

1. התנועה הדמוקרטית האזרחית, ע"ר 580760098
2. דרכנו - יוצאים לפעולה חל"צ מס' 513408625
שתיהן ע"י ב"כ עוה"ד גלעד ברנע (מ.ר. 16611)
מרח' קומפרט 11/21, תל אביב-יפו, 6694927
טלפון: 03-6135135, פקס: 03-6135135
דוא"ל: gilad_b@netvision.net.il

וכן ע"י

עוה"ד גלעד שר (מ.ר. 9941) ו/או איתן טוקר ואח'
גלעד שר, תלחמי ושות', עורכי דין
מרח' ברקוביץ 4, מגדל המוזיאון, תל אביב-יפו, 6423806
טלפון: 03-6015000, פקס: 03-6015001
דוא"ל: office@gsher-law.com

העותרות

נגד

1. **הכנסת**
2. **ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת**
שתיהן באמצעות היועצת המשפטית לכנסת
משכן הכנסת
קריית בן-גוריון ירושלים, 9195016
טלפון: 02-6408638/6; פקס: 02-6753495
דוא"ל: hdept@knesset.gov.il
3. **ממשלת ישראל**
4. **היועצת המשפטית לממשלה**
משיבים מס' 3-4 ע"י פרקליטות המדינה, מחלקת הבג"צים
משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים, 9711052
טלפון: 073-3925590, פקס: 02-6467011
דוא"ל: hci-dep@justice.gov.il

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי ולצו ביניים דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם, אם רצונם בכך:

1. מדוע לא יקבע כי חוקיסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (להלן – "התיקון לחוק היסוד"), בטל;
2. לחלופין, מדוע לא יקבע כי אין לבצע כל מעשה, הוראה או פעולה כלשהיא מכוחו של התיקון לחוק היסוד;
3. ליתן כל צו אחר כפי שימצא לראוי ונכון;

כן מבוקש צו ביניים דחוף אשר ישעה לאלתר את תוקפו של התיקון לחוק היסוד, ימנע מכל בית משפט בכל ערכאה ליתן כל החלטה או צו מכוחו של התיקון לחוק היסוד וכן ימנע מן המשיבים (ובכללם כלל שרי הממשלה) לבצע כל מעשה, הוראה או פעולה כלשהיא מכוחו של התיקון לחוק היסוד, ובכלל זאת מניעת כל פעולה לפיטורי שומרי סף או העברתם מתפקידם או כל פגיעה אחרת באופן תפקודם התקין לשמירת ואכיפת שלטון החוק בכל שדרות הרשות המבצעת.

כל ההדגשות בעתירה אינן במקור, אלא אם צוין אחרת.

צו ביניים דחוף, קביעת העתירה בהקדם לדיון ומתן תשובה סדורה לגוף העניין

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע את העתירה לדיון בהקדם ולהורות למשיבים ליתן תשובה סדורה לגוף העניין (לרבות התייחסות לקיום דיון כאילו הוצא צו על תנאי, ר' תקנה 7(ג) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984).

התיקון לחוק היסוד הוא תיקון הפוגע בליבת סמכותה של הרשות השופטת וככזה הוא פוגע קשות במהותה וקיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. כמו כן, הוא תיקון שאיננו יכול לעמוד במבחני דוקטרינת השימוש לרעה בכותרת חוק יסוד ובנוסף לכל אלה הוא תיקון שנתקבל בהליך חקיקה פגום מן היסוד, בשים לב לכך שמדובר בתיקון לחוק יסוד.

התיקון הינו חלק ממתקפה כוללת, מסועפת ונרחבת של הרשות המבצעת והעומד בראשה על זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל, שלטון החוק, מבנה מוסדות השלטון, הפרדת הרשויות ועצמאות הרשות השופטת. מתקפה זו כוללת קרוב ל-200 הצעות חוק שהונחו על שולחן הכנסת ה-25 מאז כוננה ממשלת ישראל ה-37.

מדובר בעתירה ציבורית עקרונית אשר מוטב היה לולא היה הכרח וצורך להגישה, ואשר היא בבחינת המוצא והדרך לציבור להתגונן כנגד ניסיון פסול לשינוי אופיה הדמוקרטי של המדינה. מדובר בסכנה ברורה ומיידית ואין מנוס מהגשת העתירה, בירורה בהקדם והכרעה בה ללא שיהוי.

התיקון לחוק היסוד ישנה לחלוטין את מהותה של אחת מ-3 רשויות השלטון: הרשות השופטת, יפגע בליבת סמכות השפיטה שלה ויהפוך אותה לבלתי רלוונטית ביחס לחלק מהותי ומשמעותי מפעולות הרשות המבצעת (בעיקר) - הממשלה, שריה ובעלי תפקידים בה.

התיקון לחוק ייצור מעין "אי של חסינות" במסגרת פעולות הרשות המבצעת המוגן מביקורת שיפוטית ויקנה לה כח בלתי מרוסן ובלתי מוגבל בתחומו.

מדובר על שינוי ישיר ופגיעה אנושה בליבת מהותה של הדמוקרטיה הישראלית, על איון מערכת האיזונים והבלמים ההכרחית למשטר דמוקרטי ועל השלטת שלטון לא-דמוקרטי בישראל. עם כך לא ניתן להסכין.

למדינת ישראל אין חוקה שלמה אלא מקבץ של חוקי יסוד, חלקם מבניים-מוסדיים וחלקם מהותיים. האבות המייסדים הבטיחו לעם חוקה, במסגרת הכרזת העצמאות וזו גם הייתה ההתחייבות הברורה שניתנה לאומות העולם במסגרת החלטת החלוקה (כ"ט בנובמבר 1947).

ההבטחה לא קויימה עד היום ובמשך קרוב ל-75 שנים מתקיימת מדינת ישראל ללא חוקה שלמה. עתה ברור וגלוי כי עד להשלמת החוקה במלואה, אין עוד לאפשר כל תיקון לחוק יסוד (או חוק יסוד חדש) שהינו בבחינת תיקון מפר או מערער איזון באיזונים העדיניים (וכפי שהסתבר לאחרונה, גם פריכים) שבין רשויות השלטון בישראל.

בנסיבות אלו, ונוכח העובדה שהתיקון לחוק היסוד נכנס לתוקף לאלתר, מוגשת עתירה דחופה זו ומתבקש בגדרה צו ביניים דחוף כמפורט מעלה.

לפיכך, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים ליתן תשובות סדורות ומפורטות לעתירה, לקבוע את העתירה לדיון בהקדם, נוכח העובדה שעניינה של עתירה ציבורית עקרונית זו עוסק בעצם קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

א. הצדדים

העותרות

1. עותרת מס' 1 היא עמותה אשר שמה לה למטרה לפעול, בין היתר, לקידום ערכי הדמוקרטיה הליברלית, שימור עצמאותה של מערכת המשפט, שמירת שלטון החוק, חתירה לשוויון בחברה הישראלית, הגנה על זכויות אדם, הגנה על מיעוטים וקהילות מוחלשות.
2. עותרת מס' 2 הינה חברה לתועלת הציבור אשר שמה לה למטרה להיות קולו של הרוב המתון בישראל, ופועלת מזה שנים רבות לקידום ערכי הדמוקרטיה הישראלית ברוח מגילת העצמאות.

המשיבים

3. המשיבה מס' 1, היא הכנסת, "בית המחוקקים" של המדינה. מעמדה וסמכויותיה מוסדרים בעיקרם במסגרת הוראות חוק יסוד: הכנסת וחוק הכנסת, התשנ"ד – 1994 ודרך פעולתה קבועה בעיקר במסגרת הוראות תקנון הכנסת.
4. המשיבה מס' 2, ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, היא שהכינה את התיקון לחוק היסוד לקריאה ראשונה, שניה ושלישית.
5. המשיבה מס' 3, ממשלת ישראל, היא הרשות המבצעת של המדינה. מעמדה וסמכויותיה מוסדרים במסגרת הוראות חוק יסוד: הממשלה וחוק הממשלה, התשס"א – 2001.
6. המשיבה מס' 4, היועצת המשפטית לממשלה, מופקדת על שמירת שלטון החוק וקיומו, קיום חקיקת היסוד וכיבודה ושמירת אופייה של מדינת ישראל כמדינת יהודית ודמוקרטית בתוך הרשות המבצעת. עמדתה והכרעתה המשפטיות מחייבות את הרשות המבצעת על כל חלקיה וענפיה, אלא אם בית משפט מוסמך פסק אחרת.

ב. המסד העובדתי

7. עתירה זו עניינה כאמור תיקון לחוק יסוד: השפיטה שתוצאתו הישירה והמיידיית היא פגיעה ישירה ואנושה בליבת סמכויות הרשות השופטת, שלילת סמכותה לדון, לברר וליתן כל סעד ביחס למכלול מרכזי בפעילות הממשלה, שריה ופקידיה.
8. מדובר בניסיון לעקור ולסרס עילת ביקורת שיפוטית על מעשי ומחדלי הרשות המבצעת (בעיקר) הנוהגת במשפט הישראלי מזה עשרות רבות של שנים ומיושמת על ידי בתי המשפט, לרבות (אך לא רק) בית המשפט העליון וכן משמשת באופן יום-יומי ותדיר ליישום, אכיפת ושמירת שלטון החוק ברשות המבצעת על ידי מערך היעוץ המשפטי לממשלה.
9. התיקון לחוק היסוד הינו מסוג של שינויים מפרי האיזון בין רשויות השלטון, ופוגע ישירות ואנושות במארג היחסים העדין והמורכב בין 3 רשויות השלטון בישראל.
10. התיקון לחוק היסוד פוגע במהותה של הדמוקרטיה הישראלית, יש בו איון של מערכת האיזונים והבלמים ההכרחית למשטר דמוקרטי והוא עלול להיות שלב בלתי הפיך בהשלטת שלטון לא-דמוקרטי בישראל.

11. בתחילת חודש ינואר 2023, סמוך מאד לאחד כינונה והשבעתה של הממשלה ה-37, הודיע שר המשפטים, ח"כ יריב לוין, על כוונתו לחולל "רפורמה משפטית", שתכלול בין היתר, את ביטול הביקורת השיפוטית על רשויות השלטון מכוחה של עילת חוסר הסבירות. פרסום זה נעשה במסגרת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט) שפירסם שר המשפטים (להלן – "תזכיר לוין").

העתק תזכיר לוין מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן כנספח "1".

12. כאמור, במסגרת דברי ההסבר לתזכיר לוין נכללה התייחסות להצעה לביטול הביקורת השיפוטית על רשויות השלטון מכוחה של עילת חוסר הסבירות:

"לחוק יסוד זה שלוש מטרות.

האחת, לשנות את הרכב הוועדה לבחירת שופטים להרכב אשר ישקף באופן ייצוגי יותר את העמדות הרווחות בציבור, את הגיוון הערכי והחברתי בישראל ואת ציפיות הציבור ממערכת המשפט, וכן להבטיח שקיפות בהליך מינוי השופטים.

המטרה השנייה היא להסדיר לראשונה בחוק יסוד ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת, להגדיר את גבולותיה, לקבוע פסקת התגברות מדורגת, ולהבטיח את ריבונות העם ואת כפיפות הרשות השופטת לשלטון החוק באמצעות הבהרת עליונות חוקי היסוד.

המטרה השלישית היא לבטל את עילת חוסר הסבירות במשפט המינהלי הישראלי כפי שהתעצבה בעשורים האחרונים, ולהחזיר את הביקורת השיפוטית המינהלית לעילות המבוססות על אמות מידה ברורות ומוסכמות והמקובלות בעולם.

...

ביטול עילת חוסר הסבירות

לבסוף מוצע לקבוע בסעיף 15ב ביטול של עילת חוסר הסבירות שהתפתחה בפסיקה הישראלית. הממשלה מחויבת לפעול לפי חוק בגבולות הסמכות שניתנה לה ובהליך הוגן. אולם הפסיקה הישראלית פיתחה בעשורים האחרונים עילת התערבות חריגה במעשי הממשלה כל אימת שבית המשפט סבור כי החלטת הממשלה או השר איננה סבירה. כפי שהזהיר בשעתו נשיא בית המשפט העליון משה לנדוי המנוח, באמצע את עילת חוסר הסבירות שם בית המשפט עצמו בנעליה של הרשות המבצעת והחליף את שיקול דעתה (ראו: בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, לה(1) 421, (1980)). כתוצאה מאימוץ עילת הסבירות כעילה לפסילת שיקול דעתו של בעל הסמכות החוקית, יועצים משפטיים מתערבים תדיר בשיקול הדעת שהמחוקק הפקיד בידי הממשלה ושריה בכל סוג של החלטה או מינוי.

