

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."<sup>1</sup>

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.

<sup>1</sup> 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 היבטים 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, ולהעדיף 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**".<sup>2</sup>

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.

<sup>2</sup> 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), שייטנו 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 ושליחת 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 ושליחתה 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**,<sup>3</sup> 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**<sup>4</sup> ובעניין **שפיר**,<sup>5</sup> 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.

<sup>3</sup> בג"ץ 5555/18 ח"כ אכרם חסון נגד כנסת ישראל (אר"ש, 8.7.2021) (להלן: עניין חסון).  
<sup>4</sup> בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (אר"ש 6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי).  
<sup>5</sup> 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**.<sup>6</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.**



## תוכן עניינים

19	מסגרת נורמטיבית – על אודות עילת הסבירות	א.
20	עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית – התפתחות הפסיקה בישראל	1.א.
27	הרקע לחקיקת התיקון לחוק היסוד והליכי החקיקה	ב.
27	רקע – הקמת הממשלה ה-37 וההכרזה על קידום "הרפורמה המשפטית"	1.ב.
28	טיוטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט)	2.ב.
29	התייחסות היועצת המשפטית לממשלה לטיוטת התזכיר	3.ב.
32	דיונים מקדמיים בוועדת החוקה – "ציון במשפט תפדה"	4.ב.
35	הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות)	5.ב.
37	דיוני הוועדה בהכנה לקריאה ראשונה	6.ב.
46	דיוני הכנה בוועדת החוקה לקריאה שנייה ולקריאה שלישית	7.ב.
52	אישור התיקון בקריאה שנייה ובקריאה שלישית ופרסומו ברשומות	8.ב.
52	העתירות נגד התיקון	ג.
53	טענות כי התיקון לחוק היסוד הוא תיקון חוקתי שאינו חוקתי	1.ג.
55	טענות כי התיקון עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת	2.ג.
57	טענות לביטול התיקון בשל פגמים בהליכי החקיקה	3.ג.
59	ההיסטוריה החוקתית ודוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי	ד.
59	היסטוריה חוקתית	1.ד.
64	גבולות סמכותה של הרשות המכוננת	2.ד.
67	סמכות בית המשפט בישראל לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד	3.ד.
76	דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי במובנה הצר – יישום	ה.
77	התיקון פוגע פגיעה קשה בביקורת השיפוטית ובעיקרון הפרדת הרשויות	1.ה.
77	על עיקרון הפרדת הרשויות ותפקיד הביקורת השיפוטית	1.א.ה.
79	חשיבותה היתרה של הביקורת השיפוטית במארג האיזונים והבלמים בישראל	1.ב.ה.
81	סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה – מאבני היסוד של שיטת המשפט בישראל	1.ג.ה.
82	שלילת הביקורת השיפוטית – פגיעה מושגית בעיקרון יסוד בדמוקרטיה	1.ד.ה.
85	ביטול עילת הסבירות – שלילת כלי מרכזי של הביקורת השיפוטית	1.ה.ה.
86	מחיקת עשרות שנות פסיקת בתי המשפט שנבנתה על בסיס עילת הסבירות	1.ו.ה.
87	שלילת הביקורת השיפוטית ביחס לכל סוגי החלטות וזליגת החסינות	1.ז.ה.
90	הפגיעה בזכות הגישה לערכאות	1.ח.ה.
91	אין בתיקון מנגנוני פיקוח ואיזון חלופיים	1.ט.ה.
92	עילות ביקורת אחרות לא ימלאו את החלל שתותיר אחריה עילת הסבירות	1.י.ה.
95	התיקון פוגע פגיעה קשה בעיקרון שלטון החוק	2.ה.
96	חובת הסבירות שאינה אכיפה ביחס לממשלה ושריה – "רישיון" להפרת הדין	2.א.ה.
98	החרגת הדרג הנבחר בלבד ללא רעיון חוקתי מסדר	2.ב.ה.
99	הפגיעה בשלטון החוק כתוצאה מביטול הביקורת השיפוטית על מינויים	2.ג.ה.
100	מקצועיות השירות הציבורי וממלכתיותו	1.ג.2.ה.
102	עצמאותם של שומרי-סף, רגולטורים ובעלי תפקידים בכירים	2.ג.2.ה.
105	שמירה על טוהר המידות בשירות הציבורי	3.ג.2.ה.

107.....	פגיעה בעיקרון השוויון בבחירות	ה.3.
110.....	מתן משקל נמוך לאינטרסים ציבוריים חשובים ופגיעה בחובת הנאמנות	ה.4.
112.....	פגיעה בהיקף ההגנה המינהלית על זכויות האדם	ה.5.
114.....	סיכום ביניים	ה.6.
117.....	האם התיקון עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת?	ו.
118.....	דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת – כללי	ו.1.
119.....	המבחן הצורני והתפתחותו בפסיקה	ו.2.
121.....	דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת – הפסיקה העדכנית	ו.3.
127.....	”שימוש לרעה בסמכות המכוננת” – יישום מבחני הפסיקה	ו.4.
127.....	מבחן ההתאמה למארג החוקתי	ו.4.א.
131.....	מבחן הכלליות	ו.4.ב.
134.....	מבחן הצידוק	ו.4.ג.
135.....	מבחן המובחנות	ו.4.ד.
136.....	סיכום ביניים – שימוש לרעה בסמכות המכוננת	ו.4.ה.
136.....	הליך החקיקה של חוקי יסוד	ו.4.ו.
139.....	פרשנות מקיימת, ככל שאפשרית, עדיפה על פני הושטת סעד חוקתי חריג	ז.
146.....	סעד פרשני או חוקתי של תחולה נדחית	ח.
147.....	סעד חוקתי של בטלות חלקית	ט.
148.....	סיכום ומסקנה	י.

## א. מסגרת נורמטיבית – על אודות עילת הסבירות

35. מקובל לחלק את ההוראות החלות על מעשיהן והחלטותיהן של רשויות המנהל, מהן נגזרים כללי הביקורת השיפוטית של המשפט המינהלי, לשלושה נדבכים מצטברים: **סמכות, הליך ושיקול דעת.**

36. **במישור הסמכות**, חוסות הרשויות המינהליות תחת עקרון חוקיות המינהל, לפיו רשות אינה רשאית לפעול אלא מכוח סמכות שהקנה לה המחוקק ובגדרה של סמכות זו. **במישור ההליך**, נדרשת רשות מינהלית לפעול על-פי הכללים ההליכיים הנובעים מן המשפט המינהלי, ובכלל זאת, לפעול במהירות ראויה או בהתאם למועדים הקבועים בדין;<sup>7</sup> להעניק לפרט זכות טיעון עובר לקבלת החלטה העשויה לפגוע בו;<sup>8</sup> להתייעץ עם גורמים שונים המנויים בחוק הנוגע לעניין;<sup>9</sup> לפעול בשקיפות;<sup>10</sup> להסתמך על תשתית עובדתית מלאה, מבוססת ורלוונטית;<sup>11</sup> לנמק את החלטותיה;<sup>12</sup> להימנע מפעולה בניגוד עניינים או במשוא פנים;<sup>13</sup> ועוד הוראות הליכיות כיוצא באלה – חוקיות ופסיקתיות כאחד. **במישור שיקול הדעת**, מחויבות רשויות המינהל לקבל החלטותיהן בתום לב, בשוויון ובמידתיות, על יסוד מכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, ותוך הימנעות משקילת שיקולים זרים.<sup>14</sup> לכללים הנוהגים כאמור במישור שיקול הדעת, מצטרפת אף החובה לפעול בסבירות.

37. החובה לפעול בסבירות, משמעה כי על הרשות המינהלית המבקשת לקבל החלטה במסגרת סמכותה ליתן משקל ראוי לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים להחלטתה המסתמנת, ולאזן ביניהם באופן ראוי.<sup>15</sup> קיום חובת הסבירות מחייב, כנקודת מוצא, כי הרשות המינהלית שקלה את כלל השיקולים הרלוונטיים. אך בכך לא די, שכן מתן משקל נמוך או גבוה באופן קיצוני לשיקול זה או אחר, עלול להביא לפגם ניכר בהחלטה המינהלית, וכדברי פרופ' ברק-ארז, "על דרך ההשאלה, ניתן לומר כי אפשר להקדיח את התבשיל גם כאשר שמים בו את כל המרכיבים הנכונים, אך בכמויות החורגות מן הנדרש במידה ניכרת".<sup>16</sup>

<sup>7</sup> לעניין החובה הכללית לפעול במהירות ראויה, ראו סי' 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; ולעניין חובות הקובעות מועדים מוגדרים לפעילותה של הרשות בעניינים שונים, ראו לדוגמה: סי' 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958 (להלן: **חוק ההנמקות**).

<sup>8</sup> בג"ץ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נז(4) 577, 599-598 (2003) (להלן: עניין אלוני).

<sup>9</sup> בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496, 510-521 (2000).

<sup>10</sup> לעניין זכות העיון הפרטית, ראו בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325, 331-334 (1971); עניין אלוני, לעיל הי"ש 8, בעמ' 599-600; ולעניין זכות העיון הציבורית ראו חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

<sup>11</sup> בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, פס' 11 (1994).

<sup>12</sup> סי' 2 לחוק ההנמקות; יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" מחקרי משפט יט 5 (2002); כן ראו למשל: עע"ם 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות, פס' 27 (ארי"ש 28.2.2011).

<sup>13</sup> לעניין ניגוד עניינים ראו: בג"ץ 11745/04 רמות למען הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פס' 15 (ארי"ש 4.9.2008); ולעניין משוא פנים ראו: בג"ץ 701/81 מלאך נ' לוי, פ"ד לו(3) 1, 9-7 (1982).

<sup>14</sup> בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988) (להלן: עניין פורז); בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62, 68-69 (1999) (להלן: עניין פלונית נ' ראש המטה הכללי); בג"ץ 3758/17 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט, פס' 35 לחוות הדעת של כב' השופט דנציגר (ארי"ש 20.7.2017).

<sup>15</sup> בכלל זאת נדרשת הרשות אף להעניק משקל כלשהו לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים. ראו לעניין זה דעת הרוב בדנ"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995) (להלן: עניין ויכסלבאום), והשוו לחוות הדעת של כב' השופטת דורנר שם, המבחינה בין התערבות שיפוטית מחמת אי-סבירות ובין התערבות שיסודה בהתעלמות משיקול רלוונטי.

<sup>16</sup> דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 725-726 (2010) (להלן: ברק-ארז כרך ב); ועל הגדרתה של עילת הסבירות ראו: עניין פורז, לעיל הי"ש 14, בעמ' 339; בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 516 (1990) (להלן:

## א.1. עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית – התפתחות הפסיקה בישראל<sup>17</sup>

38. במסגרת הביקורת השיפוטית על החלטות רשויות המינהל, בוחן בית המשפט אם הרשות המינהלית עמדה בכלל החובות המוטלות עליה, ובכללן, חובת הסבירות. בשלב זה מיתרגמת החובה לפעול בסבירות המוטלת על הרשות המינהלית לעילת הסבירות כעילה לביקורת שיפוטית.

39. עילת הסבירות מלווה את הפסיקה בישראל החל מפסקי הדין הראשונים שניתנו על-ידי בית המשפט הנכבד עם קום המדינה – אם בפסקי דין המזכירים את מושג הסבירות במשמעות דומה לזו המוכרת כיום;<sup>18</sup> אם בפסקי דין הנוקטים במונח זה כמעין מדד כללי לשיקול דעת ראוי ומספק;<sup>19</sup> ואם בפסקי דין שאמנם אינם מתייחסים לעילת הסבירות מפורשות, אך עוסקים, הלכה למעשה, בבחינת האיזון אשר מבצעת הרשות המינהלית בין מכלול השיקולים הנוגעים לעניין.<sup>20</sup> יתר על כן, בית המשפט העליון אף פסל פעמים אחדות בשנות ה-50 וה-60 חוקי עזר מחמת חוסר סבירות שנמצא בהם.<sup>21</sup>

40. לצד זאת, יש לעמוד על מספר הבדלים בין המשמעות הרווחת אשר יוחסה לעילת הסבירות בשנים עברו, ובין המשמעות המקובלת המיוחסת לה בימינו-אנו, ובעיקרו של דבר, למן מתן פסק הדין בעניין **דפי זהב**.<sup>22</sup>

**ראשית**, עילת הסבירות פורשה בעבר באופן מצמצם ודווקני למדי, כך שרק החלטה מופרכת, לא הגיונית או שרירותית במיוחד הצדיקה התערבות שיפוטית בה מחמת חוסר-סבירות. בתוך כך, יוחדה עילת הסבירות להחלטות "דרקוניות", "בלתי מתקבלות על הדעת", "בלתי נסבלות" וכיוצא באלה.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> עניין גנור; בג"ץ 4267/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש הממשלה, פ"ד מו(5), 441, 465 (1993) (להלן: עניין אזרחים למען מינהל תקין); והשוו: בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2), 229, 264 (1993) (להלן: עניין אייזנברג).

<sup>18</sup> לסקירה במבט השוואתי על אודות עילת הסבירות בשיטות המשפט המקובל, ראו חוות דעת היועצת המשפטית לממשלה מיום 2.2.23, בעמ' 56-58, אשר צורפה כנספח 2 לעתירת לשכת עורכי הדין (בג"ץ 5663/23); זמינה גם בקישור המקוצר הבא: <https://bit.ly/yoetzet02-02-2023>.

<sup>19</sup> בג"ץ 106/66 חיים נ' מינהל מחלקת עבודות ציבוריות, פ"ד כ(3) 203 (1966) (להלן: עניין חיים); בג"ץ 264/66 "השעמו" מפעלי הפקק לבידוד נ' שר העבודה, פ"ד כ(4) 768 (1966).

<sup>20</sup> בג"ץ 144/74 לבנה נ' נציבות שירות בתי-הסוהר, פ"ד כח(2) 686 (1974) (להלן: עניין לבנה); בג"ץ 230/78 שהם נ' שר הפנים, פ"ד לד(3) 208 (1980) (להלן: עניין שהם).

<sup>21</sup> ראו הדוגמאות המובאות בבג"ץ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 446-447 (1980) (להלן: עניין דפי זהב).

<sup>22</sup> ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' דיזנגוף, פ"ד יג 1026 (1959) (להלן: עניין דיזנגוף); ע"א 6/66 קלו נ' ראש העירייה, חברי המועצה ותושבי העיר, פ"ד כ(2) 327 (1966) (להלן: עניין קלו). עוד ראו: בג"ץ 321/60 לחם חי נ' שר-המסחר והתעשייה, פ"ד טו 197 (1961) ובג"ץ 295/65 אופנהיימר נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ(1) 309, 334 (1966).

<sup>23</sup> להרחבה בעניין ההבדלים שבין עילת הסבירות ה"ישנה" ובין עילת הסבירות ה"חדשה", ראו: ברק-ארז כרך ב, לעיל הש"ש 16, בעמ' 724-723; מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 773, 792-802 (אהרן ברק, רון סוקול ועוד שחם עורכים, 2013); יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" משפטים נא(3) (2022).

<sup>24</sup> ראו לדוגמה: בג"ץ 21/51 ביננבוים נ' עיריית תל-אביב, פ"ד ו 375, 385-386 (1952) (להלן: עניין ביננבוים); "מן הדין לבחון תמיד גם ענין זה – כמו ענין תקפם של חוקי עזר בדרך כלל – לפי קנה-המידה, אם ההוראה הרטרואקטיבית היא בלתי הגיונית או בלתי מתקבלת על הדעת. כלומר, השאלה תהא, במקרים אלה, אם יש בה, בהוראה ממין זה... משום אי-צדק בולט, או משום התערבות כה קשה בזכויותיהם של אלה הנתונים למרותו של חוק העזר הנדון, עד כדי שאנשים בני דעת לא היו מצדיקים אותה, ובית המשפט היה נאלץ לומר: המחוקק מעולם לא התכוון שלחוק עזר כזה יינתן תוקף למפרע; ההוראה המביאה לתוצאה זו היא בלתי הגיונית ויש לראותה כבטלה ומבוטלת"; בג"ץ 80/54 נוחימובסקי נ' שר-המשפטים, פ"ד ח 1491 (1954) (להלן: עניין נוחימובסקי); "עשיית מעשה שהוא באופן בולט בלתי

**שנית**, מבחינה עיונית, עילת הסבירות (כמו גם עילות התערבות נוספות)<sup>24</sup> נחשבה לרוב כנובעת מעקרון חוקיות המינהל, וזאת לאור החזקה כי המחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות לקבל החלטה כה אבסורדית או דרקונית.<sup>25</sup> פועל יוצא מפרשנותה האמורה של עילת הסבירות הוא כי במקרים בהם נמצאה אינדיקציה לכך שהמחוקק אכן הסמיך את הרשות המינהלית לפעול באופן מוקשה, שימש הדבר כטעם לדחיית טענות שהועלו נגד השימוש אשר ביצעה הרשות בסמכותה זו.<sup>26</sup> **שלישית**, בחינת סבירותה של החלטה מינהלית נעשתה לרוב באופן הכרוך ונלווה לבחינתם של פגמים מינהליים נוספים, כדוגמת הפליה או שיקולים זרים, ומשכך, למעשה, בית המשפט לא ראה בה עילה העומדת בפני עצמה, אשר עשויה לבסס לבדה התערבות בהחלטה מינהלית.<sup>27</sup> **רביעית**, חלק ניכר מן הביקורת השיפוטית שעניינה בסבירות המעשה המינהלי נסבה על חקיקת משנה ועל חוקי עזר,<sup>28</sup> וזאת בעקבות המשפט האנגלי, אשר באותה העת העניק לגורמי הממשלה חסינויות שונות ומיעט להתערב בשיקול דעתם.

41. אולם, כבר בשנת 1976, בפסק הדין בעניין **דקה**,<sup>29</sup> חלה תפנית מסוימת בהגדרתה של עילת הסבירות, וזו נעשתה דומה במידת מה להגדרה הנוהגת כיום – כעילה העומדת בפני עצמה, אשר עניינה באיזון ראוי וסביר בין השיקולים הרלוונטיים העומדים ביסוד ההחלטה המינהלית. ברם, גם במסגרת הגדרה זו מוצאים אנו "שרידים" של תפיסת עילת הסבירות כנסבה על שרירות ומופרכות בלבד, וכך כתב שם כב' השופט (כתוארו אז) שמגר: "למרות העובדה שאי-הסבירות מוצאת ביטוי, בעיקרה, בתופעות אשר להן גם קיום עצמאי כמדדים על-פיהם נבחנים שיקולים של רשות סטוטורית, יכולה אי-הסבירות גם להתגלות כאשר היא בגפה: לדוגמא, יכול שייווצרו נסיבות בהן לא נשקל על-ידי הרשות המיניסטרילית שיקול זה, והובאו בחשבון אך ורק שיקולים שהם רלבנטיים לענין, אולם לשיקולים הרלבנטיים השונים יוחס משקל בפרופורציה כה מעוותת ביניהם לבין עצמם, עד שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה ובשל כך לבלתי-סבירה לחלוטין".

מתקבל על הדעת, אין לראות בו שימוש נכון בסמכות למטרה היעודה, וגם הוא פסול"; עניין **דיזנגוף**, לעיל ה"ש 21; בג"ץ 162/72 **קינרוס נ' מדינת ישראל**, פ"ד כז(1) 238, 241 (1972) (להלן: עניין **קינרוס**): "קשה להעלות על הדעת מקרה שבו עשויה טענה של אי-סבירות נגד חקיקת-משנה מהסוג הנדון להצליח, אלא אם ברור לחלוטין שהיא בלתי-צודקת בצורה משועת ואין לה כל בסיס עובדתי, ציבורי או חברתי"; ע"א 492/73 **שפיזר נ' המועצה להסדר הימורים בספורט**, פ"ד כט(1) 22 (1974): "השיקול העובר כחוט השני בפסקי-דין אלה הוא, שאף שניתן לפסול חקיקת-משנה מטעמי אי-סבירות, אין לעשות זאת אלא כאמצעי אחרון במקרה קיצוני ביותר, שבו עשוי להיגרם עוול בולט שאין לו תקנה בדרך אחרת"; עניין **שהם**, לעיל ה"ש 19: "לדעתי דין הטענה להידחות. המוסמך בגון דא הוא שר הפנים, ואין לומר שהטעמים שהובאו על-ידו אינם מתקבלים על הדעת...".

<sup>24</sup> ראו לדוגמה עניין **נוחימובסקי**, שם, בעמ' 1499.

<sup>25</sup> ראו לדוגמה עניין **בינבויס**, לעיל ה"ש 23; עניין **דיזנגוף**, לעיל ה"ש 21: "קשה להבדיל באופן מהותי בין מבחן הסבירות לבין המבחנים האחרים המקובלים לפסילת אקט מינהלי כמו חוסר-תום-לב, נקיטת שיקולים בלתי כשרים, השגת מטרה זרה לענין, וכי, אינם אלא צורות שונות לבדיקת ענין החריגה מסמכות. ייתכן שהשם המשותף היאה לכל הסוגים האלה של חריגה מסמכות הוא 'עיוות הסמכות', מה שנקרא... בפי האנגלים *abuse of power*... מבחן זה של סבירות, מה פירושו?... הייתי אומר, שאם ימצא בית המשפט כי חקיקת המשנה היא כה בלתי הגיונית ובלתי נסבלת עד שאדם בר-דעת לא יעלה על דעתו ששר סביר היה מסוגל לעשותה, כי אז יצטרך לאמור שעולם לא נתכוון המחוקק לתת כוח זה בידי השר. חקיקת המשנה אינה מתקבלת על הדעת והיא מחוץ לתחום הסמכות"; עניין **חיים**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 210.

<sup>26</sup> עניין **קינרוס**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 243.

<sup>27</sup> עניין **קלו**, לעיל ה"ש 21: "כל זה מוכיח, לדעתי, לפחות לכאורה אם לא לחלוטין, כי נעשתה כאן הפליה מטעמים דתיים תוך חתירה להשגת מטרה שאינה שייכת לענין ושאינה נמנית על תפקידיה של העירייה. הפליה כזאת, משלא ניתן לה כל הסבר או הצדקה חוקית מצד המשיבה יוצרתה, היא נהפכת לרועץ לחוק-העזר ופוסלתו. ויכול אתה להסביר זאת אם על-פי הכלל בדבר ערובוב 'מטרה זרה' ואם מחמת אי-סבירות"; עניין **לבנה**, לעיל ה"ש 19.

<sup>28</sup> ראו לדוגמה עניין **בינבויס**, לעיל ה"ש 23, ועניין **דיזנגוף**, לעיל ה"ש 21.

<sup>29</sup> בג"ץ 156/75 **דקה נ' שר התחבורה**, פ"ד ל(2) 94, 105 (1976) (להלן: עניין **דקה**).

כמו כן, ובדומה לפסקי הדין אשר קדמו לו, אף פסק הדין בעניין **דקה** התייחס לחוסר סבירות מינהלית כאל חריגה מסמכות, וממילא דומה כי עילת הסבירות עודנה נתפסת בגדרו כנגזרת מעקרון חוקיות המינהל.

42. בעניין **דפי זהב** משנת 1980, נקבע כי "עקרון הסבירות מביא לפסילתו של שיקול-דעת מינהלי, אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות להתחשב בהם בהחלטתה".<sup>30</sup> בפסק הדין האמור הוצגו ארבעה נדבכים עיקריים בהגדרתה של עילת הסבירות: "ראשית, חוסר סבירות כשלעצמו הוא עילה לפסילתו של שיקול-דעת מינהלי; שנית, חוסר הסבירות נמדד באמות מידה אובייקטיביות; שלישית, חוסר סבירות, הפוסל שיקול-דעת מינהלי, הוא חוסר סבירות מהותי או קיצוני; רביעית, עקרון הסבירות מביא לפסילתו של שיקול-דעת מינהלי, אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה".<sup>31</sup>

43. בארבעת העשורים האחרונים שחלפו מאז, נשענו בתי המשפט על עילת הסבירות ככלי ביקורת שיפוטית **עיקרי** כדי לתת מענה לאי תקינות מינהלית בהקשרים רבים. למעשה, במשך למעלה מ-40 שנה נבנו קומות-קומות של הביקורת השיפוטית ביחס לשיקול הדעת של רשויות המינהל על גבי התשתית של עילת הסבירות.

44. בחינת הפסיקה הענפה הנוגעת לעילת הסבירות מעלה, כי מדובר באמצעי חיוני לביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות, המגלמות בעיקרן "נקודות מפגש" בין הרשות ובין הפרט והציבור, בעניינים משמעותיים וחשובים. החלטות אלה עשויות להתקבל בסמכות ולהתבסס על שיקולים שאינם זרים לעניין, אך לצד זאת להקנות משקל חסר באופן קיצוני לשיקולים בעלי חשיבות רבה, שעניינם בזכויות הפרט ובאינטרסים ציבוריים כבדי משקל, או ליתן משקל-יתר לשיקול רלבנטי. מכאן, החשיבות להעמיד בראש ובראשונה בפני האזרח הנפגע סעד ממשי שיגן עליו מפני פגיעה שרירותית של השלטון בו. על כן, הפסיקה התייחסה לעילת הסבירות בתור "מכשיר מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל, והיא ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון".<sup>32</sup> בימינו, עילת הסבירות היא אחת העילות המרכזיות המסייעות לבית המשפט לממש את תפקידו בשמירה על הגינותן של רשויות המינהל ועל טוהר המידות בשירות הציבורי; בהגנה על זכויות האדם ועל אינטרסים ציבוריים מפני פגיעה יתירה בידי רשויות השלטון; ובקיום ביקורת שיפוטית אפקטיבית ביחס לכל אלה.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> לעיל ה"ש 20, בעמ' 437.

<sup>31</sup> שם, בעמ' 437-438; כן ראו הגדרתה של העילה בעניין **גנור**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 513-514.

<sup>32</sup> עניין **אמונה**, לעיל ה"ש 2, שם; ראו מן העת האחרונה – בג"ץ 8948/22 **שיינפלד נ' הכנסת**, פס' 1, 4-6 לחוות הדעת של כבי' השופטת ברון (ארי"ש 18.1.2021) (להלן: **עניין שיינפלד**); בג"ץ 3823/22 **נתיהו נ' היועצת המשפטית לממשלה**, פס' 2-6 לחוות הדעת של כבי' השופטת ברק-ארז (ארי"ש 17.07.2023).

<sup>33</sup> עניין **אמונה**, שם, ובפס' 19 לחוות הדעת של כבי' השופטת ארבל; בג"ץ 3997/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ**, פס' 3 לחוות הדעת של כבי' השופטת (כתוארה אז) חיות (ארי"ש 12.2.2015) (להלן: **עניין שר החוץ**).

45. בצד החשיבות של עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית, עמד בית המשפט לא אחת על הזהירות הנדרשת ביישומה, מטעמי כיבוד רשויות ועקרון הפרדת הרשויות, כמו גם בשל ההשלכות הפוטנציאליות של ביטול החלטה מינהלית. ביטול החלטה מינהלית בעילת הסבירות או התערבות בה, נעשה באופן מדוד וזהיר. בתוך כך, בית המשפט מניח קיומו של מגוון החלטות סבירות אשר יכולה הייתה הרשות המינהלית לקבל בנסיבות העניין, כאשר מבין ההחלטות המצויות ב"מתחם הסבירות", הרשות מוסמכת לבחור את ההחלטה הרצויה בעיניה, והודגש כי אין זה מתפקידו של בית המשפט להחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו.<sup>34</sup> לא זו אף זו, לא אחת נפסק כי התערבות שיפוטית בהחלטות המינהל לא תיעשה בגין חריגה בעלמא ממתחם הסבירות, אלא אך כאשר ההחלטה נגועה בחוסר סבירות "מהותי" או "קיצוני".<sup>35</sup> בהתאם לכך, גם כאשר נמצאה חריגה ממתחם הסבירות, במקרים רבים בית המשפט הורה על החזרת הסוגייה לדיון בפני הרשות בכדי שתקבל החלטה חדשה בהתבסס גם על השיקולים שלא נשקלו, וכאמור, נמנע מכניסה לנעלי הרשות ומקבלת החלטה חדשה במקומה.<sup>36</sup>

46. יתר על כן, נקבע בפסיקה למשל, כי מתחם ההחלטות הסבירות העומד בפני רשות מינהלית יהא רחב יותר בהחלטות הכרוכות בהתוויית מדיניות,<sup>37</sup> מערבות שיקולים פוליטיים,<sup>38</sup> החלטות המתקבלות על-ידי גורמים מקצועיים ומומחים,<sup>39</sup> או על-ידי רשויות התביעה,<sup>40</sup> נוגעות לסוגיות מינהליות פנימיות של הרשות,<sup>41</sup> או כוללות פיקוח פרלמנטרי.<sup>42</sup> לא זו אף זו, ככל שהרשות המינהלית שקיבלה החלטה בכירה יותר – מתחם שיקול הדעת הנתון לה רחב יותר, וכפועל יוצא היקף הביקורת השיפוטית על החלטותיה יהיה מצומצם יותר.<sup>43</sup> דהיינו, רוחבו של מתחם הסבירות אינו אחיד, ואין אמות מידה אחידות לבחינת הסבירות של כלל החלטות המינהל. חלף זאת, המתחם משתנה בהתאם לטיבה של הרשות המינהלית המחליטה ובהתאם לאופי הקונקרטי של החלטה.<sup>44</sup>

<sup>34</sup> בג"ץ 2324/91 התנועה לאיכות השלטון נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה, פ"ד מה(3) 678, 688 (1991); בג"ץ 1135/93 טריידט ס.א. נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה, פ"ד מח(2) 622, 634 (1994); בג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נ(3) 441, 446 (1996); בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 870, 859 (1995) (להלן: עניין אישה); בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 384 (1981); עניין אזרחים למען מינהל תקין, לעיל הי"ש 16, בפס' 41 לחוות הדעת של כבי השופט (כתוארו אז) ברק.

<sup>35</sup> בג"ץ 547/84 עוף העמק נ' המועצה המקומית רמת ישי, פ"ד מ(1) 113, 131 (1986); בג"ץ 1985/90 דשנים נ' עיריית קרית אתא, פ"ד מו(1) 793, 802-803 (1992); בג"ץ 4769/90 זידאן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(2) 147, 172 (1993) (להלן: עניין זידאן); עניין איזנברג, לעיל הי"ש 16, בעמ' 273-274; עניין אישה, לעיל הי"ש 34, בעמ' 872; בג"ץ 5189/98 בן חמו נ' ראש עיריית ירושלים (ארי"ש 21.8.1998); ע"א 565/00 עיריית קרית אתא נ' חרס, פ"ד נו(3) 784, 787-786 (2002).

<sup>36</sup> ראו למשל: עע"מ 4821/21 פלונית נ' שר הפנים (ארי"ש 29.11.2022).

<sup>37</sup> בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה, פס' 37 (ארי"ש 22.6.2014).

<sup>38</sup> לעניין מינויים פוליטיים ראו למשל: עניין אמונה, לעיל הי"ש 2, פס' 22 לחוות הדעת של כבי השופטת פרוקצ'יה; עניין שר החוץ, לעיל הי"ש 33, פס' 25 לחוות דעת הנשיא (כתוארו אז) גרוניס; עניין שיינפלד, לעיל הי"ש 32, פס' 52 לחוות הדעת של כבי הנשיאה חיות (ארי"ש 18.1.2021).

<sup>39</sup> בג"ץ 3017/05 חברת הזרע (1939) בע"מ נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, משרד הפנים, פס' 38 (ארי"ש 23.3.2011); בג"ץ 734/83 שיין נ' שר הביטחון, פ"ד לח(3) 393, 399 (1984); בג"ץ 329/87 סורקו-רם נ' שר הביטחון, פ"ד מג(4) 873, 879 (1989); בג"ץ 3246/92 הר-עוז נ' שר הביטחון, פ"ד מו(5) 301, 307-308 (1992).

<sup>40</sup> בג"ץ 3041/07 ראדה נ' פרקליט המדינה, פס' 4 (ארי"ש 17.5.2007).

<sup>41</sup> בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143, 153 (1993); בג"ץ 714/07 עיריית פתח תקוה נ' משרד האוצר, פס' 10 לפסק דינה של כבי השופטת פרוקצ'יה (ארי"ש 16.9.2007).

<sup>42</sup> בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, פס' 10 (ארי"ש 15.6.2011); עניין שיינפלד, לעיל הי"ש 32; להרחבה ראו גם: ברק-ארז כרז ב, לעיל הי"ש 16, בעמ' 757-762.

<sup>43</sup> בג"ץ 4999/03 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, בפס' 18 לפסק דינה של כבי השופטת (כתוארה אז) חיות, (ארי"ש 10.05.2006).

<sup>44</sup> בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46, 57-58 (1997).

47. לצד דעת הרוב בפסיקה אשר עמדה על חשיבות עילת הסבירות כפי שהותוותה בעניין **דפי זהב**, פיתוחה של עילת הסבירות לווה במחלוקת בפסיקה ובספרות המשפטית לגבי היקף תחולתה של עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית.

48. עוד בעניין **דפי זהב** עצמו הביע כב' הנשיא לנדוי עמדתו לפיה יש לשמר את הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל בתצורתה ה"ישנה" והמצומצמת יותר של עילת הסבירות, אשר נהגה עד לאותה העת, כך שזו תתמקד בחובותיה המוכרות והידועות של הרשות – לשקול את מלוא השיקולים הרלוונטיים, להימנע משקילת שיקולים זרים ומהפליה וכן לפעול בסבירות "במובנה הצר", שעניינו הימנעות מקבלת החלטה "מופרכת" או "שרירותית" בלבד, כזו שאף רשות מינהלית סבירה אינה יכולה לקבל.<sup>45</sup>

49. לפסיקה מן השנים האחרונות בגישה זו, ראו למשל עמדתו של כב' השופט שטיין, בכתבו כי "החלטה שאינה סבירה באופן קיצוני היא החלטה ששום רשות מינהלית, שטובת הציבור לנגד עיניה, לא היתה מקבלת בנסיבות העניין".<sup>46</sup> יוער, כי בפסיקתו של כב' השופט שטיין, עולה הגישה שלפיה על דוקטרינת הסבירות לסייע בידי בית המשפט בבחינתן של החלטות מינהליות הנראות, על-פני הדברים, בלתי סבירות באופן קיצוני, ומשכך יש להניח כי הן לוקות בפגם מינהלי אחר, כגון שיקולים זרים או הפליה, חרף קיומה של עמימות ראייתית בנדון.<sup>47</sup>

50. כב' הנשיא גרוניס חיווה דעתו במספר הזדמנויות כי יש להעדיף, ככלל, ביקורת שיפוטית המבוססת על עילות מתוחמות וברורות כגון שיקולים זרים או הפליה, אך לצד זאת, אף הוא ציין כי "השימוש בעילה של חוסר סבירות יהא מוצדק במקרים קיצוניים, ואך ורק כאשר מוצו כל אפשרויות הביקורת באמצעות עילות מדויקות יותר, ובמיוחד כאשר מדובר בפגיעה בזכויות אדם. אפשר שראוי לחזור לשימוש במינוח של חוסר סבירות קיצוני, שדומה שנשתכח במקצת".<sup>48</sup> גישה זו צוטטה בהסכמה גם בפסק דינו של כב' השופט אלרון באחת הפרשות.<sup>49</sup>

51. עוד ראו דבריה של כב' השופטת וילנר באחת הפרשות, כי "גרסתה הרחבה" של עילת הסבירות מעוררת קושי, ומשכך יש להפעיל עילה זו "בזהירות רבה, בשום שְׂקָל ובענווה", וכי הכרעתה באותו עניין נשענה "עילת הסבירות בלבושה המקורי וה'רזה', אשר מתייחסת להחלטות לא-רציונליות של הרשות, זאת להבדיל מגרסתה הרחבה של עילת הסבירות, אשר עניינה במשקל שניתן לשיקולים הרלוונטיים והאיזון ביניהם".<sup>50</sup>

<sup>45</sup> עניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 431-434; כן ראו: משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המינהלי" **עיוני משפט** יד(1) 5 (1989).

<sup>46</sup> בג"ץ 8173/21 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פס' 44 לחוות הדעת של כב' השופט שטיין (אר"ש 2022.5.22) (להלן: בג"ץ 8173/21 **התנועה למען איכות השלטון**).

<sup>47</sup> עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 32, בפס' 35 לחוות הדעת של כב' השופט שטיין והאסמכתאות שם.

<sup>48</sup> עניין **אמונה**, לעיל ה"ש 2, בפס' 10-11 לפסק דינו; ראו גם עניין **שר החוץ**, לעיל ה"ש 33, בפס' 28-29 לפסק דינו של כב' השופט גרוניס.

<sup>49</sup> ע"מ 1775/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים** (אר"ש 2020.09.24).

<sup>50</sup> בג"ץ 8076/21 **ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך**, בפס' 53-51 לחוות הדעת של כב' השופטת וילנר (אר"ש 2022.3.29) (להלן: עניין **גולדרייך**). בפסק הדין התקבלה עתירה נגד



52. כב' השופט סולברג הביע במספר הזדמנויות ביקורת על הרחבת השימוש בעילת הסבירות בעשורים האחרונים. בכתבתו האקדמית הציע כב' השופט סולברג להבחין בין החלטות המתקבלות על-ידי דרגים מקצועיים, לגביהן סבר כי התערבותו של בית המשפט היא לגיטימית ומוצדקת יותר, ואשר תוספנה לחסות אפוא תחת עילת הסבירות בהיקפה הקיים; לבין החלטות המתקבלות על-ידי דרג נבחר (ממשלה, שרים וראשי רשויות), אשר תיבחנה אך בראי עילות הביקורת ה"מסורתיות" וכן בראי עילת המידתיות, ככל שיהיה בהן כדי לפגוע בזכויות אדם.<sup>51</sup>

53. גם בספרות, הושמעה ביקורת על אופיו העמום של מונח הסבירות, בטענה כי הוא מקשה מאוד על יישום מראש של מבחן הסבירות ועל יציקת תכנים קונקרטיים ברורים. עוד צוין, כי הנוסחאות האיזוניות הרחבות שבהן משתמשת הפסיקה המיישמת את העילה, אינן מסירות הלכה למעשה את אי-הבהירות בעניינה. כך לדוגמה, פרופ' יואב דותן מבקר בכתבתו<sup>52</sup> את עילת הסבירות כפי שהשתרשה לאחר פרשת **דפי זהב**, בציינו כי למעשה היא משקפת במקרים רבים את שאלת אי-ההסכמה של בית המשפט עם ההחלטה המינהלית, ומכאן שהיא שוחקת את עיקרון הריסון הנדרש בהפעלת הביקורת השיפוטית. עם זאת, פרופ' דותן מבהיר, כי הוא אינו שולל את גישת הסבירות האמורה (המכונה "סבירות איזונית") במשפט המינהלי, אלא הוא סבור כי קיימת הצדקה להחילה בסוגי החלטות מסוימים (למשל כאשר מדובר בפגיעה בזכויות הפרט או המיעוט), ואילו ביחס לסוגי החלטות אחרים (כדוגמת החלטות מורכבות של מדיניות כלכלית) אמת הביקורת המתאימה היא הסבירות במובנה "הצר" שקדם לדפי זהב - קרי: מופרכות.

54. עם זאת, הדעה העקבית של רוב שופטי בית המשפט הנכבד, חזרה ושנתה כי עילת הסבירות, במובנה הנוהג החל מפסק הדין בעניין **דפי זהב** – בעינה עומדת, וכי אין מקום לצמצום גדריה לכדי החלטות "מופרכות" בלבד, או לכריכה בינה ובין עקרון חוקיות המינהל ויתר עילות הביקורת השיפוטית על מעשי המנהל.

55. עמדה עקרונית זו, והמענה לעיקרי הביקורת שהובאה לעיל, סוכמה בדבריה של כב' השופטת פרוקצ'יה בעניין **אמונה**, בהתכתבה עם דבריו של כב' הנשיא גרוניס (שצוטטו לעיל) באותו עניין:

"על פי תפיסת המשפט המינהלי בדורות האחרונים משמשת עילת הסבירות מכשיר מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל, והיא ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון. באמצעות עילה זו, נבחנת הרציונליות שבהחלטת המינהל כמושג נורמטיבי, ולצורך בחינה זו נקבעו אמות מידה שעל בית המשפט לבחון, קרי: האם נשקלו על ידי הרשות המינהלית מלוא השיקולים הרלבנטיים לענין, והם בלבד, או שמא נשקלו שיקולים זרים

החלטתה של שרת החינוך שלא לאשר את המלצת ועדת השופטים להענקת פרס ישראל בתחום חקר מדעי המחשב לפרופ' עודד גולדרייך, בשל חתימתו על עצומה המבקשת מהאיחוד האירופי ליישם את מדיניותו בעניין הימנעות משיתוף פעולה עם מוסדות אקדמיים ישראלים הפועלים באזור יהודה ושומרון.

<sup>51</sup> עוד על עמדתו של כב' השופט סולברג, ראו: נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" **השילוח** 18, 37 (2019); דנג"ץ 3660/17 **התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים**, בפסי' 36 לחוות דעתו (אר"ש 26.10.2017) (להלן: עניין **התאחדות הסוחרים**); עניין **גולדרייך**, שם, בפסי' 8 לחוות דעתו של כב' השופט סולברג. <sup>52</sup> יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות", לעיל ה"ש 22; ראו גם: יואב דותן "סבירות וריסון במשפט המנהלי" **רשות הרבים – בלוג הפורום הישראלי למשפט וחירות** (31.12.2020).

וחיצוניים לענין; שנית, האם הרשות ייחסה לכל אחד מהשיקולים הרלבנטיים את משקלו היחסי הראוי, והגיעה באמצעות שקילה זו לנקודת איזון המצויה במתחם הסבירות הנתון לה. מיתחם סבירות זה עשוי להשתנות מענין לענין, בהתאם לנתונו ולמאפייניו של המקרה. בלא הבטחה כי החלטת המינהל תהא סבירה ורציונלית, צפויים הפרט והציבור להיפגע פגיעה קשה. אין די בקבלת החלטה מינהלית בסמכות ובתום לב. על ההחלטה להיות רציונלית ונבונה במסגרת מיתחם שיקול הדעת הנתון לרשות המוסמכת.

הצרת אמצעי הביקורת השיפוטית שנועד לבחינת הרציונליות של החלטה המינהלית, כמוצע על ידי חברי, עלולה להביא למהפכה בתפיסת עקרון חוקיות המינהל, ולפגוע במאגר הכלים המשפטיים הנתונים בידי המשפט לצורך בחינת פעולת הרשות הציבורית במסגרת ההגנה השיפוטית הנתונה לפרט מפני שרירות השלטון. צמצומה של עילת הסבירות עלול ליצור חלל ריק במיתחם הביקורת השיפוטית שעילות ביקורת אחרות לא תמלאנה, ולהצר עד למאד את נכונותו של בית המשפט להתערב במצבים בהם הרשות המינהלית בהחלטתה לא שקלה את מלוא השיקולים הרלבנטיים ואותם בלבד, או שקלה אותם, אך לא ייחסה להם את המשקלות היחסיים המתאימים. קל לשער את הנזק הצפוי מתהליך כזה לרעיון חוקיות המינהל ולתכלית ההגנה על האזרח ביחסו אל הממשל, העומד ביסוד הגדרתן של עילות הביקורת השיפוטית על המינהל.

אין צריך לומר, כי קיומה של עילת הסבירות, כמו שאר עילות הביקורת השיפוטית על הרשות הציבורית, מחייבת הקפדה מירבית על דרך יישומה הלכה למעשה. נכון הדבר, כי בהיותה של עילה זו רחבה ובעלת רמת הפשטה גבוהה קיים חשש כי הפעלתה במקרה הפרטני, אם תיעשה בלא ריסון ראוי וזהירות מספקת, עלולה להביא לפלישת בית המשפט לשטחים לא לו, שמעבר לתחום המשפט, שבהם אין הוא אמור לפעול. החשש שמא בית המשפט יעמיד את שיקול דעתו "הסביר" במקום שיקול דעתה "הבלתי סביר" של הרשות המינהלית, וכנס לנעליה בהפעלת הסמכות הנתונה, אינו חשש בעלמא, ואין להתעלם ממנו, וחברי הצביע עליו כיד הניתוח הטובה עליו. יחד עם זאת, לגישתי, חשש זה, כשלעצמו, אינו צריך להשפיע על קיומו של כלי הביקורת החשוב הזה, או על היקף תחום התפרשותו. חשש זה חייב שינחה את השופט המינהלי יום יום, ושעה שעה, כשהוא מבקש לעשות שימוש בכלי ביקורת זה, משהוא נדרש להכריע במקרה הפרטני האם פעולת הרשות המינהלית עומדת במבחן הסבירות. על השופט לבחון בזהירות האם נשקלו כל השיקולים הרלבנטיים הצריכים לענין, והם בלבד; עליו לבחון האם הרשות הגיעה לנקודת איזון ראויה בעקבות המשקל היחסי שניתן על ידה לכל שיקול רלבנטי. נקודת האיזון אינה בהכרח אחת. היא עשויה להיות מוצבת במקום כלשהו "במינעד הסבירות" הנתון לרשות, שהיקפו נקבע על פי טיב הענין ונסיבותיו, ובהתייחס לנושא הספציפי העומד לדיון.

העקרון לפיו בחינת סבירות החלטת המינהל אין פירושו העמדת שיקול הדעת השיפוטי במקום שיקול הדעת המינהלי הוא כלל יסוד נטוע במשפט המינהלי, המהווה מרכיב חיוני בתהליך הביקורת השיפוטית על המינהל. הוא משתלב באורח הרמוני עם אמות המידה הקיימות לבחינת סבירות החלטה המינהלית.

סוגי עניינים מסוימים על פי תוכנם, ואופי רשויות ציבוריות מסוימות על פי מעמדן וטיב אחריותן במערכת השלטונית עשויים גם הם להשפיע על היקף שיקול הדעת השיפוטי שיש להפעיל במסגרת הביקורת השיפוטית על המינהל.

הפעלתם התקינה והראויה של העקרונות האמורים במסגרת עילת הסבירות אינה מעמידה סיכון ממשי כי בית המשפט יבוא בנעליה של הרשות המינהלית ויעשה את מלאכתה במקרה הפרטני. הפעלה בלתי מאוזנת של העקרונות האמורים עלולה להביא לתוצאה בלתי רצויה כזו. על הדגש להיות מושם, אפוא, לא על שבירתו של כלי הביקורת עצמו, או על הצרת תחום התפרשותו, כפי הצעתו של חברי. על הדגש להיות מושם על דרכי היישום וההפעלה הראויים של העקרונות המושרשים מזה דורות במשפט המינהלי - דרכי יישום והפעלה הבנויים על המשקלות והאיזונים הראויים, שנועדו להבטיח את הרציונליות של החלטות המינהל להגנתם של הפרט והכלל גם יחד.

56. עוד צוין בהלכה הפסוקה, כי ברבות השנים נוספו לעילת הסבירות כללים וגדרים המבטיחים את הפעלתה באופן מדוד וזהיר, מבלי שבית המשפט ישיג את גבולן של רשויות המנהל. כך גם הוטעם כי פסקי הדין הרבים בהם פותחה ועוצבה עילת הסבירות מסייעים ביצירת ודאות משפטית, וכי דווקא עמימותה היחסית מאפשרת התאמה של הביקורת השיפוטית לנסיבות מורכבות ולשינויי העיתים. ראו למשל דברי כב' השופטת (כתארה אז) חיות, בעניין **שר החוץ** :

"... העובדה כי נורמה משפטית מנוסחת במונחים מופשטים ואינה נוקטת קונקרטיזציה חדה ומדויקת המחילה אותה על מצב דברים מוגדר וידוע מראש, היא לבדה אין בה כדי לפגום באותה נורמה. למעשה זה טיבן של נורמות עקרוניות המבקשות לכסות קשת שלמה של מצבים שלא את כולם ניתן לחזות או לתאר מראש באופן מדויק [...] אילו ביקשנו לראות בכך מאפיין הפוגם בעילת הסבירות כנורמה משפטית, היה עלינו לצרף אליה כנורמות פגומות, על פי אותה גישה, גם שורה ארוכה ונכבדה של נורמות משפטיות בעלות מאפיינים דומים כמו עיקרון תום הלב ותקנת הציבור למשל." (פס' 3 לפסק דינה).

57. מכל מקום, התיקון לחוק היסוד, ביטל את עילת הסבירות, על כל גלגוליה והיבטיה, ונועד לחסום את בית המשפט מלדון בכל מקרה שבו פעלה הממשלה או מי משריה באופן בלתי סביר כלפי הפרט או הציבור, ואף אם מדובר בחוסר סבירות קיצונית. כפי שנראה מייד, הצעות חלופיות שעלו בדיוני הוועדה במגמה מצמצמת-מדייקת, משיגה לאחור, של השימוש בעילת הסבירות – לא אומצו, אלא הנוסח הגורף, שאף הוחרף בהיבטים מסוימים.

## **ב. הרקע לחקיקת התיקון לחוק היסוד והליכי החקיקה**

### **1.1. רקע – הקמת הממשלה ה-37 וההכרזה על קידום "הרפורמה המשפטית"**

58. ביום 29.12.22 הוקמה ממשלת ישראל ה-37. במסגרת ההסכמים הקואליציוניים אשר נחתמו בין סיעת הליכוד לבין יתר סיעות הקואליציה, הוצהרה כוונת סיעות הקואליציה לפעול לקידומה של "הרפורמה להבטחת המשילות וחיזוק יכולת הממשלה לבצע את מדיניותה" (סעיף 120 להסכמים הקואליציוניים). בתוך כך, עוגנה בסעיף 121 להסכמים הקואליציוניים **חובת קיומה של משמעת קואליציונית הדוקה** ביחס להצעות החוק שיועלו במסגרת הרפורמה האמורה על-ידי שר המשפטים, וכן קדימותן "המוחלטת והמלאה" של הצעות החוק בעבודת הקואליציה :

**"כל סיעות הקואליציה יתמכו בכל הצעות החוק, לרבות בחוקי יסוד ובתיקונים לחוקי יסוד, כפי שיוצעו על ידי שר המשפטים, ושיעסקו במערכת המשפט ובין היתר בהסדרת מערכת היחסים שבין הכנסת והממשלה לבין מערכת המשפט ובית המשפט העליון ובשיטת בחירת השופטים [...] חקיקת חוק-יסוד: החקיקה ופסקת ההתגברות.** כל הצעות החוק שעניינן הנושאים הנזכרים בסעיף זה תקבלנה עדיפות מוחלטת ומלאה בעבודת הקואליציה, בכל מקרה ונסיבות, על פני כל חקיקה אחרת, לרבות בכל הקשור לקדימות ראשונה בהעלאת הצעות למליאה מיד עם הנחתן בכנסת ובהשלמת הטיפול בהן בוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת לפני כל דיון בכל הצעת חוק אחרת המונחת על שולחן הוועדה. האמור יחול בכל הקריאות."

עוד כללו ההסכמים הקואליציוניים חובת משמעת קואליציונית לעניין "הצעת חוק מטעם הליכוד שתקבע כי מינוי היועץ המשפטי למשרדים הממשלתיים יבוצע על ידי מנכ"ל אותו המשרד הממשלתי" (סעיף 123 להסכמים הקואליציוניים); וכן חובת משמעת קואליציונית בממשלה ובכנסת "בתיקוני חקיקה נדרשים לביטול 'נבחרת הדירקטורים' וכן ביטול ועצירתן של ועדות איתור למיניהן" (סעיף 76 להסכמים הקואליציוניים).

59. ביום 4.1.23, בסמוך להרכבת הממשלה, כינס שר המשפטים וסגן רוה"מ, חה"כ יריב לוין, מסיבת עיתונאים במסגרתה הציג לציבור את אשר כינה "השלב הראשון של רפורמת המשילות". עיקרי השלב הראשון של "הרפורמה", כפי שהוצגו בנאומו של שר המשפטים, עסקו בארבעה תחומים: (1) שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים באופן המבטיח שליטה קואליציונית בוועדה; (2) הגבלת היקף הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת וחקיקת פסקת ההתגברות; (3) ביטול עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות של הרשות המבצעת; (4) הסדרת סמכותה של מערכת הייעוץ המשפטי לממשלה, כך שתהלוך את מדיניות משרדי הממשלה.

## 2.2. טיוטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט)

60. ביום 11.1.23 העביר שר המשפטים להתייחסות היועצת המשפטית לממשלה טיוטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט) (להלן: **טיוטת התזכיר**). מתוך ארבע המטרות אשר הוזכרו בנאום שר המשפטים לעניין "השלב הראשון של רפורמת המשילות", ביקשה הצעת החוק המובאת בטיטת התזכיר (להלן: **הצעת החוק**) לקדם שלוש מטרות מתוכן, כלדקמן.

61. **ראשית**, ביקשה טיוטת התזכיר לשנות את הרכב הוועדה לבחירת שופטים המוסדר כיום בסעיף 4(ב) לחוק-יסוד: השפיטה. בהתאם להצעת החוק, הוצע כי חלף הרכב הוועדה כיום, לנציגי הקואליציה יהיה רוב בוועדה לשם בחירת השופטים לכל הערכאות. הוועדה בהרכבה החדש תכלול שלושה שרים, שלושה שופטי בית המשפט העליון, שלושה ראשי ועדות של הכנסת (ועדת החוקה חוק ומשפט, ועדת הכנסת והוועדה לביקורת המדינה) ושני נציגי ציבור אותם ימנה שר המשפטים. אשר לכהונתם של נשיא בית המשפט העליון והמשנה לנשיא בית המשפט העליון, הוצע במסגרת הצעת החוק להביא לביטול "שיטת הסניוריטי" ולמנות את בעלי תפקידים אלה לתקופת כהונה אחת בת 6 שנים, לרבות האפשרות למנות לתפקיד מועמד שלא מקרב חבר השופטים המכהנים בבית המשפט העליון.

62. **שנית**, טיוטת התזכיר הציעה להגביל את סמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לקיים ביקורת שיפוטית על חוקים רגילים (תוך קביעה שיידרש הרכב מלא של שופטי בית המשפט העליון וקבלת החלטה ברוב של 80%), תוך שלילה מוחלטת של האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (מבלי להגדיר מהו "חוק יסוד").

לצד האמור, ביקשה הצעת החוק לעגן "הוראת התגברות", שבאמצעותה תוכל הכנסת לדחות פרשנות שייתן בית המשפט הנכבד לחוק היסוד או את קביעותיו לעניין האיזון הנדרש בין ערכים או אינטרסים, ובכך להתגבר על פסיקת בית המשפט הנכבד הפוסלת חוק. עוד הוצעו הוראות שונות ביחס לאפשרות להתגבר על פסק דין שניתן פה אחד, ותוקפה של הוראת ההתגברות מכנסת אחת לרעותה.

63. **שלישית**, ביקשה הצעת החוק להביא לביטולה המוחלט של עילת הסבירות, כפי שהתפתחה בפסיקה הישראלית. בדברי ההסבר של טיוטת התזכיר צוין, כי הגם שהממשלה מחויבת לפעול לפי חוק בגבולות הסמכות שניתנה לה ובהליך הוגן, הביקורת על סבירות שיקול הדעת של הרשות המינהלית, אמורה להיות מסורה לכנסת והיא כלל אינה עניין להכרעה שיפוטית. הצעת החוק ביקשה להורות אפוא על ביטולה של עילת הסבירות ולתחום את הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל לשאלות של חוסר-סמכות, תקינות ההליך ועמידה בדרישות חוקים מפורשים. כך לשון הצעת החוק בטיטת התזכיר:

"ביקורת סבירות שיקול הדעת של הממשלה, שריה והרשויות הכפופות לה נתונה בידי הכנסת; לא יפסול בית משפט, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, החלטה של הממשלה, שר משריה, רשות הנתונה לאחריותם או כל מי שפועל מטעמם על יסוד מידת סבירותה, תהא אשר תהא לטעמו; פסילת החלטה בסעיף זה - פסילה מלאה, חלקית או הגבלת תוקף של החלטה, לרבות החלטה על מינויו של אדם, או של הימנעות מקבלת החלטה כאמור".

### 3. ב. התייחסות היועצת המשפטית לממשלה לטיטת התזכיר

64. כאמור, טיוטת התזכיר הועברה לבחינתה של היועצת המשפטית לממשלה, אשר ביום 2.2.23 הגישה את התייחסותה המפורטת הכתובה לשר המשפטים (להלן: **התייחסות היועצת המשפטית לממשלה או התייחסות היועצת**).<sup>53</sup>

בפתח התייחסות היועצת המשפטית לממשלה, ניתנה הדעת על-כך שטיטת התזכיר אשר הועברה לצורך בחינה מקצועית פנים-ממשלתית, עוסקת בשלב הראשון בלבד של השינויים המשטריים אשר פורסמו; ועל-כן, הבחינה המקצועית אשר גובשה לעניין השינויים המועלים במסגרת הצעת החוק כ"שלב הראשון" – והנוגעים למאפיינים הגרעיניים של המדינה כיהודית ודמוקרטית – נעשתה מאחורי "מסך ערפל". לאור האמור, הוגשה התייחסות היועצת בהסתייגות, שכן בהיעדר הצגת התמונה המלאה בדבר השינויים המשטריים העומדים על הפרק, לא ניתן היה לערוך בחינה מקיפה ומלאה של השלכות שינויים אלה על מאפייני היסוד של השיטה.

<sup>53</sup> חוות דעת היועצת המשפטית לממשלה מיום 2.2.2023 בעניין התזכיר צורפה במלואה כנספח 2 לעתירת לשכת עורכי הדין (בג"ץ 5663/23). וזמינה גם בקישור המקוצר הבא: <https://bit.ly/yoetzet02-02-2023>

65. בהתייחסותה נתנה היועצת המשפטית לממשלה דעתה לעניין התכלית העומדת ביסוד הצעת החוק, היא מימוש עקרון שלטון הרוב. בצד האמור, נמצא כי הצעת החוק מממשת תכלית זו באופן שאיננו מאוזן, אשר מביא לפגיעה באבני היסוד במשטר דמוקרטי, הם ההגנה על זכויות האדם והפרט, שלטון החוק, מינהל תקין והפרדת הרשויות, וההבנה כי לא ניתן להעניק לרשויות השלטון כוח בלתי מוגבל, ולהסתפק בהכרעת הרוב ככלל ההכרעה היחיד.

66. על-כן, הודגש בהתייחסות היועצת המשפטית כי **כוח שלטוני בלתי מוגבל הוא מתכון בטוח לפגיעה בזכויות אדם ובמינהל תקין**, וכי עקרון הפרדת הרשויות מחייב מערכת שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה, אשר יש בידה יכולת אפקטיבית לבקר את שתי הרשויות האחרות, תוך שמירה על עקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות.

67. עוד עמדה היועצת המשפטית לממשלה על חשיבות קידומה של חקיקת יסוד אשר תסדיר ותעצב את היחסים בין הרשויות, ובין הרשויות לפרט, תוך הבניית "כללי משחק" מוסדיים ברורים. בכך, הסבירה היועצת המשפטית לממשלה, יהיה כדי להפיג את המתח הקיים בין הרשויות, לצד ביצור מאפייניה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, הצעת החוק בטיוטת התזכיר החטיאה מטרה זו.

68. **בכל הנוגע לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים**. ציינה היועצת כי הצעה זו ביקשה להעניק לנציגי הממשלה והרוב הקואליציוני שליטה בהליכי מינוי שופטים. בכך יש כדי להביא לפגיעה בעצמאות, במקצועיות ובאי-התלות של הרשות השופטת. הסדר זה אף מבטא מגמה הפוכה למגמה המקובלת במדינות דמוקרטיות בעולם, אשר יצרו לאורך השנים מנגנונים לחיזוק העצמאות והמקצועיות השיפוטית ואי-התלות של הרשות השופטת.

69. ביחס להגבלת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת. כתבה היועצת בחוות דעתה כי משמעותה של הצעה זו, היא הגבלה מראש של היקף הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת, באופן שיחליש ויצמצם את ההגנה על זכויות חוקתיות ועקרונות משטריים. בנוסף, צוין כי ההצעה הציבה רף חריג המונה רוב של 80% מתוך הרכב מלא של כלל שופטי בית המשפט העליון לצורך פסילתו של חוק רגיל, באופן המצמצם את ההיתכנות המעשית לפסילת חוק. יתרה מכך, במקרים שבהם יוחלט על פסילת חוק ברוב הדרוש, תוסמך הכנסת לגבור **בדיעבד** על פסק הדין ברוב קואליציוני. לא זו אף זו, ההצעה ביקשה לשלול קיום ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד מכל עילה שהיא, וזאת חרף היעדר כל הגבלה על תוכנם או אופן חקיקתם של חוקי יסוד, המתחייב ממעמדם. היועצת המשפטית חיוותה דעתה כי שילוב הוראות אלה יוביל אפוא לביטולה המעשי של הביקורת השיפוטית החוקתית בישראל, אל מול מתן סמכות חקיקה וחקיקת יסוד בלתי מוגבלת לרשות המחוקקת, הנשלטת למעשה על-ידי הרשות המבצעת.

70. בכל הנוגע לביטול עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית על כל החלטה מינהלית של הרשות המבצעת, הבהירה היועצת המשפטית לממשלה את עמדתה כי הדבר עלול להביא לפגיעה משמעותית ביכולתו של האזרח להעמיד את מעשי הרשות לביקורת עצמאית ובלתי תלויה ולקבל סעד מבתי המשפט בהקשר זה.

