

**העותר** **המייזם הרב מגזרי למיגור העישון** (ע"ר 580634947)  
על-ידי בא-כוחו עו"ד אפי מיכאלי  
מיכאלי ושות', משרד עורכי-דין  
מרחוב הארבעה 28, תל אביב-יפו 6473925  
טלפון: 03-6439911, פקס: 03-6439966  
(להלן: "העותר")

## נגד

**המשיב** **1. כנסת ישראל**  
על-ידי הלשכה המשפטית של הכנסת,  
משכן הכנסת, קריית בן-גוריון, ירושלים, 9195016  
טלפון: 02-6408638, פקס: 02-6753495  
**2. ממשלת ישראל**  
על-ידי פרקליטות המדינה,  
מחלקת הבג"צים, משרד המשפטים  
רחוב צלאח א-דין 29, ירושלים 91181  
טלפון: 02-6466588, פקס: 02-6467011  
(להלן: "המשיבים")

## עתירה למתן צו על-תנאי

### בקשה למתן צו על-תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו **צו על-תנאי** המופנה אל המשיבים ומורה להם להתייצב וליתן טעם מדוע לא יבוטל חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות).

### בקשה לקביעת דיון בהקדם

עוד מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את העתירה **לדיון בהקדם**, בכפוף לאילוצי יומנו. הסרת החובה לנהוג בסבירות כפי שמבקש לעשות חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות) – עלולה להוביל למצב משפטי חסר תקדים מאז קום המדינה במסגרתו בעלי סמכות כאמור בתיקון לא יהיו נתונים לכל ביקורת שיפוטית על-פי עילת הסבירות בתחומי פעולה רבים במסגרת הפעלת שיקול הדעת המנהלי.

למצב זה עלולות להיות השלכות עמוקות וקשות על הגנה של אינטרסים ציבוריים רבים וככל שמצב משפטי תקדימי זה ימשך, כך תתרחב החשיפה של אינטרס הציבור לסכנות רבות אשר נמנעו מעצם קיומה של ביקורת שיפוטית על החלטותיהם של נבחרי ציבור על-פי עילת הסבירות, אם באמצעות פסקי דין היוצאים תחת בתי המשפט השונים או מעצם האפקט המצנן הנגזר מקיומה של ביקורת שיפוטית אפשרית על החלטותיהם כחלק ממארג האיזונים והבלמים בדמוקרטיה הישראלית.

לאור האמור ובמטרה לצמצם ככל שניתן את הסכנות הרבות האורבות לאינטרס הציבור בהינתן מצב תקדימי זה – מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון בעתירה שבכותרת בהקדם האפשרי בהתאם לאילוצי יומנו.

## **א. תמצית העתירה**

1. עניינה של עתירה זו בבקשת העותר מבית המשפט הנכבד להורות על בטלותו של חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות) (להלן: "התיקון" או "התיקון לחוק יסוד: השפיטה").

2. כפי שנראה להלן, התיקון הנדון בעתירה זו עוסק בהגבלה משמעותית של הרשות השופטת ומאיין את יכולתה למתוח ביקורת שיפוטית על החלטות נבחרים ציבור בעילה של חוסר סבירות ובדרך זו אף מקנה כוח עודף משמעותי לרשות המבצעת על פניה ומותיר מנעד רחב של החלטות ללא ביקורת שיפוטית או ללא כל כח מאזן.

מעתה, החלטות בלתי סבירות באופן קיצוני – שאין בידי בית המשפט לבטלן בעילה אחרת – תתקבלנה ללא בקרה ואיזון. איים אלה של היעדר ביקורת שיפוטית (אי סבירות) הם למעשה איים של כח בלתי מוגבל של הממשלה ואינם הולמים את יסודותיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

כפי שנראה להלן, התיקון הנדון בעתירה זו:

א. פוגע בעקרון עצמאות הרשות השופטת לפיו לבית המשפט – ולו בלבד – הסמכות לקבוע את גדרי עילות ההתערבות השיפוטית והרשות השופטת היא – ורק היא – האמונה על פיתוחן וגיבושן של עילות ההתערבות השיפוטיות כחלק משיקול הדעת השיפוטי הנתון לה בלבד.

ב. פוגע בעקרון הפרדת הרשויות אשר ממילא מעניק הגנה דקה לדמוקרטיה הישראלית ומסיר את כל מחיצות האיזון והבלמה שעה שהממשלה באמצעות שליטתה בכנסת הכריזה למעשה על איים של היעדר ביקורת שיפוטית (אי סבירות) בהם יוכלו נבחרים ציבור לפעול ללא כל כח מאזן או בולם.

ג. פוגע קשות בעקרון שלטון החוק ובחובה להפעיל שיקול דעת לשם תכלית החוק המהווה אבן יסוד בשיטת המשפט בישראל וכן הוא מסיר את האפקט המצנן על החלטות נבחרים ציבור מעצם קיומה של החובה לנהוג בסבירות החלה על נבחרים ציבור, באופן שיפגע בתפקידם של שומרי סף שונים בשמירה על שלטון החוק.

3. במרכזה של עתירה זו ניצבים – כרוכים ושלובים זה בזה – שלושת העקרונות האמורים המהווים עקרונות יסוד של שיטת המשטר בישראל. שילוב עקרונות יסוד אלה מקנה למעשה

לרשות השופטת את עצמאותה אשר נמצאת תחת מתקפה המבקשת לדחוק את כוחה ולשנות את כללי המשחק הדמוקרטיים ולאפשר לנבחר ציבור לפעול במקרים מסוימים ללא כל כח מאזן בניגוד לעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי בישראל.

4. לפיכך נטען, כי התערבות הרשות המכוננת בעיצוב שיקול הדעת השיפוטי של הרשות השופטת, עד כדי ביטולה של עילת הסבירות בשדה המשפט המנהלי ביחס לנבחר ציבור, כפי שנעשה בתיקון הנדון לחוק יסוד: השפיטה, היא התערבות פסולה על-פניה, בין היתר, בשל עוצמתה.

באשר לשאלה האם כל התערבות וניסיון עיצוב של שיקול הדעת השיפוטי על-ידי הרשות המכוננת נדון לפסלות או בטלות, עמדנו היא כי אין צורך להכריע בשאלה זו בעניינה של עתירה זו, שכן התיקון הנדון בעתירה זו הוא חמור, קיצוני, גורף ומוחלט. לפיכך, ולאור האמור לעיל, די במוחלטותו של התיקון – **"מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין... לא ידון בעניין סבירות"** – כדי להכריז על בטלותו.

יודגש, כי לשיטת העותר, אם היה בא לעולם תיקון אחר של חוק היסוד אשר היה מבקש לסייג או לצמצם את עילת הסבירות באופן מינורי או בלתי מוחלט – יתכן ובשם הריסון השיפוטי היה ראוי כי בית המשפט הנכבד יקבע כי לא ראוי להורות על פסלותו, הגם שהוא נוגע בקודש הקודשים של מלאכת השיפוט – עיצוב אמות המידה ועילות ההתערבות השיפוטיות. אם יבוא לעולם תיקון אחר בעתיד – על בית המשפט יהיה לבחון באמות המידה האמורות ולקבוע האם יש מקום להתערבותו, אשר זו ממילא נדרשת רק במקרים נדירים וייחודיים כדוגמת המקרה הנדון בעתירה זו.

5. יתרה מכך, **תיקון זה מכשיר את הדרך מבחינה עיונית, מעשית ומשפטית לתיקונים אפשריים נוספים שיגיעו אחריו ויבקשו לצמצם או לאיין עילות התערבות נוספות המהוות חלק מארגז הכלים השיפוטי. כל זאת על רקע שברירותו האפרורית של עקרון הפרדת הרשויות בשיטת המשטר בישראל בה הממשלה והכנסת – חד הם.**

כך, למשל, תיקון חוקתי אשר ישלול את יכולתו של גורם שיפוטי לתת צו נגד נבחר ציבור בשל החלטה אשר התקבלה תוך שקילת שיקולים זרים (עילת איסור שקילת שיקולים זרים) או החלטה שהתקבלה שלא על בסיס תשתית עובדתית מהימנה ומלאה (החובה לבסס החלטה על תשתית עובדתית מהימנה ומלאה) יוכל לעמוד. וכהנה וכהנה דוגמאות אשר כולן נוגעות לניסיונותיה של הממשלה באמצעות שליטתה ברוב הפרלמנטרי בכנסת, להצר את צעדיה של הרשות השופטת כגורם מאזן ותוך כך לפגוע בהפרדת הרשויות ובאיזון העדין שנבנה זה עשרות בשנים בדמוקרטיה הישראלית.

התרת הפגיעה בעקרונות היסוד של השיטה באמצעות התיקון הנדון בעתירה זו, כפי שיפורט להלן, למעשה תפתח את הדרך בפני הממשלה שלה הרוב בכנסת להוביל לשינויים נוספים במערכת היחסים העדינה בין רשויות השלטון וזאת לצורך ביצור מעמדה וכוחה של הממשלה

(ושל נבחרי הציבור) כגורם חף מביקורת שיפוטית ולשחיקת אופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

6. כפי שיודגם בהמשך על בסיס שורה של הליכים משפטיים בהם היה מעורב העותר בפני בית המשפט הנכבד בעבר – תיקון כאמור, שעניינו ביטול הביקורת השיפוטית על החלטותיהם של נבחרי ציבור על בסיס עילת הסבירות, יפגע בפעולתו של העותר שמטרתו מניעת עישון בקרב בני נוער וצעירים שכן הוא מסיר הגנה משמעותית של המשפט המנהלי על האינטרס הציבורי בשמירה על בריאות הציבור ובכלל זה לנושאים הנוגעים למאבק בתופעת העישון.

7. **לאור זאת, אין מנוס בעניינה של עתירה זו מעריכתה של ביקורת שיפוטית על בסיס דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי והכרזה על חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות) כבטל.**

## **ב. הצדדים לעתירה**

8. **העותר - המיזם הרב מגזרי למיגור העישון (להלן: "המיזם למיגור העישון").** ארגון חברתי שמטרתו מניעת עישון בקרב בני נוער וצעירים הפועל במישורים שונים ויוזם שיתופי פעולה עם גורמים מקצועיים, שלטוניים ואחרים להשגתה של מטרה זו.

המיזם למיגור העישון היה העותר בשורה של עתירות לבית המשפט הנכבד אשר נגעו לסמכות שר האוצר הקבועה בחוק מס קניה (טובין ושירותים), התשי"ב-1952 אשר הובילו נבחרי ציבור שונים שכיחנו במשרת שר האוצר, לעשות שימוש בסמכותם להטיל או להגדיל את מס הקנייה המוטל על חלק ממוצרי העישון, תוך יצירת איזון מסוים (גם אם לא אופטימלי) במדיניות המס החלה על מוצרי העישון השונים.

ראו לעניין זה: בג"ץ 2475/17 **העמותה לדמוקרטיה מתקדמת נ' שר הבריאות** (אר"ש 10.7.2017) בעניין מיסוי סיגריית ה-IQOS; בג"ץ 4862/18 **המיזם הרב מגזרי למיגור העישון נ' שר האוצר** (אר"ש 4.2.2019), בעניין מיסוי הטבק לגלגול; בג"ץ 7875/20 **המיזם הרב מגזרי למיגור העישון נ' שר האוצר** (אר"ש 25.11.2021), בעניין מיסוי הסיגריה האלקטרונית.

**התשתית המשפטית לעתירות אלה ולפסיקות בית המשפט בהן** (או לשינוי העמדה מצד שרי האוצר השונים ללא הצורך בהכרעת בית המשפט – להלן, האפקט המצנן) **נסמכה כל כולה על עילת הסבירות.** ראו לעניין זה עמדת בית המשפט בבג"ץ 4862/18 **המיזם למיגור העישון נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, ניתן ביום 4.2.2019) לה היו שותפים **כבוד השופטת ברק-ארז, כבוד השופט קרא וכבוד השופט שטיין** ובו נקבע כי על שר האוצר להשוות את מיסי הקניה שהוטלו על הטבק לגלגול לאלה שהוטלו על סיגריות רגילות:

"17. אכן, מקובלת עלינו העמדה כי התוויית המדיניות בכל הנוגע לקביעתם של שיעורי המס אמורה להיעשות

על-ידי גורמי המדינה, ובמקרה זה על-ידי שר האוצר (ראו: בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 49, 69 (1999); בג"ץ 6407/06 דורון, טיקוצקי, עמיר, מזרחי עורכי דין נ' שר האוצר (23.9.2007)). עם זאת, "מדיניות" אינה מילת קסם הפוטרת את הרשות המבצעת מהחובה לנהוג בשוויון או לבחון טענות רציניות בדבר השלכה שלילית של החלטתה על זכויות, במקרה זה הזכות לבריאות. שיקול דעת רחב אינו פטור מהחובות שמטיל המשפט הציבורי (ראו למשל: בג"ץ 6925/14 פורום החוסכים לפנסיה בישראל נ' שר האוצר, פסקאות 12-13 (24.12.2017)).

18. ניתן להוסיף כי אין מדובר במקרה שבו העותרים מבקשים מבית המשפט להתערב בדקויות שעניינן המשקל היחסי שניתן בהחלטתה של הרשות המינהלית לשיקולים שונים (למשל, השיקול של הקלה עם שכבות אוכלוסיה מעוטות הכנסה והשיקול של בריאות הציבור). עמדתו של שר האוצר, כפי שהובאה בפנינו, התייחסה אך ורק לשיקול של הכבדה על אוכלוסיות מעוטות הכנסה. איננו מבטלים שיקול זה. לעומת זאת, היא לא התייחסה כלל לשיקולים רלוונטיים נוספים שלכאורה נדרשה התייחסות אליהם – העובדה שהיקף צריכת הטבק לגלגול אינו נתון קבוע, אלא כזה המושפע משיעור המס, וכן החשש ששיעור מס נמוך על מוצרי עישון מסוימים תורם בפועל לעידוד העישון, וממילא משפיע לרעה על בריאות הציבור. כידוע, בביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות ניתן משנה משקל למצבים שבהם החלטתה של הרשות התעלמה משיקולים רלוונטיים (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 726-728 (2010) (להלן: ברק-ארז)).

ביטול הביקורת השיפוטית על החלטותיהם של נבחרי ציבור על בסיס עילת הסבירות, כפי שנעשה בתיקון לחוק יסוד: השפיטה הנדון בעתירה שבכותרת, מסיר הגנה משמעותית של המשפט המנהלי על האינטרס הציבורי בשמירה על בריאות הציבור, כך שבמקרים דומים בעתיד לא ניתן יהיה לבחון החלטות דומות (או הימנעות מהן, כאמור לעיל) במבחן הסבירות.

מצב זה פוגע קשות בהגנה המוענקת לאינטרס הציבור בשמירה על בריאות הציבור מכח עילת הסבירות, ובכלל זה לנושאים הנוגעים למאבק בתופעת העישון. מכאן נגיעת התיקון הנדון ללב פעילותו של העותר.

9. **המשיבה 1 – כנסת ישראל.** כוננה את חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות) הנדון בעתירה זו.

10. **המשיבה 2 – ממשלת ישראל.** הרשות המבצעת בישראל האמונה על ביצוע הוראות החוק תוך שמירה על אינטרסים ציבוריים במגוון תחומי חיים בניהם בריאות הציבור בישראל ואשר פעולותיה בגדר סמכויותיה השונות בחוק עלולות להיות מושפעות מביטול עילת הסבירות כפי שנעשה בתיקון לחוק יסוד: השפיטה הנדון בעתירה זו, אם בהפעלת סמכות על-פי חוק (או הימנעות מהפעלתה) או בשל האפקט המצנן שלעילת התערבות זו על הפעלת שיקול הדעת של נבחר ציבור.

## ג. רקע כללי

### ג.1. חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות)

11. ביום 24.7.2023 קיבלה כנסת ישראל את חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות). להלן לשונו:

#### "תיקון סעיף 15

1. בחוק יסוד: השפיטה, בסעיף 15, אחרי סעיף קטן (ד) יבוא:

"(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."

12. הצעת החוק גובשה והוכנה לקריאות במליאה על-ידי ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת. מדברי ההסבר של הצעת החוק מיום 5.7.2023 עולה ביחס לעילת הסבירות כי:

"כיום עילה זו מאפשרת לבתי המשפט לפסול החלטה מנהלית הלוקה בחוסר סבירות במובן זה שהיא אינה נותנת "משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות

המנהלית להתחשב בהם בהחלטתה" (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 437 (1980)), וזאת כשמדובר ב"חוסר סבירות מהותי או קיצוני" (שם, שם).

על השימוש בעילת הסבירות במובנה זה, ובפרט על החלת עילת הסבירות בנוגע להחלטות של הדרג הנבחר, נטען בין היתר כי קביעת האיזון הערכי בין השיקולים השונים הנוגעים להחלטה מינהלית צריכה להיות נתונה לנבחרי הציבור ולא לבית המשפט. לפיכך מוצע לקבוע בחוק יסוד: השפיטה כי רשות שיפוטית לא תוכל לדון בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה במליאתה, של ראש הממשלה או של שר אחר וכן של נבחר ציבור אחר כפי שיקבע 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."

**נספח 1** הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות) מיום 5 ביולי 2023 (הצעת חוק הכנסת – 968, ט"ז בתמוז התשפ"ג, 5.7.2023).

13. בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת הוצגו שורה של עמדות ביחס לתיקון. חלק מהן על-ידי הייעוץ המשפטי לוועדה.

**נספח 2** מסמך הכנה כללי בעניין טיוטת הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות) מיום 27.1.2023 מאת הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה אל חברי ועדת חוקה.