ביקורת סבירות שיקול הדעת של הרשות המינהלית מסורה לכנסת שנותנת אמון בממשלה ולציבור שבוחר בה, והיא אינה עניין להכרעה שיפוטית. בית המשפט מעולם לא קיבל סמכות להחליף את שיקול דעתן של רשויות השלטון האחרות ואין להניח ששיקול דעתו נכון יותר. עילה עמומה שכזו אף פוגעת בוודאות המשפטית והיא פותחת פתח לפסיקה שאיננה עקבית. בכך היא פוגעת באמון הציבור שעלול לקבל את הרושם שענייניו המשפטיים כפופים להכרעה סובייקטיבית באופיה. היא גם מתמרצת הצפה של בתי המשפט בעתירות שעניינן הימור על עמדתו הסובייקטיבית של השופט. לפיכך מוצע לבטל את עילת חוסר הסבירות ולהחזיר את הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל למיקוד הראוי לה בשאלות של חוסר-סמכות, תקינות ההליך ועמידה בדרישות חוקים מפורשים."

13. ההצעה לביטול הביקורת השיפוטית על רשויות השלטון מכוחה של עילת חוסר הסבירות הוצעה כתיקון לחוק יסוד: השפיטה, ונוסחה כך:

"הוספת סעיף 15ב 4. אחרי סעיף 15א לחוק העיקרי יבוא –

"15ב. ביטול עילת חוסר הסבירות

ביקורת סבירות שיקול הדעת של הממשלה, שריה והרשויות הכפופות לה נתונה בידי הכנסת; לא יפסול בית משפט, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, החלטה של הממשלה, שר משריה, רשות הנתונה לאחריותם או כל מי שפועל מטעמם על יסוד מידת סבירותה, תהא אשר תהא לטעמו; פסילת החלטה בסעיף זה - פסילה מלאה, חלקית או הגבלת תוקף של החלטה, לרבות החלטה על מינויו של אדם, או של הימנעות מקבלת החלטה כאמור."

14. הצעה זו לא קודמה על ידי הממשלה או הקואליציה.

15. במקומה, פרסם בתאריך 20 ביוני 2023, ח"כ ש. רוטמן, יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת הצעת נוסח מוצע ל-"הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון - עילת הסבירות), שנוסחה כך:

"בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, אחרי סעיף קטן (ד) יבוא:

(1ד) 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 משריה או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם."

העתק הצעת ח"כ רוטמן מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן כנספח "2".

16. נוסח זה הוא הנוסח שהוכן לקריאה הראשונה במליאת הכנסת.

העתק הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות), הצ"ח כנסת 968, 5 ביולי 2023, מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן כנספח "3".

17. בהמשך נערך שינוי בנוסח הצעת החוק בשלב הכנתה לקריאה שניה ושלישית:

"בחוק-יסוד: השפיטה, בסעיף 15, אחרי סעיף קטן (ד) יבוא:

(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 החלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר, ולא ייתן צו בעניין כאמור; בסעיף זה, "החלטה" - כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות."

18. כבר בשלב זה ניתן לקבוע מספר מסקנות ביניים שילוו אותנו בהמשך הדרך, מתוך השוואת נוסחי הצעת החוק השונים:

א. חוק יסוד: השפיטה שנחקק בשנת 1984 הוא תוצר מובהק של פועלה של הכנסת כרשות מכוונת בכובעה **כרשות מכוונת מקורית** (כסיווגו של פרופ' ק. קליין);

ב. התיקון שהוצע על ידי לוי במסגרת תזכיר לוי, כלל שתי קביעות מהותיות: על הממשלה להפעיל את שיקול דעתה בסבירות וכן קבע מי יבחן את סבירות הפעלתו (הכנסת) - שתי קביעות מהותיות הנעדרות מן התיקון לחוק היסוד;

ג. התיקון לחוק היסוד מכוון לשנות את ליבת מארג סמכויות בית המשפט העליון (וכן יתר בתי המשפט) הקבועה ומעוגנת במסגרת הוראת סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה. סעיף הדומה להוראת Art 3 לחוקת ארצות הברית;

- ד. התיקון לחוק היסוד מבקש לעקור עילת ביקורת שיפוטית מרכזית וחשובה הנוגת במשפטנו מזה עשרות שנים רבות במתכונתה הנוכחית והקיימת בו עוד כמורשת המשפט הבריטי ;
- ה. התיקון לחוק היסוד עניינו בעילת ביקורת שיפוטית מתחום המשפט המינהלי שאף אם יש כוונה לצמצמה הרי שיש להגדיר את מהותה, לתחום את גבולותיה והמקום המתאים לעשות כן הוא בחקיקה ראשית ולא במסגרת תיקון לחוק יסוד ;
19. נתאר עתה את הליך חקיקת התיקון לחוק היסוד. הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בראשות ח"כ שמחה רוטמן (להלן: "הוועדה") בהצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות) (להלן: "הצעת החוק" ו/או "התיקון") החלו ביום 25.6.2023 כדי להכין את הצעת החוק לקריאה ראשונה.
20. הדיונים בהכנת הצעת החוק לקריאה ראשונה נמשכו בוועדה גם בימים 26.6.2023, 27.6.2023, 3.7.2023 ו-4.7.2023, כאשר ביום 5.7.2023 הונחה הצעת החוק על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה, והיא אושרה בהצבעה שהתקיימה במליאת הכנסת ביום 10.7.2023.
21. לאחר מכן התקיימו בוועדה דיונים נוספים בהצעת החוק על מנת להכינה לקריאות שניה ושלישית, וזאת בימים 11.7.2023, 12.7.2023, 13.7.2023, 16.7.2023, 17.7.2023, 18.7.2023 ו-19.7.2023, כאשר בהצבעה בוועדה ביום 19.7.2023 אושרה הצעת החוק לקריאות שניה ושלישית.
22. רצף הדיונים ותכיפותם - והכל בתוך מסגרת זמנים של כשלושה וחצי שבועות! - מלמדים על בולמוס וריצת אמוק, כאשר על פי דיווחי התקשורת, המשיך יו"ר הוועדה ח"כ רוטמן בדרך הניהול הקלוקלת שלו את הדיונים ואת הוועדה שאמורה להיות נכבדה שבראשה הוא עומד, ובכלל זה הוצאה "סיטונית" של חברי ועדה וחברי כנסת אחרים מאולם הוועדה, קטיעת דבריהם ושלילת זכות דיבור והשתתפות בדיונים.
23. כל זאת, כשמדובר בחוק יסוד. כל זאת, בעוד שדעות חשובות ורלוונטיות מאין כמוהן, כגון של מומחי משפט בינלאומי בהיבט הצבאי שיכולים היו לשפוך אור ולפרט כיצד סירוס יכולתו של בית המשפט העליון, במיוחד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, עלול להביא להעמדתם לדין של קציני צה"ל וחיליו בטריונלים בינלאומיים כגון בית הדין הפלילי בהאג, בעוד שעד היום ה"שכפ"ץ" בדמות קיומו של בג"ץ עצמאי בישראל הדמוקרטית נתפס כמספיק ומספק כדי לחסום התערבות של גורמי חוץ והעמדה לדין בחו"ל, חלילה, על מה שיוצג כביצוע פעולות לוחמתיות באופן שאינו סביר, בעוד על בג"ץ ייאסר כלל לדון בכך.
24. עוד לא ניתן בוועדה, על ידי היו"ר, משקל מספיק לאמירות חוזרות ונשנות (כגון מפיו של ח"כ אלעזר שטרן) לפיהן אם מרבית להיתלות בכב' השופט נ' סולברג, ובמאמר שכתב ופירסם, כ"מתווה" שהתיקון רק בא להעתיקו ככתבו, לשונו ורוחו אל ספר החוקים של מדינת ישראל, ולשמחתנו כב' השופט סולברג עודנו בחיים ונמצא איתנו כדי לשאול את פיו, מדוע לא לעשות כן?

25. הגיעו הדברים לכדי כך שלא נותרה ברירה לכב' השופט סולברג אלא לצאת בהודעה באמצעות דוברות מערכת בתי המשפט, צעד חריג לכל הדעות, שכן יו"ר הוועדה לא טרח לעשות את הצעד הפשוט של פנייה אל כב' השופט סולברג בשאלה האם כוונתו הייתה ועודנה כי עמדתו (כאחד מבין 11 שופטי בית המשפט העליון), תגבר על כל דעה אחרת ותוכנס אל ספר החוקים של מדינת ישראל, ועוד בצורה כה גורפת ומוחלטת.

26. אין מנוס, על כן, מהמסקנה שמדובר בהליך דורסני ומזורז בצורה **בלתי סבירה**, שהוסווה במכוון בצורה מלאכותית כאילו התקיים באופן מסודר ותקין, בעוד שלמעשה הופעל בצורה כוחנית הרוב הקואליציוני כדי להשיג במהירות הבזק וללא דיון ממצה וראוי, את המטרה ששם לו יו"ר הוועדה מראש, בין ביוזמתו ובין כשלוחם של ראש הממשלה ושר המשפטים, לסרס מתוך סמכויות מערכת בתי המשפט את האפשרות לפסול מעשה או מחדל בשל חוסר סבירות קיצוני.

27. בנוסף לכל האמור ברור וגלוי כי לא נערכה כל בחינה סדורה ומוקפדת של משמעות ביטול עילת הביקורת על סבירות החלטות הממשלה ושריה. לא נבחנו ולא הוצגו כראוי כלל המנעד הרחב מאד של ככל הנראה אלפי סמכויות הממשלה והשרים בגדרן ניתן וצריך לבחון את סבירות החלטתם, לא הוצגו ולא נותחו חלופות לקיום ביקורת על סבירות ההחלטות, ולא ניתן כל משקל לכך שמדובר עילת ביקורת שיפוטית המופעלת עשרות רבות של שנים על ידי בתי המשפט.

המתקפה הכוללת והנרחבת על מהותה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית

28. מאז כוננה ממשלת ישראל ה-37 החלה מתקפה חקיקתית (וכן בתחומים נוספים) נרחבת וכוללת על מרכיבי יסוד במהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל.

29. מתקפה זו כוללת כמעט 200 הצעת חוק שהונחו על שולחן הכנסת ה-25 המכוונות לפגוע בזכויות וחירויות יסוד מוגנות, בזכויות מיעוטים, במבנה היסוד של מוסדות השלטון ובעצם קיום שלטון החוק ברשות המבצעת.

30. סקירה של הצעות חוק אלו כפי שנערכה על ידי פורום מדעני המדינה למען הדמוקרטיה וניתוח איכותי שלהן (למצב שהיה עד לפני כ-3 חודשים) כפי שנערך על ידי גב' אסתי סגל, מובאים כרקע בלבד לצורך הדיון בעתירה זו ועל מנת להמחיש כי התיקון לחוק היסוד איננו אירוע בודד וחד-פעמי, כי אם חלק ממכלול נרחב של מהלכים שנועדו להביא בחופזה וללא שיקול מעמיק ורחב לשינוי מן השורש של פני הדמוקרטיה הישראלית.

העתק סקירת הצעות החוק והניתוח האיכותי שלהן, מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן כנספח "4".

31. יובהר כבר בשלב זה, כי איננו מבקשים מבית המשפט להעביר תחת שבט ביקורתו הצעות חוק שטרם הבשילו לכדי חוקים מוגמרים. כאמור, הסקירה והניתוח מובאים אך כרקע להמחשת העובדה שהתיקון לחוק היסוד איננו בגדר אירוע יחידי, אלא נדבך מרכזי במתקפה שיטתית לשינוי פני המשטר בישראל וצמצום הביקורת השיפוטית על מעשי השלטון ומחדליו ועל מינויים פסולים ובלתי ראויים של נושאי משרות ציבוריות.

32. בימים שקדמו להשלמת העתירה דנא התבררו השלכות-הרוחב הקשות של התיקון המדובר לחוק היסוד. מאות אלפי מפגינים בכל רחבי הארץ הבינו את המשמעות החמורה של התיקון לעצמאות בית המשפט העליון בכלל ולביקורת השיפוטית על מעשי השלטון - שהיא מיסודות הדמוקרטיה - בפרט. הם יצאו להפגנות כנגד ביטולה ו/או צמצומה של עילת הסבירות במשפט הישראלי בדרך של חקיקה, צעדו משך ארבעה ימים מן השפלה לירושלים, וקראו שלא לחוקק את התיקון.

33. עוד התברר, כי החקיקה נשוא עתירה זו הניבה תוצאות קשות ביותר בזרועות הביטחון, ובראשן צה"ל. חברי כנסת מסיעות האופוזיציה פנו ביום 21 ביולי 2023, ערב הדיונים בקריאה שנייה ושלישית, אל יו"ר ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, ח"כ יולי אדלשטיין, בדרישה לכנס את הוועדה לדיון דחוף בנוכחות מפקד חיל האוויר, הרמטכ"ל ושר הביטחון ביום א' 23 ביולי 2023. וכך כתבו:

"...לאחר קריאות חוזרות ונשנות של שלישי מחברי הוועדה אשר לא זכו למענה משך החודשים האחרונים, לקיום דיון רציני בנושא השפעת החקיקה על חיילי צה"ל; ובחינת השלכותיה הביטחוניות והמשפטיות של ההפיכה המשטרית על מערך המילואים - דורשים לדון בדחיפות..." (כאן בא פירוט של יחידות ומספרי המתנדבים בהן).

