

1. העתירות מעוררות שאלות רבות. העיקרית שבהן, בעיני, היא: האם, ובאיזו מידה, חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (עילת הסבירות) (להלן: התיקון נשוא דיונו, או התיקון) שולל את דמוקרטיזציה של המדינה? לה אקדיש את מרבית פסק דיני. אפתח בשאלת קיומה של נורמת-על, שמכוחה ניתן לבקר חוק יסוד או חוק רגיל של הכנסת - הלא היא שאלת דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי ודרך יישומה בישראל; לאחר מכן ארחיב להראות כי התיקון נשוא דיונו אינו פוגע בדמוקרטיזציה של המדינה באופן ישיר, ואחר כך איחד את הדיבור על הפגיעות העקיפות הנטענות; לקראת סיום אדון בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, בסעדים הנגזרים, וביישום לענינו; ולבסוף אחנה דעתי אודות הליך החקיקה.

דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי בישראל

2. דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, מצביעה על עקרונות יסוד שבכוחם להגביל את סמכות חקיקת חוק או חוק יסוד. את עקרונות אלה למדה כב' הנשיאה א' חיות, בפסק הדין בבג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (להלן: עניין חסון), משלל מקורות, כמו ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, המבואות לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוק יסוד: חופש העיסוק, סעיף 7(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת ועוד, וגדרה אותם בצמד איפיוניה של מדינת ישראל: יהודית, ודמוקרטית. משמעות הדברים היא כי הכנסת אינה מוסמכת "לשלו" - להלכה או למעשה - את מאפייני הזהות הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (פסקה 64 לחנת דעתה של כבוד הנשיאה).

3. בסיס עיוני זה לאימוץ דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי במשפט הישראלי, אינו חף מקשיים, בעיני. עיקרון זה, לפיו "יהודית" ו"דמוקרטית" הן הגדרות-ליבה של המדינה, ולא כאתוס היסטורי בלבד - שהוא בודאי אינו מענינה של שפיטה - אלא כקביעה בעלת נפקות משפטית: שלילת סמכות חקיקה, הרי הוא עיקרון בלתי כתוב. ספק גדול, בעיני, אם ניסוחם של עקרונות בלתי כתובים היא מתחום ענינה של שפיטה. קביעתו של עיקרון זה גם אינה יכולה להיעשות בדרך של "קריאה לתוך" נורמה קצת, וזאת משום שאין בנמצא נורמה העומדת במדרג הסמכויות מעל חקיקת חוק-יסוד. ואולם הדברים טרם נתבררו בליבי די הצורך. אין להוציא מכלל אפשרות, כי אם הכל מודים בדבר מה - בדומה לעקרון "בא הרוג ברגליו" (ראו בבלי, ...) - ומודים אף בבחירת מילותיו, הרי מילים אלו עשויות לקדם נפקות משפטית. מכל מקום, אין בכנתי להכריע כאן בענין זה, משום שההכרעה בו תתנתר בהמשך חנת דעתי, שבו אניח, לצורך הדיון, כי הדוקטרינה אכן רלוונטית למשפט הישראלי.

בשאלה זו איאלץ להכריע, אם תיפגע יהודיותה או דמוקרטיזציה של המדינה בחוק, בעתיד.

אוסף שתי הערות לחתימת פרק זה של הדיון:

4. בהנחה שסמכותה של הכנסת, כמו גם של כל רשות שלטונית, מוגבלת בכוחה של נורמה - והרשות חרגה מגבולות סמכותה - אין מקום לספק אודות סמכות בית המשפט להצהיר על כך, ולקבוע את בטלות פעולת הרשות. הרשות השופטת מופקדת באופן טבעי על פרשנות ויישומן של נורמות תקפות בתחום שיפוט, וסמכותה הקלאסית היא להחיל נורמה כללית על מקרה פרטי. לפיכך, "אי השפיטות המוסדית" תחול רק בנימוקים "טכניים", כגון צורך במומחיות מקצועית או בסודיות. "אי שפיטות נורמטיבית" עשויה לחול בענינו, והדבר תלוי בשאלת אימוץ דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי בישראל. בשלילת דוקטרינה זו, תחול אי-שפיטות נורמטיבית על תוכנו של התיקון נשוא דיונו, (להבדיל מעל הליך חקיקתו המוסדר בתקנון הכנסת, וסוגית השימוש לרעה בסמכות המכוננת). אך לצורך הדיון, כאמור, אניח שחלה על תיקון חוקתי נורמת "יהודית ודמוקרטית".