**נספח 3** מסמך הכנה מס' 6 – הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות) מיום 23.6.2023 מאת הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה אל חברי ועדת חוקה.

**נספח 4** רשימת פסקי דין מהעשור האחרון בהם התקבלה עתירה לבג"ץ תוך שימוש בעילת הסבירות מיום 4.7.2023 מאת הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה אל חברי ועדת חוקה.

14. כן הוצגו שורה של עמדות המתנגדות לתיקון וזאת על-ידי שורה ארוכה של גורמים ומומחים מתחום המשפט, הכלכלה, הבריאות, הגנת הסביבה, הביטחון ועוד. ראו לעניין זה ניירות עמדה נבחרים להלן:

- נספח 5** חוות דעת בעניין הצעת חוק יסוד השפיטה (תיקון – עילת הסבירות) מאת המכון הישראלי לדמוקרטיה, 10.7.2023.
- נספח 6** נייר עמדה מס' 50: הצעה לביטול תחולת עילת אי-הסבירות על החלטות הממשלה, השרים ונבחרי ציבור אחרים, מאת פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, הופץ ביום 25.6.2023.
- נספח 7** מנגנוני אישור, בקרה וביקורת שיפוטית על מינויים בידי ממשלה, מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 16.7.2023.
- נספח 8** נייר עמדה בעניין הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות) חשיבותה של ביקורת שיפוטית על סבירות החלטות שלטוניות לשם הגנה על הבריאות, מאת מכון זולת – לשוויון וזכויות אדם, 22.6.2023.
- נספח 9** נייר עמדה בעניין ביטול עילת הסבירות מאת התנועה למען איכות השלטון בישראל, יוני 2023.
- נספח 10** מכתב בעניין הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות) נוסח יו"ר הוועדה מיום 20.6.2023, מאת האגודה לזכויות האזרח בישראל, 21.6.2023.
- נספח 11** מכתב בנושא "ביטול עילת הסבירות תאפשר כוח בלתי מוגבל לנבחרי הציבור לפגוע בנשים", מאת שדולת הנשים בישראל, 25.6.2023.
- נספח 12** מכתב בעניין הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות) – פגיעה משמעותית ביכולת השמירה על בריאות הציבור, הטבע והסביבה בישראל, מאת ארגוני סביבה, 20.6.2023.
- נספח 13** מכתב בעניין שינויים מוצעים בחוק יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות), והשפעתם על התכנון בישראל, מאת אדר' דודי גלור, 29.6.2023.
- נספח 14** מכתב בעניין חוק יסוד: השפיטה (תיקון עילת הסבירות) מאת תנועת אומ"ץ, 4.7.2023.
- נספח 15** עמדת "אדם טבע ודין" לדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט - הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות), יולי 2023.

## ג.2. עילת הסבירות

15. מאז קום המדינה וכחלק מעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית, ערך בית המשפט הנכבד ביקורת שיפוטית על החלטותיהם של נבחרי ציבור ושל רשויות השלטון השונות. עקרון יסוד זה של השיטה זכה אף לעיגון בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה במסגרתו נקבע כי לבית



המשפט הגבוה לצדק הסמכות לדון בעניינים "אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר".

לצד האמור, חובות המוטלות על רשויות המנהל במסגרת הפעלת שיקול דעתן התפתחו בפסיקתו של בית המשפט, וזאת בדומה לאופן התפתחותן של שיטות משפט המבוססות על המשפט המקובל (ראו: יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ה: עילות הביקורת המשפטית 3311, 3320 (2020)).

16. על-פי הדין, חוקיותה של החלטה מנהלית נבחנת על-ידי בית המשפט בשלושה מישורים: **מישור הסמכות; מישור ההליך ומישור שיקול הדעת.**

17. **במישור הסמכות** נבחנת ההחלטה לאור עקרון החוקיות ועל בסיס הסמכה בחוק. **במישור ההליך** נדרשת החלטה שלטונית להתקבל תוך הליך תקין וראוי תוך כיבוד כללי הצדק הטבעי, איסור ניגוד עניינים, איסור משוא פנים, החובה לבסס החלטה על תשתית עובדתית מספקת, מלאה ומהימנה ותוך הנמקתה של ההחלטה. **במישור שיקול הדעת** על החלטה מנהלית להתקבל בתום לב, תוך איסור שקילת שיקולים זרים, להיות מידתית וסבירה.

18. עם השנים, התפתחה בפסיקה עילת הסבירות, וכיום נהוג להתייחס לעילת הסבירות כזו המתמקדת גם באיזון הפנימי של ההחלטה המנהלית ובמשקל הניתן לכל אחד מהשיקולים שהובילו לקבלת ההחלטה. היבט זה של עילת הסבירות הוכר כעילת ביקורת עצמאית בבג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421 (1980) (להלן: "עניין דפי זהב"). בעניין זה נקבע, כי בית המשפט יתערב בהחלטה שלטונית רק במקרים של "חוסר סבירות מהותי או קיצוני" כאשר מדובר ב"שיקול דעת מנהלי, אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה" (ראו: עניין דפי זהב בעמוד 437).

19. להתפתחותה של עילת הסבירות, ראו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 725 (2010) (להלן: "ברק-ארז"):

"בשונה מעילת השיקולים הזרים, שמתמקדת בפסילתם של שיקולים מסוימים, הדין בעילת הסבירות מניח כי הרשות שקלה שיקולים חוקיים בלבד. על כן, ההכרה בה נחשבת לציון דרך מבחינת הרחבתה של הביקורת על פעולותיהן של הרשויות. על-פי עילת הסבירות, החלטתה של הרשות עשויה להיות פגומה, גם אם שקלה שיקולים עניינים בלבד, אם האיזון הפנימי בין השיקולים היה מעוות לחלוטין. על דרך ההשאלה, ניתן לומר כי אפשר להקדיח את התבשיל גם כאשר שמים בו את כל

המרכיבים הנכונים, אך בכמויות החורגות מן הנדרש במידה ניכרת. נוסף להיגיון הטמון בכך שעיוות מוחלט באיזונם של שיקולים ראויים עלול להוביל לתוצאות לא פחות חמורות מאשר היזקקות לשיקול זר, עילת הסבירות חשובה גם מסיבה נוספת, בעלת אופי מעשי. הגדרתה כעילה בעלת אופי אובייקטיבי מאפשרת לבית המשפט להפעיל ביקורת על החלטת הרשות גם במקרים שבהם נפל שיקול זר בהחלטה, אך קיימת מניעה עובדתית להוכיח זאת.

במקרים אלה, ניתן עדיין להצביע על האופי הבלתי מאוזן של ההחלטה, בהתחשב במניעה הגלויים של הרשות. כלומר, גם אם עילת הסבירות נועדה, להלכה, לחול במצבים שבהם הרשות נזקקה לשיקולים ענייניים (אך לא איזנה ביניהם כראוי), הרי למעשה, העילה משמשת לעתים גם לשם התמודדות עם מצבים שבהם הרשות הושפעה משיקולים לא ראויים.

עוד על עילת הסבירות ראו: יואב דותן "שני מושגים של סבירות" **ספר שמגר – מאמרים חלק** א 417 (אהרן ברק ואחי' עורכים, 2003).

20. במרוצת השנים מאז הכרעתו של בית המשפט הנכבד **בעניין דפי זהב** ניתנו עשרות פסקי דין במסגרתם עשה שימוש בית המשפט בעילת הסבירות במסגרת בחינתן של החלטות שונות של הרשות המנהלית. עיקר המחלוקת ביחס לעילת הסבירות בוטאה בצורה נרחבת כבר **בעניין דפי זהב** ונסבה סביב החשש מפני כניסתו של בית המשפט אל תחום עיצוב המדיניות. מאז אף נמתחה ביקורת לא פשוטה על עילת הסבירות הן בפסיקה והן בספרות. בין היתר, נטען כי עילת הסבירות היא עילה עמומה בעלת רמת הפשטה גבוהה אשר מביאה להתערבות שיפוטית רחבה מדי. ראו לעניין זה דבריו של כבוד השופט, כתוארו אז, גרוניס בבג"ץ 5853/07 **אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פ"ד סב(3) 445 (2007) (להלן: "**עניין אמונה**"): :

"9. הפגם עליו סומכים העותרים על מנת לבסס את עתירתם נגד ההחלטה לצירופו של חבר הכנסת רמון לממשלה הוא חוסר סבירות.

...

העילה של חוסר סבירות שונה באופן מהותי מן הפגמים של חוסר סמכות ופְּשָׁל דיוני. שעה שמדובר בבחינה של שני פגמים אלה בולט לעין יתרונו וייחודו של בית

המשפט. המומחיות של בית המשפט בכלל, ובתחום המשפט המינהלי בפרט, הינה בשאלות של סמכות ושל פגמים פרוצדורליים. נציין כי, סוגיות של סמכות ושל פשלים דיוניים מתעוררות אף בתחום המשפט הפלילי והמשפט האזרחי. לעומת זאת, אין לבית המשפט יתרון מיוחד או מומחיות עודפת בנושא של חוסר סבירות. אכן, העילה של חוסר סבירות אינה חדשה במשפטנו והוכרה עוד בראשית המדינה (ראו למשל, ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזינגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026 (1959)). עם זאת, בעשורים האחרונים, במיוחד מאז פסק דינו של השופט א' ברק בעניין דפי זהב (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1), 421 (1980)), היא עברה שינוי והתפתחה למימדים קרובים לאלה של "נורמת על" (בדומה לתום לב ולתקנת הציבור).

...

חסרונה הגדול של עילה זו בהיקפה דהיום נמצא ברמת ההפשטה הגבוהה שלה. רמת ההפשטה הגבוהה מעצימה את שיקול הדעת השיפוטי וממילא מגדילה את אי הוודאות המשפטית. היא יוצרת מרחב אדיר בין מיקומה הגבוה ביקום המשפטי לבין יישומה במקרה קונקרטי.

...

עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שהקביעה בדבר חוסר סבירות מבוססת במידה מכרעת על בחינה של התוצר הסופי, קרי, נפקותה של החלטה.

21. ביקורת נוספת נשמעה אף מפיו של כבוד השופט סולברג בבג"ץ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך (נבו 29.3.2022) (להלן: "עניין ועדת השופטים להענקת פרס ישראל") אשר עסקה בהחלטה של שרת החינוך שלא להעניק את פרס ישראל בתחום המתמטיקה וחקר מדעי המחשב לשנת התשפ"א בהתאם להמלצת ועדת הפרס (סעיף 8 לפסק דינו):

"עלינו לזכור ולהזכיר, כי זכות 'המילה האחרונה' נתונה לשרת החינוך. אין זה מתפקידנו, ואף חורג מסמכותנו, אם נבצע 'מקצה-שיפורים'. אף אם באמת ובתמים סבורים אנו, השופטים, כי ניתן היה לקבל החלטה 'טובה'

מזו שנתקבלה על-ידי שרת החינוך, 'חכמה' או 'מוצלחת' יותר, הרי שאין לאל-ידנו לבוא בנעליה, להמיר את שיקול-דעתה בשיקול דעתנו-שלנו. לא ל'תיקון-עולם' הוסמכנו, אלא לשפיטה. את מלאכתנו זאת, לא נעשה על סמך מאוויים או תחושות, מה סביר יותר ומה ראוי פחות, אלא בהתבסס על החוק והמשפט. בעתירה נטען לחוסר סבירות קיצוני בהחלטת השרה. אך את פשרו של אותו 'חוסר' לא נדע, ו'מדד' הסבירות לוט בערפל. עילת הסבירות המהותית, אולי נוחה, זמינה וגמישה לתפעול, אך קשה להמשגה, עמומה, גבולות גזרתה פרוצים, ופגיעתה בוודאות המשפטית – רבה. מוטב להישמר מפניה (לא אכביר מילים, נימקתי גישתי זו בהרחבה במקום אחר: "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18, 54 (התש"ף-2020)). עלינו להימנע מדיון 'מורגש', שבו יחוש פלוני שראוי להחליט כך, ואלמוני ירגיש שמוטב להחליט אחרת. עלינו לקיים דיון 'מושכל', על סמך ניתוח משפטי, שבו כל נימוק גלוי וידוע."

עוד על עמדתו של כבוד השופט סולברג בעניין ראו מאמרו "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18, 37 (2020).

22. דברים דומים ביטא כבוד השופט סולברג אך לאחרונה בבג"ץ 3832/22 בנימין נתניהו נ' היועצת המשפטית לממשלה (אר"ש 17.7.2023) (להלן: "עניין נתניהו") אשר היה שותף לדחיית עתירתו של ראש הממשלה אשר כוונה נגד החלטת היועצת המשפטית לממשלה מיום 12.01.2023 שלא להורות על פתיחה בחקירה פלילית בחשד למסירת מידע שלא ברשות. ראו עמדתו של כבוד השופט סולברג בהערת אגב, כפי שזו הובאה במסגרת "הערת שוליים" כדברו (סעיף 4 לפסק דינו) ביחס לעילת הסבירות:

"מכל מקום, בשים לב לכך שבעתירה דנן כלל לא התחדדה שאלת טיבה והיקפה של עילת הסבירות – לא בעתירה ולא בתגובה – אינני סבור שזהו המקום וזוהי השעה לעשות כן; מוטב לנו שלא נעשה את העתירה כבקעה להתגדר בה. גם אין הצדקה להסיט את מרכז-הכובד של דיוננו מן ההדלפה, אל הסבירות.

...

עדיין, עילה זו – בעלת חשיבות, אך לוקה בבעייתיות – אינה חזות הכל; לבטח אינה תנאי בלעדיו-אין לתקומתן של עתירות מסוגה של העתירה שלפנינו. ביקורת שיפוטית על החלטת היועצת המשפטית לממשלה, בתחום אכיפת המשפט הפלילי ובכלל, איננה תחומה אך ורק לד' אמותיה של עילת הסבירות. לא בכדי, גם בעתירה שלפנינו נטען, בין היתר, על הימנעות משקילת שיקולים רלבנטיים (סעיף 103 לעתירה המתוקנת), על ניגוד עניינים (פסקה 57 לחוות דעתו של חברי, השופט ח' כבוב), וטענות נוספות. גם אלה אינן ממצות את ארסנל העילות המינהליות המסורתיות הנוהגות עימנו מימים ימימה, ובכולן ניתן לתקוע יתד נאמן."

23. דבריו אלה של כבוד השופט סולברג הופנו לעמדתה של כבוד השופטת ברק-ארז **בעניין נתניהו לפיהם** :

"3. הביקורת על-פי עילת הסבירות, שכיום משתרעת גם על החלטותיה של היועצת המשפטית לממשלה, אין משמעותה second-guessing של החלטותיה, בבחינת "עיון חוזר" בהן על-פי שיקול דעתו הסובייקטיבי של בית המשפט. עילה זו, ... היא בעלת משמעות משפטית מתוחמת ומוגדרת. החלטה שאינה סבירה במובנה המשפטי אינה החלטה שאינה נושאת חן בעיניו של מי שמחוה דעתו עליה או ממלא תפקיד ביקורת ביחס אליה, אלא החלטה שאינה עומדת באמות המידה של חוסר סבירות קיצוני, כפי שאלה הוגדרו בפסיקה לאורך השנים ובספרות המשפטית הענפה בתחום זה. על כן, במקרים רבים, וכך גם במקרה זה, אין די באי-נחת מהחלטה מינהלית שהתקבלה על מנת להצדיק את קבלת העתירה.

4. במלים אחרות, עילת הסבירות משקפת את החובה המוטלת על כל רשות מינהלית לקבל את החלטתה לאחר שבחנה את כלל השיקולים הרלוונטיים ונתנה להם משקל הולם. כידוע, אסור לרשות המינהלית לשקול שיקולים זרים, שיקולים שאינם ממין העניין. אולם, לצד

החובה שלא לשקול שיקולים זרים, עומדת חובה, לא פחות חשובה, והיא החובה לבחון באופן סדור את כלל השיקולים הנוגעים בדבר ולתת להם ביטוי ראוי, בהתאם למאפייני העניין ולנסיבותיו. על דרך המשל וההשוואה, כאשר רופא נדרש לטפל בחולה, לא די בכך שיימנע מלתת לו תרופה שאינה מתאימה, כזו שמיועדת לטיפול במחלה אחרת (תרופה שאותה ניתן לדמות לשיקול זר). בנוסף, עליו לתת לחולה את כלל התרופות המתאימות לטיפול במחלה (וכך למשל, במקרה שבו שתי תרופות דרושות, מתן אחת בלבד עשויה להיות בעייתית, וכך גם הענקת התרופות הנדרשות במינונים לא מתאימים).

5. על כך יש להוסיף, כי לעתים עילת הסבירות משמשת כלי חשוב לביקורת גם על החלטות פגומות שבהן נפלו שיקולים זרים, באותם מקרים שבהם קיימים מחסומים ראייתיים שונים המטילים קושי על האפשרות להצביע על שיקולים אלו. כידוע, דברים שבלב הם קשים להוכחה, ואילו יתרונה של עילת הסבירות הוא בבחינת האיזון בין השיקולים שביסוד ההחלטה, מבלי להידרש לדברים שבלב ולכוונות נסתרות (להרחבה, ראו: ברק-ארז, בעמ' 749-751). על דרך ההשוואה ניתן להזכיר כי ההלכה המוקדמת בכל הנוגע לביקורת על החלטות היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהותוותה בעבר ונזכרה על-ידי חברי בג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 285 (1957)), הייתה מוגבלת להחלטות שהתקבלו בחוסר תום לב או ממניעים נפסדים, וכך קבעה במידה רבה רף בלתי עביר. ביקורת שיפוטית מאוזנת על החלטות היועץ המשפטי לממשלה התאפשרה בעקבות הכפפתן לעילת הסבירות."

