת גם ללא שתגבש סביבם הסכמה רחבה. השנייה, פירושה הסרת כל המגבלות מעל הכנסת המכהנת, באופן שמעורר חשש כי תימצא כזו אשר תגרום למפעל החוקתי נזק עצום, תוך הסטתו באופן חד מנתיבו, דווקא בשלבים הקריטיים של התהוותו, מבלי שיהיה לו מציל ומושיע. בכך תסוכל תכליתה של "החוקה בהתהוות", וינתן, הלכה למעשה, תוקף לחריגות ניכרות מסמכות הכנסת הנוכחית, בכובעה המכונן.

47. הפתרון הראוי בעיניי הוא שבתקופת הביניים, עד שיונח הגג בדמותו של חוק-יסוד: החקיקה, נייחס, מחד גיסא, משמעות למגבלת הסמכות, אך נמנע, מאידך גיסא, מלהגדיר אותה באופן מדויק מעבר לעקרונות המנחים שצוינו לעיל. במילים אחרות,



נבחן כל מקרה לגופו, וננסה לתת בו סימנים בהתאם לעקרונות שהוגדרו לעיל: ככל שמדובר בחוק יסוד המקעקע את ה"נתונים החוקתיים" שהונחו כבר ב"חוקה בהתהוות", בראש ובראשונה "גרעין אופייה היהודי והדמוקרטי" של מדינת ישראל, נראה בו חריגה ממגבלת הסמכות; ככל שמדובר בחוק יסוד המהווה סטייה מהותית מה"נתונים החוקתיים" של "החוקה בהתהוות", כפי שהתגבשה עד כה, נראה בו חריגה ממגבלת הסמכות, אלא אם נשתכנע כי זכה להסכמה רחבה, דהיינו להסכמה העולה משמעותית על רוב קואליציוני דחוק. אכן, הנחיות אלה רחוקות מלהיות אופטימליות או ממצות. הן כוללות בחובן מרכיב אי ודאות ניכר, שמוטב היה להימנע ממנו, בוודאי בהקשר החוקתי. עם זאת, יש בהן איזון ראוי בין שתי שאיפות: האחת, לאפשר לכנסת להשלים את המפעל החוקתי, בכלל זה באמצעות כינון חוק-יסוד: החקיקה, בצורה שתוסיף בהירות וודאות הרצויות לכל הדעות; השנייה, למנוע ריקון מתוכן, ואולי אף חורבן, של "החוקה בהתהוות" בתקופת הביניים, על ידי רוב מזדמן בכנסת, אשר השקפותיו החוקתיות עשויות להיות שונות בתכלית מאלה של החוליות שקדמו לו ביצירת המפעל החוקתי.

48. ויובהר, המבנה האמור של מגבלת הסמכות איננו הכרחי כשמדובר בחוקה שלמה, ואולם הוא נדרש לשיטתי בעת הזו, דהיינו כל עוד מצויים אנו בתקופת "החוקה בהתהוות". כך, בהינתן המציאות החוקתית הייחודית שנוצרה בישראל, במסגרתה כנסת מכהנת, המשמשת הן כרשות המחוקקת והן כרשות המכוננת, נדרשת להמשיך במפעלן של כל הכנסות שקדמו לה. מציאות זו מחייבת להגביל בתקופת הביניים שעד להשלמת מפעל החוקה את סמכותה המכוננת של הכנסת המכהנת, הן מפאת הכבוד שהיא מחויבת בו למפעל החוקה שנוצר על ידי קודמותיה, והן על מנת שלא לסכל את תכלית קיומה של החוקה, באמצעות מתן כוח עודף לרוב מזדמן לא רק להסיר מעליו את כבלי "החוקה בהתהוות", אלא אף לשבש את המפעל החוקתי בכללותו.

49. לאור המובהר, כשתקבע הכנסת בכובעה המכונן את חוק-יסוד: החקיקה, אין היא מחויבת לאמץ את המבנה האמור, אלא בסמכותה לקבוע הסדר אחר לעניין אופן כינון חוקי היסוד ותיקונם. כך, למשל, באפשרותה לקבוע מנגנון אחיד לתיקון חוקי היסוד, אשר יימנע מלהבחין בין סוגים שונים של שינויים חוקתיים לפי מידת סטייתם מעקרונות היסוד של החוקה.

50. אעיר עם זאת, כי במשפט המשווה קיימות חוקות, המבוססות על מבנה מרובד, תוך הבחנה בין עקרונות צאן ברזל, אשר אינם ניתנים לשינוי (או כמעט ואינם ניתנים לשינוי), ובין כללים שניתן לשנות במנגנון גמיש יותר. דוגמה לכך היא החוקה הקנדית.

בשנת 1982 עבר המשטר החוקתי של קנדה שינוי משמעותי אשר עיקרו בא לידי ביטוי בחקיקת ה-Constitution Act 1982. לצד יצירת רשימת זכויות וחירויות מוגנות, נקבעו בחוקה מנגנונים הדרגתיים לתיקונים חוקתיים, אשר מגדירים פרוצדורות תיקון שונות לתיקונים שונים. בתמצית, המודל הקנדי בנוי כך שתיקונים משמעותם פחותה באופן יחסי, דורשים פרוצדורת תיקון פשוטה, בעוד שתיקונים דרמטיים תלויים במנגנונים הליכיים מסובכים עד בלתי אפשריים. כך, שינויים קלים ומקומיים בחוקה, דוגמת שינויים שחלים רק על פרובינציה אחת, דורשים בסך הכול רוב של הרשות המחוקקת באותה פרובינציה (Section 45). החלטות משמעותיות וכלליות יותר, למשל מנגנון הבחירה של הסנאט או יצירת פרובינציות חדשות, תלויות בהחלטות של הסנאט ובית הנבחרים, ובאישור בתי המחוקקים של שני שלישים מהפרובינציות (Section 38.1). לבסוף, השינויים החוקתיים הדרמטיים ביותר, למשל, כאלה הנוגעים בהרכב בית המשפט העליון ומעמדן של השפות הצרפתית והאנגלית בקנדה כולה, דורשים בנוסף לאישור הסנאט ובית הנבחרים הסכמה פה אחד של כל עשר הפרובינציות (Section 41). הנה כי כן, הקושי לשנות סעיף בחוקה הקנדית תלוי במידה רבה בתוכנו של הסעיף, וזאת בהתאם למידת רגישות השינוי ביחס לאופייה של המדינה ולשיטת המשטר (להרחבה אודות המודל הקנדי, ראו: Richard Albert, *The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada*, 53 ALTA. L. REV. 85, 93-96 (2015)).

51. סיכומו של חלק זה: לעיל הצגתי את המגבלות המוטלות לשיטתי על הכנסת, בכובעה המכונן. חלקן נובעות מעצם העובדה שיצירת חוקה היא פעולה משפטית, וככזו, היא צריכה להתבצע בהתאם ל"כללים מסדר שני", שעניינם אופן הפעלת הסמכות המכוננת (מגבלת התקינות); חלקן מכך שחברי הכנסת הם שליחי ציבור, ולפיכך חייבים במכלול פעולותיהם, ובכלל זה בעשותם במלאכת כינון החוקה, לפעול בהתאם לחובותיהם הציבוריות להיות נאמנים לשליחותם (מגבלת האמון); וחלקן מכך שהליך יצירת החוקה במדינת ישראל מבוצע באופן ייחודי, כ"חוקה בהתהוות", ולפיכך על העושים בו מוטלות מגבלות ייחודיות, הנובעות הן מהיותם חוליה נוספת, אחת מבין רבות, של "מכונני החוקה הישראלית", והן ממעמדה הכפול של הכנסת, כרשות המחוקקת, שאת הרוב המזדמן בה מבקשת החוקה להגביל, וכרשות מכוננת, הרשאית להסיר מגבלות אלה (מגבלת הסמכות). ודוק, הפסיקה הכירה אומנם במופעים מרכזיים של מגבלות אלה, ואולם אודה כי הצגתם באופן האמור היא בגדר חידוש. עם זאת, סבורני כי חידוש זה הוא הרחבה של נתיבים שכבר נחרשו בפסיקה, ולא סטייה מהם. ככזה הוא תואם את תפקיד השופט בפיתוח ההלכה הפסוקה, כסופר השותף בפרויקט של "רומן שרשרת".

הפרקים החדשים בספר המשפט החוקתי – הביקורת השיפוטית על הכנסת בכובעה המכונן

52. השאלה השנייה עליה עלינו לתת את הדעת היא האם לבית משפט זה, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, נתונה הסמכות לפקח על עמידת הכנסת במגבלות השונות המוטלות על פעולתה כרשות המכוננת. כפי שציננה חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, עצם קיומן של מגבלות על פעולה של הכנסת בכובעה כמכוננת אינו מלמד, מניה וביה, כי לערכאה שיפוטית כזו או אחרת נתונה הסמכות לביקורת שיפוטית על מגבלות אלה. עם זאת, כחברתי הנשיאה (בדימ') חיות, וכרובם המכריע של שופטי ההרכב, גם אני בדעה שסמכות לביקורת שיפוטית כזו עומדת לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק (להלן: סמכות בג"ץ). טעמי בעניין זה דומים בעיקרם לטעמיה של חברתי הנשיאה (בדימ') חיות (ראו פסקאות 68-95 לחוות דעתה), ועל כן אסתפק בהצגת עיקרי הדברים בלשוני ובקצרה.

53. אין ספק שיש הבדל אנליטי, תיאורטי ומעשי, בין שאלת סמכותה של ערכאה שיפוטית לערוך ביקורת על תוקפה של הוראה בחוקה, לבין השאלה שעניינה עילות הביקורת במקרה כזה (ראו, למשל: עניין חסון, פסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה חיות; אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בך 361, 373 (2011). כן ראו פסקה 16 לחוות דעתו של השופט עמית). יחד עם זאת, אני מחזיק בעמדה שלפיה על אף ההפרדה האמורה, הסוגיות אינן כה רחוקות זו מזו.

54. העיגון הדוקטרינרי לסמכות בג"ץ לבצע ביקורת שיפוטית על עמידת הכנסת במגבלות המוטלות על הפעלת הסמכות המכוננת מצוי בסעיפים 15(ג) ו-15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה. הוראות אלה מכירות בסמכות כללית של בג"ץ לדון באותם "עניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר" (סעיף 15(ג)), ובכלל זה "לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין – להימנע מלפעול". הכנסת, הן בכובעה כמחוקקת והן בכובעה כמכוננת, היא רשות מדינה, וככזו כפופה היא לסמכות בג"ץ. ממילא, ככל שהכנסת מפרה את המגבלות המוטלות עליה בפועל כרשות המכוננת, בין אם מגבלת התקינות, בין אם מגבלת האמון ובין אם מגבלת הסמכות, מסורה לבית משפט זה הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית על פעולתה.

55. הכנסת ומשיבי הממשלה טענו, כי סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה אינו יכול להוות בסיס לביקורת שיפוטית בענייננו, מאחר שמדובר בהוראה הקבועה באותו רובד נורמטיבי כמו ההוראות אותן מתבקש בית משפט זה לבקר מכוחו (חוק יסוד מול חוק יסוד). טיעון זה אינו משכנע, משלושה טעמים (וראו גם פסקה 10 לחוות דעת חברי, השופט יחיאל כשר): ראשית, כעניין עקרוני, במדינות בהן קיימת חוקה, היא מהווה במקרה הרגיל את הנורמה העליונה בפירמדת הנורמות. בהעדר הוראה העומדת מעליה, ממילא לא ניתן לדרוש שהסמכות לפקח על החוקה תיקבע במדרג נורמטיבי גבוה מהחוקה. מכאן, שהטוען כי לא ניתן לבצע ביקורת שיפוטית על חוק יסוד מכוח חוק יסוד בשל עמידתם באותו מישור נורמטיבי, כופר בכל אפשרות אנליטית לבצע ביקורת שיפוטית על הליך כינונם של חוקי היסוד. כטיעון אנליטי, זו מסקנה מרחיקת לכת, שכן משמעה שלא תיתכן כלל, כעניין הגדרתי, ביקורת שיפוטית על חוקה; שנית, בחוקות של מדינות רבות קבועה האפשרות לביקורת שיפוטית על הליכי תיקון החוקה (וראו פסקאות 60-61 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות. כפי שמוסבר שם, הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית על תיקוני החוקה אינה תמיד מפורשת ומעוגנת בטקסט החוקתי). מכאן שלא רק שכעניין אנליטי הטיעון מעורר קושי, אלא שגם במציאות, "ואף על פי כן נוע תנוע". שלישית, במציאות החוקתית הישראלית, סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה משקף עקרונות יסוד שכבר נוצקו ב"חוקה בהתהוות" (שלטון החוק; הפרדת רשויות; עצמאות שיפוטית). על כן, לא רק שניתן, אלא גם ראוי לפעול מכוחו, ולמנוע מכנסת מכהנת לחרוג ממגבלותיה בכואה לתרום את חלקה להשלמת הליך גיבוש החוקה.

56. בצד העוגן הדוקטרינרי (בו ניתן היה להסתפק מבחינה פורמלית) קיימות גם הצדקות מהותיות להכיר בסמכות בג"ץ לבצע ביקורת שיפוטית על עמידת הכנסת במגבלות המוטלות עליה בפועלה בכובעה כרשות המכוננת. אעמוד על המרכזיות שבהן.

57. ראשית, בשיטת משפט מתוקנת חייב להתקיים מנגנון לבירור טענות שעניינן תוקפן של פעולות משפטיות מכל סוג, ובכלל זה חוקי יסוד. מבלי שיתקיים מנגנון שכזה, לא ניתן לקבוע אם יש לפעולה המשפטית תוקף, ואם יש לפעול על פיה. הכופרים בסמכות בג"ץ לבחון את תוקפם של חוקי היסוד אינם סבורים, הלכה למעשה, כי בתי המשפט צריכים להימנע מלהתייחס לתוקפם של חוקי יסוד. טענתם היא כי בתי המשפט, ובכללם בית המשפט הגבוה לצדק, צריכים לקבל באופן אוטומטי כל חוק יסוד כמחייב, ולפעול על פיו. במילים אחרות, בתי המשפט לא מנועים מלהתייחס לתוקפו של חוק יסוד; הם מחויבים להכיר בתוקפו, וזאת גם אם נטען כי הכנסת חרגה ממגבלותיה בעת שקיבלה אותו. אלא שבטיעון זה יש משום מעגל שוטה: על מנת שבית המשפט יכיר

בחוק יסוד כמחייב, עליו להשתכנע כי אכן מדובר בחוק יסוד; כיצד ישתכנע שמדובר בחוק יסוד, אם הוא מנוע מלבחון כי הכנסת פעלה במסגרת מגבלותיה? טלו, למשל, מצב שבו התבצעה הצבעה בקריאה שלישית בכנסת על חוק יסוד, כאשר מספר גדול של חברי כנסת לא נכחו בה בשל נעילה מכוונת של דלתות המליאה בפניהם. רוב מתוך הנוכחים באולם המליאה הצביע בעד חוק היסוד, וכתוצאה מכך הוא פורסם ברשומות יום למחרת. כיצד ידע בית המשפט אם להתייחס למסמך המובא לפניו כחוק יסוד, אם אין גורם היכול לבחון אם הטענה לבטלותו שגויה או נכונה? מבחינה אנליטית, ניתן כמובן לפתור עניין זה, למשל על ידי קביעת חזקה חלוטה לפיה יש להתייחס לחוק יסוד שפורסם ברשומות כאילו התקבל כדין. ואולם, "כלל הכרה" כזה אינו נוהג בשיטתנו, וטוב שכך. אילו היה זה כלל ההכרה הנוהג, הרי שמי שבידיו השליטה בפרסום ברשומות, שהוא בוודאי לא "העם" או "הכנסת", היה הופך כל יכול, וזהו מצב בלתי רצוי. המסקנה המתבקשת היא שנדרש כי יתקיים גורם שיוכל לבחון טענות לחריגת הכנסת ממגבלותיה גם בכובעה כמכוונת. בשיטתנו המשפטית הגורם הזה, בהעדר הסמכה לגורם שיפוטי אחר, הוא בית המשפט העליון ביושבו כבית המשפט הגבוה לצדק.

58. שנית, דווקא בהינתן מעמדה העליון של החוקה בפירמידת הנורמות, חשוב להקפיד הקפדה יתרה בכינון החוקה, על מנת לוודא כי הוראה שנכללה במדרג זה נקבעה כדין. במרבית מדינות העולם מושגת תוצאה זו אף ללא פיקוח שיפוטי הדוק (ולעיתים מבלי שנדרש כלל פיקוח שיפוטי) באמצעות שילוב בין הליך יצירה ב"כור היתוך חוקתי" (חקיקה המאושרת כיחידה אחת בעקבות אירוע מכוון), לבין הליכי תיקון במנגנונים מורכבים המחייבים הסכמה רחבה (בין מנגנונים אלה, ניתן למנות, למשל: אישור בשני בתי הפרלמנט; משאל עם; אישור ברוב מיוחד; אישור בפרלמנט הפדרלי והמדינתי; וכן אישור רק לאחר קיום בחירות לפרלמנט. ראו פסקה 76 בחוות דעת הנשיאה (בדימ') (חיות). ייתכן כי כשיתקבל חוק-יסוד: החקיקה, נזכה אף אנו למנגנונים שכאלה. ואולם לעת הזו, וככל שאין ביקורת שיפוטית על המגבלות המוטלות על הכנסת בכובעה כמכוונת, הדרישה היחידה מהכנסת הנבחרת היא לתת לחוק את הכותרת "חוק-יסוד", ולהעבירו במתכונת החקיקה הרגילה. מצב דברים זה – "הקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי היסוד ותיקונם" בלשונו הקולעת של פרופ' אריאל בנדור – אינו רצוי; למצער הוא מחייב כי בית המשפט יפקח היטב על כך שהכנסת בפועלה כרשות מכוונת לא תחרוג מהמגבלות המוטלות עליה (אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב 443, 444 (1994)). וראו גם חוות דעתו של השופט עמית, פסקאות 20-35).

59. שלישית, לדידי, המציאות של "חוקה בהתהוות", במסגרתה מקל הסמכות עובר מכנסת לכנסת מזה 75 שנים, לא רק שאינה מפחיתה את הצורך בפיקוח שיפוטי, אלא

שהיא מגבירה אותו באופן משמעותי. בהינתן שתפקיד מרכזי של חוקה הוא "להגביל את הרשות המחוקקת ואת הרוב הפוליטי המזדמן השולט בה" (ראו דבריו של השופט עמית המובאים בפסקה 35 לעיל), מצויה הכנסת המכהנת במצב של ניגוד עניינים מוסדי בכוחה להפעיל את סמכותה המכוננת: בכובעה האחד, כרשות מכוננת, היא נדרשת ליצור חוקי יסוד ראויים, הכובלים את ידיה של הרשות המחוקקת במידה הנדרשת; בכובעה האחר, כרשות המחוקקת, היא מעוניינת להחליש את אחיזתם של חוקי היסוד על עצמה, על מנת להגביר את חופש פעולתה (לשאלה מהו ניגוד עניינים מוסדי ראו בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פ"ד לד(2) 566, 570-571 (1980); בג"ץ 11745/04 רמות למען הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פסקה 15 (4.9.2008); בג"ץ 1893/23 ארגון לביא נ' היועצת המשפטית לממשלה, פסקה 3 (22.3.2023); יצחק זמיר "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" ניגוד עניינים במרחב הציבורי 225, 244-251 (דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 535-537, 545 (2010)). אכן, בהינתן החלטת הררי, ניגוד עניינים מוסדי זה הוא מבני, וטבוע בתורת "שני הכובעים". ואולם, הדבר מחייב פיקוח שיפוטי על פעולת הכנסת בכובעה המכונן – פיקוח שיפוטי שהצורך בו, כך נדמה, הולך וגובר ככל ששימוש הכנסת בכלי של תיקון ושינוי חוקי יסוד הופך נפוץ ותדיר יותר (וראו גם פסקאות 22-26 לחוות דעתה של חברתי, השופטת רות רונן, המרחיבה ומפתחת טיעון זה). נמנה אני, אם כן, על אלה הסבורים כי "אי-השלמת המפעל החוקתי הישראלי, אינה מקשה על החלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, אלא להיפך – מהווה טעם נוסף להחלתה" (פסקה 13 לחוות דעת של השופטת גילה כנפי-שטייניץ. וראו גם פסקה 33 לחוות דעתו של השופט עמית ופסקה 5 לחוות דעת השופטת (בדימ') ענת ברון)).

60. הצטרפות כל אלה, העיגון הדוקטרינרי לסמכות בג"ץ לפקח על עמידת הכנסת במגבלות המוטלות עליה בכובעה המכונן, מזה, וההצדקות המהותיות המלמדות על הצורך בפיקוח שכזה, בוודאי בתקופה בה לפנינו "חוקה שבהתהוות", מזה, מביאים אותי למסקנה כי יש להכיר בכך שסמכות בג"ץ לפקח על הליך כינונם של חוקי היסוד משתרעת על כל המגבלות המוטלות על הפעלת הסמכות המכוננת על ידי הכנסת – מגבלת התקינות, מגבלת האמון ומגבלת הסמכות.

61. ויודגש: סמכות לחוד – ושיקול דעת לחוד. כפי שנפסק בעבר "יש להבחין בין עצם קיומה של הסמכות של בית המשפט הגבוה לצדק לבין דרך הפעלתה" (בג"ץ 325/85 מיערי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 122, 129 (1985) (להלן: עניין מיערי); בג"ץ 9070/00 ח"כ לבנת נ' ח"כ רובינשטיין, פ"ד נה(4) 800, 809 (2001); ההדגשות במקור). כאשר

עסקינן בביקורת על הכנסת, "בית הנבחרים של המדינה" (סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת), ובכלל זה, בפועלה כמכונן החוקה, אין ספק כי עלינו לנקוט בריסון רב. ריסון זה, בין היתר, הביא לכך שסמכותו הנזכרת של בית המשפט לפקח על יצירת חוקי היסוד ותיקונם לא הופעלה עד היום. אכן, הביקורת השיפוטית על הכנסת על ידי בית משפט זה נעשית בדחילו ורחימו, תוך הקפדה יתרה על כבוד ראוי בין הרשויות. כך, הן כאשר הכנסת פועלת כרשות המחוקקת; וביתר שאת כאשר הכנסת פועלת כרשות המכוננת. ואולם, כפי שהוזכר בפסיקות עבר לא אחת, הריסון האמור מחייב הדדיות. בהקשר החוקתי, משמעה של הדדיות זו הוא כי הכנסת, בכובעה כרשות המכוננת, נדרשת לנהוג בכבוד הראוי, וזאת הן כלפי העבר, הן בהינתן ההווה והן ביחס לעתיד: כלפי העבר, בכך שתיתן ערך הולם לכנסות הקודמות אשר עשו במלאכה לפניה; בהינתן ההווה, בכך שתימנע מלהתחשב בשיקולים פוליטיים צרים ומזדמנים, ותפעל במטרה ליצור הסדר הנהנה מהסכמה רחבה; וביחס לעתיד, בכך שתקבע את עקרונותיה החוקתיים של המדינה באופן המיטבי בראיית הדורות הבאים. בהקשר זה, אין לי אלא להביא מדבריו של המשנה לנשיאה (בדימ') אליקים רובינשטיין:

הריסון אותה נוקטת הרשות המכוננת בתיקון החוקה מחייב גם ריסון מצד בית המשפט; ואולם נדמה שההמשך הטבעי לדברים אלה, הוא שכלל שהרשות המכוננת אינה נוקטת היא עצמה ריסון של ממש בבואה לתקן את עקרונותיה החוקתיים של המדינה, נכונותו של בית המשפט לבקרה – רחבה יותר [...] (עניין המרכז האקדמי, פסקה ל"ה לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') אליקים רובינשטיין (6.9.2017). ראו גם: Suzie Navot & Yaniv Roznai *From Supra-Constitutional Principles to The Misuse of Constituent Power in* (Israel, 21 EUR. J.L. REFORM 403, 421-422 (2019).

העמדות הכופרות בסמכות בג"ץ לבקר חוקי יסוד

א.61. כאשר כתבתי את עיקר חוות דעתי, עמדו לפניי רק חלק מחוות הדעת של חברותיי וחבריי. עתה, משהושלמה המלאכה, וכל שופטי המותב הביעו דעתם, אבקש להוסיף התייחסות קצרה לעמדות שני השופטים הכופרים בסמכות בית משפט זה להעמיד לביקורת שיפוטית את פעולת הכנסת כרשות המכוננת – חבריי, השופטים סולברג ומינץ.

ב.61. כבר בראשית ההתייחסות ראוי להדגיש כי רוב גדול של שופטי ההרכב, 12 מתוך 15 שופטי המותב (דהיינו 80%) קובעים במפורש כי לבית משפט זה יש סמכות לבקר

חוקי יסוד (שופט נוסף, השופט אלדון, מותיר את האפשרות להכיר ב"קיומו של חריג צר" בצריך עיון; ראו פסקה 4 בחוות דעתו). רק שניים משופטי ההרכב (השופטים סולברג ומינץ) כופרים מכל וכל בסמכות זו. מכאן שההכרעה בשאלת יסוד זו היא ברורה, ומייצגת הסכמה רחבה (גם אם לא פה אחד) בקרב שופטי ושופטות בית המשפט העליון.

עמדות השופטים סולברג ומינץ אינן עשויות מאותו עור. אתייחס לפיכך בנפרד, ובקצרה, לכל אחת מהן.

61g. עמדת השופט מינץ – חלק לא מבוטל של חוות דעתו מקדיש חברי, כפי שהוא עצמו מודה, למשפט חוקתי אלטרנטיבי לזה שהתפתח הלכה למעשה בפסיקתנו (פסקאות 25-9 לחוות דעתו). ואולם, עיסוק בהיסטוריה חלופית (Alternate History או Uchronia), דהיינו עולם בו ההיסטוריה סתתה ממסלולה המוכר לנו במציאות, הוא עניין לסופרים – לא לשופטים (ראו, לדוגמה, פיליפ רות' הקנוניה נגד אמריקה (שרה ריפמן מתרגמת, 2007)). אכן, אינני חולק על חברי כי ניתן היה ללכת במסלול חוקתי אחר מזה בו פסע בית המשפט העליון (כאמור בפסקאות 11-12 של חוות דעתי, שני נתיבים כאלה אף הוצעו על ידי הנשיא שמגר מזה והשופט חשין מזה). ואולם, לא כך פותחה פסיקתנו ב-30 השנה שחלפו מאז ההלכה שנקבעה בעניין בנק המזרחי, וחזרה אחורה בשלב זה, כאילו לא היו הדברים מעולם, אינה רצויה, ולמעשה גם אינה אפשרית. על כך לא חולק גם חברי, המקבל עליו את דין הרוב בצינו: "אינני עיוור לכך שבית משפט זה פילס לו כאמור דרך שונה, והמציאות על פיה בית משפט זה מוסמך לבקר חוקים קנתה לה שביתה" (ראו פסקה 26 לחוות דעתו).

חברי השופט מינץ, סבור כי לבית משפט זה אין סמכות לבקר את חוקי היסוד מבחינת תוכנם (פסקאות 27-30 לחוות דעתו). ככל שהדברים נוגעים לביקורת על חוקי יסוד על בסיס עמידתם בניגוד לעקרונות ערטילאיים שאינם מבוססים ב"חוקה בהתהוות" – יש כוח משכנע בטיעונו (ראו פסקה 21 לעיל). שונים הם פני הדברים ביחס למצבים בהם הביקורת השיפוטית מבוצעת על בסיס "הנתונים החוקתיים" שנקבעו על ידי כנסת ישראל לדורותיה, בכובעה כרשות המכוננת, ב"חוקה בהתהוות" (כמובהר בפסקאות 48-33 לעיל).

עוד כותב חברי כי הקניית סמכות לבקר חוקי יסוד מעמידה את בית המשפט העליון "בראש הפירמידה" באופן שיש בכוחו לעצב את גדיהן של סמכויות הרשויות כולן" (פסקה 41 לחוות דעתו). ואולם, כפי שהוא עצמו מבהיר "ככל שיטת משטר דמוקרטית, גם שיטת המשטר במדינת ישראל מבוססת על קיומה של מערכת בלמים ואיזונים" (פסקה 68



לחוות דעתו). עקרון הפרדת הרשויות, מכוחו כל רשות עליונה בתחומה – הכנסת בתחום החקיקה; הממשלה בתחום הביצוע; הרשות השופטת בתחום השיפוט – הוא ליבה הפועם של מערכת הבלמים והאיזונים הזו (להרחבה אודות הביטויים השונים של עקרון האיזונים והבלמים בשיטת המשטר הישראלית, ראו עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות: על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון, 67-85 (מחקר מדיניות 133, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019). לדוגמאות המבטאות פיקוח הדדי בין הרשויות, ראו שם, בעמ' 85-91).

זאת ועוד, בכל תחום נקבעה רשות שיורית, דהיינו רשות המוסמכת לפעול בהעדר גוף אחר שהוסמך לפעול, וכך גם בישראל: הכנסת היא הרשות השיורית בתחום החקיקה, מעצם מעמדה כבית המחוקקים הנבחר; הממשלה היא הרשות השיורית בתחום הביצועי, מכוח סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה; בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק הוא הרשות השיורית בתחום השיפוט, מכוח סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה. מכאן, שהכרה בסמכות השיפוט של בית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, כרשות השיורית בתחום השיפוט, גם ביחס להפעלת הסמכות המכוננת על ידי הכנסת, אינה הופכת את בית המשפט העליון ל"ראש הפירמידה" העומד מעל לרשויות האחרות. הכנסת הייתה ונותרה רשות החקיקה העליונה (בצד היותה הרשות המכוננת); הממשלה הייתה ונותרה הרשות המבצעת העליונה; בית המשפט העליון היה ונותר רשות השיפוט העליונה. אכן, כל רשות משלוש הרשויות העליונות והשיוריות הללו – הכנסת, הממשלה ובית המשפט העליון – היא עליונה בממלכתה, כאשר שלוש הממלכות אומנם נוגעות האחת ברעותה, אך זאת מבלי שלאחת מהן ניתן בשל כך מעמד "כל יכול" ביחס לאחרת.

61. עמדת השופט סולברג – חוות דעתו של חברי ארוכה ומתייחסת למגוון סוגיות. מחציתה השנייה (פסקאות 152-250) עוסקת בעיקרה בשאלת תחומה של עילת הסבירות, ולנושא זה גופו נמנעתי מלהתייחס בפסק דין זה, ולא בשל העדר דעה, אלא מהטעם השני המובהר בפסקה 71 להלן. מחציתה הראשונה עוסקת בעניין הסמכות לבקר חוקי יסוד, ואף היא נחלקת לשניים: בחלקה הראשון, מציג השופט סולברג את טעמיו לגופה של המחלוקת, דהיינו את עמדתו כי אין לבית משפט זה סמכות לבקר חוקי יסוד; בחלקה השני מעלה השופט סולברג תהיות בדבר אופן ההכרעה במחלוקת עת מבקרים חוקי יסוד. אתייחס לשני החלקים הללו כסדרם.

לעניין המחלוקת גופה, דהיינו השאלה האם קיימת לבית משפט זה סמכות לבקר חוקי יסוד שיצאו מתחת ידיה של הכנסת בפועלה כרשות מכוננת, מתבסס השופט סולברג

בעיקר חוות דעתו (פסקאות 7-66) על טיעון שיש בו כשל כרונולוגי, הסוקר בהרחבה התייחסות של שופטים שפעלו במשטר חוקתי אחר (משטר שלא הכיר במעמדם החוקתי-העל-חוקי של חוקי היסוד) לשאלות שונות מאלו שלפנינו (שהרי לשאלה שלפנינו כלל לא הייתה משמעות במשטר החוקתי בו פעלו). באותה מידה ניתן ללמוד גזירה שווה מעמדת השופטים בתקופת המנדט הבריטי בארץ ישראל לעניין כוחו המחייב של דבר המלך במועצתו (ואכן גם עניין זה מוזכר על ידי חברי כתומך בעמדתו. ראו פסקה 116 לחוות דעתו).

הטיעונים המהותיים שמציג חברי, השופט סולברג, כנגד העמדה, המקובלת על רוב שופטי בית משפט זה, לפיה סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה הוא בסיס סמכותו של בית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, לבקר את פעולת הכנסת בכובעה כרשות המכוננת, הם ביסודם שניים: ראשית, סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה לא שימש בסיס להכרה בסמכות בית משפט זה לערוך ביקורת שיפוטית על חוקים, וממילא אין לראות בו מקור סמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (פסקאות 118-115 לחוות דעתו); שנית, חוק-יסוד: השפיטה מצוי באותו מדרג נורמטיבי כמו יתר חוקי היסוד, ואינו יכול להקנות בסיס חוקי לביקורת על הכנסת בכינונם (פסקאות 119-120 לחוות דעתו). הטיעון הראשון מבוסס על תפיסה שגויה בדבר מהותו של סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, ועניין זה אבהיר בקצרה להלן. לטיעון השני התייחסתי לעיל (בפסקה 55), ומאחר שבדברי חברי אין תשובה של ממש לטיעוני, אינני רואה להוסיף לגביו.

חברי מציין בחוות דעתו כי "איש מן שופטי הדורות הראשונים של בית משפט זה] לא העלה על קצה דעתו, אפשרות של ביטול חוק 'רגיל' של הכנסת, מכוח [סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה]; קל וחומר ביטולו של חוק-יסוד" (פסקה 115 לחוות דעתו). בהמשך דבריו הוא מציין כי הדבר נכון גם ביחס ל"כלל שופטי בית המשפט העליון המנדטורי", אשר פעלו מכוח הוראה דומה קודמת (סעיף 43 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922) (פסקה 116 לחוות דעתו). לעיל כבר התייחסתי לכשל הכרוך בטיעון מסוג זה, ולא אחזור על כך. בצד זאת, ראוי להבהיר כי טיעון זה אינו רלוונטי כלל לסוגיה בה עסקינן. סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה אינו מגבלה על סמכות הכנסת – לא בכובעה כרשות המכוננת ולא בכובעה כרשות המחוקקת. על כן אין בו כדי להקנות לחוקי היסוד מעמד חוקתי-על-חוקי, וממילא אין הוא יכול, ומעולם לא נטען כי הוא מהווה, מקור נורמטיבי לפסילת חוק או חוק יסוד שחוקקה הכנסת. סעיף 15(ג) לחוק היסוד הוא מקור הסמכות השיורית המסורה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לדון בעניינים "[] אשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר". במילים אחרות – את מגבלת הסמכות,

או כל מגבלה אחרת המוטלת על הכנסת, לא ניתן ללמוד מסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה; את סמכות בית המשפט העליון לפקח על מגבלה כזו, ככל שמגבלה זו מוטלת ממקור משפטי אחר, ניתן גם ניתן ללמוד.

מעבר לכך לא מצאתי בחוות דעתו של חברי, השופט סולברג, התמודדות של ממש עם התפיסה העומדת ביסוד גישת הנשיאה חיות, שהיא גם גישתי, לפיה מגבלת הסמכות על פעולת הכנסת הנוכחית כרשות מכוננת נגזרת מ"נתונים חוקתיים" שכבר נקבעו ב"חוקה בהתהוות" על ידי הכנסות שקדמו לה. כל שהוא מציין בעניין זה מצוי בפסקה 105 לחוות דעתו, ומתמחה במשפט קצר אחד: "מהם אפוא אותם 'נתונים חוקתיים' זאת לא נדע". סבורני שלשאלה זו תשובות טובות הן בחוות דעת הנשיאה (בדימ') חיות והן בחוות דעתי, וגם בעניין זה אמנע מלהוסיף.

61ה. חלקה השני של התייחסות חברי לשאלת הסמכות מעלה תהיות תורת-משפטיות בדבר סמכותנו להכריע ברוב דעות בשאלה המשפטית שלפנינו: קיומה או העדרה של סמכות לרשות השופטת לבקר חוקי יסוד. שתי תהיות מוצגות על ידי חברי בהקשר זה: האחת, באיזה רוב מקרב שופטי ההרכב נדרש להכריע בשאלה שבמחלוקת – דהיינו, האם ניתן להכריע בה ברוב רגיל או שנדרשת הסכמה פה אחד (קונצנזוס) (להלן: התהייה בשאלת סמכות הרוב להכריע. פסקאות 124-127 לחוות דעתו); השנייה, האם יש לרשות השופטת בכלל סמכות להכריע בשאלת סמכותה (להלן: התהייה בשאלת סמכות הרשות השופטת. פסקאות 130-141 לחוות דעתו). להלן אבהיר בקצרה מדוע אני סבור שלשתי התהיות הללו אין מקום.

התהייה בשאלת סמכות הרוב להכריע נוגעת לעניין המצוי ביסוד מנגנון ההכרעה המקובל בכל ההליכים השיפוטיים בישראל, "אחר רבים להטות" – המעוגן נורמטיבי בסעיף 80(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. חברי השופט סולברג מודע כמובן לכך, ואולם הוא עדיין סבור שיש מקום לעורר את התהייה בהקשר בו עסקינן, מאחר שהעיקרון "אחר רבים להטות" לא עוגן בחוק יסוד (ראו פסקה 128 לחוות דעתו). ואולם, בהעדר כל קביעה נוגדת בחוק יסוד, אין זה ברור כלל מדוע קביעה זו של המחוקק איננה מחייבת גם בעניין זה. לצורך השוואה, די שאציין כי מנגנון ההכרעה של הכנסת ביחס לכינון חוק יסוד נקבע אפילו במדרג נורמטיבי נמוך מחקיקה ראשית (תקנון הכנסת. ראו עניין בר-און, בעמ' 298), ואיש אינו כופר בתוקפו רק משום שלא נקבע בחוק יסוד.

התהייה בשאלת סמכות הרשות השופטת, מוגדרת על ידי חברי כ"מטא-שאלה": מהיכן לנו שלרשות השופטת בכלל, ולבית משפט זה בפרט, הסמכות להכריע בשאלה מהו הדין הנוהג (הדין הפוזיטיבי) בדבר סמכות בית המשפט העליון לבקר חוקי יסוד? (פסקאות 132-133 לחוות דעתו). תהייה זו מעמידה על המוקד מושכלת יסוד, העומדת בבסיס שיטתנו החוקתית. אכן, תיתכן שיטת משטר בה גורם אחר – ולא הרשות השופטת – מופקד על הקביעה הפרשנית מהו הדין הנוהג בשאלות יסוד חוקתיות, ואולם בשיטה זו אין הפרדת רשויות ואין דמוקרטיה. תחת המוסכמה החוקתית לפיה הרשות השופטת היא זו שמכריעה בשאלה הפרשנית מהו הדין הנוהג, גם בשאלות יסוד חוקתיות (ובכלל זה שאלות פרשניות הנגזרות ל"כללים מסדר שני". ראו פסקה 29 לעיל), ובהעדר גוף שיפוטי אחר שהוסמך כדין להחליט בעניין (כגון, בית משפט חוקתי), בית משפט זה, מכוח סמכותו השיורית שבסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, הוא הגורם המוסמך להכריע גם בשאלות פרשניות המתעוררות ביחס לתחומי סמכותו – על כך בוודאי שהיה, ולמיטב הבנתי עדיין יש, קונצנזוס בקרב כלל שופטי בית המשפט העליון לדורותיו.

סיכום הדיון העקרוני

62. עמדתי, המשלבת בין המצב החוקתי הקיים לבין "הפרקים החדשים" אותם עלינו לכתוב בספר המשפט החוקתי הישראלי, היא, איפוא, כדלהלן:

א. מפעל החוקה הישראלי הוא ייחודי, ומבוסס לעת הזו על "חוקה בהתהוות", אשר היא תוצר של פרויקט מתמשך, בו נטלו חלק כנסות ישראל לדורותיהן, בכובען כרשות המכוננת, והוא טרם הגיע אל סיומו.

ב. "החוקה בהתהוות" מורכבת "פרקים פרקים", מחוקי יסוד אשר מהווים את הנורמה העליונה בפירמידת הנורמות של המשפט הישראלי, וזאת כבר ממועד התחילה שנקבע בהם, ועוד בטרם יושלם מפעל החוקה.

ג. בהתאם ל"תורת שני הכובעים", משמשת הכנסת המכהנת הן כרשות המחוקקת, והן כרשות המכוננת של מדינת ישראל. בכובעה המכוננת הכנסת היא ממשיכת דרכן של הכנסות הקודמות במפעל "החוקה בהתהוות", ותפקידה הוא להמשיך את פרויקט החוקה, ולקדמו לכדי סיום.

ד. לכנסת המכהנת, עומדת בכובעה המכונן הסמכות לתקן ולהוסיף על "החוקה בהתהוות", וזאת בכפוף למגבלות משלושה סוגים:

1. מגבלת התקינות: העברת חוק יסוד חדש, או תיקון לחוק יסוד קיים, צריכה להתבצע בהתאם לכללים "מסדר שני" המבהירים כיצד יש להעביר חוק יסוד או לתקנו.

2. מגבלת האמון: בהפעילה את הסמכות המכוננת, על הכנסת וחבריה לפעול לשם הגשמת התכלית לשמה ניתנה להם הסמכות, דהיינו עיצוב קווי המתאר החוקתיים של מדינת ישראל. הוספת חוק יסוד או תיקון חוק יסוד הנעשים למטרה זרה, הינם בגדר שימוש לרעה בסמכות המכוננת. זה המצב, למשל, בחקיקת חוק יסוד שתכליתו פרסונלית או זמנית ללא צידוק מספיק.

3. מגבלת הסמכות: בהינתן טיבה של סמכות הכנסת המכהנת במפעל "החוקה בהתהוות" (המשך המפעל החוקתי, ולא יצירתו מבראשית), מחד גיסא, ותכליתה המרכזית של חוקה (מכשיר להגבלת כוחו של הרוב המזדמן בכנסת בכובעה כרשות המחוקקת), מאידך גיסא, הכנסת הנוכחית מוגבלת בסמכותה המכוננת בשני סייגים:

- הכנסת הנוכחית אינה מוסמכת כלל לקעקע את עקרונות היסוד שכבר נוצקו ב"חוקה בהתהוות", באופן הממוטט את המבנה שיצרו קודמותיה;

- סמכותה של הכנסת הנוכחית לבצע שינויים המהווים סטייה ניכרת מעקרונות היסוד שכבר נוצקו ב"חוקה בהתהוות" מותנית בגיבוש הסכמה רחבה, ואינה יכולה להתבצע על בסיס רוב מזדמן – אותו רוב שאת כוחו מיועדת החוקה להגביל.

ה. לבית המשפט העליון, בכובעו כבית המשפט הגבוה לצדק, נתונה מכוח סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, הסמכות לפקח על כך שהכנסת, בפועלה כרשות מכוננת, לא חרגה מגדר המגבלות המוטלות עליה.

63. בהינתן כל אלה, נוכל לעבור לבחינת המקרה שלפנינו.

תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה – השאלות המתעוררות

64. חברתי הנשיאה (בדימ') חיות סקרה בחוות דעתה את הרקע העובדתי הדרוש לענייננו, ובכלל זה את טיעוני הצדדים. אין בכוונתי לחזור על הדברים, ולפיכך אעבור מיד לדיון לגופו של עניין.

65. לאור האמור בחלק העקרוני של חוות דעתי, עמדתי היא שיש בידינו סמכות לבקר את העברת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (להלן: תיקון מס' 3 או התיקון) בהתאם לכל אחת משלוש המגבלות המוטלות על הכנסת בכובעה כרשות מכוונת. העותרים העלו טענות הנוגעות לכל אחת משלוש המגבלות הללו, ואולם חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, ביססה את פסק דינה בעיקר על מגבלת הסמכות, וכך נהגו גם רוב חברי המותב. לפיכך, אפסע גם אני בנתיב זה, תוך שאייחד הערות השלמה קצרות ביחס לשתי המגבלות הנוספות בסיום הדברים.

66. חילוקי הדעות בין חבריי וחברותיי ביחס לעמידת התיקון במגבלת הסמכות, נוגעים בעיקרם לשתי שאלות מרכזיות:

א. מהי הפרשנות שיש לתת לתיקון מס' 3 – האם שלילה מוחלטת של הסמכות לדון בסבירות החלטות של הממשלה, ראש הממשלה והשרים (להלן: החלטות הדרג הממשלתי), או שמא רק שלילה חלקית של הסמכות האמורה, המתייחסת לבחינת סבירות החלטות הדרג הממשלתי במבחן הסבירות האיזונית (מבחן דפי זהב), ולא לבחינתה במבחן הסבירות המקורית (מבחן ונסבורי)? חלק מחבריי וחברותיי (הנשיאה (בדימ') חיות, ממלא מקום הנשיא פוגלמן, השופט עמית והשופטת רונן), סבורים כי פרשנותו הנכונה של התיקון היא ביטול מוחלט של האפשרות לבצע ביקורת שיפוטית על החלטות הדרג הממשלתי בעילת הסבירות (להלן: גישת הביטול המלא); ואילו חלק אחר מהם (השופטת יעל וילנר, השופט שטיין והשופטת כנפי-שטייניץ), סבורים כי פרשנותו הנכונה של תיקון מס' 3 (בין אם על דרך של פרשנות מצמצמת ובין אם על דרך פרשנות מקיימת), היא שלילת הסמכות לביקורת שיפוטית על החלטות הדרג הממשלתי רק במבחן הסבירות האיזונית, תוך הותרת

האפשרות לבקר החלטות אלה על פי מבחן הסבירות המקורית (להלן: גישת הביטול החלקי).

יוער כי חברי, השופט יוסף אלרון, נוקט גישה שונה, לפיה מאחר שלא ניתן לעת הזו לדעת מהי פרשנותו הנכונה של התיקון, וכיצד ייושם, יש לקבוע כי העתירות אינן בשלות לדיון (עמדה זו הובעה גם על ידי הכנסת בעתירות שלפנינו). לא אוכל להצטרף לגישה זו, וזאת כבר מהטעם ששאלת תוקפו של התיקון היא שאלה משפטית אקוטית, המונחת כבר עתה על שולחנו במספר עתירות הולך וגדל. דחיית הדיון בשאלה זו רק תרבה מבוכה ואי ודאות. אין בה תועלת של ממש, וזאת גם אם קיימת מחלוקת ביחס לפרשנותו של התיקון (וראו פסקאות 98-102 לחוות דעת הנשיאה (בדימ') חיות; פסקה 114 לחוות דעת השופט עמית; פסקה 51 לחוות דעת השופט כשר).

ב. האם תיקון מס' 3 חורג ממגבלת הסמכות המוטלת על הכנסת בכובעה כרשות המכוננת? מטבע הדברים, עניין זה עשוי להיות מושפע מהעמדה בשאלה הפרשנית. כך, למשל, השופטים וילנר ושטיין מבהירים כי לשיטתם הכנסת לא חרגה ממגבלת הסמכות, בשל כך שלדידם יש לאמץ את גישת הביטול החלקי, תוך שהם מבהירים כי לו היו סבורים שאין מנוס מאימוץ גישת הביטול המלא, הרי שהיו נוטים להצטרף לעמדה לפיה דין תיקון מס' 3 להתבטל (פסקאות 7-8 לחוות דעתה של השופטת וילנר; ופסקאות 98-99 לחוות דעתו של השופט שטיין). ויובהר, העמדה הקושרת בין פרשנות תיקון מס' 3 לבין תוקפו אינה מקובלת על כל שופטי המותב. כך, למשל, השופט כשר מבהיר כי לשיטתו אין מקום לפסול את תיקון מס' 3 גם אם יש לפרשו בהתאם לגישת הביטול המלא (ראו פסקאות 22-35 לחוות דעתו), ואילו ממלא מקום הנשיא פוגלמן מציין כי ייתכן מאד שיש לפסול את התיקון גם אם ניתן לפרשו בהתאם לגישת הביטול החלקי (ראו פסקאות 21-27 לחוות דעתו).

אפנה לדון בשתי השאלות האמורות כסדרן.

67. חבריי וחברותיי הקדישו מאמץ ניכר לשאלת הפרשנות, ולא הותירו לגביה אבן על אבן. במצב דברים זה, אמנע מלחזור על הדברים ואסתפק בשורה התחתונה ובעיקרי הנימוקים ששכנעו אותי.

68. לדידי, פרשנותו של תיקון מס' 3 ברורה – ביטול מוחלט של אפשרות הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות ביחס להחלטות הדרג הממשלתי. פרשנות זו, גישת הביטול המלא, קבועה בצורה חד-משמעית בלשונו של התיקון, ומתיישבת היטב עם תכליתו כפי שהיא עולה בבירור מהליך החקיקה. כך, תיקון מס' 3 קובע ב"רחל בתך הקטנה" כי "מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין [...] לא ידון בעניין סבירות ההחלטה [...]". ניסוח פשוט וברור זה, אינו מותיר מבחינה לשונית מקום לאפשרות כי בית משפט רשאי לדון "בעניין סבירות ההחלטה" על פי איזו מהמשמעויות המשפטיות השונות שניתן לתת לעילת הסבירות – לא המשמעות הרחבה של סבירות איזונית; לא המשמעות הצרה של הסבירות המקורית; ולא כל משמעות אחרת שניתן להעניק למונח סבירות – בקיצור, סבירות יוק!

69. אך לא רק הלשון, אלא גם התכלית של תיקון מס' 3 אינה מתיישבת עם גישת הביטול החלקי. בחינת הליך החקיקה מלמדת כי השאלה אם מדובר בביטול חלקי או בביטול מלא התחדדה היטב במהלך הדיון בהצעת חוק היסוד, והעמדה העקבית והבלתי מתפשרת של העומדים מאחורי התיקון, ובראשם חבר הכנסת שמחה רוטמן, הייתה שתכלית התיקון היא אחת – שלילת האפשרות לביקורת שיפוטית על החלטות הדרג הממשלתי בעילת הסבירות. ולא בכדי לדידם. לשיטת תומכי גישת הביטול המלא, אותה הבהיר היטב חבר הכנסת רוטמן, אין טעם בביטול חלקי של עילת הסבירות, מאחר שבחיי המעשה לא ניתן להבחין בצורה חדה בין סוגי הסבירויות, ולא ניתן לוודא כי הביקורת השיפוטית תוגבל לסוג סבירות אחת (סבירות מקורית) ולא תתרחב לסוג סבירות אחרת (סבירות איזונית) (לעמדת חבר הכנסת רוטמן ראו פרוטוקול הדיון מיום 12.9.2023, בעמ' 35-37; פרוטוקול ישיבה 125 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25, 15.7.2023). ראו גם את דבריו של בא-כוח משיבי הממשלה, בפרוטוקול הדיון מיום 12.9.2023, בעמ' 60-64; וסעיף 45 להשלמת טיעון מטעם משיבי הממשלה). עמדה זו התקבלה על דעת הכנסת בהליכי החקיקה, ולראיה דחיית כל הניסיונות וההצעות לסייג את הלשון הגורפת של התיקון. במצב דברים זה, בו שתי החלופות הפרשניות נבחנו על ידי הכנסת, ואחת מהן נבחרת בכוונת מכוון, ומשתקפת בנוסח התיקון, אינני סבור כי



באפשרותנו לטמון ראשנו בחול ולקבוע כי תכלית התיקון (אובייקטיבית כסובייקטיבית) שונה מהתכלית המבוררת שהוצגה ונבחרה על ידי הכנסת.

70. כמוצא אחרון, מציעה חברתי, השופטת וילנר, את חלופת הפרשנות המקיימת, כדוקטרינה המאפשרת לאמץ את גישת הביטול החלקי (פסקאות 42-43 לחוות דעתה. לעמדתה בעניין זה מצטרפים גם השופטים שטיין (פסקאות 99-102 לחוות דעתו) וכנפי-שטייניץ (פסקאות 34-39 לחוות דעתה)). פרשנות מקיימת אכן מאפשרת להעדיף פרשנות חיקוק (ובכלל זה חוק יסוד) התואמת במידה פחותה את לשונו ותכליתו של מעשה החקיקה, ככל שהיא תציל אותו מדין בטלות. ואולם, ספק גדול בעיניי אם ניתן לאמץ את גישת הביטול החלקי בהתאם לדוקטרינת הפרשנות המקיימת, וזאת מהטעמים בהם הרחיבו אחרים, ובמיוחד חברתי, השופטת רונן (ראו פסקאות 5-18 לחוות דעתה), אשר ניתוחה בעניין זה מקובל עליי במלואו.

71. לא זו אף זו, גם אם אניח לצורך הדיון כי פרשנות מקיימת אפשרית במקרה דנן, לא השתכנעתי כי נכון שנלך בדרך זו במקרה הנוכחי. לכך שלושה טעמים מצטברים:

ראשית, משמעות ההצעה לאמץ את גישת הביטול החלקי בדרך זו היא לכפות על התיקון פרשנות שהובאה בפני הכנסת במהלך הדיון בהצעת חוק היסוד, ונדחתה על ידי רוב חברי הכנסת בכוונת מכוון. במילים אחרות, אימוץ גישה זו משמעה הכללה בתוך "החוקה בהתהוות" הוראה שהרשות המכוננת לא רצתה בה בזמן אמת (הגם שבאי כוחה טענו לה בדיעבד), ואשר אין לדעת אם הייתה מאמצת, לו היה מובהר לחברי הכנסת כי ביטול מלא של עילת הסבירות חורג ממגבלות הסמכות (למצער, כשהוא נעשה ללא הסכמה רחבה). מבחינת חלוקת הסמכויות בין הרשויות, מצב דברים זה אינו ראוי, ולא בהכרח במידה פחותה מזה של ביטול מלא, שכן יש בו התערבות פוזיטיבית (הכתבת תוכן החוקה), ולא רק נגטיבית (אי הכרה בתוקף תיקון החוקה), מצדה של הרשות השופטת במעשי הכנסת כרשות המכוננת (ראו גם פסקה 26 לעיל, והשוו לדברי השופט אליעזר ריבלין בבג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 289 (2004), המצוטטים בפסקה 13 לחוות דעת של חברתי, השופטת רונן).

שנית, אכן, כפי שמיטיבים חלק מחבריי וחברותיי להראות, בפסיקה ובספרות קיים ויכוח ער בשאלת היקפה הראוי של עילת הסבירות (ראו הסקירות המקיפות שבפסקאות 26-36 לחוות דעתה של השופטת וילנר, ובפסקאות 18-28 לחוות דעתה של השופטת כנפי-שטייניץ). ויכוח זה הוא בוודאי לגיטימי, וארשה לעצמי לנבא (מבלי

להביע עמדה לגופו) כי טרם נאמרה בו המילה האחרונה. ואולם, אינני סבור כי ראוי להכריע בוויכוח הלגיטימי הזה, במסגרת מהלך פרשני דחוק ביחס למעשה חקיקה שלא ניתן לקיים לתכלית שלשמה נעשה.

ולבסוף, גישת הביטול החלקי נותנת אומנם לתיקון מס' 3 פרשנות פגומה פחות מזו שמתקבלת על פי גישת הביטול המלא, אך גם לאורה התיקון מוסיף לעורר קושי ניכר (ולראיה, גם השופטים התומכים בפרשנות המקיימת מודים כי אף לאחר יישומה במקרה הנוכחי, יש בתיקון ליקויים. ראו פסקה 70 לחוות דעתה של השופטת וילנר ("התיקון אינו חף מקשיים"). לעמדתה בעניין זה מצטרפים גם השופטים שטיין, בפסקה 109 לחוות דעתו ("ההוראה נושא דיוןנו יכלה להיות מנוסחת טוב יותר מכפי שנוסחה") וכן השופטת כנפי-שטייניץ, בפסקה 40 לחוות דעתה ("אין מנוס מלומר: דיון לגיטימי [...] – הוליד חוק חפות, רחב וגורף, שנגזר במגזריים גסים [...]]. החוק, במתכונתו הקיימת, מעלה שורה של קשיים [...]"). בשים לב לכך, לא ברור לי כלל, כי התיקון, גם בראי גישת הביטול החלקי, עומד במגבלת הסמכות (והשוו לפסקאות 21-27 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן). כך, במיוחד בהינתן עמדתי לפיה מגבלת הסמכות כוללת לא רק איסור למוטט את יסודות המבנה של החוקה בהתהוות, אלא גם דרישה כי סטייה ניכרת ממנו תתקבל בהסכמה רחבה.

72. המסקנה מהאמור, היא שבחינתו של תיקון מס' 3 צריכה להתבצע, על פי הפרשנות המניחה את גישת הביטול המלא, וכי אין אפשרות לפרשו או לקיימו בהתאם לגישת הביטול החלקי.

תיקון מס' 3 – תוקפו לאור מגבלת הסמכות

73. בהינתן עמדתי בשאלה הפרשנית, מתעוררת השאלה האם תיקון מס' 3 חורג ממגבלת הסמכות. מצטרף אני לעמדתה של חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, כי הפגמים הערכיים בתיקון הם כה יסודיים וחמורים, עד שראוי לראות בו משום סתירה חזיתית של עקרונות היסוד של "החוקה בהתהוות". כך, במיוחד, לדידי, בשים לב לחומרת פגיעתו בעקרון שלטון החוק, שהוא בעיניי עקרון יסוד ב"חוקה בהתהוות", ואשר אותו הופך התיקון, מבחינה רעיונית, לאסקופה נדרסת. ומה משמיע לנו תיקון מס' 3? כל רשות ציבורית חייבת לפעול בסבירות. חובה זו חלה גם, ואולי אף בראש ובראשונה, על הדרג הממשלתי. ואולם, בעוד שעל כל רשות ציבורית אחרת, רשאי בית המשפט המוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית, ולוודא את עמידתה בחובת הסבירות, דווקא על החלטות הדרג הממשלתי, שהן מטבע הדברים החשובות והגורליות בהחלטות המתקבלות במישור

הציבורי, "מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לא ידון בעניין סבירות ההחלטה". לקביעה מסוג זה לא הוצג בפנינו כל אח ורע. משמעה חסינות מוחלטת לדרג הממשלתי מבחינה שיפוטית ביחס לעמידתו בחובת הסבירות. ודוק, חובת הסבירות היא נורמה משפטית מחייבת בשיטתנו, ולא ניתן להשוות אותה למידות טובות, כגון תבונה או מוסריות, בהן הביקורת המשפטית אינה עוסקת, ומעולם לא עסקה. כפי שציינה חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, נפקות הדבר היא כי לגבי החלטות הדרג הממשלתי, בסוגיית הסבירות, יש דין (חובת סבירות) אך אין דין (ביקורת שיפוטית). לפיכך, בקבלה את תיקון מס' 3 בחרה הכנסת המכהנת, בכובעה כמכוננת, לשים את הדרג הממשלתי מעל לחוק בהיבט חשוב ומהותי של חובותיו לפי המשפט המנהלי. קביעה שכזו עומדת, לתפיסתי, בניגוד לעקרון שלטון החוק. היא שקולה לקביעה כי הדרג הממשלתי חייב להימנע מהפליה, אך שהחלטותיו לא יבוקרו על ידי הרשות השופטת בשל עילת ההפליה; או כי הוא חייב להימנע משיקולים זרים, אך החלטותיו לא ייבחנו על ידי הרשות השופטת מהיבט השיקולים הזרים.

74. ויודגש, עקרון שלטון החוק, הוא יסוד מיסודות המשטר הדמוקרטי, ואין הוא חי בשלום עם מצב לפיו חובה משמעותית כמו זו הנדונה כאן החלה על חברי הרשות המבצעת אינה מקבלת כל גיבוי בדמות סמכות פיקוח של ערכאה שיפוטית בלתי תלויה. קביעה זו נטועה בתורת המשפט הכללית (ראו למשל: Louis L. Jaffe, *The Right to Judicial Review* I, 71 HARV. L. REV. 401, 401 (1957): ("The availability of judicial review is the necessary condition, psychologically if not logically, of a system of administrative power which purports to be legitimate, or legally valid"). וראו גם: Henry P. Monaghan, *Jurisdiction Stripping circa 2020: What the Dialogue (Still) Has to Teach Us*, 69 DUKE L.J. 1 (2019). לזהות בפסיקתנו (ראו, למשל: בג"ץ 109/70 המוטראן הקופטי האורתודוכסי של הכסא הקדוש נ' שר המשטרה, ירושלים, פ"ד כה(1) 225, 250 (1971) ("עקרון היסוד של שלטון החוק מחייב, שלא לכבול את ידי בית המשפט, בשל תורת השפיטות בלבד, מלהתערב לשם קיום הסדר הציבורי"); עניין מיערי, בעמ' 128-129 ("הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על פעולות הכנסת מסתברת גם מתפיסות היסוד החוקתיות, אשר לפיהן קיומה של הביקורת השיפוטית על חוקיות פעולתה של כל רשות הוא תנאי יסוד לשלטון החוק"); בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 697-698 (1995) ("תפקידה של הביקורת השיפוטית לקיים הלכה למעשה את שלטון החוק בשלטון... הכול כפופים לחוק, והכול כפופים לביקורת שיפוטית שנועדה להבטיח כיבוד החוק")).

75. ויובהר, לא כל גריעה מסמכותו של בית המשפט היא בגדר פגיעה אנושה בעקרון שלטון החוק. רחוק מכך, פגיעות רבות בסמכות בית המשפט, גם אם יש בהן משום פגיעה מסוימת בעקרון שלטון החוק, הן לא רק נסבלות, אלא גם רצויות, בשל תרומתן לקידום תכליות רצויות (זהו, למשל, המצב עם דין ההתיישנות. ראו יששכר רוזן-צבי "זיכרון ושכחה בהליך המשפטי" משפט תרבות וספר – 1997 נילי כהן 164 (עופר גרוסקופף ושי לביא עורכים, 2017)). לעניין עוצמת הפגיעה, יש לתת את הדעת לשני היבטים: האחד ערכי, ועניינו חומרת ההתנגשות שבין ההגבלה על הסמכות השיפוטית לבין עקרון שלטון החוק; השני, תוצאתני, ועניינו הנזקים שעלולים להיגרם בעקבות שלילת הביקורת השיפוטית (חברי, השופט כשר, מציין בפסקה 30 לחוות דעתו, כי אינו חושב שבהיבט הערכי, אותו הוא מכנה "הפגיעה העקרונית/הישירה", "יש כדי להוסיף משקל של ממש לעניין ההכרעה דנן". דיון פילוסופי בשאלה אם, ובאיזה אופן, יש להתחשב בשיקולים דאונטולוגיים בוודאי חורג מהמסגרת הנוכחית. עמדתי היא שבהקשרים חוקתיים, בוודאי לא ניתן להתעלם משיקולים אלה. מכל מקום, המבקש להרחיב במקומם של שיקולים דאונטולוגיים במשפט מוזמן לעיין ב-, EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, LAW, ECONOMICS, AND MORALITY (2010). לדיון ביקורתי (בעברית) ראו אריאל פורת "איל זמיר וברק מדינה, משפט, כלכלה ומוסר (הוצאת אוקספורד)" משפטים מא 415 (2011)).

76. במקרה בו עסקינן סבורני כי ביטול הביקורת השיפוטית ביחס לעמידת הדרג הממשלתי בחובה המנהלית לפעול בסבירות יוצר התנגשות חמורה במיוחד עם עקרון שלטון החוק (בהיבט הערכי), ועלול אף לגרום לנזקים קשים לדמוקרטיה הישראלית (בהיבט התוצאתני). חברותיי וחבריי הרחיבו ביחס לטיעון התוצאתני, ולא אחזור על הדברים (ראו פסקאות 141-175 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות; פסקאות 101-78 לחוות דעתו של השופט עמית). אחדד, כי מבחינת עוצמת ההתנגשות בערך שלטון החוק (השיקול הערכי), הפטור שמעניק תיקון מס' 3 מביקורת שיפוטית פוגעני במיוחד. כך, בשל הצטברות כל אלה:

א. הפטור ניתן לעומדים בראש הפירמידה – מי שהדרישה להחיל עליהם את שלטון החוק היא בליבתו של הציווי כי אין אדם שאינו כפוף לשלטונו של החוק (שהרי על האזרח הפשוט החוק חל ממילא, ללא "הנחות", בכל שיטת משטר);

ב. הפטור ניתן למי שהחלטותיו הן המשמעותיות ביותר – הדרג הממשלתי;

ג. הפטור מבחין ללא הצדקה מבוררת בין הדרג הממשלתי לבין דרגים אחרים של מקבלי החלטות (לרבות נבחרי ציבור אחרים, כגון ראשי רשויות מקומיות);

ד. הפטור גורף מאד מבחינת תחולתו, ומתייחס לכל פעולה ולכל סוג של החלטה (ובכלל זה, הימנעות מלקבל החלטה);

ה. הפטור אינו מבחין בין סוגי החלטות, ולפיכך הוא כורך יחדיו החלטות מדיניות והחלטות מקצועיות; החלטות כלליות והחלטות פרטניות; החלטות הפוגעות בזכויות אדם והחלטות שאינן נוגעות להן, וכיו"ב;

ו. הפטור ניתן להרחבה לפי שיקול דעת הדרג הממשלתי באמצעות נטילת סמכויות;

ז. הפטור הוא מכל סוג של ביקורת שיפוטית בעילה זו, לרבות ביקורת של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.

למעשה, רק בהיבט אחד הפגיעה ממותנת – קיומן של עילות ביקורת אחרות. ואולם, במצב דברים זה מתקיים אחד משניים: אם עילות אלה מחליפות באופן מלא (או כמעט מלא) את עילת הסבירות, כך שאין לתיקון השפעה תוצאתנית, ממילא אין תכלית היכולה להצדיק פגיעה כה קשה בשלטון החוק מההיבט הערכי; ואם העילות האחרות אינן מהוות תחליף טוב לעילת הסבירות, הרי שלתיקון השפעה תוצאתנית משמעותית, העומדת בצד הפגיעה הערכית. בין כך ובין כך, נימוק זה לבדו אינו מצדיק שלא לסווג את תיקון מס' 3 ככזה המסב פגיעה אנושה לעקרון שלטון החוק.

