

בג"ץ 23/_____

**בבית-המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בעניין:

1. לשכת עורכי הדין בישראל

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

ע"י ב"כ עוה"ד נדב ויסמן (מ"ר 17039) ו/או ד"ר איסר בירגר (מ"ר 45748) ו/או
עידן לרון (מ"ר 46892) ו/או עדי קופל-אביב (מ"ר 71054) ו/או אחי
ממשרד מיתר | עורכי דין
מדרך אבא הלל סילבר 16, רמת-גן 5250608
טל': 03-6103100; פקס: 03-6103111

העותרים;

- נ ג ד -

1. הכנסת

ע"י ב"כ היועצת המשפטית לכנסת
משכן הכנסת, ירושלים
טל': 02-6408636; פקס: 02-6753495

2. ממשלת ישראל

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה – מחלקת הבג"צים
מרחוב צאלח א-דין 29, ירושלים
טל': 073-3925590; פקס: 02-6467011

3. ועדת החוקה, חוק ומשפט

ע"י ב"כ היועצת המשפטית לכנסת
משכן הכנסת, ירושלים
טל': 02-6408636; פקס: 02-6753495

המשיבים;

עתירה למתן צו על-תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש לצוות כי יצא מלפניו צו על-תנאי המכוון אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם:

- א. מדוע לא יבוטל סעיף 15(ד1) לחוק-יסוד: השפיטה, בנוסחו כפי שתוקן בתיקון מס' 4 לחוק היסוד.
- ב. לחלופין, מדוע הוראות החוק הנ"ל לא תכנסנה לתוקף רק עם בחירת הכנסת ה-26.
- ג. לחלופי חלופין, מדוע לא יינתן כל סעד אחר אשר ימצא כראוי ונכון בעיני בית המשפט הנכבד.

כפי שנראה להלן, התיקון המדובר הוא במוצהר חלק מתכנית שמטרתה לשנות מן היסוד את שיטת המשטר בישראל, וקיים חשש מבוסס שיישמו יגרום לנזקים בלתי הפיכים – פגיעה קשה בשלטון החוק; פגיעה חריפה בעקרון הפרדת הרשויות; מתן פטור לשרים מחובתם לקיים את הדין; מתן חסינות לרשות המבצעת מפני ביקורת שיפוטית בשלל נושאים; והחלשת שומרי הסף האמונים על השמירה על שלטון החוק.

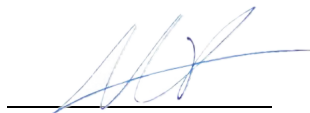
את פועלו של החוק יש להבין גם על רקע העובדה שבקריאה ראשונה עבר כבר תיקון נוסף לחוק יסוד: השפיטה המיועד לשנות כליל את שיטת בחירת השופטים בישראל ולהקנות לקואליציה הפוליטית שליטה מוחלטת בועדה לבחירת שופטים.

בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע **דיון דחוף** בעתירה, כאילו הוצא בה צו על תנאי, זאת על מנת להכריע ביעילות בסוגיה המהותית התלויה ועומדת בעתירה זו.

כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים בעתירה זו, בתוספת שכר טרחת עורכי דינם ומע"מ בגינם.

כל ההדגשות בעתירה להלן אינן במקור, אלא אם צוין במפורש אחרת.

העתק העתירה הומצא למשיבים בד בבד עם הגשתה לבית המשפט הנכבד.



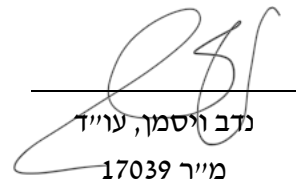
עדי קופל-אביב, עו"ד
מ"ר 71054



עידן לרון, עו"ד
מ"ר 46892



ד"ר איסר בירגר, עו"ד
מ"ר 45748



נדב ויסמן, עו"ד
מ"ר 17039

מיתר | עורכי דין

באי כוח העותרים

תוכן עניינים

4	א. פתח דבר
9	ב. הצדדים לעתירה
10	ג. ההפיכה המשטרית
18	ד. החוק לביטול הסבירות והפגמים החמורים בו (סעיף 15(ד1) לחוק יסוד: השפיטה)
18	ד(1). רקע
23	ד(2). עילת הסבירות והתפתחותה בדין הישראלי
	ד(3). ביטול עילת הסבירות פוטר את ראשי הרשות המבצעת מלפעול לפי החוק המסמיך – ובכך מסכל את שלטון החוק ואת הפרדת הרשויות
29	ד(3).1. סבירות היא חוקיות היא סמכות
30	ד(3).2. עילת הסבירות ממשיכה לקבוע את תחום סמכותה החוקית של הרשות, ומאז עניין דפי זהב היא מבטיחה ביתר-שאת את התאמת ההחלטה המינהלית לחוק ולדין
32	ד(4). ביטול עילת הסבירות משמעותו ביטול למעשה של החובה לפעול בסבירות
36	ד(5). ביטול עילת הסבירות פוגע בחומרה בביקורת השיפוטית על הממשלה ובזכות הגישה לערכאות
38	ד(6). סעיף 15(ד1) לחוק-יסוד: השפיטה נגוע בקיצוניות בשל היתר למעשה לפעול בחוסר סבירות באופן מוחלט
40	ד(6).1. עילת הסבירות משמשת מגן כנגד מחדלים הפוגעים קשות בזכויות אדם ופרט
43	ד(6).2. חלק נכבד מהחלטות השרים הן רגולטוריות-פרטניות – ולא החלטות בענייני מדיניות
45	ה. החוק לביטול הסבירות שולל את ערכי היסוד של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ויהודית
47	ה(1). מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית
47	ה(2). מדינת ישראל כמדינה יהודית
51	ו. ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקי יסוד
52	ז. התיקון גם מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת
56	ח. טעם נוסף לפסילת התיקון – הליך החקיקה היה פגום מיסודו
58	ח(1). סעיף 80 לתקנון הכנסת – הצעת חוק מטעם הוועדה
59	ח(2). הליך החקיקה בהצעת חוק ממשלתית
60	ח(3). גיבוש עמדת הממשלה בהצעת חוק פרטית
61	ח(4). לא היה יסוד לשימוש בסעיף 80 לתקנון הכנסת
62	ח(5). יו"ר הוועדה עשה שימוש פסול בסמכות ועדת חוקה
64	ח(6). הליך החקיקה בוועדה נוהל בבהילות, ברשלנות ובמשוא פנים
65	ט. לחלופין – מן הדין להחיל על החקיקה מושא העתירה את עקרון התחולה הנדחית
66	י. סוף דבר
70	

א. פתח דבר

"בימים שמכבר ניסה המחוקק לחסום דרכים לביקורת שיפוטית על פעילות מינהלית, ולעניין זה עשה שימוש בנוסחאות מנוסחאות שונות, ביניהן בשיקול דעת שהוא 'מוחלט' [...] . בתי המשפט עמדו במערכה זו - עמדו ויכלו. ימים אלה חלפו עברו, וקשה להניח שיחזרו אלינו. נזכור עם זאת תמיד ונשווה נגד עינינו, כי אבסולוטיזם נאור ככל שיהיה – הינו אויב החופש. בני חורין אנו, ומי שנולד חופשי או מי שידע חופש, לא ישתעבד לאדם – לא לאדם ולא לשיקול דעת מוחלט. וכאימרתו של השופט דגלס (douglas) ... :

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

(כבוד השופט מ' חשין, בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 528 (1992) (להלן: "עניין קנדל").

1. דברים נכוחים אלו כתב השופט חשין בעניין קנדל משנת 1992, אך למרבה הצער בחלוף שלושה עשורים, מנסה הרוב הקואליציוני השולט בכנסת ובממשלה לחסום שוב את הדרך לביקורת שיפוטית על פעילות מינהלית – להפוך סדרי משטר, להקנות לממשלה שיקול דעת מוחלט ולאפשר לה לפעול בחוסר סבירות קיצונית. בית המשפט הנכבד מתבקש לעצור מהלך זה – מהלך המנוגד לליבת ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; מדינה המיוסדת בין היתר על שלטון החוק, על עקרון החוקיות ועל הפרדת רשויות; מדינה שחירות הפרט וזכויותיו הם נר לרגליה; מדינה שבה הממשלה ושריה פועלים כמשרתי הציבור עבור העם, ואינם "נבחרי הציבור" המורמים מעם.
2. ביום 24.7.2023 ביולי 2023, ו' באב תשפ"ג, אישרה הכנסת את חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (עילת הסבירות) (להלן: "החוק לביטול הסבירות" או "תיקון מס' 4") אשר מוחק מהדין בישראל את עילת הסבירות ואוסר על כל נושא תפקיד שיפוטי על פי דין, לא רק ליתן צו נגד החלטות הממשלה ושריה הנגועות בחוסר סבירות קיצוני ומהותי, אלא אף סוגר את דלתות בית המשפט הנכבד מפני עותרים ואוסר עליו לדון בטענה לחוסר סבירות, ואפילו קיצונית.
3. החוק לביטול הסבירות לא חוקק בחלל ריק. הוא חלק מתכנית מוצהרת, שרק חלק ממנה גולה עד כה לציבור. הוא נעשה במטרה ברורה ורדיקלית – לאיין את הביקורת השיפוטית על מעשי המנהל בתחומים רבים ולבצר את כוחה של הרשות המבצעת מפני ביקורת שיפוטית, גם בנוגע להחלטות המופרכות ביותר. הוא חלק מ"התכנית המשפטית" שהוכרזה בנאומו הלילי של שר המשפטים חבר הכנסת יריב לוין מיום 4.1.2023, חמישה ימים בלבד לאחר כינון ממשלת ישראל ה-37, שבו הצהיר ללא יסוד ש-"אין כזה דבר עילת סבירות" ושרטט מפת דרכים לניתוח מערכת המשפט כפי שנבנתה ב-75 שנותיה של המדינה.

4. כפי שהיטיב לומר כבוד השופט (בדימוס) מנחם מזוז, "עילת הסבירות היא הסיפתח למהלך של השתלטות על כל מוקדי הכוח במדינה"¹. מטעם זה, אין זה נכון לבחון את חוקתיות החוק לביטול הסבירות בבדידותו, שהרי אין הוא עומד לבדו. לכשיושלם מארג השינויים יהיה קשה מאוד, על בלתי אפשרי, להתמודד עם כל חלקיו במסגרת משפטית המאפיינת מדינה דמוקרטית. מן הדין לבוחנו אפוא בהקשרו – כחלק מתכנית שלמה, הכוללת לפי הצהרת שר המשפטים, כשלב ראשון בלבד: ביטול מוחלט של הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, יהא אשר יהא תוכנם ותהא אשר תהא הגדרתם; ביטול למעשה של הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים באמצעות דרישת רוב שיפוטי מיוחד לביטול חוקים בצד פסקת התגברות ברוב מינימאלי; ביטול עילת הביקורת העיקרית על חוקיות מעשי המנהל; ביטול מעמדם העצמאי של היועצים המשפטיים והשתלטות פוליטית מוחלטת על הועדה לבחירת שופטים. מדובר בתוכנית להקניית כוח מוחלט לממשלה; תכנית לביטול העצמאות השיפוטית והפרדת הרשויות; תוכנית לריסוק עצמאותם של שומרי הסף והדרג המקצועי במערכת הציבורית; ותכנית לביטול מעמדן החוקתי המחייב של זכויות היסוד של הפרט תוך עריכת "צ'ק פתוח" לשחיתות. מדובר בתוכנית שדגל שחור מתנוסס מעליה וחותרם ברור של אי-חוקתיות טבוע במצחה.

5. לאחר חודשים של קרע לאומי והתקוממות אזרחית חסרת תקדים; פגיעה עמוקה בצבא המילואים כצבא העם; קריסה כלכלית בדגש על ענף ההיי-טק; ופגיעה חמורה ביחסי החוץ של המדינה ובמעמדה האסטרטגי בעולם, החליטה הממשלה להוציא אל הפועל את המהלך הראשון בתכניתה ההרסנית – החוק לביטול הסבירות.

6. ראוי לומר דברים בפשטותם –

- החוק לביטול הסבירות מיועד לאפשר לממשלה למנות שרים כרצונה, גם אם אלו חטאו בשחיתות, שהרי הממשלה מחוקקת לעצמה, באמצעות הרוב הקואליציוני שבשליטתה, פטור מביקורת לפי מגבלות הסבירות;
- החוק לביטול הסבירות מיועד לאפשר לשרים שימונו בחוסר סבירות, לקבל כל החלטה, תהא זו הקיצונית והמופרכת ביותר, שהרי על השרים לא יחולו מגבלות הסבירות;
- החוק מיועד לאפשר לממשלה ולשרים שימונו בחוסר סבירות לפטר כרצונם את שומרי הסף, ובראשם את היועצת המשפטית לממשלה, משניה ופרקליט המדינה, ובכך להכניעם, לשעבדם ולפגוע בעצמאות שיקול דעתם המקצועי, שהרי לא יחולו מגבלות הסבירות;
- החוק מיועד לאפשר לממשלה לדרוס את הדרג המקצועי במשרדי הממשלה ואת ראשי הרשויות הסטוטוריות, לבטל את יושרתם המקצועית ולהכפיפם לגחמות השרים, במינויים ("גיובים") ובנושאים מקצועיים חשובים, שהרי לא יחולו מגבלות הסבירות;

¹ בראיון לגלי צה"ל מיום 20.7.2023 (זמין ב-<https://twitter.com/ReshetBet/status/1681969516757106688?s=08>), וראו גם את דברי שר המשפטים מיד לאחר אישור התיקון ביום 24.7.2023: "צעד היסטורי – וראשון" (מורן אזולאי "לויך: צעד היסטורי – וראשון". סמוטריץ': לא מודאג מהמצב הביטחוני" Ynet (24.7.2023)).

- החוק מיועד לאפשר לשרים להפר כל חוק שאינו נושא חן בעיניהם על ידי אי-הפעלת סמכותם, למשל בכל הנוגע לאי-כינוס הועדה לבחירת שופטים, או אי-ביצוע מינויים הכרחיים (כגון מפכ"ל, פרקליט מדינה ועוד), שהרי לא יחולו מגבלות הסבירות;
 - החוק מיועד לסכור את פיו של בית המשפט, לקשור את ידיו, לחסום את דלתותיו ולהכפיפו לגחמות השלטון, שיראה עצמו מעתה פטור מעולו של המשפט המינהלי הישראלי, שהרי לא יחולו מגבלות הסבירות;
 - ובעיקר, החוק מיועד לסלול את הדרך לחוקים הבאים בתכנית, שיחוקקו בהקדם, שהרי החוק להשתלטות הקואליציה על הוועדה לבחירת שופטים כבר עבר בקריאה ראשונה.
7. עילת הסבירות היא אבן יסוד במשפט המינהלי הישראלי אשר אינו חרות עלי ספר החוקים. כפי שיפורט בעתירה זו, עילת הסבירות היא בבואתה של חובת הסבירות. משמעותה היא שהרשות פועלת בהתאם לחוק שמכוחו היא פועלת ואינה חורגת מהסמכות שהוענקה לה לקידום המטרות שהועיד לה החוק. חובת הסבירות נובעת מעקרון היסוד שלפיו הרשות המבצעת, כנאמן הציבור, חייבת בחובה המוטלת על כל נאמן, והיא לפעול באמונה, בשקידה ובסבירות לטובת הנהנה (ראו סעיף 10(ב) לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979). זוהי החובה העומדת על הפרק בעתירה זו, ואשר ממשלת ישראל מבקשת להתפרק ממנה דה-פקטו ולאיינה.
8. עילת הסבירות עוגנה בפסיקת בית המשפט העליון עוד מימיו הראשונים. היא נשאבה מהמשפט המקובל האנגלי. היא נותרה על כנה גם לאחר ועדה מיוחדת שהוקמה לשם בחינתה על ידי הפרלמנט האנגלי (נספח 35 להלן). היא שימשה דורות של שופטים, מענקי המשפט הישראלי, עוד מימיה הראשונים של המדינה, בפסקי הדין המכוננים, דוגמת בג"ץ 73/53 **חברת קול העם נ' שר הפנים**, פ"ד ז' 871 (להלן: "**עניין קול העם**"), כדי להגן על זכויות אדם, לשמור על האזרח מפני שרירות השלטון, להגשים את עקרון שלטון החוק ולהגן מפני השחתת המגזר הציבורי.
9. נחיצותה הרבה של עילת הסבירות אינה יכולה להיות שנויה במחלוקת. בית המשפט העליון עמד, לא אחת, על היותה נדבך עיקרי ומרכזי במערכת האיזונים והבלמים שביסוד עיקרון הפרדת הרשויות. עמדה על כך כב' הנשיאה מ' נאור בבג"ץ 3997/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ** (נבו 12.02.2015) (להלן: "**עניין הנגבי**"), והוסיפה על דבריה כבוד השופטת (כתוארה אז) א' חיות באותו ענין, בפס' 3 לחוות דעתה:
- "הכללים הנוגעים לעילת הסבירות שעוצבו בפסיקתו של בית משפט זה לאורך עשרות בשנים שימשו ומשמשים כלי מרכזי וחשוב להפעלת ביקורת על מעשי המינהל. לעילת הסבירות שמור מקום של כבוד בשמירה על ההגנות ועל טוהר המידות בשלטון הציבורי וכן היא תורמת להקפדה על זכויות אדם ולהגנה עליהן לבל תפגענה ממעשי השלטון במידה העולה על הראוי והנדרש."**
10. עמד על כך בית המשפט העליון בבג"ץ 5853/07 **אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פ"ד סב(3) 445 (2007) (להלן: "**עניין חיים רמון**") בדברים שחזרה עליהם כב' הנשיאה א' חיות בבג"ץ 8948/22 **שיינפלד נ' הכנסת**, בפס' 76 (נבו 18.1.2023) (להלן: "**עניין דרעי הרביעי**"):

"מינוי לכהונות ציבוריות של בעלי תפקידים שדבק בהם פגם מוסרי, או השארתם בתפקידם לאחר שסרחו, עלול לפגום בתשתית הערכית עליה בנויים מוסדות המדינה והשלטון בישראל. הוא עלול לפגוע פגיעה חמורה בעקרונות היסוד הערכיים עליהם בנויים יסודות החברה והמשטר בישראל. הוא עלול לערער את אמון הציבור במערכות השלטון האמורות לשקף במעמדן וברמתן את עקרונות היסוד האתיים שעליהם מושתתים חיי החברה בישראל."

11. עיקורה של הסבירות עלול אפוא להובילנו למינויים שדבק בהם פגם מוסרי; לפגום בתשתית הערכית עליה בנויים מוסדות השלטון בישראל; ולפגוע פגיעה חמורה בעקרונות היסוד הערכיים עליהם בנויים יסודות החברה והמשטר בישראל. עם זאת – אין להשלים.

12. עילת הסבירות היא מיסודות הביקורת השיפוטית המיועדת להבטיח שהרשות המבצעת לא תחרוג מסמכותה, כמאמר השופטת ברון בעניין **דרעי הרביעי**, בפסקה 4 לחוות דעתה:

"שיקול הדעת המינהלי כפוף לפיקוח שיפוטי במספר עילות ביקורת תחומות ומגודרות – ובהן עילת הסבירות. הביקורת השיפוטית על מעשה המינהל נועדה להגן על זכויות אדם ועל ערכי יסוד מפני שימוש לרעה בכוח, ולהבטיח ממשל תקין, נקי כפיים והוגן. בית המשפט הוא המופקד על שמירת גבולות הסמכות של הרשות המינהלית ועל חוקיות הפעלת הסמכות ... זאת תמציתה של דוקטרינת האיזונים והבלמים שביסוד עקרון הפרדת הרשויות; זאת מהותה של הדמוקרטיה."

13. גם האוחזים בגישה המצמצמת את השימוש בעילת הסבירות מכירים בחשיבותה העקרונית, כפי שציין השופט א' שטיין בעניין **דרעי הרביעי**, בפסקה 35 לחוות דעתו:

"בדומה לכך, דוקטרינת הסבירות קובעת כי החלטה מינהלית אשר נראית, על פניה, בלתי סבירה במידה קיצונית היא החלטה שלבטח לוקה באחד הפגמים היסודיים כדוגמת שרירות, שיקולים זרים והפליה, וזאת על אף שקיומו של פגם כגון דא איננו גלוי לעין'... בפועלה במתכונת שירותית זו, דוקטרינת הסבירות מביאה תועלת חברתית מרובה: היא מספקת לבתי המשפט כלי יעיל והכרחי לביקורת שיפוטית תחת חוסר ודאות ואינה מאפשרת לרשויות השלטון להסתיר את קלקלתן על ידי ניצול של עמימות המסד העובדתי. טוב אפוא נעשה אם נשמרה במתכונת זו."

14. ביטול הסבירות לא נעשה על ידי מבקרי העילה המעוניינים לרככה. הוא נעשה בצורה של תיקון חוקתי המכוון כל כולו כלפי הרשות השופטת, ומטרתו אחת – לאיין את העילה מיסודה. להסירה מדרכה של הרשות המבצעת. להתיר לממשלה ולשריה לפעול באופן מופקר, נטול סבירות, ולקבל כל החלטה – שערורייתית, אבסורדית ומופרכת ככל שתהיה – מבלי שתהיה נתונה לביקורת שיפוטית כלשהי, ואפילו לדיון שיפוטי.

15. לא מדובר, אפוא, בביטול עילת הסבירות כפי שזו נוסחה בבג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421, 437 (1980) (להלן: **"עניין דפי זהב"**) מפי כבוד השופט (כתוארו אז) א' ברק, אלא באקט קיצוני של ביטול הסמכות לבחון את עילת הסבירות שיושמה והתקבעה (גם אם לא תמיד כונתה כך) בשורה ארוכה של פסקי דין עוד מראשית ימי המדינה, על ידי הנשיאים זמורה, אולשן, לנדוי, אגרנט ושופטים ושופטות רבים אחרים.

16. ביטול עילת הסבירות ייצור **"חלל ריק"** במשפט המינהלי הישראלי. הקביעה כי שום בית משפט לא ידון (ולא כל שכן לא יתן צו) בטענת חוסר סבירות כלפי הממשלה ושריה משמעותה למעשה

איון דה-פקטו של העילה, ביטולה והעלמתה. המשמעות המעשית היא ביטול חובתם היסודית של "נבחרי הציבור" (שאינם אלא משרתי ציבור) לפעול בסבירות ולטובת הציבור, שהיא חלק בסיסי מהיות הרשות המבצעת נאמנת הציבור, שחובתה לפעול אך ורק עבורו, שכן כבר למדנו כי "בחסמת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עמו" (ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997) (להלן: "עניין ארפל")).

17. לחוק לביטול הסבירות אין אח ורע במארג החקיקה הישראלי, בהתיימרו ליצור אי-שפיטות בחוק של מעשי המינהל. מדובר בשינוי מן היסוד של המבנה הבסיסי של הדמוקרטיה הישראלית, שכן החוק פוגע פגיעה אנושה בעקרון שלטון החוק, אשר נבחר הציבור נתונים למרותו. בלשונו של כבוד השופט א' שטיין, בפסקה 40 לעניין דרעי הרביעי :

"בחירתו של אדם לכהונה בכנסת ועלייתו לאיגרא רמא של הממשלה אינה מקנה לאותו אדם זכויות יתר, אינה פוטרת אותו מחובותיו המשפטיות ואינה נותנת לו פטור מתוצאותיהם של הליכים משפטיים, פליליים או אזרחיים, בהם הוא היה מעורב כנאשם או כנתבע – משל היה מלך שאינו אחראי לעוולותיו ("The King can do no wrong"). במשטרנו המשפטי, אשר חרט על דגלו את העיקרון של שלטון החוק, כולם שווים בפני הדין. אנשים רמי מעלה אינם נמצאים מעל הדין, והאזרח הפשוט אינו נמצא מתחתיו ... כולנו מרכינים את ראשינו בפני הדין, ואילו הדין אינו מרכין את ראשו בפני איש."

18. בנאום מכוון שנשא בשנת 1952, דיבר ראש הממשלה משה שרת ז"ל על העקרונות שעמדו בבסיס הקמתה של מדינת ישראל, וכך אמר :

"מדינת ישראל קמה, תחזיק מעמד, תגדל ותישגה אך ורק אם תישאר נשענת על שני עמודים: על עמוד הציונות ועל עמוד הדמוקרטיה... וכשם שאלה היו היסודות שעליהם בנינו את המסד, כך צריכים להיות אלה היסודות שעליהם יושבת הבניין כולו עד הטפחות.

לשמור על הדמוקרטיה, לשמור על הציונות: פירושו שני דברים: קודם כל לקיים את שני הערכים האלה קיום חיובי, להיות נאמנים להם, ללכת לאורם, לפתור על יסוד שני העקרונות האלה את כל הבעיות שאנו נתקלים בהן בדרכנו. ושנית, פירושו מיצוה שלילית: לעמוד בפני מהרסים ומחריבים מבחוץ ומבפנים.²

19. 75 שנים לאחר היווסדה, ניצבת מדינת ישראל בפני רגע חוקתי (constitutional moment). החוק לביטול הסבירות, ולא כל שכן החוק לשינוי הועדה לבחירת השופטים, מאיימים לשנות מן היסוד סדרי בראשית, ולהקנות לרשות המבצעת כוח שאינו כפוף לביקורת שיפוטית. השאלה שבבסיס העתירה איננה מהן גבולות הפעלתה של עילת הסבירות. עניינה ברשות מבצעת המבקשת למשול ללא מעצורים ומגבלות, על חשבון זכויות הפרט ויסודות הדמוקרטיה הישראלית כפי שזו נקבעה בהכרזת העצמאות, ומשתמשת ברוב הקואליציוני שממנו היא נהנית כדי למנוע את אכיפת הדין עליה. אפשר שטרם הונחו בפני בית המשפט הנכבד עתירות בשאלות מהותיות יותר לחיוניותה של הדמוקרטיה הישראלית והחברה הישראלית ולהמשך דרכן. ודאי שלא היו רבות כאלה.

² משה שרת "מדינת ישראל קמה על ציונות ודמוקרטיה" דבר דבור (1952).

20. עד כה, רגעיה החוקתיים של מדינת ישראל היו כאלה של קוממיות והתעלות, של בניין הארץ והמדינה ושל קידום זכויות האדם. כזה היה הרגע המכונן של חתימת מגילת העצמאות ושל מנשר מספר 1 שהוקרא על ידי ראש הממשלה הראשון של מדינת ישראל, דוד בן גוריון, בצמוד לה. לאחריו זכתה ישראל לרגעים חוקתיים נוספים, שונים במשמעות ובתוכן, עם חקיקת חוק השבות, התש"י-1950, חוק שיווי זכויות האישה, התש"א-1951, כינון בית המשפט העליון וחקיקת חוק השופטים, התש"ג-1953, חקיקת החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950 ומשפט איכמן בשנת 1961, חקיקת חוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, פסק הדין **בעניין קול העם**, פסק הדין בבג"ץ 1/49 **סלומון שלמה בז'רנו נ' שר-המשטרה**, פ"ד ב 80 (1949) ופסק הדין בעניין ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: **"עניין בנק המזרחי"**). רגעים אלו התאפיינו בקידומו של הבניין הלאומי ובפיתוח הולך וגובר של הדמוקרטיה הישראלית וההגנה על זכויות האדם בקרבה. לא זה הרגע הנוכחי. עניינה של העתירה הוא **בנסיגה דמוקרטית**. בניסיונו של רוב פרלמנטרי קטן יחסית לשנות מרכיב יסודי במשפט הציבורי בישראל, וליצור אזור ללא דין וללא דיין, ללא דיון ראוי וללא הסכמה רחבה.

21. עתירה זו מבקשת מבית המשפט הנכבד לממש תפקיד חריג ונדיר עליו הופקד, לשמור על מבנה המשטר הדמוקרטי ועל החוקה המתהווה מפני תיקונים חוקתיים שאינם חוקתיים ועשיית שימוש לרעה בסמכות המכוננת, במטרה לפגוע בליבה השברירית של זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל בהתאם למבחנים המצמצמים שהתקבלו בבג"ץ 5555/18 **חסון נ' הכנסת** (נבו 8.7.2021) (להלן: **"עניין חסון"**), בבג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (נבו 23.5.2021) (להלן: **"עניין שפיר"**) ובעקבותיהם. אין מדובר בסעד קל, אך לגישת העותרים הוא מתחייב בעליל לנוכח קיצוניות החוק.

22. העתירה מוגשת שעה שהציבור הישראלי קרוע במחלוקות אודות ההפיכה המשטרית. מאמצים להגיע להסכמה רחבה ולמנוע את הצורך בהכרעה שיפוטית – לא צלחו. במצב דברים זה, אין מנוס מהכרעה שיפוטית ברורה בדבר אי-חוקתיות החקיקה מושא העתירה, הכרעה שיש בה להשיב את הסדר על כנו. זה תפקידו החוקתי של בית המשפט. כך מתחייב משלטון החוק. הגם שבית המשפט הנכבד מתבקש ליתן סעד חריג, מדובר גם בזמנים חריגים ובמצב דברים חריג, אשר קורא להתערבותו של בית המשפט הנכבד כמבוקש בפתח העתירה.

ב. הצדדים לעתירה

23. העותרת 1 היא **לשכת עורכי הדין בישראל**, אשר הוקמה מכוח חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961. בסעיף מטרותיה נקבע כי הלשכה "תשקוד על רמתו וטהרו של מקצוע עריכת הדין וכן תפעל למען הגנה על שלטון החוק, זכויות האדם וערכי היסוד של מדינת ישראל". הלשכה רואה חובה לעצמה לפעול נגד החוק לביטול הסבירות ונגד ההפיכה המשפטית שבמסגרתה היא נחקקה, אשר יש בהם סכנה גדולה ומוחשית לשלטון החוק, להפרדת הרשויות, לעצמאות מערכת המשפט, לטוהר המידות של הרשות המבצעת, לזכויות האדם ולערכי היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. עתירה זו מוגשת באישור המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין ברוב גורף.

24. העותר 2 הוא ראש לשכת עורכי הדין בישראל. הוא נבחר לתפקידו ביום 20.6.2023 בבחירות כלליות, שוויוניות וחשאיות, מבין חמישה מועמדים, לאחר שזכה ל-73% מקולות המצביעים המייצגים עשרות אלפי עורכי דין.
25. המשיבה 1 היא **הכנסת**, בית המחוקקים של מדינת ישראל.
26. המשיבה 2 היא **ממשלת ישראל**, אשר לפי החקיקה מושא העתירה תהיה פטורה דה-פקטו מהפעלת שיקול דעתה בסבירות.
27. המשיבה 3 היא **ועדת החוקה, חוק ומשפט** של הכנסת, שבה נדון והוכן תיקון מס' 4 להצבעות במליאה.

ג. ההפיכה המשטרית

"אני חושב שהדמוקרטיה היא חלק מהקיום הלאומי שלנו ובית המשפט הוא אבן יסוד בדמוקרטיה שלנו. אלה לא אמירות מהשפה אל החוץ. אלה דברים שאני, ומי שמסייע לצידי וגם באופוזיציה מאמינים בהם. אני חושב שדמוקרטיה איננה נבחנת בהצעות הרדיקליות שעולות מתוכה. היא נבחנת בתגובה של המנהיגות, של המסה הקריטית של האלקטורט והמנהיגות הפוליטית, כיצד היא מתנהגת מול תופעות רדיקליות. במקרה שלנו אני חושב שמדינת ישראל היא מדינה אחראית עם מורשת אחראית והיא תישאר. יש שופטים בירושלים, יהיו שופטים בירושלים ואני שמח שיש היום יותר שופטים בירושלים, וזה יישאר" (מתוך דברי ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, בפגישה עם נשיאת בית המשפט העליון, 12.2.2012).

28. ביום 4.1.2023, ימים ספורים לאחר השבעת ממשלת ישראל ה-37, הציג שר המשפטים וסגן ראש הממשלה הנכנס, חבר הכנסת יריב לוין, תכנית לשינוי כולל במערכת המשפט, ולמעשה ביסודות ובמבנה המשטר בישראל. מהפכה משטרית של ממש. בחודשים שחלפו מאז, קידמה כנסת ישראל – בהובלת הקואליציה שבראשות ראש הממשלה בנימין נתניהו – שורה של מהלכי חקיקת בזק לתיקון חוק-יסוד: השפיטה, המכונים בשם המטעה בעליל: **"תיקון – חיזוק הפרדת רשויות"**.

◀ העתק הודעת שר המשפטים, מר יריב לוין, מיום 4.1.2023 ותזכירי החקיקה הראשונים שפורסמו מצורפים ומסומנים **כנספח "1"**.

29. מדובר בתוכנית-בזק לשינויים תהומיים ומרחיקי-לכת במערכת המשפט, במעמד בתי המשפט וזכויות הפרט, אשר מקורה בהצעת חוק פרטית. על פי הצהרת שר המשפטים, התוכנית כוללת **"בשלב הראשון" ארבעה נדבכים, שאלו הם רכיביהם העיקריים:**

(א) **צמצום משמעותי של הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות**, באמצעות ביטול עילת הסבירות.

(ב) **שינוי מן היסוד של הרכב הוועדה לבחירת שופטים**, האמונה על בחירת שופטים לכל הערכאות השיפוטיות, תוך הקניית שליטה מוחלטת, קבועה ומובנית לנציגי הקואליציה בכל האמור במינוי וקידום של שופטים בכל הערכאות, והשפעה ניכרת על הפסקת כהונתם.

(ג) **צמצום משמעותי ביותר, עד כדי איון גמור, של הביקורת השיפוטית על הרשות המחוקקת, לרבות בדרך של:**

(1) מניעת כל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, יהיה תוכנם או נושאם אשר יהיה, וללא הגדרה מחייבת כלשהי בחקיקה למושג "חוק יסוד".

(2) צמצום דרמטי (כדי איון) של הביקורת השיפוטית על חוקים, כך שהסמכות לבטלם תהיה נתונה רק להרכב מלא של בית המשפט העליון, בהכרעה פה-אחד או קרוב לכך.

(3) קביעת מנגנון התגברות, לפיו 61 חברי כנסת יוכלו לקבוע – אפריורית ועוד בטרם הובא החוק לבחינתו של בית המשפט – כי חוק כלשהו יהא חסין מביקורת שיפוטית, אף אם הוראותיו מנוגדות לחוקי יסוד.

(ד) **החלשת היועצים המשפטיים לרשות המבצעת ושינוי מן היסוד של תפקידם משומרי סף ל"יועצים מטעם". בכלל זה:**

(1) שינוי מעמדם של היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה, כך שאלו ימונו כ"משרות אמון" של השרים וככאלה יוכלו השרים לפטרם בכל עת.

(2) ביטול מעמדן המחייב של חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה.

(3) קביעה שהממשלה ושריה יוכלו לקבוע את עמדתם המשפטית, ולדחות את עמדת היועץ המשפטי לממשלה.

(4) קביעה שאוצר המדינה יממן ייצוג של עורכי-דין מהמגזר הפרטי, לבחירת השרים, לצורך ייצוג עמדותיהם המשפטיות.

30. התוכנית מעניקה לרשות המבצעת והמחוקקת **כוח בלתי מוגבל**. לשיטת מנסחי התוכנית, **הכרעת רוב יכולה לשמש כלל ההכרעה יחיד ובלעדי**. בעיניהם, **אין חשיבות להגנה משפטית על זכויות פרט, אין זכות פרטית שאין בידי הרוב סמכות לדורסה ולבטלה ואין מוסד משפטי שיהא בכוחו להכיר בזכות של האדם הפרטי או להגן עליה מפני הכרעת הרוב**.

