

In the Supreme Court
Sitting as the High Court of Justice

HCJ 5658/23
HCJ 5659/23
HCJ 5660/23
HCJ 5661/23
HCJ 5662/23
HCJ 5663/23
HCJ 5711/23
HCJ 5769/23

Scheduled for September 12, 2023

1. The Movement for Quality Government in Israel

Represented by counsel, Adv. Dr. Eliad Shraga *et al.*
208 Jaffa Road, Jerusalem 9131303
Tel.: 02-5000073 Fax: 02-5000076

The Petitioner in HCJ 5658/23

2. Tal Oron and 43 others

Represented by counsel, Adv. Hagai Kalai *et al.*
22a Mazeh Street, Tel Aviv-Yafo
Tel.: 03-9070770 Fax: 03-6439966

The Petitioners in HCJ 5659/23

3. The Smoke Free Israel Initiative

Represented by counsel, Adv. Efy Michaely
Michaely & Co., Law Office
28 Ha'arba'a Street, Tel Aviv-Yafo 6473925
Tel.: 03-6439911 Fax: 03-6439966

The Petitioner in HCJ 5660/23

4. The Civil Democratic Movement of Israel

5. Darkenu – Going Into Action

Represented by counsel, Adv. Gilad Barnea *et al.*
11/21 Kompert Street, Tel Aviv-Yafo 669426
Tel.: 03-6135135 Fax: 03-61351355
and by counsel, Adv. Gilead Sher *et al.*
4 Berkowitz Street, Museum Tower, Tel Aviv-Jaffa 423806
Tel.: 03-6015000 Fax: 03-6015001

The Petitioner in HCJ 5661/23

6. Adv. Yehuda Ressler

7. Adv. Yossy Haezrachy

Representing themselves
Tel.: 03-6959942

The Petitioners in HCJ 5662/23

8. Israel Bar Association

9. Adv. Amit Becher, Chair of the Israel Bar Association

Represented by counsel, Adv. Nadav Weisman *et al.*
Meitar Law Offices
16 Abba Hillel Silver Road, Ramat Gan 5250608
Tel.: 03-6103100 Fax: 03-610311

The Petitioners in HCJ 5663/23

10. Ometz – Citizens for Good Governance and Social and Legal Justice

Represented by counsel, Adv. Yitzhak Mina *et al.*

28 Ha'arba'a Street, Tel Aviv-Yafo 6473925

Tel.: 076-5384613 Fax: 076-5100257

The Petitioner in HCJ 5711/23

11. Maj. Gen. (res.) Ronny Numa *et al.*

Represented by counsel, Adv. Oded Savoray *et al.*

Gibor Sport House, 7 Menachem Begin Road, Ramat Gan

Tel.: 03-9455551 Fax: 03-9455553

The Petitioners in HCJ 5769/23

v.

1. The Knesset

2. The Constitution, Law and Jurisprudence Committee

3. The Chair of the Knesset Constitution, Law and Jurisprudence Committee

Represented by counsel, Legal Advisor to the Knesset

Knesset Building, Kiryat Ben Gurion, Jerusalem 9195016

Tel.: 02-6408650 Fax: 03-6496801

4. The Attorney General of Israel

Represented by counsel, Office of the State Attorney, High Court of Justice Department

Ministry of Justice, 29 Salah a-Din Street, Jerusalem 9711052

Tel.: 073-3925590 Fax: 02-6467011

5. The Government of Israel

6. The Prime Minister of Israel

7. The Minister of Justice

Represented by counsel, Adv. Ilan Bombach *et al.*

2 Weizmann Street, Amot Investment Tower, Tel Aviv-Yafo 64239

Tel.: 03-6932090 Fax: 03-6932091

The Respondents

Response by the Attorney General of Israel*

1. Pursuant to the decisions by the Honorable Court, and in preparation for the date of the hearing set for the Petitions, the Attorney General of Israel respectfully files her Response to the Petitions, as set forth below.

Introduction

“Impairment of the judicial branch means impairment of the democratic foundation of the State. If there is no judicial branch, if there is no review of the acts of individuals and of the government, the people will run wild and the kingdom will be lost. If there is no judicial review, the rule of law will be lost and the basic rights will disappear. [...] If the way to the court is barred, the judge will disappear and will be no more, and if there is no judge, the law will disappear with him.”¹

¹ Dicta of the Honorable Justice (then) Cheshin in Civil Appeal 733/95, **Arpal Aluminum Ltd. v. Klil Industries Ltd.**, 51(3) 577, 629 (1997) (hereinafter: the “Arpal Case”).

* This is a translation of the first 16 pages (out of 148 pages) of the Response by the Attorney General, translated into English by a group of concerned citizens. The Hebrew version follows.

2. On July 24, 2023, the Knesset enacted Amendment to Basic Law: The Judiciary (Amendment No. 3) (hereinafter: the “**Amendment to the Basic Law**” or the “**Amendment**”). The Amendment seeks to supersede the provisions of Section 15 of the Basic Law that sets the basic rule according to which the Supreme Court is authorized to grant equitable relief and to issue orders against State authorities. It seeks to do so by adding a section that prohibits any judicial authority, including the Supreme Court sitting as the High Court of Justice, from considering the reasonableness of a decision of the Government, the Prime Minister or any other minister, or issuing any order in such a matter. The Amendment further clarifies that such prohibition will apply to any decision of the Government, the Prime Minister or any other minister, including one relating to appointments or a decision to refrain from exercising any authority.

The wording of Section 15(d1) is as follows:

Notwithstanding the provisions of this Basic Law, no judicial authority, including the Supreme Court sitting as the High Court of Justice, may consider the reasonableness of a decision of the Government, the Prime Minister or of any other minister, and may not issue any order in such a matter; In this section: “Decision” – any decision, including one relating to appointments or a decision to refrain from exercising any authority.”

3. For the first time in the history of the State of Israel, the High Court of Justice is being stripped of its power to discuss and award remedies in cases it deems fit, according to its independent judicial discretion – and, specifically in the supremely sensitive and essential contexts of the judicial review of acts by the heads of the executive branch.
4. The authority of the Honorable Court to exercise judicial review of administrative acts, in its independent judicial discretion – which has been enshrined at the constitutional level since 1984 in the provisions of Section 15(c) of Basic Law: The Judiciary – is the central constitutional guarantee for the preservation of the State of Israel’s democratic regime. Moreover, at times, it even constitutes the public’s last line of defense in obtaining a remedy. This authority is Israel’s central guarantee for preservation of the principle of separation of powers, preservation of the rule of law and human rights, upholding the provisions of law, and granting equitable remedy in areas where the law is silent.

The authority of the court to grant an effective remedy to the public for breach of any of the duties set forth under administrative law is thus intended to protect the *sine qua non* basic principles of Israel’s legal system, and, accordingly, it constitutes a *sine qua non* guarantee for preserving the character of the State of Israel as a democratic state.

5. Section 15(c) of Basic Law: The Judiciary (together with the principle of binding precedent, which is set forth in Section 20(b) of the Basic Law) jointly constitute a central expression in our governmental system of the basic principle of separation of powers in a democratic state, and the existence of a legal regime of “checks and balances” among the three branches of government. The Amendment to the Basic Law is intended to significantly curtail the central governmental role of the Supreme Court in Israel’s democratic legal system. This is its declared purpose. And this is the source of its extremely severe impairment of the principle of separation of powers in Israel.
6. The importance of Section 15(c) in the context of Israel’s constitutional and governmental regime becomes even greater, considering the lack of other governmental guarantees that make it possible to protect the democratic nature of the State and to guard against the fear of arbitrariness in government.

7. As will be clarified below, Amendment No. 3 to Basic Law: The Judiciary, which restricts the Supreme Court's power to grant equitable relief, grievously impairs three different aspects of the principle of separation of powers, which, for its part, requires the existence of constitutional "checks and balances" mechanisms among the three branches of government. This principle is the *sine qua non* basis for the preservation of Israel's character as a democratic state, and, therefore, the impairment of each of such three aspects is severe, and it is accordingly clear that the cumulative impairment is extremely severe. These aspects are as follows:
- a. The prohibition that precludes the High Court of Justice from "**considering**" issues that pertain to the reasonableness of the exercise of administrative authority is a provision that deliberately creates a constitutional black hole in the principle of separation of powers, by preventing any possibility for the judiciary branch to examine whether the heads of the executive branch are, in fact, acting in accordance with the duty of reasonableness, which is imposed upon them by law.
 - b. The prohibition that precludes the High Court of Justice from **issuing an "order"** due to breach of the duty of reasonableness by the Government or any of its ministers, even in extreme cases in which the court comes to the conclusion that considerations of justice require it to do so, is also a provision that contradicts the principle of separation of powers and the constitutional role of the court in a democratic system that maintains "checks and balances" among the various branches.
 - c. The prohibitions against considering and issuing orders due to breach of the duty of reasonableness were determined with respect to decisions of the Government, the Prime Minister and the Government ministers, **who head the executive branch**, and who, through the use of coalitionary discipline, can *de facto* direct the decisions made by the legislative branch and in the constituent authority according to their own position. Hence, this is an additional severe impairment of the principle of separation of powers, and of the very delicate balance that exists among the three branches in Israel.
8. Moreover, the Amendment to the Basic Law creates a normative vacuum, because it interjects itself between the duty of reasonableness, which is incumbent upon the Government and its ministers, and the reasonableness standard, which allows the court to intervene in cases of breach of that duty. Under the Amendment, on the one hand, "there is a law" – that is, the duty of acting in a reasonable manner, which is incumbent, even now, upon the Government, the Prime Minister and the Government ministers, that still stands even after the Amendment. On the other hand, "there is no judge" who can ensure that the Government (and its members), the "executive branch" of the State pursuant to Section 1 of Basic Law: The Government, actually acts within the framework of the law that applies to it. This means that, in this context, **the echelon of the elected government will be released from a legal duty that is incumbent upon it, and will be "above the law"**.

As is known, Section 15(c) of Basic Law: The Judiciary empowers the Supreme Court, sitting as the High Court of Justice, to prevent situations of precisely this type, where "there is a law" but "there is no judge," because it empowers the Supreme Court to consider any matter that is not within the jurisdiction of another court. Hence, this is an essential "safety valve," which empowers the Honorable Court, in appropriate cases, to grant equitable relief according to its independent judicial discretion. Limiting this "safety valve" thus severely impairs the independence of the Honorable Court's judicial discretion, which is a central guarantee of Israel's regime, and which protects Israeli individuals and society against the possibility of tyranny and arbitrariness by the executive branch and the coalitionary majority in the Knesset.

9. Aside from the Amendment's grave impairment of the basic principle of Israeli democracy *per se*, manifested in the elimination of the High Court of Justice's power to grant equitable relief, the choice to deprive the court of its power particularly in the context of the reasonableness standard constitutes

part of a broad process, which will be described below, and is meant to remove legal restrictions imposed upon governmental power by eroding the mechanisms that exist in our legal system as guarantees for preserving the rule of law and civil rights.