המכתב מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן כנספח "5".

ג. הטיעון המשפטי

על מהותה של מדינה דמוקרטית וחוקתה

34. ביקשנו לשרטט מהם המאפיינים היסודיים ביותר של מדינה דמוקרטית וכיצד עליה לכוון את חוקתה. לשם כך פנינו לפרופ' מייקל ולצר (Michael Walzer) הפילוסוף ואיש מדע המדינה הידוע, על מנת שישרטט את פניה של מדינה דמוקרטית ומהי הדרך בה עליה לכוון את חוקתה.

35. פרופ' ולצר, כתב מזכר קצר לבקשתנו בנושא. אלה עיקריו:

"Democracy is government with the consent of the governed--that is, of all the citizens of the state considered as equal men and women with the same rights and obligations. But there is no such thing as unanimous consent in democratic states, no General Will of all the citizens; instead there are on-going discussions and debates and then a political process that ends, but only temporarily, with a decision supported by a majority of the citizens.

No majority, however, not even a large majority, can do whatever it wants; democratic decision-making is constrained by the requirements of democracy itself, by the need for continuing discussion among equal

citizens with, again, the same rights and obligations. All majorities are temporary, and so they must act in accordance with rules designed to make sure that the discussions don't stop. These rules take the form of rights: the right of opposition, the right of assembly, the rights of free speech and a free press, and the right of all the citizens to be free from arbitrary arrest or any unreasonable or unlawful interference in their personal lives, their employment, or their nonviolent political activity. These rights require interpretation and enforcement. In democratic governments, this twofold requirement is met by an independent judiciary."

המזכר מצורף כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומן כנספח "6".

מדינת ישראל – המקרה הייחודי

36. מדינת ישראל הינה מקרה ייחודי בקרב מדינות העולם שוחרות הדמוקרטיה. ישראל היא המדינה היחידה שהצהירה והתחייבה לעם ולאומות העולם כי תקיים משטר דמוקרטי ותכונן חוקה, ולא עשתה כן במשך כמעט 75 שנים.

37. כידוע, עוד קודם לקום המדינה, במסגרת החלטה מס' 181 של העצרת הכללית של האומות המאוחדות שנתקבלה ב-29 בנובמבר 1947, נכללה ההצהרה הבאה, לעניין כינון חוקה דמוקרטית לכל אחת משתי המדינות שנועדו להתקיים בשטחה של פלשתינה המנדטורית:

"10. The Constituent Assembly of each State shall draft a democratic constitution for its State and choose a provisional government to succeed the Provisional Council of Government appointed by the Commission. The Constitutions of the States shall embody Chapters 1 and 2 of the Declaration provided for in section C below and include, inter alia, provisions for:

1. Establishing in each State a legislative body elected by universal suffrage and by secret ballot on the basis of proportional representation, and an executive body responsible to the legislature;
2. Settling all international disputes in which the State may be involved by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered;
3. Accepting the obligation of the State to refrain in its

international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the purpose of the United Nations;

4. Guaranteeing to all persons equal and non-discriminatory rights in civil, political, economic and religious matters and the enjoyment of human rights and fundamental freedoms, including freedom of religion, language, speech and publication, education, assembly and association;
5. Preserving freedom of transit and visit for all residents and citizens of the other State in Palestine and the City of Jerusalem, subject to considerations of national security, provided that each State shall control residence within its borders.”

החלטה 181 של העצרת הכללית של האו"ם ניתנת לצפייה בכתובת הבאה :

<https://www.gov.il/en/Departments/General/un-general-assembly-resolution-181>

38. הכרזת העצמאות כללה כידוע התחייבות של האבות המייסדים לאומה לכוון חוקה :

”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 ישראל.

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.”

39. ההתחייבות לא קוימה עד היום. חלף קיום ההתחייבות נתקבלה "החלטת הררי" ויצאנו למסע שלא הסתיים של כינון חוקה "פרקים פרקים", כפי שתיארה אותו לאחרונה כבוד הנשיאה בפסק דינה המכונן בבג"צ 5555/18, ח"כ אכרם חסון נ' כנסת ישראל (2021) (להלן – "עניין חוק הלאום"):

17". השלב הראשון בבחינת השאלה אם קיימות מגבלות על הרשות המכוננת בישראל מצריך בחינה של המאפיינים הייחודיים של המפעל החוקתי הישראלי (ראו בהקשר זה: עניין בר-און, בעמ' 309). כידוע, בהכרזת העצמאות נקבע כי השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה יוקמו "בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948". ואולם, בשל מחלוקות שהתעוררו בעניין זה, האסיפה המכוננת – אשר בהתאם לסעיף 1 לחוק המעבר, התש"ט-1949 כוננה גם "הכנסת הראשונה" – החליטה שלא לאמץ חוקה שלמה באקט חד-פעמי. חלף כך גובשה בכנסת פשרה, המכונה "החלטת הררי", לפיה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת תכין הצעת חוקה למדינה, ש"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 5, 1743 (התש"י)).

במרוצת השנים חוקה הכנסת שורה של חוקי יסוד. על פי התפישה המקובלת, בחקיקת חוק יסוד פועלת הכנסת כרשות מכוננת – מכוח הסמכות שאותה ירשה מן האסיפה המכוננת להתקין חוקה לישראל. לפיכך תוצרי החקיקה של הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת כפופים מבחינת המדרג הנורמטיבי להוראות חוקי היסוד, אשר זוכים למעמד חוקתי (עניין בנק המזרחי, בעמ' 401; עניין בר-און, בעמ' 291; עניין המרכז האקדמי, בפסקה י"ג לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין; עניין שפיר, בפסקה 60 לחוות דעתי; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א: עקרונות יסוד 78 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה)). ואולם, אף שחוקי היסוד נתפסים "בתרבות המשפטית ובמסורת הפוליטית שלנו כחלק מחוקת המדינה" (עניין בר-און, בעמ' 299), תהליך כינון החוקה לא הושלם, חלק מן הנושאים אשר מקובל להסדירם בחוקה טרם הוסדרו בחוקי היסוד, והחוקה הישראלית עודנה מצויה בתהליך של עיצוב וגיבוש (עניין המרכז האקדמי, בפסקה 15 לחוות דעתו של השופט פוגלמן).

40. בית המשפט הנכבד לא עמד עד היום על עצם המשמעות של אי קיום ההתחייבות שניתנה לאומה – כינון חוקה דמוקרטית ושלמה. לאורך שנות דור התאפשרה, ללא מפריע, שיטת "פרקים פרקים".

41. בעשורים הראשונים התמקדה הכנסת, כרשות מכוננת, בכינון פרקים מבניים-מוסדיים בעיקר, שבהם שלובות לעיתים גם הוראות מהותיות הקשורות להם באופן מובהק (דוגמת הזכות לבחור ולהיבחר).

42. אך החל מסוף שנות ה-80 של המאה הקודמת חדלה הכנסת מן המפעל החוקתי הסדור, עקב מחלוקות וקשיים להגיע להסכמות בנושאים מרכזיים הנוגעים לעיצוב מרכיבים מרכזיים בחוקה.

43. בתחילת שנות ה-90 חוקקו עוד שני חוקים מרכזיים העוסקים בזכויות וחירויות יסוד מוגנות: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק.

44. לאחר שלב זה, וב-20 השנים האחרונות, נחקקו רק 2 חוקי יסוד: חוק יסוד: משאל עם וחוק

יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. כן ראינו כיצד נחקקים עשרות תיקונים ספציפיים לחוקי היסוד שתכליתם הייתה מענה לצרכים פוליטיים קונקרטיים, כדוגמת הסדר ממשלת החילופין.

45. ברור כבר שנים ארוכות כי המפעל החוקתי "תקוע" וכי אין הוא מתקדם לעבר כינון חוקה שלמה וקוהרנטית. כן ברור, כי מאחר שלכאורה אין מגבלות מפורשות כלשהן על חקיקת חוק יסוד, די ברוב מקרי, קטן ושאינו מבוסס על הסכמה רחבה, כדי לחוקק חוק יסוד או לתקנו.

46. עתה הגענו לנקודת משבר. הממשלה ה-37 והרוב הקואליציוני שיש לה בכנסת מקדמים בחודשים האחרונים שורה נרחבת של הצעות לתיקון חוקי היסוד המשטריים אשר, אם יכוננו, ואם יעמדו בתוקפם, יביאו לשינוי המשטר במדינת ישראל ולפגיעה אנושה ובלתי ניתנת לתיקון ביסודות הדמוקרטיים של המדינה.

47. נבקש להציע גישה חדשה המבוססת על ההתחייבות ההיסטורית והמהותית כלפי האומה: כינון חוקה דמוקרטית שלמה בהסכמה רחבה.

48. אנו סבורים כי לאומה – לציבור יש זכות יסודית בסיסית כי תכונן חוקה דמוקרטית שלמה. זכות זו הופרה ולא קויימה כראוי משך עשרות שנים, ועת יצאנו למסע ההרפתקאות המסוכן של כינון החוקה בדרך של "פרקים-פרקים". עתה ברור וגלוי כי דרך זו היא דרך של אובדן וכליה לדמוקרטיה הישראלית.

49. המוצא היחיד הוא כינון חוקה דמוקרטית שלמה, בהסכמה רחבה.

50. חקיקת "פרקים", "טלאים" או "יציקת תוכן" לפרק קונקרטי בלבד, עולות בנסיבות האמורות כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת, בהתאם למבחנים שקבע בית משפט זה.

51. לכן, המסקנה ברורה, הדרך היחידה, המתחייבת, והתואמת את תשתית קיומה של מדינת ישראל, היא כינון חוקה שלמה בהסכמה רחבה.

52. באשר להסכמה הרחבה, ניתן ללמוד גם מאשר פסק לאחרונה בית משפט נכבד זה מפי כבוד המשנה לנשיאה, ע. פוגלמן (פסקה 21 לחוות דעתו), בדבר "עקרון היסוד בדבר עריכת משאל עם" הגבול הימי עם לבנון:

"[שבכולם] עוגן בחקיקה עקרון היסוד בדבר עריכת משאל עם מקום שבו תבקש הממשלה להתקשר בהסכם שכולל ויתור על שטח שבו חל המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל."

בג"צ 6654/22, פורום קהלת נ' ראש הממשלה (2022).

53. כל עוד לא כוננה חוקה כאמור, בית המשפט מוסמך וחייב לקבוע כי אין לאפשר עוד חקיקת "פרקים", "טלאים" או "יציקת תוכן" לפרק קונקרטי בלבד, וכי ניסיונות כאלו ייחסמו על ידו בהיותם שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

54. הגיעה העת לקיים ההתחייבות ההיסטורית, שהיא בבחינת נתון יסוד על חוקתי הטבוע ב-DNA

של ישראל – כינונה של חוקה שלמה בהסכמה רחבה. בית המשפט מוסמך וחיבב בנסיבות שנוצרו למנוע את השימוש לרעה בסמכות המכוננת. לעניין זה נתייחס בהמשך הדברים.

חקיקה חוסמת ביקורת שיפוטית – Ouster Clause

55. בניגוד לרושם הראשוני העשוי להתקבל, ניסיונות להגביל, למנוע ולאייץ את הביקורת השיפוטית על מעשי, מחדלי והחלטות הרשות המבצעת, ותיקים כמעט כמו עצם הביקורת עצמה.

56. כאשר אנו בוחנים את המשפט הישראלי כמו גם מערכות משפט בדמוקרטיה פרלמנטריות אחרות, נגלה ניסיונות כאלו הפוזרים לאורך החקיקה ועיסוק לא מבוטל בהם בפסיקה.

57. הוראות חוק שתכליתן לחסום ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת מכוננות Ouster Clause.

58. התייחסות יפה וקולעת לסוגיה ניתן למצוא בציטוט שהביא לורד אטקין (Atkin) מספרו של לואיס קרול, "אליס בארץ הפלאות", בפסק הדין הבריטי *Liversidge v Anderson*:

"When I use a word," Humpty Dumpty said in rather a scornful tone, "it means just what I choose it to mean, neither more nor less."

"The question is," said Alice, "whether you can make words mean so many different things."

"The question is," said Humpty Dumpty, "which is to be master — that's all."

59. זהו לוז העניין – מיהו המוסד שיבקר ויחליט האם פעולות והחלטות הרשות המבצעת צולחות את מבחן הסבירות.

60. נסקור עתה מספר מופעים מייצגים בישראל וכן במשפט המשווה.

