



לכבוד:

שר המשפטים, ח"כ יריב לוין

יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, ח"כ שמחה רוטמן

הנדון: הצעות לתיקון חוק-יסוד: השפיטה

אנו מתכבדים להגיש את תגובתנו לטיוטת תזכיר החוק מטעם שר המשפטים, יריב לוין, וכן לטיוטת הצעת החוק שהציג יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ח"כ שמחה רוטמן, ושחלקים ממנה נדונים בימים אלה כהצעות חוק מטעם ועדת החוקה.

נאמר בפתח הדברים וממבט על: לשיטתנו מדובר בצבר הצעות שמסכנות את בסיס המשטר הדמוקרטי בישראל. כל הצעה בנפרד, ועל אחת כמה וכמה כולן יחדיו, יוצרות מארג השומט את הקרקע כמעט תחת כל העקרונות הבסיסיים בדמוקרטיה (בשלב זה למעט עקרון הכרעת הרוב): הפרדת רשויות – איזונים ובלמים בין רשויות השלטון, הגנה על זכויות האדם, עצמאות הרשות השופטת, שלטון החוק ומנהל תקין. ההצעות מקנות כוח מוחלט לקואליציה: בשליטה במינוי כל השופטים בכל הערכאות בישראל; בביטול כמעט מוחלט של ביקורת חוקתית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם בתוספת לפסקת התגברות ברוב של 61 חברי כנסת – ומכאן ביטול, למעשה, של ההגנה על הזכויות החוקתיות בישראל; בביטול כל אפשרות לביקורת על חקיקת יסוד; וכן בביטול עילת הסבירות שהיא כלי חשוב ומרכזי לביקורת על פעילות המנהל. וזאת, כאשר עדיין לא ברור מהן ההצעות הבאות, משום שלפי הצהרתו של שר המשפטים זהו רק "השלב הראשון" של ההצעות. מכאן, לשיטתנו, ההצעות חותרות תחת העקרון המכונן של מדינת ישראל: היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית.

הכנסת, גם בכובעה כרשות מכוונת, אינה מוסמכת לשנות את המבנה המשטרי הבסיסי בישראל. אם תעשה זאת: אנו סבורים שהיא חורגת מסמכותה, ושתיקון זה חוצה את הרף הנדיר והקיצוני של "תיקון חוקתי שאיננו חוקתי", לפי התנאים שקבע בית המשפט העליון בבג"צ חסון.¹

¹ בג"צ 5555/18 ח"כ אכרם חסון נ' כנסת ישראל (2021).

אמיר אלשטיין
יו"ר הוועד המנהל

הנשיא העשירי ראובן ריבלין
יו"ר של כבוד

יוחנן פלסנר
נשיא

ברנד מרכוס
יו"ר בינלאומי

חברי הוועד המנהל

- עודד ליאת אהרונוסון
- אלי גרונר
- פרופ' ורד וניצקו-טרוסי
- ד"ר חן ליכטנשטיין
- מזל מועלים
- שגירי לשעבר טלי מרידור
- פרופ' פאדיה נאסר אבו-אלהג'א
- עודד אבי פישר
- ד"ר מיכל צור
- יוסי קוצניק

המועצה הבינלאומית

- פרופ' רונלד דניאלס, יו"ר
- השופטת רוזלי סילברמן אבליה, קנדה
- אליזא אברמס, ארה"ב
- שגירי לשעבר מרטין אינדיק, ארה"ב
- אן אמלכאוס, ארה"ב
- פרופ' ורנון בוגדנוב, בריטניה
- השופטת דורית ביניש, ישראל
- פרופ' משה הלברטל, ישראל
- השופט סטיבן ברדי, ארה"ב
- השופט סלים ג'ובראן, ישראל
- ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה
- פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה
- פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב
- פרופ' רוברט מנוקין, ארה"ב
- פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה
- השופט אברהם סופר, ארה"ב
- ברט סטפנס, ארה"ב
- פרופ' ארווין קוטלר, קנדה
- פרופ' גרהרד סטפן, ארה"ב
- פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב
- פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

סגני נשיא

- פרופ' טווי נבות, מחקר
- פרופ' קרנית פלוג, מחקר
- ד"ר ישי ג'יסין פרס, אסטרטגיה

עמיתים בכירים

- פרופ' איסמעיל אבו סעד
- פרופ' תמר הרמן
- פרופ' נתן זוסמן [אורח]
- פרופ' עמיחי כהן
- פרופ' יותם מרגלית
- פרופ' דניאל סטמן
- פרופ' בני פורת
- פרופ' יובל פלדמן
- פרופ' מרדכי קרמניצר
- פרופ' גדעון דהט
- ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר
- פרופ' יובל שני

מייסדים

- ד"ר אריק כרמון
- מזכיר המדינה ג'ורג' שולץ [1920-2021]



המכון הישראלי לדמוקרטיה

ראוי להדגיש כי הסדרת היחסים בין רשויות השלטון היא מטרה ראויה וטובה, אך יש להגשימה תוך יצירת איזונים ובלמים על כוחו של השלטון, בהליך ראוי, שקול, איטי וסדור ותוך הסכמה רחבה. מהלך כזה ראוי להיות מוסדר בכינון של "חוק יסוד: החקיקה", שיסדיר את הליך חקיקתו של חוק יסוד ואת עליונותו על חקיקה רגילה, ובמקביל את סמכות בית המשפט לביקורת שיפוטית על חקיקה באופן המשמר את ההפרדה בין הרשויות ומחזק את מערכת האיזונים והבלמים בשיטת המשטר הישראלית. הסדרה כזו צריכה להיות מגובשת בדיון ציבורי ראוי בין כל חלקי החברה וכאמור, על בסיס הסכמה רחבה. כחלק מכך ולא פחות חשוב, ראוי גם להשלים את מגילת הזכויות החסרה של מדינת ישראל ולצרף מבוא לחוקה ובכך להשלים, במידה רבה, את מלאכת כינון החוקה לישראל.

להלן פירוט פרקי חוות הדעת:

א. כללי

ב. השינוי המוצע בוועדה לבחירת שופטים

ג. ביקורת שיפוטית – פסילת חוק הסותר חוק יסוד

ד. שלילת ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד

ה. ביטול עילת הסבירות

ו. סיכום

א. כללי

איזונים ובלמים והפרדת רשויות בישראל

1. המבנה המשטרי בישראל הוא מבנה החסר איזונים ובלמים המגבילים את הרוב הקואליציוני. במחקר שנערך על ידי פרופסור עמיחי כהן במכון הישראלי לדמוקרטיה,² סקר כהן 66 מדינות שהוגדרו על ידי ארגון Freedom House כמדינות דמוקרטיות חופשיות, ובדק מספר מנגנונים המייצרים הגבלה על כוחו של הרוב: **חוקה משוריינת; פיצול הרשות המחוקקת (בדרך כלל לשני בתים); שיטה נשיאותית** (שיש בה חלוקת כוחות ואיזונים שלא קיימים בשיטה הפרלמנטרית); **פדרציה** – שמכניסה אלמנט של כוח ל"מדינה" בפדרציה, שגם היא מגבילה את כוחו של הרוב הפוליטי המדינתי של הפדרציה; **בחירות אזוריות** שיש להן אלמנט של הגבלת כוח הרוב; **חברות בארגון על-לאומי** בעל סמכות כופה (כדוגמת האיחוד האירופי); **חברות באמנות אזוריות** לזכויות אדם (כדוגמת

² עמיחי כהן, פסקת ההתגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט (2018).



האמנה האירופאית לזכויות האדם ובית הדין האירופי לזכויות אדם); **בית משפט שיכול לבטל חוקים**.

2. ממצאיו של כהן, בתמצית, מצביעים על כך שבכל המדינות שנבדקו יש יותר מנגנוני ריסון על כוחו של הפרלמנט מאשר בישראל – בה יש מנגנון אחד בלבד: הביקורת החוקתית של בית המשפט. ב-29 מדינות יש פיצול של הרשות המחוקקת. ב-28 מדינות יש נשיא בעל סמכויות. ב-11 מדינות יש משטר פדרטיבי. 28 מדינות חברות באיחוד האירופי, 42 מהמדינות חברות באמנות זכויות אדם שכוללות בית דין שיש לו השפעה. ביקורת שיפוטית קיימת ב-59 מדינות³ (ברוב מוחלט של המדינות יש שילוב של מספר מנגנונים המגבילים את הרוב, לעתים - שלושה, ארבעה, ואף חמישה כאלה).⁴
3. מחקרו של כהן מדגיש, אם כן, את החשיבות הקריטית של בית המשפט בישראל, המהווה מגבלה יחידה על כוחו של הרוב, וזאת בניגוד למצב הקיים כמעט בכל המדינות הדמוקרטיות.
4. מכאן, שמכלול ההצעות שעומדות על הפרק (ב"שלב הראשון" של הרפורמה, כאשר טרם נודעו ההצעות הבאות), נוטלות את "כבשת הרש" של הדמוקרטיה הישראלית על ידי הפגיעות בעצמאותו של בית המשפט (לאור פוליטיזציה מוחלטת של מינוי השופטים); בסמכויותיו של בית המשפט לפסול חוקים (על ידי דרישת רוב גבוה וחריג ועל-ידי הגבלת הביקורת לזכויות הנזכרות באופן מפורש בחוק היסוד) ובהכנסת מנגנון התגברות ב-61 חברי כנסת; וכן פגיעה קשה בסמכות בית המשפט לקיים ביקורת מנהלית על הממשלה על ידי נטרול עילת הסבירות וכן "שריון" חוקי היסוד מביקורת כלשהי, ללא קשר לתכנם, צורתם או אופן חקיקתם.
5. מצב זה מעניק כוח מוחלט לרוב של 61 חברי כנסת. מצב כזה לא קיים באף לא מדינה דמוקרטית אחת בעולם, לא היה קיים בישראל לפחות מאז שנת 1953, והוא מאיין את הגדרתה של ישראל כדמוקרטיה. בהקשר זה, מדובר אפילו בערעור על הדמוקרטיה בהיבט "הפורמלי" שלה, הגרעיני, שכל כולו מגן על "הכרעת הרוב": כאשר אין בה הגנה אמיתית על חופש הביטוי, על דיני הבחירות ופסילת רשימות, על תקשורת חופשית ועל שלטון החוק ועצמאות מערכת המשפט – אלמנטים שהם קריטיים להבטחת תהליך "הכרעת הרוב" ומאפשרים לרוב חדש לממש את רצונו. אין שיטה כזו בעולם כולו, ולא נוכל לומר לעצמנו או לעולם, כי ישראל היא דמוקרטיה, אם יעברו ההצעות שעל השולחן.

³ מתוכן בשלוש מדינות: קנדה, ובמידה מסויימת ישראל ופינלנד, יש פסקת התגברות.
⁴ שם, בעמ' 34.



ב. השינוי המוצע בוועדה לבחירת שופטים

הדין הקיים

6. הליך מינוי השופטים בישראל מבוסס על עבודת הוועדה לבחירת שופטים. ועדה זו מונה תשעה חברים, מהם ארבעה נבחרים ושישה ממונים. שניים מהם (אחד מהם שר המשפטים, שמכהן גם כיו"ר הוועדה), שני חברי כנסת (לפי נוהג – שהתערער בשנים האחרונות – לפחות אחד מהם נציג של האופוזיציה), שלושה שופטים (נשיא בית המשפט העליון ועוד שני שופטים אחרים של בית המשפט העליון, שנבחרים על ידי חבר שופטיו), ושני נציגים של לשכת עורכי הדין (סעיף 4 לחוק-יסוד: השפיטה).
7. החלטות הוועדה מתקבלות בהסכמת רוב רגיל מבין המשתתפים בדיון, חוץ מאשר בעת מינוי שופט לבית המשפט העליון, מינוי הדורש רוב של שבעה מתשעת חברי הוועדה (סעיף 7ג) לחוק בתי המשפט).
8. נשיא בית המשפט העליון ומשנהו נבחרים על ידי הוועדה מקרב שופטי בית המשפט העליון (סעיף 8 לחוק בתי המשפט), ולפי המנהג החוקתי, היא בוחרת תמיד לפי כלל ה"סינורטי", כלומר היא בוחרת לתפקיד את השופט הוותיק ביותר בבית המשפט העליון.

מהות התיקון המוצע

9. ליבו של התיקון המוצע בתחום זה הוא שינוי של הרכב הוועדה לבחירת שופטים. לפי ההצעה של שר המשפטים, בוועדה יכהנו 11 חברים, שהם: שלושה שרים, שלושה חברי כנסת (יושבי ראש ועדות, שמהם שניים הם בדרך כלל מהקואליציה ואחד שהוא בדרך כלל מהאופוזיציה), שלושה שופטים ושני נציגי ציבור שיבחר שר המשפטים (אחד מהם עורך דין). כלומר, לקואליציה ולממשלה ולנציגיהן יהיו שבעה נציגים בוועדה מתוך 11 החברים בה. ללשכת עורכי הדין לא יהיה עוד ייצוג בוועדה.
- הצעה שפורסמה מטעם יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן – יו"ר ועדת חוקה או ח"כ רוטמן), כוללת הסדר, שלפיו בוועדה יכהנו תשעה חברים: נשיא בית המשפט העליון ועוד שני שופטים שיצאו לקצבה שימונו על ידי שר המשפטים בהסכמת נשיא בית המשפט העליון; שלושה שרים; יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, וכן שני חברי כנסת נוספים – אחד מהקואליציה ואחד מהאופוזיציה. כלומר, לפי הצעת יו"ר ועדת החוקה, לקואליציה ולממשלה יהיו חמישה נציגים בוועדה מתוך תשעה החברים בה והן ימנו עוד שני נציגים



המכון הישראלי לדמוקרטיה

בהסכמת נשיא בית המשפט העליון (שני שופטים שימונו על ידי שר המשפטים). יש לציין, ששליטת הקואליציה על שני הנציגים האלה היא חזקה יותר ממה שמשמע מהצורך בהסכמת נשיא בית המשפט העליון למינוי, משום שמעשית אין צורך במינויים אלה (ובהסכמת הנשיא) והוועדה רשאית להמשיך לפעול ולהחליט על בחירת שופטים גם אם מספר חבריה הוא שבעה חברי ועדה בלבד (לפי המצב החוקי היום; לפי הצעת התיקון של יו"ר ועדת חוקה, הוועדה לבחירת שופטים תוכל להמשיך לפעול אפילו אם יפחת מספר חבריה לחמישה). מדובר בהשתלטות מוחלטת של הקואליציה על הליך בחירת השופטים, לכל ערכאות השיפוט.

10. ההצעות כוללות גם שינוי בדרכי בחירת שופטי בית המשפט העליון. במקום שייבחרו ברוב מיוחס של שבעה חברי ועדה (הסדר הקבוע היום בחוק בתי המשפט), לפי ההצעה הם ייבחרו ברוב רגיל בוועדה (בהסדר שייקבע בחוק היסוד).

11. בנוסף, לפי הצעת שר המשפטים, בחירת הוועדה תצטרך לעבור אישור במסגרת "שימוע" שייערך לשופטים שייבחרו לבית המשפט העליון בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (ועדת החוקה תהא רשאית לאשר את הבחירה גם ללא השימוע); לפי הצעת ח"כ רוטמן, ועדת החוקה תזמן את המועמדים לבית המשפט העליון להופיע בפניה.

12. בנוסף, ההצעה של שר המשפטים קובעת שאף רשות שלטונית, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לא תתערב בבחירה של חברי הוועדה ולא תתערב בהליכי עבודת הוועדה, בהחלטותיה ובשיקול הדעת של חבריה. כלומר, בין היתר, ההצעה מבטלת את הביקורת השיפוטית על עבודת הוועדה.

