

הבג"ץ בעניין עילת הסבירות – עושים סדר

פנינה שרביט ברוך וגל רוזיליו | 11 בספטמבר, 2023

השבוע מתקיים הדיון בבג"ץ בעתירות נגד התיקון לחוק יסוד השפיטה, שבו צומצמה סמכות בתי המשפט לדון בסבירותן של החלטות הממשלה והשרים. העותרים והיועצת המשפטית לממשלה טוענים כי יש לפסול את התיקון, הן בשל פגמים בתהליך החקיקה והן בשל הפגיעה שלו בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים. הממשלה והכנסת, מנגד, אוחזים בעמדה כי אין לבית המשפט סמכות לפסול תיקון לחוק יסוד, וודאי שלא במקרה דנן, שבו מדובר בביטול עילת ביקורת אשר אינה קיימת ברוב המדינות האחרות. מוקדם להעריך מה יפסוק בית המשפט. פסק הדין יכול להינתן עד אמצע חודש ינואר, ועשוי אף להתייטר אם תושג פשרה שתכלול עידון של החוק. אין ספק, שמדובר בהליך יוצא דופן וטעון. עם זאת, ראוי להדגיש שעילת הסבירות אינה בלב המחלוקת המהותית שמפלגת את המדינה ואין לראות בהחלטה שתתקבל – בין אם תאשר את התיקון ובין אם תפסול אותו – כסופה של הסערה הפוליטית-חברתית.

ביום ה-24 ביולי 2023 [התקבל תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה](#) (להלן: "התיקון") שלפיו בית המשפט לא ידון בסבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים. נגד התיקון הוגשו מספר עתירות לבג"ץ וכן בקשות להצטרף כ"ידיד בית משפט" (שרובן נדחו), במטרה לעבות את מסגרת הטענות. הטענות נגד התיקון מתמקדות בפגמים בהליך החקיקה, בבעייתיות הגלומה בתיקון ברמה המהותית וכן בהשלכותיו המזיקות. בנוסף, העתירות מתייחסות לסמכותו של בית המשפט לדון בחוקתיות התיקון. בתגובה לעתירות הוגשה [עמדת היועצת המשפטית לממשלה](#), אשר, באופן חריג, הביעה תמיכה בעתירות ובטענות שהועלו במסגרתן ובבקשה כי בית המשפט יכריז על בטלות התיקון. בנפרד הוגשה עמדה מטעם הממשלה, שיוצגה על ידי עורך דין פרטי, המתנגדת נחרצות להתערבות בג"ץ בחוקי יסוד בכלל, ומדגישה כי אין כל הצדקה להתערב בחוק הנוכחי. כן הוגשה עמדה מטעם הכנסת, שגם לפיה אין מקום להתערבות בג"ץ. הדיון בעתירות נקבע ליום ה-12 בספטמבר 2023, והדיון ייערך לראשונה בהרכב מלא של חמישה-עשר שופטי בג"ץ. החלטה בעתירות יכולה להינתן עד שלושה חודשים ממועד פרישתן של הנשיאה אסתר חיות והשופטת ענת ברוך בחודש הבא, קרי עד אמצע חודש ינואר 2024.

יש לציין כי עתירות אלו הינן חלק ממספר עתירות שהוגשו ונקבעו לדיון בחודש ספטמבר 2023 נגד מספר פעולות של הממשלה והקואליציה כחלק ממה שמכונה "הרפורמה המשפטית". לצד העתירה דנן, צפוי בג"ץ לדון ביום ה-19 בספטמבר 2023 בעתירה שנוגעת לאי-כינוס

הוועדה לבחירת שופטים; וביום ה-28 בספטמבר 2023 לדון, בהרכב מורחב של אחד-עשר שופטים, בעתירות הנוגעות [לתיקון חוק-יסוד: הממשלה \(תיקון מס' 12\)](#), העוסקת בבצורת ראש הממשלה.

