

הקיצין" (עניין אבנרי, בפס' 56 לפסק דינו של השופט מלצר). בדרך זו, נהג בית משפט זה מימים ימימה. אני מצרה על כך שחלק מחבריי בחרו לנקוט בנתיב שונה, והורו על ביטול חוק יסוד, שלגביו החלת הכלל הפרשני האמור חשובה שבעתיים.

100. כאמור, דעתי היא כי יש לדחות את העתירות, כך שהתיקון יפורש ככזה אשר מתייחס לעילת הסבירות האיוזנית בלבד.

ש ו פ ט ת

השופט י' אלרון:

1. קראתי בעיון רב את חוות דעתה המקיפה של חברתי, הנשיאה (בדימ') א' חיות, ודעתי שונה. לגישתי דין העתירות להידחות.

2. בעתירות שלפנינו התבקשו, כאמור, שורת סעדים ביחס לתיקון חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (להלן: תיקון מס' 3). הסעד המרכזי, ומרחיק הלכת מכולם, הוא ביטול תיקון מס' 3 – סעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה.

3. סמכותו של בית משפט זה לבטל סעיף מתוך חוק-יסוד נתונה במחלוקת משפטית וציבורית עמוקה. סמכות זו, ככל שישנה, איננה ניצבת על קרקע משפטית מוצקה ויהיו שיגידו שהיא תלויה על בלימה. אם הסמכות לבטל חוקים רגילים תוארה בעבר בפסיקה כ"נשק בלתי קונבנציונלי" שיש לעשות בו שימוש רק במקרים שבהם ישנה פגיעה מהותית בזכויות יסוד או ערכים בסיסיים (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996)); על אחת כמה וכמה – מה נאמר על אפשרות ביטולו של חוק-יסוד?

4. עיקר הסוגיה המונחת לפנינו אינה, לטעמי, האם עילת הסבירות נחוצה או חשובה, אם ראוי שהחלטות הרשות המבצעת – לרבות העומד בראשה, יהיו סבירות, או אם תיקון מס' 3 מוצדק. הסוגיה המרכזית בעתירות שלפנינו היא האם נתונה לבית משפט זה הסמכות להתערב בחוקי-יסוד. משמע, האם בית משפט זה יכול, במצב של "ואקום" חוקתי כפי שקיים, למחוק מחוקתה של מדינת ישראל, אשר טרם התגבשה במלואה, תיקון לחוק-יסוד?

בעניין זה הבעתי את עמדתי בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר). לגישתי, המנדט הנתון לבית משפט זה לבחון את ההצדקה שבבסיס החלטות חברי הכנסת מוגבל למדי. קושי זה מקבל משנה תוקף לאור החסר החוקתי הקיים בו, מחד גיסא, אין בחוקי-היסוד קביעה באשר לאופן שבו הכנסת רשאית להפעיל את סמכויותיה לחוקק חוקי-יסוד; מאידך גיסא, דוקטרינת ה"שימוש לרעה" או ה"תיקון החוקתי הלא חוקתי" מעוגנות בפסיקת בית משפט זה בלבד. בהעדר נורמה מפורשת המגבילה את סמכות הכנסת לחוקק חוקי-יסוד, או קובעת כיצד יש להפעיל סמכויות אלו, הרי שבהמשך פיתוח דוקטרינות אלו, במסגרת ההלכה הפסוקה, יש משום היפוך היוצרות – בית המשפט הוא שמתווה את גבולות סמכות החקיקה וכינון החוקה, במקום שהמחוקק והמכונן יתוו את גבולות סמכות השיפוט (עניין שפיר, פסקה 9 לחוות דעתי). היכן שהמכונן אינו מצליח לגבש הסדר חוקתי יציר כפיה של הכנסת, מבוקש כי אנו נשלים את החסר. אולם, כפי שהוספתי ונימקתי בעניין שפיר:

"לגישתי, הכרעה כה חשובה צריכה להתקבל על ידי הציבור ונציגיו הנבחרים, תוך ראייה כוללת באשר לתפקידו ומקומו של בית משפט זה להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד [...]
קשה להלום כי בית משפט זה ייטול לעצמו סמכות לבקר את ההצדקות לחקיקת חוק-יסוד, והוא שיקבע ויאמר את המילה האחרונה באשר לשאלה אם ראוי להכליל בחוקה הכתובה של המדינה הוראה זו או אחרת – ואילו לנבחר הציבור לא תהא שום אפשרות להשיג על כך.
יש שיאמרו כי בראייה ארוכת טווח, גישה מעין זו המבקשת להעניק לבית המשפט עוד ועוד סמכויות, כאשר הגבולות לכוחו הולכים ומטשטשים, תביא לפגיעה באמון הציבור בו – ולבסוף גם להחרפת השחיקה בציות להכרעותיו [...]
[...] אף אם נלך בדרכו של בית משפט זה בעניין המדובר האקדמי או בדרכה של הנשיאה בחוות דעתה בעתירות שלפנינו, ונאמץ גישה אשר לפיה במקרים מסוימים ניתן לקבוע כי הכנסת עשתה 'שימוש לרעה' בסמכותה כרשות מכוננת – הרי שלטעמי יש להותיר זאת למקרים חריגים וקיצוניים בלבד, שבהם הדבר עלול לפגוע בזכויות היסוד של הפרט, וכמוצא אחרון בלבד" (שם, בפסקאות 9-10).