31. **אין מילים קלות לומר זאת – מדובר בשלטון ללא מעצורים וללא שלטון חוק**. מדובר בחוקים שעם כניסתם לתוקף לממשלה, ורק לה, **יהא כוח בלתי מוגבל, ללא שום איזונים ובלמים**.

32. התכנית מתעלמת מכך שכוח שלטוני בלתי מוגבל הוא מתכון בטוח לפגיעה בזכויות אדם וזכויות המגזר הפרטי, **בזכויות האזרח ובמנהל התקין**. היא מתעלמת מכך שאבן יסוד במשטר דמוקרטי היא שלטון החוק וזכויות הפרט. היא מתעלמת מכך שעקרון הפרדת הרשויות מחייב מערכת שיפוטית שיש בידיה יכולת אפקטיבית להגן על זכויות היסוד של הפרט, בבואו בריב עם רשויות השלטון, ולבקר את הרשויות האחרות. התוכנית סותמת את הגולל על כל יכולת (שלא נאמר יכולת אפקטיבית) לביקורת מסוג זה.

33. "רפורמה" על פי הגדרתה המילונאית היא "שינוי יזום ומתוכנן שמטרתו תיקון ושיפור של מערכת" ("רפורמה" רב-מילים, המילון השלם – מילון עברי חדש (עוזי פריידקין עורך ראשי,

תשנ"ח)). התוכנית המוצעת איננה רפורמה. היא לא נועדה לתיקון ושיפור של המערכת. התוכנית היא לא פחות ממהפכה משטרית: שינוי יסודי, מידי ורדיקלי. ריסוק הרשות השופטת, ולא שיפורה. יישום התוכנית המוצעת יעניק כוח בלתי מוגבל ובלתי מרוסן לרשות המבצעת, יבטל את אי-תלותם של שומרי הסף ואת עצמאותם וירסק את הפרדת הרשויות במדינת ישראל, הנשענת גם כן על אדנים רעועים נוכח שליטתה המוחלטת של הממשלה בכנסת, בעיקר באמצעות הכלי של משמעת קואליציונית. **התיקונים המוצעים הופכים את הדמוקרטיה הישראלית על פניה.**

34. אמר זאת ללא כחל וסרק כבוד נשיא המדינה, מר יצחק הרצוג, בנאום מיוחד מיום 9.3.2023:

"מכלול החקיקה שנדון כעת בוועדה [חוק, חוקה ומשפט] צריך לעבור מן העולם, ומהר. הוא שגוי. הוא דורסני. הוא מערער את יסודותינו הדמוקרטיים..."

הדמוקרטיה שלנו היא ערך עליון. מערכת משפט עצמאית ואיתנה היא ערך עליון. שמירה על זכויות האדם, גברים ונשים כאחד, בדגש על מיעוטים, ועל הפסיפס הישראלי המיוחד והעשיר – הם ערך עליון."

35. אמר זאת ראש השב"כ לשעבר, מר נדב ארגמן, בראיון לתוכנית "עובדה" מיום 16.3.2023:

"לא כדאי לגמד את זה. זה שינוי משטרי. זאת הפיכה. הפיכה משפטית של מדינת ישראל לדיקטטורה. בואי לא נבלבל את עצמנו ולא נמעיט בזה. זה מה שזה. זה לא דומה לשום דבר ממה שראינו. זה לא דומה לשום דבר ממה שהכרנו. זה הכל חדש. וכל מי שמנסה לגמד את זה, עושה את זה בשביל לנסות ולהרגיע אותנו."

36. הדברים נכונים הן ביחס למכלול, קרי למצב בו יחוקקו כלל חוקי "הרפורמה", והן ביחס לכל אחד מהחוקים שבכוונת הממשלה לחוקק בפני עצמם, ובפרט ביחס לחקיקה מושא עתירה זו בלבד.

37. עמד על כך, באופן ברור, היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, פרופ' אביחי מנדלבליט, בימים האחרונים, במסגרת כנס לשכת עורכי הדין בנושא עילת הסבירות מיום 20.7.2023:

"קיימת אגדה, נאיבית במקרה הטוב, בה נופלים גם אנשים שוחרי טוב, כאילו רק ביטול עילת הסבירות זה לא כזה נורא. רק שיעצרו שם. אז מעבר לכך שממש ברור לכל מי שנמצא שהם ממש לא יעצרו שם, אלא הם ימשיכו הלאה, אני מבקש להפריך גם את האגדה הזו... אני רוצה להראות שבאופן הקיצוני שעליו מדובר בעצם מדובר בספין במסווה שתכליתו היא ריסוק העצמאות של מערכת המשפט כולה, לרבות קו ההגנה האחרון שלנו שזה בית המשפט העליון. הדבר הזה אמור כאמור להביא לעריצות השליט, ללא שום איזון והגנה, ולכן זו הפיכה משטרית."

38. אמר זאת גם ראש המוסד לשעבר, מר תמיר פרדו, בראיון לחדשות 12 מיום 20.7.2023 – "אם הצעת חוק עילת הסבירות תעבור בקריאה שנייה ושלישית, מדינת ישראל תפסיק להיות דמוקרטיה".

39. אמר זאת גם ראש השב"כ לשעבר, מר יובל דיסקין, בנאום שנשא בעצרת המחאה בתל-אביב במוצאי של יום 22.7.2023, ימים ספורים לפני שחוקקה החקיקה נשוא עתירה זו:

"אני חש כאילו רעידת אדמה בלתי פוסקת מטלטלת את כל מה שהכרנו, ובעיקר את האתוס של המדינה עליו גדלנו עד לא מזמן. אתוס שהיה צדקת הדרך עבורנו. [...] אם תיקון עילת הסבירות יעבור, אם מוסד היועץ המשפטי לממשלה ייחלש ואם הרשות השופטת ובראשה בית המשפט העליון יאבדו את יכולתם לבקר שיפוטית את הרשות המבצעת

– אנחנו נהפוך לדמוקרטיה חלולה, הצונחת ללא מצנח אל תהום האוטוקרטיה! [...]. ואסור לנו לשכוח לשניה אחת מי העומדים מאחורי החקיקה הזו: ראש ממשלה נאשם בפלילים, תומכי עליונות יהודית, כהניסטים גזעניים, הומופובים, מיזוגנים, עבריינים מורשעים לשעבר וחרדים לא-ציונים המשתמטים משירות. לממשלה כזו אין בסיס מוסרי להוביל שינוי כה עמוק בדמות המדינה שלנו, בדמוקרטיה שלנו, ובערכים שלנו. למי חושב שמדובר רק בעילת הסבירות, אומר שיש כבר 213 הצעות חוק שעוסקות בהפיכה המשפטית, בפגיעה בזכויות, בפגיעה בתקשורת הציבורית, בפגיעה בשומרי הסף ובשינוי חוקי הבחירות. הצעות אלו ממתינות להחלשת בג"צ, להחלשת היועצת המשפטית לממשלה, להחלשת שומרי הסף, ולמתן כח בלתי מרוסן לממשלה הבלהות... הסכנה היא ברורה ומיידית: סופו של שלטון החוק בישראל נמצא במרחק של ימים בודדים. שתי קריאות בכנסת - וגמרנו!"

40. החששות לניצול ההפיכה המשטרית לצורך חקיקה דורסנית ויישום החלטות בלתי-סבירות בעליל אינם תאורטיים. אם ייפרץ הסכר ותאווין הביקורת השיפוטית – לא יהיה עוד כל מחסום בדרך לפגיעה קשה בזכויות אדם ובמערכות הדמוקרטיה. כפי שציננה ד"ר אילנה דיין בדברים מטלטלים בפתח התוכנית "עובדה" שהוזכרה לעיל:

"אז כשהחקיקה הזו דוהרת קדימה, אל תאמינו למי שאומר לכם שיהיה בסדר. שלא ייפגעו כאן זכויות של הומואים, נשים, ערבים, כתבים, מרצים, עניים, ובהמשך גם חרדים ואחרים... כי שלטון שמתעקש גם לסדר לעצמו יועצים שלא צריך להקשיב להם; גם למנות שופטים 'מטעם' וגם לסרס אותם ליתר ביטחון; גם לחוקק חוקים שאי-אפשר לבקר אותם וגם למגר חירויות שאי-אפשר בלעדיהן – שלטון כזה לוקח אותנו למקום שאף דמוקרטיה לא חזרה ממנו בחיים. כי שלטון לא חוטף לעצמו כמויות כאלו של כוח סתם לקישוט... יש [ברפורמה] שאיבה של כוח אדיר, מוחלט, למקום אחד בלבד. ועכשיו, כשאין פשרה באופק – תשאלו את עצמכם רק שאלה אחת: האם יהיה דבר אחד, אחד, שהרוב לא יוכל לעשות למיעוט אחרי שהמהלך הזה יושלם?"

41. באצטלה של "רפורמה", בבליץ חקיקה מהיר ולא ראוי, שעומד ביחס הפוך למשמעויות מרחיקות הלכת שהוא מתיימר להחיל,³ פועלת ממשלת ישראל להפוך את דמותה של המדינה על פניה. יוזמי ה"רפורמה" לא שעו לקולות הרבים שהזהירו מפני השלכותיה, תוך שהם מסתתרים מאחורי עקרון שלטון הרוב. אמרה על כך היועצת המשפטית לממשלה, עו"ד גלי בהרב-מיארה, בחוות דעתה המתאייחסת לטיטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה מיום 2.2.2023 (להלן: "חוות דעת היועצת המשפטית לממשלה"):

"ביסוד התזכיר המוצע עומדת תכלית המבקשת להגשים את עקרון שלטון הרוב. אכן, עקרון שלטון הרוב ועקרון הפרדת הרשויות מחייבים כי מוקד ההחלטות וההערכות ביחס לחקיקה ולמדיניות יתקבלו על-ידי נבחרי הציבור בכנסת ובממשלה. בצד האמור, אבן יסוד במשטר דמוקרטי היא ההגנה על זכויות האדם והפרט, שלטון החוק ומינהל תקין, וההבנה כי לא ניתן להעניק לרשויות השלטון כוח בלתי מוגבל, ולהסתפק בהכרעת הרוב ככלל ההכרעה היחיד. כוח שלטוני בלתי מוגבל הוא מתכון בטוח לפגיעה בזכויות אדם ובמינהל תקין. עקרון הפרדת הרשויות מחייב מערכת שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה, אשר יש בידה יכולת אפקטיבית לבקר

³ ראו, בהקשר זה, את נייר העמדה של פורום המרצות והמרצים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 3: ההליך הראוי לחקיקת הרפורמה החוקתית" (נספח 9 להלן).

את שתי הרשויות האחרות, תוך שמירה על עקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות. לכך אין מענה בתזכיר" (נספח 2, בעמ' 1) [ההדגשות במקור – הח"מ].

◀ העתק כלל חוות הדעת וניירות העמדה הרלוונטיים מצורפים לעתירה ומסומנים **כנספחים "2-35"**.

42. מנהיגי ה"רפורמה" וחסידיה אינם מנסים לכחד את משמעותה האמיתית. הם קוראים, בריש גלי, לביטולה של הביקורת השיפוטית כליל. הם מזלזלים ומתנגחים בפסיקותיו של בית משפט נכבד זה, תוך שהם בזים לעקרונות הפרדת הרשויות, שלטון החוק והמינהל התקין – נשמת אפה של כל מדינה דמוקרטית. הם אינם מסתירים את שאיפתם לאוטוקרטיה במסווה של "רפורמה". וכך, למשל, התבטא יו"ר וועדת חוק חוקה ומשפט, אשר ניסח את הצעות החוק בעצמו ובסיוע גוף פרטי:

"אני חושב שהפרלמנט הוא מנגנון איזון הרבה יותר אפקטיבי של הממשלה מאשר בית המשפט. הקורונה היתה דוגמה מאלפת לכך. בית המשפט, למעט בנושאים ספציפיים וסקסיים בקרב קבוצת התמיכה הפוליטית של מפלגת בג"ץ, לא התערב. באיסור הפגנות הוא היה מאוד תקיף כי אלו החבריה שלו. אבל איסור יציאה לתפילות? פה לא. העתירות האלה נדחו בנימוק של בריאות הציבור. כאילו שהווירוס מבדיל בין הפגנה לתפילה. למה? כי המתפללים הם לא חברי מרכז של מפלגת בג"ץ אז screw them. בג"ץ לא מגן על זכויות אדם, הוא מגן על חברי המרכז שלו. [...]

חוק יסוד: שוויון הוא לא איזון ולא בלם. הוא טמטום. שוויון זו מילה חסרת משמעות. זו טאוטולוגיה" (הילו גלזר "שמחה רוטמן: 'שופטי בג"ץ בורים ועמי ארצות. זה מנגנון שדופק מיעוטים. אני מסיר אותו'" הארץ 23.2.2023).

43. הליך החקיקה המזורז של התוכנית, ושל החקיקה מושא העתירה בפרט, עורר מחאה ציבורית רחבה. מאות אלפים מפגינים נגדה מדי שבוע, מזה כ-30 שבועות(!). מדובר ב"אם כל המחאות" שידעה המדינה. בכירי נשות ואנשי האקדמיה, המשפט, הכלכלה, העסקים ותעשיית ההיי-טק, בכירי המערכת הביטחונית לשעבר, לוחמי מילואים, כלות וחתני פרס ישראל ופרס נובל, חתמו על עצומות, מכתבים וגילויי דעת כנגד התוכנית. המתנגדים זועקים את המובן מאליו: יישום התוכנית יאיין את מערכת המשפט, ייטול ממנה את כוחה להגן על זכויות הפרט ויפגע קשות בכלכלתה ובביטחונה של מדינת ישראל. בין המתנגדים נמנים שופטות ושופטי בית המשפט העליון בדימוס, יועצים משפטיים לממשלה ופרקליטי מדינה לשעבר, נשיאי אוניברסיטאות ומרצים, רמטכ"לים לשעבר, ראשי שירות הביטחון הכללי לשעבר, ראשי המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים בעבר, נגידי בנק ישראל לשעבר, ראשי מל"ל לשעבר, ההסתדרות הרפואית, מנכ"לי משרדי ממשלה לשעבר, בכירים מהמגזר העסקי, שרים וחברי כנסת, בכירי הייעוץ המשפטי ורבים אחרים.⁴

⁴ ראו, למשל: מכתב השופטות והשופטים בדימוס בעניין הרפורמה המשפטית (17.2.2022); יובל אראל ולי נעים "77 שופטים בדימוס נגד הרפורמות שמתכננת הממשלה: 'פגיעה עמוקה בערכי היסוד של המדינה'" N12 (17.2.2022); ביני אשכנזי "אהרן ברק מצטרף לקרב נגד צמצום עילת הסבירות: זו פגיעה בדמוקרטיה, נתניהו משתמש בשמ"י וואלה (23.7.2023); טוביה

44. היועץ המשפטי לוועדת חוק, חוקה ומשפט, היועצת המשפטית לממשלה ו-"פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה" פרסמו ניירות עמדה אשר מבקרים את מרכיביה השונים של ההפיכה המשפטית וממליצים לדחותם (ראו למשל נספחים 2-35 לעיל). מומחים למשפט מינהלי, כגון פרופ' יואב דותן ופרופ' מני מאוטנר, ביקרו קשות את ההצעה. אפס, דבר מכל אלה לא הניא את הקואליציה במרוצה לרכוש לעצמה כוח משפטי בלתי מוגבל ולבטל כל כוח משפטי מאזן, כאותו אדם המרים עצמו בשרוכי נעליו.

45. כך, למשל, התייחסה היועצת המשפטית לממשלה לתזכיר החוק הראשון שפירט את ה"רפורמה":

"התזכיר במבנה הנוכחי שלו אינו נוגע כלל בהסדרה של הכללים והמגבלות שיחולו על הרשות המכוננת, המחוקקת והמבצעת, אלא אך ורק דוחק ומצמצם את מקומה של הרשות השופטת כמבקרת רשויות אלה. בהעדר הסדרה רחבה של מערכת היחסים שבין הרשויות, תוצאת הדברים היא העדר מנגנוני הגנה אשר יבטיחו את השמירה על תקינות ההליכים, עקרונות היסוד של השליטה, זכויות הפרט, שלטון החוק והמינהל התקין" (חוות דעת היועצת המשפטית לממשלה, נספח 2 לעיל, בעמ' 2).

46. דברים אלה נכונים הן ל"רפורמה" כולה, והן לתיקון שבמוקד עתירה זו. כבוד הנשיא א' ברק התבטא באופן מפורש נגד האפשרות לביטול או לצמצום עילת הסבירות, במסגרת ראיון לערוץ כאן 11 מיום 23.7.2023, ואמר כך:

"אני נגד ביטול, אני נגד צמצום, של עילת הסבירות. עילת הסבירות היא עילה חשובה מאוד שמגנה על שלטון החוק. כל חיי המקצועיים הגנתי על שלטון החוק, ועכשיו אם עילת הסבירות תצומצם או תבוטל שלטון החוק יפגע מאחר שהשלטון לא יהיה כפוף לאפשרות של בית המשפט לבדוק האם החלטה הייתה סבירה."

47. אף פרופ' יואב דותן, אשר הוצג על ידי מקדמי החוק לביטול הסבירות כמי שתומך בו, הסביר כי: **"מעולם לא הצעתי לבטל אותה [את עילת הסבירות] לגמרי... ההצעה הזאת הלכה למעשה מחסלת את ביקורת הסבירות של בית המשפט על הרבה סוגי החלטות שלא צריך להפסיק לגביהן את ביקורת הסבירות" (בראיון לאתר Ynet, מיום 5.7.2023).**

48. התוכנית הכתה גלים גם בזירה הבינלאומית – מדינות וגופים בינלאומיים אחרים הביעו את הסתייגותם (לשון המעטה) מהתוכנית במתכונתה המוצעת. כך, בדו"ח השנתי של הארגון לשיתוף

צימוקי, איתמר אייכנר וגלעד מורג "18 שופטי עליון בדימוס: התוכנית עלולה להמיט אסון. 12 ראשי מל"ל לשעבר, ובהם יוסי כהן: העימות מסכן את החוסן הלאומי" Ynet (12.2.2023); חוות דעתה של היועצת המשפטית; "התייחסות היועצת המשפטית לממשלה לטיטוט תזכיר חוק-יסוד: השפיטה" (חוות דעת של היועצת המשפטית לממשלה 2.2.2023) (נספח 2 לעיל); "מסמך הכנה כללי בעניין טיטוט הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות)" (חוות דעת של היועץ המשפטי לוועדת החוקה 27.1.2023) (נספח 3 לעיל); יקי אדמקר "המשנה ליועמ"שית נגד צמצום עילת הסבירות: 'פגיעה קשה בערכי הדמוקרטיה' וואלה (26.6.2023); נויה חסון "פרקליט המדינה לשעבר מתריע: 'אנו עומדים בפני שינוי משטרי' מעריב (15.1.2023); ליאור דטל "נשיאי האוניברסיטאות: 'הרפורמה במשפט תביא לפגיעה אנושה באקדמיה ולבריחת מוחות'" TheMarker (23.1.2023); אדם קוטב "רמטכ"לים, ראשי שבי"כ ובכירים לשעבר להרצוג: 'עצירת חקיקה - או שנתנגד לכל מתווה'" Ynet (1.3.2023); איתי שיקמן "מחאת אנשי הביטחון נגד הרפורמה חוזרת" כאן (26.6.2023); גד ליאור "עשרות מנכ"לי משרדים כלכליים לשעבר הצטרפו לאזהרות: 'מהפכה המשפטית תפגע במשק'" Ynet (30.1.2023); איתמר מינמר ולי נעים "בכירים במגזר העסקי נגד המהפכה המשפטית: חברות ההיי-טק שיאפשרו לעובדים לשבות" N12 (22.1.2023); אדיר ינקו "ההסתדרות הרפואית תשבית מחר לשעתיים את מערכת הבריאות" Ynet (18.7.2023); ליאת לוי "מחאת עורכי הדין: 'כולנו אהרן ברק'" TheMarker (12.1.2023); ושר הבטחון לשעבר, מר יואב גלנט, אשר נשא ביום 26.3.2023 נאום פומבי כנגד ה"רפורמה" וציין כי "לא אתן לזה את ידי" "גלנט יצא נגד ההפיכה המשטרית: 'לא אתן לזה את ידי, לעצור את תהליך החקיקה'" הארץ (25.3.2023).

פעולה ופיתוח כלכלי (ה-OECD) מאפריל 2023 נכתב כי "יש צורך חיוני בעצמאות שיפוטית ואיזונים משפטיים" בכדי לאפשר למערכת להילחם בשחיתות ולייצר נורמות של יושרה ציבורית".⁵ שר המשפטים הגרמני הביע דאגה בפני שר המשפטים לויך מההפיכה המשפטית והתייחס לכך ש"רוב דמוקרטי לא יכול לעשות כל מה שהוא רוצה". משפטנים קנדים, בריטיים ושווייצרים התריעו כנגד השינויים המשטריים.⁶ ה-International Bar Association (IBA) הביע "חשש עמוק" לשלטון החוק בישראל ולעצמאות מערכת המשפט אם תתקבל.⁷

49. אף נשיא ארצות הברית התייחס לאחרונה לחשיבות של איזונים ובלמים ובית משפט עצמאי בדמוקרטיה וכן לחשיבותה של הסכמה רחבה לשינויים מעין אלה המוצעים בתוכנית ובמסר שהעביר לכתב תומאס פרידמן אמר "עצרו עכשיו, אל תעבירו משהו בעל חשיבות כה גדולה בלי הסכמה רחבה כי אתם תהרסו משהו בדמוקרטיה הישראלית ומשהו בקשר עם ארצות הברית שאולי לא תוכלו להחזיר... אם ישראל וארה"ב לא יחלקו את אותם ערכים דמוקרטיים, לא נוכל לשמר את היחסים המיוחדים בין שתי המדינות".⁸ לילה לפני החקיקה, חזר נשיא ארצות הברית ופנה להנהגת המדינה, בראיון לעיתונאי ברק רביד: "זה לא הגיוני לרוץ קדימה עם החקיקה המשפטית".⁹

50. השבר לא פסח על מערך המילואים של צה"ל. אלפי קציני וחיילי מילואים מסרו למפקדיהם על הפסקת התנדבות לשירות מילואים, או התריעו כי לא יוכלו להמשיך להתנדב לשירות מילואים במציאות שבה הופר החוזה היסודי בין האזרחים למדינה, תוך שינוי מן היסוד של היות מדינת ישראל מדינת יהודית ודמוקרטית. כך, ביום 13.7.2023 מסרו כ-1,700 לוחמי ולוחמות צוות אוויר במילואים ובדימוס (בהם רב-אלוף ושישה אלופים) כי הם יתמכו בפעולות מחאה הכוללות השעיית התנדבות לשירות מילואים; ביום 18.7.2023 הודיעו 161 מבכירי וקציני הליבה המבצעית של חיל האוויר על הפסקה לאלתר של שירות המילואים שלהם; בו ביום הודיעו כ-300 אנשי מילואים בחיל הרפואה, בהם רופאים, פרמדיקים וקציני בריאות הנפש, שיפסיקו את שירותם במחאה על ההפיכה המשפטית ועל התקדמות הליך החקיקה מושא העתירה. ביום 21.7.2023, הודיעו 1,142 טייסים ואנשי חיל האוויר במילואים למפקד חיל האוויר כי יפסיקו לשרת אם החקיקה מושא העתירה תעבור. ארגון "אחים לנשק" מסר שכ-10,000 קציני וחיילי מילואים מסרו הודעות כי לא יתנדבו לשירות אם תושלם החקיקה. מכתבים והודעות ברוח זאת נשלחו על ידי מאות ואלפי קציני וחיילי מילואים ממערכי המודיעין, הסייבר ההתקפי, המבצעים מיוחדים ויחידות חוד שונות.

⁵ שלמה טייטלבוים "דוח ה-OECD על ישראל: עצמאות מערכת המשפט חיונית למאבק בשחיתות" כלכליסט (3.4.2023).
⁶ נספחים 16, 24 ו-34 לעיל, בהתאמה.

⁷ *Israel: the IBA is profoundly concerned with the proposed reform to the legal system that would jeopardise the Rule of Law* INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (Mar. 24, 2023).

⁸ שחר ברדיצ'בסקי "המסר הדרמטי של ביידן לרה"מ נתניהו: "אל תחוקק ללא הסכמה רחבה" מעריב (19.7.2023); כן ראו, למשל: "ה-OECD מזהיר את ישראל: עצמאות מערכת המשפט חיונית לכלכלה" ישראל היום (16.2.2023); "שר המשפטים הגרמני הביע דאגה בפני לויך מהרפורמה המשפטית" וואלה (21.2.2023); "ביידן על הרפורמה במערכת המשפט: שינויים כאלה דורשים הסכמה רחבה" מעריב (12.2.2023).

⁹ "ביידן: 'זה לא הגיוני לרוץ קדימה עם החקיקה המשפטית'" הארץ (24.7.2023).

51. לרפורמה גם היבטים כלכליים קשים. הכלכלנית הראשית במשרד האוצר כתבה במסמך הנומרטור שהוגש לממשלה לקראת אישור התקציב מיום 23.2.2023, כי "ככל שהרפורמה המשפטית תיתפס על ידי השוק כפוגעת בחוזקם ובעצמאותם של מוסדות המדינה וכזאת המגבירה את חוסר הוודאות, הדבר עלול לפגוע בפעילות הכלכלית במשק ובהשקעות הפרטיות... במחקרים בספרות הכלכלית נמצא קשר בין חוזק ועצמאות מוסדות המדינה לבין צמיחה כלכלית, היקף ההשקעות הפרטיות והיקף ההשקעות הזרות. כמו כן, חברות דירוג האשראי עשויות להתייחס להתפתחויות אלה". ואכן, בחודש מרץ האחרון פרסמה חברת דירוג האשראי "מודיסי" הודעה חריגה בה היא התריעה מפני פגיעה בכלכלת ישראל אם הרפורמה המשפטית תחוקק כמתוכנן, והזהירה מפני השפעת הרפורמה לרעה על דירוג האשראי של ישראל. אף שנכון להיום טרם חל שינוי בדירוג האשראי של ישראל (וזאת לנוכח הבהרות מצד המדינה כי נעשים מגעים לפשרה ולהעברת הרפורמה בהסכמה רחבה בלבד), חברות דירוג האשראי הבינלאומיות פנו בימים האחרונים לבכירי המערכת הכלכלית והפוליטית בישראל ודרשו לקבל הבהרות נוכח הימשכות החקיקה באופן חד-צדדי והתגברות גל המחאה.¹⁰

52. ניתן לראות כי בזה אחר זה הרפורמה מכה ופוגעת במאפייניה ובהישגיה הבולטים של מדינת ישראל בהם התהדרה במשך שנים, ובהם – חוזקו של צבא ההגנה לישראל; מעמדה של ישראל כמעצמת הייטק; חוסנה הכלכלי של המדינה; יחסיה הבינלאומיים; היותה "הדמוקרטיה היחידה במזרח התיכון"; והחשוב מכל – לכידותה של החברה הישראלית.

53. אפס. שרי הממשלה בראיונות פומביים לתקשורת הצהירו ושבחו והצהירו כי ההפיכה נוע תנוע. כי בכוונתם לחוקק את כל הרכיבים עליהם הצהיר השר לויין על מנת "לתקן" את מערכת המשפט. כך, הדגיש השר אליהו: "עילת הסבירות זו רק הטיפה הראשונה. לא יודע מה החלקים הבאים שיעברו, אולי הוועדה לבחירת שופטים ואולי חוק היועמ"שים".¹¹ כך הצהיר גם השר אמסלם בראיון לערוץ "עכשיו 14" מיום 17.7.2023: "אני עליתי בבמת הכנסת לפני שבועיים ואמרתי מה הלו"ז רבותיי. בשבוע הבא, מה שנקרא על אפס ועל חמתם של כל מי שלא מתאים לו, החוק [לביטול עילת הסבירות] עובר בכנסת... בשלב הבא... בעזרת השם, או בסוף המושב הזה או בתחילת המושב הבא נתחיל כבר לדון על הוועדה לבחירת שופטים. אנחנו הולכים במתווה".¹² השר לביטחון לאומי בן גביר הצהיר במסגרת ריאיון ב"כיכר השבת" כי החוק לצמצום עילת הסבירות הוא ה"ספתח" ברפורמה המשפטית, וכפי שהיטיב לתאר זאת – זהו "רק הסלטים שפותחים את התיאבון".¹³ שר המשפטים בנאום שנשא ביום 18.7.2023 הדגיש כי התכנית היא לקדם את המהפכה במלואה והנסיגה מחקיקת כל חוקי ה"רפורמה" בבת אחת נעשתה רק כנסיגה טקטית "אנחנו מתקנים, אנחנו עושים את זה באחריות, אבל אנחנו חייבים לעשות את השינוי הגדול במערכת המשפט".¹⁴

¹⁰ ליאל קייזר "חברות דירוג האשראי לבכירים בישראל: דורשים הבהרות נוכח המשך החקיקה" כאן (22.7.2023).

¹¹ ציוץ של גלי צה"ל מיום 17.7.2023 <https://twitter.com/GLZRadio/status/1680953009369391106>

¹² "השר אמסלם מצהיר: 'על אפס ועל חמתם - עילת הסבירות תאושר בשבוע הבא. אם אין רפורמה - אין ממשלה'" YouTube (17.7.2023).

¹³ "בן גביר: 'צמצום עילת הסבירות - הסלטים שפותחים את התיאבון'" N12 (18.7.2023).

¹⁴ "להביע בעוצמה את קולנו": השר לויין בקריאה נרגשת למצביעי הימין "עכשיו 14" (18.7.2023)

54. נאמנים לדבריהם, ביום 20.2.2023 העבירה המשיבה 1 בקריאה ראשונה את הצעת חוק-יסוד : השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות) ואת הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 105) (הוראות לעניין הוועדה לבחירת שופטים), התשפ"ג-2023, שתכליתן לפגוע בעצמאות בית במשפט ולהשתלט על הרכבו. הצעות החוק אף אושרו בהמשך על ידי המשיבה 3 לקריאה שניה ושלישית, וכעת רחוקות הן כפסע מהעברתן בקריאה שניה ושלישית. וכאמור – בכוונתם של חברי הקואליציה לדאוג שכך יהיה.

55. בהמשך, לאחר הליך חקיקה חפוז ופגום, ביום 24.7.2023 חוקקה המשיבה 1 את חוק יסוד : השפיטה (תיקון מס' 4) (עילת הסבירות), ובכך הוציאה לפועל את הרכיב הראשון של ה"רפורמה" – **ביטול הביקורת השיפוטית לפי עילת הסבירות.**

56. בהתאם לתיקון לחוק יסוד : השפיטה מעתה הממשלה, ראש הממשלה ושרי הממשלה משוחררים למעשה מהחובה לפעול בסבירות. הם יוכלו לקבל החלטות ממניעים זרים (שלא ניתן יהיה להוכיח) הם יוכלו למנות מינויים פוליטיים (ולטעון ששקלו שיקולים רלוונטיים), הם יוכלו לפטר שומרי סף מ"מניעים ענייניים" ובביטול עילת הסבירות הם הופכים את הממשלה לחסינה דה-פקטו מפני ביקורת שיפוטית בסוגיות שעליהן חולשת עילת הסבירות, הן לפי פרשנותה המקורית, הן לפי פרשנותה המעודכנת.

57. עתירה זו מוגשת בעיצומם של ימי בין-המצרים שבין הבקעת חומות ירושלים ב"ז בתמוז ובין תשעה באב שבו חרב הבית. הנביא ישעיהו – אחד מ"שומרי הסף", מתאר בהפטר "שבת חזון" – את חורבן מערכת משפט הצדק והפיכתה למערכת המשרתת את השלטון בלבד :

**"חצו הזכו הסירו רע מעלליכם מנגד עיני חדלו הרע.
למדו היטב דרשו משפט אשרו חמוץ שפטו יתום ריבו אלמנה."**

אך מוסיף הנביא ומנבא כי אם עם ישראל יעשה משפט – יתקיים בו החזון :

**"אחרי כן יקרא לך עיר הצדק קריה נאמנה.
ציון במשפט תפדה ושביה בצדקה."**

לו יהי כן.

ד. החוק לביטול הסבירות והפגמים החמורים בו (סעיף 15(ד) לחוק יסוד : השפיטה)

ד(1). רקע

58. ביום 24.7.2023 קיבלה הכנסת בקריאות שנייה ושלישית ברוב של 64 מחבריה את הצעת החוק מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת - חוק יסוד : השפיטה (תיקון מס' 4) (עילת הסבירות) שזו לשונו :

"15(ד). 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."

59. על משמעות התיקון ניתן ללמוד, בין היתר, מדברי ההסבר הקצרים שצורפו להצעת החוק, שנוכח חשיבותם להמשך הדברים נביאם כלשונם:

"בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות המדינה בהתאם להוראות סעיף 15 לחוקיסוד: השפיטה. בתי משפט ובתי דין אחרים גם הם מוסמכים לדון בביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות המדינה בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק... מכוח סמכות זו, עורך בית המשפט ביקורת מינהלית על פעולות הרשות המבצעת. התפתחות עילות של הביקורת המינהלית נעשתה בעיקרה בפסיקה, ובכלל זה התפתחה עילת הסבירות. כיום עילה זו מאפשרת לבית המשפט לפסול החלטה מינהלית הלוכה בחוסר סבירות במובן זה שהיא אינה נותנת 'משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה' (בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421, 437 (1980)), וזאת כשמדובר בחוסר סבירות מהותי או קיצוני (שם, שם). על השימוש בעילת הסבירות במובנה זה, ובפרט על החלת עילת הסבירות בנוגע להחלטות של הדרג הנבחר, נטען בין היתר כי קביעת האיזון הערכי בין השיקולים השונים הנוגעים להחלטה מינהלית צריכה להיות נתונה לנבחר הציבור ולא לבית המשפט. לפיכך מוצע לקבוע בחוקיסוד: השפיטה כי רשות שיפוטית לא תוכל לדון בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה במליאתה, של ראש הממשלה או של שר אחר וכן של נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, או להוציא צו כלפי דרג נבחר בעניין סבירות החלטתו. יצוין כי אין באמור כדי להגביל את סמכותו של בית המשפט לדון או להוציא צו בשל עילות אחרות של ביקורת מינהלית, ובכלל זה עילת המידתיות."

60. החוק לביטול עילת הסבירות חוקק במהירות הבזק. בין מועד הדיון הראשון של ועדת החוקה, חוק ומשפט בהצעת החוק (25.6.2023) ועד למועד בו התקבל החוק בקריאה שניה ושלישית עבר **כחודש ימים בלבד**. במהלך חודש זה, קיימה הוועדה מספר בודד של דיונים בהם שמעה, למראית עין (לנוכח התעלמותה המופגנת מהדברים שנשמעו), את הגורמים הרלוונטיים אשר הביעו התנגדות עזה לחקיקה, הצביעו על הצורך לנקוט משנה זהירות בהינתן הפגיעה בזכויות ובעקרונות חוקתיים הכרוכה בה, וכן עמדו על הבעייתיות בניסוחה הגורף. יו"ר הוועדה סרב לשמוע גורמים רלוונטיים נוספים חרף רצונם להישמע (דוגמת: היועץ המשפטי למשרד האוצר, עו"ד אסי מינג, בדיון הוועדה מיום 13.7.2023, תוך שציין יו"ר הוועדה כי: "פקידים לא צריכים להביע עמדה"), לא אפשר לחברי האופוזיציה להישמע עד תום, ומיהר לקבוע כי "הדיון מוצה". הדברים שהסכים יו"ר הוועדה בחסדו לשמוע נפלו על אוזניים ערלות. הוועדה כמעט ולא שינתה באופן מהותי את נוסח החוק, למרות הבעייתיות שנטענה בהקשרו, ונמנעה מלבצע בדיקה יסודית ומקיפה של השלכותיו. הצעת החוק אושרה על ידי הוועדה קודם לקריאה ראשונה בלי שיו"ר הוועדה התיר למשנה ליועצת המשפטית לממשלה לשאת את דברו, תוך בליל צעקות מחאה של חברי האופוזיציה. לאחר הקריאה הראשונה, הוועדה קיימה דיון קצרצר בן כחצי יום קודם שעברה "לדון" בהסתייגויות, אותן היא דחתה בקבוצות של 20 בכל הצבעה, ללא כל דיון וללא מודעות באשר לתוכן ההסתייגויות הנדחות. בכך נפל פגם מהותי בהליך החקיקה, אשר אינו מתיישב עם הנדרש בהליכי חקיקה, לא כל שכן בהליכי חקיקת חוקי היסוד.

