

על חוסר הסבירות הקיצוני של בג"ץ הסבירות

יעקב בן שמש*

פסיקתו של בית המשפט העליון קבעה רף מחמיר ביותר להתערבות שיפוטית בחקיקת יסוד. ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד - שהיא עצמה שנויה במחלוקת ומעוררת קשיים מושגיים ומשפטיים מופלגים שלא אעסוק בהם כאן - תופעל, כך נקבע, רק במקרים חריגים שבחריגים, כשמדובר בהוראה חוקתית שפוגעת פגיעה אנושה ובלתי הפיכה באופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה, ורק ובהיעדר כל אלטרנטיבה אחרת. במאמר זה אבקש לטעון כי ביטולו, בדעת רוב, של התיקון לחוק-יסוד: השפיטה (להלן: תיקון הסבירות) שנחקק ביולי 2023, לא עמד ברף המחמיר שהוצב, ואף לא התקרב לכך. ראשית, אטען כי עמדת שופטי הרוב, ולפיה תיקון הסבירות פוגע אנושות בדמוקרטיה הישראלית, אינה זוכה לביסוס מספק, במיוחד לנוכח קיומן של עילות ביקורת שיפוטית מינהליות וחוקתיות רבות אחרות, ובוודאי לא בהתחשב בשלב המוקדם שבו היא הושמעה, עוד בטרם התבררו השלכותיו של התיקון על המציאות המשפטית.

אך גם אם נניח, לצורך הדיון, את פגיעתו הרעה והאנושה של תיקון הסבירות ביסודות הדמוקרטיה הישראלית, אטען כי עמדה בפני שופטי הרוב דרך פרשנית להסיר את עיקר הפגיעה, וזאת באמצעות פרשנות מקיימת של התיקון, המצמצמת את היקף תחולתו. אטען כי ניסיונותיהם של שופטי הרוב להסביר את בחירתם בסעד התקדימי ומרחיק הלכת של ביטול הוראת יסוד, על פני האלטרנטיבה הפרשנית - אינם משכנעים. במיוחד, אבקש להראות שסירובם של שופטי הרוב לנקוט גישה של פרשנות מקיימת אינו מתיישב עם הגישות הפרשניות המקובלות עליהם

* ד"ר יעקב בן שמש, מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו. אני מבקש להודות מאוד לעורכי כתב העת, ובראשם פרופ' עמרי ידלין וגב' שני שטילר, על עבודת העריכה הסבלנית והמעולה ועל סיועם הרב בכל שלבי כתיבתו של המאמר.

מימים ימימה, ואף עומד בסתירה חזיתית לעמדתם בפרשה אחרת שהוכרעה בבית המשפט העליון רק זמן קצר לפני כן.

מבוא

לפני שנים ספורות, כאשר קבע בית המשפט העליון, באמרת אגב בבג"ץ חוק הלאום, שעומדת לו הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, הבהיר בית המשפט כי מדובר בסמכות שיעשה בה שימוש במקרים חריגים שבחריגים, קיצוניים שבקיצוניים, כאשר ירעדו אמות הסיפים של הדמוקרטיה, וכמוצא אחרון בהחלט: "מדובר במצבים שבהם הוראה חוקתית פוגעת פגיעה אנושה באופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה, עד כי אין כל דרך ליישב מבחינה מושגית ופרקטית בין הוראה זו ובין מרכיביה אלה של זהות המדינה [ההדגשה במקור]".¹

כדוגמאות למקרים קיצוניים מעין אלה ציינה הנשיאה חיות חוק-יסוד (היפותטי) המנתק את הזיקה בין מדינת ישראל לבין העם היהודי, או חוק-יסוד הפוגע פגיעה אנושה במנגנון הבחירות החופשיות במדינת ישראל.

השופטת ברק-ארז, באותו פסק דין, ביקשה לצמצם אף יותר את האפשרות, התיאורטית למדי כבר לפי אמות המידה שהציעה הנשיאה חיות: "אני עצמי נוטה לשימוש בטרמינולוגיה שהיא אף מצמצמת יותר – ומציעה להתייחס לחוק יסוד שמהווה 'שבירת כלים', במובן של הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית".²

גם השופטת ברק-ארז נדרשה לאותן הדוגמאות – חקיקת יסוד שתפגע בשוויוניות הבחירות, תאריך את משך כהונתה של הכנסת באופן רטרואקטיבי, או תשלול את זכותם של היהודים להגדרה עצמית. דוגמאות קיצוניות אלה, הדגישה השופטת ברק-ארז, נועדו להבהיר עד כמה רחוק חשש המדרון התלול, שלפיו בית המשפט העליון ימהר לנצל את סמכותו החדשה: "העובדה שהדוגמאות הנזכרות כאן נסבות על מקרים קיצוניים שהתממשותם בפועל היא בבחינת 'לא יעלה על הדעת' מלמדת כי המדרון לעבר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד אינו חלקלק כל עיקר. אדרבה, חומת ברזל ברורה עומדת בפתחו".³

והנה, זמן קצר לאחר שנאמרו מילים אלה, קבע בית המשפט העליון שתיקון בחוק-יסוד: השפיטה המגביל את השימוש בעילת הסבירות (להלן: תיקון הסבירות), מעמיד את מדינת ישראל במצב שבו זהותה הדמוקרטית נפגעה פגיעה אנושה עד כי פשוט אין כל דרך מושגית ופרקטית להמשיך ולהתייחס אליה כאל מדינה דמוקרטית, וכי תיקון כזה, הוא לבדו, עולה כדי "הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית".⁴

1 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, בפס' 29 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') חיות (נבו 8.7.2021) (להלן: בג"ץ חוק הלאום).

2 שם, בפס' 16 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

3 שם, בפס' 17 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

4 שם, בפס' 29 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

במאמר זה אבקש להראות שהנימוקים המרכזיים שהוצעו בתמיכה לדעת הרוב, אינם משכנעים. דיוננו יתקדם בשני שלבים. ראשית, אבחן את הטענה של שופטי הרוב, ולפיה תיקון הסבירות פוגע לכאורה פגיעה אנושה בדמוקרטיה הישראלית. אראה כי טענה זו אינה זוכה לביסוס מספק, בוודאי לא בהתחשב בשלב המוקדם שבו היא הועלתה, עוד בטרם התבררו השלכותיו של התיקון על המציאות המשפטית.

לאחר מכן אניח, לצורך הדיון, כי תיקון הסבירות אכן מייצר את הפגיעה בדמוקרטיה שאותה צופים שופטי הרוב, ואבחן את השאלה מדוע לא העדיפו שופטי הרוב, לפני השימוש חסר התקדים בסמכות הקיצונית של ביטול חוק-יסוד, לפנות לדוקטרינות משפטיות חלופיות שיכולות היו לצמצם את פגיעתו הרעה של תיקון הסבירות, וכך לייתר את ביטולו של חוק-היסוד. אבחן בהקשר זה מדוע לא בחרו שופטי הרוב בדרך שהציעו חלק משופטי המיעוט – דרך הפרשנות המקיימת של התיקון. כפי שנראה, גם כאן, ניסיונותיהם של שופטי הרוב להסביר את בחירתם בסעד מרחיק הלכת ביותר – אינם משכנעים. במיוחד, אבקש להראות שסירובם של שופטי הרוב לנקוט גישה של פרשנות מקיימת אינו מתיישב עם הגישות הפרשניות המקובלות עליהם מימים ימימה, ואף עומד בסתירה חזיתית לעמדתם של שופטים אלה בפרשה אחרת שהוכרעה זמן קצר לפני כן – פרשת חוק טבריה.⁵

לאחר הבחינה הביקורתית של פסק הדין, אטען כי חולשת ההנמקה של פסק הדין, בצירוף גורמים נוספים שעליהם אצביע, עשויה גם להוביל לפגיעה משמעותית באמון הציבור באובייקטיביות השופטים ובכך שפסיקתם אינה מבוססת על השקפתם הפוליטית או האידיאולוגית.

כמובן, לא כל פסק דין שאינו משכנע ברמה המשפטית מעורר גם חוסר אמון, ולא כל מחלוקת בין שופטים מיתרגמת למחלוקת ציבורית או פוליטית שעשויה לכרסם באמון הציבור בבית המשפט. אך פרשה זו, כך אבקש להראות, היא שונה, שכן מצטרפים בה יחד כמה גורמים. ראשית, אבקש להראות שהנימוקים של שופטי הרוב מאוד לא משכנעים, ובמובן זה, עצם חולשת הטיעונים מובילה לחוסר אמון. שנית, כפי שאראה, שופטי הרוב מפגינים גם חוסר עקביות ביחס לעמדות קודמות שלהם, ובמיוחד ביחס לעמדותיהם בפרשת חוק טבריה. חוסר עקביות זה מחריף את התחושה ששיקולים משפטיים ועקרונות כלליים נזנחו כאן למען התוצאה הרצויה מבחינה פוליטית.

שלישית, העובדה שפסילת התיקון נעשתה, בסופו של דבר, על חודו של קול ולפי חלוקה מחנאית/אידיאולוגית מובהקת – שמונה שופטים ליברלים-אקטיביסטים מול שבעה שופטים מתונים-שמרנים – מגבירה את החשד שלא נימוקים משפטיים הם שהכריעו כאן את הכף.

ורביעית, קצב הדיונים המזורז בתיק, שהוכתב על ידי הרצון להבטיח את ההכרעה על חודו של קול, שהייתה נהפכת על פיה לו נוהלו הדיונים בקצב המקובל.

5 בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (נבו 26.10.2023) (להלן: פרשת חוק טבריה).

א. האם פוגע תיקון הסבירות בליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה?

כאמור במבוא, הפסיקה שיצרה את הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד ציירה סמכות צרה מאוד, שתופעל רק בתרחישי קיצון. בהתחשב בתרחישי הקיצון שצינו בפסיקה כדוגמאות שיצדיקו ביטול חקיקת יסוד, ניתן היה לצפות ששופטי הרוב יבהירו, באמצעות דוגמאות מסמרות שיער, לא פחות, את נזקיו הקשים של תיקון הסבירות לליבת מאפייניה הגרעיניים של הדמוקרטיה הישראלית. אך עיון בעמדות של שופטי הרוב מגלה הרבה רטוריקה ודיבורים מופשטים וכלליים על "פגיעה אנושה" בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות, על "חללים ריקים" ו"חורים שחורים", ספקולציות על העלול להתרחש, אולם אינו מצביע על דוגמה מעשית ומשכנעת אחת שתבהיר על מה, בעצם, כל המהומה, ומהו האסון הגדול, הבלתי נמנע והבלתי הפיך, שתיקון הסבירות ימיט על ראשו.

