

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

1. התנועה למען איכות השלטון בישראל
באמצעות ב"כ, עו"ד ד"ר אליעד שרגא ואח'
רח' יפו 208, ירושלים 9131303
טל': 02-5000073; פקס': 02-5000076

העותרת בבג"ץ 5658/23

2. טל אורון ו-43 אח'
באמצעות ב"כ, עו"ד חגי קלעי ואח'
רח' מזא"ה 22א, תל אביב – יפו
טל': 03-9070770; פקס': 03-9070771

העותרים בבג"ץ 5659/23

3. המיזם הרב מגזרי למיגור העישון
באמצעות ב"כ, עו"ד אפי מיכאלי
מיכאלי ושות', משרד עורכי דין
רח' הארבעה 28, תל אביב – יפו 6473925
טל': 03-6439911; פקס': 03-6439966

העותרת בבג"ץ 5660/23

4. התנועה הדמוקרטית האזרחית

5. דרכנו – יוצאים לפעולה

באמצעות ב"כ, עו"ד גלעד ברנע ואח'
רח' קומפרט 11/21, תל אביב – יפו 6694926
טלפון: 03-6135135; פקס: 03-6135135; מייל: gilad_b@netvision.net.il
ובאמצעות עו"ד גלעד שר ואח'
גלעד שר, תלחמי ושות', עורכי דין
רח' ברקוביץ' 4, מגדל המוזיאון, תל אביב – יפו 423806
טל': 03-6015000; פקס': 03-6015001; מייל: office@gsher-law.com

העותרות בבג"ץ 5661/23

6. עו"ד יהודה רסלר

7. עו"ד יוסי האזרחי

בעצמם

טל': 03-6959942; פקס': 1533-6959942; מייל: office@hylaw.co.il

העותרים בבג"ץ 5662/23

y.ressler@hylaw.co.il

8. לשכת עורכי הדין בישראל

9. עו"ד עמית בכר, ראש לשכת עורכי הדין בישראל

באמצעות ב"כ, עו"ד נדב ויסמן ואח'

משרד מיתר עורכי דין

דרך אבא הלל סילבר 16, רמת גן 5250608

טל': 03-6103100; פקס': 03-6103111;

העותרים בבג"ץ 5663/23

10. תנועת אומ"ץ – התנועה למען מנהל תקין, צדק חברתי ומשפטי

באמצעות ב"כ, עו"ד יצחק מינא ואח'

רח' הארבעה 28, תל אביב 6473925

טל': 076-5384613; פקס': 076-5100257; דוא"ל: issac@minalaw.co.il

העותרת בבג"ץ 5711/23

11. פלוני ואח'

באמצעות ב"כ, עו"ד עודד סבוראי ואח'

בית גיבור ספורט

דרך מנחם בגין 7, רמת גן

טל': 03-9455551; פקס': 03-9455553; דוא"ל: office@s-h-law.co.il

העותרים בבג"ץ 5769/23

- נ ג ד -

1. הכנסת

2. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת

3. יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת

משכן הכנסת, קריית בן גוריון ירושלים, 9195016

טלפון: 02-6408650; פקס: 02-6496801, דוא"ל: arkaot@knesset.gov.il

4. היועצת המשפטית לממשלה

באמצעות פרקליטות המדינה

רח' צלאח א-דין 29, ירושלים 91010

טל': 073-3925511; פקס': 02-6467001; דוא"ל: H CJ-dep@justice.gov.il

5. ממשלת ישראל

6. ראש ממשלת ישראל

7. שר המשפטים

באמצעות ב"כ עוה"ד אילן בומבך [מ.ר. 15295] ו/או יריב רוני ו/או

מירי בומבך ו/או שמוליק ספיר ו/או שגיא רחמים ו/או שי לוי ו/או

רומן שפירא ו/או צליל וינשטיין ו/או אשר אדרי

ממשרד אילן בומבך ושות', עורכי דין

מרח' ויצמן 2, מגדל אמות השקעות, תל-אביב יפו 64239

טל': 03-6932090; פקס': 03-6932091, דוא"ל: ilan@bombachlaw.co.il

ה מ ש י ב י ם

- ו ב ע נ י ן -

1-38. האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח'

באמצעות ב"כ, עו"ד גיל גן-מור ואח'

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

נחלת בנימין 75, תל אביב 6515417

טל': 03-5608185 ; 052-8882910 ; פקס': 03-5608165 ; דוא"ל: gil@acri.org.il

39. אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה

באמצעות ב"כ, עו"ד אלי בן ארי ואח'

רח' קרליבך 9, תל אביב

טל': 03-5669939 ; פקס': 03-5669940 ;

דוא"ל: bar@adamteva.org.il ; eli@adamteva.org.il

ידידי בית המשפט

כתב תשובה מטעם המשיבים 5-7

ממשלת ישראל, ראש הממשלה ושר המשפטים (להלן, לשם הנוחות, "ממשלת ישראל" או "הממשלה") מתכבדים להגיש את תשובתם לעתירות שבכותרת.

תוכן העניינים

- א. פתח דבר.....6
- ב. מבוא.....8
- ג. רקע.....11
- ד. התשתית לדיון – הנחות המוצא המשטריות.....13
1. עקרון ריבונות העם – העם קובע את גורלו באמצעות נציגיו הקובעים נורמות מחייבות.
2. עקרון שלטון החוק – החוק שולט, ומכוחו פועלים גופי המדינה.
3. מקור הסמכות של השופט ושל בית המשפט – החקיקה או חוקי היסוד, ואין בכוחו לגבור על מקור הסמכות שלו עצמו.
4. מקור הסמכות לביקורת חקיקה לפי הדוקטרינה של בית המשפט הנכבד עצמו – תפיסת חוקי היסוד כחוקה, ותפיסת בית המשפט כמופקד מטעם הריבון לשמירה על החוקה.
5. בית המשפט עצמו חזר והבהיר את הבסיס לכל – הוא עצמו כפוף לחוקי היסוד.
6. ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד – שינוי תפיסות היסוד של יחסי הרשויות בישראל והשמטת הבסיס הדמוקרטי של ריבונות העם (הפיכה משטרית).
7. הערה מתודולוגית על מקומו של המשפט המשווה.
- ה. דחיית התערבות בחקיקת יסוד – "תיקון חוקתי שאינו חוקתי".....21
1. רקע.
2. תיקון חוקתי שאינו חוקתי – דוקטרינה שאינה קיימת במדינות המתוקנות בעולם.
- i. קטגוריה ראשונה – רוב הדמוקרטיות הבולטות שלא אמצו את רעיון הביקורת על חוקי יסוד.
- ii. קטגוריה שנייה – מדינות שבחוקתן יש פסקת נצחיות, הצהירו על אפשרות קיומה של ביקורת אולם מעולם לא נעשה בה כל שימוש.
- iii. קטגוריה שלישית – מדינות שבהן יש חוקה עם פסקת נצחיות, ובתי המשפט פסלו מכוחה תיקוני חוקה.
- iv. קטגוריה רביעית – תיאוריית "המבנה הבסיסי" כבסיס לביקורת תיקוני חוקה.
- v. פרק המשפט המשווה – סיכום.
3. ביקורת מהותית על חוקי יסוד – העדר בסיס תיאורטי או אנליטי.
- ו. דחיית התערבות בחקיקת יסוד מכוח עילות פרוצדורליות.....48
1. רקע.
2. "שימוש לרעה בסמכות המכוננת".
3. התערבות מחמת טענות לפגמים בהליך התיקון.
4. התערבות במסווה של פרשנות – פרשנות "מתקנת" ו"מקיימת".
- ז. הדגמה: תיקון חוק יסוד השפיטה – עילת הסבירות.....55
1. מבוא.
2. תיקון מס' 3 בנוגע לעילת חוסר הסבירות, ומקומו בתוך מארג המשפט המינהלי בישראל.
3. השימוש בעילת "חוסר הסבירות" קודם פסק הדין "דפי זהב" ואחריו.
4. השימוש בעילת הסבירות היה שנוי במחלוקת משפטית ושיפוטית מיום היוולדו.

5. השימוש בעילת הסבירות בישראל יוצא דופן ביחס למקובל בעולם.
6. תיקון מס' 3 – יישום מבחני שפיר לעניין שימוש ברעה בסמכות מכוונת
7. דיאלוג בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת הוא דבר בריא ורצוי
- ח. **התערבות בחקיקת יסוד - חששות להשלכות בין-לאומיות על מעמדה של ישראל.....66**
 1. אין זה מתפקידו או בסמכותו של בית המשפט לשקול שיקולי מדיניות
 2. אין לבית הדין הפלילי הבין-לאומי כל סמכות על חיילי צה"ל
 3. עקרון המשלימות אדיש לפרטי מבנה מערכת המשפט
- ט. **התייחסות פרטנית לטענות שבכתב העמדה של היועצת המשפטית לממשלה.....73**
 1. הטענה לפגיעה אנושה באפשרות ריסון כוח של הרוב.
 2. הטענה לאי-כלליות החקיקה ולמניעים סמויים.
 3. הטענה נגד תיקון חקיקה ללא קביעת הסדר חוקתי כולל בתחום המינהלי.
 4. הטענה כי סעיף 15ג הוא סעיף על-חוקתי.
 - i. כללי.
 - ii. החוק הישראלי ובית המשפט הנכבד קבעו שניתן להגביל סמכות ביקורת שיפוטית.
 - iii. עיון במשפט המשווה שולל לחלוטין את הטענה כי הגבלת היקף הביקורת השיפוטית במשפט המינהלי פוגעת בזכות חוקתית או "על חוקתית" כלשהי.
 - iv. ביטול עילת הסבירות אינו שאלה חוקתית.
 - v. הביקורת על סבירות פעולת הרשות המבצעת במשטר פרלמנטרי היא בידי הפרלמנט וציבור הבוחרים.
5. הטענה בדבר פגיעה בזכות הגישה לערכאות.
6. הטענה בדבר פגם בתחולתו המיידית של החוק.
7. הטענה בדבר פגם בתיקון חוק יסוד ברוב "רגיל" בכנסת
8. טיעון המקרים הקיצוניים

א. פתח דבר

1. עניינו של ההליך דנן הוא גבולות סמכותה של הרשות השופטת ובמיוחד של בית המשפט הנכבד.
2. עמדת ממשלת ישראל היא כי בית המשפט הנכבד מנוע מליתן סעד בדבר תוקפו של חוק יסוד או של תיקון לחוק יסוד כמבוקש בעתירות. עמדתה זו של ממשלת ישראל נשענת על עקרון ריבונות העם; עקרון שלטון החוק; עקרון הפרדת הרשויות; ועל המדרג הנורמטיבי של החקיקה בישראל, שהוכר גם בידי בית המשפט הנכבד עצמו. היא נסמכת גם על כך שאין בקרב מדינות המערב המתקנות ביקורת שיפוטית על תיקוני חוקה ללא הרשאה מפורשת בחוקה עצמה; על כך שביקורת שיפוטית על קודקוד ההכרעה הדמוקרטית איננה "משפט", שהרי אין דין שמכוחו ניתן לפסוק, והיא עלולה להוביל לאנרכיה; על שלילת הנחת העותרים שלפיה בית המשפט הוא שליט כל-יכול הנהנה מעליונות על חוק היסוד שהסמיך אותו; ועל שלילת הנחתם שלעולם הצדק והמוסר המוחלטים יעמדו בצדה של הרשות השופטת לבדה.
3. ממשלת ישראל סבורה שאין בכוחו של בית המשפט הנכבד לשים עצמו עליון על הריבון בישראל ולנכס לעצמו סמכות ביקורת על חוקי היסוד, שהם קודקודה של הפירמידה הנורמטיבית במערכת המשפט הישראלית.
4. ממשלת ישראל סבורה כי הואיל ומדינת ישראל היא **מדינה דמוקרטית**, הסמכות של מוסדות השלטון ומקורה נתונים לריבון, הלא הוא העם – אזרחי ישראל. אזרחי ישראל מיוצגים בכנסת, בדרך שנקבעה בחוק-יסוד ובחוק, ועל כן הסמכות ומקורה הם בכללים שקובעת הכנסת, בחוקי היסוד, ואין מעליהם דבר.
5. ממשלת ישראל סבורה כי הואיל ומדינת ישראל היא **מדינת שלטון-חוק**, אין מוסד ואין איש העומד מעל החוק. ואם החוק, לפי התורה שפיתח בית המשפט הנכבד, כפוף לחוקי-היסוד, הרי שאין מוסד ואין איש העומד מעל לחוקי-היסוד.
6. אלו הם אבני היסוד של המשטר בישראל, כפי שמחייב משטר דמוקרטי וכפי שציין, וחזר וציין, גם בית המשפט הנכבד. אשר על כן, ממשלת ישראל סבורה שהפרתם או שינויים אינם בסמכות בית המשפט הנכבד, הפועל מכוחן של הסמכויות הנרחבות שהעניק לו הריבון בחוק-יסוד ובחקיקה ובגדרן של סמכויות אלו בלבד.
7. עניינו של ההליך דנן הוא שאלת גבולות סמכותה של הרשות השופטת ושל בית המשפט הנכבד. סמכותה של הכנסת לחוקק חוקי יסוד אינה נתונה במחלוקת. על העותרים, במסגרת הליך זה, להרים את הנטל להראות כי **אין גבול לסמכויותיו של בית המשפט הנכבד**, וכי זכות המילה האחרונה נתונה לו לעולם, גם על החלטות הריבון העקרוניות ביותר. הממשלה סבורה כי במדינה דמוקרטית לא תיתכן שלילה כזו של ריבונות העם (להבדיל מסוגיית פסקאות נצחיות שיש בחוקה, עניין נפרד אשר איננו רלוונטי לישראל ושיידון להלן).

8. בהעדר החלטה של הריבון או נציגיו, להעניק סמכות לבית המשפט הנכבד להיות עליון גם על החלטותיו העליונות ביותר של הריבון עצמו, סבורה הממשלה כי אין בכוחו של בית המשפט הנכבד לברוא לו מקור סמכות כזה בעצמו. סמכויותיו של בית המשפט הנכבד, לרבות אלו הקבועות בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, לא ניתנו לו מעצמו אלא מן הריבון, בחוק היסוד. אין בכוחו של בית המשפט הנכבד לדון בתוקפן של נורמות מן המדרג שממנו הוא עצמו יונק את מקור סמכותו, כלומר חוקי היסוד; קל וחומר, בעת שמדובר על חוק יסוד: השפיטה, שהוא-הוא מקור סמכותו; וביתר שאת כשהתיקון דן עניינו בהיקף סמכות השיפוט של בית המשפט הנכבד.

9. גם לגופו של תיקון מספר 3 לחוק יסוד: השפיטה, המגביל את השימוש השיפוטי ב"עילת הסבירות", ממשלת ישראל סבורה כי טענות העותרים ולפיהן דינו בטלות – הן דוגמה נאה לשימוש אבסורדי שעלול להיעשות בדוקטרינות הביקורת שהעותרים מבקשים לקדם. העותרים מפצירים בבית המשפט הנכבד להרחיב את גבולות סמכותו-שלו בניגוד לקביעות הריבון, כביכול כדי למנוע מקרים קיצוניים של חקיקת יסוד המזעזעת את אמות הסיפים ושוללת מישראל את אופייה הדמוקרטי. כאמור, ממשלת ישראל מתנגדת לדוקטרינה זו שהעותרים מבקשים לברוא. אולם ממשלת ישראל תבקש להדגים כיצד ההבטחה לשמירת הדוקטרינה למקרים קיצוניים בלבד מופרת כבר במקרה הראשון שעומד לפתחה. צמצום עילת הסבירות אינו מתקרב לסטנדרט ה"קיצוני" המובטח. כפי שיפורט להלן, עמדת היועצת המשפטית לממשלה תמוהה וחמורה במיוחד.

10. **בשל כל אלה סבורה ממשלת ישראל כי אין מקום לקיומו של דיון בטענות העותרים, ויש לדחותן על הסף. ממשלת ישראל סבורה כי אין די בדחיית העתירה לגופה בעניין התיקון דנו, אלא יש הכרח לדחות עקרונית את הרעיון כי חקיקת יסוד ותיקוני חקיקת יסוד הנם בני-ביקורת שיפוטית. על בית המשפט הנכבד לבטל את הצווים שהוציא, לדחות את העתירות על הסף בשל היותן בלתי-שפיטות ומחוץ לגדרי סמכותו, ולחייב את העותרים בהוצאות המשיבים.**

* * *

11. ממשלת ישראל מוצאת לנכון להעיר בפתח הדברים כי אילוץ היומן של בית המשפט הנכבד הביאו לפגיעה קשה בכלל הגורס כי בעל דין, כל בעל דין (לרבות הממשלה), זכאי ליומו בבית המשפט. אותם אילוץ כפו סד זמנים דחוק ביותר לכתיבת תשובת הממשלה, חסר תקדים בהשוואה לעתירות אחרות הנדונות בפני בית משפט נכבד זה, ובפרט עתירות שעסקו בחוקי יסוד או תיקונייהם. כך בפרט בהתחשב בעומק, כובד והיקף הסוגיות שהעתירות מעלות. זאת, במיוחד לנוכח העובדה שבית המשפט הנכבד בחר באופן חריג לדלג על שלב הדיון המקדמי דווקא בהליך שנוגע ביסודי היסודות של המשפט החוקתי.

12. בנסיבות קשות אלה, אשר ההצדקה לקיומן רחוקה מלהיות ברורה, נאלצה התשובה לקצר לעיתים היכן שניתן וראוי היה להאריך. לפיכך תבקש הממשלה להשלים את טענותיה ככל

שיידרש במועד הדיון אשר נותר על כנו – וכן לאחריו, במועדים נוספים שייקבעו לשמיעת טענות.

13. הטענות שלהלן אינן מתיימרות להיות ממצות. הן מובאות בעיקר על דרך ההדגמה, כדי להראות כיצד בריאת הסמכות השיפוטית הנטענת מעמידה לעותרים-בכוח הזדמנויות לקרוא את בית המשפט לעשות בה שימושים בעייתיים ביותר, שימוש שלא לטובה.

ב. מבוא

14. ביום ו' באב התשפ"ג (24 ביולי 2023) התקבל בקריאה שלישית בכנסת תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה. התיקון הוסיף לסעיף 15 את סעיף קטן 15(ד) לאמר:

"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."

הצעת החוק התפרסמה והונחה על שולחן הכנסת מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביום 5.7.2023.

בין הימים 25.6.2023 ו-19.7.2023 התקיימו הדיונים בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

15. מיד עם קבלת החוק בכנסת הוגשו העתירות דנן, שמונה במספר (ואליהן התווספו עתירות נוספות ומגישי עמדות נוספים שבית המשפט הנכבד דחה בהחלטתו מיום 22.8.23).

16. העתירות מעלות שלל טענות, שמחמת היקפן הנרחב תקצר היריעה מלסקור את כולן ואף להתייחס לכולן, ונוכח לוחות הזמנים הקצרים וחסרי התקדים, שקצב בית המשפט הנכבד לקיום ההליך – תקצר גם העת (ונבקש להשוות ללוחות הזמנים הנדיבים שנקבעו לדיון בבג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל** (12.7.2021), בג"ץ 5969/20 **סתיו שפיר נ' הכנסת** (23.05.2021), ובג"ץ 5555/18 **ח"כ אכרם חסון נ' כנסת ישראל** (8.7.2021), שאף בהם נתקפו תיקונים בחוקי יסוד, אם כי בשאלות עקרוניות פחות).

17. ביום 9.8.2023 יצא מלפני בית המשפט הנכבד צו-על-תנאי, לכאורה על כל הנטען בעתירות, ללא הגבלה או מיקוד, וזאת ללא שהתבקשו תשובות מקדמיות וללא שהתקיים דיון מקדמי בפני בית המשפט הנכבד.

ראשי הטענות, שאליהן יבקשו המשיבים להתייחס, הם אלו:

- תיקון חוק יסוד: השפיטה מהווה תיקון חוקתי בלתי-חוקתי. זאת משום שהוא שולל את האופי הדמוקרטי או היהודי של מדינת ישראל, את עקרונות היסוד שבבסיס המבנה החוקתי שלה, וכיוצא באלו.

- תיקון חוק יסוד: השפיטה מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, משום שהתיקון לא עומד במבחנים שבית המשפט התווה בפסק דין בעניין **שפיר** [בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת**].

- נפלו פגמים פרוצדוראליים בהליך החקיקה, הן לפי סעיף 80 לתקנון הכנסת והן מפאת מהירות החקיקה (כביכול), פגמים באיכות הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, או חוסר ההסכמה הרחבה.
- תיקון חוק יסוד: השפיטה חושף את כוחות הביטחון להליכים משפטיים בינלאומיים, שיקול זה לא נשקל כראוי בעת חקיקת התיקון ועל בית המשפט להגן על כוחות הביטחון מפני החקיקה.

18. כאמור, ממשלת ישראל סבורה כי יש להתמקד ולדון בשאלת הסמכות של בית משפט נכבד זה, שאיננה אלא נגזרת של שאלת הריבונות: **השאלה האם יש לבית המשפט הנכבד סמכות להעביר תחת שבט ביקורתו חקיקת-יסוד או תיקוני חקיקת-יסוד שחוקקה הכנסת, ובפרט האם יש בידי סמכות למנוע מהריבון לתקן את הסעיפים המעניקים סמכות לבית המשפט הנכבד עצמו.**

זו היא שאלת היסוד של שיטת המשטר הישראלית, **האם ריבונות-העל מסורה בסוף כל הסופים בידי של העם**, באמצעות נציגיו ברשויות הנבחרות. 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. זו ככל הנראה השאלה העקרונית ביותר שנדונה בתולדותיו של המשפט הישראלי. ממשלת ישראל סבורה כי תוצאתה צריכה להיות ברורה ואין כלל צורך בדיון. אולם משהחליט בית המשפט הנכבד להתכנס ולדון בה, תתכבד ממשלת ישראל ותציג לפני בית המשפט הנכבד את עיקרי עמדתה.

19. יובהר מראש כי ממשלת ישראל סבורה ששאלת גבולות סמכותו ומקורות סמכותו של בית המשפט, וצדו השני של המטבע – שאלת כפיפותו לריבונות העם ולשלטון החוק – היא השאלה המרכזית בהליך דן. שאלת טיבו ומשמעותו של תיקון חוק יסוד: השפיטה בעניין עילת הסבירות טפלה לה. כתב התשובה דן יתייחס כמובן גם אליה בפירוט הנדרש, אולם זווית ההתייחסות כפופה לשאלה האם הדבר נתון כלל לדיון ולביקורת שיפוטית. הדיון בשאלת התיקון שלפנינו ייעשה אפוא בפרספקטיבה של שאלת קיומה של סמכות הביקורת על חקיקת יסוד.

כלומר, ממשלת ישראל סבורה כי אין די בדחיית העתירה לגופה בעניין התיקון דן, אלא יש הכרח לדחות עקרונית את הרעיון כי חקיקת יסוד ותיקוני חקיקת יסוד הנם בני-ביקורת שיפוטית.

אשר על כן מבקשת בזאת ממשלת ישראל מבית המשפט הנכבד להכריע בשאלה העקרונית לדחייה, ולא להסתפק בדחיית העתירות רק מחמת העובדה שהתיקון דן אינו מן המקרים המצדיקים התערבות, לו היתה נתונה לבית המשפט הסמכות להתערב.

20. זה יהא אפוא סדר טיעוננו (התמציתי מחמת צוק העיתים):

נפתח בהצגת הרקע, ובו נציג את **גבולות הביקורת השיפוטית במשפט הישראלי מבחינה היסטורית**, כתשתית לדיון בשאלת מעמדם של חוקי היסוד כמקור לביקורת החקיקה בישראל.

לאחר מכן יוצגו **הנחות המוצא המשטריות** שממשלת ישראל רואה בהן אבן יסוד לאופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל:

- עקרון ריבונות העם, המחייב שקביעת גורלו של העם תיעשה בידי העם, באמצעות נציגיו המעצבים את הנורמות המחייבות את כלל מוסדות המדינה ואזרחי המדינה;
- עקרון שלטון החוק, המחייב כי השלטון במדינה הדמוקרטית יהא שלטון החוקים ולא שלטון האנשים – לא המושלים, לא המחוקקים ולא השופטים;
- מקור הסמכות של השופט ושל בית המשפט הוא חוק-היסוד ויתר דברי החקיקה, ואשר על כן אין בידי בית המשפט אפשרות להיות עליון על מקור סמכותו;
- ומקור סמכותו של בית המשפט הנכבד לבקר חקיקה, על פי הדוקטרינה שאימץ מאז שנות התשעים ואילך, היא עליונותם של חוקי היסוד שחוקקה הכנסת כאסיפה מכוונת, ותפקידו של בית המשפט לשמש גורם מפקח על עליונותם.

21. מכאן נעבור לדון ברעיון בדבר **פסילה שיפוטית של פרקי חוקה, או תיקוני חוקה, מחמת תכנם**, כלומר, דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי". נטען כי זו דוקטרינה שסותרת תפיסות יסוד של משפט דמוקרטי, ושלא במקרה אין לה אח ורע בדמוקרטיה מתוקנת בעולם. נציג את הפרדוקס הטבוע בדוקטרינה, המחייב מקור כלשהו שמכוחו תיעשה הביקורת, מקור שאיננו בנמצא, ונדון במנגנונים שקיימים במדינות בעולם בהקשר זה.

22. הפרק הבא יעסוק **בעילות הביקורת הפרוצדוראליות** שהעותרים מבקשים מבית המשפט לאמץ – טענת ההליך הלא מספיק, טענת השימוש לרעה בסמכות המכוונת וסוגיית הפרשנות. בעניין זה נדון גם באמרות אגב שניתנו ע"י שופטי בית המשפט הנכבד בעניין זה. טענתה המרכזית של ממשלת ישראל היא כי אין סמכות ליצירת עילות ביקורת מעין אלו יש מאין, גם לא מכוח פסיקה; כי מדובר בדוקטרינות שאין להן גבול ברור; וכי השימוש בהן מועד להיות מסווה לביקורת על החוקה גופה, כפי שמנסים העותרים לעשות בעניין דנן. מעבר לצורך, הממשלה תטען כי המקרה דנן כלל לא מתקרב לגדרי דוקטרינות אלו כפי שעוצבו בפסיקה של בית המשפט הנכבד.

23. לאחר מכן נעבור לדון **בתיקון חוק-יסוד: השפיטה בעניין הסבירות**, וניווכח כיצד טענות העותרים התומכות בביטולו מדגימות עד כמה יש להימנע מאימוץ דוקטרינות אלו. נציג בקצרה את התיקון ואת משמעותו על מארג הכלים שיש בידי הערכאות המנהליות בישראל לביקורת מעשי השלטון. נדון בלגיטימיות שבחקיקה או בחקיקת יסוד המגבילה רשות שלטונית במסגרת דיאלוג בין הרשויות. לגופה של עילת הסבירות נראה כי שאלת השימוש בסבירות כעילת ביקורת, שנויה במחלוקת בין שופטי בית המשפט הנכבד (לצד המחלוקת הציבורית והפוליטית) מיום היוולדה. שופטים ונשיאים בולטים סברו כי אין להשתמש בה כלל, או שיש להשתמש בה באופן מסויג. כן נציג את השימוש בעילה זו במשפט המשווה. תיקון מס' 3 מתון יותר מהצעות רבות שהוצעו להגבלת השימוש בעילת הסבירות, הן

באקדמיה והן בתוככי בית המשפט, בעבר ובהווה. על רקע כל זאת נבהיר כי העתירה להתערבות שיפוטית בחוק יסוד שקבעה הכנסת כדי להגביל ולתחם את השימוש בעילת הסבירות, מדגימה כיצד דוקטרינה זו מועדת לשימוש במקרים שאינם הולמים, ועל כן גם לא ראוי לאמצה.

24. לבסוף נתייחס בקצרה לטענות נוספות של העותרים – בדבר ההשלכות הבינלאומיות של תיקון החוק, וטענות עקרוניות נוספות שהעלתה היועצת המשפטית לממשלה במסמך שהוגש מטעמה.

ג. רקע

25. הצועד בנתיבי העתירות שלפנינו עלול להתרשם כי בשדה בור הוא צועד, כאילו לא נחרש ולא נזרע מעולם. אולם מאז שהחלו בני האדם לתהות על קנקנם של מונחים כמו צדק, חוק, משפט, שלטון וממלכה, עלו ונדונו השאלות הללו, הלכו והתגבשו תורות ותפיסות. עיקרן בכתביהם של ראשוני נביאי ישראל וראשוני הפילוסופים שעסקו בתורת המדינה, וצמרתם בהוגי התיאוריות הפוליטיות של העידן המודרני; ואף בית המשפט הנכבד לא משך ידו מלעסוק בהן.

26. העותרים דגן מבקשים מבית המשפט הנכבד לסטות ממושכלות יסוד שהיו ידועים, ברורים ומוסכמים על כל יושבי על מדין עד לעת האחרונה. ברור וידוע היה לכל כי במערכת משפט השופט כפוף לדין, אשר נקבע בידי גורם שאיננו השופט עצמו, ועליו לציית לו. אין השופט אדון לעצמו ואין הוא אדון לחוק; פעולתו היא במסגרתו של החוק וחוקי היסוד בלבד; כמוהו כיתר גורמי השלטון. לעיתים אף תקצר ידו מהושיע, אם מצוותו של החוק ברורה. אין בעמדתו הערכית או הפוליטית כדי לגבור על דין ברור או כדי להסתגל אל בין מילותיו. יוצר החוקים הוא המחוקק. עליו לשאוף שחוקיו יהיו חוקי צדק. אך דמוקרטיה מודרנית אינן מסתפקות במתן אמון במחוקק. רבות מהן יוצרות מנגנונים המאזנים ובולמים את כוחו של השלטון, לרבות כוחו של המחוקק, כדי למנוע גלישה להפעלת הכוח השלטוני באופן פוגעני ובלתי מוצדק. בתי המשפט מבקרים את פעולותיהן של הרשות המבצעת והמחוקקת. אולם בתי המשפט עושים זאת, בתורם, רק בהתאם לגבולות הסמכות שיש בידיהם, סמכות שמקורה אף היא במצוותו של הריבון באמצעות נבחריו.

27. מגוון כלים יש בידי השופט כדי להקהות את חודן של סתירות בין חוק לצדק. לעיתים בידיו להפעיל פרשנות כדי להשכין את הצדק והחוק יחדיו. לעיתים יכול הוא לפעול בפרשנות, כדי להשיג פשרה בלי לכפות את הדין הר כגיגית. לעיתים נתון לו מרחב של שיקול דעת ליטול חלק בעיצוב הדין שאינו מפורט כל צרכו, ואף לעצב הסדרים כשותפו הזוטר של המחוקק. כל הטכניקות הללו אפשריות, אך היכן שישנו חוק חקוק – כולן מוגבלות לגדריו. יפים לעניין זה דברים שכתבה כב' השופטת פרוקצ'יה, בהקשר של גבולות הפרשנות:

ערכים כלליים של השיטה, ובכלל זה עקרונות חוקתיים הנובעים מחוקי יסוד ומהלכה הפסוקה, עשויים להשתלב בפרשנות התכליתית של הנורמה החקיקתית ובלבד שזו מצויה במתחם המסגרת הלשונית הקיימת, ואינה חורגת ממנה.

הפרשנות התכליתית איננה סוס פרא הדוהר למרחבים בלא רסן. היא דומה יותר

לסוס מאולף, הנע בתלם חרוש, שאת תחומיו וגבולותיו מגדירים הלשון והנוסח.¹

דבריה יפים גם ליתר פעולות שנוקט שופט בבואו לקרב את החוק אל הצדק הנראה בעיניו: יש גבול למרחב הפעולה הנתון לשופט.

28. **שלטון החוק** הוא מן המהפכות שהביאה היהדות לעולם. "שום תשים עליך מלך", הורה משה רבנו לבני-ישראל ערב כניסתם לארץ, לכו והיו ככל הגויים הממליכים מלכים. אולם מלככם שלכם איננו כל-יכול. גבולות פעולתו הם גבולות החוק, גבולות הטקסט הכתוב:

"וְהָיָה כְּשִׁבְתוֹ עַל כִּסֵּא מַמְלַכְתּוֹ וְכָתַב לוֹ אֶת מִשְׁנֵה הַתּוֹרָה הַזֹּאת עַל סֵפֶר מְלִפְנֵי הַכֹּהֲנִים הַלְוִיִּם:

וְהִיְתָה עִמּוֹ וְקָרָא בּוֹ כָּל יְמֵי חַיָּיו לְמַעַן יִלְמַד לִירְאָה אֶת ה' אֱלֹהָיו לְשָׁמֵר אֶת כָּל דְּבָרֵי הַתּוֹרָה הַזֹּאת וְאֶת הַחֻקִּים הָאֵלֶּה לַעֲשׂוֹתם:

לְבַלְתִּי רוּם לָבֹב מֵאֲחִיו וּלְבַלְתִּי סוּר מִן הַמִּצְוָה יְמִין וּשְׂמֹאל לְמַעַן יֶאֱרִיד יְמִים עַל מַמְלַכְתּוֹ הוּא וּבָנָיו בְּקֶרֶב יִשְׂרָאֵל" (דברים יז יח-כ).

לראשונה בהיסטוריה האנושית נקבע כי המלך איננו שותף של האל. בקרב אחיו הוא יושב, ולבבו בל ירום מהם. עליו לכתוב לו את ספר התורה ולצאת ולבוא כשספר התורה בחיקו, למען לא ישכח כי תחת החוק הוא פועל ומכוחו. אין הוא עליון על החוק: הוא משרתו של החוק. ואם יחשוב כי עליון הוא על החוק, ממלכתו לא תאריך ימים. את רעיון המונרכיה החוקתית העניקה היהדות לעולם.

29. בימים ההם המלך היה מלך-שופט. הפרדת הרשויות טרם היתה כפי זו המדוברת במאתיים השנים האחרונות. אולם רעיון הכפיפות לחוק חל גם על מלך שהוא שופט. מלכי בית דוד שנודעו בין היתר גם בשל תפקידם כשופטים, מימשו את מודל המלוכה המקראי שבו המלך-השופט כפוף לחוק.

"כאשר משה מתאר את המלך העתידי של עם ישראל, הוא אינו מתאר מלך שקובע את החוק, אלא מלך שכפוף לחוק... בעיצוב דמותו של המלך כמי שנכנע לחוקי התורה מחולל משה עוד מהפכה. בעולם הקדום המלך לא נתפס אף פעם כמי שמציית, אלא רק כמי שמצייתים לו" (מיכה גודמן, הנאום האחרון של משה, עמודים 29, 67).

30. כאז כן עתה, עקרון שלטון החוק הוא עמוד התווך של מערכת המשפט והמשפט הציבורי. גם בקרב שופטי בית המשפט הנכבד, לא היה מעולם מי שהעלה בדעתו להכריז כי בסופו של דבר, אם תימצא סתירה בין הדין הראוי (לפי תפיסת עולמו ואמונתו של השופט) לבין הדין המצוי, דעתו של השופט תגבר.

לא מדובר בתפיסה בת-חלוף. גם בקרב חברי ההרכב הנכבד היו מי שהדגישו אך לאחרונה את הפער בין הדין המצוי לרצוי, ולכן קראו למחוקק לשנות את החוק, בהדגישם כי אין ביכולתם לפעול בניגוד לחוק. ראו לדוגמה בפסיקתם של כב' השופטים עמית, ברק-ארז וברון במענה לעתירה שבה התבקשו לקבוע כי קיימת חובת מינוי נציג אופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים:

¹ עע"מ 2190/06 מדינת ישראל נ' Bueno Gemma (נבו 13.5.2008).

"לא בכדי הפנינו ... קריאה למחוקק לעגן את הפרקטיקה החיובית שהחלה להתפתח בכנסות ה-13-17, באשר זה המצב הנורמטיבי הראוי והרצוי. "בְּעֵתָהּ אֶחֱיֶשְׁנָה" (ישעיה ס, כ"ב), ונקווה שהכנסת תעגן במהרה בימינו את זכותה של האופוזיציה לבחור את אחד משני הנציגים לוועדה לבחירת שופטים, תוך התחשבות במצבים ייחודיים הקשורים לגודל הקואליציה והרכבה" (בג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (20.8.2020)).

ודברים דומים, על קוצר-ידו-לעיתים של המשפט והשופט, כתבה גם כב' הנשיאה חיות: "דומה כי אין מי שבמהלך שנות כהונתו כשופט לא התמודד עם מקרה קשה אשר בו למרות האהדה הרבה שעוררו אצלו טיעוני בעל הדין, לא נמצא לו נתיב בדין אשר יאפשר את מתן הסעד שנתבקש [...]. קוצר ידו של המשפט המתגלה במקרים כגון אלה, יש בו לעיתים כדי למלא את השופט היושב בדין תחושת תסכול. אך עלינו לזכור כי קוצר ידו של המשפט הוא גם קוצר ידו של השופט וכי פריצת גדרי החוק והכללים המשפטיים שעליהם אנו אמונים יש לה מחיר" (בג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה (עמ' 841 [2012])).

31. ואכן, כפי שנראה להלן בפירוט, לא נמצא גם במדינות העולם המתוקנות האחרות מערכת שפיטה העליונה על מקור הסמכות העליון בפירמידה הנורמטיבית – חוקה על פי רוב או פרלמנט בהעדר חוקה. הדוגמאות שמבקשים העותרים להביא אינן מן העניין: ברוב המדינות הדבר כלל אינו עולה על הדעת. באחדות, שבהן יש בחוקה פסקת נצחיות (הקובעת לגבי סעיפים מסוימים כי לא ישונו לנצח), סמכותו של בית המשפט שאובה מן הנצחיות הזו; ובכמה אחרות, מדינות מתפתחות בדרך כלל, זיהה בית המשפט "מבנה בסיסי" לחוקה שנחקה, אשר איננה מאפשרת לסטות ממנו. גם היוצאים מן הכלל האלה אינם יכולים ללמד דבר על ישראל, מדינה שאין בה חוקה שלמה וממילא גם לא "מבנה בסיסי"; נדון בכך ביתר פירוט להלן.

ד. התשתית לדיון – הנחות המוצא המשטריות

ד.1. עקרון ריבונות העם – העם קובע את גורלו באמצעות נציגיו הקובעים נורמות מחייבות

32. הנחה ראשונה כתשתית לכל דיון חוקתי הוא הטיעון הדמוקרטי היסודי ולפיו העם קובע את גורלו. בדמוקרטיה ייצוגית הדבר נעשה באמצעות נבחרים העם, הנבחרים בבחירות שוויוניות וחופשיות. השאלה בידי מי נתונה הסמכות העליונה להכריע בשאלות של קביעת גורלו של העם היא שאלת המפתח. היא איננה נמדדת בשאלה "כמה פעמים נעשה שימוש בסמכות העליונה" אלא בעצם קיומה ובידי מי נתונה. מי שבידו הסמכות העליונה מְמַשֵּׁטֵר אליו את הכפופים לו, בלי תלות במספר הפעמים שבה יפעיל את סמכותו למעשה. נטילת הסמכות לקבוע את גורלו של העם, במובן היסודי ביותר, מידי נציגיו הנבחרים – משמעה ביטול הדמוקרטיה, גם אם תופקד הסמכות בידי גורם נאור, וגם אם אותו גורם סבור שפעולתו משקפת את מה שהעם רוצה "באמת".

33. במסגרת הפרדת הרשויות כפי שנהוגה בדמוקרטיה המוכרות לנו, **תפקידו של הפרלמנט הוא לקבוע את הכללים, הלא המה החוקים. בדמוקרטיה חוקתית – נציגי העם קובעים את החוקה, או לכל הפחות מאשרים אותה.** הפקדת הסמכות לקבוע את החוקה ואת תיקונה בידי גורם שאיננו ייצוגי משמעותה פגיעה בעקרון העליון של ריבונות העם. אשר על כן, הפקדת הסמכות לפסול תיקונים לחוקי היסוד בידי גורם שאינו ייצוגי ממוטטת את היסודות והתשתית של המשטר הדמוקרטי. היא יוצרת גורם שלטוני נעדר לגיטימציה דמוקרטית, שאין עליו כל בלם או איזון חיצוני להגבלת פעולתו.