71. נוכח כל האמור, הובהר כי כל אחד מההסדרים המפורטים בהצעת החוק מעלה קשיים מהותיים, היורדים לשורש עקרון הפרדת הרשויות, העצמאות השיפוטיות והמקצועיות של הרשות השופטת, ההגנה על זכויות הפרט, שלטון החוק והשמירה על המינהל התקין; וכי קבלת ההסדר המוצע בכללותו תביא לשינוי המבנה המשטרי, בכך שתעניק לרשות המבצעת והמחוקקת סמכות רחבה עד כדי בלתי מוגבלת, מבלי לייצר מנגנונים אשר ימנעו שימוש לרעה בחקיקה או בחקיקת יסוד לצורך עקיפת הביקורת השיפוטית, או לפגיעה במאפייניה הגרעיניים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

72. עוד הובהר, כי הפגיעה בעצמאות ובמעמד של הרשות השופטת מתעצמת נוכח המבנה המשטרי-פרלמנטרי הקיים בישראל.

בהתאם למאפייני השיטה הפרלמנטרית בישראל, הממשלה שולטת באמצעות הרוב הקואליציוני והמשמעת הקואליציונית בהליכי החקיקה בכנסת. לצד האמור, אין בישראל חוקה נוקשה או יציבה; אין מגילת זכויות אדם מלאה; אין הגבלה מפורשת על חקיקת חוקי היסוד או שינוים, בהיבטים הליכיים או מהותיים; אין ביזור של הכוח השלטוני באמצעות מבנה פדראלי; אין שני בתים לפרלמנט, שיטת בחירות אזורית או מנגנונים אחרים המבטיחים ייצוג נרחב של אינטרסים שונים בדרג הנבחר ובהליך החקיקה; אין מוסד מבוסס של משאל עם לתיקונים חוקתיים (אלא בהקשר מסוים ביותר); אין "נוהג חוקתי" חזק ומחייב שיכול לרסן את השימוש לרעה בכוח של הרוב; ואין כפיפות ישירה למשטר ביקורת בינלאומי כדוגמת האמנה האירופית לזכויות אדם.

לכך מתווספים מאפייניה הייחודיים של החברה בישראל, לרבות יחסי רוב-מיעוט מורכבים; מצב חירום שנמשך מאז הקמת המדינה; וכל זאת, בהיעדרם של מנגנונים משטריים, שיש בהם כדי לאזן ולרסן את כוחו של הרוב, כמקובל בעולם.

נוכח מאפיינים אלה של המשטר הדמוקרטי הנוהג בישראל, הרשות השופטת – ובפרט הביקורת השיפוטית הנערכת במסגרתה על פעולות הממשלה ורשויות המינהל וכן על חקיקת הכנסת – היא המוסד המשטרי בעל התפקיד המשמעותי ביותר לריסון כוחו של הרוב הפוליטי.

73. היועצת המשפטית לממשלה הבהירה כי ההסדרים המוצעים מביאים ליצירת שינויים משמעותיים, הנוגעים בליבת מערכת היחסים בין שלוש הרשויות ובין הפרט והשלטון במדינה. ככאלה, השינויים צריכים להיעשות בהליך שקול וסדור, על בסיס תשתית עובדתית איתנה ותוך גיבוש הסכמה רחבה.

עוד ציינה היועצת המשפטית לממשלה כי בחינת ההסדרים מצביעה על פגיעה קשה במארג הבלמים והאיזונים בין הרשויות. לפיכך, ולצורך שמירה על המאפיינים הדמוקרטיים הגרעיניים של המדינה, לא ניתן לקדם מהלך זה ללא עריכת עבודת מטה מקצועית אשר תערב את כלל הרשויות, תערוך בחינה רחבה של מארג היחסים בין הרשויות, ותביא ליצירת הסדר מקיף ומאוזן.

74. לאחר זאת, טיוטת התזכיר נגנזה ולא פורסמה להערות הציבור, כאשר המשך קידום הרפורמה המשפטית נעשה בדרך של הצעות חקיקה פרטית והצעות חקיקה מטעם ועדה בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת אשר נתמכו בידי הקואליציה.

#### **4. ב. דיונים מקדמיים בוועדת החוקה – "ציון במשפט תפדה"**

75. כפי שיורחב להלן, בין הימים 11.1.23-12.2.23 קיימה ועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן: **ועדת החוקה או הוועדה**), סדרת דיונים אשר עסקו בהצעות חקיקה לשינוי מערכת היחסים שבין הכנסת והממשלה לבין מערכת המשפט, אשר הוכתרה תחת הכותרת "ציון בַּמְשָׁפֵט תִּפְדָּה – מחזירים את הצדק למערכת המשפט".

76. ביום 11.1.23, במקביל להעברת טיוטת התזכיר לבחינת היועצת המשפטית לממשלה, התכנסה ועדת החוקה לקיום דיון פתיחה להתנעת חקיקת "רפורמת המשילות".

77. יו"ר הוועדה, ח"כ שמחה רוטמן, תיאר בפתח דבריו את חשיבותם של מערכת המשפט ושל עקרון משפט הצדק בהיסטוריה של העם היהודי. עוד הוסיף יו"ר הוועדה וטען כי העצמאות השיפוטית היא בליבה של מערכת המשפט, אשר צריכה להיות מוגנת מפני לחצים חיצוניים ופנימיים, ולשמור על טוהר ההליך הפלילי ועל ניהולם של הליכים אזרחיים, תוך הימנעות מניגודי עניינים.

78. אשר לתהליך העבודה של הוועדה, הבהיר יו"ר הוועדה בדבריו, כי תהליך זה כולל מרכיבים רבים, אשר יתגבשו לכדי דברי חקיקה הנוגעים לתיקונים הנדרשים. תיקונים אלה, יורכבו וישולבו גם מהצעות חוק פרטיות, גם מהצעות חוק מטעם הוועדה וגם מהצעות חוק ממשלתיות. הוא ציין כי הוועדה תשמע לעומק מומחים שונים בסוגיה, וכן את הייעוץ המשפטי לממשלה, והוסיף כי הדיונים יתקיימו בלוחות זמנים צפופים של חמישה ימים בשבוע.

79. בסיום דבריו, הציג יו"ר הוועדה את הנושא הראשון אשר יובא לדיון, שעניינינו הצעת חוק-יסוד: הממשלה (סמכות הממשלה והשרים לקבוע את עמדתם המשפטית בפעולתם השוטפת ובפני ערכאות שיפוטיות) ובכלל זאת, תפקידו הייעוצי והייעוץ של היועץ המשפטי לממשלה (להלן: **הצעת חוק היועצים המשפטיים**). כאמור, הצעה זו עוסקת בנדבך הרביעי אשר הוצג בנאום שר המשפטים מיום 4.1.23, ואשר לא נכלל בטיוטת התזכיר שהועברה לבחינת היועצת המשפטית לממשלה.



80. הדיון השני בוועדה נקבע ליום 16.1.23 ובו ביום גם הופץ מסמך הכנה לדיון הוועדה מטעם הייעוץ המשפטי לוועדה בנוגע להצעת חוק היועמ"ש. במסגרת המסמך, עמד הייעוץ המשפטי לוועדה על הצורך לדון בהצעת החוק האמורה כחלק ממכלול הצעות לתיקוני חקיקה, וכי "בחינת השינוי המוצע בתפקיד הייעוץ המשפטי והשפעתו על מערך האיזונים והבלמים בין הרשויות, צריכה להיעשות גם על רקע שורת התיקונים המוצעים האמורים, והשינוי המשטרי הכרוך בהם שעיקרו: הפחתה משמעותית בבלמים המוטלים על הרשות המבצעת והרוב הקואליציוני ברשות המחוקקת, לרבות כשפעולת הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת מערבות פגיעה בזכויות אדם".

81. הייעוץ המשפטי לוועדה נתן דעתו גם לעניין הצעת החוק כחקיקת יסוד ועל הקושי הנגזר מכך בקידום הצעת החוק כהצעת חוק מטעם ועדת החוקה. יתרה מכך, ובהיקש לענייננו, הצביע הייעוץ המשפטי לוועדה על המורכבות הנובעת מקידום הצעת החוק כהצעת חוק מטעם הוועדה "בהתחשב בכך שמדובר ב'מסלול חקיקתי' נדיר יחסית, **שברוב המוחלט של המקרים יוחד בוועדת החוקה לנושאים שאינם שנויים במחלוקת או לנושאים הקשורים קשר הדוק לכנסת ולפעולותיה**".

היועצת המשפטית לכנסת, עוה"ד שגית אפיק, חיוותה דעתה כי הצעת חוק אינה מתאימה להידון כהצעת חוק מטעם ועדה, ועמדה על משמעות מהלך זה במובן של דילוג על הליכי ההכנה לקריאה ראשונה:

"[...] כשאנחנו מסתכלים על הצעות מטעם ועדה שעלו כאן לאורך השנים, אפשר לומר: א', שהן לא היו רבות, זה לא הליך שהכנסת נוהגת לעשות, ודרך המלך בכנסת היא הצעת חוק פרטית של חברי הכנסת בדרך כלל. **הצעות חוק מטעם ועדה הן באמת, כפי שנאמר כאן, לעתים היו סוג של קונצנזוס שהיה בכנסת ורצו לחוקק את זה בדרך של הצעת חוק מטעם ועדה**, וזה התאים גם לנושאים שהופיעו בתקנון הכנסת ביחס לאותו עניין, או ביחס לנושאים שעוסקים בענייני הכנסת, שהכנסת נדרשת אליהם ורוצה למצוא ביחס אליהם איזה פתרון".

עוד הסבירה היועצת המשפטית לכנסת בעניין החשיבות הרבה בהקפדה על הכללים הפרוצדוראליים להעברת החקיקה, נוכח משמעותה והשפעותיה רחבות ההיקף.

82. בישיבת הוועדה מיום 18.1.23 התייחס היועץ המשפטי לוועדה, עוה"ד גור בליי, אף הוא לסוגייה זו וציין, כי בחינה היסטורית של הצעות החוק שהוגשו מאז קום המדינה מטעם ועדת החוקה, מלמדת שהן עסקו ברובם המוחלט של המקרים, בעניינים פנימיים של הכנסת ובנושאים שאינם שנויים במחלוקת.

משהובהר על-ידי הייעוץ המשפטי לכנסת כי אין מקום לקדם את הצעת חוק היועמ"שים כתיקון לחוק יסוד וכנגזרת מכך כהצעת חוק מטעם ועדה, עבר יו"ר ועדת החוקה לקדם "חלקים" אחרים ברפורמה המשפטית.

83. ביום 17.1.23, פירסם יו"ר ועדת חוקה הצעת חוק נוספת מטעם הוועדה, היא הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות) (להלן: **הצעת יו"ר הוועדה**). הצעה זו, בדומה לטיוטת תזכיר השר שנבחנה באותה עת על-ידי גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה, עסקה בשלושה מתוך ארבעת הראשים שהוזכרו בנאום השר: שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, הגבלת היקף הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת וחקיקת פסקת ההתגברות וביטול עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות של הרשות המבצעת.

84. לעניין ביטול עילת הסבירות, הוצע במסגרת הצעת יו"ר הוועדה לתקן את חוק-יסוד: השפיטה, כך שיתווסף לסעיף 15 לחוק היסוד סעיף קטן (15ד1), בו ייקבע כדלקמן:

**"בסעיף 15 לחוק היסוד, אחרי סעיף קטן (ד) יבוא:**  
(1ד) על אף האמור בחוק יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון, לא ידון ולא ייתן צו נגד הממשלה, ראש הממשלה, שר משרה או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם".

85. ביום 22.1.23 התקיים הדיון הראשון של ועדת החוקה בהצעה האמורה. בהצגתו את סעיפי הצעת החוק, תיאר יו"ר הוועדה את התיקון המוצע על-ידו לעילת הסבירות כך:

**"סעיף 2 מדבר על עילת הסבירות, ובעצם נוקט גישה שאומרת, אני לא רוצה להגיד בניגוד, אבל בשונה מהנוסח שהתפרסם מטעם שר המשפטים, שמדבר על עילת הסבירות ומנסה להתמודד ולבטל אותה לכל הערכאות, ולהשאיר את עילות המשפט המנהלי האחרות לכל הגופים, כאן אנחנו יותר הולכים בגישה שהציג השופט סולברג במאמריו ובפסקי דינו שאומר, שכאשר עוסקים בסבירות של נבחר ציבור מתעוררת בעיה דמוקרטית, ולכן למקם את זה יותר בכיוון שם".**

בחלקו של הדיון אשר עסק בביטול עילת הסבירות, התבטאו חברי הוועדה בנושא. כך, ח"כ גוטליב הציעה לקבוע במפורש כלל אי-שפיטות מוסדית ביחס לנושאים שונים, ובפרט מינויים לתפקידי שרים:

**"היום המציאות מלמדת אותי שאני צריכה פתרון למינוי שרים. לא צריך לכתוב שזה לא חוקי, כי חוק-יסוד: הממשלה וחוקים שונים קובעים מה חוקי ולא חוקי. אנחנו לא מדברים על זה, מה שלא חוקי הוא לא חוקי. אבל הסמכות למנות שרים בממשלה, או דברים שעוברים את אישור הכנסת והממשלה, צריך שיהיה רשום כרגע בחוק-יסוד: השפיטה, שבדבר הזה בית משפט לא יהיה מוסמך להתערב, וזה קודש. ודרך אגב, בדבר הזה, החיים ילמדו אותנו עם הזמן שיהיו כנראה עוד דברים שנצטרך להוסיף לחוק-יסוד: השפיטה. ולכן הכנסת כאן ולא הולכת לשום מקום. זה דברים שנלמד מתוך מציאות. אם בית משפט עליון יקנה סמכויות לא לו ויפריע לנו למשול בצורה מסוימת, עם השנים יכול להיות שנשנה בשינויים נוספים. כרגע אני מוצאת להוסיף את העניין הזה".**

86. יתר דיוני הוועדה בשלב זה עסקו בחלקים האחרים של הצעת יו"ר הוועדה – בנושא ביקורת שיפוטית על חוקים וחוקי יסוד והרכב הוועדה לבחירת שופטים.

בתום דיונים רצופים שנערכו בסוגיה אישרה הוועדה שתי הצעות חוק מטעמה: האחת – הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות), שעסקה בוועדה לבחירת שופטים ובביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, והשנייה – הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4), שעסקה בביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק. הצעות החוק אושרו במליאת הכנסת בקריאה הראשונה ביום 20.2.23 וביום 13.3.23 (בהתאמה).

87. בתום סבב דיונים רצופים נוסף אישרה הוועדה ביום 27.3.23 את הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות) לקריאה השנייה והשלישית. ההסדר שאושר בוועדה מבקש לשנות מהותית את הרכבה של הוועדה בדרך של הגדלת מספר חבריה ל-11, הוצאתם של נציגי לשכת עורכי הדין מן הוועדה, והוספת שר נוסף ושלושה חברי כנסת נוספים במקומם. עוד הוצע לקבוע, כי בבחירת שופטים לערכאות הנמוכות, חברי הוועדה מטעם הרשות השופטת יהיו נשיא בית המשפט העליון ושני נשיאים של ערכאות אחרות. עוד ביקשה ההצעה לקבוע הוראות לעניין קבלת ההחלטות בוועדה לבחירת שופטים והצעת המועמדים לערכאות השונות. הוועדה לא המשיכה את הדיון בהצעת החוק שעסקה בביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, וזו טרם אושרה על-ידה.

88. בהמשך לקיומה של מחאה ציבורית מתמשכת וחסרת תקדים בהיקפה נגד הליכי החקיקה המתוארים, קרא נשיא המדינה בימים 12.2.23, 9.3.23 ו-15.3.23 בנאומיו לאומה להגיע "למתווה פשרה" אשר יזכה להסכמה ציבורית רחבה.

89. לאחר הימשכותה של המחאה הציבורית הרחבה, הודיע ראש הממשלה ביום 27.3.23 על שהיית הליכי החקיקה וכניסה לשיחות משא ומתן עם נציגי האופוזיציה בבית הנשיא, לשם גיבוש מתווה פשרה מוסכם. בעקבות זאת, התיקון לחוק-יסוד: השפיטה שעניינו בשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים – לא הועלה לעת עתה להצבעה במליאה בקריאה שנייה ושלישית, והייתה הפסקה לתקופה של המשך הדיונים בוועדת החוקה ב"חלקים" האחרים של הרפורמה.

#### **5.ב הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות)**

90. באמצע חודש יוני 2023 הופסקו השיחות בבית הנשיא, ומיד בסמוך לכך, ביום 20.6.23, שב והניח יו"ר ועדת חוקה על שולחן הוועדה את הצעתו בעניין ביטול עילת הסבירות, והפעם תחת הכותרת – הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות) (להלן: **הצעת התיקון**). הצעה זו, בדומה להצעה בנושא הוועדה לבחירת שופטים, הוצעה אף היא כהצעת חוק מטעם ועדת החוקה מכוח סעיף 80(א) לתקנון הכנסת.

91. ביום 23.6.23 פירסם הייעוץ המשפטי לוועדה מסמך הכנה לדיון בהצעת החוק. במסמך זה, שבו והבהירו גורמי הייעוץ המשפטי לוועדה כי יש לבחון את הצעת החוק תוך ראיית מכלול תיקוני החקיקה העומדים על הפרק, על מנת לעמוד על אופן השפעת התיקון כשלעצמו וכן על אופן השפעת צבר התיקונים על האיזון בין שלוש הרשויות.

לגופם של דברים, פורטו במסמך ההכנה מספר סוגיות מהותיות אשר הוצע כי הוועדה תיתן דעתה אליהן:

שאלת ההצדקה העקרונית להגבלת עילת הסבירות וההשלכות האפשריות של הימנעות קטגורית מקיום ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות, בדגש על היווצרותם של "חורים שחורים" בתחומי מינהל מסוימים, אשר בהיעדר עילת סבירות, לא ניתן יהיה לקיים בהם ביקורת שיפוטית. כדוגמא מובהקת לכך ניתן תחום המינויים והשמירה על טוהר המידות בשירות הציבורי.

קיומה של חובת הסבירות בהיעדר ביקורת שיפוטית על עילת הסבירות: "בנסיבות אלה, יש חשש שהגבלתה של עילת הסבירות ביחס לקטגוריה מסוימת של מקבלי החלטות עלולה להיתפס אף כהכרעה הפוטרת, ברמה העקרונית או ברמה המעשית, את אותם מקבלי החלטות מחובת הסבירות ומהצורך לפעול תוך שקילה ואיזון ראוי בין שיקולים הנוגעים לעניין." [ההדגשות במקור].

קיומה של אי-בהירות בכל הנוגע להיקף תחולתו של ביטול עילת הסבירות בחקיקה המוצעת, בהקשר של עילות ביקורת מינהליות נוספות הכרוכות בעילת הסבירות.

נוסף על כך, הוצע לוועדה לבחון את ההצדקה לקיומה של הבחנה בין החלטת דרג נבחר לבין החלטות דרג מקצועי, בהפעלת ביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות. ראשית, משום שגם החלטות דרג נבחר עשויות לעסוק בעניינים פרטניים, ואף החלטות בעלות השלכות רחב עלולות לעורר שאלה של פגיעה בזכויות או אינטרסים של הפרט. שנית, משום שקיומן של בחירות או פיקוח פרלמנטרי במציאות הפוליטית של ימינו, לא יכולים לשמש כגורם בקרה אפקטיבי על החלטות המינהל. שלישית, משום שהחלטות מקצועיות מובאות אף הן לא אחת לאישור פורמלי של הדרג הנבחר, מה שעלול להביא ל"חסינות" גם של החלטות שהן מקצועיות במהותן מביקורת שיפוטית בעילת הסבירות, וכי משמעות הדבר עלולה להיות "תמריץ" לרשות המבצעת להעביר החלטות "בעייתיות" מהכרעת הפקידים להחלטת שר.

במסמך הוצע על-ידי הייעוץ המשפטי לוועדה לערוך שינויים בהסדר שהוצע שייתנו מענה לקשיים האמורים – "נוכח האמור, וככל שהוועדה מבקשת להגביל בחקיקה את מודל השימוש בעילת הסבירות, מוצע לשקול אימוץ מודל חלופי למודל המוצע. חלופה אפשרית להגבלת עילת הסבירות היא לא לצמצמה ביחס לכלל החלטות המתקבלות על-ידי הדרג הנבחר אלא רק ביחס לסוג מסוים של החלטות (בדומה לגישתו הכללית של פרופ' דותן למשל)." [ההדגשות במקור].

לבסוף, פירט הייעוץ המשפטי מספר סוגיות נוספות הנוגעות לנוסח ההצעה, לרבות הצעה להחרגתה של "ממשלת מעבר" מההסדר המוצע בחקיקה, נוכח הצורך הגובר לפקח על פעילותה ומנגד ההצדקה הפוחתת להחרגתה מעילת הסבירות; ושאלת תחולתה של הצעת החוק על החלטות שר המוצאות לעובד ציבור או הניטלות ממנו.

92. נקדים את המאוחר ונדגיש, כי הקשיים אשר הוצגו בבירור ובפירוט, כמפורט לעיל, על-ידי היועץ המשפטי של הוועדה עצמה, בכתב ובעל-פה, עובר לתחילת הליך החקיקה ובמהלכו, לא זכו למענה, הבהרה או הסדרה במסגרת התיקון לחוק היסוד. לא ניתן בנוסח של הצעה החוק מענה לקשיים, המשפטיים והמעשיים שהוצגו ולא ניתן הסבר סדור וממצה במהלך הדיונים כיצד יפתרו הבעיות. למעשה, התיקון לחוק היסוד בנוסח בו עבר בסופו של יום "שותק" ביחס לסוגיות המפורטות לעיל ולא עבר כמעט כל שינוי לעומת הנוסח המקורי שהוצג, ואילו השינוי שנכלל פועל דווקא להחמרת אחדים מהקשיים.

#### 6. ב. דיוני הוועדה בהכנה לקריאה ראשונה

93. דיוני הוועדה בהכנת הצעת החוק בהכנה לקריאה ראשונה נערכו בלוחות זמנים מהירים, והתפרשו על תקופה קצרה בין התאריכים 25.6.23-4.7.23 וכללו חמישה דיונים בלבד. במסגרתם הוצגו עמדות הייעוץ המשפטי לוועדה, היועצת המשפטית לממשלה ומלומדי משפט, וכן השתתפו בהם נציגים מתחומי הכלכלה, ההייטק, האקדמיה וארגוני חברה אזרחית. יצוין, כי לא התקיים בממשלה – ובכלל זה בוועדת השרים לחקיקה – דיון בהצעת החוק.

94. בישיבת הוועדה ביום 25.6.23, הציג יו"ר הוועדה, חה"כ רוטמן, את הצעתו, ועמד על הרציונליים והתכליות העומדים בבסיסה. הוא ציין כי הצעת החוק נועדה למנוע את אותם מקרים שבהם, לדבריו "בית המשפט... מבצע השתלטות, שלא לומר השתלטות עוינת על תהליך קבלת החלטות במדינה", וציין כי "כדי לצמצם את עילת הסבירות באופן שעולה בקנה אחד עם ההיגיון הדמוקרטי, ההצעה שהיא לא תחול על נבחר ציבור היא החלטה מאוזנת, מתונה" (עמ' 73 לפרוטוקול הדיון בוועדה מיום 25.6.23).

95. היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד ד"ר גור בליי, הציג את עיקרי עמדתו, בהמשך למסמך ההכנה האמור. הוא התייחס לכך שהחקיקה המוצעת לוקה בחסר, שכן היא אינה עוסקת בהסדרה כללית של כללי המשפט המינהלי, של חובות הרשות המינהלית והדרג הנבחר, ובאופן ספציפי אף איננה מגדירה מהי "עילת הסבירות" אשר אליה מתייחסת הצעת החוק:

**"החקיקה שלפנינו היא חקיקה חריגה, כי היא באה לעגן לא את כל המשפט המינהלי ולקבוע את גבולות הגזרה של עילה כזאת, של עילה אחרת, אלא היא עוסקת בהיבט קטן שלו, ומחדדים עליו לא להחיל אותו על הדרג הנבחר, אבל אנחנו לא מחדדים מה כן חל מבחינה חקיקתית, מה זה בכלל עילת הסבירות, הפירוט. הדבר הוא בנגיעה מאוד נקודתית בנושא הזה, ולא הסדרה כוללת של המשפט המינהלי, שכאמור הוא בא מהפסיקה" (שם, עמ' 84).**

96. בדיון עלתה שאלת היקף תחולתה של עילת הסבירות, והאופן בו מוצע לצמצמה, בין היתר ביחס לאופן שבו היא הוכרה בעניין **דפי זהב**. חה"כ גלעד קריב עמד על כך שהצעת החוק "בנוסח שלנו היום לא מחזירה אותנו לטרום דפי זהב? היא מעניקה חסינות גם מהיעדר סבירות קיצונית או סבירות מופרכת על החלטות דרג פוליטי. אתם לא מציעים לחזור למצב שלפני דפי זהב" (שם, בעמ' 100). היועץ המשפטי לוועדה התייחס לקושי הנובע מהביטול הגורף של עילת הסבירות. לדבריו, "גם בקרב המבקרים את השימוש בעילת הסבירות, קודם כול הדעה הרווחת הייתה שלא לבטל את עילת הסבירות, אלא לצמצם אותה, וגם נראה שמרבית הגורמים האלה לא דיברו על צמצום בחקיקה, אלא צמצום בפסיקה. צמצום בפסיקה כמובן מותר הרבה יותר גמישות לבית משפט, למשל באותם מצבים שזה ממש החלטה מופרכת בעיניו, מה שנקרא בסטנדרטים הישנים 'כן להתערב'" (שם, בעמ' 105).

97. יו"ר הוועדה הסביר כי אין דרך להבחין בחקיקה בין אי-סבירות לאי-סבירות קיצונית, ועל כן אין מנוס מקבלת הסדר גורף ורחב הכולל גם מצבים של אי סבירות קיצונית (שם, בעמ' 112):

"א', כדאי לקרוא ולא להטעות. אבל העניין הוא מאוד מאוד פשוט. אומר השופט סולברג, גם אני אמרתי את זה בתחילת דבריי. הרי כל הבעיה וכל הרציונל לצמצם את זה לנבחר ציבור, הרי זה לא נקי לוגית, ברור שזה לא נקי לוגית, זה אני אמרתי בדבריי. הרי אין הצדקה לבוא ולהגיד שבית משפט יתערב בשיקוליו של הממונה על המים. מה הוא מבין בסבירות? ממונה על המים ברשות מקומית – בית המשפט מבין יותר מה סביר ומה לא סביר בשאלה אם לשים מגדל מים במקום הזה או במקום הזה? אין לו יתרון מובנה. אין לו יתרון ממסדי. כך אומר גם השופט סולברג. ברור שבמקרים קיצוניים טוב לנו שהוא יתערב, ובמקרים לא קיצוניים לא טוב לנו שהוא יתערב. אבל יש בעיה מובנית, והבעיה המובנית היא כזאת: אין דרך – ואני אמרתי את זה במפורש בדברי הפתיחה שלי – אין דרך למתוח את הקו בין אי-סבירות קיצונית לאי-סבירות לא קיצונית. אין דרך לעשות את זה."

98. יו"ר הוועדה ציין בדבריו כי יש עילות נוספות מהמשפט המינהלי אשר יש בהן כדי לתת מענה ולאפשר ביקורת שיפוטית על החלטות נבחר ציבור – למשל עילת המידתיות בכל הנוגע לפגיעה בזכויות אדם, עילת האי-חוקיות ועילת השיקולים הזרים (שם, בעמ' 77). במענה לדברים אלה השיב היועץ המשפטי לוועדה כי יש מקרים רבים שבהם לא ניתן לאתר שיקול זר או זכות שנפגעת, ושבהם עילת הסבירות היא למעשה המענה היחיד לפגיעה באזרח (שם, בעמ' 106-107). עוד הוסיף כי ביטול עילת הסבירות עלול ליצור "ואקום של פיקוח שיפוטני", גם בכל הנוגע לסוגיית המינויים והשמירה על טוהר המידות בשירות הציבורי, וכי "הגבלת עילת הסבירות ביחס למקבלי החלטות מסוימים עלולה להיתפס כפוטרת אותם גם מחובת הסבירות, מהחובה לנהוג בסבירות ולפעול תוך שקילה ואיזון ראוי בין השיקולים הנוגעים לעניין" (עמ' 114 לפרוטוקול הדיון מיום 25.6.2023).

99. אשר ליחס בין חובת הסבירות לעילת הסבירות – ציין היועץ המשפטי לוועדה כי ביטול עילת הסבירות מוביל למצב שבו "יהיה פחות תמריץ לרשות המבצעת להשקיע בהליך מינהלי, רציונלי ומבוסס עובדות ולוגי, כי ידעו שאין סיכוי שיתערבו להם בסופו של דבר" (שם, בעמ' 115).

100. כבר למחרת, ביום 26.6.23, התקיים דיון נוסף בוועדה, במסגרתו הוצגה חוות דעתה של היועצת המשפטית לממשלה, על-ידי המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), עוה"ד ד"ר גיל לימון.

בדבריו בפני הוועדה, התייחס עו"ד לימון לכך שהתיקון המוצע נכלל במאטריה של חוק-יסוד: השפיטה, "באופן שיכול לטעת את הרושם כאילו אנחנו עוסקים בשאלה שנוגעת להיקף הסמכויות של בית המשפט, וביחסי הגומלין בין הרשות השופטת לרשות המבצעת", בעוד "מה שעומד על הפרק הוא החובה שמוטלת על הממשלה, על ראש הממשלה, על שרי הממשלה ועל נבחרי ציבור אחרים לנהוג בסבירות". עו"ד לימון נימק את דבריו בציינו, כי השימוש של בתי המשפט בעילת הסבירות מייצג שברי אחוזים בודדים מתוך השימוש היומיומי של רשויות המינהל בחובת הסבירות, שבא לידי ביטוי באופן שבו שוקלים גורמי הממשלה והרשות המבצעת, על כלל רשויותיה, את החלטותיהם בהתאם לחובה לנהוג בסבירות. אשר על כן, ציין עו"ד לימון כי **"באין עילת סבירות ביחס לבחינת החלטותיהם של נבחרי הציבור, תיעלם עמה אף חובתם לפעול בסבירות"**. אמירות אלו היוו נקודת מוצא לעמדה שהוצגה מטעם היועצת המשפטית לממשלה בדיוני הוועדה, והם אשר הובילו להתמקדות בשאלה העומדת במוקד האירוע – **האם מוצדק לפטור את הממשלה ואת נבחרי הציבור מהחובה לפעול בסבירות, והאם הדבר ייטיב עם האינטרס הציבורי**.

101. בדבריו הבהיר עו"ד לימון, כי הצעת החוק תביא למצב בו למעשה יינתן לנבחרי הציבור אור ירוק לקבל החלטות שרירותיות, המתעלמות מעובדות ומשיקולים רלוונטיים, או שנותנות משקל מוגזם באופן קיצוני לשיקולים זניחים בחשיבותם:

**"אילו ההצעה הייתה מבקשת לטפל באופן אמיתי במורכבויות של עילת הסבירות, ובהחלט ישנן מורכבויות כאלה, שאעמוד עליהן בהמשך – היא הייתה עוסקת קודם כל בהגדרת חובת הסבירות במשפט המנהלי, ולא עושה זאת באמצעות תיקון לחוק יסוד: השפיטה. אולם, ההצעה אינה מתייחסת כלל לעקרון הבסיסי – עיגון חובת הסבירות. במקום זאת, ההצעה כוללת מרכיב אחד בלבד, בעל השלכות קשות ביותר – חסימה מוחלטת של ביקורת שיפוטית על החלטות בלתי סבירות, בהתבסס אך ורק על זהות מקבל החלטה, ביחס להחלטות החשובות ביותר שמתקבלות על-ידי הדרג הממשלתי הגבוה ביותר"** (עמ' 9-10 לפרוטוקול הדיון בוועדה מיום 26.6.23).

102. אשר לנוסחה הגורף של הצעת החוק, האוסר על עצם קיום דיון בעתירה מכוח עילת הסבירות, קל וחומר הושטת סעד – הדגיש עו"ד לימון כי בכך יש כדי ללמד "שתכלית ההצעה היא יצירת חור שחור נורמטיבי, שגבולותיו הרבה יותר רחבים מהקשיים אותם מעוררת עילת הסבירות".

עוד הוסיף עו"ד לימון כי ההצעה תביא לפגיעה קשה בערכיה הבסיסיים של הדמוקרטיה הישראלית, ביניהם תקינות פעילות המינהל, טוהר המידות של השירות הציבורי, הגינותו של השלטון ביחסיו מול הפרט ושלטון החוק. לאור האמור, הבהיר עו"ד לימון כי "חובת השלטון לנהוג בסבירות היא ערובה חשובה לשמירה על כל אלה. ביטולה, מבלי שמוצע תחליף אחר לשמירה על אותם עקרונות וערכים, יפגע ביכולתו של בית המשפט להגן על הפרט מפני שרירות שלטונית" (שם, בעמ' 10).

103. בהמשך דבריו, סקר עו"ד לימון את השפעותיה רחבות ההיקף של הצעת החוק ואת פגיעתה בערכים המתוארים. כך למשל, בתחום המינוריים הוסבר כי הצעת החוק תסיר מגבלות בפני מינוריים אשר פוגעים בטוהר המידות ובמינהל התקין, באופן אשר יפתח פתח להשחתה של השירות הציבורי ולפגיעה באמון הציבור בו.

עוד הוצגו השפעות החקיקה על המגבלות החלות על פעולות הממשלה **בתקופת בחירות**, תוך שהודגש כי "עילת הסבירות היא הכלי המרכזי שמאפשר למנוע החלטות ממשלה ערב בחירות, שכל תכליתן עידוד הצבעה בשביל הממשלה היוצאת. **ביום שאחרי חקיקת הצעת החוק שלפנינו, בית המשפט יתקשה לאכוף את דיני האיפוק והריסון החלים על פעולת הממשלה בתקופת בחירות, וחברי הממשלה יוכלו לעשות שימוש במשאבים הממשלתיים לצרכים פוליטיים**". בתוך כך, צוינה גם השפעתה של הצעת החוק על האופן שבו נשקלות עמדותיהם המקצועיות של גורמי המקצוע והמומחים ברשות המינהלית במסגרת תהליך קבלת ההחלטות, שכן "בהיעדר חובה לפעול בסבירות, אנו עלולים לעמוד בפני מציאות שבה עמדות מקצועיות יאבדו מחשיבותן, אנשי מקצוע יאבדו ממעמדם, ושיקולים פוליטיים שאינם רלוונטיים להחלטה עצמה יקבלו משקל מכריע, אולי אפילו בלעדי, בעבודת הממשלה על כלל זרועותיה".

סוגיה נוספת שתושפע מהצעת החוק עניינה **ההימנעות מהפעלת סמכות**, אשר בהיעדר עילת הסבירות, עלולה להוביל למצבים בהם נבחר ציבור נמנעים באופן מכוון מהתקנת תקנות מסוימות או ממינוי בעלי תפקידים, באופן שעלול לגרום לשיתוק הפעילות הממשלתית ולפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מכך (שם, בעמ' 10-13).

104. עו"ד לימון עמד בדבריו גם על-כך שהצעת החוק איננה באה בחלל ריק, אלא היא חלק ממכלול חקיקתי שלם אשר הקואליציה מבקשת לקדם, המחייב הסתכלות רחבה יותר על המגמה המתרחבת של החלשת מערכת המשפט ושומרי הסף:

"מדובר בהצעה אחת מתוך שורה של הצעות שנכללו במסגרת אותה רפורמה, אשר מחזקות ומשלימות זו את זו ואשר אם תאושרנה – **הדבר יחליש באופן מהותי או אפילו יבטל את הערובות שקיימות בשיטתנו המשפטית לשמירת שלטון החוק, ויהפוך את הרשות המבצעת לרשות שיש עליה הרבה פחות איזונים ובלמים, אם בכלל**".



כך, חזר והתריע כי "אם ההצעות האלו יתקבלו כולן... הממשלה לא תהיה מעל לחוק, אלא היא תהיה החוק עצמו" (שם, בעמ' 13-15).

105. יו"ר הוועדה הבהיר, בהמשך לדבריו של המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, כי הצעת החוק לא מאיינת לחלוטין את האפשרות של בתי המשפט להעביר ביקורת שיפוטית מכוח עילות משפטיות אחרות, כך במקרים בהם התקבלה החלטה בניגוד לחוק (שכן אז קיימת, לדבריו, עילת החוקיות); התקבלה החלטה אשר פוגעת בזכויות (שכן אז קיימת עילת המידתיות הקבועה בחוק); או התקבלה החלטה על בסיס שיקולים זרים.

עוד ציין כי לתפישתו הצעת החוק מחזקת את עקרון הפרדת הרשויות, ותביא למצב שבו מי שנושא באחריות, נושא גם בסמכות – כלומר, למצב שבו הפוסק האחרון הוא נבחר הציבור המכהן בתפקיד באותה העת, ולא בית המשפט או מערך הייעוץ המשפטי (שם, בעמ' 25). הוא הציע להוסיף להצעת החוק קביעה שלפיה סמכות הביקורת על החלטות נבחר ציבור תהיה נתונה לכנסת, כמנגנון בקרה על החלטות אלו (שם, בעמ' 31-32).

אשר לסוגיית נטילת הסמכויות לצורך הימנעות מקיום ביקורת שיפוטית, יו"ר הוועדה לא ראה בכך פסול, בציינו כי "לגבי נטילת סמכויות ונטילת סמכויות, אני בהחלט סובר שאם שר או הממשלה כולה בחרו ליטול סמכות ולקבל החלטה שכדבר שבשגרה נמצאת בידי פקיד ציבור, אני חושב שזה עצמו ההוכחה הטובה ביותר שהממשלה או השר רואים בזה החלטה בדרג של מדיניות" (שם, בעמ' 33).

106. בישיבת הוועדה השלישית, שהתקיימה יום לאחר מכן, ביום 27.6.23, התייחס היועץ המשפטי לוועדה לקושי הנובע מהביטול הגורף של עילת הסבירות, לרבות על החלטות פרטניות, ולכך שלא ניתן להסתפק בחלופה של עילת המידתיות (עמ' 41-42 לפרוטוקול הדיון מיום 27.6.23):

**"... מה שזה לא לוקח בחשבון זה שיש הרבה מאוד החלטות אינדיבידואליות שמשליכות על האינטרסים של הפרט ואתה לא בהכרח יכול למצוא זכות שנפגעת. המקרה הטיפוסי, אתמול נמנו על ידי עורך הדין גיל לימון, המשנה ליועצת המשפטית, שורה של דוגמאות מהעבודה השוטפת שלהם בממשלה, אבל ברמה של הכותרות: היתרים, זיכיונות, רישיונות [...]"**

**דובר על הרבה מאוד סיטואציות. [...] בכל הדברים האלה לאזרח אין זכות מוקנית, אין לו זכות מוקנית לקבל היתר או זיכיון או רישיון מהממשלה, הוא בן אדם שמבקש. אם היה לו משהו זו כבר שאלה, לקחת לו אולי פוגע לו בקניין, אולי פוגע לו בחופש העיסוק. אבל אין לו זכות מוקנית."**

107. בנוסף, ובהתייחס לעילת השרירות, סקר היועץ המשפטי לוועדה את האופן שבו פירשה הפסיקה את עילה זו, והתייחס לכך שחלק מהקושי בהצעת החוק טמון בכך שהיא איננה מסדירה באופן כולל את המשפט המינהלי, ומשכך עלולה להוביל לחוסר בהירות באשר לאופן שבו ניתן יהיה לעשות בה שימוש, שכן היא דומה בחלק ממאפייניה לעילת הסבירות (שם, בעמ' 45-46).

108. בהמשך הישיבה, התייחס היועץ המשפטי לוועדה לאופן שבו הורחב בשנים האחרונות השימוש בעילת הסבירות בישראל, ובמדינות דמוקרטיות אחרות, ובדגש על מדינות המשפט המקובל (קרי – קנדה, ארה"ב, אוסטרליה ואנגליה). בהמשך לכך, ציינה עו"ד אפרת חקאק מהייעוץ המשפטי לוועדה, במענה לשאלות של חברי הכנסת, כי "לא נאמר על ידינו שאין חקיקה שמגדירה את עילת הסבירות, **אלא מה שאין במשפט המשווה זו הגבלה על עילת הסבירות ורק על זה**. ברור שיש חקיקה, כמו שגם הוצע פה בעבר לעשות סדר בכל עילות הביקורת המנהליות, זו הדרך להסדיר את הנושא באופן כללי. מה שאין זו הגבלה ספציפית רק על סבירות" (שם, בעמ' 90-91).

109. בהמשך הדיון הופיעו בפני הוועדה ד"ר גיא לוריא מהמכון הישראלי לדמוקרטיה, עו"ד אהרן גרבר מפורום קהלת ופרופ' ענת שקולניקוב מאוניברסיטת וינצ'סטר. בדבריה התייחסה פרופ' שקולניקוב לכך שהחובה לנהוג בסבירות לא מעוגנת בשום מקור חוקי, ועל כן המשמעות של תיקון החוק היא ביטול החובה; וכי ביטול עילת הסבירות עלול דווקא להוביל להתערבות משמעותית יותר בהחלטות הרשות, באמצעות עילות מחמירות יותר.

לעניין תחולת עילת הסבירות על מינויים בהיבט השוואתי טענה פרופ' שקולניקוב שבבריטניה למשל, סוגיה מעין זו מעולם לא נדונה בפני בית המשפט, מכיוון שקיים בה נוהג אשר נשמר באדיקות, שלפיו שרים נוהגים להתפטר בעקבות התנהגות לא ראויה במישור האישי. היא הוסיפה כי בבריטניה עילות ההתערבות בשיקול הדעת הולכות ומתרחבות (שם, בעמ' 85-89).

110. ביום 3.7.23 התקיימה ישיבה נוספת של הוועדה, במסגרתה התייחסו חלק מחברי הוועדה להעלאתה של הצעת יו"ר הוועדה כהצעת חוק מטעם הוועדה, לאור טענתם כי אין המדובר בהצעת חוק המסדירה את מערכת היחסים בין הרשויות המתאימה לחוקי יסוד, כי אם בהצעה אשר מבטלת חובה המוטלת על הרשות המבצעת לנהוג בסבירות (עמ' 26 לפרוטוקול הדיון בוועדה מיום 3.7.23).

111. עוד העלו חלק מחברי הוועדה טענות לקיומם של פגמים בהליך החקיקה. בין היתר, נטען על ידי חה"כ גלעד קריב כי הדיונים שהתקיימו עד כה בוועדה, אינם "מתקרבים למסה הנדרשת של דיונים ושל מיצוי השיח בתוך הוועדה, על מנת להגיש הצעה מטעם הוועדה" וכי הליך החקיקה לא עומד בסטנדרטים של הליך ראוי. כמו כן, נטען כי יש חשיבות בכך שייאמר באופן ברור כי "אם ההצעה נשארת כפי שהיא ולא מעוגנת בצורה פוזיטיבית, חובת שקילת סבירות ההחלטה, המשמעות היא אחת – היא ביטול עילת הסבירות על הדרג הפוליטי. מכאן, שלא מדובר על הצעת חוק שעיקרה מערכת יחסים בין הרשויות, אלא נוגעת בעיקר לאופן שיקול הדעת של הרשות המבצעת".

אשר על כן, ציין חה"כ קריב כדלקמן :

**“מן הראוי שהצעה כזאת, אחת משתיים – או שתגיע כהצעת חוק ממשלתית ואז יהיה תהליך סדור, שהמשרדים השונים והגורמים המקצועיים השונים יוכלו לחוות את דעתם, ואנחנו נוכל ללמוד. אני מזכיר לכם שחוות הדעת שמוצגת לוועדת השרים לענייני חקיקה, שבה נסקרות ההשפעות על כל משרד, זה דבר שהוא פומבי. אפשר לראות אותו. אז היינו יודעים מה נאמר על ידי המשרדים השונים. או שהייתה כאן הצעת חוק פרטית ואז היה כאן מהלך של הנחה, מהלך של קריאה טרומית ושל דיון מקדמי לקראת קריאה ראשונה. צריך לומר בצורה מאוד ברורה, ההצעה הזאת, כפי שהיא מנוסחת עכשיו, היא הצעה לביטול עילת הסבירות בהחלטות של דרג נבחר. זה לא סיוג הביקורת השיפוטית אלא זה ביטול עילת הסבירות, וזאת המשמעות שלה” (שם, בעמ' 42).**

112. בתשובתו לטענות חברי הכנסת המפורטות לעיל, העלה היועץ המשפטי לוועדה מספר הצעות לשינוי הצעת החוק באופן שייתן מענה חלקי לקשיים עליהם עמדו חלק מחברי הכנסת והגורמים השונים שהופיעו בוועדה. כך למשל, הוא הציע לקבוע הוראה שאומרת כי בעובדה שאין מחילים את עילת הסבירות, אין כדי לגרוע מחובת נבחרי הציבור לפעול בסבירות. כך, הגם שלפי ההצעה בית המשפט לא יוכל לפסול החלטה בשל אי-סבירותה, עצם קביעה הצהרתית שלפיה החלטה פלונית היא לא-סבירה, תסייע לשמור על החובה לנהוג בסבירות, בין אם באמצעות התרעה של יועצים משפטיים בדבר אי-סבירות, ובין אם על דרך של ביקורת ציבורית על נבחרי ציבור אשר מקבלים החלטות שאינן סבירות (שם, בעמ' 38)).

כמו כן, התייחס היועץ המשפטי לוועדה לכך שהצעת החוק נעדרת כל מענה למקרים בהם הפגמים בהחלטה הנדונה הם “הליכיים”, למשל לעניין האופן שבו נאספו הנתונים הצריכים לקבלת ההחלטה או לעניין המהירות בה היא התקבלה. יו"ר הוועדה השיב כי יש עילות אחרות אשר באמצעותן ניתן מענה לפגמים מעין אלו (שם, בעמ' 38-39).

113. ביום 4.7.23 התקיימה ישיבתה האחרונה של הוועדה לקראת ההצבעה על הצעת החוק מטעמה לקריאה ראשונה, בחלוף עשרה ימים בלבד מעת שהחלו הדיונים. בישיבה זו הועלו מספר טענות הליכיות נוספות מצד חברי הכנסת, שלפיהן השימוש שנעשה בסעיף 80 לתקנון הכנסת הוא פסול, וכי למעשה אין מדובר בהצעת חוק שיזמה והכינה הוועדה. כמו כן, נשמעו טענות על כך שנמנעת אפשרותם של היועצים הפרלמנטריים של חברי הכנסת מהאופוזיציה להיכנס לדיוני הוועדה, ועל כך שלא ניתנה הזדמנות לארגוני חברה אזרחית אשר הגיעו לדיוני הוועדה להציג את ניירות העמדה שלהם.

114. במישור המהותי, הופיע בפני הוועדה פרופ' יואב דותן אשר ביקש להבהיר את עמדותיו, שהועלו בוועדה באופן לא מדויק לטעמו, כביכול כתמיכה בהצעת החוק. פרופ' דותן הדגיש כי הצעת החוק מעוררת בעיות רבות מאוד בעיניו, גורפת ומלמדת על היעדר הליך בדיקה רציני של מלוא היקפה ומשמעותה, אשר היה נדרש כי ייעשה בטרם מוגשת הצעת חוק כזו:

**"הצעת החוק הנוכחית היא הצעה בעייתית ביותר בעיניי.** אני אומנם ביקרתי לא פעם את הדוקטרינה הקיימת של סבירות בבית המשפט העליון מזווית שונות ואני לא התנגדתי עקרונית לזה שתיעשה חשיבה מחדש בנושא הזה, אבל בעיניי הצעת החוק הנוכחית היא בבחינת לשפוך את התינוק עם מי האמבט. ההצעה הזאת היא הצעה גורפת מאוד, היא מתימרת להבדיל בין החלטות של הדרג הפוליטי להחלטות של הדרג המנהלי, אבל בפועל להערכתי זה לא מה שיקרה, משום שהבחנה בין החלטות פוליטיות באופיין לבין החלטות שהן לא כאלה איננה יכולה להסתמך אך ורק על הדרג שמקבל את ההחלטה. אם מישהו היה רוצה לעשות בעניין הזה עבודה רצינית, הוא היה חייב להתייחס להבחנות נוספות, כמו למשל הבחנה בין החלטות כלליות להחלטות אינדיבידואליות. אני אומר שוב, ככל שמסתמכים על הדברים שאני כתבתי בעניין הזה, אז חובה להבדיל קודם כל בין החלטות מדיניות כלליות לבין החלטות אינדיבידואליות. העמדה שלי הייתה שלמשל אם ממשלת ישראל במליאתה תקבל החלטה להקים או לא להקים קו מטרו חדש במטרופולין דן, אז אני לא רואה למה הסבירות של בית המשפט בהחלטות כאלה, או החלטה לצאת או לא לצאת למבצע צבאי בג'נין – אני לא רואה למה הסבירות של בית המשפט צריכה להיות עדיפה על הסבירות של הממשלה עצמה, גם מבחינה דמוקרטית, גם במישור של מומחיות מקצועית וכיו"ב. לעומת זאת, אם הולכים להחלטות שמוגדרות כהחלטות של שרים, יש עשרות אלפי החלטות ביום שיכולות להיות מוגדרות כהחלטות של שרים. [...] לקחת שתיים-שלוש דוגמאות, כל תוכנית מתאר מחוזית נחתמת על ידי שר הפנים, אז זה הופך אותה כביכול להחלטה של שר. כל אשרת שהייה וכניסה לישראל, כל רישיון ישיבת קבע בישראל הוא לפי הסמכות בחוק סמכות של שר הפנים. והחלטות מהסוג הזה אין שום סיבה שבעולם, לא מנקודת ראות דמוקרטית ולא מנקודת ראות אחרת, לתת להן חיסיון מביקורת מלאה של בית המשפט, כולל בעילת הסבירות. [...] יש החלטות שלשיתתי צריכות להיות כפופות לסבירות במובן שאנחנו מכירים את סבירות האיזונים, אבל יש גם מוד קבלת החלטות אחר של החלטה שהיא שרירותית וגחמנית. אם חושבים שנניח הדרג של השר מצדיק להקטין את היקף הביקורת השיפוטית על החלטותיו, אפשר לקבוע בחקיקה, אם כבר מסדירים את העניין בחקיקה – זה גם לא טריוויאלי בעיניי, אבל אם עושים את זה – אז אפשר לפרט בחוק את הסטנדרט הנכון, הסטנדרט הראוי. הדברים האלה לא נעשו בהצעת החוק הזאת" (עמ' 42 לפרוטוקול הדיון מיום 4.7.23).

115. בדבריו ביקש פרופ' דותן לחדד את עמדתו בסוגייה ואת חששותיו מהחלטה של הצעת החוק בהתאם לזהות הגורם המחליט, בניגוד לסוג ההחלטה, בפרט במקרים בהם אין כלי משפטי אחר לקיום ביקורת שיפוטית מלבד עילת הסבירות:

**"לטעמי, וזאת ההצעה שאנחנו הצענו, יש הבדל בין החלטה של הממשלה במליאתה לבין החלטה של שר. החלטה של שר לא צריכה להיות פטורה מביקורת סבירות וצריך להיות הבדל בין החלטות מדיניות כלליות לבין החלטות אינדיבידואליות.**

[...]

ההצעה הנוכחית היא גורפת, התעוררו המון המון שאלות והמון המון בעיות. אני לא צריך לדבר על נטילה או על אצילה כדי להגיע למסקנה הזאת. רוב ההחלטות שמשרד הפנים או משרד התחבורה או משרד התקשורת מקבלים מוגדרות מלכתחילה כהחלטות של השר בחוק. אז בכלל אין מה לדבר על נטילה. [...] אני חושב שחשוב מאוד שתהיה ביקורת אמיתית בבית המשפט ושום דבר אחר אמיתי דה-פקטו לא מגן על האזרח.

אם הממשלה מקבלת החלטה על מבצע בג'נין, אם הממשלה מקבלת החלטה על הקמת קו מטרו חדש, אז יש לנו מנגנוני ביקורת חילופיים חזקים. יש התקשורת, הציבור, הכנסת. אם אני מבקש אשרת כניסה לישראל או אני יבואן של ציוד תקשורת, אין לי המנגנונים האלה. אלא אם כן יש לי מאעכרים פוליטיים, שאת זה אנחנו ממש לא רוצים לראות. **שם אנחנו צריכים בית משפט חזק ושם אנחנו צריכים את הסבירות.**

[...]

יואב דותן: חבר הכנסת רוטמן, אני אסביר את הדברים. הרי גם אפשר להגיד לי את הדבר הבא: אם אני נותן חסינות להחלטות של הממשלה, אז יכול לבוא כל שר ולהפוך החלטה של שר להחלטת ממשלה. [...] אבל אנחנו יודעים שבחיים האמיתיים זה לא כך. בחיים האמיתיים שר פנים לא יכול לבוא לממשלה ולהגיד: הנה יש לי היום לשבוע הזה 600 החלטות שאני רוצה שיהפכו להחלטות ממשלה. זה לא עובד כך. [...]

היו"ר שמחה רוטמן: אבל בתוך הממשלה אתה חושב שכן? כלומר, כולם יעלו הכול לשר?

יואב דותן: החלטה של שר אני מאוד חושש שכן, כי ההחלטות האלה רובן מוגדרות בחוק כהחלטות של שרים מלכתחילה. לכן הדבר הכי קל יהיה ליצור פרקטיקות פנים-משרדיות שיהפכו כל דבר להחלטה של שר" (שם, בעמ' 46 ו-49-50).

116. סוגיה נוספת אשר נדונה בישיבה, נגעה להשלכות הצעת החוק על חוקים אחרים בהם מופיעים המונחים "סבירות" או "סביר", למשל בדין הפלילי והאזרחי. בהקשר זה הבהיר יו"ר הוועדה כי הצעת החוק עוסקת אך ורק בעילת הסבירות כפי שהיא מוכרת במשפט המינהלי, וכי ככל שאכן ישנה עמימות בנושא, נוסח ההצעה ישונה כך שהנושא יובהר (שם, בעמ' 69). ייאמר כבר עכשיו – כי גם בעניין זה נוסח ההצעה לא הובהר כדי ליתן מענה לעמימות זו.

117. לקראת סיום הישיבה, חזר והתריע המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), על הפגיעה שעלולה להיגרם לעקרון שלטון החוק כתוצאה מאישור הצעת החוק, ובראשה ביטול דה-פאקטו של חובת הממשלה ושריה לנהוג בסבירות. בתוך כך, תיפגע גם היכולת של הייעוץ המשפטי לממשלה לקדם את השמירה על שלטון החוק ולא ניתן יהיה לבלום החלטות שרירותיות ובלתי סבירות באופן קיצוני במהלך גיבושן:

**"אני מבקש לחזור על עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה, לפיה משמעות ההצעה אם היא תקבל, היא ביטול ערובה חשובה שמבטיחה שהשלטון יפעל בהגינות ובהיעדר שרירות כלפי הפרט. ההצעה תגרום לפגיעה קשה במגוון רחב מאוד של מישורים בעבודת הממשלה. אנחנו לא רואים את זה היום, ואנחנו נראה את זה, וזה יהיה מאוד מאוד מהיר על כל הגופים וכל היחידות של הממשלה. ההצעה הזאת אם היא תעבור, תפגע בערכים דמוקרטיים בסיסיים של תקינות פעולת המינהל, טוהר המידות של השירות הציבורי, שלטון החוק ואמון הציבור ולכן העמדה שלנו היא שאין מקום לקידום ההצעה" (שם, בעמ' 115-117).**

118. בתום הדיון ביום 4.7.23 אושרה הצעת החוק בוועדה להנחה לקריאה ראשונה, כהצעת חוק מטעם הוועדה, ברוב של תשעה תומכים למול ארבעה מתנגדים. ביום 5.7.23 פורסמה הצעת החוק ב"רשומות" (הצ"ח הכנסת מס' 968, בעמ' 110), הונחה הצעת החוק על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה, וביום 10.7.23 היא אושרה במליאה בקריאה ראשונה, ברוב של 64 חברי-כנסת אל מול 56 חברי כנסת.

### **7.ב. דיוני הכנה בוועדת החוקה לקריאה שנייה ולקריאה שלישית**

119. בין התאריכים 11.7.23-16.7.23 קיימה ועדת החוקה ארבעה דיונים רצופים להכנת הצעת החוק לקריאה השנייה והשלישית.

120. הדיון הראשון מביניהם התקיים ביום 11.7.23, כבר למחרת אישור ההצעה בקריאה ראשונה במליאת הכנסת ובו הוצגו מספר חוות דעת של משפטנים, אשר בחלקן ביקשו להציע ניסוח מרוכך יותר של החקיקה, באופן שיענה על חלק מהקשיים אשר תוארו לעיל.

121. כך, הציע כבי' השופט (בדימוס) פרופ' מודריק שהצעת החוק תבחין בין מה שאותו כינה "אי הסבירות המהותית לבין התהליך שבמסגרתו התגבשה ההחלטה שנחשבת להחלטה בלתי סבירה". במובן זה, לבית המשפט תהא שמורה הסמכות לדון בסבירותו של תהליך קבלת ההחלטה. לעמדת פרופ' מודריק, ניתן לקרוא את הצעת החוק בנוסחה כיום כשוללת ביקורת שיפוטית על נוסח הבהרה לעניין זה. מתשובתו של יו"ר הוועדה לעניין זה, עולה לכאורה כי לתפיסתו הסבירות התהליכית אינה נכללת תחת "הסבירות" שאותה מבקשת הצעת החוק לבטל כעילת ביקורת שיפוטית (ראו עמ' 68 לפרוטוקול הדיון מיום 11.7.23). ואולם, אף בהיבט זה, לא ראו חברי הוועדה לתקן את נוסח ההצעה באופן שיבהיר את היקף תחולתה.

עוד הציע פרופ' מודריק לכלול במפורש בדבר החקיקה עצמו את עילות הביקורת השיפוטית אשר נותרו בעינן ואשר בית המשפט רשאי לפסוק מכוחן. בנוסף, הוא הציע כי במקרים בהם מוגשת עתירה לבית המשפט העליון, אשר יסבור כי החלטת ממשלה או שר, אף אם הן בנושא מינויים – לוקה בחוסר סבירות קיצוני, ככל שיקבע זאת פה אחד במסגרת הרכב מורחב, הרי שהדבר יתאפשר (שם, בעמ' 68-70).

122. פרופ' דניאל פרידמן העיר בדבריו, נוכח החשש שהוצג בדבר ביטול עילת הסבירות באופן אשר יביא למינויים לא ראויים, כי לבית המשפט תהיה שמורה האפשרות להתערב לאור העיקרון האוסר על שימוש בשיקולים זרים, בין אם שיקולים מפלגתיים ובין אם שיקולים אחרים. אשר להצעותיו לריכוך הצעת החוק, הציע פרופ' פרידמן כי תוסר האפשרות לפטור מעילת הסבירות אנשים נוספים שייקבעו בחוק ("או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק") – כפי שאכן נעשה בסופו של יום.

עוד הציע, שההצעה לא תחול על סמכות ששר נטל לעצמו לפי סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה, וכן כי תורחב בחקיקה הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות ובעילות אחרות על החלטות התביעה הפלילית, גם על מקרים בהם מחליטים להגיש כתב אישום. אשר לאצילת סמכויות, סבר פרופ' פרידמן כי החוק לא אמור לחול על החלטה שהתקבלה על-ידי פקיד, גם אם נעשתה כן תוך האצלת סמכויות מהשר (שם, בעמ' 73-77).

123. פרופ' יואב דותן הופיע בפני הוועדה פעם נוספת והשיב לשאלות חברי הוועדה לעניין הצעותיו לריכוך הנוסח. לעניין זה שב והבהיר, כי חששו המרכזי מתמקד בהחלטות אינדיבידואליות של הדרג הממשלתי שיקבלו הלכה למעשה חסינות מפני ביקורת על סבירותן. הצעתו היא להסדרה סטטוטורית המכוונת להקטנת היקף הביקורת השיפוטית מכוח עילת הסבירות על החלטות מדיניות כלליות, הן של הממשלה הן של שרים; אולם לא אותו "מוד של ביקורת" לגבי שניהם. זאת, מתוך התפיסה כי לגבי החלטות מדיניות כלליות ישנם מנגנוני ביקורת דמוקרטיים וכי לממשלה קיים יתרון מקצועי וראייה רוחבית בתחום. אשר להבחנה בין החלטה אינדיבידואלית להחלטה כללית, סבר פרופ' דותן כי זו הבחנה שבתי המשפט יודעים לעשותה (שם, בעמ' 85-86). לבסוף הציג הצעתו לעניין אופן הפעלת הביקורת השיפוטית על הפסקת כהונה. לעניין זה השיב שה"כ עמית הלוי, כי יש להבהיר בלשון החוק כי הוא סוגר כל אפשרות של בית משפט לדון בענייני מינויים (שם, בעמ' 92):

"הסתכלתי שוב בנוסח החוק. כשאנחנו מדברים, לפחות בהצעה שאנחנו מעלים כאן, אני חושב שהיא צריכה לכלול, אפרופו ההערה של פרופ' דותן שמדובר שם על מינויים, לא רק על מינוי אלא גם על כהונה, גם על אי התערבות, כלומר גם על הימנעות, כלומר שלא תהיה ביקורת שיפוטית לא רק על מינוי אלא גם על הפסקת כהונה.

[...] כיוון שכשאנחנו לא מחוקקים אז עושים חקיקה שיפוטית, כשאנחנו מחוקקים עושים לנו פרשנות תכליתית, ועכשיו לא צריך את זה ואת זה, אפשר לעשות מה שרוצים. אם כבר אנחנו מחוקקים פה, אדוני היושב-ראש, נא להבהיר בחקיקה שהיא מתייחסת גם להחלטה על מינוי, גם להחלטה על הכהונה וגם שהחלטה להימנע מהחלטה או להשאיר את המצב על כנו, גם היא לא תחת ביקורת שיפוטית של עילת הסבירות. אם זה לא ברור בנוסח, אז זה צריך להיות."