נבחן למשל את הדוגמאות שבהן פותחת השופטת ברק-ארז את פסק דינה, דוגמאות שתפקידן הרטורי הוא להמחיש את סכנותיו הנוראות של תיקון הסבירות:

שרה בממשלה הורתה על פיטוריו של עובד ציבור בכיר שהציג עמדה מקצועית שאינה מקובלת עליה. הממשלה החליטה לתמוך בהקמת מפעל מזהם במרכזה של שמורת טבע. שר אחר החליט על הענקת תמיכות בתחום התרבות רק ליוצרים שהם "לטעמו". ככל שהחלטות כאלה יתקבלו, הרי שעל-פי חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) התיקון העומד במרכז הדיון שבפנינו, שאלת אי-סבירותן לא תוכל להיבחן על-ידי אף ערכאה שיפוטית במדינה. הייתכן?⁶

חשוב לציין, ראשית, שמדובר בתרחישים היפותטיים, שקשה לדון בהם ללא פרטים נוספים על הנסיבות שבהן התקבלו ההחלטות ההיפותטיות המדוברות. שנית, נסיבות קונקרטיות כאלה הן הכרחיות, שכן בכל אחד מהמקרים עשויות להתקיים עילות ביקורת שיפוטית אחרות שיקנו לבג"ץ סמכות ליתן סעד גם ללא עילת הסבירות. כך למשל, ככל שהדבר נוגע לדוגמה הראשונה – פיטוריו של עובד הציבור – ייתכן שההחלטה נגועה בחוסר תום לב שמצדיק פסילה של ההחלטה מכוח דיני עבודה; ככל שהדבר נוגע לדוגמה השנייה – הקמת מפעל מזהם – ייתכן שהמפעל המזהם פוגע בזכותו של אדם על חייו ועל גופו, זכות המוגנת על ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; וככל שהדבר נוגע לדוגמה השלישית – מתן תמיכות באופן מפלה – אף ללא נתונים נוספים קל לקבוע שניתן לתקוף את החלטת השר גם על בסיס עילה של הפליה.

במילים אחרות, אפילו הדוגמאות הקיצוניות ביותר שהצליחה השופטת ברק-ארז להעלות על דעתה, רחוקות מלהצביע על דרגת הפגיעה האנושה שנדרשת, לשיטתה של ברק-ארז עצמה, כדי להצדיק ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד.

6 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בפס' 1 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו 1.1.2024) (להלן: בג"ץ הסבירות).

הקושי בהצגת דוגמאות הממחישות את חשיבותה של עילת הסבירות איננו מקרי. הוא מעיד על כך שבהינתן קיומן של עילות ביקורת שיפוטית מינהליות אחרות, קשה להעריך מראש את התוצאות המעשיות של תיקון הסבירות. זאת ועוד, מאחר שקיומה של עילת הסבירות הוביל ל"התנוונות" מסוימת בפיתוחן של עילות הביקורת השיפוטית האחרות ובשימוש בהן, בהחלט ייתכן שהנזק שייגרם בשל תיקון הסבירות יבוא, במידה מסוימת, על תיקונו באמצעות פיתוח מחדש של עילות מינהליות אחרות. למשל: הקלה בנטל הראייתי הנדרש להוכחת שיקולים זרים, שרירות, ניגוד עניינים וכדומה – ובדרך זו יגבר הפיקוח השיפוטי על החלטות הרשות.⁷

תחום נוסף ששופטי הרוב הרחיבו את הדיון בו, על מנת להדגים את הפגיעה הקשה של ביטול עילת הסבירות בדמוקרטיה, הוא תחום המינויים. כך למשל, מציגה זאת הנשיאה חיות:

הנה כי כן, הסרת הפיקוח השיפוטי על סבירות החלטות הממשלה והשרים ביחס לכלל המינויים שבתחום סמכותם, תותיר את הציבור ללא הגנה ממשית במצבים שבהם בכירים בשירות הציבורי ימונו או יפוטר משיקולים פוליטיים בלבד. כפי שהדגישו העותרים והיועצת בעמדתם, ההשלכות בהקשר זה הן חמורות במיוחד ביחס לגורמים האמונים על אכיפת החוק – כמו היועצת המשפטית לממשלה, פרקליט המדינה ומפכ"ל המשטרה – שבהיעדר ביקורת שיפוטית אפקטיבית, שאלת מינויים והמשך כהונתם הופכת תלויה כל כולה בחסדי הדרג הנבחר, באופן שעלול לערער את עצמאותם. רכיב זה של עצמאות מערכת אכיפת החוק הוא חלק הכרחי במילוי תפקידה לשמירה על שלטון החוק במדינה, והוא אף חיוני להתמודדותה של מדינת ישראל עם אתגרים משפטיים במישור הבינלאומי.⁸

אך הטענה הנ"ל מתעלמת מכך שגם בעולם משפטי ללא עילת הסבירות, קיימות עילות ביקורת שיפוטית אחרות המאפשרות פיקוח שיפוטי על מינויים לא-ראויים. כך, למשל, העילה המכונה "שיקולים זרים"; שהרי אם המינויים הללו נעשו משיקולים "פוליטיים", כפי שמסבירה הנשיאה חיות, אזי ברור שהמינויים הללו לא

7 בהקשר זה, ראו למשל את פסקת בית המשפט העליון בבג"ץ 5474/23 חברת דואר ישראל בע"מ נ' שר התקשורת (נבו 7.3.2023) (להלן: עניין יו"ר רשות הדואר), שניתנה בפרק הזמן הקצר שבין צמצומה של עילת הסבירות לבין פסק הדין בבג"ץ הסבירות, ואשר בו בוטלה החלטת הרשות המינהלית על יסוד העילה של היעדר תשתית עובדתית מספקת. אומנם, השופט עמית מציין בהחלטתו, שם, בפס' 4, גם את עילת הסבירות, אבל ההחלטה של השופט מינץ, שהיא ההחלטה העיקרית בתיק, ושאליה הצטרף השופט עמית בהסכמה על כל חלקיה, כלל לא מאזכרת עילה זו. ראו גם דיון בפסק דין זה במאמר להלן.

8 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 6, בפס' 166 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') חיות (נבו 1.1.2024).

התבססו על שיקולים רלוונטיים למינוי הקונקרטי (כמו מקצועיות, ניסיון וכו') אלא על השיקול הזר של הקרבה הפוליטית של האדם הממונה לאדם הממנה.⁹ כך גם ניתן להשתמש, במקרים המתאימים, בעילת ניגוד העניינים. למשל, מינויים הקשורים במערכת המשפט ואכיפת החוק, שעליהם מדברת הנשיאה חיות, ניתן לפוסלם מחמת ניגוד עניינים אם מתברר שהמינוי נעשה על מנת שהאדם הממונה יקדם את ענייניו של הגורם הממנה על חשבון האינטרס הציבורי הכללי. כך, בימים אלה ממש, ובלי קשר לעילת הסבירות, מנוע ראש הממשלה נתניהו מהתערבות בשורה של מינויים בכירים במערכת המשפט ואכיפת החוק, בשל המשפט המתנהל נגדו – וזאת בהתאם להסכם ניגוד העניינים שאליו הוא מחויב בלי קשר לקיומה של עילת הסבירות.¹⁰

עילת התערבות אפשרית נוספת, שגם היא אינה קשורה לעילת הסבירות, היא היעדר תשתית עובדתית מספקת. השימוש בעילה זו הודגם היטב אך לאחרונה, בעתירה שהוכרעה זמן קצר לאחר שניתן בג"ץ הסבירות. מדובר בעתירה שהוגשה נגד שר התקשורת בגין החלטתו להדיח מתפקידו את יו"ר הדירקטוריון של רשות הדואר.¹¹ אף שהעתירה הוגשה בזמן שתיקון הסבירות עוד עמד בתוקפו, מצאה היועצת המשפטית לממשלה בסיס משפטי מוצק דיו כדי להצטרף לעמדת העותרים, בהתבסס, בין השאר, על הטענה שהליך ההדחה היה פגום, שלא קוימה חובת היועצות, וכי נשקלו שיקולים זרים. בית המשפט העליון אף נתן צו ביניים האוסר על הדחת יו"ר הדירקטוריון.

בפסק הדין בעניין יו"ר רשות הדואר, שניתן כבר לאחר שבוטל תיקון הסבירות, קיבל השופט מינץ את העתירה, וקבע שהסמכות להדיח דירקטור, לפי חוק החברות הממשלתיות, שמורה רק למקרים שבהם הדירקטור לא מתפקד כשורה,¹² ולכן החלטה כזו צריכה להתבסס על תשתית עובדתית מספקת, תשתית שלא התקיימה במקרה שלפנינו, שבו החליט השר קרעי להדיח את יו"ר הדירקטוריון כבר בסמוך לכניסתו לתפקיד, ומבלי לבחון את האופן שבו מילא היו"ר את תפקידו.

9 יש לזכור שאפילו בפרשת דרעי הראשונה, שעסקה בסירובו של ראש הממשלה רבין לפטר את שר הפנים דרעי לאחר הגשת כתב האישום נגדו, ושבה נקבעה "הלכת דרעי-פנחס" הידועה אשר הרחיבה את גבולותיה של עילת הסבירות והחילה אותה גם על מינויים פסולים, ביסס בית המשפט העליון את החלטתו גם על עילת התערבות וביקורת שיפוטית נוספת, והיא ההתחייבות שנתן ראש הממשלה לשר דרעי שיימנע מלפטר אותו, שהייתה, בעיני בית המשפט, פסולה בשל כבילה אסורה של סמכותו של ראש הממשלה לפי חוק-יסוד: הממשלה לפטר שרים. ראו בג"ץ 3094/93 התנועה לאיכות השלטון נ' ממשלת ישראל, מז(5) 404 בפס' 12-9 לפסק הדין של הנשיא שמגר (נבו) 8.9.1993.

10 הפרה של הסכם ניגוד העניינים עשויה כמובן להשליך גם על המשך כהונתו של ראש הממשלה, אך סוגיה נכבדה זו היא מחוץ לתחומו של מאמר זה, אשר לצורכו די בכך שהפרת הסכם ניגוד העניינים עשויה להוות עילה שתביא לביטול מינויים במערכת המשפט, שבהם היה מעורב ראש הממשלה.