חקיקה חוסמת ביקורת שיפוטית בישראל

61. בישראל ניתן למצוא לאורך השנים שני דגמים עיקריים של חקיקה כזו:

א. סעיפי סופיות – Finality clause ;

ב. סעיפי שיקול דעת מוחלט/בלתי מוגבל ;

62. כך למשל בפרשת **כרדוש נ' רשם החברות** פרש בית המשפט את גדר סמכותה של רשות שנטען כי שיקול דעתה "מוחלט":

"שיקול-דעת לרשות מינהלית – אני מתעלם בשלב זה משם התואר "מוחלט" – כדי שבמילוי תפקידיה הרב-גווניים שנסיבותיו שונות ומשתנות מדי פעם לפעם, ואין הן ניתנות לקביעה מדוייקת מראש, יהא לה חופש פעולה. חופש זה מאפשר לרשות לשיקול בדעתה את נסיבות כל ענין וענין כשהוא בא לפניה, ולמצוא לו את הפתרון המתאים. לשון אחר: שיקול-דעת פירושו, חופש הבחירה בין פתרונות

אפשריים שונים, או ברירה שניתנה בידי הרשות המינהלית, והואיל והרשות הוסמכה לבחור ולבור לה את הפתרון המתאים לפי דעתה, לא יתערב בית-המשפט בדבר על שום כך בלבד שהוא היה בוחר בפתרון אחר. התערבות כזאת כמוה כשלילת שיקול-הדעת מהרשות המינהלית והעברתו לבית-המשפט.

אך שיקול-דעת שניתן לרשות מינהלית – אפילו הוא מוחלט – צמוד תמיד לחובה שהרשות חייבת למלאה, היינו לתפקידי המינהל שלמענם הוסמכה הרשות לפעול לפי שיקול-דעתה; ככל שהחופש לבחור יכול להיות גדול, לעולם לא יהא בלתי-מוגבלת. שרירות-לב, מעשה שנעשה מתוך מניעים סובייקטיביים, שדבר אין להם עם צרכי המינהל, חורג מגדר שיקול-דעת. מי שרשאי לנהוג לפי שיקול-דעתו, חייב לנהוג תוך מניעים השייכים לעניין ואינו רשאי לנהוג תוך שרירות-לב, כאשר תאווה נפשו.

כמו שאמר בית-המשפט בעניין Max Shachtman v. John Foster Dulles, Individually and as Secretary of State, et al.; (1955), 225 F. (2d) 938, 941 : [25]

“Discretionary power does not carry with it the right to its arbitrary exercise”.

רשות הפועלת בשרירות-לב, פועלת שלא בתום-לב ומעשה ניתנים לביטול, יהא שיקול-הדעת שניתן לה רחב כאשר יהא. מחמת חוסר תום-לב יפסול בית-המשפט אפילו פיטורי עובד ציבור ששר רשאי לפטרו על-פי סימן 15 לדבר-המלך, “לאחר שיראה (הוא) סיבה מספק לכך” “upon sufficient cause to him appearing”, בג”ץ 27/51, [2]. אף שיקול-הדעת “הסובייקטיבי” שניתן לשר – והוא, לכל הדעות, הרחב ביותר מבין מיני שיקול-הדעת – אינו משוריין מפני התערבותו של בית-המשפט בעילה זו; פיטוריו של מורה על שום שהוא אדמוני, כדוגמת השופט Warrington בעניין Short v. Borough of Poole Corporation: (1926), 134 L.T. 110, 115; Ch. 66; 95 L.J. Ch. 110; 90 J.P. 25; 42 T.L.R. 107; 70 Sol. Lo. 245; 24 L.G.R. 14 C.A. [13], הם מעשה שייפסל, אפילו מועסק המורה כל עוד “יהא רצון מלפני מעבידו” (at his pleasure).

אך שרירות-לב שכזאת אינה העילה היחידה לביטול מעשה הרשות. כבר אמרתי, כי שיקול-דעת תמיד צמוד למילוי התפקיד שהוטל על המינהל, וכמו שנתבאר מפסק-דינו של חברי הנכבד, מ”מ הנשיא (גרנט), ב-בג”ץ 241/60, [1], הנ”ל, בדרך כלל יש והמטרה שלמענה הוענק שיקול-הדעת ניתנת לביטול, והרשות רשאית להשתמש בשיקול-דעתה כשהיא נושאת עיניה לקראת השגת אותה מטרה, אבל לא למטרות אחרות שהן “זרות” לעניין. אף שימוש בשיקול-הדעת תוך רדיפה אחרי מטרה “זרה” הוא חריגה מן הגבולות שניצבו למינהל על-ידי המחוקק, כגון השימוש שעשה המפקח על המזונות בשיקול-דעתו כדי לקדם מטרת-הדת שאינה מענינו: בג”ץ 98/54 ; 105/54, [3]. השימוש למטרה פלונית בשיקול-דעת שניתן לרשות בעניין אלמוני ולמטרה אלמונית – שימוש לרעה הוא Detournement de pouvoir בלע”ז. זה הוא המקרה בו עושה הרשות מעשה שהיא רשאית לעשותו ולכאורה הכל שפיר, אלא רק למראית עין הדבר כך, לאמיתו של דבר – משנתגלע

מניעה האמיתי – פסול הוא, על שום שלא נעשה לקידום המטרה שלמענה הוסמכה הרשות להשתמש בשיקול-הדעת. ראה Attorney-General for Canada and an. V. Hallet & Carey, Ltd. And an.: (1952), A.C. 427; (1952), 1 T.L.R. 1408; 96 Sol. Jo. 395 [14].

1. ומה מוסיף התואר "מוחלט"?

היועץ המשפטי טען, כי דינה של רשות בעלת שיקול-דעת מוחלט הוא כדין רשות בעלת שיקול-דעת "סובייקטיבי", כדוגמת השר בתוקף סימן 15 לדבר-המלך או מזכיר המדינה בעניין הנודע, [15] *Liversidge v. Anderson*; (1942). מוכן אני, לצורך הענין שלפנינו, לקבל את טענתו של היועץ המשפטי, אך יחד עם זה לא אוכל בכגון דא לייחס חשיבות מכרעת ללשון המחוקק ולהתעלם מטיב הסוגיה הנדונה.

נוסחאות מנוסחאות שונות הומצאו במרוצת הזמן על-ידי נסחי חקיקה כדי להצר באמצעותן את צעדי בית-המשפט המפקח על מעשי המינהל. כאשר נקטו לצורך כך לשון ברורה ומפורשת, שאינה משתמעת לשתי פנים ושללו את סמכותו של בית-המשפט לדון בדבר, כדרך שעשו בתקנה 30 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, נדחית סמכותו של בית-משפט זה מפני מצוות המחוקק: בג"ץ 30/51, [4].

מה שאין כן כאשר בחר המחוקק בנוסחה מעורפלת שבה ביקש, אולי, להשיג אותה מטרה בעקיפין. נוסחה זו היא "שיקול-הדעת הסובייקטיבי" או "שיקול-דעת מוחלט" שניתן לרשות. לכאורה, אין בכך כדי לגרוע מסמכותו של בית-המשפט, אך הכוונה היא, כי בבואו לדון בענין לא ימצא בית-המשפט עילה להתערב, מחמת "החלטיות" הכוח שניתן בידי הרשות המינהלית. זו היא נוסחה מעורפלת של ביטול סמכותו של בית-משפט זה, בדרך עקיפין, על-ידי הפיכתה לכלי ריק. ויש טעם לסברה שאילו ידע המחוקק כי בדרך זו תשתחרר הרשות כמעט מכל ביקורת שיפוטית, לא היה מאמץ לעצמו נוסחה כזאת. אך גורלו של האזרח הנוגע בדבר אינו יכול להיות תלוי במקריות הניסוח ובכשרו של הנסח לבצע את כוונתו. קל-וחומר אמורים הדברים לגבי דבר חקיקה מנדטורי שלא עמד לדיון ולהחלטה בבית המחוקקים. לזאת יש להוסיף, כפי פעמים יש ולשון "שיקול-דעת" או אפילו לשון "שיקול-דעת רחב" ננקטה בידי המחוקק בהיסח הדעת, או עקב "חקיקה רשלנית", כפי שאראה בהמשך הדברים.

גורם ראשון במעלה לגילוי כוונת המחוקק, חשוב מלשונו, הוא הנושא הנדון ומהות הענין שלמענו ניתן לרשות מינהלית שיקול-הדעת.

האם ניתן לרשות שיקול-הדעת, אפילו אינו מוחלט או "סובייקטיבי", בענין שלפי טבעו אינו ראוי או אינו מתאים לבדיקה משפטית? אם היה הדבר כך, ימשוך בית-המשפט את ידו מן הענין, *Chicago & Southern Alines v. Waterman Steamship Corporation* (No. 78). *Civil Aeronautics Board v. Waterman Steamship Corporation* (No. 88): (1947), 92 Law Ed. 568, 575, 333 U.S. 103-118, [26], מצד-אחר, אילו ניתן לרשות מינהלית שיקול-דעת שהוא לכאורה רחב ביותר, יעמוד הענין אף-על-פי-כן לבדיקה בבית-המשפט, ובלבד שנושאו ומהותו

אינם שוללים את התערבותו של בית-המשפט : Nakkuda Ali v. M. F. de S. (1951), Jaratne, [16].

הנה כי כן, בענין Liversidge, [15], סירב בית-המשפט להיכנס בעבי הקורה כאשר נאמר בתקנת-הגנה, "If the Secretary of State has reasonable cause to believe" אך הכלל שנקבע על-ידי שופטי הרוב אינו כלל אוניברסלי ואין כוחו יפה לגבי דבר-חקיקה אחר שעניינו סוגיה אחרת, אפילו השתמש בו המחוקק בנוסחה דומה וכמעט זהה, כגון "Where the Controller has reasonable grounds to believe" ראה פסק-הדין בענין Nakkuda, [16], אות הוא. כי בפרשו דבר-חקיקה חייב בית-המשפט להניח את מהות הענין נר לרגליו, ולאותה פורמולה לא תהא תמיד משמעות אחת, קבועה ועומדת.

2. כשלעצמי, מסופק אני אם קיים בכלל הבדל עקרוני בין שיקול-דעת "רגיל" ושיקול-דעת מוחלט או "סובייקטיבי". גם לצורך שיקול-הדעת הסובייקטיבי נקבעו אי-אלו מבחנים אובייקטיביים, כגון שחוסר תום-לב, שרירות-לב או חריגה מן המטרה שהוענקה לרשות, יביא לידי ביטול מעשה-המינהל. מאידך גיסא, אף שיקול-דעת "רגיל" מסמיך את הרשות לנהוג, בגבולות החוק, כפי שנראה לה, לרשות המינהלית, ובית-המשפט לא יבוא לקבוע מה שהוא היה עושה במקומה במקרה הנדון, אילו הופקד שיקול-הדעת בידו: בג"ץ 311/60, [5]. בהקשר זה אני מפנה תשומת-לב לדברי השופט Lord Alverstone בענין R. v. Registrar of Companies, Ex parte Paul: (1912), [17], שדבריו נאמרו דוקא לגבי שיקול-דעתו של רשם החברות באחד העניינים הנוגעים לרישום חברה. אם חייב עובד ציבור לשקול ענין "בדעתו", היינו בדעתו הוא, הרי מכשירה חובה זו גופה יסוד סובייקטיבי מסויים בהחלטתו. לאחרונה נדונה סוגיה זו בפסק-דין הממצה של השופט Sachs בענין Commissioners of Customs and Excise v. Cure & Deeley, Ltd.; (1961), [18], התקדימים המרובים שנבדקו שם מראים כי נוסחה "סובייקטיבית" אינה משמשת, היא לבדה, לרשות מינהלית מגן בפני בדיקה שיפוטית."

ד"נ 16/61 רשם החברות נ' מנצור תופיק כרדוש, פד"י ט"ז, 1209, 1215.

63. בענין כהנא הבהיר בית המשפט כך :

"11. ...

אכן, שיקול-דעת סטטוטורי לעולם אינו מוחלט. אפילו נאמר בדבר החקיקה, כי שיקול הדעת הוא מוחלט, הרי גם אז בעל הסמכות אינו רשאי לעשות כרצונו. לא רק שעליו לפעול בהגינות, בתום-לב, ללא הפליה ושרירות ובסבירות, אלא שעליו לפעול אך לשם הגשמת מטרות החקיקה, אשר ממנה יונקת סמכותו. עמד על כך מ"מ הנשיא אגרנט בבג"צ 241/60 [1], בעמ' 1162, באמרו :

"העקרון הכללי הוא, כי כל רשות מינהלית חייבת לפעול בתוך ד' אמותיה של המטרה שלשמה הקנה לה החוק את הסמכות הנדונה; ודין זה חל גם על סמכות שהיא רשאית להפעילה לפי שיקול-דעתה המוחלט. היוצא מזה, שאף במקום שבית-המשפט נוכח לדעת כי השימוש בסמכות כזאת - ויהא שיקול- הדעת,

המוקנה לרשות המינהלית, רחב כאשר היא -נעשה למטרה שהיא זרה לכוונת החוק, הוא יתערב גם יתערב, אלא אם נשלל ממנו, על-ידי הלשון המפורשת של החוק, הכוח לעשות כן".