The reasonableness standard, as developed in Supreme Court case law over the last decades, constitutes a foundation for preserving the rule of law, as it requires the Government and its members, in their decisions, to give appropriate weight to the democratic characteristics of the State of Israel and its related considerations, such as the rule of law, integrity, and good governance, and to prioritize them over other considerations, especially narrow political considerations. Thereby, the reasonableness standard serves to protect the independent discretion of senior civil service officials, especially the ones who serve as gatekeepers, by preventing improper appointments and dismissal proceedings; the reasonableness standard serves to protect the purity of elections by preventing the exercise of administrative authority in a manner that confers an unfair advantage upon those who hold administrative powers; and the reasonableness standard ensures that the Government and its members will act as fiduciaries of the entire public.

Hence, canceling the reasonableness standard *vis-à-vis* the Government and its ministers impairs the principle of separation of powers, precisely where this principle is of cardinal importance in preserving the rule of law and the democratic characteristics of the State of Israel. The Amendment's violation of the basic principles that underlie the democratic character of the State of Israel is grave and severe, due to the grave and severe disruption that it will cause to the basic structure of Israel's regime and to the guarantees of preserving it as a democratic regime centered on observing the rule of law.

10. In order to fully understand the effects of the Amendment, it is first necessary to distinguish between two terms: the duty of reasonableness and the reasonableness standard.

The duty of reasonableness is a basic component in the relationship between the executive branch, the individual and the public. According to this duty, the administrative authority is required to exercise the administrative power granted to it after weighing all of the relevant considerations and after drawing a proper balance among them; this is due to the need to act fairly, for the benefit of the public, while respecting civil rights.

11. **The reasonableness standard** is a standard of judicial review that has developed in Common Law throughout the world, and in Israeli law in particular, through court rulings. The reasonableness standard is what ensures the fulfillment of the duty of reasonableness, since without an effective judicial remedy for breach of the duty, that duty has no significant practical meaning. In Israeli case law over the last four decades, the reasonableness standard has served as **“a central and essential instrument of judicial review of the administration, and it is the focal point for protection of individuals and the public against the arbitrariness of the government”**.²
12. And now, with the slash of a sword, all of Israel's courts have been deprived of a major “working tool” for the review of the executive branch – a tool that has been developing in case law, gradually, one step at a time, since the establishment of Israel; a tool that has been used to examine the legality of administrative acts, to preserve the rule of law, to ensure good governance, to maintain the integrity and professionalism of public service, to protect human rights, the environment, public health and other important public interests against unlawful impairment by the executive branch and against the abuse of power by those in authority. The foregoing especially applies to the Government, the Prime Minister and the ministers, who hold most administrative power.

² H CJ 5853/07, **Emunah – The National Religious Women's Movement v. Prime Minister**, PDI 62(3) 445, Section 33 of the opinion by the Honorable Justice Procaccia (Judiciary website, December 6, 2007) (hereinafter: the “**Emunah Case**”). **All of the emphases in this document have been added, unless otherwise stated.**

13. As demonstrated below, the immediate significance of the Amendment is **a mortal blow to the guarantees existing in Israel's government system for restraining the power of the majority**. This means that the Government and its ministers, in practical terms, have been rendered immune to judicial review of the reasonableness of their discretion, even in cases involving a breach of the duty of reasonableness – however extreme, flagrant and severe that breach may be – and with respect to harmful and important decisions.

This is a provision enshrined in a basic law, which enables the Government and its ministers to act with extreme unreasonableness *vis-à-vis* the public and *vis-à-vis* individuals, to breach the duty of reasonableness and to exercise “absolute discretion”, with no effective entity in Israel's government system having the power to prevent such a grave outcome.

14. Pursuant to the Amendment, from this time forth, the gate of every court, including the gate of the High Court of Justice, will be locked before any person or group that has been harmed by the Government or any of its ministers who breaches the duty of reasonableness toward them, in any context whatsoever. Thus, the public loses an important means of complaining against administrative acts, and suffers harm to the practical possibility of obtaining a remedy, or even conducting a hearing on the issue of whether administrative power was actually exercised for the public benefit, with no arbitrariness.
15. On the practical and immediate level – the direct effect of the Amendment, in its sweeping and general language, is **to eliminate effective judicial review of many significant areas of activity of the executive branch, and to create “normative black holes”** that bear dramatic implications for the manner in which the Government and its ministers exercise their discretion, as will be set forth in greater detail below:

- **Cancellation of effective judicial review of senior appointments** – The reasonableness standard is the normative anchor on which case law has relied, in order to ensure that appointments to senior positions in the civil service are based on criteria of qualifications and suitability for the position, and not on motives of political affinity or irrelevant considerations. An additional role of the reasonableness standard in the case law pertains to aspects of integrity in appointments.
- Eliminating the reasonableness standard may cause **a breach of the boundaries with everything related to political appointments and cause appointments tainted by lack of integrity – and, as a direct result, may impair the proper functioning of public service and the public's trust in it.**
- Furthermore, without judicial review based on the reasonableness standard, a major limitation will be removed from the ability of the Government and its ministers to terminate the service of senior officials, to change the manner of their appointments and their job descriptions, or to reduce their powers. This could also apply to officials fulfilling the functions of gatekeepers. This, in turn, will lead to a **severe curtailment of the independence and ability of senior officials in the public service (including gatekeepers and holders of enforcement and regulation powers), to fulfill their functions as required.** The very potential to act in this manner may give rise to a chilling effect, which will detract from officials' and gatekeepers' professionalism and independence. Even if we were to assume that the courts, over the years, will succeed in developing additional standards of judicial review other than the reasonableness standard (and also those other standards will not be immune to cancellation in future legislation), which will address those issues, then this will require a protracted development process, which will proceed one step at a time, in accordance with specific cases to be brought before the courts.

And meanwhile, public service will change dramatically, and its independence, professionalism and dignity will be severely impaired. **There is a real fear that the damage caused thereby will be irreversible.**

- **Cancellation of the effective legal limitations imposed upon the Government and its members in times of elections** – The reasonableness standard is the basis for case law, and for the Attorney General directives derived from case law, regarding the duty of self-control and restraint that is incumbent upon the Government and its ministers in times of elections and up to the formation of a new government. Therefore, canceling the reasonableness standard may lead to the direct, or implicit, cancellation of that duty, and, at the very least, to the cancellation of the practical ability to enforce that duty. Parallel to the disruption of Government activity, the impropriety and the concern from decisions that will hobble the discretion of the new government established on the basis of the people’s choice in the elections, **this may even detract from the equality of elections, because the incumbent government and its members will be able to use their administrative powers, and the public resources at their disposal, in order to improve their position in the public eye, relative to non-incumbent candidates, and thereby gain an unfair advantage in the elections.** In this context as well, any damage caused to the quality of the electoral system may be irreversible.
- **Making it possible to ignore professional considerations in making decisions, cause arbitrary harm to significant public interests, and prefer narrow political considerations, while neutralizing effective judicial review** – The reasonableness standard, as interpreted in case law, calls for appropriate emphasis to be placed on each of the considerations relevant to the decision. In this context, considerations of environmental quality and public health, for example, constitute relevant and also essential considerations in many administrative decisions. The essentiality and necessity of the reasonableness standard in the administrative law are reinforced in such contexts, in the absence of any other distinct standard of judicial review, such as the proportionality standard, which pertains to the impairment of basic rights.

Canceling the reasonableness standard in the context of decisions where a professional opinion exists, while giving the Government or a minister the possibility of preferring political considerations, which are generally less important than the professional consideration, will give rise, in practical terms, to eliminating the duty of loyalty owed by the elected echelons to the entire public, and will enable decisions by the Government and its ministers to be biased in favor of narrow sectorial considerations.

- Impairment of the effectiveness of judicial review regarding **decisions that pertain to human rights**, because it will be possible to shove aside the consideration of protection of human rights and the exercise of those rights in making decisions, and the proportionality standard will not always be able to rectify this. This is because, in quite a number of cases in administrative contexts, the rights involved are not inherent rights (such as in decisions related to an entry of a foreign person into Israel), or the proportionality standard has not been sufficiently developed in the case law to provide a response to certain types of impairment.

16. The strength of the Amendment and the scope of the harm that it entails are reinforced by the fact that the elimination of the reasonableness standard expressly applies **to any and all decisions**. This means that the Amendment does not only refer to a narrow and “selected” layer of policy decisions, or decisions that distinctly involve a significant ethical decision, or that have a significant institutional characteristic regarding the shaping of the relationships among the branches of government. Rather, it will preclude judicial review with respect to the reasonableness of hundreds and thousands of decisions, the overwhelming majority of which are individual decisions, which rest under law with the Government and its members, and which are made on a daily basis – from the issuance of licenses and franchises to the holding of disciplinary hearings, from senior appointments to exemptions from

legal duties. Thus, the Amendment will *de facto* eliminate the duty of reasonableness in making such decisions. It should further be noted that the Government and its ministers will be able to expand even further the scope of immunity from judicial intervention, based on the reasonableness standard, that the Amendment confers, and also to apply the immunity to decisions that routinely rest with the professional echelons, by depriving the competent officials of their powers, canceling the delegation of authority, issuing administrative directives, or retroactively ratifying decisions.

The effects of the Amendment could be expanded even further in legislation amendments that confer upon the political echelons broad discretionary powers originally assigned to the professional echelons. One example of this is Amendment No. 37 to the Police Ordinance, which increases the influence of the Minister of National Security over the establishment of Israel Police policy in certain contexts; and there are additional bills as well.

17. Notwithstanding clear warnings and significant reservations expressed by many of the experts, jurists, economists, entities in Israel's public service and its professional organizations, entities in civil society, and others who presented their positions to the Constitution, Law and Jurisprudence Committee, **the sweeping language of the Amendment was enacted, several points of which became even more extreme during the Committee's deliberations relative to the original version.**

In the process, alternative proposals that were raised in an attempt to more precisely define the scope of the standard of judicial review, without "throwing out the baby with the bathwater," were abandoned. Moreover, no clarification was made in the Law as to which constitutional principle underlies the Amendment and, in the opinion of its promoters, justifies giving the Government and its ministers absolute "immunity" from judicial review regarding the reasonableness of all of their decisions, in any context and/or timing whatsoever.

18. After the enactment of the Amendment to the Basic Law in its extreme version – the present Petitions were filed, basically claiming that the Amendment to the Basic Law itself and the process of its enactment were tainted with various basic flaws, due to which it was claimed that the Amendment should be declared null and void and the time has now come for judicial review.
19. The question whether the court is authorized to perform judicial review of the content of Basic Laws is a complex and sensitive question – one of the most sensitive in Israel's legal system. This results, *inter alia*, from the unique structural characteristics of Israel's legal regime system. The process of establishing a Constitution in Israel has not yet been completed, and there is a lack of uniformity among the Basic Laws, regarding both their content and the stringent provisions that apply to their modification. Basic Law: Legislation has not yet been enacted, and there is no other chapter in the future Constitution that governs the manner of enactment of Basic Laws, their status, and the manner of review of their enactment; The weakness in Israel's currently prevailing parliamentary structure, in which the coalitionary majority controls both the executive branch and the Knesset, and the latter holds both constitutional and legislative powers, with no institutional or procedural distinction between the two. In view of all of these, the Honorable Court has not negated the possibility of its intervention in the enactment or amendment of Basic Laws. It has, however, been clarified that such intervention is extremely exceptional and will be reserved for extreme cases involving grave harm to the very existence of the State of Israel as a Jewish and democratic state.
20. Most unfortunately, the Amendment before us, given its circumstances, constitutes such an exceptional case.
21. **The Attorney General's position is that it is impossible, from both the conceptual and the practical standpoint, to reconcile the overarching content of the Amendment – which entails a derogation from the general powers of the High Court of Justice and negation of effective**

judicial review of extensive areas of activity of the Government and its ministers, primarily of decisions capable of thwarting the independency of gatekeepers and detracting from the integrity of elections, and the grave outcome of the Amendment, as will be set forth below – with the safeguarding of basic principles that lie at the core of Israel’s democratic identity: separation of powers, the rule of law, core human rights, and fair and egalitarian elections.