2.ד. עקרון שלטון החוק – החוק שולט, ומכוחו פועלים גופי המדינה

34. הנחה שנייה כתשתית לדין היא כי **החוק הוא אשר שולט במדינה ומחייב את הכל** (במונח 'חוק' הכוונה היא לפירמידה הנורמטיבית ולהיררכיה שבתוכה). החוק אשר שולט הוא זה אשר התקבל כתוצר של ההליך הדמוקרטי, אשר מעניק לגיטימציה לנציגי הריבון לצקת את דבר הריבון אל תוך כללים הכתובים עלי טקסט מוגדר ומחייב. זהו החוק (או החוקה), ובמדינה דמוקרטית החוק שולט: לא שלטון המלך, לא שלטון מוסדות, לא שלטון אנשים – שלטון החוק; וכל יתר המוסדות פועלים מכוחו ובגדרו. שלטונו של החוק בא לידי ביטוי הן בקביעת הכללים המחייבים את הכל – אנשים ומוסדות שלטוניים – והן בקביעת הפרוצדורה לקיומו של המנגנון עצמו על כל אבריו. **קביעת הפרוצדורה כוללת גם את קביעת הסמכויות הנתונות לכל גוף, לכל מוסד ולכל רשות בתוך רשויות השלטון, ואת גבולותיהן של הסמכויות הללו.**

35. שלטון החוק משמעו שהחוק עליון, ואין מעל קודקודה של הפירמידה הנורמטיבית משפט-טבעי, עקרונות-מוסר או תחושות-צדק. הללו מקומם יכירם לעיתים בפרשנות החוק וביישומו (עניין שלא נרחיב בו כאן), אך לא בקביעת החוקים עצמם, אם לא נקלטו אל תוך המשפט בהליך הפורמלי באמצעות נציגי העם הנבחרים. זאת, בין היתר, מחמת היותם סובייקטיביים ומשתנים מעת-לעת ומנסיבה לרעותה. השלטתם של עקרונות שאינם כתובים ומוכרים על החוק – משמעותה סתירת כל היסודות שמערכת שלטון ומשפט מושתתים עליהם: אחידות, צפיות, שוויוניות; יסודות שבלעדיהם צפויה אנרכיה. המנגנון הדמוקרטי מאפשר לקיים מערכת מדינתית ושלטונית של כלל האזרחים על עמדותיהם הערכיות השונות, באמצעות מנגנון מוסכם הממיר את העמדות והערכים הללו לנורמות מחייבות. שלילת ההכרה בכפיפות העמדות והערכים למנגנון הדמוקרטי אשר משמש את הריבון לעצב את חוקיו לאור ערכיו, היא שלילת הדמוקרטיה. מדינה המצויה בתוך חשש למשבר חוקתי חייבת להיזהר מכך שבעתים – שלטון החוק משמעותו כללי משחק ברורים להכרעה במצבי מחלוקת ערכית, שבלעדיהם איש הישר בעיניו יעשה, חלילה.

”לפיכך, תהא מה שתהא צורתה של הקהילה, הנה חייב הכוח השליט למשול על פי חוקים מוצהרים ומקובלים, ולא על פי צווים חדשים לבקרים והחלטות בלתי קבועות. כי במקרה כזה יהיו בני אדם נתונים בתנאים הרבה יותר גרועים מבמצב הטבעי, רצוני לומר, אם ידינו איש אחד או אנשים אחדים בכוחו המשותף של ההמון, כוח שיכריחם להישמע בכל עת לגזרות הנפרזות והחסרות כל גבול שיגזרו מחשבותיהם הפתאומיות

של הללו או רצונותיהם הבלתי-נבלמים והבלתי-נודעים עד עצם הרגע ההוא, בלי לקבוע תחילה כללים שידריכו ויצדיקו את מעשיהם".

ג'ון לוק, המסכת השנייה על הממשל המדיני.

3.ד. מקור הסמכות של השופט ושל בית המשפט – החקיקה או חוקי היסוד, ואין בכוחו לגבור על מקור הסמכות שלו עצמו

36. כפי שעוד יפורט בהרחבה, את סמכותו לבקר חקיקה רגילה של הכנסת תלה בית המשפט הנכבד בחוקי היסוד, שראה בהם משום חוקה. אולם מקור המסמך את בית המשפט לבקר את חוקי היסוד – אין. בית המשפט אינו יכול לייצר בעצמו את סמכותו. אשר על כן גם אמרות-עבר של בית המשפט הנכבד, בין אם כקביעה שיפוטית ובין אם כאמרת אגב, כי יש בידו סמכות כזו, אינן יכולות ליצור סמכות זו, יש מאין.

37. זו תוצאה מחויבת הגיון, והיא נובעת גם מנוסחם של חוקי היסוד. סמכותו של בית המשפט הנכבד ליתן צווים נגד רשויות שלטון קבועה בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה. בנוסף אליו, סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה מעניק מעמד לקביעותיו של בית המשפט כמחייבות כלפי ערכאות נמוכות יותר. חוק היסוד הוא זה אשר נותן את הסמכות, כלומר הריבון באמצעות נציגיו העניק סמכות. ממילא, ריבון זה (באמצעות נציגיו ברשויות הנבחרות) הוא גם אשר יכול לשנותה. העמדת סמכותו של בית המשפט מעל מקור סמכותו שלו, ועוד בהליך דן העוסק בחוק-יסוד המגדיר את גבולות סמכותה של הרשות השופטת – יוצרת אבסורד הסותר את עקרונות שלטון החוק, הפרדת הרשויות וריבונות העם.

4.ד. מקור הסמכות לביקורת חקיקה לפי הדוקטרינה של בית המשפט הנכבד עצמו –

תפיסת חוקי היסוד כחוקה, ותפיסת בית המשפט כמופקד מטעם הריבון לשמירה על החוקה

38. כידוע, עד אמצע שנות ה-90 היה בית המשפט הנכבד נחרץ בדעתו כי בשיטת המשפט הישראלית ריבונות הפרלמנט היא עקרון שאין עליו עוררין. אולם כשאימץ בית המשפט העליון לעצמו סמכות לבקר את חקיקת הכנסת, לאחר שנחקקו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, הוא השתית אותה על הטענה שהוסמך לכך על-ידי הריבון אשר אוחז בסמכות לכוון חוקי-יסוד בעלי מעמד נורמטיבי עליון על חקיקה רגילה. בית המשפט הנכבד זיהה בחוקי היסוד הללו מעין-חוקה, וקבע כי סעיפי ההגבלה שבחוקי היסוד מסמיכים אותו – את בית המשפט – לוודא שהפרלמנט בחקיקתו איננו חורג מן הגבולות שהפרלמנט כרשות מכוונת קבע במסגרת החוקה. בהתבסס על "תיאוריית שני הכובעים" שבהם מחזיקה הכנסת, כרשות מחוקקת וכרשות מכוונת, הורחב מעמדם הנורמטיבי העליון של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם אל כלל חוקי היסוד, כלומר כלל החוקים המוכתרים כ"חוק יסוד" החלו להיחשב כבעלי מעמד חוקתי, גם אלו הנעדרים שריון או פסקת הגבלה (ראו ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) (2003)).

39. זו אפוא התזה שהציג כב' הנשיא (בדימוס) אהרן ברק בתחילה (ראו ע"א 6821/93 **בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995), והיא אשר אומצה בהמשך כבסיס התיאורטי והמעשי לביקורת שיפוטית על חקיקה בישראל:

בית המשפט הוא שומר החוקה מטעם הריבון. נבחרי העם, בחובשם את כובע הרשות המכוננת, העניקו מעמד של חוקה לחוקי היסוד. את הסמכות לעשות כן הם שואבים ישירות מן העם, הריבון. כדי לקיים את דבר הריבון יש לוודא שדברי חקיקה לא יסתרו את החוקה. בדרך זו העניק הריבון לגיטימציה לבית המשפט לבקר עבורו ובשליחותו את מעשי החקיקה הרגילים (עניין **בנק המזרחי**, עמוד 356 ועמוד 391).

תפקידו של בית המשפט בביקורת החוקתית, אליבא דפסיקת בית המשפט, הוא לשמש גוף המפקח ומבקר מטעם העם, הריבון, את נציגיו ברשות המחוקקת, כדי לוודא שהללו האחרונים אינם חורגים מן הגבולות שקבע להם הריבון באמצעות נציגותו הנבחרת בחוקה (עניין **בנק המזרחי**, עמ' 420; ראו גם בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, 387 (1997)).

40. כלומר, הבסיס התיאורטי לביקורת החקיקה בישראל נשען על הרעיון הדמוקרטי שבלעדיו אין – הסמכת הריבון. בית המשפט הקפיד בכל עת לתלות את המהלך – הפיכת ישראל לדמוקרטיה חוקתית שבה בית משפט מוסמך לפסול חקיקתה של הכנסת – בפועלה של הרשות המכוננת, היא הכנסת, המייצגת בהחלטותיה את בחירותיו של הריבון. קשירת הקצוות יחדיו אל רצונו של הריבון מותירה את המערכת השלטונית שלנו כפופה לרצונו של העם ובכך מבססת את הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית על עקרונות דמוקרטיים אלמנטריים.

41. בסיס עיוני זה לביקורת החקיקה איננו פרי המצאה של בית המשפט העליון בישראל. הוא מהדהד בעיקר את העקרונות שעליהם ביססה המסורת החוקתית האמריקאית את מקור הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה, כפי שנעשה במדינות נוספות שאימצו את המודל של דמוקרטיה חוקתית; והדברים ידועים (ראו דברי השופט ברק בעניין **בנק המזרחי**, עמוד 420; המילטון, מדיסון וג'יי **הפדרליסט** (הוצאת שלם, התשס"ב, תרגום אהרן אמיר), מס' 78 (עמודים 389-390)).

5.ד. בית המשפט עצמו חזר והבהיר את הבסיס לכל – הוא עצמו כפוף לחוקי היסוד

42. בית המשפט העליון חזר והבהיר את עובדת כפיפותו לחוקי היסוד, שכן כפיפות זו הכרחית לתיאוריה שבנה בית המשפט הנכבד לסמכותו לבקר חקיקה רגילה. היא נשנתה והודגשה הן בפסקי הדין והן בכתובה האקדמית חזור והדגש, והכל כדי לשכנע שישנה לגיטימציה דמוקרטית לביקורת חקיקה, באשר היא נובעת מן הריבון:

"כאשר בית-המשפט מבטל חוק של הכנסת בהיותו נוגד לחוק-יסוד, הוא אינו שולל מן הריבון את סמכותו הדמוקרטית; הריבון הוא העם; בית-המשפט נותן ביטוי לדברו של הריבון (העם) באמצעות נציגיו בכנסת כפי שמצא ביטוי בחוק-יסוד.

**ואם פסק-דינו של בית-המשפט, המפרש חוק-יסוד, אינו נראה לכנסת, הרשות
בידה לשנות את חוק היסוד ולכונן הסדר חוקתי שונה".²**

43. בית המשפט הנכבד חזר והדגיש עקרון זה לאחרונה, במקרים קודמים שבהם התבקש על ידי עותרים להתערב בתוכנם של חוקי יסוד. בית המשפט דחה ניסיון זה, בין היתר בהסתמך על אותו עקרון דמוקרטי של ריבונות העם ועליונותו בקודקודה של הפירמידה הנורמטיבית: **"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".³**

ובדומה לכך –

"אם נשיג את גבולה של הרשות המכוננת, ונקיים – ללא הסמכה מפורשת – ביקורת שיפוטית על החלטותיה, הדבר עשוי להתפרש כשימוש שלא לטובה בסמכות הביקורת השיפוטית, אשר כל קיומה, בהסמכה המשתמעת שהעניק לנו המכונן-המחוקק בגדרי חוקי-היסוד".⁴

44. יש להזכיר כי עד להכרזת בית המשפט על המהפכה החוקתית, הוגבלה ביקורת חקיקה לביקורת מכוחם של חוקי יסוד בעלי שריון פורמאלי בלבד, כלומר סעיף בתוך חוק היסוד הקובע לו שריון ברוב מיוחד. הדבר בא לידי מימוש במקרים ספורים, כגון בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969).

לבד מכך, האפשרות לקיומה של ביקורת חקיקה (רגילה) שלא מכוח חוקה אלא מכוח "עקרונות יסוד" או רעיונות מעין אלו הועלתה כהרהור בלבד, באמרת אגב בבג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990) (עמוד 551 ואילך), תוך שנקבע כי למרות שבמישור העקרוני-תורתי תתכן אפשרות של פסילת חקיקה מכוח עקרונות יסוד, הרי שיש לקבוע שאפשרות זו אינה שפיטה. כבי' השופט ברק ציין כי **"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".** כך ביחס לחקיקה רגילה וכך מקל וחומר בקשר לחקיקת יסוד.

לאחר חקיקת חוקי היסוד נדחתה אפשרות היפותטית זו (באמרות אגב בלבד) למצבים אפוקליפטיים מובהקים, שכן על רקע קיומם של חוקי היסוד היא בלתי מתקבלת על הדעת אלא במקרים אשר בהם "השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (11.5.2006)) או "במקרים חריגים ביותר ובחוק המזעזע את אמות הסיפים של המבנה החוקתי והדמוקרטי כולו ומאיים למוטט אותו" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, עמוד 105 (19.11.2009)). בית המשפט היה ער אפוא לסיכון הטמון

² אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ומעמד הכנסת" הפרקליט מז(א) 5, 6 (התשס"ד-התשס"ה).

³ בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021), פסקה 32 לחוות דעתה של כבי' הנשיאה א' חיות.

⁴ בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021), פסקה 28 לחוות דעתו של כבי' השופט נ' סולברג.

בנטילת הסמכות לפסול חקיקה ללא מקור סמכות בחוקה כתובה וללא תשתית שמקורה בהוראת הריבון, כמתחייב מן הרעיון הדמוקרטי. הממשלה סבורה כי אפילו לאחר דחיקתן אל השוליים של מקרי קצה אפוקליפטיים – אין כל תשתית תיאורטית שיכולה להכיל או להצדיק גם את אמרות האגב הללו (גם ביחס לפסילת חקיקה רגילה). השאלה איננה האם אנו מבקשים למנוע את זעזוע אמות הספים (משאלה המוסכמת כמובן על הכל), אלא **מי היא הרשות שאותה הסמיך העם לקבוע מה הן אמות הספים ומה מזעזע אותן**. לפיכך, אמרות אגב אלו סותרות מושכלות יסוד דמוקרטיות, ובאופן מעשי עלולות לאיים על שלטון החוק, הפרדת הרשויות וריבונות העם.

6.ד. ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד – שינוי תפיסות היסוד של יחסי הרשויות בישראל והשמטת הבסיס הדמוקרטי של ריבונות העם (הפיכה משטרית)

45. כאמור, על פי התיאוריה שפותחה על ידי בית משפט נכבד זה בפסק דין בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שיתופי, את חוקי היסוד מכוננת הכנסת בכובעה כאסיפה מכוננת. הטענה הנוכחית, שבתי המשפט בישראל מוסמכים לפסול גם את חוקי היסוד, מאיימת על הקביעות שבפסק דין זה ומבקשות לאיין אותו.

46. הנימוק המרכזי למסקנה כי לכנסת נתונה סמכות של אסיפה מכוננת הסתמך, כידוע, על "החלטת הררי", שזו לשונה:

"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."

דא עקא, נימוק זה סובל מחולשות ידועות, שפורטו גם בספרות.⁵ אכן, צריכה הייתה להיכתב חוקה למדינה, ולצורך זה נבחרה אסיפה מכוננת. ברם, בחודש פברואר 1949 קיבלה האסיפה ברוב קואליציוני רגיל של 50 תומכים מול 38 מתנגדים "חוק מעבר", המתיר לה לשלוט בעצמה כבית מחוקקים חלף מילוי התפקיד שלשמו נבחרה. החלטת הררי, שהתקבלה ביוני 1950 על ידי גוף שנבחר במקור על ידי העם למטרות אחרות ואמור היה להתפזר בשלב זה אלמלא "חוק המעבר", התקבלה בקריאה יחידה במליאה, ולא כחוק או כמסמך חוקתי. כך או כך, ההחלטה קבעה, כנובע מלשונה, שחוקי יסוד יאוגדו לחוקה לעתיד לבוא, ולא שכל אחד מהם ישמש בנפרד מסמך על-חוקי מיום כתיבתו. לשון ההחלטה אינה מלמדת על כוונה להקים אסיפה מכוננת מתמדת, שתתקיים עוד עשרות שנים לאחר מועד פיזור האסיפה החוקית שנבחרה לצורך הזה, ואשר תקבל ברוב רגיל חוקה, תיקונים לחוקה וחוקים רגילים גם יחד. הכנסת מעולם לא קיבלה החלטה שלפיה מפעל יצירת החוקה הושלם, ורבים מחברי הכנסת שהשתתפו בהצבעה על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו התבטאו במסגרת הליכי החקיקה שלו כי הוא יהווה פרק בחוקה העתידית, אך איננו בעל תוקף חוקתי לאלתר.⁶

⁵ ראו למשל בפרק השני בספרו של המלומד מני מאוטנר, **הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו** (ההוצאה לאור של אוניברסיטת תל אביב, 2019).

⁶ ראו אצל מאוטנר, שם.

47. על רקע זה, חשוב לעמוד על המתח שבין פסק הדין בעניין בנק המזרחי ובין הטענה הנוכחית. לא ניתן להלום שבשלב הראשון יאמר בית משפט: "אני אנוס לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה משום שהכנסת, בהשתמשה בסמכותה כאסיפה מכוננת, יצרה מידרג נורמטיבי וכפרשן שומה עלי להצהיר על בטלות נורמה מרובד נמוך הסותרת נורמה בכירה ממנה", ואילו לאחר מכן יוסיף ויאמר: "ובמחשבה שנייה, גם את הנורמה הבכירה ביותר אני מעביר תחת שבט הביקורת".

48. ההרחבה המוצעת כעת של "החלטת הררי", בסיס רעוע בפני עצמו לחוקה המאפשרת ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, מציבה על גב כרעי התרנגולת הדקיקים לול תרנגולות שלם. היות שהביקורת השיפוטית איננה נסמכת על הסמכה מפורשת, אלא על עצם קיומו של מידרג נורמטיבי בצירוף עם הגדרת משימתו של השופט כפרשן, ממילא ניתנה הסמכות לפסול חוקים לכל ממלא תפקיד שיפוטי, מגדול ועד קטון (וראה, למשל, החלטת בית משפט השלום בתל אביב בת"פ (ת"א) 4696/01 מ"י נ' הנדלמן (14.4.2003)). והנה, כעת מוצע לכאורה גם שכל שופט, דיין או רשם יוכל לקבוע שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, דרך משל, הוא בטל משום שהוא מנוגד לעקרונות יסוד של השיטה המשפטית, המעוגנים במגילת העצמאות או בביטויים מתוך חוקי יסוד אחרים, ולאחר שיקבע זאת תהיה נתונה סמכות הערעור לפי המידרג החוקי, ועד שהעניין לא יתברר בערכאה הבכירה ביותר (ובכפוף לסמכויותיה של זו לסטות מתקדימיה) יהיו הנורמות הראשיות של השיטה המשפטית לוטות בערפל משפטי.

49. הנה, בהלכת בנק מזרחי נוסדה סמכות הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת, בסטייה מעקרון ריבונות הכנסת הוותיק יותר, על יסוד מהלך מרחיק לכת בהרבה מזה שעשה בית המשפט העליון של ארצות הברית בהלכת *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) – כלומר, בריאת החוקה בידי בית המשפט והסמכת בית המשפט לבטל חוקים מכוחה בהיעלם אחד, בבחינת "ידו וגיטו באין כאחד". ואילו בעתירה הנוכחית, מתבקש בית המשפט להביא את הרחבת סמכויותיו עד אבסורד: לקבוע שהוא רשאי אף להגביל את פעולות האסיפה המכוננת, ולמען הדיוק – הכנסת, שהוא קבע שהיא מחזיקה עד היום בסמכויות של אסיפה מכוננת (שנועדה להתפזר לא יאוחר מ 1 באוקטובר 1948).

50. על רקע האמור, קבלת הרעיון כי בית המשפט יוכל להעביר תחת שבט ביקורתו את חוקי היסוד משמעה **היפוך סדרי השלטון הבסיסיים במדינת ישראל, והעמדת מוסד שלטוני אחד מעל החוק ומעל הריבון**. משמעותה היא כי אזרחי ישראל אינם ריבוניים ואינם בני חורין עוד לקבוע את גורלם ולעצב את עקרונות-העל של משטרם, את חוקי המשחק המשטריים, את מגילת הזכויות שלהם ואת זהותה של מדינתם.

51. לכשל האנליטי משמעויות מעשיות. ריבונות העם באה לידי ביטוי ביכולתו לעצב את הנורמות הבסיסיות במדינה באמצעות נציגיו. סמכות לפסילת חוקי יסוד על ידי בית המשפט משמעותה היא שלילת כל יכולת לקבוע לבית המשפט נקודת איזון או מסגרת סמכות כלשהי מול שאר הרשויות, אלא אם בית המשפט מסכים לקביעה. במילים אחרות, בית המשפט לא יהא כפוף עוד לרצונו של העם ביחס לגבולות סמכותו, אלא יהיה מעתה כפוף מעשית אך ורק

לרצונו שלו. המחשבה שבית המשפט יכול לשלול מהעם את היכולת לבצע שינוי נורמטיבי ביחסי הרשויות, היא בלתי נסבלת ברמה הדמוקרטית. הכפוף לרצונו שלו בלבד אינו כפוף לדבר. אין עליו לא שלטון החוק ולא ריבונות העם.

52. רעיון הביקורת על חוקי היסוד לוקה בכשל נוסף, מבחינת היחס בין נושא הסמכות למקור סמכותו. בית המשפט הנכבד יונק את סמכותו מחוק יסוד: השפיטה. אין לו משלו כלום. הוא פועל מכוח החוק ובגדריו. ממילא, אם רשאי בית המשפט לדון בתיקוניו של חוק יסוד: השפיטה, נמצא הוא עליון על מקור סמכותו שלו. אם יעשה כן, כמוהו כברון מינכהאוזן השולף עצמו מן הביצה בשערות ראשו; כמוהו כגרזן, כמשור וכשבט, שעליהם תהה ישעיהו הנביא את תהייתו המהדהדת:

”הִיִּתְפָּאֵר הַגְרֵזָן עַל הַחֶצֶב בּוֹ, אִם יִתְגַּדֵּל הַמְשׁוֹר עַל מְנִיפּוֹ, כְּהִנִּיף שֶׁבֶט וְאֵת מְרִימָיו, כְּהָרִים מְטָה לֹא עֵץ” (ישעיהו י' טו).

כך לגבי כל עיסוק של בית המשפט הנכבד בתוקפם של חוקי יסוד או תיקוניהם; כך ביתר שאת בעיסוק בתוקפו של חוק יסוד: השפיטה; כך שבעתיים בעיסוק בתיקון העוסק בשאלת גבולות סמכותו השיפוטית שלו-עצמו.

53. תהא זו אפוא פגיעה שורשית ועמוקה בעקרונות הבסיסיים ביותר של הדמוקרטיה – עקרון ריבונות העם, עקרון שלטון החוק, ועקרון הפרדת הרשויות. כל זאת, בשעה שבה טרם נתקבלה חוקה שלמה במדינת ישראל. ובעת שבה מדינת ישראל מצויה במשבר חברתי ופוליטי חריף, הזעזוע מן הפגיעה בעקרונות אלו יגבר שבעתיים.

7.ד. הערה מתודולוגית על מקומו של המשפט המשווה

54. עמדתה של הממשלה מסתמכת על הנחות המוצא המשטריות האמורות, אולם ישנה חשיבות גם לסקור את הנעשה במדינות דמוקרטיות אחרות בעולם – כדי לשאוב השראה ונקודת מבט. המשפט החוקתי והמינהלי הישראלי שאב במהלך השנים לא מעט משיטות משפט אחרות. כך, למשל, סמכותה של הרשות השופטת לבטל חקיקה של הרשות המחוקקת מכוח חקיקת היסוד, התבססה על פסק הדין האמריקאי בענין *Marbury v. Madison* 5 US 137 (1803). כך, מבחני המידתיות שלפיהם פורש הביטוי **”במידה שאינה עולה על הנדרש”** הקבוע בפסקת ההגבלה, התבססו בחלקם על המשפט הגרמני (ע”א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע”מ נ’ מגדל כפר שיתופי**, פ”ד מט(4) 221, 437 (1995); אהרן ברק, **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (2010), בעמ’ 228). וכך, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק ופסקת ההתגברות הכלולה בו, נחקקו בהשראת הצ’ארטר הקנדי לזכויות האדם (פרשת **בנק המזרחי בעמ’ 413**; בג”ץ 4676/94 **מיטראל בע”מ נ’ כנסת ישראל**, פ”ד נ(5) 15, 24 (1996)). כך גם ביחס למשפט המינהלי הישראלי: **”עקרונות היסוד של המשפט המינהלי בישראל הושתתו על אדניו של המשפט המינהלי האנגלי”** (ד’ ברק ארז, **משפט מינהלי, כרך א**, 2010, 67). עילת הסבירות עצמה אומצה במשפט המנהלי הישראלי מהמשפט האנגלי (עד שהתנתקה ממנו בשנות ה-80 של המאה הקודמת והורחבה באופן שאין דומה לו).

פרופ' ברק ציין בספרו "שופט במדינה דמוקרטית" 292-293 (2004), כי "למדינות דמוקרטיות עקרונות יסוד משותפים. מוסדות משפטיים ממלאים בהן תפקידים דומים. ניתן ללמוד מהתכלית ששיטת משפט דמוקרטית אחת נותנת להסדר חוקתי על תכליתו של הסדר חוקתי זה בשיטת משפט אחרת. אכן, משפט חוקתי השוואתי הוא כר פורה להפריה הדדית ולהרחבת אופקים" (שם בעמ' 290-291). אכן, המשפט החוקתי הוא התחום המרכזי בו "נעשה שימוש רב בפנייה ללימוד משיטות אחרות" (דפנה ברק-ארז, משפט השוואתי כפרקטיקה- היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים, **דין ודברים ד'**, תשס"ח, 81, 86).

55. כך למשל, בבג"ץ ממשלת החילופים (בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' **כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 12.7.21), כשנדונה השאלה האם הטלת מגבלות על יכולתו של הפרלמנט להביע אי-אמון בממשלה פוגעת בליבת הדמוקרטיה, דחתה כב' הנשיאה חיות טענה זו, בין היתר, משום שהנורמה שנחקקה "נהוגה גם במדינות אחרות" (ס' 7 לפסק דינה).

56. אשר על כן נידרש בהמשך הדברים גם להשוואה ולסקירה בין-לאומית. אלו נחוצות עד מאד כדי להאיר באור נכון את הטענות שטוענים העותרים בפני בית משפט זה ואת הסעדים המבוקשים:

- בחינת סוגיית ה"תיקון החוקתי הלא-חוקתי", במבט השוואתי בין-לאומי, תלמד על העדר כל בסיס או סמכות להחלת דוקטרינה כזו בשיטת המשטר והמשפט החוקתי הישראלית. דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" לא ניתנת כלל להשוואה, שכן לא מוכר כל שימוש בה במדינה אחרת בעולמנו.
 - גם שאלת האפשרות להגביל בחקיקה את הביקורת השיפוטית במשפט המינהלי היא שאלה שרצוי ללמוד לגביה ממדינות אחרות בעולם.
 - יש אף לתמוה, בכל הכבוד, על העמדה המפורטת שהגישה היועצת המשפטית לממשלה, שאין בה כל התייחסות להיבטים אלו במשפט המשווה, אשר מאתגרים אותה עד-מאד.
 - גם לגבי עילת הסבירות גופה, יש מקום להשוואתה לזו הנוהגת במדינות אחרות בעולם. השוואה זו, שנעשתה כבר בידי מלומדים, מעידה על הפער הגדול בין זו הנהוגה בישראל מאז פסק הדין בעניין **דפי זהב** לבין זו הנהוגה במדינות אחרות בעולם, שבהן, למשל, לא נמצאה ביקורת על סבירות מינויים ציבוריים.
- על רקע העיון המשווה יתבהר ביתר שאת כי הטענות והבקשות שבעתירות דנן, לרבות בעמדת היועצת המשפטית לממשלה, מופלגות הן עד מאד, וקבלתן תעמיד את המשפט הישראלי בעמדה יוצאת דופן ביחס למתוקנות שבמדינות, תוך גריעה מעקרונות משטריים, משפטיים ודמוקרטיים מקובלים.

ה. דחיית ההתערבות השיפוטית בחקיקת יסוד – "תיקון חוקתי שאינו חוקתי"

ה.1. רקע

57. העותרים מבקשים להיתלות בדוקטרינות "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", שלטענתם קיימת במדינות אחרות בעולם, וראויה היא לאימוץ בישראל.

בית המשפט הנכבד נדרש לאפשרויות השונות לאימוץ דוקטרינה זו. לפי גירסה אחת שלה, אין הרשות המכוננת יכולה לפגוע במאפיינים הבסיסיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 16, 24 לפסק הדין של כב' הנשיאה חיות (נבו 8.7.2021) (להלן: "עניין חסון").

לפי גירסה אחרת, אין בידי הרשות המכוננת האפשרות לפגוע ב"עקרונות היסוד העומדים בבסיס קיומנו כחברה וכמדינה", או עקרונות שכל המבנה החוקתי שלנו מושתת עליהם (בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פס' 11 לפסק הדין של כב' השופט מזוז (נבו 27.5.2018) (להלן: "עניין בן מאיר").

גירסה שלישית רואה במגילת העצמאות מסמך מסגרת שהרשות המכוננת אינה מוסמכת לחרוג ממנו, באשר היא הקובעת את "המהות הבסיסית והמחייבת שנקבעה למדינה על ידי מייסדיה" (עניין חסון, לעיל, פסקה 26 לחוות דעתה של הנשיאה חיות); גירסה רביעית עוסקת במה שמכונה "המבנה הבסיסי (basic structure) של החוקה, אשר נלמד מפרשנות הטקסט החוקתי בכללותו" (שם, פסקה 13; פסקה 8 לחוות דעתו של השופט קרא).

58. קודם שנדון בטענה לגופה, נקדים שלוש הערות.

ראשית, בית המשפט הנכבד דן בשנים האחרונות באפשרות ליישם את הדוקטרינה על גרסאותיה השונות, מצא כי אין הם מתאימים למדינת ישראל ולמצב החוקתי שבו היא מצויה. כך כתבה כבוד הנשיאה חיות כי –

"מדעתי זו לא שיניתי ואני אכן סבורה כי בעקרון, שאלת אימוצה של דוקטרינה מקיפה לבחינת חוקתיותם של תיקונים לחוקה, מן הראוי שתוכרע עם השלמת מפעל חוקי היסוד לכדי חוקה מלאה. ברי, אפוא, כי אותן דוקטרינות במשפט המשווה שעליהן עמדתי לעיל אינן ניתנות ליישום כמות שהן בשיטתנו. עם זאת, משמעות הדבר אינה בהכרח כי בהיעדר דוקטרינה מקיפה כזו, סמכויותיה של הרשות המכוננת בישראל הן בלתי-מוגבלות". (עניין חסון, פסקאות 14-15 לחוות דעתה של הנשיאה חיות; ראו גם עניין בן מאיר, פסקאות 2-23 לחוות דעתה של הנשיאה חיות).

למסקנה זה הגיע גם פרופ' אהרן ברק:

"על כן, יהא מקום לדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי במשפט החוקתי הישראלי רק עם סיום מפעל חוקי היסוד וכינונה המלא של חוקה בישראל".⁷

לדבריו, גם –

"...אם הכנסת תמצא לנכון לקבוע הוראות בעניין זה [צמצום הביקורת השיפוטית על חוקתיות חקיקה רגילה], הסמכות בידה לעשות כן כל עוד מפעל חוקי היסוד לא הסתיים".⁸

⁷ אהרן ברק "הכנסת כרשות מכוננת ושאלת התיקון החוקתי שאינו חוקתי", עמ' 33 (8.4.2021) (צפוי להתפרסם בספר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (יצחק זמיר עורך, 2023)). זמין לצפייה בקישור הבא:

<https://ssrn.com/abstract=3808990>

⁸ אהרן ברק מבחר כתבים כרך ג 158 (2017).

59. **שנית**, גם אם נניח כי ישנן הגבלות מהותיות על הרשות המכוננת, הרי שאין הדבר מביא בהכרח לכך ששאלה זו היא שפיטה (פס' 32 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות בפסק הדין בענין חסון) ושאלה זו הושארה עד כה בצריך עיון (שם, פסקה 35). בהקשר זה יש לציין כי דו"ח וועדת וונציה, שהיא הוועדה הרשמית המייעצת למועצת אירופה בעניינים חוקתיים, קובע כי אף כאשר ישנן מגבלות על תיקוני חוקה במסגרת החוקה עצמה, אין בכך כדי להצדיק בהכרח ביקורת שיפוטית על כך (EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), REPORT ON 44-48 CONSTITUTIONAL AMENDMENT (2010).

60. **שלישית**, נבקש להזכיר את השימוש שכן נעשה בבית המשפט הנכבד בדוקטרינה האמורה, בדעת מיעוט. **בעניין חסון**, דעת המיעוט שכתב כב' השופט קרא יצאה מן הכלל וללמד על הכלל כולו יצאה: השופט קרא מצא כי סעיף 1(ג) בחוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי, הקובע כי הזכות להגדרה עצמית לאומית נתונה במדינת ישראל לעם היהודי בלבד, היא מבין סעיפי חוק-היסוד - אשר "קובעים הסדרים בלתי חוקתיים, בהיותם שוללים את ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה ומזעזעים את אמות הסיפים של המבנה החוקתי" (פתח חוות דעתו).

הנה כי כן, אימוץ הדוקטרינה הזו טומן בחובו הענקת סמכות בלתי מוגבלת לשופטים, עד כדי ערעור על זהותה ואופיה הבסיסיים של מדינת ישראל תחת היומרה לשמור עליהם. חוות דעתו של כב' השופט קרא מלמדת עד כמה יש להימנע ממתן סמכויות לא-קונבנציונליות להתמודדות לכאורה עם נורמה קיצונית שאולי תבוא (וברור שלא תבוא) בעתיד. סופו של מהלך כזה שהסמכות הלא-קונבנציונלית הופכת לכלי שגרתי, הגם שהנורמה הקיצונית שממנה כביכול מובע החשש, לא היתה ולא משל היתה. פסק הדין של השופט קרא מלמד גם על הסכנה הגדולה שבמתן סמכות הכרעה על ליבת ערכי המדינה לבית המשפט. ניתן רק לשער איזה משבר נורא היתה עוברת המדינה, אילו חלילה היה נפסק בדעת רוב כי זכות ההגדרה העצמית הלאומית הבלעדית של העם היהודי בארץ ישראל, בטלה.

ה.2. תיקון חוקתי שאינו חוקתי – דוקטרינה שאינה קיימת במדינות המתקנות בעולם

61. בפרק זה נבקש למפות בפני בית המשפט הנכבד את הגישות המקובלות בעולם ביחס לסמכות בית המשפט לפסול תיקון חוקתי (ובהיעדר חוקה, פסילת הנורמה החקיקתית העליונה במדינה).⁹ יש לחלק את המצוי במדינות בעולם לארבע קטגוריות.

62. **בקטגוריה הראשונה**, שבה רוב הדמוקרטיות הבולטות בעולם, אין כל סמכות לפסילה שיפוטית של תיקונים חוקתיים. כך בארצות הברית בצרפת ובאירלנד נקבע במפורש שאין בסמכותו של בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על החוקה. התפיסה הזו עמדה גם במצבים שבהם הטענות היו פרוצדורליות או שניסו להיתלות בפסקאות נחיות בחוקה.

⁹ וראו גם Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers*, Oxford, OUP, 2017

בבריטניה, ניו זילנד, הולנד, שוויץ ולוקסמבורג לבית המשפט אין סמכות אפילו לפסול חוקים רגילים; מקל וחומר חוקי יסוד וחוקה (במדינות שיש).

63. **בקטגוריה השניה**, מצויות מדינות שבהן קבועה היררכיה פנימית בתוך החוקה – שריון הוראות מסוימות בפסקת נחיות, אשר ומכוחה לכאורה מוסמכת הרשות השופטת לשמור על היררכיה זו, אולם בפועל לא נעשה בה שימוש. בקבוצה זו מוצאים אנו את גרמניה. גרמניה מכירה עקרונית בסמכות בית המשפט לפסול תיקונים חוקתיים אבל רק בהסתמך על קביעה פוזיטיבית של החוקה עצמה במסגרת פסקת נחיות מפורשת בחוקה שלמעשה יוצרת, **לפי בחירת מכוון החוקה**, היררכיה פנימית בתוך החוקה עצמה. יש לציין כי בית המשפט לחוקה הגרמני מעולם לא מצא ולו מקרה אחד כמתאים לפסילת סעיף כלשהו מחוקת גרמניה.

64. **בקטגוריה השלישית**, מוצאים אנו מדינות שבהן נפסלו בפועל תיקונים חוקתיים על סמך פסקת נחיות מפורשת. דהיינו בהתאם להוראות החוקה עצמה. בקטגוריה זו נמצאות מדינות דוגמת טורקיה, ברזיל וצ'כיה.

65. יש לציין בהקשר זה כי במחקר שנערך על ביקורת שיפוטית של תיקונים חוקתיים בארבעים ותשע מדינות אירופאיות עם חוקות נוקשות, משנת 1945 עד שנת 2016, נמצאו 155 החלטות בעתירות הנוגעות לחוקתיות תיקונים חוקתיים. מתוכם נמצא רק המקרה הסלובקי (שעליו יורחב בפרק המשפט המשווה), שבו התקבלה העתירה מבלי שיש באותה מדינה פסקת נחיות או הסמכה מפורשת בחוקה של הרשות השופטת לבקר תיקונים לחוקה. לסיכום, מתוך 49 מדינות, לא נמצאה ולו דוגמה אחת לרפואה שמתאימה לבקשת העותרים בענייננו. ואין זה מקרי – אלו הם פני הדברים משום שעתירתם היא נטע זר באקלים ההסדרים המשטריים המקובלים בדמוקרטיה מערבית. (Michael Hein, *The Least Dangerous Branch? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe, in Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary 187, 194-195* (Martin Belov ed., 2019)).

66. **בקטגוריה הרביעית**, ניתן למצוא מדינות שבהן פסל בית משפט תיקונים חוקתיים על אף שאין בחוקתן פסקת נחיות וזאת על בסיס ההוראה בגוף החוקה שמסדירה את תיקון החוקה בעצמה, בדגש על לשון ה"תיקון" שבה. בתי המשפט במדינות אלה פירשו את המילה תיקון באופן שבא לשלול "השמדה" או "ביטול" של החוקה, ופרשנות זו הובילה אותם לניסוח הרעיון שבית משפט יכול לחלץ מהמכלול של חוקה כתובה שלמה "מבנה בסיסי" של החוקה, וכי מכוחו של המבנה הבסיסי מוגבלת הרשות המכוננת בתיקוני חוקה, שכן אחרת יהיה מדובר בביטולה. בקטגוריה זו נמצאות דוגמת הודו, מלזיה, פקיסטן, בליז, קולומביה ובנגלדש.

ממשלת ישראל רוחשת כבוד רב לידידתה הודו אשר בית המשפט שלה הגה דוקטרינה זו, אך תבקש לטעון כי בסוגיה זו עדיפה גישתן של הדמוקרטיה הוותיקות והמבוססות שצוינו בקטגוריות הקודמות.