61. במקביל לכך, חרף בקשותיהם של חברי הכנסת, לא כונסו הקבינט המדיני-ביטחוני וועדת החוץ והביטחון במטרה לדון במצב החירום שהתעורר במדינה לנוכח מחאת אנשי המילואים והפרישה

ההמונית מתפקידי ההתנדבות בצה"ל.¹⁵ ראש הממשלה סירב לפגוש את הרמטכ"ל לפני ההצבעה.¹⁶ הכנסת עשתה הכל כדי להעביר את החוק עד תום מושבה הנוכחי של הכנסת – בכל מחיר.

62. זאת ועוד, הליך החקיקה והמגעים לפשרה שהתקיימו בעניינו לוו במעורבותו של ראש הממשלה בנימין נתניהו המצוי בניגוד עניינים מובהק על רקע משפטו הפלילי, וזאת חרף התנגדותה של היועצת המשפטית לממשלה לכך.¹⁷ נמסר כי ראש הממשלה אף איים כי חבר קואליציה שיתנגד לחוק – יפוטר.¹⁸

63. תיאור תמציתי ולא ממצה זה מלמד כי הליך החקיקה נעשה בבליץ מהיר ולא ראוי – לא לחקיקה רגילה, ועל אחת כמה וכמה לא לחקיקת-יסוד. זאת, בייחוד שעה שמדובר בתיקון המתיימר להיות חוקתי, בעל משמעות מרחיקת לכת, אשר גרר התנגדות ציבורית חריגה ותקדימית, ונעדר את המאפיין הבסיסי ביותר הנחוץ לתיקון חוקתי – הסכמה רחבה.

64. הליך החקיקה הפגום עולה בקנה אחד עם הפגמים המהותיים שבתיקון לחוק-היסוד. הנוסח שאומץ משקף אוסף שגיאות קונספטואליות ביחס למבנה המשטר הדמוקרטי בישראל ועקרונות המשפט המינהלי, והוא סותר את ליבת הערכים הדמוקרטיים שלה. מילות החוק החדש מסגירות ראיית עולם שגויה ומעוותת בכל הנוגע לעקרונות יסוד של המשפט הציבורי, לרבות הפרדת רשויות, שלטון החוק וזכות הגישה לערכאות. זאת, באופן המשליך גם על פרשנות התיקון לחוק היסוד, ומכאן על חוקתיותו.

65. **ראשית**, נוסח סעיף 15(ד1) שולל לא רק ביקורת שיפוטית על סבירות החלטות הרשות המבצעת – הוא שולל את עצם הגישה לערכאות בענייני סבירות, נועל את דלתות בית המשפט הנכבד וחוסם את פיו בעניינים אלו. סעיף 15(ד1) האמור לא רק קובע שבית המשפט הנכבד "**לא ייתן צו בעניין**" ביחס לעילת הסבירות, אלא גם קובע שבית המשפט הנכבד "**לא ידון**" בענייני סבירות בכלל. לשון אחר, הסעיף אוסר על בתי המשפט אפילו לבחון או לשמוע טענות בשאלה שתונח בפניו, גם אם פסק הדין עצמו לא יבקש להתערב בתוכן ההחלטה, ואף אוסר על מתן סעד הצהרתי שאין אחריו צו אופרטיבי.

66. מדובר בקטיעה של סמכות השיפוט של בית המשפט – כל בית משפט. זהו מהלך הקרוי jurisdiction stripping – צעד שמעליו מתנוסס דגל שחור, שכן הוא מותיר "חוק שחור" שעל המעשים שבו אין כל ביקורת שיפוטית, ומכאן שאין הגנה של שלטון החוק. בנוסח זה יש משום פגיעה יתרה בזכות הגישה לערכאות במובן היסודי והבסיסי ביותר, כמו גם פגיעה בהפרדת הרשויות ובשלטון החוק כפועל יוצא של "השתקת" בתי המשפט והאיסור על שמיעתם. המחוקק לא רק אסר על מתן צווי עשה שיפוטיים – הוא מנע מעותרים פוטנציאליים את זכותם לטעון בפני

¹⁵ אפרת אביבי ודרור גורני "לא בקבינט ולא בכנסת: הקואליציה נמנעת מדיון במצב הביטחוני" **שקוף** (23.7.2023).

¹⁶ ירון אברהם וניר דבורי "נתניהו סירב לפגוש את הרמטכ"ל לפני ההצבעה" **N12** (24.7.2023).

¹⁷ עמיר קורץ "היועמ"שית לנתניהו: אינך יכול לעסוק בשיוניים במערכת המשפט מחשש לניגוד עניינים" **כלכליסט** (2.2.2023).

¹⁸ מיכאל האוזר טוב "בכיר בקואליציה: נתניהו החליט שהחוק יעבור ללא שינוי, מי שיתנגד יפוטר - גם גלנט" **הארץ** (22.7.2023).

בית המשפט, ומבית המשפט עצמו את חובתו לשמוע טענות ולהשמיע את דבריו כלפי השלטון, לרבות ביחס לפרשנותו של הדין החל על הרשות המבצעת.

67. זכות הגישה לערכאות היא מקור החיים של הרשות השופטת. היא תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של זכויות היסוד, ולתפקידו של בית המשפט כזירה שבה יכול אדם לשטוח את ריבו עם השלטון. שלילת זכות הגישה לערכאות חותרת תחת תפקידו של בית המשפט כמגן על זכויות האדם ועל ערכי היסוד של החוקה (אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" **ספר גבריאל בך** 361, 377 (2011)). יפים לעניין זה דבריו של כבוד השופט מ' חשין בעניין **ארפל**, בעמ' 629:

"זכות הגישה לבית המשפט הינה צינור החיים של בית המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק. בזאת נשתנתה הרשות השופטת משתי אחיותיה – הרשות המחוקקת והרשות המבצעת – ששתי אלו האחרונות יוזמות ועושות, אם בתחום החקיקה ואם בתחום המעשה, בעוד אשר הרשות השופטת יושבת על מושבה ומצפה כי יבוא אליה לקבל את חוות-דעתה ואת הכרעותיה [...] חסימת הדרך לבית-משפט – בין במישרין ובין בעקיפין – ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה-*raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד."

68. דברים אלו נקבעו מכל עבר. גם כאשר בית המשפט הנכבד קבע לעצמו מגבלות רחבות מאלו החלות היום בדבר זכות העמידה של עותרים, הדבר נעשה במשורה, בדחילו ורחימו ומתוך הבנת עומק של ההכרח לשמור את דלתות בית המשפט פתוחות. כדברי כבוד צ' השופט ברנזון בבג"צ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד(1) 337, 362 (1970):

"בדרך כלל, אני בעד פתיחת דלתות בית משפט זה לרווחה בפני כל מי שרואה עצמו נפגע על ידי מעשה או מחדל של רשות ציבורית או איש שררה. אדם מן היישוב המתדפק על דלתות בית המשפט ומבקש רשות כניסה, אין לסגור בפניו את הדלת; [...] בסופו של כל חשבון, בית משפט זה הוא המעוז הבטוח והאובייקטיבי ביותר שיכול להיות לאזרח בריבו עם השלטון. כאמור, החוק עשה את התפקיד הזה רחב ככל האפשר. אין התפקיד נתון לשום סייג מהותי, תרופתי או דיוני, מלבד אותם הסייגים שבית המשפט רואה לנכון, לפי חוש המידה והאחריות שלו, להטיל על עצמו. [...]."

69. **שנית**, התיקון לחוק היסוד עושה שימוש חריג בתיבה "מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין". הוא אינו מורה כי בית משפט פלוני יפעל או יימנע מלפעול בדרך זו או אחרת. הוא מטיל איסור ישיר, בעל אופי אישי, על "מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין", קרי על השופטים עצמם ולא על מערכת בתי המשפט כמוסד. בכך, סוטה סעיף 15(ד1) לחוק היסוד מהנוסח הקבוע בסעיפים אחרים בפרק ג' לחוק יסוד: השפיטה שעניינם סמכויות בתי המשפט. אין מדובר בעניין סמנטי. יש בכך פגם הנוגע לאי-התלות השיפוטית ועצמאות מערכת המשפט.

70. התיבה "מי שבידו סמכות שפיטה" היא ייחודית בדין הישראלי. היא מופיעה רק במקום אחד נוסף בספר החוקים, הוא סעיף 2 לחוק יסוד: השפיטה, שכותרתו "אי תלות" ונוסחו: "בעניני

שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין¹⁹. ייחודיות זו איננה מקרית. היא מבססת עקרון יסוד של אי-תלות שיפוטית, ומופנית באופן אישי לשופטים. המרות היחידה החלה על מי שבידו סמכות שפיטה היא מרותו של הדין. סעיף 15(ד) תורג ממרות יחידה זו ומוסיף לה מרות נוספת, שלא לדון "בעניין סבירות". השימוש בלשון זו מבקשת אפוא להטיל מרות אישית נוספת, ושמה מורא, על שופטי ישראל, בשורה אחת עם חובתם לשפוט לפי הדין.

71. **שלישית**, החוק קובע כי "**החלטה**" של הממשלה, ראש הממשלה או שריה כוללת גם "**החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות**". כלומר, גם הימנעות מהפעלת סמכות תהא חסינה מעתה מביקורת שיפוטית לפי עילת הסבירות. פירושו של דבר הוא לא פחות מהתפרקות מוחלטת של הממשלה ושריה מהחובה להפעיל את הסמכות המינהלית. "שר הישר בעיניו לא יעשה". היתר בלתי מוגבל לאי-קיום החוק. מעתה והלאה, יוכל כל שר לבחור שלא לקיים את החוק, ודאי לא לקיימו בהתאם לתכליתו, בכך שיחליט להימנע מהפעלת הסמכות, או שיחליט שלא להחליט אם להפעיל את הסמכות. זהו עיוות גמור של המשפט המינהלי.

72. גם אם מדובר בסמכות חיונית לאינטרס הציבורי, יוכל כל שר להחליט שאין הוא חפץ לקיימה. זאת בפרט, אם יחפוץ לשנות את הסמכות, להרחיבה או להופכה על ראשה. כל שר יוכל להחזיק את אינטרס הציבור כבן ערובה לגחמותיו, שהרי מגבלות עילת הסבירות לא יופעלו.

73. הסמכות המינהלית ניתנה על מנת להפעילה. רשות מינהלית, ובכלל זה הממשלה ושריה, המסרבת לעשות שימוש בסמכות הנתונה לה, חייבת לבסס סירוב כזה בדין. חלה עליה חובה מתמדת לשקול את הצורך בהפעלת הסמכות ואסור לה לקבל החלטה מראש לגבי עמדתה בעתיד בנוגע להפעלת הסמכות (ראו לדוגמא בג"ץ 3872/93 **מישראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות**, פ"ד מז(5) 485 (1993) (להלן: "**עניין מישראל**"); דפנה ברק ארז **משפט מינהלי 201-203** (כרך א', 2010). כשמדובר בסמכות חובה, פירושה של הוראת סעיף 15(ד) עשוי להיות התפרקות כוללת מחובה מפורשת בחוק, המחייבת את השר להפעיל את הסמכות. גם כשמדובר בסמכות רשות, כידוע על הרשות חובה להפעילה (בג"ץ 2344/98 **מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר**, פ"ד נד(5) 729 (2000)) ועליה לעשות כן בהתאם לכללים המחייבים של המשפט המינהלי לגבי הפעלת שיקול דעת. בנוסף, קיימות נסיבות שבהן חלופת החלטה אחת בלבד היא החלופה הסבירה ולכן הרשות חייבת לבחור בה, כמו למשל בפרשת דרעי-פנחסי (בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל** (1993) (להלן: "**עניין דרעי-פנחסי**"); וראו גם: בג"ץ 4287/93 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 441, 469 (1993) (להלן: "**עניין אמיתי**"); "שיקול הדעת הרחב הניתן לראש הממשלה ולשריה לפטר סגן שר הופך, בנסיבות המקרה שלפנינו, לחובה"; **ברק-ארז בעמ' 219-220**)).

¹⁹ במקומות אחרים בדין נעשה שימוש בתיבה "**בעל סמכות שפיטה**" (דוגמת ס' 64(ב)(3) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994 וס' 52) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998), בתיבה "**מי שנתונה בידו סמכות שפיטה**" (ס' 67 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961) או בתיבה "**רשות המפעילה סמכות שפיטה**" (ס' 6 לחוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007 וס' 1 לחוק נציבות תלונות הציבור על מייצגי המדינה בערכאות, התשע"ו-2016). אי-תלות שיפוטית מעוגנת בדברי חקיקה נוספים, כגון ס' 3 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992 וס' 184 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. ניכר כי עיקרון אי התלות השיפוטית עובר כחוט השני במארג הדין הישראלי, באופן אשר מבסס את חשיבותו הן מבחינה סובייקטיבית, בעיני המחוקק הישראלי לאורך השנים, והן מבחינה אובייקטיבית, כאחד מעמודי התווך של השיטה הדמוקרטית אשר מקפידה על עצמאות הרשות השופטת.

74. אין משמעות לדין אם בעל הסמכות רשאי להתעלם ממנו, על דרך של בחירה שלא להפעיל "כל סמכות" – ואפילו סמכות חובה! התוצאה שבה המחוקק יקבע הוראה מפורשת, הרשות המבצעת תתעלם מחובתה לבצעה, והרשות השופטת תושטק מלבחון זאת – איננה מתקבלת על הדעת ואינה חוקתית. היא מפרה את עקרון החוקיות ועקרון הפרדת הרשויות.

75. רביעית, נוסח התיקון המקורי לחוק יסוד: השפיטה נועד לחול לא רק על "הממשלה, ראש הממשלה או של שר אחר", אלא גם על "נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק". תוספת זו נמחקה, לכאורה במטרה לצמצם את הפגיעה החוקתית שבחוק היסוד, אולם היא מלמדת דבר מה מהותי על ראיית המחוקק את תכלית התיקון. לשיטת מנסחי התיקון: הממשלה, ראש הממשלה ושריה הם "נבחר ציבור", ומשום שהם נבחרו על ידי הציבור – שומה עליהם לשלוט ללא מיצרים ולהפעיל שיקול דעת ללא התערבות שיפוטית.

76. בעניין זה יש לעמוד על מושכלות יסוד. הממשלה ושריה אינם "נבחר ציבור". הם משרתי ציבור ונאמני ציבור. השרים והממשלה לא נבחרו על-ידי הציבור בבחירות הכלליות (להבדיל מחברי הכנסת). הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה (סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה). היא מכהנת מכוח אמון הכנסת ואחראית כלפיה (שם, בסעיפים 3-4 ו-13). ראש הממשלה וכן כל אחד משריה הממשלה נדרש להצהיר: "אני מתחייב כחבר הממשלה לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, למלא באמונה את תפקידי כחבר הממשלה ולקיים את החלטות הכנסת" (שם, בסעיף 14).

77. בפרק ד(4) להלן נעמוד על כך שחובתם של ראש הממשלה ושרי הממשלה היא אפוא חובת אמונים. היא כרוכה בשלטון החוק, וסמכויותיהם ניתנו להם מכוח החוק ולפיו. מעקרונות היסוד של המשפט המינהלי נובע כי "איש הציבור הוא נאמן הציבור" (בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 776 (1991)). רשות הציבור נוצרה אך כדי לשרת את הכלל, שכן כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן (בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין ירושלים, פ"ד כה(1) 325, 331 (1971) (להלן: "עניין שפירא")).

78. ממערכת נאמנות זו נגזרות שורה של חובות, לרבות החובה לפעול בסבירות, שהיא ביטוי עצמאי של חובת הנאמנות ונגזרת של עקרון החוקיות, במובן של החובה להפעיל את הסמכות בהתאם לחוק המסמיך ולמטרות שנועד להגשים. הפעלה בלתי סבירה של הסמכות היא, במובן זה, גם חריגה מסמכות ופעולה שלא בהתאם לתכלית שביסוד הענקת הסמכות. כך או כך, הרעיון שלפיו שרי הממשלה הם "נבחר ציבור" שגוי מיסודו. הוא שוגה בהבנת כפיפותה של הממשלה לחוק ועקרון שלטון החוק. הוא שוגה בהבנת ההפרדה בין הממשלה לבין הכנסת ועקרון הפרדת הרשויות. והוא שוגה בהבנת תפקידו של בית המשפט כפרשן המוסמך של החוק, ומכאן של הביקורת השיפוטית של סבירות הפעלת הסמכות כביטוי לעקרון שלטון החוק והפרדת הרשויות.

ד(2). עילת הסבירות והתפתחותה בדין הישראלי

79. סקירה נרחבת של עילת הסבירות – מקורותיה ויישומה נעשתה בחוות דעת היועצת המשפטית לממשלה (נספח 2 לעתירה זו, בעמ' 52-58), וכן בחוות דעת היעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 23.6.2023 (נספח 5 לעתירה זו), והעותרים סומכים ידיהם על האמור שם. למען

הסדר הטוב, יובא בתמצית רקע על עילת הסבירות כעילת יסוד במשטר הדמוקרטי במדינת ישראל.

80. עילת הסבירות היא מאבני היסוד של המשפט המינהלי, והיא "נמנית, כידוע, עם עילות הביקורת של המשפט המינהלי **משחר ימיו של המשפט הישראלי**, החל בשנות החמישים, לרבות בכל הנוגע לשיקול דעת של שרים" (כבוד השופטת ד' ברק-ארז בעניין **דרעי הרביעי**, פס' 44).

81. מקורה של עילת הסבירות במשפט המינהלי האנגלי, שם, בראשית דרכה, שימשה כעילת ביקורת נגד חוקי עזר. על פי עילת הסבירות כפי שנוסחה כבר אז, חוקי עזר וחקיקת משנה שהם בלתי סבירים עד כדי כך שאין זה מתקבל על הדעת שרשות סבירה הייתה מקבלת אותם, או שהוקנתה לה סמכות לקבל אותם – מצדיקים את התערבותו של בית המשפט. מכאן, שעילת הסבירות, בבסיסה, היא עילה בעלת זיקה מהותית לאחת מעילות הביקורת הבסיסיות ביותר על הרשות המינהלית – חריגה מסמכות (פסק דין ידוע בהקשר זה הוא: Associated Provincial Picture (Houses Ltd. V. Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223)²⁰).

82. עילת הסבירות נקלטה בישראל מן המשפט האנגלי מכוח דבר המלך במועצה משנת 1922, ובהמשך עוגנה בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, המקנה לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק סמכות לדון "**בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק**". במסגרת זאת, בג"ץ רשאי לפסול החלטה בשל חוסר סבירות אם הוא רואה צורך בכך "**למען הצדק**" (יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** 3551 (כרך ה, 2020) (להלן: "זמיר כרך ה").

83. חשוב לציין שעילת הסבירות עסקה תמיד בשאלת **סמכותה** של הרשות. כך הייתה העילה במשפט האנגלי, כך היא אומצה ופותחה במשפט הישראלי, וכך היא נותרה עד עצם היום הזה (ראו פירוט בפרק ד(3) (להלן). החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני היא פסולה מכיוון שהחוק (והמחוקק) **לא הסמיך** את הרשות לקבלה. זוהי החלטה שהתקבלה ללא סמכות, דהיינו בלתי חוקית.

84. חובת הרשות המינהלית לפעול בסבירות היא גם חלק מחובתה כנאמן הציבור (עניין **שפירא**, 331). חובתו של הנאמן היא לפעול באופן סביר עבור שולחו (סעיף 10(ב) לחוק הנאמנות. כפי שציין המכון הישראלי לדמוקרטיה בחוות דעתו מיום 8.3.2023 בפס' 93 (נספח 34 לעיל) "**לא מתקבל על הדעת שחובת הנאמנות של השלטון כלפי האזרחים תהיה מצומצמת יותר מחובתו של נאמן במשפט הפרטי**". על כן, השימוש בעילת הסבירות הוא בעיקרו אכיפה של עקרון ביזור הסמכויות – כך שבית המשפט מפקח על כך שהרשות המבצעת אינה חורגת מהסמכות שקצב לה החוק.

85. יש הסבורים שסבירות היא מונח עמום, אך בכך גם טמון כוחה שכן קיימים מצבים שבהם רק הסבירות יכולה להוות מכשיר יעיל או יחיד לפתרון בעיה (זמיר **כרך ה**, 3548; דנג"ץ 3660/17 **התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים**, פס' 57 (נבו 26.10.2017) (להלן: "עניין **התאחדות הסוחרים**")). עמדה על כך כבוד הנשיאה א' חיות בעניין **הנגבי**, בפס' 3 לחוות דעתה:

²⁰ בעניין Wednesbury נבחן חוק עזר עירוני שקבע שהצפייה בקולנוע בימי ראשון אסורה למי שגילו צעיר מ-15 שנים. בפסק הדין נקבע כי אפשר לתת סעד לעותר אם ההחלטה היא – "So unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it" (שם, בעמ' 234).

"לעילת הסבירות שמור מקום של כבוד בשמירה על ההגנות ועל טוהר המידות בשלטון הציבורי וכן היא תורמת להקפדה על זכויות אדם ולהגנה עליהן לבל תפגענה ממעשי השלטון במידה העולה על הראוי והנדרש... העובדה כי נורמה משפטית מנוסחת במונחים מופשטים ואינה נוקטת קונקרטיזציה חדה ומדויקת המחילה אותה על מצב דברים מוגדר וידוע מראש, היא לבדה אין בה כדי לפגום באותה הנורמה. למעשה זה טיבן של נורמות עקרוניות המבקשות לכסות קשת שלמה של מצבים שלא את כולם ניתן לחזות או לתאר מראש באופן מדויק... אילו ביקשנו לראות בכך מאפיין הפוגם בעילת הסבירות כנורמה משפטית, היה עלינו לצרף אליה כנורמות פגומות, על פי אותה גישה, גם שורה ארוכה ונכבדה של נורמות משפטיות בעלות מאפיינים דומים כמו עקרון תום הלב ותקנת הציבור למשל."

ואכן, בדומה לרשלנות או תום לב מהמשפט הפרטי, גם סבירות היא מונח שסתום המהווה כלי לפעפוע של ערכי יסוד דוגמת שוויון לתחומי המשפט השונים (בג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב(4) 406, 449-450 (2008)).

86. במהלך העשורים הראשונים לקיומה של המדינה, נעשה שימוש בעילת הסבירות באותו אופן שרווח במשפט האנגלי. בתוך כך, נפסלה חקיקת-משנה – תקנות שהתקינו שרים וחוקי עזר שחוקקו רשויות מקומיות – מחמת היעדר סבירות, מהטעם שתוכנה של חקיקת-המשנה היה "בלתי מתקבל על הדעת", שהיא הייתה "בלתי הגיונית ובלתי נסבלת" או כללה "אי צדק בולט". חוסר הסבירות כשלעצמו הוביל לקביעה שחקיקת-המשנה נקבעה בחוסר סמכות – שכן המחוקק לא התכוון ליתן בידי הרשויות סמכות לקבל החלטה שכזו (בג"ץ 21/51 ביננבוים נ' עירית תל-אביב, פ"ד ר 357 (1952) (להלן: "עניין ביננבוים"); כן, ראו: ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026 (1959) (להלן: "עניין דיזנגוף"); ע"א 6/66 קלו נ' עירית בת-ים, פ"ד כ(2) 327, 332 (1966); ע"א 492/73 שפיזר נ' המועצה להסדר הימורים בספורט, פ"ד כט(1) 22, (1974) (להלן: "עניין שפיזר").

87. ראוי להדגיש, כי מיומה הראשון של עילת הסבירות במשפט הישראלי היא הוחלה דווקא על חקיקת-משנה, דהיינו על החלטות של שרים, ממשלה ורשויות מקומיות. בית המשפט הנכבד אף הבהיר שדווקא בישראל חשובה הפעלת עילה זו על השרים והממשלה אף יותר מאשר מאנגליה, בשל היעדר פיקוח פרלמנטרי ממוסד מספק על הממשלה, כדברי כבוד מ' השופט שמגר בבג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94, 103 (1976) (להלן: "עניין דקה"):

"אם כך כיוון ההתפתחות בבריטניה, בה קיימת מכוח החוק בקורת פרלמנטרית על חלק גדול של חקיקת-המשנה של משרדי הממשלה, הרי אצלנו, מקום בו חסרה עדיין בקורת פרלמנטרית ממוסדת כאמור, חשובה החלטה והפעלתה של הבקורת השיפוטית הזו, על-אחת-כמה-וכמה. על-פי הקווים שהונחו בפסיקה של בית-משפט זה ניתן על-כן לבחון פסלותה של חקיקת-משנה, מכל סוג, מחמת אי סבירות, אפילו הותקנה התקנה על-ידי גוף נבחר או רשות ממשלתית כמו שר או הממשלה כולה.

88. וכפי שהבהיר כבוד השופט צ' ברנזון בעניין שפיזר:

"הפסיקה של בית-משפט זה מאפשרת לפסוק חקיקת-משנה מכל סוג מחמת אי-סבירות, אפילו נעשתה על ידי גוף נבחר או רשות ממשלתית בכירה כמו שר או הממשלה כולה, ולו גם באישורה של ועדת מועדות הכנסת... [הפניות]. עם זאת, דבר המובן מאליו הוא, שבית-המשפט לא

ימהר לשלול מטעם זה את תקפה של חקיקת-משנה כזאת. השיקול העובר כחוט השני בפסקי-דין אלה הוא, שאף שניתן לפסול חקיקת-משנה מטעמי אי-סבירות, אין לעשות זאת אלא כאמצעי אחרון במקרה קיצוני..."

89. בפסקי דין נוספים הופעלה עילת הסבירות ביחס להחלטות שאינן נוגעות דווקא לחקיקת-משנה, ובכלל זה החלטות של שרים והממשלה. בין השאר, עילת הסבירות הוחלה על החלטות בעניין הגשת או אי-הגשת כתבי אישום (ראו, למשל: בג"ץ 935/89 אורי גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990); בג"ץ 7150/16 המרכז הרפורמי לדת ומדינה התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שרת המשפטים (נבו 21.09.2020)); על החלטות ממשלה בעניין מינויים או אי הפסקת כהונה (למשל: עניין דרעי-פנחסי; עניין דרעי הרביעי, בג"ץ 3884/16 פלונית נ' השר לביטחון פנים (נבו 20.11.2017)); על החלטות מינהליות שעירבו שאלה של פגיעה באינטרסים או זכויות של פרטים אל מול היבטים תקציביים או אינטרסים נוגדים אחרים (למשל: עע"מ 5634/09 ג'אל נ' עיריית ירושלים (2009), בג"ץ 4380/11 פלונית נ' מדינת ישראל - שר הפנים (נבו 26.03.2017), בג"ץ 8213/14 דרור נ' השר לשירותי דת (נבו 15.08.2017); בג"ץ 3842/18 מכלוף נ' השר לביטחון פנים (נבו 19.02.2020); בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (נבו 07.10.2020)); על החלטות רמטכ"ל בנושא קידום (למשל: בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג (2) 62 (1999)); על החלטות חריגות של ממשלת מעבר (ראו למשל: בג"ץ 5403/22 לביא - זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' ראש הממשלה (נבו 22.9.2022)), ועוד.

90. הנה כי כן, עילת הסבירות שימשה את בית המשפט העליון, מאז קום המדינה, כדי לבקר את פעולות הרשות המבצעת, ובפרט הממשלה ושריה, למנוע מינויים לא תקינים של שרים ונושאי משרה, וכן להגן על זכויות אדם ואזרח. סקירה לא ממצה זו מדגימה את פוטנציאל הפגיעה בזכויות הפרטים ובטוהר המערכת השלטונית כתוצאה מהחקיקה מושא העתירה, ועד כמה תהיה עמוקה הפגיעה ביסודות הדמוקרטיה של המדינה.

91. ניתן להבחין בין שני סוגי שימושים שנעשו בעילת הסבירות במשפט הישראלי – במסגרת שימוש אחד בוחן בית המשפט את סבירות ההחלטה המינהלית כשלעצמה (האם ההחלטה עצמה מביאה לתוצאה אבסורדית ובלתי מתקבלת על הדעת); בעוד שבמסגרת השימוש האחר בוחן בית המשפט את הסבירות בהפעלת שיקול הדעת המינהלי – דהיינו, האם ניתן המשקל הדרוש לפי הדין לשיקולים הרלוונטיים להחלטה (זמיר כרך ה, בעמוד 3547). כמפורט בהמשך, במסגרת הביקורת על שיקול הדעת מגשים בית המשפט את עקרון שלטון החוק, שכן למעשה הוא בוחן האם היא פעלה בהתאם לחוק המסמך ותכליותיו בהתאם לנסיבות המקרה הנדון – החוק המסמך, המתפרש לפי תכליתו, הוא שקובע את סך המשקולות והאיזונים המותרים שהרשות רשאית לבחור ביניהם על פי שיקול דעתה, ובית המשפט אוכף חוק זה על הרשות ומבטיח שלא חרגה מסמכותה בנסיבות המקרה הקונקרטי (זמיר כרך ה, בעמ' 3593).

92. בשני סוגי השימושים הנ"ל עשה בית המשפט שימוש עוד בשנותיה הראשונות של המדינה, בפסקי דין מכווננים אשר עיצבו את המשפט המינהלי הישראלי ועומדים בבסיסו. ביטול עילת הסבירות תשמוט את אחד מיסודות המשפט המינהלי הישראלי, ותותיר בו ריק משמעותי שלא תמיד ניתן יהיה למלא בעזרת עילות אחרות.

93. כאמור, דוגמה בולטת לכך ניתן למצוא בפסק הדין המכונן בעניין **קול העם**. בפסק דין זה דן בית המשפט בצו ששר הפנים הוציא מכוח סעיף בפקודת העיתונות המקנה לו את הסמכות להפסיק הוצאה לאור של עיתון "העשוי לדעתו של שר הפנים לסכן את שלום הציבור". במסגרת החלטה זו, נדרש השר לאזן בין שני שיקולים עיקריים רלוונטיים – שלום הציבור וחופש הביטוי. בית המשפט בחן את ההחלטה וקבע כי השר לא נתן לשיקול של חופש הביטוי את המשקל הראוי, וכתוצאה מכך נפגם האיזון הראוי בין השיקולים הרלוונטיים. משום כך, מצא בית המשפט לנכון להתערב בהחלטת השר ולפסול את הצו שהוצא. בית המשפט קבע כי:

"[...] הפתרון צריך לבוא בדרך של שקילת האינטרסים של בטחון המדינה מזה וחופש הביטוי מזה, כי ערכו החברתי הגבוה של העקרון המגן על האינטרס השני ראוי לתשומת לב מיוחדת, וכי רק בשעה שהמציאות ממש מחייבת יהא מוצדק לתת עדיפות לאינטרס הראשון" (בעמ' 881).

94. פסק הדין בעניין **קול העם** הוא אבן דרך במשפט הישראלי. הוא התווה את הדרך המשפטית הראויה להגנה על זכויות האזרח וחופש הביטוי כאשר הם מתנגשים עם ערכים אחרים. אף שלא נאמרה בו במפורש המילה סבירות, בפועל יושמו בו שיקולי סבירות.

95. ואכן, בפסק הדין המהווה לגישת יוזמי החקיקה את הסיבה לה – עניין **דפי זהב** – ציין כבוד השופט א' ברק כי הלכת קול העם, כמו גם פרשות אחרות מימיה הראשונים של המדינה, **מהווה דוגמה לפסילת החלטה מינהלית בנימוק של איזון בלתי ראוי בין שיקולים ענייניים**, והסביר כי:

"במקרים אלה בחן בית המשפט אם האיזון בין האינטרסים השונים, אשר נעשה על-ידי הרשות המינהלית, הוא ראוי. במרבית פסקי הדין לא הוזכרה העילה של חוסר סבירות בשמה המפורש. אך במקרים אלה פעלה הרשות המינהלית בתום-לב, שלא מתוך שרירות, שקלה הגורמים הרלבנטיים, ונמנעה מלשקול גורמים שאינם רלבנטיים. הפגם העיקרי שנמצא בהחלטתה הוא איזון בצורה בלתי ראויה בין הגורמים הרלבנטיים בינם לבין עצמם. זהו פגם של חוסר סבירות מינהלית".

אמור מעתה – עילת ההתערבות בשל חוסר סבירות קיצונית הייתה עימנו תמיד, גם אם לא כולם קראו לה תמיד בשמה.

96. בעקבות כך, בעניין **דפי זהב** הוצגה תיאוריה לבסיס העיוני שעליו נשענת עילת הסבירות שהתקיימה עוד לפני-כן, אף שרק בחלק מפסקי-הדין קראו לה בשמה עד אז (כגון פסקי-הדין שהזכרנו לעיל). אכן "בית המשפט לא יצר, ואף לא התיימר ליצור מובן חדש לעילת הסבירות או עילת ביקורת חדשה... בית המשפט רק הציג את התאוריה שביסוד הפרקטיקה הנוהגת בבית המשפט מאז שנות החמישים" (זמיר כרך ה', 3359-3360). אגב כך הודגש בפסק הדין כי לימין הרשות עומד "מתחם של סבירות" – קרי, טווח שלם של החלטות חוקיות שבית המשפט לא יתערב בהן, וכי פסילת מעשה המינהל תיתכן רק כשמדובר בחוסר סבירות מהותי או קיצוני ההופך את המעשה לבלתי חוקי. כן הובהר שהבחינה אם החלטה חורגת ממתחם הסבירות נעשית על-יסוד החוק המסמיך. דהיינו, מתחם הסבירות הוא מתחם ההחלטות שהוסמכה הרשות לקבל בחוק, כפי שהוא מתפרש על-פי תכליתו. למען הסר ספק, הובהר בהלכה זו שחוסר הסבירות הקיצוני אינו משמש רק ראיה ניצחת לקיומה של עילת פסלות אחרת, כגון שיקולים זרים או אפליה, אלא עומד על רגליו-שלו כעילה לפסילת החלטה כבלתי-חוקית.

97. מאז פסק הדין בעניין **דפי זהב** שימשה העילה בעשרות החלטות של בית המשפט העליון שבחנו את סבירות ההחלטה המינהלית, גם במקרים שבהם אף עילה אחרת לא הייתה אפקטיבית דיה לצורך קיום של ביקורת שיפוטית. כדברי השופטת פרוקצ'יה:

"על פי תפיסת המשפט המינהלי בדורות האחרונים משמשת עילת הסבירות מכשיר מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל, והיא ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון" (עניין **חיים רמון**, בעמ' 486).