השיטה הקיימת לבחירת שופטים – מערכי היסוד של הדמוקרטיה בישראל

13. ישראל אימצה את השיטה הקיימת לבחירת שופטים בשנת 1953, בהשראת שיטה שהתקבלה לראשונה בצרפת ובאיטליה. אופן אימוץ השיטה בישראל נעשה במהלך חוקתי במלוא מובן המילה: הממשלה והכנסת החליטו עליו בהסכמה רחבה של הקואליציה (שמנתה אז 87 חברי כנסת) עם נציגי האופוזיציה בכנסת, בהליך שקול וארוך, שהוא דוגמה ומופת הן מבחינת ההליך והן מבחינת המגמה שהנחתה את החקיקה: ממלכתיות, ענייניות והתמקדות בטובת המדינה. הייתה הסכמה רחבה על הצורך בהבטחת אי-תלות השופטים באמצעות שיטה זו. דגם



המכון הישראלי לדמוקרטיה

זה תואר כדרך הראויה לנטרול השפעתם של אינטרסים מפלגתיים שהיו מעורבים עד אותה עת בתהליך מינוי השופטים.⁵ כפי שהסביר אז חבר הכנסת מנחם בגין (חירות):

"אנחנו באים להבטיח את אי-תלותם של השופטים, ולשם כך עלינו להבטיח במידת האפשר גם את אי-תלותם של ממניהם" (פרוטוקול ישיבה של ועדת החוקה, 17.8.1953).

14. בשנת 1984 עוגן ההסדר הזה בחוק-יסוד: השפיטה, וקיבל מעמד נורמטיבי חוקתי גם במישור הפורמלי. מדובר בהסדר בעל מעמד חוקתי מיוחד ורב-משמעות בשיטת המשפט בישראל. ההסדר הזה הושג מתוך ראייה ממלכתית של מעמד השופטים ובמשך עשורים רבים היה גורם מרכזי בהבטחת אי-תלותם בממשלה ובכנסת.

15. שיטה זו של מינוי שופטים היא דרך טובה ויציבה לאזן בין שלושה עקרונות חשובים שעומדים בבסיס עבודת הרשות השופטת ומבטיחים פסיקה מקצועית, איכותית, צודקת, וניטרלית לפי הדין בלבד ואת אמון הציבור בשופטים (ראו בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים):

א. **אי-תלות השופטים.** שיטת המינוי בישראל נועדה להבטיח את מינוי השופטים בהתאם למקצועיותם בתחום המשפט והשיפוט, כדי להבטיח את אי-תלותם השיפוטית שנקבעה בסעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה: "בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין".

נראה שלא ניתן להפליג בחשיבות אי-תלות השופטים בדמוקרטיה. כפי שציין המשנה לנשיא (כתוארו אז) אהרן ברק: "מן המפורסמות היא, כי עצמאותה (או אי-תלותה) של השפיטה היא אחד מערכיה המרכזיים של הדמוקרטיה הישראלית" (בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית).

ואכן, כפי שהסביר חבר הכנסת (דאז) מנחם בגין: "המשפט הבלתי תלוי הוא למעשה המבצר האחרון של חרות האדם בימינו. כל עוד מבצר זה קיים יש תוחלת להדיפת הגל העכור; בנפול מבצר המשפט, אין עוד מציל לאדם הנשחק בין אבני הריחיים של השררה" (מנחם בגין, **השקפת חיים והשקפה לאומית**, 1952, עמ' 21).

⁵ גיא לוריא, הוועדה לבחירת שופטים (2019).



הרכבה המאוזן של הוועדה לבחירת שופטים מבטיח את ההגנה על אי-תלות השופטים.⁶

ב. **אחריותיות השופטים.** הרכב ועדת הבחירה – הכולל נציגים של שלוש הרשויות ונציגי מקצוע עריכת הדין – נועד להבטיח את מימושו של עיקרון חשוב נוסף: אחריותיות דמוקרטית, כלומר מנגנונים המבטיחים את נשיאתם של השופטים ובתי המשפט באחריות הן כלפי הציבור, הן כלפי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. כפי שהסביר השופט הנדל: "האחריותיות היא זו שקושרת את הרשות השופטת לציבור ולערכיו" (פרשת **אבירם**, לעיל).

ג. **שיקוף חברתי.** בבחירת השופטים יש להעניק משקל לעקרון "השיקוף החברתי", קרי לכך שבית המשפט ישקף בהרכבו את הרכב האוכלוסייה בישראל (הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים בראשות השופט יצחק זמיר, 2001). יצויין כי עקרון זה לא בא לידי הגשמה מלאה במשך השנים, אף שבעשורים האחרונים היה שיפור רב בגיוון החברתי ברשות השופטת.

16. השיטה לבחירת שופטים באמצעות הרכבה המאוזן של הוועדה לבחירת שופטים, מבטיחה בחירה של שופטים על בסיס השיקול המקצועי, כך שהשופטים ופסיקתם יהיו מקצועיים ואיכותיים. לשיקול המקצועי חשיבות בישראל, לא רק בערכאות הדיוניות, אלא גם בבית המשפט העליון. בהקשר זה חשוב לזכור כי בית המשפט העליון הישראלי הוא בית משפט כללי שעיקר עניינו אינו בביקורת שיפוטית על חקיקה או עיסוק בנושאים "חוקתיים" באופיים אלא דווקא כערכאת ערעור. לדוגמה, בשנים 1995 עד 2017 התנהלו בו במצטבר כ-321 הליכים שעניינם היה ביקורת שיפוטית על חקיקה (נתונים שהתקבלו בעקבות בקשת חופש מידע). לשם השוואה, בשנים האחרונות מתנהלים בבית המשפט העליון בכל שנה כ-9,000 הליכים מסוגים שונים (לרבות הליכים בפני דן יחיד) (דין וחשבון הרשות השופטת, 2021), ובהם בעיקר ערעורים בהליכים פליליים, אזרחיים ומינהליים. יש, לכן, חשיבות עליונה בהבטחת האיכות המקצועית של השופטים והאופי הממלכתי של תפקידם.

17. למנגנון המינויים הטוב הנוהג בישראל חשיבות מיוחדת על רקע הסדרים בעייתיים אחרים בישראל שאינם מבטיחים בצורה מספקת את מעמד השופטים:

⁶ על היבטים אישיים, מוסדיים ומהותיים של אי-תלות השפיטה, ראו: שמעון שטרית, **על השפיטה** -265-206 (2004).



- א. בישראל אין שריון בחוקה של ההסדרים המבטיחים את מעמדם העצמאי של השופטים, כגון קביעותם בתפקיד, מועד פרישתם ודרכי מינוים והדחתם.
- ב. בישראל כוחן של הרשות המבצעת והקואליציה הוא רב, בשל החסר במנגנוני איזונים ובלמים הנהוגים בשאר הדמוקרטיות בעולם, כגון חוקה, שני בתי פרלמנט, ועוד. כאמור לעיל, בית המשפט העליון בישראל הוא הבלם היחיד כמעט, בפני כוחן של הממשלה והקואליציה.
- ג. מעבר לכך, מבחינה מוסדית, הרשות השופטת איננה עצמאית, שכן האחריות האדמיניסטרטיבית לתפקודה מוטלת על שר המשפטים. כך שממילא גם כעת, באיזון בין עקרונות העצמאות לבין האחריות, ניתן בישראל משקל רב לאחריותו המוסדית של הרשות השופטת, על חשבון עצמאותה, מבחינת מעורבות הרשות המבצעת בניהולה, והדוגמאות לכך רבות: בתחום תקנות סדרי הדין (ששר המשפטים הוא המוסמך להתקין), בתחום התקציב ובסדרי המינהל בבתי המשפט, שמנהל בתי המשפט אחראי בפני שר המשפטים על ביצועם.⁷
18. מסיבות אלה, יש הצדקה מיוחדת להבטיח את עצמאותם של השופטים, באמצעות הרכבה הנוכחי המאוזן של הוועדה לבחירת שופטים, אשר אמונה על בחירתם של השופטים ובמקרה הצורך על העברתם מתפקידם – שגם זו סמכות שנמצאת בידי הוועדה לבחירת שופטים.

השוואה בינלאומית

19. מאז מלחמת העולם השנייה אומץ הסדר דומה להסדר הקיים בישראל במדינות רבות, בדמות מועצת רשות שופטת (שהיא בדרך כלל גדולה מהוועדה הישראלית) שחברים בה נציגים של רשויות שונות. ארגונים בינלאומיים ממליצים על דגם זה למינוי שופטים והוא נהיה דגם שכיח ביותר, עד כי באירופה מדובר בדגם הנפוץ ביותר, הנהוג במדינות כגון איטליה, צרפת ובלגיה. בפועל, במועצות אלו חברים בדרך כלל שופטים רבים ולעיתים הם מהווים רוב, ובמדינות מסוימות גם אסור שנציגי הרשויות האחרות יהיו נבחרים ציבור.⁸
20. כמו בישראל, גם במדינות אחרות שבהן יש לבתי המשפט הרגילים סמכות לביקורת שיפוטית על החקיקה (להבדיל מהענקת סמכות כזאת לבית משפט

⁷ גיא לוריא, ממונים על הצדק (2011).

⁸ לוריא, לעיל ה"ש 5; Anne Sanders, *Shaping Judicial Councils to Meet Contemporary Challenges* (Council of Europe, March 2022).



חוקתי מיוחד (בלבד) מתרבות הדוגמאות לשיטות בחירה שונות משקל לשופטים בהליכי המינוי, לדוגמה כחלק מוועדה מעורבת בדגם של מועצת רשות שופטת. דוגמאות בולטות לכך הן בריטניה והודו.⁹

21. גם בבתי משפט חוקתיים נעשה שימוש במנגנוני מינויים שנועדו למנוע חד-צדדיות או שליטה של הממשלה (או הקואליציה) במינוי השופטים. מסיבה זו במינוי שופטים לבתי משפט לחוקה נהוגים לא פעם מנגנונים שונתנים משקל לשופטים או לאופוזיציה הפרלמנטרית, וזאת בשלושה מנגנונים דומיננטיים:¹⁰

א. **בחירה על ידי שלוש רשויות השלטון.** לדוגמה, באיטליה כל רשות מוסמכת למנות שליש משופטי בית המשפט החוקתי.

ב. **בחירה בהסכמה של הקואליציה והאופוזיציה.** לדוגמה, בגרמניה, בתי הנבחרים בוחרים את השופטים באמצעות רוב מיוחס (של שני שלישים או שלוש חמישיות) שמבטיח משקל לעמדת האופוזיציה.

ג. **המודל השיתופי.** דגם זה מחייב שיתוף פעולה בין מספר מוסדות נבחרים – למשל, הנשיא מציע את המועמד ובית המחוקקים מאשר אותו, או להפך (לדוגמה בארה"ב).

22. חשוב גם לשים לב לכך שגם אם באופן פורמלי לגורמים נבחרים ניתנת סמכות לבחור את השופטים בעצמם, למעשה מתקיימות בשיטות בחירה רבות התייעצויות פורמליות ובלתי פורמליות, עם גורמי מקצוע שהשפעתם רבה, ולא אחת נעשית הבחירה בהתאם למנהגים ומסורות פוליטיות המרסנים גם הם את שליטתה של הממשלה או הקואליציה בבחירת השופטים.¹¹

משמעות ההצעה: פגיעה קשה בעצמאות הרשות השופטת

23. **פגיעה באי-תלות השופטים.** שליטתה המוחלטת של הקואליציה בבחירת שופטים ובקידומם תהפוך את השופטים לתלויים בחסדיה של הקואליציה המכהנת, ותפגע אנושות בעקרון אי התלות השיפוטי. ההצעה לתת לקואליציה רוב בוועדה לבחירת שופטים, ובכך להעניק לה שליטה מלאה על השופטים שייבחרו, נועדה להשפיע על פסיקת השופטים בישראל כך שתהיה "נוחה" יותר לשלטון ולכן מדובר בפגיעה ישירה באי-תלותם של השופטים. בריבו של האזרח עם השלטון, האזרח לא יוכל לסמוך על כך שבעיני בית המשפט דין אחד ומעמד אחד לו ולשלטון, שהרי יהיה לשופט עניין לשאת חן בעיני השלטון על מנת

⁹ לוריא, לעיל ה"ש 5.

¹⁰ לוריא, לעיל ה"ש 5.

¹¹ לוריא, לעיל ה"ש 5.



- להבטיח את קידומו או למנוע את הדחתו. אין שפיטה ראויה בעלת ערך שאיננה עצמאית, כשם שאין דמוקרטיה בלא מערכת משפט עצמאית. כפי שהסביר המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ברק: "כל ניסיון, מכוון או בתום-לב, ישיר או עקיף, של גופים פוליטיים להשפיע על ההכרעה השיפוטית, פוגע בעקרונות יסוד של המשטר החוקתי שלנו" (בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית).
24. **בית משפט שבו פוגע באיזונים והבלמים בין הרשויות.** השליטה של הקואליציה בבחירת השופטים לבית המשפט העליון, כולל בחירת הנשיא ומשנהו (לפי הצעת שר המשפטים, בתנאים מסוימים אף שלא מקרב שופטי בית המשפט העליון) תפגע ביכולתו של בית המשפט העליון למלא את אחד מתפקידיו העיקריים בדמוקרטיה הישראלית: לשמש בלם כמעט יחיד בפני כוחן הרב של הממשלה ושל הכנסת, ושל הקואליציה השולטת בשתייהן. בית המשפט העליון יהפוך להיות שבו (captured) בידי הרוב הקואליציוני, ולא יהיה עוד בית משפט עצמאי המסוגל למלא את התפקיד המרכזי המוטל עליו, כלומר לפסוק באופן משפטי וניטראלי לפי חוק. ממילא, יהפוך בית המשפט העליון ממעוז של שלטון החוק וערכי היסוד של השיטה וממגינים של האזרחים והמיעוטים מפני פגיעות בלתי מוצדקות בזכויותיהם מצד השלטון, למוסד המעניק הכשר ולגיטימציה להתנהלות שרירותית ופסולה של השלטון.
25. **אפשרות קלה יותר להדחת שופטים שיפסקו נגד האינטרסים של הקואליציה.** כאמור לעיל, לוועדה לבחירת שופטים גם סמכות להעביר שופטים מתפקידם - ברוב מיוחס של שבעה מתוך תשעת חבריה. העברת הוועדה לשליטה מלאה של הקואליציה מסכנת את אי-תלותם של השופטים גם בשל סמכות ההדחה. בפרט, אם לקואליציה יוענק רוב בוועדה המאפשר לה להעביר שופטים מכהונתם, כפי שנקבע בהצעת יו"ר ועדת החוקה (שלושת השרים), שני חברי כנסת מטעם הקואליציה ושני שופטים בדימוס שממנה שר המשפטים, גם אם בהסכמת נשיא בית המשפט העליון - הממונה אף הוא באותו הליך נגוע בפוליטיזציה - תוך שכאמור הנשיא יודע שאם לא יסכים למינויי השר תוכל הוועדה לתפקד גם ללא שני השופטים הללו), תהיה לקואליציה אפשרות קלה להעביר מתפקידם שופטים שפסיקתם אינה לטעמה.
26. **פגיעה בזכות להליך הוגן.** אין כאן רק פגיעה ברשות השופטת, אלא בכל אזרחי ותושבי ישראל. בלא רשות שופטת עצמאית, תיפגע זכותם של כל אזרחי ותושבי ישראל להליך הוגן. רק שופטים בלתי תלויים הם ערובה למימוש זכות זו.
27. **פגיעה במקצועיות השופטים ובאיכות ההליכים השיפוטיים.** צמצום עד כדי איון השיקול המקצועי בבחירת השופטים, יפגע במקצועיות השופטים שיתמנו



ובאיכות ההליכים השיפוטיים. שופטים ייבחרו בשל קירבתם הפוליטית או נאמנותם האישית לראשי מפלגות השלטון, והתאמתם המקצועית והאישית של השופטים לתפקיד השיפוטי יהפכו לשיקול משני.¹²

28. **פגיעה באמון הציבור ברשות השופטת.** אמון הציבור ברשות השופטת תלוי בכך ששופטיה מקצועיים וממלאים היטב את תפקידם לשפוט באופן אובייקטיבי, ניטראלי ובלתי תלוי ולפי חוק בלבד. כפי שפסק, לדוגמה, השופט ברק:

"תנאי חיוני לקיומה של רשות שופטת עצמאית, בלתי תלויה, הוא באמון הציבור. זהו אמון הציבור בכך, כי הרשות השופטת עושה צדק על פי הדין. זהו אמון הציבור, כי השפיטה נעשית באופן הוגן, נייטרלי, תוך מתן יחס שווה לצדדים וללא כל אבק של עניין אישי בתוצאה. זהו אמון הציבור ברמתה המוסרית הגבוהה של השפיטה. בלא אמון הציבור לא תוכל הרשות השופטת לפעול" (בג"ץ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות).