אותו עיקרון עצמו עולה מפסק-דינו של בית המשפט העליון בדיון הנוסף, שהתקיים על בג"צ 241/60 [1] הנ"ל, הוא ד"נ 16/61 [2]. אומר השופט זוסמן, בעמ' 1216 :

"אך שיקול-דעת שניתן לרשות מינהלית - אפילו הוא מוחלט - צמוד תמיד לחובה שהרשות חייבת למלאה, היינו לתפקידי המינהל שלמענם הוסמכה הרשות לפעול לפי שיקול-דעתה; ככל שהחופש לבחור יכול להיות גדול, לעולם לא יהא בלתי-מוגבל."

אכן, שיקול-דעת סטטוטורי יכול שיהא רחב ויכול שיהא צר, אך לעולם הוא מוגבל. מספר האפשרויות, העומדות לפני בעל ההחלטה, יכול שיהא רב ויכול שיהא מועט, אך לעולם אינו בלתי מוגבל. בכך מבטיח הדין את חירותו של הפרט. ידועה אימרתו של השופט דגלס (Douglas) בפרשת State of New York and public service New York v. United States of (1951) [9]884, at commssion of the state of America:

"Absolute discretion, like corruption, marks the beginning of the end of liberty"

ובפרשה אחרת הרחיב אותו שופט וציין :

"Law has reached its finest moments when it has freed man from the unlimited discretion of some ruler, some civil or military official, some bureaucrat. Where discretion is Absolute, man has always suffered. Absolute discretion is a ruthless master. It is more destructive of freedom than any of man's other inventions ." (United States v Wunderlich 101, at [10] (1951))

אכן, גם המוחלט בשיקולי הדעת חייב לרסן עצמו למסגרתו של החוק, אשר נפח בו חיים.

12. עקרונות אלה חלים לעניין כל שיקול-דעת, היונק כוחו מדבר חקיקה. הם חלים על שיקול-דעת של כל נושא משרה ברשות המבצעת. עקרונות אלה חלים על כל נושא משרה ברשות השופטת. עקרונות אלה חלים על כל נושא משרה ברשות המחוקקת. יושב-ראש הכנסת, הסגנים ושאר נושאי המשרה חייבים לפעול לשם הגשמת המטרות של הדינים, שעל פיהם הם פועלים. על-כן, בהפעילם את הסמכות לאשר הצעת חוק של חבר-כנסת או שלא לאשרה, אין ליושב-ראש הכנסת ולסגנים שיקול-דעת מוחלט. שיקול-דעתם מוגבל הוא: כללים בדבר הגינות, תום-לב, סבירות, העדר שרירות ואפליה מגבילים את שיקול-דעתם. שיקול-דעת זה חייב להיות מופעל להגשמת מטרות אותה חקיקה, שממנה באה סמכותם."

בג"צ 742/84 הרב מאיר כהנא נ' שלמה הלל, יו"ר הכנסת, פ"ד לט (4) 85, 91.

64. בית המשפט שב ושנה באותו עניין בפרשת גנור :

"אכן במדינה דמוקרטית אין לגורם כל שהוא ברשות המבצעת שיקול-דעת מוחלט. כל שיקול-דעת שלטוני הוא שיקול-דעת מוגבל (ראה : בג"צ 241/60 [12]; ד"נ 16/61 [13] : בג"צ 742/84 [14], בעמ' 91). כל שיקול-דעת מוגבל לביצוע המטרות העומדות ביסוד קיומו של שיקול הדעת. אכן, "שעתו היפה של המשפט היא, כאשר הוא מטיל מגבלות על שיקול הדעת של כל רשות שלטונית" (בג"צ 953/87, [15]1/88, בעמ' 325). הרשות התובעת אינה חרגה מבחינה זו. שיקול-דעתו של תובע הינו שיקול-דעת שלטוני, בעל אופי שיפוטי, המוגבל בדל"ת אמותיו של חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) (ראה בג"צ 844/86 [16], בעמ' 226). על הפעלתו של שיקול-דעת זה חלות - בצד הוראות חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] ותוך הרמוניה עימן - ההוראות הכלליות של המשפט המינהלי. על-כן חייב תובע לקבל החלטתו מתוך שקילת הגורמים הרלוואנטיים וגורמים אלה בלבד. עליו לפעול בתום-לב, בהגינות, ללא הפליה ובסבירות. מה הם "דל"ת אמותיו" של השיקול המדריך את התובע, וכיצד צריך שיקול-דעת זה להיות מופעל? אלה הן השאלות שבהן עלינו להתרכז עתה."

בג"צ 935/89 אורי גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 510.

65. אנו יכולים ללמוד מפסיקה ותיקה זו כי בית המשפט זה דחה ניסיונות להגביל את הביקורת השיפוטית על הפעלת שיקול הדעת של הרשות המבצעת (או אורגנים שלה), לרבות כאלו שנעשו מכוחה של חקיקה ראשית, והנמקותיו מעידות ומצביעות על כך כי עמדתו זו ינקה ישירות מיסודות המשטר הדמוקרטי.

משפט משווה - אנגליה

66. מקור מתאים לצורך משפט משווה הוא אנגליה. בחינת הפסיקה האנגלית שעסקה ב-Ouster clauses מלמדת כי מדובר בתופעה שמוכרת כבר עשרות רבות של שנים.

67. פסק דין הידוע בתחום משנות ה-60 הוא Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission [1969] 2 AC 147. בפסק דין זה עמדה לדיון השאלה מה משמעותו של סעיף מסוים בחקיקה שנועד למנוע ביקורת שיפוטית על החלטה של טריבונל מינהלי – Foreign Compensation Commission.

68. בית הלורדים נקט באותו עניין בדרך פרשנית שבאמצעותה התגבר על הסעיף החוסם וזאת באמצעות התמקדות בגבולות סמכותו אותו טריבונל.

69. פסיקה מאוחרת יותר עסקה באופן מפורש וברור בשאלת החוקתיות של Ouster Clauses.

70. כך, בעניין R (Evans) v Attorney General [2015] UKSC 21, [2015] AC 1787 שעסק בניסיונו של התובע הכללי למנוע חשיפת התכתבות של יורש העצר, הנסיך מוויילס, על שרים בממשלה, לאחר שהטריבונל המינהלי הורה לחשוף אותה, באמצעות שימוש במעין זכות וטו, שעמדה לו, קבע בית המשפט העליון כי :

"Evans is a case in point. By a 5–2 majority, the Supreme Court held that the Attorney General had acted unlawfully by using his veto power so as to override the Upper Tribunal's order that the correspondence between

Ministers and the Prince of Wales be released. The majority was itself divided as to the basis on which this conclusion should be reached, the plurality, consisting of Lords Neuberger, Reed and Kerr, adopting a highly constitutionalised approach to their construction of the veto provision in the Freedom of Information Act 2000. They said that reading that provision as the Attorney General preferred, thus enabling him “to overrule a decision of the judiciary merely because he does not agree with it”, “would cut across two constitutional principles which are also fundamental components of the rule of law”. First, “it is a basic principle that a decision of a court is binding as between the parties, and cannot be ignored or set aside by anyone, including (indeed it may fairly be said, least of all) the executive”. Second, “it is also fundamental to the rule of law that decisions and actions of the executive are, subject to necessary well established exceptions (such as declarations of war), and jealously scrutinised statutory exceptions, reviewable by the court”. The plurality concluded that the Attorney General’s preferred interpretation of the veto power “flouts the first principle and stands the second principle on its head”: an interpretation the plurality was unprepared to support, such a “remarkable” situation being possible only if Parliament has used “crystal clear” language — which, said the plurality, it had not.”

Mark Elliott, *Through the Looking-Glass? Ouster Clauses, Statutory Interpretation and the British Constitution*, Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, 2018.

71. פרופ' Mark Elliott קובע במאמרו כי ניתן להגיע למסקנה על בסיס פסיקה עדכנית כי הפרלמנט לא יכול מבחינה חוקתית לקבוע Ouster clause :

“However, unlike *Anisminic*, contemporary judgments such as *Evans* and *Unison* must (or at least can) be read in the light of a distinct but related line of judicial thinking: one that explicitly contemplates characterising ouster not merely as something that Parliament is to be assumed to be unlikely to intend, thereby legitimising highly robust interpretation, but as something of which Parliament is constitutionally incapable.”

72. פרופ' Mark Elliott מפנה לפסיקה נוספת באותו עניין :

“ Those implications are substantial when it comes to ouster. Indeed, *Laws LJ* has spelled out those implications not only from the lectern but also from the Bench, stating in *R (A) v Director of Establishments of the Security Service* that: “It is elementary that any attempt to oust altogether the High Court’s supervisory jurisdiction over public authorities is

repugnant to the constitution.” And in *R (Cart) v Upper Tribunal, Laws LJ* went on to say that the susceptibility of statutory text to judicial interpretation is non-negotiable, while suggesting that this “is not a denial of legislative sovereignty, but an affirmation of it”. This followed because legislation “would become muddied and unclear” unless its meaning continued to be curated by independent courts, the role of such courts thus being imperative to the effectiveness of legislation. To deny courts their interpretive role would thus be to deny Parliament its capacity to enact effective legislation. “

73. גם בפסק הדין בעניין Jackson בו חלק משופטי בית הלורדים התייחסו לסוגיה, כפי שמתאר זאת פרופ' Elliott במאמרו :

“But the underlying concerns raised by the Government’s attempt to enact such a clause remained fresh in the Law Lords’ minds when Jackson was decided, prompting a number of dicta that were striking in their apparent repudiation of constitutional orthodoxy. Lord Steyn, for instance, said that the “classic account given by Dicey of the doctrine of the supremacy of Parliament, pure and absolute as it was, can now be seen to be out of place in the modern United Kingdom”, and that “[i]n exceptional circumstances involving an attempt to abolish judicial review or the ordinary role of the courts, [judges] ... may have to consider whether this is constitutional fundamental which even a sovereign Parliament acting at the behest of a complaisant House of Commons cannot abolish”. Lord Hope, meanwhile, said that “[t]he rule of law enforced by the courts is the ultimate controlling factor on which our constitution is based” and that “the courts have a part to play in defining the limits of Parliament’s legislative sovereignty”. And Baroness Hale said that: “The courts will treat with particular suspicion (and might even reject) any attempt to subvert the rule of law by removing governmental action affecting the rights of the individual from all judicial scrutiny.””

74. מניתוח הפסיקה האנגלית עולה בבירור כי Ouster clause עשוי להיתפס כחותר תחת עצם סמכות השפיטה של בית המשפט ומילוי תפקיד היסוד שלו כרשות השופטת וככזה כלא חוקתי.

התיקון החוקתי הבלתי חוקתי

75. התיקון לחוק היסוד הינו תיקון חוקתי בלתי חוקתי באופן המובהק והברור ביותר העולה כדי זעזוע אמות הסיפים של החוקה, כפי שקבעה כבוד הנשיאה, א. חיות, בעניין **חוק הלאום** :

”24. ... חקיקת הוראה חוקתית אשר שוללת את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית עולה כדי זעזוע אמות הסיפים של החוקה ההולכת ונבנית פרקים-פרקים, וכבר צוין בעבר כי “העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו

הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר [...] היא לא הוסמכה לבטלם"

76. בפסיקת בית משפט העליון הוכרו כבר שתי עילות מרכזיות המאפשרות להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (או תיקונים להם) ולקבוע כי הוראותיהם בטלות:

א. דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי – Unconstitutional constitutional amendment ; amendment

ב. דוקטרינת השימוש לרעה בכותרת חוק יסוד;

77. יש לומר מיד כי עד עתה נעשה בפועל שימוש נדיר בשתי הדוקטרינות הללו בפסיקת בית המשפט העליון. יחד עם זאת, בית המשפט עסק בהן במספר פסקי דין מכווננים כפי שנציג להלן וניישם ביחס לעניין המונח לפתחו כעת.

78. אנו נבקש להוסיף ולטעון גם טענות נוספות המצדיקות לשיטתנו את הקביעה כי התיקון לחוק היסוד בטל ונעשה זאת בהמשך הדברים.

79. הטיעון המשפטי מתבסס על מספר טענות עיקריות:

תיקון חוקתי בלתי חוקתי – Unconstitutional constitutional amendment ;

שימוש לרעה בכותרת חוק יסוד;

פגמים בהליך החקיקה;

תיקון חוקתי בלתי חוקתי – Unconstitutional constitutional amendment

80. דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי פותחה על ידי מספר בתי משפט חוקתיים בעולם והיא מאפשרת ביקורת שיפוטית על תוכן התיקון החוקתי לחוקה. לסקירה הפסיקה ר' ו

Y. Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments, The Limits of Amendment Powers. OUP, 2017 ("רוזנאי") (להלן – "רוזנאי")

81. דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי מבוססת על 2 סוגים של הגבלות ביחס לאפשרות תיקון החוקה: הגבלות מפורשות (Explicit Constitutional Unamendability) והגבלות משתמעות (Implicit Constitutional Unamendability).