124. עוד הופיע בפני הוועדה היועץ המשפטי למשרד האוצר, עוה"ד אסי מסינג. בדבריו, התייחס עו"ד מסינג להשפעתה של הצעת החוק על תחום המינויים במשרד האוצר, ובפרט החשש כי ביטול עילת הסבירות יביא לביטול ההחלטה המחייבת קיום ועדת איתור לצורך מינויים לשורת תפקידים בכירים במשרד האוצר ובמשק, המשמשים כשומרי סף חיוניים. לעניין זה הזהיר היועץ המשפטי למשרד האוצר, כי בהיעדר ועדת איתור, ניתן יהיה למנות בעלי תפקידים למשרות בעלות סמכויות רחבות היקף מועמדים חסרי כישורים מתאימים.

בהמשך דבריו התייחס גם לשאלת פיטוריהם של בעלי התפקידים שהוצגו על-ידו והביע בדבריו חשש, שמא בעקבות התיקון לחוק היסוד, תשונה החלטת ממשלה מס' 4062 התוחמת את העילות אשר בגינן רשאית ועדת המינויים להמליץ על הפסקת כהונתם של בעלי התפקידים האמורים לשתיים: קיומה של אי-התאמה מובהקת לתפקיד או קיומו של משבר אמון חריף או חילוקי דעות מהותיים וממושכים. על-ידי כך, ניתן יהיה להביא להפסקת כהונה ממגוון סיבות אשר לא תוכלנה לעמוד לביקורת שיפוטית, ובכך תיפגע עצמאות שיקול הדעת של בעלי התפקידים. חשש זה, כך נטען, יכול להתממש אף מבלי לשנות את החלטת הממשלה האמורה, שכן גם החלטה שלא מקיימת את התנאים המפורטים בהחלטה לא תוכל לידון בפני בית המשפט (שם, בעמ' 99-106).

עו"ד מסינג המשיך והתריע מפני אירוע אפשרי נוסף אשר לא יוכל לעמוד לביקורת שיפוטית עקב אישור ההצעה ואת השלכותיו - האפשרות שלא למנות בעלי תפקידים בכירים אשר מינויים לא נקבע בחקיקה. לכל אלה מצטרף החשש המרכזי, כי את הדרג המקצועי הבכיר במשרדי הממשלה יחליפו משרות אמון המושפעות מאינטרסים קצרי טווח; באופן הסותר את האינטרס בשמירה על יציבות וצמיחת המשק. לבסוף, התריע היועץ המשפטי למשרד האוצר מפני התערבות שר האוצר בהחלטות הדרגים המקצועיים, באופן הסותר את נהלי המשרד, תוך התעלמות מעמדתם המקצועית של הדרגים המקצועיים – בשעה שגם החלטות אלה לא יוכלו לעמוד לביקורת שיפוטית.

125. למחרת, ביום 12.7.23 קיימה הוועדה ישיבה נוספת, אשר עמדה גם היא בסימן ההבחנה בין גורפות ההצעה הקיימת לעומת החלופות שהוצגו לוועדה במסגרת המתווים השונים. היועץ המשפטי לוועדה שב ועמד על קשיים אלה והציע לוועדה לשקול מחדש את ריכוך ההצעה כדי להגיע למודל זהיר יותר, וזאת בשים לב לנושאים הבאים: ממשלת מעבר, מינויים ואינטרסים של הפרט שאינם מערבים פגיעה בזכויות (עמ' 11-13 לפרוטוקול הדיון מיום 12.7.23):

“המתווה שבהצעת החוק שלפנינו הוא גורף הרבה יותר מכל המתווים אלה. הוא לא כולל הבחנה בין הממשלה במליאתה לבין שרים, הוא לא מותיר ביחס לנבחרי ציבור עילה של חוסר סבירות קיצונית במובן של מופרכות, הוא לא עורך הבחנה בין החלטות פרטניות והחלטות מדיניות. הוא לא קובע חובה על נבחרי הציבור לנהוג בסבירות, או עם הנמקה, או עם פרסום של החלטותיהם. כלומר גם אם בית המשפט לא מבקר הוא לא אומר לפחות אין באמור כדי לגרוע מחובתם לנהוג בסבירות.

אנחנו חוזרים ומציעים לוועדה לשקול כל אחד מהמרכיבים שהזכרתי, בחינה של מודלים עדינים יותר וזהירים יותר גם אם הכנסת מגלה את דעתה שהיא רוצה, שהיא הגיעה למסקנה שצריך בחקיקה, ועל זה יש כמובן מחלוקת, אבל הכנסת החליטה בקריאה ראשונה שהיא רוצה, אז בקריאה שנייה ושלישית בדרך כלל מה שאנחנו עושים זה אנחנו מדייקים ומחדדים ומעדנים ועושים את ההבחנות האלה מהסוג שתוארת.

איפה בעינינו שלושת האזורים העיקריים שבהם הגבלת הסבירות תקשה לפקח על פעילות הרשות המבצעת? האזור הראשון זה הנושא של ממשלת מעבר.



זה גם דברים שעלו פה בדיוני הוועדה. בסיטואציה של ממשלת מעבר עילת הסבירות היא כלי מרכזי לפקח, אולי היחיד בסיטואציות מסוימות, לפקח שהממשלה לא תקבע עובדות בשטח לפני הבחירות ותסנדל את הממשלה הבאה, אם זה במינויים ואם זה בכלכלת בחירות שתעזור לה להיבחר.  
[...]

הנושא השני זה הנושא של המינויים, שאני לא ארחיב עליו כי דובר עליו הרבה. בנושא המינויים והעברה מתפקיד עילת הסבירות היא עילה מרכזית. גם פה בוועדה הוצעו מודלים מרוככים יותר כמו הוועדה לבחינת טוהר המידות שהציע פרופ' דותן, או כמו אופציה אחרת שראיתי בהצעות שונות, יצירת הבחנה בין מינויים שמאשרים בכנסת, כמו נגיד שרים שמקבלים לגיטימציה דמוקרטית רחבה יותר, לבין מינויים של פקידות מקצועית, מאות מינויים ששרים יכולים לעשות או של שומרי סף.  
[...]

הפן השלישי, האזור השלישי שבו ההגבלה של הסבירות יכולה ליצור איזה שהיא חלל ריק בפיקוח על הפעולה של הרשות המבצעת זה פגיעה באינטרסים של הפרט שאינה מערבת פגיעה בזכויות. בדיוני הוועדה אנחנו שמענו על מקרים רבים מאוד שבהם שרים מקבלים החלטות פרטניות שאינן החלטות מדיניות ביחס לאזרחים ולתאגידים שבהן הסבירות היא כלי בקרה מרכזי. הענקת רישיונות, היתרים וכיוצא באלה.

זה סוג של מקרים שבהם גם השופט סולברג סבר שיש מקום לעשות שימוש בעילת הסבירות, אבל הוא חשב שזה בעיקר מקום של הפקידים. זה מה שאנחנו מכירים בתור בירוקרטיה, מכרזים, היתרים, רישיונות, אישורים וכיוצא באלה הליכים מנהליים המתישים כוחו של אדם. השופט סולברג אומר: הצד השווה בהחלטות אלה הוא שרובן החלטות נקודתיות, עניינן יישום מדיניות, להבדיל מהתוויית מדיניות.

126. עוד עמד היועץ המשפטי לוועדה על-כך שהיעדר הסדרה כללית תביא ליותר אי-ודאות מאשר ודאות, ולכן נדרש להבהיר בצורה ברורה יותר את גבולות הגזרה של השימוש או אי-השימוש בעילת הסבירות וכן את חובתה של הרשות המבצעת לנהוג בסבירות (שם, בעמ' 20-22).

127. גם המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, עו"ד גיל לימון, שב והדגיש, בהמשך לדברי הרוב המכריע של המומחים שהופיעו בפני הוועדה, כי הנוסח המוצע הוא רחב מדי וגורף מדי. למעשה, טען עו"ד לימון, כי הצעת החוק האמורה היא ההצעה הקיצונית ביותר האפשרית לטיפול בעילת הסבירות. עוד חזר והצהיר כי הצעת החוק פוטרת דה-פקטו את הממשלה מהחובה לנהוג בסבירות וכי עילות הביקורת השיפוטיות המינהליות צריכות להיות מוסדרות במסגרת חוק כולל ומאוזן שעוסק קודם כל בחובות המינהל כלפי הפרט (שם, בעמ' 33-35).

עוד עמד המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי) על ה"ריכוך למראית עין" שמובא בהצעה, כפי שהוצג בפרסומים בתקשורת:

"הקיצוניות של ההצעה מתבטאת בין היתר בריכוך למראית עין לפיה פטור מחובת הסבירות לא יחול על הכנסת או על השלטון המקומי. דווקא הריכוך לכאורה מחדד שהפטור מחובת הסבירות ניתן לקבוצה מצומצמת של מי שמחזיקים בידם את הכוח השלטוני הרב ביותר, את ההשפעה הרחבה ביותר על הציבור."

128. עוד באותו היום, נשלח לחברי הוועדה נוסח חדש להצעת החוק, אשר בו נשמט המשפט "וכן של נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק". לעומת זאת, נוספה להצעת החוק הגדרה של המונח "החלטה" – "כל החלטה לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

129. ושוב למחרת היום, ביום 13.7.23, קיימה הוועדה דיון נוסף, אשר בפתחו הציג יו"ר הוועדה את השינויים המוצעים בנוסח הצעת החוק המפורטים לעיל. ראשת אשכול משפט מינהלי במחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, עו"ד אביטל שטרנברג, הציגה לפני הוועדה את עמדת היועצת המשפטית לממשלה לאור תיקון נוסח הצעת החוק, בציינה כי מדובר בהחרפה של הצעת החוק. זאת, לאור הגורפות העולה מלשון החקיקה, המחסנת מביקורת שיפוטית את ההחלטות החשובות והרגישות ביותר בנוגע לחיי אזרחי המדינה, וזאת ביחס לגורמים שמחזיקים בכוח השלטוני הרב ביותר – הממשלה, ראש הממשלה והשרים. בהקשר להבהרה לפיה החקיקה נוגעת גם להחלטות בעניין מינויים, צוין כי האמור מחדד את ההבנה לפיה אין המדובר בהצעה שמטרתה לחסן מפני ביקורת שיפוטית רק החלטות של מדיניות רוחבית של הממשלה אלא גם החלטות פרטניות ויישומיות (עמ' 119-120 לפרוטוקול הדיון מיום 13.7.2023).

130. לבקשת חלק מחברי הוועדה לכלול במסגרת הצעת החוק את החובה לפעול בסבירות, הסביר יו"ר הוועדה מדוע הוא מתנגד להצעה זו מאחר שגם חובתו של בית המשפט ליתן פסקי דין סבירים לא מוסדרת בחקיקה (שם, בעמ' 14); ואשר להבחנות אשר הוצעו מטעם מרבית המומחים שטענו בפני הוועדה לעניין הצורך בריכוך הצעת החוק – טען כי מקומן בעולם התיאורטי העיוני וכי בפרקטיקה לא ניתן לקיים הבחנות אלה (שם, בעמ' 15).

131. במהלך הישיבה, התקיים דיון בין יו"ר הוועדה לבין היועץ המשפטי לוועדה, בשאלה האם החלטה שהתקבלה על-ידי פקיד מכוח סמכות שנאצלה לו משר, יכולה לעמוד לביקורת שיפוטית בעילת הסבירות. לעניין זה, הסכימו יו"ר הוועדה והיועץ המשפטי לוועדה כי בהתאם לנוסח המוצע, השאלה העומדת למבחן היא מי קיבל את ההחלטה בפועל ולכן במקרה דנן תעמוד ההחלטה לביקורת שיפוטית תחת עילת הסבירות. אולם, כפי שהבהיר היועץ המשפטי לוועדה, האמור לא מנטרל את מערך התמריצים אשר יביא את השר לקבל את ההחלטה בעצמו ובכך לחסותה מפני ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות (שם, בעמ' 27-26).

132. במהלך הדיון ולשאלת חה"כ אלהרר בדבר החשש לפגיעה ביכולת להגן על חיילי צה"ל משיפוט בין-לאומי, טען ד"ר אביעד בקשי מפורום קהלת, כי להבנתו אין בהצעת החוק כדי להשפיע על האמור, בשים לב לכך שבהתקיים אירוע המעלה שאלה בנוגע לפגיעה בזכויות אדם, עילת הסבירות אינה רלוונטית וכך גם בהתייחס להעמדה לדין פלילי של חיילי צה"ל (שם, בעמ' 113).

133. לבסוף, ביקש היועץ המשפטי לוועדה כי תובהר תחולתה של הצעת החוק בהקשר אזרחי, לאור פניות שהתקבלו בנושא. יו"ר הוועדה הבהיר את עמדתו לפיה הצעת החוק עוסקת במשפט המינהלי בלבד, ואולם גם הבהרה זו לא באה לידי ביטוי בנוסח הצעת החוק (שם, בעמ' 129-130).
134. ביום 16.7.23 קיימה הוועדה דיון רביעי, ואחרון, עובר להצבעת הוועדה לאישור הצעת החוק לקראת קריאה השנייה והשלישית. דיון זה התקיים ביום ראשון, בהמשך לרצף של שלושת הדיונים המתוארים שהתקיימו בימים שלישי עד חמישי בשבוע שקדם לכך. כאשר ביום חמישי, בשעות הלילה המאוחרות, הודיע יו"ר הוועדה לחבריה כי הדיון הצפוי ביום ראשון יהא הדיון האחרון בהצעה וכי יתר הדיונים שנקבעו לאותו השבוע יוקדשו להסתייגויות (אותן ניתן יהיה להגיש עד ליום שני בשעה 7:00 בבוקר). הודעה זו לוותה בתרעומת עזה מצד חלק מחברי הוועדה, אשר סברו כי בקשתם לשמיעת גורמים מקצועיים, בפרט מטעם הרשות המבצעת, לא נענתה, באופן המעצים את הפגמים בהליך החקיקה המואץ.
135. בהמשך הדברים, התייחס עו"ד גיל לימון לעניין תפקידו של הייעוץ המשפטי הממשלתי, לסייע לממשלה להגשים את מדיניותה, ובו בזמן לשמש גם כשומרי סף ולמנוע הפרה של הדין (עמ' 76-77 לפרוטוקול הדיון מיום 16.7.23).
136. עוד המשיך עו"ד לימון וטען לעניין פגיעתו של התיקון לחוק היסוד בעקרון הפרדת הרשויות ובמנגנון האיזונים והבלמים הפועל מכוחו. לעניין זה הבהיר כי "הדרך שבה הוועדה בחרה – מניעה מוחלטת של ביקורת שיפוטית על סבירות ההחלטה – שוברת את כללי המשחק המקובלים בדמוקרטיה כחלק מהאיזונים והבלמים שבין שלוש הרשויות". ומלמדת על כך "שתכלית התיקון היא להסיר מגבלות מעל הרשות המבצעת. בכך, ההצעה חוטאת לעיקרון הבסיסי של הפרדת רשויות שמייצרת איזונים ובלמים".
137. עוד התריע כי "התפיסה שעומדת בבסיס הצעת החוק, שלפיה יש לבטל את עילת הסבירות אך ורק מפאת האלמנטים הסובייקטיביים שבה, שמחייבים הפעלת שיקול דעת שיפוטי, עלולה שלא להיעצר רק בעילת הסבירות, ולהמשיך לעילת המידתיות או לכל עיקרון משפטי אחר שהדרג המדיני יתפוס אותו כמרסן את כוחו יתר על המידה. התיקונים שנערכו בהצעת החוק בימים האחרונים כאמור רק מחזקים את החשש הזה. תפיסה כזו חותרת, למעשה, תחת כוחה המחייב של מערכת המשפט כולה".
138. לבסוף, חזר עו"ד לימון בדבריו והסביר את הקשר הבל ינתק בין ביטול עילת הסבירות לבין אי-קיום חובת הסבירות – חובה המהווה ערובה קריטית לשמירה על תקינות פעילות המנהל, על טוהר המידות של השירות הציבורי, על הגינותו של השלטון ביחסיו מול הפרט ובכלל, על שלטון החוק ועל אמון הציבור (שם, בעמ' 79-82).

139. בתאריכים 17.7.23-18.7.23 התקיימו שני דיונים ביותר מעשרים אלף ההסתייגויות שהגישו חברי כנסת לנוסח הצעת החוק שנדון בוועדה. ההסתייגויות נדחו כולן, וביום 19.7.23 אושרה הצעת החוק בוועדה השנייה שנייה והשלישית, ברוב של תשעה תומכים אל מול שבעה מתנגדים.

#### **8.ב. אישור התיקון בקריאה שנייה ובקריאה שלישית ופרסומו ברשומות**

140. ביום 19.7.23 הונחה על שולחן הכנסת הצעת החוק לקריאה השנייה והשלישית.
141. ביום 24.7.23 אושרה הצעת החוק בנוסח הוועדה, ברוב של 64 ח"כים, ללא מתנגדים, כאשר חברי הכנסת מטעם האופוזיציה לא השתתפו בהצבעה.
142. ביום 26.7.23 פורסם התיקון לחוק היסוד ב"רשומות" (ס"ח תשפ"ג 3066, בעמ' 548) ונכנס לספר החוקים, וזו לשון סעיף קטן 15(ד1) שנוסף לחוק-יסוד: השפיטה:

"15(ד1) על אף האמור בחוק-יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לא ידון בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר, ולא ייתן צו בעניין כאמור; בסעיף זה, "החלטה" – כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

#### **ג. העתירות נגד התיקון**

143. בסמוך לאחר אישורו של התיקון לחוק היסוד על-ידי מליאת הכנסת הוגשו שורה ארוכה של עתירות, אשר חלקן אוחדו והטיפול בחלק מהן הושהה בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, ואשר מבקשות כולן להורות על בטלות התיקון.
144. בהתאם להחלטת כב' השופט מינץ מיום 26.7.23 נדחו הבקשות לצו ביניים שיורה על אי-כניסתו של התיקון לחוק היסוד לתוקף, והעתירות נקבעו לדיון. בהתאם להחלטת כב' הנשיאה חיות מיום 31.7.23 נקבע שהדיון בעתירות יתקיים בפני הרכב מורחב של 15 שופטים. בהחלטת ההרכב הנכבד מיום 9.8.23 הוחלט "מטעמים של יעילות הטיפול בעתירות ומטעמים אלה בלבד, בלא שיהיה בכך משום הבעת עמדה לגופם של דברים, [...] להורות על מתן צו על תנאי כמבוקש בעתירות שבכותרת". עוד נקבעו בהחלטה זו מועדים להגשת תצהירי תשובה ועיקרי טיעון (אשר עודכנו בהחלטה נוספת מיום 22.8.23), וכן ניתנו הוראות ביחס לצירוף עתירות וצדדים נוספים לעתירות וכן צירוף יידידי בית המשפט.
145. למען הסדר הטוב, ובשים לב לכך שהדיון בעתירות אוחד, נבקש לסקור בתמצית את הטענות המרכזיות שעולות בכל אחת מן העתירות

ככלל, ניתן לחלק את טענות העותרים בשלל העתירות לשלושה ראשי טיעון מרכזיים – טענות לביטול התיקון בשל פגמים שנפלו בהליך החקיקה; טענות לפיהן התיקון עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת; טענות כי התיקון הוא בגדר תיקון חוקתי שאינו חוקתי. כמו כן, בכל אחת מן העתירות מופיעות מספר טענות נוספות אשר לא ניתן לשייכן באופן מובהק לאחד מראשי הטיעון האמורים, וגם הן יובאו בתמצית.

#### **ג.1. טענות כי התיקון לחוק היסוד הוא תיקון חוקתי שאינו חוקתי**

146. לעניין תוכן החקיקה, מרבית טענות העותרים התמקדו בדוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, עליה תעמוד המשיבה בהמשך. לפי טענות העותרים בהקשר זה, תיקון חוק היסוד אינו חוקתי משום שהוא פוגע במאפיינים 'הגרעיניים' של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, בהתאם לאמות המידה שנקבעו בעניין **חסון**, באופן אשר מצדיק את בטלותו.

147. מהלך הטיעון הכללי בטענות אלו, כולל סקירה היסטורית אודות מלאכת גיבוש החוקה בישראל, לרבות על אודות החלטה 181 של האו"ם, מגילת העצמאות, החלטת הררי, ומפעל חוקי היסוד באופן כללי – ומשכך למעשה, אודות מקורות הסמכות המכוננת של הכנסת (ראו למשל, סעיפים 196-201 לעתירה בבג"ץ 5658/23 וסעיפים 222-235 לעתירה בבג"ץ 5659/23). לאחר מכן, בחלק מן העתירות נטען כי בהתאם לקביעות בית המשפט הנכבד בעניין **חסון**, אשר עסק בחוק יסוד: מדינת ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, סמכותה של הכנסת בכובעה המכונן אינה בלתי-מוגבלת, וזאת, בין היתר, מכיוון שיש להבחין בין הסמכות המכוננת המקורית של האספה המכוננת לבין סמכותן של הכנסות שבאו לאחריה. סמכות זו כונתה בעתירות "סמכות נגזרת", אשר ממנה נובעות מגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת (סעיפים 202-219 לעתירה בבג"ץ 5658/23).

148. בהקשר זה נטען, כי קיימות מספר דוקטרינות אשר מהן ניתן ללמוד מתי תיקון חוקתי הוא, למעשה, בלתי חוקתי. כך למשל, צוינה דוקטרינת "המבנה הבסיסי" – לפיה סמכות השינוי החוקתי אינה כוללת את הסמכות לבטל את לשנות את המבנה הבסיסי של החוקה או את מאפייני החוקה הבסיסיים באופן שישנה את זהותה; וכן דוקטרינת "ההחלפה החוקתית" – לפיה כאשר המחוקק מתקן את החוקה באופן שמהווה – מבחינה תכנית – יצירה בפועל של חוקה "חדשה", הרי שהמחוקק מבצע "החלפה חוקתית" ולכן יש לראות בפעולה זו כפעולה בחוסר סמכות (סעיפים 224-242 לעתירה בבג"ץ 5658/23; סעיפים 122-106 לעתירה בבג"ץ 5661/23). יישום דוקטרינה זו במשפט הישראלי, יביא, על-פי הטענה, למסקנה שלפיה, היות שסמכות הכנסת לתקן את חוק-יסוד: השפיטה היא סמכות הנגזרת מחוקי היסוד עצמם, מדובר בסמכות מוגבלת, ולכן אין הכנסת מוסמכת להביא ל"החלפה חוקתית" של המארג החוקתי הישראלי בחוקה חדשה (סעיפים 242-244 לעתירה בבג"ץ 5658/23).

149. לאור כך, נטען כי במשפטה של מדינת ישראל ישנם מספר עקרונות בסיסיים, אשר למעשה מגבילים את הסמכות המכוננת, ושפגיעה בהם עלולה להיחשב פגיעה במאפיינים "הגרעיניים" של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ולפיכך – כפגיעה שאיננה חוקתית. כאמור לעיל, טענות אלו הסתמכו בעיקרן על קביעות בית המשפט הנכבד בעניין **חסון**, שהפנו לאותם מאפיינים 'גרעיניים' כפי שפורטו בא"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי**, פ"ד נז(4) 1, 67 (2003) (להלן: **עניין טיבי**). כמו כן, חלק מטענות העותרים בהקשר זה הסתמכו על הוראות אחרות בחוקי-היסוד, למשל סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, מהן ניתן ללמוד כי לא ניתן לפגוע בעקרונות יסוד על-חוקתיים – ובפרט, בהיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית.

150. אשר לשאלה האם בית המשפט מוסמך לבטל חוק-יסוד מכוח דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, נטען (למשל בעתירה בבג"ץ 5661/23) כי במקרים בהם האיום והסכנה למאפיינים 'הגרעיניים' האמורים נובעים ממוסדות השלטון עצמם, למשל מהרשות המבצעת או המחוקקת, אין אף מוסד אחר פרט לבית המשפט המסוגל להוות בלם ומחסום מפני הפגיעה בהם, וכפועל יוצא, מפני הפגיעה במאפייניה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (סעיפים 122-133 לעתירה).

151. ביישום הדוקטרינה ביחס לתיקון דנן, מתייחסים העותרים – כל אחד בדגשים מסוימים – להשלכות של ביטול עילת הסבירות, שעליה התבססו תחומים רחבים של המשפט המינהלי בישראל, וכיצד הדבר ייצור חללים ריקים במשפט המינהלי, ולאופן שבו ישפיע הדבר על עקרונות יסוד של הדמוקרטיה הישראלית. חלק מן העותרים מוסיפים, כי בנוסף על היבטי הביקורת השיפוטית, יהיה בכך כדי להשפיע במישרין על החובה של הרשות המינהלית לנהוג בסבירות מלכתחילה.

חלק מן העתירות מדגישות את הפן המוסדי, של פגיעה **בהפרדת הרשויות ועצמאות הרשות השופטת**, בשל תפקידה המשמעותי של עילת הסבירות ככלי ביקורת השיפוטית (סעיפים 195-211 לעתירה בבג"ץ 5663/23). בהמשך לכך נטען, כי התיקון פוגע בליבת עקרון "האיזונים והבלמים", משום שהוא מאפשר לרשות השלטונית הריכוזית ביותר לרכז בידיה אף יותר כוח שלטוני, תוך הסרת כל מגבלה דמוקרטית לכוחה, ביחס לחלק גדול מסמכויותיה (סעיפים 299-307 לעתירה בבג"ץ 5658/23). בהקשר זה אף נטען, כי התיקון פוגע בעקרון הפרדת הרשויות ובעצמאות הרשות השופטת, מאחר שהוא מהווה התערבות של הממשלה – דרך שליטתה בכנסת באמצעות הרוב הקואליציוני – בסמכויות הרשות השופטת. כך למשל, בבג"ץ 5660/23 טוענים העותרים, כי התרת הפגיעה בעקרונות היסוד של השיטה באמצעות התיקון הנדון, תפתח את הדרך בפני הממשלה שלה הרוב בכנסת להוביל לשינויים נוספים במערכת היחסים העדינה בין רשויות השלטון, וזאת לצורך ביצור מעמדה וכוחה של הממשלה כגורם חף מביקורת שיפוטית (סעיפים 80-81 ו-102-117 לעתירה).

חלק מן העתירות מדגישות את הפגיעה של התיקון **בעיקרון שלטון החוק**, מאחר שהוא מתיר, למעשה, לדרג הנבחר לפעול ככל העולה על רוחו, קרי גם באופן קיצוני ובלתי מתקבל על הדעת, ואף שלא בהתאם לחוק, למשל כאשר עסקין בהימנעות מהפעלת סמכות (סעיפים 258-269 לעתירה בבג"ץ 5658/23; וסעיפים 118-120 לעתירה בבג"ץ 5660/23). מזווית אחרת, נטען כי הפגיעה בעיקרון שלטון החוק היא פועל יוצא של ביטול תפקידה של עילת הסבירות כחסם מפני השחתת טוהר המידות ברשות המינהלית (סעיפים 166-171 לעתירה בבג"ץ 5658/23).

במישור אחר, העותרים בבג"ץ 5769/23, טוענים כי כתוצאה מתיקון החוק, משרתי כוחות הביטחון יהיו חשופים לנקיטת הליכים במישור הבינלאומי, באופן אשר מצדיק את בטלותו. לפי טענה זו, התיקון יביא לפגיעה בעצמאות מערכת אכיפת החוק – מאחר שהוא יאפשר לפטר שומרי סף אשר אמונים על מערכת אכיפת החוק, ובכך ייווצר אפקט מצנן לפעולתם של שומרי הסף, ובפרט במקרים בהם נדרשים הם לבצע תחקיר או להעמיד לדין במקרה של ביצוע מעשים אשר לא עולים בקנה אחד עם הוראות הפתיחה באש ועם דיני הלחימה. בכך, טוענים העותרים, כי התיקון יביא לפגיעה בעקרון "המשלימות" הקבוע באמנת רומא – אשר לפיו בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, איננו מוסמך לדון בהליך כל עוד הוא נתון בסמכות שיפוט של מדינה המעוניינת ומסוגלת למצות את הדין עם המעורבים בו (סעיפים 37-48 לעתירה בבג"ץ 5769/23).

עוד נטען לפגיעה בשוויון בבחירות, בין היתר על רקע ביטול אפקטיבי של המגבלות המוטלות על ממשלות מעבר (סעיפים 186-195 לעתירה בבג"ץ 5658/23).

152. לאור כל אלה, נטען בעתירות כי דין התיקון להתבטל משום שהוא מהווה פגיעה אנושה בעקרונות היסוד של השיטה, ובמאפיינים 'הגרעיניים' של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

## **ג.2. טענות כי התיקון עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת**

153. בחלק מן העתירות טוענים העותרים כי התיקון לחוק היסוד עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת, תוך יישום הדוקטרינה האמורה והגעה למסקנה כי דינו של התיקון לחוק היסוד – בטלות. ביישום את הדוקטרינה, בהתאם למבחני העזר שהותוו בפסק הדין בעניין **שפיר**, טענו העותרים כמפורט להלן.

154. אשר למבחן היציבות, העותרים טוענים כי התכלית העומדת בבסיסו של התיקון נועדה לצרכים פוליטיים ואף צרכים פרסונליים מיידיים, באופן שיאפשר לקואליציה הנוכחית להכשיר את החלטותיה העתידיות בענייני מינוי שרים ושומרי סף ופיטוריהם, וביצוע פעולות שרירותיות או קיצוניות.

נוסף לכך, העותרים סבורים כי הכרה בנורמות חוקתיות שנועדו להעצים באופן מיידי את כוח הרשות המבצעת והרוב הקואליציוני, תוך הסרת האיזונים והבלמים ופגיעה בזהות הדמוקרטיה של המדינה תביא לפגיעה ביציבות החוקתית.

155. אשר למבחן הכללי, נטען כי חקיקת התיקון לחוק היסוד נעשת תוך "ניגוד עניינים מוסדי", בין כובעה של הכנסת כרשות מכוונת, הקובעת נורמות חוקתיות כלליות שיעצבו את החוקה והמדינה, לבין אינטרסים פרטיקולריים של חברי הכנסת המקדמים את התיקון החוקתי לטובתם בכנסת הנוכחית. בנוגע לשינויים משטריים כבמקרה דנן, לדידם של העותרים בבג"ץ 5659/23 "המגמה המתהווה מלמדת שעל מנת שחקיקה הנוגעת לשינוי האיזונים והבלמים בין הרשויות תיחשב לחקיקת יסוד ותזוהה ככזו, צריך שתהא בעלת תחולה פרוספקטיבית" (סעיף 178 לעתירה). עוד טוענים העותרים לעניין הפרסונליות, כי התיקון נועד לעקוף את החלטת בית המשפט הנכבד, בעת שעשה שימוש בעילת הסבירות בפסילת מינוי של אדם שהורשע בפלילים לתפקיד שר, כמו גם בדבר הצהרות חברי הכנסת על רצונם הקונקרטי להעביר מתפקידם את שומרי הסף. זאת ועוד, נטען כי על רקע כוונתו הקונקרטי של שר המשפטים שלא לכנס את הוועדה לבחירת שופטים, שונה בסמוך לכך נוסח התיקון לחוק באופן המחסן התערבות בסבירות החלטתו של שר "להימנע מהפעלת כל סמכות".

156. אשר למבחן ההתאמה למארג החוקתי, העותרים סבורים כי אין מקומו של התיקון לביטול עילת הסבירות – עילה אחת של ביקורת שיפוטית על פעולות המינהל – בחוק יסוד אשר נועד להכיל הוראות עקרוניות וכלליות, אלא, ראוי שמקומו ייקבע – בדומה לעילות תביעה וביקורת אחרות בהליכים מינהליים ואזרחיים – בחקיקה ראשית "רגילה", בחקיקת משנה או בהלכה פסוקה. עוד נטען, כי אין אח ורע בחקיקת היסוד הישראלית להוראה דומה העוסקת בעילת תביעה או ביקורת שיפוטית ספציפית. נוסף על כך, נטען כי התיקון לחוק היסוד לא תואם את הנושאים שהוסדרו בחוק-יסוד: השפיטה, ואת התכליות העומדות בבסיסו – עיגון מעמדה ועצמאותה של הרשות השופטת והיותה גורם מרכזי במערך האיזונים והבלמים של שיטת המשטר הדמוקרטיה הישראלית – בכך שהוא חוסם כלי מרכזי של ביקורת שיפוטית על מעשי המינהל, מייצר אי-ודאות משפטית ומונע את דרכו של האזרח לקבלת סעד במקרים של החלטות קיצוניות. זאת, בשים לב למבנה החוקתי הישראלי, שבו הבלם האפקטיבי על הרשות המבצעת, בעלת הרוב הקואליציוני בכנסת, הוא בית המשפט. עוד נטען, כי מאז כונן חוק-יסוד: השפיטה לא נעשה בו תיקון כה מהותי, שיש בו כדי לערער על עצמאות הרשות השופטת ולפגוע בשלטון החוק.

157. ביחס לשלב הצידוק, שבו הנטל עובר לכתפי המשיבים להצביע על הצדקה לתיקון חוק היסוד, טוענים העותרים בבג"ץ 5659/23 כי "המשיבים לא יוכלו להצביע על קיומן של נסיבות חריגות, המצדיקות את הטמעת הנורמה בחקיקת יסוד, בניגוד למארג החוקתי הקיים; לא יוכלו להצביע על הצדקה לתחולתו המיידית של השינוי בחו", שאושר באופן חד-צדדי על ידי הרוב הקואליציוני, בהעדר הסכמה רחבה, ובהליך מהיר ופגום.



הדברים אמורים ביתר שאת נוכח המחיר הברור שיש לצעד זה – אשר בא לידי ביטוי בשחיקת מעמדם ויציבותם של חוקי היסוד. הקושי להצדיק את השימוש לרעה בסמכות המכוננת אך מתעצם לנוכח מידת הפגיעה הרבה של השינוי בחוק היסוד בעקרונות משטריים בסיסיים בשיטתנו" (סעיף 195 לעתירה).

158. אשר למבחן המובחנות, שהותווה בדעת היחיד של כב' השופטת ברק-ארז בעניין **שפיר**, טוענים העותרים כי התיקון לחוק היסוד מהווה הסגת גבול של הרשות המבצעת אל תפקידיה הברורים של הרשות השופטת, תוך נטילת כלי שיפוטי מרכזי המשמש לקיום ביקורת שיפוטית אפקטיבית, איזון ומניעה של פגיעה בזכויות ובאינטרסים אל מול פעולות שלטוניות קיצוניות.

159. נוסף לכך, בבג"ץ 5659/23 טוענים העותרים כי אם ייקבע שאכן נעשה שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד" יש לבחון את התיקון כחוק רגיל. או אז ניתן יהיה לבחון את התיקון בהתאם למבחני פסקת ההגבלה, ומכיוון שלעמדת העותרים אין הוא עומד בהם – דינו בטלות.

כך למשל, לפי טענה זו, התיקון לחוק היסוד אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, בשל פגיעתו בעקרון הפרדת הרשויות ולאור פגיעתו בעקרון שלטון החוק; אינו מיועד לתכלית ראויה, שכן אין תכליתו להגן על זכויות אדם, לאזן בין זכויות, לשמור על אינטרסים או להגשים יעדים חברתיים חשובים, אלא לחסן את שיקול הדעת של הרשות המבצעת מביקורת שיפוטית; ואינו מידתי, שכן הוא פוגע באופן לא מידתי בזכות הגישה לערכאות ובמאפיינים הדמוקרטיים הגרעיניים של שלטון החוק והפרדת הרשויות. התיקון מאפשר לרשות המבצעת זרועותיה לפגוע בציבור ובפרט, בדרך של התנהלות שאינה סבירה באופן קיצוני, ללא יכולת של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית, ליתן צווים וסעד (סעיפים 198-221 לעתירה בבג"ץ 5659/23).

160. לאור כל האמור לעיל, סבורים העותרים כי תיקון החוק עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת, אשר מצדיק את בטלותו.

### **ג.3. טענות לביטול התיקון בשל פגמים בהליכי החקיקה**

161. לפי ראש טיעון זה, יש להורות על ביטול תיקון החוק, בשל הפגמים היורדים לשורשו של הליך החקיקה. לפי טענות חלק מן העותרים במישור זה, ההצעה הונחה כהצעת חוק מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט על אף שמדובר היה בהצעת חוק פרטית; בהליך החקיקה נמנעה מחברי הכנסת האפשרות להשתתפות ראויה ולקבלת הסברים על אודות משמעויות התיקון; השימוש שעשתה הקואליציה בסעיף 98 לתקנון הכנסת דרס ברגל גסה את הליך החקיקה הנאות בכינון התיקון לחוק יסוד; והצעת החוק נידונה מבלי שנבחנו לעומק השלכותיה על דברי חקיקה אחרים.

162. אשר לטענה הראשונה, נטען (למשל בבג"ץ 5658/23, בבג"ץ 5659/23 ובבג"ץ 5663/23) כי הצעת החוק היא הצעת חוק פרטית, שאינה ביוזמת הוועדה – כנדרש בסעיף 80 לתקנון הכנסת. בהקשר זה נטען, כי הקואליציה ביקשה למצוא "מסלול עוקף" בדרך של אימוץ הצעת חוק פרטית על ידי ועדת חוקה, כדי לחסוך את מורכבות ההליך בהגשת הצעת חוק ממשלתית (כפי שקודמה תחילה על-ידי שר המשפטים, כמפורט לעיל) וכדי לשוות לה רצינות ומקצועיות (סעיפים 126-129 לעתירה בבג"ץ 5659/23). כמו כן, נטען כי השימוש בסעיף 80 איפשר להימנע מההליכים המתחייבים בהצעות חוק פרטית, למשל, הצבעה בקריאה טרומית, המתנה בת 45 ימים בטרם ההצבעה בקריאה טרומית וגיבוש עמדת הממשלה על ביחס להצעת החוק (סעיפים 261-273 לעתירה בבג"ץ 5663/23).

163. בראש הטיעון הנוגע לפגיעה ב"עקרון ההשתתפות" של חברי הכנסת בהליך החקיקה, נטען כי חברי הכנסת שעסקו בתיקון כלל לא היו מודעים לעומק ורוחב השפעת התיקון, באשר לא הונחה בפניהם תשתית עובדתית חיונית והכרחית לעניין זה. בתוך כך, נטען כי לאורך הליך החקיקה נמנעה מחברי הכנסת האפשרות לקבל הסברים והבהרות אודות הצעת החוק – בין אם באמצעות פגיעה ביכולתם של גורמי המקצוע ושל היועצים המשפטיים להשמיע את חוות דעתם ובין אם באמצעות הוצאתם של חברי האופוזיציה מדיוני הוועדה באופן תדיר (סעיפים 444-447 לעתירה בבג"ץ 5658/23; סעיפים 133-147 לעתירה בבג"ץ 5659/23).

בבג"ץ 5769/23, טוענים העותרים בהקשר זה, כי במסגרת הליך החקיקה לא התאפשר לחברי ועדת החוקה לקבל מידע מהותי ודחוף על אודות הערכת המצב לעניין כשירות צה"ל והשפעת התיקון על ביטחון המדינה, באופן המצדיק את ביטולו (סעיפים 70-91 לעתירה).

164. טענה נוספת לעניין הפגמים שנפלו לכאורה בהליך החקיקה, היא כי בהליך החקיקה נעשה שימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת, אשר צריך להיות שמור רק למקרים חריגים וקיצוניים, באופן אשר לטענת העותרים בבג"ץ 5658/23 "דורס ברגל גסה את הליך החקיקה הנאות בכינון התיקון". בכך, נטען כי הליך החקיקה פגע במעמדה של הכנסת והאופוזיציה ובעקרון הפרדת הרשויות באופן היורד לשורשו של ההליך ומצדיק את ביטולו של התיקון (סעיפים 448-456 לעתירה).

165. כמו כן, נטען כי הצעת החוק נידונה מבלי שנבחנו לעומק השלכותיה על דברי חקיקה אחרים. כך למשל, התייחסו העותרים בבג"ץ 5658/23, לכך שבמסגרת ההליך לא נידונו סוגיות חשובות ומהותיות, למשל לעניין ההגדרה של המונח "מחדל" בהקשר של הפעלת סמכות בידי בעל סמכות, ולעניין ההתנגשות בין התיקון לבין סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה, המטיל אחריות מיניסטרואלית על החלטות הדרג המקצועי (סעיפים 457-470 לעתירה).

## ד. על ההיסטוריה החוקתית, חקיקת היסוד ודוקטרינת התיקון החוקתי שאינו

### חוקתי

166. במוקד העתירות דגן ניצב תיקון לחוק-יסוד, כאשר העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד להעביר עליו ביקורת שיפוטית ולבטלו, מכוח דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי כמו גם מכוח דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. כדי לעמוד על דוקטרינות אלה ומקומן במשפט הישראלי, יש להתחיל מסקירת ההיסטוריה של מלאכת כינון החוקה בישראל, והמסגרת המשפטית החולשת עליה.

### ד.1. היסטוריה חוקתית

167. חוק-יסוד: השפיטה (לרבות התיקון לחוק) הוא אחד מתוך שורת חוקי יסוד, אשר נחקקו לאורך השנים בידי הכנסת החל משנת 1958. כדי לעמוד על המסגרת האפשרית לבחינת המגבלות החלות על כוחה של הכנסת לחוקק חוקי יסוד נעמוד בקצרה על רקע ההקשר ההיסטורי הכללי של המפעל החוקתי בישראל, אשר ראשיתו בעת ההכרזה על הקמת המדינה.

168. במסגרת החלק האופרטיבי של מגילת העצמאות הוכרזה הקמת המדינה וכונו מוסדותיה הזמניים. בצד חלק אופרטיבי זה, נכללים במגילת העצמאות חלקים נוספים המוקדשים לעיצוב דמותה, אופייה וזהותה של מדינת ישראל. כך, למשל, חלקה הראשון של מגילת העצמאות מוסב על תיאור קורותיו של העם היהודי לאורך ההיסטוריה ועל תיאור זיקתו לארצו, תוך מתן דגש לאירועים המרכזיים בדורות האחרונים. בהמשך, מעגנת מגילת העצמאות את היות מדינת ישראל ביתו הלאומי של העם היהודי, תוך שהיא משרטטת לדורות הבאים את קווי זהותה ועקרונותיה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

169. מגילת העצמאות הורתה כי השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה יוקמו "בהתאם לחוקה שתיקבע על ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948". אך כידוע במועד זה ובכל מועד מאוחר לו לא נקבעה חוקה למדינת ישראל בדרך שנחזתה במועד הכרזת העצמאות. האסיפה המכוננת, שנבחרה בחודש ינואר 1949, על אף שמה, לא כוננה חוקה. למעשה בחוק המעבר, התש"ט-1949, אשר התקבל כחודש לאחר היבחרה נקבע כי: "לבית המחוקקים במדינת ישראל ייקרא 'הכנסת'. לאסיפה המכוננת ייקרא 'הכנסת הראשונה'" ובכך נכרך יחד תפקידיה של הכנסת כבית המחוקקים וכאסיפה מכוננת, והונחה התשתית למורכבות החוקתית של יצירת חוקה בישראל. הכנסת הראשונה ישבה על המדוכה וקיימה דיונים מקיפים בנוגע לחוקה, אך בשל מחלוקות שהתגלעו לא עלה בידה לכוון חוקה (להרחבה, ראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א – עקרונות יסוד 37 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: **רובינשטיין ומדינה**)).

170. כמענה למחלוקות הפוליטיות, החליטה הכנסת הראשונה ביום 13.6.50, ביוזמתו של ח"כ יזהר הררי, להטיל על ועדת החוקה "להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יתאגדו לחוקת המדינה" (ראו: **דברי הכנסת** תשי" 5, עמ' 1743) (להלן: **החלטת הררי**). החלטה זו שיקפה פשרה בין הגישה המבקשת לממש את המחויבות לכונן חוקה שלמה ומלאה למדינה לבין הגישה של מי שסברו שבעת ההיא לא ניתן ולא נכון היה לגבש מסמך כזה. העולה מן ההחלטה, שחוקי היסוד, הגם שיחוקקו זה לצד זה בנפרד ולא דווקא במועד אחד, נושאים בהרכב הגנטי-נורמטיבי שלהם את המטען הגנטי החוקתי. הם נקבעים כדי להיות פרקים בחוקה עתידית, והם נקבעים בידי הכנסת, שכן זו קיבלה על עצמה את התפקיד להכין חוקה, בהיותה גם האסיפה המכוננת. זהו אפיון ראשון וחשוב לגבי מהותם של חוקי היסוד, גם כשאלה נחקקים בידי הכנסת בהליך כמעט זהה להליך חקיקתם של חוקים רגילים.

171. בהמשך, הוסיפה הכנסת הראשונה וחוקקה את חוק המעבר לכנסת השנייה, התשי"א-1951. סעיפים 9-10 לחוק זה קובעים כי: "כל מקום בחוק שמדובר באסיפה המכוננת או בכנסת הראשונה, ייקרא מיום כינוס הכנסת השנייה, כאילו המדובר בכנסת השנייה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מגופו של עניין. חוק זה יחול בשינויים המחוייבים לפי העניין, גם על המעבר לכנסת השלישית ולכל כנסת שלאחריה, כל עוד לא קיבלה הכנסת חוק אחר בדברים הנדונים בחוק זה".

172. לאורך השנים, ומכוח סמכותה המועברת כרשות מכוננת, חוקקה כנסת ישראל שורה של חוקי יסוד. הראשון שבהם היה חוק-יסוד: הכנסת, אשר העבודה עליו החלה בכנסת השנייה, אך הוא התקבל בסופו של דבר רק בשנת 1958 בכנסת השלישית. מאז ועד היום נחקקו עוד 13 חוקי יסוד קבועים (ושני חוקי יסוד זמניים, שפקעו, וקבעו הוראות שעה בענין תקציב המדינה לשנים מסוימות) ובכללם חוק-יסוד: השפיטה, אשר על תיקונו נסובות העתירות דגן ואלה הם: חוק-יסוד: מקרקעי ישראל (1960); חוק-יסוד: נשיא המדינה (1964); חוק-יסוד: הממשלה (1968) אשר הוחלף בשנת 1992 והוחלף פעם נוספת בשנת 2001; חוק-יסוד: משק המדינה (1975); חוק-יסוד: הצבא (1976); חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (1980); חוק-יסוד: השפיטה (1984); חוק-יסוד: מבקר המדינה (1988); חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (1992); חוק-יסוד: חופש העיסוק (1992) (אשר בוטל ונחקק מחדש בשנת 1994); חוק-יסוד: משאל עם (2014); ולבסוף: חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (2018) (להלן: **חוק הלאום**).

173. על אף הורתם בהחלטת הררי והזיקה לתכלית המקורית של כינון חוקה, במהלך עשרות שנים לא הוכר במפורש מעמדם העליון של חוקי היסוד. שאלת מעמדם של חוקי היסוד, בהשוואה לחקיקה "רגילה", התעוררה לראשונה בבג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, כג(1) 693 (1969) (להלן: עניין **ברגמן**).

באותה פרשה דן בית המשפט הנכבד בסעיף 6 לחוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות וביקורת), התשכ"ט-1969, וקבע כי הוא סותר את עיקרון השוויון בבחירות, המעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. כתוצאה מכך, ולנוכח ההוראה המפורשת בסעיף 4 בדבר הרוב הדרוש לשינוי, הבהיר בית המשפט הנכבד כי החוק בטל, וכי אם תבקש הכנסת לחוקקו מחדש, עליה לעשות כן באופן שלא יסתור את עיקרון השוויון, או לחלופין, בחוק שיתקבל ברוב הנדרש של 61 חברי הכנסת.

174. בשנים שלאחר מכן, בפרשות **קניאל** (1973) ו**ורסלר** (1977) שב בית המשפט הנכבד וחזר על ההלכה, לפיה חוק רגיל הפוגע בעיקרון השוויון בבחירות, המעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, נדרש להתקבל ברוב של 61 חברי כנסת. אך גם פסקי דין אלו התמקדו בהקשר המסוים והמיוחד של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

175. השאלה הרחבה יותר של מעמדם הנורמטיבי של כלל חוקי היסוד זכתה להתייחסות פסיקתית בפסקי הדין שבאו בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. בפסק הדין בבג"ץ 726/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר**, מח(5) 441 (1994), נקבע בהקשר זה כדלקמן:

"בחודש מרץ 1992 נפל דבר ביסודות המשפט בישראל. נתקבלו ונכנסו לתוקף שני חוקי היסוד המגדירים ומבססים בממד וברמה חוקתיים זכויות יסוד של האזרח. החוק האחד הוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שפורסם וקיבל תוקף ביום 2.3.92, והחוק האחר הוא חוק-יסוד: חופש העיסוק, אשר נכנס לתוקפו ביום 12.3.92 שני חוקי יסוד אלה עמדו לדיון נוסף בכנסת ישראל, כרשות מכוונת, ובעקבותיו נחקקו ונכנסו לתוקף ביום 9.3.94 נוסח מתוקן של חוק-יסוד: חופש העיסוק ותיקון מסוים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 11 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). אנו נתייחס בהמשך לחוקי יסוד אלה בנוסחים המתוקן. חוקי יסוד אלה חרטו עלי ספר זכויות יסוד, מאלה שעד אז הוכרו בהלכה הפסוקה והיו ניצבים ועומדים בתודעת שיטתנו המשפטית כרכיבים בבניין היכל החוקה אשר על-פיה יתקיימו וינהגו מוסדות הארץ. באו חוקי היסוד הנ"ל לעולמנו והציבו, מכוח עצמם ובשילוב רכיבי זכויות היסוד שהיו פזורים פה ושם בפסיקתנו, את היסודות ואת הנדבכים להיכל חוקת ישראל. אכן, הבניין אינו שלם ולא שלמה המלאכה, ויש עדיין מה לכונן ומה לחוקק כדי שהחוקה תעמוד במלוא תפארתה ותקרין מאורה על מוסדות השלטון והמשפט בישראל. אולם העובדה הקיימת, הניצבת ועומדת נגד עינינו, היא של מבנה חוקתי יציב, החוסה מתחת לאיצטלה ולכיפה של עקרונות וערכים המעוגנים במגילת העצמאות. הממסד השלטוני, כמו הקהילה המשפטית כפי שכלל הציבור, צריכים להתרגל למהפך שחל, לא רק בדפוסי המחשבה, אלא במבנה המשפט בישראל".

176. היה זה פסק הדין בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, מט(4) 221 (1995) (להלן: **בנק המזרחי**), אשר גיבש את התשתית הרעיונית וביסס את התפיסה בדבר העליונות הנורמטיבית של כלל חוקי היסוד. בית המשפט הנכבד התייחס, בהרכב מורחב, למפעל החוקתי כולו ובתוך כך, לסמכותה המכוונת של הכנסת. כך למשל הבהיר המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק:

"הגעתי למסקנה כי הכנסת מוסמכת ליתן חוקה לישראל; כי בכוחה לקבוע כי הוראות החוקה הן "משוריינות" (בשריון מהותי או פורמאלי). סמכות זו נתונה לכנסת משום שבידה נתונה, בנוסף לסמכות החקיקה הרגילה, גם סמכות מכוונת. [...]"

הכנסת היא בעלת סמכות מכוונת. מכוחה היא העניקה חוקה לישראל. היא עשתה כן פרקים פרקים, על פי "החלטת הררי". כל אחד מחוקי היסוד הוא פרק בחוקתה של מדינת ישראל. כל פרק עומד בראש הפירמידה הנורמטיבית (השווה אקצין, בספרו הנ"ל כרך א' (תשכ"ג) 120). אכן, יש למדינת ישראל חוקה. אלה הם חוקי היסוד". (עניין בנק המזרחי, פס' 50 ו-54. ההדגשה נוספה ע"י הח"מ).

177. עוד עמדו השופטים בעניין בנק המזרחי על-כך שמלאכת כינון החוקה טרם נשלמה ועל-כך שהמפעל החוקתי טרם הגיע לסיומו. עמד על כך הנשיא שמגר בפסק דינו בעניין בנק המזרחי:

"חוקי היסוד עוסקים במבנה השלטון במדינה ובסמכויותיו. חוקי היסוד עוסקים, לאחר קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, גם בזכויות היסוד של האדם בישראל. על-כן מקובלת עליי הגישה כי 'עלינו להתייחס, בגישתנו הפרשנית, אל חוקי היסוד כאל "חוקים חוקתיים"' (ברק, בספרו הנ"ל, שיקול-דעת שיפוטי, בעמ' 520). ה'תכנית החוקתית' של מדינת ישראל, כפי שכיניתי את הגשמת רעיון החוקתיות, היא איגוד חוקי היסוד לכלל מסכת כללית ואחדותית – 'כל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה' (החלטת הררי, בעמ' 1743). בדרכו אל איגוד זה יחוקק חוק-יסוד: החקיקה, ומהלך זה יעניק לכל ההוראות החוקתיות שבחוק היסוד, על אתר, מעמד מועדף ביחס לכל חקיקה אחרת ומעמד מוגן או משוריין מבחינת האפשרות החקיקתית לשנותן או לקצץ, בדרך עקיפה, בהיקף תחולתן" (שם, פס' 42 לפסק דינו של כבי הנשיא שמגר).

178. פסק הדין בעניין בנק המזרחי היווה נקודת מפנה משמעותית בהגדרת עליונותם הנורמטיבית והמהותית של חוקי היסוד ביחס לחקיקה ראשית "רגילה". מאז ניתן פסק הדין בעניין בנק המזרחי חלפו קרוב לשלושה עשורים, שבמהלכם ביססה פסיקת בית המשפט הנכבד את התפיסה שהשתרשה במקומותינו ולפיה נוהגות מערכות השלטון בישראל – חוקי היסוד ניצבים במדרגה הנורמטיבית העליונה ואין חוק רגיל יכול לסתור אותם או לשנותם, אלא לפי הוראה מפורשת בהם. שינוי של חוק יסוד בחוק יסוד מחייב רוב מיוחד, אם כך נקבע בחוק היסוד. הרשות אשר אמונה על קביעת היחס שבין שתי נורמות העומדות למבחן ועל הכרעה ביניהן במקרה של התנגשות או על זיהוין לפי שיוכן במדרג הנורמטיבי, היא הרשות השופטת.

179. בית המשפט הנכבד, מפי כבוד השופט מזוז, היטיב לתאר עיקרים אלו במשפטנו החוקתי באופן הבא:

8. "כידוע, ביקורת שיפוטית חוקתית מבוססת על דוקטרינת המדרג הנורמטיבי של נורמות ("פירמידת הנורמות" של הנס קלזן), לפיה נורמה חקיקתית אינה יכולה לסתור נורמה גבוהה ממנה במדרג. בהתאם לכך, תקנה לא תסתור חוק, וחוק לא יסתור הוראה בחוקה, אלא ככל שהחוקה עצמה מתירה זאת ובמגבלות שהיא קובעת. לפיכך, חוק או הוראה שבו הסותרים הוראה בחוקה, דינם להתבטל, אלא אם כן הם עומדים בדרישות שהחוקה עצמה מציבה לענין אפשרות פגיעה בנורמה חוקתית (אצלנו - תנאי פסקת ההגבלה, או פסקת התגברות המעניקה תוקף לחוק חורג), ובכפוף לדיני הסעד החוקתי. הרשות המופקדת על בחינת ההתאמה של נורמה אל מול נורמה עליונה ממנה היא הרשות השופטת. יש שסמכות זו לביקורת חוקתית מעוגנת במפורש בחוקה ויש שהיא אינה מעוגנת במפורש בחוקה אך משתמעת ממנה.

דוקטרינה זו חלה ככלל על כל מצב בו חוק מפר הוראה בחוקה, בין שמדובר בהוראות בחוקה הקובעות זכויות אדם ובין שמדובר בהוראות חוקתיות מוסדיות או דיוניות (להלן: הוראה מוסדית-דיונית). כאשר מדובר בחוק הפוגע בזכות אדם המעוגנת בחוקה, אין די בקביעה שהחוק אכן פוגע בזכות האדם בה מדובר כדי להביא לבטלותו, אלא נדרשת בחינה של השאלה האם מדובר בפגיעה מוצדקת (חוקתית), בהתאם לאמות המידה הקבועות בחוקה (אצלנו, כאמור - בפסקת ההגבלה); זאת, למעט מקום בו מדובר בפגיעה בזכות המוגדרת בחוקה כזכות מוחלטת, שלא ניתן לפגוע בה בשום תנאי (כגון הערך החוקתי של כבוד האדם לפי סעיפים 1(1) ו-1(3) לחוק היסוד הגרמני) [...]”.

(בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (אר"ש 6.8.2017), פס" 8 לפסק דינו של השופט מזוז, שהיה בדעת מיעוט לעניין תוצאת פסק הדין (להלן: עניין קוונטינסקי).

180. אם כן, על-פי התפיסה המקובלת, תוצרי החקיקה של הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת כפופים מבחינת המדרג הנורמטיבי להוראות חוק היסוד, אשר זוכים למעמד חוקתי ונתפסים בתרבותנו המשפטית כחלק מחוקת המדינה (בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, (אר"ש 7.4.2011) (להלן: עניין בר-און)). אולם, עד כה הליך כינון החוקה לא הושלם. הגם שנחקקו פרקים משטריים, מגילת זכויות האדם עוגנה בחלקה, והיבטים זהותיים מסוימים של המדינה נקבעו בחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי – אגד חוקי היסוד חסר עדין השלמה של מגילת זכויות אדם, וכן חסר בו באופן בולט הפרק שמסדיר את סמכויות החקיקה, קבלת חוקי היסוד ותיקונם. פרק זה, שכבר הוצע פעמים אחדות במהלך השנים במסגרת הצעת חוק-יסוד: החקיקה, טרם הבשיל. הוראות אחדות בהצעת חוק-יסוד: החקיקה יקבעו את אשר כבר נתגבש בפסיקת בית המשפט כאמור, למשל בעניין המדרג הנורמטיבי, ואחרות צפויות להרחיב ולהשלים הסדרים שטרם הוכרעו בידי בית המשפט. החוקה הישראלית עודנה בתהליך עיצוב וגיבוש (עניין המרכז האקדמי, פס" 15 לחוות דעתו של כב' השופט פוגלמן). כיוון שכך, משנקבעה בפסיקת בית המשפט העליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד ללא הסדר מפורש ומלא בדברי החקיקה עצמם, התעוררו שאלות חוקתיות מורכבות המחייבות מענה. ראשית, מהו אותו "חוק יסוד" הזוכה למעמד הנעלה וכיצד יזוהה. בעניין זה, ובהעדר הליך חקיקה או הסדר מוסדי מובחן ויעודי לחוקי היסוד, אימץ בית המשפט את המבחן הצורני הפשוט – חוק היסוד מזוהה לפי כותרתו. על כך נרחיב בתיאורנו את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת בהמשך הדברים. שנית, האם קיימת מגבלה על הכנסת בחוקה את חוקי היסוד, מעבר למה שאמור בחוקי היסוד עצמם (כגון הדרישה בחוק-יסוד: הממשלה שתיקונו יעשה ברוב חברי הכנסת בכל אחת משלוש הקריאות במליאת הכנסת. משהובהרה במידה רבה שאלת הביקורת החוקתית על החקיקה מתעוררת שאלה, שלישית ומורכבת מקודמותיה, והיא אפשרות הביקורת העל-חוקתית על התיקון החוקתי עצמו.

## 2. ד. גבולות סמכותה של הרשות המכוננת

181. על-פי התפיסה המקובלת בדמוקרטיה המערביות, וכמתואר בדברי כב' השופט מזוז בפרשת קוונטינסקי לעיל, סדורות הנורמות במדרג. תוקפה של נורמה בקומה אחת במדרג נבחן לפי יחסה לנורמות שבקומות העליונות לה. ומה באשר לנורמה החוקתית עצמה, הניצבת בראש הפירמידה? האם יש משמעות לבחינתה, בשים לב לכך שהיא ניצבת בקומה העליונה ביותר, ולאור מה תערך בחינה זו? אם נקבל שאכן יש מקום גם לבחינת תוקפה של הנורמה החוקתית (כלומר תיקון לחוקה או, בישראל, קבלת חוק יסוד או תיקונו), עולה שאלה נלווית לזו – האם בית המשפט הוא המוסד המוסמך לקבוע את תוקפה של הנורמה החוקתית?

182. שתי שאלות אלה הן בעלות היבטים עיוניים ומעשיים כאחד. הן העסיקו חוקרים באקדמיה ואת בתי המשפט ברחבי העולם לאורך שנים. ובשני העשורים האחרונים הן עמדו על סדר היום הציבורי, ואף העסיקו את מערכת המשפט בישראל.

נפתח בתיאור קצר של מגמות מרכזיות בעולם בהקשר זה, ולאחר מכן נפנה לתיאור ההתפתחות בישראל.

183. ניתן לסווג, בהקשר זה, את חוקות העולם לשתי קבוצות: האחת, שבה חוקות אשר כוללות הוראה מפורשת בדבר הגבלות מהותיות על היכולת לתקן. הגבלות כאלה יכולות לקבל צורות שונות: יכול שיתייחסו למניעת כל אפשרות לשנות הוראה מסוימת בחוקה, שיטילו מגבלה על אופי התיקון המותר (החלפה לעומת תיקון חלקי) או על תוכנו (קרי התיקון מותר ובלבד שלא יחרוג מאמת מידה מסוימת). השנייה, קבוצת המדינות שלהן חוקות שאין בהן הוראה מפורשת בענין הגבלה מהותית על תיקון.