22. The foregoing applies to a greater extent under these circumstances, in which the sweeping and extreme wording of the Amendment to the Basic Law is closely linked to the broader picture of legislative moves referred to as the “judicial reform,” which also relate – in the initial stage – to changing the composition of Israel’s Judicial Selection Committee, curtailing the constitutional review of ordinary laws and entirely eliminating it with respect to Basic Laws, and the standing and opinions of the legal advisors.

The actual moves by the coalition and the declarations by its heads, including a detailed plan presented by the Minister of Justice in January 2023, indicate that we are in the midst of a broad process intended to make a fundamental regime change in Israel’s legal system. The common factor in its components is the removal of checks and balances from the executive branch, by eroding the ability of the judiciary branch to perform effective judicial review of the executive and legislative branches. In practical terms, in the first stage of the plan that was presented, the courts will be blocked, by various means, from reviewing the executive branch and from granting remedies to individuals and to the public. Added to that is the weakening of the gatekeepers who constitute a first line of defense for the rule of law and, in most cases, the only line of defense regarding the overwhelming majority of decisions by the executive branch that are not subject to judicial review. All this, with no presentation of alternative guarantees for the preservation of civil rights, the basic principles, or the rule of law.

From the beginning, the present Amendment was presented as part of the first stage of the broad process and the enactment of the Amendment is one component in the practical accomplishment of that process. The broad process also attests to the implications of the Amendment under review and the context in which the damage entailed in it should be interpreted and understood.

Incidentally thereto, the Amendment, including its irregular characteristics, and in the absence of an overall constitutional idea to underlie its sweeping language, reshapes the relationship between the branches of government, and reflects an approach which would limit the court precisely where it is fulfilling its constitutional role in reviewing the government. Hence, a gate has been opened to additional incursions into the realm of the judiciary branch, in a manner that may affect its ability to review administrative acts or to develop new tools for review.

In addition, the implications of eliminating the reasonableness standard with respect to appointments (which also includes the possibility of terminating appointments), as briefly mentioned above, entails profound implications for the nature of Israel’s entire public service, including the weakening of gatekeepers in the Government, the law enforcement entities and the professional systems, to the point of thwarting the effectiveness of their positions and transforming them into actual “fiduciary offices” appointed by the political echelon. There is a real and tangible fear that the Amendment will practically eliminate the characteristic of Israel’s public service as an apolitical State service, whose senior officials are fore and foremost committed to serve the public interest. In the post-Amendment world, the guarantees required for preserving the structure and democratic foundations of Israel’s regime have been weakened, and it will be much easier to promote additional measures that are likely to weaken them even further.

23. From the outset, the governmental structure in the State of Israel has been characterized by the near-total absence of built-in guarantees for protection of civil rights, the rule of law, good governance and integrity in the public service. Therefore, the courts, the public legal system and the professional

systems that owe a fiduciary duty to the public are the entities that fill that vacuum, and they are the central guarantees against the abuse of power by those in authority.

The sweeping Amendment to the Basic Law grievously impairs each of those guarantees. As a result, the Amendment is a clear example that shows that, notwithstanding their lofty status, the Basic Laws should not be rendered absolutely immune from judicial review, with respect to either the process of their enactment or their content; and that the Honorable Court plays an essential constitutional role in Israel's democracy – to prevent the abuse of the administrative power granted to the various branches, and to ensure the possibility that it will continue to fulfill its constitutional role in the future as well.

24. In recent years, the Honorable Court has heard cases involving two central doctrines pertaining to judicial review of the Basic Laws.
25. One is **the doctrine of the unconstitutional constitutional amendment**. This doctrine recognizes the fact that even the power to amend the Constitution – and, in the Israeli context, the power to enact (and to amend) Basic Laws – is not unlimited. In various countries, this limitation has been set forth in the Constitution itself; in others, the limitation has been recognized by the courts. In Israel, the significance of this limitation is that the constituent authority is precluded from making changes to the Basic Laws that result in negation of Israel's characteristic as a Jewish state or as a democratic state.

The underlying reason for this doctrine is that the sovereign – that is, the people – empowered the constituent authority to act exclusively within the framework of the basic principles of the legal system on which the State was established, and it does not have the power to cancel them or to significantly deviate from them. This doctrine has been discussed in several judgments, the most important of which is the **Hasson Case**,³ and the Honorable Court discussed the theoretical possibility of using it only in its narrowest sense – when it violates the core principles of the State's identity as a Jewish state and as a democratic state, and, in practical terms, amounts to legislation that transcends the boundaries of constituent authority. In practice, to this day, this doctrine has never been invoked.

26. The second is **the doctrine of abuse of constituent authority**. This doctrine is also based on the assumption that constituent authority, like any administrative authority, is not unlimited. However, in contrast to the previous doctrine, the doctrine of abuse of constituent authority does not focus on the question of whether the content of arrangements conflicts with basic principles. In the context of this doctrine, it has been determined that the role of the Honorable Court is to protect “the emerging Constitution” so as to prevent norms that, by their nature, are not constitutional norms from infiltrating Israel's constitutional fabric, in a way that might cause the erosion of, and disrespect for, the standing of the Basic Laws. Since in Israel, there is almost no institutional or procedural difference between the activity of the Knesset as a legislative authority and its activity as a constituent authority (from the standpoint of the players involved, the legislative process, the form of the deliberations, and more), it is to be feared that even a statute that is given the name “Basic Law” will not be determined in accordance with constitutional considerations that are based on a broad consensus and a long view, but, rather, according to political considerations that prevail in the legislative branch, and that are focused on issues decided between one election and another. This could especially be done in order to prevail over other provisions of Basic Laws and to render the new arrangement immune to constitutional review. In order to prevent this risk, the Honorable Court determined that judicial review should also be performed on Basic Laws, to examine whether what is called a “Basic Law” according to the narrow test of form is actually, in essence, a constitutional norm that can be woven into Israel's constitutional fabric. This doctrine has been spelled out and applied in the

³ HCJ 5555/18, **MK Akram Hasson v. The Knesset** (Judiciary website, July 8, 2021) (hereinafter: the “**Hasson Case**”).

judgments in the **Academic Law and Business Center Case**⁴ and in the **Shafir Case**,⁵ through the issuance of a “nullification warning.”

27. According to the Attorney General’s position, keeping in mind the criteria drafted in the **Hasson Case**, an examination of the wording of the Amendment to Basic Law: The Judiciary, both in itself and in light of the extensive process which the Amendment is part of, indicates that **this is an amendment that represents one of those extremely exceptional cases in which the legislation of a Basic Law deals a mortal blow to the democratic character of the State of Israel**. This results from the Amendment’s implications regarding the breach of boundaries and undermining of the democratic set of checks and balances between the executive branch and the judiciary branch. In fact, the Amendment trespasses into the realm of the judiciary branch and constitutes the removal of restraints that enables the use of unlimited administrative power, while impairing the court’s effective ability to fulfill its constitutional-regime role. In view of the foregoing, it is the position of the Attorney General that this Amendment, in its sweeping and general language, exceeds the boundaries of the constituent authority, calling for judicial intervention therein, by virtue of the doctrine of the unconstitutional constitutional amendment, in its narrow sense.

In addition to the foregoing, according to the Attorney General’s position, the Amendment also gives rise to weighty questions regarding its appropriateness within the constitutional fabric, in a way that also indicates abuse of constituent authority.

First, it seeks to regulate, through the legislation of a Basic Law, the non-invocation of a single standard of judicial review, when the standards of judicial review in Israel’s administrative law are not even governed by the Basic Laws, and only some of those standards are even reflected in legislation – and when, in fact, they are the product of case law.

Second, in the absence of an overall legislative arrangement that shapes the activities and duties of the authorities, including the duty of administrative reasonableness, and the manner of invocation of the standards of judicial review, including the reasonableness standard – **the main element is missing**. The Amendment is a deficient constitutional arrangement, which focuses on negating the power of the judiciary branch to perform judicial review by virtue of the reasonableness standard with respect to the activity of the elected governmental echelon alone, with no comprehensive alternative constitutional regulation, and, at the very least, no regulation to ensure that the Government and its ministers act reasonably. The sweeping, all-at-once cancellation of the reasonableness standard causes considerable disruption of the mechanisms of checks and balances regarding the activity and the judicial review of the executive branch. It collides head-on with the existing constitutional fabric and creates **islands of unclarity in significant issues for which the constituent authority has no response**. An amendment to a “Basic Law” that leaves black holes in subjects that are central and fundamental to the democratic regime, as described above, cannot, by its very nature, constitute a chapter of a future Constitution, and should not be viewed as the use of constituent authority for the purpose for which it was vested in the Knesset.

In addition to the foregoing, it should be stated that the manner in which the Amendment to the Basic Law is phrased and the level of detail of the constitutional text reinforce the conclusion that this Amendment cannot be integrated into the constitutional fabric of the Basic Laws.

Furthermore, there is a basis for the claim that the Amendment does not pass the **test of generality**, in the sense that it was made in a state of **institutional conflict of interest**, in accordance with the

⁴ HCJ 8260/16, **The Academic Law and Business Center v. The Knesset** (Judiciary website, September 6, 2017) (hereinafter: the “**Academic Center Case**”).

⁵ HCJ 5969/20, **Shafir v. The Knesset** (Judiciary website, May 23, 2021) (hereinafter: the “**Shafir Case**”).

tests outlined in the **Shafir Case** and the **Rotation Government Case**.⁶ This is because the Amendment to the Basic Law immediately strengthens the administrative power of the present coalitionary majority, while weakening the power of the judiciary branch to restrain that power. **In fact, the executive branch has harnessed its coalitionary power to promote the legislation of Basic Laws by which the court's ability to supervise the executive branch and ensure that it would not abuse its power was immediately limited.** In this context, the immediate applicability of the Amendment to the Basic Law increases the difficulty. In addition, the personal aspects of the Amendment to the Basic Law can also be learned from the legislative background and the language of the version that was eventually enacted, which give rise to a real concern that the Amendment was also intended to serve particular interests of the coalitionary majority – for example, making decisions with respect to specific appointments – whereby that majority sought to prevent the courts' examination of those appointments according to the reasonableness standard.