11 עניין יו"ר רשות הדואר, לעיל ה"ש 7.

12 שם, בפס' 29-46 לפסק הדין של השופט מינץ, המסתמך על ס' 22(א)(6) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975.

השופט עמית הצטרף בהסכמה מלאה לדבריו של השופט מינץ והוסיף, למרבה ההפתעה, את הדברים הבאים: "על רקע האמור לעיל, נקל עלי לקבוע כי החלטת השרים להעביר את העותר מתפקידו היא החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני, והמקרה שלפנינו אך מוכיח כי טוב עשה בית משפט זה כאשר פסל את תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה"¹³.

אך, לאמיתו של דבר, פסק הדין דווקא מפריך את הטענה הנ"ל של השופט עמית: כפי שמוכיחה ההחלטה של השופט מינץ (אחד משופטי המיעוט בבג"ץ הגדון כאן), שהמילה "סבירות" כלל לא מופיעה בה ושאליה הצטרף השופט עמית בהסכמה, אין שום צורך בעילת הסבירות בשביל לקבל את העתירה, שכן קיימות עילות ביקורת שיפוטית אחרות שמאפשרות פיקוח שיפוטי הולם. אפשר להבין, אולי, את רצונו של השופט עמית להצדיק בדיעבד את עמדתו בבג"ץ הסבירות, אך דומה שהאפקט המושג כאן הוא בדיוק הפוך.

עתירה אחרת, בעלת בולטות ציבורית, שהוגשה במהלך החודשים שבהם תיקון הסבירות עמד בעינו, הייתה עתירה נגד שר המשפטים בשל סירובו לכנס את הוועדה לבחירת שופטים.¹⁴ והנה, גם בעתירה זו מצאה היועצת המשפטית עילות משפטיות המצדיקות את הצטרפותה לעמדת העותרים, אף ללא עילת הסבירות. נטען, בין השאר, כי מדובר בסמכות חובה שעל שר המשפטים לעשות בה שימוש בתוך זמן סביר. עתירה זו נדחתה, בסופו של דבר, עקב הודעתו של שר המשפטים על כוונתו לכנס את הוועדה, אך מהעמדה של היועצת המשפטית לממשלה ניתן להסיק בבירור כי בית המשפט, אילו נדרש לפסוק בעתירה זו, היה מוצא את הדרך לקבלה גם ללא שימוש בעילת הסבירות.

ולבסוף, גם אם נניח שלאחר תיקון הסבירות ייתכן שיתרחשו בעתיד מינויים פוליטיים לא-ראויים, שבהם לא תימצא כל עילה משפטית אחרת כדי להתערב – עדיין תרחישי האימה אינם משכנעים. יש לזכור: שופטי המיעוט סברו שאומנם אין לבטל את תיקון הסבירות, אך יש לפרשו בצורה מצומצמת, כך שבית המשפט יוכל לשמור על כוחו לבטל החלטות בלתי סבירות בדרגה קיצונית (ועל הפרשנות המקיימת ראו בהרחבה בהמשך). כלומר, גם אם תיקון הסבירות היה נותר בתוקפו, הרי שלאור גישת הפרשנות המקיימת, בית המשפט עדיין היה שומר על כוחו לבטל מינויים מופרכים באופן קיצוני.

המסקנה היא שהסכנה ממנה מזהירים השופטים, אפילו בתחום המינויים, מצוירת בצבעים מופרזים במידה רבה. בעצם, עקב תיקון הסבירות, החסינות מביקורת שיפוטית תחול רק על החלטות שאי-סבירותן אינה קיצונית ושקבלתן לא נפל כל פגם מינהלי אחר. האם לכך ייקרא פגיעה אנושה, בלתי הפיכה, ביסודותיה הגרעיניים של המדינה כמדינה דמוקרטית?

ולבסוף, ניתן גם לתמוה, כפי שיפורט בהמשך, לו ניתנה לתיקון הסבירות פרשנות המצמצמת את היקפו, הרי שתוצאתו של התיקון היא שהוא מחזיר את

13 שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט עמית.

14 בג"ץ 5692/23 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' שר המשפטים (נבו 15.9.2023).

הביקורת השיפוטית למצב שנהג בישראל עד תחילת שנות השמונים. האם מתקבלת על הדעת הטענה שלפיה, עד אותה עת, ישראל לא הייתה דמוקרטיה? או שהייתה דמוקרטיה פגומה באופן אנוש?

ב. היעדר בשלות

ניתן היה להמשיך כך ולסקור את שאר תרחישי האימים והפגיעות העתידיות הקשות שאותם חוזים שופטי הרוב. אך בשלב זה דומה שמתבררת גם בעיה עקרונית נוספת בפסק הדין של שופטי הרוב, והיא הספקולטיביות של הכרעתם. במילים אחרות, שורש הכישלון להוכיח את פגיעתו האנושה של תיקון הסבירות נעוץ, בין השאר, בכך שמוקדם מדי לדעת מה תהיה השפעתו. העתירות נגד תיקון הסבירות הוגשו דקות ספורות לאחר שהוא עבר בכנסת, ללא שניתנה כל הזדמנות למערכת המשפט, ולציבור בכללותו, לאמוד, במסגרת הליכים משפטיים רגילים, את השפעתו המעשית של התיקון על המשפט הישראלי. על בסיס שיקולים אלה הציעה היועצת המשפטית לכנסת לדחות את העתירות בנימוק של היעדר בשלות, והשופט אלרון אימץ הצעה זו:

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.¹⁵

השופט אלרון אף הוסיף שהדיון הזריז במיוחד בעתירות אלה, טרם שהובהרו השלכותיו המשפטיות המעשיות של התיקון, מסבך את בית המשפט, שלא לצורך, במחלוקת פוליטית עזה.¹⁶

דוקטרינת הבשלות פותחה בפסיקה הישראלית בשני העשורים האחרונים.¹⁷ אומנם, מקורה ומרחב יישומה עד היום היה בשאלת חוקתיותו של חוק, אך לדעת ההיגיון המנחה בה – כוחו יפה, ואולי אף ביתר שאת, בדיון בחוקתיותו של חוק-יסוד. דוקטרינה זו גורסת, בתמצית, כי אל לו לבית המשפט להכריע בטענה ולפיה, למשל, חוק מסוים פוגע באופן לא מידתי בזכויות חוקתיות, ללא תשתית עובדתית מספקת המבססת את הטענה שהחוק אכן פוגע בזכויות באופן לא מידתי.

15 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 6, בפס' 7 לפסק הדין של השופט אלרון.

16 שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופט אלרון.

17 ראו בג"ץ 2311/11 סבא נ' הכנסת (נבו 17.9.2014); בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי (נבו 12.3.2015); בג"ץ 5239/11 אבנר נ' הכנסת (נבו 15.4.2015); אריאל בנדור "בשלות ועוד" משפטים על אתר ח 33 (התשע"ו); ילנה צ'צ'יקו "על בשלות וחוקתיות" משפטים מג 419 (התשע"ג); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לז 45 (2014).

כך, למשל, דחה בית המשפט העליון בפרשת סבך עתירות נגד חוק "ועדות הקבלה"¹⁸, בנימוק שלפיו לא ניתן לקבוע, בהיעדר תשתית עובדתית מספקת, שהחוק אומנם פוגע בזכויות החוקתיות לשוויון ולפרטיות. החוק עצמו הסמיך ועדות קבלה ביישובים קהילתיים לדחות מועמדים בשל עילות כלליות כמו "חוסר התאמה לחיים קהילתיים", מה שפתח פתח ועורר חשש להפלות אסורות; אך מנגד, החוק גם כלל איסור מפורש על הפליה. לכן, בית המשפט קבע שהשאלה אם החוק פוגע בזכויות חוקתיות אינה ניתנת להכרעה עקרונית מראש – הכול תלוי באופן שבו יפעלו ועדות הקבלה ובאופן שבו יפעילו בתי המשפט ביקורת שיפוטית על החלטותיהן. התשתית העובדתית הנחוצה לצורך הכרעה, לשיטת בית המשפט בעניין סבך, מחייבת יישום קונקרטי של החוק, וניתן יהיה להעלות טענות חוקתיות נגד תוקפו רק לאחר שתתברר השפעתו של החוק בפועל.¹⁹ יש לציין שמאז שנדחתה העתירה בפרשה זו, העניין לא הונח שוב לפתחו של בית המשפט העליון, ושאלת חוקתיותו של חוק ועדות הקבלה מעולם לא הוכרעה. החוק עודו חי וקיים, והשימוש בדוקטרינת הבשלות ייתר את הצורך להכריע בתוקפו.

ברוח דומה פעל בית המשפט העליון בפרשת גוטמן²⁰ – שעסקה בחוק שתיקן את אחוז החסימה בבחירות הכלליות לכנסת, והעלה אותו ל-3.25% (ארבעה מנדטים).²¹ גם כאן נטען נגד התיקון שהוא פוגע בזכויות החוקתיות לבחור ולהיבחר, כמו גם בעקרון השוויון. במיוחד, נטען כי התיקון יפגע בייצוגה של האוכלוסייה הערבית בכנסת, בשל פגיעה במפלגות ערביות קטנות, שלא יצליחו לעבור את אחוז החסימה. בית המשפט קבע כי השפעתו של התיקון תלויה, בין השאר, בשאלה כיצד יפעלו המפלגות לאור התיקון, ועל כן מוקדם מדי להכריע בעתירה. וגם כאן, המציאות הוכיחה שדחייה בשל חוסר בשלות הייתה הצעד הנכון (בניגוד לדעת המיעוט של השופט ג'ובראן בפרשה זו), שכן בעקבות חוק זה המפלגות הערביות התאחדו, ובבחירות שהתקיימו לאחר שהתקבל התיקון הן זכו לייצוג שיא של 15 מנדטים בכנסת. למותר לציין שסוגיית חוקתיותו של אחוז החסימה לא שבה עוד לדיון בפני בית המשפט.