24. לצד הדיון האמור בפסיקה גם מהעת האחרונה, כל מבקריה של עילת הסבירות פעלו לעיצובה וצמצומה במסגרת התפתחויות המשפט פנימה במסגרת המעשה השיפוטי ולבטח לא כיוונו לגדיעתה באופן כה בוטה וקיצוני באמצעות תיקון לחוק יסוד: השפיטה. ראו לעניין זה דבריו של כבוד השופט, כתוארו אז, גרוניס, בעניין אמונה:

”11. אין בכוונתי לומר, כי עלינו להתעלם מעילת חוסר הסבירות או לבטלה. מה שראוי לעשות על פי השקפתי הוא להעדיף שימוש בעילות בעלות פריסה מצומצמת יחסית ושהינן יותר קונקרטיות, כמו שיקולים זרים, מטרה זרה או אפליה. עילות או פגמים אלה נמצאים ברמת הפשטה נמוכה יותר ועל כן השימוש בהם יקטין את המרחב של שיקול הדעת השיפוטי ויגביר את הוודאות המשפטית. השימוש בעילה של חוסר סבירות יהא מוצדק במקרים קיצוניים, ואך ורק כאשר מוצו כל אפשרויות הביקורת באמצעות עילות מדויקות יותר, ובמיוחד כאשר מדובר בפגיעה בזכויות אדם. אפשר שראוי לחזור לשימוש במינוח של חוסר סבירות קיצוני, שדומה שנשתכח במקצת. כמובן, שגם מבחן מילולי כזה סובל מחוסר דיוק וכרוך הוא במידה לא קטנה של שיקול דעת שיפוטי. עם זאת, השימוש בתואר ”קיצוני” יש בו כדי להוות תמרור אזהרה לבית המשפט. על בית המשפט להימנע מלשים את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות, לא רק כעניין רטורי אלא גם מבחינה יישומית.”

25. בעניין זה נוסף ונציין כי לא אחת פעל בית המשפט לעיצוב של עילת הסבירות בדרך של גידור ותיחום בשורה של דרכים ונתיבים. ראו בעניין זה הכרעתו של בית המשפט הנכבד בדנ”פ 5387/20 רפי רותם נ’ מדינת ישראל (אר”ש 1512.2021) (להלן: ”עניין רותם”) במסגרתו גידר בית המשפט את עילת הסבירות וקבע כי זו לא תחול – כעילה העומדת בפני עצמה – במקרים של בחינת החלטה על הגשת כתב אישום.

במסגרת זו הוחלט פה אחד כי ההליך הפלילי הוא המקום הנכון שבו על הנאשם להעלות את טענותיו נגד הגשת כתב האישום נגדו וכי בכפוף להוראות חיקוק מיוחדות בדין הפלילי, המסגרת הדוקטרינרית המתאימה לדיון בטענות הנאשם נגד החלטת התביעה להגיש נגדו כתב אישום, היא הגנה מן הצדק המעוגנת בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ”ב-1982. כן הוחלט ברוב דעות כי אין מקום להעלות טענות בדבר אי-סבירות או אי-מידתיות נגד הגשת כתבי אישום, אלא ניתן לטעון כי בהגשת כתב האישום נגד הנאשם יש משום ”סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית” במובנו של סעיף 149(10), ואם למרות זאת, עולה טענה לחוסר סבירות ולחוסר מידתיות בהגשת כתב האישום, על בית המשפט לבחון אם טענות אלו עומדות במבחנים של הגנה מן הצדק.

26. הנה דוגמה להילוך שיפוטי אשר בוחן שימוש בעילת הסבירות על-ידי בית משפט קמא וגודר את השימוש בה באופן מפורש וברור בדרך של פיתוח המשפט בכלים הנתונים למערכת השיפוט כגורם עצמאי.

27. לאור האמור לעיל, קיימת חשיבות בשימורה של עילת הסבירות כמכשיר מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל, ויש להמשיך ולהציבה במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון. ראו דבריה של כבוד השופטת פרוקצ'יה בסעיף 33 לפסק דינה **בעניין אמונה** ביחס לעילת הסבירות וחשיבותה:

**"באמצעות עילה זו, נבחנת הרציונליות שבהחלטת המינהל כמושג נורמטיבי, ולצורך בחינה זו נקבעו אמות מידה שעל בית המשפט לבחון, קרי: האם נשקלו על ידי הרשות המינהלית מלוא השיקולים הרלבנטיים לענין, והם בלבד, או שמא נשקלו שיקולים זרים וחיצוניים לענין; שנית, האם הרשות ייחסה לכל אחד מהשיקולים הרלבנטיים את משקלו היחסי הראוי, והגיעה באמצעות שקילה זו לנקודת איזון המצויה במתחם הסבירות הנתון לה. מיתחם סבירות זה עשוי להשתנות מענין לענין, בהתאם לנתוניו ולמאפייניו של המקרה. בלא הבטחה כי החלטת המינהל תהא סבירה ורציונלית, צפויים הפרט והציבור להיפגע פגיעה קשה. אין די בקבלת החלטה מינהלית בסמכות ובתום לב. על ההחלטה להיות רציונלית ונבונה במסגרת מיתחם שיקול הדעת הנתון לרשות המוסמכת.**

...

**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.**

...



העקרון לפיו בחינת סבירות החלטת המינהל אין פירושו העמדת שיקול הדעת השיפוטי במקום שיקול הדעת המינהלי הוא כלל יסוד נטוע במשפט המינהלי, המהווה מרכיב חיוני בתהליך הביקורת השיפוטית על המינהל. הוא משתלב באורח הרמוני עם אמות המידה הקיימות לבחינת סבירות ההחלטה המינהלית.

...

הפעלתם התקינה והראויה של העקרונות האמורים במסגרת עילת הסבירות אינה מעמידה סיכון ממשי כי בית המשפט יבוא בנעליה של הרשות המינהלית ויעשה את מלאכתה במקרה הפרטני. הפעלה בלתי מאוזנת של העקרונות האמורים עלולה להביא לתוצאה בלתי רצויה כזו. על הדגש להיות מושם, אפוא, לא על שבירתו של כלי הביקורת עצמו, או על הצרת תחום התפרשותו, כפי הצעתו של חברי. על הדגש להיות מושם על דרכי היישום וההפעלה הראויים של העקרונות המושרשים מזה דורות במשפט המינהלי - דרכי יישום והפעלה הבנויים על המשקלות והאיזונים הראויים, שנועדו להבטיח את הרציונליות של החלטות המינהל להגנתם של הפרט והכלל גם יחד."

28. לאור האמור, נדגיש כי אין דומה פיתוח ועיצוב עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית באמצעות בתי המשפט פנימה כחלק ממלאכת השיפוט ובאמצעות הכלים הנתונים לה בדמות התקדים המחייב וההלכה הפסוקה, לבין ביטולה באמצעות תיקון לחוק יסוד: השפיטה הנדון בעניינה של עתירה זו המצמצם את מרחב פעולתה של הרשות השופטת ופוגע בעצמאותה. על חשיבותה של הבחנה זו בענייננו נעמוד בהרחבה בהמשך.

#### **ד. הליכים קודמים בתחום המאבק בעישון המבוססים על עילת הסבירות**

29. כפי שצוין לעיל, פעולתו של העותר בתחום המאבק בעישון, בעיקר בקרב ילדים, נוער וצעירים. כפי שיפורט להלן, במהלך השנים האחרונות הוביל העותר שורה של עתירות בפני בית המשפט הנכבד אשר ביקשו לטפל בכשלים במדיניות המס בתחום המאבק בעישון בישראל וזאת בשל התנגדותם של נציגי הציבור הנבחרים לטפל בכשלי המס השונים באופן שיתרום למאבק בתופעת העישון ולהפחתת הנזקים הכבדים לבריאות הציבור הנובעים ממנה.

30. על-פי דו"ח שר הבריאות על העישון בישראל 2021, שבט תשפ"ג, פברואר 2023 (להלן: "דו"ח שר הבריאות") (עמ' 6) אחוז המעשנים מגיל 21 ומעלה בישראל, עומד על כ- 20%. על-פי הערכות משרד הבריאות המוצגות בדו"ח שר הבריאות, בכל שנה כ-8,000 אישה ואיש מתים בישראל מוות מוקדם כתוצאה מעישון, מהם כ-800 אנשים שאינם מעשנים בעצמם אך נחשפו לעישון כפוי.

בדו"ח שר הבריאות ניתן לצפות כאן:

(נצפה לאחרונה <https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/smoking-2021>) ביום 21.7.2023.

31. מוצרי הטבק והעישון המשוקים בישראל לאורך השנים כוללים את הסיגריות, הטבק לגלגול והטבק לנרגילה ולמקטרות, טבק למציצה ולעיסה, סיגרלות וסיגרים. בעשור האחרון נוספו לקבוצה זו של מוצרי עישון הנמכרים בישראל גם הסיגריות האלקטרוניות למיניהן, ביניהן סיגריות ה-JUUL ולאחרונה הסיגריה האלקטרונית החד-פעמית וסיגריות ה-IQOS.

32. לאור ההשפעות החיצוניות השליליות הנלוות לצריכת מוצרי עישון, הן בנזקי הבריאות לאלו הצורכים אותם בעצמם והן לאלו הסובבים אותם, נוקטת מדינת ישראל מזה שנים במדיניות של הטלת מס משמעותי על מוצרים השייכים לקטגוריה זו וזאת על בסיס ההנחה כי הטלת מס משמעותי תוביל להגבלת השימוש במוצרי העישון השונים המהווים סיכון לחייהם ובריאותם של המשתמשים בהם ושל הנחשפים להם.

זאת על מנת לצמצם את צריכת מוצרים אלה ובכדי להפנים את ההשפעות החיצוניות השליליות שלהם בעקבות התחלואה החמורה הנגרמת משימוש בהם - למשתמשים עצמם ולאלו הנחשפים להם - אשר מקצרת את החיים, ומהווה סיכון חמור לבריאות וכתוצאה מכך סיכון חמור לחיים. לא למותר לציין, כי סוגיית השפעת המיסוי על צריכת מוצרי עישון, נבחנה פעמים רבות והוכח, כי קיים מתאם בין העלאת מחירם של מוצרים אלה, לירידה בצריכתם והימנעות מהתחלת התנסות ושימוש בהם.

33. הטלת מס על מוצרים אלה היא מדיניות הנתמכת אף על-ידי ארגון הבריאות העולמי (World Health Organization) והיא מהווה מרכיב מרכזי באמנת ה-FCTC (Framework Convention on Tobacco Control, World Health Organization 2003) - אמנת מסגרת של ארגון הבריאות העולמי בדבר פיקוח על טבק, ז'נבה, 21.5.2003 (להלן: "האמנה" או "אמנת המסגרת לפיקוח על הטבק") אשר נחתמה ביום 21 במאי 2003 ואומצה בידי 182 מדינות החברות בארגון הבריאות העולמי.

נספח 16 Framework Convention on Tobacco Control, World Health Organization 2003.

34. אמנת המסגרת לפיקוח על הטבק נחתמה על-ידי מדינת ישראל ביום 20 ביוני 2003, אושררה על-ידי ישראל ביום 24 באוגוסט 2005 ונכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 24 בנובמבר 2005 (ראו לעניין זה: כתבי אמנה 1527, כרך 56. אמנת מסגרת של ארגון הבריאות העולמי בדבר פיקוח על טבק, ז'נבה, 21.5.2003).

**נספח 17** כתבי אמנה 1527, כרך 56. אמנת מסגרת של ארגון הבריאות העולמי בדבר פיקוח על טבק, ז'נבה, 21.5.2003.

35. האמנה עוסקת באמצעים להפחתת הביקוש למוצרי טבק ולצמצום החשיפה להשפעותיהם וזאת לצד האמצעים להגבלת ההיצע של מוצרים אלו. האמצעים להגבלת הביקוש כוללים בין היתר מדיניות מיסוי ותמחור, הקטנת החשיפה לנזקי העישון על ידי הגבלת השימוש במקומות ציבוריים, הגבלות על פרסום מוצרי טבק, חינוך והגברת המודעות בדבר נזקי העישון, עידוד הפסקת העישון, הסדרת רכיבי מוצרי טבק והסדרת גילוי מידע אודות מוצרי טבק. בצד הגבלת ההיצע, מציעה האמנה כמה צעדים ופעולות, כגון איסור סחר בלתי חוקי במוצרי טבק, איסור מכירת המוצרים לקטינים, איסור חלוקת מוצרי סיגריות וטבק לציבור ובעיקר לקטינים ללא תמורה, איסור גורף על הצבת מכונות למכירת מוצרי טבק ואמצעים נוספים אחרים.

36. אחד האמצעים הבולטים הכלולים באמנה נוגע, כאמור, למדיניות המס הראויה במדינות המהוות צד לאמנה. על-פי האמנה, הצדדים לאמנה מכירים בכך "שאמצעי מחיר ומיסוי הם אמצעים יעילים וחשובים לצמצום צריכת הטבק במגזרים שונים, בעיקר צעירים" (סעיף 6, פסקה 1 לאמנה) ועל המדינות שהן צד לאמנה "להביא בחשבון את יעדי הבריאות הלאומיים" שלהן "בנוגע לפיקוח על הטבק" ולאמץ או לקיים, כפי שמתאים, אמצעים העשויים לכלול "יישום מדיניות מיסוי, ובמקום שמתאים, מדיניות מחיר, על מוצרי טבק על מנת לתרום ליעדי הבריאות במגמה לצמצם את צריכת הטבק" (סעיף 6, פסקה 2 לאמנה).

37. לעניין זה, ראו סעיף 6 לאמנת המסגרת לפיקוח על הטבק בנושא:

#### Article 6

Price and tax measures to reduce the demand for tobacco

1. The Parties recognize that price and tax measures are an effective and important means of reducing

#### סעיף 6

אמצעי מחיר ומיסוי לצמצום הביקוש לטבק

1. הצדדים מכירים בכך שאמצעי מחיר ומיסוי הם אמצעים יעילים וחשובים לצמצום צריכת הטבק

tobacco consumption by various segments of the population, in particular young persons.

2. Without prejudice to the sovereign right of the Parties to determine and establish their taxation policies, each Party should take account of its national health objectives concerning tobacco control and adopt or maintain, as appropriate, measures which may include:

(a) implementing tax policies and, where appropriate, price policies, on tobacco products so as to contribute to the health objectives aimed at reducing tobacco consumption; and

(b) prohibiting or restricting, as appropriate, sales to and/or importations by international travelers of tax- and duty-free tobacco products.

3. The Parties shall provide rates of taxation for tobacco products and

במגזרים שונים של האוכלוסייה, בעיקר צעירים.

2. בלי לפגוע בזכויות הריבוניות של הצדדים לקבוע ולכונן את מדיניות המיסוי שלהם, על כל צד להביא בחשבון את יעדי הבריאות הלאומיים שלו בנוגע לפיקוח על הטבק ולאמץ או לקיים, כפי שמתאים, אמצעים העשויים לכלול:

(א) יישום מדיניות מיסוי, ובמקום שמתאים, מדיניות מחיר, על מוצרי טבק על מנת לתרום ליעדי הבריאות במגמה לצמצם את צריכת הטבק; וכן

(ב) לאסור או להגביל, כפי שמתאים, מכירה לנוסעים בינלאומיים ו/או ייבוא על ידיהם של מוצרי טבק פטורים ממס וממכס.

3. הצדדים ידווחו על תעריפי מיסוי למוצרי טבק ומגמות בצריכת טבק בדוחות

trends in tobacco consumption in their periodic reports to the Conference of the Parties, in accordance with Article 21.

התקופתיים שלהם לוועידת הצדדים, בהתאם לסעיף 21.

38. ברוח אמנת המסגרת לפיקוח על הטבק והמדיניות הכוללת בעולם המערבי בנושא, חודשה עבודתה של הוועדה הציבורית לצמצום העישון ונזקיו במשרד הבריאות (להלן: "הוועדה") (ועדה זו הוקמה תחילה כוועדת גילון בשנת 1999). הוועדה הגישה את המלצותיה לממשלת ישראל בחודש ינואר 2011. לעיון בהמלצות הוועדה ראו: דו"ח הוועדה הציבורית לצמצום העישון ונזקיו, משרד הבריאות, דצמבר 2010) (להלן: "הדו"ח" או "דו"ח הוועדה הציבורית לצמצום העישון ונזקיו").

**נספח 18** דו"ח הוועדה הציבורית לצמצום העישון ונזקיו, משרד הבריאות, דצמבר 2010.

39. במסגרת פרק י"א לדו"ח מצוינות המלצות ארגון הבריאות העולמי (ה- WHO) ביחס למדיניות מיסוי מוצרי טבק. ראו להלן המלצות נבחרות המוזכרות שם הנוגעות לעניינה של עתירה זו:

א. סעיף 6 להמלצות ארגון הבריאות העולמי ביחס למדיניות מיסוי מוצרי טבק (עמ' 48 לדו"ח):

"התאמת נטל המס בין מוצרי טבק שונים" - במטרה למנוע מעבר ממוצרי טבק יקרים למוצרי טבק זולים יותר. הכבדת נטל המס על כלל מוצרי הטבק תוביל בהכרח לעלייה בהכנסות לעומת מצב של הכבדת הנטל על מוצר אחד, שיעביר צרכנים לצרוך מוצר זול יותר על חשבון המוצר היקר."