184. בחוקות מן הסוג הראשון, פסקאות נצחיות (קרי כאלה שאותן לא ניתן לשנות כלל) מבוססות על הכרעתו של הגוף המכונן לפיה הוראות מסוימות בחוקה מהוות תנאי בסיסי לקיומה של המדינה ולזהותה של המסגרת המדינית, ומשכך יש להבטיח כי הן תשרודנה לדורות בלא תלות ברצונו של רוב כזה או אחר. כך למשל, סעיף 79(3) לחוק היסוד הגרמני קובע כי לא ניתן לתקן את ההוראות המעוגנות בחוק היסוד ושנוגעות לחלוקת הפדרציה למדינות, כמו גם את ההוראות שנוגעות לכבוד האדם ולהיותה של גרמניה מדינה דמוקרטית וסוציאלית.<sup>54</sup>

בחוקות מן הסוג הראשון, שתופסות חלק הולך וגדל מקרב חוקות העולם, גם כאשר אין בחוקה הוראה מפורשת בדבר הסמכות לביקורת שיפוטית, קל היה לבתי המשפט, וכך אמנם עשו פעמים רבות, לבסס את סמכותם להכריע כי תיקון שאינו עומד בדרישה המפורשת בחוקה, הוא חסר תוקף. במידה רבה זהו תפקידו הטבעי של בית המשפט כפרשן

<sup>54</sup> Grundgesetz [GG] [Basic Law], translation at [www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html) (להלן: חוק היסוד הגרמני).



ומכריע בהתנגשות בין נורמות ובמקרה כזה אמת המידה המהותית לביקורת השיפוטית נתונה הרי בחוקה עצמה. כך למשל בגרמניה, בברזיל ובצ'כיה.<sup>55</sup> אך יש מדינות שחוקותיהן נמנות על הסוג הראשון ובהן בית המשפט דווקא נמנע מלהכיר בסמכותו לבקר את התיקון החוקתי.<sup>56</sup>

185. בחוקות מן הסוג השני, שבהן החוקה אינה קובעת במפורש הגבלות של מהות על תיקון לחוקה, מתעורר הקושי העיוני שתואר לעיל – מה תהיה אמת המידה שלאורה ייבחן תוקפו של תיקון לחוקה, אם בכלל, ומה מקור סמכותו של בית המשפט לערוך בחינה כאמור. אף על פי כן, דוגמאות ממדינות דמוקרטיות שונות ברחבי העולם מראה כי בתי המשפט פיתחו לאורך השנים פסיקה לא מבוטלת שקבעה הן את המגבלה המהותית על הכוח לתקן את החוקה, הן את סמכותם שלהם לפסוק בעניין, ומכוח הלכה זו אף ביטלו תיקונים לחוקה, לרבות תיקונים שכוונו במפורש להגבלת סמכות הביקורת השיפוטית ככלל, ואפילו תיקונים שכוונו באופן מיוחד לשלול מבית המשפט את הסמכות לבקר תיקונים לחוקה. אחד המודלים הבולטים בהקשר זה היה מודל "המבנה הבסיסי" (basic structure) של החוקה, אשר נלמד מפרשנות הטקסט החוקתי בכללותו. מודל זה פותח בפסיקתו של בית המשפט העליון בהודו ואומץ במדינות אחרות.<sup>57</sup>

186. בית המשפט העליון של הודו ביטל פעמים אחדות תיקונים לחוקה שפגעו לשיטתו במרכיבי יסוד של החוקה ההודית, דוגמת עקרון הפרדת הרשויות וקיומן של בחירות דמוקרטיות (ראו: Ghandi v. Narin, AIR 1975 S.C. 229 (India); Minerva Mills v. Union of India, AIR 1980 S.C. 1789 (India)). כתגובה לפסיקת בית המשפט העליון שביטלה תיקון קודם לחוקה, נתקבל תיקון מס' 42 לחוקה ההודית אשר קבע כי בין היתר ששום תיקון של החוקה לא יהיה נתון לביקורת שיפוטית בגין כל עילה, ושסמכותו המכוננת של הפרלמנט לתיקון החוקה אינה מוגבלת כלל. משהובא הדבר בפניו הכריע בית המשפט כי אף תיקון זה בטל על בסיס דוקטרינת המבנה הבסיסי. בית המשפט שם קבע שכיוון שסמכות התיקון החוקתי שהחוקה האצילה לפרלמנט היא מוגבלת, אין הוא רשאי להפעיל סמכות זו על מנת להרחיבה לכדי סמכות מלאה ובלתי מסויגת. תיקון החוקה באופן המקנה לפרלמנט סמכות תיקון מוחלטת, הופך את הפרלמנט מרשות הפועלת תחת החוקה לגוף הממוקם מעליה, אשר יכול לשנות את מבנה הבסיסי ואף למוחק כליל על-ידי שינוי מוחלט של זהותה.<sup>58</sup>

55 YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS 204-206 (2017) (להלן: רוזנאי).

56 כך למשל צרפת ונורבגיה, כפי שמופיע אצל רוזנאי, שם, בעמ' 207.

57 אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בך 361, 363-372 (דוד האן ואח' עורכים 2011) (להלן: ברק – תיקון של חוקה שאינו חוקתי).

58 (1980) AIR 1789 SC 1789 Minerva Mills Ltd. V. Union of India, לפי המובא אצל רוזנאי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 45-46.

187. דוגמאות לפסילה של תיקונים לחוקה או קביעה של בית המשפט כי בידיו סמכות עקרונית לעשות כן ניתן למצוא במדינות רבות ובהן: אוסטרליה, בנגלדש, ברזיל, גרמניה, הונגריה (טרם שנשללה סמכותו לענין זה בתיקון החוקה בשנת 2013), טורקיה, טאיוואן, פרו וצ'כיה.<sup>59</sup>

188. בצד המגבלה על מהות ותוכן התיקון החוקתי, חשוב להזכיר כי ברוב רובן של החוקות נקבע הליך ייחודי לתיקון החוקה. הליך כזה הוא מכביד במידה רבה לעומת ההליך לקבלת חוק רגיל, באופן המבטא את מהות התיקון החוקתי ואת השאיפה לעיצובו תוך הסכמה רחבה החורגת מגבולות השלטון הנוכחי שבו מתבצע התיקון. הוא כולל אחד או יותר ממספר מרכיבים, שתכליתם להבטיח כי ההחלטה על תיקון החוקה תעשה מתוך הסכמה חברתית רחבה, לא בחיפזון, לאחר בחינה ו"ליבון חוקתי" ציבורי ושלא על בסיס אינטרסים ושיקולים המאפיינים את הפוליטיקה היומיומית שבין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת.<sup>60</sup> בין המרכיבים אפשר למנות: דרישת רוב מיוחס לקבלת התיקון (לעתים 2/3 מחברי הגוף המחליט ואף יותר); שותפות בהליך תיקון החוקה של גופים המבטאים ייצוגיות מגוונת, כגון שני בתי פרלמנט (כאשר קיימים), בתי נבחרים פדרלים ומדינתיים, בתי פרלמנט עוקבים או משאל עם; מספר קריאות שונה מזה של חקיקה רגילה או פריסה שלהן במרווחי זמן שמקשים על החלטות גחמתיות והסכמות פוליטיות לשם השגת תועלת מיידית; דרישה לאישור התיקון בבתי פרלמנט עוקבים או במשאל עם. הגם שאין הן מגבילות פורמלית את תוכן התיקון החוקתי, דרישות הליכיות אלה משמשות בעקיפין גם מעין ערובה לכך שתוכן התיקון החוקתי לא יחרוג מליבה תשתיתית המוסכמת על קבוצה גדולה בציבור, ומכאן מעקרונית היסוד של השיטה.

מובן כי ככל שההליך לתיקון החוקה מכביד יותר ודורש, במישרין או בעקיפין, הסכמה ייצוגית וחברתית רחבה יותר, כן מצטמצם הצורך בביקורת השיפוטית על חוקתיות התיקון לפי תוכנו. כך למשל, **בארה"ב**, שבה נקבע כי בתי המשפט אינם מוסמכים להפעיל ביקורת שיפוטית על התיקונים לחוקה – לא מבחינת תוכנם ולא מבחינת ההליך הראוי לקבלתם<sup>61</sup> – קיים הליך נוקשה מאד לצורך תיקון החוקה, דרישת רוב מיוחס בשני בתי הקונגרס ואישור על-ידי 3/4 ממדינות האיחוד.<sup>62</sup> **בצרפת**, קבעה המועצה החוקתית כי אין בסמכותה לבחון תיקונים חוקתיים.<sup>63</sup> עם זאת, בצרפת ההליך לתיקון החוקה מצריך אישור של שני בתי הפרלמנט ברוב רגיל ומשאל עם, או אישור ברוב מיוחס של 3/5 במושב

<sup>59</sup> ראו אצל רוזנאי, שם.

<sup>60</sup> ראו למשל הדרישה לרוב של שני שלישים מכל אחד מבתי המחוקקים בגרמניה לשם תיקון החוקה (ס' 79 לחוק היסוד הגרמני); הדרישה בחוקה האמריקאית לאישור תיקון לחוקה על-ידי שלושה רבעים ממדינות האיחוד (ס' 5 לחוקה האמריקאית). מאז כניסתה לתוקף בשנת 1789, החוקה האמריקאית תוקנה רק 27 פעמים (כאשר עשרת התיקונים הראשונים בוצעו כבר בסמוך לאחר כניסתה לתוקף, כחלק מעיגון מגילת הזכויות); בצרפת, תיקון חוקתי כפועל יוצא של הצעה פרטית נדרש לצלוח משאל עם לאחר אישורו על ידי שני בתי הפרלמנט (בס' 89 לחוקה הצרפתית); בפילנד תיקון חוקתי מצריך המתנה לפרלמנט חדש אשר יידרש לאשרו לאחר בחירות, כאשר תחולה מיידית מחמת דחיפות, תתאפשר רק ברוב של 5/6 מן הקולות (ס' 73 לחוקת פינלנד).

<sup>61</sup> רוזנאי, לעיל ה"ש 44, בעמ' 39-42, ו-208; אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" **ספר גבריאל בך** 361, 370-372 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך, עורכים 2011).

<sup>62</sup> ס' 5 לחוקה האמריקאית. בפועל, מעבר לעשרת התיקונים (Bill of rights) שתוקנו בסמוך לאישור החוקה בסוף המאה ה-18, ב-230 שנים שחלפו מאז, תוקנה החוקה 17 פעמים נוספות בלבד.

<sup>63</sup> **רוזנאי**, לעיל ה"ש 55, בעמ' 159; גלעד נווה **סמכויות בתי המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על נורמות חוקתיות** (הכנסת, לשכה משפטית, תחום חקיקה ומחקר משפטי 2020) (להלן: **נווה**), בעמ' 3.

מיוחד של שני בתי הפרלמנט.<sup>64</sup> באירלנד, קבע בית המשפט העליון כי אין בסמכותו לבחון חוקתיות של תיקונים לחוקה, משסוגיה זו אינה ראויה לביקורת שיפוטית. הביקורת השיפוטית על תיקונים לחוקה מצומצמת באירלנד רק לבחינה פרוצדורלית צרה.<sup>65</sup> עם זאת, גם באירלנד תיקון חוקתי מצריך אישור על-ידי שני בתי הפרלמנט ואישור במשאל עם.<sup>66</sup>

### 3. ד. סמכותו של בית המשפט בישראל לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד

189. המצב בישראל מורכב אף יותר מזה המתואר במדינות העולם. ישראל אינה נופלת באף לא אחת משתי הקבוצות שתוארו לעיל. בוודאי שאין היא משתייכת לקבוצה הראשונה, שהרי אין בנורמה החוקתית שלה הוראה מפורשת המגבילה את כוחה של הסמכות המכוננת. אך גם אין חלקה בקבוצה השנייה, כי בשונה מכל אותן מדינות אין לישראל עדין חוקה שלמה, מבוססת ומלאה. בנוסף, סמכותו של בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית נובעת מאחד מחוקי היסוד, שכלל אינו משוריין, ואשר נמצא באותה רמה נורמטיבית כמו התיקון לחוק היסוד העומד למבחן. קושי שלישי כרוך בכך שטרם נחקק חוק-יסוד: החקיקה, אשר נוסחיהן של ההצעות לקדמו בעבר, כללו תיקון עקיף של חוק-יסוד: השפיטה והסדרת הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד. יתר על כן, חלק מאותן הצעות קבעו אמנם הוראה המרמזת על תוכנם האפשרי של חוקי היסוד. למשל בנוסח של תזכיר החוק היסוד משנת 2017 הוצע כי: "חוקי-היסוד נחקקים בידי הכנסת מכוח סמכותה לכוון חוקה שתכלול הוראות בדבר סדרי המשטר, מוסדות המדינה, עקרונות-היסוד של המדינה וזכויות האדם". אולם מאפיין זה לא הוצג בהצעות החוק כאמת מידה לביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקי היסוד. למעשה, במסגרת הצעות אלה, הוגבלה הביקורת השיפוטית במפורש לביקורת על פגמים בהליך קבלתו של חוק היסוד.

190. בניגוד לשיטות משפט אחרות, בישראל לא נקבע הליך מכביד, ולא קיים אף לא אחד מהמרכיבים המוסדיים והדרישות ההליכיות מהסוג שתואר לעיל, זולת הדרישה לרוב מיוחד לגבי התיקון של חלק מחוקי היסוד או הוראות מסוימות בהם משכך, קואליציה נתונה יכולה לשנות את חוקי היסוד בקלות רבה, ללא צורך בהסכמה של גורמים נוספים.

191. על רקע מאפיינים ייחודיים אלה של המבנה החוקתי בישראל מתחדדת השאלה האם קיימים בשיטתנו המשפטית עקרונות יסוד, אשר מגבילים את כוחה של הכנסת בקובעה את חוקי היסוד, בשל היותם "מושרשים במסורת הציבורית של המדינה, בנראטיב המכונן שלה ובקרב הקהילה המשפטית" (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 121). בית המשפט הנכבד התמודד עם שאלה זו, בעקיפין ובמישרין לאורך שנים רבות וביתר שאת בעשור האחרון.

<sup>64</sup> סי' 89 לחוקה הצרפתית.

<sup>65</sup> רוזנאי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 77-80; ברק – תיקון של חוקה שאינו חוקתי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 372; נווה, לעיל ה"ש 63, בעמ' 3.

<sup>66</sup> סי' 46 לחוקה האירית.

192. כבר בראשית הדרך התייחס בית המשפט הנכבד, כמפורט לעיל, לקיומם של עקרונות-על בשיטתנו, מבלי לקבוע כי ניתן לפסול מכוחם חקיקה או חוקי יסוד (ראו למשל: ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 389-390 (1965) (להלן: עניין ירדור); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח אחת נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד מד(3) 529, 551-554 (1990); עניין בנק המזרחי בעמ' 394 (1995).
193. בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 717 (2006) (להלן: עניין חוק טל) צוין כי "יש מקום לתפיסה כי חוק או חוק-יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם הריבון, לא הסמיק לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם".<sup>67</sup> זרעים שנזרעו בפסיקה המוקדמת החלו לנבוט בפסיקה של השנים האחרונות.
194. בעשור האחרון נדונה סוגיית תחולתה של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי במשפט הישראלי באופן מפורש במספר פרשות מרכזיות, עליהן נעמוד כעת. בשתיים מהן נדונו הוראות שעה זמניות בחוקי יסוד הקובעות כי בניגוד להסדר הקבוע בחוק-יסוד: משק המדינה לפיו תקציב המדינה יאושר בחוק פעם בשנה, תקציב המדינה יהא תקציב דו-שנתי (עניין בר-און ועניין המרכז האקדמי). פרשה שלישית עסקה בתיקון לחוק-יסוד: הכנסת שהעניק לכנסת סמכות להחליט על הפסקת חברותו של חבר כנסת בתנאים מסוימים (בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.5.2018) (להלן: עניין בן מאיר)). בשלוש הפרשות הללו הושארה ב"צריך עיון" שאלת תחולתה של הדוקטרינה בישראל, ונקבע כי המקרים שנדונו בהם ממילא אינם עולים כדי אותה פגיעה חמורה בעקרונות היסוד של השיטה (עניין בר-און, בעמ' 311-312; עניין המרכז האקדמי, בפס' ל"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימו') רובינשטיין, וכן בפס' 15 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן; עניין בן מאיר, בפס' 25 לחוות דעת הנשיאה חיות). בצד הסתייגויות שיפוטיות מפני אימוץ של דוקטרינה רחבה לפסילת חוקי יסוד, אמירות השופטים יכולות לתת סימנים לגבי הגבולות שבמסגרתם עשויה להבחן חוקתיותו של תיקון לחוק יסוד.
195. בעניין בר-און הודגש כי שאלת הביקורת השיפוטית על חוקי-היסוד, היא שאלה סבוכה ומורכבת (ראו עניין בר-און). בעניין בן מאיר נפסק כי מן הראוי שהדבר ייקבע עם השלמת המפעל החוקתי. עמדה זו הודגשה בעניין בן מאיר, על-ידי כבוד הנשיאה חיות, בהרכב מורחב של תשעה שופטים, שעסק בתיקונים בחוק-יסוד: הכנסת ובחוק הכנסת, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק הכנסת) שהסמיכו את הכנסת להחליט על הפסקת חברותו של חבר כנסת מכהן בתנאים ובעילות שנקבעו. באותו עניין קבעה כב' הנשיאה חיות ביחס לדוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי כי "ניתן, אפוא, להשאיר לעת-מצוא את השאלה המורכבת הנוגעת לתחולתה של הדוקטרינה בדין הישראלי."

<sup>67</sup> ראו גם: בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 802 (1995); בג"ץ 4676/94 מישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996); עניין ארפל, לעיל הי"ש 1, בעמ' 629-630; עניין המרכז האקדמי, בעמ' 679-680.

כבוד השופט מזוז צירף את דעתו לדעתה של כב' הנשיאה חיות בפרשת **בן מאיר**, בצינו, בין היתר, כדלקמן:

11 [...] ככל שקיימת מגבלה בלתי-כתובה על תיקון חוקה, הרי שזו מוגבלת למצבים חריגים ביותר ויוצאי דופן של שינוי חוקתי ה"פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי" (ענין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 717; א' ברק שופט בחברה דמוקרטית 99 (2004)), או בניסוח אחר: מקרים של פגיעה ב"עקרונות יסוד העומדים בבסיס קיומנו כחברה וכמדינה" (בג"ץ 4908/10 ח"כ בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 311 (2011); או: "פגיעה בעקרונות יסוד אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד, עצמם מושתתים עליהם" (בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 28, 15 (1996). וראו גם: בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758, 804 (1995); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון (9.12.1998); בג"ץ 5160/99 התנועה לאיכות השלטון נ' ועדת החוקה, פ"ד נג(4) 92 (1999); ענין המרכז האקדמי בעמ' 655; ברק - תיקון של חוקה שאינו חוקתי; א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית חלק שלישי 566 (1994)).

12. נוכח האמור, בצדק רב קבעה אפוא חברתי הנשיאה, ואני מצרף את דעתי לדעתה, כי - "נראה כי לעת הזאת, ובהינתן השלב בו מצוי מפעל החוקה הישראלי כמשימה שטרם הושלמה, ובפרט משלא נקבעו עד כה ההליכים לכינון ולתיקון של חוקי היסוד, יש בעייתיות לא מבוטלת באימוץ דוקטרינה מקיפה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי..." (פסקה 25).

196. יצוין כי בפסק הדין בפרשת **בן מאיר** נדחתה העתירה פה אחד, תוך שנקבע כי אין מדובר במקרה בו נדרש לדון ולהכריע בסוגיית החלטה של הדוקטרינה בדבר "תיקון חוקתי שאינו חוקתי". זאת, משנקבע כי גם אם תאומץ דוקטרינה מסוג זה, חוק ההדחה אינו בא בגדרי אותם מקרים חריגים ביותר ויוצאי דופן המצדיקים התערבות שיפוטית בגדריה של דוקטרינה זו.

בעניין זה, ראו גם: עמדותיהם של יתר השופטים בעניין **בן מאיר**; ולגישה מצמצמת אף יותר, ראו חוות דעתו של כבוד השופט סולברג בעניין **בן מאיר**.

197. נוסף על כך, נדחתה על הסף עתירה בעניין תיקון לחוק-יסוד: הכנסת, המאפשר לשרים שהתפטרו מן הכנסת לחזור ולכהן כתברי כנסת עם תום כהונתם בממשלה ("החוק הנורבגי") (בג"ץ 4076/20 **שפירא נ' הכנסת** (אר"ש 22.7.2020). (להלן: **עניין שפירא**)). בפסק דינו בעניין **שפירא** עמד בית המשפט הנכבד, בין היתר, על כך שסוגיית סמכותו של בית המשפט הנכבד לפסול הוראת חוק-יסוד מכוח "דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי" לא הוכרעה, וכי גם לגישת התומכים בהחלטה, עליה להיות מוגבלת למצבים חריגים ביותר ויוצאי דופן, "המזעזעים את אמות הסיפים של המבנה החוקתי והדמוקרטי כולו ומאיים למוטט אותו" וכי העותר שם לא הניח כל תשתית משפטית מספקת מדוע החוק הנורבגי עולה כדי מקרים נדירים אלה, לא מן ההיבט העקרוני-עיוני ולא מההיבט הענייני-יישומי.

198. בעניין **חסון** דן בית המשפט הנכבד בהרחבה בשאלת כבדת המשקל האם דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי, על חריגותה ועל הקשיים הבלתי מבוטלים הטמונים בה, חלה בשיטת משפטנו. באותו ענין נקבע, בפסק דינה של כב' הנשיאה חיות, כי אין מקום להורות על בטלותו של חוק יסוד: הלאום או להתערב בהוראה מהוראותיו, משום שניתן לפרש את חוק היסוד פרשנות מקיימת העולה בקנה אחד עם חוקי היסוד האחרים ועם העקרונות והערכים שעוגנו בהם זה מכבר. לצד זאת קבעה כב' הנשיאה (בפס' 24 לחוות דעתה) כי "חקיקת הוראה חוקתית אשר שוללת את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית עולה כדי זעזוע אמות הסיפים של החוקה ההולכת ונבנית פרקים-פרקים, וכבר צוין בעבר כי "העם לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר".

בהמשך אותו עניין קבעה כב' הנשיאה, כי אמנם שאלת אימוצה של דוקטרינה מקיפה לבחינת חוקתיותם של תיקונים לחוקה מן הראוי שתוכרע עם השלמת מפעל חוקי היסוד לכדי חוקה מלאה וכי דוקטרינות המשפט המשווה שאותן סקרה, ובכלל זאת דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי, אינן ניתנות ליישום כמות שהן בשיטתנו המשפטית. עם זאת, קובעת הנשיאה, כי "משמעות הדבר אינה בהכרח כי בהיעדר דוקטרינה מקיפה כזו, **סמכויותיה של הרשות המכוננת בישראל הן בלתי-מוגבלות**".

199. כב' הנשיאה חיות פירטה את עמדתה ביחס למגבלה המהותית הצרה על סמכותה של הרשות המכוננת לעת הזו – "בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי קיימות מגבלות – צרות ביותר בהיקפן – על סמכותה של הרשות המכוננת, המתמצות בשלילת זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית".

200. את קביעתה זו, המתייחסת לזהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית כעיקרון יסוד אשר ניצב מעל הסמכות המכוננת, כך ששלילתה עשויה לעלות כדי תיקון חוקתי שאינו חוקתי, ביססה כב' הנשיאה חיות על המערך החוקתי הקיים המלמד על כך שלמצער בהקשר זה של זהות המדינה, המלאכה החוקתית הושלמה:

"[....] המערך החוקתי בכללותו אינו מותיר מקום לספק כי קיומה ודמותה של מדינת ישראל באו לה מן השילוב – "יהודית ודמוקרטית" וכי זהו הלב הפועם של "החוקה נוסח ישראל". אכן, המבנה החוקתי שלנו אינו שלם ובהחלט ייתכן כי יתווספו לו קומות והסתעפויות בהמשך הדרך, אך שני עמודי התווך הללו – העמוד היהודי והעמוד הדמוקרטי – הוצבו בו זה מכבר. שלילת איזה מהם מובילה להתמוטטות המבנה כולו... בחינה של הטקסטים החוקתיים הקיימים ושל "המעטפת" החוקתית שמלווה אותנו לאורך שנות קיומה של המדינה, מאששת את המסקנה כי אף שהפרויקט החוקתי טרם הושלם, היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית מהווה חלק בלתי נפרד מזהותה".

201. עמדה זו משתקפת גם בתפיסה המקובלת בספרות המשפטית שלפיה הבסיס לזהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית נלמד מלשונם של **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**, הקובע בסעיף 1א כי "חוק יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", וחוק יסוד: חופש העיסוק, אשר קבלתם שיקפה הסכמה רחבה בדבר אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה.<sup>68</sup>

202. על אלה יש להוסיף את **סעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת**, הקובע כי רשימת מועמדים או מועמד לא ישתתפו בבחירות לכנסת אם יש במטרותיהם או במעשיהם משום "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". סעיף זה משקף את עמדת המכונן לפיה אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה הוא כה בסיסי עד כי ניתן לשלול את זכות היסוד החוקתית להיבחר (המעוגנת בסעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת) "ממי המבקש למוטט את שתי אבני היסוד של מהות המדינה, שהן היותה יהודית ודמוקרטית" (**עניין טיבי**). ביחס לסעיף זה נקבע בעניין **חסון** כי "אין ספק כי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת מבטא בבירור את התפישה לפיה הבסיס להגדרה העצמית של מדינת ישראל הוא היותה מדינה יהודית ודמוקרטית (ראו והשוו: רובינשטיין ומדינה, בעמ' 320-321).

203. חוקי היסוד אמנם עיגנו את היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית באופן מפורש, אך לא הם לבדם עיצבו את דמותה זו. יסודותיה של המדינה כיהודית ודמוקרטית הותוו עוד **במגילת העצמאות**, אשר הציבה את אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה כיסוד מוסד להקמתה. בהמשך, החקיקה והפסיקה ביצרו יסודות אלה, וקורות חייה של האומה מאז הקמתה שבו והמחישו כי זו דמותה.

מעמדה של מגילת העצמאות והעקרונות אשר בבסיסה עוגנו בפסיקת בית המשפט הנכבד לאורך השנים. עוד בראשית ימי המדינה נפסק, כי מגילת העצמאות "מבטאת את חזון העם ואת ה"אני מאמין" שלו".<sup>69</sup> בעניין **קול העם**<sup>70</sup> הובהר, כי יש לתת משקל לאמור בהכרזה בעת פרשנות חוקי המדינה.

בדומה, הובהר כי יש להיעזר בעקרונות היסוד שבמגילת העצמאות בעת הפעלת שיקול הדעת המינהלי (בג"ץ 262/62 **פרץ נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו**, פ"ד טז 2101, 2116 (1962); ראו גם: בג"ץ 301/63 **שטרייט נ' הרב הראשי לישראל**, פ"ד יח(1) 598, 612 (1964)). באותה פרשה ציין בית המשפט הנכבד כי אם חקיקה הייתה מובילה להפליה של אזרחים שאינם יהודים "היה בכך משום הפליה פסולה, העומדת בניגוד גמור להכרזת העצמאות של מדינת ישראל ולהצהרה האוניברסלית של האומות המאוחדות על זכויות האדם"; ראו גם: **עניין פורז**).

<sup>68</sup> אהרן ברק, **פרשנות במשפט** כרך שלישי: פרשנות חוקתית, 131, 174 (1994); אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל", **המשפט** יא 79, 104 (2007).  
<sup>69</sup> בג"ץ 10/48 **זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב**, פ"ד א 85, 89 (1948).  
<sup>70</sup> בג"ץ 73/53 **חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871, 884 (1953).

עקרונות היסוד המעוגנים במגילת העצמאות באים לידי ביטוי אף בעת פרשנות חוקי היסוד. סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכולו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". כך נפתח גם חוק-יסוד: חופש העיסוק. בית המשפט הנכבד עמד, לא אחת, על-כך שמגילת העצמאות משמשת כבסיס פרשני לחוקי היסוד.<sup>71</sup> עמדה זו לא נשמעה אך ורק ביחס לפרשנות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר כאמור מפנה במפורש למגילת העצמאות. כך למשל, בעניין **טיבי** נשמעה העמדה לפיה העקרונות הקבועים בהכרזת העצמאות משפיעים אף על פרשנות סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת (פס' 1-2 לפסק דינה של כבוד השופטת דורנר).

204. לכך יש להוסיף את **פסיקת בית המשפט הנכבד** – המהווה חלק בלתי נפרד מהמערך החוקתי-משטרי. פסיקת בית המשפט הוסיפה וביצרה לאורך השנים את זהותה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית (עניין **חסון**, פס' 21); באשר להיותה מדינה יהודית נקבע בפסיקה כי יסוד זה הוא "סימן ההיכר המובהק שלה בין העמים והמדינות" (עניין **טיבי**, בעמ' 21, 101; באשר לאופייה הדמוקרטי של המדינה הובהר בפסיקה כי הוא מהווה את "נשמת אפה" (ע"ב 1/88 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה**, פ"ד מב(4) 177, 188 (1988)). היטיב לסכם זאת השופט א' א' לוי, בציינו כי צירוף המילים "מדינה יהודית ודמוקרטית" מהווה "ביטוי מזוקק לנראטיב המכונן של ישראל [...] הקבוע כאבן הראשה במשפטנו החוקתי" (בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 1, 63 (2012) (להלן: **עניין גלאון**)).

205. רובד נוסף המבסס את זהותה היהודית והדמוקרטית של המדינה מצוי ב**נורמות תת-****חוקתיות** רבות שבהן מעוגן הצירוף "מדינה יהודית ודמוקרטית" באופן מפורש. כך למשל, בסעיף 5 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992; סעיף 2(א)(2) לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953; סעיף 2(ג) לחוק התרבות והאמנות, התשס"ג-2002; אף חוקים אחרים, אשר אף שאינם מזכירים במפורש את הצירוף "מדינה יהודית ודמוקרטית", מלמדים באופן מובהק על אופייה של המדינה כמדינה יהודית. בראשם ניצב חוק השבות, התשי"א-1950, ולצידם – חוקים המלמדים על אופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, כגון חקיקת דיני הבחירות וכן החקיקה המעגנת את עקרון השוויון (כגון חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000; ועוד).

206. בית המשפט הנכבד נדרש לזיהוי מאפייניה ה"גרעיניים" של היות מדינת ישראל יהודית ודמוקרטית במסגרת עתירות שהוגשו נגד החלטותיה של ועדת הבחירות המרכזית לפסול מועמדים או רשימות לכנסת על רקע טענות לשלילת אופייה של המדינה כ"מדינה יהודית ודמוקרטית".

<sup>71</sup> ראו למשל עניין **חוק טל**.



כך, למשל, נבקש להפנות לפסק הדין שניתן על-ידי כבוד הנשיא ברק בהרכב מורחב בעניין **טיבי**, במסגרתו נקבעה ההלכה המנחה, בהתייחס למאפיינים ה"גרעיניים" המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל יהודית ודמוקרטית. בהקשר למאפיינים הגרעיניים של היסוד הדמוקרטי נקבע כדלקמן:

כמו בפרשנותו של הדיבור "מדינה יהודית", כך גם בפרשנותו של הדיבור "מדינה... דמוקרטית", יש להתרכז במאפיינים ה"גרעיניים" וה"מינימליים" (ראו פרשת יאסין, עמ' 66; ראו גם דברי הנשיא שמגר בפרשת ולנר עמ' 782). יש לשים הדגש על מה שבית המשפט האירופאי לזכויות האדם מכנה "הבסיסיים שבעקרונות הדמוקרטיים" (fundamental democratic principles) (ראו Refah Partisi and others v. Turkey (The Welfare Party) and others, מיום 31.7.2001, פסקה 47; להלן - פרשת רפה). **מאפיינים אלה מבוססים לדעתנו על הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם ובהן כבוד ושיויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית** (ראו פסק דינו של בית המשפט החוקתי הגרמני בפרשת המפלגה הנאצית, 76 BverfGE; ראו גם גביון, "מדינה יהודית ודמוקרטית", מדינה יהודית ודמוקרטית 169, 175 (א' רוזן-צבי (עורך) 1996)). על פי גישה "גרעינית" זו רשימת מועמדים השוללת את זכות הבחירה על פי מבחן אתני-לאומי, פוגעת בגרעינה של הדמוקרטיה, המבוססת על שיויון בזכות לבחור ולהיבחר. בצדק ציין הנשיא שמגר כי – "שליטת זכויות כאמור היא פגיעה ברורה וחד-משמעית בנפשה של הדמוקרטיה, המושתתת על שיויון זכויות מדיניות בין אזרחי המדינה, ללא הבדל גזע, דת, לאום או מין" (פרשת ניימן השניה, עמ' 197).

בדומה, רשימת מועמדים התומכת בשימוש באלימות כדי להביא לשינוי במשטר אינה יכולה להשתתף בתהליך הדמוקרטי אותו היא מבקשת להפיל בכוח הזרוע. דמוקרטיה מבוססת על דיאלוג לא על כוח; על שכנוע ולא על אלימות. מי שאינו מוכן לקיים בעצמו את "כללי המשחק" הדמוקרטיים לא יישמע בטענתו כי האחרים חייבים לפעול על פי כללים אלה כלפיו. דמוקרטיה מניחה שינוי. הטוען לשינויים במבנה המשטר ואף בשינוי החוקה עצמה רשאי להשתתף בדיאלוג הדמוקרטי, ובלבד שהוא נוקט באמצעים חוקיים כדי להגשים את מטרתו ומטרה זו עולה בקנה אחד עם המאפיינים הגרעיניים של הדמוקרטיה. עמד על כך בית המשפט האירופאי לזכויות האדם באומרו:

"[A] a political party may campaign for a change in the law or the legal and constitutional basis of the State on two conditions: (1) the means used to that end must in every respect be legal and democratic; (2) the change proposed must itself be compatible with fundamental democratic principles. It necessarily follows that a political party whose leaders incite recourse to violence, or propose a policy which does not comply with one or more of the rules of democracy or is aimed at the destruction of democracy and infringement of the rights and freedoms afforded under democracy cannot lay claim to the protection of the Convention against penalties imposed for those reasons". (פרשת רפה, פס' 47).

207. שאלות אלו שבו ועלו בפסיקה אשר נסובה על הבחירות לכנסות השונות, לרבות במסגרת מערכת הבחירות לכנסת ה-21, במסגרת א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף (אר"ש 18.07.19). כבי הנשיאה חיות אשר כתבה את פסק הדין העיקרי, שבה על הלכת **טיבי**, והבהירה כך:

14. העילה הראשונה הקבועה בסעיף 7א(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת עניינה מניעת השתתפות בבחירות של רשימת מועמדים או מועמד אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של המועמד לרבות בהתבטאויותיו משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בעניין טיבי נקבעו המאפיינים "הגרעיניים-המינימליים" של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכן נקבעו המאפיינים ה"גרעיניים-המינימליים" שלה כמדינה דמוקרטית, ונקבע שפגיעה במאפיינים אלה היא זו העשויה להקים עילת פסילה מתוקף סעיף 7א(א)(1) לחוק היסוד....

אשר למאפיינים "הגרעיניים" של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית נקבע כי: "מאפיינים אלה מבוססים [...] על הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית" (עניין טיבי, בעמ' 23; ראו גם עניין זועבי השני, בפסקה 29; והשוו: עניין יאסין, בעמ' 66). עוד צוין בעניין טיבי כי רשימה השוללת את זכות הבחירה לכנסת על בסיס אתני-לאומי, או רשימה אשר מבקשת לשנות את המשטר באמצעות שימוש באלימות, לא תורשה להתמודד בבחירות, שכן במהותה היא שוללת את היסודות הדמוקרטיים של המשטר בישראל (שם, בעמ' 24; ראו עוד עניין ניימן השני, בעמ' 190 וכן עניין זועבי השני, פסקה 30).

(שם, פסי' 13 לפסק דינה של כבוד הנשיאה חיות).

208. על בסיס מסד נורמטיבי נכבד זה, עמדה כב' הנשיאה חיות בפרשת חסון על אמות המידה שעשויות לשמש בסיס לקביעה כי הוראה חוקתית מסוימת חורגת מסמכות הרשות המכוננת, על רקע היותה שוללת את אופייה היהודי או הדמוקרטי של מדינת ישראל – ומפאת חשיבות הדברים, נצטט אותם בשנית (בפסי' 31-28 לפסק דינה):

"בהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי, אני סבורה כי המגבלות החלות על הרשות המכוננת הן, כאמור, צרות ביותר, ונוגעות למצבים חריגים של שינוי חוקתי השולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה (ראו גם: עניין חוק ההדחה, בפסקה 36 לחוות דעתי). עמדה דומה הובעה בעבר בפסיקה ובספרות (עניין חוק טל, בעמ' 717; עניין בר-און, בעמ' 312; עניין המרכז האקדמי, בפסקה כ"ז לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, בפסקה 8 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר ובפסקה 4 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל; ברק "תיקון של חוקה", בעמ' 380).

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. כך למשל, אין כל דרך ליישב את היותה של ישראל מדינה יהודית עם חוק יסוד שמנתק את הזיקה הייחודית בין מדינת ישראל לעם היהודי, לשפתו ולמורשתו (ראו בהקשר זה: ברק "מגילת העצמאות", בעמ' 30). בדומה, לא ניתן ליישב חוק יסוד שפוגע פגיעה אנושה בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים – ובכלל זאת "בחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם [...]; קיום הפרדת רשויות; שלטון החוק; ורשות שופטת עצמאית" (עניין טיבי, בעמ' 23) – עם היותה של ישראל מדינה דמוקרטית. עמד על כך השופט א' א' לוי בהקשר אחר בציינו:

"אף אם לא-אחת עשוי ערך עיקרי בשיטתנו המשפטית למצוא עצמו ושולי אדרתו חורגים מתחומי של המארג המכונן הישראלי, הרי שעיקרו של אותו ערך – הגרעין שסביבו מרוכזים ביטויי המוצקים ביותר – מקומו לא ייפקד מן הסיפור המכונן שלנו. פגיעה בגרעין זה לא תוכל שלא להפר את האיזון העדין שעליו מייסדת עצמה המשוואה הישראלית.

גריעה מן המצוי בליבת הערך המכונן לא תהא מסוגלת לדור בשלום עם עיקריה של שיטתנו. התנערות מן היסודי והמובהק לא תוכל להלום 'מדינה יהודית ודמוקרטית' (עניין גלאון, בעמ' 70).

במילים אחרות, באותם המצבים שבהם חוק יסוד שולל או סותר באופן חזיתי את "המאפיינים 'הגרעיניים' המעצבים את הגדרת המינימום" של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית (עניין טיבי, בעמ' 22; ראו והשוו: דבריו של השופט הנדל בעניין המרכז האקדמי, בפסקה 4 לחוות דעתו) – ניתן לומר כי הכנסת חרטה מסמכותה המכוננת.

**וידגש: המגבלה שחלה על הרשות המכוננת עניינה בליבת הזהות היהודית והדמוקרטית, ובה בלבד** (השוו: ברק "הכנסת כרשות מכוננת", בעמ' 36-37). המכונן אינו רשאי לשלול – להלכה או למעשה – את קיומה של המדינה כ"יהודית ודמוקרטית", אך הוא רשאי לשרטט, על פי שיקול דעתו, את האופן שבו יבוא לידי ביטוי צירוף מילים זה במסגרת חוקי היסוד, אף אם הדבר כרוך באיזונים ובפשרות אשר מגדירים מחדש את אופן התפרשותו של אחד ממרכיבי זהותה של המדינה. ברוח זו, בית משפט זה כבר קבע כי רחוקה הדרך בין קביעה לפיה נורמה מסוימת פוגעת פגיעה קשה בזכות יסוד מסוימת ובין המסקנה שנורמה זו שוללת את דרישות המינימום המגדירות מדינה כדמוקרטית (עניין חוק טל, בעמ' 717; עניין חוק ההדחה, בפסקה 36 לחוות דעתי; לעמדה לפיה ייתכן שקיומה של חוקה שלמה ישנה מסקנה זו, ראו: ברק "תיקון של חוקה", בעמ' 380). עוד נקבע כי שינויים מוסדיים מסוימים – דוגמת מעבר לתקציב מדינה דו-שנתי או הסדר שמאפשר לחבר כנסת שמונה לשר או לסגן שר להתפטר מהכנסת ולחזור לכהן בה עם סיום כהונתו בממשלה (הסדר הידוע בכינוי "החוק הנורבגי") – אין בהם כדי לשלול את אופייה הדמוקרטי של המדינה (עניין המרכז האקדמי, בפסקה 9 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) מלצר; בג"ץ 4076/20 שפירא נ' הכנסת, פסקה 10 (22.7.2020)).

סיכומם של דברים עד כאן: הבריח התיכון המחבר את משכננו המשותף הוא היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית, כאמור במקרא – "וְהַבְרִיחַ הַתִּיכּוֹן בְּתוֹךְ הַקְּרָשִׁים מִבְּרַח מִן הַקְּצָה אֶל הַקְּצָה" (שמות כו, 28). לפיכך, אף שבעת הזו אין מקום לאמץ אל שיטתנו את דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, כפי שהיא באה לידי ביטוי בשיטות משפט שלהן חוקה שלמה (ראו לעיל בפסקאות 13-15), ניתן להצביע כבר עתה על מגבלות – צרות ביותר – המוטלות על סמכותה המכוננת של הכנסת, ולקבוע כי היא אינה מוסמכת לשלול את מאפייני הזהות הגרעיניים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית.

209. עם זאת, לאחר הצגת תפיסה עקרונית זו, השאירה כב' הנשיאה חיות לעת מצוא את ההכרעה בשאלת סמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית מהותית על חוק יסוד, זאת משום קביעתה כי אף אם נניח קיומה של סמכות כאמור לבית המשפט, "חוק יסוד: הלאום אינו שולל [...] את אופייה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית ומשכך הוא אינו מקים ממילא עילה להתערבות שיפוטית בתוכנו". במאמר מוסגר ציינה כב' הנשיאה חיות, כי לגישה אין הבדל של ממש בין שלילת אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית בחוק יסוד חדש ובין שלילת אופי זה במסגרת תיקון לחוק יסוד קיים. זאת, שכן בפרקטיקה החוקתית הישראלית – בפרט בהיעדר חוק יסוד: החקיקה – ההבחנה בין שני מסלולים אלה עמומה למדי.

## ה. בחירת התיקון לחוק יסוד: השפיטה בראי דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי

### במובנה הצר

210. לאחר שעמדנו על המסגרת ההיסטורית והנורמטיבית, והצגנו את הפסיקה העדכנית, נפנה לדון בשאלה שעל הפרק. ברבות מן העתירות עולה הטענה כי התיקון לחוק יסוד: השפיטה פוגע באופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל, עד כדי כי הוא שולל מרכיב זה בזהותה של המדינה, ומשכך מהווה חריגה מגבולות הסמכות של הרשות המכוננת. לפיכך, כך נטען בעתירות, על בית המשפט הנכבד להושיט לראשונה סעד של בטלות ביחס לתיקון לחוק יסוד.

211. כפי שנראה להלן, הטענה כי מדובר בתיקון נקודתי של עילה אחת מבין עילות הביקורת השיפוטית, ועל כן משמעותו מצומצמת ואת החלל שנוצר ניתן יהיה למלא באמצעות עילות ביקורת אחרות – קיימות או חדשות – היא מטעה.

בפועל, התיקון שולל מבית המשפט כלי מרכזי של הביקורת השיפוטית, אשר בשים לב להתפתחות המשפט הישראלי החל מקום המדינה, אין ביכולתן של עילות הביקורת האחרות למלא את החלל שיווצר בתחומים חשובים ורבים, לא כל שכן באופן מיידי. משכך, התיקון פוגע פגיעה קשה בהפרדת הרשויות ובשלטון החוק, ובעקרונות דמוקרטיים נוספים, ואף יש בו להכשיר את הקרקע לקראת השגות גבול נוספות של הרשות השופטת ונטילת כלי ביקורת נוספים.

**בנסיבות אלה, אין מנוס מלפסוע מן הפרוזדור אל הטרקלין: ולהידרש לראשונה ליישום דוקטרינה חריגה של ביקורת שיפוטית על תוכנו של תיקון לחוק יסוד, תוך הסתמכות על התשתית המשפטית שנדונה ופותחה בפסיקתו של בית המשפט הנכבד.**

212. על בסיס פסק הדין בעניין **חסון** והקביעות שם, ותוך התחשבות בזהירות הרבה הנדרשת, סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי אין מנוס בעת הנוכחית מקביעת הלכה המכירה בסמכות של בית המשפט להתערב בחוקי יסוד אשר נחקקו תוך פריצת הגבולות הרחבים של הסמכות המכוננת, כפי שאלה התעצבו בפסיקה ובפרט בעניין **חסון**.

213. כעולה מפרשת **חסון**, גבולות הסמכות המכוננת הם אמנם רחבים ביותר, ואולם **הרשות המכוננת לא הוסמכה לשלול את מאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית**. סמכותו של בית המשפט הנכבד להושיט סעד במקרה של חריגה מן הסמכות המכוננת, מקורה בסמכותו להושיט סעד לפי סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, ומתפקידו המוסדי והגרעיני של בית המשפט לעמוד על-כך שהרשויות האחרות, ובכלל זאת הרשות המכוננת, אינן חורגות מגדרי סמכותן.

214. מלבד הטעמים המהותיים שפורטו לעיל ביחס למגבלה על סמכותה של הרשות המכוננת, ויישומם המצומצם על ההקשר הישראלי במתכונת שהותוותה בעניין **חסון**, ישנה הצדקה נוספת להכרה בביקורת השיפוטית על תיקונים חוקתיים בהקשר הישראלי. שלילה מוחלטת של הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד והאפשרות להושטת סעד, יותירו ללא מענה תיקון חוקתי אשר ישלול את מאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, או יפגע פגיעה אנושה בזכויות יסוד. הקושי מתעצם בשים לב לקלות היתרה בחקיקת תיקון חוקתי, המחייב לכל היותר גיבוש רוב קואליציוני, ובהעדר הליך חקיקה ייחודי ומכביד הכולל רכיבים מרסנים המקובלים בעולם כמתואר לעיל. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח ההיבטים המוסדיים הייחודיים למדינת ישראל – רשות מחוקקת שהיא גם רשות מכוננת, הנשלטת על-ידי הרוב הקואליציוני השולט גם ברשות המבצעת, והיעדרם של מנגנוני איזונים ובלמים מקובלים במדינות העולם מפני ניצול לרעה של הכוח השלטוני.

215. עם זאת, ובהתאם לאמור בפסק הדין בעניין **חסון**, הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית ולהכריז על בטלותו של חוק-יסוד מחמת תוכנו, היא סמכות שצריכה להישמר למקרים חריגים שבחריגים, משעה שטרם הושלם המפעל החוקתי ולא נחקק חוק-יסוד: החקיקה, והמגבלות שיציב בית המשפט צריכות להיות צרות ביותר.

216. נפנה אפוא לבחון את השאלה אם התיקון לחוק-יסוד: השפיטה נשוא העתירות חרג מגבולות הסמכות המכוננת. הגם שטרם נפסל חוק יסוד בישראל וההלכה הפסוקה בעניין זה טרם בוססה, ומתוך הכרה בחרדת הקודש הנדרשת בהקשר זה, נעמיד כאבן בוחן להמשך דיוננו את אמות המידה המצומצמות שציינה כב' הנשיאה חיות בעניין **חסון**. אלה מבוססות, כפי שהראינו בפירוט, על פסיקה קודמת וארוכת שנים שפיתחה את התפיסה בדבר אופייה של מדינת ישראל כמדינת יהודית ודמוקרטית ואת הרעיון בדבר מגבלות כוחה של הרשות המכוננת. מבלי לקבוע מסמרות לגבי המבחנים לבחינת תוקפו של חוק יסוד בכל הקשר שהוא, נאמר כי תיקון של חוק יסוד יהיה לא חוקתי אם הוא שולל מאפיינים גרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בהיבט הדמוקרטי, הרלבנטי לענייננו, המאפיינים הגרעיניים הם "הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם ובהן כבוד ושיוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית". (ענין **טיבי**).

## ה.1. התיקון פוגע פגיעה קשה בביקורת השיפוטית ובעיקרון הפרדת הרשויות

### ה.1.א. על עיקרון הפרדת הרשויות ותפקיד הביקורת השיפוטית

217. עקרון הפרדת הרשויות מגלם את הרעיון הבסיסי לפיו לכל אחת מרשויות השלטון – מחוקקת, מבצעת ושופטת – מסורות פונקציות ממלכתיות שונות. כך, למשל, בעוד הכנסת היא הרשות המחוקקת את חוקי המדינה, הרשות השופטת היא שנדרשת לפירושם וכן לביצוע ביקורת על אופן מימוש סמכותה של יתר הרשויות, ובראשן הרשות המבצעת.

"הפרדת הרשויות נוצרה כדי ליצור איזון בין הרשויות, שכן רק בדרך זו, היינו על-ידי מניעת ריכוז היתר של הכוח באופן בלעדי בידי רשות אחת, מובטחת הדמוקרטיה ונשמרת חירותם של הפרט ושל הכלל. לשון אחר, הביזור השיטתי והקונספטואלי של הסמכויות בין הרשויות, תוך השלטת עקרונות חוקתיים בדבר פיקוח ובקרה הדדיים, וקביעתם למטרה זו של קשרים וגשרים בין הרשויות השונות, הם שיצרו את הבסיס בעל המרכיבים המשולבים החובקים את כל זרועות השלטון. כך נוצרת מקבילית הכוחות, המקימה ומייצבת את האיזון, שהוא תנאי לקיום החירות ולקיום תקינות הממשל על כל זרועותיו".<sup>72</sup>

218. ברי כי מימוש תפקידה של הרשות השופטת לא יכול להתקיים ללא היכולת לבצע ביקורת אפקטיבית על אופן מימוש סמכויותיה של הרשות המבצעת, (קרי, ביקורת שהיא רק למראית עין אך איננה אפקטיבית בפועל – לא תממש את תפקידו של בית המשפט). ביקורת שיפוטית אפקטיבית מחייבת מערכת שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה, אשר יש בידיה יכולת משמעותית לבקר את שתי הרשויות האחרות ולמנוע מהן שימוש לרעה בסמכויותיהן, תוך שמירה על עקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות.

219. אבן יסוד במשטר דמוקרטי היא ההגנה על זכויות האדם של הפרט, שלטון החוק ומינהל תקין, וההבנה כי לא ניתן להעניק לרשויות השלטון כוח בלתי מוגבל, ולהסתפק בהכרעת הרוב כ"כלל ההכרעה" היחיד. עיקרון הפרדת הרשויות, על אף שמו, אינו מתמצה בכך שקיימות שלוש רשויות נפרדות וכל אחת רשאית לפעול בגדרי סמכותה המוגדרת.

הדגש בעיקרון זה הוא דווקא על יחסי הגומלין בין הרשויות, הבאים לידי ביטוי באמצעות **מערך של איזונים ובלמים, המתייחס לתפקיד ולסיכון לשימוש לרעה בכוחות, שמאפיינים כל אחת מהן**. כדברי כב' הנשיא שמגר :

"ההפרדה בין הרשויות אין משמעותה דווקא יצירתו של חיץ, המונע החלטות כל קשר ומגע בין הרשויות, אלא ביטויה בעיקר בקיומו של איזון בין סמכויותיהן של הרשויות, להלכה ולמעשה, המאפשר אי תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר" (בג"ץ 306/81, בעמ' 141).

220. תפקידו המרכזי של בית המשפט בחברה דמוקרטית הוא "לשמור על שלטון החוק. משמעות הדבר הינה, בין השאר, שעליו להשליט את החוק ברשויות השלטון ועליו להבטיח כי השלטון פועל כחוק" (פרשת **רסלר**, בעמ' 462). במסגרת זו, תפקידה של הרשות השופטת הוא לשמור על-כך כי כל רשות תפעל אך במסגרתה שלה, ותנהג על-פי ההוראות הנורמטיביות המחייבות אותה (בג"ץ 1843/93 **פנחסי נ' כנסת ישראל** מט(1) 661, 699-א-ב (1995) (להלן: **עניין פנחסי**)).

221. יש הטוענים, כי התערבות בית המשפט בהחלטות הממשלה פוגעת בהפרדת הרשויות. לכך השיב כב' הנשיא ברק בספרו "שופט בחברה דמוקרטית", כי באמצעות התערבותו, בית המשפט מוודא כי הממשלה אכן פועלת בגדרי הדין וחובותיה, ובכך דווקא מגשים את עיקרון הפרדת הרשויות: "אין זו פגיעה בסמכותה של הממשלה או של אחד משריה, ואין

<sup>72</sup> בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 451 לפסק הדין של כב' הנשיא שמגר (1988).

בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, אם הרשות השופטת קובעת כי הממשלה או השר חרגו מסמכותם או הפעילו אותה שלא כדין, ועל כן פעולתם זו בטלה. נהפוך הוא: אותם גופים שחרגו מסמכותם או פעלו שלא כדין, הם אלה אשר פגעו בעקרון הפרדת הרשויות. בית המשפט שביטל פעולות אלה שמר על עיקרון זה והחזיר לקדמותו את האיזון שהופר".

כלומר, הביקורת השיפוטית שאותה מפעילה הרשות השופטת על חברותיה, ובפרט הרשות המבצעת, היא נגזרת מתחייבת של עיקרון הפרדת הרשויות, ובוודאי שלא מדובר בהפרתו. זאת, שכן תכליתו של עיקרון זה הוא מניעת ריכוז כוח (או הותרת "המילה האחרונה", כדברי יו"ר ועדת החוקה) בידי גורם שלטוני באופן בלתי מוגבל, אשר עלול לפגוע בחירות הפרט (עניין רובינשטיין, כב' הנשיא ברק, בעמ' 512).

222. **סמכות הביקורת השיפוטית על החלטות יתר הרשויות, היא אם כן אבן פינה בדמוקרטיה המכבדת את שלטון החוק. היא משקפת את שלטון החוק הפורמאלי, שמשמעותו כי כל רשויות השלטון כפופות לחוק, ולביקורת שיפוטית שנועדה להבטיח את כיבוד החוק (ראו עניין פנחסי, בעמ' 698).**

223. כבר בפסיקתו המוקדמת הבהיר בית המשפט הנכבד את תפקידה המרכזי של הביקורת השיפוטית במשטר דמוקרטי, והזהיר מפני פגיעה בה:

"עקרונות אלה כולם – שלטון החוק, הפרדת הרשויות תוך איזונים ובלמים ביניהן, סמכות הביקורת השיפוטית וכן מנגנוני הביקורת הדמוקרטיים הנוספים – ניצבים כעמודי תווך במשטר הדמוקרטי. הם תנאי-בלעדי-אין לשמירת זכויות האדם, ואלה הן גרעין המשטר הדמוקרטי, החותר לקידום טובת האדם.

בשל כל אלה נאמר, ולא פעם, כי בית-משפט זה מופקד על חוקיותה וסבירותה של פעולתן של רשויות השלטון במדינה [...] סמכות השיפוט והביקורת של בית- המשפט על מעשיהם של גופי השלטון היא 'חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע אחד מעמודי התווך של בנין המדינה' [...]"<sup>73</sup>

#### **ה.1.ב. חשיבותה היתרה של הביקורת השיפוטית במארג האיזונים והבלמים בישראל**

224. דברים אלה נכונים במישור הכללי, ביחס לתפקידו של בית המשפט ושל הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת בחברה דמוקרטית באשר היא. בישראל, ישנה חשיבות יתרה לביקורת השיפוטית, שכן בית המשפט בישראל הוא בעל התפקיד המשמעותי ביותר לריסון כוחה של הרשות המבצעת.

225. זאת, מאחר שבמבנה המשטרי והפוליטי בישראל, כוחה של הכנסת לממש את הביקורת הפרלמנטרית ולרסן את הממשלה, כנדרש מתפקידה המוסדי במסגרת הפרדת הרשויות, הוא מוגבל מאד.

<sup>73</sup> בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, נו(6) 817, 836 (2003).

בניגוד לשיטות משטר במדינות אחרות, אין בישראל שני בתים לפרלמנט או שיטת בחירה אזורית – מנגנונים אשר יש בהם כדי ליצור ריחוק מסוים בין הממשלה לבין הפרלמנט, המאפשר ביקורת פרלמנטרית משמעותית. המציאות בישראל היא שהממשלה שולטת באמצעות הרוב הקואליציוני בכנסת. זאת, באמצעות השליטה הישירה של הממשלה על הליכי החקיקה באמצעות המשמעת הקואליציונית (המעוגנת פעמים רבות בהסכמים הקואליציוניים, כפי שהודגם לעיל ביחס לחקיקת "הרפורמה המשפטית"), וההשפעה של מנהיגי מפלגות הקואליציה – שהם ככלל שרים בכירים בממשלה והעומד בראשה – על חברי הכנסת ממפלגותיהם באמצעות המשמעת הסיעתית. שליטה זו אף הועצמה בשנים האחרונות לנוכח חקיקת "החוק הנורבגי" והרחבתו, שבעטיו מספר לא מבוטל של חברי כנסת מהקואליציה מכהנים "בחסדם" של שרי הממשלה אשר פינו להם את מקומם וברצותם רשאים לחזור בהם ולדחוק את המכהנים החוצה (כיום מדובר ב-18 חברי כנסת מתוך 64 חברי הקואליציה). מעבר לכך, הביקורת הפרלמנטרית, גם מקום שבו היא קיימת בצורה חזקה יותר, ממוקדת ככלל בשאלות מדיניות רחבות, ואינה יכולה לתת מענה – לא כל שכן סעד – ביחס להפעלת סמכויות שלטוניות קונקרטיות.

226. זאת ועוד, אין בישראל מנגנונים אחרים אשר יכולים להגביל או לאזן את כוחו של הרוב הקואליציוני. כך, אין בישראל חוקה נוקשה או יציבה; אין מגילת זכויות אדם מלאה; אין הגבלה מפורשת בהיבטים הליכיים או מהותיים על חקיקת חוקי היסוד או שינויים; אין ביזור של הכוח השלטוני באמצעות מבנה פדראלי; אין שני בתים לפרלמנט, שיטת בחירות אזורית או מנגנונים אחרים המבטיחים ייצוג נרחב של אינטרסים שונים בדרג הנבחר ובהליך החקיקה; אין מוסד מבוסס של משאל עם לתיקונים חוקתיים (אלא בהקשר מסוים ביותר); אין נוהג חוקתי חזק ומחייב שיכול לרסן את השימוש לרעה בכוח של הרוב; ואין כפיפות ישירה למשטר ביקורת בינלאומי כדוגמת האמנה האירופית לזכויות אדם.

לכך יש להוסיף את מאפייניה הייחודיים של המציאות החברתית והפוליטית בישראל – לרבות יחסי רוב-מיעוט, מציאות ביטחונית מאתגרת ומצב חירום שנמשך מאז הקמת המדינה.

בהינתן כל זאת, אל מול החשש כי הכוח השלטוני הרב הנתון בידי הרשות המבצעת בישראל ינוצל לפגיעה בזכויות הפרט או להנצחת השלטון עצמו, ניצב בית המשפט כמעט לבדו, ובידיו אך כלי הביקורת השיפוטית.

כפי שהובהר לעיל, במדינת ישראל, שבה המבנה המשטרי כמעט ונעדר ערובות מובנות להגנה על זכויות הפרט, שלטון החוק, המינהל התקין וטוהר המידות בשירות הציבורי, בתי המשפט, מערכת המשפט הציבורי והמערכות המקצועיות החבות חובת אמונים כלפי הציבור, הן שממלאות את החלל ומהוות את הערובות המרכזיות מפני ניצול לרעה של כח השררה. התיקון הגורף לחוק היסוד פוגע פגיעה קשה בכל אחת מערובות אלה, מבלי להציע כל ערובה אחרת.



**ה.1.ג. סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה – מאבני היסוד של שיטת המשפט בישראל**

227. את תפקידו ומעמדו של סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, אשר עומד במוקד התיקון שלפנינו. יש לבחון על רקע תפקידה המרכזי של הביקורת השיפוטית בהפרדת הרשויות ובשמירה על הדמוקרטיה, וביתר שאת לנוכח חשיבותה הייחודית והעודפת בשיטת המשפט הישראלי,

228. סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, שכותרתו "בית המשפט העליון", קבע – עובר לתיקון – כדלקמן:

15. (א) מקום מושבו של בית המשפט העליון הוא ירושלים.
- (ב) בית המשפט העליון ידון בערעורים על פסקי דין ועל החלטות אחרות של בתי המשפט המחוזיים.
- (ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר.
- (ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק –
- (1) לתת צווים על שחרור אנשים שנעצרו או נאסרו שלא כדין;
- (2) לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות במילוי תפקידהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין – להימנע מלפעול;
- (3) לתת צווים לבתי משפט, לבתי דין ולגופים ואנשים בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין-שיפוטיות על פי דין – למעט בתי משפט שחוק זה דן בהם ולמעט בתי דין דתיים – לדון בענין פלוני או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני, ולבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה שלא כדין;
- (4) לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בענין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני שלא לפי סמכותם; ובלבד שלא ייזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהיתה לו; ואם לא היתה לו הזדמנות סבירה לעורר שאלת הסמכות עד שניתנה החלטה על ידי בית הדין הדתי, רשאי בית המשפט לבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה על ידי בית הדין הדתי ללא סמכות.
- (ה) סמכויות אחרות של בית המשפט העליון ייקבעו בחוק.

229. לצד ההוראות הכלליות הנוגעות למעמדו של בית המשפט העליון כערכאה העליונה במערכת השיפוט הישראלית (ראו סעיפים 15(ב) וכן סעיף 16 לחוק היסוד), כולל סעיף 15 חוק-היסוד: השפיטה את הבסיס לפעולתו של בית המשפט העליון כבית משפט גבוה לצדק.