דברים אלה יפים גם לענייננו – ואף ביתר שאת, שהרי כאן מדובר בעתירה לביטולו של חוק-יסוד. כאמור, לדעתי, קשה לקבל את הטענה שהתיקון פוגע בפגיעה אנושה במאפייניה הגרעיניים של המדינה כמדינה דמוקרטית כבר עתה, מייד עם חקיקתו. שאלת השפעתו המעשית של התיקון לא ניתנת להכרעה מראש. הרבה תלוי באופן שבו יפרש בית המשפט העליון את תיקון הסבירות, ובשאלה אם עילות ביקורת שיפוטית אחרות יצליחו למלא את החלל שייווצר בביקורת השיפוטית. דחיית העתירה בשל חוסר בשלות הייתה מאפשרת אפוא תקופת זמן שבמהלכה גם תתבהר התשתית העובדתית והמשפטית הנחוצה. אלא ששופטי הרוב סירבו ללכת

18 חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (תיקון מס' 8), עמ' 683, התשע"א–2011.
 19 פרשת סבך, לעיל ה"ש 17, בפס' 4 לפסק הדין של השופטת נאור.
 20 פרשת גוטמן, לעיל ה"ש 17, בפס' 42 ואילך לפסק הדין של הנשיא גרוניס.
 21 חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 62), התשע"ד–2014.

בדרך זו. לשיטתה של הנשיאה חיות, המקרה שלפנינו איננו המקרה המתאים להחלת דוקטרינת הבשלות:

השאלות המתעוררות בעתירות דגן הן שאלות משפטיות מובהקות הנוגעות, בין היתר, למידת פגיעתו של התיקון בליבת המפעל החוקתי ולעמידתה של הכנסת במגבלות החלות עליה בכובעה כרשות מכוננת. ההיבטים החיוניים להכרעה בשאלות אלו הובאו בפנינו ואינני סבורה כי התפתחות עובדתית עתידית יהיה בה כדי לתרום באופן ממשי להכרעה בעתירות. במובן זה ניתן לומר כי מונחת לפתחנו מחלוקת ממשית וברורה וכי יישום קונקרטי של התיקון אינו נדרש לשם גיבושה.²²

נראה, לכאורה, שלפי עמדתה של הנשיאה חיות, התשובה לשאלה אם תיקון הסבירות פוגע אנושות בדמוקרטיה הישראלית היא שאלה "משפטית", שהתשובה לה כלל איננה מושפעת מהמציאות בשטח. כלומר, גם אם יתברר שמבחינה מעשית מעט מאוד ישתנה בישראל בעקבות תיקון הסבירות – בין משום שהרשויות ימשיכו לפעול באופן סביר, פחות או יותר, גם ללא החרב המתנופפת של הביקורת השיפוטית, ובין משום שיימצאו כלים משפטיים אחרים כדי להתמודד עם החלטות פסולות – לא יהיה בכך כלל כדי להשפיע על השאלה אם תיקון הסבירות פוגע פגיעה אנושה בדמוקרטיה הישראלית.

גישה דומה הציג גם השופט גרוסקופף.²³ לשיטתו, גם אם אכן יתברר שעילות ביקורת שיפוטית אחרות עשויות לצמצם את פגיעתו של תיקון הסבירות בשלטון החוק, עדיין לא יהיה בכך כדי להכשיר את התיקון, משום שבמקרה כזה, אין תכלית המצדיקה "פגיעה כה קשה בשלטון החוק מההיבט הערכי".

קשה לקבל את הטענה שהפגיעה האנושה שבה מדובר אינה תלויה כלל במצב המשפטי בשטח. ראשית, קריטריון הפגיעה האנושה איננו סובל, לדעתי, פגיעה שהיא כל כולה ערטילאית, מושגית ומופשטת. שנית, מה טיבה של אותה פגיעה ערטילאית אנושה, אם בפועל השפעתו של התיקון על המציאות המשפטית זניחה ומוגבלת? שלישיית, הגישה הערכית אינה מתיישבת עם פסיקות קודמות, כמו במקרים של **סבח וגוטמן** למשל, אשר עסקו בסוגיות עקרוניות לא פחות, ושבהם סבר בית המשפט שיש מקום לבחון את הפגיעה בפועל ומיאן להסתפק בבחינה הערכית. ורביעית, אם הפגיעה הערטילאית היא היא העיקר, מה טעם מצאו שופטי הרוב להכביר מילים ודוגמאות, שעל חלק מהן עמדתי לעיל, כדי להדגים את פגיעתו הרעה של החוק?

הנשיאה חיות מציעה שני שיקולים נוספים לדחיית יישומה של דוקטרינת הבשלות במקרה זה. ראשית:

²² בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 6, בפס' 101 לפסק הדין של הנשיאה (בדימו') חיות.

²³ שם, בפס' 76 לפסק הדין של השופט גרוסקופף.

לטענת הכנסת, אם בעתיד תתקבלנה החלטות בלתי סבירות של הממשלה, ראש הממשלה או אחד מהשרים ותוגש עתירה שבה ייטען כי מדובר בהחלטות בלתי סבירות באופן קיצוני, "ניתן יהיה לבחון את השלכות חוק היסוד המתקן על בסיס תשתית עובדתית קונקרטיית". טענה זו מעוררת תמיהה, שכן התיקון אוסר מפורשות על בתי המשפט, לרבות בית משפט זה, "לדון" בעניין סבירות החלטות הממשלה ושריה. משכך, לא ברור כיצד יוכלו בתי המשפט להידרש לעתירות בעניינים אלה, ככל שאכן תוגשנה.²⁴

טענה זו אינה משכנעת. אומנם, התיקון אוסר על בית המשפט לדון בעניין סבירות החלטות הממשלה ושריה, אך דחיית העתירה עקב חוסר בשלותה אינה מונעת מבית המשפט לדון בעתיד בתוקפו של התיקון ולקבוע, לאחר שבשלו התנאים, כי הוא חסר תוקף. כמו כן, ודאי שהתיקון אינו אוסר לדון בטענות אחרות הנוגעות להחלטות אלה, ובהן טענות הנוגעות לפרשנות של תיקון הסבירות ולאופן שבו יש ליישם תיקון זה – כמו, למשל, הטענה שתיקון הסבירות אינו שולל את האפשרות לראות החלטות בלתי סבירות באופן קיצוני כחריגה מסמכות (ראו להלן בפרק הנוגע לפרשנות מקיימת), או הטענה שבאותה החלטה נפלו גם פגמים אחרים – וכל אלה יאפשרו לבתי המשפט לדון, על בסיס נתונים עובדתיים של מקרים קונקרטיים, באופן שבו יש לפרש וליישם את תיקון הסבירות – כל זאת על מנת שנוכל להעריך את מידת פגיעתו של התיקון בדמוקרטיה. שנית, ממשיכה הנשיאה:

באופן דומה, טענת הכנסת לפיה יש לדחות את העתירות מן הטעם שטרם התבררו השלכות התיקון על התנהלות הממשלה ואפקטיביות הפיקוח של הכנסת, אף היא מעוררת קושי רב. זאת, בין היתר, משום שהתיקון משפיע כבר כעת באופן ישיר על מערכת היחסים שבין הפרט לשלטון והוא רלוונטי להחלטות רבות שמתקבלות מדי יום על ידי הממשלה ושריה. למעשה, כפי שמציינת הכנסת עצמה, קיימים כבר כיום הליכים תלויים ועומדים שבמרכזם ניצבת טענה בדבר חוסר סבירות החלטות הדרג הנבחר.²⁵

אולם מכך שכבר עתה התיקון משפיע על הליכים תלויים ועומדים, מתבקשת, אולי, המסקנה שראוי שבית המשפט העליון יבהיר כיצד יש לפרש את תיקון הסבירות, על מנת להנחות את שאר הערכאות;²⁶ אך ודאי לא מתבקשת המסקנה שכבר עכשיו פגיעתו של התיקון בדמוקרטיה קשה ואנושה, ועל כן יש לבטלו. אדרבא, שימשיכו ההליכים, ונראה מה יעלה בהם (כפי שנמשכו למשל בפרשת יו"ר הדואר), וכך נוכל

24 שם, בפס' 101 לפסק הדין של הנשיאה (כדימ') חיות.

25 שם.

26 ראו והשוו לבג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 1.

להעריך טוב יותר, בעוד כמה חודשים או שנים את מידת פגיעתו הממשית של תיקון הסבירות ביסודות הדמוקרטיה הישראלית.

סיכומו של דבר – בית המשפט מבסס את טענת הפגיעה האנושה בדמוקרטיה הישראלית על שורה של ספקולציות, ועם מעט מאוד דוגמאות מוחשיות שידגימו את אותן סכנות נוראיות. אין פלא ששופטי המיעוט כלל אינם מוצאים תרחישי אימה אלה משכנעים, **אפילו לא בקירוב**.²⁷

השופט מינץ מסביר היטב את האופן שבו הטענה בדבר נזק אנוש ובלתי הפיך לדמוקרטיה נסותרת על ידי העובדה הפשוטה שפסק הדין ניתן על חודו של קול, כנגד עמדתם של לא פחות משבעה שופטים של בית המשפט העליון:

ניתן רק לשער כי אם אכן היה מדובר במקרה חריג וקיצוני "המדבר בעד עצמו", הזועק לשמיים, המרעיד את אמות הסיפים באופן שאינו מותר ספק בדבר הנחיצות בהתערבות החריגה, הקיצונית והבוטה מצד בית המשפט בנורמה המכוננת, הייתה לכך הסכמה רחבה בבית משפט זה, מקיר לקיר. אך לא כך הם פני הדברים ויחסי הכוחות בין השופטים השונים והרוב המזדמן לכיוון ביטול התיקון מוכיח בעיני כמאה עדים שאין המדובר בתיקון המוביל כלל להתמוטטות הדמוקרטיה.²⁸

ומסכם כי שופטי הרוב רואים "צל הרים כהרים. ודאי בהתחשב ברוב הדחוק של השופטים התומכים בביטול התיקון לעומת המתנגדים לכך, דבר המצביע כשלעצמו על חולשת הטענה לקריסת המבנה הדמוקרטי בישראל עד היסוד".²⁹

אומנם, בשיטתנו המשפטית עצם הכרעה על חודו של קול אינה מעידה בהכרח על קיומו של ספק סביר (כך במשפטים פליליים בהרכבי שלושה שופטים למשל). אלא שכאן כמה גורמים מחזקים את דבריו של השופט מינץ: ראשית, ההכרעה ניתנה "על חודם" של שבעה קולות – כלומר, שבעה שופטים של בית המשפט העליון שלדעתם התיקון אינו מרעיד את אמות הסיפים של הדמוקרטיה, ואף לא שום דבר שקרוב לזה. שנית, החלוקה למחנות – כאשר שמונת השופטים שמזהים פגיעה אנושה הם גם השופטים שמזוהים עם המחנה האקטיביסטי-ליברלי של בית המשפט – אף היא אומרת דרשני. ולבסוף, לא ניתן להתחמק מרמיזתו של השופט מינץ על "יחסי הכוחות בין השופטים" ובמיוחד על "הרוב המזדמן", ומהמחשבה שלו נוהל התיק בלוח זמנים הגיוני, ידם של שופטי המחנה המתון יותר – הייתה על העליונה.