כיום אמון הציבור ברשות השופטת גבוה בהרבה מאמון הציבור בכנסת או בממשלה.¹³ בחירת שופטים לפי נאמנותם הפוליטית תערער את אמון הציבור ברשות השופטת, שתיתפס כפוליטית. בניגוד לטענה שהשינוי בבחירת השופטים יגביר את האמון בבתי המשפט, ההיפך הוא הנכון.¹⁴

29. **פוליטיזציה של בית המשפט העליון תוביל לקיטוב ולפגיעה במגוון השיפוטי.** על רקע תהליכים של קיטוב פוליטי בחברה בישראל, בחירה של שופטים על ידי הממשלה (או הקואליציה), תביא לבחירה חד-צדדית של שופטים על רקע זיהוי פוליטי ולפי עמדה פוליטית מובהקת. הדבר יוביל לפוליטיזציה של הפסיקה בבית המשפט העליון, משום ששופטים שייבחרו על רקע עמדתם הפוליטית, על בסיס שיקולים פוליטיים, ישקפו בפסיקתם את הפוליטיקה – ויש להניח שאף יקצינו בפסיקתם את הקיטוב הפוליטי בחברה, בדומה לתהליכים שקרו לבית המשפט העליון הפדראלי בארצות הברית. כפי שקרה בארצות הברית, צפוי שתהליכים אלה יערערו את האמון ואת הלגיטימציה של בית המשפט העליון.¹⁵ בניגוד לנטען, אין סיבה טובה לחשוב שחילופי שלטון יביאו להרכב מגוון של בית המשפט מבחינת ההשקפות השיפוטיות של שופטיו או מבחינות אחרות, כגון השתייכות

¹² השוו למצב העגום בתחום זה בבתי הדין הרבניים, אשר מוביל לכך ששיעור התלונות המוצדקות על דיינים הוא גבוה בהרבה משיעור התלונות המוצדקות על שופטים בשאר הערכאות: אריאל פינקלשטיין, **בתי הדין הרבניים** (2020).

¹³ תמר הרמן ואח', **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2022**.

¹⁴ ראו: גד ברזילי, "מינויים שיפוטיים בישראל ובעולם", **ספר גרוניס** (צפוי להתפרסם ב-2023).

¹⁵ לתהליכים אלה בארצות הברית, ראו: Jon C. Rogowski and Andrew R. Stone, *How Political: Contestation over Judicial Nominations Polarizes American's Attitudes toward the Supreme Court*, 51 BRITISH JOURNAL OF POLITICAL SCIENCE 1251 (2021)



לאומית, מוצא עדתי או מגדר (בפועל הרכב הוועדה המוצע כחלק מהשלמת החקיקה כבר יפגע באופן ישיר בהבטחת הייצוג לנשים בוועדה, מארבע לשלוש בלבד). למעשה, מתן שליטה לקואליציה בבחירת שופטים היא **הצעה הנגועה במגמתיות פוליטית**. לא ניתן לסמוך על כך שחילופי שלטון הם שיערכו, כמו יד נעלמה, איזון פוליטי, שכן אין ביטחון שחילופים כאלה יתקיימו.

30. **הליכי השימוע יפגעו פגיעה נוספת באי-תלות השופטים**. בנוסף, בהצעת שר

המשפטים מוצע כי לשופטים שייבחרו לבית המשפט העליון ייערכו הליכי שימוע בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. ועדה זו תוסמך לאשרר את הבחירה של השופטים בבית המשפט העליון. יו"ר ועדת חוקה הציע במקום זאת כי ועדת החוקה תזמן את כל המועמדים לשיפוט בבית המשפט העליון להופיע בפניה. לא ברורה התכלית של קיום השימוע בפני ועדת החוקה – שלפי גרסת יו"ר ועדת חוקה אין לה כל תפקיד פורמלי בבחירת שופטים. כזכור, הוועדה לבחירת שופטים החליטה לאחרונה על הגברת השקיפות באמצעות שידור של ראיונות של ועדת המשנה שלה עם המועמדים לשיפוט בבית המשפט העליון. מן הראוי היה לבחון את הצלחת אמצעי זה לפני החלפתו באמצעי אחר, מתאים פחות על פניו. למעשה רעיון זה שאוב בעיקר מארצות הברית, מהליכי השימוע הפומביים בסנאט למועמדים לבית המשפט העליון הפדראלי. מדובר בנטע זר שאינו מתאים כלל לשיטה הישראלית: כבר היום הרשות השופטת בישראל פחות עצמאית מאשר הרשות השופטת בארצות-הברית. בארצות הברית הליכי השימוע נועדו לאזן שיטה המדגישה באופן קיצוני את עצמאות הרשות השופטת (שם השופטים מתמנים לכל חייהם בהסדר המשוריין בחוקה קשיחה, ומערכת בתי המשפט הפדראלית נהנית מעצמאות מוסדית רבה יותר מכל בית משפט אחר בעולם), בעוד שבישראל ההגנה על העצמאות השיפוטית חלשה מדי. משום כך, השימוע יפגע עוד יותר באי-תלותם של השופטים שיתמנו ועלול להביא לפוליטיזציה של הרשות השופטת בעקבות לחצים ציבוריים ושיקולים זרים ואינטרסנטיים שיופעלו על המועמדים בשאלות הפוליטיקאים שיישאלו רק לשם בולטות בסיקור התקשורת או בהשפעת קבוצות אינטרס. השימוע יפגע באמון הציבור בשופטים המועמדים וירתיע מועמדים ראויים פוטנציאליים. כדאי לזכור כי בארצות הברית יש ביקורת רבה על הליכי השימוע. לפי דעת מומחים רבים בארצות הברית, הליכי השימוע לבית המשפט העליון הפדראלי נעשו קיצוניים



המכון הישראלי לדמוקרטיה

יותר ויותר בעשורים האחרונים. לא מעט ביקורת מושמעת בארצות הברית על הליכים "מקולקלים" אלה,¹⁶ ורצוי להימנע מהשפעותיהם הרעות בישראל.

31. **ביטול הביקורת השיפוטית על עבודת הוועדה לבחירת שופטים.** אחד ההסדרים

הכלולים בהצעת שר המשפטים נועד, בין היתר, לבטל את הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון על הליכי עבודת הוועדה ועל שיקול דעת חבריה. ביקורת שיפוטית זו חשובה, והיא זו שגרמה, למשל, לשיפור של טיב הליכי עבודת הוועדה (לדוגמה, לגבי תחולת עקרון חופש המידע לגביה). אין מקום לצמצם בתחום זה את הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון. חיוניות תפקיד הוועדה בביסוס שלטון החוק בישראל מחייב כי עבודתה תתבצע בצורה חוקית ונקיית כפיים. לא ברור כיצד ניתן להבטיח קיום ערובות יסודיות אלה בלא ביקורת שיפוטית.

32. **השינוי בהליך בחירת נשיא בית המשפט העליון יעמיק את שליטת הממשלה**

ויפגע בעצמאות בית המשפט. זניחת כלל ה"סניורטי" והאפשרות של הקואליציה לבחור את נשיא בית המשפט העליון מחוצה לו, כפי שמוצע בהצעת שר המשפטים, תאפשר לגורמים הפוליטיים להשפיע על ליבת העשייה השיפוטית והניהול השיפוטי של הרשות השופטת, שבהם גם כד יש היום לשר המשפטים השפעה רבה.¹⁷ דריסת רגל זו תגדל לא רק בבית המשפט העליון עצמו, אלא גם ביתר בתי המשפט, לדוגמה, על ידי הגדלת השליטה של הקואליציה במינוי מנהל בתי המשפט (שמתמנה היום על ידי שר המשפטים בהסכמת נשיא בית המשפט העליון). מעבר לכך, זניחת כלל ה"סניורטי" תפגע באי-תלות שופטי בית המשפט העליון, זאת בשל הצורך לשאת חן בעיני הממשלה שהיא זו שתמנה את הנשיא הבא, ומתוך תחרות על תפקיד זה.

33. **פגיעה בעצמאות הרשות השופטת היא פגיעה במשטר הדמוקרטי.** עצמאות

השפיטה היא עקרון יסוד של השיטה הדמוקרטית הישראלית. הפגיעה האנושה בעצמאות הרשות השופטת, הגלומה בהצעה להעניק לקואליציה שליטה בוועדה לבחירת שופטים, במציאות שבה אין איזונים ובלמים אחרים – **מסכנת את המשך המשטר הדמוקרטי של ישראל.** שפיטה שאינה עצמאית פוגעת בעקרון שלטון החוק ובשוויון בפני החוק, פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות, ומאיימת על אפשרותם של כל אזרחי ותושבי ישראל לממש את חירויותיהם הדמוקרטיות. מדובר, אם כן, בלא פחות משינוי הזהות החוקתית של המדינה: ישראל לא תהא מדינה דמוקרטית בלא רשות שופטת עצמאית.

PRESIDENTIAL COMMISSION ON THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, FINAL ¹⁶
REPORT (December 2021)

¹⁷ לוריא, לעיל ה"ש 7.



ג. ביקורת שיפוטית – פסילת חוק הסותר חוק יסוד

34. לפי הדין הנוהג בישראל, מאז פסק דין בנק המזרחי,¹⁸ לחוקי היסוד מעמד נורמטיבי עליון לעומת חוקים רגילים. בשורה של פסקי דין קבע בית המשפט כי בסמכותו לבקר חקיקה רגילה ולקבוע, לאור "פסקת ההגבלה" מתי חוק אינו עומד בתנאיה, ולכן הוא אינו חוקתי. מאז, עשה זאת בית המשפט ב-22 מקרים.¹⁹ יש לציין כי לפי הדין כיום אין הסדר על פיו פסילת חוק צריכה להיעשות על ידי בית המשפט העליון דווקא, או במותב מורחב, אף כי בשנים האחרונות בפועל פסילת חוקים נעשית בהרכבים מורחבים בבית המשפט העליון. יש לציין כי ברוב מוחלט של מדינות העולם קיימת ביקורת שיפוטית על חקיקה בהתאם לחוקה.

35. לפי הצעת שר המשפטים, רק בית המשפט העליון יוכל לדון בתוקפו של חוק הפוסל חוק יסוד (ביקורת שיפוטית ריכוזית), ויהיה רשאי לעשות זאת אך ורק אם הוא סותר סתירה מהותית הוראה מפורשת בחוק יסוד; וכן כי פסק דין כזה חייב שיעשה בהרכב מלא של בית המשפט וברוב של 80 אחוזים מן השופטים.

מודל ריכוזי

36. ראשית, בשתי ההצעות מוצע לאמץ את המודל של ביקורת שיפוטית חוקתית ריכוזית, כלומר כזו שתעשה על ידי בית המשפט העליון. השינוי הזה, שאינו מובן מאליו, הינו ראוי.

פסילת חוק רק במקרים של סתירת הוראה מפורשת בחוק היסוד

37. לפי המוצע, בית המשפט יוכל לפסול חוק רק אם הוא **סותר סתירה מהותית הוראה מפורשת בחוק יסוד**. שינוי זה שומט את הקרקע תחת פסיקה עניפה של כמעט 30 שנים בבית המשפט העליון, לפיה זכויות כגון הזכות לשוויון (היבטים אחדים שלה), הזכות לחופש ביטוי, הזכות לחופש דת ולחופש מדת, זכויות חברתיות וכלכליות ועוד, מוגנות כזכויות חוקתיות במדינת ישראל כחלק מן הזכות לכבוד האדם. ללא פרשנות זו של בית המשפט העליון, הייתה רשימת הזכויות החוקתיות בישראל חלשה, חלקית, פגומה ולוקה בחסר, באופן כזה הפוגע באזרחי המדינה ותושביה, בדמותה של המדינה ובתדמיתה. גם כיום, על

¹⁸ ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי (1995)

¹⁹ עמיר פוקס "כמה חוקים נפסלו עד היום על ידי בג"ץ?" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (8.11.2022), <https://www.idi.org.il/articles/22273>



אף פסיקתו של בית המשפט, הזכויות החוקתיות בישראל פחותות וחלשות מאלה המוגנות בדמוקרטיה אחרות. **משמעות ההצעה היא חיתוך באבחת חרב של רשימת הזכויות החוקתיות המוגנות בישראל (ובכללן החשובות שבזכויות) לרשימה חסרה וחלולה, רק לזו המנויה בפירוש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.** יש בכך לרסק ענף שלם, חזק ומשמעותי ביותר במשפט החוקתי הישראלי כיום. להשלמת התמונה יצויין כי עניין זה כלל לא נזכר בדברי ההסבר להצעה וגם לא עלה בשיח הציבורי, מה שמעלה חשד שאולי מדובר בניסיון למחטף. נתייחס להלן לשתיים מן הזכויות בלבד, הזכות לשוויון והזכות לחופש הביטוי, לשם הדגמה.

38. במסגרת הדיונים הארוכים שהיו אך לפני מספר שנים סביב חקיקת חוק-יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי, נאמר שוב ושוב שאין צורך בהבטחת עקרון השוויון בחוק-יסוד: הלאום, משום שזה הובטח כבר בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁰ על כך גם נסמכה פסיקת בג"ץ שקבעה כי חוק יסוד: הלאום לא מפר את ההסדר הבסיסי של החוקה בישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.²¹ מחיקת השוויון זכות חוקתית מוכרת וכזו הנובעת מכבוד האדם, שומטת את הקרקע תחת ההנמקה הזאת ומותירה את חוק-יסוד: הלאום כחוק פוגעני עוד יותר, המגדיר את ישראל כמדינה בה יש זכויות יתר ליהודים בעוד למי שאינם יהודים לא מובטחת כלל הזכות לשוויון. מכאן, שהמדובר בשינוי חוקתי דרמטי בחטף, המוביל לסתירה חזיתית לערכי הכרזת העצמאות, ועיוות של דמותה של המדינה.

39. קשה להפריז גם בפגיעה במעמדה החוקתי של הזכות לחופש ביטוי, שהיא נשמת אפה של הדמוקרטיה, במובנה הגרעיני ביותר. כיצד ניתן לדבר על תהליך של בחירות והכרעת רוב כשאין הגנה חוקתית על חופש הביטוי? אפילו דמוקרטיה במובנה הפורמלי ביותר, המבוססת על עקרון הכרעת רוב בלבד, מחייבת הגנה חזקה על חופש ביטוי. רק באמצעות הגנה כזו, ניתן יהיה לבקר את השלטון, להביע דעות גם אם הן מרגיזות ומקוממות חלקים מהציבור, להקים עמותה או מפלגה כדי לקדם את ההגנה על זכויות האדם או כל אגינדה שונה מזו של השלטון, לקיים תרבות, אמנות, מדע וחינוך שהחירות שורה עליהם, ולאפשר

²⁰ כך למשל בדבריו של ד"ר אביעד בקשי, עמ' 38 לפרוטוקול מיום 18.9.2017, וכן חגי ויניצקי, שם, בעמ' 43.

²¹ פרשת חסון, לעיל ה"ש 1.



לעמדות מיעוט, בדרכי שכנוע, להפוך לרוב. ההצעה השומטת את הקרקע תחת ההגנה החוקתית על חופש הביטוי, פוגעת פגיעה אנושה בכל אלה.

הוראה ש"שורינה בחוק יסוד"

40. בהצעתו של יו"ר ועדת החוקה, נכתב כי חוק רגיל ייפסל רק אם הוא סותר הוראה ש"שורינה בחוק יסוד". בדיונים שהתקיימו במהלך חודש פברואר 2023, הבהיר היו"ר כי כוונתו היא שביקורת חוקתית תערך רק לסעיפים שסותרים סעיפים או חוקי יסוד ששורינה שריון פורמאלי (רוב מיוחד) או שריון מהותי (פסקת הגבלה). לכן, לאחר הדיון בוועדה, שונה הנוסח לכך שמדובר בהוראה "שהרוב הנדרש לשינויה או התנאים לפגיעה בה קבועים בחוק יסוד".