הטענות של העותרים והיועצת המשפטית

א. טענות לגבי הליך החקיקה

בעתירות ובבקשות מפורטים כשלים רבים שנפלו בהליך החקיקה. נטען כי הדיונים בתיקון התקיימו ב"בליץ מזורז", ברציפות ובאינטנסיביות, ומבלי לשמוע את עמדותיהם של גורמי מקצוע, באופן שפגע ביכולת של חברי ועדת החוקה ללמוד את הצעת התיקון, להשתתף ולהשפיע על תהליך החקיקה. במהלך הליך החקיקה לא הוטמעו שינויים שהוצעו על-ידי גורמי הייעוץ המשפטי של הוועדה, על ידי חברי האופוזיציה ועל ידי מומחי אקדמיה וגורמי חברה אזרחית. גם במסגרת הדיונים בכנסת לקריאה השנייה והשלישית הדיון לא מוצה וההסתייגויות של חברי הכנסת לא נבחנו באופן פרטני.

זאת ועוד, הועלו טענות נגד העלאת ההצעה על ידי יו"ר ועדת החוקה, חה"כ שמחה רוטמן, כהצעת חוק מטעם הוועדה. בכך חמק מהקושי להביא את התיקון כהצעת חוק ממשלתית, המחייבת מעורבות של משרד היועצת המשפטית לממשלה ועמידה בנהלי משרד המשפטים. במקביל, נמנע חה"כ רוטמן מהעלאת ההצעה כהצעת חוק פרטית, שלגביה נדרש שלב של קריאה טרומית במליאת הכנסת; וזמן שהיה של 45 ימים לצורך המשך ההליך. כך נמנע מהציבור מלעיון בהצעה ולא נדרש היה לקבל את אישורה של ועדת השרים לחקיקה. נטען כי השימוש שנעשה במנגנון של הצעת חוק מטעם הוועדה היה שימוש פסול שסטה מהאופן בו נעשה שימוש במנגנון זה בעבר, לקידום הצעות שהתקבלו בוועדה בהסכמה רחבה לגבי נושאים מקצועיים שהיו בסמכותה.

מעבר לכך, נטען שלא בוצעה הבחנה בין הליך חקיקה "חוקתי" לבין הליך חקיקה של חוק "רגיל". חקיקה של נורמות ממעמד 'חוקתי' מחייבת הקפדה על הליך חקיקה נאות שמשקף הסכמה רחבה. במקרה דנן, הליך החקיקה של התיקון התרחש כהליך "בזק" שנועד לשרת צרכים פוליטיים-קואליציוניים צרים ורגעיים, בוצע באופן חד-צדדי בלי התחשבות בעמדות של מומחים או ח"כים מהאופוזיציה ומבלי שנשקלו ההשלכות של התיקון. זאת, בניגוד להליכי חקיקה ותיקון של חוקי-יסוד שהתרחשו בעבר.

ב. טענות מהותיות לגבי עצם התיקון

במישור המהותי נטען כי גריעה מסמכויות הפיקוח של בית המשפט על הממשלה מהווה פגיעה בעקרונות היסוד של המשטר בישראל, תוך פגיעה במנגנון הפרדת הרשויות, ובפועל מכפיפה את ההליך הדמוקרטי לשרירות הממשלה. לאור חסרונם של מנגנוני איזונים ובלמים

בישראל המקובלים בעולם כגון: חוקה, שני בתי פרלמנט, בחירות אזוריות, מבנה פדראלי, רשות מחוקקת חזקה או כפיפות למוסדות על-לאומיים, ביטול יכולת הפיקוח של בית המשפט עלולה להחליש את האיזון, הפגום מלכתחילה, באופן מסוכן.

לעומת עילות הביקורת האחרות (שיקולים זרים, שרירות, הפליה, משוא פנים, חוסר שוויון, היעדר תשתית עובדתית, מידתיות), עילת הסבירות לפני התיקון שימשה "ככלי מרכזי" בידי בית המשפט כשהיה קושי ראיתי לבסס את העילות האחרות וכ"אמצעי שיפוטי שיורי" במקרי קצה. התיקון מבטל כליל את עילת הסבירות ולא מתיר שימוש בעילה אף במצבי קיצון. בכך נוצר "חלל ריק" והעדר פיקוח חשוב על פעולותיה של הממשלה.

הגבלה של הביקורת השיפוטית תוביל לפגיעה ב-"אפקט המצנן" על החלטות הדרג הנבחר, הואיל וזה לא יחשוש עוד מביקורת בנוגע לאי-סבירות החלטותיו. כל זאת, בניגוד לעיקרון היסודי שלפיו הממשלה ושריה מהווים "נאמני" הציבור ומחויבים לפעול לטובתו ובאופן תקין.