27 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 6, בפס' 56 לפסק הדין של השופטת כנפי-שטייניץ, בפס' 7 ו-28 לפסק הדין של השופט אלרון, בפס' 35 לפסק הדין של השופט כשר, בפס' 37 לפסק הדין של השופטת וילנר ובפס' 131 לפסק הדין של השופט שטיין.

28 שם, בפס' 58 לפסק הדין של השופט מינץ.

29 שם, בפס' 87 לפסק הדין של השופט מינץ.

לסיכום פרק זה, שופטי הרוב לא ביססו את הטענה שהשפעתו של תיקון הסבירות עולה לאותה רמה של סכנה אנושה ליסודותיה הדמוקרטיים של המדינה שמצדיקה התערבות בתוקפו של חוק-יסוד. ולא מיותר להוסיף בהקשר זה שכיום – כשנה וחצי מאז נחקק תיקון הסבירות, וכשנה מאז בוטל – לא ראיתי שניתן ולו פסק דין אחד של בית המשפט העליון שמתבסס על עילת הסבירות.³⁰

ג. פרשנות מקיימת

עקרון יסוד הוא שבית המשפט לא יבטל חוק – וקל וחומר חוק-יסוד – אם ניתן לקיימו בדרך של פרשנות, המתיישבת עם לשונו של החוק ועם תכליתו.³¹ ולענייננו – גם אם נקבל שתיקון הסבירות עשוי לפגוע אנושות ביסודותיה של המדינה הדמוקרטית, הרי שעל בית המשפט לבחון את תקפותו של התיקון רק לאחר שעשה כל מאמץ לפרשו באופן המצמצם את פגיעתו של התיקון. גישה זו, המכונה "פרשנות מקיימת", הוצעה על ידי שופטי המיעוט. חשוב אפוא לבחון את הסיבה לכך שגישה זו נדחתה על ידי שופטי הרוב.

גישת הפרשנות המקיימת נשענת על קיומם של שני מובנים שונים שניתנו למושג הסבירות בפסיקתו של בית המשפט העליון. האחד צר יחסית, והשני רחב יותר. התפיסה הצרה היא הסבירות כמופרכות, ולפיה, החלטה מינהלית תיחשב בלתי סבירה אם היא כה מופרכת עד כי כל אדם הגיוני היה נמנע מלקבל אותה, ועל כן לא יעלה על הדעת כי המחוקק התכוון להסמיך את הרשות לקבל החלטה כזו. לעומת זאת, לפי התפיסה הרחבה יותר – והיא הסבירות האיזונית – החלטה עשויה להיחשב כבלתי סבירה אף אם היא לא מופרכת, אך היא מאזנת בצורה לא נכונה את השיקולים השונים המתעוררים במסגרתה. תפיסת הסבירות כמופרכות נהגה במשפט הישראלי עד שבפרשת דפי זהב, בתחילת שנות השמונים, היא הוחלפה בתפיסת הסבירות האיזונית.³²

אך כאמור, עוד לפני שהתחדשה עילת הסבירות האיזונית, השתמש בית המשפט בעילת הסבירות כמופרכות, כמקרה פרטי של עילת החריגה מסמכות. בהמשך, עם הרחבתה של עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית עצמאית, שונה מעקרון חוקיות המינהל, גם הסבירות כמופרכות "נבלעה" בה, כמקרה פרטי של חוסר סבירות. תיאור זה מצביע על דרך אחת, פשוטה יחסית, לצמצם את פגיעתו של תיקון הסבירות – אם יחליט בית המשפט לחזור ולהתייחס להחלטות מופרכות כאל החלטות שניתנו בחריגה מסמכות, הרי שתיקון הסבירות לא יחול עליהן, ובית

30 ראו התייחסותי לדבריו של השופט עמית בפרשת יו"ר רשות הדואר, לעיל ה"ש 7, שם טענתי שהישענותו של השופט עמית על עילת הסבירות, בפרשת יו"ר רשות הדואר, אינה משכנעת.

31 ראו למשל בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 6, בפס' 43 לפסק הדין של השופטת וילנר; וראו גם התייחסות לעיקרון זה בפרשת חוק טבריה, לעיל ה"ש 5.

32 תיאור זה מופיע, בצורות שונות, בהחלטות של מרבית השופטים שישבו בהרכב בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 6. ראו, למשל, בפס' 4-8 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') חיות; בפס' 18-23 לפסק הדין של השופטת כנפי-שטייניץ ובפס' 10-14 לפסק הדין של השופטת וילנר.

המשפט יוכל להמשיך ולבטל החלטות כאלה בנימוק של חריגה מסמכות. זוהי, למשל, גישתה של השופטת וילנר.³³

אכן, ניתן להתווכח עד כמה ביטול הסבירות האיזונית יפגע בשלטון החוק, או אולי דווקא להיפך. המחלוקת על מידת תרומתה של עילת הסבירות האיזונית לשלטון החוק ולדמוקרטיה – ימיה כימיה של עילת הסבירות האיזונית עצמה. אפשר לחשוב כך ואפשר לחשוב אחרת. אך אי-אפשר לחשוד שהתומכים בצמצום עילת הסבירות – לרבות השופטים משה לנדוי, מנחם אלון, אשר גרוניס, נעם סולברג ואלכס שטיין, או מלומדי משפט כמו יואב דותן ורות גביון – תומכים בשיטת משטר לא-דמוקרטית, או מעוניינים להביא לרודנות מושחתת. גם אם צודקים דווקא תומכי הסבירות האיזונית, ולא שורת השופטים והמלומדים שזה עתה ציינתי, ודאי אין לומר שעמדתם היא היחידה האפשרית במדינה דמוקרטית.

גישת הפרשנות המקיימת עומדת אפוא כעמדה חלופית לביטולו של תיקון הסבירות. עיון בפסקי הדין של שופטי הרוב בסוגיה זו מעלה שני שיקולים שבשלהם נדחתה גישת הפרשנות המקיימת: ראשית, נטען כי היא אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק; שנית, נטען כי היא אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו. אבחן טיעונים אלה כסדרם.

ג.1 פרשנות מקיימת ולשון החוק

ראשית, שופטי הרוב סבורים שהפרשנות המקיימת אינה מתאפשרת בשל כך שהיא אינה מתיישבת עם לשונו של החוק. לעמדת שופטי הרוב, לשון התיקון היא גורפת וחד-משמעית, ולא מותירה מקום לכל מסקנה זולת אחת – התיקון מבטל את עילת הסבירות, על כרעיה ועל קרבה, ואין לשונו יכולה לשאת כל פרשנות אחרת. במיוחד, אין לשון החוק יכולה לשאת את הפרשנות ולפיה תבוטל עילת הסבירות האיזונית, אך הסבירות כמופרכות תיוותר – וזו הפעם כמקרה פרטי של חריגה מסמכות.

אלא שתיקון הסבירות קובע, כזכור, כי בית המשפט לא ידון "בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר"; פשיטא, שאין שום דבר בלשון החוק שמונע מבית המשפט לדון בטענות של חריגה מסמכות, ואין שום דבר בלשון החוק שמונע מבית המשפט לשוב ולייחד את הביטוי "סבירות" לסבירות האיזונית, ולשוב ולהתייחס להחלטות מופרכות כאל החלטות שהתקבלו בחוסר סמכות. אדרבא: כפי שהובהר לעיל, במשך עשרות שנים נהגה במשפט הישראלי הגישה שראתה החלטה מופרכת כסוג של חריגה מסמכות, ואין, כאמור, שום דבר בלשון החוק שמונע מבית המשפט לשוב ולאמץ גישה דומה גם כיום.

"לגישתי", כותבת הנשיאה, "לשונו הגורפת והבלתי-מסויגת של התיקון היא אכן מפורשת וחד-משמעית". היא נעדרת נקודת אחיזה לפרשנות המצמצמת המוצעת, ואינה מותירה 'מקום לשום ספק' באשר לתחולתו של התיקון על עילת הסבירות בכללותה.³⁴ אלא ששוב, לשונו של התיקון איננה "גורפת ובלתי-מסויגת", היא אף

33 שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופטת וילנר.

34 שם, בפס' 125 לפסק הדין של הנשיאה (כדימ') חיות.

לא "מפורשת וחד-משמעית". לשונו של התיקון פשוטה – התיקון מצמצם את השימוש בעילת הסבירות. התיקון כלל איננו כולל הגדרה של מושג הסבירות, והוא לא מפרש, לא באופן חד-משמעי ולא בשום אופן אחר, את משמעות הביטוי. להיפך: לשון התיקון משאירה מושג זה עמום, ומותירה מגוון אפשרויות פרשניות, לשיקול דעתו של בית המשפט.

"בחינת המשמעות הלשונית של המונח 'סבירות', ממשיכה הנשיאה, "כפי שהתפתחה והשתרשה לאורך שנים בפסיקתו של בית משפט זה בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על אופן הפעלת שיקול דעת הרשות, ממחישה כי בהיעדר עיגון לשוני מפורש לכך, לא ניתן עוד להפריד בין מובניה השונים של העילה".³⁵ אלא שדווקא בחינת המשמעות הלשונית של המושג כפי שהתפתחה לאורך השנים מצביעה על ההיפך – על העובדה שהתקיימו משמעותות שונות, אשר התיישבו שתיהן עם מובנו של הביטוי במישור הלשוני, וכלל לא ברורה הסיבה לכך ש"בהיעדר עיגון לשוני מפורש לכך", לא ניתן לשוב ולהפריד בין מובניה השונים של העילה. למען האמת, בשום הקשר משפטי אחר לא נוקט בית המשפט פרשנות לשונית מעין זו, המייחסת לביטוי כזה או אחר את המשמעות הגורפת ביותר שניתן לייחס לו. כדברי השופט מינץ בהקשר זה:

נתמקד לשם הדוגמה במילים המפורסמות "אין פוגעים בקנינו של אדם" שבסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מדובר בהצהרה כללית אשר ניתן ללמוד ממנה מעט מאוד באשר להיקף התפרשותה של הזכות אותה מבקש הסעיף לעגן. מהו "קנין"? כל קנין פרטי במשמע? המילה "קנין" טומנת בחובה טווח פרשנויות עצום... האם בית המשפט היה קובע כי מבחינה לשונית הפרשנות היחידה האפשרית והקיימת היא כי המילה "קנין" כוללת בתוכה את מנעד האפשרויות הרחב ביותר למושג זה, ומכאן ש"אין פוגעים בקנינו של אדם" הוא ביטוי קיצוני, הרסני ומרחיק לכת העומד בניגוד מוחלט לעקרונות דמוקרטיים אחרים?³⁶

במישור הלשוני, אם כן, נימוקיה של הנשיאה אינם משכנעים, והם מייצרים את הרושם, גם אם לא זו הייתה הכוונה, שהנשיאה חיות פשוט אינה מעוניינת בפרשנות המקיימת. הניסיון לצייר תמונה כאילו מסקנה זו "נכפית" עליה, בשל לשונו הברורה והחד-משמעית כביכול של התיקון, אינו משכנע. ותעיד על כך גם העובדה ששופטי המיעוט, שביקשו לאמץ את הפרשנות המקיימת, לא התקשו כלל למצוא לגישתם אחיזה טקסטואלית.

