

התנועה למען איכות השלטון בישראל ע"ר 580178697

ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר אליעד שרגא ו/או תומר  
נאור ו/או אריאל ברזילי ו/או הידי נגב ו/או  
גילי גוטוירט ו/או רחל אל-שי רוזנפלד ו/או  
רותם בבלי דביר ו/או תמר באום ו/או אורי  
הס ו/או דנה פרימור

מרח' יפו 208, ת.ד. 31348 ירושלים 9131301  
טלפון: 02-5000073; פקס: 02-5000076

העותרת

- נ ג ד -

1. הכנסת

2. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת

המשיבים 1-2 באמצעות הלשכה המשפטית בכנסת  
ממשכן הכנסת, ירושלים  
טל': 02-6408636; פקס: 02-6753495

3. ממשלת ישראל ה-37

4. היועצת המשפטית לממשלה

המשיבים 3-4 באמצעות פרקליטות המדינה  
מרח' צלאח א-דין 29, ירושלים  
טלפון: 073-3925590; פקס: 02-6467011

המשיבות

עתירה למתן צווים על תנאי,

צווי ביניים, צו ארעי, סעדים

הצהרתיים

ובקשה לקיום דיון בהול ביותר

מוגשת בזאת עתירה לבית משפט נכבד זה, למתן צווים הצהרתיים, צווים על תנאי וצווים ביניים כנגד המשיבים 1-4 וכן ובקשה לקיום דיון דחוף בעתירה, והכל כלהלן:

## **א. צווים הצהרתיים**

א.1. צו הצהרתי הקובע כי תיקון חוק יסוד: השפיטה (תיקון – ביטול עילת הסבירות) (להלן: "התיקון"), אשר עבר בקריאה שלישית ונתקבל, בטל מיסודו, וזאת לנוכח התגבשות הסיבות שלהלן, במצטבר ובנפרד:

א.1.1. התיקון עומד כתיקון חוקתי לא חוקתי, באשר הוא עולה כדי שינוי "המבנה הבסיסי" של הדמוקרטיה הפרלמנטרית בישראל, תוך ביטול דה פקטו של הרשות השופטת ופגיעה אנושה במארג העדין של הפרדת הרשויות ומערך האיזונים והבלמים במדינת ישראל.

א.1.1.ב. התיקון הוא תיקון חוקתי שנתקבל תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת, הפוגע אנושות בשיטת המשטר הישראלית, באשר הוא משנה לחלוטין את אופי המשטר הישראלית, תוך מתן כח עצום לרשות המבצעת – כח בלתי מוגבל למעשה – תוך ריסוק עקרון הפרדת הרשויות ולפיכך אין מקומו בין הנורמות החוקתיות במדינת ישראל.

א.1.1.ג. לנוכח הפגמים הקשים שנפלו בהליך חקיקת התיקון לחוק יסוד, ובהם הפגיעה בעקרון השתתפות חברי הכנסת בהליך החקיקה, העדרו של פרק זמן ראוי לדיון בשינוי המשטרי הנרחב ובהשלכותיו, העדר תשתית עובדתית ומשפטית ראויה ומלאה, ובאופן החורג מן הדרך בה התקבלו חוקי יסוד בעבר.

א.1.1.ד. לנוכח השימוש לרעה שעשה יו"ר הוועדה בתפקידו, ולרבות הצגת מצג שווא וכוזב כאילו מדובר בהצעת חוק מטעם הוועדה, שעה שמדובר בהצעת חוק פרטית לכל דבר ועניין.

א.1.ה. בהיות כלל השינויים המוצעים, ביחד ולחוד, שינוי יסודי של המשטר הדמוקרטי של מדינת ישראל אשר מצדיקים את התערבות בית המשפט הנכבד.

## **ב. צווים על תנאי**

ב.1. צו על תנאי כנגד המשיבה 1, המורה לה להתייצב ולנמק מדוע לא יבוטל תיקון חוק יסוד: השפיטה (תיקון – ביטול עילת הסבירות) וזאת לנוכח התגבשות הסיבות שלהלן, במצטבר ובנפרד:

ב.1.1. התיקון עומד כתיקון חוקתי לא חוקתי, באשר הוא עולה כדי שינוי "המבנה הבסיסי" של הדמוקרטיה הפרלמנטרית בישראל, תוך ביטול דה פקטו של

הרשות השופטת ופגיעה אנושה במארג העדין של הפרדת הרשויות ומערך האיזונים והבלמים במדינת ישראל.

ב.1.1. **התיקון הוא תיקון חוקתי שנתקבל תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת**, הפוגע אנושות בשיטת המשטר הישראלית, באשר הוא משנה לחלוטין את אופי המשטר הישראלית, תוך מתן כח עצום לרשות המבצעת – כח בלתי מוגבל למעשה – תוך ריסוק עקרון הפרדת הרשויות ולפיכך אין מקומו בין הנורמות החוקתיות במדינת ישראל.

ג.1.1. **לנוכח הפגמים הקשים שנפלו בהליך חקיקת התיקון לחוק יסוד**, ובהם הפגיעה בעקרון השתתפות חברי הכנסת בהליך החקיקה, העדרו של פרק זמן ראוי לדיון בשינוי המשטרי הנרחב ובהשלכותיו, העדר תשתית עובדתית ומשפטית ראויה ומלאה, ובאופן החורג מן הדרך בה התקבלו חוקי יסוד בעבר.

ב.1.1.ד. **לנוכח השימוש לרעה שעשה יו"ר הוועדה בתפקידו**, ולרבות הצגת מצג שווא וכוזב כאילו מדובר בהצעת חוק מטעם הוועדה, שעה שמדובר בהצעת חוק פרטית לכל דבר ועניין

ב.1.ה. **בהיות כלל השינויים המוצעים, ביחד ולחוד, שינוי יסודי של המשטר הדמוקרטי של מדינת ישראל אשר מצדיקים את התערבות בית המשפט הנכבד.**

### ג. צו הביניים

1.1. **צו הביניים בענייננו הוא הכרחי וקריטי, על מנת שלא נגיע לנקודת האל-חזור.**

2.1. **נוכח אופיו של התיקון – שמעניק לממשלה כוח רב בפיטורי היועצת המשפטית לממשלה, פרקליט המדינה ושומרי סף אחרים, ובמינויים מושחתים, לרבות של שר שכשירותו נפסלה על ידי בית משפט נכבד זה – והמהירות בה הם תוקנו, קיים חשש ממשי שהממשלה עשויה להפעיל סמכויות אלה באופן מידי על מנת לקבוע עובדות בשטח. כפי שיובהר ויפורט בהרחבה להלן, למעשה הממשלה יכולה לקיים פעולות קיצון שאינן במתחם הסבירות; מבלי שתהיה כל יכולת לאזן ולבלום פעולות אלה מטעם הייעוץ המשפטי לממשלה, או בתי המשפט. תוצאה חמורה ביותר, שעצם אפשרות קיומה מעמידה את מדינת ישראל בסכנה מיידית וממשית של מדינת סף דיקטטורית.**

3.1. **על כן, מתבקש בית משפט נכבד זה להוציא צו ביניים המקפיא את כניסת התיקון לתוקף, ומונע מימוש הסמכויות מכוחו בדגש על שינוי או אי כינוס הוועדה לבחירת שופטים, שינוי בשיטת הסניוריטי, פיטורי היועצת המשפטית**

לממשלה, פרקליט המדינה ושומרי סף אחרים, וזאת עד אשר תידון ותוכרע העתירה.

4.ג. להזכיר, לבית המשפט הנכבד יש את הסמכות להוציא צו ביניים המשהה כניסה לתוקף של חקיקה ראשית. כפי שנקבע בבג"צ 2728/17 (חוק השידור הציבורי), על ידי כבוד השופטים מלצר, עמית וסולברג: " לבית משפט זה מוקנית סמכות עקרונית להוצאת צווי ביניים להשהיית כניסה לתוקף של חקיקה ראשית (ראו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 382-381 (1997); עיינו עוד – באירופה K.P.E. Lasok The European Court of Justice: Practice and Procedure 230-246 (London, 2<sup>nd</sup>ed., 1994); C.A. Wright, A.R. Miller and M.K. Kane Federal Practice and Procedure: Civil sec. 2948 (St. Paul, 2<sup>nd</sup> ed., 1995))."

5.ג. בנוסף, כלל הוא כי צו ביניים נועד לשמר את המצב הקיים ולמנוע נזקים בלתי-הפיכים [ר' לעניין זה למשל ספרו של א' סאמרלי, **סעדים זמניים**, הוצאת "אוצר המשפט" כרך א', עמ' 3 (2005)].

6.ג. מטרת הבקשה למתן צו הביניים היא למנוע מצב בו ייכנסו לתוקפם תיקוני חוק יסוד שאינם חוקתיים ואשר התקבלו בהליך שאינו תקין, ואשר כניסתם לתוקף עשויה להוביל לפגיעה חמורה במרקם הדמוקרטי הישראלי, ולקבוע עובדות בלתי הפיכות בשטח.

7.ג. כידוע, בבואו לבחון את השאלה האם להעניק צו ביניים או אם לאו, מאזן בית המשפט הנכבד בין שני שיקולים עיקריים - מאזן הנוחות, וסיכויי העתירה, כאשר למאזן הנוחות מעמד בכורה ברור בין שני אלה. כך נקבע בבר"מ 8777/06 מפעלי תחנות בע"מ ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה טבריה ואח' (פורסם בנבו, 19.11.2006): **"על בית המשפט לשקול בבואו להכריע בבקשה למתן צו ביניים את סיכויי העתירה ואת "מאזן הנוחות" ... שני השיקולים משפיעים האחד על השני... ואולם, אבן הבוחן העיקרית בסופו של יום היא בשיקולי "מאזן הנוחות"."**

8.ג. העותרת סבורה כי נסיבות העניין מחייבות מתן צו הביניים המבוקש, וזאת על מנת למנוע פגיעה קשה אף יותר בכנסת ובשיטת המשטר הישראלית, תוך כדי קביעת עובדות בשטח על ידי הממשלה.

9.ג. לחלופין, בית משפט נכבד זה מתבקש להוציא צו ביניים ארעי עד ליום הדיון בעתירה וזאת שוב בכדי למנוע נזק בלתי הפיך העלול להגרם לשומרי הסף במדינת סף דיקטטורית.

10.ג. בקשה זו עומדת בכפיפה אחת עם הבקשה לקיום דיון בהול, אשר קיומו יבטיח כי צו ביניים, ככל שיינתן, יעמוד לזמן קצר בלבד.

#### ד. בקשה לקיום דיון בהול ביותר

ד.1. כן מתבקש בזאת בית המשפט הנכבד להורות על קיום **דיון בהול ביותר** בעתירה, על רקע הצורך לברר בהקדם האפשרי את השאלות העומדות בבסיס העתירה, ונוכח העובדה כי החלטות העשויות להתקבל על פי המתווה המוצג בתיקון החוק הינן בעלת השלכות הרות גורל על מדינת ישראל.

## א. הצדדים לעתירה

1. העותרת היא עמותה, רשומה כדין, תנועה עצמאית א-פוליטית ובלתי מפלגתית, הפועלת זה יותר משלושה עשורים בזירה הציבורית והמשפטית, ומונה כ-70,000 חברים ופעילים. העותרת חרטה על דגלה את ערכי עידוד ערכי שלטון החוק, שמירה על משאבי הציבור, שירות נורמות בלתי ראויות במנהל הציבורי והשרשת נורמות ראויות של מנהל ציבורי תקין.
2. המשיבה 1 היא הכנסת, בית המחוקקים של מדינת ישראל, אשר כוננה את תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות).
3. המשיבה 2 היא ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן: "הוועדה", או "ועדת חוקה"), והיא שהציעה לכאורה מטעמה את התיקונים, על אף שמדובר היה בהצעה מטעם יושב ראש הוועדה בלבד ולא כזו שהתקבלה בהסכמת כל חבריה כפי שגם יורחב בהמשך. הוועדה קיימה דיונים בתיקון במעמד צד אחד על כינון התיקונים והכאוס ששרר בדיונים יובא בהרחבה במורד העתירה.
4. המשיבה 3 היא ממשלת ישראל שעתידה לפי "הרפורמה המשפטית", למעשה ההפיכה המשטרית, להפוך לרשות היחידה במשטר הישראלי, אילו ייכנס התיקון לתוקפו, והיא למעשה "הנהנית" היחידה מהתיקון;
5. המשיבה 4, היועצת המשפטית לממשלה (להלן: "היועמ"ש"), אשר מתפקדה ומסמכותה היא מייצגת את הממשלה בערכאות השונות, והיא שאמונה על ייצוג האינטרס הציבורי ושמירה על קיום הדין.

## ב. מבוא

6. עתירה זו מוגשת כשהאדמה במדינת ישראל רועדת תחת רגלינו; רועדת גם ידה של העותרת שעה שמגישה העתירה דן לבית משפט נכבד זה, ונושאת עיניים אל בית המשפט הנכבד כמגנה של הדמוקרטיה במדינת ישראל.
7. התיקון נשוא עתירה זו הוא אקורד הפתיחה של סיום הפרק הדמוקרטי במדינת ישראל. לא פחות מכך. ובית משפט נכבד זה הוא אפוא המבצר האחרון, העומד בפני קריסת המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל.
8. במסגרת תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, כונן ריסונו של בית המשפט העליון כלפי הממשלה ומתוך מטרה מוצהרת להסיר את כלל האיזונים והבלמים הקיימים בשיטת המשטר הישראלית. על פי התיקון, בית המשפט הנכבד לא יוכל להתערב ולקיים ביקורת.
9. יתר על כן, אין לראות בתיקון מושא עתירה זו כעומד בדד. אין מקום לראות את העצים ולהתעלם מהיער. על תיקון זה יש להשקיף כחלק אינטגרלי, ראשון וחיוני, מיוזמות החקיקה ומתוכנית השלבים של שר המשפטים יריב לוין שתכליתן לבצע הפיכה משטרית במדינת ישראל. על כן, והגם שטרם הושלמה חקיקת כל רכיבי ה"רפורמה", העותרת תטען כי על בית המשפט הנכבד לבחון את חוקתיות התיקונים החוקתיים האמורים גם באופן מצרפי, ובראייה רחבה על כלל מהלכי הממשלה.

10. התיקון נעשה אף על רקע יוזמת החקיקה להטיל מגבלות קשות על האפשרות לקיום ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, באופן המסכל, הלכה למעשה, את אפשרותו של בית משפט נכבד זה לבקר את פעילות הממשלה. זאת באופן הפוגע פגיעה קשה בהגנה על זכויות האדם בישראל, ובהן זכויות שבהיעדרן לא יכולה להתקיים דמוקרטיה, ולו במובנה המצומצם ביותר. התיקון נעשה על רקע יוזמות החקיקה לשלילת הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד, באופן המאפשר למחוקק לנצל את כובעו כרשות מכוננת, ולפגוע בכל זכות שהיא, כמו גם ביסודות המשטר הדמוקרטי.
11. אין המדובר בהצהרות ריקות – המדובר ביוזמות חקיקה להן הקדישה ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת את מירב שעות דיוניה ב"רפורמה" המשפטית, אשר עברו בקריאה ראשונה בכנסת, ואשר מקדמיה בממשליה ובכנסת מצהירים כי ישובו לקדמן לאחר תום פגרת הכנסת ולהעבירן בקריאה שנייה ושלישית.
12. על רקע זה – התיקון עולה כדי **תיקון חוקתי שאינו חוקתי** – ודינו אפוא פסלות.
13. זאת ועוד, כפי שיורחב להלן, התיקון מהווה אף **שימוש לרעה** מכיוון שיש בו ניגוד עניינים מוסדי וחריף של חברי הכנסת מסיעות הקואליציה המבקשים לעשות שימוש בכוחם כדי להעניק הטבות נוספות לקואליציה ולעומד בראשה, באופן שיחול מיידית ומהווה "שינוי כללי המשחק תוך כדי תנועה" – כזו שלעמדת העותרת אין לזהותה כנורמה חוקתית, אלא כפעולה משפטית שדינה בטלות. בנוסף, היעדרה של הוראת מעבר מעלה קושי משמעותי, ומובילה לחריגה מהכלל שעל חקיקה להיעשות "מאחורי מסך בערות" – שליטה נוספת על הקואליציה הצרה והנוכחית של הכנסת ה-25.
14. **העותרת** תטען, כי התיקון העומד בלב עתירה זו מטרתו בהכרח להביא לשינוי מבנה המשטר, דבר שיעניק לממשלה מוטת שליטה נוספת וללא בלמים ואיזונים – ומכאן שבהכרח מדובר בהסדר רע שמסיג לאחור שנות אור את הפרויקט החוקתי.
15. **בענייננו**, גם ברור כי התיקון אינו נועד לקדם את הפרויקט החוקתי, אלא להיפך: התיקון נועד לקדם פתרון לבעיה נקודתית, קצרת מועד, אשר התעוררה לאחרונה לאור משפטו של ראש הממשלה וחה"כ אריה דרעי, וכן פסק דינו של האחרון שנגע באופן ישיר לעילת הסבירות (בג"ץ 8948/22 **אילן שיינפלד נ' הכנסת** (אר"ש 18.1.2023) (להלן: "**עניין שיינפלד**")). אך מעבר לזה, המדובר בניסיון של הקואליציה הנוכחית להשיג לעצמה טובות הנאה מיידיות על ידי שינוי ההסדר המשטרי – הוא שימוש לרעה חמור במיוחד בסמכותם המכוננת.
16. העותרת תוסיף, שגם הליך החקיקה עצמו הביא לפגיעה חמורה בעקרון השתתפות של חברי הכנסת (ואף של הציבור בכללותו) בהליך. כך, הליך החקיקה לא תאם את חשיבותם של התיקונים המשטריים, משמעותם והשלכותיהם הרבות – הוא כונן באופן חד צדדי מבלי להתחשב בדעות הגורמים השונים ובאופוזיציה; ולכן, הוא שונה מהותית בהשוואה להליכי כינון דומים בעבר. כך, הצעת החוק היא למעשה הצעת חוק פרטית שקודמה כהצעה מטעם הוועדה.
17. לכן, תבקש העותרת מבית המשפט הנכבד שיוציא את הצווים המבוקשים ברישא, והכל כלהלן.

## תוכן עניינים

6	ב. מבוא.....
8	ג. התשתית העובדתית.....
8	ג.1. התפתחותה של עילת הסבירות ככלי להתמודדות במצבי קיצון משטריים.....
10	ג.2. על שימוש המשפט המקובל בעילת הסבירות.....
12	ג.3. ביטול עילת הסבירות בשיטת המשטר הישראלית שחסרה איזונים ובלמים.....
15	ג.1. התיקון הוא חלק מהפיכה משטרית כוללת.....
16	ג.2. הליך הכינון של התיקון בכנסת.....
36	ג.3. מיצוי הליכים מטעם העותרת.....
38	ד. הטיעון המשפטי.....
	ד.1. התשתית הנורמטיבית – ביטול הגבלה משמעותית על כוחה של הרשות המבצעת בחוק- יסוד: השפיטה.....
39	ד.2. ביטול הבלם המרכזי והעיקרי, מפני השחתת טוהר המידות ברשות המנהלית.....
40	ה. התיקון הוא תיקון חוקתי שאינו חוקתי.....
45	ה.1. מקור הסמכות המכוננת – מפעל חוקי היסוד.....
45	ה.2. הכנסת בכובעה המכונן איננה בלתי מוגבלת – אינה רשאית למוטט את המפעל החוקתי כולו.....
46	ה.3. סמכותה המכוננת של הכנסת מוגבלת מכוח היותה סמכות "נגזרת".....
46	ה.4. במישור המהותי – דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא-חוקתי".....
49	ה.5. עקרונות היסוד בהם הכיר בג"ץ עד כה המגבילים את הסמכות המכוננת – "יהודית ודמוקרטית".....
55	ה.5.א. לשונם של חוקי היסוד.....
55	ה.5.ב. המעטפת החוקתית – הכרזת העצמאות, פסיקת בית המשפט ודברי המחוקק.....
55	ה.6. השינויים והפגמים המשטריים המחייבים ביטול התיקון - מאפייניה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.....
56	ה.6.א. ביטול עילת הסבירות לגבי "הדרג הנבחר" פוגע בליבת עקרון שלטון החוק.....
57	ה.6.ב. ביטול עילת הסבירות לגבי "הדרג הנבחר" פוגע בליבת עקרון "איזונים ובלמים".....
64	ה.6.ג. ביטול עילת הסבירות לגבי "הדרג הנבחר" מבטא חתירה תחת עצמאות הרשות השופטת.....
67	ו. בתיקון נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת - Abuse of Authority.....
68	ו.1. שימוש לרעה - שלב הזיהוי.....
70	ו.1.א. מבחן היציבות.....
71	ו.1.ב. מבחן הכלליות.....
74	ו.1.ג. מבחן ההתאמה למארג החוקתי.....
76	ו.1.ד. שלב הצידוק.....
79	ו.1.ה. מבחן המובחנות.....
80	ו.1.ו. שימוש לרעה – מבחנים נוספים.....
81	ז. בכינון התיקון נפלו פגמים היורדים לשורשו של הליך.....
82	ז.1. הביקורת השיפוטית בשל פגמים היורדים לשורשו של הליך החקיקה.....
83	ז.1.א. ההצעה הונחה כהצעת חוק מטעם הוועדה מבלי הסכמת הוועדה.....
85	ז.1.ב. בענייננו נמנעה מחברי הכנסת השתתפות ראויה בהליך החקיקה.....
86	ז.1.ג. הקואליציה עשתה שימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת הדורס ברגל גסה את הליך החקיקה הנאות בכינון התיקון.....
87	ז.1.ד. הצעת החוק נידונה מבלי שנבחנו לעומק השלכותיה על דברי חקיקה אחרים.....
88	ז.2. בענייננו הליך הכינון לא הלם את חשיבותם של התיקונים המשטריים, משמעותם והשלכותיהם.....
89	ח. סיכום.....
92	

### ג. התשתית העובדתית

#### ג.1. התפתחותה של עילת הסבירות ככלי להתמודדות במצבי קיצון משטריים

18. עילת חוסר סבירות היא כלי לאכיפת חובת הרשות המבצעת לפעול בסבירות משחר ימי



המדינה. העילה היא חלק מהותי מהמשפט המנהלי הישראלי מראשית ימי המדינה,<sup>1</sup> וזאת כנהוג במדינות המשפט המקובל (בראשן בריטניה, וכן קנדה, ארה"ב ודרום אפריקה ועוד), קרי המדינות אשר שיטת המשפט בהן הן בדמות המסורת הבריטית. כלומר, **שורשה של הביקורת השיפוטית על הממשלה במסגרת עילת חוסר סבירות הוא בתחילת ימי המדינה; ואין מדובר כלל בתופעה ייחודית למדינת ישראל.**

19. כך, בבג"ץ 80/54 דב נוחימובסקי נ' שר-המשפטים ויו"ר וחברי הוועדה למתן תעודות למבקרי-חשבונות מוסמכים, ח 1491 (1954), (להלן: "עניין נוחימובסקי") נקבע כי:

"המושג שימוש לרעה בסמכות הוא מושג רחב, והרבה פנים לו. בעל סמכות חוקית, העושה בה שימוש למטרות פרטיות, או מתוך מניעים אנוכיים או בלתי כשרים, או בשירות לב ללא טעם והגיון, או תוך הפליה אישית בין איש לרעהו, וכיוצא באלה מן הדברים האסורים או הבלתי הוגנים, הרי משתמש הוא לרעה בסמכותו, ומעשהו פסול... מכאן נובע, כי עשיית מעשה שהוא באופן בולט בלתי מתקבל על הדעת, אין לראות בו שימוש נכון בסמכות למטרה היעודה, וגם הוא פסול". (עניין נוחימובסקי, עמ' 1497-1498).

**ההדגשות בציטוט הנ"ל ושאר ההדגשות להלן אינן במקור, אלא אם צוין אחרת.**

20. בהתאם, ולאורך כל שנותיה של המדינה עשה בית המשפט העליון שימוש בעילת הסבירות – כדי לאזן ולבלום מצבי קיצון בפעולות והחלטות של הממשלה והרשות המבצעת – ובמקום בו אין חוקה או איזונים ובלמים אחרים המגנים על האזרחים.

21. בית המשפט הנכבד הפעיל כבר בשנת 1957 ביקורת שיפוטית על החלטות שרים במקרים בהם שיקול הדעת גורם ל"עוול ואי-צדק בולט" וכן ל"אנדרלמוסיה ואי-וודאות", וקבע שהחלטות מעין אלה לוקות באי-סבירות בולטת [ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ'. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026 (1959) להלן: "עניין דיזנגוף"]<sup>2</sup>.

22. אמת המידה לפיה פסל כבוד השופט (כתוארו אז) לנדוי את שיקול הדעת המנהלי הייתה במקרה "אם טעתה הרשות בנוגע למהות השיקולים החשובים לעניין שלפניה, יתערב בית-המשפט"<sup>3</sup>, שכן:

"תחום פיקוחו של בית המשפט על השימוש בסמכות מנהלית כגון זו... משתער, כידוע, על בדיקת שיקוליה של הרשות המנהלית, כדי לבחון אם הרשות נתפסה לשיקולים בלתי סבירים או לא הביאה בחשבון שיקולים רלבנטיים" (ענין אולפני הסרטה, בעמ' 2412 ו-2419).

23. בית המשפט הנכבד חזר על ההלכה וקבע בשנת 1966 כי קיים תחום סבירות שיש לצפות

<sup>1</sup> עניין נוחימובסקי, בו כונתה כ"עשיית מעשה שהוא באופן בולט בלתי מתקבל על הדעת"; ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ'. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026, 1039 (1959) (להלן: "עניין דיזנגוף"); בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' לוי גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, משרד-הפנים, טז 2408 (1962) (להלן: "עניין אולפני הסרטה").

<sup>2</sup> בעניין דיזנגוף, בית המשפט הנכבד פסל את תחולתו של צו שהוציא שר האוצר שקבע תעריפים מוגדלים לדמי-סוורות במלי הארץ לגבי תקופה שקדמה לפרסום הצו – קרי את תחולתו הרטרואקטיבית. נקבע כי אף שסמכות השר להוציא את הצו לא הגבילה אותו לגבי קביעת תעריפים למפרע, מדובר במקרה העולה כדי "מקרה קיצוני ביותר" הדורש את התערבותו של בית המשפט (עמ' 1039-1040).

<sup>3</sup> בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' לוי גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, משרד-הפנים, טז 2408 (1962) (להלן: "עניין אולפני הסרטה"), כבוד השופט לנדוי (כתוארו אז) פסל החלטה של גוף ממשלתי (המועצה לביקורת סרטים ומחזות) בה אסרה על הצגת קטע חדשותי (בעניין פינוי תושבים משכונת סומייל (בתל-אביב)), אשר כלל תיעוד של התנהלות אלימה של השוטרים כלפי התושבים. וזאת תוך הסתמכות על עניין קול העם. השופט לנדוי קבע כי שיקול דעתה של המועצה היה פסול משום שמסגרתו לא ניתן כל משקל לעקרון של חופש האינפורמציה וזכות הציבור לדעת, זכות השייכת "לאותן זכויות יסוד 'שאין כתרבות עלי ספר', אלא הן נובעות במישרין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש" (עמ' 2415 ו-2419).

**מרשויות השלטון**; <sup>4</sup> בשנת 1974 חזר בית המשפט הנכבד על ההלכה וקבע שקיימת חובה על גורמים שלטוניים לעשות שימוש בשיקול הדעת "**באורח סביר**"; <sup>5</sup> בשנת 1975 התייחס כבי' השופט (כתוארו אז) שמגר אל עילת הסבירות בבחינת שיקול דעת מנהלי (בהקשר של חקיקת משנה של שר התחבורה), וקבע כי גם בנסיבות שאין שיקולים זרים ונשקלו כלל השיקולים הרלוונטיים – יש לבחון את היחס שניתן לכל שיקול:

"נסיבות בהן לא נשקל על-ידי הרשות המיניסטריאלית שיקול זר, 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**". (בג"ץ 156/75 פאוזי דקה נ' שר התחבורה, ל(2) 094 (1976) (להלן: "עניין דקה") (עמ' 105).

24. **הנה כי כן, תטען העותרת כי הביקורת השיפוטית עשתה מקדמא דנא שימוש בעילת חוסר סבירות ובפרט בפיתוחה של העילה, כדי למנוע מצבי קיצון של שימוש בסמכותה של הרשות המבצעת לרעה.** ביקורתו של בית המשפט הנכבד על הרשות המבצעת, **לרבות על חברי הממשלה, במסגרת עילת חוסר סבירות היא חלק מתפקידו הבסיסי של בית המשפט הזה עוד מקום המדינה, ונועדה למנוע שימוש לרעה בסמכות השלטונית.**

## ג.2. על שימוש המשפט המקובל בעילת הסבירות

25. לצד השימוש בעילת הסבירות בפסיקתו של בית המשפט העליון הנכבד כאמור, השימוש שנעשה בעילה היא תופעה לה שותפות כל מדינות המשפט המקובל. לא רק זאת, הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות בכלל, ועילת הסבירות בפרט, במדינות המשפט המקובל – ובמיוחד באנגליה, קנדה ואוסטרליה – עברה בשנים האחרונות שינויים משמעותיים לטובת מגמה של התרחבות כללית (נציין כי בדומה, גם במדינות המשפט הקונטיננטלי ובמשפט האיחוד האירופאי, ישנה מגמת התרחבות של הביקורת המנהלית בעיקר דרך השימוש בעילת המידתיות).<sup>6</sup>

26. **בכל** מדינות המשפט המקובל, וגם בישראל, התחלתה של הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות הושפעה מפסק הדין בידוע בעניין *Wednesbury*, משנת 1948 [Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation [1948] 1 K.B. 223 (U.K.)]. בעניין *Wednesbury* בית המשפט לערעורים הכיר בכך ששיקול דעתה של הרשות המנהלית כפוף למגבלה של סבירות (ר' גם מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחרות" **ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של**

<sup>4</sup>בבג"ץ 106/66 חיים נ' מינהל מחלקת עבודות ציבוריות, פ"ד (3) 203 (1966) (להלן: "עניין חיים"), אשר עסק בהחלטה של ועדת מכרזים לשנות את החלטתה הסופית באשר לזוכה במכרז, נקבע לעניין תחומי הביקורת השיפוטית בעילת חוסר סבירות כי: "בענין כמו זה שלפנינו, שבו יש לרשות שיקול-דעת החפשי מסייגים מיוחדים מכוח חיקוק, חלילה לו לבית-המשפט להפריע לרשות בבחירה כנה של כל פתרון הנראה לה (אם כי לאו דוקא לו), ובלבד שהפתרון לא יחרוג מתחום אלה שלהם יש לצפות מרשות סבירה".

<sup>5</sup> בבג"ץ 144/74 רמי לבנה נ' נציבות שירותי-הסוהר, כח(2) 686 (1974) (להלן: "עניין לבנה"), בית המשפט פסל החלטה של מנהל בית-סוהר שסירב להרשות לעותר, אסיר, להכניס לבית הסוהר ספרים מסוימים. וזאת משום שמנהל בית הסוהר לא השתמש בשיקול דעתו "**באורח סביר**", שכן ההחלטה, אשר ניתנה מתוך סמכות חוקית, הביאה לפגיעה בלתי מוצדקת בזכויות האסיר.

<sup>6</sup> במדינות המשפט הקונטיננטלי, סבירות נחשבת עילת ביקורת מינהלית שולית יחסית. ואולם, במקומה ניתן לראות שם (בפרט בגרמניה, צרפת ובבית הדין האירופי לזכויות אדם) התפתחות ניכרת של עילת המידתיות, אשר במקרים רבים נחשבת כעילה מקבילה. בנוסף, במדינות אירופה יש תפיסה מצמצמת ביחס לאופן שבו רשאי המינהל להפעיל סמכויות חקיקתיות התלויות בהפעלת שיקול דעת, באופן המאפשר להחיל על הרשות ביקורת על "חריגה מסמכות" הדומה במהותה לזו שמוחלת באמצעות עילת הסבירות [רון שפירא "על סבירותה של עילת הסבירות", **רשות הרבים**, 2 (התשפ"ג)].

**השופט תיאודור אור 773** (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים 2013) (להלן: "כהן"),  
בעמ' 779-780.

27. ואולם, ברבות השנים, ובפרט מאז שנות ה-80 של המאה הקודמת, עילת הסבירות הורחבה  
**במשפט הבריטי**, בפרט כאשר ההחלטה המנהלית מערבת פגיעה בזכויות יסוד (כהן, עמ'  
781-792). מגמה זו התרחבה לאחר חקיקת ה-Human Rights Act (1998), כאשר בתי  
המשפט באנגליה החלו לעשות שימוש מקביל לעילת הסבירות גם בעילת המידתיות, מבלי  
שנעשתה הבחנה ברורה לגבי היחס בין שתי העילות [Keyu v Secretary of State for J  
69 UKSC [2015] Foreign and Commonwealth Affairs].

28. זאת ועוד, בתי המשפט באנגליה הכירו במהלך השנים גם בכך שהעילות המנהליות השונות,  
למשל שיקולים זרים, פגם הליכי וחוסר חוקיות, חופפות במקרים רבים את עילת הסבירות  
עד שקשה להפריד ביניהן.

29. **באוסטרליה**, הלכת **Wednesbury** עוגנה בחקיקה בסעיף 5 ל-Administrative Decisions  
Act 1977 (Judicial Review). **עם זאת במרוצת השנים פסיקת בית המשפט הראתה מגמה**  
**של התרחקות ממבחן "סבירות של מופרכות", לטובת "סבירות איזונית"** [ר' למשל  
42 at 24 CLR 162 (1986) Minister for Aboriginal Affairs v Peko-Wallsend Ltd].

30. כמו כן, **מאז 2013 חלה אף הרחבה משמעותית וברורה יותר בעילת הסבירות, בפסק דינו של**  
**בית המשפט העליון האוסטרלי בעניין J Li v Minister for Immigration and Citizenship**  
18 HCA (2013) [Li].

31. בית המשפט העליון האוסטרלי קבע שם כי אין לראות בהלכת **Wednesbury** כנקודת מוצא  
לקביעת תוכנה של עילת הסבירות ואף לא כנקודת הסיום, וכי **אין מקום לגדר את העילה**  
**להחלטות לא רציונליות**, או ביזריות אשר אף אדם סביר לא היה יכול לקבלן. עוד נקבע כי  
לרשות המנהל נתון מתחם של החלטות סבירות ורציונליות, וחוסר סבירות עשוי להימצא  
בהחלטה לה הוצגה הנמקה שגויה או בלתי רציונלית, או בהחלטה המבוססת על הענקת  
משקל לא מידתי לשיקול מסוים. כל זאת, נבחן בראי הוראות החוק המסמך, תכליותיו וכן  
בראי עקרונות כללים של המשפטים המנהלי שעניינם חוקיות, הגינות ורציונליות.

32. בפסיקה בעניין **Li** נקבע שניתן לפסול בשל חוסר סבירות החלטה שנתנה משקל יתר לשיקול  
מסוים, או שלא נתנה משקל מספק לשיקול אחר. לצד זאת, בשורה של תחומים נקבע בחוק  
שהביקורת תהיה ביקורת "on the merits" – ביקורת רחבה על ההחלטה המינהלית על ידי  
טריבונלים שונים, ובעיקר על ידי בית הדין המינהלי (Administrative Appeals Tribunal),  
שיש לו סמכות בנוגע ליותר מ-400 חוקים.

33. בקנדה, במשך עשרות שנים נעשה שימוש בעילת הסבירות כעילת ביקורת מנהלית, כאשר  
לאחרונה, בשנת 2019, ניתן פסק דין משמעותי, בעניין **Vavilov** [Canada v Vavilov, 2019 J  
65 SCC], אשר הגדיר מחדש את עילת הסבירות וקבע אמות מידה ברורות ליישומה. בכלל  
זה, הודגש בפסק הדין כי בית המשפט יקבע שהחלטה אינה סבירה, כשההנמקה לה לא  
הייתה רציונלית והגיונית (rational and logical), או כאשר ההחלטה אינה "מוצדקת"  
(Justified), בשים לב למכלול הנסיבות העובדתיות והמשפטיות הרלוונטיות. יצוין כי באותו  
פסק דין בית המשפט הוסיף וקבע כי עילת הסבירות תהיה ברירת המחדל לביקורת שיפוטית

בקנדה, וזאת לעומת העילה ה"פולשנית" יותר של "נכונות" – correctness שחלה במקרים מסוימים – אשר מאפשרת לבית המשפט לקיים דיון חוזר בנכונות ההחלטה, ולהחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו של בית המשפט.

34. בנוסף, בית המשפט העליון בקנדה, הדגיש בעניין **Vavilov**, כי לצד הכבוד שבתי המשפט צריכים להעניק למקבלי ההחלטות ברשות המבצעת, נדרש שההחלטות יהיו שקופות, מובנות ומנומקות ובמקום שאינן כאלה, הן יהיו נתונים לביקורת שיפוטית.

35. **הנה כי כן, תטען העותרת כי בעילת הסבירות נעשה שימוש בכל מדינות המשפט המקובל על החלטות שלטוניות.** כך, עילת חוסר הסבירות התפתחה במדינות המשפט המקובל במרוצת השנים, והיא חלק מתפקידם הבסיסי של בתי המשפט ומשיטת האיזונים והבלמים של השלטונות.

36. **העותרת תבקש להבהיר, כי לאחר מחקר מקיף שביצעה לא נמצאו בכלל מדינות המשפט המקובל דבר חקיקה המגביל את השימוש של בתי המשפט בשימוש בעילות מינהליות, ובפרט אין נמצא במדינות המשפט המקובל דבר חקיקה המגביל את השימוש של בתי המשפט בעילת הסבירות.**

### **3.ג. ביטול עילת הסבירות בשיטת המשטר הישראלית שחסרה איזונים ובלמים**

37. עקרון הפרדת הרשויות הוא עקרון יסוד בכל משטר דמוקרטי, לפיו על מנת למנוע עריצות ופגיעה בחירויות הפרט, אין לרכז את כל הכוח השלטוני בידי גוף או אדם אחד. כדי למנוע עריצות ופגיעה בחירויות צריך להתקיים מערך הדדי של פיקוח ובקרה בין רשויות השלטון, כך שכל אחת תאזן ותבלום את השנייה מפני שימוש לרעה בכוחה [אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל**, 127, 128-129 (2005)]; עמיר פוקס, מרדכי קרמניצר **ביזור סמכויות: על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון** 8, 81 (מחקר מדיניות 133, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019, עמ' 19), להלן: "**פוקס**".

38. **בישראל, למרבה הצער, לא קיימת הפרדת רשויות בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת,**<sup>7</sup> **אין חוקה ומגילת זכויות אדם,**<sup>8</sup> **ואין מנגנוני איזון ובלמים בשיטת המשטר כמו ביתר**

<sup>7</sup> **לממשלה יש מוטת שליטה מובנית על הכנסת:** יו"ר הכנסת שמכהן מאז ומתמיד כנציג הקואליציה (הממשלה), הוא שקובע את סדר היום של מליאת הכנסת; יושבי ראש הוועדות החשובות בכנסת מכהנים אף הם מטעם הקואליציה (הממשלה) וקובעים את סדר יומן של הוועדות; ועדת השרים לענייני חקיקה מקיימת דיונים סגורים בממשלה על אילו הצעות חוק יקבלו את אמון הקואליציה והלכה למעשה יחקו. לכן, הממשלה שולטת בכנסת שליטה מלאה, באופן המובנה בשיטת המשטר הישראלית.

כמו כן, המשמעת הקואליציונית שבאמצעותה הממשלה מחילה את סדר יומה נקבעת כבר בהסכמים הקואליציוניים שעל בסיסם מכוונת הממשלה. ההסכמים קובעים את סדר יומה של הממשלה, חלוקת התפקידים והוצאה לפועל של מדיניות הממשלה בכנסת. משמעותה של הפעלת המשמעת הקואליציונית היא מרחיקת לכת – בהפעלת משמעת קואליציונית, משמשים למעשה חברי הכנסת לא כנבחרים ציבור בעלי עמדה, כי אם "אצבעות" בשירות הממשלה וראשי סיעות הקואליציה. המשמעות היא שראשי הקואליציה (מספר מצומצם מאוד של אנשים) מחזיקים למעשה בשליטה על רוב חברי הכנסת, ויכולים להעביר כל חקיקה הדורשת רוב מיוחס.

יצוין גם שלייעוץ המשפטי של הכנסת "אין שיניים" של ממש, ובניגוד לפרלמנטים אחרים בעולם שם חקיקה עוברת תהליך מוקפד של סינון והגבלה חוקתית כבר בשלב הפנים-פרלמנטרי – הליך זה אינו קיים בישראל (להרחבה: יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם וההליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" **משפט ועסקים** יד 199(2012); יובל רויטמן "הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה" **שערי משפט** 293 ו 296 (תשע"ג).

<sup>8</sup> **החוקה הישראלית מעולם לא הושלמה – אין מגילת זכויות מלאה שמגבילה את השלטון מלפגוע באזרחים.** כך, לאחר שהכנסת הראשונה לא הצליחה לכוון חוקה למדינה חדשה, התקבלה בכנסת הראשונה ביום 13.6.1950 "פשרת הררי", שקבעה כי הכנסת הראשונה לא תחוקק חוקה למדינת ישראל, וכי החוקה תיכתב בפרקים, הקרויים "חוקי יסוד" שיתאגדו, לבסוף, לכלל חוקה. במהלך שנות ה-90 המוקדמות, עם חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם והפרשנות שניתנה להם, התקבלה התפיסה שחוקי היסוד הקיימים מהווים למעשה, כבר כעת, פרקים בחוקה, וכי אסור לכנסת לחוקק חוקים שיפגעו בהם. ואולם, למרות מעמדם החוקתי של חוקי היסוד, מפעל החוקה הישראלית לא הושלם, ואינו כולל מגילת זכויות אדם מפורטת, המגנה על כלל זכויות האדם בישראל.

**הדמוקרטיה בעולם**<sup>9</sup> למעשה, אין בנמצא מנגנונים לריסון הכוח השלטוני של הרשויות, ובייחוד כוחה של הרשות המבצעת – הממשלה, ובכלל זאת, וביתר שאת, הממשלה כדרג הנבחר העומד בראשותה.

39. מצב זה הוא חריג וייחודי לישראל בהשוואה למדינות אחרות. מאפיינים אלה החלים על ממשלת ישראל, על חריגותם המובנית כאמור, מחלישים עוד יותר את עקרון "הפרדת הרשויות" במובנו הצר, בפרט מול הרשות המחוקקת, ומדגישים ביתר שאת את החשיבות הדמוקרטית לאין שיעור של הביקורת השיפוטית על מעשי המנהל, ובפרט על שיקול הדעת המנהלי.

40. זאת ועוד, השרים עצמם, הם בעלי סמכויות לפי דברי החקיקה הרלבנטיים לתחום האחריות המיניסטריאלי. וזאת, הן כשאריות של הדין המנדטורי, והן לפי חקיקה ישראלית (זמיר כרך א, עמ' 415, 431-432). כמו כן, דברי חקיקה רבים מעניקים לשר האחראי סמכות כללית לביצוע החוק, המורכבת מאינספור סמכויות משנה של ציווי, תיאום ופיקוח ועוד, המשתנות לפי העניין ונסיבותיו (זמיר כרך א, בעמ' 434).

41. **מכאן שבמשטר הישראלי, אין מנגנון, או גוף אחר שבאפשרותו לאזן ולבלום את כוחה הרב של הרשות המבצעת, מלבד בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לצדק.**

42. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בכל הנוגע לאכיפת כללי המשפט המנהלי, אשר כאמור חובת הסבירות (בכל מובניה) היא חלק בל-יינתק מהם. זאת בפרט, משהמשפט הישראלי, בדומה למדינות המשפט המקובל, עיגן לתוכו את ההגבלות העקרוניות על כוחה של הרשות המבצעת במסגרת פסיקת בית המשפט הנכבד [בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת, פס' 4 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו, 25.3.2020) (להלן: "עניין יו"ר הכנסת")]. ויפים דבריו של כבוד השופט סולברג בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פס' 13-15 לפסק דינו של הש' סולברג (נבו 01.03.2016) (להלן: "עניין אומ"ץ"):

**"לרשות השופטת תפקיד חיוני במיגור תופעות פסולות של שימוש לרעה בכוח המסור לנבחרי ציבור ולעובדי השירות הציבורי. הדבר בא לידי ביטוי הן באפיק הפלילי, הן באפיק המינהלי, על כלל שלוחותיו, בין היתר במסגרת הביקורת השיפוטית על מינויים בשירות הציבורי".**

43. אם כן, העותרת תטען כי אכיפתה של עילת הסבירות על-ידי הרשות השופטת היא ביטוי משמעותי לשלטון החוק, לחובת הנאמנות שעל הרשות הציבורית, שהרי מדובר בהבטחת חובתה של הממשלה והדרג הנבחר בה שלא להשתמש בסמכויותיה, קרי בכוחה השלטוני באופן המהווה שימוש לרעה, שהוא בניגוד לטובת הציבור, הריבון. עניין זה מעוגן היטב בשיטת המשפט הישראלית ובמשטרה. כך קבע זה מכבר, כבוד השופט ברנזון בעניין

<sup>9</sup> מעולם גם לא היו בה מנגנונים חזקים של ביזור ובלימת הכוח הפוליטי: המדינה אינה פדרציה המחולקת למדינות (כך שכל מדינה מאזנת את השלטון המרכזי); אין שני בתיים לפרלמנט (שמאזנים זה את זה); אין בחירות אמצע לפרלמנט (שמאפשרים לרסן את הממשלה במהלך כהונתה); אין הפרדה של ממש בין הפרלמנט לרשות המבצעת; אין בחירה של נציגים מקומיים לפרלמנט (כך שהנציגים ישמרו אמונים לבוחריהם, במקום למפלגה); אין מגבלה על משך כהונת ראש הממשלה; אין זכות וטו לנשיא (שמאזן את הפרלמנט); ישראל לא כפופה ישירות לביקורת של ערכאה בין-לאומית לצדק או לזכויות אדם (שיכולה לבקר את כל הרשויות); אין מסורת דמוקרטית ארוכת שנים (אשר מעצבת "קווים אדומים" לרשויות) והדמוקרטיה הישראלית עודנה צעירה וגמישה באופן יחסי. [ראו: יניב רוזנאי "וולדרון בירושלים" פורום עיוני משפט מד (תשפ"א)].

"...לא ישים את שיקול־דעתו שלו במקום שיקול־דעתו של אותו גוף. אך במה דברים אמורים, כאשר אותו גוף פעל בגדר סמכותו ולא השתמש בה לרעה, והגיע להחלטתו בדרך נכונה. אין צורך למצות כאן את מובנו של המושג שימוש לרעה בסמכות, אבל ברור שהוא מושג רחב והרבה פנים לו. בעל סמכות חוקית, העושה בה שימוש למטרות פרטיות, או מתוך מניעים אנוכיים או בלתי כשרים, או בשירות לב ללא טעם והגיון, או תוך הפליה אישית בין איש לרעהו, וכיוצא באלה מן הדברים האסורים או הבלתי הוגנים, הרי משתמש הוא לרעה בסמכותו, ומעשהו פסול". (עניין נוחימובסקי, בעמ' 1498-1499).

44. העותרת תטען כי לחשיבותה של עילת הסבירות ככלי מרכזי להבטחת שלטון החוק ומניעת החלטות שרירותיות או קיצוניות אחרות ישנה משמעות מכרעת בכל הנוגע להחלטות מנהליות לגביהן הסבירות למעשה פועלת כמגבלה העיקרית והיחידה על כוחה של הרשות המבצעת. כך בהחלטות שרירותיות שנותנות משקל עודף לשיקולים לא רלבנטיים או משקל זניח לשיקולים משמעותיים.

45. כך, גם הדבר בכל הנוגע לחלקן הארי של החלטות הדרג הנבחר בממשלה, שהן החלטות ביצועיות-יישומיות, כולל החלטות בעניינו של הפרט. וכך במיוחד, כפי שהסביר גם כבוד השופט שטיין בעניין שיינפלד, במקרים בהם ישנו קושי ראייתי לבסס את קיומו של פגם מנהלי אחר, ובפרט שיקולים זרים או הפליה, עילת הסבירות היא מוצאו האחרון של האזרח או הציבור הנפגע מההחלטה, ובהתאם, הכלי היחידי בידי בית המשפט הנכבד להבטיח כי הרשות המבצעת לא משתמשת בכוחה המופרז לרעה (ר' גם ברק-ארז כרך ב, עמ' 726 ו-769).

46. יתר על כן, העותרת תטען כי פעילותו של הייעוץ המשפטי לממשלה להבטחת שלטון החוק ברשות המבצעת כ"מפקח" על שלטון החוק ברשות המבצעת, ובפרט בכל הנוגע לחובת הממשלה והדרג הנבחר בה לפעול בסבירות, קשורה בקשר הדוק וישיר לסמכויות הרשות השופטת, ובפרט סמכותו של בית משפט נכבד זה להפעיל ביקורת שיפוטית בעניין סבירות החלטות כאמור.

47. שלילת סמכותו של בית המשפט הנכבד לדון או לתת צו בעניין סבירות החלטות הדרג הנבחר, משמעה לטענת העותרת, ביטול דה פקטו של חובת הסבירות על הדרג הנבחר. ודוק, עילת הסבירות מקיימת יחסי גומלין ישירים ושלובים, הן מבחינה מושגית והן מבחינה מעשית, עם כל עילות הביקורת השיפוטית המנהליות. וזאת בהינתן זאת שככלל, המשפט המנהלי התפתח צעד אחר צעד בפסיקתו של בית המשפט העליון הנכבד, בשיטת "המשפט המקובל" [יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג – הביקורת השיפוטית: כללי הסף, 1935-1939 (2014)]. וכן, משכל הניסיונות לעיגון חקיקתי מלא של סדרי המנהל מעולם לא קודם לכדי חקיקה [ר' תזכיר חוק – סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות) התשע"ד-2014].

48. מכאן שהעותרת תטען כי ביטול עילת הסבירות יפגע משמעותית באיכות החלטותיה של הרשות המבצעת והדרג הנבחר: לא יאה הכרח כי הן תהיינה מבוססות על תשתית עובדתית מתאימה; לא יאה הכרח כי הן תהיינה מבוססות על כלל השיקולים הרלוונטיים ובמקרים רבים ובמגוון תחומי עבודת הממשלה המרובים כשלעצמם, לא תהיה מגבלה המונעת ובולמת החלטות מנהליות שאינן לטובת האינטרס הציבורי; וכו'. כלומר המדובר בעניינינו

בפגיעה בליבת תקינות המנהל וטוהר המידות בשירות הציבורי, עד כדי חתירה תחת הלגיטימציה של החזקה כי: "איש הציבור הוא נאמן הציבור. לא לעצמו הוא פועל, אלא למען האינטרס הציבורי הוא פועל" [בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה (1) 749, 778-779 (1991)].

49. אשר על כן, תיקון בחוק יסוד: השפיטה שמטרתו לבטל את סמכותו של בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית לפי עילת הסבירות לגבי הדרג הנבחר, ללא קביעה על עצם קיומה של חובת הסבירות הקיימת על הדרג הנבחר, וללא הגדרה של מהי סבירות, יביא בהכרח גם לאי-אכיפתה של חובת הסבירות במשרדי הממשלה, לערעור תוקפן של עילות הביקורת השיפוטית האחרות ובהכרח לחוסר וודאות משפטי.

50. חמור מכך, ביטול עילת הסבירות כלפי הממשלה תפגע פגיעה קשה באיזון ובבלמים היחידים בשיטת המשטר הדמוקרטי בישראל, שכן לא קיימים עוד בלמים על פעולות הממשלה והשרים מלבד בתי המשפט המנהליים. על כן, כל ריסון ושינוי שכזה במערך האיזונים והבלמים בשיטת המשטר בהכרח יוביל את המדינה אל עבר מדינה פוסט-דמוקרטית וסף דיקטטורית.

## **1.ג. התיקון הוא חלק מהפיכה משטרית כוללת**

51. העותרת תטען בקצרה כי יש לבחון את התיקון כחלק מסדרה של חוקים ותיקונים לחוק היסוד שמטרתם אחת היא – הכפפת הרשות השופטת ומערכת אכיפת החוק תחת הממשלה וביטול העצמאות הקיימת.

52. ביום 4.1.2023 כינס שר המשפטים, חה"כ יריב לוין, מסיבת עיתונאים במסגרתה הוא תיאר את תכנית הממשלה ה-37 להכפיף את המערכת המשפטית תחתיה ולערוך שינויים משפטיים דרמטיים בשיטת המשטר הישראלית, תחת הכינוי "רפורמה". התוכנית כוללת מספר שלבים, כאשר השלב הראשון בה כולל את שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים – כך שיינתן רוב לנציגי הקואליציה ולמעשה לפוליטיזציה של הרשות השופטת; את צמצום, או אף ביטול, יכולתו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה, ואת חקיקתה של פסקת התגברות מקיפה – אשר יאיינו כל בלם בפני חקיקה דורסנית ובלתי חוקתית; את ביטול עילת הסבירות – כך שתבוטל האפשרות להעביר ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות שחורגות ממתחם הסבירות ומשכך פוגעות באזרחי מדינת ישראל העומדים בפני רשויות השלטון; ואת הכפפת היועצים המשפטיים בשירות הציבורי לדרג הנבחר – ולמעשה את איונם של מנגנונים נוספים לשמירה על האינטרס הציבורי ועל עקרון שלטון החוק על ידי נבחר הציבור והזרוע המבצעת במדינה.

53. בעקבות זאת, בחצי השנה האחרונה החלו בקואליציה לקדם את הליכי החקיקה האמורים.

54. בצד זאת, נכון ליום זה חוקקה הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון - נבצרות ראש הממשלה (2560/25/פ), שמגדירה מחדש את מצב הנבצרות של ראש הממשלה, ואושרו בקריאה ראשונה שבעה חוקים שונים המחלישים משמעותית את מעמדה של הרשות השופטת על חשבון חיזוקה של הרשות המבצעת, ביניהם תיקונים להצעות חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת רשויות) והצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 105) (הוראות לעניין

הוועדה למינוי שופטים), התשפ"ג-2023. תיקונים אלו משנים את הרכב הוועדה לבחירת שופטים וקובעים כי תמנה 11 חברים, מתוכם שלושה מסיעות הקואליציה ושלושה שרים מסיעות שונות, כך שהקואליציה מחזיקה ברוב מובנה וקבוע של 6/11 חברים בוועדה.

55. על רקע פעולות החקיקה המהירות והדורסניות של הקואליציה, החלגל מחאה אזרחית חסר תקדים בכל רחבי הארץ, אשר הוביל בסופו של חודש מרץ 2023 לתחילת הידברות בין נציגי הקואליציה לאופוזיציה בכנסת, בבית הנשיא, במטרה להוביל להסכמה ציבורית רחבה אודות השינויים הצפויים במערכת המשפט.

56. במסגרת שיחות ההידברות סוכם בין הצדדים כי במסגרת הבחירות החשאיות בכנסת לשני נציגיה בוועדה לבחירת שופטים, ייבחר נציג אחד מהאופוזיציה ונציג שני מהקואליציה, כאשר הצדדים סימנו את בחירת הנציגים לוועדה לבחירת שופטים כרגע קריטי בו תיבחן מחויבותה של הקואליציה להסגת פשרה.

57. יחד עם זאת, השיחות בבית הנשיא נכשלו – והממשלה החליטה על המשך ההפיכה המשטרית בחקיקה חד-צדדית וכינון התיקון נשוא עתירה זו.

58. **העותרת תציון, כי מקרב חברי הממשלה והקואליציה היו מספר רב של התבטאויות ביחס לתיקון נשוא עתירה זו – כי זהו רק התיקון הראשון שיאפשר את פיטורי היועצת המשפטית לממשלה – ולאחרי שיפטרו את היועמ"ש ניתן יהיה מבחינתם לפתוח ביתר הפעולות לריסון ולמעשה לדריסת חוות דעת הייעוץ המשפטי, וכן השתלטות על מערכת אכיפת החוק.**

## **2.ג. הליך הכינון של התיקון בכנסת**

59. התיקון נשוא עתירה זו החל למעשה את דרכו בכנסת בישראל בחודש ינואר 2023, במסגרת יוזמתו של ח"כ רוטמן לקידום **הצעה כוללת לכינון הפיכה משטרית** [הצעת חוק-יסוד: השפיטה(תיקון – הפרדת רשויות)], אשר לצידה הועלתה הצעתו הדומה של שר המשפטים [תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט). (הצעות אלה ונוספות לכינון "רפורמה" במערכת המשפט יכוננו להלן: **"הצעות הפיכה המשטרית"** או **"התוכנית להפיכה משטרית"**)].

60. התוכנית להפיכה משטרית, בהובלת שר המשפטים, חה"כ לוין, וכן יו"ר ועדת החוקה, חה"כ רוטמן, נועדה להכפיף את המערכת המשפטית בישראל, על כלל רכיביה, לשליטת הממשלה, וזאת לצורך הסרת מגבלות חוקתיות ואחרות על כוחה של הרשות המבצעת ובפרט הממשלה העומדת בראשה, השולטת למעשה באמצעות הרוב הקואליציוני גם על הכנסת. וזאת, בעיקר באמצעות קיצוץ סמכויותיו של בית המשפט הנכבד.

61. בתוך כך כאמור, מאז חודש ינואר, ועדת החוקה ערכה דיונים בחלקים אחרים של הצעות **ההפיכה המשטרית**, תחת הכותרת "ציון בְּמִשְׁפָּט תְּפִידָה - מחזירים את הצדק למערכת המשפט", שבתחילה תיקון עילת הסבירות הוצמד להן ולאחר מכן פוצל.

**העתק הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון - עילת הסבירות) נוסח מוצע לדיון מטעם יו"ר ועדת החוקה מיום 20.6.20234 מצורף ומסומן כנספח 1/ע.**



62. נוסח ההצעה, אשר עמד בבסיס תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, הועלה לראשונה בחודש ינואר 2023, במסגרת הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – הפרדת רשויות) וכן בתזכיר החוק של שר המשפטים. היועצת המשפטית לממשלה שלחה לשר המשפטים חוות דעת מקיפה על תזכיר החוק, בו גם התייחסה להצעת חוק (הפרדת רשויות), אשר כאמור לעיל הייתה ביוזמתו של ח"כ רוטמן.

63. ביום 19.6.2023 הכריזו חברי כנסת על כוונתם לקידום חקיקות שונות לשם מימוש ההפיכה המשטרית. ההצעה הראשונה שנדונה היא זו שנוסחה על-ידי יו"ר ועדת חוקה, חה"כ שמחה רוטמן.

64. העותרת תדגיש כי הנוסח הסופי של תיקון מס' 3 הוא למעשה שילוב בין הצעתו של שר המשפטים לביטול עילת הסבירות כאמור בתזכיר החוק, לבין הנוסח שהוצע על-ידי חה"כ רוטמן.

65. כך, היועצת המשפטית לממשלה הביעה דעתה כבר בחודש פברואר 2023 בחוות דעתה האמורה כי:

**"ביטול העילה, כפי שמוצע, ישלול אמצעי חיוני לביקורת על מעשי המינהל, כמגן מפני קבלת החלטות הפוגעות בזכויות הפרט, לא תקינות, שרירותיות, ובלתי סבירות באופן קיצוני, ובכך יפגע קשות באיזונים ובבלמים המתקיימים בין רשויות השלטון, וישליך על עילות וכללים רבים בתחום המשפט המינהלי. ביטול העילה, כפי שמוצע, אינו הולם את חובותיה היסודיות של המדינה כלפי הציבור".**

66. חוות דעת זו של היועצת עמדה בפני ועדת החוקה בהליך החקיקה של תיקון מס' 3 נשוא עתירה זו, אליו גם התייחסו נציגי היועצת המשפטית לממשלה בדבריהם בדיוני הוועדה אשר יפורטו להלן.

**העתק העמודים הנוגעים לעילת הסבירות בהתייחסות היועצת המשפטית לממשלה לטיוטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה מצורף ומסומן כנספח ע/2.**

#### **הדיון ביום 25.6.2023**

67. החל מיום 25.6.2023 ועדת חוקה החלה לקיים דיונים רבים ואינטנסיביים, יום אחרי יום, בדבר הצעת החוק. **הליך החקיקה התקדם במהירות רבה מאוד**, ושבוועיים לאחר מכן, הובאה הצעת החוק להצבעה על קריאה ראשונה במליאה. הצעת החוק עוררה עניין רב בקרב גורמים רבים מהחברה האזרחית, האקדמיה, מכוני מחקר, חברי כנסת לשעבר, משפטנים ועורכי דין, אשר הגישו ניירות עמדה וחוות דעת, בעוד חברי הכנסת נדרשו לעיין בהם ולהכירם בדוחק הזמנים.

68. לקראת הדיון הראשון ביום 25.6.2023, הייעוץ המשפטי של ועדת החוקה צירף סקירה של הצעת החוק, בו הוצפו הקשיים הרבים העולים ממנה, לצד הצעות חלופיות לנוסח הגורף שהוצע בהצעת החוק.

**העתק מסמך ההכנה של הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה מצורף ומסומן כנספח ע/3.**

69. במהלך הדיון, היועץ המשפטי של הוועדה, עו"ד ד"ר גור בליי, חידד בפני הוועדה את המשמעויות של הקשיים המרובים הנובעים מהנוסח הגורף של הצעת החוק.

70. כך, כבר בפתח דבריו, הדגיש היועץ המשפטי כי עיגון התיקון בחוק-יסוד: השפיטה, כאשר כמעט כל החובות החלות על הרשות המנהלית וכן עילות הביקורת הנגזרות מהן אינן מעוגנות בשום חקיקת-יסוד (וכמעט שלא בחקיקה ראשית), אלא התפתחו בפסיקה כמקובל במרבית במדינות המשפט המקובל, משמעו כי:

**"...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".** (פרוטוקול מס' 105 של ועדת החוקה, נספח ע/4. עמ' 85)

71. היועץ המשפטי לוועדה הדגיש כי לנוכח אי הוודאות הגדולה אשר יוצר הנוסח הגורף של הצעת החוק, המאפשר חסינות מוחלטת מביקורת שיפוטית על סבירות החלטות הדרג הנבחר, עיגון הדבר בחקיקה הוא עניין מהותי המעורר קושי רב:

**"... הרבה מהוויכוח הוא הרבה פעמים ויכוח בין מלומדים או בין שופטים אם בפסיקה צריך לצמצם יותר או להרחיב יותר, אבל ככל שבאים ואומרים שצריך להגביל בחקיקה – אנחנו חושבים שההגבלה על כל ההחלטות של הדרג הנבחר עלולה להיות רחבה מדי, ולכן גם הצענו במסמך לשקול בוועדה למקד את ההגבלה בהחלטות מסוימות של הדרג הנבחר... החשש שלנו זה שהוצאה של כל הדרג מעילת הסבירות עלולה להשאיר תחומים חשובים בפעילות הממשלתית בלי פיקוח אפקטיבי של בית המשפט, כשהעילות האחרות לא נותנות מענה מספק".** (פרוטוקול מס' 105 של ועדת החוקה, נספח ע/4. עמ' 86 ו-91)

72. כמו כן, הדגיש היועץ המשפטי לוועדה כי מעבר לכך שהחלת חסינות גורפת על סבירות הדרג הנבחר מפני ביקורת שיפוטית, ללא הבחנה בין סוגי ההחלטות, משמעה גם:

**"... פגיעה ביכולת של בית משפט למלא את התפקיד שלו, קודם כול בקידום נורמות שלטון תקינות וגם להגן על פרטים"** (פרוטוקול מס' 105 של ועדת החוקה, נספח ע/4. עמ' 106)

73. כן התייחס היועץ המשפטי לוועדה כי הנימוק להחלה גורפת של התיקון על הדרג הנבחר הנשען על עמימות המונח סבירות, נכון גם לגבי עילות אחרות שכולן מתפתחות על דרך הפסיקה.

74. כך גם התייחס ד"ר בליי לעילת המידתיות, לגביה תומכי ההצעה, ובראשם יו"ר הוועדה, טוענים כי תהווה מזור מספיק לאזרח הנפגע משימוש לרעה בכוח שלטוני, הגם שעולה כדי שרירותיות, ועל אף שישנה חפיפה מושגית בין עילת הסבירות לבין עילת המידתיות ובמיוחד בנוגע למבחן "המידתיות במובן הצר" (אשר יחד עם שאר תת-מבחני המידתיות אינם קבועים מפורשות בחוקי היסוד):

**ד"ר גור בליי:**

**"עד כמה שאני מבין, גם מתווה סולברג וגם הכוונה פה, אם ההחלטה המינהלית פגעה בזכות חוקתית מוגדרת, בית משפט יכול לעשות שימוש בעילת המידתיות בשביל לפסול. אני חייב להגיד שאני לא יודע למה מידתיות זה הרבה-הרבה יותר מחודד ולא עמום מסבירות"**

**ח"כ עמית לוי (הליכוד):**

**" גם את זה צריך לומר בהגינות, שהיה ויכוח בין שמגר לברק על העניין הזה, על המבחן השלישי. גם בזה בהחלט יש מקום לדון ברצינות"**

75. באופן ספציפי, קושי משמעותי זה שהעלה היועץ המשפטי לוועדה, התחזק בדבריו של יו"ר הוועדה, לפיהם עלה כי תכלית הצעת החוק היא למנוע כל ביקורת שיפוטית על החלטות הדרג הנבחר והרשות המבצעת הכוללת בתוכה ולו של שיקול דעת שיפוטי.

היו"ר שמחה רוטמן :

"...הסיבה להבחין בין מידתיות לבין סבירות היא שכאשר עוסקים במידתיות יש זכות אדם שנפגעת, ואז אומר השופט סולברג, ואומרים אחרים : כשנגיע לגשר, נעבור אותו. **לא שנבטל את עילת המידתיות, כי עילת המידתיות קבועה בחוק יסוד, אין מה לבטל אותה. היא קבועה במפורש בחוק יסוד.** בניגוד לעילת הסבירות שלא קבועה בשום מקום עילת המידתיות קבועה בחוק יסוד, ואין כוונה ואין רצון לבטל אותה".

...

היו"ר שמחה רוטמן :

בכמה גירעון דמוקרטי פועל בית המשפט שמעביר את עילת הסבירות?... הם נבחרו לתקופה מסוימת, ואתה אומר שעוד מעט בחירות, לכן אני צריך יותר סבירות עליהם. בית משפט לא נבחר, ואתה אומר שהסבירות שלו סבבה...

ד"ר גור בליי :

בסוף אי-אפשר להתעלם מזה שבסיס הלגיטימציה של בית המשפט זה לא הבחירות - -

היו"ר שמחה רוטמן :

נכון. ולכן הוא לא צריך להתערב בסבירות, אלא בפי החוק.

ד"ר גור בליי :

הוא עומד כגוף בקרה גם בארץ וגם במדינות אחרות לא מכוח סמכותו הדמוקרטית, אלא כגורם בקרה על השלטון.

היו"ר שמחה רוטמן :

מכוח חוק.

(פרוטוקול מס' 105 של ועדת החוקה, נספח 4/עמ' 114, ו-128-129)

76. בהמשך, עלה מדבריו של יו"ר הוועדה על היקפה של עילת המידתיות, כי **זו רלבנטית אך ורק לזכויות המנויות במפורש בחוקי היסוד**. קרי כי זכויות חוקתיות רבות, אשר פורשו בפסיקתו של בית משפט נכבד זה, למעשה לא נכללות תחת עילת המידתיות – ולפיכך פגיעה בהן תהא חסרת כל הגנה לנוכח התיקון בנוגע לעילת הסבירות (ר' פרוטוקול מס' 105 של ועדת החוקה, נספח 4/עמ' 113-114).

77. זאת ועוד : עמד היועץ המשפטי על השלכות נוספות של החוסר הקיים בהצעת החוק אשר אינה מגדירה מהי חובת הסבירות, ובראשן היא **שהדבר יוביל דה פקטו לביטול חובת הסבירות על הדרך הנבחרת :**

"... יש סיטואציה שבה גורם ברשות המבצעת, שיודע שלא יבדקו את הסבירות של פעולתו, את האיזונים של דרך פעולתו... יהיה פחות תמריץ לרשות המבצעת להשקיע בהליך מינהלי, רציונלי ומבוסס עובדות ולוגי, כי ידעו שאין סיכוי שיתערבו להם בסופו של דבר".  
(פרוטוקול מס' 105 של ועדת החוקה, נספח 4/עמ' 115-116)

78. היועץ המשפטי לוועדה המשיך והדגיש כי הביקורת השיפוטית המנהלית, והשימוש בעילת הסבירות בפרט, היא כלי הביקורת האפקטיבי ביותר במשטר הישראלי על החלטות הדרג הנבחר. זאת, משום שמנגנוני הפיקוח בידי הרשות המחוקקת או הציבור בעצמו, אינם מתאימים מבחינה עיונית, מוסדית ומעשית לביקורת כאמור :

... בהתחשב במורכבות הפעולה של הרשות המבצעת בעידן הנוכחי, קשה לראות איך בחירות או פיקוח פרלמנטרי זה פיקוח אפקטיבי על אלפי החלטות מינהליות. וגם בסופו של דבר הבוחרים לא באמת מגבשים את דעתם על בסיס אם החלטה אחת מתוך אלפי החלטות של הרשות המבצעת, היו לא סבירות... בטח כשהוא מצביע לרשימה שכוללת הרבה מאוד שרים". (פרוטוקול מס' 105 של ועדת החוקה, נספח 4/עמ' 117-118)

79. כך בפרט משההבחנה המצויה בדבריו העקרוניים של כב' השופט סולברג, עליהם מבוססת הצעת החוק, לעמדת יוזמיה, נשענת על הנחה כי החלטות הדרג הנבחר הן בעיקר בענייני מדיניות כללית, לעומת החלטות הדרג המקצועי, שבעיקרן יישומיות או פרטניות. ואולם, הדגיש היועץ המשפטי לוועדה כי לא כך הם פני הדברים בפועל:

" הרבה מאוד החלטות של הדרג הנבחר, וודאי כשאנחנו מחילים את זה על שר בודד, הן החלטות ספציפיות בענייניו של פרט ולא החלטות מדיניות רחבה. יש הרבה דברים שקשורים במכסות חלב, בתחום הארנונה ובתחום הכניסה לישראל..." (פרוטוקול מס' 105 של ועדת החוקה, נספח 4/עמ' 117)

80. כך גם הדגיש היועץ המשפטי לוועדה כי ההבחנה המצויה בהצעת החוק בין הדרג הנבחר לבין הדרג שאינו, קרי המקצועי, מעלה קושי נוסף כי החלטות שנויות במחלוקת של הרשויות "יחוסנו" מביקורת שיפוטית באמצעות מנגנון ההאצלה או סמכות הנטילה שבידי השרים לפי חוק-יסוד: הממשלה.

**העתק עמודים רלבנטיים מפרוטוקול מס' 105 מישיבת ועדת החוקה מיום 25.6.2023 מצורף ומסומן כע/4.**

#### הדיון ביום 26.6.2023

81. בדיון בוועדת החוקה ביום למחרת, 26.6.2023, ייצג את עמדת היועץ המשפטי לממשלה עו"ד ד"ר גיל לימון, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי). זאת לאחר שבדיון הקודם ביום 25.6.2023 לא התאפשר לו להציגה.

82. תחילה התייחס אף הוא, בדומה ליועץ המשפטי של הוועדה, לכך ש"מתן הפטור" מהשימוש בעילת הסבירות על ידי נבחר ציבור, ללא הגדרה שהיא למה היא סבירות בכלל ההקשרים המרובים של מונח זה (כעקרון, כחובה, עילת ביקורת, או בהקשרים אחרים של המשפט המנהלי) עשוי להוביל לביטול חובתם של נבחר ציבור לפעול בסבירות, המתחייבת מחובת נאמנותם לציבור:

"ההבחנה הזו בין עילת הסבירות לחובת הסבירות היא חשובה במיוחד, מאחר שהשימוש בעילת הסבירות על-ידי בתי המשפט מייצג שברי אחוזים – פרומיל, מתוך השימוש היום-יומי והשוטף של רשויות המינהל בחובת הסבירות... באין עילת סבירות ביחס לבחינת החלטותיהם של נבחר ציבור, תיעלם עמה אף חובתם לפעול בסבירות. לכן, השאלה אותה עלינו לשאול את עצמנו היום היא קודם כל – האם מוצדק לפטור את הממשלה ואת נבחר ציבור מהחובה לפעול בסבירות, והאם הדבר ייטיב עם האינטרס הציבורי. כי זו תהיה התוצאה המרכזית של החקיקה המבוקשת. בגיבוש המענה לשאלה הזו, עלינו לזכור שהחלטה שאינה מקיימת את דרישת הסבירות היא גם החלטה שרירותית. על כן, מה שעומד על הפרק זה מתן אור ירוק לממשלה, לראש הממשלה, לשריה ולנבחר ציבור אחרים – ולהם בלבד – לקבל החלטות שרירותיות, כלומר החלטות שמתעלמות

**מעובדות ומשיקולים רלוונטיים או שנותנות משקל מוגזם באופן קיצוני לחשיבותם של שיקולים זניחים..."**

83. כן, התייחס המשנה ליועמ"ש, בדומה לעמדת היועץ המשפטי לוועדה, כי ההצעה אינה עוסקת במורכבותה של עילת הסבירות, אלא למעשה מבקשת "לחסום" ביקורת שיפוטית על החלטות, רק לפי זהות מקבלי החלטה ולא על בסיס מהות החלטה.

"... 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.

84. בהמשך, סקר המשנה ליועמ"ש את מוטת ההשפעה הרחבה של הצעת החוק על מגוון תחומים, אשר הינתן והצעת החוק תעבור, יהיו פרוצים כך שתתאפשר פגיעה קשה בטוהר המידות ופגיעה בפרט הניצב מול כוחה האדיר של הרשות השלטונית: תחום המינויים; תחום המגבלות על הממשלה במהלך תקופת בחירות; הצורך בהיוועצות מקצועית; (וראו הרחבה בעמ' 11-12 לפרוטוקול הדיון).

85. כן, התייחס המשנה ליועמ"ש לביקורת השיפוטית בדבר הימנעות מהפעלת סמכות (כגון הימנעות מביצוע מינוי, הימנעות מהתקנת תקנות) על דרך המחזל. בהקשר זה ציין את הדוגמה של הימנעות מהעמדה לדין של הרב אליהו במשך זמן רב, אשר נפסלה על בסיס אי-סבירות קיצונית על ידי כב' הש' שטיין, אשר הביע התנגדות להרחבתה של עילת הסבירות. יו"ר הוועדה סייג כי מקרה זה הוא בגדר ב"החלטה שלא להחליט".

86. עו"ד לימון אף התייחס לכך שעילת הסבירות מעניקה מזור למצב שבו במשפט המנהלי, במקרים רבים ישנה עמימות עובדתית באשר להפעלת שיקולים זרים, פוליטיים. משכך, השימוש בעילת הסבירות משמש כמעין "פנס" על הקשיים בקבלת החלטה אשר סובלת משיקולים חסרים, או שיקולים בלתי מאוזנים בעליל, המצויים מחוץ למתחם הסבירות:

**הדוגמאות האלה מלמדות על כך שבמקרים רבים, התפקיד של חובת הסבירות הוא למנוע מצב שבו שיקולים פוליטיים יזכו בבכורה בקבלת החלטות שלטוניות על פני שיקולים מקצועיים – במינויים, בתקופת בחירות, בדחיית עמדות מקצועיות, ובהימנעות מהפעלת סמכות שלטונית, ובתחומים נוספים. לא תמיד השיקולים הפוליטיים הללו הם גלויים לעין, ובמקרים שכאלה, אחד התפקידים של עילת הסבירות – כפי שתואר על ידי השופט שטיין באחד מפסקי הדין – הוא בכך שהיא – ואני מצטט – "מספקת לבתי המשפט כלי יעיל והכרחי לביקורת שיפוטית תחת חוסר ודאות ואינה מאפשרת לרשויות השלטון להסתיר את קלקלתן על ידי ניצול של עימות המסד העובדתי".**

87. כן, התייחס עו"ד לימון לחשש לפיו החלטות מנהליות רבות של נבחר ציבור אשר אינן נוגעות לזכויות אדם, לא יידרשו לעמוד בחובת הסבירות, וכך לא יוותרו עילות ביקורת משמעותיות אחרות על החלטות מנהליות שלא פוגעות בזכויות אדם.

"... למעשה, חלק ניכר מהחלטות הדרג הנבחר – הן בממשלה והן בשלטון המקומי – הן החלטות יישומיות-מקצועיות בתחומים מוגדרים, ולעתים בסוגיות נקודתיות. חלק גדול מהסמכויות הללו איננו מערב פגיעה בזכויות אדם, כך שעילת המידתיות שהשופט סולברג מדבר עליה כחלופה, איננה רלוונטית."

88. כ"המשך" לחשש זה, שהעלה עו"ד לימון בטיעונו, בדומה ליועץ המשפטי של הוועדה, ציין שהצעת החוק תאפשר "ביצור" של החלטות מנהליות פרטניות אשר מתקבלות על-ידי דרג פקידותי, באמצעות "משיכתן מעלה" על ידי השר הממונה, אף ללא צורך, ותוך ביטול חובת הסבירות על כל החלטה מנהלית באשר היא :

"... יתר על כן, מתן חסינות מפני ביקורת שיפוטית עלול להוביל להרחבת החסינות באמצעות אשרור בדיעבד של החלטות פרטניות, המתקבלות בידי דרגים מקצועיים – על-ידי השר הממונה, באופן שיוביל לכך שחובת הסבירות לא תחול באופן מעשי גם ביחס להחלטות מינהליות פקידותיות ופרטניות. התוצאה של מצב שכזה עלולה להיות איון המשקל המקצועי בקבלת החלטות של מכלול המנגנון הממשלתי, תוך מתן עדיפות לשיקולים פוליטיים. את המחיר על כך ישלם הציבור הרחב."

89. יו"ר הוועדה התייחס לכך שמצב בו נבחרו הציבור יקבלו החלטות אשר מבוצעות על ידי פקיד ציבור, אזי בהכרח מדובר בהחלטה של מדיניות, והפיקוח הפרלמנטרי הוא הכלי הרלבנטי היחיד אשר יוכל להפעיל ביקורת על כך :

"לגבי נטילת 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.... אם ההחלטה הזו שלהם היא סבירה או לא סבירה? כאמור ביקורת על סבירותה צריכה להיות נתונה לכנסת, ובכך אסיים. אתן לאחרים לדבר. אני סבור שפיקוח פרלמנטרי הוא כלי גם הרבה יותר נכון וגם הרבה יותר אפקטיבי."

90. כן, במהלך הדיון התייחס בשנית יו"ר הוועדה לכך שלעמדתו, "הפוסק האחרון" הוא תמיד רשות המנהל, שכן היא זו הנושאת באחריות הכוללת, בעוד בית משפט אינו חייב באחריות המנהלית כמו נבחרו ציבור, ולכן עילת הסבירות לא צריכה להיבחן על ידו.

"זו הסיבה שדיברנו עליה גם אתמול שכדי שלא ניצר מצב של סמכות ללא אחריות אנו חייבים שהפוסק האחרון בשאלות של סבירות שיקול הדעת, בניגוד לעיקרון שלטון החוק שעוסק באי חוקיות, בניגוד לעיקרון המידתיות שעוסק בהגנה על זכויות אדם... מדובר בסבירות שהפעלתה בכל הנוגע לנבחרו ציבור בין אם נעשית על ידי בית המשפט ובעיקר אם נעשית על ידי יועצים משפטיים, פוגעת בצורה חמורה גם בעיקרון הדמוקרטי וגם בעיקרון הסמכות והאחריות והפרדת הרשויות בשיטתנו..."

העתק עמודים רלבנטיים מפרוטוקול מס' 108 משיבת ועדת החוקה מיום 26.6.2023 מצורף ומסומן כנספח ע/5.

#### דיון מיום 27.6.2023

91. בדיון מיום 27.6.2023, התייחס היועץ המשפטי לוועדה לדבריהם של עו"ד לימון ושל פרופ' איינהורן, אשר השתתפו בדיון ביום לפני כן, באשר להחלטות פרטניות החלות על האזרח ללא פגיעה בזכויות :

"... ההפרדה על בסיס זהות מקבלת החלטה היא חיתוך גס יותר מדי. התייחס לזה יו"ר הוועדה, באומרו שכאשר שר מקבל החלטה בנוגע לפרט, אז יש את נושא המידתיות. אני מסכים שזו תשובה חלקית. בסיטואציות בהן מקבל השר החלטה אינדיבידואלית שקשורה בהפקעה של שטח, ניתן לתקוף את הפגיעה בקניין, ואז ניתן להשתמש בעילת המידתיות. אבל, מה שזה לא לוקח בחשבון הוא שיש המון החלטות

אינדיבידואליות שמשליכות על אינטרס של הפרט, ולא ניתן להצביע על זכויות פרט שנפגעות... היתרים, רשיונות (שר תקשורת נותן רישיון למערכת רט"ן). בכל הדברים האלה לאזרח אין זכות מוקנית לקבל היתר או רישיון מהממשלה... בכל הסיטואציות האלה, שהן לא מבוטלות, של מתן היתר, רישיון או זיכיון או סובסידיה... ההנחה היא שבסיטואציות האלה, השר יפעל לפי החוק, יתייעץ עם מי שצריך, ייקח את כל השיקולים. היכולת של האזרח להוכיח שהחלטה הייתה בשיקול זר, או שרירותית, היא כמעט בלתי אפשרית..."

92. בהקשר לסיפא של דבריו אלו, התייחס היועץ המשפטי של הוועדה לכך שהצעת החוק לא מתייחסת להגדרת הסבירות ומאפייניה, ואין הסדר כולל של המשפט המנהלי. בהתאם, הדבר יכול להשפיע על השימוש בעילות אחרות:

" הרבה שנים האופן בו התייחסו לנושא של השרירות בפסיקה היה דומה מאוד לסבירות, זאת אומרת: שרירות היא סוג של סבירות. אגב, זה חלק מהקושי בעינינו, כשלא מאפיינים בכלל מה זו סבירות, כשלא קובעים הסדר כולל של המשפט המנהלי... גם אם הולכים עם הרציונל של השופט סולברג, נשאר פה איזשהו חלל שאין לו מענה. לכן, אם הולכים בכיוונים האלה, לעמדתנו יש צורך להחריג כל החלטה הנוגעת לאינטרס של הפרט."

93. נציג המכון הישראלי לדמוקרטיה, ד"ר גיא לוריא, התייחס אף הוא לחשש בדבר השימוש בנוסח החוק לשם פגיעה באיכות ההחלטות השלטוניות באמצעות "חיסון" כל החלטה, לרבות החלטה פקידותית, דרך "משיכתה מעלה" כך שהחלטה תתקבל על-ידי שרים, במקום על-ידי גורמים מקצועיים. כן, התייחס לחשש בדבר הפגיעה ביכולת לקיים ביקורת שיפוטית, בשל הפגיעה בעילת הסבירות.

#### **העתק ניירות העמדה שהגיש המכון הישראלי לדמוקרטיה מצורף ומסומן כנספח ע/6.**

94. במהלך הדיון אף נכחו נציגי ארגוני סביבה ועסקו בהשלכות של ביטול עילת הסבירות על סוגיות סביבתיות. עו"ד אסף רוזנבלום מהחברה להגנת הטבע, התייחס לכך שבמשפט הישראלי סמכויות רבות ונרחבות מוענקות לשרים, למשל בתחום התכנון והבנייה (ס' 266 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965, לדוגמה) ולכן ההבחנה על פי זהות מקבל החלטה היא שגויה.

95. כן, התייחס ל"עילות בת" של הסבירות, אשר נוגעות לאופן קבלת החלטה המנהלית, כגון החובה לפעול במהירות ראויה, התבססות על תשתית עובדתית מוצקה, וחובות – אשר חלות על קבלת החלטות מנהליות על ידי הדרג הפוליטי. הביטול של עילת הסבירות, לעמדתו, יגרור פגיעה גם בעילות אלו.

#### **העתק ניירות העמדה שהוגשו מטעם ארגוני סביבה מצורף ומסומן כנספח ע/7.**

**העתק עמודים רלבנטיים מפרוטוקול מס' 109 מישיבת ועדת החוקה מיום 27.6.2023 מצורף ומסומן כנספח ע/8.**

#### **דיון מיום 3.7.2023**

96. במהלך הדיון נכח עו"ד מייק בלס, בעבר המשנה ליועץ המשפטי הממשלה (משפט ציבורי-מנהלי), אשר התייחס להשפעת הצעת החוק על איכות החלטות המנהליות באמצעות השינוי של בחינת החלטות מנהליות ברשויות המדינה טרם קבלתן ובוודאי טרם העברת

ביקורת שיפוטית. לעמדת עו"ד בלס, ההצעה בנוסחה הנוכחי תוביל לחסר בעניין הזה ולבלבול גדול בתוך המערכת (ראו עמ' 51 לפרוטוקול הוועדה).

כן, עו"ד בלס קיים דו שיח עם יו"ר הוועדה בשאלה רחבה יותר, והיא עצם סמכותו של בית המשפט להתערב שיפוטית בהחלטות של נבחר ציבור. לעמדת היו"ר, מבחינה משטרית – הסיכון בעת קבלת החלטה צריך להיות של נבחר הציבור, ללא מנגנון ביקורת. יו"ר הוועדה אף התייחס בעמדתו לתחום המינויים:

"דווקא אזור המינויים הוא הדוגמה הקלאסית של איפה עובר שיקול הדעת... השאלה מה ההחלטה הנכונה – כל אחד יכול להיות זכאי לדעתו, אלא השאלה היא מי הפוסק האחרון בה... מישהו צריך להיות אחרון. האמירה שלנו כמחוקקים רוצה להיות, אם תתקבל ההצעה כאן בוועדה, שכשיש אלף עילות ביקורת שיפוטיות אחרות, בית המשפט הוא המילה האחרונה בנושא, וכשיש נושא של סבירות, שהוא התערבות ישירה בשיקול הדעת, זה המתחם של שיקול הדעת של הרשות הנבחרת, כדי לא לפגוע בהפרדת הרשויות..."

97. ויוזכר, כי בקרב יועצים משפטיים ומומחים נוספים שהופיעו בפני הוועדה, הייתה תמימות דעים לפיה בתחום המינויים, הצעת החוק תוביל לפגיעה חמורה לאין שיעור בטוהר המידות של השירות הציבורי, המנהל התקין, ולפיכך גם בשלטון החוק.

**העתק עמודים רלוונטיים פרוטוקול מס' 113 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, 3.7.2023 מצורף ומסומן כנספח ע/9.**

#### דיון ביום 4.7.2023

98. בתחילת הדיון ביום 4.7.2023, הייעוץ המשפטי של הוועדה הציג מסמך שערך לבקשת הוועדה, בו הוצגה רשימת פסקי הדין במסגרתם התקבלו עתירות בבית משפט נכבד זה (באופן מלא או חלקי) כנגד רשויות מנהליות בעשר השנים האחרונות, תוך שנעשה שימוש בעילת הסבירות באופן מפורש או משתמע, על-ידי שופט אחד בהרכב לפחות. כן הודגש כי בחלק גדול מן המקרים המנויים ברשימה, לשימוש בעילת הסבירות נלוו עילות מנהליות נוספות, ואילו במעט מקרים התבסס בית המשפט הנכבד על עילת סבירות בלבד.

**העתק מסמך מיפוי הפסיקה בעניין סבירות מהעשור האחרון מצורף ומסומן כנספח ע/10.**

99. באותו דיון השתתפו מספר מומחים מהאקדמיה. פרופ' יואב דותן התייחס להצעת החוק והבהיר את עמדתו:

"אני חושב שהצעת החוק הנוכחית היא מאוד בעייתית. אני אמנם ביקרתי לא פעם את הדוקטרינה של עילת הסבירות על ידי בית המשפט העליון, אבל בעיני הצעת החוק הנוכחית היא בבחינת 'לשפוך את התינוק עם מי האמבט'. היא מתיימרת להבדיל בין החלטות של הדרג הפוליטי לשל הדרג המנהלי, אבל בפועל, להערכתי, זה לא מה שיקרה משום שהבחנה בין החלטות שנאמר פוליטיות באופיין לבין החלטות שאינן כאלה אינה יכולה להסתמך אך ורק על הדרג של מקבל ההחלטה..."

לגבי "החלטות שרים", ישנן עשרות אלפי החלטות ביום שיכולות להיות מוגדרות כהחלטות שרים. למשל כל תכנית מתאר מחוזית נחתמת על-ידי שר הפנים; כל אשרת שהייה וכניסה לישראל ורישיון קבע לפי סמכות בחוק של שר הפנים. החלטות מהסוג הזה אין שום סיבה שבעולם דמוקרטית או אחרת לתת להם חיסיון מביקורת מלאה של



**ביהמ"ש כולל בעילת הסבירות. לכן, הצעת החוק אינה מבוססת על עמדתי"**

100. באשר לשאלות שהפנה יו"ר הוועדה בדבר החלת ביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות על מינויים, והשאלה בדבר ההבחנה בין נבחר ציבור לגורמים אחרים, אמר פרופ' דותן:

"אנחנו לא מעבירים את הקו בזהות מקבל ההחלטה, אלא החלטות של מליאת הממשלה לעומת החלטות של שרים. לטעמי, יש הבדל שכן החלטה של שר לא צריכה להיות פטורה מביקורת סבירות, וכן צריכה להיות הבחנה בין החלטות מדיניות כלליות לאינדיבידואליות..."

101. פרופ' דותן הצטרף אף הוא ליועץ המשפטי לוועדה, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה וגורמים נוספים באשר לחשש מנטילת סמכויות על ידי השרים, אשר תוביל לפגיעה בפרט:

"ההצעה נוכחית היא גורפת ותעורר המון שאלות ובעיות. אין צורך לדון בנטילה או אצילה כדי להגיע למסקנה זו. רוב ההחלטות שמשרד הפנים מקבל, או התחבורה או משרד התקשורת מוגדרות מלכתחילה כהחלטות שר בחוק... חשוב שתהיה על החלטות אלו ביקורת שיפוטית כי שום דבר אחר זה פקטו לא מגן על האזרח חוץ מסבירות. יבואן של ציוד תקשורת שנפגע, אין לו את המנגנונים האלה, אלא אם נעזרים במכעארים, ואנחנו לא רוצים את זה. שם אנחנו צריכים את הסבירות.... אני חושש מפרקטיקות פנים-משרדיות שיהפכו כל החלטה להחלטה של השר. זה מאוד גורף..."

102. כאשר שאל היועץ המשפטי לוועדה אודות ההשפעה של הצעת החוק על השימוש בסבירות ההליכית, טרם הסבירות האיזונית, השיב פרופ' דותן כי:

"בהקשרים מסויימים, אם למשל מדברים על לתת חסינות להחלטות ממשלה, אז ככל הנראה הרציונל יחול גם על סבירות הליכית. מנגד, אם מדברים על החלטה שרירותית וגחמנית, זה עדיין יכול לעמוד. השאלה לגבי מינויים היא שאלה מאוד גדולה. הבעיה בעניין זה היא שחלק מהחלטות של רשויות הממשל לאורך השנים היו כרוכות החלטה למעשה בסוג של שחיתות או של שיקולים זרים, עסקאות פוליטיות מפוקפקות. בית המשפט טיפל באמצעות כלי סבירות, ואני חושב שלא נכון מסיבות רבות, אבל חושב שמסוכן מאוד לשפוך את התינוק עם מי האמבט בעניין הזה..."