עובר לחקיקת חוק-יסוד: השפיטה, היה סעיף זה מוסדר בסעיף 7 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957 (ואף זאת בהמשך לחקיקה המנדטורית, ובפרט – סימן 43 לדבר המלך במועצה, 1922-1947).<sup>74</sup>

230. הסמכות הכללית הקבועה בסעיף קטן 15(ג) להושטת סעד למען הצדק, שהיא סמכות בשיקול דעת הנתונה לערכאה העליונה במערכת המשפט, נועדה לשמש קו ההגנה האחרון של הפרט לקבלת סעד שיפוטי.

231. מדובר באבן יסוד של שיטת המשטר הדמוקרטית במדינת ישראל, שהיא הקונקרטיזציה של עיקרון הפרדת הרשויות במובנו הבסיסי, ובערובה התשתיתית לשמירה על שלטון החוק ועל זכויות הפרט.

232. סעיף 15(ג) לחוק-יסוד השפיטה מאפשר את קיומו של מוסד שיהווה את הכתובת האחרונה עבור האדם המבקש לקבל סעד מפני פעולות שלא כדין של רשויות השלטון, והוא גם הכתובת השיורית לקבלת סעד מקום שבו מנגנונים אחרים אינם נותנים מענה לשוועתו או אינם מרסנים כנדרש את כוחו של השלטון והרוב. חשיבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בהקשר זה היא עצומה – כלפי הפרט, כלפי השלטון, ובמישור הכללי – ביחס לעצם הגדרתה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. בפסיקה צוין כי "מעמדה הנורמטיבי של הוראה זו הוא מעמד חוקתי על-חוקי... עניינה איננו רק בדיני הסמכות הדיונית – כפי שניתן אולי להבין מחלק מפסקי-הדין שעסקו בה – אלא גם בדיני הסעד המהותי".<sup>75</sup>

233. את התיקון לחוק היסוד, אשר מבקש לראשונה לגרוע מסמכותו הכללית האמורה של בית המשפט הנכבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק לדון ולהושיט סעד כלפי רשויות השלטון, בהקשר הרגיש והחיוני של החלטות הממשלה והשרים, יש לבחון על בסיס הבנה זו של תפקידו המשמעותי של סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה בשיטת המשפט הישראלית.

#### ה.1.ד. שלילת הביקורת השיפוטית – פגיעה מושגית בעיקרון יסוד בדמוקרטיה

234. עד היום, סמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לפי סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, ולו כסמכות שיורית, מעולם לא נשללה.

<sup>74</sup> נוסח סימן 43 לדבר המלך במועצתו, בהתאם לתרגום הרשמי: "בית המשפט העליון, בשבתו כבית דין צדק גבוה, יהא לו השיפוט לדון ולהחליט באותם העניינים שאינם תביעות או משפטים אלא בקשות שאינן בגבולות שיפוטו של כל בית משפט אחר ואשר יש צורך לפסוק בהן למען הצדק." ובמקור האנגלי: "The Supreme Court, sitting as a High Court of Justice, shall have jurisdiction to hear and determine such matters as are not causes or trials, but petitions or applications not within the jurisdiction of any other Court and necessary to be decided for the administration of justice". (ראו: בג"ץ 10/59 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי, תל אביב יפו, פ"ד יג 1182 (1959); בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה 801 (1951).

<sup>75</sup> דברי כבי' השופט מצא בבג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, נז(2) 102 (2003); ראו גם: רובינשטיין ומדינה, כרך א', בעמ' 259-260.

235. גם כאשר הוקמו בתי המשפט לעניינים מינהליים, הובהר כי אין בחקיקה הרגילה כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, והיא נותרה כסמכות מקבילה.<sup>76</sup>
236. גם כאשר המחוקק ראה לנכון להגביל או לצמצם את הביקורת השיפוטית בהקשרים מסוימים (למשל, בדרך של קביעה כי החלטה מסוימת תהיה "סופית" או כי שיקול דעת יהיה "מוחלט"), הדבר נעשה בחקיקה "רגילה", ולכן סמכותו הכללית של בית המשפט הגבוה לצדק מכוח סמכותו החוקתית לא נגרעה להושיט סעד במקרי קצה אשר לפי שיקול דעתו הצדיקו זאת.<sup>77</sup> כך גם ביחס להוראות אשר מקנות חסינות (לחברי כנסת או לנשיא המדינה) אשר אינן מופנות כלל כלפי בית המשפט.
237. והנה, במסגרת התיקון נקבע כי "על אף האמור בחוק יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לא ידון בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר, ולא ייתן צו בעניין כאמור [...]".
238. לראשונה בתולדות מדינת ישראל, נקבעה הוראה המבקשת לגרוע ולצמצם את סמכותו הכללית של בית המשפט הגבוה לצדק (לצד צמצום סמכויותיהן של יתר הערכאות), למנוע ממנו להושיט סעד, ואף למנוע ממנו לקיים דיון, בהקשר הרגיש עד מאד והחיוני במשטר דמוקרטי של ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת.
239. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, 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 היבטים 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, הוא 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.

<sup>76</sup> בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, כבוד השופט מישאל חשין, נז' (1) 750 (2003)

<sup>77</sup> בג"ץ 8071/01 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, נז' (1) 121 (2002)

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.

240. זאת ועוד, היות שהתיקון נכנס בתוך שבין חובת הסבירות לבין עילת הסבירות, כפי שהוסבר לעיל, הוא יוצר חלל נורמטיבי שבמסגרתו מצד אחד "קיים דין", קרי, החובה לפעול בסבירות המוטלת גם כיום על הממשלה, ראש הממשלה, שרי הממשלה – עומדת בעינה גם לאחר התיקון, ומנגד "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.

241. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, הגריעה מסמכותו הכללית והשיוורית של בית המשפט הגבוה לצדק להושיט סעד כלפי רשויות השלטון, כפי שנעשתה בתיקון הנדון בהקשר הספציפי והרגיש של הביקורת השיפוטית האפקטיבית על הרשות המבצעת, **עולה כדי פגיעה קשה וחמורה בערכי היסוד הדמוקרטיים של מדינת ישראל**.

242. על תפקידה המהותי של הביקורת השיפוטית והאפשרות להושיט סעד, עמדו בתי המשפט ברחבי העולם, בניסיונם להתמודד עם הגבלת הביקורת השיפוטית על-ידי הרשות המכוננת והרשות המחוקקת, בכלים פרשניים וסעדים חוקתיים.

243. בלשונו של כב' השופט (כתוארו אז) ברק בעניין **המוסד לביטוח לאומי**:<sup>78</sup>

"אכן, סמכותם השיפוטית של בתי המשפט השונים היא מיסודות המשטר הדמוקרטי של מדינת ישראל. טול ממשטר דמוקרטי את סמכות השיפוט של בתי המשפט, ונטלת ממנו את אופיו הדמוקרטי ואת נשמתו. בהיעדר ביקורת שיפוטית אין לקיים את שלטון החוק. [...] אכן, קיום אפקטיבי של משפט מחייב קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית; ללא ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת מתערערת הפרדת הרשויות. עמה נפגמת חירות האדם, ונפגמים היסודות של משטר חופשי. עמד על כך השופט ברנזון בצינו [...]:

<sup>78</sup> בג"ץ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' אלפטטה, מה(5) 1991/445

"כידוע, אין בתי-המשפט מביטים בעין טובה על הגבלת סמכותם זאת, לא בגלל דאגה עצמית להאדיר כוח ולהרבות חשיבות, אלא מתוך ידיעה ברורה ואמונה עמוקה כי סמכות השיפוט והבקורת של בתי-המשפט על מעשי השלטונות היא חלק בלתי-נפרד של משטר דמוקרטי אמיתי, והחותר תחתיה עלול לקעקע אחד מעמודי התווך של בנין המדינה".

244. הפסיקה הישראלית הנוגעת לפרשנות התיבות "שיקול דעת מוחלט", "אין אחרי ההחלטה ... ולא כלום" אשר קבעה כי חרף תיבות מסוג זה בחקיקה, נותרת תמיד סמכותו השירותית של בית המשפט הגבוה לצדק להושיט סעד מן הצדק במקרים המתאימים לפי שיקול דעתו ולבקר את מעשי השלטון, מבוססת על תפיסה זו, שלפיה שלילת הביקורת השיפוטית בדרך של קביעת שיקול דעת מוחלט לרשויות "אינה עולה בקנה אחד לא עם עקרון שלטון החוק ולא עם קיומו של משטר דמוקרטי" (בג"ץ 4804/94 **חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים**, נ(5) 661 (1997). בדומה, נפסק בבג"ץ 6741/99 **יקותיאלי נ' שר הפנים**, נה(3) 673 (2001) כי "מכבר ידענו כי משפט ישראל אינו מכיר בשיקול-דעת "מוחלט"; כי כל שיקול-דעת – גם סמכות לחקיקת-משנה – נתון במסגרת משפטית, אם רחבה ואם צרה, וממילא עומד הוא לביקורתו של בית-משפט [...]".

245. מהלכים פרשניים מעין אלו עולים בקנה אחד עם מגמה דומה בפסיקה האנגלית אשר דנה בהוראות סטטוטוריות השוללות את הביקורת השיפוטית ("ouster clauses").<sup>79</sup> גם בהקשר העל-חוקתי, בהקשר של דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", דוקטרינת "המבנה הבסיסי" הופעלה בהודו במספר הזדמנויות שבהן פסל בית המשפט העליון תיקונים חוקתיים אשר שללו היבטים מסוימים של הביקורת השיפוטית (ראו פסקאות 186-185 לעיל וההפניות שם).

### **ה.1.ה. ביטול עילת הסבירות – שלילת כלי מרכזי של הביקורת השיפוטית**

246. אחרי שעמדנו לעיל על הפגיעה הקשה והחמורה בעיקרון יסוד דמוקרטי המעוגן בסמכותו הכללית והשירותית של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק להושיט סעד לפי שיקול דעתו, נרחיב על יישומיה של פגיעה זו בהקשר של הביקורת השיפוטית על עבודת הרשות המבצעת.

247. כאמור, על רקע מקומו החיוני של בית המשפט בישראל במארג האיזונים והבלמים, בהיעדר מנגנונים מרסנים משמעותיים אחרים על כוחן של הרשויות האחרות המוכרים משיטות משפט אחרות בעולם, עולה כי תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה, שתכליתו לצמצם את סמכות בית המשפט ולחסום ביקורת שיפוטית, בתוך מערך של מהלכים נוספים, הוא צעד דרמטי, **הפוגע פגיעה מהותית בעקרון הפרדת הרשויות וביכולתו של בית המשפט הנכבד לאזן ולרסן באופן אפקטיבי את הפעלת סמכויות הרשות המבצעת ולהגן על שלטון החוק במדינה ועל זכויות האדם.**

<sup>79</sup> להרחבה ראו: יואב דותן, **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי** - כרך א', בעמ' 233-236 (2022)

248. כפי שהוסבר לעיל בהרחבה (בפרק א'), וכפי שיוסבר בהמשך, לנוכח מקומה ומעמדה של עילת הסבירות במשפט הישראלי בארבעים השנה האחרונות, על האינטרסים והזכויות שלהם היא נתנה מענה, על תחומי משפט שלמים ומגוונים אשר עילת הסבירות הייתה הבסיס המשפטי והנורמטיבי לעיגונם, ובשל התפקיד הקרדינאלי והבסיסי שיש לה לשמירה על תקינות פעולת הרשות המבצעת וחוקיות פעולתה – עמדת היועצת המשפטית היא כי הסרתה באבחה אחת מארגז הכלים של בית המשפט ביחס לביקורת על פעולות הממשלה ושריה, מבלי שעוצבו חלופות מספקות, כמוה כקשירת ידיו של השופט ביחס להיבטים רחבים ומשמעותיים של פעילות הדרג הנבחר ברשות המבצעת, **ולפיכך מדובר בפגיעה קשה בעיקרון הפרדת הרשויות** וערעור מערך האיזונים והבלמים.

249. ודוק: הפועל היוצא של ביטול עילת הסבירות הוא צמצום משמעותי של הביקורת השיפוטית המהותית על החלטות הממשלה ושריה, **עד כדי איונה בהקשרים רבים**. זאת, באבחה אחת, וללא רציונל חוקתי בנוגע לפסיקה העניפה שהסתמכה על עילה זו וקבעה כי מדובר ב"מכשיר מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל, והיא ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון".<sup>80</sup> מדובר בהקניית חסינות מפני ביקורת שיפוטית ביחס להיבטים משמעותיים של הפעלת שיקול הדעת של הממשלה ושריה, בעוד שאין ביתר עילות הביקורת השיפוטית כדי למנוע החלטות פגומות ופוגעניות רבות. הפועל היוצא הוא, בין היתר, **יצירת "חורים שחורים" נורמטיביים בנושאים כבדי משקל שבהם ידו של בית המשפט תקצר מלהושיע, גם במצבים שבהם הרשויות יפרו את חובתן לפעול בסבירות. שיקול דעתן של הרשויות בהקשר זה – יהיה, בחיי המעשה, שיקול דעת מוחלט שאין אחריו ולא כלום.**

אגב כך, התיקון, בנוסחו הגורף, ובהיעדר רעיון מסדר העומד ביסודו, מפר את האיזון הנדרש בין הרשויות. התיקון והתכלית העומדת בבסיסו, מגלמים תפיסה שלפיה דווקא מקום שבו בית המשפט מבצע את תפקידו החוקתי ומבקר את השלטון – הוא יוגבל, הן ביחס לשימוש בעילות ביקורת אחרות, הן ביחס לפיתוח כלי ביקורת.

#### **ה.1.1. עוצמת הפגיעה בביקורת השיפוטית והיקפה – מחיקה של עשרות שנות פסיקת בתי המשפט שנבנתה על בסיס עילת הסבירות**

250. משמעותו המעשית של התיקון, האוסר על בתי המשפט לדון בסבירות החלטה של הממשלה או השרים, עלולה להיות גם ביטול האפשרות של בתי המשפט להישען על הלכות קודמות אשר התבססו על עילת הסבירות, בהתאם לעיקרון התקדים המחייב הקבוע בסעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה (אשר לכאורה נוסחו הכולל והגורף של התיקון – "על אף האמור בחוק היסוד" מתגבר גם עליו). הרי – אם נאסר על בית המשפט לדון בסבירות, כיצד יוכל הוא להישען על הלכה פסוקה שהתבססה על עילה זו?

<sup>80</sup> עניין **אמונה**, לעיל ה"ש 2, פס' 33 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה; ראו מן העת האחרונה – עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 32, בפס' 1, 4-6 לחוות הדעת של כב' השופטת ברון; בג"ץ 3823/22 נתניהו נ' היועצת המשפטית לממשלה, פס' 2-6 לחוות הדעת של כב' השופטת ברק-ארזי (ארי"ש 17.07.2023).

משמעות הדבר, היא כי לא מדובר רק בביטול העילה במבט צופה פני עתיד, אלא במחיקה של עשרות שנות הלכות פסוקות ותקדימים מחייבים בתחומים רבים ומגוונים, שכל אחד מהם הוא חלק בתצרף – שהוא הדין בשיטתנו המשפטית.

251. ביטול זה של אזורים שלמים של הדין הוא חסר תקדים. כדי לסבר את האוזן נציין, כי כשנחקק בשנת 1980 חוק יסודות המשפט, אשר ביטל את סימן 46 לדבר המלך במועצה וניתק את "הצינור" להזרמת המשפט האנגלי לישראל, סעיף 2(ב) לחוק הוסיף וקבע, כי "אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה". בדברי ההסבר, צוין כי תכליתו של סעיף זה היא "לקבוע שביטול סימן 46 לא יפגע בהלכות שנשאבו דרכו מן המשפט האנגלי ובינתיים 'התאזרחו' בארץ כהלכות ישראליות" (ה"ח 1361, בעמ' 308). הנה כי כן, כאשר המחוקק ביקש לנתק את שיטת משפטנו ממקורותיה האנגליים, ראה הוא לנכון להבהיר – כדי למנוע שיבוש משפטי רחב – כי ההלכות האנגליות שקנו להן שביתה בדין הישראלי יוסיפו לחול. לעומת זאת, ביטול עילת הסבירות, ללא קביעת הוראה דומה, עלול להוביל לשיבוש רבתי ולמחיקה – כך ממש – של עשרות שנות פסיקה ישראלית מקורית שהתבססה עליה, והסדירה תחומים רבים של הביקורת השיפוטית על פעולות הרשות המבצעת.

#### **ה.1.1. עוצמת הפגיעה בביקורת השיפוטית והיקפה – שלילת הביקורת השיפוטית ביחס**

#### **לכל סוגי החלטות שרים וממשלה וזליגת החסינות מביקורת גם להחלטות מקצועיות**

#### **מובהקות**

252. התיקון מתייחס לביטול עילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה ושריה – נבחרי הציבור. יוזמי התיקון ותומכיו בוועדה ביקשו להיתלות בהצעתם לביטול עילת הסבירות בכל הנוגע להחלטות הדרגים הנבחרים, בעמדתו של כבי' השופט סולברג, כפי שבאה לידי ביטוי גם בכתיבתו האקדמית, לפיה יש להישמר מפני התערבות שיפוטית נרחבת בהחלטותיהם של נבחרי ציבור, שכן על-פי רוב, החלטות אלה משקפות מדיניות המבוססת על תפיסת עולם ערכית. לכאורה, משמיע הדבר צמצום של הביקורת השיפוטית על מלאכת האיזונים בין השיקולים והערכים השונים בקביעת מדיניות על-ידי נבחרי הציבור.

253. אלא, שהניסיון מלמד שרק חלק מצומצם ביותר משורת ההחלטות אשר מקבל הדרג הנבחר מדי יום ביומו הן אכן החלטות הנוגעות למדיניות רוחבית, ואשר משקפות הכרעות ערכיות המבוססות על אידיאולוגיה ותפיסת עולם. הלכה למעשה, הדין הישראלי מקנה לממשלה, לראש הממשלה ולשרים סמכויות מינהליות רבות מספור, במגוון רחב עד מאד של תחומים, מהן סמכויות יישומיות-מקצועיות מובהקות, לרבות סמכויות פרטניות, אשר כלל אינן נוגעות בקביעת במדיניות רוחבית, ציבורית או ערכית.

254. כך, לדוגמה, השרים אחראים להתקין תקנות בתחומים מקצועיים שבהם מטפל משרדם וכן אחראים על רבים מהמינויים במשרדיהם (בכלל זה לעתים גם של פקידות בדרג נמוך ובינוני).

זאת ועוד, כדי לסבר את האוזן, לדוגמה, שר המשפטים והשר לשירותי דת מוסמכים להחליט בדבר העמדה לדין משמעתי של שופט או דיין (בהתאמה) (סעיף 18(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, וסעיף 21(א) לחוק הדיינים, התשט"ו-1955); שר הפנים מוסמך להאריך מועדים להגשת תביעת פיצויים עקב תכנית פוגעת (סעיפים 199-198 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965) ולתת פטור מהיטל השבחה לשטח מסוים (סעיף 19(ב)(2) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה); שר האנרגיה מוסמך ליתן רישיון לצינור ייצוא גז טבעי ממאגר (סעיף 10א לחוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002); ושר התקשורת מוסמך ליתן רישיון לאספקת שירותי בזק או לביצוע פעולות בזק, הטעונים רישיון לפי חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982; וזאת אמרנו רק על קצה המזלג.

255. כדי להסיר כל ספק פרשני בנדון, התיקון אף מגדיל לעשות ומגדיר "החלטה" – בתור "כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

256. בהקשר אחרון זה נעיר, כי במצב המשפטי הקיים, אם שר מחליט להימנע לאורך זמן וללא הצדקה מהפעלת סמכות, הרי שמבלי להידרש לעילת הסבירות, ניתן לחייבו להפעילה "במהירות הראויה" בהתאם להוראת סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981. יחד עם זאת, ככל שמדובר בסמכות שבשיקול דעת, עילת הסבירות היא עילת הביקורת העיקרית אשר מאפשרת הושטת סעד שיפוטי שיורה לא רק על קבלת החלטה בנדון, אלא על אי-הפעלתה של העילה בנסיבות המצדיקות זאת. התיקון דן מחסן החלטות כאלה מפני ביקורת שיפוטית, בהבהירו "ברחל בתך הקטנה" כי החלטה, שלגביה ייאסר על בית המשפט לדון בסבירותה, היא "כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

257. 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 שהוא ימנע ביקורת שיפוטית ביחס לסבירותן של מאות ואלפי החלטות, רובן המכריע החלטות פרטניות, הנתונות לפי דין לממשלה ולחבריה המתקבלות מדי יום, ממתן רישיונות וזיכיונות ועד העמדה לדין משמעתי, ממינויים בכירים ועד הענקת פטורים מחובות שבדין. בכך, התיקון יבטל דה-פקטו את חובת הסבירות בקבלתן של החלטות אלה.

258. אף מעבר לסמכויות הנרחבות של שרים, כמפורט לעיל, אשר תהיינה חסינות מפני ביקורת שיפוטית בגין אי-סבירותן, התיקון עלול אף יכול שיוחל בצורה רחבה יותר, תוך שלילת הביקורת השיפוטית ממינעד רחב יותר של החלטות, לרבות החלטות שהן בסמכות עובדי מדינה או שמופעלות ברגיל על-ידי עובדי מדינה.



259. **ראשית**, אין כל התייחסות בתיקון לאפשרות של שר ליטול סמכויות של עובד מדינה ולהפעילן לעניין מסוים או לתקופה מסוימת, ולהחלטות שהתקבלו אגב הפעלת סמכות מעין זו. נזכיר, כי בהתאם לסעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה, "שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על פי אותו חוק לעובד המדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לענין מסוים או לתקופה מסוימת." משמעות הדבר היא, כי לכאורה שר יוכל ליטול סמכויות של עובד מדינה, בהתאם להוראת חוק-היסוד, ולענייננו – החלטתו תהיה חסינה מפני ביקורת שיפוטית ביחס לסבירותה. על כן, החשש ל"חלל נורמטיבי" אינו מתייחס רק להפעלת סמכויותיהם הנרחבות של שרים לפי דברי החקיקה, אלא גם לסמכויות סטטוטוריות רבות של עובדי מדינה, אשר ניתן יהיה לחסן גם אותן מפני ביקורת שיפוטית אפקטיבית.

260. **שנית**, התיקון יאפשר לכאורה את הרחבת ה"חסינות" מפני ביקורת שיפוטית אף להחלטות המופעלות על-ידי דרגים פקידתיים שלהם אצל השר מסמכויותיו, באמצעות "אשרור" ו"אימוץ" בדיעבד על-ידי השר של החלטות פרטניות המתקבלות בידיהם, באופן שיוביל לכך שחובת הסבירות לא תחול באופן מעשי גם ביחס להחלטות מינהליות פקידתיות ופרטניות. הדינמיקה שעלולה להתפתח היא של "ניוד" לא ענייני של החלטות, ודווקא אלה המעוררות ספק בקשר לסבירותן, מן הדרג הפקידותי אל הדרג המיניסטריאלי, לצורך הימנעות מקיום הביקורת השיפוטית.

261. **שלישית**, שאלה נוספת בהקשר זה, היא מה יהיה דינה של החלטה פקידתית פרטנית שנעשית בהתאם להנחיה כללית (פורמלית או אחרת) של שר בנושא ההחלטה, לדוגמה, באמצעות נוהל משרדי שהתקין השר, המאזן בין שיקולים רלוונטיים בצורה בלתי סבירה. החלטת התיקון אף על החלטות פקידתיות באופן זה, עשויה להרחיב את היקף תחולתו לכדי מרבית החלטות המינהליות המתקבלות בידי גורמי הרשות המבצעת השונים.

**רביעית**, דרך נוספת להרחבת השפעתו של התיקון היא 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.<sup>81</sup>

262. כעולה מלשונו, התיקון אינו מסדיר רשימת **נושאים** שביחס אליהם תצומצם הביקורת השיפוטית, אלא מתייחס אך ורק לשאלת **זהות** מקבל החלטה – הממשלה, ראש הממשלה או שר משרי הממשלה, תוך שלילה גורפת ומוחלטת של עצם הדיון והאפשרות להושטת סעד ביחס לסבירות "כל החלטה" של גורמים אחרונים אלה.

<sup>81</sup> ראו למשל הצעת חוק לקידום הנשים בישראל, התשפ"ג-2023, פ/3670/25, שאושרה בקריאת טרומית ביום 12.7.23, וכוללת, בין היתר, את ביטול חוק הרשות לקידום מעמד האישה, התשנ"ח-1988, ואת הקמתה מחדש של הרשות בכפיפות ישירה לדרג המיניסטריאלי.

263. בשים לב לרוחב היריעה של החלטות בסמכות שר, לרבות סמכויות פרטניות רבות מספור אשר ברגיל מואצלות לעובדי מדינה, כמו גם סמכותו של שר ליטול סמכויות של עובד מדינה בהתאם לחוק-יסוד: הממשלה, אין בתיקון כל רעיון חוקתי מסדר אשר מבהיר מהי ההצדקה לאיון הביקורת השיפוטית ביחס לאותה ההחלטה ממש, רק לפי זהות מקבל ההחלטה, כאשר חובת הסבירות עצמה ביחס לגורם זה לא בוטלה (לפחות לא באופן מפורש).

כך למשל, אם מנכ"ל משרד ממשלתי או עובד ציבור בכיר יחליט על שלילת רישיון שניתן לאדם, תוך מתן משקל נמוך מדי לשיקול מהותי, יוכל האחרון לפנות לערכאות, לחייב את מקבל ההחלטה לתת טעם מדוע החליט כפי שהחליט, ואף לקבל סעד ככל שבית המשפט יקבל את טענותיו. מנגד, **אם אותה ההחלטה ממש** תתקבל על-ידי שר (למשל כאשר בעל הסמכות אשר אצל אותה לעובד הציבור ועודנו אוהז בסמכותו המקורית) – דלתות בית המשפט יהיו נעולות בפני אותו אדם ולא יהיה לו סעד אכיף בעניין זה מבית המשפט, או מגורם אחר.

264. במסגרת ההצעות החלופיות וההערות, עלתה האפשרות להבחין בין החלטות של קביעת מדיניות רחבה או איזון בין שיקולי מדיניות נוגדים, לבין החלטות פרטניות (כפי שאף נעשה בפסיקת בית המשפט הנכבד), אך לא כך נעשה בתיקון לחוק היסוד, ואף הובהר ב"רחל בתך הקטנה", כי "החלטה", לצורך התיקון, היא "**כל** החלטה". כל זאת, חרף דבריהם של מרבית גורמי המקצוע והמומחים אשר הופיעו בפני הוועדה, שהתריעו מפני הקשיים הטמונים בנוסחה הגורף והכוללני של ההצעה ואף הציעו חלופות להבחנות מדויקות יותר, ההולמות את תכלית ההצעה אך אינן "שופכות את התינוק עם המים".

#### **ה.1.ח. הפגיעה בזכות הגישה לערכאות**

265. מעבר למישור המוסדי של "איזונים ובלמים", הרי שביטולה האפקטיבי של הביקורת השיפוטית ביחס לסוגי החלטות, לצד הותרת חובת הסבירות על כנה, פוגעה בזכות הגישה לערכאות של פרטים שכלפיהם הופרה חובה זו.

266. זכות הגישה לערכאות היא זכות בסיסית ויסודית, "שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד" (עניין **ארפל**, בעמ' 629). בפסיקה הובעו גישות שונות ביחס לשאלה אם מדובר בזכות חוקתית, זכות על-חוקתית או זכות יסוד, אף שאינה כתובה עלי חוק יסוד (לסקירת העמדות השונות ראו עניין **כהן**, בפס' 19). כך או כך, ישנה תמימות דעים כי מדובר בזכות מן המעלה הראשונה, המעוגנת בערכי יסוד של המשטר הדמוקרטי, שעומדת ביסוד כל הזכויות האחרות והיא המקנה להן חיים – שכן, "זכות חוקתית שאין בצידה זכות למימושה ולהגנתה בהליך שיפוטי, עלולה להפוך חסרת משמעות, בבחינת אות מתה" (עניין **כהן**).

ראו גם דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) גרוניס באחת הפרשות :

"אין חולק, כי זכות הגישה לערכאות שיפוטיות הינה זכות בסיסית ויסודית. חשיבותה הרבה של זכות זו נגזרת מן הצורך להבטיח כי מי שסבור שזכאי הוא לסעד משפטי יוכל להביא את עניינו בפני ערכאות שיפוטיות על מנת שאלו תכרענה בדבר. בהיעדר אפשרות לפנות לבית המשפט, לא יוכל אדם לזכות בסעד בגין פגיעה באיזו מזכויותיו המהותיות, וממילא לא תהא משמעות אפקטיבית לזכויות אלה. הדברים נכונים בין אם מכירים בזכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית ובין אם לאו".<sup>82</sup>

**267. מדובר אפוא בפגיעה בזכות הגישה לערכאות במובנה הבסיסי – האפשרות להביא את**

**עניינך מול השלטון בפני ערכאה שיפוטית ולקבל סעד בגין הפרה של חובה שבדין.** לשונו הגורפת של התיקון, האוסרת על ערכאות שיפוטיות לדון בסבירות וליתן צו בנדון – מובילה לשלילת זכות הגישה לערכאות של פרטים הנפגעים מהחלטת השר או הממשלה שהתקבלה בניגוד לחובת הסבירות, שעודנה חלה ביחס אליהם. רוצה לומר: אם עד למועד התיקון, ניתן היה לפנות לבית המשפט הנכבד על מנת לקיים דיון בסבירות החלטה על מינויו לקצין בדרגת אלוף של מי שקיים יחסים לא ראויים עם קצינות וחיילות תחת פיקודו – החל ממועד התיקון, בית המשפט לא יוכל לדון בכך, וממילא לא להושיט סעד. אם עד למועד התיקון, ניתן היה לפנות לבית המשפט הנכבד על מנת לחייב את שר המשפטים להגיש כתב אישום משמעותי נגד רב עיר שהתבטא באופן גזעני הואיל והימנעות מכך הייתה בלתי סבירה באופן קיצוני – החל ממועד התיקון, בית המשפט לא יוכל לדון וממילא לא להושיט סעד, וכן הלאה.

**ה.1.ט. אין בתיקון מנגנוני פיקוח ואיזון חלופיים**

268. עולה לעתים טענה, שלפיה ביחס לנבחרי ציבור, להבדיל מעובדי ציבור, ישנם מנגנוני פיקוח חלופיים, כדוגמת הפיקוח הפרלמנטרי על עבודת הממשלה. כאמור, טענה מעין זו נשמעה מפי יו"ר ועדת החוקה כהצדקה בסיסית לביטול הביקורת השיפוטית של עילת הסבירות של החלטות של הממשלה ושריה. לשיטתו, סבירות החלטות של הדרג הנבחר בממשלה צריכה להיות אך ורק בידי הכנסת (ראו למשל עמ' 32-31 לפרוטוקול הדיון מיום 26.6.23). אלא שטענה זו אינה מתיישבת עם חלוקת התפקידים בין שלוש הרשויות – להלכה ולמעשה.

**להלכה** – אין זה מתפקידה המוסדי של הכנסת ליתן סעד ביחד להחלטות פרטניות של הממשלה, בפרט לא כאשר מדובר בהחלטות הפוגעות ביחיד והוא מבקש להביא לביטולן או שינוין. הכנסת, כמקובל במשטר פרלמנטרי, אמנם אמורה להפעיל ביקורת על פעולות הממשלה ולשם כך נתונות לכנסת, לוועדות, לחברי הכנסת ולמרכז המחקר והמידע, סמכויות מוגדרות, כגון זימון שרים ועובדי ציבור אחרי לדיונים בוועדות, זימון ראש הממשלה לדיון במליאת הכנסת, דרישת מידע והצגת שאילתות לשרים. אולם הכנסת

<sup>82</sup> ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פ"ד סא(2) 855, 873 (2006).

פועלת מול הממשלה במישור הציבורי והפוליטי. אין בכוחה לחייב את הממשלה לפעול במקרה מסוים בדרך של מתן הוראה אכיפה, ואין היא אמורה ככלל לדון בעניינו האישי של אדם ולהכריע בריב בינו לבין הרשות המבצעת. סמכות כזו של ביקורת, הכרעה בריב ומתן צווים מחייבים נתונה במשטר דמוקרטי בידי הרשות השופטת.

כך גם **למעשה** – הפיקוח הפרלמנטרי נעדר את המשאבים והאמצעים לפקח על מאות רבות של החלטות, ברובן בסוגיות פרטניות המתקבלות על-ידי שרי הממשלה מדי יום ביומו. אין בידי ועדות הכנסת כלים לשמוע ראיות ולערוך בירורים עובדתיים הנדרשים לשם הכרעה בדבר סבירותן של החלטות מינהליות רבות (כגון מתן רישיון לאדם אשר בקשתו לקבלת רישיון נדחתה בהחלטה שאיננה סבירה באופן קיצוני). כל זאת אמרנו מבלי שנדרשנו לכך שהכנסת נשלטת על-ידי הרוב הקואליציוני המרכיב את הממשלה, ובראש הוועדות המרכזיות בכנסת עומדים חברי כנסת מסיעות הקואליציה. בנסיבות אלה ממילא יהיה קושי בקיום בדיקה עצמאית ולא תלויה על-ידי הכנסת על החלטות הדרג הנבחר, ובכל מקרה – מראית פני הבדיקה לא תהיה של בדיקה אובייקטיבית. על רקע האמור, ומבלי להפחית ממעמדו ומחשיבותו של הפיקוח הפרלמנטרי על הממשלה, לא ניתן להסתפק במשטר דמוקרטי בדיוני הכנסת כתחליף לביקורת שיפוטית לפי עילת הסבירות. אין לומר כי פיקוח כזה ייתן מזור לכל הבעיות והתקלות המתוארים עקב ביטול עילת הסבירות לביקורת שיפוטית.

#### ה.1.י. עילות ביקורת אחרות לא ימלאו את החלל שתותר אחריה עילת הסבירות

269. יטען הטוען, התיקון שולל את הביקורת השיפוטית רק מכוחה של עילה אחת "בלבד" ביחס לדרג נבחר "בלבד", והרי לרשותה של הרשות השופטת עומדות עילות רבות נוספות (עילת חוסר הסמכות, עילת המידתיות, עילת השיקולים זרים וכן הלאה), כמו גם היכולת לפתח עילות חדשות בגדרי המשפט המקובל הישראלי. כך, יו"ר הוועדה הבהיר במפורש כי לשיטתו התיקון לא גורע מעילות ביקורת אחרות העומדות לרשות בית המשפט (ראו למשל עמ' 27 לפרוטוקול הדיון מיום 26.6.23). לכאורה, ניתן לטעון שאפשר יהיה לתת מענה לנושאים אלה ואחרים בגדרי עילות אחרות של המשפט המינהלי הישראלי. **אלא, שלא אלה הם פני הדברים.**

270. ראשית, הנחת המוצא היא כי המחוקק לא ביקש לערוך תיקון קטן "בלבד" בחוק, כעולה גם מתמלילי דיוני הוועדה. אלא, הוא ביקש באופן ברור לשלול מבית המשפט כוח משמעותי. הטיעון האמור בסעיף הקודם אינו מתכתב אפוא עם המציאות.

שנית, אולי ניתן היה להידרש לקו מחשבה זו ברמה העיונית אילו היינו מצויים בתנאי מעבדה של עיצוב הדין המינהלי מבראשית, על מכלול היבטיו. אך אפשרות זו מתעלמת מן המציאות המשפטית של הדין בישראל ב-40 השנים האחרונות. ארבעה עשורים שבהם נבנתה עילת הסבירות – לבנה על גבי לבנה – כחומה בצורה להגנה על האינטרס הציבורי מפני שימוש לרעה בכוח השלטוני, בהקשרים מגוונים ורבים.

271. גם אם נניח, שעילת ביקורת כזאת או אחרת תוכל ברבות הימים לתת מענה לתחומים של הביקורת השיפוטית אשר עד עתה נבחנו לפי עילת הסבירות – הדבר טעון התפתחות פסיקתית, שעל-פי טבעה תצריך זמן רב ואולי אף התאמה של אופי הדיון בבג"ץ ובבית המשפט לעניינים מינהליים. ספק רב אם ניתן יהיה להעמיד לאלתר חלופות מקיפות ודאיות לכלל הנושאים שהביקורת השיפוטית עליהם נבנתה על יסוד עילת הסבירות.

עילה אחת שנזכרה בדיוני הוועדה, היא **עילת השיקולים הזרים**. עם זאת, בהתאם לדיון והפרקטיקה הקיימת, עילת השיקולים הזרים מטילה נטל ראיתי כבד מאד על הטוען לה, אשר מקשה מאד על קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית באמצעות עילה זו (ראו זמיר, עמ' 3545). לא בכדי ציינו חלק מן השופטים, כי עילת הסבירות משמשת לעתים כ"תחליף" לביקורת שיפוטית לפי עילת השיקולים הזרים, לנוכח קשיים בהוכחת המסד הראיתי. על-כן, כדי שעילה זו תוכל "להחליף" את עילת הסבירות בפועל בהקשר זה, תידרשנה התאמות בפסיקה – שינוי בנטל הראיתי ואולי אף בסדרי הדיון הנוהגים בהליכים המינהליים (ראו זמיר, שם). יתר על כן, עילת השיקולים הזרים מטבעה עוסקת בהכנסת שיקול זר לשקלול של מקבל ההחלטה. אם מקבל ההחלטה "רק" נתן משקל בלתי ראוי באופן קיצוני לשיקול רלבנטי, עילת השיקולים הזרים לא תוכל להועיל.

272. עילה נוספת שהוזכרה בדיוני הוועדה, היא **עילת המידתיות**. אלא, **שעילת המידתיות** ועילת הסבירות אינן חופפות. עילת הסבירות עוסקת באיזון בין כלל השיקולים לקבלת ההחלטה המינהלית, בעוד שעילת המידתיות, אשר פותחה בפסיקה, בוחנת את ההצדקה לפגיעה בזכות. מדובר בבחינות שונות שתחולתן שונה ועילת הסבירות רחבה יותר מעילת המידתיות. זאת ועוד, עילת המידתיות נותנת מענה בעיקר ביחס לפגיעה בזכויות יסוד (בדגש על אלה שזכו למעמד של זכויות חוקתיות), והיא אינה נותנת כיום מענה מלא לפגיעה בזכויות (ראו להלן פרק ה'2 ו), וממילא היא לא נותנת מענה לפגיעה באינטרסים ציבוריים חשובים שאינם עולים כדי זכויות אדם. ניתן באופן ספקולטיבי לחשוב על פיתוח והרחבה של עילה זו ביחס לזכויות שאינן זכויות יסוד, ואפילו התאמתה ביחס לפגיעה באינטרסים ועקרונות יסוד שאינם זכויות אדם – למשל, ביקורת שיפוטית אם החלטה מסוימת פוגעת בעיקרון "עצמאות שומרי הסף" או באינטרסים סביבתיים או בריאותיים רחבים בצורה שאינה מידתית (בהתאם למבחנים המקובלים, בשינויים שיפותחו בפסיקה). ואולם, עילת המידתיות מוכרת במשפט המינהלי בעיקר בכל הקשור לפגיעה בזכויות יסוד, וזאת כפועל יוצא מכך שהיא נובעת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פיתוח פסיקתי של עילת המידתיות, כך שהיא תבחן, לדוגמה, את מידתיות "הפגיעה בעקרון עצמאות שומרי הסף", ישנה את העילה באופן משמעותי ביותר, שאיננו ברור די צורכו כיום והוא איננו עניין פשוט בלשון המעטה. ובכל מקרה – המדובר בשינוי אשר יקח זמן רב ללבן. מה גם שפיתוח מעין זה הוא, כאמור, ספקולטיבי בלבד, ואין לדעת אם וכיצד יבוצע.

273. **עילת השרירות או המופרכות ("עילת הסבירות הצרה")** – עילה זו נתפסת עד עתה כחלק מעילת הסבירות, ולכן עולה כאמור שאלה פרשנית אם היא עודנה נמצאת בארגז הכלים השיפוטי ככלי נפרד בעקבות התיקון. בהקשר זה נציין, כי לכאורה עולה השאלה האם

התיקון ביקש לבטל רק את הסבירות במובן של חובת איזון כלל השיקולים הרלוונטיים תוך מתן משקל ראוי לכל אחד מן השיקולים, בהתאם להלכת **דפי זהב**, או שמא התיקון מאיין גם את סמכות בית המשפט לבקר את סבירות החלטות הממשלה והשרים גם במובנה "הצר" והוותיק – סבירות שהיא ההיפך של מופרכות או שרירות.

כפי שהראינו, נושא העמימות עלה בדיוני הוועדה, בין היתר בהערות של הייעוץ המשפטי לוועדה – אלא, שיוזמי התיקון בחרו במודע שלא לבחור בהצעות חלופיות שעמדו על הפרק, לרבות אפשרויות להגדרה על דרך החיוב של חובת הסבירות, או למצער הגדרה מדויקת של ההקשרים שלגביהם תבוטל עילת הסבירות (ראו למשל מסמך ההכנה של הייעוץ המשפטי לוועדה מיום 23.6.23, בפס' 46 והלאה). בצד זאת נזכיר את אמירתו של יו"ר הוועדה (לעיל בפס' 105) שממנה עולה כי רצונה של הוועדה הוא לבטל את כלל השימוש בעילת הסבירות, הן בהקשר של אי-סבירות קיצונית הן בהקשר של אי-סבירות של איזון.

גם המשנה ליועצת המשפטית לממשלה התייחס לכך בדבריו בדיוני הוועדה לגורפות ההסדר, בצינו כי הרוב המכריע של המומחים שהופיעו בפני הוועדה עמדו על כך שהנוסח המוצע הוא רחב מדי, וכי ההצעה שקודמה היא ההצעה הקיצונית ביותר ביחס לעילת הסבירות, שכן היא אינה מתמצה רק בביטול הלכת **דפי זהב**, אלא מבטלת לכאורה לחלוטין את הפסיקה הנוגעת לסבירות מראשית ימי המדינה.

על אף הערות אלה, נוסח התיקון לא הובהר ולא עודן, והוא נוקט בלשון גורפת ורחבה.

274. מכל מקום, הואיל והתיקון מכוון לרשות השופטת, הרי ששאלת הפרשנות והיישום בפועל של התיקון והשלכותיו, כמו גם שאלת פיתוחן הדוקטרינרי של עילות קיימות וחדשות, מסורות בסופו של יום לבתי המשפט וזה תלוי בסוג התיקים שיגיעו לפתחו. המנעד הרחב של הסוגיות אשר הביקורת השיפוטית ביחס אליהן התבססה על עילת הסבירות כמשמעותה העדכנית, מציבה סימני השאלה ביחס ליכולת של בתי המשפט למלא את החלל הנורמטיבי שייווצר באמצעות עילות הביקורת האחרות – לא כל שכן באופן מידי או בטווח הזמן הקרוב.

גם אם נניח שעילת ביקורת כזאת או אחרת תוכל לתת בעתיד מענה לאזור של אי-תקינות אשר אותו "כיסתה" עד עתה עילת הסבירות – הרי שמדובר בהתפתחות פסיקתית שעל פי טבעה תצריך זמן רב, ואולי אף התאמה של החקיקה. עד אז, יוותר "חור שחור" נורמטיבי חסין מביקורת שיפוטית, שישמש כבר עתה קרקע פוריה לפגיעה בטוהר המידות, בשלטון החוק, בהפרדת הרשויות ובעקרונות דמוקרטיים נוספים.

ודוק: רובן המכריע של החלטות המינהל איננו מגיע לביקורת שיפוטית, והפיקוח המשפטי עליו נתון בידי הייעוץ המשפטי הציבורי, על יחידותיו השונות. בהיעדר ביקורת שיפוטית, ועד לפיתוחן של חלופות פסיקתיות, אם בכלל, הייעוץ המשפטי ייעדר כלים משפטיים

אפקטיביים על מנת להבטיח את שלטון החוק ולסכל החלטות של הממשלה או של השרים שאינן מקיימות את חובת הסבירות.

275. מעבר לכך נוסף, כי כוונתם המוצהרת של יוזמי התיקון הייתה לשלול היבטים משמעותיים של הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה והשרים – לא רק מחמת הביקורת האנליטית על עילת הסבירות או הרצון לדייקה, אלא כדי שיובהר כי "המילה האחרונה" בשורה ארוכה של נושאים נתונה לנבחרי הציבור (ראו למשל את דברי יו"ר הוועדה, חה"כ רוטמן, בפרוטוקול הדיון מיום 4.7.23, בעמ' 74), וכי החלטותיהם של אלה חסינות מביקורת שיפוטית אפקטיבית על רכיב שיקול הדעת. **משכך, לא לחינם הצעות חלופיות שעלו בדיוני הוועדה במגמה מצמצמת-מדייקת של השימוש בעילת הסבירות – לא אומצו, ותחתיהן נותרנו עם הנוסח הקיצוני והגורף השולל ביקורת שיפוטית ביחס לסבירות החלטת הממשלה או שר משריה.** ובהקשר זה נזכיר כי הנוסח אף החרף לעומת המקור משנוספה לו הסיפא שמדגישה כי מדובר ב"כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

276. ביטול עילת הסבירות באופן גורף וכוללני, ללא קביעת הסדר משטרי-חוקתי משלים המתווה באופן מהותי את עקרונות הביקורת השיפוטית המינהלית, עלול להעמיד את ההתפתחות הפסיקתית הנדרשת כדי לתת מענה לגדיעה של הענף הפסיקתי של עילת הסבירות בסימן שאלה ביחס ללגיטימיות שלה.

277. בהקשר זה נעיר, כי עצם שלילתו הגורפת של כלי מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל במסגרת התיקון, והאופן שבו הדבר נעשה תוך שלילת כל החלופות שהוצעו בהליך החקיקה, מגלם תפיסה לפיה הביקורת השיפוטית (המוגבלת) צריכה להיות אף היא זהירה ומינימאלית, לאור החשש שניתן יהיה להגביל את הרשות השופטת בשימוש בעילות ביקורת אחרות או בפיתוח עילות ביקורת שיפוטיות נוספות. בכך נעוץ חשש ממשי אף לעצמאות הרשות השופטת, שאותו יש לראות על רקע הצעדים הנוספים שמתוכננים במסגרת הרפורמה המשפטית, לרבות ההצעה לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים (שאושרה לקריאה שנייה ושלישית). להרחבה בעניין זה נפנה לחוות דעת היועצת המשפטית לממשלה ביחס לתזכיר השר לוין, המתייחסת להשפעתם של הצעדים שהוצעו במסגרת "השלב הראשון" של הרפורמה המשפטית ביחס לעצמאות הרשות השופטת.

## ה.2. התיקון פוגע פגיעה קשה בעיקרון שלטון החוק

278. המניעה הגורפת של ביקורת שיפוטית ביחס לעילת הסבירות והפגיעה הקשה הגלומה בכך בעקרון הפרדת הרשויות, כפי שתואר לעיל, מוחמרת באופן ניכר ומשמעותי ביותר לאור היותה מתייחסת לעילת הסבירות, המהווה יסוד מרכזי בשמירה על עקרון שלטון החוק בשיטתנו המשפטית. כלומר, דווקא בהקשר שבו קיימת חשיבות מיוחדת לכך שתקיים ביקורת שיפוטית עצמאית ואפקטיבית, על מנת לשמור ערובות למעמדו של עקרון שלטון החוק במדינה דמוקרטית, מבקש התיקון לחסום את דרכו של בית המשפט.

שלטון החוק במובנו הפורמלי, משמעו כי כולם כפופים לחוק במילותיו של פרופ' זמיר, "קיימת חובה לנהוג על-פי החוק, כפי שנתפרש על-ידי בית המשפט, בהתאם למטרת החוק. חובה זאת מוטלת על הכל, מקטון ועד גדול, מן האדם ברחוב ועד ראש הממשלה".<sup>83</sup>

בענייננו, אף כי חובת הסבירות החלה על הדרג הנבחר לא בוטלה לכאורה, נשללה היכולת לקבל סעד בגין הפרתה – משמעות הדברים היא כי בהקשר זה **הדרג הממשלתי הנבחר יהיה משוחרר מחובה משפטית המוטלת עליו, ויהיה "מעל החוק"**. לכך יש להוסיף, כי הפטור דה-פקטו מחובת הסבירות מוחל רק ביחס לדרג הנבחר הממשלתי, ולא ביחס לדרג הנבחר ברשויות המקומיות או לדרג המקצועי, וזאת ללא רעיון חוקתי מסדר ביחס לסוגי החלטות.

שנית, פועלו של התיקון עלול להיות קשה וחמור ביחס לשלטון החוק במובנו המהותי, בפרט בשים לב לכך שעילת הסבירות משמשת את בית המשפט להגן על מאפיינים ליבתיים של שלטון החוק במדינת ישראל, בראשם, ההגנה על עצמאותם של בעלי תפקידים בכירים הממלאים תפקידים של שומרי סף, ושמירה על טוהר הליך הבחירות באמצעות מניעת שימוש בכוח השלטוני לשם השגת יתרון בלתי הוגן למי שמחזיק בשלטון במועד הבחירות. באמצעות עילת הסבירות, מחייב בית המשפט את הרשות המבצעת לתת משקל נכבד לשיקולים של טוהר המידות, המינהל התקין והאינטרס הציבורי בהחלטות מסוג זה. שלילת הביקורת השיפוטית האפקטיבית בנושא מינויים, וכנגזרת מכך גם לנושא סיום הכהונה של בעלי תפקידים בכירים, כפי שנראה להלן בהרחבה, עלולה לפגוע בעצמאות בעלי תפקידים בכירים בשירות הציבורי, הממונים על-ידי הממשלה או שריה, לרבות שומרי סף, בעלי סמכויות אכיפה ואסדרה, וכן לפגיעה בשמירה על תנאי טוהר המידות בהליכי מינוי בעלי התפקידים הבכירים בשירות הציבורי. חמור מכך, הדבר עלול לשנות מהיסוד את מאפייני הליבה של השירות הציבורי ולהופכו משירות מקצועי, א-פוליטי וממלכתי, לשירות ציבורי שבעלי התפקידים הבכירים בו חבים את נאמנותם בראש ובראשונה לדרג הפוליטי. שינוי שכזה עלול להוביל בתורו לביטול מעשי של ההגנה על שלטון החוק, שכן אותם בעלי תפקידים מהווים קו ההגנה הראשון מפני פגיעה בו.

## ה.2. חובת הסבירות שאינה אכיפה ביחס לממשלה ושריה – "רישיון" להפרת הדין

279. עמדנו לעיל על ההבחנה המושגית בין הסבירות כחובה המוטלת על רשויות המינהל, לבין הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית. התיקון דן מבקש לבטל את **עילת הסבירות** כעילת ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות של הממשלה במליאתה, של ראש הממשלה ושל כל שר משרי הממשלה. לכאורה, גם לאחר חקיקת ההסדר, אשר בוצע במסגרת חוק-יסוד: השפיטה, ולא במסגרת הסדרה כוללת של כללי המשפט המינהלי, תמשיך לחול על אלה **חובת הסבירות**. ואמנם, בדיוני הוועדה הבהיר יוזם התיקון כי אין בו כדי להקנות פטור

<sup>83</sup> יצחק זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין 61 (1987) (להלן: זמיר – שלטון החוק).



- מחובת הסבירות (פרוטוקול מס' 121 מיום 12.7.23, השיח בין יו"ר הוועדה וחברת הכנסת גוטליב לבין המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, בעמ' 34 ואילך).
280. משמעות הדבר היא שהחלטת מינהל מסוימת של הממשלה, ראש הממשלה ושרי הממשלה, אשר על-פי הדין המהותי שחל על הגורם המינהלי הנבחר שקיבל אותה אינה חוקית משום הפרת חובת הסבירות המוטלת עליה – לא תהיה נתונה לביקורת שיפוטית בעילה זו.
281. ודוק: הסבירות מוצגת תדיר כעילת ביקורת שיפוטית המופעלת בסופו של הליך שיפוטי גרידא, ולא היא. כפי שהרחבנו לעיל (פרק א.1.), מושג הסבירות מיתרגם, בראש ובראשונה, **לחובה** המוטלת על רשויות המנהל עצמן, מלכתחילה, ומכווינה אותן בהפעלת שיקול הדעת הנתון להן במימוש סמכויותיהן, אף ללא כל מעורבות של הליך שיפוטי. עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית, חיונית על מנת לוודא כי הרשויות המינהליות אמנם פועלות לאור חובתן זו.
282. על כן, משמעות ביטול עילת הסבירות בהיבט של הביקורת השיפוטית על החלטות הדרגים הנבחרים, היא שליחת מסר לגורמי המינהל הנבחרים, לפיו מבחינה מעשית הם פטורים מהחובה לתת משקל ראוי לשיקולים הרלוונטיים בהחלטה העומדת בפניהם – וכל עוד הליך מינהלי נערך בסמכות ובאופן תקין מבחינה תהליכית, ניתן לקבל למעשה כל הכרעה במסגרתו. לכל הפחות, חובת הסבירות תיהפך לבלתי ניתנת לאכיפה ביחס לגורמים נבחרים אלה, והיא תהפוך בהמשך לזיכרון עמום עלי ספר, שכן **"באין דיין ייעלם אף הדין עימו"** (עניין **ארפל**, פס' 31). הדבר חמור במיוחד כאשר אותם שיקולים שלא יזכו למשקל הנכבד לו הם ראויים הם שיקולים קשורים בהגנה על טוהר המידות, בשמירה על המינהל התקין ובהגנה על האינטרס הציבורי.
283. **ביטולה, הלכה למעשה, של החובה לפעול בסבירות משמעה כי השפעת התיקון תתעצם עשרות מונים מעבר לתחולתו הישירה והמוצהרת על סמכויות הרשות השופטת, שאליה התייחסנו. שהרי אל מול כל מקרה בודד שבו החלטה קונקרטי של שר או של הממשלה הגיעה לביקורת שיפוטית שבה נבחנה סבירותה, ניתן למנות אין ספור סוגיות שהגיעו לשולחנם של שרי הממשלה, והחובה לנהוג בסבירות כחלק מן הדין המחייב הובהרה וחודדה לדרג הנבחר במסגרת הייעוץ המשפטי השוטף, והשפיעה על ההחלטה שהתקבלה. הנה כי כן, הדרג הנבחר היה מודע לאפשרות כי החלטתו תבוטל בגין חוסר סבירות קיצוני ומשכך הקפיד לקיים מלכתחילה את חובתו לנהוג בסבירות. כפי שהובהר גם בדיונים בכנסת, לעילת הסבירות השפעה רחבה על הפעילות הממשלתית בשלבי עיצוב וגיבוש החלטות השרים והממשלה, ככלי עזר בשמירה על תקינות קבלת החלטות בשורה ארוכה של נושאים (שאליהם נתייחס בהרחבה בהמשך). מרגע שהחלטות כאלה לא יהיו עוד נתונות לביקורת שיפוטית אפקטיבית, ולרשות האדם הנפגע מההחלטה לא יעמוד סעד שיפוטי, מטבע הדברים שהשפעתה של חוות הדעת של הייעוץ המשפטי לממשלה בקשר לאותה החלטה, תהיה מוגבלת, אם בכלל.**

284. לכך נוסף, כי הביקורת השיפוטית אשר בוחנת את שיקולי הרשות והאיזון שנערך ביניהם בסוף הדרך, מטייבת ומשבחת את קבלת ההחלטה המינהלית מלכתחילה. ביקורת זו, ואף עצם קיום האפשרות שתתקיים בעתיד, מחייבים את מקבל ההחלטה להסביר לעצמו כבר בשלב המקדמי, כיצד החלטתו מאזנת נכונה בין השיקולים השונים. בכך משליכה חובת הסבירות אף על היקפה ואיכותה של חובת ההנמקה. מכאן, שביטולה של עילת הסבירות בשלב ההליך השיפוטי, ישפיע לרעה ובעוצמה רבה גם על טיבן של החלטות המינהליות אשר יתקבלו מלכתחילה, וממילא יאיין, הלכה למעשה, את חובת הסבירות החלה על הדרג הנבחר. ככל שעילת הסבירות שהתבטלה כוללת גם את הסבירות של הליך ההחלטה המינהלי, ובשל חוסר הבהירות קשה לקבוע זאת בוודאות מראש, הרי שהתוצאה המזיקה האמורה תהיה חמורה שבעתיים.

285. גם במישור הציבורי, ביטול, הלכה למעשה, של חובת שרי הממשלה והממשלה לפעול בסבירות כלפי הציבור ולהציג את ההיגיון שביסוד החלטותיהם, יוביל לכך שהציבור יאבד כלי חשוב מאוד ביחסיו עם השלטון, ואת אפשרותו המעשית לדרוש דין וחשבון מהשלטון ביחס לשאלה האם הכוח השלטוני אכן הופעל לטובת הציבור ויגרום לפיכך לפגיעה באמון הציבור.

יתרה מכך, כפי שצוין לעיל, מאחר שאין בפנינו הסדר כולל בדבר חובות השרים והממשלה, או לכל הפחות התוויה מקיפה של העילות אשר מכוחן בית המשפט יכול להפעיל ביקורת שיפוטית מינהלית, הרי שהגדיעה באבחת חרב של ענף פסיקתי שלם, תייצר חוסר בהירות ביחס לאופן שבו הייעוץ המשפטי לממשלה נדרש לבחון מהותית את החלטות הדרג הנבחר במסגרת מימוש תפקידו כשומר סף.

## **ה.2.ב. החרגת הדרג הנבחר בלבד ללא רעיון חוקתי מסדר**

286. פגיעה מושגית נוספת בעיקרון שלטון החוק גלומה גם בכך שעילת הסבירות תבוטל רק ביחס לדרג הנבחר בממשלה, אך תעמוד בעינה ביחס לשאר נבחרי הציבור בשלטון המקומי וביחס לעובדי הציבור באשר הם, וזאת ללא שוני רלוונטי, למצער ככל שמדובר בהחלטות יישומיות פרטניות, או רעיון חוקתי מסדר המבחין בין החלטות שיש בהן שיקולים פוליטיים או מדיניים משמעותיים, לבין החלטות פרטניות שעשויות להיות החלטות מקצועיות רגילות ושגרתיות. כל זאת, כאשר חובת הסבירות מוסיפה לחול לכאורה ביחס לכולם.

287. כאמור לעיל, ראינו כי בהיעדר הבחנה בין סוגי החלטות, המנעד הרחב של סמכויות שרים בחקיקה לרבות בהחלטות פרטניות (ראו פרק ה.1.1. לעיל), והאפשרות להרחבת תחולת החסינות לפי שיקול דעתם של השרים בדרך של נטילת סמכויות: משמעות הדבר הוא דין אחד לשרים, ודין אחר לעובדי המדינה – ביחס לאותה החלטה ממש.

288. המשמעות היא שהדרג הנבחר בממשלה, שבידו הכוח השלטוני הרב ביותר, ובכלל זה שינוי כללי המשחק דוגמת תיקון זה – מקבל למעשה פטור מחובתו לנהוג בסבירות, ומורם מעל הדין – תוך פגיעה קשה בעקרון שלטון החוק. והרי משמעותו הבסיסית של עיקרון זה היא כי במדינה שבה שולט עקרון שלטון החוק אין איש או גוף שהוא מעל למשפט: "זה כוחה של הדמוקרטיה המכבדת את שלטון החוק. זהו שלטון החוק הפורמאלי, אשר לפיו כל הרשויות השלטוניות... כפופות לחוק, אין רשות שהיא מעל לחוק..."<sup>84</sup>. הדבר כאמור מעורר קושי מיוחד שעה שעסקינן בהחלטות שבהן הדרג הנבחר נדרש לתת משקל נכבד לשיקולים של טוהר המידות, המנהל התקין והאינטרס הציבורי, כגון החלטות הקשורות במעמדם העצמאי של בעלי תפקידים בכירים הממלאים תפקידים של שומרי סף והחלטות הקשורות למניעת הניצול של הכוח השלטוני לשם פגיעה בטוהר הבחירות.

## ה.2.ג. הפגיעה בשלטון החוק כתוצאה מביטול הביקורת השיפוטית על מינויים

289. לנוכח מקומה המשמעותי של עילת הסבירות ביחס לנושא המינויים (שעליו נרחיב להלן), הרי שהיבט משמעותי של פגיעה בשלטון החוק, נובע מהפגיעה הנגזרת במקצועיות ובעצמאות בעלי תפקידים בכירים בשירות הציבורי, הממונים על-ידי הממשלה או שריה, לרבות שומרי סף, בעלי סמכויות אכיפה ואסדרה, והפגיעה בשמירה על תנאי טוהר המידות בהליכי מינוי בעלי התפקידים הבכירים בשירות הציבורי.

ראשית, בשלב המינוי, עילת הסבירות היא העוגן הנורמטיבי שעליו התבססה הפסיקה כדי לוודא שמינויים לתפקידים מקצועיים בשירות המדינה ייעשו על-פי אמות מידה של כישורים והתאמה לתפקיד, ולא יונחו ממניעים של זיקה פוליטית או שיקולים בלתי-ענייניים אחרים. על כן, כפי שנראה להלן, ביטולה של עילת הסבירות עלול להביא לפריצת גבולות בכל הנוגע למינויים פוליטיים.