כך או כך, גם הקטגוריה הרביעית איננה רלוונטית לישראל שמעולם לא השלימה כינון חוקה, ואשר אין בחוקיה סעיף המסדיר את סמכות "תיקון" החוקה, שלגביו ניתן לטעון שהוא בא להוציא מ"ביטול" שלה. כך גם הבהירו הנשיאה חיות והשופט מזוז בפרשות **חסון ובן מאיר** כנ"ל.

בשולי קטגוריה זו ניתן לציין מדינה נוספת – פפואה-ניו גיני, שגם בה נפסל תיקון חוקה ללא פסקת נצחיות מפורשת, מכוח החלה שיפוטית של פסקת ההגבלה גם על החוקה עצמה. למעשה, מדובר בקריאה של פסקת ההגבלה כשיריון מוחלט של החוקה כולה. ממשלת ישראל רוחשת כבוד גם למדינה זו, אך סבורה כי גישתה מנוגדת לפרשנות החוקתית בכל יתר מדינות העולם, לרבות זו שנקבעה בישראל בעניין **שי פורת** (בג"ץ 1368/94 **שי פורת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נז(5) 913 (1994)), ועל כן היא איננה הדרך הראויה לילך בה מכל הטעמים העקרוניים שפורטו ועוד יפורטו בכתב טענות זה.

67. **הקטגוריה החמישית, שבה מבקשים העותרים כי בית המשפט יהלך, כלל אינה קיימת על פני כדור הארץ: פסילת תיקון חוקתי על סמך עקרונות מוסר כלליים, או עקרונות חוץ-חוקתיים שאינם נובעים מהחוקה עצמה.**

יגענו ולא מצאנו אף מדינה ברחבי העולם שבה בית משפט פוסל תיקוני חוקה על סמך "משפט טבע", דהיינו על סמך השקפות בית המשפט עצמו אודות הדרך המוסרית הראויה, בין אם יקרא לה "עקרונות יסוד של השיטה" ובין אם יכנה את השקפתו "ערכיה של המדינה (כמדינה יהודית ודמוקרטית במקרה הישראלי)". לא מצאנו הד לגישה זו גם לא במצבים שאותם יבחר לתאר בית המשפט כ"מזעזעים את אמות הסיפים". כמו כן, לא מצאנו כל מקבילה בעולם לקטגוריה שיטת שלפיה בית משפט מוסמך לפסול תיקוני חוקה על סמך הכרזת העצמאות של המדינה.

68. עוד נקדים ונציין לטובת הפרק הבא כי לא מצאנו אף מדינה בעולם שבה בית משפט פוסל תיקון חוקתי בטענת "שימוש לרעה בסמכות המכוננת". גם לא מצאנו אף מדינה שמותחת טעמים פרוצדורליים לכדי ביקורת שיפוטית מהותית על תיקוני חוקה כפי שמבקשים העותרים מבית המשפט לעשות כביכול בשל "פגם היורד לשורש ההליך".

69. **לסיכום ביניים** בטרם פירוט, מקרב הדמוקרטיה הוותיקות והבולטות בפיתוח התיאוריה החוקתית הדמוקרטית לא מצאנו ולו מדינה אחת שבה נפסל בפועל תיקון חוקתי. במדינות אחרות מצאנו ביטול שיפוטי בפועל של תיקוני חוקה מכוח פסקת נצחיות המפורשת בחוקה עצמה (דהיינו מכוח מצוות החוקה שנקבעה בידי נציגי הריבון). ובכמה מדינות מתפתחות מצאנו פסילת תיקוני חוקה מכוח תיאוריית "מבנה בסיסי" של חוקה שלמה קיימת.

נפנה כעת לפירוט המדינות שתיארנו בפתח.

ה.2. 1. קטגוריה ראשונה – רוב הדמוקרטיה הבולטות שלא אמצו את רעיון הביקורת על חוקי

יסוד

ארה"ב (פדרלי)

70. חוקת ארה"ב אוסרת על תיקון החוקה באופן ששולל את חברותה של מדינה בפדרציה ללא הסכמתה.¹⁰ איסור זה נתפס כפסקת נצחיות לחוקה. בתחילת המאה ה-20 ניתנו כמה פסקי דין בבית המשפט העליון אשר דחו עתירות שהוגשו נגד תיקונים שונים לחוקה, שניתן היה להבין מהם שעצם העברת הביקורת השיפוטית מצדם לגיטימית. אולם, בשנת 1939 קבע בית המשפט העליון שלבית המשפט אין סמכות להעביר ביקורת שיפוטית על תיקון החוקה, אם בענייני פרוצדורה ואם בענייני מהות. פסק הדין **Coleman v. Miller**,¹¹ עסק בעתירה נגד אשרור התיקון לחוקה אשר עסק בעבודת ילדים,¹² במדינת קנזס. טענות העותרים נגד אשרור התיקון היו שתיים – הראשונה, שהמדינה דחתה את אשרור התיקון בעבר; והשנייה, שלתיקון לא נקבע מועד אחרון לאשרור. בית המשפט העליון קבע שמדובר בשאלה פוליטית שאין לו סמכות לדון בה. בלשונו:

"[the amending process] is 'political' in its entirety, from submission until an amendment becomes part of the Constitution, and is not subject to judicial guidance, control or interference at any point".

בית המשפט קבע שסמכות הדיון בשאלה כזו נתונה לקונגרס בלבד.

צרפת

71. חוקת צרפת משנת 1958 כוללת פסקת נצחיות הקבועה בסעיף C89 לחוקה, שלפיו חל איסור לשנות את אופייה הרפובליקני של המדינה.¹³ סוגיית סמכות הביקורת השיפוטית על תיקוני חוקה הובאה כמה פעמים לפני בית המשפט לחוקה. פסק הדין הראשון בנושא ניתן בשנת 1962.¹⁴ על פי החוקה הצרפתית, ישנו מנגנון חקיקה מיוחד, במקביל למנגנון החקיקה הסטנדרטי של הפרלמנט, בנושאי ממשל והסכמים בינלאומיים, שבו הממשלה מעבירה הצעת חוק למשאל עם. פסק הדין עסק במקרה שבו דה-גול העביר הצעת חוק לתיקון החוקה לצורך שינוי אופן בחירת הנשיא. טענת העותרים הייתה שתיקון לחוקה אינו יכול להיעשות במסגרת מנגנון חקיקה זה, אלא רק במסגרת מנגנון תיקון החוקה כפי שנקבע בסעיף C89. בית המשפט קבע בלאקוניות שאין לו סמכות להתערב בנושא, מאחר שאין בכל החוקה סעיף שמסמיך אותו לעשות כן.

¹⁰ פרק V לחוקה.

¹¹ Coleman v. Miller, 307 U.S. 433, 456, 459 (1939) [available at: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/307/433.html>]

¹² <https://library.cqpress.com/cqresearcher/document.php?id=cqresrre1934030300>

¹³ "The republican form of government shall not be the object of any amendment"

¹⁴ Conseil constitutionnel [CC] N° 62-20 DC 6 Nov. 1962, Rec 27

72. בשנת 1992 שוב הגיע הנושא לפתחו של בית המשפט לחוקה, הפעם בעניין הסכם האיחוד האירופי השני (הסכם Maastricht). שלושה הליכים נפרדים התקיימו בנושא. בראשון, נקבע כי יש צורך בתיקון החוקה כדי לאשרר את ההסכם.¹⁵ בשני נקבע שתיקון החוקה שנעשה פתר את הסתירה שנקבעה בהליך הראשון.¹⁶ בשלישי, בית המשפט חזר ועיגן את היעדר סמכותו לדון בנושא.¹⁷

73. לבסוף, בשנת 2003, הוגשה עתירה לבית המשפט לחוקה לביטול מספר תיקונים לחוקה שעסקו בביזור הממשל.¹⁸ בית המשפט חזר על עמדתו משנת 1992, וקבע כי הוא נעדר סמכות לדון בנושא. חשוב לציין שבמקרה הזה, התיקונים לחוקה התקבלו במסגרת המנגנון הרגיל, שאינו כולל משאל עם.

לסיכום, בהתאם לפסיקה האמורה, העמדה המוסכמת בצרפת היא שלמרות פסקת הנחיות, בית המשפט אינו מעביר ביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה, להלכה ולמעשה.¹⁹

אירלנד

74. חוקת אירלנד משנת 1937 אינה כוללת פסקת נחיות מהותית, אלא רק שריון של הליך התיקון עצמו. כלומר, לא ניתן לשנות את מנגנון התיקון לחוקה.²⁰ משמעות הדברים היא שבאירלנד, בפשטות, ניתן לתקן את החוקה ללא הגבלה, כל עוד ננקטה הפרוצדורה שנקבעה לתיקון כזה.

פסק הדין המרכזי והראשון שהתייחס במפורש לסוגיה (ביחס לחוקת 1937) ניתן בעניין המידע על הפלות משנת 1995.²¹ פסק הדין עסק בתיקון ה-14 לחוקה, אשר קבע כי אין איסור על פרסום והפצת מידע בנוגע להפלות שניתן לבצע בבריטניה.²² לאחר כניסתו של התיקון לתוקף, העבירה ממשלת אירלנד חוק שהסדיר את אופן אפשרות הפרסום של שירותי הפלות מחוץ למדינה. כדי להימנע מסאגה משפטית, הועבר החוק במסגרת סעיף 26 לחוקה, לבית המשפט העליון לצורך ביקורת שיפוטית מקדמית.

75. הטיעון **המרכזי** שמתנגדי התיקון עשו בו שימוש היה ממשפט הטבע. על פי הטיעון, חוקת אירלנד מצהירה על היותה מבוססת על משפט הטבע וכללי צדק דתיים, ועל כן התיקון ה-14 אינו חוקתי שכן הוא פוגע באותם כללי צדק טבעי. בית המשפט דחה את הטענות, בהתבסס על שני נימוקים עיקריים – הראשון, שהחוקה עליונה על כל נורמה אחרת, ואינה כפופה למשפט הטבע; השני – הטיעון הדמוקרטי, בהתאם

¹⁵ Conseil constitutionnel [CC] N° 92-308 DC 9 Apr. 1992 Rec 55

¹⁶ Conseil constitutionnel [CC] N° 92-312 2 Sept. 1992 Rec 76

¹⁷ Conseil constitutionnel [CC] N° 92-313 23 Sept. 1992 Rec 94

¹⁸ Conseil constitutionnel [CC] N° 2003-469 DC 26 Mar. 2003 Rec 293

¹⁹ Denis Baranger, *The Language of Eternity: Judicial Review of the Amending Power in France (or* ראו *the Absence Thereof)*, 44 ISRAEL L. REV., 389–428 (2011).

²⁰ סעיף 51.1 לחוקת אירלנד.

²¹ In re Article 26 and the Regulation of Information (Services Outside the State for Termination of Pregnancies) Bill 1995 [1995] 1 I.R. 1.

²² <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1992/act/22/enacted/en/html>

להוראת החוקה שלפיה העם הוא הריבון. בית המשפט אישר את התיקון ואת החוק שנחקק בעקבותיו, והכריע כי העם רשאי לתקן את החוקה כאוות נפשו. קביעה חד משמעית זו חזרה ונשנתה בפסיקת בית המשפט העליון במשך השנים שמאז עניין תיקון 14,²³ ונחשבת לעניין מנוי וגמור בדין האירי.²⁴

76. **לסיכום**, אין פסקת נצחיות מהותית בחוקה האירית. בנוסף, נקבעה הלכה שלפיה בית המשפט אינו מוסמך להעביר ביקורת שיפוטית על תוכנם של תיקונים לחוקה.

ה.2.2. קטגוריה שנייה – מדינות שבחוקתן יש פסקת נצחיות, הצהירו על אפשרות קיומה של ביקורת אולם מעולם לא נעשה בה כל שימוש

גרמניה

77. סעיף 79(3) לחוקה הגרמנית מונה רשימת נושאים שלא ניתן לשנות או לתקן,²⁵ כגון מבנה המדינה הפדרלי, זכויות האדם, וכיוצא באלו:

”תיקונים לחוק יסוד זה המשפיעים על חלוקת הפדרציה למדינות, השתתפותן העקרונית בהליך החקיקה, או העקרונות המנויים בסעיפים 1 עד 20, יהיו בלתי קבילים”.

סעיפים 1 עד 20 כוללים את מגוון זכויות האדם המנויות בחוקה, כגון: כבוד האדם, הזכות לחיים, למימוש עצמי, חירות, שוויון בפני החוק, שוויון, חופש הדת, האמנות, חינוך ממלכתי, זכות ההתאגדות, ועוד. כמו כן, סעיף 20 מגדיר את היות העם הריבון, את היותה של גרמניה דמוקרטיה, ופדרציה סוציאלית, את הפרדת הרשויות, ואת זכותם של אזרחי גרמניה להתנגד לניסיון לשלול מהם את ההסדר החוקתי האמור.

78. בפסק דין משנת 1970 קבע בית המשפט שבסמכותו לבחון את תוקפם של תיקונים לחוקה כנגד סעיף 79.3.²⁶ בפסק דין ממרץ 2004, המשיך בית המשפט בקו זה.²⁷ באותו פסק דין נדון סעיף 13.3 לחוקה, שתוקן על מנת לאפשר את חקיקתו של חוק האזנות סתר רחב מאד הפוגע בזכות הפרטיות. התיקון הכניס לסעיף 13 לחוקה, המגדיר את זכותו של כל אדם שלא יפגעו

²³ לדוגמא: Riordan v An Taoiseach (No 2) [1999] 4 I.R. 343 at 359–360 per Barrington J. following Finn v Hanafin v The Minister for the Environment [1996] 2 I.R.321 at ; The Attorney General [1983] I.R. 154. In the Matter of the Referendum on the Proposal for the Amendment to the Constitution : 425, ולאחרונה : I.EHC 458 [2013] contained in The Thirty First Amendment to the Constitution (Children) Bill 2012 <http://www.courts.ie/Judgments.nsf/09859e7a3f34669680256ef3004a27de/804377ba236bf6be80257c0d0047d9f3?OpenDocument>

²⁴ Kavanagh, Aileen, Unconstitutional Constitutional Amendments from Irish Free State to Irish Republic (September 1, 2012). Eoin Carolan (ed.) The Constitution of Ireland: Perspectives and Prospects (Dublin, Bloomsbury Professional, 2012) 331-354; Oxford Legal Studies Research Paper No. 10/2013. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2211460>

²⁵ לשון הסעיף בתרגום לאנגלית: Amendments to this Basic Law affecting the division of the Federation into Länder, their participation in principle in the legislative process, or the principles laid down in Articles 1 and 20 shall be inadmissible.

²⁶ 2 BvF 1/69 et al. - BVerfGE 30, 1

²⁷ BVerfG, judgment of the First Senate of 03. March 2004 - 1 BvR 2378/98 - marg. (1-373) http://www.bverfg.de/e/rs20040303_1bvr237898.html

בפרטיות מגוריו, אפשרות להאזנות סתר לצורך העמדה לדין של פושעים. במקביל נחקק תיקון לחוק סדר הדין הפלילי הגרמני שקבע כללים להאזנת סתר כזו, תוך קביעת סוג העבירות הרלוונטיות ומנגנוני ראיות נקודתיים.²⁸ בית המשפט, ברוב קולות, פסל את החוק על ידי פרשנות מצמצמת לסעיף 13(3), כך שאינו חל על פגיעה בכבוד האדם, וכך נמנע מלפסול את התיקון עצמו. שניים משופטי ההרכב פסלו את התיקון.

79. בפסק דין משנת 2009, חזר בית המשפט לחוקה על עמדתו כי יש בסמכותו להעביר ביקורת שיפוטית ולבטל תיקונים לחוקה הסותרים את סעיף 79.3.²⁹ בפסק הדין נדונה קבלת אמנת ליסבון משנת 2007, שעל פי הטענה פגעה בזכות לבחור ובעצמאותה של גרמניה, אשר מעוגנות בפסקת הנצחיות. תיקון החוקה נדרש כדי לאפשר את אשרור האמנה. בית המשפט דחה את העתירה ביחס לתיקון החוקה, מהטעם שהאמנה אינה שוללת את עצמאות גרמניה, וכן כי התיקון (סעיף 23.1a) לא פוגע בעקרונות דמוקרטיים. בית המשפט מעיר בהערת אגב כי יתכן שגם הכוח המכונן הראשוני של העם מוגבל לכללי משפט הטבע.³⁰ זו אחת הפעמים הבודדות שמצאנו בפסיקה משווה התייחסות מודרנית³¹ להגבלות על הכוח המכונן הראשוני. עם זאת, למרות הטרמינולוגיה הברורה, בית המשפט לחוקה בגרמניה מעולם לא הכריז על בטלותו של תיקון לחוקה.³²

לסיכום, תיקוני חוקה מוגבלים על ידי פסקת נצחיות. בית המשפט לחוקה מוסמך להעביר עליהם ביקורת שיפוטית. עם זאת, **מעולם לא בוטל בפועל תיקון חוקתי**.

ה.2.3. קטגוריה שלישית – מדינות שבהן חוקה עם פסקת נצחיות, ובתי המשפט פסלו מכוחה תיקוני חוקה

צ'כיה

80. סעיף 9(2) לחוקת צ'כיה משריין מהותית מפני כל תיקון שיפגע בהיותה של המדינה דמוקרטיה שבה נוהג שלטון חוק, ועושה כן בפסקת נצחיות:

"תיקונים בעניינים המהותיים הנדרשים להיותה של המדינה דמוקרטית שבה נוהג שלטון חוק, אסורים."³³

בפסק דין מספטמבר 2009, פסל בית המשפט לחוקה תיקון לחוקה, תוך כדי שהוא קובע כי בסמכותו לעשות כן על בסיס פסקת הנצחיות.³⁴

²⁸ § 100c (1) no. 3, (2) and (3) StPO

²⁹ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 - 2 BvE 2/08 - paras. (1-421), http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html

³⁰ שם בפסקה 217: "due to the universal nature of dignity, freedom and equality alone, this commitment even applies to the constituent power, i.e. to the case that the German people, in free self-determination, but in a continuity of legality to the rule of the Basic Law, gives itself a new constitution"

³¹ בשנות החמישים של המאה ה-20 זו דוקא היתה גישה מקובלת בגרמניה. ראו רוזנאי בעמ' ___.

³² להרחבה בנושא ראו: <https://academic.oup.com/icon/article/14/2/411/2526810>

³³ חוקת צ'כיה: <http://public.psp.cz/en/docs/laws/constitution.html>

³⁴ Pl. ÚS 27/09: Constitutional Act on Shortening the Term of Office of the Chamber of Deputies - 2009/09/10 : לינק.

היה זה אירוע פוליטי חריג שאירע בצ'כיה, שבו מפלגת האופוזיציה הצליחה לנצח בהצעת אי אמון והביאה לפיזור הממשלה.³⁵ ראש הממשלה היוצא, מירק טופולנק, בתיאום עם האופוזיציה, ביקש להקדים את הבחירות לאוקטובר 2009, למרות שמועד הבחירות המקורי נועד להיות באמצע 2010.³⁶ בינתיים, הוקמה ממשלת מעבר. הצורך בבחירות זריזות דחק מאד לכלל חברי המפלגות השונות, וכדי למנוע מראש סיכוי להצלחת העתירה הושגה הסכמה רחבה לקדם תיקון לחוקה שיאפשר לקיים בחירות מוקדם.³⁷ התיקון נכנס לתוקף במאי 2009. נגד ההחלטה והתיקון, הגיש אחד מחברי הפרלמנט עתירה לבית המשפט לחוקה, בטענה שזכותו החוקתית להשלים את כהונתו במועד נפגעה.³⁸ בית המשפט לחוקה קיבל את טענתו ופסל את התיקון, כאמור, תוך שהוא מכריז על פיזור הפרלמנט כלא חוקתי. הנימוק המרכזי בפסק הדין התבסס על כך שהתיקון עומד בסתירה לפסקת הנצחיות. על פי דברי בית המשפט, פסקת הנצחיות קובעת את עקרון שלטון החוק כעיקרון יסודי שלא ניתן לסתור, באופן מפורש, ולפיכך התיקון שעבר באותה פרשה, שנועד לפתור בעיה נקודתית בלבד, אינו ממלא אחר דרישת ה"כלליות" שבעיקרון שלטון החוק המעוגן בפסקת הנצחיות, ועל כן בטל. יש להעיר, כי יום לאחר פסק הדין, העביר הפרלמנט תיקון חדש לחוקה, הפעם כתיקון של ממש למסמך החוקה גופו,³⁹ שנועד לאפשר את הקדמת הבחירות, אולם מטעמים פוליטיים הבחירות התקיימו במועדן בסופו של דבר. תיקון זה לא נפסל.

81. **לסיכום**, תיקוני חוקה מוגבלים על ידי פסקת נצחיות. כמו כן, נפסק כי בית המשפט לחוקה מוסמך להעביר עליהם ביקורת שיפוטית על בסיס פסקת הנצחיות המפורשת הכתובה בחוקה. בנוסף, בוטל תיקון בפועל.

ברזיל

82. גם בחוקת ברזיל, הסעיף שמסדיר את נושא תיקון החוקה מכיל הוראת נצחיות לנושאים מסוימים, המגבילה את סמכות התיקון הזו. סעיף 60(4) לחוקה קובע איסור על פגיעה בהפרדת הרשויות, זכויות הפרט, הפדרציה והבחירות:

**"לא תישקל הצעה לתיקון שמטרתה לבטל את: I – צורתה הפדרטיבית של המדינה;
II – בחירות ישירות, חשאיות, כלליות וקצובות; III – הפרדת סמכויות הממשלה; IV – זכויות וביטחונות הפרט"**⁴⁰

<https://www.usoud.cz/en/decisions/2009-09-10-pl-us-27-09-constitutional-act-on-shortening-the-term-of-office-of-the-chamber-of-deputies>

<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7962177.stm>³⁵

<https://www.rferl.org/a/Czech-Party-Leaders-Agree-To-Early-Polls-In-October/1563622.html>³⁶

<https://zpravy.aktualne.cz/czech-lawmakers-agree-to-amend-37>

[constitution/r-i.article:647126/?redirected=1535641869](https://constitution.r-i.article:647126/?redirected=1535641869); בצ'כיה החוקה אינה סגורה, וניתן להוסיף עליה "חוקים חוקתיים, מעין חוקי יסוד. מה שהפרלמנט עשה, היה להעביר "חוק חוקתי" שכזה, שקובע שבאופן נקודתי וספציפי, הפרלמנט הנוכחי יתפור מוקדם יותר.

<https://www.radio.cz/en/section/curraffrs/constitutional-court-cancels-early-elections-in-breakthrough-ruling>³⁸

<http://czecon.law.muni.cz/dokumenty/31585>; 319/2009 Coll.³⁹

No resolution is discussed concerning an amendment proposal that tends to abolish:"⁴⁰
I. the federative form of the State;
II. the direct, secret, universal, and periodic vote;
III. the separation of the Government Branches;"

83. בפסק דין שניתן באפריל 1991, קבע בית המשפט העליון הפדרלי בברזיל כי בסמכותו לבחון את תוקפם של תיקונים לחוקה על בסיס פסקת הנצחיות בחוקה.⁴¹ בית המשפט מפרט את סוגיית סמכות הכינון הראשונית והמשנית. בסופו של דבר, בית המשפט קבע שהתיקון שנדון תקף. בשנת 1993, הכריז בית משפט פדרלי לראשונה על תיקון לחוקה כלא חוקתי, בגין היותו סותר לעקרונות היסוד של החוקה שנקבעו בסעיף 60(4). בתמצית, פסק הדין עסק בתיקון שביקש לאפשר גביית מס באותה שנה שבה החוק שקבע את המס נכנס לתוקף. לטענת העותרים, התיקון סתר את סעיף III150, b, לחוקה, האוסר על גביית מס כזו. בית המשפט קבע שגביית מס בניגוד לסעיף האמור, נכנס בגדר פגיעה בזכויות ובטחונות הפרט שבפסקת הנצחיות, והכריז על התיקון כבטל. בשל אופי הטענה, התיקון הושעה למשך שנת 1993 בלבד.⁴²

84. מאז, פסל בית המשפט כמה וכמה תיקונים לחוקה, המשמעותי שבהם, למיטב הידיעה, מדצמבר 2013.⁴³ באותו פסק דין, הוכרזו כבטלים חלקים מסוימים של הצעת חוק לתיקון החוקה שביקשה לקבוע קריטריונים חדשים לתשלום חובות שהמדינה חבה לגורמים שונים באופן שהיה מקל על המדינה על חשבון הציבור. התיקון ביקש, בין השאר, לנתק חובות ממשלתיים מהצמדה למדד, להאריך את מועד הפירעון המקסימלי, וכדומה. בית המשפט הכריז על החלקים הבעייתיים בתיקון כבטלים, ברוב דעות,⁴⁴ בטענה לפגיעה בעקרונות חוקתיים יסודיים המוגנים בפסקת הנצחיות.

סיכום מצב משפטי: תיקוני חוקה מוגבלים על ידי פסקת נצחיות מפורשת בחוקה פורמלית. בתי המשפט הפדרליים מוסמכים להעביר עליהם ביקורת שיפוטית על בסיס פסקת הנצחיות. בוטלו תיקונים בפועל.

טורקיה

85. המצב בטורקיה מורכב מהרגיל. אמנם חוקת טורקיה כוללת פסקת נצחיות ברורה: **"הפסקה שבסעיף 1 העוסקת בצורתה הרפובליקנית של המדינה, מאפייני הרפובליקה המנויים בסעיף 2, והפסקאות שבסעיף 3, לא יתוקנו, ואף לא יוצע תיקון שלהם"**⁴⁵ אולם היא גם כוללת סעיף הסמכה מפורש שמגביל את סמכותו של בית המשפט העליון להעביר ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקים (בניגוד לביקורת על "צורת" התיקון).⁴⁶ פרשנות הסעיף לכאורה חד משמעית, שכן פיסקה אחת קודם לכן קובעת החוקה כי בית

⁴¹ ADIMC 466/91. לא מצאתי סקירה של עובדות פסק הדין באנגלית.

⁴² ADIN 939-7 DF. סקירת פסק הדין ניתן למצוא כאן: An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional States (Edited by Richard Albert and Bertil Emrah Oder, Springer, 2018), בעמ' 359.

⁴³ ADI 4.425 – Official Gazette, 19.12.2013. תקציר של פסק הדין באנגלית מופיע כאן:

https://portal.stf.jus.br/internacional/content.asp?id=159922&ori=3&idioma=en_us

⁴⁴ בנוסח החוקה הרשמי מופיע, במקום הסעיפים שבוטלו, טקסט המציין שהסעיפים הוכרזו כלא-חוקתיים על ידי בית המשפט לחוקה.

⁴⁵ סעיף 4 לחוקה גורס כך: "The provision of Article 1 of the Constitution establishing the form of the State as a Republic, the provisions in Article 2 on the characteristics of the Republic, and the provision of Article 3 shall not be amended, nor shall their amendment be proposed."

⁴⁶ סעיף 175 לחוקה.

המשפט מוסמך להעביר ביקורת שיפוטית על חוקים רגילים "בתוכן ובצורה", ורק אז ממשיכה לקבוע כי ביקורת שיפוטית על תיקוני חוקה מותרת ביחס ל"צורה". הפער בין הנוסחים ביחס לחוקים רגילים נגד תיקוני חוקה אמור היה להביא לפרשנות חד משמעית, ולכאורה, מצב זה היה אמור למנוע מבית המשפט לחוקה להעביר ביקורת שיפוטית על תוכן של תיקוני חוקה. אולם בפועל נטל בית המשפט לעצמו סמכות לפסול תיקוני חוקה שלדעתו פוגעים בפסקאות המוגנות בפסקת הנצחיות על ידי פרשנות מרחיקת לכת (ודחוקה למדי) של המושג "צורה" (form) שבסעיף ההסמכה.

86. בפסק דין שניתן ב-2008, שבו נדונו תיקונים לחוקה אשר נועדו להסיר את האיסור שקיים על חבישת כיסויי ראש למוסלמים במוסדות חינוך ואוניברסיטאות,⁴⁷ הכריע בית המשפט לחוקה כי בסמכותו לפסול תיקונים לחוקה, וכי יש להשעות את המשך יישום התיקונים שבנדון בהיותם סותרים את פסקת הנצחיות המעוגנת בסעיף 4 לחוקה. בשנת 2012 בית המשפט הכריז על בטלותם הסופית.⁴⁸

סיכום מצב משפטי: תיקוני חוקה מוגבלים על ידי פסקת נצחיות. בית המשפט לחוקה מעביר עליהם בפועל ביקורת שיפוטית על בסיס פסקת הנצחיות. בפועל גם בוטל תיקון.

אוסטריה

87. למרות שאין בחוקה האוסטרית פסקת נצחיות, היא מבחינה בין תיקון החוקה לבין שינוי מוחלט שלה, לעניין פרוצדורת החקיקה, ובכך למעשה יש ביטוי לרעיון העיוני של דוקטרינת המבנה הבסיסי בחוקה עצמה.⁴⁹ שינוי מוחלט דורש תוספת של משאל עם כדי שיינתן לו תוקף. מאחר שמשאל עם הוא הליך בעל תוקף דמוקרטי מרבי, מדובר למעשה בסוג של "פסקת נצחיות". כלומר, הקודקוד של הפרמידה החוקתית באוסטריה הוא משאל עם.

88. על בסיס דרישה זו פסל בית המשפט לחוקה תיקון חוקה שלדעתו היווה "החלפה" של החוקה ולא תיקון שלה, שלא עבר משאל עם.⁵⁰ עניינו של פסק הדין היה בחוק של מדינת זלצבורג, שנקבעה בו תחולה כלל מדינתית בנושא מכרזים, ובאופן עקיף יצר מצב שבו גוף מינהלי, שעל פי החוק אמון על קבלת עררים בנושאי מכרזים, הפך לפוסק העליון בנושאי מכרזים גם כלפי רשויות השלטון העליונות ביותר בזלצבורג. כדי שלא יעמוד בניגוד לחוקה, הוסף סעיף a126 לחוקה, שבו נקבע באופן נקודתי שהחוק אינו כפוף להוראות החוקה בנושא. בית המשפט

Turkish Constitutional Court decision, June 5, 2008, E. 2008/16; K. 2008/116, Resmi Gazete [Official Gazette], October 22, 2008, No. 27032, pp. 109–152. לינק:

[http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/full/eur/tur/tur/tur-2008-3-007?f=templates\\$fn=document-frameset.htm\\$sq=%5Bblank%3A%5Bsum%3A%5Bstem%3ATurkish%5D%5Bstem%3AConstitutional%5D%5Bstem%3ACourt%5D%5Bstem%3Adecision,%5D%5Bstem%3AJune%5D%5Bstem%3A5,%5D%5Bstem%3A2008,%5D%5Bstem%3AE.%5D%5Bstem%3A2008%2F16%3B%5D%5Bstem%3AK.%5D%5Bstem%3A2008%2F116%5D%5D%5D\\$x=server\\$3.0#LPHit1](http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/full/eur/tur/tur/tur-2008-3-007?f=templates$fn=document-frameset.htm$sq=%5Bblank%3A%5Bsum%3A%5Bstem%3ATurkish%5D%5Bstem%3AConstitutional%5D%5Bstem%3ACourt%5D%5Bstem%3Adecision,%5D%5Bstem%3AJune%5D%5Bstem%3A5,%5D%5Bstem%3A2008,%5D%5Bstem%3AE.%5D%5Bstem%3A2008%2F16%3B%5D%5Bstem%3AK.%5D%5Bstem%3A2008%2F116%5D%5D%5D$x=server$3.0#LPHit1)

<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/turkish-top-court-annuls-headscarf-law-deals-a-blow-to-ruling-akp-9107525>

⁴⁹ סעיף 44.3 לחוקת אוסטריה.

50

https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_09988989_00G00012_00/JFT_09988989_00G00012_00.html

לחוקה קבע שהסרת תחולתה של החוקה מתחום שלם, גם אם מצומצם, מהווה שינוי מהותי של החוקה, שדורש משאל עם. בהתאם לכך נפסל גם החוק. ניתן אם כן להבין את חוסר הבהירות, שכן מצד אחד אין כאן אמירה בדבר סמכותו של בית המשפט להעביר ביקורת על תוכן של תיקונים, אולם למעשה בית המשפט יכול לקבוע שכל תיקון הוא שינוי יסודי שמצריך משאל עם, ובכך להציב משוכה גבוהה מאד בפני תיקונים לחוקה.

ה.2.4. קטגוריה רביעית – תיאוריית "המבנה הבסיסי" כבסיס לביקורת תיקוני חוקה

הודו

89. בית המשפט העליון בהודו, בסדרת פסקי דין בשנות השבעים והשמונים של המאה הקודמת, הטמיע את דוקטרינת "המבנה הבסיסי" אל תוך המשפט החוקתי ההודי, כך שלמרות היעדר כל מגבלה בחוקה על סמכות התיקון שלה, בסמכותו להעביר על תיקונה ביקורת שיפוטית ולהכריז על בטלות סעיפים הפוגעים במבנה הבסיסי האמור.⁵¹

סעיף 13.2 לחוקת הודו קובע כי אין לחוקק חוק הפוגע בזכויות אדם שהחוקה כוננה.⁵² לפני כן, פרשנות המילה "חוק" בהקשר זה הייתה שמדובר בחוקים רגילים, לא בחקיקת חוקה, כך שחקיקת תיקונים לחוקה הייתה בלתי מוגבלת.⁵³ סמכות תיקון החוקה בהודו מעוגנת בסעיף 368 לחוקה.

בשנת 1967, בפסק הדין **Golak Nath**⁵⁴ קבע בית המשפט העליון, ברוב של 5-6, כי המילה "חוק" כוללת הליכי תיקון חוקה, שכן הפרוצדורה שבה הם נעשים היא של חקיקה רגילה (בדומה לדוקטרינה שהתקבלה בפפואה ניו-גיני ונדחתה בישראל בפס"ד **שי פורת**⁵⁵). בפסק הדין למעשה לא בוטל התיקון שכנגדו הוגשה העתירה (תיקון מס' 17), אולם נקבע שפסק הדין יחול מכאן ולהבא ביחס לתיקונים עתידיים.

90. בשנת 1971, ניצחה גנדי בבחירות ברוב עצום על רקע מצע סוציאליסטי שכלל הבטחה לרפורמה חוקתית. בהתאם למצע ובתגובה לפסק הדין נחקקו התיקונים ה-24, 25 ו-26 לחוקה. תיקון 25 אפשר נקיטת רפורמות אגרריות ברכוש ובנכסים השייכים לקסטה העליונה תוך פגיעה בזכות לקניין. תיקון 26 העביר נושאי חקיקה מסוימים לפרק 9 לחוקה, המוגן מפני ביקורת שיפוטית. תיקון 24 הוסיף לסעיף 13 האמור את סעיף קטן 4, שלפיו תיקון חוקה אינו מוגבל על ידי פרק זכויות האדם בחוקה.⁵⁶

91. נגד התיקונים הוגשו עתירות. בפסק הדין **Kesavananda Bharati**,⁵⁷ בית המשפט שינה גישה. הוא הפך את הלכת **Golak Nath** וקבע שאכן סמכות התיקון אינה מוגבלת על ידי פרק

⁵¹ עיקר סקירת המצב בהודו מבוססת על Venkatesh Nayak; לינק: <http://www.constitutionnet.org/vl/item/basic-structure-indian-constitution>

⁵² "The State shall not make any law which takes away or abridges the rights conferred by this Part" and any law made in contravention of this clause shall, to the extent of the contravention, be void.

⁵³ <https://indiankanoon.org/doc/1308308/>; AIR 845, 1965 SCR (1) 933 1965

⁵⁴ <https://indiankanoon.org/doc/120358/>; 1967 AIR 1643

⁵⁵ בג"ץ 1368/94 **שי פורת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נו(5) 913 (1994).

⁵⁶ "Nothing in this article shall apply to any amendment of this [Constitution](#) made under article 368." (4)

⁵⁷ <https://indiankanoon.org/doc/257876/>

זכויות האדם, וכי המילה "חוק" לא כוללת תיקוני חוקה. אולם לצד זאת, קבע בית המשפט, ברוב של 6-7, שיש לקבל לתוך המשפט ההודי את דוקטרינת "המבנה הבסיסי". בהתאם לדוקטרינה זו, סמכות התיקון מוגבלת לא רק לזכויות אדם, אלא לכל תיקון שמהווה פגיעה במבנה הבסיסי של החוקה. מעניין לציין כי השופטים נחלקו ביניהם באשר למה שכולל מבנה בסיסי זה. פסק הדין מהווה פסק הדין המכונן של דוקטרינת המבנה הבסיסי בעולם. הדבר העלה את חמתה של גנדי, שיום לאחר פסק הדין מינתה את השופט הבכיר מבין שופטי המיעוט בפסק הדין לנשיא בית המשפט העליון, בניגוד לפרקטיקה המקובלת. ודוק: בהודו, כידוע, נהוגה חברה מעמדית ובה קסטות שונות ובית המשפט העליון בה נחשב מוסד אליטיסטי שרובם המכריע של שופטיו נמנים על הקסטה העליונה בהודו, שחלקה באוכלוסייה אחוזה בודדים. פסיקתו בענין המבנה הבסיסי של החוקה בפרשת Kesavananda בה בוטלו הרפורמות האגרריות שפגעו בזכות הקנין של קסטה זו, לטובת העם ההודי, זכתה לביקורת בשל חשש לקשר בין הדברים.

92. בשנת 1975, פסל בית המשפט העליון את הבחירות שנערכו ב-1971 בטענת רמיה. בהתאם, נגזרו על גנדי 6 שנים של איסור להתמודד בבחירות. גנדי הכריזה מייד על מצב חירום, מה שהשאיר אותה בשלטון. בזמן מצב החירום, הפרלמנט העביר שני תיקונים לחוקה: תיקון 38 ו-39. תיקון 38 קבע שאין ביקורת שיפוטית על החלטת ראש הממשלה להכריז על מצב חירום, וכן על חוקים שנחקקו בעקבות מצב החירום. תיקון 39 קבע רטרואקטיבית, שעבירות הרמייה שבגינן בחירות 1971 נפסלו, מבוטלות למפרע וכל אישום בנושא מבוטל. כשהגיע הערעור על הרשעתה של גנדי בפני בית המשפט העליון בהמשך 1975, בהליך Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain, בית המשפט אישר את בחירות 1975, אולם פסל חלק מתיקון 39 מכוח דוקטרינת "המבנה הבסיסי".⁵⁸

93. בשנת 1976, כתגובה, חוקק הפרלמנט בראשות גנדי את התיקון ה-42, שבו נכללה הוראה השוללת כל ביקורת שיפוטית על סמכות התיקון, והוראה המבהירה כי אין כל הגבלה על סמכות תיקון החוקה של הפרלמנט מכוח סעיף 368 לחוקה⁵⁹. בנאום לאומה אף הבהירה גנדי שהיא לא מקבלת את הדוקטרינה. בשנת 1980, הוגשה עתירה נגד התיקון ה-42 Minerva Mills v. Union of India.⁶⁰ בפסק הדין, שניתן ארבעה חודשים לאחר חזרתה של גנדי לשלטון, חזר בית המשפט וקבע שוב, כי דוקטרינת המבנה הביסי התקבלה במשפט ההודי, וכי התיקון פוגע במבנה הבסיסי של החוקה. בהתאם פסל בית המשפט את הסעיפים בתיקון ה-42 ששללו מבית המשפט את סמכות הביקורת השיפוטית. פסק דין זה ניתן, ביחס לדוקטרינה לפחות, פה אחד.⁶¹ בכך הפכה הדוקטרינה לעניין מנוי וגמור.⁶²

⁵⁸ <https://indiankanoon.org/doc/936707/>

⁵⁹ <https://www.india.gov.in/my-government/constitution-india/amendments/constitution-india-forty-second-amendment-act-1976>

⁶⁰ <https://indiankanoon.org/doc/1939993/>

⁶¹ ראו גם Constitution amendment in India, Romesh C Bhardwaj

⁶² Pramati Educational & Cultural vs Union Of India & Ors on 6 May, 2014
<https://indiankanoon.org/doc/32468867/>

94. **לסיכום מצב משפטי** : אין פסקת נצחיות בחוקה. בית המשפט מעביר ביקורת שיפוטית על תיקוני חוקה על בסיס דוקטרינת "המבנה הבסיסי". מכוחה בוטלו תיקונים בפועל. התוצאה של פעולה קיצונית שכזו ברורה – היא מועדת להוביל למשבר חוקתי וציבורי מסוכן ועמוק. היא אף מראה שאין היא בהכרח כלי לקידום זכויות אדם. היא ממחישה כמה נפגע בית המשפט מעיסוקו בליבת הנורמות עד כדי עירעור על מניעיו. ולכן, לא לחינם אין לדוגמא זו מקבילה בעולם המערבי.