ב. סעיף 11 להמלצות ארגון הבריאות העולמי ביחס למדיניות מיסוי מוצרי טבק (עמ' 48 לדו"ח):

"יש לשלב מדיניות מיסוי כחלק מתוכנית כוללת למאבק בעישון" - מדיניות כוללת למאבק בעישון תוביל לירידה בעישון ולהפחתת עלויות נזקי העישון, תסייע בגיבוש תמיכה ציבורית ופוליטית להעלאת נטל המס על מוצרי

טבק ותמקסם את ההשפעה של נטל המיסוי על קידום  
בריאות הציבור."

ג. סעיף 13 להמלצות ארגון הבריאות העולמי ביחס למדיניות מיסוי מוצרי טבק (עמ' 48-49 לדו"ח):

"מוצרי טבק בעלות נמוכה אינם לטובת החלשים" - מוצרי טבק זולים מעלים את שיעורי צריכת מוצרי הטבק בקרב אוכלוסיות מוחלשות, כתוצאה מכך הם נושאים בנטל רב יותר ושאינו פרופורציונאלי מבחינת העלות הכלכלית והבריאותית של העישון ובכך מנציחים את העוני העתידי. העלאת נטל המס לעומת זאת, תוביל לירידה בשיעורי העישון בקרב אוכלוסיות חלשות וכך תביא לחלוקה פרוגרסיבית של היתרונות הבריאותיים והכלכליים בצמצום העישון וזו המדיניות האמיתית לטובת החלשים."

40. בעניין זה, ראוי להדגיש כי המיסוי המוטל על מוצרי טבק הוא מס קניה המהווה מס עקיף המוטל על מוצרים שלגביהם נקבע בצו שר האוצר שהם מוצרים הטעונים מס לפי חוק מס קניה (טובין ושירותים), התשי"ב-1952 (להלן: "החוק" או "חוק מס קניה").

מס קניה מוטל בעיקר על מוצרים שיש להם השפעות חיצוניות (החצנות) שליליות, כגון כלי רכב, דלק, אלכוהול, סיגריות ומוצרי טבק אחרים. הטלת מס המבקש לתקן השפעה חיצונית (שלילית), כגון מס קניה על מוצרי עישון, מהווה "מס פיגואני" (Pigouvian tax). מס זה מהווה כלי רגולטורי שימושי המאפשר למדינה לטפל בתופעות חברתיות וכלכליות שונות באמצעות הטלת מס, כחלק מהמערך הרגולטורי הכולל ביחס לפעילות מסוימת וזאת בהתאם לכללי המשפט החלים כגון החובה לנהוג בשוויון, החובה להפעיל שיקול דעת סביר, החובה לכבד זכויות אדם מוגנות וחובות נוספות מתחום המשפט הציבורי.

41. על-פי ארגון הבריאות העולמי (WHO), מס קניה יכול לשמש כלי לוויסות צריכת מוצרי עישון, לשיפור בריאות הציבור וכן להגדלת הכנסות המדינה. ארגון הבריאות העולמי ממליץ כי שיעור המס על מוצרי טבק יהיה לפחות 70% מהמחיר הסופי לצרכן. ראו לעניין זה: World Health Organization, *Tobacco Free Initiative (TFI) Taxation* accessed, 22.5.17.

42. על אף המורכבות של שוק מוצרי העישון המתאפיינת במגוון של מוצרים, מס הקנייה שהוטל על מוצרי העישון השונים לא היה דומה ובמקרים מסוימים לא הוטל כלל. מצב דברים זה יצר עיוות קשה בשוק מוצרי העישון תוך יצירת תמריץ לצרוך מוצרים שהמס המוטל עליהם נמוך באופן משמעותי מהמס המוטל על מוצרים תחליפיים אחרים.

כך לדוגמה, המס שהוטל על הטבק לגלגול לעומת המס שהוטל על סיגריות רגילות, הוביל למצב שמחירה של סיגריה מגולגלת עמד על כמחצית ממחירה של סיגריה רגילה. מצב זה, שנמשך שנים ארוכות, הוביל רבים לצריכתו הגוברת של טבק לגלגול ובעקבות כך לפגיעה עמוקה יותר בבריאות הציבור. במקרים מסוימים, כאמור, לא הוטל כל מס קנייה על מוצרי עישון מסוימים, כגון סיגריית ה-IQOS וסוגים שונים של סיגריה אלקטרונית (לשימוש חוזר ולשימוש חד-פעמי).

43. למרות האינטרס הציבורי בקיומה של מדיניות מס שוויונית ויעילה ככל שניתן, נציגי הציבור הנבחרים (בראשם שרי האוצר בממשלות ישראל השונות בעשור האחרון שלהם הסמכות להטלתם של מיסי קנייה על מוצרים אלה) התנגדו ברובם להעלאת מיסי הקנייה המוטלים על מוצרי העישון השונים או הטלתם באופן שיביא לאיזון מסוים במחיריהם של מוצרי העישון השונים.

44. כאמור לעיל, לאור הכשל האמור, שורה של עתירות לבג"ץ הובילו את נבחרי הציבור לעשות שימוש בסמכותם להטיל או להגדיל את מס הקנייה המוטל על מוצרי עישון מסוימים ובכך נוצר איזון מסוים (גם אם לא אופטימלי) במדיניות המס החלה על מוצרי העישון השונים.

ראו לעניין זה: בג"ץ 2475/17 העמותה לדמוקרטיה מתקדמת נ' שר הבריאות (אר"ש 10.7.2017) (להלן: "עניין מיסוי סיגריית ה-IQOS"); בג"ץ 4862/18 המיזם הרב מגזרי למיגור העישון נ' שר האוצר (אר"ש 4.2.2019) (להלן: "עניין מיסוי הטבק לגלגול"); בג"ץ 7875/20 המיזם הרב מגזרי למיגור העישון נ' שר האוצר (אר"ש 25.11.2021) (להלן: "עניין מיסוי הסיגריה האלקטרונית").

45. בבסיס הטענות שהוצגו בפני בית המשפט בעתירות האמורות ניצבה עילת הסבירות.

46. רק לאחר הגשתן של העתירות בעניין מיסוי סיגריית ה-IQOS (בג"ץ 2475/17) ובעניין מיסוי הסיגריה האלקטרונית (בג"ץ 7875/20) ובשל החשש מביקורת שיפוטית ולאור עמדת גורמי המקצוע השונים ובכללם גורמים במשרד האוצר, במשרד הבריאות ובמשרד הייעוץ המשפטי לממשלה – הוטל לבסוף מס קנייה על מוצרים אלה ללא צורך בהכרעתו של בית המשפט הנכבד.

במקרים אלה, די היה באפקט המצנן של עילת הסבירות ובחשש מהכרעת בית המשפט בכדי שנבחרי הציבור (שרי האוצר בתקופות השונות בעלי הסמכות להטלת מס קנייה על-פי חוק מס קנייה) יפעילו את סמכותם ולא ימנעו מהפעלתה באופן בלתי סביר בצורה קיצונית. נעיר, כי במקרים אלה לא הוטל כל מס קנייה על המוצרים הנדונים ערב הגשת העתירות לבית המשפט הנכבד.

47. בעניין מיסוי הטבק לגלגול (בג"ץ 4862/18) נדרשה הכרעתו של בית המשפט הנכבד וזאת לאור התנגדותו העיקשת של שר האוצר באותה עת להפעיל את סמכותו.

מקרה זה נגע למצב בו מס הקנייה שהוטל על הטבק בתפזורת (טבק לגלגול) עמד על פחות ממחצית המס שהוטל על טבק המצוי בסיגריה רגילה. כפי שהוצג בכתב העתירה **בעניין מיסוי הטבק לגלגול** תוך הסתמכות על חוות דעת כלכלית מפורטת, מצב דברים זה הוביל לכך שסיגריה שהורכבה מטבק בתפזורת (טבק לגלגול) עלתה פחות ממחצית עלותה של סיגריה רגילה. מצב מתמשך זה הביא לעיוות מס קשה ולנהירה של נוער, צעירים ומבוגרים גם יחד לשימוש בטבק לגלגול.

48. בדוח מבקר המדינה 68' בנושא "פעולות רשויות השלטון לצמצום העישון ונזקיו" (להלן: "**דוח מבקר המדינה**") הוצגה ביקורת קשה ביחס לאופן הטיפול של מדינת ישראל בתוצאותיה הקשות של מגפת העישון בישראל. חלק נכבד מדוח מבקר המדינה הוקדש להיעדר השוואת המיסוי על הטבק לגלגול למיסוי המוטל על סיגריות בחפיסה.

49. ראו לדוגמה הדברים בעמ' 625 לדוח מבקר המדינה ביחס להיווצרותם של פערי המיסוי כאמור:

"בביקורת עלה כי שרי האוצר שכיחנו בשש השנים שלאחר המלצות הוועדה הציבורית לא השוו את שיעורי המס על מוצרי הטבק השונים וכך, עם השנים נוצר פער בין שיעור המס המוטל על סיגריות בחפיסות ובין שיעור המס המוטל על טבק בגלגול וכן על סיגריות אלקטרוניות, הנמוך יותר."

50. על-פי דוח מבקר המדינה (עמ' 641) פער זה הוא הגורם המרכזי למעבר של צעירים ומעשנים ותיקים לצריכת טבק לגלגול במקום סיגריות רגילות:

"הפער בין שיעור המס על סיגריות לשיעור המס על טבק לגלגול והמחיר הנמוך יחסית של הטבק לגלגול מעודדים מעשנים, בעיקר צעירים, לעבור לצריכת טבק לגלגול במקום סיגריות".

51. מבקר המדינה אף עמד על הנזק הרב שנגרם מפערי מיסוי אלה ביחוד לאור העובדה כי נזקי העישון הנגרמים מעישון טבק לגלגול אינם שונים מהנזקים הנגרמים מעישון סיגריות רגילות. ראו הדברים בעמ' 644 לדוח מבקר המדינה:

"אף שנזקי הסיגריות המגולגלות אינם קטנים מנזקי הסיגריות הרגילות, לא הושווה המס על טבק לגלגול למס על סיגריות. שר האוצר הנוכחי משה כחלון, המכהן בתפקידו ממאי 2015, מתנגד להעלאת מס הקניה על



טבק לגלגול, בשל מדיניות משרד האוצר שלא להעלות מסים. יודגש כי עמדה זו מנוגדת להמלצות הוועדה הציבורית, שאימצה הממשלה, ולפיהן יש להתאים את שיעורי המס על מוצרי הטבק השונים."

52. המשיך וקבע מבקר המדינה כי (עמוד 645 לדוח המבקר):

"לא ניתן להתעלם מהעובדה כי המס על סיגריות עלה משנת 2012 במידה ניכרת, והותיר מאחור את המס על טבק לגלגול. עמדת שר האוצר וסגנו ולפיה אין להעלות את המס על טבק לגלגול מנוגדת לתכנית הלאומית שעליה החליטה הממשלה, להמלצות הוועדה הציבורית ולפיהן יש להשוות את המס על מוצרי הטבק השונים, וכן לאמנה. ההוצאה הלאומית השנתית על טיפול בתחלואה עקב חשיפה לעישון מסתכמת ב-3.7 מיליארדי ש"ח, והשימוש בסיגריות מגולגלות הולך וגדל, בעיקר בקרב הדור הצעיר. הדבר מחייב את שר האוצר ומשרדו לבחון מחדש לעומק, באופן דחוף, את סוגיית העלאת המס על טבק לגלגול."

53. לאור התנגדותו העיקשת של שר האוצר באותה עת, נדרש בית המשפט הנכבד להכריע בעתירה בעניין מיסוי הטבק לגלגול. בפסק דינו של בית המשפט קבעו **כבוד השופטת ברק-ארז, כבוד השופט קרא וכבוד השופט שטיין**, כי על שר האוצר להשוות את מיסי הקניה שהוטלו על הטבק לגלגול לאלה שהוטלו על סיגריות רגילות. במסגרת פסק דינו, מציין בית המשפט הנכבד את האירועים שהובילו להכרעתו:

"5. העתירה הוגשה על רקע עמדתו של שר האוצר לפיה אין להעלות את המס על טבק לגלגול, על יסוד גישה עקרונית המצדדת באי-העלאת מסים. העותרות טענו כי עמדה זו באה לידי ביטוי, בין היתר, במכתבו של סגן השר יצחק כהן לחבר הכנסת יהודה גליק מיום 16.5.2017, שבו נמסר כי "אין למשרד האוצר כוונה להעלות מסים בשום תחום. מדיניות המשרד דוגלת בהפחתת נטל המס והגדלת ההכנסה הפנויה ככל שניתן" (במענה לשאילתה ישירה שנשלחה למשרד האוצר בעניין זה).

...

9. ביום 21.1.2019, מספר ימים לפני הדיון בעתירה, הוגשה עמדת המדינה, שבה צוין כי היא מסכימה למתן צו מוחלט בעתירה. הסכמה זו התבססה על עמדתו המקצועית של משרד הבריאות לפיה הנזק הבריאותי שנובע ממוצרי טבק לגלגול דומה לנזק שנובע מסיגריות רגילות, ועל כן "לא נמצאה הצדקה התומכת בהותרת אי-השוויון החל במישור המיסוי בין מוצרי טבק לגלגול לבין סיגריות רגילות על כנו". המדינה ציינה, להשלמת התמונה, כי מכל מקום צו שעניינו בהטלת מס טעון אישור מטעם ועדת הכספים של הכנסת. לצד האמור, צוין בעמדת המדינה כי שר האוצר עצמו עודנו מחזיק בגישה המצדדת באי-שינוי המצב הקיים, וזאת על מנת שלא להכביד בנטל המס שנושאת האוכלוסייה הצורכת את הטבק לגלגול שלהערכתו מוחלשת יותר מבחינה סוציו-אוקונומית. עמדה זו של שר האוצר לא נתמכה בהנמקה נוספת או בהתייחסות לאפשרות של שינוי מקיף יותר בקביעת שיעורי המס (כמו למשל, הפחתה מסוימת במס הקניה המוטל על סיגריות והשוואתו של מס הקניה על טבק לגלגול לשיעור המופחת).

54. על בסיס הדברים האמורים, הכריע בית המשפט והורה לשר האוצר "להפעיל את סמכותו לפי חוק מס קניה ולהטיל באופן מיידי מסי קניה שווים על מוצרי טבק לגלגול ועל סיגריות רגילות" (סעיף 25 לפסק הדין). ראו עיקר נימוקי ההכרעה להלן:

"17. אכן, מקובלת עלינו העמדה כי התוויית המדיניות בכל הנוגע לקביעתם של שיעורי המס אמורה להיעשות על-ידי גורמי המדינה, ובמקרה זה על-ידי שר האוצר (ראו: בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 49, 69 (1999); בג"ץ 6407/06 דורון, טיקוצקי, עמיר, מזרחי עורכי דין נ' שר האוצר (23.9.2007)). עם זאת, "מדיניות" אינה מילת קסם הפוטרת את הרשות המבצעת מהחובה לנהוג בשוויון או לבחון טענות רציניות בדבר השלכה שלילית של החלטתה על זכויות, במקרה זה הזכות לבריאות. שיקול דעת רחב אינו פטור מהחובות שמטיל המשפט הציבורי

(ראו למשל: בג"ץ 6925/14 פורום החוסכים לפנסיה בישראל נ' שר האוצר, פסקאות 12-13 (24.12.2017)).

18. ניתן להוסיף כי אין מדובר במקרה שבו העותרים מבקשים מבית המשפט להתערב בדקויות שעניינן המשקל היחסי שניתן בהחלטתה של הרשות המינהלית לשיקולים שונים (למשל, השיקול של הקלה עם שכבות אוכלוסיה מעוטות הכנסה והשיקול של בריאות הציבור). עמדתו של שר האוצר, כפי שהובאה בפנינו, התייחסה אך ורק לשיקול של הכבדה על אוכלוסיות מעוטות הכנסה. איננו מבטלים שיקול זה. לעומת זאת, היא לא התייחסה כלל לשיקולים רלוונטיים נוספים שלכאורה נדרשה התייחסות אליהם – העובדה שהיקף צריכת הטבק לגלגול אינו נתון קבוע, אלא כזה המושפע משיעור המס, וכן החשש ששיעור מס נמוך על מוצרי עישון מסוימים תורם בפועל לעידוד העישון, וממילא משפיע לרעה על בריאות הציבור. כידוע, בביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות ניתן משנה משקל למצבים שבהם החלטתה של הרשות התעלמה משיקולים רלוונטיים (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 726-728 (2010) (להלן: ברק-ארז)).

...

על רקע זה, ובהתחשב בעמדה המקצועית של משרד הבריאות, לפיה הסיכונים הבריאותיים הכרוכים בעישון סיגריות רגילות וסיגריות מגולגלות הם זהים בעיקרם, אין אפוא הצדקה עניינית להבחנה במיסוי המוטל עליהן אף במישור של תכליות ההסדר המיסוי.

21. לא למותר לציין כי לאמיתו של דבר הנושא שבפנינו אינו חדש, ואף לא כזה המיוחד למדינת ישראל. דו"ח הוועדה הציבורית התייחס בהרחבה גם לעמדתו של ארגון הבריאות העולמי, שהוציא בעניין זה דו"ח מפורט בשנת 2015, שכלל התייחסות מפורשת לבעייתיות הגלומה בפערים בשיעורי המס בין מוצרי טבק שונים, ובכלל זה לסוגיה הספציפית של השוואה בין מס על

סיגריות ומס על טבק לגלגול (ראו: Who Report on the  
“(Global Tobacco Epidemic, 2015).

55. לאור האמור לעיל ועל-פי התיקון לחוק יסוד: השפיטה הנדון בעתירה זו, לשיטת העותר, בהיעדר תחולתה של עילת הסבירות על נבחרי ציבור, נראה כי לא תהיה עוד דרך להתמודד עם הימנעותם של נבחרי ציבור להפעיל את סמכותם ולפעול לטובת אינטרס הציבור בצמצום תופעת העישון בדרך של הטלת מס קנייה שוויוני ויעיל על כלל מוצרי העישון, או במקרים נדרשים אחרים.