103. פרופ' ברק מדינה הציג את עמדתו בוועדה, והתייחס לשתי הערות רלבנטיות לענייננו. האחת – היא הפגיעה של חוק היסוד במשפט המנהלי, והשנייה – הפגיעה באיכות ההחלטות השלטוניות בישראל:

"כיום, בעשרות חוקים קיימים נקבע שהפעלת הסמכות מותנית בהפעלת שיקול הדעת של הגורם הממונה באופן סביר. כעת, עם השינוי, חוק יסוד גובר על חוק רגיל. לא נעשתה כל מחשבה על ההשפעה על שאר החוקים האלו. ולא מדובר ברשלנות... החוק הזה נועד לגעת במינויים. יאפשר את החזרתו של ח"כ דרעי לשולחן הממשלה, את פיטוריה של היועצת המשפטית לממשלה ושומרי סף אחרים, כך שהממשלה תוכל לפעול בלי מגבלות... אז למה מסתירים? למה לא אומרים בגלוי שהחוק הזה יחול על מינויים? מכיוון שיודעים שזה בעייתי. כעניין טכני, צריך להכיר בכך שהחוק הזה יוצר שינוי יסודי של כל המשפט המנהלי, ולכן אני חושב שיש כאן בעיה גדולה מאוד במישור האיזוני הטכני. ייצור בוקה ומבולקה בחקיקה."

104. בנוסף, הציג פרופ' מדינה את עמדתו באשר למטרתה האמיתית של הצעת החוק – הותרת הממשלה ללא מגבלות, וללא מנגנוני ביקורת, באמצעות חקיקה אשר תיחקק בחריגה

מסמכותה של הכנסת.

"החשש הוא שההסדר יפגע באיכות החלטות השלטוניות... כמו שציין יו"ר הוועדה, לעיתים בית המשפט טועה, לפעמים השרים טועים לפעמים הממשלה טועה. כולנו טועים. אבל מכאן לא נובעת המסקנה שהממשלה תחליט החלטות בלי מגבלות. צריך לברר איזה חלופה יותר מסוכנת. נשכחה כאן חלופה - אם הכנסת חושבת שבית המשפט טועה בעניינים מסוימים, למשל בפרשת לארה אל-קאסם, תתכבד הכנסת ותגיב לחקיקה ספציפית ונפתור את הנקודה הקונקרטיית. אבל, הכנסת שותקת. הכנסת שותקת כי הכנסת נתונה לשליטת הממשלה. הכנסת לא קבעה שום חוק שמסדיר החלטות שלטוניות... החוק הזה, כל המטרה שלו, היא לפטור את הממשלה ממגבלות, והכנסת אינה מוסמכת לכך."

105. ד"ר עמיר פוקס מהמכון הישראלי לדמוקרטיה התייחס לכך שההצעה אינה עומדת לבדה והיא חלק משינוי משטרי כולל, שעדיין לא ברורה משמעותו המלאה:

"איך מישהו יכול להביע דעתו על הצעה כזו בלי לדעת מה עוד הולכים לעשות. הכל תלוי זה בזה. זה תלוי בשאלה אם יש עדיין ביקורת שיפוטית חוקתית, מינוי שופטים, הכוח של היועצים המשפטיים, מקצועיים, עם חוות דעת מחייבת או לא..."

106. לדוגמה לטענה זו, השתמש ד"ר פוקס בתיקון סעיף 37 לפקודת המשטרה:

"...ח"כ פרקש הכהן אתגרה את ח"כ בן גביר, ושאלה אותו באשר לסגירת יחידות וכן הלאה, ביטול הפגנות והוא אומר לה: "לא, לא מבטלים את בג"ץ, אם אעשה משהו לא סביר, עדיין יש את בג"ץ לאיזונים ובלמים." זאת אומרת, אולי נותנים סמכויות לשר לביטחון לאומי אבל עדיין יש את בג"ץ שימנע קבלת החלטות בלתי סבירות. זה מה שקורה כשאתה מחוקק דבר אחד ולא מתייחס לשינוי המצב בעוד חודשיים..."

107. בנוסף, ציין ד"ר פוקס כי ההצעה תוביל לריקון מתוכן של דיני ממשלת מעבר, אשר נשענים על עילת הסבירות.

108. התייחסויות אלו של ארגוני חברה אזרחית, מומחים אקדמיים וגורמים נוספים, באשר להשלכות העמוקות של ההצעה על דיני ממשלת מעבר, מינויים, ההשפעה על השימוש בעילות אחרות, לא שינו במאומה את נוסח הצעת החוק.

109. באותו היום ממש, ביום 4.7.2023 עברה הצעת החוק בקריאה ראשונה בוועדת חוקה. ביום 5.7.2023 הונחה ההצעה על שולחן הכנסת, וביום 10.07.2023 עברה ההצעה במליאה, כאשר כל חברי המשכן נכחו בה. 64 חברי הקואליציה הצביעו בעדה, ואילו 56 חברי האופוזיציה הצביעו נגד.

העתק עמודים רלבנטיים מפרוטוקול מס' 114 מישיבת ועדת החוקה מיום 4.7.2023 מצורף ומסומן כנספח ע/11.

העתק הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות) ה"ח 968 שאושרה בקריאה ראשונה מצורף ומסומן כנספח ע/12.

דיון ביום 11.07.2023

110. לאחר שהצעת החוק לתיקון מס' 5 אושרה בקריאה ראשונה במליאת הכנסת כאמור, ביום

11.07.2023 התקיים דיון נוסף בוועדה במסגרת דיוניה לקראת קריאות שנייה ושלישית.

111. פרופ' דניאל פרידמן, אשר ככלל, תמך בהצעת החוק וציין כי היא "די מוגבלת" בתחומה, טען כי יש להחריג מהצעת החוק סמכויות אשר שרים נוטלים לעצמם מכוח סעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה.

112. במהלך הדיון, יו"ר הוועדה שאל את פרופ' פרידמן האם בנוסח הצעת החוק הנוכחי ישנו פתרון לשאלת כינוס הוועדה למינוי שופטים, בדבר סבירות או חוסר סבירות ההחלטה. פרופ' פרידמן ציין כי הוא אינו בטוח בכך, שכן הוועדה היא גוף שאינו מורכב רק מנבחרי ציבור, ומשכך גם לפי הצעת החוק ניתן להוציא צו כנגד הוועדה, גם בתקופת ממשלת מעבר.

113. ח"כ גלעד קריב התייחס לחשש שעלה בדיונים קודמים בדבר "ביצור" החלטות על ידי נטילת סמכויות, או קבלת ההחלטה ללא שימוש באצילה. פרופ' פרידמן השיב כי:

"שרים חשופים הרבה יותר לביקורות ציבוריות מאשר עובדי ציבור, למשל ביקורת תקשורתית והתמודדות לבחירות, אם קבלת החלטה לא פופולארית תתקבל על ידו יהיו מנגנוני ביקורת אחרים. אני לא חושש מנטילת סמכויות או הימנעות מהאצלה על ידי שרים".

**יובהר, כי הציטוט הנ"ל מדיוני הוועדה ויתר הציטוטים שיובאו להלן תומללו על ידי העותרת (למעט כאשר העותרת תפנה לפרוטוקול הדיון בנספח), לאור העובדה שטרם פרסמה ועדת חוקה, חוק ומשפט את הפרוטוקולים מישיבות הוועדה.**

114. פרופ' דותן השתתף פעם נוספת בדיון הוועדה. וזאת על רקע שתי הצעות לנוסח חלופי אשר הציע לוועדה: האחת, הצעה שגובשה על-ידי "קבוצת שטרן" בה היה חבר, במסגרת הדיונים שנערכו בבית הנשיא על הצעות ההפיכה המשטרית, והשנייה - הצעתו האישית.

115. בדבריו פרופ' דותן שב וחידד כי לשיטתו הצעת החוק היא גורפת ועל כן קיצונית, וכן הדגיש והסביר כי אופייה הגורף באופן מובהק של הצעת החוק, המעניקה למעשה חסינות מוחלטת לכל החלטה של הממשלה או חברה מביקורת סבירות, אינה תואמת כלל וכלל את עמדתו, לפיה יש לעשות הבחנות בין ההקשר בו מתקבלת ההחלטה המנהלית על-ידי הדרג הנבחר; הבחנה בין סוגי הדרג הנבחר (בין ממשלה, שר או דרג פקידותי) וכן בין סוגי החלטות המתקבלות על-ידו, לצד הבחנה בדבר סטנדרטים שונים של סבירות. כמו כן חזר והדגיש פרופ' דותן כי הגבלת הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות הדרג הנבחר בחקיקה, אינה מהלך מובן מאליו. **פרופ' דותן אף הדגיש כי לשיטתו, הסבריו "אינם נשמעים באוזניים כרויות".**

**העתק נוסח הצעת החוק מטעמו של פרופ' דותן מצורף ומסומן כנספח ע/13.**

**העתק נוסח הצעת החוק שגובש על-ידי "קבוצת שטרן" מצורף ומסומן כנספח ע/14.**

116. כן, הגיע לדיון עו"ד אסי מסינג, היועץ המשפטי למשרד האוצר. יצוין כי תחילה, יו"ר ועדת החוקה ניסה למנוע מעו"ד מסינג להציג את דבריו, והוא הורשה לדבר לאחר התערבותה של היועצת המשפטית לכנסת. טרם התייחסותו להצעת החוק, ציין כי אין עמדת ממשלה באשר להצעת החוק, וכי מעולם לא נדרש לתאם עמדה משפטית עם עמדת שר זה או אחר.

117. עו"ד מסינג ביקש להתייחס להשלכות הצעת החוק בהתייחס לסוגיה של מינויים, ובפרט המינויים של בכירי משרד האוצר:

"משמעות חקיקת החוק המוצע היא יצירת חור שחור נורמטיבי, פגיעה בתקינות המנהל, שלטון הציבורי. אבקש להדגים בפניכם, מה המשמעות של יצירת חור שחור כזה במשרד כמו משרד האוצר... משרד האוצר כולל 4 אגפי ליבה. לכל אחד מראשי האגפים סמכויות רחבות, רובן הואצלו על-ידי שר האוצר, וחלקן סמכויות שניתנו בנוהג. בנוסף, שר יכול לנטול סמכויות וישנן סמכויות נוספות, פרטניות, ששרי האוצר השאירו לעצמם... מינויים - מינויים של 4 ראשי אגפי הליבה במשרד האוצר נעשים בפטור ממכרז וללא ועדת איתור. כל זה לפי תנאי סף שניתן לשנותם מעת לעת.

מינויים אלה הם: החשב הכללי, ראש אגף תקציבים, הממונה על השכר והכלכלנית הראשית. המינוי של מנהל רשות המיסים והממונה על שוק ההון מתבצע בשנים האחרונות בוועדת איתור שנקבעה בהחלטת ממשלה, על פי דרישה של היועצים המשפטיים לממשלה לשעבר, כך שגם המינויים הללו נקבעים בהחלטות ממשלה, שניתן לשנותן בצורה פשוטה ללא ביקורת שיפוטית.

...  
עכשיו תארו לעצמכם ששר האוצר כלשהו יחליט שהוא ממנה לתפקיד החשב הכללי איש ללא ניסיון וללא השכלה כלשהי בעניינים כלכליים. הלוא אין חובה כזאת בחקיקה, התפקיד הרי לא הוגדר בחקיקה, לא נקבעו לו תנאי כשירות. מה שנעשה זה תנאים שנקבעו במשרד האוצר, יחד עם הנציבות, וניתן לשנותם מעת לעת. הרי כל הדיון פה הוא מה יקרה אם תתקבלנה החלטות שאינן סבירות באופן קיצוני"

118. כן, התייחס עו"ד מסינג לקלות הפיטורים ושינוי תנאי הכשירות, אשר ישפיעו לרעה על עצמאות ושיקול הדעת של אותם נושאי משרה בכירים.

#### דיון ביום 12.07.2023

119. ביום למחרת, 12.7.2023 התקיים דיון נוסף בוועדת חוקה.

120. במהלך הדיון, היועץ המשפטי לוועדה ציין כי התקבלו הצעות שונות למתווים מרוככים יותר, על ידי מגוון רחב של גורמים, לרבות כאלו המבקרים את עילת הסבירות. כמו כן היועץ המשפטי לוועדה ציין כי נוסח ההצעה כוללני מדי, ונגרעו ממנו אבחנות נדרשות, ובאופן ספציפי חסרה התייחסות לשאלות של התנהלות ממשלת מעבר; סוגיית המינויים – הבחנה בין מינויי שרים לעומת מאות מינויים של פקידים ושומרי סף (ואגב כך התייחס לנוסח המרוכך של פרופ' דותן אשר הציע את הקמת "הוועדה לטוהר המידות"); החלטות פרטניות של שרים, אשר אינן נוגעות לשאלות של מדיניות, בציינו כי במאמרו, כבוד השופט סולברג סבר כי בהחלטות אלו יש יותר רציונל להפעלת עילת אי-הסבירות. **כן, ציין כי בתום בדיקה בת כמה שעות אותרו 70 החלטות פרטניות של שרים, במנעד רחב של תחומים (וראו עמ' 10-14 לפרוטוקול).**

121. הדברים הנכוחים שהשמיעו מגוון מומחים, ואשר תומצתו על ידי היועץ המשפטי לוועדה – נפלו על אוזניים ערלות, ולא השפיעו על נוסח התיקון לחוק.

122. במהלך הדיון נכח שוב המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, ד"ר עו"ד גיל לימון, והתייחס להיבטים שונים בהצעת החוק. תחילה, ציין כי אין עמדת ממשלה באשר להצעת החוק שכן ההצעה לא עברה בוועדת שרים לחקיקה. באשר להצעת החוק לגופה התייחס באומרו כי:

"... הרוב המכריע של המומחים, עמדו על כך שהנוסח המוצע רחב מדי וגורף מדי, וההצעה היא הקיצונית ביותר האפשרית לטיפול בעילת הסבירות מאחר שהיא מונעת כל דיון בעילת הסבירה באשר לכל

החלטה של הממשלה או של שר. הצעת החוק מבטלת לחלוטין את הפסיקה של בית המשפט העליון בנושא עילת הסבירות, לא במובנה בהלכת "דפי זהב" אלא את השימוש בסבירות כפי שנעשה מימי קום המדינה. הקיצוניות של ההצעה מתבטאת בכך שהריכוך "למראית עין" לפיה הפטור מחובת הסבירות לא יחול על הכנסת או על השלטון המקומי. דווקא הריכוך לכאורה רק מחדד שהפטור מחובת הסבירות ניתן לקבוצה מצומצמת, בעלי השפעה הרבה ביותר על הציבור. במונח הזה אני מסכים עם פרופ' דותן לפיה "ההצעה שופכת את התינוק עם המים".

123. כן, התייחס עו"ד לימון, להשפעתה של עילת הסבירות בתוך המנהל פנימה ועל הפגיעה באיכות ההחלטות השלטוניות:

"הגם, שהיקף המקרים בהם התערב בג"ץ בעילת הסבירות הוא מצומצם יחסית, כפי שעולה מהסקירה שפירסם הייעוץ המשפטי לוועדה, לעילת הסבירות השפעה רחבה מאוד על גיבוש העבודה הממשלתית: היו מקרים ששר ביקש להביא מינוי אשר ועדת המינויים קבעה שהוא אינו עומד בתנאי הכשירות לתפקיד, זוהי דוגמה לשימוש בעילת הסבירות בחיי המעשה. ד"ר בקשי הציע להתמודד עם קושי זה באמצעות חיקוק תנאי הסף והיבטי טוהר מידות על-ידי הכנסת למינויים. אזכיר שהצעת חוק בנושא ציינה תנאי סף לפיו המינוי יהיה רק מעל גיל 21...".

124. כן, התייחס עו"ד לימון לשתי השפעות מרכזיות של ההצעה: הפגיעה בדיני ממשלת המעבר (ר' עמ' 42 לפרוטוקול) והפגיעה העקיפה של הצעת החוק על האינטרס הבינלאומי של המדינה (ר' עמ' 44-45 לפרוטוקול).

125. בהתייחס לשאלת המינויים, יו"ר הוועדה ציין כי מינויו של השופט מזוז ליו"ר ועדת המינויים, אשר נפסל בסופו של יום, מעלה חשש כי לא נכון ש"הפוסק האחרון" בשאלת סבירות מינוי יהיה בהכרח גורם מהייעוץ המשפטי לממשלה. לכך התייחס עו"ד לימון:

"גם לגבי המינוי של השופט מזוז... שאנחנו חשבנו שביישום הכללים המשפטיים, חשבנו שנכון למנותו ל-8 שנים, בית המשפט פסק אחרת. זה בסדר גמור, אלה כללי המשחק. כללי המשחק הם שבחברה דמוקרטית, אין גורם שלטוני שמחזיק בכל הכוח, ושבת המשפט הוא הפוסק האחרון בשאלות של חוקיות. כך באשר לכתבי אישום, יש מנגנון מאוד מוסדר טרם הגעה לכתב אישום... ובית המשפט הוא הפוסק האחרון בשאלת זיכוי או הרשעה של אדם".

העתק העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול מס' 121 משיבת ועדת החוקה מיום 12.7.2023 מצורף ומסומן כנספח ע/15.

126. בליל ה-12.7.2023, נשלח לחברי הוועדה נוסח חדש להצעת החוק. בנוסח זה, נמחקה התיבה "וכן של נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק" על בסיס ההתנגדות לפיה אף ראשי ערים יוחרגו מהחוק. בנוסף, וכאן עיקר השינוי, בנוסח העדכני הובהרה או הורחבה השאלה מהי החלטה של נבחר ציבור. "החלטה – כל החלטה לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

העתק הנוסח המתוקן של הצעת החוק מיום 12.7.2023 מצורף ומסומן כנספח ע/16.

דיון ביום 13.7.2023

127. למחרת, ב-13.7.2023 התקיים דיון נוסף בוועדת החוקה כהכנה לקריאה שנייה ושלישית. העותרת תבקש להתמקד בדיון זה בשאלת ההשפעה של הנוסח העדכני של הצעת החוק.

128. במהלך הדיון, הגיע שנית עו"ד מסינג, יועמ"ש משרד האוצר, במטרה להביא דוגמאות קונקרטיות נוספות הנוגעות למשרד האוצר, שכן נטען כלפיו כי הביא "דוגמאות מופרכות":

"בכל מה שקשור לשאלת המינויים... אני אתייחס רק לדברים שפורסמו ולדברים שהתרחשו ושהיה עליהם פומבי... בתקופה שבין 1 ביוני 2018 עד חודש ינואר 2019, לא היה כלכלן ראשי, לא בהטלת תפקיד ולא במינוי בכלל.

בעקבות דוחות מבקר המדינה הקודמים מ-2011 ו-2012, במסגרתם נקבע שהתחזיות היו שגויות לחלוטין ברמה המקצועית והשפיעו עליהן, ולכן נקבע נוהל מפורש איך קובעים תחזיות... **הנוהל הזה דורש עצמאות שיקול הדעת ללא מעורבות של שר**. לעומת זאת כאשר לא היה במהלך 2018 כלכלן ראשי, הנוהל עצמו לא קיים ולכן הייתה השפעה על אופן קביעת תחזית ההכנסות שהובילה לזה שהיה צורך להחזיר את הפעילות באופן המקצועי לפי שמתקבל וכדי שהתחזיות עצמן יגובשו ויוצגו בפני הממשלה.

המבקר קבע... "בעקבות פנייה זו הורה השר לקדם את הצגת עדכון התחזיות בפני הממשלה, על אף שסבר שאין תשתית מספקת לתחזית שהוצגה. תהליך הכנת התחזית וההתמודדות עם הגירעון הצפוי הציפו יחסי עבודה שאינם מיטיבים בתוך משרד האוצר שהתבטאו בין היתר בשיתוף פעולה. בעקבות זאת נדרשה מעורבות של היועץ המשפטי של משרד האוצר והוא הכריע בסוגייה כיצד להגיש תחזית".

**העתק עמודים רלבנטיים מפרוטוקול מס' 125 מישיבת ועדת החוקה מיום 13.7.2023 מצורף ומסומן כנספח ע/17.**

129. לשאלת יו"ר הוועדה באשר להשפעה של קיום עילת הסבירות בשיטת המשפט על המצב הספציפי אליו התייחס, ביאר עו"ד מסינג את דבריו:

"**במובן של אופן הפעילות והעבודה והיכולת לשקול תשתית עובדתית במסגרת קבלת החלטות, סבירות היא העילה היחידה שאפשרה לבחון האם המשרד פועל או לא פועל כדין... היכולת של יועץ משפטי במשרד האוצר לסמן את הצורך בשקילת מלוא התשתית העובדתית המקצועית הקיימת ולפעול לפי המנהל התקין... עילת הסבירות מסייעת בהקשר הזה... בדבר עדכון התחזיות, הן עודכנו כמו שצריך, העדכון נעשה בעקבות התערבות שלי, וזה צוטט בדו"ח, וזה נעשה, בין השאר, על בסיס עילת הסבירות...**"

130. היועץ המשפטי לוועדה התייחס לתוספת של הגדרת "החלטה" הכוללת גם התייחסות להחלטה להימנע מהפעלת סמכות, וציין כי יש להגדירה, וזאת לנוכח חוסר הוודאות הנוסף לתיקון, אשר ממילא מאופיין בחוסר וודאות רחב יריעה, היורד לשורש המשטר הדמוקרטי. וזאת משום שלא ברורה ההבחנה בין קבלת החלטה לבין מחדל.

"מבחינת הנוסח – ההבהרה לגבי החלטה שנוספה... במידה רבה אני חושב שהדברים האלה, נגזר כי החלטה יכולה לכלול מחדל, כולל החלטה שלא לפעול, וזה גם עלה בעבר. בהרבה סיטואציות, זו דוגמה למצב שבו הסבירות היא עילה מרכזית בהקשר הזה. השאלה האם במקרה כזה יהיו עילות אחרות, בסיטואציה של החלטה להימנע מסמכות, זו סיטואציה שבדרך כלל, בהרבה מקרים, לא תהיה אלטרנטיבה טובה. לא תמיד הפער בין סבירות הליכית לסבירות איזונית הוא כל כך נקי, למשל תשתית עובדתית לא התאימה

לשיקולים וכן הלאה. וזה במיוחד, כשהשיטה מתפתחת בקייסים, בשיטת משפט מקובל, 40 שנה מאז "דפי זהב". במובן הזה, החשש הוא שבמתח בין תשתית עובדתית ושיקול הדעת, הדבר הזה עשוי ליצור אי וודאות, בייחוד כאשר גוף פסיקה התפתח לכיוון מסויים. וחשוב להבהיר, לפחות לפרוטוקול. קיבלנו פניות והערות לגבי הנושא של החלה של סבירות בענפי משפט אחרים, כמו בפן האזרחי, ברשלנות לדוגמה, ולמשפט הפלילי, וחשוב להבהיר שזה לא יחול בענפים אלו."

131. כאמור, הדיונים הקדחתניים והארוכים בוועדה אשר הציפו קשיים משמעותיים רבים באשר להצעת החוק שהובעו על ידי גורמים רבים ומגוונים, לרבות היועצים המשפטיים לכנסת ולממשלה, לא הובילו לשינוי מהותי בנוסח על מנת לצמצם את הקשיים החמורים שנבעו ממנה. לעומת זאת, התווספה הרחבה של המונח "החלטה" (שלא הוצעה על ידי מי מהצדדים), אשר כאמור הגדילה את הקשיים הטמונים בהצעת החוק.

#### דיון ביום 16.7.2023

132. ביום 16.7.2023 הודיע יו"ר הוועדה, ח"כ רוטמן, כי זהו הדיון האחרון של הוועדה על הצעת החוק לתיקון לפני הצבעות בוועדה לקראת קריאות שנייה ושלישית. הודעה זו זכתה לגינוי נרחב מצד נציגי מהאופוזיציה, אשר שבו והדגישו כי בקשתם לשמיעת גורמים מקצועיים נוספים, ובפרט מהרשות המבצעת, לא נענתה ועל כן נושאים שלמים לא נדונו. בין גורמים אלה צוינו היועץ המשפטי של משרד הביטחון וזאת בנוגע להשלכות הצעת החוק הן על הצבא עצמו ומשרתיו והן במישור הבין-לאומי ומדיני; נציג היעוץ המשפטי של המשרד לביטחון פנים ונציג הסניגוריה הציבורית, לעניין ההשפעות ביטול עילת הסבירות על שירות בתי הסוהר ועתירות אסירים; נציב שירות המדינה, יועצים משפטיים של משרדי ממשלה נוספים (למשל כלכלה, הגנת הסביבה, בריאות) ועוד.

133. עוד הודגש בדברי נציגי האופוזיציה כי מדובר בהעצמת פגמים משמעותיים לשיטתם בהליך החקיקה, המאפיין את דיוני הוועדה מתחילתם, בפרט משמדובר בהצעה מטעם הוועדה. בהקשר זה חזרו ושבחו חברי הכנסת מצד האופוזיציה על הניסיונות למנוע מנציגי הממשלה שדיברו בוועדה, ובפרט היועצים המשפטיים, להביע את דעתם.

134. כמו כן, בדיון השתתף פרופ' יובל אלבשן, המחזיק בעמדה תומכת בצמצום עילת הסבירות בחקיקה, כפי שבאה גם לידי ביטוי בהשתתפותו בשיחות בבית הנשיא בנושא ההפיכה המשטרית, בהם עמד בראש צוות יחד עם פרופ' דניאל פרידמן. פרופ' אלבשן הצהיר בדיון, במענה לשאלות חברי האופוזיציה, כי הוא מתנגד להצעת החוק לתיקון מס' 5 משום שלדבריו "הנוסח לא ראוי".

135. פרופ' אלבשן התייחס לנוסח הגורף והבעייתי של הצעת החוק וציין מספר נקודות אשר לדעתו הן המשמעותיות ביותר:

**"יש פה דברים שחייבים להיות בחוק, שחשוב להסכים עליהם, למשל הוצאת ממשלת המעבר. אלה דברים שהיו מוסכמים על כולם [בשיחות בבית הנשיא, הח"מ]. גם ככה הממשלה הזו בגרעון דמוקרטי, אין לה שום יתרון על בית המשפט, אין צורך להסביר את זה. נדרשת הבחנה בין החלטות הממשלה במליאתה לבין החלטות השרים, שהצמצום יכול לחול רק על החלק הראשון... במליאת הממשלה בהחלטות פרטניות צריכה להיות עילת סבירות..."**

אני חושב שנוסחת סולברג איננה נכונה, אבל גם אם אני מקבל אותה, צריך לעשות הבחנה בין החלטות של מדיניות לבין החלטות פרטניות...

עוד נקודה, שכן הוסכמה, והיא החלת חובת הסבירות על השרים וכולי גם אם אין ביקורת שיפוטית. יש פער בין החובה לבין השפיטות של העניין. זאת אמירה נורמטיבית שחייבים לנהוג סבירות וההליך יהיה תקין. המשמעות של הצמצום כמו שהוא בנוסח הוא כי יש צמצום של חובת הסבירות... קביעת החובה לנהוג בסבירות היא קריטית... כמו כן לגבי מינויים חייבת להיות הבחנה בין מינויים שאושרו בכנסת, לבין מינוי השרים, שעליהם צריכה לחול חובת הסבירות הרחבה".

136. במענה לדבריו של פרופ' אלבשן, הדגיש יו"ר הוועדה, ח"כ רוטמן, בין היתר כי:

**"האפשרויות לצמצום כפי שנאמר פה רבות גם בדיון הקודם, כל זמן שהן מותירות את שיקול הדעת השאלה מה נכנס לצמצום ומה לא, מה ענייני מדיניות ומה לא, מה היא אי סבירות קיצונית ומה היא לא ממילא הן לא עושות את פעולתן, ממילא בית המשפט מפעיל את הצמצומים הללו, נשברו המון קולמוסים, לכן את המגבלות הללו אי אפשר לעשות..."**

בקשר לקביעת חובת הסבירות... אם כדברי המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, לית דיין בלית דין, מבקשים לקבוע את חובת הסבירות רק על השרים, מדוע לא מבקשים לקבוע אותה על בית המשפט העליון, או על היועצת המשפטית לממשלה?...

**קביעה בחוק-יסוד: השפיטה חובה לנהוג על הממשלה בסבירות, כאשר אין חובה מקבילה על בית המשפט, ואין חובה מקבילה על רשויות שלטון אחרות, אינה אפשרית".**

137. היועץ המשפטי לוועדה, ד"ר בליי, שב וציין כי הצורך בקביעה מפורשת של חובת הסבירות בהצעת החוק הוא חיוני גם משום שכך יתאפשר מנגנון ביקורת מנהלי "חלש" יותר בעניין הסבירות, במתכונת של הצהרה על "אי התאמה", בדומה למנגנון הביקורת החוקתית הנהוג בחוק האנגלי. זאת, כפי שהוצע על-ידי הייעוץ המשפטי לוועדה להוסיף מנגנון כאמור להצעת החוק.

138. בדיון השתתפו נציגי היועצת המשפטית לממשלה, ביניהם המשנה למשפט-מנהלי, ד"ר גיל לימון. בין יתר הדברים, הסביר ד"ר לימון כי לעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה התיקון בו הודגש כי תהא חסינות מפני עילת הביקורת השיפוטית בעניין סבירות החלטות הדרג הנבחר לרבות מינויים ולרבות החלטה להימנע מהפעלת סמכות היא החמרת הקשיים הנובעים מהצעת החוק, וחותרת תחת עקרונות יסוד במשטר הדמוקרטי של הפרדת הרשויות ושלטון החוק:

**"... התיקונים שהוכנסו דווקא מחזקים את הקשיים שעמדנו עליהם בכך שהם ראשית, מגדילים את החסינות מפני ביקורת שיפוטית על הפרת חובת הסבירות על הממשלה והשרים, שמחזיקים בכוח השלטוני הרב ביותר. שנית, התיקונים האלה מבהירים באופן מפורש שהצעת החוק נועדה לחול גם על מינויים. ומשמע גם על פיטורין. וכן גם על הימנעות מביצוע החלטה שלטונית – כלומר על החלטות שלטוניות פרטניות להבדיל מהכרעות מדיניות כלליות".**

139. מעבר לדברים אלה, סיכם המשנה ליועצת המשפטית לממשלה את העמדה שהוצגה לאורך דיוני הוועדה. בין היתר שב והדגיש את ההשלכות הקולוסאליות של ביטול עילת הביקורת השיפוטית של סבירות על תפקוד הייעוץ המשפטי לממשלה כשומר סף, ועל הפגיעה בהבטחת שלטון החוק בממשלה:



”... בהקשר של חובת הסבירות, שיקול הדעת הנתון לדרג המדיני הוא רחב. בוודאי ובוודאי כאשר מדובר בהחלטות מדיניות שאז שיקול הדעת הוא רחב מאוד. אנחנו בשום פנים ואופן לא נכנסים בנעלי הממשלה או השרים, ולא מקבלים החלטות מדיניות במקומם. במקרה הקיצון, שבהם החלטה משקפת חריגה מהותית ממתחם הסבירות, תפקידנו הוא לשקף לשר או לממשלה, שההחלטה העומדת על הפרק היא בלתי סבירה באופן קיצוני ואינה מצויה בגבולות הדין. זאת גם לאור הביקורת השיפוטית הצפויה. זה נעשה כחלק מהתפקיד שלנו כשומרי סף. אם תעבור החקיקה המוצעת, הייעוץ המשפטי לממשלה לא יוכל למלא את תפקידו כאמור. ובהיעדר ביקורת שיפוטית, לא יהיה שום בלם אפקטיבי מפני קבלת החלטות שאינן מקיימות את חובת הסבירות באופן קיצוני – כלומר החלטות המתעלמות משיקולים מהותיים או מעניקות משקל עודף לשיקול זניח”.

140. בהמשך, שב והדגיש המשנה ליועצת המשפטית לממשלה כי הצעת החוק בהיותה גורפת במיוחד, חותרת תחת עקרון הפרדת הרשויות העומד בגרעין המשטר הדמוקרטי:

”שנית אבקש להתייחס לנושא הפרדת הרשויות כחלק מעקרונות הדמוקרטיה...הדרך שבה הוועדה בחרה – מניעה מוחלטת של ביקורת שיפוטית על סבירות ההחלטה – שוברת את כללי המשחק המקובלים בדמוקרטיה כחלק מאיזונים ובלמים שמתקיימים בין שלוש הרשויות. בפני הוועדה הוצגו דרכים רבות אחרות להתמודד עם קשיים או טענות או ביקורת עם עילת הסבירות אך הוועדה לא בחרה מאף אחת מדרכים אלה.

הצעת החוק בנוסח הנוכחי מונעת התערבות שיפוטית באופן גורף לגבי החלטות בלתי סבירות של הממשלה והשרים שרובן המכריע הן החלטות פרטניות ולא הכרעות מדיניות. דבר שמלמד שתכלית התיקון היא להסיר מגבלות מעל הרשות המבצעת. בכך ההצעה חוטאת לעקרון הבסיסי של הפרדת הרשויות שמייצר איזונים ובלמים. התפיסה שעומדת בסיס הצעת החוק שלפיה יש לבטל את עילת הסבירות אך ורק מפאת האלמנטים הסובייקטיביים שבה שמחייבים הפעלת שיקול דעת שיפוטי, עלולה שלא להיעצר בעילת הסבירות ולהמשיך לעילת המידתיות וכל עקרון משפטי אחר שהדרג המדיני יתפוס אותו כמרסן את כוחו יתר על המידה. התיקונים שנערכו בהצעת החוק בימים האחרונים כאמור רק מחזקים את החשש האמור. תפיסה כזו חותרת למעשה תחת כוחה המחייב של מערכת המשפט כולה”.

141. כמו כן, הדגיש ד"ר לימון כי רוחב היריעה של הצעת החוק הוא כה קיצוני, כך שיביא לביטול חובת הסבירות על הדרג הנבחר בפועל באשר למינוי שומרי סף:

”...לא יהיה כל חסם מפני פיטוריו של שומר סף שמילא את תפקידו וקיבל החלטה בניגוד לעמדת הדרג הפוליטי הממונה עליו. על כן הפגיעה של ביטול עילת הסבירות היא רב מערכתית. היא תחליש את המערכת החיסונית שבמערכת הממשלתית ותייתר את היכולת של גופי החוק והמשפט למנוע החלטות בלתי סבירות.”

142. בסיכום דבריו של המשנה ליועצת המשפטית לממשלה הדגיש כי הצעת החוק חותרת תחת חובת הנאמנות לציבור החלה כעקרון חוקתי ודמוקרטי על כל אחת מרשויות השלטון, ובחובות ההגינות החלות ביתר שאת על הרשות המבצעת:

”... חובת הממשלה ושריה לנהוג בסבירות מהווה ערובה חשובה לשמירה על תקינות פעילות המנהל, על טוהר המידות בשירות הציבורי, על הגינותו של השלטון ביחסיו מול הפרט, ובכלל על שלטון החוק ועל אמון הציבור. שינוי הנוסח לאחר קריאה ראשונה אינו נוסח מרוכך יותר של ההצעה אלא אף מחריף את הקשיים שהתקיימו עוד לפני הקריאה הראשונה. משמעות התיקון היא למעשה שחרור הממשלה ושריה מהחובה לפעול בסבירות בהחלטותיהם....”

143. בדומה למשנה ליועצת המשפטית לממשלה, היועץ המשפטי של ועדת החוקה, ד"ר בליי, שב, הדגיש וחייד את הקשיים בהצעת החוק, הן בנוסחה הראשוני והן בנוסחה המעודכן והמורחב. ראשית, במענה לשאלה של חברי כנסת, שב והסביר ד"ר בליי כי רוחב היריעה של התיקון הוא רחב ביותר – כל מי שיש בידי סמכות שפיטה על פי דין, ולא רק בית המשפט הגבוה לצדק הנכבד, למשל גם בית המשפט לעניינים מנהליים; אך גם ערכאות מעין-שיפוטיות ברשות המבצעת, כגון בתי דין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל.

144. שנית, באשר לתוספת להצעת החוק בעניין המונח "החלטה" המרחיב את יריעתה וקשייה של הצעת החוק, הסביר כי בעקבות ההצעה, ייתכן ושר לא יקבל החלטה פוזיטיבית להימנע מהפעלת סמכות, אלא פשוט יימנע מקבלת החלטה, בשל אי-הוודאות המתעוררת מנוסח התיקון, באשר לתחולת הביקורת השיפוטית על הימנעות מהחלטה.

145. היועץ המשפטי לוועדה אף שב וציין כי לאורך דיוני הוועדה עלו הצעות שונות חלופיות לנוסח הצעת החוק, על מנת להתמודד עם הקשיים הרבים שבהצעת החוק, ובפרט עם אי הוודאות הנרחבת אותה מייצרת, כולל הצעות הייעוץ המשפטי לוועדה, אשר הוועדה לא קיבלה. בין אלה, לקבוע הגדרה למונח סבירות, להגדיר כי מדובר בסבירות הנובעת לשיקול הדעת ולא לסבירות הליכית, לקבוע את חובת הסבירות, לקבוע הבחנה בין ממשלה במליאתה לבין החלטות שרים, וכן הבחנה בין החלטות מדיניות כלליות לבין החלטות פרטניות, התייחסות לממשלת מעבר וכן הלאה.

146. זאת ועוד, עו"ד שטרנברג, ראש אשכול משפט-מנהלי במחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, הציגה תוצאות בדיקה שהתבקש הייעוץ המשפטי לממשלה לעשות על-ידי חברי הוועדה, בעניין רשימת ההסמכות והאצלות סמכויות לפי סעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה. לפיה, מדובר ברשימה שאינה ממצה, אך נמצאו למעלה מ-700 הסמכות ואצילות, בשנים 2018-2023, כאשר הדגישה כי חשוב לזכור שאצילות שעומדות בתוקף משנים עברו לא נספרו. ולכן העריכה כי "בשקט ניתן לומר שמדובר ברשימה של 1,000 הסמכות ואצילות"<sup>10</sup>. הדבר מאוד מאוד חשוב משום שמשקף את היקף החלות העתידית של התיקון. בנוסף צריך לזכור את סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה, שמאפשר לשרים למשוך כל סמכות של הדרג המקצועי, ובעניין זה לא נערכה בדיקה.

147. היועץ המשפטי של הוועדה הדגיש כי נתונים אלו מדגישים את רוחב היריעה של סמכויות פרטניות בידי הפקידות, כך שהחלוקה של השופט סולברג לפיה הפקידות מקבלת החלטות פרטניות והשרים מקבלים החלטות מדיניות, לא משקפת את המציאות המורכבת שעולה מ-700 הסמכויות הללו. בנוסף, הסביר כי:

**"בגלל שהאוצר יכול תמיד לקבל החלטה פרטנית, נוצר פה מערך מבחינת תמריצים בעייתיים. כי בסיטואציה בה יש חשש שהחלטה לא סבירה, יש חשש שדווקא בה השר יקבל החלטה בשביל לחסן אותה מביקורת שיפוטית. כלומר הוא יבוא לתת הגנה לפקיד באמצעות הוספת חתימה".**

<sup>10</sup> רשימת הסמכות והאצלת סמכויות בין השנים 2018-2023 זמינה בקישור:

[https://fs.knesset.gov.il/25/law/25\\_ls\\_bk\\_2906993.xlsx](https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_ls_bk_2906993.xlsx)

148. כמו כן, מרכז המחקר והמידע של הכנסת הכין מחקר בנושא קיומם של מנגנוני אישור, ובקרה, לרבות ביקורת שיפוטית על מינויים בידי הממשלה במדינות שונות, בעקבות בקשתו של חבר ועדת החוקה, ח"כ קריב. יו"ר הוועדה סירב לקיים דיון על המחקר, משום שלדעתו המחקר אינו רלבנטי להצעה לתיקון מס' 5.

**העתק מחקר של מרכז המחקר והמידע של הכנסת בנושא מנגנוני אישור ובקרה לרבות ביקורת שיפוטית על מינויים בידי הממשלה מצורף ומסומן כנספח ע/18.**

149. כמו כן, בנוגע לדיני ממשלת מעבר, יו"ר הוועדה הבהיר כי לדעתו יש הבדל בין התקופה לפני מועד הבחירות, לבין התקופה ממועד הבחירות ועד הקמת ממשלה, בה הממשלה המכהנת נמצאת בגירעון דמוקרטי גדול אשר מצריך להקים מנגנונים אחרים לבקרה שאינם בית המשפט, אבל עדיין הגורם הנכון לביקורת על סבירות החלטות הממשלה בתקופה זו אינו בית המשפט, הנמצא לשיטתו בגירעון דמוקרטי גדול יותר. לדבריו "אין להחליף פרה בחמור".

150. זאת ועוד, כאשר ח"כ מירב כהן ביקשה הבהרה כיצד התוספת לנוסח הצעת החוק - אשר כאמור לעיל הרחיב את המונח "החלטה" גם לגבי החלטה להימנע מהפעלת סמכות - תשפיע על כינוס הוועדה למינוי שופטים והם מכוונת לחול עליה, יו"ר הוועדה קטע את דבריה והוציאה מהדיון.

151. יוער (כאמור לעיל) כי בעת הגשת העתירה דן טרם עלה לאתר הוועדה פרוטוקול הדיון מיום זה, על כן הציטוטים המופיעים מדיון האמור תומללו על ידי העותרת מסרטוני הקלטת הוועדה.

#### **דיון ביום 19.7.2023**

152. ביום 19.7.2023 קיימה ועדת הכנסת דיון בקביעת סדרי דיון מיוחדים לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת והקדמת הדיון על התיקונים לקראת הקריאה השנייה והשלישית. השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת - מאפשר לקואליציה ולממשלה, הלכה למעשה, לדרוס ברגל גסה, את הליך סדר הליך החקיקה הנאות ואפשרות האופוזיציה בכנסת לקיים דיוני הסתייגויות ופיליבסטר למהלכי חקיקה שונים, ושומר למקרים חריגים וקיצונים במיוחד, הפך לדבר שבשגרה בכנסת ה-25.

153. במהלך הדיון בוועדת הכנסת הבהירו חברי הכנסת מטעם סיעות האופוזיציה כי השימוש בסעיף 98 לתקנון, כדי לקבוע סדרי דין שדורסים את אפשרות סיעות האופוזיציה להעלות הסתייגויות דווקא בתיקונים כה מהותיים המשנים את הסדר המשטרי בישראל, אינו מתקבל על הדעת.

**העתק החלטת ועדת הכנסת על שימוש בסעיף 98 לתקנון מיום 19.7.2023, מצורף ומסומן כנספח ע/19.**

154. ביום 20.7.2023, בצל מחאה ציבורית חסרת תקדים, אושרו התיקונים לקריאה שנייה ושלישית בוועדת החוקה, חוק ומשפט.

**העתק הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) כפי שהונחה על שולחן הכנסת ביום 20.3.2023 מצורף ומסומן כנספח ע/20.**

155. לפני זמן קצר אישרה הכנסת בקריאה שנייה ושלישית את התיקונים, והם נתקבלו כתיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה.

### **3.ג. מיצוי הליכים מטעם העותרת**

156. מייד כשהחלו דיוני וועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, נטלה העותרת חלק פעיל בדיונים, באמצעות נציגים מטעמה שביקשו לעמוד על הקשיים הרבים בהצעות.

157. בהתאם, בחודש פברואר 2023, בסמוך לפרסום הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – הפרדת רשויות), אותה יזם יו"ר ועדת החוקה חה"כ רוטמן, ובה הועלתה לראשונה ההצעה לביטול הביקורת השיפוטית על "הדרג הנבחר" בממשלה, הגישה העותרת נייר עמדה אשר התייחס בין היתר לעניין זה. העותרת עמדה על התנגדותה להצעת החוק בכללותה, ובפרט להצעה בקשר לעילת הסבירות. כך, בין היתר, הסבירה העותרת כי עילת הסבירות היא כלי שיפוטי, הכרחי ומרכזי בהכרעות השונות הפוגעות באזרחים. הניסיון לצמצם את עילת הסבירות – כמוהו כצמצום יכולתם החוקית של אזרחי המדינה להתנגד לפעולות הממשל השונות שמבקשות לפגוע בהם ובזכויותיהם הבסיסיות ביותר.

**העתק נייר העמדה מטעם העותרת שהוגש ביחס להצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – הפרדת רשויות), מצורף ומסומן כנספח ע/21.**

158. בחודש יוני 2023, ועם פרסומה של הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות), הגישה העותרת נייר עמדה נוסף מטעמה, בו עמדה בפירוט נרחב על התנגדותה להצעת החוק.

159. בין היתר עמדה העותרת על כך שחקיקת הצעת החוק תביא להסרת מגבלה משמעותית על כוחה העודף של הרשות המבצעת בישראל, ולפיכך, בין היתר, גם לפגיעה בתושבי המדינה, באינטרס הציבורי ובחוזקו של המשטר הישראלי. העותרת עמדה על כך שהצעת החוק מבקשת לבטל את קיומו של כלי האכיפה המרכזי והאפקטיבי ביותר של חובת הנאמנות שחבה הרשות המבצעת, ובפרט "הדרג הנבחר" כלפי הציבור, ואשר עומדת ביסוד הלגיטימציה להפעלת כוח שלטוני. לא רק זאת, הדגישה העותרת כי ביטול עילת חוסר הסבירות כמוצע, יביא לערעור משמעותי ואף להתבטלות החובה על רשויות המנהל לפעול בסבירות, מה שבהכרח יוביל לשימוש לרעה בכוח שלטוני, ללא אפשרות ממשית לפיקוח, בקרה (מראש או בדיעבד) ומתן סעד לאזרח או לציבור הנפגע. על כן, קידום ההצעה לכדי תיקון חוק-יסוד: השפיטה כמוצע, יביא לפגיעה חמורה, ובאופן אנוש, בעקרון שלטון החוק, בעקרון "הפרדת הרשויות" ובפרט בעקרון "האיזונים ובלמים", בטוהר המידות ובזכויות הפרט.

**העתק נייר העמדה מטעם העותרת שהוגש ביחס להצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות), מצורף ומסומן כנספח ע/22.**

160. בהתאם, נציגי העותרת נכחו בדיונים הרבים בוועדת החוקה. ביום 3.7.2023 קיבל נציג העותרת, עו"ד תומר נאור, זכות לדבר בדיוני הוועדה בכנסת, ועמד על עמדת העותרת:

"כשאנחנו מסתכלים על משטר דמוקרטי, אחד הביטויים הראשונים שעולים לנו לראש, אם נשאל כל תלמיד אזרחות, הוא איזונים ובלמים. כלומר, על כל אחת מהרשויות יש פיקוח ובקרה של הרשות שלצידה.

היגיון שהיה ברור לכולנו לפני כמה חודשים, הוא שאנחנו לא רוצים כוח אבסולוטי לרשות אחת על פני השנייה. לצד המנגנונים האלה, אנחנו זוכרים שבמהלך השנים, מאחורי מסך בערות, כמובן, עוגנו מנגנונים נוספים בתוך הרשויות עצמן. מנגנונים של ריסון, שנועדו לוודא שהחלטות ציבוריות יתקבלו בצורה מסודרת, ברורה, תוך הסתמכות על מארג שיקולים ענייני ולטובת הציבור.

כהערה מקדימה, וזה דבר שחוזר על עצמו היום בדיון, אחת הרעות החולות, ואני אומר את זה במלוא הכבוד להליך החקיקה בבית הזה בשנים האחרונות, היא העובדה המצערת, ולא משנה איזו ממשלה מכהנת, שפעם אחר פעם מתקנים חוקים בצורה מהירה, ומתוך הסתכלות צרה על צרכי הרגע, מבלי לבחון השלכות רוחביות שעלולות להיווצר כתוצאה מהחוק. אני אצטט את היועץ המשפטי של הוועדה, שיושב פה היום, ואמר לפני כמה שנים – אני לא יודע אם אתה זוכר: זה מייצר לנו באגים חקיקתיים. משפט של גור. אין אחד בישיבה הזאת שלא נפגע בשנים האחרונות בצורה כזאת או אחרת, ולא משנה הפוזיציה הפוליטית שאיתה אנחנו מגיעים, בגלל הליך חקיקה שלא הקדישו בו די זמן לבחינת המארג החקיקתי שבו הוא יושב, והאדוות שהחוק מייצר.

לכן, כהערת פתיחה, אני מבקש, ביטול עילת הסבירות כמו שמבקשת הוועדה לקדם, לא יכול להיות מקודם בצורה שבה הוא מקודם, מבלי להתייחס להשלכות האדירות שלו על השירות הציבורי, על מנגנונים אחרים שייפגעו. שמחה, הממשלה הנוכחית ואתם הצלחתם לערער את אמות הסיפים. הצלחתם. עכשיו זה הזמן לעצור, לשבת על רפורמה אמיתית, מקיפה, שבסופה יהיו לנו חוקי-יסוד ברורים, שמסדירים את כל מארג היחסים בין הכנסת לבית המשפט לממשלה כמקשה אחת. אני אפילו מעז לדמיין חוקה.

לגופו של עניין, אם נסתכל על עילת הסבירות, למרות שאוהבים לספר לנו שזאת עילה שמשקפת את תפיסת עולמו הערכי של השופט, אני מניח שלפחות המשפטים פה יודעים שמדובר במציאות שונה לחלוטין. כשבית המשפט בוחן סבירות של החלטה מינהלית, הוא מסתכל על רשימה ארוכה של מבחני עזר – אם היא נסמכה על שיקולים מקצועיים, ענייניים, תשתית עובדתית מתאימה, תשתית משפטית, מסגרת זמן מתאימה – יושב-ראש הוועדה, דיברת על זה – שקילת שיקולים מתאימים, שרירות וכן הלאה. ברור לי שברמה הפופוליסטית, לכל אחד מהצדדים יש רשימה של שניים-שלושה פסקי דין, שבהם בית המשפט כן עשה, לא עשה. הכלל הבסיסי שנשמר הוא שבית המשפט מעביר ביקורת שיפוטית האם הרשות קיבלה החלטה עניינית ושקולה, או החלטה שרירותית מתוך מניעים זרים.

שלב אחד מעל החלטה המינהלית – אנחנו נמצאים בביקורת שיפוטית על מינויים... אם היינו יודעים שפוליטיקאי שממנה במשרד שלו, עושה את זה מתוך מחשבה על טובת הציבור, מינוי מקצועי ראוי של אדם בעל ניסיון וכישורים, יכול להיות שלא היינו צריכים את העילה הזאת. אבל זאת לא המציאות, וגם ממשלות בעבר לא חשבו שזאת המציאות. לכן, הם הקימו את אותו סט של מנגנוני פיקוח. ובשביל זה יש לנו את נציבות שירות המדינה ואת נבחרת הדירקטורים ואת הוועדה לבחינת מינויים. ובגלל זה המצאנו את ההליך המכרזי ואת תנאי הסף, וכאמור, אף פעם אי-אפשר לבחון חקיקה בלי לראות מה קורה במקרו. [עמ' 46-47 לפרוטוקול מס' 113 נספח ע/9]

161. בהמשך לכך, ביום 9.7.2023 פנתה העותרת אל היועצת המשפטית של הכנסת, עו"ד שגית אפיק, לנוכח פרסומים בתקשורת כי גורמים בקואליציה לוחצים עליה לתמוך בהצעת החוק. וזאת, גם לנוכח העובדה כי היועצת המשפטית לכנסת ממלאת תפקיד של שומרת סף. לפיכך בפנייתה ביקשה העותרת מעו"ד אפיק כי תבהיר שעילת הסבירות היא כלי שיפוטי, הכרחי

ומרכזי בהכרעות השונות הפוגעות באזרחים. הניסיון לצמצם את עילת הסבירות – כמוהו לצמצום יכולתם החוקית של אזרחי המדינה להתנגד לפעולות הממשל השונות שמבקשות לפגוע בהם ובזכויותיהם הבסיסיות ביותר. מכאן – ובשעה שאין חוקה בישראל – כל ביטול או צמצום של עילת הסבירות ביחס לאפשרותם של אזרחי המדינה להתנגד לפעולות הממשלה השונות ולעמוד על זכותם הבסיסית לפנות לסעד וביטול הגזרה בערכאות שיפוטיות – גורר בהכרח מניעה משפטית.

#### **העתק מכתב העותרת אל היועצת המשפטית של הכנסת מיום 9.7.2023 מצורף ומסומן כנספח ע/23.**

162. על אף כל זאת, ועל רקע פעולות וניירות עמדה רבים נוספים – המשיכה בכל זאת ועדת החוקה, חוק ומשפט בקידום התיקון. נוכח האמור, לא יכול להיות חולק שהעותרת מיצתה את ההליכים האפשריים כמיטב יכולתה, טרם הגשת העתירה.

163. יצוין, כי לעניין השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת, העותרת כבר פנתה ביום 6.3.2023 בבקשה דחופה לעצירת השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת אל יו"ר הכנסת, יו"ר ועדת הכנסת והיועצת המשפטית לכנסת – והזהירה כי השימוש בסעיף 98 מהווה 'פגם היורד לשורש ההליך'. במענה לעותרת מטעם הייעוץ המשפטי לכנסת מיום 26.3.2023 הובהר לעותרת כי גם הייעוץ המשפטי לכנסת **מתנגד** לשימוש בסעיף 98 לתקנון, אך בכנסת הנוכחית הובהר כי הוא נעשה רק להוראות שעה שעתידות לפקוע ומכאן הצורך שנדרש אישור מהיר מאוד של החקיקה תוך דריסת האופוזיציה.

164. על אף הדברים האלה, נעשה שימוש כאמור בסעיף 98 לתקנון הכנסת כדי לדרוס את הליך החקיקה הנאות בכנסת ונקבעו סדרי דין חריגים במיוחד להצבעה בקריאה שנייה ושלישית במליאה.

#### **העתק מכתבה של העותרת בבקשה לעצור את השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת מיום 6.3.2023, והעתק המענה מטעם הייעוץ המשפטי לכנסת מיום 26.3.2023, מכתבנו הנוסף בנושא מיום 29.3.2023 והמענה של היועצת המשפטית של הכנסת מיום 4.4.2023 מצורפים ומסומנים כנספח ע/24.**

165. ואולם משעברו החוקים בקריאה שנייה ושלישית, ובפרט – נוכח הסכנות החמורות והמיידיות שמציבה יכולתה של הממשלה-לבדה לכנס את הוועדה לבחירת שופטים ולמנותם כרצונה, אין מנוס מהגשת העתירה. לפיכך, העותרת פונה בית המשפט הנכבד בעתירה זו ולבקש כי יורה על מתן הצווים המופיעים ברישא לעתירה, שהרי ידוע כי "בנסיבות אלה, יעת למצות הליכים, ועת למצות את מיצוי ההליכים ולעתור" (בג"ץ 2589/20 **לשכת רואי חשבון בישראל נ' ממשלת ישראל** פסקה 14 (30.4.2020); בג"ץ 7652/19 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול**, פסקה 2 (12.2.2020)). וכך נעשה.

#### **ד. הטיעון המשפטי**

## 1.ד. התשתית הנורמטיבית – ביטול הגבלה משמעותית על כוחה של הרשות

### המבצעת בחוק-יסוד: השפיטה

166. חוק יסוד: השפיטה קובע את העקרונות החוקתיים על פיהם תפעל הרשות השופטת ובכלל זה מסדיר את מוסדות השפיטה, עצמאותם, סמכויותיהם, דרכי עבודתם וסדרי המינהל בהם, וכן בייחוד הכהונה של השופטים, איתלותם, דרכי מינוים, משך כהונתם ותנאי עבודתם [ר' הצעת חוק-יסוד: בתי המשפט, ה"ח 1348]. בכך מהווה חוק-יסוד: השפיטה עיגון חוקתי למעמדה של הרשות השופטת, עצמאותה, והיותה גורם מרכזי במערך האיזונים ובלמים במשטר הישראלי. אין המדובר בחוק יסוד המסדיר את הוראות הדין החל על הרשות המבצעת, וודאי שאין הוא המסגרת לכך.

167. לעניין תפקידו של בית המשפט הנכבד כרשות שלטונית בעלת תפקיד חוקתי של ביקורת ופיקוח על כל רשות או אדם הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, וכן התערבות בהחלטותיהם אם השתמשו בכוח השלטוני הנתון להם שלא לטובת הציבור או תוך פגיעה בפרט, קבע סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה בנוסחו הקודם כי:

"(ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בענינים 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 –

...  
(2) לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין – להימנע מלפעול;

168. אם כן, בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק מוסמך לבלום ולאזן את הרשויות האחרות – כחלק מתפקידו וכן, כחלק מתפקידה של הרשות השופטת בדמוקרטיה מהותיות. את אפשרות זו, מעוניין כעת הדרג הנבחר בממשלה לבטל והלכה למעשה לקחת סמכויות אלה תחתיה. מעבר לכך, מדובר בהותרת "חור שחור" הבולע מגבלה משמעותית על השימוש בכוחו השלטוני של הדרג הנבחר. משמעות הדברים היא פגיעה בשלטון החוק במובנו הבסיסי - להבטיח כי הרשות המבצעת פועלת במסגרת החוק, וכן להגן על האזרח מפני פגיעה בו על ידי השלטון.

169. תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה נשוא עתירה זו הוסיף לסעיף 15 את סעיף קטן (1ד) הקובע 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 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".

170. ביטול עילת הסבירות לגבי הדרג הנבחר ברשות המבצעת במסגרת חוק-יסוד: השפיטה דווקא, מעיד שתכלית החקיקה היא לפגוע באיזונים ובלמים בין רשויות השלטון עד כדי ריכוז סמכויות ברשות המבצעת בלבד וריסוק עצמאות מערכת המשפט ובפרט בית המשפט

העליון.

171. כך עולה בין היתר מהעובדה שבתיקון ישנה התייחסות המכוונת אך ורק לנגזרת של חובת הסבירות היא עילת הביקורת השיפוטית, תוך התעלמות מכוונת מהגדרת החובה עצמה, קרי מהטלת מגבלה חוקתית על כוחה של הרשות המבצעת והעומדים בראשה מפני שימוש בכוחם לרעה, ומהעובדה שביטול העילה ישליך בהכרח ויביא לצמצום עד כדי איון של חובת הסבירות המוטלת גם ואף בפרט על הדרג הנבחר ברשות המבצעת, שהוא המוסד העיקרי והראשי ברשות המבצעת החי במתח בין המאפיינים הפוליטיים הברורים שלו לבין היותו חלק אינטגרלי, מרכזי וכבד משמעות ברשות המנהלית.

## **2.4. ביטול הבלם המרכזי והעיקרי, מפני השחתת טוהר המידות ברשות המנהלית**

172. הממשלה, הן ראשיה "הדרג הנבחר", והן הדרג המקצועי בה, חבים חובת נאמנות ציבור. כמו כן, גם חובות ההגיונות החלות על הממשלה בפעולתה, ביניהן החובה לנהוג בסבירות, מקורן בחובת נאמנות זו לציבור – הריבון. קשר זה בין חובת נאמנות הממשלה לציבור לבין אכיפתה במסגרת עילת חוסר סבירות בא לידי ביטוי בפסיקתו הענפה של בית המשפט העליון בעניין מינויים בכירים בממשלה (הן של נבחר ציבור והן של עובדי ציבור). ואולם היקף ההתערבות של בית המשפט בכל הקשור למינוי נבחר ציבור לשרים על ידי ראש הממשלה, הוא מצומצם ביותר. וזאת לנוכח חשיבות השיקולים הפוליטיים הכלולים במינוי שר, חשיבות מעמדו של ראש הממשלה ושל הממשלה.

173. פסק הדין התקדימי בעניין זה הוא **עניין אייזנברג** [בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 276 (1993)], בו נדון מינוי של ראש השב"כ לשעבר - אשר היה מעורב בשתי פרשות חמורות ביותר בקשר לשירות הביטחון הכללי ("פרשת 300" ו"פרשת נאפסו"), לרבות באמצעות מתן עדות שקר ועינויים, אולם לא הועמד לדין בגין מעשיו – למנכ"ל משרד השיכון. בית המשפט פסל את החלטת הממשלה לאשר את המינוי משקבע כי החלטת הממשלה היא "בלתי סבירה בעליל ובאופן קיצוני", וזאת משום שלא העניקה משקל ראוי לפגיעה באמון הציבור הרשות המבצעת כרשות שלטונית בעקבות המינוי, ולפיכך האיזון שערכה בין השיקולים הרלבנטיים פסול.

174. פסקי דין תקדימיים נוספים הם **עניין דרעי** [בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993) (להלן: "עניין דרעי")], אשר עסקה בהחלטת ראש הממשלה דאז, מר יצחק רבין, להמשיך את כהונתו של אריה דרעי, על אף היותו נאשם בעבירות של שוחד והפרת אמונים שיש עמן קלון; וכן **עניין פנחסי** [בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: "עניין פנחסי")], אשר עסק בדומה בהמשך כהונתו של סגן השר פנחסי על אף שהואשם בעבירות שחיתות שיש עימן קלון. בשני המקרים נקבע כי החלטת ראש הממשלה להמשיך את כהונת בכירים אלה בממשלה עולות כדי אי-סבירות קיצוני ועל כן פסולה, וזאת לנוכח הפגיעה הקשה באמון הציבור עקב המשך הכהונה.

175. זאת ועוד, בכל הקשור למינויים של תפקידים בכירים בשירות הציבורי, עילת הסבירות שימשה כמגן אחרון מפני מינויים העומדים בניגוד לטוהר המידות ולתקינות המנהל.



176. כך למשל בבג"ץ 4668/01 שריד נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(2) 265 (2001), נפסלה החלטת ראש הממשלה למנות את מר אהוד יתום לראש המטה למלחמה בטרור, לנוכח מעורבותו בפרשת "קו 300" (שבה הוא עבר שתי עבירות פליליות חמורות: מילא תפקיד ראשי בתכנון הריגתם של שני המחבלים הכפופים, ומילא תפקיד מרכזי בשיבוש מהלכי חקירת האירוע). בית משפט נכבד זה קבע כי בהחלטה למנות את מר יתום לתפקיד ראש המטה למלחמה בטרור, לא ייחס ראש הממשלה משקל ראוי לעבירות החמורות שיתום ביצע ולזיקה הקיימת בין עבירותיו לבין התפקיד שיועד לו.

177. זאת ועוד, בבג"ץ 932/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הוועדה לבדיקת מינויים, פ"ד נג(3) 769 (1999), קבע בית המשפט הנכבד כי מינוי מוריס ניסן למנכ"ל עמידר על-ידי דירקטוריון החברה ובאישור שר הבינוי והשיכון, "לקוי בחוסר סבירות קיצונית, הינו פסול ואינו יכול לעמוד". זאת, מכיוון שמר ניסן קיבל פיצויים בגין פגיעה בתאונה על יסוד תצהירים כוזבים בדבר חוסר יכולתו המוחלטת לתפקד. נמצא כי מעשים אלה מעידים כי יש לניסן נטייה מובהקת לקדם את ענייניו האישיים, גם כאשר הדבר בא על חשבון ערכי יסוד כגון אמירת אמת, ולכן אין זה ראוי שהוא ישמש כנציגם של אחרים.

178. בבג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62 (1999), בית המשפט פסל את החלטתם של הרמטכ"ל ושר הביטחון דאז על מינויו של תת אלוף שהורשע בדין משמעת בגין התנהגות מינית בלתי הולמת כלפי חיילת כפופה לו, לתפקיד מפקד גיס, ואת העלאתו לדרגת אלוף. בית משפט נכבד זה פסל את ההחלטה על ההעלאה בדרגה לנוכח אי הסבירות הקיצונית שבה.

179. בבג"ץ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל ואח' (נבו), 4.11.2009, בית המשפט הנכבד פסל החלטת ממשלה למנות מועמד למנכ"ל משרד המדע והטכנולוגיה לתקופת ניסיון של ששה חודשים, בניגוד לחוות הדעת של ועדת המינויים, שסברה כי הוא אינו עומד בתנאי הסף המקצועיים הנדרשים למשרה – תנאי כשירות אשר קבעה הממשלה כשנה לפני כן. בית המשפט פסק כי החלטת הממשלה הייתה בלתי סבירה באופן קיצוני "משאין בבסיסה טעם של ממש המצדיק חריגה ממסקנות ועדת המינויים, הנשענות על בחינה מקצועית עניינית של כישורי הסף המקצועיים של המועמד, בהסתמך על קריטריונים אובייקטיביים שנקבעו בהחלטת הממשלה מס' 86". בנדון שם הזיקה הפוליטית של המועמד לשר משרד המדע והטכנולוגיה הייתה חזקה ובולטת במיוחד, שכן השר עמד בראש המפלגה, והמועמד שימש כמזכ"ל שלה. בהקשר זה ציינה כבוד השופטת פרוקצ'יה בנימוקיה על-אודות ההחלטה למינוי המועמד לתקופה זמנית כי:

"בענייננו, קשה שלא לחוש כי מדובר בפתרון "יצירתי", אשר נועד לעקוף את חוות דעת הוועדה המקצועית, ולקדם מינוי בעל זיקה פוליטית מובהקת כדי לענות לרצונו של השר הממונה על המשרד. נקל אף להניח כי הליך כזה עלול לשחוק עד דק את מעמד הוועדה והמלצותיה, ולסכן את דרך הפעלתם הנאותה של תנאי כשירות הסף שנקבעו על-ידי הממשלה, המהווים בשילובם זה עם זה "כלב השמירה" להגנה על רמתה המקצועית הגבוהה של מנהיגות משרדי הממשלה בשירות הציבורי בישראל" (שם, פס' 62)

180. לצד זאת, בג"ץ דחה את מרבית העתירות שהונחו בפניו בו התבקש לפסול מינוי של אדם בעל מעורבות פלילית למינוי בתפקיד בכיר ברשות המבצעת, כעובד ציבור או כנבחר ציבור.

נציין דוגמאות נבחרות [ר' גם **ברק-ארז כרך ב**, עמ' 740-741 ו-744-745 וההפניות ששם]:

181. בבג"ץ 194/93 **שגב נ' משרד החוץ**, פ"ד מט(5) 57 (1995), נדחתה עתירה נגד מינוי של שגריר בשל עבירות מס הכנסה ומטבע חוץ; בבג"ץ 2533/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, נא(3) 46 (1997), נדחתה עתירה כנגד המשך כהונתו של צחי הנגבי כשר משפטים לנוכח מעורבותו בפרשת "בראון-חברון"; בבג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון נ' ראש-הממשלה**, פ"ד נו(6) 817 (2003), נדחתה עתירה כנגד כוונת ראש הממשלה דאז שרון למנות את הנגבי לשר לביטחון פנים בשל מעורבותו בארבע פרשות פליליות, אשר בשלוש מהן היו מעורבים חשדות למעורבות פלילית בשחיתות (אך לא הוגשו כתבי אישום); בבג"ץ 8192/04 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה**, פ"ד נט(3) 145 (2004), נדחתה עתירה נוספת כנגד האפשרות של השר הנגבי לחזור לתיק ביטחון הפנים בעתיד; בבג"ץ 1400/06 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממלא מקום ראש הממשלה** (נבו, 6.3.2006). נדחתה עתירה נוספת כנגד כהונתו של הנגבי כשר ללא תיק (לאחר שהועבר מתיק ביטחון הפנים; בבג"ץ 5853/07 **אמונה – תנועת האישה הדתית הלאומית נ' ראש הממשלה**, דינים עליון פו (2007) נדחתה עתירה כנגד מינוי של חיים רמון למשנה לראש הממשלה, לנוכח הרשעתו של רמון בעבירת מעשה מגונה); בבג"ץ 3997/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ** (נבו, 12.02.2015), נדחתה עתירה נוספת בגין מינוי של הנגבי לתפקיד סגן שר החוץ על רקע הרשעתו בעדות שקר; בבג"ץ 3095/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (נבו, 13.8.2015) נדחתה עתירה כנגד מינוי של דרעי לשני תפקידי שרים על רקע עברו הפלילי; בבג"ץ 232/16 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (נבו, 8.5.2016) נדחתה עתירה נוספת כנגד מינוי של דרעי לשר הפנים, לנוכח זאת שעבירות השחיתות בהן הורשע וריצה מאסר נעשו בין היתר במסגרת תפקידו במשרד; בבג"ץ 4537/96 **שושן נ' ראש המטה הכללי**, פ"ד נ(4) 516 (1996), נדחתה עתירה נגד מינוי של קצין למפקד בית ספר לקצינים שהוגש נגדו כתב אישום בגין אחריותו לאי-שמירה על הוראות בטיחות, שגרמה למות חיילים); בבג"ץ 3286/01 **ועד משפחות אל שוהאדא נ' השר לביטחון פנים** (אתר ביהמ"ש העליון, 4.6.2001) נדחתה עתירה כנגד קידומו של קצין משטרה שפיקד על כוחות המשטרה באום אל-פאחם באירועי אוקטובר 2000; בבג"ץ 932/99 **התנועה למען איכות השלטון נ' יושב-ראש הוועדה לבדיקת מינויים**, פ"ד נג(3) 769 (1999) נדחתה עתירה על מינוי של אדם למנכ"ל חברה ממשלתית לאחר שהתברר כי קיבל פיצויים על יסוד תצהירים כוזבים); בבג"ץ 5757/04 **הס נ' סגן הרמטכ"ל**, פ"ד נט(6) 97 (2005) נדחתה עתירה נגד קידומו של המשגיב לתפקיד סגן הרמטכ"ל בשל אחריותו לאירוע בו מצאו אזרחים חפים מפשע את מותם).

182. כפי שניתן לראות, עילת חוסר סבירות היא בעלת חשיבות יתרה בשמירה על ההגינות ועל טוהר המידות ברשות המבצעת [בג"ץ 3997/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ**, פס" 3 לפסק דינה של השי' (כתוארה אז) חיות (נבו 12.02.2015)]. לצד זאת, בית המשפט העליון ממעט להתערב בהחלטות הרשות המבצעת ובפרט של "הדרג הנבחר", ובראשם ראש הממשלה, הפוגעות בעקרונות אלה, וזאת לנוכח זהירותו וריסונו הרב, המעוגנים בפסיקת בית המשפט באשר לאמות המידה להתערבות כאמור. בית המשפט העליון הנכבד מתערב רק במצבים של חוסר סבירות קיצוני ביותר. כך בפרט בכל הנוגע למינוי שרים וסגני שרים או המשך כהונתם.

183. העותרת תוסיף ותטען כי שלל הפרשות בעניינו של חה"כ אריה דרעי מראות זאת בבירור. בשנים האחרונות בג"ץ דחה פעם אחר פעם עתירות כנגד מינוי של דרעי לתפקידי שר שונים. בית המשפט פסל את כהונתו של דרעי, ברוב של 10 מתוך 11 שופטים, רק כעת, לאחר הרשעתו הנוספת של דרעי בעבירת מס, ולאחר שהציג מצג בפני בית המשפט על פרישתו מהחיים הציבוריים (עניין שיינפלד).

#### **ד.2.א.1. נתונים עובדתיים על הריסון המוגבר בעילת הסבירות, בפרט במינויים**

184. בדיקה של עתירות מכוח עילת הסבירות בין השנים 2003-2022 **בקשר למינויים ברשות המבצעת**, העלתה כי אל מול 64 עתירות שהוגשו כנגד מינויי שרים, סגני שרים ומינויים בכירים אחרים ברשות המבצעת, התקבלו בסך הכל 12 עתירות, כאשר רק 7 מהן על בסיס עילת הסבירות [אלעד גיל ובל יוסף "השימש בעילת הסבירות בפיקוח על מינויים ציבוריים" (תכלית – המכון למדיניות ישראלית 2023)]. כך גם רק 2 מבין העתירות שהוגשו נגד מינויים של שרים וסגני שרים התקבלו; רק עתירה אחת מבין 22 העתירות שהוגשו נגד מינויים שבסמכות הממשלה התקבלו; ורק ב-4 מקרים התקבלו עתירות נגד החלטות של שרים למינוי לתפקידים בכירים בשירות הציבורי.

185. גם בדיקה רחבה יותר במהותה מעידה על שמירתו של עקרון הריסון על-ידי בית משפט נכבד זאת. בדיקה של עתירות מכוח עילת הסבירות בעשור האחרון כנגד רשויות מנהליות, שהתקבלו (באופן מלא או חלקי), תוך שנעשה שימוש בעילת הסבירות באופן מפורש או משתמע, על-ידי שופט אחד בהרכב לפחות; וכאשר בחלק גדול מן המקרים, לשימוש בעילת הסבירות נלוו עילות מנהליות נוספות, מראה כי מתוך 44 עתירות שהתקבלו, רק ב-15 מהן ניתן צו כנגד "דרג נבחר" (כולל ראש רשות מקומית או מועצה מקומית) [הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה "פסקי דין מהעשור האחרון בהם התקבלה עתירה לבג"ץ תוך שימוש בעילת הסבירות" (4.7.2023)].

#### **ד.2.א.2. הסבירות היא הדרך היחידה לאכוף את מגבלות ממשלת מעבר**

186. כידוע בזמן בו מתפזרת הכנסת ועד לכינונה של ממשלה חדשה מכהנת "ממשלת מעבר" [בג"ץ 6654/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה, פס' 2 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו, 13.12.2022) (להלן: "עניין פורום קהלת")]; יש המבחינים בין "ממשלה יוצאת" המכהנת עד יום הבחירות, ל"ממשלת מעבר" המכהנת מיום הבחירות ועד הרכבת הממשלה החדשה. ר' בג"ץ 5403/22 לביא, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' ראש הממשלה, פס' 1 לפסק דינו של הש' סולברג (נבו, 22.9.20) (להלן: עניין לביא)].

187. ממשלת מעבר פועלת, הלכה למעשה, ב"גרעון דמוקרטי", שכן אינה מכהנת מכוח אמון הכנסת, בהתאם לסעיף 3 לחוק-יסוד: הממשלה, אלא לאור עקרון רציפות הממשלה, המוסדר באופן תמציתי בסעיף 30 לחוק היסוד, ולפיו כל עוד לא זכתה ממשלה אחרת לאמונה של הכנסת, הממשלה המכהנת מוסיפה לשמש כרשות המבצעת של המדינה. זאת, כדי להימנע ממצב של "ריק שלטוני" וכדי להבטיח את היציבות וההמשכיות של השלטון במדינה (עניין פורום קהלת, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

188. העובדה שממשלת מעבר אינה מכהנת עוד מכוח אמון הכנסת, אלא מכוח עיקרון הרציפות, מעוררת קשיים חוקתיים משמעותיים ביותר. זאת, הן לנוכח הלגיטימציה הדמוקרטית

החלשה לכהונתה של ממשלה כזו - הגרעון הדמוקרטי; והן לנוכח החשש כי "ממשלה כזו תפעל ממניעים פסולים ולצורך השגת רווח פוליטי בבחירות הקרבות או במטרה לכבול את ידי הממשלה הבאה..." [בג"ץ 7510/19 אור-הכהן נ' ראש הממשלה, פס' 10 (נבו, 9.1.2020); עניין לביא, פס' 1 לפסק דינו של הש' סולברג; רבקה ווייל "תקופת בין השמשות: על סמכויותיה של ממשלת מעבר" משפט וממשל יג 167, 173-181 (2011)].

189. כמו כן, אין כל דבר חקיקה הקובע מגבלות על ממשלה מהסוג האמור. על רקע זה הובהר בפסיקתו של בית המשפט הנכבד כי סמכויותיה של ממשלת מעבר אומנם אינן שונות מסמכויותיה של ממשלה "רגילה", אך במישור שיקול הדעת מתחם הסבירות של ממשלת מעבר הוא צר מזה של ממשלה המכהנת מכוח אמון הכנסת [עניין פורום קהלת, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה חיות; בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה, פ"ד נה(2) 465, 468 ו-477 (2001) (להלן: עניין וייס)].

190. משמעות הדברים היא שממשלת מעבר נדרשת לאזן בין הריסון והאיפוק המתחייבים מעצם מהותה כממשלה שאינה זוכה לאמון הכנסת ובין הצורך בהבטחת יציבות, המשכיות ופעילות תקינה של מוסדות השלטון (עניין וייס, בעמ' 469; עניין פורום קהלת, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

191. עם זאת, הלכתו הידועה של בית המשפט הנכבד היא שמירה על מרחב פעולה רחב מאוד לממשלה, בפרט בכל הקשור בתחומים שמרכיביהם הדומיננטיים הם פוליטיים, כגון ניהול יחסי חוץ וביטחון (עניין פורום קהלת, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה חיות). כך למשל כאשר התבקש בית המשפט למנוע מממשלת מעבר לקיים משא ומתן מדיני (עניין וייס ועניין לבנת); או לשחרר אסירים כמחווה של רצון טוב לרשות הפלסטינית (בג"ץ 10357/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל, ע"ר נ' מדינת ישראל (נבו, 9.12.2008), או למנוע את קידום אישור ההסכם הימי בין ישראל ללבנון בנוגע לתיחום הגבול הימי ביניהן ולקביעת הסדר לניצול מאגר גז טבעי חוצה הגבול (עניין פורום קהלת). בית המשפט נמנע מהתערבות בכל אחת מסוגיות אלה בשיקול דעתה של הממשלה בציינו, בין היתר, כי מדובר בסוגיות שנטועות עמוק בתחום ניהול יחסי החוץ והביטחון של המדינה.

192. לצד זאת, נושא שעולה תדיר בפני בית המשפט הנכבד בזמן כהונתה של "ממשלת מעבר" הוא נושא המינויים. בהקשר זה נאלץ בית המשפט הנכבד להתערב בהחלטת הדרג הנבחר – ראש הממשלה, שר או הממשלה במליאתה – מפאת חריגה ממתחם הסבירות הרחב הנתון להם - לנוכח חריגה מכללי האיפוק והריסון החלים עליהם במסגרת כללי הבחירות (למשל עניין פורום קהלת), או לנוכח הימנעות מאיוש תפקיד בשירות הציבורי תוך הפרת החובה להבטיח את יציבות, המשכיות והפעילות התקינה של מוסדות השלטון בזמן המעבר [בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 53 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו, 25.3.2021); ר' גם הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.1501 "מינויים בתקופת בחירות" (יולי 2019)].

193. כמו כן, חשש משמעותי הנובע מהגירעון הדמוקרטי של ממשלת מעבר הוא כי "ממשלה כזו תפעל ממניעים פסולים ולצורך השגת רווח פוליטי בבחירות הקרבות או במטרה לכבול את ידי הממשלה הבאה...". כך למשל, שימוש לרעה במשאבי ציבור לצרכים פוליטיים כאלה ואחרים.

194. ואולם, כעת, משמנוע בית המשפט הנכבד מ"לדון ולתת צו" בעילת הסבירות לגבי כל החלטה של הדרג הנבחר בממשלה וחבריו, הרי שאין דרך אפקטיבית לאכוף על גורמים בכירים אלה את המגבלות החלות על הממשלה בתקופת בחירות. כך גם, כאמור, אפשרותו של הייעוץ המשפטי לממשלה להבטיח כי החלטות ממשלת מעבר יהיו בהתאם לחובת הסבירות, תוך איזון ראוי בין כלל האיפוק והריסון לבין החובה ליציבות והמשך פעילות תקינה – נחלשה משמעותית עד כדי איונה כליל. מכאן גם שתחולתה של חובת הסבירות כשלעצמה תלויה למעשה ברצונם של הדרג הנבחר ברשות המבצעת, ותו לא.
195. התיקון לחוק למעשה הסיר את המגבלות החלות על ממשלת מעבר מדובר בפגיעה חריפה היורדת לשורש הלגיטימציה הדמוקרטית של ממשלת מעבר.

## ה. התיקון הוא תיקון חוקתי שאינו חוקתי

### 1. מקור הסמכות המכוננת – מפעל חוקי היסוד

196. יסודה של הסמכות המכוננת של כנסת ישראל מצוי כבר בהכרזה על הקמת מדינת ישראל, הידועה כ"מגילת העצמאות", ואשר התייחסה אל "חוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת".

197. במהלך השנים נקבעה ההלכה כי הכרזת העצמאות איננה אפוא "החוקה של ישראל", אם כי היא "הן תעודת הלידה והן תעודת הזהות של המדינה כיחידה מדינית, ריבונית ועצמאית" (בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 309 (1995) (להלן: "עניין בנק המזרחי")); חלק מהמערך החוקתי של מדינת ישראל, ומשמשת כמקור פרשני במסגרת פרשנות חוקתית (ראו, בג"ץ 5555/18 ח"כ אכרם חסון נ' מדינת ישראל, פסי' 20 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו, 8.7.2021) (להלן: "עניין חוק-יסוד הלאום"); אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת", חוקים יא 9, 18 (2018)).

198. בהמשך, נקבע בחוק המעבר, תשי"ט-1949, שהכנסת תשמש כבית המחוקקים, וכי האספה המכוננת תהא "הכנסת הראשונה". ביום 13.6.1950 התקבלה "החלטת הררי", שלפיה: "החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו לפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה".

199. עם השנים חוקקה הכנסת שורה של חוקי יסוד, מתוך שאיפה שביום מן הימים יאוחדו לחוקה שלמה, ונתקבלה התפיסה לפיה בחוקקה את חוקי היסוד פועלת הכנסת כרשות מכוננת (עמדת הרוב בעניין בנק המזרחי). וזאת מכוח הסמכות שאותה ירשה מן האספה המכוננת להתקין חוקה לישראל (עניין חוק יסוד הלאום, פסי' 17 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

200. בהלכת בנק המזרחי הובהר לא רק מעמדם החוקתי על-חוקי של מכלול הוראות חוקי היסוד, וכן מעמדה החוקתי "הכפול" של הכנסת, לפיו היא פועלת הן כרשות מכוננת עליונה; והן כרשות מחוקקת רגילה. אלא גם בית המשפט (דעת הרוב) הכיר בסמכותו להפעיל ביקורת

שיפוטית מהותית על חקיקה ראשית (רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות היסוד (כרך א) 15, 253 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה – כרך א)).

201. על כן, חוקי היסוד שנחקקו עד הלכת בנק המזרחי ולאחריו, זכו בתרבות המשפטית ובמסורת הפוליטית שלנו למעמד חוקתי, העליון על חקיקה רגילה, כחלק מחוקת המדינה [בג"ץ 4908-10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 299 (להלן: "עניין בר-און")]. עם זאת, תהליך כינון חוקת המדינה טרם הושלם, ונושאים רבים המחייבים ליבון, לשם הבטחת יציבותה ואופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה – טרם עוצבו. מצב זה חשף את לא רק את סמכותה של הרשות המכוננת, כי אם את מגבלותיה.

## ה.2. הכנסת בכובעה המכונן איננה בלתי מוגבלת – אינה רשאית למוטט את המפעל החוקתי כולו

202. כפי שקבעה עמדת הרוב בעניין חוק יסוד הלאום, המערך החוקתי הישראלי בכללותו אינו מותר מקום לספק כי סמכותה המכוננת של כנסת ישראל אינה בלתי מוגבלת (פס' 18 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

203. הבסיס העיוני לקביעה לפיה חרף עליונותה של הכנסת בכובעה כרשות המכוננת היא איננה "כל יכולה", נגזר מכך שסמכותה זו של הכנסת באה לה מן הריבון – העם – ועברה מהאספה המכוננת (הכנסת הראשונה) אל הכנסת השנייה, וכך מכנסת לכנסת עד ימינו אנו (עניין בנק המזרחי, בעמ' 356, 369). מכך מתחייבת המסקנה 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 (עניין חוק יסוד הלאום, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

204. העותרת תדגיש כי מסקנה זו נובעת מעצם קיומה של מסגרת נורמטיבית חוקתית, שהיא, כפי שציין השופט א' א' לוי, "מבין הכלים המקנים לשיטה המשפטית כוח להגן על האומה מפני שינויים קיצוניים בנרטיב המכונן, המאיימים לפרק את רצף אבני-הבנין מהן מורכב סיפורה" (עניין גלאון, בעמ' 61-62).

## ה.3. סמכותה המכוננת של הכנסת מוגבלת מכוח היותה סמכות "נגזרת"

205. כאמור לעיל, בפסק הדין בעניין חוק יסוד הלאום למעשה אומצה התפיסה כי הבסיס העיוני לקביעה לפיה חרף עליונותה של הכנסת בכובעה המכונן, היא איננה "כל יכולה", נגזר מהבחנה שבין הסמכות המכוננת המקורית של האספה המכוננת לבין סמכותן של הכנסות שבאו לאחריה (וראו, לעניין הבחנה זו, את מאמרו של פרופ' אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-היסוד" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 119, 132-136 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000) (להלן: "בנדור"). כך, סמכותה המכוננת של הכנסת באה לה מן הריבון – העם – והועברה עד לכנסת הנוכחית בשרשרת מסירה רציפה.

206. גישה זו מבוססת על ההנחה המקובלת ולפיה סמכותה המכוננת של הכנסת נגזרת מתוך

**סמכותו של הגוף המכונן הראשוני.** גרעין של הסמכות המכוננת המסורה לכנסת מצוי כבר בהכרזה על הקמת מדינת ישראל, כפי שניתן למצוא בהתייחסות ההכרזה אל "חוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת". לאחר מכן, כאמור, באמצעות "החלטת הררי" בצירוף חוק המעבר וחוק המעבר לכנסת השניה, תשי"א-1951, הועברה מלאכת יצירת החוקה יחד עם הסמכות לעשותה – היא הסמכות המכוננת לכנסות הבאות.

207. כך, הריבון הוא זה שנתן למועצת העם את כוחה להכריז את הכרזת העצמאות ובמסגרתה לקבוע כי תיקבע חוקה, אשר בכוחה יהיה להנחיל נורמות משטריות ראויות ויציבות, ובתוך כך אף נתן לה את הכוח לקבוע נורמות שיהיה בהן כדי לכבול את נבחרי העם בעתיד לבוא. ולמן אותו גוף שקיבל את סמכותו באופן בלתי אמצעי מהעם, הלוא הוא הריבון, הלאה בשרשרת המסירה של הסמכות המכוננת, הסמכות המועברת **איננה סמכות מכוננת מקורית** **כי אם סמכות מכוננת נגזרת:**

"אך האספה המכוננת שנבחרה לפי הוראה זו, ובעקבותיה הכנסת, במהותה כבר אינה אספה מקורית. שכן, היא פעלה ופועלת מכוח קביעתו של מוסד משפטי ולא ישירות מכוח רצונו של הריבון. זוהי אפוא אספה מכוננת נגזרת." (בנדור בעמ' 135)

208. מתוך הבחנה דרמטית זו נובעות באחת מספר משמעויות מעניינות, ובראשן **פתרון לשאלת הבסיס לביקורת השיפוטית על נורמות חוקתיות:**

"גישה זו אף עשויה לפתור את קושי הניכר – במישור הדין המהותי ובמישור "השפיטות המוסדית" גם יחד – שבהגבלת האספה המכוננת, שלכאורה מקור הנורמות המשפטיות כולן הוא בה עצמה. שכן הכנסת היא אספה מכוננת נגזרת, וסמכותה נגזרת מהכרזת העצמאות." (שם, בעמ' 143)

209. כמו כן, להכרה בכך שלכנסת כיום סמכות מכוננת נגזרת נודעת משמעות לעניין התערבות מהותית בנורמות החוקתיות **ובאשר לשאלה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת:**

"נראה לי, כי סמכותה המכוננת של הכנסת מוגבלת לעניינים חוקתיים. הדעת נותנת כי מועצת העם, כאשר הורתה בהכרזת העצמאות כי תיקבע "חוקה", התכוונה למסמך שיעסוק בעניינים קונסטטוציוניים במהותם. כאמור הכנסת אינה האספה המכוננת המקורית אלא אספה מכוננת נגזרת, ובתור שכזו סמכויותיה מוגבלות. כשם שאין לראותה כמוסמכת לעסוק בביצוע או בשפיטה, כך אין לראותה מוסמכת לעסוק בתחומים שמטבעם נועדו להסדרה בחוק "רגילי". (שם, בעמ' 141).

210. לא זו אף זו. יתכן ובתפיסה זו ניתן לתלות את הרעיון לפיו הסמכות המכוננת איננה טומנת בחובה את הסמכות לפגוע בערכי הליבה, ובייחוד בהגדרתה של המדינה **כיהודית וכדמוקרטית:**

"מועצת העם בוודאי לא ראתה כאפשרות לגיטימית כי האספה המכוננת תקבע חוקה שתנתק כל זיקה בין מדינת ישראל לבין העם היהודי, או שהיא תקבע למדינה שיטת ממשל בלתי דמוקרטית. הקמת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה אך "המלצה" או "חזקה פרשנית". מדובר במהות הבסיסית והמחייבת שנקבעה למדינה על ידי מייסדיה." (עמ' 143).

כלומר, לפי שיטה זו "הסמכות המכוננת, בהיותה נגזרת מהכרזת העצמאות, מוגבלת לקבלת נורמות חוקתיות, הנדרשות להלום את מושכלות היסוד של המדינה שנקבעו בהכרזה, והם זיקה של המדינה לעם היהודי והיותה דמוקרטית" (שם, בעמ' 125).

211. פרופ' בנדור תופס את הכנסת, בין אם היא מכוננת חוק יסוד חדש או מתקנת חוק יסוד קיים כפועלת מכוח סמכות מכוננת נגזרת. עם זאת, גם לפי גישה מרחיבה יותר, לפיה הכנסת עודנה אוזרת כיום אף בסמכות מכוננת מקורית, סמכותה של הכנסת **לתקן חוקי יסוד** מוגבלת להישאר בגדרי גבולות הגזרה של חוקי-היסוד אותם היא מתקנת.

212. ואכן, בפסק הדין בעניין חוק הלאום נקבע כי :

"מכך מתחייבת המסקנה כי האפשרות לקבוע הוראה חוקתית אשר תמוטט את המפעל החוקתי כולו ותנתק את "הרציפות החוקתית" (כפי שכונתה בעניין בנק המזרחי, בעמ' 356) שהחלה עם קום המדינה ונמשכת עד היום, אינה באה בגדר הסמכות המכוננת הנתונה לכנסת... מסקנה זו נובעת מעצם קיומה של מסגרת נורמטיבית חוקתית, שהיא, כפי שציין השופט א' לוי, "מבין הכלים המקנים לשיטה המשפטית כוח להגן על האומה מפני שינויים קיצוניים בנרטיב המכונן, המאיימים לפרק את רצף אבני-הבנין מהן מורכב סיפורה (עניין גלאון, בעמ' 61-62). במילים אחרות, 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, הריבון, לא הסמיד לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר [...] היא לא הוסמכה לבטלם" (עניין חוק טל, בעמ' 717; כמו כן, ראו והשוו: יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" ספר אליקים רובינשטיין 1349, 1376 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2020))" (עניין חוק הלאום, בס' 24 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

213. בפסק דינו בעניין ממשלת החילופים ציין המשנה לנשיאה מלצר (בדעת מיעוט, אך בהקשר זה לא דעת יחיד), וטען כי בנסיבות מסוימות, יהיה על בית המשפט לשרטט את גבולותיהן של מספר הגבלות, בפני הרשות המכוננת: הגבלה ראשונה היא שלא ניתן להשתמש בסמכות התיקון החוקתי על מנת לאיין את החוקה; הגבלה שנייה היא כי סמכות התיקון החוקתי איננה יכולה להיות מופעלת כדי לפורר את **עקרונות היסוד** של החוקה, שכן הרס ליבת החוקה מביא למעשה להחלפתה בחוקה חדשה; הגבלה שלישית היא חובת הרשות המכוננת, כרשות שלטונית, לפעול בתום לב (וראו בסעיפים 101-102 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר).

214. גישה נוספת למגבלות על הסמכות המכוננת, עניינה בהבחנה בין סמכות מכוננת מקורית לבין סמכות מכוננת נגזרת: מתוך שנפנה לשורש הסמכות המכוננת, נובעת הכרה במגבלות הסמכות המכוננת, ואף בכללים המושלים בהפעלתה.