מלזיה

95. חוקת מלזיה קיימת משנת 1957. החוקה מאפשרת תיקון שלה בסעיף 159, תיקונים רבים נעשו בה במשך השנים. בפסקי דין מהשנים 1977⁶³ ו-1988⁶⁴, בית המשפט העליון דחה באופן ברור ומפורש את דוקטרינת המבנה הבסיסי בטענה שהדוקטרינה אינה מתאימה לשיטת המשפט ולחוקה המלזית.⁶⁵

96. אולם בשנת 2010 ניתן פסק דין על ידי בית המשפט הגבוה לערעורים, שבו אומצה באוביטר דוקטרינת המבנה הבסיסי.⁶⁶ פסק הדין עסק בעתירה של עורך דין אשר היה חבר מועצת לשכת עורכי הדין עד לשנת 2001, שבה הוא חדל מלכהן בגין היבחרו לסגן נשיא מפלגה פוליטית בשם Parti Rakyat Malaysia. העותר טען שהדחתו מהמועצה אינה כדין שכן החוק שבגיניו הודח אינו חוקתי. בהערת אגב, דן בית המשפט בנושא המבנה הבסיסי וקובע שהפרלמנט אינו יכול לשנות את החוקה באופן שפוגע במבנה הבסיסי שלה. ההערה לא נדרשה לצורך ההליך.

97. בפסק דין מאוחר יותר, משנת 2011, צוטט פסק הדין הנ"ל בתור זה שהכניס לראשונה את דוקטרינת המבנה הבסיסי למשפט המלזי.⁶⁷ לעומת זאת, בפסק דין משנת 2015,⁶⁸ התנער בית המשפט הפדרלי מהדברים שנאמרו בזכות המבנה הבסיסי, ואף קבע שהדברים בגדר אוביטר בלבד ושאינן לבתי המשפט סמכות להתערב בנוסח החוקה. לעת הזו נראה כי הכיוון הוא של קבלת הדוקטרינה. בפסק דין של בית המשפט העליון מהעת האחרונה,⁶⁹ התבטא בית המשפט באופן ברור, באוביטר, בזכות דוקטרינת המבנה הבסיסי

⁶³ ; Loh Kooi Choon v. Government of Malaysia [1977] 2 M.L.J. 187

⁶⁴ ; Phang Chin Hock v. Public Prosecutor [1980] 1 M.L.J. 70

⁶⁵ ראו מאמר מעודכן לשנת 2016 מסכם :

<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.co.il/&httpsredir=1&article=2942&context=facpub>

⁶⁶ Sivarasa Rasiah v. Badan Peguam Malaysia & Anor [2010] 2 M.L.J. 333.

⁶⁷ Muhammad Hilman v. Kerajaan Malaysia [2011] 6 M.L.J. 507.

⁶⁸ Public Prosecutor v. Yuneswaran [2015] 9 C.L.J. 873, פסקה 79 לפסק הדין. לינק :

<http://foongchingleong.com/judgements/J-09-229-09-2014.pdf>

⁶⁹ ; Indira Gandhi A/P Mutho v Pengarah Jabatan Agama Islam Perak and 2 Others, and 2 Other Appeals לינק :

<http://www.judgments.my/fc/indira-gandhi-ap-mutho-v-pengarah-jabatan-agama-islam-perak-and-2-others-and-2-other-appeals/10130>

והגבלות על סמכות התיקון לחוקה, תוך ציטוט מעניין Kesavananda וקביעות ברורות שלפיהן סמכות התיקון אינה מאפשרת פגיעה במבנה הבסיסי של החוקה.⁷⁰ נסיבות פסק הדין אינן רלוונטיות לנדון.

98. לסיכום, אין כיום הלכה במלזיה המקבלת את דוקטרינת המבנה הבסיסי, וגם אין אמירה ברורה בפסיקה בנוגע לתחולתה גם באוביטר, שכן ישנם פסקי דין סותרים. אולם פסק הדין האחרון של בית המשפט העליון במדינה התייחס לדוקטרינה ככזו שחלה במשפט המלזי, למרות שלא ברור על מה הוא מסתמך.

סיכום מצב משפטי: יש חוקה פורמלית, גם אם אין פסקת נצחיות בחוקה. ישנן פסיקות סותרות ביחס לתחולת דוקטרינת "המבנה הבסיסי". לא בוטלו תיקונים בפועל.

קולומביה

99. חוקת קולומביה הנוכחית נכנסה לתוקף בשנת 1991. בחוקה אין פסקת נצחיות, והיא מגבילה באופן מפורש את סמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט לחוקה לענייני פרוצדורה בלבד.⁷¹ אולם למרות זאת, בית המשפט לחוקה ניסח, בפסק דין משנת 2003, דוקטרינה דומה מאד ל"מבנה הבסיסי", הנקראת "דוקטרינת ההחלפה". בהתאם לדוקטרינה זו, הגם שהחוקה מעניקה לגורם המוסמך "לתקן" אותה, היא אינה מסמיכה אותו להחליף אותה.⁷² כפי שניתן לשים לב, מדובר בדיוק באותו טיעון פוזיטיבי שנטען בפסיקה ההודית, בשם אחר. בפסק הדין עצמו לא נפסל תיקון לחוקה אלא רק חלק קטן מההצעה שפורסמה לבחורים לקראת משאל העם, בגין פגיעה בעקרון חופש הבחירה והאיסור לנסח הצעות כאלה באופן שנועד להטות את הבחור. הפעם הראשונה שבה פסל בית המשפט תיקון באופן מעשי היה בפסק דין משנת 2005,⁷³ שבו נדון ניסיון לתיקון החוקה בענייני בחירות שונים, בראשם אפשרות של הנשיא המכהן, אוריבה, להתמודד שוב על התפקיד. בית המשפט אישר את התיקונים כולם, חוץ מתיקון שהעניק סמכות למועצת המדינה, גוף ממונה, לחוקק חוק בחירות אם הקונגרס יסרב לעשות זאת.⁷⁴ מאז, בית המשפט לחוקה פסל כמה וכמה תיקונים לחוקה, ביניהם ניסיון של אוריבה לשנות את החוקה כך שתאפשר לו לרוץ בשלישית.⁷⁵

100. דוגמה לשימוש שעשה בית המשפט בדוקטרינה נעוצה בפסק דין משנת 2016. בית המשפט לחוקה פסל, בשתי החלטות נפרדות, שני תיקונים לחוקה אשר עסקו ברשות השופטת.⁷⁶

⁷⁰ פסקה 33 לפסקה הדין.

⁷¹ סעיפים 241 ו-379 לחוקת קולומביה 1991.

⁷² Constitutionality Decision No. 551/03 of the Constitutional Court, July 9, 2003 בפסקה 39 לפסק הדין; לינק: https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43620070?_ga=2.140401393.37960608.1536079284-1202348035.1536079284

⁷³ Constitutionality Decision No. 1040/05 of the Constitutional Court, October 19, 2005; לינק: https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/43623946?_ga=2.69687634.37960608.1536079284-1202348035.1536079284#section_7

⁷⁴ https://en.wikinews.org/wiki/Colombian_Constitutional_Court_passes_presidential_re-election

⁷⁵ Decision C-141 of 2010.

⁷⁶ Decision C-373 of 2016; Decision C-285 of 2016.

הראשון,⁷⁷ ניסה לכוון שני מוסדות חדשים – "מועצת הממשל השיפוטי" ו- "משרד ניהול הרשות השופטת" – שנועדו להחליף גופים קיימים בניהול הרשות השופטת. השני, ניסה לכוון גוף חדש שיהיה אחראי על העמדת שופטים לדין בענייני פלילים ומשמעת. התיקונים הוכרוזו בטלים בהתאם ל"דוקטרינת ההחלפה".⁷⁸

סיכום מצב משפטי: אין פסקת נצחיות בחוקה. בית המשפט מעביר ביקורת שיפוטית על תיקוני חוקה על בסיס "דוקטרינת ההחלפה". התיקונים בוטלו.

בנגלדש

101. חוקת בנגלדש אינה כוללת פסקת נצחיות. סעיף 142 מגדיר את סמכות הפרלמנט לתקן את החוקה.⁷⁹ בפסק דין משנת 1989, אימץ בית המשפט העליון את דוקטרינת המבנה הבסיסי ההודית.⁸⁰ בפסק הדין נדון התיקון ה-8 לחוקה, אשר הוסיף שש ערכאות שיפוטיות קבועות נוספות על בית המשפט העליון, במחוזות המדינה השונים.⁸¹ בית המשפט קבע כי תיקון זה פוגע במבנה הבסיסי של החוקה, שמאופיינת בערכאה עליונה ריכוזית אחת.⁸² בפסק הדין מצטט בית המשפט מפסק הדין Kesavananda ההודי.

102. מקרה עדכני של פסילת תיקון לחוקה בבנגלדש, על בסיס דוקטרינת המבנה הבסיסי, הוא פסק הדין בעניין תיקון מספר 16 לחוקה,⁸³ אשר ניסה להעביר את הסמכות להדיח שופטים לרשות המבצעת ברוב של 2/3. בית המשפט העליון בבנגלדש מחולק לערכאה ראשונה וערכאת ערעור. הערכאה הראשונה הכריזה על התיקון כבטל, וערכאת הערעור, בפסק דין באורך 799 עמודים, חזרה ואשררה את ביטול התיקון.⁸⁴

סיכום מצב משפטי: אין פסקת נצחיות בחוקה. בית המשפט מעביר ביקורת שיפוטית על תיקוני חוקה על בסיס דוקטרינת "המבנה הבסיסי". בוטלו תיקונים בפועל.

סלובקיה

103. בחוקת סלובקיה אין פסקת נצחיות. החוקה מבחינה בין סוגים שונים של תיקונים לה, כך שאם הפרלמנט חפץ בתיקון שנוגע להצטרפות לאיחוד עם מדינה אחרת נדרש משאל עם. כמו כן, תיקון חוקתי או חוק חוקתי דורשים רוב של 3/5 מכלל חברי הפרלמנט.⁸⁵

ביום 30.1.2019, ניתן פסק דין על ידי בית המשפט לחוקה בסלובקיה, אשר ביטל תיקון לחוקה בגין תוכנו.⁸⁶ פסק הדין עסק בתיקון לחוקה שעניינו היה מתן אפשרות למשרד

⁷⁷ Constitutional amendment No. 01, June 25

⁷⁸ ראו סקירה: http://www.iconnectblog.com/2016/09/the-unconstitutional-constitutional-amendment-doctrine-and-the-reform-of-the-judiciary-in-colombia/#_edn1

⁷⁹ נדרש רוב של שני שלישים מחברי הפרלמנט. בנושאים מסויימים, נדרש גם משאל עם.

⁸⁰ Anwar Hossain Chowdhury Vs. Bangladesh, 1989, 18 CLC (AD)

⁸¹ לינק לתיקון: <http://www.clcbd.org/document/download/770.html>

⁸² התיקון פגע ישירות במונופול שהיה לבית המשפט העליון על המשפט בבנגלדש.

⁸³ <https://www.dhakatribune.com/bangladesh/court/2017/08/01/full-text-16th-amendment-released/>

⁸⁴ http://www.supremecourt.gov.bd/resources/documents/1082040_C.A.6of17.pdf

⁸⁵ סעיף 84.4 לחוקת סלובקיה.

⁸⁶ 2014-96 / PL. ÚS 21, קישור:

https://www.ustavnysud.sk/documents/10182/0/PL_+US+21_2014.pdf/233a617c-4dfd-4151-8a6b-16d180b27111

לביטחון לאומי (NBO) להעביר שופטים ומועמדים לשפיטה שנכנסו לתפקידם מיום כניסתו של התיקון לתוקף תחת חקירה ביטחונית ופיננסית מחמירה, כזו שתאפשר בחינה של נכסייהם, קשריהם המשפחתיים, ומעורבותם בארגוני פשיעה. הדוחות יועברו למועצת השפיטה (ארגון המורכב בעיקר משופטים), שבסמכותם יהיה להחליט לגבי כהונתם של השופטים בהתאם לממצאים.

104. בית המשפט פסק בדעת רוב (9 כנגד 4 שופטים) כי התיקון בטל שכן הוא סותר את ליבת החוקה, בכך שהוא פוגע בעצמאות השופטים. תוך הפניה לפסקאות נצחיות בחוקות מדינות שונות, ולדוקטרינת המבנה הבסיסי ההודית, פיתח בית המשפט דוקטרינה דומה מאד ל"מבנה הבסיסי", שניתן לכנות "דוקטרינת הליבה". בהתאם לדוקטרינה זו, לכל חוקה יש ליבה, אשר נהנית ממעמד נורמטיבי גבוה יותר מהוראות החוקה הרגילות, ולא ניתן לתקן אותה באמצעות מנגנון התיקון הרגיל, שכן אז לא יהיה מדובר ב"תיקון". לאחר מכן קובע בית המשפט כי בסמכותו להעביר ביקורת שיפוטית על תיקוני חוקה, שכן גם תיקוני חוקה נכללים במילה "חוק" שכלולה בסעיף החוקה שמסמיך את בית המשפט לחוקה להגן על החוק.⁸⁷ לבסוף, פונה בית המשפט לקבוע מה נמצא בליבת החוקה שלא ניתן לשנות, וקובע כי עצמאות השופטים מעוגנת בעקרון שלטון החוק שבסעיף 1 לחוקה. בהתאם לכך, פסק בית המשפט כי התיקון האמור בטל.

יוער, כי בית המשפט מעיר באוביטר, בסוף פסק הדין, שאם יתקבל תיקון לחוקה שיאפשר מנגנון תיקון שיכלול משאל עם, הרי שתיקון כזה לא יהיה כפוף לביקורת שיפוטית. **סיכום מצב משפטי**: ישנה חוקה פורמלית, אין פסקת נצחיות מפורשת בחוקה. בית המשפט מעביר ביקורת שיפוטית על תוכן תיקוני חוקה על בסיס "דוקטרינת הליבה". בוטלו תיקונים בפועל.

ה. 5.2. פרק המשפט המשווה – סיכום

105. לא מצאנו ולו שיטת משפט אחת בה בתי המשפט נטלו לעצמם את הסמכות להעביר ביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה בלי בסיס פוזיטיבי **כתוב** בחוקה השלמה והכתובה בעצמה.

106. כאמור, הקו המוביל בקרב המדינות הבולטות בעולם המערבי הוא עליונותה המוחלטת של החוקה, שאינה ניתנת לערעור או לביקורת שיפוטית, ועליונותו של מנגנון תיקון החוקה שאינו נתון לביקורת שיפוטית.

החריג לכלל זה הוא חוקות שיש בהן פיסקת נצחיות, המגבילה באופן מפורש ומוסכם את סמכות התיקון החוקתי. מכוח סעיפי נצחיות, מקיימים בתי משפט בכמה מדינות ביקורת שיפוטית על תיקוני חוקה, כדי לוודא שאינם חורגים ממה שהריבון בעצמו קבע במפורש כנחצי ואינו בר-שינוי.

החריג שבחריג האמור הוא מדינות שבהן בתי המשפט פירשו את הוראת תיקון החוקה באופן דווקני, כך שהמילה "תיקון" אינה כוללת "ביטול" או "החלפה" של החוקה. מכך, בתי משפט אלה הסיקו מעצם קיומה של חוקה מוסכמת כתובה, את קיומו של "מבנה בסיסי", אשר מכוחו רשאים בתי המשפט לפסול ולבקר תיקוני חוקה החורגים ממנו. דוקטרינה זו שהורתה

⁸⁷ סעיף 125(1)(a) לחוקת סלובקיה.

בהודו, בתקופה של משבר חוקתי חריף שכלל מהלכים יוצאי דופן מצד רשויות השלטון האחת כלפי השנייה, במסגרת מאבקי מעמדות בחברה מעמדית, אומצה כמודל חיקוי בעוד כמה מדינות מתפתחות, שגם בחלקן הדבר קשור למאבקים מעמדיים ולשימור כוחן של האליטות. אין דוגמה לחריג דומה באף מדינה מערבית שהמסורת המשפטית-דמוקרטית שלה מקבילה לישראלית. בישראל היא איננה בת יישום בשום אופן, כפי שכבר מצא גם בית המשפט הנכבד.

כפי שציין בית המשפט הנכבד לאחרונה, במדינת ישראל אין חוקה שלימה או הוראה חוקתית הקובעת מנגנון תיקון חוקתי כללי. במצב דברים זה לא ניתן להסיק על קיומו של "מבנה בסיסי", או על איסור לפגוע בו. גם לו בית המשפט הנכבד היה בוחר לילך בדרכה של הודו, אף פסקת נצחיות אין בחוקי היסוד שלנו.

107. ניתוח ולימוד המשפט המשווה מלמד באופן ברור: אימוץ הדוקטרינות כפי שמבקשים העותרים יעמיד את מדינת ישראל בקטגוריה נפרדת, עצמאית, קטגוריה חמישית, שבה בית המשפט (שהוא כזכור זה אשר הכריז, באופן שאין דומה לו בעולם, על קיומה של מעין-חוקה) מאמץ לעצמו סמכות לבקר תיקוני חוקה מבלי שיש פסקאות נצחיות, ללא שיש חוקה שלימה, ללא שניתן להסיק על מבנה בסיסי לחוקה שאיננה. גישה כזו תוציא את ישראל מכלל המדינות המערביות. תהא זו קטגוריה עצמאית שתעמיד את ישראל כמדינה שבה נותק הקשר בין העם ובין ריבונותו.

ה.3. ביקורת מהותית על חוקי יסוד – העדר בסיס תיאורטי או אנליטי

108. נניח לרגע לשאלת הסמכות, ונניח לעובדה שאין בכדור הארץ מדינה שיש בה ביקורת שיפוטית על חוקה כפי שמבקשים העותרים שבית המשפט הנכבד יקיים. גם לגופו של עניין, אף אילו היתה סמכות כזו – ביקורת על תיקוני חוקה חייבת להיסמך על נקודת משען כלשהי. נקודת משען זו יכולה להיות החוקה עצמה – פסקאות נצחיות או "מבנה בסיסי" – שתי דוקטרינות חריגות המעוררות קשיים כשלעצמן, ואינן רלוונטיות לישראל שאין בה לא חוקה שלמה ולא פסקאות נצחיות, כפי שכבר ציין בית המשפט הנכבד עצמו; או פסקאות כבילה עצמית בתוך הוראות החוקה. על מה אפוא יכול בית המשפט הנכבד, אם יבקש לבחון בכובד ראש את טענות העותרים, להסמך את הביקורת על תיקוני חוקה? להלן נבחן את האפשרויות השונות העולות מאמרות אגב בפסיקה, מן הספרות ומטענותיהם של העותרים.

109. אפשרות א': משפט טבע, עקרונות יסוד-חוץ-משפטיים

אפשרות אחת שעולה מן העתירות היא ביקורת שיפוטית על תיקוני חוקה-יסוד או חוקה מכוח משפט הטבע, עקרונות יסוד, או תפיסות קדם משפטית ועל משפטיות שכביכול ניצבות בבסיס התפיסה המשטרית.

דוקטרינה זו של "עקרונות היסוד של השיטה" לשם ביקורת מהותית על חקיקה בכלל, ועל חקיקת יסוד בפרט, אינה קושרת את עצמה לפעולה כלשהי של הריבון. מעצם מהותה יש בה פריצה של מוסכמות היסוד של המנגנון הדמוקרטי, הקובע כי הכרעות מסורות לעם או לנציגיו הנבחרים.

זאת ועוד, להבדיל מהעקרונות החוקתיים המעוגנים בחוקה, תוכנם המדויק של אותם "עקרונות יסוד" איננו ידוע. מדובר בקבוצה שאיננה מוגדרת ואינה מוכרת לאיש. טול אדם מן היישוב ושאלהו מהם עקרונות היסוד של המשטר מדינת ישראל שאין לחרוג מהם, וקבל אינספור תשובות, שבוודאי גם יסתרו אחת את רעותה. טול אפילו את שופטי ההרכב הנכבד, ושאלם מהם "עקרונות היסוד של שיטת המשטר בישראל", וקבל גם מהם תשובות שונות. חוות דעתו של כב' השופט קרא בעניין **חסון תוכיח**: לדעתו הגדרת מדינת ישראל כמדינה שבה רק לעם היהודי ישנה זכות להגדרה עצמית לאומית, סותרת עקרונות יסוד דמוקרטיים.

110. אשר למישור המעשי, העמימות האמורה משליכה על סוגיית הוודאות והצפיות בחקיקה, וכמובן גם הוודאות והצפיות בפסיקת בית המשפט. חוקה כתובה תוחמת למחוקק את גזרת פעולתו. מקור לביקורת החוקה, כמו פסקאות נצחיות, אף הוא עשוי לתחום לרשות המכוננת את תחומי פעילותה. לא כך כשמדובר בעקרונות יסוד עמומים. בחברה מרובת פנים וערכים, כשלנו יכול שופט להתייחס אל מגוון רחב מאד של רעיונות כאל "עקרונות יסוד של השיטה", ובאופן בלתי צפוי. הדבר יקשה על בנייה של מערכת שלטון מתפקדת ועל יחסים תקינים בין הרשויות.

111. הסתמכות על "משפט טבע" מעין זה אינה מתאימה לשיטת המשפט המודרנית, הנשענת על כללים פוזיטיביים ועל מנגנונים ברורים לקבלת החלטות ולזיהוי נורמות. העמדת "משפט טבע", "עקרונות יסוד" ועוד כהנה וכהנה ביטויים עמומים מעל הפירמידה – משמעותה העדר קודקוד נורמטיבי אפקטיבי. בהעדר קודקוד נורמטיבי, כלל מוסדות השלטון עלולים לטעון לזכות לקבוע מה נגזר מעקרונות כאלו. מכאן ועד אנרכיה הדרך קצרה. משטר שבו עקרונות-העל נקבעים באופן מזדמן בידי הרכב שופטים בזמן נתון, ויהיו אנשי מופת ומוסר ודעת ומידה טובה כפי שיהיו – איננו עוד משטר שיכול להיקרא דמוקרטי. זו מדינה שהריבונות בה אינה נתונה במלואה לעם, שהשלטון בה איננו שלטון החוק, ואין בה הפרדה בין תפקידי הרשויות.

112. **נעיין קמעא גם במשפט המשווה**: במדינות דמוקרטיות אחרות נדרשו בתי משפט לשאלה האם עקרונות לא-כתובים, היסטוריים או כלליים יכולים להוות בסיס לפסילת חוקים, והשיבו עליה בלאו נחרץ.

113. **ארה"ב – הכרזת העצמאות אינה מסמך משפטי, עקרונות של משפט טבע אינם מקור**

הכרזת העצמאות האמריקאית שימשה השראה חשובה עבור מנסחי מגילת העצמאות הישראלית.⁸⁸ על אף ניסיונות מצד מלומדים ומשפטנים אמריקאים להראות שהכרזת העצמאות מתווה עקרונות יסוד ויכולה אף להעניק סעדים משפטיים אופרטיביים, בית המשפט העליון האמריקאי דחה באופן חד-משמעי לאורך כמעט 250 שנות קיום המדינה טענות מעין אלו.⁸⁹ השוואה לפסיקה האמריקאית מראה כיצד "עקרונות יסוד" כלליים אינם יכולים להוות בסיס לפסילת חקיקה פוזיטיבית.

כפי שמשביר המלומד Darrell A. H. Miller:

"The Declaration is a majestic document. But it is not law. It does not purport to be law and it was not intended to be law. Courts do not enforce it as law... Instead, the overwhelming consensus of judges is that the Declaration alone, in whole or in part, contains no enforceable norms."⁹⁰

114. הפסיקה האמריקאית לדורותיה דחתה בעקביות הסתמכות משפטית על הכרזת העצמאות, ובוודאי שהשופטים בבתי המשפט האמריקאיים לא העלו על דעתם שניתן לפסול חקיקה מכוחה.

להלן מספר דוגמאות:

"The Declaration of Independence... is not a legal prescription conferring power upon the courts."⁹¹

"The Declaration of Independence is a statement of ideals, not law".⁹²

" [C]orporations have constitutional rights that inferior law cannot infringe, regardless of the Defendants' interpretation of the Declaration of Independence."⁹³

"We have no jurisdiction over claims allegedly arising under the Declaration of Independence."⁹⁴

115. לא רק עקרונות ממסמכים היסטוריים, אלא גם עקרונות כלליים של צדק טבעי אינם יכולים לגבור על חקיקה פוזיטיבית. עמדה זו נטועה כבר בראשית ימיה של ארה"ב:

"If, on the other hand, the Legislature of the Union, or the Legislature of any member of the Union, shall pass a law, within the general scope of their constitutional power, the Court cannot pronounce it to be void, merely because it is, in their judgement, contrary to the principle of nature justice."⁹⁵

116. בקנדה – פסילת חוקים על סמך עקרונות לא-כתובים חותרת תחת זכויות דמוקרטיות

Shachar, Yoram. "Jefferson goes east: The American origins of the Israeli declaration of independence." *Theoretical Inquiries in Law* 10.2 (2009): 589-618.

⁸⁹ לדוגמה לכתביה אקדמית בעד תזת "עקרונות יסוד השיטה", ראה:

Barnett, Randy E. "The Declaration of Independence and the American Theory of Government: First Come Rights, and Then Comes Government." *Harv. JL & Pub. Poly* 42 (2019): 23.

Darrell A.H. Miller, Continuity and the Declaration of Independence, 89 S. CAL. L. REV. 601 (2016), ⁹⁰ 602-603

Troxel v. Granville, 530 U.S. 57, 91 (2000) (Scalia, J.) ⁹¹

Schifanelli v. United States, 1988 U.S. App. LEXIS 21107, at *1 (4th Cir. Dec. 22, 1988) ⁹²

Swepi, LP v. Mom Cty., 81 F. Supp. 3d 1075, 1173 (D.N.M. 2015) ⁹³

Rondeau v. Rogers, 2010 U.S. Dist. LEXIS 78932, at *7-8 (D.N.H. July 8, 2010) ⁹⁴

Calder v. Bull, U.S. (3 Dall.) 386, 399 (1798) ⁹⁵

בפסק דין Toronto (City) v. Ontario (Attorney General), מ-2021, בית המשפט העליון הקנדי נדרש לשאלה האם עקרונות לא-כתובים יכולים להוות בסיס לפסילת חוקים.⁹⁶

לפי החוקה הקנדית מ-1867, הסמכות לעצב את מוסדות הרשויות המקומיות נתונה לממשלות המחוזיות. במהלך קמפיין הבחירות לעיריית טורונטו (העיר הגדולה ביותר בקנדה) ב-2018, ממשלת אונטריו (המחוז שבו טורונטו נמצאת) העבירה חוק שצמצם את הרכב נציגי העירייה מ-47 ל-25. עיריית טורונטו עתרה נגד החוק בין היתר בטענה שהחוק פוגע בעקרונות-על של דמוקרטיה וייצוג אפקטיבי.

117. לפי דעת הרוב בפסק הדין, עקרונות בלתי-כתובים אינם יכולים להוות בסיס עצמאי לפסילת חוקים. עקרונות אלו הם מופשטים ברמה גבוהה, לעומת סעיפי החוקה אשר עברו וועדות פרלמנטריות. אין תוכן מוגדר לביטוי "דמוקרטיה" ומסירת הפרשנות לידי בית המשפט חותרת תחת האפשרות להכריע בקלפי ובהליכי חקיקה.

בית המשפט קבע כך :

First, such attempts trespass into legislative authority to amend the Constitution, thereby raising fundamental concerns about the legitimacy of judicial review and distorting the separation of powers.

Secondly, unwritten constitutional principles are “highly abstract” and “[u]nlike the rights enumerated in the Charter — rights whose textual formulations were debated, refined and ultimately resolved by the committees and legislative assemblies entrusted with constitution-making authority — the concep[t] of democracy . . . ha[s] no canonical formulatio[n]”. Unlike the written text of the Constitution, then, which “promotes legal certainty and predictability” in the exercise of judicial review the nebulous nature of the unwritten principles makes them susceptible to be interpreted so as to “render many of our written constitutional rights redundant and, in doing so, undermine the delimitation of those rights chosen by our constitutional framers”. Accordingly, there is good reason to insist that “protection from legislation that some might view as unjust or unfair properly lies not in the amorphous underlying principles of our Constitution, but in its text and the ballot box”. In our view, this statement should be understood as covering all possible bases for claims of right.

118. בריטניה – עקרונות המשפט המקובל אינם יכולים לגבור על חקיקה מפורשת

כידוע, אין בבריטניה חוקה כתובה והשיטה הבריטית מתאפיינת בעיקרון ריבונות הפרלמנט. בעתירה לפני ה-High Court, נטען כי עקרונות המשפט המקובל מסמיכים את בית המשפט להתעלם מהוראות חקיקה אשר קבעו לחסום ביקורת שיפוטית על החלטות ועדות הערר המנהליות (Ouster Clause) בתחומי מקרקעין, הגירה וכדומה.

בעניין Oceana, שניתן לפני חודשים אחדים, דחה בית המשפט את הטענה באופן חד-משמעי: הפרלמנט קבע בצורה ברורה את גבולות הביקורת השיפוטית בחקיקה ראשית ובית המשפט

Toronto (City) v. Ontario (Attorney General), 2021 SCC. Par. 58-59 ⁹⁶

מוסמך לפעול רק במסגרת החוק. אין שום אפשרות לבית המשפט להתעלם מחקיקת הפרלמנט. בית המשפט קבע בפשטות –

"The legal position under the law of England and Wales is clear and well established. The starting point is that the courts must always be the authoritative interpreters of all legislation including ouster clauses. That is a fundamental requirement of the rule of law and the courts jealously guard this role. However, the rule of law applies as much to the courts as it does to anyone else. That means that under, our constitutional system, effect must be given to Parliament's will expressed in legislation. In the absence of a written constitution capable of serving as some form of "higher" law, the status of legislation as the ultimate source of law is the foundation of democracy in the United Kingdom. The most fundamental rule of our constitutional law is that the Crown in Parliament is sovereign and that legislation enacted by the Crown with the consent of both Houses of Parliament is supreme. The common law supervisory jurisdiction of the High Court enjoys no immunity from these principles when clear legislative language is used, and Parliament has expressly confronted the issue of exclusion of judicial review, as was the case with section 11A. In short, there is no superior form of law than primary legislation, save only where Parliament has itself made provision to allow that to happen."⁹⁷

119. אפשרות ב: מדינה יהודית ודמוקרטיה

נהרות של דיו נשפכו ועוד יישפכו על פירושו של המונח. ברור לכל כי מדינת ישראל היא יהודית ודמוקרטית. ברור לכל כי כך עליה להישאר. אולם מונח נאה זה איננו כולל מפתח של ממש להכרעה במצבי התנגשות, ובוודאי שאינו יכול להוות עקרון-על שיגבר על שינויים ותיקונים בחוקה שיציע הריבון עצמו.

120. **ראשית**, דמוקרטיה היא מונח רחב. יש כידוע בישראל ויכוח לא פשוט על הגדרת המונח. האם המונח דמוקרטיה מדבר רק על מנגנון ההכרעה הרובני, או גם על סט של זכויות אזרח, שמא סט של זכויות אדם? ואם כן, אילו זכויות כלולות, ואילו אינן? אולי כולל המונח מערכת יחסים כזו או אחרת בין הרשויות? מה טיבה של הפרדת הרשויות המחויבת בדמוקרטיה? בעצם ימינו אלו מתנהל דיון ציבורי ופוליטי נוקב על הגדרת המונח דמוקרטיה. הללו טוענים שבאו לתקן את הדמוקרטיה הישראלית הנמצאת בגרעון, והללו טוענים כי התיקונים המוצעים הם גופם גורעים מן הדמוקרטיה. לא מקרה הוא שאין דמוקרטיה אחת בעולם הדומה לזולתה. כל משטר ומאפייניו, מאפיינים הנקבעים על-ידי נציגי הציבור שנבחרו בצורה דמוקרטית בהתאם לכללי המשטר הנוהג.

121. **שנית**, גם המונח "יהדות" הוא מונח רחב. האם זו התרבות היהודית, המסורת, אולי ההלכה? האורתודוקסית או אולי הקונסרבטיבית? האם זו רוח נביאי ישראל? כולל זו של משה רבינו, או רק של ישעיהו? הראשון או השני? האם יהדות היא כל מה שאמרו יהודים במהלך הדורות, או רק מה שהתקבל בתוך בית המדרש? האם היהדות, בתוך המונח 'יהודית ודמוקרטית',

⁹⁷ Oceana, R (On the Application Of) v Upper Tribunal (Immigration And Asylum Chamber) (Rev1) [2023] EWHC 791 (Admin)

עוסקת בהיבטי לאום בלבד, או גם בהיבטים דתיים? ומה היחס בין ה"יהדות" הנעלמה הזו לבין הציונות? ואיזה סוג של ציונות? כל אלו שאלות פתוחות, שאלות של השקפה ואמונה וערכים.

החלטה להסתמך על המונח "יהדות" כדי להגביל פעולות ריבוניות של הרשות המכוננת מועדת לגלוש לידי ניכוס המונח "יהדות" לטובת עמדה אידיאולוגיה או השקפה מסויימת.

122. **שלישית** – מהו היחס בין אותה "יהודית" חמקמקה לאותה "דמוקרטית" עמומה? האם הן מתנגשות, סותרות, או משלימות האחת את השנייה? וכשהן מתנגשות, מי גובר? ועד כמה? ומי מכריע בכל עת של התנגשות?

אכן, מחוקק-היסוד השתמש במונח זה כרוח כללית להכוונת הרשויות בסעיפי המטרה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק, וכן בכמה חוקים אחרים. בית המשפט הנכבד בוחן מעת לעת האם חוקים או פעולות שלטון הולמים את ערכיה של מדינת ישראל, כלשון פסקת ההגבלה, לאור דמותה כמדינה יהודית ודמוקרטית. לעיתים, בהתאם להוראות חוקי היסוד, זהו תפקידו של שופט. אולם מכאן ועד אימוץ המונח הזה כביקורת על מכונן חוקי היסוד עצמו הדרך ארוכה. היא עלולה להביא לניכוס המונחים הללו לטובת עמדות ערכיות או פוליטיות פרטיות.

123. **סיכומו של דבר: ההיתלות במונח "יהודית ודמוקרטית" לצורך ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד אינה שונה למעשה מן השימוש במשפט הטבע או ב"עקרונות יסוד", שכן איש איש ייצוק לתוכן את ערכיו הוא. ביקורת על חוקי יסוד מכוח מונח זה משמעותה שלילת יכולתו של הריבון לעצב את עקרונות וערכי העל שלו בעצמו והעברת הכוח לידי גורם שאינו נבחר ואינו ייצוגי.**

124. **אפשרות ג': מגילת העצמאות**

הטענה כי על בסיס מגילת העצמאות ניתן לבקר חקיקת יסוד בכלל, ובפרט לשלול את תוקפו של תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה, לוקה בשורה של כשלים עיוניים ומעשיים, ולא ניתן לקבלה.

125. **בדבר חשיבותה של מגילת העצמאות קשה להפריז. זהו המסמך ההיסטורי החשוב ביותר של מדינת ישראל. ממשלות ישראל רואות בה את ה"אני מאמין" היסודי של מדינת ישראל, ופועלות כל העת להמשך פיתוחה וקידומה של מדינת ישראל בהתאם לרוחה וערכיה של מגילת העצמאות.**

מגילת העצמאות זוכה להוקרה והערכה בכל רובדי העם. המגילה מבטאת במילים את מימוש חזונו של נביאי ישראל. המגילה היא הביטוי הכתוב להגשמת משאלת הדורות וכמיהתם, בכל התפוצות והגלויות. מילים לא תוכלנה לבטא את הרטט וההתרגשות שאחזו ביהודי העולם בשמעם את דוד בן גוריון מקריא את המגילה המכריזה על הריבונות המחודשת של העם היהודי בארץ ישראל, לאחר אלפיים שנות גלות.

ברם, השאלה האם מגילת העצמאות היא מסמך משפטי שנועד לשמש כלי-עבודה בידי הרשות השופטת – היא שאלה שונה לחלוטין; תשובתה שלילית.

מגילת העצמאות לא נועדה להיות מסמך בעל השפעה חוקתית-משפטית משלו, מעבר למה שהוענק לה במפורש בחוק או בחוק יסוד. נבהיר זאת להלן.

126. **ראשית**, כבר נקבע בפסיקת בית המשפט מקדמת דנא כי אין להכרזת העצמאות מעמד חוקי או חוקתי אלא היא משמשת מקור פרשני בלבד (בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א, 85 (1948); בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (1953); בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 211 (1962); בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, 274 (1988)).

הגישה המקובלת היא כי סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי זכויות היסוד של האדם "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל", לא העניק להכרזת העצמאות מעמד חוקתי, אלא משמש מודל פרשני, המציב את מגילת העצמאות כמקור השראה שבאמצעותו יש "לפרש, לעצב, לתחום ולהעניק תוכן מהותי לזכויות היסוד שעוגנו בחוקי-היסוד" (ר' למשל פס' 25 לפסק דינו של כב' השופט סולברג בעניין חסון, והאסמכתאות שם). כך ציין למשל השופט ברנזון בפרשת רוגוזינסקי, שם ביקשו העותרים הכרה בטקס נישואין לא דתי שערכו:

"תקפה 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" (ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129, 135 (1971))

הנה כי כן, פסיקת בתי המשפט והספרות המשפטית לא הכירו בהכרזת העצמאות כמסמך משפטי בעל מעמד חוקי או חוקתי מחייב, גם לאחר התיקון לחוקי היסוד, וקל וחומר לא כמסמך בעל מעמד על-חוקתי כלשהו.

127. **שנית**, עצם היותה של הכרזת העצמאות מסמך היסטורי, הצהרתי ותרבותי, מכונן ככל שיהיה, אינה הופכת אותו למסמך משפטי.

מסמך משפטי הוא מסמך המשמש את מערכת המשפט בעבודתה, ובהתאם לכך ניתנת לרשות השופטת עליונות בפרשנותו, והסמכות לאכוף את הפרשנות. עצם חשיבותו הכבירה של מסמך אינה הופכת אותו למסמך משפטי. מרבית הטקסטים המכוננים בתולדות החברה המערבית אינם טקסטים משפטיים כלל ועיקר. השאלה שבפנינו איננה האם הכרזת העצמאות היא מסמך מכונן, אלא האם היא מסמך משפטי, אשר פרשנותה מצויה באופן בלעדי בידי הרשות השופטת.

128. כדי לטעון שמסמך מהווה מסמך בעל נפקויות משפטיות, יש צורך במספר תשובות מקדמיות. כך, יש לברר האם הייתה **כוונה** להופכו למסמך משפטי, וכן לברר את **דרגתו הנורמטיבית** של אותו המסמך (חוקי, חוקתי, על-חוקתי). בנוסף, יש לברר האם לגורם שקבע אותו הייתה **סמכות** להעניק לאותו מסמך רמה נורמטיבית מעין זו.