77. זאת ועוד, לשיטתי תיקון מס' 3 דינו להיפסל גם אם נניח, לצורך הדיון, כי הפגמים בו אינם כה חמורים, עד כדי מיטוט "הנתונים החוקתיים" שנלמדים מ"החוקה בהתהוות". הטעם לכך הוא שלמצער, תיקון זה מהווה, מהטעמים שפירטה חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, משום סטייה ניכרת מה"נתונים החוקתיים" שכבר הוטבעו ב"חוקה בהתהוות", ועל כן חייב היה להתקבל בהסכמה רחבה. והנה, דומה שאיש לא יחלוק על כך שמדובר בתיקון שהועבר ברוב קואליציוני דחוק שהתגבש בכנסת המכהנת, דהיינו מההיבט החוקתי – ברוב מזדמן, ומבלי שגובשה סביבו הסכמה רחבה. במצב

דברים זה, גם אם אניח שאין מדובר בתיקון המזעזע את אמות הסיפים של עקרונות היסוד שב"חוקה בהתהוות", פשיטא כי אין הוא עומד בסייג השני לסמכות הכנסת כמכוננת – הוא מהווה, למצער, סטייה משמעותית מעקרונות מרכזיים ב"חוקה בהתהוות", אותם העביר רוב מזדמן בכנסת המכהנת, באופן המנוגד הן לתכליתו של מוסד החוקה, הן למאפיינו של מפעל החוקה הישראלי. מכאן שגם על פי דרך זו דינו להתבטל (והשוו גם לפסקאות 27-30 לחוות דעת חברתי, השופטת רונן).

עוללות – עמידת תיקון 3 במגבלת התקינות ובמגבלת האמון

78. עמדתי, איפוא, היא כעמדת הנשיאה (בדימ') חיות, כי תיקון מס' 3 דינו להתבטל מאחר שאינו עומד במגבלת הסמכות. קביעה זו מיתרת את הדיון בטענות שעלו לעניין עמידת תיקון מס' 3 במגבלת התקינות ובמגבלת האמון. לפיכך, אסתפק בעניינים אלה בהערות טלגרפיות בלבד.

79. ככל שמדובר במגבלת התקינות, לדידי הטענה המרכזית שהועלתה, ואשר חודדה בעיקר בטיעוני העותרים בבג"ץ 5659/23, היא שלא היה ניתן להעביר את התיקון במסלול הוועדה, הקבוע בסעיף 80 לתקנון הכנסת. חברתי הנשיאה (בדימ') חיות דנה בעניין זה ביסודיות ובדייקנות המאפיינות אותה (ראו פסקאות 196-203 לחוות דעתה), ועמדתי כעמדתה כי קיים קושי ניכר בבחירה בדרך זו (ראו לעניין זה גם עמדת חברי, ממלא מקום הנשיא פוגלמן, בפסקאות 28-33 לחוות דעתו). במיוחד מטריד לראות כי מובילי התיקון בחרו לעקוף את שתי החלופות המקובלות – הצעת חוק ממשלתית, על הליכי הבדיקה היסודיים המלווים אותה; הצעת חוק פרטית, על מנגנוני האישור המכבידים שנקבעו על מנת לרסנה – ופנו, לאחר שגילו כי לא ניתן לקדם במהירות הרצויה להם את ההצעה בשני המסלולים הללו, למסלול שלישי, שלא היה נהוג להשתמש בו בעניינים מסוג זה. זאת, על מנת להשתחרר הן מהליכי הבדיקה היסודיים, הן ממנגנוני האישור המכבידים. הדבר אינו ראוי, וייתכן שגם אינו תקין.

80. ככל שמדובר במגבלת האמון, דהיינו דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, הרי שאינני סבור שיש קושי משמעותי בתיקון. אכן, ייתכן כי הסוגיה בה עוסק התיקון איננה מהסוג בו מקובל לעסוק בחוקות, ואולם אינני סבור כי תפקידו של בית משפט זה הוא לשמש כ"עורך הספרות" של החוקה, ולגזור מתוכה הסדרים רק מפאת היותם סרח עודף. גם בחוקות העמים ניתן למצוא הסדרים שברור וגלוי כי ניתן וראוי היה לכלול אותם בדבר חקיקה ברמה נמוכה במדרג הנורמטיבי (ראו, למשל, התיקון

השלישי לחוקה האמריקאית, האוסר על שיכון חיילים בבתים פרטיים ללא הסכמת בעליהם ( "No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law" (U.S. CONST. amend. III), וזאת כתגובה לחוק אנגלי שהועבר בזמן מלחמת העצמאות האמריקאית). מכל מקום, הכרעה בשאלות מסוג זה היא במידה רבה עניין של טעם ובחירה, כמו גם מסורת חוקתית והתפתחויות היסטוריות, שאינני סבור שעל בית משפט זה לעסוק בהן. הקושי, מבחינת מגבלת האמון, מתגבש כאשר הטיעון נגד השימוש בכלי החוקתי איננו בשל כך שהדבר סר טעם, אלא שהוא נעשה שלא לתכלית שלשמה ניתנה הסמכות המכוננת, דהיינו, לתכלית זרה. בענייננו, לא ניתן היה להשיג את תכלית התיקון – ביטול מוחלט של עילת הסבירות – ללא הכללתו בחוק יסוד, וזאת מאחר שהכלל אותו הוא בא לסייג קבוע בחוק יסוד (ודוק, אילו היה מדובר בביטול חלקי של עילת הסבירות, ספק אם נדרש היה לבצע זאת בחוק יסוד). די בכך, לטעמי, על מנת ללמד כי אין מדובר במקרה זה בשימוש לרעה בסמכות המכוננת.

סוף דבר

81. הימים בהם נכתבים דברים אלה הם ימי מלחמה. מלחמת אין ברירה, שנכפתה עלינו על ידי עמלק אכזר, אשר הבסתו חיונית לקיומה של מדינת ישראל ולהבטחת שלומם של כל החיים בה. הדאגה לבנינו ובנותינו הנלחמים בשלוש חזיתות, כמו גם לשלומם של החטופים והחטופות, מציפה את כל הווייתנו ומאחדת את כולנו. אכן נוח וטוב היה לנו שלא לעסוק בתקופה נוראה זו, כשבשורות איוב משדה הקרב רודפות אותנו זו אחר זו, בסוגיות חוקתיות, חשובות ככל שיהיו, המפלגות את העם והמעוררות מחלוקת גם בקרב שופטי ושופטות בית משפט זה.

82. אלא שהרשות השופטת, בשונה מרשויות השלטון האחרות, אינה קובעת את הנושאים המונחים לפתחה, ובמקרה דנן, גם לא את עיתוי מתן פסקי דינה. אלה מוכתבים לה על ידי המציאות, המייצרת סכסוכים משפטיים, ועל ידי הצדדים העותרים למתן הכרעה שיפוטית בהם. במקרה דנן, גם המגבלות המוטלות על תקופת כהונת שופטים יוצרות אילוץ, המונע את השהיית מתן פסק הדין לזמנים טובים מאלה. אכן הרשות השופטת לא רק שאינה "כל יכולה", אלא שהיא, כפי שציין המילטון, "החלשה ביותר, לאין ערוך, מבין שלוש מחלקות השלטון" (אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט (מאמר 78) 389 (אהרון אמיר מתרגם, 2001)) – ובכלל זה בשל חוסר יכולתה לשלוט בסדר יומה.

83. המלחמה האכזרית באויבי המדינה השקיטה לעת הזו את המאבק הפנימי הקשה שהתחולל בעקבות תכנית "הרפורמה המשפטית" שקידמה הקואליציה הנוכחית. השקיטה, אך לא השכיחה. תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, המבטל את עילת הסבירות, עודנו כתוב עלי ספר החוקה הישראלית, והעתירות כנגדו עודן מונחות לפתחנו. לפיכך, מחובתנו להכריע בהן.

84. עיצוב דמותה של מדינת ישראל נעשה על ידי אזרחיה – באמצעות רשויות השלטון השונות; בפעילותם בזירה הציבורית; ובאמצעות עשייתם כבני החברה האזרחית. גם לרשות השופטת, כאחת מרשויות השלטון, חלק נכבד במשימה כבירה זו. השמירה על מאפייני הליבה של מדינת ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית", היא מהמופעים החשובים, אם לא החשוב שבמופעים, בהם משתקפת תרומתה של הרשות השופטת לעיצוב דמותה של החברה הישראלית. חובתנו בהקשר זה היא לוודא שהספינה עליה כולנו מצויים, מדינת ישראל, אינה מפליגה למים מסוכנים, בהם היא עלולה להתנגש בקרחון העלול להטביעה. אכן, אם חס וחלילה יתממש הסיכון, ונמצא עצמנו מפליגים בחשיכה כטיטניק לתוך הקרחון, תקצר ידה של הרשות השופטת מלהושיע. ואולם, אם נמלא חובתנו, ונתקן את נתיב השייט מבעוד מועד, עשוי הדבר להבטיח שמדינת ישראל תיוותר נאמנה לצביונה "היהודי והדמוקרטי", כפי שמבקש רוב גדול של העם, וכפי שמשקפת "החוקה בהתהוות".

85. תיקון מס' 3, המבטל את עילת הסבירות, אינו בגדר "התנגשות בקרחון", ואולם, מבחינת עקרון שלטון החוק, החיוני לכל מדינה דמוקרטית, הוא בגדר הסטת נתיב הספינה ל"מים מסוכנים" – מסוכנים מאד. במצב דברים זה, ובמיוחד בהינתן חוסר ההסכמה העמוק שנלווה לתיקון זה, מצטרף אני לעמדתה של הנשיאה (בדימ') חיות, שהנהגתה הטיבה לנווט את דרכנו בשנות כהונתה רצופות המשברים, לפיה דין העתירות להתקבל, ודין תיקון מס' 3 להתבטל.

## ש ו פ ט

### השופטת ד' ברק-ארז:

1. שרה בממשלה הורתה על פיטוריו של עובד ציבור בכיר שהציג עמדה מקצועית שאינה מקובלת עליה. הממשלה החליטה לתמוך בהקמת מפעל מזהם במרכז של שמורת טבע. שר אחר החליט על הענקת תמיכות בתחום התרבות רק ליוצרים שהם "לטעמו".



ככל שהחלטות כאלה יתקבלו, הרי שעל-פי חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) התיקון העומד במרכז הדיון שבפנינו (להלן: תיקון מס' 3 או התיקון), שאלת אי-סבירות לא תוכל להיבחן על-ידי אף ערכאה שיפוטית במדינה. הייתכן?

2. חשוב להדגיש: הדילמה שבה פתחתי אינה מכוונת לדיון במשפט הרצוי. היא מתמקדת בשאלה האם ביטול האפשרות לביקורת שיפוטית בשל אי-סבירותה של החלטה שהתקבלה על-ידי הממשלה, ראש הממשלה או שר בממשלה עולה כדי שלילת המאפיינים הדמוקרטיים הגרעיניים של מדינת ישראל במידה המחייבת לראות בתיקון מס' 3 חריגה מסמכותה של הרשות המכוננת? שאלה זו אינה תיאורטית גרידא, ואיננו נדרשים לה בחלל הריק. היא אינה מתייחסת לאפשרות של ביטול הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על יסודה של עילת הסבירות במדינות אחרות, על מכלול ההסדרים החוקתיים הנוהגים בהן. היא ממוקדת באפשרות של ביטול סמכות זו בישראל, בהינתן המצב הקיים בה בכל הנוגע לבקרה ההדדית של הרשויות זו כלפי זו, ולעובדות הקיימות בשיטתנו המשפטית לשמירה על שלטון החוק.

3. חברתי הנשיאה (בדימ') א' חיות סבורה כי אכן מדובר במקרה זה בתיקון חוקתי החורג מגדר סמכותה של הרשות המכוננת, כי בית משפט זה מוסמך להכריז על בטלותו, וכי יש מקום לכך שיעשה כן במקרה דנן. אני מסכימה עמה. על כן, אמקד את דבריי בהבהרות ובדגשים החשובים מנקודת מבטי.

4. לא אוכל לצלול לגוף הדברים מבלי לציין שכמו עבור חבריי כולם, גם עבורי כתיבתו של פסק דין זה בימים אלה של מלחמה עקובה מדם, ימים של שכול ואובדן בחברה הישראלית, מכבידה על הלב. אולם, זוהי מלאכתנו כשופטים, וכפי שאסביר – נוכח הסכנה הגלומה בתיקון מס' 3 ליציבותה הדמוקרטית של המדינה – זוהי מלאכה שיש בה אף הכרח. אין אנו בני חורין להיבטל ממנה.

הסמכות המכוננת: המגבלות עליה והביקורת השיפוטית על הפעלתה

5. בפתחו של הדיון שהתקיים בפנינו ניצבו שתי שאלות מרכזיות: מהן המגבלות החלות על הפעלת סמכותה המכוננת של הכנסת? כמו כן, ובהמשך לכך, האם בית משפט זה מוסמך לבקר את אופן הפעלתה של סמכות זו? חברתי הנשיאה (בדימ') חיות השיבה על שאלות אלו כשהיא פוסעת בדרך שכבר נסללה בפסק הדין שניתן בבג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021) (להלן: עניין חסון) שנסב על עתירות לביטולו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק יסוד: הלאום), וממשיכה אותה

במידה הנדרשת. כפי שציינה חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, בעניין חסון קבע בית משפט זה, לראשונה, בדעת רוב, כי סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת אינה בלתי מוגבלת, במובן זה שהיא אינה מוסמכת לשלול את מאפייני הזהות הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. פסיקתנו במקרה דנן נדרשת אפוא אך ליישום העקרונות שנקבעו שם. במישור נוסף, שאלת סמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית (גם אם מצומצמת) על חוקי היסוד נותרה, לפחות באופן פורמאלי, שאלה פתוחה. חברתי הנשיאה (בדימ') חיות משיבה כעת בחיוב אף על שאלה זו, ואני מסכימה עמה גם בכך. יתר על כן, מנקודת מבטי, שאלת גבולות סמכותה של הרשות המכוננת ושאלת הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית עליה קשורות זו בזו כמעט עד לבלי הפרד.

6. באשר למגבלות החלות על הרשות המכוננת, חברתי הנשיאה (בדימ') חיות קובעת כעת, בהמשך לעניין חסון, כי מגבלות אלו נובעות מהגדרתה של ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית" כפי שזו התעצבה לאורך השנים. אכן, הגדרתה של המדינה כ"יהודית ודמוקרטית" נתמכת כיום במערך חוקתי עשיר ומבוסס. יחד עם זאת, מאחר שענייננו בקביעת גבולות פורמאליים של סמכות, כשלעצמי חלקי עם הסוברים ששורשי ההגבלה נעוצים במסמך היסוד של המדינה – הכרזת העצמאות.

7. אפתח במובן מאליו: הכנסת בכובעה כרשות המכוננת של מדינת ישראל, בדומה לאסיפה מכוננת של כל מדינה אחרת, אמורה להוביל ליצירת חוקה התואמת את עקרונות היסוד שעליהם מושתתת המדינה. בהקשר הישראלי, עקרונות יסוד אלו נקבעו בהכרזת העצמאות, אשר מכוחה נבחרה האסיפה המכוננת. וכך נקבע בה בעניין זה:

"אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתקבע על ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם "ישראל" (ההדגשה הוספה – ד' ב' א')."

אם כן, הסמכות המכוננת, בעת שהוקנתה, לא הייתה בלתי מוגבלת. היא ניתנה כשטר ושובר בצדו. תובנה היסטורית זו משמיעה מסקנה הכרחית וחשובה: המנדט ליצירתם של הסדירים חוקתיים במדינת ישראל מבוסס על ההסמכה שבהכרזת העצמאות, ועל כן צריך להיות מוגבל לעקרונות שנקבעו בה. זה היה המנדט של האסיפה המכוננת הנבחרת, וזהו גם המנדט שאותו "ירשה" הכנסת, המחזיקה בסמכות מכוננת ש"שורשה" אליה מכוחה של החלטת הררי, מיום 13.6.1950 (דברי הכנסת 5, 1743 (התש"י)) (ראו:

בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקאות 15-17 לפסק דיני (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר)). בהמשך לכך, כמו גם בהתאם לעיקרון המשפטי הבסיסי הגורס כי לשליח אין סמכות רחבה יותר מאשר לשולחו – לכנסת, בכובעה כרשות מכוננת, אין סמכות רחבה יותר מזו שהוקנתה לאסיפה המכוננת המקורית, ובהמשך לכך לכנסת הראשונה ולכל הכנסות שבאו אחריה. המסקנה היא שסמכותה המכוננת של הכנסת היא רחבה עד מאד, אך אינה בלתי מוגבלת (כפי שפירטתי בעניין חסון, בפסקה 14 לפסק דיני).

8. מהי המשמעות הנורמטיבית של עיגון הסמכות המכוננת בהכרזת העצמאות? במהלך הדיון בפנינו, נטען כי על-פי פסיקתו המסורתית של בית משפט זה, הכרזת העצמאות, כשלעצמה, אינה מהווה חוקה, ועל כן לא יכולה לשמש בסיס לביקורת שיפוטית על חקיקה (כפי שנפסק עוד בימיה הראשונים של המדינה, בבג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב (יהושע גוברניק), פ"ד א 85, 89 (1948) (להלן: עניין זיו נ' גוברניק)). האם ההכרה במגבלות החלות על הכנסת, בכובעה כרשות מכוננת, אשר הועברו אליה "בירושה" מהאסיפה המכוננת סוטה מהלכה זו? אינני סבורה כן.

9. לצורך מתן מענה על כך, יש להבחין בין שתי גישות אפשריות ביחס להשלכותיה של הכרזת העצמאות על המשפט החוקתי של ישראל, ובאופן יותר קונקרטי, ביחס לשימוש בה ככלי להפעלת ביקורת שיפוטית. אקדים ואציין כי לצורך הדיון שבפנינו די לנו בקבלת הגישה השנייה, המצומצמת יותר.

10. הגישה הראשונה – גישה זו גורסת כי הכרזת העצמאות היא שמקנה לכנסת את הסמכות לחוקק הן חוקים רגילים והן חוקי יסוד, ולכן הנורמות הקבועות בה מגדירות את מתחם פעילותה של הכנסת בין בפועלה כרשות מחוקקת ובין כרשות מכוננת. זו הגישה שבה מחזיק חברי השופט א' שטיין. בפסק דינו בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (26.10.2023), התמקד חברי באפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה מכוחה של הכרזת העצמאות, ובכך סטה מההלכה הפסוקה שנקבעה בעניין זיו נ' גוברניק לפיה ההכרזה אינה יכולה לשמש בסיס נורמטיבי לכך. יש להודות: מבחינות מסוימות, הגישה המוצעת על-ידי חברי השופט שטיין היא שובת לב, אך היא גם מעוררת שאלות וקשיים רבים. די יהיה בכך שאציין כי לכאורה גישה זו שומטת את הקרקע תחת פסיקה בת עשרות שנים באשר למעמדה הנורמטיבי של הכרזת העצמאות ולאפשרות לבסס עליה ביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה (ראו למשל: ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129, 134-136 (1971)). במקרה שבפנינו, מסביר חברי השופט שטיין כי מנקודת מבטו הדברים יפים, בשינויים המחויבים, גם ביחס לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. בהמשך לכך, אני מבקשת להבהיר, כי בעוד ההתבססות

על הכרזת העצמאות לצורך ביקורת על חקיקה רגילה מעוררת בעיני קשיים, הפנייה אליה לצורך ביקורת על חוק יסוד היא ראויה, ולאמיתו של דבר "מתלכדת" עם הגישה השנייה שאתאר להלן.

11. הגישה השנייה – בשונה מקודמתה, גישה זו גורסת שהכרזת העצמאות עצמה, מאחר שאינה חוקה, אינה יכולה לשמש בסיס לביקורת על חקיקה רגילה. לצד זאת, מאחר שבהכרזה נקבעה המסגרת להסדרת החוקה היא מטילה מגבלות בסיסיות על תוכנה של אותה חוקה. בהתאם לכך, הכרזת העצמאות יכולה לשמש אמת מידה לשאלה של חריגה מסמכותה של הרשות המכוננת (להבדיל מכלי לביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה). גישה זו היא המנחה אותי כאן. לשיטתי, הכרזת העצמאות מטילה מגבלות על כינונה של חוקה על-ידי האסיפה המכוננת, ולימים, על-ידי הכנסת. התבססות על הכרזת העצמאות לצורך ביקורת על חוקי יסוד בלבד (במצבי קיצון), להבדיל מחקיקה רגילה, מתיישבת עם תפקידה ההיסטורי כמסמך שמכוחו נבחרה האסיפה המכוננת. לפי גישה זו, הכרזת העצמאות נועדה לקבוע את עקרונות המסגרת לחוקה שתתקבל (ובמונחי הימים האלה לחוקי היסוד), ולא לחקיקה רגילה. בנקודה זו חשוב להבהיר: שאלת המגבלות החלות על האסיפה המכוננת כלל לא נדונה בפסקי דינו המוקדמים של בית משפט זה, כדוגמת עניין זיו נ' גוברניק. בעניין זה אינני רואה עין בעין עם חברי השופט ע' גרוסקופף המציין כי פסיקתו של בית משפט זה קבעה שהכרזת העצמאות אינה מגבילה את הסמכות המכוננת. הפסיקה שעסקה בנושא זה קבעה רק כי הכרזת העצמאות אינה מגבילה את הסמכות המחוקקת. הטעם לכך הוא פשוט: באותה עת טרם נחקקו חוקי יסוד, ולפיכך בית משפט זה נדרש להכריע רק בשאלה אם ניתן להסתמך על הכרזת העצמאות במישורין כעל חוקה מהותית (לצורך ביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה). למעשה, אני סבורה שהבחנה זו המוצעת על-ידי נותנת מענה לביקורת שמתח חברי השופט ד' חינוך על הפיכתה של הכרזת העצמאות למעין חוקה. הכרזת העצמאות אינה חוקה, אך משמשת תשתית לחוקי היסוד, ועל כן גם תוחמת את גבולותיה של הסמכות המכוננת.

12. בהינתן מעמדה הנורמטיבי של הכרזת העצמאות לפי הגישה השנייה, והסמכות המכוננת המוקנית מכוחה לכנסת, השאלה העומדת לפתחנו כעת היא מהם אותם עקרונות הקבועים במגילת העצמאות ומגבילים את הסמכות המכוננת? עקרונות אלו קשורים בטבורם להנחת היסוד המוסדית של הכרזת העצמאות: היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. אמנם, כידוע, הכרזת העצמאות לא עשתה שימוש מפורש במילה "דמוקרטיה" (להרחבה על ההיסטוריה של הכרזת העצמאות בהקשר זה, ראו: יורם שחר כבוד, חירות ועמל-ישרים: סיפור חיבורה של הכרזת העצמאות 260-268 (2021)). הטעם לכך הוא שהכרזת העצמאות לא נועדה להיות מנוסחת בלשון לגליסטית וטכנית. עם זאת,

עיקר מאפייניה של השיטה הדמוקרטית טבועים בה. כך למשל, הכרזתה של הכרזת העצמאות ב"שויון זכויות חברתי ומדיני גמור" היא הבסיס לקיומן של בחירות דמוקרטיות על בסיס של שוויון. כמו כן, ההבטחה הגלומה בה לפיתוח הארץ "לטובת כל תושביה" מבטאת את מחויבותה של המדינה לפעול לא רק לטובתה של קבוצת הרוב, אלא עבור כלל אזרחי המדינה ותושביה. במובן זה הכרזת העצמאות דוחה את התפיסה שהשלטון בישראל מחויב רק לרצונו של הרוב. על כך יש להוסיף, כי הכרזת העצמאות קובעת שכללי היסוד של השיטה המשפטית יעוגנו בחוקה על-ידי האסיפה המכוננת הנבחרת. היא מוסיפה וקובעת, כי עד לקיום הבחירות ניהול המדינה ייעשה במתכונת של הפרדת רשויות – כך שמועצת העם תפעל כמועצת המדינה הזמנית (כלומר, הרשות המחוקקת) ואילו מנהלת העם תפעל כממשלה הזמנית (כלומר, הרשות המבצעת). זאת ועוד, ההכרזה מצהירה אמונים "לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות" ומייסדת עצמה, בין השאר, על החלטתה של העצרת הכללית של האו"ם מיום 29 בנובמבר 1947, שכללה הוראות מפורשות המופנות כלפי המדינות שנועדו לקום על-פיה – בדבר עריכת בחירות המקנות זכות בחירה לכול, וכן בדבר הקמת מוסדות שלטון שמקיימים הפרדת רשויות (תוך הבחנה, גם כאן, בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת). עיון במרכיבים אלה כולם מלמד שהכרזת העצמאות חזתה לא רק מדינה ששיטת המשטר בה היא דמוקרטית, אלא גם כזו שמשתייכת את ניהול ענייניה על אדני החוק.

13. ומכאן לסוגיה המשלימה, שבה נדרשת הכרעתנו – שאלת סמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על מנת לבחון אם ישנה חריגה מגדרי סמכותה של הרשות המכוננת.

14. משיבי הממשלה טענו כי קיום ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד חורגת מסטנדרטים חוקתיים מקובלים בעולם. באופן יותר ספציפי, טענו משיבי הממשלה כי ביקורת כזו מתאימה לשיטות משפט שכללו מגבלות על תיקונים חוקתיים מסוימים בחוקותיהן (כמו בחוק היסוד הגרמני) או למקרי קצה שתוארו כלא מייצגים או כשונים במאפייניהם מהשיטה הישראלית (תוך הפנייה, למשל, להלכה הפסוקה בהודו). אני סבורה שטיעון זה אינו מביא בחשבון מאפיין המייחד את המשפט החוקתי בישראל, ואשר מצדיק הכרה בסמכות לקיים ביקורת שיפוטית (גם אם מצומצמת וחריגה) על הפעלתה של הסמכות המכוננת: ה"קלות הבלתי נסבלת" של תיקון חוקי יסוד בישראל (כפי שמדגימים חבריי הנשיאה (בדימ') חיות והשופט י' עמית). ככל שאישורו של תיקון חוקתי כרוך במגבלות קשיחות יותר המהוות ערובה עקיפה להתאמתו לתפיסות היסוד החוקתיות (כדוגמת הליכי חקיקה ממושכים ומורכבים יותר ודרישות של רוב מיוחס) כן קטן מלכתחילה הצורך ב"שסתום ביטחון" של ביקורת על תיקונים חוקתיים, ולהפך. כך

הסברתי בעבר ביחס לביקורת על שימוש לרעה בחוק יסוד (ראו: עניין שפיר, בפסקה 8 לפסק דיני), והדברים יפים בשינויים המחויבים גם להצדקת ביקורת שיפוטית על חריגה מגבולות סמכותה של הרשות המכוננת. והנה, בישראל לא נדרש רוב מיוחד לשם חקיקת חוק יסוד. למעשה, הפרוצדורה לחקיקת חוק יסוד, או לתיקונו (למעט סעיפים ספציפיים שהם סעיפים משוריינים) אינה שונה בדבר מן הפרוצדורה לחקיקת חוק רגיל. בהינתן מאפייני יסוד אלה של השיטה החוקתית בישראל, אני מצטרפת למסקנתם של חברי הנשיאה (בד"מ) חיות וממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן כי הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חריגה מן הסמכות המכוננת חייבת ללכת יד ביד עם ההכרה בהגבלה על הסמכות המכוננת.

15. חברתי השופטת י' וילנר הוסיפה והצביעה על סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה כמקור סמכות פורמאלי לעריכת ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד, והסכימו עמה בנקודה זו גם חלק מחבריי. גם אם אכן ניתן להסתמך על סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה בחזקת תנא דמסייע במקרים מסוימים (למשל, כאשר מדובר בחוק יסוד שאינו נסב על סמכותו של בית המשפט), אין די בו כדי לבסס מקור סמכות כללי לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. ראשית, אין בכך מענה למצב של תיקון לחוק היסוד שמטרתו היא לבטל או לצמצם את סעיף 15(ג) עצמו. במידה מסוימת, זהו גם אופיו של תיקון מס' 3 (המכוון לצמצום סמכותם של בתי המשפט, ובכללם בית המשפט העליון). שנית, ובמישור עקרוני יותר, המגבלות (במקרים קיצוניים בלבד) על חקיקתם של חוקי יסוד אינן יכולות לנבוע מדבר חקיקה במדרג נורמטיבי זהה, אלא צריכות להיות מעוגנות בעיקרון-על בסיסי. הדברים אמורים, בשינויים המחויבים, אף ביחס להישענות כללית יותר על חוקי היסוד עצמם כמקור סמכות לאפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על הפעלתה של הסמכות המכוננת, כפי שהציעה חברתי השופטת ג' כנפי-שטייניץ (בפסקה 13 לפסק דינה).

16. חברי השופט מנין תר אחר מקור סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד בתוכנם של חוקים וחוקי יסוד קיימים. את גישתו זו הוא תומך בעקרון חוקיות המינהל, אשר מכוחו כל רשות מינהלית חייבת לפעול בגדרי סמכותה (ובשינויים המחויבים אף ערכאות שיפוטיות). אולם, הלך מחשבה זה אינו מתאים למקרים שבהם הטענה הבסיסית היא של חריגה מעקרונות המשטר החוקתי עצמו. עקרון חוקיות המינהל הוא עיקרון הנמצא "בתוך" השיטה. הוא אחד הביטויים של עקרון שלטון החוק, שהוא מאבני היסוד של המשטר הדמוקרטי שלנו. כאשר התיקון החוקתי משמיט, הלכה למעשה, את הבסיס לעקרונות היסוד של המשטר, החיפוש אחר מקור הסמכה פורמאלי בתוך השיטה עצמה מוביל לפרדוקס מובנה. למעשה, כפי שהסברתי

לעיל, משום כך לא הצטרפתי לחברותיי השופטות וילנר ו-כנפי-שטייניץ שניסו לבסס את סמכותו של בית המשפט במקרה זה על חוקי היסוד הקיימים. חוקי היסוד לא יכולים לספק מענה לאתגר, ובכך אני מסכימה עם חברי השופט מין – אך המסקנה שאני מפיקה מכך הפוכה משלו. לא למותר לציין, שבית משפט זה אף הכיר בעבר – במקרה של פגיעה בעקרונות היסוד של השיטה – בחריגה מעקרון חוקיות המינהל, כאשר נפסלה רשימת הסוציאליסטים מהתמודדות בבחירות לכנסת בפסק הדין הידוע שניתן בע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965) (להלן: עניין ירדור) (כפי שצינתי בהתייחס לגבולות הסמכות המכוננת כבר בעניין חסון, בפסקה 15 לפסק דיני).

מתי יש להכיר בחריגה מהסמכות המכוננת?

17. בשלב זה, יש להוסיף ולבחון האם תיקון מס' 3 הוא מקרה חריג המצדיק התערבות שיפוטית בו? נקודת המוצא למענה על שאלה זו היא הפסיקה בעניין חסון, שבה נקבע כי יש מקום להכיר בחריגה מהסמכות המכוננת רק באותם מקרים קיצוניים יחסית שבהם הכנסת פעלה באופן ששולל את מאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית". אני עצמי ציינתי באותו עניין, כי ביקורת שיפוטית כזו אמורה להיות שמורה למקרים של "שבירת כלים" במובן של "הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית" (עניין חסון, בפסקה 16 לפסק דיני). אני מודעת לכך שזהו מבחן צר יחסית, ואני סבורה שהוא אכן מבטא את הגישה הראויה – "בדחילו ורחימו" – לביקורת על חוקי יסוד.

18. למעשה, מנקודת מבטי, לא זו בלבד שעלינו להוסיף ולדבוק במבחן מצמצם לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, אלא שמבחן זה צריך להיות בעל אופי פורמאלי וגבולות ברורים, להבדיל ממבחן גמיש הנתון לפרשנות ולשיקול דעת רחב מצד בית המשפט. דווקא משום שבפנינו סוגיה הנוגעת ליסודותיה של השיטה החוקתית, חשוב מאד שהביקורת השיפוטית בתחום זה תהיה מבוססת על עקרונות פשוטים ובהירים יחסית. זהו החיסרון שאני מוצאת במבחנים גמישים ותלויי הקשר, כמו זה של חברתי השופטת ר' רונן המציעה ליישם מבחן המתחשב באיתור של "ניגוד עניינים מוסדי" בפעילותה של הרשות המכוננת ובמידת השותפות של נציגים מן האופוזיציה בחקיקה. הוא הדין בהבחנה שמציע חברי השופט גרוסקופף באשר להתייחסות השונה ל"סטייה ניכרת" מהחוקה בהתהוות שנעשית בהסכמה רחבה לבין סטייה כזו שנעשית ללא הסכמה רחבה. עוד אעיר, בהקשר זה, כי עשויים להיות מקרים שבהם חוק יסוד יחוקק גם על

בסיס תמיכה של חלק מחברי האופוזיציה, ועדיין תגולם בו פגיעה בעקרונות דמוקרטיים גרעיניים (למשל, ככל שזה יהיה מכוון כנגד קבוצת מיעוט).

19. יש להבהיר: גם כאשר קיימת הסכמה בנוגע להנחות היסוד החוקתיות שתוארו – דהיינו לכך שהסמכות המכוננת אינה בלתי מוגבלת ושלבית משפט זה מסורה סמכות עקרונית לבחון אם הרשות המכוננת חרגה מסמכותה – עשויה להתגלע מחלוקת ביחס ליישומן. במלים אחרות, גם מי שמסכים להנחות אלה, עשוי לסבור שתיקון חוקתי מסוים שנטען לגביו כי נחקק תוך חריגה מן הסמכות המכוננת – אינו נגוע בחריגה כזו. במקרה שבפנינו, זוהי דרכם של חברי השופטים וילנר, שטיין, כנפי-שטייניץ ו-כשר. בשונה מהם, אני סבורה כי אין מוצא מן המסקנה שבחקיקתו של תיקון מס' 3 הכנסת הרחיקה לכת עד כדי חריגה מגדרי סמכותה המכוננת.

מהותו של התיקון שבפנינו: חסינות רחבה לממשלה מפני ביקורת אפקטיבית

20. אפנה כעת לבחון את מהותו ומשמעותו של התיקון שהוצב לפתחנו, המכוון לביטול הביקורת השיפוטית מכוח עילת הסבירות. בתמצית, תיקון מס' 3 מבטל באופן גורף את סמכותן של כלל ערכאות השיפוט לקיים ביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות על החלטות (או אי-קבלת החלטות) שהתקבלו בדרג המיניסטרילי. בכך הוא מבטא פגיעה מהותית באיזונים הבסיסיים של השיטה הדמוקרטית שלנו ובפרט בעקרון שלטון החוק. באופן יותר ספציפי, וכפי שאסביר, התיקון האמור חוסם פנייה לערכאות שיפוטיות בנוגע להחלטות רבות מספור שיש הצדקה ואף הכרח לקיים ביקורת שיפוטית מלאה ביחס אליהן – החלטות הפוגעות בזכויותיהם של אנשים קונקרטיים; החלטות שהתקבלו על-ידי ממשלת מעבר; וכן החלטות שעניינן מינויים או פיטורין של שומרי סף ובעלי תפקידים אחרים שעצמאותם היא חיונית כמשקל נגד לכוחה של הממשלה. במובן זה, אני סבורה שתיקון מס' 3 עולה כדי "שבירת כלים", באופן המצדיק את התערבותו החריגה של בית משפט זה בחקיקת חוק יסוד.

21. כאשר נחקק תיקון מס' 3 הוא הוצג לעתים כ"ביטול" של עילת הסבירות, כלומר כשינוי או תיקון של נורמה מסוימת בתחום המשפט המינהלי ותו לא. לכאורה, ניתן היה להתרשם שמדובר בתיקון של "פרט" אחד בתוך עולמו הרחב והמגוון של המשפט המינהלי, וממילא לא בנורמה מן הסוג שביטולה מחייב הפעלה של ביקורת שיפוטית על חוק יסוד. לאמיתו של דבר, פני הדברים שונים לחלוטין. התיקון שבפנינו אינו מהווה רק רפורמה נקודתית בכלליו של המשפט המינהלי. הוא מחולל מהפכה של ממש בכך שהוא סותם את הגולל על האפשרות של קבלת סעד מבית משפט, גם במקרה שבו הייתה



הפרה של הדין, ובכלל זה במקרה שבו קיים אדם ספציפי שנפגע מכך פגיעה משמעותית. השאלה המרכזית העומדת להכרעתנו אינה נוגעת אפוא ל"תיקון" דוקטרינרי זה או אחר, אלא לסוגיה העומדת ביסוד שיטתנו המשפטית – האפשרות לקבל סעד במקרה של פגיעה בזכות.

22. תובנה זו מתחדדת נוכח עמדתם של משיבי הממשלה עצמם, הגורסים אף הם כי חובת הסבירות המוטלת על הממשלה ושריה בעינה עומדת אף לאחר חקיקתו של התיקון. אף לשיטתם, תיקון מס' 3 לא ביטל את זכותם של הפרטים העומדים בפני השלטון כי ההחלטות בעניינם יהיו החלטות סבירות. אם כן, גם הם גורסים כי התיקון אינו מבטל החובה זו אלא רק חוסם את הדרך לביקורת שיפוטית במקרה שבו מועלית טענה באשר להפרתה.

23. על רקע האמור, חשוב לחזור ולהבהיר: השאלה שאנו נדרשים להכריע בה אינה אם תחולה רחבה של חובת הסבירות היא כלל משפטי רצוי או עדיף. זה אינו תפקידה של הביקורת השיפוטית החוקתית. השאלה שבה אנו עוסקים היא רק אם תיקון מס' 3, המונע לחלוטין דיון משפטי בסבירות של החלטות המתקבלות בדרג הממשלתי, חותר תחת תפיסות היסוד של שיטתנו המשפטית, בהתאם להגדרת הבסיס של "מדינה יהודית ודמוקרטית". כפי שאראה להלן, תשובתי לשאלה זו היא בחיוב.

24. לצורך הצגת גישתי, חשוב להבהיר כי כדי שמדינה תיחשב דמוקרטית אין די בכך ששיטת המשפט שלה תכיר בקיומן של בחירות סדירות, שבמסגרתן יש "קול אחד לכל אחד". זהו כמובן תנאי בסיסי, אך אין הוא מספיק לבדו. שיטת משפט דמוקרטית חייבת לאפשר קיומם של מנגנוני ביקורת עצמאיים על השלטון, ובהקשר הנוכחי, על הרשות המבצעת. ללא מנגנוני ביקורת מסוג זה החלטות רבות עשויות להישאר, להלכה ולמעשה, חסינות מכל ביקורת. לא כל מודל שלטוני המקיים דרישות פורמאליות של קיום בחירות הוא דמוקרטי במהותו.

25. באופן יותר קונקרטי, בחירות סדירות אינן מאפשרות ביקורת על החלטות ספציפיות, כאלה שאינן מצדיקות חילופי שלטון. זאת ועוד: ביקורת כזו אינה מובטחת אף במסגרת פרלמנטרית, כאשר לממשלה שליטה אפקטיבית בבית הנבחרים. כפי שציין פרופ' דייוויד פלדמן, ביחס לביקורת שניתן לצפות לה במסגרת משטר פרלמנטרי כזה: "... the government, once chosen... usually controls the Parliament rather than being controlled by it" (ראו: David Feldman, *Democracy, the Rule of Law and* (Judicial Review, 19 FED. L. REV. 1, 6 (1990)). במלים אחרות, ככל שתיפסק

פעילותם של מנגנוני ביקורת משלימים, החלטות רבות ייהנו מחסינות דה-פקטו מפני ביקורת. ברוח זו, ממשיך וכותב פרופ' פלדמן: "So far as the political process fails to secure real accountability for government action, it is democratically justifiable to supplement it with legal accountability by way of judicial review of executive action" (שם, בעמ' 6-7).

26. על רקע האמור, בחינת השאלה אם תיקון מס' 3 פוגע במאפיינים הגרעיניים של הדמוקרטיה הישראלית אינה יכולה להיבחן אך בהתאם למצב השורר במדינה ביום שלאחר חקיקתו. אינני שותפה אפוא לנכונותם של חלק מחבריי להסתפק בכך שמדינת ישראל היא דמוקרטיה גם כיום, לאחר חקיקתו של תיקון מס' 3. אינני חולקת על כך. אולם, תיקון מס' 3 פוגע במערכות בקרה בסיסיות של הדמוקרטיה באופן שמחבל בה ומאיים על יציבותה. חוזקו של מבנה נבחן בעת רעידת אדמה. רק אז מתברר אם חסר בו עמוד תווך חיוני. חוזקו של גוף האדם נבחן בעת שפוקדת אותו מחלה קשה. רק אז מתברר אם המערכת החיסונית שלו איתנה דיה. לטעמי, גם אם ביום שאחרי חקיקתו של תיקון מס' 3 אפשר לומר ש"הכול בסדר" ועולם כמנהגו נוהג – אני סבורה שזהו רושם מתעתע. לא לעולם חוסן.

פגיעה אנושה בתשתית החוקתית – באילו מובנים?

27. בשלב זה, אבקש להצביע על עיקרי הפגיעה האנושה הגלומה בתיקון מס' 3 לאבני הבסיס של שיטתנו החוקתית. הפגיעה היא לפחות בשלושה היבטים עיקריים. ראשית, תיקון מס' 3 מאפשר מצבים של פגיעה קונקרטית מצד השלטון בזכויות ואינטרסים של אנשים מבלי שיוכלו לקבל סעד שיפוטי להגנה עליהם. זוהי פגיעה אנושה בשלטון החוק. שנית, תיקון מס' 3 יוצר מצב של העדר מנגנון ביקורת על החלטותיה של ממשלת מעבר, אשר עשויות, במצבים מסוימים, להשפיע על תוצאות הבחירות. זוהי פגיעה אנושה בהיבט מבני בסיסי של הדמוקרטיה – הבטחת האפשרות של חילופי שלטון. שלישית, תיקון מס' 3 מחזק באופן משמעותי את כוחה של הממשלה באמצעות החלשה דרסטית של בעלי תפקידים שהם "שומרי סף" או רגולטורים, שלעצמאותם המקצועית יש חשיבות מבנית. אפנה עתה להבהרת כל אחת מסכנות אלה.

המובן הראשון: פגיעה בזכויות ואינטרסים של אנשים וההגנה על שלטון החוק

28. שלטון החוק משמעו שלטון החוק גם בממשלה ובשריה. על כן, הגבלת האפשרות לפנות לערכאות שיפוטיות על מנת לבחון את סבירותה של החלטה שהתקבלה

על-ידי הממשלה או שריה, כאשר זו משליכה על עניינם של פרטים, פוגעת פגיעה אנושה בשלטון החוק. הדברים אמורים בין אם מדובר בהחלטה הנוגעת לפרט ובין אם מדובר בהחלטה הנוגעת לקבוצה, אך משליכה באופן קונקרטי על כל אחד ואחת מחבריה. ניתן להזכיר בהקשר זה את דבריו של השופט מ' חשין בע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577 (1997):

"זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות יסוד. שייכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר – וכך אומר אני – כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק" (שם, בעמ' 629. ראו גם: יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט 217 (2000)).

לאמיתו של דבר, כאשר יש לאדם זכות, והוא אינו יכול לממשה (באמצעות פנייה לערכאות), הזכות נותרת חלולה. לפיכך, ביטול הביקורת השיפוטית מכוח עילת הסבירות על החלטה של הממשלה ושריה, מרוקנת מתוכן את זכות הגישה לערכאות של אדם שנפגע כתוצאה מאותה החלטה. מטעם זה, אין משמעות מעשית להצהרת משיבי הממשלה כי חובת הממשלה לנהוג בסבירות נותרת על כנה גם לאחר התיקון. אכן, שיטת המשפט שלנו, ובכלל זה המשפט החוקתי, מכירה במצבים שבהם מוטלות הגבלות על זכות הגישה לערכאות, כדוגמת דיני ההתיישנות. אולם, כפי שאסביר בהמשך, כאן בפנינו "חומת הפרדה" המונעת ביקורת שיפוטית אפקטיבית וחיונית ביחס למכלול רחב של החלטות, לרבות במצבים שבהם הפנייה לערכאות הייתה עשויה ליתן סעד מהיר ויעיל.

29. בראייה היסטורית, ניתן לומר שגישה המצדדת בקביעת תחומים שבהם אין תחולה לביקורת שיפוטית על השלטון, הגם שהופרו כללים משפטיים – היא גישה שקדמה לדמוקרטיזציה של שיטות המשפט בנות זמננו. מלכים מורמים מעם לא היו כפופים, לכל דבר ועניין, לביקורת שיפוטית. החלת שלטון החוק על השלטון עצמו היא האנטי-תזה לכך. למעשה, התפתחותו של המשפט המודרני הביאה להסרת חסינויות רחבות שהוקנו בעבר לשלטון המרכזי (המיוצג לעתים על-ידי "הכתר" או "המלך"). דוגמה אחת לכך, מתחום דיני הנזיקין, היא חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952. במסגרת החוק האמור זנח המשפט הישראלי את העמדה המסורתית של המשפט האנגלי (וגם של המשפט המנדטורי) אשר צידדה בחסינות הכתר וממילא גם בחוסר האפשרות להכפיף אותו לבקרה של בתי המשפט. עמדה זו יוצגה על-ידי המימרה

הנודעת "The King can do no wrong", כפי שהזכיר גם חברי השופט י' עמית. על משמעותו של השינוי נאמר כבר בפסיקתנו כי הייתה זו "שעתו היפה של המשפט הישראלי" (ראו: ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט (1) 113, 134 (1985)). דוגמה נוספת לכך היא ביטולו של סעיף 5 בחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958, אשר הורה כי "לא יתן בית המשפט סעד נגד המדינה בדרך צו מניעה או ביצוע בעין; והוא כשאין בחוק הוראה אחרת" (ראו: חוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין) (תיקון), התשנ"ט-1998). אינני טוענת כי יש דמיון מלא בין דברי החקיקה שהובאו מתחום המשפט האזרחי לבין התיקון שאנו דנים בו כעת – אך אין ספק שהתפיסה הדמוקרטית אינה מצדדת בחסינות רחבה של גורמים שלטוניים מפני ביקורת שיפוטית בכל תחומי המשפט.

30. בדברים אלה אין כדי לגרוע מן ההכרה בכך שמעמדה המיוחד של הממשלה ורוחב סמכויותיה הכתיבו, מאז ומתמיד, ביקורת שיפוטית זהירה ומצומצמת על החלטות מדיניות מובהקות שלה. היקף החלתה של עילת הסבירות (להבדיל מן השאלה אם היא יכולה לשמש בסיס לביקורת שיפוטית אם לאו) הושפע תמיד מזהותה של הרשות שקיבלה את ההחלטה, טיב סמכויותיה והקשר הדיון (ראו עוד: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 757-760 (2010) (להלן: ברק-ארז ב)). עוד יש לומר, כי התיקון שבפנינו אף שונה מהדיון בשפיטותן של סוגיות מסוימות (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 306-345 (2017) (להלן: ברק-ארז ד)). כאשר בית משפט נמנע מהכרעה ביחס לסוגיה מסוימת שאותה הוא מוצא כלא שפיטה – ומבלי להידרש לחילוקי הדעות בשאלה זו – הוא עושה כן בגדרי שיקול הדעת המסור לו בהפעלת סמכותו, ולא מכוח חוק יסוד המגביל את סמכותו.

31. בשלב זה אבקש לבחון את משמעותו של התיקון הלכה למעשה. לצורך כך אפתח בדוגמה מובהקת הנוגעת לתחולתו של תיקון מס' 3 והשלכותיו על זכויות של יחידים הצפויים להיפגע: החלטות הנוגעות למינויים ולפיטורין בשירות הציבורי. החלטות מסוג זה הן החלטות אשר באופן מובהק משליכות על זכויות ואינטרסים מוגנים של אותם עובדים המועסקים או המבקשים להיות מועסקים בשירות המדינה. חרף זאת, התיקון שבפנינו חוסם באופן מוחלט את דרכם לערכאות – וחשוב להדגיש: כל ערכאות השיפוט – ככל שמדובר בעילת הסבירות. לצורך המחשה, בהתחשב באמור בתיקון מס' 3, דרכם של מי שנפגעו כתוצאה מהחלטה של הממשלה ושריה ביחס למינוי או הפסקת העסקה, תהיה חסומה לקבלת סעד בשל חוסר הסבירות שלה אף בבית הדין לעבודה. הפגיעה בשלטון החוק היא אפוא מיידית, אישית ומוחלטת. דוגמה זו היא חשובה, בין השאר, משום שבכל הנוגע למינויים לתפקידים ולהעסקת עובדים ההגנה על זכויות היא חיונית,

הגם שלא אחת אין מדובר בזכויות אדם, אלא אך בזכויות קונקרטיות מתחום דיני העבודה. דוגמה זו מלמדת אם כן שעילת הסבירות חשובה להגנה על מכלול רחב של זכויות, מעבר לתחום הצר יותר של הגנה על זכויות אדם.

32. פרספקטיבה חשובה להתבוננות על הדברים נוגעת לבנייה ההדרגתית של הגנות על זכויות ואינטרסים חיוניים של יחידים על סמך עילת הסבירות, שהחלה להכות שורשים בפסיקתו של בית משפט זה עוד בשנות החמישים של המאה הקודמת. לא יהיה זה מוגזם לומר כי הביקורת על החלטות מינהליות, ובכלל זה על החלטות של הדרג המיניסטריאלי, על סמך עילת הסבירות היא חלק בלתי נפרד מן המשפט המינהלי של ישראל מראשיתו. הלכות רבות מבוססות על עילה זו, ועל כן הגנה על זכויות ואינטרסים רבים תלויה בה. ההנחה או שמא ההשערה שבית המשפט יוכל לפתח, במקרים מתאימים, דוקטרינות חלופיות במהלך השנים, אינה נותנת מענה לפגיעה המיידית הנובעת מתיקונו של חוק היסוד. התרופה לפגיעה מיידית אינה יכולה להיות מבוססת על אפשרות ספקולטיבית ששוכנת (אולי) בחיקו של העתיד.

33. על מנת להדגים את התפתחותה ההדרגתית של עילת הסבירות, גם לצורך הגנה על אינטרסים חשובים שאינם בתחום הספציפי של זכויות אדם, ניתן לחזור לפסקי הדין מעצבי הדרך שניתנו כאמור בשנותיו הראשונות של המשפט הישראלי. כך למשל, בבג"ץ 21/51 בינבויס נ' עיריית תל-אביב, פ"ד ו 375 (1952) פסל בית משפט זה חקיקת משנה רטרואקטיבית ביחס לגביית תשלום חובה. כפי שנקבע שם, לרשות המינהלית עשויים להיות טעמים טובים לגבייתו של מס חדש, אך החלתו באופן רטרואקטיבי מפרה את האיזון בין שיקולים של הסתמכות לבין השיקולים הנוגעים לקידום מדיניותה של הרשות. על רקע זה, הגבייה הרטרואקטיבית הוסברה כבלתי סבירה, או בלשון הימים ההם "בלתי הגיונית ובלתי מוצדקת" (שם, בעמ' 386). ראוי לציין שזמן לא רב מאוחר יותר הבהיר בית המשפט העליון כי החלתו של "מבחן הסבירות" לצורך שלילתה של תחולה רטרואקטיבית של חקיקת משנה יפה לא רק למישור המוניציפאלי, אלא גם לחקיקת משנה של השלטון המרכזי (ראו: ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026, 1030 (1959)). כלומר, עמדתה הבסיסית של הפסיקה המסורתית שללה מתן "חסינות" מביקורת שיפוטית בעילת הסבירות לשלטון המרכזי, ובכלל זה לתקנות שהתקין שר. בעניין אחרון זה אף צוין כי מבחינות מסוימות ביקורת שיפוטית על חקיקת משנה על בסיס עילת הסבירות חיונית בישראל יותר מאשר באנגליה שממנה "ירש" המשפט הישראלי עילה זו, בשל כך שהביקורת הפרלמנטרית בישראל מצומצמת יותר (שם, בעמ' 1037).

34. למעשה, החלטות מינהליות (גם בדרג הממשלתי) משליכות לא אחת באופן משמעותי על זכויות ואינטרסים של הפרטים הנוגעים בדבר, גם כאשר אין מדובר בזכויות אדם במובן הצר או בזכויות המוגנות תחת כנפיהם של חוקי היסוד. דוגמה מובהקת לכך היא, למשל, החלטה על שלילת מעמד קבע בישראל (לפי סעיף 11א לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952). ברבות השנים, נוספו דוגמאות רבות אחרות למצבים שבהם עילת הסבירות שימשה כלי עיקרי למניעת פגיעה בזכויות או למצער באינטרסים ראויים להגנה. במקרים רבים לא היה מדובר בעניינים שברומו של עולם, אלא דווקא בענייני דיומא שהשלכתם העיקרית הייתה ביחס לפרט הנוגע בדבר. כך למשל, בפסק הדין הידוע שניתן בבג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94 (1976) שימשה עילת הסבירות ככלי לביקורת על תקנות בתחום של רישוי מוניות. השימוש בעילת הסבירות ככלי להפעלת ביקורת שיפוטית נעשה לא רק לצורך הגנה על אינטרסים רכושיים, אלא גם על אינטרסים אישיים הראויים להגנה לא פחות מכך, כמו למשל המשקל שיש לתת לרגשות המשפחות השכולות בכל הנוגע לכיתוב על גבי המצבות של יקיריהן בבתי העלמין הצבאיים (ולעניין זה ראו: דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995)). עוד ניתן להזכיר, כפי שהדגימה גם חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, את השימוש שנעשה בעילת הסבירות לצורך הגנה על זכויות של יחידים, גם כאשר הם חלק מקבוצה, למשל בהקשר של מיגון כיתות הלימוד במוסדות החינוך ביישובי עוטף עזה (שנדון בבג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007)). דומה שהשנים שחלפו מאז, על האיומים הביטחוניים הנמשכים על תושבי הדרום, רק המחישו את חשיבותו של פסק הדין, כמו גם את העובדה שללא יכולתם של אנשים לפנות לקבלת סעד מבית המשפט, החובה הערטילאית של הממשלה ושריה לפעול בסבירות נותרת חסרת משמעות מעשית.

המובן השני: השפעה פוטנציאלית על חילופי שלטון

35. היבט נוסף של הפגיעה האנושה בדמוקרטיה הגלומה בתיקון שבפנינו נוגע להחלשה משמעותית של הביקורת השיפוטית על הפעלת סמכויות שלטוניות שיש בהן כדי להשפיע על חילופי השלטון עצמם. הדוגמה המרכזית לכך היא זו של קבלת החלטות על-ידי ממשלת מעבר, אך כפי שאבהיר זו אינה הדוגמה היחידה.

36. אפתח בסוגיה של קבלת החלטות על-ידי ממשלת מעבר. כידוע, ממשלת מעבר היא ממשלה שמכהנת על מנת למלא ריק במערכת הפוליטית, מבלי שהיא נהנית מאמון הכנסת. על רקע זה, החשיבות הנודעת להגבלת פעולותיה היא מרבית, ממספר טעמים. ראשית, הפיקוח הפרלמנטרי אינו משמעותי עוד ביחס אליה, וממילא, אין עליה כל

ביקורת ממשית. שנית, זוהי ממשלה שלה אינטרס מובנה לקבל החלטות שיסייעו לגורמים המרכיבים אותה בבחירות הקרובות. המענה שנמצא לכך במשפט הישראלי הוא ביקורת שיפוטית על קבלת החלטות של ממשלת מעבר המבוססת בעיקרה על עילת הסבירות (ראו למשל: בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455 (2001) (להלן: עניין וייס); בג"ץ 9577/02 סיעת המפד"ל נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נז(1) 710 (2002); בג"ץ 8815/05 לנדשטיין נ' שפיגלר (26.12.2005); בג"ץ 2453/06 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (21.3.2006); בג"ץ 9843/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל ע"ר נ' הוועדה לבחירת שופטים לפי סעיף 4 לחוק יסוד (8.1.2009); בג"ץ 1004/15 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' השר לבטחון פנים, פסקה 15 (1.4.2015)). על-פי ההלכה הפסוקה, סמכויותיה של ממשלת מעבר אינן צרות מאלה של ממשלה "רגילה", אך מתחם הסבירות הנוגע להחלטותיה הוא צר יותר (ראו: עניין וייס, בעמ' 469-470). זאת, כתולדה של האיזון בין תפוגתו של המנדט הציבורי שניתן לממשלה להוסיף ולנהל את ענייני המדינה לבין העיקרון החוקתי של רציפות הממשלה. במלים אחרות, הפיקוח על החלטותיה של ממשלת מעבר על יסודה של עילת הסבירות מבוסס על עיקרון דמוקרטי חיוני נוסף, והוא הבטחת האפשרות של חילופי שלטון, מבלי שהממשלה המכהנת תוכל להשפיע באופן בלתי הוגן על תוצאות הבחירות. והנה, תיקון מס' 3, על-פי לשונו, יחסום גם פיקוח על סבירות החלטותיה של ממשלת מעבר. חסימה זו היא בעלת משמעות אקוטית מבחינת התהליך הדמוקרטי עצמו. ללא עילת הסבירות תוכל ממשלה שאינה נהנית מאמון הכנסת לעשות ככל העולה על רוחה, לקבל החלטות הוות גורל, ואולי אף להשפיע בעקיפין על תוצאות הבחירות העומדות בפתח (למשל, באמצעות קידום מדיניות "פופולרית" ערב הבחירות). האין זו סכנה גדולה וממשית למשטר הדמוקרטי בישראל?

37. ההשלכות החמורות של העדר פיקוח אפקטיבי על פעילותן של ממשלות מעבר, במתכונת שעלולה להשליך על חילופי שלטון דמוקרטיים, מתעצמת נוכח המציאות הפוליטית הלא-יציבה בישראל, שבה התקיימו בשנים האחרונות מספר מערכות בחירות בזו אחר זו, כך שממשלות מעבר כיהנו במשך תקופה ארוכה. לא למותר להזכיר כי ממשלות מעבר עשויות לקבל החלטות שעלולות להשפיע בעקיפין אף על הבחירות עצמן. די יהיה להזכיר בהקשר זה את ההחלטות שהוחלו על כניסה לישראל ערב הבחירות שהתקיימו בחודש מרץ 2021 בתקופת הקורונה (ראו: בג"ץ 1107/21 שמש נ' ראש הממשלה (17.3.2021)). אם כן, ההתייחסות המיוחדת לתופעה של ממשלות מעבר, שיש לה חשיבות חוקתית בכל עת, מקבלת משנה תוקף נוכח השפעתו המפליגה של התיקון על תופעה שהפכה, למרבה הצער, לשכיחה במדינתנו.

38. הדברים נכונים, בשינויים המחויבים, גם ביחס לכוחו של השלטון המרכזי להשפיע על היבטים מסוימים של הבחירות במישור המוניציפאלי. כך, לדוגמה, שר הפנים הוא בעל סמכות להורות על מינויה של ועדה קרואה (ראו: סעיפים 143-144 לפקודת העיריות [נוסח חדש]), וכן סעיפים 38-33 לפקודת המועצות המקומיות [נוסח חדש]). דוגמה נוספת היא שיקול הדעת שהוקנה לשר הפנים לבחור בין שני מועדים שונים לבחירות המקומיות, לאחר שאלו נדחו בעקבות המצב הביטחוני (ראו: חוק לדחיית הבחירות הכלליות לרשויות המקומיות, התשפ"ד-2023). מעבר לדוגמאות אלו, ישנן עוד סמכויות רבות המוקנות לממשלה ולשריה ושהן חשיבות מבחינת ניהולן התקין של הבחירות במדינת ישראל.

המובן השלישי: החלשה משמעותית של הביקורת על-ידי שומרי סף

39. לבסוף, תיקון מס' 3 פוגע באופן ממשי וחמור באחד ממנגנוני הבקרה החשובים על הממשלה, לצד הביקורת השיפוטית – ביקורת באמצעות שומרי סף ורגולטורים עצמאיים. זאת, בשים לב לכך שהממשלה והשרים מפקדים על מינויים של שומרי סף רבים וחשובים, ואף פעמים רבות מחזיקים בסמכות הפורמאלית לסיים את כהונתם של אותם שומרי סף. בעיה זו עלולה למצוא ביטוי מעשי כבר בשלב המינוי של אותם בעלי תפקידים, ובהמשך להיות בעלת משמעות קריטית בשלב הפיטורין. מינויים ופיטורין של בעלי תפקידים אלה ללא אכיפה של סטנדרט הסבירות עלולים להחליש את ההגנה על משאבי הציבור, וכן לעקר מנגנוני ביקורת חיוניים על כוחו של השלטון המרכזי.

40. כבר התייחסתי לעיל להשלכותיו של תיקון מס' 3 על פיטורין אפשריים של בעלי תפקיד בשרות הציבורי והצבעתי על הפגיעה בזכויותיהם. אולם, יש ליתן את הדעת להיבט נוסף של נושא זה. פיטורין של שומרי סף אינם בעייתיים רק בשל הפגיעה האישית בהם. הם מעוררים קושי פוטנציאלי אף מהיבט פגיעתם במנגנון ביקורת מרכזי על הממשלה, מנגנון מרכזי בהקשרה של השיטה הישראלית. נשווה בדעתנו מצב שבו הממשלה בוחרת לפטר את היועץ המשפטי (או היועצת המשפטית) לה. אין ספק שביטולה של עילת הביקורת המרכזית על נקיטת צעד כזה מצד הממשלה אינה מאיימת רק על זכויותיו של נושא המשרה, אלא אף על עצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה. אכן, במצב המשפטי דהיום, פיטורין של היועץ המשפטי לממשלה מחייבים נקיטת הליך לפי החלטת הממשלה העוסקת בכך (ראו: החלטה 2274 של הממשלה ה-28 "הודעה בדבר קביעת הדרכים והתנאים למינויו של היועץ המשפטי לממשלה" (20.8.2000), וכן הודעה בדבר קביעת הדרכים והתנאים למינויו של היועץ המשפטי לממשלה, י"פ התש"ס 4894). אולם, מדובר בנורמה המבוססת על החלטת ממשלה בלבד, והיא בת ביטול



ברצונה של הממשלה. אין כל ערובה חוקתית או חוקית פורמאלית אחרת להגבלה על סמכות הפיטורין במקרה מסוג זה (כמו זו שקיימת, למשל, ביחס להפסקת כהונתם של נגיד בנק ישראל או משנהו, כפי שמורים סעיפים 13-14 לחוק בנק ישראל, התש"ע-2010). לא למותר לציין כי שמירת מעמדו העצמאי של מוסד היועץ המשפטי לממשלה היא לא רק בעלת חשיבות עצומה מהיבט השמירה על טוהר המידות בזירה הציבורית, אלא לכאורה תורמת להערכתם של מוסדות בינלאומיים את מערכת אכיפת החוק של ישראל, על כל ההשלכות הכרוכות בכך.

41. הדברים אמורים כמובן לא רק ביחס לגורמי הייעוץ המשפטי לממשלה, אלא גם ביחס למערך רחב של בעלי תפקידים מקצועיים שמשמשים כרגולטורים וכיועצים מקצועיים, אשר הממשלה היא שמקבלת את ההחלטה על מינויים. החשש טמון כמובן בפגיעה בעצמאותם, שלה חשיבות קריטית למערך האיזונים המבטיח ביזור כוח ופיקוח על השלטון המרכזי. אכן, לאורך השנים נשמעו טענות הנוגעות לסמכותה ואף לזכותה של הממשלה למנות בעלי תפקידים על-פי שיקול דעתה, לצורך קידום מדיניותה. הדברים נכונים, אך לא באופן מוחלט. קידום מדיניות – לחוד; הגבלה ממשית של האפשרות לבחון החלטות של הדרג הממשלתי הנוגעות למינויים ופיטורין במתכונת שעלולה לעקר כל בקרה על כוח שלטוני – לחוד. היריעה תקצר מלהציג את התמונה המלאה ביחס לבעלי תפקידים סטטוטוריים שלעצמאותם יש חשיבות מבנית מההיבט של "משקל נגד" להפעלת כוח בלתי מרוסן על-ידי הממשלה. אזכיר רק את ההסדרים הסטטוטוריים הנוגעים לחלק מאותם בעלי תפקידים: סעיף 41(א) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 קובע כי "הממשלה תמנה, לפי הצעת השר, ממונה על התחרות". סעיף 2(א) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 קובע כי "שר האוצר ימנה, באישור הממשלה, ממונה על שוק ההון ביטוח וחסכון". סעיף 3 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 מורה כי שר האוצר ימנה את חברי הרשות לניירות ערך, וכן ימנה אחד מהם לתפקיד יושב-ראש הרשות. ועוד היד נטויה. לא למותר להזכיר שאף מינויו של הצנזור לפי תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, תפקיד שלו השלכות ברורות על חופש הביטוי בזירה הציבורית, מסור בידיו של שר הביטחון (כפי שמורה תקנה 86 להן). ללא ביקורת שיפוטית אפקטיבית על מינויים של בעלי תפקידים אלו קיים חשש מהותי לניצול הכוח השלטוני באופן שירתום את משאבי הציבור לעגלתם של אינטרסים פוליטיים קצרי טווח.

42. יתר על כן, תשומת לב מיוחדת צריכה להינתן לסמכות הפיטורין של אותם נושאי משרה, הנתונה אף היא לממשלה או לשריה, ועלולה לשמוט בסיס חיוני ממערך הבקרה על פעולותיה. ראוי לציין כי גם באותם מקרים שבהם החקיקה קובעת כי המינוי של בעל

תפקיד הוא לקדנציה הנמשכת פרק זמן קצוב, הסדר זה אינו חוסם את האפשרות לפיטוריו עוד קודם לכן. למעשה, בכל דברי החקיקה שצוינו אין הגנה חקיקתית, ולא כל שכן הגנה חוקתית, מפני פיטוריהם של אותם בעלי תפקידים. ברי כי ביטולה של עילת הסבירות בכל הנוגע לפיטוריהם של שומרי סף, מעלה חשש מפגיעה בעצמאותם של אותם בעלי תפקידים, אשר עלולים להיות מפורטים רק בשל כך שהציגו עמדה מקצועית שאינה מקובלת על הממשלה. הגבלת הביקורת השיפוטית בהקשר זה עלולה לטשטש את ההבדלים בין מינויים למשרות אמון שנעשים על בסיס שיקולים פוליטיים ואישיים למינויים של בעלי תפקידים מקצועיים מובהקים, ולהוביל להכפפת שיקול דעתם של שומרי סף לשיקול דעתה של הממשלה. על דרך ההשוואה, ובשינויים המחויבים הנובעים מההקשר החוקתי השונה, יש לציין כי בארצות הברית קיימת הסדרה חקיקתית בכל הנוגע לכוחו של הנשיא להתערב בעצמאותם של ראשי סוכנויות פדרליות ולפטרם (להרחבה, ראו: Reginald Parker, *The Removal Power of the President and Independent Administrative Agencies*, 36 IND. L. J. 63 (1960); Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Presidential Review: The President's Statutory Authority over Independent Agencies*, 109 GEO. L. J. 637 (2021); Jane Manners & Lev Menand, *The Three Permissions: Presidential Removal and the Statutory Limits of Agency Independence*, 121 COLUM. L. REV. 1 (2021)). ההשוואה היא בעלת ערך מוגבל, כמובן, בהתחשב בכך שבארצות הברית נוהג משטר נשיאותי, אשר בו מטבע הדברים הנשיא הנבחר עומד בראשה של הרשות המבצעת. אולם, הדברים אמורים מקל וחומר. קיומה של ביקורת שיפוטית על פיטורין של ראשי רשויות עצמאיות, ולא כל שכן שומרי סף, היא בעלת חשיבות יתרה בהקשר הישראלי, כמפורט להלן.