215. כך, פרופ' קלוד קליין הציע להבחין בין שלושה כובעי הכנסת: סמכות מכוננת מקורית, סמכות מכוננת נגזרת (או הסמכות המתקנת) וסמכות מחוקקת: "הסמכות המכוננת המקורית ממשיכה להתקיים לגבי הנושאים שבהם עדיין לא נחקקו חוקי יסוד, ואילו באותם הנושאים שבהם נחקקו כבר חוקי היסוד מצתה הכנסת את סמכותה המכוננת המקורית. כמרכזן הסמכות המכוננת המקורית הטילה על הכנסת להיות הגוף המוסמך לצורך הסמכות המכוננת הנגזרת". (קלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון" **משפטים** כ"ח, 341, 357 (תשנ"ז)).

216. היות **סמכותה של הכנסת לתקן את חוקי היסוד היא סמכות משפטית הנגזרת מחוקי היסוד עצמם, זוהי סמכות מוגבלת**. כפי שפרופ' קליין ציין: "סמכותה של הרשות המכוננת הנגזרת קבועה ומוגבלת על-ידי המסגרת המשפטית שניתנה לו בחוקה דהיינו לרשות



המכוננת הנגזרת יש סמכות מוגבלת ... אם עשתה כנסת שימוש בסמכותה, הסמכות מתרוקנת ועוברת לרשות הנגזרת (דהיינו: הרשות שקיבלה את הסמכות לשנות את החוקה). הרשות הנגזרת מוגבלת באותן הגבלות שנקבעו על-ידי הרשות המכוננת המקורית" [קלוד קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב 51, 52, 54 (1969-1970)].

217. כלומר, בענייננו הכנסת פועלת – הן לפי גישת פרופ' בנדור והן לפי גישת פרופ' קליין – מכוח סמכות מכוננת נגזרת ומוגבלת. מכך, נטען, נגזרות שתי הגבלות מהותיות (קרי, לא של פרוצדורה): האחת, שלא לפגוע במושכלות ועקרונות היסוד של ישראל כיהודית ודמוקרטית; השנייה, בתקנה את חוק-יסוד: השפיטה, הכנסת מפעילה סמכות מוגבלת המחויבת לפעול בגדרי גבולות הגזרה של חוק היסוד ולשמור על מבנהו ומאפייניו הבסיסיים. באמצעות תיקון חוק היסוד אין הכנסת יכולה להחליף את חוק היסוד – מהותית – בחוק-יסוד חדש, ואינה יכולה להחליף את מארג חוקי היסוד בחוקה חדשה.

218. אף שקיימים קשיים בהחלת גישתו של פרופ' קליין בישראל, בה לא נחתמה חוקה שלמה הכוללת הוראות לתיקונה, נקבע בעניין חוק יסוד הלאום כי:

"בכל הנוגע לעיגון זהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – ורק במונח מצומצם זה – הושלמה למעשה מלאכת הסמכות המכוננת המקורית". זאת, שכן נורמה שמשמעותה שינוי זהותה של מדינת ישראל מן היסוד גוזרת כליה על המפעל החוקתי הקיים [...] ככל שהדבר נוגע לעצם זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ניתן, אפוא, לומר שהכנסת פועלת כיום מכוח סמכות שהיא מעין סמכות מכוננת "נגזרת", הכפופה לגבולות הגזרה ולתנאים הבסיסיים שהוגדרו לה על-ידי קודמותיה [...] במסגרות זו, למכונן נתון מרחב פעולה לשנות, להוסיף ולבטל הוראות חוקתיות בהתאם לעקרונות ולכללים הנהוגים עימנו; אך הוא אינו מוסמך למוטט איזה מעמודי התווך שעליהם נשענת החוקה המתגבשת כולה [...] 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"

219. שינוי משטרי שיש בו אפוא כדי לערער את זהותה של ישראל כמדינה דמוקרטית, מהווה אפוא שינוי חוקתי אסור. הגבלות אלו, כפי שנטען, משקפות דוקטרינות קיימות במשפט ההשוואתי: דוקטרינת "המבנה הבסיסי" או "מאפייני הבסיסי" ודוקטרינת "ההחלפה החוקתית", הרלוונטיות לתפישת התיקון החוקתי שאינו חוקתי.

#### ה.4. במישור המהותי – דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא-חוקתי"

220. כאמור לעיל, סוגיית אופייה והיקפה של הסמכות המכוננת היא מורכבת ומעוררת שאלות עיוניות ומעשיות רבות [יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד", בתוך ספר אליקים רובינשטיין (מרים מרקוביץ'-ביטון ואחי עורכים, 1349 (2021) (להלן: "רוזנאי, שימוש לרעה")]. דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי עניינה בהיקף הביקורת השיפוטית על תיקונים חוקתיים, בשל היותם פוגעים בעקרונות היסוד של השיטה.

221. כך, בצד המגבלות הפרוצדורליות (Procedural) שעניינן הפרוצדורה שבה מתקבל התיקון לחוק יסוד, ובראשן דרישת הרוב הנדרש להעברת התיקון, כמו גם ההליך הנדרש בכללותו – הרי שלפי דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, עשויות אף לחול מגבלות מהותיות

(Substantive) על האפשרות לתקן חוקי יסוד, וזאת כאשר התיקון המבוקש פוגע בזכויות יסוד או בעקרונות יסוד שעליהם מבוססת השיטה המשפטית – וזאת בין בהתנגשות מפורשת ("פסקת נצחיות") ובין משתמעת [לסקירה משווה של התיקון החוקתי הלא חוקתי ראו עוד: אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בך 361 (2011) (להלן: "תיקון של חוקה שאינו חוקתי")].

222. דוקטרינה זו, כהגשמה מסוימת של הביקורת השיפוטית על חקיקה מכוננת על-בסיס עקרונות יסוד זכתה לאחיזה בתפיסה החוקתית בישראל – במובן זה שהדין החוקתי הישראלי מכיר כאמור בקיומם של עקרונות-יסוד בסיסיים, "על-חוקתיים", כפי שהוכר לאחרונה בעניין חוק יסוד הלאום.

223. שני מופעים דוקטרינריים של "התיקון החוקתי הלא-חוקתי", רלוונטיים לענייננו, ויש בהם כדי להבהיר את אופן הביקורת השיפוטית החוקתית בהקשר לדיונו. הראשון, דוקטרינת "המבנה הבסיסי" או "המאפיינים הבסיסיים"; והשני, דוקטרינת "ההחלפה החוקתית". נעמוד בקצרה על שניהם.

#### ה.4.א.1. דוקטרינת "המבנה הבסיסי" או "המאפיינים הבסיסיים"

224. בחוקה ההודית מוכרת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, אולם אין בה "פסקאות נצחיות". בפרשת *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (1973) 4 SCC 225 נפסק שתיקונים מסוימים שנערכו בחוקה (אשר קבעו כי חרף האמור בכל הוראה בחוקה, הפרלמנט רשאי לשנותה בדרך של תוספת, שינוי או ביטול) – אינם חוקתיים. הובהר שם שהגם שהתנאים הפורמליים הקבועים לתיקון החוקה התקיימו הלכה למעשה, הרי שתיקונים אלו אינם חוקתיים בהיותם פוגעים ב"מבנה הבסיסי של החוקה" (להלן: "פרשת קסוונדה").

225. גישתם של חלק מהשופטים הייתה שבצד ההוראות המפורשות בחוקה קיימות ההוראות המשתמעות. מהן עולה התפיסה שלפיה סמכות השינוי החוקתי אינה כוללת את הסמכות לבטל את לשנות את המבנה הבסיסי של החוקה או מאפייני החוקה הבסיסיים באופן שישנה את זהותה.

226. בהמשך, ערך הפרלמנט ההודי את תיקון 42 לחוקה. תיקון זה הוסיף לסעיף בחוקה הקובע את התנאים הפורמליים לתיקוני החוקה (סעיף 368) סעיפים הקובעים כי תיקון בחוקה אינו נתון לביקורת שיפוטית, וסעיף נוסף הקובע שאין כל מגבלה על כוחו של הפרלמנט לתקן את החוקה. בפרשת *Minerva Mills LTD. v. Union of India* (1980) נפסק שתיקון 42 אינו חוקתי, שכן מרכיב בסיסי של החוקה ההודית הוא שסמכות התיקון היא אכן מוגבלת, ומרכיב זה אינו ניתן כלל לשינוי חוקתי.

227. דוקטרינת המבנה הבסיסי או המאפיינים הבסיסיים אומצה והוחלה במדינות שונות, בעיקר בדרום מזרח אסיה ובאמריקה הלטינית. כך, למשל, בפרו, הטריבונאל החוקתי הכריז כי בסמכותו לבטל תיקונים חוקתיים הסותרים עקרונות דמוקרטיים בסיסיים המקנים לחוקה את זהותה, ובמיוחד כבוד האדם, שיטת המשטר הרפובליקנית, ושלטון החוק (Opinion No 0024-2005-PI/TC, 02.11.2005); מובא אצל Yaniv Roznai, 'Constitutional Unamendability in Latin America Gone Wrong?', in Constitutional Change and

Transformation in Latin America 93, 108 (Richard Albert, Justice Carlos Bernal, (and Juliano Zaiden Benvindo eds., 2019).

228. מקרה נוסף הוא פסיקתו של בית המשפט החוקתי בטאיוואן (משנת 2000) אשר ללא סמכות מפורשת וללא "פסקת נצחיות" – ביטל תיקונים לחוקה שהאריכו את כהונת האספה הלאומית (Interpretation No. 499, 2000), מהטעם שתיקונים אלו פוגעים ב"טבע הבסיסי של הממשל", והם יורדים לשורש "המבנה הבסיסי" של החוקה עצמה:

"Although the Amendment to the Constitution has equal status with the constitutional provisions, **any amendment that alters the existing constitutional provisions concerning the fundamental nature of governing norms and order and, hence, the foundation of the Constitution's very existence destroys the integrity and fabric of the Constitution itself.** As a result, such an amendment shall be deemed improper. Among the constitutional provisions, principles such as establishing a democratic republic under Article 1, sovereignty of and by the people under Article 2, protection of the fundamental rights of the people under Chapter Two as well as the **check and balance of governmental powers are some of the most critical and fundamental tenets of the Constitution.**" David S. Law and Hsiang-Yang Hsieh, 'Judicial as a whole.' Review of Constitutional Amendments: Taiwan', in Constitutionalism in Context 41-42 (David S. Law ed., 2020), available at: <https://ssrn.com/abstract=3359520>

229. דוקטרינת "המבנה הבסיסי" או "המאפיינים הבסיסיים" מוצאת את ביטוייה גם באירופה ואף שימשה את בית המשפט החוקתי של סלובקיה, כאשר פסל בשנת 2019 תיקון לחוקה – שעניינו בדרישה לאישור בטחוני מטעם רשות הביטחון הלאומית לשופטים ולמועמדים לשפיטה – בהיותו "לא-חוקתי":

"The Constitution contains an implicit **substantive core, which consists of the principles of democracy and rule of law, including the principle of separation of powers and the related independence of judiciary.**" Moreover, "not even constitutional laws may violate this implicit substantive core of the Constitution". Also, "the Constitutional Court has the power to examine constitutional laws for possible violations of the implicit substantive core of the Constitution and if it finds a violation, it has the power to declare unconstitutionality of the respective constitutional law with the implicit core of the [Judgment (Nalez) no. PL. ÚS 21/2014-96] Constitution."

230. כפי שמסבירים השופט בדימי פרופ' Lech Garlicki ופרופ' יניב רוזנאי במאמר העורכים של 217 European Review of Law Reform (3)21 (2019) (אשר משם נלקח הציטוט האמור לעיל; להלן: "European Review"), זוהי הפעם הראשונה שמדינה אירופאית שבחוקתה אין "פסקת נצחיות" (כאמור, מרבית החוקות האירופיות כוללות ממילא "פסקאות נצחיות" המגינות מפורשות על עקרונות היסוד), מאמצת ומיישמת את הרעיון שקיימת ליבה חוקתית מהותית המגבילה תיקונים לחוקה גם בהיעדר הוראה מפורשת, ובסמכות בית המשפט לאכוף הגבלה זו (בעמ' 218).

231. גישה זו מצאה ביטוי מסוים גם בפסיקת בית המשפט החוקתי באיטליה (1988) אשר קבע

שבנוסף לפסקת הנצחיות שמגינה על ה-republican form of government קיימות גם הגבלות משתמעות נוספות, הנובעות מ"המבנה הבסיסי" עליו מושתתת יסודות החוקה האיטלקית (אולם אלו לא שימשו עד כה לפסילת תיקונים חוקתיים):

"The Italian Constitution contains some supreme principles that cannot be subverted or modified in their essential content, either by laws amending the Constitution, or by other constitutional laws. These include both principles that are expressly considered absolute limits on the power to amend the Constitution, such as the republican form of State (Art. 139) as well as those principles that even though not expressly mentioned among those principles not subject to the procedure of constitutional amendment, belong to the essence of the supreme values upon which the Italian Constitution is founded."

ראו: Pietro Faraguna "Unamendability and Constitutional Identity in the Italian Constitutional Experience" (Review, בעמ' 336 למאמר).

232. למעשה, כפי שמציין פרופ' י' רוזנאי בספרו "Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers" (2017) (להלן: "תיקונים לא חוקתיים") אחד מהעקרונות המוסכמים ברובן המוחלט של חוקות העולם, ואשר אף חוסה תחת הגנת "פסקאות נצחיות" הוא ההגנה על "The form and system of government" וכן בולטת החשיבות של "States political or governmental structure" (בעמ' 23 ; 42-70).

233. ואולם קיומן של "פסקאות נצחיות" המבקשות לשריין את המבנה הבסיסי של המשטר אינן מחויבות. על בית המשפט מוטל לפעול להגן על שינויים ב"מבנה הבסיסי", כפי שמבהיר היטב הנשיא ברק במאמרו "תיקון של חוקה שאינו חוקתי":

"תפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית הוא להגן על החוקה והדמוקרטיה. ההגנה על החוקה אינה אך הגנה כלפי חוקים הפוגעים בו. ההגנה על החוקה הינה גם כלפי תיקונים בה הפוגעים בה בבסיסה. אלה כאלה אינם עולים בקנה אחד עם רעיון החוקה ועם הסמכות לשנותה. מי שמבקש להביא שינוי במבנה הבסיסי של חוקה צריך לעשות כן לא בדרך של תיקון החוקה, אלא בדרך של כינון חוקה חדשה. הסמכות המכוננת חייבת לפעול בגריהם של עקרונות היסוד ובגדריו של מבנה היסוד של החוקה הקיימת. שעה שהן משנות את עקרונות היסוד ואת המבנה הבסיסי הן משמיטות את הקרקע החוקתי עליו הן נשענות. תפקידו של בית המשפט הוא להגן על המבנה הבסיסי ועל עקרונות היסוד של החוקה. על כן מוצדק הוא להכיר בסמכותו לבחון אם תיקון החוקה הוא חוקתי". [בעמ' 377]

"... כמובן, לא כל שינוי בחוקה נופל למסגרת זו. עניין לנו בשינויים חוקתיים עמוקים, המשנים את זהותה של החוקה ואת אופיו הדמוקרטי של המשטר. נכללים במסגרת זו שינוי עמוק באופי הרפובליקני של המשטר, פגיעה קשה בהפרדת הרשויות, בשלטון החוק בעצמאות השפיטה ובזכויות האדם הבסיסיות ביותר. כל חוקה ויסודות המאפיינים את המבנה הבסיסי שלה." [בעמ' 378].

234. הגם שגישתו של בית המשפט הנכבד כאמור בפסק דינה של כבוד הנשיאה בעניין חוק יסוד הלאום, היא שמעשה שמפעל חוקי-היסוד טרם הסתיים – הביקורת השיפוטית היא "צרה" יותר מהמקובל במשפט המשווה, הרי שלא יכולה להיות מחלוקת כי ההגנה על היסודות המשטרניים על בסיס המאפיינים המארגנים את המדינה והחברה מוכרת בתפיסה החוקתית ברחבי העולם; וכי יש באותם "מאפיינים בסיסיים" או "מבנה בסיסי" כדי להגביל את

הסמכות המכוננת מפגיעה בה בעת "תיקון חוקתי".

235. "המאפיינים הבסיסיים" או "המבנה הבסיסי" עולים מלשון החוקה כולה, הנקראת באופן הוליסטי יחד עם המבוא לחוקה והרקע ההיסטורי. כפי שציין בית המשפט העליון ההודי בפרשת קסוונדה:

"The basic structure of the Constitution is not a vague concept ... If the historical background, the Preamble, the entire scheme of the Constitution, the relevant provisions thereof including Article 368 are kept in mind there can be no difficulty in discerning [what] ... can be regarded as the basic elements of (para. 620) the constitutional structure" (מובא אצל "תיקונים לא חוקתיים", בעמ' 214-215)

236. בישראל, המשטר החוקתי כאמור מבוסס על מפעל חוקי היסוד והרקע ההיסטורי כפי שבא לידי ביטוי בהכרזה על הקמת המדינה ואשר איגודם יחדיו באופן כולל – יוצר את "מאפייני הבסיסי" או "המבנה הבסיסי" שהיא-היא הדמוקרטיה הפרלמנטרית הישראלית. כמו מדינות אחרות, הפרויקט החוקתי-הדמוקרטי בישראל, על אף שעודנו בהכנה וטרם הושלם, מבוסס על מאפיינים בסיסיים, ביניהם המבנה המשטרי. אלו הם עמודי התווך של החוקה הישראלית. ואלו מגבילים, למצער במשתמע, את הסמכות לתיקון חוקתי. כפי שציין פרופ' א' ברק ביחס ל"דוקטרינת המבנה הבסיסי":

"בסיס מתודולוגי אפשרי לדוקטרינה זו הוא ההשתמעות החוקתית. פירושה של החוקה כמכלול מוביל למסקנה כי ההוראות בניין שינויים בחוקה מניחים את קיומו של השלם. המובן המשתמע של הטקסט החוקתי אינו מכיר אפוא בשינויים חוקתיים הפוגעים במבנה הבסיסי של החוקה. גישה ברוח זו ניתן למצוא גם בפסקיה של בית המשפט החוקתי בדרום-אפריקה ושל בית המשפט העליון בישראל." (אהרון ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה" משפטים 573, 591 תשע"ו).

237. לכן תטען העותרת כי יש להכיר כהלכה ברורה ולגופם של דברים כי סמכותה של הכנסת לבצע שינויים חוקתיים אינה משתרעת על שינויים חוקתיים שמערערים את מאפייני היסוד החוקתיים של המדינה – בדגש על זהותה היהודית והדמוקרטית.

#### ה.4.א.2. דוקטרינת "החלפה חוקתית"

238. דוקטרינה נוספת המבהירה את המוגבלות המהותית החלה על הכנסת בעת תיקון חוקתי לא חוקתי, היא "החלפה חוקתית" ("Constitutional Replacement/Substitution Doctrine"). בספרו **תיקונים לא חוקתיים** מציג פרופ' רוזנאי דוקטרינה זו אשר התפתחה בקולומביה. החוקה הקולומביאנית משנת 1991 אינה כוללת פסקאות נצחיות ומגבילה את סמכות הביקורת השיפוטית על תיקונים חוקתיים לביקורת פרוצדוראלית בלבד. על אף זאת, בית המשפט החוקתי (C-551/03) קבע שהליך ומהות אינם ניתנים להפרדה מלאכותית ופירש בהרחבה סמכותו לביקורת פרוצדוראלית באופן שחלה על בחינת עוצמת ההשפעה של השינוי החוקתי.

239. כך קבע בית המשפט, שסמכות "התיקון" החוקתית אינה עולה עד כדי החלפתה של החוקה בחוקה "חדשה". כלומר, 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 – ועל כן, יש סמכות לבית המשפט לפעול ולבטל תיקוני-חוקה העולים כדי "החלפה חוקתית".

240. כך, למשל, בשנת 2010 פסל בית המשפט (C-141/2010) תיקון מוצע לחוקה שאמור היה לאפשר לנשיא להתגבר על מגבלת הכהונה, ולהתמודד בפעם השלישית ברציפות. תיקון כזה, כך לטענת בית המשפט, מפר את הבסיס הדמוקרטי, ומשפיע על הסדר החוקתי הכללי במדינה. המדובר אפוא ב"החלפה חוקתית", ולא בתיקון [ראו עמ' 65-67 בתיקונים לא חוקתיים. לדוגמאות נוספות, ראו: Carlos Bernal, 'Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine' (2013) 11 International Journal of Constitutional Law 339; Mario Alberto Cajas Sarria, 'Judicial review of constitutional amendments in Colombia: a political and historical perspective,' (1955 – 2016' 2017(3) The Theory and Practice of Legislation 245].

241. לפי פסיקת בית המשפט החוקתי, שינוי הוראה חוקתית יסודית ההופכת את אופי המשטר החוקתי תיחשב "החלפה חוקתית" – שינוי חוקתי שיכול להתבצע רק על-ידי מנגנונים יוצאי דופן כמו אסיפה מכוננת המתכנסת כדי לבחון את שינוי המשטר החוקתי בכללותו. אמנם בקולומביה החוקה כוללת הליך נפרד לכינון אסיפה מכוננת, אך הרציונל זהה לזה של הדוקטרינה ההודית: סמכות המחוקק לתקן את החוקה נגזרת מהחוקה עצמה ולכן מוגבלת. כפי שבית המשפט ציין:

"Congress derives its power to reform the Constitution from the constitution itself. It has a derivative or secondary status as a constituent force. Therefore, it can reform or amend the Constitution, but it cannot replace it or substitute it for another constitution." (Opinion C-1040/05)

242. משמעות הדברים היא אפוא ברורה. מקום שבו התיקונים החוקתיים עולים כדי שינויים משטריים יסודיים, הרי שאין המדובר ב"תיקונים", אלא ב"החלפה חוקתית" שבה מוטלת החובה על בית המשפט הנכבד להתערב. בהיקש למשפט הישראלי, היות שסמכות הכנסת לתקן את חוק-יסוד: השפיטה היא סמכות הנגזרת מחוקי היסוד עצמם – החוקה נוסח ישראל, היא מוגבלת ואין באפשרות התיקון להביא ל"החלפה חוקתית" של המארג החוקתי הישראלי בחוקה חדשה.

243. כפי שצוין, דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי טרם הופעלה במשפטנו, אך כפי שקבע המשנה לנשיאה מלצר, בפסק דינו בעניין ממשלת החילופים: "בית המשפט הבהיר מפורשות כי אין לשלול את האפשרות שדוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי תאומץ ותיושם בעתיד, בנסיבות חריגות ביותר המצדיקות זאת (שיש לקוות שלא תתרחשנה) – ושאלה זו נותרה בצריך עיון לפי שעה".

244. והנה – אשר יגורנו בא לנו. ישראל נקלעה לאותן הנסיבות החריגות ביותר – איום ברור ומיידי על צביונה הדמוקרטי – וחשש כי זה יוותר כקליפה ריקה מתוכן.

## ה.5. עקרונות היסוד בהם הכיר בג"ץ עד כה המגבילים את הסמכות המכוננת –

### "יהודית ודמוקרטית"

245. בעניין **חוק יסוד הלאום** עמדת הרוב הכירה בזהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית כעקרונות יסוד שאינם ניתנים לשינוי על-ידי הרשות המכוננת, שני עמודי התווך אשר "שליטת איזה מהם מובילה להתמוטטות המבנה כולו" (פס' 17-27 לפסק דינה של הנשיאה חיות). כך הודגש 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, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר [...] היא לא הוסמכה לבטלם"

246. הקביעה כי עצם זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית היא עמודי התווך של המשטר הישראלי ולפיכך מהווה מגבלה על כוחה המכוון של הכנסת, התבססה על בחינה של **המארג החוקתי הישראלי** – הטקסטים החוקתיים הקיימים ו"המעטפת" החוקתית שמלווה אותנו לאורך שנות קיומה של המדינה; וכן את הנסיבות הייחודיות של ישראל, ובפרט העובדה שהפרויקט החוקתי טרם הושלם. נפרט להלן על חלקי המארג החוקתי האמורים.

### ה.5.א. **לשונם של חוקי היסוד**

247. ראשית דבר, מדובר ב**לשונם של חוקי היסוד** העוסקים בהגנה על זכויות האדם (סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק), אשר קביעתם המפורשת על-אודות זהותה של המדינה מהווים את הבסיס להחלת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית על כלל הטקסטים המשפטיים בשיטתנו [אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 83 (2004)]; ולמעשה מהווים מעין פרק מבוא לחוקה כולה [אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" **המשפט** יא 79, 103-104 (התשס"ז)].

248. לכל זאת יש להוסיף את סעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת, המשקף את עמדת המכוון לפיה אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה הוא כה בסיסי עד כי ניתן לשלול את הזכות להיבחר לכנסת – זכות יסוד המעוגנת בסעיף 6 לחוק-יסוד: הכנסת – "ממי המבקש למוטט את שתי אבני היסוד של מהות המדינה, שהן היותה יהודית ודמוקרטית" [א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי**, פ"ד נז(4) 1, 67 (2003) (להלן: **עניין טיבי**)].

### ה.5.ב. **המעטפת החוקתית – הכרזת העצמאות, פסיקת בית המשפט ודברי המחוקק**

249. ואולם לשון חוקתית יש לפרש מתוך "מבט רחב", שכן המערך החוקתי אינו מתמצה בטקסט החוקתי עצמו (**עניין חוק יסוד הלאום**, פס' 20 לפסק דינה של הנשיאה חיות; עניין חוק טל, בעמ' 673-674; פרשנות חוקתית, בעמ' 85 ו-94). כפי שקבע הנשיא אגרנט בימיה הראשונים של מדינת ישראל, בפסק דין מכוון בתולדותיה של מדינת ישראל (ובפרט בכל הקשור לחשיבותה של ביקורת שיפוטית מהותית על השיקולים והאיזון ביניהם שנסקלו על-ידי רשות מנהלית, ויותר מכך על-ידי "דרג נבחר", שר הפנים, בהחלטתו), **עניין קול העם** – "את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו" (שם, בעמ' 884).

250. לפיכך יש להידרש בין היתר להכרזת העצמאות, אשר בדומה לאמור לעיל, "כוללת עקרונות המצויים ביסוד המשטר, שכל רשות מרשויות המדינה חייבת להניח כנר לרגליה ולפרש לאורם את חוקי המדינה (עניין קול העם, בעמ' 884; בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2116 (1962); בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 274, 221 (1988); עניין חוק יסוד הלאום, פס" 20 לפסק דינה של הנשיאה חיות). הכרזת העצמאות הציבה את אופייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל כיסוד מוסד להקמתה.

251. נדבך נוסף במארג החוקתי הישראלי הוא פסיקת בית המשפט, אשר הוסיפה וביצרה לאורך השנים את זהותה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית [עניין ירדור, בעמ' 385; עניין טיבי, בעמ' 21, 66 ו-101; ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177, 188 (1988); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1, 63 (2012) (להלן: "עניין גלאון")].

252. על כל אלה יש להוסיף את קיומן של נורמות תת-חוקתיות רבות שבהן מעוגן הצירוף "מדינה יהודית ודמוקרטית" באופן מפורש או באופן מובהק אחר (סעיף 5 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992; כלל א1(1) לכללי האתיקה לחברי כנסת; סעיף 2(א)(2) לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953; סעיף 2(ב)(1) לחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008; סעיף 2(ג) לחוק התרבות והאמנות, התשס"ג-2002; סעיף 7(ב) לחוק השידור הציבורי הישראלי, התשע"ד-2014; סעיף 1(ב) לחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005; חוק הבחירות לכנסת (נוסח משולב), התשכ"ט-1969; חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959; חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000; חוק השבות, התשי"ו-1950; חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980 ועוד).

## ה.6. השינויים והפגמים המשטריים המחייבים ביטול התיקון - מאפייניה של

### מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית

253. לפי עמדת הרוב בעניין חוק יסוד הלאום, אמת המידה הכללית לקביעה כי הוראה חוקתית מסוימת שוללת את עקרונות היסוד ולפיכך הכנסת חרזה מסמכותה המכוננת היא במצבים בהם הוראה חוקתית פוגעת פגיעה אנושה באופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה, עד כי אין כל דרך ליישב מבחינה מושגית ופרטית בין הוראה זו לבין מרכיביה אלה של זהות המדינה. מאחר ותיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה רלבנטי לרגל הדמוקרטיה בעיקרו, העותרת תתייחס להלן למאפיינים אלה.

254. העותרת תטען כי תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, סותר באופן חזיתי את "המאפיינים 'הגרעיניים' המעצבים את הגדרת המינימום" של היות המדינה דמוקרטית – ובכלל זאת אלה שצוינו בפסק דינה של כבוד הנשיאה חיות בעניין חוק יסוד הלאום:

"בחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם [...]; קיום הפרדת רשויות; שלטון החוק; ורשות שופטת עצמאית" (עניין טיבי, בעמ' 23)... עמד על כך השופט א' א' לוי בהקשר אחר בצינו: 'אף אם לא-אחת עשוי ערך עיקרי בשיטתנו המשפטית למצוא עצמו ושולי אדרתו חורגים מתחומיו של המארג המכוון 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 להלוים 'מדינה יהודית ודמוקרטית' (עניין גלאון, בעמ' 70). (עניין חוק יסוד הלאום, פס' 29 לפסק דינה של הנשיאה חיות; ההדגשות הוספו).

#### ה.6.א. ביטול עילת הסבירות לגבי "הדרג הנבחר" פוגע בליבת עקרון שלטון החוק

255. כפי שהוטעם לעיל, הביקורת השיפוטית במסגרת עילת הסבירות משמשת כלי אפקטיבי ובמקרים רבים יחידי להבטחת שלטון החוק במובנו הבסיסי ביותר - כי הרשות המבצעת פועלת במסגרת החוק, וכן להגן על האזרח מפני פגיעה בו על-ידי השלטון. לפיכך העותרת **תטען כי לא ניתן ליישב בין תיקון מס' 3 לבין שלטון החוק וגרעינו.**

256. בית משפט נכבד זה פסק משכבר כי "שלטון החוק דורש שגם פעולה מינהלית תהא כפופה לביקורת שיפוטית ושלאזרח הזכות להביא את ענינו לבית-המשפט שידון בו במסגרת הכללים המקובלים" [בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים ואח' נ' שר המשטרה פ"ד כה(2) 141, 163-162 (1970)].

257. כך בפרט תטען העותרת בכל הנוגע לסבירות החלטות הדרג הנבחר ברשות המבצעת. כפי שהוטעם לעיל, ישנם תחומים שלמים בהם הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות היא הכלי היחידי בשיטת המשטר הישראלית להבטיח ולאכוף על הדרג הנבחר ברשות המבצעת, המחזיק במגוון רחב של סמכויות בכלל תחומי אחריותו הרבים, את חובתו שלא לפעול באופן שרירותי או קיצוני שאינו עולה על הדעת.

#### ה.6.א.1. לשון התיקון ותכליתו – שלילה גורפת של "סבירות החלטה" הדרג הנבחר

258. העותרת תדגיש כי תיקון מס' 3 על אף שמתיימר "להתמודד" "אך ורק" עם הנוסחה האיזונית של עילת הסבירות, הרי שלשונו ותכליתו הן להתיר לדרג הנבחר בממשלה לא רק שלא להעניק משקל הולם לכלל השיקולים הרלבנטיים להחלטתה ולערוך איזון מתאים, בהתאם ללשון הסמכות המנהלית, תכליתה ותכליות השיטה המשפטית, אלא גם להתיר לדרג הנבחר לפעול ככל העולה על רוחו, קרי גם באופן קיצוני ובלתי מתקבל על דעת.

259. כך תטען העותרת, עולה מלשון תיקון מס' 3 עצמו, אשר אינו מגדיר מהי "סבירות" ההחלטה של הדרג הנבחר. כמו כן, האיסור שבתיקון מס' 3 לא חל רק על מתן הצו וההתערבות בהחלטה, אלא כאמור בכלל על עצם הדיון בנושא הסבירות. וגם, עצם העובדה שהתיקון מתייחס למונח החלטה, אך לא למונח "סבירות" כשלעצמו, מלמדת כי אין המדובר אך במונח מסוים של סבירות. ללא התייחסות במרכיב החלטה פירושו כולם.

260. שכן, כידוע וכאמור לעיל עקרון הסבירות במשפט המנהלי קשור לכל שלבי הליך קבלת ההחלטה המנהלי – הסמכות ("סבירות של מופרכות"), ההליך ההוגן ("סבירות הליכית") ושיקול הדעת ("סבירות איזונית") – וזאת הן לגבי החובות שבדין והן לגבי עילות הביקורת השיפוטית הנגזרות מהן. לפיכך, היעדר ההתייחסות של המכונן בלשונו של תיקון מס' 3 למונח מסוים של "סבירות החלטה" מראה כי מדובר בכולם. העותרת תדגיש כי המדובר בתכלית האובייקטיבית החוקתית.

261. זאת ועוד, אמנם בדברי ההסבר להצעת החוק, מצוינת רק ההלכה שנקבעה בעניין דפי זהב.

ואולם, גם שם לא נאמר כי האיסור הקבוע בסעיף 15(ד1) מתייחס אך ורק לסבירות האיזונית. כמו כן, בדברי ההסבר לכאורה הודגש כי אין בביטול האמור כדי לפגוע בסמכותו של בית המשפט לדון או להוציא צו בעילות הביקורת האחרות. אולם **העותרת תטען כי אם סבר המכונן כי מדובר בביטול עילת הסבירות האיזונית בלבד, ולא כל מובן של סבירות, אף לא זה שקדם להלכה בעניין דפי זהב, הרי שהיה נותן לכך ביטוי ממשי בלשון עצמה.**

262. העותרת תדגיש כי דברי הסבר להצעת חוק הן בוודאי ובוודאי אינם תחליף ללשון החקיקה; וכך בפרט וביתר שאת לנוכח זאת שמדובר בטקסט חוקתי [אהרן ברק, **פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית**, 121 ו-135 (תשנ"ד)].

263. ומעבר לכך, לשונו של תיקון מס' 3 מתייחס גם כאמור ל"החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות". משמעות הדברים היא כי תיקון מס' 3 מונע מכל מי שבידו סמכות שפיטה ובפרט בית המשפט העליון הנכבד, לאכוף על הדרג הנבחר את חובתו, הנובעת כשלעצמה משלטון החוק, לממש ולהגשים דין מחייב וקיים, זאת גם כאשר מדובר ב"חוסר סבירות של מופרכות", קרי כאשר המחוקק לא התכוון להסמיך את הדרג הנבחר לפעול בצורה "שאינה מתקבלת על הדעת"; הן כאשר מדובר בחוסר סבירות ביחס לחובת קיומו של הליך מנהלי תקין; והן כאשר הפגם היחידי בהימנעות מהפעלת הסמכות הוא במישור הפעלת שיקול הדעת. ויפים דבריו של כבוד השופט כהן לעניין זה:

"ההימנעות מלממש ולהגשים חוק קיים, אינה מדיניות ואינה יכולה להיות מכל בחינה שהיא; היא רק גורמת לדימורליזציה ביחסי השלטון והאזרח, וגוררת אחריה פריקת עול של כל חוקי המדינה... אם נאמר לעותרים ולשכמותם להשליך את יהבם על כל מיני חוקים אחרים, או על חוק זה גופו, כשהוא ערטילאי וערום מכל לבש של תקנות וכללים מעשיים, עושה בית-המשפט את מלאכת המחוקק פלסטר. **כי כאשר "לית דין" אזי "לית דין" וההפקרות שהשתררה בשטח זה, תהיה נחלתנו לעולם ועד**". [בג"ץ 295/65 הלל אופנהימר, ו-7 אח' נ' שר הפנים והבריאות, כ(1) 309, פס' 9 ו-13 לפסק דינו של הש' כהן (1966)]

264. העותרת תוסיף ותדגיש כי כפי שעלה מדיוני ועדת החוק על הצעת החוק לתיקון מס' 3, הנסיבות הקונקרטיות מדגישות כי בפרק הזמן המידי, כוונת הממשלה, ולמעשה שר המשפטים, היא להימנע מכינוס הוועדה למינוי שופטים.

265. כלומר - העותרת תטען בהקשר זה כי לשונו של תיקון מס' 3 אף חורגת מכל מושג של "סבירות", ולפיכך תכליתה היא גם למנוע ביקורת שיפוטית גם במצבים של הימנעות ממימוש והגשמת סמכות, וזאת בפרט במצבים בהם שיקול הדעת המנהלי של הדרג הנבחר הוא רחב, כפי שמתקיים לרוב - הן מלשון החקיקה והן לפי פסיקת בית המשפט העליון הנכבד. כך גם מסביר פרופ' ושופט (בדימוס) של בית המשפט הנכבד יצחק זמיר:

"המחוקק נוטה להקנות לרשויות המינהליות סמכויות רשות, ולא סמכויות חובה, כדי שהרשות תוכל להפעיל את הסמכות על פי שיקול דעתה בהתאם לנסיבות המיוחדות של כל מקרה, לאור השינויים החלים בצרכים, במשאבים ובמדיניות של הרשות. לכן, בדרך כלל, הרשות רשאית גם לשנות או לבטל החלטה שקיבלה כאשר הנסיבות מצדיקות זאת. הגמישות היא שם המשחק. לפיכך, בפועל, כמעט כל הסמכויות המינהליות הן סמכויות רשות. סמכות חובה היא סמכות נדירה". [יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית**, כרך ה - עילות הביקורת המשפטית, 3412 (2020)]

266. מדובר בהיבט המעצים את חתירה תחת שלטון החוק הנובעת מתיקון מס' 3. כך בפרט, משהנסיבות העובדתיות מראות כי בכוונת הדרג הנבחר, ובפרט שר המשפטים, לעשות שימוש קיצוני ובלתי סביר באופן בולט כדי להפעיל את שררתו על השופטים, ובפרט על חברי בית משפט נכבד זה.

267. זאת ועוד, דיוני ועדת החוקה בהצעת החוק לכינון תיקון מס' 3 מראים בבירור, כך תטען העותרת, כי **תכליתו הסובייקטיבית** של תיקון מס' 3 היא ביטול מוחלט של הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות הדרג הנבחר, בין אם מדובר ב"סבירות של מופרכות" או של "שרירות וגחמנות" ובין אם מדובר בסבירות האיזונית. שכן, כאמור מרבית מסמכויות הדרג הנבחר הן סמכויות המעניקות לו מרחב רחב של שיקול דעת, ובמקרים רבים ללא גידור חקיקתי מפורש (או בכלל).

268. מדובר בין היתר כאמור לעיל, פועל יוצא את מאפיינה של מדינת ישראל כ"מדינת מנהל", בה בפועל מעביר המחוקק למינהל הציבורי כוח רב בחלקו הגדול במסגרת סמכויות של שיקול דעת (**דו"ת ביקורת שיפוטית**, בעמ' 334). ואולם, כל הצעה שהוצעה לוועדה על מנת לגדר את מונח הסבירות, ולהבחין בין מובני הסבירות השונים כאמור, נדחתה ואף לאלתר. כך בפרט הצעותיו של הפרופ' דותן.

269. העותרת תדגיש כי לשונו ותכליתו של תיקון מס' 3 מראות כי לא מדובר בגידור סמכויות בית המשפט העליון במילוי תפקידו החוקתי בביקורת על פעולות הרשות המבצעת. אלא מדובר ביצירת מתחם רחב של החלטות מסוגים שונים ולגבי כלל תחומי האחריות של הרשות המבצעת, בהם לא תהיה כל סמכות לביקורת על סבירות החלטות הדרג הנבחר על-ידי הרשות השופטת, הרשות השלטונית היחידה שאינה תלויה ברוב הפוליטי הזמני במכהן בממשלה. **מכאן שבתיקון מס' 3 נוצר "חור שחור" בו הדרג הנבחר לא רק יוכל לפעול מחוץ לשלטון החוק, אלא הוא למעשה יקבע מהו שלטונו של החוק.**

#### **ה.6.א.2. תיקון מס' 3 מונע מכל גורם מוסדי האמון על אכיפת שלטון החוק להבטיח את חובת הסבירות על הדרג הנבחר**

270. עוד הוטעם לעיל, כי אכיפת חובת הסבירות – בין אם מדובר ב"סבירות של מופרכות" או של "שרירות או גחמנות" ובין אם מדובר ב"סבירות איזונית" – כאמור במגוון רחב של תחומים עליהם אמונה הממשלה, **לא תתאפשר עוד לנוכח תיקון מס' 3, לא על-ידי כל גורם שיפוטי, ובפרט לא בית המשפט הנכבד, וגם לא על-ידי מוסדות אחרים ברשות המבצעת, ובראשם מוסד היועצת המשפטית לממשלה, אשר תפקידם המוסדי כפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט נכבד זה, הוא להבטיח את שלטון החוק בקבלת החלטות מנהליות בתוך הרשות המבצעת.**

271. **כל זאת נכון במיוחד לגבי תחומים שלמים בהם עקרון הסבירות הוא המגבלה היחידה והעיקרית, בין אם מבחינה עיונית ובין אם מבחינה מעשית, על הכוח השלטוני.**

272. כמפורט לעיל, העותרת תטען כי כך הם פני הדברים לגבי מקרים רבים בהם ההחלטה המנהלית עוסקת ב"אינטרסים ציבוריים", שאינם עולים כדי זכויות יסוד. כך למשל, כאשר מדובר בהגנה על אינטרסים של מי שמעוניין לקיים אורח חיים דתי, ולשם כך נדרשת הקצאת משאבי ציבור [עמ' 662/11 יהודית סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים, סיון יחיאלי,

פס' 20 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן (נבו, 9.9.2014). אף שדובר שם על החלטת רשות מקומית, דבריו של כבוד המשנה לנשיאה פוגלמן שם בעניין ההבחנה בין הגנה על אינטרס כאמור לבין זכות יפים לענייננו].

273. כך גם בכל הקשור לאינטרסים סביבתיים [ר' למשל בג"ץ 5824/05 **אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים** (נבו, 10.12.2009)]; לאינטרסים של בריאות הציבור (למשל **עניין ג'לאל**); לענייני תכנון ומענקי מדינה [בג"ץ 581/87 **צוקר נ' שר הפנים**, פ"ד מב(4) 529 (1989); בג"ץ 5277/96 **חוד נ' שר האוצר**, פ"ד נ(5) 854 (1997)]; ולאינטרסים של משפחות שכולות [דנג"ץ 3299/93 **ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח'**, פ"ד מט(2) 195 (1995)]; בג"ץ 6069/00 **העמותה להנצחת חללי אסון המסוקים בשאר ישוב נ' שר הביטחון**, פ"ד נה(4) 75 (2001)] ועוד.

274. כמו כן, העותרת תשוב ותדגיש כי עילת הסבירות היא הכלי השלטוני היחיד לבלום פגמים קיצוניים בטוהר המידות של השירות הציבורי ובעצמאות שומרי הסף. כך כפי שעולה מפסיקתו הנרחבת של בית משפט נכבד זה לגבי **תחום המינויים**. וכך בפרט בנוגע למינויים של בכירים במערכת אכיפת החוק ושל בעלי תפקידים בכירים אחרים. ודוק – ביטוי מעשי לחשיבות זו הודגש ביתר שאת בפירוט ופעמים רבות על-ידי נציגי היועצת המשפטית לממשלה בדיונים על הצעת החוק של תיקון מס' 3.

275. ביטול עילת הסבירות כנובע מתיקון מס' 3 תטען העותרת יביא בהכרח שלא יהיה כלי לבלימת מינויים בלתי תקינים או להפסקת כהונתם משיקולים זרים. כך הן לנוכח זאת שתיקון מס' 3 שלל את תפקידו ועל-כן את אפשרותו של בית המשפט הנכבד לבחון את סבירות מינויים בהם עולה אף חשש משמעותי וברור לאי-תקינותם; וכן לנוכח זאת שכעת תיקון מס' 3 מעניק היתר לדרג הנבחר ברשות המבצעת להשתמש בסמכויות המינוי הרבות הקיימות לו באופן קיצוני שאינו מתקבל על הדעת.

276. **כך תטען העותרת כי תיקון מס' 3 מאפשר בין היתר את הפיכתם של שומרי הסף הללו ל"משרות אמון", אשר המשך כהונתם, או כאמור מינויים מלכתחילה, תלוי במילוי רצונו של הדרג הנבחר. עדות ברורה לכך עולה מכוונותיה המוצהרות של הקואליציה, כולל של חלק משרי הממשלה, להביא לפיטוריה המיידים של היועצת המשפטית לממשלה כעת עם כינונו של תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה.**

277. העותרת תדגיש לעניין מינוי היועצת המשפטית לממשלה, כי בהינתן ביטול עילת הסבירות על סמכות הממשלה בעניין זה והפעלת שיקול דעתה בהחלטה כאמור, כי לא רק שתיקון מס' 3 ביטל למעשה את הלכתו הידועה של בית משפט נכבד זה בעניין "סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד" בעניין ביקורת על שיקול הדעת של הרשות והדרג הנבחר על מינויים; אלא גם שכללי הכשירות למינוי היועצת המשפטית לממשלה חסרים אמות מידה נורמטיביות הקשורות באמון הציבור, בטוהר המידות השירות הציבורי ובמנהל התקין, וביניהם, פועלם של הליכים פליליים ומשמעתיים על הכשירות לכהן בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה (**עניין אומץ**, פס' 3 לפסק דינו של כב' השי' סולברג). וכפי שהדגיש כבוד השופט סולברג שם:

"בחוק הישראלי אין עיגון מפורש לפועלם של הליכים פליליים ומשמעתיים על הכשירות לכהן בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. **השפעתם של אלה באה לידי ביטוי בגדרי שיקול הדעת של הגוף**

המתמנה, ולא במישור הכשירות של המתמנה. סבירותה של ההחלטה המינהלית על מינויו של מועמד, עוברת תחת שבת הביקורת השיפוטית, בבחינה האם הגוף הממנה שקל את דבר קיומם של הליכים פליליים ומשמעתיים, והאם ניתן לכך משקל הולם".

278. העותרת תוסיף ותטען כי גם הפסקת כהונתה של היועצת המשפטית לממשלה או בכירים אחרים במערכת אכיפת החוק, בעקבות תיקון מס' 3, עלולות בוודאות גבוהה להיות החלטות שרירותיות או מונעות משיקולים זרים, ולא ללא יכולת לבלימתן, מראש, או בדיעבד על-ידי בית המשפט העליון הנכבד (והרי לגבי עילת השיקולים הזרים, ידוע כי היא קשה להוכחה, וזאת בפרט לנוכח אופן ההליך בבית המשפט העליון הנכבד המבוסס על תצהירים).

279. העותרת תוסיף כי מצב אף חמור יותר מבחינה פורמלית, מתקיים לגבי מינוי בכירי משרד האוצר וכן אורגנים מנהליים אחרים הכפופים לשר, לגביהם החקיקה הראשית לא עוסקת במינויים אלה ולא בתנאים להעברה מתפקידם, והם נעשים במסגרת פטור מחובת המכרז, ועל כן החובה לנהוג בסבירות היא המגבלה היחידה על מינויים בלתי תקינים כאמור. וכך גם לגבי הפסקת כהונתם. על כן **תטען העותרת כי כל זאת מחזק את רוחב היריעה של הפגיעה בטוהר המידות והבטחת שלטון החוק בשירות הציבורי.**

280. ואולם, בכך לא מתמצת תוצאתו של תיקון מס' 3. שכן, כאמור, עקרון הסבירות הוא הנורמה העיקרית להבטחת פעולתה של "ממשלת מעבר" (בין אם מדובר ב"ממשלה יוצאת" ובין אם מדובר ב"ממשלת מעבר" כפי שהבחין כבוד השופט סולברג בעניין **לביא**) בכפוף לחובת האיפוק והריסון. מגבלות אלה מעוגנות בדין הישראלי אך ורק בפסיקת בית משפט נכבד זה. מכאן שתיקון מס' 3 יאפשר גם התנהלות בלתי מרוסנת ובלתי מאופקת של ממשלת מעבר, הפועלת כידוע תחת גרעון דמוקרטי ותחת חובת הרציפות, וזאת בכל תחום אפשרי, אך בפרט בכל הנוגע לתחום המינויים או לשימוש לרעה במשאבי הציבור לצורך "כלכלת בחירות".

281. העותרת תדגיש – הפגיעה בעקרונות היסוד של השיטה כתוצאה מחסימה גורפת של אכיפת חובת הסבירות שבתיקון, מתקיימת גם במקרים בהם לצד ההפרה הקיצונית וחריגה של חובת הסבירות, ישנן הפרת חובות הגינות **אחרות**. שכן גם אז, ישנו אותו חלק "בלתי סביר" בו הדרג הנבחר בממשלה לא רק מצוי מחוץ לשלטון החוק, אלא הוא קובע את החוק עצמו.

282. וכאמור, העותרת שבה ומדגישה את העובדה המוכרת בראש ובראשונה על-ידי בית משפט נכבד זה, כי בידי הרשות המבצעת, בראשה עומד הדרג הנבחר, היא בעלת כוח מופרז ביחס לרשויות השלטון האחרות, וזהו מאפיין ייחודי במשטר הישראלי לעומת משטרים דמוקרטיים אחרים, המחזק הן מבחינה נורמטיבית-דמוקרטית והן מבחינה מעשית, את חשיבות השמירה על תפקיד הרשות השופטת, ובפרט בית המשפט העליון הנכבד בביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות. ויפים דבריו של כבוד השופט סולברג בעניין **קווינטניסקי** [בג"ץ 10042/16 קווינטניסקי נ' **כנסת** ישראל (נבו 6.8.2017) (להלן: "עניין קווינטניסקי")]

"...במצב מעין זה ישנו חשש לא מבוטל כי הכנסת תהפוך לחותמת גומי של יוזמי הצעות החוק – פעמים רבות, של הרשות המבצעת, אשר כאמור, נהנית מרוב בכנסת. עקרון הפרדת הרשויות מחייבנו אפוא לעמוד על המשמר, לבל תאפיל הממשלה על הכנסת". (שם, פס' 63 לפסק דינו של כב' השי' סולברג)

### ה.6.א.3. פתיחת פתח רחב לחסינות מוחלטת של היקף נרחב לאין שיעור של

#### החלטות מנהליות

283. מעבר לכך, העותרת תטען כי תיקון מס' 3 עלול להביא לכך שסמכויות רבות הנתונות לדרג המקצועי, עליו על פני הדברים לא חל התיקון, הלכה למעשה, יחוסנו אף הן מביקורת שיפוטית על סבירותן.

284. ספר החוקים מראה כי שרי הממשלה, כל אחד בתחומו, מרכז בידי סמכויות רבות ומפליגות (זמיר כרך א, בעמ' 432). סעיף 33(ב) לחוק-יסוד הממשלה קובע כי שר רשאי לאצול (למעט סמכות להתקנת תקנות) לעובד ציבור. עד כה, הנוהג המקובל היה כי שרים אוצלים חלק גדול מסמכויותיהם לדרג המקצועי שבמשרדם (כפי שניתן לראות גם בפרסומי הרשומות, ובפרט ברשימת ההסמכות והאצלות בחמש השנים האחרונות, שהוצגה בפני ועדת החוקה על-ידי נציגת היועצת המשפטית לממשלה). ואולם, ההלכה היא כי שר האוצל את סמכותו רשאי, בין היתר, להמשיך ולהפעיל את הסמכות בכל עת, גם לאחר האצילה, וכן לבטל את האצילה.

285. לפיכך תטען העותרת כי תיקון מס' 3 פותח פתח נרחב מאין כמותו לשרי הממשלה להשתמש בהיתר הפעלת סמכות שהואצלה לדרג המקצועי, ובכך לחסן מביקורת שיפוטית סמכויות רבות ומפליגות שהן למעשה מרבית סמכויות הרשות המבצעת, בעניין סבירותן. וכאמור, גם החלטת השר עצמה תהא ככלל מחוסנת מביקורת שיפוטית בהתאם לתיקון מס' 3.

286. זאת ועוד, כידוע, סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה מעגן את סמכות הנטילה של השרים. סמכות הנטילה מהווה מעצם קיומה כדברי הפרופ' ושופט העליון (בדימוס) יצחק זמיר "כחרב המתהפכת מעל הרשות", ולפיכך "גדולתה של סמכות הנטילה היא שבפועל כמעט אין צורך להפעיל אותה" (זמיר כרך ב, עמ' 894). ואולם, העותרת תטען, כי תיקון מס' 3 הביא לכך ש"סכנת החרב" הוחמרה ביתר שאת, שכן היא עלולה להוות, ואף ללא שימוש בפועל, כאמצעי נוסף לפגיעה בעצמאות שומרי סף, ולמעשה להפיכתם למשרות אמון דה פקטו, אף ללא שינוי פוזיטיביסטי.

### ה.6.א.4. תיקון מס' 3 דה פקטו מבטל את חובת הסבירות על הדרג הנבחר

287. זאת ועוד, העותרת תדגיש כי העובדה שתיקון מס' 3 לא ביטל בלשונו את חובת הסבירות על הדרג הנבחר, אינה מצמצמת את חתירתו תחת שלטון החוק. שכן, כל ממשלה, מכל קצוות הקשת הפוליטית, וכל חבר בה, כעניין אנושי ופסיכולוגי, וכך בפרט לנוכח אופייה של מדינת המנהל המודרנית, בה ניתן שיקול דעת רחב ביותר לרשות המבצעת, וזאת למעשה לגבי עיקר סמכויותיה, עלולה (וניסתה) לפעול, הגם שככלל לתכליות חברתיות ואחרות ראויות, באופן קיצוני ושאינו מתקבל על הדעת (דותן ביקורת שיפוטית, עמ' 334).

288. לא רק זאת, מדובר בחזקה העומדת ביסוד עקרון הפרדת הרשויות, הן במובנו של ביזור סמכויות, והן במובן של "איזונים ובלמים" (עניין שינפלד, פס' 4 לפסק דינה של כב' השופטת ברוך).

289. העותרת תטען כי ביטול עילת הביקורת השיפוטית של סבירות על הדרג הנבחר, תביא דה

**פקטור גם להיעדר אכיפה של חובת הסבירות בקרב הדרג הנבחר.** לשונו של תיקון מס' 3 מורה כאמור כי לא רק מדובר באיסור על בתי המשפט, ובפרט בית המשפט העליון הנכבד, להתערב בהחלטה בלתי סבירה באופן קיצוני ולתת צו בשל חוסר סבירות כאמור; אלא גם נאסר על בתי המשפט האמורים אף וּלו לְדוֹן בסבירות ההחלטה.

290. מכאן שהאפשרות היחידה להבטיח את קיומה של מגבלת הסבירות על הדרג הנבחר, והרי הבטחה זו אינה יכולה כאמור להיות תלויה בהבטחה של הדרג הנבחר לגבי עצמו בלבד, היא פעילותו של מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה, כאחראי המוסמך ברשות המבצעת, נכון לדין הקיים, לפירוש הדין.

291. ואולם, כידוע, פרשנות הדין, ובכלל זה הפסיקה בנושאי המשפט המנהלי, ובפרט בנוגע לחובת הסבירות המעוגנת בפסיקה זו בלבד - היא עניין נורמטיבי, המצוי בליבת אחריותו החוקתית של בית המשפט הנכבד לפירוש החוק [ר' בג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל, פס' 39 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן (נבו 14.11.2016)].

292. מכאן תטען העותרת כי ללא תפקידו של בית המשפט "לדון" או "לתת צו" בעניין סבירות החלטתם של הדרג הנבחר, הרי שתפקידו של מוסד היועצת המשפטית לממשלה להבטיח את שלטון החוק ובכלל זאת את חובת הסבירות בהחלטות אלה, נפגמת קשות.

293. כך בפרט, לנוכח זאת שכאמור לעיל, ביטול עילת הסבירות יפגע בהכרח בעצמאות שומרי הסף ברשות המבצעת, ובאי-תלותם בדרג הנבחר, ולפיכך ביכולתם להבטיח את שלטון החוק ברשות המבצעת, כגוף ביקורת פנימי. שהרי תיקון מס' 3 ביטל למעשה את האפשרות לבלימת החלטות של הדרג הנבחר העולות כדי חוסר סבירות קיצוני ביחס למינוריים וכהונתם של שומרי הסף עוד במהלך גיבושן.

294. כלומר, העותרת תטען כי תיקון מס' 3, אשר ביטל את עילת הסבירות ולפיכך את כלי הביקורת והאכיפה האפקטיבי ביותר של שלטון החוק על הרשות המבצעת והדרג הנבחר בה, פוגם קשות, עד כדי איון, כלי הביקורת המשלים בתוך הרשות המבצעת הוא מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה, ולפיכך אין ערובות אפקטיביות להבטחת סבירות החלטות הדרג הנבחר, כאשר מדובר בעשרות החלטות המתקבלות מדי יום, כולל החלטות בענייניו של הפרט, אשר הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות היא הכלי היחיד עבורו לקבלת סעד והגנה מפני שימוש לרעה בכוח שלטוני.

295. כמו כן, כפי שיפורט להלן, ברור לכל כי כאמור אין מנגנוני ביקורת אחרים, ביניהם הכנסת, הציבור או התקשורת, אשר יכולים במובן העיוני, נורמטיבי או מעשי לספק תחליף כל שהוא לביקורת השיפוטית בעילת הסבירות על החלטות הדרג הנבחר. על כן תטען העותרת כי תיקון מס' 3 מורה כי ערובה מספיקה ועיקרית להבטחת חובת הסבירות לגבי כלל החלטותיהם של הדרג הנבחר בממשלה, מצויה בשיקול דעתו ותבונתו של הדרג הנבחר עצמו. ברי כי גם במובן זה מדובר בחתירה תחת יסודות שלטון החוק.

## ה.6.ב. ביטול עילת הסבירות לגבי "הדרג הנבחר" פוגע בליבת עקרון "איזונים ובלמים"

296. כפי שהוטעם לעיל, חשיבותה של הפרדת הרשויות לעצם הגדרתה של מדינה כדמוקרטיה נובעת מן הסכנה לחירות הפרט הנובעת מקיומו של שלטון מרכזי המחזיק בסמכויות וכוחות משמעותיים. הפתרון שמעניקה הדמוקרטיה המערבית לחשש זה הוא בפיצול כוחו של השלטון כדי להחלישו, בדרך של חלוקת הכוח בין רשויות אחדות. ואולם, כידוע, תורה זו לא הייתה מעשית או ראויה ולא יושמה במלואה מעולם, שכן "משמעותה דיקטטורה של כל רשות במסגרתה שלה" [בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יו"ר הכנסת, דברי השופט ברק (כתוארו אז) פ"ד לט(3) 141, 158]. על כן, הדמוקרטיה מבוססת על מערכת של איזונים ובלמים, אשר תשמש בלם יעיל בעת הצורך נגד שימוש לרעה בסמכויות המינהליות, מחד גיסא, ויאפשר פעילות שוטפת של המינהל הציבורי במילוי תפקידיו, מאידך גיסא (זמיר כרך א, בעמ' 61 ואיל).

297. בישראל נשחקה עם השנים ההפרדה בין הרשויות, כך שהממשלה צברה כוח ניכר שחורג מתחומי הביצוע, והיא ממלאת באופן שוטף תפקידי שפיטה וחקיקה. כך, עוד לפני תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, נמצאה ישראל במצב בו:

**"המערכת של בלמים ואיזונים בישראל אינה מפותחת או יעילה במידה הדרושה כדי להתמודד עם הכוח העצום שבידי הממשלה. בעניין זה ישראל כאילו מחזיקה בשני קצוות קיצוניים של המקל הפוליטי: מצד אחד, הממשלה מרכזת בידיה כוח רב יותר מן המקובל בדמוקרטיה אחרות; מצד אחר, המערכת של בלמים ואיזונים שתפקידה למנוע שימוש לרעה בכוח, חלשה יותר מן המקובל בדמוקרטיה אחרות... עוצמת הכוח שבידי הממשלה, כשהיא לעצמה, מערערת את שיווי המשקל העדין שבין הרשויות"** [זמיר, הסמכות המינהלית, בעמ' 96].

298. על אף משקלה העודף של הממשלה, שיווי משקל עדין עודו נשמר, עד לתיקונים האחרונים, בזכות מערכת המשפט, ובראשה בית המשפט העליון. בתפקידו הייחודי בהפעלת ביקורת שיפוטית על המינהל הציבורי, בית המשפט העליון ממלא את תפקידו בשמירת האיזונים והבלמים המעטים שעוד נותרו בישראל.

299. הענקת חסינות לדרג הנבחר ברשות המבצעת מפני ביקורת שיפוטית היא חתירה תחת תכלית סעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה, המבטא את אותם עקרונות יסוד של המשטר הישראלי: שלטון החוק, הפרדת רשויות, וכן את תפקידה החיוני של הרשות השופטת במנגנון איזונים ובלמים הישראלי, מול שאר הרשויות השלטוניות, וזאת, על מנת שתוכל להגשים את תפקידה הדמוקרטי היסודי שהוא אכיפת שלטון החוק על כלל רשויות השלטון. כמו כן תיקון מס' 3 האמור חותר תחת חוק-יסוד: השפיטה בכללותו הקובע (בסעיף 2) את עצמאותה של הרשות השופטת אשר אין היא כפופה אלה למרותו של הדין, ומעגן אף הוא את אותם עקרונות יסוד דמוקרטיים.

300. כמו כן, בית משפט נכבד זה עמד בפסיקתו על התפקיד הדמוקרטי הבסיסי של הביקורת השיפוטית במשטר הישראלי על כל רשויות השלטון המוגשם בסעיף 15(ד). כך למשל, בבג"ץ 325/85 ח"כ מוחמד מיערי נ' יו"ר הכנסת שלמה הלל, לט(3) 122, 127-128 (1985) נקבע כי:



**”הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על פעולות הכנסת מסתברת גם מתפיסות היסוד החוקתיות, אשר לפיהן קיומה של הביקורת השיפוטית על חוקיות פעולתה של כל רשות הוא תנאי יסוד לשלטון החוק, ואשר מבחינתן הפרדה שבין הרשויות אינה מתבטאת בסגירת הדרך בפני הביקורת השיפוטית. בעניין מהותה לאשורה של הפרדת הרשויות נאמר בבג”צ 306/81 [2] הנ”ל, בעמ’ 141: בהפרדה בין הרשויות אין משמעותה דווקא יצירתו של חיץ, המונע החלטית כל קשר ומגע בין הרשויות, אלא ביטויה בעיקר בקיומו של איזון בין סמכויותיהן של הרשויות, להלכה ולמעשה, המאפשר אי-תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר”.**

301. העותרת תטען כי תיקון מס’ 3 הופך את הדרג הנבחר ברשות המבצעת להיות חסר כל מנגנון ממשי ואפקטיבי, ולמעשה קיים, של איזונים ובלמים, המבטיח כי הרשות המנהלית הבכירה ביותר וחבריה, המרכזים בידם את הכוח השלטוני הרב ביותר מבין רשויות השלטון, לא יפעלו באופן שרירותי, או בלתי סביר באופן קיצוני אחר, המהווה שימוש לרעה בכוח השלטוני האמור. וזאת באופן גורף, לגבי כל החלטות הדרג הנבחר, בין אם מדובר בהחלטות מדיניות, החלטות יישומיות-ביצועיות, או החלטות הנוגעות לענייניו של הפרט.

302. ואף לגבי החלטות של ממשלת מעבר, המחויבת בעקרון הרציפות החוקתי, אולם מלבד עילת הסבירות, אין אפשרות להבטיח את פעילותה האמורה תחת חובת האיפוק והריסון הנדרשת, וזאת בעודה פועלת תחת היעדר אמון דמוקרטי משמעותי הפוגם בחוזקה בלגיטימיות פעולה. כמו כן, כאמור לעיל, העותרת טוענת כי תיקון מס’ 3 מאפשר גם למתן חסינות מביקורת שיפוטית אף רחבה יותר, לגבי החלטות דרג מקצועי, אשר רבות מסמכויות שרי הממשלה הואצלו אליו (ואף מאפשרת פתח רחב מתמיד לנטילת סמכויות).

303. כלומר, **תיקון מס’ 3 יוצר חלל ריק במתחם הביקורת השיפוטית לגבי קשת רחבה של סוגי החלטות מנהליות**, ללא הבחנה עניינית ביניהן או בין זהותן של מקבל החלטה; כאשר במקרים רבים ידוע מראש כי מלבד עילת הסבירות לא מתקיימות אחת מעילות הביקורת האחרות, וזאת אף במצבים קיצוניים שבהם גם לפי הגישות המצמצמות ביותר היה מקום לפסול את ההחלטה בשל חוסר סבירות.

304. הלכה למעשה, תיקון מס’ 3 מוביל לאיזון הביקורת השיפוטית במקרים בהם הרשות המינהלית שקלה שיקולים רלוונטיים, אך איזנה ביניהם באופן הלוקה בחוסר סבירות קיצוני ואף בשרירותיות מובהקת, חרף פגיעה אפשרית בזכויות ובאינטרסים כבדי משקל.

305. כלומר, **תיקון מס’ 3 מאפשר לרשות השלטונית הריכוזית ביותר לרכז בידיה אף עוד כוח שלטוני, תוך הסרת כל מגבלה דמוקרטית לכוחה, ביחס לחלק גדול מסמכויותיה.**

306. מדובר גם בפגיעה בהיקף רחב, היורדת לשורש תפקידו הדמוקרטי של בית משפט העליון הנכבד לאזן ולבלום החלטות שלטוניות קיצוניות העולות כדי שימוש לרעה בסמכות שלטונית; ובפרט ביכולתו להגן על פרטים, אשר חוסר הסבירות בהחלטה של הדרג הנבחר לא פגעה בזכות חוקתית מוגדרת.

307. ואולם מעבר לכך, העותרת תדגיש, כפי שהוטעם לעיל, כי בשלל המצבים בהם עילת הסבירות היא הדרך היחידה, בין אם נורמטיבית ובין אם מעשית, להבטיח כי הדרג הנבחר פעל בהתאם לעקרונות יסוד של שלטון החוק, טוהר המידות בשירות הציבורי, מנהל תקין כפי שנדרש ממנה בהיותה נאמן הציבור – אין כל מנגנון אחר חלופי לביקורת השיפוטית,

ולפיכך תיקון מס' 3 מהווה פגיעה ישירה בגרעין הפרדת הרשויות בישראל, עד כדי שינוי אופיו של המשטר.

### ה.6.ב.1. הפיקוח הפרלמנטרי אינו מנגנון לפיקוח ומתן סעד בגין חוסר סבירות קיצוני

308. כך כאמור לעיל, הכנסת אינה יכולה לספק פיקוח ובקרה על פעולות הממשלה וחבריה, ובפרט לא לגבי סבירותם.

309. אין לכנסת כלים פרלמנטריים לפקח באופן נרחב על כלל החלטות הדרג הנבחר המתקבלות עשרות (ואף יותר) החלטות מדי יום, בחלקן הגדול החלטות מעשית, יישומיות או פרטניות, הרחק מעיני הציבור. החלטות אלה אינן מחויבות בחובת דיווח לכנסת, וחובת דיווח כאמור גם כלל אינה הגיונית. כמו כן, מהבחינה המוסדית, לכנסת אין כל כלי או מומחיות לפקח על כלל ההחלטות של הדרג הנבחר. זאת ועוד, הכלים הפרלמנטריים אינם מיועדים לפקח ולהתערב על חוסר סבירות של החלטה מנהלית. **אין בידי הכנסת שום כלי המיועד למתן הגנה על האזרח במקרה של חוסר סבירות קיצונית בהחלטות מנהליות.**

310. לצד זאת, כאמור לאורך עתירה זו, העותרת תשוב ותדגיש את הנסיבות העובדתיות הידועות לכל – כי במשטר הישראלי, הממשלה למעשה שולטת בכנסת באמצעות הרוב הקואליציוני. וזאת, לצד חולשות אחרות של הכנסת, שהעמידו אותה, אף לפני תיקון מס' 3, במעמד מוחלש לעומת הממשלה.

311. זאת ועוד, העותרת תטען כי משמעותה של ביקורת שיפוטית על סבירות הממשלה או "הדרג הנבחר" היא אכיפת נורמה משפטית. מכאן שבמובן זה, תיקון מס' 3 מבקש למעשה להעביר סמכות זו, העומדת כעקרון חוקתי וסמכות של בית המשפט העליון הנכבד, לידי הכנסת באופן בלעדי. **מהלך זה מהווה הפרה חמורה וקיצונית ביותר של עקרון הפרדת הרשויות**, באשר מדובר בהעברת סמכות ליבה של הרשות השופטת לידי הרשות המחוקקת - הנשלטת כאמור על ידי הרשות המבצעת. בהיבט זה, מדובר לא רק בפגיעה משמעותית באיזון בין רשויות השלטון בישראל ובאופייה המשטרי, אלא ביסוס חשש משמעותי ומובהק לאפשרות לעריצות ופגיעה בחירויות – קרי לשינוי אופייה המשטרי של המדינה.

### ה.6.ב.2. הביקורת הציבורית או התקשורתית אינן מנגנון פיקוח רלבנטי

312. מעבר לכך, תטען העותרת כי הביקורת של הציבור על סבירות החלטות הדרג הנבחר, אשר הכלי העיקרי הנתון בידי הציבור הוא ההצבעה לבחירות, אינה רלבנטית, לא מבחינה מושגית ולא מבחינה מעשית, כדי להוות מנגנון איזון ובלמים לחוסר סבירות או שרירות שלטוני.

313. כך משום שכאמור הדרג הנבחר והרשות המבצעת מקבלים עשרות (ואף יותר) החלטות מנהליות מדי יום, אשר אינן חשופות לעיני הציבור או התקשורת. כמו כן, אין בידי הציבור או התקשורת היכולת לעקוב אחר כל החלטה או אפילו אחר מרבית החלטות (אף אם אלה מפורסמות).

314. כמו כן, סבירות היא שאלה משפטית. בהינתן זאת שתיקון מס' 3 ביטל אף את סמכותו של בתי המשפט ובפרט של בית המשפט העליון הנכבד אף לדון בסבירות החלטות הדרג הנבחר, אין למעשה כל אפשרות לציבור או לתקשורת להיוודע ולו לגבי חשש של חוסר סבירות לגבי

החלטה של הדרג הנבחר.

315. כמו כן, העותרת תטען כי הטענה העומדת ביסודו של תיקון מס' 3, לפיה אזרחי המדינה מעניקים משקל מכריע (או בכלל) לסבירות החלטות הדרג המדיני, היא כעניין של שכל ישר, שגויה לחלוטין. אך מעבר לכך, גם מבחינה יישומית, כאמור, אף לו היה לכך חלק מגורמי ההשפעה על הבחירה הפוליטית בבחירות, הרי שכאמור גם לפני תיקון מס' 3 אין כל דרך לציבור, כבכל "מדינה מנהלית", לעקוב ואף באופן ממשי אחר החלטות הדרג הנבחר. וכאמור, תיקון מס' 3 אף יצר קושי מובנה נוסף, בהטלת איסור על דיון בבתי המשפט.

316. אך העותרת תדגיש, כי מעבר לכל זאת, לנוכח זאת שתיקון מס' 3 מותיר את הביקורת על חוסר סבירות קיצונית לידי הציבור (או התקשורת) הוא מסיר כל יכולת לביקורת או התערבות בכלל אך בפרט קונקרטי עליו בהקשר נרחב זה.

### ה.6.ב.3. לסיכום – תיקון מס' 3 חותר תחת גרעין עקרון האיזונים ובלמים

317. לאור כל האמור כאן לעיל, העותרת תטען כי תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה עניינו בצמצום משמעותי של אחד הרסנים העיקריים במשטר הישראלי לאזן את כוחה העודף של הרשות המבצעת – בפני עצמו ומול הכנסת – ולהבטיח את כפיפותה לדין ולמעשה לכנסת עצמה. בכך תיקון מס' 3 לא רק שאינו מהלך של "איזונים ובלמים", אלא הוא מביא להגברת כוחה האדיר של הרשות המבצעת בישראל. מכאן שתיקון מס' 3 מביא לערעור משמעותי בקיומו החלש מלכתחילה של עקרון האיזונים ובלמים בישראל, ולפיכך מביא לפגיעה משמעותית באופי המשטרי של ישראל כדמוקרטי.

### **ה.6.ג. ביטול עילת הסבירות לגבי "הדרג הנבחר" מבטא חתירה תחת עצמאות הרשות השופטת**

318. העותרת תטען כי תיקון מס' 3 חותר תחת עצמאותה של הרשות השופטת, המהווה עקרון חוקתי העומד ביסוד הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל (כאמור בפסק דינה של כב' הנשיאה חיות בעניין חוק יסוד האום; בג"ץ 9029/16 עו"ד יצחק אבירם נ' שרת המשפטים, פס' 14 לפסק דינו של השופט (כתאורו אז) הנדל (נבו 01.02.2017)).

319. שכן, תיקון מס' 3 מקבע לגבי כל ההחלטות של הממשלה או שר משריה, לא הבחנה בין סוג ההחלטה – אם קובעת מדיניות כללית ואם, כרוב החלטות הדרג הנבחר, היא החלטה יישומית, מעשית או פרטנית שחסרה מאפיין כאמור – חסינות מוחלטת לעניין סבירות החלטות אותם גורמים ברשות המבצעת. העותרת תדגיש כי כאמור בדברי היועצים המשפטיים (ובפרט נציגי היועצת המשפטית לממשלה), חלק ניכר מהחלטות הדרג הנבחר, ובפרט של שרים, הן החלטות יישומיות-ביצועיות או החלטות פרטניות בעניינו של אדם.

320. משכך בתחום נרחב ומשמעותי זה של סמכויות בדרג הנבחר ברשות המבצעת, כולל כאשר מדובר בפגיעה בפרט, העותרת תטען כי תיקון מס' 3 הביא לכך שהדרג הנבחר יכול עתה לפעול לא רק מחוץ לגרעין הדמוקרטי של שלטון החוק, אלא הוא הופך לחוק עצמו.

321. במצב זה ישנו ביטול מוחלט של עקרון ההפרדת הרשויות, ולפיכך חתירה ופגיעה ישירה ברשות השופטת, ובפרט בבית משפט נכבד זה, ובעצמאותם.

## 1. בתיקון נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת - Abuse of Authority

### Authority

322. דוקטרינת השימוש לרעה היא דוקטרינה במשפט הישראלי, אשר הוכרה כדוקטרינה לזיהוי נורמות חוקתיות ואשר הולכת ומתפתחת כמקור חוקתי לביקורת שיפוטית על הסמכות המכוננת של הכנסת, במקרים ובהם סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת מופעלת שלא בתום לב או משיקולים בלתי ענייניים.

323. מקובל לראות את תחילת פיתוחה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת בעניין בנק מזרחי, בו התייחס בית המשפט העליון למבחני הזיהוי של נורמה חוקתית. כב' הנשיא ברק הציע את המבחן הצורני, קרי הכותרת 'חוק-יסוד' והיעדרה של שנת חקיקה. ואולם, כבר אז הועלתה התהייה: "מה דין חקיקה עתידית של הכנסת אשר תעשה שימוש לרעה' בדיבור 'חוק יסוד', תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולו כלום..." (שם, בפס' 57 לפסק דינו).

324. בבג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל (נבו, 7.4.2011), נדון תיקון זמני לחוק-יסוד: משק המדינה, במסגרתו השתמשה הכנסת בסמכות המכוננת לקביעת הוראה חוקתית זמנית המתקנת, בפעם השנייה, את חוק-יסוד: משק המדינה. בין היתר, הדגיש בית המשפט הנכבד כי:

"במקרים מסוימים, שאין ניתן לקבוע מהם מראש, ייתכן כי חקיקת חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות כדי "שימוש לרעה" בכותרת "חוק יסוד"... כאמור, בנסיבות מסוימות וחריגות, עשוי עצם השימוש בהוראת שעה להצדיק התערבות בחקיקת היסוד" (פס' 24 לפסק הדין).

325. שנים לאחר מכן, בבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל פס' ב' (נבו 6.9.2017, להלן: "עניין המרכז האקדמי"), במסגרת פסק דין תקדימי, בית המשפט הנכבד ראה לנכון להתערב בתוצרי הסמכות המכוננת על ידי מתן התראת בטלות ראשונה מסוגה, וזאת לנוכח שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת באמצעות תיקון זמני, חמישי במספרו, לחוק-יסוד: משק המדינה.

326. דוקטרינת השימוש לרעה זכתה לפיתוח משמעותי בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (נבו 23.05.2021) (להלן: "עניין שפיר"). שם, קבעה כב' הנשיאה חיות בדעת רוב כי:

"דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת עניינה בזיהוי הנורמה העומדת לדיון כנורמה מסדר הנורמות החוקתיות... משימת זיהויה של נורמה כנורמה משפטית במדרג נורמטיבי מסוים, לרבות המדרג החוקתי, מצויה בליבת תפקידו של בית המשפט... תפקידו של בית המשפט בהקשר זה 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... תפקידו זה של בית המשפט נושא חשיבות יתרה נוכח מאפייניה הייחודיים של המערכת החוקתית-מוסדית בישראל ובהם: העובדה שבישראל הרשות המחוקקת והרשות המכוננת חד הן; העובדה שהממשלה דומיננטית מאוד בהליכי חקיקה בישראל; וכן העובדה שחוקי היסוד ניתנים לכינון ולשינוי בקלות, שלא לומר בקלות שאינה מתקבלת על הדעת (ראו והשוו: עניין בנק המזרחי, בעמ' 391; עניין בר-און, בעמ' 298; עניין המרכז האקדמי, פסקה ל"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימו') רובינשטיין; רוזנאי, בעמ' 1385-1386; ברק מדינה "גבולות סמכותה של

הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל ו 509, 516 (התשס"ג).  
(פס' 29, 31-32 לפסק דינה של הנשיאה)

327. בהמשך לכך, בעניין שפיר קבעה כבוד הנשיאה חיות בדעת רוב את המבחן דו-שלבי לבחינת החלת דוקטרינת השימוש לרעה ואמות המידה ליישומן:

"השלב הראשון במסגרת המבחן הדו-שלבי הוא 'שלב הזיהוי', במסגרתו על בית המשפט לבחון אם חוק היסוד או התיקון לו נושאים את המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות. ככל שהחוק אינו נושא מאפיינים אלו, בשלב השני – שיכונה בהמשך הדברים 'מבחן הצידוק' – עובר הנטל אל כתפי המשיבים להצביע על צידוק לקביעת הסדר שאינו חוקתי באופיו, במסגרת חוקי היסוד דווקא." (עניין שפיר, פס' 36).

328. מבחן זה אף אומץ מיד לאחר מכן בבג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו 12.07.2021) (להלן: "עניין ממשלת החילופים"), בו חידד בית המשפט הנכבד (בדעת רוב) את מהותה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוונת במשטר הישראלי, כולל את המבחנים ליישומה.

329. כך בעניין ממשלת החילופים, בין היתר, חידד והדגיש בית המשפט נכבד זה את גבולות השימוש בסמכות המכוונת כאשר הכנסת מצויה ב"ניגוד עניינים מוסדי", וזאת הגם כשמדובר בתיקון קבוע וכללי לחוק יסוד, ולדוגמה, כמצוין שם, כאשר ישנו "חשש כי מדובר בהוראה פרסונלית שנועדה בראש ובראשונה להיטיב עם חברי הכנסת המכהנים" (ועל כך עוד נרחיב להלן. ר' פס' 15-16 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

330. זאת ועוד, לאחרונה התייחס בית המשפט הנכבד פעם נוספת לדוקטרינת השימוש לרעה (בהערות אגב), בעניין שיינפלד. בית המשפט דן שם, בין היתר, בחוקתיות תיקון 11 לחוק-יסוד: הכנסת, עליו הוסכם (בדעת הרוב מפי כב' הנשיאה חיות) כי התיקון מהווה "שיא, או נכון יותר נקודת שפל, של אותה תופעה מדאיגה שעליה הצבעתי בעניין ממשלת החילופים, לפיה חברי הכנסת מנצלים את הקלות שבה ניתן לתקן את חוקי היסוד לצרכים פוליטיים נקודתיים. בכך הם גורמים לשחיקה ולזילות מסוכנת במעמדם של חוקי היסוד שנועדו להיות פרקים מפוארים במפעל החוקה הישראלית" (עניין שיינפלד, פסקה 43 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

331. כב' השופט עמית התייחס בעניין שיינפלד לשחיקה במעמדם של חוקי-היסוד לאור התיקונים התדירים – מה שמוביל לאי-יציבות חוקתית ולעמדת העותרת לצורך בהחלת ביקורת שיפוטית: "אוי לאותה חוקה, שנעשתה על ידי הכנסת כחומר ביד היוצר – לא כאבן בידי המסתת ולא כיריעה ביד הרוקם, אלא כפלסטלינה בידי המכוון. יציבות חוקתית? תרבות תיקון חוקתית (amendment culture)? מן הסתם מונחים שאינם הולמים את תנאי הארץ ותושביה" (שם, בפסקה 3 לפסק הדין של השופט עמית).

332. כמו כן, בעניין שיינפלד כבוד השופט גרוסקופף עמד על כך ששימוש לרעה בסמכות המכוונת "הוא בראש ובראשונה שימוש למטרה זרה החורגת מגדר המטרות שלשמן הוקנתה הסמכות" (פס' 4 לפסק דינו).

333. ודוק, העותרת טיטען כי פיתוח דוקטרינת שימוש לרעה בסמכות מכוונת, כפי שנעשה בפסיקתו האמורה של בית המשפט הנכבד, מהווה גם חידוד חשוב והכרחי לחובת הנאמנות של הכנסת כלפי הריבון, העם, בעודה עושה שימוש בסמכות שהעניק לה – הסמכות המכוונת.

334. דרך נוספת לבחון את הדברים היא לפי עמדתו של פרופ' יניב רוזנאי, המחדד כי נוכח העובדה שהסמכות המכוננת המקורית (כהגדרתו שם) נתונה לעם, והוא מפקדה בידי הרשות המכוננת – הרי שזו מחזיקה את הסמכות המכוננת בנאמנות, ורק על מנת להגשים את התכליות שלשמן ניתנה לו הסמכות. מכאן, "שהכנסת בכובעה כרשות המכוננת, מחויבת לציית לכללי האמון ולהגשים את התכלית שלשמה ניתנה לה הסמכות – לכוון, או לתקן את החוקה, ומכוח כללים אלה היא מוגבלת [יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד", בתוך ספר אליקים רובינשטיין (מרים מרקוביץ'-ביטון ואח' עורכים, 1349, 1375 (2021)].

335. מכאן שלעמדת העותרת – התיקון לחוק-יסוד: השפיטה הוא ביצוע שינוי משטרי חד צדדי וללא הסכמה גורפת ורחבה; תוך מתן הטבות שלטוניות נוספות לחברי הקואליציה המחוקקים; אשר החלתו מיידיית מהווה שינוי כלל המשחק תוך כדי תנועה. ועל כן, מדובר, הלכה למעשה, בחריגה קיצונית מהסמכות שניתנה למכונן.

336. כפי שיודגם להלן, התיקון לחוק היסוד המצוי במוקד עתירה זו מהווה שימוש לרעה מכיוון שהוא שיש בו ניגוד עניינים מוסדי וחריף של חברי הכנסת מסיעות הקואליציה המבקשים לעשות שימוש בכוחם כדי להעניק הטבות נוספות לקואליציה ולעומד בראשה, באופן שיחול מיידיית ומהווה "שינוי כללי המשחק תוך כדי תנועה" – כזו שלעמדת העותרת אין לזהותה כנורמה חוקתית. אלא כפעולה משפטית שדינה בטלות.

337. על-כן תבקש העותרת לעמוד עתה על מבחני העזר בשלב הזיהוי – האם בכינון הנורמה החוקתית אכן נעשה שימוש לרעה: מבחן הכלליות, הנצחיות וכן במבחן ההשתלבות במארג הנורמטיבי של חוקי היסוד.

## 1.1. שימוש לרעה - שלב הזיהוי

338. שלב הזיהוי, מורכב משלושה מבחני משנה: מבחן היציבות, מבחן הכלליות ומבחן המארג החוקתי. אלה אינם מהווים רשימה סגורה, כשנקודת המוצא למבחנים אלה היא המבחן הצורני שנקבע בעניין בנק המזרחי:

"הראשון, מבחן היציבות של הנורמה, לפיו תיבחן השאלה אם הנורמה נושאת אופי זמני שתחולתה קצובה מראש בזמן או שמא לפנינו הסדר קבע יציב, הצופה פני עתיד; השני, מבחן הכלליות, לפיו תיבחן השאלה אם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית-כללית או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונאליים (ראו והשוו: עניין המרכז האקדמי, פסקה 6 לחוות דעתנו של השופט הנדל); השלישי, מבחן המארג החוקתי שבו משתלבת הנורמה, לפיו תיבחן השאלה אם הנורמה עולה בקנה אחד עם אופיים של אותם נושאים שהוסדרו בחוקי-יסוד אחרים או בחוק-היסוד שאליה מתווסף התיקון. ברי, עם זאת, כי אין מדובר ברשימה סגורה של שיקולים, וכפי שציינה הנשיאה ביניש בעניין בר-און, יש לבחון כל מקרה לגופו (שם, בעמ' 301; ראו והשוו גם: עניין בנק המזרחי, בעמ' 295)". (עניין שפיר, בפס' 37 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

339. בעניין שיינפלד בית המשפט הנכבד עמד, במשתמע, על סוגיית המאפיינים הפרסונליים של תיקון לחוק-יסוד וזאת למרות שלכאורה לשון החוק נחזית ככללית. וכך, נקבע שם בין היתר כי התיקון:

"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** (שם, פס' 47 לפסק דינה של הש' ברק-ארז).

340. אם כן, המאפיינים הפרסונליים של חוק-יסוד עשויים להשפיע על שאלת החוקתיות במסגרת דוקטרינת השימוש לרעה, וזאת – גם אם לשון החוק כללית.

341. מעבר לכך, כבוד השופטת וילנר אף הוסיפה והדגישה כי בנסיבות אלה, שהתיקון לחוק היסוד נעשה לטובת שיקולים פרסונליים בלבד ושלא מאחורי מסך בערות: **"נשמטת הקרקע תחת הצדקה מרכזית לגישה המשמיעה לנו לנהוג בריסון מיוחד בבואנו להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות מהסוג הנדון"** (עניין שיינפלד, פס' 9 לפסק הדין של הש' וילנר).

342. זאת ועוד, לעניין מבחנים אלה אף יפים דברים של השופטת ברק-ארז שעשויים להוות מבחן עזר נוסף – האם תכלית התיקון מקדמת את הפרויקט החוקתי:

**"אולם, תכליתם של כל חוק יסוד או תיקון לו אמורה להיות תמיד קידומו של הפרויקט החוקתי. ממילא הדבר לא יכול להיעשות לצורך פתרון בעיה נקודתית או קצרת מועד."** (פס' 17 לפסק דינה של הש' ברק-ארז בעניין שפיר).

343. **השופט גרוסקופף הוסיף בעניין שיינפלד לכך וטען כי השימוש בסמכות המכוננת צריך להיעשות "לשם השגת מבנה משטרי טוב יותר בראייה כללית" ולא לצורך נקודתי ובעייתי [עניין שיינפלד, פס' 4 לפסק דינו של הש' גרוסקופף].**

344. העותרת טענה, כי התיקונים העומדים בלב עתירה זו מטרתם בהכרח להשיג מבנה משטרי שמעניק לממשלה מוטת שליטה נוספת על הרשות השופטת וללא בלמים ואיזונים – ומכאן שבהכרח מדובר בהסדר רע שמשיג לאחור שנות אור את הפרויקט החוקתי.

345. היעדרה של הוראת מעבר מעלה קושי משמעותי, ומובילה לחריגה מהכלל שעל חקיקה להיעשות **"מאחורי מסך בערות"** – שליטה נוספת על הקואליציה הצרה והנוכחית של הכנסת ה-25.

346. בענייננו, גם ברור כי התיקון אינו נועד לקדם את הפרויקט החוקתי, אלא להיפך: התיקון נועד לקדם פתרון לבעיה נקודתית, קצרת מועד, אשר התעוררה לאחרונה לאור משפטו של ראש הממשלה וחה"כ אריה דרעי. אך מעבר לזה, הניסיון של הקואליציה הנוכחית להשיג לעצמה טובות הנאה מיידיות על ידי שינוי כלל ההסדר המשטרי – הוא שימוש לרעה חמור במיוחד בסמכותם המכוננת.

347. **והרי תבקש העותרת לעמוד על המבחנים ולטעון בעזרת בחינתם – כי התיקון עושה שימוש לרעה בסמכות המכוון ועל כן על בית המשפט הנכבד להכריז על בטלותו.**

### **1.1. מבחן היציבות**

348. **מבחן היציבות** נקשר בשלב זה בעיקר להוראות שעה חוקתיות (והבעייתיות הגדולה שבהן), אך החשיבות של מבחן זה הוא בשמירת היציבות המשטרית ועליונותן של הנורמות החוקתיות:

**"חוקי היסוד, המעגנים נורמות חוקתיות, נועדו לעצב את דמותה של המדינה לאורך זמן ולהניח את יסודותיה החוקתיים והמשטריים של**

האומה שיעמדו בתוקפם שנים רבות" (עניין שפיר, בפס' 38 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

349. בהקשר זה יוער כי בשנים האחרונות נערכו תיקונים רבים בחוקי היסוד (ובפרט בחוק יסוד: הכנסת, חוק יסוד: הממשלה וחוק יסוד: משק המדינה), תוך פגיעה ביציבותם של חוקי היסוד. לכך התייחס בית המשפט במקרים רבים, ורי' לעניין זה, למשל, דבריו של כב' השופט עמית בעניין שפיר:

"בית משפט זה אינו ממחר לפסול חוק של הכנסת. על אחת כמה וכמה, מחויב בית המשפט לריסון שיפוטי מקום שבו מדובר בחוק יסוד. ברם, גם על הכנסת לפעול בריסון בהפעלת סמכותה כרשות מכוונת ולהצביע על חוקי יסוד ב"יד רועדת", תוך מודעות והכרה בחשיבות הרגע וגודל השעה. שהרי לא בחוק רגיל עסקינן, אלא בחוק יסוד, **שבעצם היותו חוק יסוד הוא אמור להיות בעל השלכות ארוכות טווח על משפטה ועל אופיה של המדינה והחברה**... בהיעדר ריסון עצמי של הרשות המכוונת, גוברת הנכונות המשפטית להתערב" (עניין שפיר, פס' 4 לפסק דינו של הש' עמית).

350. אם כן, חוק יסוד אמור להיות בעל השלכות ארוכות טווח על משפטה ועל אופייה של המדינה. כפי שהובהר לעיל, **התכלית המונחת אפוא בבסיס התיקון לחוקי היסוד נועדה לצרכים פוליטיים בלבד, ועיקרה ברצונה של הקואליציה הנוכחית לאפשר לעומדים בראשה, היושבים ברשות המבצעת, לפעול באופן שרירותי או קיצוני אחר, ללא מעצורים.**

351. ככלל, עיקרון היציבות פירושו כי תיקונים חוקתיים לא נועדו להבטיח אינטרסים פוליטיים זמניים; קצרי-מועד; וצרי-אופק, שביסודם רצון ממשלה קונקרטי לשנות את אופי המשטרה בהינתן הנסיבות הפוליטיות הקיימות, גם במחיר של פגיעה בעקרונות חוקתיים על-חוקיים, היורדים לשורש הגרעין הדמוקרטי. הניסיון של הקואליציה הנוכחית להשיג לעצמה כוח, שליטה וטובות הנאה מיידיות על ידי שינוי כלל ההסדר המשטרי – הוא שימוש לרעה חמור במיוחד בסמכותם המכוונת.