82. לעיתים בחלק מן המדינות מתקיים שילוב של הגבלות מפורשות עם הגבלות משתמעות.

83. באשר להגבלות המשתמעות, אלו מבוססות בחלק מן המקרים על מקורות פנימיים בחוקה עצמה - הוראות מפורשות הקיימות בחוקה המונעות או המגבילות את האפשרות לשנות את החוקה, ולעיתים על מקורות חיצוניים לחוקה, כדוגמת חוק הטבע.

84. בחלק מן המקרים מדובר בהוראות הדורשות הליך מסויים ומורכב לצורך תיקון החוקה, בין ביחס לכל תיקון בחוקה ובין ביחס לתיקונים מסויימים בה, ולעיתים מדובר בהוראות המתייחסות למגבלות תוכניות על תיקון החוקה.

85. בישראל, אין חוקה שלמה ולכאורה אין הוראות מפורשות המונעות תיקונים בחוקי יסוד או חקיקה של חוק יסוד חדש, למעט המקרה של הוראות "משוריינות" הדורשות רוב מסויים לצורך שינוי הוראה ספציפית בחוק היסוד.

86. בית המשפט נדרש לדוקטרינה במסגרת פסק הדין המכונן בעניין **חוק הלאום**.

87. בעניין **חוק הלאום** הציגה כבוד הנשיאה א. חיות שתי שאלות יסודיות הקשורות לדוקטרינה:

"16. למעשה, העתירות שלפנינו מעלות 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 (ראו עניין בר-און, בעמ' 310).

88. כבוד הנשיאה השיבה **בחיוב** על השאלה הראשונה שהציבה:

"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. כפי שאבאר להלן, מגבלה זו נובעת מהטקסט החוקתי, ומן המערך החוקתי בכללותו, כפי שהתפתח במהלך שנות קיומה של המדינה – מהם ניתן להסיק כי רכיבים אלה בחוקה המתגבשת אינם ניתנים לערעור."

89. ובחרה שלא להכריע באותה עת ביחס לשאלה השנייה, מן הטעם שהכרעה בה לא נדרשה באותו מקרה:

"ביחס לשאלה השנייה, הנוגעת לסמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד, אבקש להציג את המורכבויות השונות ואת השיקולים הנוגעים לעניין, אך להותיר את ההכרעה בסוגיה לעת מצוא. זאת, משום שאף אם אניח כי סמכות כזו אכן נתונה לבית המשפט, חוק יסוד: הלאום אינו שולל, לגישתי, את אופייה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית ומשכך הוא אינו מקים ממילא עילה להתערבות שיפוטית בתוכנו."

90. **אולם, עתה שוב אין מנוס והגיעה השעה לדון ולהכריע גם בשאלת השנייה, שאלת סמכותו של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד.**

91. נתייחס ראשית לשאלת המגבלות המהותיות-תוכניות הקיימות בישראל ביחס להוראות חוקי יסוד או תיקון שלהן.

92. הנשיאה א. חיות, בפרשת **חוק הלאום**, השיבה לשאלה הראשונה בחיוב:

"18. בהינתן מאפיינים ייחודיים אלה – אי-השלמתו של המפעל החוקתי הישראלי והיעדרן של לבנים מרכזיות במבנה החוקתי, ובכלל זה חוק יסוד: החקיקה – נשאלת השאלה האם למרות זאת ניתן לקבוע כבר עתה שקיימים בשיטתנו עקרונות יסוד שאינם ניתנים לשינוי על-ידי הרשות המכוננת, בהיותם מושרשים במסורת הציבורית שלנו, בנראטיב המכונן של המדינה ובקרב הקהילה המשפטית (ובינשטיין

101 תד"ת, בעמ' 121; וכן ראו והשוו: JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM (2d ed. 1996) (238-239).

לגישתי, ככל שהדבר נוגע לעצם זהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, התשובה לשאלה זו היא בחיוב. זאת, שכן המערך החוקתי בכללותו אינו מותר מקום לספק כי קיומה ודמותה של מדינת ישראל באו לה מן השילוב – "יהודית ודמוקרטית" וכי זהו הלב הפועם של "החוקה נוסח ישראל". אכן, 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."

93. בעניין המונח בפנינו מדובר כאמור בפגיעה ישירה, מהותית ועמוקה בעצם סמכותה של הרשות השופטת, אחת משלוש רשויות השלטון. הפגיעה נעשית באמצעות הוספת סעיף משנה להוראת סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה.

94. הסעיף אותו מוסיף התיקון לחוק היסוד מנוסח באופן רחב וגורף ותכליתו לחסום כל ביקורת שיפוטית "בעניין סבירות החלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר".

95. התיקון לחוק היסוד חוסם ביקורת שיפוטית באופן רחב וגורף מכל מקרה שנראה עד היום בישראל או במדינות אחרות (ככל הידוע).

96. התיקון לחוק היסוד מונע ביקורת שיפוטית מכל ערכאות השיפוט, ולא רק מבית המשפט העליון.

97. התיקון לחוק היסוד איננו כולל קביעה כי על הממשלה, ראש הממשלה ושריה לקבל החלטות סבירות ואף איננו כולל כל הוראה מוסדית בדבר גורם אחר (חלף בית המשפט) שיבקר או יבחן את סבירות החלטות הממשלה.

98. המסקנות הנובעות מן התיקון לחוק היסוד הן:

א. לא תהא כל ביקורת שיפוטית על סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה ושרי הממשלה;

ב. מערך היעוץ המשפטי הממשלתי לא יוכל למנוע קבלת החלטות ממשלה או שריה הנוגעות בחוסר סבירות קיצוני;

ג. בתי משפט לא יוכלו לבחון את סבירות החלטות הממשלה ושריה גם במישור הדין האזרחי, למשל דיני הנזיקין או החוזים, במסגרת הליכים אזרחיים;

99. המשמעות הפשוטה והברורה מאליה היא פגיעה אנושה בליבת סמכויות הרשות השופטת ושחרור משמעותי של הממשלה מכבלי המשפט והפיקוח השיפוטי.

100. פשיטא כי פגיעה כזו עולה כדי "[ל]מצבים חריגים של שינוי חוקתי השולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה" וכן ברור כי "מדובר במצבים 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", ר' עניין חוק

הלאום ס' 28 ו-29 לחוות דעתה של כבוד הנשיאה א. חיות.

101. מדובר במובהק בפגיעה אנושה בהפרדת הרשויות, בשלטון החוק, בדיוק אותו סוג של פגיעות בהן ראתה כבוד הנשיאה ככאלו ששוללות את אופייה הדמוקרטי של המדינה (עניין **חוק הלאום**, ס' 28):

“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”

102. חוק יסוד: השפיטה הינו הביטוי החוקתי למעמדה ותפקידה של הרשות השופטת במארג שלוש רשויות המדינה.

103. הכנסת כרשות המכוננת המקורית קבעה ועיגנה בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה את סמכויות בית המשפט העליון, באופן הדומה להוראות Art 3 לחוקת ארצות הברית. מדובר אם כן בהוראות יסוד מבניות חוקתיות המעגנות את מעמדה של הרשות השופטת כמו גם סמכויותו החוקתיות של בית המשפט העליון הניצב בראשה.

104. הוראת סעיף 15(ג) היא בעלת חשיבות יוצאות דופן באשר היא קובעת את סמכותו הייחודית של בית המשפט העליון ליתן סעד למען הצדק. בצידה נמצאת הוראת סעיף 15(ד) הקובעת מעגל רחב מאד של מוסדות שלטון שבית המשפט העליון רשאי לתת להם צווים. ר' והשוו סעיף 8 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, לעניין סמכויות בית המשפט לעניינים מינהליים.

105. הניסיון לכרסם בסמכויות אלו באמצעות התיקון לחוק היסוד הוא מסוכן ביותר ויש לדחותו על הסף ובתקיפות, באשר סעיפים אלו מייצגים את מהות המבנה והסמכויות הבסיסי והיסודי ביותר של הרשות השופטת.

106. בית המשפט העליון של הודו, קבע במסגרת דוקטרינת המבנה הבסיסי של החוקה (Basic Structure Doctrine) כי ניסיונות לפגוע בעצמאות או סמכויות היסוד של הרשות השופטת ייפסלו. דוקטרינת המבנה הבסיסי של החוקה נקבעה לראשונה בשנת 1973 במסגרת פסק הדין **Kesavananda Bharati v. State of Kerala (1973) 4 SCC 225**.

107. הדוקטרינה הציבה גבולות לכוחה של המחוקק לשנות את החוקה וקבעה כי בית המשפט מוסמך לפסול תיקונים לחוקה הפוגעים במבנה הבסיסי של החוקה. במסגרת פסק דין Kesavananda לא נקבעה רשימה סגורה וממצה אילו מצבים יעלו כי פגיעה במבנה הבסיסי של החוקה. נשיא בית המשפט העליון של הודו, השופט S.M. Sikri (עמ' 292 לפסק הדין), תיאר הדוקטרינה כך:

“The basic structure may be said to consist of the following features: (i) supremacy of the Constitution, (ii) Republican and democratic form of government, (iii) Secular character of the Constitution, (iv) Separation of powers between the legislature, the executive and the judiciary, (v) Federal

structure of the Constitution. The above structure is built on the basic foundation, i.e. the dignity and freedom of the individual. This is of supreme importance. This cannot by any form of amendment be destroyed.”

108. שופטים נוספים הוסיפו מאפיינים נוספים והבהירו כי הרשימה איננה ממצה. לפירוט ר'

Appointment of Judges to the Supreme Court of India, (A. Sengupta, R. Sharma), Oxford University Press, 2018, p. 110. ("סנגופטה ושרמה") (להלן –

109. החוקה ההודית תוקנה למעלה מ-100 פעמים. דוקטרינת המבנה הבסיסי הופעלה על ידי בית המשפט כבסיס לפסילת תיקון חוקתי במספר מקרים מצומצם, ר' סקירה אצל סנגופטה ושרמה, עמ' 111.

110. בעניין I.R. Coelho (Dead) By Lrs v. State of Tamil Nadu, קבע בית המשפט העליון של הודו כי דוקטרינת המבנה הבסיסי תביא גם לביטול הוראה בחוקה שתכליתה צמצום סמכות השיפוט של בית המשפט:

“The jurisdiction conferred on this Court by Article 32 is an important and integral part of the basic structure of the Constitution of India and no act of Parliament can abrogate it or take it away except by way of impermissible erosion of fundamental principles of the constitutional scheme are settled propositions of Indian jurisprudence [see Fertilizer Corporation Kamgar Union (Regd.), Sindri & Ors. v. Union of India and Ors. [(1981) 1 SCC 568], State of Rajasthan v. Union of India & Ors. [(1977) 3 SCC 592], M. Krishna Swami v. Union of India & Ors. [(1992) 4 SCC 605], Daryao & Ors. v. The State of U.P. & Ors. [(1962) 1 SCR 574] and L. Chandra Kumar (supra). In S.R. Bommai & Ors. v. Union of India & Ors. [(1994) 3 SCC 1] it was reiterated that the judicial review is a basic feature of the Constitution and that the power of judicial review is a constituent power that cannot be abrogated by judicial process of interpretation. It is a cardinal principle of our Constitution that no one can claim to be the sole judge of the power given under the Constitution and that its actions are within the confines of the powers given by the Constitution. It is the duty of this Court to uphold the constitutional values and enforce constitutional limitations as the ultimate interpreter of the Constitution.”

I.R. Coelho by LR V. State Of Tamil Nadu, AIR 2007 SC 861 (11.1.2007)

111. לנוכח האמור ברור כי על פי דוקטרינת המבנה הבסיסי הנוהגת בהודו – תיקון חוק היסוד היה מוכרז כבטל.

112. גם בית המשפט במלזיה התייחס למשמעות הדוקטרינה ביחס לפגיעה בסמכויות השיפוט של בית המשפט:

“On the other hand, the Federal Court in *Semenyih Jaya* also stated that ‘it is clear to us that the amendment had the effect of undermining the judicial power of the Judiciary’ and that it impinges upon the doctrine of separation of powers and the independence of the judiciary. The Court further stated that the removal of judicial power from the inherent jurisdiction of the judiciary meant that the institution was ‘effectively suborned to Parliament, with the implication that Parliament became sovereign’. It then followed up with a discussion alluding to the basic features doctrine, but never clearly stated that it was adopting the doctrine. The Court then stated that Parliament does not have the power to amend the Federal Constitution to the effect of undermining the doctrine of separation of powers and the independence of the judiciary, which it identified as ‘features’ of the Federal Constitution. The closest the Court got to endorsing the basic structure doctrine is when it stated that judicial power, judicial independence, and the separation of powers are ‘as critical as they are sacrosanct’ in the Malaysian constitutional framework.”

Jaclyn L. NEO, **Contextual Approach to Unconstitutional Constitutional Amendments: Judicial Power and the Basic Structure Doctrine in Malaysia**, *Asian Journal of Comparative Law*, 15 (2020), 69-94.