98. ואכן, שופטי בית המשפט העליון לדורותיהם חזרו והבהירו בפסיקה כי מרחב ההתערבות של בית המשפט במצבים שבהם הרשות פעלה בחוסר סבירות הוא מצומצם. הובהר כי ביטול החלטה מינהלית בעילת הסבירות או התערבות בה צריך להיעשות באופן מדוד וזהיר, וכי בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו (ראו למשל: בג"ץ 2324/91 **התנועה לאיכות השלטון נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה**, פ"ד מה(3) 678, 688 (1991)). בתוך כך, נפסק כי התערבות שיפוטית בהחלטות המינהל לא תיעשה בגין חריגה בעלמא ממתחם הסבירות, אלא אך כאשר ההחלטה נגועה בחובר סבירות "מהותי" או "קיצוני" (ראו למשל: בג"ץ 1985/90 **דשנים וחומרים כימיים בע"מ נ' עיריית קרית אתא**, פ"ד מו(1) 793, 803-302 (1992)). יתר על כן, נקבע בפסיקה כי רוחבו של מתחם הסבירות אינו אחיד, והוא משתנה בהתאם לגורמים שונים כגון טיבה של הרשות המינהלית המחליטה ואופי ההחלטה. כך, למשל, נקבע כי מתחם ההחלטות הסבירות יהיה רחב יותר ככל שהן מערבות שיקולים פוליטיים, או מתקבלות על ידי גורמים מקצועיים (ראו למשל: עניין **חיים רמון**, ס' 22 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה; בג"ץ 3017/05 **חברת הזרע (1939) בע"מ נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, משרד הפנים**, פס' 38 (נבו 2011.3.23)). כמו כן נקבע כי ככל שהרשות המינהלית שקיבלה את ההחלטה בכירה יותר – כך היקף הביקורת השיפוטית על החלטתה יהיה מצומצם יותר. עוד יש לציין כי במקרים רבים בהם נמצאה חריגה ממתחם הסבירות אשר נבעה מאי שקילות מכלול השיקולים הרלוונטיים, בית המשפט הורה על החזרת הסוגייה לדיון בפני הרשות בכדי שתקבל החלטה חדשה, וכאמור נמנע מכניסה לנעלי הרשות ומקבלת החלטה במקומה (ראו למשל: עע"מ 4821/21 **פלונית נ' שר הפנים** (נבו 2022.11.29)).

99. אין מדובר באמירות מן השפה ולחוץ. כך למשל, בעשר השנים האחרונות ניתנו 19 פסקי דין בלבד, שבמסגרתם התקבלה עתירה כנגד פעולות של "דרג נבחר" (כולל ראש רשות מקומית או מועצה מקומית), באופן מלא או חלקי, מכוח עילת הסבירות (באופן מפורש או משתמע) (ראו מסמך מטעם היעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 4.7.2023, נספח 6 לעתירה זו). ויוער – נתון מצומצם זה אינו ממחיש את מספר ההחלטות הלא סבירות שנמנעו מלהתקבל לכתחילה אך מכוח קיומה של ביקורת שיפוטית עליהן – קרי, מכוח קיומה של עילת הסבירות במשפט המינהלי.

100. לאחרונה, דן בית משפט העליון בעתירות שהוגשו נגד מינויו של חבר הכנסת אריה דרעי לשר בממשלת ישראל ה-37, זמן קצר לאחר שהורשע פעם נוספת בפלילים (עניין **דרעי הרביעי**). בפסק הדין הכריעה כבוד הנשיאה "אין מנוס מן הקביעה שאי-העברתו של דרעי מתפקידו חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות" ולהכרעתה הצטרפו כבוד המשנה לנשיאה פוגלמן, וכבוד השופטים עמית, ברון, גרוסקופף, וילנר וכבוד. יצוין כי כבוד השופטים ברק-ארז, מינץ ושטיין לא שללו את השימוש בעילת הסבירות, אלא נמצאה להם דרך אחרת ("השתק שיפוטי") לפסול את המינוי.

יוצא אפוא כי רק לאחרונה נדרש בית המשפט העליון בהרכב של 11 שופטים לעילת הסבירות ואשרר את השימוש ההכרחי בה במקרה של מינויים פסולים – לרבות השופטים הרואים מקום לצמצם את השימוש בעילה (ראו והשוו: בג"ץ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך, בפס' 52 לפסק-דינה של כבוד השופטת וילנר (נבו 29.3.2021)).

101. ניתן רק להניח מה רואים לנגד עיניהם יוזמי התיקון לחוק יסוד: השפיטה ואילו מינויים ברצונם לחסן מפני ביקורת שיפוטית. ניתן רק לשאול, אם מחר תמנה הממשלה שר פלוני, בנסיבות העולות כדי "מקרה חריג וקיצוני, שאינו מותר ברירה אלא להתערב בהחלטה על מינויו כשר בממשלה, חרף הריסון ואמות המידה המחמירות שיש להחיל על ביקורת שיפוטית בתחום זה", כדברי כבוד השופטת וילנר בפס' 15 לחוות דעתה בענין דרעי הרביעי – מי יושיע את הציבור הישראלי מפני מינוי כזה, ובאיזו עילה!?

ד(3). ביטול עילת הסבירות פוטר את ראשי הרשות המבצעת מלפעול לפי החוק המסמיך – ובכך מסכל את שלטון החוק ואת הפרדת הרשויות

102. ביטול עילת הסבירות ביחס להחלטות השרים והממשלה מסכל בדרכים רבות, הן את שלטון החוק בישראל, והן את הפרדת הרשויות.

103. כידוע, מובנו הראשון והבסיסי ביותר של שלטון החוק הוא כי "השלטון במדינה מסור לחוק ולא לאדם, אף לא לאדם העומד בראש המדינה. לכן כולם כפופים לחוק, חייבים לכבד את החוק ומצווים לפעול בהתאם לחוק" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית 83 (כרך א, 2010) (להלן: "זמיר כרך א")).

104. עיקרון שלטון החוק אומר, אפוא, שהחוק – ולא הרשות המבצעת – הוא בעל השלטון. את החוק יוצר בית המחוקקים, הכנסת, כנציג העם, שהוא הריבון. הרשות המבצעת כפופה לחוק ואינה שולטת בו, והיא מוסמכת לפעול רק במסגרת היקף הסמכות שמעניק לה החוק. בתחום המשפט המינהלי מכונה עיקרון זה גם בשם "חוקיות המינהל" המהווה רכיב קריטי מעיקרון שלטון החוק (זמיר כרך א, 83; בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 42, 1 (2006) (להלן: "הלכת ועדת המעקב")).

105. הרשות המבצעת כפופה אפוא לדין, ובראש ובראשונה כפופה היא לחוק שחוקקה הכנסת. עניין זה נובע ישירות גם מעיקרון הפרדת הרשויות. רכיב-ליבה של הפרדת הרשויות הוא ההפרדה בין הכנסת המוסמכת לחוקק את החוק, לבין הממשלה הכפופה לחוק וחיבת ליישם אותו. תכליתו של עיקרון זה למנוע ריכוז כוחות ביד אחת – ריכוז שיהפוך אותו גורם לשליט אוטוקרטי. לכן ממשלה היכולה להתגבר על הוראות החוק מסכלת הן את עיקרון שלטון החוק, הן את עיקרון הפרדת הרשויות (הלכת ועדת המעקב, 55-58. ראו גם: 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 518 (1988) (להלן: "עניין רסלר")).

106. כפיפות הממשלה לחוק מובטחת על-ידי בית המשפט. תפקיד בית המשפט הוא להבטיח שהחוק אכן מקוים. בית המשפט הוא הגורם האוכף על הממשלה את הוראות החוק, ומפקח שהממשלה לא חורגת מהמנדט שהמחוקק העניק לה. בדרך זו הוא מבטיח שיתקיימו שלטון החוק והפרדת

הרשויות כאחד. בעשותו כן הוא גם מפרש את החוק. אכן, בית המשפט הוא הפרשן המוסמך של החוק שיצרה הכנסת. אף דבר-זה הוא חלק מעקרון הפרדת הרשויות.

107. הנה כי כן, **הן עיקרון שלטון החוק, הן עיקרון הפרדת הרשויות, מחייבים שהממשלה תפעל בהתאם לחוקי הכנסת, כפי שהם מתפרשים על-ידי בית המשפט. אם אין זה המצב – הרי שנפגע אנושות עקרון היסוד של המשטר הדמוקרטי בישראל.**

108. ביטול עילת הסבירות ביחס לעומדים בראש הרשות המבצעת משמעותו – בהגדרה – יצירת מרחב גדול שבו הרשות המבצעת בת-חורין לפעול **שלא בהתאם לחוק**. באין חובת סבירות, תימצא הרשות המבצעת **חורגת מן הסמכות** שהדין נתן בידיה. ביטול כזה איננו רק "פוגע" בעיקרון שלטון החוק ובעקרון הפרדת הרשויות. הוא **מסכל אותם מבחינה מהותית, היורדת לשורשו של עניין**.

109. כדי להסביר מדוע זהו המצב, חשוב לעמוד על שני היבטים קריטיים של עילת הסבירות בדין הישראלי. היבטים אלה, חרף חשיבותם, נעדרים כמעט לגמרי מהדין הציבורי. הגיעה אפוא העת להחזירם לקדמת הבמה ולהפנות אליהם את הזרקור.

ד(3).1. סבירות היא חוקיות היא סמכות

110. כפי שנראה להלן, תפקידה של עילת הסבירות הוא להבטיח שהרשות המינהלית מפעילה את שיקול דעתה **בהתאם לחוק שמכוחו היא פועלת**, ואינה חורגת **מהתפקיד והמטרות שהועידו לה החוק והמחוקק**. רק במקרה כזה היא פועלת **בגבולות סמכותה** מכוח חוק הכנסת. זוהי, למעשה, מהותה היסודית של עילה זו.

111. הקביעה שהחלטה היא בלתי סבירה באופן קיצוני היא קביעה בדבר **פרשנותו הנכונה של החוק המסמיך**. היא קובעת למעשה מה **תחום הסמכות** של הרשות, על-פי פרשנותו המחייבת של החוק מפי הפרשן המוסמך.

112. פטור מעילת הסבירות שולל אפוא את הכפיפות של הרשות למגבלות המהותיות שהחוק מטיל על שיקול-דעתה. זהו היתר של קבע לפעול שלא בהתאם לחוק המסמיך, כפי שהתפרש בידי הפרשן המוסמך. זהו שיק פתוח להשתמש לרעה בסמכויות, שלא למטרות שעבורן ניתנו בחוק. זוהי פעולה בלתי חוקית, המצויה מחוץ לסמכותה של הרשות. **חוסר סבירות הוא חוסר סמכות**.

113. כפי שכבר הוצג בעתירה זו, דברים אלה הובהרו עוד משחר הופעתה של עילת הסבירות במשפט הישראלי, והם נכוחים גם היום. אמנם, כדי להקל על המשפטנים נהוג לסווג ולהבחין בין דיני "שיקול-הדעת" לדיני "הסמכות הפורמאלית", אך בפועל (כפי שנראה), דינים אלה – ובהם עילת הסבירות – קובעים את גבולות הסמכות מבחינה חוקית. מדובר בפרשנות מחייבת של החוק המסמיך, הנעשית לפי כללי פרשנות החוק, וקובעת את גבולות הסמכות מכוחו. כך היה בעבר וכך נותר גם היום.

114. כך למשל, הבהיר השופט ברנזון בעניין **דיזנגוף** כי החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני היא בלתי חוקית, מכיוון שהיא נופלת מחוץ לגדר תחום הסמכות, לפי פרשנותו הנכונה של החוק המסמיך:

"מבחן זה של סבירות, מה פירושו? [...] אם ימצא בית-המשפט כי חקיקת-הממשלה היא כה בלתי הגיונית ובלתי נסבלת עד שאדם בר-דעת לא יעלה על דעתו ששר סביר היה מסוגל לעשותה, כי אז יצטרף לאמור **שמעולם לא**

נתכוון המחוקק לתת כוח בידי השר. חקיקת-המשנה אינה מתקבלת על הדעת והיא מחוץ לתחום הסמכות."

115. בדומה, בעניין **בינבויים** קבע בית המשפט הנכבד, מפי השופט אגרנט, שאף שעיריות מוסמכות להתקין חוקי-עזר רטרואקטיביים, אין הן מוסמכות לעשות כן אם ההחלטה "בלתי הגיונית או בלתי מתקבלת על הדעת... עד כדי שאנשים בני דעת לא היו מצדיקים אותה". במקרה כזה "בית המשפט היה נאלץ לומר: המחוקק מעולם לא התכוון שלחוק עזר כזה יינתן תוקף למפרע; ההוראה המביאה לתוצאה זו היא בלתי הגיונית ויש לראותה כבטלה ומבוטלת".

116. כך גם הבהיר השופט שמגר בעניין **דקה** :

"תקנה אשר דבקה בה אי-סבירות היורדת לשרשו של ענין, רואים אותה כחורגת מסמכותו של מי שהתקינה ובשל כך תיחשב כבטלה ומבוטלת..."

חריגה מסמכות בכגון דא יכול שתבטא בהתקנת תקנה שהוראותיה אינן במסגרת ד' האמות, כפשוטן, של הסעיף המסמך בחוק החרות ויכול שהחריגה מסמכות תבטא באי-סבירותו של התוכן, כי הרי הנחה היא שהמחוקק לא נתכוון להעניק סמכות להתקין תקנות שהן בלתי-סבירות. אם נתגלה פגם כאמור, רואים את התקנתה של התקנה כחריגה מסמכות".

117. ראו גם דברי השופט ח' כהן בע"א 780/70 **עיריית תל-אביב-יפו נ' ספיר**, פ"ד כה(2) 486, 494-495 (1971), וכן דברי השופט בכור בבג"ץ 310/80 **דרור הדרום חברה לפיתוח בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד לה(1) 253, 262 (1980) :

"בבחינת תוקפן של הוראות מחוקק המשנה, מבחן אי-הסבירות מהווה מכשיר לבדיקת רצון וכוונת המחוקק הריבון, שהעניק את הסמכות למחוקק המשנה".

118. כך קלט מלכתחילה המשפט הישראלי את העילה מהמשפט האנגלי. אף שם קבעה העילה את תחום הסמכות של הרשות המינהלית, בתור פרשנות של החוק המסמך, ולכך ראו **זמיר כרך ה** בעמ' 3548).

119. ואכן, זהו הדין עד עצם היום הזה. כפי שהסביר רק לאחרונה פרופ' זמיר (**זמיר כרך ה**), 3851-3852, (3854) :

"אופציות החורגות מהתחום הסביר הן הלכה למעשה אופציות **בלתי חוקיות** או, לשון אחר, **החלטה שהחוק, על פי כוונת החוק, לא הסמיך את הרשות לקבל** ולכן בית המשפט מוסמך להתערב בה, אך הוא נמנע מלהתערב בשאלה אם ההחלטה נבונה או יעילה **ככל שהחלטה נשאת בתחום הסמכות** של הרשות... מבחינה משפטית גבולות הסבירות בעניין מסוים אינם נקבעים על ידי הרשות המוסמכת או על ידי האורגן של הרשות. הם גם אינם נקבעים על ידי הדמות הפיקטיבית של האדם הסביר. **הם נקבעים על ידי החוק המסמך באותו עניין, כפי שהוא מתפרש על ידי בית המשפט**. הם משקפים בעיקר את כוונת החוק. בהתאם לכך, **הדמות הפיקטיבית של האדם הסביר היא בעצם התגלמות או ביטוי של כוונת החוק**".

"לשון אחר, **כאשר בית המשפט פוסק כי החלטה מסוימת היא בלתי סבירה, הוא אומר, על יסוד הפרשנות של החוק המסמך ובכלל זה תכליות החוק, כי החוק לא התכוון להסמיך את הרשות לקבל את החלטה שקיבלה**".

120. עילת הסבירות קובעת אפוא את תחום הסמכות החוקית של הרשות המינהלית עד עצם היום הזה. היעדר ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות על החלטות של הגורמים הבכירים והחשובים ביותר ברשות המבצעת, משמעותה להתיר להם להפר את החוק המסמיך אותם, כפי שהוא מתפרש על-ידי הפרשן המוסמך. משמעותה לאפשר להם לפעול בניגוד לחוק הכנסת על-פי פרשנותו המוסמכת. זהו – בהגדרה ממש – סיכול של עקרון שלטון החוק. הוא מסיר מעל ראשי הרשות המבצעת את עולו של הדין. הוא מאפשר להם לפעול מעבר לתחום הסמכות שהוענק להם בחוק שקבעה הכנסת ופורש על-ידי בית המשפט, ובכך הוא מסכל את עקרון הפרדת הרשויות.

121. ואכן, בית המשפט הנכבד הבהיר במילים שאין מפורשות מהן, שכפיפות הממשלה לעילת הסבירות היא חיונית לקיום עיקרון שלטון החוק במדינה דמוקרטית (הן שלטון החוק במובנו הפורמלי, הן במובנו המהותי), תוך שהודגש שהסבירות מגדירה את היקף הסמכות החוקית של הממשלה, דהיינו את עצם החוקיות של פעולותיה:

”משהגענו למסקנה, כי ההחלטה חורגת באופן קיצוני ממיתחם הסבירות ונגועה באי-חוקיות, אין מנוס מהכרזה על בטלותה. מעמדה הרם של הממשלה, כרשות המבצעת של המדינה... אין בכוחו להעניק לה כוחות שהחוק אינו מעניק לה. כל רשות שלטונית עלולה לקבל החלטה בלתי סבירה, שתבוטל על-ידי בית-משפט, והממשלה אינה חריג לכלל זה... אכן, זה כוחה של דמוקרטיה המכבדת את שלטון החוק. זהו שלטון החוק הפורמאלי, אשר לפיו כל הרשויות השלטוניות, לרבות הממשלה עצמה, כפופות לחוק. אין רשות שהיא מעל לחוק, אין רשות הרשאית לפעול מתוך חוסר סבירות. זהו גם שלטון החוק המהותי, אשר לפיו יש לאזן בין הערכים, העקרונית והאינטרסים של החברה הדמוקרטית, תוך הסמכת השלטון להפעיל שיקול-דעת המאזן באופן ראוי בין השיקולים הראויים.” (בג”ץ 6163/92 אייזנברג נ’ שר הבינוי והשיכון, פ”ד מז(2) 229, 274 (1993)).

ראו גם: עניין מיטראל, בפס’ 9 לחוות דעתו של השופט ת’ אור.

122. טול מבית המשפט את הסמכות לדון באי-סבירות ההחלטה המינהלית, ונטלת ממנו את האפשרות לפרש את החוק, ולקבוע אם הרשות הפרה אותו אם לאו, אם פעלה בגדר סמכותה אם לאו. במילים אחרות, נטילת הסמכות לדון בסבירות ההחלטה המינהלית, משולה לנטילת הסמכות לפקח על הרשות המבצעת כדי לוודא שהיא פועלת בגדר סמכותה. זהו סיכול כפול של עקרון הפרדת הרשויות – פעם אחת משום שהרשות המבצעת תהא פטורה דה-פקטו מעולו של חוק הכנסת, ופעם שניה משום שהרשות המבצעת תהא פטורה מעולו של פיקוח בית המשפט.

ד(3).2. עילת הסבירות ממשיכה לקבוע את תחום סמכותה החוקית של הרשות, ומאז עניין דפי זהב היא מבטיחה ביתר-שאת את התאמת ההחלטה המינהלית לחוק ולדין

123. הסיכול של עקרון שלטון החוק אך מתעצם ומחריף לנוכח חידודה של עילת הסבירות ברבות השנים. בתחילה, כפי שראינו, עילת הסבירות הגדירה את תחום הסמכות של הרשות על-בסיס הפרשנות האומרת שהמחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות לפעול באופן בלתי סביר במידה קיצונית. ההלכה שנקבעה בעניין דפי זהב עידנה הלכה זו, וסיפקה כלים מדויקים יותר כדי לזהות מתי החלטת הרשות כל-כך בלתי תואמת לחוק המסמיך, עד שהיא יוצא מגבולות הסמכות הקבועה בו לנוכח חוסר סבירותה.

במילים אחרות, עילת הסבירות מגנה כיום טוב מבעבר על עקרון שלטון החוק. היא מבטיחה שהרשות המבצעת תפעל במסגרת שהועיד לה הדין.

124. הדרך שבה עושה זאת עילת הסבירות מאז עניין **דפי זהב** היא באמצעות בחינה מדוקדקת של **תכלית החוק המסמיך ופרשנותו**, תוך אימוץ אותו ביסוס תיאורטי שעמד תמיד ביסוד העילות בדבר האיסור להתחשב בשיקולים זרים והחובה להתחשב בכל השיקולים הרלוונטיים.

125. נבחר למה הכוונה. כידוע, שלוש עילות-אחיות יש במשפט המינהלי הישראלי: האיסור להתחשב בשיקולים זרים, החובה להתחשב בכל השיקולים הרלוונטיים ועילת הסבירות. שלוש העילות משלימות זו את זו. כולן מבטיחות שהחלטת הרשות המינהלית **תנבע** מהשיקולים הרלוונטיים **ותתאים** להם. כולן נועדו להבטיח שהחלטת הרשות תתבסס על השיקולים הרלוונטיים, ועליהם בלבד. לכן אסור לרשות **לשקול** שיקולים שאינם רלוונטיים; מוטלת עליה חובה **להתחשב** בכל השיקולים הרלוונטיים; ועל החלטתה **להתבסס** עליהם ואף **להתאים** להם.

126. הצורך להבטיח שהחלטה מינהלית תנבע מהשיקולים הרלוונטיים ותגשים אותם הוא, למעשה, הצורך להבטיח שהרשות **תקיים את החוק שהסמיך אותה, תפעל בהתאם אליו, ותשתמש בסמכותה למטרות שהחוק הועיד לה**. לכן הן השיקולים הרלוונטיים, הן האיזון ביניהם, נובעים מהחוק המסמיך, **על-פי תכליתו, לפי פרשנותם המחייבת**.

127. בכל הנוגע לעילה האוסרת להתחשב בשיקולים זרים, הרי שהיא תמיד הייתה למעשה הדרישה שהרשות **תפעל לפי החוק המסמיך**. השיקולים הרלוונטיים נובעים מהחוק המסמיך, שכן על הרשות להשתמש בסמכותה למטרות שהועידו לה החוק והמחוקק ולא למטרות זרות. גבולות שיקול הדעת של הרשות הם דרישה של דין, שכל מהותה שלטון החוק ברשויות השלטון – שסמכויות מכוח החוק יופעלו להגשמת החוק ומטרותיו. היא מבוססת על הכלל שלפיו **"גם המוחלט בשיקולי הדעת חייב לרסן עצמו למסגרתו של החוק, אשר נפח בו חיים... שיקול-דעת זה חייב להיות מופעל להגשמת מטרות אותה חקיקה, שממנה באה סמכותם"** (בג"ץ 742/84 **כהנא נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לט(4) 85, 92 (1985)). לכן, כפי שנקבע לא אחת:

"חייב שיקול הדעת השלטוני לקחת בחשבון אותם שיקולים, הנופלים לדלי"ת אמותיו של החוק המסמיך אותו להפעיל שיקול-דעת. שיקול החורג ממטרותיו של החוק המסמיך הוא שיקול זר, ועל-כן פסול, ואין הרשות השלטונית רשאית להתחשב בו.

זאת ועוד, אין לה, לרשות השלטונית, חופש לעצב לעצמה את המטרות, שלשמן היא רשאית להפעיל את שיקול-דעתה. שיקול-דעת, המופעל מכוח החוק, חייב להתקיים במסגרת המטרות שהחוק קבע, ובמסגרת זו בלבד."

(בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו**, פ"ד מב(2) 309, 324 (1988) (להלן: **"הלכת פורז"**). ראו גם: בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 34 (1997)).

128. מכיוון ששיקול הוא רלוונטי רק אם הוא נובע מאחת מתכליות החוק המסמיך, נדרשת תמיד **פרשנות** של החוק המסמיך וזיהוי של תכליותיו. התכלית יכולה להיות תכלית **פרטיקולרית** של החוק הספציפי, והיא יכולה להיות **תכלית כללית** שהחוק נועד להגשים על-יסוד החזקה הפרשנית (הניתנת לסתירה) שכל דבר חקיקה נועד לקדם תכלית כללית זו. כלומר, במסגרת זיהוי השיקולים הרלוונטיים יש להידרש אמנם לעקרונות יסוד של השיטה, זכויות אדם וכיו"ב, אך זאת משום

שהם מהווים חלק מתכלית החוק המסמיך ומשליכים על פרשנותו-שלו (הלכת פורז, 326; בג"ץ 77/02 מעדני אביב אוסובלנסקי נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נו(6) 249, 275 (2002)).

129. ויודגש: השיקולים הנובעים מתכלית החוק מגבילים את סמכות הרשות המבצעת גם אם לא הוזכרו במפורש בחוק ככאלה שעבורם תופעל הסמכות. בית משפט נכבד זה הבהיר לפני עשרות שנים שאין שיקול דעת מוחלט, וכל שיקול דעת כפוף לשיקולים הנובעים מתכלית החקיקה גם אם הם לא נקבעו במפורש בחוק. בעניין זה "לא קיים הבדל עקרוני כלשהו בין המקרה שבו המדובר במטרה אשר המחוקק נקב אותה במפורש בתורת זו שלשמה הועיד את השימוש בסמכות הנדונה, לבין המקרה שבו המדובר במטרה העולה מכללא" (בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151, 1162 (1961)). בשני המקרים זיהוי השיקולים הרלוונטיים מהווה פרשנות מחייבת של החוק המסמיך, המגדיר את גבולות הסמכות של הרשות המינהלית.

130. על עקרונות יסוד אלה, שעילת השיקולים הזרים נסמכה עליהם תמיד, מבוססת כעת גם עילת הסבירות. מאז הלכת דפי זהב (ולמעשה כבר מאז עניין דקה) ברור שכמו השיקולים הרלוונטיים, גם גבול האיזונים האפשריים ביניהם ("מתחם הסבירות") נובע מהחוק ונבחן על-בסיס תכליתו. הן השיקולים, הן האיזון ביניהם נועדו להבטיח שהרשות המינהלית פועלת בהתאמה לחוק המסמיך, דהיינו בגבולות סמכותה.

אם כן, בעוד שעילת הסבירות הייתה קיימת תמיד, והגדירה תמיד את גבולות הסמכות החוקית, הרי ששיטת הזיהוי להחלטות אלה שהוצגה בהלכת דפי זהב רק הידקה את הקשר שלהן לחוק המסמיך, ובכך הבטיחה עוד יותר שהעילה תגשים את שלטון החוק.

131. ואכן, בעניין דפי זהב הובהר שכמו השיקולים הרלוונטיים, כך גם גבול האיזונים האפשריים ביניהם ("מתחם הסבירות") נגזר מהחוק המסמיך. האיזון הנערך בין האינטרסים השונים בעת קבלת החלטה ספציפית נובע מהחוק המסמיך ומהאיזון הקבוע בו. האיזון הוא חוקי ("סביר") אם הוא נעשה בהתאמה לתכלית החוק המסמיך ומגשים אותה. "מתחם הסבירות" אינו אלא מתחם שיקול הדעת שהעניק החוק לרשות, לפי פרשנותו בידי בית המשפט.

132. בעניין זה נפנה לדבריו החותכים של פרופ' יצחק זמיר (זמיר כרך ה', 3576-3579):

"האורגן של הרשות פועל מטעם הרשות, והוא חייב לפעול כפי שהרשות חייבת לפעול, כלומר על פי החוק: לא רק על פי לשון החוק, אלא גם על פי תכליות החוק, הכוללות גם את ערכי היסוד של השיטה..."

הווי אומר, שהאורגן של הרשות חייב לתת לכל שיקול ענייני את המשקל הראוי ולאזן באופן ראוי בין השיקולים לא על פי השקפה חברתית או נטייה אישית של האורגן, **אלא על פי תכליות החוק המסמיך** ונסיבות המקרה הנדון. **כך נדרש על פי עקרונות יסוד של חוקיות המינהל**, ודאות המשפט והמינהל התקיין.

כך גם לגבי בית המשפט כאשר הוא מפעיל ביקורת על שיקול הדעת של הרשות: הוא קובע את המשקל הראוי של שיקול מסוים ואת האיזון הראוי בין השיקולים, למשל את האיזון הראוי בין שלום הציבור לבין חופש הביטוי, לא על פי מבחן סובייקטיבי, כלומר ההשקפה החברתית או הנטייה האישית של השופט, אלא על פי מבחן אובייקטיבי, **כלומר תכליות החוק המסמיך** ונסיבות המקרה הנדון."

133. ומוסיף פרופ' זמיר דברים שהם חשובים ביותר לענייננו (זמיר כרך ה, 3580-3581):

"אם כי ראוי לדרוש מעובד הציבור שיפעל על פי תכליות החוק המסמיך ונסיבות המקרה הנדון, האם זאת באמת דרישה של סבירות? דרישת הסבירות, במובן המקובל, היא דרישה של שכל ישר, היגיון או תבונה. אך הדרישה שהרשות תפעל על פי תכליות החוק המסמיך ונסיבות המקרה אינה דרישה של סבירות במובן זה, אלא דרישה של משפט: דרישה שהרשות תפעל על פי החוק, והיא תלויה בעיקר בפרשנות החוק. בית המשפט קובע, על פי כללי הפרשנות, מה הן התכליות של החוק המסמיך, ולאור תכליות אלה מה הם המשקלות הראויים של השיקולים הענייניים, וכפועל יוצא גם מהו האיזון הראוי בין השיקולים לאור נסיבות המקרה. לכן, במקרה שבו רשות מינהלית נותנת משקל בלתי ראוי או עורכת איזון בלתי ראוי, יש לומר עליה שהיא נכשלה בטעות משפטית.

[...]

חשוב להבין מבחן זה נכונה [מבחן הרשות הסבירה – הח"מ]: הוא אומר כי הרשות חייבת לתת לכל שיקול את המשקל הראוי ולאזן באופן ראוי בין השיקולים, בהתאם לתכליות החוק המסמיך ונסיבות המקרה הנדון, ודי בכך, ללא צורך לפשפש בנבכי החשיבה המשוערת של הדמות הפיקטיבית הקרויה אדם סביר."

134. כמובן שהדברים נאמרו בהלכת דפי זהב עצמה במילים ברורות – מילים שמבקרי הסבירות נוטים להתעלם מהן. הובהר שם שהמשקל שעל הרשות ליתן לכל שיקול הוא "המשקל המתבקש על-פי פירושה של הנורמה החקיקתית אותה מבצעת הרשות המנהלית". גם מתחם הסבירות (מרחב שיקול הדעת שמעניק החוק) מיוסד על כך ש"על-פי פירושו של החוק, עשוי להיווצר מתחם של סבירות" שבמסגרתו כל יחס בין האינטרסים השונים נופל למסגרת החקיקתית הקבועה על-ידי המחוקק". זאת שכן "על הרשות המינהלית לאזן את האינטרסים השונים במסגרת הנורמה הכללית שקבע המחוקק" (שם, 445). כן הובהר בהלכת דפי זהב שהסבירות משתנה לפי החוק המסמיך, שכן היא נובעת מפרשנותו לפי תכליתו: "האיזון הראוי אינו עניין מוחלט, אלא הוא עניין המשתנה מדבר תחיקה אחד למשנהו, שכן סבירות האיזון נמדדת בכוחו להגשים את המטרה החקיקתית הניצבת בפני הרשות המינהלית" (שם, 447).

135. הנה כי כן, הלכת הסבירות מבטיחה גם עתה – ובאופן מדויק מבעבר – שהרשות "תפעל לפי החוק", כדברי פרופ' זמיר לעיל. היא מגשימה את הכלל הגדול שלפיו סמכות הרשות מוגבלת על-ידי החוק שאותו נועדה להגשים.

136. חשוב לציין, שככל שגדל היקף שיקול הדעת המינהלי, ומתרבים התחומים המוסדרים על-ידי המינהל במקום המחוקק, כך הופכת עילת הסבירות לקריטית יותר. לפי עקרון הפרדת הרשויות, איזון האינטרסים העקרוני אמור להיחתך בפרלמנט במסגרת החוק הכללי (בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סז(1) 177, 202-212 (2014)). מתן שיקול דעת רחב לרשות המבצעת יוצר גירעון דמוקרטי ממשי, והופך את הרשות המבצעת למחוקקת (בנוסף לכך שהוא פותח פתח להחלטות שרירותיות, פרסונליות או פוליטיות). לכן הכרחי במיוחד הצורך להבטיח ששיקול הדעת מינהלי יופעל על-פי תכליות החוק המסמיך ועקרונות היסוד של השיטה.

137. על הפגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות במדינה המינהלית המודרנית (פגיעה שעילת הסבירות קריטית לצמצומה) עמד פרופ' יואב דותן בציינו, כי אף שלפי התפיסה המסורתית אין למינהל

הציבורי שיקול דעת ניכר, שכן הכנסת יוצרת חוקים, בית המשפט מפרש אותם ואילו הרשות הציבורית רק מיישמת אותם, הרי שהמציאות במדינה המודרנית הפוכה: במדינת המינהל המודרנית מתקיים "הצורך האופרטיבי של הענקה נרחבת של סמכויות פעולה בכלל וסמכויות שיקול דעת בפרט – לכל רשויות המינהל" (יואב דותן **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי** כרך א 328-323 (2022)). לנוכח ההענקה הנרחבת של סמכויות לרשויות המנהל – חשיבות הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות רק מתחדדת.

138. כפי שהסביר פרופ' זמיר, "מצב זה אינו מבטיח במידה מספקת את קיום העיקרון של **שלטון החוק**. עיקרון זה, המקבל את המציאות של שיקול-דעת מינהלי, דורש ששיקול הדעת יהיה **מונחה ומבוקר**" (יצחק זמיר "הסמכות המינהלית" משפט וממשל א 81, 90 (1992)). לנוכח רוחב שיקול הדעת המוענק למינהל כיום, וצמצום כוחו של הפרלמנט, מתעצם הצורך להבטיח שהמינהל אכן פועל בהתאמה לחוק ומגשים אותו. לכך בדיוק מיועדת עילת הסבירות.

139. זה גם המקום לומר, שמאחר שעילת הסבירות משמשת לבחינת חוקיות מעשי המינהל, יכול המחוקק לשנות מפסיקת בית המשפט על ידי חקיקת חוק מסמיך שיבהיר במפורש את גדר הסמכות ואת תכליות החקיקה. חוק כזה יהא כפוף לביקורת חוקתית, אך לא מינהלית. כך למשל נעשה לאחר עניין דפי זהב, אז חוקקה הכנסת את חוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992. במילים אחרות – **עילת הסבירות אינה כלי להכנעת עולם הערכים של הכנסת לעולם הערכים של בית המשפט. כלל לא**. הכנסת לעולם רשאית לחוקק חוק מסמיך חדש שישקף את ערכיה. **מה שלא ניתן להרשות, הוא שהרשות המבצעת תעשה ככל העולה על רוחה, תפר את החוק ותכליתו ותהפוך למחוקקת-למעשה**, ללא הליך חקיקה סדור ברשות המחוקקת, וללא ביקורת שיפוטית.

140. סוף דבר, ביטול עילת הסבירות משמעותו היא למעשה סיכול של רכיב-יסוד בעקרונות שלטון החוק והפרדת הרשויות בכל הנוגע לראשי הרשות המבצעת. הוא מאפשר להם להפעיל סמכויות מכוח החוק שלא על-פי החוק המסמיך ולא להגשמת תכליתו, דהיינו **לחרוג מסמכותם**. הוא יוצר למעשה **פטור מכפיפות לחוק הכנסת**, כפי שהוא מתפרש על-ידי הפרשן המוסמך. הוא מאפשר לשלטון לנהוג בקביעות באופן בלתי חוקי.