מעבר לכך, יכולתם של הממשלה ושריה לבטל כליל את פרוצדורות מינויים, להכריז על סיום כהונתם של בעלי תפקידים בכירים, לשנות את הגדרת תפקידם ולצמצם סמכויותיהם, יובילו לפגיעה קשה בעצמאותם וביכולתם של בעלי תפקידים בכירים בשירות הציבורי לבצע את תפקידם כנדרש. לעצם הפוטנציאל לנהוג באופן האמור עלול להיות "אפקט מצנן" ממשי וחזק, שיפגע במקצועיות ובעצמאות של שומרי הסף. חומרה יתרה, שתוביל גם לפגיעה מוגברת בשלטון החוק, היא ביחס לשומרי הסף ובעלי תפקידים בעלי סמכויות אכיפה ואסדרה. אם כך, מדובר בשינוי של ממש באופיו של השירות הציבורי.

<sup>84</sup> עניין אייזנברג, לעיל ה"ש 16, בעמ' 274.

פגיעה בעצמאות נושאי משרה בכירים יכולה להיגרם גם כתוצאה מקבלת החלטות שלא לאייש משרות בכירות או לאיישן מעת לעת על-ידי ממלאי מקום, שהארכת כהונתם תלויה בדרג הפוליטי. כיום מתאפשרת התערבות בהחלטות מסוג זה, במקרים המתאימים, מכוח עילת הסבירות.

290. בצד האמור, לנוכח תפקידה המשמעותי של עילת הסבירות בהיבטי טוהר המידות במינויים, הרי שתחום המינויים הממשלתיים, בדגש על הבכירים שבהם, יהיה פרוץ למינויים שאינם ראויים, תוך פגיעה אנושה בשירות הציבורי – בטוהר מידותיו ובמקצועיותו – וכפועל יוצא, בתפקודו התקין ובאמון הציבור בו. אף להיבט זה משמעות קשה ופוגענית ביסוד הדמוקרטי, שכן טוהר המידות בשירות הציבורי הוא נשמת אפה של הדמוקרטיה בשל חשיבותו לאמון הציבור במוסדות השלטון.

גם אם נניח כי בתי המשפט ישכילו לפתח עם הזמן עילות ביקורת שיפוטיות אחרות שייתנו מענה לסוגיות אלה, שאינן עילת הסבירות, או שעקרונות אלה של עצמאות, מקצועיות וטוהר מידות יוסדרו בחקיקה מתאימה, קיים חשש ממשי לכך שהשירות הציבורי ישנה עד אז את פניו, תוך פגיעה קשה בעצמאותו, במקצועיותו ובממלכתיותו, וכי בתקופת הביניים יתאפשרו מינויים פסולים של בעלי תפקידים בכירים. מינויים מעין אלה, בעיקר כאשר מדובר בשומרי סף ובעלי סמכות במערכת אכיפת החוק, עלולים לשבש את מערך האיזונים והבלמים הדמוקרטי העדין, ולסלול את הדרך לשינויים נוספים. **הנזק מכך עלול להיות בלתי הפיך.**

על כל אלה נרחיב להלן.

## ה.2.ג.1. מקצועיות השירות הציבורי וממלכתיותו

291. עילת הסבירות היא עוגן מרכזי בפסיקה, כדי לוודא **שמינויים בשירות המדינה ייעשו על-פי אמות מידה של כישורים והתאמה לתפקיד, ולא יונחו ממניעים של זיקה פוליטית או שיקולים בלתי-ענייניים אחרים.**

292. כך, בבג"ץ 5657/09 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל** (אר"ש 22.10.09), בוטלה החלטת הממשלה לאשר את מינויו של מר שר-שלום ג'רבי לתפקיד מנכ"ל משרד המדע לתקופת ניסיון, לאחר שוועדת המינויים קבעה כי הוא אינו עומד בתנאי הסף של הכשירות המקצועית הנדרשת, ונמצא כי לא הוצגו טעם מהותי או נסיבות חריגות המצדיקות סטייה מתנאי הסף שאותם קבעה הממשלה בעצמה בהחלטה קודמת. בנסיבות אלה, כך נפסק, החלטת הממשלה "נגועה בחוסר סבירות קיצוני". עוד ראו, מן העת האחרונה, בג"ץ 8173/21 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל** (אר"ש 22.5.2022), עתירה שבה נבחן מינויו של מר עמיר פרץ לדירקטוריון התעשייה האווירית, כאשר עילת הביקורת השיפוטית המרכזית שנבחנה הייתה עילת הסבירות.

אין פירושו של דבר כי מינויי הממשלה או השרים מוכוונים רק משיקולים אלה, ולכן נדרשת ביקורת שיפוטית תדירה על כל מינוי ומינוי. ויודגש, היקף ההתערבות השיפוטית בתחום המינויים הוא מצומצם מאד, ורובם המוחלט של המינויים כלל אינם מעוררים שאלות במישור זה. עם זאת, עצם קיומה של הביקורת השיפוטית בהקשר זה, והכללים המשפטיים שנגזרו ממנה, הם אלה שהתוו את גבולות הגזרה של אמות המידה המקצועיות למינויים הבכירים, אשר חלק ניכר מהם כלל לא הגיעו עד היום לביקורת שיפוטית, נוכח האפקט המרסן הנובע מקיומה של ביקורת שיפוטית פוטנציאלית. מכאן, ששבירת המסגרת הנורמטיבית – תוך התייחסות בתיקון לחוק יסוד ב"רחל בתך הקטנה" להחלטות בענייני מינויים – עלולה בהחלט להביא לפריצת הגבולות. כמו כן, שבירה זו עלולה גם להביא לשינוי הכללים ביחס לתנאי סף וההיבטים המקצועיים הנדרשים למינויים אלה (בחקיקה ובהחלטות הממשלה), משלא ניתן יהיה עוד לבחון אותם במשקפיים של סבירות. בכך תימנע גם האפשרות לבחון מינויים חשובים אלה בכלים המינהליים המשלימים (למשל, תשתית עובדתית או שיקולים זרים).

293. כדי להמחיש את השפעתו הרחבה של התיקון ביחס למינויים, נפנה לתוספת השנייה לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, אשר כולל רשימה (חלקית) של מינויים בסמכות ממשלה – ונציין על קצה המזלג את בעלי התפקידים הבאים: היועץ המשפטי לממשלה והמשנים לו, פרקליט המדינה, נציב הביקורת על מערך התביעה ומייצגי המדינה בערכאות, החשב הכללי, הממונה על השכר והסכמי עבודה, הממונה על התקציבים, הממונה על שוק ההון, מנהל רשות המיסים, יו"ר מטה הדיור, נציב כבאות והצלה, רשם הקבלנים, שגרירים, יו"ר המזכירות הפדגוגית במשרד החינוך, מנהל הרשות לתכנון במשרד החקלאות ופיתוח הכפר, ממונה על זרוע העבודה, ראש מערך הדיגיטל הלאומי, השמאי הממשלתי הראשי, מנהל הסיוע המשפטי, רשם התאגידים, ראש הרשות להגנת הפרטיות, ראש רשות האוכלוסין וההגירה, ראש הרשות לניהול המאגר הביומטרי, יו"ר ועדה מחוזית לתכנון ובניה, מנהל מינהל התכנון, ראש המטה לביטחון לאומי, ראש הוועדה לאנרגיה אטומית, ראש המועצה הלאומית לכלכלה, מנהל לפ"מ, מנהל הרשות לשירות אזרחי ועוד ועוד.

כל זאת, לצד תפקידים רבים שזהות הגורם הממנה (הממשלה או שר משרה) מוסדרת בדבר חקיקה ספציפי – כדוגמת מפכ"ל המשטרה, הרמטכ"ל ועוד, ולצד סמכותה של הממשלה להוסיף תפקידים לתוספת השנייה, לפי סעיף 23 לחוק המינויים.

294. נעיר, כי חלק גדול מהמינויים הבכירים בשירות המדינה מתבצעים באמצעות ועדת איתור אשר ממליצה את המלצותיה לשר הרלוונטי או לממשלה. ואולם, ועדות איתור הן יציר של הפרקטיקה הממשלתית והן אינן נשענות על אדנים חקיקתיים. על-כן, פעילותן תושפע רבות משינויים בעילת הסבירות, ככל שהממשלה לא תחליט כאמור על ביטולן כליל.

זאת, שכן, על-פי פסיקת בית המשפט הנכבד, ברגיל, משקלה של המלצת ועדת האיתור הוא משקל משמעותי, "כמעט מכריע", ועל מנת לסטות מהמלצת ועדת האיתור, על הגורם הממנה להצביע על טעם כבד-משקל שיצדיק את הסטייה.<sup>85</sup> הלכה זו מנוסחת באמצעות הרעיון של מתחם סבירות ועל-כן היא נשענת על חובת הסבירות של הרשות המינהלית, ועילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית (שם, בפס' 12).

295. בהקשר זה, אחד השיקולים הנבחנים בתחום המינויים הוא קיומה של זיקה פוליטית של המועמד לשר משרי הממשלה, כאשר אם קיימת זיקה פוליטית כאמור, על המועמד להציג כישורים מיוחדים כדי להיבחר לתפקיד. נורמה זו מעוגנת בחוק החברות הממשלתיות בכל הקשור לחברות ממשלתיות, אך בכל הנוגע לגופים נוספים, היא מבוססת כיום על חובת הסבירות.

296. **בהיעדר עילת הסבירות, תחום המינויים הממשלתיים, בדגש על הבכירים שבהם, יהיה פרוץ למינויים פוליטיים, והדבר עלול להוביל לשינוי פניו של השירות הציבורי, ולפגיעה במקצועיותו, בתפקודו התקין והיעיל<sup>86</sup> ובאמון הציבור בו.**

#### ה.2.ג.2. עצמאותם של שומרי-סף, רגולטורים ובעלי תפקידים בכירים

297. גם לאחר שמונו לתפקידם, חובת הסבירות ועילת הסבירות היא כלי חשוב לשמירה על עצמאותם של בעלי תפקידים בכירים בשירות הציבורי שממונים על-ידי הממשלה או שריה – ובפרט שומרי סף, בעלי סמכויות אכיפה ואסדרה.

298. זאת, גם משום שהיא מתווה את שיקול הדעת במינוי מלכתחילה, כאמור לעיל, כדי לוודא שלתפקידים מעין אלה ימונו אנשים שאינם בעלי זיקה פוליטית, אך **בעיקר משום שצדה השני של המטבע בסוגיית המינוי לתפקיד, שאליה התייחסנו לעיל, היא סוגיית סיום הכהונה.**

299. שרים שונים והממשלה במליאתה מחזיקים בסמכות להפסיק כהונה של בעלי תפקידים בכירים – בהם גם שומרי סף ובעלי סמכויות אכיפה ואסדרה במישורים שונים. סמכות זו להפסקת כהונתה נתונה באופן כללי למי שמחזיק בסמכות מינוי מכוח סעיף 14 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ודרך הפעלתה מוסדרת לעתים בהחלטות ממשלה שונות. ראו למשל סעיף 4 להחלטת ממשלה 4062 מתאריך 7.9.08; אשר תוקן בהחלטת ממשלה 1148 מתאריך 14.2.16.

<sup>85</sup> ראו, מני רבים, בג"ץ 8134/11 אשר נ' שר האוצר (אר"ש 29.1.2012).

<sup>86</sup> למחקרים שמהם עולה כי אפקטיביות הממשלה נמוכה יותר במדינות הנשענות על מינויים פוליטיים, ראו מומי דהן, **אפקטיביות הממשלה בישראל במבט בינלאומי משווה עמ' 47-48**, וההפניות שם (מחקר מדיניות 114, המכון הישראלי לדמוקרטיה – מחקר מדיניות 114, 2016).

300. החלטות ממשלה אלו נועדו לקבוע כללים נוקשים ואחידים, אשר מביטחים את סבירותם של הליכי המינוי וסיום הכהונה. בהעדר עילת סבירות, הממשלה תוכל לבטל כליל את פרוצדורות המינוי וסיום הכהונה, כדוגמת הצורך לקבל את המלצת הוועדה למינויים בכירים ביחס למינוי שבעת המינויים הבכירים בשירות המדינה (מפכ"ל, רמטכ"ל, ר' שב"כ, ר' מוסד, נציב שב"ס, נגיד בנק ישראל וסגנו) או סיום כהונתם של בעלי תפקידים בכירים אחרים.

301. נראה כי מעבר לעמידה על הדרישות ההליכיות שנקבעו לעניין זה בהחלטות הממשלה (אשר אף אותן ניתן יהיה לרדד ואף לבטל על-ידי תיקון החלטות ממשלה, אשר יהיה חסין מביקורת שיפוטית עקב התיקון), עילת הביקורת השיפוטית המרכזית אשר יכולה להבטיח כי החלטות על הפסקת כהונה לא תנבענה ממתן משקל יתר לשיקולים מסוימים, היא עילת הסבירות. חובת הסבירות המוטלת על הממשלה ועל השרים, והאפשרות לקבל סעד שיפוטי כאשר מופרת חובה זו, מאפשרות לבעלי התפקידים לתפקד באופן עצמאי לטובת האינטרס הציבורי הרחב, גם כאשר הדבר אינו עולה בקנה אחד עם אינטרסים פוליטיים צרים. מניעת ביקורת שיפוטית על החלטות פיטורין כאמור בעילת הסבירות, עלולה אפוא לפגוע בצורה ממשית וקשה בעצמאותם של שומרי הסף הללו, בשירות המדינה כולו וכפועל יוצא – באינטרס הציבורי.

302. בעולם שבו עילת הסבירות אינה קיימת עוד ביחס להחלטות שרים והחלטות הממשלה, בעלי התפקידים הבכירים בשירות המדינה חשופים לחשש מתמיד מפני סיום כהונתם על בסיס החלטות פרטניות שיקבלו, שאינן מוצאות חן בעיני הדרג הנבחר, או כדי להחליפם בדמויות "נוחות יותר". מדובר, בין היתר, בתפקידים מובהקים של שומרי סף, כדוגמת היועץ המשפטי לממשלה, פרקליט המדינה, מפכ"ל המשטרה, נציב בתי הסוהר, מנהל רשות המיסים, מנהל רשות התחרות ועוד, שעצמאות שיקול דעתם המקצועי, בדגש על סמכויותיהם בתחום אכיפת הדין, היא ממאפייניו 'הגרעיניים' של משטר דמוקרטי. מעבר להחלטות בנושא סיום כהונה, תוסר הביקורת השיפוטית האפקטיבית גם ביחס להחלטות של פגיעה עקיפה בבעלי התפקידים, בדרך של שינוי הגדרות תפקיד או העברת סמכויות.

303. ודוק: איננו דנים רק בנקודת הקצה שבה מתקבלת החלטה "בלתי סבירה" מסוימת והיא עצמה עומדת לביקורת שיפוטית, אלא מתמקדים בשאלה כיצד ישליך שינוי זה בסוף הדרך על תחילתה – קרי: על חיי היום-יום, ומערך השיקולים שלפיו התנהלו ומתנהלים בעלי התפקידים האמורים ביוזעם כי ביום פקודה יעמדו לרשותם ההגנות המשפטיות שיחייבו את הממשלה ואת שריה לנהוג בסבירות; וכיצד ינהגו הם עצמם בעולם שבו ההגנות אינן קיימות, כאשר החלטה שאותה יקבלו בניגוד לעמדת השר הממונה עליהם, עלולה להיות ההחלטה האחרונה שיקבלו בתפקיד. האפקט המצנן והחשש מפני שיקולים לא ענייניים בהליכי המינוי והפסקת הכהונה עלולים להביא להחלטות מוטות ולחשש מפני עמידה על עמדות מקצועיות, גם כשהן לא נוחות לדרג הנבחר, בידי בעלי תפקידים בכירים במערכת, כמו גם אחרים המבקשים להתקדם בתוכה.

304. בשים לב לתמונת האיזונים והבלמים החסרה בשיטה הישראלית ביחס לכוחו של הרוב הקואליציוני – בממשלה ובכנסת (על שני כובעיה) – **שומרי הסף הם קו ההגנה הראשון מפני חוסר תקינות ומפני ניצול לרעה של הכוח השלטוני, ולעתים גם הקו האחרון, שכן רבים מבין המקרים כלל לא מגיעים לפתחו של בית המשפט**. על-כן, פגיעה בעצמאותם, כפועל יוצא של שלילת הביקורת השיפוטית האפקטיבית על הליכי מינוי והעברה מתפקיד, מסירה ערובה נוספת מן הערובות (המצומצמות מלכתחילה) הקיימות היום בשיטתנו מפני ניצול לרעה של הכוח השלטוני.

305. למרבה הצער, אין מדובר בסוגיה תיאורטית או בספקולציה דמיונית, שכן בחודשים האחרונים נשמעו קולות וקריאות ביחס להפסקת כהונתם של בעלי תפקידים בכירים, רגולטורים ושומרי סף, או שלילת עצמאותם המקצועית, ואף ננקטו מהלכים ביחס לבעלי תפקידים מסוימים. מכל מקום, עיצוב הסדר משטרי המקום אפשרות זו, כחרב מתנוססת מעל ראשם של בעלי התפקידים, יש בו כדי לייצר "אפקט מצנן" משמעותי ביותר עליהם ועל יתר עובדי השירות הציבורי מפני הפעלת שיקול דעת עצמאי ומקצועי. בראייה ארוכת טווח, ביטולה של עילת הסבירות ביחס למינויים ולסיום כהונה של בעלי תפקידים בכירים עלול להביא לשינוי מהותי במאפייניו של השירות הציבורי במדינת ישראל משירות ציבורי ממלכתי, מקצועי וא-פוליטי, לשירות ציבורי שבעלי התפקידים הבכירים בו חבים את נאמנותם לדרג שמינה אותם, ושהמשך כהונתם תלוי ברצונו הטוב.

306. נוסף כי מתן אפשרות למינוי או הפסקת כהונה ללא ביקורת שיפוטית אפקטיבית לתפקידים משמעותיים במערכת אכיפת החוק (ובפרט יועץ משפטי לממשלה, פרקליט מדינה – מינויים בסמכות ממשלה לפי סעיף 5 לחוק המינויים ופרטים 39 ו-45 לתוספת השנייה לחוק זה; פרקליט צבאי ראשי – מינוי בסמכות שר הביטחון (סעיף 177 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955); וכן הלאה), עלול לפגוע בצורה קשה בעצמאותם המקצועית של בעלי תפקידים אלה, ולפגוע בעצמאות מערכת אכיפת החוק כולה. **פגיעה בעצמאות מערכת אכיפת החוק עלולה לגרום עמה פגיעה בעקרונות בסיסיים כמו שוויון של חשודים ונאשמים בפני מערכת אכיפת החוק ומניעתה של אכיפה מפלה ובררנית, שהם חלק ממאפייניו 'הגרעיניים' של משטר דמוקרטי**.

307. להשלמת התמונה נוסף, כפי שציין המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי) בדיון בוועדה ביום 12.7.23, כי פגיעה אפשרית בעצמאות המקצועית של גורמי אכיפת החוק תקשה על ישראל בהתמודדות עם הליכים במישור הבינלאומי ובמדינות זרות. היכולת להתמודד עם הליכים משפטיים בין-לאומיים ובמדינות זרות נסמכת במידה רבה על יכולתה של מדינת ישראל להציג את מקצועיותה ועצמאותה של מערכת המשפט שלה בהתמודדות עם טענות להפרות של הדין הבין-לאומי. במישור הכללי, כפי שגם הובהר בהתייחסות היועצת המשפטית לממשלה לתזכיר השר ליון, מערכת המשפט הישראלית היוותה עד כה "חומת מגן" משפטית שהגנה על מעמדה של מדינת ישראל ויכולתה לקדם את האינטרסים שלה בפורומים בינלאומיים משפטיים שונים. זאת,



בהתאם לעקרונות של "משלימות" (complementarity) ו"שירותיות" (subsidiarity) שהם עקרונות יסוד במשפט הבין-לאומי. במסגרת יישום עקרונות אלו, ככל שהאמון באפקטיביות ובעצמאות של מערכת המשפט המדינתית רב יותר, כך גורמים זרים יישו שלא להתערב בענייני המדינה. הגם שקשה להעריך עד כמה ישפיע תיקון החקיקה במישור זה, קיים חשש ששינויים במערכת המשפט ובמערכת אכיפת החוק יסדקו את ההערכה לה זוכה מערכת המשפט ואכיפת הדין, כמערכת עצמאית ואפקטיבית, וכפועל יוצא מכך, לפגוע ביכולת של מדינת ישראל ושל צה"ל להתמודד עם אתגרים משמעותיים בזירה הבין-לאומית.

308. מעבר לאפשרות לסיום תפקיד, יש להתייחס לסוג נוסף של החלטות ממשלה ושרים אשר הביקורת השיפוטית ביחס אליו עד כה נשענה בין היתר על עילת הסבירות, הוא החלטות להימנע מאיוש תפקיד פלוני מטעם כזה או אחר,<sup>87</sup> או החלטות בנושא הארכה או אי-הארכה של כהונת ממלאי מקום. נזכיר, כי לפי סעיף 23א לחוק שירות המדינה (מינויים), מילוי מקום מוגבל לתקופה של 3 חודשים בכל פעם, הניתנת להארכה על-ידי השר העומד בראש המשרד שבו מכהן בעל התפקיד.

309. לענייננו, למינוי ממלאי מקום "זמניים" כפרקטיקה קבועה והימנעות ממינוי קבע לתפקידים בכירים, ישנה השלכה שלילית קשה ביותר הן על תפקוד המערכות הציבוריות, בהיעדר היציבות הנדרשת להובלת תהליכים ארוכי טווח, הן בשל הפגיעה הקשה בעצמאותם של בעלי התפקידים – במיוחד אלה המשמשים כשומרי סף, בעלי סמכויות אכיפה ואסדרה – אשר המשך כהונתם כפוף לרצונו הטוב של הגורם הממנה.

### ה.3.ג.2. שמירה על טוהר המידות בשירות הציבורי

310. במשפט הישראלי עילת הסבירות היא עילת ביקורת ראשונה במעלה בתחום המינויים הציבוריים, והיא חיונית להגנה על טוהר המידות בשירות הציבורי ועל רמתם ההולמת של בעלי התפקידים בו. כפי שצוין באחת הפרשות:

"כאשר הממשלה מפעילה את שיקול-דעתה לצורך מינוי מועמדים למשרות בכירות בשירות הציבורי, היא פועלת כנאמנה של הציבור. ממעמד זה נובע כי על הממשלה כרשות ממנה לפעול למען מקצועיותו של השירות הציבורי ותפקודו התקין, על-מנת לאפשר למערכת הציבורית לספק לאוכלוסייה את צרכיה באופן מקצועי, הגון ושוויוני. עוד עליה להבטיח כי השירות הציבורי יזכה לאמון הציבור, בלעדיו לא יצליח למלא את משימותיו לאורך זמן." (בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פסי' 9 לפסק הדין (ארי"ש 12.10.2008) (להלן: עניין לביא)).

<sup>87</sup> כך, בית המשפט הנכבד קבע כי הותרת משרת מפכ"ל המשטרה לא מאוישת "היא בלתי סבירה". ראו: בג"ץ 1004/15 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' השר לבטחון פנים, בפסי' 16 (ארי"ש 01.04.2015). עוד ראו פסק הדין בבג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסי' 53 לפסק הדין (ארי"ש, 25.3.2021), שבו ניתן צו מוחלט המחייב להשלים במהירות הראויה את מינוי הבכירים בשירות הציבורי, בכפוף לכללים החלים על ממשלת מעבר; עוד ראו בג"ץ 8034/20 אומ"ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' השר לבטחון פנים (ארי"ש 03.12.2020).

311. בפסיקה נקבע, כי יש חובה לשקול שיקולים מתחום טוהר המידות בעת קבלת החלטה על מינוי בשירות המדינה, וכי יש לתת לשיקולים אלה את משקלם הראוי. כך נקבע לדוגמה ביחס להחלטה להגיש כתב אישום, אך גם ביחס לנתונים שאינם מצדיקים הגשת כתב אישום או אף פתיחה בחקירה פלילית (בג"ץ 5757/04 **הס נ' סגן הרמטכ"ל**, פ"ד נט(6) 97, 113 (2005) (להלן: **עניין הס**)). בפסיקת בית המשפט הנכבד הודגש כי בחינת שיקולי טוהר המידות מתחייבת בשל חובת הסבירות – שכן היא מחייבת את הרשות לבחון את כלל השיקולים הרלבנטיים ולתת להם משקל ראוי (בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404, 422 (1993); **עניין אמונה**, בפס' 17 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה).

כפי שצוין בפרשת **הס**: "**בהעבירה תחת שבט ביקורתה את החלטתה של רשות מינהלית למנות אדם לתפקיד ציבורי או להניח לו להוסיף ולכהן בתפקיד חרף כתם פלילי המאיים לדבוק בו, נדרשת הערכאה השיפוטית לבדוק אם עובר להחלטה הובאו בחשבון כל השיקולים הנוגעים בדבר, ואם האיזון שנערך ביניהם ראוי הוא**" (שם, בעמ' 113).

312. כך, בוטלה החלטה בדבר מינוי מנכ"ל למשרד ממשלתי, על רקע עבירות שביצע (הגם שלא הורשע בפלילים בשל חנינה שקיבל);<sup>88</sup> נקבע כי מינוי אדם אשר התבטא באופן גזעני לתפקיד מנהל מינהל מקרקעי ישראל איננו סביר;<sup>89</sup> ובוטלה החלטה בדבר הענקת דרגת אלוף לקצין אשר הורשע בדיון משמעתי בגין קיום מערכת יחסים אינטימית עם חיילת ששימשה כפקידתו.<sup>90</sup>

313. יוער כי המקרים שבהם התערב בית המשפט הנכבד בהחלטות ממשלה או שרים בדבר מינויים הם המקרים החריגים, בעוד שכלל נמנע בית המשפט מהיעתרות לעתירות בנושא מינויים (הן מינויים מקצועיים, הן מינויים במישור הפוליטי), לאור העיקרון שלפיו נתון לממשלה מתחם שיקול דעת רחב מאד בנדון.<sup>91</sup>

314. בהתאם לפסיקה זו, אשר מחייבת שקילה של מכלול השיקולים ומתן משקל ראוי לכל אחד מהם, לצד התערבות מועטה בפועל, נבנתה פרקטיקה סדירה ויום-יומית של בדיקת טוהר מידות במינויים בשירות המדינה, המבוססת מבחינה משפטית על חובת הסבירות.

<sup>88</sup> עניין **איזנברג**, לעיל ה"ש 16; ראו בהקשר דומה גם בג"ץ 4668/01 **שריד נ' ראש הממשלה**, נו(2) 265 (2001).

<sup>89</sup> עניין **לביא הנ"ל**.

<sup>90</sup> עניין **פלונית נ' ראש המטה הכללי**, לעיל ה"ש 14.

<sup>91</sup> ראו בין רבים: עניין **הס**; עניין **אמונה**, לעיל ה"ש 2; בג"ץ 3736/16 **משרד תומר ורשה – עורכי דין נ' שר הפנים** (ארי"ש 22.02.2017); בג"ץ 43/16 **תנועת אומ"ץ נ' ממשלת ישראל** (ארי"ש 01.03.2016); בג"ץ 8173/21 **התנועה למען איכות השלטון**, לעיל ה"ש 46; בג"ץ 5158/09 **ארן נ' ממשלת ישראל** (ארי"ש 07.01.2010); בג"ץ 5599/11 **אגודת העיתונאים בתל אביב נ' ממשלת ישראל** (ארי"ש 24.11.2011); בג"ץ 3194/10 **צוריאנו נ' שר הביטחון** (ארי"ש 23.03.2011). לנתונים עדכניים ביחס לתוצאותיהן של עתירות הנוגעות למינויים ברשות המבצעת בעילת הסבירות, ראו אלעד גיל ובל יוסף "השימוש בעילת הסבירות בביקוח על מינויים ציבוריים" **תכלית – המכון למדיניות ישראלית** (2023).

הלכה למעשה, כלל בדיקת המינויים בשירות המדינה מתבססת על פסיקת בית המשפט הנכבד בנדון, והיא העוגן המשפטי לחייב את השרים לתת את המשקל הראוי לנתונים כגון דו"חות מבקר מדינה, הליכים פליליים ומשמעתיים, התבטאויות גזעניות ועוד. אף בהקשר של שמירה על רמתו המקצועית של השירות הציבורי, כפי שיבואר להלן, פסיקתו של בית המשפט הנכבד המבוססת על חובת הממשלה לתת משקל ראוי לנתונים מקצועיים, היא העוגן לייעוץ משפטי שוטף שניתן ביחס למינויים שעל פני הדברים אינם עולים בקנה אחד עם חובתו של הגורם הממנה לפעול בסבירות.

315. **ביטול עילת הסבירות ישפיע אפוא במישרין וכבר עתה על היכולת לבקר בביקורת שיפוטית מינויים אשר דבק בהם פגם מוסרי, ועלול לבטל את אמות המידה המשפטיות שלאורן נבחנים היום מינויים בסמכות ממשלה ושרים, מבלי שנקבעו מנגנוני ביקורת משמעותיים אחרים כדי לוודא שמירה על טוהר המידות ואמון הציבור.** הרשות המחוקקת יכולה אמנם להסדיר את אמות המידה בקשר למינויים בחוק. אך מדובר במהלך רחב ומורכב, שיהיה חייב להתייחס למגוון משרות וגופים ממנים במגוון נסיבות והקשרים. אין לדעת אם מהלך חקיקתי כזה יבוא לעולם, לא כל שכן יבשיל בשנים הקרובות. עד אז, יהיה שיקול הדעת של הממשלה או השרים הממנים חסין מפני ביקורת וכל המינויים שיתקיימו תחת משטר חסר זה עלולים לפגום בצורה ניכרת ובלתי הפיכה בשירות הציבורי ובשלטון החוק.

### 3. ה. **פגיעה בעיקרון השוויון בבחירות**

316. תרומה משמעותית נוספת של עילת הסבירות לביקורת השיפוטית במשפט הישראלי, מצויה ביישום כללי האיפוק והריסון החלים על ממשלה יוצאת ועל חברה בתקופת הבחירות ועד להרכבת הממשלה החדשה. על-כן, ביטול עילת הסבירות עלול להביא לביטול ישיר או משתמע של חובה זו. לצד השיבוש בפעילות הממשלתית, חוסר התקינות והחשש מפני החלטות שיכבלו את שיקול הדעת של הממשלה הבאה, **הדבר אף עלול לפגוע בשוויון בבחירות, שכן הממשלה המכהנת וחבריה יהנו באופן מובנה מיתרון על-פני מפלגות המתמודדות בבחירות שאינן מרכיבות את הממשלה, באשר הם יוכלו להשתמש בסמכויותיהם השלטוניות כדי להיטיב את מצבם בעיני הציבור ולזכות ביתרון לא הוגן בבחירות באמצעות שימוש בכוחם השלטוני.**

317. נזכיר, כי בהתאם לסעיף 30 לחוק-יסוד: הממשלה, עקרון הרציפות חל על עבודת הממשלה, והפעילות השלטונית נמשכת כסדרה אף בתקופת הבחירות ולאחריה עד להקמת ממשלה חדשה. עם זאת, בפסיקת בית המשפט הנכבד נקבע, כי הממשלה והשרים בממשלת מעבר וערב בחירות מחויבים לנהוג "באיפוק הראוי למעמד של ממשלה יוצאת" בהפעלת סמכויותיהם לגבי כל אותם עניינים שאין כורח ודחיפות לפעול בהם בתקופת המעבר, וכי מתחם הסבירות של פעילות גוף שלטוני בתקופת ממשלת מעבר נבחן בשים לב למאפייניה של הסמכות הקונקרטיה המופעלת, ובהתחשב באיזון הנדרש בין הצורך בעשייה לבין דרישת האיפוק כאמור (בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, נה(2) 455

(2001) (להלן: עניין וייס)). איזון זה ימנע, למשל, החלטה המתקבלת על-ידי הממשלה היוצאת אשר כובלת באופן ניכר את שיקול דעת הממשלה הבאה, כאשר אין דחיפות לקבלה, והתועלת אשר תצמח ממנה לתפקוד הממשלתי התקין בתקופת הבחירות נמוכה למדי. הממשלה מחויבת באיזון זה שכן "אין היא נהנית עוד מאמון הציבור; ומאידך גיסא, עליה להבטיח יציבות והמשכיות, ולהימנע משיתוק ומריק שלטוני" (בג"ץ 8815/05 לנדשטיין נ' שפיגלר, פס' 9 (אר"ש 26.12.2005); ראו גם בג"ץ 6654/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה, פס' 6-8 לחוות דעתה של כב' הנשיאה א' חיות (אר"ש 13.12.22) (להלן: עניין פורום קהלת)). בהתאם להלכה הפסוקה, מרחב שיקול הדעת המסור לממשלה, גם בתקופת בחירות, הוא רחב מאד ביחס לנושאים מדיניים של ניהול יחסי החוץ והביטחון של המדינה – כך, נפסק ביחס לניהול משא ומתן מדיני (עניין פורום קהלת).

318. בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד עד היום, חובת הסבירות היא המסד המשפטי לחובתה זו של הממשלה היוצאת לנהוג באיפוק וריסון המתחייבים:

"המשפט החוקתי הישראלי אינו מכיר בדוקטרינה מיוחדת שלפיה עם התפטרותו של ראש-הממשלה סמכויותיו שלו וסמכויותיהם של השרים – ולענייננו נוכל לומר, סמכויותיה של הממשלה היוצאת – מצטמצמות לפעולות שוטפות (פעולות 'תחזוקה') בלבד. עם זאת על ממשלה יוצאת, כמו על כל ממשלה בישראל, לפעול בסבירות ובמידתיות, כאשר השוני בינה לבין ממשלה רגילה מתבטא בתחום פריסתו של מבחן הסבירות [...]"

מה משמיעים לנו העקרונות של סבירות ומידתיות על פעולותיה של ממשלה יוצאת מקום שראש-הממשלה התפטר? במתן תשובה לשאלה זו יש לחזור לתכלית המונחת ביסוד המשך כהונתם של ראש-הממשלה והשרים על-אף התפטרותו של ראש-הממשלה. תכלית זו הינה כפולה: מחד גיסא, היא נועדה למנוע 'חלל' שלטוני ולהבטיח יציבות והמשכיות. מאידך גיסא, יש להתחשב במעמדו המיוחד של ראש-הממשלה היוצא, אשר לכאורה עם התפטרותו היה תפקידו אמור להסתיים, אך הוא ממשיך להחזיק בו עד שייכנס לכהונתו ראש-הממשלה שנבחר, וזאת מכוח הוראתו של חוק היסוד עצמו [...]. על רקע תכלית כפולה זו מתבקשת המסקנה הזו: ראש-הממשלה שהתפטר והשרים של ממשלתו צריכים לפעול מתוך מודעות לתכלית האמורה. מצד אחד, עליהם לנהוג באיפוק הראוי למעמד של ממשלה יוצאת. מצד אחר, עליהם להבטיח יציבות והמשכיות. חובת האיפוק אינה קיימת מקום שקיים צורך ציבורי חיוני בעשייה. ברור מאליו כי מקום שצורך חיוני זה קיים, עליה לעשות להגשמתו, וזאת במידה הראויה. עניין לנו אפוא בגישה גמישה המאזנת בין איפוק לבין עשייה, על-פי נסיבות העניין ובהתחשב במציאות המשתנה" (עניין וייס, בעמ' 468-470).

319. נציין, כי פסיקה זו היא המסד להנחיית היועצת המשפטית מס' 1.1501 "מינויים בתקופת בחירות". יוער, כי גם בהקשר למינויים, בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד, לממשלה ולשריה נתון מתחם שיקול דעת בעניין, גם אם מצומצם יותר מאשר בתקופה רגילה שאינה תקופת בחירות, והחלטות שונות עשויות להיות במתחם הסבירות (בג"ץ 258/13 חי נ' ועדת החריגים לקציבת כהונת משרה בכירים (אר"ש, 20.03.13)).

320. הנה כי כן, ביטול עילת הסבירות עלול להביא לביטול ישיר או משתמע של הביקורת השיפוטית על האיפוק והריסון החלים על פעולות הממשלה בתקופת בחירות, וכפועל יוצא על הייעוץ המשפטי המקדים בהקשרים אלו.

321. בחיי המעשה, התוצאה עלולה להיות ניצול של המשאבים הממשלתיים לשם קידום סיכוייהן של המפלגות המכהנות בממשלה לזכות בתמיכה גדולה בבחירות הקרובות. אם בדרך של קבלת החלטות הרצויות לקבוצות מסוימות של בוחרים ואם בדרך של "כלכלת בחירות", קרי, חלוקת הטבות לצרכים אלקטוראליים ללא בסיס ענייני. כמו כן עלולות להתפתח תופעות של כבילת שיקול הדעת של הממשלה הנכנסת או לחלופין הימנעות מקבלת החלטות מתחייבות בשל שיקולים אלקטוראליים, והכל ללא כל מנגנוני ביקורת אפקטיביים.

322. **מצב דברים מעין זה עלול לפגוע באופן קשה בשוויון בבחירות, שכן הממשלה המכהנת וחבריה יוכלו להשתמש בסמכויותיהם השלטוניות כדי להיטיב את מצבם בעיני הציבור לעומת מועמדים שאינם מכהנים.** שימור הכוח הפוליטי באמצעות שימוש לרעה בסמכות השלטונית שניתנה לנבחר הציבור בנאמנות, הוא בגדר סכנה חמורה למשטר הדמוקרטי. החשש לניצול כזה גדל אם תתממש הסכנה להחלשת שומרי הסף והשירות הציבורי, עקב ההשפעה על מערך המינויים כמתואר לעיל. **לא למותר יהיה לציין את החשיבות החוקתית העליונה של שמירה על עקרון השוויון בבחירות, שהוא מיסודותיו 'הגרעיניים' ביותר של המשטר הדמוקרטי בישראל.**

323. בית המשפט הנכבד עמד לאחרונה באחת הפרשות על חשיבותו של עיקרון שוויון במסגרת ההתמודדות בבחירות, שהוא נשמת אפו של ההליך הדמוקרטי, והחשש שמא ניצול לרעה של כוח שלטוני (אגב שימוש במשאבים ציבוריים לצרכי תעמולה) יפגע בו:

"שמירה על עקרון השוויון במסגרת ההתמודדות בבחירות, שהוא נשמת אפו של ההליך הדמוקרטי, ועל כן מוגן בגדרו של סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. ברי כי הנגישות לשימוש במשאבים ציבוריים אינה שווה בקרב כלל המתמודדים בבחירות, ומי שקרוב יותר ל"צלחת" השלטונית יכול ליהנות יותר משימוש ישיר או עקיף במשאבים ציבוריים".<sup>92</sup>

324. כאמור לעיל, במסגרת הליכי החקיקה עמדו נציגי היועצת המשפטית לממשלה, הייעוץ המשפטי לוועדה ומלומדים שהשתתפו בדיונים על קושי זה. אף יו"ר הוועדה העיר, למצער ביחס להחלטותיה של ממשלת מעבר לאחר הבחירות בהקשרים מסוימים, כי יש לשקול מנגנון ביקורת אחר שאינו שיפוטי (פרוטוקול דיון מיום 26.6.23, בעמ' 37-38). אלא, שגם בהקשר זה התיקון כפי שנחקק לא נתן מענה לסוגיה.

325. כדי לעמוד על עוצמת הפגיעה, ובשים לב לכך שחובת הסבירות הייתה העוגן להלכה הפסוקה שניתנה בנדון ולייעוץ המשפטי שניתן על בסיסה, יש להשיב על השאלה האם עילות ביקורת שיפוטיות אחרות יוכלו לתת מענה לחובת האיפוק והריסון בתקופת הבחירות לכנסת ביום שאחרי ביטול עילת הסבירות:

<sup>92</sup> בג"ץ 1931/21 נתניהו נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים וארבע בפס' 2 לחוות הדעת של כב' השופטת ברק-ארז (אר"ש 19.03.2021).

ברי כי מקום בו שניתן להוכיח כי הממשלה, ראש הממשלה או שר משריה פועלים בתקופת הבחירות משיקולים זרים (כגון ניסיון ל"שוחד בחירות"), תהא החלטתם פסולה אף מחמת מעורבותם של שיקולים זרים בהליך קבלתה. ואולם, במרבית המקרים היא זה קשה, עד כדי בלתי אפשרי, להוכיח קיומם של שיקולים זרים או ניגוד עניינים מובהק, באשר בית המשפט איננו "בוחר כליות ולב".

מזווית אחרת, ייתכן שבתי המשפט יוכלו לתת מענה לחלל הנורמטיבי שייווצר בכך שיכירו שחובת האיפוק והריסון, הנשענת גם על קיומו של 'גירעון דמוקרטי' משעה שהממשלה אינה נהנית עוד מאמון הכנסת, כבר עומדת על שתי רגליה היא, במנותק מחובת הסבירות הכללית החלה על הממשלה וחבריה בפעילותם.<sup>93</sup> אולם הגירעון הדמוקרטי והעדר אמון הכנסת בממשלה חלים במובהק רק בתקופה שאחרי יום הבחירות, בעוד שהחשש לפגיעה בשוויון בבחירות ולפגיעה בהוגנות שלהן קיים במלוא עוצמתו דווקא בתקופה שלפני הבחירות. בנוסף יש קושי מסוים בפיתוח שכזה, היות שהמשמעות האופרטיבית בפועל של חובת האיפוק והריסון מנוסחת מעוגנת בפסיקה במישור הרעיוני בחובה לפעול בסבירות, דהיינו במונחים של צמצום מתחם שיקול הדעת של הממשלה. על כן לא ברור כיצד ניתן יהיה להפעיל בפועל את הביקורת השיפוטית על הפרת חובת הריסון והאיפוק מבלי להתייחס לרעיון של איזון בין שיקולים ומתחם שיקול דעת.

#### ה.4. מתן משקל נמוך לאינטרסים ציבוריים חשובים ופגיעה בחובת הנאמנות של הדרג הנבחר כלפי הציבור בכללותו

326. חובת הסבירות, כפי שפורשה בפסיקה, נוגעת למתן משקל ראוי לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים להחלטה. כך למשל שיקולים של הגנת הסביבה ובריאות הציבור מהווים שיקולים רלוונטיים ואף חיוניים בהחלטות מינהליות רבות, ומתן משקל ראוי לשיקולים אלה הוא חלק מחובת הסבירות החלה על הרשות המינהלית. שיקולים אלה נדחקים לא פעם הצידה מפני אינטרסים אחרים כדוגמת צרכי הפיתוח, ביטחון, כלכלה ומשבר הדור שהשפעתם על כלל הציבור ניכרת ושיש לא פעם לחץ ציבורי ופוליטי רב לקדםם. שיקולים אלה הם ארוכי טווח, השפעתם היא על הדורות הבאים, היא אינה מוחשית בהכרח וקידומם לא פעם אינו עולה בקנה אחד עם אינטרסים מיידיים. בשל כך ששיקולים אלה לא פעם אינם זוכים לקדימות, ראוי לאפשר ביקורת שיפוטית על המשקל שניתן להם בתהליך קבלת ההחלטות המינהליות.

327. חיוניותה ונחיצותה של עילת הסבירות במשפט המינהלי מתחדדות אפוא בכל הנוגע לאינטרסים ציבוריים רחבים כדוגמת הגנת הסביבה או בריאות הציבור. בניגוד לפגיעה מינהלית קונקרטית בזכויותיהם של פרטים, אשר עשויה לעתים למצוא מזור בעילת המידתיות (ולכך נתייחס בהמשך), הרי שפגיעה בסביבה או בבריאות הציבור אינה מגלמת, ככלל, ולפי הדין הקיים, פגיעה פרטנית בזכות של אדם זה או אחר.

<sup>93</sup> ראו למשל פסק הדין בבג"ץ 5403/22 לביא, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' ראש הממשלה (אר"ש 22.9.2022) אשר נשען "במישרין" על חובת האיפוק והריסון, מבלי להשתמש ברטוריקה של עילת הסבירות.

זאת, חרף השלכותיה הקשות והברורות על הציבור בכללותו, על בריאותו ועל איכות חייו, הן בדור זה, הן בדורות הבאים. משכך, בחינתה בראי מבחני המידתיות איננה מובנת מאליה, אם בכלל.<sup>94</sup>

328. הנה כי כן, עילת הסבירות משמשת אפוא כמגן העיקרי מפני מתן משקל אפסי או נמוך יתר על המידה לאינטרסים ציבוריים חשובים, כדוגמת שיקולי ההגנה על הסביבה או בריאות הציבור, בהליך קבלת החלטות המינהלי, והעדפת שיקולים פוליטיים או סקטוריאליים צרים במקומם.

329. התיקון לחוק היסוד אמנם אינו מכוון לרשויות המינהל ולמוסדות התכנון "הרגילים", שכן ביטול עילת הסבירות יחול רק ביחס להחלטות ממשלה ושרים. אלא, שבהתאם לדין בישראל, החלטות תכנוניות משמעותיות רבות ברמה הלאומית מתקבלות על-ידי הממשלה, שכן היא הגורם המוסמך לאשר תכניות מתאר ארצית (תמ"א) ותכנית תשתיות לאומיות (תת"ל).<sup>95</sup> מעבר לכך, בשל המנעד הרחב של סמכויות שרים בתחומים מגוונים, כדוגמת תשתיות ואנרגיה, רשויות מקומיות, הגנת הסביבה, חקלאות ועוד, אף ביחס אליהם תיגרע הביקורת השיפוטית שעניינה מתן משקל ראוי לאינטרסים ציבוריים רחבים, כדוגמת שיקולים סביבתיים.<sup>96</sup>

330. בתוך כך, חוקים רבים מטילים על הממשלה או על השרים חובת היוועצות בגופים מקצועיים או בבעלי תפקידים טרם קבלת החלטה בעניין מסוים. כך, למשל, שר הפנים נדרש להיוועץ במועצה הארצית לתכנון ובנייה לגבי הפעלת סמכויות שונות; שר האנרגיה נדרש להיוועץ במועצת הנפט לפני קבלת החלטות למתן זכויות נפט; ומאסדר שהוא שר נדרש להיוועץ עם הממונה על התחרות טרם קבלת החלטות לפי חוק צמצום הריכוזיות. מעבר לכך, סמכויות רבות מספור של שרי הממשלה הן סמכויות מקצועיות במהותן, אשר גם בהיעדר חובת היוועצות סטטוטורית, מתקבלות בשגרה בהיוועצות או לפי המלצתם של גורמי המקצוע המומחים לעניין. העמדה המקצועית היא זו שמביאה דרך כלל בפני השר את הנתונים, העובדות והאינטרסים הציבוריים הנדרשים לעניין. בהתאם לדין הקיים היום, מתן משקל נמוך מדי לעמדת גורמי המקצוע, עלול להגיע כדי חוסר סבירות אשר מצדיק התערבות שיפוטית.

<sup>94</sup> בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, נח(3) 503 (2004), שם נפסק כי לא ניתן להכיר בזכות לאיכות סביבה נאותה כזכות חוקתית הנגזרת מן הזכות לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והותרה ב"צריך עיון" השאלה אם מוכרת זכות אדם הלכתית לאיכות סביבה נאותה, אך לצד זאת הובהר, כי אם תתקבל החלטה אשר פוגעת באיכות הסביבה באופן בלתי סביר, ניתן יהיה לתקוף את החלטה באמצעים המקובלים של המשפט המינהלי (ראו פסי' 22 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק).

<sup>95</sup> ראו למשל פסק הדין בבג"ץ 9409/05 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנה על הסביבה נ' הוועדה הארצית לתכנון ובנייה של תשתיות לאומיות, פ"ד סד(2) 316 (2010) – בעניין סלילת כביש 9 והצורך לבחון חלופות תכנוניות ראויות בשל פגיעה סביבתית; עוד ראו בג"ץ 8425/04 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנה על הסביבה נ' הוועדה הארצית לתכנון ובנייה של תשתיות לאומיות (אר"ש 8.7.2008) ווע"ם 3189/09 החברה להגנת הטבע נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה (אר"ש 2.7.2009) – פסקי דין שבהם עמד בית המשפט הנכבד על חשיבותם הרבה של שיקולים סביבתיים במסגרת שיקול הדעת המינהלי המופעל בהליכי תכנון ובנייה, וזאת מחמת השפעתם הישירה של שיקולים אלה על בריאות האדם ואיכות חייו, וכן נוכח טיבן הבלתי-הפיך של החלטות תכנוניות רבות הפוגעות בסביבה.

<sup>96</sup> ראו למשל בג"ץ 1756/10 עיריית חולון נ' משרד הפנים (אר"ש 2.1.2013) – ביטול החלטת שר הפנים שלא לאשר חוק עזר, מחמת חוסר סבירותה, מאחר שזו התעלמה מתרומתו של חוק העזר המוצע להגנת הסביבה, ולקידום עקרון "המזהם משלם". עוד ראו דוגמאות המובאות בעמדת אדם, טבע ודין אשר צורפו כידידי בית המשפט בהתאם להחלטה מיום 9.8.2023.

331. הנה כי כן, במישור הכללי, ביטול עילת הסבירות "ישחרר" את הדרג המדיני מהצורך לתת משקל ראוי לחוות דעת מקצועיות המוצגות לו, או מהחובה להציג שיקולים כבדי משקל המצדיקים סטייה מן העמדה המקצועית בהקשרים מסוימים; שכן עילת הסבירות היא זו שמעניקה לעמדות המקצועיות, ולנתונים האובייקטיביים הנדרשים לקבלת ההחלטה, את המשקל הראוי להן בהחלטות הממשלה והשרים. מקום שבו הדרג המדיני יבחר לייחס משקל אפסי או מזערי לעמדת גורמי המקצוע – עילת הסבירות היא עילת הביקורת השיפוטית הרלוונטית. מעבר להשלכות הישירות הקשות, מתן "אור ירוק" להתעלמות מעמדת גורמי המקצוע יפגע באופן רחבי בתקינות ההחלטות המינהליות במנעד רחב של תחומים, ויערער את מעמדם של גורמי המקצוע לאורכו ולרוחבו של השירות הציבורי. הלכה למעשה, הדבר ישחרר את הדרג הנבחר מחובת הנאמנות שלו לאינטרס הציבורי בכללותו, ויאפשר העדפה של שיקולים פוליטיים וסקטוריאליים צרים, על-פני אינטרסים ציבוריים רחבים.

332. רוחב הפגיעה בהיקף הביקורת השיפוטית הוא רחב כרוחב יריעתה של עילת הסבירות. במסגרת זאת ניתן למנות את שיקולי איכות הסביבה, שיקולי בריאות הציבור, וכל אינטרס ציבורי רחב אחר, שכן למעשה – הביקורת השיפוטית ביחס לכל תחום מתחומי הפעילות הממשלתית – לרבות רגולציה ממשלתית (בתחומי התקשורת, הכלכלה, התחבורה, התמיכות וכן הלאה) – תיוותר חלקית, בין היתר בשל האפשרות לתת משקל נמוך עד אפסי לשיקולים מקצועיים, ולהעדיף על פניהם שיקולים אחרים.

## ה. פגיעה בהיקף ההגנה המינהלית על זכויות האדם

333. עילת הסבירות משמשת בפסיקת בית המשפט הנכבד ככלי משמעותי לשמירה על זכויות האדם, ובמובנים רבים משלימה את ההגנה שמקנה עילת המידתיות, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובחוק-יסוד: חופש העיסוק.<sup>97</sup>

334. ראשית, עילת הסבירות מאפשרת לבית המשפט לוודא כי במסגרת ההחלטה ניתן משקל ראוי לשיקול השמירה על זכויות האדם במסגרת מכלול השיקולים ששקלה הרשות. כך, למשל, נפסק באחת הפרשות, כי האיזון שערכו משיבי הממשלה בין השיקול התקציבי לבין השיקול הנוגע להגנה על חייהם ושלומם של תלמידי יישובי עוטף עזה, חורג משמעותית ממתחם הסבירות, והמשיבים חויבו למגן את כל כיתות-האם בבתי הספר בשדרות וביתר יישובי "עוטף עזה" במיגון מלא.<sup>98</sup> עוד נפסק, למשל, כי סירובו של שר הביטחון לאפשר לציין על מצבה בבית קברות צבאי את שמות אחיו של חלל צה"ל הוא בלתי סביר, שכן לא ניתן משקל הולם לרגשות המשפחות השכולות אל מול עיקרון האחידות.<sup>99</sup>

<sup>97</sup> יוער, כי נושא זה הוצג בהרחבה, בצירוף דוגמאות רבות, בפסי' 94-179 לעתירת ארגוני זכויות האדם בבג"ץ 6038/23, אשר צורפו להליך במעמד ידידי בית המשפט (החלטה מיום 9.8.2023), וכדי לא להכביד נעמוד בפרק זה על מספר דגשים עיקריים.

<sup>98</sup> בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, סב(2) 198 (2007).  
<sup>99</sup> עניין ויכסלבאום, לעיל ה"ש 15.



335. שנית, עילת הסבירות משמשת את בתי המשפט לבקר החלטות שבמסגרתן נפגעות **זכויות אדם שאינן זכויות המעוגנות או נגזרות מחוקי-היסוד**, כדוגמת חלק מן הזכויות החברתיות או זכויות כלכליות שאינן זכויות מוקנות (רישיונות, היתרים, סובסידיות וכיו"ב).

כמו כן, עילת הסבירות היא עילת הביקורת העיקרית כאשר עסקינן בפגיעה במי שאינו מחזיק בזכות מוקנית, כדוגמת מי שאינם בעלי מעמד בישראל בהקשרים הנוגעים להסדרת מעמדם;<sup>100</sup> או כניסתם של תושבים פלסטינים או זרים לישראל בהקשרים מסוימים.<sup>101</sup> גם אם לכאורה עילת המידתיות יכולה להתפרש מעבר לזכויות החוקתיות, הרי שהדבר טעון פיתוחים דוקטרינריים ויישומיים, שעשויים לארוך שנים ארוכות, שניתן להניח שהיו מפותחים פסיקתית כבר עתה לולא פיתוח עילת הסבירות.

336. שלישית, לעתים הפגיעה בזכויות אדם אינה נגזרת ישירה של פעולה שתכליתה מתן מענה ישיר לאינטרס אחר, אלא היא פועל יוצא של נהלים אדמיניסטרטיביים, כדוגמת קריטריונים למימוש זכויות חברתיות או של שיקולים תקציביים. ראו למשל פסק הדין אשר עוסק בין היתר בסבירות התעריף לסל יטיפול בריאותי מקדם לילדים בגיל הרך על הספקטרום האוטיסטי;<sup>102</sup> חיוב מועצה מקומית לפעול להקמת מקווה, לאחר שנקבע כי החלטה להימנע מכך אינה סבירה, משאינה מאזנת כראוי בין הצורך של תושבות היישוב לקיים את מצוות הטבילה לבין השיקולים התקציביים;<sup>103</sup> או ניתוח סבירותן של תקנות הביטוח הלאומי העוסקות בזכאים לגימלאות.<sup>104</sup> בהקשר אחר, לעתים הפגיעה הנובעת בזכויות נובעת מאופן התנהלות הרשות, כדוגמת אי-קבלת החלטה מטעמים כאלה או אחרים או השתהות בטיפול.

337. סוגיה נוספת אשר הפסיקה התייחסה אליה בראי עילת הסבירות, היא בחינת החלטה במימד הזמן, במיוחד כאשר הרשות מבקשת להחיל שינוי בשירות הניתן לתושביה, ללא הוראת מעבר מספקת. כך, נפסק לאחרונה כי הממשלה אינה רשאית לקבוע מבחן תמיכה אשר מפסיק באמצע השנה את הסבסוד לאברכים שילדיהם נמצאים במעונות יום לפעוטות ללא קביעת הוראת מעבר סבירה ומידתית, וזאת גם כאשר אין מדובר בזכות מוקנית.<sup>105</sup>

338. בהקשרים אלה ונוספים, עילת המידתיות, כפי שפותחה בפסיקה, נעדרת את אותם המרכיבים והמאפיינים המתאימים כדי להתמודד עם חוסר התקינות בפעילות הממשלתית. בנסיבות אלה, דווקא עילת הסבירות, כפי שהתפתחה במשך שנים, היא האכסניה הטבעית לביקורת השיפוטית על פעולת המינהל הציבורי לשם הגנה על זכויות האדם ומימושו.

<sup>100</sup> עע"מ 3268/14 עבד אלחאק נ' שר הפנים (אר"ש 14.03.2017).

<sup>101</sup> בג"ץ 2777/18 כרנז נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה (אר"ש 16.04.2018).

<sup>102</sup> בג"ץ 2902/13 העמותה לילדים בסיכון נ' משרד הבריאות (אר"ש 4.9.2015).

<sup>103</sup> עע"מ 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים (אר"ש 9.9.2014).

<sup>104</sup> עננין זידאן, לעיל ה"ש 35.

<sup>105</sup> בג"ץ 5782/21 זילבר נ' שר האוצר, בפס' 62-65 לפסק דינו של כב' השופט שטיין (אר"ש 12.1.2022).

339. כפי שצינו לעיל, שאלה היא אם, כיצד ותוך כמה זמן יוכלו בתי המשפט לפתח את עילת המידתיות, או עילות ביקורת שיפוטית אחרות, באופן שייתן מענה למקרים אלה וימנע פגיעה בזכויות אדם, שיכולה להיות קשה וחמורה בתוצאותיה עבור האדם הנפגע, לא פחות מאשר פגיעה "ישירה" בזכות אדם חוקתית. בטווח הזמן המיידית, יש חשש שביטול עילת הסבירות יפגע בצורה חמורה ביכולתה של הרשות השופטת מלממש את תפקידה החוקתי בהגנה על זכויות הפרט מפני פגיעת השלטון, וזכויות המיעוט מפני עריצות הרוב.

340. הנה כי כן, עילת הסבירות מהווה חיזוק והשלמה ליכולתו של בית המשפט להבטיח שמירה על זכויות אדם על-ידי רשויות השלטון, וכי כידוע, מבין כלל העילות המינהליות, עילת המידתיות היא זו אשר עומדת בחזית המאמץ לשמירה על זכויות האדם. בהקשר זה יצוין, כי ספק אם הפגיעה אשר נגרמת להגנה על זכויות אדם כתוצאה מהתיקון, עולה כדי פגיעה אנושה ביסודות ה'גרעיניים' של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, על רקע קיומה של ההגנה החוקתית על זכויות האדם המעוגנות בחוקי היסוד. עם זאת, כפי שפורט לעיל, לתיקון לחוק השלכות נרחבות על היכולת להגן על זכויות אדם בשורה של מקרים, אשר מצטברים לפגיעה בעקרונות יסוד נוספים.

#### ה.6. **סיכום ביניים – פגיעתו של התיקון בביקורת השיפוטית והשלכותיה על אופיה הדמוקרטי של המדינה והשתלבותו במכלול רחב יותר**

341. מכל האמור לעיל עולה, כי התיקון לחוק-יסוד: השפיטה, אשר גודע כלי מרכזי במשפט המינהלי מן הרשות השופטת ובכך מגביל את יכולתו של בית המשפט לפקח על החלטותיה של הממשלה ושריה, **עלול להוביל, לבדו, לפגיעה אנושה במאפיינים 'גרעיניים' של משטרה הדמוקרטי של המדינה**. הדבר נובע מההשלכות של פריצת הגבולות בין הרשות המבצעת והמכוננת ובין הרשות השופטת. למעשה, מדובר בהסגת גבולה של הרשות השופטת, תוך פגיעה קשה וממשית באפשרותו של בית המשפט לבצע את תפקידו החוקתי בביקורת על פעילות הממשלה. מדובר אפוא בפגיעה קשה בעיקרון הפרדת הרשויות.

342. הנה כי כן, כתוצאה מהתיקון, תישלל הביקורת השיפוטית האפקטיבית על החלטות הממשלה והשרים. ודוק: אין מדובר בפגיעה תיאורטית או מסתברת, שכן שלילת הביקורת השיפוטית האפקטיבית והפיכת שיקול הדעת של הממשלה והשרים לשיקול דעת מוחלט – יורדת לבסיס הפרדת הרשויות ושלטון החוק.

בתוך כך, הציבור יוכפף לשרירות הממשלה והשרים בשורה ארוכה של נושאים, הנוגעים לאינטרסים ציבוריים חיוניים, תוך דחיקת השיקולים המקצועיים והחלשת ההגנה על זכויות אדם. הדבר משמעותי במיוחד בהחלטות שבהן עילת הסבירות משמשת להבטיח כי הדרג הנבחר ייתן שיקול נכבד, ולעיתים אף מכריע, לשיקולים של המינהל התקין, השמירה על טוהר המידות, והאינטרס הציבורי.

הפגיעה הטמונה בהחלשת הביקורת השיפוטית, בפרט במקרים אלו, באה לידי ביטוי מובהק בהשלכותיה על מינוי שומרי הסף ובעלי תפקידים בכירים והעברתם מתפקידם, וההשפעה הנגזרת על עצמאותם ומקצועיותם של אלה, עד כדי שינוי אופיו של השירות הציבורי במדינת ישראל, ושליטת ערובה חשובה שקיימת בשיטתנו המשפטית לשמירת שלטון החוק.

בנוסף, כתוצאה מהתיקון, תיחלש יכולתו של בית המשפט להבטיח התמודדות שוויונית בבחירות אל מול מי שמחזיקים בידם בכוח השלטוני בתקופת הבחירות, תוך פגיעה בעקרונות הדמוקרטי הבסיסי של בחירות שוויוניות.

השלכותיו של התיקון אינן מתמצות רק בשלב הביקורת השיפוטית, אלא משליכות "אחורה" על תהליך קבלת ההחלטות ויכולתו של הייעוץ המשפטי לממשלה לעמוד על שלטון החוק, ולמנוע ניצול לרעה של הכוח השלטוני האדיר לשיקולים פוליטיים צרים על פני האינטרס הציבורי.