נטען, כי בעוד שהתיקון נועד (בעיקר) למנוע התערבות מינויים (ובפיטורים), תוצאתו היא חסימת האפשרות של "האזרח הפשוט" לתקוף החלטות בלתי-סבירות שהתקבלו תוך פגיעה בזכויותיו. אמנם התיקון מתייחס לסבירות החלטות בדרג של השר/הממשלה, אולם השר יוכל לבחור להחליט בעצמו החלטות הנתונות לסמכות הדרג המקצועי ובכך לחסן אותן מביקורת שיפוטית בשאלת הסבירות.

סיכון מרכזי מביטול עילת הסבירות הוא שיתאפשרו מינויים/פיטורים בלתי-סבירים לתפקידים בכירים בשירות הציבורי, למשל בשל אי-התאמה לתפקיד או חששות, שיהיה קשה להוכיח, של פגיעה בטוהר המידות. התיקון גם עלול להוביל למינויים בלתי-סבירים של שומרי סף (למשל: היועצ/ת המשפטית/ת לממשלה). קיים חשש כי התגבשות "מנהג" של מינויים פוליטיים תוביל לכך שכאשר תתחלף ממשלה היא תפעל לפטר את מי שמונה על-ידי הממשלה הקודמת, תוך החלפתם באנשים מטעמה. פעילות זו עלולה להוביל לדינמיקה פסולה של שירות ציבורי-פוליטי שאינו מקצועי ומחויב לשמירה על שלטון החוק. דוגמה לחשש שהועלה היא התפתחות התופעה של הגשת כתבי אישום ממניעים פוליטיים על ידי גורמים במערכת אכיפת החוק שמבקשים לשאת חן בעיני הדרג הפוליטי, שבידיו הסמכות למנותם ולפטרם.

טענות נוספות מתמקדות בקביעה בתיקון לחוק שלא תתקיים ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות ביחס להימנעות מהפעלת סמכות. נטען כי המשמעות תהיה ששרים יוכלו להחזיק את אינטרס הציבור "כבן ערובה". הימנעות מפעולה עלולה לייצר שיתוק מינהלי והקפאה של הליכים רגולטוריים חיוניים, כגון מתן רישיונות או התקנת תקנות. עילת הסבירות היא העילה המהותית העיקרית לתקיפה של הימנעות שרירותית ופוגענית משימוש בסמכות, משום שבמקרים כאלו אין לרוב ראיות שעשויות לבסס את הסיבה להימנעות מפעולה. נטען כי אחת הסיבות להכללת איסור זה היא למנוע, בהתאם לאינטרס צר ומיידי, ביקורת על אי-כינוס הוועדה לבחירת שופטים על-ידי שר המשפטים.

בנוסף, ביקורת באמצעות עילת הסבירות מהווה דרך בלעדית לאכוף סטנדרט התנהגות על ממשלות מעבר, שמטבען פועלות למיקסום תועלות פוליטיות צרות. זאת, במיוחד בנוגע למינויים בזמן בחירות והנהגת כלכלת בחירות. עילת הסבירות בהקשרים אלו נועדה להתוות "הוגנות" על מערכת הבחירות תוך חיוב הממשלה לנהוג באיפוק ובריסון בזמנים רגישים אלו.

נטען כי אין להתייחס לתיקון כעומד בפני עצמו, אלא לראותו כחלק ממארג שינויים נרחב. התיקון נועד לסלול את הדרך להמשך חקיקה שמטרתה שינוי אופי המשטר, ומשכך יש לבחון את התיקון כחלק ממהלך נרחב של שינויים מתוכננים, למשל שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, פגיעה בעצמאות היועצים המשפטיים, והגבלת ביקורת על חקיקה. מהלך כזה טומן סכנה להתרחשות תהליך מסוכן של "נסיגה דמוקרטית", שכולל החלשת הבלמים על הכוח השלטוני, השתלטות על מערכת המשפט באופן שעלול להוביל לפגיעה בזכויות אדם, מינויים פוליטיים של גורמי התביעה והתערבות בהחלטות בעניינים פליליים, השתלטות ממשלתית על התקשורת, העמקת הפיקוח על ארגוני חברה אזרחית, החלשת האופוזיציה ודה-לגיטימציה שלה, פגיעה אפשרית בחופש הביטוי, וכן שינוי חוקי הבחירות. מהלכים כאלו התרחשו במדינות אחרות, כגון פולין והונגריה. הניסיון ההשוואתי מלמד שצעדים נפרדים יכולים להצטבר לכך שברגע מסוים, דמוקרטיה ליברלית (כישראל) עלולה להפוך לדמוקרטיה "מזויפת". כך, ברגע שבית המשפט יהיה מנוטרל יהיה קשה עד בלתי-אפשרי לעצור את ההשלכות על הדמוקרטיה. הדבר נכון שבעתים בישראל, שבה מנגנוני הבקרה על הרשות המבצעת חלשים במיוחד.