35 שם, בפס' 126 לפסק הדין של הנשיאה (כדימ') חיות.

36 שם, בפס' 75 לפסק הדין של השופט מינץ.

2.ג. פרשנות מקיימת ותכלית החוק

טענה נוספת המצדיקה, לדעת שופטי הרוב, את דחיית הפרשנות המקיימת היא שאין היא עולה בקנה אחד עם התכלית הסובייקטיבית של תיקון הסבירות. אבקש להראות שטענה זו, ראשית, אינה מדויקת, ושנית – גם אם יש בה ממש, הרי שעל פי כללי הפרשנות שבהם אווזים שופטי הרוב בדרך כלל, היה עליהם להעדיף בהקשר הנוכחי לפרש את התיקון לאור תכליתו האובייקטיבית דווקא, ולו כך היו עושים – אין שום ספק שהפרשנות המקיימת הייתה מתיישבת עם תכלית החוק, ויתרה מזו – אף מתחייבת ממנה. אפרט להלן.

לשיטת הנשיאה חיות, הפרשנות המקיימת אינה מתיישבת עם תכליתו הסובייקטיבית של תיקון הסבירות: "אפילו אניח, לצורך הדיון בלבד, כי לשון התיקון סובלת בדוחק את הפרשנות המוצעת על ידי בא-כוח הכנסת, קשה להתעלם מכך שפרשנות זו עומדת בסתירה ברורה לתכלית הסובייקטיבית של התיקון, כפי שהיא נלמדת מההיסטוריה החקיקתית שלו וכפי שהובנה על ידי כלל הגורמים המעורבים בחקיקתו".³⁷ אלא שעיון בהיסטוריה החקיקתית של התיקון מעלה שהנשיאה חיות נוקטת גישה סלקטיבית, ומעניקה את מלוא המשקל לאותם ח"כ שאכן ביקשו לבטל את עילת הסבירות כולה, ומתעלמת ממקורות אחרים, הרלוונטיים גם הם בהתחקות אחר התכלית הסובייקטיבית של התיקון.³⁸

אכן, אין ספק כי היו שסברו שהתיקון מבקש לבטל את עילת הסבירות בכללותה, על כרעיה ועל קרבה. אך כפי שהצביעו והראו שופטי המיעוט, נשמעו גם דעות אחרות. כך למשל, כפי שמראה השופטת וילנר, מדברי ההסבר לחוק עולה, באופן ברור, כי תכלית התיקון מבחינת המחוקק הייתה למנוע התערבות שיפוטית בהחלטות ממשלה ושרים רק מכוח עילת הסבירות האיוונית, כמובנה בפסק הדין בעניין דפי זהב.³⁹ גישה דומה עלתה בעמדתה של הממשלה, כפי שהוגשה לבית המשפט, ומדבריהם של חלק מח"כ, כפי שעולה מפרוטוקול הדיונים.⁴⁰ אומנם, כאמור, נשמעו גם דעות אחרות. אך בשום אופן לא ניתן לומר שדווקא העמדות הקיצוניות משקפות את התכלית הסובייקטיבית של החקיקה, יותר משמשקפים אותה דברי ההסבר ושאר המקורות הנזכרים בפסק הדין של שופטי המיעוט.

גם בהקשר זה מתעורר הרושם ששופטי הרוב פשוט אינם מעוניינים בפרשנות המקיימת, ולפיכך הם ממעיטים בחשיבות המקורות התומכים במסקנה שלפיה פרשנות שכזו עשויה לעלות בקנה אחד עם התכלית הסובייקטיבית, ומדגישים את חשיבותם של המקורות המובילים אל המסקנה האחרת.

שופטי הרוב מקדישים מקום נרחב לדבריו של יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט, ח"כ שמחה רוטמן – הן דבריו במהלך הדיונים בוועדת הכנסת והן דבריו בדיון בעל-פה בבית המשפט, שבמהלכם נדרש לשאלותיהם החוזרות ונשנות של

37 שם, בפס' 129 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') חיות.

38 לרשימה ארוכה של מקורות כאלה ראו שם, בפס' 49-58 לפסק הדין של השופטת וילנר.

39 שם, בפס' 50 לפסק הדין של השופטת וילנר.

40 לפירוט ראו שם, בפס' 51-58 לפסק הדין של השופטת וילנר.

השופטים ביחס לפרשנות התיקון. עד כדי כך גדול המשקל שמייחסים השופטים לדבריו של חה"כ אחד, עד שכבר מתגנב ללב החשד שרק לשם השימוש בדבריו לאחר מכן שאלו השופטים את חה"כ רוטמן שאלה זו, חזור ושאל. אך בין שנשאלו השאלות מתוך סקרנות גרידא, ובין שנשאלו על מנת להכין את הקרקע להחלטה שלא לאמץ את הפרשנות המקיימת, חשוב להבהיר: דבריו של חה"כ רוטמן משקפים את עמדתו בלבד, ואף אם מדובר בחה"כ שהיה דומיננטי מאוד בהליכי החקיקה, הם אינם משקפים את התכלית הסובייקטיבית של מאה ועשרים חה"כ.⁴¹ ועל כן ההתעקשות להיתלות בדבריו, ומתוכם להסיק את הכוונה הסובייקטיבית האולטימטיבית, תוך התעלמות ממקורות אחרים – רחוקה מלשכנע. כדברי השופטת וילנר:

חבריי מבססים, בין היתר, את עמדתם על דבריו של חה"כ שמחה רוטמן שנאמרו לפנינו באולם בית המשפט, משל היה זה מקור פרשני. אלא שכידוע, אין בדברים הנאמרים על-ידי חברי הכנסת לאחר חתימת הליך החקיקה כדי להוות אף לא משענת קנה רצוף להתחקות אחר תכליתה, שהרי בבואו לפרש דבר חקיקה, בית המשפט אינו רשאי לפנות אל המחוקק ולשאל אותו לתכלית חקיקתו, שכן פנייה כאמור נתפשת כפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק. ואכן, לא בכדי נכתב כי אין זו מידה ראויה למחוקק להתייצב בבית המשפט כדי להעיד לפניו על כוונת חקיקתו, כמעשה נחתום המעיד על עיסתו.⁴²

זאת ועוד, אפילו מתוך דבריו של חה"כ רוטמן ניתן להסיק את המסקנה ההפוכה מזו שאליה הגיעו שופטי הרוב. אלה הדברים שמצטטת הנשיאה חיות מתוך דברי חה"כ רוטמן במהלך דיוני הוועדה:

אחרים הציעו לחזור לעילת האי-סבירות הקיצונית של וודנסברי, אלא שפתרון זה, כפי שהעירו רבים, לא הוכיח את עצמו, שהרי השופט אהרן ברק בעצמו בפסק דין דפי זהב טען שהסתמך על עילת האי-סבירות הקיצונית.⁴³

אך דווקא דברים אלה יכולים להתפרש – ובעיניי זוהי גם הפרשנות המתבקשת – לכיוון ההפוך: חה"כ לא היה כל רצון לבטל את הסבירות כמופרכות, והסיבה היחידה שעשו זאת, כפי שדברי חה"כ רוטמן מעידים, היא חששם שאם יותירו את הסבירות כמופרכות, לא ניתן יהיה לסמוך על שופטי בית המשפט העליון שאכן

41 שיקול זה, שלפיו קשה להתחקות אחר כוונותיהם של כל חברי בית המחוקקים, הוא אכן אחד השיקולים המרכזיים המובילים משפטנים רבים להתייחס לתכלית הסובייקטיבית כאל מקור מפורק להשעין עליו תורת פרשנות. ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית 377 (1992).

42 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 6, בפס' 96 לפסק הדין של השופטת וילנר.

43 שם, בפס' 131 לפסק הדין של הנשיאה (כדימ') חיות.