43. באופן יותר קונקרטי, ניתן לומר שכיום רבות מן הנורמות המגבילות החלות על מינויים של בעלי משרה בכירים מעוגנות בהחלטות ממשלה בלבד, ללא כל תוקף נורמטיבי אחר. הדברים אמורים לא רק ביחס לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, אלא גם ביחס לבעלי תפקידים כדוגמת הרמטכ"ל וראש השב"כ, הממונים על-ידי הממשלה (בהתאמה, ראו: סעיף 3(ג) לחוק-יסוד: הצבא וסעיף 3(א) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002). הוועדה המייעצת למינוי בכירים בשירות הציבורי פועלת מכוח החלטות ממשלה בלבד (החל בהחלטת ממשלה 2225 מיום 20.6.1997 בנושא של "ועדה מייעצת לענין מינויים לתפקידים בכירים בשירות המדינה הנדונים בממשלה" והחלטות ממשלה עוקבות שעדכנו אותה לאורך השנים). במצב המשפטי הנוכחי, הפיקוח על מינויים לתפקידים אלה מבוסס אפוא על רצונה הטוב של הממשלה בקיומן של החלטות אלה ועל ביקורת שיפוטית הנשענת בעיקרה על עילת הסבירות. תיקון מס' 3 מערער מערך פיקוח זה מיסודו.

44. סוגיה קרובה היא כוחה של הממשלה להשפיע על מינויים בגופים המפקחים על גופי התקשורת בישראל (ראו: סעיפים 7 ו-114 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, וכן סעיפים 9 ו-29 לחוק השידור הציבורי הישראלי, התשע"ד-2014). לגופים אלה יש השפעה, ולו עקיפה, על שוק הדעות בישראל ועל חשיפה למידע. לא ניתן להכביר בחשיבותם של אלה על מנת להבטיח שהבחירות יתקיימו על בסיס חשיפה מלאה למידע ולמחלוקות בזירה הציבורית. שליטה של הממשלה במינויים אלה, ללא ביקורת שיפוטית על סבירות החלטותיה, מעצימה אפוא את כוחה בהקשר שיש לו משמעות מובהקת על תנאי הרקע של הבחירות.

45. תפקידם החשוב של שומרי הסף מתחדד נוכח העובדה שהם מפקחים על החלטות ספציפיות של הממשלה ושריה. כפי שכבר הסברתי (לעיל בפסקה 25), במישור העיוני, כלל החלטות הממשלה עומדות ל"משפט הציבור" ביום הבחירות, ולא יכול להיות ספק באשר לכך שהכרעת הבוחר היא בעלת חשיבות מרכזית בדמוקרטיה. אולם, מטבע הדברים, ביום הבחירות נדרשים האזרחים לבחור במפלגה מסוימת, תוך מתן משקל ל"מכלול" המועמדים מטעמה והעמדות שהיא מציגה ביחס לנושאים שונים. הכרעה מסוג זה אינה יכולה להידרש להחלטות פגומות רבות שהתקבלו לאורך הדרך. הדברים אמורים, בשינויים המחויבים, ביחס לאחריות של הממשלה בפני הכנסת. לא כל החלטת ממשלה שאינה נושאת חן בעיני חברי הכנסת תגרום להחלפת הממשלה. כידוע, המציאות רחוקה מכך מרחק רב.

46. הקשיים שעליהם הצבעתי אף מתעצמים כאשר מביאים בחשבון את פוטנציאל החיבור בין שני ההיבטים האחרונים שעליהם עמדתי – חופש הפעולה של ממשלת מעבר והעדר פיקוח אפקטיבי של שומרי סף. בין השאר, המגבלות החלות על ממשלת מעבר נוגעות למינויים, ובכלל זה מינויים של בעלי תפקידים המוגדרים כשומרי סף.

מבט השוואתי: עילת הסבירות כסטנדרט מקובל בהפעלת ביקורת שיפוטית

47. דרך נוספת להשקיף על אופיו החריג של תיקון מס' 3 היא באמצעות השוואה לשיטות משפט דמוקרטיות אחרות. עיון זה מלמד כי ההכרה בכך שכלי הסבירות הוא חלק מ"ארגז הכלים השיפוטי" חוצה שיטות משפט. אכן, כפי שצינו גם חלק מחבריי, השימוש במשפט ההשוואתי לעולם צריך להיעשות בזהירות. עוד יש להודות שהיקפה של דוקטרינת הסבירות משתנה בין שיטות משפט שונות. אולם, עיון משווה במעמדה של עילת הסבירות בשיטות משפט אחרות מלמד כי תיקון מס' 3, המבטל כליל את

הביקורת השיפוטית המבוססת על עילה זו (בצורתה הצרה או הרחבה), ככל שמדובר בהחלטות של הדרג המיניסטריאלי, מצטייר כחריג במיוחד. בשלב זה אינני נדרשת אפוא לשאלת היקפה של עילת הסבירות (או עילות מקבילות לה) בשיטות משפט אחרות. תחת זאת, בכוונתי להתמקד תחילה בכך שהחתימה לביטול גורף של עילת הסבירות אינה מתיישבת עם סטנדרטים מקובלים במדינות דמוקרטיות. להיקף העילה, גם במבט השוואתי, אתייחס בהמשך.

48. אתחיל במובן מאליו – הביקורת השיפוטית המבוססת על דוקטרינת הסבירות נקלטה במשפט המינהלי של ישראל מן המשפט המינהלי האנגלי, עוד בראשית שנותיו. ואכן, עד היום דוקטרינת הסבירות היא אבן יסוד של המשפט המינהלי באנגליה, כפי שעוד אפרט בהמשך. בשלב זה, אסתפק בקביעה שדוקטרינת הסבירות התפתחה במשפט האנגלי, מכוח הפסיקה, ובהתאמה היקפה לא נותר אחיד במהלך השנים. בעבר, השימוש בעילת הסבירות באנגליה היה מזוהה עם הגישה המצמצמת שניתן לה ביטוי בפסק הדין בעניין *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.* [1948] 1 KB 223 (להלן: עניין וונדסברי). אולם, כפי שאראה בהמשך, גישה מצמצמת זו אינה מייצגת עוד את עמדתו של המשפט האנגלי.

49. שיטות משפט רבות אחרות, בעיקר כאלה שמקורן במשפט האנגלי (אך לא רק), אימצו אף הן את דוקטרינת הסבירות, בהיקף ובמשקל שונים. אין צורך להידרש בהרחבה למצב המשפטי בכל אחת ואחת מהן. אולם, יש חשיבות לכך שמדובר בעילה "לגיטימית", אשר כל אחת משיטות המשפט יצקה לתוכה תוכן ממשי – המתאים לעקרונות המשפטיים האחרים ולדוקטרינות הנוהגות בה.

50. כך למשל, במשפט המינהלי של קנדה, אחת מן המדינות ששיטתן המשפטית שאבה ממקורות המשפט האנגלי, הסבירות היא חלק בלתי נפרד מתורת הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל. לאורך השנים, בית המשפט העליון של קנדה התלבט בשאלה מהו המבחן שראוי לאמץ לצורך החלתה של עילת הסבירות, אך זאת על בסיס ההנחה שהעילה אכן חלה. נקודת ציון חשובה הייתה ההלכה שנקבעה בעניין *Dunsmuir v. New Brunswick* [2008] 1 SCR 190 (לפרשנותה ראו: *Paul Daly, The Scope and Meaning of Reasonableness Review*, 52 ALTA. L. REV. 799 (2005); *Paul Daly, Struggling Toward Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness*, 62 MCGILL L. J. 527 (2016)). בהמשך, בית המשפט העליון של קנדה הבהיר את גישתו בכל הנוגע למבחנים להפעלתה של ביקורת שיפוטית המבוססת על סבירות בעניין *Canada (Minister of*

Citizenship and Immigration) v. Vavilov [2019] 4 S.C.R. 653 (להלן: עניין Vavilov). מעניין לציין שפסק דין זה עסק בסבירות החלטות מינהליות בהקשר המורכב של הגירה ואזרחות, שנהוג לראות בו תחום מובהק של קביעת מדיניות ממשלתית.

51. דוגמה נוספת ניתן להביא מן המשפט המינהלי של אוסטרליה, עוד "ענף" שצמח מן המשפט המינהלי האנגלי. גם באוסטרליה עילת הסבירות היא חלק בלתי נפרד מן הביקורת השיפוטית. מבלי להרחיב, יצוין כי הבהרת ההלכה בתחום זה נעשתה בפסק דין שעסק גם כן בתחום ההגירה (ראו: Minister for Immigration and Citizenship v. Li [2013] HCA 18 (להלן: עניין Li)). להרחבה, ראו: Leighton McDonald, *Rethinking Unreasonableness Review*, 25 PUB. L. REV. 117 (2014); Janina Boughey, *Legal Unreasonableness: In Need of a New Justification*, 45 UNIV. (N.S.W. L. J. 113 (2022)). והוא הדין בניו זילנד, שאף בה עילת הסבירות חזרה והתבססה בפסיקה עדכנית (ראו: Wolf v. Minister of Immigration [2004] NZAR 414; Watson v. Chief Exec. of the Dep't of Corr. [2016] NZHC 1996; Deliu v. Connell [2016] NZHC 361).

52. ראוי להוסיף, כי הגם שביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות מזוהה במידה רבה עם המסורת הפסיקתית של המשפט האנגלי, אפשר להצביע על דוקטרינות הממלאות פונקציה דומה גם בשיטות משפט אחרות. דוגמה לכך אפשר להביא מן המשפט הצרפתי, שבו המשפט המינהלי הוא תחום משפט מפותח במיוחד הנדון בפני מערכת נפרדת של בתי משפט מינהליים, שבראשה עומדת מועצת המדינה (Conseil d'Etat). המשפט הצרפתי מכיר בדוקטרינה של "טעות בולטת בהערכה" (erreur manifeste d'appréciation) הממוקדת אף היא, במהותה, במקרים של אי-סבירות קיצונית (ראו למשל: George A. Bermann, *The Scope of Judicial Review in French Administrative Law*, 16 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 195 (1977); Fabrini, "Reasonableness" as a Test for Judicial Review of Legislation in the French Constitutional Council, 4 J. COMP. L. 39, 42-44 (2009)).

53. מעבר לדוקטרינות הפסיקתיות, יש שיטות משפט שמצאו לעגן את ביקורת הסבירות אף בחקיקה. כך למשל, ניתן להזכיר את ההסדר החקיקתי בארצות הברית הקבוע ב-Administrative Procedure Act, 1946 המכיר בביקורת שיפוטית על החלטות שהן "שרירותיות", "קפריזיות", נגועות ב"שימוש לרעה בשיקול דעת" או שאינן עולות בקנה אחד עם החוק (arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise).

(A). 5 U.S.C. § 706(2) "not in accordance with law". אכן, מונחים אלה משקפים לכאורה ביקורת שיפוטית מצומצמת יחסית מכוח עילת הסבירות. אולם, לצורך הדיון הנוכחי, המתמקד במשמעות של ביטול מוחלט של ביקורת שיפוטית המבוססת על סבירות בדרג המיניסטרילי, את עיקר המשקל יש לייחס לעצם הבחירה לעגן בחקיקה ביקורת שיפוטית הנשענת על עילה זו. על כך יש להוסיף, כי בית המשפט העליון האמריקני קבע שבמקרים מסוימים סטנדרט הביקורת יהיה בפועל מחמיר יותר, ולצורך כך טבע את המונח "hard look review" (מה שניתן לכנות "ביקורת קפדנית"). תקדים מרכזי בהקשר זה – *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S. 29 (1983) – נסב על החלטה שהתקבלה לאחר בחירתו של הנשיא רייגן, לבטל את הרגולציה מתקופתו של הנשיא קרטר, שדרשה התקנת אמצעי בטיחות (כדוגמת חגורות בטיחות) בכלי רכב. הגם שהחלטה החדשה התקבלה לאחר הבחירות וניתן היה להציג אותה כעניין של "מדיניות", בית המשפט העליון האמריקני בחן אותה בהתאם לגישת ה-hard look, ובפועל התערב בהחלטה שהתקבלה בהצביעו על כך שהיא לא בחנה את החלופה של דרישה להתקין אמצעי בטיחות אחר – כריות אוויר. במבט רחב אף יותר, הספרות המשפטית מלמדת על התחזקות השימוש בסטנדרט של "סבירות" (reasonableness) בפסיקתם של בתי המשפט האמריקניים (ראו למשל: David Zaring, *Rule by Reasonableness*, 63 ADM. L. REV. 525 (2011); Alyse Bertenthal, *Administrative Reasonableness: An Empirical Analysis*, WIS. L. (REV. 85 (2020)).

54. עניין מיוחד מעוררת חוקתה של דרום-אפריקה שעניינה את ההכרה בזכותו של הפרט לקבלת החלטה מינהלית בעניינו, שהיא לא רק חוקית והוגנת מבחינת פרוצדוראלית, אלא גם "סבירה". סעיף 33(1) לחוקה זו קובע כך: "Everyone has the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair" – *Promotion of Administrative Justice Act, 2000* – בהתאם לכך, החקיקה בתחום – מעגנת את הזכות לביקורת שיפוטית על בסיסה של עילת הסבירות (בסעיף 6(2)(h)). חשוב לציין כי הגם שנוסח החוק האמור דומה לניסוחה של עילת הסבירות בעניין וונדטבר, הפסיקה הדרום-אפריקנית לא אימצה את מבחן וונדטבר, אלא מבחן סבירות רחב יותר (ראו: *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v. Minister of Env't Affairs and Tourism*, 2004(4) SA 490 (CC). להרחבה, ראו: Anshri Pillay, *Reviewing Reasonableness: An Appropriate Standard for Evaluating State Action and Inaction?*, 122 S. AFRICAN L. J. 419 (2005); D. J. Brynard, *Justifying Administrative Action for Reasonableness – A Quest for Accountable Public Administration*, 21 ADMINISTRATIO PUBLICA 69 ((2013)).

55. די לנו בסקירה השוואתית תמציתית זו כדי לקבוע שעילת הסבירות אינה "גידול פרא" חריג בנוף המשפט המינהלי של שיטות משפט אחרות ששורשיהן דומים לאלה של המשפט המינהלי האנגלי (וממילא גם למשפט הישראלי). אדרבה, זוהי עילה הנחשבת "לגיטימית" ואף חיונית – כזו שבתי המשפט יכולים ונדרשים לפתח כלים דוקטריניים לצורך יישומה ואכיפתה. למעשה, ניתן לומר כי הגישה החשדנית והעוינת לעילת הסבירות שעליה מבוסס תיקון מס' 3 היא יוצאת דופן במבט השוואתי.

מבט השוואתי נוסף: הגבלה מראש של ביקורת שיפוטית כפגיעה בשלטון החוק

56. פרספקטיבה חשובה נוספת המאפשרת להשקיף על השלכותיו של תיקון מס' 3 על השמירה על שלטון החוק מספקת לנו הפסיקה ארוכת השנים, גם במשפט האנגלי, בכל הנוגע להסדרים חוקיים ה"חוסמים" ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות או החלטות של גופים שיפוטיים ומעין-שיפוטיים. הסדרים מסוג זה מוכרים במסורת של המשפט האנגלי ושיטות המשפט שהתפתחו ממנו, בשם "ouster clauses", כלומר הוראות של "סילוק" או "הוצאה" של ביקורת שיפוטית. מונח זה שימש לדיון במצבים שבהם חוק ספציפי זה או אחר כלל הוראה הקובעת כי החלטות מסוימות שהתקבלו מכוחו לא יהיו כפופות לביקורת שיפוטית. באופן מסורתי, הוראות מסוג זה נדונו מתוך עמדה "חשדנית" המכירה בכך שכל הגבלה על הביקורת השיפוטית פוגעת בשלטון החוק. בהתאם לכך, הפרשנות שניתנה להן חתרה תמיד לצמצום של היקף תחולתן. גישה מצמצמת זו להוראות המגבילות את הביקורת השיפוטית אומצה בפסקי דין תקדימיים שניתנו בבית משפט זה כבר בשנות החמישים והששים של המאה הקודמת (ראו: בג"ץ 176/54 יהושע נ' ועדת ערעור לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תש"ט-1949, פ"ד ט 617 (1955); בג"ץ 76/63 טרודלר נ' פקידי החירות לוועדות החקלאיות, פ"ד יז 2503 (1963) (להלן: עניין טרודלר). ראו עוד: ברק-ארז ד, בעמ' 119-122). פסיקותיהם של בתי המשפט באנגליה, וכן במדינות אחרות ששורשיהן במשפט האנגלי, חזרו וחידדו את הגישה המצמצמת להוראות חוק מסוג זה, וביתר שאת מאז פסק הדין התקדימי שניתן בעניין Anisminic Ltd v. Foreign Comp. Comm'n [1969] 2 AC 147 (להלן: עניין Anisminic).

57. כיצד משליך הדיון בסוגיה זו על ענייננו? לכאורה, ניתן היה להצביע על כך שהמסורת הפסיקתית המתוארת מבטאת אמנם הסתייגות ממדיניות משפטית שמייצגת חקיקה המגבילה ביקורת שיפוטית, אך אינה מכירה בפסלותה המוחלטת. אולם, עיון נוסף בדברים מוביל למסקנה מורכבת יותר. אכן, מקרים פרטניים של חקיקה המגבילה

את היקפה של הביקורת השיפוטית הוכרו כמבטאים מדיניות משפטית בעייתית אך תקפה, תוך אימוץ פרשנות מצמצמת שלה. יחד עם זאת, יש לשים לב להבדלים משמעותיים בין המסורת המוקדמת של המשפט האנגלי בנושא זה לבין המקרה העומד בפנינו. ראשית, ההלכה האנגלית בנושא זה התגבשה בשיטת משפט המניחה, כנקודת מוצא, את ריבונות המחוקק (בהעדר חוקה פורמאלית). ממילא, בעוד הלכה זו עסקה בהגבלת ביקורת שיפוטית ביחס לחקיקה, היא לא נדרשה לקביעת העקרונות החלים על הגבלת ביקורת שיפוטית בחקיקת יסוד. לעומת זאת, בשיטת המשפט שלנו, הדיון נוגע לכללי המסגרת החלים על העקרונות המנחים את כתיבת החוקה הישראלית, גם אם במתכונת של פרקים פרקים. שנית, וחשוב הרבה יותר, התקדימים המסורתיים בנושא זה נסבו על מקרים נקודתיים של הגבלת הביקורת השיפוטית בהקשרים של חוק מסוים או סמכות נתונה. המקרה שבפנינו שונה מדעיקרא. אין ענייננו בהגבלת הביקורת השיפוטית על נושא ספציפי אלא בהגבלה גורפת החלה על החלטות אין ספור, ולכן משפיעה באופן מהותי על שלטון החוק במדינה. אדרבה, אם במקרים נקודתיים של הגבלת הביקורת השיפוטית, הנחת המוצא של הדיון הייתה חשדנות והסתייגות מהגבלת הביקורת השיפוטית, קל וחומר שהדבר כן כאשר מדובר בהגבלה גורפת על הביקורת השיפוטית – על סמך עילת ביקורת מרכזית – על כלל ההחלטות שמקבלים שרי הממשלה, ראש הממשלה או הממשלה במליאתה על-פי כלל דברי החקיקה במדינת ישראל.

58. לא למותר לציין, שפסיקתו העדכנית של בית המשפט העליון באנגליה מחדדת את הקושי הכרוך בחקיקה המגבילה את תחומי הביקורת השיפוטית, אף כאשר מדובר בחוק ספציפי (כלומר, לא במתכונת גורפת כמו זו שבפנינו). כך עולה מפסק הדין שניתן בעניין *R (on the application of Privacy International) v. Investigatory Powers* (Trib. [2019] UKSC 22). במקרה זה, נדונה דוגמה נוספת של ouster clause בהקשרו של חוק ספציפי – Regulation of Investigatory Powers Act, 2000. אכן, פסק הדין התבסס בסופו של דבר, במישור האופרטיבי, על פרשנות מצמצמת של הוראת החוק שנדונה בו. עם זאת, Lord Carnwath, שכתב את חוות הדעת העיקרית (בהסכמת Lady Hale ו-Lord Kerr) לא הגביל את דבריו אך לכך וקבע, גם אם למעלה מן הצורך, כי ההכרעה באשר לתחום התחולה של הביקורת השיפוטית אינה יכולה להיות מסורה בידי המחוקק בלבד, בהתחשב בקשר הישיר בין קיומה של ביקורת שיפוטית לבין השמירה על שלטון החוק. לדבריו, עמדתו זו – "... should be seen as based, not on such elusive concepts as jurisdiction (wide or narrow), ultra vires, or nullity, but rather as a natural application of the constitutional principle of the rule of law" (שם, בפסקה 132 לפסק דינו).



59. דברים אלה בדבר הקשר בין קיומה של ביקורת שיפוטית לבין השמירה על שלטון החוק אף מתחדדים בשים לב לכך שהם נאמרו ביחס לחוק (להבדיל מחוק יסוד) שעניינו הגבלת הביקורת השיפוטית על טריבונל המפקח על פעולותיה של הרשות המינהלית. תיקון מס' 3 עוסק בהגבלה קיצונית אף יותר של הביקורת השיפוטית: לא הגבלת הביקורת השיפוטית בגדרו של חוק במדרג נורמטיבי "רגיל", אלא בגדרו של חוק יסוד; לא הגבלת הביקורת השיפוטית על טריבונל מסוים בלבד שמבקר את פעילות הממשלה, אלא על כלל בתי המשפט ביחס לכלל ההחלטות של הממשלה ושריה.

סבירות ישנה וסבירות חדשה?

60. בשלב זה אבקש להבהיר מדוע, חרף העדיפות שצריכה להינתן לבחירה בסעד שיפוטי מצמצם כאשר הדבר אפשרי, אין חלקי עם חבריי השופטים וילנר, שטיין ו-כנפי-שטייניץ. באופן יותר קונקרטי, אני מבקשת להסביר מדוע לא ניתן למצוא מענה לקושי שמעורר התיקון לחוק היסוד באמצעות קריאתו כך שתחולתו תוגבל רק לעילת הסבירות "הקלאסית", כפי שאומצה במשפט הישראלי בשנות החמישים והששים של המאה הקודמת.

61. בעיקרו של דבר, אני מסכימה עם חברתי הנשיאה (בדימ') חיות כי קריאה זו של תיקון מס' 3 חורגת מכלל פרשנות גרידא, ועולה כדי כתיבתו מחדש של חוק היסוד, בניגוד ללשונו המפורשת. אימוץ של "פרשנות מקיימת" במקרה זה משמעותו בחירת חלופה פרשנית שאין לה כל עיגון בלשונו המפורשת של החוק, שאינה משתמעת לשני פנים. במובן זה ענייננו שונה מזה שנדון בעניין חסון. באותו עניין נדון כאמור חוק יסוד: הלאום אשר לשונו הייתה כללית וביקשה לעגן בחקיקת יסוד "אתוס לאומי" – אסופת עקרונות מכוננים ביחס להגדרתה של ישראל כמדינה יהודית. על כן, חוק יסוד: הלאום כולל אמירות בעלות אופי כללי, שתוכנן אכן היה פתוח לפרשנויות בכיוונים שונים. כמו כן, אופיו ההצהרתי של חוק יסוד: הלאום אפשר קריאה שלו לצד הסדרים חקיקתיים ופסיקתיים שונים אשר התעצבו במשפט הישראלי במהלך השנים, ויכול היה לדור עימם בכפיפה אחת. לעומת זאת, בענייננו לשונו של התיקון היא חד משמעית וקובעת כי בית משפט "לא ידון בעניין סבירות ההחלטה". היא אינה מאפשרת פתח לקריאה של החוק אשר עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד הגרעיניים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

62. דברים אלה מקבלים משנה תוקף נוכח ההיסטוריה החקיקתית של תיקון מס' 3, שקריאתי אותה דומה לזו של חבריי הנשיאה (בדימ') חיות. הם מתחדדים גם נוכח

טענותיהם המפורשות של משיבי הממשלה בדיון שהתקיים בפנינו, ובהמשך לכך בהשלמת הטיעון מטעמם בכתב, שהצהירו על כוונת המחוקק באופן שאינו משתמע לשני פנים.

63. חברי השופטים וילנר, שטיין ו-כנפי-שטייניץ אכן היטיבו להציג את מגוון הגישות שעלו בפסיקה ובספרות המשפטית ביחס להיקפה של עילת הסבירות. מחלוקת זו היא רבת שנים, ויש לשער כי תוסיף להעסיק את מלומדי המשפט אף בעתיד. אולם, בעת שאנו נדרשים לשאלה הפרשנית שבפנינו עלינו לבחון קודם כל את ה"יש", דהיינו את האמור בתיקון מס' 3. לא ניתן לעטות על תיקון מס' 3 מחלצות לא לו – ולכפות עליו גישות שזכרן לא בא בנוסחו. העדר המתאם בין נוסחו של התיקון לבין הפרשנויות שהציעו לו חברי – בין שזוהי "פרשנות מקיימת" כגישתה של חברתי השופטת וילנר, "גישה ראייתית" שבה מצדד חברי השופט שטיין או "פרשנות מצמצמת" כגישת חברתי השופטת כנפי-שטייניץ – הוא טעם רב משקל כנגד קבלת עמדתם. אולם, לא עליו בלבד אני מבססת את גישתי.

64. קושי ממשי לא פחות הוא שפרשנות זו של תיקון מס' 3 עלולה להותיר את מערך הביקורת השיפוטית על הממשלה ושריה חסר וחלש במידה שעלולה להיות בעייתית, בהתחשב בהעדרם של מנגנוני ביקורת אפקטיביים אחרים. הדברים אמורים על רקע העובדה שעילת הסבירות במתכונת שהתגבשה לאורך השנים, משמשת כיום בסיס לנורמות חינויות של המשפט המינהלי של ישראל. השארת תיקון מס' 3 על מכונו במתכונת שבה מצדדים חלק מחבריי (כל אחד מהם בדרכו) אינה נותנת לכך מענה. ככל שגישתם מכוונת לצמצום מהותי של תחומי עילת הסבירות, על דרך של חזרה עשרות שנים אחורנית ב"מנהרת הזמן" – הרי שפרשנות זו עלולה לשמוט את הקרקע תחת תקדימים חיוניים להגנה על הדמוקרטיה ועל שלטון החוק (למשל, כפי שהדגמתי לעיל, ביחס להחלטותיה של ממשלת מעבר). חברי ממלא מקום הנשיא פוגלמן מציין כי במקרה כזה יישארו בשיטתנו "חורים שחורים", ואני מסכימה להערכה זו. מנגד, ככל שאין מדובר בשינוי מהותי כזה אלא רק ב"ויתור" על הגדרתה של העילה כפי שנקבעה בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980) (להלן: עניין דפי זהב), הרי שניתן לתהות מה הועילו חכמים בתקנתם (או שופטים בפרשנותם).

65. כאן יש להבהיר, כי בעניין דפי זהב הוגדרה עילת הסבירות ככוללת בחינה של האיזון בין השיקולים הרלוונטיים השונים שהרשות הביאה בחשבון. הגדרה זו לא נוצרה יש מאין. היא נועדה לתת "כלי עבודה" להחלתה של אותה עילה כפי שהוכרה בפסיקתו של בית משפט זה עוד קודם לכן. לאמיתו של דבר, כפי שעולה מן הדוגמאות שהובאו

בפסק הדין בעניין דפי זהב עצמו, בחינת האיזון בין השיקולים הרלוונטיים שעליהם מבוססת ההחלטה המינהלית, וליתר דיוק בחינת השאלה אם לא הייתה חריגה קיצונית מן האיזון בין השיקולים שעמדו ביסוד ההחלטה, התבטאה גם בפסיקה מוקדמת יותר. למעשה, כפי שצוין בעניין דפי זהב (בפסקה 13 לפסק דינו של השופט א' ברק), איזון זה הוא שעמד אף ביסודו של פסק הדין המנחה שניתן בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953), שבו נפסלה החלטתו של שר הפנים בשל כך שלא ייחסה משקל ראוי לחופש הביטוי (לצד ההגנה על שלום הציבור). במלים אחרות, הקושי הכרוך בעמדתם של חברי השופטים וילנר, שטיין ו-כנפי-שטייניץ נעוץ גם בהצגה ה"דיכוטומית" של עולם המשפט המינהלי לפני פסק הדין בעניין דפי זהב ולאחריו. לא ניתן לבטל את חשיבותו של פסק דין זה כציון דרך. אולם, בניגוד לעמדתם, וכפי שהסבירו חברי הנשיאה (בדימ') חיות, ממלא מקום הנשיא פוגלמן, השופטת רונן והשופטת (בדימ') ע' ברון, המבחן שהוצע בעניין דפי זהב מבטא הבשלה של התפתחות הדרגתית בפסיקה לאורך השנים (ראו גם: ברק-ארז ב, בעמ' 729-731).

66. הקושי בגישות המבקשות לדבוק בעילת הסבירות "הישנה" אף מתחדד נוכח העובדה שהלכת וונדסברי אינה מעגנת כל מבחן חלופי ממשי להגדרתה של עילת הסבירות כממוקדת באיזון בין השיקולים שביסוד ההחלטה המינהלית. המבחן שאומץ בעניין וונדסברי – שעל-פיו החלטה של רשות מינהלית תיפסל אם אף רשות מינהלית סבירה לא הייתה מקבלת החלטה דומה – עושה שימוש בהגדרה טאוטולוגית, שנעדרת תוכן עצמאי. חברי השופט שטיין חוזר ומציין כי הוא חושש מעילת סבירות במתכונת של "המשפט זה אני". לעומתו, אני סבורה שדווקא הוויתור על העילה המובנית של הסבירות כפי שעוצבה בעניין דפי זהב מותירה את השופט עם הערכה סובייקטיבית לחלוטין. בסופו של דבר, הלכת וונדסברי, שאותה מציע חברי לשוב ולאמץ, לפיה יש לקבוע איזו החלטה לא הייתה מתקבלת על-ידי אף רשות מינהלית סבירה, מתמצה בהערכה סובייקטיבית הנעשית על-ידי השופט או השופט. זו אינה אפוא הגדרה הנושאת בשורה בהשוואה להערכה השיפוטית אם הרשות המינהלית חרגה באופן קיצוני ממתחם הסבירות. זוהי הגדרה שיש ליצוק לתוכה תוכן, והיא עצמה אינה משמיעה דבר. יכול שיהיו מחלוקות ביחס להיקף השימוש בעילת הסבירות, ואלה הן מחלוקות לגיטימיות. אפשר אף לסבור שפסק דין כזה או אחר שניתן בבית משפט זה על סמך עילת הסבירות היה מוטעה. אולם, אינני סבורה שאימוץ ניסוח, טאוטולוגי כשלעצמו, המופיע בפסק דין אנגלי ישן, יכול לשמש בסיס להסדרה חוקתית, או אף לפרשנות חוקתית.

67. ברקע הדברים אוסיף, גם אם למעלה מן הצורך, כי התפיסה לפיה האיזון בין השיקולים שביסוד ההחלטה הוא העומד במרכז של עילת הסבירות – תואמת גם את

ההתפתחויות שחלו במשפט המינהלי האנגלי, כמו גם בשיטות משפט נוספות. בכל הכבוד, אינני שותפה להערכתם של חבריי השופטים וילנר ו-שטיין אף בעניין זה.

68. אינני סבורה שזהו המקום וההקשר המתאימים לדיון בפרטי הדוקטרינה הנוהגת בשיטות משפט אחרות. אולם, יש חשיבות להכרה בכך שהמשפט, מטבעו, אינו קופא על שמריו. המקום שבו עמד המשפט המינהלי האנגלי בסוף שנות הארבעים של המאה הקודמת אינו מהווה עוד נקודת ייחוס מתאימה או רלוונטית. בניגוד לנטען על-ידי חבריי, קשה לומר כי המבחן של הלכת וונדסברי עודו שולט בכיפה כבעבר. במידה רבה, אף המשפט האנגלי נוטה כיום לעמדה שנקודת הכובד של עילת הסבירות מצויה באיזון בין השיקולים הרלוונטיים שעל הרשות לשקול בעת קבלת ההחלטה, ובמשקל הראוי שיש לייחס לכל אחד מהם. כך הגדיר את הדברים פרופ' פול קרייג (Paul Craig), מן המלומדים הבולטים של המשפט המינהלי באנגליה, במאמר חשוב מפרי עטו:

"It follows that reasonableness review is concerned with the weight accorded by the primary decision-maker to factors that have been or can be deemed relevant" (Paul Craig, *The Nature of Reasonableness Review*, CURRENT LEG. PROB. 131, 136 (2013)).

בדומה לכך, במהדורה העדכנית לספרו הקלאסי של de Smith על הביקורת השיפוטית במשפט המינהלי האנגלי, נכתב כך:

"Where undue weight is given to any particular consideration, this may result in the decision being held to be unreasonable, and therefore unlawful, because manifestly excessive or manifestly inadequate weight has been accorded to a relevant consideration" (HARRY WOOLF ET AL., *DE SMITH'S JUDICIAL REVIEW* 603 (8th ed., 2018)).

69. למעשה, הרחבת העיון המשווה שבו פתחתי ביחס להתפתחויות שחלו גם בשיטות משפט נוספות ששורשיהן במשפט האנגלי, מלמדת כי המבחן של הלכת וונדסברי אינו משמש עוד כהנחת המוצא לדיון. גישת הרוב בפסק הדין המנחה שניתן על-ידי בית המשפט העליון של אוסטרליה בעניין Li הלכה ככרת דרך מעבר להלכת וונדסברי לעבר גישה הבוחנת חריגה לא ראויה מן המשקל שניתן לשיקולים שביסוד ההחלטה. די יהיה בכך שאביא משפט אחד מחוות הדעת המרכזית שניתנה בעניין Li (בפסקה 68 שלה) בזו הלשון: "Wednesbury is not the starting point for the

"standard of reasonableness, nor should it be considered the end point" גם הפסיקה הקנדית, ניתקה זה מכבר את "חבל הטבור" שלה מעמדו המסורתי של המשפט האנגלי, כפי שעולה גם מעניין Vavilov שכבר נזכר. אין אפוא, בשלב הנוכחי, כל בסיס לראות בהלכת וונדסברי המוקדמת "סטנדרט זהב" שיש להעלות על נס. יש התומכים בה, ויש המתנגדים לה. אסתפק בכך שאזכיר כי הקריאה לנטוש הלכה זו תוארה בספרות המשפטית כקריאה ל-Wednesbury (ראו: Rodney Harrison, *The New Public Law: A New Zealand Perspective*, 14 PUB. L. REV. 41 (2003)).

70. ומדינות הים – בחזרה לשיטתנו המשפטית. כבר בשנותיו הראשונות של המשפט הישראלי אימץ בית משפט זה את התפיסה הגורסת כי אין הוא מחויב לפרטי הדין באנגליה. כדברי השופט צ' ברנזון בעניין טרודלר:

"מעולם לא היינו חייבים לנהוג לפי הכללים הנהוגים באנגליה לגבי מתן תרופות פרירוגטיביות וגם לא נהגנו כך... ואם בעבר, אף בידענו את המעיין ממנו שאב החוק המקומי את מימיו, לא ראינו את עצמנו כפותים להלכה האנגלית ביחס לתרופות אלו, עכשיו שהחוק שיחרר אותנו מכבלי התקדים המחייב גם של הלכה פסוקה שלנו – לא כל שכן" (שם, בעמ' 2513).

71. למעשה, עיון בהיסטוריה של המשפט הישראלי מלמד כי דווקא בתחום המשפט המינהלי, ההלכות שנפסקו בבית המשפט העליון הישראלי בראשית דרכו, על בסיס פיתוח עקרונות שנשאבו מן המשפט המינהלי האנגלי, "ניבאו" או הקדימו התפתחויות שחלו זמן קצר לאחר מכן באנגליה עצמה, על בסיס אותם עקרונות (באופן כללי, ראו: Daphne Barak-Erez, *Israeli Administrative Law and the Quartet – One Step Ahead in EXECUTIVE DECISION-MAKING AND THE COURTS – REVISITING THE ORIGINS OF MODERN JUDICIAL REVIEW* 281 (T.T. Arvind et al. eds., 2021); דפנה ברק-ארז "הקוורטט" העברי – כך הקדים המשפט המנהלי בישראל את זמנו" משפט ועסקים כ"ו (צפוי להתפרסם ב-2024)). ואמנם, כפי שהראיתי לעיל, העמדה הגורסת כי עילת הסבירות משקפת את החובה לאזן בין שיקולים רלוונטיים, שאומצה בעניין דפי זהב, משקפת כיום גם גישות מרכזיות במשפט המינהלי האנגלי.

72. החזרה להלכה האנגלית בעניין וונדסברי כאבן בוחן שאמורה להנחות אותנו כעת היא מוקשית במיוחד גם בשים לב לכך, שאף בשנותיו המוקדמות של המשפט הישראלי תקדים זה אוזכר בפסיקה פעמים בודדות בלבד, ככל הנראה פעמיים בלבד עובר לפסק הדין בעניין דפי זהב (ראו: מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים

השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" 199 אור: קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 773, 793 (אהרן ברק ואח' עורכים 2013)). על כך יש להוסיף, כ"עדות" לתפיסה המשפטית שהחלה להכות שורשים שנים רבות לפני הפסיקה בעניין דפי זהב, כי בהרצאותיו בקורס היסוד "משפט מינהלי" כבר בשנות הששים של המאה הקודמת, הדגיש פרופ' יצחק זמיר לתלמידיו כי עילת הסבירות מושתתת על הפרת האיזון בין השיקולים שעל הרשות המינהלית לשקול בטרם קבלת החלטתה (שם, בעמ' 795-796). אם כן, הטענה לפיה יש להשיב את המשפט הישראלי אחור לנקודת הזמן שקדמה לפסק הדין בעניין דפי זהב היא טענה המבקשת לחזור לעבר אבוד שהוא יותר בגדר מיתוס.

73. ככל שפנינו לדיון השוואתי בתיקון מס' 3, חשוב להטעים נקודה עקרונית נוספת. אפילו הלכת וונדטברי הייתה מוסיפה לשלוט בכיפה במשפט האנגלי – וכאמור, אינני סבורה שאלה הם פני הדברים – השוואת השימוש בעילת הסבירות במשפט הישראלי לשימוש בה בשיטות משפט אחרות אינה יכולה להיעשות באופן נטול הקשר. בהקשר הישראלי עילת הסבירות משמשת כלי חשוב במסגרת מערך האיזון בין שלוש רשויות השלטון. ביסודם של דברים, הרשות החזקה מבין השלוש היא הרשות המבצעת. לה נתונות סמכויות ביצוע ואכיפה. היא השולטת בהוצאות מתקציב המדינה. לכאורה, היא כפופה לביקורת פרלמנטרית. אולם, בישראל, בהינתן קרבת האינטרסים בין הממשלה לבין הרוב הקואליציוני בכנסת, הביקורת הממשלית היחידה על החלטות המתקבלות על-ידי הממשלה ושריה היא הביקורת השיפוטית. חסימתה של ביקורת זו ביחס לאחת מעילות הביקורת המרכזיות של המשפט המינהלי משמעותה נגיסה משמעותית באפשרות לבקר את הממשלה ושריה, כאשר להחלטותיהם יש השפעה גדולה על אנשים ועל מהלך חייהם.

74. על כך יש להוסיף, כי במדינת ישראל, כפי שהיטיבו לציין חבריי הנשיאה (בדימ') חיות והשופט י' עמית, כוחה העודף של הממשלה הוא רב במיוחד, על רקע העדרם של מנגנוני ביקורת אפקטיביים. במדינת ישראל לא פועלים שני בתי פרלמנט, אלא פרלמנט אחד בלבד, הכנסת, ששליטתה של הרשות המבצעת בו היא רבה. במדינת ישראל אין חוקה שלמה, והיא אף אינה כפופה להסדרים משפטיים אזוריים, כדוגמת האמנה האירופית לזכויות אדם. לפיכך, אני סבורה שיש קושי עצום בצמצום מקומה של הביקורת השיפוטית, תוך השוואה לשיטות שבהן קיימים מנגנוני ביקורת חשובים אחרים על הרשות המבצעת. לא בכדי מלומדי המשפט העוסקים בתחום המשפט ההשוואתי חזרו והתריעו מפני התופעה של השוואת הסדרים קונקרטיים זה לזה, מבלי להתייחס להקשר הרחב שבו הם נטועים. למעשה, "ליקוט" של הסדרים משפטיים ממדינות שונות ו"חיבורם" זה לזה ללא הקשר אף זכה לכינוי רב המשמעות "Frankenstate" (ראו: Kim

Lane Scheppelle, *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, 26 Governance 559 (2013). במובן זה, קיים אכן קושי להשוות בין המקרה הישראלי לבין שיטות משפט אחרות שמכילות בתוכן מנגנוני ביקורת אחרים. למעשה, העדרם של מנגנוני ביקורת נוספים בשיטה הישראלית ממחיש היטב את הסכנה הטמונה כעת בחזרה למבחן של וונדטברי, בנסיבות שבהן מבחן זה אינו מטיל מגבלה של ממש על הרשות המבצעת מקבלת החלטות פוגעניות כלפי האזרחים. כך במיוחד, כאשר תיקון מס' 3 לא חתר למצב שבו הגבלת הביקורת השיפוטית תהיה מלווה בהנהגתו של מנגנון ביקורת אחר. מגמתו של התיקון אחת – צמצום משמעותי של מרחב הביקורת על הממשלה ושריה.

75. לבסוף, אני סבורה שההצעה לחזור לעילת הסבירות "של פעם" מתעלמת מההקשר המשפטי והחוקתי הרחב שבו הייתה נטועה הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות בשנות החמישים והששים של המאה הקודמת. ברוח האמירה המיוחסת להוגה הדעות הרקליטוס – "אינך יכול להיכנס לאותו נהר פעמיים" – ההשלכות שיהיו לאימוצה של עילת הסבירות "המצומצמת" בעת הזו אינן דומות להשלכות ולהקשר של אימוצה בעבר. כדי להמחיש את הדברים אבקש להביא דוגמה שיש לה חשיבות מכרעת בעיניי. בעבר, למעשה עד שנת 2014, כלי ביקורת מרכזי על הממשלה היה האפשרות להביא בפני הכנסת הצבעת אי-אמון, ללא מגבלות מיוחדות. בשנת 2014 תוקן חוק-יסוד: הממשלה כך שעל-פי האמור בסעיף 28 לו, העלאתה של הצבעת אי-אמון היא רק במתכונת של "אי-אמון קונסטרוקטיבי", כלומר מחייבת הצגתה של ממשלה חלופית. להסדר חוקתי זה משמעות ברורה – צמצום משמעותי של הביקורת הפרלמנטרית האפקטיבית על החלטות הממשלה ושריה. קשה אפוא לחזור אחורנית בזמן רק לעניינה של עילת הסבירות, כאשר העולם המשפטי שסביבה השתנה כליל; את חשיבותה של עילת הסבירות ככלי ביקורת על החלטות של הממשל ושריה יש להעריך על רקע מנגנוני הביקורת האחרים הנוהגים כעת.

האמנם יש חלופות מספיקות לעילת הסבירות?

76. להשלמת התמונה דומה שנדרשת התייחסות לטענה כי אף ללא ביקורת שיפוטית המבוססת על סבירות יוכל בית המשפט להגן על הזכויות והאינטרסים של מי שנפגעו מהחלטות מינהליות. כפי שאני מבינה את הדברים, זהו אחד הטעמים שהובילו חלק מחבריי למסקנה כי "לא כצעתה". עם כל הכבוד, דעתי שונה. אכן, ניתן להצביע על תחומים שבהם יש חפיפה בין עילת הסבירות לבין עילות אחרות, אולם לא תמיד אלה הם פני הדברים. ואמנם, לא בכדי עילת הסבירות ממשיכה לשמש לצדן של עילות ביקורת

נוספות, חלקן מאוחרות יותר כדוגמת עילת המידתיות, גם בשיטות משפט אחרות (באופן כללי, ראו: Swati Jhaveri, *The Survival of Reasonableness Review: Confirming the Boundaries*, 46 FED. L. REV. 137 (2018)). הלכה למעשה, כפי שאראה, חלק מהעילות האחרות (כדוגמת עילת השיקולים הזרים) "מכסות" תחומים שונים ומובחנים מאלה שנופלים לתחומיה של עילת הסבירות. בנוסף לכך, חלק מן העילות האחרות שלובות עד לבלי הפרד בעילת הסבירות, כך שביטולה יפגע באפשרות המעשית לדון אף בהן בצורה שלמה. אסביר.

77. סבירות ושיקולים זרים – במרכזה של עילת הסבירות עומד היפוך קיצוני של המשקל שניתן לשיקולים חוקיים כשלעצמם (וכפי שחשוב לחזור ולהדגיש – רק היפוך קיצוני כזה). ממילא ברור, כי עילת השיקולים הזרים לבדה אינה נותנת תחליף מספק לעילת הסבירות. אכן, יש מקרים שבהם השיבוש הקיצוני באיזון בין השיקולים שעל הרשות לשקול יכול לשמש אינדיקציה ראייתית לשיקולים זרים, אך מכאן ועד לחפיפה בין העילות – הדרך ארוכה. יטען הטוען: וכי מה אם חל שיבוש באיזון בין השיקולים? לכך אשיב: אכן, במקרים רבים אין בכך רבותא, ככל שהדברים אמורים בביקורת שיפוטית (שאינה אמורה "להחליף" את שיקול דעתה של הרשות). אולם, כאשר השיבוש הוא קיצוני – פגיעתו עשויה להיות חמורה לא פחות מזו של שיקולים זרים. בעבר, הדגמתי את הדברים באמצעות מטפורות מחיי המעשה. אל חלקן הפנה חברי השופט עמית, ועל כן אחזור על הדברים רק בקצרה. כך, כאשר במקום כפית של מלח מכניסים לתבשיל קילו של מלח, המרכיבים עשויים להיות דרושים כולם, ובכל זאת התבשיל יוקדח (ראו: ברק-אדלר ב, בעמ' 725). הוא הדין בשיבוש מוחלט בקביעת מינון של תרופה, חיונית כשלעצמה. על כך יש להוסיף, כי עילת הסבירות יכולה לתת מענה במקום שבו קיים קושי ראייתי להוכחת שיקולים זרים, שפעמים רבות הם בבחינת "דברים שבלב" (ראו: בג"ץ 3823/22 נתניהו נ' היועצת המשפטית לממשלה, פסקאות 4-5 לפסק דיני (17.7.2023) (להלן: בג"ץ 3823/22)).

78. על כן, הטענה, שהוצגה בפנינו, כאילו במקרים שבהם נהוג לעשות שימוש בעילת הסבירות, ניתן יהיה להתבסס על עילת השיקולים הזרים (מאחר שאי-הסבירות היא "סימן" לקיומם של שיקולים זרים נסתרים) מעוררת קושי. אכן, שיקולים זרים עשויים להוביל לא אחת לקבלת החלטות בלתי סבירות. אולם, לא כל החלטה שאינה סבירה היא החלטה המבוססת על שיקולים זרים. במישור הלוגי הפשוט, אין מדובר ביחס דו-סיטרי מלא. בנוסף לכך, הכוונתו של בית המשפט לייחס לרשות שיקולים זרים על סמך אי-סבירות החלטה, מעבר לכך שאינה נכונה, עלולה להעצים את החיכוך בין רשויות השלטון שלא לצורך.



79. לבסוף, כפי שציינתי גם בעבר, עילת השיקולים הזרים, עם כל חשיבותה, היא עילה שהשימוש המעשי בה אינו שכיח. הוכחת קיומם של שיקולים זרים שעמדו בבסיס קבלת החלטה מינהלית היא קשה ביותר, ולא כל שכן במסגרת סדרי הדין המקובלים בעתירות מינהליות, שבהן הבירור העובדתי הוא מהיר ומקוצר (ראו: בג"ץ 3823/22, בפסקה 5 לפסק דיני. כן ראו: ברק-ארז ב, 669-672). לכן, ככל שסדרי הדין המינהליים נותרים על כנם – ואלה צפויים להיות פני הדברים כדי שהביקורת המינהלית תתאפשר בפרקי זמן מתאימים – הסתמכות היתר על עילת השיקולים הזרים צפויה להתברר כמשענת קנה רצוף.

80. סבירות ומידתיות – ומה באשר לעילת המידתיות? ראשית, האמת ניתנת להיאמר כי כיום ניתן להתבסס על עילת המידתיות בחלק מן המקרים שבהם הפסיקה התבססה באופן בלעדי על עילת הסבירות. הטעם לכך הוא שהמידתיות היא "סוג" של סבירות, מאחר שהיא כוללת את בחינת הסבירות של האמצעי שנבחר להשגת התכלית החקיקתית או המינהלית. דווקא משום כך, קשה ליישב בין התפיסה השוללת את הסבירות לבין הפנייה לעילת המידתיות, ככל שזו כוללת את מלוא מרכיביה, לרבות תת המבחן השלישי של המידתיות המתמקד בשאלת הסבירות. שנית, במישור הפורמאלי, עילת המידתיות ממוקדת במצבים שבהם הפגיעה היא בזכות, בעוד שתחום השתרעותה של עילת הסבירות כולל גם מקרים של פגיעה באינטרסים ראויים להגנה (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 19-20 (2010) (להלן: ברק-ארז א)). כך למשל, העלאה מופרזת של שיעור האגרה עשויה להיות בלתי סבירה, אף מבלי שניתן להצביע על זכות אדם שנפגעה בשל כך. בדומה לכך, הגנה מפני פגיעה בלתי סבירה באינטרס ההסתמכות היא חשובה ורבת ערך מבחינת הפרט הנוגע בדבר (להרחבה, ראו: דפנה ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי" משפטים כז 17 (התשנ"ו)).

81. סבירות ושוויון – זווית מועילה נוספת על הדיון מספקת הזיקה החזקה הקיימת בין עילת אי-הסבירות לעילת השוויון. עילת ההפליה המינהלית היא רחבה מזו החוקתית, עניין שעליו כבר נשברו קולמוסים לא מעטים (ראו והשוו: בג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת, פסקה 32 לפסק דיני (8.7.2021)). בעיקרו של דבר, על-פי עילת הסבירות המינהלית, אין מקום להבחין בין מי שמצויים באותה קבוצת שוויון. נוסף על כך, גם ההבחנה שנעשית בין קבוצות שוויון אמורה להיות סבירה. ניתן להדגים את הדברים מפסק הדין התקדימי שניתן בבג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259 (1997), שנסב על הבחנה בין התמיכות הניתנות ל"תיאטרון חדש" לבין התמיכות הניתנות ל"תיאטרון

ותיק". ניתן בהחלט לקבל כי מוסדות תרבות בעלי ותק שונה אינם שייכים לאותה קבוצת שוויון, וכי לפיכך הבחנה ביניהם היא אפשרית. אולם, מתן משקל בלתי ראוי לשיקול של ותק – שיקול ענייני כשלעצמו – חורג ממתחם הסבירות באופן קיצוני. נשווה בדעתנו מצב שבו מוסדות חדשים יקבלו אך שבריר אחוז מכלל התקציב. האם ניתן להלום זאת? כיצד ניתן יהיה לדון בהפליה במצב דברים זה מבלי להתייחס למשקל שניתן לוותק, דהיינו לסבירות ההבחנה? הדברים שלובים זה בזה עד לבלי הפרד. כדברי השופט י' זמיר באותו עניין:

"אפשר גם שקבוצת שוויון תוקם על יסוד שיקול ענייני, ובכל זאת לא תהיה הצדקה לקיום הנפרד של קבוצת שוויון זאת. הכיצד? אפשר שבנסיבות המקרה המשקל של השיקול הענייני יהיה קטן עד כדי כך שהוא לא יצדיק את הקיום של קבוצת שוויון נפרדת. במקרה כזה, ההחלטה להקים קבוצת שוויון נפרדת על יסוד שיקול זה נפגמת לא בשל שיקול זר, אלא בשל משקל בלתי ראוי שניתן לשיקול ענייני. לשון אחרת, המשקל שניתן לשיקול הענייני חורג ממיתחם הסבירות, ובשל כך ההחלטה להקים קבוצת שוויון על יסוד שיקול זה נעשית בלתי סבירה" (שם, בעמ' 283).

דברים אלה מלמדים כי יישומו של עקרון השוויון המינהלי הולך "יד ביד" עם עילת הסבירות.

82. במבט כולל יותר, גם אם למעלה מן הצורך, אציין כי העמדה הגורסת שיש מקום לביקורת שיפוטית ללא עילת הסבירות (יהא היקפה אשר יהא) מעוררת תמיהה גם בפרספקטיבה רחבה יותר. החלת אמות מידה אובייקטיביות ביחס להתנהגות אנושית היא מקובלת בכל תחומי המשפט. הסבירות היא מושג מרכזי, חוצה תחומי משפט, במסורת המשפט האנגלו-אמריקני, שהשפיעה על התפתחותו של המשפט הישראלי (ראו עוד: George P. Fletcher, *The Right and the Reasonable*, 98 HARV. L. REV. 949 (1985)). כך באשר ל"אדם הסביר" בדיני הנזיקין. כך לגבי "נושא משרה סביר" או "דירקטור סביר" בדיני החברות. כך גם ביחס לרף ההוכחה של "מעל לספק סביר" במשפט הפלילי ושל "סיכוי סביר" במשפט האזרחי וכן להתקיימות העילות "חשד סביר" בפרוצדורה הפלילית ו"חשש סביר" במשפט המינהלי (בכל הנוגע לקיומו של משוא פנים) (ראו למשל: בע"מ 856/23 אלמונית נ' פלונית, פסקאות 64-68 לפסק דיני (6.3.2023)). ועוד היד נטויה. על כן, הטענה ששבה והועלתה כי עילת הסבירות חורגת מן המקובל בעולם המשפט אינה מבוססת כלל. נהפוך הוא. וחשוב להטעים, אף בתחומי משפט אחרים שבהם נוהגת הסבירות החלתה כרוכה בקביעת סטנדרט התנהגות, ולא רק בפסילת התנהגות "אבסורדית" או "שרירותית". התובנה כי מושג הסבירות הוא מושג

בר-הגדרה ובר-יישום גם בתחומי משפט אחרים שומטת את הקרקע מתחת לטענה הכוללנית כי הסבירות היא סובייקטיבית לחלוטין. אין בדברים אלה כדי לשלול את ההיבטים המיוחדים לביקורת שיפוטית המבוססת על עילת הסבירות, אשר יש בה ממד ברור של פסיקה ביחס לעתיד, ולא רק ביחס לעבר. אולם, ייחוד זה מחייב גישה זהירה ומתונה בהפעלתה של עילת הסבירות, להבדיל מאשר את ביטולה, תוך הפיכת המשפט המינהלי לטריטוריה ייחודית שבה אין מקום לסבירות.

מבט נוסף על שאלת החלופות

83. את הטענה בדבר קיומן של חלופות לעילת הסבירות יש לבחון גם מזווית נוספת, המתרוממת אל מעבר להשוואה דוקטרינרית שעניינה מידת החפיפה בין עילות הביקורת השונות. השאלה שבפנינו אינה אם מבחינה היפותטית ניתן היה לפתח את המשפט המינהלי בישראל באופן ראוי אף ללא עילת הסבירות במתכונתה העדכנית. ניתן בהחלט להעלות על הדעת את האפשרות שאילו לפני עשרות שנים, ואולי מיד לאחר פסק הדין בעניין דפי זחב, היה מתקבל דבר חקיקה שתוחם את גבולותיה של עילת הסבירות, לא היה בכך כדי להשפיע על יציבותה של השיטה הדמוקרטית שלנו. אילו כך נעשה, המשפט היה מתפתח על יסוד ההנחה שעילת הסבירות היא צרה או אף לא קיימת, ובהתאמה היו מתפתחות עילות אחרות. אלא שלא זה המצב שבפנינו. בעשרות השנים שחלפו מאז החל להתפתח המשפט הישראלי, עילת הסבירות הפכה להיות יסוד חשוב של ההגנה על השלטון החוק וההגנה על הפרט מפני שימוש פוגעני בכוח שלטוני. הסרתה של הגנה זו, מבלי שבמהלך השנים הללו פותחו מנגנוני ביקורת אחרים, יוצרת חלל שעצם קיומו – מבלי שניתן לו מענה מידי – עלול ליצור נזקים בלתי הפיכים. די אם נשוב ונזכיר את הדוגמאות שצינתי לעיל: פיטורין של שומרי סף ללא ערובות שימנעו זאת ופעולות לא מבוקרות של ממשלות מעבר. למה הדבר דומה? לחולה הנדרש באחת להפסיק את הטיפול התרופתי שהוא נוטל לטיפול בבעיית לחץ דם. מלכתחילה, ייתכן שניתן היה לתת לו תרופה אחרת. אולם, הפסקת התרופה מבלי להבטיח תחליף באופן מידי עלולה להיות מסכנת חיים עבורו. להבדיל, ניתן להעלות על הדעת תכנון של מבנה במתכונות ייצוב שונות. כל אחת מהן היא אפשרית. אולם, הסרת עמוד תמך שנבנה, מבלי שקיימת לו חלופה לתמיכת המבנה (גם אם מלכתחילה ניתן היה לבנותו באופן שונה לחלוטין) עלולה להיות הרסנית.

84. זאת ועוד, שיח החלופות לעילת הסבירות מתמקד במלאכתם של בתי המשפט בלבד, ללא דגש מספק, כך לדעתי, על תפקידו של הייעוץ המשפטי. תיקון מס' 3 נועד להשפיע לא רק על פעילותם של בתי המשפט, אלא – לא פחות מכך – על פעילותו

השוטפת של הייעוץ המשפטי לממשלה וזרועותיו. אם החלטות מיניסטריות לא ייבחנו על-ידי בתי המשפט על-פי עילת הסבירות, יהיה בכך כדי להשליך על הגדרת הקשיים המשפטיים עוד בשלב המקדים של הייעוץ המשפטי. השיקול של פיתוח חלופות לעילת הסבירות אינו נותן מענה למצבים שעמם יידרש להתמודד הייעוץ המשפטי, המחויב בדרך-כלל להלכה הפסוקה כפי שהיא. קשיים אלה אף מתעצמים בהתחשב בכך שמקרים רבים נעצרים על ספו של הייעוץ המשפטי, ואינם מגיעים כלל לשלב הביקורת השיפוטית. על כך יש להוסיף, כי ביטול הביקורת השיפוטית מכוח עילת הסבירות צפוי להשפיע אף על התנהלות הממשלה ושריה עצמם, בודעם שההחלטות שיתקבלו על-ידיהם אינן צפויות לעמוד למבחן. אם כן, הלכה למעשה, קיומו של תיקון מס' 3 עלול להיות בעל השפעות מרחיקות לכת על הפרקטיקה של משרדי הממשלה, עוד לפני שלב הביקורת השיפוטית.

85. לבסוף, בהקשר זה, דווקא היותו של תיקון מס' 3 תיקון "קטן" מחדדת את אופיו הבעייתי, אף יותר מזה של תיקון "גדול". דווקא תיקון "קטן" מסוג זה יוצר חלל, "חור שחור" של שלטון החוק, מבלי שהוא מלווה במהלכים שהיו עשויים לצמצם את הקשיים שהוא יוצר במסגרת הסדרה כוללת יותר – כדוגמת הגדרה של עילות הביקורת האחרות במתכונת רחבה, קביעת הגנות מפני פיטורין של שומרי סף, הגדרה מצמצמת של סמכויותיה של ממשלת מעבר ועוד.

האמנם "שבירת כלים"?

86. בשלב זה, אני מבקשת לחזור לשאלה שבה התבקשנו להכריע: האם חסימתה של כל ביקורת שיפוטית על החלטות מיניסטריות וממשלתיות על סמך עילת הסבירות פוגעת באמות הספים של המשטר החוקתי של ישראל, במידה המצדיקה הפעלתה של ביקורת שיפוטית על חוק יסוד? אני משיבה על שאלה זו בחיוב. אודה ולא אבוש: אני סבורה שעילת הסבירות היא כלי חיוני לביקורת שיפוטית, התורם באופן מכריע להגנה על זכויות ואינטרסים של אנשים שעלולים להיפגע מהחלטות שלטוניות. אולם, עמדתי זו – המבטאת את השקפת עולמי המשפטית – אינה אמת המידה להכרעה בשאלת היקפה הראוי של הביקורת השיפוטית על תיקון מס' 3. אמת מידה זו היא מצומצמת בהרבה. אולם, כפי שאסביר, אף כאשר בוחנים את הדברים בהתאם לאמת המידה המצומצמת של "שבירת כלים", תיקון מס' 3 אינו יכול לעמוד.

87. הטעם למסקנתי נעוץ בכך שתקון מס' 3 כולל "אגרגציה" של כמה בעיות יסוד – הן פגיעה בפרטים שאינם יכולים לקבל סעד שיפוטי; הן פגיעה בביקורת על החלטות

שלהן פוטנציאל של השפעה על חילופי שלטון; והן פגיעה בביקורת של שומרי סף. אין זו ה"אגרגציה" שמפניה הזהירו העותרים – כזו המתייחסת לאירועים שעשויים להתרחש ונמצאים עדיין בחיקו של העתיד. זוהי אגרגציה של נזקים הגלומים כולם כבר כעת בתיקון מס' 3 עצמו.

88. אני מתחזקת בדעתי גם נוכח העובדה שתחולתו של התיקון היא רחבה ורבת היקף מכפי שעולה מקריאה ראשונית בנוסחו. התיקון חל על-פי לשונו רק על החלטות של הממשלה עצמה ושל שריה, ומשאיר לכאורה על מכונה את הביקורת השיפוטית המבוססת על עילת הסבירות ביחס לעובדי ציבור ובעלי תפקידים אחרים במערך הממשלתי, שאינם חברים בממשלה עצמה. אולם, בהקשרים רבים תחולתו של התיקון משתרעת דה-פקטו, ולמעשה גם דה-יורה, על תחום הפעולה של משרדי הממשלה בכללותם. הרי, גם כאשר החלטות מינהליות מתקבלות על-ידי בעלי תפקידים אחרים במערך הממשלתי, הם אמורים לפעול כאשר הם משווים את מדיניות הממשלה נגד עיניהם. אם כן, כאשר רשות מינהלית או אחד מעובדיה יקבלו החלטה על-פי מדיניות השר, אשר כשלעצמה אינה כפופה לביקורת שיפוטית המבוססת על סבירות, לכאורה לא יהיה מקום לבקר החלטה זו על שום אי-סבירותה.

89. יתר על כן, כפי שציננה גם חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, אין כל מניעה לכך שכמעט בכל מקרה שנוי במחלוקת ההחלטה תתקבל בפועל על-ידי השר הנוגע בדבר, על-מנת להימנע מביקורת שיפוטית. אכן, קיימת פרקטיקה של אצילת סמכויות, כך שבמקרים רבים ההחלטות אינן מתקבלות על-ידי השר עצמו. אולם, אין כל מניעה לבטל אצילת סמכויות בכל עת, ואחד מעקרונות היסוד של המשפט המינהלי הוא הזכות העומדת תמיד לבעל הסמכות הסטטוטורית לבטל את האצילה ולקבל החלטה בעצמו. כמו כן, השר המאציל את הסמכות, כמי שממשיך לשאת באחריות, יכול וחייב להדריך את הגורם שלו הוא מאציל את הסמכות באשר לאופן הפעלתה (ראו: ברק-ארז א, בעמ' 187-188). יתר על כן, אף במצבים שבהם החוק מקנה את הסמכות במישרין לעובד ציבור הכפוף לשר, לרוב לא תהיה מניעה לנטילת הסמכות על-ידי השר (שם, בעמ' 198-199); הכול – בהתאם לתנאים הקבועים בסעיפים 33-34 לחוק-יסוד: הממשלה ביחס לאצילת סמכויות ולנטילת סמכויות. ניתן אמנם להניח שהשרים לא יפעלו לקבל את כלל ההחלטות בעצמם. אולם, המקרים החשובים לפיקוח על פעילותה של הרשות המבצעת הם דווקא אותם מקרים שמעוררים קושי או מחלוקת. במקרים אלה על-פי רוב ניתן יהיה "לחסן" את ההחלטה באמצעות ביטול אצילה או נטילת הסמכות. לא זו אף זו: יצירת "עיר מקלט" מפני ביקורת שיפוטית – החלטות בדרג הממשלתי – עלולה ליצור תמריץ

לחקיקה שתעניק עוד ועוד סמכויות דווקא לדרג הממשלתי, ובפרט החלטות המועדות לביקורת שיפוטית.

90. על דרך ההשוואה, מעניין לציין כי הזיקה הקיימת בין החלטות המתקבלות על-ידי הדרג הפוליטי לבין החלטות שמתקבלות על-ידי הדרג המקצועי השפיעה על התפתחות המשפט המינהלי בארצות הברית בכיוון הפוך מזה שבו מצדד תיקון מס' 3. השוואה זו נוגעת לפרקטיקה של הוצאת "צווים נשיאותיים" (Presidential Orders) אשר להם נפקות מבחינת הכוונת ההחלטות המתקבלות על-ידי הרשויות עצמן (במינוח המקובל שם – agencies). בהינתן השפעה זו, בתי המשפט הפדרליים החלו לפתוח שעריהם גם להליכים המכוונים נגד הצווים הנשיאותיים עצמם, ולא רק נגד החלטות הרשויות שעליהן חל במישרין ה-Administrative Procedure Act, 1946 (ראו למשל: Lisa Manheim & Kathryn A. Watts, *Reviewing Presidential Orders*, 86 U. CHI. L. REV. 1743 (2019)). תיקון מס' 3 מבטא מגמה הפוכה – צמצום היקפה של הביקורת השיפוטית על הדרג הנבחר, באופן שעלול להשפיע במישרין גם על צמצום היקפה של הביקורת השיפוטית על הדרג הפקידותי.