ג. השלכות אפשריות של החקיקה

הטענות נגד התיקון התייחסו גם להשלכותיו המזיקות האפשריות בתחומים שונים, כולל החשש לפגיעה בתחומי הביטחון הלאומי, זכויות האדם והעובדים, הגנת הסביבה, הבריאות, וכן ביחסי החוץ של המדינה, ובפרט ביחסים המיוחדים עם בעלת בריתה המרכזית ביותר, ארצות הברית. בין היתר נטען, שכתוצאה מהתיקון תגדל הסכנה לחשיפתם של אנשי כוחות הביטחון לנקיטת הליכים במישור הפלילי נגדם בזירה הבינלאומית, בעיקר בבית הדין הבינלאומי בהאג (ICC), אך גם במדינות זרות. זאת, כיוון שהפגיעה בעצמאותה של מערכת אכיפת החוק, ושל בית המשפט עצמו, עלולה לפגוע ביכולת של ישראל להסתמך על "עיקרון המשלימות", קרי על הטענה שאין מקום להתערבות זרה היות שהמדינה עצמה חוקרת באופן כן ומקצועי. התיקון גם עלול לאפשר לשרים לפטר בעלי תפקידים בצמרת המערכת הביטחונית, כולל את הפרקליטה הצבאית הראשית, האמונה על שלטון החוק בצה"ל, ויפתח פתח להשתמש באמצעים פסולים לצרכים ביטחוניים ללא בקרה וביקורת. קיים חשש שמדיניות ידידותיות לישראל לא יעמדו עוד לצדה בזירה הבינלאומית אם תיתפס כמדינה שאינה מכבדת את שלטון החוק.

ד. סמכות ביהמ"ש להתערב בחקיקה/תיקון חוקי-יסוד

מעבר לטענות נגד התיקון, הועלו טיעונים בשאלת סמכותו של בית המשפט לדון בשאלת התיקון. זאת, משום שמדובר בתיקון לחוק-יסוד: השפיטה. עד היום נמנע בית המשפט מלפסול חוקי-יסוד ותיקונים שלהם. בעניין זה מוצגים שני טיעונים מרכזיים.

הטיעון הראשון מתבסס על דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי (Unconstitutional Constitutional Amendment), שלפיה הוראה חוקתית אשר "תמוטט את המפעל החוקתי כולו" נופלת מחוץ לגדר גבולות הגזרה של הסמכות המכוננת שנתונה לכנסת. נטען כי כאשר הכנסת מחוקקת חוק-יסוד חדש או מתקנת חוק-יסוד קיים עליה לשמור על המבנה הבסיסי של חוקי-היסוד והיא אינה מוסמכת לפגוע בעקרונות יסוד של ישראל כמדינה דמוקרטית ויהודית. לפיכך, כאשר תיקון של חוק-יסוד פוגע קשות בשלטון החוק או בעיקרון הפרדת רשויות (למשל: מניעה מביהמ"ש לפקח על שאר הרשויות) יש סמכות לביהמ"ש לבטל את החקיקה. מניעת ביקורת שיפוטית אפקטיבית בעילת הסבירות על פעולות הממשלה מהווה פגיעה בלתי-הפיכה "בגרעין" המשטר ולכן ישנה הצדקה להתערבות של בית המשפט לביטול השינוי הלא חוקתי.