יתאפקו ולא ישובו וירחיבו את עילת הסבירות כך שתתפרש שוב על הסבירות האיוזנית, כפי שעשה השופט ברק עצמו, לטענת ח"כ רוטמן, עת השתית את תפיסת סבירות האיוזנים, בראשית דרכה, על תפיסת הסבירות כמופרכות. סיכומם של דברים עד כאן: גם הטענה שלפיה הפרשנות המקיימת לא מתיישבת בשום אופן עם תכליתו הסובייקטיבית של התיקון – אינה משכנעת. אך גם אם נניח, לצורך הדיון, שצודקים שופטי הרוב בטענתם ולפיה התכלית הסובייקטיבית של התיקון הייתה לשלול לחלוטין את השימוש בעילת הסבירות, לפי העקרונות הפרשניים המקובלים בבית המשפט העליון בכלל, ואצל שופטי הרוב בפרט, ראוי היה להתעלם מהתכלית הסובייקטיבית ולהעדיף על פניה פרשנות הנשענת על התכליות האובייקטיביות של תיקון הסבירות, שדווקא מאפשרות – ואף מחייבות – את הפרשנות המקיימת. אסביר: לפי תורת הפרשנות המקובלת בבית המשפט העליון זה כמה עשרות שנים – היא תורת הפרשנות התכליתית מבית מדרשו של השופט ברק⁴⁴ – חוק יש לפרש לפי לשונו, ומבין האפשרויות הלשוניות השונות יש להעדיף את זו המגשימה בצורה הטובה ביותר את תכלית החקיקה. תכליתו של חוק מורכבת מהתכלית הסובייקטיבית – כוונת המחוקק – ומהתכלית האובייקטיבית. זו האחרונה נחלקת אף היא לשניים: תכלית אובייקטיבית קונקרטי (המטרה האובייקטיבית שאותה מבקש החוק להגשים), ותכליות אובייקטיביות כלליות – אלה הם ערכי היסוד של השיטה, עקרונות שכל דבר חקיקה מוחזק כבא להגשימם – כלשון השופט ברק: "תכליות כלליות אלה מהוות מעין 'מטרייה נורמטיבית' הפרושה מעל כל הטקסטים המשפטיים באותה שיטת משפט"⁴⁵. כאשר מתעוררת התנגשות בין התכליות השונות, יש להכריע בין התכליות המתנגשות בהתאם למידת חשיבותן, ובהתאם לנסיבות העניין. ו"במקרים הקשים, בהם ישנה התנגשות חזיתית בין התכלית החוקתית הסובייקטיבית לתכלית החוקתית האובייקטיבית, יד התכלית האובייקטיבית על העליונה"⁴⁶. מהן התכליות האובייקטיביות של תיקון הסבירות? מצד התכליות האובייקטיביות הקונקרטיות, תיקון הסבירות מבקש לצמצם את היקף הביקורת השיפוטית ולהגביר את חופש הפעולה של הממשלה ושריה. אך תכליות אלה יש להגשים באופן שלא יפגעו תכליות אובייקטיביות כלליות שכל דבר חקיקה בישראל בא להגשים, ובמיוחד – שלטון החוק, סבירות, יעילות והגינות שלטונית, וקיום פיקוח אפקטיבי על החלטות המינהל. בהתחשב בכך שהפרשנות הרחבה של תיקון הסבירות מובילה, לדעת שופטי הרוב, לפגיעה אנושה בעקרונות היסוד הדמוקרטיים, מובן כי רק הפרשנות המקיימת של תיקון הסבירות מגשימה את

44 ראו, למשל, אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט שער שני 230-129 (2003).

45 ש.ס.

46 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית 160 (1994). ראו גם את עמדתו של השופט סולברג, אשר אימץ גישה זו בבג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת, בפס' 61 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 8.7.2021); והדין בפרשת חוק טבריה, לעיל ה"ש 5, שם אימצו גישה זו שופטים נוספים. ראו, למשל, בפס' 62 לפסק הדין של השופט פוגלמן ובפס' 1 לפסק הדין של הנשיאה (בדימי) חיות.

התכלית האובייקטיבית הקונקרטי (ואגב כך גם את עיקרה של התכלית הסובייקטיבית) – לצמצם את הפיקוח השיפוטי על החלטות הממשלה והשרים, מבלי לפגוע באופן אנוש בתכליות האובייקטיביות של התיקון.

במילים אחרות, דווקא שופטי הרוב, שביססו, לשיטתם, את הטענה שלפיה תיקון הסבירות, לפי פרשנותו הרחבה, מביא לפגיעה אנושה כל כך ביסודות הדמוקרטיה, בהפרדת הרשויות, בשלטון החוק, בעצמאות השיפוטי, בזכות הגישה לערכאות, וכך הלאה – דווקא הם אמורים היו להתעלם מהתכלית הסובייקטיבית של התיקון, ולפרשו לאור תכליותיו האובייקטיביות – דהיינו פרשנות מקיימת.

ג.3 מקרה בוחר: בג"ץ חוק טבריה

למען האמת, כך בדיוק נהגו שופטי הרוב בפסק דין אחר, שניתן בבית המשפט העליון שבועות אחדים לפני שניתן פסק הדין בבג"ץ הסבירות – בג"ץ חוק טבריה.⁴⁷ פרשה זו עסקה בתיקון לחוק הרשויות המקומיות, תיקון שנועד לאפשר למר בועז יוסף, שכיהן כיושב ראש הוועדה הממונה בעיר טבריה, להתמודד לראשות העירייה בבחירות המוניציפליות שאמורות היו להיערך באוקטובר 2023. עד שתוקן, כלל החוק איסור על יושבי ראש וחברים של ועדות ממונות להתמודד בבחירות המוניציפליות. התיקון לחוק ביטל את האיסור, כאמור, על מנת לאפשר ליוסף להתמודד.

כנגד התיקון הוגשו עתירות שביקשו מבית המשפט לבטל את החוק, בטענה, בין היתר, שמדובר בחקיקה פרסונלית פסולה, שפוגעת בעקרון שוויוניות הבחירות, ומהווה "שינוי של כללי המשחק תוך כדי משחק". בית המשפט העליון בחר להימנע מהסעד החוקתי של בטלות החוק. כדברי המשנה לנשיאה פוגלמן:

בנקודת הזמן הנוכחית איני סבור שעלינו להידרש לשאלות אלו, מאחר שחלק ניכר מהקשיים שמעורר התיקון יכול לבוא על פתרונו בכלים שאינם חוקתיים – אלא בכללי הפרשנות המקובלים [...]. הידרשותו של בית המשפט לשאלת בטלותו של חוק היא בבחינת "מוצא אחרון" [...]. אין חולק כי חלק מן הקשיים שמעורר התיקון לחוק יכולים לבוא על פתרונם בדרך של פרשנות החוק.⁴⁸

בית המשפט בחר אפוא, חלף סעד הבטלות, ליתן לחוק "פרשנות מקיימת", ולקבוע שתחולתו תידחה בחמש שנים, עד למועד הבחירות המוניציפליות הבאות. בדרך זו, של פרשנות מקיימת, "נרפאו" הפגמים הקשורים בפרסונליות החקיקה, בפגיעה בשוויוניות הבחירות, ובשינוי כללי המשחק תוך כדי המשחק – ללא צורך לבטל את החוק.

אך כיצד ניתן "לפרש" חוק שעל פי לשונו ועל פי תכליתו המוצהרת, נועד לתחולה מיידית, ב"פרשנות מקיימת" שכזו? הכיצד התאפשר תעלול פרשני מעין

47 שם, בפרשת חוק טבריה.

48 שם, בפס' 31-32 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

זה? הדבר התאפשר באמצעות הקביעה כי במצב שבו תכליתו הסובייקטיבית של החוק פסולה, ופוגעת בתכליות אובייקטיביות חשובות אחרות, יש להתעלם מהתכלית הסובייקטיבית, ולפרש את החוק לאור תכליותיו האובייקטיביות. וכדבריה של הנשיאה חיות באותה פרשה:

אחת מן התכליות הסובייקטיביות של התיקון, המשתקפת בבירור מן הדיונים בכנסת, היא התכלית הפרסונאלית המובהקת לפיה התיקון נועד לסלול את הדרך להתמודדותו של מר בועז יוסף, ראש הוועדה הממונה בטבריה, בבחירות הקרובות לראשות העירייה [...] תכלית סובייקטיבית זו צובעת את התיקון בצבעים פרסונליים עזים. ואם לא די בכך, מדובר בתיקון אשר החלתו המיידית יש בה מימד רטרופסטיבי ו"שינוי של כללי המשחק תוך כדי המשחק", הפוגעים ביציבות ובוודאות של דיני הבחירות. בנסיבות אלה, וכחברי ממלא מקום הנשיא, אף אני סבורה כי יש לבכר את התכליות האובייקטיביות הנוגעות – כל אחת בנפרד, וודאי בהצטרבותן – לעקרונות בסיסיים שבליבת שיטתנו המשפטית: "החזקה נגד תחולה למפרע; הכלל שאין משנים את כללי הבחירות בתוך תקופת הבחירות; ועקרון שלטון החוק שמחייב שחיקה תהא, ככלל, כללית ולא פרסונלית". לפיכך, אני מצטרפת למסקנה לפיה יש לפרש את התיקון כך שלא יחול ביחס לבחירות לרשויות המקומיות שיתקיימו בסמוך לאחר חקיקתו.⁴⁹

הנה כי כן, בפרשת חוק טבריה בחרו שופטי הרוב בפרשנות מקיימת שנשענת כולה על תכליות אובייקטיביות כלליות, באופן שמסכל כליל את התכלית הסובייקטיבית של החקיקה, ושנעדר אחיזה בלשון החוק, וזאת כדי לא לבטל חוק רגיל. ואילו בבג"ץ הסבירות דחו השופטים פרשנות מקיימת שמתישבת עם לשון החוק, שמגשימה את עיקר תכליתו הסובייקטיבית, כמו גם תכליות אובייקטיביות שאין חשובות מהן – פרשנות שהייתה חוסכת מהם את הצורך לבטל, בפעם הראשונה, חוק יסוד.

הנשיאה חיות ערה לקושי המתעורר, וכך היא מתייחסת אליו:

אף שאין ספק בדבר קיומן של תכליות אובייקטיביות חשובות שתוגשמה אם תיושם הפרשנות המצמצמת לתיקון, איני סבורה כי בנסיבות העניין ניתן להעניק להן מעמד בכורה על פני לשונו המפורשת של התיקון והתכלית הסובייקטיבית המוצהרת שלו. מסקנה זו נובעת בעיניי מהמגבלות המובנות של מלאכת הפרשנות. [...] לא אחת נאלץ בית המשפט לקבוע כי פרשנות המוליכה לפתרון כזה אינה אפשרית. הדבר נכון בפרט כאשר פרשנות כזו הינה מלאכותית ומובילה לריקון ההסדר החוקי מתוכנו או שהיא מובילה, הלכה

49 שם, בפס' 1 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') חיות.