129. לבסוף יש לזכור שמדובר בטקסט נצחי, ששום שינוי בו אינו אפשרי עוד. גם אילו היינו מגיעים למסקנה שכותביו ביקשו לייחס לו משמעות משפטית, היה עלינו לבחון האם מדינה דמוקרטית ועיקרון ריבונות העם יכולים להתקיים במציאות שבה הן כפופות למקור נורמטיבי שאין יכולת לשנותו. כאילו נעל אדם תיבה והשליך את המפתח אל מעמקי הים.

130. התשובות לכלל השאלות הללו ברורות. לא ניתן לטעון שמנסחי הכרזת העצמאות ראו בה טקסט משפטי מחייב, במיוחד בהינתן נצחיותו. שהרי משמעות עיגונו המשפטי של טקסט נצחי איננה עליונות של הטקסט אלא עליונות של השופט אשר מקבל זירת פרשנות מונולוגית, מבלי שקיים מולו בעל טקסט שיכול להגיב בתיקונו. אין כל יסוד בטקסט של מגילת העצמאות להנחה שהמגילה, שכל תכליתה הכרזה על זכותו "הטבעית" של העם לריבונות, מבקשת לשלול ממנו את הריבונות ולהשאירה בידי קבוצת אנשים שאיננה עוד, או מנגד להעבירה לידי בית משפט – גוף שמטבעו אינו נבחר ואינו ייצוגי. גם לא ניתן לקבוע שהייתה לאותם מנסחים (גורמים לא נבחרים) סמכות להעניק להכרזת העצמאות מעמד נורמטיבי כלשהו. עצם העובדה שבמשך שנים היתה הסכמה על כך שאין למגילת העצמאות כשלעצמה מעמד משפטי נורמטיבי עליון, מקשה על היכולת לחזור בזמן ולמסגר כעת מחדש את מגילת העצמאות כנורמה המשפטית העליונה במדינת ישראל, אשר שמגבילה את חברי הכנסת בכובעם כרשות מכוננת.

131. בשנים האחרונות ביקש פרופ' אהרן ברק לחדש תזה חדשה ולפיה יש לשנות את המעמד הנורמטיבי שניתן למגילת העצמאות, ולחזור ולראות בה משום הנורמה החוקתית העליונה של מדינת ישראל. לטענתו, הכרזת העצמאות מהווה "נקודת אחיזה" על-חוקתית, המבטאת את "רצון העם". על פי התזה החדשה חובת הציות למועצת המדינה הזמנית מהווה הנורמה הבסיסית במדינת ישראל והיא קבעה את מגילת העצמאות שמגבילה את הכנסת בכובעה כרשות מכוננת. חברי הכנסת שפועלים בחקיקת חוקי יסוד ותיקונם כאספה מכוננת, מוגבלים על פי התזה החדשה רק לחקיקת יסוד שלא תסתור את מגילת העצמאות.

132. התזה החדשה הזאת מנוגדת לאופן בו נתפסה המגילה בציבור ובמשפט, כוללת שורה של הנחות עובדתיות היסטוריות שמעולם לא הוכחו, ומניחה מספר הנחות יסוד מוקדמות שלא ניתן לקבלן. היא אף אינה תואמת את הכרזת העצמאות עצמה.

133. אף לגישתו המהפכנית של פרופ' ברק, הכרזת העצמאות אינה טקסט חוקתי, אלא "נקודת אחיזה חיצונית" המבטאת את רצון העם. נקודת אחיזה כזו, שאינה טקסט חוקתי, אינה מאפשרת לצקת, בדרך של פרשנות חדשנית, עקרונות חדשים שאין להם זכר במסמך המכונן.

134. בפסק הדין בנק המזרחי עמד השופט ברק על כך שמקור הסמכות של הרשות המכוננת הוא העם: "אכן, ביסוד תורת הסמכות המכוננת של הכנסת עומדת התפיסה כי סמכותה המכוננת

של הכנסת באה לה מהריבון, כלומר מהעם⁹⁸ רק האומה זכאית לקבוע את עצם המסגרת החוקתית הראשונית, יהא תוכנה אשר יהא.⁹⁹ כעת במאמרו **"מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת"**¹⁰⁰ טען פרופ' ברק שמועצת המדינה הזמנית היא מקור הסמכות לרשות המכוננת. הוא הביע את עמדתו שבאמצעות הפסקה האופרטיבית של מגילת העצמאות, הסמיכה מועצת המדינה הזמנית את הרשות המכוננת לכוון חוקה למדינת ישראל בכפוף לעקרונות שקיימים במגילת העצמאות. בהתאם להשתלשלות זו, מקור הסמכות של הרשות המכוננת הוא מועצת המדינה הזמנית.

135. אולם הכרה במועצת העם הזמנית כמקור הסמכות המכוננת של הכנסת עומדת בניגוד לתורת הסמכות המכוננת המוכרת בדמוקרטיה בכלל ובישראל בפרט. לפי תורה זו, מקור הסמכות הראשונית הוא האומה שמבטאת את רצונה באמצעות נבחריה. הכרה במועצת העם הזמנית כמקור הסמכות המכוננת מונעת מהעם את היכולת לשוב ולשנות את הנורמות.

136. לפי התזה שמציג ברק, מועצת המדינה הזמנית נעלה את החקיקה הישראלית במפתח שזרק לים, וכעת אין אפשרות לפתוח את השער. הריבון ונבחריו נותרים כבולים בשלשלאות שאין אפשרות לפתוח. אם ירצו לשנות את הנורמות האלה בידם רק לפרוץ את המנעול. אולם עיקרון יסודי דמוקרטי מחייב שהמפתח יישאר בידי העם ונציגיו, אשר בהתחלפם לעת בחירות יעבירו את המפתח למחליפיהם. מבחינה דמוקרטית, זריקת המפתח לים שוללת מהעם את היכולת לממש את ריבונותו ומעבירה אותו לבית המשפט שיכול להגביל את הכנסת בכובעה המכוון.

שלישית, יש לזכור שמועצת העם הזמנית לא היתה גוף נבחר וייצוגי מבחינה דמוקרטית, ולא כללה ייצוג לחלקים נרחבים מהאוכלוסייה בארץ ישראל, בוודאי לא ייצוג יחסי. ייצוג לאוכלוסייה הערבית לא היה בה כלל, וגם אוכלוסיות אחרות יוצגו בה באופן מוגבל.¹⁰¹

137. אין אפוא אפשרות לראות בה מקור לסמכות המכוננת של כנסת ישראל, ולהעניק לה רטרואקטיבית את הסמכות להגביל את היקף כוחה של הרשות המכוננת. כפי שהרחבנו לעיל, מועצת העם הזמנית קבעה שתוקם אסיפה מכוננת, שהיא זו שתהיה נבחרת וייצוגית ומכוחו של הריבון תהיה בעלת הסמכות לכוון חוקה.

138. **רביעית**, מועצת המדינה הזמנית עצמה מכירה בגרעונה הדמוקרטי ולפיכך מכריזה על עצמה כמועצה זמנית בלבד ומתחייבת לבחירות, בלוחות זמנים קצרים ביותר, כדי להעביר את סמכויותיה לגורם שאכן מייצג את הריבון. הטענה כי קדימותה הכרונולוגית מעניקה לה עליונות נורמטיבית כמוה כמעט כטענה כי לוועדה לבחירת שופטים יש סמכות "שיפוט-על" המגבילה את סמכות השופטים שמונו על ידיה, או לטענה כי מעל מועצת המדינה הזמנית, ניצבת בפירמידה הנורמטיבית, העצרת הכללית של האו"ם, אשר מועצת המדינה הזמנית נסמכת על החלטתה.

⁹⁸ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995). עמ' 365

⁹⁹ JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 296 (2004)

¹⁰⁰ אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9 (2018)

¹⁰¹ ראו דניאל פרידמן קץ התמימות – משפט ושלטון בישראל 130-131 (2019).

139. חמישית, מועצת המדינה הזמנית עצמה מנמקת את הקמת המדינה מתוקף "זכותו הטבעית של העם היהודי לעמוד ברשות עצמו במדינתו הריבונית". דהיינו חולקת לחלוטין על התיזה של פרופ' ברק שלפיה אין לעם ריבונות אלא סמכות משנית לסמכויותיה של אותה מועצה זמנית.

140. אשר על כן, מגילת העצמאות היא מסמך שאין שני לו בחשיבותו ההיסטורית בהיותה המסד להקמת מדינה יהודית בארץ ישראל. אולם הכרה במגילת העצמאות כמסמך מכונן, משמעותה שסמכותה הנורמטיבית של הרשות המכוננת – אשר נבחרה בבחירות דמוקרטיות וחופשיות – משנית ביחס למועצת המדינה הזמנית אשר נקבעה באופן שרירותי ללא בחירות ואף ללא ייצוג מלא לאוכלוסייה.

הכרה בעליונות מגילת העצמאות על הסמכות המכוננת של הכנסת משמעה שהעם אינו מקור הסמכות לכונן חוקה למדינת ישראל בניגוד לתורת הסמכות המכוננת. קביעה כזו עומדת בניגוד מוחלט לעקרונות הדמוקרטיים שעליהם מושתתת מדינת ישראל.

141. לאור כל האמור, הרעיון להכפיף את חקיקת היסוד או תיקוניה לפרשנותה של מגילת העצמאות הוא רעיון שגוי הנוגד מושכלות יסוד דמוקרטיים ועלול ליצור תקלות ממשליות, חוקתיות ומשפטיות שקשה אף לשערן. יש לדחותו.

המסמך הנפלא אשר בישר על ריבונותו של העם היהודי בארצו לא יהפוך למסמך משפטי השולל את ריבונותו.

פרק ו – דחיית הבקשות להתערבות בחקיקת יסוד מכוח עילות פרוצדורליות

1.1. רקע

142. העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד לבטל את תיקון 3 לחוק יסוד: השפיטה גם מטעמים פורמליים ופרוצדורליים לכאורה. הטענה האחת היא כי התיקון מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת, כלומר התיקון אינו ראוי להיעשות במסגרת של חוק יסוד או חוקה. זהו טיעון פורמלי כביכול, אך כפי שנראה להלן מדובר בטיעון מהותי. הטענה השנייה היא כי נפלו פגמים בהליך קבלת החוק בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ובמליאת הכנסת עצמה.

143. למעשה, העותרים מבקשים כי בית המשפט יקבע גם את הכללים הפרוצדורליים לכינון חוקה ולתיקונה, בדגש על חלקיה המשטריים, ובמקרה שלנו – את החלקים העוסקים בגבולות סמכותו של בית המשפט עצמו.

לא ידוע על תקדים מעין זה במדינה אחרת בעולם. העילות האמורות אינן מוכרות במדינה כלשהי, ולא במקרה: את אופן כינון החוקה ותיקונה צריך לקבוע הריבון עצמו, במסגרת קביעת החוקה. העובדה שבישראל לא נקבע בחוק יסוד הליך מיוחד לכינון חוקי יסוד ולתיקונם אכן מהווה עיוות, אולם אין בכך כדי להקנות לבית המשפט הנכבד סמכות לעשות זאת תחת הריבון. מה גם שקביעת כללים לכינון חוקה ולתיקונה בידי בית המשפט עלולה ליצור מצב בלתי אפשרי שבו כללים אלו אינם ניתנים לתיקון על ידי הריבון.

144. העותרים מעגנים את בקשתם מבית המשפט לפסול חוק יסוד בטעמים פרוצדורליים או פורמליים כביכול. הואיל ואין כיום בנמצא כללים מעבר לאלו הקבועים בחוקי היסוד ובתקנון הכנסת, משמעות הדבר היא יומרה ליצור, יש מאין, כללים הליכיים, ושינוי של כללי המשחק שישנו באופן רטרואקטיבי את פועלה של הרשות המכוננת, וכל זאת כדי להביא לביטולו של תיקון חוק יסוד שאיננו לרוחם של העותרים.

145. ממשלת ישראל סבורה כי יש לדחות את הניסיונות הללו.

נטילת סמכות על ידי בית המשפט הנכבד לקבוע – רטרואקטיבית – ללא כל מקור חוקי, מהו ההליך הנכון להתקנת חוקי יסוד, מה ניתן להגדיר כ"חוק יסוד" ומה לא ניתן להגדיר ככזה, משליטה למעשה את בית המשפט על הליך כתיבת החוקה בישראל. על בית המשפט לדחות את הטענות הקשורות בביקורת חקיקת יסוד – הן מכוח דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת והן מחמת פגמים בהליך החקיקה – בשל עקרון שלטון החוק ובשל עקרון הפרדת הרשויות.

יפים לעניין זה הדברים שאמר כב' השופט זילברג המנוח:

"מדינת ישראל גאוותה על שלטון החוק בקרבה, וחוק פירושו כל הוראה שבו, קלה כחמורה, ובייחוד שבייחוד ההוראות הדנות בעניני הסמכות. לכשנתעמק בדבר נראה, כי ההבדל בין משטר טוטליטרי לבין משטר דמוקרטי הוא לא כל כך בשטח המשפט המטריאלי, אלא בשטח המשפט האדמיניסטרטיבי המחלק את הסמכות בין הרשויות השונות. במשטר 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 בידי אחת, או בידיים אחדות; והדברים עתיקים."

(בג"ץ 188/63 בצול נ' שר הפנים יט 337, 343 (1965)).

2.1. "שימוש לרעה בסמכות המכוננת"

146. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת היא ביטוי של התפיסה כי ייתכן שתיוקן של חוק יסוד, או חקיקת חוק יסוד, יבוטלו על ידי בית משפט, משום שהכנסת השתמשה כביכול בסמכותה לכונן חוקי יסוד שלא באופן שבו ראוי להשתמש בסמכות זו: "עניינה בשאלה אם נורמה מסוימת מתאימה, מבחינת מאפייניה הפורמאליים, להיחשב כנורמה חוקתית".¹⁰² הדוקטרינה נדונה בהרחבה בפסקי דין בר-און, המרכז האקדמי למשפט ועסקים ושפיר.¹⁰³ היא נדונה בהקשר של חקיקת הוראות שעה בחוקי יסוד. בית המשפט דן באפשרות שלפיה "במקרים מסוימים, שאין ניתן לקבוע מהם מראש, ייתכן כי חקיקת חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות כדי שימוש לרעה' בכותרת 'חוק יסוד'".¹⁰⁴ יש לציין כי בית המשפט מעולם לא פסל בפועל חוק-יסוד לפי דוקטרינה זו, אלא הוציא מכוחה פעמיים התראת בטלות.

¹⁰² פסי' 5 לפסק דינה של הנשיא חיות, חוק הלאום, בג"ץ 5555/18 ח"כ אכרם חסון ו-11 אחי' נ' כנסת ישראל (נבו) 08.07.2021

¹⁰³ בג"ץ 4908-10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011); בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017); בג"ץ 5969-20 סתיו שפיר נ' הכנסת (23.5.2021).

¹⁰⁴ פסי' 24 לפסק דינה של הנשיאה בייניש בעניין בר-און.

147. את הטענה כי תיקון מס' 3 מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת יש לדחות בשני מישורים: הן ברמה העקרונית – יש לדחות את הדוקטרינה עצמה, המהווה כסות להתערבות מהותית בפועלה של הרשות המכוננת; הן ברמה המקומית, כלומר בעניין שלנו – משום שתיקון מס' 3 עוסק בדיוק בנושא שבו רשות מכוננת אמורה להפעיל את סמכותה.

148. א. דחיית דוקטרינת השימוש לרעה:

דוקטרינה זו לא התקבלה למעשה כהלכה בידי בית המשפט, אף כי בבג"ץ שפיר ובבג"ץ המרכזי האקדמי ניתנה התראת בטלות. הדוקטרינה נדונה שם על רקע חקיקת חוקי יסוד תקציביים כהוראות שעה, אשר מפאת זמניותם מעלים קשיים הנוגדים את היציבות שנורמות חוקתיות אמורות לבטא. כלומר, בית המשפט לא בחן את חוקתיות ההארכה של משך תוקפו של תקציב דו-שנתי או של תאריך התקציב לפי דוקטרינה זו, אלא רק את תיקוני חוקי היסוד בדרך הוראות שעה. נידונו שם הוראות שעה נקודתיות וקונקרטיות של תיקון זמני לחוק יסוד התקציב, למשך שלושה חודשים.

במסגרת הוצאת התראת בטלות בעניין שפיר הציג בית המשפט הנכבד (כב' הנשיאה חיות) כמה מבחני עזר לזיהויו של "שימוש לרעה בסמכות מכוננת". ספק אם הצגת המבחנים בעניין שפיר עולה כדי "הלכה", שהרי לא כולם נגעו לעניין שנדון שם. כך או כך, בית המשפט הנכבד אינו כבול לפסיקות עבר שלו-עצמו. כפי שאמרנו בפתח הדברים, בית משפט זה אינו יכול לקבוע את סמכותו שלו עצמו. אשר על כן, ממשלת ישראל סבורה כי גם דברים שנאמרו בעניין זה בעבר אינם יכולים לשמש מקור לסמכות בית המשפט הנכבד לביקורת על חוקי יסוד, בין אם תיקרא "מהותית" ובין אם תכונה "שימוש לרעה בסמכות".

149. דוקטרינת השימוש לרעה בעייתית מאד גם לגופה. למעשה, מדובר בעילה מהותית באצטלה של עילה פרוצדורלית. בית המשפט בוחן את גופו של סעיף חוק-היסוד ומכריע האם בעינו ראוי הוא לבוא בקהל "חוקי היסוד" אם לאו, ועושה כן על יסוד התבחינים הנוגעים לתוכנו של ההסדר. מהי בחינה זו אם לא בחינת העניין לגופו ולמהותו? המבחן השלישי שהציעה כב' הנשיאה חיות – ההשתלבות במארג החוקתי – מוכיח זאת היטב: הקביעה מהו מארג חוקתי ואיזו הוראת דין ראויה לו ומשתלבת בו היא בחינה מהותית לכל דבר ועניין. כך הדבר גם ביחס למבחן שהציעה כב' השופטת ברק-ארז – מבחן המובחנות, הבוחן אם אין בהסדר משום פלישה לתחום פעילות של רשות אחרת. אשר על כן, גם דוקטרינה זו איננה אלא ביקורת מהותית על מעשה כינון החוקה, בלי להודות שכך נעשה ובלי לספק לכך צידוקים מתאימים (שכאמור לעיל אינם בנמצא).

150. ב. דחיית השימוש בדוקטרינה בעתירות דנן:

התייחסות מפורטת וקונקרטית (לרבות התייחסות למבחני המשנה) נביא להלן, בפרק העוסק בתיקון מס' 3 בעניין השימוש בעילת הסבירות גופו. כעת נתייחס להיבט העקרוני של הטענה כי הדוקטרינה היא בת-החלה בסוגיה דנן.

הניסיון של העותרים להחיל את הדוקטרינה על תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה מעיד עד כמה השימוש בדוקטרינה זו הוא בעייתי. מדובר בתיקון בסעיף שאין כל מחלוקת שמקומו בחוק יסוד: השפיטה – הסעיף המעניק סמכות לבית המשפט העליון ליתן צו לרשויות השלטון

השונוות. שם גם המקום לקביעת גבולותיה – אם להרחבה ואם לצמצום. **בדיוק לשם כך נבראה סמכות מכוננת.** בדיוק כך נעשה בה סמכות בעת שנחקק סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה. ומשראה המכונן כי יש מקום לתקן את הסמכות שניתנה לבית המשפט ולהגבילה, עשה שימוש בסמכותו כנציג הריבון ותיקן את הסעיף.

151. אין מדובר כאן בחוק רגיל שמתחזה לחוק יסוד. גם אין מדובר בהוראת שעה ולא בהוראה פרטנית. התיקון דן עניינו בתיקונים העוסקים בסוגיה משטרית מובהקת של הגבלת עילות הביקורת על הממשלה. אין כל בסיס להציג את התיקון כסוטה מהמארג החוקתי בישראל. ברור שקביעת "כללי המשחק" ובהם גבולות הסמכות של הרשויות האחרות, היא בסמכותה הבלעדית של הרשות המכוננת. מכוח סמכות זו, כל רשויות השלטון האחרות מוסמכות ופועלות. הנה כי כן, השימוש בעילה מתחפש לעניין של פרוצדורה אך גולש אל תוך המהות.

152. הניסיון לטעון כי תיקון הסעיף המגדיר את סמכויות הרשות השופטת במתן צווים לרשויות אחרות אין מקומו בחוק היסוד המגדיר את הסמכות הזו – מעיד על ההחלה הבעייתית שהיא בבחינת סיכון אינהרנטי לדוקטרינה זו. יפים לעניין זה דברי האזהרה שהשמיע כב' השופט סולברג בעניין שפיר:

"אם נשיג את גבולה של הרשות המכוננת, ונקיים – ללא הסמכה מפורשת – ביקורת שיפוטית על החלטותיה, הדבר עשוי להתפרש כשימוש שלא לטובה בסמכות הביקורת השיפוטית, אשר כל קיומה, בהסמכה המשתמעת שהעניק לנו המכונן-המחוקק בגדרי חוקי-היסוד (ראו: פסק דינו של הנשיא (בדימ') מ' שמגר בעניין בנק המזרחי). שומה עלינו להבטיח הפרדת רשויות, למנוע עירוב תחומין. כל רשות וגדרי תפקידה, כל פקיד וסמכויותיו-הוא, "איש איש על עבודתו, ואל מש'או" (במדבר ד, יט). אלמלא הפרדת רשויות זו, איש את רעהו – סמכותו בלעז."¹⁰⁵

2.1. התערבות מחמת טענות לפגמים בהליך התיקון

153. העותרים מבקשים להישען על התנאים שהתוו שופטי הרוב בפסק דין קוונטינסקי¹⁰⁶ כדי לתקוף את חוקתיות של תיקון חוק היסוד. העותרים מצביעים על ליקויים, לטענתם, בהליך החקיקה: דיונים במשך שלושה חודשים וחצי בלבד, חוסר התייחסות לשיקולים ספציפיים כגון ההשפעות הביטחוניות של החקיקה, עמדתם של השופטים עצמם. מדובר, לטענתם, בהליך דורסני, מזורז, ללא דיון ממצה, בבהילות, ברשלנות ובמשוא פנים.¹⁰⁷

154. גם כאן מנסים העותרים למעשה ליצור, שלא באמצעות הליכי החקיקה הנאותים בכנסת אלא בדרך של חקיקה שיפוטית, מעין חוק יסוד: החקיקה ובו הסטנדרטים הראויים

¹⁰⁵ פסי' 28 לפסק דינו של השופט סולברג בעניין שפיר.

¹⁰⁶ בג"ץ 10042/16 צחי קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017).

¹⁰⁷ בקשת דרכנו, ס' 26; עתירת לשכת עורכי הדין, סעיף ח(6).

בעניניהם לדרך שבה אמורה להיחקק הוראת חוק-יסוד. ממשלת ישראל דוחה מכל וכל את הניסיונות הללו.

155. כפי שידוע, אין בישראל חוק יסוד: החקיקה אשר מסדיר את אופן חקיקת חוקי יסוד או חוקים רגילים. אין הליך מיוחד, או דרישה כללית של רוב מיוחד, המבחין בין חוקים רגילים לבין חוקי היסוד. החוק הכתוב והפרקטיקה הנהוגה בשיטתנו מאפשרים גמישות רבה בעיצוב נורמות חוקתיות. גמישות זו יש הרואים בה מגרעה של השיטה, ויש אף הרואים בה יתרון, כל עוד אין בישראל חוקה שלמה. אולם גם אם גמישות זו אינה ראויה, הדבר אינו מעלה ואינו מוריד ממעמד הנורמטיבי של חוקי היסוד ושל תיקוניהם, כפי שהעיר השופט מינץ בעניין שפיר:

”כיצד אפוא הפכה העובדה, כי ניתן לחוקק חוקי יסוד ולשנותם בקלות (בהיעדר חוק יסוד: החקיקה ומשאין בנמצא ”חוקה” קשיחה כדוגמת זו המצויה בארצות הברית אליה השווה חברי השופט עמית בחוות דעתו), לסממן המעמיד סימני שאלה חריפים בקשר לזיהויה של נורמה כנורמה חוקתית? אינני מוצא לכך תשובה. לדעתי, שאלת תכיפות התיקונים בחוק יסוד אינה מהווה כשלעצמה נתון רלוונטי לעניין בחינתה של נורמה חוקתית באשר היא”¹⁰⁸

על כן, אין לשאלת ההליך הראוי, הרוב ”הראוי” (לדעת העותרים) או ההסכמה הפוליטית הרחבה שבה יתקבל תיקון חוקתי כל נפקות לעניין תוקפו. נדגיש: גם כללים שקבע בית המשפט הנכבד להליך החקיקה בעניין **קוונטינסקי**¹⁰⁹, אינם רלוונטים להליך חקיקת יסוד, שבו הכנסת פועלת כרשות המכוננת. כיבוד הרשויות שעל בית המשפט לנקוט בעניין הליך חקיקת יסוד צריך להיות מחמיר שבעתיים.

156. מעבר לאמור ולמעלה מן הנדרש, נדגיש כי נסיבות תיקון חוק יסוד: השפיטה אינן מתקרבות ולו במעט לנסיבות המקרה בעניין שהעותרים מבקשים להסתמך עליו, במפורש או במשתמע בעניין **קוונטינסקי**. אותו עניין עסק בחוק מס ריבוי דירות, חוק כלכלי מורכב שעל פי קביעת בית המשפט, חברי הכנסת לא יכלו לגבש את דעתם בנוגע אליו. הוא כלל היבטים רבים ומורכבים בתחום משפטי וכלכלי הנהיר ליודעי ח”ן בלבד. גם ההליך היה מהיר מאד, באופן שבית המשפט מצא כי לא איפשר לחברי הכנסת לגבש דעה מושכלת על מה הם מצביעים. בית המשפט מצא כי לא ניתן היה לקיים דיון, ”ולו מינימלי”¹¹⁰.

157. אין זה המקרה שלפנינו. התיקון הנדון נמצא בראש סדר היום הציבורי בישראל מאז חודש ינואר 2023, וברור כי לכל חבר כנסת היה די זמן לגבש דעה לגביו. אין שום דמיון בין המקרים. תיקון מס’ 3 לחוק יסוד: השפיטה עוסק בסעיף אחד בלבד, לווה בעשרות שעות של דיון אינטנסיבי, הושמעו בוועדת החוקה, חוק ומשפט עמדותיהם של מומחים מכל קצוות הקשת הפוליטית והמקצועית. מבין כל הביקורות האפשריות נגד התיקון, חוסר יכולות לגבש עמדה מושכלת בגינה אינה אחת מהן.

¹⁰⁸ פס’ 16 לפסק דינו של השופט מינץ בעניין שפיר.

¹⁰⁹ בג”ץ 10042/16 צחי קוונטינסקי נ’ כנסת ישראל (6.8.2017).

¹¹⁰ ראו פסקאות 94-95 לפסק דינו של השופט סולברג, פסק דין קוונטינסקי.

דעת לנבון נקל, אין מדובר בטענה משפטית של ממש אלא באי-אהבת התוצאה. על בית המשפט הנכבד לדחות מכל וכל את הניסיון להלביש את אי-אהבת התוצאה בפגמים הליכיים, ואגב כך לברוא פרוצדורה ייחודית לתיקון ולחקיקת חוקי יסוד יש מאין.

158. **גם מפני הסטנדרט הכפול יש להתריע:** חוקי יסוד נחקקו בישראל במהלך עשרות השנים בהליכים קצרים פי כמה, תחת מודעות ציבורית שאינה מתקרבת למידת המודעות הציבורית שליוותה את הליך החקיקה דנן. חוקי יסוד תוקנו בהליכים מהירים, ובהם גם חוקי יסוד עם משמעויות מרחיקות לכת. ואף על פי כן, כאמור במבוא לכתב תשובה זה, בית המשפט הנכבד החליט לראות בהם משום חוקה. לא ניתן לברוא רטרואקטיבית הליך ייחודי לתיקון חוק יסוד, רק מחמת חוסר שביעות רצון מן התוצאה.

3.1. התערבות במסווה של פרשנות – פרשנות "מתקנת" ו"מקיימת"

159. העותרים כוללים בעתירותיהם גם בקשה לסעד פרשני חלופי. לשיטתם, אם ידחה בית המשפט הנכבד את הסעד העיקרי שביקשו בדמות פסילת התיקון לחוק ניתן להגיע לאותה התוצאה באמצעים "פרשניים".

כפי הנראה, הנחת המוצא של העותרים היא כי אין גבול "לפרשנות" השיפוטית ואין משמעות יצירתית ששופט לא יוכל ליצוק למילותיו של המכונן. העותרים סבורים כי באצטלה של פרשנות ניתן לקרוא בתוך חוק היסוד את ההפך הגמור ממה שקבעו מתקיניו מפורשות. ממשלת ישראל סבורה כי על בית המשפט הנכבד לדחות מכל וכל ניסיון זה.

160. המחוקק לא משחית מילותיו לריק. הוא ניסח טקסט בעל משמעות ברורה לכל דובר עברית, מתוך כוונה לפתור בעיה חברתית ומשפטית שהתעוררה. אכן, טקסט כתוב אינו תמיד חד משמעי, הוא עלול לסבול לעיתים פרשנויות שונות וכוונת המחוקק אינה תמיד ברורה. אולם אין להחליף בין הנורמה והפתולוגיה. הניסיון לטעון כאילו כל טקסט כתוב יכול לסבול כל פרשנות הוא תעלול שפגיעתו רעה. על אחת כמה וכמה שאין מקום לניסיונות לשנות את משמעות חוק היסוד שיצא זה עתה מכבשונו של המחוקק באמצעות עתירות שהוגשו יום לאחר חקיקתו.

"דבר חוק של כנסת ישראל, איננו 'ספרות יפה'. 'הקורא אינו רשאי לפרשו כפי אמונתו והבנתו, בניגוד מוחלט לכוונת המחבר. 'מות המחבר' יכול להנחות אולי את מבקר הספרות, אך שופט אינו מבקר ספרות. פרשנותו מכוננת משפט, יש לה חשיבות רבה בעולם המעשה. הנה כי כן, פרשנות לחוד, וביקורת חוקתית לחוד. הגיון בריא; הפרדת רשויות; אובייקטיביות וניטרליות של מעשה השפיטה; ודאות משפטית – כולם כאחד מצדיקים כלל הכרעה ברורה. במלאכת הפרשנות – 'רצון המחוקק' עדיף על פני 'רצון השיטה'"

(נעם סולברג "פרשנות, סבירות, מידתיות – ערכים סובייקטיביים שופטים אובייקטיביים" השילוח 18, שבת תש"ף פברואר 2020).

161. תורת הפרשנות המודרנית מכירה בכך שבמקרים רבים קיים מתחם של שיקול דעת שיפוטי שבו יבחר השופט את הפרשנות הנכונה לטקסט, אולם המרחב האפור העמום שסובל פרשנות אינו מבטל את קיומם של מרחבים חד משמעיים – שחורים ולבנים – שאינם סובלים פרשנות

עמומה. גם במקרים שבהם ישנו מרחב פרשני, הדבר אינו מאפשר לפרשן ליצוק תוכן חדש ושונה לחלוטין מהתוכן שהטקסט החוקי מורה עליו. הצעת העותרים לפסול בפועל חוק-יסוד באמצעות "פרשנות", ולטעון שכביכול אין מדובר בפסילה, איננה אלא תכסיס רטורי:

למה כל מאמץ ההסוואה וההערמה? בלהטים אלה יש משום הודאה, בדומה לתוכן אמרתו המפורסמת של להירושפוקו, כי בצביעות יש משום כבוד שהחטא חולק למוסריות... אין ספק כי אכן עשויה הפרשנות להיות בלתי-נאמנה... הפרשן עלול לשגות... ונוסף על כך אפשר ואפשר כי בפרשו פירוש ההולם את האינטרסים שלו או את שאיפותיו האידיאליות, מכיר הוא במניעיו אלה וידועה לו המשמעות השונה שיש לכללים עצמם. גם זה "מאבק למשפט", כלומר מאבק למשפט הרצוי לבעלה-מאבק, אך יחד עם זאת זהו מאבק נגד המשפט, כלומר נגד המשפט החיובי הנוהג, שעורכים הפרשנים, בנסיבות מסוימות".

(גד טדסקי "קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן", דברי האקדמיה הישראלית למדעים א' 1 (התשכ"ד)).

162. העותרים מעלים גם הצעות לאימוץ כללי פרשנות רחבים כביכול מחמת החשש לכבילת הדורות הבאים לידיים המתה' של מכוני החוקה. טענה זו איננה רלוונטית כאן, מעת שמדובר בחוק יסוד שחוקק אך זה עתה וכוונתו ברורה ועדכנית. על כך יש להוסיף ולומר גם את הידוע לכל, מדובר בחוק יסוד שאין בו סעיפי נוקשות העלולים לכבול את ידיהם של בני הדורות הבאים.

163. תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה נוסח ככלל ברור וחד משמעי – בית המשפט לא ידון ולא ייתן צווים נגד החלטות הממשלה ושריה בשל חוסר סבירותם.

פרשנות המנוגדת לחוק אינה חוקית. היא מהווה העדפה של ערכיו של השופט על פני ההיררכיה והשלטון הדמוקרטי. היא איננה נתונה לסמכותם של השופטים, פוגעת בשלטון החוק ומערערת את יסודות קיומה של חברה, כפי שציין השופט חשין:¹¹¹

"אכן, אני מתקשה להבין כיצד לא נישמע לטענת האי-חוקיות, והרי כמורדים במלכות ניחשב. משגזר המחוקק על הסכם פלוני כי הסכם בלתי חוקי הוא, כיצד זה שנתעלם מדברו כמו-לא-היה? והרי אם נעבור על פני החוק ולא נשגיח בו, בעצם מחדלנו זה נרוקן את החוק מתוכו. כזאת לא הותרנו לעשות..."

... אני מסכים כי יחסי אנוש חייבים שייסדו עצמם על עקרונות של מוסר. אני מסכים לכל אלה, ואוסיף עליהם עוד כהנה וכהנה. ואולם עיקרון אחד חסרתי בדברי חברי, והוא עיקרון המשמש אותנו, השופטים, יומם ולילה, כעמוד הענן יום וכעמוד האש לילה. העיקרון הוא עקרון שלטון החוק, ולא אך שלטון החוק על-דרך הסתם אלא שלטון החוק ברשות השופטת. והרי אם לא נקיים את דבר החוק, כמורדים במלכות ניחשב, ולסוף ייאמר ויקרא איש לאוהליך ישראל".

4.1. התערבות במסווה של "פרשנות" – דחיית תוקף תחולה למועד אחר

164. גם טכניקה זו סובלת מכל הקשיים האמורים לעיל, שכן אין כל בסיס בתיקון המאפשר זאת. לבית המשפט הנכבד אין סמכות לדחות תוקף רק משום שהדבר נראה לו צודק, ואם יעשה

¹¹¹ דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, נו"מ (1) 56 (2001) פס 54 ופס 61.

כן, לא יעסוק בפרשנות, אלא בביטול תחולתו המיידית של התיקון. כאמור, אין בישראל מגבלה פורמלית על חקיקת חוקי יסוד ואין לעת הזו הליך מיוחד לחקיקתם. אשר על כן אין יסוד לברוא יש מאין כלל חוקתי חדש, ולפיו תחולתו של התיקון תידחה. למעלה מן הצורך נציין כי שימוש שעשה בית המשפט הנכבד בטכניקה זו לאחרונה מעורר לעמדת הממשלה קשיים גדולים, בכל הכבוד. כך או כך, הוא נעשה מנימוקים של 'פרסונליות'.

165. 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. יתירה מכך, אם יחליט בית המשפט כעת על דחיית תחולתו, ממילא אם בעתיד תחליט כנסת אחרת לבטל את הנורמה – גם לביטולה תהיה תחולה נדחית. כך או כך, פסיקה כזו תזרע חוסר יציבות ואי ודאות בתוך מערכת החקיקה, הנהגית כיום מכללים ברורים בנוגע למועד תחולתם של חוקים.

ז. הדגמה: תיקון חוק יסוד השפיטה – עילת הסבירות

ז.1. מבוא

166. הגשת העתירות לביטול התיקון האמור ממחישה היטב את החולשה המעשית שבדוקטרינות בדבר התערבות בית המשפט בחקיקת יסוד. זאת משום שכפי שראינו לעיל, גם התיאוריה העומדת מאחורי דוקטרינת הביקורת המהותית בחוקה מתייחסת למצבים קיצוניים עד כדי אפוקליפסה, שבהם מכונני החוקה מבקשים לקבוע הוראות הפוגעות בליבה הדמוקרטית של המשטר. כפי שנראה להלן, הניסיון לטעון כי תיקון מס' 3 לחוק יסוד השפיטה הוא אחד מן המקרים הללו – רק מעיד על חולשתה של הדוקטרינה, ועל הסכנה הגדולה האורבת לבית משפט שיתפתה לעשות שימוש בכללים הללו במקרים שאין בינם ובין "זעזוע אמות הסיפים של שיטת המשטר הדמוקרטית" דבר.

167. תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה רחוק ת"ק פרסה מזעזוע אמות הסיפים. מדובר בתיקון חוק-יסוד במסגרת דיאלוג חוקתי לגיטימי בין הרשויות. התיקון משנה היבט מסויים בגבולות הסמכות של בתי המשפט בתחום הביקורת המינהלית – עילת הסבירות. כפי שיוסבר להלן, השימוש של בתי המשפט בעילת הסבירות, ייחודי והתפתח במשפט הישראלי רק בעשורים האחרונים למימדים חריגים, בניגוד למקובל בעולם ובניגוד למתבקש מהפרדת רשויות ראויה. אשר על כן השימוש בעילת הסבירות היה ועודנו נתון במחלוקת עמוקה בין שופטי בית המשפט העליון ונשיאיו, למן היום שבו נולדה דוקטרינת הסבירות החדשה בישראל ועד עתה. כך או כך, החלטה של הריבון, באמצעות הסמכות המכוננת של הכנסת, לתחום את גבולות השימוש בעילה הזו היא מעשה ריבוני המצוי בלב הלגיטימציה ובלב הסמכות של הכנסת.

168. 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. המחלוקת בין תומכי התיקון לבין מתנגדיו איננה על חשיבות הביקורת השיפוטית המנהלית. היא איננה על חשיבות שלטון החוק, על החובה לציית לו ועל סמכות בתי המשפט לאוכפו. המחלוקת היא על נקודת האיזון בין הרשויות במה שאיננו מוגדר בחוק, והאם שיקול הדעת שמפעילים הממשלה וחבריה במסגרת סמכותם ולפי התנאים וההליכים המוכרים וקבועים בדין – נתון אף לביקורת.

169. עמדתם של העותרים היא כי התיקון לחוק יסוד: השפיטה איננו רצוי ואיננו ראוי, משום שהם חלוקים על נקודת האיזון שקבע התיקון. כעולה מן העתירות, הם סבורים כי היא עלולה להגביר את השחיתות ולהגביר את הפוליטיזציה במנגנונים המקצועיים של השירות הציבורי. זו עמדה פוליטית-אידיאולוגית לגיטימית. אולם מדובר בשאלה הנתונה במחלוקת ותיקה אשר נדונה בשדה הציבורי, הפוליטי והמשפטי לאורך שנים רבות. הקואליציה הנוכחית סבורה אחרת מן העותרים, והיא החליטה לנקוט עמדה ולשנות את נקודת האיזון. ההצעה קיבלה את אישור הכנסת והתקבלה כדין. הפנייה לבית המשפט הנכבד בעניין פוליטי-אידיאולוגי זה מדגימה כשלעצמה עד כמה יש להימנע מלהפוך שאלות מעין אלו לבנות-שפיטה.

2.ז. תיקון מס' 3 בנוגע לעילת חוסר הסבירות, ומקומו בתוך מארג המשפט המינהלי בישראל

170. התיקון הוסיף לסעיף 15 את סעיף קטן 15(ד) לאמר:

"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."