352. למעשה, **התיקון העומד בלב העתירה הוא תיקון נוסף בסדרה של תיקונים שעניינם הוא רצון פוליטי קונקרטי לשינוי שיטת המשטר הישראלית, דבר שמדגיש ביתר שאת את התערבותו של בית משפט נכבד זה:**

"תפקידו זה של בית המשפט נושא חשיבות יתרה נוכח מאפייני הייחודיים של המערכת החוקתית-מוסדית בישראל ובהם: העובדה שבישראל הרשות המחוקקת והרשות המכוונת חד הן; **העובדה שהממשלה דומיננטית מאוד בהליכי חקיקה בישראל; וכן העובדה שחוקי היסוד ניתנים לכינון ולשינוי בקלות, שלא לומר בקלות שאינה מתקבלת על הדעת** (ראו והשוו: עניין בנק המזרחי, בעמ' 391; עניין בר-און, בעמ' 298; עניין המרכז האקדמי, פסקה ל"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין; רוזנאי, בעמ' 1385-1386; ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" **משפט וממשל** ו 509, 516 (התשס"ג))." (עניין שפיר, פס' 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

353. העותרת תוסיף ותטען כי תיקון מס' 3 **חותר כאמור תחת גרעין הזהות הדמוקרטית של המדינה**, ובפרט תחת עקרון שלטון החוק, עקרון האיזונים ובלמים, עצמאות הרשות השופטת ותחת חובת הנאמנות לפעול לטובת הציבור – היא העומדת ביסוד הלגיטימציה להחזקה ושימוש בכוח שלטוני – וכן בעקרונות יסוד נוספים של טוהר המידות בשירות הציבורי ומנהל תקין. וכל זאת תוך הותרת הפרט במקרים רבים ללא כל יכולת לקבלת סעד והגנה מפני שימוש לרעה בכוחה של הרשות המבצעת.



354. כך תיקון מס' 3 מונע ביקורת שיפוטית גם בנוגע להחלטות מנהליות שרירותיות או קיצוניות ובלתי מתקבלות על הדעת. כך בפרט כאשר ההבחנה שיצר תיקון מס' 3 בין החלטות הדרג הנבחר להחלטות מקצועיות יצרה "חור שחור" בו ייבלעו שורה ארוכה של החלטות, במגוון רחב של תחומים, לגביהם שום מוסד האמון על הבטחת שלטון החוק במשטר הישראלי, וראשו מוסד היועצת המשפטית לממשלה, לא יוכל להבטיח כי לא נעשה בהחלטות אלה של הדרג הנבחר שימוש לרעה בכוח השלטוני המופרז של הרשות המבצעת.

355. כאמור לעיל, בין היתר, המשמעות של אותו חור שחור הוא היעדר כל הגבלה על כוחה של "ממשלת מעבר" להפר את חובת האיפוק והריסון החלה עליה, ולפיכך לפעול בהיעדר כל לגיטימציה דמוקרטית צרה ביותר.

356. ומעבר לכך, תיקון מס' 3 חל גם על כל סבירות "החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות". בכך תיקון מס' 3 אף מבקש לבטל את הביקורת השיפוטית גם למצבים בהם מדובר בהחלטה במחדל ולא רק החלטה שלא לקבל החלטה. במצבים אלה, הסבירות היא עילת הביקורת המרכזית לבחינת פגם בהחלטה מנהלית כאמור.

357. כל זאת תטען העותרת מחדד מדגיש ומחדד כי חוסר הוודאות המשפטית שתיקון מס' 3 יצר בשימוש במונח "סבירות" ותו לא, חותרת תחת היציבות המשטרית.

358. כך גם כאמור תיקון מס' 3 מחליש באופן דרסטי את הפיקוח על רשויות המנהל ומפר את מנגנון האיזונים ובלמים עד כדי ביטול ההגנה הניתנת לאזרח אל מול המוסד הבכיר ביותר ברשות המבצעת, כמו גם לעקרונות יסוד חשובים לאין שיעור ובראשם תקינות המנהל וטוהר המידות בשירות הציבורי. כך גם תיקון מס' 3 ייצר חוסר וודאות מובהק וחמור בהיבטים נרחבים של המשפט המנהלי, עד כדי חתירה תחת שאר חובות המשפט המנהלי ועילות הביקורת השיפוטית.

359. לאור זאת, העותרת תטען כי תיקון מס' 3 פוגע כדברי כבוד הנשיאה חיות ב"מרכיב מרכזי ביציבותה של חוקה – אולי המאפיין המרכזי ביותר שלה – הוא הביטחון שהיא מקנה לאזרחי המדינה שכללי המסגרת המעצבים את חייהם לא ישתנו למפרע" (עניין ממשלת החילופים, פס' 16 לפסק דינה). חתירה תחת גרעין הזהות הדמוקרטית של ישראל פוגעת ביציבות המפעל החוקתי, שכן שומטת את הקרקע מתחת לכללי המסגרת הבסיסיים של זהותה של המדינה ואופי משטרה.

360. לסיכום מבחן היציבות, השיקולים שהובילו לכינון תיקון מס' 3 לחוק היסוד: השפיטה, הם שיקולים זרים למשטר החוקתי; וכאשר מתערבבים התחומים – הפוליטי והמשטרי; האישי והציבורי – הם עולים כדי פעולות בחוסר תום-לב, תוך ניגוד עניינים מוסדי חריף וקיצוני, ובניגוד מוחלט לעקרון היציבות שעיקרו שמירה על נורמות חוקתיות, ויש בכך כדי לפגוע ב"מוסריות הפנימית והחיצונית" של המשפט החוקתי; ואף לחתור תחת עקרון הפרדת הרשויות [ראו, דברי כב' השופט הנדל בסעיף 6 לעניין המרכז האקדמי; וראו הצטרפות כב' השופט מלצר בפסקה 10 לפסק דינו שם]. ומכאן – תבקש העותרת לבחון את התיקון בראי מבחן הכלליות, מבחן העזר השני.

## ו.1.ב. מבחן הכלליות

361. בשאלת מבחן הכלליות התייחסה כבוד הנשיאה חיות לחשיבות דרישת הכלליות, ולאופן שבו חקיקה שהיא פרסונלית באופייה חוטאת לטיבן של נורמות חוקתיות.

"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" (המעמד המשפטי של חוקי-יסוד, בעמ' 164; על הקושי בהגדרתו של תיקון לחוק-יסוד אשר נועד לחול על שחקנים מוגדרים כהסדר חוקתי, ראו: Yaniv (2017) Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments 205-206). אכן, הסדר הנושא מאפיינים פרסונאליים חוטא לעקרון הכלליות ואינו עולה בקנה אחד עם אופייה ומעמדה של נורמה משפטית, ועל אחת כמה וכמה עם אופייה ומעמדה של נורמה חוקתית. עמד על כך השופט הנדל בעניין המרכז האקדמי בציינו "חוק המנוסח 'באופן שהמחוקק יכול היה לזהות מראש מי האדם או האנשים עליהם החוק יחול' – גם אם אינו נוקב במפורש בשמם – חוטא, על פניו, לדרישת הכלליות" [שם, בפסקה 6 לחוות דעתו; ראו גם, מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" חוקים יב 173 (2018)] "עניין שפיר, פס' 40 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות).

362. כבוד הנשיאה חיות חידדה את הקושי הנובע מהסדר המתיימר להיות חוקתי, המוחל לא רק על הכנסת המכוננת אותו, אלא גם עליה. קרי בתחולה אקטיבית של הסדר קבע. שכן וכך תטען העותרת כי תכליתו של תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, היא להעניק לרוב הקואליציוני בכנסת, הנשלט על-ידי הנהנים מתיקון מס' 3 – הדרג הנבחר בממשלה, "הטבות מיוחדות" (עניין ממשלת החילופים, פס' 15 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות) באופן מידי, וזאת על-מנת להגשים את "ההפיכה המשטרית".

363. כפי שהעותרת הראתה לאורך עתירתה, "הטבות מיוחדות" אלה שבתיקון מס' 3 הן מתן היתר לדרג הנבחר ברשות המבצעת לפעול באופן שרירותי או קיצוני אחר. כלומר, היתר לדרג הנבחר ברשות המבצעת הנוכחית לא רק לפעול שלא על-פי שלטון החוק, אלא להיות החוק עצמו.

364. העותרת תציין, כי אם בתחילת הליך החקיקה, בטרם עבר התיקון את הקריאה הראשונה, עוד יכלו מנסחיו לנסות ולטעון כי מדובר בחקיקה כללית, הרי ש"ריכוך" החוק (כפי שמנסחיו ניסו לטעון) במעבר שבין הקריאה הראשונה לקריאה השנייה והשלישית, עמד בבחינת יצא המרצע מן השק.

365. כזכור, בקריאה זו נוספה לחוק השורה הבאה: **בסעיף זה: "החלטה" – כל החלטה לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות.**"

366. הווה אומר, מנסחי החוק אף לא הסתירו את כוונתם לשלול מבית המשפט הנכבד את היכולת להעביר ביקורת שיפוטית על הליכי מינוי – וכתוצאה מכך, על פיטורים שאינם סבירים.

367. לפיכך, ביטול עילת הסבירות לגבי הדרג הנבחר ברשות המבצעת נועד לאפשר לגורמים אלה לפעול בניגוד ובסתירה לעקרונות יסוד של טוהר המידות בשירות הציבורי, של מנהל תקין, ותוך ניתוק חובת הנאמנות לציבור. כך בפרט, כפי שהוטעם לעיל, משביטול עילת הסבירות כאמור יגרום בהכרח ובאופן מידי לפגיעה במוסד הכרחי בשיטה הישראלית לאכיפת החוק,

הוא **מוסד היועצת המשפטית לממשלה**, בין היתר, באמצעות שלילת עצמאותה והפיכת כלל היועצים המשפטיים, וכן שומרי סף אחרים לכפופים לחסדו של הדרג הפוליטי ותו לא.

368. העותרת תדגיש כי אין מדובר בחששות בעלמא. חברי ממשלה וקואליציה רבים הבהירו היטב כי ביטול עילת הסבירות כקבוע בתיקון מס' 3 נועד בטווח הזמנים **המיידי**, לפיטורי היועצת המשפטית לממשלה המכהנת. אם תיקון מס' 3 יישאר על כנו, לא יהא בידי אף גורם, אף לא בידי בית משפט נכבד זה, היכולת למנוע פגיעה כה חמורה בשלטון החוק.

369. זאת ועוד, במהלך החודשים האחרונים, חברי ממשלה שונים כבר קראו או אף החלו בצעדים לפיטורי גורמים בכירים אחרים ברשות המבצעת, מאסדרים מקצועיים המהווים שומרי סף כשלעצמם. כך למשל, שר הכלכלה הבהיר כי ברצונו לפטר את ראש רשות התחרות, **שהיא גוף אשר עצמאותו מעוגנת בחוק**, על רקע זאת שהשר ביקש להורות לראש הרשות לבצע פעולות לגבי פתיחת הליכי חקירה ומהלכים מקצועיים נוספים, אשר עמדתה המקצועית הייתה כי אלה אינם עומדים בהלימה לדין.

370. ואולם לא רק בעניין הפיטורים עסקינו. ישאל השואל, מדוע חשוב היה כל כך למנסחי החוק להחריג **הפעלת סמכות במחדל**, באופן כה חריג. ובכן, התשובה לכך תמצא ככל הנראה בסעיף 7(א) לחוק בתי המשפט, הקובע ברחל בתך הקטנה כי **"ראה שר המשפטים שיש למנות שופט, יודיע על כך ברשומות ויכנס את הועדה"**.

371. הווה אומר, לשר המשפטים קיימת סמכות בחובה לכנס את הועדה לבחירת שופטים, סמכות אשר הוא הכריז מספר פעמים כי אין בכוונתו למלא. וכיצד יוכל השר לחמוק מביקורת שיפוטית אודות מחדלו לקבל החלטה מנהלית המחויבת על פי חוק – כאן באו לעזרתו מנסחי החוק, אשר הכניסו את הסעיף האמור, באופן פרסונלי לחלוטין, ועל מנת לשרת התנהלות פסולה זו (והעותרת תזכיר, כי ניסיונות של חברי כנסת להעלות שאלה זו לדיון בוועדה ולקבל הבהרות, נענו בסילוק מהוועדה על ידי יו"ר הוועדה).

372. אשר על כן, העותרת תטען כי תכליתו של תיקון מס' 3 אינה לבצע מהלך של איזונים ובלמים בין הרשות המבצעת לבין הרשות השופטת. תכלית התיקון היא הסרת מגבלה משמעותית מפני יכולתה של הממשלה וחבריה לפעול באופן שרירותי ובלתי סביר באופן קיצוני – קרי להשתמש בכוחה השלטוני המופרז לרעה. מדובר בחתירה תחת יסודות המשטר הדמוקרטי בישראל.

373. עניין זה עולה גם מכך שהכנסת התעלמה מעמדות היועצים המשפטיים, מומחי משפט אחרים (ובראשם פרופ' דותן) וכן יודעי דבר אחרים, אשר הצביעו על ההשלכות החמורות והרות גורל של תיקון מס' 3, ובפרט הדגישו כי התיקון פוגע בשורשי עקרונות יסוד משטריים, ובפרט בשלטון החוק, ועקרון הפרדת הרשויות; לצד טוהר המידות בשירות הציבורי, המנהל התיקון, עצמאות שומרי סף, הוודאות המשפטית; וכן כי התיקון יפגע בראש ובראשונה באזרח בקשת שלמה של מצבים בהם עילת הסבירות ופנייה לבית המשפט בגינה הייתה הכלי היחידי והאפקטיבי שלו לקבלת הגנה מכוחו השרירותי או קיצוני אחר של השלטון.

374. על כן העותרת תטען כי כפי שהטעימה כבוד הנשיאה חיות **בעניין ממשלת החילופים** (שם), כאשר כוננה הכנסת את תיקון מס' 3 היא פעלה בניגוד עניינים מוסדי חריג וקיצוני, ולפיכך תטען העותרת כי סעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה הוא הוראה פרסונלית שנועדה בראש

ובראשונה להיטיב עם חברי הכנסת המכהנים. על-כן, אין היא עומד במבחן הכלליות.

375. העותרת תוסיף כי תיקון מס' 3 מראה היטב כי בשנים האחרונות עולה החשש שמא כל ממשלה חדשה המבקשת לרצות את כל חבריה ולהבטיח את קיום כלל ההסכמים הקואליציוניים וחלוקת התיקים המיניסטריאליים, מבצעת שינויים חוקתיים התואמים את מידותיה. בכך ישנה חריגה מסמכותה של הכנסת לכונן חוקי יסוד, אשר מוגבלת אך לדברים שזו רואה אותם כחלק מהחוקה העתידית של מדינת ישראל (ראו פס' 15 לפסק דינה של הש' ברק-ארז **בעניין שפיר**). דברים אלה נכונים אף למבחן היציבות. מהאמור עולה כי תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה אינו עומד בשני מבחנים אלו – הכלליות והיציבות. וכעת, תיגש העותרת למבחן האחרון: מבחן ההתאמה למארג החוקתי.

### 1.1.g. מבחן ההתאמה למארג החוקתי

376. מבחן העזר השלישי, **מבחן ההתאמה למארג החוקתי** עניינו גם ביתר ההוראות הרלוונטיות והתאמת ההוראה החדשה להם:

**”במסגרת מבחן העזר השלישי יש לבחון, אפוא, גם את האופן שבו חוק היסוד או התיקון תואמים את סוג הנושאים שהוסדרו בחוקי היסוד; את ההיגיון הפנימי שלהם ותכליתם; ואת השינויים שנערכו בהם בעבר. ודוקו – 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 כזו במארג ההוראות הרלוונטיות המצויות באותה סביבה חוקתית?” (עניין שפיר, פס' 41 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות).**

377. העותרת תטען כי התיקון במוקד עתירה זו אף אינו צולח את מבחן ההתאמה למארג החוקתי. וזאת, כיוון שלפי שיטת המשטר שלנו, אין איזונים ובלמים אפקטיביים וממשיים על הקואליציה והממשלה שמכוחה מלבד בית המשפט העליון. שני מרכיבים אלו של הדין בעניין הביקורת השיפוטית שבית המשפט העליון מחיל על הרשויות, יחד עם העובדה שאין עוד מערך של בלמים במשטר מוכיחים בבהירות רבה – כי תיקון מס' 3 פוגע בהכרח באופן אנוש במארג החוקתי הקיים.

378. תיקון מס' 3 אינו מתאים או משתלב במארג החוקתי שנבנה במדינה לאורך שנות קיומה. במדינה בה יש התכה של הרשות המבצעת אל המחוקקת ושליטה כה חזקה מבלי שקיימים איזונים ובלמים מלבד בית המשפט העליון – הרי שהתיקון אינו “רק” לא מתאים למארג החוקתי. חמור מכך – מדובר בשינוי משטרי של ממש, המחזיר את השיטה למצב של טרום הקמת המדינה בה יש נציב עליון ויחיד ששולט ללא מיצרים.

379. כך סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה בכללותו, מעגן כמוטעם לעיל עקרון חוקתי יסודי לפיו קיומה של הביקורת השיפוטית על חוקיות פעולתה של כל רשות היא תנאי יסוד ועיגון עקרון שלטון החוק ועקרון הפרדת רשויות שהוא כידוע למעשה עקרון האיזונים ובלמים (עניין **מיערי**).

380. בדומה הלכתו הידועה של משפט נכבד זה לגבי סמכויותיו החוקתיות המעוגנות בסעיף 15 האמור היא:

**”בית-משפט זה מופקד על שמירת חוקיות, תקינות וסבירות פעולתן של הרשויות הציבוריות במדינה, ולתפקיד זה חשיבות חוקתית וציבורית**

**ממדרגה ראשונה. פגיעה כל שהיא בו עשויה לערער את אחד היסודות של שלטון החוק בחיים הציבוריים של המדינה ולפגוע בציפור נפשה של הזרוע השיפוטית במדינה" (בג"צ 403/71 אלכורדי נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח' [4], בעמ' 72-73) " (עניין אייזנברג, פס' 3 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) ברק).**

381. בהמשך לכך, סעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה מעגן חוקתית את הביקורת השיפוטית על החלטות המנהל, בין אם מדובר בדרג הנבחר, ובין אם מדובר בגורמים אחרים. כפי שקבעה כבוד השופטת (בדימוס) פרוקצ'יה בעניין קו לעובד:

**" בית המשפט הגבוה לצדק הוסמך מכוח סעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה לדון בעתירות המופנות כנגד "מי שממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין". סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לדון בעניינים מינהליים, ולתת צווים לממלאי תפקידים ציבוריים על-פי דין, נושאת מעמד על-חוקתי בהיותה מעוגנת בחוק-יסוד". (פס' 16)**

382. זאת ועוד, הגשמת תפקידו החוקתי של בית המשפט העליון הנכבד כגוף ביקורת עיקרי על מעשה המנהל, מתבצעת באמצעות כללי המשפט המנהלי. בכך באה לידי ביטוי גם תפקידו החוקתי של בית המשפט העליון הנכבד בהגשמת חובת הנאמנות אותה חבה הממשלה כלפי הציבור, העומדת מבחינה עיונית ביסוד הלגיטימציה הדמוקרטית להחזקה בכוח שלטוני, וכן ביסוד המשפט המנהלי, ובפרט חובות ההגינות החלות על המנהל. יפים לעניין זה דבריו של כבוד השופט לוי:

**" שני ראשים הם לביקורת השיפוטית. אופיה המנהלי של הסמכות, כמו זה של הרשות האוחזת בה, מפקידים את מוסרות הביקורת בידי של בית-המשפט הגבוה לצדק, מכוח סמכותו שלפי סעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה. ביקורת זו, המיושמת על-פי כלליו של המשפט המנהלי, מאפשרת לבית-משפט זה לקבוע כי החלטה להיקשר בהסדר טיעון או להימנע מלהיקשר בו, שפגם מהותי נגלה בה, פסולה ודינה להתבטל מן העולם או לעבור תיקון. באומרי "פגם מנהלי", כוונתי היא לאותו יסוד בפעולה שננקטה העומד בסתירה לאינטרס הציבורי אותו מצווה, כפי שכבר ציינתי, כל רשות מנהלית לקדם מעצם מהותה". [בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, סב(3) 550, פס' 49 לפסק דינו של כב' השי' לוי (2008)]**

383. כמו כן, כאמור, חוק-יסוד: השפיטה מעגן את העקרונות החוקתיים על פיהם תפעל רשות השופטת ובכלל זה מסדיר את מוסדות השפיטה, עצמאותם, סמכויותיהם, דרכי עבודתם וסדרי המינהל בהם, וכן בייחוד הכהונה של השופטים, איתלותם, דרכי מינוים, משך כהונתם ותנאי עבודתם [ר' הצעת חוק-יסוד: בתי המשפט, ה"ח 1348]. בכך מהווה חוק-יסוד: השפיטה עיגון חוקתי למעמדה של הרשות השופטת, עצמאותה, והיותה גורם מרכזי במערך האיזונים ובלמים במשטר הישראלי.

384. לעומת זאת תיקון מס' 3 עניינו בחסימה גורפת, מוחלטת וקיצונית השוללת מרשות השופטת, ובפרט מבית משפט נכבד זה, את הכלי החזק ביותר שעומד לרשותו כדי לבחון את ההחלטה השלטונית, והיא תמנע מהאזרחים את ההגנה המעשית היחידה העומדת לרשותם כנגד שרירותיות מצד הרשות המבצעת, בפרט בשלל של מקרים בהם מדובר בעניינו של האזרח הבודד, בהם בית המשפט, ועילת הסבירות, הם מפלטו היחיד של האזרח.

385. בכך תיקון מס' 3 עומד בסתירה לתפקידו החוקתיים של בית משפט נכבד זה ושל הרשות השופטת בכללותה, וכן בסתירה לעצמאותה. תיקון מס' 3 גם הביא לכך שהדרג הנבחר יכול

עתה לפעול לא רק מחוץ לגרעין הדמוקרטי של שלטון החוק, אלא הוא הופך לחוק עצמו.  
386. כל זאת, בניגוד ללשונו, מהותו ותכליותיו של חוק-יסוד: השפיטה, ולמארג החוקתי בכללותו.

387. שכן תיקון מס' 3 לחוק-היסוד יצר שינוי דרסטי ושל ממש במאזן הכוחות בין רשויות השלטון, המגביר את כוחה העודף בישראל של הרשות המבצעת תוך חסימת דרכו של האזרח והציבור לסעד ולהביא לאכיפת שלטון החוק על ראשי הרשות המבצעת. בכך גם חותר תיקון מס' 3 תחת כפיפותו של הדרג הנבחר ברשות המבצעת לשלטון החוק; וכל זאת תוך יצירת חוסר וודאות המערערת את יציבות המשטר.

388. כמו כן, כפי שהוטעם לעיל, המשפט החוקתי של מדינת ישראל חסר מרכיבים יסודיים וגרעיניים הנדרשים לצורך השלמה מהותית של המפעל החוקתי, ובראשם מגילת זכויות אדם מלאה וחוק-יסוד: החקיקה. לצד זאת, מקובל בחלק ניכר של מדינות דמוקרטיות להסדיר את סדרי המנהל בחקיקה "רגילה". זאת בוודאי הדרך העדיפה, שאף אינה שוללת כשלעצמה את הדין המקובל הנקבע בעניינים אלה בפסיקת בית המשפט.

389. ואולם, כאמור, הניסיונות לעגן חוק סדרי מנהל שלם ומלא נכשלו. אמנם, אין העותרת תטען כי אין מקום להסדרים חוקתיים המגדירים ומגדרים את היקף הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת. זאת, על-אף שהסדרה מלאה של סדרי המנהל, קרי המקיפה הן את החובות המהותיות והן את היקף הביקורת השיפוטית, אינה מתאימה ככלל לטקסט חוקתי אשר נועד להיות עקרוני וכללי באופיו (עניין שפיר, פס' 41 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות; ושם, פס' 24 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז).

390. כמצוין לעיל, ומבלי שהעותרת נוקטת עמדה מהותית לעניין זה, הייעוץ המשפטי של ועדת החוקה הציע במהלך הדיונים שינויים להצעת החוק, אשר כלל וכלל אינם עולים כדי הסדרה הולמת של סדרי המנהל כאמור, אולם עשויים ליצור איזונים ובלמים פנימיים, הנדרשים לנוכח זאת שבמובנו המהותי, תיקון מס' 3 אינו מעשה של המכוון לגידור סמכויות הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת, ולבטח שלא הענקת חסינות מהותית לפעולות או החלטות ספציפיות של הרשות המבצעת או הדרג הנבחר בה (כפי שהוצע לוועדה על-ידי פרופ' דותן במספר נוסחים).

391. אלא תיקון מס' 3 עניינו בחסימה גורפת, מוחלטת וקיצונית השוללת מרשות השופטת, ובפרט מבית משפט נכבד זה, את הכלי החזק ביותר שעומד לרשותו כדי לבחון את ההחלטה השלטונית, והיא תמנע מהאזרחים את ההגנה המעשית היחידה העומדת לרשותם כנגד שרירותיות מצד הרשות המבצעת, בפרט בשלל של מקרים בהם מדובר בעניינו של האזרח הבודד, בהם בית המשפט, ועילת הסבירות, הם מפלטו היחיד של האזרח.

392. העותרת תוסיף כי כאמור חלק ממבחן המארג החוקתי הוא בחינת התיקונים שנעשו בחוק-היסוד המדובר. מאז כונן חוק-יסוד: השפיטה לא נעשה בו שום תיקון מהותי; אלא שני תיקונים עקיפים בלבד. הימנעותו של המכוון עד לקואליציה הנוכחית מלשנות את עקרונות היסוד החוקתיים בדבר "השפיטה" בישראל, ובראשם כאמור עצמאות הרשות השופטת ועקרון שלטון החוק (ס' 2 ו-15), ובתוך כך גם הסגת כוחה של הרשות המבצעת בהתקנת תקנות שעת חירום מפני חוק היסוד (ס' 22); עקרון איזונים ובלמים ומעמדה החשוב של

הרשות השופטת ובפרט של בית המשפט העליון הנכבד במשטר הישראלי, בפיקוח ובקרה על מי שממלא תפקיד ציבורי על פי דין, וכן מתן סעד לאזרח הנפגע מכוחו של השלטון (ס' 15) - מעידים אלפי מונים כי תיקון מס' 3 עומד בניגוד לתכליות חוק-יסוד: השפיטה ובסתירה מובהקת למארג החוקתי בכללותו.

393. אמנם אין בכך כדי לומר כי הכנסת בכובעה המכוננת לעולם אינה מוסמכת לשנות את סמכותו של בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית. ואולם בעשותה כן הכנסת עדיין מוגבלת בשמירה על גרעין הזהות הדמוקרטית של ישראל, ובין אלה עקרון שלטון החוק, הפרדת רשויות ועצמאות הרשות השופטת.

394. כמו כן, העותרת תדגיש כי אין בין התיקון המדובר לבין מקרים בהם המחוקק בכובעו המחוקק קבע במפורש חסינות מפני ביקורת שיפוטית כגון סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], השתכ"ט-1969 או בסעיף 13 לחוק-יסוד: נשיא המדינה. לכל אחד ממקרים אלה ישנה הצדקה נקודתית ועניינית לחסינות זו, הכוללת גם איזונים הנובעים ממהותו של דבר החקיקה וענייננו. כך למשל בחוק הבחירות לכנסת כלל החסינות האמור מוגבל הן בהוראת סעיף 137 עצמו, והן מהותית לדוגמה בסעיף 64 לחוק העוסק בערעור על החלטת ועדת הבחירות המרכזית לאשר רשימת מועמדים.

395. בכך כידוע איזן המחוקק את התכלית של כלל החסינות בסעיף 137 עם עקרונות יסוד של השיטה וזכות היסוד לבחור ולהיבחר. כך גם, חסינותו של נשיא המדינה נגזרת מתפקידו הייצוגי בעיקרו, לצד אינטרס של סופיות בכל הקשור לסמכות החנינה. כמו כן, ברי כי לא ניתן לעשות שום גזירה שווה בין נשיא המדינה בכל הכבוד הראוי, לבין תפקידה, סמכויותיה וכוחה המופרז של הרשות המבצעת.

396. אך חשוב מכל אלה, בכל אחד ממקרים ספורים וייחודיים אלה, הענקת חסינות אינה כלל וכלל חסימה גורפת של אכיפת שלטון החוק על מי שמחזיקים בכוח שלטוני רחב, עצום הנוגע לכלל היבטי הפרט והציבור.

397. **מכל האמור לעיל, ברי כי התיקונים לא עומדים במארג החוקתי הקיים ומבקש לשנות באופן ניכר את שיטת המשטר הדמוקרטית בישראל.**

398. כעת, משחלפה העותרת ב"שלושת התחנות" של מבחני המשנה לעניין מבחן הזיהוי, תבקש היא לעבור במבחן השני אשר נקבע בעניין שפיר – שלב הצידוק.

#### 1.1.4. שלב הצידוק

399. בשלב השני, **שלב הצידוק**, הנטל עובר אל כתפי המשיבים להצדיק את השינוי החוקתי שנערך, האם ניתן להצדיק את עיגונה של הנורמה (החריגה) במאגר החוקתי. בין השלב הראשון לשלב השני קיימים יחסי גומלין, כך שאם למשל נמצא שהנורמה אינה מתאימה למארג החוקתי על המשיבים להציג הסבר מדוע יש לעגן נורמה לא חוקתית במסגרת חקיקת יסוד דווקא.

400. שלב הצידוק אינו יכול להסתיים בהצדקה בעלמא ויש להראות קשר ענייני בין הנורמה לצידוק. כמו כן, דומה כי יש להציג הצדקות מיוחדות וחריגות על מנת לעבור במבחן זה:

"לטעמי הפתח שנפתח בשלב הצידוק להכרה בנורמה כמכוננת הגם שהיא נעדרת איזה מבין המאפיינים האלמנטריים של חוק יסוד, הוא פתח צר עד מאוד ואין לעבור בו אלא במשורה; בהינתן מעמדה הרם של חקיקת היסוד, אין להכיר בנורמה "שמתחפשת" לנורמה חוקתית ככזו – אלא ב"מקרים חריגים, קיצוניים וייחודיים" (ראו דברי הנשיאה ד' בינייש בעניין בר-און, פסקה 29). " (עניין שפיר, פס' 2 לפסק דינה של כב' השופטת ברון).

401. ויוער: על פי חוות דעתה של כב' הנשיאה, מבחן הצידוק אינו תר אחר כוונת המכוון, אלא עוסק "בשאלת קיומו של טעם מבורר לעיגון הוראה במסגרת חקיקת יסוד, חרף המחיר שיש לצעד זה ואשר בא לידי ביטוי בשחיקת מעמדם של חוקי היסוד." (פס' 43 לפסק דינה בעניין שפיר)

402. בענייננו, במנותק מכוונת המכוון, התיקון אינו עומד בכלל המבחנים, ומשכך על המשיבים לעבור בפתח צר מאוד על מנת לטעון כי דווקא כעת, במהלך רטרופקטיבי כדי לשנות את שיטת המשטר הדמוקרטי ולהשיל כל מוסד מתבקש של איזונים ובלמים על הממשלה.

### 1.1.ה. מבחן המובחנות

403. בעניין שפיר הציגה כב' השופטת ברק ארז עמדה שונה בדעת יחיד לפיה על המבחן להיות מבחן בעל שלב אחד, ללא שלב הצידוק. בנוסף, במבחני המשנה של השלב הראשון החליפה השופטת את מבחן ההתאמה למארג החוקתי במבחן המובחנות מתפקידן של רשויות אחרות, לפיו "הכנסת, בעת שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת, אינה מוסמכת להחליף את תפקידה של אף אחת משלוש רשויות השלטון האחרות – הרשות המבצעת, הרשות השופטת והרשות המחוקקת" (עניין שפיר, פס' 23 לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז).

404. כלומר, במקום בו הכנסת עושה שימוש בסמכות המכוננת כדי להחליף וכדי לנשל את הרשות השופטת מתפקידה – לפרש חוקים, או את הרשות המחוקקת מתפקידה – לאשר ולהצביע על תקציב המדינה – אזי ניתן לומר כי נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

405. יוער כי לגישת כב' הנשיאה חיות ההבדל בין מבחן המובחנות למבחן ההתאמה למארג החוקתי מבחינה מעשית הוא קטן (לדברים אלה אף מצטרפת כב' השופטת ברון בפסק דינה, ור' שם בפס' 2).

406. בעניין שיינפלד התייחסה כבוד השופטת ברק ארז למבחן המובחנות ומבלי להכריע בעניין ביקשה לבחון את המקרה לפי מבחן המובחנות:

"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". (עניין שיינפלד, פס' 22 לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז).

407. כלומר, יש לבחון האם נעשה שימוש בסמכות המכוננת כדי להסיג גבול לסמכות של הרשות השופטת וכדי לצבור כוח ושליטה על גבה עד כדי שלילת סמכותה של השנייה.

408. ברי, כי תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה יש בו משום השתלטות נוספת של הרשות המבצעת על תפקידה של הרשות השופטת – לערוך ביקורת לפרש חוקים ולקבוע האם הם



אכן פוגעים בזכויות יסוד או באינטרסים ציבוריים כבדי משקל. לקיחת תפקיד זו, היא חמורה במיוחד כאשר גם מצמצמים באופן כה מאסיבי את יכולתה של הרשות השופטת לפרש באופן מצמצם גם חקיקה רגילה.

409. הנה כי כן, מבחני העזר של הכלליות והיציבות אינם עומדים בהקשר של התיקון מושא העתירה – וכיוון שבהתאם למבחן של השופטת ברק-ארז מדובר במבחן חד שלבי, ברור שדינו של התיקון בטלות. לעניין מבחן המובחנות, לנוכח הדומות בינו לבין מבחן המארג החוקתי, אפשר כי אף הוא מוביל למסקנה דומה.

#### 1.1.1. שימוש לרעה – מבחנים נוספים

410. הנה כי כן, מבחני העזר של הכלליות והיציבות אינם עומדים בהקשר של התיקון מושא העתירה – וכיוון שבהתאם למבחן של השופטת ברק-ארז מדובר במבחן חד שלבי, ברור שדינו של התיקון בטלות. לעניין מבחן המובחנות, לנוכח הדומות בינו לבין מבחן המארג החוקתי, אפשר כי אף הוא מוביל למסקנה דומה.

411. יוער כי בספרות העוקבת אחרי עניין שפיר, בבלוג ICON-S-IL Blog, התייחס המלומד ד"ר אלעד גיל למבחן מנחה שונה, ואשר לשיטת העותרת יש בגישה זו כדי להשליך על ענייננו – אנו:

**”השימוש בחקיקת יסוד מהווה ניצול לרעה של הסמכות המכוננת כאשר מטרתו העיקרית של התיקון החוקתי היא לנטרל או לעקוף מנגנון חוקתי המגביל את כוחה של רשות שלטונית.”**

412. לפי מבחן זה, הכנסת אינה רשאית לעשות שימוש בסמכות המכוננת כדי לנטרל את החוקה. כלומר, היא רשאית לשנותה ולכלול הוראות חדשות כמיטב שיפוטה מכוח מעמדה כרשות המכוננת, אך לא לעשות בה שימוש ציני המשאיר את הוראותיה על הנייר תוך עקיפתן לצרכים פוליטיים. כאשר התכלית העיקרית לכינונה של הוראה חוקתית היא לעקוף מנגנון חוקתי המייצר איזונים ובלמים בשיטתנו מבלי שהכנסת משנה את אותו מנגנון אלא פשוט מבקשת לנטרל אותו באופן זמני או לצורך נקודתי, מוצדק לקבוע כי מדובר בניצול לרעה.” (אלעד גיל “האם קיים עקרון חוקתי ניטרלי להכרעת שאלת השימוש לרעה בסמכות המכוננת?” ICON-S-IL Blog (20.6.2021)).

413. דברים אלה אף עולים בקנה אחד עם הקביעה של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין בעניין המרכז האקדמי:

”כמו כן, ולדידי זו עיקר לענייננו, השימוש לרעה יכול שיהא שימוש לרעה בסמכות המכוננת כשלעצמה. דוקטרינת השימוש לרעה, אף שהיא במתחם החוקתי, שאובה בבסיסה, כך נראה, מכללי היסוד של המשפט המינהלי, אשר להם מחויבים הרשות המבצעת וגופי המינהל מגשימי מדיניותה; כמו כל כוח שלטוני, גם סמכותה של הרשות המכוננת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה הסמכות ראו והשוו רוזנאי, בעמ' 143; י' זמיר “הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים” משפט וממשל א (תשנ"ג) 395, 397; י' זמיר “הסמכות המינהלית” משפט וממשל א (תשנ"ב) 81, 90. לא הרשות המבצעת, וגם לא המחוקקת או המכוננת, פטורות מכללי היסוד של המתחם המרקם החוקתי.” (שם, בפס' ל').

414. לגישת העותרת, אף שהצעה זו של ד"ר גיל הועלתה כמבחן שונה ומובחן לשימוש לרעה, ניתן אפוא לבחון אותו גם כמבחן עזר נוסף במבחני השימוש לרעה הקיימים.

415. בענייננו, מתקיים שימוש לרעה בסמכות המכוננת כאשר קואליציה צרה מבקשת לעקוף מנגנון של איזונים ובלמים של עצמאות הרשות השופטת – והכל מתוך מטרה לנטרל מנגנון חוקתי המעניק לרשות השופטת עצמאות בבלימת ואיזון הרשות המבצעת. וכאשר בהמשך מתעתדים מהלכי חקיקה שתכליתם קביעת תנאים בלתי אפשריים על ידי הקואליציה הצרה כדי שלא ניתן יהיה לקיים ביקורת שיפוטית על מהלכיה השונים הדבר מהווה ניטרול ברור של בית המשפט העליון לקיים ביקורת שיפוטית.

416. בכך, הסמכות העקרונית של רשות אחת משמשת להשתלטות ושליטת סמכויות של אחרת. משכך, מדובר בשליטת מוסד האיזונים ובלמים הנדרשים בדמוקרטיה, ובשימוש לרעה בעצם הסמכות, תוך עקיפת מנגנונים חוקתיים.

417. הנה כי כן, לנוכח העובדה כי מדובר במבחנים תחליפיים שבחינתם מביאה לתוצאה דומה, ברי שהתיקון עושה שימוש לרעה בסמכות המכוון בכל מקרה, ובהתאם – דינו של התיקון בטלות.

## **ז. בכינון התיקון נפלו פגמים היורדים לשורשו של הליך**

418. כפי שפורט בהרחבה בחלק העובדתי של העתירה, מהלך החקיקה של התיקון נעשה בצורה לא ראויה שאינה מכבדת את הליך החקיקה. התיקונים המשטריים נידונו והעוברו באופן חפז, ללא שיתוף מלא ומתחייב של חברי הכנסת מהאופוזיציה, מבלי שניתן לגורמי המקצועיים להציג את עמדתם בצורה ראויה, על בסיס מסד נתונים חסר ובהליך לא ראוי – ובאופן זה יש כדי לפגוע ביכולת ההשתתפות המהותית של חברי הכנסת. הלכה למעשה במהלך כינון התיקון:

- א. עקרון ההשתתפות בהליך החקיקה נמנע (ולמצער, נפגע קשות) מחברי הכנסת.
- ב. הליך החקיקה לא תאם את חשיבותם של התיקונים המשטריים, משמעותם והשלכותיהם הרבות; והוא שונה מהותית בהשוואה להליכי חקיקה דומים בעבר.
- ג. נעשה שימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת כדי לקבוע סדרי דיון מיוחדים להצבעות בקריאה שנייה ושלישית, סדרי דין שמנעו הגשת הסתייגויות נוספות.
- ד. הצעת החוק היא למעשה הצעת חוק פרטית של ח"כ רוטמן, שקודמה כהצעה מטעם ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת (כדי לייתר את ההצבעה בקריאה טרומית).

419. פגמים אלה, כל אחד בנפרד ובוודאי באפקט במצטבר שהם יוצרים, הם פגמים היורדים לשורש הליך חקיקתם וכינונם של התיקונים, באופן שמחייב את התערבותו של בית המשפט הנכבד.

420. נעמוד בקצרה על הבסיס המשפטי לביקורת השיפוטית על הליך החקיקה בכנסת ועל המסגרת המשפטית לביטול חקיקה ראשית של הכנסת בשל פגמים אלה, ונראה כיצד אלה מתקיימים באופן ברור בענייננו.

## 1.ז. הביקורת השיפוטית בשל פגמים היורדים לשורשו של הליך החקיקה

421. כפר בבג"ץ 975/89 nimrodi land development ltd נ' שילנסקי, מה(3) 154 (1991)

הוכרה חשיבותה של הביקורת השיפוטית על הליכי החקיקה בכנסת:

"הליך החקיקה, ככל הליך שלטוני אחר, הוא הליך 'נורמטיבי', כלומר, הליך ששלביו מוסדרים בדין. על-פי חוק-יסוד: הכנסת (סעיף 19), הליכי החקיקה קבועים בתקנון הכנסת. על-מנת שיתקבל 'חוק', יש לקיים את הוראות התקנון באשר להליכי החקיקה. ביסוד הליכים אלה - בכל הנוגע להצעת חוק מטעם הממשלה - עומדות שלוש הקריאות (במליאה) והדיון בוועדה (לאחר הקריאה הראשונה וכהכנה לקריאה השנייה). אם אחד מהשלבים האלה נעדר, כגון שלא קוימה אחת הקריאות או שבהצעה לא קיבלו בהן רוב או שלא התקיים דיון בוועדה או שנפל באחד ההליכים הללו פגם היורד לשורש ההליך, ההצעה לא מתגבשת לכדי דבר חקיקה, ו**בית-משפט מוסמך - אם בתקיפה ישירה ואם בתקיפה עקיפה** (ראה בג"צ 761/86, בעמ' 872) - להכריז על בטלות 'החוק'."

422. בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת

ישראל, נט(2) 14 (2004) (להלן: "עניין מגדלי העופות") הובהר כי על אף הריסון העצמי שיפעיל בית המשפט העליון בבואו לבקר חקיקה ראשית של הרשות המחוקקת, הרי שאין סמכותו מוגבלת בהכרח לפגמים פורמליים בהליך החקיקה (פס' 16 לפסק דינה של השי-בייניש) -

"המבחן להתערבותו של בית משפט זה בהליך החקיקה הינו האם הפגם שנפל בהליך החקיקה הינו 'פגם היורד לשורש ההליך'. השאלה מהו 'פגם היורד לשורש ההליך' אינה נקבעת על-פי סיווגו של הפגם כפגם מסוג חריגה מסמכות או כהפרה פורמלית של סעיף מסוים בתקנון הכנסת, אלא על-פי עוצמת הפגיעה שפוגע פגם זה 'בערכים מהותיים של מטרנו החוקתי' או בערכים הבסיסיים של מטרנו החוקתי המונחים ביסוד הליך החקיקה..."

423. מיידי בהמשך לכך, הוכרו ארבעה עקרונות יסוד "אשר בלעדיהם (ובלעדי עקרונותיה של

הדמוקרטיה המהותית) לא תתקיים הדמוקרטיה בישראל" (שם, בפס' 18) - עקרון הכרעת הרוב; עקרון השוויון הפורמלי ("קול אחד לכל אחד" מחברי הכנסת); עקרון הפומביות; ועקרון ההשתתפות (לפיו לכל חבר כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה).

424. מבין העקרונות הללו, הרלוונטי לענייננו הוא עיקרון ההשתתפות, לגביו נקבע (שם, בפס' 22)

"על מנת שהכנסת תוכל למלא את תפקידיה ועל מנת שחברי הכנסת יוכלו למלא את תפקידיהם, 'שמילויים הוא ממהות כהונתם', יש לאפשר לכל חברי הכנסת להשתתף בהליכים הפרלמנטריים הנדרשים למילוי תפקידים אלו. ... חרף האיפוק הרב שבית משפט זה מטיל על עצמו בפיקוח על פעולות הכנסת, מקום בו תישלל, שלא כדיון, האפשרות מחבר הכנסת להשתתף בהליכים הפרלמנטריים ולמלא את תפקידו כחבר כנסת, לא יהיה מנוס מהתערבות שיפוטית."

425. הלכה זו זכתה לחידוד והרחבה בפסק הדין התקדימי בעניין קוונטינסקי, בו נפסל לראשונה

חוק בשל פגיעתו החמורה בעקרון ההשתתפות של חברי הכנסת בהליך החקיקה. כך הורחב היקף הביקורת השיפוטית בגין פגיעה בזכות ההשתתפות המהותית. עיקרון ההשתתפות, כך נקבע, מהווה את יישומה של תפיסת הדמוקרטיה הייצוגית במשפט הפרלמנטרי. על כן,

פגיעה חמורה בעקרון ההשתתפות של חברי הכנסת ובהליך הדיון הראוי בחוק בכוחה להצדיק מעורבות שיפוטית.

426. עקרון ההשתתפות, כך נקבע בעניין **קוונטינסקי**, מחייב דיון רציני ומעמיק בסוגיה מושא החקיקה, שתאפשר לחבר הכנסת לממש את תפקידו הדמוקרטי ולהצביע כמצופה ממנו כנבחר ציבור, לאחר שבחן את הדברים כדבעי :

“עקרון ההשתתפות איננו מתמצה במתן אפשרות לחברי הכנסת לנכוח פיזית בדיוני מליאת הכנסת או הוועדה. עקרון ההשתתפות משמעו מתן אפשרות אמיתית, רצינית והוגנת לחברי הכנסת לעיין ולדון, להעיר ולהאיר, לשאול ולשקול – הכל על מנת שיהיה סיפק בידם לגבש עמדה מושפלת בסוגיה שעל הפרק” (עניין קוונטינסקי, בפס' 52 לפסק דינו של השופט סולברג).

427. אם כן, מבלי שתינתן לחברי הכנסת הזדמנות אמיתית וכנה להתבטא לפני חבריהם בניסיון לשכנעם, ובלב הפתוח להשתכנע, אין לומר כי מומש עקרון ההשתתפות.

428. מצב בו הליך החקיקה מתנהל באופן “אוטומטי”, מכוח זיקה קואליציונית גרידא, ובלא דיון מספק בשינויי החקיקה, אינו מממש את תפקידם של חברי הכנסת כנבחר ציבור, וחותר תחת תשתיות הדמוקרטיה הייצוגית. יפות לעניין זה קביעותיו של כבוד השופט סולברג בפסק הדין בעניין קוונטינסקי :

“מבלעדי דיון מינימלי, לא יוכלו חברי הכנסת לגבש עמדה מהותית, מושפלת, לחכוך בדעתם ולהחליט אם לתמוך בהצעת חוק, לעשות לתיקונה, או להתנגד לה. ללא אפשרות לקיים דיון – השתתפותם של חברי הכנסת בהליך החקיקה תרוקן מתוכן, ותצטמצם אך להכרה בסיסית ו'פסיבית' של הצעת החוק שלפניהם. במצב מעין זה ישנו חשש לא מבוטל כי הכנסת תהפוך ל'חותמת גומי' של יוזמי הצעות החוק – פעמים רבות, של הרשות המבצעת, אשר כאמור, נהנית מרוב בכנסת. עקרון הפרדת הרשויות מחייבנו אפוא לעמוד על המשמר, לבל תאפיל הממשלה על הכנסת” (שם, בפס' 63-62 לפסק הדין).

429. בכך הביע בית משפט נכבד זה את דעתו, לפיה הגם שאין לדרוש מהמחוקק דרישה מחמירה להוכחת קיומו של “הליך חקיקה נאות” ומלא, יש להבטיח כי ניתנה לכנסת ולחבריה אפשרות לקיים דיון פרלמנטרי בסיסי קודם לאישור החוק.

430. בעוד שלא ניתן לקבוע מסמרות בשאלה מהו הליך פרלמנטרי בסיסי, הדרוש לשם הבטחת עקרון ההשתתפות, נתן בית המשפט הנכבד תבחינים והצביע על מספר מדדים אפשריים לקיומו של הליך ראוי. בית המשפט, בבואו לבחון את חוקיות הליך החקיקה, יתחשב בכלל נסיבות העניין, ובתוך כך ייתן דעתו בפרטים הבאים: משך הדיון, ומידתיות משכו ביחס למורכבות הצעת החוק ולהיקף השלכותיה; פרק הזמן שניתן לחברי הכנסת לעיין בהצעה; השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק, על נוסחה ועל תוכנה; ועוד (עניין קוונטינסקי, בפס' 80).

431. עוד הציע כב' השופט סולברג להיעזר בקריטריונים אותם התווה המלומד Goldfed במאמרו (VICTOR GOLDFELD, *Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation Through Judicial Review of Congressional Processes*, 79 N.Y.U L. REV. 367, 378 (2004)). בתוך כך, על בית המשפט לשאול עצמו אם השלכותיה של החקיקה קיבלו די התייחסות על ידי המחוקק; האם הוקמו וועדות או

קוימו שימועים על מנת לדון באותן ההשלכות; האם נבחנו די הצורך אמצעים חלופיים להשגת מטרות החקיקה; האם הצעת החוק עליה קובלים העותרים הוגשה כחלק מ"חבילת חקיקה" המאגדת נושאים שונים ובלתי קשורים, או שנידונה בנפרד; וכו'. (עניין קוונטינסקי, פסי' 81 לפסק דינו של השופט סולברג).

#### ז.1.א. ההצעה הונחה כהצעת חוק מטעם הוועדה מבלי הסכמת הוועדה

432. הצעת התיקון מושא עתירה זו, נידונה כהצעת חוק מטעם וועדת חוקה, חוק ומשפט, בהתאם לסעיף 80 בחוק יסוד הכנסת, אף שהוועדה כלל לא הייתה חלק מגיבוש הצעת החוק. בכך, ההצעה נהנתה מפטור מהצבעה על ההצעה בקריאה טרומית ומקיצור הזמנים עד להנחת ההצעה לקריאה ראשונה על שולחן מליאת הכנסת.

433. תקנון הכנסת מאפשר כידוע שלושה "מסלולי חקיקה": הצעת חוק ממשלתית, הצעת חוק פרטית על ידי חבר כנסת בודד והצעת חוק על ידי ועדה מוועדות הכנסת. הצעת חוק על ידי ועדה מוועדות הכנסת, היא נדירה ביותר. למעשה, מקום המדינה הוגשו ונוסחו באופן זה פחות מ-100 הצעות חוק.

434. אף שהדין אינו קובע מסמרות בעניין, הרי שההיגיון מורה שהצעת חוק מטעם הוועדה צריכה לעבור תהליך דומה לזה שעוברת הצעת חוק מטעם הממשלה (ר' והשוו: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 2.3005 – הטיפול בהצעות חוק ממשלתיות)

435. ודוק: אף שהצעות החוק הממשלתיות פטורות אף הן מקריאה טרומית, הרי שבקרת האיכות המקדימה על הצעות חוק מטעם הממשלה נועדה להביא לתוצר חקיקתי איכותי ומלא. קרי, על אף הליך החקיקה הקצר, ההליך המקדים מעמיק ואיכותי.

436. בהתאם לכך, היה על הוועדה, לכל הפחות: לקבל החלטה על הכנת הצעת החוק; להורות על קיום עבודת מטה על ידי גורמי המקצוע של הוועדה על מנת להעמיד בפני המחוקקים את כל הנתונים הדרושים; לגבש עמדה לעניין הצעת החוק; לאשר את נוסח החוק ולהעבירו להליך החקיקה.

437. עניין זה נובע גם מלשון סעיף 80 לתקנון הכנסת, אשר מתייחס להצעת החוק מטעם הוועדה ככזאת שהוכנה על ידי הוועדה באופן קולקטיבי:

- (א) ועדת הכנסת, ועדת החוקה חוק ומשפט והוועדה לענייני ביקורת המדינה רשאיות ליזום, בתחומי ענייניהן לפי תקנון זה, הצעות חוק בנושאים אלה ולהכינן לקריאה הראשונה...
- (ב) הכינה ועדה הצעת חוק לקריאה ראשונה, יורה מזכיר הכנסת על פרסומה ברשומות – הצעות חוק הכנסת, בצירוף דברי הסבר.

438. במקרה דנן, הצעת החוק לא יוזמה כלל על ידי הוועדה, שלא התכנסה קודם לגיבוש הצעת החוק ולא קיבלה החלטה על "יזומה". כמו כן, לא נעשתה כל עבודת מטה מטעם הגורמים המקצועיים בה ולא גובשה עמדה של הוועדה עובר לתחילת הליך החקיקה. מכאן ברור כי גם לא ניתן לטעון שהיא "הוכנה" על ידי הוועדה לקריאה ראשונה.

439. למעשה, מדובר בהצעות חוק פרטיות ש"התחפשו" להצעות חוק מטעם הוועדה. הן נוסחו על ידי יו"ר הוועדה חה"כ שמחה רוטמן (או מי מטעמו) לפני שהניח אותן על שולחן הוועדה כהצעה "מטעם הוועדה".

440. בכך חה"כ רוטמן עשה שימוש לרעה בתפקידו כיו"ר הוועדה, אשר מוסמך לקבוע את סדר יומה, על מנת לגרום לה "לאמץ" הצעת חקיקה פרטית מטעמו, שהוועדה עצמה כלל לא יזמה או הכינה.

441. כאמור בפרק העובדתי לעיל, הצעות החוק שבבסיס ההפיכה המשטרית החלו כהצעת חוק ממשלתית מטעמו של שר המשפטים יריב לוין. לאחר שהובן כי משך הזמן הדרוש לביצוע תהליך חקיקה שיוזם על ידי הממשלה יארך זמן בשל הצורך לקיים הליך מנהלי סדור, הועבר הנטל לחה"כ רוטמן. קידום ההצעה כהצעה "מטעם הוועדה", אשר נהנית מפטור מהצבעה בקריאה טרומית וקיצור הזמן עד להצבעה בקריאה ראשונה, נועד לקצר את ההליכים ולהחיש את קבלת החוקים בשלוש קריאות.

442. ברור שגם בעניין זה יש פגיעה עצומה בעקרון ההשתתפות של חברי הכנסת, בפרט אלה החברים בוועדת חוקה. הצעת החוק יוזמה בין היתר בשם, מבלי שניתנה להם האפשרות לקיים תהליך מקדים על ההצעה, להיעזר בגורמי המקצוע ולהסכים על נוסח הצעה שתועבר להליך החקיקה.

443. לעמדת העותרת, ברור אם כן, שבאופן שבו "הונחתה" הצעת חוק – שהיא למעשה הצעת חוק פרטית – על שולחן הוועדה כהצעה **מטעמה**, באופן שאך נועד להחיש את הליך החקיקה וכינון התיקון, ישנו חמור פגם היורד לשורש ההליך.

#### **ז.1.ב. בענייננו נמנעה מחברי הכנסת השתתפות ראויה בהליך החקיקה**

444. כפי שתואר בתשתית העובדתית שלעיל, יכולתם הממשית של חברי הכנסת להשתתף בוועדה באופן שיאפשר להם להביע את דעתם ולהשפיע בפועל על אופן והליך החקיקה, נפגעה קשות.

445. בכל הקשור לעבודת וועדות הכנסת, כבר נקבע בעבר כי "אין ערוך לחשיבותו של דיון פורה וממצה כאשר בוועדות הכנסת עסקינן ... דיון ביקורתי ואפקטיבי בהצעת חוק – הוא העומד בבסיס פועלן של ועדות הכנסת" (עניין קוויטניסקי, בפס' 67 לפסק דינו של הש' סולברג). כמו גם נקבע כי –

**"בפני הוועדה מוצגות ההנמקות להצעת החוק, סעיפיה נבחנים, ומועלות הסתייגויות של חברי הוועדה ומוזמנים חיצוניים ... על-פי-רוב, הצעות חוק אינן שומרות על נוסחן המקורי, אלא עוברות שינויים בהתאם לעמדת הוועדה" (עניין קוויטניסקי, פס' 95 לפסק דינו של ס' גיוראן)**

446. והנה, האופן בו התנהלה ועדת חוקה, חוק ומשפט בראשות חה"כ שמחה רוטמן, היא ההפך הגמור. המהירות האדירה שבה הועבר הליך החקיקה, בשים לב לחשיבותו, מורכבותו ומשמעותיותו; הדריסה וההשפלה של היועצים המשפטיים שביקשו להציג את חוות דעתם המנומקת הביאה בתורה לפגיעה ביכולת של חברי הכנסת לקבל הסברים והבהרות על הצעת החוק המונח לפנייהם ועל המשמעויות החריגות והחמורות של הצעת החוק על המשטר בישראל, ועל היבטים נוספים ושונים – ומכאן נגרמה פגיעה בעקרון ההשתתפות של חברי הכנסת; רמיסת זכויותיהם של חברי הכנסת מטעם סיעות האופוזיציה להשתתף באופן פעיל בישיבות הוועדה והוצאתם מחדר הוועדה חדשות לבקרים; הפעלת נוהל חריג המאפשר אי-קיום דיון בהסתייגויות שהגישו חברי הוועדה.

447. כל אלה הן אינדיקציות ברורות לכך שנמנעה השתתפותם התקינה של חברי הכנסת באופן

שמהווה פגם היורד לשורשו של הליך החקיקה.

## **ז.1.ג. הקואליציה עשתה שימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת הדורס ברגל גסה את הליך החקיקה הנאות בכינון התיקון**

448. ביום 19.7.2023 החליטה ועדת הכנסת על קביעת סדרי דיון לפי הוראות סעיף 98 לתקנון הכנסת הקובעות, כי :

**"בדיון בהצעת חוק תקציב המדינה ובמקרים אחרים יוצאים מן הכלל, רשאית ועדת הכנסת לקבוע סדרי דיון מיוחדים, לרבות קביעת מסגרת הדיון וזמני הדיבור".**

449. אם כן, הוחלט לעשות שימוש בסעיף זה, אשר מגביל את הכנסת ומשנה את סדרי עבודתה, נועד בראש ובראשונה למקרים חריגים במיוחד וקיצונים, כאלה הנחשבים "יוצאים מן הכלל" – כדי לצמצם את האפשרות של סיעות האופוזיציה לקיים דיון ולהציג הסתייגויות לתיקונים. והכל בניגוד לפי לשון הסעיף, **מדובר רק במקרים הדומים במהותם וחשיבותם להצעת חוק תקציב המדינה – חקיקה מורכבת וחשובה במיוחד אשר במידה ולא תעבור עד מועד מסויים הממשלה תיפול.**

450. הנה כי כן, השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת – **המאפשר לקואליציה ולממשלה, הלכה למעשה, לדרוס ברגל גסה, את סדרי הדיון המחייבים את הכנסת ואת אפשרות האופוזיציה בכנסת לקיים דיוני הסתייגויות ופיליבסטר למהלכי חקיקה שונים, ושמור למקרים חריגים וקיצונים במיוחד, הפך לדבר שבשגרה בכנסת ה-25.**

451. חמור יותר, שנעשה בו שימוש בעת כינון התיקון נושא העתירה – המצוי בלב מחלוקת כבדה. 452. כמו כן, גם הייעוץ המשפטי לכנסת (ראו מענה לעותרת מיום 19.3.2023 מצורף כנספח ע/24), סבור כי ישנה פרצה בשימוש בסעיף 98 לתקנון, והשימוש בו אף גובר לאורך השנים גם בניגוד לעמדתה של היועצת המשפטית לוועדה. והנה, נראה כעת שעל אף עמדתו הברורה של הייעוץ המשפטי לכנסת נראה שהשימוש התכוף בסעיף זה רק הולך וגובר בכנסת הנוכחית בה כבר נעשה מספר שיא כולל בכינון תיקונים חוקתיים המשנים סדרי המשטר הישראלי.

453. לא זו אף זו, השימוש שנעשה כעת בהעברת התיקון בסעיף 98 לתקנון הכנסת פוגע בעיקרון היסוד המובהק של הפרדת הרשויות. השימוש בסעיף חוסם את האופוזיציה מאחד הכלים הפרלמנטריים העיקריים, הלגיטימיים והמקובלים שעומדים לרשותה כדי לפקח על הממשלה והליכי החקיקה במשכן הכנסת. דה-פקטו כוחה המצומצם ממילא של האופוזיציה נפגע עוד יותר עקב השימוש התכוף בסעיף 98 לתקנון הכנסת. תופעה זו גם מובילה לפגיעה משמעותית במרקם החיים הפרלמנטריים בין חברי הקואליציה והאופוזיציה.

454. יצוין, כי הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות מתגברת כאשר נעשה שימוש תכוף יותר בהגבלת האופוזיציה לסדרי הדיון המיוחדים. ולכן, השימוש השגרתי בסעיף 98 כפי שנעשה בכנסת ה-25 הוא סימפטום נוסף למערכת היחסים הבעייתית בה הממשלה כובלת את שיקול דעתה של הכנסת ושולטת בה – והלכה למעשה פוגע פגיעה קשה בעיקרון השתתפות של סיעות האופוזיציה.

455. כאמור לעיל, העותרת סבורה כי בתיקון חוקי היסוד – ובפרט התיקון בלב העתירה דנן – יש

לעמוד על עקרונות הליך החקיקה הנאות ולשמור על סדרי הדין.

456. הנה כי כן, השימוש התכוף שעושה הכנסת ה-25 ובפרט שנעשה בכינון התיקון, בסעיף 98 לתקנון – שימוש אשר צריך להיות שמור רק למקרים חריגים וקיצוניים – פוגע במעמדה של הכנסת והאופוזיציה; בעקרון הפרדת הרשויות; ופוגם בצורה משמעותית בהליך החקיקה, עד לכדי פגם היורד לשורש ההליך.

#### **ז.1.1. הצעת החוק נידונה מבלי שנבחנו לעומק השלכותיה על דברי חקיקה אחרים**

457. טבעו של הליך חקיקה, ובפרט של תיקון חוק יסוד, שיהיו לתוצר הסופי בו השלכות רבות משמעות על דברי חקיקה אחרים, בין אם בניסוח, בין אם במשמעות הניתנת למילים המופיעות בחוק, ובין אם ביצירת סתירות ואף התנגשויות של ממש בין סעיפי חוק שונים בחוקים שונים.

458. משכך, על מלאכת החקיקה להתבצע באופן זהיר ביותר, תוך העמקה ובדיקה של כלל מוטת ההשפעה של תיקון החוק הנידון על החקיקה הקיימת, ותוך ניסיון בזמן אמת לזהות ככל הניתן התנגשויות עתידיות, הבהרת סעיפים עמומים, ומציאת פתרונות לקושי העתידות להיווצר כתוצאה מתיקון החוק.

459. ברי, כי הליך חקיקה חפוז, שטחי, הנעשה אך ורק לשם "סימון וי", שאינו מאפשר ירידה לפרטים ובחינת תרחישים עתידיים – יביא בהכרח ליצירת אותם "באגים" חקיקתיים, ולנסיונות של בית המשפט להתחקות אחר "כוונת המחוקק", וזאת בשעה שהמחוקק עצמו יכל לתת מענה לסוגיות אלו בזמן אמת.

460. לצערה הרב של העותרת, לפחות בשתי נקודות, בחרה הוועדה להתעלם מקשיים חמורים העולים מתוך נוסחו של החוק, ותוך שהיא מותירה את הפרשנות עמומה ומייצרת למעשה את אותם ה"באגים", אשר יובאו מן הסתם בעתיד לפתחו של בית משפט נכבד זה, ולערכאות שיפוטיות אחרות.

461. ובמה הדברים אמורים? כפי הידוע, סעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, **סעיף ההגדרות**, קובע מהי "החלטה של רשות" ומגדיר אותה כך "החלטה של רשות במילוי תפקיד ציבורי על פי דין, לרבות העדר החלטה וכן מעשה או **מחדל**".

462. עניין זה עומד בהתנגשות מפורשת עם הוראות התיקון לחוק, המחריג למעשה את יכולתו של בית המשפט הנכבד להפעיל ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות על מחדלה של הממשלה או שר משריה לפעול כפי שמורה אותם החוק. למותר לציין, כי על אף התנגשות ברורה זו, לא טרחה הוועדה להעלות אפשרות לתיקון חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים או להבהרת העניין.

463. בהקשר זה, יצוין כי בדיון שהתקיים ביום 16.7.2023 עלתה שאלה בעניין זה על ידי חברת הכנסת אפרת רייטן, אשר בקשה את התייחסות היעוץ המשפטי לסוגיה.

464. תשובתו של היועץ המשפטי לוועדת החוקה הייתה לא פחות ממדהימה – שעה שהודה בקולו כי קיימת עמימות לגבי מהו מחדל על פי נוסח החוק החדש, ועולה השאלה שמא מחדל של רשות נובע כאשר הגורם מקבל החלטה מודיע באופן מפורש כי הוא מסרב להפעיל סמכות, או כאשר הוא פשוט לא מפעיל אותה (ופה נכנסת סוגיה נפרדת של "פעולה במהירות



הראויה").

465. כך או אחרת, על אף שהוועדה דנה בעניין, ויכלה (ובוודאי צריכה הייתה) להתעכב עליו עד אשר יובהרו הדברים – ובוודאי ששאלה זו עלתה על ידי חברת כנסת – דחף יו"ר הוועדה להמשיך ולקדם את הדיון על מנת להגיע באופן המהיר ביותר לחקיקת החוק, ועל כן נותרה שאלה זו ללא מענה.

466. עניין נוסף אשר עלה, הוא ההתנגשות בין הוראת החוק המונעת מבית המשפט לעשות שימוש בעילת הסבירות בביקורת על החלטות השרים (תוך שיושב ראש הוועדה שב ומזכיר כי לבית המשפט תהיה הסמכות לבקר את הדרגים המקצועיים), לבין הוראות סעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה הקובע כאמור לעיל, אחריות מיניסטריאלית, ובכללה מאפשר לכל שר "למשוך" אליו כל החלטה (למעט החלטה שיפוטית), שיכול לקבל הדרג המקצועי ובזו הלשון:

"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 מסויים או לתקופה מסויימת."

467. הנה, נוסח זה של חוק יסוד: הממשלה, מעקר למעשה את כל תכלית "צמצום" השימוש בעילת הסבירות – ולמעשה מבטל אותה לחלוטין, שעה שכל שר בכל רגע נתון יוכל כאמור ליטול לעצמו את סמכויות עובדי משרדו, ולו על מנת שיוכל לחמוק בין חוריה הגדולים של המסנתת החדשה שהגיעה לעולם בתיקון החוק נשוא עתירה זו.

468. יצוין, כי אף עניין זה עלה על ידי חברי הכנסת וחברי הוועדה, וזכה פעם אחר פעם להתעלמות הוועדה אשר סירבה לדון בנתונים שנאספו לשם קבלת החלטה מושכלת ומבוססת.

469. כך, בתאווה לקדם את החוק במהירות האפשרית, ניהלה הוועדה את הליך החקיקה בחופזה, בשטחיות ומבלי להידרש לשאלות כבדות משקל אשר עלו בפניה. עניין זה לבדו מעלה שורה של פגמים אשר הביאו לאוויר העולם חוק "שאינו אפוי", אשר יוצר ברגע חקיקתו שורה של התנגשויות עם חוקים אחרים, עמימות חקיקתית, וכשלים בביצועו.

470. לו מן הטעם הזה לבדו, סבורה העותרת כי על בית המשפט להתערב ולהורות על בטלות החוק.

## **2. בענייננו הליך הכינון לא הלם את חשיבותם של התיקונים המשטריים,**

### **משמעותם והשלכותיהם**

471. כאמור, אחד התבחינים שהציע כבוד השופט סולברג, בנוגע לבחינת השאלה האם הליך החקיקה הלם את עקרון ההשתתפות, נוגע **למידתיות משכו ביחס למורכבות הצעת החוק ולהיקף השלכותיה (עניין קוונטינסקי, פס' 80 לפסק דינו של הש' סולברג).**

472. עניין זה נושא חשיבות רבה בענייננו.

473. כאמור, ענייננו בתיקון יסודי ועמוק **בחוקי היסוד, באופן שמשנה את מבנה שיטת המשטר בישראל.** שינוי חוקתי זה עשוי לשאת בחובו השלכות כלכליות, פוליטיות בלתי צפויות והרות גורל כלפי עתידה של מדינת ישראל:

"even more significant than the adoption of legislation, bureaucratic policy, or judicial rulings that turn out to have

unintended consequences is the establishment of constitutional provision with unexpected outcomes. Once a formal constitutional amendment is put in place its removal presents an exceptional challenge.” [David E. Kyvig, Introduction’, in David E. Kyvig ed., *Unintended Consequences of Constitutional Amendment* 1, 2 (2000)].

474. המדובר אפוא בתיקון משטרי משמעותי ושנוי במחלוקת, אשר מצדיק ליבון ודיון מעמיק וממושך בהשלכות הרחבות שלו.

475. עמד על כך פרופ' רוזנאי בספרו, בצינו את החשיבות הרבה הידועה לאופי הדיון הפרוצדורלי בשאלות של תיקון חוקתי (רוזנאי, **תיקונים חוקתיים**, בעמ' 173). בין היתר, נמצא כי במדינות בהן התקיים הליך כינון חוקה שהתאפיין בשיתוף הציבור ובדיונים מעמיקים, נשמרו זכויות האדם בצורה קפדנית יותר, ויש להניח כי הדבר נכון אף להליכי תיקון החוקה. כמו כן, בכוחם של הליכי שיתוף ציבור בתיקוני החוקה, הכוללים מעורבות של המיעוט הפרלמנטרי, בכוחם להגביל את הפגיעה שתגרום החקיקה למיעוטים.

476. אכן, ברבות מן המדינות הדמוקרטיות, הליך התיקון החוקתי כולל מנגנונים טמפוראליים הקובעים לוחות זמנים המחייבים דיון פוליטי וציבורי ראוי לפני קבלת שינויים חוקתיים.

477. כך, לשם הדוגמה, חוקת איטליה קובעת שיש להמתין לפחות שלושה חודשים בדיוני חקיקה על הצעות לתיקון החוקה: “Laws amending the Constitution and other constitutional laws shall be adopted by each House after two successive debates at intervals of not less than three months, and shall be approved by an absolute majority of the members of each House in the second voting” (Italy Const. tit VI, s II, art 138 (1947)).

478. ואילו חוקת דרום קוריאה קובעת כי על הנשיא לתת לציבור זמן מינימאלי להעריך ולשקול תיקונים לחוקה: “Proposed amendments to the Constitution shall be put before the public by the President for twenty days or more” (South Korea Const. ch X, art 129 (1948)).

479. מודל אחר המאמץ את עקרון זה הוא המודל הסקנדינבי (הקיים בדנמרק, נורבגיה ושבדיה), לפיו על הפרלמנט הבא הנבחר לאשר הצעה לתיקון החוקה שהוצעה על-ידי הפרלמנט הקודם. התערבות זו של בחירות מבטיחה דיון ציבורי בשאלת השינוי החוקתי המוצע [ראו Richard Albert, ‘Temporal Limitations in Constitutional Amendment’, 21 *Review of Constitutional Studies* 37, 43 (2016)].

480. תפקיד כללים אלו הוא לוודא ששינויים חוקתיים מתקבלים אחרי דיון ציבורי ופוליטי ראוי ואינם משקפים רצון או קפריזה של רוב רגעי. הגם שאין בישראל הוראות מפורשות כגון אלו – בהיעדר חוק-יסוד: חקיקה שיסדיר את הליכי החקיקה – ברי כי רציונאליים אלו יפים גם לשינויים חוקתיים בישראל. יש לוודא שאלו נעשים אחר חשיבה ותכנון ראויים.

481. עקרון זה, וחשיבותו של הליך ראוי לתיקון חוקי היסוד, אף זכו לעיגון בפסיקתו של בית משפט נכבד זה. כך, השופט הנדל קבע בעבר כי:

"על הרשות המכוננת לכבד את הנורמות שאותן היא יוצרת בכובעה זה, ולהבטיח כי שינויים בכללי המשחק שמתווה החוקה יבוצעו בהליך ראוי, תוך שקיפות ואחריותיות כלפי הציבור. קביעת עובדות בשטח, נוסח 'עוד דונם ועוד עז', אינה מכבדת את החוקה הישראלית, ואף לא את מכונניה". [בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, בפסי 5 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו, 6.9.2017)].

482. ניתן ללמוד על הצורך הניכר בהליך חקיקה ראוי לחוקי היסוד ותיקונייהם – באופן שמביא בחשבון את ההשלכות האפשריות של החקיקה – מתוך עיון בהיסטוריה החקיקתית של תיקונים משמעותיים לשיטת המשטר בישראל, שעוגנו בחוקי יסוד.

483. כך, לשם השוואה ניתן לבחון את ההליכים שקדמו לתיקונו של חוק יסוד: הממשלה בשנת 1992, שבמוקדו המעבר לשיטת בחירה ישירה לראשות הממשלה. השינוי המשטרי האמור, שלא היה בהכרח שינוי חד ויסודי יותר מהשינוי המשטרי שבמוקד עתירה זו, עבר לאחר תהליך ארוך של דיונים ושיתוף הציבור. כך, חוק היסוד שעיגן את הבחירות ישירות כונן לאחר שנים ארוכות בהן ארגוני חברה אזרחית, אקדמאים ונבחרי ציבור פעלו לשינוי שיטת המשטר, וועדות ציבוריות הוקמו לשם כך (בין היתר, ניתן למנות את הוועדה בראשותו של השר גד יעקבי, אשר פעלה במשך שנתיים תמימות בניסיון לגבש מתווה ראוי לשינוי שיטת המשטר). גם לאחר שגובשו מתווים שונים לחוק יסוד: הממשלה החדש, תיקונו של חוק היסוד עבר בקריאה טרומית למעלה מחודשיים קודם להצבעה עליו בקריאה ראשונה. לאחר דיונים ארוכים בנושא, בין פוליטיקאים ובמעורבות הציבור, הובאה הצעת חוק היסוד לקריאה שניה ושלישית רק כשנה וחצי לאחר מכן.

484. בדומה, גם לביטולו של חוק הבחירה קדמו חודשים ושנים, בהם עמלו ארגוני חברה אזרחית לקדם את עמדתם בנושא, נפגשו עם חברי כנסת ושרים, קמפיינים ציבוריים קודמו (וזכורה היטב הסיסמה "בחירה ישירה זה רע" שעיטרה מכוניות רבות בישראל בראשית המילניום) (וראו בהרחבה, אריק כרמון "ביטול הבחירה הישירה - מאחורי הקלעים" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (19.12.2010), [www.idi.org.il/articles/9889](http://www.idi.org.il/articles/9889)).

485. כך היה גם בכל הקשור להרכב הוועדה למינוי שופטים, אשר כאמור בפרק העובדתי לעתירה זו, הליך החקיקה הנוגע לוועדה נמשך קרוב לשש שנים תמימות. הצעת החוק הממשלתית הונחה כאמור על שולחן הכנסת ביוני 1978 ועברה לבסוף רק בפברואר 1984, בהליך שכלל דיונים רבים ומעמיקים כולל שני דיונים בהצבעה לקריאה ראשונה.

486. אם כן, נראה שנוכח הלכת קוונטינסקי, וכן נוכח השלכותיו מרחיקות הלכת של התיקון לחוקי היסוד נשוא עתירה זו, הרי שבהליך החקיקה שבעניינינו נפלו פגמים קשים וחמורים. פגמים אלו, תטען העותרת, יורדים לשורשו של הליך החקיקה ומצדיקים את פסילתו. זאת, נוכח סד הזמנים המקוצר והחפוז שניתן לחברי הכנסת ולציבור שבחרם להעמיק בהצעת חוקי היסוד ולבחנה; נוכח השינויים הנרחבים והמהותיים בשיטת המשטר בישראל שהחוקים מורים עליהם; ונוכח ההשלכות האפשריות החמורות בשדה הכלכלי, המדיני והפוליטי, שלא ניתן להם דגש בהליך החקיקה.

487. כל אלו הובילו ליצירת הליך חקיקה וכינון פסול, שכלל אינו תואם את השלכותיו מרחיקות הלכת.

המבקשת למוטט את יסודות הדמוקרטיה בישראל, למוטט את כל מערך האיזונים ובלמים  
בשיטת הדמוקרטיה – לפטר את שומרי הסף, וביניהם היועצת המשפטית לממשלה, ולהכפיף  
את בית המשפט העליון תחת הממשלה והעומד בראשה.

489. העותרת תבקש מבית המשפט הנכבד לבטל את תיקון מס' 3 בחוק יסוד: השפיטה שכונו זה  
ענה חברי הקואליציה הצרה בכנסת – הפיכה משטרית – שמטרתה לצבור אצל הממשלה  
כוח ושליטה נוספים ולרסן את היותה של הרשות השופטת בלם ואיזון יחיד. למעשה,  
מבקשת העותרת שבית המשפט יגונן על הדמוקרטיה הישראלית ויכריז על בטלות התיקון  
לשנות את בסיס הדמוקרטיה ולהצעידה אל עבר שיטות משטר אחרות.

490. העותרת פירטה בהרחבה מדוע מדובר בתיקון חוקתי לא חוקתי; כי התיקונים כונו בניגוד  
עניינים מוסדי של חברי הקואליציה ומהווים שינוי כללי המשחק הדמוקרטי תוך כדי תנועה.  
מכאן שהקואליציה עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת; וכי נפלו פגמים היורדים  
לשורשו של הליך.

491. עתירה זו נתמכת בתצהירו של ד"ר שחף גל, מנכ"ל העותרת.

492. אשר על כן, מתכבדת העותרת לבקש מבית המשפט הנכבד כי יוציא את הצווים המבוקשים  
ברישא ויהפכם למוחלטים.

  
הידי נגב, עו"ד

  
תומר נאור, עו"ד

  
אליעזר שרגא, עו"ד

  
תמר באום, עו"ד

  
רחל אל-שי רוזנפלד, עו"ד

  
גילי גוטוירט, עו"ד

ב"כ העותרת

בעניין שבין:

התנועה למען איכות השלטון בישראל ע"ר 580178697  
ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר אליעד שרגא ו/או תומר נאור  
ו/או אריאל ברזילי ו/או הידי נגב  
ו/או גילי גוטוירט ו/או רחל אל-שי רוזנפלד ו/או רותם בבלי-דביר  
ו/או תמר באום ו/או אורי הס ו/או דנה פרימור-אזר  
רח' יפו 208 ירושלים, ת.ד. 36054 ירושלים 91043  
טל': 02-5000073 ; פקס: 02-5000076

העותרת

- נגד -

1. הכנסת
2. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת  
המשיבים 1-2 באמצעות הלשכה המשפטית בכנסת  
ממשכן הכנסת, ירושלים  
טל': 02-6408636 ; פקס: 02-6753495
3. ממשלת ישראל ה-37
4. היועצת המשפטית לממשלה  
המשיבים 3-4 באמצעות פרקליטות המדינה  
מרח' צלאח א-דין 29, ירושלים  
טלפון: 073-3925590 ; פקס: 02-6467011

המשיבות

## תצהיר

אני, הח"מ, ד"ר שחף גל, מס' זהות 053438974, מנכ"ל העותרת, מתכבד להגיש תצהירי זה בתמיכה בעובדות המפורטות בעתירה שבכותרת. הריני מצהיר בזאת כי העובדות המפורטות בעתירה זו נכונות לפי מיטב ידיעתי ואמונתי.

  
חתימת המצהיר

## אישור

אני, עו"ד אורי הס, מ.ר. 91976, מאשר בזאת כי ביום 24.7.23 הופיע לפני ד"ר שחף גל, הנושא ת"ז שמספרה 053438974, שזוהה על ידי והמוכר לי אישית. לאחר שהזהרתיו כי עליו להצהיר אמת, וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות הצהרתו וחתם עליה בפני.

אורי הס רהב, עו"ד  
מ.ר. 91976  
עורך דין

## תוכן עניינים

מס' עמ'	שם הנספח	מס' עמ'
97	הצעת חוק-יסוד השפיטה (תיקון - עילת הסבירות) נוסח מוצע לדיון מטעם יור ועדת החוקה מיום 20.6.2023	1/ע
99	העמודים הנוגעים לעילת הסבירות בהתייחסות היועצת המשפטית לממשלה לטיוטת תזכיר חוק-יסוד השפיטה	2/ע
115	מסמך ההכנה של הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה	3/ע
128	עמודים רלבנטיים מפרוטוקול מס 105 משיבת ועדת החוקה מיום 25.6.2023	4/ע
141	עמודים רלבנטיים מפרוטוקול מס' 108 משיבת ועדת החוקה מיום 26.6.2023	5/ע
148	ניירות העמדה שהגיש המכון הישראלי לדמוקרטיה	6/ע
216	ניירות העמדה שהוגשו מטעם ארגוני סביבה	7/ע
220	עמודים רלוונטיים מפרוטוקול מס' 109 משיבת ועדת החוקה מיום 27.6.2023	8/ע
233	עמודים רלוונטיים מפרוטוקול מס 113 משיבת ועדת החוקה מיום 3.7.2023	9/ע
239	מסמך מיפוי הפסיקה בעניין סבירות מהעשור האחרון	10/ע
242	עמודים רלוונטיים מפרוטוקול מס 114 משיבת ועדת החוקה מיום 4.7.2023	11/ע
252	הצעת חוק-יסוד השפיטה (תיקון מס 5) (עילת הסבירות) הח 968 שאושרה בקריאה ראשונה	12/ע
255	נוסח הצעת החוק מטעמו של פרופ דותן	13/ע
258	נוסח הצעת החוק שגובש על-ידי קבוצת שטרן	14/ע
260	העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול מס 121 משיבת ועדת החוקה מיום 12.7.2023	15/ע
263	הנוסח המתוקן של הצעת החוק מיום 12.7.2023	16/ע
265	העתק עמודים רלבנטיים מפרוטוקול מס' 125 משיבת ועדת החוקה מיום 13.7.2023	17/ע
270	מחקר של מרכז המחקר והמידע של הכנסת בנושא מנגנוני אישור ובקרה לרבות ביקורת שיפוטית על מינויים בידי הממשלה	18/ע
283	החלטת ועדת הכנסת על שימוש בסעיף 98 לתקנון מיום	19/ע

מס' עמ'	שם הנספח	מס'
	19.7.2023	
285	הצעת חוק יסוד השפיטה (תיקון מס 4) כפי שהונחה על שולחן הכנסת ביום 20.7.2023	ע/20
288	נייר העמדה מטעם העותרת שהוגש ביחס להצעת חוק-יסוד השפיטה (תיקון הפרדת רשויות)	ע/21
300	נייר העמדה מטעם העותרת שהוגש ביחס להצעת חוק-יסוד השפיטה (תיקון עילת הסבירות)	ע/22
321	מענה מטעם הייעוץ המשפטי לכנסת מיום 19.3.2023	ע/23
324	מכתבה של העותרת בבקשה לעצור את השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת מיום 6.3.2023	ע/24

## נספח ע/1

הצעת חוק-יסוד השפיטה (תיקון -  
עילת הסבירות) נוסח מוצע לדיון  
מטעם יור ועדת החוקה מיום  
20.6.2023

עמ' 97



א' בתמוז התשפ"ג  
20 ביוני 2023

## נוסח מוצע לדין מטעם יו"ר ועדת החוקה:

### הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות)

תיקון סעיף 15 .1 בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, אחרי סעיף קטן (ד) יבוא:

"(ד) 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 משריה או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם."

## נספח ע/2

העמודים הנוגעים לעילת הסבירות  
בהתייחסות היועצת המשפטית  
לממשלה לטיוטת תזכיר חוק-יסוד  
השפיטה

עמ' 99

## ביטול עילת הסבירות

במדינה דמוקרטית תפקידה של רשות מינהלית הוא לשרת את הציבור. המושג סבירות מגלם בראש ובראשונה את החובה של המדינה לנהוג כלפי הפרט והציבור כולו בהגינות, ולקבל את החלטותיה לאחר שנסקלו כל השיקולים הרלוונטיים ונערך ביניהם איזון ראוי. מחובת הרשות לנהוג בסבירות נגזרת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית ככלי מרכזי לאכוף ולהבטיח את קיום חובה זו.

יובהר, כי **עילת הסבירות אינה ייחודית למשפט המינהלי הישראלי**, והיא עילת ביקורת שיפוטית מוכרת ורווחת גם במדינות שונות בעולם, אשר שיטת המשפט שלהן דומה לשיטה הישראלית.

**ביטול הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית יביא - הלכה למעשה - לביטול היכולת לאכוף על הרשות את חובתה לנהוג בסבירות. לא יהיה עוד בידי האזרח סעד למנוע את הפגיעה בו ובזכויותיו, כתוצאה מקבלת החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני, והכל ברמה יומיומית. גם לא תהיה אפשרות לערוך ביקורת משפטית על מצבים שבהם החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני תפגע בתקינות פעילות המינהל או בטוהר המידות של השירות הציבורי.**

תפקיד הביקורת השיפוטית על החלטות רשות מינהלית, הוא לבחון אם היא עמדה בחובות המוטלות עליה, ובכללן, חובת הסבירות. אף שההסדר המוצע, על פניו, אינו מבקש לבטל את עצם החובה של הרשות לפעול בסבירות, תוצאתו המעשית, כאמור, משולה לביטולה.

התזכיר אינו נותן מענה לתוצאה זו ואינו מציע כל חלופה. התזכיר יוצא מהנחה ש"בחלל" המשמעותי שיווצר באכיפת המשפט המינהלי תיכנס הכנסת, בכובעה כמפקחת על הממשלה. אולם, מבלי להמעיט בכובעה הפיקוחי של הכנסת, הכלים הפרלמנטריים לא נועדו ולא עוצבו לבצע פיקוח על החלטות המינהל המתקבלות בשגרה - כלליות או פרטניות, וכל שכן אין בידה של הכנסת להעניק לאזרח סעד של ממש.

לאור האמור, **ביטול העילה, כפי שמוצע, ישלול אמצעי חיוני לביקורת על מעשי המינהל, כמגן מפני קבלת החלטות הפוגעות בזכויות הפרט, לא תקינות, שרירותיות, ובלתי סבירות באופן קיצוני, ובכך יפגע קשות באיזונים ובבלמים המתקיימים בין רשויות השלטון, וישליך על עילות וכללים רבים בתחום המשפט המינהלי. ביטול העילה, כפי שמוצע, אינו הולם את חובותיה היסודיות של המדינה כלפי הציבור.**

זאת ועוד. גם בהקשר זה, בחינת הסוגיה אינה יכולה להיעשות בפריזמה של הרשות השופטת בלבד, שכן יהיה בכך כדי להפר את האיזון בין הרשויות ולפגיעה במינהל התקין. לפיכך, נדרש לגבש הסדר מקיף שיכלול בראש ובראשונה הסדרה של הדין המהותי - כללי המשפט המינהלי. הסדרה מקיפה הכוללת את חובות רשויות המינהל - מצד אחד, ואת היקף הביקורת השיפוטית ביחס לכל אחת מהן - מצד שני, תאפשר לשמור על האיזונים והבלמים העדינים ממילא בין רשויות השלטון בישראל ולייצר הסדר קוהרנטי ומלא.

ספק אם ההסדר המוצע מתאים מלכתחילה לעיגון במסגרת חוק-יסוד: השפיטה, משיש צורך להסדיר את הסוגיה בכללותה, לרבות החובות המוטלות על הרשות המינהלית, בחקיקה נפרדת שתיוחד למשפט המינהלי.

**מכל מקום, מאחר ומדובר בסוגיה כבדת משקל, אשר יש בה כדי להשליך על מערכת היחסים שבין רשויות המינהל לציבור, ברמה השוטפת, הדברים מחייבים חשיבה מקיפה, ליבון וקיום שיח במסגרת הליך עבודה משותף.**

## א. חובת הרשות המינהלית לפעול בסבירות

ההוראות החלות על מעשיהן והחלטותיהן של רשויות המינהל, מהן נגזרים כללי הביקורת השיפוטית, נחלקות לרוב לשלושה נדבכים מצטברים: סמכות, הליך ושיקול דעת.

**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>95</sup> להעניק לפרט זכות טיעון עובר לקבלת החלטה העשויה לפגוע בו; <sup>96</sup> להתייעץ עם גורמים שונים המנויים בחוק הנוגע לעניין; <sup>97</sup> לפעול בשקיפות; <sup>98</sup> להסתמך על תשתית עובדתית מלאה, מבוססת ורלוונטית; <sup>99</sup> לנמק את החלטותיה; <sup>100</sup> להימנע מפעולה בניגוד עניינים או במשוא פנים; <sup>101</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 הנדון, ותוך הימנעות משקילת שיקולים זרים. <sup>102</sup> לכללים הנוהגים כאמור במישור שיקול הדעת, מצטרפת אף חובת הרשות המינהלית לפעול בסבירות.

החובה לפעול בסבירות, משמעה כי על הרשות המינהלית המבקשת לקבל החלטה במסגרת סמכותה ליתן משקל ראוי לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים להחלטתה המסתמנת, ולאזן ביניהם נכונה. <sup>103</sup> קיום חובת הסבירות משמעותו כי הרשות המינהלית שקלה את כלל השיקולים הרלוונטיים, ואותם בלבד; 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>104</sup>

סבירות ההחלטה המינהלית והאיזון בין מכלול השיקולים הרלוונטיים לקבלתה נבחנים בראי נסיבותיו הפרטניות של העניין הנדון ושל מושאי ההחלטה הקונקרטית ובראי התכליות הכלליות והלגיטימיות של הסמכות המינהלית. כך, מחד גיסא, תיתכנה תכליות רוחביות אשר תצדקנה מתן משקל מופחת לפגיעה

<sup>95</sup> לעניין החובה הכללית לפעול במהירות ראויה, ראו סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; ולעניין חובות הקובעות מועדים מוגדרים לפעילותה של הרשות בעניינים שונים, ראו לדוגמה: סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958 (להלן: **חוק ההנמקות**).

<sup>96</sup> בג"ץ 00/7805 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נו(4) 577, 598-599 (2003).

<sup>97</sup> בג"ץ 98/5933 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496, 510-521 (2000).

<sup>98</sup> לעניין זכות העיון הפרטית, ראו: בג"ץ 70/142 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325, 331-334 (1971); עניין אלוני, לעיל ה"ש 96, בעמודים 600-599; ולעניין זכות העיון הציבורית ראו חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

<sup>99</sup> בג"ץ 94/987 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(15) 412, פסקה 11 (1994).

<sup>100</sup> סעיף 2א לחוק ההנמקות; יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" מחקרי משפט יט 5 (2002); כן ראו למשל: ע"מ 10/6823 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות, פסקה 27 (נבו 2011.2.28).

<sup>101</sup> לעניין ניגוד עניינים ראו: בג"ץ 04/11745 רמות למען הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פסקה 15 (נבו 2008.9.4); ולעניין משוא פנים ראו: בג"ץ 81/701 מלאך נ' לוי, פ"ד לו(3) 1, 7-9 (1982).

<sup>102</sup> בג"ץ 87/953 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988); בג"ץ 99/1284 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62, 68-69 (1999) (להלן: **עניין פלונית נ' ראש המטה הכללי**); בג"ץ 17/3758 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט, פסקה 35 לחוות דעת השופט י' דנציגר (נבו 2017.7.20).

<sup>103</sup> בכלל זאת נדרשת הרשות אף להעניק משקל כלשהו לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים. ראו לעניין זה דעת הרוב בדנ"ץ 93/3299 **ויכסלבאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(2) 195 (1995), והשוו לחוות דעת השופטת דורנר באותו העניין, המבחינה בין התערבות שיפוטית מחמת אי-סבירות ובין התערבות שיסודה בהתעלמות משיקול רלוונטי.

<sup>104</sup> דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 725-726 (2010) (להלן: **ברק-ארז כרך ב**); וכן ראו על הגדרתה של עילת הסבירות: עניין פורז, לעיל ה"ש 103, בעמוד 339; בג"ץ 89/935 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 516 (1990); בג"ץ 93/4267 **אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש הממשלה**, פ"ד מז(5) 441, 465 (1993) (להלן: **עניין אזרחים למען מינהל תקין**); והשוו: בג"ץ 92/6163 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229, 264 (1993).