41. יש לציין כי חלק גדול מחוקי היסוד בישראל לא משורינים כלל, לרבות הסעיפים החשובים ביותר בכל דמוקרטיה: למשל רוב הסעיפים בחוק-יסוד: הכנסת, ובהם הסעיפים העוסקים בזכות לבחור ולהבחר. כך גם למשל חוק-יסוד: השפיטה, המעגן את עצמאות בתי המשפט, דרך מינוי השופטים, סמכויות בתי המשפט. להותיר את רוב חקיקת היסוד בישראל בלתי מוגנת לחלוטין, בהיותה נתונה לפגיעה, שינוי ותיקון על ידי רוב רגיל זה הרס של המבנה החוקתי הנורמטיבי שקיים בישראל מאז שנת 1995, לפיו ברור כי חוק רגיל לא יכול לסתור חוק יסוד.

42. יש בכך גם סתירה רבתי ל"חסינות" המוחלטת שמקבלים חוקי היסוד בהצעות החוק, לפיה אין לבקר אותם ביקורת חוקתית משום מעמדם המיוחד – אך מצד שני, חוק רגיל יכול לפגוע בהם ולשנותם בנקל.

דרישת הרוב המתחייב בבית המשפט לפסילת חקיקה

43. לפי שתי ההצעות, בחינת תוקפו של חוק חייבת להיות נידונה בהרכב מלא של שופטי בית המשפט העליון (למעט שופטים שנבצר מהם לדון) ופסילה של הוראת חוק מצריכה רוב של שמונים אחוזים מכלל השופטים המכהנים.

44. אין הצדקה לדעתנו לדרישת קוורום שיפוטי מלא לדיון בדבר תוקפו של חוק. הרכב של תשעה שופטים, הרחב פי שלושה מן ההרכב הדין, בדרך כלל, בכל הנושאים שבית המשפט העליון דן בהם (שלושה שופטים) מבטא היטב את החשיבות הרבה של סוגיות חוקתיות וגם מבטיח גיוון עמדות שיש בו כדי להניח את הדעת. הגישה המוצעת מתעלמת כליל מן העומס העצום (שאין לו אח ורע במדינות אחרות בעלות שיטת משפט דומה) הרובץ ממילא על בית המשפט



העליון,²² ומן ההשלכות של הרכב מלא על היכולת לטפל בתיקים אחרים תוך מניעת עינוי דין. עינוי הדין הוא בעיה קשה וחמורה, שלא ניתן להתעלם ממנה ואסור להחמיר אותה.

45. הצעה מאוזנת יותר (גמישה ורגישה יותר למידת החשיבות או הקשיות של הסוגייה הנדונה) יכולה להיות כלל של הרכב של תשעה שופטים, שניתן לחרוג ממנו כלפי מעלה לפי החלטת בית המשפט (בעקבות בקשה של צד או ביוזמת בית המשפט) במקרים של חשיבות או קשיות מיוחדת של הסוגייה. אין להתעלם מכך שגם בתחום החוקתי, החשיבות והקשיות של הנושאים השונים אינה אחידה. אפשרות נוספת היא לאפשר דיון נוסף, לפי החלטת בית המשפט, במקרים חריגים בשל חשיבות או קשיות הסוגייה.

46. במיוחד מוקשה בעינינו הרוב המיוחס במיוחד הנדרש לשם פסילה של הוראת חוק. קשה שלא להתרשם מכך שמדובר, הלכה למעשה, בהוראה שתכליתה להגן על הוראות חוק שהן בעייתיות מאד מפני פסילה. כלומר, בפועל – ניסיון להכשיר חקיקה בלתי ראויה, בכסות של התנגדות לרעיון של ביקורת שיפוטית על חקיקה. חמור מכך: ההצעה לא נעשית מאחורי מסך של בערות. היא נדמית כמהלך של רוב פוליטי המבקש לחזק את כוחם של השופטים שלדעתו הם מן המחנה הפוליטי שלו באמצעות הענקת זכות וטו לשופטים אלה על כל ההחלטות בתחום המשפט החוקתי, כדי להבטיח תוצאות שיפוטיות לרוחו, כלומר אישור כל הוראת חוק.

47. המציעים טוענים כי נדרש רוב מיוחס לשם פסילת חוק משום הצורך להבליט את המשמעות החריגה של פסילת חוק מבחינת הפגיעה בעיקרון של הכרעת הרוב. טענה זו אינה מוצדקת. ראשית, משום שבכל פסיקותיו של בית המשפט ניכר האיפוק והריסון בביקורת שיפוטית על חוקים והמשמעות המיוחדת של פסילת חוק (בין השאר באמצעות חזקת חוקתיות ועילת הסף של העדר בשלות). בפועל – מספר ושיעור הפסילות הוא נמוך מאד, גם באופן מוחלט וגם בהשוואה למדינות אחרות,²³ ומלמד שאין שום צורך לכבול את ידיו של בית המשפט כמוסד, מחשש שמא יפעל בפראות וללא איפוק וריסון עצמיים. חשש זה הוא שהיווה עילה במקומות אחרים, כמו ארצות הברית, בה הציעו, או בדרום קוריאה

²² ראו: גיא לוריא ויובל שני, "תדירות פסילת הוראות חוק על ידי בית המשפט העליון" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (8.11.2022), <https://www.idi.org.il/articles/29514>

²³ לוריא ושני, לעיל הי"ש 22.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

שם חוקקו, קביעת רוב מיוחס על רקע של מה שנתפס כשימוש מופרז בכוח לפסול חוקים. המציאות אצלנו היא הפוכה – יש מגילת זכויות רזה ובית משפט מאופק. על כן אין הצדקה לשינוי המוצע. שנית, לרוב הפוליטי כוח רב, אך הוא לא בלתי מוגבל ולא צריך להופכו לכזה. הוא מוגבל על ידי חוקי היסוד וערכי היסוד של השיטה, שבכבודם ובכיבודם הוא חייב. עיקרון זה אינו נופל בחשיבותו מעקרון שלטון הרוב. זהו תפקידו המובהק של בית המשפט לוודא שהגבלה זו מקוימת הלכה למעשה, ולא נכון להנדס את שיטת ההכרעה באופן שפוגע בתפקיד הזה. דרישת הרוב המיוחד תקשה מאד על בית המשפט לקיים את תפקידו. שלישית, בפועל פסילת חוקים נעשית – ברוב המכריע של המקרים – פה אחד או ברוב גדול, כך שאין אצלנו מקרים רבים של הכרעה על חודו של קול. רביעית, אימוצו של השינוי הזה יעביר לציבור מסר כוזב כאילו מדובר בבית משפט "מתפרע" שחייבים לרסנו. מדובר בהעברת מסר שקרי, שהוא בפני עצמו עלול להיות שימוש לרעה בחקיקת יסוד, שימוש שהוא פסול ומגונה במיוחד. מסר כזה משקף יחס שלילי, של איבה, כלפי בית המשפט, ויפגע בלגיטימציה של בית המשפט ובאמון בו.

48. דווקא משום שטרם גובשה בישראל חוקה מלאה ומוסכמת, ולכן ההגנה החוקתית על זכויות האדם היא מוגבלת, הופכת הביקורת החוקתית למשמעותית יותר, חשובה, נחוצה וחיונית יותר, ועל כן אין לשים מקלות באופן מלאכותי בגלגליה בדמות דרישת רוב מיוחס לפסילת חוק. קל וחומר אין הצדקה לרוב כמעט דמיוני של 80%-100% משופטי בית המשפט. גם הרקע החברתי-פוליטי-תרבותי בישראל, שמתאפיין בבעיות מיוחדות מבחינת ההגנה על זכויות האדם ובהפנמה נמוכה יחסית של חשיבותן מצד קבוצות שונות באוכלוסייה – מזמין דווקא ביקורת חוקתית יעילה, ולא ביקורת חוקתית מסורסת.

49. הכרעה לפי רוב רגיל היא שיטת ההכרעה הרווחת והמקובלת בחברה. הדמוקרטיה עצמה בנויה, בין השאר, על הרעיון שהרוב קובע, וכי גם עדיפות של קול אחד-די בה כדי להכריע. גישה זו רווחת לא רק בבחירות ובהכרעות המתקבלות בפרלמנט (פעמים רבות על חודו של קול). היא נהוגה גם בגופי הביצוע השונים, כמו הממשלה ובכל הגופים המקבלים החלטות (למעט שינויים חוקתיים בהם בדרך כלל נדרש רוב גדול מאד). ההיגיון מאחורי גישה זו הוא ברור ופשוט: אם נדרשת הכרעה, מתבקש ללכת לפי הרוב ולא המיעוט. גישה זו נהנית מלגיטימציה משמעותית מכוח השתרשותה, והיא נתפסת כשיטת ההכרעה ההוגנת. אימוץ שיטה שונה יפגע באמון הציבור בבית המשפט. אם זונחים את



הרוב הרגיל, נכנסים לתחום הקשה להכרעה – מה יחליף את הרוב הרגיל ומה תהיה ההצדקה לרוב מיוחס ספציפי כזה או אחר? עדיף להימנע מכך. ודאי שיש להימנע מדרישת רוב מיוחס מתוך כלל השופטים, שמשמעותה בהרכב חסר עשויה להיות דרישה להסכמה פה אחד.

50. קבלת ההצעה לדרישת הרוב משמעה גם פגיעה בשלטון החוק. מה דינו של חוק שרוב השופטים פסלו, אך הרוב לא הגיע כדי 12 שופטים? כיצד אמור הציבור להתייחס לחוק כזה? לכאורה, חוק הוא חוק ויש לכבדו, אבל מעשית – קשה לכבד חוק ששרד רק בזכות הדרישה לרוב מיוחס. האם לגיטימי לדרוש מאזרחי המדינה לציית לחוקים שרוב משמעותי של שופטי בית המשפט העליון סבורים כי הם פסולים ופוגעים באופן בלתי מוצדק בזכויותיהם הבסיסיות? לתוצאה זו עלולות להיות השלכות קשות על הציות לחוקי המדינה ועל הלגיטימציה של רשויות השלטון. כן ייפגע גם יחס הכבוד לחוקי היסוד, שההגנה עליהם הופכת למוחלשת – משום שלמעשה חוקים שסותרים אותם, גם לפי 11 מתוך 15 שופטים, יישארו בתוקפם, וכך חוקי היסוד יהיו למרמס – דבר שאינו מתיישב עם מעמדם המעין חוקתי.

51. ברוב המכריע של המדינות שיש בהן ביקורת חוקתית, פסילת חוקים נעשית על יסוד רוב רגיל. כלומר, התודעה המשפטית הרווחת אינה תומכת בהצעה. אין סיבה טובה ללכת דווקא בעקבות המדינות החריגות: **צ'ילה, פרו, צ'כיה ודרום קוריאה**, שאף לא אחת מהן היא דמוקרטיה ותיקה או שיש סיבה לחקותה. כלל ההכרעה ברוב מיוחד אומץ בהן במסגרת כללית של חיזוק והרחבת הביקורת השיפוטית על רקע החולשה שלה, כחלק מתהליכים של חיזוק הדמוקרטיה ולא כאמצעי מרסן. אצלנו, הרקע שונה לגמרי. בדרום קוריאה מתקיים יחס של כבוד אמיתי של הרשות המחוקקת לרשות השופטת. אצלנו, היחס המוצע הוא הפוך. בפנייה בהקשר זה למשפט המשווה חייבים להביא בחשבון את התרבות הפוליטית. אחרת, נשמט הבסיס להשוואה.

52. הצעה זו תגביר עוד יותר את המוטיבציה המסוכנת, העולה מכלל ההצעות, לפוליטיזציה של בית המשפט באמצעות שופטים "משלנו". הרוב הקואליציוני שישלוט בוועדה לבחירת שופטים יפעל לבחירת אומרי הן, מכשירי כל שרץ. הדרישה לרוב מיוחס כתנאי לפסילה תאפשר להרכיב את בית המשפט כך שניתן יהיה להכשיר דרכו הוראות חוק בלתי צודקות, מעוולות ומפללות. ההכשר הזה יחתור תחת יסודות השיטה שלנו, ויעקם ויעוות אותם. בין ביקורת שיפוטית



יעילה, ביקורת של ממש, לבין "כאילו" ביקורת שיפוטית – ברור שהראשונה עדיפה. יתר על כן, בין מצג שווא של ביקורת לבין העדר ביקורת, עדיף השני. הוא משקף טוב יותר את המציאות, ואיננו חוטא באחיזת עיניים והטעיה.

פסקת ההתגברות

53. לפי הצעת שר המשפטים, חוק שנפסל ונחקק מחדש בידי רוב של 61 חברי כנסת כאשר נאמר בו כי הוא תקף על אף האמור "בפסיקת בית המשפט" יהא חסין מביקורת שיפוטית. שריון זה יעמוד לחוק למשך ארבע שנים או עד חלוף שנה מהשבעת כנסת חדשה. אם תחוקק הכנסת החדשה את החוק מחדש, לא ניתן יהיה עוד לדון בתוקפו. לכן, למעשה מדובר ב"פסקת ההתגברות על חוק יסוד", אם כי הניסוח מאפשר לכנסת להתחמק מהעובדה שמדובר בהתגברות על חוק היסוד, ולנסחה כהתגברות "על פסיקת בית המשפט". בהצעת יו"ר ועדת חוקה מדובר על התגברות **מראש** ללא צורך להמתין לפסק דינו של בית המשפט, כפי הצעת שר המשפטים.

54. פסקת ההתגברות המוצעת, בשני המודלים, יכולה להתגבר על כל זכויות האדם בישראל: לא רק על אלה המנויות בפירוש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם על אלה המנויות בחוק יסוד: הכנסת (הזכות לבחור ולהיבחר), על עקרון השוויון בבחירות ועוד.

55. זאת ועוד. ככול שהוראת ההתגברות תהיה גורפת, היא תאפשר התגברות גם על הוראות חוקתיות שאינן רק בתחום ההגנה על זכויות האדם, אלא התגברות על כל עקרון הקבוע בחוק יסוד, באמצעות חוק רגיל: דיני הבחירות (למעט, בהצעת יו"ר ועדת חוקה, הסעיף הקובע את החובה לערוך בחירות כל ארבע שנים), חלוקת הסמכויות בין הרשויות וכו'.

מהות הפגיעה בזכויות החוקתיות בישראל

56. המגן העיקרי החוקתי על זכויות האדם בישראל כיום הוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל פיו בית המשפט העליון מקיים ביקורת שיפוטית על הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. מתן כוח לכנסת להתגבר על חוק היסוד, כמוהו כהסרת המחסומים וכהתרת כל רסן. אף על פי שמדובר בהחלטה שתקבל ברוב, מהותה של הדמוקרטיה אינה אך ורק שלטון הרוב. דמוקרטיה שאינה מחויבת



המכון הישראלי לדמוקרטיה

להגן על זכויות האדם והמיעוטים אינה דמוקרטיה. טעם מרכזי לקיומה של חוקה או חוקי יסוד הוא הצורך לשים גדרות לכוחו של הרוב ולהגן על הפרט ועל המיעוט. הסדר חוקתי שניתן בהינף חקיקה של הכנסת להתגבר עליו, אינו הסדר חוקתי. לא בכדי כמעט ואין אח ורע בעולם כולו למודל זה. האם ניתן לדמיין כי רוב של ח"כים יכול לחוקק חוק הקובע, למשל, כי מותר למדינה לפגוע בזכות לבחור ולהבחר, למשל של נשים? וזאת, גם אם החוק יתקבל ברוב של 61 חברי כנסת? בדמוקרטיה, זהו מעשה שלא ייעשה – משום שהוא סותר את זכויות האדם – ולכן לא ניתן להתגבר על זכותן של נשים אלה לבחור, יהא הרוב אשר יהא. יפים דבריו של ז'בוטינסקי לעניין זה:

"אולם, יש להתנות תנאי אחד חשוב מאד. מסיבות בלתי מובנות מזדהית הדמוקרטיה עם שלטון הרוב. זה מובן מנקודת השקפה היסטורית – הדמוקרטיה נוצרו תחת דגל המלחמה נגד צורות שונות של שלטון המיעוט. זו היתה תנופתה ההפוכה של המטוטלת. ואולם בעצם אינה נכונה הזדהות עיוורת של הדמוקרטיה עם שלטון הרוב. ערך הדמוקרטיה אינו תלוי בהרגשת שעבודם של 49 מלכים שווי-זכויות למאה, או אפילו 10 או אחד למאה."