כך סברתי לפני מספר שנים, ונותרתי איתן בדעתי – הן ביחס לכלל, הן לאפשרות קיומו של חריג צר המתייחס רק למקרים חריגים וקיצוניים של פגיעה בזכויות היסוד של הפרט וכמוצא אחרון בלבד.

5. אם כן, המשוכה המוצבת לפני העותרים היא גבוהה ביותר. ייתכן שבלתי עבירה. אולם, חברתי הנשיאה (בדימ') מסבירה בהרחבה על אודות הקשיים שבמבנה החוקתי

הקיים, כמו גם על הייחודיות של המצב המשטרי בישראל. בנסיבות אלו קיים, לשיטתה, צורך בבית משפט זה כ"גורם א-פוליטי, אשר ישמש כ'בלם חיצוני'" (פסקה 85 לחוות דעתה). בראייתי, פתרון זה לאו פתרון הוא: יש בו כדי לשאוב סמכויות נוספות לרשות השופטת ולעצב מבנה חוקתי לקוי שלפיו בית משפט זה, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, לא יוגבל לפסילת חקיקה ראשית מכוח חוקי היסוד, אלא יהא בכוחו לעצב את חוקת מדינת ישראל. אותה חוקה ממנה הוא שואב את סמכויותיו.

6. הקושי בעמדה זו מתחדד אל מול מסקנת חוות דעתה של חברתי. בחלקה הראשון של חוות דעתה, נקבע כי בית משפט זה מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד וכי מקום בו נפגע "הלב הפועם של 'החוקה נוסח ישראל'" (פסקה 96 לחוות דעתה), בית משפט זה רשאי להכריז על בטלות חוק-יסוד. בחלקה השני, מוסבר כיצד תיקון מס' 3 מהווה פגיעה שכזו, ודינו בטלות. מסקנתה בשלב השני רק ממחישה היטב את הבעייתיות הרבה בכך שבית משפט זה יעביר תחת שבט ביקורתו חוקי יסוד, מכוחם של מונחים עמומים ורחבים ועקרונות כלליים. לפי גישה זו, עילת הסבירות, אשר קשה לחלוק כי הלכה והתרחבה באופן משמעותי במרוצת השנים, היא-היא שניצבת בלב הדמוקרטיה הישראלית, עד כדי כך שהיא הנושאת על כתפיה את עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק.

רואה אני לציין כי לפני זמן לא רב, בעניין רותם (דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל (15.12.2021)), דנו באפשרות כי טענת חוסר סבירות תיטען מפיו של נאשם בפלילים ביחס להחלטה להעמידו לדין. באותו מקרה סברתי, ודעתי נותרה דעת מיעוט, כי יש לאפשר טענה שכזו. בדנ"פ רותם נקבע לבסוף, בדעת רוב, כי אין מקום להעלות טענות בדבר אי-סבירות או אי-מידתיות הגשת כתב אישום. חלף זאת, ניתן לטעון כי בהגשת כתב האישום יש משום "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". באותו מקרה, המובחן מענייננו, לא שפר גורלה של "עילת הסבירות". ער אני בהחלט להבדלים שבין הסוגיות, אולם ניכר הוא כי דעת הרוב לא ראתה קושי לוותר על עילת הסבירות באותו ההקשר ולהחליפה בטרמינולוגיה שונה.

רוצה לומר: אם הצמצום שנעשה בעילת הסבירות במסגרת תיקון מס' 3, עומד במבחן אותו קבעה חברתי, הרי שהפתח שנפער להתערבותו של בית משפט זה בחוקי יסוד אינו צר כלל וכלל. לו תתקבל עמדה שכזו, נמצא עצמנו בפתח עידן שבו לבית משפט זה יוגשו עתירות רבות המבקשות לבטל או לשנות חוק-יסוד כזה או אחר, בשם של אותם עקרונות רחבים ועמומים כעקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק. מכאן ועד לכך שבית משפט זה הוא שייטול את המושכות בעיצוב חוקת מדינת ישראל – הדרך

קצרה, ואל לנו לצעוד באותה דרך. מי שמוסמך לעצב את חוקת המדינה הוא העם באמצעות נבחריו. נטילת ולו מקצת מסמכות זו מידי העם ללא הסמכה מפורשת במסגרת הסדר חוקתי רחב, היא זו המהווה פגיעה משמעותית בעקרון הפרדת הרשויות; והיא זו אשר מכרסמת ביסודותיה הדמוקרטיים של המדינה.

7. מששכתי על עמדתי העקרונית, שלמעשה די בה כדי לנמק מדוע לטעמי יש לדחות את העתירות, הרי שגם לו הייתי נכון ללכת לפי חריג צר, כאמור בחוות דעתי בעניין שפיר, במקרה שלפנינו הטענות כלפי תיקון מס' 3 אינן בשלות להכרעה – כפי שארחיב כעת. על כן, דין העתירות ממילא להידחות.