הטיעון השני מתבסס על דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת (Abuse of Constituent Power), המתייחסת לשימוש בחוק-יסוד למטרה שאינה חוקתית. אלמנט "השימוש לרעה" מתמקד בשימוש בסמכות המכוננת באופן שמבטא "זילות הטקסט" החוקתי, עוקף דיון ציבורי ופוליטי, ונובע מצרכים קואליציוניים צרים. נטען כי לא ניתן להשתמש בכותרת "חוק-יסוד" כדי להעניק מעמד חוקתי לנורמה שאינה מתאימה למארג החוקתי. התיקון דן נעדר "סימני יסוד מזהים" שמאפיינים נורמות חוקתיות, כשאין כל צידוק בדברי ההסבר או בתזכיר החוק, מדוע התיקון התבצע במסגרת חוק-יסוד. כך אין הסבר מדוע התיקון התייחס רק לנושא הפעלת הסמכות השיפוטית, בעוד לא נקבעו הגבלות מהותיות לגבי אופן יישום הסמכות על ידי הדרג הנבחר. כמו כן, התיקון מבצע שינויים "תוך כדי המשחק" באופן שנועד לבצר את כוחו של רוב מזדמן ולערער את מערך יחסי הכוחות המוסדי שיפעל מעתה במובהק לטובת העצמת כוחה של הרשות המבצעת. התיקון נובע מצרכים פוליטיים ונועד לקדם בעיה שנובעת מהמשפט של ראש הממשלה ומהרשעתו של חה"כ דרעי. בכך התיקון מתנגש עם "עקרון היציבות", שלפיו תיקונים חוקתיים לא ישמשו לאינטרסים פוליטיים זמניים, קצרי מועד וצרי אופק. כל אלו מהווים מאפיינים מובהקים לכך שאין מדובר בנורמה חוקתית ברמה המהותית ושנעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. בהתאם, על אף שהחוק הוגדר כחוק יסוד, יש להכפיפו לביקורת שיפוטית.

בנוסף לכך, הועלה טיעון לפיו השתלבות הפגמים הפרוצדוראליים (הליכיים) והמהותיים (תכניים) מהווה הצדקה לקיום ביקורת שיפוטית על החוק. הגם שלעיתים פגמים פרוצדוראליים כשלעצמם אינם מספיקים לפסילתו של חוק, ניתן לצרף למארג השיקולים פגמים מהותיים בתוכן החוק, אשר ביחד עשויים להצדיק את ביטול החוק. הדברים נכונים גם לבחינה של חוק-

יסוד. במקרה דנן נפלו בהליך החקיקה פגמים טכניים ומהותיים – זאת, באופן שמאפשר לבצע ביקורת שיפוטית, ולפסול את התיקון.

ה. סעדים מומלצים

הסעד המרכזי שהתבקש בעתירות הוא בטלות התיקון לחוק-היסוד. עם זאת, הועלו גם אפשרויות לסעדים "רכים" יותר, כגון: דחיית התחולה של התיקון כך שייכנס לתוקף החל מבחירתה של הכנסת הבאה (ולאפשר למחוקק לתקן פגמים); להחזיר למחוקק את התיקון על-מנת לתקן פגמים בהליך החקיקה (פרוצדוראליים ומהותיים); להכריז על "בטלות חלקית" ולבצע מחיקה חלקית של חלק מהוראות התיקון, באופן שירפא אי-בהירויות וחלקים גורפים בתיקון; להצהיר על פרשנות מצומצמת (reading down) של התיקון, לפיה ההגבלה על סמכות התערבותו של בית המשפט לא תחול על החלטות שאינן סבירות ברמה קיצונית, שרירותית או מופרכת; "לשנמך" את התיקון למעמד של חוק 'רגיל' הואיל וההליך שקדם לתיקון לא עמד בדרישות לחקיקת חוקי-יסוד.

טענות הממשלה והכנסת

א. חוסר סמכות בית המשפט לבקר חוקי יסוד

טענתה העיקרית של הממשלה היא, שבית המשפט מנוע מלדון בתוקפם של חוקי יסוד. טענה דומה נטענת גם בעמדה שהוגשה מטעם הכנסת. זאת מכוח העיקרון של ריבונות העם והפרדת הרשויות, וכיישום של עקרון שלטון החוק, שלפיו אין מוסד שעומד מעל החוק, כולל בית המשפט. מקור הסמכות של בית המשפט לבקר חקיקה היא הסמכת הריבון. לפיכך, הוא אינו יכול לייצר לעצמו מקור סמכות. בית המשפט קבע שבסמכותו לבקר חקיקה ('רגילה') שסותרת חוקי יסוד, על פי דוקטרינה שאימץ מאז שנות התשעים (שנתונה לביקורת בעצמה), המתבססת על עליונותם של חוקי היסוד שחוקקה הכנסת כאספה מכוננת. אין כל בסיס לקבוע שבסמכותו לבקר חוקי יסוד, ובכך להעמיד את עצמו מעל הריבון.