דברי אלו דורשים התייחסות נוספת לענין בתי המשפט האחרים. נדמה כי בית משפט מחוזי או בית משפט השלום אינם רשאים לקדם הליך של עתירה לבטלות חוק, משום שסוגי ההליכים המנוהלים בבתי משפט אלה הוגבלו בחוק, כל ערכאה וסמכויותיה. בית משפט זה, לעומת זאת, לפי סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, מוסמך לדון "בענינים ... אשר אינם בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר"; כך הוא דן בהליך שעיקרו הוא בקשת סעד של הכרזה על בטלותו של חוק. ברם, נראה כי כל בית משפט מוסמך אף לתת סעד של הכרזה על בטלות חוק [ואף חוק יסוד], אגב הליך אחר אשר הוסמך לקימו, לפי סעיף.. לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התש... [לענין ייחודיות תפקידו של בית משפט זה, ראה גם סעיף 6 לחוק בתי משפט לענינים מינהליים, תש"ס-2000].

5. כמה מחברי כללו בחנת דעתם דיון בענין סמכות בית משפט זה להכריז על בטלותו של חוק רגיל. סמכות זו נהוגה במשפטנו מזה עשרות שנים, והיום אפסוק לראשונה את דעתי עליה, בתמצית שבתמצית.

לדעתי, העיקרון הקלאסי אודות סתירת חוקים, המבכר את המאוחר או הספציפי, חל גם בסתירה שבין חוק רגיל לחוק יסוד. חוק יסוד אינו ניצב במדרג נורמטיבי גבוה מזה של חוק רגיל - משום שתנאי סף לקיומו של מדרג גבוה כזה הוא נוקשות. באשר הליך חקיקתו של חוק יסוד, וכן הליך ביטולו, זהים לחלוטין להליך חקיקה רגיל, אין מקום להבחין בין מדרגיהם הנורמטיביים.

הדבר נוגע לענינו, משום שלדעתי, אפוא, אין אנו עוסקים בדיון זה בפרק חוקתי, אלא בחוק רגיל, ובשאלה אם הוא שולל את יהודיותה ודמוקרטייתה של המדינה. המשותף לענינו ולדוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי בישראל, הוא הביקורת על נורמה העומדת לכאורה בראש המדרג הנורמטיבי; ולכן ענינו זקק דיון בדוקטרינה זו, אותו קיימתי בראשית חנת דעתי.

העולה מן הדברים הוא כי קיומה של סמכות בית משפט זה להכריז על בטלותו של חוק רגיל, כמו של חוק יסוד, עומד בספק, זה שהבעתי לעיל (פסקה 2).

התיקון נשוא דיונו

6. העותרים טוענים, כי התיקון שולל את דמוקרטייתה של המדינה, כל כך עד כדי שחורג הוא מתחום סמכות הכנסת. קראתי בעיון את הטענות לענין זה, וחזרתי וקראתי; ודעתי שונה, ואף הפוכה. לו היו בפני עתירות התוקפות את עילת הסבירות - ואף במובנה המקורי המצומצם, בטענה שהיא-היא שוללת את אופיה הדמוקרטי של המדינה, ומבקשות כי אקבע הלכה השוללת אותה - הייתי דן בהן בכובד ראש.

7. אין אנו עוסקים באופן ישיר בעילת הסבירות, ולכן די אם אפנה, לדיון הער המתקדם מזה שנים אודות היקף השימוש בעילת הסבירות. הדעה אשר נמצאת בבסיס התיקון נשוא דיונו, הובעה באותו דיון, ומעולם לא נתקפה במידה ההולמת את תיאור תיקון זה, שבפי העותרים.

אפנה לענות, אפוא, לטענות המצדדים בהכרזה על בטלותו של התיקון (להלן: העותרים).

פגיעה ישירה

8. העותרים טוענים כי התיקון פוגע בדמוקרטייתה של המדינה. מהי "דמוקרטיה"? או כפי ששאל הפרופ' יצחק זמיר "...היהדות והדמוקרטיה הם עולם ומלואו, ואין לך ערך טוב שאינו נכלל בהם. כיוון שכך, אין זה ברור מה הם, לצרכים משפטיים, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית..." (יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" משפט וממשל א (תשנ"ג)).