343. נדגיש כי אין במסקנה זו כדי לומר שאין בכוחה של הכנסת לקבוע בחוקי היסוד, מבלי לפגוע במאפייניו 'הגרעיניים' של המשטר הדמוקרטי, הוראות שיעסקו גם בעילות הביקורת השיפוטית. הדבר עשוי להיות אפשרי למשל במסגרת הסדר שלם שיעמיד ערובות דמוקרטיות ולא יקעקע את מערך האיזונים והבלמים בין הרשויות, לא יפגע בהפרדת הרשויות או יאפשר שימוש בלתי מרוסן בכוח שלטוני כמתואר בהרחבה לעיל. עמדת היועצת המשפטית לממשלה מתייחסת לתיקון מספר 3 לחוק-יסוד: השפיטה, כפי שהתקבל בידי הכנסת, והוא בלבד זה שעומד לבחינה כעת. כוחה של הרשות המכוננת רב ורחב. ובהתאם להתערבות השיפוטית תעשה רק במקרי קיצון חריגים ביותר. כל עוד לא נשללים המאפיינים 'הגרעיניים' של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

344. בהקשר זה נשאלת השאלה כיצד יש לבחון את התיקון הנוכחי ביחס למארג תיקוני החקיקה המקודמים במקביל (ראו טענות העותרים בבג"ץ 5658/23, בעמ' 50-58). זאת, בראש ובראשונה היות שהתיקון הוצג על-ידי הקואליציה, מלכתחילה, ומאז שוב ושוב, כחלק ממכלול כזה. בעניין זה נזכיר כי תיקון עילת הסבירות נכלל כאחד הסעיפים ב"שלב הראשון" של הרפורמה בנאומו של שר המשפטים מתאריך 4.1.23, וכן שולב בטיוטות שהעביר יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט בחודש ינואר 2023 כחלק ממה שכונה רפורמת "ציון במשפט תיפדה". גם אמירות שונות של חברי הקואליציה בחודשים שמאז כינון הממשלה, לרבות לאחר אישורו של התיקון הנוכחי בכנסת, הבהירו שעילת הסבירות היא אך רכיב אחד בלבד ממהלך כולל לרפורמה במערכת המשפט.

345. בשל כך, כבר בהתייחסותו הראשונה של המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי), עו"ד גיל לימון להצעות החוק הראשונות שנידונו במסגרת הרפורמה בוועדת חוקה, חוק ומשפט בתאריך 16.1.23, הוא ציין כי הוא מבקש "להתייחס לנושא מנקודת מבט רחבה יותר, שמביאה בחשבון את מכלול ההצעות שעומדות על סדר היום הציבורי בימים אלה – מינוי יועצים משפטיים כמשרות אמון, ביטול המעמד המחייב של חוות דעת היועץ המשפטי, ביטול בלעדיות הייצוג בערכאות על-ידי פרקליטות המדינה, הרחבת ההשפעה הפוליטית בהליכי מינוי שופטים, התגברות על פסיקת בית המשפט העליון ברוב פרלמנטרי רגיל וביטול עילת הסבירות. **מדובר במכלול אחד שיש לבחון אותו ציבורית ומשפטית יחד**". הדברים עולים גם בחוות הדעת של היועצת המשפטית שהועברה לשר המשפטים ביחס לטיוטת התזכיר, שם עמדה על היועצת המשפטית לממשלה על ההשלכות המצטברות של הצעדים המוצעים.

346. במישור של התיקון בפני עצמו, כפי שהראינו לעיל, ביטול עילת הסבירות שולל באופן אפקטיבי את הביקורת השיפוטית על הפעלת שיקול הדעת של הממשלה ושל שריה, במנעד רחב של נושאים קריטיים ומשמעותיים. כל זאת, במצב שבו בישראל הביקורת השיפוטית היא המנגנון המרכזי – ואולי אף היחיד – שבכוחו לבלום ולאזן את כוחה הרב של הממשלה ואת שליטתה בכנסת באמצעות הרוב הקואליציוני. כפי שהוצג לעיל, התיקון אף יפגע דה-פקטו בעצמאותם ובאי-תלותם של שומרי הסף הפועלים בתוככי רשות המבצעת וממילא ישליך על תקינות וחוקיות כלל ההחלטות המינהליות המתקבלות על-ידי גורמי המינהל. השפעות מצטברות אלה, עלולות – בהסתברות גבוהה מאד – להביא לפגיעה בעקרונות יסוד גרעיניים של המשטר הדמוקרטי בישראל.

347. למישור ניתוח זה יש להוסיף שכאמור לעיל, התיקון אינו עומד בפני עצמו, אלא הוא מהווה, כפי שתואר על ידי יוזמיו, נדבך ברפורמה, המובילה לניווט מנגנוני ריסון ואיזון לטובת ביצור כוחו של הרוב הקואליציוני ושחרורו מבלמים. בין שלבים אלה ניתן למנות את התוכנית לשינוי מבנה הוועדה לבחירת שופטים הנותן בהליך זה כוח מכריע לממשלה ולנציגיה בכנסת, חקיקת פסקת התגברות שאינה דורשת הסכמה רחבה והפיכת משרות היועצים המשפטיים למשרות אמון. כל זאת, לצד פעולות חקיקה אחרות, אשר אף בהן ניכרת מגמה של הגברת הכוח השלטוני ודחיקת מנגנונים מרסנים, בהקשרים רגישים של זכויות אדם, כדוגמת תיקון מס' 37 לפקודת המשטרה (שבענייני תלויות ועומדות עתירות – בג"ץ 8987/22 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (צו על תנאי ניתן ביום 18.6.2023))

348. יצוין, כי דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי, כפי שנידונה בפרשת חסון, אינה כוללת התייחסות לחקיקה שטרם הבשילה, שכן, ככלל, הבחינה החוקתית רואה לנגד עיניה את חוק-היסוד שעבר את מסלול החקיקה בפועל, וכן כידוע בית המשפט אינו דן בעניינים תיאורטיים.

349. לכן חשוב להבהיר, כי גם במקרה דנן בית המשפט אינו מתבקש לדון בעניין תיאורטי. עניין לנו במצב חריג, שבו תיקון החקיקה הנדון מעבר לפגיעה הטמונה בו כשלעצמו, מהווה באופן מוצהר נדבך משמעותי בתכנית רחבה יותר, שאינה תכנית תיאורטית אלא כבר יצאה אל הדרך. ודוק: את התיקון יש לבחון קודם כשלעצמו, בראי דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, במובנה הצר שעוצב בפרשת **חסון**, בהתאם לניתוח שפורט בפרקים הקודמים. ואולם התבוננות על התיקון כחלק ממהלך רחב יותר, ותרומתו בפועל של התיקון לשאר רכיבי המהלך הרחב, מוסיפה קשיים חוקתיים משמעותיים נוספים על גבי אלו שנובעים מהתיקון עצמו, אשר לא ניתן להתעלם מהם. בהקשר זה, יודגש כי התיקון מקל כבר היום על קידומה של הרפורמה כמכלול, על-ידי כך שהוא פורץ את גדרה של הרשות השופטת, ובד בבד מתחיל תהליך של שינוי דפוסי הפעולה של השיטה המשפטית הישראלית, באמצעות פגיעה במעמדו ובסמכויותיו של בית המשפט הנכבד וכן במעמד וסמכויות שומרי הסף, האמונים על שמירת שלטון החוק ברשות המבצעת, ובטוהר המידות, כפי שפורט לעיל.

לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, לביטול עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית יש חלק מרכזי במכלול המהלכים אשר עלולים להוביל לשינוי שורשי במבנה המשטרי הישראלי, **תוך פגיעה אנושה, שעלולה להיות בלתי הפיכה, ביכולתו של בית המשפט הנכבד למלא את תפקידו החוקתי במדינה דמוקרטית**. זאת, לנוכח הסרת המגבלות המהותיות המוטלות על כוחו של הרוב הקואליציוני, וביטול הערובות החיוניות לשמירה על היסודות הדמוקרטיים של מדינת ישראל.

כך למשל, הותרת התיקון על כנו מעלה כאמור חשש משמעותי, שבתקופה זו יוחלפו או יוחלשו בעלי תפקידים ושומרי סף בכירים (ובתוכם אף שומרי סף בייעוץ המשפטי לממשלה שאמונים על מתן חוות דעת משפטית מקצועית ביחס להצעות לתיקוני חקיקה, הן בכנסת הן בממשלה). השירות המשפטי הציבורי יהפוך כאמור משירות מקצועי, א-פוליטי וממלכתי לשירות ציבורי שמנהליו חבים חובת אמון לדרג הנבחר, ולו בלבד. הדרג הנבחר, בתורו, יהיה פטור מחובת הנאמנות לאינטרס הציבורי הרחב, ויהיה חופשי להעניק מעמד בכורה לשיקולים פוליטיים צרים, לרבות בתקופת בחירות בה הדבר יוכל לשרת את תעמולת הבחירות של המפלגות המרכיבות את הממשלה.

## ו. האם התיקון עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת?

350. לצד הטיעון המתבסס על דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי וגבולות הסמכות המכוננת, כפי שאלה עוצבו בפסק הדין בעניין **חסון**, ברבות מן העתירות נטען כי התיקון עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת, ודינו בטלות אף מטעם זה.

351. יסודותיה של הדוקטרינה בדבר שימוש ברעה בסמכות מכוננת, נטועים בתפיסה המשתקפת בהחלטת הררי משנת 1950 שלפיה הסמכות המכוננת ניתנה לכנסת כדי שזו תכין את חוקה המדינה. אמנם, כפי שהוסבר לעיל, בעקבות הפשרה הפוליטית, לא אומצה החוקה בבת אחת בימי הכנסת הראשונה או השנייה והמשימה חולקה לשלבים – על ועדת החוקה הוטל להכין פרקים-פרקים שכל אחד חוק יסוד בפני עצמו, אך מהות העניין לא השתנתה. חוקי היסוד אמורים להתאגד יחד לחוקת המדינה. כלומר מעשי הוועדה והכנסת בקשר לחוקי היסוד הם במהותם מעשים של כתיבת חוקה. בהתאם למהותה, החוקה מעגנת הסדרים תשתיתיים משותפים ומוסכמים בדבר סדרי השלטון, חלוקת הכוחות והתפקידים בין רשויות השלטון, זכויות האדם ועקרונות זהותיים של המסגרת המדינית. פסקי הדין של בית משפט נכבד זה (מאז עניין **בנק המזרחי** ואילך) ביססו על תפיסה זו את מעמד החוקתי העליון של חוקי היסוד, כתוצר של הפעלת הסמכות המכוננת. בדומה, האופן שבו על הרשות המכוננת להפעיל את סמכותה, וגבולות הכוח בהפעלתה, נובעים מאופייה הייחודי של סמכות זו ומאופי המשימה הגלומה בגיבוש חוקי היסוד לפי החלטת הררי – ליצור חוקה. זאת, בשונה למשל מהפעלת הסמכות המחוקקת.

352. בניגוד לדוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי, דוקטרינה השימוש לרעה בסמכות המכוננת אינה עוסקת בהפעלת ביקורת חוקתית על התוכן המהותי-תוכני של הנורמה שנקבעה, אלא עוסקת **בשאלת הזיהוי שלה והתאמתה להימנות על נורמה מסדר הנורמות החוקתיות**. בהתאם לדוקטרינה זו נבחנת – באופן הפורמלי והמהותי גם יחד – השאלה אם מה שנחזה להיות חוק יסוד אכן מעגן הסדר חוקתי שהוא התוצר הרגיל של הכנסת בכובעה כ"רשות המכוננת", וניצב בראש מדרג הנורמות; או שמא הרשות המכוננת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת והוציאה תחת ידיה נורמה "רגילה", תחת כסות חוקתית. אף במקרים בהם הרשות המכוננת קובעת נורמה שהיא לכאורה אינה "רגילה" אך כזו שאינה מקיימת את התכלית של הסמכות המכוננת ואינה משתלבת במארג החוקתי, נראה כי יש בכך משום שימוש לרעה בסמכות המכוננת. מטרתה של הדוקטרינה, היא אם כן, למנוע חדירתן של נורמות שאינן מצויות במדרג חוקתי לתוככי החוקה המתגבשת, באופן שעלול להביא לשחיקה במעמד של חוקי היסוד.

353. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת התפתחה בפסיקת בית המשפט הנכבד בשנים האחרונות אל מול פרקטיקות פרלמנטריות שהובאו לביקורת שיפוטית, ובגדרה קבע בית המשפט הנכבד מספר מבחני עזר, שאינם בגדר רשימה סגורה, לצורך מתן מענה לשאלה אם דבר חקיקה הנחזה להיות חוק יסוד, אכן מהווה את אותו תוצר "רגיל" של הרשות המכוננת; או שמא דבר החקיקה האמור מגלם שימוש לרעה בסמכות המכוננת. להלן נעמוד על עיקריה של הדוקטרינה ועל קווי המתאר הנוכחיים שמעצבים את גבולותיה. לאחר מכן, נעבור ליישומה על המקרה שבפנינו בהתאם לפסיקה האמורה.

## 2.1. המבחן הצורני והתפתחותו בפסיקה

354. כאמור לעיל, בניגוד למדינות דמוקרטיות רבות, אין בשיטת המשפט הישראלית הסדר ברמה החוקתית בנוגע לאופן חקיקת חוקי היסוד, או תיקונים להם. בעבר הונחו על שולחן הכנסת הצעות שונות לחקיקת חוק-יסוד: החקיקה, שביקשו לקבוע את ההסדרים החוקתיים העקרוניים שיחולו על מלאכת החקיקה, כמו גם מלאכת חקיקת היסוד ואולם, המאמצים לחוקק את חוק-יסוד: החקיקה לא צלחו עד כה. לפיכך, הליך חקיקת של חוק יסוד זהה כיום במתכונתו להליך חקיקת של חוק "רגיל", ונעשה בהתאם להוראות תקנון הכנסת ובכפוף להוראות מפורשות בחלק מחוקי היסוד, באשר לרוב הדרוש לביצוע שינויים מסוימים בהם. ההליך החקיקה זהה ומכאן שגם הגורמים המוסדיים המעורבים בהליך זהים. החשש לעירוב אינטרסים, בין אלה שצריכים להישקל בעת חקיקתו של חוק רגיל בידי הכנסת כרשות מחוקקת, לבין אלה שצריכים להישקל בעת קבלתו של חוק יסוד בידי הכנסת כרשות מכוונת, הוא גדול. קו הגבול במציאות קשה לשרטוט, הגם שמדובר בהפעלת סמכויות בעלות משמעות חוקתית שונה שתוצריהם שונים במעמדם ובמהותם. חברי הכנסת שמפעילים שיקולים פוליטיים רגילים ההולמת הליכי חקיקה רגילה, עשויים לפעול, ללא הצדקה, במסלול של קביעת חוק יסוד, לשם עיגון הסדרים חקיקתיים שאין בינם ובין סמכות מכוונת דבר.

355. בנסיבות אלה, לצד ההכרה במעמד הנורמטיבי העליון של חוקי היסוד, עסק בית המשפט הנכבד בשאלה מתי תזוהה נורמה כנורמה חוקתית. בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי**, אומץ מבחן טכני במהותו – כותרת של "חוק יסוד", ללא ציון שנת החקיקה (דבר המבטא את העדר התלות של חקיקת היסוד בזמן ושעה). בית המשפט הנכבד קבע אפוא בעניין **בנק המזרחי**, כי ההבחנה בין תוצרי פעולתה של הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת, לבין דברי חקיקה שהם תוצר של פעולתה של הכנסת בכובעה כרשות מכוונת, נקבעת על-ידי **מבחן צורני פשוט** שנתון בעצם בידי הכנסת עצמה: "**הכנסת משתמשת בסמכותה המכוונת... כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה ורואה בו 'חוק יסוד' (ללא ציון שנת חקיקה)**" (שם, בעמ' 403).

356. כפי שיפורט להלן, במהלך השנים הוסיפה הפסיקה לצד המבחן הצורני "הפשוט" גם בחינה צורנית "מתקדמת", וזאת במסגרת פיתוח דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוונת.

357. את ניצניה של דוקטרינת השימוש לרעה ניתן למצוא כבר בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי** עצמו, שבמסגרתו העלה בית המשפט ספק באשר לסמכותה של הכנסת לעגן בחוקי היסוד הוראות אשר אינן מתאימות מבחינה מהותית להיכלל בחקיקת יסוד, כאשר הדבר סווג בפסק הדין כשימוש לרעה **בכותרת** חוק יסוד. באותו שלב, האפשרות של הגבלת סמכות הרשות המכוונת הועלתה על-ידי כב' הנשיא ברק כאפשרות בלבד, שהותרה בצריך עיון (**בנק המזרחי**, בעמ' 406):

"מה דין חקיקה עתידה של הכנסת, אשר תעשה 'שימוש לרעה' בדיבור 'חוק-יסוד' תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום? שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר [...] אני מבקש להשאיר [אותה] בצריך עיון."

גם כב' השופט בך התייחס בפסק דינו **בעניין בנק המזרחי** לשימוש אפשרי לרעה בסמכות המכוננת, ביחס לנושאים אשר "משקלם הציבורי-ממלכתי" אינו מצדיק את השימוש בסמכות המכוננת ואינם ראויים להיכלל בחוקה (שם, בעמ' 580).

358. התייחסות לאפשרות המושגית של שימוש לרעה בסמכות המכוננת, הועלתה כעבור מספר שנים בדבריה של כב' השופטת דורנר בבג"ץ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת** (ניתן ביום 5.8.99) בעמ' 95: "השאלה אם הכנסת מוסמכת לכלול בחוק יסוד נורמות שאינן חוקתיות מבחינת נושאן אינה פשוטה, ובית משפט זה העדיף להשאירה בצריך-עיון".

359. בשלב מאוחר יותר, בשני פסקי דין שעסקו בעניין התקציב הדו-שנתי, בהם נדונו תיקונים של חוק-יסוד: משק המדינה, שנקבעו כ"הוראת שעה", נדונה האפשרות להכיר במצב נוסף, שבו חקיקת חוק יסוד תעלה לכדי "שימוש לרעה" הנובעת מעצם השימוש בנורמה חוקתית – מצב שבו חקיקת היסוד נעשתה בדרך של הוראת שעה. זאת, משום שחקיקת יסוד זמנית סותרת באופן אינהרנטי את האופים העל-זמני של חוקי היסוד.

360. בפסק הדין הראשון שעסק בתקציב הדו-שנתי הראשון – עניין **בר-און** – עמדה כב' הנשיאה ביניש על כך שבמהלך השנים הזיהוי של חוק יסוד על-ידי הכנסת ועל-ידי בית המשפט, נעשה על-פי המבחן הצורני; אך העלתה את האפשרות לפיה לצד המבחן הצורני ישולב גם מבחן מהותי או מבחן משולב, כך שלא די יהיה בכותרת "חוק יסוד" כדי להעמיד את דבר החקיקה כנורמה עליונה. סוגיה זו נותרה בפסק הדין ב"צריך עיון".

כאמור, פסק הדין בעניין **בר-און** התמקד בכך **שהתיקון נעשה באמצעות הוראת שעה**, ועמד על הקושי המושגי הנובע מקביעת חוק יסוד, שאמור לבטא נורמה תשתיתית ועל-זמנית, לתקופה התחומה מראש בזמן. בצד האמור נקבע, כי במערך החוקתי הישראלי אין בזמניות של חקיקת יסוד כדי לפסול אותו מעיקרו או כדי להעמידו במדרג נורמטיבי נמוך. עם זאת הובהר, כי חקיקת חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות לכדי "שימוש לרעה" בכותרת "חוק יסוד", "בבחינת כל מקרה לגופו", וכי על הכנסת לשאוף להימנע מעריכת הסדרים חוקתיים זמניים נוכח הבעיות הנובעות מעצם הזמניות של הנורמה החוקתית.

כב' הנשיאה ביניש הציגה בעניין **בר-און** שלושה פרמטרים שיש לבחון בהקשר של הוראת שעה בחוק יסוד: (1) ההצדקה לעריכת הסדר זמני; (2) בחינת המאטריה אותה מסדירה הוראת השעה; (3) מידת פגיעתו של ההסדר בעקרונות חוקתיים ומשטריים ובזכויות יסוד אחרות.

361. כעבור מספר שנים סוגיית התקציב הדו-שנתי נדונה בשנית. בפסק הדין השני שעסק בתקציב הדו-שנתי – עניין **המרכז האקדמי למשפט ועסקים** – נבחנה חקיקת הסדר נוסף של תקציב דו-שנתי מלא (אשר הלכה למעשה היווה תקציב דו-שנתי חמישי במספר).



בית המשפט הנכבד הוציא "התראת בטלות", לפיה הכנסת לא תוכל לתקן שוב את חוק-יסוד: משק המדינה ולכוון תקציב שאינו חד-שנתי על דרך של הוראת שעה, וזאת בהתבסס על דוקטרינת "השימוש לרעה" בכותרת חוק יסוד, תוך יישום המבחנים שהתוותה כבי הנשיאה ביניש בפסק הדין בעניין **בר-און**.

הדגש שהושם על-ידי בית המשפט הנכבד בעניין **המרכז האקדמי למשפט ועסקים** ביחס ל"שימוש לרעה" בסמכות המכוננת היה על כך שהיה מדובר **בהוראת שעה זמנית**, חמישית במספר, אשר הובילה בפועל ל"שחיקה" של הוראת הקבע הקבועה בחוק יסוד: משק המדינה בדבר תקציב חד-שנתי, עד כדי ריקונה מתוכן.

כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין ביסס את התשתית העיונית של הדוקטרינה על כללי היסוד של המשפט המינהלי, מהם עולה כי גם הרשות המכוננת צריכה להפעיל את סמכותה בתום לב ומשיקולים ענייניים. השימוש לרעה בסמכות מכוננת מתקיים, בהתאם לקביעת כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין, במקרים בהם מזהים שימוש לרעה בכוח הרוב בטקסט החוקתי (פס' ל' לפסק דינו). בדבריו של כב' השופט מלצר באותו ענין הובהר, כי יש לפרש את המונח תום לב **"במשמעותו ובנפקותו המשפטית העמוקה של מושג זה"** (פס' 8 לפסק דינו).

ראו בהקשר זה גם את דברי פרופ' רוזנאי במאמרו "שימוש לרעה בחוק היסוד", המסביר את הבסיס התיאורטי אשר לגישתו עומד ביסוד דוקטרינת השימוש לרעה – חובת הנאמנות של הרשות המכוננת לריבון, שהוא העם (עמ' 1268-1270).

### **3.1. המבחנים ליישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת – הפסיקה העדכנית**

362. בשנים האחרונות פותחו על-ידי בית המשפט הנכבד כלי עזר נוספים ליישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, והחלת הדוקטרינה נבחנה בהקשרים רחבים יותר מאשר המקרה של חקיקת הוראות בחוקי יסוד כהוראת שעה.

363. פסק הדין עניין **שפיר** עוסק בסוגיית השימוש לרעה בסמכות המכוננת, והוא ניתן על-ידי מותב מורחב של 9 שופטים.

פסק הדין בעניין **שפיר** עסק בחוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה), שהתקבל בכנסת ביום 24.8.20 וכלל שתי הוראות שעה שתיקנו חוקי יסוד, אשר התייחסו לאופן אישור התקציב בשנת 2020 ולחישוב ה"תקציב ההמשכיי" של אותה השנה.

אחת הטענות שעלתה בעתירות אלה הייתה כי מדובר בהוראת שעה, אשר אין להעמידה ברמה של נורמה חוקתית, מאחר שנבעה מהנסיבות הפוליטיות הקונקרטיות של אי-אישור התקציב במועד, ונעדרה הצדקה העומדת בפני עצמה, וכן משום שלא עיגנה במהותה נורמה על-חוקתית.

דעת הרוב בעניין **שפיר** קיבלה חלק מטענות העותרים, וקבעה כי המקרה אכן עלה לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת. עם זאת, מאחר שהסוגיה הפכה במידה רבה לתיאורטית באותו מקרה, נקבע כי יש להסתפק ב"התראת בטלות". פסק הדין העיקרי נכתב על-ידי כב' הנשיאה חיות (ולמסקנתה בנוגע ל"התראת הבטלות" הצטרפו כב' השופטים הנדל, עמית, ברון וקרא). כב' השופטת ברק-ארז סברה אף היא שהתיקון עולה כדי שימוש לרעה, אך הציעה דרך ניתוח שונה, אליה נתייחס להלן. כב' השופט הנדל הצטרף למסקנתה הסופית של כב' הנשיאה חיות, אך לגישתו, שלב הצידוק אינו חיצוני ונפרד לבחינת הנורמה החוקתית אלא הוא מרכיב אינהרנטי של מבחני שלב הזיהוי. כב' השופט עמית לא נדרש למחלוקת שנפלה בין כב' השופטת ברק-ארז המצדדת במבחן הזיהוי החד-שלבי לבין הנשיאה השופטת חיות המצדדת במבחן הדו-שלבי. עם זאת, לעמדתו המבחן הדו-שלבי שהוצע על ידי כב' הנשיאה חיות מבקש להתחקות בשלב השני אחר צידוק ולא אחר מניע, וכי הצידוק נבחן על רקע הנסיבות שהביאו לחקיקתו של חוק יסוד שאינו עומד בקריטריונים ובמאפיינים של נורמת-על "יסודית". כב' השופט עמית הוסיף, כי ייתכנו נסיבות חריגות שעשויות להצדיק תיקונים אד-הוק גם בנורמות חוקתיות בחוקי היסוד, אותן לא ניתן לצפות מראש ויש להותיר פתח לגמישות.

364. כב' הנשיאה חיות הרחיבה את המבחנים לזיהוי נורמה כ"כנורמה חוקתית", כפי שנקבעו בפסקי הדין בעניין **בנק המזרחי** ובפסקי הדין בעניין התקציב הדו-שנתי, וקבעה לעניין זה **מבחן דו שלבי**:

השלב הראשון – **שלב הזיהוי**. מעבר למבחן הצורני – אשר כאמור מהווה בחינה טכנית כי כותרת הנורמה היא אכן "חוק יסוד" והיא אינה כוללת את שנת חקיקתה – יש לבחון אם הנורמה היא בעלת מאפיינים של נורמה חוקתית על-חוקית, תוך שנקבעו לעניין זה מספר מבחני עזר לקיומם של סימני ההיכר של נורמה חוקתית, **שאינם בגדר רשימה סגורה**:

- **מבחן היציבות** - האם הנורמה נושאת אופי זמני, קרי, תחולתה קצובה מראש בזמן או שמא מדובר בהסדר קבע יציב, הצופה פני עתיד;
- **מבחן הכלליות** - האם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית כללית או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונליים;
- **מבחן ההתאמה למארג החוקתי הכולל** - האם הנורמה עולה בקנה אחד עם אופיים של אותם נושאים שהוסדרו בחוקי-יסוד אחרים או בחוק-היסוד אליו מתווסף התיקון. לשם כך נבחנים הגיונה הפנימי ותכליתה.

השלב השני – **שלב הצידוק**. רק אם הנורמה **אינה** עומדת באחד או יותר משלושת המבחנים האמורים, כלומר אין לה סימני היכר של נורמה חוקתית, יש לבחון האם מוצדק היה לקבוע אותה כנורמה חוקתית דווקא, על-אף העדר סימני ההיכר של נורמה חוקתית. במסגרת בחינת ההצדקה נלקחות בחשבון הנסיבות החריגות המצדיקות את השימוש בסמכות המכוננת, ומידת הפגיעה בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות.

365. כב' השופטת ברק-ארז סברה בפסק דינה בעניין **שפיר** שאין מקום לאמץ את מבחן הצידוק. לעמדתה, מבחן הצידוק תר אחר קיומו של טעם עקרוני אובייקטיבי המצדיק את הפגיעה שיוצרת עצם ההכרה בנורמה חורגת כנורמה בעלת מעמד חוקתי, ובמובן זה הוא עלול לגרור את בית המשפט לזירה הפוליטית, תוצאה שאינה רצויה. חלף מבחן זה הציעה כב' השופטת ברק-ארז לאמץ מבחן **חד-שלבי** לבחינת השימוש לרעה בסמכות מכוונת. לעמדתה, הביקורת השיפוטית בהקשר של שימוש לרעה אינה צריכה לכלול יסוד של שיקול דעת מהותי ביחס להצדקה שהובילה לתיקון שעניינו עומד על הפרק, אלא רק דיון פורמאלי בשאלת היקפה של הסמכות המכוונת. במסגרת המבחן החד-שלבי לזיהוי הנורמה כנורמה חוקתית, הוסיפה כב' השופטת ברק-ארז את **מבחן המובחנות**, שבמסגרתו יש לבחון האם מדובר בחקיקה שתפקידה להיות פרק בחוקה ואין המדובר ב"פלישה", באופן מובהק, לתפקידן של הרשויות האחרות. לפי גישה זו, ככל שהנורמה איננה עומדת באחד או יותר ממבחני העזר האמורים – יש לראות בה שימוש לרעה בסמכות המכוונת, ואין מקום לבחון את ההצדקה לחריגה זו, כך שאין להידרש כלל למבחן הצידוק.

366. יצוין, כי כב' השופטים סולברג, מינץ ואלרון סברו, בדעות המיעוט בעניין **שפיר**, שאין מקום להרחבה הפסיקתית של דוקטרינת השימוש לרעה מעבר למבחן הצורני הקלאסי, בהעדר סמכות לבית המשפט להתערב בחוקי יסוד, וכן הסכימו לטענות המדינה באותו עניין שלפיהן מדובר היה בעתירה תיאורטית.

367. בפסק הדין בעניין **ממשלת החילופים**, דן בית המשפט הנכבד במותב מורחב של 9 שופטים באפשרות קיומו של מבחן עזר נוסף – כחלק ממבחני המשנה של הכלליות או היציבות, במסגרת המבחן הדו-שלבי – **בחינת השאלה האם ההסדר נחקק תוך "ניגוד עניינים מוסדי"**.

פסק הדין בעניין **ממשלת החילופים** עסק בחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), שהתקבל בכנסת ביום 7.5.20, עובר להקמת הממשלה ה-35. התיקון האמור עסק ברובו בתיקון לחוק-יסוד: הממשלה, אשר הוסף אליו הסדר המאפשר להקים ממשלת חילופים.

368. בית המשפט הנכבד מיקד את הדיון בעניין **ממשלת החילופים** במידה רבה בעצם עריכת תיקון משטרי מהותי **בתחולה המיידית** על הכנסת שחוקקה את התיקון, ושנועד לאפשר בתקופת כהונתה את הקמת הממשלה על-פי ההסדר המשטרי החדש. כך, אחד מראשי הצו על-תנאי נוסח כך "מדוע לא יקבע כי חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8) וחוק ממשלת חילופים (תיקון חקיקה והוראת שעה), התש"ף-2020 וההסדרים הכלולים בהם – כולם, או חלקם, אשר אמורים לחול בתקופת כהונתה של הכנסת ה-23 – בטלים, ככל שלא יוחלו רק בתקופת כהונתה של הכנסת ה-24 ואילך, זאת תוך קביעת הוראת מעבר מתאימה".

בסופו של יום, בית המשפט הנכבד (כב' הנשיאה חיות בהסכמת כב' השופטים הנדל, עמית, סולברג, ברק-ארז, ברון, ג' קרא וד' מינץ) דחה את העתירה ומצא, אל מול דעתו החולקת של כב' המשנה לנשיאה מלצר, כי אין הצדקה להתערבות שיפוטית בתיקון מס' 8 לחוק היסוד – לא לפי דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי, ולא לפי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.

יודגש, כי בחינת תחולתו המיידית של ההסדר החוקתי נעשתה באספקלריה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת (מפני שמדובר במאפיין פורמלי של הוראת חוק היסוד ולא בתוכן שלה). כב' הנשיאה חיות עמדה על הקושי הגלום בכך שהרשות המכוננת קובעת הסדרים שאותה הכנסת "נהנית" מהם ושהם נועדו לשרת אותה.

כך, למשל, כב' הנשיאה חיות עמדה על כך, כי שאלת מועד תחולתו של דבר חקיקה, הגם שאינה מכריעה כשלעצמה בשאלת התערבות בית המשפט הנכבד, עשויה בנסיבות מסוימות ללמד על-כך שנורמה חוקתית בעלת תחולה רטרוספקטיבית או אקטיבית, לא תעמוד באחד ממבחני הזיהוי של נורמות חוקתיות. זאת, בשים לב לכך שהחלתו של דבר חקיקה למפרע עומדת בסתירה לעקרון שלטון החוק, נוגדת "מושגים מקובלים של צדק", פוגעת בוודאות המשפטית ואינה מאפשרת תכנון התנהגות מראש:

"כך למשל, תחולתה הרטרוספקטיבית או האקטיבית של הוראה חוקתית עלולה לעורר קושי בכל הנוגע למבחן הכלליות. [...]"

קושי מעין זה עלול, לשיטתי, להתעורר כאשר ההוראה מוחלת גם על הכנסת המכוננת אותה, ומאפשרת לאותה כנסת ליהנות מ'הטבות' מיוחדות בשל אימוץ הנורמה. מצבים מסוג זה מאופיינים בניגוד עניינים מוסדי בין כובעה של הכנסת כרשות מכוננת, אשר אמורה לקבוע נורמות כלליות שיעצבו את דמותה של המדינה לאורך זמן, ובין אותם 'אינטרסים פרטיקולריים' של חברי הכנסת בכנסת הספציפית (ראו: איל גבאי "שינוי רטרוספקטיבי בחוק יסוד: הממשלה – חוקתיותו" הפרקליט מד 151, 171-172 (1998) (להלן: גבאי)). טלו למשל מקרה שבו כנסת פלונית מתקנת את חוק-יסוד: הכנסת וקובעת כי תקופת כהונת הכנסת תעמוד – החל מאותה הכנסת – על 8 שנים, חלף 4 שנים (ראו והשוו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 544 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 152-153 (התשנ"ז)). העובדה שגם הכנסות הבאות יוכלו ליהנות מ'הטבה' זו אינה מפחיתה מניגוד העניינים של הכנסת שחוקקה את ההוראה החוקתית והחילה אותה באופן מידי, וניגוד עניינים זה מעורר חשש כי מדובר בהוראה פרסונלית שנועדה בראש ובראשונה להיטיב עם חברי הכנסת המכהנים.

**דוגמה אחרת היא הוראה חוקתית המוחלת באופן אקטיבי או רטרוספקטיבי – ומשנה מן היסוד את התוצאות המשפטיות של פעולות ואירועים שהתרחשו בעבר. הוראה כזו עלולה לעורר קושי גם בכל הנוגע למבחן היציבות. כידוע, אחד מהמאפיינים המרכזיים של נורמות חוקתיות הוא מעמדן היציב והבלתי-משתנה (עניין שפיר, בפסקה 38 לחוות דעתי). פגיעה ביציבות חוקי היסוד נגרמת, למשל, כשהוראה חוקתית נחקקת כהוראת שעה (שם, בפסקה 39), אך בכך אין כדי למצות את כלל המצבים שעלולים להוביל לפגיעה ביציבות חוקי היסוד, והוראה רטרוספקטיבית שיש בה משום שינוי משמעותי של 'כללי המשחק' בדיעבד עלולה לפגוע פגיעה קשה ביציבות המפעל החוקתי, גם אם היא מוחלת כתיקון של קבע. זאת, שכן מרכיב מרכזי ביציבותה של חוקה – אולי**

המאפיין המרכזי ביותר שלה – הוא הביטחון שהיא מקנה לאזרחי המדינה שכללי המסגרת המעצבים את חייהם לא ישתנו למפרע. [...]

כשלעצמי אני סבורה כי מצבים כאלה, שבהם חל שינוי משמעותי של 'כללי המשחק' בדיעבד, נוגעים לליבת מבחן היציבות – שכן הקושי העיקרי הנובע מתחולה רטרוספקטיבית הוא הפגיעה באינטרס שבביטחון וביציבות המשפטיים (עניין ארביב, בעמ' 776). בהתאם לכך, ככל שמועד התחולה של נורמה חוקתית גורר פגיעה גדולה יותר ב'וודאות החוקתית', כך ניתן יהיה לקבוע באופן מובהק יותר כי החלתה במועד זה סותרת את מבחן היציבות (ראו והשוו: גבאי, בעמ' 166).

370. אשר לחקיקת התיקונים לחוק היסוד אשר איפשרה את כינונה של ממשלת החילופים בתחולה מיידי, קבעה כב' הנשיאה חיות, כי אין בהם כשלעצמם כדי לפגוע במבחן הכלליות והיציבות. הובהר שוב כי "המניעים לחקיקת חוק יסוד, כשלעצמם, אינם מהווים עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד". מעבר לכך, כב' הנשיאה חיות מצאה שאין המדובר בניגוד עניינים כה מובהק, המצדיק התערבות שיפוטית בחוקי יסוד, וציינה כי גם אם המקרה הפוליטי-פרטי שימש תמריץ לחקיקת ההסדר, יש לו תכלית העומדת בפני עצמה – מניעת חוסר יציבות שלטונית.

371. כב' המשנה לנשיאה מלצר, בדעת מיעוט, סבר כי יש מקום להוציא "התראת בטלות" ביחס לתיקון מס' 8 לחוק היסוד, כאשר עיקר הקושי בעיניו גלום בהיבט הרטרואקטיבי של התיקון, כלומר שינוי משמעותי של מבנה הממשלה לאחר הבחירות, והידיעה הברורה עם מי הוא בא להיטיב, אשר פוגמים בכלליות ההסדר.

372. לאחרונה שב בית המשפט הנכבד ונדרש לעניינה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, במסגרת פסק הדין בעתירות בעניין שיינפלד (בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' כנסת ישראל, בג"ץ 8949/22 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת ובג"ץ 8982/22 התנועה לטוהר המידות נ' נתניהו) (ניתן ביום 18.1.23) (להלן: עניין שיינפלד). בעתירות אלו התבקשו סעדים הן בנוגע לחוקתיותו של תיקון מס' 11 לחוק-יסוד: הממשלה, אשר במסגרתו הונמך רף טוהר המידות ביחס לכשירות שרים; הן בנוגע לסבירות מינויו של חה"כ דרעי לשר בממשלה ה-37.

בית המשפט הנכבד – בהרכב מורחב של 11 שופטים – התייחס בפסק דינו לקשיים המשמעותיים שהתגלו ביחס לתיקון חוק היסוד, בראי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, אולם בסופו של יום לא נדרש להכרעה בעניין, נוכח העובדה שניתן היה להעניק סעד במישור המינהלי. כך קבעה כב' השופטת ברק-ארז לעניין פרסונליות התיקון לחוק היסוד ותחולתו המיידית:

47. ... למעלה מן הצורך אוסיף כי התרשמותי היא שהתיקון לחוק היסוד שנדון בפנינו מעורר לכאורה קשיים של ממש מבחינת התנאים שנקבעו בהלכה הפסוקה ביחס לשימוש תקין בסמכות המכוננת – על רקע השילוב שנוצר כתוצאה מתחולתו המיידית של ההסדר, מועד כניסתו לתוקף ומאפייניו הפרסונליים המובהקים.

אכן, אין מחלוקת על כך שהכנסת הייתה רשאית לתקן את חוק יסוד: הממשלה בכל הנוגע לקביעת תנאי הסף של כשירות לכהונה בממשלה לאחר הרשעה בפלילים (כך שרק משפט שהסתיים גם בהטלת מאסר בפועל ישמש "טריגר" למניעת כהונה כאמור). עניין זה, אף שהוא עלול לעורר שאלות במישור הערכי-ציבורי, מצוי בליבת סמכותה של הרשות המכוננת. על כן, אתייחס בהמשך הדברים רק להיבטים הנוגעים להחלתו של התיקון "מיד", ובפרט לשימוש הברור שנעשה בו כך שיתאים לנסיבותיו האישיות של דרעי.

48. בעניין ממשלת החילופים נקבע, ואף אני הייתי שותפה לעמדה זו, כי תחולתו המיידית של חוק יסוד אינה מקימה כשלעצמה בסיס אוטומטי לקביעה כי מדובר ב"שימוש לרעה בחוק יסוד". אכן, החלה מיידית של תיקון חוקתי היא פרקטיקה לא רצויה, אך כבר נעשו בעבר תיקונים לא מעטים בחוקי יסוד שתחולתם הייתה מיידית (שם, בפסקאות 18-19 לפסק דיני). [...]

50. [...] על פני הדברים, ומבלי להכריע, דומה שזהו אחד מאותם מקרים שאמורים לשמש חריג לקביעה כי אין פסול בתחולה מיידית של חוק יסוד. הייחוד של המקרה הוא השפעתה של התחולה המיידית על תוצאות מגובשות של הליך פלילי מסוים. כשלעצמי, אוסיף כי נקודת מבט נוספת ממנה ניתן להשקיף על הדברים נעוצה באמת המידה של 'מובחנות', שבה צידדתי אני בעניין שפיר (שם, בפסקה 23 לפסק דיני). לשיטתי, החלתו של התיקון לחוק היסוד כך שזה יתפוס ברשתו את עניינו של דרעי עשויה להיחשב 'חדירה' או אף 'הסגת גבול' של הרשות המכוננת אל תחומיה הברורים של הרשות השופטת, מאחר שנועדה להשפיע על תוצאותיו של הליך פלילי קונקרטי."

373. לבסוף, בימים אלה ממש דן בית המשפט הנכבד בעתירות התוקפות את תיקונו של חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12), העוסק בנבצרות ראש הממשלה, המעוגן בסעיף 16(ב1) לחוק-יסוד: הממשלה. עיקרי התיקון הם בצמצום עילות הנבצרות של ראש ממשלה, לטעמים של אי-מסוגלות פיזית או נפשית בלבד וכן קביעת דרישת רוב חריגה ביותר בממשלה ובכנסת לשם הפעלת מנגנון הנבצרות. במסגרת העתירות התוקפות את תיקון זה, נדרש בית המשפט הנכבד לשאלה האם תיקון זה עולה כדי שימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת (בג"ץ 2412/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, להלן: עניין הנבצרות).

ביום 25.7.23 הוגשה תגובת היועצת המשפטית לממשלה לעתירות, במסגרתה נטען כי תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה, מהווה מקרה קיצון העולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, בחינת מכלול נסיבות העניין מלמדות על-כך שהתיקון לחוק היסוד נחקק לצורך מתן מענה לנסיבות עניינו המשפטי הפרטני של ראש הממשלה, כדי להביא להסרת מגבלות מתחום טוהר המידות, לפטור אותו מחוות דעת מחייבת למניעת ניגוד העניינים ובכך לאפשר לראש הממשלה לעסוק בקידום חקיקה שיש בה כדי להיטיב את מצבו המשפטי הנובע מההליך הפלילי המתנהל נגדו. עוד נטען, כי מקום בו התיקון הוחל באופן מידי, כדי לספק את המענה האמור לראש הממשלה; ומקום בו ההסדר גופו טומן בחובו קשיים מהותיים בשל כך שעוצב כדי להגשים תכליות אלה ולא מתוך נקודת מבט רחבה – הרי שבהתאם לאופן שבו התפתחה דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, יש לראות את תיקון מס' 12 לחוק היסוד, כמקום שבו "קו הגבול" נחצה.

ביום 3.8.23 קיים בית המשפט הנכבד דיון בעתירות בעניין **הנבצרות**, וביום 6.8.23 ניתן צו-על-תנאי חלקי, המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יקבע כי חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) לא יחול בתחולה מיידית. דיון לאחר הגשת תצהירי תשובה בפני בהרכב מורחב של 11 שופטים, עתיד להתקיים ביום 20.9.23.

#### 4.1. **האם התיקון עולה כדי "שימוש לרעה בסמכות המכוננת" – יישום מבחני הפסיקה**

374. נבחן כעת את תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה בהתאם למבחני-המשנה ומבחני-העזר שפותחו בפסיקה, כמפורט לעיל, לצורך יישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. בשלב הראשון – הוא שלב הזיהוי – יש לבחון כאמור אם תיקון חוק היסוד דגן נושא את המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות, וזאת בשים לב למבחן היציבות, הכלליות וההתאמה למארג החוקתי הכולל ובשים לב למבחן המובחנות.

#### 4.1.א. **מבחן ההתאמה למארג החוקתי**

375. בעניין **שפיר**, סיכמה כב' הנשיאה א' חיות **לעניין מבחן ההתאמה למארג החוקתי**, כי "השאלה שאותה נועד מבחן עזר זה לברר איננה אם התיקון או ההוראה ראויים מבחינת תוכנם. עניינו בשאלה מושגית-רעיונית והיא: האם מדובר בנורמה המתאימה מבחינת מאפייניה לעיגון חוקתי, המשתלבת ככזו במארג ההוראות הרלוונטיות המצויות באותה סביבה חוקתית?" (סעיף 41 לפסק הדין).

עניין לנו אם כן, בשאלה, האם תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה מבקש אמנם לעגן נורמות חוקתיות – קווי היסוד של שיטת המשפט והמשטר, והאם הוא עושה כן ברמת הפשטה המתאימה לעיגון במסגרת חקיקת יסוד.

376. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, התיקון לחוק היסוד מעורר מספר שאלות נכבדות במישור התאמתו לעיגון במעמד של נורמה חוקתית.

377. יש יסוד לטענה כי תיקון מס' 3, המבקש להסדיר את אופן הפעלתה של עילת ביקורת שיפוטית יחידה – עילת הסבירות, כהוראה חוקתית – מהווה נטע זר במארג החוקתי הכולל.

378. המשפט המינהלי הישראלי נבנה והתעצב דרך פסיקותיו לאורך השנים של בית המשפט הנכבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. זאת, נוכח אי-הסדרתם של כללי המשפט המינהלי בנורמות משפטיות חקוקות, ובהתאם לעקרונות שיטת המשפט המקובל שאותם ירשנו לתוך שיטת משפטנו; בראשם עיקרון 'התקדים המחייב' והתפיסה כי שופט מוסמך ליצור משפט אף מעבר לפרשנות החוק.

379. כך, חובת הרשות לנהוג בסבירות בעת יישום כוחה השלטוני, חרף היותה אבן מאבני היסוד של עקרונות המשפט המינהלי, אינה מעוגנת בחקיקה. גם עילת הסבירות המינהלית, הנגזרת מתוך חובת הרשות לנהוג בסבירות, לא זכתה לעיגון חקיקתי, קל וחומר במסגרת חקיקת יסוד.

למעשה, עיקר עילות הביקורת השיפוטית במשפט המינהלי הישראלי, אין מקורו בנורמות משפטיות חקוקות, אלא הן יצירות הפסיקה הישראלית ומקורותיה ההיסטוריים במשפט המקובל.

380. חשוב לציין כי בשנת 2014 פורסם להערות הציבור תזכיר הצעת חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014 (להלן: **הצעת חוק סדרי מינהל**),<sup>106</sup> אשר נועדה ליצור מערכת כללים אחידה להליך המינהלי אשר תבטיח "קבלת החלטות בהגינות, במידתיות, בשקיפות, ביעילות ובפשטות; הבטחת חוקיות פעולת המינהל הציבורי, תוך שמירת האיזון בין אינטרס הציבור לבין זכויות הפרט וחיזוק מעמדו של המינהל הציבורי כנאמן הציבור".

381. הצעת החוק לא עסקה בהסדרת עילות הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל, הואיל ומנסחי הצעת החוק סברו כי "נושאים אלה ראויים עדיין להמשך פיתוח וליבון, וייתכן כי בהמשך יהיה מקום לשקול את שילובם בחקיקה המוצעת".<sup>107</sup> היינו, מדברי הצעת החוק עולה, כי מנסחיה סברו שהסדרה של סוגיית עילות הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל, מקומה בהצעת חוק מתכללת המסדירה באופן רוחבי את כלל החובות המוטלות על הרשות המינהלית ועילות הביקורת השיפוטית על עבודת הרשות המינהלית, במסגרת **חקיקה ראשית "רגילה"**.

382. לא זו אף זו, אמנם הצעת החוק לא הסדירה את עילות הביקורת השיפוטית, אולם היא ביקשה לעגן, בחקיקה ראשית, את חובת הסבירות המינהלית, בין יתר החובות שחלות על הרשות המינהלית. כך, נכתב בסעיף 8 להצעת החוק שכותרתו "הפעלת שיקול דעת בסבירות" כי "רשות מינהלית תקבל החלטה מינהלית לאחר שנתנה משקל ראוי לכל אחד מהשיקולים הנוגעים לעניין". הגם שהצעת החוק לא הגיעה לכדי חקיקה, יש בה כדי להמחיש את הרעיון המסדר שלפיו הסדרת המשפט המינהלי צריכה להתחיל בהסדרת חובות הרשות המינהלית, והמסגרת המתאימה לכך היא חקיקה רגילה, ואילו הביקורת השיפוטית היא שלב נוסף ונגזר ממנה ובוודאי אינו עומד בלעדי הסדרת חובת הסבירות קודם לכן.

383. בהיעדר הסדרה חקיקתית מקיפה של כללי המשפט המינהלי, הפורטת את עקרונות המשפט המינהלי המנחים את עבודת הרשות המבצעת, לצד קביעתם של "כללי משחק" מוסדיים המעגנים את סמכות הרשות השופטת לבקר את החלטות הרשות המבצעת;

<sup>106</sup> תזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014 (פורסם באתר התזכירים הממשלתי – זמין בקישור המקוצר: <https://bit.ly/TZKIR2014>).



עיגונה כנורמה חוקתית של הוראה יחידה האוסרת על הרשות השופטת להמשיך ולעשות שימוש בעילת ביקורת שיפוטית אחת ביחס לממשלה ושריה, מהווה "נטע זר" במארג החוקתי הכולל, שכן עקרונות המשפט המינהלי עצמם ממשיכים להיות נטולי הסדרה בחקיקה רגילה, לא כל שכן במסגרת חקיקת יסוד. על-כן, "חריגותו" של התיקון לחוק היסוד ביחס ל"סביבה החקיקתית" שבה נחקק, מלמדים לכאורה על אי-התאמתו למארג החוקתי הקיים.

384. למעשה, אף הכנסת לא סברה עד היום כי בהפעלה את הסמכות המכוננת נכון שתסדיר הוראות מהסוג שנכלל בתיקון, קרי הוראות בדבר עילות הביקורת השיפוטית על המינהל. סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, מעגן חקיקתית את סמכותו של בית המשפט הנכבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק לקיים ביקורת שיפוטית. הסמכות לקיום ביקורת שיפוטית על החלטות הרשויות נמנית על עיקרי היסוד של שיטת המשפט והמשטר בישראל והיא תנאי יסודי בלעדיו אין לקיומם של מערך איזונים ובלמים בין הרשויות, בפרט על רקע חולשתו של המבנה המשטרי השורר בישראל, כפי שפורט לעיל. סמכות זו משקפת נורמה חוקתית יסודית של המשטר בישראל, ועל-כן מצאה מקומה בחקיקת יסוד ולא בחוק רגיל.<sup>107</sup>

לעומת זאת, כאמור, עילות הביקורת השיפוטית אשר באמצעותן מממשת הרשות השופטת את סמכותה לקיום ביקורת על החלטות המינהל, ככלל אינן מוסדרות בחקיקה, לא כל שכן בחוק יסוד. מדובר אפוא בהוראה יישומית, בין היתר, של הנורמה החוקתית הקבועה בסעיף 15 לחוק היסוד, ומשכך נראה כי מקומה "הטבעי" של חקיקה להסדרת אופן הפעלת הסמכות השיפוטית היא בחקיקה במדרג נורמטיבי "נמוך" מחקיקת יסוד, המעגנת את עצם קיומה של הסמכות.

385. לא למותר לציין בהקשר זה, כי הגם שאין בנמצא חקיקת יסוד המסדירה את עילות הביקורת השיפוטית העומדות לרשות בית המשפט הנכבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, כולן או מקצתן, הסדיר המחוקק מספר עילות ביקורת שיפוטית בחקיקה "רגילה" ובחקיקת משנה.

כך למשל, סעיף 8 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000, שכותרתו "עילות, סמכויות וסעדים", מורה כי בית משפט לעניינים מינהליים ידון בהליכים מינהליים בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית המשפט הנכבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. בדומה פורט חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, שורת סמכויות כלליות של הערכאות המשפטיות השונות.

386. עוד ניתן להצביע על מספר הוראות חוק המגבילות את היקף הביקורת השיפוטית על טריבונלים מקצועיים מסוימים ל"שאלה משפטית בלבד" (ראו למשל ס' 123 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח חדש], התשנ"ה-1995; לדוגמאות נוספות ראו ברק-ארז, בעמ' 193).

<sup>107</sup> ברק-ארז, משפט מינהלי כרך ד פרק 33 (2017).

עוד ראו את סעיף 49 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969, הקובע כי עתירות נגד החלטת שר הפנים לרישומו ואופן רישומו של אדם בפנקס הבחורים, ידונו בבית משפט לעניינים מינהליים וכי פסק הדין בעניין זה "יהיה סופי ואין לערער עליו". בכך, מגביל חוק הבחירות לכנסת בחקיקה "רגילה" את זכות הפרט כי עניינו ידון לפני בית המשפט העליון במסגרת ערעור, אך כמובן שאינו שולל הושטת סעד מן הצדק על-ידי בג"ץ במקרים חריגים.

387. יתרה מכך, ניתן לאתר הוראות המסדירות עילות סף במשפט המינהלי, אף במסגרת חקיקת משנה. כך, הוסדרה עילת השיהוי המאפשרת דחייתה על הסף של עתירה מחמת עיכוב בהגשתה, בתקנות 3-4 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000. כל זאת, מבלי שהרחבנו על אודות הגבלת האפשרות להושטת סעד שיפוטי בהקשרים אזרחיים בחקיקה 'רגילה' (ראו למשל את חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, המצמצם את אחריות המדינה בניזקין בנסיבות מלחמתיות ובהתאם שולל עילות תביעה אזרחיות מניזוקים).

388. נוסף על כך, התיקון לחוק היסוד לא יוצר הסדרה כוללת בעלת רעיון מסדר. התוספת הנוכחית למארג החוקתי אינה משלימה תמונה חוקתית בהירה, אלא ההיפך מכך – יוצרת פערים ו'חורים שחורים', כפי שתיארנו לעיל. כאמור, הסמכות המכוננת ניתנה לכנסת ודרכה לוועדת החוקה, לצורך הכנת חוקה. בהיעדר הסכמה לכונן חוקה שלמה בסמוך להקמת המדינה, נכתבת חוקת המדינה פרקים פרקים לאורך שנים, אך כל פרק נושא עימו מהות ומאפיינים חוקתיים. מהותה של חוקה היא עיגון הסדרים תשתיתיים, משותפים ומוסכמים בדבר סדרי השלטון, חלוקת הכוחות והתפקידים בין רשויות השלטון, זכויות האדם ועקרונות זהותיים של המסגרת המדינית. מכוח תפיסה זו ביסס בית המשפט הנכבד בפסיקותיו החל מהלכת המזרחי ואילך, את מעמד החוקתי העליון של חוקי היסוד.

389. מתוך תכליתה של הסמכות המכוננת ומעמדם של חוקי היסוד כשילובים בחוקה המתהווה, נלמדים גם מאפייניה של חקיקת היסוד וחובתה של הרשות המכוננת לעניין היבטיה "הצורניים". חקיקת יסוד ראוי שתיעשה אם-כן, מתוך ראייה מתכללת ורחבה. בהתאם לאמור, דבר חקיקה אשר אינו מקיים מאפיינים אלה, וחלף יצירת הסדר נורמטיבי מקיף ושלם בסוגייה בעלת משמעות חוקתית, יוצר שיבוש מודע ורחב היקף או חוסר בהירות תשתיתית עלול ללמד על-כך שחרף הכרתו כ"חוק יסוד", הוא אינו תואם את מאפייניו של חוק יסוד והתכליות שלשמן עושה הכנסת שימוש בסמכותה המכוננת. **בענייננו**, נחקק התיקון לחוק היסוד כהוראה בודדת, העוסקת בנדבך מסוים מתחום המשפט המינהלי, אך מביאה לכדי שלילה גורפת, רוחבית וקיצונית של אפשרות הפעלת הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות.

בהיעדר הסדר חקיקתי מתכלל המגדיר ומעצב את יחסי הרשויות בהיבטי חובת הסבירות המינהלית, מחד גיסא, ואופן הפעלתה של עילת הסבירות, מאידך גיסא; מהווה התיקון לחוק היסוד חקיקתי חסר ופגום, המתמקד בשלילת כוחה של הרשות השופטת לקיים ביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות ביחס לפעולתו של הדרג הנבחר הממשלתי בלבד, ללא הסדרה חקיקתית חלופית וברורה אשר תבטיח את חובת פעולתם של הממשלה ושריה בסבירות. יפים לענין זה דברי כב' הנשיאה חיות בעניין **שפיר**: "ככל שבחר המכונן להותיר על כנו את ההסדר החוקתי הקיים ולהוסיף עליו או לשמוט ממנו הוראה באופן הסותר חזיתית את המארג החוקתי במכלול, כי אז מתעורר על פני הדברים קושי להגדיר הוראה זו כנורמה המצויה במדרג החוקתי. זאת, ללא תלות בתוכנה או בשאלה אם היא ראויה יותר מהוראות חוק היסוד הקיימות" (פס' 6 לפסק דינה).

390. הרשות המכוננת בתפקידה ליצור חוקה, לא יכולה מבחינה מושגית לייצר 'חורים שחורים' בביקורת השיפוטית על פעולות הרשות המבצעת, וזאת אף מבלי להידרש להשלכותיהם של 'חורים שחורים' אלה (אשר בחינתם נעשית במסגרת דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי). בהיעדר הסדרה חקיקתית מקיפה, מביא ההסדר החדש לשיבוש רוחבי של המשפט המינהלי ולערעור מאזן הכוחות בין רשויות השלטון, כפי שהוסבר לעיל בפירוט. ויודגש, כי במשקפיים של דוקטרינה זו, איננו עוסקים בשאלה האם אימוץ ההסדר הוא נכון לפי אמת מידה ערכית, אלא במשמעות של כינון הסדר חסר ומחורר במסגרת כינון פרק חוקתי.

391. **שלישית**, אופן ניסוחו של התיקון לחוק היסוד ורמת ההפשטה של הטקסט החוקי מחזקים את המסקנה כי תיקון זה לא משתלב כחלק מהמארג החוקתי של חוקי היסוד. כך, נוקט דבר החקיקה בלשון גורפת, המבטלת את יכולתו של בית המשפט להתערב באופן מוחלט ב"כל החלטה" ובצד זאת, מוסיפה ומבהירה כי הגדרה זו כוללת גם החלטות לעניין "מינויים" או "החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות". גם ירידה לרזולוציה כזאת במסגרת חקיקת יסוד מעוררת שאלה בדבר התאמתה של ההוראה לחוק יסוד בכלל ולחוק-יסוד: השפיטה בפרט.

#### 1.4.ב. מבחן הכלליות

392. כידוע, כל חוק, ומקל וחומר חוק יסוד, נדרש להיות כללי, וזאת כנגזרת מעקרון שלטון החוק במובנו המהותי. דרישות אלה נועדו להבטיח שההסדר הנורמטיבי יעוצב, ככל הניתן, מאחורי "מסך בערות" – בתנאים שבהם אין ודאות באשר לשאלה עם מי באופן פרסונלי יטיב או למי יזיק החוק הרלוונטי (ראו למשל את פסק הדין בעניין **ממשלת החילופים**, סעיף 122 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה מלצר). לעומת זאת, נורמה בעלת מאפיינים פרסונליים היא נורמה אשר התחולה שלה אינה כללית, אלא היא נועדה לחול על נסיבות מסוימות ביותר, או על אדם או גוף ספציפי.

393. בעניין מבחן הכלליות, כב' הנשיאה חיות סיכמה בעניין שפיר, כדלקמן:

"[...] מבחן זה נגזר מעיקרון שלטון החוק ועניינו בכך שנורמה משפטית, בהבדל מנורמות אחרות, צריכה, ככלל, להיות בעלת תחולה כללית, מופשטת ולהתייחס לקבוצה בלתי מסוימת ... חשיבותה של דרישת הכלליות ביחס לחוקי היסוד נעוצה באופיים כמשקפים קונצנזוס חברתי רחב בדבר ערכי היסוד ועקרונות השיטה הנוהגים בחברה הישראלית, ומשכך הם 'אינם צריכים לשקף את האינטרסים הפרטיקולריים המשתנים של רוב זה ואחר' ... [...] ודוקו – נורמה פרסונאלית יכולה להיות מכוונת הן לאדם ספציפי והן ל-"פרסונה" מוסדית, דוגמת כנסת מסוימת או ממשלה מסוימת" (פסי' 40 לפסק הדין).

394. הגם שעל פני הדברים התיקון לחוק היסוד אינו בגדר נורמה פרסונלית, במשמעות של אדם ספציפי, הרי שמתעוררות גם בהקשר זה שאלות ביחס לאופן שבו התיקון משרת אינטרסים פרטיקולריים של הקואליציה הנוכחית, בפרט לנוכח תחולתו המיידית וההבהרות שנוספו לתיקון במהלך דיוני הוועדה.

395. כפי שהראינו לעיל, תיקון מס' 3 לחוק היסוד, מביא לשינוי משמעותי במאזן היחסים המורכב ממילא בין שלוש הרשויות, ולמתן כוח שלטוני לא מרוסן לרשות המבצעת, על-ידי החלשה משמעותית של מנגנון האיזונים והבלמים על החלטותיה. זאת כאמור, מבלי לייצר הסדר מתכלל המגדיר את מארג היחסים בין הרשויות השונות ואת "כללי המשחק" המוסדיים ביניהן.