ד(4). **ביטול עילת הסבירות משמעותו ביטול למעשה של החובה לפעול בסבירות**

141. כפי שפורט לעיל, במדינה דמוקרטית העם הוא הריבון. הממשלה ועובדיה פועלים – בנאמנות – עבור הציבור כולו ולא עבור עצמם. כל אשר הופקד לידי הרשות המינהלית, והממשלה בפרט, הופקד לה **בנאמנות, על מנת לשרת את הציבור**. ובמילותיו של השופט ח' כהן:

"לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עשה, ברצונה מעניקה וברצונה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: **כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות**" (עניין שפירא, 331).

142. הנה כי כן, הממשלה אינה עובדת עבור עצמה, אלא עבור הציבור, ועליה למלא את תפקידיה בנאמנות עבור הציבור. מדובר ב"עובדת יסוד" משפטית (בג"ץ 492/79 **חברה פלונית נ' משרד**

הביטחון, פ"ד לד(3) 706, 714 (1980) (כבוד השופט א' ברק)). מחובת הנאמנות של הממשלה נגזרת **חובתה לפעול בסבירות** – כלפי הציבור וכלפי הפרט.

143. כאמור לעיל, חובת האמון של הממשלה קבועה גם בחוק-יסוד: הממשלה. כך, סעיף 3 לחוק היסוד קובע כי **"הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת"** (אשר מכהנת, כאמור, מכוח אמון הציבור). ראש הממשלה, שרי הממשלה וסגני השרים מתחייבים, לאחר שהכנסת הביעה אמון בממשלה, **"לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, למלא באמונה את תפקידי כראש הממשלה/חבר הממשלה/סגן שר, ולקיים את החלטות הכנסת"** (סעיף 14 וסעיף 25 לחוק יסוד: הממשלה, בהתאמה).

144. הממשלה ושריה הם משרתי הציבור (וזאת אף אם היו "נבחרו ציבור"). הם מכהנים בתפקידם מכוח אמון הציבור ולמענו. משמעות הדברים היא כי חובתה של הממשלה לפעול בסבירות, כמו גם חובתה של כל רשות מינהלית לפעול בסבירות, היא חלק מחובתה כנאמן הציבור. כך הובהר, למשל, בעניין **אמיתי**, בעמ' 461-462 (כבוד השופט א' ברק):

"אכן, הממשלה, ראש הממשלה וכל שר הם נאמני הציבור. משלהם אין להם ולא כלום. כל שיש להם, למען הציבור יש להם [...]. **מחובת נאמנות זו נגזרת מהלכה - הלכה כללית, החלה על כל רשות שלטונית, לרבות ממשלה, ראש ממשלה ושרים - כי שיקול-דעת המוענק לרשות ציבורית חייב להיות מופעל בהגינות, ביושר, מתוך שיקולים ענייניים בלבד ובסבירות"**

ראו גם: בג"ץ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(3) 729, 743-744 (1980) (כבוד השופט א' ברק); ע"א 7726/10 **מדינת ישראל נ' מחלב**, בפס' 29 (נבו 16.10.2012) (כבוד השופט י' דנציגר); בג"ץ 6150/22 **דץ נ' צבא הגנה לישראל**, בפס' 21 (נבו 19.09.2022) (כבוד השופט א' שטיין).

145. הדברים כמעט ברורים מאליהם נוכח השימוש בסטנדרט הסבירות כאמת מידה נפוצה בגדר בחינת הפעלת שיקול הדעת של בעלי תפקידים באשר הם. המושג "סבירות" מבטא את נסיבות החיים המשתנות והעשירות, כך שלא ניתן לצפות מראש את כל התרחישים האפשריים בגדרם תופעל סמכות, באשר היא. משכך, למושג הסבירות שימוש נרחב במשפט הישראלי. הוא משמש בצורות שונות בכל תחומי המשפט, אף שמשמעותו וניתוחו בכל תחום שונה.

146. יתרה מכך. חובתו של הנאמן לפעול באופן סביר עבור שולחו קבועה באופן מפורש בחוק הנאמנות: **"במילוי תפקידיו חייב הנאמן לנהוג באמונה ובשקידה כפי שאדם סביר היה נוהג באותן נסיבות"** (סעיף 10(ב)). יוצא, אפוא, כי לאור הוראת סעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה, חובת הנאמנות החלה על הממשלה הינה מצומצמת יותר מחובת הנאמנות החלה על כל נאמן אחר.

147. **ביטול עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית מהווה – למעשה – פטור דה-פקטו מהחובה לפעול בסבירות**. בכך, הממשלה (באישור הכנסת) פרקה מעליה את אחת מחובותיה הבסיסיות כלפי העם. הממשלה הופכת על ראשה את המבנה החוקתי הבסיסי, לפיו הממשלה פועלת עבור הציבור. מדובר, למצער, בשינוי משטרי (המתווסף לשינויים מרחיקי הלכת שהממשלה הצהירה כי בכוונתה לכוון).

148. הפטור הגורף שניתן לממשלה מהחובה לפעול בסבירות הינו חמור שבעתיים שעה שהכנסת מעולם לא חוקקה או כוננה את אוסף החובות אשר חלות על הממשלה בהפעלת סמכויותיה. בהיעדר אסדרה כוללת של אופן פעולה של הממשלה (ואופן פעולתם של שריה), עילת הסבירות הינה החובה העיקרית החלה היום על פעולות הממשלה. הממשלה והשרים הם הגורמים המרכזיים בקביעת מדיניות ובהכרעות בעלות חשיבות ציבורית נרחבה. חלק גדול (למצער) מאופן הפעולה של גופים אלה כלל אינו מוסדר בחקיקה. כך, למשל, החלטות רבות אינן מתפרסמות ובוודאי שאין מתפרסם ההליך שלפיו התקבלו החלטות אלו. בדומה, אין קביעה של אמות מידה לקיום ההליך. מדובר בפגם יסודי בשיטת המשטר בישראל, שהחלת חובת הסבירות נועדה לתקן – ולו חלקית.

149. כך, למשל, נושא מינויו של היועץ המשפטי לממשלה והפסקת כהונתו, שהוא נושא קריטי לשלטון החוק, מעולם לא הוסדר בחקיקה. עילת הסבירות נותרה עילה מרכזית לבחינת כשרות המינוי והפסקת המינוי; בדומה, מעולם לא נקבע או הוסדר פרק הזמן הראוי להגשת אישום פלילי על ידי המדינה, שהוא נושא קריטי להגנה על זכויות חשודים. עילת הסבירות נותרה עילה מרכזית לבחינת נושא זה.

150. ביטול עילת הסבירות מבלי לקבוע לצידה הליך לאסדרת החלטות הממשלה והשרים תפגע – בבירור – באינטרס הציבורי ביחס לכל הנושאים הרבים שלא נקבעו לממשלה ולשרים אמות מידה מפורשות לקבלת החלטות בגדרם.

ד(5). ביטול עילת הסבירות פוגע בחומרה בביקורת השיפוטית על הממשלה ובזכות הגישה לערכאות

151. מבחינה משפטית צרופה (להבדיל מן המשמעות המעשית) ביטולה של עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית אינו מבטל את **עצם החובה** של הרשות לפעול בסבירות. ברם, תחת הנחה זו משמעותו של סעיף 15(ד1) היא שהאדם הפרטי, הנפגע מכך שהתקבלו החלטות שלטוניות בלתי סבירות המפרות את חובת הסבירות, אינו יכול לעתור לערכאות השיפוטיות ואינו יכול לזכות בסעד כנגד השלטון.

152. המשמעות היא שחרף קיומו של דין (חובת הסבירות) אין כל יכולת אפקטיבית לאכוף אותו על הממשלה. בתיבה "לא ידון כלל" החיל סעיף 15(ד1) לחוק-יסוד: השפיטה היעדר שפיטות גורפת, וכן פגע בזכות הגישה לערכאות. מדובר אפוא ביצירת תחום חדש לפעולות הממשלה – תחום שניתן לפעול בו בניגוד לדין ללא פיקוח וללא אכיפה שיפוטית.

153. פטור גורף מביקורת שיפוטית על קיום הדין – דין שעודנו קיים – מזעזע את עקרונות הפרדת הרשויות ושלטון החוק. ביקורת שיפוטית היא רכיב חיוני של **הפרדת הרשויות**. בהיעדרה לא יתקיים מנגנון האיזונים והבלמים שהינו קריטי לזהותה הדמוקרטית של המדינה. באופן בסיסי, עקרון הפרדת הרשויות משמעו כי הרשות השופטת נדרשת לבקר ולבחון את מעשי הרשויות האחרות (ובמיוחד הרשות המבצעת), ולאכוף עליהם את הדין. פטור מאכיפת הדין משמעותו, הלכה למעשה, גם היתר להפר את הדין ולפעול בניגוד לחוק, ולכן הוא מסכל גם את עקרון **שלטון החוק**. כידוע, "בלית דיין, לית דין" (בג"ץ 2/80 בט נ' שר הדתות, פ"ד לד(3) 144, 146 (1980)).

לכן, ניסוח ראוי של הדין צריך להתייחס לאופן שבו מפעיל בית המשפט את סמכות השיפוט, ולא להיעדר תחולה בכלל של סמכות השיפוט.

154. מעבר לכך, פטור זה פוגע גם בזכות הגישה לערכאות, דהיינו זכותו של אדם לפנות לערכאה שיפוטית כדי שתאכוף את הדין. כשעסקינן במשפט הציבורי, זכות הגישה לערכאות היא היבט חשוב ביותר של הדמוקרטיה, שחתירה תחתיו מקעקעת – כך ממש – את יסודותיה. כפי שנקבע לא אחת:

”במקרה האחרון [של סכסוך בין פרט לרשויות השלטון – הח”מ] נשענת ההכרה בזכות הגישה [לערכאות] גם על ההכרה כי **ביקורת שיפוטית על מעשי השלטונות היא חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע אחד מעמודי התווך של בנין המדינה**.” (עניין ארפל, בעמ’ 590).

155. בהנחה שחובת הסבירות עודנה קיימת, הסרתה של עילת הסבירות כעילת ביקורת היא פוגענית וחמורה במיוחד. לעילת הסבירות נודעת חשיבות עצומה כדי להגשים את היכולת לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות הרשות המבצעת. זאת משני טעמים:

(א) **ראשית**, בפני עצמה, כפי שראינו בפרקים הקודמים, היא מבטיחה שהחלטות אכן תהיינה סבירות, תעשינה על-פי החוק ובהתאמה למטרתו ותקיימנה את חובת הנאמנות של המינהל לציבור. מדובר במושג שסתום – אבן יסוד נורמטיבית שעליה מושתתים חלקים ניכרים מהמשפט המינהלי הישראלי, ובאמצעותה מוגשמים שלטון החוק והפרדת הרשויות.

(ב) **שנית**, מדובר בעילת ביקורת מרכזית גם לשם אכיפתן של עילות ביקורת אחרות – כגון שיקולים זרים, משוא פנים, חוסר שוויון, שרירותיות, היעדר תשתית עובדתית וכיו”ב. התוצאה הבלתי סבירה של ההחלטה מצביעה פעמים רבות על פגם אחר שאותו לא ניתן להוכיח. מחיקת עילת הסבירות תפגע אנושות גם באכיפה ובפיקוח על העילות האחרות, תוך העמקת הפגיעה בעקרונות שלטון החוק והפרדת הרשויות.

כתוצאה ממאפיינים האלו, אף נהוג להתייחס לעילת הסבירות כאמצעי שיפוטי שיורי, המתחייב כדי שיהיה זה אפשרי לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית, שהיא הכרחית לשלטון החוק.

156. בית המשפט הנכבד עמד לא פעם על חשיבותה ומרכזיותה של עילת הסבירות לנוכח המאפיינים הנ”ל. כך תיארה את הדברים, למשל, כבוד הנשיאה נאור בפס’ 2 לפסק-דינה בעניין הנגבי:

”לעילת הסבירות כעילה לביקורת שיפוטית של פעולות המינהל נודעת חשיבות... חשיבותה של הסבירות כמושג נורמטיבי נובעת, בין היתר, מהיותה מושג שסתום. עובדה זו מאפשרת לסבירות להיות 'הגשר שבאמצעותו המשפט עשוי לתת פתרונות מודרניים לבעיות החברתיות החדשות' (אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 254 (2004)). **לא אחת מאפשרת עילת הסבירות ביקורת שיפוטית על החלטה של רשות מינהלית הנוגעת בפגם אחר או נוסף הקשה להוכחה כשלעצמו, דוגמת משוא פנים ושיקולים זרים**. אכן, כפי שציין חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (פסקה ב), **לא אחת עילת הסבירות היא עילת ההתערבות היחידה שבאמצעותה ניתן למנוע מינוי פסול**. מכאן גם חשיבותה של הסבירות בהרתעה מראש של רשויות השלטון. **רשות היודעת כי אם תפעל**

בחוסר סבירות קיצוני עשוי בית המשפט להתערב בפעולתה תבחן בעצמה, לפני מתן ההחלטה, את סבירותה.

157. בדומה, פסק כבוד השופט א' שטיין בעניין **דרעי הרביעי** כי דוקטרינת הסבירות מעמידה לרשות בית המשפט כלי שיורי יעיל והכרחי לביקורת שיפוטית בתנאי אי ודאות, ומונעת מרשויות השלטון הסתרת קלקלתן על ידי ניצול של עמימות המסד העובדתי (ראו פס' 1312 לעתירה זו).

158. הנה כי כן, מחיקת העילה כעילת ביקורת שיפוטית פוגעת פגיעה קשה בהפרדת הרשויות ובשלטון החוק. חסימת ביקורת שיפוטית על מעשים בלתי חוקיים של המינהל עומדת בסתירה חזיתית לעקרונות אלה. כך בכלל, וכך במיוחד ביחס לעילת הסבירות. יפים, לענייננו, הדברים שקבעה כבוד השופט ע' ברון בפס' 4 לחוות דעתה בעניין **דרעי הרביעי** (ואשר הובאו בפס' 12 לעיל).

159. על חשיבותם של איזונים ובלמים ועל חשיבותו של עקרון הפרדת הרשויות ליצירת ממשל תקין ולשמירת הדמוקרטיה עמד גם כבוד השופט שמגר בעניין **רסלר** בצינו כי רק בדרך של "**מניעת ריכוז היתר של הכוח באופן בלעדי בידי רשות אחת, מובטחת הדמוקרטיה ונשמרת חירותם של הפרט ושל הכלל**" (שם, בעמ' 518).

160. הביקורת השיפוטית מממלאת תפקיד בלעדי ביכולתה של הרשות השופטת לשמש כבלם בפני הרשות המבצעת, ובכך להגשים, הלכה למעשה, את עקרון הפרדת הרשויות. תפקידה זה של הרשות השופטת מחייב אותה לנקוט עמדה ביחס לסבירות ההחלטה המינהלית הניצבת בפניה, שאם לא כן, לא תוכל הרשות להכריע בסוגיות שהובאו בפניה ולהגשים את תפקידה כ"בלם" המאזן את כוחה של הרשות המבצעת. כך, הכרה בעקרון הפרדת רשויות ובתפקידה של הרשות השופטת כמכריעה בסכסוכים, גוררת עמה באופן הכרחי גם הכרה בכוחה לקיים ביקורת שיפוטית על סבירות ההחלטה המינהלית. בלשונו של מנחם בגין: "**אין ספק, כי גדולה מסכנת טשטוש התחומים בין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת היא הסכנה של ביטול התחומים בין הרשות המבצעת לבין הרשות השופטת... בנפול מבצר המשפט, אין עוד מציל לאדם הנשחק בין אבני הריחיים של השררה**" (מנחם בגין "השקפת חיים והשקפה לאומית" עיתון חרות 23.3.1951).

161. סעיף 15(ד1) לחוק-יסוד: השפיטה משחרר את ראש הממשלה, את הממשלה, את שרי הממשלה וכן כל אדם אחר שיימצא לנכון מכל כפיפות לביקורת שיפוטית בגין הפרת חובת הסבירות. זאת גם כאשר מדובר בהחלטות אשר לא יבטאו קביעת מדיניות רוחבית או ערכית וגם כאשר ידובר בהחלטות מופרכות לחלוטין, הזויות ומצויות מרחק רב מחוץ לכל טווח סבירות אפשרי. פטור זה מביקורת שיפוטית עומד בניגוד ישיר לעקרונות שלטון החוק והפרדת הרשויות כאחד. הוא מתיר לראשי הרשות המבצעת להפר את החוק, בכך שהוא מונע במפגיע מבית המשפט – כל בית משפט – לבצע את תפקידו היסודי ולאכוף על הרשות המבצעת את הדין.

ד(6). סעיף 15(ד1) לחוק-יסוד: השפיטה נגוע בקיצוניות בשל היתר למעשה לפעול בחוסר סבירות באופן מוחלט

162. פגם מהותי נוסף הוא ניסוחו הגורף והמוחלט של סעיף 15(ד1) לחוק-יסוד: השפיטה, אשר אינו נותן משקל לשוני מובנה ומהותי בין סוגי ההחלטות אותן מקבלת הממשלה ונציגיה. מדובר במתן

היתר למעשה לפעול בחוסר סבירות, גם קיצונית, ביחס לכל החלטות הממשלה (לרבות ראש הממשלה ושריה), באופן אחיד. זאת בעוד שעילת הסבירות היא עילה מורכבת, השזורה במשפט המינהלי הישראלי מזה עשרות שנים, על כל ענפיו. ביטולה הגורף של עילת הסבירות, מבלי להבחין בין סוגי ההחלטות עליהן היא חלה, ומבלי להעריך את הנזק הכרוך בכך ביחס לכל תחום – צפויה להביא לתוצאה הרת אסון.

163. כך, למשל, סעיף 15(ד1) לא מבחין בין החלטת מדיניות כללית לעומת החלטה קונקרטית; אינו מבחין בין תחומים שונים של החלטות כגון תחומים הנוגעים ישירות לזכויות אדם ואזרח, או לחילופין תחומים בעלי השלכות כלכליות רוחביות; ולא מבחין בין היבטים תהליכיים לבין היבטים תוכניים הקשורים להחלטה.

164. פרופ' יואב דותן מבחין בין שני מודלים של סבירות, אשר ניתן להיעזר בהם לצורך המחשת הפגם החמור שנפל בנוסחו של סעיף 15(ד1): "**סבירות הליכית**", שעניינה ביקורת על הליך קבלת ההחלטה עצמו, לרבות היוועצות בגורמים האמורים להשתתף בהחלטה, חובת הנמקה, קיום דיון קרוי והיבטים אחרים שקשורים בתהליך שעשה מקבל ההחלטה עד לקבלתה; ו"**סבירות איזונית**" המתייחסת לשיקולים שנשקלו בגדר קבלת ההחלטה, המשקל הראוי שניתן לכל אחת משיקולים אלו ותוכן ההחלטה שנתקבלה. פרופ' דותן גורס כי מדובר באמת-מידה רחבה יחסית, שיישומה כרוך בהפעלת שיקול דעת שיפוטי (ראו, למשל, יואב דותן "שני מושגים של סבירות" **ספר שמגר – חלק א'** 417 (2003); יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" **משפטים** נא 673 (תשפ"ב)).

165. אבחנה זו אומצה על-ידי כבוד השופט נ' סולברג בבג"ץ 4252/17 ג'בארין נ' הכנסת (נבו 14.7.2020), תוך שהובעה העמדה שיש מקום לרכז את הבחינה של החלטות שרים בסבירות ההליך, ולצמצם או להימנע מבחינת סבירותה התוכנית-המהותית של החלטת שר אם לא נפל פגם בסבירות ההליך (או, לפי פרשנות אחרת, לפחות אם הוחלט על "מתווה הולם" וההליך מצביע במובהק על בחינה רצינית ומקצועית הבוחנת כראוי את כלל השיקולים הרלוונטיים). יצוין שכבוד השופט ג' קרא חלק על גישה זו (וראו גם האופן שבו תוארו העמדות בדנג"ץ 6679/20 ג'בארין נ' הכנסת (נבו 26.5.2021)). כן ראו: ע"מ 1798/20 פורום המזרח התיכון ישראל נ' עיריית תל אביב-יפו, פס' 20 לפסק-דין של כבוד השופט סולברג ופס' 1-2 לפסק-דין של כבוד השופט ג' קרא (נבו 7.1.2021).

166. גישות שונות אלה ממחישות את הקיצוניות שבהסרה גורפת של עילת הסבירות נוכח נוסחו של סעיף 15(ד1) לחוק-יסוד: השפיטה. הרשות המבצעת נטלה לעצמה את הרשות לבצע כל פעולה, לרבות פעולות מופרכות ופוגעניות ביותר. כל עוד אין הפרה מפורשת של חוק אחר (שכאמור, כדרך כלל אינו קיים ביחס לפעולות הממשלה); כל עוד לא נשקלו שיקולים זרים (שמטבעם קשים להוכחה); כל עוד נטען כי נשקלו כל השיקולים הרלוונטיים; וכל עוד לא הוכחה פגיעה ברורה בזכות-יסוד מוכרת (רף שאינו פשוט למעבר) – לא ניתן יהיה לבקר את ההחלטה.

167. יתרה מכך. נוסחו של סעיף 15(ד1) לחוק-יסוד: השפיטה מאפשר לממשלה (וחבריה) לחמוק מביצוע חובותיה המפורשות על פי דין. זאת, כיוון, שלא תיתכן ביקורת שיפוטית על החלטה שלא להפעיל סמכות כלשהי. משמעות הדברים היא כי כל ששר פלוני יכול להחליט שלא לפעול (בכלל)

בגדר הסמכות שניתנה לו ולא להגשים את תפקידו. הווה אומר: "כרטיס פתוח" לפגיעה בשלטון החוק.

168. ההבחנה בין היבטים שונים של אי-סבירות נשמעה גם בפסיקת בית משפט נכבד זה. כך, למשל, ציין כבוד השופט א' שטיין בפרשת דרעי כי הוא "מתנגד להפעלתה של דוקטרינת הסבירות במתכונת שכיניתה 'המשפט זה אני', במסגרתה בית המשפט מעמיד את איכות השיקולים אשר נשקלו על ידי הרשות עובר לקבלת החלטתה לבחינה מוסרית-ערכית משל עצמו", וזאת חרף תמיכתו בהחלת עילת הסבירות במקרים אחרים (שם, בפס' 25). בדומה, גם הביקורת של כבוד השופט נ' סולברג על עילת הסבירות מתמקדת ב"סבירות המהותית", ולא בעילה המסורתית של "אי-סבירות כמפורכות שביקשה למנוע החלטות שרירותיות ואבסורדיות" (ראו בפס' 165 לעיל. כן ראו: נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18, 37 (2019) (להלן: "השילוח")). לפניו, גם הנשיא לנדוי סבר שיש מקום לשייר בדין סמכות לפסול "החלטה מנהלית כה מופרכת על פניה (אבסורדית) עד שיש לראות בה חריגה מסמכותה של הרשות המחליטה" (משה לנדוי, "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד(1) 5, 13 (1989)).

169. נוסחו של סעיף 15(ד) מבטל כליל את עילת הסבירות – לא רק את הניסוח המעודכן שלה בעניין דפי זהב, אלא גם את העילה בניסוחה ה"מסורתי", כפי שנשאבה מהדין האנגלי והשתקף בפסיקת בית משפט נכבד זה עד להלכה שנקבעה בעניין דפי זהב, כמתואר לעיל. באין סמכות לדון כלל בסבירות ההחלטה, כיצד יחליט בית המשפט שהחלטה "כה מופרכת על פניה" כמאמר הנשיא לנדוי?

170. אכן, ביטול חובת הסבירות כמשתקף מנוסח סעיף 15(ד) החדש, לא גודע רק את ההלכה שנקבעה בעניין דפי זהב. הוא גודע את הלכות הסבירות מאז קום המדינה. נוסח זה לא מחזירנו ל-1980, אלא ל-1948, ואף מקודם לכך (שהרי גם בתקופת המנדט נהגה עילת הסבירות).

171. במילים אחרות, ביטול החובה לפעול בסבירות, לא זו בלבד שמתיר לרשות המבצעת לקבל החלטות בלתי סבירות באורח קיצוני או מהותי, כנוסחה של ההלכה כפי שנקבעה בעניין דפי זהב, אלא גם לקבל החלטות מופרכות על פניהן ואבסורדיות, שאיש לא היה מעלה על דעתו להקנות לה סמכות לקבלן. כל אלה, ניתן יהיה לעשות לפי התיקון החדש.

172. יודגש, קיימת מידה גדולה יותר של סיכון שהממשלה תשתמש לרעה בכוחה מאשר הכנסת. הכנסת פועלת בפומבי, תוך התחשבות (גם אם כפויה) במגוון דעות, אשר מוליכות לא פעם לפשרות ביחס להליכי חקיקה ופעולות הכנסת. בנוסף, חברי הכנסת הם נבחרים ציבוריים והציבור יכול לבטא את ביקורתו על החלטותיהם בבחירות שמתקיימות מעת לעת. לפיכך, הסיכון שהכנסת תשתמש בכוחה לרעה אומנם קיים, אבל הוא רלוונטי בעיקר ביחס לפגיעה בקבוצות מיעוט שאינן מיוצגות (בקואליציה או בכלל) וכאשר מדובר באינטרסים של הפרט (זכויות אדם). ככלל, הסיכון שהרשות המחוקקת תנצל את כוחה לרעה קטן ביחס לגופם אחרים. ברם, כשמדובר ברשות המבצעת, הסכנה גדולה יותר. כך, פעמים רבות פועלים גופי הממשלה באופן נסתר וללא דיון ציבורי פתוח; לא נדרשת הסכמה רחבה המייצגת אינטרסים שונים בקרב הציבור; גורמי הממשלה חשופים

להשפעתם של שדלנים וקבוצות לחץ אחרות – הן במישור העסקי והן במישור הפוליטי; ועל-כן, החלטות מתקבלות במהירות, תוך העדפת שיקולים לטווח קצר על פני שיקולים של טווח ארוך.

173. בפרקי המשנה שלהלן נראה עד כמה פגומה החלתו הגורפת של התיקון לחוק היסוד ונדגים את רוחב הצוהר שפתח התיקון להכשרתן של החלטות מופרכות ואבסורדיות: ראשית נדגים, קמעה, את ההיתכנות לקבלת החלטות הפוגעות קשה בזכויות האזרח והפרט; ולאחר מכן נזכיר כי חלק נכבד מהסמכויות הנתונות לשרי הממשלה כרוכות בהפעלת סמכות פרטנית, שאין בינה לבין מדיניות או "איזון ערכי" דבר וחצי דבר.

ד(6).1. עילת הסבירות משמשת מגן כנגד מחדלים הפוגעים קשות בזכויות אדם ופרט

174. התיקון לחוק קובע כי "החלטה" החסינה מביקורת בעילת הסבירות היא גם "החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות". תיקון זה מכשיר, הלכה למעשה, מחדלים של שרים שנעשים תוך שיתוק מינהלי והקפאה של הליכים רגולטוריים חיוניים לרבות מתן רישיונות והתקנת תקנות חיוניות שיש בהם כדי לפגוע קשות בזכויות ובאינטרסים בתחומים רבים.

175. מקום בו שר נמנע מהפעלת סמכות הנתונה לו, הוא בפועל מוחק את הוראת החוק המסמיכה, ורואה לעצמו דרור שלא לקיים הוראת חוק זו. הדבר עלול לפגוע באינטרסים ובזכויות הפרט. העילה היחידה שתעמוד להם במקרה כזה כנגד הימנעות שרירותית ופוגענית משימוש בסמכות תהיה עילת הסבירות המהותית.

176. בבג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים פ"ד לז(3) 29, 35 (1983) נדונה החלטת שר הפנים להימנע לעשות שימוש בסמכות הנתונה לו בפקודת קביעת הזמן ולקבוע מעבר לשעון קיץ. בית המשפט התייחס לכך כי הימנעות משימוש בסמכות, צריכה להתבסס על אמות מידה מקובלות ושיקולים סבירים. יפים לכאן דבריו של כבוד השופט (כתוארו אז) א' ברק:

"אכן, אם חוסר סבירות בהתקנתה של תקנה יש בו כדי להביא לבטלותה של התקנה, הרי גם חוסר סבירות באי-התקנתה יש בו כדי להביא לבטלות ההחלטה שלא להתקינה. [...] אין רשות מינהלית רשאית להימנע מהפעלת סמכויות הרשות שבידה להתקנתה של חקיקת משנה בלא כל טעם ענייני כדין. המינהל פועל במסגרת החוק, וכל החלטה משלו חייבת להתקבל במסגרת החוק, ועל-פי שיקולים כדין."

177. ראו גם דבריו של כבוד הנשיא שמגר בבג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת פ"ד לו(2) 449, 458 (1982) ביחס לתפקידו של בית המשפט: "בית-משפט זה מתערב כדי להעניק סעד לאזרח, מקום בו הוכח להנחת דעתו, כי הרשות נמנעה שלא כדין מהפעלת סמכותה או חרגה מסמכותה".

178. על האפקטיביות שבביקורת שיפוטית על הימנעות מהפעלת סמכות, עמד כבוד הנשיא שמגר בבג"ץ בעניין דרעי-פנחסי, בעמ' 423:

"גם אם הרשות ממאנת להפעיל סמכות שבשיקול-דעת, ניתן לבחון את הימנעותה האמורה מפעולה לפי אמות המידה המקובלות בעת בחינתן של סמכויות סטטוטוריות, היינו ניתן לבחון אם ההימנעות משימוש בסמכות נבעה משיקולים סבירים או שמא חייב מכלול הנסיבות את הפעלת הסמכות; כן נבחן אם ביסוד ההימנעות אינם מונחים חוסר סבירות, שרירות או הפליה, העלולים לפסול את מעשיה או מחדליה של הרשות. משמע, לא רק הפעלת סמכות בנסיבות שבהן הפעלתה אינה

סבירה, אלא גם הימנעות מהפעלת סמכות שבשיקול דעת בשל טעמים בלתי סבירים, יכולה להוליך למסקנה כי ההימנעות מפעולה היא בטלה."

179. כאשר שר נמנע מלהפעיל את סמכותו הוא עלול לפגוע בזכויות היסוד של הפרט ובאינטרסים של הציבור הרחב בתחומי החיים השונים. כאשר שר החינוך נמנע מלממש את סמכויותיו בתחומי האחריות של משרדו הוא פוגע בזכות לחינוך; כאשר שר הבריאות נמנע מלקבל החלטות נדרשות הוא פוגע בזכות לבריאות ולעיתים אף בזכות לחיים; וכך הלאה.

180. כך, בבג"ץ 4540/00 עפאש נ' שר הבריאות (נבו) (14.05.2006) נידונה טענה בדבר הימנעותו של שר מהתקנת תקנות וקביעת כללים להקמת מרפאות בכלל הישובים הבדואים. כבוד השופט א' רובינשטיין, בפס' 6(ג) לפסק דינו, קבע כי: **"הענקת שירותי בריאות לתושבי ישראל היא חובה לפי החוק, ואין בטעמים של בניה בלתי חוקית על-ידי פלוניס כדי להתנער ממנה כשלעצמה; חובה זו מתעצמת בגלל אופיה – שירותי בריאות, היורדת לשורש רווחתו של האישית של כל אדם."**

181. בבג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (נבו) (18.11.2013) נדונה עתירה שקראה לחייב את שר הבריאות ואת שר הרווחה להתקין תקנות להענקת זכויות לעובדים זרים, ונקבע כי החלטת השר לא לעשות שימוש בסמכותו, אינה מצויה במתחם הסבירות, תוך שבית המשפט הנכבד הדגיש את חשיבות הזכויות הנדונות. כך, בפסקאות 82-84 לפסק דינה של כבוד השופטת ע' ארבל:

"...חברה נמדדת על-פי יחסה לחלשים שבתוכה. [...] למדינה, זאת נדע, פררוגטיבה רחבה-מכל בתחומים אלה, ורשאית היא להחליט מי יכנס בשעריה - ובאלו תנאים - ומי יוותר מחוצה לה. אלא שכוחם של טיעונים אלה יפה עד לגבול מסוים בלבד, שהרי ברי כי אין לגזור מאותו היתר כניסה לצורך עבודה שנתנה המדינה בידי העובד הזר, הרשאה בלתי-מסויגת לפגוע בזכויותיו. העובד הזר אינו נכנס בשערי המדינה ומשיל מעליו את אנושיותו וזכויותיו היסודיות. [...] החלטת המשיבים שלא לעשות כל שימוש בסמכותם לפי סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, בנוגע לעובדי סיעוד בעלי זיקה חזקה לישראל, אינה מצויה במתחם הסבירות."

182. בבג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, 451 (1994) נדונה החלטת השר לענייני דתות להימנע מהכרה בעותרת כ-"מוסד חינוכי", לאחר שלא שעתה לפניו. כבוד השופט ד' לויין פסק כי **"על רשות מוסמכת לפעול בסבירות. סבירות משמעה גם עמידה בלוח זמנים סביר"**.

183. כך גם, לעניין מתן רישיונות, כאשר נדונה החלטת שר התחבורה להימנע מקביעת מועד חדש להגשת בקשות לרישיון מוניות. נקבע, כי שר התחבורה חייב להפעיל את סמכותו ולקבוע מועד חדש ב"מהירות הראויה" שכן, כך **"סביר יהיה"**. בג"ץ 679/84 מאור נ' שר התחבורה, פ"ד לט(2) 825, 830 (1985).

184. הותרת התיקון לחוק היסוד על כנו תעמיד את הפרט שיפגע משרירות החלטתו של שר שלא הפעיל את סמכותו לטובת האינטרס הציבורי ושמירה על זכויות, בפני שוקת שבורה וללא סעד. **על בית המשפט הנכבד להתערב ולקבוע, לכל הפחות, כי התיקון לחוק היסוד לא יחול על החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות.**

ד(6).2. חלק נכבד מהחלטות השרים הן רגולטוריות-פרטניות – ולא החלטות בענייני מדיניות

185. בבסיס התיקון נושא העתירה עומדת הטענה כי ההתערבות בהחלטות שרים מטעמים של חוסר סבירות קיצוני מתערבת ב"איזון הערכי בין השיקולים השונים הנוגעים להחלטה" (דברי ההסבר להצעת החוק, כפי שהובאו בסעיף 59 לעיל). לפי הטענה, כפי שהיא מובאת בדברי ההסבר להצעת התיקון, את אותו איזון ערכי יש לשמור לנבחר הציבור, ולהם בלבד.

186. כבוד השופט נ' סולברג הבחין בין החלטות שעניינן התוויית מדיניות בעלת השלכות רוחב, המשקפות, מטבען, הכרעה ערכית-מקצועית; להחלטות שכינה "בירוקרטיה" שעניינן, כלשונו "מכרזים, היתרים, רישיונות, אישורים וכיוצא באלו הליכים מינהליים המתישים כוחו של אדם" (השילוח, וראו גם פסקי-הדין בפס' 165 לעיל). לגבי החלטות מהסוג השני, ציין כבוד השופט סולברג כי ב"מצבים מעין אלו ישנה הצדקה רבה יותר לשימוש בעילת הסבירות המהותית".

187. כלומר: תכליתו הסובייקטיבית של המכונן במסגרת התיקון לחוק, כפי שהיא נלמדת מדברי ההסבר (לעניין התכלית הסובייקטיבית כמבטאת את כוונתו של המחוקק ראו רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סה(2) 563, 582 (2012)) היא לצמצם את עילת הסבירות בכל הנוגע להחלטות הערכיות של הממשלה ושריה, להבדיל מאלו ה"בירוקרטיות".