האם קיימת חלופה לפסילה מוחלטת של תיקון מס' 3?

91. האמת ניתנת להיאמר: בהתחשב באמת המידה המצמצמת שצריכה להנחות אותנו בדיון החוקתי, אפשר להעלות על הדעת סוגים מסוימים של החלטות שביחס אליהן הגבלת הביקורת השיפוטית המבוססת על סבירות – גם אם אינה אופטימלית – אינה פוגעת בהכרח ביסודות השיטה הדמוקרטית. כך למשל, קביעה כי החלטות מדיניות רחבות של הממשלה, כאלה שנושאות אופי כללי (למשל, העדפת פיתוח הנגב על פני פיתוח של חבלי ארץ אחרים) לא הייתה מעוררת בהכרח קושי חוקתי. זאת, מאחר שאלה אינן החלטות המשפיעות במישרין על זכויות של אנשים מסוימים. למעשה, במידה רבה תיקון כזה היה משקף את הפרקטיקה הקיימת של התערבות שיפוטית מצומצמת ביותר בהחלטות מדיניות של הממשלה ושריה (ראו למשל: בג"ץ 6654/22 פורום קהלת נ' ראש המחשלה (13.12.2022); בג"ץ 8349/23 ארגון אלמגור נ' מדינת ישראל (22.11.2023)). ראו עוד בפסקה 30 לעיל).

92. מבלי לקבוע מסמרות, דוגמה נוספת עשויה להיות הביקורת השיפוטית על החלטות הנוגעות למינויים ולפיקטוריום של שרים וסגני שרים (להבדיל ממינויים ופיקטוריום באופן כללי). החלטות אלו נושאות אופי מיוחד. ההחלטה על בחירתם של מועמדים לתפקידי שרים וסגני שרים וההחלטה לפטרם מונעת כל כולה משיקולים פוליטיים,

ושיקולים אלה הם לגיטימיים באותו הקשר, בשונה מאשר בהקשרים אחרים. אף במקרים שבהם בית משפט זה התערב על יסודה של עילת הסבירות בסוגיה הנוגעת למינויים ולפיטורים של שרים הוא הבהיר שהתחשבות בשיקולים פוליטיים בהקשר זה היא חוקית (ראו: בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 420 (1993); בג"ץ 4287/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 463 (1993)). בכך תפקידים אלה שונים ביסודם מכל מינוי אחר. אכן, הביקורת השיפוטית על החלטות אלה בגדרה של עילת הסבירות העלתה תרומה חשובה לפיקוח על טוהר המידות של המכהנים בתפקידים כאלה (כפי שעולה משני פסקי הדין הנזכרים לעיל וידועים כהלכת דרעי-פנחסני)). עם זאת, קשה לומר שהגבלה על הביקורת השיפוטית ביחס להחלטות על מינויים ופיטורים של שרים וסגני שרים הייתה עולה כדי פגיעה בזכויות של הנוגעים בדבר, בהתחשב בכך שההחלטות בתחום זה הן מלכתחילה, ובדין, פוליטיות. על כן, מבלי לקבוע מסמרות, וכפי שמציין גם חברי השופט עמית (בפסקה 3 לפסק דינו), ייתכן שתיוקן המגביל את הביקורת השיפוטית לפי עילת הסבירות על החלטות הנוגעות למינויים ופיטורים של שרים, לו היה נחקק, גם אם לא היה משקף מדיניות רצויה, היה נותר בגדרי המסגרת החוקתית הלגיטימית (בכפוף לביקורת שיפוטית מכוח עילות אחרות, במקרים מתאימים, כפי שסברתי בבג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקאות 20-21 לפסק דיני (18.1.2023)).

93. אם כן, מנקודת מבטי, תיקון מס' 3 בנוסח שבו התקבל כורך בתוכו סוגים שונים של חסימת הדרך לערכאות במקרה של הפרת חובת הסבירות מצד הממשלה או שריה. ככל שמדובר בהחלטות שלהן השלכה ברורה על עניינם של אנשים פרטיים (לרבות קבוצות של אנשים מסוימים), למעט מינויים ופיטורים של שרים וסגני שרים, תיקון מס' 3 פוגע בשלטון החוק במובנו הגרעיני, בשל חסימת האפשרות לאכוף פגיעה באינטרסים וזכויות. באופן אחר, החלטות בלתי סבירות המתקבלות על-ידי ממשלת מעבר עלולות לפגוע בהליך הדמוקרטי, בשל השלכותיהן הפוטנציאליות על חילופי השלטון, וכן עלולות ליצור הפרה של האיזון בין הרשויות, ככל שהדברים נוגעים לתפקודם של שומרי הסף. לעומת זאת, ככל שהתיקון נועד לחסום ביקורת שיפוטית על החלטות מדיניות בעלות אופי כללי (ללא השלכה קונקרטית על אנשים מסוימים) או על מינויים ופיטורים של שרים וסגני שרים – אני סבורה שחרף האופי הבעייתי של התיקון, לא ניתן היה לומר על היבטים אלה בלבד שהם עולים כדי פגיעה ביסודות השיטה.

94. זה המקום לציין כי חלק גדול מן הביקורות שהובעו ביחס לעילת הסבירות, כפי שתוארו בפסק דינה של חברתי השופטת וילנר, התמקדו במקרים מסוימים של אופן והיקף הפעלתה. כך למשל, במרכזן של רבות מן הביקורות שהוזכרו עמדה הביקורת

השיפוטית על מינויי שרים מטעמים של סבירות. דווקא משום כך ניתן להצטער על כך שתקון מס' 3 כרך, ללא הפרדה, בין סוגים שונים של ביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה ושריה, וחתר לביטול כולל ופוגעני של עילת הסבירות גם בהקשרים מובהקים של פגיעה בעניינם של אנשים קונקרטיים, ובהקשרים שאין בינם לבין החיים הפוליטיים ולא כלום.

95. על רקע האמור, יכולה הייתה להתעורר השאלה האם זהו אחד מאותם מקרים שבהם ניתן לעשות שימוש ב"עקרון העיפרון הכחול", המאפשר להפריד בין החוקי לבין הבלתי חוקי, תוך צמצום הסעד רק לאותם היבטים של התיקון שאינם צולחים את מבחני החוקתיות. בעיקרון זה נעשה שימוש בענפי משפט שונים. הוא מוכר מתחום דיני החוזים, שמאפשרים להורות על בטלותו של חוזה בלתי חוקי רק ביחס לחלקיו הבלתי חוקיים, כל עוד החוזה "ניתן להפרדה" (סעיפים 19 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973). בדומה לכך, במישור העקרוני, אף בתחום המשפט החוקתי, בית המשפט עשוי להורות על ביטול חלקי של דבר חקיקה העומד לדיון. בית משפט זה נהג כך בכמה הזדמנויות כאשר נדונו בפניו עתירות חוקתיות. אכן, המקרה הרגיל שבו נעשה שימוש בכלל זה היא של ביקורת שיפוטית על חוק רגיל מכוחו של חוק יסוד. ניתן להזכיר בהקשר זה את דעת המיעוט של השופט נ' סולברג בבג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (9.6.2020), שסבר כי יש להורות על בטלות חלקית בלבד של החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017, וכן את דעת המיעוט (לעניין הסעד) של השופט פוגלמן בבג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (27.2.2020), שבו הוא צידד בסעד המורה על בטלות החלקים הבלתי חוקתיים בהסדר הפונדקאות שנדון שם. כשלעצמי, איני שוללת את האפשרות לעשות שימוש בסעד מסוג זה גם ביחס לחוק יסוד, במקרה המתאים, לנוכח העדיפות הנודעת לצמצום היקפה של הביקורת השיפוטית בהקשרים כאלה. דא עקא, במקרה שבפנינו לא ניתן "למחוק" מן החוק מלים מסוימות תוך הותרתו על כנו. שימוש ב"עקרון הכחול" אינו אמור להוביל ל"כתיבה" מחדש של הטקסט החוקתי.

96. בדרכי לתור אחר סעדים "רכים" יותר, עלתה בדעתי גם האפשרות של הותרת תיקון מס' 3 בתוקף, על בסיס ההנחה שההלכות אשר נקבעו מכוחה של עילת הסבירות ייוותרו על כנן מכוח עקרון התקדים המחייב. אולם, בניגוד לחברי השופט כשר, אינני סבורה שפתרון זה הוא אפשרי. ראשית, הוא מנוגד בעליל לכוונת מחוקקיו. דומה שאלה לא שיערו שבית משפט זה יוסיף, למשל, לבקר מינויי שרים מכוח התקדים המחייב של הלכת דרעי-פנחסני, ללא עילת הסבירות. שנית, וזאת במישור המשפטי הטהור, התקדימים



שנקבעו מכוחה של עילת הסבירות ועילת הסבירות חד הם. לא ניתן להפריד ביניהם. אכן, לעתים, בית משפט זה מסתמך על תקדימים המבוססים על עילת הסבירות, מבלי להזכיר אותה במישרין, במתכונת של הנמקה הפוסעת בדרכה של ההלכה הפסוקה (ראו למשל: בג"ץ 5403/22 לביא, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' ראש הממשלה (22.9.2022)). אולם, אין לטעות בכך. אותם תקדימים מבוססים על עילת הסבירות וממנה הם שואבים את חיותם. על דרך ההשוואה ניתן להזכיר את סעיף 23 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 המורה כי עם ביטולו של חוק – בטלות גם תקנות ומינויים שנעשו מכוחו. הלכה למעשה, תיקון מס' 3 מכון, אם כן, לבטל את הביקורת השיפוטית המבוססת על עילת הסבירות, על תולדותיה ופירותיה, ומכאן פגיעתו האנושה בעקרונות הבסיס של שיטתנו.

שימוש לרעה בסמכות המכוננת?

97. מכל הטעמים האמורים, אני סבורה שהמקרה שבפנינו הוא יוצא דופן במידה המצדיקה התערבות יוצאת דופן בגין חריגה מתחום סמכותה של הרשות המכוננת. ממילא, כפי שציינה חברתי הנשיאה (בדימ') חיות אין צורך להידרש להיבטים חשובים אחרים של הנושא שנדונו בפנינו, ואפשר להתמקד בעיקר.

98. מטעמים אלה, אסתפק אפוא רק בהבהרה קצרה הנוגעת לאפשרות של ביקורת שיפוטית על תיקון מס' 3 בגדר הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

99. כפי שציינתי בפתח הדברים, תיקון מס' 3 הוצג לעתים כ"הסדרה" של עילת הסבירות, וזאת על רקע העובדה שעילה זו (כשאר עילות הביקורת של המשפט המינהלי) טרם עוגנה בחקיקה, אלא רק בפסיקתם של בתי המשפט. אילו אלה היו פני הדברים, דהיינו אילו תיקון מס' 3 היה נסב על הגדרת תוכנה של עילת הסבירות, ניתן היה לטעון כי אכן מדובר בשימוש לרעה בסמכות המכוננת, במובן זה שקביעת תכנון המהותיים של המשפט המינהלי מתאימה לחקיקה רגילה, ולא לחוקי יסוד. מנקודת מבטי, עיגון נורמות רגילות במתכונת של חוק יסוד פוגעת במאפיין "המובחנות" שאותו הדגשתי בעניין שפיר (בפסקאות 21-26 לפסק דיני). חוקי יסוד צריכים לעסוק בנושאים שהם "מובחנים" מן התחומים המסורים לרשויות האחרות – בין הרשות המחוקקת, בין הרשות השופטת ובין הרשות המבצעת.

100. אולם, הלכה למעשה, תיקון מס' 3 לא עסק בהסדרת כלליו של המשפט המינהלי (ותעיד העובדה שהוא לא כלל הסדרה של עילות הביקורת האחרות) – אלא בהגבלה על

סמכותם של בתי המשפט לעסוק בביקורת שיפוטית. קביעת תחומי סמכותם של בתי המשפט היא ודאי עניין שמתאים לחוקי יסוד, כפי שמציין גם חברי השופט ח' כבוב. במובן זה הסוגיה שבפנינו מדגימה היטב את יתרונותיו של מבחן ה"מובחנות", שהצעת פסק דיני בעניין שפיר, ככלי עזר לצורך יצירת הבחנה מהותית בין חוקי יסוד לחוקים רגילים. על רקע האמור, לשיטתי, הפרספקטיבה המתאימה ביותר לביקורת שיפוטית על חקיקת תיקון מס' 3 היא זו של חריגה מתחומי סמכותה של הרשות המכוננת, והיא אכן זו שהנחתה אותי בדיון עד כה.

לפני סיום: על ראשונים ואחרונים

101. בשלב זה, לאחר שהגיע לעיוני פסק דינו של חברי השופט נ' סולברג, אני מבקשת להוסיף מספר הבהרות חשובות. חברי נדרש בפסק דינו הן לשאלה העקרונית של ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד והן לשאלת היקפה הראוי של הביקורת השיפוטית המיוסדת על עילת הסבירות. אתיחס בקצרה לדבריו בשני העניינים.

102. באשר לביקורת השיפוטית על חקיקה בכלל ועל חוקי יסוד בפרט, חברי השופט סולברג מבקש להתבסס על דבריהם של "ראשונים" שאותם הוא מעדיף על דבריהם של "אחרונים". מבלי לגרוע מן הכבוד הראוי לראשונים, אני סבורה שהבסיס העיוני להנמקה זו אינו עומד איתן. במישור התורת-משפטי, בשיטתנו נוהג עקרון התקדים המחייב. בהתאם לו, בית המשפט העליון אמנם מונחה על-פי תקדימיו, אך מוסמך לסטות מהם במקרים מתאימים, ולעתים אף מחויב לעשות כן נוכח שינוי הזמנים והנסיבות. מנקודת מבטי, האופן שבו חברי השופט סולברג סומך את עמדתו על דבריהם של "ראשונים" מתנגש באופן חזיתי בעקרונות אלה שעליהם מבוססת פסיקתנו כולה. איננו רשאים לחזור לאחור ולדלות מן העבר גישות משפטיות שהתפתחו ועברו שינויים לאורך השנים אך משום שמי מאיתנו רואה בהן גישות עדיפות. כבודם של הראשונים במקומו מונח, אך בכל תחומי המשפט חלו תמורות בהשוואה לפסיקה בשנותיו הפורמטיביות של המשפט הישראלי. האם בתחום דיני החוזים נקבל פסיקה הפונה לעיקרון הזכור (ולאו דווקא לטוב) של "יזוהר הקונה", כתחליף להגנה ראויה על צרכנים, אך משום שעיקרון זה שלט בכיפה בעבר? האם בתחום המשפט הפלילי נבקש לחזור לימים שבהם נדרשה קורבן של עבירת מין להראות שהתנגדה באופן פעיל ופיזי לתקיפה כדי לבטא את התנגדותה? האם בתחום דיני הנזיקין נתרפק על הימים שבהם ניתן היה להפחית מפיצויים שניתנים לאלמנה אך בשל כך שיש לה סיכוי להינשא בשנית? לא כל מה שהיה והוכר בעבר הוא עדיף. אכן, לא תמיד יש להוציא ישן מפני חדש, אך גם אין להניח כי בתחום המשפט עדיף בהכרח "יין ישן". חדש אינו אסור מן התורה (המשפטית).

103. על כך יש להוסיף, כפי שמציין אף חברי, כי עיקר הדברים שהובאו מפי אותם "ראשונים" נאמרו בתקופה שקדמה לפסיקה העקרונית בדבר המגבלות החלות על ריבונותה של הכנסת בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' בנק מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי). כל אותן אמירות שהתייחסו באופן בלתי מסויג לריבונותה של הכנסת וקדמו לתקדים הנזכר לא ביטאו העדפה ממשית של דרך אחת על פני דרך אחרת – אלא את הקונצנזוס של תקופתן, קונצנזוס שאינו משקף את עמדתו של המשפט הישראלי זה מספר עשורים. בפנינו מצב חדש ומשכרי, שלא התעורר בעבר. ממילא חובתנו היא לבחון כיצד יש לתת לו מענה.

104. לא זו אף זו: דור לדור יביע אומר. בין אותם "ראשונים" שעליהם מבקש חברי השופט סולברג להתבסס לבינינו היום, ה"אחרונים", היו עוד דורות שיפוטיים. מדוע לפסוח על שופטים ונשיאים אחרים, שאף הם בגדר "ראשונים" גם אם לא "ראשוני ראשונים": הנשיאה (בדימ') ד' ביניש, הנשיא (בדימ') א' גרוניס, הנשיאה (בדימ') מ' נאור ורבים רבים נוספים. התפתחותו של המשפט הישראלי היא התפתחות אורגנית. רבים מחברינו שכבר פרשו, מפייהם למדנו ולצדם ישבנו בדין – לא חזרו על תורת "ריבונות המחוקק" אלא חרשו תלמים שהעמיקו את פסיקתו של בית משפט זה בכל הנוגע לביקורת שיפוטית חוקתית גם לאחר שניתן פסק הדין בעניין בנק המזרחי.

105. כך או כך, ומבלי להידרש לפירוט, אני מוצאת קושי בניתוח שהציע חברי השופט סולברג ביחס לפסיקתו של בית משפט זה גם בשנים שקדמו לפסק הדין התקדימי בעניין בנק המזרחי. אכן, העיקרון ששלט בכיפה בעשורים הראשונים של המדינה היה זה של ריבונות המחוקק. אולם, אין להתעלם מן התמורות ההדרגתיות שחלו בו. כך, בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969) אינו דוגמה "הרמונית" לתפיסה של ריבונות המחוקק כפי שמתאר חברי, אלא להפך, פסק דין זה הביא עמו חידוש גדול שעניינו הכרה במגבלות על ריבונות המחוקק. אכן, באותו עניין נדונה סטייה מעקרון השוויון שזכה ל"שריון" בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, המאפשר חקיקה מחדש של הסדר לא שוויוני ברוב של 61 חברי כנסת. אולם, החידוש המרכזי המצוי ביסודו של פסק הדין אינו מתמקד באפשרות לחקיקה מחודשת ברוב האמור, אלא דווקא בהגבלה על ריבונות המחוקק. הוא הדין בעניין ירדור שאת דבריו של השופט י' זוסימן באותו עניין פוטר חברי בהגדרתם כ"חריג" על רקע פסקי דין אחרים שלו. אולם, דווקא החריג הוא החשוב בהקשר זה. ברור לכל, וכך גם היום, שברגיל המילה האחרונה היא של המחוקק. אולם, ההכרה בכך שלא תמיד אלה הם פני הדברים היא החשובה. יתר על כן, תיאור זה של

הדברים אינו מייחס משקל מספיק להכרעתו של הנשיא ש' אגרנט באותו עניין, שהיה נכון אף הוא לקרוא אל תוך לשון החוק את הנחות היסוד של הכרזת העצמאות.

106. אינני שותפה לדרך פרשנותו של חברי השופט סולברג גם ביחס לעניין בנק המזרחי עצמו. חברי מסביר כי פסק דין זה שינה דבר אחד בלבד בדוקטרינה החוקתית שלנו – בכך שהוסיף הכרה בעליונותם של חוקי היסוד על פני חקיקה רגילה של הכנסת. מכאן הוא גוזר שלילה מוחלטת של ביקורת על חוקי היסוד עצמם. אני סבורה שיש להבין את הדברים באופן שונה בתכלית. אכן, בהתאם לתקדים שנקבע בעניין בנק המזרחי חוקי היסוד הם נעלים מחוקים רגילים. אולם, תקדים זה לא קבע שהם נעלים ממקור ההסמכה שלהם עצמם. למעשה, הוא כלל לא עסק בשאלה זו. לשיטתי, מקור ההסמכה מצוי בעקרונות הבסיס של הכרזת העצמאות. אין מדובר בהכפפה של חוקי היסוד לעקרונות-על אמורפיים, אלא לעמידה בדרישה הבסיסית של כל שיטת משפט: הימנעות מלחרוג ממסגרת ההסמכה. חברי השופט סולברג חוזר ומציין כי הכרזת העצמאות אינה מהווה כשלעצמה חוקה. לכך אני מסכימה. אולם – כפי שהסברתי בפסק דיני, ההימנעות מהכרה במעמדה של הכרזת העצמאות כחוקה אינה שקולה לביטול מעמדה כ"חישוק המסגרת" הקובע את המגבלות החלות גם על חקיקתם של חוקי יסוד. למעשה, גישתו של חברי מובילה לתוצאה פרדוקסלית – חיזוק כוחה של הכנסת מכוחו של התקדים בעניין בנק המזרחי, וזאת דווקא מכוחו של פסק דין שהבהיר את המגבלות על כוחה. שאלת החריגה ממסגרת ההסמכה של הרשות המכוננת לא נדונה כלל בעניין בנק המזרחי. אכן, עניין בנק המזרחי העלה על נס את חוקי היסוד, אך היה רחוק מלהידרש למקרה הקצה של חוק יסוד החותר תחת עקרונותיה של הכרזת העצמאות.

107. בשלב זה, אוסיף רק עוד מספר מלים על עילת הסבירות, שהביאה אותנו עד הלום. חברי השופט סולברג מקדיש חלק נכבד מדבריו לעילה זו, ועל כן אני מבקשת לחזור ולהזכיר: לא בעילת הסבירות עוסק תיקון מס' 3 לחוק היסוד שבפנינו, אלא בצמצום רדיקלי של סמכויות בתי המשפט לבקר את פעולות הממשלה ושריה. על כך יש להוסיף, כי אני מוצאת קושי רב בהצגת ה"נרטיב ההיסטורי" של חברי ביחס להתפתחותה של עילת הסבירות. לשיטתו, עילת הסבירות הלכה ותפחה, עד ש"בלעה" את עילות הביקורת האחרות, ומשסירב בית משפט זה להכיר בכך הביא הוא על עצמו את תיקון מס' 3. אני רואה את הדברים באופן שונה בתכלית. בשלב הנוכחי של כתיבת פסק דיננו תקצר היריעה מלהוסיף פרטים, אך חשוב לומר כי יש פער בין ה"מיתוס" לבין המציאות. אכן, עילת הסבירות היא עילת ביקורת חשובה במשפט הישראלי. אולם, לצדה עילות חשובות נוספות. בתי המשפט אינם פונים אליה כאל מוצא ראשון, וטוב שכך. הקושי שמעוררת עילת הסבירות, והיא אכן לא חפה מקשיים, אינו שונה משאלות שמעורר

השימוש במושגי שסתום בענפים אחרים של המשפט. כך למשל, אינני סבורה שיש מי שמציע באופן רציני לבטל את עקרון תום הלב במשפט האזרחי של ישראל, גם אם שימוש נרחב בו, תוך ויתור על פנייה לכללים משפטיים ספציפיים, אינו רצוי. כפי שכבר ציינתי, יכולה להיות ביקורת על השימוש בעילת הסבירות במקרה זה או אחר. כאמור, אפשר אף להעלות על הדעת תיקון מצומצם בהקשרים שבהם היא חלה. אולם, מכאן ועד פסילה קטגורית של השימוש בעילה זו ביחס לכלל ההחלטות של הממשלה ושריה – הדרך רבה. תיקון מס' 3 חל על מכלול רחב של החלטות "רגילות" של שרים, לא רק על החלטות של הממשלה במליאתה. משמעותו היא חסימה מאסיבית של ביקורת שיפוטית על יומיום מינהלי, גם כזה שאינו מעורר שאלות שראוי לכנותן "ערכיות" או "פוליטיות", אשר בהן מתמקד חברי.

108. במאמר מוסגר אציין כי חברי מעלה הצעות שונות ביחס למשפט הרצוי גם במישורים נוספים, כדוגמת הרוב שבו צריכות להתקבל חלק מההחלטות בבית משפט זה. מכיוון שהנושא אינו בפנינו, לא אתייחס להצעות אלה בפירוט. אולם, אני רואה חובה לעצמי לציין כי חלק מאותן הצעות מעלות קשיים ממשיים. כך למשל, חברי מציין כי יש להעדיף הכרעה ב"קונצנזוס" של בית המשפט בביקורת שיפוטית על חוקי יסוד או אף על דברי חקיקה רגילים. דא עקא, מודל של קונצנזוס הוא מודל של שיתוק וחוסר יכולת לפעול. לא בכדי אף הממשלה והכנסת אינן נדרשות לקונצנזוס גם בקבלת החלטות חשובות ונכבדות, לרבות החלטות שחיים ומוות תלויים בהן. ככל שחברי מוצא קושי בהחלת הכלל של החלטה על-פי רוב השופטים תוך התבססות על סעיף 80 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, בשל קביעתו בחקיקה רגילה, יש לחזור ולהזכיר כי זהו עיקרון חוצה שיטות משפט, ומקובל אף במקורותינו: "אחרי רבים להטות" (להרחבה, ראו: דפנה ברק-ארז מחשבות על שפיטה 75-77 (2022)). בשינויים המחויבים, אני רואה קושי גם בהצעות הנוגעות להרכב השופטים ולהליך של הביקורת השיפוטית על יסודה של עילת הסבירות. אינני מוצאת כל הצדקה לכך שביקורת שיפוטית על החלטות כאלה תיעשה בהרכב מורחב או במתכונת שמחייבת קונצנזוס. למעשה, הצעות מסוג זה עלולות לגרום לכך שהליך הביקורת השיפוטית יהפוך לחסם ביורוקרטי מסוכן המעכב תהליכי קבלת החלטות בישראל, נוכח התמשכותה של ההתדיינות.

109. לא אוכל לחתום מבלי להתייחס להצעה שבה חותם חברי את פסק דינו – הצעה לכך שתיתקן מס' 3 אכן יוכרז כבטל, אלא שאז יקבל על עצמו בית המשפט ליישם את עילת הסבירות במתכונתה הישנה והמצמצמת ביותר ביחס להחלטות של הממשלה ושריה. אכן, טובות דרכי שלום. אלא שבית המשפט לא תובע כאן את "עלבוננו" ולא על כבודו הוא מבקש להגן. מנקודת מבטי, הצעתו של חברי אינה נותנת מענה לחשש כי בלא

עילת הסבירות במתכונתה הנוכחית, ומבלי שנוספו מנגנוני ביקורת אחרים על הרשות המבצעת, יישאר שלטון החוק חשוף לסכנה ממשית.

עיקר העיקרים: שלטון החוק בשלטון

110. עם חתימה אני מבקשת לחזור לנקודה שבה פתחתי. ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד מתאימה למצבי קיצון. לעמדה זו שותפים כעת שנים עשר משופטי הרכב זה. שלילתה של כל ביקורת שיפוטית על חוקיות של החלטות ראש הממשלה, הממשלה ושריה – גם אם בעילה מרכזית אחת, ולא בכל העילות – היא מצב קיצון שכזה. הטעם העיקרי שהוביל אותי למסקנה זו הוא כי תיקון מס' 3 פוגע אנושות בהגנה על זכויות ואינטרסים של פרטים, בכך שהוא חוסם את דרכם לקבלת סעד מבית המשפט. עם זאת, אין מדובר בטעם יחיד, ויוכיחו הדוגמאות החשובות שעניינן ההשלכות הקשות של חסימת הביקורת השיפוטית על החלטות של ממשלת מעבר ועל קיומה של ביקורת מטעמים של בעלי תפקידים שהם שומרי סף.

111. במהלך החודשים שחלפו מאז התקבל תיקון מס' 3 והוגשו העתירות שבפנינו, נחשפנו הלכה למעשה לקושי הגלום בחסימת הביקורת השיפוטית על החלטות של הממשלה ושריה על בסיס עילת הסבירות. כפי שציינה גם חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, בתקופה זו שבו והתדפקו על דלתו של בית משפט זה בעלי דין רבים המנהלים הליכים משפטיים הנסכים על זכויותיהם, שבהם עילת הביקורת המרכזית היא הסבירות. בכל אותם הליכים התבקשו לעכב את הדיון המשפטי עד להכרעה בעתירות דנן. מקרים אלו המחישו היטב את העובדה שהסוגיה שבפנינו אינה מתמצה בדיון תיאורטי, שהעיסוק בו שמור ליודעי ח"ן ולחובבי תורת המשפט. כל אותם הליכים תלויים ועומדים מעידים כמאה עדים על כך שאין מדובר בעתירות שאינן בשלות, כעמדת חבריי השופטים י' אלדון ו-מינץ. אדרבה, אלה עתירות ששעתן הגיעה גם הגיעה, והן עוסקות בנושאים המשליכים על זכויותיהם של בעלי דין רבים, כאן ועכשיו. במבט רחב יותר, ניתן להוסיף, כי אין זה אחד מאותם פסקי דין שהיינו רשאים להמתין עם כתיבתם, גם אם "מסביב ייהום הסער". מערכות המדינה אינן עומדות במקומן. החלטות מינהליות מתקבלות ומשפיעות באופן יומיומי על ענייניהם של אנשים. מינויים בשירות הציבורי מתבצעים, ולעתים גם פיטורים. איננו ששים אלי הכרעה. אנו נאלצים להכריע.

112. לבסוף, לא ניתן לסיים מבלי לחזור ולחדד שתיקון מס' 3 אף לא ביקש להמיר את הביקורת השיפוטית במנגנון ביקורת מחייב אחר. 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.

## ש ו פ ט ת

### השופט נ' סולברג:

תוכן עניינים:

#### חלק א' – הסמכות

“זְכוֹר יָמוֹת עוֹלָם בֵּינוּ שָׁנוֹת דּוֹר וָדוֹר שֶׁאֵל אֲבִיךָ יִגְדֶּךָ וְאֶמְרוּ לְךָ” (דברים לב, ז)  
המילה האחרונה; למי ולמה  
מגילת העצמאות  
‘נתונים חוקתיים’  
סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת  
סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה  
ניגוד עניינים מוסדי  
הרוב קובע?  
הנורמה הבסיסית של המשפט הישראלי  
הדין הרצוי

#### חלק ב' – על עילת הסבירות

פרשנות התיקון לחוק-היסוד; בצמצום או ברווח  
מעמדם של דברי-ההסבר; הערת אזהרה כללית  
‘על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים’  
‘שלילת עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית’  
שימוש לרעה בסמכות המכוננת  
הצעת-חוק מטעם ועדה  
הגשמת רצון המכונן

#### חלק א' – הסמכות

1. חוות דעת מקיפה כתבה חברתי הנשיאה (בדימ') א' חיות, ובעקבותיה – מי ברב ומי במעט – מרבית חברי וחברותי. לצערי, לא אוכל להצטרף למסקנותיהם, אף לא להנמקותיהם.

2. סבורני, כי מוטב היה לו דחינו את העתירות כולן על הסף, בלי אומר ודברים, זולת קביעה קצרה, שלפיה – “אין בידינו סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי-היסוד, שכן במשפטנו לא נמצא דבר חקיקה הניצב ממעל להם. מן הטעם הזה, דינן של העתירות

להידחות" (בג"ץ 5555/18 ח"כ חסון נ' כנסת ישראל, פסקה 43 לחוות דעתי (8.7.2021) (להלן: עניין חסון)).

3. חברתי הנשיאה (בדימ') א' חיות מציינת, כי "בהליכים שלפנינו מתעוררות שתי שאלות עיקריות: השאלה הראשונה היא האם ניתן לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד כאשר מועלית טענה לפיה הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת. זוהי שאלה מורכבת ועד עתה נמנע בית משפט זה מלהכריע בה, אך כעת היא ניצבת בבסיס העתירות ודורשת הכרעה. השאלה השנייה, שהתשובה לה תלויה במענה שיינתן לשאלה הראשונה, היא האם התיקון נושא העתירות [...] דינו בטלות (ההדגשות כאן ולהלן הוספו – נ' ס').

4. לגבי ידידי, אין מדובר ב'שאלה מורכבת'; תשובה מן המוכן לפנינו. השאלה האם ניתן לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי-יסוד – הוכרעה עוד בימי בראשית; לא פעם ולא פעמיים. כל אותן קונסטרוקציות משפטיות רעועות, שעליהן מבקשים העותרים להסתמך, המאפשרות כביכול פסילת חוקי-יסוד על-ידי בית משפט זה, נדונו זה מכבר, ונדחו שוב ושוב. אין מקום אפוא להשליך קורפוס פסיקה עשיר, אותו נושאים אנו בצקלוננו מימים ימימה, להציג את השאלה כ'שאלה מורכבת' ו'חדשה', הדורשת הכרעה, ולהסיג את גבולה של הכנסת ב'כובעה' כרשות מכוננת. משהשבתי על השאלה הראשונה בשלילה, הרי שאין עוד מקום לפי גישתי להידרש לשאלה השנייה; התמוטט היסוד, נפל הבניין.

5. בעניין חסון שבתי אל דעת הרוב העקרונית של הנשיא (בדימ') שמגר ברע"א 1908/94 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 320 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי): "כדי להראות כי ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, מתאפשרת אך מכוח הגבלות שהטילה הכנסת, ב'כובעה' כרשות מכוננת על תפקודה ב'כובעה' האחר כרשות מחוקקת [...]. התפיסה שאומצה מאפשרת ביקורת שיפוטית, רק כל אימת שתמצא סתירה בין נורמות מדרגות שונות. אמור מעתה, כי המבקש להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי-היסוד גופם, נדרש להוכיח קיומן של נורמות חוקתיות המצויות גבוה מעל גבוה, ממעל לחוקי-היסוד. ברם, משפטנו אינו מכיר נורמה הניצבת ממעל לחוקי-היסוד; לא במפורש, גם לא במשתמע" (פסקאות 6 ו-8).

6. בעניין בנק המזרחי, נטרפו הקלפים החוקתיים. הוחלש מעמדם של חוקים ראשיים 'רגילים', כך שאֵלו הוכפפו וכונסו תחת כנפיהם של חוקי-היסוד. ברם, מעמדם של הניצבים בראש הפירמידה החוקתית, חוקי-היסוד עצמם – נותר איתן כבתחילה. מעמדם החוקתי של חוקי-היסוד לאחר 'המהפכה החוקתית', זהה אפוא למעמד החוקתי שיוחס לחוקי הכנסת כולם, טרם המהפכה. מכאן מסקנה, כי השאלה שלפנינו אינה כה



חדשה. השאלה זהה לשאלה שאלה נדרשו דורות קודמים של שופטים אשר דנו ופסקו לפנינו: האם ישנן הגבלות על סמכותה של הכנסת כרשות מחוקקת, או שמא, סמכותה בלתי מוגבלת? עתה, משעלינו כיתה נורמטיבית, בעטיה של המהפכה החוקתית – הניסוח שונה, אך 'נשמתה' של השאלה זהה: האם קיימות הגבלות על סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת? או שמא סמכותה של הכנסת, למצער כרשות מכוננת, בלתי מוגבלת? אותה גברת בשינוי אדרת' (ראו דברי להלן, פסקאות 64-67).

"זְכֹר יָמוֹת עוֹלָם בֵּינוּ שָׁנוֹת דּוֹר וָדוֹר שֶׁאֵל אֲבִיךָ יִגְדֶּךָ וְיֹאמְרוּ לָךְ" (דברים לב, ז)

7. חברתי הנשיאה (בדימ') מוסיפה, כי "בהינתן חשיבות הסוגיות שהתעוררו בעתירות דנן קיימנו בהן, באופן תקדימי, דיון בהרכב מלא של 15 שופטי בית המשפט העליון". סבורני, כי בהינתן חשיבותן של הסוגיות המתעוררות, ולאחר שעמדתי על כך שהשאלה הנכבדה שבה אנו עוסקים – אינה חדשה עמנו, עלינו לפסוע צעד נוסף; סמלי ומהותי: נרחיב את ההרכב, הרחבה נוספת, כך שִׁכְלוּל את כל שופטי בית המשפט העליון; אֵלו המכהנים בו כיום, אֵלו שפרשו זה מכבר, עד שופטי הדור הראשון, דור התקומה. רבים מהם אינם בין החיים, אך דבריהם הלא הם כתובים על ספר דברי הימים של בית משפט זה. אין כל מניעה להיזקק לדברי החכמה שנשמעו מפיהם; שנים רבות חלפו, אך "עמד טעמו בו וריחו לא נמר" (ירמיהו מח, יא).

הנשיא א' זמורה

8. ראש וראשון, הוא הנשיא א' זמורה. כמה וכמה דברים נשמעו מפיו על אודות השאלה הנכבדה שבה עסקינן, בשורה של פסקי דין שבהם ישב על מְדִין. עיתים כתב הוא עצמו את פסק הדין, עתים הצטרף לדברי חבריו. טרם נטה אוזנינו לשמוע את דבריו אלה, נחזור 75 שנה לאחור. יום י' באלול התש"ח, 14.9.1948, היה יום חגה של הרשות השופטת – חנוכת בית המשפט העליון בירושלים. "בטקס מכונן ומרגש נשא הנשיא זמורה נאום לאומה, כשהוא פותח במילים: 'נתגלגלה עלי הזכות הגדולה לפתוח את בית המשפט העליון הראשון למדינת ישראל. זכות זו גדולה עד מאד והאחריות הכרוכה בה עוד גדולה ממנה. כל פתיחת בית דין עליון היא מאורע חשוב בכל ארץ ובכל עם. על אחת כמה וכמה פתיחת בית המשפט העליון הראשון למדינת ישראל אחרי תקומתה'..." ([https://supreme.court.gov.il/museum/Pages/Supreme\\_Court\\_of\\_Israel.aspx](https://supreme.court.gov.il/museum/Pages/Supreme_Court_of_Israel.aspx)).

9. את המשך אותו נאום פתיחה היסטורי, הקדיש הנשיא זמורה עבורנו, השופטים, בו הנחיל לנו נשיאנו הראשון אורחות שפיטה. כה היו דבריו: "לא נעבור על סמכותנו ולא נתווה כאן קווים לחידוש החוקים. גם מי שאינו חסיד אדוק של הפרדת הרשויות במדינה יודה בכך שאסור לנו להסיג את גבולו של המחוקק. ידוע ידעתי שחוק מופתי כמו החוק האזרחי השוויוני קובע שאם השופט אינו מוצא בחוק הלכה שעל פיה יכול לפסוק את הדין וגם מנהג

אין לפניו, עליו להורות הלכה לפי מה שהוא, השופט, היה קובע לו היה מחוקק. אבל במה דברים אמורים? כשיש באמת מגרעה [=לקונה – נ' ס'] בחוק. כשאין מגרעה כזאת, עליו לפסוק את הדין לפי החוק הִתְּרוֹת על הלוחות. לפעמים יוכל אולי השופט לנהוג תְּרוֹת בְּחוק הִתְּרוֹת כדי להגיע להחלטה שהיא מתאימה לצדק וליושר, אבל לחרות הזאת יש גבולות, ואם לשופט יראה שאיננו יכול להתגבר על החוק הקיים, אין לו דרך אחרת מאשר לפסוק על פיו ולהפנות את תשומת לב המחוקק לכך שהחוק טעון תיקון”.

10. הנה כי כן, כבר במעמד היסוד של בית משפט זה, הניח הנשיא זמורה את המסד שעליו נבנתה מורשת פסיקה מפוארת, והבהיר, כי אם ברצוננו, השופטים, לשמור על הפרדת הרשויות, עלינו להימנע מלהסיג את גבולה של הרשות המחוקקת-המכוונת. מדבריו של הנשיא זמורה למדנו, כי בפסילת חוקי-יסוד או התערבות בהם, אין שמירה על הפרדת הרשויות; להפך. עלינו לכוף את ראשינו בפני החוק, שאם לא כן נמצאנו פולשים לשטחה של הרשות המחוקקת-מכוונת. לשפיטה נבחרנו; לא לחקיקה.

11. חודשים ספורים חלפו מאז פתח בית המשפט העליון את שעריו, וביום 2.12.1948 ניתן פסק דין בבג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב (יהושע גוברניק), פ"ד א 85 (1948) (להלן: עניין זיו). ב"כ העותר ניסה לעשות שימוש בהכרזת העצמאות, או בשמה הרשמי 'ההכרזה על הקמת מדינת ישראל', ככלי נשק גרעיני, על-חוקי. זאת, על מנת להביא לביטולן של תקנות ההגנה הבריטיות משנת 1939, שחלו אז מכוח פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. "כדי לשכנע את בית-המשפט, כי אין להעלות על הדעת משמעות אחרת לסעיף 9 (א) הביא מר נוחימובסקי לפניו את ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, שפורסמה בעתון הרשמי מס' 1, הכוללת את הפסוק 'מדינת ישראל תהיה מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל'. לדברי בא-כוח המבקש נכללת ההכרזה בהגדרה של 'חוק' בפקודת הפירושים, 1945, והחוק הזה יחזיר לאזור במדינה את כל חירויות האדם, ומכיון שכך, הרי בוטלו כל אותם החוקים אשר שימשו קודם לכן מקור לתקנות השוללות חירויות אלה”.

12. בית המשפט העליון, בהרכב שבו ישבו שלושה מחמשת השופטים המייסדים – הנשיא א' זמורה, והשופטים י' אולשן ו-ש"ז חשין – דחה את הטענה. נפסק, כי "אין אנו יכולים לקבל את טענתו הנלבבת של בא-כוח המבקש. ההכרזה [...] באה רק לשם קביעת העובדה של יסוד המדינה והקמתה לצורך הכרתה על-ידי החוק הבינלאומי. היא מבטאת את חזון העם ואת 'האני מאמין' שלו, אבל אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים, או ביטולם". הא למדנו, כי הניסיונות להפוך את מגילת העצמאות ל'חוק קונסטיטוציוני', לא מקרוב באו. ימיהם כימי בית משפט זה. כבר באותם ימים ראשונים, שמר בית המשפט העליון אמונים לתפקידו הקונסטיטוציוני, עמד בפרץ,

ודחה אותן טענות. זאת, על אף שבכך הגביל בית המשפט העליון, כביכול, את כוחו-שלו, הרכין את ראשו וצמצם את סמכויותיו.

הנשיא י' אולשן

13. נפנה עתה להטות אוזן קשבת לחוות דעתו של נשיאו השני של בית משפט זה, ומי שכינה כאחד מחמשת שופטי 'דור המייסדים', הנשיא י' אולשן. השופט אולשן חתום, כאמור, על פסק הדין הנ"ל בעניין זיו. פסק דין נוסף, חשוב לא פחות, הוא פסק הדין בבג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר-הבטחון, פ"ד ב 5 (1949) (להלן: עניין אל-כרבוטלי). פסק הדין ניתן כחודש-ימים לאחר פסק הדין בעניין זיו, על-ידי אותו הרכב שופטים: השופט אולשן שכתב את פסק הדין, בהסכמת יתר חברי ההרכב, הנשיא זמורה והשופט ש"ז חשין. יש לראותו, אם כן, כהשלמה וביאור לפסק הדין בעניין זיו.

14. גם כאן ניסה ב"כ העותרים את מזלו בטענה לסתירה בין דבר חקיקה לבין הכרזת העצמאות. גם כאן, כמו בעניין זיו, הטענה – נדחתה.

"את טענתו השניה מבסס בא-כוח המבקש על 'ההכרזה על הקמת מדינת ישראל' והוא מדגיש את המלים בהכרזה הזאת, כי 'מדינת ישראל [...] תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל'. הדברים האלה, טוען בא-כוח המבקש, מבטיחים לאזרחים במדינה את חופש הפרט, ומכיון שבתקנה 111(1) יש משום שלילת חירותו של הפרט, ללא כל ערובה, היא פסולה ויש לראותה כבטלה ומבוטלת. התשובה לטענה הזאת כבר ניתנה על-ידי בית משפט זה ב-בג"ץ 10/48, שם נאמר: [...] ההכרזה [...] באה רק לשם קביעת העובדה של יסוד המדינה והקמתה לצורך הכרזה על-ידי החוק הבינלאומי. היא מבטאה את חזון העם ואת ה'אני מאמין' שלו, אבל אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם'.

בא-כוח המבקש כופר בנכונות הדעה הזאת, מפני שלדעתו היא מבוססת על ההשקפה, שההכרזה היא רק מסמך פוליטי. בית המשפט בפסק-דינו הנ"ל לא ראה את ההכרזה כראות מסמך פוליטי גרידא. להיפך, הודגש בו, כי התעודה הזאת יש לה ערך של חוק לצורך קביעת העובדה של ההקמה החוקית של המדינה: אולם בית המשפט לא קיבל את הטענה, כי תעודה זאת מהווה את החוקה, שלאורה יש לבחון כשרותם של חוקים בטרם נקבעה על-ידי האסיפה המכוננת, החוקה היסודית, אשר עצם ההכרזה מדברת עליה"; דברים כדורכנות.

מ"מ הנשיא ש"ז חשין

15. השופט ש"ז חשין, גם הוא משופטי ההרכב הראשון של בית המשפט העליון, הצטרף כאמור לפסקי הדין בעניין זיו, ובעניין אל-כרבוטלי. השופט חשין, סבר גם הוא,

כחבריו, כי אין לו סמכות, לבית המשפט, לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת, גם לא מכוחה של מגילת העצמאות.

הנשיא ש' אגרנט

16. חשיבות רבה נודעת לפסק הדין של הנשיא השלישי של בית משפט זה, השופט ש' אגרנט, בבג"ץ 73/53 חברת 'קול העם' בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (1953) (להלן: עניין קול העם). "פסק הדין הוא מרכזי במשפט הישראלי בשל ההלכות שנקבעו בו לעניין חופש העיתונות בפרט, וחופש הדיבור ואופיה הדמוקרטי של המדינה בכלל" (אהרן ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם", מבחר כתבים א 575, 576 (2000)). פסק דין זה הרחיב את ההגנה על זכויות האדם במשפט הישראלי, אך בד-בבד חזר והבהיר את גבולות הביקורת השיפוטית. מי שמעלה על נס את האמור בפסק הדין, כי הכרזת העצמאות – "במידה שהיא 'מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו' [...] מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה", אינו רשאי להתעלם מדברים שנאמרו בחדא מחתא, בחלקו הראשון של אותו משפט. השופט אגרנט שב ומצטט שם בהסכמה מפסק הדין בעניין זיו, על כך שהכרזת העצמאות – "אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם".

17. הנשיא אגרנט, חזר וביטא את מחויבותו העמוקה לעיקרון-העל הדמוקרטי, בדבר עליונותו של המחוקק. כך למשל, בפסק הדין בבג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794, 797 (1973) (להלן: עניין קניאל), שנכתב על-ידי ההרכב שבראשו ישב הנשיא אגרנט, נאמר כך: "החוק החדש נתקבל כדין ולא נוכל איפוא להרהר אחריו, כי במשטר החוקתי שלנו דין הכנסת כרשות המחוקקת הוא דין, ועל בית-המשפט לפרש את הדין ולהפעילו, ולא לבטלו או לשנותו, כפי שבא-כוח העותר ביקש מאיתנו בטענותיו הכלליות על אי-הצדק הטמון בחוק החדש. 'הכנסת היא ריבונית בחקיקת חוקים. היא חפשית בבחירת הנושא לכל חוק ובקביעת תוכנו, וכל חוק היוצא מבית היוצר שלה יש לתת לו ולכל חלק שבו תוקף' [...]".

18. כך גם למדנו ושנינו בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 701 (1969) (להלן: עניין ברגמן). פסק הדין זכור היטב, משום שבו בוטל בפעם הראשונה חוק ראשי של הכנסת. זאת, בשל הפרה של עיקרון השוויון בבחירות לכנסת, המעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. סעיף זה 'משוריין', כך שלא ניתן לשנותו אלא ברוב של 61 חברי כנסת, ואילו החוק שבוטל לא התקבל ברוב הדרוש. עם זאת, חשוב לזכור, כי פסק הדין שניתן פה אחד, בהרכב מורחב בראשות הנשיא ש' אגרנט, יחד עם חבריו השופטים י' זוסמן, מ' לנדוי, צ' ברנזון ו-א' מני קובע, כי חרף הפגיעה בעיקרון השוויון, הרי שהכנסת

רשאית לשוב ולחוקק את החוק, כל עוד יחוקק ברוב המינימלי הנדרש: "יוצא איפוא שהכנסת יכולה לעשות אחת משתיים: היא יכולה לחזור ולחוקק את הוראות המימון שבחוק המימון, למרות חוסר השוויון שבהן, אם ימצא להן הרוב הדרוש לפי הסעיפים 4, ו-46 של חוק היסוד; או שהיא יכולה לתקנו כדי להסיר את חוסר השוויון, והצבענו לעיל על דרך אפשרית בה ניתן לעשות זאת". הרי לנו תפיסה דמוקרטית שורשית, המכירה בכך שסמכותה של הכנסת לחוקק חוקים – בלתי מוגבלת, גם אם אלו פוגעים בעיקרון השוויון.

השופט מ' זילברג

19. דעתו של השופט מ' זילברג, אף היא אינה משתמעת לשני פנים. בד"נ 3/62 שר-הפנים נ' מוסא, פ"ד טז 2467, 2470-2471 (1962), כתב השופט זילברג בדבריו האלה: "השאלה שניסרה בחלל בית-המשפט מבעד, או מאחורי, הדיון הנוסף הנוכחי, היא; מה יעשה השופט ולא יחטא, בעמדו מול הוראת-חוק הגוררת אחריה תוצאה קיצונית, אשר לדעתו – אין הדעת סובלת? המותר לו, במקרה חירום זה, לעקם את הכתוב ולהוריד את תחולת החוק עד לשיעור הרציונלי שבו – רציונלי, לדעת השופט – או דילמא חייב הוא לומר: 'יבוא בעל הכרם ויכלה את קוציו', אף עד שלא עשה כן, חייב אני להחיל את החוק כמות שהוא, ללא כל גירוע או ייתור?"

בעיני ברור הדבר, כי מן הדין והחובה הוא ללכת בדרך השניה. לא באתי לכפור חלילה בסמכותו הפרשנית של השופט. ודאי! כאשר משמעותו של החוק אינה ברורה, או שלשונו משתמעת לשתי פנים ויותר, מותר לו, ואף חייב הוא, להיכנס לפנים מן הקלעים, ולתור אחרי כל נקודת אחיזה – משפטית, היסטורית, כלכלית, בטחונית, בלשנית וכד' שיש בה כדי לגלות או להצביע על רצונו הכמוס של המחוקק. ברם, אם לאחר כל אותה חקירה-ודרישה מגיע השופט לידי מסקנה, כי אכן זו היא, זו ולא אחרת, כוונתו של המחוקק, אזי אף השיקול ההגייוני ביותר אינו משמש לו היתר לעבור על החוק. שאם לא ינהג כן – עשויה הזרוע השיפוטית של המדינה להתנשא על הזרוע המחוקקת שלה, ולערער את שיווי המשקל של השילוש הקיים בכל מדינה דמוקרטית, נאורה, עקב חלוקת הרשויות. ואף גם זאת: בל נשכח, כי תורת המשפט וחוקיה אינם ממדעי הטבע המדויקים, בהם האינטלקט הוא הקובע בלעדית מה היא המציאות הנכונה. בתחום המשפט, המצוי הוא תולדה של הרצוי; והרצוי אף הוא איננו יתום! הוא מוסב ומונע ומודרך על-ידי שיקולים תועלתניים, היינו: ההגנה על אינטרסים, שהחברה, בצדק או שלא בצדק, חפצה ביקרם. ואם השופט יורשה לבכר את 'הרצוי' הפרטי שלו על פני 'הרצוי' של המחוקק, אזי יקיץ הקץ על נייטרליותם, העדר-פנייתם ועל-מפלגתיותם של שופטי המדינה. הדין ייהפך אז ל'פונקציה' של הדיין, זאת אומרת: החלטותיו השיפוטיות תהיינה פועל-יוצא ומסובב של ההשקפות האישיות-פרטיות שיש לו, לאותו שופט, באשר הוא אזרח, בעיני משטר, מעמד, פוליטיקה, מוסר, תרבות, חינוך וכל כיוצא בזה. קיימת רק ערובה אחת לטוהר שיפוטו של השופט, והיא: כניעתו הגמורה לרצונו הברור של החוק". דברי השופט זילברג מבטאים היטב את השקפתי; זהו הקיוון לבי.

20. השופט זילברג אינו מסתפק בהצהרה כי הדין המצוי מחייב את עליונותה המוחלטת של הנורמה התחקיתית הגבוהה, מעשה-ידיה של כנסת ישראל. בדומה לנשיא זמורה, מדגיש השופט זילברג כי זהו אף הדין הרצוי. אם ברצוננו לשמור על הפרדת הרשויות, ועל "טוהר שיפוטו של השופט", עלינו להכיר נכוחה את מקומנו במארג החוקתי, ולא לנסות 'לספח שטחים' שאינם בסמכותנו.

הנשיא י' זוסמן

21. נשיאו הרביעי של בית המשפט, הנשיא י' זוסמן, המשיך אף הוא במסורת הדמוקרטית של קודמיו. אמנם, יש מבין חסידי 'עקרונות היסוד של השיטה', המבקשים להיתלות בדבריו, בדעת יחיד, בע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת הששית, פ"ד יט(3) 365 (1964) (להלן: עניין ירדור). באותו עניין קבע הנשיא זוסמן, כי חרף העדר קיומו של חוק המאפשר לפסול רשימה התומכת בחיסולה של המדינה, הרי שניתן לאסור על השתתפותה בבחירות מכוח 'עקרונות שאינם כתובים עלי ספר'. עם זאת, דומני, כי עיון כולל במשנתו החוקתית של הנשיא זוסמן – מוליך למסקנה שונה.

22. אפתח בדבריו בבג"ץ 163/57 לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד יב 1041, 1079 (1958): "מדינת ישראל, נאמר במגילת העצמאות, 'מושגת על יסודות החירות, הצדק והשלום'; מלים אלה היו מתרונות מתוכנן ושלטון החוק היה מתמוטט, לולא הניחה הרשות עקרון זה נר לרגליה. אלא שרשאי המחוקק הכל-יכול להתיר את הפגיעה באזרח ללא דין וללא דיין". הַנִּי אומר, אין ביכולתה של מגילת העצמאות לגבור על דבר חקיקה מפורש, לבטל או להגביל את ריבונות הכנסת.

23. שמא יעלה במחשבה, כי הדברים הללו נכתבו לפני פסק הדין בעניין ירדור, וכי הנשיא זוסמן חזר בו? אף אני אשוב ואזכיר, כי הנשיא זוסמן נמנה על שופטי ההרכב המורחב שנתן את פסק הדין הנ"ל בעניין ברגמן, כמה שנים לאחר פסק הדין בעניין ירדור; פסק דין שחזר ואישר את ריבונות הכנסת, אף מקום שבו זו פוגעת בעיקרון השוויון.

24. ואולי, סוף כל סוף, מקום שבו 'עקרונות היסוד של השיטה' מצויים בהתנגשות חזיתית עם חוק חרות של הכנסת, יפסוק הנשיא זוסמן כי יש מקום להכריז על ביטול חוק ראשי של הכנסת, שמא אף חוק-יסוד? 'נעלה באוב' אפוא את פסק הדין בע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129 (1971) (להלן: עניין רוגוזינסקי). פסק הדין ניתן גם הוא לאחר פסק הדין בעניין ירדור, בהרכב מורחב בראשות מ"מ הנשיא זוסמן, ונכתב על-ידי השופט צ' ברנזון, בהסכמת כל חברי ההרכב (מ"מ הנשיא י' זוסמן,

והשופטים: א' מני, מ' עציוני, ו-י' כהן). הדברים נכתבו לפני שנים רבות, אך כמו נכתבו לענייננו-שלנו.

25. המערערים ביקשו שם לערער על תוקפו של חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, בטענה כי החוק סותר את האמור בהכרזת העצמאות. בית המשפט, נאמן לפסיקתו העקבית מאז ומקדם – דחה את הטענה: "ואשר להכרזת העצמאות, הלכה פסוקה היא שזו איננה בגדר חוקה שחוקי המדינה כפופים לה או שיש בה כדי להשפיע על קיומו או ביטולו של חוק המדינה. לא אחת נאמר, כי הכרזת העצמאות אמנם מבטאת את חזון העם ואת האני מאמין שלו, אבל אין לה תוקף של חוק. תוקפה המשפטי הוא בכך, שיש לפרש כל הוראת חוק לאורה ועד כמה שאפשר בהתאמה עם עקרונותיה המנחים ולא בניגוד להם. ברם, כאשר קיימת הוראת חוק מפורשת של הכנסת, שאינה משאירה מקום לשום ספק, יש ללכת על-פיה, הגם שאינה עולה בקנה אחד עם אחד העקרונות שבהכרזת העצמאות" (שם, בעמ' 136).

26. השופט ברנזון מוסיף ומחזק את הדברים, בציינו כי "יהיה הדבר כאשר יהיה, ברור על-כל-פנים כי חוק המדינה אשר מסר את עניני הנישואין והגירושין של יהודים בישראל, אזרחי המדינה או תושביה, לשיפוטם של בתי-הדין הרבניים, והורה שנישואין וגירושין כאלה ייערכו לפי דין תורה, עדיף על עקרון חופש המצפון, כשם שכל הוראת חוק מפורשת אחרת גוברת על כל דבר אחר האמור בהכרזת העצמאות" (שם).

27. המערערים לא אמרו נואש, וכבר אז, בשנים קדמוניות, ניסו לעשות שימוש ב'עקרונות היסוד של השיטה', וב'משפט משווה', כדי להתגבר על עליונות המחוקק-המכוון: "[בא-כוח המערערים] מבקש מאתנו ללמוד מהדוגמה של ארצות-הברית. הוא אומר: 'מדינת ישראל היא מדינת חוק דמוקרטית וערכי היסוד שלה מחייבים במידה שווה את כל רשויות המדינה ומכאן זכותו – יתר-על-כן חובתו של בית-משפט זה לפסול כל חוק המפר ומחלל ערכים אלה. גם בארצות-הברית אין כל הוראת חוק מפורשת המסמיכה את בית-המשפט העליון לפסול את חוקי הקונגרס והמדינות. בית-המשפט שם ייחס לעצמו סמכות זו מתוך גישה דומה לגישה שאני טוען לה ותרם תרומה עצומה לדמוקרטיה האמריקאית".

28. בית המשפט משיב תחילה על ההקבלה לארצות הברית, בהקשר של מגילת העצמאות. הדברים מקבלים משנה רלבנטיות בימינו, ומחדדים את התהום הפעורה בין הביקורת השיפוטית של בית משפט זה על חקיקה רגילה מכוח חוקי-היסוד, לבין ניסיון לבקר את חוקי-היסוד עצמם: "חושבני שהדוגמה אינה דוגמה ואין אנו יכולים ללמוד ממנה מאומה. בארצות-הברית, כאשר עמדו זה מול זה חוק וחוקה, ברור היה שהחוקה עדיפה ובית-המשפט רק נתן ביטוי מעשי להלכה ברורה זו. אצלנו, השאלה היא חוק הכנסת מול הכרזת העצמאות, וזו כמבואר לעיל אין לה תוקף של חוק, לא-כל-שכן שאין לה תוקף של חוקה בעלת תוקף עילאי הגוברת על כל חוק רגיל. כאשר ברור, מעל לכל ספק, רצונו של המחוקק

למסור לשיפוטם של בתי-הדין הדתיים היהודיים ענייני הנישואין והגירושין של יהודים ושנישואין וגירושין אלו ייערכו לפי דין תורה, ולא לפי דין אחר, על בתי-המשפט לכבד רצון זה ולתת לו תוקף, אף אם אינו עולה בקנה אחד עם העקרונות של חופש המצפון שבהכרזת העצמאות [...]. אמת נכון הדבר [...] כי כל רשויות המדינה חייבות לפעול ברוח הכרזת העצמאות ולהימנע עד כמה שאפשר מעשיית מעשה העומד בניגוד לה. כן יש לפרש חוק, עד כמה שאפשר, בהתאמה עם הכרזת העצמאות ולא בניגוד לה. יחד עם זאת, לא פחות ברור הדבר, כי הכנסת בתורת הרשות המחוקקת של המדינה היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק הנראה לה, והוא הקובע את משפט המדינה".

29. מכאן ממשיך השופט ברנזון, כאמור, בהסכמת חבריו להרכב, ודוחה את הניסיון להכפיף את ריבונות המחוקק למרותם של 'ערכי היסוד של השיטה': "[בא-כוח המערערים] אף הרחיק לכת וטען, כי ישנם ערכי יסוד בסיסיים בחיי מדינה, שהגם שאינם כתובים בחוקה או בספר החוקים של המדינה, הם מהווים 'נורמות על-חוקתיות' שבכוחן לפסול כל דבר חוק שאינו מתיישב עמהן. מתוך כך, יכול בית-המשפט לפסול חוק הנוגד ערך יסוד עילאי, וחופש המצפון וזכות ההגדרה העצמית הם כאלה [...]". על כך משיב בית המשפט העליון: "הזכות להגדרה עצמית, [שבא-כוח המערערים] טוען לה על-סמך חופש המצפון, משמעותה המעשית היא, שרק אותם האנשים המוכנים מרצונם החפשי להירתם בעול השיפוט הדתי, יהיו כפופים לו. כלומר, הברירה בידי כל אדם מן היישוב, שהוא יהודי לפי ההלכה: רוצה – מכיר הוא בשיפוט הדתי ונכנס בעולו; אינו רוצה – אינו מכיר. אפשרות זו היתה אולי טובה וראויה לו המחוקק רצה בה, אבל הוא גילה את דעתו אחרת [...] זכות ההגדרה העצמית בשאלות הדת והלאום, כבודה במקומה מונח. ואולם, כפי שאמר השופט ח' כהן בדונו בענין שטדרמן בשאלת הלאום היהודי: 'זכות זו מתבטלת ונדחית מפני הוראה מפורשת של החוק'. הוא הדין כאן: נוכח ההוראה המפורשת של חוק שיפוט בתי-הדין הרבניים בדבר שיפוטם הייחודי של בתי-דין אלה בענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל, לא יועיל למערערים, ברצונם להתנער משיפוט זה" (שם, בעמ' 136-138). בית המשפט היה כה נחרץ, בדחייתו את הטענות בדבר כפיפותם של חוקי הכנסת למגילת העצמאות, או 'לערכי היסוד של השיטה', עד שבשולי פסק הדין נכתב כי "ראינו לנכון לדחות את הערעור ביום שמיעתו בלי לבקש את תשובת המדינה" (שם, בעמ' 141); לגבי דידי, כאז כן עתה; ראוי היה לנו לדחות על אתר את העתירות שלפנינו.

30. לאחר שעמדנו על משנתו החוקתית הכוללת של הנשיא זוסמן, כיצד ניתן ליישבה, עם האמור בחוות דעתו של הנשיא זוסמן, בעניין ירדור? הסבר לכך ניתן במאמרו של פרופ' ד' פרידמן (דניאל פרידמן) "היש לישראל חוקה ומי כותב אותה?" משפט ועסקים יד 117, 129 (2012): "פסק-דין ירדור משקף גישה אקטיביסטית של בית-המשפט, בכך שבית-המשפט מכיר באפשרות לפסול רשימה לכנסת למרות העדר הוראה בחוק המאפשרת זאת. אולם זו גישה אקטיביסטית מוגבלת, שכן בית-המשפט אינו שולל את תוקפו של דבר חקיקה, ואינו מתיימר כלל לעשות זאת. למרות אמרות-האגב של השופט זוסמן, שניתן להן



פירוש החורג בהרבה מכוונתו, ברור שבית-המשפט הישן מכיר בעליונות המחוקק, וכל שנעשה בעניין ירדור הוא השלמת החקיקה בנקודה חשובה עד-מאוד שהמחוקק לא התייחס אליה".

31. חברתי השופט ג' כנפי-שטייניץ (בפסקה 1 לחוות דעתה), מבקשת להתבסס על עמדתו של השופט זוסמן, בעניין ירדור (פסקה 6 לחוות דעתו), אלא שגישתו מיוסדת על 'משפט הטבע'. אין תימה אפוא על כך שהשופט זוסמן סייג את דבריו רק לעניינה של רשימה המבקשת לערער על עצם קיומה הפיזי של המדינה. אף לשיטתו, שמירה על יסודות המשטר הדמוקרטי – אינה יכולה לשמש נימוק לפסילה, גם לא תמיכה בטרור או בגזענות (ראו: דברי השופט מ' בייסקי בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 325-332 (1985) (להלן: עניין ניימן)). ממילא, כל אלו המבקשים להעלות על נס ערכים מופשטים, בדמות 'ערכי היסוד של השיטה', או 'יהודית ודמוקרטית', אינם יכולים להיתלות בדברים שנאמרו בעניין ירדור (לביקורת ברוח דומה ראו דבריו של חברי, השופט ע' גרוסקופף בפסקה 21). נוסף על כך, חשוב לזכור, כי פסק הדין בעניין בנק המזרחי – הן חוות דעתו של הנשיא (בדימ') שמגר, הן חוות דעתו של הנשיא ברק – מבוסס כולו על גישת המשפט הפוזיטיביסטי; לא משפט הטבע.

הנשיא מ' לנדוי

32. השופט מ' לנדוי, נשיאו החמישי של בית משפט זה, אף הוא פרס את משנתו בשאלה שעל הפרק, בשורה ארוכה של פסקי דין, שיצאו תחת ידיו במשך השנים הרבות שבהן ישב על מדין.

33. כבר בפסק הדין בע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד 481, 488-489 (1951), שניתן בשנותיה הראשונות של המדינה, נכתב על-ידי השופט לנדוי, כי "עקרון אי-ההפליה משקף את השאיפה לשוויון כל האזרחים בפני החוק; חופש המצפון והפולחן הוא אחת מחוריות הפרט המובטחות לו בכל משטר דמוקרטי נאור. בהכרזה על הקמת מדינת ישראל נאמר: 'מדינת ישראל... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה, בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות...' [בא-כוח המערער] הזכיר בטענותיו את המלים האלה. אבל לא הסיק מהן שום מסקנות משפטיות, והצדק עמו, כי בית משפט זה כבר החליט [...] ש'אין בהכרזה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים, או ביטולם'. לכן הסכים [בא-כוח המערער] שאילו חוקקה הכנסת במדינת ישראל סעיף כסעיף 181 הנדון כאן, לא היה יכול לערער על חוקיותו".

34. גם בבג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא(3) 657, 665 (1977) (להלן: עניין פוגל), שנינו מפיו של השופט לנדוי, כי "במילים האחרונות מבהיר השופט ויתקון שהתפתחות הפסיקה, כפי שהוא משרטט אותה, יסודה בהגנה על חופש הפרט, דהיינו על חירויות האזרח, אף שאלה 'אינן כתובות על ספר'. כך זכינו למעין מגילת זכויות שיפוטית, בדומה למגילות כאלה הכתובות בחוקות של מדינות אחרות, אך להבדיל מאחדות מהן (לא כולן) כפופה מגילת הזכויות שלנו לרצונה הריבוני של הכנסת כרשות המחוקקת".