28. At the same time, and keeping in mind all of the foregoing, the court is required to examine whether there is any upholding interpretation that would obviate the need to provide a constitutional judiciary remedy – which, as stated, is extremely exceptional in nature.
29. According to the Attorney General's position, an attempt to carry out an interpretive process that overcomes the fundamental difficulties inherent to the Amendment **is not implementable**. This is because, in order to provide a response to those difficulties, it would be necessary to perform a *per se* complex interpretive process that is inconsistent with the explicit and broad language of the Amendment, as well as with its subjective purpose, to the point of actual re-legislation of the Amendment by the Honorable Court.
30. **In light of the foregoing, according to the Attorney General's position, there is no way to avoid the (extremely exceptional) determination that this is an amendment that deals a mortal blow to democratic basic principles, to the point of deviation from the boundaries of the constituent authority, which was discussed by the court in the Hasson Case (that is, a constitutional amendment that is unconstitutional in the narrow sense); and that it was legislated through abuse of constituent authority – and, therefore, since it cannot be given any upholding interpretation, it should be declared null and void.**
31. We will emphasize that this conclusion does not mean that the Knesset does not have the authority to issue provisions that will also pertain to standards of judicial review. This might be possible, for example, as part of a comprehensive arrangement, based on an overall idea, that provides democratic guarantees and does not undermine the set of checks and balances between the branches, does not impair the separation of powers, nor enable unrestrained use of administrative power. Hence, the Attorney General's position refers to Amendment No. 3 to Basic Law: The Judiciary, as enacted by the Knesset – in its sweeping and general language – and only that Amendment is now subject to review.
32. Before addressing the matter on the merits, we will clarify the following: In the Response to the Petitions and in the representation of the Respondents, the way of the Government and the Minister of Justice has parted from that of the Attorney General. Thus, at the request of the Minister of Justice, the Government is represented separately in these Petitions. In light of the vast differences between the Government's position and the Attorney General's position, already at an early stage, the Attorney General contacted the Minister of Justice on August 8, 2023, and proposed to the Minister that, with respect to the above-referenced Petitions, the Government would be able to obtain separate representation if it wishes to do so.

⁶ H CJ 2905/20, **The Movement for a Quality Government in Israel v. The Knesset** (Judiciary website, July 12, 2021) (hereinafter: the "**Rotation Government Case**").

33. In this context, it should be stated that the basic question before the court in the present Petitions is the question of the scope of judicial review of Basic Laws, both at the level of their legislative process and at the level of their content. According to what the Attorney General was told by the Minister of Justice, the Government of Israel's position is the categorical negation of the Honorable Court's authority to review Basic Laws, and, therefore, the Attorney General believed it would be appropriate for the Government to be represented separately, at least with respect to that substantial question. As the representation has been separated, the process of formulating the positions was carried out separately.

34. Our outline of arguments will be as follows:

Initially, we will discuss the significance of the reasonableness standard as a standard of judicial review, including the manner in which that standard has been developed as a standard of judicial review in the Honorable Court's case law.

We will outline the historical background for its development in Israeli law, the principal subjects regarding which judicial review has focused on the reasonableness standard and has been built up on that basis, and the review, in the case law and in the literature, of the manner of use of that standard.

We will subsequently provide details on the process of legislation, in the Knesset, of Amendment No. 3 to the Basic Law, which will be presented in context – as the first significant step in the promotion of what has been termed the “judicial reform.” The various claims that arise in the Petitions with respect to the Amendment, and the remedies sought, will also be briefly presented.

Thereafter, we will present the constitutional history and the basis for the existence and purpose of the constituent authority. Subsequently, we will examine the limits of the constituent authority and the authority of the Honorable Court for performing judicial review of that authority.

Later, we will present the doctrine of the unconstitutional constitutional amendment in the narrow sense, as formulated in the case law of the Honorable Court, and will explain why, according to the Attorney General's position, its implementation in the present case leads to the conclusion that the Amendment to the Basic Law will cause real and grave harm to the democratic character of the State and constitutes a deviation from the boundaries of the constituent authority. In so doing, we will comment on the **irreversible damage** to the democratic foundations that results from the Amendment to the Basic Law – the impairment of the judicial review, of the independence of the judiciary branch, and of its essential role in maintaining the separation of powers and upholding the fabric of checks and balances among them; the harm to the independence and professionalism of the gatekeepers and the heads of the professional systems, and, as a result, to the nature of Israel's public service as a professional and apolitical service. We will then explain the implications of the impairment of judicial review on important public interests and on the right of access to the courts. The absence of alternative supervisory mechanisms will also be explained.

We will also set forth the details of those “**normative black holes**” created by the elimination of the reasonableness standard– and especially the subject of appointments and terminations of appointments, which embodies harm to the independence, integrity and professionalism of the gatekeepers, regulators and officials; the duty of self-control and restraint incumbent upon the Government during times of elections, which is closely connected to the principle of equality in elections; the preservation of broad public interests and human rights; making decisions on the basis of professional considerations, etc.

Thereafter, we will present the **doctrine of abuse of constituent authority**, as shaped in recent years in the case law of the Honorable Court, and will explain why, according to the Attorney General's position, the Amendment to the Basic Law also gives rise to weighty questions regarding its

compliance with the tests set forth in the case law for examining the appropriateness of the Amendment to the constitutional fabric, and raises questions at the level of the “institutional conflict of interest” as part of the test of generality. We will also comment on the claims pertaining to the legislative process and their possible implications for the doctrine of abuse of constituent authority.

Only then we will examine the remedies sought in the Petitions. We will first examine whether it is possible, notwithstanding the difficulties set forth above, to refrain from extending an irregular constitutional remedy, by providing an upholding interpretation for the Amendment to the Basic Law. We will also examine additional alternative remedies – deferred applicability of the Amendment and partial nullification.

On the basis of this analysis, as will be set forth in extensive detail below, the conclusion reached by the Attorney General was finalized. That conclusion is that there is no other choice than for the court to declare the Amendment null and void.

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5658/23

בג"ץ 5659/23

בג"ץ 5660/23

בג"ץ 5661/23

בג"ץ 5662/23

בג"ץ 5663/23

בג"ץ 5711/23

בג"ץ 5769/23

קבוע: 12.9.23

1. התנועה למען איכות השלטון בישראל
באמצעות ב"כ עו"ד ד"ר אליעד שרגא ואח'
רח' יפו 208, ירושלים 9131303
טלפון: 02-5000073; פקס: 02-5000076

העותרת בבג"ץ 5658/23

2. טל אורון ו-43 אח'
באמצעות ב"כ עו"ד חגי קלעי ואח'
רח' מזא"ה 22א, תל אביב-יפו
טלפון: 03-9070770; פקס: 03-6439966

העותרים בבג"ץ 5659/23

3. המיזם הרב מגזרי למיגור עישון
באמצעות ב"כ עו"ד אפי מיכאלי
מיכאלי ושות', משרד עורכי דין
רח' הארבעה 28, תל אביב-יפו 6473925
טלפון: 03-6439911; פקס: 03-6439966

העותרת בבג"ץ 5660/23

4. התנועה הדמוקרטית האזרחית
5. דרכנו – יוצאים לפעולה
באמצעות ב"כ עו"ד גלעד ברנע ואח'
רח' קומפרט 11/21, תל אביב-יפו 669426
טלפון: 03-6135135; פקס: 03-6135135
ובאמצעות עו"ד גלעד שר ואח'
רח' ברקוביץ' 4, מגדל המוזיאון תל אביב-יפו 423806
טלפון: 03-6015000; פקס: 03-6015001

העותרות בבג"ץ 5661/23

6. עורך דין יהודה רסלר

7. עו"ד יוסי האזרחי

בעצמם

טלפון: 03-6959942

העותרים בבג"ץ 5662/23

8. לשכת עורכי הדין
9. עו"ד עמית בכר, ראש לשכת עורכי הדין בישראל
באמצעות ב"כ עו"ד נדב ויסמן ואח'
משרד מיתר עורכי דין
דרך אבא הלל סילבר 16, רמת גן 5250608
טלפון: 03-6103100; פקס: 03-610311

העותרים בבג"ץ 5663/23

10. תנועת אומ"ץ – התנועה למען מנהל תקין, צדק חברתי ומשפטי
באמצעות ב"כ עו"ד יצחק מינא ואח'
רח' הארבעה 28, תל אביב 6473925
טלפון: 076-5384613; פקס: 076-5100257

העותרת בבג"ץ 5711/23

11. אלוף (במיל') רוני נומה ואח'
באמצעות ב"כ עו"ד עודד סבוראי ואח'
בית גיבור ספורט, דרך מנחם בגין 7, רמת גן
טלפון: 03-9455551; פקס: 03-9455553

העותרים בבג"ץ 5769/23

- נ ג ד -

1. הכנסת
2. ועדת החוקה, חוק ומשפט
3. יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת
באמצעות היועצת המשפטית לכנסת
משכן הכנסת, קריית בן-גוריון ירושלים, 9195016
טלפון: 02-6408650; פקס: 03-6496801
4. היועצת המשפטית לממשלה
ע"י פרקליטות המדינה, מחלקת הבג"צים
משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים, 9711052
טלפון: 073-3925590; פקס: 02-6467011
5. ממשלת ישראל
6. ראש ממשלת ישראל
7. שר המשפטים
באמצעות ב"כ עו"ד אילן בומבך ואח'
רח' ויצמן 2, מגדל אמות השקעות, תל אביב-יפו 64239
טלפון: 03-6932090; פקס: 03-6932091

המשיבים

תשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה

1. בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, ולקראת מועד הדיון הקבוע בעתירות, מתכבדת היועצת המשפטית לממשלה להגיש את תשובתה לעתירות, כדלקמן.

"פגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד. [...] בחסימת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עמו."¹

2. ביום 24.7.23 אושר בכנסת תיקון חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (להלן: **התיקון לחוק היסוד** או **התיקון**). התיקון מבקש להתגבר על הוראות סעיף 15 לחוק היסוד, הקובע את כלל היסוד לפיו בית המשפט העליון מוסמך לתת סעד מן הצדק, וכן צווים נגד רשויות המדינה. זאת, באמצעות הוספת סעיף אשר אוסר על מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לדון בעניין סבירות החלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר, או ליתן צו בעניין כאמור. עוד מבהיר התיקון, כי האיסור האמור יחול ביחס לכל החלטה של הממשלה, ראש הממשלה או שר אחר, לרבות מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות.

וזו לשון סעיף 15(ד):

"על אף האמור בחוק יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לא ידון בעניין סבירות החלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר, ולא ייתן צו בעניין כאמור; בסעיף זה, "החלטה" – כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

3. לראשונה בתולדות מדינת ישראל, נשללת סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לדון ולהשיט סעד במקרים שבהם הוא רואה לנכון, בהתאם לשיקול דעתו השיפוטי העצמאי; וזאת דווקא בהקשר רגיש וחיוני עד מאין כמותו של הביקורת השיפוטית על פעולותיהם של העומדים בראש הרשות המבצעת.

4. סמכות בית המשפט הנכבד להעביר ביקורת שיפוטית על מעשי המינהל לפי שיקול דעתו השיפוטי העצמאי, שעיוגונה ברמה החוקתית מצוי מאז שנת 1984 בהוראת סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, היא הערובה החוקתית המרכזית לשמירת משטרה הדמוקרטית של מדינת ישראל, ולעתים היא מהווה אף קו ההגנה האחרון של הציבור לקבלת סעד. סמכות זו היא הערובה המרכזית בישראל לשמירה על עקרון הפרדת הרשויות, לשמירה על שלטון החוק וזכויות האדם, לקיום הוראות הדין, כמו גם למתן סעד למען הצדק במקום שבו הדין שותק.