188. אלא שהתיקון לחוק היסוד מתעלם לחלוטין מהספקטרום הרחב של סמכויות השרים ובייחוד מהעובדה כי לשרים "כובעים" שונים וביניהם סמכויות רגולטוריות קונקרטיות שנחזות להיות ככאלה ששייכות לדרג המקצועי.

189. ודוק – בחיקוקים השונים, ניתנה לשרים סמכויות מקצועיות שאין עניינן ב"הכרעה ערכית-מקצועית", אלא שהן סמכויות מקצועיות, המסמיכות את השרים לעסוק באותה "בירוקרטיה", הכוללת, כאמור, "מכרזים, היתרים, רישיונות אישורים וכיוצא באלו הליכים מינהליים המתישים כוחו של אדם" (השילוח).

190. נדגים זאת, בקצרה, באמצעות הטבלה הבאה:

<p>סעיף 4(ב2) לחוק משק החשמל, התשנ"ו-1996 קובע כי רישיון ייצור בהיקף העולה על 100 מגוואט, רישיון הספקה בהיקף העולה על 100 מגוואט, רישיון חלוקה בהיקף העולה על 5% מהיקף הצריכה השנתי, רישיון הולכה או רישיון לניהול המערכת, ייכנסו לתוקפם לאחר אישור בידי השר.</p>	
<p>סעיף 7 לחוק משק החשמל קובע כי השר רשאי לקבוע תנאים למתן רישיון, דרכי בחירה בין מבקשי רישיון, כללים להפעלתו, החובות שיחולו על בעל רישיון, ועוד.</p>	<p>שר האנרגיה, משק החשמל</p>
<p>סעיף 9 לחוק משק החשמל קובע את התנאים לביטול רישיון, לרבות אישורו של השר. בנוסף, השרים רשאים לקבוע כללים למתן פיצוי, ויכול שעל פי כללים כאמור, יהיה שיעור הפיצוי אפס.</p>	
<p>לפי סעיף 46 לפקודת מסילות הברזל [נוסח חדש] השר רשאי, באישור הממשלה, להעניק זיכיון לבנייתה, להפעלתה או לניהולה של מסילת ברזל; באישור שר התחבורה ושר האוצר ניתן לקבוע תנאים המגבילים את הזכות להשתתף במכרז ולהחזיק בזיכיון; תנאים שעניינם תקופת הזיכיון דמי הנסיעה ועדכונים טוענים גם הם אישור השרים.</p>	<p>שר התחבורה, מסילות ברזל (רכבת קלה)</p>

<p>לפי סעיף 46ט לפקודה זו ככל והותלה היתר הפעלה, יורה המנהל, <u>באישור השר</u>, על אופן מתן השירות בתקופת ההתליה. בנוסף, לאחר ביטול היתר הפעלה, <u>רשאי השר</u>, באישור הממשלה, להורות בצו כי המסילה תופעל בידי מי שנקבע בצו ובהתאם לאמור בו.</p>	
<p>לפי סעיף 10 לחוק רשות הספנות ונמלים, התשס"ד-2004, השר, <u>בהסכמת שר האוצר</u>, רשאי להסמיך חברה להיות חברת נמל, שתפעיל נמל ותיתן שירותי נמל; כן רשאי השר, באישור שר האוצר, להסמיך תאגיד שלא הוסמך כחברת נמל, לתת שירותי נמל. כן רשאי השר להתנות את ההסמכה בתנאים.</p>	<p>שר התחבורה – נמלים</p>
<p>לפי סעיף 11(ב) לחוק זה, תאגיד מורשה לא ירכוש מקרקעין בתחום נמל אלא באישור חברת הפיתוח והנכסים; לא אישרה חברת הפיתוח והנכסים, רשאים השרים, לפי בקשת התאגיד המורשה, לאשר את הרכישה או את קבלת המקרקעין כאמור.</p>	
<p>סעיף 3(א) לחוק כבישי אגרה (מנהרות הכרמל) קובע כי שרי התחבורה, האוצר והבינוי והשיכון, באישור הממשלה, יקבעו את מסמכי המכרז 'שיימסרו למציעים, לצורך בחירת בעלי הזיכיון; סעיף 5 לחוק זה קובע כי <u>העברת שליטה בבעל הזיכיון טעונה הסכמה מראש של שר האוצר ושר התחבורה</u>; ובהתאם לסעיף 11, אם הסתיים חוזה הזיכיון קודם לסיום התקופה הקבועה בו, יפעל שר התחבורה (באישור הממשלה) למתן זיכיון לבעל זיכיון חדש.</p>	<p>שר התחבורה והאוצר – כבישי אגרה</p>
<p>סמכויות דומות נקבעו בחוק כביש אגרה (כביש ארצי לישראל), התשנ"ה-1995.</p>	
<p>סמכויות נרחבות על פי חוק הנפט, התשי"ב-1952, לרבות הסמכות הקבועה בסעיף 28(א) לחוק זה לפיה השר רשאי, לאחר התייעצות עם המועצה, להודיע, בהודעה שפורסמה ברשומות, כי קרקע פלונית שאין עליה זכות נפט ואינה כלולה בבקשה תלויה ועומדת לזכות נפט תועמד לתחרות על חזקה; כל עוד הודעה כזאת בתקפה לא תינתן עוד זכות נפט על אותה קרקע זולת חזקה על פי תחרות.</p> <p>בהתאם לס"ק (ה) בעל חזקה הרואה עצמו מקופח על ידי פעולה של השר לפי סעיף זה, רשאי לערער לפני בית המשפט תוך שלושים יום מיום שנודעה לו פעולת השר.</p>	<p>שר שמונה על ידי הממשלה</p>
<p>סעיף 45(א) לחוק הנפט קובע את זכויותיו של בעל זכות נפט לשימוש במים. בהתאם לסעיף 45(ב) "בעל זכות נפט רשאי לדרוש מן השר שתסופק לו, במחיר הקיים אותה שעה, כמות המים הדרושה לו, מטעמים המתקבלים על הדעת, לפעולותיו, אם שילם בעל הזכות את ההוצאות הכרוכות בהספקה ובהתקנת אמצעים וסיפק את החמרים הדרושים לכך; הספקת המים תהיה לפי תנאים שיקבע השר."</p>	
<p>מכוח סעיף 2 לחוק התקשורת (בזק ושידורים, התשמ"ב-1982) נתונות לשר התקשורת סמכויות נרחבות, וביניהן הסמכות לקבוע שירותי בזק נוספים שאספקתם דרך עיסוק תהיה טעונה רשיון (ס' 2(ג)); להורות למי שרשום במרשם שהשירותים שישפק יהיו טיעונים רשיון (ס' 2(ד)); הסמכות להורות לספק מורשה להקצות מספרי טלפון, להורות לו על יישום תכנית מספור ואף לקבוע אגרות בדבר הקצאה (סעיף 5א).</p>	<p>שר התקשורת</p>

191. סמכויות אלה הן סמכויות רגולטוריות מובהקות, בעניינים מקצועיים. בהפעלת סמכויות לאישור העברת מניות; סמכויות למתן רישיונות, היתרים וזיכיונות ולביטולם וסמכויות נוספות בתחומי האנרגיה, התחבורה, התקשורת, התכנון והבניה ועוד, אין השר מתווה מדיניות שבבסיסה הכרעה ערכית. לשימוש בסמכויות אלה ישנן השפעה דרמטית על כלכלת המדינה ועל היכולת למשוך יזמים זרים להשתתף במכרזים לפרויקטים לפיתוח התשתיות בישראל ולשכנע בנקים זרים לממן פרויקטים כאלה. מדובר בהכרעות נקודתיות, ולהן השלכה ישירה על אינטרס

הציבור. בהעבירו סמכויות אלה תחת שבט הביקורת, פועל בית המשפט לאזן בין הממשלה לבין המגזר הפרטי. לצורך כך, כתב כבוד השופט נ' סולברג, "אנו מעוניינים לאפשר לבית המשפט מרחב תמרון גדול יותר בעת שהוא נדרש לבקר את החלטת הרשות המנהלית" (השילוח).

192. יוצא אפוא, כי התיקון לחוק היסוד שולל מבית המשפט את האפשרות המעשית לבקר החלטות מקצועיות הלוקות בחוסר סבירות קיצוני, והכל בשל הבחנה בינארית ומוטעית בין "דרג מקצועי" לבין "דרג נבחר" (שכאמור כלל אינו נבחר). זאת, על פני הדברים, גם בניגוד לכוונתו של המכונן כפי שהיא עולה מדברי ההסבר להצעת החוק, כאשר עמד מפורשות על הרצון להותיר את "האיזון הערכי" לדרג הנבחר – אותו איזון ערכי שנעשה כאמור בהחלטות בענייני התווית מדיניות, ולא בהחלטות מקצועיות-רגולטוריות.

193. נחיצותה של עילת הסבירות בכל הנוגע לסמכויות רגולטוריות-מקצועיות, מתחדדת נוכח הקושי הראייתי להוכיח את תקומתן של עילות מינהליות אחרות במקרים כאלה. כך למשל, כאשר שר נמנע מלהעניק לחברה שעומדת בכל התנאים המקצועיים רישיון או זיכיון, או מחליט לבטל היתר שניתן לפלוני בהחלטה קצרה, קשה מאוד, ולרוב בלתי אפשרי, להצביע על שיקולים זרים שעמדו ביסוד אותה החלטה "טכנית". במקרים כאלה במיוחד, עילת הסבירות משמשת כלי חיוני וחשוב בביקורת על החלטות שהתקבלו תוך שקילת שיקולים זרים, נוכח העמימות המובנית והקשיים הראייתיים שמונעים מ"האזרח הקטן" להתמודד מול "המערכת". יפים לכאן דבריה של כבוד השופטת ד' ברק-ארז בבג"ץ 3823/22 נתניהו נ' היועצת המשפטית לממשלה, בפס' 5 לפסק דינה (נבו 17.07.2023):

"עילת הסבירות משמשת כלי חשוב לביקורת גם על החלטות פגומות שבהן נפלו שיקולים זרים, באותם מקרים שבהם קיימים מחסומים ראייתיים שונים המטילים קושי על האפשרות להצביע על שיקולים אלו. כידוע, דברים שבלב הם קשים להוכחה, ואילו יתרונה של עילת הסבירות הוא בבחינת האיזון בין השיקולים שביסוד ההחלטה, מבלי להידרש לדברים שבלב ולכוונות נסתרות."

194. נוכח האמור, עולה בבירור סתירה בין דברי ההסבר לבין האופן בו מומשו בחוק עצמו, ודאי בכל הנוגע לסמכויות שרים בעניינים רגולטוריים – מקצועיים. בעניינים אלו, אם יעמוד התיקון על כנו, לא תהא הגנה על הפרט ועל הציבור מפני שרירות השלטון בהקשרים אלו.

ה. החוק לביטול הסבירות שולל את ערכי היסוד של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ויהודית

ה(1). מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית

195. החקיקה מושא העתירה פוגעת אנושות בשניים מתוך חמשת המאפיינים שהפגיעה בהם הוגדרה על ידי בית משפט זה כ-"פגיעה אנושה בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים" (עניין חסון, פס' 29 לפסק דינה של כבוד הנשיאה א' חיות), והם – **הפרדת הרשויות ושלטון החוק**. מכאן, שהחקיקה הנ"ל מחייבת את נקיטת הצעד החריג של התערבות שיפוטית בחקיקת יסוד, והכל כפי שיפורט להלן.

196. כמפורט בפרק ד(3) לעיל, במדינה דמוקרטית אחד מתפקידיו של בית המשפט העליון הוא להעמיד לביקורת שיפוטית את החלטות רשויות המינהל השונות, ולהושיט סעד מקום שבו נמצא כי הרשות פעלה שלא כדין. זהו חלק אינטגרלי מליבת הערכים הדמוקרטיים של המדינה. שלילת הביקורת השיפוטית על סבירות פעולות השלטון, וחסימה מוחלטת וגורפת של האפשרות לפנות לבית המשפט בעניין זה, מעניקה הלכה למעשה שיקול דעת מוחלט לממשלה, לשריה, ולקבוצה בלתי מוגדרת של גורמי הרשות המבצעת, בתחומים שונים ורבים, מבלי שלבית המשפט תהא היכולת לפקח על כך, ומבלי שלציבור תהא כתובת להביא בפניה מחלוקות עם השלטון.

197. ביטול האפשרות לבצע ביקורת אפקטיבית על מעשי המנהל ועל סבירותם פוגעת באופן מהותי בגרעין המשטר הדמוקרטי. אין מדובר בטענה חדשנית. הקשר בין האפשרות לבצע ביקורת שיפוטית על השלטון, בפרט מכוח עילת הסבירות, לבין עקרונות המשטר הדמוקרטי, נקבע באופן ברור ומפורש על ידי בית המשפט העליון.

198. כך, למשל, קבע כבוד המשנה לנשיאה השופט א' ריבלין בבג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, מר אריאל שרון, פ"ד נו(6) 817, 835 (2003):

"עקרונות אלה כולם – שלטון החוק, הפרדת הרשויות תוך איזונים ובלמים ביניהן, סמכות הביקורת השיפוטית וכן מנגנוני הביקורת הדמוקרטיים הנוספים – ניצבים כעמודי תווך במשטר הדמוקרטי. הם תנאי-בלעדי-אין לשמירת זכויות האדם, ואלה הן גרעין המשטר הדמוקרטי, החותר לקידום טובת האדם. בשל כל אלה נאמר, ולא פעם, כי בית-משפט זה מופקד על חוקיותה וסבירותה של פעולתן של רשויות השלטון במדינה (בג"ץ 403/71 אלכורדי נ' בית-הדין הארצי לעבודה [14], בעמ' 72). סמכות השיפוט והביקורת של בית-המשפט על מעשיהם של גופי השלטון היא "חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע אחד מעמודי התווך של בנין המדינה" (בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה [15], בעמ' 172), שהרי "אבסולוטיזם – נאור ככל שיהיה – הינו אויב החופש. בני חורין אנו, ומי שנולד חופשי או מי שידע חופש, לא ישתעבד לאדם – לא לאדם ולא לשיקול-דעת מוחלט" (עמ' 835-836).

199. עמד על כך לאחרונה גם כבוד המשנה לנשיאה ע' פוגלמן, בקובעו כי הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל היא תנאי הכרחי לשלטון החוק:

"כפי שכבר ציינתי, הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל היא תנאי בלעדי אין לשלטון החוק. בחינת שיקול דעת הרשות המינהלית – גם בעילות הסבירות והמידתיות – היא חלק בלתי נפרד מביקורת זו. [...] לבסוף, אבקש להצטרף לדבריה של חברתי הנשיאה א' חיות בכל הנוגע למקומה של עילת הסבירות במשפט הישראלי (פסקאות 12-14 לחוות דעתה; כן ראו פסקה 1 לחוות דעתו של חברי השופט י" עמית). עילת הסבירות היא מאבני היסוד של המשפט המינהלי." (בדנ"פ 5387/20 רפי רותם נ' מדינת ישראל, פסי' 34 ו-105 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (נבו 15.12.2021)).

200. ראו גם את דבריה החד-משמעיים של כבוד השופטת ע' ברון (אשר הובאו גם בסעיף 12 לעיל) – "זאת מהותה של הדמוקרטיה" – באשר להיותה של עילת הסבירות חלק בלתי נפרד מעקרון הפרדת הרשויות:

“שיקול הדעת המינהלי כפוף לפיקוח שיפוטי במספר עילות ביקורת תחומות ומגודרות – ובהן עילת הסבירות. הביקורת השיפוטית על מעשה המינהל נועדה להגן על זכויות אדם ועל ערכי יסוד מפני שימוש לרעה בכוח, ולהבטיח ממשל תקין, נקי כפיים והוגן. בית המשפט הוא המופקד על שמירת גבולות הסמכות של הרשות המינהלית ועל חוקיות הפעלת הסמכות (בג”ץ 5016/96 חורב נ’ שר התחבורה, פ”ד נא(4) 1, 40 (1997)).
זאת תמציתה של דוקטרינת האיזונים והבלמים שביסוד עקרון הפרדת הרשויות; זאת מהותה של הדמוקרטיה (בג”ץ 742/84 כהנא נ’ שלמה הלל יו”ר הכנסת, פ”ד לט(4) 85, 91-92 (1985); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כך ה – עילות הביקורת המשפטית 3613 (2020))” (עניין דרעי הרביעי, פס’ 4 לחוות דעתה של השופטת ברון (18.1.2023)).

201. לגישת פרופ’ זמיר, ללא עילת הסבירות לא יוכל בית המשפט לקיים את תפקיד הביקורת השיפוטית המוטל עליו, תפקיד שהינו מהותי לפי תורת הפרדת הרשויות.

“אכן, הביקורת השיפוטית במדינה דמוקרטית, לפי התורה של הפרדת הרשויות, והדוקטרינה של בלמים ואיזונים שצמחה מתורה זאת, לא נועדה להגביר את המשילות אלא להיפך: לרסן את כוח השלטון, ככל שהחוק מחייב, כדי להגן על זכויות אדם ועל ערכי היסוד מפני שימוש לרעה בכוח, וכדי להבטיח ממשל תקין, נקי והוגן. תפקיד זה מוטל על בית המשפט ובית המשפט לא יוכל למלא תפקיד זה כראוי ללא עילת הסבירות” (זמיר כך ה, 3613).

202. ודוק – אף שקיימות עילות נוספות בעזרתן מבקר בית המשפט את פעולות השלטון ושיקול הדעת העומד בבסיסן, לעילת הסבירות אין תחליף בדין הקיים בתחום הביקורת השיפוטית-מינהלית (שרובו ככולו מוסדר בפסיקה). בהינתן כך, ביטולה הגורף ביחס ל-“דרג הנבחר” תותיר ריק משמעותי שלא ניתן יהיה למלא בעזרת עילות אחרות, ותותיר את הציבור “חשוף בצריח”.

203. גם על כך עמד בית משפט זה בהזדמנויות שונות ורבות. ראו למשל את דבריה של כבוד השופטת א’ פרוקציה בעניין חיים רמון:

“הצרת אמצעי הביקורת השיפוטית שנועד לבחינת הרציונליות של ההחלטה המינהלית, כמוצע על ידי חברי [הצרת עילת הסבירות], עלולה להביא למהפכה בתפיסת עקרון חוקיות המינהל, ולפגוע במאגר הכלים המשפטיים הנתונים בידי המשפט לצורך בחינת פעולת הרשות הציבורית במסגרת ההגנה השיפוטית הנתונה לפרט מפני שרירות השלטון. צמצומה של עילת הסבירות עלול ליצור חלל ריק במיתחם הביקורת השיפוטית שעילות ביקורת אחרות לא תמלאנה, ולהצר עד למאד את נכונותו של בית המשפט להתערב במצבים בהם הרשות המינהלית בהחלטתה לא שקלה את מלוא השיקולים הרלבנטיים ואותם בלבד, או שקלה אותם, אך לא ייחסה להם את המשקלות היחסיים המתאימים. קל לשער את הנזק הצפוי מתהליך כזה לרעיון חוקיות המינהל ולתכלית ההגנה על האזרח ביחסו אל הממשל, העומד ביסוד הגדרתן של עילות הביקורת השיפוטית על המינהל” (שם, 487).

204. ראו גם, באותו העניין, את דבריה המדאיגים של כבוד השופטת ע’ ארבל:

“צמצום הביקורת השיפוטית על ידי שלילה כמעט מוחלטת של עילת הסבירות מותיר לטעמי את הציבור ‘חשוף בצריח’, שכן הוא שישא במחיר אותן החלטות המצויות מחוץ לגדרי מתחם הסבירות” (שם, 511).

205. אחד התחומים בו ייווצר חלל ריק ללא עילת הסבירות הוא תחום המינויים. התייחסה לכך כבוד הנשיאה מ' נאור בעניין הנגבי ("לא אחת עילת הסבירות היא עילת ההתערבות היחידה שבאמצעותה ניתן למנוע מינוי פסול"). מכאן גם חשיבותה של הסבירות בהרתעה מראש של רשויות השלטון. "רשות היודעת כי אם תפעל בחוסר סבירות קיצוני עשוי בית המשפט להתערב בפעולתה תבחן בעצמה, לפני מתן החלטה, את סבירותה" (שם, בפס' 2 לחוות דעתה של כבוד הנשיאה מ' נאור).

206. ראו באותו העניין גם את דבריו של כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

"למיטב הבנתי, גם הנשיא לנדוי, שהסתייג מעילת הסבירות (ראו מאמרו "על שפיטות וסבירות בדין המינהלי", עיוני משפט יד, 5 (1984), שאיזכר חברי), היה מודה, מתוך יושרתו והקפדתו היתרה על טוהר המינהל הציבורי, כי יש מקרים שבהם עילה זו היא הדרך היחידה למניעת מינוי פסול" (שם, בפס' ב' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין).

207. ואכן, אין כמעט היבט של החלטות הרשות המבצעת שלא יושפע מביטול עילת הסבירות. כך, החלטות שרים בנושא מינויים שלגביהם מתעורר חשד לשחיתות; החלטות שלא למנות שרים ובעלי תפקידים אחרים; החלטות ביצועיות של שרים לגביהן לא נעשתה עבודת מטה מסודרת; החלטה להקצות משאבים באופן בלתי שוויוני; החלטות של הממשלה לפגוע בזכויות הפרט; החלטות חריגות שמקבלת ממשלת מעבר ועוד ועוד.

208. הווי אומר, ללא עילת הסבירות, בית המשפט ימצא עצמו חסר כלים וחסר יכולת לבצע ביקורת שיפוטית אפקטיבית על פעולות השלטון שאינן סבירות באופן קיצוני. שלטון עם כוח בלתי מוגבל יכול לפגוע שלא בצדק בזכויות ובאינטרסים של אזרחיו, לפגוע בסדרי ממשל תקינים, ולנרמל שחיתות שלטונית. זהו אינו שלטון חוק.

209. זאת ועוד, כפי שפורט בהרחבה בפרק ד(6) לעיל, ביטולה הגורף של עילת הסבירות ביחס לממשלה ולשריה, הזהה הלכה למעשה לביטולה הגורף של חובת הסבירות של אלה, משחררת את השלטון מחובת הנאמנות אותה חב לציבור, ובכך פוגעת בבסיסו של המשטר הדמוקרטי בישראל. כמו כן, חסימת דרכו של הציבור לעתור לערכאות השיפוטיות ולזכות בסעד כנגד השלטון בגין החלטה בלתי סבירה שקיבל, פוגעת באופן אנוש ביכולת הרשות השופטת לבצע ביקורת שיפוטית ביחס להחלטות אלה ובכך פוגעת באופן ישיר בעקרון הפרדת הרשויות. כל אלה ממחישים את הפגיעה המצטברת במאפייניה השונים והמהותיים של אופייה הדמוקרטי של המדינה.

210. המסקנה ברורה – ללא ביקורת שיפוטית אפקטיבית על השלטון אשר תרסן כוח זה – אין הפרדת רשויות אמיתית. ללא ריסון ופיקוח על שיקול הדעת המינהלי – אין שום דרך להבטיח את קיומו של שלטון החוק. ללא עילת סבירות נפגעים הלכה למעשה העקרונות הדמוקרטיים הבסיסיים ביותר עליהם מושתת מדינת ישראל.

211. ויודגש. פגיעה ברורה ואנושה זו בליבת הדמוקרטיה הישראלית אינה באה בחלל ריק. תמונת המצב בכל הנוגע לפגיעה הצפויה לדמוקרטיה הישראלית חמורה שבעתיים כשמביאים בחשבון את הרפורמה המשפטית המתוכננת בכללותה והכוונות המוצהרות של הממשלה להמשיך ולחוקק חוקים אנטי-דמוקרטיים אשר יש בהם, בכל אחד מהם בנפרד, כדי לפגוע פגיעה אנושה בערכי הדמוקרטיה הבסיסיים. בפרט מדובר הדבר בחוק לשינוי מבנה הוועדה לבחירת שופטים, אשר

יקנה לקואליציה שליטה מוחלטת בוועדה זו. חוק זה כבר עבר בקריאה ראשונה והוא רחוק זמן קצר מהעברתו הסופית בקריאה שניה ושלישית. לא ניתן לעצום עיניים ולהתעלם ממכלול זה. חובה להביאו בחשבון.

ה(2). מדינת ישראל כמדינה יהודית

212. צביונה היהודי של מדינת ישראל הוא בגדר "עובדת יסוד קונסטיטוציונית" (ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט 365, 386 (1965)) (להלן: "עניין ירדור"), כדברי כבוד השופט מ' חשין, יש לראות בהגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית "עקרון יסוד של משפטנו ושיטתנו" (רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נד(2) 45, 63 (1996)). לא ניתן לשנות עקרון יסוד זה.

213. מהי "מדינה יהודית"? הפסיקה עמדה על המאפיינים היסודיים, שאינם שנויים במחלוקת, של הגדרה זו:

"מה הם אפוא המאפיינים היסודיים המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית? **מאפיינים אלה הם בעלי היבט ציוני ומורשתי גם יחד** (ראו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 281; להלן - פרשת קעדאן). במרכזם עומדת זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, בה יהוו היהודים רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה ועיקר חגייה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; **מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית**" (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פס' 12 לפסק-דינו של כבוד הנשיא א' ברק (נבו 15.5.2003)).

ראו גם: א"ב 852/20 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23 נ' יזבק, פס' 4 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 9.2.2020); א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף, פס' 13 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 18.7.2019); א"ב 9255/12 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה נ' זועבי, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (נבו 20.8.2013); ע"ב 561/09 בל"ד - המפלגה הלאומית הדמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה בייניש (נבו 7.3.2011).

214. פרופ' אהרן ברק התייחס לנושא גם במאמרו "מדינה יהודית ודמוקרטיה", שם תואר אופייה היהודי של מדינת ישראל כדלקמן:

"**מדינה יהודית היא מדינה שההיסטוריה שלה שלובה ושזורה בהיסטוריה של העם היהודי**... היא מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית, שהתנייך הוא הבסיס שבספריה ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה... היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב... היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית הם חלק מערכיה הבסיסיים... **הציונות מזה והמורשת היהודית מזה הטביעו את חותמן על אופיה היהודי של מדינת ישראל**" (אהרן ברק "מדינה יהודית ודמוקרטיה" עיוני משפט כ"ד 9, 10 (2000)).

215. על הקשר ההדוק בין היהדות לבין ערכי יסוד בדמוקרטיה, כגון הפרדת רשויות ושלטון החוק, עמד גם פרופ' משה הלברטל בראיון שהעניק בקשר עם ה"רפורמה":

"המסורת היהודית לדורותיה לא המציאה את העיקרון של הפרדת רשויות, אבל המסורת היהודית מודעת באופן עמוק לסכנות של הכוח. במקרא אין למלך שום תפקיד חקיקתי, החוק הוא התורה, כך שיש הפרדה בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת. כבר בספר דברים יש הבנה של החשש ש'ירום לבנו של המלך מאחיו', אין שום דבר יהודי במתן כוח בלתי מוגבל לריבון, להפך. היום כבר יודעים שהפרדת הרשויות היא אחד הדפוסים המרכזיים ביותר כדי להתמודד עם סכנות הכוח" (שלמה טייטלבוים "זה מאבק על נשמת היהדות, לא רק על נשמת המדינה" כלכליסט (23.3.2023)).

216. עקרון הפרדת הרשויות ועקרון העצמאות השיפוטית מוצאים ביטוי נרחב במקורות המשפט העברי. על חשיבות עקרונות אלה במשפט העברי ניתן ללמוד מנייר העמדה של פרופ' בני פורת וד"ר חגי שלזינגר אשר פורסם על ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה (נספח 35 לעיל), וכן מנייר העמדה של הרב ד"ר אריאל פיקאר אשר פורסם על ידי פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה ("תפיסת החוק, המשפט והפרדת רשויות במשפט העברי", נספח 8 לעיל).

217. מקורות המשפט העברי מלמדים על חשיבות הפרדת הסמכויות בין הגוף המבצע (המלך), הגוף השופט (הסנהדרין), הגוף הרוחני (הכהונה), והגוף המבקר (הנביא). המשפט העברי מזהיר בעיקר מפני השתלטות הגוף המבצע על הגוף השופט ומכיר בעקרון יסוד של עצמאות הדיינים כתנאי לדין צדק. משכך, נקבע כי הסנהדרין הוא מוסד עצמאי שהמלך אינו חבר בו ואינו שולט בו (וראו את דברי רמב"ם בהלכות סנהדרין (פ"ב ה"ד), לפיהם: **"וְאִין מוֹשִׁיבֵין מֶלֶךְ יִשְׂרָאֵל בְּסִנְהֶדְרִין שְׁאֶסוּר לְחַלֵּק עָלָיו וְלְמַרּוֹת אֶת דְּבָרוֹ"**).

אכן, מדינת ישראל זקוקה לשתי רגליה. לשיטת העותרים, הן מאפייניה היהודיים של מדינת ישראל והן מאפייניה הדמוקרטיים מצביעים בבירור על אי-הלימת החקיקה מושא העתירה את עקרונות היסוד של המדינה. מן הדין להצהיר על בטלותה.

1. ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקי יסוד

"סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת מבוסס על התפיסה, כי **'דמוקרטיה רשאית להגן על עצמה מפני כוחות לא דמוקרטיים המבקשים לעשות שימוש בדרכים דמוקרטיות לשם שלילת הדמוקרטיה. זהו הביטוי לרעיון הדמוקרטיה המתגוננת'** (רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, 66; להלן – פרשת יאסין; ראו גם בנדור, 'זכות המועמדות בבחירות לכנסת', משפטים י"ח 269 (1988)). סעיף 7א מבטא את המשוואה החוקתית שנקבעה אצלנו בין החירות שהדמוקרטיה מעניקה לכל ביטוי והפלורליזם בהשקפות ובדעות עליו היא מבוססת לבין ההגנה על המשך קיומה כדמוקרטיה. **הוא מבטא את אופייה של ישראל כדמוקרטיה מתגוננת** (ראו פרשת ירדור, עמ' 390; פרשת יאסין, עמ' 71). הוא שומר על אופיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. פרשנותה של משוואה זו היא המונחת בפנינו. פרשנות זו חייבת לשמור על האיזון החוקתי העדין. יש לקיים את הזכות לבחור ולהיבחר – שהיא מאושיית המשטר הדמוקרטי – המונחת ביסוד קיומה של ישראל כמדינה דמוקרטית, בלא לפגוע בקיומה כמדינה יהודית, בשלילת הגזענות ובמניעת התמיכה במאבק מזוין נגד המדינה. איזון זה לא יושג אם כל אחד מחלקי המשוואה החוקתית יקבל את מלוא ההגנה. בצדק ציין הנשיא שמגר כי: **'לצד הסכנה, שהדמוקרטיה תנוצל לרעה על ידי אלה המבקשים את הכחדתה או את החלשתה, קיים גם הסיכון ההפוך, לפיו מרוב חרדה לשמירת הדמוקרטיה יהפכו עקרונותיה לתאורטיים גרידא,**

ובו זמנית יתנכרו למשמעויותיה המעשיות ויטילו מראש הגבלות ואיסורים לרוב על החירויות' (פרשת ניימן הראשונה, עמ' 277). אכן, האיזון החוקתי העדין יושג רק אם כל אחד מחלקי המשואה ירכז עצמו למצבים הקיצוניים" (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 15 (2003)).

"במקום שמזוהה שימוש לרעה בכוח הרוב בטכסט חוקתי, נסוג הצורך הפוליטי מפני 'הליבה החוקתית' ו'קדושתה', חשיבותה המשפטית והערכית" (בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פסי' ל' לפסק-דינו של כבוד השופט א' רובינשטיין (נבו 6.9.2017) (להלן: "בג"ץ המרכז האקדמי").

218. על מורכבות הביקורת השיפוטית על הסמכות המכוננת עמד בית משפט נכבד זה בעניין חסון, אשר דן בשתי דוקטרינות אפשריות לביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד: "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" ו-"שימוש לרעה בסמכות המכוננת". מקורן של שתי הדוקטרינות הוא בפסק הדין בעניין בנק המזרחי. שם, הנשיא ברק, הנשיא שמגר, השופט חשין והשופט בך דנו בחשש שהכנסת תשתמש לרעה בחוקי היסוד, והעלו כלים אפשריים, אשר נותרו בצריך עיון, להתמודדות עם הסוגיה.

219. הדוקטרינה הראשונה, המכונה "תיקון חוקתי שאינו חוקתי", בוחנת אם קמה מגבלה מהותית על האפשרות לתיקון החוקה – במישור התוכני המתייחס לסתירה של עקרונות יסוד על-חוקתיים או עקרונות חוקתיים (מפורשים או משתמעים) המגבילים את התיקון. בית משפט נכבד זה עמד על הקושי לאמץ את הדוקטרינה בישראל, וזאת נוכח העובדה שמלאכת כינון החוקה הישראלית טרם הושלמה במלואה. נוכח האמור, נותרה הסוגיה בצריך עיון (שם, פסי' 13-15 לפסק דינה של כבוד הנשיאה א' חיות; ראו גם: חוות דעת של היועץ המשפטי לוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, 6.2.2023, נספח 4 לעיל; חוות הדעת המכון הישראלי לדמוקרטיה מיום 8.3.2023, נספח 34 לעיל, בפסי' 85.ב).

220. עם זאת, בפסק-דינה של כבוד הנשיאה א' חיות, אליו הצטרפו תשעה מחברי ההרכב, נקבע כי גם בעת הנוכחית – טרם השלמת המפעל החוקתי הישראלי – קיימות מגבלות מסוימות (וצרות) על הכנסת בכובעה כרשות מכוננת. כך, נקבע כי אין ביכולתה של הכנסת "לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית" (עניין חסון, בפסי' 16), ובכלל זאת – לא ניתן לפגוע (גם בחוק יסוד) בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים. בכך, קובעת הנשיאה כי בישראל קיימים מרכיבי ליבה מבניים בסיסיים, שאותם גם הכנסת, כרשות המכוננת, אינה מוסמכת לקעקע. וכך נפסק שם, בפסי' 28-29 לפסק-דינה של כבוד הנשיאה חיות:

"בהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי, אני סבורה כי המגבלות החלות על הרשות המכוננת הן, כאמור, צרות ביותר, ונוגעות למצבים חריגים של שינוי חוקתי השולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה (ראו גם: עניין חוק ההדחה, בפסקה 36 לחוות דעתי). מדובר במצבים שבהם הוראה חוקתית פוגעת פגיעה אנושה באופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה, עד כי אין כל דרך ליישב מבחינה מושגית ופרקטית בין הוראה זו ובין מרכיביה אלה של זהות המדינה. כך למשל, אין כל דרך ליישב את היותה של ישראל מדינה יהודית עם חוק יסוד שמנתק את הזיקה הייחודית בין מדינת ישראל לעם היהודי, לשפתו ולמורשתו... בדומה, לא ניתן ליישב חוק יסוד שפוגע פגיעה אנושה בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים – ובכלל זאת 'בחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם [...]; קיום הפרדת רשויות; שלטון החוק; ורשות שופטת עצמאית' (עניין טיבי, בעמ' 23) – עם היותה של ישראל

מדינה דמוקרטית. עמד על כך השופט א' א' לוי בהקשר אחר בצינו: 'אף אם לא-אחת עשוי ערך עיקרי בשיטתנו המשפטית למצוא עצמו ושולי אדרתו חורגים מתחומיו של המארג המכוון הישראלי, הרי שעיקרו של אותו ערך – הגרעין שסביבו מרוכזים ביטויי המוצקים ביותר – מקומו לא ייפקד מן הסיפור המכוון שלנו. פגיעה בגרעין זה לא תוכל שלא להפר את האיזון העדין שעליו מייסדת עצמה המשוואה הישראלית. גריעה מן המצוי בליבת הערך המכוון לא תהא מסוגלת לדור בשלום עם עיקריה של שיטתנו. התנערות מן היסודי והמובהק לא תוכל להלוך 'מדינה יהודית ודמוקרטית' (עניין גלאון, בעמ' 70). **במילים אחרות, באותם המצבים שבהם חוק יסוד שולל או סותר באופן חזיתי את 'המאפיינים 'הגרעיניים' המעצבים את הגדרת המינימום' של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית... ניתן לומר כי הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת.**"

כאמור, עם דבריה אלה של כבוד הנשיאה הסכימו תשעה שופטים.