396. היבט נוסף של מבחן הכלליות נוגע למועד תחילתו של הסדר חוקתי. כאמור, חקיקת חוק יסוד המבקשת להטיב עם מנסחיה, מייצרת מטבע הדברים ניגוד עניינים מובהק ואינהרנטי, של מנסחי החקיקה הנמנים על הרוב הקואליציוני הנתון שאיתו נועדה החקיקה להטיב ושאת כוחו נועדה לחזק באופן מידי. קביעה פרשנית, שעל פיה חקיקת יסוד המשנה את האיזונים בין הרשויות תיכנס לתוקף רק בכנסת העוקבת, מונעת מן הרוב הקואליציוני לעשות שימוש לרעה בסמכות המכוננת. כאמור, בעניין **ממשלת החילופים** התייחסה כב' הנשיאה חיות לתחולה מיידית של הוראה חוקתית ולקשיים העלולים להתעורר במצב דברים זה, בכל הנוגע למבחן הכלליות:

**"קושי מעין זה עלול, לשיטתי, להתעורר כאשר ההוראה מוחלת גם על הכנסת המכוננת אותה, ומאפשרת לאותה כנסת ליהנות מ'הטבות' מיוחדות בשל אימוץ הנורמה. מצבים מסוג זה מאופיינים בניגוד עניינים מוסדי בין כובעה של הכנסת כרשות מכוננת, אשר אמורה לקבוע נורמות כלליות שיעצבו את דמותה של המדינה לאורך זמן, ובין אותם 'אינטרסים פרטיקולריים' של חברי הכנסת בכנסת הספציפית** (ראו: איל גבאי "שינוי רטרוספקטיבי בחוק יסוד: הממשלה – חוקתיותו" הפרקליט מד 151, 171-172 (1998) (להלן: גבאי)). טלו למשל מקרה שבו כנסת פלונית מתקנת את חוק-יסוד: הכנסת וקובעת כי תקופת כהונת הכנסת תעמוד – החל מאותה הכנסת – על 8 שנים, חלף 4 שנים (ראו והשוו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 544 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 152-153 (התשנ"ז)). העובדה שגם הכנסות הבאות יוכלו ליהנות מ'הטבה' זו אינה מפחיתה מניגוד העניינים של הכנסת שחוקקה את ההוראה החוקתית והחילה אותה באופן מידי, וניגוד עניינים זה מעורר חשש כי מדובר בהוראה פרסונלית שנועדה בראש ובראשונה להטיב עם חברי הכנסת המכהנים."

397. הנה כי כן, תחולה מיידית של התיקון מעוררת קושי אינהרנטי במישור הכללי, שכן יש בכך כדי לאפשר לרשות המכוננת, הנשלטת בפועל על-ידי הרוב הקואליציוני, לחוקק הסדר המחזק **באופן מייד** את כוחה השלטוני של הממשלה, באמצעות ביטולו של מנגנון מרכזי לריסון הכוח, שהוא כלי משמעותי בארגז הכלים של הרשות השופטת.

398. מקום שבו רוב קואליציוני עושה שימוש בסמכות המכוננת של הכנסת כדי לעצב הסדר אשר מסיר מעליו באופן מייד את מנגנוני הפיקוח על פעילותו – **יש בכך משום חשש ממשי ל"ניגוד עניינים מוסדי"**. שכן, מהלך חקיקתי שכזה לא רק שהוא עוסק בהעצמת כוח שלטוני בצורה לא מרוסנת, הוא אף מיטיב עם הגוף אשר חוקק אותו באופן פרסונלי ומייד. במצב דברים זה, קיים חשש כי התיקון לחוק היסוד נועד לשרת את הרוב הקואליציוני אשר חוקק אותו, ואשר עשה כן משיקולים פרסונליים, זרים ופסולים ולא מתוך הסתכלות חוקתית-משטרית ארוכת טווח ותשתיתית.

399. הנה כי כן, החלתו של התיקון בתחולה מיידית, מעלה חשש שמא הממשלה, דרך הרוב הקואליציוני ממנו היא נהנית ברשות המחוקקת (היא הרשות המכוננת), ביקשה להביא למצב בו פעולותיה השלטוניות לא יעמדו לביקורת שיפוטית בעילת הסבירות, חרף חובת הסבירות המינהלית החלה עליה. על-כן, תחולתו המיידית של התיקון לחוק היסוד מעצימה את כלל הקשיים העולים מהתיקון, לרבות אלה שנבחנו במסגרת דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי, קרי החלשת מנגנון האיזונים והבלמים הנהוג בין רשויות השלטון ויצירת כוח שלטוני לא מרוסן לרשות המבצעת. הדברים מקבלים משנה תוקף שעה שהתיקון עלול כאמור לסייע בתקופת הבחירות הבאה בידי מי שמחזיק כיום בשלטון, ליהנות מיתרון שלא היה מוקנה לו במצב המשפטי שלפני התיקון. זאת, בשל "הסרת" מגבלת האיפוק והריסון הנובעת מעילת הסבירות.

400. בנוסף, ניתן ללמוד על היבטים פרסונליים של התיקון לחוק היסוד, גם מתוך לשון החוק. כאמור, התיקון לחוק היסוד מבקש לשלול מידי הרשות השופטת את האפשרות לדון או ליתן צו, לעניין סבירות החלטת הממשלה, ראש הממשלה או שר משריה. "החלטה" מוגדרת בתיקון לחוק כ"כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות". כך, מבקש המחוקק להבהיר ולמקד במסגרת חקיקת היסוד, כי החלטה העוסקת במינויים, אשר התקבלה על-ידי הממשלה או שריה, אינה כפופה לביקורת שיפוטית בעילת הסבירות. התמקדות זו, אשר מעוררת קושי בהיבט של מבחן ההתאמה כמפורט לעיל, מעלה חשש לקיומם של אינטרסים פרטיקולריים של הקואליציה הנוכחית לבצע מינויים שנפסלו בעבר (לרבות בעת האחרונה) או עלולים להיפסל בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסיקה (ראו גם דברי ח"כ גוטליב בדיון בוועדה שצוטטו לעיל שלפיהם "היום המציאות מלמדת אותי שאני צריכה פתרון למינוי שרים"). נזכיר לעניין זה כי אך לאחרונה בית המשפט הנכבד דן והכריע בדעת רוב כי מינויו חבר הכנסת דרעי לשר, אינו עומד במבחן הסבירות (ראו עניין **שיינפלד**). הדבר נכון גם ביחס לאינטרסים פרטיקולריים של הקואליציה הנוכחית ביחס לסיום כהונתם של בעלי תפקידים בכירים, ביניהם כאלו הממלאים פונקציות של שמירת סף.

401. בהמשך לכך, ובהתאם לפסיקה, יש לבחון את התיקון גם בהתאם ל**מבחן הצידוק**, בו עובר הנטל להצביע על הצדקה לעיגון הנורמה בחוק-יסוד דווקא. בעניין **שפיר** קבעה כב' הנשיאה חיות כי **הנטל האמור 'מושפע במידה רבה מהפגמים שזוהו בשלב הראשון ומיחסי הגומלין בין פגמים אלה ובין הצידוק שמוצע להם'**.

עוד הבהירה כב' הנשיאה חיות כי 'מבחן הצידוק אינו עוסק, ככלל, בשאלת המניעים לכינונו של חוק היסוד או התיקון לו... אלא בשאלת קיומו של טעם מבורר לעיגון הוראה במסגרת חקיקת יסוד, חרף המחיר שיש לצעד זה ואשר בא לידי ביטוי בשחיקת מעמדו של חוקי היסוד', ובהמשך סיכמה כי 'על המשיבים להצביע על הסבר שיש בכוחו להצדיק הכרה בסטטוס החוקתי של הנורמה, שמבחינת מאפייניה איננה נורמה חוקתית'.

402. במסגרת בחינת תחולתה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, עמדנו בהרחבה על הפגמים שזוהו בשלב הראשון של המבחן הדו-שלבי. בהתאם לכך, וכפי שנקבע בפסיקה כמפורט לעיל, על המשיבים מוטל הנטל המוטל להצדקת הפעלת הסמכות המכוננת בעניינו של התיקון.

403. מבלי למצות את הטענות, נציין כי הפגמים שנפלו בתיקון לחוק היסוד הם רבים – יצירת שיבוש במארג החוקתי הכולל בסוגיה תשתיתית, חוסר התאמה בשל התמקדות בהיבט צר אחד של תחום המוסדר בהלכה הפסוקה או בחקיקה רגילה, חשש ממשי לניגוד עניינים מוסדי המתבטא בהחלה מיידיית של ההסדר לטובת הממשלה המכהנת, בפרט בכל הקשור להסרת מגבלות על כוחה בתקופת הבחירות, ועוד. על-כן, הנטל להצגת צידוק להכללתו דווקא במסגרת תיקון לחוק-יסוד: השפיטה (ולא בחקיקה רגילה שתפורש בהתאם לפסקת ההגבלה ותהיה כפופה לסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה) – הוא כבד.

404. על פניו, "הצידוק" לשלילת עילת הסבירות דווקא במסגרת חוק-יסוד, ולא במסגרת חוק רגיל, מופיע כבר בפתח הסעיף "על אף האמור בחוק-יסוד זה". הכוונה המפורשת היא לגבור על סמכות בית המשפט הנכבד הקבועה בסעיפים 15(ג) ו-15(ד)(2) לחוק היסוד, לקיום ביקורת שיפוטית על החלטות הרשות המבצעת ולהושיט סעד מן הצדק, בהתאם לשיקול דעתו השיפוטי העצמאי של בית המשפט הנכבד.

405. יחד עם זאת, נשאלת השאלה מדוע לא ניתן היה לתת לכך מענה באמצעות חקיקה כוללת של חובות המינהל, אשר הייתה משליכה על הפעלת הביקורת השיפוטית, או לחלופין התווית שיקול הדעת השיפוטי בחקיקה רגילה. לכאורה, ניתן היה לחוקק את ההוראה "בסביבה החקיקתית" המתאימה לה, קרי חקיקה "רגילה", שהייתה כפופה לסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, ולמבחינת פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת מבלי לאיין כליל את סמכותו של בית המשפט הנכבד לתת סעד מן הצדק במקרים המתאימים.

#### 7.4.1. מבחן המובחנות

406. לשם השלמת הניתוח, נבחן את נסיבות המקרה דנן אף בהתאם למבחן החד-שלבי שהציעה כב' השופטת ברק-ארז בעניין **שפיר** (בדעת יחיד). כאמור, בעניין **שפיר** הציעה כב' השופטת ברק-ארז להחליף את מבחן העזר של "התאמה למארג החוקתי", באמת מידה של "מובחנות מתפקידן של רשויות אחרות".

407. תכליתו של מבחן זה לוודא כי הכנסת, בכובעה כרשות המכוננת, לא תבקש להחליף את תפקידה של אף אחת משלוש הרשויות האחרות. כך סיכמה לעניין מבחן זה, כב' השופטת ברק-ארז בעניין **שפיר** :

**" 23. על כן, שימוש לרעה בחוק יסוד מבחינה זו יהא, ככלל, מצב שבו נעשה ניסיון להכתיר בכותרת חוק יסוד הסדר המבקש 'פלוש' באופן מובהק לתחומיה של אחת מרשויות אלה. חוק יסוד, מתוקף הגדרתו ככזה שנועד להוות פרק בחוקה, אינו יכול להחליף מתן החלטה של הרשות המבצעת (למשל, על דרך קביעת הוראה בחוק יסוד המורה על מינויו של אדם לתפקיד או המעניקה לגורם מסוים רישיון); חוק יסוד אינו יכול להחליף בית משפט במתן החלטה בהליך משפטי (למשל על דרך זיכוי או הרשעה); חוק יסוד אף אינו יכול לכלול הסדר אופרטיבי שנדרש לחקיקה רגילה (כדוגמת הקלה במס).**

**24. [...] ככלל יש לומר, כי חוקי היסוד אמורים להתוות את 'כללי המסגרת' לפעילות של המדינה, ואילו חקיקה רגילה נועדה ליישם כללים אלה ולתת להם קונקרטיזציה. [...] יש להבהיר, כי רק כאשר חוק היסוד 'פולש' אל התחום הפרלמנטרי המובהק, יהיה מקום לקבוע שמדובר בשימוש לרעה בחוק יסוד. אמת מידה שניתן לעשות בה שימוש בהקשר זה היא, בין השאר, האם ההוראות נועדו לקבוע נורמה כללית או שמא הן נוגעות ל'ניהול השוטף' של ענייני המדינה במתכונת אופרטיבית, דבר אשר לא מתאים בעליל להסדרה חוקתית."**

408. הגם שמבחן המובחנות הוצע בהקשר של יחסי הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת, הרי שבתיקון דנן הרשות המכוננת מורה למעשה לבית המשפט לדחות על הסף עתירות, משום שהועלו בהן טענות בדבר סבירות החלטת ממשלה או שר, ובכך היא פלשה במובהק לתחומה של הרשות השופטת.

409. יטען הטוען – מה בין "פלישה" לבין "הסדרה", והרי אין חולק שהרשות המכוננת מוסמכת להסדיר את היחסים בין הרשויות, לרבות קביעת כללי מסגרת לסמכויות הרשות השופטת בבקרה את הרשות המחוקקת והמבצעת.

לכך נשיב, כי אילו היה מדובר בהסדרה רחבה שבבסיסה רעיון מסדר, אזי היה מדובר בפעולה כדין של הרשות המכוננת בהפעלת סמכויותיה, כמשמעותה לפי דוקטרינה זו; אך כאשר מדובר בשלילה של הביקורת השיפוטית האפקטיבית על חלק מהרשות המבצעת ללא קביעת הסדרה כוללת וקוהרנטית של מערכת היחסים בין הרשויות וחובותיהן, ובלא רעיון חוקתי המבהיר מהי ההצדקה למתן חסינות מפני ביקורת שיפוטית ביחס לסבירות החלטות – אזי יש יסוד איתן לטענה כי בפועל מדובר ב"פלישה" של הרשות המכוננת לתחומה של הרשות השופטת, כמשמעותה לפי מבחן המובחנות שהציעה כב' השופטת ברק-ארז.

#### ו.4.ה. סיכום ביניים – שימוש לרעה בסמכות המכוננת

410. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, לנוכח כל אשר פורט לעיל ביחס למבחני הפסיקה לפי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, התיקון אינו צולח את מבחן ההתאמה למארג החוקתי ומעורר שאלות נכבדות על-פי מבחן הכלליות, כמו גם על-פי מבחן המובחנות.

#### ו.4.ו. הליך החקיקה של חוקי יסוד

411. יש יסוד לטענה כי מעבר להקפדה היתירה על יישום עקרון ההשתתפות כפי שנקבע בעניין קוונטיסנקי, לאופיו החוקתי של ההליך השלכות דיוניות נוספות, כפי שיפורט להלן, שיביאו לידי ביטוי את השוני המהותי הקיים בין חוקים 'רגילים' לבין לחוקי יסוד.

412. כפי שהוסבר לעיל, חרף השוני המהותי בין תוצרי הרשות המכוננת לאלה של הרשות המחוקקת, המשליך על המגבלות על כוחה של כל רשות וההצדקות לפעולתה, בפועל בישראל אין כמעט הבדל בין האופן שבו נחקק חוק יסוד לבין האופן שבו נחקק חוק רגיל, הן מבחינת הדין הן מבחינת הפרקטיקה. המאמץ הנדרש לכל אחד מאלה מצד הכנסת (או הממשלה, שמוסדית שולטת בה מבחינה פוליטית), הוא כמעט זהה. השחקנים המעורבים זהים, ההליך בכנסת זהה וצורת הפרסום זהה. ההבדל בחיי המעשה בין הכנסת כרשות מחוקקת לבין הכנסת כרשת מכוננת הוא דק מדק, ואפשר אף לומר שהוא לא קיים. כתוצאה מכך עולה חשש כי גם האינטרסים המנחים למעשה את עיצוב החיקוק אינם נבדלים זה מזה בשני המקרים, למרות שמדובר בהפעלת סמכויות שונות בתכלית.

413. בית המשפט הנכבד קבע (החל מעניין **בנק המזרחי** ואילך) כי כל חוקי היסוד הם בעלי מעמד נורמטיבי עליון הנובע מכך שהם תוצר של הפעלת הסמכות המכוננת. מתוך קביעה זו נגזרו שני כללים חשובים – אין לתקן חוק יסוד אלא בחוק יסוד ואין בכוחו של חוק רגיל לסתור חוק יסוד.

414. עוד הכיר בית המשפט הנכבד בקיומן של מגבלות של מהות ותוכן על הפעלת הסמכות המכוננת. בית המשפט הנכבד פיתח את דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי ואת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת. שתיהן נובעות מהתפיסה שבקבלת חוק יסוד מופעלת סמכות בעלת מהות, מעמד ומאפיינים שונים מאשר סמכות חקיקה רגילה.

415. אם-כן, לשיטת בית המשפט הנכבד קבלת חוקי היסוד מתרחשת בקומה נורמטיבית שונה ונגזרת מסמכות ייחודית. ובהתאמה, חוקי היסוד נבחנים לפי המאפיינים הייחודיים של אותה סמכות ותכליתה. בהתאם לכך ניתן להוסיף ולומר, נוכח הסכנה כי ייעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, כי גם ההליכים לקבלת חוקי יסוד צריכים לשקף את המהות החוקתית.



416. בהתאם לכך נבקש לטעון, כי את מעשיה אלה של הרשות המכוננת יש לבחון לפי המאפיינים המיוחדים של רשות זו. כפי שהוסבר, ההסדרים החוקתיים עוסקים בתשתית הנורמטיבית הרחבה שהעם קובע לעצמו כיסוד לחוקה העתידית ולמעשה כבסיס למסגרת המדינית המשותפת. על-כן, חוקי יסוד, ובפרט ההוראות הכלולות בהן אשר נושאות מטען חוקתי-משטרי מובהק ומשמעותי המעצב את "כללי המשחק" הבסיסיים, צריכים להיות פרי של הסכמות ופשרות, לאחר קיום שיח חוקתי שבמסגרתו יינתן מקום משמעותי לשיקולים רחבים, ולא להתקבל באמצעות רוב קואליציוני דחוק. כך נהוג בעולם ואין זה ענין טכני. בהקשר זה ניתן לטעון כי הליך קביעת חוק היסוד נדרש לשקף מהות. כשהכנסת חובשת את כובעה כרשות מכוננת היא מחויבת, כנאמן הציבור, לפעול בדרך שתבטיח שתוצריה יהלמו את המהות החוקתית הטבועה בחוקי היסוד. כך לגבי התוכן ומאפייני תוכן שונים (כגון יציבות וכלליות) כפי שעולה מדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, שכבר אומצה בידי בית המשפט העליון. שימוש מתאים בסמכות המכוננת צריך לבוא לידי ביטוי גם בדרך שבה מתקיים הליך החקיקה של חוקי היסוד.

417. כזכור בעניין **שפיר**, נקבע כי בהפעילו את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת תפקיד בית המשפט הוא "להגן על החוקה המתגבשת מפני חדירה של נורמות, שאינן מצויות במדרג המתאים לכך, אל תוך המארג החוקתי באופן שעלול לגרום לשחיקה וזילות במעמד של חוקי היסוד".<sup>108</sup> באופן דומה נבקש לטעון כי יש להקפיד הקפדה יתירה על הליכי החקיקה של חוקי היסוד בניסיון להפריד בין המעשה הפוליטי השגרתי של הרשות המחוקקת לבין המלאכה החוקתית הרחבה, הצופה פני עתיד, משרתת את אותה המטרה ומתחייבת בה במידה. מהות, צורה והליך כרוכים יחד.

418. ברור כי אין זה מתפקידו של בית המשפט הנכבד להשלים בדרך של חקיקה שיפוטית את העדרו של חוק יסוד: חקיקה. כך למשל אין זה נכון שבית המשפט הנכבד ינסה לקבוע בדרך פרשנית כללים אחידים בנוגע לרוב הנדרש לקבלת חוק יסוד, מספר הקריאות, מועדן או מועד כניסתו לתוקף.

419. יפים לעניין זה דברי המשנה לנשיאה רובינשטיין, אשר בצד הצער על העדרו של חוק-יסוד: החקיקה ציין בעניין **המרכז האקדמי**, כדלקמן:

"דעת לנבון נקל, כי אין זה בריא בדמוקרטיה פרלמנטרית מתוקנת שהסדרת נושא החקיקה תיעשה אך על ידי הרשות השופטת" אך בשים למציאות הנוהגת הוסיף: "מאידך גיסא, כפי שיארע לא אחת, מקום שאין הרשות הרלבנטית ממלאת את תפקידה כדבעי, והצורך המשפטי קיים במובהק, אין מנוס מפעולת הרשות האחרת. בבואנו לבחון את תקינות עבודת החקיקה של הכנסת, כרשות מחוקקת ומכוננת כאחת, איננו יכולים להתעלם מפגמים מהותיים הנופלים בה. הפתרון הראוי הוא אם כן בכינון חוק יסוד: החקיקה, אולם עד שזה יזכה להגיע לאויר העולם, אין מנוס מקביעת כללים מנחים לשם שמירה על עקרונותיו הבסיסיים של המשטר הפרלמנטרי הישראלי, ועל-ידי כך לכבד את הכנסת – לכבד את עבודתה ואת תוצריה, לכבד את עקרונות המשטר החוקתי." (שם, בפס' ל"ו לפסק דינו).

<sup>108</sup> עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 5, פסקה 31 לפסק דינה של חיות.

עם זאת, לעמדתנו במסגרת קיום ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד עשויה להיות לכך משמעות בשלושה היבטים:

האחד, החמרת הרף הנדרש לקיומו של 'הליך חקיקה ראוי' כשמדובר בחוק יסוד, בהשוואה להלכה הפסוקה בנוגע להתערבות בהליך החקיקה של חוק רגיל. כפי שנקבע בעניין **קוונטינסקי** בקשר לפגמים בהליך החקיקה לגבי חוק 'רגיל', הבדיקה אם עקרון ההשתתפות התגשם במקרה מסוים נבחנת לפי אמות מידה של: משך הדיון, בשים לב למורכבות ההצעה, ייחודיותה, אורכה והיקף השלכותיה; התשתית העובדתית שהוצגה בצד הצעת החוק; והשפעת הדיון בוועדה ובמליאה על הצעת החוק, נוסחה ותוכנה.

כאשר עסקינן בתיקון של חוק יסוד, שהשפעתו כה מורכבת ומרחיקת לכת והוא נתון במחלוקת חברתית ופוליטית עזה, הרי שלעמדתנו, יש מקום לשקול רף גבוה יותר לקיומו של 'הליך חקיקה ראוי'. כלומר, נדרשת הצגה מקצועית ומקיפה של נתונים והערכה של השלכות באופן נרחב; מתחייב כי יתאפשר לחברי הכנסת לשאול שאלות ולקיים שיח ממצה ומעמיק עם המומחים המציגים את עמדתם בפני הוועדה; נדרש שניציגים של האקדמיה, החברה האזרחית, הממשלה ועוד יוכלו להשתתף ולהציג בצורה ממצה את עמדתם; שהדיון יכסה את כל ההיבטים הרלבנטיים באופן שיאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מלאה על מלוא משמעותו של התיקון והשלכותיו. וכיוצא באלה. דרישות הליכות אלה יאפשרו לחברי הכנסת לגבש את עמדתם בנוגע לתיקון של נורמה חוקתית תשתיתית ויגשימו את עקרון ההשתתפות אשר בחוקי יסוד צריך לקבל ביטוי רחב יותר.

יובהר, כי במקרה שלפנינו, ספק אם הטענות לפגמים בהליכי החקיקה ולפגיעה בעיקרון ההשתתפות מצדיקות הושטת סעד חריג כפי שנעשה בעניין **קוונטינסקי**. אך גם אם לא ניתן לקבוע שעקרון ההשתתפות, כמשמעותו בפסיקת בית המשפט הנכבד, הופר באופן שמצדיק לבדו את ביטולו של התיקון לחוק היסוד, הרי שיש ליתן משקל לפגמים ההליכיים. הטעם לבדיקה מחמירה יותר של הליך החקיקה של חוקי היסוד דווקא, בנוסף לכך שהדבר משתלב בהלכה הפסוקה המדברת על מידת המורכבות והחשיבות כשיקול, הוא העדרן של הערובות המוסדיות-הליכיות שיבטיחו כי חוקי היסוד ישקפו מהות חוקתית.

רובד אפשרי שני, הוא **קיום ביקורת שיפוטית קפדנית על הפעלת הוראות חריגות בתקנון בקשר להליך קבלתו של חוק יסוד**. מעצם מחויבותה להפעיל את הסמכות המכוננת בנאמנות ובהתאם לתכליתה של סמכות ייחודית זו, בפרט כאשר עסקינן בתיקון חוקתי-משטרתי תשתיתי, בעל השלכות רחב נרחבות במישורים רבים, היה על הכנסת ליחד הסדר ייעודי להליכי הקבלה והתיקון של חוקי היסוד. הכנסת אמנם לא עשתה כן, לא ברמה של חוקי היסוד ולא ברמה של תקנון הכנסת. אולם מחדלה אינו פותר אותה מהמחויבות להפעלה הולמת של הסמכות המכוננת גם בהיבט ההליכי. נכון כי בית המשפט הנכבד אינו אמור להשלים מהלך חקיקתי פרטני כזה בפסיקתו ואף אין זה ראוי שיעשה כן.

אולם כאשר הכנסת מפעילה את הוראות התקנון הרגילות גם ביחס לחקיקתו של חוק יסוד, ראוי להכיר בסמכותו של בית המשפט הנכבד לבחון בקפדנות כי יישום זה אינו פוגם, ולו בעקיפין, במשמעות של קבלת חוק יסוד. כך למשל, כאשר ועדת הכנסת מאשרת קיצורי מועדים בהליך החקיקה של חוק יסוד, יש מקום לבחון אם הדבר הולם את הסמכות המכוננת, לאור מאפייני חקיקת היסוד, אשר מעצם טיבם אינם דרים בשלום עם חיפזון. אפשר לומר שנקודת המוצא היא שהפעלת סמכות כזאת לפי התקנון לגבי הצעת חוק יסוד מקימה חזקה לפיה היא פסולה, אלא אם יוכח צידוק מיוחד לדבר בנסיבות העניין. באופן דומה, אפשר לקבוע לגבי הפעלתו של סעיף 98 לתקנון בדבר סדרי דיון מיוחדים. יש לבדוק אם החלטה לפי סעיף זה פגמה בתוצר החוקתי ושיבשה את ההליך החוקתי התקין.

משמעות שלישית אפשרית היא שהפגמים שנפלו בהליך החקיקה, אף אם אינם עולים כדי פסילה כשלעצמם, הרי שהם מחמירים את הפגמים עליהם הצבענו בהתאם לשתי הדוקטרינות המרכזיות. כאשר הכנסת מתקנת חוק יסוד ומשנה הסדר תשתיתי ומורכב ביותר, המשליך בצורה כה משמעותית על הפרדת הרשויות ושלטון החוק, ההקפדה על ליבון חוקתי מעמיק וניסיון לגבש הסכמה, היא חיונית במיוחד. זאת דווקא בשל העדרן של ערובות מוסדיות ומבניות המבחינות בין הרשות המחוקקת לרשות המכוננת. אם הכנסת נוהגת בדרך הפוכה לזו, כפי שקרה במקרה שלפנינו, הדבר מעורר קושי: הליך חפז – בהינתן כובד המשקל של הסוגייה שעל הפרק, שאין בו די זמן לברר עד תום שאלות יסוד ומשמעויות לגבי המארג החוקתי הכולל, שלא מתנהל כרב-שיח בונה ושלא מביא כמעט לשינוי של הנוסח כפי שהוצג בראשית הדיון על-ידי יוזמו, יכול לחזק את המסקנה כי נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. הדבר עשוי להשליך גם על הבחינה המהותית של היות התיקון לא חוקתי. אם יש ספק לגבי משמעויות מסוימות של התיקון, למשל עד כמה הוא יוצר סיכון לפגיעה בהפרדת הרשויות ומביא לחיזוק מסוכן של הרשות הפוליטית-המבצעת תוך החלשת הרשות השיפוטית, הרי שההליך הפגום, אף אם לא ברמה המצדיקה כשלעצמה התערבות שיפוטית, יכול לשפוך אור על הערכת הסיכונים החוקתיים. לעומת זאת, הסדר שהוא גבולי מבחינת אי-החוקתיות, אבל התקבל בהסכמה רחבה ולאחר דיון ממושך מעמיק ושיח פתוח וממצה, עשוי להתפרש בידי בית המשפט לקולה. בענייננו, כאמור לעיל, הצעות שנועדו למתן את פגיעתו של התיקון שהיו אולי מאפשרות להגיע להסכמה רחבה יותר – נדחו.

## ז. פרשנות מקיימת, ככל שאפשרית, עדיפה על פני הושטת סעד חוקתי חריג

421. הסעד העיקרי המבוקש במרבית העתירות הוא ביטול התיקון לחוק היסוד. כפי שהוסבר בפרקים הקודמים, מדובר בסעד חריג ביותר ותקדימי, שכן עד היום, בית המשפט הנכבד מעולם לא הכריז על בטלותו של חוק-יסוד בשל היותו תיקון חוקתי בלתי-חוקתי, תוך שעמד על הקשיים באימוצה של הדוקטרינה במובנה הרחב. אף דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת לא הביאה עד כה לביטול הוראה בחוק יסוד, אלא למתן שתי התראות בטלות.

אך גם אם בית המשפט הנכבד ימצא כי התיקון מעורר פגמים חוקתיים משמעותיים אשר מצדיקים התערבות חריגה מעין זו, כעמדת היועצת המשפטית לממשלה, עליו לבחון אם ישנה פרשנות מקיימת, וככל שתימצא פרשנות כאמור, יש לבחור בה, חלף הכרזה על ביטולו של התיקון לחוק היסוד. בטלות של חקיקה, וקל חומר בטלות של חוק יסוד, היא אם כן אמצעי אחרון, ויש לנקוט בה רק כאשר אין כל אפשרות ליתן לדבר החקיקה פרשנות שתאפשר את קיומו, באופן השומר על מרכיביה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

422. כידוע, בהתאם להלכה הפסוקה בכל הנוגע לפרשנות חוק "רגיל" המובא בפני בית המשפט הנכבד לביקורת שיפוטית, שומה עליו לנסות ולפרשו באופן שיקיים את הוראות חוקי-היסוד, וזאת על-פני הכרזת בטלותו על רקע סתירה ביניהם. פרשנות "מקיימת" כאמור מבטאת את שיוויון הסעד החוקתי בדבר ביטולו של חוק והיותו שמור למקרים חריגים שאין מנוס מהם. קולעים לעניין זה דבריו של כבוד השופט דנציגר כדלקמן:

"ואכן, בשורה של פסקי דין קבע בית משפט זה כי פרשנות היא הפתרון המועדף ליישוב קשיים חוקתיים. בדרך זו תיושב הסתירה הלכאורית בין החוק הנבחן לבין הנורמה החוקתית, מבלי שיופעל "נשק יום הדין" של הכרזת הבטלות, מלאה או חלקית. [...] ביסוד גישה זו עומדת התפיסה כי כל דבר חקיקה נועד לקדם – מלבד המטרות הקונקרטיות אותן ביקש המחוקק להשיג – גם את ערכי היסוד של משטרנו. ערכי יסוד אלה כוללים את עקרונות הדמוקרטיה ואת ההגנה על זכויות האדם וקידומן. פועלה המעשי של גישה זו מתבטא בחזקה שלפיה "תכליתו של דבר חקיקה היא להגשים את עקרונותיה של השיטה ולקדם זכויות אדם בה" [(השופט (כתארו אז) א' ברק בבג"ץ 693/91 ד"ר אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 763, 749 (1993)], וכן בחזקה "לפיה יש לייחס למחוקק מודעות לתוכנם ולהשלכותיהם של חוקי היסוד על כל חוק הנחקק לאחריהם" [הנשיאה ד' ביניש בע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, 351 (2008) (להלן: עניין פלוני)].<sup>109</sup>

בית המשפט הנכבד מצא לאמץ פרשנות מקיימת לחוקים, גם מקום שבו זו סתתה במידת-מה מכוונתם הסובייקטיבית של חברי הכנסת בעת מעשה החקיקה.<sup>110</sup>

423. עקרונות פרשניים כלליים אלו נכונים, אולי אף ביתר שאת, גם ביחס למלאכת פרשנותם המקיימת של חוקי היסוד. ברי כי פרשנות המובילה למסקנה חוקתית הרמונית, שלפיה אין סתירה בין התיקון לבין המסגרת החוקתית הכוללת, או בינו לבין עקרונות היסוד של השיטה, היא פרשנות עדיפה. עדיפותה של פרשנות כאמור נבעת מן הזהירות שמתחייבת מעקרון הפרדת הרשויות ביחס לפועלה של הכנסת כרשות מכוונת; עדיפותה של הפרשנות המקיימת משקפת את חזקת ה"על-חוקתיות" הנתונה לחוק-יסוד; ועדיפותה של הפרשנות משמיעה את היותה ראשונה בסל הכלים להתמודדות עם קשיים חוקתיים.

<sup>109</sup> בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (ארי"ש 15.4.2015); כן ראו: בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח נ' משטרת ישראל (ארי"ש 28.5.2012); בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 267-268 (2004); בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 808 (1996).

<sup>110</sup> בעניין סמכות מבקר המדינה ראו למשל בג"ץ 5113/12 פרידמן נ' כנסת ישראל (ארי"ש 7.8.2012).

יפים לעניין זה דבריו של כבוד השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, מ(3) 505 (1986):

"אם אמרנו על חוק רגיל, כי אין הוא מבצר הנכבש בעזרת מילון אלא עטיפה לרעיון חקיקתי חי (ע"פ 787/79, 881, בעמ' 427), הרי על אחת כמה וכמה שגישה זו צריכה להדריכנו לעניין פירושן של הוראות בעלות אופי חוקתי. אכן, חקיקה קונסטיטוציונית חייבת להתפרש על רקע מבנה השיטה כולה. חוק הוא 'צור החי בסביבתו' (השופט זוסמן בבג"צ 58/68 [22], בעמ' 513), ר"סביבתו של חוק קונסטיטוציוני היא, בין השאר, החוקים הקונסטיטוציוניים האחרים, הקובעים את מהות המשטר. כל חוק קונסטיטוציוני אינו אלא לבנה אחת ממבנה כולל, המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט. על-כן, תפקידו של השופט-הפרשן, שעה שהוא מפרש חוק קונסטיטוציוני, הוא להביאו "לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים במדינה" (מ' לנדוי, "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ח-כ"ט) 292, 306). זאת היא המשמעות האמיתית של התפיסה - עליה עמד השופט אגרנט - כי חוק קונסטיטוציוני יש לפרש מתוך "מבט רחב".

פרשנות חוקי יסוד, כך מורה תורת הפרשנות התכליתית, מחייבת לפרש את חוקי היסוד מנקודת מבט רחבה, מתוך שאיפה ליצור אחדות והרמוניה בין חוקי היסוד. היטיב לתאר זאת פרופ' ברק בכתביו על החשיבה הקונסטיטוטיונית ועל תפקידו של בית המשפט הנכבד בתור הפרשן המוסמך של הדין:

"את הטקסט החוקתי - כמו גם כל טקסט אחר - יש לפרש על-פי התכלית שאותה הוא נועד להגשים. על תכלית זו - ברמות הפשטה שונות - ניתן אמנם ללמוד מכוונת יוצריו; זוהי התכלית הסובייקטיבית של הטקסט, אך אין זו התכלית היחידה. ליד התכלית הסובייקטיבית של הטקסט החוקתי עומדת תכליתו האובייקטיבית. אלה הם הערכים והעקרונות - ברמות הפשטה שונות - של החברה המודרנית שבה הוא חי. אלה הם המטרות העולות מהמבנה החוקתי הכולל ומחלוקת הפונקציות בין האורגנים השונים של המדינה.

[...] המשפטן החוקתי, המפרש הוראה נתונה של חוקה או של חוק-יסוד, צריך לשאול עצמו לא רק מהו הפתרון הראוי, אלא גם מי ראוי לו שיתן את הפתרון הראוי. ההסתכלות החוקתית היא לעולם הסתכלות כוללת ולא הסתכלות פרטית. המשפטן החוקתי מבקש לעמוד על החלוקה הראויה של הסמכויות, ועל קיום איזון ובקרה בין נושאי הסמכויות. עליו להיות מודע לכך, שכאשר הוא מפרש הוראה אחת של חוקה או של חוק-יסוד, הוא מפרש את כלל ההוראות החוקתיות. הפתרון של המקרה הפרטי חייב להשתלב במבנה הכולל, תוך יצירת הרמוניה חוקתית. אכן, על הפרשן להשקיף על הטקסט החוקתי כחלק ממבנה חוקתי שלם, אשר בו שוררת אחדות. זהו העקרון של אחדות החוקה. הנורמה החוקתית הבודדת משתזרת במערך הנורמות החוקתיות, ויוצרת אחדות חוקתית.

[...] הפירוש צריך להיות ערכי ולא טכני. הוא חייב להשתלב במערך הקונסטיטוציוני הכללי העכשווי, תוך נסיון להביא לידי הרמוניה חוקתית ותוך מניעתם של ניגודים חוקתיים"<sup>111</sup>

424. בית המשפט הנכבד עסק בהרחבה בשאלת הפרשנות המקיימת של חוק-יסוד בעניין חסון:

<sup>111</sup> אהרן ברק "על החשיבה הקונסטיטוציונית" מבחר כתבים כרך א 275, 282-283 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים 2000).

"בעוד שביקורת חוקתית "רגילה" מתמקדת בשאלה האם חוק נתון פוגע בזכות חוקתית, ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד – ככל שביקורת שכזו תוכר בשיטתנו – מתמקדת בשאלה אם חוק היסוד או התיקון לו שוללים את ליבת הזהות הדמוקרטית או היהודית של המדינה. על מנת לבחון את טענות העותרים יש, אפוא, לפרש את הוראות הסעיפים הללו בהתאם לכללי הפרשנות החוקתית הנוהגים עימנו, אשר מייחסים משקל לייחודם ולמעמדם של חוקי היסוד (ראו: עניין חוק טל, בעמ' 674). עקרון מרכזי המנחה אותנו בפרשנות של חוקי היסוד הוא השאיפה להגשמת הרמוניה ביניהם. בהקשר זה נקבע בפסיקה כי "חקיקה קונסטיטוציונית חייבת להתפרש על רקע מבנה השיטה כולה [...]. כל חוק קונסטיטוציוני אינו אלא לבנה אחת ממבנה כולל, המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט. על-כן, תפקידו של השופט-הפרשן, שעה שהוא מפרש חוק קונסטיטוציוני, הוא להביאו לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיימים במדינה" (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 595 (1986); וראו גם: עניין מיטראל, בעמ' 29-30).

ביסוד התפישה בדבר הרמוניה פרשנית עומדת ההנחה כי כל חוק יסוד מצטרף למארג חוקי היסוד הקיימים, המעגלים את אופייה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית (אהרן ברק "על החשיבה הקונסטיטוציונית" המשפט א 45, 51 (1993)). שאיפה זו להרמוניה חוקתית היא המשמיעה לנו כי מבין מספר פירושים אפשריים, יש לבחור באותו הפירוש אשר מיישב את חוק היסוד עם המארג החוקתי הקיים (וראו בהקשר זה דבריו של בא-כוח משיבי הממשלה בעמ' 63-64 לפרוטוקול הדיון בעתירות מיום 22.12.2020). גישה זו נתמכת בתפישה הפרשנית הכללית לפיה לעולם יש להעדיף פרשנות מקיימת של חוק – ככל שהיא אפשרית וסבירה – ולפיה הוא אינו פוגע בזכויות חוקתיות. זאת, על פני פרשנות שממנה מתחייבת מסקנה בדבר אי-חוקתיותו של החוק העשויה להביא לביטולו (ראו, בין היתר: בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 814 (1996); עניין אדם, בעמ' 848; בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל, פסקה 39 לחוות דעתי (4.4.2021)). כללי פרשנות אלה, שנקבעו לעניין פרשנות חקיקה ראשית, יפים, בשינויים המחויבים, גם ביחס לפרשנותם של חוקי היסוד.<sup>112</sup>

425. בפרקים הקודמים הסברנו מדוע התיקון הקובע את ביטול עילת הסבירות פוגע בעקרונות יסוד גרעיניים של המשטר הדמוקרטי בישראלי, ובראשם בעיקרון הפרדת הרשויות ושלטון החוק, והכל מבלי שנקבע תחליף הולם שיאזן ויגביל את כוחו של הרוב הקואליציוני. אלא, שלפני שנידרש לשאלה אם נכון להושיט במקרה זה, לראשונה, סעד חוקתי אשר יכריז על בטלותו של התיקון או חלקו מחמת היותו תיקון חוקתי בלתי חוקתי (או מכוח דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת), שומה עלינו לבחון אם ניתן להעניק לתיקון פרשנות מקיימת והרמונית, העולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה, ומנטרלת או מצמצמת את הקשיים שהוא מעורר בהקשרים השונים שנמנו לעיל, וזאת מבלי שבית המשפט הנכבד יידרש ליתן סעד חריג כמבוקש בעתירות.

426. כידוע, פרשנות החקיקה – ולעניין זה חקיקת יסוד אינה שונה – נפתחת בלשון החוק, שהיא נקודת המוצא של המהלך הפרשני. אין לתת לחוק משמעות המצויה מחוץ למתחם האפשרויות הלשוניות (ראו ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים לישראל בע"מ, פס' 34 (אר"ש 12.5.14)).

<sup>112</sup> עניין חסון, פס' 59 לפסק דינה של כבי הנשיאה חיות; וראו גם פס' 6 לפסק דינה של כבי השופטת ברוך; פס' 16 לפסק דינו של כבי השופט מינץ; פס' 33(א) לפסק דינו של כבי המשנה לנשיאה (כתוארו אז) מלצר; פס' 9 לפסק דינו של כבי השופט פוגלמן.

מבין האפשרויות שלהן יש עוגן בלשון החוק, הבחירה מבין החלופות תהיה בזו אשר מגשימה באופן מיטבי את תכלית החוק, אשר מורכבת מתכלית סובייקטיבית ואובייקטיבית. **תכליתו הסובייקטיבית** של החוק, המכונה גם "כוונת המחוקק", כוללת את המטרות ואת הערכים שביקש המחוקק להגשים באמצעות דבר החקיקה. **התכלית האובייקטיבית** כוללת את הערכים והעקרונות שאותם נועד להגשים כל דבר חקיקה בחברה דמוקרטית, והכל על רקע ערכי היסוד של השיטה המשפטית (אהרן ברק, פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 202 (1993) (להלן: **ברק**)). הנה כי כן, את הוראת החוק יש לפרש על סמך התכליות הסובייקטיביות והאובייקטיביות שהוא נועד להגשים. כפי שצוין בפסק הדין בעניין **חסון**, בהקשר של פרשנות חוקי היסוד, פרשנות חוקתית מחייבת לפרש את חוקי היסוד מנקודת מבט רחבה, מתוך שאיפה ליצור אחדות והרמוניה בין חוקי היסוד (ראו גם אהרן ברק, **מבחר כתבים א - על החשיבה הקונסטיטוציונית** 275, 282-283 (תש"ס)).

427. **האם ניתן להעניק לתיקון לחוק היסוד פרשנות אשר משמרת את עקרונות היסוד 'הגרעיניים' הדמוקרטיים, ובראשם את עיקרון הפרדת הרשויות, ואינה מחלישה בצורה דרמטית את הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה ושריה?**

428. על פני הדברים, ניתן לחשוב על מספר משמעויות שניתן היה לנסות לצקת ללשון התיקון, אשר יכולות היו למתן את פגיעתו הקשה של התיקון בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים. פרשנויות אלה, כפי שנראה, מחייבות למעשה "חקיקה שיפוטית" וכתובה מחדש של התיקון על-ידי בית המשפט הנכבד, ברוח הצעות שעלו במהלך הדיונים בוועדת חוקה, אך נדחו באופן מפורש על-ידי יו"ר הוועדה והקואליציה. הן אינן מוצאות אחיזה בלשון החוק, אינן תואמות את התכלית הסובייקטיבית של המחוקק, ולמעשה הן ישנו את דבר החקיקה באופן יסודי.

סוגיה ראשונה שיש להידרש אליה במישור הפרשני היא הגדרת המונח "סבירות", הנעדרת מן התיקון לחוק ועל כן מחייבת מהלך פרשני. האם ניתן, באמצעות המהלך הפרשני, ליצוק למושג "סבירות" תוכן המתיישב עם קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית וריסון הכוח של הרשות המבצעת?

לכאורה, ניתן לומר כי הכוונה בביטול עילת הסבירות היא רק ביחס ל"סבירות" כמשמעותה בהלכת **דפי זהב** ואילך (קרי: המשקל שניתן לשיקולים השונים והאיזון ביניהם), ומכאן שלא נשללת הביקורת השיפוטית על החלטות "בלתי-סבירות" בעליל. פרשנות זו היא אולי אפשרית לשונית באופן דחוק, בשים לב להיעדר ההגדרה של המונח "סבירות" בתיקון או בספר החוקים בכלל, והיא גם נתמכת לכאורה בדברי ההסבר להצעת החוק אשר מפנים לציטוט מפסק הדין בעניין **דפי זהב**. עם זאת, חלופות שהוצעו במסגרת הליכי החקיקה, אשר היו מחדדות הבחנה מעין זו (שאף היא מעוררת שאלות) – נדחו באופן מפורש על-ידי יו"ר הוועדה וחברי הקואליציה, כך שאפילו בעניין זה המהלך הפרשני אינו ישים.

429. לחלופין, ניתן לומר, על בסיס ההבחנה הדוקטרינרית שהציע פרופ' זמיר בספרו, כי שלילת הביקורת השיפוטית על "סבירות החלטה" מתייחסת אך ורק לשלילת הביקורת על **תוכן** ההחלטה לגופה, בעוד שלא נגרע מאומה מסמכותו של בית המשפט לבחון את שלב הפעלת **שיקול הדעת** ומלאכת האיזון בין השיקולים השונים. פרופ' זמיר מרחיב בספרו על ההבחנה בין עילת הסבירות כ"עילת החלטה", לבין עילת הסבירות כ"עילת שיקול דעת" (עילה אשר הוא מציע לכנות "עילת עיוות הסמכות"). ניסוחו העמום של התיקון מאפשר על-פני הדברים מנעד רחב של פרשנויות לשוניות, לרבות כאלה אשר תכליתן אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו הסובייקטיבית של התיקון לפי יוזמי התיקון, וממילא אין בלשון התיקון כל התייחסות ספציפית להפעלת שיקול הדעת והאיזון בין השיקולים השונים. עם זאת, גם פרשנות זו כרוכה בחקיקה שיפוטית, תוך אימוץ הצעות שעלו בוועדת חוקה ונדחו על-ידי המחוקק.

430. ברוח דומה, ניתן לכאורה לפרש את המונח "סבירות" כך שתישלל הביקורת השיפוטית על הבחירה מבין אפשרויות הנמצאות על גבול מתחם הסבירות המסור לממשלה או לשר, אך מבלי שתיגרע אפשרותו של בית המשפט לדון ולהושיט סעד במצבים חריגים של סטייה קיצונית ממתחם הסבירות, כזאת ניתן לראות בה משום חוסר סמכות (ראו למשל פסקי הדין של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין וכב' השופט הנדל בבג"ץ 3132/15 **מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל** (אר"ש 13.4.2016)). גם כאן, מדובר בסטייה קיצונית מלשון החוק, באשר האיסור הקבוע בחוק "לדון" בשאלת הסבירות מונע על פניו את עצם ההידרשות על-ידי בית המשפט לסוגייה ומקשה על אימוץ פרשנות זו, ומדובר גם בסטייה מכוונת המחוקק הברורה.

431. שאלה פרשנית נוספת היא משמעות המונח "החלטה", אשר בנוסח הראשוני לא הוגדרה. לכאורה, בשים לב לשיקולים שעליהם עמדנו לעיל, ניתן היה להותיר בגדרי התיקון רק החלטות מדיניות רוחביות, כדוגמת החלטות העוסקות בענייני מדיניות חוץ, מלחמה ושלום, כלכלה לאומית וכדומה, וכן להבהיר בדרך פרשנית, שאין מדובר בנורמות בעלות פועל תחיקתי (כדוגמת תקנות בסמכות שר). אלא, שכלל לא ברור האם ניתן להגיע, במסגרת של פרשנות, לתוצאה ברורה שניתן ליישמה בפועל באופן מעשי. יתרה מכך, המחוקק בחר במסגרת הליכי החקיקה להוסיף ולהגדיר "ברחל בתך הקטנה" כי "החלטה" היא "**כל** החלטה", ובכך הקשה (במודע ובכוונת מכוון) על האפשרות לפרש בצמצום את המונח, תוך צמצום "החורים השחורים". אפשרות פרשנית זו תיפתח מחדש לכאורה, אם בית המשפט יראה לנכון להושיט סעד חוקתי חלקי של פסילת הסיפה של התיקון.

432. מונח נוסף שאינו מוגדר במסגרת התיקון הוא "בענייני מינויים", כחלק מן ההגדרה של התיבה "החלטה" ("כל החלטה, לרבות בענייני **מינויים** או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות"). בשים לב לקשיים שעליהם עמדנו כתוצאה מביטול עילת הסבירות, בהיבטי טוהר המידות בשירות הציבורי והשמירה על מקצועיותו וממלכתיותו, כמו גם החשש שהסתברותו גבוהה מאד שהסרת הביקורת השיפוטית האפקטיבית מהליכי המינוי והפסקת הכהונה תביא במישרין או בעקיפין לפגיעה בעצמאותם של גורמי אכיפה, שומרי



הסף, רגולטורים ובעלי תפקידים בכירים אחרים, ניתן לחשוב על פרשנות מצמצמת, שמתייחסת אך ורק למינויים של **נבחרי ציבור** (כדוגמת מינוי שרים, סגני שרים וכיו"ב), או מינויים באישור הכנסת, אשר תחריג מתחולת התיקון את שלילת הביקורת השיפוטית על החלטות בדבר מינויים (והפסקת כהונתם) של **עובדי מדינה** בשירות הציבורי. עם זאת, על פני הדברים מדובר בפרשנות קשה ביותר מבחינה לשונית וגם מבחינת התכלית הסובייקטיבית. לעניין זה נזכיר כי ממילא המונח "מינויים" מצוי בתוך הגדרת "לרבות", המתייחסת ל"כל החלטה". לפיכך ספק אם מגמה פרשנית מצמצמת ביחס למונח "ענייני מינויים" תפתור את הקשיים המהותיים שעליהם עמדנו.

433. שאלה פרשנית נוספת, נוגעת לשאלת התחולה האקטיבית או הרטרופקטיבית של התיקון ביחס להליכים תלויים ועומדים וביחס להחלטות מינהל שהתקבלו לפני חקיקתו – קרי: האם ביטול עילת הסבירות חל ביחס להליכים שיפוטיים תלויים ועומדים לרבות כאלה שהוגשו לפני מועד תחולתו, כך שהוא שולל את סמכותו של בית המשפט לדון ולהושיט סעד ביחס לעתירות קיימות, או שמא יש לראות בו בבחינת תיקון פרוספקטיבי, שחל רק לגבי הליכים משפטיים (או לחלופין החלטות מינהליות) המאוחרים לחקיקתו. שאלות נגזרות נוגעות לשאלה האם יש הבחנה בין הליך בערכאה ראשונה לבין הליך שניתן בו פסק דין ומצוי בפני ערכאת הערעור? סוגיות אלו לא נידונו וממילא לא הוכרעו בהליכי החקיקה, ועל כן, ככל שהתיקון יצלח את הביקורת השיפוטית תידרש בכך הכרעה שיפוטית-פרשנית.

בהקשר זה נזכיר כי נקודת המוצא העקרונית היא כי חקיקה בעלת אופי רטרופקטיבי מעלה קושי, וכי יש להצביע על אינטרס ציבורי שיצדיק תחולה רטרופקטיבית של דבר חקיקה (ע"א 1613/91 **ארביב נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(2) 765, 785 (1992) (להלן: עניין **ארביב**)). בהתאם לכך נקבעה חזקה פרשנית לפיה, במידת האפשר, יש לפרש חוק ככזה שאינו פועל למפרע (ע"א 27/64 **בדר נ' לשכת עורכי-הדין בישראל**, פ"ד יח(1) 295, 300 (1964)). הגם שסיווגו של התיקון בהתאם למבחני הפסיקה הוא מורכב, הרי לשיטת היועצת המשפטית לממשלה החלתו של התיקון על הליכים תלויים ועומדים, בדרך של שלילת הביקורת השיפוטית על הליכים שהוגשו לפי הדין שקדם לתיקון, מעצימה את הקושי שמגלם התיקון ביחס להפרדת רשויות. זאת שכן מדובר בהתערבות מעבר לרמה המוסדית-העקרונית של הביקורת השיפוטית (קושי שעליו עמדנו לעיל), אלא בהתערבות ממש של המחוקק בהליכים שיפוטיים המתנהלים נגד הממשלה או שריה, אשר תוצאתם עשויה להיות מוכרעת לשבט או לחסד לפי עילת הסבירות. כל זאת מבלי שהתייחסנו לקשיים המעשיים המתעוררים מהחלה מיידית של התיקון על הליכים, אשר הוגשו לפי הדין שקדם לתיקון ונשענו עליו. על כן, עמדת היועצת המשפטית לממשלה (ככל שיהיה צורך ובית המשפט יראה לנכון להידרש לכך) היא כי למצער יש לפרש את התיקון ככזה שחל רק ביחס להליכים משפטיים שנפתחו (**בערכאה ראשונה**) לאחר מועד פרסומו של התיקון לחוק היסוד ברשומות, בעוד שהליכים תלויים ועומדים יוסיפו להתנהל לפי הדין הקודם עד למתן פסק דין חלוט.

434. ככל שבית המשפט הנכבד – אשר הוא הפרשן המוסמך של הדין – סבור כי על אף לשונו הרחבה של התיקון ועל אף התכלית הסובייקטיבית הברורה של המחוקק, ניתן להעניק לתיקון פרשנות מצמצמת ברוח ההצעות דלעיל, אשר תותיר על כנה ביקורת שיפוטית אפקטיבית על פעילות הרשות המבצעת ותמתן את פגיעת התיקון ביסודות דמוקרטיים – הפרדת הרשויות, שלטון החוק, פגיעה בזכות הגישה לערכאות וההיבטים הנוספים שעליהם עמדנו, תהיה דרך זו עדיפה על פני הושטת סעד חוקתי חריג.

435. יחד עם זאת, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, שלל האפשרויות הפרשניות שהוצעו אינן מתיישבות עם לשונו של התיקון לחוק היסוד וסותרות את תכליתו הסובייקטיבית, כפי שזו עולה מהליכי החקיקה. למעשה, מדובר בפרשנות שתביא לאיון כוונת המחוקק בדרך של עיצוב הסדר משטרי גורף, שכדי לתת מענה אמיתי לקשיים הגלומים בהסדר, מאפייניה יהיו דומים בפועל לעיצוב הסדר משטרי חלופי על-ידי בית המשפט הנכבד, שיהלום את עקרונות היסוד של השיטה, אשר נדחה מפורשות על-ידי הכנסת.

במובן זה מדובר במהלך המעורר קשיים עיוניים במישור היחסים שבין הרשויות, בדומה לסעדים החוקתיים האחרים. לא זו אף זו, לאור מרכזיותה של עילת הסבירות בביקורת השיפוטית ב-40 השנים האחרונות, פשיטא שקשה במסגרת פסק דין בעתירות אלה לתת מענה פרשני לכל הקשיים שמעורר התיקון לחוק היסוד. בנסיבות אלה, המהלך הפרשני המורכב כשלעצמו, לצד חוסר הבהירות שתיוותר בצדו ביחס ללגיטימיות של גבולות הפרשנות והשלמת החסרים הנובעים מביטול עילת הסבירות, יקשו עד מאד על מתן מענה פרשני מספק לקשיים הרבים שהוצפו לעיל הנובעים מהנוסח הגורף והכוללני של ההסדר.

הנה כי כן, למרות הזהירות הנדרשת והמחויבות לנסות ולאחר פרשנות מקיימת כשזו אפשרית, כזו אין בנמצא. לפיכך, אין מנוס מהידרשות לסעד חוקתי, בשים לב לפגיעתו הקשה והנרחבת של התיקון ביסודות דמוקרטיים.

#### ח. סעד פרשני או חוקתי של תחולה נדחית

436. האם ניתן לתת מענה לקשיים החוקתיים באמצעות סעד פרשני או חוקתי שיתייחס רק למועד התחולה, בדרך של דחיית תוקפו של התיקון לכנסת הבאה או למועד אחר? אפשרות זו התבקשה כסעד חלופי בעתירת לשכת עורכי הדין (סעיף 297 לעתירה), ועלתה על הפרק לאחרונה במסגרת הצו על-תנאי שניתן בעניין תיקון הסדר הנבצרות בחוק יסוד: הממשלה.

437. דחיית תוקף, על-פי טבעה, עשויה למתן קשיים מסוג של "שימוש לרעה בסמכות המכוננת", ככלי לנטרל היבטים פרסונליים או כאלה הלוקים בניגוד עניינים מוסדיים של "הכנסת מחוקקת לעצמה" (או שמא, "מכוננת לעצמה"). דחיית כניסתו לתוקף של התיקון יכולה למתן קשיים אלה, בכך שהקואליציה הנוכחית לא תוכל "ליהנות" מהסרת הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה והשרים.

עם זאת, בשים לב לקשיים היסודיים והשורשיים שעליהם עמדנו, אשר נכונים גם אם התיקון היה נחקק דרך "מסך הבערות", הרי שלעמדת היועצת המשפטית לממשלה, בנסיבות העניין, אין בסעד של דחיית תחולתו של התיקון משום מתן מענה לקשיים אלה.

#### ט. סעד חוקתי של בטלות חלקית

438. אפשרות נוספת שניתן להעלות על הדעת היא סעד של בטלות חלקית – קרי מחיקה "בעיפרון כחול" של חלק מהוראות התיקון. כפי שנקבע בפסיקה "סעד הבטלות החלקית הוא סעד גמיש אשר באמצעותו מפריד בית המשפט בין חלקיו הבלתי חוקתיים של דבר החקיקה לחלקיו האחרים, וזאת ככל שהדבר אפשרי בנסיבות העניין ובהתחשב בתכלית החוק ובמרקמו (severance)".<sup>113</sup> באותו עניין, הוחלט בסופו של יום על בטלות חלק מן ההוראות בחוק, לצד מתן סעד פרשני ביחס להוראות אחרות.<sup>114</sup>

בענייננו, אפשרות אחת שניתן להעלות על הדעת היא השמטת הסיפא המגדירה מהי "החלטה", הן מן הטעם שהכללתה כשלעצמה היא בבחינת שימוש לרעה בסמכות המכוננת, הן משום שהשמטה חלקית זו יכולה לפתוח אפשרויות פרשניות כמפורט לעיל ביחס למונח "החלטה", אשר ימתנו חלק מן הקשיים החוקתיים ביחס לשלילת הביקורת השיפוטית ביחס לסבירות כל החלטה.

אפשרות נוספת היא השמטת התיבה "לא ידון", באופן שבית המשפט יוכל לדון בסבירות החלטה, ולהצהיר על אי-עמידתה של הממשלה בחובת הסבירות, ואולי אף להישען על הצהרתו זו בבחינת תחולתן של עילות הביקורת הנוספות. כך למשל, בית המשפט לא יוכל להושיט סעד על בסיס חוסר הסבירות בהחלטת הממשלה כשלעצמה, אך הוא יוכל להעביר את הנטל לעניין השיקולים הזרים או להקים חזקה שהחלטה אינה מידתית בגין פגיעה בזכות או באינטרס ציבורי.

עם זאת, בשים לב לקשיים הבסיסיים והיסודיים הנובעים מלשונו הגורפת של הסעיף, שנקבעה כך בכוונת מכוון, אין מדובר במצב הניתן לפתרון רק באמצעות הסרה "כירורגית" של תיבה כזאת או אחרת.

<sup>113</sup> בג"ץ 781/15 איתי ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פסקה 36 לפסק הדין החלקי של כב' הנשיאה חיות (אר"ש 27.02.2020).

<sup>114</sup> בג"ץ 781/15 איתי ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פסק דין משלים מיום 11.7.2021).

**י. סיכום ומסקנה**

439. לנוכח השלכותיו הקשות והחמורות של תיקון מס' 3 ביחס להפרדת הרשויות, זכות הגישה לערכאות, עיקרון שלטון החוק, עיקרון השוויון בבחירות ועקרונות יסוד דמוקרטיים נוספים, מדובר בתיקון העולה כדי תיקון חוקתי שאינו חוקתי במובנו הצר, כפי שהותווה בפסיקה. לכך יש להוסיף כי התיקון אף אינו צולח את מבחני הפסיקה לעניין דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.

440. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, במקרים חריגים ביותר ובהתאם לאמות המידה שפותחו בפסיקת בית המשפט הנכבד, לבית המשפט סמכות להעניק סעד חוקתי ולהכריז על בטלות חקיקת יסוד.

בהיעדר פרשנות מקיימת או סעד מצומצם של בטלות חלקית שייתנו מענה לפגיעה האנושה ביסודות המשטר הדמוקרטי, וליתר הקשיים והנזקים שטמונים בתיקון ובהשלכותיו על הציבור, עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא כי אין מנוס בעת הזו מהושטת סעד זה.

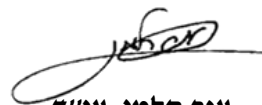
היום, י"ז באלול תשפ"ג

3 בספטמבר 2023



נטע אורן, עו"ד

ממונה לענייני בג"צים  
בפרקליטות המדינה



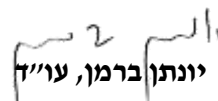
ענר הלמן, עו"ד

מנהל מחלקת הבג"צים  
בפרקליטות המדינה



שרון אבירם, עו"ד

סגנית בכירה במחלקת הבג"צים  
בפרקליטות המדינה



סגן בכיר א' במחלקת הבג"צים

בפרקליטות המדינה