פרטנית ונקודתית אשר תסב ההחלטה לגורם זה או אחר;<sup>105</sup> ומאידך גיסא, החלטה אשר אינה מתחשבת בנסיבותיהם הייחודיות של מקרים חריגים שיושפעו הימנה, עלולה להיחשב כהחלטה אשר אינה מאזנת נכונה בין מכלול השיקולים הרלוונטיים, וממילא כבלתי סבירה.<sup>106</sup>

ומכאן לעילת הביקורת השיפוטית – עילת הסבירות – שבאמצעותה בוחן בית המשפט את קיום חובת הרשות לפעול בסבירות.

### **ב. עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית**

במדינה דמוקרטית, אחד מתפקידיו של בית המשפט הוא להעמיד לביקורת שיפוטית את החלטות רשויות המינהל השונות, ולהושיט סעד מקום שבו נמצא כי הרשות פעלה שלא כדין.

מסגרת הביקורת השיפוטית על החלטות רשויות המינהל, בוחן בית המשפט אם הרשות המינהלית עמדה בכלל החובות המוטלות עליה, ובכללן, חובת הסבירות. בשלב זה מיתרגמת **חובת** הסבירות **לעילת** הסבירות כעילה לביקורת שיפוטית.

כבר עתה יודגש, כי חובת הסבירות ועילת הסבירות אינן זהות, שכן מתחם ההתערבות של בית המשפט במצבים שבהם הרשות פעלה בחוסר סבירות מצומצם יותר מרוחב החובה המהותית של הרשות לפעול בסבירות. בפסיקה הובהר כי ביטול החלטה מינהלית בעילת הסבירות או התערבות בה, צריך להיעשות באופן מדוד וזהיר. בתוך כך, בית המשפט מניח קיומו של מגוון החלטות סבירות אשר יכולה היתה 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>107</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>108</sup> במילים אחרות, על מנת לעמוד **בחובת** הסבירות רשאית הרשות המינהלית לקבל מגוון רחב של החלטות בתוככי מתחם הסבירות, בעוד שהתערבות שיפוטית בהתבסס על **עילת** הסבירות, תיעשה רק מחמת חריגה קיצונית ממתחם זה.

יתר על כן, 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 החלטתה.<sup>109</sup> על רקע זה, נקבע בפסיקה, למשל, כי מתחם ההחלטות הסבירות העומד בפני רשות מינהלית יהא

<sup>105</sup> בג"ץ 75/156 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד (2) 94, 105-106 (1976); בג"ץ 80/389 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421, 444-445 (1980) (להלן: עניין דפי זהב); עניין גנור, שם, בעמוד 517.

<sup>106</sup> ברק-ארז כרך ב, לעיל ה"ש 105, בעמודים 765-766; עניין הסתדרות העובדים הכללית החדשה, לעיל ה"ש 102, בפסקה 41 לחוות דעת השופט דנציגר.

<sup>107</sup> בג"ץ 91/2324 התנועה לאיכות השלטון נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה, פ"ד מה (3) 678, 688 (1991); בג"ץ 93/1135 טריידט ס.א., חברה זרה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה, פ"ד מח (2) 622, 634 (1994); בג"ץ 94/2920 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה, עמותה רשומה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נ (3) 441, 446 (1996); בג"ץ 94/4550 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט (5) 859, 870 (1995); בג"ץ 81/1 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה (3) 365, 384 (1981); עניין אזרחים למען מינהל תקין, לעיל ה"ש 105, בפסקה 41 לחוות דעת השופט (כתוארו אז) ברק.

<sup>108</sup> בג"ץ 84/547 עוף העמק נ' המועצה המקומית רמת ישי, פ"ד מ (1) 113, 131 (1986); בג"ץ 90/1985 דשנים נ' עיריית קרית אתא, פ"ד מו (1) 793, 802-803 (1992); בג"ץ 90/4769 זידאן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז (2) 147, 172 (1993); עניין איזנברג, לעיל ה"ש 104, בעמודים 273-274; עניין אישה, שם, בעמוד 872; בג"ץ 98/5189 בן חמו נ' ראש עיריית ירושלים (נב) 1998.21.8; ע"א 00/565 עיריית קרית אתא נ' חרס, פ"ד נו (3) 784, 786-787 (2002).

<sup>109</sup> בג"ץ 97/2533 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא (3) 46, 57-58 (1997).

רחב יותר בהחלטות המתקבלות על-ידי גורמים מקצועיים ומומחים,<sup>110</sup> או על-ידי רשויות התביעה,<sup>111</sup> כרוכות בהתוויית מדיניות,<sup>112</sup> נוגעות לסוגיות מינהליות פנימיות של הרשות,<sup>113</sup> מערבות שיקולים פוליטיים,<sup>114</sup> או כוללות פיקוח פרלמנטרי.<sup>115</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.

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 הנוגעים לזכויות הפרט ולצרכיו הבסיסיים ביותר. 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. מכאן, החשיבות להעמיד בראש ובראשונה בפני האזרח הנפגע סעד ממשי שיגן עליו מפני פגיעה שרירותית של השלטון בו.

בפסיקה הודגש כי 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>116</sup>

בצד החשיבות של עילת הסבירות, עמד בית המשפט לא אחת על הזהירות הנדרשת ביישומה, מטעמי כיבוד רשויות ועקרון הפרדת הרשויות, כמו גם בשל ההשלכות הפוטנציאליות של ביטול החלטה מינהלית. בהתאם לכך, יש וגם כאשר נמצאה חריגה ממתחם הסבירות הנובעת מאי שקילת מכלול השיקולים הרלוונטיים, במקרים רבים בית המשפט הורה על החזרת הסוגיה לדיון בפני הרשות בכדי שתקבל החלטה חדשה בהתבסס גם על השיקולים שלא נשקלו, וכאמור, נמנע מכניסה לנעלי הרשות ומקבלת החלטה במקומה.<sup>117</sup>

### ג. ההיסטוריה של עילת הסבירות בפסיקה הישראלית

עילת הסבירות מלווה את הפסיקה מישראל החל מפסקי הדין הראשונים של בית המשפט העליון – אם בפסקי דין המזכירים את מושג הסבירות במשמעות דומה לזו המוכרת כיום;<sup>118</sup> אם בפסקי דין הנוקטים במונח זה כמעין מדד כללי לשיקול דעת ראוי ומספק;<sup>119</sup> ואם בפסקי דין שאמנם אינם מתייחסים לעילת הסבירות מפורשות, אך עוסקים, הלכה למעשה, בבחינת האיזון אשר מבצעת הרשות המינהלית בין מכלול השיקולים

<sup>110</sup> בג"ץ 05/3017 חברת הזרע (1939) בע"מ נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, משרד הפנים, פסקה 38 (23.3.2011); בג"ץ 83/734 שיינ נ' שר הביטחון, פ"ד לח(3) 399, 393 (1984); בג"ץ 87/329 סורקו-רם נ' שר הביטחון, פ"ד מג(4) 879, 873 (1989); בג"ץ 92/3246 הר-עוז נ' שר הביטחון, פ"ד מו(5) 301, 307-308 (1992).

<sup>111</sup> בג"ץ 07/3041 ראדה נ' פרקליט המדינה, פסקה 4 (נבו) 17.5.2007.

<sup>112</sup> בג"ץ 06/1105 קו לעובד נ' שר הרווחה, פסקה 37 (נבו) 22.6.2014.

<sup>113</sup> בג"ץ 92/3472 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143, 153 (1993); בג"ץ 07/714 עיריית פתח תקוה נ' משרד האוצר, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (נבו) 16.9.2007.

<sup>114</sup> ראו למשל לעניין מינויים פוליטיים: בג"ץ 07/5853 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, פסקה 22 לחוות דעת השופטת א' פרוקציה (נבו) 6.12.2007 (להלן: עניין אמונה); בג"ץ 14/3997 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ, פסקה 2 25 לחוות דעת הנשיא (בדימי) א' גרוניס (נבו) 12.2.2015 (להלן: עניין שר החוץ); בג"ץ 22/8948 שיינפלד נ' הכנסת, פסקה 52 לחוות דעת הנשיאה א' חיות (נבו) 18.1.2021 (להלן: עניין שיינפלד).

<sup>115</sup> בג"ץ 09/2651 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, פסקה 10 (15.6.2011); עניין שיינפלד, שם; להרחבה ראו גם: ברק-ארו כרך ב, לעיל ה"ש 105, בעמודים 757-762.

<sup>116</sup> עניין אמונה, לעיל ה"ש 114, בפסקה 33 לחוות דעת השופטת א' פרוקציה ובפסקה 19 לחוות דעת השופטת ע' ארבל; עניין שר החוץ, לעיל ה"ש 114, בפסקה 3 לחוות דעת השופטת (כתוארה אז) א' חיות.

<sup>117</sup> ראו למשל: עע"ם 21/4821 פלונית נ' שר הפנים (נבו) 29.11.2022.

<sup>118</sup> בג"ץ 66/106 חיים נ' מינהל מחלקת עבודות ציבוריות, פ"ד כ(3) 203 (1966); בג"ץ 66/264 "השעמו" מפעלי הפקק לבידוד נ' שר העבודה, פ"ד כ(4) 768 (1966).

<sup>119</sup> בג"ץ 74/144 לבנה נ' נציבות שירות בתי-הסוהר, פ"ד כח(2) 686 (1974); בג"ץ 78/230 שהם נ' שר הפנים, פ"ד לד(3) 208 (1980).

הנוגעים לעניין.<sup>120</sup> יתר על כן, בית המשפט העליון אף פסל פעמים אחדות בשנות ה-50 וה-60 חוקי עזר מחמת חוסר סבירות שנמצא בהם.<sup>121</sup>

המפנה המשמעותי בתולדותיה של עילת הסבירות חל בפסק הדין בשנת 1980 בעניין **דפי זהב**, בו הונחו יסודותיה של עילה זו במופעה המוכר לנו עתה, ונקבע כי "עקרון הסבירות מביא לפסילתו של שיקול-דעת מינהלי, אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות להתחשב בהם בהחלטתה".<sup>122</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>123</sup>

פיתוחה של עילת הסבירות, בעיקר מאז פסק הדין בעניין **דפי זהב**, לווה במחלוקת בפסיקה ובספרות המשפטית לגבי היקף תחולתה של עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית. כך, למשל, עוד בעניין **דפי זהב** הביע הנשיא לנדוי עמדתו כי יש לשמר את הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל בתצורתה ה"ישנה" והמצומצמת יותר, אשר נהגה עד לאותה העת, כך שזו תתמקד בחובותיה המוכרות והידועות של הרשות – לשקול את מלוא השיקולים הרלוונטיים, להימנע משקילת שיקולים זרים ומהפלייה וכן לפעול בסבירות במובנה הצר, שעניינו בהחלטה "מופרכת" או "שרירותית" בלבד.<sup>124</sup>

מחלוקת זו נותרה עמנו עד היום. מפסיקת בית המשפט עליון גם לאחרונה עולה, כי חלק משופטי בית המשפט העליון סבורים שיש להרהר אחר הרחבת השימוש בעילת הסבירות. עם זאת, חשוב לציין כי לא הובעה בפסיקה עמדה לפיה יש לבטל כליל את עילת הסבירות, והביקורת נסובה אך בשאלת היקפה.

כך, כבי **הנשיא גרוניס** סבר כי יש להעדיף, ככלל, ביקורת שיפוטית המבוססת על עילות מתוחמות וברורות כגון שיקולים זרים או הפליה, אך לצד זאת, 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>125</sup>

כבי **השופט סולברג** הביע במספר הזדמנויות ביקורת על הרחבת השימוש בעילת הסבירות בעשורים האחרונים. בכתיבתו האקדמית הוא הציע להבחין בין החלטות המתקבלות על-ידי דרגים מקצועיים, לגביהן התערבותו של בית המשפט היא לגיטימית ומוצדקת יותר, ואשר תוספנה לחסות אפוא תחת עילת הסבירות; ובין החלטות המתקבלות על-ידי דרג נבחר (ממשלה, שרים וראשי רשויות), אשר תיבחנה אך בראי עילות

<sup>120</sup> ראו הדוגמאות המובאות בעניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 106, בעמודים 446-447.  
<sup>121</sup> ע"א 57/311 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות' בע"מ**, פ"ד יג 1026 (1959) (להלן: **עניין דיזנגוף**); ע"א 66/6 **קלו נ' ראש העירייה, חברי המועצה ותושבי העיר**, פ"ד כ(2) 327 (1966).

<sup>122</sup> עניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 106, בעמוד 437.

<sup>123</sup> שם, בעמודים 437-438; כן ראו הגדרתה של העילה בעניין **גנור**, לעיל ה"ש 105, בעמודים 513-514.

<sup>124</sup> עניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 106, בעמ' 431-434; כן ראו: משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המינהלי" **עיני משפט** יד(1) 5 (1989).

<sup>125</sup> עניין **אמונה**, לעיל ה"ש 115, בפסקאות 10-11 לחוות דעת השופט (כתוארו אז) א' גרוניס (ההדגשה במקור); וכן עניין **שר החוץ**, לעיל ה"ש 115, בפסקאות 28-29 לחוות דעתו.

הביקורת ה"מסורתיות" וכן בראי עילת המידתיות, ככל שיהיה בהן כדי לפגוע בזכויות אדם.<sup>126</sup> יוטעם כי עילת המידתיות נחשבת אמנם למובנית וסדורה יותר מעילת הסבירות, אולם אחד ממבחני-המשנה שבגדרה הוא "המידתיות במובן הצר", הדומה במידה רבה לעילת הסבירות.

כב' **השופט שטיין** הביע תפיסה מצומצמת ביחס לעילת הסבירות, בכתבו כי "החלטה שאינה סבירה באופן קיצוני היא החלטה ששום רשות מינהלית, שטובת הציבור לנגד עיניה, לא היתה מקבלת בנסיבות העניין",<sup>127</sup> והביע בהקשרים אחרים תמיכה בעמדתו של כב' השופט סולברג.<sup>128</sup> יחד עם זאת, השופט שטיין עודנו מתבסס בפסיקתו על הלכת **דפי זהב**, ובבג"ץ 7150/16 **המרכז הרפורמי לדת ומדינה נ' שרת המשפטים** (21.9.2020), קבע כי יש לקבל עתירה נגד החלטת שרת המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין משמעתי את הרב אליהו, רב העיר צפת, בגין התבטאויות שנטען כי הן פוגעניות ופוליטיות ואינן ראויות לרבני ערים שהם עובדי ציבור, וזאת מחמת "חוסר סבירות קיצוני".<sup>129</sup> עוד עולה מפסיקתו של השופט שטיין, כי לתפישתו על דוקטרינת הסבירות לסייע בידי בית המשפט בבחינתן של החלטות מינהליות הנראות, על פניהן, כבלתי סבירות באופן קיצוני, ומשכך יש להניח כי הן לוקות בפגם מינהלי אחר, כגון שיקולים זרים או הפליה, חרף קיומה של עמימות ראייתית בנדון.<sup>130</sup>

גישה מעט מתונה יותר ביחס לעילת הסבירות, ניתן למצוא בחוות דעתה של כב' **השופטת וילנר** בפסק הדין בעניין **גולדרייך**, בגדרו התקבלה עתירה נגד 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. השופטת וילנר הבהירה כי לשיטתה, "גרסתה הרחבה" של עילת הסבירות מעוררת קושי, ומשכך יש להפעיל עילה זו "בזהירות רבה, בְּשׁוֹם שְׁכָל ובענווה". אשר להכרעה שנדונה שם, ציינה כי זו מבוססת על "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>131</sup>

בצד העמדות האמורות, העמדה המקובלת בפסיקה – החל מפסק הדין בעניין **דפי זהב** – היא כי אין מקום לצמצום גדריה של עילת הסבירות לכדי החלטות "מופרכות" בלבד, או לכריכה בינה ובין עקרון חוקיות המינהל ויתר עילות הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל. עוד צוין בפסיקה בהקשר זה, כי ברבות השנים נוספו לעילת הסבירות כללים וגדרים המבטיחים את הפעלתה באופן מדוד וזהיר, מבלי שבית המשפט ישיג את גבולן של רשויות המינהל. כך גם הוטעם כי פסקי הדין הרבים בהם פותחה ועוצבה עילת הסבירות מסייעים

<sup>126</sup> עוד על עמדתו של השופט סולברג, ראו: נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" **השילוח** 18, 37 (2019); דנג"ץ 17/3660 **התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים**, פסקה 36 לחוות דעתו (נבו) 26.10.2017 (להלן: עניין **התאחדות הסוחרים**); בג"ץ 21/8076 **ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך**, פסקה 8 לחוות דעתו (נבו) 29.3.2022 (להלן: עניין **גולדרייך**).

<sup>127</sup> בג"ץ 8173/21 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פסקה 44 לחוות דעת השופט שטיין (נבו) 22.5.2022 (להלן: בג"ץ 8173/21 **התנועה למען איכות השלטון**).

<sup>128</sup> שם; ע"ע 20/1798 **עמותת פורום המזרח התיכון ישראל נ' עיריית תל אביב-יפו**, פסקה 2 לחוות דעת השופט שטיין (נבו) 7.1.2021 (להלן: עניין **פורום המזרח התיכון**); דני"פ 5387/20 **רותם נ' מדינת ישראל** בפסקאות 7-1 לחוות דעתו של השופט שטיין (נבו) 15.12.2021 (להלן: עניין **רותם**).

<sup>129</sup> בג"ץ 16/7150 **המרכז הרפורמי לדת ומדינה נ' שרת המשפטים**, פסקה 22 לחוות דעת השופט שטיין (נבו) 21.9.2020.

<sup>130</sup> עניין **שיינפלד**, לעיל הי"ש 115, בפסקה 35 לחוות דעת השופט א' שטיין והאסמכתאות שם.

<sup>131</sup> עניין **גולדרייך**, לעיל הי"ש 127, בפסקאות 51-53 לחוות דעת השופטת י' וילנר.



ביצירת ודאות משפטית, וכי דווקא עמימותה היחסית מאפשרת התאמה של הביקורת השיפוטית לנסיבות מורכבות ולשינויי העיתים.<sup>132</sup>

#### ד. עילת הסבירות במבט השוואתי

עילת הסבירות אינה ייחודית למשפט המינהלי הישראלי, והיא נחשבת לעילת ביקורת שיפוטית מוכרת ורווחת ביחס להחלטות מינהליות במדינות שונות בעולם. להלן נעמוד על מעמדה של עילה זו במדינות נוספות של "המשפט המקובל" – בריטניה, קנדה ואוסטרליה.

#### בריטניה

פסק הדין המנחה בכל הנוגע לעילת הסבירות הנוהגת במשפט הבריטי הוא פסק הדין בעניין *Wednesbury*.<sup>133</sup> בפסק הדין קבע בית המשפט לערעורים כי ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת המינהלי תיתכן, בין היתר, כאשר הרשות המינהלית הפעילה את שיקול הדעת המסור לה בחוסר סבירות. הפעלה סבירה של שיקול הדעת המינהלי הוגדרה בעניין זה כשקילת כלל השיקולים הנדרשים לפי מקור ההסמכה; הימנעות משקילת שיקולים שאינם רלוונטיים לעניין; וכן הימנעות מקבלת החלטה שהיא אבסורדית עד כי לא ניתן לומר שאדם הגיוני היה מעלה על דעתו כי היא מצויה בגדרי הסמכות המינהלית.<sup>134</sup>

אף שבעניין *Wednesbury* הוגדרה עילת הסבירות באופן מצומצם יחסית (בדומה לעילה אשר נהגה בישראל עובר להלכת **דפי זהב**), הרי שברבות השנים הורחבה הביקורת השיפוטית על החלטות המינהל מכוחה, וניתן למצוא יישומים של עילה זו אף במקרים שאינם מופרכים על פניהם. עילת הסבירות המורחבת מקושרת בבריטניה, בעיקרו של דבר, לביקורת שיפוטית על החלטות המובילות לפגיעה בזכויות אדם, אשר נתפסות ככאלה המצדיקות ביקורת קפדנית ומחמירה (anxious scrutiny). זאת, ביחוד לאחר חקיקת ה- Human Rights Act בשנת 1998, אשר החיל את האמנה האירופית לזכויות אדם במשפט המקומי, כפי שהוסבר בפרקים הקודמים. בתוך כך, הושם דגש, למשל, על ביקורת מחמירה ביחס להחלטות שעניינן בהגירה ובבקשות מקלט.<sup>135</sup>

<sup>132</sup> בג"ץ 8173/21 **התנועה למען איכות השלטון**, לעיל ה"ש 128, בפסקה 25 לחוות דעת השופטת ברק-ארז; עניין **רותם**, לעיל ה"ש שניאה! הסימניה אינה מוגדרת, בפסקאות 12-15 לחוות דעת הנשיאה א' חיות ובפסקה 105 לחוות דעת השופט (כתוארו אז) ע' פוגלמן; עניין **פורום המזרח התיכון**, לעיל ה"ש 129, בפסקאות 1-2 לחוות דעת השופט ג' קרא; עניין **התאחדות הסוחרים**, לעיל ה"ש 127, בפסקה 57 לחוות דעת הנשיאה מ' נאור ובפסקה 37 לחוות דעת השופטת ד' ברק-ארז; עניין **שר החוץ**, לעיל ה"ש 115, חוות דעת הנשיאה מ' נאור, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופטת (כתוארה אז) א' חיות; עניין **אמונה**, לעיל ה"ש 155, בפסקה 33 לחוות דעת השופטת א' פרוקצ'יה ובפסקה 19 לחוות דעת השופטת ארבל.

<sup>133</sup> (*Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 K.B. 223 (U.K.))  
<sup>134</sup> "It is true the discretion must be exercised reasonably. Now what does that mean? [...] For instance, a person entrusted with a discretion must, so to speak, direct himself properly in law. He must *call his own attention to the matters which he is bound to consider*. He must *exclude from his consideration matters which are irrelevant to what he has to consider*. If he does not obey those rules, he may truly be said, and often is said, to be acting 'unreasonably'. Similarly, *there may be something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority*" (emphasis added)

<sup>135</sup> מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" **ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור** 773, 781-792 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013); Jud Mathews, *Reasonableness and Proportionality*, OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW pp. 3-7 (2019, forthcoming), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3439638>; Paul P. Craig, *Judicial Review and Anxious Scrutiny: Foundations, Evolution and Application*, OXFORD LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER No. 20/2015 (2015).

## קנדה

אף במשפט הקנדי נוהגת עילת הסבירות כעילת ביקורת על שיקול הדעת המינהלי, עוד משנות ה-50 של המאה הקודמת, ובמהלך השנים חלו בה שינויים שונים – מהם מרחיבים ומהם מצמצמים. בשנת 2019, ניתן פסק הדין בעניין *Vavilov*,<sup>136</sup> בו קבע בית המשפט העליון הקנדי הוראות ברורות בעניין עילות הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות ובאשר לתוכנה של עילת הסבירות ולמידת ההתערבות השיפוטית הנגזרת ממנה. בתוך כך, נקבע כי ברירת המחדל לביקורת שיפוטית כאמור תהא עילת הסבירות, וזאת בשונה מעילת ה"נכונות" (correctness), הנחשבת לעילת ביקורת מחמירה יותר, ואשר תחול אך במקרים חריגים שהוגדרו בפסק הדין. עוד נקבע כי נקודת המוצא להפעלת עילת הסבירות היא ריסון שיפוטי וכיבוד הפרדת הרשויות, וכן צוינו שני פגמים עיקריים אשר עלולים להפוך החלטה לבלתי סבירה: האחד, כאשר ההנמקה להחלטה המינהלית איננה קוהרנטית ורציונלית; והשני, כאשר ההחלטה איננה הגיונית בשים לב לאילוצים המשפטיים והעובדתיים החלים עליה, ובהם החוק המסמך, הוראות חוק אחרות, פסיקת בתי המשפט, הראיות והעובדות שעמדו לפני מקבל החלטה, טענות הצדדים, החלטות עבר של הרשות, והשלכות פוטנציאליות על הפרט מושא החלטה.

עילת הסבירות נתפסת במשפט הקנדי כעילת ביקורת מצומצמת יחסית, המשקפת "הנסגה" (deference) של שיקול הדעת השיפוטי בפני שיקול הדעת המינהלי, וזאת בשים לב לעילת ה"נכונות" המוזכרת לעיל ואשר חלה במשפט הקנדי במקרים חריגים. על רקע זה, בספרות האקדמית אין תמימות דעים באשר לפרשנותו של פסק הדין בעניין *Vavilov* – אם כפסק דין המצמצם את הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל ואם להיפך. עם זאת, מחקר אמפירי אשר פורסם לאחרונה בקנדה מעלה כי חרף גידול שחל בשימוש בעילת הסבירות למן פסק הדין האמור, בפועל לא ניתן להצביע על שינוי מהותי במידת ההתערבות השיפוטית המבוצעת על בסיסה.<sup>137</sup>

## אוסטרליה

המשפט האוסטרלי, בדומה למשפט הישראלי, צמח והתפתח אף הוא מתוך המשפט הבריטי, וממילא הלכת *Wednesbury* שימשה בו כנקודת מוצא בכל הנוגע לביקורת השיפוטית על שיקול הדעת המינהלי. הלכה זו אף מצאה ביטוי מפורש בחקיקה האוסטרלית, כאשר בסעיף 5 ל-Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977, נקבע כי אחת העילות לתקיפתה של החלטה מינהלית, היא כאשר החלטה מגלמת שימוש לא ראוי בסמכות השלטונית. עוד נקבע במסגרת סעיף זה, כי שימוש לא ראוי כאמור, יכלול, בין היתר, הפעלת שיקול דעת מינהלי בחוסר תום לב, הפעלת שיקול דעת לפי המדיניות הכללית תוך התעלמות מהנסיבות הפרטניות של המקרה או הפעלת סמכות באופן כה בלתי סביר, עד כי אף אדם סביר לא היה מפעילה באופן זה. עם זאת, ברבות השנים התרחקה עילת הסבירות האוסטרלית מסטנדרט הביקורת המצומצם אשר נקבע בעניין *Wednesbury* הבריטי ובחקיקה שבעקבותיו. כך, בפסק דינו של בית המשפט העליון של אוסטרליה בשנת 2013, נקבע כי אין לראות בהלכת *Wednesbury* כנקודת מוצא לקביעת תוכנה של עילת הסבירות ואף לא כנקודת סיום, וכי אין מקום לגדר עילה זו רק להחלטות לא רציונליות או ביזאריות אשר אף אדם סביר לא יכול היה לקבלן.<sup>138</sup> עוד נקבע כי הרשות המינהלית חופשית לבחור כיצד להפעיל את שיקול דעתה במסגרת מתחם ההחלטות הסבירות והרציונליות; וכי חוסר סבירות עשוי להימצא בהחלטה אשר הוצגה לה הנמקה

*Canada Minister of Citizenship and Immigration v. Vavilov*, 2019 SCC 65<sup>136</sup>  
Andrew Green, *How Important are the Groundbreaking Cases in Administrative Law?*, UNI. TOR. L. J. (2022),<sup>137</sup>  
forthcoming.

*Minister for Immigration and Citizenship v. Li* (2013)<sup>138</sup>

שגויה או בלתי רציונלית, או בהחלטה המבוססת על הענקת משקל לא פרופורציונלי לשיקול מסוים. כן קבע בית המשפט העליון האוסטרלי כי סבירות ההחלטה תיבחן הן בראי הוראות החוק המסמיך ותכליותיו והן בראי עקרונות כלליים של המשפט המינהלי שעניינם בחוקיות, הגינות ורציונליות.<sup>139</sup>

הנה כי כן, קיימות נקודות דמיון רבות בין התפתחות של הדין בישראל בנוגע לעילת הסבירות לדרך התפתחותה במדינות האמורות, אשר גם בהן בית המשפט בוחן את המשקל שניתן לשיקולים הרלוונטיים כחלק ממבחן הסבירות. מכל מקום, המגמה במדינות שנסקרו היא להרחיב את עילת הסבירות, ולא לצמצמה, כל שכן לבטלה.

### השינוי המוצע

בתזכיר מוצע לבטל את הביקורת השיפוטית המינהלית בעילת הסבירות, בזו הלשון:

“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.”

בדברי ההסבר הוסבר כי ביישום עילת הסבירות מחליף בית המשפט את שיקול דעת הרשות המינהלית בשיקול דעתו, וכתוצאה מכך יועצים משפטיים מתערבים תדיר בשיקול הדעת המינהלי במגוון החלטות. כן צוין כי עילת הסבירות פוגעת בוודאות המשפטית ובאמון הציבור ומביאה להצפת בתי המשפט בעתירות. משכך, “מוצע לבטל את עילת חוסר הסבירות ולהחזיר את הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל למיקוד הראוי לה בשאלות של חוסר-סמכות, תקינות ההליך ועמידה בדרישות חוקים מפורשים”.

להלן נעמוד על הקשיים העיקריים הנובעים מהצעה לבטל את עילת הסבירות, ונעמוד על החלופות השונות אשר ניתן לשקול בהקשר זה.

### ה. הקשיים העולים מביטול עילת הסבירות

#### 1. ביטול חובת הסבירות

עוד קודם שנעמוד על הקשיים הנובעים מההשלכות של ביטול עילת הסבירות על היקף הביקורת השיפוטית המינהלית, יש ליתן את הדעת לאופיו הגורף של ההסדר המוצע - ביטול הרוחבי של עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית על החלטות המינהל:

**ראשית**, ההסדר המוצע אינו עוסק בהיקף הראוי של עילת הסבירות ובהתפתחותה הפסיקתית, אלא מבקש “להוציא” את עילת הסבירות אל מחוץ למחוזות המשפט הישראלי באופן מוחלט. כתוצאה מכך, **תימנע ביקורת שיפוטית גם בנוגע להחלטות מינהליות קיצוניות ובלתי מתקבלות על הדעת**, אשר היו נפסלות תחת

Swati Jhaveri, *The Survival of Reasonableness Review: Confirming the Boundaries*, 46 FED. L. REV. 137, 150-155 <sup>139</sup> (2018).

עילת הסבירות המצומצמת, שקדמה להלכת **דפי זהב**. מדברי ההסבר עולה שלא הייתה כוונה בהסדר המוצע להקנות חסינות רחבה שכזו מפני ביקורת שיפוטית על החלטות המינהל, אך זוהי תוצאתו.

**שנית, ההסדר המוצע אחיד ואינו נותן משקל לשוני המובנה בין סוגי ההחלטות וסוגי מקבלות ההחלטות, על אף השוני המהותי ביניהם.**

גם המבקרים את עילת הסבירות אינם סבורים שיש לבטלה ביחס לכלל סוגי ההחלטות והרשויות המינהליות. כך, למשל, כבי' השופט סולברג הציע לייחד את עילת הסבירות להחלטות של דרגים מקצועיים בלבד, וסבר כי יש לבחון את החלטות הדרג הנבחר הפוגעות בזכויות בראי עילת המידתיות. ההסדר המוצע מבקש לבטל ב"אבחת חרב" את עילת הסבירות כולה, כפתרון "קסם" לסוגיה, בעוד שמדובר בעילה מורכבת, השזורה במשפט המינהלי הישראלי מזה עשרות שונים, אשר מחייבת הסדרה פוזיטיבית שתתן לכך מענה.

מכל מקום, בניגוד לנכתב בדברי ההסבר, עילת הסבירות אינה "עילת התערבות חריגה" אשר פותחה בפסיקה הישראלית "בעשורים האחרונים" גרידא. כאמור, עילת הסבירות הקיימת עמנו מאז קום המדינה, ומקורה במשפט האנגלי, והיא עודנה רווחת במשפטן של מדינות שונות בעלות מסורת משפטית דומה לשיטת המשפט הישראלית.

**שלישית, התזכיר מבוסס על הנחות לא מדויקות ביחס לעילת הסבירות.** בניגוד לדברי ההסבר, עילת הסבירות איננה מופעלת "כל אימת שבית המשפט סבור כי החלטת הממשלה או השר איננה סבירה" ובית המשפט אף לא שם עצמו "בנעליה של הרשות המבצעת" ואינו מחליף את שיקול דעתה, כנטען. חלף זאת, בית המשפט הבהיר לאורך כל פסיקותיו, כי התערבות שיפוטית בהחלטה מינהלית מחמת חוסר סבירות תהא מוצדקת רק כאשר החלטה זו חורגת באופן קיצוני ממתחם ההחלטות הסבירות, תוך שבגדרי מתחם הסבירות (אשר עשוי להתרחב או להצטמצם בהתאם לטיב החלטה ולאופי הרשות המוסמכת) נתון לרשות המינהלית שיקול דעת בבחירת החלטה הראויה והנכונה בעיניה, ובית המשפט לא יחליף את שיקול דעתה זה בשיקול דעתו.

הכלל לפיו בית המשפט אינו מחליף את שיקול הדעת של הרשות, הוא כלל יסוד בביקורת שיפוטית מינהלית. יפים לעניין זה דברי כבי' השופט מינץ אך לאחרונה, לפיהם: **"הכלל לפיו בית המשפט אינו מתיימר להיכנס בנעלי הרשות ואינו מתיימר להחליף את שיקול דעתה של הרשות המוסמכת בשיקול דעתו... לא נאמר על דרך המליצה בלבד. משמעותו כי עילת הסבירות איננה מיועדת לקבוע מהי החלטה שעל הרשות המינהלית לקבל. הנחת היסוד היא כי קיים מתחם של החלטות סבירות, שבחירה בכל אחת מהן תעמוד בדרישת הסבירות"**.<sup>140</sup>

משהתזכיר מבוסס על הנחות מוצא שגויות ביחס לעילת הסבירות הקיימת והתשתית העיונית שבבסיסה, הקושי בביטול המוחלט של עילת הסבירות הולך ומתעצם.

## **2. החלשת הפיקוח על רשויות המינהל והפרת האיזון בין רשויות השלטון**

כאמור לעיל, מושג הסבירות מיתרגם, בראש ובראשונה, לחובה המוטלת על רשויות המינהל 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 חובותיהן, ולהבטיח לאזרח סעד אפקטיבי מפני החלטה שהתקבלה באופן שרירותי ולא סביר.

<sup>140</sup> עניין שיינפלד, לעיל ה"ש 115, בפסקה 4 לחוות דעת השופט ד' מינץ.

לפיכך, ביטולה ישלח מסר, לא רצוי, לכלל רשויות הממשלה כי מבחינה מעשית הן פטורות מהחובה לפעול בסבירות ולתת משקל ראוי לשיקולים הרלוונטיים בהחלטה. אף שכאמור, על פני הדברים, התזכיר לא מבקש לבטל את עצם החובה של הרשות לפעול בסבירות ואף מניח את קיומה, הפיכתה לחובה בלתי אכיפה משולה לביטולה.

**ביטול עילת הסבירות יביא להחלשת מנגנון חשוב של איזונים ובלמים על הרשות המבצעת, לרידוד ולניווון של ההגנה הניתנת לאזרח אל מול גורמי המינהל המקבלים החלטה בעניינו, כמו גם לאינטרסים ציבוריים חשובים כדוגמת תקינות הליכי המינהל, שלטון החוק וטוהר המידות.**<sup>141</sup> הלכה למעשה, ביטול עילת הסבירות יביא לאיון מרחב ההתערבות השיפוטית במקרים בהם הרשות המינהלית שקלה שיקולים רלוונטיים, אך איזנה ביניהם באופן הלוקה בחוסר סבירות קיצוני ואף בשרירותיות מובהקת, חרף פגיעה אפשרית בזכויות ובאינטרסים כבדי משקל.

כפי שצוין לעיל, בחינת האיזונים בין הרשות השופטת ליתר הרשויות, מחייבת הסתכלות רחבה על המבנה הפרלמנטרי בישראל ועל האיזונים העדינים שיש בו בין הרשויות. מאז קום המדינה, בית המשפט העליון, ובהמשך גם בתי המשפט לעניינים המינהליים במחוזות, הם הגורמים המרכזיים באכיפת חובות המשפט המינהלי על הרשות המבצעת. הביטול של עילת הסבירות יצמצם את הביקורת השיפוטית באופן משמעותי, ומנגד, אינו כולל מנגנונים מאזנים אחרים.

בדברי ההסבר נכתב כי "ביקורת סבירות שיקול הדעת של הממשלה, שריה והרשויות הכפופות לה נתונה בידי הכנסת". ואכן, הכנסת אינה רק רשות מחוקקת, היא גם מחזיקה בכובע של מפקחת על הרשות המבצעת. ברם, לא ניתן להסתפק בתפקיד זה של הכנסת כדי להוות גורם מאזן אל מול צמצום משמעותי של הביקורת השיפוטית המינהלית.

תחילה יצוין, כי **אין לכנסת כלים פרלמנטריים לפקח באופן נרחב על כלל פעולות רשויות המדינה.** רשויות המדינה מקבלות מדי יום אינסוף החלטות, פרטניות ועקרוניות, אשר לא מתקבלות בהליך שקוף לציבור והן אינן מדווחות לכנסת ואף דומה כי זו אינה ערוכה ואינה מיועדת, מבחינה מוסדית, לבחון החלטות מינהליות פרטניות (כדוגמת רישיונות, היתרים וכיו"ב) כעניין של שגרה. מעבר לכך, לכנסת אין כלים פרלמנטריים משמעותיים להביא לשינוי או לביטול החלטה מינהלית שהתקבלה באופן לא סביר, בין אם על-ידי דרגי המקצוע ובין אם על-ידי הדרג הפוליטי. כלי החקיקה אינו הכלי המתאים להתגבר על החלטות מסוימות, כל שכן פרטניות ויומיומיות, שהתקבלו על-ידי רשות מינהלית.

החולשה של הכנסת כמפקחת על הרשות המבצעת נובעת לא רק מכך שאין לה כלים "להיכנס" בנעלי בית המשפט ולהביא לאכיפה של **חובת** הסבירות, אלא גם מחולשתה אל מול הרשות המבצעת. כפי שצוין לעיל, במשטר הפרלמנטרי בישראל, הקואליציה נשלטת במידה רבה על-ידי הממשלה, ובראש הוועדות המרכזיות בכנסת עומדים חברי כנסת מסיעות הקואליציה. "החוק הנורווגי" הוביל לכך שחלק מחברי הכנסת תלויים בכהונתם כחברי כנסת בכהונת שרי הממשלה, וברי כי גם בכך יש כדי להחליש את יכולתם לפקח באופן אפקטיבי על הממשלה.

<sup>141</sup> שם, בפסקה 4 לחוות דעת השופטת ע' ברון.

על רקע האמור, ומבלי להפחית ממעמדו ומחשיבותו של הפיקוח הפרלמנטרי על הממשלה, לא ניתן להסתפק בדיוני הכנסת כתחליף לאכיפת חובות הרשות המינהלית בערכאות שיפוטיות, ובהן גם החובה של הרשות לפעול בסבירות.

### 3. ביטול עילת הסבירות ייצר חוסר ודאות משפטית במשפט המינהלי

קושי נוסף הגלום בהסדר הוא אי הודאות המשפטית שייווצר כתוצאה מהביטול המוחלט של עילת הסבירות, שלא כחלק מהסדר כולל ומובנה.

התכלית המוצהרת של התזכיר היא לייצר ודאות משפטית במשפט המינהלי אל מול העמימות הנטענת של עילת הסבירות. ואולם, בהינתן ההתפתחות הפסיקתית של המשפט המינהלי, ביטול עילת הסבירות, כשלעצמו, צפוי לייצר חוסר ודאות משפטית רבה. זאת, בשים לב לכך שמדובר בעילה הכרוכה ביחסי גומלין הדוקים עם עילות אחרות מתחום המשפט המינהלי, אשר אין כל כוונה לבטלן.

ככלל, המשפט המינהלי הישראלי התפתח עקב בצד אגודל בשיטת "המשפט המקובל" האנגלי.<sup>142</sup> שיטת התפתחות זו, הביאה לכך שעילות ההתערבות של המשפט המינהלי מקיימות יחסי-גומלין מורכבים אחת עם השנייה.<sup>143</sup> אף שיש לעילת הסבירות גרעין אנליטי מובחן, יש לה יחסי גומלין הדוקים עם עילות ההתערבות אחרות. הסבירות ארוגה בתוך המכלול של המשפט המינהלי בדרכים מורכבות, שהתפתחו עם השנים.<sup>144</sup> עילת הסבירות איננה מתקיימת בנפרד מעילות ההתערבות האחרות במשפט המינהלי, אלא היא קשורה אליהן בקשרים מושגיים מורכבים, והגבולות בינה לבינן אינם ברורים עד תום.

כך למשל, ביחס לעילת השיקולים הזרים, התחשבות בשיקול זר קרובה לחוסר סבירות, היות שמדובר במתן משקל לשיקול שהיה צריך לקבל משקל אפסי בעת קבלת החלטה;<sup>145</sup> ביחס לעילת המידתיות, נפסק כי "ככלל, החלטה שאינה מידתית תימצא גם כבלתי סבירה, ולעניין זה עשויה להיות חפיפה בין שתי העילות";<sup>146</sup> וביחס לחובת הרשות לקבל החלטות המבוססות על תשתית עובדתית, לעתים בית המשפט מסווג את הפגם שנוצר מהעדר התבססות על תשתית עובדתית כחוסר סבירות (שכן ניתן משקל אפסי לשיקול המבוסס על עובדה רלוונטית), ולפעמים כפגם תהליכי של אי-הסתמכות על תשתית עובדתית רלוונטית.<sup>147</sup>

יתר על כן, עילת הסבירות משתקפת באופן פרקטי בהפעלת דוקטרינות וכללים אחרים במשפט המינהלי כעניין שבשגרה, לעתים אף מכוח הוראות חוק מפורשות. כך למשל, על רשות מינהלית לקבל החלטות המבוססות על תשתית ראייתית הולמת, ובפסיקה נקבע כי הרף הראייתי הנדרש ככלל לפעילות המינהלית (שאיננה פוגעת בזכויות יסוד) והוא "מבחן הראיה המינהלית הסבירה", היינו, ראיה אשר בשים לב לנושאה, לתוכנה

<sup>142</sup> עיינו: יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ג – הביקורת השיפוטית: כללי הסף 1635-1639 (2014).  
<sup>143</sup> כך, לדוגמה, חובת ההנמקה וחובת הפרסום משיקות בהקשרים מסוימים (שכן חובת ההנמקה כוללת רכיב של חובת פרסום ההנמקה); עילת השיקולים הזרים התפתחה מתוך עקרון חוקיות המינהל (ראו למשל: בג"ץ 62/262 **פרץ נ' יושב ראש, המועצה המקומית ותושבי כפר שמריהו**, פ"ד טז 2101 (1962)); ושני העקרונות המכונים "כללי הצדק הטבעי" – זכות הטיעון והאיסור על משוא פנים – נחשבים לחלק מאותו מכלול נורמטיבי (עיינו: דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 461 (2010)).  
<sup>144</sup> עניין **דיזנגוף**, לעיל ה"ש 122, עמ' 1032.  
<sup>145</sup> וראו למשל חוות דעת השופטים הנדל (פסקאות 16-17) ושטיין (פסקה 6) בבג"ץ 18/5769 **אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה** (4.3.2019).  
<sup>146</sup> בג"ץ 09/3798 **גורווחוד נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל**, פסקה 16 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש (נבו 7.12.2010); כן ראו: בג"ץ 93/4330 **גאנס נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין**, פ"ד נד(4) 231, 232 (1996); ע"א 14/6407 **הוועדה המקומית לתיכנון ולבניה כרמיאל נ' מסרי**, פסקה 98 (נבו 24.5.2018).  
<sup>147</sup> השוו למשל בין פסקי הדין בבג"ץ 00/1920 **גלאון, יו"ר סיעת מר"צ נ' ועדת השחורים**, פ"ד נד(2) 313, 327 (2000) ובבג"ץ 19/6745 **לובטון נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פסקה 27 לחוות דעת הנשיאה אי חיות (14.3.2022).

ולמקורה, "כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה במידה זו או אחרת".<sup>148</sup> יודגש כי חלק גדול מאוד מההחלטות המינהליות שמתקבלות ברחבי הממשלה נשענות על אמת-מידה ראייתית זו. דוגמא נוספת היא סוגיית ניגוד העניינים. אחד המבחנים המרכזיים שנקבעו בפסיקה לקיומו של ניגוד עניינים שמהווה פגם בהחלטה מינהלית הוא "חשש סביר" להטיית שיקול הדעת.<sup>149</sup> מבחן זה דומה במידת מה למבחן הראיה המינהלית הסבירה, והוא בוחן אם אדם סביר, המודע לתפקידו של נושא התפקיד, לאינטרסים אחרים שלו וליתר נסיבות העניין, "היה סובר שנושא התפקיד ימצא במצב של ניגוד עניינים בשל האינטרסים האחרים שיש לו".<sup>150</sup>

קשה לראות כיצד ניתן יהיה פשוט "להסיר" את עילת הסבירות "בחיתוך גס", כמוצע בתזכיר, ולהשאיר את יתר עילות הביקורת השיפוטית על החלטות המינהל על כן. ניתן להניח כי התערבות חקיקתית מעין זו בעילת הסבירות תייצר לאקונום, קשיים ושאלות פרשניות ברחבי המשפט המינהלי, כולל ביחס לחלקים רבים שאין כל רצון לשנותם (כפי שאף עולה מדברי ההסבר לתזכיר). כך למשל, תתעוררנה שאלות באשר לאופן בו ייבחנו עמידתה של הרשות המינהלית בחובה לנהוג ב"מהירות ראויה" (לפי סעיף 11 לחוק הפרשנות) או לעשות שימוש בסמכויות עזר "במידה המתקבלת על הדעת" (לפי סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות); תוקפן ומשקלן של ראיות מינהליות; טיבו של חשש להטיית שיקול הדעת מחמת ניגוד עניינים; וכיוצא באלה. מצב זה דווקא יגביר את חוסר הוודאות ואי-האחידות, אשר לפי המפורט בתזכיר, ההסדר המוצע נועד דווקא למנוע.

בהקשר זה יצוין, כי הקושי הגלום בפגיעה באפשרות לבצע ביקורת שיפוטית על רשויות המינהל, מתעצם משעה שכללי המשפט המינהלי החלים על הרשות המבצעת, רובם ככולם, אינם מוסדרים בחקיקה כלל. על רקע היעדרו של הסדר חקיקתי מקיף, פותח המשפט המינהלי באמצעות פסיקת בתי המשפט, ממקרה למקרה, ובתוך כך הוסדרו אף הכללים הבסיסיים ביותר, כגון עקרון חוקיות המינהל לפיו מחויבת הרשות לפעול על-פי מקור סמכות חוקי, זכות הטיעון, החובה לקבל החלטות המבוססות על תשתית עובדתית מלאה, האיסור על פעולה מינהלית מתוך ניגוד עניינים וכיוצא באלה עקרונות מושרשים אשר דומה כי אין כל מחלוקת עליהם. התפתחות מעין זו היא חיונית ומחויבת, ואף יתרונותיה בצידה – בגמישות המאפשרת התאמת המשפט המינהלי לנסיבות מגוונות ולשינויי העיתים.

**מהאמור לעיל עולה, אפוא, כי עילת הסבירות איננה מרכיב מובחן שניתן באבחנת תיקון חקיקה להסירו כליל מהמשפט המינהלי, והדבר ממחיש את החשיבות בהסדרה חקיקתית של עילת הסבירות על רקע הסדרה כוללת של כללי המשפט המינהלי.**

לפיכך, גם בהינתן הנחות היסוד המהותיות העומדות בבסיס ההסדר המוצע, הסדרת הסוגייה מחייבת להידרש לסוגיות רחבות יותר מתחום המשפט המינהלי, משאלת היקף הביקורת השיפוטית על עילת הסבירות.

ואולם, התזכיר אינו כולל כל הגדרה של עילת הסבירות, אשר כאמור לעיל, אף אינה מוסדרת בהוראת חוק כלשהי כחובה החלה על רשויות המינהל בהפעלת שיקול דעתן. יתר על כן, יש קושי מובנה בהתייחסות לעילת הסבירות, ככזו, כאשר למעשה, אף יתר עילות ההתערבות המינהליות אינן מוסדרות בחקיקה, אלא הן תוצר של "המשפט המקובל" הישראלי בתחום המינהלי. לפיכך, התייחסות ספציפית לעילת התערבות אחת בלבד,

<sup>148</sup> בג"ץ 71/442 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 357 (1972).

<sup>149</sup> בג"ץ 20/3056 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 36 לחוות דעת הנשיאה חיות (נבו 25.3.2021).

<sup>150</sup> בג"ץ 94/5575 מהדרין בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט(3) 133, 142-143 (1995).

ללא הסדרתן של יתר העילות (בראש ובראשונה, כחובות החלות על רשויות המינהל בהפעלת שיקול דעתן), תהא חריגה למדי, ותגדיל את חוסר הוודאות והעמימות בכל הנוגע לחובות המשפט המינהלי ולעילות הביקורת השיפוטית.

הקשיים הנטענים ביחס לעמימותו של המשפט המינהלי ושל עילת הסבירות בכללו, נובעים בין היתר מהעדר חקיקה המסדירה את המשפט המינהלי, ועילות הביקורת השיפוטית הנגזרות מכך. לפיכך הפתרון לקשיים אלה הוא קידום הסדרת חקיקתית מקיפה של הוראות המשפט המינהלי בכללותן.

ההסדר המוצע אינו כולל כל הסדרה של חובות וכללי המשפט המינהלי, וחובת הסבירות בכללם, אלא מתמקד אך בצמצום הביקורת השיפוטית המיועדת להבטיח את עמידתן של רשויות המינהל בהוראות אלה. כלומר, מוצע להסיר את הבלמים השיפוטיים, ולמצער להפחיתם באופן ניכר, לא קביעת הוראות כלשהן אשר תיצרנה "משקל נגד", ותבטחנה את פעילותן התקינה והסבירה של רשויות המינהל חרף היעדרה של ביקורת שיפוטית. בכך ייוותר המשפט המינהלי בלתי מאוזן, ולא מובן מהן הערובות המוצעות להבטחת עמידתן של רשויות המינהל בחובתן לערוך איזון סביר בין כלל השיקולים הרלוונטיים.

במובן זה אפוא, ובדומה לאמור לעיל ביחס לביקורת השיפוטית החוקתית, דומה כי "עיקר חסר מן הספר", וכי ההתמקדות בביקורת השיפוטית מחמיצה במידה רבה את הקושי העיקרי העומד בבסיס העמימות הקיימת כיום במשפט המינהלי – הוא היעדרה של הסדרה חקיקתית מקיפה של תחום זה, אשר תבוא חלף ההסדרה הפסיקתית הקזואליסטית.

## 1. התייחסות להצעת יו"ר ועדת החוקה, והצעות אחרות שהועלו ברבות השנים ביחס לביטול עילת

### הסבירות

למען שלמות התמונה, נציין כי ברבות השנים, גובשו מספר הצעות חוק לביטול עילת הסבירות, אשר ביקשו להשיג מטרה זו באמצעות הגדרת רשימה סגורה של עילות התערבות שיפוטיות בהחלטות מינהליות, בדגש על חריגה מסמכות ושיקולים זרים.<sup>151</sup> אחת ההצעות (פ/17/2799) נועדה לחול על החלטותיהן של כל רשויות המינהל, בעוד שיתר ההצעות (פ/20/2863 ו-פ/23/1404 הזהה לה) נועדו לחול על החלטות של גופים מסוימים בלבד (נשיא המדינה, הכנסת וועדותיה, הממשלה, ראש הממשלה והשרים), כאשר רשויות מינהל אחרות – לרבות כלל הפקידות הממשלתית ובעלי תפקידים ברשות המבצעת שאינם חברי הממשלה, תמשכנה להיות נתונות לביקורת שיפוטית בהתאם לעילת הסבירות (וכך גם השלטון המקומי וגופים ציבוריים אחרים). יוער כי אף אחת מהצעות החוק לא עברה את הקריאה הטרומית.

זאת ועוד, ביום 17.1.23 הציג יו"ר ועדת החוקה את הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון) – חיזוק הפרדת הרשויות, בגדרה מוצע לתקן את סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, כך שלאחר סעיף קטן (ד) יבוא "(ד) 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 משריה או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם".

<sup>151</sup> ראו: הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון) – הגדרת סמכויות הרשות השופטת, פ/17/2799, אשר הוגשה על-ידי חברי הכנסת צבי הנדל ויצחק לוי; הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון) – הפרדת רשויות) פ/20/2863, אשר הוגשה ע"י חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ' ואח'; וכן הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון) – הפרדת רשויות, פ/23/1404, שהגיש חבר הכנסת סמוטריץ', היתה בנוסחה לפ/20/2863 הנ"ל.



לעמדתנו, הצעת יו"ר הוועדה, כמו גם ההצעות האחרות ברוח זו, מעוררת קשיים דומים לאלה המתוארים לעיל, על אף השוני בין ההצעות. כמו כן, אנו סבורים כי ההבחנה שהוצעה בין החלטותיהם של נבחרי ציבור ובין החלטותיהם של גורמים מקצועיים, מוקשית ביותר ועלולה להביא לקבלתן של החלטות שרירותיות או מופרכות במובהק, אשר תהיינה למעשה "חסינות" מפני ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת שהופעל עובר לקבלתן, אך בשל זהות הגורם שעל-ידו התקבלו.

לפיכך יש לבחון את הדברים במבט רחב הבוחן גם את סוג ההחלטה ולא רק את מקבלה. מתן פטור מוחלט לגורם מסוים, יוביל למתן חסינות נרחבת יותר מפני ביקורת שיפוטית, באמצעות אישור החלטות דרגים מינהליים-מקצועיים על-ידי הדרג הנבחר, וביטול למעשה של חובת כלל רשויות המינהל לנהוג בסבירות.

## נספח ע/3

מסמך ההכנה של הייעוץ המשפטי  
לוועדת חוקה

עמ' 115

## מסמך הכנה מס' 6 – הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות)

טיוטת הצעת חוק-יסוד: השפיטה בנוסח שהוצע על-ידי יו"ר הוועדה, כללה שורה של תיקונים אשר פורטו במסמך ההכנה הכללי מיום 27.1.2023. בדיוניה הקודמים דנה הוועדה בתיקונים העוסקים בשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, בשלילת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, בהגבלת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת ובפסקת ההתגברות.

הנוסח המונח כעת על שולחן הוועדה עוסק בהגבלת עילת הביקורת השיפוטית שעניינה **חוסר סבירות**, ככל שהיא נוגעת לדרג נבחר – ראש הממשלה, הממשלה, השרים ונבחרי ציבור אחרים.

להלן התייחסות הייעוץ המשפטי לוועדה לרקע הרלוונטי ושאלות המוצעות לדיון בסוגיה זו.

### רקע כללי

1. עד עתה דנה הוועדה בתיקוני חקיקה שעניינם קביעת גדריה של הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת. ואולם, הביקורת השיפוטית העיקרית שמקיים בית המשפט על רשויות השלטון האחרות היא **הביקורת המינהלית על פעולת הממשלה – הרשות המבצעת**. ביקורת זו נועדה לקיים את שלטון החוק במובנו הבסיסי – להבטיח כי הרשות המבצעת פועלת במסגרת החוק, וכן להגן על האזרח מפני פגיעה בו על-ידי השלטון.

2. סמכות ביקורת זו הוקנתה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (בג"ץ) עוד בתקופת המנדט. עם קום המדינה היא עוגנה בפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח–1948, בהמשך בחוק בתי המשפט, התשי"ז–1957, ולבסוף בשנת 1984 בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה. כיום, סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות המדינה נובעת בעיקרה מסעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה, המעניקים לבג"ץ סמכות לדון בעניינים "אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר" (ס"ק (ג)) וכן "לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין – להימנע מלפעול" (ס"ק (ד)(2)).

3. מכוח סמכות זו, מבקר בג"ץ (ובתי המשפט לעניינים מינהליים, מכוח סעיף 8 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס–2000) את פעולות הרשות המבצעת כדי להבטיח שרשויות המינהל פועלות על-פי חוק וכדי להגן על הפרטים מפני פגיעה בזכויותיהם ובאינטרסים מוגנים שלהם, במסגרת מה שמכונה "ביקורת מינהלית". התפתחות עילות הביקורת המינהליות נעשתה בעיקרה בפסיקה בהתבסס על עילות הביקורת של המשפט המקובל האנגלי, על עקרון שלטון החוק, ועל היותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית השומרת על זכויות הפרט של אזרחיה (זאת החל מפסקי הדין המכוננים משנות החמישים, דוגמת בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים** (1953); ובג"ץ 144/50 **ד"ר שייב נ' שר הביטחון** (1951)).

4. ניסיונות שנעשו בעבר להסדיר בחקיקה את חובות המינהל הציבורי, שמהן ייגזרו עילות הביקורת המינהלית, הן בשנות השמונים, בהצעת חוק שניסח חה"כ (פרופ') קלינגהופר בשיתוף משרד המשפטים,

והן לפני כעשור בתזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המנהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד–2014) – לא הבשילו לכדי חקיקה, ולכן כיום עקרונות המשפט המינהלי ועילות הביקורת השונות, ובהן גם עילת הסבירות, מעוגנות בעיקרן בפסיקה. **בנסיבות אלה, רשימת חובות המינהל ועילות הביקורת השיפוטית הנגזרות מהן אינה רשימה סגורה או סדורה.**

5. מקובל לומר כי החובות החלות על רשויות המינהל שמהן גם נגזרות עילות הביקורת המינהלית כוללות **שלוש רגליים**:

- **הרגל הראשונה – הסמכות** – זאת מכוח **עקרון חוקיות המינהל**, ולפיו ההחלטה המינהלית צריכה להתקבל **במסגרת הסמכות** שהוענקה לרשות בחוק, ופעולה החורגת מגדר הסמכות שהוענקה לרשות היא פסולה (מה שמכונה "אולטרה-וירס").

- **הרגל השנייה** – תקינות **הליך קבלת ההחלטה המינהלית** – ההחלטה המינהלית צריכה להתקבל בהליך תקין, כלומר: בתוך **זמן סביר** או במועדים שנקבעו בחוק לעניין זה; לאחר שניתנה למי שנפגע מההחלטה **זכות טיעון**; על בסיס **תשתית עובדתית** מלאה ומבוססת; לאחר שהרשות **נימקה** את החלטתה כראוי; **ללא משוא פנים** או **ניגוד עניינים** וכיוצא באלה דרישות הליכיות.

- **הרגל השלישית** – אופן הפעלת **שיקול הדעת** שביסוד ההחלטה המינהלית. בהפעלת הסמכות המינהלית שיקול הדעת של הרשות אינו בלתי מוגבל, ועליה לפעול בתום לב, על יסוד מכלול השיקולים הענייניים ותוך הימנעות משקילת שיקולים זרים, בשוויון ובמידתיות.

6. **עקרון הסבירות**, כפי שהתפתח בפסיקה, נוגע בעיקרו של דבר ברגל **השלישית** של השיקול הדעת המינהלי. ככל שמדובר בהפעלת שיקול הדעת המינהלי, חובת הסבירות משמעה כי הרשות נדרשת להבטיח **איזון ראוי בין השיקולים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה המינהלית.**

ואולם, עקרון הסבירות משפיע גם על שתי הרגליים הנוספות של החובות החלות על רשויות המינהל – על **ההליך המינהלי**, משחלק מהחובות ההליכיות מוגדרות על בסיס מושג הסבירות – קיומה של **תשתית סבירה** של נתונים (על יסוד ראיות מינהליות – ראיות **שרשות סבירה** הייתה מסתמכת עליהן), פעולה בתוך **זמן סביר** וכיוצא באלה (מה שמכונה בפי פרופ' דותן "סבירות הליכית", ראו: יואב דותן, "שני מושגים של סבירות" **ספר שמגר – מאמרים** חלק א 417 (2003) (להלן: דותן **בספר שמגר**)).

כמו כן, עקרון הסבירות אף התפרש כקשור **לשאלת הסמכות**, מתוך הנחה כי לרשות יש חובה להפעיל את סמכותה החקוקה בצורה סבירה, משום שהמחוקק לא התכוון להסמיך אותה לפעול בצורה "בלתי מתקבלת על הדעת" (מה שמכנה פרופ' דותן "אי סבירות של מופרכות", ראו: יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" **משפטים** נא 673, 676-680 (2022) (להלן: דותן **במשפטים**)).

7. יובהר כי **מהחובה של הרשות המינהלית לפעול בסבירות**, נגזרת **עילת הסבירות** כעילה לביקורת שיפוטית של החלטותיה. על כן, עריכת שינויים בעילת הסבירות כעילה לביקורת מינהלית, מצריכה לבחון את ההשלכות של הגבלת עילת הביקורת האמורה גם על **חובת הרשות לנהוג בסבירות.**

8. עילת הסבירות התפתחה מבחינה היסטורית במשפט המקובל האנגלי כעילת ביקורת על **חוקי עזר**, המאפשרת לפסול חוקי עזר שהם כה בלתי מתקבלים על הדעת, עד שאין להניח שרשות סבירה הייתה

מקבלת אותם, או שהוקנתה לה סמכות לכך. מבחינה זו דובר בעילה שהייתה בעלת זיקה לעילת הביקורת הבסיסית ביותר על הרשות המינהלית – **חריגה מסמכות**.

9. פסק הדין האנגלי הקלאסי המוזכר בהקשר זה הוא פסק הדין בעניין <sup>1</sup>Wednesbury שבו נבחן חוק עזר עירוני שקבע שהצפייה בקולנוע בימי ראשון אסורה למי שגילו צעיר מחמש עשרה; בפסק הדין נקבע כי אפשר לתת סעד לעותר אם ההחלטה היא – "So unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it" (שם, בעמ' 234).

10. גם בישראל, במהלך העשורים הראשונים לקיומה של המדינה נפסלו במספר מקרים חוקי עזר וחקיקת משנה אחרת בשל חוסר סבירות, וזאת במובן של <sup>1</sup>Wednesbury, כלומר: משום שתוכנם היה "בלתי מתקבל על הדעת", או כלל "אי צדק בולט". ראו למשל, ע"א 311/57 **היועץ המשפטי לממשלה נ' דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ** (1959), בו ביטל בית המשפט צו של שר התחבורה, משום שהטיל על חברות הספנות תשלום חובה בתוקף למפרע לתקופה של מעל שנה. בית המשפט הדגיש באותו מקרה, בהתבסס על המשפט האנגלי, כי "**אם 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 שמעולם לא נתכוון המחוקק לתת כוח זה בידי השר. חקיקת המשנה אינה מתקבלת על הדעת והיא מחוץ לתחום הסמכות" (שם, בעמ' 1037).<sup>2</sup>

11. משנות ה-70 למאה הקודמת החלה מגמה של הרחבה מסוימת של עילת הסבירות "הקלאסית", למשל, בפסק הדין של השופט (כתוארו אז) שמגר בבג"ץ 156/75 **דקה נ' שר התחבורה** (1976) ובדעת יחיד של השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 840/79 **מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל** (1980).

12. ואולם, פסק הדין שנתפס כנקודת מפנה בפרשנות של עילת הסבירות הוא פסק הדין בעניין **דפי זהב** משנת 1980 (בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור** (1980)). אף כי יש הגורסים כי גם פסק דין זה הוא למעשה לא חידוש אלא המשך פיתוח של העילה בפסיקה המוקדמת.<sup>3</sup>

13. מאז פסק הדין בעניין **דפי זהב**, התפיסה המקובלת במשפט הישראלי היא כי עילת חוסר סבירות יכולה להתקיים **כעילה עצמאית** – יחידה – לפסילת החלטה מינהלית, גם אם אינה כרוכה בעילת התערבות נוספת דוגמת חוסר סמכות, הפליה פסולה או שיקולים זרים, וזאת אם שיקול הדעת המינהלי "**אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות להתחשב בהם בהחלטתה**" (באופן מהותי או קיצוני).

בפסק הדין בעניין **דפי זהב** הודגש כי חוסר הסבירות נמדד **באמות מידה אובייקטיביות**, במובן זה שהמבחן הוא מה ראוי שיעשה **מקבל החלטה הסביר** ולא מה ראוי בעיניו של בית המשפט; כי השופט **אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו**; כי לרשות ישנו "**מתחם של סבירות**" – קרי: טווח שלם של החלטות אפשריות שבית המשפט לא יתערב בהן, וכי פסילת מעשה המינהל תיתכן רק כשמדובר **בחוסר סבירות מהותי או קיצוני** – **כשהרשות המינהלית קיבלה החלטה החורגת ממתחם הסבירות**, מתחם הכולל בתוכו מספר דרכי פעולה אפשריות.

<sup>1</sup> Associated Provincial Picture Houses Ltd. V. Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223

<sup>2</sup> ראו עוד לעניין זה למשל, ע"פ 217/68 **יזראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל** (1968), במסגרתו בוטלה הרשעה בשל הפרה, שלא הייתה מחלוקת שהתקיימה, של סעיף בחוק עזר של עיריית רמת גן.

<sup>3</sup> ר' למשל: יצחק זמיר "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות? (תגובה להרצאתו של פרופסור קרצמר)" **משפטים** יט 563, 566 (1990), וראו גם: איל זמיר "עילת אי הסבירות במשפט המינהלי" **משפטים** יב 291 (1982), המסביר כי "אינני סבור שבפסק הדין בעניין **דפי זהב** פותחה דוקטרינה חדשה כלשהי, אלא נעשה בו ניסיון לנתח ולגבש עילת ביקורת קיימת" (שם, בעמ' 291).

14. לאורך השנים החיל בית המשפט את הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות על תחומים שונים בפעולת הרשות המינהלית (גם אם, מטבע הדברים, במרבית המקרים העתירה לפסול החלטה מינהלית על יסוד חוסר סבירות קיצונית נדחתה). כך למשל, החיל בית המשפט את עילת הסבירות בהקשר של החלטות מינהליות שעירבו שאלה של פגיעה באינטרסים או זכויות של פרטים אל מול היבטים תקציביים או אינטרסים אחרים. למשל, בית המשפט פסל בשל חוסר סבירות קיצוני החלטה של עיריית ירושלים למקם בית ספר בסמוך למפעל מתכות מזהם היוצר סיכון בריאותי לילדים, החלטה של המועצה המקומית בכפר ורדים שלא להקים מקווה לנשים, והחלטה של שר הביטחון שלא למגן את "כיתות האם" בבתי הספר בעוטף עזה, אלא להסתפק בהקמת מרחבים מוגנים לשם מתן ביטחון לתלמידים.<sup>4</sup>

במקרים אחרים החיל בית המשפט את עילת הסבירות על החלטות מינהליות שפגעו באינטרס ההסתמכות או הציפייה של אזרחים ששינו את מצבם לרעה בהתבסס על החלטה קודמת של הרשות. למשל, בית המשפט פסל החלטה לשלול סובסידיה למעונות יום לילדי אברכים, באמצע שנה, באופן שהוחל למעשה רטרואקטיבית, ובלא הוראת מעבר והודעה מוקדמת שתאפשר להם לכלכל את צעדיהם.<sup>5</sup>

בית המשפט החיל את עילת הסבירות גם ביחס להחלטות היועץ המשפטי לממשלה בעניין העמדה לדין. כך למשל, קבע בית המשפט בפסק הדין התקדימי בעניין גנור כי ההחלטה שלא להעמיד לדין בנקאים ורואי חשבון אשר ועדת חקירה ממלכתית מתחה ביקורת חריפה על התנהלותם בפרשת ויסות מניות הבנקים בשנות ה-80, לוקה בחוסר סבירות קיצוני.<sup>6</sup>

בנוסף, החיל בית המשפט את עילת הסבירות ביחס להחלטות שנגעו למינויים (או המשך כהונה) של עובדי השירות הציבורי ונבחרים ציבור שנחשדו או הורשעו בביצוע עבירות פליליות או שנטען כי נפל פגם אתי חמור בהתנהלותם. כך למשל, התקבלו עתירות שקבעו כי הימנעותו של ראש הממשלה מקבלת החלטה על העברה מתפקיד של שר וסגן שר שהוגשו נגדם כתבי אישום בעבירות של טוהר מידות לוקה בחוסר סבירות קיצונית וכך גם התקבלה עתירה נגד חידוש החוזה האישי של מנהל אגף הרישוי במשרד התחבורה, שהורשע בדין משמעתי בגין קבלת תעודת בוחן נהיגה מבלי הכשרה ומתן היתרים להוראת נהיגה וניהול בית ספר לנהיגה שלא כדין.<sup>7</sup>

15. ככלל, יישום עילת הסבירות משתנה בהתאם להקשר שבו מדובר – סוג הרשות המינהלית שקיבלה את ההחלטה, מהותה של ההחלטה שבה מדובר ונסיבות נוספות. כך למשל, נפסק כי גורם בעל אופי פוליטי-ייצוגי ייהנה ממתחם סבירות רחב יותר מאשר גורם מינהלי ממונה (ראו למשל, בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (1997), בעמ' 60-57); כי החלטות שמקבלות אישור פרלמנטרי, דוגמת חקיקת משנה באישור ועדה של הכנסת, נהנות ממתחם סבירות רחב יותר (ראו למשל,

<sup>4</sup> עע"מ 5634/09 ג'לאל נ' עיריית ירושלים (2009); עע"מ 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים (2014); בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הבטחון (2007).

<sup>5</sup> בג"ץ 5782/21 זילבר נ' שר האוצר (2022). יצוין כי השופט שטיין (בדעת מיעוט בעניין זה) פסל את ההחלטה הרטרואקטיבית שלא על סמך עילת הסבירות. ראו עוד, למשל: בג"ץ 3363/91 רפל נ' שר הביטחון (1991), במסגרתו החזיר בית המשפט ל"רשויות הצבא", לבחינה נוספת, החלטה של ראש אכ"א שלא להציב עתודאים בתפקידים ייעודיים למקצועותיהם, אלא לשבץ אותם ביחידות השדה, בנימוק שלא ניתן משקל הולם בקבלת ההחלטה לאינטרסים ולהסתמכות של העתודאים.

<sup>6</sup> בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה (1990).

<sup>7</sup> בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (1993) (פרשת דרעי הראשונה); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל (1993) (פרשת פנחסי); בג"ץ 7542/05 פורטמן נ' מאיר שטרית, שר התחבורה (2007). ראו עוד, למשל, את פסק הדין התקדימי בנושא בבג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון (1993), שם נפסל מינוי למנכ"ל משרד הבינוי והשיכון בשל עדות שקר ושיבוש הליכי משפט בעת שירותו בשב"כ. בצד זה יצוין כי בג"ץ גם דחה שורה ארוכה של עתירות בעניין מינויים או אי העברה מכהונתם של שרים וסגני שרים שנפל, לכאורה, פגם בהתנהלותם, וקבע כי ההחלטות הנתקפות מצויות במתחם הסבירות.

בג"ץ 7198/21 איגוד נותני שירותים פיננסיים נ' ממשלת ישראל, פס' 22 לפסק הדין (2021); כי החלטה המתקבלת בידי גורם מקצועי בעל מומחיות מיוחדת ייחנה ממתחם סבירות רחב יותר (ראו למשל, בג"ץ 5263/16 נשר – מפעלי מלט ישראליים נ' המשד להגנת הסביבה, פס' 11 לפסק הדין (2018)); כן נפסק שכאשר החלטה היא בעלת אופי מורכב או תוך הסתמכות על חוות דעת של מומחים, מתחם הסבירות יהיה רחב יותר (ראו למשל, לעניין נושאים תכנוניים, בג"ץ 2324/91 התנועה למען איכות השלטון נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, פס' 12 לפסק הדין (1991)) וכיוצא באלה.

### המחלוקת בפסיקה ובין מלומדים בעניין עילת הסבירות

16. למרות אימוצה של עילת הסבירות כעילה מרכזית בביקורת המינהלית של בית המשפט על פעולות הרשות המבצעת, נמתחה עליה לאורך השנים ביקורת בידי חלק מהשופטים – לרבות הנשיא לנדוי בפסק הדין בעניין דפי זהב (וכך גם הנשיא גרוניס והשופטים סולברג ושטיין). הדים למחלוקת בקרב השופטים בעניין זה ניתן למצוא גם באקדמיה בין מומחים בתחום המשפט המינהלי.

17. בין היתר, המבקרים את השימוש בעילת הסבירות "האיזונית" טענו כי מדובר במבחן עמום החותר תחת עקרונות של ריסון ואי התערבות בשיקול הדעת המינהלי. לשיטתם, מדובר במבחן המעניק לבית המשפט מנדט נרחב להחלפת שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו, תוך אכיפת השקפותיו והעדפותיו על רשויות השלטון, ותוך קביעה עבור הרשות מהו האיזון "הנכון" בין השיקולים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה נשוא הביקורת, במקום שאיזון זה ייעשה בידי הדרג הנבחר.

כמו כן, נטען כי בית המשפט נעדר מומחיות לבקר את החלטותיהם של גורמי המינהל הציבורי השונים וכי בהיותו גוף שאינו נבחר הוא גם אינו נהנה מלגיטימציה דמוקרטית לבקר הכרעות מדיניות שהתקבלו בידי נבחר הציבור. לבסוף, נטען כי מבחן הסבירות הוא מבחן עמום ולא ברור, ולכן השימוש בו אינו מאפשר להנחות בצורה ברורה את הרשות המינהלית כיצד לנהוג, ומוביל לאי וודאות בתחום המשפט הציבורי.

(ראו למשל, דותן במשפטים, בעמ' 683 וההפניות המובאות שם, בה"ש 33; יואב דותן, הנחיות מינהליות, 520-526 (1996)).

18. מנגד, המצדדים בהחלת עילת הסבירות בצורתה הנוכחית הדגישו, בין היתר, כי השימוש בעילת הסבירות תרם לקידום נורמות של הגינות שלטונית בישראל, כי יש לעילת הסבירות תפקיד חשוב בהגנה על הפרט במקום שהפגיעה בו לא נעשתה בשם שיקול פסול, אך אין מוענק משקל מספק לאינטרסים שלו, או במצבים שבהם בית המשפט סבור שהרשות המינהלית פעלה בשל שיקולים זרים אך שיקולים אלה מוסתרים. עוד נטען כי, ככלל, עילת הסבירות מוחלת רק במצבים שבהם ההחלטה לוקה בחוסר סבירות קיצונית וכי בית המשפט אינו מחליף את שיקול הדעת של הרשות בשיקול דעתו.

כמו כן, נטען כי המומחיות של בית המשפט לבקר את רשויות השלטון אינה שונה מן המומחיות שהוא נדרש לגלות בבואו לבחון את פעולתם של גורמים מקצועיים רבים אחרים (דוגמת פעולתם של רופאים בתביעות רשלנות רפואית, אשר גם שם נדרשת בחינת סטנדרט של "סבירות" לצורך הכרעה).

19. בנוסף, נטען כי בשל ההתגברות בכוחה והיקף שיקול דעתה של הרשות המבצעת בעשורים האחרונים נדרש בית המשפט לפתח כלים חזקים יותר לביקורת מינהלית, וכי הגישה שהייתה נהוגה בעבר, הייתה מותירה את בית המשפט ללא כלים אמיתיים לבקר את השלטון בתחומים רבים. לבסוף, נטען כי לאחר שניתנו מאות פסקי דין המיישמים את עילת הסבירות (בין אם נקבע שהחלטה נמצאת בתוך מתחם הסבירות ובין אם לאו), קשה לומר שהעילה עמומה כשם שהייתה בעבר.

(ראו באופן כללי, דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 769-723 (2010); דוד קרצ'מר, "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" **פלילים** ה' 121 (1996); זאב סגל "עילת היעדר היחסיות (disproportionality) במשפט המנהלי", **הפרקליט** לט 507, 507 (1990)<sup>8</sup>).

20. לבסוף יודגש כי גם בקרב המבקרים את השימוש בעילת הסבירות, הדעה הרווחת היא שאין לבטל את עילת הסבירות כליל, אלא יש מקום לצמצם את השימוש בה. כך למשל, **פרופ' דותן** סבר שיש הצדקה לשימוש בעקרון הסבירות "הרחב" כאשר עסקין **בהגנה על חירויות הפרט**. לעמדתו, לבתי המשפט יש יתרון מוסדי על פני הרשויות הפוליטיות והמינהליות בכל הנוגע להגנה על זכויות הפרט, וזה אף מהות תפקידו במשטר הדמוקרטי. לעומת זאת, כשמדובר בהחלטות מורכבות של מדיניות, ובמיוחד כאלה המערבות ענייני מומחיות, אין הצדקות כאלו, ולכן במצבים אלה יש להחיל את עילת הסבירות במובנה הצר של ה"מופרכות" שהוזכר לעיל. לבסוף, לשיטתו, בתוך מצויות החלטות אינדיבידואליות של רשויות המינהל שנוגעות לפרט אך אינן מערבות חירויות יסוד, למשל החלטה על הענקת רישיון, ושלגביהן מידת הריסון של בית המשפט צריכה להשתנות לפי ההקשר הספציפי (**דותן במשפטים**, בעמ' 711).

גישה דומה הביע נשיא בית המשפט העליון לשעבר **גרונניס**, אף כי אצלו דובר **ברעיון שלא פורט לכדי נוסחה ברורה** ("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")<sup>9</sup>.

לבסוף, לעניין גישתו של **השופט סולברג**, העומדת גם ביסוד הצעת החוק דנן, ראו להלן.

## **משפט משווה**

21. הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות בכלל, ועילת הסבירות בפרט, במדינות המשפט המקובל – ובמיוחד באנגליה, קנדה ואוסטרליה – עברה בשנים האחרונות שינויים משמעותיים מתוך מגמה כללית של הרחבת "ארגז הכלים" של בית המשפט בבואו לבחון את החלטות הרשות המבצעת. בדומה, גם במדינות המשפט הקונטיננטלי ובמשפט האיחוד האירופאי, הורחב "ארגז הכלים" בעיקר דרך השימוש בעילת המידתיות. ההתפתחות של עילות אלה נעשתה בפסיקה, ולא נתקלנו בשיטה משפטית שבהן קיימת מגבלה חקוקה על השימוש בעילת הסבירות המונעת החלטה במקרים מסוימים.

22. **באנגליה**, כאמור, פסק הדין הידוע בהקשר של הסבירות הוא פסק הדין בעניין **Wednesbury** משנת 1948. באותו מקרה יישם בית המשפט מבחן סבירות בצורה דווקנית ומצומצמת, ולפיה רשות נהגה בחוסר סבירות רק אם "לא יכול להיות" שגוף סביר יקבל את החלטה שבה מדובר. ואולם, מבחן זה הורחב בשנות ה-80 וה-90, באמצעות מבחן ה-"anxious scrutiny", לפיו כאשר החלטה המינהלית מערבת

<sup>8</sup> יש לציין כי פרופ' סגל אף סבר עילת הסבירות אינה רחבה דייה, וכי הרתיעה של בית המשפט מהשימוש בעילת הסבירות מביאה דווקא לפגיעה שלא לצורך בזכויות, וכי עדיפה בעיניו האפשרות לחייב את הרשות בבחירת האמצעי הפוגעני פחות, תחת האמצעי הדרסטי שבחרה בו, גם במקום שהאחרון מצוי במתחם הסבירות.

<sup>9</sup> בג"ץ 5853/07 **אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פסקה 9 לחוות דעתו (2007).



פגיעה בזכויות יסוד (fundamental rights), בית המשפט יעביר עליה ביקורת "קפדנית יותר" של סבירות.<sup>10</sup> על-פי המבחן הפסיקתי, ככל שהפגיעה בזכויות אדם גדלה, כך גם בית המשפט ידרוש הצדקה חזקה יותר כדי לקבוע שהחלטה סבירה.<sup>11</sup> בתי המשפט באנגליה הכירו במהלך השנים גם בכך שהעילות המינהליות השונות (דוגמת שיקולים זרים, פגם הליכי וחוסר חוקיות) חופפות במקרים רבים את עילת הסבירות עד שקשה להפריד ביניהן. בנוסף, לאחר חקיקת ה-Human Rights Act (1998),<sup>12</sup> בתי משפט באנגליה החלו לעשות שימוש מקביל לעילת הסבירות גם במבחני המידתיות, במקרים בהם ההחלטה המינהלית מערבת פגיעה בזכויות אדם, והיחס בין שתי העילות לא התחדד בפסיקה.<sup>13</sup>

23. **בקנדה**, במשך עשרות שנים נעשה שימוש בעילת הסבירות כעילת ביקורת מינהלית, ולאחרונה, בשנת 2019, ניתן פסק דין משמעותי ביותר בכל הנוגע להחלת עילת הסבירות – פסק הדין בעניין Vavilov,<sup>14</sup> אשר הגדיר מחדש את עילת הסבירות וקבע אמות מידה ברורות ליישומה. בכלל זה, הודגש בפסק הדין כי בית המשפט יקבע שהחלטה אינה סבירה כשהנמקה לה לא הייתה רציונלית והגיונית (rational and logical) או כאשר ההחלטה אינה "מוצדקת" (justified), **בשים לב למכלול הנסיבות העובדתיות והמשפטיות הרלוונטיות**. יצוין כי באותו פסק דין בית המשפט הוסיף וקבע כי עילת הסבירות תהיה ברירת המחדל לביקורת שיפוטית בקנדה, וזאת לעומת העילה ה"פולשנית" יותר של "נכונות" – correctness שחלה במקרים מסוימים – אשר מאפשרת לבית המשפט לקיים דיון חוזר בנכונות ההחלטה, ולהחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו של בית המשפט.

בנוסף, בית המשפט הדגיש כי לצד הכבוד שבתי המשפט צריכים להעניק למקבלי ההחלטות ברשות המבצעת, נדרש שההחלטות יהיו שקופות, מובנות ומנומקות. למרות שקשה עדיין לאמוד את ההשלכות של פסק הדין, יש הטוענים כי הגישה החדשה תחייב את הרשות לעמוד ברף גבוה יותר כדי לצלוח את מבחן הסבירות החדש.<sup>15</sup>

24. **באוסטרליה** נחשבה עילת הסבירות במשך שנים כעילת ביקורת מצומצמת, בדומה לאופן ניסוחה בהלכת Wednesbury. ואולם, מאז פסק דין Li בשנת 2013,<sup>16</sup> הורחבה עילת הסבירות בצורה משמעותית. יצוין כי עוד קודם לפסק דין זה, בתי המשפט באוסטרליה החלו להתרחק מהמבחן הצר של Wednesbury. בהתאם לכך, נקבע בפסיקה שניתן לפסול בשל חוסר סבירות החלטה שנתנה משקל יתר לשיקול מסוים או שלא נתנה משקל מספק לשיקול אחר.<sup>17</sup> לצד זאת, בשורה של תחומים נקבע בחוק שהביקורת תהיה ביקורת "on the merits" – ביקורת רחבה (דה-נובו) על ההחלטה המינהלית על ידי טריבונלים שונים,

<sup>10</sup> R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Bugdaycay (1987) AC 514.

<sup>11</sup> R v Ministry of Defence, ex parte Smith [1996] QB 517 at 554 : "The more substantial the interference with human rights, the more the court will require by way of justification before it is satisfied that the decision is reasonable in the sense outlined above".

<sup>12</sup> Smith and Grady v UK (1999) 29 EHRR 493.

<sup>13</sup> Keyu v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, [2015] UKSC 69.

<sup>14</sup> Canada v Vavilov, 2019 SCC 65.

<sup>15</sup> Daly, Paul, Big Bang Theory: Vavilov's New Framework for Substantive Review. in Flood and Daly eds., Administrative Law in Context (4th ed, 2021).

<sup>16</sup> Minister for Immigration and Citizenship v Li, (2013) HCA 18

<sup>17</sup> Freckelton, Administrative Decision-Making in Australian Migration Law (2015), Chapter 5. Judicial Review of Administrative Decisions – General Principles, p. 190.

ובעיקר על ידי בית הדין המנהלי (Administrative Appeals Tribunal), שיש לו סמכות בנוגע ליותר מ-400 חוקים.

25. **במדינות אירופה**, סבירות נחשבת עילת ביקורת מינהלית שולית יחסית. ואולם, במקומה ניתן לראות שם (בפרט בגרמניה, צרפת ובבית הדין האירופי לזכויות אדם) התפתחות ניכרת של עילת המידתיות, אשר במקרים רבים נחשבת כעילה מקבילה. בנוסף, במדינות אירופה יש תפיסה מצמצמת ביחס לאופן שבו רשאי המינהל להפעיל סמכויות חקיקתיות התלויות בהפעלת שיקול דעת, באופן המאפשר להחיל על הרשות ביקורת על "חריגה מסמכות" הדומה במהותה לזו שמוחלת באמצעות עילת הסבירות (ראו, רון שפירא, "על סבירותה של עילת הסבירות", **רשות הרבים** (התשפ"ג), בעמ' 2).

### **ההסדר המוצע**

1. תיקון סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, אחרי סעיף קטן (ד) יבוא:

15 "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 משריה או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם."

26. כלומר, על-פי הנוסח המוצע, רשות שיפוטית לא תוכל **לדון** או להחיל על דרג נבחר את עילת הסבירות.

### **נקודות לדיון**

27. כאמור במסמכי ההכנה הקודמים, ככל שהתיקון המוצע בנוגע לעילת הסבירות יצטרף לתיקוני חקיקה נוספים הנוגעים ליחסים שבין שלוש רשויות השלטון, יש מקום לבחון את ההצעה על רקע מכלול התיקונים כדי להגיע למסקנה באשר לאופן השפעתו – והשפעת צבר התיקונים – על האיזון ביניהן.

28. באופן ספציפי, באשר לתיקון המוצע ביחס לעילת הסבירות מוצע כי הוועדה תיתן דעתה לסוגיות הבאות:

#### **(1) מהן ההצדקות להגבלת עילת הסבירות ומהן ההשלכות של הגבלתה באופן קטגורי בחקיקה?**

29. שאלה יסודית אשר מוצע כי הוועדה תיתן דעתה עליה היא: האם יש הצדקה להטיל מגבלות חקיקתיות על עילת הסבירות?

30. אכן, כמפורט לעיל, נמתחו לאורך השנים ביקורות שונות על אופן התפתחותה של עילת הסבירות במשפט הישראלי ועל היקפה הרחב, ומנגד הובאו נימוקים עקרוניים שונים התומכים בפיתוחה של עילת הסבירות. **מוצע כי הוועדה תיתן את דעתה לנימוקים אלה ותשקול אם לאור מכלול השיקולים קיימת הצדקה להגביל את עילת הסבירות.**

31. מעבר לכך, בהקשר הנוכחי ההצעה העומדת לפתחה של הוועדה אינה כוללת רק **צמצום** של האופן שבו מופעלת עילת הסבירות בידי בית המשפט (למשל – בקביעה כי בהחלטות מסוימות ניתן יהיה להתערב רק בסטנדרט "צר" של "מופרכות" שהוזכר לעיל), אלא **מוצע בה כי המחוקק ימנע בצורה קטגורית את השימוש בעילה זו** – תוך קביעה כי **על בית המשפט ייאסר "לדון"** בסבירות ההחלטות של נבחר ציבור. מוצע לתת את הדעת להשלכות האפשריות של גישה זו:

## (א) פטור מביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות מסוימות

32. ראשית, מניעת החלת עילת הסבירות ביחס לקטגוריה מסוימת של החלטות או ביחס למקבלי החלטות מסוימים, עלולה להוביל למתן פטור מביקורת שיפוטית על שורה של החלטות מינהליות, שבהן לא מתקיימות אחת מעילות הביקורת האחרות, וזאת אף במצבים קיצוניים שבהם גם לפי הגישות המצמצמות ביותר היה מקום לפסול את ההחלטה בשל חוסר סבירות.

התוצאה עלולה להיות פגיעה ביכולתו של בית המשפט למלא את תפקידו בקידום נורמות שלטון תקינות וביכולתו להגן על פרטים. זאת במקום שהפגיעה לא נעשתה בזכות חוקתית מוגדרת (שם ניתן להחיל את עילת המידתיות), או בשם שיקול פסול, אך מוענק משקל זניח לשיקולים רלוונטיים (למשל, לעמדה של המומחים הנוגעים לעניין), או במצבים שבהם הרשות המינהלית פעלה בשל שיקולים זרים או שרירות אך שיקולים אלה מוסתרים ומוצנעים (כפי שהסביר השופט שטיין (אשר גישתו ביקורתית כלפי אופן התפתחות עילת הסבירות בפסיקה): "...דוקטרינת הסבירות קובעת כי החלטה מינהלית אשר נראית, על פניה, בלתי סבירה במידה קיצונית היא החלטה שלבטח לוקה באחד הפגמים היסודיים כדוגמת שרירות, שיקולים זרים והפליה, וזאת על אף שקיומו של פגם כגון דא איננו גלוי לעין" [...]). בפועל במתכונת שיורית זו, דוקטרינת הסבירות מביאה תועלת חברתית מרובה: היא מספקת לבתי המשפט כלי יעיל והכרחי לביקורת שיפוטית תחת חוסר ודאות ואינה מאפשרת לרשויות השלטון להסתיר את קלקלתן על ידי ניצול של עמימות המסד העובדתי<sup>18</sup>.

במצב כזה, ביטול עילת הסבירות עלול יליצור חלל ריק במיתחם הביקורת השיפוטית שעילות ביקורת אחרות לא תמלאנה (עניין אמונה, פסי' 33 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'ייה). הדוגמה המובהקת לכך מצוייה בתחום המינויים ושמירה על טוהר המידות בכל הרמות של השירות הציבורי, שם עילת הסבירות שימשה באופן מובהק כעילה העיקרית המאפשרת במצבי קיצון לפסול את ההחלטה המינהלית.

33. בהקשר זה יש גם לתת את הדעת לכך שלא במקרה גם במדינות המשפט המקובל, אשר בתחילת דרכן הסתמכו על עילת הסבירות בגרסתה המצומצמת יותר, יש דווקא מגמה של הרחבת עילת הסבירות. זאת, בין היתר, על רקע הגידול הניכר בכוחה של הרשות המבצעת במדינה המודרנית ובמורכבות פעילותה, ושיקול הדעת הנרחב המוקנה לה בתחומים רבים המקשה על השימוש בעילות הקלאסיות של "חריגה מסמכות" (ראו: יואב דותן, הנחיות מינהליות, בעמ' 510-511).

34. יתר על כן, כאמור לעיל, מרבית החובות המוטלות על רשויות המינהל בישראל הן במידה רבה פרי יצירה שיפוטית. ניסיונות שנעשו בעבר לעגן את עיקרי המשפט המינהלי בחקיקה לא צלחו. בכלל זה, למשל בתזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המנהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014, הוצע במפורש בסעיף 8 לתזכיר שכותרתו "הפעלת שיקול דעת בסבירות" לקבוע כי "רשות מנהלית תקבל החלטה מינהלית לאחר שנתנה משקל ראוי לכל אחד מהשיקולים הנוגעים לעניין".

35. 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 השיקולים הנוגעים לעניין.

<sup>18</sup> בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסי' 35 לפסק דינו (2023); וראו למשל, גם בחוות דעתו בעניין זילבר.

## (ב) אי בהירות בכל הנוגע לעילות ביקורת נוספות הכרוכות בעילת הסבירות

36. בנוסף, בהיעדר הסדרה חקיקתית כוללת של חובות הרשות המינהלית ועילות הביקורת המינהלית, הגבלת ההחלה של עילת הסבירות בלא כל הבהרה באשר לעילות הביקורת המינהלית המותרות, עלולה ליצור אי בהירות בכל הנוגע למעמדן של עילות ביקורת נוספות הכרוכות בעילת הסבירות או הנובעות ממנה.