221. קביעה זו עולה בקנה אחד עם קביעותיו של בית משפט נכבד זה עוד קודם לכינונם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, לפיהן סמכויות הכנסת מוגבלות בכל הנוגע ליכולת לפגוע פגיעה אנושה בעיקרי השיטה הדמוקרטית ובחירויות היסוד הבסיסיות של הפרט (ראו, למשל, בג"ץ 142/89 לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 554-551 (1990); בג"ץ 4676/94 מיטראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 541 (2000)).

222. מסקנה זו עולה גם מסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. הוראות סעיף זה קובעות כי "רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לרבות בהתבטאויותיו, לפי הענין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה: (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". ההגנה על הדמוקרטיה הישראלית היא אפוא עקרון יסוד המצדיק פגיעה בזכות היסוד החוקתית להשתתף בבחירות לכנסת ולשמש מועמד במסגרתה. עקרון זה הוא כה מהותי, שהוא מצדיק שלילה אפריורית של השתתפות בבחירות ומועמדות לכנסת. יתר על כן, סעיף 7א(ב) קובע כי בית המשפט העליון נדרש לאשר החלטה של ועדת הבחירות המרכזית לעניין סעיף 7א. כלומר, הסעיף משקף את תפקידו החוקתי של בית המשפט העליון כמגינה של הדמוקרטיה הישראלית.

223. סעיף 7א(ג) קובע כי "מועמד יצהיר הצהרה לענין סעיף זה", שפרטיה ייקבעו בחוק (סעיף 7א(ד)). לשונה של הצהרה זו, שכל חברי הכנסת הצהירו קודם לבחירתם, קבועה בסעיף 57(ט) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969 (להלן: "חוק הבחירות לכנסת"), כהאי לישנא: "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולהימנע מלפעול בניגוד לעקרונות סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת". בהצהרה זו נדרש חבר הכנסת לעמוד במהלך כל תקופת כהונתו:

"בהקשר זה חשוב להדגיש כי התנאים שבסעיף 7א אינם חלים, כעניין מהותי, רק בתקופת בחירות; חבר הכנסת נדרש לעמוד בתנאים אלו במהלך כל תקופת כהונתו: סעיף 7א(ג) קובע כי 'מועמד יצהיר הצהרה לענין סעיף זה'; על-פי הוראה זו נקבע בסעיף 57 (ט) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, כי מועמד לכנסת יצהיר כך: 'אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולהימנע מלפעול בניגוד לעקרונות סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת'" (בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פס" 9 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (נבו) 27.5.2018).

224. העולה מן האמור הוא שחברי הכנסת כולם התחייבו שלא לפעול בניגוד לעקרון היסוד של שמירת אופיייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל. זה היה תנאי מוקדם למועמדותם לכנסת והתחייבות פוזיטיבית שכל אחת ואחד מהם נטל על עצמו, ושחובתו לקיימה במהלך כל תקופת כהונתו. זהו גבול הסמכות של חברי הכנסת, ושל הכנסת עצמה כבית מחוקקים. כנסת, כל כנסת, וחברי הכנסת, כל חברי הכנסת, אינם רשאים לפגוע בהיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. פגיעה באלו היא חריגה מסמכות, הפרת חובת האמונים והפרת התחייבות אישית של כל חבר וחברת כנסת.

225. הכנסת היא לא הריבון במדינה. העם הוא הריבון. הכנסת חבה חובת אמון לעם. חברי הכנסת חבים חובת אמון לעם. אין בכוחם לחוקק ככל העולה על רוחם. חובה עליהם לחוקק במסגרת סמכותם, במסגרת חובתם, במסגרת התחייבותם "להימנע מלפעול בניגוד לעקרונות סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת", קרי באופן שאינו סותר את מהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. התיקון מושא העתירה הוא חוק פסול שכזה, חוק שחקיקתו חותרת תחת חובת האמונים של חברי הכנסת לאופיה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל, באשר הוא פוגע קשות בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות. חקיקת חוק כזה נגועה בחוסר סמכות ואי-לכך בטלה.

226. במסגרת הדוקטרינה השנייה שנדונה בעניין חסון יש לבחון שימוש לרעה בסמכות של הרשות המכוננת. בהקשר זה, יש לבחון האם הכנסת – בהיותה גוף המחזיק בו-זמנית הן בסמכות המחוקקת והן בסמכות המכוננת – ניצלה לרעה את מעמדה כרשות מכוננת והעניקה לדבר חקיקה רגיל את התואר "חוק יסוד", אף על פי היעדר המאפיינים של נורמה חוקתית. כלומר, אין מדובר בביקורת תכנית מהותית – אלא בביקורת שעניינה זיהוי הנורמה העומדת לדיון כנורמה מסדר הנורמות החוקתיות (שם), למשל בפס' 5 ו-33 לפסק-דינה של כבוד הנשיאה א' חיות, ובפס' 10 לפסק-דינו של כבוד השופט ג' קרא) (חוות דעת של היועץ המשפטי לוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, 6.2.2023, נספח 4 לעתירה זו; חוות הדעת המכון הישראלי לדמוקרטיה מיום 8.3.2023, נספח 34, פס' 85.ב).

227. כאמור, שורשיה של דוקטרינה זו מצויים בפסק הדין בעניין בנק המזרחי, במסגרתו נקבע מבחן צורני לזיהוי השימוש שעושה הכנסת בסמכותה המכוננת (שם, בפס' 57-58 לפסק דינו של הנשיא ברק). ברבות השנים, פירט בית משפט נכבד זה מבחנים לזיהוי אם אכן מדובר בנורמה חוקתית או אם לאו – מבחן היציבות, מבחן הכלליות ומבחן המארג החוקתי – תוך שהוא מדגיש כי אין מדובר ברשימה סגורה של שיקולים:

"אך כפי שכבר הודגש – במסגרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, ענייננו אינו בשאלת חוקתיותה של הנורמה מבחינת תוכנה, אלא בשאלה אם סוג הנורמה, מבחינת מאפייניה, עולה בקנה אחד עם עיגונה בחוקה. בהקשר זה ניתן להצביע על מספר מבחני עזר שיוכלו לסייע לבית המשפט בביצוע מלאכתו: הראשון, מבחן היציבות של הנורמה, לפיו תיבחן השאלה אם הנורמה נושאת אופי זמני שתחולתה קצובה מראש בזמן או שמא לפנינו הסדר קבע יציב, הצופה פני עתיד; השני, מבחן הכלליות, לפיו תיבחן השאלה אם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית-כללית או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונאליים (ראו והשוו: עניין המרכז האקדמי, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט הנדל); השלישי, מבחן המארג החוקתי שבו משתלבת הנורמה, לפיו תיבחן השאלה אם הנורמה עולה בקנה אחד עם אופיים של אותם נושאים שהוסדרו בחוקי-יסוד

אחרים או בחוק-היסוד שאליו מתווסף התיקון. ברי, עם זאת, כי אין מדובר ברשימה סגורה של שיקולים, וכפי שצינה הנשיאה בניש בעניין בר-און, יש לבחון כל מקרה לגופו (שם, בעמ' 301; ראו והשוו גם: עניין בנק המזרחי, בעמ' 295) "עניין שפיר, פס' 27 לפסק-דינה של כבוד הנשיאה א' חיות).

228. שתי הדוקטרינות שנדונו בעניין **חסון** – הן דוקטרינת ה"תיקון חוקתי שאינו חוקתי" והן דוקטרינת "שימוש לרעה בסמכות המכוננת" – הולכות בתלם שנחרש במדינות דמוקרטיות ברחבי העולם.

229. פסק-הדין בעניין **חסון** מכיר, אפוא, במגבלות הכנסת אשר יונקת את כוחה מהבסיס החוקתי של מדינת ישראל. במובן זה, האמור בעניין **חסון** עולה בקנה אחד עם דרך הילוכו של בית משפט נכבד זה מאז הקמתו. הוא מאפשר – בלית ברירה – להגשים את תפקידו של בית משפט נכבד זה כשומר עקרונות-העל של מדינת ישראל:

"על כן, אם הנתון הקונסטיטוציוני, ששומה עלינו להתחשב בפרשנו את חוקי המדינה – ובפרט חוקים בעלי אופי קונסטיטוציוני – הוא הנתון, שמדינת ישראל הינה מדינה בת קיימא ושאין להרהר אחרי המשכיותה ונצחיותה, כי אז ברור שדין זה חל גם על הפירוש שיש לתת לאותה הוראת חוק, הקובעת את המוסד השלטוני, אשר למען בחירתו מתקיימות הבחירות הנדונות, הלא היא ההוראה הבאה בסעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת, ואשר לשונה היא: 'הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה' [ההדגשה במקור]. הדיבור הזה מה כוונתו אם לא למוסד המורכב מהנציגים שנבחרו על-ידי כלל האזרחים ואשר מתפקידו לשקוד, באמצעות הממשלה הנושאת באחריות כלפיו, על הבטחת קיומה של מדינת ישראל ושלמותה, ואשר מכל מקום השאלה, אם יש לעשות לשם חיסול המדינה ושליטת ריבונותה, ואם לאו – שאלה זו אינה יכולה כלל לעלות על סדר יומן; שהרי עצם הצגתה נוגדת את רצון העם השוכן בציון, את חזונו ואת האני מאמין שלו" (עניין ירדור, בעמ' 386-387).

230. עניין **חסון** הכיר באפשרות שבמקרים קיצוניים, בהם יש חשש ממשי לפגיעה בעקרונות היסוד של הדמוקרטיה ומאפייני היסוד של המדינה, ישמש בית המשפט כמגנם האחרון. בעניין **חסון הונח הבסיס לפסילת חוק יסוד על בסיס דוקטרינרי של חריגה מסמכות הרשות המכוננת, שינוי זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ושינוי המבנה הבסיסי של שיטת המשטר הישראלית**, מקום בו חוק יסוד סותר רשימת מאפיינים שהפגיעה בהם הוגדרה כ-"פגיעה אנושה בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים", ובראשם פגיעה בהפרדת רשויות ופגיעה בשלטון החוק.

231. לנוכח כל שפורט לעיל, מן הדין לקבוע שהחקיקה מושא עתירה זו פוגעת אנושות בעקרונות היסוד של הדמוקרטיה הישראלית – שלטון החוק והפרדת הרשויות, ומשכך היא נגועה בחוסר סמכות ודינה בטלות. לחלופין, דינה בטלות מחמת שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

ז. התיקון גם מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת

232. בנוסף על כל האמור לעיל, חקיקת החוק לביטול עילת הסבירות כתיקון לחוק יסוד: השפיטה נעשתה תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת ולכן דינו של התיקון בטלות.

233. בפסק הדין בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (נבו 23.5.2021) (להלן: "עניין שפיר") נדונה בהרחבה דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת ואומץ לעניין זה מבחן דו-שלבי לבחינת השאלה האם

דבר החקיקה הנדון הוא חלק מהחוקה. המבחן הראשון הוא **מבחן הזיהוי**, אשר בוחן האם הנורמה מתאימה למארג החוקתי והאם היא נורמה כללית. אם עולה ממבחן זה שהנורמה אינה כזו, על הכנסת להראות צידוק לקביעת נורמה בעלת מאפיינים שאינם של חוקה במסגרת חוקתית על חוקית ולא בחוק רגיל של הכנסת ("**מבחן הצידוק**").

234. חוק יסוד: השפיטה אושר בכנסת בשנת 1984 ובדברי ההסבר שלו נכתב כי מטרתו "להגדיר את העקרונות החוקתיים שעל פיהם תפעל הרשות השופטת בישראל, והוא צעד נוסף בדרך לכינוס חוקי היסוד לחוקה שלמה אחת". עוד נכתב בהצעת החוק מטעם הממשלה כי:

"בחוק המוצע רוכזו ההוראות העקרוניות בחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957 ובחוק השופטים, תשי"ג-1953. החוק עוסק במוסדות השפיטה, סמכויותיהם, דרכי עבודתם וסדרי המינהל בהם, ובשופטים, ייחוד כהונתם, איתלותם, דרכי מינויים, משך כהונתם ותנאי עבודתם. **החוק דן בעקרונות שיש להבטיחם בחוק יסוד, והוא מציב מסגרות בלבד, המתמלאות תוכן ופרטים בשני החוקים** האמורים שימשיכו להסדיר את פרטי העניינים השונים."

235. במילים אחרות, בדברי ההסבר לחוק הסבירה הממשלה כי על החוק לדון בעקרונות בלבד העוסקים במוסדות השפיטה ובסמכויותיהם ולא בעניינים פרטניים שיוסדרו בחוקים רגילים. בהתאם, חוק יסוד: השפיטה אכן עוסק במסגרות הכלליות ובהן הבטחת אי התלות של השופטים; פומביות הדיון; המסגרת הכללית של מינוי לשפיטה; סמכותו הכללית של בית המשפט העליון; עקרון התקדים המחייב והגנה על חוק היסוד מפני שינוי באמצעות תקנות לשעת חירום. חוק היסוד אינו מגדיר עילות משפטיות פרטניות במשפט המינהלי, כפי שאינו עוסק בהגדרת עולות נזיקין ועבירות פליליות.

236. מהאמור לעיל עולה בבירור שהתשובה לשאלה האם תיקון מס' 4 לחוק יסוד: השפיטה עומד בתנאי מבחן הזיהוי היא שלילית. תיקון מס' 4 נעדר את אותם "סימני יסוד מזהים" המאפיינים נורמה חוקתית. התיקון נכלל בסעיף 15 לחוק היסוד העוסק בסמכויותיו של בית המשפט העליון, אף שהוא מופנה כלפי "כל מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין". בכך מהווה סעיף 15(ד) נטע זר בתוך סעיף שעוסק בסמכות בית המשפט העליון. התיקון גם לא עוסק בבתי המשפט. נושאו של התיקון הוא עילת הסבירות – נורמה משפטית בתחומי המשפט המינהלי החלה על הרשות המבצעת. קיומה של הנורמה לא נובע מסמכותם של בתי המשפט לדון בה, אלא מהגדרת המותר והאסור, והמגבלות המוטלות על הרשות המבצעת. אין כל הצדקה, ולו רחוקה, לחוקק את התיקון בחוק יסוד העוסק בסמכויות שפיטה.

237. היעלה על הדעת לחוקק בחוק יסוד: השפיטה הוראה הקובעת – "בית המשפט לא ידון בטענה למתן שוחד"? ברור שלא. יוזמה לביטול עבירת השוחד מקומה בתיקון חוק העונשין, התשל"ז-1977. אם וכאשר יתוקן חוק העונשין, ניתן יהיה לבחון את חוקתיותו בדרך המקובלת לעניין זה.

238. יוצא אפוא כי התיקון אינו עוסק בעקרונות כלליים שיש להבטיחם בחוק היסוד. הוא אינו משתלב במסגרת של חוק היסוד. אדרבה, הוא סותר אותו – הוא עוסק בשלילת סמכות שפיטה בעילה מינהלית פרטנית. הוא אינו מציב מסגרת שיש למלא בחוק, אלא מסדיר נורמה צרה המכוונת כל כולה לממשלה ואוסרת על כל מי שיש בידו סמכות שפיטה על פי דין לדון בפסילת החלטות

הממשלה או שריה לפי עילת הסבירות. וזאת בתוך חוק היסוד שכל כולו נורמות כלליות העוסקות בשופטים ובבתי המשפט.

239. ויודגש, הכנסת בכובעה כרשות מכוונת בחרה שלא לקבוע הסדרים כאלו בעבר בחוק יסוד כלשהו. אכן, למרבה הצער אין בנמצא כיום חוק סדרי מינהל המסדיר את החובות המינהליות הכלליות. אולם כאשר משרד המשפטים ראה לנכון להציע חוק כזה היה זה במסגרת חוק רגיל (שניסח פרופסור קלינגהופר המנוח) ולא במסגרת חוק יסוד (ר' שמעון שטרית "על הצעת חוק סדרי המינהל" משפטים יד 367 (1984)). חובות מינהליות פרטניות שכן חוקקו נעשו בחקיקה רגילה (ר' למשל חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992; החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958).

240. משעה שעולה כי התיקון לחוק היסוד אינו עומד במבחן הזיהוי, עובר הנטל לכנסת להצדיק את החקיקה בחוק יסוד דווקא. ניתן היה להניח כי מי שמעלה הצעת חוק כזו, ידאג לפרט בדברי ההסבר מדוע הדבר נעשה בחוק יסוד דווקא. אפס, אין בדברי ההסבר ולו תחילת נימוק מדוע שלילת הביקורת השיפוטית על פי עילת הסבירות נעשה בחקיקת יסוד דווקא. גם במסמך ההכנה של הייעוץ המשפטי לכנסת אין התייחסות לסוגיה זו ומנגד מוזכרים תזכירי החוק העוסקים בעילות המינהליות אשר לא קודמו בחקיקה.

241. ואכן, עיון בתיקון לחוק ובתיקונים שעבר במהלך הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, מלמד על המוטיבציה לתקנו בחוק היסוד דווקא. נוסח התיקון של יושב ראש הוועדה מיום 12.7.2023 המחריג מתחולת עילת הסבירות מינויים וכן החלטות להימנע מהפעלת סמכות, חושף את מניעי המציעים של הצעת החוק ומלמד כי לא מדובר בעמדה עקרונית חוקתית כי אם בתיקון לחוק שהוכנס לחוק היסוד על מנת לחלץ תועלת פוליטית מיידית מהסמכות המכוונת של הכנסת (ראו לעניין זה גם פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 52 : ביקורת על הליך החקיקה בנושא עילת אי הסבירות", נספח 33 לעתירה זו). יש להניח כי במקרה הזה העניין מכוון לפיטורים של שומרי סף; מינוי שרים לממשלה וכן בהחלטה שלא לכנס את הוועדה לבחירת שופטים.

242. אשר על כן, משעה שהתיקון לחוק אינו עומד במבחן הזיהוי ועל פני הדברים גם לא במבחן הצידוק יוצא כי הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוונת ועל כן דינו של התיקון לחוק היסוד – בטלות.

ח. טעם נוסף לפסילת התיקון – הליך החקיקה היה פגום מיסודו

243. ביום 20.6.2023, כחודש בלבד לפני כניסת החוק לביטול הסבירות לתוקף, פורסמה הצעת החוק לראשונה על ידי יו"ר ועדת החוק חוקה ומשפט, ח"כ שמחה רוטמן, תחת הכותרת "נוסח מוצע לדיון", "בשם יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט".

244. ההצעה שהונחה לקראת דיוני הוועדה לא לוותה בדברי הסבר, כנדרש. פגם זה, כפי שיפורט להלן, היה רק ראשית שרשרת הפגמים הארוכה שאפיינה את הליך חקיקת החוק.

245. ח"כ רוטמן הוא שיזם וקידם את הצעת החוק הפרטית, אולם חלף הגשתה כהצעת חוק פרטית או ממשלתית, הוא עשה שימוש פסול במנגנון הקבוע בסעיף 80 לתקנון הכנסת, ונהג בהצעה כאילו מדובר בהצעת חוק "מטעם הוועדה". בכך, יו"ר הוועדה עשה שימוש "אישי" בסמכות המיוחדת של קידום הצעת חוק על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט, תוך הפרת הוראות סעיף 80 ותכליתו. נפרט את הדברים.

ח(1). סעיף 80 לתקנון הכנסת – הצעת חוק מטעם הוועדה

246. סעיף 80 לתקנון הכנסת קובע הסדר מיוחד, תחום ומצומצם ביחס להצעות חוק מטעם שלוש ועדות בכנסת (ועדת הכנסת, ועדת החוקה, חוק ומשפט והוועדה לביקורת המדינה) ומאפשר להן לפעול במסלול חקיקתי מיוחד ו"רזה", הן בהשוואה להצעת חוק ממשלתית והן בהשוואה להצעת חוק פרטית רגילה.

247. סעיף 80(א) לתקנון קובע כך :

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

248. ההוראה נוספה לתקנון הכנסת בשנת 2011. בדיון שהתקיים ביום 24.5.2011 בוועדת הכנסת, עמדה היועצת המשפטית של הוועדה על גדרותיו של הסעיף המאפשר שימוש במנגנון פרוצדוראלי מקוצר בשל הפורום המגיש את ההצעה (הוועדה, להבדיל מחבר מחברי הוועדה) ובשל מהותן של הצעות חוק המוגשות מטעם הוועדות האמורות :

"ארבל אסטרן : ... הכנת הצעת חוק מטעם ועדה. אנחנו מעגנים פה לראשונה את העניין שהיום מצוי בכוכבית של הצעות חוק מטעם ועדה. **אני מזכירה שהחלט פה לא רק לייחד את הנושאים, אלא גם לייחד את הוועדות.** ...

ארבל אסטרן : אתה לא יכול ליזום מטעם הוועדה תיקון לחוק העונשין.
דוד רותם : למה?

ארבל אסטרן : למה? כי זאת המשמעות של הקריאה הטרומית, שהצעת חוק פרטית צריכה לעבור ארבע קריאות. יש חשיבות לקריאה הטרומית. **הדבר הזה הוא חריג. במקור גם חשבו על כך, שאלה עניינים שהממשלה פחות יוזמת בהם ופחות מביעה עמדה.** כאן גם הוועדות מוגבלות, ולעניין חוקי יסוד, הוספנו עניינים שמתחייבים מתיקון של חוק יסוד ומוצעים לצידו. דוגמה קלאסית היא כשמעבירים משהו מחוק יסוד לחוק רגיל, את שניהם הוועדה תוכל ליזום ישר לקריאה ראשונה. " (פרוטוקול ישיבה 191 של הכנסת ה-18, 20 (24.5.2011) http://fs.knesset.gov.il/18/Committees/18_ptv_172643..doc).

249. בדיון אחר של ועדת הכנסת שעניינו היה פרק החקיקה בתקנון הכנסת, עמד נציג משרד המשפטים על הטעמים להבחנה בין פעולת ועדה של הכנסת לבין פעולתו של חבר כנסת :

"אייל זנדברג : ... לשיטתכם, יש הבדל בין פעולות שעושה הוועדה לפעולות שעושה היחיד. הצעת חוק פרטית בשלב המאוד מאוד מוקדם, היה חשב

שחבר כנסת יכול ליזום כל דבר שהוא רוצה, כך אני מבין, אז קבעו שהנשיאות שהיא גוף רחב יותר, ימתן הצעות חוק כל כך קשות כי לא רוצים שאפילו זה יבוא לדיון... ההנחה, אני מניח, שהגוף הקולגיאלי שקרוי ועדה לא ייצר מסרים כל כך קשים, או יש פחות סיכוי שהוא ייצר אותם, ולכן אולי זה היה הרציונל." (פרוטוקול ישיבה 183 של הכנסת ה-18, 8-7 (31.5.2011) https://fs.knesset.gov.il/18/Committees/18_ptv_172646.doc).

250. אם כך, שני טעמים עומדים ביסוד ההסדר הייחודי של סעיף 80 לתקנון: (א) הוא מיועד להצעות חוק מטעם הוועדה העוסקות, בעיקרן, בעניינים "פנימיים" הנוגעים לכנסת, כמו חוקי בחירות לכנסת, חוק יסוד: הכנסת, חקיקת תעמולת הבחירות ועוד, משמע עניינים שפחות סביר שהממשלה תיזום בהם חוקים; (ב) ההנחה (שבענייננו נותצה לחלוטין) שככל שהצעת חוק מגובשת על ידי אחת משלוש ועדות מרכזיות בכנסת, ולא על ידי חבר כנסת בודד, היא לא תהיה קיצונית ו"קשה". עמדה זו התבססה על כך שכל דברי החקיקה שהוגשו מטעם הוועדות מאז קום המדינה, היו בקונצנזוס (למעט הצעת חוק אחת).²¹

251. אלה גם הטעמים לכך שעל פי הנהגה, הרשות המבצעת תמנע מלהתערב בגיבוש הצעת חוק מטעם הוועדה. בנושאים אלו, יש בסיס לטענה שעל הרשות המבצעת (בענייננו, הממשלה) לפסוע צעד אחורה במעורבותה בחקיקה מטעם ועדה, הן בהשוואה לחקיקה ממשלתית והן בהשוואה להצעת חוק פרטית, שעליה נפרט להלן. ברם, לא זה המקרה הנוגע לחוק מושא עתירה זו.

ח(2). הליך החקיקה בהצעת חוק ממשלתית

252. הליך החקיקה בהצעת חוק ממשלתית מחייב תהליך מעמיק שתכליתו גיבוש הסכמות ובחינה בתוך הרשות המבצעת עצמה לצד שקלא וטריא ובחינה נרחבת של השלכות החקיקה.

253. כך, מכוח תקנון הממשלה, החלטות הממשלה, הנחיות היועצת המשפטית לממשלה, נהלי משרד המשפטים ונהגים קיימים, שר המעוניין ליזום חקיקה בתחום סמכותו פועל לעריכת תזכיר חוק, בבחינת טיוטה ראשונית של הצעת החוק שמשרדו הממשלתי מעוניין לקדם. תזכיר החוק נערך על ידי היועץ המשפטי או המחלקה המשפטית במשרד הממשלתי.

254. התזכיר מנוסח לשם הפצתו להערות הציבור ומשרדי הממשלה בטרם גיבוש הצעת החוק. ככלל, מופצים תזכירי חוק לפרק זמן של 21 יום. הפצת תזכירי החוק מאפשרת לציבור הרחב לקחת חלק בתהליך החקיקה הממשלתי.

255. על התזכיר לכלול את שם החוק המוצע, מטרת החוק המוצע והצורך בו, עיקרי החוק המוצע, השפעת החוק המוצע על תקציב המדינה והיבטים מינהליים נוספים, השפעת החוק המוצע על החוק הקיים, הנוסח המלא של החוק המוצע ודברי הסבר מפורטים.

²¹ תיקון חוק יסוד: הכנסת משנת 2016 (המכונה "חוק ההדחה")

256. אחרי תום התקופה למתן הערות הציבור, ואם מוחלט לקדם את הצעת החוק, מכין המשרד את טיוטת החוק. הטיוטה מובאת לדיון בוועדת השרים לענייני חקיקה, שבראשה עומד שר המשפטים. הוועדה דנה בטיטת החוק ומחליטה אם לאשרה, לעתים תוך תיקונים ושינויים.
257. אחרי שהוועדה מאשרת את טיוטת החוק והחלטתה מקבלת תוקף של החלטת ממשלה, היחידה להבניית החקיקה במשרד המשפטים מכינה את הצעת החוק לפרסום ברשומות כהצעת חוק מטעם הממשלה. הצעת החוק מונחת על שולחן הכנסת לקראת הדיון וההצבעה בקריאה הראשונה.
258. נקל להבין שהתהליך כולו ארוך ומעמיק הרבה יותר מההליך שבענייננו, ומאפשר – שלא כהליך בענייננו – בחינה מעמיקה של כלל השפעות והשלכות החקיקה. העולה מן האמור הוא שבאופן בלתי מתקבל על הדעת, התיקון החוקתי הדרמטי מושא העתירה התקבל בהליך שאינו כולל מנגנוני ביקורת ובחינה המתחייבים בהצעת חוק ממשלתית רגילה, קל וחומר בהצעת חוק יסוד היוצר שינוי חוקתי חסר תקדים.

ח(3). גיבוש עמדת הממשלה בהצעת חוק פרטית

259. הממשלה נדרשת לגבש עמדתה גם ביחס להצעת חוק פרטית. גיבוש עמדת הממשלה ביחס להצעת חוק פרטית מוסדר בתקנון הממשלה ובנהלים פנים ממשלתיים. ועדת השרים לענייני חקיקה נדרשת לגבש את עמדת הממשלה ביחס לכל הצעה והצעה, וזאת לאחר עבודה מקצועית פנים ממשלתית והצגת עמדות משרדי הממשלה הרלוונטיים. כך קובע תקנון עבודת הממשלה ה-36 בעניין הפעולות הנדרשות ברשות המבצעת עם הגשת הצעת חוק פרטית:

"66(א) העבירה מזכירות הכנסת למזכירות הממשלה הצעת חוק של חבר כנסת (להלן: 'הצעת חוק פרטית'), יעבירה מזכיר הממשלה, בסמוך לקבלתה ובטרם הדיון בה בוועדת השרים לענייני חקיקה, אל השר שנושא הצעת החוק הפרטית הוא בתחום פעולתו, לשם קבלת הערותיו, והעתק ממנה יעביר לשאר השרים.

(ב) השרים יעבירו הערות בכתב למזכירות הממשלה בתוך 31 יום מיום העברת הצעת החוק הפרטית לעיונם, למעט הצעות חוק שוועדת הכנסת או הממשלה החליטו לפטור אותן מחובת הנחה בת 45 יום, כקובע בסעיף 76 בתקנון הכנסת; העתקי ההערות יועברו אל שר המשפטים....

(ד) ועדת השרים לענייני חקיקה תדון בהצעות חוק פרטיות שלגביהן נקבע מועד לדיון במליאת הכנסת, ותקבע את עמדת הממשלה לגביהן.

(ה) הצעת חוק פרטית שתובא לדיון במליאת הכנסת בטרם קבעה לגביה ועדת השרים עמדה כנדרש, תהיה עמדת הממשלה להתנגד. היה בוועדת השרים מספר המצביעים- בעד ונגד הצעת החוק שווה, עמדת הממשלה תהיה להתנגד לה....

(ז) השר או סגן השר הנוגע בדבר יביא לפני הכנסת את עמדת הממשלה לגבי הצעת החוק הפרטית. עמדת הממשלה תחייב את נציגי הממשלה בעת הדיונים בוועדות הכנסת."

260. פרק הזמן של 45 הימים ממועד ההנחה של הצעת החוק נועד לאפשר למשרדי הממשלה זמן מספיק לגבש את עמדתם לגבי הצעת החוק, לאפשר לציבור הרחב לעיין בהצעה לפני שתובא להצבעה, ולאפשר לממשלה לגבש את עמדתה בוועדת השרים לענייני חקיקה.

ח(4). לא היה יסוד לשימוש בסעיף 80 לתקנון הכנסת

261. הצעת החוק לביטול הסבירות לא מילאה את שני התנאים המנויים בסעיף 80 לתקנון הכנסת. על כן, נפל פגם חמור בשימוש בו, ויש לקבוע כי התיקון לחוק היסוד פסול באשר הוא עשה שימוש במנגנון חקיקה חריג שלא נועד לו, ואשר "עקף" את הליכי החקיקה הנדרשים בדיון. מדובר, גם מטעם זה, בשימוש לרעה בסמכות מכוננת ופגם בהליך החקיקה עצמו. בסופו של יום, מדובר בתיקון מהותי במשפט החוקתי הישראלי אשר נחקק אגב שימוש פסול במנגנון דיון ציבורי ובחינה דל, אשר יועד מלכתחילה אך ורק למקרים מיוחדים המנויים בו, אשר רחוקים עד מאוד מהחוק דן.

262. **ראשית**, כאמור לעיל, סעיף 80 לתקנון הכנסת נועד לחול בעניינים "פנימיים" הנוגעים לכנסת, לחברי הכנסת לשידורי ערוץ הכנסת וכו'. זאת, כעולה במפורש מפרוטוקול הדיון בוועדת הכנסת שהובא לעיל. אין חולק על האמור לעיל, ואתר הכנסת אף מפרט מסמך הלשכה המשפטית של הכנסת המפרט את שלבי החקיקה:

"הצעת חוק מטעם ועדה לא נדרשת לעבור את שלב הדיון המוקדם, אולם הצעה כזו יכולה לעסוק רק בחוקי-יסוד ובחוקים שעניינם הכנסת, חברי הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות או מבקר המדינה."

◀ מסמך הסבר שלבי החקיקה מתוך אתר האינטרנט של הכנסת מצורף ומסומן **נספח "37"**.

263. החוק בענייננו, בבירור, אינו קשור כלל לעניינים שבגינם הותקן סעיף 80 ולעניינים המתאימים לחקיקה באמצעות הצעת חוק מטעם הוועדה, וזאת בהתאם לפרסום של הלשכה המשפטית של הכנסת עצמה. עניינו של החוק בביטול עילת ביקורת של הרשות השופטת על הרשות המבצעת, בשלטון החוק, בהפרדת הרשויות, בזכות הגישה לערכאות ובזכויות הפרט והמגזר הפרטי. אלו אינם הנושאים שנועדו להצעת חוק מטעם ועדה. אין הם עוסקים "בכנסת, בחברי הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות או מבקר המדינה". הם עוסקים בסוגיות הייסוד של המשטר החוקתי בישראל.

264. כפי שפורט לעיל, עקרון הפרדת הרשויות נועד להגביל את העוצמה שיש בידי כל אחת מרשויות השלטון, כדי למנוע מהן לנצל את כוחן ולפגוע בזכויות הפרט והציבור. על כן מתקיימים ביניהן "איזונים ובלמים", כאשר כל רשות נתונה לפיקוחן של הרשויות האחרות, בכלים המסורים בידיה.

265. כחלק מאותם איזונים בלמים, הרשות השופטת מקיימת ביקורת שיפוטית על הפעולות השלטוניות של הרשות המבצעת, ובכללן גם על החלטות נבחר ציבור. "הביקורת השיפוטית היא מגנו ומפלטו של הפרט, וגם של הציבור, כאשר הוא חש שנפגע שלא כדין מפעולתה של הרשות המבצעת" (המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, ד"ר גיל לימון בדיון בהצעת החוק בוועדת החוקה מיום מירב ארד "משמעות התיקון: שחרור הממשלה מהחובה לפעול בסבירות תושבי המדינה")

News1 (16.7.2023)). החוק משנה את החובות החלות על הרשות המבצעת דווקא, ולא של הכנסת. הוא מונע באופן גורף התערבות שיפוטית בהחלטות בלתי סבירות של הממשלה והשרים, תהיינה הן מופרכות וקיצוניות ככל שתהיינה, אפילו אם מדובר בהחלטות פרטניות ובנושאים רגולטוריים-בירוקרטיים מובהקים, והכל תוך מניעת הגישה לערכאות.

266. החוק מבטל הלכה למעשה את חובת הסבירות ברשות המבצעת גופה. בכך, הוא משנה סדרי עולם בעבודת רשויות המינהל הציבורי. לכן, בנוסף לפגיעה במערכת האיזונים בין הרשות המבצעת לרשות השופטת, החוק משבש את עבודת הממשלה פנימה, באופן העמוק ביותר. עמד על כך המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, ד"ר גיל לימון בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט:

"אם תעבור החקיקה המוצעת, הייעוץ המשפטי לממשלה לא יוכל למלא את התפקיד הזה, ובהעדר ביקורת שיפוטית, לא יהיה שום בלם מפני קבלת החלטות שאינן מקיימות את חובת הסבירות באופן קיצוני – כלומר, החלטות שמתעלמות משיקולים מהותיים או שנותנות משקל עודף לשיקול זניח." (ועמיר קורץ "המשנה ליועמ"שית: השינויים בחוק עילת הסבירות רק מחזקים את הקשיים שהעלנו" **כלכליסט** (16.7.2023)).