56. נציין, כי פעולות אלה של העותר זיכו אותו בפרס הגבוה ביותר בתחום המאבק בתופעת העישון מאת ארגון הבריאות העולמי (WHO) בשנת 2019 ואף הובילו לזכייתו של העותר לאחרונה בהוקרה מטעם פרויקט MAXIMUM IMPACT (<https://maximpact.org.il>) מבית אלטרואיזם אפקטיבי (ע"ר 580709210) כאחת העמותות האפקטיביות ביותר בישראל במונחי אימפקט וזאת על בסיס מחקר אפקטיביות מבוסס ומקיף.

**נספח 19** מכתב ארגון הבריאות העולמי בעניין הענקת ה- WHO World No Tobacco Day Award, 2019.

**נספח 20** מחקר אפקטיביות אודות פעולות העותר ( Cost-effectiveness Research ) Report: A Healthy Israel Free of Smoking and Tobacco and Nicotine products by Smoke-Free Israel (Lior Bakalo, Shira Kislev, Mickey (Kislev, May 2023).

57. מסקנות צוות השיפוט מטעם פרויקט MAXIMUM IMPACT על בסיס מחקר האפקטיביות האמור היו:

”במסגרת המחקר בוצעה הערכה באמצעות סקרים על השפעתן של שתי תכניות שביצע המיזם שהובילו להעברת חקיקה להעלאת המס על טבק לגלגול, ומוצרי ה-IQOS (טבק לחימום) לרמת מיסוי הדומה לסיגריות רגילות. תוצאות הניתוח מראות הפחתה של שיעור המעשנים במדגם בכ-15%. בהתייחס לעלויות העמותה ולתוצאות הקשות של התמכרות לעישון, נמצא כי בהתאם לאמידות המקובלות העמותה הצליחה להציל חיים בעלות של \$115 לאדם. במונחי עלות-אפקטיביות נמצא כי כל דולר שהושקע בעמותה הביא להוספה של 7.18 שנות חיים מתוקננות (QALYs) לאזרחי ישראל.

השופטים התרשמו מאוד מהאפקטיביות ומכימות התוצאות של המיזם. הם העירו כי סביר שהדו"ח מעריך ביתר את רמת העלות-אפקטיביות במונחי שנות חיים, אך גם תוצאות פסימיות יותר מעמידות את המיזם ברמה דומה לעמותות האפקטיביות ביותר בעולם במונחי הצלת חיים."

58. הדברים האמורים מובאים בפני בית המשפט הנכבד לא לצורך האדרה (עצמית) של העותר ופעולותיו, אלא כעדות וראייה להכרה הרחבה לתוצאה אחת מני רבות אשר צמחה מעצם קיומה של מערכת משטרית המקנה חשיבות לחובה המוטלת על נבחרי ציבור לנהוג בסבירות ולאכיפתה של חובה זו, בין היתר, על-ידי מערכת משפט עצמאית ועל-ידי שומרי הסף האמונים על אכיפת שלטון החוק.

59. התיקון לחוק יסוד: השפיטה הנדון בעתירה זו עלול להוביל למצב בו בניגוד למצב ערב התיקון – החלטות בלתי סבירות בצורה קיצונית של נבחרי ציבור ימשיכו לעמוד בהיעדר ביקורת שיפוטית על בסיס עילת הסבירות, ולדבר השלכות מרחיקות לכת על עתידו של הציבור בישראל בשורה ארוכה של היבטים ותחומי חיים.

60. נציין בעניין זה את הערתה של כבוד השופטת ברק-ארז בסעיף 5 לפסק דינה **בעניין נתניהו לפיה: "לעתים עילת הסבירות משמשת כלי חשוב לביקורת גם על החלטות פגומות שבהן נפלו שיקולים זרים, באותם מקרים שבהם קיימים מחסומים ראייתיים שונים המטילים קושי על האפשרות להצביע על שיקולים אלו. כידוע, דברים שבלב הם קשים להוכחה, ואילו יתרונה של עילת הסבירות הוא בבחינת האיזון בין השיקולים שביסוד ההחלטה, מבלי להידרש לדברים שבלב ולכוונות נסתרות".** דברים אלה יפים מקום בו במקרים דומים מקרים שתוארו לעיל ביחס למאבק בתופעת העישון, יעלה קושי ראייתי בהוכחתו של שיקול זר בהחלטתם של נבחרי ציבור. שיקולים זרים לעניין זה יכולים להיות גם שיקולים הנובעים מלחצים שונים של קבוצות אינטרס או פעולות לובי שונות אשר אינן גלויות על פני השטח.

## ה. הטיעון המשפטי

### ה.1. פתח דבר

61. ברמה העקרונית, ההכרעה בעתירה שבכותרת נוגעת למחלוקת בין המצדדים בהגבלת עילות ההתערבות השיפוטית – בניהן, עילת הסבירות – על-ידי הרשות המכוננת לאלו המתנגדים לה. דיון זה נשען במידה רבה על שתי שאלות מרכזיות:

**השאלה האחת** היא, מיהו הגורם המוסמך במסגרת עקרונות היסוד של שיטת המשטר בישראל לעצב את עילות ההתערבות השיפוטיות של בית המשפט.

אם התשובה לשאלה הראשונה היא שככלל, בית המשפט – והוא בלבד – הוא הגורם האמון על עיצוב עילות ההתערבות השיפוטיות בשיטת המשטר בישראל (או לכל הפחות זהו המצב ביחס לעילת הסבירות), עולה **השאלה השנייה** והיא האם מותר וראוי לסטות מכלל זה ולאפשר, לגורמים אחרים, בניהם רשויות שלטון אחרות – כדוגמת הרשות המכוננת – להשפיע על עיצוב עילות ההתערבות השיפוטיות ובאיזה אופן.

62. כפי שיפורט להלן, לעמדת העותר, על-פי יסודותיה של האמנה החברתית ועקרונות היסוד של שיטת המשטר בישראל, בניהם **עקרון עצמאות הרשות השיפוטית, עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק – התשובה לשאלה הראשונה היא כי ככלל, בית המשפט – והוא בלבד – אמון על עיצוב עילות ההתערבות השיפוטיות במסגרת שיטת המשטר בישראל.**

אשר לשאלה השנייה, לשיטת העותר, **בשל מוחלטותו והיקפו של התיקון הנבחן, אין צורך להכריע בה באופן מלא, שכן די בקביעה כי גם אם יונח כי ניתן לסטות מהכלל האמור, סטייה זו אינה יכולה להוביל לתוצאה המוחלטת והגורפת שעוצבה במסגרת התיקון הנבחן ולפיכך תיקון זה אינו יכול לעמוד.**

63. לפיכך נטען כי התערבות הרשות המכוננת בעיצוב שיקול הדעת השיפוטי של הרשות השופטת, עד כדי ביטולה של עילת הסבירות בשדה המשפט המנהלי ביחס לנבחרי ציבור, כפי שנעשה בתיקון הנדון לחוק יסוד: השפיטה, היא התערבות פסולה על-פניה, בין היתר, בשל עוצמתה.

באשר לשאלה האם כל התערבות וניסיון עיצוב של שיקול הדעת השיפוטי על-ידי הרשות המכוננת נדון לפסלות או בטלות, עמדתנו היא כי אין צורך להכריע בשאלה זו בעניינה של עתירה זו, שכן החלופה שנבחרה בעניין זה היא כה קיצונית, גורפת ומוחלטת אשר ניתן להכריז עליה כי היא פסולה מעיקרה בשל עוצמתה בלא הצורך להכריע בשאלה האמורה.

יודגש, כי לשיטת העותר, אם היה בא לעולם תיקון אחר של חוק היסוד אשר היה מבקש לסייג או לצמצם את עילת הסבירות באופן מינורי או בלתי מוחלט – יתכן ובשם הריסון השיפוטי היה ראוי כי בית המשפט הנכבד יקבע כי לא ראוי להורות על פסלותו, הגם שהוא נוגע בקודש הקודשים של מלאכת השיפוט – עיצוב אמות המידה ועילות ההתערבות השיפוטיות.

אך כאמור עוסקים אנו בתיקון אחר. חמור, קיצוני, גורף ומוחלט. לפיכך, ולאור האמור לעיל, די במוחלטותו של התיקון – **"מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין... לא ידון בעניין סבירות"** – כדי להכריז על בטלותו. אם יבוא לעולם תיקון אחר תחתיו – על בית המשפט יהיה לבוחנו באמות המידה האמורות ולקבוע האם יש מקום להתערבותו, אשר זו ממילא נדרשת רק במקרים נדירים וייחודיים כדוגמת המקרה הנדון בעתירה זו.

64. להלן נימוקי עמדתנו המשפטית.

**ה.2. לבית המשפט הסמכות להורות על ביטול תיקון לחוק יסוד אשר פוגע בעקרונות היסוד של השיטה המשטרית ובאמנה החברתית: הכנסת המכוננת אינה כל יכולה – היא פועלת אך בגדרי עקרון הייצוג ועקרונות היסוד של השיטה**

65. שני נתיבים נדונו בפסיקה ביחס לאפשרות עריכת של ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד: האחד, דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת"; השני, דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי".

66. על בסיס דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" התערב בית המשפט הנכבד בשני מקרים בעבר. במקרה האחד, בבג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (6.9.2017) (להלן: "עניין המרכז האקדמי") הוציא בית המשפט הנכבד התראת בטלות כנגד הכנסת "המכוננת למקרה שבו יתבקש המחוקק לתקן פעם נוספת את חוק יסוד: תקציב המדינה על דרך של הוראת שעה, באופן שמשמעותו חריגה ממתכונת של תקציב חד-שנתי" (ראו פסקה לט' לפסק דינו של המשנה לנשיאה כבוד השופט רובינשטיין). במקרה השני, בבג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (23.5.2021) (להלן: "עניין שפיר"), הוציא בית המשפט התראת בטלות בה נקבע כי "לא ניתן לתקן את חוק יסוד: משק המדינה כך שתוגדל תקרת התקציב ההמשכי לצורך מימון מטרות שאינן עולות בקנה אחד עם תכליתו של מנגנון זה וללא צידוק מספק, וכי ככל שכך ייעשה בעתיד – צפוי התיקון להתבטל על פי ההתראה הנוכחית" (ראו פסקה 67 לפסק דינה של הנשיאה כבוד השופטת חיות).

67. על בסיס "דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי" טרם התערב בית המשפט הנכבד. יחד עם זאת, בעשור האחרון נדונה סוגיית תחולתה של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי במשפט הישראלי באופן מפורש בארבע פרשות מרכזיות. בג"ץ 4908/10 **ח"כ בר-און נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: "עניין בר-און") ועניין **המרכז האקדמי המוזכר לעיל** אשר בשתיהן נדונו הוראות שעה זמניות בחוקי יסוד הקובעות כי בניגוד להסדר הקבוע בחוק יסוד: משק המדינה לפיו תקציב המדינה יאושר בחוק פעם בשנה, תקציב המדינה יהא תקציב דו-שנתי, בבג"ץ 5744/16 **בן מאיר נ' הכנסת** (אר"ש, 27.5.2018) אשר עסק בתיקון לחוק-יסוד: הכנסת שהעניק לכנסת סמכות להחליט על הפסקת חברותו של חבר כנסת בתנאים מסוימים (להלן: "עניין חוק ההדחה") ובבג"ץ 5555/18 **ח"כ אכרם חסון נ' כנסת ישראל** (אר"ש, 8.7.2021) אשר עסק בשאלת בטלותו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: "חוק יסוד: הלאום").

68. **בעניין בר-און, בעניין המרכז האקדמי ובעניין חוק ההדחה** הוחלט להשאיר בצריך עיון את שאלת תחולתה של הדוקטרינה בישראל.

69. בעניין **חוק יסוד: הלאום** דחה בית המשפט הנכבד את העתירות אשר ביקשו להורות על בטלותו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, תוך ניתוח יסודות קליטתה של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי במשפט הישראלי. בפסק דינה של כבוד הנשיאה חיות הוצגה בהרחבה התשתית המשפטית לאפשרות עריכתה של ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד על בסיס דוקטרינה זו (ראו בעיקר סעיפים 13-36). ראו לעניין זה סעיף 16 לפסק דינה:

**"בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי קיימת מגבלה אחת, צרה ביותר, החלה על הכנסת בכובעה כרשות מכוננת והיא כי אין ביכולתה לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. כפי שאבאר להלן, מגבלה זו נובעת מהטקסט החוקתי, ומן המערך החוקתי בכללותו, כפי שהתפתח במהלך שנות קיומה של המדינה – מהם ניתן להסיק כי רכיבים אלה בחוקה המתגבשת אינם ניתנים לערעור."**

70. בעניין זה ראו גם עמדתה של כבוד הנשיאה ביניש בבג"ץ 4908/10 חה"כ רוני בר-און נ' **כנסת ישראל** (אר"ש, 07.04.2011) (להלן: **"עניין בר-און"**):

**"אכן, אף אני סבורה כי קיימים עקרונות יסוד, העומדים בבסיס קיומנו כחברה ומדינה, אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה. במקרה כזה – ומוטב אם לא יתרחש לעולם – יידרש בית המשפט להכריע האם הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית."**

כן ראו לעניין זה גם בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 717, 619 (2006), שם נקבע כי:

**"הגבלה זו על כוחו של המחוקק חלה במקרים מיוחדים ויוצאי דופן שבהם השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי ... יש מקום לתפישה כי חוק או חוק**



יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם".

ראו גם עמדתו של המשנה לנשיא מ' חשין באותו עניין (שם, בעמ' 729):

"הפירמידה המשפטית בנויה אפוא על ערכי-העומק של החברה והמדינה. אותם ערכים מזינים בשורשיהן את הנורמות השוררות במדינה, ובלעדיהם לא תיכון המדינה. וגם הכנסת – שהיא עצמה חיה מכוחם – תכוף ראשה לפני אותם ערכים".

71. כן ראו דבריו של כבוד המשנה לנשיאה פוגלמן בסעיף 15 לפסק דינו בעניין המרכז האקדמי:

15. [...] אכן, החוקה של מדינת ישראל, אשר לא נוצרה במהלך מכוון חד פעמי והכנתה נפרסה על פני תקופה ממושכת, נמצאת במידה רבה בתהליך התגבשות [...] חלק מן הזכויות הבסיסיות נעדרות התייחסות פרטיקולרית בחוקי היסוד; לגבי חלק מן ההוראות בחוקי היסוד קיימים הסדרי שריון, ואת חלקן ניתן לשנות ברוב רגיל; ונושאים שנועדו מטיבם להוות חלק מחוקה עתידית אינם מוסדרים בחוקי היסוד, בעוד שחלק מחוקי היסוד עוסקים בנושאים שאינם כלולים, בדרך כלל, בחוקות בשיטות משפטיות אחרות (ראו גם פרשת בר-און, בעמ' 297). ברם, איני סבור כי מאפיינים אלה של חקיקת היסוד בשיטתנו שוללים מעיקרא את תחולתה של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, כי אם מגבילים את היקפה (וראו הדברים שהובאו ממאמרו של ברק "תיקון שאינו חוקתי" לעיל, בעמ' 379-380), המצומצם ממילא בשים לב למעמדם הרם של חוקי היסוד. בהמשך לדברים שנאמרו בפסיקתנו כפי שהובאה מעלה ובפרט בפרשת בר-און, אף אני סבור כי אין לשלול את תחולת הדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי במשפט הישראלי, הגם שבמקרה זה, משניתן מענה לסוגיה שאותה מעלה העתירה בגדר דוקטרינה אחרת, אין אנו נדרשים לקבוע את גבולותיה.

להרחבה אודות דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי ראו: Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press, forthcoming 2017).

72. **בעניין חוק יסוד: הלאום** מנתחת כבוד הנשיאה את מקור סמכותה של הכנסת המכוננת (ראו לעניין זה פסקאות 17-27 לפסק דינה). כך מתוארים ראשית ימה של המדינה ומקומה של **הכרזת העצמאות של מדינת ישראל** אשר התקיימה ביום שישי, ה' באייר ה'תש"ח, 14 במאי 1948 (להלן: "**הכרזת העצמאות**") כמקור סמכותה החוקתית של הכנסת המכוננת אשר קבעה כי השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה יוקמו "**בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948**". אולם, בשל מחלוקות שהתעוררו בעניין זה, האספה המכוננת (אשר כונתה גם "הכנסת הראשונה") החליטה שלא לאמץ חוקה שלמה בתקופת כהונתה ועל בסיס פשרה, המכונה "החלטת הר"י" הוחלט כי החוקה "תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה" (ד"כ 5, 1743 (התש"י)).