35. בבג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 136-137 (1981) חזר הנשיא לנדוי וציין כי "דעת הכול היא, לפי ההסדר החוקתי הקיים אצלנו לעת עתה, כי בנתון לבעיה המיוחדת של הוראות חוק משוריינות, אין בית-משפט זה נוטל לעצמו סמכות ביקורת על תוכן חקיקתה של הכנסת". אכן, ההסדר החוקתי הקיים, בכל הנוגע למעמד של חוקים רגילים – השתנה מאז. אך בכל הקשור לביקורת על חוקי-היסוד עצמם, הרי ש"ההסדר החוקתי הקיים אצלנו לעת עתה", שריר וקיים גם עתה, כפי שביארתי בפְּתַחַה של חוות דעתי (ראו גם פסקאות 64-67 להלן).

36. נוסף על פסקי דין אלו, היה השופט לנדוי שותף לפסק הדין בעניין קניאל, והצטרף בהסכמה גם לפסקי הדין בעניין קול העם, ובעניין ברגמן; כולם נסקרו לעיל.

השופט צ' ברנזון

37. במשך קרוב לשנות-דור, כיהן השופט צ' ברנזון בבית המשפט העליון, גם הוא השאיר אחריו ברכה, כמה וכמה פסקי דין, ללמדנו על דעתו הנחרצת והברורה. ראש וראשון להם הוא פסק הדין בעניין רוגוזינסקי, שצוטט לעיל בארוכה, ובו דחה השופט ברנזון את הנסיון להכפיף את כוחו של המחוקק, הן למגילת העצמאות, הן לעקרונות היסוד של השיטה'.

38. בפסק הדין בע"א 228/63 עוז נ' עזר, פ"ד יז 2541, 2547 (1963) אמר השופט ברנזון כדברים האלה: "תמיד חשבתי, כי נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת או של הוראה בחוק הכנסת שנעשה כדין על יסוד נימוק זה או אחר". פסק דין זה ניתן פה-אחד בהסכמת חבריו להרכב, הנשיא י' אולשן, והשופט ח' כהן.

39. כך גם בבג"ץ 188/63 אל מגיד אלאזהרי נ' שר הפנים, פ"ד יט 337, 349 (1965), האריך השופט ברנזון בדברים, שמא כדי להוציא מדברי המלעזים: "הכנסת היא הרשות המחוקקת במדינה וכל חוק שלה, שלא נקבע בו אחרת, מקבל תוקף ביום פירסומו ברשומות

והפרסום משמש ראיה כי החוק ניתן ונחתם כדין [...] הכנסת היא ריבונית בחקיקת חוקים. היא חופשיה בבחירת הנושא לכל חוק ובקביעת תוכנו, וכל חוק היוצא מבית היוצר שלה יש לתת לו ולכל חלק שבו תוקף. חושבני, כי הכל מסכימים שאין בתי המשפט יכולים להרהר אחרי מידותיו של המחוקק הריבוני, כפי שהן מוצאות את ביטויין בחוקים המתקבלים על ידיו. בית המשפט יכול רק לפרש חוק הכנסת ולא להעמיד בסימן שאלה תוקפו של חוק ונכונות הדברים האמורים בו. בספר של Keir & Lawson על המשפט הקונסטיטוציוני מובאים הדברים הבאים של לורד דונדין (Dunedin) [...] 'בשבילנו חוק הפרלמנט, שעבר את בית הלורדים ובית הנבחרים ואושר על ידי המלך, הוא מעל לכל ואנו חייבים לתת תוקף להוראותיו'. וכבר אמר לפניו השופט Willes 'אם חוק הפרלמנט הושג שלא כראוי, ענינו של המחוקק הוא לתקנו על ידי ביטולו, ואולם כל זמן שהוא קיים כחוק, על בתי המשפט לציית לו. ההליכים כאן הם שיפוטניים ולא אוטוקרטיים, והם עשויים להיות כאלה אילו נטלנו לעצמנו את הכוח לעשות חוקים במקום לבצע אותם'. הוא הדין, לדעתי, כשמדובר לא בעשיית חוק אלא בשלילת תוקפו, שבשני המקרים זו היא התערבות שרירותית מצד בית המשפט בסמכות הבלעדית של המחוקק. אחרי שחוק נתקבל בכנסת ופורסם ברשומות, עליו להרכין ראש בפניו ולא להרהר אחרי הוראותיו, קביעותיו והנחותיו. הכנסת נוסכת את יינה לתוך קנקן החוק, ובית המשפט יכול רק לומר, בדרך של פירוש החוק, מהו טעמו של היין. הוא אינו יכול לומר שהקנקן ריק מיין בניגוד לאמור בחוק עצמו".

מ"מ הנשיא ח' כהן

40. **השופט ח' כהן, גם הוא נדרש לשאלה הנדונה, לא פעם ולא פעמיים, ותשובתו – חדה וברורה. בע"א 780/70 עיריית תל-אביב-יפו נ' ספיר, פ"ד כה(2) 486, 496 (1971), משמיענו השופט ח' כהן, כי "הדין הוא שאין מהרהרים אחר החוק, לא באשר הוא סביר מטבע ברייתו, אלא על-אף היותו בלתי-סביר: החוק עומד בחזקת תוקף וכשרות, אך אין הוא עומד בחזקת סבירות – ואין הוא זקוק לחזקה זו. אם אין אחרי רצונו של המחוקק הריבוני ולא כלום, אין זאת באשר סביר הוא אלא באשר רצונו הוא".**

41. **כך גם בבג"ץ 120/73 טוביס נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(1) 757 (1973) (להלן: עניין טוביס), נכתב מפיו של השופט ח' כהן, כי "התשובה הקצרה לכל שלוש הטענות הללו אחת היא: המעשים הפסולים – בהנחה הבלתי-מוכחת שאמנם יש בהם פסול – נעשו לא בידי הממשלה כי אם בידי הכנסת, ואין בית-משפט זה מהרהר אחר הכנסת. אדון אחרון ראשון: דמי שכירות שנקבעו על-ידי הממשלה [...] זכו לגושפנקה מאת המחוקק בסעיף 46 לחוק. אפילו בלתי-סבירים הם, אין נגד חוסר סבירותו של המחוקק לא עצה ולא סעד בבית-משפט זה".**

42. **בבג"ץ 262/62 פרץ נ' יושב ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר-שמריהו, פ"ד טו 2101, 2107 (1962) חזר השופט ח' כהן על ההלכה המושרשת באשר להכרזת העצמאות: "אין הכרזה זו בגדר חוק אשר אפשר לבסס עליו עילת תובענה".**

43. דברים מפורשים אמר השופט ח' כהן בנחישות בעניין ירדור (בעמ' 379): "לא ועדת הבחירות המרכזית ולא בית-משפט זה מחוקקים במדינה הזאת: הכנסת היא הרשות המחוקקת, והיא אשר מסמיכה את מוסמכיה, אם רצונה בכך, לעשות לאיש כדרכיו וכפרי מעלליו. בהעדר הסמכה כזאת מאת המחוקק, לא ההגיון ולא הכורח ולא אהבת המולדת ולא שום שיקול אחר, יהא אשר יהא – מצדיקים עשיית דין על דעת עצמו ושלילת זכות הזולת".

44. בהמשך דבריו, יוצא השופט ח' כהן חוצץ נגד הניסיונות להשליט ערכים חוקתיים מופשטים על משפט המדינה הפוזיטיבי, שנחקק על-ידי הכנסת: "יש מהן מן המדינות אשר בהן בטחון המדינה, או קדושת הדת, או הישגי הריבולוציה וסכנות הקונטרבולוציה, וכל כיוצא באלה ערכים מערכים שונים, מכסים על כל פשע ומכפרים על כל מעשה שנעשה ללא סמכות ובניגוד לחוק. יש מהם אשר המציאו להם 'משפט טבעי' הגבוה מכל חוק, והמבטל אותו במקרה של צורך, בחינת עת לעשות הפרו התורה. כל אלה אינן דרכיה של מדינת ישראל: דרכיה דרכי חוק, והחוק ניתן מפי הכנסת או מכוח הסמכתה המפורשת" (שם בעמ' 382).

השופט א' מני

45. השופט א' מני, גם הוא משתייך לזרם הדמוקרטי ה'מיושן', שעליו נמנו, כאמור, רוב מניין ורוב בניין של שופטי בית משפט זה. השופט מני הצטרף בהסכמה לפסקי הדין בעניין רוגוזינסקי, בעניין ברגמן, ובעניין טוביס. כולם נסקרו לעיל בהרחבה.

השופט י' קיסטר

46. השופט י' קיסטר היה שותף לפסק הדין בעניין קניאל שנסקר לעיל, וניתן פה-אחד על-ידי ההרכב בראשות הנשיא אגרנט. בפסק דין זה נתן השופט קיסטר ביטוי להשקפת עולמו, שנהנתה באותם ימים מקונצנזוס מוחלט, בדבר עליונותו המוחלטת של המחוקק-המכונן.

השופט מ' עציוני

47. השופט מ' עציוני פרס יריעה רחבה בפסק הדין בע"א 373/72 טפר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 7, 14-17 (1974). לאחר הצטרפותו לקביעתו של השופט א' ויתקון, כי דין הערעור להידחות, מוסיף השופט עציוני, ואומר כך: "אם אוסיף כמה דברים משלי, הרי עושה אני זאת לאור הנסיון החוזר ונשנה להשיג דרך בית-משפט זה את מה שסירב להעניק המחוקק עצמו. מן הראוי לתחום את הגבולות בין הסמכות שניתנה לנו לבין הסמכות, שהיא בתחום הרשות המחוקקת, היא הכנסת. מה [ש]מבקש מאתנו בא-כוח המערערים הוא, לא פחות ולא יותר מאשר להנהיג בארץ את המוסד של נישואין אזרחיים מתוך ההנחה שעל בית-משפט זה מוטל התפקיד למלא את מה שהחסיר המחוקק. [...] הסמכות לחוקק חוקים היא

בידי [הכנסת] בלבד ולא בידי בתי-המשפט, וכשלעצמי רואה אני את תפקידו של השופט לא כ-LAW MARKER אלא כ-LAW DECLARER. אמנם לא פעם עלינו לעשות את מלאכת המחוקק בבואנו לפרש את החוק ולמלא את אשר החסיר [...] כשהמחוקק בהיסח הדעת או מתוך טעות בולטת החסיר דבר ועל-ידי כך עלול להיגרם לאזרחים עוול אליו לא התכוון המחוקק, יבוא בית-המשפט וינסה לתקן את מה שהחסיר המחוקק וזאת כאמור במקרים יוצאי דופן. לא כן הדבר כשמדובר בהנהגת מוסד משפטי חדש כנישואין אזרחיים בארץ. כאן לא בהיסח הדעת החסיר המחוקק את המוסד הזה מספר החוקים. ברור לכל מי שעוקב אחרי עבודת הכנסת ודעות המפלגות השונות שענין זה הוא סלע מחלוקת חריף בציבור הישראלי וכי עדיין לא נפלה ההכרעה להנהגת נישואין אזרחיים, הכרעה [שתקבל] צורה משפטית נאותה. ומה לנו בתור שופטים, המצווים להתרחק מכל פולמוס וריב פוליטי, לבוא במקום המחוקק ולהכריע בשאלה שמפלגת את הציבור? ואם היינו עושים זאת האם לא היו שואלים אותנו בצדק 'מי שמכם' ומי הסמיך אתכם להסיג את גבולו של המחוקק, והרי שלטון החוק בו אנו חיים ועליו אנו מצווים לשמור כבבת עינינו – יסודו בהפרדת הרשויות ושמירה על התחומים שביניהם באופן שאחד לא יסיג את גבולו של השני. [...] הגיעה לכן השעה כי הפרקליטים המלומדים, או אלה העומדים מאחוריהם, יבינו כי את התיקון, למה שנראה להם כמצב הפוגע בזכויות האדם, יש לחפש במישור הפוליטי הפרלמנטרי ולא בבית-המשפט, וכי אין זה ביכלתנו ואף לא מתפקידנו להכריע במקום שנחוצה הכרעת הכנסת".

נוסף על כך, הצטרף השופט עציוני בהסכמה, לפסקי הדין בעניין רוגוזינסקי ובעניין טוביס שהובאו לעיל.

הנשיא י' כהן

48. הנשיא הששי של בית המשפט העליון, השופט י' כהן, הצטרף בהסכמה לפסק הדין בעניין רוגוזינסקי הנזכר לעיל, שבו נשללה האפשרות להכיר בעקרונות על-חוקתיים; תהא זו מגילת העצמאות, יהיו אלו 'עקרונות היסוד של השיטה', אחת דתם – להידחות.

הנשיא מ' שמגר

49. הנשיא השביעי של בית המשפט מ' שמגר, מונה לכהן כשופט בבית המשפט העליון בשנת 1975, עת כיהנו בו שרידי השופטים מ'דור הנפילים'. את התייחסותו הראשונה של השופט שמגר לסוגיה שעל הפרק, מוצאים אנו מתנוססת על-גבי פסקי הדין של בית משפט זה, עוד טרם מונה לכהן כשופט. פסק הדין בעניין ברגמן ניתן כאשר כיהן מ' שמגר בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. מחמת החשיבות שניתנה לשאלה שהתעוררה בעניין ברגמן, התייצב היועץ המשפטי לממשלה לדיון, וייצג הוא עצמו את עמדת הממשלה; 'לא על-ידי אחר ולא על-ידי שליח'. בפסק הדין מובא טיעונו של היועץ המשפטי שמגר בזו הלשון: "אמנם מכירים גם אנו בשוויון האזרחים בפני החוק כבעקרון

יסוד של המשטר החוקתי שלנו, אבל עקרון זה לא התגלם אצלנו בחוקה כתובה או אף בהוראת חוק יסוד ששינויה דורש רוב מיוחד, ועל כן אין מניעה לכך שהמחוקק יסטה ממנו אף בחוק שנתקבל ברוב רגיל" (שם, בעמ' 698). טענה זו אמנם נדחתה באותו עניין, משום שנקבע כי הוראת החוק הנדונה פוגעת בעיקרון השוויון בבחירות, המעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ולא התקבלה ברוב של 61 חברי כנסת. אך טענתו העקרונית של היועץ המשפטי שמגר – התקבלה. הובהר בפסק הדין, כי אם יתקבל החוק ברוב של 61, לא ניתן יהיה לערער על תוקפו, אף שהפגיעה בשוויון – בעינה עומדת.

50. לאחר שנבחר לכהן כשופט, חזר הנשיא שמגר על עמדתו בדבר ריבונות הכנסת, ואי-הגבלה על יכולת החקיקה שבידיה, וציין כי "חוקי הכנסת אינם נתונים לביקורת שיפוטית באשר לחוקיות תוכנם [...] בכפוף לביקורת אפשרית של חוק שהתקבל בדרך סתירה הוראה משוריינת", תוך שהוא מרבה באסמכתאות לביסוס עמדתו-זו (בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393, 400 (1986)).

51. כל ימיו על כס השיפוט, החזיק השופט שמגר בהשקפה זו; לא נע ולא זע ממנה. אחד מפסקי הדין האחרונים שניתנו על-ידו, סמוך לאחר פרישתו מכס השיפוט, היה בעניין בנק המזרחי. גם בפסק דין זה המשיך הנשיא שמגר להכיר בריבונותה הבלתי-מוגבלת של הכנסת. הכרה זו היא-היא שעמדה בבסיס פסק דינו (ראו דברי חברתי הנשיאה (בדימ') א' חיות, בפסקה 52 לחוות דעתה).

52. עם זאת, בעניין בנק המזרחי הוסיף הנשיא שמגר וציין, לראשונה, כי "שאלה המושארת בצריך עיון היא מה המידה שבה רשאית הכנסת, בין כאסיפה מכוננת ובין כרשות מחוקקת מונוליטית, לפגוע בזכות יסוד, ויהיה זה אף על-ידי חקיקה בחוק-יסוד, ומה היקפה של הביקורת השיפוטית על כך. נשאיר זאת בצריך עיון". פסקה קצרה וסתומה, שאינה מבהירה כיצד מתיישבים הדברים עם תורתו העקרונית של הנשיא שמגר בדבר ריבונות הכנסת, וכיצד ניתן ליישב את הסתירה בין דברים אלו לבין פסיקתו הקודמת. עמד על כך פרופ' ע' זלצברגר, במאמר שפורסם סמוך ונראה לאחר מתן פסק הדין בעניין בנק המזרחי: "אם הכנסת היא ריבונית, כיצד זה ייתכן שיש גבולות ליכולת החקיקה שלה? אם הכנסת אינה ריבונית, מדוע עלינו לקבל את הגבולות שמרמז עליהם הנשיא שמגר? שוב אנו נותרים בציפייה להסבר מנומק ומשכנע, הסבר שאינו בנמצא" (עלי זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל" משפט וממשל ג' 679, 689 (תשנ"ו)).

השופט ש' אשר

53. השופט ש' אשר, הצטרף בהסכמה לפסק הדין בעניין פוגל, שניתן על-ידי השופט מ' לנדוי.

המשנה לנשיא מ' אֶלון

54. המשנה לנשיא מ' אֶלון, גם הוא חיווה דעתו בעניין שעל הפרק. בעניין ניימן (בעמ' 291), לאחר שהאריך בדברים על כללי פרשנות, כתב השופט אֶלון, כי "לכל דרכי פרשנות אלה קיים גבול, שאל לו לשופט לעברו ולהסיגו, והוא – רצון המחוקק, כפי שהוא בא לידי ביטוי בדברו. איסור זה של הסגת גבול המחוקק נובע מעקרונות היסוד של המערכת המשפטית בדבר תחומת תחומיהן של שלוש הרשויות ואל לו לשופט לבוא בתחומן של המחוקק. כשם שמעקרונות היסוד של המדיניות המשפטית הוא לתור אחר רצונו של המחוקק, כך מעקרונות היסוד של המדיניות המשפטית הוא שלא להתנשא מעל למחוקק אלא לקבל עלינו את דינו ודברו". הרי לנו 'עקרונות יסוד של השיטה' מזן אחר, שאותם עלינו לסגל לעצמנו, פן נחטא לתפקידנו.

55. כך גם בבג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 558 (1990) (להלן: עניין לאו"ר), מלמדנו המשנה לנשיא מ' אֶלון: "כלל גדול בדינו, כי חוק שנחקק ונתקבל בכנסת אין שאלת תוקפו של החוק נתונה לביקורת שיפוטית. יסוד מוסד של משטרנו הדמוקרטי, בעל שלוש הרשויות, הוא, שאין אנו מהרהרים אחר מעשה בית המחוקקים בחקיקתו. משום כך לא מצאנו ממש במשאלתנו של ד"ר קוריןלדי, בא-כוחם המלומד של העותרים, לפסול את החוק נושא עתירתנו משום פגמים שבתוכנו".

השופט ד' בכור

56. השופט ד' בכור, הצטרף גם הוא בהסכמה לפסק דינו של הנשיא לנדוי בעניין פוגל.

הנשיא א' ברק

57. באופן מפתיע קמעא, עיון בפסיקתו המוקדמת של השופט ברק, הנשיא השמיני של בית המשפט, בשנותיו הראשונות על כס השיפוט, מלמד כי בימים ההם (שלא כבזמן הזה), החזיק גם הוא באותן דעות 'שמרניות', בדבר עליונות המחוקק-המכוון; כמו גם בהכרה הברורה, כי במשפטנו הנוהג אין מקום לביקורת שיפוטית על חוקי-הכנסת, מבלעדי הסמכה מפורשת מאת המחוקק.

58. בבג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 14 (1981), נכתבו על-ידי השופט ברק הדברים הללו: "על-כן, אם הכנסת מבקשת למנוע הקצאת זמן, כפי הנדרש על-פי עקרון השוויון, משום שברצונה להשיג מטרות אחרות, שבעיניה הן חשובות יותר, בכוחה לעשות כן, וזאת בשינוי עקרון השוויון, הקבוע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת באמצעות חוק, שיתקבל על-ידי רוב חברי הכנסת. הלגיטימיות של חוק זה לא תנבע מכוח עקרון השוויון, אלא היא תנבע מכוח הרוב המיוחס, שקיבל חוק זה, אף-על-פי שהוא אינו

עולה בקנה אחד עם עקרון השוויון". בהמשך דבריו הבהיר השופט ברק, כי הדבר נכון לא רק לגבי פגיעה 'בשטח המרוחק למדי מעיקרון השוויון', כי אם גם בפגיעה במשמעותו ה'ראשונית' של עיקרון השוויון בבחירות (קול אחד לכל אחד). גם עיקרון זה נסוג מפני ריבונות המחוקק הכל-יכול.

59. בעניין ניימן, מצטט השופט ברק את דבריו של השופט לנדוי, שם כתב בין היתר, כי "מעולם לא הוטל אצלנו ספק בריבונותו של המחוקק שמדברו אין השופט רשאי לסטות, ושיכול לשנות הלכה שנפסקה על ידי בית המשפט", אם כי במסגרת כללי הפרשנות ניתן להיזקק לערכי-יסוד חיצוניים לדבר החקיקה. על דברים אלו הגיב השופט ברק במילים "זו גם דעתי", מבלי להביע כל הסתייגות (שם, בעמ' 321). בהמשך הדברים, במענה לחוות דעתו של השופט מ' אלון, הוסיף השופט ברק ואמר כך: "חברי, השופט אלון, סבור, כי הגישה הפרשנית מובילה לשלילת סמכותה של ועדת הבחירות. אם כך, מאין כוחו של השופט לשלול את דברו של המחוקק? נניח כי החוק קובע במפורש, שוועדת הבחירות רשאית או חייבת שלא לפסול רשימה, השוללת את עצם קיום המדינה. האם גם אז יתמיד השופט אלון בדעתו ויקבע, כי ועדת הבחירות חייבת לאסור על הרשימה השתתפות בבחירות? לדעתי, זו אכן התוצאה המתבקשת על-פי השקפתו. אך כיצד עולה היא בקנה אחד עם גישתו של חברי - המקובלת עליי - כי אל לו לשופט להתנשא מעל למחוקק, וכי במשטרנו קיים שלטון המשפט ולא שלטון השופט?" (שם, בעמ' 322).

60. השופט ברק חזר על הדברים פעם נוספת בבג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868, 874-875 (1989): "אכן, ריבונות העם מוצאת את ביטויה המרכזי בכוח החקיקה הראשית של הכנסת. מכאן כוחה של הכנסת לחוקק כל חוק הנראה לה, ורק מגבלות שהוטלו עליה על-ידי הפעלת כוחה של הכנסת כרשות מכוננת – מגבלות המוצאות כיום ביטוין העיקרי בחוקי היסוד המשוריינים – יכולות למנוע ממנה מלפעול כרצונה". נוכח דברים מפורשים אלו מציינים פרופ' א' רובינשטיין ופרופ' ב' מדינה, כי "כעשר שנים קודם לכן דגל אף השופט ברק בגישה השוללת הטלת מגבלות 'בלתי כתובות' שכאלה" (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 68, ה"ש 54 (2005)).

61. בחוות דעת המיעוט שכתב בעניין לאור, הגה השופט ברק לראשונה באפשרות של פסילת חוקי-כנסת, ללא הסמכה מפורשת מאת המחוקק. אך גם שם, מסכם השופט ברק את הניתוח המשפטי, ומגיע לשלוש מסקנות: "האחת, כי באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה [...]. מטבע הדברים, חלק זה של דבריו, בדעת מיעוט, זכה לתהודה רבה בעת האחרונה, אך חשובות לא פחות הן שתי המסקנות האחרות: "השנייה, כי על-פי התפיסה



החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו. תפיסה זו, קיבלנוה בירושה מהתפיסה האנגלית ופיתחנו אותה על רקע המציאות של הדמוקרטיה שלנו. כך אנו נוהגים זה למעלה מארבעים שנה. היא משקפת את ההסכמה החברתית בישראל, והיא נהנית מקונצנזוס של הציבור הנאור. רק על רקע תפיסה זו ניתן להבין את המחלוקת המפלגתית אותנו באשר לצורך בחוקה נוקשה ובביקורת שיפוטית. השלישית, כי לאור התפיסות החברתיות-משפטיות הנהוגות בישראל, ולאור הפסיקה העקבית של בית-משפט זה במשך השנים, אין זה ראוי, כי נסטה מגישתנו המקובלת והמשקפת את המסורת המשפטית-פוליטית שלנו, ואין זה ראוי, כי נאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותו של חוק – שאינו סותר הוראה משוריינת בחוק-יסוד – והנוגד עקרונות יסוד של השיטה. אם נעשה כן, ניראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית. תפיסת החברה הישראלית את התפקיד השיפוטי אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה מרחיקת לכת זו. נראה לי, כי תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על-ידי העם ונציגיו הנבחרים” (שם, בעמ’ 557).

כאמור בפְּתחה של חוות דעתי, בכל הקשור למעמדם של חוקי-היסוד – דבר לא השתנה, מאז ועד עתה. למדנו אפוא, כי לו היינו מצרפים להרכב מורחב זה, את השופט א’ ברק של שנת 1981, של שנת 1985, ואף של שנת 1990, לבטח היה מצטרף ללא היסוס למסקנה שאלה הגעתי: דינן של העתירות להידחות על הסף, בשל העדר סמכות.

62. על רקע הדברים האמורים – דברי הנשיא ברק עצמו, ודברי כל קודמיו שהובאו לעיל – קשה שלא לתמוה על אותה הערת-אגב מפיו של הנשיא ברק בפסק הדין בעניין בנק המזרחי: “דבר מקובל וידוע הוא שבתי המשפט בודקים את חוקתיותם של תיקוני חוקה. לא פעם נפסל תיקון חוקתי בהיותו לא חוקתי, וזאת לא רק בשל עניינים של ‘צורה’ (כגון דרישת הרוב) אלא גם בעניינים של מהות [...] הספרות בעניין זה רבה” (שם, בעמ’ 395).

ואני שואל: האם אכן “מקובל וידוע”? אדרבה! לא בכדי ציטטתי לעיל מן הפסיקה העקבית, המושרשת, בין היתר של הנשיא ברק עצמו, שדחתה רעיונות אלו מכל וכל. הערתו-זו של הנשיא ברק, כמו גם אותה הערת אגב של הנשיא שמגר (פסקה 52 לעיל), הן שיצרו, כפי הנראה, אותה אי-בהירות, שהובילה למחשבה שלפיה מדובר בשאלה חדשה, הזקוקה להכרעה; ולא היא. כפי שהוראתי לדעת, השאלה – שאלה נושנה היא, ותשובתה לצידה מן המוכן, לאורך כל הדרך: לא נתונה לנו סמכות לדון בחוקתיותם של ‘תיקוני חוקה’.

השופט י’ מלך

63. אסיים את הסקירה בהשקפתו של השופט י' מלך, אצלו זכיתי להתמחות, בהיותי פרח משפטים צעיר. השופט מלך הצטרף בהסכמה לפסק הדין של המשנה לנשיא מ' אלון, בעניין לאו"ד, ולקביעותיו בדבר ריבונות הכנסת.

64. למקרא האמור עד כה, עשויה לעלות טענה שלפיה כל אותה פסיקה משנים קדמוניות – אבד עליה הפלח. משעה שניתן פסק הדין בעניין בנק המזרחי, שבו נקבע כי הכנסת חובשת 'כובע' נוסף כ'מכוננת', נשתנה המשפט החוקתי כולו. משעה שנקבע בעניין בנק המזרחי, כי הכנסת מחוקקת את חוקי-היסוד ב'כובעה' כרשות מכוננת, אזי ניתן לקבוע כי על סמכות זו חלות מגבלות. תשובתי היא זו: אם נשוב לעיין בפסק הדין בעניין בנק המזרחי, ניווכח כי טיעון זה – דינו להידחות. הנשיא ברק מקדיש חלק ניכר מפסק הדין, כדי להוכיח שאותה סמכות מכוננת, לא חדשה היא עמנו, אלא היתה שם מאז ומקדם. לא רק כקביעה 'רטוראקטיבית' ומאוחרת, אלא כעניין שבעובדה. אותם 'דורות ראשונים' היו מודעים היטב ל'שני כובעים' של הכנסת; המכוננת והמחוקקת. נוכח אותה מסקנה עובדתית-היסטורית, קובע הנשיא ברק, כי אמנם אותה 'סמכות מכוננת' היתה קיימת מראשית הדרך, מקום המדינה, אך כל עוד לא בחרה הכנסת לעשות שימוש ב'כובעה' כרשות מכוננת – לא היתה לכך כל משמעות. בהעדר כל פעילות, אותה 'קומה נורמטיבית עליונה', שבה שוכנים כבוד תוצריה של הרשות המכוננת, 'העלטה חלודה' עד שהיה ניתן לומר כי חקיקת הכנסת ה'רגילה' היא המהווה את הנורמה העליונה. זאת, מפני שבפועל, עובדתית, לא היתה בנמצא כל נורמה משפטית גבוהה ממנה. ממשיך הנשיא ברק וקובע, כי בשנת 1992 נפל דבר בישראל, ולראשונה עשתה הכנסת שימוש ב'כובעה' כרשות מכוננת. ממילא, משהחלה ה'קומה הנורמטיבית העליונה' להתמלא בתוכן ממשי, בדמות חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, החל מאותה שעה 'שונמך' מעמדם של החוקים 'הרגילים', אל מתחת חוקי-היסוד הללו, בכפיפות אליהם.

65. לאחר שעמדנו על דרך הילוכו של הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי, נגיע למסקנה, כי אין בכוחו של 'המהלך החוקתי' שבו נקט בעניין בנק המזרחי, כדי לאיין כל אותה פסיקה שניתנה בדורות הקודמים. אם קיימות, כביכול, מאז ומקדם, מגבלות כלשהן על סמכותה של הרשות המכוננת, כי אז היה עליהן לחול גם בעבר, על שכבת החקיקה ה'רגילה', מקל וחומר.

66. שיטתו של הנשיא ברק היא, כי גם בעבר, אותה חקיקה 'רגילה' שיצאה מבית מדרשה של הכנסת ב'כובעה' כרשות מחוקקת, התאפשרה אך בשל הסמכה שבאה לה

מ'כובעה' השני, כרשות מכוננת. הרשות המכוננת לא נולדה אפוא בשנת 1995, גם לא בשנת 1992. ממילא, ככל שחברי מבקשים לקבוע כי קיימת מגבלה כלשהי על סמכותה של הרשות המכוננת, הם מוצאים את עצמם ב'התנגשות חזיתית' עם כל אותם פסקי דין, שהפכו 'נכסי צאן ברזל', ובהם נקבע, בטרם תבוא שנת 1992, כי סמכותה של הכנסת היא בלתי-מוגבלת. אמת נכון הדבר, כיום, קביעות מסוג זה – שוב אינן מדויקות, שכן סמכותה של הכנסת, ב'כובעה' כרשות מחוקקת – הפכה מוגבלת, בשל קיומם של דברי-חוקה גבוהים יותר; חוקי-היסוד. עם זאת, קביעות אלו – לא נס ליחן. הן נותרו על מכונן כבראשונה בכל הקשור לחוקי-היסוד עצמם. הרשות המכוננת, נותרה במעמדה האיתן כבתחילה; לא נעה ולא זעה, ללא כל הגבלה, שיור או סייג. היא נולדה בלתי-מוגבלת, ונותרה כזו עד ימינו-אנו.

67. אימוץ פסק הדין בעניין בנק המזרחי, אינו מבטל את הפסיקה העניפה שקדמה לו. זו שרירה וקיימת. בפסק הדין, לא ביקש הנשיא ברק בשום שלב 'להיפטר' מעולה של מורשת זו, שאותה הנחילו לנו קודמיו, ואף הוא עצמו בעידן הטרומ-חוקתי. אדרבה, הנשיא ברק מצטט תחילה חלק מאותם פסקי-דין מכוננים הנ"ל, המצהירים שוב ושוב על ריבונותה המוחלטת של הכנסת והיותה כל-יכולה בתחום החקיקה. אלא שמעתה, לדבריו, חל שינוי ממוקד, במישור היחסים שבין חוקי-היסוד לחוקים רגילים: "בהשקפה חוקתית זו חל שינוי. הכנסת, בהפעילה את סמכויות החקיקה שלה, שוב אינה כול יכולה. על כוח החקיקה שלה בתחום זכויות האדם הוטלו מגבלות על-ידי הכנסת, תוך שזו עשתה [לשם] כך שימוש בסמכויותיה המכוננות. זהו השינוי החוקתי הבסיסי. לראשונה קבעה הכנסת, במרץ 1992, מיגוון של זכויות אדם חוקתיות, המגבילות את כוח החקיקה של הכנסת, והמתנות פגיעה בהן בהגשמת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (שם, בעמ' 356). הנשיא ברק מדגיש כי הכנסת ב"סמכויות החקיקה שלה, שוב אינה כול יכולה". 'מכלל לאו אתה שומע הן', הכנסת בכובעה כ'רשות מחוקקת' – מוגבלת. הכנסת בכובעה כ'רשות מכוננת' – לא ולא.

68. הארכת קמעא בדברים, וזאת משני טעמים: האחד – כדי להתריע: מקור סמכות אינו עניין שבית המשפט דש בו בעקביו. לא נוכל להסתפק בהצעות מן הגורן ומן היקב ולדלג הלאה. אין קיצורי-דרך ה'שר אל תוצאה, גם אם הלב חפץ באמת ובתמים לתקן ולא לעוות. סמכות היא מושפל ראשון; בלעדיה – אין (כאמור בפסקאות 1-5 לחוות דעתו של חברי השופט ד' מין). השני – מחמת חשיבותם של דברי ראשונים (יש עוד רבים כמותם, אך לא רציתי להוסיף ולהלאות...). שבעת הנשיאים הראשונים של בית משפט זה, הנשיא השמיני בראשית דרכו השיפוטית, יחד עמם סיעה נכבדה של שופטים

שכיהנו כאן עשרות בשנים, ועל תורתם אנו נשענים, כולם כאחד כמו מורים לנו באצבע:  
הסירו ידכם מחקיקת-היסוד של מדינת ישראל!

69. אכן, בהרכב השופטים הנוכחי – רבו עלי חברותי וחברי; מה שהיה בעבר כמעט מובן מאלי – שוב איננו נחלת הכלל. כשלעצמי, עודני נאמן לדרכם של ראשונים, על סמך נימוקיהם. ממשנתם לא סטיתי, מהלכתם לא נטיתי; "כל המִשְׁנָה ידו על התחתונה, וכל החוזר בו ידו על התחתונה" (משנה, בבא מציעא ו, ב). לו נשמעה דעתי, היינו מורים על דחיית העתירות.

המילה האחרונה; למי ולמה

70. להלכה – עד כאן חוות דעתי; תחילה וסוף, ולא עוד.

למעשה – אני נגרר כמעט בעל-כורחי בעקבי חברי וחברותי... למקרא חוות הדעת שכתבו, על החידושים המפליגים הכלולים בחלקן, וכדי שלא תתפרש שתיקה כהודאה, אפרט להלן ואסביר את עיקרי הסתייגויותי. הזמן קצר, המלאכה מרובה, ולא היה סיפק בידי להתייחס לכל עניין חשוב שעלה בדברי חברי. קיימתי אפוא בעצמי את דברי חכמינו: "לא עליך המלאכה לגמור, ולא אתה בן חורין ליבטל ממנה" (משנה, אבות ב, טז).

71. אבקש תחילה לחדד לעצמנו את השאלה המרכזית המונחת לפתחנו. נוח יותר למסגר את השאלה כ-'אקדמית', תיאורטית: שאלת מעמדה של הרשות המכוננת בשנת התשפ"ד-2024, אל מול מגילת העצמאות, או אל מול 'ערכי-יסוד' כאלה ואחרים. ברם, ההכרח בל יגונה, אין מנוס מפזור הערפל, והצבת השאלה האמיתית שעל הפרק, היא שאלת 'המילה האחרונה': האם זו נתונה לעם, באמצעות נציגיו הנבחרים, או שמא היא מצויה בידי שופטי בית המשפט העליון? כתב על כך, בימים ראשונים, המלומד מ' שטרנברג: "עתים אתה מוצא התנגשות שמתגלעת במדינה בין הפרלמנט לבין בית המשפט, או בין הפרלמנט לבין 'החוקה', אינה אלא מאבק לזכות בסמכות של נורמה בסיסית במדינה" (משה שטרנברג "הנורמה הבסיסית של המשפט בישראל" הפרקליט ט 129, 134 (תשי"ט)).

72. קביעה לפיה קיימת הגבלה כלשהי על סמכותה של הרשות המכוננת, וכי לבית משפט זה נתונה סמכות לאכוף הגבלה זו, מבטלת 'דה פקטו' את היסוד הדמוקרטי הבסיסי, של ריבונות העם באמצעות נציגיו הנבחרים. קביעתם של חברי, מאפשרת לבית

המשפט לבטל נורמה חוקתית עליונה, גם אם נחקקה פה אחד, על-ידי 120 חברי הרשות המכוננת, המייצגים את העם כולו, למגדול ועד קטן. בתהליך של פיחות זוחל, הלכה הדמוקרטיה ה'מהותית' ונגסה אט-אט בדמוקרטיה ה'פורמלית', שהוכרזה כמיושנת, ככזו שאבד עליה הפלח. מגמה זו אינה מקובלת עלי. גם אם נקבל כי הדמוקרטיה ה'מהותית', בדמות 'ערכי-היסוד של השיטה', היא 'נשמת-אפה' של הדמוקרטיה, הרי שאותה 'נשמה', זקוקה לגוף חי, נושם, יוצר, תוסס, שבקרבו היא יכולה להתפתח. דמוקרטיה, במובנה הבסיסי והפשוט, המאפשרת ל'עם שבשדות' לומר את דברו; גם את 'המילה האחרונה'.

זוהי התורה כולה על רגל אחת, ואידך – פירושא הוא, זיל גמור!

#### מגילת העצמאות

73. "מגילת העצמאות הריהי ככתר מלכות על ראשנו" (כך אמרתי לאחרונה בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, פסקה 40 (26.10.2023) (להלן: עניין טבריה); "במידה שהיא 'מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו' [...], מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה" (דברי השופט ש' אגרנט, בעניין קול העם). על דברים אלו, דומני – אין עוררין. אך מכאן, ועד למסקנה כי נורמה על-חוקתית לפנינו, 'פסקת נצחיות', המאפשרת למגילת העצמאות לגבור, דה-פקטו, אף על חוקי-היסוד עצמם – רחוקה הדרך עד מאוד.

74. בפסק הדין בעניין טבריה, העליתי כמה סימני-שאלה, בעקבות גישה חדשנית, אף מהפכנית, שהביע שם חברי השופט א' שטיין, בקובעו "כי חוקי הכנסת לעולם כפופים לגבולותיה של סמכות החקיקה הכללית אשר נקבעה בהכרזת העצמאות" (פסקה 17 לחוות דעתו בעניין טבריה). קביעה זו מעוררת שורה של קשיים חמורים, במישור הפרשני, ההיסטורי, העיוני והמעשי. כך למשל, תהיתי שם (פסקה 38) כיצד מתיישבת קביעתו של חברי עם הוראת ההכרזה עצמה, על כינון חוקה עתידית על-ידי אסיפה מכוננת נבחרת? האמנם עולה קביעתו בקנה אחד עם האופן שבו חותמי מגילת העצמאות תפסו את תפקידם וראו את פועלם? מי יגלה עפר מעיניו של דוד בן גוריון? האם אין חשש מפני שיכתוב ההיסטוריה של הכרזת העצמאות, הליכי חיבורה, ניסוחה וחתמתה? ומה באשר לטיבה של מועצת המדינה הזמנית כגוף שעיקרו לא יצוגי ולא נבחר? האם משמעות קביעתו של חברי היא שלעינינו, קמה וגם ניצבה, סדרה של 'הוראות נצחיות', שאין המכונן ולא המחוקק הישראלי יכולים לשנותן עוד מעתה ועד עולם? האם גישתו יכולה להלום את ההיסטוריה החוקתית שלנו, לרבות פסיקתו של בית משפט זה ושל מחוקקי-ישראל ב-75 שנות קיומה של המדינה? ואף אם לשיטתו חל שיבוש מיום שנחתמה מגילת

העצמאות, מאז ועד היום, לא נכון יהיה להחיל את הכלל התלמודי "שְׁבִיטָא כִּיּוֹן דְּעַל עַל" (בבלי, בבא בתרא כא, א) ? מהן ההשלכות במישור המשפט הבינלאומי? האם לא ראוי לשינוי סדרי בראשית, להעשות בכנסת ולא בבית משפט?

75. בעת ההיא, כשדנו בעניין טבריה, סברתי כי מגילת העצמאות תהיה עתה למִשְׁעָן, 'קולב' להיתלות בו, לאלו מבין חברי שיבקשו להעביר חוקי-יסוד תחת שבט הביקורת השיפוטית. כך סבר גם פרופ' א' ברק, שביקש למסד את שיטתו העדכנית, בדבר הגבלת סמכותה של הרשות המכוננת, על יסודותיה של נורמה פוזיטיבית כלשהי, ובחר לצורך כך במגילת העצמאות (אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" 1998 גבראל בך 361, 379-381 (2011); אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9 (2018); אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" ICON-S-IL Blog (22.3.2020); אהרן ברק "הסמכות המכוננת הראשונית וההגבלות המוטלות עליה" משפט ועסקים כח 123 (2023) (להלן: ברק, משפט ועסקים)). פרופ' ברק ודאי היה ער לכך, שאימוץ שיטתו העדכנית יצריך 'להחליף דיסקט', לשכוח את אשר למדנו ושנינו עשרות שנים (כולל מפיו של פרופ' ברק, בימים בהם ישב על כס השיפוט) בעניינה של מגילת העצמאות; ועל אודות סמכותה של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת, שהפכה לפתע 'מוגבלת'. פרופ' ברק סבר, כפי הנראה, כי אותם קשיים המתעוררים בניסיון לייחס למגילת העצמאות, בדיעבד, את אשר הוא מבקש לתלות בה, מתגמדים אל מול הקושי הטמון בדילוג על מקור סמכות פוזיטיבי. לצורך הגבלת כוחה של הרשות המכוננת, עדיף להסתמך, לפי גישה זו, על מגילת העצמאות, מאשר על עקרונות עמומים, מופשטים; יהיו אלה 'עקרונות היסוד של השיטה', 'נתונים חוקתיים', 'עקרונות על-חוקתיים בלתי כתובים', וכיוצא באלה שמות וכינויים.

76. דא עקא, למקרא חוות הדעת של חברי, נמצאתי למד כי רובם המוחלט בחר ללכת צעד נוסף, מעבר לגישתו של פרופ' ברק, שאף היא, לטעמי, 'צעד אחד יותר מדי'. חלקם, כמו חברתי הנשיאה (בדימ') מבקשים לדחות את גישתו במפורש (ראו: פסקה 66 לחוות דעתה), אחרים עושים זאת במשתמע. לעמדתם, אין צורך בנורמה פוזיטיבית כלשהי, שתבסס את סמכותנו להעביר תחת שבט ביקורתנו השיפוטית חקיקת-יסוד מעשה ידי המכונן; נורמה פוזיטיבית, שעשויה, ביום מן הימים, להגביל אותנו בהפעלת ביקורתנו. חלף זאת, מבקשים חברי להיתלות 'ישירות' באותם עקרונות-יסוד מופשטים, מבלי לחנות 'על הדרך' במגילת העצמאות, ו'לשאוב' הימנה אותם עקרונות-יסוד. משאָלו הם פני הדברים, הדיון שאערוך בעניינה של מגילת העצמאות, יעמוד אך על עיקרי הדברים, ולא יהיה ממצה כל צורכו; עוד חזון למועד.

77. בקצרה אומר, כי אף אם אלך כברת דרך ארוכה, בדרכו של חברי השופט שטיין, או עם שיטתו העדכנית של פרופ' א' ברק – אין די בכך. אף אם אאמץ את מסקנתם, שלפיה מגילת העצמאות היא הנורמה החקיקתית העליונה במשפט הישראלי, שממנה משתלשלות הנורמות האחרות כולן, אין בכך כדי להוביל מוכנית למסקנה שאליה הגיעו. אף אם מגילת העצמאות הסמיכה את הרשות המכוננת לכונן חוקה למדינת ישראל, אזי הסמכה זו, ניתנה בעין יפה, ביד רחבה. אותה הסמכה לא סויגה ולא הוגבלה, בשום צורה ואופן. חברי מועצת המדינה הזמנית, הפקידו כל אותה סמכות בלתי-מוגבלת שבה החזיקו, בְּיָדָהּ של הרשות המכוננת.

78. בחלקה השלישי של מגילת העצמאות, נכתבו הדברים החשובים האלה: "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות. מדינת ישראל תהא מוכנה לשתף פעולה עם המוסדות והנציגים של האומות המאוחדות בהגשמת החלטת העצרת מיום 29 בנובמבר 1947 ותפעל להקמת האחדות הכלכלית של ארץ-ישראל בשלמותה". חברי השופט שטיין, שבמובן מסוים הולך בדרכו של פרופ' ברק, רואה בכך מעין 'פסקת נצחיות', מסמך על-חוקתי, שבו חברי מועצת המדינה הזמנית הגבילו את סמכותה של הרשות המכוננת הדמוקרטית, שאמורה להיבחר בבחירות, וצמצמו את סמכויותיה. דא עקא, פרשנות זו, רחוקה מלהיות מובנת מאליה. בזמן אמת, לפני הכרזת העצמאות, מיד לאחריה, ולאורך עשרות שנים, לא מצאנו מי שטען לפרשנות שכזו. אדרבה, כל השופטים (וכאמור, השופט ברק בכללם), המלומדים, חברי מועצת המדינה הזמנית עצמם, ובראשם דוד בן גוריון, חברי הרשות המכוננת לדורותיהם, כולם כאחד יחד סברו כי לא זו היתה כוונת מועצת המדינה הזמנית.

79. ביום הכרזת העצמאות, כשעתיים לפני תחילת טקס ההכרזה, התכנסה מועצת המדינה הזמנית לישיבה שבה אושר נוסח ההכרזה הסופי. מתוך 37 חבריה, נכחו בה 24 חברים בלבד. 12 מהנעדרים, שהו אותה שעה בירושלים הנצורה, ומסרו מרחוק את אישורם, על אף שנוסח ההכרזה כלל לא עמד לפנייהם. לימים יסבירו חלקם בהזדמנויות שונות, כי תמיכתם באישור נוסח ההכרזה, נגעה לעצם ההחלטה לצאת לדרך מדינית עצמאית, ולא נסובה על פרטי ההכרזה, שכאמור – נוסחה המלא לא היה ידוע להם אותה שעה (יורם שחר כבוד, חירות ועמל-ישרים – סיפור חיבורה של מגילת העצמאות, 181 (2021)) (להלן: שחר).

80. עלינו להכיר בעובדות ההיסטוריות כהווייתן: "המנדט הבריטי על ארץ-ישראל טרם בא אל קצו, והנה קם גוף, כינה את עצמו 'מועצת העם' ונטל לו – מבלי שהוסמך לכך הסמכה משפטית – איצטלה, ואם נרצה יומרה לא מועטה ולא פשוטה, של יצירת מבנה שלטוני חדש, מבוסס בפועל על עקרונות משפטיים; אותו גוף, מועצת העם של היישוב היהודי בארץ-ישראל המנדטורית, שהורכבה מהנהלת הסוכנות והנהלת הוועד הלאומי אך חודשים אחדים לפני כן, השים עצמו בראשות אותה בריאה חדשה, וכינה את עצמו בשם 'מועצת המדינה הזמנית'; מועצה זו הזדרזה להוציא מנשר – 'בתוקף ההכרזה' – בחתימתה, עוד קודם שנולדה. משל למה הדבר דומה? לברון מינכהאוזן שיבקש למשות את עצמו מן המים ולהינצל מטביעה על דרך של אחיזתו בציצית ראשו שלו עצמו. לשון אחר: הכרזת העצמאות, המנשר שיצא מכוחה, המוסדות שהוקמו – יכול היה הטוען לטעון כי כל אלה תלויים על בלימה משפטית" (אליקים רובינשטיין ונעם סולברג "הכרזת העצמאות של מדינת ישראל – אחרי בלוותה (כמעט) היתה לה עדנה" נתיבי משפט וממשל: סוגיות במשפט הציבורי בישראל 179 (2003)). כאמור במאמרנו שם, לבטח התוקף המשפטי של מסמך היסוד של מדינת ישראל בעינו עומד, ויעמוד לעד. מעמד נשגב, נעלה ומרומם נודע לה, להכרזת העצמאות (כך אמרתי בעניין טבריה בפסקה 36); אך אין להכתירה במעמד-על משפטי שלא נועדה לו. "הכרזת העצמאות אינה החוקה של המדינה, שחוקי המדינה הרגילים כפופים לה. שהרי בהכרזה עצמה נאמר ביחס למוסדות השלטון הראשונים של המדינה, שהם יכהנו ויפעלו עד אשר אסיפה מכוננת נבחרת תקבע את החוקה" (דינה זילבר "הכרזת העצמאות שלי" שורשים במשפט 19, 24 (דינה זילבר עורכת, 2020)).

81. המעיין בפרוטוקולים, שבהם הועלו על הכתב דברי חברי מועצת המדינה הזמנית, בדיון החפוז שהתקיים בעניינה של מגילת העצמאות, ביום ה' באייר התש"ח, עובר להכרזה, לא יכול שלא להגיע למסקנה, כי איש לא העלה על קצה דעתו, כי יום יבוא, ויהא מי שיבקש לראות אותה הכרזה, כמסמך המכיל 'פסקת נצחיות', ממנה לא ניתן לסטות 'לעולם ועד'. די לי אם אצטט את דבריו של דוד בן-גוריון, בסיכום הדיון, רגעים אחדים לפני ההצבעה על נוסח ההכרזה. במענה לבקשת חבר המועצה מאיר וילנר, להוסיף לחלק השלישי של ההכרזה, בצד 'חירות הלשון', גם את 'חופש הדפוס והאסיפות', השיב הזקן: "אין זו קונסטיטוציה. תהיה קונסטיטוציה לחוד. ואף אחד מאיתנו אינו חולק על חופש הדיבור והאסיפות וכו'. אנחנו הכנסנו כאן את הדברים היסודיים הנדרשים מאתנו מטעם האו"ם ובטוחני שבחוקה המלאה יהיו הדברים האלה ועוד כהנה וכהנה" (מועצת המדינה הזמנית, 14.5.1948 עמ' 20). הנה כי כן: נוסח ההכרזה, ובפרט החלק השלישי שבה – לא לובן כל צרכו. זאת, על יסוד ההנחה, ששלב הכרזת העצמאות בחייה של המדינה הצעירה, בדומה להכרזות העצמאות של עמים אחרים, בדגש על הכרזת העצמאות האמריקאית, נושא בעיקרו אופי דקלרטיבי כלפי חוץ – תביעת הכרה



מאומות העולם; לא גיבוש 'פסקת נצחיות', שתגביל את סמכותה של הרשות המכוננת, מעתה ועד עולם.

82. דברים נוספים, מפורשים, אמר דוד בן-גוריון באותה ישיבה, באותה מגמה: "הכוונה [בהכרזה] הייתה לתת רק את אותם הדברים שלפי דעתנו מבססים בשבילנו, בשביל עם ישראל, בשביל דעת הקהל בעולם ובשביל האומות המאוחדות את הדבר הזה שאנו אומרים לעשות היום, מדוע אנו מכריזים על עצמאות. שום דבר אחר. אין זאת קונסטיטוציה" (שם; וראו אצל שחר, בעמ' 180).

83. כך גם נלמד מדבריו של דוד בן-גוריון, בתקופה שלאחר הקמת המדינה, בעת שכהן כראש ממשלת ישראל הראשון. כידוע, בשלב מסוים בשלהי שנת 1948, החל בן-גוריון לסגת מרעיון כינונה של חוקה כתובה, על אף שהדבר נכלל בהכרזת העצמאות (ניר קידר בן-גוריון והחוקה – חוקתיות, משפט ודמוקרטיה במשנתו של ראש הממשלה הראשון 32-45 (2015)) (להלן: קידר). עמדתו השלילית של בן-גוריון, התבססה על שורה של נימוקים – חלקם בעלי אופי משטרי-עקרוני, חלקם נושאים אופי 'זמני' המתקשר לאתגריה של המדינה בימיה הראשונים – והיא נפרשה בצורה מפורטת ומרשימה, בנאומו בישיבת הכנסת ביום 20.2.1950. אקדים ואומר, כי הצד השווה לכל אותם נימוקים, הריהו כי קשה עד בלתי-אפשרי להבינם, אם מניחים, כי אותה שעה, קמה וגם ניצבה 'פסקת נצחיות', המגבילה את סמכותה של הרשות המכוננת, לנצח נצחים; 'פסקת נצחיות' המגולמת בדמותה של הכרזת העצמאות.

84. פה היו עיקרי דבריו של בן-גוריון, באותו נאום היסטורי, שנשא לפני חברי הרשות המכוננת, בטרם באה לעולם 'החלטת הררי':

"הדרושה לנו חוקה מיוחסת, נוקשה, הכובלת ידי המחוקק והעם הריבוני, ומטילה על השופטים להכריע אם החוק שרוצה בו העם כשר או פסול? [...] חירות היחיד וחירות העם אינן תלויות בהכרזה על חירויות, וגם לא בחוקה – אפילו החוקה הטובה ביותר בעולם – אלא בדבר אחד עקרוני: בשלטון החוק [...] במדינה שאין בה עליונות של החוק – אין בה חירות, אפילו אם בחוקתה משולבת מגילת החירות הנמרצת והמתקדמת ביותר בעולם. לנו דרושים חוקים בכל שטחי החיים, חוקים הקובעים את המשטר במדינה והיחסים בין אדם לחברו [...] שום חוקה אינה יכולה למלא תפקיד זה. רק במסגרת של חוקים – שיש לשנותם ולתקנם מזמן לזמן לפי צרכי

החיים שאינם קופאים על שמריהם, אבל כל זמן שהם קיימים הם חלים על כל אזרחי המדינה ללא יוצא מן הכלל.

[...]

אין להגביל העם במתן חוקים. מובן, גם העם יכול לעשות משגה, אבל עם חופשי, שאינו כבול – יתקן המשגה. לעומת זאת השמירה על החוק, פירושו של החוק, בדיקת תחולתו של החוק למקרה המסוים בחיים – אלה הם בידי השופט, שאינו תלוי בשום איש ושלטון, אלא במצפנו ובהבנתו בלבד. אין השופט עושה חוקים, אין הוא פוסל אותם, כי גם השופט ככל אזרח אחר במדינה כפוף לחוק.

[...]

הנסיבות שהצריכו והצדיקו חוקה עליונה ומיוחסת באמריקה או אפילו בצרפת אינן קיימות בארץ, ונהפוך הוא. אם אנו רוצים לחנך העם לכבד החוק – יש לחנך אותו לכבד כל חוק, ולא רק חוק 'מיוחס' שנקרא בשם חוקה. כי לא חוקה זו קובעת אלף אלפי הפרטים המהווים חיי יום-יום של האזרח – אלא החוק הרגיל [...] הדמוקרטיה באנגליה איתנה, לא באשר יש לה או אין לה חוקה – אלא באשר העם האנגלי מכבד החוק ויש לו אמון בשופט. והוא מכבד החוק באשר המחוקק נבחר עליידו. ויש לו אמון בשופט – באשר השופט נאמן וכפוף בעצמו לחוק, ואינו עומד מעליו [...] יש הבדל עיקרי ורב תוכן בין המהפכה שנתרחשה אצלנו ובין המהפכה באמריקה, בצרפת, בשווייצריה, ברוסיה, ובארצות אחרות. בכל הארצות האלה היה מרד במשטר, ועם שינוי המשטר השיגו העמים את מבוקשם. מהפכת העם היהודי היא לא מרד במשטר או בשלטון. העם היהודי מרד בגורל היסטורי, בגורל של עם גולה, מפוזר, מחוסר מולדת, לשון, תרבות ועצמאות" (דברי הכנסת 20.2.1950, 812-820).

85. פמועט המחזיק את המרובה, אוגד נאומו של בן-גוריון שורה של טיעונים – המפרנסים את השיח החוקתי הפורה בעולם הדמוקרטי עד ימינו אלה – נגד משטר של 'חוקה' ולטובת משטר פרלמנטרי של 'חוקים': הטלת ספק בכוחה האפקטיבי של חוקה להגן על זכויות אדם (ראו גם אצל קידר, עמודים 46-63); הקושי הנשקף מרעיון 'השריון' החוקתי, להתמודדות עם צרכי החיים המשתנים, והגרעון הדמוקרטי הנלווה אליו (שם, עמודים 64-85); הדגם האמריקאי מול הדגם הבריטי; הפשל האנטי-רופני, ושאלת האמון בחוק ובבתי המשפט; ההבנה כי טיבן השונה של תרבויות פרטיקולריות, עשוי להכתיב, בהתאם, שונות בשאלת המשטר הרצוי ועוד.

86. לענייננו-שלנו, ברי כי דבריו של בן-גוריון אינם מתיישבים עם קיומה, בה בעת, של 'פסקת נצחיות' בדמותה של הכרזת העצמאות (כמו גם הגבלות אחרות על סמכותה

של הרשות המכוננת, מכוח עקרונות בלתי-כתובים אלו ואחרים). אילו אותה רשות מכוננת, שלפניה נשא בן-גוריון את הנאום, חושקה עוד בטרם נולדה, על-ידי הוראות משוריינות ונצחיות, כל אותו דיון – הריהו עקר ומיותר. קריאה רטרואקטיבית-רוויזיוניסטית של ההיסטוריה החוקתית שלנו, כפי המוצע בחוות הדעת של חברי השופט שטיין, ושורשיה נטועים, כאמור, בכתיבתו האקדמית המאוחרת של פרופ' ברק, כמעט שעושה מדבריו של ראש הממשלה הראשון, חוכא ואטלולא.

87. אם בדבריו המפורשים של דוד בן-גוריון, לפני הכרזת העצמאות, ולאחריה, אין די, נפנה עתה לדברי מלומדי הדור הראשון (על דברי שופטי בית המשפט העליון לדורותיהם, דברים חד-משמעיים, עמדתי בפסקאות 12, 14, 16, 22, 25, 28, 33, 42, ו-48 לעיל). אך טבעי הוא, כי בעומדנו בפני שאלה חוקתית כבדת-משקל שכזו, המצויה בצומת המפגש שבין המשפט החוקתי לבין ההיסטוריה של המשפט, נשוב אל חוקרי המשפט החוקתי של הדור ההוא, ונשאל למוצא פיהם. אעביר אפוא עתה את השרביט לידיהם של שניים מגדולי החוקרים החוקתיים של ישראל בדור המייסדים, פרופ' בנימין אקצין ופרופ' יצחק-הנס קלינגהופר. כל אחד מהם, בדרכו, חקר ארוכות את עניינה של מגילת העצמאות, והגיע למסקנה זהה באשר לתוקפה המשפטי, ומעמדה הנורמטיבי; שני נביאים מתנבאים (כמעט) בסגנון אחד'.

88. אפתח בדבריו של פרופ' אקצין, שנכתבו לפני למעלה מששים שנה, בשנת 1962: תחילה, גוזר פרופ' אקצין את ההכרזה לשלושה חלקים, ומייחס לכל אחד מהם מעמד נורמטיבי אחר: "החלק הראשון המסתיים במילים 'ועל יסוד החלטת האומות המאוחדות', משמש כמבוא, ומגמתו הברורה היא להסביר לאנושות כולה את הנימוקים אשר בגללם שאף העם היהודי להקים מדינה עצמאית, ולהצדיק את פעולת הקמתה של מדינה זו [...] ללא צורך להזדקק לשיקולים אחרים, עצם לשונו ותוכנו של חלק זה של המסמך, וכן צורתו כמבוא, מעידים על כן שאין הוא מיועד לקבוע הוראות מחייבות אלא הנמקות בלבד. מכאן שאין לייחס לחלק זה של ההכרזה כוח מחייב [...]".

89. מכאן עובר פרופ' אקצין לחלק השלישי של ההכרזה, החלק הרלבנטי לענייננו; הוא החלק שאותו מבקשים חברי השופט שטיין ופרופ' ברק, להפוך ל'פסקת נצחיות' כחול-לבן: "כמו כן, מכילה ההכרזה חלק שלישי, החל מן המילים 'מדינת ישראל תהיה פתוחה' ועד לתום המסמך, אשר עיון בו מלמד כי אף הוא אינו מתיימר לכלול נורמות משפטיות מחייבות. חלק זה משמש ביטוי להשקפות עולמו של העם היהודי ולמגמותיהם של מייסדי המדינה. בחלקן נוגעות מגמות אלו לבעיות פנים, בחלקן – לבעיות חוץ, אבל אלו ואלו אינן מנוסחות בצורת הוראות משפטיות. ללא ספק מכוונות הן לשמש נר לרגלי

המחוקקים והמושלים בעתיד, אבל צורת הציווי המשפטי חסרה להן. חסר להן גם אותו הדיוק האופייני להוראות משפטיות והמבליט את השוני ביניהן לבין מתן ביטוי לעקרונות חברתיים רצויים. לפי ניסוחו ולפי אופיו 'העקרוני', נקרא אף חלק זה של ההכרזה כעין 'מבוא', ואין לייחס לו אופי שונה רק מפני שבמקום לבוא בראשית המסמך, הועבר לסופו [...]."

90. מעמד נורמטיבי שונה, בעל אופי משפטי, ניתן לחלק השני של ההכרזה: "לעומת זאת, מכיל החלק השני, המרכזי, של ההכרזה, מן המילים 'אנו מכריזים' ועד 'אשר תיקרא בשם ישראל', הוראות אופרטיביות ומחייבות. שלוש הן ההוראות הללו: (א) הקמת המדינה; (ב) קביעת שם המדינה; (ג) קביעת זהותן והרכבן של הרשויות המרכזיות במדינה, וקביעת המועד של תחילת פעולתן [...]" (בנימין אקצין "ההכרזה על הקמת מדינת ישראל" ספר יובל לפנחס רוזן 52, 56-61 (ח' כהן עורך, 1962)).

91. הנה כי כן, אין סתירה בין הקביעה כי 'נורמת היסוד' של המשפט הישראלי, מצויה בחלקה השני של ההכרזה, לבין אותה קביעה של בית המשפט העליון, בראשית ימיו בעניין ז"ו. קביעה זו שיקפה את הקונצנזוס המוחלט ששרר בימים ההם, שלפיו, חלקה השלישי של ההכרזה – אינו מהווה חוקה, ולא ניתן לפסול חוקים באמצעותה; קל וחומר, חוקי-יסוד. דומה כי דברים אלו עולים כמעט במפורש, מפסק דין אחר, שניתן גם הוא באותם ימים ראשונים, בעניין אל-כרבוטלי (ראו הציטוט המובא לעיל, פסקה 14).

92. פרופ' אקצין מוסיף ומצביע על הוראות נוספות, הנכללות בחלק השני, ומחייבות את קיומן של בחירות דמוקרטיות, במהירות האפשרית. לטעמו, המחויבות נבעה מכך, שאותם "החותמים על ההכרזה, ידעו והרגישו שעל הקמת המדינה מכריז, ואת ראשית מבנה המדינה קובע, חבר אנשים שלא נבחר לשם כך, ושכל-כולו מורכב מנציגי מפלגות שנבחרו למוסדות אחרים ולצרכים אחרים. על כן, עז היה רצונם לשוות למדינה אופי דמוקרטי טהור, על יסוד בחירות, במהירות המקסימלית". מדברים אלו ניתן להסיק, כי האבות המייסדים היו מודעים היטב לאותו 'גרעון דמוקרטי', שממנו סובל המוסד שבו הם חברים, ועל כן לא היתה להם כל כוונה להגביל את נציגי העם הנבחרים, מלכונן את חוקת 'המדינה שבדרך' כטוב בעיניהם.

93. גם אותו חלק שני של ההכרזה, שבו נקבעו כאמור הוראות נורמטיביות, הרי שאֵלו – אינן מחייבות. לא רק שהן אינן 'נצחיות', ולא התיימרו לכבול את ידי הדורות הבאים, אלא גם מועצת המדינה הזמנית עצמה, רשאית לסטות מאותן הוראות, ככל שתחפוץ בכך. בעזרת קביעה זו, מיישב פרופ' אקצין אותו קושי הטמון בכך שמועצת המדינה הזמנית עצמה, סתתה מכמה הוראות שנקבעו בחלקה השני של ההכרזה. לא רק

החלק הראשון והשלישי, בעלי האופי ההצהרתי, אלא גם הוראות החלק השני, בעל המשמעות הנורמטיבית – ניתנות לשינוי תמידי, באמצעות דבר חקיקה אחר: "הניתוח הזה מסביר את המסקנה שהובעה קודם, לפיה מהווה ההכרזה בכללה מקור בעל תוקף משפטי ראשוני, ושהנורמות הנכללות בחלקה המרכזי והאופרטיבי הן הוראות מחייבות. עם זאת אין לנו יסוד כלשהו לייחס להכרזה עדיפות משפטית על כל מקור משפטי אחר. אילו היתה מועצת המדינה הזמנית משנה על ידי מעשה-חקיקה שלה אחת מהוראות ההכרזה (לדוגמה: את שם המדינה), או אילו היתה הכנסת עושה כך, אין שום מניעה משפטית-פורמאלית לשינוי כזה. את ההכרזה אין לראות כמסמך בעל דרגת-תוקף נחותה משל חוק, אבל גם לא כמסמך עדיף על חוק. יש להכניסה אפוא למערכת החוקים, ובמקרה של סתירה יכריע החוק המאוחר [...]" (שם).