בבסיס עמדתי ניצבת העובדה כי בעתירות נטען, בהרחבה, כיצד יש בתיקון מס' 3 כדי לפגוע פגיעה אנושה במאפייניה הדמוקרטיים של מדינת ישראל, ובפרט בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות. להשקפתי, אין לקבל תחזיות קודרות שכאלו כעובדה מוגמרת שעל פיה יש להכריע. בשלב זה, טרם נוצקה פרשנות כלשהי לתיקון מס' 3; טרם נתבררו גבולותיו; וטרם הוצג לנו מקרה אחד שבו בית המשפט ביקש להעניק סעד אולם ידיו היו כבולות בשל תיקון מס' 3. משכך, איננו יכולים להניח כי השלכות תיקון מס' 3 תהיינה כה חמורות כפי שנטען. לא כל שכן, כאשר אנו מתבקשים, על בסיס תחזיות כאמור, לבטל סעיף מתוך חוק-יסוד. אף לשיטת הסבורים כי בידי בית משפט זה הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, התערבות מסוג זה שמורה למקרים קיצוניים ביותר, ולטעמי לא הוכח שבענייננו מדובר במקרה חריג המצדיק זאת. כעת אציג, בקצרה, את המסגרת הנורמטיבית הנדרשת, ואחריה אפנה ליישום הדברים בענייננו.

דוקטרינת הבשלות

8. דוקטרינת ה"בעיה הבלתי בשלה", המכונה "דוקטרינת הבשלות", עניינה עיתוי הכרעת בית המשפט בשאלות חוקתיות המובאות לפניו. דוקטרינה זו חוסה תחת המטריה הרחבה של משפחת עילות הסף וניתן לראות בה מקרה פרטי של עילת הסף בדבר היות העתירה מוקדמת (בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, פסקה 11 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (17.9.2014) (להלן: עניין סבח)). בהתאם לדוקטרינה זו, בית המשפט הגבוה לצדק רשאי לדחות עתירה נגד חוקתיות חוק, כאשר אין בפניו מערכת עובדות קונקרטית אשר לאורה ניתן לבחון את הטענות המשפטיות נגד אותו החוק (אריאל כנדור וטל סלע "שיקול דעת שיפוטי: העידן השלישי" משפטים 605, 630 (2017)).

עילת סף זו, לצד עילות סף נוספות, אינה קבועה בחוק. מדובר ביצירה שיפוטית המבוססת על סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לדון בעניינים שהוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט אחר, מכוח סעיפים 15(ג) ו-1(ד) לחוק יסוד: השפיטה (סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דו-שיח בכלים מוסדיים" משפטים על אחר יב 99, 122 (התשע"ט) (להלן: נבות)). עילות סף מבטאות, ככלל, מגבלות עצמיות של בית המשפט על הפעלת הסמכות הנתונה לו והן מתבססות על שיקולי מדיניות משפטית (עניין סבח, בפסקה 11; אמנון רייכמן ומורן ברדה מלכה "על ערכה ומיקומה של עילת מיצוי הליכים בעתירות חוקתיות" ספר סלים ג'ובראן 431, 436 (אהרן ברק ואח' עורכים 2023) (להלן: רייכמן ומלכה)).

9. בבסיס דוקטרינת הבשלות מצויה ההבנה כי הכרעה שיפוטית מושכלת נדרשת להיות קשורה בטבורה לעובדות קונקרטיות העולות מהמקרה הנדון. דוקטרינת הבשלות מאפשרת לבית המשפט להימנע מלהכריע במחלוקות מופשטות (בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת מ' נאור (18.1.2006) (להלן: עניין לובל)), ולדחות את הדיון בטענות חוקתיות למועד מאוחר יותר, באופן שעשוי אף לייתרו לחלוטין. זאת, מתוך הנחה כי אירוע מאוחר עשוי להבהיר את גדר המחלוקת בין הצדדים או לייתר את הצורך בהכרעה בהיבטים מסוימים של המחלוקת (שם; ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות" משפטים מג 419, 435 (2012)). עילת הבשלות מונעת מצב שבו בית המשפט נדרש להכריע בעניין שתוצאותיו או היקף פריסתו אינם ברורים דיים; וכן מונעת דיון משפטי בעניינים שגופים אחרים, שיפוטיים או מנהליים, יכולים או צריכים להידרש אליהם (עניין סבח, בפסקה 12 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס).

על מעלותיה הנוספות של דוקטרינת הבשלות הרחיב המשנה לנשיאה א' ריבלין בבג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (5.2.2012) (להלן: עניין איגוד הנאמנים):

"ביסוד תורת הבשלות – כמו ביסוד דוקטרינות השפיטות האחרות עומדים עקרונות מספר: עקרון הפרדת הרשויות מוגשם מקום בו נמנעים בתי המשפט מלדון בעניינים בהם אין זה חיוני כי תבוא התערבות שיפוטית שכן המחלוקת אינה מוחשית; גם עקרון היעילות השיפוטית מוגשם באמצעות תורת הבשלות, כמו גם באמצעות תורות השפיטות האחרות, שכן אלה באות לשפר את תפקודם של בתי המשפט, ביחדן להם את הדיון באותם נושאים בהם מיטיבים בתי המשפט לתפקד – סכסוכים קונקרטיים [...] וחשוב מכל – תורות השפיטות משמרות את משאבי הרשות השופטת ומאפשרות לה למקד את

כוחותיה לצורך הכרעה בשאלות אשר חיוני כי תכריע בהן. אין המדובר רק במשאבים פיננסיים ומשאבים של זמן כי אם גם במשאבים של אמון הציבור [...] הגמשת מכשולי השפיטות, יש עימה מחיר: היא מסירה מבית המשפט מקצת ממחסומי ההגנה החשובים שלו. היא פוגעת במנגנוני הסינון העומדים לו. בית המשפט צריך שישמר את משאביו על מנת שיעמדו לו ביום פקודה – מילוי התפקיד של הגנה על זכויות היסוד" (שם, בפסקאות 17-19; ההדגשות הוספו – 'א').