לעמדת הממשלה, אין כל מקום לאימוץ הדוקטרינה של "תיקון חוקתי שאינו חוקתי". בתמיכה לכך מוצג ניתוח השוואתי מקיף, ונטען שאין באף מדינה מתוקנת דוקטרינה שמאפשרת לפסול תיקון חוקתי שאינו מתנגש בהוראה מפורשת בחוקה. נטען כי רק במספר מדינות מתפתחות, דוגמת הודו, קולומביה, בנגלדש וסלובקיה, נפסלו תיקוני חוקה מכוח תיאוריה של התנגשות עם ה-"מבנה הבסיסי" של חוקה שלמה קיימת. הודגש כי בישראל אין כלל חוקה, כך שמדובר בעמדה מרחיקת לכת אף יותר.

ברמה המהותית, בהעדר חוקה, אין לבית המשפט נקודת משען לביסוס הביקורת החוקתית. הניסיון לבסס ביקורת זו על עקרונות לא מוגדרים, שהם בגדר "עקרונות היסוד של השיטה", הוא בעייתי ויש בו פריצה של מוסכמות היסוד של המנגנון הדמוקרטי, הקובע כי הכרעות

מסורות לעם או לנציגיו הנבחרים ולא לשופטים, שאינם דרג נבחר. מעבר לכך, כיון שתוכנם של העקרונות הללו אינו מוגדר ואף שנוי במחלוקת, אזי התבססות של בתי המשפט עליהם תפגע בוודאות במערכת היחסים בין הרשויות ותערער אותם. בדומה, יש קושי לבסס את הביקורת החוקתית על התנגשות עם היותה של המדינה "יהודית ודמוקרטית". אלה מושגים עמומים, שתוכנם נתון לוויכוח, כמו גם היחס ביניהם. אין גם מקום להתבסס על מגילת העצמאות לצורך ביקורת חוקתית, מאחר שעם כל חשיבותה ההיסטורית, אין מדובר במסמך משפטי בעל מעמד חוקתי.

אשר לטענה ל-"שימוש לרעה בסמכות מכוננת", נטען כי יש לדחותה בשני מישורים: ברמה העקרונית, יש לדחות את הדוקטרינה עצמה, המהווה כסות לפלישה של הרשות השיפוטית לתחום פעילותה של הרשות המחוקקת. ברמה המהותית, התיקון נשוא העתירות הוא תיקון חוקתי במהותו, ואין בסיס לטענה כי מדובר בחוק רגיל שמתחזה לחוק יסוד או בתיקון שנועד לצרכים פוליטיים צרים. מדובר בתיקון יציב שקובע הסדר חדש ושיחול על כלל המקרים והוא עוסק ביחסים בין הרשות השופטת לרשות המבצעת, שהוא נושא חוקתי ברור. בעמדת הכנסת מודגש כי אין לקבוע כי בבסיסו של החוק עמד מניע פוליטי פסול. כן צוין שעמדת העותרים, לפיה התיקון היה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, מייצרת אבסורד, שכן הדרך היחידה להכניס שינויים בהיקף הביקורת השיפוטית הוא דרך תיקון חוק יסוד השפיטה.

ב. העדר בסיס להתערבות בשל פגמים בהליך התיקון

לעמדת הממשלה, אין דרישה חקיקתית בישראל לקיום הליך מיוחד לחקיקת חוקי יסוד. העותרים מנסים לייצר הליכים כאלה בדרך של חקיקה שיפוטית וזאת יש לדחות. מעבר לכך, הליך החקיקה לווה בדיונים ארוכים ואינטנסיביים, תוך שמיעת מומחים רבים, ולא ניתן לומר שלא התאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מושכלת לגבי התיקון טרם ההצבעה. בתגובה שהגישה הכנסת יש התייחסות מפורטת להליך החקיקה וקביעה כי, על אף פגמים מסוימים, ההליך התנהל ברובו בצורה תקינה, וודאי שלא באופן המצדיק פסילה בעטיו.