94. למקרא סיום דבריו של פרופ' אקצין באותו מאמר, נדמה כי לכו ניבא לו, בבחינת 'חכם עדיף מנביא', כי יום יבוא, ויהא מי שיבקש לתלות במגילת העצמאות את מה שאין בה. כמענה לכך, בחר פרופ' אקצין להרחיב על אודות הנסיבות ההיסטוריות שהובילו להכרזה, ועל אילוצי הזמן ודוחק השעה שבהם היו נתונים מנסחיה. על כך הוסיף מעין 'הערת אזהרה', שלפיה יש לקחת בחשבון אותן נסיבות היסטוריות, לפני כל ניסיון לנתח את משמעותה של ההכרזה: "כמובן, שום הערכה של הכרזת העצמאות לא תהא מציאותית אם ניגש אליה כאל מסמך משפטי גרידא, אשר תוכנו, ניסוחו וסגנונו נקבעים תוך שיקולים מקצועיים-טכניים המכוונים אך ורק לתוצאות המשפטיות הרצויות. הכרזת העצמאות שייכת לאותו סוג של מסמכים היסטוריים, כגון מגילת העצמאות של ארה"ב והכרזת זכויות האדם והאזרח בצרפת, שנוצרו גם כביטוי להתעוררות חברתית עצומה במסיבות היסטוריות גורליות. הרצון להצדיק מפנה מדיני חריף ולהביע תקוות רחבות-טווח לעתיד מתגבר בהם על הנטיה, הרגילה במסמכים משפטיים שגורתיים, לנסח בזהירות ובדייקנות (או, לפעמים, בחוסר-דייקנות מכוונת) את התוכן הרצוי. מכאן שחזק בהם יסוד הפאתוס על יסוד הניסוח המשפטי [...]. נוסף לכך, ניכרת במסמכים מסוג זה העובדה שיש והם מנוסחים במידה רבה על ידי אנשים שאינם רגילים בניסוח הוראות של המשפט הציבורי, וכן במהירות רבה מכיון שהשעה דוחקת. כל הקווים האלה נמצאים בהכרזת העצמאות, ויש להביאם בחשבון שעה שאנו ניגשים לנתח את משמעותה" (שם).

95. שלוש הן המסקנות מדבריו של פרופ' אקצין. הראשונה: החלק הראשון והשלישי במגילה, לא התיימרו מעולם לחייב את הרשות המכוננת הנבחרת, ואת הפנסות שיבואו אחריה. הסמכות החוקתית והחקיקתית, שניתנה להן בחלק השני של מגילת העצמאות, על-ידי מועצת המדינה הזמנית – בלתי מוגבלת. השנייה: גם אותן הוראות ספציפיות, המצויות בחלק השני, והנורמטיבי, של המגילה – דינן לכל היותר כדין דבר חקיקה רגיל. ממילא יכולה היתה מועצת המדינה הזמנית עצמה, והפנסות שבאו בעקבותיה, לסטות מהוראותיה, כדין כל חוק מאוחר הגובר על חוק מוקדם. כך אכן אירע במציאות, מיד עם

הקמת המדינה. כבר אז סתה מועצת המדינה הזמנית מהוראותיה של המגילה, כפי שמדגים פרופ' אקצין. המסקנה השלישית והחשובה ביותר, היא היסוד הדמוקרטי החזק שפעם בליבות מייסדי המדינה. אותה 'תודעה דמוקרטית' עמוקה, בגינה הם ביקשו לקיים את הבחירות לאסיפה המכוננת במהירות האפשרית. רק אז, אותה אסיפה מכוננת, כגוף נבחר, יהא בכוחה לקבוע את ההסדרים החוקתיים הראשוניים.

96. כעת נפנה לדבריו של פרופ' י' ה' קלינגהופר, בעניינה של הכרזת העצמאות; דברים שנכתבו במקור בשפה הגרמנית, בשנת 1961, ותורגמו לאחר מכן לעברית. כאמור, במובנים רבים, ניתוחו המשפטי וההיסטורי של פרופ' קלינגהופר, דומה במידה ניכרת לזה של פרופ' אקצין. אסתפק אפוא בהפניה כללית, ואביא אך קטע קטן מדבריו, לגבי מעמדם של חוקים, אף רגילים, העומדים בסתירה לזכויות היסוד שזכרם בא בהכרזת העצמאות: "שאלת ההתנגשות עם ההכרזה כלל לא תתעורר לגבי חוקים ישראליים הפוגעים בזכויות יסוד: אפילו נניח – בניגוד לאמור בפסיקה – כי ההבטחה שבהכרזה על שמירת זכויות יסוד מחייבת מבחינה משפטית, עדיין אין מניעה שחוקים אלה יסתרו את הכרזת העצמאות, הן מכוח סמכות החקיקה הבלתי-מוגבלת של בית-המחוקקים הישראלי והן מכוח העיקרון של *lex posterior* (חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם – נ' ס'") (יצחק הנס קלינגהופר "הקמת מדינת ישראל: סקירה היסטורית-חוקתית ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 53, 77-77 (יצחק זמיר עורך, תשנ"ג)).

97. מן הראוי לציין, כי בפסק הדין בעניין בנק המזרחי, הן הנשיא (בדימי) שמגר (בעמ' 279-282), הן הנשיא ברק (בעמ' 356 ו-359), מסתמכים בהרחבה על מאמרו זה של פרופ' קלינגהופר, בבואם לבסס את שיטתם החוקתית, כל אחד על-פי דרכו. מי שמבקש להסתמך על מאמרו של פרופ' קלינגהופר בדרכו לפסילת חוקים 'רגילים', אינו רשאי להתעלם במקביל ממסקנתו האחרת, שנאמרה בחדא מחתא, שלפיה מגילת העצמאות לא ביקשה להגביל, וממילא לא הגבילה את סמכותה של הרשות המכוננת, וכי הכנסת רשאית לסטות מהוראותיה של מגילת העצמאות, אף בחקיקה רגילה; קל וחומר חקיקת-יסוד.

98. כך או אחרת, גם מתורתו של קלינגהופר למדנו, כי אף אם הנורמה החוקתית העליונה היא הכרזת העצמאות, אין בכך כדי לכבול את ידי הרשות המכוננת, ולהגביל את סמכותה. חברי מועצת המדינה הזמנית לא התיימרו, כלל וכלל, לכבול את ידיהם של חברי הרשות המכוננת. גם אם מקור הסמכות הוא אכן בהכרזת העצמאות על-ידי מועצת המדינה הזמנית, הרי שחבריה העבירו את כל סמכויותיהם לרשות המכוננת, ללא שיוור ובלי סייג. החלק השלישי של ההכרזה, הריהו "היסוד הפרוגרמטי", שאינו נכלל ב"יסודות

המשפטיים", כך גם החלק הראשון. יתירה מכך, גם אילו נקבע כי מדובר ביסוד בעל אופי משפטי, בדומה לחלק השני של ההכרזה, הרי שדינו לכל היותר כדין כל דבר חקיקה. ממילא, כל חקיקה מאוחרת, גם 'רגילה', יהא בכוחה לגבור על האמור בהכרזה. מדברי שניהם – פרופ' אקצין ופרופ' קלינגהופר – למדנו, כי מרחק רב ישנו בין הקביעה שלפיה המסמך הנורמטיבי הבסיסי הוא הכרזת העצמאות, ועד למסקנה שלפיה ניתן לפסול מכוח ההכרזה חוקים, ואף חוקי-יסוד.

99. אף אם נזנח לרגע קט את כל האמור עד כה, הרי שגם לגופם של דברים, אותן תזות, של חברי השופט שטיין ופרופ' ברק, המבקשות להכריז על מגילת העצמאות כ'פסקת נצחיות', שאינה ניתנת לשינוי – מעוררות תמיהות אחדות. אעמוד על שתיים מהן בקצרה. בראש ובראשונה, ישנה התעלמות מכך שבין אותם עקרונות נעלים, הנכללים בחלק השלישי של ההכרזה, ושאותם מבקשים כעת להנציח לדורי-דורות, מסתתרת שורה נוספת, שבה מצהירה ההכרזה על מחויבות לתכנית החלוקה של האו"ם משנת 1947, על אף שזו נדחתה עוד קודם לכן, על-ידי ההנהגה הערבית המקומית ומדינות ערב: "מדינת ישראל תהא מוכנה לשותף פעולה עם המוסדות והנציגים של האומות המאוחדות בהגשמת החלטת העצרת מיום 29 בנובמבר 1947 ותפעל להקמת האחדות הכלכלית של ארץ-ישראל בשלמותה". האם גם לכך נעניק מעמד חוקתי על-חוקי, שיוביל לביטולו של כל חוק, או חוק-יסוד סותר? האם נורה במסגרת פסק-דיןנו, גם על ביטול ריבונותה של מדינתנו, בכל אותם חבלי-ארץ שלא נכללו בשטחה של 'המדינה היהודית' המקורית, בתכנית החלוקה? חבלי-ארץ שבהם שוכנים כבוד מוסדותינו הלאומיים, ובית משפט זה בכללם? חבלי-ארץ בהם מתגוררים מיליונים מאזרחי המדינה; וירושלים, בירתנו הנצחית, על ראש שמחתנו, מה יהא עליה?

100. תמיהה מעין זו, הועלתה זה מכבר, מימין ומשמאל, על-ידי פרופ' ע' בהם ופרופ' א' דיסקין, אל מול הניסיונות 'לשרג' למפרע את מעמדה של הכרזת העצמאות (ראו: עמרי בהם "למגילת העצמאות אין תוקף לגיטימי ללא מחויבות לחלוקת הארץ" הארץ 5.10.2023; אברהם דיסקין "הטעיה: הכרזת העצמאות כחוקה" ישראל היום 8.1.2018). פרופ' ברק סקר במאמרו (ברק, משפט ועסקים, בעמ' 140) את רכיבי החלק השלישי של הכרזת העצמאות, אך מקומו של אותו רכיב 'בעייתי', שבו 'מאומצת' תכנית החלוקה – נפקד: "חלקה השלישי של הכרזת העצמאות מציין כי המדינה תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תושבת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, חופש מצפון, חופש לשון וחופש תרבות; ותשמור על המקומות הקדושים. התושבים הערבים נקראו להשתתף בבניין הארץ על יסוד אזרחות מלאה ושווה".

101. תמיהה נוספת עולה מבין השיטין: קביעה שלפיה חברי מועצת המדינה הזמנית, לא מסרו את ההכרעה החוקתית לידי המוסדות הדמוקרטיים הנבחרים, אלא הגבילו את כוחם באמצעות החלק השלישי של הכרזת העצמאות, משמעותה אחת: נטישה של הדמוקרטיה, של שלטון העם, אף לא למראית-עין. חוקה, כל חוקה, מעוררת קושי בלתי-מבוטל, מן הזווית הדמוקרטית. אין זה ברור, מהי הלגיטימציה הדמוקרטית לכך שבני הדורות הקודמים זכאים, למעשה, 'לשלוט' בבני הדורות הבאים אחריהם: "יתכן שיש לדור הזה זכויות מוסריות, אך אין לו חכמה יותר מאשר אלה שיבואו אחריו. האם אנו בטוחים שאלה אשר יבואו אחרינו, לא יהיה להם אותו שכל, אותה נאמנות שלנו, שהם לא יבינו את צרכי העם כמונו? מדוע נכבול אותם? אני חושב שהדבר הזה מופרך, באופן מוסרי והגיוני" (דברי ראש הממשלה דוד בן גוריון, פרוטוקול ישיבה ט"ו של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-1, 6 (13.7.1949)). התשובה הניתנת לכך, גם אם אינה מספקת כל צורכה, היא כי העם נותר שולט בגורלו, אלא שאותו עם בחר ברגע מסוים להגביל את סמכויותיו שלו-עצמו. האפשרות הנתונה בידי הדורות הבאים להביא לתיקון החוקה, גם היא מצמצמת את הגרעון הדמוקרטי. נוכח האמור, ברי כי העלאתה של הנורמה החוקתית העליונה, מדרגה נוספת, אל מגילת העצמאות, ואל מועצת המדינה הזמנית, תוך שריונה כ'פסקת נצחיות' בלתי ניתנת לשינוי – מאיינת את הבסיס הדמוקרטי.

102. על התהום הפעורה בין מועצת המדינה הזמנית לבין הרשות המכוננת, עמד הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי (בעמ' 362). על מועצת המדינה הזמנית כתב, כי "היה זה, כפי ששמו מעיד עליו, גוף [זמני] אשר אמור היה להיות מוחלף על-ידי 'השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה' (הכרזת העצמאות). לצדה צריכה הייתה להתקיים האסיפה המכוננת, אשר היוותה רשות מכוננת [...] מועצת המדינה הזמנית לא נבחרה על-ידי כלל התושבים [...] האסיפה המכוננת נבחרה בבחירות כלליות, שבהן השתתפו כל בני החברה הישראלית" (ההדגשה הוספה – נ' ס'). מועצת המדינה הזמנית, לא היתה רק גוף בלתי-נבחר, כי אם גם גוף בלתי-מייצג. די לציין, כי הציבור הערבי לא זכה לייצוג כלשהו במועצת המדינה הזמנית. קביעה כי מגילת העצמאות היא אכן הנורמה העליונה, בד-בבד עם קביעה, שלפיה חותמי המגילה, חברי מועצת המדינה הזמנית, בחרו שלא להגביל את הרשות המכוננת – מצמצמת את מידת הקושי הדמוקרטי. הרשות המכוננת עשויה להיות רשות נבחרת ומייצגת של 'הדורות הקודמים', אך סוף כל סוף ברשות נבחרת ומייצגת עסקינן. בטח ובטח, שעה שניתן לסטות מהוראותיה, בדרך של שינוי החוקה. לעומת זאת, הניסיון לעשות שימוש באותן הגבלות, שהוטלו כביכול על-ידי מועצת המדינה הזמנית – גוף לא נבחר ולא מייצג – ולהפכן ל'פסקת נצחיות', בלתי ניתנת



לשינוי עתידי, סותם את הגולל, להלכה ולמעשה, על שלטון העם באמצעות נציגיו הנבחרים.

103. לטעמי, טיעון שכזה, שלפיו חותמי מגילת העצמאות ביקשו לקבוע גבולות גזרה לסמכותה של הרשות המכוננת, פוגע, מבלי משים, בזכרם של אותם אישים דגולים ונעלים, ומציג אותם באור שאיננו מחמיא. כביכול ביקשו הם, למרות היותם גוף בלתי-נבחר ובלתי-מייצג, לנקוט באקט אנטי-דמוקרטי בעליל, ולכפות את ערכיהם על בניהם ובני-בניהם לדורי-דורות, ללא כל 'מנגנון יציאה'.

104. אדרבה, במובן מסוים ניתן לומר, כי 'עיקרון היסוד' של המשפט הישראלי, אותו הנחיל לנו 'דור המייסדים' מיד עם הקמת המדינה, הוא אותו עיקרון יסוד דמוקרטי, שמותיר בידי העם לקבוע את הסדריו החוקתיים הראשוניים. עיקרון יסוד זה, בא לידי ביטוי מעשי, כבר בעת הכרזת העצמאות; בהחלטת חברי מועצת המדינה הזמנית, שלא להגביל את סמכותה של הרשות המכוננת, ולהפקיד בידיה, כגורם נבחר, את מלאכת כתיבת החוקה. כך הוא לגבי 'אבות היישוב', שהיו 'הגורם בלעדיו אין' להקמתה של המדינה. חרף רום-מעלתם, ידוע ידעו והפנימו היטב, כי לא להם הכוח ולא הסמכות לעצב את חוקת המדינה, וכי יש להשאיר זאת לעם, באמצעות נציגיו הנבחרים. מוסר השכל גם לנו, שלא ליצור הגבלות יש מאין על סמכותה של הרשות המכוננת, ושלא להכריז על עצמנו כי בידינו הסמכות לאכוף אותן הגבלות.

'נתונים חוקתיים'

105. חברתי הנשיאה (בדימ') האריכה בדברים חשובים, אך בנוגע לשאלה הבסיסית, בדבר קיומה של הגבלה על סמכות הרשות המכוננת, בחרה לילך בדרך קצרה: "המסקנה באשר לגבולותיה של הרשות המכוננת, נגזרת במישרין מאותם 'נתונים חוקתיים', המבססים את עצם קיומה של הסמכות המכוננת. במילים אחרות, הבסיס למסקנה באשר לגבולותיה של הסמכות המכוננת הנתונה לכנסת הוא, לגישתי, המערך החוקתי הקיים בכללותו – קרי, אותם 'נתונים קונסטיטוציוניים' שעל בסיסם גובשה לכתחילה תורת הרשות המכוננת" (פסקה 66). התקשיתי בדברים הללו. חברתי דוחה את הגישות "המסיקות קיומן של מגבלות על הסמכות המכוננת מ'כללי מסגרת' שנקבעו בהכרזת העצמאות"; חברתי גם שוללת את האפשרות להסתמך "על 'עקרונות על-חוקתיים בלתי כתובים'" (שם). מהם אפוא אותם 'נתונים חוקתיים'? זאת לא נדע. אדרבה, כפי שסקרתי בפתיחה של חוות דעתי, הנתונים החוקתיים כולם מובילים למסקנה הפוכה, שלפיה 'שטח-המחיה' של הרשות המכוננת – בלתי-מוגבל, וכי אנו נעדרים סמכות מלבוא בשערי חוקי-היסוד; לא לכך נבחרנו, לא לכך הוסמכנו כשופטים.

סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת

106. חברתי השופטת ג' כנפי-שטייניץ, מבקשת לראות בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, "עיגון טקסטואלי מפורש יותר למגבלה מהותית שנטלה הכנסת על עצמה" (פסקה 11), ובכך בעקיפין הסמיכה הכנסת את בית המשפט לבטל חוקי-יסוד, אם וכאשר לדעתו הם סותרים את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כשלעצמי, אני מתקשה לראות את סעיף 7א כבית-אחיזה, ומקור סמכות להגבלת כוחה של הרשות המכוננת, ולקיום ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד.

107. ראשית, לפרשנות מרחיבה שכזו, אין עיגון במילותיו של החוק. כותרתו של סעיף 7א היא "מניעת השתתפות בבחירות". זו לשונו:

"(א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לרבות בהתבטאויותיו, לפי הענין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:

- (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;
  - (2) הסתה לגזענות;
  - (3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל.
- "[...]"

עינינו הרואות, פשוטו של מקרא, סב כל כולו סביב פסילת רשימה או מועמד מהשתתפות בבחירות לכנסת; לא הגבלה מהותית על יכולת החקיקה של הכנסת, בטח ובטח לא ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד. כידוע, וכפי שכותבת חברתי בהמשך חוות דעתה – "נקודת המוצא לפרשנותו של חוק, לרבות חוק-יסוד, היא לשון החוק. היא מכתיבה את מתחם האפשרויות הלשוניות" (פסקה 31). בהעדר עיגון בלשון החוק, הפרשנות האמורה נופלת הרחק מגדרי מתחם האפשרויות הלשוניות הלגיטימיות.

108. שנית, גם אם היה בנמצא עיגון לשוני במילות-החוק, הרי שהתכלית הסובייקטיבית של סעיף 7א – הנלמדת הן מההיסטוריה החקיקתית, הן מדברי ההסבר – שוללת מהלך שכזה. קשה להלום מצב דברים שלפיו הוראת-חוק המעניקה סמכות לוועדת הבחירות המרכזית לפסול מועמדים לבחירות לכנסת, מעניקה, הלכה למעשה, לבית המשפט העליון, את הסמכות לפסול חוקי-יסוד. בעל תפקיד ברשויות השלטון האחרות, שהיה מבקש להציג לפנינו את מקור סמכותו על הדרך הזו, לבטח היה נדחה. על אחת כמה וכמה, כשלא מדובר בהסמכה בעניין של מה בכך, כי אם ב'עצב חשוף',

בשאלת הסמכות הבסיסית ביותר במשטרנו: מיהו בעל הזכות והחובה, לומר את 'המילה החוקתית האחרונה'.

109. שלישיית, פסקי הדין בעניין ירדור, ובעניין ניימן, שניתנו בטרם בא לעולם סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, והם שהיו המניע המרכזי לחקיקתו – ניצבים בסתירה לאותה פרשנות מרחיבה. בשני המקרים, נקבע בדעת רוב, אם בדרך פרשנית, אם בדרך של השלמת חקיקה, כי ועדת הבחירות המרכזית מוסמכת לפסול רשימות לכנסת בתנאים מסוימים. למרות זאת, אותם שופטים (כולל השופט א' ברק, בימים ההם) המשיכו, כולם כאחד יחד, לדבוק בעוז בקונצנזוס, שלפיו בית המשפט אינו רשאי להתערב בנורמה החקיקתית העליונה, מעשה-ידיה של הרשות המחוקקת. נמצאנו למדים, כי לא ניתן לגזור 'גזירה שווה' בין פסילת רשימת מועמדים לכנסת לבין התערבות בחקיקת הכנסת. הסמכה לפסילת רשימות מכוח עקרונות-יסוד, אינה מנביעה, מיניה וביה, את האפשרות לפסול חוקי-יסוד מכוח אותם עקרונות. פסילת רשימות – כן, פסילת חוקי-יסוד – לא ולא.

110. אדרבה, אם נשוב ונתבונן באמור בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, ובפסקי הדין בעניין ירדור ובעניין ניימן, נמצא כי אלו סובבים סביב ריבונות הכנסת, ותחת הנחת היסוד שלפיה חקיקת-יסוד חסינה מפני התערבות חיצונית, כולל התערבות של בית משפט זה. פסקי הדין והחקיקה שבעקבותיהם, כולם חוסים תחת דוקטרינת 'הדמוקרטיה המתגוננת'; החשש מפני ניצול של כלי-המשחק היהודי והדמוקרטי על-ידי גופים, או אישים, המבקשים לחתור תחת אושיות המשטר היהודי והדמוקרטי השורר במדינה. חשש זה, הוא אשר הוביל לנקיטת צעד רדיקלי, פסילה אקס-אנטה של רשימה המבקשת להתמודד בבחירות לכנסת. איננו בני-חורין להמתין על מנת לבחון האם אותה רשימה עברה את אחוז החסימה, האם השיגה כוח פוליטי דומיננטי, המאפשר לה להגשים את מטרותיה. נשאלת השאלה: מדוע עלינו לנקוט בצעד רדיקלי שכזה?

111. נדמיין תרחיש שבו יארע הגרוע מכל: תיבחר רשימה המבקשת לשנות את אופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה, ואכן תגיש הצעת חוק-יסוד לביטול אופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה. אותה הצעת-חוק תצלח את שלבי החקיקה ברשות המכוננת, תעבור בקריאה שנייה ושלישית, ומה יקרה אז? מאום לא יקרה. יתכנסו שופטי בית משפט זה, ולאחר עיון ודיון, מעין 'קריאה רביעית', יכריזו על בטלותו של חוק-היסוד. כל אחד מחברי המותב יסתמך על תזה על-חוקתית, שאותה אימץ לעצמו בפסק דינו זה; ובא לציון גואל.

112. על כורחנו נמצאנו למדים, כי החשש מפני חדירתם של כוחות בעלי אופי חתרני, וההבנה שלפיה יש לעצור בעדם על מפתן הדלת, מתיישבים על הלב, רק אם דבקים אנו במקביל בעיקרון ריבונות העם באמצעות נציגיו, וההכרה בכך שלמכון מסור כוח בלתי מוגבל, שעשוי לזעזע את יסודות המשטר החוקתי שבצלו אנו חוסים. אם אנו מסכימים, כי חוק-יסוד שיצא תחת ידיה של הרשות המכוננת, יהא תוכנו רדיקלי ככל שיהא – חוק-יסוד הוא, ברי כי במקביל ישנה הצדקה לבצר את שער הכניסה לבית המחוקקים, פן תצא תקלה תחת ידינו. אך אם איננו מכבדים את ריבונות המכון, וסבורים אנו, כי זכות 'המילה האחרונה' שמורה לבית המשפט, אף אם יהא זה במקרים נדירים שבנדירים, אזי אין כל הצדקה לפגיעה הקשה בעיקרון הדמוקרטי, בפסילתן מלכתחילה של רשימות מהתמודדות בבחירות.

113. לא זו אף זו. אם נעמיק חקר באמור בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, וברציונל שבבסיסו, עולה תמיהה נוספת: אם אכן זכות 'המילה האחרונה' שמורה לבית המשפט, מדוע לא נחקק 'סעיף 7א לחוק-יסוד: השפיטה' – סעיף מדומיין, בן-דמותו של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת – על מנת שיאפשר למנוע העלאת מועמדות לכהונה בבית המשפט העליון, אם המועמד שולל את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מסית לגזענות, או תומך במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. אילו בחירתם של השופטים היתה נתונה בידי נציגי העם, ניתן היה ליישב את השאלה האמורה, בטענה שלפיה די בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, כדי לחסום את כניסתם של גורמים חתרניים לכנסת, ובכך בעקיפין יוכלו נציגי העם הנבחרים, שעברו את שבט ביקורתו של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, למנוע כניסה של אותם גורמים חתרניים לבית המשפט. אך ביודענו, כי הבחירה של שופטי בית משפט זה, אינה נתונה בידי נבחר הציבור, אם נותר, במקביל, את זכות 'המילה האחרונה' בידי שופטי בית המשפט, הרי שבכך מגדילים אנו את הסכנה לדמוקרטיה עשרת מונים.

114. תשובתי לשאלה היא זו: העדרו של 'סעיף 7א' בחוק-יסוד: השפיטה, המונע בחירה של שופטים אשר עשויים להוות סכנה קיומית למשטרנו החוקתי, אל מול קיומו של הסדר שכזה לגבי חברי הרשות המכוננת, ויתר על כן – הכרה בקיומו של הסדר כזה גם מבלעדי חקיקה, בעניין ירדור ובעניין ניימן, מעידים כמאה עדים, למי נתונה זכות 'המילה האחרונה' במשטרנו החוקתי. כך נראית מערכת 'איזונים ובלמים' בפעולה: מחד גיסא, לבית המשפט נתונה זכות 'המילה האחרונה' לגבי שער הכניסה לרשות המכוננת; ומאידך גיסא, זכות 'המילה האחרונה' לגבי תוכנם של חוקי-היסוד, נותרת לעולם אצל הרשות המכוננת, שחבריה יונקים את כוחם מבחירתו של העם. אם נאמץ אותן תזות על-חוקתיות, המוצעות על-ידי חלק מחברי, נמצאנו מפעילים על הרשות המכוננת 'בלמים

ובלמים', ובמקביל פורקים מעצמנו רסן חוקתי; איש לא יאמר לנו 'מה תעשה ומה תפעל', גם לא העם באמצעות נציגיו. אין צריך לומר, כי בלי בלם וללא רסן – לא לעולם חוסן.

סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה

115. חלק מחברי, מצביעים על מקור סמכות מסוג אחר. לשיטתם, סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, שבו נקבע כי "בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק", הוא מקור סמכותו של בית המשפט לפסול חוקי-יסוד (ראו: פסקה 4 לחוות דעתה של חברתי, השופטת י' וילנר). תחילה, עלינו לתת את הדעת על כך שפרשנות מעין זו של סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, מנוגדת לפרשנות שניתנה לסעיף זה במשך כל הדורות. כוונתי איננה רק לשופטי הדורות הראשונים של בית משפט זה, שהכירו גם הכירו את הסעיף המדובר, שהיה מעוגן עוד קודם לכן בסעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957. למרות זאת, איש מהם לא העלה על קצה דעתו, אפשרות של ביטול חוק 'רגיל' של הכנסת, מכוח הסעיף האמור; קל וחומר ביטולו של חוק-יסוד.

116. אותו קונצנזוס-פרשני, שלפיו סעיף 15(ג) אינו מסוגל לשמש מקור סמכות לביטול דבר חקיקה – לא החל עם הקמת המדינה; הוא 'זקן' וותיק ממנה, זה לא מכבר חגג מאה שנים להיווסדו. כידוע, שורשיו של בית המשפט הגבוה לצדק, נטועים בימי שלטון המנדט הבריטי בארץ ישראל. 'האב הקדמון' של סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, שהוליד בתורו את סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, הוא דבר חקיקה מנדטורי. סעיף 43 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, משנת 1922, הקובע כי "בית המשפט העליון, בשבתו כבית דין צדק גבוה, יהא לו השיפוט לדון ולהחליט באותם הענינים שאינם תביעות או משפטים אלא בקשות שאינן בגבולות שיפוטו של כל בית משפט אחר ואשר יש צורך לפסוק בהן למען הצדק". למרות זאת, כלל שופטי בית המשפט העליון המנדטורי, לאורך עשרות שנות פעילותו, לא סברו כי בידיהם הכוח לפסול חוקים מנדטוריים, ככל שיש צורך בכך 'למען הצדק', רק מכוח אותה הסמכה שניתנה להם "לדון ולהחליט באותם הענינים [...] אשר יש צורך לפסוק בהן למען הצדק".

117. אם נחזור חזרה למשפט הישראלי, הרי שאותו קונצנזוס – בתוקפו עומד, עד ימינו-אנו ממש. אם סמכות לפסילת חוקים, ואף חוקי-יסוד, אכן נמצאת בתרמילנו מימים ימימה, נשאלת השאלה מדוע הנשיא (בדימ') שמגר, הנשיא ברק, ועימם שאר חברי ההרכב בעניין בנק המזרחי, השחיתו את זמנם השיפוטי היקר, בכתיבת פסק דין בהיקף של מאות עמודים? מה חידוש נתחדש במשפטנו עם חקיקתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם בשנת 1992, אם סמכות עליונה יותר, לפסילה של כל דבר חקיקה, ללא כל

מגבלה, בנימוק של 'סעד למען הצדק' שרירה היתה וקיימת עוד קודם לכן? תלי תלים של טיעונים נשמעים בחלל האוויר, בכל תיק חוקתי המתברר בבית משפט זה. עיקרם בשאלה האם עומד החוק בתנאיה של פסקת ההגבלה, אם לאו. כל אלו מתייתרים, אם אכן קיימת סמכות לפסילת חוקים, מכוח ההסמכה הכללית שבסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה (ראו: פסקה 23 לחוות דעתו של חברי, השופט ד' מין).

118. בל נטעה. סמכותו של בית המשפט להכריז על בטלותו של חוק 'רגיל', לא נסמכה מעולם על סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה. הקביעה בעניין בנק המזרחי, כי באופן פורמלי, נתונה לכל בית משפט באשר הוא היכולת להכריז על בטלותו של דבר-חקיקה, מלמדת כי אין מדובר בסמכות מכוח סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה. כך הוא לא רק להלכה, אלא גם למעשה: עובדה נשכחת היא, אך פסק-הדין בעניין בנק המזרחי, כלל לא ניתן בבג"ץ, כי אם בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים. כך גם אירע בשנת 2003, אז הגיש נאשם בפלילים עתירה לבג"ץ, שבמסגרתה עתר לביטול אחד מסעיפי החוק שבהם הואשם בבית משפט השלום. במהלך הדיון בעתירה, המליצו השופטים על מחיקתה, על מנת להעלות את הטענות בבית משפט השלום, במסגרת ההליך הפלילי (בג"ץ 8424/01 הנדלמן נ' נציב מס הכנסה (30.9.2002)). הנאשם ישם את המלצת בית המשפט, ובעקבות טענותיו, ביטל בית משפט השלום, כבובעו כבית משפט לעניינים פליליים, דבר חקיקה ראשי של הכנסת (ת"פ (ת"א) 4696/01 מדינת ישראל נ' הנדלמן (14.4.2003)). כמסתבר, איש מעולם לא ביקש לעשות שימוש בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, גם לא לשם פסילת חוקים רגילים.

119. לבסוף, גם אם נתעלם מכל האמור עד כה, הרי שגם לגופם של דברים, סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, אינו יכול לשמש מקור סמכות לביטולם של חוקי-יסוד אחרים. זאת, נוכח העובדה כי חולק הוא אותה 'מדרגה נורמטיבית', עם החוק שאותו הוא מבקש לבטל. כפי שמציינת חברתי הנשיאה (בדימ') (בפסקה 53 לחוות דעתה), ביסוד פסק הדין של הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי, עומדת תורת 'שני הכובעים', שלפיה חוקי-היסוד נהנים ממעמד חוקתי גבוה יותר. הכרזה על בטלותו של חוק-יסוד, מכוח הסמכה שמעוגנת כביכול בחוק-יסוד, מייצרת אם כן 'התנגשות' חזיתית, בין חוק-היסוד שבו קבועה סמכות השופט להכריז על בטלות-חוק, לבין חוק-היסוד שאותו ברצונו לבטל. בהתנגשות שכזו, ידו של חוק-היסוד, שאותו מבקשים לבטל, תהא תמיד על העליונה.

120. אבקש לדייק את דברי. סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, אמנם לא סותר במפורש את חוק-היסוד שהוא מבקש לבטל, אלא אך מעניק לבית המשפט, כביכול, את הסמכות להורות על ביטולו. אך סוף כל סוף, זוהי המשמעות העמוקה של הדברים. לו היה סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, סותר באופן מפורש את האמור בחוק-היסוד שאותו רוצים אנו לבטל, הרי שסעיף 15(ג) לחוק-יסוד השפיטה היה ניגף מפני אותו חוק-יסוד. זאת, נוכח כללי-היסוד הקובעים כי חוק ספציפי גובר על חוק כללי (lex specialis derogat generali), וכי חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם (lex posterior derogat priori). על אחת כמה וכמה, שעה שלפנינו חוק שהוא ספציפי ומאוחר. ממילא, ביודענו כי מקור סמכות אינו יכול להקנות סמכות בעלת עוצמה גבוהה יותר מזו שמצויה בידיו-הוא, ברי כי לא ניתן להסתמך על סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, כמקור הסמכה לבית המשפט לפסול חוקי-יסוד, שעה שאין בכוחו של סעיף 15(ג) עצמו לפסול את חוק-היסוד האחר, בהיותו חוק-יסוד ספציפי ומאוחר ממנו.

121. עוד אוסיף, כי נימוק זה כוחו יפה, גם לגבי הניסיון לראות את סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, כמקור להגבלת כוחה של הרשות המכוננת, ולקיומה של ביקורת שיפוטית על חוקי-היסוד. כל ניסיון להיתלות בחוק-יסוד כזה או אחר, כמקור לפסילת חוקי-יסוד – נדון לכישלון. זוהי הסיבה לכך שכל אותם שופטים ומלומדים, שניסו עד כה למצוא מקור סמכות לביקורת שיפוטית על חקיקת-יסוד, וגיששו את דרכם באפילה, לא ניסו להיתלות במקורות סמכות שנובעים מחוקי-היסוד עצמם. סמכות המעוגנת בחוק-יסוד, אינה יכולה לסייע, בשעה שאנו תרים אחר מקור סמכות לביטולו של חוק-יסוד בהיותו בעל מעמד זהה.

#### ניגוד עניינים מוסדי

122. חברתי השופטת ר' רונן, סבורה, כי "יש להתייחס ביתר חשדנות ולהפעיל ביקורת שיפוטית מוגברת יותר כאשר מדובר בחקיקה או בתיקון לחוק לגביהם מצויה הכנסת ב'ניגוד עניינים מוסדי' בין כובעה כרשות מכוננת לבין קידום תכלית פרטיקולרית-מוסדית אחרת" (פסקה 22). אף שבענייננו, אין מדובר בחקיקה רלבנטית לכוחה של הכנסת, וכל כולה נטועה במישור היחסים בין הרשות המבצעת לרשות השופטת, הרי שלעמדתה הדבר עולה כדי ניגוד עניינים מוסדי (פסקאות 24-25). לעומת זאת, חברתי לא רואה 'ניגוד עניינים מוסדי' בכך שאנו, השופטים, יושבים ודנים, ב'אובייקטיביות', בסכסוך הנוגע לגבולות סמכותנו-שלנו (פסקה 26). כשלעצמי אני סבור, כי המארג החוקי הקיים, בכל הנוגע לסוגיית ניגוד העניינים, מוליך למסקנה אחרת. אכן, כפי שציינה חברתי, על כל עובדי הציבור באשר הם, למגדול ועד קטן, ושופטי בית משפט זה בכללם, נאסר לפעול בעודם מצויים בניגוד עניינים. אלא מאי? חריג אחד ויחיד ישנו לכלל האמור: חבר

הכנסת המשתתף בהצבעה על חוק במליאת הכנסת, רשאי להשתתף באותה הצבעה, אף אם הוא מצוי בניגוד עניינים אישי, תהא חומרתו אשר תהא. זאת, בכפוף להצהרתו מראש על אותו ניגוד עניינים (ראו: סעיף 6 לכללי אתיקה לחברי הכנסת). הדברים נכונים מקל וחומר, מקום בו מדובר בניגוד עניינים 'מוסדי'; בן בנו של קל וחומר, כשמדובר בניגוד עניינים מוסדי עקיף ורחוק יחסית. ממילא, בכל מקרה של העלאת טענות, הדדיות, בדבר קיומו של 'ניגוד עניינים' מוסדי, בין הרשות המחוקקת-מכוננת, לבין בית המשפט – ידו של בית המשפט תהא על התחתונה: "אומר לו: טול קיסם מבין שיניך, אומר לו: טול קורה מבין עיניך" (בבלי, בבא בתרא טו, ע"ב).

123. אדרבה, אם נחקור בטעם הדבר, ונעמוד על סודו של הכלל המאפשר לחברי הכנסת להימצא בניגוד עניינים, נמצא שוב את 'עיקרון היסוד של השיטה', שהיה נתון בקונצנזוס עד לא מכבר, שלפיו, זכות 'המילה האחרונה' נתונה לעם המיוצג על-ידי שליחיו, חברי הכנסת; לא לנו. חבר הכנסת לא מונה לתפקידו על-ידי מאן דהוא. חבר הכנסת הוא נבחר ציבור. לא את קולו-שלו הוא משמיע, אלא את קול העם. זוהי הסיבה וזהו הטעם, לכלל המפתיע, המאפשר לחבר הכנסת להשתתף בהצבעה במליאת הכנסת, חרף היותו בניגוד עניינים. אכן, ככל שניתן ליישב בין האיסור על פעולה בניגוד עניינים, לבין שמירה על הדמוקרטיה הפרלמנטרית – יש לעשות זאת. הצבעה בוועדות הכנסת, שם ניתן למנות ממלא-מקום, או יזום חוקים במצב של ניגוד עניינים – אסורים. אך בהתנגשות חזיתית, ידה של זכות ההשתתפות של חבר הכנסת, המייצג את ציבור בוחריו – על העליונה, והיא גוברת על האיסור להימצא בניגוד עניינים; עד כדי כך. לעומת זאת, נאסר עלינו, השופטים, לשבת בדין אם מצויים אנו בניגוד עניינים. הטעם לכך, גם הוא ברור ופשוט: בניגוד לחברי הכנסת, לא העם בחר בנו לתפקידנו. מכהנים אנו מכוח חוק-יסוד: השפיטה, שאותו חוקקו חברי הרשות המכוננת. עלינו להכיר את מקומנו, ולא לחרוג מסמכותנו.

הרוב קובע?

124. עמדתם של חברי בדעת הרוב היא, כי כעיקרון, קביעה שלפיה קיימות מגבלות על סמכותה של הרשות המכוננת, אינה מחייבת, מיניה וביה, קיומה של ביקורת שיפוטית, שבכוחה לאכוף אותן מגבלות. אלא שבסופו של דבר, מגיעה דעת הרוב למסקנה, כי נתונה בידנו גם הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית על אותן מגבלות. ברם, חלקם עושים זאת תוך עירוב תחומין בין הדין הרצוי, לבין הדין המצוי. חברתי הנשיאה (בדימ') מנמקת, כיד אומנותה הטובה, באריכות ובפרטות (פסקאות 71-85), מדוע "אין מנוס" מביקורת שיפוטית שכזו. לבטח פנים דבריה, אך אין בכוחו של "אין מנוס" כדי להפוך למקור סמכות.



125. על כל פנים, בסופו של דבר, רוב רובם של חברי בדעת הרוב, אינם מצביעים על קיומה של הסמכה מפורשת לעריכתה של ביקורת שיפוטית שכזו. הטיעון המרכזי התומך בקיומה של ביקורת שיפוטית על חוקי-היסוד הוא לכל היותר טיעון מסוג של הסמכה 'משתמעת'. אלו הם דבריה של חברתי הנשיאה (בדימ'): "המאפיינים הייחודיים של המבנה החוקתי שלנו ואופן הפעלת הסמכות המכוננת [...] מובילים למסקנה כי לא ניתן להותיר את המגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת כמגבלות שאינן אכיפות" (פסקה 71). "שלושת המאפיינים [...] – גיבוש החוקה 'פרקים פרקים', היעדר הליך נוקשה לכינונה ותיקונה, ושליטת הרוב הפוליטי בהפעלת הסמכות המכוננת, לא כל שכן הצטברותם, הופכים את שיטתנו החוקתית ליוצאת דופן בכל קנה מידה. במצב דברים זה, קיים קושי רב בהותרת המגבלות על סמכותה של הכנסת כמגבלות בלתי אכיפות, וללא כל אפשרות מצד בית המשפט לבחון – אף לא במקרים קיצוניים – אם הכנסת חרגה מגבולות סמכותה" (פסקה 81). "קיים צורך בגורם א-פוליטי, אשר ישמש כ'בלם חיצוני' מפני אותם מצבים קיצוניים שבהם הכנסת עלולה לפרוץ את גבולות סמכותה המכוננת. לכן [...] דומה כי אין מנוס מהכרה באפשרות להעביר את חוקי היסוד תחת שבט הביקורת השיפוטית של בית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, על מנת להבטיח מענה אפקטיבי באותם מצבי קיצון" (פסקה 85). "לבסוף יש להדגיש כי בישראל, אין כיום גוף אחר מלבד בית המשפט [...] אשר יש ביכולתו לשמש 'בלם חיצוני' בפני גבולות הסמכות המכוננת [...] גם במדינות אחרות שבהן המגבלות על תיקון החוקה הן אכיפות, הגוף המופקד ככלל על מלאכת הביקורת הוא בית המשפט" (פסקה 88). מסקנתה של חברתי, שאליה מצטרפים חברי בדעת הרוב, היא כי בית משפט זה הוא הגורם המתאים, ולמעשה היחיד שביכולתו לעשות את מלאכת הביקורת, ועל כן ניתן לראות בכך מקור סמכות, המאפשר לנו לשלוח את ידנו בחקיקת-היסוד, חוקתה של המדינה, ולהסיר ממנה אותם חלקים שלא מצאו חן ושכל טוב בעינינו.

126. גם אם נאמץ את מסקנת דעת הרוב, על קרבה ועל פרעיה, עדיין לא באנו אל המנוחה ואל הנחלה. אם כל אותה הסמכה – הסמכה משתמעת היא, מחמת העדר כל גורם אחר שניתן להפקיד בידיו את המלאכה, הרי שלא ניתן להסיק מאותה הסמכה – אלא מה שיש בה; הסמכה מינימלית וצרה. אם ננסה להרחיבה, לא יהיה לה, לאותה הסמכה, על מה להישען. שוב לא תהיה 'משתמעת' כלל ועיקר.

127. כאמור, לשיטתם של חברי, קיימת 'הסמכה משתמעת' שמכוחה מתאפשר לבית המשפט לבקר את חקיקת-היסוד. גם אם נקבל זאת, אזי מאותה סמכות משתמעת, ניתן להסיק לכל היותר כי מקום שבו קיים 'קונצנזוס' בקרב השופטים, שלפיו יש לפסול את חוק-היסוד, יהא בכוחנו לעשות זאת. אין בנמצא כל מקור סמכות, ולו משתמעת, שממנו

ניתן להסיק כי בסמכותנו לפסול חוקי-יסוד מקום שבו נחלקו דעות השופטים עצמם, קל וחומר ברוב דחוק, על חודו של קול. כל אותן 'הסמכות משתמעות', שעליהן מבקשת חברתי, וחברי בעקבותיה, להסתמך, עשויות ללמד לכל היותר על הסמכה משתמעת לקיום ביקורת שיפוטית פה-אחד. ביקורת שיפוטית המחייבת הכרעה פה-אחד, לא מותירה "את המגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת כמגבלות שאינן אכיפות". בית משפט זה, גם אם סמכותו מוגבלת ליתן את פסיקתו רק פה אחד, סוף כל סוף הריהו "גורם א-פוליטי, אשר ישמש כ'בלם חיצוני' מפני אותם מצבים קיצוניים שבהם הכנסת עלולה לפרוץ את גבולות סמכותה המכוננת". כל אותן הנמקות, שמהן מבקשת חברתי להוכיח קיומה של 'סמכות משתמעת' – שוב אינן רלבנטיות, שעה שאנו מבקשים להסיק מהן על סמכות לפסול חוקי-יסוד, גם בבית משפט שנחלקו בו הדעות; קל וחומר מקום שבו ההכרעה נופלת על חודו של קול.

128. הקביעה שלפיה, במצב הדברים הרגיל, בהעדר הכרעה 'פה אחד', תכריע דעת הרוב, מקורה בחקיקה 'רגילה', בהוראת סעיף 80(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט). לא ניתן לעשות בהוראה זו שימוש לענייננו-שלנו. כל אותה סמכות נטענת, המאפשרת לנו לערוך ביקורת שיפוטית, ולבטל אף את חוקי-היסוד, הריהי 'סמכות משתמעת'; חריגה שבחריגים. סמכות הנובעת כל-כולה מהעדר גוף אחר שביכולתו לעשות כן. ממילא, ככל שקיים גוף אחר שבכווחו לעשות כן, ופגיעתו בדמוקרטיה פחותה, כמו בית משפט שבסמכותו לפסול חוקי-יסוד רק ב'קונצנזוס', הרי שאותה סמכות נתונה לו; לא לנו, ב'כובענו' כבית משפט 'רגיל' הפועל לפי הוראות סעיף 80(א), ומכריע בהתאם לדעת הרוב. לא ניתן לערוך 'פלגין דיבורא', ולפנות בצר לנו להוראותיו של חוק 'רגיל', בניסיון להרחיב אותה סמכות 'משתמעת' עוד ועוד, הרחק מעבר למינימום הנדרש. הסמכות לקיום ביקורת שיפוטית, לא נסמכת על הוראותיו של חוק או חוק-יסוד, אלא ניצבת ממעל להם. אין כל טעם אפוא להיתלות בהוראות 'חוקיות', שנועדו למצב הדברים הרגיל, שבו סמכותו של בית המשפט נלמדת מכוח חוק-יסוד: השפיטה, כדי לנסות ולגזור מהם את סמכותו של בית המשפט ליתן את הכרעתו בדעת רוב. גם אם נקבל את עמדת הרוב, שלפיה 'נגזר' עלינו לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקת-יסוד, עלינו 'לגדר' אותה למינימום האפשרי. 'אין לך בו, אלא חידושו'. ליותר מכך, גם לשיטת חברי בדעת הרוב, אין מקור סמכות.

129. אוסיף, על קצה המזלג, מבלי לטעת מסמרות, כי גם במישור הדין הרצוי, הסכמה של כל חלקי העם, שלפיה תינתן הסמכה מפורשת לפסילת חוקי-יסוד, אך ניתן יהיה לפסול חוקי-יסוד, או אף חוקים 'רגילים', רק בהתקיים 'קונצנזוס' בקרב השופטים, עשויה להוות פתרון מאוזן, שיש בו מענה לאינטרסים הנוגדים, מזה ומזה. אם כך יהא,

ותופקד בידינו הסמכות המפורשת והמוסכמת לפסול חוקי-יסוד, מובטחנו כי במקרים המתאימים, בתקווה שלא יתרחשו, לא נתקשה לגבש 'קונצנזוס'. להצעה דומה בעניינה של עילת הסבירות, ראו לקמן פסקאות 207-210 לחוות דעתי. הנימוקים שהועלו שם, כוחם יפה במידה רבה גם לעניין שלפנינו; 'עניין אחד עולה לכאן ולכאן'.

הנורמה הבסיסית של המשפט הישראלי

130. חוות הדעת של חברי מלמדות, כי גם אלו הסבורים כי בסמכותנו להורות על פסילת חוקי-יסוד, אינם מסכימים, כלל ועיקר, על מקור הסמכות לכך. שלל מקורות סמכות אפשריים העלו חברי, איש איש ומקור סמכותו. יש גם מי מבין חברי, שלא ראה צורך בהצבעה על מקור סמכות ספציפי, שהוא המהווה לעמדתו את מקור הסמכות. די לו בתוצאה הקובעת את עצם קיומה של סמכות שכזו, גם אם לא מחוור לו מה מקורה (ראו: פסקה 17 לחוות דעתו של חברי השופט י' עמית). כל אחד מחברי משוכנע, באמת ובתמים, כי מקור הסמכות שבו הוא דוגל, בלתי ניתן לערעור. מנגד, רבים אחרים מקרב חברי סבורים, כי טעות היא בידו. מקור סמכות המוסכם על כולם – אין בנמצא; "זה פוסל עדיו של זה, וזה פוסל עדיו של זה" (משנה, סנהדרין ג, א).

131. אם יעמוד אי-מי וישאל לדעתם של שופטי הרוב: אמרו לי רבותי דיינים מומחים, מהי הנורמה החוקתית העליונה, הבסיסית, שמכוחה נקבע על-ידכם כי חקיקת-יסוד שיצאה תחת ידיו של המכונן – בטלה? דומני כי הלה יתקשה לקבל תשובה ברורה לשאלתו. אותה 'נורמת יסוד', עיקר העיקרים, שאמורה לעמוד ביסוד היסודות של משטרנו הדמוקרטי, נותרת 'חמקמקה' ובלתי ניתנת להשגה. גם אם נשאל את מוצא פיהם של מלומדי המשפט החוקתי, לא ידעו הם להצביע לעברה של אותה נורמה עליונה. כל שניתן יהיה לומר הוא, כי דעת הרוב הכריעה על עצם קיומה של סמכות שכזו, מבלי להכריע מי היא ומה שמה; איה מקום מנוחתה.

132. אם לא די בכך, הרי שישנו פשל אחר – יסודי יותר. כל כולו של הדיון עד כה, הן בחוות הדעת של חברותי וחברי, הן בחוות דעתי-שלי, טומן בחובו הנחת יסוד מוקדמת. אותה הנחת יסוד, אינה מובנת מאליה. כאמור בפתח דברי, חברתי הנשיאה (בדימ') מציינת, כי "בהליכים שלפנינו מתעוררות שתי שאלות עיקריות: השאלה הראשונה היא האם ניתן לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד כאשר מועלית טענה לפיה הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת. זוהי שאלה מורכבת ועד עתה נמנע בית משפט זה מלהכריע בה, אך כעת היא ניצבת בבסיס העתירות ודורשת הכרעה. השאלה השנייה, שהתשובה לה תלויה במענה שיינתן לשאלה הראשונה, היא האם התיקון נושא העתירות [...] דינו בטלות".

דא עקא, ישנה שאלה מוקדמת יותר ב'סדר הפעולות'. מעין 'מטא-שאלה', שעליה יש להשיב בטרם הכרעה בשאלה הראשונה.

133. חברתי מניחה, כמובן מאליו, כי הגורם המוסמך לענות על השאלה הראשונה, "האם ניתן לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד כאשר מועלית טענה לפיה הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת", הוא בית המשפט. כל שנדרש, לשיטתה, הוא כי נתכנס כולנו וניתן את פסק דיננו, שיקבע האם ישנה בידנו סמכות, אם לאו. ברם, מניין לנו, כהנחה פשוטה, שאינה זקוקה להנמקה, כי דינה של שאלת-יסוד מעין זו, להתברר לפנינו? כידוע, עמדתה של הרשות המכוננת – שונה. הרשות המכוננת אינה מכירה בסמכותו של בית משפט זה לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי-היסוד. יתירה מכך, היא כופרת בסמכותו של בית המשפט לענות גם על אותה 'מטא-שאלה'. לשיטתה, בית המשפט כלל לא ראוי לדון בשאלה שעומדת על הפרק, שאלת סמכותו של בית המשפט לפסול חוקי-יסוד, בטח שלא להיות 'הפוסק האחרון' המכריע בה. מניין לנו, כי בידנו הדבר? שמא ואולי דווקא עמדתה של הרשות המכוננת, שבה בחר העם, היא אשר קובעת?

134. יהיה מי שיבקש לטעון, כי בית המשפט הוא הגורם המוסמך לפרש את החוק, ולכן ברי כי שאלה מעין זו, מקומה בבית המשפט. טענה זו, נכונה היא, בדרך כלל, אך כוחה אינו עומד לה בעניין שלפנינו. אילו היינו עוסקים במלאכת פרשנותה של נורמה משפטית כלשהי, הרי שתשובה זו היתה מניחה את הדעת. אלא שלמעשה, אותה מטא-שאלה שהצגתי, כלל אינה עוסקת בנורמה משפטית, אלא עומדת מחוצה לו; משייטת בעולמות עליונים ונשגבים. השאלה הבסיסית ביותר, שעליה אנו מדלגים בקלילות, היא מיהו הגורם המוסמך להכריז מהי הנורמה הבסיסית במדינת ישראל? כפי שאסביר להלן, תשובה לשאלה מעין זו, כלל לא ניתן למצוא בשדה המשפט.

135. עמדתם של חברי, כמובן מאליו, שלפיה מי שמוסמך להחליט מהי הנורמה העליונה של מדינת ישראל, אלו הם אנחנו-השופטים, קובעת למעשה נורמה בסיסית יותר, ראשונית, הקודמת לכל אותן 'נורמות בסיסיות' שעליהן ביקשו חברי להצביע. למעשה, נורמת הבסיס הגרעינית, שלה טוענים חברי, זו הקודמת לכל נורמה בסיסית אחרת, היא נורמה הקובעת כי מי שבידו לקבוע ולהכריז מהי הנורמה הבסיסית של מדינת ישראל, שבכוחה לגבור אף על חקיקת-היסוד, הוא חֶבֶר שופטי בית המשפט העליון.

136. אבהיר. נניח כי בבית המשפט העליון היה מכהן כעת הרכב שופטים אחר, 'שמרני' יותר, דומה לזה שניהן כאן בדורות עברו. אותו הרכב, היה מגיע למסקנה שונה מזו שאליה הגיעה דעת הרוב, ולפיה – הנורמה הבסיסית של המשפט הישראלי היא חקיקת-היסוד. אין דבר שניצב ממעל לה, ומגביל אותה. אם כך היה, או-אז, לו נשאלו שופטי הרוב, כעניין של משפט פוזיטיבי, האם קיימת מגבלה על סמכותה של הכנסת, בכובעה כרשות מכוונת? האם קיימת סמכות לבית המשפט לבקר את חוקי-היסוד? התשובה שאותה היינו מקבלים היא, כי אמנם לעמדתם האישית ישנן מגבלות על הסמכות המכוונת, וכך גם ניתן לפסול חוקי-יסוד; אך הדין הפוזיטיבי הנוהג – שונה. לפי הדין הפוזיטיבי, שנקבע בפסק הדין של בית המשפט העליון, הרי שלא קיימות מגבלות על סמכותה של הרשות המכוונת, וכך גם אין זה בסמכותו של בית המשפט להורות על פסילת חוקי-יסוד.

137. 'תרגיל מחשבתי' שכזה מלמדנו, כי אליבא דחברי, בסוף כל הסופות, הדין הפוזיטיבי, הנוהג, באשר לשאלה האם ישנה מגבלה על סמכותה של הרשות המכוונת, נגזר כל-כולו מעמדתם של 15 השופטים המכהנים בבית המשפט העליון. הוא הדין באשר לשאלה האם יכול בית המשפט להורות על פסילת חוקי-יסוד. המסקנה היא, אם כן, לשיטתם של חברי, כי הנורמה הבסיסית ביותר, שממנה משתלשלות ויורדות הנורמות כולן, היא נורמה הקובעת כי מי שיכריע בשאלת קיומה של 'נורמת הבסיס', יצביע עליה, ויקבע את גבולותיה, אלו הם שופטי בית המשפט העליון; אם כנים הדברים, הרי שנורמת הבסיס ה'אמיתית' של המשפט הישראלי, אינה 'מגילת העצמאות', לא 'עקרונות היסוד של השיטה', ואף לא 'מדינה יהודית ודמוקרטית'. הנורמה הראשונית והבסיסית יותר, לשיטה זו, תלויה ועומדת, ומחכה למוצא פיהם של שופטי בית המשפט העליון, שבכל דור ודור. אם יחליטו כפי שהחליטו השופטים בדורות הראשונים, כי סמכותה של הרשות המחוקקת, למצער בכובעה כרשות מכוונת, בלתי מוגבלת, והיא הנורמה הבסיסית, אזי כך יהא. אם ביום מן הימים ישנו שופטים את טעמם, ויחליטו ברוב דעות, כי דווקא מגילת העצמאות, או תכנית החלוקה של האו"ם, או מסמך אחר, הם שמהווים את נורמת היסוד של מדינת ישראל, כי אז תשנה הנורמה הבסיסית את פניה, בהתאם למוצא פיהם של שופטי בית המשפט. הוא שלמדנו: "ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך מן המקום ההוא [...] ושמרת לעשות ככל אשר יורוך. על פי התורה אשר יורוך ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל" (דברים יז, י-יא; וראו: אריה אדרעי "דעת תורה" – ו'הכל שפיט" הזירה (15.2.2023)).

138. אותה 'נורמה בסיסית' חדשנית, מוסכמת ככל הנראה על כל חברי, זולת חברי השופט מינץ, עד שהתייחסו אליה כמובנת מאליה. הרשות המכוננת – אינה מקבלת זאת. אותה מטא-שאלה, נמצאת במחלוקת עמוקה בין הרשות המכוננת לבין הרשות השופטת. מה שהוא בגדר 'מילתא דפשיטא' עבור שופטי בית המשפט העליון, הוא אכן כזה גם לעמדתה של הרשות המכוננת, אך בכיוון ההפוך. לעמדתה של הרשות המכוננת, הנורמה הבסיסית של מדינת ישראל אינה מוחזקת בידי שופטי בית המשפט העליון, הרשאים לעשות בה כטוב בעיניהם. לשיטתה, לא רק שבית המשפט נעדר סמכות לפסול חוקי-יסוד, אלא שהוא נעדר סמכות להכריע בשאלה המוקדמת יותר, והיא: האם בית המשפט הוא זה שבכוחו להכריע אם נתונה לו סמכות לפסול חוקי-יסוד.

139. מי שמתייצב לצדה של הרשות המכוננת בעימות זה, הוא המלומד מ' שטרנברג, שפעל בשדה המשפט החוקתי בימיה הראשונים של המדינה; אביה-מולידה של תורת 'שני הכובעים', כבר בשנת 1958. "זכות ראשונים בעניין זה מגיעה למר שטרנברג" (הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי, בעמ' 384). עמדתו של שטרנברג היא, כי "הכל שואב את תוקפו מן הנורמה הבסיסית. בארצות שבהן קיים משטר דמוקרטי, הקונסטיטוציה או הפרלמנט, מהווה את הנורמה הבסיסית של המדינה" (שטרנברג, בעמ' 132-133). שטרנברג אינו מעלה על דעתו את האפשרות, שלפיה הנורמה הבסיסית במשטרנו הדמוקרטי היא, כי על הרשות המכוננת לכופף את ראשה בהכנעה אל מול קביעתו של בית המשפט העליון, שלפיה קיימות הגבלות על סמכותה המכוננת, וכי ניתן לקיים מכוחה ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד. "הקונסטיטוציה או הפרלמנט", אלו הן שתי האופציות היחידות שבאות בחשבון.

140. בהמשך דבריו, הולך שטרנברג בדרכו של הנס קלזן, ועומד על השאלה: "מניין התוקף המשפטי של הנורמה הבסיסית? [...]" מניין תוקפן המשפטי של נורמות בסיס אלו? על שאלה זו משיב קלזן מה שהשיב אוסטין ביחס לריבון, כי הגענו לסוף תחומנו ואין להוסיף שאול. תחום המשפט מסתיים בנורמה הבסיסית. מצד זה דומה המשפט לדת. שניהם מערכות נורמטיביות דינמיות. בשניהם מגיעים אנו לקו שאין ללכת מעבר לו בלי להסיג גבול. כשם שהתשובה האחרונה למצווה הדתית היא 'כן רצה הא-ל' או 'כן גזרה חוכמתו', כן התשובה האחרונה לתוקפו של הכלל המשפטי היא: כך נקבע על ידי הנורמה הבסיסית. אם אתה שואל מניין התוקף למצוות הא-ל – עזבת את תחום הדת; אם אתה שואל מניין התוקף לנורמה הבסיסית – עזבת את תחום המשפט (שם, בעמ' 133); "דברי חכמים כדרבנות" (קהלת יב, יא).

141. אם יבקש אי-מי לחלוק על עמדתו של שטרנברג, ויטען כי הנורמה הבסיסית היא כי 'יש לציית לקביעתו של בית משפט העליון', ולבית המשפט, ולא לעם, נתונה הזכות לומר את 'המילה האחרונה' – הרי שתשובתו בצדו: אותו 'עימות' שייווצר כתוצאה מכך, בין הרשות השופטת לרשויות השלטון האחרות, דומה לזה שלו אנו עדים כעת, מתרחש הרחק כמטחחוי-קשת מעולמו של המשפט והשופט, מתנהל ב'ספירה' אחרת ושונה לחלוטין (ראו: דניאל בן אוליאל ויובל יועז "היועץ המשפטי לממשלה – דברי ימי המחלוקת: שיחה עם אהרן ברק" משפט וממשל יח 512, 495 (2017)).

#### הדין הרצוי

142. עד כה סקרתי את הדין המצוי. מסקנתי היא, כאמור, כי בעשרות שנותיה הראשונות של המדינה, איש לא העלה על דעתו את האפשרות לפסול חקיקה מכוח עקרונות על-חוקתיים, וכי גם עתה אין בנמצא מקור סמכות כלשהו המאפשר לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי-היסוד. אעבור כעת לדין הרצוי. בטרם אבוא בדברים, רואה אני חובה, לזכור ולהזכיר, כי נוכח מסקנתי שלפיה נעדרי סמכות אנו, הרי שדיון בשאלת הדין הרצוי הוא בבחינת 'למעלה מן הצורך'. אף אם אשתכנע, באותות ובמופתים, כי הדין הרצוי תומך בביקורת שיפוטית על-חוקתית, לא יהא בכך כדי להפוך דין רצוי לדין מצוי.

143. בצוק העיתים, לא היה סיפק בידי לפרוס את משנתי במלואה. עזר ותרופה מצאתי בדבריו של פרופ' יצחק זמיר. בשנת 1992, נעשה ניסיון-נפל, אחד מני רבים, לחוקק את חוק-יסוד: החקיקה. במסגרת אותה הצעה, נכללה אפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה, בשל כך "שהם סותרים עקרון מעקרונות היסוד של מדינת ישראל". בתגובה לאותה הצעת חוק, פרסם פרופ' זמיר מאמר אקדמי, שבו הביע התנגדות חריפה לעריכת ביקורת שיפוטית מכוח 'עקרונות יסוד' בלתי-כתובים, באשר הם (יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" משפט וממשל א 395, 405-407 (תשנ"ג)). במאמרו עומד פרופ' זמיר באריכות על הקשיים התיאורטיים היסודיים שמעוררת ביקורת שיפוטית 'רדיקלית', המבקשת לעשות שימוש בערכי-יסוד בלתי-כתובים.

144. תחילה, עומד פרופ' זמיר על כך שהגדרתה של מדינת ישראל כ'מדינה יהודית ודמוקרטית', הריהי הגדרה 'חובקת-כל', אך נותרת עמומה לצרכים משפטיים. "העילה השלישית והאחרונה לביקורת על חוקיותו של חוק, לפי סעיף 35(ה) להצעת החוק, היא הסתירה לעקרונות היסוד של מדינת ישראל. מה הם עקרונות אלה? על כך אין תשובה מוסמכת לא בהצעת החוק ואף לא במקור אחר. אמנם, לאחר שהצעת החוק גובשה, נתקבל בכנסת

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק-יסוד זה קובע (בסעיף 1) כי מטרתו להגן על 'ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית'. אולם, היהדות והדמוקרטיה הם עולם ומלואו, ואין לך ערך טוב שאינו נכלל בהם. כיוון שכך, אין זה ברור מה הם, לצרכים משפטיים, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. [...] עקרונות היסוד של מדינת ישראל הוא ביטוי עמום מאד, יותר מביטויים עמומים אחרים המופיעים כרגיל בחוקות, כגון, שוויון או חופש הביטוי (שם).

145. **בהמשך דבריו, עומד פרופ' זמיר על הקושי הטמון בכך שאותם עקרונות-יסוד, הופכים להיות מעין 'פסקת נצחיות' אותה לא ניתן לשנות, ומהוראותיה לא ניתן לסטות:** "עקרונות אלה, שעדיין אין להם דמות וגבול, מקבלים בהצעת החוק הגנה שאין לה שיעור, בעצם הגנה מוחלטת. לפי לשון ההצעה, אסור שחוק יסתור עיקרון מעקרונות היסוד של מדינת ישראל, ואין שום דרך לגבור על איסור זה. רוב של שני שלישים של חברי הכנסת, ואפילו הצבעה של כל חברי הכנסת פה-אחד, לרבות הוראה מפורשת המתירה את הסתירה, לא יועילו לתת תוקף לחוק הסותר עיקרון מעקרונות היסוד של המדינה. עקרונות אלה מקבלים, כביכול, קדושה כאילו הם תורה למשה מסיני. התוצאה של קידוש עקרונות היסוד של המדינה מוגזמת עד כדי אבסורד. ראשית, אין זה מקובל להעניק לערך כלשהו שריון מוחלט, המונע כל אפשרות של סטייה או שינוי. את הערכים הקבועים בחוקת ארה"ב, כגון חופש הביטוי, קשה מאד לסייג או לתקן, אך הדבר אינו בלתי-אפשרי: בהליך מורכב וממושך אפשר לחוקק תיקון לחוקה המסייג את חופש הביטוי". **פרופ' זמיר מוסיף ומציין, כי העובדה שאותם עקרונות בלתי ניתנים לשינוי, שומטת, במידה רבה, את הצידוק שעומד מאחוריהם.** "ניתן לומר כי שום חוקה אין לה קיום לאורך זמן, ואולי אף אין לה צידוק, אם אין בה אפשרות של תיקון ושינוי" (שם).