10. ניכר אפוא כי בית משפט זה, לרבות בהרכבים מורחבים, הכיר ביתרונות הרבים הגלומים בדוקטרינת הבשלות. כך גם במישור ה"דו-שיח" שבין הרשויות, שבו דוקטרינה זו מקדמת דיאלוג ראוי ומפחיתה את החיכוכים בין הרשויות השונות (להרחבה: ראו רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לז 45, 64-66 (2014) (להלן: פוליאק)).

11. באופן שבו אומצה דוקטרינת הבשלות במשפט הישראלי, בשלות עתירה חוקתית לדיון נבחנת בשני שלבים: בשלב הראשון, על בית המשפט להכריע אם השאלה המרכזית הנדונה בעתירה היא שאלה משפטית בעיקרה, אשר המענה לה אינו מחייב מסכת עובדתית מפורטת, או שמא נדרש יישום של החוק הנבחן כדי להשיב על השאלה. ככל שבידי הרשות שיקול דעת רחב יותר ביישום החוק, יש להמתין ולבחון את אופן יישומו. אולם, אם כל או מרבית הדרכים האפשריות ליישום החוק ברורות, אין הצדקה שלא לדון בעתירה לגופה בעיתוי הנוכחי (בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה - מדינת ישראל, פסקה 43 לחוות דעתו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס (12.3.2015) (להלן: עניין גוטמן); רייכמן ומלכה, בעמוד 448). בשלב השני על בית המשפט לבחון אם קיימים טעמים לדון בעתירה על אף שטרם התבררו השלכות החוק הנבחן. טעמים אלה עשויים להיות, למשל, השפעה מצננת של הותרת החוק על כנו, חשש שדחיית הביקורת השיפוטית תוביל לקביעת עובדות בלתי הפיכות בשטח, או קיומו של אינטרס ציבורי משמעותי בביור העתירה אף לפני שיושם החוק (עניין סבח, בפסקה 16 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס).

12. מקורה של דוקטרינת הבשלות במשפט האמריקאי והיא יובאה למשפטנו בהדרגה, צעד אחד צעד. תחילה, נתקפה בעניין לובל חוקתיות חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, שהטיל סנקציות פליליות וכלכליות על ישראלים שהתגוררו בישובים המפונים בחבל עזה ובצפון השומרון, אשר שהו בשטח המפונה לאחר יום הפינוי שקבעו ראש הממשלה ושר הביטחון. כטעם נוסף לדחיית העתירות קבעה השופטת מ' נאור, בדעת יחיד: [...] העתירה אף אינה בשלה להכרעה בבית משפט זה,

עקב היעדרה של מערכת עובדות קונקרטיות, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית" (שם, בפסקה 3 לחוות דעתה).

מאז, נעשה שימוש בדוקטרינת הבשלות במספר מקרים: כך, בבג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (5.1.2012) (להלן: עניין בוגרי התיכון) נדונו טענות ביחס לחוקתיות תיקון לחוק יסודות התקציב אשר הסמיך את שר האוצר להפחית מתקציבם של גופים מתוקצבים או נתמכים, מקום בו הגוף הוציא הוצאה שבמהותה מגולמת שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל. העתירה נדחתה מטעמי חוסר בשלות תוך שהשופטת מ' נאור מנמקת: "במצב הדברים דהיום לא ברורה עדיין המשמעות האופרטיבית של החוק ולפיכך טרם בשלה לדעתי העת להידרש לגופן של הטענות [...]". (שם, בפסקה 32 לחוות דעתה).

מקרה בולט נוסף שבו נדחתה עתירה על בסיס דוקטרינת הבשלות הוא בעניין סבח. באותו מקרה נתקפה חוקתיות החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, המאפשר ליישוב להתנות את הקצאת המקרקעין למועמדים המבקשים להתגורר בו באישור של ועדת קבלה. העתירות נדחו, ברוב דעות של הנשיא א' גרוניס. בדומה, נעשה שימוש בדוקטרינת הבשלות גם בבג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.4.2015) (להלן: עניין אבנרי) שבו נדונה חוקתיות החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, אשר הטיל אחריות נזיקית וקבע הגבלות מנהליות שונות נגד מי שמפרסם בידועין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל; בעניין גוטמן, שבו נבחנה חוקתיות תיקון לחוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 62), התשע"ד-2014, ס"ח 2440 הקובע כי אחוז החסימה בבחירות לכנסת יעלה מ-2% ל-3.25%; ובעניין איגוד הנאמנים שבו נדחו עתירות נגד חוקתיותן של הוראות מסוימות בחוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011.

דוקטרינת הבשלות נדונה גם בבג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.5.2018) (להלן: עניין בן מאיר) שבו הועלו טענות נגד תיקונים לחוק-יסוד: הכנסת ולחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, המסמיכים את הכנסת להחליט בתנאים מסוימים על הפסקת חברותו של חבר כנסת שיש במעשיו משום הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל – תיקונים אשר זכו לכינוי "חוק ההדחה". במקרה זה, רוב שופטי ההרכב דחו את הטענה כי העתירות אינן בשלות, אולם סברו כי יש לדחות את העתירות לגופן.