¹ דברי כב' השופט (כתוארו אז) חשין, בע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, נא(3) 577, 629 (1997) (להלן: עניין ארפל).

סמכותו של בית המשפט ליתן סעד אפקטיבי לציבור בגין הפרה של חובה מחובות המשפט המינהלי נועדה, אם כן, להגן על עקרונות היסוד בלעדיהם-אין של שיטת המשפט בישראל, ובהתאם לכך היא מהווה ערובה בלעדיה-אין להבטחת שמירת אופיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

5. סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה (ביחד עם עקרון התקדים המחייב, הקבוע בסעיף 20(ב) לחוק היסוד), מהווים יחדיו ביטוי מרכזי בשיטת המשטר שלנו לעקרון הבסיסי של הפרדת רשויות במדינה דמוקרטית, ולקיום מערכת משטרית של "איזונים ובלמים" בין שלוש רשויות השלטון. תיקון חוק היסוד נועד לסייג באופן משמעותי את התפקיד המשטרי המרכזי של בית המשפט העליון בשיטת המשפט הדמוקרטית בישראל. זו תכליתו המוצהרת. בכך גם טמונה פגיעתו הקשה ביותר בעקרון הפרדת הרשויות בישראל.

6. חשיבותו של סעיף 15(ג) במארג החוקתי והמשטרי מתעצמת עוד יותר בשים לב לחוסר בערובות משטריות אחרות, שמאפשרות להגן על אופיה הדמוקרטי של המדינה ומפני החשש משרירות השלטון.

7. כפי שיובהר להלן, תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, המגביל את סמכותו של בית המשפט העליון לתת סעד למען הצדק, פוגע בצורה קשה בשלושה היבטים שונים של עקרון הפרדת הרשויות, אשר מחייב מצידו קיומם של מנגנוני "איזונים ובלמים" חוקתיים בין שלוש רשויות השלטון. עקרון זה הוא בסיס בלעדיו-אין לשמירת אופיה של ישראל כמדינה דמוקרטית, ועל כן הפגיעה בכל אחד משלושת ההיבטים האמורים היא קשה, ומכאן ברור כי הפגיעה המצטברת היא קשה ביותר. היבטים אלה הם כדלקמן:

א. האיסור על בית המשפט הגבוה לצדק "לדון" בסוגיות הנוגעות לסבירות הפעלת הסמכות השלטונית, מהווה הוראה אשר יוצרת במכוון חור שחור קונסטיטוציוני בעקרון הפרדת הרשויות, בכך שהיא מונעת את עצם האפשרות של הרשות השופטת לבחון האם העומדים בראש הרשות המבצעת אכן פועלים בהתאם לחובת הסבירות המוטלת עליהם בדין.

ב. האיסור על בית המשפט הגבוה לצדק לתת "צו" בשל הפרת חובת הסבירות על-ידי הממשלה או מי משריה, אף במקרי קיצון בהם בית המשפט יגיע למסקנה כי שיקולי צדק מחייבים אותו לעשות כן, אף היא הוראה הנוגדת את עקרון הפרדת הרשויות ואת תפקידו החוקתי של בית המשפט במערכת דמוקרטית המקיימת "איזונים ובלמים" בין הרשויות השונות.

ג. האיסורים לדון וליתן צווים בשל הפרת חובת הסבירות, נקבעה ביחס להחלטות של הממשלה, ראש הממשלה ושרי הממשלה, העומדים בראש הרשות המבצעת, ואשר באמצעות המשמעת הקואליציונית גם יכולים בפועל לכוון לפי עמדתם את ההחלטות

המתקבלות ברשות המחוקקת והמכוננת. מדובר אפוא בפגיעה חמורה נוספת בעקרון הפרדת הרשויות, ובאיזון העדין עד מאד הקיים בין שלוש הרשויות בישראל.

8. זאת ועוד, התיקון לחוק היסוד יוצר חלל נורמטיבי מאחר שהוא נכנס בתווך בין חובת הסבירות המוטלת על הממשלה ועל שריה, לבין עילת הסבירות, המאפשרת לבית המשפט להתערב במקרים של הפרת החובה האמורה: במסגרתו של התיקון, מצד אחד, "קיים דין", קרי, החובה לפעול בסבירות המוטלת גם כיום על הממשלה, ראש הממשלה, ושרי הממשלה – עומדת בעינה גם לאחר התיקון, ומצד שני, "אין דין" שיוכל לוודא כי הממשלה (והחברים בה), היא "הרשות המבצעת" של המדינה, לפי סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, אכן פועלת במסגרת הדין החל עליה. משמעות הדברים היא כי בהקשר זה **הדרג הממשלתי הנבחר יהיה משוחרר מחובה משפטית המוטלת עליו, ויהיה "מעל החוק"**.

כידוע, סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה מסמיך את בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק למנוע בדיוק מצבים מעין אלה של "יש דין" אך "אין דין", שכן הוא מסמיכו לדון בכל עניין שאינו מצוי בסמכותו של בית משפט אחר. מדובר אפוא ב"שסתום" חיוני שמסמיך את בית המשפט הנכבד לתת במקרים המתאימים סעד למען הצדק, בהתאם לשיקול דעתו השיפוטי העצמאי. הגבלתו של "שסתום" זה מהווה אפוא פגיעה חמורה בעצמאות שיקול דעתו השיפוטי של בית המשפט הנכבד, שהוא ערוכה משטרית מרכזית המגנה על הפרט ועל החברה בישראל מפני אפשרות של עריצות ושרירות מצידם הרשות המבצעת והרוב הקואליציוני בכנסת.

9. מעבר לפגיעתו הקשה של התיקון בעיקרון היסוד של הדמוקרטיה הישראלית כשלעצמו, אשר מתבטאת בשלילת סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק להושיט סעד למען הצדק, הבחירה לשלול את סמכות בית המשפט דווקא בהקשר של עילת הסבירות, מהווה חלק ממהלך רחב, אשר יתואר בהמשך, אשר מיועד להסרת מגבלות חוקיות המוטלות על כוחו של השלטון, באמצעות ניוון המנגנונים הקיימים בשיטתנו המשפטית המהווים ערובות לשמירה על שלטון החוק ועל זכויות הפרט.

עילת הסבירות, כפי שהתפתחה בפסיקת בית המשפט העליון בעשרות השנים האחרונות, מהווה אבן יסוד לשמירת שלטון החוק בהיותה מחייבת את הממשלה וחבריה לתת בהחלטותיהם את המשקל הראוי למאפיינים הדמוקרטיים של מדינת ישראל ולשיקולים הקשורים בכך, כדוגמת שלטון החוק, טוהר המידות, והמינהל התקין, ולהעדיפם על פני שיקולים אחרים, ובפרט שיקולים פוליטיים צרים. בכך, משמשת עילת הסבירות להגנה על עצמאות שיקול הדעת של בעלי התפקידים הבכירים בשירות המדינה, בפרט אלו הממלאים תפקידים של שומרי סף, על-ידי כך שהיא מונעת מינויים והליכי הדחה בלתי תקינים; עילת הסבירות משמשת להגנה על טוהר הליך הבחירות, בכך שהיא מונעת הפעלת סמכויות שלטוניות באופן המקנה יתרון בלתי הוגן למי שמחזיק בכוח השלטוני; ועילת הסבירות מבטיחה כי הממשלה וחבריה יפעלו כנאמני הציבור כולו.

ביטולה של עילת הסבירות ביחס לממשלה ושריה פוגע, אפוא, בעקרון "הפרדת הרשויות", בנקודה שבה קיימת חשיבות קרדינלית לעיקרון זה לשם שמירה על שלטון החוק ועל המאפיינים הדמוקרטיים של מדינת ישראל. פגיעתו של התיקון בעקרונות יסוד העומדים בבסיס היותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית היא קשה וחמורה בשל השיבוש הקשה והחמור שהוא יגרום במבנה הבסיסי של המשטר הישראלי ובערובות לשמירתו כמשטר דמוקרטי שבליבו השמירה על שלטון החוק.

10. כדי לעמוד על השפעתו של התיקון יש להבחין ראשית בין שני מונחים: חובת הסבירות ועילת הסבירות.

חובת הסבירות היא נדבך יסודי במערכת היחסים שבין הרשות המבצעת לבין הפרט והציבור. החובה קובעת, כי הרשות המינהלית חייבת להפעיל את הכוח השלטוני שנמסר בידה לאחר שנשקלו כל השיקולים הרלוונטיים הצריכים לעניין, ולאחר שנערך ביניהם איזון ראוי; זאת, בשל הצורך לפעול בהגינות, לטובת הציבור, תוך כיבוד זכויות הפרט.

11. **עילת הסבירות** היא עילת ביקורת שיפוטית שהתפתחה במשפט המקובל בעולם, ובמשפט הישראלי בפרט, באמצעות פסיקת בתי המשפט. עילת הסבירות היא זו שמבטיחה את קיומה של חובת הסבירות, שהרי בהעדר סעד שיפוטי אפקטיבי בגין הפרתה של החובה – אין לחובה משמעות מעשית משמעותית. בפסיקה הישראלית בארבעת העשורים האחרונים שימשה עילת הסבירות "**מכשיר מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המנהל, והיא ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון**".²

12. והנה, באיבחת חרב, ניטל מכלל מערך בתי המשפט "כלי עבודה" מרכזי לביקורת על הרשות המבצעת – כלי שאותו פיתחה הפסיקה עקב-בצד-אגודל מאז קום המדינה; כלי אשר שימש לבחינת חוקיותם של מעשי מינהל, לשמירה על שלטון החוק, להבטחת המינהל התקין, לשמירה על טוהר המידות של השירות הציבורי ומקצועיותו, להגנה על זכויות האדם, על איכות הסביבה, על בריאות הציבור ועל אינטרסים ציבוריים חשובים אחרים – מפני פגיעה שלא כדין בידי הרשות המבצעת ומפני ניצול לרעה של כוח השררה. וזאת, בפרט ביחס לממשלה, ראש הממשלה והשרים אשר מחזיקים בידם את הכוח השלטוני הרב ביותר.

13. כפי שנראה להלן, המשמעות המיידית של התיקון היא **פגיעה אנושה בערובות הקיימות בשיטת המשטר בישראל לריסון כוחו של הרוב**. משמעותו היא כי לממשלה ולשריה ניתנה בפועל חסינות מפני ביקורת שיפוטית על סבירות שיקול דעתם גם במקרים של הפרת חובת הסבירות, ותהיה זו אפילו הפרה קיצונית, בוטה וחריפה וביחס להחלטות פוגעניות וחשובות.

² בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, פס' 33 לחוות הדעת של כבי השופטת פרוקציה (ארי"ש 6.12.2007) (להלן: עניין אמונה). כל ההדגשות במסמך זה הוספו, אלא אם צוין אחרת.

מדובר בהוראה המעוגנת בחוק יסוד המאפשרת לממשלה ולשריה לפעול בחוסר סבירות קיצוני כלפי הציבור וכלפי הפרט, להפר את חובת הסבירות ולהפעיל "שיקול דעת מוחלט", מבלי שיהיה גורם אפקטיבי במערכת השלטון בישראל שיהיה בכוחו למנוע תוצאה קשה זז.