113. השאלה האם ניתן לחסום ביקורת שיפוטית נבחנה גם בצרפת, בה מערכת משפט מינהלי מפותח ביותר. תיאור מצב הדברים שם הוא כדלקמן¹:

“In the past, there have been debates in France and among foreign commentators about whether the right to challenge an administrative decision could be excluded by the legislator. The current position is neatly summarised by the editors of *Grands Arrêts*:

Under the double influence of the increasing place of international agreements in domestic law and the expansion of constitutional review of laws exercised by the *Conseil constitutionnel*, it seems possible to assert that a legislative provision which sought to remove an administrative

¹ המחקר המשפטי לצורך חלק זה נעשה על ידי ד"ר נטלי דודזון.

decision from all judicial control would clash both with the international norm as well as with the constitutional norm.

That remark is made as a comment to a decision of 1950, Dame Lamotte, in which a Vichy Law of 1943 provided that the decision to award a unilateral concession, a sort of licence, could not be challenged by any administrative or judicial means.⁶¹ All the same, the Conseil d'Etat allowed a challenge by a landowner against a decision to grant a concession over her land to another person for nine years on the ground that it had been uncultivated for two years. It ruled that the law 'had not excluded judicial review before the Conseil d'Etat against the concession decision, a review which is available even without any (specific) provision against any administrative decision and which has the effect of ensuring respect for legality in conformity with the general principles of law'. This 'general principle of law' was converted into a 'principle of constitutional value' by the Conseil constitutionnel in 1994.⁶² The Conseil constitutionnel will strike down not only a total exclusion, but also an effective exclusion. For example, where a law provided that a foreign national held in detention could only challenge an order for his expulsion from France within five days, the Conseil struck down the provision as breaching his right to a legal remedy.⁶³ The principle of a right to recourse to the courts is recognized as a general principle recognised by the constitutional traditions of the Member States of the EU.⁶⁴ It is also recognised by art. 47 of the European Charter of Fundamental Rights and art. 13 of the European Convention on Human Rights."

John Bell, Francois Lichere, **Contemporary French Administrative Law**, Cambridge University Press, 2022, p. 168.

114. בישראל, בית המשפט טרם נדרש למצב דברים מעין זה. נציג עתה את המארג המשפטי הרלוונטי, לשיטתנו.

115. **ראשית**, מעצם מבנה רשויות השלטון בישראל: מחוקקת, מבצעת ושופטת, ועקרון הפרדת הרשויות, נשמע כי קיימים יסודות גרעיניים בכל אחת מרשויות השלטון שלא ניתן לעקרם או להעבירם לידי רשויות אחרות. ר' לעניין עקרון הפרדת הרשויות: פסק דינו של כבוד השופט נ. סולברג בבג"צ 10042/16, **צחי קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (2017) (להלן – **"עניין קוונטינסקי"**).

116. לכן, כבר מטעם זה יש בסיס מוצק וברור לקביעה כי התיקון לחוק היסוד בטל מכוח דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי.

117. **שנית**, מדובר בסתירה מפורשת להוראת סעיף 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה הקובעת, בין היתר, את גדרי סמכותו של בית המשפט העליון:

"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 שנתיקים 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 יזקק 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 שנתיקים או החלטה שניתנה על ידי בית הדין הדתי ללא סמכות.

118. סעיפים קטנים 15(ג) ו(ד)(2) הם הרלוונטיים לעניינו.

119. שני סעיפים אלו הם ביטוי חרות לסמכותו של בית משפט נכבד זה להעמיד לביקורת שיפוטית את מעשי והחלטות רשויות השלטון ואף ליתן סעד "למען הצדק".

120. ניתן לומר כי הסעיפים הללו הם ביטוי חקוק מובהק ומרכזי לתפקידו היסודי של בית המשפט העליון להוות גורם מרסן לכוחן של יתר רשויות השלטון כחלק מן המארג המבני של הדמוקרטיה בישראל ועל בסיס עקרון היסוד של הפרדת הרשויות.

121. ניתן לקבוע כי הסמכות לתת סעד "למען הצדק" היא ביטוי מבוהק לקיומו של עקרון על חוקתי המחייב כי בית המשפט יוכל ליתן סעדים חיוניים לריסון כוחן של שתי רשויות השלטון האחרות. בית משפט זה הכיר בעבר במקרים נדירים בקיומם של עקרונות יסוד על-חוקתיים. ר' ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת הששית, פ"ד יט(3) 365. וכן ר' בג"צ 142/89, תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 554.

122. הכרה בקיומם של עקרונות יסוד על-חוקתיים ובמיוחד "צדק" (Justice) מוכרת אף במקרים של מדינות בהן קיימת חוקה שלמה. בעניין זה נפנה לגרמניה שם קבע בית המשפט החוקתי סמוך מאד לאחר כינון הרפובליקה הפדרלית הגרמנית בשנת 1949 בשני פסקי דין, בהם הסתמך על פסק דין של בית המשפט העליון של מדינת בוואריה:

"On 10 June 1949, the Bavarian Constitutional Court famously declared:

There are constituent principles so basic, so elementary, so very much the expression of a justice which every constitution must presuppose, that they are binding even upon the author of the constitution. Those

constitutional provisions which go against these principles may actually be held invalid.

The Federal Constitutional Court later cited and re-affirmed this paragraph in the famous 1951 *southwest* case. Two years later, in the *Article 117* case, the Federal Constitutional Court acknowledged the possibility of invalid constitutional norms in the extreme case where positive constitutional laws severely transcend the limits of justice. However, these statements were mere *obiter dictum*.”

התיאור לקוח מרוזנאי, עמ' 76.

סמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד

123. נתייחס עתה לשאלה השנייה, לעניין סמכותו של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד.

124. כבוד הנשיאה א. חיות, סקרה את השיקולים הרלוונטיים העיקריים לעניין זה בפסק דינה בעניין **חוק הלאום**. היא סיכמה את עיקר השיקולים התומכים בקביעה לפיה לבית המשפט סמכות לערוך ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד כך :

“34. מנגד, קיימים טעמים התומכים בגישה כי מן המגבלות המהותיות על סמכותה של הרשות המכוננת יש לגזור את סמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי היסוד. ראשית, אחד מתפקידיו המרכזיים של בית המשפט הוא “להגן על חוקי היסוד המצויים בליבת שיטתנו המשפטית” (עניין המרכז האקדמי, בפסקה 3 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן; ראו גם: שופט בחברה דמוקרטית, בעמ' 80; והשוו: עניין שפיר, בפסקה 31 לחוות דעת). 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 (ברק “תיקון של חוקה”, בעמ' 377). שנית, הצורך בביקורת שיפוטית על תוכנו של נורמות חוקתיות מתעורר אולי ביתר שאת בשיטות – כגון השיטה הישראלית – שבהן הליך חקיקתן של נורמות חוקתיות ושינוין אינו כרוך בפרוצדורה נוקשה וייחודית, באופן שמקל על רוב מקרי לשנות מקצה לקצה את הסדר החוקתי הקיים (רוזנאי “שימוש לרעה בחוק יסוד”, בעמ' 1383). בכך שונה השיטה שלנו במידה ניכרת מהשיטה הנוהגת בארצות הברית, שם בית המשפט העליון הסתייג אומנם מקיום ביקורת שיפוטית על תוכנם של תיקונים לחוקה (ראו לדוגמה: (Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939) – אך הליך תיקון החוקה האמריקאית המעוגן בסעיף 5 לחוקה כרוך בדרישות נוקשות ביותר: רוב של שני שלישים בשני בתי הקונגרס ואשרור של שלושה רבעים מביין המדינות. בישראל להבדיל, ניתן לחוקק ולשנות חוקי יסוד בקלות רבה, בהליך שאינו

שונה ככלל מחקיקת חוק רגיל (עניין בר-און, בעמ' 298; עניין שפיר, בפסקה 32 לחוות דעתי). מאפיינים אלה של שיטתנו תומכים בעמדה שהושמעה בפסקה, לפיה אין לשלול מעיקרא את סמכותו של בית המשפט לפסול חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד בנסיבות חריגות וקיצוניות (ראו: עניין המרכז האקדמי, בפסקה ל"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין; בפסקה 3 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'וראן; ובפסקה 15 לחוות דעתו של השופט פוגלמן).

125. אנו סבורים כי טיעונים אלו משכנעים ומספקים לצורך הקביעה כי בית המשפט מוסמך לערוך ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד. נוסף נימוקים נוספים.

126. אנו סבורים כי מקור סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית ולאכוף את שמירת היסוד הדמוקרטי של מדינת ישראל נובע ממספר מקורות.

127. **ראשית-כל**, ההיבט המבני-מוסדי. ניתן לומר כי קיימים גורמים מוסדיים שונים שתפקידם, כולל בין היתר, שמירה על האופי הדמוקרטי של המדינה. גורמים אלו כוללים את כלל מערך אכיפת החוק, שנועדו למנוע, בין היתר מעשי עבירה שיש בהם לסכן את האופי הדמוקרטי של המדינה. להם גם נוספת סמכותו של שירות הבטחון הכללי לפעול ל"שמירת ביטחון המדינה, סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו", כקבוע בסעיף 7 לחוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002.

128. בנוסף להם, קיימים גופים ומוסדות נוספים שנועדו לשם הגנה על הדמוקרטיה כנגד ניסיונות לפגוע בה מתוך מוסדותיה שלה. במקרה כזה עוסקת הוראת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת.

129. ניתן ללמוד מן המארג כי במקרים בהם האיום והסכנה לדמוקרטיה נובעים ממוסדות השלטון עצמם: הרשות המבצעת או המחוקקת, **אין אף מוסד אחר פרט לבית המשפט המסוגל להוות בלם ומחסום מפני היסול הדמוקרטיה**.

130. ביטוי נוסף קשור לסעיפי הסמכות של בית המשפט העליון: סעיפים 15(ג) ו-ד(2) לחוק יסוד: השפיטה. סעיפים אלו מעגנים סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על כלל "רשויות המדינה", ובכללן גם הכנסת בכובעה כרשות מכוונת.

131. הסמכות ליתן סעד "למען הצדק" אף היא משמיעה סמכות יסודית, ונאמר על-חוקתית, בשים לב לניתוח שהבאנו לעיל.

132. יתרה מכך, כאשר אנו בוחנים את מהות והיקף הסמכות לערוך ביקורת על חוקי יסוד שכבר הוכרה בפסיקת בית משפט זה, במסגרת הדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד, קשה להצדיק הגבלת הביקורת אך להיבטים אלו ולא לבחינת התוכן עצמו, במגבלות דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי.

133. לכן, אנו סבורים כי קיימת סמכות לבית משפט נכבד זה לערוך ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד בכלל, ועל התיקון לחוק היסוד במקרה דנן, בפרט.

דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת

134. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת פותחה וגובשה על ידי בית משפט זה במספר פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות.

135. בית המשפט יצק תוכן לדוקטרינה וגיבש לה מבחנים בפסק הדין המכונן בבג"צ 5696/20, **סתיו שפיר נ' הכנסת** (2021) (להלן - "**עניין שפיר**"). כבוד הנשיאה, א. חיות גיבשה שם את המבחן הדו-שלבי, הכולל את שלב הזיהוי ואת מבחן הצידוק:

"36. השלב הראשון במסגרת המבחן הדו-שלבי הוא "שלב הזיהוי", במסגרתו על בית המשפט לבחון אם חוק היסוד או התיקון לו נושאים את המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות. ככל שהחוק אינו נושא מאפיינים אלו, בשלב השני – שיכונה בהמשך הדברים "מבחן הצידוק" – עובר הנטל אל כתפי המשיבים להצביע על צידוק לקביעת הסדר שאינו חוקתי באופיו, במסגרת חוקי היסוד דווקא."

136. לעניין מבחן הזיהוי הוצעו שלושה מבחני עזר בפסק הדין בעניין **שפיר**:

"37. ... מהם אותם סימני היכר חוקתיים המבחינים בין חוק רגיל לנורמה בעלת מעמד על-חוקי, וכיצד ניתן להבחין בין השניים?