13. ככלל, דוקטרינת הבשלות יושמה כאשר מדובר בעתירה חוקתית שבה נתקף חוק רגיל בטענה כי אינו חוקתי. האפשרות להחילה על מקרה של תיקון חוק-יסוד, אינה מובנית מאליה (ראו: שם, בפסקה 14 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג; ולעמדה שלפיה "תיקון לחוק יסוד הוא לעולם בשל" ראו נבות, בעמוד 124). בעניין בן מאיר, הביע השופט מ' עמדה כי ניתן להחיל את הדוקטרינה גם בנסיבות אלו, ואף ביתר שאת:

"במקרה דנן אין אנו עוסקים למעשה בעתירה לביקורת חוקתית אלא בעתירות התוקפות תיקון בחוקה (טענת 'תיקון חוקה לא חוקתית'). דומני שאך מובן הוא כי עובדה זו מעצימה את הצורך בזהירות ואיפוק מרביים ומקרינה גם על שאלת הבשלות; לשון אחר - הנטל באשר לבשלות השאלה העומדת לדיון ובאשר לצידוק לדון ולהכריע בשאלה זו בעיתוי הנוכחי כבד יותר ממקרה רגיל של ביקורת חוקתית, וגם מערכת האיזונים (לרבות בהיבט של אפקט מצנן) נוטה יותר להימנעות מדיון והכרעה בטענה נגד תיקון בחוקה במנותק מהפעלה קונקרטי של הסמכות הנדונה וקיומה של פגיעה מוכחת" (פסקה 5 לחוות דעתו).

14. אני שותף לעמדה זו. דוקטרינת הבשלות משקפת ריסון ואיפוק. אלו מתחייבים כאשר בית משפט זה בוחן חוקתיות של חוק, ובוודאי מתחייבים כאשר מדובר בעתירות כלפי תוקפו של חוק-יסוד.

מן הכלל אל הפרט

15. לגישתי, גם בענייננו ניתן וראוי לעשות שימוש בדוקטרינת הבשלות, וזאת ממספר טעמים מרכזיים. כאמור, עיקר הטענות בעתירות השונות עניינו ההשלכות השונות של מה שכונה "ביטול עילת הסבירות". הטענות הן צופות פני עתיד, שכן חלק מהעתירות הוגשו שעות וחלק דקות ספורות בלבד לאחר חקיקת תיקון מס' 3. מצב שבו טרם יבשה הדיו מעל ספר החוקים, או מעל החוקה המתגבשת, וכבר נדרש בית המשפט העליון לבחינת תוקפו של חוק או חוק-יסוד, אינו מצב רצוי. התנהלות זו מציבה את בית המשפט פעם אחר פעם בלב המחלוקת הפוליטית – ייתכן בהחלט שלא לצורך (ראו והשוו: יגאל מרזל "הדיון בעתירות לעניין תוקף חוק" 197, 167 ספר אליהו מצא 197, (אהרן ברק ואח' עורכים 2015)).

16. הנגזר מעיתוי הגשת העתירות הוא כי בשלב זה טרם נוצקה פרשנות לחוק. כאשר אין ספק, לטעמי, כי החוק טעון פרשנות. למען הבהירות, אצטט כעת את סעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה:

"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 ההחלטה 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."

17. מי שנדרש ליישם את תיקון מס' 3, בעיקרו של דבר, היא הרשות השופטת לה נתונה מלאכת פרשנותו. לצד זאת, קיימת חשיבות רבה ביותר גם לאופן שבו הרשות המבצעת תפרש את תיקון מס' 3. אחת מהמשמעויות של דחיית עתירה מטעמי העדר בשלות, הוא כי ההכרעה השיפוטית בטענות תתקבל רק לאחר שהרשות המבצעת תציג את פרשנותה שלה לתיקון והשלכותיו (ראו והשוו: פוליאק, בעמוד 59). למעשה, מתבקש כי מקום בו בית המשפט סבור כי נכון לשקול התערבות בתוכנו של חוק-יסוד, הדבר ייעשה רק לאחר בחינת יישומו ועיצוב גבולותיו בפרשנות בית המשפט. כפי שהבהירה הנשיאה ד' ביניש בעניין בוגרי התיכון:

"ברמה הצהרתית אכן מעורר החוק על פניו שאלות קשות ומורכבות, אלא שחוקתיותו של החוק תלויה, מלכתחילה במידה רבה בתוכן הפרשני שינתן להוראותיו, והדבר יתברר רק בשלב יישומו".

18. במקרה דנן, ניסוחו של הסעיף מושא העתירות מותיר סימני שאלה פרשניים. בין היתר, התיקון מתייחס ל"ענייני מינויים", אולם גבולות תיבה זו אינם ברורים. אף התיבה "לא ידון" – טעונה פרשנות, שכן ליבון הטענות וסיווגן מחייב את הבאתן לפתחו של בית המשפט. יש להדגיש, כי במענה לשאלתי במהלך הדיון בעתירות, השיב בא-כוח הממשלה כי הכוונה היא שבית המשפט לא ידון לגופו בטענות מסוג זה שכן הציפייה היא שהן ידחו על הסף (פרו' דיון מיום 12.9.2023, בעמוד 70). אכן, ספק אם ניתן לקיים את מצוותו המהותית של המכונן ללא סיווג מקדים של הטענה ככזו אשר נכנסת לגדרי הסעיף. מטבע הדברים, סוגיה זו תתבהר בעתיד. איני שותף אפוא לעמדת חברתי, הנשיאה (בדימ'), אשר רואה במילים "לא ידון" מחסום מוחלט מפני הידרשות לסוגיה (פסקה 101 לחוות דעתה).