שאלה זו זכתה לתשובות, מפי בית משפט זה, בכמה הזדמנויות. אחת מהן ניתנה לענין פסילת מועמדות לכנסת לפי סעיף 7א(1) לחוק יסוד: הכנסת: "מאפיינים אלה מבוססים... על [1] הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוויות, [2] הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, [3] קיום הפרדת רשויות, [4] שלטון החוק [5] ורשות שופטת עצמאית" (הנשיא א' ברק, א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי; המספור הוסף). כעת אבחן, אם התיקון פוגע ישירות באיזה מן המאפיינים הללו.

הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוויות

9. האם התיקון פוגע בריבונות העם? לא. יש אומרים שהוא אף מחזק אותה, באשר נבחר העם מקבלים בחקיקה זו את חירותם להחליט בניגוד לדעתו האישית של השופט. הדברים נאמרים בהנחה שביקורת שיפוטית מכח עילת הסבירות מהנה כניסת בית המשפט בנעלי הרשות המבצעת, תוך חיווי דעתו האישית של השופט - הנחה הנחזית לעמוד בבסיס דעתם של מתייבי התיקון; ובאשר הענין הוא גם מקצועי-שיפוטי, אוכל לומר כי אני מסכים עמה במידה רבה.

10. האם התיקון פוגע בקיומן של בחירות? לא. אין כל סמכות לרשות המבצעת לבטל את הבחירות, אלא לרשות המחוקקת; זו שממילא אינה נתונה לביקורת שיפוטית בעילת הסבירות.

ובדרך אגב יאמר: עילות המשפט המינהלי חלות על המינהל - הרשות המבצעת - ולא על רשויות אחרות, בשל אופי פעילותו, השונה משל האחרות. אלה עילות המשלימות את המאפיינים הנעדרים באופן טבעי מפעילות הרשות המבצעת - כמו שקיפות, התמודדות אל מול אופוזיציה, ותקנון קשיח. מאפיינים אלה של פעילות הכנסת, מתירים את החלתן עליה של עילות המשפט המינהלי.

דברים אלה אינם יכולים להאמר על עילת הסבירות, בדמותה המוצגת בפי העותרים. העותרים נותנים לעילה זו משמעות האופינית לנורמות עליונות - "גבוה מעל גבוה שומר", כמעין חוקה. אולם חופשיות הכנסת מעילת הסבירות, לכולי עלמא, אינה פוגעת בדמוקרטייתה של המדינה; מסתבר אפוא, כי "סבירות" איננה אלא עילת משפט מינהלי ככל

חברותיה. חופשיות כזו לממשלה - החלשה מן הכנסת בהיבט המהותי [להבדיל מזה ההליכי], באשר היא כפופה לכל חוק קנס - אף היא, לבטח, לא תפגע בדמוקרטיה.

11. האם התיקון פוגע בשויון הבחירות או בחופשיות? העותרים טוענים כי הכלי היחיד לפיקוח שיפוטי על מעשי הממשלה בתקופת בחירות הוא עילת הסבירות, ומעשים אלה עלולים לפגוע בשויון הבחירות. אחדים הדגימו ענין זה, בסמכויות הרבות של שר הפנים הפזורות על פני חוק הבחירות לכנסת. טיעון זה שגוי. האם יעלה על הדעת כי אבן הראשה של הדמוקרטיה - לכולי עלמא: אופי הבחירות, נזקקת להגנתה של עילת משפט מינהלי מתפתחת השנויה במחלוקת עזה? החלטה של שר הפנים העוסקת ישירות בבחירות, לא תזדקק לעילת הסבירות; כל סמכות שהוקנתה לאי-מי בענין הבחירות, מוגבלת מאליה מלפגוע בעקרונות היסוד של הבחירות, המנויים בחוק-יסוד: הכנסת.