73. במרוצת השנים לא הושלם המפעל החוקתי בישראל, שכן נושאים מסוימים אשר מקובל להסדירם בחוקה טרם הוסדרו במסגרת חוקי היסוד (ראו לעניין זה גם פסקה 15 לפסק דינו של כבוד המשנה לנשיאה פוגלמן **בעניין המרכז האקדמי**). על אף מצב דברים זה, ובהינתן זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, קבעה כבוד הנשיאה חיות בעניין חוק יסוד: הלאום כי הכנסת המכוננת אינה "כל יכולה" וכי יתכנו מקרים בהם תיערך ביקורת שיפוטית על חוק יסוד ואלה יוכרזו כבטלים. ראו לעניין זה סעיף 24 לפסק דינה **בעניין חוק יסוד: הלאום** :

**"הבסיס העיוני לקביעה לפיה חרף עליונותה של הכנסת בכובעה כרשות המכוננת היא איננה "כל יכולה", נגזר מכך שסמכותה זו של הכנסת באה לה מן הריבון – העם – ועברה מהאסיפה המכוננת (הכנסת הראשונה) אל הכנסת השנייה וכך מכנסת לכנסת, עד ימינו אנו (עניין בנק המזרחי, בעמ' 356, 369). מכך מתחייבת המסקנה כי האפשרות לקבוע הוראה חוקתית אשר תמוטט את המפעל החוקתי כולו ותנתק את "הרציפות החוקתית" (כפי שכונתה בעניין בנק המזרחי, בעמ' 356) שהחלה עם קום המדינה ונמשכת עד היום, אינה באה בגדר הסמכות המכוננת הנתונה לכנסת (ראו והשוו: עניין שפיר, בפסקה 60 לחוות דעתי ובפסקה 31 לחוות דעתה של השופטת ד'**

ברק-ארז). מסקנה זו נובעת מעצם קיומה של מסגרת נורמטיבית חוקתית, שהיא, כפי שציין השופט א' א' לוי, "מבין הכלים המקנים לשיטה המשפטית כוח להגן על האומה מפני שינויים קיצוניים בנרטיב המכונן, המאיימים לפרק את רצף אבני-הבנין מהן מורכב סיפורה" (עניין גלאון, בעמ' 61-62).

במילים אחרות, חקיקת הוראה חוקתית אשר שוללת את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית עולה כדי זעזוע אמות הסיפים של החוקה ההולכת ונבנית פרקים-פרקים, וכבר צוין בעבר כי "העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר [...] היא לא הוסמכה לבטלם" (עניין חוק טל, בעמ' 717; כמו כן, ראו והשוו: יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" ספר אליקים רובינשטיין 1349, 1376 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2020) (להלן: רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד").

74. כפי שניתן להבחין, קביעתו של בית המשפט הנכבד היא ברורה – לבית המשפט האפשרות להכריז על תיקון חוקתי כבלתי חוקתי, אך הדבר יעשה במקרים נדירים ביותר.

75. לאור האמור נבקש אף להביא את עמדתו של פרופ' אריאל בנדור בנוגע ליחס בין הכרזת העצמאות לבין הסמכות המכוננת של הכנסת, אשר הציע גישה לפיה: "הסמכות המכוננת, בהיותה נגזרת מהכרזת העצמאות, מוגבלת לקבלת נורמות חוקתיות, הנדרשות להלום את מושכלות היסוד של המדינה שנקבעו בהכרזה, והם זיקה של המדינה לעם היהודי והיותה דמוקרטית" – ראו: אריאל בנדור, המעמד המשפטי של חוקי-יסוד, ספר ברנזון, כרך שני (תש"ס) 119, 125 (2000).

76. בחינת המשפט המשווה של תחולת דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, מעלה כי במקרים מסוימים, בתי המשפט ברחבי העולם היו נכונים להחיל את הדוקטרינה על תיקונים חוקתיים אשר עסקו בחיזוק הרשות המבצעת על פני הרשויות האחרות. זאת, מתוך הבנה כי תיקונים מבניים אשר מחלישים את האיזונים והבלמים העומדים בבסיס המבנה הדמוקרטי, מהווים סכנה משמעותית לדמוקרטיה, אפילו יותר מתיקונים הפוגעים למשל בזכויות אדם. כך למשל, בית המשפט לחוקה בקולומביה פסל תיקון חוקתי אשר ביטל את ההגבלה של מספר הכהונות בהן אדם יכול לכהן כנשיא במדינה; ובית המשפט לחוקה בהונגריה פסל חוק אשר שינה את מדיניות ההרשמה להצבעה בבחירות אשר נוסח באופן שייטיב עם המשטר

הקיים (ראו בעניין זה: David Landau, 'Abusive Constitutionalism' [2014] 47 U.C. Davis (L. Rev. 189 202-203).

77. לדברים האמורים נבקש אף להוסיף כי חברי הכנסת המכוננת פועלים גם על בסיס **עקרון הייצוג**, המהווה את אחד מיסודותיה של השיטה הדמוקרטית ככלל, ושל הדמוקרטיה הפרלמנטרית בפרט. ראו לעניין זה: Hanna Pitkin, **The Concept of Representation**, Los Angeles: University of Press (1967); Roland Pennock and John Chapman (eds.), **Representation**, New York: Atherton Press (1968); Nancy Schwartz, **The Blue Guitar: Political Representation and Community**, Chicago: University of Chicago Press (1988).

78. לפיכך, אחת הסוגיות החשובות ביותר בתחום הייצוג הפוליטי נוגעת לאופן עיצובם של מוסדות דמוקרטיים, כחלק מפעולת הייצוג ובניסיון להבנת תפקידם של המוסדות המייצגים במרחב הדמוקרטי והמגבלות החלות עליהם. לעמדתו של ברנרד מאנין (Bernard Manin) למוסדות הדמוקרטיים תפקידים מוגבלים ביותר ושיקול דעתם מוגבל עד מאוד. לעניין זה ראו: Bernard Manin, **The Principles of Representative Government**, Cambridge University Press (1997).

79. מכל מקום, ברי כי הכנסת המכוננת ונבחר ציבור המשרתים את הציבור בה כבולים לעקרונותיה של הדמוקרטיה הפרלמנטרית במסגרתה היא פועלת. חברי הכנסת עצמם פועלים על יסוד עקרון הייצוג ושואבים ממנו את כוחם. לפיכך, כי כאשר מבקש הרוב הפרלמנטרי בכנסת לפגוע בעקרון יסוד של השיטה המשטרית, אין הדבר אפשרי גם אם נעשה באמצעות כינונה של נורמה חוקתית.

לעניין תפקידם של חברי הכנסת כ"נאמן הציבור" ופעולתם על בסיס עקרון הייצוג ראו: סוזי נבות, חבר הכנסת כ"נאמן הציבור" **משפטים** לא(2) תשס"א 433 (2001).

80. כפי שנראה להלן, התיקון הנדון בעתירה זו עוסק בהגבלה משמעותית של הרשות השופטת ומאיים את יכולתה למתוח ביקורת שיפוטית על החלטות נבחר ציבור בעילה של חוסר סבירות ובדרך זו אף מקנה כוח עודף משמעותי לרשות המבצעת על פניה, ומותיר מנעד רחב של החלטות ללא ביקורת שיפוטית או ללא כל כח מאזן.

מעתה, החלטות בלתי סבירות באופן קיצוני – שאין בידי בית המשפט לבטלן בעילה אחרת – תתקבלנה ללא בקרה ואיזון. איים אלה של היעדר ביקורת שיפוטית (אי סבירות) הם למעשה איים של כח בלתי מוגבל של הממשלה ואינם הולמים את יסודותיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

יתרה מכך, תיקון זה מכשיר את הדרך מבחינה עיונית ומשפטית לתיקונים אפשריים נוספים שיגיעו אחריו ויבקשו לצמצם או לאיין עילות התערבות נוספות המהוות חלק מארגז הכלים השיפוטי. כל זאת על רקע שבריריותו האפרורית של עקרון הפרדת הרשויות בשיטת המשטר בישראל בה הממשלה והכנסת – חד הם.

כך, למשל, תיקון חוקתי אשר ישלול את יכולתו של גורם שיפוטי לתת צו נגד נבחרי ציבור בשל החלטה אשר התקבלה תוך שקילת שיקולים זרים (עילת איסור שקילת שיקולים זרים) או החלטה שהתקבלה שלא על בסיס תשתית עובדתית מהימנה ומלאה (החובה לבסס החלטה על תשתית עובדתית מהימנה ומלאה) יוכל לעמוד. וכהנה וכהנה דוגמאות אשר כולן נוגעות לניסיונותיה של הממשלה באמצעות שליטתה ברוב הפרלמנטרי בכנסת, להצר את צעדיה של הרשות השופטת כגורם מאזן ותוך כך לפגוע בהפרדת הרשויות ובאיזון העדין שנבנה זה עשרות בשנים בדמוקרטיה הישראלית.

התרת הפגיעה בעקרונות היסוד של השיטה באמצעות התיקון הנדון בעתירה זו, כפי שיפורט להלן, למעשה תפתח את הדרך בפני הממשלה שלה הרוב בכנסת להוביל לשינויים נוספים במערכת היחסים העדינה בין רשויות השלטון וזאת לצורך ביצור מעמדה וכוחה של הממשלה (ושל נבחרי הציבור) כגורם חף מביקורת שיפוטי.

#### 81. כפי שנראה להלן, התיקון הנדון בעתירה זו:

א. פוגע בעקרון עצמאות הרשות השופטת לפיו לבית המשפט – ולו בלבד – הסמכות לקבוע את גדרי עילות ההתערבות השיפוטית והרשות השופטת היא – ורק היא – האמונה על פיתוחן וגיבושן של עילות ההתערבות השיפוטיות כחלק משיקול הדעת השיפוטי הנתון לה בלבד.

ב. פוגע בעקרון הפרדת הרשויות אשר ממילא מעניק הגנה דקה לדמוקרטיה הישראלית ומסיר את כל מחיצות האיזון והבלימה שעה שהממשלה באמצעות שליטתה בכנסת הכריזה למעשה על איים של היעדר ביקורת שיפוטית (אי סבירות) בהם יוכלו נבחרי ציבור לפעול ללא כל כח מאזן או בולם.

ג. פוגע קשות בעקרון שלטון החוק ובחובה להפעיל שיקול דעת לשם תכלית החוק המהווה אבן יסוד בשיטת המשפט בישראל וכן הוא מסיר את האפקט המצנן על החלטות נבחרי ציבור מעצם קיומה של החובה לנהוג בסבירות החלה על נבחרי ציבור, באופן שיפגע בתפקידם של שומרי סף שונים בשמירה על שלטון החוק.

82. לאור זאת, אין מנוס בעניינה של עתירה זו מעריכתה של ביקורת שיפוטית על בסיס דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי והכרזה על חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות) כבטל.

### ה.3. התיקון בטל בהיותו פוגע בעקרונות היסוד של השיטה ובאמנה החברתית

83. בשיטת המשטר בישראל, הסמכות לעצב את עילות ההתערבות השיפוטית נתונה לבית המשפט. סמכות זו המצויה בידי בית המשפט, כמו גם סמכויות אחרות הנגזרות מעצם פעולת השיפוט, היא ביטוי לעקרונות יסוד רחבים יותר של שיטת המשטר בישראל, ולפיהם בתי המשפט הם עצמאיים (**עקרון עצמאות הרשות השופטת**) ונפרדים מרשויות השלטון האחרות (**עקרון הפרדת הרשויות**) והם אמונים – לצד מנגנוני שלטון אחרים – על הפעלת שלטון החוק בהתאם לאינטרס הציבור (**עקרון שלטון החוק**).

84. עקרונות יסוד אלה הם חלק משיטת המשטר במדינת ישראל המהווים גם את יסודותיה של האמנה החברתית המצויה בבסיס שיטת המשטר. על-פי תורת האמנה החברתית, בשיטת משטר דמוקרטית, בני אדם מוותרים על חירותם לטובת שלטון מרכזי ומאוזן אשר פועל בהתאם לאינטרס הציבור.

האמנה החברתית בשיטה הדמוקרטית בישראל מקנה חשיבות רבה להפרדת הרשויות ולעצמאות בתי המשפט כמו גם לעקרון שלטון החוק כאמור והחובה המוטלת על רשויות השלטון ונבחרי הציבור לנהוג בסבירות מהווה חלק בלתי נפרד מהפעלת הכח על-ידי רשויות השלטון ועל-ידי נבחרי ציבור בשם האינטרס הציבורי. חובה זו מוטלת ברמה המושגית על מפעיל הסמכות וכן היא מחייבת את הרשות השופטת ומנגנוני השלטון האחרים האמונים על שלטון החוק לוודא – כל אחד בדרכו ועל-פי תפקידו – את קיומה של חובה זו.

85. אין זו הפעם הראשונה בה נדון תפקידה של האמנה החברתית ושל עקרונות היסוד של שיטת המשטר בישראל במסגרת הכרעותיו של בית המשפט הנכבד. בעבר נקבע כי יסודות האמנה החברתית מהווים חלק מעקרונות היסוד של השלטון במדינת ישראל ושל מערכת היחסים בין המדינה לאזרח. ביטוי לתפיסה העקרונית בדבר מהות תפקידיה הבסיסיים של המדינה והיחסים בינה לבין האזרח ניתן למצוא בדבריו של כבוד השופט זמיר בבג"ץ 164/97 **קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289, 320 (1998):

"...[ש]היחסים בין הרשות לבין האזרח הם, הלכה למעשה, יחסים דו-סטריים. לכן, לדעתי, כנגד חובת ההגינות של הרשות, נדרשת חובת הגינות של האזרח. לדרישה זאת יש שורשים עמוקים: היא צומחת מן האמנה החברתית שביסוד המדינה. לפי אמנה זאת, כמשמעותה במדינה דמוקרטית, הרשות והאזרח אינם עומדים זה מול זה, משני הצדדים של מתרס, אלא הם, זה לצד זה, שותפים במדינה. בדמוקרטיה, אמר השופט זילברג, '...השלטון גופו-עצמו ובשרו של האזרח הוא...'... השלטון (לטעמי ראוי לומר: המינהל הציבורי) מחויב

לשרת את הציבור - להבטיח שלום וסדר; לספק שירותים חיוניים; להגן על הכבוד והחירות של כל אזרח; לעשות צדק חברתי. אך המינהל הציבורי, שאין לו משל עצמו ולא כלום, אינו יכול לתת דבר לציבור אלא אם הוא מקבל מן הציבור. היחסים הראויים שבין המינהל לבין הציבור, ובעצם היחסים ההכרחיים, הם יחסים הדדיים של תן וקח".

**ה.3.א. התיקון פוגע בעקרון עצמאות בית המשפט: בית המשפט – והוא בלבד – מעצב את עילות ההתערבות השיפוטיות**

86. בשיטת המשפט הדמוקרטית, שופטים הם נאמני ציבור. הם חבים לציבור חובה יסודית לשפוט משפט צודק והוגן. לאור חובתם זו, עליהם להיות עצמאיים ולהפעיל את שיקול הדעת השיפוטי על-פי צו מצפונם וללא מורא. עצמאות הביקורת השיפוטית, במסגרתה פועלים בתי המשפט ונושאי משרה שיפוטית באופן עצמאי, מהווה אף ערובה לאמון הציבור בשלטון החוק ולתפיסה כי זה מיושם בצורה צודקת והוגנת על הכלל. מכאן כי עקרון עצמאות בית המשפט הוא עקרון יסוד בשיטתנו המשטרית.

ראו לעניין זה: E. Salzberger "A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why Do We Have an Independent Judiciary" 13 International Review of Law and Economics 349, 350-352.

87. על היותו של עקרון העצמאות השיפוטית כחלק מערכי היסוד של השיטה הדמוקרטית במדינת ישראל ראו פסק דינו של כבוד המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 5364/94 עו"ד זאב ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"דמט(1) 758, 788 (1995) (להלן: "עניין ולנר"):

"מן המפורסמות היא, כי עצמאותה (או אי-תלותה) של השפיטה היא אחד מערכיה המרכזיים של הדמוקרטיה הישראלית. "קיומה של מערכת עצמאית של בתי-משפט, השופטת ללא השפעות חיצוניות, הוא מערכי היסוד של המדינה" (בג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח' [18], בעמ' 433-434). עצמאות זו מתבטאת בהיבטים אישיים ("אי-תלות אישית") ובהיבטים מהותיים ("אי-תלות מהותית")."