כמו כן, קיימת אי-התאמה מסוימת בין דברי ההסבר (דברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות), התשפ"ג–2023, ס"ח 968 (להלן: דברי ההסבר)), לבין נוסח הסעיף. דברי ההסבר מלמדים על רצון המחוקק לשנות את פרשנות גבולות עילת הסבירות לאור בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1)

421 (1980) (להלן: עניין דפי זחב או הלכת דפי זחב). אם תרצו, לצמצם את גבולות עילת הסבירות להיקפה טרם מתן פסק הדין בעניין דפי זחב (על המשקל הפרשני שיש להקנות לדברי ההסבר לחקיקה, ראו רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פסקה 33 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (19.8.2019); בג"ץ 3353/18 קליבון נ' משרד הפנים, פסקה 24 (22.9.2020)). אולם, על פני הדברים, התיקון עצמו נוקט בלשון גורפת יותר.

בכל אופן, נותר להכריע במקרים שעוד יובאו לפני בתי המשפט האם עילת הסבירות בוטלה כליל, או ששרידה נותרו בתצורה המכונה עילת הסבירות ה"מצומצמת" או בטרמינולוגיה של "מופרכות", אשר הייתה מקובלת עד לפסק הדין בעניין דפי זחב. בסוגיה זו עמדת הממשלה, אף בהליך שלפנינו, לא הייתה עקבית (ראו למשל סעיף 165 לכתב התשובה מטעם המשיבים 5-7 אל מול סעיף 45 להשלמת הטיעון מטעמם). ממילא, כוונתם הסובייקטיבית של מנסחי תיקון מס' 3 אינה בגדר סוף פסוק. כמו כן, ספקות פרשניים באשר לגבולותיו של תיקון מס' 3 הועלו גם בעמדת הכנסת. אם כך, בתי המשפט עשויים להגיע לבסוף למסקנה כי משמעות התיקון היא ביטול הלכת דפי זחב ותו לא. אם זו אכן המשמעות הסופית של תיקון מס' 3 הרי שעוצמת הפגיעה של התיקון בעקרונות הדמוקרטיים השונים רחוקה עוד יותר מלהיות כזו המצדיקה ביטול סעיף מתוך חוק-יסוד.

19. חברתי הנשיאה (בדימ') איננה רואה נתיב פרשני המוביל למסקנה כי תיקון מס' 3 רק ביטל את הלכת דפי זחב. לכך אשיב: ראשית, בית משפט זה בעבר, בשורה ארוכה של מקרים, בחר שלא להיצמד ללשון החוק משיקולים כאלו ואחרים. אני רואה מדוע דווקא הפעם זו יש להקנות ללשון החוק משקל כה מכריע; שנית, הקושי שבעיגון סמכות בית משפט זה לפסול חוק-יסוד על בסיס עקרונות רחבים ומונחים עמומים עולה בהרבה על הקושי שבאימוץ פרשנות שבה תומכת הכנסת ובה תמכו גם משיבי הממשלה בשלב מסוים (ראו כאמור סעיף 165 לכתב התשובה מטעמם); בנוסף, גם אם בסופו של יום היו מגיעים בתי המשפט למסקנה הדומה למסקנת חברתי – כי הפרשנות היחידה האפשרית היא כזו שלפיה עילת הסבירות בוטלה לחלוטין, אין הדבר מצדיק קביעה כה נחרצת כבר בשלב זה. אם כן, לו תתקבל דעתי, ראוי להותיר את ההכרעה בסוגיות פרשניות אלו, לצד סוגיות פרשניות אחרות, למקרים עתידיים אשר יובאו לפני הערכאות השונות.

20. כמו כן, אין חולק כי תיקון מס' 3 אינו פוטר את הגורמים המנויים בסעיף מהחובה לנהוג בסבירות. תיקון זה יוצר אפוא, במקרים הנכללים בו, חיץ בין חובת הסבירות לעילת הסבירות. חיץ המונע מבית המשפט להעניק סעד ומבקש לכבול את ידיו

מקום בו חובת הסבירות מופרת. בכך, יצר המכונן הסדר חריג, בעייתי ובלתי קוהרנטי ביחס לזכויות וחובות משפטיות אחרות. בהינתן זאת, נטען לפנינו כי "באין דיין יעלם אף הדין עמו". לכך אשיב – יש דין ויש דיין. הביקורת השיפוטית על החלטות הרשות המבצעת, לרבות על הגורמים המנויים במפורש בתיקון מס' 3, הייתה ונותרה הדוקה. הדין המנהלי מציב בפניהם שורה ארוכה של דרישות וחובות. כל אלו לא נפגמו ולו במעט. בידי בית משפט זה היו, ונותרו, סמכויות נרחבות. המשפט המנהלי, עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק, אינו נסמך באופן כה דרמטי על פרשנות מסוימת להיקפה של עילת הסבירות.

21. בהמשך לכך, לטעמי אין להוציא מכלל אפשרות כי בחיי המעשה "מה שהיה הוא שיהיה". על שימוש היתר שנעשה בטענות בדבר "חוסר סבירות" נכתב בעבר בהרחבה בפסיקה ובספרות המשפטית. לטענת המבקרים, בפסיקה נעשה שימוש בעילת הסבירות, שלא לצורך, מקום בו ישנן עילות התערבות קונקרטיות ומתוחמות יותר שניתן ליישמן. על כן, ניתן לצפות כי במקרים רבים, גם אם לא ככולם, ה'וואקום' אשר מותירה אחריה עילת הסבירות, במתכונת שבה הייתה מקובלת בפסיקה עד לתיקון מס' 3, יתמלא על ידי עילות קיימות אחרות או אפילו עילות חדשות אשר תתגבשנה.