146. **פרופ' זמיר מוסיף ומחדד את המכשולים הניצבים בדרכנו, עת מבקשים אנו ליצוק תוכן ממשי ואובייקטיבי, לתוך מונחים עמומים אלו. אותו קושי, עשוי לגרום, לדבריו, לכך שההכרעות המתקבלות תישאנה אופי סובייקטיבי, התלוי בערכיו של השופט היושב בדין.** "זאת ועוד. אפילו היתה ההגנה המוקנית לעקרונות היסוד של מדינת ישראל זהה להגנה הניתנת לחוקי-היסוד, כך שניתן היה לסתור עקרונות כאלה באמצעות חוק שנתקבל ברוב מיוחד, עדיין קשה היה להשלים עם חידוש זה. במדינות העולם מקובל כי ההגנה שחוקה מקנה לעקרונות יסוד מוגבלת לעקרונות ידועים, המפורטים בחוקה, כגון השוויון, חופש הביטוי וחירויות נוספות שהחוקה מפרטת. אין זה מקובל להקנות הגנה לעקרונות שאינם ידועים. הגנה רחבה וסתומה לעקרונות שלא פורטו מטילה על בית-המשפט אחריות כבדה מאד, בלי שהוא יוכל לעגן את הכרעותיו ולהגן על עצמו, באמצעות הוראות החוקה המפרטות את העקרונות. אחריות כזאת כרוכה בבעיות קשות מאד, במישור העיוני ובמישור המעשי גם יחד. האם, למשל, שלמות הארץ היא עיקרון כזה? או, אולי, נישואין כדת משה וישראל? ברור שאין הסכמה כללית בשאלה מה הם עקרונות היסוד של המדינה. אם



בית-המשפט יידרש להכריע בשאלת תוקפו של חוק לאור עקרונות היסוד, הוא עלול להיסחף למערבולת של מחלוקת בשאלה מה הם עקרונות אלה, ולהחשף לביקורת בדבר נטיות אישיות של השופטים" (שם).

147. דברים אלו מעוררים תמיהה לכאורית: מהי הרבותא בכך שאנו עושים שימוש במונח 'מדינה יהודית ודמוקרטית' ? מונח זה שגור בלשוננו, תוך שאנו עושים בו שימוש במלאכתנו הפרשנית, בבואנו ליתן מובן לדברי חקיקה אלו ואחרים. מה נשתנה אפוא לרעה, דינה של הביקורת השיפוטית מכוח עקרונות יסוד עמומים, לעומת שימוש באותם 'עקרונות יסוד' לצרכים פרשניים גרידא? פרופ' זמיר מתמודד עם השאלה במישורין, מבאר את הדברים הדק היטב: "אכן, בית-המשפט נוהג מאז ומתמיד לקבוע את ערכי היסוד של המדינה ולהסתייע בהם לצורך פרשנות החוק. אולם יש הבדל גדול, לעניין זה, בין פרשנות חוק לבין ביטול חוק. כאשר בית-משפט מסתייע בערכי היסוד לצורך פרשנות חוק, הוא אמור להיות נאמן לחוק, ואם פרשנותו אינה מקובלת על המחוקק, המחוקק רשאי תמיד להתערב ולחוקק חוק חדש שיבהיר את כוונתו. לא כך כאשר בית-המשפט פוסל חוק, משום שלדעתו החוק סותר עיקרון מעקרונות היסוד, בניגוד לדעתו של המחוקק. במחלוקת בין המחוקק לבין בית-המשפט בשאלה מה הם עקרונות היסוד, ובשאלה אם חוק סותר עיקרון מעקרונות היסוד, כאשר עקרונות אלה לא נקבעו בחוקה, צפוי בית-המשפט למצוא עצמו בעמדה של נחיתות. בית-המשפט זקוק למצפן שינחה אותו במים עמוקים ועוגן שיגן עליו בעת סערה. עקרונות היסוד יכולים לשמש מצפן ועוגן לצורך פירוש חוק. אין בהם כדי לשמש לא מצפן ולא עוגן כאשר בית המשפט נקלע לסערה בעקבות ביטול חוק" (שם).

148. דבריו החשובים של פרופ' זמיר נאמרו לגבי 'עקרונות היסוד', אך כוחם יפה לכל עיקרון על-חוקתי אמורפי ומופשט, כמו "מאפייני הזהות הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (פסקה 64 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ'); פסקה 12 לחוות דעתה של חברתי השופטת ג' כנפי-שטייניץ), כמו גם, "שלילת זהותה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית" (פסקאות 3-5 לחוות דעתה של חברתי השופטת י' וילנר). הוא הדין לגבי שאר חברי להרכב המבקשים לעשות שימוש בעקרונות מופשטים; איש איש ועקרונותיו הוא.

149. הדברים נכונים, במידה רבה, גם כאשר לשיטתו של חברי השופט שטיין. חברי מבקש לילך במסלול 'פורמלי' יותר כביכול, ולהקנות לאותם ערכים הנזכרים במגילת העצמאות, הגנה על-חוקתית. אילו היה מסתפק חברי באותו עיגון פורמלי, מכוחה של מגילת העצמאות – החרשת. דא עקא, חברי צועד צעד נוסף, וקובע כי זהו אף הדין הרצוי (פסקה 26). חברי אמנם מבקר את המבקשים להסתמך על 'עקרונות מופשטים' ובלתי-כתובים, אך בסופו של דבר, גם חברי מעמיד את התשתית העל-חוקתית כולה, על

עקרונות מופשטים: 'צדק', 'חירות', וכיוצא באלו (פסקה 76). גם אם סבור חברי כי ניתן למצוא לכך עיגון פורמלי במגילת העצמאות, ואני, כאמור, איני סבור כן, הרי שאין בכך כדי להשיב על ביקורתו של פרופ' זמיר באשר לדין הרצוי. דבריו של פרופ' זמיר נכתבו, כאמור, תחת ההנחה כי יהא עיגון פורמלי לאותם עקרונות מופשטים, ואף-על-פי כן אמר את שאמר.

150. כדי להמחיש את הסיכונים האורכים לפתחנו, אם נאמץ את התזה המוצעת על-ידי חברי השופט שטיין, אין צורך להביא ממרחק לחמנו, ולהסתמך על תרחישים היפותטיים; די להביט באחת מקביעותיו של חברי השופט שטיין בחוות דעתו הנוכחית, כדי לעמוד על הדברים. לעמדתו של חברי, חוק-יסוד שבו תבוטל היכולת לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות ממשלה או שרים מכוחה של עילת הסבירות, אף אם תישארנה שאר עילות הביקורת המינהלית על כנן, "אינו עולה בקנה אחד עם שום תפיסה מקובלת של 'צדק' ושל 'חירות'", ואחת דינו להתבטל (פסקה 98 לחוות דעתו). הרי לנו דוגמה הממחישה עד כמה גם אותם עקרונות שמבקש חברי לגזור ממגילת העצמאות, ולהכפיף תחתם את חוקתנו, הם עקרונות עמומים ומופשטים. ככאלו, הם מאפשרים לשופט היושב בדין, להגיע לכל תוצאה שבה יחפוץ. אם כך ננהג, נמצאנו ממירים את שלטון החוק והמשפט בשלטון השופט. זכור נזכור את דבריו של הנשיא ברק, אותם חזר ושנה פעמים רבות, בין היתר בטקס השבעתו לנשיא בית המשפט העליון, כי "שלטון החוק הוא שלטון המשפט, ולא שלטון השופט" (אהרן ברק מבוחר כתבים א' 937, 945 (תש"ס)).

151. המחשה נוספת, לאותה בעייתיות שנוצרת מחמת קיומה של ביקורת שיפוטית על-חוקתית, מכוח עקרונות מופשטים, משתקפת מעמדתם של חלק מחברי דעת הרוב. הנמקותיהם יכולות ללמד, כי גם צמצום מועט בגבולותיה של עילת הסבירות, שהוצע על-ידי נשיא המדינה, יצחק הרצוג, במסגרת מתווה המכונה 'מתווה העם' – עשוי לעלות כדי 'חריגה מסמכותה המכוננת של הכנסת', בשל פגיעה חמורה בעקרונות הדמוקרטיה. מתווה הפשרה שהוצע על-ידי 'קבוצת שטרן', בראשותו של פרופ' ידידיה שטרן, אף הוא יכל להיות מוכרז ככזה שמאיים לפגוע ביסודות הדמוקרטיה, עד שדינו להתבטל. הרי לנו, כי ביקורת שיפוטית מכוח עקרונות עמומים ומופשטים, יכולה להתפשט עד בלי די, בלי גבול ומידה. היא מייצרת כוח אבסולוטי לשופט היושב בדין, ובמקביל, מנטרלת את יכולתו של הריבון, העם בישראל, לסטות ימין או שמאל, מבלי שניתנה הסכמת בית המשפט לכך.

עד כאן לגבי פסילתם של חוקי-יסוד; מכאן ואילך, בעניינה של עילת הסבירות.

## חלק ב' – על עילת הסבירות

פרשנות התיקון לחוק-היסוד; בצמצום או ברווח

152. אחת המחלוקות המרכזיות שנפלה בין חברי וחברות להרכב, היא שאלת פרשנותו של התיקון לחוק-היסוד שלפנינו. במובן מסוים מדובר ב'תמונת מראה' למחלוקת במישור התוצאה. אלו מבין חברי, הסבורים כי יש ליתן לתיקון פרשנות מצמצמת, 'רזה', המותירה את הסבירות נוסח 'וונדסברי' על פנה, סבורים כי אין להורות על ביטולו. לעומת זאת, חלק נכבד מחברי, הנמנים על סיעת הרוב, הסבורה כי יש להורות על ביטול התיקון לחוק-היסוד, עושים זאת רק בשל עמדתם כי הפרשנות, האחת והיחידה, שיש ליתן לתיקון, היא פרשנות מרחיבה. לשיטתם, לשונו של התיקון לחוק-היסוד, כמו גם התכלית הסובייקטיבית שעומדת מאחוריו, מוליכות למסקנה חד-משמעית, שלפיה כוונת המחוקק-המכונן היתה לבטל את היכולת להפעיל את עילת הסבירות כלפי הממשלה ושריה, גם לא סבירות נוסח 'וונדסברי'.

153. נוכח עמדתי, שלפיה נעדרי סמכות אנו להורות על ביטול חוקי-יסוד, אני פטור מהכרעה בשאלה זו. ברם, משנדרשו לה חברי, בהרחבה רבה, אדרש לה אף אני. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים שבכתב, שמעתי את דבריהם בדיון על-פה, וקראתי את דברי חברי, אני מוצא לנכון להצטרף בעניין זה לדבריה של חברתי הנשיאה (בדימ'). חברתי פורסת יריעה רחבה, שממנה עולה מסקנה חד-משמעית, שלפיה הן הלשון, הן התכלית הסובייקטיבית, מוליכות לאותה תוצאה פרשנית, שלפיה התיקון לחוק-היסוד ביקש לבטל את עילת הסבירות מכל וכל, ככל שהדבר נוגע לממשלה ושריה; גם לא סבירות של 'מופרכות' נוסח 'וונדסברי'. אותן הוכחות, 'חותכות' בעיני, נסקרו בהרחבה, והתבארו באר היטב בדבריה של חברתי (פסקאות 123-136; ראו גם את דברי חברי השופט ח' כבוב, בפסקה 86 ואת דברי חברתי השופטת דונן, בפסקה 14); לא ראיתי מקום לשוב ולפרטן.

154. בסופו של דבר, נראה כי שתי טענות מרכזיות תומכות במסקנה הפוכה, שלפיה הכוונה היתה דווקא לגרסה 'רזה', שבאה לבטל רק את הלכת 'דפי זהב'. הראשונה, מבקשת לסמוך עצמה על דברי בא-כוחם של משיבי הממשלה בכתב התשובה (ראו דברי חברתי השופטת וילנר, בפסקאות 51-54). טענה זו – דינה להידחות. אילו היה מונח לפנינו אך ורק כתב התשובה, אולי היה מקום לייחס עמדה זו למשיבי הממשלה. אך עמדה זו – לא נותרה על מכונה. בא-כוח משיבי הממשלה, חזר והבהיר, הן בדיון על-פה, הן בהשלמת הטיעון בכתב, כי עמדתה של הממשלה היא, כי התיקון ביקש לבטל את

עילת הסבירות לחלוטין; לא רק להצר את מידותיה של הסבירות פְּבִימִי פְּתוּתָהּ במשפטנו, לא להסתפק בנסיגה לאחר, לעידן שקדם להלכת 'דפי זהב' (ראו דברי חברתי בפסקה 55). אין מקום, אם כן, 'לתפוס' את בא-כוח משיבי הממשלה על דברים שנכתבו בכתב התשובה, שהוא כתב הטענות הראשון שהוגש מטעמו בהליך, נוכח הבהרתו הברורה והמפורשת, במהלך הדיון ולאחריו, שבה 'תהה על הראשונות'. בטח ובטח, בהינתן סד-הזמנים המצומצם שעמד לרשותו, והעובדה כי הוצא צו על-תנאי גורף, הכולל את כל הסעדים שנתבקשו, עוד לפני קיומו של הדיון הראשון והיחיד בעתירות שלפנינו.

155. גם אם זו אכן היתה עמדת משיבי הממשלה, אני מצטרף בהסכמה לדבריו של חברי מ"מ הנשיא (בפסקה 17), כי העובדה שמדובר על עמדה מאוחרת להליך החקיקה, יש בה כדי לצמצם את המשקל שניתן לה, בפרשנות החקיקה. נוסף על כך, גם אם נתעלם מכל האמור עד כה, הרי שבהליך פרשנותו של דבר החקיקה שלפנינו, אין מקום לייחס משקל רב, ודאי לא מכריע, לעמדתם של משיבי הממשלה. כזכור, התיקון לחוק-היסוד שבו עסקינן כלל לא יצא מבית מדרשה של הרשות המבצעת. אין מדובר בהצעת חוק ממשלתית, כי אם בהצעת חוק מטעמה של ועדת החוקה, חוק ומשפט.

156. נותרנו אפוא עם 'דברי-ההסבר', שצורפו להצעת-החוק. נראה כי כאן אכן טמון לזו המחלוקת. התומכים בפרשנות מצמצמת, רואים בדברי-ההסבר הוכחה ניצחת לשיטתם (ראו דברי חברתי השופטת וילנר, בפסקה 61). חברי בדעת הרוב, מנגד, מנסים איש-איש בדרכו, להתמודד עם האתגר. חלקם סבורים כי ניתן לפרש, גם אם בדוחק, את דברי-ההסבר, ככאלה שיכולים לעלות בקנה אחד גם עם גרסה רחבה של החוק, המבטלת את עילת הסבירות לחלוטין (ראו דברי חברתי השופטת דנן, בפסקה 14). אחרים סבורים, כי אף אם דברי-ההסבר אכן מכוונים לגרסה 'רזה', אין בכוחם לעמוד אל מול הלשון הברורה והמפורשת, ומול אמירות חד-משמעיות מצד יוזמי הצעת-החוק, שנשמעו בהליך החקיקה (ראו דברי חברתי הנשיאה (בדימ') בפסקה 130). סבורני, כי את התשובה יש לחפש במקום אחר. חברתי הנשיאה (בדימ') עמדה בקצרה על אותו עניין (שם), וכך גם חברי השופט עמית (בפסקה 120). עם זאת, בשל השלכות הרוחב של הסוגיה המתעוררת, אבקש להרחיב מעט.

מעמדם של דברי-ההסבר; הערת אזהרה כללית

157. הטיעון המרכזי, כאמור, של אלו מבין חברי המבקשים לצמצם את תחולתו של החוק – להחילו רק על סבירות 'מהותית', לא על סבירות נוסח 'וונדסברי' – נסמך על

דברי-ההסבר להצעת-החוק. עם זאת, במהלך הדיון בעתירות שלפנינו, נחשפנו לקיומו של 'פגם גנטי' אשר צפון בקרבם של דברי-ההסבר, שבהם אנו נוהגים לעשות שימוש בהליך הפרשני, מימים ימימה. אותו 'פגם גנטי', הוליד אצלי 'הרהורי כפירה', המחייבים דיון נוסף, עקרוני, על מעמדם של דברי-ההסבר בתהליך הפרשני. אבאר את דברי.

158. על חשיבותה ומרכזיותה של ההיסטוריה החקיקתית בהליך הפרשני, עמדתי פעמים רבות, בין היתר בדנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פסקאות 11-4, והאסמכתאות שם (12.9.2017). מקור חשוב, אולי החשוב ביותר, שעד כה נתפס כמאפשר הצצה בלתי-אמצעית לנבכי הליך החקיקה, היו אותם דברי-הסבר, הנלווים לכל הצעת-חוק באשר היא.

159. להצעת-חוק פרטית מצורפים דברי-הסבר, בשני שלבים: בפעם הראשונה, עם הנחתה של הצעת-החוק הפרטית על שולחן הכנסת, עובר לקריאה הטרוםית. דברי-ההסבר מוגשים פעם נוספת, בניסוח שונה, לאחר אישורה של הצעת-החוק על-ידי הוועדה לקריאה ראשונה, טרם ההצבעה במליאת הכנסת בקריאה ראשונה. לעומת זאת, להצעת-חוק ממשלתית, או הצעת-חוק המוגשת מטעם ועדה, מצורפים דברי-הסבר פעם אחת בלבד, עובר להצבעה בקריאה ראשונה במליאת הכנסת. הדיון שנערך עד כה, באשר למעמדם של דברי-ההסבר בהליך הפרשני, לא הבחין בין דברי-ההסבר השונים, והעניק להם מעמד זהה.

160. אין תימה אפוא, כי הייעוץ המשפטי לכנסת שביקש לפרש את החוק על דרך של צמצום תחולתו, חפץ להיתלות בדברי-ההסבר להצעת-החוק. באותם דברי-הסבר, שצורפו להצעת-החוק לקראת הקריאה הראשונה במליאת הכנסת, נכתב בין היתר כך:

"התפתחות עילות של הביקורת המינהלית נעשתה בעיקרה בפסיקה, ובכלל זה התפתחה עילת הסבירות. כיום עילה זו מאפשרת לבית המשפט לפסול החלטה מינהלית הלוקה בחוסר סבירות במובן זה שהיא אינה נותנת 'משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה' (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421, 437 (1980)), וזאת כשמדובר ב'חוסר סבירות מהותי או קיצוני' (שם, שם). על השימוש בעילת הסבירות במובנה זה, ובפרט על החלת עילת הסבירות בנוגע להחלטות של הדרג הנבחר, נטען בין היתר כי קביעת האיזון הערכי בין השיקולים השונים הנוגעים להחלטה מינהלית צריכה להיות נתונה לנבחר הציבור ולא לבית המשפט. לפיכך מוצע לקבוע בחוק-יסוד: השפיטה כי רשות שיפוטית לא תוכל לדון בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה במליאתה, של ראש הממשלה או של שר אחר וכן של נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, או להוציא צו כלפי דרג נבחר בעניין סבירות החלטתו".

הנה כי כן, טוען הייעוץ המשפטי לכנסת, כי מדברי-ההסבר הללו, שמעלים על ראש שמחתם את פסק הדין בעניין דפי זהב, ואת עילת הסבירות "במובנה זה", ניתן להסיק כי כוונת המחוקק-המכונן, לא היתה אלא לבטל את הלכת דפי זהב; לא מעבר לכך.

161. לא אכחד. במבט ראשון, טיעון זה – מצא מסילות ללבבי. שאלה אחת הטרידה בכל זאת את מנוחתי: אם זו היא אכן הפרשנות הנכונה, האמנם בשל כך סערה הארץ? בעטיו של חוק שלא עתיד לשנות כמעט דבר במבחן התוצאה? תמיהה נוספת, היא הסתירה החזיתית בין דברי-ההסבר, המציגים את הצעת-החוק ככזו שנועדה אך לבטל את פסק-הדין בעניין דפי זהב, לבין לשונו הגורפת של החוק, יחד עם האמירות הברורות של יוזמי החוק, חברי הכנסת, וגורמי המקצוע שהשתתפו בדיונים, כפי שנסקרו בהרחבה בחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ') (פסקאות 121-133). כולם כאחד יחד, מורים על כוונה שונה בתכלית, והיא – למנוע לחלוטין את תחולתה של עילת הסבירות על החלטות הממשלה ושריה; גם לא סבירות נוסח 'וונדסברי'.

162. הספק נותר מנקר בלבי, עד שבא 'אבי' הצעת-החוק, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, חה"כ שמחה רוטמן, ובמענה לשאלתו של חברי השופט שטיין, במהלך הדיון, אמר כדברים האלה: "דברי ההסבר, וזו עובדה שלא ידועה לרבים [...] דברי ההסבר אינם נכתבים מטעם הוועדה. דברי ההסבר נכתבים על-ידי הייעוץ המשפטי לוועדה. [...] לא בהחלטת חברי הוועדה, ואף לא בהחלטת יו"ר הוועדה, אלא על-ידי הייעוץ המשפטי לוועדה. המעורבות בכתיבתם דלה, עד לא קיימת בכלל, מצד חברי הכנסת. ולכן, ודאי בהצעת חוק שבאה מטעם ועדה – ולא בהצעת חוק פרטית שבה מי שכותב את דברי ההסבר, בגדול, הוא חבר הכנסת המציע, עם קצת סיוע ועזרה מהמחלקה המשפטית של הכנסת, אבל הוא חתום עליהם [...] מי שחתום על דברי ההסבר הוא הייעוץ המשפטי, והם משקפים את עמדתם, את תפיסתם בנוגע לחוק. לכן, אני כמובן לא מציע לכבודכם כיצד לפרש חוקים, אך אם היו שואלים אותי, בדברי ההסבר להצעות חוק מטעם ועדה [...] כדי לזהות את כוונת המחוקק, הייתי מסתמך יותר על הפרוטוקולים והדיונים, ופחות על דברי ההסבר".

163. חה"כ רוטמן טען, אם כן, כי אותם דברי-הסבר, שפורסמו עובר לקריאה הראשונה, כלל לא יצאו מתחת ידיהם של חברי הכנסת, או מי מהם. מי שעומד מאחורי אותם דברי-הסבר הם אנשי הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת; לא חברי הכנסת. ממילא, אין מקום לייחס משקל רב, אם בכלל, לאותם דברי-הסבר. קל וחומר, מקום בו אלו עומדים בסתירה לדברים מפורשים שנאמרו במהלך הדיונים בוועדה.

164. בהשלמת הטיעון מטעם הכנסת, שהוגשה על-ידי הייעוץ המשפטי לכנסת, ניתן אישור לטענתו העקרונית של חה"כ רוטמן, שלפיה דברי-ההסבר כפי שפורסמו, לא נוסחו, אף לא אושרו, על-ידי מי מבין חברי הכנסת; וכי בשום שלב לא התבקשה, ממילא לא ניתנה, הסכמתם של חברי הוועדה, לאופן שבו הוצג החוק בדברי-ההסבר: "בדומה להצעות חוק פרטיות, הצעת החוק מטעם הוועדה מוגשת בשם כל חברי הוועדה ומלווה בדברי הסבר המנוסחים על ידי צוות הייעוץ המשפטי לוועדה, באופן המשקף את הרקע להצעת החוק ואת תכליותיה כפי שעלו בדיון בוועדה. גם במקרה זה ההצבעה במליאת הכנסת בקריאה הראשונה נערכת אפוא על נוסח הצעת-החוק שאושר על ידי הוועדה בצירוף דברי ההסבר שנוסחו על ידי צוות הייעוץ המשפטי לוועדה" (סעיף 6 להשלמת הטיעון מטעם הכנסת).

165. עם זאת, נטען על-ידי הייעוץ המשפטי לכנסת, בניגוד לדבריו של חה"כ רוטמן, כי אין מדובר בגישה יחודית להצעות-חוק המוגשות מטעם ועדה; זו הפרקטיקה הנוהגת גם לגבי הצעות-חוק פרטיות, למצער באופן חלקי. אכן, כדברי חה"כ רוטמן, הנוסח הראשוני של דברי-ההסבר, המצורף להצעת-החוק הפרטית בקריאה הטרומית, מוגש על-ידי חבר הכנסת היוזם, והוא האחראי לניסוחו. אך בשלב מאוחר יותר, לאחר האישור בוועדה לקריאה ראשונה, ועובר לקריאה הראשונה במליאת הכנסת, מנוסחים דברי-ההסבר מחדש, באופן בלעדי, על-ידי הייעוץ המשפטי לוועדה.

166. חרף האמור, הייעוץ המשפטי לכנסת אינו סבור כי העובדה שדברי-ההסבר אינם מנוסחים על-ידי חברי הכנסת, ואף לא מקבלים את אישורם, יש בה כדי להשליך על המשקל שיש לייחס להם בתהליך הפרשני. לשיטתו, די בכך שזהו הנוסח שעמד לפני חברי הכנסת, בשעה שהצביעו על החוק במליאת הכנסת, אף שלא היתה בידיהם יכולת להשפיע על האמור בו. הייעוץ המשפטי לכנסת מוסיף וטוען, כי משעה שאותה פרקטיקה מופעלת גם לגבי הצעות חוק פרטיות, שבהן ניתן בעבר משקל רב למעמדם של דברי-ההסבר, אין מקום להבדיל בין הצעות-חוק פרטיות, לבין הצעות-חוק מטעם ועדה. דברי-ההסבר של אלו כמו אלו, מנוסחים לבסוף על-ידי הייעוץ המשפטי לוועדה, ולא על-ידי חברי הכנסת: "הדעת נותנת אפוא, כי בפרשנות חוקים שהחלו את דרכם כהצעת חוק מטעם ועדה (דוגמת חוק היסוד המתקן), יש לייחס לדברי ההסבר משקל פרשני זהה לזה המיוחס לדברי ההסבר בקריאה הראשונה של כל חוק שהחל את דרכו כהצעת חוק פרטית" (פסקה 7 להשלמת הטיעון מטעם הכנסת).

167. כשלעצמי, הופתעתי. עד כה, בפסיקתנו, לא נתנו דעתנו על כך שאותם דברי-הסבר, עליהם אנחנו מסתמכים תדיר בפרשנותם של חוקים, כלל לא נכתבו על-ידי חברי הכנסת, ואף לא קיבלו את אישורם. לא ניתן אפוא להסתמך על 'הסכמה שבשתיקה', מטעמנו, השופטים. ככל שנכונים הדברים, ודברי-ההסבר מנוסחים על-ידי הייעוץ המשפטי לוועדה, הרי שיש בכך כדי 'לפתוח מחדש' את השאלה, עד כמה ובאיזו מידה, אם בכלל, יש ליתן מקום לאותם דברי-הסבר, בהליך פרשני המבקש לתור אחר 'התכלית הסובייקטיבית' בחקיקה; הן בעניינן של הצעות-חוק פרטיות, הן בעניינן של הצעות-חוק מטעם ועדה. זאת, ביודענו, כי הללו מנוסחים באופן בלעדי על-ידי הייעוץ המשפטי לוועדה, לעיתים 'מעל ראשם' של חבר הכנסת היוזם, יו"ר הוועדה וחבריה, ולעיתים, אף בניגוד לדעתם. אין הצדקה לראות את דברי-ההסבר כמשקפים את עמדתם ה'מהותית' של יוזם החוק וחברי הוועדה, כאשר אלו אינם מתכתבים עם עמדתם של חברי הכנסת עצמם.

168. גם מבחינת 'הדין הרצוי' – הדבר אינו ראוי. יש בכך כדי לפגוע באחד מ'כלי העבודה' החשובים, העומדים לרשותם של השופטים היושבים בדין; הן בהליך חוקתי, שבו עומד החוק עצמו לבחינה, הן בהליך פרשני, שבו יש צורך ליתן מובן מעשי למילותיו של החוק. גם אם ברצוננו לדאוג לכך שדברי-ההסבר ישקפו את עמדתם של כלל חברי הוועדה התומכים בחוק, אין בכך כדי להצדיק את 'הפקעתם' של דברי-ההסבר מידיהם של חברי הכנסת, והפקדתם באופן בלעדי, בידי גורמי הייעוץ המשפטי. ניתן להביא את דברי-ההסבר לאישורם של חברי הוועדה, עובר לפרסומם, ולהפקיד בידיהם את היכולת לומר את 'המילה האחרונה', באשר לנוסח דברי-ההסבר שעתידים להתפרסם בצמוד לחוק. שום תועלת לא תצמח, אם כן, מהוספת שכבה 'מהותית' נוספת. די לנו ב'מסננת', בדמות 'הפרשנות האובייקטיבית', אליה אנו מגיעים בשלב מאוחר יותר של התהליך הפרשני. בשלב זה של תהליך הפרשנות, מטרתנו אחת: זיהוי כוונת המחוקק הסובייקטיבית. דברי-הסבר 'מהותיים', שאינם משקפים את עמדתם של חבר הכנסת היוזם, וחברי הכנסת התומכים בחוק, שומטים את ההצדקה למעמד שניתן עד כה לדברי-ההסבר, ומותירים את השופט-הפרשן לגשש את דרכו באפילה.

169. קיומו של נוהג מעין זה, שבו נתונה לייעוץ המשפטי לוועדה בלעדיות על ניסוח דברי-ההסבר, מבלי צורך לקבל מראש את אישורו של חבר הכנסת היוזם, של חברי הוועדה, או למצער של יו"ר הוועדה – מעורר חשש כפול. תחילה, גורמי הייעוץ המשפטי לוועדה, עלולים לטעות טעות פנה, בתום לב, באשר לכוונתו של יוזם החוק, וחברי הכנסת שתמכו בהצעת-החוק. אותה טעות פנה, עשויה להשפיע על ניסוחם של דברי-



ההסבר, ועשויה להטעות, בבוא העת, גם את בית המשפט. הייעוץ המשפטי לכנסת טוען, כי דברי-ההסבר מנוסחים, "באופן המשקף את הרקע להצעת החוק ואת תכליותיה כפי שעלו בדיון בוועדה". עם זאת, כידוע, איש אינו חף מטעויות, גם לא יועצים משפטיים, אף לא שופטים. גם אם הייעוץ המשפטי מנסה ככל יכולתו לשקף את דעתם של חברי הכנסת, אין בידינו ערובה לכך שהמשימה אכן תושלם בהצלחה.

170. דברי-ההסבר בקריאה הטרונית, הנלווים להצעות-חוק פרטיות, כוחם רב, דווקא מחמת היותם מידע גולמי מ'כלי ראשון', אותו אנו מקבלים הַיִּשָּׁר מידיו של חבר הכנסת היוזם, ללא תיווך. לעומת זאת, דברי-ההסבר לקראת הקריאה הראשונה, משוכתבים ומנוסחים מחדש בידי הייעוץ המשפטי של הוועדה, או אף נכתבים מבראשית על-ידי הייעוץ המשפטי, ככל שמדובר בהצעות חוק מטעם ועדה. ממילא, הם מהווים לכל היותר 'עדות מפי השמועה', מ'כלי שני', על אודות כוונתם הסובייקטיבית של חברי הכנסת. לא ברור עד כמה משקפים דברי-ההסבר את דעתם של חברי הכנסת עצמם. במתכונתם הנוכחית, הדברים אינם אלא הצעה פרשנית מטעמו של הייעוץ המשפטי לוועדה, המתבססת על פרשנותו-שלו הסובייקטיבית, באשר לפרשנות הסובייקטיבית שיש ליתן לדבר החקיקה.

171. תרחיש אחר, מעורר חשש כבד אף יותר: שמא ואולי, לעיתים מתוך תחושת שליחות, רצון 'לתקן עולם', גורם כלשהו בייעוץ המשפטי לוועדה, עשוי לעשות שבת לעצמו, ולנסח ביועצין דברי-הסבר שאינם תואמים לעמדת חה"כ היוזם, וגם לא לעמדתם של שאר חברי הוועדה. אם כך יקרה, ימצאו עצמם חבר הכנסת היוזם ותומכיו, ניצבים בפני שוקת שבורה. אם יבחרו למשוך את הצעת-החוק מעל שולחן הכנסת, ולהחזירה לדיון חוזר בוועדה – לא יהא בכך כדי לסייע להם. גם אם חברי הכנסת יצביעו שוב על אותה הצעת-חוק, איש לא ימנע מן הייעוץ המשפטי לחזור פעם נוספת על אותם דברי-הסבר, לצרפם להצעת החוק, וחוזר חלילה. אם יבחרו חברי הכנסת לוותר על המאבק, והצעת החוק תובא להצבעה כמות שהיא, הרי שבית המשפט עשוי להתבקש להסתמך על אותם דברי-הסבר, שאינם משקפים את הכוונה הסובייקטיבית כהווייתה, כדי לסרס את החוק שהתקבל כדת וכדין, או כדי לשנות מן המשמעות שאליה כיוונו מחוקקי-החוק.

172. אין מדובר בחשש ערטילאי. יש רגליים לדבר, כי כך, לכאורה, אירע בענייננו. חה"כ רוטמן, הרוח החיה מאחורי התיקון לחוק-היסוד ויו"ר הוועדה, העיד לפנינו, כי דברי-ההסבר לא אושרו על-ידו. הייעוץ המשפטי לכנסת, בהשלמת הטיעון מטעמו, אישר כי דברי-ההסבר שלפנינו נוסחו על-ידי גורמי הייעוץ המשפטי לוועדה. כאמור,

חברתי הנשיאה (בדימ') מוכיחה באותות ובמופתים כי כוונתם הסובייקטיבית של חברי הכנסת, וזה"כ רוטמן בראשם, היתה למנוע לחלוטין את השימוש בעילת הסבירות לגבי הממשלה ושריה; לא רק את הסבירות המהותית, כפי שפותחה בפסק-הדין בעניין דפי זהב. כיצד ניתן אפוא להסביר את האופן שבו נוסחו דברי-ההסבר, שמכוונים את הקורא למסקנה אחרת?

173. ניתן היה לסבור, כי טעות כנה לגבי כוונת חברי-הכנסת, ובראשם חבר הכנסת היוזם, וזה"כ רוטמן, היא שהובילה את גורמי הייעוץ המשפטי לוועדה לנסח את דברי-ההסבר כפי שנוסחו. היה מקום 'לדון לכף זכות', ולסבור שמא באמת ובתמים סברו כי כוונתם של חברי הכנסת היא לקדם הסדר חלקי, שלפיו רק הסבירות המהותית תוגבל, אך הסבירות נוסח 'וונדסברי' תיוותר על מכונה. דא עקא, דברים שנכתבו ונאמרו על-ידי הייעוץ המשפטי לוועדה – מונעים מאתנו לעשות כן; הן דברים שנכתבו עובר לפרסומם של דברי-ההסבר, הן דברים שנאמרו בדיונים שנערכו בוועדת החוקה, חוק ומשפט, לאחר פרסומם של דברי-ההסבר.

174. חברתי הנשיאה (בדימ') (בפסקה 129), מציינת כי "לאורך כל הליך החקיקה, עמדו גורמי הייעוץ המשפטי לוועדה ולממשלה [...] על הקשיים הטמונים בנוסחו הגורף והבלתי מסווג של התיקון המוצע, השולל לחלוטין את הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות, ללא הבחנה בין מובניה השונים של העילה או בין סוגים שונים של החלטות הדרג הנבחר. עמדה זו קבלה ביטוי, בין היתר, כבר במסמך ההכנה מיום 23.6.2023, בו הצביע הייעוץ המשפטי לוועדה על כך שהתיקון המוצע אינו מבטל את עילת הסבירות אך כמובנה בעניין דפי זהב, אלא שולל באופן קטגורי את השימוש בה, לרבות במובנה הצר כ'מופרכות'", תוך שחברתי מפנה לאמור בעמוד 8 למסמך ההכנה. כך אכן נאמר באותו מסמך: "ההצעה העומדת לפתחה של הוועדה אינה כוללת רק צמצום של האופן שבו מופעלת עילת הסבירות בידי בית המשפט (למשל – בקביעה כי בהחלטות מסוימות ניתן יהיה להתערב רק בסטנדרט 'צר' של 'מופרכות' שהוזכר לעיל), אלא מוצע בה כי המחוקק ימנע בצורה קטגורית את השימוש בעילה זו – תוך קביעה כי על בית המשפט ייאסר 'לדון' בסבירות ההחלטות של נבחרי ציבור". דברים מפורשים וברורים, שאינם משתמעים לשני פנים: כוונתו המוצהרת של התיקון, היא למנוע לחלוטין את השימוש בעילת הסבירות לגבי החלטות הממשלה ושריה.

175. פרשנות זו, המשיכה להינתן להצעת החוק, על-ידי הייעוץ המשפטי לוועדה, גם לאחר שפורסמו דברי-ההסבר, שנכתבו, כאמור, על-ידם. אצטט שוב מדבריה של חברתי הנשיאה (בדימ') (בפסקה 130): "היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד בליי שב והבהיר גם לאחר

פרסום דברי ההסבר, כי נוסח התיקון 'לא מותיר ביחס לנבחרי ציבור עילה של חוסר סבירות קיצונית במובן של מופרכות', תוך הפנייה לאמור בעמוד 11 לפרוטוקול ישיבה 121. הווי אומר, הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט, סבור היה, בזמן אמת, כי כוונתם האמיתית של חברי-הכנסת, היא לצמצם את עילת הסבירות באופן גורף; גם לא סבירות נוסח 'וונדסברי'.

176. כך היה, כאמור, לאורך כל הדרך; לפני פרסומם של דברי-ההסבר, וגם לאחר מכן. חרף זאת, דברי-ההסבר להצעת החוק, מביאים את הקורא-הפרשן למסקנה שונה בתכלית, שלפיה כוונת חברי הכנסת היתה לצמצום חלקי בלבד של עילת הסבירות. זאת, שלא כאמור בהשלמת הטיעון מטעם הכנסת, שלפיה דברי-ההסבר מנוסחים, "באופן המשקף את הרקע להצעת החוק ואת תכליותיה כפי שעלו בדיון בוועדה".

177. במצב דברים זה יש לתהות, האם ישנה הצדקה להמשיך ולייחס משקל נכבד, גם לאותם דברי-הסבר המצורפים לקראת הקריאה הראשונה. על פני הדברים, המשקל הראוי ל'דברי הסבר' מעין אלו, צריך להיות דומה לזה הניתן לכל מסמך אחר היוצא מתחת ידיו של הייעוץ המשפטי לוועדות הכנסת. כבודו של מסמך כזה – במקומו מונח, אך אין לקשור בינו לבין ההיסטוריה החקיקתית של החוק, שעניינה בפרשנות סובייקטיבית של היוצרים, חברי הכנסת, לדבר חקיקה היוצא מתחת ידיהם; הם ולא אחרים. אם וכאשר תתייחס הוועדה באופן מפורש לדברי-ההסבר ותאשר אותם, או אז ניתן יהיה להסתמך עליהם כפי שנעשה עד כה; ראוי לטעמי, אף מתבקש, כי כך אכן יעשה, משום שחבל לוותר על אמצעי פרשני חשוב זה.

'על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים'

178. מרבית חברי באו בעניינה של עילת הסבירות, מי ברב ומי במעט. את אשר היה לי לומר על עלילות העילה, אמרתי בעבר, לא פעם ולא פעמיים, במאמרים ובפסקי דין. שלא בטובתי, לא ברצוני, נכרתי לפולמוס סביב השאלה מהי עמדתי לגבי חקיקתו של חוק-היסוד. בעיצומו של הליך החקיקה, הופנתה שאילתא לדוברות הרשות השופטת, באשר לעמדתי. זו היתה תשובתי:

"ניתנת האמת להאמר: לא חשבתי אז, לפני 3 וחצי שנים, באותה הרצאה, על תיקון בדרך של חקיקה; חשבתי על מגמה שתבוא לידי ביטוי בפסיקה. בסיום הרצאתי אף ציינתי, כי פרשנות, סבירות ומידתיות 'מזמנים אתגרים משמעותיים, ומחייבים אותנו להרחיב ולהעמיק את הדיון החשוב על אודות גבולותיו הראויים של שיקול הדעת השיפוטי'".

רבים ראו, כן תמהו, מה לי תיקון על דרך של פסיקה, מה לי תיקון על דרך של חקיקה. באותה עת, נקטתי בלשון קצרה ומאופקת; נבצר ממני להרחיב, מחמת הליך החקיקה שהיה תלוי ועומד. אשלים עתה את אשר החסרתי אז, כפי הנחוץ לפסק הדין.

179. במשך כ-40 שנה, הרחיבה עילת הסבירות 'המהותית' את מוטת כנפיה, עוד ועוד, עד שכמעט ו'בלעה' את עילות הביקורת המינהלית האחרות. תופעה זו – אינה רצויה, ועליה התרעתי בתוך כותלי בית המשפט, וגם מחוצה לו. לא אפרט כאן. אסתפק בהפניה לכתובים (ראו: נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18 (2019) (להלן: מאמר השילוח); נעם סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה" דין ודברים ח 13 (2014); נעם סולברג "הלכת דרעי-פנחסי בראי עילת הסבירות" בלוג רשות הרבים (16.1.2022); בג"ץ 3823/22 נתניהו נ' היועצת המשפטית לממשלה, פסקה 4 לחוות דעתי (17.7.2023); בג"ץ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך, פסקה 8 לחוות דעתי (29.3.2022); דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פסקה 6 לחוות דעתי (4.7.2021); רע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רותם, פסקה 37 לחוות דעתי (5.5.2020); בג"ץ 6120/19 כהן נ' יד ושם רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פסקה 14 לחוות דעתי (17.7.2020); דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פסקה 36 לחוות דעתי (26.10.2017); בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פסקה 15 לחוות דעתי (1.3.2016)). הצעתי, כי במסגרת שיקול הדעת השיפוטי המוקנה לנו, השופטים, 'ניקח את גורלנו בידינו' ונקבע את גבולות הגזרה של עילת הסבירות 'המהותית', כך שלא תחול בעניינן של החלטות הממשלה ושריה; הדרג הנבחר. חברי השופטים, מקצתם ראו את מצב הדברים עין בעין אִתִּי, הצטרפו לדעתי, להלכה ולמעשה; מרביתם לא עשו כן.

180. היו אנשים שאמרו, כי עניינה של עילת הסבירות, עשוי היה לבוא על פתרונו, בצורה מיטבית, אילו בחרנו 'לרסן' מעט את עצמנו, בטרם יבוא המחוקק-המכונן ויאמר את דברו. היה לאל-ידינו 'לתפור' את פרטי ההסדר ממקרה למקרה, מעניין לעניין, כדרכו הטובה של המשפט המקובל. שולפים היינו 'איזמל מנתחים', דק מן הדק, שבו אנו נוהגים לעשות שימוש תדיר, ובעזרתו ניתן היה לדייק ולשייף, לזקק את ההסדר ה'גולמי' שהצעתי עד שיעמוד על 'נקודת האופטימום'.

181. במבט כללי יותר, תחושתי היא, כי לא רק עניינה של עילת הסבירות, עשוי היה להיפתר 'בדרכי שלום'; אלא גם מחלוקות אחרות, מאלה ששיסעו את החברה הישראלית

בשנה האחרונה. לא היה זה מן הנמנע מבחינתנו, 'להרים את הכפפה', לעשות צעד בונה אמוך לכיוון של רשויות השלטון האחרות. חברי הכנסת ושרי הממשלה היו למדים לדעת, שלא רק מהם נדרשת ביקורת-עצמית, לא רק אצלם נחוץ תיקון; גם שופטי בית משפט זה קשובים לביקורת, ואף פועלים באופן וולונטרי כדי לנסות ולשכך כעס וחימה, לתת לביקורת מענה הולם. בעבר אמרתי, כי "הציבור שומע שהמערכת קשובה לביקורת; הציבור צריך להשתכנע שאכן כך, ושאינ מדובר בדיבור בלבד, כמצוות אנשים מלומדה. ממסבר אפשר לצמוח – אומרת לנו המסורת, אומרים לנו המומחים – אבל הצמיחה לא תבוא מאליה; צריך להיפתח, להכיר בטעויות, להיות נכונים לשינוי ולתיקון" (מאמר השילוח).

182. 'פרץ של רצון טוב' מצדנו, עשוי היה להועיל. בבית המחוקקים היה נקלט שדר של הבנה והפנמה מצדנו, בדבר הצורך בשינויים, איטיים ומבוקרים. גם אם ב-40 השנים האחרונות, ספינת המשפט הישראלי מפליגה, בשיטתיות ובעקביות, לעבר הקוטב 'האקטיביסטי', הרי שאין זה מן הנמנע להסיט קמעה את מסלולה של הספינה, טיפין טיפין, גם לכיוון שונה, שמרני יותר, מבלי צורך ב'מהפכה'; מהפכה יכולה לזעזע, אף להטביע את הספינה. עלינו להביאה לחוף-מבטחים, לא לשקוע במצולות.

183. נקפו ימים, חלפו שנים, נוצרה תחושה, אוירה, ש'אין על מה לדבר', עד שקמה הרשות המכוננת, והחליטה לעשות מעשה. כך בא לעולם חוק-היסוד שלפנינו. יוזמיו ביקשו להיתלות בין היתר גם בדברים שנאמרו על-ידי, ועל ההבחנה שהצעת, בין הדרג הנבחר לדרגי הביצוע, עד שיש שכינו אותו 'מתווה סולברג'. כשלעצמי, אילו הייתי מכהן כחבר בבית המחוקקים, לא הייתי מצרף את קולי לתמיכה בחוק-היסוד הנדון; חסרונותיו עולים על מעלותיו. אך דעתי לא מעלה ולא מורידה. חוק-היסוד, והרציונל העומד בבסיסו – יש להם על מה שיסמוכו. כמה מחברי סבורים, כי המתווה שבו בחר המכונן הוא מתווה 'גורף וקיצוני'. ברם, התבוננות בגישות השונות שהוצעו בעבר, מלמדת כי הצעות 'גורפות' יותר, 'קיצוניות' יותר, הוצעו בעבר על-ידי גדולים וטובים. אינני תומך באותן הצעות, אך הן אינן מופרכות; הגיון בצדן.

184. הדיון הציבורי, אקדמי, משפטי, על אודות גבולותיה של עילת הסבירות – נמשך שנים ארוכות. ימיו כימיה של עילת הסבירות המהותית עצמה. הביקורת הראשונה על עילת הסבירות ה'מהותית', נשמעה עם לידתה, מפיו של הנשיא לנדוי, על-גבי דפיו של פסק הדין דפי זהב גופו. הדיון בעניינה של הסבירות הוא דיון ער, תוסס, לגיטימי. במסגרת הדיון, נשמעו בשיח הציבורי דעות שונות. בהכללה, ניתן לסווגן לשלוש גישות

מרכזיות. גישות אלו תיוצגנה להלן, כל אחת, באמצעות דוברה האותנטי. שלוש גישות, שלושה ענקי-משפט שבהם נתברכנו: הנשיא מ' לנדוי, פרופ' ד' פרידמן, והשופט א' ברק.

185. אפתח בגישתו של השופט ברק, המייצגת את הקוטב ה'אקטיביסטי', כפי שהובעה בפסק הדין בעניין דפי זהב. לגישתו של השופט ברק, הפעלתה של עילת הסבירות ה'מהותית', הריהי חשובה ונדרשת; 'כל המרבה הרי זה משובח'. רבים מחברי, המשתייכים לאגף זה, האריכו בכשרונם ובתבונתם בתיאור מעלותיה, סגולותיה ויתרונותיה של גישה זו; אוכל אפוא אני לקצר.

186. אסתפק במענה לדברי חלק מחברי, שביקשו להיתלות בפסקי דין מוקדמים, כדי להוכיח כי עילת הסבירות ה'מהותית' לא נולדה בפסק הדין בעניין דפי זהב, אלא היתה עמנו כבר בשנות החמישים של המאה הקודמת. טענה זו – אינה חדשה. שורשיה של הטענה, נעוצים עוד בפסק הדין בעניין דפי זהב, שם איזכר השופט ברק כמה פסקי דין, שניתנו עוד קודם לכן, כדי להוכיח כי עילת הסבירות ה'מהותית', האיזונית, שרירה היתה וקיימת מאז ומתמיד. עם זאת, בחינה זהירה של אותם פסקי דין שמציג השופט ברק, עשויה להוביל למסקנה שונה. עמד על כך המלומד י' אזני: "אני סבור שהשופט ברק גילה פנים שלא כהלכה בסקירתו את אותה פסיקה בה הופיע המונח 'סבירות'. קריאת פסקי דין אלו מלמדת כי הטרמינולוגיה של 'סבירות' שננקטה בהם לא חרגה מעבר לתפיסה שהיתה מקובלת אז על השופטים [...] (יובל אזני תורת הסבירות במשפט חלק שני 511 (2012) (להלן: אזני))."

187. משמיקדו חברי את מבטם בפסק הדין בעניין קול העם, אעשה זאת אף אני. אכן, נערכה שם בחינה 'איזונית' בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים, אך עניינו של פסק הדין לא קשור לעילת הסבירות. על הפרק עמדה זכות אדם מוגנת, 'זכות נעלה', הזכות לחופש הביטוי. משכך, אין כל קושי באותו מבחן 'איזוני' שערך השופט אגרנט. בניגוד לכך, עילת הסבירות נכנסת לפעולה, רק במקום שבו אין בנמצא זכות אדם שנפגעת. "ביטול מעשה מינהלי מחמת היותו פוגע בזכויות הפרט כפי שעלה למשל בבג"צ קול העם, כלל אינו שקול לביטול מעשה מינהלי שאינו פוגע בזכויות המוקנות לפרט, ושמקורו במה שהשופט ברק מכנה איזון לא נכון בין שיקולים. במקרה הראשון מעומתת הזכות הבודדת עם המעשה המינהלי הפוגע, כשבדיקת הצורך או העדיפות של פגיעה כזו הינה מעשה שיפוטי מקובל המצריך מבחן פשוט משהו של עימות בין אלה. לעומת זאת, בחינת מעשה מינהלי אגב מספר גדול יותר של אינטרסים נוגדים באמצעות איזון בינותם היא מלאכה מורכבת וחסרת דיוק. בניגוד לפגיעה בזכות בודדת של הפרט, קשה לזהות במקרה הזה עימות ממשי ומוחשי בין האינטרסים המנוגדים [...]. במילים אחרות: מעשה מינהלי הפוגע בזכות, אחד משניהם מוציא את האחר. הבחינה היא צמודה, לעומתית ופחות מעורפלת. לעומת זאת בחינה של

המעשה המינהלי לאור איזון אינטרסים, מצריכה בדרך כלל עימות בין מספר אינטרסים, לעתים רב, כשמבחן זה לוקה בערפל משפטי סמיך ומהולים בו אי דיוק, סובייקטיביות שפיטתית, [ורמת] הפשטה [גבוהה] [...]” (אזני, בעמ’ 512; וראו גם מאמר השילוח, ה”ש 19-18, והטקסט סביבן). פסק הדין בעניין קול העם, אינו יכול אפוא לשמש כאסמכתא לעילת הסבירות המהותית, האיזונית; ‘לא קרב זה אל זה’.

188. הוא הדין גם באשר לפסק הדין בבג”ץ 156/75 דקה נ’ שר התחבורה, פ”ד ל(2) 94 (1976) (להלן: עניין דקה), שניתן על-ידי השופט שמגר. פסק הדין אכן נוקט ברטוריקה המזכירה במידת-מה את רטוריית דפי זהב. עם זאת, פסק הדין עסק בשאלת ‘סבירותן’ של תקנות-משנה, לא בהחלטה מינהלית רגילה. אין לראות, אם כן, אותו פסק דין, כמיישם את עילת הסבירות המהותית, בסגנון ‘דפי זהב’ (על ההבחנה שנעשתה בפסיקה המוקדמת בין בחינת סבירותן של תקנות-משנה, לבין בחינת סבירותה של החלטה מינהלית אחרת, אגב ניתוח מקיף של הפסיקה בעניין דקה, ראו: אזני, בעמ’ 541-547). כך או אחרת, גם אם פסק הדין בעניין דקה, אכן עושה שימוש בעילת הסבירות המהותית – המשמעות אינה דרמטית. פסק הדין בעניין דקה ניתן בשנת 1976, שנים ספורות לפני פסק הדין בעניין דפי זהב. לכל היותר, ניתן יהיה לערוך ‘שינוי השם’, ולכנות את עילת הסבירות המהותית כ’סבירות נוסח דקה’; לא מעבר לכך. עד כאן לגבי גישתו של השופט ברק.

189. אפנה עתה לקוטב הנגדי, השמרני. מייצגה של גישה זו, הוא פרופ’ ד’ פרידמן, שהירפה במשך השנים באומר ודברים, על אודות עילת הסבירות. ביקורתו של פרופ’ פרידמן אינה מצמצמת עצמה לעילת הסבירות ה’מהותית’, כי אם מתפשטת ועולה גם לכיוונה של עילת הסבירות המקורית, נוסח ‘וונדסברי’. לאחרונה התוודעתי לכך, שאותה הבחנה שהצעתי לראשונה במאמר השילוח, שפורסם בשנת 2019, בין הדרג הנבחר לדרג הממונה, הוצעה עוד קודם לכן על-ידי פרופ’ פרידמן. ההבדל בין הגישות, טמון בכך שפרופ’ פרידמן מציע ללכת צעד אחד רחוק יותר, מהצעתי-שלי. בראיון שנערך עמו בשנת 2016, אמר פרופ’ פרידמן, כי “סבירות היא הכלי שבאמצעותו בית המשפט מתערב. אבל במקרה כזה הוא לא שוקל שיקולים של חוקיות ומתחיל במקום זאת לשקול שיקולים של ניהול, החורגים מתפקידו של בית המשפט ומהמיומנות שיש לו. לכך מצטרפת השאלה – סבירות של איזה גוף? אם זו סבירות הממשלה או הכנסת, אז אני חושב שאין מקום להתערב מטעמי סבירות. אלה הם הגופים העליונים במשטר הדמוקרטי, החייבים דין וחשבון לציבור. גופים אדמיניסטרטיביים ברמה נמוכה יותר, אפשר לחשוב על התערבות מטעמי חוסר סבירות, אבל, כמו שזה היה פעם – בעילה של חוסר סמכות, כלומר במקרה שעובד ציבור נוהג בחוסר סבירות כל כך קיצוני עד שניתן לומר שהחוק, שמכוחו הוא פועל, לא העניק לו

סמכות לפעול בדרך זו" (יובל קרניאל ויובל יועז "בית המשפט רוצה להיות שחקן בזירה הפוליטית. הוא לא מגן בכך על זכויות אדם" עורך הדין גיליון 13, 10, 13-14 (2016)).

190. פרופ' פרידמן אמנם לא מתייחס במפורש למעמדן של החלטות שרים, אך מפשטות לשונו, והשימוש במונח "גופים אדמיניסטרטיביים" כדי לתאר את המצב ההופכי, ניתן להסיק שבדבריו על הממשלה כלל גם את שריה, בהיותם "חייבים דין וחשבון לציבור". דבר אחד ברור, פרופ' פרידמן סבור, כי המצב הרצוי הוא חסינותה המוחלטת של הממשלה מפני פגיעתה של עילת הסבירות, אף לא סבירות נוסח 'וונדסברי'. גם בעניינו של הדרג האדמיניסטרטיבי, עמדתו של פרופ' פרידמן היא, כי יש לזנוח לחלוטין את השימוש בעילת הסבירות המהותית, נוסח 'דפי זהב', ויש לחזור ולעשות שימוש רק בעילה המצומצמת, נוסח 'וונדסברי'. מן הראוי לציין, כי במסגרת הצעת פשרה שהעלה בעת האחרונה, הציע פרופ' פרידמן מתווה מרוכך יותר, בכל הקשור לעילת הסבירות (ראו את דבריו בוועדה, שם הזכיר את מתווה הסבירות הצר יותר: פרוטוקול ישיבה 120 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25, 72-78 (11.7.2023)). דברי בהקשר זה, יתייחסו אפוא לגישתו העקרונית והמוקדמת בעניינה של הסבירות.

191. ההיגיון הניצב בבסיס עמדה זו הוא זה: כעיקרון, אין מקום לכך שבית המשפט יערוך בחינה של אותם שיקולים פוליטיים-ערכיים, שעומדים בבסיס החלטות מינהליות שהתקבלו בידי הממשלה. סוף כל סוף, גם סבירות נוסח 'וונדסברי' בוחנת שיקולים שכאלו, ועל כן אין לעשות בה שימוש בעניינה של הממשלה. הליך הבחינה המינהלי אינו מבדיל אמנם בין בחינה של החלטת ממשלה או שריה, לבין החלטת פקיד פלוני או אלמוני, אך שוני גדול יש בין אותן החלטות. החלטה של הדרג המקצועי, אינה מערבת, ואסור לה שתערב, שיקולים פוליטיים-ערכיים. ההחלטה צריכה להתקבל ממניעים מקצועיים בלבד. קל יותר אפוא, לקיים ביקורת שיפוטית על 'סבירותה' של אותה החלטה. עם זאת, בחינה של מכלול השיקולים שאותם היה על מקבל ההחלטה לשקול, היא בסופו של דבר בחינה סובייקטיבית, ולכן לשיטתו של פרופ' פרידמן, כדי שלא ניתפס לעריכת ביקורת שיפוטית de-novo, עלינו לצמצם את השימוש בעילת הסבירות בעניינו של הדרג האדמיניסטרטיבי, רק לסבירות נוסח 'וונדסברי'.

192. דברים אלו נכונים בעניינם של 'פקידים'. לעומת זאת, בכל הקשור לממשלה, הרי שבכך אין די. הממשלה ושריה, שוקלים בהחלטותיהם שיקולים פוליטיים-ערכיים. זוהי זכותם, זוהי חובתם כלפי בוחריהם. עניינה של הממשלה אינו מתמצה אך ב'סידור עבודה' לחברי הכנסת שזכו בבחירות. פשיטא, כי הממשלה, כרשות מבצעת, אמורה



לדאוג לעניינם של האזרחים כולם, גם אלו שלא הצביעו בעדה. עם זאת, במסגרת החלטותיה, זכותה וחובתה של הממשלה לשקול שיקולים ערכיים, יש שיאמרו 'פוליטיים'. זהו המקום שבו מתאפשר לאזרחים להשפיע על מדיניות השלטון, גם אם בצורה עקיפה. כך הוא הדין בכל החלטה שהחוק מסמיך את הממשלה ושריה לקבל. לעיתים השיקול הפוליטי-ערכי הוא הדומיננטי, כמו לגבי מינוים או פיטורים של שרים; לעיתים הוא משמש רק כשיקול משני, זניח יותר, אך תמיד קיים ברקע. אילו לא היתה נתונה הרשות בידי הממשלה ושריה לשקול שיקולים פוליטיים-ערכיים, הנובעים מהשקפת עולמם האישית והמפלגתית, למצער כחלק ממכלול השיקולים המקצועיים, הרי שלא היה טעם בהפקדת הסמכות בידי הממשלה. לעומת זאת, ככל שמדובר בהחלטה מקצועית בלבד, שבמסגרתה לא ניתן לשקול שיקולים ערכיים, אין כל הגיון בהפקדתה בידי הממשלה ושריה. בכל הקשור לבחינה 'מקצועית', ברי כי גורמי המקצוע, בעלי הניסיון, נהנים מיתרון מובהק, ועשויים לקבל החלטה מיטבית.

193. ממילא, בודענו כי במכלול השיקולים הנשקלים עובר למתן החלטה של הממשלה ושריה, עשויים להישקל גם שיקולים פוליטיים-ערכיים, יש מקום לדעה כי עלינו למשוך את ידינו מעיסוק בכך. שיקולים פוליטיים – זרים הם לשופט; מעולם לא כיהן בתפקיד פוליטי כלשהו. אדרבה, כל ימיו על כס השיפוט, עושה השופט מאמץ ניכר להתרחק מכל אשר אבק פוליטי דבק בו. שקילה של שיקולים פוליטיים, אינה נמצאת בארגון 'כלי העבודה' שלנו, השופטים. הפועל היוצא, לפי גישה זו, הוא כי אין מקום לבחון את סבירותה של החלטת ממשלה או שריה, אף אם זו נדמית לנו כ'בלתי סבירה' באורח קיצוני, עד ששום ממשלה סבירה לא היתה מקבלת החלטה שכזו. העולם הפוליטי, התזזיתי והיצרי, כה רחוק מעולמנו, עד שתמיד מתגנב החשש כי הבעיה היא ב'קוצר המשיג'; לא ב'עומק המושג'.

194. נוסף על כך, לעיתים מזומנות, הממשלה ושריה אינם יכולים לפרוש לפנינו את מכלול השיקולים שהנחו אותם. מתן פומבי לאותם שיקולים, עשוי להוביל לתוצאה בלתי-רצויה, ולהכשלת היעדים שאותם ברצונם להשיג. עניין שבו באו הדברים לידי ביטוי בצורה מובהקת, נדון בבג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (23.3.2020), הידוע כעניין אדלשטיין. פסק-הדין עסק אמנם בסוגיה שונה לחלוטין, שאלת מינוי יו"ר כנסת קבוע, במקומו של ח"כ יולי אדלשטיין, אך זהו אחד מן הלקחים שניתן להפיק ממנו. לא אתייחס לשיקולים השונים שהובעו בפסק הדין, מה גם שאין זה ברור כלל ועיקר, האם התוצאה היתה שונה, אילו התמונה המלאה היתה נפרסת לפני בית המשפט עובר למתן פסק הדין. התוצאה, על כל פנים, ברורה: פסק הדין

כמעט והכשיל את האפשרות להקמת ממשלת ישראל ה-35, מה שהיה גורר את ישראל למערכת בחירות רביעית ברציפות, בעיצומה של מגפת הקורונה. אותם משיבים שהיו מצויים בסוד העניין, לא יכלו לשתף את בית המשפט במשא-ומתן הסודי, שהתנהל אותה שעה בין ראש הממשלה בנימין נתניהו לחה"כ בני גנץ, על הקמתה של ממשלת חירום נוכח משבר הקורונה. ההחלטה להורות על קיומן של בחירות לתפקיד יו"ר הכנסת טרם הקמת קואליציה, שאותו לא ניתן להדיח לאחר מכן אלא ברוב של 90 חברי כנסת, כמעט סתמה את הגולל על הניסיון להרכיב ממשלת אחדות. רק ב'אלתור' של הרגע האחרון, נעשה 'תרגיל' פוליטי נוסף, שבמסגרתו מונה חה"כ גנץ ליו"ר הכנסת, לפרק זמן של ימים ספורים עד להשבעתו כראש הממשלה החלופי (ראו: יונתן גרין "בג"ץ אדלשטיין – הערת פסיקה" משפטים על אתר יז 90 (2022)). הא למדנו, כי גם אם בטוחים אנו שירדנו לעומק דעתו של המשיב, תמיד יכול להסתתר לו רובד נוסף, סמוי מן העין. כפרפרזה (על דברי הנשיא אולשן לגבי סגור מוכשר), ניתן לומר כי 'אין חקר לתבונתו של פוליטיקאי מוכשר'. נוכח הטעמים האמורים, על-פי גישה זו, כל עוד מדובר בהחלטה שאינה פוגעת בזכות אדם כלשהי, ואין טענה שלפיה ההחלטה נתקבלה בניגוד עניינים תוך שקילת שיקול זר, או כל טענה מינהלית אחרת, אין מקום לבחון את רציונה של ההחלטה וסבירותה. תהא רמת חוסר-הסבירות, אשר תהא. אין בידינו כלים לעשות זאת.

195. אעבור עתה לגישה השלישית, גישת הביניים, היא גישתו של הנשיא מ' לנדוי, כפי שהובעה בפסק הדין דפי זהב. בדרכו של הנשיא לנדוי, הלך גם הנשיא א' גרוניס (בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פסקה 9 ופסקה 11 לחוות דעתו, פ"ד סב(3) 445 (2007)). זוהי גם עמדת-שלי. גישה זו ממקדת את ביקורתה בעילת הסבירות ה'מהותית', נוסח 'דפי זהב'. היא חיה בשלום עם סבירות נוסח 'וונדסברי', אך מתנגדת לסבירות המהותית-איזונית. אותה הבחנה, שהוצעה על-ידי, בין הדרג הנבחר לדרג הממונה, נובעת גם היא מגישת-ביניים זו. הצעתי, כאמור, היתה לילך בדרך של התפתחות פסיקתית, ולצמצם את השימוש בעילה, כך שבכל הנוגע להחלטות ממשלה ושריה, תופעל רק סבירות נוסח 'וונדסברי'; לא סבירות מהותית.

196. אליבא דגישה זו, שתי בעיות, דומות אך שונות, מעוררת עילת הסבירות המהותית. הראשונה, היא החשש מפני הכרעה בעלת 'יסוד סובייקטיבי'. "התוצאה היא, שבית המשפט מכריע בשאלות שבמחלוקת על פי דעותיהם ותחושות הצדק של שופטי ההרכב. החשש הוא שדבר זה עלול להביא לווייתור על כל אמות מידה משפטיות אובייקטיביות" (מאמר השילוח). בעיה נוספת, חמורה לא פחות, היא החשש מפני 'ריצה' לכיוונה של עילת הסבירות, כפתרון קל וזמין, על אף שישנן עילות אחרות שניתן לעשות בהן שימוש. תופעה מעין זו – מתרחשת לעיתים קרובות, ומחירה יקר. שימוש תדיר בעילת הסבירות,

עשוי לגרום לפגיעה ב'אמון הציבור' בבית המשפט, נוסף על הפגיעה שעשויה להיגרם כעת, בעטייה של 'המהפכה העל-חוקתית', שמבצבצת מבין דפיו של פסק דין זה. אמון הציבור, 'קשה לקנותו כזהב – נוח לאבדו ככלי זכוכית' (ע"פ ספרי דברים יא, כב), עלינו לשמור עליו מכל משמר.

197. לאחר שעמדנו על הקשיים שמעוררת עילת הסבירות המהותית, מגיעים אנו, לאותה הבחנה חשובה בין ריסון פסיקתי לריסון חקיקתי. כאמור, אילו היינו פועלים בזמן, ומסיגים את עילת הסבירות מעט לאחור, הרי שניתן היה לדעתי להסתפק באותו תיקון פסיקתי, לעצבו ולמרקו. הדבר לא הסתייע, וכך הגענו למסלול החקיקתי, השונה באופן מהותי מהמסלול הפסיקתי. במסגרת המסלול הפסיקתי מדובר ב'ריסון עצמי', שבו הסמכות נותרת בידי בית המשפט. גם אם אינה מופעלת, היא מייצרת 'אפקט מצנן' שעשוי להועיל. הבדל נוסף: במסלול הפסיקתי ישנה משמעות, גם אם מסויגת, לביטולה של עילת הסבירות ה'מהותית', והותרתה במקביל של עילת הסבירות הוותיקה 'נוסח וונדסבריי'. יש הטוענים, כי מהלך חלקי שכזה יוותר חסר משמעות, משום שהשופטים עלולים לעשות 'שימוש שלא לטובה' בעילה הוותיקה, כדי להפעיל באמצעותה את עילת הסבירות ה'מהותית' שבוטלה. על כך ניתן להשיב, כי ככל שהמגבלה היא מגבלה עצמית, אין טעם 'להתחבא' מאחורי העילה נוסח 'וונדסבריי'. אם חפצים השופטים לעשות שימוש בעילה ה'מהותית' – יכולים הם לעשות כן בגלוי, איש לא ימנע מהם לעשות זאת.