ג. הטענות המהותיות לגבי עצם התיקון

לעמדת הממשלה, הטענה כי התיקון של חוק היסוד מהווה מקרה קיצוני של פגיעה בליבת הדמוקרטיה, המצדיק התערבות של בית המשפט, היא חסרת בסיס ומעידה על הסכנה שבאימוץ דוקטרינה המאפשרת התערבות שיפוטית בחקיקת יסוד. התיקון משנה היבט מסוים של גבולות הסמכות של בתי המשפט בתחום הביקורת המנהלית ותוחם את השימוש בעילת הסבירות. השימוש של בתי המשפט בישראל בעילת הסבירות ייחודי לישראל והתפתח לממדים חריגים, בניגוד למקובל בעולם ובניגוד למתבקש מהפרדת רשויות ראויה. ישנה מחלוקת עמוקה בקרב שופטי בית המשפט העליון על השימוש בעילה זו. לעמדת הממשלה, אין מחלוקת כי הביקורת השיפוטית על עבודת הממשלה ויתר הרשויות הכרחית למניעת שימוש לרעה בכוח שלטוני. המחלוקת אינה על חשיבות שלטון החוק ועל החובה לציית לו, אלא על

נקודת האיזון בין הרשויות והיקף הביקורת השיפוטית על הפעלת שיקול הדעת של הממשלה וחבריה. עמדת העותרים היא עמדה פוליטית אידיאולוגית לגיטימית, אך כך גם עמדת תומכי החקיקה. לפי עמדת הכנסת, לא ניתן לקבוע כי התיקון פוגע בליבת ההגדרה של ישראל כיהודית ודמוקרטית כי טרם ברור איזה שימוש ייעשה בתיקון וכיצד יפורש על ידי בתי המשפט. לכן לא בשלה העת לעתירות בנושא זה. כן טוענת הכנסת כי לא ניתן להתייחס לתיקון כחלק מ"רפורמה" שלמה, הואיל ואין ודאות לגבי המשך התהליך.

הממשלה דוחה את הטענה כי כל גריעה מסמכות בית המשפט מהווה תיקון חוקתי-לא חוקתי. קבלת טענה זו משמעותה כי לסמכות בית המשפט אין גבול וכי בית המשפט ניצב מעל הריבון ומעל החוק. כל מוסד שלטוני צריך לפעול במסגרת נורמטיבית. למחוקק זכות לקבוע הגבלות סטוטוריות על הביקורת השיפוטית. כך נפסק בעבר וכך גם מקובל בשאר מדינות העולם. הגבלה של היקף הביקורת השיפוטית, ועוד הגבלה שאינה נוגעת לזכויות יסוד, אינה יכולה להיחשב כשלילה של דרישת המינימום המגדירה מדינה כמדינה דמוקרטית. אשר לטענות על אודות הקושי שבהגבלת ההתערבות השיפוטית בהחלטות על מינויים של נושאי משרה בכירים, טוענת המדינה כי באף מדינה דמוקרטית אין סמכות להתערב במינויים כאלה מטעמי סבירות, כך שהחוק רק משווה את המצב לזה שחל במרבית מדינות המערב הדמוקרטיות.

לגבי הטענה כי לבית המשפט תפקיד לאזן את כוחו של הרוב, משיבה הממשלה, כי תפקיד בית המשפט הוא רק לרסן את השלטון שינהג במסגרת סמכויותיו ולפי דין. קיומם של "איזונים ובלמים" בין רשויות השלטון הוא הכרחי, אך הדבר אינו מצדיק הענקת כוח בלתי מוגבל או סמכות ללא גבול לבית המשפט. הממשלה דוחה מכל וכל את הטענה שלפיה שלילת ביקורת שיפוטית על סבירות פעולותיהם של נבחרי הציבור ברשות המבצעת היא פגיעה בליבת הדמוקרטיה. מי שאמורים לבקר את סבירות פעולותיהם הם הפרלמנט והציבור בבחירות העוקבות. כן נדחית הגישה, שלפיה לאור החשש למהלכים קיצוניים מצד הממשלה אשר יפגעו בבסיס המשטר הדמוקרטי יש להעניק לבית המשפט את תפקיד "המבוגר האחראי" שימנע זאת. נטען כי אין כל יסוד להנחה שהצדק והמוסר מצויים בהכרח בצידה של הרשות השופטת לנצח ובכל מצב. מעבר לכך, אם הפרלמנט יקבע חוק המחריב את המבנה הדמוקרטי, ספק אם פסק דין יצליח למנוע את מימוש המהלך וזאת בהנחה שבית המשפט לא יצטרף בעצמו למהלך.