מכך נגזר, כי תיקון מס' 3 ישפיע באופן ישיר רק במקרה שבו החלטת הממשלה, ראש הממשלה או שר, התקבלה בסמכות, לא משיקולים זרים, על בסיס תשתית עובדתית ראויה, תוך עמידה בכלל התנאים הקבועים בחוק וכלל דרישות המשפט המנהלי, ללא פגיעה בלתי מידתית בזכויות ובכל זאת – היא לא "סתם" בלתי סבירה, אלא היא בלתי סבירה באופן קיצוני. מקרים אלו נדירים שבנדירים. האם בשמם של אותם מקרים, נדירים שבנדירים, אשר טרם התרחשו מאז חקיקת תיקון מס' 3 ואשר ייתכן שלא יתרחשו, ראוי לנקוט כבר כעת בצעד כה דרסטי כביטול סעיף בחוק-יסוד? התשובה לכך, לדידי, שלילית.

22. טענה נוספת בעתירות השונות היא שבשל תיקון מס' 3 יראו עצמם כעת הגורמים המנויים בסעיף כפטורים מחובת הסבירות וביקורת שיפוטית מהותית על החלטותיהם וינצלו זאת לרעה באופן שבו החלטות בלתי סבירות של הממשלה, השרים השונים וראש הממשלה יהפכו לנפוצות יותר. עמדה זו אינה רואה לקבל מאחר שהיא מנוגדת לעקרונות המשפט המנהלי. אין אנו יכולים לצאת מנקודת הנחה כי הרשות המבצעת, לא כל שכן הבכירים ביותר בה, ינצלו לרעה את כוחם וינהגו בניגוד לדין. הנחה שכזו מנוגדת לרציונאליים שבבסיס חזקת החוקיות (פוליאק, בעמוד 68; ראו והשוו: עניין איגוד הנאמנים, בפסקה 12).

23. אף איני רואה להעניק משקל ממשי לכך שתיקון מס' 3 הוא, על פי הנטען, חלק ממהלך חקיקתי וחוקתי רחב יותר. כלומר, שיש לבחון לא בפני עצמו, אלא כצעד ראשון או כחלק ממכלול חקיקה הפוגם בליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל. כעולה באופן מפורש בחלק מהעיתונות, וכעולה מבין שורותיהן של עתירות אחרות, זהו החשש המרכזי של העותרים השונים. מטענות אלו משתמעת ההבנה כי תיקון מס' 3, כשלעצמו, בעל השלכות מוגבלות, ודאי בשלב זה טרם התבררו גבולותיו.

24. אכן, לא נעצום עינינו מהעובדה שהעיקרון שניצב בבסיס תיקון מס' 3 נכלל בהצהרת שר המשפטים הנוכחי בדבר שינויי חקיקה שבכוונת ממשלת ישראל הנוכחית לקדם לצד צעדים נוספים. אולם, בית משפט זה נזהר עד כה מלהתבסס בהליך משפטי על הצהרות במסיבות עיתונאים או מסמכים המבטאים כוונות פוליטיות, ולא בכדי. מלבד זאת, אנו עדים לשיח ציבורי ופוליטי ער שעודנו מעצב את סדר היום החקיקתי כך שתוכנה של אותה חקיקה עתידית כלל אינו ברור. כמו כן, הלכה היא כי בית משפט זה איננו מתערב ככלל בהליכי חקיקה מתוך כבוד לעיקרון הפרדת הרשויות, ולכן השלב הראוי לבחינת חוקתיותו של חוק מסוים ותקינות ההליך שבו הוא נחקק הוא לאחר השלמת הליך החקיקה (בג"ץ 1234/23 אורון נ' ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, פסקה 3 (16.2.2023)). קיים אפוא קושי רב בלחות דעה באשר לחוקתיות חקיקה עתידית, או מצבור חקיקה עתידית, אשר תוכנה אינו ברור עדיין. יש לציין, כי במענה לשאלתי הבהיר בא-כוחה של הכנסת כי חלק הארי של הצעות החוק להן התייחסו מי מבין באי-כוח העותרים הן הצעות חוק פרטיות אשר כלל אינן מקודמות.

25. משכך, לטעמי, איננו יכולים להורות על פסילת תיקון חוק-יסוד על בסיס השערות בדבר חקיקה עתידית ותוכנה. יתרה מזאת, ובהתאם לדוקטרינת הבשלות, ככל שאותן הצעות חוק ישלימו את הליך החקיקה במתכונת כזו או אחרת, ייתכן שאז יהיה העיתוי המצדיק להידרש לגופן של חלק מטענות העותרים ביתר הרחבה. יוצא, כי טיעון זה ממחיש את ההצדקה לדחות את בירור העתירות לעיתוי מאוחר יותר.

26. נוסף על כל האמור, יתרון מוצהר וברור של דוקטרינת הבשלות ויישומה בנסיבות העניין הוא הפחתת החיכוך בין הרשות השופטת ליתר הרשויות. אין אנו מצויים בימים רגילים. הסערה הציבורית וקולות המפגינים – משני צדי המתרס – חודרים בנקל דרך חלונות לשכות שופטי בית המשפט העליון ונשמעים היטב באוזנינו. דומה שבית משפט זה נקלע פעם נוספת, שלא בטובתו, לליבת המחלוקת הציבורית בישראל.