אחרים התמקדו בהחלטות הפוגעות באופן עקיף בשויון הבחירות. למשל: החלטה המיטיבה עם הבוחרים וגורמת להם לאהוד את המפלגות המרכיבות את הממשלה, או החלטה שמקבילה ממחישים באמצעותה את עמדת מפלגתם; בעוד למפלגות אחרות לא נתונה האפשרות להשפיע באותו אופן על דעת הבוחר. בדיון שהתקיים בפנינו, נשאלו העותרים מפי, אם בעיתותה של החלטה כזו נעוצה בהשפיעה על הבחירות באופן לא הוגן - ותו לא, או דוקא בכך שהגורם השלטוני קיבל אותה בכנה. זו. בין העונים ברורות נחלקו הדעות. נפקא מינה - להחלטה אשר לפי שיקולים ענייניים נדרשת 'כך וכעת': אם פסולה בכך שהיא פוגעת באופי הבחירות - אחת דינה; ואולם אם הפסול תלוי בשקילת שיקולים זרים בהחלטה - זו תוכל לעמוד. התשובה אינה ברורה לי מתוך היסטוריה פסיקתית; אולי משום שעילת הסבירות השליטה עמימות רבה בשטח זה, כמו בשטחים אחרים, ועירפלה את הראות השיפוטית הפורמלית-פוזיטיבית. לו נדרשתי לכך, הייתי סולל את דרך הפסיקה בין מספר שיקולים משתנים, ממקרה למקרה; כמו מידת משמעותיות הפגיעה בשויון הבחירות, ומידת נחיצות ההחלטה. אולם נראה, לענייננו, כי עילת הסבירות אינה נדרשת לשם מניעת חשש זה: ר'ממה נפשך? התקבלה ההחלטה בכנה להשפיע על הבחירות - תיפסל בעילת השיקולים הזרים; התקבלה משיקולים ענייניים, אך פגיעתה באופי הבחירות מאפיינת אותה כל כך עד להצדקת פסילתה - שוב יש להסתפק לשם כך בעקרונות היסוד של הבחירות, שהם חקוקים, ומתייבים את הממשלה בכל פעולותיה.

הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון

12. האם התיקון פוגע בזכויות האדם, כמו כבוד או שויון? הייתכן שזכויות האדם - שהן אכן חלק חשוב כל כך בהגדרת הליכה של "דמוקרטיה" - תלויות לשם הגנתן בעילת משפט מינהלי אחת? לא ולא. "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". מילים אלה אינן יציר כפיה של פסיקה מכח עילת הסבירות, אלא פותחות הן את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוא - כמות שהוא - בן פועל תחיקתי מחייב במדינת ישראל. בית משפט זה גם "קרא לתוך" חוק היסוד את עקרון השויון - שלא נזכר בו. כל פעולה של גורמי הרשות המבצעת, שתפגע בזכויות האדם היסודיות - נתונה לחסדיה של פסיקה שתצהיר על "אי חוקיות", שהיא חריגה מסמכות, ותוצאתה בטלות.

קיום הפרדת רשויות

13. האם התיקון פוגע בהפרדת הרשויות? הפרדת הרשויות היא שיטת משטר מהגותו של מונטסקייה, המאפיינת - במידה זו או אחרת - את כל הדמוקרטיות, ונחשבת לרוב כערוכה ל"דמוקרטיה" במובנה הרחב. השיטה מפזרת את סמכויות המדינה הקלאסיות, שמלכים מונרכים נהגו להחזיק בכולם, בין שלוש רשויות: הרשות המחוקקת - היוצרת את החוק; הרשות המבצעת - המבצעת אותו; והרשות השופטת - המפרשת אותו, ובכלל זה, מחזיקה בסמכות העליונה להכריע על תחולת החוק הכללי על מקרה פרטי. פיזור זה מונע אבסולוטיות של הכוח השלטוני, לא רק בשל פיזור חלקי הכוח השלטוני, אלא גם בשל תלות החלקים האלו האחד בחברו; לדוגמה: אם קבעה הכנסת איסור פלילי, לעתים תחליט התביעה הפלילית, השקת לרשות המבצעת, שלא לאכוף אותו; לעתים תחליט כך הרשות השופטת. כמו כן, פעילות הממשלה עלולה להיתקל בסירוב הכנסת לתקצבה.

14. העותרים טוענים לפגיעת התיקון בהפרדת הרשויות - כי משמעותו היא ריכוז כח שלטוני רב מדי בידי אחת מהן. אכן, עקרונות הפרדת הרשויות קובעים כי יהיו "איוונים ובלמים" הדדיים בין הרשויות. אולם אותם עקרונות אינם מודדים במדויק, עד לרזולוציה העילה הבודדת, כמה כח יהיה, בסופו של מאזן, לכל רשות. דמוקרטיות מפורסמות לתהילה, נבדלות עמוקות בסוג הפרדת הרשויות הנהוגה בהן.