14. בעקבות התיקון, מעתה, השער של כל ערכאה שיפוטית, לרבות שערו של בית המשפט הגבוה לצדק, יהיה נעול בפני כל אדם או קבוצה, שנפגעו מכך שהממשלה או מי משריה הפרו כלפיהם את חובת הסבירות, בכל הקשר שהוא. בכך איבד הציבור אמצעי חשוב להליך על מעשי השלטון, ונפגעה אפשרותו המעשית לקבל סעד, או אפילו לקיים דיון ביחס לשאלה אם הכוח השלטוני אכן הופעל לטובת הציבור, בלא שרירות.

15. במישור המעשי ובאופן מיידי – הפועל היוצא של התיקון, באופן הגורף והכוללני שבו נוסח, הוא **ביטול הביקורת השיפוטית האפקטיבית על תחומים רבים ומשמעותיים של פעולת הרשות המבצעת, ויצירת "חורים שחורים נורמטיביים"**, שנושאים השלכות דרמטיות על אופן הפעלת שיקול הדעת של הממשלה ושריה, כפי שיפורט להלן ויורחב בהמשך:

- **ביטול הביקורת השיפוטית האפקטיבית על תחום המינויים הבכירים** – עילת הסבירות היא העוגן הנורמטיבי שעליו התבססה הפסיקה, כדי לוודא שמינויים לתפקידים בכירים בשירות המדינה ייעשו על בסיס אמות מידה של כישורים והתאמה לתפקיד, ולא ממניעים של זיקה פוליטית או שיקולים בלתי-ענייניים. תפקיד נוסף של עילת הסבירות בפסיקה הוא בהיבטי טוהר המידות במינויים.

- **ביטול עילת הסבירות עלול להביא לפריצת גבולות בכל הנוגע למינויים פוליטיים ולמינויים הלוקים בהיבטי טוהר המידות – וכפועל יוצא לפגיעה בתפקוד התקין של השירות הציבורי ובאמון הציבור בו.**

- מעבר לכך, בהעדר ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות, תוסר מגבלה מרכזית על יכולתם של הממשלה ושריה לסיים את כהונתם של בעלי תפקידים בכירים, לשנות את דרכי מינויים ואת הגדרת תפקידם או לצמצם את סמכויותיהם. זאת, גם כאשר מדובר בבעלי תפקידים הממלאים פונקציות של שמירת סף. הדבר יוביל בתורו לפגיעה קשה בעצמאותם וביכולתם של בעלי תפקידים בכירים בשירות הציבורי (לרבות שומרי סף ובעלי סמכויות אכיפה ואסדרה) לבצע את תפקידם כנדרש. עצם הפוטנציאל לנהוג באופן האמור עלול לגרום אפקט מצנן, שיפגע במקצועיות ובעצמאות של בעלי התפקידים ושומרי הסף. גם אם נניח כי בתי המשפט ישכילו לפתח במרוצת הזמן עילות ביקורת שיפוטיות אחרות, שאינן עילת הסבירות (ושאף הן לא תהינה חסינות מביטולן בחקיקה עתידית), שייתנו מענה לסוגיות אלה, הרי שמדובר בתהליך התפתחות ממושך, המתרחש עקב בצד אגודל, בהתאם למקרים קונקרטיים אשר יגיעו לפתחו של בית המשפט.

בינתיים – ישנה השירות הציבורי את פניו, תוך פגיעה קשה בעצמאותו, במקצועיותו ובממלכתיותו. **קיים חשש ממשי שהנזק שייגרם מכך יהיה בלתי הפיך.**

- **ביטול המגבלות המשפטיות האפקטיביות המוטלות על הממשלה וחבריה בתקופת בחירות –** עילת הסבירות היא הבסיס לפסיקה ולהנחיות הייעוץ המשפטי הנגזרות ממנה בעניין חובת האיפוק והריסון המוטלת על הממשלה ושריה בתקופת בחירות ועד להרכבת ממשלה חדשה. על כן, ביטול עילת הסבירות עלול להביא לביטול ישיר, או משתמע, של חובה זו ולכל הפחות לביטול היכולת לאכוף חובה זו למעשה. לצד השיבוש בפעילות הממשלתית, חוסר התקינות והחשש מפני החלטות שיכבלו את שיקול הדעת של הממשלה החדשה שקמה על בסיס הכרעת העם בבחירות, **הדבר אף עלול לפגוע בשוויון בבחירות, שכן הממשלה המכהנת וחבריה יוכלו להשתמש בסמכויותיהם השלטוניות ובמשאבי הציבור העומדים לרשותם כדי להיטיב את מצבם בעיני הציבור לעומת מועמדים שאינם מכהנים וכך לזכות ביתרון לא הוגן בבחירות.** גם בהקשר זה, כל נזק שייגרם לשוויוניות של מערכת הבחירות עלול להיות בלתי הפיך.

- **מתן "אור ירוק" להתעלמות משיקולים מקצועיים בקבלת החלטות ולפגיעה שרירותית באינטרסים ציבוריים משמעותיים, והעדפת שיקולים פוליטיים-צרים, תוך ניטרול הביקורת השיפוטית האפקטיבית –** עילת הסבירות, כפי שפורשה בפסיקה, מחייבת מתן משקל ראוי לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים להחלטה. בהקשר זה, שיקולים של הגנת הסביבה ובריאות הציבור למשל, מהווים שיקולים רלוונטיים ואף חיוניים בהחלטות מינהליות רבות. חיוניותה ונחיצותה של עילת הסבירות במשפט המינהלי מתחדדות בהקשרים אלה, בהיעדר עילת ביקורת שיפוטית מובהקת אחרת כדוגמת עילת המידתיות שנוגעת לפגיעה בזכויות יסוד.

ביטול עילת הסבירות בהקשר של החלטות שלגביהן קיימת עמדה מקצועית, תוך מתן אפשרות לממשלה או לשר לתת בכורה לשיקולים פוליטיים שמשקלם הוא לרוב נמוך לעומת השיקול המקצועי, תביא לביטול מעשי של חובת הנאמנות של הדרג הנבחר לציבור כולו ותאפשר הטיה של החלטות הממשלה והשרים לטובת שיקולים סקטוריאליים-צרים.

- פגיעה באפקטיביות הביקורת השיפוטית ביחס **להחלטות הנוגעות לזכויות האדם,** וזאת שכן ניתן יהיה לדחוק לקרן זווית את שיקול ההגנה על זכויות האדם ומימושן בקבלת החלטות, ולא תמיד יימצא לכך מזור בעילת המידתיות. הטעם לכך הוא שבמקרים לא מועטים בהקשר המינהלי, לא מדובר בזכויות מוקנות (כגון בהחלטות הקשורות לכניסתו של אדם זר לישראל), או שעילת המידתיות לא פותחה דיה בפסיקה כדי לתת מענה לסוגי פגיעות מסוימות.

16. היקף פגיעתו ועוצמתו של התיקון מתחזקים, בשים לב לכך שביטול עילת הסבירות חל במפורש ביחס לכל החלטה באשר היא. משמעות הדברים היא כי התיקון אינו מתייחס רק לשכבה "מובחרת" ומצומצמת של החלטות מדיניות, או החלטות שמערבות באופן מובהק הכרעה ערכית משמעותית, או שהן בעלות מאפיין מוסדי בעל משמעות בקשר לעיצוב היחסים שבין רשויות השלטון. אלא, הוא ימנע ביקורת שיפוטית ביחס לסבירותן של מאות ואלפי החלטות, רובן המכריע החלטות פרטניות, הנתונות לפי דין לממשלה ולחבריה, אשר מתקבלות מדי יום – החל ממתן רישיונות וזיכיונות ועד העמדה לדין משמעת, ממינויים בכירים ועד הענקת פטורים מחובות שבדין. בכך, התיקון יבטל דה-פקטו את חובת הסבירות בקבלתן של החלטות אלה. לכך יש להוסיף, כי הממשלה והשרים יכולים להרחיב עוד את היקף החסינות מפני התערבות שיפוטית בעילת הסבירות המוקנית מכוח התיקון ולהחיל אותה אף ביחס להחלטות הנתונות בשגרה בידי הדרג המקצועי, בדרך של נטילת סמכויות מהפקידים המוסמכים, ביטול אצילה, קביעת הנחיות מינהליות או אישורו בדיעבד של החלטות.

השפעתו של התיקון עשויה להתרחב אף מעבר לכך, באמצעות תיקוני חקיקה שמקנים לדרג הפוליטי סמכויות רחבות שבשיקול דעת אשר מלכתחילה היו מסורות לדרג המקצועי. כך למשל, תיקון מס' 37 לפקודת המשטרה אשר מגביר את השפעתו של השר לביטחון לאומי על קביעת מדיניות המשטרה בהקשרים מסוימים, כמו הצעות חוק נוספות.

17. על אף אזהרות ברורות והסתייגויות משמעותיות מצד רבים מבין המומחים, המשפטנים, הכלכלנים, גורמי השירות הציבורי וארגוני המקצועיים, גורמי חברה האזרחית ואחרים שהביאו את עמדתם בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט, נחקק התיקון בגרסתו הגורפת, שאף **החריפה בכמה נקודות במהלך דיוני הוועדה ביחס לנוסח המקורי.**

זאת, תוך זניחת הצעות חלופיות שעלו, אשר ביקשו לדייק את היקף עילת הביקורת השיפוטית מבלי "לשפוך את התינוק עם המים"; וזאת בלי שהובהר בחוק מהו העיקרון החוקתי שניצב ביסוד התיקון ומצדיק, בעיני מקדמיו, מתן "חסינות" מוחלטת לממשלה ולשריה מפני ביקורת שיפוטית בעניין סבירות כל החלטותיהם, בכל הקשר שהוא, בכל עיתוי שהוא.

18. משנחקק התיקון לחוק היסוד בנוסחו הקיצוני – הוגשו העתירות דנו, אשר במוקד להן טענות לפגמים יסודיים שונים שנפלו בתיקון לחוק היסוד עצמו ובהליך חקיקתו, אשר בגינם נטען כי יש להורות על בטלותו, ועתה הגיעה עת הביקורת השיפוטית.

19. שאלת סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי יסוד היא שאלה מורכבת ורגישה. בין הרגישות ביותר הקיימות במערכת המשפט. זאת, בין היתר, לאור המאפיינים הייחודיים של המבנה המשטרי החוקתי בישראל: הליך כינון החוקה בישראל טרם הושלם וקיים חוסר אחידות בין חוקי היסוד בתוכן ובהוראות הנוקשות החלות על שינויים; טרם נחקק חוק-יסוד: חקיקה, או פרק אחר בחוקה העתידית, אשר

מסדיר את אופן חקיקתם של חוקי היסוד, מעמדם ודרכי הביקורת על חקיקתם; חולשת המבנה הפרלמנטרי הנוהג, אשר בו לרוב הקואליציוני שליטה הן ברשות המבצעת והן בכנסת, אשר לה עצמה מסורה הן הסמכות המכוננת והן הסמכות המחוקקת, ללא הבחנה מוסדית והליכית בין השתיים. על רקע מכלול זה, בית המשפט הנכבד לא שלל את אפשרות התערבותו בחקיקת חוקי יסוד או בתיקונם, אך הוזהר כי התערבות מעין זו היא חריגה ביותר ותישמר למקרי קצה של פגיעה קשה בעצם קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

20. למרבה הצער, התיקון שלפנינו, בנסיבותיו, הוא מקרה חריג שכזה.

21. עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא, כי לא ניתן ליישב הן מבחינה מושגית, הן מבחינה מעשית, בין תוכנו הגורף של התיקון, שמשמעותו גריעה מסמכותו הכללית של בית המשפט הגבוה לצדק ושליטת הביקורת השיפוטית האפקטיבית על תחומים נרחבים של פעילות הממשלה ושריה, בראשם על החלטות שיש בהן כדי לסכל את עצמאות פעולתם שומרי הסף ולפגוע בטוהר הבחירות, ותוצאותיו הקשות של התיקון כפי שיפורטו להלן, לבין שמירה על עקרונות בסיסיים המצויים בליבת זהותה הדמוקרטית של המדינה – הפרדת רשויות; שלטון החוק; גרעין זכויות האדם; ובחירות הוגנות ושוויוניות.

22. הדברים נאמרים ביתר שאת, בנסיבות שבהן הנוסח הגורף והקיצוני של התיקון לחוק היסוד קשור בקשר הדוק לתמונה רחבה יותר של מהלכי החקיקה המכונים "הרפורמה המשפטית", הנוגעים – בשלב הראשון – גם לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, לצמצום הביקורת החוקתית על חוקים רגילים ושליטתה כליל ביחס לחוקי יסוד, ולמעמד היועצים המשפטיים וחוות דעתם.

מהלכי הקואליציה בפועל והצהרות ראשיה, לרבות תכנית מפורטת שהציג שר המשפטים בחודש ינואר 2023, מלמדים, כי אנו מצויים בעיצומו של מהלך רחב שנועד להביא לשינוי משטרי יסודי בשיטתנו המשפטית. המשותף למרכיביו הוא הסרת בלמים ואיזונים מעל כוחו של השלטון, באמצעות ניוון יכולתה של הרשות השופטת לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הרשות המבצעת והמחוקקת. הלכה למעשה, במסגרת שלב א' של התכנית שהוצגה, ייחסם בית המשפט, באמצעים שונים, מלבקר את השלטון ומלהעניק סעד לפרט ולציבור. לכך מצטרפת החלשה של שומרי הסף המהווים קו הגנה ראשון לשלטון החוק ולרוב גם קו ההגנה היחיד ביחס לרוב המכריע של החלטות הרשות המבצעת שאינן מגיעות לביקורת שיפוטית. כל זאת, ללא הצגת ערובות חלופיות לשמירה על זכויות הפרט, עקרונות היסוד ושלטון החוק.

מלכתחילה הוצג התיקון הנוכחי כחלק מהשלב הראשון של המהלך הרחב, וחקיקת התיקון היא נדבך במימושו בפועל. המהלך הרחב מעיד גם הוא על המשמעויות של התיקון העומד לבחינה, ועל ההקשר שבו יש לפרש ולהבין את הנזקים הגלומים בו.

אגב כך, התיקון, על מאפייניו החריגים, ובהיעדר רעיון חוקתי מסדר העומד ביסוד הנוסח הגורף שלו, מעצב מחדש את מערכת היחסים שבין הרשויות; ומגלם תפיסה שלפיה דווקא מקום שבו בית המשפט מבצע את תפקידו החוקתי ומבקר את השלטון – הוא יוגבל. בכך, נפתח אפוא פתח להשגות גבול נוספות של הרשות השופטת, באופן שעלול להשפיע על יכולתה לבקר מעשי מינהל או לפתח כלי ביקורת חדשים.

כמו כן, השלכות ביטול עילת הסבירות על תחום המינויים (הכולל גם את אפשרות סיום הכהונה), כפי שכבר הוזכר בתמצית, טומן בחובו השלכות עמוקות על אופיו של השירות הציבורי כולו, ובכלל זאת החלשתם של שומרי הסף בממשלה, גורמי אכיפת החוק והמערכות המקצועיות, עד כדי סיכול אפקטיביות תפקידם והפיכתם למשרות אמון של ממש לדרג הפוליטי. קיים חשש ממשי ומוחשי כי התיקון יבטל באופן מעשי את אופיו של השירות הציבורי כשירות ממלכתי וא-פוליטי, שבעלי התפקידים הבכירים בו מחויבים בראש ובראשונה לאינטרס הציבורי. בעולם שאחרי התיקון, נחלשו הערובות הנדרשות לשמירה על המבנה המשטרי בישראל ועל יסודותיו הדמוקרטיים, ויקל מאוד על קידום צעדים נוספים, כאלה שעלולים להחלישן אף עוד.

23. מלכתחילה, במדינת ישראל, המבנה המשטרי כמעט ונעדר ערובות מובנות להגנה על זכויות הפרט, שלטון החוק, המינהל התקין וטוהר המידות בשירות הציבורי. אשר על כן, בתי המשפט, מערכת המשפט הציבורי והמערכות המקצועיות החבות חובת אמונים כלפי הציבור, הם אשר ממלאים את החלל והם הערובות המרכזיות מפני ניצול לרעה של כוח השררה.

התיקון הגורף לחוק היסוד פוגע פגיעה קשה בכל אחת מערובות אלה. משכך, התיקון הוא דוגמה מובהקת לכך שחרף מעמדם הרם, אין מקום ליתן לחוקי היסוד חסינות מוחלטת מפני ביקורת שיפוטית, לא בקשר להליך חקיקתם ולא בקשר לתוכנם; וכי לבית המשפט הנכבד תפקיד חוקתי חיוני בדמוקרטיה הישראלית – למנוע שימוש לרעה בכוח השלטוני הנתון לרשויות השונות, ולהבטיח את אפשרותו להוסיף ולמלא את תפקידו החוקתי גם בעתיד.

24. בשנים האחרונות דן בית המשפט הנכבד בשתי דוקטרינות מרכזיות בעניין הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד.

25. האחת, היא **דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי**. דוקטרינה זו מכירה בכך שגם הסמכות לתקן את החוקה - ובהקשר הישראלי הסמכות לחוקק חוקי יסוד (ולתקנם) - אינה בלתי מוגבלת. במדינות שונות בעולם הגבלה זו נקבעה בחוקה גופה, ובאחרות הוכרה ההגבלה בידי בתי המשפט. בישראל משמעות ההגבלה היא שהרשות המכוננת מנועה מלבצע שינויים בחוקי היסוד, שתוצאתם שלילת אופייה של ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית.

הטעם שביסוד הדוקטרינה הוא שהריבון, הוא העם, הסמיך את הרשות המכוננת לפעול אך ורק במסגרת עקרונות היסוד של השיטה המשפטית עליה קמה המדינה, והיא אינה מוסמכת לבטלם או לסטות מהם באופן מהותי. דוקטרינה זו נידונה במספר פסקי דין, המרכזי שבהם הוא עניין **חסון**,³ ובית המשפט הנכבד עמד על האפשרות העיונית לעשות בה שימוש רק במובנה הצר היותר – כאשר היא פוגעת בעקרונות גרעיניים של זהותה של המדינה כמדינה יהודית ומדינה דמוקרטית, ולמעשה עולה כדי חקיקה החורגת מגבולות הסמכות המכוננת. בפועל, עד היום דוקטרינה זו לא הופעלה.

26. הדוקטרינה השנייה היא **דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת**. אף דוקטרינה זו מבוססת על ההנחה כי הסמכות המכוננת, כמו כל סמכות שלטונית, אינה בלתי מוגבלת. אלא שבשונה מקודמתה, דוקטרינה השימוש לרעה בסמכות מכוננת אינה מתמקדת בשאלה אם תוכן ההסדרים סותר את עקרונות היסוד. במסגרת דוקטרינה זו נקבע כי תפקידו של בית המשפט הנכבד הוא להגן על "החוקה המתגבשת" מפני חדירה של נורמות, שלפי טיבן אינן נורמות חוקתיות, אל תוך המארג החוקתי הישראלי, באופן שעלול לגרום לשחיקה וזילות במעמד של חוקי היסוד. כיוון שבישראל אין כמעט הבדל מוסדי והליכי בין פעולתה של הכנסת כרשות מחוקקת לפעולתה כרשות מכוננת (מבחינת השחקנים המעורבים, הליך החקיקה, צורת הדיון ועוד) קיים חשש כי גם חיקוק שיכונה "חוק יסוד" לא יקבע על-פי שיקולים חוקתיים המבוססים על הסכמה רחבה וראיה ארוכת טווח, אלא לפי שיקולים פוליטיים הנוהגים ברשות המחוקקת ומתמקדים בסוגיות המוכרעות בין בחירות לבחירות. זאת, בפרט כדי לגבור על הוראות אחרות בחוקי יסוד ולחסן את ההסדר החדש מפני ביקורת חוקתית. כדי למנוע סיכון זה קבע בית המשפט הנכבד כי יש לקיים ביקורת שיפוטית אף על חוקי היסוד ולבחון אם מה שכונה "חוק יסוד" לפי המבחן הצורני הצר, הוא אכן לפי מהותו נורמה חוקתית שיכולה להשתלב במארג החוקתי של ישראל. דוקטרינה זו פורטה והוחלה בפסקי הדין בעניין **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים**⁴ ובעניין **שפיר**,⁵ בדרך של מתן "התראת בטלות".

27. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, בשים לב לאמות המידה ששורטטו בעניין **חסון**, בחינת נוסח התיקון לחוק יסוד: השפיטה, הן כשלעצמו הן בראיית המהלך הנרחב שהוא חלק ממנו, מצביעה על כך שמדובר ב**תיקון אשר נמנה על אותם מקרים חריגים שבחריגים של חקיקת יסוד אשר פגיעתה באופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל היא אנושה**. הדבר נובע מההשלכות שיש לתיקון על פריצת הגבולות וערעור מערך האיזונים והבלמים הדמוקרטי הנוהג בין הרשות המבצעת לבין הרשות השופטת. למעשה, התיקון משיג את גבולה של הרשות השופטת ומהווה הסרת רסן המאפשרת שימוש בכוח שלטוני לא מוגבל, תוך פגיעה ביכולתו האפקטיבית של בית המשפט לבצע את תפקידו החוקתי-משטרי. נוכח האמור, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, תיקון זה בנוסחו הגורף והכוללני, מהווה חריגה מגבולות הסמכות המכוננת, ויש מקום להתערבות שיפוטית לגביו מכוח דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי במובנה הצר.

³ בג"ץ 5555/18 ח"כ אכרם חסון נגד כנסת ישראל (אר"ש, 8.7.2021) (להלן: עניין חסון).
⁴ בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (אר"ש 6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי).
⁵ בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (אר"ש 23.5.2021) (להלן: עניין שפיר).