(מבוא לתורת המשק (ב), כתבים: אָמה וחברה, ירושלים: ערי ז'בוטינסקי, תשי"ט, עמ' 219).

פסקת ההתגברות לא נועדה לפיכך להתגבר על בית המשפט העליון. היא נועדה להתגבר על זכויות האדם והאזרח בישראל.

57. עצם האיום ב"שוט" של פסקת ההתגברות, עלול לפגוע קשות באפשרות של שומרי הסף בישראל לבלום חקיקה פוגענית. אם כיום היועץ המשפטי לממשלה או היועץ המשפטי לכנסת יכולים להתריע כי חוק מסוים אינו חוקתי או סובל מקשיים חוקתיים, מרגע שההצעה תכנס לתוקף, היוזמים של כל חוק יוכלו לטעון כי אם החוק ייפסל בבג"ץ, יחוקקו אותו שוב באמצעות פסקת התגברות. ההגנה, המעוררת ושבירה גם כך על זכויות האדם בישראל, עלולה לספוג מכה קשה עד קטלנית. אפשר גם שהסכמים קואליציוניים בדבר חקיקה עתידית יכללו הסכמות בדבר שימוש, במקרה של צורך, בהוראת התגברות. זועקת ממש הפגיעה במעמדו של בית המשפט, הדין בחוקתיות של הוראת חוק בנסיבות כאלה, כאשר ברור מראש שהחלטתו, במקרה של ביטול ההוראה עקב אי חוקתיותה, היא החלטת סרק.



58. לא ניתן לטעון כי כאשר ה"מילה האחרונה" נמצאת בידי הכנסת, זה לא פוגע בסמכות בית המשפט לבטל חקיקה, ובסך הכל מדובר ב"דיאלוג" בין הרשויות. כאשר המילה האחרונה בידי הכנסת, הרי בפועל הרשות המחוקקת, וליתר דיוק הרוב הקואליציוני, הופכת לכל-יכולה וזכויות האדם מאבדות את מעמדן כנורמות עליונות על חוקים רגילים. השלטון הופך לבלתי-מוגבל, והאזרח - לנתין נרצע, הכפוף לשרירות רצונו של הרוב.

59. המשמעות המשפטית של הכללת הוראת התגברות היא שניתנת למחוקק מילה אחרונה לא כמחוקק אלא כפרשן של החוקה, שכן הוראת ההתגברות מאפשרת להתגבר על פרשנות חוקתית של בית המשפט. זו הפרה גסה של עקרון הפרדת הרשויות שאין לה הצדקה עניינית. מבין שני הגופים – בית המשפט או הכנסת, ברור שבית המשפט מתאים יותר למלאכה של פרשנות חוקתית. הענקת סמכות כזו למחוקק איננה אלא אקט כוחני, של כיפוף ידיים, שמאפשר לרוב בעצם להתעלם מחוקי היסוד, מזכויות האדם ומבית המשפט, תוך ערבוב גמור של תפקידי הכנסת כרשות מכוננת ומחוקקת. הרוב קובע ודבר לא יגביל אותו. לאור ההתקפות הקשות על בית המשפט במשך השנים ובהמשך לתיאורו הכוזב כבית משפט חסר רסן, קשה להניח שיהיה שימוש מרוסן בפסקת ההתגברות. ההפך הוא הנכון.

60. במצב הנוהג כיום, הכנסת יכולה לתקן את חוקי היסוד ואת רובם ברוב רגיל – מה שהופך את הצורך בהוראת התגברות לבלתי מובנת ותמוהה. אם כן, מהי המוטיבציה לפסקת התגברות? מחד, לביטול והגבלה של זכויות אדם יש מחיר ציבורי – כלפי פנים וכלפי העולם כולו – והודאה, למעשה, בהתנכרות לזכויות האדם ועל כן נמנעים מלבטלן. מאידך, מתן אפשרות להשתמש בפסקת התגברות היא מתן אפשרות למחוקק "ללכת בלי ולהרגיש עם". לדבר גבוהה גבוהה על זכויות חוקתיות, אך בפועל להתגבר עליהן, כאשר מגיעה שעת המבחן בה נפסק כי חוק הוא לא חוקתי. כך אפשר להציג את הפעלת פסקת ההתגברות כמהלך שמתגבר על בית המשפט ולא על חוק היסוד או על זכויות האדם. יש הבדל עקרוני בין תיקון חוקתי לבין התגברות. הראשון כרוך בשינוי נורמטיבי של התשתית החוקתית והוא צריך לעמוד בנטל השכנוע ששינוי כזה אכן נדרש מבחינה עקרונית, מוצדק מבחינה ערכית ושתועלתו עולה על נזקו. השני, לעומתו, לא נזקק לתהליך כזה ולא עובר את אותה ביקורת ציבורית ולכן מאפשר לרוב הפוליטי לפגוע בזכויות עם מחיר ציבורי נמוך יותר. אם יש צורך במהלך חריג, אזי תיקון חוקתי, הטעון הליך מיוחד, הוא דרך המלך למקרים חריגים הננקטת



במדינות של דמוקרטיה חוקתית. הוא מצוי בתחום הלגיטימי של שקלא וטריא חוקתית, ואינו נגוע בכוחנות של התגברות.

מהותו של בית המשפט כמגן המיעוטים והחלשים בחברה

61. מהותן של זכויות היסוד היא בצורך להגן על החלש ועל קבוצות מיעוט. ישנן אינספור דוגמאות בהן היה בג"ץ לאורך השנים מגן החלשים, בעלי המוגבלויות, המיעוטים והקבוצות המוחלשות (כדוגמת נשים, להט"בים, יהודים מאמינים שאינם אורתודוקסים) מפני התעמרות הרוב.

62. כך למשל, בג"ץ פסק בפרשת צמח²⁴ כי החוק להחזקת חיילים במעצר טרם הבאתם בפני שופט ל-96 שעות אינו חוקתי. **הזכות לחירות ולהליך ההוגן** לנחקרים, ובייחוד חיילים, שאינם מורשים להתארגן פוליטית או קבוצתית, היא דוגמה מובהקת למקרים בהם בית המשפט העליון מתערב ומגן על הצד החלש. כך גם בפרשת סלאח חסן²⁵ בה נקבעה לראשונה כזכות חוקתית "**הזכות לקיום מינימלי בכבוד**", ובה הגן בית המשפט על זכותם של משפחות החיות בעוני לקבל הבטחת הכנסה, אף שהחוק שלל מהן זכות זו משום שעשו שימוש ברכב פרטי. בית המשפט קבע כי עצם השימוש ברכב פרטי – למשל, כשהוא בלתי-נמנע, כמו לשם הסעת ילדה עם מוגבלות לבית ספר מיוחד, אינו שולל באופן אוטומטי את הזכות לגמלה. בהחלטה לפסול חקיקה להפרטת בתי הסוהר, התגייס בית המשפט למען כבודם האנושי של בני אוכלוסייה נוספת שאין לה, כמעט, כוח פוליטי: האסירים. בנוסף, בשתי החלטות לביטול חקיקה באשר לגיוס בחורי ישיבות²⁶, התגייס בית המשפט למען השוויון בין צעירים שמתגייסים על פי חוק ונדרשים לסכן את חייהם למען ביטחון המדינה וצעירים שמקבלים פטור גורף משירות צבאי או אזרחי-לאומי אך משום שיוכם לקבוצה דתית מסוימת. ברור כי בכל מצב שכזה, קואליציה ספציפית יכולה היתה, מטעמים פוליטיים, להחליט לחוקק חוק באמצעות פסקת ההתגברות ולמעשה להפוך את זכויות האדם שבחוקי היסוד להמלצה בלבד. נזכיר שוב: אין דמוקרטיה בלא הגנה אפקטיבית על זכויות אדם.

²⁴ בג"צ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הביטחון (1999).

²⁵ בג"צ 10662/04 סלאח חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (2012).

²⁶ בג"צ 5823/12 התנועה לאיכות השלטון נ' שר הביטחון (2012) וכן בג"צ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (2017).



63. בכל מדינות העולם, למעט בקנדה ובמידה מוגבלת בפינלנד,²⁷ לא ניתן למצוא מודל דומה של התגברות. בקנדה, לקראת הכללת הצ'רטר של זכויות אדם בחוקה, הושגה פשרה בין הממשל הפדרלי והפרובינציות, לפיה הצ'רטר יכלול פסקת התגברות ביחס לחלק מן הזכויות הקבועות בצ'רטר, וזאת משום הצורך של הפרובינציות ובעיקר קוויבק, להגן על האוטונומיה התרבותית שלהן.²⁸ עד היום מודל זה עומד לביקורת קשה, וגם הניסיון בהפעלתו מדגים את השרירותיות שהוא נותן למחוקק ברמת הפרובינציה (המחוקק הפדרלי לא עשה מעולם שימוש בפסקת ההתגברות): בקוויבק, זמן מועט לאחר החלת הצ'רטר, נחקק חוק שמבטל את כל חוקיה הקיימים של קוויבק ומחוקק אותם מחדש ככוללים את פסקת ההתגברות. כמו כן, בשנת 2019 נחקק בקוויבק חוק האוסר על עובדי מדינה (כולל זוטרים כגון מורים) ללבוש פריטי לבוש בעלי סממנים דתיים. בכך נפגעה קשות זכותם לחופש דת ולחופש עיסוק של יהודים ושל מוסלמים שנאסר עליהם לחבוש כיפה. בית המשפט הפדרלי היה מבטל חוק זה, אלא שהוא נחקק באמצעות פסקת ההתגברות. זוהי הדגמה לכוח הבלתי מוגבל שפסקה זו נותנת לרוב, להתגבר על זכויות חוקתיות של הפרט והמיעוט, ולמעשה כמעט לאינם. יש לזכור עם זאת שגם לפי הצ'רטר הקנדי, ההתגברות לא פוגעת בכל הזכויות, וישנן זכויות שמוגנות מפני התגברות כגון הזכות להצביע, חופש התנועה, השוויון בין השפות האנגלית והצרפתית וכן שוויון מגדרי. בהבדל מישראל, לקנדה יש חוקה משוריינת, מגילת זכויות אדם שלמה, פסקת ההגבלה שבה הינה מוגבלת בהיקפה והתרבות הפוליטית בה שונה מן התרבות הפוליטית שלנו. הבדלים אלה בין ישראל לבין קנדה הופכים את ההשוואה לקנדה לבלתי מבוססת.

64. לעומת המקרה של קנדה, ראוי לציין את עשרות המדינות השותפות לאמנה האירופאית לזכויות האדם. זכויות האדם ברוב המדינות אלה מוגנות בשכבה

²⁷ ראו הלל סומר "קרב הצלה או גלולת רעל: עיון חוזר במנגנון ההתגברות" **חוקים** (2018). בפינלנד היה קיים מנגנון התגברות המאפשר לפרלמנט, בהליך הדומה לתיקון חוקתי, לחוקק חוק רגיל המתגבר על החוקה – אך מנגנון זה דורש רוב של חמש שישיות מהפרלמנט או באישור לאחר בחירות של שני שלישים. ברפורמה שנערכה בשנת 2000 הוגבלה היכולת לחרוג מהוראותיה המרכזיות של החוקה ונאמר שיש לעשות בו שימוש רק במקרים דחופים ויוצאי דופן.

²⁸ צבי כהנא "מנגנון החריגה (פסקת ההתגברות)", המכון הישראלי לדמוקרטיה (2022), עמ' 21. עם זאת יש לציין שמעולם לא נעשה שימוש בפסקת ההתגברות על ידי המחוקק הפדרלי, בפרובינציות נעשה שימוש יחסית נדיר, כ-11 פעמים מאז כינון מגילת הזכויות.



כפולה של "חומות" – הגנה חוקתית מלאה והגנה בינלאומית מכוח האמנה האירופאית לזכויות האדם ובית הדין האירופאי לזכויות האדם. בית דין זה מוסמך לקבוע שחוק של מדינה חברה, ואף אם עמד בביקורת חוקתית פנימית, סותר את האמנה; והמדינה מחויבת במקרה כזה לבטל או לתקן את החוק. בהקשר זה נזכיר שוב, כי המקרה של בריטניה, שבה אין פסקת התגברות וגם אין סמכות לבית המשפט מלכתחילה לבטל חוק (אלא רק להצהיר על אי התאמתו לחוק זכויות האדם), "מכוסה" על ידי כפיפות זו לבית הדין האירופי לזכויות אדם.²⁹

ביטול הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה

65. לפי ההצעה, בית המשפט לא יוכל לבקר את הליך חקיקתם של חוקים. האם כאשר חוק נחקק מבלי שחברי הכנסת יכלו להבין על מה מדובר או שלא יכלו להצביע, הוא חוק שאמור להיות חסין מביקורת שיפוטית? הדין הנוהג בישראל הוא שיש ביקורת על הליך החקיקה וכך נפסק בבג"צ קוונטינסקי,³⁰ לאחר שורת הלכות³¹ והתרעות בטלות שנתקבלו קודם לכן.

סיכום באשר לצמצום עד כדי ביטול הביקורת השיפוטית האפקטיבית

66. ההצעה מבטלת למעשה את הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת. היא גם חותרת תחת היקפן של הזכויות המוגנות והופכת את רשימת הזכויות לרזה וחלקית במיוחד. ההצעה דורשת רוב גדול מאד מבין השופטים בכדי לקבוע כי חוק סותר הוראה בחוק יסוד ומאפשרת לרוב של 61 חברי כנסת "להתגבר" על פסילת החוק ובכך מאפשרת כוח מוחלט לרוב הפוליטי. אין מודל אחד במדינות דמוקרטיות של ביקורת שיפוטית שדומה למצב שיווצר אצלנו. הרושם הברור הוא שהתכלית של השינוי היא יצירת "מצג" של ביקורת שיפוטית שמתחתי לא לתקיים ביקורת שיפוטית של ממש, שבכוחה לפסול הוראת חוק. למעשה, מבקשת ההצעה לבטל את ההגנה החוקתית על זכויות אדם בישראל.

²⁹ כך לדוגמה בשנת 2021, בתיק Unuane (80343/17) שעסק בגירוש אדם מבריטניה לניגריה, בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע שמדובר בפגיעה בלתי מידתית בזכותו לחיי משפחה. בריטניה נקטה בצעדים ספציפיים לעצירת הגירוש וגם בצעדים כלליים באשר למדיניות.

³⁰ בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (2017).

³¹ בג"ץ 4885/30 ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל (2004).



ד. שלילת ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד

67. פרק זה של חוות הדעת ינתח את הסעיף אשר שולל את סמכותו של בית המשפט העליון לדון בסעד או בטענה הנוגעים לתוקפו של חוק יסוד. כדי לעשות זאת, הפרק יציג את ההסדר המוצע בהצעה וינתח אותו לאור עקרונות של כלל הזיהוי החוקתי והמגבלות שחלות על סמכותה המכוננת של הכנסת. לאחר מכן, הפרק יציג ויבחן את ההסדר המוצע בהצעה בהקשר כולל. מסקנת הבחינה הזו היא שמדובר בהסדר שאינו חוקתי.

שלילת ביקורת על-חוקתית: ההסדר המוצע בהצעה

68. בכוונת המציעים לשלול את הסמכות של בית המשפט העליון לביקורת "על-חוקתית": ביקורת על-חוקתית היא כל צורה של ביקורת שיפוטית שמקיים בית המשפט העליון בשאלת תקפותו של חוק יסוד. על פי הנוסח שפורסם, בכוונת המציעים לשלב תיקון לחוק-יסוד: השפיטה, אשר לשונו (בהצעת לוי) תהא: "לא ידון כל בית משפט, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בסעד או בטענה הנוגעים לתוקפו של חוק-יסוד; על אף האמור בסעיף 15 ובכל דין, לא יהא תוקף לפסק דין, צו או החלטה אחרים של כל בית משפט המבטלים או מגבילים את תוקפו של חוק-יסוד או של חלקים ממנו".