למעשה, לכתיבת החוק מחדש [...] כזה הוא המקרה שלפנינו. לגישתי, פרשנות המצמצמת את תחולתו של התיקון [...] היא פרשנות מוקשית המהווה למעשה כתיבה מחדש של התיקון על ידי בית המשפט במשמעות שונה לחלוטין מזו של התיקון הקיים. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף משום שמדובר בפרשנות הנוגעת לליבת ההסדר החוקתי, ולא להיבטים נלווים שלו, דוגמת תחולתו בזמן.⁵⁰

צריכה האמת להיאמר – הפרשנות המקיימת בפרשת **חוק טבריה** כתבה את החוק מחדש בצורה מובהקת הרבה יותר משהייתה עושה זאת הפרשנות המקיימת בפרשת **הסבירות**. יש לשוב ולהדגיש – הפרשנות המקיימת בפרשת **הסבירות** הייתה מקיימת את עיקר תכליותיו של החוק, ומתיישבת עם לשונו. קשה מאוד להבין מדוע דווקא כאן הגיע בית המשפט לקצה גבול היכולת הפרשנית שלו, ולאותן "מגבלות מובנות של מלאכת הפרשנות" שמנעו ממנו לאמץ את הפרשנות המקיימת. בהקשר זה, השופט ארון לא התאפק מלרמוז: "בית משפט זה בעבר, בשורה ארוכה של מקרים, בחר שלא להיצמד ללשון החוק משיקולים כאלו ואחרים. איני רואה מדוע דווקא הפעם זו יש להקנות ללשון החוק משקל כה מכריע".⁵¹

הניסיון של הנשיאה חיות, בסוף הפסקה שהובאה לעיל, להבדיל בין פרשת **חוק טבריה** לבין תיקון הסבירות רק מדגיש את הבעייתיות: "מסקנה זו מקבלת משנה תוקף משום שמדובר בפרשנות הנוגעת לליבת ההסדר החוקתי, ולא להיבטים נלווים שלו, דוגמת תחולתו בזמן". הנה, כביכול, ההבדל: בפרשת **חוק טבריה**, הפרשנות המקיימת נגעה רק להיבט נלווה של החוק; ואילו בתיקון הסבירות, הפרשנות המקיימת משנה את "ליבת ההסדר החוקתי" שאותו ביקש המחוקק לקבוע.

אך בחינה מהותית של הדברים חושפת כי האמת היא הפוכה בדיוק. פרשנות מקיימת של תיקון הסבירות, אשר הייתה משמרת את הסבירות כמופרכות ומבטלת את הסבירות האיזונית, הייתה משמרת את ליבת ההסדר החוקתי, ונותנת תוקף לעיקר התכלית הסובייקטיבית של התיקון. ואילו הפרשנות המקיימת בפרשת **חוק טבריה**, שנגעה לכאורה רק לתחולתו בזמן, שאותו מכנה הנשיאה חיות באגביות "היבט נלווה", עיקרה את התכלית הסובייקטיבית של החוק מעיקר תוכנו וטעם חקיקתו – השאיפה לאפשר למר יוסף להתמודד בבחירות. זאת ועוד, הפרשנות המקיימת בפרשת **חוק טבריה** יוצרת חוק חדש, חוק שאינו מאפשר למר יוסף להתמודד בבחירות, ועל כן ברור שלכנסת לא היה כל עניין לחוקק חוק זה ואף לא הייתה מחוקקת לו שיערה באיזה אופן יפרשו בית המשפט.

50 בג"ץ **הסבירות**, לעיל ה"ש 6, בפס' 134-135 לפסק הדין של הנשיאה (בדימי) חיות.

51 שם, בפס' 19 לפסק הדין של השופט ארון.

ד. לקראת סיכום: האם הנסיבות הפוליטיות יכולות להצדיק את דעת הרוב בבג"ץ הסבירות?

עד עתה עסקתי בעיקר בניתוח הטקסט המשפטי עצמו – דהיינו דבריהם ונימוקיהם של שופטי הרוב. ביקשתי לבסס את הטענה שכטקסט משפטי, מדובר בעמדה שאיננה משכנעת. כנגד גישתי זו אפשר לטעון שלא ניתן לנתק את פסק הדין מהקשרו הפוליטי והציבורי הרחב. לא ניתן להתעלם מהעובדה שפסק הדין ניתן בסופה של שנה סוערת, אשר במהלכה ניסתה הממשלה לקדם רפורמה מרחיקת לכת במערכת המשפט, שכללה לא רק את סוגיית הסבירות, אלא גם עניינים חשובים בהרבה, כמו שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, חקיקת פסקת התגברות, ושינוי מעמדם ודרכי מינויים של היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה.

תוכנית הרפורמה המשפטית גררה ביקורת ציבורית עזה, ומחאה נמרצת, והדברים ידועים. בית המשפט מצא עצמו במגננה מפני מתקפות מצד הרשויות הפוליטיות האחרות ומכמה חזיתות. האם רקע זה שופך על פסק הדין אור חיובי יותר? במילים אחרות, האם ניתן להצדיק את פסק הדין כמגננה בפני המתקפה הכוללת על עצמאות מערכת המשפט, כניסיון של בית המשפט להפגין כוח ולעצור את המגמה המסוכנת בעודה באיבה? או, אולי, כניסיון לעצור תוכנית מדורגת ורב-שלבית לפגיעה בעצמאותה של מערכת המשפט, על ידי תגובה נמרצת כבר על חיתוך "פרוסת הסלמי" הראשונה?

לכאורה, ניתן למצוא רמז לכך בדבריה של השופטת ברון:

יש מי שמנסים לגמד את גודל האירוע, לייחס לתיקון לחוק אגביות זניחה, כאילו מדובר בעניין פעוט ושולי. אך זוהי שעה אקוטית שבה אנו מצווים בשמירה על עקרון הפרדת הרשויות, עצמאות מערכת המשפט, שלטון החוק וזכויות הפרט – שמירה על צביונה של המדינה, על ערכי הדמוקרטיה וערכי מגילת העצמאות. לא ניתן לעמוד מנגד. דין התיקון בטלות. וכמילותיו עתיקות היומין של המשורר האנגלי ג'ון דאן (בתרגום רמי דיצני): "לְעוֹלָם אֵל תִּשְׁלַח לְשֵׂאל לְמִי צִלְצְלוּ הַפְּעֻמוֹנִים – לָךְ הֵם מְצִלְצְלִים".⁵²

לכאורה, ניתן לקרוא פסקה זו כמשקפת את העמדה שלפיה, גם אם השפעתו של התיקון זניחה, גודל השעה ההיסטורית מחייב את קבלת העתירה. אך קריאה מעמיקה בכל חוות דעתה של השופטת ברון מגלה את ההיפך הגמור – פסקה זו מגיעה רק בסוף פסק הדין, ולאחר שהיא מבססת, לשיטתה, את הטענות המשפטיות המצדיקות את קבלת העתירה, ללא תלות ברקע הפוליטי או בחשיבותו של הרגע ההיסטורי.

⁵² שם, בפס' 34 לפסק הדין של השופטת ברון.

וכמו השופטת ברון, כך גם כל שאר שופטי הרוב, ובראשם הנשיאה חיות, ממקדים את כל דבריהם בפגמים המשפטיים שנפלו, לשיטתם, בתיקון הסבירות, ואינם מתייחסים להקשרים החברתיים והפוליטיים הרחבים יותר. ולא בכדי. כידוע, אין לו לדיין אלא את מה שעניו רואות, וממושכלות היסוד המשפטיים הוא העיקרון שלפיו כל סוגיה משפטית נדונה לגופה וכשלעצמה. מדגישה עניין זה השופטת וילנר:

בשולי הדברים אך לא בשולי חשיבותם, יש לדחות מכל וכל את טענת העותרים והיועצת המשפטית לממשלה, שלפיה אף אם התיקון כשלעצמו אינו שולל את הדמוקרטיה ביסודו, הרי שיש לבחון את חוקתיותו על רקע הרפורמה המשפטית המוצעת בכללותה [...] הלכה מושרשת היא כי בית משפט זה אינו דן בעניינים תיאורטיים [...] על כן, בבחינת הסוגיה המשפטית העומדת לפתחנו, אין מקום להתחשב ברעיונות, בהצעות לחקיקה, ובמעשי שלטון שטרם הבשילו, באופן המאפשר להעביר את שבט הביקורת השיפוטית עליהן. מושכל יסוד הוא, כי יש לבחון כל סוגיה משפטית בראי המצב המשפטי הקיים בעת הבחינה, שכן; כידוע, יש להביא לפתחו של בית משפט זה אך ורק "מוצר מוגמר".⁵³

וילנר היא אומנם ממחנה שופטי המיעוט, אך כאמור, לא מצאנו גם בדברי שופטי הרוב כל סטייה ממושכלות יסוד אלה.

אך דחיית ההצדקה של הכרעת הרוב עקב "גודל השעה" אינה נובעת רק מההנמקה של שופטי הרוב עצמם, אלא גם מטעם נוסף, מרכזי ומכריע: למעשה, הצדקה זו מבקשת מקוראי פסק הדין לקרוא את הכרעות שופטי הרוב – על כל מאות עמודיהן – כניסיון לאחז את עינינו, לפרוש לפנינו טיעונים משפטיים לכאורה, אך באופן שמסתיר את המניעים האמיתיים – שהם התחושה של בית המשפט שהוא עומד בפני מתקפה פוליטית רחבת היקף, ורצונו לחסום באיבה את הרפורמה המשפטית המאיימת.

הצדקה כזו, לא רק שהיא מייחסת לשופטים חריגה רבתי ממושכלות היסוד של מלאכת השפיטה, אלא היא אף פוגעת אנושות באמון הציבור בבית המשפט – כיצד נוכל לבקש מהציבור להאמין לדברים שנכתבים בפסקי דין, אם בעצם השופטים עצמם אינם מאמינים לדבריהם הם? נראה לי שניסיון מעין זה "לסנגר" על בית המשפט – שכרו יוצא בהפסדו.

סיכום

אסיים מאמר זה במקום שבו פתחתי. הוראה חוקתית, כך קבעה בזמנו הנשיאה חיות, לא תבוטל אלא במקרים חריגים שבחריגים, ובהיעדר כל אלטרנטיבה אחרת. סמכות

53 שם, בפס' 86 לפסק הדין של השופטת וילנר.

הביקורת השיפוטית על חוקי-יסוד – סמכות שהיא עצמה מעוררת קשיים מושגיים ופוליטיים מופלגים שעליהם לא הרחבתי במאמר זה – תופעל רק:

במצבים שבהם הוראה חוקתית פוגעת פגיעה אנושה באופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה, עד כי אין כל דרך ליישב מבחינה מושגית ופרקטית בין הוראה זו ובין מרכיביה אלה של זהות המדינה [ההדגשה במקור].⁵⁴

כבמאמר זה ביקשתי להראות שבפני בית המשפט עמדו דווקא לא מעט דרכים מושגיות ופרקטיות ליישב את תיקון הסבירות עם שאר מרכיביה של המדינה כמדינה דמוקרטית, וכך להימנע מביטולו. שופטי הרוב עשו מאמץ רטורי ניכר על מנת לשכנע אותנו שהשורה התחתונה שאליה הגיעו נכפתה עליהם, בהיעדר כל אלטרנטיבה, אך בסופו של דבר, לדעתי, מאמץ זה לא עלה יפה. הרושם המתקבל הוא ששופטי הרוב פשוט לא היו מעוניינים באלטרנטיבות לביטולו של התיקון.

54 בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 1.