171. כפי שמפורט בדברי ההסבר, וכפי שמשקף מפרוטוקולי הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, תיקון מס' 3 נשען על הרצון להגביל את הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה וחבריה, עד כמה שזו אינה מתבססת על עילת התערבות ספציפית וקונקרטיית מבין שלל העילות האובייקטיביות הקבועות במשפט המינהלי, המוכרת בישראל ובעולם. במצוות חוק היסוד, על עותר המבקש מבית המשפט לבחון את חוקיותה של החלטת שר או ממשלה יהיה מוטל מעתה הנטל להצביע על הקושי המשפטי הספציפי ולהבהירו. הוא לא יוכל עוד להסתפק בטענה כי התוצאה נראית בעיניו בלתי סבירה, או כי לדעתו לא ניתן משקל נכון לכלל השיקולים.

הוצאת שיקול הדעת שמפעילים נבחר הציבור בדרג הבכיר ביותר מתחום הביקורת השיפוטית משקפת את התפיסה כי שיקול דעת של נבחר ציבור הוא סובייקטיבי, ולגיטימי שיהיה סובייקטיבי. שומה עליו לפעול במסגרת הסמכות שהקנה לו החוק, בהליך תקין, ללא שיקולים זרים ולא הפליה, והוא מנוע מלפגוע בזכויות הפרט יתר על המידה; אולם במרחב שיקול הדעת שמעניק לו החוק, ובערך הסובייקטיבי שהוא מעניק לשיקולים השונים, אין עוד סמכות לבית המשפט להתערב.

172. נזכיר כי עילת חוסר הסבירות כפי שהתקבלה ופותרה בעשורים האחרונים בידי רוב שופטי בית המשפט הנכבד היא מעין "עילת סל". הגבלת השימוש בה אינה נוגעת לכל יתר עילות הביקורת השיפוטית הנוהגות במשפט המינהלי בישראל בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד (בדומה לעילות המקובלות בשיטות משפט אחרות): פעולה בניגוד לחוק, פעולה בהעדר הסמכה חוקית, הליך קבלת החלטה לא תקין או לא חוקי, התבססות על שיקולים זרים, קבלת החלטה ללא תשתית עובדתית, אפליה, פגיעה מופרזת בזכויות יסוד של הפרט (מידתיות), ועוד כהנה וכהנה עילות ביקורת שיפוטית מוכרות על החלטות ופעולות מנהליות. השימוש בעילת חוסר הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית הוא חסר תחליף רק כשמדובר בהחלטות שאין בהן כל פגם אחר מן הפגמים הללו.

3. השימוש בעילת "חוסר הסבירות" קודם פסק הדין "דפי זהב" ואחריו

173. עילת חוסר הסבירות נקלטה מהמשפט המקובל שהכיר בכך שהחלטה יכולה להיות כה מופרכת עד שנראה את מי שקיבלה כמי שפעל בחוסר סמכות. כך היא נוסחה בהלכת וונדסבורי הנודעת, שבה נדחתה עתירה נגד חוק עזר עירוני שאסר על צפייה בקולנוע בימי ראשון, לצופים שגילם פחות מחמש-עשרה:

"If a decision on a competent matter is so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it, then the courts can interfere".¹¹²

כך נעשה בה גם שימוש, אם כי לעיתים נדירות, בפסיקתו של בית המשפט הנכבד בשנים שקדמו לפסק הדין בעניין **דפי זהב**. דוגמה לכך ניתן למצוא בפסק הדין בעניין **דיזינגוף** (ע"א 311/57 **היועץ המשפטי לממשלה נ' דיזינגוף**, פ"ד יג 1026 (1959)). בעניין זה, הותקן צו על ידי שר התחבורה באופן רטרואקטיבי כדי להגדיל את דמי הסוורות שחברות הספנות שילמו עבור שירותי נמל במטרה להבטיח את גובה התשלומים למרות שינוי בשערים. בית המשפט (השופט ברנזון) מצא כי הצו נתקן באופן כה בלתי סביר עד שהוא מחוץ לגדרי הסמכות של מתקין התקנה. חוסר הסבירות נבע מכך שעל פי הצו יפתחו עסקאות רטרואקטיבית שנה וחצי לאחר שהתבצעו. באשר לעילת אי הסבירות כשלעצמה קבע השופט ברנזון כי השימוש בה ייעשה –

"...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" (עמ' 1029),

לדברי השופט ברנזון במקרה כזה –

"אז יצטרך לאמור שמעולם לא נתכוון המחוקק לתת כוח בידי השר. חקיקת

המשנה אינה מתקבלת על הדעת והיא מחוץ לתחום הסמכות" (שם).

174. משלהי שנות השבעים של המאה העשרים שינה בית המשפט העליון את האופן שבו הוא עושה שימוש בעילה. מעילה שבוחנת מופרכות, ואם ההחלטה השלטונית שהתקבלה בלתי מתקבלת על הדעת, החל בית המשפט העליון, באופן מובהק מאז פסק הדין בעניין **דפי זהב** (בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לח(1) 421 (1980)), לבחון באופן פוזיטיבי את סבירות ההחלטות השלטוניות לגופן, לאור התוצאה, 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 איזונית". בגירסה חדשה זו של הסבירות בית המשפט בוחן האם הגורם שהחלטתו עומדת לביקורת שקל את כלל השיקולים שלדעת בית המשפט היה עליו לשקול, והאם ונתן לכל שיקול ושיקול את משקלו הראוי לו, לפי דעתו של המותב היושב על מדין.

175. בכך הפך בית המשפט לגורם המחליט, כפי שהסביר פרופ' יואב דותן: "השאלה החשובה ביותר איננה 'מהי' החלטה סבירה, אלא מי יקבע מתי החלטה זו או אחרת היא סבירה... המסקנה הבלתי נמנעת היא שהתשובה לשאלה 'מי יקבע?' היא אחת – השופט היושב לדין" (יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, 23 (רות גביזון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים 2000) (ההדגשה במקור))

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:

"בפועל, הפער בין עילת הסבירות של וונסברי לעילת הסבירות של דפי זהב גדול מאד. הרף שהוצב בעניין דפי זהב נמוך מזה שבעניין וונסברי, ובמהלך השנים נשחק עוד יותר. אכן, במונחים עמומים עסקינן – סביר, הגיוני, מהותי, קיצוני – כל אחד מאיתנו עשוי לצקת לתוכם משמעות שונה, מחמירה יותר או פחות. כך או אחרת, דומני כי נוכל להסכים על קיומו של פער, לא סמנטי, לא זניח, בין עילת הסבירות של וונסברי, לעילת הסבירות של דפי זהב."

(נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים", השילוח 18 (התש"ף))

הדברים הובהרו וסוכמו היטב בדברים שכתב פרופ' יואב דותן. פרופ' דותן הסביר כי השימוש המקורי בעילת חוסר הסבירות היה נתון תחת תפיסה של ריסון שיפוטי, "ריסון של הימנעות" בלשונו, כלומר הימנעות מהתערבות שיפוטית חרף קיומה של אי הסכמה עם ההחלטה גופה. הסבירות החדשה, האיזונית, איננה נתונה עוד תחת תפיסה של ריסון אלא תחת תפיסה של "אי הסכמה": בית המשפט בוחן האם הוא מסכים עם תוכנה של ההחלטה ועם שיקול הדעת שהופעל בקבלתה או שאין הוא מסכים, ועד כמה (יואב דותן "סבירות וריסון במשפט המנהלי" (31.12.20), פורסם בבלוג רשות הרבים של הפורום הישראלי למשפט וחירות; וביתר פירוט ראו יואב דותן, "שני מושגים של ריסון – וסבירות", משפטים נא 672-712 (התשפ"ב)).

4.ז. השימוש בעילת הסבירות היה שנוי במחלוקת משפטית ושיפוטית מיום היוולדו

176. הביקורת על עילת הביקורת החדשה שנולדה בפסק הדין דפי זהב ניתכה בעוז עם לידתה, בפסק הדין עצמו. נשיא בית המשפט העליון דאז השופט משה לנדוי ביקר בחריפות את ההרחבה של השימוש בעילת הסבירות, ואף צפה היטב את הכיוון שאליו תתפתח העילה החדשה:

"הסכנה העיקרית שאני רואה היא, שהמונח 'סבירות' משמש תדיר כדי להגדיר קנה מידה אובייקטיבי דווקא של התנהגות [...] בדרך זו נגיע עד מהרה לבחינה עניינית של ההחלטה מחדש (novo de), כאילו מקיים בית המשפט דיון חוזר בנכונות ההחלטה [...] לדעתי, די לנו בנוסחאות [המקובלות], 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 החלטה המינהלית”
(בג”ץ 389/80 דפי זהב בע”מ נ’ רשות השידור, לה(1) 431-432 (1980))

177. השופט לנדוי התנגד אפוא בתוקף ליצירת עילת התערבות שמבוססת על קנה מידה סובייקטיבי שמאפשר לבית המשפט להתערב ולהכריע בכל נושא אם אין הוא שבע רצון מן התוצאה שאליה הגיעה הרשות המבצעת. ביצירת עילת הסבירות החדשה (לצד ביטול עילת השפיטות), הוא ראה משום שינוי קיצוני בתפיסת התפקיד של בית המשפט וכניסה ישירה שלו לתחום הפוליטי.

178. גם השופט מנחם אלון התנגד בחריפות לשימוש הגובר בעילת הסבירות החדשה. הוא עמד על האופן שבו עילת הסבירות החדשה משמשת לקביעת קנה מידה משפטי סובייקטיבי, באופן המאפשר לבית המשפט לבקר כל החלטה שלטונית (ראו דברים המפורטים בג”ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל, ואח’ נ’ ממשלת ישראל, לד(3) 729 (1980) פסקאות 4-5 לפסק דינו של השופט אלון, בעמ’ 754 ; וראו גם בג”ץ 1635/90 יוסף ז’רז’בסקי נ’ ראש הממשלה, פ”ד מה(1) 749 (1991)).

179. גם מקרב השופטים שכיהנו לאחריהם נשמעה ביקורת על עילת השימוש בעילת הסבירות המהותית ותחולתה הרחבה. היו מי שהזהירו מפני שימוש מורחב בה (ראו לדוגמה את דברי השופטת וילנר בסעיף 50 בבג”ץ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל נ’ שרת החינוך (נבו) 29.03.2022) ודברי הנשיא לשעבר גרוניס בענין בג”ץ 5853/07 אמונה נ’ ראש הממשלה פ”ד סב(3) 445 (2007) וראו גם את דבריו בבג”ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ’ שר החוץ (12.02.2015).

שופטים אחרים הסתייגו ממנה והציעו לזנוח אותה. ביקורת זו אף עמדה לאחרונה בבסיס בלימתו של הניסיון להרחיב את תחולתה של עילת הסבירות האיזונית לעבר שיקול דעת התביעה במשפט הפלילי על חודו של קול (רע”פ 7052/18 מדינת ישראל נ’ רפי רותם (2020) וכן דנ”פ 5387/20 רפי רותם נ’ מדינת ישראל (15.12.21).

במסגרת ההליך שהתגלגל גם לדיון נוסף, הביעו השופטים עמדה חד משמעית בדבר החסרונות הרבים של עילת הסבירות.

השופט שטיין שסקר את התפתחות עילת הסבירות החדשה, ציין שם כי לטעמו חלוף הזמן מלמד שהחששות והאזהרות של הנשיא לנדוי התממשו במלואן:

”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 החלטה 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... דבריו של השופט סולברג באשר להרחבתה הלא רצויה של דוקטרינת הסבירות מקובלים עלי במלואם, ואין בידי להוסיף אליהם דבר זולת הסכמתי”.

5.ז. השימוש בעילת הסבירות בישראל יוצא דופן ביחס למקובל בעולם

180. העותרים, שחלקם מבקש להתכחש לשינוי ההיסטורי בשימוש בעילת הסבירות בישראל, גם מבקשים לתמוך את טיעונם במשפט המשווה. אולם עיון במקבילות של עילת הסבירות כפי שהתפתחו בעולם רק מדגיש עד כמה התפתחות עילת הסבירות המהותית היא חריגה. אדרבה, עיון במשפט המשווה מחזק את עמדת הממשלה בדבר הקיצוניות שבדוקטרינה שהתפתחה בישראל ומצדיק את הצורך בתיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה.

181. די בעובדה שהעותרים מודים, בהגינותם, כי במדינות המשפט הקונטיננטלי, שהן מרבית המדינות הדמוקרטיות בעולם, אין מקבילה מעשית לעילת הסבירות, כדי להראות שלא מדובר בתיקון שמזעזע את אמות הסיפים או שיש לו השפעה מכרעת על הדמוקרטיה הישראלית (ראו סעיף 26 בעתירת התנועה לאיכות השלטון). גם לשיטת העותרים ישנם תקדימים רבים למדינות דמוקרטיות שבהן אין מקבילה לעילת הסבירות האיזונית-מהותית.

182. כך לדוגמה, בגרמניה בית המשפט אינו רשאי לבחון את יעילות ההחלטה המינהלית או לבקר אותה ממניעים שאינם מוגדרים בחוק. על אחת כמה וכמה שאינו יכול להפעיל סבירות איזונית. ראו: Mehendra P. Singh, GERMAN ADMINISTRATIVE LAW IN COMMON LAW : PERSPECTIVE 121, 133 (2001).

183. העותרים מבקשים להיבנות מהנעשה במדינות המשפט המקובל דוגמת בריטניה, קנדה ואוסטרליה. אולם כדי להוכיח שימוש בעילת הסבירות בניגוד לתיקון מס' 3 הנדון, אין די להוכיח כי נעשה שימוש בעילת הסבירות מעבר לים. מי שמבקש להוכיח שימוש משווה בעילת הסבירות בתצורתה החדשה, בדומה, למקובל בישראל עובר לתיקון, עליו להראות שהשימוש המשווה הוא **בעילת הסבירות האיזונית** שמאפשרת התערבות בתוצאה, וכן כי הוא מאפשר התערבות בנושאים שנטען בעתירות, כגון מינויים ממשלתיים וכל החלטה ממשלתית שאינה עוסקת בזכויות ונבחנת לפי עילת המידתיות.

לא ניתן להסתפק בשיתוף השם. חוסר ההבחנה בין המובנים השונים של הסבירות והמקרים שבהם הם מופעלים בכל שיטת משפט, יוצר בלבול בדוקטרינה וטשטוש במושגים.

184. ככלל ניתן לומר שמדינות המשפט המקובל שעיגנו סטנדרט סבירות בחקיקה אימצו סטנדרט של **מופרכות**. כפי שכבר ראינו, הסטנדרט נוצר בהלכת וונדסברי בדין הבריטי והוא נקבע להלכה גם בחקיקה.

185. כך קבע המחוקק **בארה"ב** כאשר הגדיר בסעיף 706(2)(A) של APA (Administrative Procedure act U.S.C) שבית המשפט מוסמך לפסול החלטות מינהליות רק במקרים של **שירותיות ומופרכות**: "arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law"

186. גם באוסטרליה המחוקק הגדיר בסעיף 5(2)(G) של ה Administrative Decisions Act 197 סטנדרט של התערבות רק במקרים של **מופרכות**: exercise of a power that is so unreasonable that no reasonable person could have so exercised the power

187. במהלך השנים הורחב במקצת השימוש הפסיקטי בעילה, באחדות ממדינות המשפט המקובל. אולם ההרחבה שצוינה בדברי העותרים התבצעה כדי להגן על מקרים של **פגיעה בזכויות יסוד של הפרט**, שהביקורת השיפוטית עליהם בישראל מתבצעת על בסיס עילת המידתיות, בה התיקון אינו עוסק. גם במקרים של פגמים פרוצדורליים בהליך קבלת ההחלטה המינהלית היתה הרחבה מסוימת של השימוש בסבירות, אולם גם כאן – המקבילה הישראלית לביקורת שיפוטית כזאת מופעלת בישראל באמצעות עילות הליכיות קונקרטיות, שכידוע תיקון מס' 3 אינו נוגע אליהן. כך בבריטניה, כך בקנדה, וכך באוסטרליה וארה"ב. יפים לעניין זה הדברים שציין רק לאחרונה גדול חוקרי הסבירות הפרופ' יואב דותן (יואב דותן "הצעת חוק סדרי המנהל: קודיפיקציה, פוליטיקה ומנהל" (ICON-S-IL Blog (22.6.2023

"עילת הסבירות האיזונית, כפי שפותחה על ידי בית המשפט החל מתחילת שנות השמונים, היא רחבה הרבה יותר מעילת הסבירות הצרה (סבירות של מופרכות) שהייתה נהוגה במשפטנו קודם לכן. היא דורשת מהרשות המנהלית 'לאזן' בין השיקולים הנוגעים לעניין ולהעניק לכל שיקול את 'המשקל הראוי' (שנקבע בסופו של דבר בבית המשפט). לא רק שהגרסה הזו של דרישת הסבירות היא רחבה בהרבה בהשוואה לסבירות שנהגה במשפטנו קודם לכן, אלא שהיא איננה מוכרת בשום שיטת משפט אחרת, לרבות אלו המשתמשות במונח 'סבירות' (reasonableness) כעילה לביקורת שיפוטית. השילוב של הניסוח הרחב הזה של עילת הסבירות יחד עם הנכונות להחיל את הדרישה הזו על כל החלטה שלטונית, לרבות כאלה של מליאת הממשלה ואף של הכנסת, הופכת את דרישת הסבירות במשפטנו לחריגה בכל קנה מידה השוואתי, וכידוע אף הביאה לכך שעילת הסבירות נתונה במחלוקת עזה הן בקרב שופטי בית המשפט העליון והן בזירה הפוליטית ובציבור הרחב."

188. גם כאשר בוחנים את השימוש שנעשה בביקורת מבוססת סבירות במדינות העולם מתברר שאין בנמצא ביקורת סבירות על מינויים. גם בכך יש כדי להמחיש את שיתוף השם והעדר המקבילה לאופן בו התפתחה עילת הסבירות הישראלית שמחוקק היסוד בחר לתקן.

189. העותרים טוענים להרחבה של השימוש בעילות כלליות כדי להגן על זכויות חוקתיות גם במדינות משפט מקובל נוספות כמו אנגליה וקנדה. אולם מדובר בהרחבה מינימאלית ומוגבלת במקרים של פגיעה בזכויות. **המקבילה הישראלית להגנה על זכויות היא עילת המידתיות ולא עילת הסבירות**, ואין בתיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה דבר שמשפיע על השימוש בעילת המידתיות במקרים של פגיעה קונקרטית בזכויות אדם. סיכומו של דבר, בכלל המדינות האמורות אין מדובר בפיתוח של סבירות איזונית כפי שהתפתחה בישראל, וגם הרחבתה של העילה שם מוגבלת ומתוחמת לעניינים שהתיקון אינו עוסק בהם.

האם ניתן במקרה שבו מחוקק היסוד ביקש להכריע במחלוקת שהתגלעה בין שופטי בג"ץ בעשורים האחרונים כזעזוע אמות הסיפים? האין זה תפקידו של מחוקק היסוד? ההגדרה של הגבלת השימוש בעילת ביקורת שיש לה תחליפים וששנויה במחלוקת בין שופטי בית המשפט העליון מיום היוולדה כחקיקת יסוד שמזעזעת את אמות הסיפים מלמדת על הקושי המעשי שביצירת דוקטרינות שיעניקו לבית המשפט עוצמה שלטונית בלתי מוגבלת.

7.ז. תיקון מס' 3 לחוק יסוד השפיטה – יישום מבחני פס"ד שפיר לעניין שימוש לרעה בסמכות

מכוננת

191. כאמור לעיל בפרק הדין בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, הממשלה סבורה כי מדובר בדוקטרינה בעייתית המאפשרת למעשה ביקורת מהותית על חקיקת יסוד תחת איצטלה פורמלית. אולם גם לגופה של דוקטרינה, כפי שבית המשפט החל לפתח בפרשת **שפיר**, תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה רחוק ת"ק פרסה מן המבחנים שבית המשפט פיתח שם.

כבוד הנשיאה חיות התוותה שם שלושה מבחנים: מבחן היציבות, מבחן הכלליות ומבחן ההתאמה למארג החוקתי.

192. באשר למבחן היציבות נכתב בפסק הדין **שפיר** כך: "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"¹¹³.

193. המקרים שנדונו בפרשות **בר-און**, **המרכז האקדמי ושפיר** היו כזכור תיקונים של חוקי יסוד בהוראות שעה, אשר מעצם טבעם מוגבלים בזמן. תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה אינו יכול להיכנס בתוך קטגוריה זו. מדובר בתיקון יציב, שריר וקיים, שנועד לקבוע הסדר חדש בסוגיית הסמכות הנתונה לבתי המשפט בביקורת מעשי המינהל, בדיוק כיתר סעיפי חוק יסוד: השפיטה וכל יתר חוקי היסוד.

194. כך נכתב בבג"ץ **שפיר** באשר למבחן הכלליות: "מבחן זה נגזר מעיקרון שלטון החוק ועניינו בכך שנורמה משפטית, בהבדל מנורמות אחרות, צריכה, ככלל, להיות בעלת תחולה כללית, מופשטת ולהתייחס לקבוצה בלתי מסוימת... 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'..."¹¹⁴.

¹¹³ פיסקה 38 לחוות דעתה של הנשיאה חיות, בציטוט של הנשיאה ביניש בעניין בר-און.

¹¹⁴ שם, פיסקה 40.

195. בדיוק כמו יתר הוראות חוקי היסוד, תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה יחול על החלטותיהם של כל ממשלה וכל שר, מימין ומשמאל, מעתה ועד עולם עד שכנסת עתידית או סמכות מכוונת כלשהי תחליט לתקן או לבטל את הוראות חוק היסוד. היא תחול גם על כל מי שסמכות שפיטה בידו, כלשון התיקון. אין כל סייג בכלליות התיקון. באשר לטענות בדבר **המניעים** לתיקון, כפי שנכתב לעיל אין בידי בית המשפט הנכבד היכולת לבקר את מעשי הרשות המחוקקת או המכוונת מחמת מניעי חבריה, שכן אין לכך בסיס ואין לכך שיעור.

העותרים טוענים כי חילוקי הדעות שיש בציבור ובמערכת הפוליטית פוגמים בכלליות התיקון. אכן, הפרדת הרשויות, צפיות ובהירות החוק הם ערכי קונצנזוס בחברה הישראלית. מעל הקונצנזוס, תיתכנה מחלוקות בדבר הדרך הנכונה לעצב ולצקת תוכן בתוך עקרונות מופשטים אלו. ריבוי דעות הוא מאפיין מבורך של חברה דמוקרטית, והוא מלווה כל הליך של תיקון או עיצוב חוקתיים. בדיוק מטעם זה נמסרה מלאכת העיצוב לידי הרשות המכוונת, המייצגת את הריבון.

196. עוד טענו העותרים כי התייחסות לעילה יחידה בלבד מבין עילות המשפט המינהלי פוגמת בכלליות החוק. טענה זו, אם תתקבל, מעמידה תחת עננת ספק כל מעשה חקיקה. הרי כל מעשה חקיקה, או חקיקת יסוד, יכול לעסוק בסוגיות נוספות מאלו שהוא עוסק בהן. לא ניתן לדרוש כתנאי לחוקתיותו של חוק או לכשרותו של חוק יסוד כי יסדיר במלואו נושא שלם. כאמור לעיל, משרד המשפטים עוסק בהכנתו של חוק סדרי מינהל שלם, אולם קבלתו אינה תנאי לתיקון ההסדרים הקבועים כבר כיום בחקיקה או בחקיקת יסוד.

197. אדרבה, יש סתירה פנימית בטענות העותרים: מחד גיסא, לשיטתם מדובר בעניין פרטני מכדי להיכלל בחוק יסוד. מאידך גיסא, הוא כל כך כללי, קיצוני והרסני עד שהוא משנה כליל את שיטת המשטר בישראל. אילו היו העותרים נמנעים מהפרזות, לכאן ולכאן, לא היו נקלעים לסתירות מעין זו.

198. המבחן השלישי שהוצע בעניין **שפיר** הוא מבחן ההתאמה למארג החוקתי: "בניגוד לחקיקה 'רגילה' שנועדה להסדיר עניינים של יומיום, חקיקת יסוד נועדה להסדיר עניינים הנוגעים לליבת המשטר החוקתי של מדינת ישראל... ודוקו – השאלה שאותה נועד מבחן עזר זה לברר איננה אם התיקון או ההוראה ראויים מבחינת תוכנם. עניינו בשאלה מושגית-רעיונית והיא: האם מדובר בנורמה המתאימה מבחינת מאפייניה לעיגון חוקתי, המשתלבת ככזו במארג ההוראות הרלוונטיות המצויות באותה סביבה חוקתית?".

עניינו של תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה הוא בשאלת היחס בין הרשות המבצעת לבין הרשות השופטת, וגבולות הביקורת שבסמכות האחרונה להפעיל על סמכויות הראשונה. זו שאלה חוקתית מהדרגה הראשונה. התיקון משנה את המצב הקיים, הוא כמובן יוצר שינוי במארג החוקתי, אולם אין כל יסוד לומר שהוא איננו מתאים לו. אכן, מדובר בהוראת שנועדה להסדיר היבט מסויים בעניינים הנוגעים לליבת המשטר החוקתי בישראל.

199. כב' השופטת ברק-ארז מציעה להמיר את מבחן ההתאמה למבחן המובחנות: "משמעות הדברים היא שהכנסת, בעת שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת, אינה מוסמכת להחליף את תפקידה של אף אחת משלוש רשויות השלטון האחרות – הרשות המבצעת, הרשות השופטת והרשות המחוקקת. על כן, שימוש לרעה בחוק יסוד מבחינה זו יהא, ככלל, מצב שבו נעשה ניסיון להכתיר בכותרת חוק יסוד הסדר המבקש "לפלוש" באופן מובהק לתחומיה של אחת מרשויות אלה. 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)."¹¹⁵

200. תפקיד הכנסת הוא לחוקק ולכונן, תפקיד הממשלה היא לבצע מדיניות, ותפקיד בית המשפט הוא ליישם את הוראות הדין. הכנסת כוננה את תיקון חוק היסוד, היוצר שינוי מסויים בהיקף הסמכויות שהעניק חוק היסוד לבתי המשפט עובר לתיקון. זהו במובהק שימוש ראוי בסמכות המכוננת, לב השימוש. זהו בדיוק תפקידה של הרשות המכוננת. בהתאם לדבריה של כב' השופטת ברק-ארז, על בית המשפט להימנע מלפלוש לתחומי הרשויות האחרות ולהתערב בעיצוב ההסדרים החוקתיים.

201. עוד טענו העותרים כי עצם התווית גבולות הביקורת השיפוטית היא היא שימוש לרעה בסמכות המכוננת. זו טענה תמוהה. הרי הרשות השופטת פועלת אך ורק מכוח הסמכות שהמכונן והמחוקק העניקו לה. מתן חרות בלתי מוגבלת לרשות השופטת לקבוע את גבולות הסמכות שלה היא-היא פלישה לתחום של הרשות המכוננת.

גיון לוק ניסח זאת היטב:

"ולפיכך, כל האומר שבני העם פוגעים בזכות המיוחדת כשהם מנסים להגדיר חלק כל-שהוא ממנה בעזרת חוקים מפורשים, אין לו אלא מושג מסולף מאוד על הממשל, כי בעשותם זאת אינם שוללים מן הנסיך דבר אשר לו הוא על פי הזכות, אלא רק מצהירים שאותו כוח הסמכות אשר הניחוהו ללא הגבלה בידו או ביד אבותיו למען ישתמש בו לטובתם, אינו מה שהתכוונו שיהא בידו כשהוא משתמש בו שימוש אחר."¹¹⁶

ט.7. דיאלוג בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת הוא דבר בריא ורצוי

202. ועוד יש לזכור: במסגרת הדיאלוג בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת, רשאית הכנסת להגיב לפסיקות בית המשפט, ולאמץ בחקיקה עמדה שונה. כפי שהכנסת סוברנית לחוקק חוק המאמץ את עמדת בית המשפט, כך היא סוברנית וזכאית – כרשות המחוקקת – לחוקק חוק בניגוד לעמדת בית המשפט.

¹¹⁵ פסי חוות דעתה של השופטת ברק-ארז.

¹¹⁶ גיון לוק, על הממשל המדיני, 163.

כפי שמציין פרופ' א' ברק, "שינוי חוק שפורש בבית המשפט באופן המביא לתוצאה השונה מזו שנתקבלה על ידי הפירוש, אין בו התערבות אסורה של הכנסת ברשות השופטת. החוק החדש אינו מפרש את החוק הישן, ואין בו התערבות שלא כדין בתפקיד החוקתי של בית המשפט בפירוש החוקים. החוק החדש יוצר מציאות נורמטיבית חדשה בה רוצה הכנסת. זו זכותה. זה כוחה. אין בכך כל חוסר כבוד כלפי הרשות השופטת" (אהרן ברק מבחר כתבים ג "על היחסים בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת" 80 (2017)).

203. קל וחומר כאשר הרשות המכוננת מתקנת את חקיקת חוקי היסוד כדי לשנות מצב חוקתי הזוקק תיקון בעיניה. אם הרשות המחוקקת סוברנית להגדיר את ההסדרים הנורמטיביים בניגוד לפסיקת בית המשפט, וודאי שהרשות המכוננת סוברנית להגדיר את מערכת היחסים בינה לבין הרשות השופטת, וגם זאת בניגוד לפסיקת בית המשפט או לדוקטרינות שפיתח. הדבר נגזר באופן ישיר מעקרון עליונות החוקה (אהרן ברק "שותפות ודיאלוג בין הרשות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת" מאזני משפט ד 51, 64 (2005)).

204. קביעה אחרת תשמוט את בסיס הלגיטימיות של הרשות השופטת לביקורת שיפוטית, כפי שממשיך פרופ' ברק:

"אחת הטענות המרכזיות כנגד הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק הוא הטיעון ה"קאונטר-מג'וריטני", שעל פיו השופט מסכל את רצון העם ודבר זה נוגד את הדמוקרטיה. כפי שהדיאלוג בין הרשויות מראה, ברוב רובם של המקרים – ובישראל בכלם – השופט אינו יכול לסכל את רצון העם. העם – באמצעות נציגיו – יכול לשנות את חוקי היסוד עצמם".

ובהמשך הדברים –

"אכן, הדיאלוג בין הרשויות מוכיח כי גם במקום שבית המשפט מבטל חוק של הכנסת, אין בכך 'וטו' שיפוטי. זהו אך תחילתו של הליך שבמסגרתו הכנסת יכולה, באמצעים שונים העומדים לרשותה – כגון שינוי חוק היסוד או תיקון החקיקה באופן שתתאים לדרישות החוק – להגשים את עיקר שאיפותיה" (לעיל; וכן ראו אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25, 54 (1983)).

205. אם כן, אין כל פסול בדיאלוג בין הרשות המכוננת לבית המשפט. הראשונה היא מקור הסמכות של אבן הראשה בפירמדה הנורמטיבית, ובהתאם לכך יש בסמכותה לפעול לשינוי חוקי היסוד, אף בניגוד לפסיקת הרשות השופטת. כל קביעה אחרת תעקר את הלגיטימציה שממנה נהנים בתי המשפט בפועלם לפסול חקיקה הסותרת את חוקי היסוד. "מי שאמר לשמן וידלוק הוא יאמר לחמץ וידלוק" (תלמוד בבלי, מסכת תענית דף כה, עמוד א). סמכותה של הרשות המכוננת לקבוע את נורמות העל איננה נגרעת כאשר מדובר בשינוי פסיקותיו של בית המשפט, גם כשמדובר בסוגיית היקף סמכויותיו.

206. יתירה מכך, ללא אפשרות לנציגי הריבון לשנות הסדרים שנקבעו בפסיקה – אין לגיטימציה לבית המשפט לפתח הסדרים בפסיקותיו.

אכן, בשיטת המשפט המקובל יש מקום לחקיקה שיפוטית שבה שופטים יוצרים דין מחייב בעזרת שילוב בין שיקול דעת שיפוטי ועיקרון התקדים המחייב (שעוגן בסעיף 20 לחוק יסוד השפיטה). המסורת הבריטית ושיטת המשפט המקובל עומדת ביסוד המשפט המינהלי הישראלי שרובו ככולו הוא יציר פסיקה.

אולם מן ההיבט הדמוקרטי, הלגיטימציה הנתונה לבתי המשפט לפתח כך את הדין נשענת על עיקרון נוסף שעומד ביסוד המשפט המקובל, והוא עיקרון עליונות הפרלמנט. בית המשפט יכול לפתח הלכה ממקרה למקרה, הוא יכול לחדש דינים והלכות תוך שימוש בשיקול דעת שיפוטי רחב, אולם למחוקק שמופקד על קביעת הנורמות המחייבות עומדת היכולת בכל נקודת זמן לשנות את הדין בחקיקה. עליונות המחוקק על שיקול הדעת השיפוטי והתקדים המחייב היא שמעניקה לחקיקה השיפוטית את הלגיטימציה הדמוקרטית. החקיקה השיפוטית כפופה למחוקק ואם ירצה ישנה את הדין.

207. המחוקק רשאי לבחור להסדיר חלקים מהמשפט המינהלי בחקיקה והוא גם עשה זאת בעבר – כך לדוגמה עוגנו חלק מדיני האצילה בסעיף 33 בחוק יסוד: הממשלה. כך לדוגמה נקבע בחוק ההנמקות, וכך בחר מחוקק היסוד לעשות כעת כאשר עיגן את הגבלת השימוש בעילת הסבירות כלפי הממשלה ושריה בחוק יסוד: השפיטה. **ללא יכולתו של המחוקק, או הרשות המכוונת, לקבוע ולשנות הסדרים בחוק או בחוק יסוד – אין לגיטימציה לשופט לפתח הסדרים בדרך של פסיקה.**

ח. התערבות בחקיקת יסוד מחמת חששות להשלכות בין-לאומיות על מעמדה של ישראל

ח.1. אין זה תפקידו או סמכותו של בית המשפט לבחון שיקולי מדיניות

208. "נתחלפו העתים, נשתנו המנהגות, וימים שהיו חלפו ואינם עוד עמנו"¹¹⁷.

כך בלשון ציורית ביקר כב' השופט חשין את הבאתה של כל שאלה פוליטית-מדינית לפתח בית המשפט, גם בהיעדר טענה משפטית. והנה מצאנו עתירה נגד תיקון חוק יסוד: השפיטה אשר מוקדשת כל כולה לחסרונות המדיניים-ביטחוניים (כביכול) של החקיקה. אין צריך לומר שממשלת ישראל איננה מקילה ראש בשיקולים ביטחוניים ומדיניים, שיקולים שהם לחם חוקה יומם ולילה. אולם עם כל הכבוד לעותר ולרקעו הצבאי, הוא טעה בכתובת. האחריות על שיקולי ביטחון ומדיניות חוץ נתונה לממשלת ישראל, ואיננה עניין לבית המשפט הנכבד.

בית המשפט הנכבד הקפיד הקפדה יתירה בשורה של מקרים, לתחום את הגבול בין העיסוק המשפטי-שיפוטי לבין שיקולי ביטחון, חוץ ומדיניות. כך, למשל, נכתב כי –
"ענין כזה הוא בתחומי פעולתן המקצועית של רשויות הצבא ושל הרשות המיניסטריאלית המופקדת עליהן, והללו נושאות באחריות וחייבות בדיווחשבון בהתאם להוראות החוקתיות, אשר מגדירות את שרשרת הכפיפות של הדרגים הצבאיים

¹¹⁷ פסקה יש 17 לפסק דינו של השופט חשין, בג"ץ 2148/94 אמנון גלברט נ' נשיא בית המשפט העליון ויושב-ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון, פ"ד (מח) 573 (1994).

לרשויות השלטון האזרחיות ואת הזיקה ביניהן: הצבא והרשות האזרחית המופקדת עליו נושאים באחריות כלפי הממשלה (סעיף 2 לחוק יסוד: הצבא) והממשלה נושאת לעניין זה באחריות כלפי הכנסת (סעיף 4 לחוק יסוד: הממשלה). [...] מסקנתנו היא פועל־יוצא מן האופי ומדרכי הפעולה של זרועות השלטון השונות ומן ההיגיון המונח ביסודה של התוויית התחומים הנפרדים, שיוחדו לכל אחד מהן במערכת שלטון תקינה. קיומה של בקורת יעילה על כל אחת מן הזרועות היא יסוד מוסד בכל שיטת ממשל, אשר הפרדת הרשויות היא אחת מאושייותיה, והיא גם שמבטיחה, בין היתר, את האיזון בין הרשויות, שהוא מרכיב חיוני בממשל הדמוקרטי. אולם גם מי שער – מטעמים אלה – לחשיבותה, במערכת הממשל שלנו, של בקורת שיפוטית יעילה וגם מי שגורס, מעבר לכך, כי יש להקנות לבית משפט זה סמכויות לצורך קיום פיקוח שיפוט־חוקתי – ואני אחד מאלה האחרונים – לא ידגול בערבוב תחומים בין השיקול הצבאי־מבצעי לבין השיקול השיפוטי. על כן סבור אני, כי ענין התחקירים המבצעיים הוא בלתי־שפיט לחלוטין.¹¹⁸

209. לטענת העותרים, תיקון חוק יסוד: השפיטה יגדיל את חשיפת קציני צה"ל לתביעות בינלאומיות. הכנסת, לשיטתם, לא חוקקה חוק יסוד בהתבסס על "תשתית ראייתית מספקת", לא מיצתה את הדיון ולא התייחסה מספיק לדעות "המומחים". ממשלת ישראל דוחה את הטענות האלו מכל וכל לגופן, אך תקדים ותאמר כי גם לו היה בהן ממש – אין הדבר משפיע מאומה על חוקתיות החוק.

210. אין זה מתפקידו של בית המשפט לבקר ענייני מדיניות. אין זו מומחיותו, והדבר גם אינו בגדרי סמכותו. אפילו חקיקה רגילה של הכנסת אין בית המשפט הנכבד בוחן אם ראויים וטובים הם, אלא רק האם עומדים בתנאי פסקאות ההגבלה שבחוקי היסוד. את השיקולים המדיניים ששקל המחוקק או שלא-שקל-מספיק אין בית המשפט רשאי לבחון. מעולם לא שמענו על דיון בתוקפו של חוק משום שמבחינה בין-לאומית הוא עלול להעמיד את ישראל (לכאורה) באור טוב פחות. מעולם לא שמענו את בית המשפט דן בחוקיותה של פעולה אשר עלולה – לדעת מאן-דהוא – להפחית או להגביר את עוצמת הסיכון של משרתי הציבור ואנשי כוחות הביטחון לאיומים מצד כוחות עוינים מבחוץ. אם כך לגבי חוק רגיל, קל וחומר לגבי חוק יסוד שכוונה הרשות המכוננת. אין לבית המשפט הנכבד לא כלים ולא סמכות לבחון את תבונתו של חוק-יסוד מבחינת היבטי חוץ וביטחון.

211. יתירה מכך, בחינת חוקתיות של חוק איננה בחינה של שיקול הדעת המנהלי. בית המשפט לעולם אינו בוחן את אופי וטיב השיקולים שבחן המחוקק. אם ביקורת חקיקה תהפוך לבחינה מנהלית, משמעותה תהיה חתירה תחת מבנה הפרדת הרשויות והרס של הוודאות

¹¹⁸ בג"ץ 561/75 אשכנזי נ' שר הבטחון, פ"ד (3) 309 (1976). וראו גם בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד (2) 113, 126 (1979); בג"ץ 910/86 רס"ן (מיל.) יהודה רסלר נ' שר הביטחון פ"ד (2) 441, פס' 6-9 לפסק הדין של הנשיא שמגר (1988).

המשפטית. כל חוק יעמוד תחת עננת ספק תמידית אם יוכל כל אדם לטעון שחברי הכנסת לא שקלו שיקול חשוב או התייחסו אליו באופן לא מספק.
כך לגבי חקיקה רגילה, קל וחומר לחקיקת יסוד.