69. נוסח זה שולל את האפשרות של כל בית משפט, ובפרט של בג"ץ, לקיים דיון בטענה או לתת סעד שנוגעים ל"תוקפו של חוק יסוד". הנוסח מבהיר כי לדיון שכזה – ובכלל זה לצו או החלטה שיפוטית של כל בית משפט "מבטלים או מגבילים" – אין תוקף. נוסחו של הסעיף במתכונת הנוכחית הוא גורף, ושולל את הסמכות של ערכאות שונות ובמיוחד של בג"ץ לעסוק בשאלת החוקתיות של חוקי יסוד (מה שאנו נכנה כאמור "ביקורת על-חוקתית"). כל זאת, במסגרת הגדרה מחודשת כללית יותר, בשינוי המוצע, של סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית והעל-חוקתית. הסעיף הוא חלק משינוי רחב יותר, המנותח בחוות הדעת, שמטרתו לצמצם את סמכות הביקורת השיפוטית בכלל ובהקשר זה מטרת ההסדר המוצע הינה בראש ובראשונה לחסן את ה"רפורמה" עצמה מביקורת שיפוטית.

70. ניתוח הסעיף מחייב דיון במספר תחנות עיוניות: ראשית, נבחן מהי המסגרת החוקתית בשיטת המשפט שלנו; שנית, נבחן את גבולות סמכותה של הכנסת



המכון הישראלי לדמוקרטיה

כרשות מכווננת, והאם היא בלתי מוגבלת; שלישית, ולאחר הצגת גבולות הרשות המכווננת, תיבחן השאלה: האם כנסת נתונה יכולה לקבוע שכוחה הוא בלתי מוגבל, באמצעות שלילת הביקורת העל-חוקתית; רביעית, נציג את הסוגים השונים של ביקורת שיפוטית על-חוקתית, ובפרט אלה שהכנסת אינה יכולה לבטל באמצעות תיקון לחוק יסוד; חמישית, נציג את הנסיבות הייחודיות לישראל, שעל פיהן הדרך לשנות את החוקה היא אותה הדרך הנדרשת להעברת חוקים רגילים.

מהי מסגרת חוקתית (כלל הזיהוי החוקתי)

71. הדיון בהגבלת הביקורת על חוקי יסוד צריך להתחיל מדיון על המסגרת החוקתית של מדינה (כלל הזיהוי החוקתי). בדמוקרטיה המודרנית, מקורות הלגיטימציה של הממשל אינם מבוססים רק על ההכרעות של הרוב שנבחר בבחירות. כדי לקיים דמוקרטיה שמשקפת את האמנה החברתית של כלל השותפים לה, הממשל מוגבל על ידי כלים וערכים מעבר לרעיון של שלטון הרוב. הכלי הראשון שקיים ברוב המוחלט של דמוקרטיה מודרנית הוא חוקה כתובה, שמטרתה לעגן את כללי המשחק הדמוקרטיים שהפוליטיקה הרגילה צריכה להתנהל לפיהם. חוקה שכזו ניתנת לשינוי באמצעות תיקונים חוקתיים, ולרוב נדרשים הליכים מיוחדים ורוב מיוחד לצורך תיקונים כאלו. התפיסה המקובלת היא שהחוקה היא מגבלה על הרוב המזדמן ומגינה על אינטרסים, מוסדות וערכים של החברה מפני שינויים נמהרים וקצרי טווח, מפני פגיעה ביכולתן של קבוצות אחרות להפוך בעצמן לרוב ומפני שינוי כללי המשחק תוך כדי המשחק.

72. בעוד שבתפיסה הקלאסית במשפט החוקתי, נתפסה החוקה כמגינה המובהקת של ערכי היסוד של השיטה ושל זכויות האדם והמיעוטים וכאמצעי מרכזי למניעת ריכוז כוח שלטוני בלתי מוגבל, הסתבר כי המציאות היא מורכבת יותר. החוקה עלולה להפוך ממגן לחרב, חרב שבעזרתה מבקש רוב פוליטי לשנות מן היסוד את שיטת המשטר, לרבות ערכי היסוד ותפיסות העומק שלה, בראש ובראשונה על ידי יצירת כוח שלטוני בלתי מוגבל בסמכות לחוקק או לתקן חוקה. כשם שניתן לעשות שימוש לרעה בחוק כדי לפגוע בערכי היסוד ובתפיסות העומק, ניתן באופן דומה לעשות שימוש בחוקה לאותה תכלית פסולה. השימוש בחוקה עצמה הוא כלי משחית מסוכן במיוחד, דווקא בגלל היפוך היוצרות המתקיים במקרה זה. גם משום שההולכים בדרך לא דרך זו, מבקשים לחולל הפיכה משטרית מוסווית, ומבקשים לשלול את היכולת לבקר את המהלכים. דמוקרטיה שהיא חפצת חיים חייבת להגן על עצמה מפני סכנה חמורה זו.



73. דמוקרטיה חוקתית מתאפיינת גם בריבוי של מוסדות שלטוניים שלכל אחד מהם תפקיד בשמירה על החוקה ועל הערכים החוקתיים. ריבוי של מוסדות שלטוניים אמור לשמור על האזרחים מפני עריצות הרוב וריכוז של כוח שלטוני בלתי מוגבל. בנוסף לכך, התפיסה המקובלת בדמוקרטיה חוקתית היא שאפילו החוקה עצמה מוגבלת לאור ערכים ואמות מידה מוסריות, חלקן אוניברסליות, כלקח מהתקופה שלפני מלחמת העולם השנייה.

74. לפיכך כאשר אנו מבקשים לאתר את המסגרת החוקתית של שיטת משפט דמוקרטיה-חוקתית, תהא זו טעות לבחון רק את החוקים של הפרלמנט או אפילו את החוקה הפורמלית. התפיסה המקובלת בעולם בהקשר זה היא שזיהוי המסגרת החוקתית של שיטת משפט הוא מעשה מורכב, שכולל, בין היתר, את אופייה של הסמכות לקבל ולתקן את החוקה; את המוסדות שאמונים על שמירה והגנה על החוקה ואת הערכים החוקתיים שעומדים אפילו מעל החוקה במובן זה שתיקון של החוקה עצמה עלול להתנגש בהם (כמו, בישראל, אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה). זהו הרקע הרחב יותר שלאורו נכון לגשת לניתוח הצעה לביטול היכולת של בית משפט חוקתי לעסוק בשאלות של ביקורת על תיקון לחוקי יסוד.

החשש מפני הרחבת הכוח של הפרלמנט לרמה בלתי-מוגבלת

75. כלל הזיהוי החוקתי מורכב, אם כן, משורה של מנגנונים ומוסדות שמטרתם לשמור על הדמוקרטיה החוקתית. הסכנה שעומדת בפני דמוקרטיה חוקתית בעידן המודרני היא ריכוז כוח שלטוני בלתי מוגבל בידי מוסד שלטוני אחד באופן שיהפוך את המערכת לכזו שאינה נשלטת יותר על ידי עקרונות של חוקתיות אלא על ידי אנשים. בעשורים האחרונים, החשש בהקשר זה הוא מפני התעצמות של רשות מבצעת בלתי מוגבלת, אשר נשלטת על ידי מפלגה דומיננטית או מפלגות אחדות או אפילו על ידי יחידים, באופן שמאפשר לה ללכוד את המוסדות החוקתיים המתחרים ולשנות אותם כפי רצונה או למנות בהם נאמנים. כך למשל, שליטה בהליכי קבלת ותיקון החוקה, באופן כזה שמנתב אותם לטובת ניצול לרעה של הכוח השלטוני, יכול להביא לפגיעה בנושאים במסגרות הדמוקרטיה.

76. חשש זה – מפני ריכוז כוח חוקתי בלתי מוגבל בידי מוסד אחד – הוביל את הביקורת השיפוטית של העשורים האחרונים לעסוק בביקורת "על-חוקתית", קרי, בדרכים שבהם ניתן לבקר את השימוש בכינון ותיקון של החוקה. ההנחה שעומדת מאחורי הפעילות של בתי משפט בתחום זה היא הנחה "שמרנית"



במידת מה: מטרתה לשמור על תקינותו של הממשל ועל עקרונות חוקתיים בסיסיים מפני ניצול לרעה של כוח על ידי רוב מזדמן (גם אם הוא גדול יחסית) באופן שסותר את הכוונה של הרוב הדמוקרטי ה"מקורי" (Constituent Power), זה שבא לידי ביטוי במועד כינון החוקה ושנהנה מרמת לגיטימציה גבוהה יותר מזה של הרוב המזדמן שנבחר לפרלמנט. כאמור, כדי למנוע את האפשרות של השגת כוח חוקתי בלתי מוגבל, הביקורת החוקתית התפתחה להגנה על הרמה העל-חוקתית.³² בתי משפט חוקתיים בחלקים נרחבים של העולם עוסקים גם בהתאמה של החוקה עצמה להליכים, עקרונות וערכים חוקתיים. בחלק מהמדינות, החוקות עצמן קובעות במפורש את החלקים של החוקה שלא ניתן לתקן באופן שסותר ערכים ועקרונות חוקתיים. זוהי סמכות על-חוקתית מפורשת. בחלק מהמדינות, החוקות עצמן שותקות בנושא, ומי שנוטל על עצמו את התפקיד של שומר החוקה הוא בית המשפט החוקתי, באופן שמוביל למתקל בינו לבין הרשות שטוענת לכוח בלתי מוגבל. זוהי סמכות על-חוקתית משתמעת.

77. דמוקרטיה חוקתית מפותחת נדרשת גם להבטיח שמתקיימת התאמה של שינויים בחוקה לערכים החוקתיים של השיטה. אחרת, תיתכן אפשרות לעשות שימוש ברוב שיכול לתקן את החוקה כדי "להפוך את היוצרות", לבצע הפיכה חוקתית, על ידי שימוש לרעה בחוקה כדי לרמוס את ערכי היסוד של השיטה, ואין, לכאורה, מגן מפני אפשרות כזו.

78. ככול שדרכי השינוי והתיקון של החוקה מורכבים ומסובכים יותר עבור הרוב הדמוקרטי המזדמן, הרי שמנגנון הביקורת על תיקונים חוקתיים צריך להיות מעוצב בצורה שתוביל להתערבותו רק במקרים קיצוניים ונדירים. לפיכך, ככל שהליך השינוי והתיקון של החוקה לוקה בחסר, ובפרט במצבים שבהם תיקון החוקה הוא מעשה של יום ביומו בידי הרוב הדמוקרטי המזדמן, ללא הליך מיוחד, הרי שמעורבות של שחקן נוסף – על פי רוב שיפוטית³³ – בבחינה של תיקון ושינוי החוקה היא דבר מובן ומתבקש, כדי למנוע שימוש לרעה בהליך החוקתי באופן העושה זילות לחוקה.

³² ראו למשל: Yaniv Roznai, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS (2017)

³³ ראו למשל: Gabor Halmai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Court as Guardians of the Constitution?* 19 CONSTELLATIONS 182 (2012)



מהותה של הסמכות המכוננת בישראל

79. בישראל, לכל כנסת סמכות לכונן ולתקן את החוקה. בניגוד למדינות שאימצו חוקה בנקודת זמן מסוימת, והקנו לחוקה זה מעמד נורמטיבי עליון, הפרויקט החוקתי בישראל הוא הדרגתי. בישראל נקבע כי לכל כנסת הסמכות להמשיך את הפרויקט החוקתי ולכונן ולתקן את החוקה באמצעות ההליך הרגיל של קבלת חקיקה בכנסת – כלומר, באמצעות הרוב הפוליטי המזדמן. מאפיין זה ייחודי ביותר לישראל ביחס לרוב מדינות העולם, ואצלנו הליך השינוי של החוקה הוא הגמיש ביותר בעולם. אין שום הגבלה פרוצדורלית על תיקון חוקי היסוד והם נעשים על ידי הרשות המחוקקת באותה הפרוצדורה ובאותו הרוב בהם מתקבלים חוקים רגילים. במדינות השונות קיימות פרוצדורות מגוונות לתיקון החוקה. ואולם, **לא מוכר לנו בעולם הדמוקרטי מודל דומה לישראל**, בו תיקון חוקתי (חוק יסוד חדש או תיקון חוק יסוד קיים) יכול לעבור בהליך חקיקה רגיל, ברוב רגיל, בבית מחוקקים אחד ויחיד.

80. בהרבה מדינות ישנם שני בתי מחוקקים. במדינות אלה (למשל: ארצות הברית, אוסטרליה, איטליה, בלגיה, צרפת בכפוף לחריגים, גרמניה, אירלנד, יפן, הולנד, שוויץ ועוד³⁴) נדרשת החוקה לעבור בכל אחד מהבתים. מעבר לכך, במקומות רבים נדרש רוב מיוחס – למשל רוב של שני שלישי בגרמניה ובארה"ב (בארה"ב נדרש לאחר מכן אישור על ידי שלושה רבעים מהמדינות), בליטא, באוסטריה, ביפן, בפורטוגל.³⁵ בחלק מהמדינות נדרש גם משאל עם – כך באוסטרליה, בשוויץ, ביפן, ובמקומות נוספים, לפחות לגבי חלק מפסקאות החוקה.³⁶

81. ההצעה "לשריין" את חוקי היסוד כחסינים מביקורת, כאשר אינה מבקשת להחיל פרוצדורה מיוחדת על חקיקתם, ולתחום את היקף וסוג הנושאים הנכללים בהם, היא כאחידת החבל בשני קצותיו: מתן מעמד על לחוקים, אשר ניתן לחוקקם כבשגרה וברוב רגיל.

82. מאפיין זה – של כינון חוקה ברוב מזדמן – הוביל את הספרות לאפיין את הסמכות המכוננת השוטפת (להבדיל מהסמכות המכוננת הראשונית) ככזו שאופייה מוגבל ביותר. הסמכות המכוננת בישראל אינה נתפסת כ"סמכות מכוננת מקורית", קרי, סמכות המייצגת את האומה כולה, המצויה ברגע חוקתי שמאפשר לה לעצב את העקרונות והערכים של האומה בראיית עומק ארוכת

Björn Erik Rasch and Roger D. Congleton, Amendment Procedures and Constitutional Stability, in DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL DESIGN AND PUBLIC POLICY 319, 551-552 (2016)

³⁵ שם שם.

³⁶ שם, שם.



טווח. הסמכות המכוננת השוטפת הישראלית אינה מתאפיינת במאפיין זה, ולכן היא חלשה ביחס לדוגמאות מקבילות של סמכות מכוננת. בישראל, מקובל לומר כי הסמכות המכוננת השוטפת היא "נגזרת" (derived). כלומר, כאשר הכנסת מכוננת ומתקנת חוקי יסוד, היא לא פועלת מכוחה שלה אלא באופן שנגזר מכוחה של מועצת המדינה הזמנית שקיבלה את ההחלטה להקנות לה סמכות מכוננת, ואין כוחה שלה גדול ככוחה של מועצת המדינה הזמנית.³⁷ כוחה של כל כנסת מוגבל לאור הליך הכינון המקורי במועצת המדינה הזמנית וערכי היסוד ותפיסות העומק שבאו לידי ביטוי בהכרזת העצמאות. תפיסה זו רואה בסמכותה המכוננת של הכנסת סמכות מוגבלת בהגדרה, כזו שכפופה לערכים ועקרונות מסדר גבוה יותר.

83. תפיסה זו גם מחייבת את קיומו של הליך ביקורת שיוביל להכרזה על התאמה של מעשי כל כנסת מזדמנת לערכים ולעקרונות של הסמכות המכוננת המקורית.