37. **באשר לעילות הביקורת המהותיות** – העילה של איסור שקילת שיקולים זרים קרובה במאפייניה לעילת הסבירות משגם היא עוסקת בשיקולים שמקבל ההחלטות שקל בעת הפעלת שיקול הדעת המינהלי, ובמשקל שהוענק להן (שיקול זר הוא שיקול שנשקל אך היה מקום להעניק לו משקל אפס בהחלטה). כך גם, עילת **המידתיות** לעתים מתפרשת כחופפת את עילת הסבירות, או למצער, המבחן השלישי שבה (מידתיות במובן "הצר") נתפס כמבחן הדומה במהותו למבחן הסבירות, ובמקרים לא מעטים בתי המשפט בוחנים במקביל את עמידת ההחלטה המינהלית במבחני הסבירות והמידתיות (ראו למשל, בג"ץ 7311/02 **האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר שבע** (2011); נעם סולברג, "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים", 37, 55 **השילוח**, פברואר 2019 (להלן: **סולברג בהשילוח**)).

38. **באשר לעילות הביקורת ההליכיות** – רבות מן החובות הקשורות בהליך המינהלי כרוכות במושג הסבירות, מה שמכונה על-ידי פרופ' דותן, סבירות הליכית. בראשן החובה של רשות מינהלית להפעיל את שיקול דעתה בהתבסס על "ראיה מינהלית" המוגדרת כראיה או נתון שרשות **סבירה** הייתה סומכת עליה לצורך קבלת החלטה, החובה של הרשות לפעול בתוך **זמן סביר** וכיוצא באלה.

39. בנסיבות אלה, הגבלת השימוש בעילת הסבירות בלא הסדרה חקיקתית של היחס שבין עילה זו לבין עילות ביקורת החופפות במידה כזאת או אחרת לעילת הסבירות עלולה ליצור אי ודאות פרשנית ואי בהירות בהחלת התיקון המוצע, ולעורר שאלות בנוגע לסמכות השיפוטית לבקר החלטות של הרשות המבצעת גם בעילות אחרות, אם הן קרובות או חופפות. כך למשל, האם שלילת היכולת לדון בסבירות החלטתו של שר מונעת מתן צו כשחוסר הסבירות נובעת מהעדר תשתית עובדתית מספקת להחלטתו?

40. סיכומו של דבר, מוצע כי הוועדה תיתן דעתה להצדקה העקרונית להגביל את השימוש בעילת הסבירות בחקיקה ולהשלכות שעשויות לנבוע מקביעת הגבלה כזאת – הן בכל הנוגע למתן פטור מביקורת שיפוטית אפקטיבית ביחס להחלטות מסוימות, והן בכל הנוגע לאי הוודאות שעלולה להיווצר ביחס שבין עילות הביקורת השונות.

## (2) האם יש מקום להגביל את החלת העילה ביחס לכל החלטה של דרג נבחר?

41. ביסוד הנוסח המוצע עומדת ההבחנה שניתן למצוא לה ביטוי בפסיקתו ובכתיבתו האקדמית של השופט סולברג – בין החלטות המתקבלות בידי הדרג הנבחר (ממשלה, שרים ונבחרי ציבור אחרים) ובין החלטות המתקבלות על-ידי דרגים נמוכים יותר ברשות המבצעת.

42. **השופט סולברג** הביע את דעתו העקרונית שיש לצמצם את השימוש בעילת הסבירות ולהותירה למקרים חריגים בלבד, אף מבלי לקבוע הגבלות קונקרטיות בהקשר זה. ואולם, נוכח הקושי המעשי "לעודד" גישה מסוג זה הציע להבחין לעניין עילת הסבירות **בין דרג נבחר ובין דרג מקצועי** ולאפשר החלה של עילת הסבירות רק ביחס להחלטות של הדרג המקצועי, מתוך תפיסה כי ביקורת שיפוטית על בסיס עילת הסבירות בנוסחה הרחב "אינה הולמת ביקורת שיפוטית על החלטות המשקפות הכרעה ערכית-מקצועית של דרג נבחר. היא פוגעת בגרעין הקשה של הפרדת הרשויות. נעדרים ממנה שני היסודות... מומחיות

והכשר דמוקרטי... אדם שאינו מרוצה מהחלטת הדרג הנבחר יכול להביע את מחאתו בקלפי" (סולברג בהשילוח, בעמ' 53-54).

עם זאת, השופט סולברג עצמו הדגיש כי אין בהגבלה זו כדי למנוע בחינת מעשי מינהל הפוגעים בזכויות אדם, גם כאשר מדובר בהחלטות של הדרג הנבחר, וזאת באמצעות שימוש בעילת המידתיות.

43. ביסוד הבחנה זו עומדות שתי הנחות – האחת, כי ההחלטות של הדרג הנבחר הן מטבען החלטות מדיניות בעלות אופי ערכי-מקצועי יותר, אשר בהן כעניין מעשי לבית המשפט אין בהכרח יתרון על פני נבחר הציבור, וכעניין עקרוני – אין לו לגיטימציה דמוקרטית, כגורם שאינו נבחר, להמיר את שיקול דעתו של נבחר הציבור בשיקול דעתו השיפוטי. השנייה, כי בניגוד לדרג המקצועי-פקידותי, דרג נבחר שקיבל החלטות שאינן סבירות, חשוף ל"מחיר האלקטורלי" הכרוך בכך ולהחלפתו בבחירות, וכן לביקורת פרלמנטרית על פעולתו.

44. ואולם, שתי ההנחות הללו אינן נקיות מספק:

**ראשית**, בפועל, רבות מן ההחלטות של הדרג הנבחר, ובפרט של השר הבודד, הן החלטות ספציפיות בענייניו של הפרט (למשל, החלטת שר הפנים בעניין כניסה לישראל) ואינן החלטות באשר למדיניות עקרונית בעלת מימד ערכי. מעבר לכך, גם החלטות מדיניות בעלות השלכות רחבות יותר, יכולות לעורר שאלה של פגיעה בזכויות או אינטרסים של הפרט.

**שנית**, בהתחשב במורכבות פעולתה של הרשות המבצעת בעידן הנוכחי, קשה לראות בקיומן של בחירות (או בפיקוח פרלמנטרי) כגורמי בקרה מספקים היכולים לבחון בצורה אפקטיבית את אלפי ההחלטות המינהליות שמקבלים נבחרי הציבור מדי שנה. בסופו של דבר, הבוחרים אינם מגבשים את דעתם ביחס לשר או לרשימה מסוימת בהתבסס על החלטה מינהלית מסוימת אלא מתמקדים באופן טבעי בשאלות כלליות של מדיניות או התאמה לתפקיד, ובמיוחד בשיטת הבחירות בישראל שהיא רשימתית ולא אישית (שפירא, בעמ' 1-2).

**שלישית**, במקרים לא מעטים גם החלטות "מקצועיות" במהותן מובאות לאישור בלבד של הדרג הנבחר – אישור שר או אישור מליאת הממשלה.

**רביעית**, אי החלת עילת הסבירות ביחס להחלטות מינהליות של הדרג הנבחר עלולה ליצור תמריץ לרשות המבצעת להעביר החלטות "בעייתיות" מהכרעתו של הפקיד המקצועי הרלוונטי לשר הנוגע בעניין כדי למנוע בחינה של סבירותן.

45. יתר על כן, מכיוון שעילת הסבירות המקורית בגרסתה המצומצמת (גישת Wednesbury), חלה בעיקר על חקיקת עזר המותקנת על-ידי רשות מקומית, ועל חקיקת משנה המותקנת בידי שר, הגבלת עילת הסבירות באופן גורף ביחס לנבחרי ציבור – רשויות מקומיות (המחוקקות חוקי עזר) או שרים (המתקינים תקנות), תוביל אף לביטול עילת הסבירות "הצרה" שהייתה קיימת בישראל (ובמדינות המשפט המקובל) עשרות שנים, ושהיה קונצנזוס נרחב לגבי הלגיטימיות שלה.

46. נוכח האמור, וככל שהוועדה מבקשת להגביל בחקיקה את השימוש בעילת הסבירות, מוצע לשקול אימוץ מודל חלופי למודל המוצע. חלופה אפשרית להגבלת עילת הסבירות היא לא לצמצמה ביחס לכלל ההחלטות המתקבלות על-ידי הדרג הנבחר אלא רק ביחס לסוג מסוים של החלטות (בדומה לגישתו הכללית של פרופ' דותן למשל).

כמו כן, בכדי להבטיח שקיפות והליך קבלה ראוי של החלטה הפטורה מעילת הסבירות, מוצע לשקול יצירת מנגנונים הליכיים חלופיים שיחולו על מקבלי ההחלטות ביחס להחלטות אלה, דוגמת – תיעוד מפורט של החלטתם, חובת הנמקה מוגברת, וכיוצא באלה. זאת כדי להפחית מהחשש שאי החלת עילת הסבירות תפגע באיכותה של ההחלטה המינהלית ותפטור את הרשות מקיום איזון ראוי בין השיקולים הרלוונטיים בעת קבלת ההחלטה.

### (3) שאלות פרטניות המתעוררות ביחס לנוסח המוצע

47. הנוסח המוצע אף מעורר שורה של שאלות מעשיות הנוגעות לפרשנותו ולאופן החלתו:

48. ראשית, בנוסח מוצע להגביל את האפשרות לדון בעילת סבירות כנגד "הממשלה, ראש הממשלה, שר משריה או נבחר ציבור אחר". מוצע כי הוועדה תדון בשאלה מי נכלל בתיבה "נבחר ציבור אחר". כך למשל, סעיף 28א לחוק המפלגות מגדיר "נבחר ציבור" כך: "ראש הממשלה, שר, סגן שר, חבר הכנסת, ראש רשות מקומית או חבר מועצת רשות מקומית".

49. החלת התיקון על ראשי ערים ומועצות מקומיות עולה בקנה אחד עם הרציונל הדמוקרטי העומד בבסיס גישתו של השופט סולברג שאומצה בהצעה. עם זאת, כאמור לעיל, היא אינה עולה בקנה אחד עם ההתפתחות ההיסטורית של עילת הסבירות שצמחה דווקא כעילת ביקורת על חוקי עזר של רשויות מקומיות וחקיקת משנה.

50. שנית, האם אין מקום להחריג מגדר ההגבלה, החלטות המתקבלות על-ידי ממשלת מעבר? מעצם טיבה, ממשלת מעבר מצויה ב"גרעון דמוקרטי" משאינה נהנית עוד מאמון הכנסת ואף יש לה תמריץ לקבל החלטות כדי לקבוע "עובדות בשטח" לפני הבחירות, ולקדם את סיכויי הרשימות המרכיבות אותה להיבחר. מכאן שבמצב שבו ממשלה מכהנת כ"ממשלת מעבר", גובר הצורך בפיקוח על פעולתה ופוחתת משמעותית הלגיטימציה הדמוקרטית להחרגתה מעילת הסבירות. מוצע כי הוועדה תיתן דעתה לכך.

51. שלישית, שר רשאי לאצול מסמכויותיו לעובד ציבור למעט הסמכות להתקין תקנות (לפי סעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה) או ליטול סמכויות הנתונות לעובד המדינה כשסמכויות אלה מוקנות בחוק שהשר ממונה עליו (סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה). האם ההגבלה המוצעת בתיקון תחול ביחס להחלטות המתקבלות על-ידי עובד הציבור שהואצלו לו על-ידי שר? האם היא תחול ביחס לסמכויות הנתונות לעובד המדינה שניטלו בידי השר?

## נספח 4/ע

**עמודים רלבנטיים מפרוטוקול מס  
105 מישיבת ועדת החוקה מיום**

**25.6.2023**

**עמ' 128**

יואב סגלוביץ' (יש עתיד):

תלאה. אנחנו אוהבים שאתה מלאה אותנו. אנחנו שומעים דברים אובייקטיביים, מקצועיים, ולכן חשוב לשמוע כמה שיותר. אל תקצר.

גור בלי:

בסדר. קודם כול נמקם את עצמנו מבחינת עילת הסבירות, איפה אנחנו נמצאים. אם בדיונים בעבר על הרפורמה דובר על ביקורת של בית משפט, על חקיקה של הכנסת, עילת הסבירות – זה כבר נאמר פה, אבל אני רוצה רק לחדד, כי לפעמים גם נאמרים דברים אחרים – עילת הסבירות שייכת להיבט אחר בעבודת הביקורת של בית המשפט, שזאת הביקורת המינהלית על פעולות הממשלה, על הרשות המבצעת בלבד.

לפעמים אומרים על החקיקה שחקיקה היא לא סבירה. זה לא רלוונטי. סבירות היא עילה על פעולות הממשלה, לא על חקיקה של הכנסת.

ביקורת מינהלית בכלל על פעולות הממשלה מתנהלת מאז קום המדינה, ואפילו קודם, בתקופת המנדט, זה לא דבר חדש. גם עילת הסבירות היא לא דבר חדש. גם היא קיימת עשרות בשנים. היא עברה התפתחות מסוימת לאורך השנים, אני אדבר על זה תכף.

צריך להבין שרוב העבודה של בג"ץ, והיום זה גם בית המשפט המחוזי – בתי משפט לעניינים מינהליים – זה פיקוח על הממשלה. הפיקוח על החקיקה של הכנסת זה אחוז מאוד קטן מהעבודה בתחום הזה של בג"ץ ושל בתי המשפט לעניינים מינהליים.

כמה דגשים מקדימים. קודם כול, לגבי איפה זה מעוגן – כן מעוגן, לא מעוגן. סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה מעניק סמכות לבית משפט לתת צווים נגד הממשלה, אני מתמצת, וסעד מן הצדק, אבל אין פירוט מעבר לזה. למעשה כמעט כל החובות של הרשות המינהלית ועילות הביקורת על הרשות המינהלית – לא רק סבירות, גם סבירות, אבל גם מרבית העילות האחרות שנוגעות לתקינות ההליך, לשיקולים זרים, לניגוד עניינים, לא מעוגנות בחקיקה. במובן הזה הסבירות היא לא חריגה.

מרבית המשפט המינהלי שלנו, המשפט של הביקורת על הממשלה, הוא מהפסיקה, ובמובן הזה אנחנו מאוד דומים למדינות שמהן המשפט המינהלי שלנו צמח: אנגליה, אוסטרליה, קנדה. הרוב המכריע הוא בפסיקה. מה שנקרא "מדינות המשפט המקובל".

לכן, כבר בהיבט הזה, 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.

עוד דבר שהיה דיבור עליו. מה זה סבירות? לפעמים אומרים: איך אפשר לדעת אם החלטה היא סבירה או לא? הסבירות כשלעצמה זה מונח שסתום, זאת אומרת, מונח כללי, מונח מקצועי, שהוא לא קיים כמובן רק בישראל, כמו שאמרתי. עילת הסבירות או למעשה חוסר הסבירות, ה- reasonable unreasonableness זו עילה שהתפתחה, יש אותה גם באנגליה, קנדה, אוסטרליה, אירלנד, הרבה מדינות שבאות מהמשפט הזה, ואגב גם שם עילת הסבירות כמו בישראל התרחבה במשך השנים, ואני אגיד על זה כמה מילים בהמשך.

שוב, סבירות זה נשמע מונח בשפת בני האדם, מחוץ לשפה המוזרה שלנו, של המשפטנים – נשמע מונח מאוד מאוד פתוח, אבל בסופו של דבר כמו הרבה מונחים – מה שנקרא "Term of art", המונח של המקצוע – משתמשים בו גם בהקשרים אחרים במשפט, זאת אומרת, בתביעה של רשלנות רפואית בודקים מה אומר רופא סביר. איך אתה יודע מה זה רופא סביר, השופט שהוא לא רופא? יש שיטות לעשות את הדבר הזה, יש התפתחות של פסיקה בדבר הזה. זה בדומה לשר סביר לצורך העניין. זה לא בדיוק אותו דבר

ארז מלול (ש"ס):

זה שונה לגמרי. זה כמו עד, זה כמו ראיה.



אורנה ברביבאי (יש עתיד):

מה אם כל הסבירות היא נמוכה?

היו"ר שמחה רוטמן:

רבותיי, אני באמת מציע לתת ליועץ המשפטי - - -

קארין אלהרר (יש עתיד):

למה? זאת הערה חשובה.

אורנה ברביבאי (יש עתיד):

מה אם הנורמה המוסרית נמוכה? זה הסביר?

היו"ר שמחה רוטמן:

אני מבקש לתת ליועץ המשפטי להציג ברצף, ללא הפסקה.

ד"ר גור בליי:

אני אומר שלא כל דבר זהה לכל דבר. אני רק אומר שהשימוש במושגים כלליים, מה שנקרא "מושגים פתוחים", כמו "סביר", כמו "שיקולי צדק", כמו כל מיני דברים כאלה, זה דברים שקיימים במשפט בתחומים שונים.

לפני שאני אדבר קצת על ההתפתחות של עילת הסבירות, אני רוצה כבר להקדים ולומר מה השורה התחתונה שאני אגיע אליה בסוף. בסופו של דבר העמדה שלנו היא שאם הוועדה מגיעה למסקנה שצריך להגביל בחקיקה את עילת הסבירות – הרבה מהוויכוח הוא הרבה פעמים ויכוח בין מלומדים או בין שופטים אם בפסיקה צריך לצמצם יותר או להרחיב יותר, אבל ככל שבאים ואומרים שצריך להגביל בחקיקה – אנחנו חושבים שההגבלה על כל ההחלטות של הדרג הנבחר עלולה להיות רחבה מדי, ולכן גם הצענו במסמך לשקול בוועדה למקד את ההגבלה בהחלטות מסוימות של הדרג הנבחר.

אורנה ברביבאי (יש עתיד):

כמו למשל?

ד"ר גור בליי:

יש דוגמאות שעלו גם בכתיבה של פרופ' יואב דותן למשל, או כמו מתווה הנשיא ממרץ. למשל דובר על החלטות מדיניות של הממשלה במליאתה, סתם לדוגמה. אני לא מתחייב על דוגמה זו או אחרת, אבל אלה דוגמאות שבאים ואומרים לא רק מי מקבל את ההחלטה, אלא גם מה סוג ההחלטה, בשביל לא להשאיר תחומים מסוימים חשובים בפעילות הממשלתית.

היו"ר שמחה רוטמן:

מינוי ראש רשות המיסים, זו מדיניות או לא?

יואב סגלוביץ' (יש עתיד):

אם ימנו עברייין מס, זו בעיה.

היו"ר שמחה רוטמן:

לא עברייין מס. עברייין מס זה שונה.

יואב סגלוביץ' (יש עתיד):

-- זאת הדוגמה. לא משה אשר, ולא שום דבר.

היו"ר שמחה רוטמן:

חבר הכנסת יואב סגלוביץ', תודה רבה. אדוני היועץ המשפטי לוועדה, תמשיך. אני מבקש שלא תתייחס לשאלות ביניים, כי כאשר אתה מתייחס לשאלות ביניים, תשים לב, חברי האופוזיציה אינם מעוניינים שתעשה ---

קארין אלהרר (יש עתיד):

רוטמן, אתה לא יכול להגיד לו לא לענות לנו.

היו"ר שמחה רוטמן:

אמרתי שאני מבקש. קוראים לזה "לבקש". אולי תלמדו גם קצת איך פועלים בנימוס. תודה.

קארין אלהרר (יש עתיד):

ואו. ללמוד ממך נימוס? מצבנו בכי רע.

ד"ר גור בליי:

כמו שאמרתי, אני אחזור על זה בהמשך הדברים, אבל זו ההצעה שלנו בהקשר הזה. היו מתווים שונים. אפשר לשקול מתווים שונים בהקשר הזה, אבל החשש שלנו זה שהוצאה של כל הדרג מעילת הסבירות עלולה להשאיר תחומים חשובים בפעילות הממשלתית בלי פיקוח אפקטיבי של בית המשפט, כשהעילות האחרות לא נותנות מענה מספק.

קארין אלהרר (יש עתיד):

זה לא רק בממשלתי, זה גם חברי מועצה.

היו"ר שמחה רוטמן:

חברת הכנסת קארין אלהרר, די.

עמית הלוי (הליכוד):

איזה מקרה לא נכלל בעילות?

ד"ר גור בליי:

של הרשות המבצעת באופן כללי.

אני תיכף אגיע לכל הדברים האלה וגם השאלות שעלו פה. קצת היסטוריה בכל זאת, ונגיע מזה לאיפה שאנחנו נמצאים. עילת הסבירות במקור התפתחה כעילת ביקורת במשפט האנגלי על חוקי עזר של הרשויות המקומיות, כעילה מאוד מאוד צרה, שדיברה על חקיקת עזר שנחשבה כה בלתי מתקבלת על הדעת, ששום רשות סבירה לא תתקין אותה. ופסק הדין שבטח גם יחזור בהמשך, הקלסי בעניין הזה, האנגלי, פסק דין וונסברי, דיבר על "so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it". זאת אומרת, משהו מאוד לא סביר ברמה של מה שפרופ' דותן קורא לו "אי-סבירות של מופרכות".

גם בישראל נפסקו על היסוד הזה חוקי עזר וחקיקת משנה. במשך השנים יש הרחבה של הדבר הזה. יש ויכוח בספרות כמה הרחבה או תהליך אבולוציה, אבל מקובל לפי דעת רוב האנשים שחלה הרחבה מאז פסק הדין בשנות ה-70, כשפסק הדין שנחשב נקודת ציון בעניין הזה זה פסק דין דפי זהב מ-1980.

ד"ר גור בליי:

כשביקרו את השימוש בעילת הסבירות בטענה שמדובר במבחן עמום מדי, שנותן לבית משפט מנדט רחב מדי להחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו. דובר, כמו שכבר נאמר פה, בשאלות של לגיטימציה דמוקרטית והעלו טענות לגבי אי-הוודאות בתחום המשפט הציבורי.

אבל כן צריך לזכור שגם 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 מותיר הרבה יותר גמישות לבית משפט, למשל באותם מצבים שזה ממש החלטה מופרכת בעיניו, מה שנקרא בסטנדרטים הישנים "כן להתערב".

למשל אחת הדוגמאות המובהקות זה הנשיא גרוניס עצמו, שהוא אחד המבקרים של עילת הסבירות. הוא כן רצה להשאיר את הסבירות כאמצעי אחרון במקרים מסוימים, ולמשל אותו מקרה שקודם הזכרתי של פסילת המינוי של מנהל אגף הרישוי במשרד התחבורה, זה היה דווקא הנשיא גרוניס שהשתמש בעילת הסבירות. זאת אומרת, ברגע שאתה עושה את זה כוויכוח לגבי האם הפסיקה צריכה להיות יותר מצמצמת או יותר מרחיבה, כמובן זה נותן לך יותר גמישות. כשאתה עושה את זה בצורה יותר קטגורית, בחקיקה, אתה סוגר תחומים מסוימים ומשאיר הרבה פחות גמישות.

מה המשמעות אם אתה סוגר בצורה קטגורית את השימוש בעילה הזאת? זה גם התייחס לשאלה קודם ששאל חבר הכנסת עמית הלוי ואחרים לגבי מה המשמעויות של הדבר הזה. קודם כול, המשמעות המרכזית, שאם אתה מונע החלה של עילת סבירות בסיטואציות מסוימות, אתה עלול להביא למצב שאתה נותן פטור, פטור אפקטיבי, מביקורת שיפוטית על שורה של החלטות מינהליות, שבהן אתה לא יכול להשתמש באחת מהעילות האחרות, גם במצבים קיצוניים, כמו שאמרת, שבהם גם לפי הכלל הישן של וונסברי היית יכול להתערב בהם.

אם נזכור, וונסברי היה על נבחרי ציבור. זה לא שהחריג היה נבחרי ציבור. בוונסברי דובר על חוקי עזר, ובישראל על תקנות, על חקיקת משנה. במפורש דברים של נבחרי ציבור מוניציפליים ולאומיים.

התוצאה עלולה להיות פגיעה ביכולת של בית משפט למלא את התפקיד שלו, קודם כול בקידום נורמות שלטון תקינות וגם להגן על פרטים.

עד כמה שאני מבין, גם מתווה סולברג וגם הכוונה פה, אם ההחלטה המינהלית פגעה בזכות חוקתית מוגדרת, בית משפט יכול לעשות שימוש בעילת המידתיות בשביל לפסול. אני חייב להגיד שאני לא יודע למה מידתיות זה הרבה-הרבה יותר מחודד ולא עמום מסבירות - - -

היו"ר שמחה רוטמן:

לא. אף אחד לא אמר שזה לא עמום.

אפרת רייטן מרום (העבודה):

זה החוק הבא שמתכננים.

גלעד קריב (העבודה):

אולי נגמור עם הסבירות - - -

אפרת רייטן מרום (העבודה):

לא ניתן להגביל את המידתיות. אל תדאגו.

קארין אלהרר (יש עתיד):

גור, אתה נותן לרוטמן רעיונות...

היו"ר שמחה רוטמן:

זה לישיבת ראשי הקואליציה הבאה...

אפרת רייטן מרום (העבודה):

נחפש עוד דעת מיעוט של שופט, ונעשה עוד משהו...

קארין אלהרר (יש עתיד):

בואו נחסל את המשפט המינהלי, זה מה שאתה אומר.

היו"ר שמחה רוטמן:

חברת הכנסת קארין אלהרר בישיבת ועדת החוקה: "בואו נחסל את המשפט המינהלי".

קארין אלהרר (יש עתיד):

אני מדברת את רוטמן.

היו"ר שמחה רוטמן:

תודה, אל תדברי אותי.

גור בליי:

זה נכון שכאשר מדובר בזכויות התפקיד של בית משפט הוא החיוני ביותר - - -

עמית הלוי (הליכוד):

גם את זה צריך לומר בהגינות, שהיה ויכוח בין שמגר לברק על העניין הזה, על המבחן השלישי. גם בזה בהחלט יש מקום לדון ברצינות.

גלעד קריב (העבודה):

לא במחטף חקיקה.

ד"ר גור בליי:

נכון, כשיש זכויות מוגדרות, אפשר להשתמש במידתיות, או כשמשתמשים באופן מוצהר או שאפשר לאתר שיקול פסול, אפשר להשתמש בשיקולים זרים.

עמית הלוי (הליכוד):

איפה לא חוץ ממינויים? איפה לא?

ד"ר גור בליי:

תכף אני אגיד. בסיטואציות למשל שמוענק משקל זניח או קטן מאוד לשיקולים רלוונטיים, למשל בתחום בריאות, למשל בקורונה, אתה מקבל חוות-דעת של גורם רפואי לסגור מקום מסוים בגלל סיכון. יש שיקול זר שמתחבא שם, אבל קשה לאתר אותו, כי מקבל ההחלטות אומר: לאחר ששקלתי את מה שאמרה האחראית על בריאות הציבור ושקלתי את כל השיקולים, החלטתי לא לסגור. במצב כזה שהוא מעניק לאותו שיקול משקל קטן מאוד או אפסי, אין פה זכויות כי זה אינטרס ציבורי של בריאות, יהיה קשה למעשה עד בלתי אפשרי לפסול אלא בחוסר סבירות.

היו"ר שמחה רוטמן:

שוב, אני אשמח שתתייחס לשאלה הזאת. שוב, קח את הדוגמה של הקורונה, לך איתה עד הסוף. יש גורמים רפואיים, ונתקלנו בזה הרבה – יושב פה גלעד שהיה יושב-ראש שבזמנו ניהל הרבה דיוני קורונה – נתקלנו הרבה מאוד פעמים בהחלטה של הרשות, האם להחיל תו ירוק, לא תו ירוק, האם להחיל תו ירוק כדי לעודד חיסונים. אז א', ברוב המקרים האלה היו תמיד מעורבות גם זכויות, ואז ממילא בית המשפט

היו"ר שמחה רוטמן:

אפרת, הסיבה להבחין בין מידתיות לבין סבירות היא שכאשר עוסקים במידתיות יש זכות אדם שנפגעת, ואז אומר השופט סולברג, ואומרים אחרים: כשנגיע לגשר, נעבור אותו. לא שנבטל את עילת המידתיות, כי עילת המידתיות קבועה בחוק יסוד, אין מה לבטל אותה. היא קבועה במפורש בחוק יסוד. בניגוד לעילת הסבירות שלא קבועה בשום מקום עילת המידתיות קבועה בחוק יסוד, ואין כוונה ואין רצון לבטל אותה.

אורית פרקש הכהן (המחנה הממלכתי):

אין בעיה. אז תעשה חוק-יסוד: המינהל ותסדר הכול. אבל כמו כל דבר בחקיקה הזאת אתם עובדים בחלקים ובדברים שגויים. תעשה חוק יסודות המינהל (ניהול שיקול הדעת). תעשה חקיקה שלמה, יסודית, מקצועית, ולא לבטל.

היו"ר שמחה רוטמן:

תודה.

אורית פרקש הכהן (המחנה הממלכתי):

אני מבקשת. אני רוצה להתייחס לחוות-הדעת.

היו"ר שמחה רוטמן:

אני בטוח שאת מבקשת.

אורית פרקש הכהן (המחנה הממלכתי):

להתייחס לדברים של היועץ המשפטי.

היו"ר שמחה רוטמן:

תתייחסי בעזרת השם בתורך.

עילת המידתיות, כבודה במקומה מונח, אבל כאשר לא מדובר בזכויות אדם מוקנות, בסופו של דבר יש שתי זכויות שעומדות על הפרק כשאין זכות אדם אחרת. כשיש זכות אדם אחרת, יש אדם, אנחנו רוצים שלא תינעל דלת בפניו ושלא יהיה נתון לשרירות של גורם, גם אם אותו גורם הוא נבחר ציבור. ואת זה קובע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוקי יסוד אחרים.

כאשר אנחנו עוסקים בשאלה של מדיניות או בשאלה של החלטה – גם הגבול בין מדיניות ללא מדיניות הוא תמיד עמום – כאשר אין זכות שעומדת על הפרק, עומדות זכויות אחרות. והזכות שעומדת היא הזכות הבסיסית לשוויון והזכות הבסיסית לדמוקרטיה.

אורית פרקש הכהן (המחנה הממלכתי):

איפה כתובה הזכות לשוויון? לפי הרפורמה המשפטית הזכות לשוויון לא תעוגן בשום חקיקה.

היו"ר שמחה רוטמן:

אורית, אני לא מבין למה כאשר אני מדבר את קוטעת אותי באמצע מילה. למה? כאשר העיקרון הבסיסי של שוויון – שאלת באיזה חוק-יסוד, למרות שזה היה בהתפרצות, אני אענה לך. הוא קבוע בחוק-יסוד: הכנסת שאומר שהבחירות לכנסת יהיו שוות.

אורית פרקש הכהן (המחנה הממלכתי):

זו לא הזכות לשוויון, זה הזכות אולי לשוויון בבחירות. זה לא זכות לשוויון של האזרח, אז תדייק.

היו"ר שמחה רוטמן:

כאשר אני אומר שזכותו של האזרח לבחור לכנסת, לבחור את נציגי הציבור שלו ולבחור את הדרך שבה תתנהל המדינה, תופר באמצעות העובדה שגורם לוקח כוח בלתי פרופורציונלי בעליל להחליט לאן תלך המדינה, פגעי בעיקרון השוויון בבחירות. וכדי להתמודד עם עיקרון השוויון בבחירות, ההצעה שמצמצמת את זה לנבחרי ציבור, מייצרת את האיזון הנכון. אנחנו נאפשר לבית המשפט להתערב גם בסבירות של החלטות, למרות שהוא לא בעל היתרון הממסדי לעשות את זה, כל זמן שזה לא פוגע בעיקרון השוויון הבסיסי ביותר שלכל אזרח קול אחד. אדוני היועץ המשפטי, בבקשה.

ד"ר גור בליי:

כמו שאמרתי, בסיטואציות כמו אלה שדיברנו עליהן ושהוזכרו קודם, ביטול עילת הסבירות עלול ליצור איזה ואקום של פיקוח שיפוטי. יש דוגמאות שגם הזכרתי קודם, אבל באמת, כמו שגם נאמר פה, הדוגמה המובהקת ביותר בהקשר הזה היא בתחום המינויים – אבל זה לא התחום היחיד. הדברים האחרים שדיברנו הם גם רלוונטיים – בתחום המינויים ושמירה על טוהר המידות בכל הרמות של השירות הציבורי, כששם עילת הסבירות באמת שימשה באופן מובהק כעילה העיקרית שמאפשרת במצבי קיצון לפסול את ההחלטה המינהלית.

אלעזר שטרן (יש עתיד):

רוטמן גם לזה מתנגד? לפסילה הזאת?

היו"ר שמחה רוטמן:

תן לו לגמור.

ד"ר גור בליי:

בנוסף – גם פה אפשר לעשות כל מיני הבחנות, אבל אני לא רוצה להאריך בעניין הזה – בנוסף, יש חשש, וגם התייחסנו לזה במסמך, שהגבלת 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. זאת אומרת, יש סיטואציה שבה גורם ברשות המבצעת, שיודע שלא יבדק את הסבירות של פעולתו, את האיזונים של דרך פעולתו --

ארז מלול (ש"ס):

אתה מזלזל בציבור? הציבור לא בודק? אנחנו חיים על הירח?

ד"ר גור בליי:

-- אני חושב שיהיה פחות תמריץ --

יונתן מישרקי (ש"ס):

---

ארז מלול (ש"ס):

אין יועץ משפטי?

אורית פרקש הכהן (המחנה הממלכתי):

אם לא אוכפים משהו, לא צריך לקיים אותו. מה זאת אומרת? על מה אתה מדבר? מוחקים עילה.

יונתן מישרקי (ש"ס):

את היית שרה. את יודעת שהדינמיקה לא עובדת ככה.

אורית פרקש הכהן (המחנה הממלכתי):

אני יודעת, גם הייתי יועצת משפטית. אם אין עילת סבירות, אז לא צריך לנהוג בסבירות. זה פשוט. פשוט מאוד.

היו"ר שמחה רוטמן:

חברת הכנסת אורית פרקש, בבקשה.

אורית פרקש הכהן (המחנה הממלכתי):

מה זאת אומרת? אם היו מבטלים את עבירת הגניבה, יותר אנשים היו גונבים. תראה מה קורה בסן פרנסיסקו.

היו"ר שמחה רוטמן:

חברת הכנסת אורית פרקש, אני קורא אותך לסדר פעם שנייה.

ד"ר גור בליי:

יהיה פחות תמריץ לרשות המבצעת להשקיע בהליך מינהלי, רציונלי ומבוסס עובדות ולוגי, כי ידעו שאין סיכוי שיתערבו להם בסופו של דבר.

אחת הראיות בהקשר הזה, לחשיבות של הדבר הזה, היא דווקא אם מסתכלים במדינות אחרות שהבאנו. אני לא ארחיב בהקשר הזה, כי הבאנו במסמך ההכנה. המדינות האחרות שגם התחילו מאותו סטנדרט יותר מצומצם של וונסברי: אנגליה, קנדה, אוסטרליה וכו', שגם הן הרחיבו משמעותית בשנים האחרונות את השימוש בסבירות או במידתיות, במדינות הקונטיננטל יותר במידתיות, מתוך הבנה שבגלל ההתרחבות בתפקידים ובשיקול הדעת של הרשות המבצעת, צריך גם להרחיב את ארגז הכלים של בית משפט, בבואו לבחון את ההחלטות של הרשות המבצעת.

ולכן במובן הזה, ההרחבה הזאת שמדברים עליה מאז דפי זהב, אנחנו לא חריגים בה. ההרחבה הזאת היא הרחבה שמאפיינת עוד מדינות, כל אחת בצורות קצת שונות. וההרחבה באה ואומרת: לא מספיק לנו לדבר על החריגה הקלסית מסמכות, אנחנו צריכים יותר, וגם שם מדובר במפורש בקבלת החלטות. אני מצטט מהמשפט הקנדי: שתהליך קבלת ההחלטות יהיה רציונלי ולוגי. שוב, ככל שאתה לא מבקר את זה, פוחת התמריץ. שוב, אני תכף אדבר על זה. ברור שיש גם את הכלים הדמוקרטיים שמפקחים. אבל שוב, כשהרשות המבצעת מקבלת מאות ואלפי החלטות, קשה מאוד לעשות את הדבר הזה.

אביחי בוארון (הליכוד):

מה זאת אומרת "הכלים הדמוקרטיים שמפקחים"?

ד"ר גור בליי:

גם פיקוח פרלמנטרי וגם בחירות. אני תכף אדבר על זה. אחת הטענות היא שלגבי נבחרי ציבור, גם השופט סולברג מתייחס לזה, אתה לא צריך את בית המשפט לגבי הסבירות, כי יש לך את המנגנון של בחירות ופיקוח פרלמנטרי. אני חושב שהדבר הזה הוא לא מספיק חזק על רשות מבצעת שמקבלת כל כך הרבה החלטות, שהרבה מהן בכלל לא חשופות לעין הציבורית, ובכל מקרה זה רק חלק קטן מההחלטה של הבורח, ותכף אני אגיע לזה.

נקודה נוספת יותר מעשית בהקשר הזה. כשאנחנו באים רק להגביל את עילת הסבירות, בלי להגדיר מהי עילת הסבירות, ובלי להגדיר את העילות האחרות, יש חשש לאי-בהירות איך זה משפיע על עילות ביקורת אחרות. למשל החובה של רשות מינהלית להפעיל את שיקול דעתה על בסיס נתונים שרשות סבירה הייתה סומכת עליהם לצורך קבלת החלטה. אם בית משפט רוצה לפסול ולהגיד שהרשות לא התנהגה בסבירות, כי התשתית העובדתית לא הייתה סבירה, האם עכשיו אסור יהיה לה לעשות את זה? זה ברמה שצריך לחדד, כי הסבירות זה ביטוי שמשמשים בו בכל מיני היבטים של העבודה של הרשות המבצעת.

אני מתקרב לסיום, אבל אני אגיד להגנתי שהיו גם דיונים רבים בזמן הדברים שלי, אז זה לא ארוך כמו שזה נראה.

היו"ר שמחה רוטמן:

אם אפשר לקחת אותך לעד הגנה להאשמות כלפיי, אני אשמח...

ד"ר גור בליי:

עד מומחה...

ארז מלול (ש"ס):

דיונים רציניים ומקצועיים.

ד"ר גור בליי:

לגמרי, אני רק אומר שזה לא ייספר לי.

כמה מילים יותר ספציפיות על החלטה הזאת, וזה גם במענה למה שהתייחס אליו חבר הכנסת בוארון. להגביל את החלת העילה ביחס להחלטה של דרג נבחר – באמת ביסוד הנוסח המוצע דיברנו על זה סביב זה, אבל עכשיו אנחנו צוללים ועושים זום אין על הדבר הזה – עומדת ההבחנה, שאפשר למצוא לה ביטוי בכתובה של השופט סולברג, גם במאמר שלו וגם בפסיקה שלו, בין דרג נבחר ולבין החלטות שמתקבלות על ידי דרגים נמוכים יותר ברשות המבצעת.

כמו שציין היושב-ראש, השופט סולברג הביע את דעתו העקרונית שראוי היה לצמצם אותה פסיקתית, ולהותירה למקרים חריגים בלבד, כדרך של הגבלה עצמית, נגיד. אבל אומר סולברג שבגלל שיש קושי מעשי לעודד את הדבר הזה, אז אין ברירה, אלא לחתוך בין דרג מקצועי לדרג נבחר.

בעצם שתי ההנחות שעומדות ביסוד הניתוח הזה שלו, שעברו פה כחוט השני בדברים של הדוברים: דבר אחד, החלטות של דרג נבחר הן מטיבן החלטות מדיניות בעלות אופי ערכי יותר, וגם יש להן יותר לגיטימציה דמוקרטית, וגם שבניגוד לדרג המקצועי, הפקידותי, דרג נבחר שקיבל החלטות לא סבירות חשוף יותר למחיר האלקטורלי, להחלפה בבחירות ופיקוח פרלמנטרי וכו'.

אנחנו סבורים בכל הכבוד ששתי ההנחות האלה הן לא נקיות מספק בכמה היבטים. כלומר, קודם כול, הרבה מאוד החלטות של הדרג הנבחר, ווודאי כשאנחנו מחילים את זה על שר בודד, הן החלטות ספציפיות בענייניו של פרט ולא החלטות מדיניות רחבה. יש הרבה דברים שקשורים במכסות חלב, בתחום הארנונה ובתחום הכניסה לישראל, כל מיני החלטות - - -

היו"ר שמחה רוטמן:

יש לך דוגמאות כאלה שלא פוגעות בזכויות?

גור בליי:

למשל כניסה לישראל של מי שאינו אזרח. מי שלא אזרח, אין לו זכות להיכנס לישראל למשל.

קארין אלהרר (יש עתיד):

איזה זכות יש לו להיכנס לישראל...

היו"ר שמחה רוטמן:

לא רע שבית משפט לא יתערב בזה באמת.

ד"ר גור בליי:

זו דוגמה, אבל יש עוד דוגמאות. אני יכול להביא דוגמאות נוספות. זה דבר אחד.



דבר נוסף, והרחבתי עליו קודם, בהתחשב במורכבות הפעולה של הרשות המבצעת בעידן הנוכחי, קשה לראות איך בחירות או פיקוח פרלמנטרי זה פיקוח אפקטיבי על אלפי החלטות מינהליות. וגם בסופו של דבר הבוחרים לא באמת מגבשים את דעתם על בסיס אם החלטה אחת מתוך אלפי החלטות של הרשות המבצעת, או שתיים, או חמש, או עשר היו לא סבירות. בסופו של דבר בטח בשיטה שלנו, שהיא שיטה רשימתית, אפילו אתה לא מצביע לאדם אחד. נגיד שיש רשימה מעולה, אתה מאוד אוהב את המנהיג שלה -

ארז מלול (ש"ס):

אתה אמרת שבג"ץ לא פוסל בדרך כלל, רק שתי החלטות, שלוש החלטות, אז אתה סותר את עצמך.

ד"ר גור בליי:

לא. להפך.

קארין אלהרר (יש עתיד):

להפך, הוא מחזק.

ארז מלול (ש"ס):

- - - מצד שני אתה אומר שבג"ץ מתערב במעט החלטות, אז רוב ההחלטות המינהליות הן כן סבירות. יש שתיים-שלוש החלטות.

קארין אלהרר (יש עתיד):

בדיוק בשבילן.

אפרת רייטן מרום (העבודה):

בשביל החריגות.

ד"ר גור בליי:

מקבלים הרבה מאוד החלטות - - -

אלעזר שטרן (יש עתיד):

על שתיים-שלוש החלטות מפרקים את המדינה?

ד"ר גור בליי:

בסופו של דבר הבוחרים לא מגבשים את דעתם ביחס לשר או למפלגה, בהתבסס על החלטה מינהלית אחת או שתיים או שלוש, בטח כשהוא מצביע לרשימה שכוללת הרבה מאוד שרים.

מירב כהן (יש עתיד):

הם לא מפרקים את המדינה על החלטות שהיו, הם מפרקים את המדינה על ההחלטות שהם הולכים להעביר.

אביחי בוארון (הליכוד):

לא. אתם מפרקים את המדינה.

היו"ר שמחה רוטמן:

תודה רבה.

קארין אלהרר (יש עתיד):

תראה איזה סבוטאזי על - - -

אלעזר שטרן (יש עתיד):

אני צריך לענות לך בכך ולא?

היו"ר שמחה רוטמן:

תודה. השאלה שנשאלה היא, האם בית המשפט הורה לשר שטייניץ להגיש את המועמד היחיד שעליו המליצה ועדת האיתור למרות שהשר שטייניץ סבר שהמועמד הזה איננו מתאים לתפקידו? שאלת שינוי הקריטריונים היא שאלה חשובה מאוד, רק שבעיניי היא לא רלוונטית. אם בית המשפט היה אומר לו: אתה יכול להחליט שאתה לא מעלה אותו להמלצה, אבל אם תתחיל עכשיו הליך של ועדת איתור, הקריטריונים יצטרכו להיות אותם קריטריונים. זו למשל הייתה אמירה שעוסקת בשאלת קביעת הקריטריונים, גם היא הייתה בעיניי מוגזמת, אבל בוא נשים את זה שנייה בצד. בית המשפט לא עשה את זה, וכמו בפסק הדין יואל לביא וכמו בפסק הדין משה אשר, הוא הורה לממשלה ולשר האוצר במקרה הזה להעלות מועמד, כששר האוצר אומר: אני לא חושב שהוא מתאים. זה מה שקרה בפסק הדין.

אני אשמח אם אתה חושב שיש פה דיוק שהוא רלוונטי לטענה, אתה יכול להקריא אותו, אבל העובדה שמועמד עלה לממשלה כהמלצה של שר אוצר, למרות ששר אוצר אומר במפורש לבית משפט: בעיניי הוא לא מתאים לתפקיד, ואני רוצה להביא מועמד אחר, זה בעיניי מקרה קיצון. אני לא חושב שרק בעיניי, כי נמתחה עליו הרבה ביקורת בהרבה מאוד גופים אחרים, על שימוש בעילת הסבירות, כשלמעשה בית המשפט בסופו ממנה את ראש רשות המיסים, או במקרה של יואל לביא, פוסל מינוי שאין עילה לפוסלו בחוק.

קארין אלהרר (יש עתיד):

עו"ד לימון, אפשר בבקשה שתקרא את הקטע?

גור בלי:

בינתיים הספקתי לרפרף על פסק הדין. אני מניח שעו"ד לימון יתייחס לזה עכשיו. כך או כך אני חושב שגם פה הקושי העיקרי הוא באמת עם היחס בין המספר הרב מאוד של החלטות שיש לבין ההתמקדות באותם מקרים. זאת אומרת, המקרים האלה הם בסופו של דבר חלק קטן בפעולתה של הממשלה באופן רחב בעניין הזה.

בשורה התחתונה דיברנו, דבר אחד, אם מגבילים בחקיקה, לשקול להגביל את זה לסוג מסוים של החלטות. ודבר שני, כדי להבטיח שקיפות והליך קבלה ראוי של החלטה אחרי שפטר מעילת הסבירות, ליצור מנגנונים הליכיים חלופיים: חובת הנמקה מוגברת, תיעוד מפורט וכן הלאה, שלפחות יחייבו את הרשות לפעול בצורה יותר רציונלית ושיטתית כאשר היא פטורה מעילת הסבירות.

בסוף יש שאלות פרטניות שהתייחסנו אליהן בנייר שלנו, שאני מניח שיעלו בהמשך הדיונים, גם לגבי ההגדרה של נבחרי ציבור, גם לגבי ממשלת מעבר, שבה הרציונל הדמוקרטי הוא כמובן הרבה יותר נמוך, כי היא כבר מכהנת בלי, עם גירעון דמוקרטי, וסיטואציות שבהן שר - - -

היו"ר שמחה רוטמן:

תסביר לי את זה. ממשלת מעבר מכהנת עם גירעון דמוקרטי, ולכן אתה חושב שצריך עליה יותר סבירות. נכון?

גור בלי:

כן.

היו"ר שמחה רוטמן:

בכמה גירעון דמוקרטי פועל בית המשפט שמעביר את עילת הסבירות?

ד"ר גור בליי:

שוב, אני חושב - - -

היו"ר שמחה רוטמן:

הם נבחרו לתקופה מסוימת, ואתה אומר שעוד מעט בחירות, לכן אני צריך יותר סבירות עליהם. בית משפט לא נבחר, ואתה אומר שהסבירות שלו סבבה.

גור בליי:

אני חושב שבית המשפט, הסבירות שלו בהקשר הזה, היא כמו הסבירות של בית המשפט בקנדה או באוסטרליה.

היו"ר שמחה רוטמן:

שלא עושה סבירות כזאת.

גור בליי:

זו שאלה. יש הרחבה משמעותית בשימוש בעילות של סבירות ומידתיות במשפט הזר. בסופו של דבר גם בשאלה כמו שיקולים זרים וגם בשאלות הקלסיות של המשפט המינהלי אפשר לבוא ולשאול, איך הוא קבע מה זה שיקול זר?

היו"ר שמחה רוטמן:

לא נכון. הרי אתה בעצמך הסברת, אני אפילו שומע את טענתך, אתה אומר שכאשר יש חובת הנמקה מוגברת, אתה מניח שכאשר מתקבלת החלטה ופורסים את הנימוקים, המצב הוא יותר טוב. בשיקולים זרים בית המשפט בא ואומר – לצורך העניין בצורה ברורה, קח למשל את המקרה של אצטדיון טדי או מקרים אחרים – נניח שהוא היה מקל את רף ההוכחה לטובת השיקולים הזרים והיה אומר: לי נראה שהפירוש הסביר ביותר של המציאות היא שדרעי נתן שם החלטה משיקולים זרים, כי הוא לא רוצה כדורגל בשבת - -

אורית פרקש הכהן (המחנה הממלכתי):

מחמיר את הרף של שיקולים זרים. להוכיח זה יותר קשה.

היו"ר שמחה רוטמן:

- - הוא לא רוצה כדורגל בשבת, אני בית המשפט אומר לך שזה שיקול זר בתכנון ובנייה. מה אני כמחוקק יכול לעשות? אני כמחוקק יכול לבוא ולהגיד, נניח שאני חושב שהוא טעה? תן לי את הכלי כמחוקק לבוא ולהגיד לו: לא, כדורגל בשבת זה לא שיקול זר, ואני אכלול את זה כרף השיקולים ואני אתקן את החוק בהתאם. אבל בשנייה שהוא עושה סבירות, אני כמחוקק עומד חסר אונים. אני לא יכול אפילו להעביר את אי-הסבירות של בית המשפט במשקפיים הדמוקרטיים גם לא לאחר מעשה. אני לא יכול לבוא ולהגיד לו: ההחלטה שלך לא נכונה. ולכן דווקא להכריח את בית המשפט לנמק מה שיקול הזר זה משהו אחד, אבל כשהוא לא צריך לעשות את זה, הגירעון הדמוקרטי רק הולך וגדל.

גור בליי:

בסוף אי-אפשר להתעלם מזה שבסיס הלגיטימציה של בית המשפט זה לא הבחירות - -

נספח ע/5

עמודים רלבנטיים מפרוטוקול מס'

108 מישיבת ועדת החוקה מיום

26.6.2023

עמ' 141

דברים שעלו אתמול, בקשר להצעה, שקובעת שבית המשפט העליון לא ידון ולא ייתן צו נגד הממשלה, ראש הממשלה, שר משפחה או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם.

תיקון החקיקה הזה הונח בפני הוועדה במסגרת של תיקון לחוק יסוד: השפיטה, באופן שיכול לטעת את הרושם כאילו אנחנו עוסקים בשאלה שנוגעת להיקף הסמכויות של בית המשפט, וביחסי הגומלין בין הרשות השופטת לרשות המבצעת. אבל זו ממש לא השאלה שעומדת על הפרק. הנושא הוא אחר לחלוטין. מה שעומד על הפרק הוא החובה שמוטלת על הממשלה, על ראש הממשלה, על שרי הממשלה ועל נבחר ציבור אחרים לנהוג בסבירות. סבירות היא בראש ובראשונה חובה שמוטלת על הדרג הנבחר ועל כלל רשויות המדינה.

במשפט הציבורי של מדינת ישראל משמעותה של חובת הסבירות היא שעל רשות מנהלית המקבלת החלטה מוטלת חובה לתת משקל ראוי בנסיבות העניין לכל העובדות הרלוונטיות ולכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים להחלטתה, ולאזן ביניהם בצורה נכונה. מתן משקל נמוך מדי או גבוה מדי, באופן קיצוני, לשיקול מסוים עלול להביא לפגם בהחלטה המנהלית. מעצם קיומה של החובה הזו נגזרת עילת הפיקוח השיפוטי, שעליה אנחנו מדברים כביכול, שהיא הכלי שמאפשר לבתי המשפט לבקר את עמידתן של רשויות השלטון בחובת הסבירות המוטלת עליהן.

ההבחנה הזו בין עילת הסבירות לחובת הסבירות היא חשובה במיוחד, מאחר שהשימוש בעילת הסבירות על-ידי בתי המשפט מייצג שברי אחוזים – פרומיל, מתוך השימוש היום-יומי והשוטף של רשויות המינהל בחובת הסבירות. ההחלטות המובאות בסופו של דבר בפני בתי המשפט הן רק טיפה בים ההחלטות המנהליות המתקבלות על-ידי הממשלה, שריה ועובדיה מידי יום.

השופט מישאל חשין ז"ל טבע באחד מפסקי דינו את הביטוי הקולע: "באין דין ייעלם אף הדין עצמו". בהתאמה לנושא שבו אנו עוסקים – באין עילת סבירות ביחס לבחינת החלטותיהם של נבחר ציבור, תיעלם עמה אף חובתם לפעול בסבירות. לכן, השאלה אותה עלינו לשאול את עצמנו היום היא קודם כל – האם מוצדק לפטור את הממשלה ואת נבחר ציבור מהחובה לפעול בסבירות, והאם הדבר ייטיב עם האינטרס הציבורי. כי זו תהיה התוצאה המרכזית של החקיקה המבוקשת.

בגיבוש המענה לשאלה הזו, עלינו לזכור שהחלטה שאינה מקיימת את דרישת הסבירות היא גם החלטה שרירותית. על כן, מה שעומד על הפרק זה מתן אור ירוק לממשלה, לראש הממשלה, לשריה ולנבחר ציבור אחרים – ולהם בלבד – לקבל החלטות שרירותיות, כלומר החלטות שמתעלמות מעובדות ומשיקולים רלוונטיים או שנותנות משקל מוגזם באופן קיצוני לחשיבותם של שיקולים זניחים.

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 לעקרונות הבסיסיים – 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.

משה סעדה (הליכוד):

שאלת הבהרה קצרה.

היו"ר שמחה רוטמן:

בבקשה שמור לסוף.

גיל לימון:

ההצעה אינה מסתפקת בכך שבית המשפט לא ייתן צו בעילה של סבירות, אלא היא קובעת שהוא כלל לא ידון בסבירות ההחלטה. הדבר מלמד שתכלית ההצעה היא יצירת חור שחור נורמטיבי, שגבולותיו הרבה יותר רחבים מהקשיים אותם מעוררת עילת הסבירות.

כפי שאסביר, עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה היא כי המשמעות של החור השחור הנורמטיבי שיווצר היא פגיעה קשה בערכים בסיסיים של הדמוקרטיה הישראלית – תקינות פעילות המנהל, טוהר המידות של השירות הציבורי, הגינותו של השלטון ביחסו מול הפרט ושלטון החוק. 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.

הביטול אף יפגע ביכולת שלנו, הייעוץ המשפטי לממשלה, והייעוץ המשפטי הציבורי, לקדם את השמירה על שלטון החוק; שכן עילת הסבירות לא רק מאפשרת ביקורת שיפוטית בדיעבד על ההחלטה המנהלית, אלא היא גם מכוונת את הגורם המחליט בקבלת ההחלטה מלכתחילה.

הלכה למעשה, במרבית המקרים שבהם עומדות על הפרק החלטות שרירותיות ובלתי סבירות באופן קיצוני, הן נבלמות לרוב עוד במהלך גיבושן, על-ידי אנשי הייעוץ המשפטי לממשלה, המשמשים כשומרי סף מפני הפרת החובות המוטלות על הרשות המנהלית.

אבקש להדגים את הדברים במספר הקשרים: ראשית, תחום המינויים הממשלתיים – אם מפכ"ל המשטרה מבקש למנות לתפקיד בכיר במשטרה אדם שיש לו הרשעות בעבירות פליליות חמורות או עבירות משמעת בתחום טוהר המידות, תוך התעלמות או מתן משקל נמוך לפגיעה שתיווצר במינהל התקין ובאמון הציבור, בהחלט ייתכן שבשל עילת הסבירות הוא לא יוכל לעשות זאת – ובצדק.

אבל אם שר או ראש רשות מקומית ככל שהחוק יוחל גם עליו, יבקש לעשות את אותו הדבר, הרי שביום שאחרי חקיקת החוק שבפנינו, לא תעמוד בפניו שום מגבלה לעשות כן.

תחום המינויים הממשלתיים, בדגש על הבכירים שבהם, יהיה פרוץ למינויים שפוגעים בטוהר המידות ובמינהל התקין, ובסופו של דבר, הדבר יפגע בציבור כולו. זהו פתח להשחתה של השירות הציבורי ולפגיעה באמון הציבור בו.

חשוב להדגיש, שהרוב המכריע של המינויים הבכירים והמשמעותיים ביותר בשירות בציבורי הם מינויים שנעשים על ידי שרים או על ידי הממשלה כולה. רק בממשלה המכהנת, כמעט עשירית מההחלטות הממשלה שהתקבלו עד כה, בממשלה, עסקו במינויים לתפקידים שונים.

הקושי המתואר נכון גם להחלטות על פיטוריהם של בעלי תפקידים בכירים שמונו על-ידי הממשלה, חלקם ממלאים תפקידים רגישים ביותר של שומרי סף ורגולטורים מקצועיים.

ההגנות המשפטיות הקיימות מפני סיום שירותי של תפקידים של אלה, ובראשן עילת הסבירות, מאפשרות להם לתפקד באופן עצמאי לטובת האינטרס הציבורי.

מניעת ביקורת שיפוטית על החלטות פיטורין כאמור בעילת הסבירות עלולה לפגוע בעצמאותם של שומרי הסף ובסופו של יום – באינטרס הציבורי.

תחום שני שהביטול של עילת הסבירות ישפיע משמעותית - המגבלות החלות על פעולת הממשלה בתקופת בחירות. אם הממשלה תבקש למשל ערב בחירות להוריד מחירים של מוצרים בפיקוח ללא הצדקה מקצועית, אך ורק לצורך קמפיין הבחירות, תוך מתן משקל נמוך לחובה לפעול באיפוק ובריסון בתקופה זו – הדבר עלול להיחשב לחרیגה מהחובה לפעול בסבירות.

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.

תחום שלישי שאנו רואים השפעה - התעלמות מעמדות מקצועיות – 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. החלטה מנהלית המתעלמת כליל מעמדת הגורם המקצועי המייעץ, בהיעדר שיקולים כבדי משקל המצדיקים זאת, יכולה להיחשב לבלתי סבירה. ביום שאחרי חקיקת החוק, ובהיעדר 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.

תחום רביעי שאבקש לעמוד עליה - הימנעות מהפעלת סמכות. במצב המשפטי הקיים, אם שר מחליט להימנע לאורך זמן וללא הצדקה מהפעלת סמכותו בהקשרים שונים - למשל, להימנע באופן מכוון מהתקנת תקנות מסוימות או ממינוי בעלי תפקידים ובוחר להשאיר יחידות ממשלתיות ללא מי שיעמוד

בראשן, באופן שגורם לשיתוק הפעולה הממשלתית, עילת הסבירות היא זו שמאפשרת התערבות שיפוטית בכך.

הדוגמאות האלה מלמדות על כך שבמקרים רבים, התפקיד של חובת הסבירות הוא למנוע מצב שבו שיקולים פוליטיים יזכו בבכורה בקבלת החלטות שלטוניות על פני שיקולים מקצועיים – במינויים, בתקופת בחירות, בדחיית עמדות מקצועיות, ובהימנעות מהפעלת סמכות שלטונית, ובתחומים נוספים.

לא תמיד השיקולים הפוליטיים הללו הם גלויים לעין, ובמקרים שכאלה, אחד התפקידים של עילת הסבירות – כפי שתואר על ידי השופט שטיין באחד מפסקי הדין – הוא בכך שהיא – ואני מצוטט – "מספקת לבתי המשפט כלי יעיל והכרחי לביקורת שיפוטית תחת חוסר ודאות ואינה מאפשרת לרשויות השלטון להסתיר את קלקלתן על ידי ניצול של עימות המסד העובדתי".

חשוב להדגיש שהדוגמאות שהבאתי אינן דוגמאות תיאורטיות בעולם דמיוני. בשנים האחרונות נתקלנו באירועים שכאלה, בכל תחומי עבודת הממשלה. הם גם לא מייחדים ממשלה מסוימת. ביטול עילת הסבירות ישלול כלי חיוני למניעת אותן החלטות חריגות, שהן שרירותיות, מבוססות על שיקולים פוליטיים, לא מקצועיות ובלתי מאוזנות. החלטות שהנפגע מהן הוא הציבור כולו.

ההצעה מסירה אפוא אמצעי פיקוח בעל חשיבות רבה מעל הדרגים הנבחרים, אך מהצד השני, היא לא מציעה אלטרנטיבה בדמות הסדרה של החובות המוטלות על הרשויות המנהליות. בתוך כך חשוב לומר, שעילת הסבירות כעילה לביקורת שיפוטית אכן מעוררת מורכבויות, בהיותה כוללת מרכיבים עמומים.

לא בכדי, גם בפסיקה וגם בכתובה האקדמית קיימות גישות שונות לגבי עילת הסבירות. בית המשפט מודע למורכבויות הללו, ומאז הלכת דפי זהב, שאימצה את הפרשנות הרחבה יחסית של עילת הסבירות, וביתר שאת בשנים האחרונות, לבית המשפט תפקיד חשוב בריסון האפשרות להתערבות שיפוטית מכוח עילת הסבירות.

כך, בית המשפט הכיר כבר לפני שנים רבות בקיומו של מתחם סבירות, שבו קיים מגוון של החלטות סבירות אשר הרשות המנהלית יכולה לקבל. גם חוזר פעם אחר פעם בפסיקתו על כך שלרשות המינהלית נתון שיקול דעת לבחור את ההחלטה הרצויה מבין ההחלטות המצויות במתחם הסבירות, ולא ייכנס בנעליה ולא יחליף את שיקול דעתה.

התערבות שיפוטית בהחלטות המינהל לא תיעשה בגין חריגה בעלמא ממתחם הסבירות. בית המשפט הגביל את התערבותו אך ורק במקרים שבהם ההחלטה נגועה בחוסר סבירות קיצוני. עוד נפקס כי מתחם ההחלטות הסבירות יהא רחב יותר בהחלטות אשר מערבות שיקולים פוליטיים או כרוכות בהתוויית מדיניות; בהחלטות שנועדו לסוגיות מינהליות פנימיות של הרשות או שמאפשרות על-ידי הכנסת או ועדה מוועדותיה; ובהחלטות אשר מתקבלות על-ידי גורמים מקצועיים ומומחים. לפי הפסיקה, ככל שמתחם הסבירות רחב יותר, כך מצטמצמת ההתערבות השיפוטית בהחלטה, והיא שמורה במקרים חריגים. יש דוגמאות רבות לכך שבית המשפט נהג גישה מרוסנת – בעתירות בתקופת הקורונה, עתירות בנושא אוכלוסין והגירה, עתירות לגבי הממשלה להקים ועדות חקירה ועתירות מינהליות שנוגעות למדיניות כלכלית. בכל אלה ובדוגמאות רבות אחרות בית המשפט אימץ מדיניות מצמצמת ביחס לעילת הסבירות.

במקרים אלה ובמקרים רבים אחרים שבהם בית המשפט דחה עתירות שמבוססות על עילת הסבירות, לא רק שהגישה הזהירה של בית המשפט ביחס לעילת הסבירות אפשרה לממשלה לפעול באותו טווח רחב של מתחם הסבירות, אלא שקיומה של פסיקה מנומקת וסדורה, המסבירה ומגבה את ההחלטה הממשלתית, גם נתן לממשלה חותמת כשרות ולגיטימציה ציבורית באשר לסבירות פעולתה.

בנוסף, גם כשבית המשפט מוצא כי הייתה חריגה קיצונית ממתחם הסבירות, הוא מעדיף לא פעם להחזיר את הנושא לרשות, על מנת שזו תדון בו בשנית, ובכך נמנע מכניסה בנעליה.

הזהירות הנוהגת בביקורת שיפוטית בעילת הסבירות מבטאת את הכבוד שהרשות השופטת מעניקה לשיקול דעתן של רשויות המינהל, והיא נובעת מתפיסה של הפרדת רשויות. גישה זהירה זו ננקטת גם על-ידינו ביעוץ המשפטי לממשלה, בבואנו לבחון החלטות מנהליות, בפרט, החלטות של הדרג הנבחר.

מזיעי התיקון הנדון מבקשים להיתלות בהצעתם בעמדתו של כבוד השופט סולברג, אשר באה לידי ביטוי בכתבתו האקדמית, והעמדה הוצגה פה בפירוט – אין צורך לחזור. אך חשוב לומר לגבי הגישה של סולברג שמתבססת על כך שהחלטות של הדרג הנבחר משקפות מדיניות שמבוססת על תפיסת עולם ערכית ומקצועית שהניסיון מלמד שרק חלק מצומצם משורת החלטות שהדרג הנבחר מקבל מדי יום, הן אכן

החלטות מהסוג שהשופט סולברג מדבר עליהן. למעשה, חלק ניכר מהחלטות הדרג הנבחר – הן בממשלה והן בשלטון המקומי – הן החלטות יישומיות-מקצועיות בתחומים מוגדרים, ולעתים בסוגיות נקודתיות. חלק גדול מהסמכויות הללו איננו מערב פגיעה בזכויות אדם, כך שעילת המידתיות שהשופט סולברג מדבר עליה כחלופה, איננה רלוונטית.

אביא מספר דוגמאות. כפי שאמרתי, הדוגמה של מינויים בכירים היא דוגמה בולטת להחלטות מסוג זה. בנוסף, הממשלה מוסמכת לפי דברי חקיקה שונים לקבל החלטות ביצועיות, כדוגמת אישור החלטות של המועצה הארצית לתכנון ולבנייה בדבר תוכנית מתאר ארצית, הכרזה על מתחם מועדף לדיור, ועוד. השרים עצמם אחראים על התקנת תקנות בתחומים מקצועיים, הם גם אחראיים לרבים מהמינויים במשרדיהם, כולל מינויים בדרג נמוך ובינוני.

השרים גם מקבלים החלטות בנושאים מעשיים רבים, למשל החלטה על העמדה לדין משמעתי של שופט או דיין – סמכות שנתונה לשר המשפטים לגבי השופט, השר לשירותי דת לגבי דיין, הסמכות להגיש הליך קובלנה משמעתי רבני ערים לפי חוק שירותי דת – סמכות שנתונה לשר המשפטים. אני מזכיר פה את ההליך הידוע לגבי הרב שמואל אליהו, ששם לא התקבלה החלטה משך זמן רב ובית המשפט העליון, והשופט שטיין שמייצג את הגישה השמרנית, קבע שהחלטה לא להעמיד לדין משמעתי את הרב אליהו היא החלטה שלא סבירה באופן קיצוני ולכן פסל אותה.

היו"ר שמחה רוטמן:

החלטה שלא להחליט. לא החלטה להחליט שלא.

ארז מלול (ש"ס):

לא החליט. זה היה במעבר ממשרד המשפטים. ניסחנו את ההודעה יחד.

גיל לימון:

ההחלטה ניתנה בתקופת השרה שקד.

ארז מלול (ש"ס):

השרה שקד ביקשה להעביר את זה. היינו שותפים לזה.

היו"ר שמחה רוטמן:

ארז, נרשמת לגבר.

גיל לימון:

יש לומר - אלמלא עילת הסבירות לא הייתה מתקבלת החלטה ביחס למקרה הזה וזו דוגמה להחלטה של שר, שהיא פרטנית, החלטה על העמדה לדין משמעתי.

דוגמה נוספת - סמכויות שר הפנים בתחום התכנון והבנייה – סמכויות פרטניות כמו הארכת מועד להגשת תביעת פיצויים עקב תכנית פוגעת, הסמכת ועדה מקומית - -

היו"ר שמחה רוטמן:

אלה דווקא סמכויות שיש בהן זכויות אדם, אבל בסדר.

גיל לימון:

הסמכות לקבוע את מרחב התכנון של ועדה מקומית, סמכות לתת פטור מהיטל השבחה, סמכויות שר הפנים בתחום השלטון המקומי – כמו אישור חוקי עזר עירוניים, ואפשר להזכיר גם בתחום עילת הסבירות את הבג"ץ בעניין המרכולים בשבת, אישור תקציבה של עירייה שאינה איתנה; מינוי גובה ממונה לעירייה, סמכויות שר האנרגיה בתחום האנרגיה – גם הזכירה את זה אתמול חברת הכנסת פרקש. החלטה בעניין היתר לייצוא גז טבעי ממאגר; החלטה לתת היתר הפקה ממאגר הצמוד למאגר אחר, ללא תיאום עם בעל הזכות במאגר השני. כמובן סמכויות שר התקשורת בתחום התקשורת – מתן רישיון להקמת



יסמין פרידמן (יש עתיד):

מפתיע אותך, חברת הכנסת מלינובסקי?

יוליה מלינובסקי (ישראל ביתנו):

זה לא סביר. מה הוא נותן לך? מה הוא עושה לך? הוא בירך על רצח 6 מיליון רחמנא ליצלן. הוא לא מוזמן.

אורית פרקש הכהן (המחנה הממלכתי):

היא כועסת כאילו יש פה כבוד, כאילו הדברים שנאמרים פה לעניין, חוקיים.

עובד חוגי:

לא אמרתי את זה.

היו"ר שמחה רוטמן:

עובד.

אפרת רייטן מרום (העבודה):

אתה מכיר אותו?

היו"ר שמחה רוטמן:

אמרו את שמו – עובד חוגי. מבקש לא להגיב לחברי כנסת ולא להגיב לדיונים.

לכן אני אומר, ואשמח שתתייחסו בדבריכם לדברים שאני אומר – תחלקו או תסכימו, זה בסדר גמור.

זו הסיבה שדיברנו עליה גם אתמול שכדי שלא נייצר מצב של סמכות ללא אחריות אנו חייבים שהפוסק האחרון בשאלות של סבירות שיקול הדעת, בניגוד לעיקרון שלוטן החוק שעוסק באי חוקיות, בניגוד לעיקרון המידתיות שעוסק בהגנה על זכויות אדם, בניגוד לשיקולים זרים שעילת ביקורת שאנו לא מבטלים אותה ולא נוגעים בה, בניגוד לעילת השוויון המינהלי, חובת ההנמקה ועוד – יש עילות רבות, שמצויות במשפט המינהלי. הספר של פרופ' היום שופטת בית המשפט העליון דפנה ברק ארז' לדעתי יכביד על כל שולחן המכבד את עצמו, ויש בו רשימה ארוכה של עילות. איש לא מבקש לבטל אף לא אחת מהן. מדובר בסבירות שהפעלתה בכל הנוגע לנבחר ציבור בין אם נעשית על ידי בית המשפט ובעיקר אם נעשית על ידי יועצים משפטיים, פוגעת בצורה חמורה גם בעיקרון הדמוקרטי וגם בעיקרון הסמכות והאחריות והפרדת הרשויות בשיטתנו. לכן זה הנושאים.

לגבי נבחר ציבור אחרים, ברשויות המקומיות, הדבר הזה בהחלט מעורר שאלות מורכבות, בייחוד מאחר שחלק מנבחר הציבור ברשויות המקומיות בסופו של דבר קבע החוק שהחלטתם עצמם כפופה להחלטותיהם של פקידים ממונים – הממונה על המחוז וכדומה ובוודאי שכל שמדובר בנבחר ציבור ברשויות מקומיות יש לעשות שם פיין טיונינג. לכן זו אחת הסיבות שבנוסח שמוצע כתבנו: נבחר ציבור אחרים כפי שייקבע בחוק, בדיוק לטובת אותו פיין טיונינג שאני מסכים עם ההערות החכות שנשמעו בעניין זה גם מחברי אופוזיציה וגם ממומחים שכתבו בנושא, ולדעתי גם מנייר ההכנה של היועץ המשפטי. זו הסיבה כי אני חושב שהחלטה על חוקי עזר, אין צורך שיהיה עליהם ביקורת שיפוטית למשל, כי חוקי העזר בסופו של דבר עוברים אישור של שר פנים. זה דרג נבחר ודרג נבחר. אבל החלטות בנושא התכנון והבנייה שכפופות למשל לדרג שאינו דרג נבחר אלא לפקידים, ויהא פקיד אחר, אני חושב שמאוד הגיוני שכשם שהחלטה הזו כפופה לפקיד במשרד הפנים, אין סיבה שלא תהיה כפופה להפעלת שיקול דעת סבירות של בית המשפט וכדומה. לכן אני חושב שהנושא הזה זקוק לפיין טיונינג.

גם בנוגע לממשלת מעבר וגם בנוגע לאצילת הסמכות – שאלות נוספות שנשאלו אצילה ונטילה – שאלות שנשאלו על ידי היועץ המשפטי לוועדה בדבריו אתמול. אני חושב שקיים גירעון דמוקרטי במקרים

יפעת שאשא ביטון (המחנה הממלכתי):

כשהיה אפשר לומר את דברינו - -

היו"ר שמחה רוטמן:

יפעת, אצלנו בוועדה לא משתלטים.

יפעת שאשא ביטון (המחנה הממלכתי):

שלא היה ניסיון להשתלט על הרשויות, לא על הכנסת ולא על הרשות השופטת.

היו"ר שמחה רוטמן:

אצלנו בוועדה לא מדברים שלא בתור. צאי בבקשה.

יפעת שאשא ביטון (המחנה הממלכתי):

בימים האלה פעלנו ככנסת. היום אתם מבקשים לבטל את כל המוסדות האלה.

היו"ר שמחה רוטמן:

צר לי. רשמתי אותך לזכות דיבור וגם תכנני לתת לך זכות דיבור אבל תתפרצי ולכן זה לא יקרה.

**חברת הכנסת יפעת שאשא ביטון יוצאת מאולם הוועדה.**

גלעד קריב (העבודה):

מותר אצלך לאכול בזמן הרצאות?

היו"ר שמחה רוטמן:

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.

קארין אלהרר (יש עתיד):

זה עוד יותר גרוע.

היו"ר שמחה רוטמן:

האם ההחלטה הזו שלהם היא סבירה או לא סבירה? כאמור ביקורת על סבירותה - -

אפרת רייטן מרום (העבודה):

כנסת שכבר היא לעומתית. בתקופת מעבר. כנסת לעומתית לממשלה.

היו"ר שמחה רוטמן:

צריכה להיות נתונה לכנסת, ובכך אסיים. אתן לאחרים לדבר. אני סביר שפיקוח פרלמנטרי הוא כלי גם הרבה יותר נכון וגם הרבה יותר אפקטיבי.

אורנה ברביבאי (יש עתיד):

לאיזה שר יש פיקוח פרלמנטרי?

## נספח 6/ע

# ניירות העמדה שהגיש המכון הישראלי לדמוקרטיה

עמ' 148



ט"ו אדר, תשפ"ג  
8 מרץ, 2023

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.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 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**

עוזר ליאת אהרונוסון

אלי גרונר

פרופ' ורד וניצקו-טרוסי

ד"ר חן ליכטנשטיין

מזל מועלם

שגריר לשעבר שלי מרידור

פרופ' פאדיה נאסר אבו-אלהיג'א

עוזר אבי פישר

ד"ר מיכל צור

יוסי קוצניק

**המועצה הבינלאומית**

פרופ' רונלד דניאלס, יו"ר

השופטת רוזלי סילברמן אבליה, קנדה

אליזבת אברמס, ארה"ב

שגריר לשעבר מרטין אינדיק, ארה"ב

אן אמלכאוס, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנוב, בריטניה

השופטת דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן בריר, ארה"ב

השופט סלים ג'ובראן, ישראל

ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה

פרופ' משה הלברטל, ישראל

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 קספר, 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]



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,<sup>2</sup> 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

<sup>2</sup> 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 מדינות<sup>3</sup> (ברוב מוחלט של המדינות יש שילוב של מספר מנגנונים המגבילים את הרוב, לעתים - שלושה, ארבעה, ואף חמישה כאלה).<sup>4</sup>
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 וחרוג 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.

<sup>3</sup> מתוכן בשלוש מדינות: קנדה, ובמידה מסויימת ישראל ופינלנד, יש פסקת התגברות.  
<sup>4</sup> 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 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"סניוריטי", 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



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





זה תואר כדרך הראויה לנטרול השפעתם של אינטרסים מפלגתיים שהיו מעורבים עד אותה עת בתהליך מינוי השופטים.<sup>5</sup> 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).

<sup>5</sup> גיא לוריא, **הוועדה לבחירת שופטים** (2019).



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

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:

<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>
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.<sup>8</sup>
20. כמו בישראל, גם במדינות אחרות שבהן יש לבתי המשפט הרגילים סמכות לביקורת שיפוטית על החקיקה (להבדיל מהענקת סמכות כזאת לבית משפט

<sup>7</sup> גיא לוריא, ממונים על הצדק (2011).

<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

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:<sup>10</sup>
- 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.<sup>11</sup>

### 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

<sup>9</sup> לוריא, לעיל ה"ש 5.

<sup>10</sup> לוריא, לעיל ה"ש 5.

<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

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.<sup>15</sup> בניגוד לנטען, אין סיבה טובה לחשוב שחילופי שלטון יביאו להרכב מגוון של בית המשפט מבחינת ההשקפות השיפוטיות של שופטיו או מבחינות אחרות, כגון השתייכות

<sup>12</sup> 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).

<sup>13</sup> תמר הרמן ואחי, **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2022**.

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

<sup>15</sup> 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,<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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 <sup>16</sup>  
REPORT (December 2021)  
<sup>17</sup> לוריא, לעיל ה"ש 7.





### ג. ביקורת שיפוטית – פסילת חוק הסותר חוק יסוד

34. לפי הדין הנוהג בישראל, מאז פסק דין בנק המזרחי,<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> 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

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

<sup>19</sup> 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 יצוין 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.<sup>20</sup> על כך גם נסמכה פסיקת בג"ץ שקבעה כי חוק יסוד: הלאום לא מפר את ההסדר הבסיסי של החוקה בישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>21</sup> מחיקת השוויון כזכות 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 כשאינן 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

<sup>20</sup> כך למשל בדבריו של ד"ר אביעד בקשי, עמ' 38 לפרוטוקול מיום 18.9.2017, וכן חגי ויניצקי, שם, בעמ' 43.  
<sup>21</sup> 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,<sup>22</sup> 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,<sup>23</sup> 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

<sup>22</sup> 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>

<sup>23</sup> לוריא ושני, לעיל הי"ש 22.



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 לכה. 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 ובאמונו.

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 באמונו 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



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: אָמָה 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 כן 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 צמח<sup>24</sup> 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 חסן<sup>25</sup> 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 ישיבות<sup>26</sup>, 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.

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

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

<sup>26</sup> 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,<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup> 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 לאיינם. 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

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>

### 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,<sup>30</sup> לאחר שורת הלכות<sup>31</sup> 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 שמתחתיו לא תתקיים ביקורת שיפוטית של ממש, שבכוחה לפסול הוראת חוק. למעשה, מבקשת ההצעה לבטל את ההגנה החוקתית על זכויות אדם בישראל.

<sup>29</sup> 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.

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

<sup>31</sup> 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 ה"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



כרשות מכוונת, והאם היא בלתי מוגבלת; שלישית, ולאחר הצגת גבולות הרשות המכוונת, 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.<sup>32</sup> 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 שיפוטית<sup>33</sup> – בבחינה של תיקון ושינוי החוקה היא דבר מובן ומתבקש, כדי למנוע שימוש לרעה בהליך החוקתי באופן העושה זילות לחוקה.

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

<sup>33</sup> 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 ועוד<sup>34</sup>) 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.<sup>35</sup> בחלק מהמדינות נדרש גם משאל עם – כך באוסטרליה, בשוויץ, ביפן, ובמקומות נוספים, לפחות לגבי חלק מפסקאות החוקה.<sup>36</sup>

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<sup>34</sup> Stability, in DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL DESIGN AND PUBLIC POLICY 319, 551-552 (2016)

<sup>35</sup> שם שם.

<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> 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 שיפטיות שונות.<sup>38</sup> הדוקטרינה הקיימת כוללת שני מסלולים מרכזיים שבהם בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ יכול לדון, בזהירות ובאחריות המתחייבות, בתוקפם של חוקי יסוד:

<sup>37</sup> ראו למשל: אריאל בנדור, המעמד המשפטי של חוקי-יסוד, *ספר ברזון כרך שני – בני סברה* 119 (1997)  
<sup>38</sup> 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)



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.<sup>39</sup>

ב. **תיקון חוקתי שאינו חוקתי** – במדינות שונות בעולם, מקובלת דוקטרינה של תיקון לחוקה שאינו חוקתי:<sup>40</sup> 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

<sup>39</sup> 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).  
<sup>40</sup> ראו Roznai, לעיל ה"ש 32.



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.<sup>41</sup> 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 לדיון 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

<sup>41</sup> 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 שלטוניות.
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,<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> החובה לנהוג בסבירות ובתום לב נגזרת מחובת הנאמנות של הרשות כלפי הציבור,<sup>44</sup> 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

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

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

<sup>44</sup> ראו את פסק דינו של השופט ברק, כתוארו 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".<sup>45</sup>

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".<sup>46</sup> 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

<sup>45</sup> דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי** 725 (2010).  
<sup>46</sup> 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,<sup>47</sup> ויש מחקרים שמצביעים על שיעור התערבות נמוך עוד יותר.<sup>48</sup> 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)

<sup>48</sup> לדוגמה 3% פסיקה גלויה נגד הממשלה, לפי Keren Weinsahl and Lee Epstein, *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;<sup>49</sup> שאלות הנוגעות לחלוקה של משאבים חברתיים וכלכליים;<sup>50</sup> בסבירות החלטות המפקד הצבאי בסמכויות ביחס לשטחי אזור;<sup>51</sup> 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

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

<sup>50</sup> 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).

<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup> 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.

<sup>52</sup> 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



**הנדון: חוות דעת בעניין הצעת חוק יסוד השפיטה (תיקון – עילת הסבירות)**

ביום 4.7.23, עברה בקריאה ראשונה בוועדת חוקה, חוק ומשפט הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון - עילת הסבירות). הצעת החוק, אותה יזם יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט (להלן: **יו"ר הוועדה**) כהצעת חוק מטעם הוועדה בראשותו, קובעת כדלקמן:

"על אף האמור בחוק-יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לא ידון ולא ייתן צו נגד הממשלה, ראש הממשלה, שר משריה או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם."

הצעה זו כמעט וזהה להצעה שהוגשה על ידי יו"ר הוועדה בתאריך 18 בינואר 2023, כאשר הוגשה יחד עם הצעה לתיקונים העוסקים בשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, בשלילת הביקורת השיפוטית על חוקי-יסוד, בהגבלת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת ובהוספת מנגנון של פסקת ההתגברות.

הצעת חוק היסוד שבנדון מצמצמת את סמכות בית המשפט לדון ולפסוק על סמך עילת אי הסבירות בבואו לבחון את חוקיותן של החלטות מנהליות. על פיה, בית המשפט לא יוכל לתת צווים כנגד הממשלה, שרים ונבחר ציבור אחרים (שייקבעו בחוק) בעניין סבירות החלטתם.

אנו מתנגדים בתוקף להצעת חוק היסוד. היא פוגעת פגיעה חמורה בעקרון שלטון חוק ובטוהר המידות, באיכות החלטות רשויות המינהל, בזכויות היסוד של האזרחים ובאמון הציבור ברשויות השלטון. הצעת חוק היסוד פוטרת למעשה את הממשלה ונבחר הציבור מחובתם לנהוג בסבירות. הדברים אמורים ביתר שאת נוכח היותה של ההצעה חוליה אחת בשרשרת תיקוני חקיקה שהקואליציה מבקשת לקדם, תיקונים אשר הלכה למעשה מובילים להחלשה משמעותית ביכולת הפיקוח של שומרי הסף על הדרג הפוליטי, לערעור עקרון האיזונים והבלמים ולהסרת מגבלות על כוחו של השלטון.

**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**

- עו"ד ליאת אהרונוסון
- אלי גרוני
- פרופ' ודד וניצקי-סרוסי
- ד"ר חן ליכטנשטיין
- מזל מעולם
- שגיר לשעבר סלי מרידור
- פרופ' מאדיה נאסר אבו-אלהיג'א
- עו"ד אבי פישר
- ד"ר מיכל צור
- יוסי קוצניק

**המועצה הבינלאומית**

- פרופ' רונלד דניאלס, יו"ר
- השופטת רחלי סילברמן אבלה, קנדה
- אליוט אכרמס, ארה"ב
- שגיר לשעבר מרטין אינדיק, ארה"ב
- או אפלכאום, ארה"ב
- פרופ' ורנון בוגזנו, בריטניה
- השופטת דורית ביניש, ישראל
- השופט סטיבן ברייר, ארה"ב
- השופט סלים ג'ובראן, ישראל
- ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה
- פרופ' משה הלברטל, ישראל
- פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב
- פרופ' רוברט מונקין, ארה"ב
- פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה
- השופט אברהם סופר, ארה"ב
- ברט סטפנס, ארה"ב
- פרופ' ארווין קוטלר, קנדה
- פרופ' גרהרד קטפר, ארה"ב
- פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב
- פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

**סגני נשיא**

- פרופ' סוזי נבות, מחקר
- פרופ' קרנית פלוג, מחקר
- ד"ר ישי [אסי] פרס, אסטרטגיה

**עמיתים בכירים**

- פרופ' איסמעיל אבו סעד
- פרופ' תמר הרמן
- פרופ' נתן זוסמן (אורח)
- פרופ' עמית בן
- פרופ' יותם מרגלית
- פרופ' דניאל סטמון
- פרופ' בני פורת
- פרופ' יובל פלדמן
- פרופ' מרדכי קרמיניצ'ר
- פרופ' גדעון רהט
- ד"ר תהילה שורץ אלטשולר
- פרופ' יובל שני

**מייסדים**

- ד"ר אריק ברמון
- מזכיר המדינה ג'ורג' שולץ (1920-2021)



## תמצית חוות הדעת:

1. הצעת חוק היסוד מבקשת לצמצם באופן ניכר את השימוש בעילה מרכזית מן המשפט המנהלי, המשרתת מטרה חיונית של פיקוח ובקרה על רשויות המנהל, מבטיחה קבלת החלטות מאוזנות שהן פרי הליך סדור ויסודי, מחייבת הקפדה על טוהר מידות ושלטון החוק ומונעת פגיעה נרחבת בזכויות יסוד.
2. הצעת חוק היסוד שוללת באופן גורף את סמכותו של כל בית משפט לבחון את סבירות החלטות הרשות המנהלית, בלא כל הבחנה בין החלטות ובלא כל הבחנה בין סוגים שונים של אי סבירות. ההצעה אף אינה מבחינה בין תפקידים שונים של נבחרי הציבור.
3. אחת ההשלכות המרכזיות של התיקון תהיה פגיעה ביכולת הפיקוח על כלל המינויים הנעשים על ידי נבחרי הציבור בשירות הציבורי. כך, למשל, ההצעה תסכל את האפשרות למנוע את פיטורי היועצת המשפטית לממשלה, פרקליט המדינה ובכירים אחרים שמונו על ידי הממשלה, וכן תמנע את האפשרות להתערב במינויים הפוגעים בטוהר המידות ובמינהל התקין. המחקרים מראים, אגב, כי השימוש שעושה בית המשפט בכלי הסבירות הוא מדוד ומרוסן, בייחוד כלפי מינויים שבוצעו על ידי הדרג הנבחר.
4. השפעה מרכזית נוספת של ההצעה תהיה כלפי יכולתו של הייעוץ המשפטי לממשלה לדרוש מנבחרי הציבור לנקוט במדיניות רציונלית. הייעוץ המשפטי הוא המכוון את מקבלי החלטות ומחייב את השרים לנמק את החלטותיהם. ביטולה של עילת אי הסבירות ביחס לדרג הנבחר תוביל הלכה למעשה לביטול חובתה של הרשות לנהוג בסבירות. בכך, ניטל מן הייעוץ המשפטי לממשלה ולמשרדי הממשלה כלי אפקטיבי להגנה על איכות השירות הציבורי ועל טוהר המידות והמינהל התקין.
5. הצעת החוק תסיר את המגבלות הקיימות כיום על הממשלה בתקופת בחירות, שכן עילת אי הסבירות היא הכלי המרכזי באמצעותו נקבעה "חובת האיפוק והריסון" של ממשלות בתקופת מעבר.



6. הצעת חוק היסוד מחלישה מאוד את האיזונים והבלמים, החלשים ממילא, בשיטת המשטר הישראלית. היא חוסמת בפועל את היכולת לביקורת שיפוטית על החלטות בלתי סבירות, המתקבלות על ידי הממשלה ושריה.
7. יש לזכור כי מדובר בהצעה אחת מתוך "הרפורמה המשפטית" שמובילה הקואליציה בימים אלה, המבקשת הלכה למעשה לחזק עוד את כוחו של הדרג הפוליטי הנבחר תוך החלשת כוחם של שומרי הסף והסרת מנגנוני הביקורת, הן החיצוניים (בתי המשפט) והן הפנימיים (הייעוץ המשפטי לממשלה ומשרדי הממשלה, מח"ש ועוד).
8. בפתח חוות הדעת נייחד מספר מילים על עילת הסבירות. לאחר מכן, נדון בתכליות של הסבירות ובחשיבותה של עילה זו, תוך מתן דוגמאות לפסיקה שהתבססה על עילה זו. בהמשך, נציג את הביקורת שהוצגה ביחס לעילת הסבירות, הן בפסיקה והן בספרות האקדמית ונתייחס לביקורת זו, תוך מתן דוגמאות ונתונים אמפיריים אודות היקפו האמיתי של השימוש בעילת הסבירות בידי בית המשפט; אחר כך, נפנה לניתוח מקיף של הצעת החוק ונצביע על הקשיים המשמעותיים שהיא מעוררת. כמו כן נצביע על ההשלכות הקשות של הצעת החוק, ובכלל זה על הפגיעה החריפה במעמדו של הייעוץ המשפטי לממשלה וכן על השלכות במישור הבינלאומי. לבסוף – נסכם.

## חוות הדעת

### א. מבוא

9. בימים אלה מונחת על שולחנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט הצעת חוק שיזם יו"ר הוועדה, המבקשת להגביל את סמכותו של בית המשפט לבחון את סבירות החלטותיו של הדרג הנבחר. הצעת חוק זו לכשעצמה מעוררת קשיים חוקתיים משמעותיים. קושי זה מתחדד נוכח העובדה כי הצעה זו היא חלק מסדרת תיקוני חקיקה שמקדמת הקואליציה הנוכחית, שזכתה לכינוי "הרפורמה המשפטית" במסגרתה שינויים דרמטיים במערכת המשפט: שינוי שיטת בחירת השופטים בישראל; הענקת "חסינות" לחוקי היסוד מפני ביקורת שיפוטית; צמצום הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת באמצעות עיגון "פסקת התגברות"; החלשת מעמדם של היועצים המשפטיים לממשלה. צמצומה של עילת הסבירות הוא אפוא נדבך אחד במכלול שינויים חוקתיים העומדים על הפרק וכך יש לראותה: כמרכיב אחד של מהלך רחב



הרבה יותר. כפי שנראה בהמשך, לנתון זה יש חשיבות מכרעת בניתוח הקשיים שהצעה זו מעוררת.

## ב. אודות עילת הסבירות

10. מאז קום המדינה ולמעשה עוד קודם לכן, קיים בג"ץ פיקוח שיפוטי על החלטותיהן של רשויות המדינה. כיום העוגן המרכזי לסמכות זו מצוי בסעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה, הקובעים כי לבג"ץ סמכות לדון בעניינים "אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר" [ס"ק (ג)] וכן "לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין – להימנע מלפעול" [ס"ק ד(2)]. עם חקיקתו של חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, הוסמך גם בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, לבחון את החלטות רשויות המנהל.

11. אין בישראל חוק כולל המסדיר את כללי היסוד לפעולתן של רשויות המינהל.<sup>1</sup> ההכרה בחובות המוטלות על הרשות המנהלית כמו גם עילות הביקורת השיפוטית המנהלית, התפתחו במרוצת השנים בפסיקה. פיתוח זה נעשה בהשראת הדין האנגלי ובדומה לאופן התפתחותו של המשפט המנהלי במדינות נוספות השייכות לשיטת המשפט המקובל, כמו אוסטרליה וקנדה.<sup>2</sup>

### שלושה מובנים של סבירות

12. חוקיותה של החלטה מנהלית נבחנת על ידי בית המשפט בשלושה מישורים:<sup>3</sup> **מישור הסמכות**: על פיו החלטת הרשות המינהלית צריכה להישען על חוק המסמך אותה לפעול וזאת בהתאם לעקרון חוקיות המינהל; **מישור ההליך**: הבוחן האם ההחלטה התקבלה בהליך תקין וראוי (לשם כך יש לעמוד בשורה של כללים כגון הענקת זכות טיעון למי שעתיד להיפגע מן ההחלטה, איסור על קבלת החלטות מתוך ניגוד עניינים,

<sup>1</sup> בעבר נעשה ניסיון להסדרה כוללת [תזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד–2014] אך הוא לא צלח.