ח.2. אין לבית הדין הפלילי הבין-לאומי כל סמכות על חיילי צה"ל

212. אף שממשלת ישראל עומדת על כך שהשלכות של חקיקה או חקיקת יסוד על כוחות הביטחון אינן שיקול רלוונטי מבחינה חוקתית, תוסיף ממשלת ישראל ותבהיר כי הטיעון עצמו שגוי מן היסוד.

213. העתירה מתבססת על הנחה באשר לצעדים העתידיים של בית הדין הפלילי הבין-לאומי בהאג (ICC), כביכול לאחר תיקון חוק יסוד: השפיטה יורע מצבה של ישראל ומצבם של אנשי כוחות הביטחון בעיני מוסד זה.

עמדת ממשלת ישראל העקבית היא כי לבית הדין הפלילי בהאג אין שום סמכות על חיילים ישראלים, ללא קשר לפרטי מערכת המשפט הישראלי. עמדתה זו פורסמה ברבים.¹¹⁹ ל-ICC יש סמכות שיפוט רק ביחס למדינות שקיבלו אותה על עצמן דרך אשרור חוקת רומא. ישראל מעולם לא הצטרפה ל-ICC מחמת חששות ארוכי שנים מפני הטיה מובנית בבית המשפט נגדה. הדרך היחידה שבה ה-ICC יכול להפעיל סמכות כלפי אזרחים ישראלים, היא במקרה של פשעי מלחמה שהתבצעו בשטחה של מדינה החברה באמנה, מצב שבפשטות אינו מתקיים.

214. ברבות השנים, הפכה הרשות הפלסטינית את ה-ICC למוקד מרכזי בקמפיין ה-"בינאום" שלה, קרי ניצול המוסדות הבינלאומיים והמשפט הבינלאומי כדי לכפות וויתורים על מדינת ישראל, בלי צורך להתפשר מצידה ולפתור את הסכסוך באופן מוסכם. לשם כך, פעלה כדי להצטרף לאמנת רומא ומטרתה היא להביא להפללה של חיילי צה"ל.

215. לאחר שב-2009 נדחתה בקשתה של הרשות הפלסטינית להצטרף לחוקת רומא, הציעה לה התובעת הראשית תרגיל כדי לעקוף את דרישות החוקה. בדצמבר 2014 וביואר 2015, הרשות הפלסטינית קיבלה על עצמה את סמכותו של ה-ICC במסגרת חוקת רומא והיא הגישה בקשה לפתיחה בחקירה של פשעי מלחמה ישראלים לכאורה, לרבות מבצעים צבאיים בעזה ולרבות עצם קיומם של יישובים ישראלים ביהודה ושומרון.

216. בית המשפט החל בחקירה ראשונית בשנת 2015. באפריל 2020, הגיעה התובעת למסקנה כי נתונה ל-ICC סמכות שיפוטית על "המצב בפלסטין". בפברואר 2021, הערכאה להליכים מקדמיים של ה-ICC אישרה את מסקנותיה של התובעת. התיק לא מתקדם מאז פתיחת החקירה של התובעת במרץ 2021.

פתיחת החקירה והמהלכים המתוארים לעיל אירעו שנים רבות לפני תיקון מס' 3 חוק יסוד: השפיטה. ממשלת ישראל טענה ועודנה טוענת כי החלטתו של ה-ICC היא החלטה פוליטית

¹¹⁹ "מדינת ישראל דוחה את החלטת בית הדין הפלילי הבינלאומי בדבר סמכות השיפוט לדון בתיק הפלסטיני" **אתר משרד החוץ** (5.2.2021)

https://www.gov.il/he/departments/news/fm_gabi_ashkenazi_on_the_decision_by_the_icc

ולא החלטה משפטית. ממשלת ישראל איננה מכירה בה, ועל כן דוחה כל ניסיון לבקש מבית המשפט הנכבד לתת משקל להחלטות שעלול לקבל מוסד זה נגד אנשי כוחות הביטחון של ישראל.

217. לאחר הקביעה של ה-ICC בדבר סמכותו על "המצב בפלסטין", ארצות הברית ושבע מדינות ICC מובילות (ביניהן קנדה, אוסטרליה, בריטניה וגרמניה) גינו ודחו באופן פומבי את החלטת ה-ICC. דבר זה מדגיש עד כמה הקביעה של ה-ICC חריגה ונטולה כל בסיס משפטי.

218. כפי שמתארים פרופ' יוג'ין קונטורוביץ' ועו"ד אברהם שלי"ו:

"בדצמבר 2019, היועץ המשפטי לממשלה מנדלבלט פרסם מזכר ארוך הדוחה את טענות ה-ICC לסמכות שיפוט על "המצב בפלסטין". בקצרה, המצב אינו עומד בתנאי המקדמי היסודי לסמכות שיפוט המעוגנת בחוקת רומא – הדרישה למעמד של מדינה בעלת סמכות פלילית על הטריטוריה והתושבים שלה שאותה האצילה לבית הדין. מדינה פלשתינית ריבונית אינה קיימת, וההכרה לכאורה על ידי מדינות מסוימות או על ידי העצרת הכללית אינה משנה עובדה זו. למעשה, הסכמים מחייבים ישראלים-פלשתיניים משאירים באופן מפורש את גבולות שטחה של מדינה פלשתינית עתידית ליישוב סופי של הסכסוך, מה שמדגיש את העדר הטריטוריה של "פלסטין". יתירה מכך, לרשות הפלשתינית אין סמכות שיפוט פלילית לא להלכה ולא למעשה על שטח C של יהודה ושומרון, על ירושלים, או על אזרחים ישראלים. בניתוח של מנדלבלט עצמו, אם החקירה הנוכחית של ה-ICC אינה לגיטימית כלל ועיקר, ואם הוא פועל בהתאם לחוק, הוא לא יתבע אף ישראלי. אם ה-ICC יבחר להתעלם מהמשפט הבינלאומי, קשה לומר שיתחשב יותר בפרטי המשפט הישראלי המקומי.

למרות העדר מעמדה המדינתית של הרשות הפלשתינית והעדר סמכות שיפוטית להלכה ולמעשה על ישראלים, ה-ICC קבע בפברואר 2021 שאכן יש לו סמכות שיפוט על ה"מצב בפלסטין". בהחלטתו ביום 5 בפברואר 2021, הערכאה להליכים מקדמיים הגיעה למסקנה ש"פלסטין" כוללת את כל מזרח ירושלים, את יהודה ושומרון ואת חבל עזה – כלומר, היא מאשרת את הטענות הקיצוניות ביותר של הפלשתינים לטריטוריה עוד לפני שנפתח הליך פלילי רשמי. ברור מכאן כי ה-ICC החליט מראש להתייחס לישראל ככוח כובש. כל ההתפתחויות האלה – הכרה במדינה פלשתינית, פתיחת החקירה, המסקנה שייתכן שהתנחלויות מהוות פשעי מלחמה – התרחשו תחת מערכת המשפט במתכונתה הנוכחית. ברי כי רחשי הכבוד למערכת המשפטית הישראלית לא עצרו בעד בית הדין מנקיטת כל הצעדים המובילים לתביעות של ישראלים. הניסיון מורה כי יש סבירות גבוהה לכך שהוא מתעתד לנקוט בצעד הבא של הגשת כתב אישום פלילי רשמי – ללא קשר לרפורמה משפטית." 120

120 להרחבה ראה: "הרפורמה המשפטית ואיום התביעה בבית הדין הפלילי הבין-לאומי", פרופ' יוג'ין קונטורוביץ' ועו"ד אברהם ראסל שלי"ו, פורום קהלת

219. אשר על כן, הטענה כי הגבלת סמכותו של בית המשפט העליון בישראל לבקר החלטות ממשלה מחמת סבירותן, תעלה או תוריד את מידת החשיפה לסכנת העוינות של מוסד בין-לאומי זה או אחר, איננה נסמכת על אדנים מציאותיים.

3.ח. עיקרון המשלימות אדיש לפרטי מבנה מערכת המשפט המדינתית

220. גם אילו היתה ל-ICC סמכות שיפוטית, הוא מגיש תביעה רק במקומות שבהם המדינה "אינה מוכנה או מסוגלת" לחקור או לתבוע פשע (עיקרון המשלימות).¹²¹ **התיקון לחוק יסוד: השפיטה אינו נוגע למערכת המשפט הפלילי בישראל, לעצמאותה או ליכולתה לפתוח בהליכים על פשעים שביצעו חיילים.**

221. ה-ICC הוא טריבוטל בינלאומי, בו חברים מדינות עם מגוון שיטות משפטיות ופוליטיות. בשל כך, חוקת רומא אדישה לחלוטין לפרטי מערכת המשפט, כגון אופי הליך בחירת שופטים, היקף הביקורת החוקתית, מעמד היועצים המשפטיים או מגוון עילות הביקורת במשפט המינהלי. כידוע, ישנן 123 מדינות החברות בחוקת רומא, המשתרעות בין אפגניסטן, קנדה, דנמרק וזמביה. לא רק שארסנל עילות הביקורת שבמשפט המינהלי איננו עניין לבית הדין, אין גם דבר בהיסטוריה של ניסוח חוקת רומא או בפעילות ה-ICC כדי ללמד שהיא מחייבת צורה מסויימת של משטר. לראיה, באמנת רומא חברות מדינות תאוקרטיות, מונרכיות, דמוקרטיות נשיאותיות ודמוקרטיות פרלמנטריות. **עקרון המשלימות נשען על התנהלות הרשויות בתיק מסוים.** כל עוד הן נוהגות בעצמאות ובכנות, אין למבנה המשפט המנהלי באותה מדינה כל השפעה.

222. העותרים טוענים כי צמצום השימוש בעילת הסבירות מגדיל את מרחב התמרון של הממשלה בפיטורי גורמים משפטיים, כמו יועץ משפטי לממשלה או תובע צבאי, ובכך מחליש את כושר עמידותה של ישראל אל מול טענות כי עקרון המשלימות איננו מתקיים בה. גם דברים אלו חסרי בסיס במציאות. אין לאפשרות התאורטית לפטר יועץ משפטי או תובע כללי כדי לגרוע מעיקרון **המשלימות**. התקדים המוכר בעניין זה הוא כאשר בית הדין ציין את עיקרון המשלימות כסיבה לדחיית חקירה נגד בריטניה, שם הממשלה איננה מחוייבת לעצתו של היועץ המשפטי, זכאית לייצוג פרטי, ובה נהוגה דוקטרינת אי-סבירות מצומצמת ביותר.¹²² למעשה, הוא אף ציין את החקירה הפלילית התלויה ועומדת בגינאה כתנאי הממלא את דרישה המשלימות, ללא כל דיון בפרטי השיטה המשפטית של המדינה. מערכת המשפט של גינאה, יש לציין, תוארה על ידי מחלקת המדינה של ארצות הברית כ-"מאויישת בחסר, מושחתת ועמומה" וכן "נעדרת עצמאות" באופן יסודי.¹²³ המחשבה שמערכת המשפט הישראלית תגרע מזו של גינאה לאחר צמצום עילת הסבירות לוקה בחוסר סבירות באופן קיצוני.

¹²¹ ס' 17(1)(א) לחוקת רומא

¹²² ראו אביעד בקשי (2016) הייעוץ המשפטי והממשלה: ניתוח והמלצות, פורום קהלת.

<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/201209-otp-final-report-iraq-uk-eng.pdf>

¹²³ Guinea – United States Department of State

223. העותרים בבג"ץ 5769/23 אף טרחו לגבות טענה זו בחוות דעת מומחה מטעמם, המסבירה כיצד הגדלת מרחב התמרון של הממשלה בפיטורי בעלי תפקידים במערכת אכיפת החוק פוגעת ביכולתה של ישראל לטעון לתחולת עקרון המשלימות, הן כלפי ה-ICC והן כלפי מערכות משפט מדינתיות שבהן עלולים בכירים ישראלים להיתבע.

מבט אל המקובל בתחום זה בדמוקרטיה מובילות אחרות מלמד כי מינוי ראשי מערכת אכיפת החוק מטעם הרשות המבצעת, לרבות היכולת להעבירם מתפקידם, הוא הנורמה במדינות המשפט המקובל, ללא כל סמכות למערכת המשפט לבקר מהלכי מינוי או פיטורין בעילת "חוסר סבירות", ואין טענה כי הדבר פוגע בחוזקה או עצמאותה של מערכת אכיפת החוק.

224. בארה"ב, ה-"US Attorneys" ממונים על ידי הנשיא ומכהנים מטעמו. הנשיא מוסמך לפטרם בכל עת. תפקיד זה כולל ראשי מערכת הייעוץ המשפטי, הפרקליטות התביעה.¹²⁴

225. בקנדה, המשרות הבאות הן מינויי הקבינט (Cabinet in Council Appointments):

א. RCMP Commissioner – מפכ"ל המשטרה הפדרלית¹²⁶

ב. Judge Advocate General – היועץ המשפטי הבכיר ביותר בצבא הקנדי¹²⁷

ג. מובן שגה-Attorney General הוא משרה פוליטית ומכהן המקביל כשר המשפטים.

בנוסף, ה-Attorney General ממנה יועצים משנה אשר מכהנים מטעמו.¹²⁸

226. בבריטניה, המשרה הבאות הן מינויי הקבינט (Order-in-Council Appointments):

א. Commissioner of the Police of the Metropolis – התפקיד הבכיר ביותר במשטרה,

האמון גם על אכיפה נגד פעילות טרור.¹²⁹

ב. Attorney-General: היועץ המשפטי לממשלה, שהוא משרה פוליטי.

ג. ה-Solicitor-General: המשנה ליועץ המשפטי. בניגוד ליועץ המשפטי, הוא עובד ציבור ומשפטן.

¹²⁴ 28 U.S. Code § 541 (c)

¹²⁵ <https://appointments.gc.ca/lstOrgs.asp?type=typ=3&lang=eng>

¹²⁶ Royal Canadian Mounted Police Act, 5(1): 5 (1) The Governor in Council may appoint an officer, to be known as the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police, to hold office **during pleasure**, who, under the direction of the Minister, has the control and management of the Force and all matters connected with the Force.

<https://www.cbc.ca/news/canada/edmonton/alberta-shandro-rcmp-lucki-removal-1.6661722>

¹²⁷ National Defence Act, Art. 2(1)

¹²⁸ <https://federal-organizations.canada.ca/profil.php?OrgID=JUS&lang=en>

¹²⁹ Police Reform and Social Responsibility Act, 2011

"Special commission on the resignation of the Commissioner of Police of the Metropolis", 25.03.22, Art. 287

ד. בנוסף, הדרג הנבחר (Police and Crime Commissioners) מוסמך להדיח את מפכ"לי

משטרה מקומיים (chief constables).¹³⁰

227. באוסטרליה, ה-Attorney-General הוא שר בממשלה. ה-Solicitor General הוא משפטן ומכהן מטעם הממשלה.¹³¹

228. בניו זילנד, המשרות הבאות הן מינויי הקבינט:

א. Commissioner of Police: מפכ"ל המשטרה.¹³²

ב. Attorney-General: היועץ המשפטי המכהן כשר בממשלה.

ג. Solicitor General: המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עובד ציבור ומשפטן.

ד. Crown Solicitors: התובעים הם עורכי דין פרטיים שמכהנים מטעם הממשלה.¹³³

229. בכל המדינות האלו, בעלי התפקידים האלו פועלים אך ורק מטעם הממשלה. אין ביקורת שיפוטית על פיטורם. כמפורט לעיל, לא נוהגת בהם ביקורת שיפוטית מכוח עילת סבירות כפי שנהגה בישראל מאז שנות ה-80. איש אינו טוען שיש בכך לגרוע מעצמאות מערכות המשפט של מדינות המשפט המקובל. באותה מידה, הן גורמי החקירה והן גורמי התביעה במדינת ישראל פועלים באופן עצמאי ומוכיחים מדי יום ביומו את עצמאותם ואת יכולתם לאכוף את הדין כלפי עבריינים.

230. מעמדה הבינלאומי של ישראל, והיחס לפעולותיה הצבאיות ולמערכת המשפט הצבאית שלה מושפעים משיקולים מדיניים ודיפלומטיים, מאינטרסים ובריתות. ממשלת ישראל לא צופה שהוא יושפע מקידום תיקונים או שינויים במערכת האיזונים שבין רשויות השלטון בכלל, ובפרט בצמצום מסוים של השימוש בעילת הסבירות.

כמתואר לעיל, אין בעולם שימוש בעילת הסבירות כפי שנעשה בישראל בעשורים האחרונים. הטענה כי תיקון מס' 3 ירע את מצבה של ישראל בעולם היא אפוא אבסורד.

231. מערכת המשפט האיתנה של מדינת ישראל תמשיך לפעול בעצמאות ובמקצועיות, ותמשיך לשמור על שלטון החוק הן בקרב כוחות הביטחון והן בקרב הציבור הכללי, ביז רמה וללא מורא. כך או כך, ניתן לשער כי גורמים בין-לאומיים ימציאו תואנות מעת לעת כדי לנסות לפגוע בישראל ובצה"ל – עם תיקון החוק ובלעדיו. הבאשת שמה של מערכת המשפט בעיני חורשי רעתנו בוודאי תסייע להם, אולם אליבא דאמת יוזמי המתקפות המשפטיות על צה"ל אינם צריכים הצדקה לפעולותיהם העוינות.

¹³⁰ Police Reform and Social Responsibility Act, 28(6)

¹³¹ Law Officers Act, 1964, Art 6(3)

¹³² Policing Act 2008, Article 12(2)

¹³³ http://www.nzlii.org/nz/other/nzlc/report/R66/R66-4_.html

232. ממשלת ישראל מצרה אפוא על כך שגורמים ישראלים מעלים בפני בית המשפט הנכבד (ובבמות אחרות) רעיונות חסרי יסוד וחסרי אחריות, באופן שעלול לתת בידי חורשי רעתנו תחמושת תעמולתית שקרית. נבואות על דבר ירידת האמון במערכת המשפט הישראלי, כשהן נשמעות מפי גורמים ישראלים, נוטות למרבה הצער להגשים את עצמן אצל גורמים העסוקים ממילא בהכפשת שמו של צה"ל ושל מערכת אכיפת החוק הישראלים.

ט. התייחסות פרטנית למספר לטענות שבכתב העמדה של היועצת המשפטית

לממשלה

1. הטענה לפגיעה אנושה באפשרות ריסון כוחו של הרוב

233. בסעיף 72 לתשובת היועצת המשפטית לממשלה נטען כי יש לראות בבית המשפט מוסד אשר מרסן את "כוחו של הרוב". זו בכל הכבוד טעות בהבנת אופניו של המשטר בישראל ומבנה מוסדותיו. בית המשפט אוכף את הדין והחוק – בסכסוכים אזרחיים, בעניינים פליליים, וכמובן גם בסכסוכים שבין האדם והרשויות. אין לבית המשפט הנכבד אלא הדין ומורא הדין, החוק ושלטון החוק. מכאן סמכותו, מכאן אף כוחו. תפקידו איננו לרסן את הרוב, כי אם לרסן את השלטון שיהג במסגרת סמכויותיו ולפי דין. גם כאשר מגן בית המשפט על זכויות האדם הוא עושה זאת מכוח החוק וחוקי היסוד.

היועצת המשפטית לממשלה מבקשת מבית המשפט לראות עצמו כמעין מנגנון הצבעה פריטטי לצד הרוב הפרלמנטרי, מעין בית לורדים. זו איננה שיטת המשטר בישראל, ומעולם לא היתה. בית המשפט אינו יכול ליצור מוסדות משטריים חדשים בשיטת המשטר רק משום שכך – בכל הכבוד – נראה ליועצת המשפטית שראוי שיהיה מי שירסן את ה"רוב".

234. רצוי בהקשר זה להזכיר דברים שכתב שופט בית המשפט העליון האמריקאי המנוח אנטונין סקליה, ובהם הסביר כי תפקיד מערכת המשפט הוא להגן על זכויות הפרט לפי הדין, ולא להשליט צדק כראות עיניו. כך כתב בעניין *Lujan v. Defenders of Wildlife*:

The province of the court," as Chief Justice Marshall said in *Marbury v. Madison*, (1803), "is, solely, to decide on the rights of individuals." Vindicating the *public* interest (including the public interest in Government observance of the Constitution and laws) is the function of Congress and the Chief Executive.... [Otherwise] it would enable the courts, with the permission of Congress, "to assume a position of authority over the governmental acts of another and co-equal department," and to become "virtually continuing monitors of the wisdom and soundness of Executive action." We have always rejected that vision of our role...

[T]he courts... participate in law enforcement entrusted to administrative bodies only to the extent necessary to protect justiciable individual rights against administrative action fairly beyond the granted powers This is very far from assuming that the courts are charged more than

administrators or legislators with the protection of the rights of the people.”¹³⁴

235. “איזונים ובלמים” הכרחיים בין רשויות השלטון, אך אין בכך כדי להצדיק הענקת כוח בלתי מוגבל או סמכות ללא גבול לבית המשפט. גם אם ישנה אי שביעות מן המבנה המשטרי או הצעות שונות לעשות שינויים בשיטת המשטר, אין בכך כדי להסמיך את בית המשפט לברוא לעצמו סמכות ללא גבול, כפי שאין בכך כדי להסמיך ועדה מוועדות הכנסת להכריז על עצמה כבית הלורדים. הרשות השופטת היא רשות שלטונית, וככזו כפופה גם היא לאיזונים. המשפטן והפילוסוף הפוליטי פרופ' ג'רמי וולדרון התייחס לנקודה הזו בדיוק בהרצאה שנשא באוניברסיטת אוקספורד לא מכבר, ביום 25.5.23, בהתייחסו במפורש לסוגיית הבלמים והאיזונים ובית המשפט הישראלי:

In Israel it is said that we can't just have the Knesset making all the decisions, prevailing on account of its elective credentials. There have to be checks and balances: that's why we need a strong and independent court.

But not every form of institutional empowerment can count as a reputable check or a respectable balance. Once upon a time, in this country, Parliament could pass laws, mostly through the House of Commons, but the approval of the House of Lords was required, and so was the consent of the sovereign king or queen. There's your checks and balances—vetoes with crowns, miters, and coronets. Well, my understanding is that you did away with this system, for the very good reason that apart from the House of Commons component, the other checks were either autocratic or aristocratic in their character. And neither of them had any legitimacy that could reconcile opponents to the way their vetoes were exercised... No one today would accept the Anglican synod as a checking institution on the process of ordinary legislation not affecting the church; no one would accept an input by organized members of the British Academy, distinguished though we all are. Or the labor unions, considered as such, or Arsenal Football Club. For these cases, mere incantation of the phrase “checks and balances” is not enough, and it is not enough for the power of the judiciary either. The checking institutions require their own legitimacy, and that is what seems to be missing in the non-legitimated authority of courts.

Also, it's bit much to talk about checks and balances when one envisages a court, unchecked, having the final say. The proposed Israeli reforms furnish a legislative check on the judicial power to check legislation. Not only a check but a balance back and forth. But, outrageously, for that very reason, proponents of the reform are accused on the streets of Tel Aviv of ignoring the need for checks and balances.”¹³⁵

2. ט. הטענה לאי-כלליות החקיקה ולמניעים סמויים

236. בסעיף 394 לתשובת היועצת המשפטית נטען כי התחולה המיידית של החוק מעוררת את השאלה האם הוא “משרת אינטרסים פרטיקולריים של הקואליציה הנוכחית”.
נשוב אל הבסיס – עקרון שלטון החוק מחייב חקיקה כללית בניגוד לחקיקה של מה שמכונה בספרות המשפטית “Special Laws” שמכוונים לאדם או לאירוע מסוים. אלא שהתיקון הנידון לחוק היסוד אינו נוגע לאדם מסוים או לאירוע מסוים. אף תשובת היועצת המשפטית לממשלה

Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555 (1992), Scalia 577 ¹³⁴
Jeremy Waldron, H.L.A. Hart Memorial Lecture 2023, May 25, 2023 ¹³⁵

בעצמה מודה בכך למעשה, באומרה כי "הגם שעל פני הדברים התיקון לחוק היסוד אינו בגדר נורמה פרסונלית, במשמעות של אדם ספציפי".

אלא שהיועצת המשפטית לממשלה מבקשת מבית המשפט לשים עצמו בוחן כליות ולב ולזהות מניעים סמויים כביכול של הקואליציה במעשה החקיקה. מיותר לציין כי בשיטות הדמוקרטיות המוכרות אין אחר ורע לביקורת שיפוטית חוקתית על סמך זיהוי מניעים. כשם שפרשנות החקיקה מניחה שלא ניתן להתחקות אחר כוונת כל אחד מן המחוקקים שנטלו חלק במעשה החקיקה, כך לא ניתן לבחון את מניעיהם של המחוקקים. אין לדיין אלא את הדין שעניו רואות. שהרי, גם כלפי עמדת היועצת המשפטית לממשלה – בכל הכבוד – ניתן להעלות טענות כי היא מונעת ממניעים פרטיקולריים סמויים כלשהם, בייחוד כאשר התיקון נוגע גם להיקף סמכויותיה וכוחה שלה עצמה.

3.ט. הטענה נגד תיקון חקיקה ללא קביעת הסדר חוקתי כולל בתחום המינהלי

237. בסעיף 276 לתשובת היועצת המשפטית לממשלה נטען כי יש פגם ב"ביטול עילת הסבירות" ללא "קביעת הסדר משטרי-חוקתי משלים המתווה באופן מהותי את עקרונות הביקורת השיפוטית המינהלית".

אין מחלוקת שבסמכותה של הכנסת לחוקק חוק שלם שישדיר את כלל המשפט המינהלי ועילות הביקורת השיפוטית. מהלכים מעין אלו החלו לקרום עור וגידים במשרד המשפטים לפני כמעט עשור, אולם לא הגיעו לידי גמר.

ברם, בעניין דנן אין מדובר במהלך חקיקה שנועד ליצור קודיפיקציה של הדין המנהלי ונשמט מהקודקס פרק. החקיקה נועדה לצמצם באופן קונקרטי את השימוש בעילה אחת מסוימת בדין המנהלי הישראלי, שימוש שתפח והתפתח במהלך השנים באופן שעורר ביקורת אף בתוך בית המשפט עצמו, כמפורט לעיל. אשר על כן ננקט מהלך של תיקון לחוק יסוד: השפיטה ולא כינון של חוק יסודות המנהל.

טרוניה על שום מה אין המחוקק מחלץ חושים ליצור קודיפיקציה שלמה איננה עילה חוקתית ובוודאי שאיננה עילה על-חוקתית.

4.ט. הטענה כי סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה משקף סעיף על-חוקתי

יא.4.1 – כללי

238. בתשובתה של היועצת המשפטית לממשלה (וכן בעתירות נוספות) נטענת טענה מרחיקת לכת, ולפיה סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, המסמיך את בית המשפט העליון לתת צווים לרשויות האחרות ולהושיט סעד מן הצדק, מהווה הוראה על-חוקתית. לפיכך, לפי הנטען, כל גריעה מסמכות בית המשפט מהווה תיקון חוקתי-לא חוקתי.

טענה זו נטענת ללא כל מקור, אסמכתה או הנמקה של ממש, ולא בכדי. מעולם לא נטען במדינת ישראל כי סמכותו של בית המשפט אין לה גבול והיא ניצבת מעל לחוק. אדרבה, כשעלה הנושא בפני בית המשפט הנכבד – נקבע בדיוק ההיפך. גם מלומדים שעסקו בשאלה הביעו עמדה הפוכה.

הטענה כי ישנה בישראל רשות שאיננה כפופה לכל חוק וניצבת מעל הריבון היא מחשבה תלושה שאינה מפנימה את תפיסת המבנה הנורמטיבי המוכר בישראל, ואיננה הולמת גם תיאוריה פוליטית מוכרת. אם אין מגבלה על סמכותו של בית המשפט ליתן צווים, האם רשאי הוא גם

להורות לכנסת מה לחוקק? האם יכול הוא לפרש חוק בלי קשר לאמור בו? ואולי רשאי הוא לפי דעתו להוציא צו למנות שופטים נוספים להרכבו שלו עצמו? עד היכן יכולה להגיע טענה זו?
תפיסה של שלטון חוק מחייבת מסגרת נורמטיבית ברורה החלה על הכל – על כל אדם וכל מוסד שלטוני, ויהא תפקידו חשוב ונכבד כאשר יהא.

239. תפקידו של בית המשפט הוא לפסוק אך ורק על פי הדין. סמכותו לפי סעיף 15(ג) אינה בלתי-מוגבלת או אין-סופית. יש בה מה שכתוב בה. המשמעות שהיתה מקובלת לסעיף זה בעבר היא שבית המשפט יכול להושיט סעד מן הצדק אך ורק בנושאים שהם שפיטים או אשר הם בסמכותו, ובהתאם לחוק או לעילות מוכרות במשפט המינהלי, לשם הגנה על זכויות אדם ושמירה על שלטון החוק. בעבר נהג בית המשפט הנכבד בריסון רב יותר בכל הנוגע לשאלות של שפיטות או השימוש בעילת הסבירות. משהשתנו העיתים והשתנה גם השימוש בעילת הסבירות, כמפורט לעיל, באה הרשות המכוננת לידי החלטה כי עליה ליזום שינוי בסעיף 15(ג) ולקבוע בו סייגים.

240. חוק יסוד: השפיטה הוא החוק המסדיר את סמכותו של בית המשפט, ולכן אינו יכול להיות הבסיס לביקורת או פסילה של הוראה בתוך חוק היסוד עצמו. לפי כללי הפרשנות המקובלים, הוראה ספציפית גוברת על הוראה כללית, והוראה מאוחרת גוברת על הוראה מוקדמת. לכן, תיקון מספר 3 לחוק יסוד: השפיטה, אשר בא לתחם את הסמכות הכללית והבלתי מגודרת שהעניק סעיף 15(ג) לבית המשפט העליון, איננו כפוף לנוסחו של הסעיף קודם תיקונו.

ט.2.4. – החוק הישראלי ובית המשפט הנכבד קבעו שניתן להגביל סמכות ביקורת שיפוטית

241. הגבלה סטטוטורית של הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת, כלל אינה מעוררת שאלה חוקתית והיא מותרת, אפילו נעשתה בחוק רגיל. כך במיוחד כאשר ההגבלה אינה נוגעת לפגיעה בזכויות היסוד של הפרט, ויש בה אך ורק שלילה של עילת ביקורת שיפוטית אחת, שאינה מקובלת במרבית מדינות העולם הדמוקרטי.
כך, למשל, סמכותו של המחוקק (במסגרת חוק רגיל) להגביל את עילות הביקורת השיפוטית נדונה בהרחבה בפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 294/89 **מוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים**, פ"ד מה (5) 445 (1991), שם נדונה הוראת חוק שקבעה כי "אין אחרי החלטת ועדת העררים ולא כלום".

242. בית המשפט דן בהרחבה בשאלת הגבלת הביקורת השיפוטית על ידי המחוקק וקבע כי יש לפרשה בצמצום רב. עם זאת, הדגיש כב' השופט ברק, בסקירה רחבה של פסיקת בית משפט זה ומשפט משווה, כי

"במשטר דמוקרטי סמכות החקיקה נתונה למחוקק, המוסמך להגביל או לשלול את סמכות השיפוט של בתי-המשפט. לשם השגת תוצאה זו, חייב דבר החקיקה לבטא תכלית מיוחדת זו בצורה מפורשת, ברורה וחד-משמעית".

כב' השופט ברק ציטט בהסכמה את דברי כב' השופט ברנזון בבג"צ 222/68 **חוגים לאומיים אגודה רשומה נ. שר המשטרה**, פ"ד כד (2) 141, שבו נדונה הוראת דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים) 1924, השולל לחלוטין את סמכות השיפוט של בתי המשפט בסכסוכים הנוגעים לזכויות קנייניות במשפט הפרטי במקומות הקדושים, כי "שלילה או

הגבלה כזאת כשלעצמה, עם כל היותה בלתי רצויה וחותרת תחת אישיות משטר דמוקרטי תקין, אין בתי-המשפט בני חורין להתעלם ממנה כאשר היא משקפת את רצונו של המחוקק בחיר העם. גם ארצות בעלות משטר פרלמנטרי למופת ובתי-משפט לתפארת, כמו אנגליה, עושים זאת לפעמים, ואם הכוונה ברורה רואים עצמם בתי-המשפט מחוייבים לקבל עליהם את הדין".

כך קבע כב' השופט ברק גם בבג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229: **"חזקה היא, כי אין שוללים את סמכות השיפוט של בית המשפט הגבוה לצדק, אלא בלשון ברורה, שאינה משתמעת לשתי פנים"**.

243. כך פסק בית המשפט הנכבד בכל הקשור להגבלת הביקורת השיפוטית לחלוטין בעניינים הקשורים לזכויות יסוד ובמשפט הפרטי. קל וחומר, שכך הוא הדין בהגבלה שאינה נוגעת לזכויות יסוד, של עילת ביקורת שיפוטית אחת, שאינה מקובלת במרבית מדינות העולם הדמוקרטי.

244. בבג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(1) 750, נטען כי אין לבית המשפט הגבוה לצדק סמכות לדון בהחלטות של יושב ראש ועדת הבחירות בשידורי תעמולה לאור האמור בחוק הבחירות לכנסת. כב' הנשיא ברק דחה את הטענה וקבע כי הוראה **בחוק רגיל** השוללת **לחלוטין** את סמכות בית המשפט הגבוה לצדק עלולה להיחשב בלתי חוקתית. לגופו של ענין נקבע בפרשת חרות כי "הדרך הראויה" היא להקים את הסמכות בדרך של פרשנות החוק ולא ביטולו. ויודגש: באותו ענין מדובר היה בחוק רגיל, שנמצא כי האמור בו סותר זכויות המעוגנות בחוק יסוד (חוק יסוד: השפיטה). זכויות היסוד שנדונו שם היו הזכות להיבחר וחופש הביטוי הפוליטי, שנמצא כי הן זכויות יסוד חוקתיות, והעדר האפשרות לעתור לבית המשפט בגין פגיעה בהן סותר את חוק יסוד: השפיטה. מאפיינים אלו כולם אינם קיימים בעניינו של תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה.

245. תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה, אינו פוגע בזכויות יסוד חוקתיות כלשהן. בית המשפט הגבוה לצדק מוסמך להגן היטב על זכויות היסוד של הפרט מפני פגיעה לא מידתית של הרשות המבצעת, אף בלא עילת הסבירות, בדרך שבה נוהגים בתי המשפט במרבית מדינות העולם, בהן לא נוהגת עילת הסבירות.

כך, עוד בשנותיה הראשונות של מדינת ישראל, בית המשפט הגבוה לצדק, הגן בחירוף נפש על זכויות היסוד של הפרט, בלא להיזקק לבחינת סבירות ההחלטה המנהלית. ראה למשל: בג"ץ 1/49 **בז'רנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב, 80, בענין חופש העיסוק ובג"ץ 73/53 **חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז, 871, בענין חופש הביטוי. כך הדין גם לאחר תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה, קל וחומר לאור הוראות פסקת ההגבלה (ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) לפיה אין פוגעים בזכויות יסוד אלא בחוק, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה גם אינו מחסן תחום משפטי או מנהלי שלם מפני ביקורת שיפוטית. הוא מצמצם את השימוש באחת מן העילות, עילה חריגה בנוף העולמי, עילה שלא נולדה יחד עם המשפט הישראלי אלא התפתחה בו בעשורים האחרונים כמפורט לעיל. אין כל דימיון בין עניין חרות לבין תיקון מס' 3.

סיכומו של דבר, בית המשפט הנכבד הכיר בפסיקתו העקבית באפשרות הנתונה למחוקק (הרגיל) להגביל, באופן מפורש, את טווח הביקורת השיפוטית על עניינים ספציפיים. קל וחומר לקיומה של אפשרות כזו לרשות המכוננת, זו המהווה מקור הסמכות לרשות השופטת ולמבנה הנורמטיבי כולו. ברור לחלוטין שהמשפט הישראלי מעולם לא ראה בסמכות בלתי מוגבלת לבית המשפט העליון כעקרון על-חוקתי (אין כלל עיקרון כזה במשפט הישראלי), אלא להיפך – כעניין שהסמכות להגבלתו נתונה למחוקק.

ט.3.4. – עיון במשפט המשווה שולל לחלוטין את הטענה כי הגבלת את היקף הביקורת השיפוטית במשפט המינהלי פוגע בזכות חוקתית או "על חוקתית" כלשהי

246. עיון במערכות משפט אחרות במשפט המקובל שולל לחלוטין כל טענה לפיה הגבלה על היקף הביקורת השיפוטית במשפט המנהלי מהווה פגיעה בזכות חוקתית או "על חוקתית" כלשהי. כך, במשפט האנגלי, למרות שהאמנה האירופאית לזכויות אדם, שעוגנה בחוק האנגלי, קובעת שזכות הגישה לערכאות היא זכות יסוד חוקתית, קבע בית המשפט העליון כי הענקת חסינות מהותית בדין לפעולות מסוימות של רשויות מינהל איננה הפרה של האמנה (*Matthews v. Ministry of Defence*, [2003] 2 W.L.R. 435). ראו גם: פרופ' י' דותן, **"ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מנהלי"**, 2022, בעמ' 234 והאסמכתאות שם (להלן: "דותן"). כמו כן, נקבע במשפט האנגלי כי "כאשר המחוקק קבע קביעות בדבר היקף הביקורת השיפוטית (בשונה משלילת הביקורת מדעיקרא)" אין להרחיב את הביקורת השיפוטית בדרך של פרשנות (דותן, שם). כך הוא בדיוק המקרה של תיקון מס' 3 אשר מצמצם את היקף הביקורת השיפוטית, אך אינו מבטלה.

247. כראיה נוספת לכך נפנה לתקדים הבריטי מהעת האחרונה. בשנת 2022 חוקק הפרלמנט הבריטי תיקון לחוק בתי המשפט שקובע כי החלטת הטריבונל העליון – הערכאה המינהלית שחובה לפנות אליה בעררים נגד החלטות בתחומי הגירה, מסים ומקרקעין) – חסינה מביקורת שיפוטית.¹³⁶ זהו חוק רגיל (בבריטניה כידוע אין חוקה), המגביל באופן גורף ביקורת שיפוטית מצד מערכת המשפט על קבוצה רחבה של החלטות מנהל. עתירה שהוגשה לבית המשפט בטענה כי זו הוראה הפוגעת בזכויות יסוד נדחתה, כשבית המשפט קובע באופן חד משמעי כי

"שלטון החוק מחייב את בית המשפט... תחת שיטתנו החוקתית יש לתת תוקף לרצון הפרלמנט המתבטא בחקיקה... סמכות הביקורת של בתי המשפט הנובעת מהמשפט המקובל אינה חסינה מעקרונות אלו במקרים שבהם החקיקה נוקטת לשון ברורה, והפרלמנט במפורש התייחס לסוגיית חסימת הביקורת [השיפוטית]".¹³⁷

ככל הידוע, על פסיקה זו של בית המשפט לא הוגש ערעור. מגבלות שקובע המחוקק על סמכות ותחומי שיפוט – ואפילו מגבלות רחבות וגורפות – הן בתחום סמכותו, ואין להמציא עקרונות "על חוקתיים" יש מאין.