דומה כי התשובה מצויה באמת המידה שעליה הצביעה הנשיאה ב"נ"ש בעניין בר-און, ולפיה "יש לבחון את המאטריה אותה מסדיר חוק היסוד" (ש"ס, בעמ' 301). מלאכת הקביעה מהי "מאטריה" חוקתית אינה פשוטה כלל ועיקר, שכן חוקות הן מגוונות מעצם טבען ותוכנן נקבע במידה רבה בזיקה להקשר החברתי שבמסגרתו הן מכוננות (ראו 13, Ruth Gavison, *What Belongs in a Constitution?*, 13 (2002) CONST. POL. ECON. 89, 89-91) (להלן: גביזון)). אך כפי שכבר הודגש – במסגרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, ענייננו אינו בשאלת חוקתיותה של הנורמה מבחינת תוכנה, אלא בשאלה אם סוג הנורמה, מבחינת מאפייניה, עולה בקנה אחד עם עיגונה בחוקה. בהקשר זה ניתן להצביע על מספר מבחני עזר שיוכלו לסייע לבית המשפט בביצוע מלאכתו: הראשון, מבחן היציבות של הנורמה, לפיו תיבחן השאלה אם הנורמה נושאת אופי זמני שתחולתה קצובה מראש בזמן או שמא לפנינו הסדר קבע יציב, הצופה פני עתיד; השני, מבחן הכלליות, לפיו תיבחן השאלה אם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית-כללית או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונאליים (ראו והשוו: עניין המרכז האקדמי, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט הנדל); השלישי, מבחן המארג החוקתי שבו משתלבת הנורמה, לפיו תיבחן השאלה אם הנורמה עולה בקנה אחד עם אופיים של אותם נושאים שהוסדרו בחוקי-יסוד אחרים או בחוק-היסוד שאליו מתווסף התיקון. ברי, עם זאת, כי אין מדובר ברשימה סגורה של שיקולים, וכפי שציינה הנשיאה ביניש בעניין בר-און, יש לבחון כל מקרה לגופו (שם, בעמ' 301; ראו והשוו גם: עניין בנק המזרחי, בעמ' 295).

137. העמדת התיקון לחוק היסוד במבחנים אלו מעלה בבירור כי התיקון איננו עומד במובהק

לא במבחן הכלליות ולא במבחן המארג החוקתי, ונבאר.

138. בחינת התיקון לחוק היסוד במשקפי מבחן הכלליות מעלה בבירור כי מדובר בתיקון שנועד לשרת באופן מובהק ממשלה וקואליציה עכשוויים שרוצים לשחרר את הרשות המבצעת מ"עולה" של הרשות השופטת. יתרה מכך, ברור גם כי התיקון נועד לסלול את דרכו של ח"כ א. דרעי חזרה לשולחן הממשלה. כן עלול התיקון לשמש דרך להביא לפיטורי שומרי סף "סוררים" לגישת הממשלה, ובראשם היועצת המשפטית לממשלה.

139. לכן ברור כי אין מדובר בשינוי בעל אופי כללי ובעל תחולה כללית, מופשטת וההתייחס לקבוצה בלתי מסויימת, כמתחייב מן המבחן כפי שעוצב בעניין **שפיר** :

"40. מבחן עזר נוסף בו ניתן לעשות שימוש הוא מבחן הכלליות. מבחן זה נגזר מעיקרון שלטון החוק ועניינו בכך שנורמה משפטית, בהבדל מנורמות אחרות, צריכה, ככלל, להיות בעלת תחולה כללית, מופשטת ולהתייחס לקבוצה בלתי מסויימת (ביחס לחקיקה ראשית "רגילה" ראו למשל בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בנייה בע"מ נ' מדינת ישראל, [פורסם בבנו] פסקה 35 (2.4.2013)). חשיבותה של דרישת הכלליות ביחס לחוקי היסוד נעוצה באופיים כמשקפים קונצנזוס חברתי רחב בדבר ערכי היסוד ועקרונות השיטה הנוהגים בחברה הישראלית, ומשכך הם "אינם צריכים לשקף את האינטרסים הפרטיקולריים המשתנים של רוב זה ואחר" (המעמד המשפטי של חוקי-יסוד, בעמ' 164; על הקושי בהגדרתו של תיקון לחוק-יסוד אשר נועד לחול על שחקנים מוגדרים כהסדר חוקתי, ראו: YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS 205-206 (2017)). אכן, הסדר הנושא מאפיינים פרסונאליים חוטא לעקרון הכלליות ואינו עולה בקנה אחד עם אופייה ומעמדה של נורמה משפטית, ועל אחת כמה וכמה עם אופייה ומעמדה של נורמה חוקתית. עמד על כך השופט הנדל בעניין המרכז האקדמי בציינו "חוק המנוסח 'באופן שהמחוקק יכול היה לזהות מראש מי האדם או האנשים עליהם החוק יחול' – גם אם אינו נוקב במפורש בשם – חוטא, על פניו, לדרישת הכלליות" (שם, בפסקה 6 לחוות דעתו; ראו גם, מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" חוקים יב 173 (2018)). ודוקו – נורמה פרסונלית יכולה להיות מכוונת הן לאדם ספציפי והן ל-"פרסונה" מוסדית, דוגמת כנסת מסויימת או ממשלה מסויימת (יואב דותן "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים לא 771, 791-794 (התשס"א); איל גבאי "שינוי רטרוספקטיבי בחוק יסוד: הממשלה – חוקתיותו" הפרקליט מד 151, 170-172 (1998))."

140. בעניין זה יפים הדברים שכתב פרופ' ולצר במזכר (נספח "6" לעתירה דנא) :

"No majority, however, not even a large majority, can do whatever it wants; democratic decision-making is constrained by the requirements of democracy itself, by the need for continuing discussion among equal citizens with, again, the same rights and obligations. All majorities are

temporary, and so they must act in accordance with rules designed to make sure that the discussions don't stop. These rules take the form of rights: the right of opposition, the right of assembly, the rights of free speech and a free press, and the right of all the citizens to be free from arbitrary arrest or any unreasonable or unlawful interference in their personal lives, their employment, or their nonviolent political activity. These rights require interpretation and enforcement. In democratic governments, this twofold requirement is met by an independent judiciary.”

141. למסקנה זהה נגיע את נבחן את התיקון לחוק היסוד במשקפי מבחן המארג החוקתי. ברור כי תיקון מעין זה שמביא למעשה לפגיעה בליבת סמכותה של הרשות השופטת, לא צולח את מבחן המארג החוקתי. הדברים נובעים במישרין מן הקביעות של בית משפט נכבד זה לפיהן עצמאות הרשות השופטת היא יסוד חיוני בהיותה של ישראל מדינה דמוקרטית.

142. בנוסף לכל האמור, ובשים לב לקביעה כי המבחנים שהוצגו אינם ממצים, נבקש להציע גם לבחון את השימוש לרעה במובן שהצענו מעלה, קרי קידום וחקיקת שינוי חוקתי מהותי, חלף הבאת חוקה שלמה, קוהרנטית ובהסכמה רחבה. לשיטתנו בנקודת הזמן הזו, הבאת שינויים מעין אלו שהינם בבחינת שינויים מפורי איזון, תוך שימוש ברוב מזדמן וללא הסכמה רחבה – עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

143. בנוסף לכל האמור, אנו סבורים כי בחינת מהלך החקיקה עצמו, על היבטיו החריגים ביותר ובשים לב לעובדה שמדובר בתיקון חוק יסוד, איננו עומד בהתוויות שנקבעו בפסק הדין בעניין קוונטינסקי, ולכן דינו בטלות גם מטעם זה.

144. תיקון לחוק יסוד חייב לעמוד באופן מוקפד בדרישות הליכיות. במקרה זה חברי הכנסת שעסקו בתיקון כלל לא היו מודעים לעומק ורוחב השפעת התיקון, באשר לא הונחה בפניהם תשתית עובדתית חיונית והכרחית לעניין זה.

145. בחינת מכלול הנסיבות והתייחסות לגישה הסמי הליכית כפי שמציע פרופ' א. בר-סימן-טוב מביאות למסקנה כי התיקון לחוק היסוד אינו עומד בדרישות אלו, ור' א. בר-סימן-טוב, ביקורת שיפוטית תוכנית וביקורת שיפוטית הליכית: הילכו שניים יחדיו! לקראת מודל סמי-פרוצדורלי בישראל, ספר דורית ביניש (אוני' בר אילן, נבו, 2018), 299.

146. בעניין זה נבקש גם להפנות לפסיקה בארה"ב בגדרה הוכרה האפשרות העקרונית להעביר ביקורת שיפוטית על [אי] תקינות הליך התיקון לחוקה:

United States v. Sprague, 282 U.S. 716 (1931)

לא נדרש מיצוי הליכים בעתירה מעין זו

147. בעתירה מעין זו ברור שלא נדרש מיצוי הליכים, אין כל תוחלת למיצוי הליכים ואין גם מול מי למצות הליכים. והדברים ברורים גם לאור עמדתה של כבוד הנשיאה בעניין עתירות חוקתיות:

7. הצדק עם העותרים כי ביחס לעתירות חוקתיות "אין מדובר בכלל נוקשה ובעילת סף 'קשוחה'" (מחל, בעמ' 191), ובמקרים שבהם ברור כי אין תוחלת של ממש בפנייה מוקדמת, לא יעמוד בית משפט זה בדווקנות על קיומה. בעתירות שעניינן תוקפו של דבר חקיקה – להבדיל מפרשנותו – לכאורה אין לרשות שיקול דעת שלא לפעול לפי החוק. על כן אין, למעשה, סעד אחר זולת פנייה לבית המשפט (מחל, בעמ' 189; על קשיים נוספים שמעוררת דרישת מיצוי ההליכים בעתירות חוקתיות, ראו: אדם שנער "על חוסר הגיונה של הדרישה למיצוי הליכים בעתירות חוקתיות" ICON-S-IL BLOG (24.8.2021) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2020/08/24>). עם זאת, בהחלט יתכנו מקרים שבהם פנייה מוקדמת לרשות המוסמכת או ליועץ המשפטי לממשלה, יש בה כדי להועיל. כך למשל, כאשר שאלת חוקתיות החוק קשורה באופן הדוק לשאלת פרשנותו (ראו למשל: בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל, בפסקה 39 לפסק דיני (4.4.2021)). יש לבחון, אפוא, בכל מקרה לגופו האם נכון לעמוד על הדרישה למצות ההליכים בעתירות שבהן נתקף דבר חקיקה ראשית, ואין להקפיד בכך הקפדה יתרה, שאינה הכרחית, מקום שדרישה כזו אין בה תועלת (מחל, בעמ' 192).

דנג"ץ 912/21, התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר האוצר (2021) ור' סעיף 76 ואילך לחוות דעתו של כבוד המשנה לנשיאה, א. מלצר בבג"צ 2905/20, התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל וכן אדם שנער, "על חוסר הגיונה של הדרישה למיצוי הליכים בעתירות חוקתיות", ICON-S-IL Blog, (24.8.2020) 1.

148. יחד עם זאת נציין כי בתאריך 3 ביולי 2023 נשלח מכתב מיצוי הליכים שהופנה לראש הממשלה, יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, היועצת המשפטית לממשלה והיועצת המשפטית לכנסת.

149. עד מועד הגשת עתירה זו התקבל מענה אחד בלבד, ואף הוא שלא לגוף העניין, מן היועצת המשפטית לכנסת, ורק ממנה.

העתק מכתב מיצוי ההליכים ומענה היועצת המשפטית לכנסת מצורפים כחלק בלתי נפרד של עתירה זו ומסומנים כנספחים "7"-"8", בהתאמה.

עתירה זו נתמכת בתצהירו של ד"ר אבי עופר, יו"ר ועד עותרת מס' 1 הבקיא בכל העניינים מושא העתירה.

עתירה לצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו ביניים דחוף אשר ישעה לאלתר את תוקפו של התיקון לחוק היסוד, ימנע מכל בית משפט בכל ערכאה ליתן כל החלטה או צו מכוחו של התיקון לחוק היסוד וכן ימנע מן המשיבים (ובכללם כלל שרי הממשלה) לבצע כל מעשה, הוראה או פעולה כלשהיא מכוחו של התיקון לחוק היסוד, ובכלל זאת מניעת כל פעולה לפיטורי שומרי סף או העברתם מתפקידם או כל פגיעה אחרת באופן תפקודם התקין לשמירת ואכיפת שלטון החוק בכל שדרות הרשות המבצעת.

נימוקי הבקשה

150. העותרת ביססה כראוי את טענותיה המפורטות בדבר הפגמים המשפטיים החמורים שדבקו בתיקון לחוק היסוד.

151. החיפזון והבהילות בהן הובאו ואושרו התיקון לחוק היסוד מעידים על כוונה פסולה לנסות להביא לשינוי המארג החוקתי במחטף ובעיקר מעוררים חשש כבד לביצוע פעולות הרסניות מכוחו, כמו למשל פיטורי שומרי סף או ביצוע מינויים פסולים.

152. בנסיבות אלו, יש הכרח ליתן צו ביניים, עד לאחר שהסוגיות העולות מן העתירה יבוררו כראוי וביסודיות.

153. בנסיבות העניין, אי מתן צו כאמור, עלול להביא לסיכול כל אפשרות להחזיר המצב לקדמותו ואף ליצירת כאוס חוקתי.

סוף דבר

לאור כל הנימוקים לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש בפתיח לעתירה זו, לעשות את הצו על תנאי למוחלט ולחייב את המשיבים בהוצאות העתירה, לרבות שכר טרחת עו"ד.

תל אביב, היום 24 יולי, 2023.

| | | |
|-----------------|---------------|-----------------|
| גלעד ברנע, עו"ד | גלעד שר, עו"ד | איתן טוקר, עו"ד |
|-----------------|---------------|-----------------|

ב"כ העותרים