המלאכה השיפוטית מזמנת ליושב בדין אתגרים רבים. מהגדולים שבהם, הוא לדעת מתי לנהוג בריסון ובאיפוק. הניסיון מלמד, כי בדרך זו גלום כוח רב ולעיתים כוח רב מאשר בנתיבים חלופיים. את משאביו, לרבות בכל הקשור לאמון הציבור בבית המשפט, על בית משפט זה לשמור למקרים המתאימים לכך. הצמצום המסוים שנעשה בסמכויות בתי המשפט אשר היקפו כלל לא ברור בעת הזו, אינו מבין מקרים אלו. אין בכך כדי לומר כי בית המשפט צריך להירתע מלעשות שימוש בסמכויותיו הקיימות, אלא כי בית המשפט נדרש להפעיל את סמכויותיו בשום שכל, וככל שביכולתו לבחור בנתיב ראוי המצמצם את החיכוך בין הרשויות השונות – כך ייטב. הנשיאה (בדימ') רואה אינטרס ציבורי מובהק בבירור העתירות דווקא בעיתוי זה (פסקה 102 לחוות דעתה), ואילו אני סבור כי האינטרס הציבורי המובהק הוא דווקא להימנע, במידת הניתן, מהמשבר בין הרשויות שעלול להיגרם או להחריף כתוצאה מההכרעה בעתירות שלפנינו.

27. מכלל טעמים אלה, אני סבור כי שני שלבי בחינת בשלותה של עתירה חוקתית מצביעים לעבר המסקנה כי אין זה העיתוי המתאים להכריע בעתירות שלפנינו.

28. לסיכום: אני מקבל את העמדה העקרונית שבידינו הסמכות להתערב בחוקי-יסוד מכוחן של הדוקטרינות כפי שפותחו עד כה בפסיקת בית משפט זה. מעבר לכך – גם אם קיים פתח, צר שבצרים, להתערבות שיפוטית בתוקפם של חוקי-יסוד, אני רואה הצדקה להיחפז לעשות שימוש בסמכות זו בעיתוי הנוכחי.

יחד עם זאת, יש לומר כי תיקון מס' 3 אינו בגדר סעיף המוסיף כבוד לחוקת מדינת ישראל המתגבשת. במובנים מסוימים ההיגיון שבבסיסו אינו ברור, הניסוח אינו חד, ומותיר, כאמור, חללים רבים אשר טעונים פרשנות, ואף לא נכללו בו הוראות מעבר כלשהן, כפי שראוי היה לקבוע על מנת שלא להסב נזק מיותר לבעלי דין שעניינם מתברר בימים אלו. אי-הבהירות והקשיים בנוסח החוק הוצפו במסגרת הדיונים בעיצוב תיקון מס' 3, אולם לא זכו למענה ראוי בניסוחו. טעמי המכונן עמו.

אף על פי כן, בשלב זה קיים ספק אם בסופו של יום תיקון מס' 3 יתברר כבעל חשיבות מעשית ממשית. קיים ספק גדול עוד יותר אם תיקון מס' 3 יתברר ככזה הפוגע פגיעה אנושה באופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל, או אפילו קרוב לכך. גם זאת יש לומר: אין זה מטבעו של שופט לראות עוול מתרחש לנגד עיניו ולהשיב את פניו של העותר לסעד ריקם. כך מזה דורי דורות – וכך גם בימינו אנו. תיקון מס' 3 אינו יכול לשנות זאת.

29. על כן, לו דעתי הייתה מתקבלת היינו מורים על דחיית העתירות. לא מתוך הסכמה או תמיכה בתוכנו של תיקון מס' 3, אלא מתוך הכרה בגבולות סמכותנו בעת הזו. ביטול סעיף מתוך חוק-יסוד, אף לשיטת הסבורים כי לבית משפט זה הסמכות לעשות כן, ייעשה כמוצא אחרון ממש ובמקרה שבו כלו כל הקיצין. תיקון מס' 3 אינו מקרה כזה. איתן אני בדעתי כי אין זו השעה לזעזע את יסודותיה החוקתיים של מדינתנו. את המחלוקת מושא העתירות שלפנינו מוטב לדחות למועד המתאים לכך אם וכאשר ההכרעה בה תתחייב מעובדות המקרה. חוששני כי בעיתוי הנוכחי הנזק שייגרם מערעור יסודות המשפט החוקתי בישראל בשל פסילת תיקון מס' 3, עלול לעלות עשרות מונים על הנזק שבהותרתו על כנו.

30. בהתייחס להערותיהם של חבריי השופטים ד' ברק-ארז ו-ע' גרוסקופף, ברצוני להוסיף ולהבהיר כי באומרי "חוסר בשלות", כוונתי לאי-הוודאות באשר למצבי דברים משתנים ומגוונים, בהם ביתמשפט זה יידרש להפעיל את דוקטרינת הסבירות בעתיד לבוא.

הווה אומר: אין בידינו לקבוע בגדרן של העתירות הכוללניות שלפנינו, כיצד יש ליישם את דוקטרינת הסבירות בכל אותם מצבים שטרם התעוררו בהליכים קיימים או עתידיים, והאם יישום זה מעורר שאלות ברמה חוקתית.

עמדתי זו נסמכת על הכלל הגדול לפיו בית משפט זה אינו אמור לעסוק בעניינים אקדמיים (ראו: בג"ץ 8175/20 עיאת נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (22.3.2022); בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה 2 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (12.7.2021)).

אשר על כן, לנוכח מכלול האמור לעיל, אני סבור כי דין העתירות להידחות.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

דברי הקדמה