¹³⁶ Tribunals Courts and Enforcement Act 2007

¹³⁷ [Oceana, R \(On the Application Of\) v Upper Tribunal \(Immigration And Asylum Chamber\) \(Rev1\) \[2023\] EWHC 791 \(Admin\)](#)

248. כך נקבע גם במשפט האמריקאי: "במשפט האמריקני הפדרלי האפשרות של המחוקק לשלול את הביקורת השיפוטית המינהלית באמצעות הוראות בחוק המסמיך את הרשות מוכרת במפורש בחוק הפרוצדורה המינהלית" (דותן, בעמ' 234 והאסמכתאות שם). פרופ' דותן, מפרט בהרחבה כי במשפט האמריקאי פותחה חזקה פרשנית לפיה יש להניח שהמחוקק לא התכוון לשלול את הביקורת השיפוטית – בדומה לפסיקת בית המשפט הנכבד כמובא לעיל. אולם בית המשפט העליון האמריקאי קבע במספר רב של מקרים כי שלילה מפורשת של ביקורת שיפוטית מנהלית, אינה פוגעת בזכות חוקתית, כך, הן בשלילה מוחלטת של הביקורת השיפוטית בתחום מסוים והן בעיצוב תוכנה של הביקורת השיפוטית. הנה דבריו של פרופ' דותן, שמפאת חשיבותם נביאם במלואם:

"פיתוחה של החזקה הפרשנית האמורה לא היה בו כדי לשנות את הגישה הבסיסית של בתי המשפט הפדרליים שלפיה נותר למחוקק מלוא הסמכות לסתור את החזקה באמצעות קביעות מפורשות. אומנם הסמכות הזאת התייחסה לשלילה של ביקורת מינהלית בלבד, כלומר הסמכות הזאת לא אפשרה לקונגרס לפגוע בזכות הגישה לערכאות על מנת לממש זכויות חוקתיות, אולם עצם שלילת האפשרות לגשת לערכאות על מנת לתקוף החלטות שלטוניות במישור המשפט המינהלי לא נחשב כאמור כשלעצמו לפוגע בזכות חוקתית כלשהי. נוסף על כך, בתי המשפט הפדרליים מעולם לא הטילו ספק בכך שלמחוקק יש מלוא הסמכות לא רק לשלול מדעיקרא את הביקורת השיפוטית המינהלית אלא גם לעצב את תוכנה. כלומר, הם הכירו בסמכותו של המחוקק להגביל את היקף הביקורת, במישור המהותי – בקביעת סטנדרט הביקורת או באמצעות הבחנה בין החלטות מסוימות הכפופות לביקורת להחלטות אחרות החסינות בפניה, וכן במישור הדיוני – בקביעת התזמון של הביקורת השיפוטית או הצדדים הזכאים לתקוף את ההחלטה" (דותן, בעמ' 235).

249. פרופ' דותן מסכם את עמדת המשפט האנגלי והאמריקאי כדלקמן:

"בשתי השיטות השלילה (ולא כל שכן הגבלת ההיקף) של הביקורת המינהלית לא נחשבה כשלעצמה למעוררת סוגיה חוקתית; לבסוף, הן במשפט האנגלי והן במקבילו האמריקני יש הבחנה ברורה בין שלילה מדעיקרא של הביקורת השיפוטית לבין התערבות של המחוקק לעצב את תוכני הביקורת והיקפה. במילים אחרות, באף אחת משתי השיטות לא הוטל ספק בכך שלמחוקק יש סמכות לקבוע את הסטנדרטים של הביקורת השיפוטית בחקיקה קונקרטיה המסדירה את עילות הביקורת הרלוונטיות, את הצדדים הרשאים לתקוף את ההחלטה וכו'" (שם, בעמ' 236).

ט.4.4. צמצום עילת הסבירות איננו מהווה שאלה חוקתית

250. לגישת פרופ' דותן, האפשרות לתחם באמצעות חקיקה את היקף הביקורת השיפוטית על המעשה המינהלי היא גם הדין הראוי שכן –

"קשה לראות בסיס מוצק בדין הקיים או הצדקה עניינית, להפוך את החזקה הפרשנית הזאת לאימפריטיב חוקתי ששולל לחלוטין את סמכות המחוקק להשפיע, באמצעות הוראות ברורות בדין, על היקף הביקורת השיפוטית" (שם).

"דומה שהטענה שהוראת חוק המגבילה את היקף הביקורת השיפוטית סותרת את הוראת סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה איננה מבוססת... ומכל מקום, אפילו אם ניתן לראות בהוראה חד משמעית וגורפת השוללת ביקורת שיפוטית בכלל מסיגה את גבולו של חוק-יסוד: השפיטה, הרי קשה מאוד לקבל מסקנה כזאת בנוגע להוראה שאינה שוללת ביקורת שיפוטית אלא רק עוסקת בסטנדרט הביקורת" (שם, בעמ' 237-236).

251. פרופ' דותן מוסיף ומבהיר, בנוגע להגבלת היקף הביקורת בחוק רגיל, כי – "גישה 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 – וכפוף רק לאפשרות של המחוקק-מכונן לשנות את חוק היסוד. קשה מאוד למצוא בנוסח של הסעיף, בהיסטוריה החקיקתית שלו או בהקשר הנושאי שבו הוא דן תימוכין כלשהם לגישה גורפת כזאת" (שם).

כמובן, הגבלת הביקורת בחקיקת יסוד היא דבר שברור לכל שניתן לעשות.

252. פרופ' דותן מנמק את הדין הראוי בעקרון הפרדת הרשויות: "במישור שיקולי המדיניות וגם במישור הניתוח החוקתי יש טעמים טובים להתנגד להדרה מוחלטת של המחוקק מכל נגיעה לעיצוב הסטנדרטים של הביקורת השיפוטית. בראש ובראשונה מבחינה מושגית, אפשר לראות בהיקף הביקורת השיפוטית חלק אינטגרלי מכל תוכנית סטטוטורית של הענקת סמכויות לרשויות המינהל בתחום נתון" (שם, בעמ' 237).

וכן:

"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" (שם, בעמ' 238).

253. פרופ' דותן מוסיף ומנתח את הסוגייה במשקפי עילת הסבירות, הרלוונטית לענייננו: "הביקורת השיפוטית המינהלית בעילת הסבירות פותחה בבתי המשפט שלנו בעיקר מתחילת שנות השמונים... בשום מקום לא נטען שקיים אצלנו עיקרון חוקתי כללי שלפיו על המינהל הציבורי לנהוג בסבירות. נניח למשל שחוק מסוים יקבע לרשות מסוימת שהיא כפופה לביקורת שיפוטית בסטנדרט נמוך מסבירות, כגון הסטנדרט של הימנעות מפעולה שרירותית או קפריזית, אך לא יותר מזה. או שהחוק יקבע בעניין החלטות מסוימות שעליהן לעמוד דווקא בסטנדרט של סבירות מחמירה. האם ניתן לומר שסעיפים כאלה מנוגדים לסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה? קבלת טענה מחמירה כזאת פירושה שעקרון הסבירות המינהלית הוא חלק מהחוקה של מדינת

ישראל. לא רק שטענה כזאת אין לה שום בסיס בטקסט החוקתי הקיים אצלנו, וגם אין לה שום מקבילה בשיטות משפט אחרות (היינו גם כאלה שיש להן חוקה טקסטואלית פורמלית ומפורטת), אלא שהטענה הזאת מבלבלת במובהק, וללא כל צורך, בין המישור המינהלי למישור החוקתי של הביקורת השיפוטית ובין המישור של סמכויות השיפוט לבין המישור של הדין המהותי.

המסקנה מכל האמור לעיל היא לדעתי שאין מקום לשלול אפשרות של התערבות חקיקתית בנוגע להיקף הביקורת השיפוטית" (שם, בעמ' 239).

254. כל האמור לעיל, הן במישור המשפט המשווה והן במישור הדין המצוי והראוי במשפט הישראלי, נכתב ביחס לאפשרות שהמחוקק יגביל את היקף הביקורת השיפוטית המנהלית. האמור חל מכוח קל וחומר, ובן בנו של קל וחומר, בקשר לאפשרות של הרשות המכוננת, להסדיר את היקף הביקורת השיפוטית במסגרת חוק יסוד: השפיטה.

255. כאמור, עמדת הממשלה היא כי בשיטת המשטר בישראל אין על הרשות המכוננת מגבלות מהותיות ויש לדחות את הטענה להטיל עליה מגבלות כאלו במסגרת עקרון התיקון החוקתי הלא חוקתי.

עם זאת, אף לגישת אלו הסבורים כי על הרשות המכוננת ישנה מגבלה מהותית צרה, שעניינה פגיעה "אנושה" ב"ליבת הדמוקרטיה" שעניינה "המאפיינים 'הגרעיניים' המעצבים את הגדרת המינימום" של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית" (פס' 29 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות בעניין חסון, גישה עימה הממשלה אינה מסכימה, ואשר ממילא אינה הופכת שאלה זו לשפיטה (שם, בפס' 32), הרי ש"רחוקה הדרך בין קביעה לפיה נורמה מסוימת פוגעת פגיעה קשה בזכות יסוד מסוימת ובין המסקנה שנורמה זו שוללת את דרישות המינימום המגדירות מדינה כדמוקרטית" (שם, פס' 30).

256. כפי שראינו לעיל, הגבלה על היקף הביקורת השיפוטית, שאינה נוגעת לזכויות יסוד (עליהן ניתן להגן בכלים אחרים של המשפט המנהלי כפי שנהג בית המשפט הגבוה לצדק מקום המדינה) ושאינה שוללת ביקורת שיפוטית בעילות מנהליות אחרות, אינה יכולה להיחשב בשום דרך, כפגיעה קשה בזכות יסוד או בשלילה של דרישת המינימום המגדירות מדינה כמדינה דמוקרטית.

פרופ' א' ברק מדגיש במאמרו "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בך (2011), 143, כי לגישתו (עמה איננו מסכימים) יש להכיר במגבלות צרות ביותר על סמכות הרשות המכוננת הפוגעות אך ורק ב"ליבת הדמוקרטיה". לגישתו, "ביטול הביקורת השיפוטית הקיימת על חוקתיות החוק והחלפתה בביקורת שיפוטית "רכה" יותר עשוי 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). ברי אפוא כי אם אין בכוחה של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי לאיין מגבלות על הביקורת השיפוטית על חוקיות החקיקה (המקובלת במרבית מדינות העולם), הרי שמקל וחומר, אין בכוחה לאיין מגבלות על הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות הרחבה (שאינה מקובלת במרבית מדינות העולם).

כלומר, אף כאשר ישנה פגיעה קשה בזכות יסוד כלשהי (ואין כך הדבר בענייננו) "רחוקה הדרך" בין פגיעה זו לבין מסקנה כי היא שוללת את דרישות המינימום המגדירות מדינה כדמוקרטית" (פס' 30 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות בפרשת חסון הנ"ל).

257. שנית, כפי שראינו לעיל, המשפט המשווה האנגלי והאמריקאי, מנחה אותנו כי הגבלה על עילות הביקורת השיפוטית המנהלית על ידי המחוקק (קל וחומר על ידי הרשות המכוננת), אינה מעוררת שאלה חוקתית, וודאי לא שאלה "על חוקתית". כך הוא במיוחד כאשר ההגבלה אינה מונעת ביקורת שיפוטית במקרה של פגיעה בזכויות יסוד. כך נפסק גם במשפט הישראלי (פסק דינו של השופט ברק בבג"ץ 294/89 הנזכר לעיל) וזוהי גם עמדת המלומדים בישראל (דותן, בספרו הנ"ל בעמ' 239).

258. שלישית, הנורמה החוקתית שנקבעה בתיקון 3 לחוק יסוד: השפיטה, לפיה לבית המשפט המנהלי לא תהא סמכות לבקר סבירות ההחלטה של נבחרי הציבור, היא נורמה מקובלת ברובן המכריע של מדינות המערב הדמוקרטיות.

259. המשפט המנהלי הישראלי מבוסס על המשפט המנהלי האנגלי (ברק ארוז, בעמ' 67). הסטנדרט הנוהג באנגליה הוא הלכת *Wednesbury* לפיה החלטה אינה סבירה רק אם היא כה בלתי הגיונית ובלתי נסבלת עד שאדם בר דעת לא יעלה על דעתו שרשות מנהלית סבירה היתה מסוגלת לעשותה (*Associated Provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223, 229). ראה גם: דותן בעמ' 211, ה"ש 74 והאסמכתאות שם. ראה למשל: ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג, 1026, 1039 (1959).

סטנדרט הסבירות המצומצמת דומה מאוד לסטנדרט הביקורת הבסיסי שמופעל במשפט האמריקני במסגרת ה *Administrative Procedure Act 5 U.S.C. § 706(2)(A)* המסמיכה את בית המשפט להתערב בהחלטה מינהלית שהיא "שרירותית או קפריזית" (ראה גם: דותן, בעמ' 211).

במדינות המשפט הקונטיננטלי, אין כלל ביקורת שיפוטית מחמת סבירות, לא מצומצמת ולא רחבה (*Margit Cohn, Pure or Mixed? The Evolution of Three Grounds of Judicial Review of the Administration in British and Israeli Administrative Law, European Journal of Comparative Law and Governance 1, 7 (2013)* "Unreasonableness is not (a recognized ground in continental law").

על רקע זה, מקובל לומר כי "היקף השימוש בסבירות בישראל מבחינת סוגי הסמכויות והפעולות השלטוניות שכפופות לביקורת רחב בהרבה מזה שבמדינות אחרות. היינו חלק ניכר מהפעולות שכפופות לביקורת הסבירות בישראל אינן כפופות לביקורת כזאת (ובחלקן אינן כפופות לביקורת שיפוטית כלל) במדינות אחרות" (דותן, בעמ' 215).

260. אחד התחומים המרכזיים אשר ביחס אליהם הופעלה עילת הסבירות, ואשר אינה קיימת באף מדינה דמוקרטית, הוא **התערבות במינויים ופיטורים של נושאי משרה בכירה ברשות המבצעת**.

אכן, "לכונות הזאת של בית המשפט להתערב בהחלטות מינויים ופיטורים אין למיטב ידיעתי, אח ורע בשום שיטה משפטית אחרת. היא הופכת את בג"ץ למוסד שיפוטי חריג בכל קנה מידה, בכל הנוגע להתערבותו בהחלטות מינהליות ופוליטיות" (דותן, בעמ' 134). ראה גם: Yoav Dotan, Impeachment by Judicial Review: Israel's Odd System of Checks and Balances, 19 THEORETICAL INQUIRIES L. 705 (2018). אפילו בית המשפט העליון בהודו, הנחשב אחד הריאקציוניים ביותר בעולם, ואשר ממנו מנסים ליבא חלק מהעותרים את דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי, סירב בשנת 2014 לאמץ את הגישה הישראלית בענין מינויים שאינה נהוגה באף אחת ממדינות המערב הדמוקרטיות (ראו פסק דינו של כב' השופט מלצר בבג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 13.8.15)).

261. **אשר על כן, הטענה כי צמצום השימוש בעילת הסבירות הרחבה אשר נועד בסך הכל להציב את בית המשפט העליון הישראלי בשורה אחת עם מרבית מדינות המערב הדמוקרטיות, מהווה פגיעה בזכות יסוד או בעקרון דמוקרטי כלשהו, עד כדי פגיעה ביסוד האופי הדמוקרטי של המדינה – היא טענה מופרכת ומנותקת מהמציאות המשפטית והריאלית.**

ט.4.5. הביקורת על סבירות פעולת הרשות המבצעת במשטר פרלמנטרי היא בידי הפרלמנט וציבור הבוחרים

262. יש לדחות מכל וכל את טענות העותרים לפיהן שלילת ביקורת שיפוטית על סבירות פעולותיהם של נבחרי הציבור ברשות המבצעת, היא פגיעה בליבת הדמוקרטיה. במשטר דמוקרטי, הבקרה על סבירות או אי סבירות פעולותיה של הממשלה היא בידי הפרלמנט והציבור בבחירות העוקבות. אכן, "הסוג הראשון של אמצעי ביקורת על רשויות המינהל הם המנגנונים הפרלמנטריים והפוליטיים הקיימים בשיטת ממשל דמוקרטית" (דותן, בעמ' 78).

263. בטענות העותרים חוזרת הטענה כי בישראל הרשות המבצעת שולטת, כביכול, ברשות המחוקקת, ועל כן נדרשת, כביכול, ביקורת שיפוטית הדוקה יותר על סבירות החלטותיה הרשות המבצעת, מאשר הביקורת השיפוטית הנוהגת במרבית מדינות המערב הדמוקרטיות. מדובר בחוסר הבנה בסיסי של שיטת המשטר הפרלמנטרית. ישראל היא דמוקרטיה פרלמנטרית שבה הכנסת שולטת בממשלה ומוסמכת לפטרה מידי יום. כך למשל, ראש הממשלה הקודם, נפתלי בנט, סיים את כהונתו לאחר כשנה בתפקיד, מכיוון שחברת כנסת אחת מסיעתו, החליטה שמדיניות הממשלה בענין החמץ אינה סבירה בעיניה. כך אירע לרבות מ-ממשלות ישראל אשר סיימו את ימיהן לאחר שאיבדו את הרוב הפרלמנטרי בכנסת (לדוג' ממשלת רבין בשנת 1977; ממשלות שמיר בשנת 1984 ו-1992; ממשלת נתניהו בשנת 1999; ממשלת ברק בשנת 2000; ממשלות שרון בשנים 2003 ו-2006; ממשלות נתניהו בשנים 2013 ו-2015). אורך חייה של ממשלה ממוצעת בישראל הוא 26 חודשים. הנה כי כן, הרשות המחוקקת,

היא הבלם המרכזי אשר אמור לפעול, ופועל, במקרה של מדיניות בלתי סבירה של הרשות המבצעת.

264. לא למותר לציין כי בכל המדינות שבהן נוהג משטר נשיאותי (כגון ארצות הברית), הפרלמנט אינו מוסמך כלל לפטר את הממשלה במקרה שהוא סבור כי היא פועלת בחוסר סבירות. יתירה מכך, בישראל, בניגוד לאנגליה למשל בה נהוגה מערכת פוליטית דו מפלגתית, המערכת הפוליטית היא רב מפלגתית ומעולם לא קיבלה מפלגה בודדת רוב מוחלט בכנסת. כל ממשלות ישראל הוקמו במסגרת קואליציה של מפלגות, במסגרתה, כל אחת ממפלגות הקואליציה מפעילה ביקורת על פעולות שאינן סבירות ובמרבית ממשלות ישראל, כל אחת ממפלגות הקואליציה יכולה, בכל רגע נתון, להביא לפיטוריה של הממשלה כולה וכך כאמור אירע במקרים רבים.

265. בהינתן העובדה כי אורך חייה הממוצע של ממשלה בישראל הוא 26 חודשים, הרי שהחלטה "בלתי סבירה" של הממשלה, תעמוד לשבט ביקורתו של הבוחר תוך פרק זמן ממוצע של 13 חודשים. זוהי מהות הדמוקרטיה ולא ביקורת שיפוטית רחבה על בסיס עילת סבירות שאינה נהוגה באף דמוקרטיה מערבית.

הנה כי כן, התרופה המקובלת במרבית מדינות המערב הדמוקרטי לפעולה שאינה סבירה של נבחר הציבור ברשות המבצעת, במיוחד כזאת שאינה פוגעת בזכויות יסוד של הפרט (שביחס אליהן ישנן כלי ביקורת אחרים), היא ציבורית-פוליטית, מצד הרשות המחוקקת או מצד ציבור הבוחרים ואיננה ביקורת שיפוטית של הרשות השופטת. למצער, לא ניתן לומר כי שלילת סמכות הביקורת של הרשות השופטת במקרים מצומצמים אלו מהווה פגיעה במינימום הנדרש לקיומה של מדינה דמוקרטית

5. ט. הטענה בדבר פגיעה בזכות הגישה לערכאות

266. בסעיף 265 לתשובתה, היועצת המשפטית לממשלה טוענת כי התיקון פוגע בזכות הגישה לערכאות. אלא שזכות הגישה לערכאות אינה הזכות של כל אדם לפנות לבית המשפט כדי לקבל כל סעד שחפצה נפשו. הזכות היא לקבל **סעד על פי דין**. כאן המחוקק שינה את הדין עצמו. בית המשפט הנכבד דוחה דבר יום ביומו עותרים שיכולים למצוא סעד במוסד אחר, או שהם מבקשים סעד שאינו במסגרת הדין או אפילו סדרי הדין. זכותם לגשת לערכאות אינה נפגמת על ידי כך שהם מגלים שאין הם זכאים לסעד שהם עותרים לו, שכן הדין איננו עמם. קביעת הדין ואף שינויו אינם מהווים פגיעה בזכות הגישה לערכאות.

267. ודוק: האפשרות להשתמש בעילת הסבירות על מגוון רחב של החלטות הרשות המבצעת בישראל, נוצרה בעקבות ביטול הדרישה לזכות עמידה באמצע שנות ה-80 של המאה הקודמת. ואולם זכות העמידה לעותר ציבורי אינה קיימת במרבית מדינות העולם, ובהם כל מדינות המשפט המקובל (ארצות הברית, אנגליה, קנדה ואוסטרליה) (ראה: **דיתון**, בעמ' 122).

268. כמו כן, בית המשפט הגבוה לצדק, הדן כערכאה ראשונה הוא יצור יחיד ומיוחד בכל העולם, הן העולם המערבי והן מדינות העולם השלישי, והוא הוסבר, בין היתר, בכך שהשלטון הבריטי לא היה מעוניין להכפפתו לערכאה בה היה רוב לשופטים מקומיים (ד' ברק-ארז, **משפט מינהלי-משפט מינהלי דיוני**, כרך ד', 2017, 50).

269. ברי אפוא כי ביטולה של צלע אחת משלוש הצלעות של המשולש הייחודי הנ"ל (קרי, עילת סבירות רחבה, היעדר דרישה לזכות עמידה ובית משפט עליון כערכאה ראשונה), אשר נועדה לקרב את אופי הביקורת השיפוטית בישראל על פעולות הממשלה אל מרבית מדינות המערב הדמוקרטיות, אינה מהווה פגיעה בזכות יסוד או בעקרון דמוקרטי כלשהו, ואינה מהווה הגבלה בלתי דמוקרטית על זכות הגישה לערכאות. מדובר ביישור קו עם מדינות המערב הדמוקרטיות ולא סטייה מסטנדרט דמוקרטי אוניברסלי כלשהו.

6.ט. הטענה בדבר פגם בתחולתו המיידית של התיקון

270. גם הטענה לתחולה מיידית אינה יכולה להיות עילה לפסילת החוק. הלא גם פסיקותיו של בית המשפט הנכבד חלות על פי רוב באופן מיידית. אם בית המשפט יאמץ את דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי או את ניצול לרעה ויפסול חוק יסוד, יביא הדבר להעצמת כוחו של בית המשפט באופן מיידית. האם גם זה לשימוש לרעה בסמכות השפיטה או פסיקה חוקתית שאינה חוקתית ייחשב?

טענה זו אינה אלא טענה נגד העדרו של הליך חקיקה ייחודי לתיקון חוקי יסוד בישראל. כאמור לעיל, ייתכן שיש בטענה זו ממש, אולם כל עוד הליך החקיקה בישראל עומד כפי שהוא, אין בכך כדי לפגום בתוקפו של דבר חוק.

7.ט. הטענה בדבר פגם בתיקון חוק יסוד ברוב "רגיל" בכנסת

271. אחד הטיעונים המרכזיים אשר הועלו כתמיכה אפשרית בדוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי, שאינה מקובלת באף אחת ממדינות המערב הדמוקרטיות, היא כי את חוקי היסוד בישראל ניתן לחוקק "ברוב רגיל ומקרי" (ראו למשל, פס' 34 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות, פס' 12 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז, ופס' 3-1 לפסק דינו של כב' השופט קרא בפרשת חסון הנ"ל; פס' 126 לפסק דינו של כב' השופט מלצר בפרשת ממשלת החילופים הנ"ל). טיעון זה מעלים גם העותרים.

272. המסורת החוקתית בישראל, שנקבעה בהחלטת הררי בשנת 1950, וכובדה על ידי כל כנסות וממשלות ישראל לדורותיהן, היא כי חוקי היסוד נחקקים ברוב רגיל ולעיתים אף מקרי. כך למשל, סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המכיל את "פסקת ההגבלה" שעל בסיסה נבנתה הביקורת השיפוטית החוקתית בפסד הדין בענין המזרחי, נחקק ברוב רגיל ומקרי של 27 חברי כנסת מול 25 מתנגדים (ראה: דברי הכנסת ה-12, חוברת כ"ד, עמ' 3791; ישיבה מיום 17.3.92). הדין בישראל לאורך כל השנים הוא שניתן וראוי לבצע תיקונים חוקתיים בישראל בכל רוב של חברי הכנסת (למעט סעיפים אשר שורינינו במפורש).

273. לפיכך, יש לדחות את הטענה כי יש בהליך חקיקת חוקי יסוד, כדי לאפשר, יש מאין, הגבלה מהותית על תוכנם, כפי שטוענת היועצת המשפטית בתגובתה, בלא כל בסיס לכך.

274. מובן כי הטענה בדבר קושי בקבלת תיקון חוקתי ב"רוב רגיל ומקרי" – היא שטר ששוברו בצדו. היא גם מחייבת כי ביקורת שיפוטית על תיקון חוקתי תיערך שלא ב"רוב רגיל ומקרי". יתירה מכך, אם בכנסת – הרשות הייצוגית הנבחרת – יש צורך ביותר מאשר רוב, בבית המשפט הנכבד

– אשר אינו נבחר ואינו ייצוגי – ביקורת על חקיקה, וקל וחומר על חקיקת יסוד, היתה אמורה להתקבל רק ברוב יוצא דופן, ואולי אפילו פה אחד בלבד.

אם ימצא בית המשפט לנכון לברוא יש-מאין כללים להליכי חקיקת חוק יסוד, בניגוד לעמדת הממשלה הסבורה כי אין לו כל סמכות כזו, ראוי היה לכל הפחות, לשיטתו בלבד, כי יוסיף ויברא כללים מחמירים לא פחות לביקורת שיפוטית עליהם, אותה הוא מבקש לקיים.

275. הן בספרות המשפטית בישראל והן במשפט המשווה, מתבססת הטענה כי ראוי שביקורת חוקתית על חקיקה ראשית תיעשה ברוב מיוחד של בית המשפט העליון. ראו, למשל, יניב רוזנאי "ביקורת חוקתית התפתחות, דגמים והצעה לעיגון - הביקורת השיפוטית בישראל" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, עמודים 130-147); ליאון שלף, "רוב מיוחס בנושאים חוקתיים — לא רק דרישה כלפי הכנסת אלא גם רעיון לגבי בית המשפט" משפטים, כח 387 (1997); גיא זיידמן "מותבים מורחבים בבית המשפט העליון הישראלי", מאזני משפט ג, 155, 229 (תשס"ה); לעמדה הדורשת רוב של פה אחד בבית המשפט העליון לפסילת חוקים הסותרים את חוקי היסוד ראו: יצחק הרצוג, "על קביעת הרכבים בפרשנות חוקי היסוד", קרית המשפט ט, 203, 262 (התשע"א).

פרופ' שלף מציין כדלקמן:

"כדי להבטיח כי כל החלטה לבטל חוק תבטא מצב שבו השופטים – כגוף ולא כיחידים – איתנים ונחרצים בעמדתם; שהרי אין ספק כי הפקדת הסמכות לביטול חוקים בידי שופטים מעלה שאלות נוקבות באשר למשמעותה של הדמוקרטיה, כאשר קבוצה קטנה של אנשים – אמנם מאוד מכובדים – שמה לאל את רצונם של נבחרים העם. ההצדקה לכך היא העובדה הפשוטה, שחקיקתם של האחרונים מפרה את ערכי היסוד של החברה. ואכן, אם בערכי היסוד של החברה עסקינן, רצוי שהדברים יהיו כה ברורים עד כי רוב מוחלט ומוחץ של השופטים יגיע למסקנה שהמחוקקים אכן טעו במעשיהם... רוב של ארבעה שופטים נגד שלושה או חמישה נגד ארבעה אינו מצביע על חריגה כה בולטת, שאם לא כן, כיצד זה ששופטי המיעוט מבין שופטי בית המשפט, המגיעים במספרם כמעט לרוב, לא שוכנעו מעמדת עמיתיהם"

ופרופ' רוזנאי מביע את דעתו כי –

"הדרישה לרוב מיוחד עשויה לחזק את אמון הציבור במערכת המשפט. טלו מקרה שבו הרכב מורחב של תשעה או אחד עשר שופטים מחליט לבטל חוק על חודו של קול. נדמה לי כי החלטה של בית המשפט העליון בנוגע לביטול חוק שחמישה או ארבעה שופטי בית המשפט העליון מתנגדים לה בעייתית מאוד מבחינת לגיטימציה ופוגעת באמון הציבור... דרישה זו יכולה לחזק את אמון הציבור ואת הלגיטימציה של החלטה, ויש לה אפוא תכלית שאינה רק פונקציונלית, אלא גם אקספרסיבית" (שם, בעמ' 146-147).

276. נדגיש: העמדות האלה הועלו ביחס לביקורת שיפוטית על חוקיות חוק הסותר את חוקי היסוד. הדברים חלים מקל וחומר בדיון על חוקי היסוד עצמם, אילו היינו מקבלים את העמדה שיש לבית המשפט הנכבד סמכות לקיים עליהם ביקורת שיפוטית.

ממשלת ישראל עומדת על עמדתה כי אין סמכות כזו לבית המשפט הנכבד, כמפורט בהרחבה בכתב טענות זה. אולם אילו היתה, הרי שהדרישה לרוב מיוחד או הליך מיוחד בכנסת חייבת

הייתה לחול גם על הרשות השופטת: אם ייכתבו כללים ייחודיים להליך חקיקת חוקי יסוד או תיקונים – כללים שאין סמכות לאיש לכתבם מלבד לרשות המכוננת עצמה – הרי שכללים חמורים שבעתים צריכים להיכתב ביחס להליך הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד בידי הרשות שאינה נבחרת ואינה ייצוגית.

ט.8. טיעון המקרים הקיצוניים

277. **הטענה שחוזרת שוב ושוב – הן בעתירות והן באמירות אגב של בית המשפט – הוא החשש להתרחשות אסון לאומי:** הואיל והרשות המכוננת עלולה לקבוע בחקיקת יסוד כי מדינת ישראל איננה עוד מדינה דמוקרטית, לבטל את הבחירות, לשלול זכויות פוליטיות מן האופוזיציה, או לקבוע בחוק-יסוד כללים אחרים שהדעת אינה סובלת, יש להעניק לבית המשפט את תפקיד המבוגר האחראי, שימנע זאת. נתייחס לטיעון בקצרה.

278. כמרבית טענות העותרים גם טענה זו מתעלמת משאלת היסוד שבה פתחנו. השאלה שלפנינו אינה אם חפצים אנו להינצל מאפוקליפסות אנטי דמוקרטיות, אלא אם בית משפט בעל סמכות התערבות בלתי מוגבלת הוא ערובה למניעת אפוקליפסות שכאלה, או שמא הוא - במחילה ובכל הכבוד - אפוקליפסה שכזו בעצמו. אין כל יסוד להנחה האקסיומטית שהצדק והמוסר מובטחים בצדה של הרשות השופטת לנצח ובכל מצב, כך שכלל איננו באים לדילמה בין שלטון העם לבין שלטון הטוב.

279. עוד חשוב לומר כי אין מעצבים משטר וקובעים סמכויות על יסוד תרחישי אימה. עיצוב מרכיבי היסוד של הסדר החוקתי על בסיס ספקולציות אפוקליפטיות יוביל להרס ולא לבניין. יפים כאן דברי כב' השופט מינץ, בסעיף 12 לפסק דינו בבג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל** (12.7.2021):

"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"

280. זאת ועוד. יצירת מנגנון להתמודדות עם אירוע קיצוני תוביל לשימוש במנגנון גם לאירועים שאינם קיצוניים. משנתנה סמכות, ייעשה בה שימוש. טענות העותרים כאן יוכיחו – הללו מבקשים מבית המשפט לברוא סמכות למצבים אפוקליפטיים, כדי להתמודד עם תיקון חוק יסוד שמרפא את מה שרבים מקרב שופטי בית המשפט הנכבד חשבו שהוא שגוי ואף מסוכן.

281. המנגנון להתמודדות עם תרחישי אימה הוא המנגנון הדמוקרטי הייצוגי. אין כל סיבה להניח שהפרלמנט יהיה זה שיפגע קשות בזכויות או במשטר הדמוקרטי, יותר מאשר בית המשפט. זו בדיוק השאלה – למי רצוי שתהיה המילה האחרונה: לנציגי העם הנבחרים, החבים חובת

אחריות לעם ועומדים לבחירה מעת לעת, החשופים לביקורת הציבור ומחוייבים לקבל את אמונו, או לגורם אחר, שאיננו ייצוגי ואיננו חב חובת אחריות תקופתית לציבור. ראו סעיף 13 לפסק דינו של כב' השופט מינץ בבג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל** (12.7.2021) הנ"ל; בסעיף 9 לפסק דינו של כב' השופט אלרון בעניין שפיר).

282. חשש מהחלטות גרועות המסכנות את הדמוקרטיה או את זכויות האדם יש כלפי כלל הגורמים. גם אם היום אין מי שמפקפק במחוייבותו של בית המשפט לצדק ולחירות, אין לדעת מה יהיה מחר. אם יש צורך לראיה לדבר מארצות הים, הרי אלה מצויות למכביר. די אם נזכיר את ההיסטוריה של בית המשפט העליון בארה"ב, הרצופה מקרים של פסיקות עם השלכות קשות על ההגנה על חירויות האדם וזכויות האזרח (החל מ *Dred Scott v. Sandford*, המשך ב *Plessy v. Ferguson*, עבור ל *Lochner v. New York* וכלה *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*) ועל כוחן של הרשויות הנבחרות לתקן עוולות חברתיות ולפעול להשאת הטוב הציבורי (למשל *District of Columbia v. Heller*).
בל נשכח כי בעצם היום הזה ישנן מדינות שבהן ביהמ"ש דן ברצינות באפשרות להעניק לפקיד ממונה סמכות לפטר ראש ממשלה ולבטל את תוצאות הבחירות.

283. וכן, "ממה נפשך"; אם יקבע הפרלמנט חוק-יסוד המחריב את המבנה הדמוקרטי, הרי שאם יש לו יכולת לממשה – פסק דין לא ימנע זאת; ואם אין לו, פסק דין אינו נחוץ. למעשה מציעים כאן העותרים לשלם "פרמיה" דמוקרטית יקרה ביותר, ייתכן שאף יקרה ממקרה הביטוח עצמו, וכל זאת כאשר אין כל כיסוי לאירוע שאותו מבקשים לבטח. שהרי במצב שחלילה העם ונציגיו נחוששים לבטל את הדמוקרטיה, הנייר שישוגר מבית המשפט, ככל שלא יצטרף בעצמו למהלך כפי שקרה במדינות שכאלה בעבר, לא ימנע את התוצאה המרה.

284. לבסוף, וחשוב מכל, יש להבחין בין חלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון וגבולות הסמכות של הרשות השופטת שאנו עוסקים בעניינם כאן, לבין סוגיית גבולות הציות לחוק. הוראה שלטונית נוראה, הדוקרת את העין ומקוממת את הלב, מצדיקה שלא יצייתו לה. אך אין זה משנה אם מדובר בחוק, בחוקה, בהוראה מינהלית או בפסיקה שיפוטית. לעניין חובתו של מפקד מחסום בכפר קאסם לסרב להוראה לרצוח חפים מפשע, אין כל נפקות אם הוראה זו מגיעה ממפקדו, מחוק או חוק יסוד של הכנסת או מפסיקה של בית המשפט העליון בהרכב של חמישה עשר שופטים. לעניין הזיהוי, אם מדובר בהוראה שהגיעה למדרגה נוראה זו אין כל הבדל בין שיקול דעתו של שופט עוטה גלימה לבין כל אדם מוסרי מן השוק, האחראי לכך שלא יבצע עוולות נוראיות. מדובר בגבולות הציות למשפט. לא בגדריו הפנימיים של המשפט. אי ציות המוצדק בדיעבד אינו מחולל סמכות מוסדית, דווקא לבית המשפט, לביטול סעיפי חוקה מראש. אדרבה, עלולה להשתמע ממנו ההנחה הקשה שאין חובת אי-ציות לבית המשפט באותם מקרים קיצוניים שמחייבים אי ציות לחוק.

עמדת המשיב 1 בבג"ץ 5769/23 :

285. מבלי לגרוע מהעמדה האמורה בכתב טענות זה, בעתירה בבג"ץ 5769/23, מבקש העותר "להוציא צו על תנאי המופנה כלפי המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם, אם יש בידם

טעם שכזה, מדוע לא יבוטל תיקון מספר 4 לחוק יסוד: השפיטה, אשר התקבל ביום 24/7/23 " [הדגשות של הח"מ; הטעות במס' התיקון במקור].

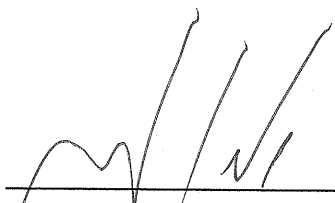
286. לעניין סעד זה אין כל ייחוד בראש הממשלה כמוסד, וקל וחומר שלא באופן אישי, ביחס לממשלת ישראל. לא פלא אם כן, כי בכל שאר העתירות שהוגשו בפני בית משפט נכבד זה, באותו העניין ואשר המשותף להן הוא שהן תוקפות את תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה (בג"ץ 5658/23; בג"ץ 5659/23; בג"ץ 5660/23; בג"ץ 5661/23; בג"ץ 5662/23; בג"ץ 5663/23 ובג"ץ 5711/23), לא צורף ראש הממשלה כמשיב לאותן העתירות, ובצדק.

287. זאת ועוד, העובדות הנטענות ביחס לראש הממשלה, הנטענות אך יעל פי פרסומים בתקשורת" (כך בלשון העתירה בבג"ץ 5769/23) מוכחות ואינן מדויקות בלשון המעטה.

288. ממילא, אותן 'עובדות' מוכחות כלל אינן מקימות עילה כלשהי למתן סעד ספציפי המופנה כלפי ראש הממשלה, וסעד שכזה אף לא נתבקש. הטענה לפיה מדובר בפגם פרוצדורלי בהליך כינון התיקון לחוק היסוד, טענה המבוססת על אותן 'עובדות' נטענות הקשורות לכאורה בראש הממשלה, מופנית למעשה אך ורק לרשות המכוננת ולוועדותיה, ולמען הדיוק מכוונת בפרט כלפי המשיבים 2 ו-4 בבג"ץ 5769/23 ולא למשיב 1 בבג"ץ זה בכובעו כראש הממשלה.

289. אשר על כן, ומבלי לגרוע מטענות המשיבים באשר לדחיית העתירות, בית המשפט הנכבד, מתבקש בזה להורות על מחיקתו של המשיב 1 כמשיב בעתירה בבג"ץ 5769/23.

290. כאמור בפתח הדברים, בשל סד הזמנים שנכפה על המשיבים קופח יומם בבית המשפט כבעלי דין, והח"מ שומר לעצמו את הזכות להוסיף טיעונים ואסמכתאות ככל הדרוש.


עו"ד אילן בומבך
משרד עוה"ד אילן בומבך ושות',
ב"כ המשיבים 5-7

תצהיר

אני הח"מ, עו"ד יוסי פוקס, ת.ז. 015191356, לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת כולה ואת האמת בלבד, וכי אם לא אעשה כן אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, מצהיר בזה כדלקמן:

אני משמש בתפקיד מזכיר ממשלת ישראל ה-37.

תצהירי זה ניתן לתמיכה בתשובת כלל משיבי הממשלה, ב-8 עתירות בתיקי בג"ץ 5658/23, 5659/23, 5660/23, 5661/23, 5662/23, 5663/23, 5711/23, 5769/23.

כל העובדות המפורטות בתשובת משיבי הממשלה ל-8 עתירות אלה, ידועות לי מתוקף תפקידי והן אמת למיטב ידיעתי ואמונתי.

זהו שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.


יוסי פוקס

אישור

אני מאשר כי ביום 7.9.2023, הופיע בפניי, עו"ד רפאל עמיר, במשרדי ברח' נוה צנען, מר יוסי פוקס, המוכר לי אישית, ולאחר שהוזהרתי כי עליו להצהיר את האמת, וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות הצהרתו הנ"ל וחתם עליה בפני.

רמאל עבו, עו"ד
מ.ר. 20899
עליאש פל ירושלים 9458608
עו"ד