בצד האמור, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, התיקון אף מעורר שאלות נכבדות ביחס להתאמתו למארג החוקתי, באופן אשר מצביע גם על שימוש לרעה בסמכות המכוננת:

ראשית, הוא מבקש להסדיר בחקיקת יסוד את אי הפעלתה של עילת ביקורת שיפוטית אחת ויחידה, שעה שעילות הביקורת השיפוטית במשפט המינהלי הישראלי כלל אינן מוסדרות בחוקי היסוד ורק חלקן מוצא ביטוי בחקיקה, ולמעשה הן יציר הפסיקה.

שנית, בהיעדר הסדר חקיקתי מתכלל המעצב את פעולתן של הרשויות וחובותיהן, ובכלל זה חובת הסבירות המינהלית, ואת אופן הפעלתן של עילות הביקורת השיפוטית ובתוכן עילת הסבירות – **העיקר חסר מן הספר**. התיקון הוא הסדר חוקתי חסר, המתמקד בשלילת כוחה של הרשות השופטת לקיים ביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות ביחס לפעולתו של הדרג הנבחר הממשלתי בלבד, ללא הסדרה חוקתית חלופית מקיפה, ולמצער – הסדרה אשר תבטיח את פעולתם של הממשלה ושריה בסבירות. ביטול גורף של עילת הסבירות באבחה אחת, יוצר שיבוש רחב היקף במנגנוני הבלמים והאיזונים ביחס לפעולת הרשות המבצעת ולביקורת השיפוטית עליה. הוא סותר חזיתית את המארג החוקתי הקיים ויוצר **איים של חוסר בהירות בסוגיות משמעותיות שאינן זוכות למענה על ידי הרשות המכוננת**. תיקון של "חוק יסוד" אשר מותיר חורים שחורים בנושאים מרכזיים ותשתיתיים למשטר הדמוקרטי, כמתואר לעיל, לא יכול לפי טיבו להיות פרק בחוקה עתידית ואין לראות בו משום שימוש בסמכות המכוננת למטרה לשמה נמסרה לכנסת.

לכך יש להוסיף כי אופן ניסוחו של התיקון לחוק היסוד ורמת הפירוט של הטקסט החוקתי, מחזקים את המסקנה כי תיקון זה אינו משתלב במארג החוקתי של חוקי היסוד.

מעבר לכך, יש בסיס לטענה כי התיקון אינו צולח את **מבחן הכלליות**, במובן זה שהוא נעשה **בניגוד עניינים מוסדי**, בהתאם למבחנים שהותוו בעניין **שפיר** ובעניין **ממשלת החילופים**.⁶ זאת, שכן התיקון לחוק מחזק באופן מיידי את כוחו השלטוני של הרוב הקואליציוני הנוכחי, תוך החלשת סמכותה של הרשות השופטת לרסן כוח זה. **למעשה, הרשות המבצעת רתמה את כוחה הקואליציוני לקידום חקיקת יסוד שבאמצעותה הוגבלה אפשרותו של בית המשפט באופן מיידי לפקח על כך שהיא – הרשות המבצעת – לא תעשה שימוש לרעה בכוחה**. בהקשר זה, תחולתו המיידית של התיקון לחוק היסוד מעצימה את הקושי. בנוסף, ניתן ללמוד על היבטים פרסונליים של התיקון לחוק היסוד גם מתוך הרקע החקיקתי ולשון הנוסח שאושר בסופו של יום, אשר מעלים חשש ממשי לכך שהתיקון נועד לשרת גם אינטרסים פרטיקולריים של הרוב הקואליציוני, למשל, לקבל החלטות בדבר ביצוע מינויים מסויימים שמבוקש למנוע בחינה שיפוטית שלהם מכוח עילת הסבירות.

28. יחד עם כל זאת, גם בשים לב לכל האמור לעיל, שומה על בית המשפט לבחון אם ישנה פרשנות מקיימת, שתייתר את הצורך בהושטת סעד שיפוטי חוקתי, שהוא כאמור חריג שבחריגים.

⁶ בבג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 12.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים).

29. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, ניסיון לבצע מהלך פרשני שמתגבר על הקשיים העקרוניים הגלומים בתיקון **אינו ישים**, שכן כדי ליתן מענה לקשיים האמורים, יש לבצע מהלך פרשני מורכב כשלעצמו, שאינו עולה בקנה אחד עם לשונו המפורשת והרחבה של התיקון, ועם תכליתו הסובייקטיבית, עד כדי חקיקה מחדש בפועל של התיקון על-ידי בית המשפט הנכבד.

30. לנוכח האמור, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, אין מנוס מן הקביעה (החריגה שבחריגות) כי מדובר בתיקון אשר פגיעתו האנושה בעקרונות יסוד דמוקרטיים עולה כדי חריגה מגבולות הסמכות המכוננת שעליה עמד בית המשפט בעניין חסון (קרי: תיקון חוקתי שאינו חוקתי במובנו הצר); וכי הוא נחקק תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת – ולכן, משלא ניתן ליתן לו פרשנות מקיימת – דינו בטלות.

31. נדגיש כי אין במסקנה זו כדי לומר שאין בכוחה של הכנסת לקבוע הוראות שיעסקו גם בעילות הביקורת השיפוטית. הדבר עשוי להיות אפשרי למשל במסגרת הסדר שלם בעל רעיון מסדר שיעמיד ערובות דמוקרטיות ולא יקעקע את מערך האיזונים והבלמים בין הרשויות, לא יפגע בהפרדת הרשויות או יאפשר שימוש בלתי מרוסן בכוח שלטוני. עמדת היועצת המשפטית לממשלה מתייחסת אפוא לתיקון מספר 3 לחוק-יסוד: השפיטה, כפי שהתקבל בידי הכנסת – בנוסחו הגורף והכוללני – והוא בלבד זה שעומד כעת לבחינה.

32. טרם ניגש לגופם של דברים יובהר כדלקמן. בתשובה לעתירות ובייצוג המשיבים נפרדו דרכם של הממשלה ושר המשפטים ושל היועצת המשפטית לממשלה. כך, על-פי בקשת שר המשפטים – הממשלה מיוצגת בעתירות אלה בייצוג נפרד. לאור הפערים שהסתמנו בין עמדת הממשלה לבין עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה עוד בשלב מוקדם, פנתה היועצת המשפטית לממשלה, כבר ביום 8.8.23, אל שר המשפטים, והציעה לשר כי ביחס לעתירות שבכותרת, הממשלה תוכל להסתייע בייצוג נפרד, ככל שתבקש זאת.

33. בהקשר זה יש לציין, כי השאלה היסודית המונחת לפתחו של בית המשפט במסגרת העתירות דנו, היא שאלת היקף הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, הן במישור הליך חקיקתם הן במישור תוכנם. על-פי הנמסר על-ידי שר המשפטים ליועצת המשפטית לממשלה, עמדת ממשלת ישראל היא שלילה קטגורית של סמכותו של בית המשפט הנכבד לבקר חוקי יסוד, ועל-כן סברה היועצת המשפטית לממשלה, כי יש מקום שהממשלה תיוצג בנפרד, למצער בכל הנוגע לשאלה נכבדה זו. משהופרד הייצוג, הליך גיבוש העמדות נעשה בנפרד.

34. הילוך טיעוננו יהא כדלקמן:

תחילה, נעמוד על משמעותה של עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית, ובכלל זאת האופן שבו פותחה עילה זו כעילת ביקורת שיפוטית בפסיקת בית המשפט הנכבד.

נעמוד אפוא על הרקע ההיסטורי לצמיחתה במשפט הישראלי, הנושאים המרכזיים אשר הביקורת השיפוטית ביחס אליהם התמקדה בעילת הסבירות ונבנתה על בסיסה, והביקורת בפסיקה ובספרות על אופן השימוש בעילה זו.

לאחר מכן נפרט אודות הליך החקיקה בכנסת של תיקון מס' 3 לחוק היסוד, אשר יוצג בהקשרו – כצעד משמעותי ראשון בקידום מה שמכונה "הרפורמה המשפטית", וכן יוצגו בתמצית הטענות השונות העולות ביחס אליו בעתירות והסעדים המבוקשים.

בהמשך נציג את ההיסטוריה החוקתית ואת היסוד לקיומה של הסמכות המכוננת ותכליתה. בהמשך לכך, נבחן את גבולות סמכותה של הרשות המכוננת וכן את סמכותו של בית המשפט הנכבד לקיים ביקורת שיפוטית על סמכות זו.

לאחר זאת, תוצג דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי במובנה הצר, כפי שעוצבה בפסיקתו של בית המשפט הנכבד ויוסבר מדוע לעמדת היועצת המשפטית לממשלה יישומה במקרה דנן מוביל מסקנה כי התיקון לחוק היסוד יוביל לפגיעה ממשית וקשה באופייה הדמוקרטי של המדינה ומהווה חריגה מגבולות הסמכות המכוננת. בכלל זאת תובא התייחסות **לנזקים בלתי הפיכים** ליסודות הדמוקרטיים שהם תוצאתו של התיקון לחוק היסוד – לפגיעה בביקורת השיפוטית, בעצמאותה של הרשות השופטת ובתפקידה החיוני לצורך קיום הפרדת הרשויות ומימוש מארג האיזונים והבלמים ביניהן; לפגיעה בעצמאות שומרי הסף ומקצועיותם ובראשי המערכות המקצועיות וכנגזרת מכך במעמדו של השירות הציבורי כשירות מקצועי וא-פוליטי. לאחר מכן יוסברו השלכותיה של הפגיעה בביקורת השיפוטית – באינטרסים ציבוריים חשובים ובזכות הגישה לערכאות; עוד יוסבר העדרם של מנגנוני פיקוח חלופיים.

כמו כן, יפורטו אותם "**חורים שחורים נורמטיביים**" אשר ביטולה של עילת הסבירות יוצר – ובפרט, נושא המינויים וסיום כהונה, המגלם בתוכו פגיעה בעצמאותם של שומרי הסף, רגולטורים ובעלי תפקידים, טוהר מידותיהם ומקצועיותם; חובת האיפוק והריסון על הממשלה בתקופת בחירות, הקשורה קשר הדוק לעיקרון השוויון בבחירות; שמירה על אינטרסים ציבוריים רחבים וזכויות אדם; קבלת החלטות על בסיס שיקולים מקצועיים ועוד.

לאחר זאת, תוצג **דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת**, כפי שעוצבה בשנים האחרונות בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, ויוסבר מדוע לעמדת היועצת המשפטית לממשלה התיקון לחוק מעורר שאלות נכבדות גם במישור עמידתו במבחני הפסיקה לבחינת התאמתו של התיקון למארג החוקתי, ומעורר שאלות במישור "ניגוד העניינים המוסדי" כחלק ממבחן הכלליות. עוד נתייחס לטענות הנוגעות להליך החקיקה והשלכותיהן האפשריות על דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.

או אז נבחן את הסעדים שהתבקשו בגדרי העתירות. נבחן ראשית אם ניתן, על אף הקשיים שפורטו, להימנע מהושטת סעד חוקתי חריג, וזאת בדרך של מתן פרשנות מקיימת לתיקון לחוק היסוד וכן נבחן סעדים חלופיים נוספים – תחולה נדחית של התיקון ובטלות חלקית.

על יסוד ניתוח זה, כפי שיפורט בהרחבה להלן, התגבשה מסקנת היועצת המשפטית לממשלה, והיא כי אין מנוס מהכרזה שיפוטית על בטלותו של התיקון.