אמנם, לו היתה עילת הסבירות אחד הכלים הקלאסיים, ה"ליבתיים" והמוסכמים של הרשות השופטת, ניתן היה לומר כי היא חלק מהותי מהפרדת הרשויות. ואולם לא כך הם פני הדברים. תפקידה הקלאסי והנדרש של הרשות השופטת, הוגדר

היטב בפי הוגי הפרדת הרשויות: לפרש את החוק ואת הדין, ולהחילם בכך על מקרה מסוים; ובכלל זה, חוקים המגבילים את פעילות הרשויות האחרות. כה רבים החוקים והדינים שהרשות השופטת יכולה "לאזן ולבלום" בהם את הרשות המבצעת. ביניהם חוקים כלליים, כמו חוק איסור אפליה, וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ביניהם כללי המשפט המינהלי, המשתרעים על כל סוגי פעילות הרשות המבצעת.

שלילה לחלוטין של סמכות בית המשפט לבקר את מעשי הרשות המבצעת, אכן תהיה פגיעה מהותית בהפרדת הרשויות, אף על פי שכביכול הוענקה סמכות זו לידי חוק יסוד: השפיטה ובחוקים נוספים. אפילו אם יבטל המחוקק מעיקרם את כל החוקים המחייבים את הרשות המבצעת, תהיה זו פגיעה שכוזר. ואולם נדרש ביטול "מסה קריטית" מן החוקים המחייבים את הרשות, בכדי שנבא להגדרה זו. קביעת פרטי החוק והדין שלפיו תדון הרשות השופטת, לרבות ביטולו של דין אחד בלבד מהם - כפי שנעשה בתיקון, היא במובהק - לפי תורת הפרדת הרשויות - דוקא בתחום הפעולה האידיאלי של הרשות המחוקקת.

15. לבסוף, יאמר, "הפרדת רשויות" היא עקרון-יסוד בדמוקרטיה. אולם כל כך רבים ושונים זה מזה מופעיו, במדינות הדמוקרטיות המתוקנות ברחבי העולם. בדברי בפסקאות הקודמות הגדרתי את גבולותיו באופן מתקבל על הדעת, אשר מכיל את התיקון, ואולם באמת דומה בעיני כי עיקרון זה כלל אינו אכיף, באשר הוא אינו מוגדר כל צרכו. דומה כי עיקרון זה נעשה בשנים האחרונות "חוכא ואיטלולא", בכל משטר דמוקרטיה פרלמנטרית, כולל במדינת ישראל, ביחס להפרדה בין הרשויות המבצעת והמחוקקת. -----

שלטון החוק

16. האם התיקון פוגע בשלטון החוק? האם נפגעה אכיפת החוק על הממשלה? העותרים טוענים שהתיקון מאפשר לרשות המבצעת לפעול "ככל העולה על רוחה". טענה זו מוקשית. וכי ביטולו של דין אחד בלבד, מבין כל הדינים ועקרונות המשפט המינהלי, מאפשר לרשות לפעול "ככל העולה על רוחה"?! הממשלה עודנה כפופה לכל צו שיפוטי שינתן מכח החוק התרות, או מכח כל עילה אחרת המעוגנת במסורת המשפט המינהלי. "קידוש" זה של עילת הסבירות מעל לכל נורמה ודין אחרים, ובחירתה - דוקא היא - ל"מגנת שלטון החוק" - אינו מובן. דברי העותרים, לפיהם התיקון 'מחסן את החלטות הממשלה מביקורת שיפוטית', מופרכים על פניהם, והם בגדר מניפולציה, שיש להצטער על הצלחתה מחוץ לכותלי בית המשפט, ולנחל לכך שתיכשל ביניהם. ביקורת שיפוטית לא נולדה ביום הגינת עילת הסבירות, והיא אינה תלויה בה, אלא במאות רבות של חוקים ונהלים המעוגנים בדין - גם זה שאינו חרות.

17. מקצת מן העותרים טענו כי התיקון פוגע בשלטון החוק רק משום שלא ביטל את חובת הסבירות, ותוצאתו המשפטית היא קיומה של חובה חוקית לא-אכיפה. טענה זו מעוררת דיון עתיק-יומין, בשאלת קיומה של אפשרות לפגיעה בשלטון החוק בחוק. החוק אינו יכול לפגוע בשלטון החוק באופן ישיר, משום שהחוק הפוגע אף הוא החוק. דברים אלה נכונים לעניננו, ואין בהם כדי לשלול לחלוטין כל אפשרות לפגיעה בשלטון החוק בחוק; אולם קשה מאד יהיה לתאר מצב שכזה.