ד. השלכות התיקון

לעמדת הממשלה, אין זה מתפקידו של בית המשפט לבחון שיקולי מדיניות ולכן אין מקום לבחון מה ההשלכות הביטחוניות והמדיניות של התיקון. מעבר לכך, הטענה שהתיקון יעמיד את חיילי צה"ל בסיכון לעמידה לדין בפני בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC) שגויה מיסודה. ראשית, לעמדתה של ישראל, אין ל-ICC סמכות על חיילי צה"ל. בניגוד לעמדתה, נפתחה חקירה כבר ב-2021, שבינתיים אינה מתקדמת. ההחלטה לפתוח בחקירה היא החלטה פוליטית, ובכל מקרה נעשתה זמן רב לפני התיקון נשוא העתירה. הגבלת יכולת בית המשפט לבקר החלטות

בעילת הסבירות לא תשפיע על חקירה זו. בנוסף, לגבי יישום עיקרון המשלימות, קרי שאין מקום להתערבות של ה-ICC במקום בו מדינה חוקרת את עצמה, הוא לא יושפע מן התיקון, העוסק בביקורת שיפוטית בעילת הסבירות על החלטות הממשלה ואינו נוגע כלל למערכת המשפט הפלילי בישראל.

ה. הסעדים המבוקשים

לעמדת הממשלה והכנסת, אין מקום שבית המשפט יבטל את התיקון. בעמדת הממשלה מודגש כי גם אין מקום לסעדים חלופיים לביטול החוק. כך, אין מקום שבית המשפט יעניק פרשנות מצמצמת "המעקמת" את לשון החוק, שהיא ברורה. כמו כן אין מקום להורות על דחיית תוקף תחולת החוק, שכן אין לבית המשפט סמכות לתת הוראה כזו.

במסגרת עמדת הממשלה אף נרמז כי אם יחליט בית המשפט לברוא יש מאין כללים להליכי חקיקת חוקי יסוד, בניגוד לעמדת הממשלה, אזי מן הראוי שיוסיף ויברא לו כללים מחמירים לא פחות לביקורת השיפוטית עליהם, כמו דרישה לרוב מיוחד של ההרכב.

סיכום

אין ספק שמציאות בה רשויות המדינה, שאמורות לפעול מתוך מטרה משותפת של קידום טובת המדינה, מוצבות זו מול זו בדינמיקה של עימות, היא מציאות עוכרת שלווה. מתח בין בתי המשפט לממשלה וטענות להתערבות שיפוטית מוגזמת היו גם בעבר, אך מעולם לא הוצג בית המשפט כאויב העם. והממשלה, גם כשניסתה להגביל את ההתערבות השיפוטית, לא נתפסה כחותרת תחת עצם רעיון שלטון החוק ויסודות המשטר הדמוקרטי. הציפייה כי את משבר האמון והשסע העמוק שקיימים כיום במדינה תפתור פסיקה של בית המשפט העליון היא בלתי ריאלית. זאת בפרט כאשר בית המשפט העליון הפך שק החבטות עבור צד אחד והמושיע הגדול עבור הצד השני. נדרשת התנהלות אחראית של מי שבידיו רסן השלטון לאמץ גישה ממלכתית ולפעול להרגעת החששות האותנטיים לגורל המדינה בקרב הציבור - חששות ההולכים ומתעצמים נוכח התנהלות הממשלה וההתבטאויות של חלק משריה. מן הצד השני, גם מובילי המחאה צריכים להפסיק להציג את פסיקת בית המשפט ככזו שתכריע את גורל הדמוקרטיה. עילת הסבירות, כבודה במקומה מונח, אך היא אינה לב הסיפור ואין לראות בהחלטה שתתקבל - בין אם תאשר את התיקון ובין אם תפסול אותו - כסופו של הסיפור.

עורכי הפרסום: ענת קורץ ואלדד שביט