88. עקרון עצמאות בית המשפט וחובת האמון של בתי המשפט ושל נושאי משרה שיפוטית כלפי הציבור בהפעלת שיקול דעת שיפוטי באופן עצמאי אף נשען על התפיסה לפיה המשפט כשלעצמו אינו עומד במקום. הוא מתפתח באופן עצמאי. כמו חייו של הפרט. כמו חייה של האומה. כך גם המשפט נע ומתפתח. נושאים חדשים עולים, אחרים יורדים ועל המשפט להביט עליהם ולפעול להתאמת הדין ויישומו באופן צודק והוגן. אין ביכולת החוק או הדין לכסות את כל המקרים, שכן שינויי העיתים יחייבו בחינה מחודשת של הדין בהתאם לכלים המשפטיים ויחייבו הפעלת שיקול דעת עצמאי ונטול פניות של נושאי משרה שיפוטית. על התפתחות המשפט כעניין עצמאי ראו דבריו של כבוד הנשיא שמגר בסעיף 7 לפסק דינו **בעניין ולנר**:

**"המשפט אינו סטאטי, כי החיים אינם סטאטיים, לא אלה של הפרט ולא אלה של הכלל. בעיות חדשות או בעלות לבוש חדש קמות ועולות מדי יום, ועל בית המשפט להיזקק אליהן ולפותרן, אם הן מובאות בשעריו. אין בחקיקה או בתקדים המשפטי כדי לכסות מראש את כל שטחי הדין, כי שינויי העתים והנסיבות החדשות והמתחדשות הם שמחייבים, לא אחת, בחינה חוזרת של הדין הרלוואנטי. המשפט מתפתח הן על יסוד החקיקה והן מתוך מכלול הפסיקה. בית המשפט אינו נפנה לנושאים אקדמיים טהורים התלויים על בלימה, אשר אינם מעוגנים בהתדיינות (lis) קונקרטיים. ההכרעה השיפוטית מתפתחת על יסוד התדיינות בין פרט לפרט או בין הפרט לרשות שלטונית. בית המשפט אינו מזמין התדיינות אלא דן, כחובתו, בהליך שנפתח לפניו כדין, על יסוד תביעה או עתירה המוגשות לו. כל פסיקה היא תולדה של עיון ודיון בטיבה של המחלוקת הקונקרטיית שלפני בית המשפט ושל יישום אמות המידה המשפטיות הנוגעות לנושא. לא אחת מתפתח המשפט על יסוד הרחבתה כדין של היריעה, כאשר ההרחבה חיונית לצורך פתרון כדין של הנושא המועלה לפני בית המשפט. יש שנדרשת הרחבת האופק השיפוטי הנסקר עקב מהותה של הפלוגתה שהיא בעלת מאפיינים חדשים. כאמור, הרחבתו של מיתחם ההלכה הנולדת בדרך פרשנות הדין, יכול גם שתנבע מכך שעולה בעיה עובדתית שטרם זכתה לעיון ולדיון, או עקב בחינה חוזרת של מסקנות משפטיות מן העבר, המועברות מחדש בשבט הביקורת**



**השיפוטית. המשפט מתפתח לשם מתן מענה לצורכי  
היחיד והחברה ובנוי רובד על פני רובד על יסודות הקיים  
והנלמד ממנו."**

89. למעשה, תפקידו המרכזי של בית המשפט ושל הנושאים במשרה שיפוטית הוא לפתח את המשפט ואת הדין באמצעות הפעלת שיקול דעת עצמאי נטול השפעות חיצוניות. זו העשייה השיפוטית. זהו לב שיקול הדעת השיפוטי. ראו לעניין זה דבריו של המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) בסעיף 4 לפסק דינו בעניין ולנר :

"בין הפרטים לבין עצמם מתעוררים סכסוכים משפטיים. סכסוכים כאלה מתעוררים גם בין הפרט לבין רשויות השלטון. בית המשפט הוא המוסד השלטוני, אשר עליו הוטל התפקיד ואשר לו ניתנה הסמכות להכריע בסכסוכים. ההכרעה בסכסוך משתרעת על קביעת העובדות ועל קביעת הדין. מקובל לומר כי אגב ההכרעה בעובדות על השופט לגבש את הדין שעל פיו יוכרע הסכסוך. כאשר הדין הוא פשוט וברור, גיבושו הוא מעשה מכאני. השופט הוא "הפה של המחוקק" (כאימרתו של מונטסקיה). אך לעתים הדין אינו פשוט ואינו ברור. בגיבושו מתבטאת יצירתיות שיפוטית. בשני המקרים גיבוש הדין הוא "תוצר לוואי" אינצינדנטאלי של הסכסוך המוכרע. אינצינדנטאליות זו של גיבוש הדין בולטת בפסיקתה של הערכאה הראשונה (הדיונית). לעומת זאת, גיבוש הדין - והפעלתו המחייבת מכוח עקרון התקדים המחייב - הוא התפקיד המרכזי של בית המשפט העליון."

90. בעניינה של עתירה זו אנו עוסקים בתיקון לחוק יסוד במסגרתו מבקשת הכנסת המכוננת לאיין את הביקורת השיפוטית במקרים בהם מדובר בחוסר סבירות קיצוני בפעולתם נבחר ציבור. מדובר בתיקון חמור, קיצוני, גורף ומוחלט הקובע "מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין... לא ידון בעניין סבירות".

91. נטילת עילת התערבות כה משמעותית כעילת הסבירות מארגז הכלים של בתי המשפט על-ידי רשות אחרת (גם אם מדובר ברשות המכוננת) היא כשלעצמה מהווה פגיעה ביחסי הנאמנות בין בתי המשפט כנאמן הציבור במסגרת תפיסות היסוד של השיטה והאמנה החברתית ובין אזרחי מדינת ישראל כמוטבי המשפט המצפים למשפט צודק והוגן על בסיס שיקול דעת עצמאי ומלא של הגורם השיפוטי.

92. גדיעתה של עילת הסבירות באופן בו הדבר נעשה בתיקון הנדון מפרקת את יחסי האמון הללו ונוטלת לא רק מבית המשפט את אחת מעילות ההתערבות החשובות במשפט המנהלי, אלא פוגעת באופן ישיר בתנאיה של האמנה החברתית כלפי הציבור המצפה למשפט צודק והגון משוחרר מכבלים.

93. לצד האמור ראוי אף להדגיש את נקודת המבט של הציבור במסגרת אותה תפיסה של האמנה החברתית ועקרונות היסוד האמורים. הציבור בכללותו הבא בשעריו של בית המשפט ומקנה לרשות השופטת ולבתי המשפט את הלגיטימיות בפעולתם העצמאית, נסמך על עקרונות היסוד בדבר עצמאות הרשות השופטת והפרדת הרשויות בעשיית משפט צודק והגון. ראו בעניין זה דברים דומים בסעיף 2 לפסק דינה של כבוד השופטת חיות (בתוארה אז) בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (אר"ש 19.11.2009) (עניין: "הפרטת בתי הסוהר"), המבקשת להוסיף ולהאיר אור על נקודת המבט של הציבור ביחס לפגיעה בעקרונות היסוד של השיטה המהווים חלק מהאמנה החברתית:

**"2. בצד הדברים הללו... סברתי כי יש מקום להצביע על הקשיים שמעורר תיקון זה גם מנקודת ראותו של הציבור בכללותו, כתיקון המתנגש עם עקרונות היסוד של שיטת המשטר והמשפט בישראל. רבות נכתב על האמנה החברתית אשר מכוחה התאגדו בני האדם בתבנית של מדינות. בהיות "האמנה החברתית" פיקציה שהגו אבות המחשבה המדינית הפילוסופית, קיימות דעות שונות ומגוונות באשר למהותה ולתוכנה של אמנה זו (ראו: M.D.A.Freeman, Lloyd's Introduction to W. Friedmann, ;Jurisprudence 111-118 (7th ed. 2001) ; Legal Theory 117-127 (5th ed. 1967) ; קלוד קליין, "על האמנה החברתית בפני בג"צ" המשפט ה, 189 (2000) (להלן: קליין)).**

...

נוכח חשיבותן של סמכויות הכליאה כחוליה מהותית בשרשרת הפעולות הנדרשות לאכיפת החוק ועל פי ההשקפה הגורסת כי מתוקף האמנה החברתית נוסדו יחסי נאמנות בין הממשל כנאמן ובין האזרחים כמוטבים, התפרקות המדינה מסמכויות הכליאה שהוקנו לה במסגרת האמנה החברתית יש בה משום פגיעה בתנאיה של אמנה זו ובעקרונות היסוד שעליהם מושתתת שיטת המשטר כולה ושעליהם נשענים אזרחים שומרי חוק ונפגעי עבירה שויתרו, כאמור, במסגרת האמנה על

הזכות לעשות בעצמם שפטים בעבריינים (להשקפה אחרת - שיש הרואים בה בסיס למשטר טוטליטרי - הגורסת כי האמנה החברתית יכולה להיפגע אך ורק מן הפרט ולא מהריבון, ראו התייחסות: קליין, בעמ' 199).

94. האמנה החברתית, אשר הפקידה בידי רשויות השלטון את האחריות לפעול במסגרת דמוקרטית המבוססת על איזונים ובלמים, היא זו שהתוותה, על פי יסודות השיטה המשטרית, את גבולותיה של כל רשות. כפי שנראה להלן, בידיה של הרשות השופטת הופקדה סמכות השיפוט ובמסגרת זו היא אחראית בעצמה לעיצוב עילות ההתערבות השיפוטיות.

95. ככל שהרשות השופטת אחראית על קיומו של משפט צודק והוגן, כך היא אחראית על כלי העבודה השיפוטיים עמם היא מבצעת את תפקידה זה. ללא האפשרות לשלוט באופיים והיקפם של כלי העבודה השיפוטיים ובהם עילות ההתערבות במשפט המנהלי – לא תוכל הרשות השופטת לבצע את תפקידה המרכזי בשיטת המשטר הישראלית.

96. חלק מאותם כלים שיפוטיים הן אותן עילות התערבות במשפט המנהלי, שמאז קום המדינה מעוצבות על-ידי הרשות השופטת בלבד. על-פי שיטת המשפט הנהוגה בישראל זהו המצב מראשית הקמת המדינה. מלאכת השיפוט ועיצוב עילות ההתערבות השיפוטיות – חד הם, ואינם ניתנים להפרדה.

97. לאור האמור, הכלל הוא כי הרשות השופטת, אשר הפעילה מאז ומעולם את הסמכות לקבוע את היקפן של עילות ההתערבות השיפוטיות – ובכלל זה עילת הסבירות – היא זו המוסמכת לעשות זאת בעצמה וזאת כחלק בלתי נפרד מאחריותה להפעלתו של משפט צודק והוגן כחלק מעקרונות היסוד של המשטר והאמנה החברתית.

98. אם כן, הטענה היא כי עיצוב שיקול הדעת השיפוטי הוא מתפקידיה הבלעדיים של הרשות השופטת. זהו גרעין סמכותה בשיטת המשטר בישראל. לפיכך כל נסיון חיצוני לעיצוב סמכות גרעינית זו של בית המשפט נדונה לבטלות – גם אם נעשתה בתיקון לחוק יסוד.

99. בעניין זה נבקש לשוב וללמוד מהכרעתו של בית המשפט הנכבד בעניין הפרטת בתי הסוהר, בו נקבע כי עקרון היסוד לפיו הממשלה – והיא בלבד – אמונה על הפעלתו של כח שלטוני הוא חלק מהאמנה החברתית בישראל. ראו בעניין זה סעיף 2 לעמדתה של כבוד השופטת ארבל בעניין הפרטת בתי הסוהר :

”אכן, המדינה היא מי שמתוקף האמנה החברתית מגשימה את רצון הקהילה, לה נמסרו על-פי אותה אמנה, הסמכויות להוציא רצון זה אל הפועל, והיא היחידה שרשאית להחזיק באמצעי כופה ולהפעיל כוח לצורך

**מימושה של תכלית זו תוך שקילת שיקולים ציבוריים, והם בלבד.**

...

רק כשהמדינה מפעילה כוח זה זוכה הוא להצדקה דמוקרטית על יסוד מימד ההסכמה שבו ועל יסוד טיב מטרותיו. ההסכם בין האזרחים לבין השלטון אינו מתמצה בהעברת הסמכות להפעלת כוח כופה, לרבות בדרך של החזקה במאסר, אלא גם בכך שהמדינה תהיה זו שתפעיל את הכוח כשליחתה של הקהילה הפוליטית, שאחרת יישמט הבסיס לקיומו (ראו Paul Moyle "Separating the Allocation of Punishment from its Administration: Theoretical and Empirical Observations" 41 British Journal of Criminology 83 (2001)).

100. בעניין הפרטת בתי הסוהר בית המשפט הנכבד אף מיקם את השאלה המשפטית במקום הראוי לה. מקום זה מצוי ביחס בין הנורמות היוצאות תחת ידה של הכנסת לבין האמנה החברתית. על-פי הרטוריקה האמורה, ניתן אף לטעון כי לו היה מתקבל התיקון הנדון שם כחוק יסוד – היה לשיטת בית המשפט מקום לדון בפסלותו, בין היתר, בשל סתירתו את עקרונות היסוד של השיטה המעוגנים באמנה החברתית. ראו לעניין זה עמדתו של כבוד השופט ריבלין בעניין הפרטת בתי הסוהר, שמצא לנכון להוסיף על דבריה של כבוד הנשיאה ביניש לקבוע כך:

**"הפגיעה הכרוכה בהסדר נוגעת בשורש של המבנה החוקתי הדמוקרטי. ניתן אף לסבור כי מדובר בפגיעה שהולכת צעד נוסף אל מעבר למישור של חוקי היסוד, ומצויה במישור של האמנה החברתית העומדת ביסוד קיומה של המדינה. השתחררות של המדינה מהמונופול המוענק לה בכך הנוגע להפעלת כוח לצורך הגנה על האינטרס הציבורי סותרת עקרונות יסוד ראשוניים שהמבנה החברתי והחוקתי כולו נשען עליהם."**

כן ראו בעניין זה סעיף 2 לעמדתה של כבוד השופטת פרוקצ'יה בעניין הפרטת בתי הסוהר:

**"האמנה החברתית עליה בנוי המשטר המדינת-דמוקרטי מניחה כי לצורך הבטחת קיומה של חברה אנושית נדרש סדר ציבורי וגורם שלטוני שיופקד על שמירתו. המדינה**

אחראית לקיום מערכת נורמטיבית אשר תגדיר את כללי המותר והאסור בהתנהגות האנושית, ותאכוף את כיבודם כנדבך חיוני - שאין בלעדיו - בהגנה על הסדר הציבורי ( H.L.A. Hart, Punishment and Responsibility 4-5 (2nd ed. 2008)).

101. בהמשך לדברים האמורים נבקש להטעים כי הרשות השופטת, כמי שגיבשה את עילות ההתערבות במסגרת תפקידה השיפוטי, היא הגורם האחראי על הריסון והמעצורים הנדרשים בהפעלתן. היא הגורם האמור לתת דין וחשבון לציבור על אופן השימוש בעילות התערבות אלה ובקרבה מצויים מטעני הידע, הניסיון וכלל האמצעים החיוניים לביצוע האיזונים הנדרשים, המכתיבים את מגבלות השימוש בעילות אלה.

בדומה לקביעותיו של בית המשפט הנכבד **בעניין הפרטת בתי הסוהר**, בה נקבע כי הממשלה – והיא בלבד – אמונה על הפעלתו של כח שלטוני כעניין הנגזר מעקרונות היסוד של השיטה ומהאמנה החברתית, נטען כי על-פי תורת עצמאות הרשות השופטת, סמכות עיצוב עילות ההתערבות השיפוטיות מצויה ב"צופן הגנטי" של הרשות השופטת – ושלה בלבד - והיא אינה מצויה בידיו של גורם אחר, שאינו חלק מהרשות השופטת, וחובת האיזונים זרה לשיקוליו, ואיננה חלק מובנה בדרכי פעולתו.

לפיכך, על-פי עקרון עצמאותה של הרשות השופטת ועקרונות האמנה החברתית אין לה לכנסת המכוננת סמכות לצמצם ולהצר את שיקול דעתה של הרשות השופטת כפי שעשתה בתיקון הנדון בעתירה זו.

**ה.3.ב. התיקון בטל בהיותו פוגע בעקרון הפרדת הרשויות: הרשות המכוננת חרגה מסמכותה כאשר ביקשה לאיין את שיקול דעתה של הרשות השופטת בהכרזה על פעולה של נבחר ציבור כבטלה בהיותה בלתי סבירה באופן קיצוני**

102. בבסיס עקרון היסוד של הפרדת רשויות מצויה התפיסה של הפרדת כוחות ( separation of powers), איזונים ובלמים. לעניין מהותו וחשיבותו של עקרון הפרדת הרשויות בדמוקרטיה הישראלית ראו דבריו של כבוד השופט חשין בבג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 82 :

"וזו עיקרה של הנוסחה: לכל אחת משלוש הרשויות העושות שלטון מוקצית חלקה משלה, ובה היא שליטה בלבדית – חלקת-מחוקק, חלקת-מבצע, חלקת-שופט. בה-בעת מחזיקה כל רשות בקרניהן של שתי הרשויות

האחרות ומוחזקת היא בקרניה על-ידי שתי הרשויות האחרות, לבל תנגח רשות את רעותה, ולבל תשתלט רשות על חלקותיהן של אחיותיה הרשויות האחרות. הרשויות נפרדות אפוא אישה מרעותה, אך גם קשורות הן ביניהן-לבין-עצמן. מדברים אנו במעין-סחר־סחרת ולה שלוש כנפיים. חוכמת המדינאות היא כי יישמר שיווי-משקל, והנדנדה תיסוב במתינות לרווחתם של הכול. ואולם, שעה שאחת מן הרשויות תטלטל את קרניה יתר-על-המידה, או מקום שאחת מן הרוכבות על כנף-הנדנדה תפר את שיווי-המשקל, יפרעו הסדרים, וטלטלה תאחז בכל מערך השלטון."

103. כן ראו את עמדתו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז) כבוד השופט אהרן ברק בעניין ולנר אשר קבע כי ההסדר המבקש לאיין את סמכותו של בית המשפט באמצעות סעיף ה"סטטוס קוו" בענייני 'דת ומדינה' בהסכם הקואליציוני בין מפלגת העבודה לתנועת ש"ס, סותר את תקנת הציבור ועומד בסתירה ל"עקרונות היסוד עליהם מושתת המשטר החברתי שלנו" (עמ' 784 לפסק הדין):

"אילו דעתי הייתה נשמעת, היינו קובעים כי סעיף 3 להסכם הקואליציוני בין מפלגת העבודה הישראלית לבין תנועת ש"ס, התאחדות הספרדים שומרי תורה, בטל ומבוטל. הוא בטל, שכן הוא נוגד את עקרונות היסוד שעליהם מושתת המשטר החברתי שלנו. הוא בטל שכן תוכנו נוגד את תקנת הציבור החוקתית. ניגוד זה הוא כפול: ראשית, הוא פוגע במעמדה של הרשות השופטת. אגב כך הוא עשוי לפגוע גם בעצמאותו של השופט ובאמון הציבור בשופטיו. שנית, הוא פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. אין זה הסכם "עוקף בג"צ". זהו הסכם "עוקף דמוקרטיה". הסכם כזה הוא בטל על פניו. מקוו לא יכירנו במדינה המעגנת "בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק).