<sup>2</sup> יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ה: עילות הביקורת המשפטית 3311, 3320 (2020).

<sup>3</sup> גיא ישראל זיידמן "מי אתה, המשפט המנהלי הישראלי?" בשולי הספר 'משפט מינהלי' מאת דפנה ברק ארזי **הפרקליט** נא 693, 699 (תשע"ב).



חובת ברור עובדתי, חובת הנמקה ועוד); **מישור שיקול הדעת**: הבוחן את אופן הפעלת שיקול הדעת וזאת על יסוד עילות שונות: חובת תום לב, איסור שקילת שיקולים זרים, איסור הפליה, חובה לפעול במידתיות וכן חובת הסבירות.

13. עילת הסבירות נוגעת, בעיקרה, במישור שיקול הדעת. לכן, חוות דעת זו תתמקד בהשלכות של צמצום עילת הסבירות על יכולתו של בית המשפט לבחון את שיקול הדעת המנהלי. עם זאת, כפי שנראה, לצמצום עילת הסבירות עשויות להיות השפעות גם על שני המישורים האחרים.

14. **המובן הראשון של סבירות**, עניינו בחובתה של הרשות המנהלית לנהוג בסבירות **בשלב הליך המנהלי**. סבירות היא למעשה אמת מידה שעל פיה בוחנים את תקינותו של הליך קבלת החלטות. כך, למשל, הרשות חייבת לבסס את החלטותיה על תשתית עובדתית **סבירה**.<sup>4</sup> קבלת החלטה על בסיס של חוסר בתשתית עובדתית מוגדרת כ"חוסר סבירות".<sup>5</sup> ביחס לאמינות הראיות הנדרשות לשם קבלת החלטה – הן צריכות להיות לא בגדר שמועות או רכילות אלא ראיות בעלות אמינות **סבירה** אשר ניתן להן משקל בשלב גיבוש החלטה.<sup>6</sup> דוגמא נוספת נוגעת לכללים המנחים לגבי אופן מימוש חובת היוועצות. אלה, כוללים, בין היתר, את הצורך לאפשר פרק זמן **סביר** לגורם המייעץ לשם גיבוש עמדה.<sup>7</sup> כן ניתן להצביע על החובה המוטלת על הרשות המנהלית לפעול תוך פרק זמן סביר.<sup>8</sup> **מובן זה של סבירות, שיש המכנים אותו "סבירות הליכית", אינו שנוי במחלוקת.**<sup>9</sup> מלשון הצעת החוק לא ברור כלל האם המחוקק מתכוון לשלול את סמכותו של בית המשפט לפסול החלטות גם מטעם זה של סבירות.

15. **המובן השני של חובת הסבירות**, אשר מכונה לעיתים "המובן המסורתי" של סבירות, עוסק בחובתה של הרשות לפעול בגדר התכליות שבגינן הוענקה לה הסמכות. אסור לרשות לקבל החלטה שהיא מופרכת או שרירותית.<sup>10</sup> הרשות אינה יכולה לקבל

<sup>4</sup> דפנה ברק-ארז **משפט מנהלי** כרך א 447-446 (2010).

<sup>5</sup> בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים**, פ"ד לז(3) 29 (1983).

<sup>6</sup> בג"ץ 987/94 **יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5) 412, 424-425 (1994).

<sup>7</sup> בג"ץ 5933/98 **פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה**, פ"ד נד(3) 496, 520 (2000).

<sup>8</sup> בג"ץ 1999/07 **גילאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006**, פ"ד סב(2) 123, פסי' 8 לפסק דינה של הנשיאה בניש (2007): "מועד סביר מבטא חובה לפעול במהירות ראויה כדי לקיים חובה ציבורית. חובה זו היא ממושכלות יסוד של מינהל תקין. [...] חובת הפעולה במהירות ראויה, המוטלת על הרשות הציבורית, אינה אלא חובת התנהגות בסבירות".

<sup>9</sup> יואב דותן "שני מושגים של סבירות" **ספר שמגר – מאמרים חלק א** 417 (אהרן ברק ואח' עורכים) (2003).

<sup>10</sup> דפנה ברק-ארז **משפט מנהלי** כרך ב 723 (2010). וראו גם: יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" **משפטים** נא (2022).



החלטה שהיא "כה מופרכת, מעוותת, קיצונית כך שלא יעלה על הדעת" שהמחוקק התכוון להסמיך את הרשות המנהלית להחליט כפי שהחליטה<sup>11</sup>. כלומר, מובן זה של סבירות, הכרוך למעשה בשאלת הסמכות, שימש את בית המשפט לבחינת החלטות מנהליות אף בעשרות השנים הראשונות לקיומה של מדינת ישראל.

16. גם בהקשר זה, לא ברור מלשון הצעת החוק האם הכוונה היא למנוע מבית המשפט להתערב גם כאשר מקבל ההחלטות קיבל החלטה שרירותית או מופרכת. החובה לנהוג בסבירות ובתום לב נגזרת מחובת הנאמנות של הרשות כלפי הציבור<sup>12</sup>, היא 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. השימוש בעילת הסבירות הוא בעיקרו אכיפה של עיקרון ביזור הסמכויות ולא הפרה שלו, שכן באמצעותו בית המשפט מוודא שהרשות המבצעת אינה חורגת מהסמכות שניתנה לה בחוק.<sup>13</sup>

17. **המובן השלישי של הסבירות**, עניינו בבחינת שיקול הדעת המנהלי. במסגרת זו בוחנים האם ההחלטה המנהלית משקפת איזון ראוי בין מכלול השיקולים הרלוונטיים לצורך קבלת ההחלטה: לא רק שאסור לרשות שלא להביא בחשבון שיקול רלוונטי<sup>14</sup>, אלא עליה להימנע ממתן משקל מופרז ביותר לשיקול שאינו מרכזי או משקל קרוב לאפסי לשיקול. 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"<sup>15</sup>.

18. בלא קיום של חובת הסבירות, בכל אחד מהמובנים שהובאו לעיל, איכות החלטות של הרשות המבצעת תיפגע: הן לא יהיו מבוססות על תשתית עובדתית מתאימה, הן לא יהיו מבוססות על כלל השיקולים הרלוונטיים והן עלולות להיות מונחות על ידי רצון לפעול שלא לטובת האינטרס הציבורי, ובכך להפר את החובה הבסיסית שכן: "איש הציבור הוא נאמן הציבור. לא לעצמו הוא פועל, אלא למען האינטרס הציבורי הוא פועל"<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> דותן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 679

<sup>12</sup> ראו את פסק דינו של השופט ברק, כתוארו אז, בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980).

<sup>13</sup> ראו לעניין זה את פסק דינו של השופט, כתוארו אז, שמגר בבג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד לה(2) 101, 94 (1976).

<sup>14</sup> ד"ר 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995).

<sup>15</sup> ברק-ארז, לעיל ה"ש 10, בעמ' 725.

<sup>16</sup> בג"ץ 1635/90 זרז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 778-779 (1991).



(1) כללי

19. תורת האמנה החברתית מניחה כי בני האדם היו מוכנים לוותר על חירותם לטובת שלטון מרכזי, ובלבד ששלטון זה יפעל לטובת הציבור ולמענו. חובת הסבירות, במובניה השונים, היא הכלי המרכזי לפיקוח שפעולות השלטון תהיינה לטובת כלל הציבור. אם לא מובטחת פעולת השלטון כנאמנו של הציבור בכללו, נשמט הבסיס מתחת לאמנה החברתית. חובת הסבירות היא הכלי המרכזי להבטיח כי החלטות ציבוריות יתקבלו לאחר הליך מסודר ויסודי במסגרתו נבחנו כלל השיקולים הרלוונטיים, באופן שיבטיח שמירה על האינטרס הציבורי. החובה לאסוף מסד מתאים של נתונים, לקבל החלטות שאינן שרירותיות או מופרכות, לשקול את כלל השיקולים הרלוונטיים ולאזן ביניהם, נועדה להבטיח כי קבלת החלטות על ידי הגוף השלטוני המוסמך, הן לטובת כלל הציבור.

(2) חובת הסבירות ככלי להגנה אפקטיבית על זכויות יסוד

20. תפקיד חיוני נוסף שממלאת עילת הסבירות הוא בתחום ההגנה על זכויות האדם. בחלק מהמקרים מדובר בהגנה על זכויות חברתיות, שטרם זכו להכרה מלאה בשיטת המשפט הישראלית.

21. כך, למשל, ביטל בית המשפט העליון תקנה בתקנות הביטוח הלאומי שנקבעה על ידי שר הרווחה, שעיקבה את התשלום לנכה אם ערער על דרגת הנכות שנקבעה.<sup>17</sup> במקרה אחר, הורה בג"ץ לשר הביטחון ולשר החינוך למגן את כל הכיתות בבתי הספר בשדרות וביישובי עוטף עזה בשיטת המיגון המלא ולא להסתפק רק בשיטת "המרחבים המוגנים" כפי שהוחלט על ידם מתוך שיקולים תקציביים. זאת, לאחר שנקבע כי האיזון שהמדינה ערכה בין האיזמים הנשקפים לתלמידי בתי הספר באזור זה לבין שיקולים תקציביים חורג משמעותית ממתחם הסבירות.<sup>18</sup>

22. עילת הסבירות התגלתה כחשובה במיוחד בהיבט זכויות האדם, במקרים שבהם החליטה המדינה להחיל מדיניות חדשה באופן מידי. נפסק כי החלטה של הרשות על

<sup>17</sup> בג"ץ 5580/98 סופר נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נד(4) 319 (2000).

<sup>18</sup> בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007).



החלה מיידית של שינויים משמעותיים בשירות שהמדינה נותנת לאזרח – כאשר האזרח כבר נקט באמצעים בהסתמך על מדיניות זו ומבלי שניתנה תקופת היערכות למדיניות החדשה – היא בלתי סבירה. אף אלו החלטות שבמהותן קרובות להחלטות שרירותיות. כך, פסל בית המשפט את החלטת שר הדתות לשנות את המבחנים לחלוקת כספי תמיכות של המשרד לארגונים דתיים למפרע, תוך שהוא קובע ששינוי למפרע ללא תקופת הסתגלות הוא בלתי סביר.<sup>19</sup> במקרה אחר, קבע בג"ץ כי שר האוצר אינו רשאי להפסיק באמצע השנה את הסבסוד לאברכים שילדיהם נמצאים במעונות יום לפעוטות ללא קביעת הוראת מעבר סבירה ומידתית, וכי הסבסוד יימשך עד סוף השנה.<sup>20</sup>

### (3) עילת הסבירות ככלי לחשוף קיומם של שיקולים זרים

23. עילת הסבירות התגלתה במרוצת השנים כחיונית במיוחד במקרים בהם עילות הביקורת האחרות על העשייה המנהלית לא אפשרו לחשוף את הפגם בהתנהלותה של הרשות המנהלית. מדובר במקרים שבהם **סביר להניח** שמתקיימות עילות מנהליות אחרות, אך לבית המשפט היה קושי להוכיח את התקיימותן. כפי שהסבירה פרופ' ברק-ארז: "במקרים אלה, ניתן עדיין להצביע על האופי הבלתי מאוזן של ההחלטה, בהתחשב במניעיה הגלויים של הרשות".<sup>21</sup> כלומר, במקרים קיצוניים, בהם נשקלו שיקולים זרים או שההחלטה היתה נגועה במשוא פנים או בניגוד עניינים, עילת הסבירות היא כלי מרכזי – אולי יחיד – לחשיפת הפגמים בהם נגועה ההחלטה.

24. פעמים רבות מובא בפני בית המשפט מקרה שבו אין להחלטה הרשות הגיון פנימי, או החלטה שבה הקשר בין האמצעי למטרה אינו ברור. במקרים אלה הרשות מציגה בפני בית המשפט הליך קבלת החלטות שאינו בהכרח מגלה את כלל השיקולים של הרשות. המוטיבציה שביסוד ההחלטות היא עניין פנימי שאינו גלוי לעין. האופן בו מתקיים בירור שיפוטי במסגרת עתירה מנהלית, תוך הסתמכות על תצהירים בלבד, ללא שמיעת עדויות ובלי בחינה בפועל של הליך קבלת ההחלטה ברשות אינו מאפשר לבית המשפט, בדרך כלל, לברר עד תום את הסיבות והנסיבות האמיתיות שעמדו בפני המחליטים. החלטות מסוג זה מחייבות את השימוש בעילת הסבירות. בלעדי

<sup>19</sup> בג"ץ 5290/97 עזרא – תנועת הנוער החרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 410 (1997).

<sup>20</sup> בג"ץ 5782/21 זילבר נ' שר האוצר (נבו) 12.1.2022.

<sup>21</sup> ברק-ארז, לעיל הי"ש 10, בעמ' 726.

השימוש בה, לא ניתן יהיה לפסול החלטות שערורייתיות, הפוגעות באופן קשה באינטרס הציבורי.

25. מקרה מובהק לכך הוא עניין צוקר. במשך שנים רבות נעשה תכנון להקמת אצטדיון בירושלים, שהתנגדו לו גורמים חרדיים. התוכנית להקמת האצטדיון אושרה בוועדת התכנון, אך מנכ"ל משרד הפנים, שהשתייך לאותם גורמים חרדים, ושהסמכות לאשר את התכנית הואצלה לו מידי שר הפנים, החליט שלא לאשר את התוכנית. זאת, בין היתר בטענה כי נדרשת תוכנית מתאר כוללת לאזור. ברור היה לכל הנוגעים בדבר – וגם כנראה לבית המשפט – כי הטעם האמיתי להתנגדות לאצטדיון הוא טעם אידיאולוגי, שמנכ"ל משרד הפנים לא יכול היה להציג אותו, שכן מדובר ב"שיקול זר". הטעם שהוצג בפועל על ידי המנכ"ל היה פשוט לא רציונלי. משכך, בית המשפט קיבל את העתירה וקבע כי ההחלטה שלא לאשר את התוכנית אינה עומדת במבחן הסבירות.<sup>22</sup>

#### (4) שמירה על טוהר המידות ושלטון החוק

26. תשומת לב ציבורית רבה הופנתה להחלטות של בית המשפט העליון בעניין פסילת מינויים של שרים, הגם שפסיקה זו היא מועטה. במקרים הבודדים בהם בג"ץ עשה שימוש בעילה זו, היו אלה מקרים חריגים שבהם ההתערבות נדרשה לשם שמירה על טוהר המידות, דמותו של השלטון ואמון הציבור. כך, בג"ץ פסק כי אי-העברתו מתפקיד של שר הפנים, אריה דרעי, שנגדו הוגש כתב אישום חמור, נגוע בחוסר סבירות קיצוני. הנשיא שמגר הבהיר כי "אם יכהן בממשלה שר שהוגש נגדו כתב-אישום המאשימו בלקיחת שוחד במאות אלפי שקלים ובשימוש לרעה, באופנים אחרים, במשרות שלטוניות, תהיה לכך השלכה מרחיקת לכת על דמות השלטון

<sup>22</sup> כדבריו של בית המשפט לעניין זה: "אם תכנית האיצטדיון תצטרך להמתין עד לבדיקת כל התכניות בתכנית רבת המימדים – מתי, אם בכלל, יקום האיצטדיון? [...] רצון העירייה והצורך בבניית איצטדיון לעיר ירושלים, הטיפול והתכנון הממושך בתכנית זו – לא ניתן להם משקל ראוי, בעוד שלדרישה של הכנת תכנית כוללת ניתן משקל מעל ומעבר לראוי ולנדרש". [...] קבלת עמדת המשיב 2 [מנכ"ל משרד הפנים] יש בה כדי לעכב את הקמת האיצטדיון ללא הגבלת זמן, אולי "עד שיבוא אליהו"; במצב הטוב ביותר יש בכך כדי לסכל את התכנית לשנים הקרובות, ללא הצדקה", בג"ץ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 529 (1989).



בישראל, על תום-לבו ועל הגינותו. עניין זה משליך במישרין על שאלת הסבירות, לפי הוראותיו של הדין.<sup>23</sup>

27. ואולם, מרבית המקרים שבהם נפסלו מינויים לא עסקו במינויים של פוליטיקאים, אלא במינויים שנעשו על ידי פוליטיקאים, אשר בית המשפט קבע לגביהם כי חרגו בצורה קיצונית ממתחם הסבירות. כך, למשל, פסל בית המשפט מינוי לתפקיד מנכ"ל משרד ממשלתי לאחר שנמצא שהמנכ"ל המיועד שיבש חקירה והעיד שקר בבית המשפט. בית המשפט קבע כי:

..." מי שבעברותיו פגע באושיות המבנה החברתי וביכולתן של ערכאות שיפוטיות או מעין שיפוטיות לעשות משפט צדק, מינויו למשרה בכירה

בשירות הציבור הינו פעולה בלתי סבירה באופן קיצוני"<sup>24</sup>

28. בדומה, בית המשפט פסל מינוי של אדם למנכ"ל משרד ממשלתי לאחר שנמצא שקיבל פיצויים על סמך תצהירים כוזבים.<sup>25</sup> כן פסל בית המשפט החלטה של שר הביטחון והרמטכ"ל לקדם לדרגת אלוף את מי שהודה בהתנהגות בלתי הולמת על רקע מיני.<sup>26</sup> למרבה הצער רווחת בישראל תופעה של מינוי אנשים בלתי כשירים שסגולתם היחידה למינוי היא נאמנות לממנה. מינויים כאלה עלולים לעודד שחיתות, לדרדר את המנהל הציבורי, את הליכי קבלת ההחלטות בממשלה ולפגוע קשות במשילות.

29. אי סבירות רלוונטית לא רק למקרים של אי התאמה נורמטיבית, אלא גם ואולי במיוחד, על רקע של אי התאמה מקצועית. כך, למשל, נפסל מינוי מנכ"ל משרד המדע והטכנולוגיה לנוכח אי עמידה בתנאי הסף המקצועיים.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז(5) 404 (1993). במקביל ניתנה פסיקה דומה לגבי סגן השר רפאל פנחסי, גם הוא ממפלגת ש"ס (בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר מידות נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז(5) 441 (1993)).

<sup>24</sup> בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מד(2) 229 (1993).

<sup>25</sup> בג"ץ 932/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הוועדה לבדיקת מינויים, פ"ד נג(3) 769 (1999).

<sup>26</sup> בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62 (1999).

<sup>27</sup> בג"ץ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל ואח' (נבו) 24.11.2009.

## (5) פיקוח על הרשויות המקומיות

30. בהצעת החוק נקבע כי בית המשפט לא יוכל לפסול החלטות מכוח סבירות של כלל נבחרי הציבור. כפי הנראה הכוונה היא להחלטות של נבחרים ברשויות מקומיות. זהו צמצום בעייתי במיוחד של סמכות הביקורת של בג"ץ, על רקע תופעות של שחיתות שלטונית ברשויות המקומיות. כך, למשל, מכוח עילת הסבירות, בית המשפט הפסיק את כהונתם של ראשי ערים שנגדם הוגשו כתבי אישום חמורים.<sup>28</sup> בית המשפט אף התערב בהחלטות אחרות של ראשי רשויות מקומיות, שנראו כחורגות באופן משמעותי ממתחם הסבירות. זאת, למשל, כאשר בית המשפט חייב רשויות מקומיות להקים מקוואות בשטחן<sup>29</sup> או כאשר ביטל בית המשפט הליכי מכרז שנפתחו על ידי ראש מועצה שלא כדין.<sup>30</sup>

31. ההתערבות בנושאי הרשויות המקומיות מוכיחה את הסכנות שבצמצום עילת הסבירות על הפעילות של כלל נבחרי הציבור. רשויות מקומיות, שלכאורה נתונות תחת פיקוח הדוק של משרד הפנים, מוסמכות לקבל החלטות תקציביות רבות שיש להן השפעה ישירה על חיי האזרחים, במובן המשמעותי ביותר.

## (6) הגנה על ההליך הדמוקרטי ומניעת ניגוד עניינים: המגבלות על כוחן של ממשלות מעבר

32. בחינה של השימוש בעילת אי הסבירות הקיצונית בפועל מלמדת כי מרכיב חשוב של ביקורת על החלטות הממשלה במליאתה מופנה כלפי החלטות של **ממשלת מעבר**.

33. בית המשפט קבע כי חלה על ממשלת מעבר חובת איפוק (בכפוף לצורך ציבורי חיוני בעשייה) וכי מתחם הסבירות שלה מצומצם יותר.<sup>31</sup> כך, למשל, בית המשפט פסק כי אין למנות רבנים בתקופת ממשלת מעבר.<sup>32</sup> במקרה אחר, השופט סולברג, שכתב את חוות הדעת המרכזית (אליה הצטרפו השופטות וילנר ורוזן), קבע כי המינוי של יו"ר הוועדה המייעצת למינויים בכירים בתקופת בחירות אינו יכול לעמוד, למרות הצורך

<sup>28</sup> בג"ץ 4921/13 אומ"ץ – אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון (14.10.2013).

<sup>29</sup> עע"מ 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים (9.9.2014). (עת"מ (מרכז) 21-04-26581 בוני ואח' נ' מועצה אזורית ברנר ואח' (24.1.2023).

<sup>30</sup> עת"מ (חי) 22-05-26123 עו"ד שחאדה נ' ריאן ראש מועצה מקומית כאבול (נבו) (9.6.2022).

<sup>31</sup> בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455 (2001).

<sup>32</sup> בג"ץ 9577/02 סיעת המפד"ל הדתית לאומית המזרחי נ' יו"ר הכנסת פ"ד נו(1) 710 (2002).





החיוני במינוי הרמטכ"ל. בית המשפט קבע שם כי הממשלה לא הראתה מדוע לא ניתן היה למנות את יו"ר הוועדה במינוי זמני, כמתחייב מהנחיות היועמ"ש לעניין מינויים בתקופת בחירות.<sup>33</sup> הנחיות אלה יש לציין, מבוססות על ההלכה שנקבעה בפסיקה בדבר צמצום מתחם הסבירות של ממשלות מעבר.

34. ההתערבות בהכרעות של ממשלת מעבר מדגימה את המקרים שבהם בית המשפט מתערב בהכרעות של הממשלה. המדובר כאן הוא בהתערבות בשיקול דעת של נבחר ציבור **מתוך כבוד להליך הדמוקרטי**. כאשר הבחירות כבר הוכרזו, הלגיטימציה הדמוקרטית של נבחר הציבור לקבל החלטות שאינן דחופות פחותה. יתר על כן, קיים חשש אמיתי כי במקרים אלו הכרעות חשובות של נבחר הציבור לא יעשו תוך שקילת האינטרס הציבורי, אלא על מנת לרצות קבוצת מצביעים לקראת הבחירות הקרבות והולכות. החלטות אלו נועדו **להגן** על ההליך הדמוקרטי ומכוח הגנה זו יש חשיבות מכרעת לסמכות בית המשפט לפסוק בהן על פי עילת הסבירות.

#### ד. הביקורת על עילת הסבירות בפסיקה ובספרות

35. עילת אי הסבירות התפתחה במהלך השנים במדינות בעולם ובישראל, במקביל להתפתחות עילות אחרות של המשפט המנהלי. כיום, עילה זו היא כלי ביקורת מרכזי בידי בית המשפט לבחינת החלטות שלטוניות, בדגש על שיקול הדעת של מקבלי החלטות בתפקידים ציבוריים.

36. במרוצת השנים, נמתחה ביקורת על השימוש שעושה בית המשפט בעילת הסבירות, הן בפסיקה והן בספרות. נטען כי עילת הסבירות היא עילה עמומה, בעלת רמת הפשטה גבוהה מדי. כן נטען כי עילה זו מביאה למעורבות שיפוטית עמוקה מדי.<sup>34</sup> על פי טענה זו, בית המשפט זנח זה מכבר את עילת הסבירות במובנה המסורתי (סבירות כנגד פעולות שרירותיות או מופרכות) ועבר לסבירות "אקטיביסטית" יותר, המביאה להתערבות יתר של בית המשפט העליון, בייחוד בכל המדובר בהחלטות דרג נבחר.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> בג"ץ 5403/22 לביא, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' ראש הממשלה (נבו 22.9.2022).

<sup>34</sup> ראו דבריו של השופט, כתוארו אז, גרוניס בבג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445 (2007).

<sup>35</sup> וראו לעניין זה במיוחד את דבריו של השופט סולברג במאמרו "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18, 37 (2020); דבריו של השופט לנדוי בפסק הדין בעניין דפי זהב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 433; דבריו של הנשיא גרוניס בפסק הדין בעניין אמונה, לעיל ה"ש 34; וכן דבריהם של השופט סולברג והשופטת וילנר בבג"ץ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך (נבו 29.3.2022).



37. טענה זו, היא כי זו כוללת הכרעה בנושאים ערכיים, המסורים לשיקול דעתו של נבחר הציבור, וכי כאשר בית המשפט מתערב בהכרעות אלו הוא למעשה מתערב באופן לא דמוקרטי בשיקול דעתו של נבחר הציבור. לשונו של השופט סולברג:

”ביקורת שיפוטית המבוססת על עילת הסבירות המהותית, הרחבה, העמומה, אינה הולמת ביקורת שיפוטית על החלטות המשקפות הכרעה ערכית-מקצועית של דרג פוליטי נבחר. היא פוגעת בגרעין הקשה של עקרון הפרדת הרשויות. נעדרים ממנה שני היסודות שעליהם עמדתי לעיל: **מומחיות והכשר דמוקרטי**. גם הניסיון בשטח מלמד כי הביקורת נגד השימוש בעילת הסבירות המהותית מופנית בעיקרו של דבר כלפי אותם מצבים שבהם בית המשפט מתערב בשיקול דעתו של דרג נבחר” (ההדגשה במקור).<sup>36</sup>

38. הנה כי כן, על פי טענה זו, למרות שיש חובה על מקבל החלטות לפעול תוך התחשבות בכלל השיקולים, הרי שביחס לנבחר הציבור, החובה נגזרת משיקולי מדיניות ולא מבחינה אובייקטיבית של השיקולים, ומכאן הקושי בקיום פיקוח חיצוני על חובה זו.

#### ה. המענה לביקורת

39. אין חולק כי עילת הסבירות ההתפתחה עם השנים. אלא שההתפתחות זו של עילת הסבירות מגיעה יד ביד **עם התפתחות בתפקידיה של הממשלה ובדרכי פעולתה**. אין להשוות ממשלה של מדינה קטנה ודלה יחסית, כפי שהייתה ישראל ב-1980, למדינת ישראל של העשור השלישי של המאה ה-21. אין מדובר רק בגידול מספרי. סמכויות המגזר הציבורי במדינה הרגולטורית המודרנית הן רחבות ביותר, ודורשות התמקצעות רבה. השוק המתוחכם והמגזר הפרטי המורכב מחייבים ביקורת מקיפה על מעשי המינהל. הביקורת השיפוטית המקיפה על סבירות הפעולה של המנהל מגיעה גם כתוצאה מהתפתחות זו, המחייבת הרחבה של היקף עילת הסבירות. עם זאת, הטענה על פיה בית המשפט מתערב יתר על המידה בהחלטות הרשות המנהלית – אינה נכונה.

<sup>36</sup> נעם סולברג “על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים”, לעיל ה”ש 35, בעמ’ 53.



40. ראשית, בפועל התערבותו של בית המשפט היא מצומצמת למדי, נוכח היצמדות למבחן של אי סבירות קיצונית.<sup>37</sup> שנית ועיקר, בית המשפט הכיר בקיומו של "מתחם סבירות". מונח זה מבטא את מגוון ההחלטות שהרשות השלטונית יכול שתקבל ושכולן תהיינה חוקיות. בית המשפט אינו נכנס לנעלי הרשות השלטונית בבחירה בין החלטות שונות הנמצאות בתוך מתחם הסבירות, אלא מתערב רק באותן החלטות שאינן סבירות באופן קיצוני, דהיינו חורגות באופן מובהק ממתחם הסבירות.

41. ברוב המוחלט של המקרים שבהם בית המשפט נדרש לבחון את סבירות החלטותיה של הרשות המנהלית, הוא מגיע למסקנה שהחלטות הרשות היו במסגרת מתחם הסבירות ואין הוא מתערב בהן. מעטים המקרים שבהם החלטת רשות שלטונית נפסלת על ידי בית המשפט בשל היותה בלתי סבירה באופן קיצוני. לכן, אין יסוד לטענה כי הפעלת עילת הסבירות נעשית בצורה אינטנסיבית מדי, באופן שלמעשה "מחליף את שיקול הדעת של נבחרי הציבור בשיקול הדעת של בית המשפט".

42. כאמור, בפועל, ההתערבות של בית המשפט בהחלטות של הדרג הנבחר היא מצומצמת מאד. בית המשפט נוקט ריסון רב ככל שמדובר בהחלטות של נבחרי ציבור. גישה זו מבטאת את הכבוד שהרשות השופטת נותנת להחלטות הדרג הנבחר ונובעת מתפיסה ראויה של הפרדת רשויות.

43. לפי מחקר שנערך בנושא, בית המשפט מתערב בהחלטות הרשות המבצעת – בכל עילות הביקורת העומדות לרשותו – בממוצע בכ-10% מהמקרים המובאים בפניו,<sup>38</sup> ויש מחקרים שמצביעים על שיעור התערבות נמוך עוד יותר.<sup>39</sup> יש להדגיש כי רק חלק קטן מהתערבות זו מוביל בסופו של דבר לפסילת ההחלטה ממש. ברוב המקרים, המדובר בהתערבות שמובילה לשינויים קטנים יותר בהחלטה שנתקבלה. רק מיעוט מבין המקרים שבהם בית המשפט מתערב בהחלטות שרים עוסק בכלל בעילת הסבירות, וברוב המקרים ההחלטה מתבטלת בגלל עילות אחרות.

<sup>37</sup> מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור, 773 (2013). ראו שם: "סקירות אמפיריות של השימוש השיפוטי בעילת אי-הסבירות בישראל אינן מובילות למסקנה כי בג"ץ התיר כל רסן. נהפוך הוא, גישה זהירה ובצידה התערבות במקרים ספורים בלבד, כגישתו של השופט אור, היא השולטת בפסיקה הישראלית".

Maoz Rosenthal, Gad Barzilai and Assaf Meydani, *Constitutional Judicial Review, Chief Justices, and Judges' Preferences: Institutional Lessons and Israel's High Court of Justice*, SSRN (2016).

<sup>39</sup> לדוגמה 3% פסיקה גלויה נגד הממשלה, לפי Keren Weinsahl and Lee Epstein, *Developing High-Quality Data Infrastructure for Legal Analytics: Introducing the Israeli Supreme Court Database*, JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES (2020).

44. כאמור, אחד התחומים שבהם נטען כי בית המשפט מגלה בו מעורבות רבה מדי הוא תחום המינויים.

בעניין זה נדגיש כי לדעתנו, החלטות המוגדרות כהחלטות "ערכיות", למשל בעניין מידת התאמתו של אדם למשרה ציבורית, אינן צריכות להיות חסינות כליל מפני ביקורת שיפוטית. זאת, מאחר שגם במקרים אלה, מדובר בשאלה של איזון ראוי בין ערכי יסוד, כגון: טוהר מידות, אמון הציבור, זכות לבחור ולהיבחר ועוד. בפועל, מספר הפסילות של מינויים ממשלתיים הוא מועט. בדיקה של עתירות מכוח עילת הסבירות בין השנים 2003-2022 העלתה כי אל מול שישים וארבע (64) עתירות שהוגשו כנגד מינויי שרים, סגני שרים ומינויים בכירים אחרים ברשות המבצעת, התקבלו בסך הכל 12 עתירות, כאשר רק שבע מהן על בסיס עילת הסבירות.<sup>40</sup> רק שתיים (2) מבין העתירות שהוגשו נגד מינויים של שרים וסגני שרים התקבלו.<sup>41</sup> רק אחת (1) מבין עשרים ושתיים העתירות שהוגשו נגד מינויים שבסמכות הממשלה התקבלו. בארבעה (4) מקרים התקבלו עתירות נגד החלטות של שרים למינוי לתפקידים בכירים בשירות הציבורי.<sup>42</sup>

45. יש הבדל תהומי בין פיתוח שיפוטי של עילת הסבירות, שיכול שינקוט צמצום שיפוטי של היקף השימוש בה, גישה המזוהה, למשל, עם הנשיא (בדימוס) גרוניס וכן עם

<sup>40</sup> אלעד גיל ובל יוסף "השימש בעילת הסבירות בפיקוח על מינויים ציבוריים" (תכלית) – המכון למדיניות ישראלית 2023.

<sup>41</sup> בשני המקרים (בפסקי דין בעניינם של השר דרעי וסגן השר ליצמן) היו טעמים נוספים מלבד הסבירות. יש לציין כי אחת מהעתירות (בעניינו של דרעי) היא למעשה אותו המקרה שהטריד את בית המשפט עוד בשנות ה-90. המקרה השני, של סגן השר ליצמן, אינו עוסק במינוי עצמו, אלא בשאלה חוקתית של פרשנות תפקידו של סגן שר אל מול תפקידו של שר.

<sup>42</sup> המקרים שבהם התקבלו העתירות נגד מינויים על ידי שרים או על ידי הממשלה הם:  
(1) עתירה כנגד החלטת השר לביטחון פנים למנות את תני"צ בנצי סאו לתפקיד מזכיר המטה המבצעי של השר לביטחון פנים על רקע מסקנות ועדת אור שקבעו שהוא יקודם בתפקיד למשך ארבע שנים. בג"ץ 4585/06 ועד משפחות הרוגי אוקטובר 200 נ' השר לביטחון פנים (24.10.2006).

(2) עתירה נגד החלטת שר התחבורה להאריך את כהונת יהושע שדה כמנהל אגף במשרד התחבורה, לאחר שהורשע בעבירות משמעות. בג"ץ 7542/05 גל פורטמן נ' מאיר שטרית (11.2.2007).

(3) עתירה נגד החלטת שר האוצר שלא לקבל את המלצת ועדת האיתור למנות את משה אשר לראש רשות המיסים. בג"ץ 8134/11 משה אשר נ' שר האוצר (29.1.2012).

(4) עתירה כנגד החלטת שר המדע שלא למנות את פרופ' יעל אמת' לחברה במועצת הנגידים של קרן המחקר גרמניה-ישראל בגלל שחתמה בעבר על עצומה התומכת בסרבני שירות בשטחים. בג"ץ 5769/18 פרופ' אמת' נ' שר המדע והטכנולוגיה (4.3.2019).

(5) עתירה נגד החלטת הממשלה למנות את שר שלום ג'רבי למנכ"ל משרד המדע, לאחר החלטת ועדת המינויים שהוא אינו כשיר לתפקיד. בג"ץ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (24.11.2009).

(6) עתירה נגד ראש הממשלה בשל מינוי יעקב ליצמן כסגן שר הבריאות במעמד של שר. בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל (23.8.2015).

(7) עתירה הדורשת מראש הממשלה להעביר את השר אריה דרעי מתפקידו כשר הפנים וכשר הבריאות. בג"ץ 8948/22 אילן שיינפלד נ' הכנסת (18.1.2023).



השופט סולברג, לבין ביטול מוחלט של עילת הסבירות באמצעות חקיקה, מהלך שמהווה צמצום הביקורת השיפוטית ושאינו מקובל במקומות אחרים בעולם.

46. ואם במבט משווה עסקינן, נבחר כי עילת הסבירות מן הסוג שיש בישראל אינה תופעה ייחודית. עילת אי הסבירות קיימת בצורה דומה לישראל בחלק ממדינות המשפט המקובל כמו אוסטרליה,<sup>43</sup> קנדה<sup>44</sup> ובריטניה.<sup>45</sup> 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 עילות הביקורת של המשפט המינהלי, בהן עילת הסבירות, באופן שיצמצם אותן הלכה למעשה. לאחרונה, כדי להתמודד עם הצעות אלה, הפרלמנט הקים ועדה מיוחדת לבחינתן. הוועדה התבקשה 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 המנהלי. הוועדה הבהירה כי אין טעם בחקיקת עילת הסבירות או עילות אחרות של המשפט המינהלי, וכי נכון יותר להמשיך את פיתוחן באמצעות בתי המשפט, כמו שנעשה באנגליה במשך כ-400 שנה.<sup>46</sup> לצד מסקנת הוועדה, הביקורת האקדמית והציבורית הבהירה כי ביטול עילת הסבירות יהיה סוג של אבסורד ממש.

47. חשוב להדגיש כי ההשוואה בין הדין שחל בישראל לבין המשפט המשווה בכל הנוגע לשימוש בעילת הסבירות מתעלמת מנתון חשוב והוא התרבות הפוליטית של לקיחת אחריות ציבורית על ידי נבחרי הציבור, שאינה קיימת במחוזותינו.<sup>47</sup> כך, למשל, כאשר נחשף כי שר ההגנה הגרמני העתיק את עבודת הדוקטורט שלו, הוא מיהר להתפטר מתפקידו. גם שר החינוך ברומניה התפטר בנסיבות דומות.<sup>48</sup> בקנדה, שר האוצר בפרובינציית אונטריו התפטר מתפקידו בעקבות ביקורת ציבורית על נסיעה

<sup>43</sup> שם נקבע בפירוש כי סבירות אינה מצומצמת רק למקרים של החלטות "שאף אדם סביר לא היה יכול לקבלן" אלא קיימת אי סבירות גם בהחלטה המבוססת על הענקת משקל לא פרופורציונלי לשיקול מסוים.

*Minister for Immigration and Citizenship v. Li* (2013) 248 CLR 332

<sup>44</sup> שם נקבע בפסק הדין *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov* 2019 SCC 65 כי המבחן המקובל לבחינת פעולות המנהל הוא "הסבירות". פעולה תהיה בלתי סבירה כאשר היא לא רציונלית לאור הנימוקים שניתנו לה, או שאינה תואמת את ההקשר העובדתי.

<sup>45</sup> בבריטניה בעיקר ביחס להפרות נטענות של זכויות אדם, בהן עילת הסבירות נפוצה יחסית. ראו **כהן**, לעיל ה"ש 37.

<sup>46</sup> *The Independent Review of Administrative Law* (2021)

<sup>47</sup> ראו על כך אצל תני גולדשטיין "השוואה בינלאומית: מועדון המנהיגים החשודים" **זמן ישראל** (28.11.2009) <https://www.zman.co.il/59662/popup>

<sup>48</sup> אסף שטול-טראורינג "שר החינוך הרומני התפטר בכלל פליגיאט מחוקרים ישראלים" **הארץ** (17.5.2012) <https://www.haaretz.co.il/news/world/2012-05-17/ty-article/0000017f-dbee-db22-a17f-ffff33100000>



פרטית שלו לאיים הקריביים בזמן מגפת הקורונה, שעה שהתושבים נקראו להימנע מנסיעות שאינן חיוניות.<sup>49</sup> לאחרונה, סגן ראש הממשלה ושר המשפטים בבריטניה, התפטר בעקבות דו"ח שמצא כי הוא התעמר בעובדי משרדו.<sup>50</sup>

48. בישראל תרבות ה-It's not done אינה קיימת. אין נורמה של לקיחת אחריות אישית והתפטרות בגין התנהגות לא הולמת. בהקשר זה יפים דבריו של השופט חשין: "עומק התערבותו ותחומי התערבותו של בית-המשפט במעשי השילטון ייקבעו על-פי דרכי הנהגתו של השילטון... וכך, ככל שתחום ה-it isn't done- יירחב וילך, כך ייצר וילך תחום התערבותו של בית-המשפט; ולהיפך".<sup>51</sup> כאן המקום להזכיר כי עד היום ממשלות ישראל לדורותיהן, טרם השכילו לאמץ קוד אתי שיתווה נורמות התנהגות ראויות.

#### 1. הקשיים שמעוררת הצעת חוק היסוד והשלכותיה

49. אכן, כפי שעולה מן הסקירה לעיל, נשמעו קולות ביקורתיים, הן בפסיקה והן בכתובה האקדמית, ביחס לשימוש שבית המשפט עושה בעילת הסבירות. ואולם, קיים מרחק רב בין הביקורת שלעיל לבין הצעת החוק:

**ראשית**, הביקורת שהופנתה נגד השימוש בעילת הסבירות, לא טענה כי יש להגביל בחקיקה את סמכותו של בית המשפט. גם דבריו של השופט סולברג במאמרו אינם כוללים קריאה להגביל בחקיקה את סמכותו של בית משפט לבחון את סבירות החלטותיה של הרשות המנהלית. אין דין שלילה מוחלטת של האפשרות להפעיל ביקורת שיפוטית כדין קריאה להפעלה מדודה שלה בידי בית המשפט. אכן, יש קולות לא מעטים בתוך בית המשפט, בוודאי בשנים האחרונות, אשר קוראים להפעלה זהירה של עילת הסבירות ואף מיישמים זאת הלכה למעשה. זוהי התפתחות לגיטימית שהיא פרי דיאלוג חוקתי ושיח אקדמי וציבורי. במסגרת זו, עדיין נותרת בידי בית המשפט האפשרות להפעיל את עילת הסבירות במקרים חריגים וכפי

<sup>49</sup> סוכנויות הידיעות "שר בקנדה התפטר אחרי שנסע לאיים הקריביים בזמן הסגר" וואלה (1.1.2021) <https://news.walla.co.il/item/3408855>

<sup>50</sup> דוד ברוך "טלטלה בלונדון: שר המשפטים התפטר בעקבות התעמרות בעובדים" ישראל היום (21.4.2023) <https://www.israelhayom.co.il/news/world-news/europe/article/13960314>

<sup>51</sup> בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פסי' 45 לפסק דינו של השופט חשין (נבו) 9.10.2003.



שהראינו, גם שופטים שנמנים עם מבקריה של עילת הסבירות, משתמשים בה במקרים מסוימים.

**שנית**, הביקורת כנגד עילת הסבירות הופנתה בעיקר נגד הסבירות האיזונית. ואולם, הנוסח הגורף של הצעת החוק, עשוי למנוע ביקורת גם על ההליך המנהלי כמו גם על החלטות שהן מופרכות מן היסוד. נשוב ונדגיש כי עילות הביקורת המנהלית שזורות זו בזו. כך, עילת הסבירות והחובה לקבל החלטה המבוססת על נתונים קשורות זו בזו כמעט לבלי הפרד. למעשה, כך לגבי שורה ארוכה של עילות שכן עילת הסבירות היא "עילת סל" המרכזת בתוכה התייחסויות למגוון שלם של עילות, אשר אינן מעוגנות בחוק. "גזירה" של עילת הסבירות מחוץ לעילות המשפט המנהלי משמעה כי כלל המבנה של המשפט המנהלי יעמוד על כרעי תרנגולת. במקום לעגן את עילת הסבירות בחקיקה, מבקשת הצעת החוק ליתן חסינות לשלטון להחלטות בלתי סבירות.

**שלישית**, גם מי שסבור כי צמצום השימוש בעילת הסבירות בידי בית המשפט הוא צעד נכון, אינו מבקש להעניק "חסינות" גורפת מפני ביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות. כפי שנדגים להלן, הצעת חוק היסוד גורפת למדי וזאת בשני היבטים:

(1) מקבלי ה"חסינות" – ההצעה מחסנת מביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות, הן החלטות של שרים בודדים והן החלטות של ממשלה. הגם שאנו מתנגדים למתן פטור לממשלה מבחינת סבירות החלטותיה, אין ספק כי אין דין החלטה המתקבלת על ידי שר בודד כדין החלטה המתקבלת על ידי כל מליאת הממשלה, הן מבחינת הלגיטימציה הציבורית והן מבחינת שקיפות הליך קבלת ההחלטות והפומביות של החלטות אלה. לא זו אף זו. הצעת חוק היסוד אף מבקשת להרחיב את מעגל הנהנים מן הפטור תוך מתן אפשרות לקבוע בחוק גם נבחרי ציבור אחרים, כאשר הגדרה עמומה זו כוללת באופן פוטנציאלי ראשי רשויות, מועצות מקומיות ועוד. למותר לציין כי ככל שמתרחב מעגל החסינים מפני ביקורת שיפוטית על יסוד עילת הסבירות, כך מתרחב הנזק לאינטרס הציבורי ולשלטון החוק.

(2) סוגי החלטות הזוכות ל"חסינות" – עיקר הביקורת בפסיקה ובספרות נגד מעורבות שיפוטית על בסיס עילת הסבירות הופנה ביחס להחלטות מדיניות רחבות. ואולם, הצעת החוק אינה כוללת הבחנה מתבקשת בין סוגים שונים של החלטות אלא חלה על כל סוגי החלטות של השלטון. כך, הצעת החוק תחול הן



לגבי החלטות מדיניות בעלות תחולה רחבה והן לגבי החלטות ממשלה ושרים נקודתיות שיש בהן משום מימוש מדיניות. כמו-כן, הצעת החוק חלה באופן גורף על כלל ההחלטות על מינויים ופיטורים של בכירים בשירות הציבורי. גם אם ניתן לקבוע כי בחלק מהמינויים יש ממד של מימוש מדיניות, הרי שככל שמדובר במי שממלאים תפקיד של שומרי סף (כגון: יועץ משפטי לממשלה, יועצים משפטיים למשרדי הממשלה, נציב שירות המדינה, מנהל רשות מיסים, החשב הכללי באוצר ועוד), הצורך בפיקוח שיפוטי גובר, והרציונל לצמצום הביקורת השיפוטית נחלש.

50. באשר להבחנה שמבקשת ההצעה לערוך בין דרג נבחר לבין דרג מקצועי הרי שמדובר בהבחנה מלאכותית, שכן לעתים הדרג הפוליטי רק מאשרר פורמלית החלטות של הדרג המקצועי. יתרה מכך, התוצאה המסתברת של ההפרדה בהצעת חוק היסוד בין הכרעה של פקידים, הנתונה לביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות, לבין הכרעה של נבחר ציבור המחוסנת מפני ביקורת זו, היא פשוטה: כל פקיד שייתקל בהכרעה "בעייתית" שקיים ספק אם ייקבע לגביה כי היא נמצאת במתחם הסבירות, פשוט יעביר את ההכרעה לידי השר. בכך "יחוסנו" החלטות מקצועיות לחלוטין מפני ביקורת שיפוטית. בהקשר זה יוער כי בשל עמימותה של הצעת החוק, לא ברור אם החלטות נבחר ציבור החסינות מפני ביקורת שיפוטית כוללת גם החלטות ש"הואצלו" על ידי נבחר ציבור לפקידים, וכאלו שנבחר ציבור "נטלו" בהן את הסמכות המסורה לפקיד.<sup>52</sup>

51. לצמצומה של עילת הסבירות עשויה להיות השלכה גם **במישור הבינלאומי**. התיקון עשוי להשפיע על מעמדו של המשפט הבינלאומי בדין הישראלי ועל חשיפתם של בכירים ישראלים לסיכון של העמדה לדין בגין הפרת המשפט הבינלאומי. כיום, מקובלת בפסיקה הקביעה כי מעבר לחובה לכיבוד המשפט הבינלאומי החלה במישור הבינלאומי – ולאופן בו היא משתקפת בדין הישראלי הפנימי – הרי שקיים גם אינטרס ציבורי בקיום התחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל.<sup>53</sup>

52. ביטול עילת הסבירות, ככל שהוא קשור להחלטות של הדרג הנבחר, יגדיל את הסיכוי להפרה של הדין הבינלאומי מחד, ואת הסיכון לתגובה משפטית של הקהילה הבינלאומית כנגד בכירים במערכת הביטחון מאידך. כך, למשל, ביטול העילה יכול לאפשר מבחינה משפטית החלטות דרג נבחר שעניינן שימוש בשיטות או אמצעי

<sup>52</sup> ראו סעיפים 33 ו-34 לחוק-יסוד: הממשלה.

<sup>53</sup> ראו למשל: בש"פ 502/18 פלוני נ' היועמ"ש, פס" 13 להחלטתו של השופט מינץ (נבו 31.1.2018).





לחימה אסורים, התעלמות מחסינות דיפלומטית של שגריר זר או התנערות מהסכם בינלאומי קיים.

53. התגובה המשפטית של הקהילה הבינלאומית צפויה להביא בחשבון את ההפרה עצמה, אך גם את החלשת מנגנוני הפיקוח והבקרה המשפטיים בתוך ישראל, כתוצאה מצמצום הפיקוח השיפוטי על יסוד עילת הסבירות. לשון אחר, במידה רבה, הביקורת השיפוטית הקיימת "מחסנת" כיום פעולות חוקיות מפני ביקורת שיפוטית זרה. הסיכון לתגובה בינלאומית יתחדד אם צמצומה של עילת הסבירות יוביל למינוי עובדי ציבור בלתי מתאימים בעליל לתפקידם, בדגש על תפקידים הנוגעים להתוויות המדיניות הביטחונית בפועל ולאכיפת הדין הבינלאומי על חיילי ומפקדי צה"ל.

54. השלכה חריפה במיוחד של הצעת החוק עניינה שלילת הכוח של היועצים המשפטיים לייעץ לשרים בנושא הסבירות. בשל חריפותה של השלכה זו, נדון בה בהרחבה להלן.

#### ז. עילת הסבירות והייעוץ המשפטי לממשלה כ"בלם פנימי"

55. התמקדות בפסקי דין שבהם כבר נפסלו החלטות מכוח עילת הסבירות אינה חושפת את עומק תפקידה הציבורי של עילת הסבירות, ואת חשיבותה המרכזית של עילה זו בהחלטות הרשות המבצעת בכלל, ונבחרי הציבור בפרט, באמצעות הייעוץ המשפטי. הייעוץ המשפטי המקצועי לממשלה הוא "תחנת הממסר" שבין בתי המשפט לבין מקבלי ההחלטות, ובין עילת אי הסבירות הקיצונית ליישומה של חובת הסבירות.

56. בהקשר זה, תפקידו של הייעוץ המשפטי לממשלה הוא לדאוג לכך שההחלטות המתקבלות על ידי מקבל ההחלטות יעמדו בחובת הסבירות. חובתו של הייעוץ המשפטי לדאוג לכך שבפני מקבל ההחלטות עומד המסד העובדתי הנדרש מכוח חובת הסבירות ההליכית. חובתו של היועץ המשפטי לדאוג לכך שההחלטה תתקבל על בסיס כלל השיקולים הנדרשים, ולא תהיה שרירותית או מופרכת. חובתו של הייעוץ המשפטי היא לדאוג לכך שהשר יאזן בין השיקולים הרלוונטיים, ויקבל החלטה המצויה בתוך "מתחם הסבירות".

57. ליווי נכון ומתאים של הייעוץ המשפטי לממשלה יביא את השר לעצב את המדיניות הרצויה לו תוך מימוש כל המטרות שצוינו לעיל: ההחלטה שתתקבל על ידי השר תהיה מבוססת על מסד נתונים מתאים, היא תהיה רציונלית, ותביא בחשבון את כלל השיקולים.

58. יתר על כן, פעולה המלווה בייעוץ משפטי מתאים מייצגת אינטרס ציבורי ומבטיחה שקיפות. היא גם תעמוד, כפי הנראה, במבחן משפטי ובכך תביא לוודאות בתהליך קבלת ההחלטות וליתר משילות.

59. ביטול סמכותו של בית המשפט לבדוק החלטות מכוח עילת הסבירות ישמוט את הקרקע תחת השימוש של הייעוץ המשפטי לממשלה, כמו גם של הייעוץ המשפטי למשרדי הממשלה ולעיריות, בכלים המאפשרים לו להגיע למטרות אלו.

60. למעשה, עולה החשש כי עילת הסבירות מועלית כתחליף או כצעד ראשון בתוכנית להחליש את מעמד היועצים המשפטיים לממשלה. במקום להחליש את מעמד היועצים המשפטיים לממשלה באופן מפורש, שוללים בעצם את כלי העבודה המרכזי שלהם. בכך יפגע מעמדם **בפועל** והם יאבדו את היכולת לפקח על הפעילות של מקבלי ההחלטות.

#### ח. ההקשר הכולל – הקושי שבתיקון המוצע על רקע מבנה המשטר בישראל ונוכח הרפורמות הנוספות העומדות על הפרק

61. המבנה המשטרי בישראל הוא מבנה רעוע, ונעדר ממנו הרכיב החיוני של איזונים ובלמים המגבילים את הרוב הקואליציוני. כפי שנאמר לא אחת, הכוח הפוליטי בישראל מרוכז בידי קבוצה קטנה של אנשים – ראשי מפלגות הקואליציה. הם השולטים בפעולת הממשלה, ודרך הממשלה ומנגנוני השליטה שלהם במפלגותיהם הם שולטים גם בכנסת. מובן, כי ראשי מפלגות הקואליציה אינם מסכימים בכל סוגיה, אבל משעה שהסכימו על נושא מסוים, **אין כל כוח פוליטי בישראל שיכול לבלום אותם.**<sup>54</sup>

62. במחקר שנערך על ידי פרופסור עמיחי כהן במכון הישראלי לדמוקרטיה,<sup>55</sup> סקר כהן 66 מדינות שהוגדרו על ידי ארגון Freedom House כמדינות דמוקרטיות חופשיות. במחקר נבדקו מספר מנגנונים המייצרים הגבלה על כוחו של הרוב: **חוקה משוריינת**;

<sup>54</sup> עמיחי כהן, **מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד** פרק ה' (2020).  
<sup>55</sup> עמיחי כהן **פסקת ההתגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט** (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2018).



**פיצול הרשות המחוקקת (בדרך כלל לשני בתים); שיטה נשיאותית** (שיש בה חלוקת כוחות ואיזונים שלא קיימים בשיטה הפרלמנטרית); **פדרציה** – שמכניסה אלמנט של כוח "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 האמנה האירופאית לזכויות האדם ובית הדין האירופי לזכויות אדם); **בית משפט שיכול לבטל חוקים**.

63. ממצאי המחקר, 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 מדינות<sup>56</sup> (ברוב מוחלט של המדינות יש שילוב של מספר מנגנונים המגבילים את הרוב, לעתים שלושה, ארבעה, ואף חמישה כאלה).<sup>57</sup>

64. המחקר מדגיש את החשיבות המכרעת של בית המשפט בישראל, המהווה מגבלה יחידה על כוחו של הרוב, וזאת בניגוד למצב הקיים כמעט בכל המדינות הדמוקרטיות. בית המשפט מהווה את הבלם היחיד על הכוח הפוליטי הקואליציוני בישראל. תפקידו של בית המשפט הוא לבקר את הרשות המחוקקת ואת הרשות המבצעת מכוח הסמכויות שהוענקו לו בחוקי היסוד ובמשפט המנהלי, בהתאמה. בכך מבטא בית המשפט את המובן האמיתי של המונח separation of powers שיש לתרגמו כ"ביזור הרשויות" או "ביזור הכוח".<sup>58</sup>

65. על כן, ההצעות לשלילת סמכות הביקורת השיפוטית או להגבלתה מיועדות להשיג בדיוק את ההיפך – להגביר את הכוח הפוליטי הרב ממילא של הרשות המבצעת, ולשחרר אותה מהמגבלות החוקיות המוטלות עליה. בכך, מהווה למעשה ההצעה חלק מהתפיסה הכוללת שהנחתה את מציעי "הרפורמה המשפטית" שהונחה על שולחן הוועדה בחודש ינואר 2023. ההצעה לצמצום עילת הסבירות אינה אלא עוד חלק

<sup>56</sup> מתוכן בשלוש מדינות: קנדה, ובמידה מסוימת ישראל ופינלנד, יש פסקת התגברות.

<sup>57</sup> כהן פסקת ההתגברות, לעיל ה"ש 55, בעמ' 34.

<sup>58</sup> עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר **ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות: על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון** (מחקר מדיניות 133, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019).



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

בתצרוף הכולל שהונח בשעתו על ידי יו"ר הוועדה, שמטרתו היתה לאפשר לרוב הקואליציוני בישראל לפעול בלא בלמים ואיזונים כלל. כוח בלתי מוגבל – פשוטו כמשמעו.

66. חלק ניכר מההצעות שהועלו בחודש ינואר השנה, עסקו בשינויים **חוקתיים** במערכת המשפט, שינויים שעניינים מניעת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד והקשחת תנאי הביקורת השיפוטית על חוקים. הצעות אלה עדיין נמצאות על סדר היום. החלשת מערכת המשפט באמצעות הצעות אלה, תפגע קשות בשלטון החוק ובדמוקרטיה הישראלית, אך הציבור יוכל לפחות לצפות ולהבין את התהליכים המתרחשים, ככל שהצעות אלה יקודמו. במובן זה, צמצום עילת הסבירות חמור הרבה יותר: שלילת כוח הפיקוח של בית המשפט ושל הייעוץ המשפטי משמעה שחלק ניכר מההליכים המתרחשים בקרביים של הבירוקרטיה הישראלית, במקומות שאותם הציבור אינו רואה, דווקא הם יהיו חסינים מפני הליכים משפטיים. מבחינת רמת החשיפה הציבורית, ויכולתו של הציבור להבין ולשפוט את תהליכי השינוי, דווקא צמצום עילת הסבירות ("תאומו" – החלשת כוח היועצים המשפטיים) הם המציבים את הפגיעה הפוטנציאלית המשמעותית יותר.

67. הצעת החוק מעוררת קשיים משמעותיים לכשעצמה. אך על מנת להבין את מלוא פגיעתה בדמוקרטיה הישראלית, יש לבחון את הצעת החוק בהקשר הכולל של הרפורמה שהקואליציה מבקשת לקדם. צמצום עילת הסבירות אינו השינוי היחיד המוצע על ידי הקואליציה. לפי פרסומים מהעת האחרונה, על הפרק קידום הצעות חוק שעניינן פוליטיזציה של הוועדה לבחירת שופטים, החלשת מעמדם של היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה, החלשת הביקורת השיפוטית על חקיקה באמצעות אימוץ מנגנון פסקת התגברות ועוד.

#### ט. סיכום

68. הצעת חוק היסוד העומדת בפני הכנסת בעניין צמצום עילת הסבירות פוגעת פגיעה קשה בערכי היסוד הדמוקרטיים: שלטון החוק, טוהר המידות של השירות הציבורי, תקינות פעילותו ואמון הציבור בו. ביטול עילת הסבירות יוביל לכך שהחלטות שלטוניות רבות ומגוונות, כגון: מינויים לא ראויים, החלטות ביצועיות שלגביהן לא נעשתה עבודת מטה מסודרת, החלטות של ממשלת מעבר, החלטות בעלות תחולה רטרואקטיבית ועוד – יוותרו מחוץ לתחום הביקורת השיפוטית. ביטול עילת



הסבירות משמעותו הגדלת היכולת של השלטון לפעול ללא כל מגבלות, קרי, חסינות מוחלטת מפני ביקורת שיפוטית על החלטות בלתי סבירות, ביחס להחלטות שמתקבלות דווקא על-ידי הדרג הממשלתי הגבוה, שהן בעלות המשמעות הרבה ביותר לציבור. ביטול עילת הסבירות יאפשר לפגוע באורח בלתי מוצדק בזכויות שונות, לרבות חירות, שוויון וכבוד אנושי, כפי שהסבירה השופטת ארבל:

”שליחה כמעט מוחלטת של עילת הסבירות מותיר  
לטעמי את הציבור 'חשוף בצריח', שכן הוא שישא  
במחיר אותן החלטות המצויות מחוץ לגדרי מתחם  
הסבירות”<sup>59</sup>

69. תיקון זה מקודם למרות שמספר המקרים שבהם מתערב בית המשפט בפועל בהכרעות של נבחר ציבור הוא קטן מאוד. יתר על כן, הפרקטיקה של בית המשפט העליון היא כמעט תמיד **להחזיר את ההחלטה לנבחר הציבור**, ולא להכריע במקומם. במירב המקרים, המשמעות היא כי בידי נבחר הציבור נשמרת סמכות הבחירה בין כמה אופציות, למרות שבית המשפט קבע כי אופציה מסוימת חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות.<sup>60</sup>

70. בחינת פסיקתו של בית המשפט בעתירות מלמדת על שימוש מדוד וזהיר בעילת אי הסבירות הקיצונית. **יחד עם זאת, אין משמעות הדבר כי עילת הסבירות אינה נחוצה. ישנה חשיבות יתרה בשימור עילת הסבירות ככלי בקרה בידי היועץ המשפטי לממשלה כמו גם בשימור הביקורת השיפוטית כדי להפעילה במקרים החריגים לצורך הגנה על האינטרס הציבורי ועל זכויות האדם.**

71. קיומה של ביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות מבטיחה שהשלטון יעמוד ב"חובת הסבירות" המוטלת עליו בעת קבלת החלטותיו. בלא ביקורת שיפוטית מכוח עילת אי הסבירות הקיצונית, לא תהיה גם חובת סבירות. עילת הסבירות היא כלי פיקוח מרכזי וחשוב. ללא פיקוח שיפוטי זה, ובלעדי הפיקוח של היועצים המשפטיים

---

<sup>59</sup> בג"ץ **אמונה**, לעיל ה"ש 34, פס' 19 לפסק דינה של השופטת ארבל.  
<sup>60</sup> כך היה, לדוגמא, בעניין **ויכסלבאום**, לעיל ה"ש 14: "החלטתו של שר הביטחון, שלא נתנה כל ביטוי לשיקול הענייני של השמירה על כבוד האדם במובן האמור, ובנסיבות העניין היא אף בלתי סבירה, אינה יכולה אפוא לעמוד. יחד עם זאת, מתפקידו של שר הביטחון – ולא של בית המשפט – לשקלל בין השיקולים השונים ולקבוע לפי שיקול-דעתו כללים בדבר כיתוב על גבי מצבות בבתי קברות צבאיים, ובלבד שהכללים שיקבע יתחשבו בכל השיקולים שלעניין והיו בתחומיו של מתחם הסבירות."



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

במשרדים, לא תהיה בפועל חובת סבירות בישראל, והממשלה ונבחרי הציבור יהיו פטורים מחובתם לנהוג בסבירות.

72. ראוי היה להסדיר בחקיקה את החובות המוטלות על רשויות המינהל, כמו גם העילות להתערבות שיפוטית, וזאת מתוך מבט כולל על הצרכים וההשלכות השונות. ראוי היה להגדיר את עילות הביקורת על המינהל הציבורי. ראוי היה לעסוק בהגדרת חובת הסבירות במשפט המינהלי, ראוי היה לעגן את חובת הסבירות, להגדירה ובמסגרתה לעסוק במגבלות שלה. אך הצעת חוק יסוד זו – לא עוסקת בכך. היא עוסקת אך ורק בהגדלת כוחו של השלטון ובהסרת מגבלות אחרונות מפני מצב של כוח בלתי מוגבל.

73. לסיכום, **התיקון פוגע באופן קשה בעקרון שלטון החוק כמו גם בעקרון האיזונים והבלמים, שהם מעקרונות הליבה של המשטר הדמוקרטי.** פגיעות אלה מתעצמות על רקע העדרם של מנגנונים מרסני כוח בשיטת המשטר בישראל, כמו גם בשל היותה של הצעת חוק-יסוד זו חוליה אחת בשרשרת של הצעות חוק אותן מבקשת הממשלה לקדם בימים אלה. **אין די להסתכל על חלק אחד בלבד ולבודד אותו כאילו היה מדובר בתיקון חוקתי אחד ויחיד.** חובה להסתכל על התמונה בכללותה, חובה לבחון את ההצעה כחלק מן המכלול – כחלק מתיקונים חוקתיים שהאפקט המצטבר שלהם אחד הוא – פגיעה קשה במאפיינים הגרעיניים של המשטר הדמוקרטי והחלשה משמעותית של יכולת הפיקוח של שומרי הסף על הדרג הפוליטי וערעור עקרון האיזונים והבלמים.

74. לאור האמור לעיל, אנו מתנגדים להצעת חוק-יסוד זו.

בברכה,

עו"ד דפני בנבניסטי

ד"ר מורן קנדלשטיין-היינה

פרופ' עמיחי כהן

## נספח ע/7

ניירות העמדה שהוגשו מטעם ארגוני  
סביבה

עמ' 216

## עמדת "אדם טבע ודין" לדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט

### הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון - עילת הסבירות)

משמעות ביטול עילת הסבירות היא מתן מנדט בלתי מוגבל, בלתי מרוסן ובלתי מפוקח לכל גחמה של הרוב הנבחר בכנסת, גם אם מדובר בפגיעה בנושאה בזכויות אדם סביבתיות.

התיקון המוצע צפוי להחליש את ההגנה על זכויות סביבה; להגביל את זכותו של הציבור להעלות בפני בית המשפט טענות כנגד השלטון ולמנוע מבתי המשפט לקיים ביקורת שיפוטית.

לאורך השנים, אדם טבע ודין הגיע לפתחו של בית המשפט על מנת להיאבק בעוולות סביבתיות. הגם שבתי המשפט מציבים רף גבוה ואינם ממהרים להתערב בהחלטות השלטון, במקרים רבים, נקבע כי פעולות השלטון, הגם שכוננו באופן חוקי, הן אינן סבירות בשל פגיעתן בזכויות סביבה. משמע – מי שאומר לא לעילת הסבירות אומר לא לתיקון העוולות הסביבתיות שהשגנו לאורך השנים.

מי שאומר לא לעילת הסבירות אומר במילים אחרות: לא להותיר חופי רחצה פתוחים לציבור הרחב שהכניסה אליהם תהיה ללא תשלום כפי שנקבע בבג"ץ 5824/05 אט"ד נ' שר הפנים; לא עוד איסור בניית שכונות מגורים על קרקעות מזהמות כפי שנקבע בעתירת אט"ד בדנ"מ 4753/19; לא להגנה על משאבי הטבע של הציבור והבטחת השקיפות בנעשה בהם כפי שנקבע בעת"מ 45845-04-21 אט"ד נ' רשות המיסים; לא עוד הגנה על אוויר נקי ומחויבות הממשלה להכין תכנית לאומית למניעה ולצמצום של זיהום האוויר בישראל; כפי שנקבע בבג"ץ 8187/20 אט"ד נ' ממשלת ישראל.

מי שאומר לא לעילת הסבירות אומר כן למפעלי ים המלח להמשיך להרוס, לדלדל ולפגוע בים המלח, וזאת בניגוד לנפסק בעח"ק 14047-06-15 אט"ד נגד רשות המים, שקבע כי מפעלי ים המלח לא מעל החוק ולא סביר שימשיכו לפגוע במשאב טבע בעלת חשיבות לאומית ללא רישיון, כקבוע בחוק. מי שאומר לא לעילת הסבירות אומר כן להרחבת מתחם בתי זיקוק לנפט בחיפה, למרות הזיהום הצפוי מהרחבתם, בניגוד לעע"מ 2677/18 אט"ד נ' המועצה הארצית, שקבע כי על פי מבחני הסבירות, לא ניתן לאשר את הרחבת בז"ן מבלי שיש התייחסות לפגיעות הסביבתיות והבריאותיות מפעולה שכזו.

עם פסילת עילת הסבירות, ביכולתן של רשויות השלטון להחליט כל החלטה העולה על רוחן. כך למשל, כשיוחלט להרחיב מפעל מזהם סמוך לגן ילדים, לא תוכל להישמע הטענה שהחלטה, היא אינה סבירה; או למשל כשתקודם מדיניות בלתי-שוויונית, לפיה יוקצו משאבים לטיהור מים רק לאוכלוסיות מסוימות, לא יוכל בג"ץ להתערב בשיקול דעתו של הרגולטור ולפסוק כי קיימת זכות גישה למים נקיים לכל אדם באשר הוא אדם; וכשהממשלה תבטל את כל התחייבויותיה של מדינת ישראל למעבר לכלכלה דלת פחמן – דלתו של בית המשפט, החומה האחרונה הניצבת בפני פגיעה בזכויות אדם סביבתיות – תהא חסומה בפני הציבור.

אנו קוראים לחבי הוועדה הנכבדים לפעול למען הגנה על זכויות אדם סביבתיות ולמנוע את ביטול עילת הסבירות אשר כיום מאפשרת לציבור במדינת ישראל לנשום אוויר נקי מזיהום; ליהנות מזכות הגישה לחופי רחצה, לטבע ולפארקים; מאפשרת פיקוח על מפעלים מזהמים; שקיפות מידע סביבתי; הגנה על משאבי הטבע, שמירתם לדורות הבאים והגנה על שכבות מוחלשות תוך שאיפה לצדק סביבתי-אקלימי.



לכבוד

ח"כ שמחה רוטמן יו"ר ועדת החוקה

חברי ועדת חוקה, חוק ומשפט

וחברי הכנסת

**הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון - עילת הסבירות) - פגיעה משמעותית ביכולת השמירה על בריאות****הציבור, הטבע והסביבה בישראל****עמדת ארגוני הסביבה**

אנו, ארגוני הסביבה החתומים מטה, סבורים כי אין מקום והצדקה לקידום הצעת החוק שבנדון, אשר עלולה לפגוע באופן מהותי בכלי משפטי חשוב המשמש מזה שנים רבות את הציבור ואת ארגוני הסביבה לצורך שמירה על הטבע הישראלי, על איכות הסביבה ועל בריאות הציבור – אינטרסים ציבוריים המשותפים לכלל תושבי ישראל, מכל קשת המפה הפוליטית.

היות והדיון נקבע בהתראה קצרה ביותר, התייחסותנו להלן תהיה כללית ותמציתית.

על פי ההסדר המוצע שפורסם בעבר, תישלל סמכותם של בתי המשפט לדון וליתן צווים לדרג הפוליטי בהתבסס על שיקולי סבירות.

לעמדתנו, הצעה זו, לצד יוזמות אחרות שעל הפרק במסגרת שינויי החקיקה המוצעים, מעבירה כוח עודף לרשות המבצעת, וצפויה לפגוע ביכולתו של הציבור להתמודד עם מהלכים פוגעניים מצד השלטון, עניין אשר יש לו חשיבות יתרה בכל הנוגע לשמירה על הטבע והסביבה, אשר לעיתים קרובות מוקרבות על מזבח השיקולים הצרים וקצרי הטווח של הרשות המבצעת.

מעבר לכך, הסדר זה מעלה מספר קשיים מהותיים:

**1. ניסוח גורף אשר עלול לפגוע בעילות מינהליות נוספות:**

**ההפרדה בין הסבירות ה"מהותית" לעילות אחרות היא מלאכותית:** כאשר בתי המשפט דנים בשאלות משפטיות על פי עילות שונות הקיימות במשפט המינהלי, גם כאשר מדובר בעילות נפרדות מעילת הסבירות ה"מהותית" אותה מבקשת הצעת החוק לצמצם, הרי שהמבחן המשמש אותם במקרים רבים להכרעה הוא עדיין מבחן של **סבירות**. כך, למשל, על פי ההלכה הפסוקה, כאשר אדם טוען כי החלטה מסוימת התקבלה ללא תשתית עובדתית הולמת, הרי שבית המשפט נדרש לבחון האם התשתית העובדתית היתה כזו אשר רשות **סבירה** היתה יכולה להסתמך עליה<sup>1</sup>. כך, למשל, במקרה בו פסל בית המשפט העליון החלטה אשר אפשרה קידום של תכניות בניה למגורים על קרקע מזוהמת באפולוניה, מבלי שהושלם בירור התשתית העובדתית ביחס להיקף הזיהום<sup>2</sup>. דוגמה נוספת, מעולמות המשפט הסביבתי, הוא נוגעת לשאלה החשובה אילו חלופות תכנוניות יש לבחון במסגרת של תסקיר השפעה על הסביבה במסגרת הליכי התכנון. זאת, בשל נטייתם של גורמי פיתוח לפסול מראש חלופות סביבתיות, שפגיעתן הסביבתית פחותה. בהקשר זה, הסטנדרט הנהוג בדין האמריקאי, הוא שיש לבחון "כל חלופה **סבירה**". פסיקה ברוח זו ניתנה גם בישראל, בפרשת כביש 9, שם ביטל ביהמ"ש החלטה אשר פסלה על הסף בדיקה של חלופות סביבתיות לכביש בתסקיר<sup>3</sup>.

בנוסף הנוכחי של הצעת החוק, ספק אם הפסיקות הנ"ל – ואחרות – יוותרו בתוקפן, ואלה הן רק שתי דוגמאות המעידות על הכלל, ומעלות חשש מובהק שמא הרצון לצמצם את עילת הסבירות

<sup>1</sup> ראו למשל בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת  
<sup>2</sup> דנמ 4753/19 עיריית הרצליה נ' הוועדה לתכנון מתחמים מועדפים לדיור  
<sup>3</sup> בג"ץ 9409/05 אדם טבע ודין נ' הוועדה הארצית לתכנון ובנייה של תשתיות לאומית

המהותית, תפגע פגיעה עמוקה וקשה בעקרונות יסוד ובהלכות חשובות שנקבעו לאורך השנים במשפט המינהלי והסביבתי בישראל.

על פי הנוסח המוצע (לפחות ככל שמדובר בדרג הפוליטי), מוטל איסור גורף ומוחלט לדון ולהכריע בענייני סבירות. כאמור, היות והנוסח מתייחס ל"סבירות" באשר היא, קיים חשש כבד כי החקיקה לא תחול רק על עילת הסבירות ה"עצמאית", אלא גם על עילות אחרות שבהן משמש מבחן הסבירות ככלי פרשני, כפי שתואר בדוגמאות שלעיל. לעמדתנו, לא ניתן להשלים עם מצב שכזה ולכן אנו מתנגדים בכל תוקף לנוסח הגורף אשר נכלל בהצעת החוק.

2. **זליגת החלטות מדרג מקצועי לדרג פוליטי**: יצירת מרחב שבו החלטות מינהליות תהינה חסינות מדרישת הסבירות, מעלה חשש ממשי לניצול לרעה, במובן זה שהחלטות המתקבלות כיום בדרג המקצועי יועברו לקבלת גושפנקה של הדרג הפוליטי, באופן אשר יזכה אותן בחסינות כנגד התערבות שיפוטית. זהו מצב מסוכן ביותר מבחינת האינטרס הציבורי.

3. **אבחנה שרירותית בין החלטות דרג פוליטי למקצועי**: בתחומים רבים, הדרג המקצועי מקבל החלטות אשר מאושרות באופן פורמאלי על ידי הדרג הפוליטי, אך בפועל הן החלטות מקצועיות ורגולטוריות פר אקסלנס. דוגמה טובה לכך היא תכניות המתאר הארציות, המקודמות על ידי הדרגים המקצועיים אך מאושרות רשמית על ידי הממשלה. כך גם לגבי ועדות מקצועיות שונות בהן מכהנים נבחרים ציבור – כגון ועדות מקומיות לתכנון ובניה. על פי הנוסח המוצע, כמות עצומה של החלטות – שאינן בפועל של הדרג הנבחר, או שאינן בגדר "מדיניות", תקבל "חסינות" מעילת הסבירות, תוך פגיעה משמעותית באינטרסים של מי שנפגע מהחלטות אלו, וכמובן באינטרס הסביבתי.

לאור כל האמור, אנו קוראים לחברי הכנסת להימנע מאימוץ הצעת חוק מסוכנת אשר עלולה לפגוע בטבע הישראלי, בסביבה, בבריאות הציבור, וביכולתם של הציבור הרחב ושל ארגוני הסביבה לפעול כנגד החלטות פוגעניות של ממשלות- ימין ושמאל כאחת. בנוסף, מעבר לעמדתנו לגופו של עניין, אנו מבקשים כי כלל מרכיבי הרפורמה המשפטית יקודמו בשקיפות מלאה.

הצעת החוק בעניין עילת הסבירות, שכאמור לעמדתנו בעייתית ביותר, אינה עומדת לבדה. מדובר בהסדר המתכתב עם שינויים מהותיים אחרים אותם מקדמת הממשלה בעת האחרונה, שינויים אותם יש לראות כמכלול בעל השפעות מצטברות על יכולתו של הציבור, ושל ארגוני החברה האזרחית, להשפיע על הליכי קבלת החלטות בישראל.

לעמדתנו, לא ניתן לקיים דיון רציני ומעמיק בשאלת עילת הסבירות, בהתעלם מן המשמעויות של השינויים האחרים שיקודמו לאחר מכן או במקביל (כמו, למשל, צמצום זכות העמידה של ארגונים בבתי המשפט). היות ומדובר במהלכים אשר יש בהם פוטנציאל פגיעה עצום בפעילות החברה האזרחית בכלל ובארגוני הסביבה בפרט, אנו מתנגדים לכל דיון בנושאים כבדי משקל אלה ב"שיטת הסלאמי". מדובר בשאלות כבדות משקל המחייבות הסתכלות כוללת ביחס להשפעות סך המרכיבים של הרפורמה המשפטית.

בברכה,

<b>חברת להגנת הטבע</b>	<b>צלול</b>
<b>מגמה ירוקה</b>	<b>מורים למען אקלים</b>
<b>עמותת קשת - קהילה   תרבות   סביבה</b>	<b>SDG Israel</b>
<b>אזרחים למען הסביבה</b>	<b>רחובות של עצים</b>
<b>אדם, טבע ודין</b>	<b>הורים למען האקלים – ישראל</b>
<b>שומרי הבית</b>	<b>חופש לבעלי החיים - Israel Climate Save</b>
<b>הרשת הירוקה</b>	

## נספח ע/8

**עמודים רלוונטיים מפרוטוקול מס'  
109 מישיבת ועדת החוקה מיום**

**27.6.2023**

**עמ' 220**

משה סעדה (הליכוד):

החוק הוא אחד לכולנו. מגישים כתבי אישום מכל הצדדים, מי שעובר על החוק – מהצד הזה של הקו הירוק, מהצד השני של הקו הירוק – מגישים נגדו כתב אישום. ומי שמסית, מי שממריד, מועמד לדין. ואני קורא ליועצת המשפטית לממשלה, שחבל שהנציג שלה לא נמצא היום, הגיע הזמן שתשמרו על החוק.

מיכל שיר סגמן (יש עתיד):

מי ששורף כפר על כל יושביו יועמד לדין, כן, כי הוא טרוריסט. ולא רק שהוא טרוריסט, הוא גם בושה וכלימה לעם היהודי.

דבי ביטון (יש עתיד):

תודה לראש הממשלה, בנימין נתניהו, ששריין לי מקום ברשימה.

היו"ר יצחק פינדרוס:

תודה רבה. היועץ המשפטי לוועדה, כי הוא רוצה עוד מעט לצאת. אתן לו להתייחס ונחזור לסדר הדברים. עו"ד גור בליי, היועץ המשפטי לוועדה.

ד"ר גור בליי:

תודה. אני פשוט צריך ללכת לדיון בוועדה אחרת, יש חוק של הוועדה שלנו שאנחנו מלווים שם, הייעוץ המשפטי. אולי אהרן גרבר יצטרף אלי גם לדיון שם, הוא ליווה אותנו, בוועדה למיזמים.

רק שתי נקודות יחסית קצרות שרציתי להתייחס אליהן – קיוויתי אתמול אבל לא הספקתי – לגבי נושאים שעלו בדיונים פה, גם מדברים שהם בעצם המשך לדברים שאמרנו, שנאמרו על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה, וגם יתייחסו לדברים שהזכיר יושב-ראש הוועדה אתמול ולדבריה של פרופסור איינהורן אתמול.

הנקודה האחת, שאני חושב שהתזה שעומדת בבסיס הצעת החוק הזאת לא נותנת לה מענה, היא הנושא של החלטות אינדיבידואליות, איזו ביקורת תהיה על החלטות אינדיבידואליות של שרים. התזה של השופט סולברג, שעומדת בבסיס הצעת החוק פה, באה ואומרת משהו שאפשר להבין את ההיגיון שלו. היא אומרת: בדרך כלל נבחרו ציבור – ממשלה, שרים וכו' – מקבלים החלטות בנושאי מדיניות והפקידות מקבלת בנושאים פרטניים, לכן אפשר לעשות הפרדה על בסיס הדרג הנבחר מול הדרג הפקידותי.

ארז מלול (ש"ס):

הוא מוסיף גם: על פי הערכים, על פי האידיאולוגיה.

ד"ר גור בליי:

נכון, אני מקצר. אמרתי, התייחסתי לזה אתמול.

קארין אלהרר (יש עתיד):

לא משנה, אבל אלה לא החלטות ממשלה, אלה החלטות שרים, פרטניות..

ד"ר גור בליי:

לכן יכול להיות שיש היגיון בהצעת החוק לעשות הפרדה לפי סוג ההחלטה שבה מדובר. ההפרדה לפי מקבל החלטה היא חיתוך גם, היא חיתוך גם הרבה יותר מדי. מדוע? מה התשובה של השופט סולברג? – וגם התייחס לזה יושב-ראש הוועדה – הוא אומר לו: כשהשר או נבחר הציבור מקבל החלטה על הפרט, יש את נושא המידתיות. אני מסכים שזו תשובה חלקית. בסיטואציות שבהן השר מקבל החלטה אינדיבידואלית שקשורה בהפקעה או דברים כאלה, יש פגיעה בקניין של בן אדם ויכול להיות שהוא לא יתקוף את זה דרך הסבירות, הוא יבוא דרך המידתיות.

משה סעדה (הליכוד):

זה היינו הך.

ד"ר גור בליי:

אני לא יודע אם זה היינו הך.

קארין אלהרר (יש עתיד):

זה לא היינו הך בכלל.

ארז מלול (ש"ס):

זה לא היינו הך, זה לא אותו דבר.

קריאה:

זה ממש לא אותו דבר, לגמרי לא.

משה סעדה (הליכוד):

זה עדיין נותן ביקורת שיפוטית משמעותית, זה נותן כלי לביקורת.

קארין אלהרר (יש עתיד):

יש כלי אבל זה לא אותו כלי.

ד"ר גור בליי:

גם אם זה לא היינו הך, אני אומר בסדר, אני הולך איתך, יש פה איזשהו כלי. אבל 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.

משה סעדה (הליכוד):

אבל אם זה שרירותי?

היו"ר יצחק פינדרוס:

סעדה.

ד"ר גור בליי:

דובר על הרבה מאוד סיטואציות. למשל, החלטה של שר האנרגיה בעניין היתר לייצוא גז טבעי; שר התקשורת נותן רישיון למערכת רט"ן, נותן רישיון לביצוע פעולות בזק. 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 זה כבר שאלה, לקחת לו אולי פוגע לו בקניין, אולי פוגע לו בחופש העיסוק. אבל אין לו זכות מוקנית.

משה סעדה (הליכוד):

אבל אם זה החלטה שרירותית? גור, אני רוצה להבין, אם זה החלטה שרירותית אפשר לבקר אותה היום.

קארין אלהרר (יש עתיד):

אבל יש סט של שיקולים.

גלעד קריב (העבודה):

מכוח מה מבקרים החלטה שרירותית?

דבי ביטון (יש עתיד):

מכוח איזו עילה?

היו"ר יצחק פינדרוס:

חבריה, אני אתן זמן לשאלות, תנו לו לסיים.

ד"ר גור בליי:

אני אתייחס. בכל הסיטואציות האלה – והן לא מבוטלות – של היתר, של מתן היתר או רישיון או זיכיון או סובסידיה - - -

ארז מלול (ש"ס):

מה ההליך?

היו"ר יצחק פינדרוס:

ארז, תן לו לסיים, הוא רוצה לומר שתי נקודות. הוא יסיים ואני אתן שאלות.

ד"ר גור בליי:

בסוף זו החלטה שמגיעה להחלטה של השר.

קארין אלהרר (יש עתיד):

אבל זה לא אותו דבר.

ד"ר גור בליי:

בדרך כלל ההנחה היא שבסיטואציות האלה השר ידע לפעול לפי החוק, הוא יתייעץ עם מי שצריך להתייעץ, הוא יגיד: שקלתי את כל השיקולים בכל הסיטואציה, שקלתי א', ב', ג', ד', ה'. היכולת של האזרח שעותר נגד הדבר הזה להוכיח שהיה פה שיקול זר או שהייתה פה שרירות, קשה עד בלתי אפשרית.

ארז מלול (ש"ס):

כמה החלטות התבטלו בגלל טענה של שרירותיות?

גלעד קריב (העבודה):

וכמה התבטלו בגלל סבירות?

דבי ביטון (יש עתיד):

בסך הכול 22 בג"צים מאז קום המדינה, מה הסיפור?

מיכל שיר סגמן (יש עתיד):

אז למה מבטלים את העילה? למה?

קריאות:

---

היו"ר יצחק פינדרוס:

רגע, יוראי רצה לשאול שאלה. יוראי, רצית לשאול שאלה?

ד"ר גור בליי:

רגע, אני רק רוצה לגמור.

היו"ר יצחק פינדרוס:

בגלל שיראי חושד שיש לי איזו שנאה אישית כלפי או כלפי הקהילה שלו ואמרתי שלא.

גלעד קריב (העבודה):

מעניין למה הוא חושב כך. יוראי, מאיפה קיבלת את הרעיון הזה?

דבי ביטון (יש עתיד):

זה הזמן להגיד: אולי לא הבנתי נכון, אין לי שנאה.

היו"ר יצחק פינדרוס:

אני עומד אחרי כל מילה שאמרתי ואין לי שום שנאה אישית כלפי אף יהודי.

דבי ביטון (יש עתיד):

מותר להגיד אותה מדעתך האישית אבל אל תפגע בקהילה שלמה.

גלעד קריב (העבודה):

יוראי, הוא רק חושב שאתה יותר מסוכן מהחמאס.

היו"ר יצחק פינדרוס:

אני לא חוזר בי מאף מילה ואין לי שום שנאה אישית כלפי אף יהודי.

גלעד קריב (העבודה):

אין לו שום שנאה כלפיך, אתה רק יותר מסוכן מדאעש.

היו"ר יצחק פינדרוס:

אני לא מתכוון לנהל את הדיון הזה.

דבי ביטון (יש עתיד):

אני רק שאלתי שאלה: מה יקרה אם יהיה לו בן או נכד, האם הוא ישרוף אותו? מה הוא יעשה איתו?

היו"ר יצחק פינדרוס:

נשמע את היועץ המשפטי.

גלעד קריב (העבודה):

ב"שולחן ערוך" כתוב דאעש, חבר הכנסת מלול?

ארז מלול (ש"ס):

אני אבדוק.

גלעד קריב (העבודה):

תבדוק אם ב"שולחן ערוך" כתוב דאעש וחמאס.

ד"ר גור בליי:

הרבה שנים האופן בו התייחסו לנושא של השרירות בפסיקה היה דומה מאוד לסבירות, זאת אומרת: שרירות היא סוג של סבירות. אגב, זה חלק מהקושי בעינינו, כשלא מאפיינים בכלל מה זו סבירות, כשלא קובעים הסדר כולל של המשפט המנהלי. אסור לי להגיד את המילה סבירות? אם אגיד שרירות זה בסדר? אני אומר באופן אמיתי, שרירות במובן הקלאסי דומה לסבירות.

גלעד קריב (העבודה):

זה רעיון.

ד"ר גור בליי:

ולכן אני אומר: גם אם הולכים עם הרציונל של השופט סולברג ועם הרציונל שאני מבין שיושב-ראש הוועדה שותף לו, ורוצים להגיד בנושאי מדיניות אנחנו מחילים, אני חושב שנשאר פה איזשהו חלל שלא מקבל מענה. לכן ההצעה שלנו – גם אם נשארים בכיוונים האלה – לתת החרגה לכל החלטה שמשפיעה ישירות על פרט, בין אם זה מה שמכונה בספרות זכות של הפרט או מה שמכונה אינטרס של הפרט.

עמית הלוי (הליכוד):

עורך הדין בליי, אבל הנחת העבודה של ההצעה הזאת היא שכל מה שהשר החליט - - -

היו"ר יצחק פינדרוס:

עמית, יוראי ביקש קודם לשאול שאלה.

עמית הלוי (הליכוד):

רגע, משפט הבהרה.

מאיר כהן (יש עתיד):

גם אני רוצה.

עמית הלוי (הליכוד):

אני רק מבהיר את העניין.

היו"ר יצחק פינדרוס:

עמית, זה בסדר אבל יוראי מתחנן כבר. כן, יוראי.



גיא לוריא:

תודה רבה. קודם כול, אנחנו הגשנו חוות דעת לוועדה לפני כמה חודשים, במרץ.

היו"ר יצחק פינדרוס:

אתם לא תומכים?

גיא לוריא:

לא תומכים.

היו"ר יצחק פינדרוס:

איזו הפתעה.

גיא לוריא:

אנסה להעיר כמה דברים אבל כמובן שחוות הדעת לפניכם ואנחנו סומכים על זה שאתם קוראים אותה ומודעים למה שכתוב שם.

אתחיל בזה שקודם כול, נראה לנו שמדובר פה על נוסח קיצוני מאוד, אפשרות רחבה מאוד ולגמרי לא מתונה של צמצום, כמעט ביטול, עילת הסבירות. בעצם זה הרבה יותר קיצוני מאיך שזה נראה בנוסח כי זה חלק מאיזושהי תוכנית הרבה יותר רחבה, כוללת, שאנחנו מודעים אליה. אני חושב שזה גם רחב יותר ממה שנראה משום שלא מדובר פה רק בנבחרי ציבור – שלא תחול עליהם ביקורת שיפוטית בגין עילת הסבירות – אלא גם על הרבה פקידי ממשלה שמקבלים החלטות ועליהם לכאורה עדיין תחול עילת הסבירות, אבל בעצם יש איזושהי נטייה להעביר החלטות של פקידים לשרים שעליהם אין תחולה של עילת הסבירות. כלומר, הנוסח הנוכחי של ביטול עילת הסבירות כלפי הממשלה יעודד עיוות של העברת קבלת החלטות מקצועיות במעלה ההיררכיה הממשלתית, לשרים או לממשלה, כדי להימנע מביקורת שיפוטית על ההחלטות האלה. לכן זה נוסח עוד יותר קיצוני מכפי שנדמה שהוא וגם כך הוא די קיצוני.

אני חושב שאחד הסיכונים במהלך הזה הוא שהוא גם יבטל את החובה של הרשות לפעול בסבירות, חשוב להבין כמה המהלך הזה הולך להיות הרסני לתהליכי קבלת ההחלטות בתוך הממשלה פנימה. שוב פעם, גם של פקידי ממשלה, זה יחלחל במשרדי הממשלה. זה עלול לחלחל, אם זה יחול גם על נבחרי ציבור ברשויות המקומיות, לרשויות המקומיות. יחלחלו כל מיני תהליכי עבודה בלתי תקינים, בגלל שהם יהיו מבוססים על תפיסה שיש חוסר חובה לנהוג בסבירות בגלל חוסר הביקורת השיפוטית בגין עילת הסבירות. זה יאפשר תהליכי עבודה לא סבירים, שרירותיים, עוד לפני שמגיעים לביקורת שיפוטית בגלל שאנחנו יודעים שרק מיעוט מהמקרים בכלל ידועים לציבור או מגיעים לבית משפט.

כפי שכבר נאמר, אני חושב בדיונים קודמים, בפועל בית המשפט ממעט להתערב. אני חושב שיש כאן בכלל שאלה: האם יש איזושהי בעיה שהצעת החוק הזאת מתמודדת איתה? אני חושב שזה לא נבדק בצורה רצינית. בית המשפט לא נכנס לנעלי הרשויות השלטוניות בבחירה בין החלטות אלא רק שומר על אזרחים מפני החלטות שהן לא סבירות באופן קיצוני. בעצם, יש מתחם של סבירות. אם בית המשפט הוא באמת מרוסן, כפי שאני חושב שהוא מרוסן, האם יש באמת בעיה שמטפלים בה? האם הנושא הזה בכלל ראוי לטיפול? אני חושב שלא.

עמית הלוי (הליכוד):

עבדת בממשלה פעם?

גיא לוריא:

לא.

עמית הלוי (הליכוד):

אם היית עובד בממשלה היית מגלה שמתחם הסבירות מבטל באופן אפריורי את רוב החלטות השרים.

קארין אלהרר (יש עתיד):

זה פשוט לא נכון.