סמכות לביקורת על-חוקתית בישראל

84. היותה של הסמכות המכוננת "נגזרת" הוביל לפיתוח שיפוטי של סמכות לביקורת על חוקתית בישראל. פיתוח שיפוטי זה היה מהוסס במידת מה, ולא התפתח בצורה אינטנסיבית בעשורים הראשונים של המדינה. הסיבה לכך הייתה שבתקופה זו, הכנסת השתמשה בסמכותה המכוננת באופן שמציית, ברוב המקרים, לגבולות סמכותה. היא חוקקה חוקי יסוד העוסקים ברוב המוחלט שלהם בנושאים חוקתיים בלא שימוש לרעה או שאיפה לכוח בלתי מוגבל. הדוגמא הבולטת לחקיקה חוקתית שכזו הייתה עיגון מוסדות המשטר המרכזיים בחוקי יסוד; כמו גם השריון ה"מהותי" של חוקי היסוד החדשים, ששיקפו ביטוי חברתי ומשפטי לצורך בעיגון מגילת זכויות חוקתית.

85. לעומת העשורים הראשונים, בשני העשורים האחרונים, ובהמשך למגמות עולמיות בחלק מהמדינות בעולם, התפתחה מגמה של שימוש אינטנסיבי וחורג של הכנסת בסמכותה המכוננת הנגזרת לרבות ביחס לנושאים שהטיפול בהם אינו מתאים בדרך כלל לחוקה, באופן שהוביל לפיתוחן של דוקטרינות שיפוטיות שונות.³⁸ הדוקטרינה הקיימת כוללת שני מסלולים מרכזיים שבהם בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ יכול לדון, בזיהרות ובאחריות המתחייבות, בתוקפם של חוקי יסוד:

³⁷ ראו למשל: אריאל בנדור, המעמד המשפטי של חוקי-יסוד, *ספר ברזון כרך שני – בני סברה* 119 (1997)
³⁸ להרחבה ראו: Suzie Navot and Yaniv Roznai, *From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*, 21 EUROPEAN REVIEW OF LAW REFORM 403 (2019)



המכון הישראלי לדמוקרטיה

א. **שימוש לרעה בחוק יסוד** – דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת עניינה בזיהוי הנורמה שעוגנה בחוק יסוד כנורמה השייכת למשפחת הנורמות החוקתיות. בהתאם לדוקטרינה זו, עשויים להיות מקרים נדירים שבהם ייקבע כי תיקון או כינון של חוק יסוד – אף שהוא מקיים את המבחן הצורני ונושא כותרת של "חוק יסוד" – אינו מקיים את המאפיינים של נורמה חוקתית, באופן שניתן לקבוע שמדובר בשימוש לרעה בסמכות המכוננת. בעשורים האחרונים גבר מאוד השימוש של הכנסת בסמכות המכוננת והיא חוקקה תיקונים רבים לחוקי יסוד, עובדה המחייבת בחינה של אופן השימוש בסמכות זו. בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, לצורך יישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת יש לערוך מבחן דו-שלבי. בשלב הראשון, שלב ה"זיהוי", יש להוכיח (כדי להצליח בעתירה נגד חוק כזה) כי הנורמה שעוגנה בחוק-היסוד אינה מתאימה לשמש כנושא לחוקה מבחינת סימני ההיכר שלה ומאפייניה הצורניים. לשם זיהויה של הנורמה החוקתית קיימים שלושה מבחני משנה: מבחן היציבות של הנורמה, על פיו נבחנת השאלה אם הנורמה נושאת אופי זמני שתחולתה קצובה מראש בזמן או שמא לפנינו הסדר קבע יציב, הצופה פני עתיד. המבחן השני, מבחן הכלליות, על פיו נבחנת השאלה אם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית-כללית או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונליים. המבחן השלישי, מבחן המארג החוקתי שבו משתלבת הנורמה, על פיו נבחנת השאלה אם הנורמה עולה בקנה אחד עם אופיים של אותם נושאים שהוסדרו בחוקי-יסוד אחרים או בחוק-היסוד שאליו מתווסף התיקון. בשלב השני, בית המשפט קבע כי אם נורמה לא עומדת במבחני הזיהוי, עדיין ניתן לבדוק האם קיים צידוק מיוחד לשימוש בתיקון לחוק יסוד שלא מקיים את כלל הזיהוי.³⁹

ב. **תיקון חוקתי שאינו חוקתי** – במדינות שונות בעולם, מקובלת דוקטרינה של תיקון לחוקה שאינו חוקתי:⁴⁰ מצבים שבהם הגוף שיש לו סמכות לתקן את החוקה עושה זאת בניגוד לכוונה המקורית של האומה שקיבלה על עצמה את החוקה. התפיסה שעומדת מאחורי דוקטרינה זו היא כי תיקון של החוקה לא יכול לסתור את המבנה הבסיסי של החוקה, וכי מי שאמון על בחינה של סתירה שכזו הוא בית המשפט החוקתי. בישראל, טרם נקבע האם דוקטרינת

³⁹ בג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011); בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (06.09.2017); בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021).
⁴⁰ ראו Roznai, לעיל ה"ש 32.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

התיקון לחוקה שאינו חוקתי מתקיימת, וזאת בין היתר מתוך כבוד לתהליך החוקתי הישראלי, שטרם הושלם. עם זאת, בית המשפט העליון קבע בשלב זה שעל המפעל החוקתי הישראלי קיימת מגבלה אחת, צרה ביותר, החלה על הכנסת כרשות מכוננת והיא כי אין ביכולתה לשלול בחוק יסוד את אופייה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כך למשל, נכתב בפסק הדין שעסק בחוקתיות חוק-יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי.⁴¹ בפסק דין זה נקבע כי חוק יסוד: הלאום אינו סותר את מהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. עם זאת נשיאת בית המשפט העליון השופטת אסתר חיות קבעה כי: "האפשרות לקבוע הוראה חוקתית אשר תמוטט את המפעל החוקתי כולו ותנתק את 'הרציפות החוקתית' שהחלה עם קום המדינה ונמשכת עד היום, אינה באה בגדר הסמכות המכוננת הנתונה לכנסת". עוד קבעה הנשיאה חיות בהקשר זה כי "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". הכלים השונים שיש כיום לבית המשפט לדון בתוקפם של חוקי היסוד נובעים מאופייה של הסמכות המכוננת של הכנסת שהיא, כאמור, סמכות נגזרת. כל כנסת מחזיקה בידיה את הסמכות לחוקק חוקי יסוד חדשים, ובכך, היא נאמנה של הציבור ושל הסמכות המכוננת המקורית ואחראית על המפעל החוקתי. בשל כך, הסמכות לחוקק חוקי יסוד כפופה לעקרונות מסדר גבוה יותר, כגון ערכי היסוד הקבועים במגילת העצמאות שמכוחה נבחרה האסיפה המכוננת הראשונה, וביטאו הסכמה ציבורית רחבה מאוד, וזאת על מנת לשמור ולוודא שהכנסת לא עושה שימוש בחקיקת היסוד על מנת לשנות את אופייה של המדינה.

הסכנות שבהצעה הנוכחית

86. ההצעה הנוכחית של שר המשפטים ויו"ר ועדת חוקה, לביטול מוחלט של עצם היכולת של בית המשפט לדון בתקפותו של חוק יסוד, מסוכנת מכמה טעמים:

א. שלילת הביקורת העל-חוקתית היא מתן כוח בלתי מוגבל לרשות המבצעת: את ההצעה לשלול את הביקורת העל-חוקתית יש לקרוא בראש ובראשונה בשים לב למכלול ההצעות המנותחות בחוות דעת זו. האפקט המצטבר של

⁴¹ פרשת חסון, לעיל ה"ש 1.



ההצעות כולן הוא הסרת כל המנגנונים החוקתיים שמאזנים את הכוח השלטוני של הממשלה והקואליציה בכנסת למול הרשות השופטת. תוצאתה של קבלת ההצעה היא מתן כוח בלתי מוגבל לממשלה, שבישראל שולטת בכנסת. ההצעה כי לא תתאפשר ביקורת שיפוטית על חוק יסוד, כמו ההסדרים המוצעים הנוספים, משקפים שאיפה לכוח בלתי מוגבל של אחת מבין רשויות השלטון, באופן שפוגע במהות הדמוקרטיה של המדינה. עיון בדוגמאות מן המשפט החוקתי ההשוואתי מעלה כי סעיפים מהסוג שמנותח בפרק זה מופיעים במדינות שבהם רשות מבצעת חזקה או מפלגה דומיננטית מנסות להשתלט על המערכת החוקתית, כמו למשל בהודו בשנת 1977 ובהונגריה בשנת 2011. במצבים שכאלה, נכון להתריע בפני אפשרות של השתלטות חוקתית ולהפעיל דוקטרינות של דמוקרטיה מתגוננת.

ב. סמכות מכוננת נגזרת אינה יכולה להגביל לחלוטין את הביקורת העל-

חוקתית: כעולה לעיל, סמכותה המכוננת של הכנסת אינה סמכות מקורית. היא סמכות נגזרת, אשר כל כנסת או חזת בנאמנות ואשר ראוי להחיל עליה מגבלות. במצב עניינים שכזה, קשה לומר שהכנסת מוסמכת להפעיל את סמכותה המכוננת על מנת לשריין את חקיקת היסוד לחלוטין ולמנוע ביקורת שיפוטית מסוג כלשהו עליה, ודאי כל עוד אין חוקה מלאה המשקפת הסכמה חברתית רחבה. זאת, בשל העובדה שהסמכות המכוננת עצמה מוגבלת על ידי עקרונות וערכים מסדר גבוה יותר, כמפורט לעיל.

ג. כאמור לעיל, חוקי יסוד יכולים להתקבל בכלל שינוי גמיש, של רוב

קואליציוני רגיל. במצב שכזה, שלילת הביקורת העל-חוקתית תאפשר למעשה לכל כנסת לחוקק "חוקי יסוד" שהם בעצם, לפי טיבם, חוקים רגילים (כאלה שאין להם זיקה ליסודות השיטה והמשטר, ואין כל הצדקה לעליונות שלהם על פני חוקים אחרים) ובאופן הזה למנוע ביקורת שיפוטית על חקיקה שלפי מהותה היא רגילה. ניתן יהיה לחוקק "חוקי יסוד" שאין להם זיקה להיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית, ואף כאלה שמשנים את מהותה של המדינה, כלומר מערערים את יסודותיה היהודיים והדמוקרטיים, או פוגעים בזכויות אדם בסיסיות. וזאת – ללא כל יכולת לביקורת על מהלכים כאלה.

87. אם במצב דברים "רגיל", שבו הכנסת הייתה מבקשת לחוקק הוראה מהסוג

האמור הייתה מתעוררת שאלת גבולות סמכותה המכוננת, הרי שבמצב העניינים הנוכחי, שבמסגרתו ההוראה המוצעת מחוקקת כחלק מהצעה כוללת שמטרתה מתן כוח בלתי מוגבל לרשות המבצעת – ההכרעה ביחס להוראה היא פשוטה



בהרבה. המדובר בהוראה שסותרת עקרונות חוקתיים גבוהים יותר משל חוקי היסוד, פוגעת פגיעה קשה בערכי היסוד הבסיסיים של הדמוקרטיה בישראל ולכן היא עונה להגדרה של תיקון חוקתי שאיננו חוקתי.

ה. ביטול עילת הסבירות

מהות התיקון המוצע

88. הצעות שר המשפטים ויו"ר ועדת חוקה, מבקשות באמצעות הצעות לתיקון חוק יסוד: השפיטה, לבטל את סמכותו של בית המשפט לדון ולהכריע בהתייחס לסבירות החלטות שלטונית.
89. שר המשפטים מציע לאסור על פסילה של כל החלטה על יסוד מידת סבירותה, ובגדר פסילה הוא כולל גם פסילה חלקית או הגבלת תוקף החלטה. יו"ר ועדת חוקה מציע כי בית המשפט לא יהיה מוסמך לדון בסבירות ההחלטה ולא לתת כל צו נגד החלטה של "הממשלה, ראש הממשלה, שר משרה, או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק" – בגין סבירותה.
90. על פי המוצע, בשני הנוסחים המגבלה המוצעת תחול על כל בית משפט, ולא על בית המשפט העליון בלבד. לפי הצעת יו"ר ועדת חוקה – אפילו על כל מי שבידו סמכות שפיטה, וייתכן שבכך אף מורחבת היריעה והדבר טעון הבהרה. שנית, על פי ההצעות, המגבלה לא תחול רק על החלטות הממשלה או שר משרה אלא גם על רשויות אחרות. לפי הצעת שר המשפטים: על החלטות כל רשות הנתונה לאחריות הממשלה או שרים וכל מי שפועל מטעמם, ולרבות החלטות על מינויים וכן הימנעות מקבלת כל החלטה מאלה; ולפי הצעת יו"ר ועדת החוקה: מלבד הממשלה גם על החלטות נבחר ציבור אחרים, שייקבעו בחוק.
91. עוד חשוב לציין כי התיקון המוצע על ידי שר המשפטים פותח בקביעה כי ביקורת סבירות שיקול הדעת של הממשלה, שרים ורשויות הכפופות לה נתונה בידי הכנסת. לכאורה זוהי אמירה דקלרטיבית חשובה, אך בהינתן השיטה הפרלמנטרית והפרקטיקה הנוהגת של "משמעת קואליציונית", הרי שבפועל הכנסת מבקרת את הממשלה, השרים והחלטותיהם, רק באופן מוגבל ביותר (ולעומת זאת, הממשלה חותרת לעתים תחת סמכות הכנסת, הזקוקה במקרים אלה להגנת בית המשפט). זאת, גם אילו היה ממש ביכולת הבקרה של הכנסת על



כלל החלטות הרשות השלטונית,⁴² לרבות אלפי ההחלטות המתקבלות בכל שנה הנוגעות לאזרחים ספציפיים.

92. מכאן ואילך הדיון בנושא הסבירות יהיה בשתי ההצעות במאוחד, למרות ההבדלים שביניהן, על יסוד המשותף לשתיהן: הגבלה כמעט מוחלטת על האפשרות לבסס הכרעה שיפוטית המבקרת החלטות של הממשלה, שריה ורשויות שלטוניות מטעמים של אי-סבירות. יסוד משותף זה חותר באופן עמוק תחת האפשרות של בית המשפט למלא את תפקידו המרכזי במסגרת הפרדת הרשויות בישראל ומעצים באופן חסר תקדים את כוחה של הרשות המבצעת עד כדי פגיעה ממשית בעקרונות דמוקרטיים, בזכויות האדם והאזרח ובשלטון החוק.

הדין הקיים

93. המשפט המנהלי בוחן את פעולת הרשות השלטונית בהתאם לחוק ולעקרונות הפעולה החוקית, פעולה בתחום הסמכות, בהתאם לכללי הצדק הטבעי, שלא בניגוד עניינים, בשוויון ושלא באפליה. אחד מן העקרונות שלאורם בוחן בית המשפט את מעשי המינהל, עוד מראשית שנות המדינה, הוא עקרון הסבירות, אך אין הוא מתערב אלא במצבים של פעילות שלטונית הלוקה על פי בית המשפט באי-סבירות קיצונית. הפעלת הסמכות באופן סביר היא הפרשנות המתבקשת של סמכות חוקית ושל הציפיה כי בעל הסמכות יפעיל אותה בהתאם לתכליתה, ואילו מתן משקל מעוות לשיקולים שהחוק מחייב לשקול מסכל את מטרת החוק.⁴³ החובה לנהוג בסבירות ובתום לב נגזרת מחובת הנאמנות של הרשות כלפי הציבור,⁴⁴ והיא אינה שונה מחובתו של כל נאמן. לא מתקבל על הדעת שחובת הנאמנות של השלטון כלפי האזרחים תהיה מצומצמת יותר מחובתו של נאמן כלפי מי שהוא חב כלפיו חובת נאמנות בתחום הפרטי. לפיכך השימוש בעילת הסבירות הוא בעיקרו אכיפה של עקרון ביזור הסמכויות ולא הפרה שלו, שכן באמצעותו בית המשפט מוודא שהרשות המבצעת אינה חורגת מהסמכות שניתנה לה בחוק.

94. עילת הסבירות התפתחה בארץ ובמדינות נוספות בעולם במהלך השנים, במקביל להתפתחות עילות אחרות של המשפט המנהלי, והיא כיום כלי ביקורת מרכזי

⁴² לקשיים של הכנסת בבקרה על הממשלה, ראו לדוגמה ראובן חזן ורן פרידברג, **פיקוח הכנסת על הממשלה: תמונת מצב והצעה לרפורמה** (2009).