198. לא כך הוא במסלול החקיקתי, שבו בחרה הרשות המכוננת. משמעותו של הליך חקיקתי היא, כי חברי הרשות המכוננת מבקשים 'לקרוא אותנו לסדר', ולכפות עלינו את צמצום השימוש בעילת הסבירות המהותית, בכל הנוגע להחלטות הממשלה ושריה. השופטים עודם עומדים על דעתם כי אין מקום לצמצם את השימוש בעילת הסבירות. הם עורכים אותו צמצום 'כמי שכפאם שד', אך בשל אותו דבר-חיקוק היוצא מפי הרשות המכוננת, שלהוראותיה מצווים אנו לציית, ללא כחל ושרק. ככל שאֵלו הם פני הדברים, אזי אפשר לטעון כי שוב לא ניתן להסתפק בביטולה של העילה ה'מהותית'. ללא הגבלה גורפת, גם על שימוש בסבירות נוסח 'וונדסבריי' – לא הועלנו דבר. ככל שמדובר במהלך ש'הונחת' מעל ראשם של השופטים, אזי כדי להתגבר עליו, כל שיהא על השופטים לעשות הוא לשנות מעט את הרטוריקה של פסק הדין, ולהכריז על כך שההחלטה כה 'מופרכת' עד ששום ממשלה סבירה לא היתה יכולה לקבל כזו החלטה; הא ותו לא.

199. מי שחזר על טיעון זה, שוב ושוב, במהלך הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט, הוא יו"ר הוועדה, חה"כ רוטמן, שאמר כך: "אין דרך למתוח את הקו בין אי-סבירות קיצונית

לאי-סבירות לא קיצונית. אין דרך לעשות את זה" (פרוטוקול ישיבה 105 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25, 113 (25.6.2023); בדיון במליאת הכנסת לקראת הקריאה השניה והשלישית חזר על דברים אלו פעם נוספת: "אחרים הציעו לחזור לעילת האי-סבירות הקיצונית של וודנסברי, אלא שפתרון זה, כפי שהעירו רבים, לא הוכיח את עצמו, שהרי השופט אהרן ברק בעצמו בפסק דין 'דפי זהב' טען שהסתמך על עילת האי-סבירות הקיצונית. משכך, נדרש פתרון יעיל אחר, כזה שימנע את הישנותה של הרחבת עילת הסבירות לממדיה הנוכחיים" (פרוטוקול ישיבה 97 של הכנסת ה-25, 551 (23.7.2023)). גם בדיון שהתקיים לפנינו, דבק יו"ר הוועדה חה"כ רוטמן בטיעון זה (ראו: בעמ' 37-39 לפרוטוקול הדיון מיום 12.9.2023). טיעון מעין זה, מלמד לכאורה כי בניגוד לרושם שנוצר, חה"כ רוטמן מחזיק אף הוא בעמדת-הביניים שהצגתי לעיל. אמנם, בכל הקשור לממשלה ושריה, הציע חה"כ רוטמן הסדר דומה לזה של פרופ' פרידמן, אולם הרציונל שהנחה את חה"כ רוטמן בניסוחו של חוק-היסוד, אינו נובע מגישת פרופ' פרידמן, אלא מנימוקים אחרים, אינסטרומנטליים. הוא איננו חולק על כך שכעיקרון, מוטב היה לו היינו מפעילים את עילת הסבירות, במובנה הצר, נוסח 'וודנסברי', גם על עניינים של הממשלה ושריה. אך כאמור, לעמדתו, לא ניתן לעשות זאת מבלי לחשוש מפני הפעלתה של העילה הרחבה, המהותית. המסלול החקיקתי אינו מאפשר, לשיטתו, לילך בדרך האמצע; הוא מוביל אותנו, בעל-כורחנו, למצב של 'הכול או כלום', וכופה עלינו לבחור בין 'הכול' לבין 'כלום', איש איש לפי דרכו.

200. למדנו אפוא, כי קביעתה של הגבלה חקיקתית, מעוררת קשיים ואתגרים מסוג שונה לגמרי, מאלו המתעוררים מהגבלה עצמית שמקורה בפסיקה. זוהי, אם כן, פְּשָׁרָה של אותה 'הסתייגות' (בתשובתי לשאלתא, כאמור בפסקה 178 לעיל) שלפיה "לא חשבתי אז, לפני 3 וחצי שנים, באותה הרצאה, על תיקון בדרך של חקיקה; חשבתי על מגמה שתבוא לידי ביטוי בפסיקה".

201. אם אחזור לגוף הדברים, הרי שטענה זו של חה"כ רוטמן – בעלת משקל. דומה כי תמיכה בטענתו-זו של חה"כ רוטמן, ניתן למצוא בדבריה של חברתי השופטת ע' ברון: "בהיעדר דיכטומיה בנוגע למובניה השונים של עילת הסבירות, לא רק שנשמט היסוד תחת הפרשנות המקיימת – אלא שאם היינו מאמצים אותה, היינו מכבירים על ההתדיינות המשפטית ביחס להחלטה המינהלית שורה של מחלוקות מסוג חדש. בפרט, ייפתח הפתח לטעון ביחס לסבירות המסורתית הנטענת בעתירה [...] כי מדובר למעשה בסבירות איזונית 'במסווה' (פסקה 24); וראו גם האמור בפסקאות 15-17 לחוות דעתה של חברתי השופטת רונן). האם טענה זו מחייבת את ביטולה המוחלט של העילה? האמנם לא ניתן למצוא מתווה ביניים כלשהו, שיאפשר ליהנות מ'הטוב שבכל העולמות'? אינני בטוח

בכך כלל ועיקר. בהחלט ניתן היה לחשוב על פתרונות אלו ואחרים, המביאים מזור לבעיה שאותה מעורר חה"כ רוטמן, אך מאפשרים להותיר את עילת הסבירות ה'רזה', סבירות נוסח 'וונדסברי', על כנה.

202. כבר בסיומה של אותה הרצאה (ביום 6.12.2019), שבה הצעתי לראשונה הבחנה בין הדרג הנבחר לדרג הממונה, הדגשתי כי פרשנות, סבירות ומידתיות "מזמנים אתגרים משמעותיים, ומחייבים אותנו להרחיב ולהעמיק את הדיון החשוב על אודות גבולותיו הראויים של שיקול הדעת השיפוטי". האתגר – משמעותי, אך הפיצוח – אפשרי. אין מקום להרים ידיים, ולהסתפק, מחוסר ברירה, בגישת 'הכול או כלום'.

203. כדי שלא אשמע כמי שמייצג גישה 'נאיבית', לא מציאותית, אנסה לשרטט בקווים כלליים פתרון, אחד מני רבים, שעשוי היה לספק מענה לשני האינטרסים הנוגדים שעל הפרק: הרצון 'לרסן' את 'סוס הפרא הדוהר' בדמותה של עילת הסבירות המהותית, ומנגד לשמור על עילת הסבירות הוותיקה והטובה, נוסח 'וונדסברי' – חיה וקיימת. אדגיש, אין לראות בדברים משום "מתווה", כי אם רעיון 'בוסרי' וראשוני, הטעון ליבון ועיון.

204. אחת הטענות המופנות נגד חוק-היסוד היא, כי הוא אינו מבחין בין החלטות שבהן נקבעת 'מדיניות', לבין החלטות 'פרטניות'. מנגד, ניתן לטעון כי חקיקה ברוח זו, היתה פותחת 'פתח מילוט', שיאפשר לבית המשפט להמשיך ולהפעיל את עילת הסבירות המהותית. אפשר היה ליתן משמעות מצמצמת למונח 'החלטות מדיניות', ובהמשך לבצע 'הורדה בדרגה' של החלטות שונות באמצעות סיווגן כ'החלטות פרטניות', ו'חיסולן' בשלב מאוחר יותר באמצעות שימוש בנשק ה'סבירות'.

205. חשש זה – אינו קלוט מן האוויר. ברם, גם אם מקבלים את החשש האמור, ניתן היה לצמצם את ההסדר ולהחילו רק על החלטות 'מדיניות', תוך מתן מענה לאותו חשש. ניתן היה למסד 'מבחן צורני', פשוט, ברור, קל להפעלה, חד-משמעי. הבחנה דומה בין סוגים שונים של החלטות מינהליות, קיימת באמתחתנו זה מכבר, ואנו עושים בה שימוש תדיר. כוונתי היא להבחנה בין החלטות שההשגה עליהן מצויה בסמכותו המקבילה של בית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, לבין החלטות שההשגה עליהן מסורה אך ורק לבית משפט זה, ב'כובעו' כבית משפט גבוה לצדק.

206. אותה הבחנה – אינה מושלמת. השגות על חלק ניכר מהחלטות השרים, מוגשות, נכון להיום לבג"ץ; לא לבית המשפט לעניינים מינהליים, למרות שמדובר בהחלטות 'פרטניות'. אם כי במבט מעמיק יותר, דווקא עובדה זו עשויה ללמד על כך שגם אותן החלטות שאנו נוטים לסווג כ'פרטניות', כוללות בתוכן רכיב משמעותי של מדיניות וערכים. גם אם נקבל אותה ביקורת, הרי שביקורת דומה ניתן למתוח על עצם הסיווג בעניין הסמכות. אדרבה, במובן מסוים, גמישותה של ההבחנה, והסתמכותה על סיווג שניתן לשינוי תדיר, מאפשרת לטייב אותה שוב ושוב. ניתן יהיה, בהמשך הדרך, להעביר החלטות נוספות תחת שבט ביקורתו של בית המשפט לעניינים מינהליים, תוך שהדבר יוליך ממילא לסיווגן כ'החלטות פרטניות', לגבי עילת הסבירות.

207. אילו היינו עושים אותה הבחנה, הרי שאפשר היה ליתן מענה גם לחשש מפני הפעלה לא מבוקרת של עילת הסבירות, מבלי לבטלה כליל. כידוע, כל עתירה המוגשת לבג"ץ נדונה לפני שלושה שופטים לפחות. זאת, בניגוד לבית המשפט לעניינים מינהליים, שדן ככלל, בדין יחיד. אם חוק-היסוד היה מחיל עצמו רק על עניינים הנדונים בבג"ץ, ניתן היה להותיר את עילת הסבירות ה'רזה' נוסח 'וונדסבריי', על כנה, תוך קביעה כי שימוש באותה עילה מחייב הסכמה של כל השופטים היושבים בדין. קביעה כאמור – אינה מורכבת. ההוראה שלפיה בהעדר הסכמה בין השופטים, תכריע דעת הרוב, אינה קבועה בחוק-יסוד, כי אם בסעיף 80(א) לחוק בתי המשפט, שבו נאמר כי "בית משפט הדן במוחב ונחלקו דעות השופטים, תכריע דעת הרוב". פתרון זה, מזכיר את הקולות שנשמעו בעבר, וביקשו לקבוע כי הרשעה בפלילים, למצער בפשעים חמורים, תינתן פה-אחד.

208. קביעה שכזו, עשויה היתה ללכוד 'שתי ציפורים במכה אחת': תחילה, 'היסוד הסובייקטיבי', באשר לסבירותה של ההחלטה – היה נחלש משמעותית, נוכח הדרישה ל'קונצנזוס מוחלט' בקרב השופטים; קונצנזוס ש'קבע כי אותה החלטה כה 'מופרכת', עד ששום שר או ממשלה, לא היו יכולים לקבל החלטה שכזו. בנוסף, הדבר היה עשוי להוביל לכך ששופטים לא ימהרו לברוח ל'פתרון אינסטנט' בדמותה של עילת הסבירות, כל זמן שניתן לבסס את ההכרעה על שימוש בעילה מינהלית אחרת, אובייקטיבית יותר; בודעם, כי אם יבקשו לעשות שימוש בעילת הסבירות, יאלצו 'לגייס' את כל חברי ההרכב לתמיכה בעמדתם. לא ניתן יהיה להסתפק בהסכמת רובם. בכך ניתן היה לשקם, ולו במעט, את 'אמון הציבור' בבית המשפט.

209. כדי לצמצם אותו 'יסוד סובייקטיבי' צמצום נוסף, ניתן לחשוב אף על דרישה לקיומו של הרכב מורחב. זאת, לשם קביעה כי החלטת ממשלה או שריה בלתי מתקבלת

על הדעת, עד שיש מקום להפעלת עילת הסבירות נוסח 'וונדסבריי'. ניתן היה לטעון, כי הדבר יוביל לעומס רב על בית המשפט, אך כמה תשובות בדבר. ראשית, ניתן לצמצם את החשש האמור, בקביעה כי כל עתירה שמעלה טענות שעניינן 'סבירות', תיקבע לדיון ראשוני לפני הרכב שלושה, בדומה לכל עתירה אחרת. בסיום הדיון, יוכל אותו הרכב להוציא צו על תנאי. רק לאחר הגשת תצהירי-התשובה, אם ישתכנעו שלושת השופטים, כי אכן מדובר במקרה חריג, המצריך לעשות שימוש בעילת הסבירות, ולא ניתן לעשות שימוש באף עילה חלופית, אזי יורו הם על הרחבת ההרכב. מקרים מעין אלו, מטבע הדברים, יהיו נדירים יחסית. בנוסף, יתכן שזהו דווקא המצב הרצוי. אותה דרישה להרכב מורחב, היא-היא זו שתגביל את בית המשפט מלכתחילה, תוביל אותו 'לבחור את מלחמותיו', ולעשות שימוש בעילת הסבירות, רק במקום שבו 'פלו כל הקיצין'. גם אם שלושת השופטים, שנבחרו באופן אקראי לשבת בדיון, סבורים כי יש לעשות שימוש בעילת הסבירות, הם לא ימהרו להרחיב את ההרכב, ביודעם כי עליהם להשיג את תמיכת כל חברי ההרכב המורחב. רק אם מדובר במקרה כה זועק עד שיש יסוד להניח כי כל חברי ההרכב המורחב עשויים להסכים עמם, יורחב ההרכב.

210. אם היתה נקבעת דרישה ל'קונצנזוס' בקרב חברי ההרכב המורחב, הרי שמטבע הדברים, מקרים מעין אלו, שבהם מושג קונצנזוס 'מקיר לקיר' – היו מעטים ונדירים. אלא שבכך אין כל פסול; אדרבה, זהו האיזון הנדרש. מחד גיסא, הותרה של הסמכות להפעיל את עילת הסבירות ה'רזה', כ'ציאת חרום', שבה יעשה שימוש במקרים חריגים ונדירים; רק בעניינן של החלטות שהעוול הנשקף מהן 'זועק לשמיים', אך אין בנמצא כל עילה אחרת שבה ניתן לעשות שימוש. מאידך גיסא, דרישה להרכב מורחב, ולהשגת 'קונצנזוס' בקרב השופטים, תמנע שימוש תדיר באותה עילה, תוך שמירה על הפעלתה במקרי-קצה, ולא כעניין יומיומי.

211. כאמור, אלו הם הרהורים ראשוניים, לא ממצים. זהו כיוון אחד, אפשרי, אך לא מחייב. ניתן בהחלט לחשוב על פתרונות אחרים, טובים יותר. לא הארכת בדברים אלא כדי 'לפתוח את הראש', ולעורר שביב של תקווה כי ניתן 'לרבע את המעגל', ולהגיע להסדר מאוזן יותר, מבלי לוותר על העקרונות העומדים בבסיס ההסדר הנוכחי, הגורף. אילו היה נבחר מתווה מאוזן יותר, יתכן כי אותה 'התנגשות טקטונית' בין הרשויות, שאותה להוותנו אנו חווים כעת – היתה נמנעת.

‘שלילת עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית’

212. אשוב לעניין שעל הפרק. כאמור, אני מצטרף לקביעתה של חברתי הנשיאה (בדימ'), שלפיה הפרשנות האפשרית היחידה לדבר החקיקה שלפנינו, היא ביטולה של עילת הסבירות לגבי החלטות הממשלה ושריה; גם לא סבירות נוסח 'וונדסברי'. כזכור, עמדתי היא כי נעדרי סמכות אנו לדון בתוקפם של חוקי-היסוד, ובכך תם, לשיטתי, הדיון. שיטתה של חברתי – שונה. בפסק הדין בעניין חסון, קבעה חברתי, כי "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". גם אם נתעלם לרגע קט מבעיית הסמכות, אם ננסה לילך בדרכה של חברתי הנשיאה (בדימ'), לאמץ אותה הגדרה שקבעה בעניין חסון, וליישמה על חוק-היסוד שלפנינו, הרי שהתשובה – ברורה מאליה. לא ניתן ליישב אותה הגדרה "צרה ביותר", שקבעה חברתי זה לא מכבר, עם מסקנתם של חברי בעניין שלפנינו, שלפיה דינו של חוק-היסוד להיפסל.

213. השאלה שאותה עלינו לשאול את עצמנו, אינה האם סבורים אנו כי החוק 'סביר'; גם לא האם החוק עשוי לעורר בעיות כאלו ואחרות. השאלה היא אחת ויחידה: האם חוק היסוד שולל 'את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית'? משזו השאלה, ואין פללה, הרי שהמסקנה קרבה לבוא: תהיינה הטענות נגד חוק-היסוד אשר תהיינה, רחוק הוא מרחק רב מלבוא בגדריה של אותה מגבלה "צרה ביותר", שבה הכירה ואותה הגדירה חברתי הנשיאה (בדימ') בעניין חסון. אין הוא 'שולל את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית'; הרחק מכך. כזכור, פרופ' פרידמן הציע בשעתו מתווה 'גורף' יותר ו'קיצוני' יותר, מזה שנחקק בחוק-היסוד שלפנינו (ראו לעיל, פסקאות 189-194). מי שיבקש להרחיק לכת, עד למאוד, ולטעון כי תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה 'שולל את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית', גאלץ להכריז במקביל, כי פרופ' פרידמן, ענק-משפט כחול-לבן "ושמְעו הולך בכל המדינות", חתן פרס ישראל לחקר המשפט, דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, שבין כתליה התחנכו כמעט כל חברי הנמנים על דעת הרוב, עושה במשך שנים רבות, כדי 'לשלול את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית'. היעלה על הדעת?

214. חבר קרוב נמצא לפרופ' דניאל פרידמן, אינו קוטל קנים, שומר אמונים לגישה השמרנית. כך אמר פרופ' מרדכי קרמניצר: "בעייתית במיוחד היא העילה של חוסר סבירות קיצוני, שכן היא מערערת, אם לא ממוטטת, את האבחנה שבין חוקיות לבין תבונה ותועלת. הסכנה הכרוכה בה היא כפולה: היא עלולה להביא למעורבות יתר של הרשות השופטת, ודווקא בעניינים בהם מומחיות משפטית אינה בבחינת יתרון משמעותי; ולעומת זאת, דווקא לגוף המחליט יתרון יחסי על פני הרשות השופטת – בין מכוח היותו נבחר ובין מכוח



מומחיותו או העזרתו במומחים. מעורבות כזו עלולה להיות בלתי מוצדקת מבחינה עניינית, ולפגוע בטווח ארוך במעמדו של בית המשפט. מצד אחר, זהו בעיני החשש העיקרי, עלולה העילה של חוסר סבירות להביא לגליטימציה במובן החזק של מעשים שאינם ראויים לגליטימציה. במקום להיזקק לעילה זו, ייטיב בית המשפט לעשות אם יתייחס לעילות מוגדרות יותר כמו העדר פרופורציונאליות, ואף יפתח עילה של פגיעה בתקנת הציבור שעניינה פגיעה קשה באורחות מינהל תקין או בדמותה של המדינה כמדינת חוק, שכרוך בה נזק חינוכי או מוסרי. אני סבור כי הסתמכות על עילה כזו כוחה המשכנע רב יותר מאשר הרטוריקה של חוסר סבירות קיצוני, היוצרת רושם של הבדלי הערכה בשקלול, כאשר בית המשפט משים עצמו במקומה של הרשות השלטונית [...] ברי בעיני כי אין מקום לרטוריקה מן הסוג של 'מלוא כל הארץ משפט... גם כאשר סוג פעילות מסויים – כגון יחסי חברות או מחשבות סובייקטיביות – נשלט על ידי האוטונומיה של הרצון הפרטי. אוטונומיה זו קיימת, משום שהיא מוכרת על ידי המשפט'. דברים אלה המתכחשים לגבולות האניהרנטיים של המשפט ומשום כך – אינם נכונים, הם גם מקוממים, ומעניקים למשפט מימד אימפריאליסטי מאיים" (מרדכי קרמניצר "יגורש הגרוש" פלילים ד 17, 32-33 (תשנ"ד-1994)). הרי לנו: ביטול מוחלט, 'גורף', ו'קיצוני' של עילת הסבירות, לא רק בעניינם של הממשלה ושריה, כי אם גם בנוגע להחלטות גופים מינהליים אחרים. זהו 'מתווה קרמניצר'; דומני שתיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה, מחוויר לעומתו.

215. גישתו של השופט ברק לגבי עילת הסבירות, כפי שמשקפת בפסק הדין בעניין דפי זהב, מעוררת גם היא, בדרכה שלה, קשיים דמוקרטיים לא מבוטלים. אותם קשיים עשויים לרדת לשורשי הדמוקרטיה, ועקרון הפרדת הרשויות. יש מי שיאמר, כי 'הכשל הדמוקרטי' המתבטא בגישה זו, עשוי להיות חמור יותר מזה שמשקף בגישה פרופ' פרידמן. אף על-פי כן, איש מעולם לא ניסה לטעון, כי יש לבטל את עילת הסבירות 'המהותית' מִפְּיָן שהיא 'שוללת את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית'. כך היה ראוי שנהג גם כלפי חוק-היסוד שלפנינו. גם אם איננו רואים נחת מחוק-היסוד בנוסחו הנוכחי – אין בכך כדי להוביל לפסילתו. אין זה מתפקידנו להעניק 'הכשר', חותמת בג"ץ, לחוק-היסוד. לא לשם כך נתכנסנו בהרכב מורחב. גם לשיטתה של חברתי הנשיאה (בדימ') בעניין חסון, כל אשר מבוקש מאיתנו הוא להצהיר כי חוק-היסוד שלפנינו אינו 'שולל את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית'. מכאן ואילך, גם לשיטתה של חברתי, צריך היה הדיון המשפטי לבוא אל סיומו. כל אותן טענות ומענות נגד חוק-היסוד, דינן להמשיך להתלבן בשיח הציבורי; לא בבית המשפט.

216. בסיומו של פרק זה, אוסיף ואומר, כי הדיון הציבורי בעניינה של עילת הסבירות, שבו נטלתי חלק במידת-מה, התנהל במשך שנים ארוכות על מי-מנוחות; דיון ענייני ומכבד, שנסוב סביב טיעונים לגופו של עניין, המדגישים את יתרונותיה וחסרונותיה של

כל גישה. השיח הנוכחי – שונה בתכלית. "אנו עדים לתגובה של מקהלה מתוזמרת שהדבר יגרום חורבן והרס, כאשר המתנגדים מונים, כל אחד בתורו, את האסון הצפוי" (דניאל פרידמן "ישנן לא מעט פעולות מזיקות של הממשלה, עילת הסבירות איננה אחת מהן" מעריב (14.7.2023)). כולי תקווה, כי סיומם של הליך החקיקה, וההליך המשפטי שבא בעקבותיו, יקלו על הצדדים כולם 'להנמיך את הטונים', ולחזור לאותו שיח 'סולידי' שאפיין את הדיון הציבורי בעבר. כך ניתן יהיה להביא לשיתוף פעולה בין הקואליציה לבין האופוזיציה, בדבר המתווה הנכון והמדויק, שבו יש לנקוט כדי להשיב את עילת הסבירות לממדיה הטבעיים.

שימוש לרעה בסמכות המכוננת

217. נטען לפנינו, כי התיקון לחוק-היסוד אינו עומד במבחני-העזר שהותוו בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר) לזיהויה של נורמה חוקתית, בדגש על מבחן ההשתלבות במארג החוקתי. מרבית חברי, שראו להעתר לעתירות, לא ביססו את מסקנתם על הטענות לפגמים במה שנוגע לדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת. עם זאת, חברתי הנשיאה (בדימ') העירה בחוות דעתה על אודות קשיים שמעורר התיקון לחוק-היסוד גם במישור זה, ובשאלת עמידתו במבחנים לזיהויה של נורמה חוקתית, אם כי לא נטעה מסמרות בנדון. את ביקורתי על הדוקטרינה, וקריאתי לחברי לשוב ל'מבחן הצורני' המסורתי, אביא לידי ביטוי באריכות בפסק הדין בבג"ץ 2412/23 התנועה למען איכות השלטון ואח' נ' הכנסת ואח' (להלן: עניין הנבצרות) לכשיינתן. אצמצם אפוא את התייחסותי כאן, להערותיה של חברתי הנשיאה (בדימ').

218. מבחן ההשתלבות במארג החוקתי, כפי ששורטט בעניין שפיר, נועד להגן על החוקה המתגבשת מפני חדירה של נורמות "שאינן מצויות במדרג המתאים לכך"; הוראות-חוק שאינן ראויות לאותה עטרה חוקתית – "באופן שעלול לגרום לשחיקה וזילות במעמד של חוקי היסוד" (עניין שפיר, פסקה 31). זאת על יסוד ההנחה, כי "בניגוד לחקיקה 'רגילה' שנועדה להסדיר עניינים של יומיום, חקיקת יסוד נועדה להסדיר עניינים הנוגעים לליבת המשטר החוקתי של מדינת ישראל" (שם, פסקה 41).

219. לאורה של הבחנה זו – האמנם ניתן לטעון כי התיקון שלפנינו, עניינו בהסדרת "עניינים של יומיום", 'עובדין דחול', שאינם ראויים לטעון לכתר החוקתי? האם לפנינו תיקון מסוג "חוק יסוד: היטל תיעול" (כדוגמה החביבה של חברי השופט עמית בעניין שפיר, בפסקה 3), או דבר בדומה לו? ברי כי התשובה לכך היא בשלילה. עניינו של התיקון בהסדרת היחסים בין הרשות המבצעת לרשות השופטת, ובפרט – בעילת ביקורת מינהלית בעלת מוטת כנפיים רחבה, להבדיל מהסדרי אי-שפיטות צרים ומקומיים. מדובר

אפוא בנושא בעל אופי חוקתי-משטרי מובהק. בהקשר זה, מקובלת עלי הערת חברי, השופט י' כשר (בפסקה 47), באשר לפער מעורר-התמיהה, שבין תיאור התיקון כטומן בחובו שינוי סדרי בראשית – כפי שהוא משתקף בעתירות – לבין הצבת סימני השאלה על עצם שייכותו למארג החוקתי. הדברים אף מתחדדים, על רקע הבהרת חברתי הנשיאה (בדימ') בעניין שפיר, כי מבחן המארג החוקתי אינו מתיימר לבחון את טיבה 'החוקתי' של חקיקת יסוד באמת-מידה אובייקטיבית ומופשטת, אלא מייחס "משקל רב יותר להסדר הקיים, קרי למארג חוקי היסוד שבתוכו משתלב חוק היסוד החדש או התיקון שעומד לבחינתנו" (פסקה 60).

220. ובכן, האריג החוקתי שלנו – מה טיבו? כפי שציננה חברתי הנשיאה (בדימ') חוקי-היסוד שלנו "נוסחו באופן מפורט יותר מאשר סעיפים מקבילים בחוקותיהן של מדינות אחרות" (פסקה 41). על מידת ההפשטה המוגבלת של חוקי-היסוד שלנו, ועל אופיים הפרטני – שאינו הולם 'רזולוציה' חוקתית מקובלת – עמד בשעתו פרופ' זמיר, בצינו כי חוק יסוד: הכנסת "משתרע על 46 סעיפים, גדוש פרטים ופרטי פרטים שראוי היה להם להיקבע בחוק רגיל" (יצחק זמיר "חוקי-היסוד בדרך לחוקה" מבוא לספרם של אמנון רובינשטיין ורענן הר-זהב חוק יסוד: הכנסת 11, 13-14 (פירוש לחוקי היסוד, יצחק זמיר עורך, 1992)). החרה-החזיק והוסיף עליו השופט הנדל, בעניין שפיר, תוך שחידד כי מדובר בדפוס עקבי ומודע: "לא למותר להוסיף כי חוק יסוד: הכנסת אינו חריג בנוף החוקתי, וכי חוק יסוד: הממשלה מונה כיום 47 סעיפים, שגם בהם בולטת הירידה לפרטים, באופן המצביע על כך שלא מדובר בהיסח הדעת – אלא בבחירה מכוונת שלא להסתפק בעיגון ההסדרים האמורים בחקיקה ראשית" (פסקה 9).

221. אכן, החוטים המתוחים על פני מעשה-האורג החוקתי שלנו, הם לעיתים דקים ופשוטים; נורמה המבקשת להשתלב בו, מבלי שתִיחשב לנטע זר, אינה נדרשת לעמוד במבחן הפשטה חוקתי-משטרי גבוה במיוחד. התיקון לחוק-היסוד שלפנינו, מכל מקום, מוצא בו את מקומו בנקל.

222. עוד אעיר, כי אחת הטענות בנוגע לאי-השתלבות התיקון במארג החוקתי, נוגעת להשתייכותו לתחום המשפט המינהלי, אשר לא הוסדר עד כה ברמה החוקתית (פסקאות 188-190 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ')). טענה זו מוקשית בעיני, שכן התיקון אינו מתייחס לחובה המינהלית כשהיא לעצמה, אלא לשפיטותה ולשאלת הביקורת השיפוטית מכוחה; מרכז הכובד של התיקון מצוי אפוא במעורר היחסים בין הרשויות, ובעמדת חברי הרשות המכוננת, לפיה לבית המשפט אין את הכלים המתאימים לבחון ולאכוף את ישום

חובתה המינהלית של הממשלה ושריה לפעול בסבירות – חובה העומדת בעינה במלוא תוקפה.

223. טענת אי-ההשתלבות של התיקון במארג החוקתי, על רקע היסטוריית החקיקה המינהלית בישראל, מעוררת קושי נוסף, שכן היא טומנת בחובה, למעשה, דרישת השתלבות רחבה יותר מ'מבחן ההפשטה' ו'הליכה המשטרית'; השתלבות במובן הנושאי-תוכני. קרי – גם אם מדובר בתיקון משטרי מופשט, עצם השתייכותו לשדה המשפט המינהלי, הופכת אותו לנטע זר במרקם החוקתי, שלא ידע עד כה הסדרים מסוג זה.

דא עקא, דרישה זו – קשה להולמה; אין לי אלא לחזור על הסתייגותה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז בענין שפיר, לפיה מבחן זה "מעניק לחוקי היסוד הקודמים עדיפות על פני חוקי יסוד חדשים. עדיפות זו מעוררת קושי בהתחשב בכך שהפרויקט החוקתי בישראל עודו בשלבי גיבוש, ובמובן זה 'אין מוקדם ומאוחר בתורה'" (פסקה 22). אכן, דרישת השתלבות תוכנית-נושאת מעין זו, מקרבת אותנו 'בדלת האחורית' לגישת 'הסמכות המכוננת הנגזרת', אשר לא אומצה על-ידינו, מתוך הכרה בכך שהמפעל החוקתי שלנו עודנו בשלבי גיבוש – עודנו הולך ומתהווה (ראו בעניין חסון, פסקה 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

224. כך או כך – משתלב יותר או פחות – דומה כי המענה הפשוט ביותר לסימני השאלה בדבר התאמתו של התיקון לאכסניית חוק יסוד: השפיטה, נעוץ בכורח שבדבר (או, אם נרצה, במבחן 'הצידוק' במסגרת הדוקטרינה). התיקון, כאמור, מסייג את סמכות הביקורת השיפוטית מכוח עילת הסבירות, בנוגע להחלטות של הגורמים המנויים בו; לו היה נחקק במסגרת חוק רגיל, היה ניגף בפני הוראות סעיפים 15(ג) ו-1(ד) לחוק-יסוד: השפיטה, בהן מעוגנות הסמכויות הכלליות של בית משפט זה. שיבוצו של התיקון בחקיקת-יסוד היתה אפוא בלתי נמנעת; תנאי לתוקפו.

225. אוסיף, כי גם בראי מבחן 'המובחנות', שהוצע על-ידי חברתי השופטת ברק-ארז חלף מבחן ההשתלבות במארג החוקתי (ראו פסקאות 12-26 לחוות דעתה בעניין שפיר), רשאי התיקון להרגיש בן-בית בקרב חוקי-היסוד. מבחן זה, בתמצית, נועד להבטיח כי הרשות המכוננת אינה יורדת לאִמננותן של רשויות אחרות: "חוק יסוד, מתוקף הגדרתו ככזה שנועד להוות פרק בחוקה, אינו יכול להחליף מתן החלטה של הרשות המבצעת (למשל, על דרך קביעת הוראה בחוק יסוד המורה על מינויו של אדם לתפקיד או המעניקה לגורם מסוים רישיון); חוק יסוד אינו יכול להחליף בית משפט במתן החלטה בהליך משפטי (למשל על דרך זיכוי או הרשעה); חוק יסוד אף אינו יכול לכלול הסדר אופרטיבי שנדרש לחקיקה

רגילה (כדוגמת הקלה במס) [...] ככלל יש לומר, כי חוקי היסוד אמורים להתוות את 'כללי המסגרת' לפעילות של המדינה, ואילו חקיקה רגילה נועדה ליישם כללים אלה ולתת להם קונקרטיזציה" (שם, פסקה 23). גם את המבחן הזה, התיקון צולח בנקל: הוא לא נושא אופי ביצועי או שיפוטי, ואף לא מהווה חקיקה בעלת אופי הסדרי-קונקרטי; לפנינו תיקון מסגרי-כללי, מלאכתה של הרשות המכוננת.

226. לבסוף, התיקון צולח ללא קושי מבחן-משנה נוסף של הדוקטרינה, שנטען כי הוא לוקה בו: מבחן הכלליות. מבחן זה, עניינו בשאלה "אם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית-כללית או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונליים" (עניין שפיר, פסקה 37 לפסק דינה של הנשיאה חיות). ארחיב את הדיבור בשאלת זיהויה של נורמה פרסונלית בחוות דעתי בעניין הנבצרות. אומר אפוא אך זאת, כי לא מצאתי בתיקון כל מימד של פרסונליות, אף לא 'אבק' פרסונליות. התיקון נושא אופי עקרוני כללי, צופה פני עתיד, חל על מערכת היחסים שבין הרשויות בהווה ובעתיד. גם אין מקום לזקוף לחובתו של התיקון את העובדה שהוחל באופן מיידי, ועל כן פועל את פעולתו גם על הממשלה הנוכחית (וראו בהקשר זה את ההפניות שבפסקה 46 לחוות דעתו של השופט כשר); תחולה מיידי, נזכיר, היא 'ברירת המחדל' בשיטתנו, גם בנוגע לחקיקת-יסוד. גם אם ניתן לטעון שתחולה נדחית של חקיקת-יסוד היא דבר רצוי, כל עוד אין בידינו הוראה המעגנת זאת בדין – במסגרת חוק יסוד: החקיקה, או בכל מסגרת אחרת – אין מקום לכרסם בחופש הפעולה של המכונן לפעול בתחולה מיידי, על ידי 'הכתמת' חקיקה כזו בחשד של פרסונליות.

#### הצעת-חוק מטעם ועדה

227. טענה נוספת נשמעה מפיהם של חלק מן העותרים, ולפיה לא היה זה בסמכותה של ועדת החוקה, חוק ומשפט להציע את הצעת-החוק מטעמה. חברתי הנשיאה (בדימ') בשולי חוות דעתה (פסקאות 196-203) נוטה לקבל טענה זו. גם לכך לא אוכל להצטרף. כמה טעמים לדבר.

228. כפי שמציינת חברתי, הגשת הצעות-חוק מטעם ועדה מוועדות הכנסת, הוסדרה לראשונה בהחלטת ועדת הכנסת, מיום 24.11.1980. לאחר דיון קצר, בנוסחה הסופי של ההחלטה נקבע כך:

"ועדת הכנסת קיימה דיון בפנייתו של יושב-ראש הכנסת בדבר סמכותה של ועדה מוועדות הכנסת ליזום חקיקה. הוועדה החליטה כי ועדה מוועדות הכנסת רשאית ליזום חוקים בנושאים הבאים: חוקי יסוד, וחוקים שעניינם הכנסת,

בחירות לכנסת, חברי-הכנסת או מבקר המדינה. חוקים  
כאמור יוגשו לכנסת לקריאה הראשונה" (פרוטוקול ישיבה  
מס' 281 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-9, 2 (24.11.1980)).

אותה החלטה, עוגנה באופן רשמי בתקנון הכנסת בשנת 2011, בשינויים קלים,  
תוך הוספת סייג הקובע כי רק שלוש ועדות, בכללן ועדת החוקה, חוק ומשפט, תוכלנה  
ליזום חוקים מטעמן, וגם זאת רק בתחומי ענייניהן, כפי שאלו נקבעו בתקנון הכנסת:

"נושאי החקיקה מטעם ועדה  
80. (א) ועדת הכנסת, ועדת החוקה חוק ומשפט והוועדה  
לענייני ביקורת המדינה רשאיות ליזום, בתחומי ענייניהן לפי  
תקנון זה, הצעות חוק בנושאים אלה ולהכין לקריאה  
הראשונה: חוקי יסוד, עניינים שמתחייבים מתיקון של חוק  
יסוד ומוצעים לצדו, הכנסת, חברי הכנסת, הבחירות לכנסת,  
מפלגות, מימון מפלגות ומבקר המדינה".

229. על פני הדברים, מהחלטת ועדת הכנסת, ומהתקנון שבא בעקבותיה – לא ניכר  
קושי כלשהו. ועדת החוקה, חוק ומשפט, היא אחת מן הוועדות הרשאיות ליזום חקיקה  
בתחומי ענייניהן. תיקון לחוק-יסוד: השפיטה הוא בתחומי ענייניה של ועדת החוקה, חוק  
ומשפט. כמו כן, הצעת החוק היתה תיקון לחוק-יסוד, ועל כן היא נכללת ברשימת  
הנושאים שבהם רשאית ועדה להציע הצעות-חוק. על מה נסובה אפוא טרוניית חלק מן  
העותרים? לעמדתם, גם אם נוסחו הפורמלי של תקנון הכנסת אכן מאפשר להגיש את  
הצעת-החוק כהצעת חוק מטעם ועדה, הרי שהדבר מנוגד לפרקטיקה הנוהגת.

230. טענה זו שבפי העותרים, כוללת בתוכה, למעשה, 3 טענות-משנה מצטברות:  
הראשונה – עובדתית-אמפירית, השנייה – לוגית-היסקית, השלישית – משפטית.  
הטענה העובדתית-אמפירית היא, כי במשך השנים, הן עובר לתיקון התקנון בשנת 2011,  
הן לאחריו, הצעות חוקי-יסוד מטעם ועדה הוגשו רק אם מילאו אחר תנאי אחד לפחות,  
משני תנאים: החקיקה קשורה לעבודת הכנסת, או שהחקיקה קודמה 'בהסכמה רחבה  
וללא התנגדות משמעותית'. הטענה הלוגית-היסקית היא, כי אם אכן הטענה העובדתית-  
אמפירית נכונה, הרי שהמסקנה המתבקשת היא קיומו של נוהג, בלתי כתוב, שלפיו לא  
תקודם חקיקה מטעם ועדה, אם אינה עונה על אחד משני התנאים האמורים. הטענה  
המשפטית היא, כי אם נניח קיומו של נוהג שכזה, אזי חקיקה שתחוקק בניגוד לאותו  
נוהג – דינה בטלות. כדי לקבל את טענת העותרים יש לקבל את כל טענות-המשנה, אך  
כפי שאראה להלן, כל אחת משלוש טענות-המשנה הללו, בפני עצמה – אינה יכולה  
לעמוד.

231. תחילה לגבי הטענה העובדתית-אמפירית, שעליה מבוסס הטיעון כולו: האם אכן לא הוגשו הצעות-חוק מטעם ועדה, אלא אם מילאו אחר אותם תנאים מצטברים, הנזכרים בדברי חברתי – חקיקת-יסוד בעניינה של הכנסת, או חקיקה בהסכמה רחבה, וללא התנגדות משמעותית? חברתי מתבססת על 'מחקר אמפירי' זוטא, שבמסגרתו נבחנו כל אותם חוקים שהוצעו על-ידי ועדה, עברו את מסלול החקיקה המפרך, והפכו לחוק-יסוד בספר החוקים. אך גם אם נסכים לכך שכל אותם חוקים מתאימים לכללים האמורים – אין די בכך. אחד השלבים הראשונים בכל מחקר אמפירי, יהא אשר יהא, הוא הניסיון להגדיר מהי קבוצת-המחקר. העותרים בחרו להתמקד רק בהצעות חוק-יסוד שהתקבלו לספר החוקים; בכך נפלו לכלל טעות של 'דגימת-חסר'. אם באים אנו לבחון באלו מקרים הוגשו הצעות חוק מטעם ועדה, אין זה מענייננו האם אותן הצעות-חוק אכן הפכו בסופו של דבר לחוקים, או שמא נקברו במעלה הליך החקיקה. אותה ועדה, המציעה הצעת חוק מטעמה, אינה יודעת בשלב הראשוני, שלב ההגשה, האם הצעת-החוק אכן תצלח את שלבי החקיקה ותהיה לחוק. כל הצעת-חוק מטעם ועדה מוגשת בתקווה, כי ביום מן הימים תהיה לחוק. ממילא, אם ברצוננו לבחון את הדברים לאשורם, מבלי 'לסמן' מראש את התוצאה, אין טעם טוב להתמקד דווקא באותה קבוצה מצומצמת יחסית, של הצעות-חוק מטעם ועדה שהפכו לחוקים. כדי לקבל את התמונה השלימה, עלינו להרחיב את היריעה, ולבחון כל אותן הצעות-חוק שהוגשו מטעם הוועדות במשך השנים; יהיו אלו הצעות-חוק שהפכו לחוקים, יהיו אלו אותן שלא זכו לכך.

232. אם כך ננהג, ונרחיב את 'אוכלוסיית המדגם' שלנו, נמצא כי ישנן הצעות חוק-יסוד, שהוגשו מטעם ועדה מוועדות הכנסת, ואינן ממלאות אחר התנאים האמורים. כמו למשל: הצעת חוק-יסוד: מבקר המדינה (תיקון מס' 3) (השלמת דין וחשבון וחוות דעת על ידי מבקר שכהונתו תמה), שנדונה בוועדה לביקורת המדינה ביום 11.7.2012. הצעת-חוק זו, שהוגשה לאחר התיקון לתקנון הכנסת בשנת 2011, לא הוגשה בהסכמה רחבה, אף לא קודמה בסופו של דבר, וגם לא עוסקת בענייני הכנסת.

233. הצעה משמעותית הרבה יותר, ושנויה במחלוקת עמוקה יותר, היא הצעת ועדת החוקה, חוק ומשפט לשינויים בשיטת הממשל, שהוגשה ביום 10.1.2007, במהלך כהונתה של הכנסת ה-17. אותה הצעה, כפי ששמה מעיד עליה, ביקשה לשנות את שיטת הממשל בישראל. במסגרת אותה הצעה נדונה שורת תיקונים לחוקי-היסוד, אף שחלקם אינו קשור כלל וכלל לעניינה של הכנסת. כמו למשל, הצעה לתיקון חוק-יסוד: הממשלה, כך שמספר השרים יוגבל ל-18. ועדת החוקה, חוק ומשפט, קיימה דיונים ארוכים באותה הצעה לשינויים בשיטת הממשל, לאורכם של 18 ישיבות ועדה. באותן ישיבות השתתפו

מוזמנים ומכובדים רבים, ממשרדי הממשלה השונים, ומארגוני החברה האזרחית. ראשון הדוברים בישיבת הפתיחה היה נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה, פרופ' אריק כרמון. עד כמה שידיעתי מגעת, במהלך כל הדיונים, איש לא ערער על כך שאותה הצעה הוגשה מטעם ועדה, על אף שכללה הצעות-חוק שאינן עוסקות בכנסת, ולא שררה לגביהן הסכמה רחבה.

234. כך גם קודם לכן, בשנת 1994, הגישה ועדת החוקה, חוק ומשפט, "שלוש הצעות חוק-יסוד בנושא זכויות היסוד של האדם [...] הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות והצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות" (דברי המבוא להצעות החוק, מיום 7.3.1994). מטבע הדברים, הצעות חוק-יסוד אלו היו נתונות במחלוקת ציבורית עזה; הן במהלך הדיונים בוועדה, הן במהלך ההצבעה עליהן בקריאה ראשונה במליאת הכנסת, שנערכה ביום 11.3.1996. שתיים מהצעות חוקי-היסוד אושרו בקריאה ראשונה ברוב דחוק למדי, 22 תומכים מול 17 מתנגדים, הרחק הרחק מ"הסכמה רחבה, וללא התנגדות משמעותית".

235. הנה כי כן, אין מנוס מן המסקנה, כי אותה טענה עובדתית-אמפירית, שעומדת בבסיס טענת העותרים – אינה מתכתבת עם המציאות החקיקתית ההיסטורית, ונדונה לכישלון. היו גם היו הצעות חוק-יסוד, שהוגשו מטעם ועדות הכנסת, על אף שלא עסקו בעניינה של הכנסת, ולא היתה לגביהן הסכמה רחבה. ממילא, בהעדר בסיס עובדתי-אמפירי, אין תוחלת בהמשך הטיעון של העותרים. אף-על-פי כן, למעלה מן הצורך, אמשך לבחון את ראשיו האחרים של הטיעון.

236. לגבי הטענה הלוגית-היסקית: העותרים מבצעים בשלב זה, מעין 'קפיצה לוגית'. לשיטתם, די בקיומו של ממצא עובדתי-אמפירי, שלפיו לא נחקקו בפועל חוקי-יסוד שאינם ממלאים את התנאים האמורים, כדי לבסס קיומו של 'נוהג' מושרש, המבקש להגביל את חברי הכנסת הגבלה נוספת, ומונע מוועדות הכנסת ליזום חוקי-יסוד אם אינם עונים על התנאים. כלל הבסיס בעולם המחקר האמפירי, 'עקרון היסוד של השיטה' הוא, כי 'מתאם (=קורלציה) איננו סיבתיות'. העובדה שנמצא מכנה משותף בין כל אותם חוקי-יסוד שנחקקו מטעם ועדה, אותם התנאים האמורים, אינה מלמדת על כך שישנו 'קשר סיבתי' בין אותם תנאים לבין האפשרות לחוקק אותם חוקי-יסוד. גם אם כך אכן אירע במציאות, לא נובעת מכאן מסקנה שחברי הכנסת קיבלו על עצמם במודע אותם כללים מגבילים, ולכן פעלו כפי שפעלו.



237. כדי להמחיש את הטענה, אציג טיעון תיאורטי, שהיה עשוי להישמע מפיו של עותר תיאורטי אף הוא, ולפיו, כעניין עובדתי-אמפירי, מעולם לא נחקק חוק-יסוד מטעם ועדה, שהיה תיקון מס' 3 לחוק-יסוד כלשהו. ממילא, יבקש אותו עותר לטעון, כי לא ניתן לחוקק חוק-יסוד מטעם ועדה, כל עוד כותרתו מכילה את המילים 'תיקון מס' 3'. ברי כי טענה שכזו – היתה נדחית על הסף. גורל דומה היה צפוי לטענה תיאורטית אחרת, שלפיה, כעניין עובדתי, מעולם לא נחקקו בחודש יולי, חוקי-יסוד שהוצעו על-ידי ועדה, ועל כן יש לראות בכך 'נוהג מושרש', המונע אישור הצעות-חוק מטעם ועדה במהלך חודש יולי. הוא הדין, באשר לטענה הנשמעת מפיהם של העותרים. אין די בהצגת נתונים היסטוריים, לשם הכרזה על 'נוהג'. כדי לבסס קיומו של 'נוהג', ואיני נוטע מסמרות באשר לתוקפו של נהוג שכזה, נדרש בראש ובראשונה להצביע על 'תודעת חיוב' מצדם של חברי-הכנסת.

238. חברתי הנשיאה (בדימ') מציינת בחוות דעתה, כי מאז קום המדינה ועד ימינו אלה, נחקקו בסך הכול 26 חוקי-יסוד שהוצעו מטעם ועדה. לדעתי, זו 'קבוצת מחקר' קטנה מדי, והיא אינה מאפשרת לנסות להסיק הימנה 'סיבתיות'. גם אם מצאנו קריטריונים שבהם עומדים כביכול כל המקרים, אין באותו מספר מועט של מקרים, כדי לבסס את הטענה כי הדבר נובע מהחלטה מודעת של חברי הכנסת, להגביל את סמכותם ליזום חוקים מטעם ועדות הכנסת, ככל שאינם מתיישבים עם התנאים האמורים. הדבר עשוי בהחלט להתממש, מבלי שמי מחברי הכנסת שת לבו לכך שלמעשה קיים 'מכנה משותף' בין כל החוקים, עד שיבוא יום, ויהיה מי שיבקש להסיק מאותו 'מכנה משותף', על קיומו של 'נוהג מושרש'.

239. אציין כי מסקנתי הקודמת, שלפיה גם הבחינה העובדתית-אמפירית, מלמדת כי היו גם היו מקרים, שבהם הוגשו הצעות-חוק שאינן עומדות בתנאים – מתכתבת היטב גם עם חלקו זה של הטיעון. לאחר שלמדנו כי הניסיון לתחם את הצעות-החוק ככאלה שביקשו לעמוד בתנאים מסוימים – לא צלח, על כורחנו נמצאנו למדים, כי אותו מִתָּאָם שנמצא כביכול בין החוקים שהתקבלו – אינו מסוגל להצביע על 'סיבתיות', אלא מדובר, לכל היותר, ב'צירוף-מקרים' אקראי. בהתחשב בגודלו של המדגם, שעומד כאמור על 26 חוקים, אין מדובר ב'צירוף-מקרים' נדיר למדי.

240. אוסיף, כי הצורה שבה נוסחו אותם תנאים בטיעוני העותרים, מעלה חשד קל, שמא 'נתפרו' בדיעבד, כדי לוודא כי החוקים שנחקקו עד כה, עומדים כולם בתנאים; מה שנחזה כניסיון לירות את החץ, ורק לאחר מכן לשרטט את המטרה. כך למשל, התיקון

הקודם לחוק-יסוד השפיטה, חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 2) ס"ח התשס"ב 598, הוצע גם הוא על-ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט, וגם הוא לא התקבל פה-אחד. בקריאה השנייה והשלישית היה מי שהצביע נגד החוק. כדי להתמודד עם מכשול זה, נטען כי אין צורך בהצעת-חוק המוגשת פה-אחד, ללא מתנגדים, אלא די "בהסכמה רחבה וללא התנגדות משמעותית"; מונח 'נזיל' למדי, ונתון לפרשנויות שונות. גם נקודה זו, מגבירה את הקושי לראות אותו 'צירוף נסיבות' עובדתי, כהכוונה מודעת לעמידה בתנאים אלו ואחרים.

241. גם אם נתעלם מכך שהטענה העובדתית-אמפירית – אינה מדויקת, הטענה הלוגית-היסקית – תלויה אף היא על בלימה, הרי שגם הטענה המשפטית, שבאה בעקבותיה – אינה חפה מקשיים. חברתי מציגה אותם תנאים נוספים לייזום הצעת-חוק מטעם ועדה, ככאלה שאינם באים במקומו של סעיף 80 לתקנון הכנסת. לדבריה, קידום ההצעה הריהו "חריגה משמעותית מהפרקטיקה שהשתרשה במשך השנים בכנסת, באשר לשימוש המקובל במסלול הקבוע בסעיף 80 לתקנון הכנסת" (פסקה 202). לכך אין בידי להסכים. פרקטיקה נוהגת, אכן יכולה להשלים חסר (לקונה) בתקנון הכנסת, אך אינה יכולה לעמוד בסתירה לנוסחו המפורש. גם אם נבקש לראות אותו 'נוהג' כ'פרשנות' לסעיף 80 לתקנון, לא יהא בכך כדי להועיל. כידוע, פרשנות של דבר חקיקה באשר הוא, חייבת למצוא עיגון בלשונו של דבר החקיקה (ראו בהרחבה דבריה של חברתי הנשיאה (בדימ'), בפסקאות 123-128). לשונו של סעיף 80 לתקנון, אינה מאפשרת את הפרשנות שמבקשים העותרים לצקת לתוכו. אצטטו שוב, ככתבו וכלשונו:

"נושאי החקיקה מטעם ועדה  
80. (א) ועדת הכנסת, ועדת החוקה חוק ומשפט והוועדה  
לענייני ביקורת המדינה רשאויות ליזום, בתחומי ענייניהן לפי  
תקנון זה, הצעות חוק בנושאים אלה ולהכין לקריאה  
הראשונה: חוקי יסוד, עניינים שמתחייבים מתיקון של חוק  
יסוד ומוצעים לצדו, הכנסת, חברי הכנסת, הבחירות לכנסת,  
מפלגות, מימון מפלגות ומבקר המדינה".

242. הנה כי כן, לגבי חוקים רגילים, קבע מתקין התקנון במפורש, כי עליהם לעסוק בקבוצת נושאים מוגדרת, למשל, עניינה של הכנסת. למרות זאת, לא קבע מתקין התקנון הוראה דומה בעניינם של חוקי-יסוד. אילו חפץ מתקין התקנון להגביל גם את יזום הצעתם של חוקי-יסוד על-ידי ועדה, ככל שהללו אינם עוסקים בעניינה של הכנסת, או כל תנאי אחר, מדוע לא קבע זאת במפורש בתקנון? העותרים לא טוענים כי אותה פרקטיקה השתרשה לאחר התקנת התקנון. לדבריהם, הפרקטיקה היתה נהוגה מאז ומקדם; בשנת 1980, ולמצער בשנת 2011 בה הותקן התקנון, היתה אותה פרקטיקה

'מושרשת ויציבה'. מדוע אפוא, הגביל מתקין התקנון, חזור והגבל, את עניינם של חוקים רגילים, ולא את עניינם של חוקי-היסוד? כך הוא בהחלטת ועדת הכנסת משנת 1980, וכך הוא לגבי סעיף 80 לתקנון הכנסת. זה כמו זה, לא מציינים הגבלה כלשהי על סמכותה של ועדה ליזום חקיקת חוקי-יסוד, כל עוד הם עומדים בתנאים שנקבעו במפורש בתקנון הכנסת. מתקין התקנון היה מודע, לשיטתם של העותרים, לקיומו של אותו 'נוהג מושרש', ולמרות זאת בחר שלא לכלול הוראה דומה בתקנון גופו. אין מנוס, אם כן, מן המסקנה כי לא חָסַר לפנינו, אלא הסדר שלילי. בהעדר כל עיגון לשוני פוזיטיבי, אין גם מקום לדיון על אודות תכליות הסעיף. כל פרשנות שתבקש לקבוע תנאי נוסף, שזכרו לא בא בסעיף 80 לתקנון, תעמוד בסתירה חזיתית כלפיו, ולפיכך – אינה יכולה לעמוד.

243. בסיום דבריה קובעת חברתי, "כי יש להקפיד הקפדה יתירה בקיום הוראות תקנון הכנסת, בהליך חקיקת חוקי היסוד". לדברים אלו, אני מצטרף בפה מלא. אם כי, לשיטתי, מכך נובעת מסקנה הפוכה. דווקא מחמת הרצון להבטיח יציבות וודאות, יש לשמור מכל משמר על הכללים הקבועים בתקנון הכנסת; לא לגרוע מהם, אך גם לא להוסיף עליהם. עלינו להימנע מיצירת 'תקנון כנסת מהותי', שהוראותיו עשויות לגבור על האמור בתקנון הכנסת הפורמלי. כידוע, ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה, מתקיימת תמיד בדיעבד. לאחר שדבר החקיקה עבר את תלאות הליך החקיקה, והתקבל לספר החוקים. קביעה בדיעבד על אודות קיומם של כללים בלתי-כתובים, שנתונים מטבע הדברים לפרשנות 'גמישה', וניסיון לבטל באמצעות אותם כללים דבר חקיקה שנתקבל כדת וכדין, עשויה להוסיף מימד נוסף של אי-ודאות בהליך החקיקה; נוסף על זה הנובע מקיומה של ביקורת שיפוטית תוכנית, וביקורת שיפוטית פרוצדורלית, המתבססת על עקרונות כתובים ומפורשים; "כל המוסיף גורע" (בבלי, סנהדרין כט, א).

244. מסקנתי היא אפוא, כי דינה של טענה זו של העותרים, לגבי סמכותה של הוועדה ליזום את הצעת-החוק – להידחות על כל צדדיה.

#### הגשמת רצון המכונן

245. עם קורטוב של חיוך הצעתי בפסקה 7 לעיל, להרחיב את ההרכב, כך שיכלול את כל שופטי בית משפט זה לדורותיהם – "את אשר ישנו פה עמנו עמך היום [...] ואת אשר איננו פה עמנו היום" (דברים כט, יד). אילו כך עשינו, היתה חוות דעתי משקפת את דעת הרוב. עתה, בהרכב הנוכחי, נותרתי במיעוט. 8 מחברי קבעו כי אין מנוס מביטול חוק-היסוד. עם זאת, מרביתם, מי במפורש ומי במשתמע, סייגו את דבריהם. לשיטתם, רק מחמת הניסוח הגורף של חוק-היסוד, ככזה שנועד לבטל גם את עילת הסבירות נוסח

'וונדסברי' – דינו להתבטל. הם מסכימים, כי אילו בא לפנינו חוק-יסוד, המבקש להחזירנו לעידן של טרום 'דפי-זהב', הרי שזה היה צולח את הביקורת השיפוטית. גם אם יש מי שמפקפק בכך (ראו: פסקה 27 לחוות דעתו של חברי מ"מ הנשיא), בהינתן תוצאת פסק הדין, על חודו של קול, ברי כי דעת הרוב היתה מורה על השארת חוק שכזה על כנו.

246. למרות זאת, בחרו אלו מחברי התומכים בביטול התיקון לחוק-היסוד, להימנע מ'פרשנות מקיימת'; קרי – תחת ביטול התיקון, היה נקבע כי יש לפרש אותו בגרסה 'רזה', שבמסגרתה תיוותר עילת הסבירות נוסח 'וונדסברי'. שלושה הסברים מרכזיים ניתנו לכך, כולם 'שמרניים' באופיים. תחילה נקבע, כי לשונו של החוק ברורה, אינה משתמעת לשני פנים, ומכוונת לביטול מוחלט של העילה. ממילא, לא ניתן לפרש את החוק בניגוד גמור ללשונו. נימוק נוסף הוא מתן משקל מכריע לפרשנות הסובייקטיבית. נקבע כי פרשנות סובייקטיבית מובילה לאותה תוצאה, שלפיה כוונת המחוקק היתה לביטול מוחלט, ובהתנגשות בינה לבין התכלית האובייקטיבית, ידה של הפרשנות הסובייקטיבית על העליונה. גם 'פרשנות מקיימת', בניגוד ללשון ולתכלית, כמוצא אחרון לפני ביטול החוק, נדחתה על-ידי חברי, בשל כך שהדבר שקול לכתיבת החוק מחדש, וזאת אין בסמכותנו להורות. נוכח אותם טעמים, נקבע כי אין מנוס מלהורות על ביטול התיקון לחוק-היסוד. כשלעצמי סבורני, כי אין זה סוף הדרך. אסביר.

247. במצב הדברים הרגיל, אם נקבע כי יש להורות על ביטולו של חוק, אף שחוק אחר, שנוסחו מתון יותר, היה צולח את הביקורת השיפוטית – אין לכך כל משמעות. ברגע שבו הוכרז על ביטול החוק, הרי שאין לפנינו הסדר חוקי, המאפשר להחיל את הוראות אותו נוסח מתון, שאילו היה נחקק, לא היה מבוטל. עלינו להמתין, באפס מעשה, עד אשר יבוא המחוקק ויעשה מעשה.

248. כך אירע למשל, עם החוקים שנחקקו לגבי מעצרים והחזקתם במשמורת של מסתננים ומהגרי עבודה. החוק הראשון שנחקק, תיקון מספר 3 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, בוטל על-ידי בית משפט זה, משלא עמד בתנאי פסקת ההגבלה. לאחר שבוטל החוק, לא היה ניתן להחיל הוראות מצומצמות יותר, מבלעדי חקיקה מחודשת, גם אם אותן הוראות מצמצמות היו עומדות בתנאי פסקת ההגבלה. בהעדר אסמכתא חוקית, לא ניתן להורות על השמתם במשמורת של מסתננים, ולו ליום אחד. אף אם יודעים אנו, כי אילו נחקק חוק שכזה, המורה על השמת מסתננים במשמורת למשך יום בודד, הוא היה צולח את מבחן הביקורת השיפוטית. לא כך בענייננו.

249. כאמור, שופטי הרוב סבורים, כי המחקק-המכונן, שבו בחר העם לכונן את חוקתו המתהווה, חפץ בהסדר רחב יותר, שבמסגרתו תבוטל לחלוטין עילת הסבירות על הממשלה ושריה. אלא, שאותו הסדר נמצא בביקורת השיפוטית כחורג מסמכותו של המכונן. עוד סבורים שופטי הרוב, כי אילו היה מונח לפנינו דבר חקיקה בנוסח 'רזה' יותר, או אז לא היו מורים על ביטולו. על הביטול נאלצו להורות, בדלית ברירה, רק בשל כך שלא ניתן היה לתלות אותה פרשנות 'רזה' במילת החוק. במצב דברים שכזה, אין כל סיבה להשליך ארצה את דבר החקיקה, ולראותו כאיננו. צודק חברי השופט ח' כבוב בדבריו בסוף חוות דעתו: "טוב נעשה אם נישיר מבט לביקורת הנוקבת וארוכת השנים... על אודות מבחן איזון האינטרסים והשימוש שנעשה בו בחמשת העשורים האחרונים. דברים אלו מקבלים משנה תוקף, בשים לב לכך שביקורת זו הגיעה עד למליאת הכנסת, ובאה לידי ביטוי בחקיקת-יסוד... נכון שנטה אוזן קשבת לביקורת זו וניתן לה ביטוי בפסיקתנו" (פסקה 100).

250. ניטיב אפוא לעשות, אנו השופטים, אם נסיף ונאמר בשולי פסק הדין:

"אכן, בצעד חריג וחסר-תקדים, נאלצנו ברוב דעות להורות על פטילתו של חוק-יסוד. באופן פורמלי, לא היה מנוס מלהורות על ביטולו המוחלט של דבר החקיקה, אף בנוסחו ה'רזה', שכן אין זה בסמכותנו לכתוב את דבר החקיקה מחדש. יחד עם זאת, מקבלים אנו את מרותו של המכונן, את מרותו של העם שאֵלו הם נציגיו. נעשה כמידת יכולתנו, על מנת להגשים את רצונו של המכונן. לפיכך, משקבענו כי נוסח 'רזה' של החוק, לא היה נפסל על-ידנו, אזי אין אנו רואים צורך להמתין לחקיקתו של חוק-יסוד חדש שיקבע הסדר דומה. בהעדר מגבלה חוקית, ומשהדבר מצוי בגדרי סמכותנו, נודיע עתה, כי מעתה והלאה, נסיג את הגלגל לאחור. לא נשתמש עוד בעילת הסבירות בעניינין של החלטות הממשלה ושריה, אלא אם כן נקבע כי ישנם נתונים חד-משמעיים, המלמדים כי אותה החלטה כה בלתי-סבירה, באורח קיצוני, עד ששום ממשלה סבירה לא היתה יכולה לקבל החלטה שכזו. אותו מבחן ותיק וטוב, שהיה באמנה איתנו מראשית הדרך ועד לפסק הדין בעניין דפי-זהב; סבירות נוסח 'וונדסבריי'."

'אל תגידו יום יבוא, הביאו את היום, כי לא חלום הוא, ובכל הככרות הריעו רק שלום'.

הוחלט בדעת רוב – הנשיאה (בדימ') א' חיות, ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן, השופט י' עמית, השופטת ד' ברק-ארז, השופטת (בדימ') ע' ברוך, השופטת י' וילנר, השופט ע' גרוסקופף, השופט א' שטיין, השופטת ג' כנפי-שטייניץ, השופט ח' כבוב, השופט י' כשר והשופטת ר' רונן, כנגד דעתם החולקת של השופט נ' סולברג והשופט ד' מין, כי לבית משפט זה נתונה סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד ולהתערב במקרים חריגים וקיצוניים שבהם הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת. השופט י' אלרון בדעת יחיד סבור כי קיים חריג צר המאפשר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד רק במקרים חריגים וקיצוניים של פגיעה בזכויות היסוד של הפרט וכמוצא אחרון.

כן הוחלט בדעת רוב (הנשיאה (בדימ') א' חיות, ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן, השופט י' עמית, השופטת ד' ברק-ארז, השופטת (בדימ') ע' ברוך, השופט ע' גרוסקופף, השופט ח' כבוב והשופטת ר' רונן) כי תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה חורג מסמכותה המכוננת של הכנסת, ומשכך יש להכריז על בטלותו. השופטת י' וילנר סברה כי יש להעניק לתיקון פרשנות מקיימת, חלף פרשנות העלולה להביא לביטולו. השופטים א' שטיין וג' כנפי-שטייניץ סברו כי ניתן וראוי לפרש את התיקון באופן מצמצם ועל כן, אין מקום להתערב בו. השופט י' כשר נמנע מלהכריע בשאלה האם ניתן לפרש את התיקון באופן מצמצם, ועמדו היא כי אף בלא להכריע בשאלה האמורה התיקון אינו מגיע לרף הגבוה שמצדיק התערבות בחוק יסוד. השופט י' אלרון סבר כי הטענות בעניין התיקון אינן בשלות להכרעה בשלב זה ודי בכך כדי לדחות את העתירות. השופטים נ' סולברג וד' מין קבעו כי לבית המשפט אין סמכות להתערב בתיקון וכי מכל מקום הוא מצוי מרחק רב מהרף שנקבע על ידי שופטי הרוב להתערבות בחוקי היסוד.

אשר על כן, העתירות מתקבלות במובן זה שיוכרז על בטלותו של תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה.

ניתן היום, כ' בטבת התשפ"ד (1.1.2024).

|                |           |                   |
|----------------|-----------|-------------------|
| הנשיאה (בדימ') | מ"מ הנשיא | ש ו פ ט           |
| ש ו פ ט        | ש ו פ ט ת | ש ו פ ט ת (בדימ') |
| ש ו פ ט        | ש ו פ ט   | ש ו פ ט ת         |
| ש ו פ ט        | ש ו פ ט   | ש ו פ ט ת         |
| ש ו פ ט        | ש ו פ ט   | ש ו פ ט ת         |