267. גם היועץ המשפטי של הוועדה, ד"ר גור בליי, הדגיש בפני הוועדה את השלכות התיקון על עבודת הממשלה:

"...הגבלת עילת הסבירות ביחס למקבלי החלטות מסוימים עלולה להיתפס כפוטרת אותם גם מחובת הסבירות, מהחובה לנהוג בסבירות ולפעול תוך שקילה ואיזון ראוי בין השיקולים הנוגעים לעניין. זאת אומרת, יש סיטואציה שבה גורם ברשות המבצעת, שיודע שלא יבדקו את הסבירות של פעולתו, את האיזונים של דרך פעולתו." (פרוטוקול ישיבה 105 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25, 115 (25.6.2023) https://fs.knesset.gov.il/25/Committees/25_ptv_2857017.doc).

268. כל זאת, בלא שהתקיים דיון פנים ממשלתי אחד לצורך בחינת הצעת החוק והשלכותיה. כפי שהדגיש היועץ המשפטי של משרד האוצר, עו"ד אסי מסינג: **"בעניינינו אין עמדת ממשלה, ולמיטב ידיעתי הצעת החוק והיבטיה לא נדונה בשום פורום ממשלתי ומטבע הדברים גם במשרדנו לא נדונה כפי שמתקיים בעת שהצעת חוק עולה לדיון בוועדת השרים" (שם)**. לקרוא בתדהמה. תיקון החוקתי שהוא ראש החץ של שינוי עומק בסדרי הממשל בישראל התקבל ללא עמדת ממשלה, ללא דיון בשום פורום ממשלתי וללא ייעוץ משפטי מאת הממשלה או דיון בוועדת השרים לחקיקה. הכל, בשל השימוש במסלול חקיקתי שלא יועד לחוק מושא העתירה, ואשר נועד לעקוף בדיוק את מסלול הבחינה המתחייב בחקיקה מסוג זה.

269. לכל אלו יש להוסיף את התנגדותו של יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, ח"כ רוטמן, להצגת עמדות היועצים המשפטיים בממשלה בדיוני הוועדה. למעשה, הופעתו של עו"ד מסינג נכפתה עליו על ידי היועצת המשפטית של הכנסת. עמדות יועצים משפטיים אחרים, וודאי של גופים בממשלה עצמה ואלו האמונים על בטחון המדינה, הבריאות, החינוך, הכלכלה וכיוצ"ב לא נשמעו.

270. לכך יש להוסיף, ששינוי נוסח הצעת החוק לאחר הקריאה הראשונה עוד החריף את הקשיים שהיו קיימים בטרם לה. תוצאת השימוש בהליך החקיקה החריג הוא שחרור גמור של הממשלה, שרי

הממשלה ונבחר ציבור נוספים מהחובה להפעיל את סמכותם ובעיקר איון של הליך הבחינה המעמיק הנדרש לחקיקה כזו (על כן, ראו לעיל בפרק ד(4) לעיל).

ח(5). יו"ר הוועדה עשה שימוש פסול בסמכות ועדת חוקה

271. בבחירה הפסולה לעשות שימוש בסעיף 80 לתקנון הכנסת ולהציג את התיקון לחוק היסוד בכסות של הצעת חוק של ועדת החוקה, חוק ומשפט, אויינו הן ההליכים המתחייבים בהצעת חוק פרטית והן אלו הנדרשים בהצעת חוק ממשלתית. אין מדובר בעניין זה מה בכך. מדובר בפגם משפטי ברור הן בהיבט הפורמלי של הליך החקיקה עצמו והן בפגיעה בדיון הציבורי, שמיעת הציבור והבחינה המקצועית של החוק עצמו. כך:

272. **ראשית**, כפועל יוצא מהשימוש בסעיף 80, החוק לא נדרש לעבור את שלב הקריאה הטרומית כמתחייב בהצעת חוק פרטית, והמליאה לא קיימה דיון בהצעת החוק לפני שלב הקריאה הראשונה; **שנית**, המהלך הוביל לקיצור דרמטי של את לוחות הזמנים לקידום הצעת החוק, בלא שנדרש להמתין, כנדרש, 45 ימים לגיבוש עמדות לגביו. אין לכך צידוק, כמובן, וממילא לא היה בסיס מקצועי לחיפזון זה; **שלישית**, הממשלה עצמה, על גורמי המקצוע בה, לא גיבשו עמדה מוסדרת ביחס אליה, כך שהדיונים לא התבססו על תשתית מקצועית כדבעי. האמור מתיישב גם עם מאמציו של יו"ר הוועדה למנוע מגורמים משפטים בממשלה להביא את התייחסותם להצעת החוק בפני מליאת הוועדה.

273. עמד על כך ח"כ גלעד קריב בדיון במליאת הכנסת לקראת ההצבעה בקריאה ראשונה:

"תחת להציג הצעת חוק פרטית החייבת לעבור תהליך של הנחה, אישור בקריאה טרומית ודיון מקדים בוועדה, או במקום לקדם הצעת חוק ממשלתית, ניצל חבר הכנסת רוטמן פעם נוספת את תקנון הכנסת כדי לקדם הצעת חוק מטעם הוועדה, והכול כדי לקצר את ההליך. ולמה לקצר? כי ככל שעובר הזמן, הציבור הרחב מבין יותר לעומק את ההשפעות ההרסניות של החקיקה ואת האופי הקיצוני שלה; כי ככל שעובר הזמן מתגלים חצאי האמיתות, הסילופים וההיתלות המזויפת באילנות גבוהים." (פרוטוקול ישיבה 91 של הכנסת ה-25, 252 (10.7.2023) https://fs.knesset.gov.il/25/Plenum/25_ptm_2866316.doc).

274. הייעוץ המשפטי של הכנסת נדרש בעצמו לסוגיה. במכתב מיום 2.7.2023, בהמשך לפניית חברי הוועדה אל היועצת המשפטית של הכנסת, כתבה היועצת המשפטית עו"ד שגית אפיק:

"הליך של הצעת חוק מטעם ועדה בכלל, וקידום הצעה לתיקון חוק יסוד כהצעה מטעם ועדה בפרט, אינם מתרחשים תדיר. **ואולם, במקרים המתאימים, ניתן לעשות כן, וזאת כאשר ההצעה עומדת בשני תנאים מוקדמים: הראשון, שהצעת החוק היא בתחומי העניין של הוועדה שמציעה אותה, והשני, שהנושא שהצעת החוק דנה בו מנוי ברשימה הסגורה של הנושאים הקבועים בסעיף 80 לתקנון.**

...הוראת סעיף 80 לתקנון המסדירה את אופן חקיקת הצעת החוק מטעם הוועדה אינה מחייבת כי יתקיים בוועדה דיון מקדים בשאלה האם לקדם את הצעת החוק כהצעה מטעם ועדה, והדבר לא נעשה בעבר, כולל במקרים השונים שבהם הובאה הצעת חוק מטעם ועדת החוקה בכנסת הנוכחית. **מטבע הדברים, במידה והוועדה תאשר ברוב דעות את נוסח**

**הצעת חוק כהצעה מטעמה, יהיה בכך משום אישור לרצונה לקדמה
כהצעה מטעם הוועדה."**

מכתבה של היועצת המשפטית לכנסת מיום 2.7.2023 מצורף ומסומן **כנספח "38"**.

275. בכך, בכל הכבוד, שגתה היועצת המשפטית לכנסת בשניים. **ראשית**, כמפורט לעיל בהרחבה, ביטול עילת הסבירות משנה מן היסוד את שיטת המשטר בישראל, עומד בניגוד לערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית, פוגע קשות בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות ומוליך לשינוי רדיקלי באופייה של הרשות המבצעת. את כל אלה לא ניתן לבצע בחסות סעיף 80 לתקנות הכנסת. **שנית**, והיא העיקר, השאלה האם נושא החוק עומד בהוראות סעיף 80 לתקנות הכנסת היא שאלה משפטית מובהקת. העובדה שחברי הכנסת מהקואליציה הצביעו בעד נוסח חוק שקודם במסלול עוקף ומקוצר אינה מעלה ואינה מורידה. דווקא משום כך נדרשת התערבותו של בית המשפט הנכבד.

276. נאמר זאת ללא כחל וסרק. חברי הכנסת מהקואליציה ביקשו לשנות את מערך האיזונים במשטר הדמוקרטי, תוך שאיבת כוח חסר תקדים לרשות המבצעת. חרף הליך חקיקה מתאים, המאפשר דיון ציבורי ובחינת עמדת גופי המדינה עצמה – אותם חברי כנסת מהקואליציה בוועדת החוקה, חוק ומשפט בחרו במסלול דורסני ומקוצר המונע דיון ציבורי מעמיק ופוגע בשמיעת הציבור וחברי הכנסת מהאופוזיציה. רוב איננו בסיס לשלילת זכויות אדם. הוא גם אינם תחליף לאי-קיום הוראות תקנות הכנסת. תפקידו של בית המשפט הנכבד הוא להגן על כל אלו, כנגזרת של שלטון החוק במחוקק.

277. ברם, למעלה מכך, היועצת המשפטית הפנתה למכתב קודם שלה מחודש ינואר, 2023 שם נאמר:

"נוכח אופיים של הנושאים הנדונים, נדרש שהליך הכנת הצעת החוק לקריאה הראשונה ייעשה תוך שמיעת ושקילת כל העמדות, כך שיתקיים דיון משמעותי על כלל הסוגיות והשלכותיהן כפי שעלו על ידי כלל המשתתפים בדיונים, וכל זאת באופן שיאפשר לחברי הכנסת לשקול את נושאי ההצעה בכובד ראש, לדייק את נוסחיה ואת תוכנה ולקבל את התמונה העובדתית והמשפטית ביחס אליה. זאת על מנת שהתוצר הסופי שיונח על שולחן הכנסת לקריאה הראשונה יהיה תוצר הדומה לתוצר של הצעת חוק ממשלתית שטרם הנחתה על שולחן הכנסת עוברת תהליך ממושך בממשלה."

מכתבה של היועצת המשפטית לכנסת מיום 25.1.2023 מצורף ומסומן **כנספח "39"**.

278. בענייננו, כפי שיתואר להלן, הליך החקיקה היה רחוק כרחוק מזרח ממערב מהליך שיש בו שמיעת ושקילת כל העמדות, תוך דיון משמעותי על כלל הסוגיות, השלכות התיקון על החברה הישראלית וכלל משרדי הממשלה, לרבות משרד האוצר, משרד הבטחון ועוד. חברי הכנסת לא שקלו, לא דייקו ובוודאי שלא הוציאו תחת ידם "תוצר הדומה לתוצר של הצעת חוק ממשלתית".

ח(6). הליך החקיקה בוועדה נוהל בבהילות, ברשלנות ובמשוא פנים

279. ההליך שהתנהל בוועדת החוקה אינו דומה ואינו מהווה תחליף, ולו במעט, להליך המתקיים בכל הצעת חוק ממשלתית או אף לזה המתקיים בהצעת חוק פרטית.

280. הדיון בהצעת החוק החל, כאמור, ללא דברי הסבר. לאחר ימי דיון ספורים, הצעת החוק אושרה לקריאה ראשונה, מבלי שיו"ר הוועדה איפשר למשנה ליועצת המשפטית לממשלה לשאת את דברי הסיכום שלו קודם להצבעה, חרף מחאת חברי האופוזיציה. לאחר הקריאה הראשונה, הוועדה קיימה דיון קצרצר בן מספר שעות ועברה לדון בהסתייגויות, אשר נדחו בקבוצות של 20 בכל הצבעה, ללא דיון ומבלי שחברי הכנסת המצביעים מודעים כלל לתוכן של ההסתייגויות.

281. יו"ר הוועדה אף סרב לאפשר ליועץ המשפטי של משרד האוצר להביא את דברו בפני הוועדה. כאמור, לכשדיבר לבסוף, ציין היועץ המשפטי שלא התקיים שום דיון במשרד האוצר באשר להשפעות החוק המוצע. בנוסף, סקירת משפט משווה שהכין מרכז המחקר והמידע של הכנסת מיום 16.7.2023 שכותרתו מנגנוני אישור, בקרה וביקורת שיפוטית על מינויים בידי הממשלה לא עלתה כלל לדיון בוועדה. נציגי משרדי ממשלה אחרים, כלל לא הוזמנו ולהציג את עמדתם המקצועית.

282. הדיונים וההצבעות היו רוויים בחוסרים ובפגמים, תוך הפרה נמשכת של תקנון הכנסת ושימוש לרעה בסמכויות יו"ר הוועדה. כך למשל, ספירת ההצבעות על ההסתייגויות היו רצופות שגיאות מספריות בשל המהירות והאדישות בהן נהג היו"ר. בהעדר פרוטוקולים מפורסמים נסתפק בכך, שמפנייה של חברי ועדה ליועץ המשפטי של הכנסת עולה כי בבדיקה של 11 דקות בלבד בצילומי ההצבעות נמצאו 16 הצבעות שגויות, ובכלל כך ב-12 מקרים חברי כנסת הצביעו הצבעה כפולה גם בעד וגם נגד ההסתייגויות. באחת ההזדמנויות מנהל הוועדה הודיע כי 9 חברי כנסת הצביעו נגד ההסתייגות כשבפועל רק 5 חברי כנסת הצביעו נגד.

283. בתום הישיבה ביום 19.7.2023 אישרה ועדת החוקה, חוק ומשפט את נוסח הצעת חוק לקריאה שנייה ושלישית, וביום 24.7.2023 אושרה ההצעה במליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית. בין לבין, חברי ועדת החוץ והבטחון של הכנסת מן האופוזיציה דרשו את כינוס הוועדה כדי לדון בהשלכות החוק. בקשתם זו זכתה להתעלמות. פורסם גם שהרמטכ"ל ביקש להיפגש עם ראש הממשלה קודם לקריאה השנייה והשלישית, אך גם בקשתו זו לא כובדה.

284. תוצאתו של ההליך הלקוי שקיימה הוועדה והשימוש בסעיף 80 לתקנון הכנסת מהווה פגיעה עמוקה בעקרונות היסוד של הליכי החקיקה עצמה. כך בכלל, וכך במיוחד כשמדובר בתיקון חוקתי המוביל לפגיעה בזכות הגישה לערכאות, בשלטון החוק, בהפרדת הרשויות ובעבודת המגזר הציבורית. הפגם החמור בהליך החקיקה, מן הדין שישמש טעם נוסף לפסילת החוק.

ט. לחלופין – מן הדין להחיל על החקיקה מושא העתירה את עקרון התחולה הנדחית

285. מדינת ישראל מצויה בצוק העיתים. לא ניתן לחדד זאת. הרפורמה המשפטית המתגברת על המדינה, בחסות הממשלה, מטרידה רבים מאזרחיה. הציבור מנהיג מחאה רחבה, שכמוה לא נראתה מימי קום המדינה. מנגד, נציגי הקואליציה (המונה 64 חברי כנסת) מקבלים שורה של החלטות (בין היתר בכובעם כחברי ממשלה) שמטילות צל על שיקול הדעת שבבסיסן. בין היתר, נוגעות החלטות אלו לפגיעה בעצמאות שיקול הדעת של היועצים המשפטיים. באופן כמעט אירוני, מבקשים להפוך את היועצים המשפטיים למשרות אמן.

286. על רקע זה, כמו גם על רקע עמדותיה הברורות בקשר עם הרפורמה המשפטית (וסיבות נוספות אחרות), נציגי הממשלה קוראים בגלוי (כבר עתה) לפיטוריה של היועצת המשפטית לממשלה. בהקשר זה (כפי שראינו בסעיף 205 לעיל), נזכיר כי עילת הסבירות היא המכשיר הכמעט בלעדי להפעלת ביקורת שיפוטית על מינויו ופיטוריו של היועץ המשפטי לממשלה.

287. ביטול עילת הסבירות משמעו, בין היתר, פגיעה הרסנית ובלתי הפיכה בעצמאות הדרג המקצועי של השירות הציבורי. ביטול עילת הסבירות משמעותו שכל שר יוכל לפטר כל בעל תפקיד מקצועי ללא מיצרים. המשמעות היא שכל בעל תפקיד מקצועי גם יסור למרותו של השר, ולא יעז להמרות את פיו גם אם השר פועל שלא כדין, משום שגורלו בידי.

288. כמפורט לעיל בהרחבה, העותרים טוענים בכל תוקף שתיקון החקיקה מושא עתירה זו פוגע קשות באופיה היהודי והדמוקרטי של המדינה, ועל כן דינו בטלות. לחלופין בלבד, אם טענתם העיקרית של העותרים תדחה, מן הדין יהא לקבוע שתיקון החקיקה יכנס לתוקפו לאחר בחירת הכנסת ה-26. זאת, מן הנימוקים שלהלן.

289. תיקון חוקתי שעניינו שינוי של כללי המשחק הדמוקרטיים "חשוד" מיסודו כתיקון שנועד לפעול לטובת הרוב הפרלמנטרי שחוקק אותו, ולפיכך נדרש לבחינה בהתאם למבחן הכלליות שהוזכר בס' 227 לעיל. תיקון כזה, אם יותר, לכל הפחות נדרש להורות על דחיית כניסתו לתוקף.

290. אכן, מבחן הכלליות שהוזכר לעיל אינו מתמצה רק בשאלה האם מדובר בנורמה פרסונלית או כללית, והאם היא מתאימה לחקיקה בחוקי יסוד ולא בחקיקה רגילה. כשמדובר בשינוי חוקתי בעל תחולה מיידית, **מבחן הכלליות בוחן גם אם יש בו כדי לשנות באופן מהותי את כללי המשחק של שיטת המשפט הקיימת**. מקום בו זה המצב, יש בכך בכדי להעיד על היעדר כלליות ועל שימוש לרעה בסמכות המכוננת. הדברים נכונים שבעתיים שעה שבמקרה הייחודי של מדינת ישראל, הממשלה – כקואליציה המכהנת בכנסת – הינה בעלת השפעה מכרעת הן בכובעה כסמכות המכוננת והן בכובעה כסמכות המחוקקת. עמדנו לעיל על העובדה שהשתלטות פוליטית על הרשות השופטת מאפשרת לכנסת לחוקק חוקים משני-משטר ומבטלת הלכה למעשה את ההגנה על האופוזיציה, אשר מבקשת מבית המשפט סעד להגנתה. השתלטות פוליטית על הרשות השופטת היא אפוא בגדר שינוי משטרי.

291. בית משפט נכבד זה התייחס לייחודן של ההוראות הקובעות את שיטת הממשל ככאלו המעגנות את "כללי המשחק" המוסדיים – ועל החשיבות לייסודן של הוראות אלו מאחורי "מסך הבערות", בבג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, בפס' 122 לפסק-דינו של כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר (נבו 12.7.2021) (להלן: "עניין ממשלת החילופים"):

"ההסדרים הקובעים את שיטת הבחירות לכנסת ואת שיטת הממשל, הם נורמות חוקתיות מוסדיות, שייחודן טמון בכך שהן קובעות עקרונות שנועדו להבטיח כי הכרעות שלטוניות יהיו הוגנות וראויות. לפיכך, נורמות מוסדיות אלה משקפות, לרוב, את כללי ההכרעה הראויים והמוסכמים, כלומר את סוג השיקולים שיש לשקול ואת האופן שבו יש לשקול אותם – ובמידה פחותה יותר את התוכן של אותן ההכרעות (ברק מדינה ועשור ויצמן 'המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם' עיוני משפט מ 595, 604 (תשע"ח) להלן: מדינה ויצמן). ההגנה על כללי ההכרעה, או 'כללי המשחק' המוסדיים, נועדה, בין היתר, כדי למנוע מנציגי הציבור לפעול למען קידום האינטרסים האישיים שלהם, או של

מפלגותיהם, חלף האינטרס הציבורי הכללי, או האינטרסים של בוחריהם (רות גביזון 'המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?' משפטים כח 21, 65 (1997)). גם הנורמות המוסדיות נדרשות להיקבע במנותק, עד כמה שניתן, מהאינטרסים האישיים של קובעיהן; או כפי שהגדירו זאת מלומדים, מאחורי 'מסך של בערות' (ברק מדינה 'גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון' משפט וממשלו 509 (2003); מדינה וויצמן, בעמ' 602). 'מסך הבערות' הוא מושג שטבע הפילוסוף הפוליטי ג'ון רולס, במסגרת פיתוחה של תיאוריה חשובה ורחבה יותר של: 'צדק כהוגנות'. רולס עסק בליברליזם פוליטי ובניסיון לעמוד על הכללים הבסיסיים הדרושים להתקיימותה של דמוקרטיה ליברלית, שיוויונית וצודקת. לשם כך הציג את הניסוי המחשבתי של 'המצב המקורי', שבו נציגי העם נדרשים להסכים על כללי המשחק הדמוקרטיים 'מאחורי מסך של בערות', כלומר מבלי שהם יודעים דבר אודות האזרח, או האזרחית, שאותם הם מייצגים – ובכלל כן הם אינם יודעים דבר אודות: גילם, מינם, מעמדם החברתי, אמונותיהם, הכנסתם וכישרונותיהם. מסך זה נועד להבטיח קבלת החלטות נקיה מפניות, מאינטרסים אנוכיים צרים ומדעות קדומות (John Rawls, POLITICAL LIBERALISM, 24-25 (2005)).

292. בהמשך (שם, בפס' 140) התייחס כבוד המשנה לנשיאה מלצר לאפשרות כי שיקולים פוליטיים הנושאים אופי פרסונאלי יטו את הכף לעבר שימוש לרעה בסמכות המכוננת, מחמת אי-עמידה במבחן הכלליות, וזאת תוך הפניה לפסק-דינו של כבוד השופט הנדל בבג"ץ המרכזי האקדמי:

"כידוע, כל חוק, או תיקון לחוק, ומקל וחומר חקיקת-יסוד, או תיקונים חוקתיים – צריכים להיות כלליים [אסמכתאות]. דרישות אלו נועדו להבטיח שההסדר הנורמטיבי יעשה, כאמור, במידה קרובה ככל האפשר, מאחורי 'מסך הבערות' – בתנאים בהם אין ודאות באשר לשאלה עם מי יטיב החוק הרלבנטי [אסמכתאות]. בהקשר האמור, חברנו, השופט נ' הנדל קבע בעניין המרכזי האקדמי דברים שאני סבור שהם יפים אף לענייננו, וכך הוא התבטא: 'נוחות פוליטית ודילוג על משוכות פוליטיות עשויים להיות חלק מכללי המשחק. והמשחק עדין הוא. עם זאת, יש להכיר במעמד המיוחד של חוק יסוד. נורמה המיועדת והמאפשרת לשחקן A (קרי, הממשלה המכהנת) להתגבר על משוכות פוליטיות, אך מציבה רף גבוה יותר בפני שחקן B (ממשלה עתידית שלא תינה מהוראת השעה ותידרש להתמודד עם פיקוח פרלמנטרי מחמיר), נושאת, במובנים מסוימים, אופי פרסונאלי. משום כך, היא מעוררת קושי, ולא ניתן לייחס לה אופי ומעמד חוקתיים... קושי זה אף מתעצם במידה מסוימת נוכח שני הכובעים שחובשת הכנסת, ומעוררים סוגיה מעניינת של ניגוד עניינים: הכנסת ה-34, בכובעה כרשות מכוננת, 'מכוננת לעצמה' נורמה ייעודית שתסדיר אך ורק את יחסיה שלה, בכובעה כרשות מחוקקת, עם הממשלה... ונבהיר – הביקורת העניינית שבמונח חקיקה פרסונאלית עשויה להיות נכונה לא רק לאישי (חקיקה המופנית כלפי אדם פרטי) אלא גם לאישיות המשפטית. לא רק פרסונאלית, אלא גם כזו העוסקת ב'פרסונה' מוסדית...' (עניין המרכזי האקדמי, בפיסקה 6 לחוות דעתו שם, וראו גם פסקה 10 לחוות דעתי שם...)). הנה כי כן, חקיקה, וחקיקת-יסוד פרסונליות – פוגעות בשלטון החוק ובעיקרון הפרדת הרשויות. זאת, מאחר שהרשות המחוקקת גולשת לתחומה של הרשות המבצעת, שתפקידה הוא ליישם נורמה כללית על מקרים פרטניים."

ראו גם: עניין שפיר, בפס' 40; חוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת מיום 27.1.2023, נספח 3 לעיל, בעמ' 4.

293. משכך, נהוג להכיר במגבלות חוקתיות בקשר עם הסמכות לכונן "חקיקה עצמית" – מגבלות העולות בקנה אחד גם עם טעמים הקשורים בשלטון החוק, בהפרדת רשויות ובניגוד עניינים (יואב דותן "איסור החקיקה העצמית כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** לא 771 (2001); איל גבאי "שינוי רטרוספקטיבי בחוק-יסוד: הממשלה – חוקתיותו" **הפרקליט** מד 151, 170-172 (1998)).

294. הווה אומר: כאשר התיקון החוקתי העומד לביקורת שיפוטית מהווה משום שינוי יסודי של "כללי המשחק" הדמוקרטי, וגם אם התיקון אינו פוגע – כשלעצמו – בערכי היסוד של השיטה, עדיין יש בתחולתו המידית משום ניחוח "פרסונאלי". בכדי למנוע מצב בו רוב כלשהו מנצל את כוחו בכדי לשנות את שיטת המשטר מיסודה, תוך הסרת חסמים המרסנים את כוחו המזדמן וקביעת עובדות בשטח, יש להורות על דחיית תחולתו של התיקון כך שייכנס לתוקף רק החל מבחירתה של הכנסת הבאה. עמד על כך כבוד המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר בעניין **ממשלת החילופים**, בפס' 18 לפסק דינו:

"אסכם, כי לשיטתי אין בדין הנוהג בסיס לנטילת מעמדו החוקתי של תיקון משטרי בעל תחולה מיידיית – אלא אם דחיית התחולה מתחייבת מתכליתו, כפי שקרה בהקשר של חוקי יסוד הממשלה האחרונים. תיקון 8, כמוהו כתיקונים משטריים רבים שהוחלו כבר במהלך חיי הכנסת שכוננה אותם, אמנם מכיל חידוש חוקתי, אך אין בעצם קיומו של חידוש כזה כדי לחייב את דחיית התחולה. ודוקו, שינוי כללי המשחק באופן הפוגע בציפיות הסבירות של הבוחרים, ובזכות לבחור ולהיבחר, עשוי לעורר קושי. כך, ניתן לחשוב כי תיקון המורה על קיום בחירות ישירות לראשות הממשלה לאחר שכבר התקיימו בחירות כלליות לאותה כנסת אינו ראוי, משום שההיסטוריה הקרובה תומכת בהשערה לפיה פיצול פתקי ההצבעה עשוי להשפיע באופן מהותי על שיקולי הבחור... במקרה זה, התחולה המיידיית של התיקון פוגעת, אפוא, בזכות האזרח לבחור ולהיבחר, ואפשר שיש בה מאפיינים פרסונליים ורטרוספקטיביים בעייתיים."

295. את המהות והרלוונטיות של הדוקטרינה בדבר "שימוש לרעה בסמכות המכוננת" לענייננו סיכמו אמנון רייכמן, אורי אהרונוסון וברק מדינה בנייר עמדה שפורסם על-ידי פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 10: מועדת התחולה בזמן של השינויים המשטריים שעל הפרק" (נספח 14 לעתירה זו, בעמ' 2):

"ההיבט השני בוחן שתי שאלות: ראשית, האם הכנסת מחוקקת חוק יסוד באשר לנושאים שלא מתאימים לחקיקת יסוד, אלא לחקיקה רגילה, ואולי אפילו לחקיקת משנה? שנית, האם הכנסת רשאית לתקן חוק-יסוד שמשנה את כללי המשחק כך שהשינוי יכנס לתוקף מידי? או אולי התיקון חייב לחול רק מהכנסת הבאה, כדי למנוע מצב שבמסגרתו הכנסת ששינתה את הכללים היא גם הכנסת הראשונה שתשחק לפי הכללים החדשים? שתי שאלות אלו נשאלות תחת מסלול שנקרא 'שימוש לרעה בסמכות מכוננת'. לפי מסלול זה, ייתכנו מצבים שהכנסת משתמש בסמכותה לחוקק חוקי יסוד באופן לא תקין. נקודת המוצא לדיון היא שאחד הדברים הבסיסיים של הסדר חוקתי נועד להשיג הוא למנוע מצב שבו רוב מזדמן, או אקראי, משנה את כללי המשחק הבסיסיים, ואז, לאחר ששינה את הכללים, משתמש בכללים החדשים כדי להשתלט על מרכיבי יסוד בשיטה, או כדי לזכות ביתרון מובנה בכל התמודדות עתידית מול המיעוט. לפיכך, התובנה הבסיסית ביותר במשפט החוקתי נצבת על שני יסודות שמשלימים זה את זה: 1. שינוי מהותי של כללי

המשחק מחייב הסכמה רחבה של חלקי הבית, לא רק הסכמה של הרוב הקואליציוני. 2. שינוי כללי משחק שרלבנטיים ליחסי רוב-מיעוט או להסרת מגבלות על כוחו של הרוב, יחול רק מהכנסת הבאה. ובשפה משפטית – שינוי כאמור יחול בתחולה נדחית, החל מהבחירות הבאות.”

296. “הרפורמה” מהווה משום שינוי יסודי ומהותי בשיטתנו. כך באשר לכל אחד מרכיבי ה”רפורמה” לכשעצמם – וקל וחומר שביחס להצטרבותם יחדיו. בנסיבות אלו, קביעת תחולה מיידית לכל אחד מרכיבי הרפורמה מהווה שימוש לרעה בסמכות מכוננת. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף נוכח היעדר הסכמה רחבה בין האופוזיציה לקואליציה בעניין ה”רפורמה” ונוכח ההשלכות הברורות והמיידיות של ביטול עילת הסבירות.

297. בנסיבות אלו, אף אם ייקבע כי יש להכיר בתוקפו של דבר החקיקה מושא העתירה – לכל הפחות יש לקבוע כי תחולתו תידחה עד למועד תחילת כהונתה של הכנסת הבאה:

”...השינויים שצוינו משליכים באופן ישיר על כוחה של הקואליציה ובאופן נגזר, על כוחה של האופוזיציה בכנסת מכהנת, ובה בעת הם עוסקים, ולא במקרה, בשלד הבסיסי של המנגנונים המאזנים את כוחו של הרוב הקואליציוני. משכך, חל לגביהם הכלל החוקתי הבסיסי, אשר נועד להגן מפני שינוי משטרי עמוק על ידי רוב (שאפשר שהוא מזדמן) באופן שמשחרר את הרוב ממגבלה על כוחו: על תיקון שכזה להתקבל מאחורי מסך בערות, על מנת לנטרל את ניגוד העניינים המובנה בין שליטתו של הרוב בתהליך החוקתי, ובין כוחו ברובד הסטטוטורי או הביצועי ליישם את התיקון הנ”ל... צידה השני של טענת ניגוד העניינים מתמקד ברכיב הפרסונאלי המוטמע בתחולה מיידית: התיקונים המוצעים מעניקים לנושאי משרה ידועים כח לאיש משרות המשמשות כשומרי סף עליהם עצמם. באופן מובהר, השר יריב לוי ויו”ר הוועדה שמחה רוטמן ‘מחוקקים לעצמם’ במובן זה שהם אלו שמובילים מהלך, שיעניק להם עצמם כוח רב במינוי שופטים. באופן דומה... הענקת כח בלתי מוגבל לכנסת לקבוע ללא דרישה הליכית מיוחדת או דרישת רוב כלשהי, כל הסדר שהוא בחוק יסוד, משמעה כי הרוב רשאי בכל עת לשנות את כללי המשחק הבסיסיים ולקבוע לעצמו פטור מביקורת שיפוטית לגבי כל הסדר באמצעות שימוש בדיבר ‘חוק יסוד’... יש לקבוע כי תחולת התיקונים, אף אם ייקבע שאינם עולים כדי תיקון חוקתי לא-חוקתי, ואף אם יעודנו במהלך הליך החקיקה כך שפגיעתם לא תהיה עד כדי כך בוטה בעקרון הפרדת הרשויות – יחולו מהכנסת הבאה והלאה. זהו מקרה מובהק שבו הרציונאל שניצב בבסיס הרעיון החוקתי מחייב תחולה נדחת, כך שהחלשת המגבלות על כוחו של הרוב – בהנחה שהיא חוקתית לכשעצמה – תחול ממועד השבעתה של הכנסת העוקבת” (נספח 14 לעיל, בעמ’ 4-5).

298. בימים של קרע כה עמוק בעם סביב חוקי הפיכה, ועל רקע הליך החקיקה החפוז שתואר לעיל, דחיית כניסתו לתוקף של החוק לביטול הסבירות, תקנה לפחות זמן לשיח ציבורי, זמן לריפוי ולהסתגלות, ועל כן – הן משורת הדין והן משורת השכל הישר והשאיפה לאיחוי העם – מן הדין להורות לפחות כך.

י. סוף דבר

299. פתחנו עתירה זו עם פסק דינו של כבוד השופט מ’ חשין, בלשונו הצירורית והמיוחדת, בעניין קנדל, שם כתב מהרהורי ליבו על עילת הסבירות אותה זיהה כעילה המלווה את המשפט הישראלי

מראשית ימיו ואשר שימשה את השופטים ובהם את דור המייסדים של בית המשפט העליון בביקורת על מעשי השלטון. דבריו הנכוחים המזהירים מפני ניסיון לחסום ביקורת על פעילות מינהלית מן הראוי שיהיו לנגד עינינו ושל כל אלו העוסקים במלאכה.

300. עתירה זו מוגשת בשעה קשה, שאינה שעת-חג, לא לעולם המשפט ולא לממלכתיות הישראלית. עם זאת, אין שעה יפה ממנה לאשרר את בחירתנו בדמוקרטיה ואת התחייבותנו להגן עליה, כדי שהיא תוסיף להגן עלינו ועל כל ישראל. מן הדין אפוא להורות כמבוקש ברישא לעתירה זו.

301. עתירה זו נסמכת על תצהירו של העותר 2.

302. נוכח האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי כאמור ברישא לעתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבות להפוך את הצו על תנאי למוחלט.

303. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים בגדרי עתירה זו ובשכר טרחת עו"ד ומע"מ בגינה כדין.

תצהיר

אני הח"מ, עו"ד עמית בכר, הנושא ת"ז מס' 03764865, לאחר שהוזהרתי כי עליי לומר את האמת וכי אם לא אעשה זאת אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, מצהיר בזאת כדלקמן:

1. אני מכהן בתפקיד ראש לשכת עורכי הדין בישראל.
2. אני עושה תצהיר זה בתמיכה לעתירה מטעם לשכת עורכי הדין בישראל נגד תוקפו של חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (עילת הסבירות) (להלן: "העתירה").
3. אני מצהיר שהעובדות המפורטות בפסקאות 23-24 בעתירה הן נכונות ואני מאשרן מידיעה אישית.
4. אני מצהיר שכל יתר העובדות המפורטות בעתירה הן נכונות לפי מיטב ידיעתי ואמונתי.

זהו שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי זה אמת.


חתימת המצהיר

אני מאשר כי ביום 24.7.23 הופיע בפני עורך דין צבי ברא, מ.ר. 51385, הנושא תעודת זהות מס' _____ / המוכר לי באופן אישי, ואחרי שהוזהרתי כי עליו להצהיר את האמת וכי אם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, אישר את נכונות ההצהרה הנ"ל וחתם עליה בפניי.




עורך דין

24.7.23
תאריך