104. לשיטת העותר, העיסוק בעקרון הפרדת הרשויות בעניינה של עתירה זו מחייב אף עיון מעמיק במנגנונים שנוצרו במרוצת השנים במערכת היחסים בין הממשלה לכנסת באופן שבו ניתן

לומר כי במובנים רבים קיימת התלכדות בין הממשלה לכנסת והפיכתן יחד לגורם בעל מנגנון שליטה אחד – הממשלה – אשר קובע את הילוכו של הגוף המלוכד בענייני חקיקה.

כך, באו לעולם במרוצת השנים מנגנונים מגוונים באמצעותם סיעות הקואליציה המרכיבות את הממשלה מכוונות את הליכי החקיקה בכנסת. מנגנונים אלה כוללים את ועדת השרים לענייני חקיקה אשר מכוונת את אופן הצבעת סיעות הקואליציה בכנסת וזאת באמצעות משמעת קואליציונית ומשמעת סיעתית המעוגנות בהסכמים קואליציוניים באופן ישיר ומפורט. לצד כל אלה מתפקדות הסיעות עצמן וכן ועדות הכנסת באישורן של סנקציות על חברי כנסת שאינם מצביעים על-פי הנחיית הממשלה. סנקציות אלה מוטלות בשורה של מישורים החל בהשתתפות בוועדות הכנסת כנציגי סיעה וכלה בהגבלות פרלמנטריות אחרות הפוגעות קשות ביכולת תפקודו של חבר הכנסת הבודד.

כך, באין מפריע, נשחק עקרון הפרדת הרשויות בדמוקרטיה הישראלית באופן עקבי עד כדי פגיעה ממשית בעצמאותם של חברי הכנסת עצמם והיווצרותה של מציאות משטרית לפיה הממשלה שולטת, הלכה למעשה, בכנסת המחוקקת והמכוננת כאחד.

105. מול כח בלתי מבוטל זה ניצבת הרשות השופטת ככוח בלימה ואיזון ועושה ככל יכולתה בשימור צביונה הדמוקרטי של מדינת ישראל.

106. דברים אלה חשובים כרקע לשאלת הפגיעה בעקרון היסוד של הפרדת הרשויות על-ידי התיקון לחוק היסוד הנדון בעתירה זו, זאת מאחר ובמקרים רבים בהם נבחנות פעולותיה של הרשות המבצעת – בית המשפט ופסיקתו הענפה משמשים כבלם יחיד בפני כוחה העצום של הממשלה.

107. בעניינה של עתירה זו עוסקים אנו בניסיונה של הכנסת המכוננת לחדור לתחום פעולתה של הרשות השופטת בביטול ביקורת שיפוטית על החלטותיהם של נבחרים ציבור על-פי עילת הסבירות. מדובר בחדירה של הרשות המכוננת לתחום פעולתה של הרשות השופטת תוך קביעת הסדר אשר מבחינה אפקטיבית מאיין את יכולתה של הרשות השופטת לבחון את החלטותיהם של נבחרים ציבור על בסיס עילת התערבות שיפוטית מרכזית ובכך לבסס איים של היעדר ביקורת שיפוטית (אי סבירות). לאור העובדה שממילא עקרון הפרדת הרשויות בישראל שחוק עד דק לאור האמור לעיל – נסיון זה, הגם שנעשה באמצעות תיקון לחוק יסוד – מבטל עקרון זה לחלוטין ביחס למקרים בהם החלטותיהם של נבחרים ציבור ימצאו כבלתי סבירות בצורה קיצונית.

108. כידוע, בית המשפט הנכבד נוהג שלא להתערב בהליכי חקיקה של הכנסת. אך יחד עם זאת, כל אחת מהרשויות אינה כל יכולה. אין בעקרון הפרדת הרשויות להעניק ריבונות מוחלטת לרשות המחוקקת או המכוננת. שתיהן אינן חסינות מפני ביקורת שיפוטית, במיוחד במצב דברים בו ממילא הפרדת הרשויות בין הממשלה והכנסת היא דקה ביותר, עד כדי שהכינויים

"הממשלה-המחוקקת" או "הממשלה-המכוננת", ככינויים להתלכדות הממשלה והכנסת בעניינים הנוגעים לחקיקת חוקים או לכינונם של חוקי יסוד, לא יהיו זרים לשיטת המשפט הנהוגה בישראל.

109. ראו לעניין זה פסקה 36 לפסק דינו של כבוד השופט סולברג בבג"ץ 10042/16 **צחי קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 6.8.2017) בו נפסל הסדר המס שנקבע בחקיקה בנוגע למי שמחזיק יותר משתי דירות (להלן: "עניין קוונטינסקי").

"אין בעקרון הפרדת הרשויות כדי להעניק ריבונות מוחלטת לרשות המחוקקת – ודאי לא כאשר היא פוגעת במחוקקים עצמם – והיא אינה חסינה מפני ביקורת שיפוטית. הרשות המחוקקת אינה כל-יכולה. באיזונים ובבלמים עסקינן. לעיתים דווקא התערבות ביקורתית של רשות אחת בפעולתה של רשות אחרת, היא אשר שומרת על מעמדן ההולם של רשויות השלטון כולן, ומונעת ניצול לרעה של הכוח המסור להן. הפרדת הרשויות בהתגלמותה מחייבת ריסון מזה וביקורתיות מזה."

110. התיקון הנדון בעתירה זו הוא תיקון חמור, קיצוני, גורף ומוחלט הקובע "מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין... לא ידון בעניין סבירות". הוא מאיין ביקורת שיפוטית על החלטות רבות של נבחר ציבור ומציב מחסום מוחלט, גבוה ובלתי עביר בפניה של הרשות השופטת, וזאת במקום לאפשר לה לבחון כל החלטה של נבחר ציבור על-פי נסיבותיה הקונקרטיות.

111. אין אלה לחזור לדבריה של כבוד השופטת ארבל בסעיף 19 לפסק דינה בעניין **אמונה ביחס חשיבות עצם קיומה של עילת הסבירות כחלק מעקרון הפרדת הרשויות כאשר קבעה כי צמצום עילת הסבירות תותיר את הציבור "חשוף בצריח" והוא אשר ישא בתוצאותיהן של החלטות המצויות מחוץ למתחם הסבירות** :

"אחד מביטוייה של הפרדת הרשויות הינו בעיקרון ששב ונזכר בפסיקת בית משפט זה אינספור פעמים, ולפיו בית המשפט לא יתערב בהחלטת הרשות כל עוד זו נמצאת בין גדריו של מיתחם הסבירות. בית המשפט אינו בוחן האם ניתן היה לקבל החלטה נכונה יותר, ראויה יותר, יעילה יותר, טובה יותר. כל עוד ההחלטה שנבחרה מצויה במתחם הסבירות, אין מקום להתערבות בית המשפט. יחד עם זאת, מובן לטעמי כי עקרון הפרדת הרשויות



והכבוד שרוחשת רשות אחת לרעותה – שעמדו גם ביסוד חוות דעתי - אינם יכולים להותיר ריקה מתוכן ממשי את אותה פונקציה שהוסמכה הרשות לבצע. בענייננו, כלל ההתערבות המצומצמת עד מאוד בהחלטות הרשות המבצעת והרשות המחוקקת אינו יכול להביא לידי מתן חסינות דה פקטו להחלטות הרשות מפני ביקורת שיפוטית. יתר על כן, מקום שאין בית המשפט מפעיל את ביקורתו השיפוטית הרי הוא חוטא לעקרון הפרדת הרשויות, לאיזונים ולבלמים שמחויבות הן בהם זו כלפי זו. להשקפתי, צמצום הביקורת השיפוטית לכשלים דיוניים כאלה ואחרים ולשאלות של סמכות טומן בחובו סכנה של ממש לעתידה של החברה בישראל ולתפקודן התקין של מערכות השלטון, באשר הוא מותיר לבית המשפט תפקיד שחלק עיקרי שלו הינו כמעט טכני גרידא ושולל ביקורת שיפוטית מהותית באמצעותה מגן בית המשפט על ערכי החברה ומקדמם. צמצום הביקורת השיפוטית על ידי שלילה כמעט מוחלטת של עילת הסבירות מותיר לטעמי את הציבור "חשוף בצריח", שכן הוא שישא במחיר אותן החלטות המצויות מחוץ לגדרי מתחם הסבירות."

112. ניסיונה של הכנסת המכוננת לחדור לתחום פעולתה של הרשות השופטת בביטול עילת התערבות שיפוטית כדוגמת עילת הסבירות, מהווה ניסיון של הרשות המכוננת לחדור לתחום פעולתה של הרשות השופטת ולקבוע הסדר אשר מבחינה אפקטיבית מאיין את יכולתה של הרשות השופטת לבחון את החלטותיהם של נבחרים ציבור על בסיס עילת התערבות שיפוטית מרכזית ובכך לבסס איים של היעדר ביקורת שיפוטית (אי סבירות). ניסיון זה, הגם שנעשה באמצעות תיקון לחוק יסוד – מהווה פגיעה קשה בעקרון יסוד של השיטה בדבר הפרדת הרשויות.

113. מקרה זה אינו הניסיון הראשון של הממשלה לחדור לתחום פעולתה של רשות אחרת. כך אירע בבג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל ע"ר נ' ראש ממשלת ישראל (אר"ש 27.3.2016) (להלן: "עניין מתווה הגז") בו התחייבה ממשלת ישראל, בין היתר, כי לא תיזום הליכי חקיקה בתחומים בו עסק מתווה הגז, כי תתנגד לכל הליך חקיקה חדש בנושאים הללו וכי הליך כאמור יצלח – תפעל לביטולו בכנסת באמצעות ייזום חקיקה סותרת, וכל זאת למשך 10 שנים.

114. במבנה הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מדובר היה בניסיון כבילה של הכנסת המחוקקת על-ידי הממשלה המבצעת וזאת למשך תקופה ממושכת תוך איום ממשי על המבנה הקונסטיטוציוני והאיזון העדין בין רשויות השלטון בדמוקרטיה הישראלית המבוסס על העקרון היסוד של הפרדת הרשויות.

115. וכך התגלה האיום במלוא עוזו – לו הייתה נדחית העתירה, היה מתבסס בידי הממשלה כלי הרסני מבחינה דמוקרטית שהיה בכוחו להפר את האיזון שבהפרדת הרשויות בדמוקרטיה הישראלית ולאיים על כוחה של הכנסת כאורגן לחוקק חוקים אשר אינם מתיישבים עם מדיניות הממשלה. במידה וכלי הרסני זה היה ניתן בידי הממשלה, יכלה הייתה כל ממשלה לעשות בו שימוש בתחומי חיים אחרים נוספים ובכך לפגוע קשות בעקרון הפרדת הרשויות ולהפוך, דה-פקטו, את הממשלה המבצעת לזרוע חזקה מהכנסת המחוקקת.

מתן תוקף משפטי להתחייבותה זו של הממשלה היה מביא למצב בו הזרוע המבצעת בדמוקרטיה הישראלית אשר אחראית על ביצוע דברי החקיקה של הכנסת תשלט – הלכה למעשה – בכנסת המחוקקת ותאיין את יכולתה לחוקק חוקים שאינם מתיישבים עם מדיניותה של הממשלה.

116. דבר דומה קורה בעניינה של עתירה זו רק שכעת מושא הכבילה הוא בית המשפט וכלי הכבילה הוא תיקון לחוק יסוד. כך מובילה ממשלת ישראל באמצעות שליטתה המלאה בכנסת תיקון משפטי יסודי במסגרתו היא מבקשת להצר את צעדיו של בית המשפט בביקורת שיפוטית על החלטות נבחרים ציבור הפועלים מכח עקרון החוקיות, כדי שאלה ישוחררו מהחובה לנהוג בסבירות ותוך הפרה של הכלל היסודי, החשוב והעמוק ביותר בשיטת המשטר הדמוקרטית הנוגע לצורך העמוק בפיזור הכוח בדרך של הפרדת רשויות.

117. לאור כל אלה סבור העותר כי יש להורות על ביטול התיקון לחוק היסוד הנדון בעתירה זו.

### **ה.3.ג. התיקון פוגע בעקרון שלטון החוק: ביטול עילת הסבירות יסיר את האפקט המצנן על החלטות רשויות השלטון ויפגע בתפקידם של שומרי הסף בשמירה על שלטון החוק**

118. לצד כל האמור, סבור העותר כי ביטול עילת הסבירות על נבחרים ציבור היא סתירה חזיתית לעקרון שלטון החוק ולחובה להפעיל שיקול דעת לשם תכלית החוק. הפעלת שיקול הדעת המנהלי לשם מימוש תכלית החקיקה היא אבן יסוד בשיטת המשפט בישראל ונגזרת מעקרון שלטון החוק. שלטון החוק ולא שלטון המחוקק. לעניין זה ראו ע"א 783/86 **ראובן גרוס בע"מ ואח' נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פד"י מ"ג (4), 595, בעמ' 597-598 (להלן: **"עניין גרוס"**) את הקביעה כי שיקול הדעת של הרשות השלטונית הניתן לה בחוק כולל בחובו את **"החובה להפעילו לשם תכלית החקיקה"**.

119. עקרון שלטון החוק הוא עקרון יסוד בשיטת המשפט הישראלית. על-פי עקרון זה, בסמכות המחוקק לחוקק ובסמכות בית המשפט לבחון – כאשר העניין מגיע לפתחו – את הפעלת הסמכויות על-פי חוק וזאת בהתאם לאמות מידה שיפוטיות ועל בסיס אמון הציבור בבית המשפט.

120. השפעה מרכזית נוספת של התיקון לחוק היסוד היא על האפקט המצנן של החובה לנהוג בסבירות המוטלת על נבחרי ציבור. זאת, בין היתר, ביחס לתפקידו של הייעוץ המשפטי לממשלה והיועצים המשפטיים במשרדי הממשלה השונים ויכולתם ליעץ לנבחרי ציבור לנקוט במדיניות רציונלית וזאת לאור אפשרות בחינת ההחלטה על יסודותיה של עילת הסבירות. על בסיס עילת הסבירות מחויבים נבחרי הציבור לנמק את החלטותיהם ולפעול לטובת אינטרס הציבור, אך ביטולה של עילת הסבירות ביחס לדרג הנבחר תוביל הלכה למעשה לביטול חובתה של הרשות לנהוג בסבירות.

בכך ניטל מן הייעוץ המשפטי לממשלה, מהיועצים המשפטיים למשרדי הממשלה ומשומרי סף אחרים במשרדי הממשלה כלי אפקטיבי ביותר להפעלתן של סמכויות הקבועות בחוק בהתאם לאינטרס הציבור. זהו מימד נוסף של עקרון שלטון החוק שנפגע על-ידי התיקון הנדון בעתירה זו.

## ו. סוף דבר

121. עניינה של עתירה בתיקון חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות) אשר עוסק בהגבלה משמעותית של הרשות השופטת ומאיין את יכולתה למתוח ביקורת שיפוטית על החלטות נבחרי ציבור בעילה של חוסר סבירות ובדרך זו אף מקנה כוח עודף משמעותי לרשות המבצעת על פניה ומותיר מנעד רחב של החלטות ללא ביקורת שיפוטית או ללא כל כח מאזן.

מעתה, אם לא יבוטל התיקון, החלטות בלתי סבירות באופן קיצוני – שאין בידי בית המשפט לבטלן בעילה אחרת – תתקבלנה ללא בקרה ואיזון. איים אלה של היעדר ביקורת שיפוטית (אי סבירות) הם למעשה איים של כח בלתי מוגבל של הממשלה אשר אינם הולמים את יסודותיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ופוגעים בעקרונות היסוד של שיטת המשטר הדמוקרטית בניהם **בעקרון עצמאות הרשות השופטת, בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק.**

122. יתרה מכך, תיקון זה מכשיר את הדרך מבחינה עיונית ומשפטית לתיקונים אפשריים נוספים שיגיעו אחריו ויבקשו לצמצם או לאיין עילות התערבות נוספות המהוות חלק מארגז הכלים השיפוטי. כל זאת על רקע שבריריותו האפריורית של עקרון הפרדת הרשויות בשיטת המשטר בישראל בה הממשלה והכנסת – חד הם.

123. תיקון כאמור, כפי שפורט לעיל, שעניינו ביטול עילת הסבירות יפגע בפעולתו של העותר שמטרתו מניעת עישון בקרב בני נוער וצעירים שכן הוא מסיר הגנה משמעותית של המשפט המנהלי על האינטרס הציבורי בשמירה על בריאות הציבור ובכלל זה לנושאים הנוגעים למאבק בתופעת העישון כפי שהודגם על בסיס שורה של הליכים משפטיים בהם היה מעורב העותר בפני בית המשפט בעבר.

124. נוכח האמור ונוכח הטענות שהוצגו בפירוט בגוף העתירה, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה ולהורות על ביטול חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות).

125. כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים במסגרת הליך זה, לרבות שכר טרחת עו"ד בצירוף מע"מ כדין.

היום, 24 ביולי 2023

---

אפי מיכאלי, עו"ד

בא-כוח העותר

---

פעולת העותר בהגשת עתירה זו מוקדשת לזכרו של מר אבינעם ערמוני (ז"ל) שהלך לעולמו לאחרונה והיה מייסד המיזם למיגור העישון וכיהן כיו"ר בין השנים 2016-2020, התווה את דרכו של הארגון ותרם מיכולותיו הרבות לשינוי החברה בישראל. בן 76 במותו, דאג אבינעם כאח בוגר לשלומה של מדינת ישראל ופעל במשך עשורים רבים למען החברה בישראל במגוון רחב של תחומי חיים. אבינעם השאיר את חותמו כאדם וכמנהיג על מאות אנשים שהלכו איתו בדרך בכל שלב בחייו והיווה דוגמה לכל הסובבים אותו. אציל נפש, לוחם אמיץ, חבר ומנהיג. יהי זכרו ברוך.