⁴³ ראו לעניין זה את פסק דינו של השופט שמגר, כתארו אז, בבג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פד ל(2) 94, 101 (1976).

⁴⁴ ראו את פסק דינו של השופט ברק, כתארו אז, בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור (1980).



שיש לבית המשפט כדי לבחון החלטות שלטוניות ואת שיקול הדעת של מקבלי החלטות בתפקידים ציבוריים. העילה מאפשרת לבית המשפט לבחון את השיקולים ששקלה הרשות השלטונית ואת דרך קבלת ההחלטה. כאשר בית המשפט מיישם את עילת הסבירות, הוא בוחן האם הרשות נתנה משקל לא ראוי לשיקולים הרלוונטיים או שקלה שיקולים זרים וחיצוניים לעניין. כפי שהסבירה פרופ' דפנה ברק-ארז: "על פי עילת הסבירות, החלטתה של הרשות עשויה להיות פגומה, גם אם שקלה שיקולים ענייניים בלבד, אם האיזון הפנימי בין השיקולים היה מעוות לחלוטין".⁴⁵

95. מבחינה מעשית, בשל אופייה האובייקטיבי, עילת הסבירות מאפשרת גם ביקורת שיפוטית במקרים שבהם היה מעורב שיקול זר בהחלטת הרשות השלטונית, אך יש קושי מעשי להוכיח זאת. כפי שהסבירה פרופ' ברק-ארז: "במקרים אלה, ניתן עדיין להצביע על האופי הבלתי מאוזן של ההחלטה, בהתחשב במניעיה הגלויים של הרשות".⁴⁶ כלומר, במקרים קיצוניים, בהם נשקלו שיקולים זרים או הופעל שיקול-דעת לא רציונלי, המעוות בין השיקולים השונים במשקלם, או שיקול דעת לא שוויוני, המלווה במשוא פנים או תוך ניגוד עניינים – עילת הסבירות היא כלי מרכזי לביטול החלטות אלו. כפי שהסבירה השופטת פרוקצ'יה:

"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" (בג"ץ 5853/07 **אמונה נ' ראש הממשלה**).

96. חשוב להדגיש כי ברוב המוחלט של המקרים שבהם בית המשפט משתמש בעילת הסבירות, הוא מגיע למסקנה שהחלטות הרשות היו בתוך מתחם של סבירות ואין הוא מתערב בהן. המונח "מתחם סבירות" מבטא את מגוון ההחלטות שהרשות השלטונית יכול שתקבל ושכולן תהיינה חוקיות, ובית המשפט אינו נכנס לנעלי הרשות השלטונית בבחירה בין החלטות אלה, אלא בית המשפט שומר על האזרחים רק מפני אותן החלטות שאינן סבירות באופן קיצוני.

משמעות ההצעה לביטול עילת הסבירות: מתן כוח כמעט בלתי מוגבל לממשלה בהחלטותיה

97. ביטול עילת הסבירות משמעותו היא הגדלת היכולת של השלטון לפגוע באורח בלתי מוצדק בזכויות שונות, לרבות חירות, שוויון וכבוד אנושי, לפגוע בסדרי

⁴⁵ דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי** 725 (2010).
⁴⁶ שם, בעמ' 726.



מנהל תקינים ולשבש את המאבק בשחיתות השלטונית. כפי שהסבירה השופטת ארבל:

"שלילה כמעט מוחלטת של עילת הסבירות מותיר לטעמי את הציבור 'חשוף בצריח', שכן הוא שישא במחיר אותן החלטות המצויות מחוץ לגדרי מתחם הסבירות" (בג"ץ 5853/07 **אמונה נ' ראש הממשלה**).
ואכן, צמצום או ביטול עילת הסבירות יוביל לכך שהחלטות שלטוניות רבות ומגוונות אשר נבחנות כיום במבחן הביקורת השיפוטית כמו: החלטות שרים בנושאי מינויים לגביהם מתעורר חשד לשחיתות, החלטות ביצועיות של גופים שונים של הממשלה לגביהן לא נעשתה עבודת מטה מסודרת, החלטות להקצות משאבים באופן לא שוויוני, כמו גם החלטות בעניינים הנוגעים לטענות לפגיעת הממשלה בזכויות האדם והפרט ועוד – לא יעמדו במבחן ביקורת אפקטיבי.
98. כאמור לעיל, מעטים המקרים שבהם החלטת רשות שלטונית נפסלת בשל היותה בלתי סבירה באופן קיצוני. בשיח הציבורי נשמעות טענות לפיהן הפעלת עילת הסבירות נעשית בצורה אינטנסיבית מדי, באופן שלמעשה "מחליף את שיקול הדעת של נבחרי הציבור בשיקול הדעת של בית המשפט". ואולם, כפי שנאמר לעיל, אין המדובר בהחלפת שיקול הדעת של נבחרי הציבור בשיקול דעתו של בית המשפט, אלא במנגנון שמשפר את השקיפות והבחינה של האופן שבו בעלי הסמכות הפעילו את שיקול דעתם.

99. כך למשל, לפי מחקר שנערך בנושא, בית המשפט מתערב בהחלטות הרשות המבצעת – בכל עילות הביקורת העומדות לרשותו – בממוצע בכ-10% מהמקרים המובאים בפניו,⁴⁷ ויש מחקרים שמצביעים על שיעור התערבות נמוך עוד יותר.⁴⁸ עם זאת, רק חלק קטן מהתערבות זו מובילה בסופו של דבר לפסילת ההחלטה ממש. ברוב המקרים, המדובר בהתערבות שמובילה לשינויים קטנים יותר בהחלטה שנתקבלה. רק מיעוט שבמיעוט מבין המקרים שבהם בית המשפט מתערב בהחלטות שרים עוסק בכלל בעילת הסבירות, וברוב המקרים ההחלטה מתבטלת בגלל עילות אחרות. עיון בהחלטות בית המשפט העליון מהשנתיים האחרונות מעלה כי המדובר במקרים בודדים שניתן למנות על כף יד אחת. עיון בפסיקת בית המשפט העליון מהשנים האחרונות מעלה כי עילת הסבירות דווקא נמצאת בנסיגה בשימוש בה בעת הנוכחית, ולא ניתן לזהות שימוש שיפוטי מוגבר

Maoz Rosenthal, Gad Barzilai and Assaf Meydani, *Constitutional Judicial Review, Chief Justices, and Judges' Preferences*, SSRN (2016)

⁴⁸ לדוגמה 3% פסיקה גלויה נגד הממשלה, לפי *Developing High-Quality Data Infrastructure for Legal Analytics: Introducing the Israeli Supreme Court Database*, JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES (2020)



בה, כפי שנטען בזירה הציבורית. עם זאת, יש הבדל תהומי בין פיתוח שיפוטי של עילת הסבירות, שיכול שינקוט בצמצום שיפוטי של היקף השימוש בה, לבין ביטול מוחלט של עילת הסבירות באמצעות חקיקה, מהלך שמהווה צמצום הביקורת השיפוטית ושאינו מקובל במקומות אחרים בעולם.

100. דוגמה מובהקת היא בחינת השיקולים שנשקלים בחלוקת משאבים ציבוריים – שבה הביקורת על סבירות שיקול הדעת חיונית להגנה על זכויות אזרח מפני שרירות החלטות השלטון. כך למשל בחלוקה של משאבים כלכליים, כמו תמיכות ציבוריות או תקציב; כך למשל בחלוקה והקצאה של משאבי קרקע; וכך למשל בסבירות ההחלטות של גופי תכנון ובנייה, כמו ועדה מקומית או ועדה מחוזית. החלטות נוספות שמבטאות חלוקה של משאבים נוגעות לתחום הביטחון הסוציאלי, כמו למשל ההחלטה על שלילת סבסוד ממעונות יום לאברכים או ההחלטה על מתן תגמולים לנכי צה"ל. במלים אחרות, צמצום עילת הסבירות ישפיע על המידה שבה בית המשפט יוכל לעסוק בשורה רחבה של נושאים, בהם מינויים ציבוריים;⁴⁹ שאלות הנוגעות לחלוקה של משאבים חברתיים וכלכליים;⁵⁰ בסבירות החלטות המפקד הצבאי בסמכויות ביחס לשטחי אזור;⁵¹ ועוד. החלטות מגוונות אלה נוגעות לחיי היום יום של רבבות אזרחים. האפשרות של בית המשפט לבחון את אופן הפעלת שיקול הדעת של הרשויות על חלוקת משאבים ציבוריים ולברר אם התקבלו בתחום הסבירות או חרגו ממנו באופן קיצוני, חיונית להגנה על הציבור ועל זכויותיו מפני פגיעה שרירותית בהם. ביטול עילת הסבירות הוא למעשה ביטול של מגנון הגנה זה על האזרחים. האופן בו מתקיים ברור שיפוטי במסגרת עתירה מנהלית, תוך הסתמכות על תצהירים, ללא שמיעת עדויות ובלי בחינה בפועל של הליך קבלת ההחלטה ברשות – מחייב את השימוש בעילת הסבירות. בלעדי השימוש בה, לא ניתן יהיה לפסול החלטות שערוריותיות, שפגיעתן קשה בזכויות האדם ובאינטרס הציבורי.

101. עילת הסבירות נפוצה גם בשיטות משפט אחרות, בפרט מדינות החולקות עם ישראל את מסורת המשפט המקובל, כגון בריטניה. בהקשר זה, מעניין לראות כי גם בבריטניה, עלו בשנים האחרונות הצעות לצמצום הביקורת השיפוטית הדומות במידת מה להצעות שעלו בשיח הציבורי בישראל. אחת ההצעות שעלתה בבריטניה היא לחוקק את עילת הביקורת של המשפט המינהלי, בהן עילת הסבירות, באופן שיצמצם אותן הלכה למעשה. לאחרונה, כדי

⁴⁹ למשל: בג"ץ 6163/92 יואל אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, מז(2) 229 (1993).

⁵⁰ למשל: עע"מ 662/11 יהודית סלע ואחרים נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים, סיון יחיאלי ואחרים (9.9.2014); בג"ץ 5782/21 לאה זילבר ואחרים נ' שר האוצר ואחרים (12.1.2022).

⁵¹ למשל: בג"ץ 2964/18 חוג ההורים – פרום המשפחות ואחרים נ' שר הביטחון ואח' (17.4.2018).



להתמודד עם הצעות אלה, הפרלמנט הקים ועדה מיוחדת לבחינתן. הוועדה נתבקשה לבחון האם מהלך שכזה נכון ורצוי. הדו"ח הסופי של הוועדה, שהורכבה מחברים שמרנים, שפך מים קרים על עצם ההצעה לצמצם את הביקורת השיפוטית או אפילו על ההצעה לחוקק בחוק מיוחד את העילות של הביקורת השיפוטית במשפט המינהלי. הוועדה הבהירה כי אין טעם בחקיקת עילת הסבירות או עילות אחרות של המשפט המינהלי, וכי נכון יותר להמשיך את פיתוחו באמצעות בתי המשפט, כמו שנעשה באנגליה במשך כ-400 שנה.⁵² לצד מסקנת הוועדה, הביקורת האקדמית והציבורית הבהירה כי ביטול עילת הסבירות תהיה סוג של אבסורד ממש.

102. חשוב לציין כי תוצאה רעה נוספת של ביטול עילת הסבירות כלפי הממשלה עלולה להיות עיוות של העברת קבלת החלטות מקצועיות במעלה ההיררכיה הממשלתית לשרים או לממשלה – כדי להימנע מביקורת שיפוטית על החלטות אלה.

103. לעילת הסבירות יש בישראל מסורת ארוכה ובלתי ניתנת לערעור של הגברת שלטון החוק בשלטון. ברוב המוחלט של המקרים שבהם בית המשפט מתערב, המדובר בהחלטות הפוגעות בזכויות הפרט ממש, מקום שבו מוסכם על הכול שחובה על בית המשפט להתערב. עילת הסבירות היא עמוד איתן שעליו מבוסס שלטון החוק בישראל. צמצומה מייצר אפקט מצטבר משמעותי של פגיעה במארג החוקתי.

1. סיכום

התיקונים המוצעים בטיוטת תזכיר החוק ובטיוטת הצעת החוק כוללים הצעות מרחיקות לכת: (א) שליטה של הקואליציה בבחירת השופטים לכל הערכאות; (ב) החלשה של הביקורת השיפוטית על חקיקה שלמעשה תבטל את ההגנה המוענקת בישראל על זכויות היסוד של אזרחיה ותושביה; (ג) הענקת חסינות מוחלטת מביקורת שיפוטית לכל חוק יסוד (גם אם הוא נושא כותרת זו לשווא); (ד) ביטול עילת הסבירות, שהיא אחת מהעילות החשובות המאפשרות בישראל ביקורת שיפוטית על מעשי המינהל.

⁵² The Independent Review of Administrative Law (2021)



המכון הישראלי לדמוקרטיה

חוות דעת זו ניתחה את ההצעות השונות, ואת הפגיעה החוקתית שיש בכל אחת מהן בעקרונות שעומדים ביסוד הסדר החוקתי של מדינת ישראל. שילובן של כל ההצעות לכדי "רפורמה" חוקתית אחת, וההצעה לחוקקן באמצעות רוב קואליציוני רגיל ולא באמצעות הליך חוקתי ייחודי או כינוס של אסיפה מכוננת, הוא מהלך שנכון להבינו כלא פחות ממתקפה משפטית על הסדר החוקתי הישראלי, אשר מטרתה להשתמש בכלים "חוקיים" כביכול על מנת לשנות מן הקצה אל הקצה את השיטה המשטרית כולה, באופן שמיטיב בצורה מובהקת עם הרוב הקואליציוני אשר מקדם את השינוי. מהלך זה הוא החמור ביותר שידעה ישראל בתחום השינוי החוקתי, ומגמתו הלא דמוקרטית מהווה סכנה חברתית ברורה ומיידית. אין מדובר ב"רפורמה" משפטית, כפי שמציגים מקדמי המהלך, אלא בפועל מדובר בשלילת המהות הדמוקרטית של ישראל.

לצד האפקט המצטבר של ההצעות, גם עיון בכל אחת מהן בנפרד מעלה כי יש מהן שמעלות סכנה ברורה ומיידית לערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית. לעמדתנו, גם כל הצעה מההצעות האלה, אם תתקבל, תפגע פגיעה אנושה בשלטון החוק ובהגנה על זכויות האדם בישראל. בפרט, בהצעות האלה מגולמת פגיעה אנושה בעצמאות השיפוטית בישראל ובעקרון הפרדת הרשויות.

על אחת כמה וכמה, אנו סבורים שכל התיקונים המוצעים גם יחד חותרים תחת ההגדרה הבסיסית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הם פורמים את הרקמה המבוססת על איזון עדין, של המוסדות שמגינים ומאזנים את הדמוקרטיה הישראלית, ובכך חורגים מן הסמכות שניתנה לכל כנסת, אשר מוחזקת בנאמנות לערכי היסוד של המדינה. הכנסת לא הוסמכה ואינה מוסמכת לעשות זאת. משכך, אנו סבורים שמדובר בהצעות לא חוקתיות.

בהחלט ראוי להגדיר את היחסים בין הרשויות: זאת יש לעשות בחוק-יסוד: חקיקה מאוזן שיעבור ברוב גדול ובהסכמה רחבה. דבר זה לא נעשה בהצעות אלה. המהלך המתבצע בפועל הוא כזה שאינו תואם כלל את החשיבות של הנושאים ואת הרדיקליות של השינויים המוצעים. הוא גם מונע אפשרות להגיע להסכמה ולהתחשבות של ממש בעמדות האופוזיציה והמומחים. מדובר במהלך כוחני ודורסני, המבטא עוינות ואיבה כלפי הרשות השופטת וטענות שווא כלפיה, שסופו – הרס הדמוקרטיה.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

בברכה,

ד"ר נדיב מרדכי

פרופ' מרדכי קרמניצר

ד"ר גיא לוריא

ד"ר עמיר פוקס

התוכנית להגנה על ערכים ומוסדות דמוקרטיים