מלי בלוד פולישוק:

טוב מאוד, זו בדיוק הכוונה של העילה, שהם ימנעו מלהחליט החלטות בלתי סבירות. טוב שכך, טוב שיש את העילה.

עמית הלוי (הליכוד):

כך צריך, לכן שלא יאמר שאין מה לדון כיוון שבית המשפט לא ביטל הרבה פעמים, כמות הפעמים שהוא ביטל לא רלוונטית.

מלי בלוד פולישוק:

תאר לך מה היה אם לא הייתה עילה, היה בלגן שלם.

קארין אלהרר (יש עתיד):

כנראה שהתכוונתם לעשות דברים מאוד לא סבירים.

עמית הלוי (הליכוד):

על זה אפשר להתווכח, אבל הטיעון הזה הוא בלתי נכון בעליל.

מלי בלוד פולישוק:

אתה נתת עכשיו את ההנמקה למה חייבים להשאיר את עילת הסבירות.

עמית הלוי (הליכוד):

לשיטתך, כן, לשיטתך.

מלי בלוד פולישוק:

לא, לשיטתך.

גיא לוריא:

אני חושב שהטענה שעילות אחרות יחליפו את עילת הסבירות היא בעייתית. אני חושב שעילת הסבירות נחוצה, בין היתר, מכיוון שעילות אחרות שמעורבות – כמו שיקולים זרים וניגוד עניינים – בדרך כלל קשה מאוד להוכיח אותן, בית המשפט נמנע מלהשתמש בהן. עילת הסבירות היא אובייקטיבית יותר ומאפשרת ביקורת שיפוטית גם על מקרים כאלה, זה נכון במיוחד מכיוון שבירור שיפוטי במסגרת עתירה מנהלית הוא בדרך כלל תוך הסתמכות על תצהירים, ללא שמיעת עדויות ובלי בחינה בפועל של הליך קבלת ההחלטה ברשות. לכן צריך את עילת הסבירות, בלעדי השימוש בה לא ניתן יהיה לפסול החלטות שערורייתיות שפגיעתן קשה בזכויות אדם ובאינטרס הציבורי.

אני חושב שמשמעות ביטול עילת הסבירות היא הגדלת היכולת של השלטון לפגוע באורח בלתי מוצדק בזכויות שונות, לרבות חירות, שוויון וכבוד אנושי - -

ארז מלול (ש"ס):

שמוגנות, שמוגנות בחוק.

גיא לוריא:

- - לפגוע בסדרי מנהל תקינים ולשבש את המאבק בשחיתות השלטונית. אצטט את השופטת עדנה ארבל, מבג"ץ אמונה, שכתבה: שלילה כמעט מוחלטת של עילת הסבירות, מותירה את הציבור חשוף בצריח שכן הוא שיישא במחיר של אותן החלטות המצויות מחוץ לגדרי מתחם הסבירות.

עמית הלוי (הליכוד):

הוא יבחר אחר כך בבחירות את מי שהוא רוצה.

קריאה:

הבחירות לא מספיקות.

מלי בלוד פולישוק:

אחרי שהמדינה תיהרס. ראינו מה עשיתם בחצי שנה, מה יקרה אחרי ארבע שנים?

היו"ר יצחק פינדרוס:

עוד כמה זמן יש לך? תנסה להתכנס.

גיא לוריא:

אני חושב שהזכירו פה כבר שלל סוגי החלטות שיש סיכון גדול שלא תהיה ביקורת שיפוטית אפקטיבית אם תבוטל עילת הסבירות בגינן. מדובר למשל, במינויים של בכירים בשירות הציבורי והעברתם מתפקידם. למשל: העברה מתפקיד של היועצת המשפטית לממשלה.

קארין אלהרר (יש עתיד):

נגיד, היפותטי, לא קשור למציאות.

גיא לוריא:

דובר על החלטות של ממשלות בממשלות מעבר, בתקופת מעבר. אני חושב שלא נעשתה פה בחינה רצינית.

עמית הלוי (הליכוד):

זה היה סלקטיבי. את בייניש אישרו וזה היה סלקטיבי, לא? יש לך מה לומר על זה?

גיא לוריא:

אני צריך לסיים.

עמית הלוי (הליכוד):

סבירות סלקטיבית, מה דעתך על סבירות סלקטיבית?

היו"ר יצחק פינדרוס:

עמית, עמית. אני חושב שלכולנו ברור. עמית, חבל לנסות, עזוב.

עמית הלוי (הליכוד):

הוא כבר מזכיר, הוא גם - - - רציני, הוא מזכיר מינוי בממשלת מעבר, הוא יודע שבית המשפט העליון התערב באופן סלקטיבי בעניין הזה.

גלעד קריב (העבודה):

בכל זאת מאמץ, כל אחד מאיתנו, כולנו נהיה חברי כנסת לשעבר.

ולדימיר בליאק (יש עתיד):

חוץ משמחה רוטמן.

היו"ר ארו מלול:

אתם מפריעים להגנה של הטבע. הגנת הטבע זה - - -

אסף רוזנבלום:

תודה. אנחנו בעיצומו של דיון סוער, פוליטי. אנחנו לא רוצים להיכנס לוויכוח הפוליטי הזה.

היו"ר ארו מלול:

טוב מאוד, טוב שכך.

אסף רוזנבלום:

אנחנו ארגון סביבתי וזה נושא חוצה מפלגות, המטרה שלנו להגן על הסביבה, להגן על הטבע ולהגן על הציבור. חלק גדול מהפעילות שלנו בנושא הסביבה – לא רק שלנו, של כל ארגוני הסביבה ושל הציבור – הוא בשדה של המשפט המנהלי, בג"צים. אלה כלים שעומדים לרשותנו ואנחנו עושים בהם שימוש הרבה שנים. יש גם לא מעט פסיקה בנושא, גם על בסיס עילת הסבירות.

אני חושב שלא נכון למקד את הדיון הזה סביב פסק דין כזה או אחר, אם בית המשפט טעה או צדק. לכל אחד יש דעות על כל פסיקה, זאת לא השאלה, השאלה היא: מה ההשלכות של החקיקה שיש כרגע לפנינו והניסוח שיש בה? הניסוח מאוד מאוד גורף ומבטל גם דברים שאני לא יודע האם מלכתחילה אולי התכוונו לבטל. המשפט הישראלי ובכלל מלא במושגים עמומים, לא רק סבירות: מידתיות זה מושג עמום; תום לב בחוזים זה מושג עמום מאוד; ספק סביר – הרשעה פלילית, כן? – הוא מושג די עמום. בית המשפט מחליט כי משפט זה לא מתמטיקה והוא צריך לקבל החלטות. לפעמים נסכים איתו ולפעמים לא, אבל אלה כללי המשחק, גם במשפט המנהלי והמשפט המנהלי הוא אולי העמום ביותר. אנחנו צריכים לחיות עם אי-הוודאות הזאת במשפט, בשביל זה יש עבודה לעורכי דין, אחרת אפשר להכניס נוסחאות ולגמור את העניין.

אני רוצה להוריד את הדיון הזה קצת לעולמות המעשה, כי זה מה שאני עושה ביום-יום.

היו"ר ארו מלול:

רק תוריד את זה מהר, כן?

אסף רוזנבלום:

לעותרים קשה מאוד לקבל סעד מבית המשפט, בטח על סבירות. כל הדיון שהתנהל פה לא קשור למציאות, כשאתה הולך לבית משפט וטוען לאי-סבירות, הרף שמציבים בפניך השופטים הוא גבוה מאוד, אולי אתם לא מבינים את זה כאן. קל וחומר כשאנחנו מדברים על, מה שנקרא, סבירות נטו. בתי המשפט לא מחליפים את שיקול הדעת המקצועי – לא של השרים ולא של הרגולטורים – זה לא עובד ככה. יש תהליכים שעוברים בדיון השיפוטי שבאמצעותם מגיעים למה סביר ומה לא סביר.

צריך להבדיל בין כל מיני מושגים של סבירות שקיימים וקצת עושים סלט בין הדברים. אני חושב שבהצעת החוק הזאת, אולי אני טועה, המטרה הייתה לבטל את מה שנקרא: הסבירות המהותית, זאת אומרת כשבית המשפט בודק את איזון השיקולים. אבל זורקים פה לקלחת גם מושגים אחרים של סבירות, מה שנקרא: הסבירות התהליכית. אי-אפשר להפריד בין הדברים האלה, דובר פה על זה שיש עוד עילות, אי-אפשר להפריד. יש גם עילות אחרות במשפט המנהלי, שלל עילות, כמו: החובה לפעול במהירות הראויה; החובה לפעול על פי תשתית עובדתית סבירה. הכול נבחן שם, הרבה מאוד מהעילות האלה – הקלאסיות, התהליכיות – נבחנות על פי שאלות של סבירות בסוף.

עמית הלוי (הליכוד):

אבל הן ספציפיות.

אסף רוזנבלום:

הן ספציפיות. בסוף אתה אומר בחוק שבית המשפט לא יבחן מהי הסבירות.

עמית הלוי (הליכוד):

לא, כעילה עצמאית.

אסף רוזנבלום:

לא, זה לא כתוב בחוק: עילה עצמאית, כתוב בחוק: סבירות, לא ידון בסבירות. לא כתוב מה זו סבירות מהותית.

עמית הלוי (הליכוד):

מה זו סבירות מהותית?

אסף רוזנבלום:

אסביר לך, כשאני הולך לבית משפט וצריך להסביר לו שהתקבלה החלטה ללא תשתית עובדתית.

עמית הלוי (הליכוד):

זה כתוב, זו עילה בפני עצמה.

אסף רוזנבלום:

רגע.

היו"ר ארז מלול:

עמית, תן לו לסיים ואולי יהיה אפשר.

עמית הלוי (הליכוד):

אבל הוא לא צודק.

היו"ר ארז מלול:

תן לו לסיים, גם אני רוצה לשמוע.

אסף רוזנבלום:

כשאני בא לבית המשפט ואני צריך להסביר לו שרשות מנהלית כזו או אחרת, או שר, לא בחן א', ב', ג', הוא אומר: פעלתי בתשתית עובדתית חסרה. מה זה חסרה? הרי היו בפניו חלק מהמסמכים. בית המשפט צריך להחליט האם זה מספיק או לא מספיק, המבחן הוא של סבירות. גם בעילות אחרות.

אתם יכולים לגלגל עיניים אבל זה המצב, בפרקטיקה. יש אין-ספור דוגמאות לזה, אנחנו הלכנו לבית המשפט על נושא של בדיקת חלופות בתסקיר השפעה על הסביבה, רוצים להקים כביש – צריך לבחון חלופות. מה עושים מוסדות התכנון? פוסלים מראש חלופות, לא בוחנים אותן בכלל. אני בתור עותר בא לבית המשפט ואומר: סליחה, יש חלופות, א', ב', ג', צריך לבחון אותן. לפי מה זה הולך? לפי מבחן של סבירות.

עמית הלוי (הליכוד):

אבל הסבירות שאנחנו מדברים עליה לא נוגעת בכלל בדרג המקצועי.

אסף רוזנבלום:

רגע. אגע בזה אבל אתם צריכים להבין. קודם כול, תשתית עובדתית והדברים האלה, חלים גם על הדרג הפוליטי.

היו"ר ארז מלול:

אסף, לנקודה, לפואנטה.

אסף רוזנבלום:

הפואנטה היא, וזו רק אחת הפואנטות, שכשאתם אוסרים באופן טוטאלי על בחינה של סבירות אתם נוגעים גם בעילות האחרות, מי שלא מבין את זה פשוט לא מכיר את הפרקטיקה. אני רוצה לתת לכם כמה דוגמאות. קודם כול, אי-אפשר להפריד בין הדברים. לגבי העניין של דרג פוליטי ודרג מקצועי, גם פה אי-אפשר לעשות את ההפרדה, ההפרדה שאתם עושים פה, בהצעת החוק הזאת, חסרת שחר. יש החלטות של מה שנקרא מדיניות והחלטות פרטניות, אי-אפשר להפריד. הממשלה מאשרת אין-ספור החלטות שהן מקצועיות. כשמאשרת תוכנית מתאר ארצית, הממשלה היא זאת שמאשרת. זאת אומרת שאי-אפשר יהיה יותר לעשות - - -

היו"ר ארז מלול:

אסף, תודה רבה.

אסף רוזנבלום:

אדוני.

גלעד קריב (העבודה):

רק משפט אחד, עובדתי.

היו"ר ארז מלול:

רגע, כשהוא יסיים. אסף אתה מסיים?

אסף רוזנבלום:

כן. אני רוצה לתת לכם כמה דוגמאות.

היו"ר ארז מלול:

לא, לא כמה דוגמאות. לא, לא.

מירב בן ארי (יש עתיד):

הוא צודק כי הוועדה נסגרת עוד רבע שעה ויש כאן עוד הרבה.

היו"ר ארז מלול:

יש פה עוד הרבה, חשבתי. סיום, משפט סיום.

אסף רוזנבלום:

אין בעיה.

היו"ר ארז מלול:

משפט, בלי דוגמאות. משפט סיום, את צודקת, מירב.

מירב בן ארי (יש עתיד):

---

היו"ר ארז מלול:

מירב, את מעכבת את פרופ' שמעון שטרית.

מירב בן ארי (יש עתיד):

סבבה, נתקדם.

אסף רוזנבלום:

אדוני, אני רק אסיים.

היו"ר ארז מלול:

אסף, משפט סיום.

אסף רוזנבלום:

אתם באמת צריכים להבין, החקיקה בישראל נותנת סמכויות רחבות מאוד לממשלה. סתם דוגמה אחת שאתן לכם, רק כדי שתבינו את העניין.

היו"ר ארז מלול:

ובזה אתה מסיים.

אסף רוזנבלום:

אני מסיים. בחוק התכנון והבנייה יש סעיף שנקרא: 266. אולי זה יעניין אותך, אדוני היושב-ראש. סעיף 266 לחוק התכנון והבנייה מאפשר לשר הפנים, בנסיבות שמוגדרות בחוק, לאשר כל פיתוח, איפה שהוא רוצה, בלי היתר בנייה ובלי תוכנית. הדבר היחיד שהציבור שנפגע מדבר כזה יכול לעשות – רוצים להרוס לו נחל, רוצים להרוס לו חוף או אני לא יודע מה – הדבר היחיד שהוא יכול לעשות בנסיבות כאלה זה לפנות בעילת הסבירות.

יש לי עוד הרבה מאוד מה להגיד, אני מקווה שבדיונים הבאים תאפשר לי.

היו"ר ארז מלול:

בסדר, תודה רבה.

אסף רוזנבלום:

אבל צריך להבין שכרגע הנוסח הוא כל כך גורף שהנזק שלו עולה על התועלת בוודאות.

היו"ר ארז מלול:

המסר הובן, תודה רבה.

גלעד קריב (העבודה):

רק תיקון טעות אחד, של עובדה, שלא יפתיע.

## נספח ע/9

**עמודים רלוונטיים מפרוטוקול מס  
113 מישיבת ועדת החוקה מיום**

**3.7.2023**

**עמ' 233**



קארין אלהרר (יש עתיד):

כן. אף פעם אין.

תומר נאור:

מצער. אני לא כזה חשוב, אבל חבריי פה חשובים. כשאנחנו מסתכלים על משטר דמוקרטי, אחד הביטויים הראשונים שעולים לנו לראש, אם נשאל כל תלמיד אזרחות, הוא איזונים ובלמים. כלומר, על כל אחת מהרשויות יש פיקוח ובקרה של הרשות שלצידה. היגיון שהיה ברור לכולנו לפני כמה חודשים, הוא שאנחנו לא רוצים כוח אבסולוטי לרשות אחת על פני השנייה. לצד המנגנונים האלה, אנחנו זוכרים שבמהלך השנים, מאחורי מסך בערות, כמובן, עוגנו מנגנונים נוספים בתוך הרשויות עצמן. מנגנונים של ריסון, שנועדו לוודא שהחלטות ציבוריות יתקבלו בצורה מסודרת, ברורה, תוך הסתמכות על מארג שיקולים ענייני ולטובת הציבור.

כהערה מקדימה, וזה דבר שחוזר על עצמו היום בדיון, אחת הרעות החולות, ואני אומר את זה במלוא הכבוד להליך החקיקה בבית הזה בשנים האחרונות, היא העובדה המצערת, ולא משנה איזו ממשלה מכהנת, שפעם אחר פעם מתקנים חוקים בצורה מהירה, ומתוך הסתכלות צרה על צרכי הרגע, מבלי לבחון השלכות רוחביות שעלולות להיווצר כתוצאה מהחוק. אני אצטט את היועץ המשפטי של הוועדה, שיושב פה היום, ואמר לפני כמה שנים – אני לא יודע אם אתה זוכר: זה מייצר לנו באגים חקיקתיים. משפט של גור. אין אחד בישיבה הזאת שלא נפגע בשנים האחרונות בצורה כזאת או אחרת, ולא משנה הפוזיציה הפוליטית שאיתה אנחנו מגיעים, בגלל הליך חקיקה שלא הקדישו בו די זמן לבחינת המארג החקיקתי שבו הוא יושב, והאדוות שהחוק מייצר.

לכן, כהערת פתיחה, אני מבקש, ביטול עילת הסבירות כמו שמבקשת הוועדה לקדם, לא יכול להיות מקודם בצורה שבה הוא מקודם, מבלי להתייחס להשלכות האדירות שלו על השירות הציבורי, על מנגנונים אחרים שייפגעו. שמחה, הממשלה הנוכחית ואתם הצלחתם לערער את אמות הסיפים. הצלחתם. עכשיו זה הזמן לעצור, לשבת על רפורמה אמיתית, מקיפה, שבסופה יהיו לנו חוקי-יסוד ברורים, שמסדירים את כל מארג היחסים בין הכנסת לבית המשפט לממשלה כמקשה אחת. אני אפילו מעז לדמיין חוקה.

לגופו של עניין, אם נסתכל על עילת הסבירות, למרות שאוהבים לספר לנו שזאת עילה שמשקפת את תפיסת עולמו הערכי של השופט, אני מניח שלפחות המשפטנים פה יודעים שמדובר במציאות שונה לחלוטין. כשבית המשפט בוחן סבירות של החלטה מינהלית, הוא מסתכל על רשימה ארוכה של מבחני עזר – אם היא נסמכה על שיקולים מקצועיים, ענייניים, תשתית עובדתית מתאימה, תשתית משפטית, מסגרת זמן מתאימה – יושב-ראש הוועדה, דיברת על זה – שקילת שיקולים מתאימים, שרירות וכן הלאה. ברור לי שברמה הפופוליסטית, לכל אחד מהצדדים יש רשימה של שניים-שלושה פסקי דין, שבהם בית המשפט כן עשה, לא עשה. הכלל הבסיסי שנשמר הוא שביטול המשפט מעביר ביקורת שיפוטית האם הרשות קיבלה החלטה עניינית ושקולה, או החלטה שרירותית מתוך מניעים זרים.

שלב אחד מעל ההחלטה המינהלית – אנחנו נמצאים בביקורת שיפוטית על מינויים. יושב-ראש הוועדה, אנחנו מכירים הרבה שנים, ואני אומר לך את זה באחריות. אם כל הפוליטיקאים היו כמוך, לא היינו צריכים את עילת הסבירות. יכול להיות.

היו"ר שמחה רוטמן:

אם כל השופטים היו כמוך, לא היו צריכים לחוקק אותה.

תומר נאור:

אם היינו יודעים שפוליטיקאי שממנה במשרד שלו, עושה את זה מתוך מחשבה על טובת הציבור, מינוי מקצועי ראוי של אדם בעל ניסיון וכישורים, יכול להיות שלא היינו צריכים את העילה הזאת. אבל זאת לא המציאות, וגם ממשלות בעבר לא חשבו שזאת המציאות. לכן, הם הקימו את אותו סט של מנגנוני פיקוח. ובשביל זה יש לנו את נציבות שירות המדינה ואת נבחרת הדירקטורים ואת הוועדה לבחינת מינויים. ובגלל זה המצאנו את ההליך המכרזי ואת תנאי הסף, וכאמור, אף פעם אי-אפשר לבחון חקיקה בלי לראות מה קורה במקרו. ומה שקורה פה במקרו, הוא נציבות שירות מדינה שהפכה בשנים האחרונות לחותמת גומי, שמכשירה מינויים הזויים בקריצת עין, מתוך שיקולים פוליטיים. די שנסתכל על מה שקורה עכשיו במשרד התחבורה, על הקומבינה. מישהו אמר לי השבוע: מירי פתחה להם את הדלת, כי כנראה נציבות שירות המדינה כבר לא עושה את העבודה שלו כמו שצריך.

בימים אלו ממש מקדם שר בכיר בממשלה את ביטול נבחרת הדירקטורים ואת ביטול הוועדה לבחינת מינויים. ותנאי סף? אני יכול לספר לך שבשנים האחרונות, פעם אחר פעם אנחנו נלחמים בהורדה של תנאי סף, שכל תפקידה הוא להכניס לשירות הציבורי מקורבים, אנשי שלום, אנשים בלי הניסיון המתאים ובלי הכישורים המתאימים לנהל את השירות הציבורי. וזה כבר לא שאלה של ימין ושמאל. כולנו נפגעים מהרס השירות הציבורי במדינת ישראל. המשרדים מתמלאים במינויים לא מקצועיים, אנשי המקצוע הטובים עוזבים, ומשאירים משרדים בלי ידע ובלי זיכרון ארגוני בידיים של עסקנים ומקורבים.

במציאות הזו, שבה הממשלה מפרקת עקב בצד אגודל את המנגנונים המרסנים שהיא עצמה החילה על עצמה לפני כמה שנים, לא תהיה לנו יותר בקרה פנימית בתוך הממשלה. אנחנו חייבים כלי ביקורת חיצוני.

אמרת קודם – מה אתם צועקים? אמרת לי פעם באיזשהו דבייט שלבג"ץ יש אקדח על השולחן. אמרת את זה בהקשרים של חקיקה. אני חולק עליך בהקשר הזה, ודווקא בהקשר של הסבירות, בייחוד בהקשר של מינויים, אני דווקא מסכים איתך. יש מינויים שלא באים לאוויר העולם, ראה ערך לפני חצי שנה המינוי של מנכ"ל משרד התחבורה, משום שיש אמירה: בג"ץ לא יאשר את זה. ברגע שניקח את האקדח הזה, המינויים האלה כן יעברו, ונשמע פה כל מיני סיפורים – הוא כן ראוי, לא ראוי, סחרו עם קורות החיים. אנחנו מכירים את זה. אנחנו לא רוצים להיות שם, כולנו ניפגע מזה. לכן, אנחנו מתנגדים לתיקון החוק הזה, לפגיעה הגורפת, וכמובן שלביטול הכלי החשוב לביקורת שיפוטית. תודה רבה.  
היו"ר שמחה רוטמן:

תודה רבה. הדובר הבא, אברהם שלו מקהלת, בבקשה. גם לך אני לא קוצב זמן, תשתדל לשמור על מסגרת קצרה.

#### אברהם ראסל שלו:

בעשורים האחרונים מדינת ישראל השקיעה מאמצים רבים כדי להילחם בתנועת החרם נגד מדינת ישראל, ה-BDS. המדינה הקדישה משרד ממשלתי ייעודי למאבק, בעבר המשרד לנושאים אסטרטגיים, והיום משרד התפוצות. המדינה גם הקימה רשת בין-לאומית של פעילים כדי ליזום נגד ה-BDS. ע דיום, מדינת ישראל רשמה הישגים נגד ה-BDS, ביניהם חוקים נגד החרם בארצות הברית, ובקרוב בבריטניה, גינויים רשמיים של פרלמנטים במדינות דמוקרטיות, והפסיקות נגד מקדמי החרם.

אולם, בד בבד עם ההצלחות הכבירות בזירה הבין-לאומית, בית המשפט העליון חתר נגד המאבק מבית בשורה של פסיקות, חלקן הנשענות על עילת הסבירות. כדי להילחם באלו שמקדמים לוחמה כלכלית נגד המדינה מבית, הכנסת העבירה מספר חוקים ותיקוני חקיקה. הכנסת העבירה את חוק החרם, אותו בית משפט סירס על ידי פסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק, אך זה דיון אחר. הכנסת גם העבירה את תיקון מס' 28 לחוק הכניסה לישראל, אשר מסמיך את שר הפנים לסרב כניסה לאדם שאינו אזרח, ארגון או גוף המפרסם קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל.

ב-2018, שר הפנים סרב לאפשר כניסה לארץ ללארה אל-קאסם, סטודנטית אמריקנית שנרשמה ללימודים באוניברסיטה העברית. אל-קאסם, עד שנה וחצי לפני הגעתה לארץ, כיהנה כסגנית נשיאה של ארגון SJP – סטודנטים למען צדק בפלסטין. ארגון SJP הוא אחד הארגונים האנטישמיים ביותר בארצות הברית, המקדם חרם נגד מדינת ישראל, הדרה ואף אלימות נגד סטודנטים יהודים. בערעור לבית המשפט העליון, בית המשפט קבע כי החלטת שר הפנים חרגה ממתחם הסבירות. השופט הנדל קבע כי די בהפסקה של שנה וחצי כדי לנתק את המעורבות של אל-קאסם לחרם. לדידו, פעילותה הייתה ספורדית, מעורבותה מינורית. השופט כתב כי עמדתה המורכבת, הסקרנות שגילתה כלפי ישראל והיהדות, ונכונותה לנהל דיאלוג פתוח ומכבד עומדים לזכותה של אל-קאסם. זה אינו נימוק משפטי אלא ערכי. כלומר, שר הפנים קבע כי X, כלומר מעורבותה בחרם בעבר – גוברת, אך בית המשפט העדיף את ערך Y.

פרשה זו מראה את השרירותיות ואת העמימות שיש בעילת הסבירות. במרץ 2021 החליטה ועדת פרס ישראל להעניק את פרס ישראל לפרופ' עודד גולדרייך. שר החינוך יואב גלנט סירב להעניק לו את הפרס היוקרתי ביותר, כאשר נודע לו שגולדרייך חתם על מכתב פומבי לפרלמנט הגרמני, הקורא לו לבטל את ההכרה ש-BDS מהווה תנועה אנטישמית. וגם חתם על עצומה הקוראת לאיחוד האירופי להחרים את אוניברסיטת אריאל. בחודש יולי, שרת החינוך החדשה יפעת שאשא ביטון, גם היא סירבה להעניק את הפרס החשוב ביותר לגולדרייך.

הזאת. בשנת 1987 עיריית ירושלים הגישה תוכנית לבנות את אצטדיון טדי. התוכנית אושרה בכל מוסדות התכנון. קבוצת בית"ר ירושלים, שלא היה לה מגרש מתאים, שיחקה אז בימק"א והפועל בקטמון. אני אוהד. הייתי הולך, היו יושבים על הגדרות בתנאים מכפירים. בית"ר עברה לשחק בתל אביב, בבלומפילד, עד שייבנה האצטדיון.

כל מוסדות התכנון – אושרו. מה הבעיה? שרי הפנים אז, פרץ ודרעי, לא הסכימו לחתוך על התוכנית. אם לא הייתה עילת הסבירות, אני מעריך שעד היום אוהדי בית"ר והפועל היו יושבים על הגדרות בימק"א ובקטמון. מזל שהוגשה עתירה על ידי טדי קולק, ראש העיר המיתולוגי, גם על ידי דדי צוקר ואחרים, ולכן יש חשיבות בהקשר של הרשויות גם לעילת הסבירות כלפי הממשלה. בית המשפט פסק שזה לא סביר, ואז התוכנית התקדמה. היום יש לנו אצטדיון מפואר, אצטדיון טדי.

דיברו פה על דברים גדולים. אני חושב שעילת הסבירות תפגע באזרח הקטן, תפגע באוהדי הכדורגל, תפגע בנשים, תפגע בנכים ותפגע באחרים.

קארין אלהרר (יש עתיד):

יישר כוח.

היו"ר שמחה רוטמן:

תודה רבה. עורך הדין מייק בלס, לשעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה. אני לא אקצוב זמנים, אבל תשתדל לקצר.

מייק בלס:

בוקר טוב, תודה רבה. אני מקווה שאני אצליח לעמוד במשימה. אני רוצה לדבר על כמה נקודות. הנקודה הראשונה, אני חושב שהנוסח של הצעת החוק הזאת לא עומד בסטנדרטים של הוועדה ושל הבית הזה. הוא רזה מאוד, ואני לא מדבר על התוצאה הסופית. באופן שבו הדברים מנוסחים, הדבר הראשון שאתה מצפה לראות בסעיף חוק שעוסק ב-לא יעסוק בעניין סבירות – זה הגדרה מהי סבירות. יש סוגים שונים של סבירות, היבטים שונים שלה, ממופרכות, דרך איזונים. דיברתם על תהליכים. כל מיני דברים. למה הכוונה כאן? לי, לפחות, לא ברור. דבר אחד ברור לי, שעל מעט המילים שכתובות כאן, ייכתבו אין סוף פסקי דין למה התכוון המחוקק, ואנחנו מייצרים נזק סביבתי של כתיבה, טיעון, שעות של דיון, ערעורים. יחזור בחזרה.

נעמה לזימי (העבודה):

גם נזק סביבתי דה-פקטו.

מייק בלס:

אני חושב שחקיקה בנושא כזה מורכב שנכנס בפסיקה של בית המשפט, הרחבה, בנושאים האלה, צריכה להיות הרבה יותר מהודקת, הרבה יותר ממוקדת. זה באשר לרעיון של אין עניין של סבירות שידון בו בית משפט. אם אני נכנס לתוכן של המילה סבירות, וזה עלה פה בדברים. דיברנו על עילת סבירות שביט משפט מתערב בהחלטה, ועלתה השאלה מה חייב השר, כרשות מינהלית, כשהוא מחליט לשקול. האם אנחנו מתכוונים באמת ששר לא יצטרך לשקול את השיקולים הענייניים ולתת להם משקל ראוי? כי זה לא לגמרי ברור. אם האמירה היא – הוא דרג נבחר, ישפוט הציבור, הוא יכול להכניס כל שיקול – פוליטי, ענייני, מקצועי, כלכלי. מה שהוא רוצה, והציבור יחליט, בהנחה שאפשר לזכור את ההחלטה הספציפית הזאת. לכן, השאלה מה קורה בשלב הראשון, שבו הנושא המינהלי מטופל ברשות המינהלית, נבדק על ידי העוזרים, היועצים והאגפים, חסרה מכאן. אנחנו עוסקים רק בשכבה האחרונה, לטעמי הפחות חשובה, והיא הביקורת השיפוטית. אותי מעניין כל התהליך עד שמתקבלת ההחלטה. הוא חסר מן הספר, ויעסקו רבות בשאלה למה התכוונתם.

היו"ר שמחה רוטמן:

אני רוצה לעשות איתך דו-שיח על זה, ואני חושב שמה שהעלית זה נקודה חשובה מאוד. טענת הנגד למה שאמרת, והאמת היא שמי שכתב אותה מאוד יפה זה סולברג, ולכן אני רוצה לצטט ממנו. בעצם, מה שאתה מתאר הוא בוודאי תיאור נכון של המציאות, רק שבגלל קיומה של אותה עילת סבירות, כל אותם מבנים לא נבנים. דהיינו, ואני רוצה לצטט: לא אחת, אומר השופט סולברג, נתקלתי במקרים שבהם

היו"ר שמחה רוטמן:

דווקא אזור המינויים הוא הדוגמה הקלאסית של איפה עובר שיקול הדעת. הרי ידוע לך היטב שהייתה שופטת שזייפה פרוטוקול. הדבר נתפס ונחשף, והחליטו לא להדיח אותה מיידית אלא להשאיר אותה מכל מיני שיקולים, עד מועד הפרישה הקבוע שלה בחוק או שתחכה עוד קצת. גם בנוגע לכתובת כתב אישום שהוגש נגד ראש עיר, החליט בית משפט להסתפק בזה שצבי בר בזמנו אמר שהוא לא יתמודד בבחירות הקרובות, והחליט לתת לו לסיים את הקדנציה בניחותא. יכול להיות שבית המשפט צדק או טעה. האם אנחנו אומרים קטגורית שהשאלה בדבר המשך כהונתו של צבי בר אז, עם כתב האישום, ולא משנה מה הסתיים בסופו, המשך כהונתו לא המשך כהונתו, זה לא שאלה מהי ההחלטה הנכונה. כי שאלה מה ההחלטה הנכונה – כל אחד יכול להיות זכאי לדעתו, אלא השאלה היא מי הפוסק האחרון בה.

אם אתה אומר לי שבסוגיות האלה, הפוסק האחרון צריך להיות בית המשפט כי במקרה הפלוני או האלמוני, בעיניי הוא קיבל את ההחלטה הנכונה. זה נכון כמו להגיד שזה לא צריך להיות בית המשפט, כי במקרים אחרים הוא קיבל את ההחלטה הלא נכונה. זה חסר משמעות. זאת שאלה משטרית ולא אנקדוטלית.

מייק בלס:

אני מסכים, ואני אציע בסוף פתרון אחר לבעיה שאתה מעלה. אבל אני חושב שצריך להביא בחשבון שהאזור הזה של מינויים, לרבות פיטורים, השר פועל כאן כרשות מינהלית. הוא לא פועל כאן רק כנבחר ציבור. הוא גם נבחר ציבור, הוא הלך לבחירות לכנסת, אבל כרגע הוא מפעיל סמכות מינהלית. ניתן לו הכוח.

היו"ר שמחה רוטמן:

הוא מפעיל סמכות מינהלית, שמבטאת הרבה פעמים מדיניות, תפיסת עולם, דרך למימוש המדיניות שלשמה הוא נבחר. לכן, המחוקק קובע שהרבה מאוד מינויים הם בסמכות הממשלה, והם לא כל רשות מינהלית, והם לא מכרזים.

מייק בלס:

זה בסדר גמור.

היו"ר שמחה רוטמן:

כי הוא מוציא אותם מההחלטה הרגילה של רשות מינהלית.

מייק בלס:

זה בסדר גמור, ושר מסוים יביא מועמדים מהימין ושר אחר יביא מועמדים מהשמאל לוועדה, והזה בסדר גמור.

היו"ר שמחה רוטמן:

עוד לפני השאלה הפוליטית. שאלה של אי-אמירת אמת היא לא שאלה פוליטית. ברוך השם, יש שקרנים מכל קצוות הקשת.

מייק בלס:

כשאנחנו נאמר לו שהוא משוחרר מלשקול את השאלה אם המועמד דובר אמת או לא - - -

היו"ר שמחה רוטמן:

הוא לא. אני רק אומר שהוא זה שישקול את זה, ולא בית המשפט. זה מה שאני אומר, ובוא נחדד. אני אומר שהוא ישקול את זה, השר, נבחר הציבור, ולא בית המשפט.

מייק בלס:

אני מבקש שתי נקודות אחרונות.

גלעד קריב (העבודה):

אדוני, יש נכון בפרסומים של התקשורת, שאתה מתכוון להביא את הדברים להצבעה מחר?

היו"ר שמחה רוטמן:

גלעד, אתה לא מפריע באמצע שיחה. אני לא מבין אותך.

נעמה לזימי (העבודה):

שאלה לגיטימית.

גלעד קריב (העבודה):

רק שאלה. אתה מתכוון להביא את זה מחר להצבעה?

היו"ר שמחה רוטמן:

גלעד, אתה לא מפריע באמצע השיחה.

גלעד קריב (העבודה):

הצעת חוק מטעם הוועדה, ואני חתום עליה כחבר ועדה.

מייק בלס:

אני מציע לך להפוך את בררת המחדל מלבטל את זה על כל החלטות הנבחרים, לאתר את אותם סעיפי חקיקה שמפריעים לך, ובהם להתערב. אם תחליט שאין ביקורת שיפוטית על פרס ישראל, אז לא תהיה ביקורת שיפוטית על פרס ישראל, והשמיים לא ייפלו. אם יחליטו שאין ביקורת שיפוטית על מינוי שר, שאושר בכנסת, אנחנו יודעים איפה אזור הסיכון. כל הדברים האחרים הם כניסה לשדה מוקשים.

היו"ר שמחה רוטמן:

הנקודה ברורה, רק שאתה חושב שכאשר בית המשפט אומר את המילה האחרונה יש פחות סיכון, ואני חושב שכאשר נבחר ציבור הם המילה האחרונה, יש פחות סיכון. זה הפער בינינו.

נעמה לזימי (העבודה):

אתה חושב שכאשר לנבחר ציבור יש את המילה האחרונה, יש פחות סיכון, אבל אתה רוצה להשאיר להם את הסיכון הבלעדי.

היו"ר שמחה רוטמן:

לא. תודה.

נעמה לזימי (העבודה):

כן, זה מה שאתה עושה. אתה מונע את הביקורת השיפוטית כחלק מהתהליך. אתה בעצם אומר היום לשרים, אחרי מה שאתה עושה פה, שכל החלטה שלהם יכולה לא להתגלגל הלאה לבית המשפט ביועין, כי אתה סומך עליהם יותר. סומך עליהם יותר. אתה אומר לציבור שהמגבלות הנוספות - - -

היו"ר שמחה רוטמן:

נעמה, את בהערת ביניים בלתי נגמרת.

## נספח ע/10

**מסמך מיפוי הפסיקה בעניין סבירות  
מהעשור האחרון**

עמ' 239

## פסקי דין מהעשור האחרון בהם התקבלה עתירה לבג"ץ תוך שימוש בעילת הסבירות

בהמשך לדברים שנאמרו בדיון הוועדה בתאריך 3.7.2023 ולבקשת חברי הוועדה, להלן רשימת פסקי הדין במסגרתם התקבלה עתירה בבג"ץ (באופן מלא או חלקי) כנגד רשויות מנהליות בעשר השנים האחרונות, תוך שנעשה שימוש בעילת הסבירות באופן מפורש או משתמע, על-ידי שופט אחד בהרכב לפחות. בחלק גדול מן המקרים, לשימוש בעילת הסבירות נלוו עילות מנהליות נוספות.

מדובר ברשימה שגובשה על יסוד מסד הנתונים שהועבר אלינו על-ידי מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה.

כאשר הצו נגד ניתן כנגד דרג נבחר (כולל ראש רשות מקומית או מועצה מקומית) סומנה העתירה ב(\*)

1. בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון, יצחק רוכברגר (14.10.2013); (\*)
2. בג"ץ 6549/13 תנועת אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ראש עיריית בת ים (20.10.2013); (\*)
3. בג"ץ 3368/10 משרד האסירים הפלסטינים נ' שר הביטחון (6.4.2014 ו-18.4.2017);
4. בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (22.6.2014); (\*)
5. בג"ץ 8405/13 מרכז תורני רעננה נ' משרד החינוך (23.3.2015);
6. בג"ץ 5163/13 עיריית בית ג'אלה נ' המנהל הכללי במשרד הביטחון (2.4.2015);
7. בג"ץ 2902/11 העמותה לילדים בסיכון נ' משרד הבריאות (4.9.2015);
8. בג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט (12.11.2015);
9. בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (12.11.2015);
10. בג"ץ 3840/13 פלוני נ' משרד הפנים (30.11.2015); (\*)
11. בג"ץ 6745/15 חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (1.12.2015);
12. בג"ץ 7625/06 רגצ'ובה נ' משרד הפנים (31.3.2016); (\*)
13. בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.3.2016);
14. בג"ץ 4380/11 פלונית נ' מדינת ישראל – שר הפנים (26.3.2017); (\*)
15. בג"ץ 4602/16 מדיו נ' נציבות בתי הסוהר (13.6.2017); (\*)
16. בג"ץ 8213/14 בתיה כהנא דרור נ' השר לשירותי דת (15.8.2017); (\*)
17. בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל (8.10.2017);
18. בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (31.10.2017);
19. בג"ץ 3884/16 פלונית נ' השר לביטחון פנים (20.11.2017); (\*)
20. בג"ץ 2386/11 צלאח נ' מנהל הלשכה האזורית למנהל אוכלוסין (14.12.2017);
21. בג"ץ 2964/18 חוג ההורים – פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון (17.4.2018); (\*)
22. בג"ץ 5693/18 ציאם נ' ראש הממשלה (26.8.2018);
23. בג"ץ 7396/18 מפלגת העבודה הישראלית נ' מר עופר שפר מנהל הבחירות בעיר חיפה (3.2.2019);

24. בג"ץ 5769/18 פרופ' אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה (4.3.2019); (\*)
25. בג"ץ 191/15 פלונית נ' עיריית בני ברק (18.4.2019);
26. בג"ץ 3052/19 לוחמים לשלום בע"מ נ' שר הביטחון (6.5.2019); (\*)
27. בג"ץ 4845/17 חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה (28.10.2019);
28. בג"ץ 3987/15 גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע נ' שר הפנים (25.11.2019);
29. בג"ץ 3842/18 מכלוף נ' השר לביטחון פנים (19.2.2020); (\*)
30. בג"ץ 1550/18 עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות (30.4.2020);
31. בג"ץ 752/20 עטאונה נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (25.5.2020);
32. בג"ץ 4853/20 אבו בכר נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (10.8.2020);
33. בג"ץ 1591/18 פלונית נ' שרת המשפטים (17.9.2020);
34. בג"ץ 7150/16 המרכז הרפורמי לדת ומדינה – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שרת המשפטים (21.9.2020); (\*)
35. בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קרית ארבע (7.10.2020); (\*)
36. בג"ץ 7059/20 עמותת "חוזה חדש" נ' משטרת ישראל (17.11.2020);
37. בג"ץ 5309/18 התאחדות המלונות בישראל נ' משרד הפנים (6.1.2021);
38. בג"ץ 5782/21 זילבר נ' שר האוצר (12.1.2022);
39. בג"ץ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך (29.3.2022); (\*)
40. בג"ץ 7091/19 לי-בר קייטרינג יפוח בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל (31.8.2022);
41. בג"ץ 5403/22 לביא – זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' ראש הממשלה (22.9.2022); (\*)
42. בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (18.1.2023); (\*)
43. בג"ץ 5794/22 זמטב נ' הוועדה לבחינת השעיית ראשי רשויות בשל הגשת כתבי אישום לפי חוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), התשל"ה-1975 (6.2.2023);
44. בג"ץ 3030/23 לוחמים לשלום נ' שר הביטחון (23.4.2023); (\*)



## נספח ע/11

עמודים רלוונטיים מפרוטוקול מס  
114 מישיבת ועדת החוקה מיום

4.7.2023

עמ' 242

נעמה לזימי (העבודה):

למה? אבל לא עניתם לי.

היו"ר שמחה רוטמן:

כי את לא נותנת נאום לפרוטוקול עכשיו, מצטער. אם ד"ר בקשי רוצה לענות אם הוא נפגש איתי או לא, זו כמובן זכותו. אם הוא רוצה למסור את יומן הפגישות שלו, זו כמובן זכותו. הוא כמובן לא חייב לעשות כך.

אביעד בקשי:

במשפט אחד, יש לי קשרים מקצועיים גם עם שר המשפטים וגם עם יו"ר ועדת חוקה.

גלעד קריב (העבודה):

למה שלא תחשוף את יומן הפגישות שלך?

אביעד בקשי:

חברת הכנסת לזימי, אם תזמיני אותי לפגישה אשמח להיפגש פגישה מקצועית.

היו"ר שמחה רוטמן:

תודה רבה לכולם. פרופ' יואב דותן נמצא בזום. בבקשה.

יואב דותן:

צהריים טובים. אני מבין ששמי עלה באופן תדיר בדיונים של הוועדה הזאת, שאני לא הייתי נוכח בהם, שמרבים לצטט אותי. חשבתי שאולי כדאי שאגיד כמה מילים בעניין של הצעת החוק הנוכחית.

היו"ר שמחה רוטמן:

פרופ' דותן, מהדיון הראשון של הוועדה ביקשתי להזמין אותך ואני שמח שנענית. לא חיכינו לאזכור השם, אלא מלכתחילה מהיום הראשון הזמנו אותך כי רצינו שתגיע. תודה.

יואב דותן:

הסיבה שאני חשבתי שאני צריך להופיע הייתה העובדה שמרבים להזכיר את שמי ולהתייחס לדברים שאני אמרתי או כביכול אמרתי, או כתבתי או כביכול כתבתי. לכן אני חושב שאני צריך להבהיר את עמדתי בקשר להצעת החוק הנוכחית.

אני חושב שהצעת החוק הנוכחית היא הצעה מאוד בעייתית. אגב, אני לא רואה עכשיו בזום את הוועדה.

גלעד קריב (העבודה):

אתה לא מפסיד שום דבר, אדוני.

היו"ר שמחה רוטמן:

גלעד ישלח לך סלפי.

יואב דותן:

אני רואה רק את עצמי בראי, אז אני מדבר כאילו לעצמי.

גלעד קריב (העבודה):

כמו היושב-ראש. רואה רק את עצמו.

משה סעדה (הליכוד):

גלעד, הוא למד מהטובים, הוא למד ממך.

היו"ר שמחה רוטמן:

חבריה, בזום זה עוד יותר קשה להפריע. נא לא להפריע, חברים.

יואב דותן:

הצעת החוק הנוכחית היא הצעה בעייתית ביותר בעיניי. אני אומנם ביקרתי לא פעם את הדוקטרינה הקיימת של סבירות בבית המשפט העליון מזוויות 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 מתיימרת להבדיל בין החלטות של הדרג הפוליטי להחלטות של הדרג המנהלי, אבל בפועל להערכתי זה לא מה שיקרה, משום שההבחנה 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 בגינין – 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. הסמכות 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.

ההצעה הזאת לא כוללת הבחנה בין מה שאני רואה כחיוני, וזה מודים של סבירות. ושוב, אני מבין שהדברים נסקרו פה בדברים של הוועדה, למרות שלא הייתי נוכח. יש החלטות שלשיטתי 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. ולכן אם מישהו מנסה לבסס את הצעת החוק הזאת על משהו שאני כתבתי, אז אני רואה לנכון להביא את הדברים בצורה ברורה.

היו"ר שמחה רוטמן:

תודה רבה, פרופ' יואב דותן.

אפרת רייטן מרום (העבודה):

עשו שימוש ציני בעמדות שלך.

קארין אלהרר (יש עתיד):

מעניין מה יהיה כשיביאו את סולברג. המגדר קורס.

היו"ר שמחה רוטמן:

תודה. אני יודע שזו משימה קשה, פרופ' דותן, אבל תשתדל בבקשה לעבור ולהתייחס לשאלות בקצרה, כי יש לנו מומחים רבים שעוד ממתנינים לנו. בבקשה.

יואב דותן:

אני אשתדל במהירות. סבירות הליכית. אני חושב שבהקשרים מסוימים, אם למשל אנחנו מדברים על לתת חסינות או ביטוח סבירות להחלטות של ממשלה, אז הרציונל הזה כנראה יחול גם על סבירות הליכית. לעומת זאת, כשאני מדבר על הסטנדרט של capricious, זו החלטה שהתשתית העובדתית שלה רעועה, אז היא תיפול לתוך הקטגוריה הזאת. אני עונה בצורה טלגרפית. עניתי על השאלה של גור, אני לא יודע עד כמה הבינו אותי אנשים אחרים.

מגמות בפסיקה לגבי הסבירות. לפחות בעשור האחרון חלק משופטי בית המשפט העליון מביעים אי נחת הולך וגובר מהסטנדרט, מהשימוש בסבירות כפי שהוא נעשה בעשורים האחרונים בפסיקה. זה ברור, יש על זה ויכוחים בין השופטים. לטעמי זו אולי סיבה להימנע מהתערבות סטטוטורית בעניין הזה כרגע. כלומר, אנחנו רואים שבית המשפט עצמו הוא לא סטטי והוא לא נדבק לעמדה מסוימת, אלא הוא שוקל כל הזמן את העמדה שלו, מפתח את ההלכה. לכן לטעמי אם נדרשת בכלל התערבות של המחוקק, אז אולי זו הסיבה להימנע מהתערבות של המחוקק. שוב, בטח התערבות גסה וגורפת כמו שמנסים לעשות בהצעת החוק הבעייתית הנוכחית.

שאלו אותי על ההשלכות של ההצעה הזאת לגבי הזכויות של האזרחים ביום-יום. אז אני אומר, ההצעה הנוכחית היא בעיניי סופר-בעייתית, משום שאפשר לסווג בקלות כל החלטה בעניין של רישיון לחברת תקשורת. חברה מסוימת רוצה להביא ציוד תקשורת לישראל, משרד התקשורת לא נותן לה רישיון. או אשרת כניסה לישראל או תוכנית מתאר. את כל הדברים האלה אפשר בקלות להפיל למסגרת של החלטות שהן כביכול הדרג הפוליטי למרות שאלה לא באמת החלטות פוליטיות במובן שאנחנו מדברים עליו.

יואב סגלוביץ' (יש עתיד):

האם הן משפטיות? האם למשל נושא של לארה אל-קאסם הוא פוליטי או משפטי?

יואב דותן:

כמה לארה אל-קאסם יש?

מירב בן ארי (יש עתיד):

גם מ-2018 מתי זה קרה כבר שאתה עוד סוחב את האירוע כאילו זה צלקת משבוע שעבר? די, תתקדם, זה קרה ב-2018 ואחרי זה גם תיקנו את החוק.

יואב דותן:

כמה החלטות של הענקת אשרת כניסה ושהייה בישראל קיבל משרד הפנים בשבוע האחרון, וכמה מתוכן זה לארה אל-קאסם, החלטה שמעוררת איזשהו קושי עקרוני? אז למה לשפוך את התינוק עם מי האמבט? זאת החלטה אינדיבידואלית.

זה בכלל לא עניין של נטילה. 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. נטילה זה רק מצב שבו נתנו את הסמכות לדרג הביניים והשר לוקח את הסמכות אליו. אגב, דווקא אם השר מחליט במקרה מסוים ליטול, אז הייתי אומר שיש לזה איזו משמעות פוליטית או אחרת. אבל ב-99% מההחלטות היום-יומיות של מנהל ציבורי זה בכלל לא המצב. 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 בגינין, אם הממשלה מקבלת החלטה על הקמת קו מטרוד 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.

היו"ר שמחה רוטמן:

פרופ' דותן, אמרת ש-99.9% מההחלטות של המנהל הציבורי זה חשוב. זה נכון, אבל רוב מוחלט, 99.999% לא מתקבל על ידי נבחר ציבור. הרוב מתקבל על ידי פקידות.

גלעד קריב (העבודה):

אבל אפשר למשוך את זה. אתה טענת בעצמך.

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. הוא יבקש אישור של החלטת 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. אנחנו יודעים שבעולם הפוליטי יש מחיר לכל דבר. מי כמוכם מכיר את הדברים האלה.

היו"ר שמחה רוטמן:

אבל בתוך הממשל 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.

משה סעדה (הליכוד):

אבל אתה אמרת לפני שנייה שזה בלתי אפשרי.

גלעד קריב (העבודה):

הוא אמר את זה על מליאת הממשלה, אתה טועה, משה.

יואב דותן:

אני אסביר. שר הפנים חתום על כל תוכנית מתאר במדינה. אין אצלנו אפילו מה שיש אצל האנגלים או אצל הצרפתים של מה שנקרא אצילת החתימה. אז כל דבר יהפוך להחלטה של שר. כל פעם שיתקפו החלטה של משרד התחבורה או משרד הפנים או משרד התקשורת בבית משפט, יגידו שזו החלטה של שר. זה מאוד מאוד בעייתי.

אביחי בוארון (הליכוד):

אתה לא חושש מפרקטיקה שתתפתח שכל החלטה של שר תעלה לדרג ממשלה?

היו"ר שמחה רוטמן:

לא, הוא הסביר למה לא.

יואב דותן:

אני לא חושש, משום שבחיים האמיתיים מבחינת שרים זה מאוד מאוד מסובך. אם ינסו לעשות את זה בצורה גורפת, שהממשלה תקבל החלטה, מעתה והלאה כל ההחלטות של שר הפנים אלה החלטות ממשלה, אז בית המשפט ידע מה לעשות עם זה.

היו"ר שמחה רוטמן:

אני קראתי לך לסדר. את בקריאה שלישיית. קראתי לך לסדר כי התחלתם בצעקות, כי אתם רוצים לשבש את הדיון. הבנתי. לא יקרה. צאו מפה.

אפרת רייטן מרום (העבודה):

יש לי שאלה אדוני.

היו"ר שמחה רוטמן:

לא כרגע. אני באמצע, ואני מחכה שיצאו חברי הכנסת שקראתי להם לסדר.

(חברת הכנסת קארין אלהרר יוצאת ממליאת הוועדה)

אפרת רייטן מרום (העבודה):

אוקיי.

היו"ר שמחה רוטמן:

תודה רבה.

פרופ' ברק מדינה ממתין בזום. תודה רבה על ההמתנה הארוכה, אני ממש מתנצל על פרק הזמן. אני חושב שבכל זאת היה שיח חשוב ומעניין ואשמח שתוכל להגיד את דבריך. רק מאחר והיו פה כל מיני כינויי גנאי, כולל מצד חברי ועדה, אני רוצה להזכיר שכבר אתמול מיד כמדי אחרי הדיון אתמול, נשלח, כי יתכנו הצבעות על היום. זה לא חדש לאף אחד. מנהל הוועדה שלך, מי שטוען שהסרת, מי שטוען שרימתי, מי שטוען ששיקרתי, יראה הציבור וישפוט.

מילה לפני.

אפרת רייטן מרום (העבודה):

נכון. לא קשור למה שהיה עכשיו. בהקשר למה שאמר פרופ' דותן, הוא אמר שהייתה הצעה אחרת שאנחנו עדיין לא ראינו אותה. ואם הבנתי נכון, הוא גם אמר שאתה או אחרים שהיו שמה, גם הסכימו לנוסח הזה. אני חושב שיש טעם לפגם להצביע היום על נוסח שהוא הנוסח הזה, כשאנחנו יודעים שיש נוסח אחר.

היו"ר שמחה רוטמן:

הדברים נשמעו. תודה.

פרופ' ברק מדינה, בבקשה.

ברק מדינה:

שלום, תודה על ההזמנה. קודם כל אגיד שלושה דברים כדי לא להרחיב. הדבר הראשון קשור למשהו שאני חושב שאמר אתמול בדיון חבר הכנסת סעדה, אמר בהתייחס לדברים שנאמרו בדיון: "שאתם לא מבינים את החוק". אני מסכים במובן הזה – אי אפשר להבין את החוק הזה. אני חושב שזה חוק שבמקרה הטוב מנוסח באופן רשלני, במקרה הרע מנוסח באופן מכוון בהסתרה. מבחינת רשלנות, אז מעבר לכל הדברים שנאמרו כבר על מה זה חל ועל מה זה לא חל, צריך לזכור: יש עשרות חוקים היום שאומרים מפורשות שהסמכות של הגורם המוסמך, שר או גורם אחר, כפופה למבחן של סבירות. אתה יכול להסתכל על חוק המאבק בטרור, על חוק חופש המידע, אגב הדיון על הפגישות של יושב-ראש הוועדה על חוק איסור הפלייה במוצרים, חוק שירות ביטחון, אפילו על פקודת - - - קרקעות דרישה לצרכי ציבור, חוק המעצרים המינהליים ועוד ועוד. כתוב שם: כשהסמכות מותנית בכך שהופעל שיקול דעת סביר – האם עכשיו אנחנו מבטלים לחלוטין את כל החוקים האלה? חוק יסוד גובר על חוק רגיל. זה נראה כאילו שאין פה שום התייחסות, שום חשיבה על השלכות הרוחב שיהיו לחוק מהסוג הזה. אני חושב שהדברים של פרופ' דותן הם היו רק רמז להשלכות הרוחב שקשה לתאר אותם בכלל לחקיקה מהסוג הזה.

לא מדובר פה ברשלנות, מדובר פה במידה רבה בניסיון מכוון להסתיר את הכוונה האמיתית. הכוונה של החוק הזה – וזה עלה מלא מעט מהדיונים שהיו כאן בוועדה, גם אתמול וגם היום שנחשפתי אליהם – המטרה של החוק הזה היא פשוטה מאוד: לאפשר חסינות לממשלה, במקרים מסוימים גם לשרים, מביקורת שיפוטית על מינויים. החוק הזה נועד להכשיר את המינוי של חבר הכנסת דרעי לשר. החוק הזה נועד לאפשר לממשלה לפטר את היועצת המשפטית לממשלה ושומרי סף אחרים באופן שיאפשר לה לפעול חופשית ממגבלות. עכשיו צריך לשאול את עצמנו את השאלה: למה מסתירים? למה לא אומרים בגלוי, החוק הזה יחול רק על ההיבטים הללו של מינויים. הסיבה שאני חושב שמסתירים את זה, זה שמכירים בכך שיש כאן בעייתיות רבה מאוד. אז במובן הזה, כעניין טכני אפילו, צריך להכיר בכך שחוק מהסוג הזה הוא שינוי יסודי של כל המערך של המשפט המינהלי שלנו, זה לא איזה עניין טכני, זה לא עילת הסבירות במובן האיזוני שלה. זה ייצור בוקה ומבולקה בכל החקיקה שלנו כפי שאנחנו מכירים אותה ולכן אני חושב שיש פה בעיה גדולה מאוד, אפילו במישור המקצועי הטכני.

הערה שנייה קשורה לשאלה המהותית שאנחנו מדברים עליה. הסדר כזה הוא הסדר שיפגע באופן חמור באיכות של החלטות השלטוניות שמתקבלות במדינת ישראל; בוודאי כשמדובר בהחלטות פרטניות. בעניין הזה אני חושב שההבחנה שמציע פרופ' דותן היא הבחנה טובה בין מדיניות כללית לבין החלטות פרטניות, אבל אני חושב שלפטור את הממשלה מכל ביקורת אם ההחלטה עוסקת בעניין פרטני, אני חושב שזה עניין שגוי. צריך לזכור, אתמול דיבר על כך יושב-ראש הוועדה על זה שהוא ראה בלא מעט מקרים שביט המשפט העליון טעה בהחלטות שלו וקביעה כזו בוודאי אפשרית. בוודאי כמו שאמר יושב-ראש הוועדה, לפעמים הממשלה טועה, לפעמים השרים טועים, לפעמים בית המשפט טועה. אף אחד מאיתנו לא חסין מטעויות. אבל מכאן לא נובעת המסקנה: אהה, אם כולם טועים, אז יאללה, בוא נלך לחלופה שהממשלה תחליט בלי מגבלות. אנחנו צריכים לברר מי יותר מסוכן, איזו חלופה יותר מסוכנת. אבל בעיקר אני חושב שנשכחה כאן חלופה ששוב, עלתה בחלק מהמקרים, למשל על ידי פרופ' דותן ועל ידי אחרים – אם הכנסת חושבת שביט המשפט טועה, למשל, בפרשה של לארה אל קאסם שאתייחס אליה עוד רגע, למשל בעניין של פרס ישראל, תתכבד ותגיב לחקיקה הספציפית. הרעיון הזה שבגלל שביט המשפט, לשיטת הכנסת, טעה במקרה מסוים, אז בוא נשלול ממנו את כל הסמכות להחיל את העילה הזאת ולא נפתור את הנקודה הקונקרטית, הוא רעיון שגוי. הוא רעיון שהמשמעות שלו היא פגיעה בכל הבסיס של הגבלה על כוחו של השלטון. אנחנו רוצים פיקוח של השלטון. ואומר ד"ר בקשי: אוקיי, אז אם אתם רוצים, תחוקקו. אני גם אומר את זה, אם אתם רוצים תחוקקו, אבל השאלה היא מהי ברירת המחדל? מה קורה כשהכנסת שותקת ואנחנו יודעים שהכנסת שותקת. זה לא איזה עניין אקראי, מקרי שהכנסת שותקת. הכנסת שותקת כי הכנסת נתונה לשליטה של הממשלה. הכנסת לא קבעה שום חוק שקובע את האופן שבו מסדירים החלטות שלטוניות. הכנסת לא קבעה מגבלות על צורך לאשר החלטות קונקרטיות של שרים. לכן התוצאה שמדובר בה כאן, היא תוצאה שלפיה אנחנו נשאיר את זה להחלטת הממשלה, היא לא כזה תרצה אם יבוא לה אז אולי אנחנו, היא תוכל להגביל. אבל המהלך הוא כזה שהמשמעות המעשית שלו היא פגיעה יסודית בשלטון החוק. וזה מה שמוביל אותי להערה השלישית, הערה גדולה שקשורה גם לפרשת לארה אל קאסם.

אתמול היה כאן בדיון בוועדה נציג אחר של פורום קהלת, וגם יושב-ראש הוועדה דיבר על כך לא מעט, כל הנושא הזה של BDS, שביט המשפט כביכול מפריע למדינת ישראל להיאבק בתנועות החרם, שבגלל בית המשפט, תנועת החרם גדלה והולכת. ובכן, יש לי חדשות בשבילכם, אני לא מכיר גוף אחד בישראל או מחוץ לישראל שגרם להתגברות החרם על מדינת ישראל יותר מאשר גוף כזה כמו פורום קהלת. וגם יושב-ראש הוועדה שמעריץ את ההצעות שלו, ואוי ואבוי לנו מה יקרה אם ההצעות האלה גם יחוקקו. הרעיון הזה שהדרך שלנו למנוע חרם זה להפוך להונגריה, להפוך למצב שבו לא תהיה ביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה והשרים כי החלטות מסוימות לא נראות לנו טוב ואנחנו לא רוצים לחוקק חוקים ככה פרטניים – אני חושב שזה רעיון מסוכן מאוד. ולכן ההערכה שלי, וזו לא הערכה פוליטית, זו הערכה משפטית, הערכה שלי היא שעם כל הכבוד לוועדה הנכבדה שיושבת כאן, עם כל הכבוד לכנסת כולה, הכנסת איננה מוסמכת לפטור את הממשלה ממגבלות שמוטלות עליה. ברוב קואליציוני, בקולה המידי. זה חוק שכל המטרה שלו היא לפטור את הממשלה מהמגבלות שמוטלות עליה. אם הכנסת רוצה לשנות את ההסדרים, לפטור את הממשלה, היא יכולה לקבוע מגבלות חלופיות. הסמכות שניתנת לה היא סמכות להחליט בהסכמה רחבה, לא רק ברוב הקואליציוני. זו סמכות שהיא יכולה להיות מופעלת, להיכנס לתוקף רק בכנסת הבאה, לא בכנסת הנוכחית. הערכה שלי שהדיונים בבית הנשיא, על הסדרים כאלה או אחרים, הם לא נעשו מתוך רצון טוב, הם לא נעשו מתוך איזושהי מחווה של הקואליציה לאופוזיציה. הדיונים בבית הנשיא בוצעו מתוך הכרה בכך שאין לגיטימציה ציבורית לחקיקה מהסוג הזה. גם אלה שתומכים ברעיון של אולי לסייג את הלכת הסבירות, למשל יואב דותן, מכירים בכך שהכנסת לא אמורה להחליט על כך ברוב קואליציוני באופן מידי בצורה דורסנית. ואני חושב שאין גם הכשר משפטי לכך. ולהערכתו יש סיכוי מאוד גבוה שאם חוק כמו זה שאנחנו רואים אותו עכשיו יחוקק, אז בית המשפט העליון יביא לכך שאו הוא יפסול את החוק הזה משום שזאת חריגה של הכנסת מסמכותה או שהוא יפרש אותו בצורה מאוד מצמצמת שתביא לכך שהמטרות שעומדות בבסיסו של לאפשר לממשלה למנות אנשים שיש להם עבר

פלילי או לפטר את היועצת המשפטית לממשלה ושומרי סף, לא תמומש. אבל לשלם מחיר חברתי כבד שכולנו רק מתחילים עכשיו לשלם אותו. תודה.

(היו"ר משה סעדה, 13: 47)

היו"ר משה סעדה:

תודה רבה. אשאל אותך שאלה אחת, פרופ' ברק מדינה, אני קורא כעת דברים שאמרת מיד אחרי שהתפרסמו תוצאות הבחירות, ציטוט - - -

יוראי להב הרצנו (יש עתיד):

מה זה קשור?

היו"ר משה סעדה:

זה קשור לעניין הזה. ציטוט: הדבר הראשון שעלה בראשי היה שעוד יחוקקו חוק שיחייב אותי להפריד בין נשים וגברים באוניברסיטה. אתה יודע שאי אפשר לעשות את זה, זה בניגוד לחוק ושאינן שום כוונה לעשות את זה.

גלעד קריב (העבודה):

אתה לא יודע כנראה את המצב.

היו"ר משה סעדה:

שנייה - - -

בועז טופרובסקי (יש עתיד):

לפי ההיגיון שלכם עכשיו ועוד איך אפשר, ברור שאי אפשר.

היו"ר משה סעדה:

אני שואל אותך: למה לא ננהל שיח רציני, ולמה - - -

גלעד קריב (העבודה):

אתה לא יודע שיש החלטה של המל"ל - - -

קארין אלהרר (יש עתיד):

- - -

(קריאות)

היו"ר משה סעדה:

אני יכול להוציא אותך שוב.

גלעד קריב (העבודה):

אני אחזור שוב.



נקודה חשובה מבחינתי הייתה להבהיר שמדי פעם חוזר פה הסיפור של מתווה הנשיא ובמידה מסוימת עבר גם דרך הדברים של ברק מדינה. אני רוצה להקריא בדיוק מה כתוב במתווה הנשיא, מתווה העם: ביטול עילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה במליאתה, רק במליאתה, בענייני מדיניות ומינויים לשרים. זאת אומרת, זה מה שהיה כתוב שם. אחרי זה היה כתוב גם על שרים, אבל גם כדי לנהל מדיניות והצמצום שלהם רק כשזה לא מופרך, זאת אומרת המעבר מהסבירות האיזונית לסבירות של מופרכות. זאת אומרת יש פה שני היבטים שונים מאוד מההצעה שמוצעת פה לפנינו. אבל הכי חשוב ואת זה כמעט אף אחד לא אומר, אמרה את זה חברת הכנסת רייטן, כל הסיפור במתווה הנשיא היה שאתה מחזק במידה מסוימת את הכוח של הממשלה או מחליש במידה מסוימת את הפיקוח של בית המשפט, אבל אתה מחזק במקומות אחרים. אתה משריין את חוקי היסוד, אתה מוסיף עילות ביקורת, מוסיף זכויות שלא כתובות במגילת זכויות האדם שלנו. וגם היה כתוב שם שמשריינים סוף סוף בחוק את המעמד של היועצים המשפטיים, כולל היועץ המשפטי לממשלה.

קארין אלהרר (יש עתיד):

חוק-יסוד: חקיקה, כללים.

עמיר פוקס:

כן, חוקי היסוד. והיועץ המשפטי לממשלה. זאת אומרת, כל הסכנות הכי גדולות שעומדות עכשיו, לא היו במתווה הנשיא, בגלל האיזון הגדול הזה שהיה שם. אז באמת צריך להוריד מהשולחן את ההשוואה בין ההצעה הזאת ובין ההצעה של מתווה הנשיא.

מהנקודה הזאת של האיזונים האחרים, אני מגיע לנקודה הבאה: עוד דבר שלא עלה פה והייתי בכל הדיונים, זה שאנחנו כאילו בחלל ריק, כאילו אין, כאילו אנחנו לא פה רק בשלב אחד מתוך רפורמה אחת גדולה. ואני מקווה שלא תגיד לי את הדוגמה הזאת, למה פעם אומרים לך עם כובע ולמה פעם בלי כובע, כי אכן היו כאלה שאמרו: למה הבאתם את הכול בבת אחת ועכשיו לא.

היו"ר שמחה רוטמן:

בין היתר המכון הישראלי לדמוקרטיה.

עמיר פוקס:

אבל אל תביא לי את זה, כי אנחנו לא התלוננו שהבאתם את הכול בבת אחת, אנחנו רק התלוננו שזה מאוד מאוד מזיק. ההפך, אני זוכר את עצמי יושב ואומר לך שזה לא בסדר שהבאתם רק שלב אי ואנחנו לא יודעים מה יש בשלב ב'. ההפך, אני לא מבין בכלל איך חברי הכנסת ואיך אנשי מקצוע ואיך מישוה יכול להביע דעתו על הצעה כזאת בלי לדעת מה עוד הולכים לעשות, כי הרי הכול תלוי זה בזה. זה תלוי האם יש עדיין ביקורת שיפוטית-חוקתית; עדיין איך ממנים שופטים; מה הכוח של היועצים המשפטיים שזה הכי חשוב; אם אין סבירות, יש סבירות; יועצים משפטיים מקצועיים, לא מקצועיים; חוות דעת כן מחייבת, לא מחייבת – אי אפשר להעריך בכלל את הנזק של ההצעה הזאת בלי שנדע את כל המארג כולו. ואני רוצה לתת דוגמה שמראה, יש לי עוד שתי נקודות, בסדר? הנקודה הראשונה היא, דוגמה איך זה כשאתה מחוקק חוק בלי לדעת את המשך. רק פה בכנסת הזאת, אמנם לפני שהוקמה הממשלה, נחקק החוק לגבי הסמכויות של בן גביר, השר לביטחון לאומי. ובפרוטוקול שואלים אותו, מקשה עליו, חברת הכנסת אורית פרקש הכהן ואומרת לו: אבל אתה תוכל להחליט כל מיני החלטות כאלה, החלטות לסגור יחידות או הפגנות וזה. והוא אומר לה: לא, לא, אנחנו לא מבטלים את בג"ץ. אם אני אעשה משהו שהוא לא סביר, יש עדיין את בג"ץ, יש את האיזונים והבלמים. זאת אומרת, כשנחקק החוק ההוא, נלקח בחשבון העניין שאוקיי, אולי נותנים סמכויות לשר לביטחון לאומי, אבל הוא לא יכול לקבל החלטות שהם לא סבירות, יש עדיין בג"ץ. זה הבעיה כשאתה עושה משהו אחד ואתה לא יודע מה הולך לקרות בעוד חודשיים. זאת הייתה נקודה אחת.

רציתי לומר משהו אחד אחרון לגבי סולברג. אמרה את זה חברת הכנסת אפרת רייטן, אני רוצה לפרט יותר. אתה הסכמת בדיונים, אני הייתי שבוע שעבר, שכל דיני ממשלת המעבר נשענים על סבירות. אי אפשר למצוא להם כרגע תיקון אחר.

היו"ר שמחה רוטמן:

נכון.

עמיר פוקס:

ואני לא יודע איך אתה יכול לחיות בכלל עם זה שתחת ידיך יבוטלו כל הדינים האלה וכל ממשלת מעבר תוכל להתפרע כאוות נפשה כשכבר כל הטיעון הדמוקרטי לא תופס. אי אפשר להפיל את הממשלה הזאת, היא כבר נפלה. אי אפשר לפטר אותה, והיא יכולה לעשות מה שהיא רוצה. אני לא מבין איך אתה יכול בכלל, על המצפון שלך שיהיה כזה ואקום חוקתי.

היו"ר שמחה רוטמן:

אסביר לך.

עמיר פוקס:

אבל, אותה ממשלת מעבר אחרונה בראשות יאיר לפיד, מינתה רמטכ"ל, לפי טענתה משום שזה היה נחוץ ודחוף, ואפשר להתווכח על זה, אבל כמובן שאת זה קיבלה היועצת המשפטית, ואת זה גם קיבל בית המשפט. אבל מה שהיה שם זה שהיינו חייבים גם למנות יושב-ראש ועדת מינויים. ניסו למנות את מזוז, ולא מינו אותו, משום שבית המשפט התערב וביטל את ההחלטה הזאת משום שהיא למעשה לא סבירה, משום שמתחם הסבירות של ממשלה הוא מתחם מצומצם. והשופט שעמד בראש ההרכב הוא השופט סולברג.

היו"ר שמחה רוטמן:

תודה רבה.

עמיר פוקס:

אנחנו מתווכחים פה הרבה על מילים, ומה מישהו אמר ומה מישהו אמר, בואו נבדוק מה הם עושים. פסק הדין הזה מבהיר בדיוק למה צריך את עילת הסבירות, ואגב אני מסכים עם פסק הדין הזה.

היו"ר שמחה רוטמן:

תודה רבה. אני רוצה גם לתת לחלק מחברי הכנסת שפה להתייחס. ואני אתן – הם דיברו כבר בהצהרות הפתיחה, אתה לא היית כמובן.

רון כץ (יש עתיד):

יפה מצדך.

היו"ר שמחה רוטמן:

אתמול גם דיברת.

קארין אלהרר (יש עתיד):

לא נשמע את שטרית?

היו"ר שמחה רוטמן:

שנייה, נשמע בעזרת ה', נשמע. ומי שלא נספיק לשמוע היום, נשמע גם בין הראשונה לשנייה והשלישית, הכול בסדר.

קארין אלהרר (יש עתיד):

לא, לא, זה לא עובד ככה.

## נספח ע/12

הצעת חוק-יסוד השפיטה (תיקון מס  
5) (עילת הסבירות) הח 968 שאושרה  
בקריאה ראשונה

עמ' 252



רשומות

# הצעות חוק

הכנסת

5 ביולי 2023

968

ט"ז בתמוז התשפ"ג

עמוד

110..... הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות)

מתפרסמת בזה הצעת חוק מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת:

## הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 5) (עילת הסבירות)\*

תיקון סעיף 15

1.

בחוק-יסוד: השפיטה<sup>1</sup>, בסעיף 15, אחרי סעיף קטן (ד) יבוא:

"(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 ההחלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר וכן של נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, ולא ייתן צו כלפי מי מהם בעניין כאמור"

### ד ב ר י ה ס ב ר

בהחלטתה<sup>2</sup> (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 437 (1980)), וזאת כשמדובר ב"חוסר סבירות מהותי או קיצוני" (שם, שם).

על השימוש בעילת הסבירות במובנה זה, ובפרט על החלת עילת הסבירות בנוגע להחלטות של הדרג הנבחר, נטען בין היתר כי קביעת האיזון הערכי בין השיקולים השונים הנוגעים להחלטה מינהלית צריכה להיות נתונה לנבחרי הציבור ולא לבית המשפט. לפיכך מוצע לקבוע בחוק-יסוד: השפיטה כי רשות שיפוטית לא תוכל לדון בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה במליאתה, של ראש הממשלה או של שר אחר וכן של נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, או להוציא צו כלפי דרג נבחר בעניין סבירות החלטה.

יצוין כי אין באמור כדי להגביל את סמכותו של בית המשפט לדון או להוציא צו בשל עילות אחרות של ביקורת מינהלית, ובכלל זה עילת המידתיות.

בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות המדינה בהתאם להוראות סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה. בתי משפט ובתי דין אחרים גם הם מוסמכים לדון בביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות המדינה בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (ר' למשל סעיף 8 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, וסעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לעניין בית הדין לעררים).

מכוח סמכות זו, עורך בית המשפט ביקורת מינהלית על פעולות הרשות המבצעת. התפתחות עילות של הביקורת המינהלית נעשתה בעיקרה בפסיקה, ובכלל זה התפתחה עילת הסבירות. כיום עילה זו מאפשרת לבית המשפט לפסול החלטה מינהלית הלוקה בחוסר סבירות במובן זה שהיא אינה נותנת "משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם

\* מספר פנימי: 2207472.

<sup>1</sup> ס"ח התשמ"ד, עמ' 78; התשס"ב, עמ' 598.

## נספח ע/13

# נוסח הצעת החוק מטעמו של פרופ דותן

עמ' 255

## נספח ע/13

### הפעלת שיקול דעת

1. רשות מינהלית תמלא את סמכויותיה ותפקידיה בהגינות, בשוויון ובתום לב, ללא משוא פנים וללא שיקולים זרים, תוך הפעלת שיקול דעת ותוך שמירה על טובת הציבור.

### 2. סבירות

(א). רשות מינהלית תקבל החלטה מינהלית לאחר שנתנה משקל ראוי לכל אחד מהשיקולים הנוגעים לעניין ובכפוף לאמור בסעיף זה.

(ב) סעיף זה לא יחול על החלטות מדיניות כללית של הממשלה או על החלטות כאמור של רשויות אחרות שאושרו על ידי הממשלה.

(ג) (1) סעיף זה לא יחול על החלטות מדיניות כללית של שרים או החלטות כאמור שאושרו על ידי שרים; החלטות כאמור יתקבלו ללא שרירות או גחמנות.

(2) סעיף זה לא יחול על החלטות פרטניות של הממשלה או החלטות כאמור שאושרו על ידי הממשלה; החלטות כאמור יתקבלו ללא שרירות או גחמנות.

(ד) אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע בחובתה של רשות מינהלית לפעול בהגינות, תוך שמירה על טוהר מידות ומינהל תקין ועל יסוד תשתית עובדתית מתאימה ומספקת.

(ה) אין באמור בסעיף זה בכדי לפגוע בחובתה של רשות מינהלית לפעול מתוך הגנה על חירויות הפרט כאמור בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק ובדינים הקיימים לעניין זה.

### 3. טוהר המידות

(א) תוקם ועדה מייעצת לשמירה על טוהר המידות בממשלה, אשר תדון בכשירות למשרה של נבחר ציבור או עובד ציבור בכיר אשר הועמד לדין בעבירות חמורות. הוועדה תוכל להמליץ על אי מינוי, סיום כהונה, או השעיה מתפקיד. חברי הוועדה יהיו: שופט בית משפט עליון או מחוזי בדימוס (יושב ראש), שימונה בידי נשיא בית המשפט העליון; שר לשעבר, שימונה בידי ראש הממשלה; ומשפטן הכשיר לשמש כשופט בית המשפט העליון, שימונה בידי יו"ר הכנסת, בהתייעצות עם יו"ר האופוזיציה; לא ימונה לחבר הוועדה מי שבמהלך חמש השנים שקדמו למינוי היה פעיל בחיים הפוליטיים, ובמהלך כהונתו לא יהיה חבר הוועדה לבחינת השעיה שמונה לפי אותן פסקאות פעיל בחיים הפוליטיים.

(ב) הוועדה תפרסם לציבור את מסקנותיה והמלצותיה.

(ג) אם החליטה הממשלה לדחות את המלצת הוועדה להימנע ממינוי שר, לסיים את כהונתו, או להשעותו מתפקיד, ההמלצות יובאו לדין והחלטה בכנסת.

(ד) על החלטות הוועדה יחול סעיף 2(ג)2(2) לעיל.

### דברי הסבר

הנוסח הנוכחי מבחין בין שני סטנדרטים שונים של 'סבירות'. האחד הוא סטנדרט הסבירות 'האיזונית' המקובל כיום בפסיקת בית המשפט העליון והאחר הוא סטנדרט סבירות מצומצם (כזה שהיה מקובל בפסיקת בית המשפט העליון עד לשנת 1980) שלפיו החלטה תיפסל אך ורק בשל חוסר סבירות קיצונית,<sup>255</sup>

כלומר במקרים שבהם ההחלטה היא שרירותית או גחמנית. יצוין כי בשיטות משפט אחרות (קנדה, ארצות הברית, אוסטרליה, צרפת ועוד) ההבחנה האמורה משמשת לצורך קביעת סדרי הביקורת השיפוטית ונדירים מאוד המקרים שבהם סטנדרט הסבירות האיזונית מוחל על החלטות מדיניות כלליות. כלומר, בדרך כלל, הסטנדרט של 'שרירותי או גחמני' (או כיו"ב) הם הסטנדרטים הנוהגים.

הנוסח הנוכחי מבחין בין **שני סוגים של החלטות**: החלטות מדיניות כלליות הנוגעות לענייני הציבור והחלטות פרטניות (אינדיבידואליות) הנוגעות לענייניו של פרט בודד או של קבוצה קטנה וידועה של פרטים. ההצדקות הנוגעות לביקורת סבירות רחבה על החלטות פרטניות רחבות יותר מאלו הנוגעות להחלטות מדיניות כלליות משום שלגבי החלטות מדיניות כלליות קיימים מנגנוני ביקורת חילופיים חזקים (הכנסת, התקשורת, ארגוני פעולה NGOs, והציבור בכללו). מנגנונים אלו אינם קיימים, ומכל מקום עוצמתם היא חלשה בהרבה לגבי החלטות פרטניות המתקבלות על ידי המינהל הציבורי באלפיהן מידי יום ביומו. לפיכך, ההצדקה לביקורת שיפוטית נמרצת (בעילת הסבירות האיזונית) חזקה יותר לגביהן. מאידך, המחיר, מנקודת ראות דמוקרטית, של התערבות שיפוטית בהחלטות מדיניות כלליות הוא גבוה בהרבה מאשר בהחלטות פרטניות משום שהחלטות כאלו מבטאות את ההעדפות של הציבור בכללו, באמצעות נציגיו הנבחרים יותר מאשר החלטות פרטניות.

הנוסח הנוכחי גם מבחין, לעניין השימוש בסטנדרטים של ביקורת, בין **דרגים** שונים של המינהל הציבורי. החלטות של הממשלה הנבחרת פטורות מביקורת סבירות בכלל משום שהחלטות כאלה נהנות מרמה גבוהה של לגיטימציה ציבורית ומתקבלות לאחר שהדרגים המקצועיים הגבוהים ביותר (לרבות משרד המשפטים) חיוו לגביהן את דעתם. לעומת זאת החלטות מדיניות של שרים כפופות לסטנדרט המצומצם יותר (שרירותי וגחמני) אך אינן פטורות מביקורת הסבירות לחלוטין. ולבסוף, החלטות פרטניות של שרים, כפופות לביקורת הסבירות האיזונית במלואה.



## נספח ע/14

נוסח הצעת החוק שגובש על-ידי  
קבוצת שטרן

עמ' 258

### סבירות

1. הלכת הסבירות לא תחול על החלטות הממשלה ועל החלטות של רשויות אחרות שיאושרו על ידי הממשלה.
2. החלטות של שרים, אם לא הובאו לאשרור הממשלה, יהיו כפופות לסטנדרט מצומצם יותר, המקביל לנוהג בארצות הברית, של שרירותיות וגחמנות.
3. למרות האמור לעיל, הלכת הסבירות תמשיך לחול, ככל שהיא חלה לפי פסיקת בית המשפט העליון כיום, בכל הנוגע לאחריות המדינה ורשויות ציבוריות אחרות במשפט הפרטי.
4. תוקם ועדה מייעצת לשמירה על טוהר המידות בממשלה, אשר תדון בכשירות למשרה של נבחר ציבור או עובד ציבור בכיר אשר הועמד לדין בעבירות חמורות. הוועדה תוכל להמליץ על אי מינוי, סיום כהונה, או השעיה מתפקיד. חברי הועדה יהיו: שופט בית משפט עליון או מחוזי בדימוס (יושב ראש), שימונה בידי נשיא בית המשפט העליון; שר לשעבר, שימונה בידי ראש הממשלה; ומשפטן הכשיר לשמש כשופט בית המשפט העליון, שימונה בידי יו"ר הכנסת, בהתייעצות עם יו"ר האופוזיציה; לא ימונה לחבר הוועדה מי שבמהלך חמש השנים שקדמו למינוי היה פעיל בחיים הפוליטיים, ובמהלך כהונתו לא יהיה חבר הוועדה לבחינת השעיה שמונה לפי אותן פסקאות פעיל בחיים הפוליטיים.
5. הועדה תפרסם לציבור את מסקנותיה והמלצותיה.
6. אם החליטה הממשלה לדחות את המלצת הועדה להימנע ממינוי שר, לסיים את כהונתו, או להשעותו מתפקיד, ההמלצות יובאו לדין והחלטה בכנסת.
7. לא תהיה ביקורת שיפוטית על סבירות החלטת הממשלה והכנסת בנוגע להחלטות הוועדה.

## נספח ע/15

העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול  
מס 121 מישיבת ועדת החוקה מיום

12.7.2023

עמ' 260

גלעד קריב (העבודה):

האם שר המשפטים פנה אליכם, צוות המשרד, לשמוע את עמדתכם?

היו"ר שמחה רוטמן:

אבל, גלעד, אל תכריח אותי לקרוא אותך לסדר, תודה. אמרתי אין הערות ביניים עכשיו.

גלעד קריב (העבודה):

אבל לא קיבלתי תשובה.

היו"ר שמחה רוטמן:

אז תתמודד, מה לעשות? גם אני לא קיבלתי תשובה להרבה דברים שלי, אבל עכשיו לא תפריע.

גלעד קריב (העבודה):

אבל לי יש פחות סבלנות.

היו"ר שמחה רוטמן:

אז לכן תצא החוצה להירגע.

גלעד קריב (העבודה):

לא, חס וחלילה.

גיל לימון:

לגבי השאלות של חבר הכנסת מלול.

גלעד קריב (העבודה):

זה לא מעניין אותך אם שר המשפטים - - -

היו"ר שמחה רוטמן:

גלעד, די.

גלעד קריב (העבודה):

רק בגלל שביקשת יפה אני מפסיק.

גיל לימון:

לגבי הנושא של חוות הדעת של היועצת המשפטית לממשלה לתקופת הבחירות. אז אני אגיד, יושב פה גם ד"ר בקשי מקהלת, הם הגישו בקשת חופש מידע וקיבלו. אגב, אנחנו מפרסמים גם באופן יזום את חוות הדעת שלנו. ברור לנו שאמון הציבור בהחלטות שלנו, יש מידה רבה ביכולת שלנו לנמק אותן ולהסביר אותן ויש מגמה בשנים האחרונות של הרחבת השקיפות, אנחנו גם מפרסמים באופן יזום חלק מחוות הדעת וגם העברנו את זה במענה לבקשת חופש מידע של קהלת ואפשר לראות את העקביות שלנו.

בסופו של דבר אנחנו עובדים לפי כללים משפטיים שהם אחידים לכל החלטה. אני יכול לעבור נושא נושא על הסכמי השכר, הסכם לבנון, מינוי רמטכ"ל, מינוי מפקד גל"צ ולנסות להסביר את ההחלטה, וגם המינוי של השופט מזוז שאנחנו חשבנו שמבחינתנו, כמו שאנחנו יישמנו את הכללים המשפטיים חשבנו שאפשר למנות אותו לשמונה שנים, בית המשפט פסק אחרת, זה בסדר גמור, אלה כללי המשחק.

ארז מלול (ש"ס):

זה סבירות, נכון?

היו"ר שמחה רוטמן:

ארז, בסדר, אבל אני מבקש שקט מכולם גם כשעונים לשאלותיו הספציפיות.

גיל לימון:

תקרא את פסק הדין של סולברג. ויכול להיות שאנחנו טועים, מה זה יכול להיות? אנחנו בטוח טועים, עובדה שביית המשפט פסק אחרת.

ארז מלול (ש"ס):

טעיתם.

גיל לימון:

בסדר, אבל אלה כללי המשחק. כללי המשחק הם שבחברה דמוקרטית אין גורם שלטוני שמחזיק בכל הכוח, וכן, בית המשפט הוא הפוסק האחרון בשאלות של חוקיות. זו התשובה. להחלטות שלנו אין חסינות מפני עילת הסבירות.

אמרת על העמדה לדין של איש ציבור וכן הלאה, קודם כל יש פסיקה לגבי החלטות שלא להעמיד לדין, כי זה החלטות שלבית המשפט יותר נוח לבקר אותן. ההחלטה להעמיד לדין, לבג"צ לא נוח לבקר כי למעשה מהצד השני יש כתב אישום אז יש הליך מתנהל. זה האופן שהדברים עובדים, יש מנגנונים מאוד מוקפדים על הנושא הזה. נמצא פה גם חבר הכנסת משה סעדה שהיה בפרקליטות עשרות שנים והתהליכים שאנחנו מנהלים אמורים להגיע למצב שההחלטות שאנחנו מקבלים על הגשת כתב אישום הן החלטות שהן מקצועיות, נכונות ומדויקות. בסופו של דבר מי שמחליט בעניין ומי שפוסק זה בית המשפט ויש מקרים שיש הרשעה, ברוב המקרים, יש מקרים שיש זיכוי, יש מקרים שיש זיכוי חלקי וזה בסדר, אלה כללי המשחק בדמוקרטיה.

לגבי השאלה של חבר הכנסת בליאק, האם לאחר ביטול עילת הסבירות יישארו מנגנונים משלימים. אז צריך לומר, נאמר בצדק למשפט המנהלי יש הרבה מאוד כללים, יש למעשה את הכללים של הסמכות ויש כללים של שיקול דעת ויש ניגוד עניינים וחובת הנמקה ושיקולים זרים וכל הדברים האלה יישארו, הכול בסדר, הם יישארו והם מכסים הרבה מאוד היבטים של ההחלטה השלטונית.

ארז מלול (ש"ס):

אפילו מרבית.

גיל לימון:

אפילו מרבית. לעילת הסבירות יש פונקציה מיוחדת, אגב לא סתם היא נמצאת פה בדיון, אם לא היה לה ערך מוסף משמעותי בהגבלת הכוח השלטוני סביר להניח שוועדת חוקה לא הייתה מקדישה כל כך הרבה זמן לניסיון לבטל אותה. אז זה נכון, יש הרבה עילות אחרות ואנחנו לא יודעים, אגב, איך בית המשפט יפרש ואיך הוא ינסה למלא את החלל, כי בסופו של דבר גם הפונקציה של בית המשפט וגם הפונקציה שלנו, כיועצים משפטיים לממשלה, היא לשמור על שלטון החוק ולעשות צדק והדברים האלה יצטרכו להיעשות גם אחרי ביטול עילת הסבירות.

ארז מלול (ש"ס):

זה גם התפקיד שלנו.

# נספח ע/16

הנוסח המתוקן של הצעת החוק

מיום 12.7.2023

עמ' 263

## הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות)

תיקון סעיף 15 .1. בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, אחרי סעיף קטן (ד) יבוא:

"(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 ~~וכן של נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק~~, ולא ייתן צו ~~כלפי מי מהם בעניין~~ כאמור; בסעיף זה: "החלטה" – כל החלטה לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות."

## נספח ע/17

העתק עמודים רלבנטיים מפרוטוקול  
מס' 125 מישיבת ועדת החוקה מיום

13.7.2023

עמ' 265



היו"ר שמחה רוטמן:

אתה לא ברשות דיבור. תודה. אסי, בבקשה.

אסי מסינג:

בסוף דבריי ביום שלישי נאמרו מספר דברים. ראשית נאמר שהדוגמאות שהבאתי הן דוגמאות מופרכות ומה שמוצע זה להתייחס לדוגמאות קונקרטיות כדי שאפשר יהיה לדבר עליהן. שנית, אני גם לא השלמתי את ההתייחסות שלי לכל הדוגמאות, לסוגי הדוגמאות האחרות. דיברנו על סוגים שונים. גם נאמר כאן על ידי חבר הכנסת מלול ציטוט לא מדויק של דברים שאמרתי בפעם הקודמת. לגבי חלקם, כנראה לא הובנתי.

היו"ר שמחה רוטמן:

בסדר. אמנם את חברי הכנסת מאוד מאוד השתדלתי לא להגביל בזמן בדיון הזה. מבחינת מסגרת הדיון, בבקשה תשלים את הדברים שאמרת בפעם הקודמת וגם התייחסות למה שאני אמרתי, למה שאמר ארז וגם לסוגיית הבחירות. אני אשמח שתעשה זאת במסגרות זמן סבירות, וסליחה על השימוש במילה הזאת.

אסי מסינג:

בכל מה שקשור לשאלת המינויים, מטעמים מובנים אני לא אתייחס לכוונות של שרים למנות מועמדים שלא פורסמו וזה מובן מאליו בעניין הזה שזה לא נכון ולא מתאים. אני אתייחס רק לדברים שפורסמו ולדברים שהתרחשו ושהיה עליהם פומבי.

אני אתחיל בעובדות מבחינת תקופות במהלך הזמן ואני אלך אחורה. בתקופה שבין 1 בספטמבר 2018 ל-1 בנובמבר 2018 לא היה ממונה על שוק ההון. כלומר, לא מונה אף אדם להיות ממונה על שוק ההון, לא בטלת תפקיד ולא בשום דבר אחר. בתקופה שבין 1 ביוני 2018 עד חודש ינואר 2019, לא היה כלכלן ראשי, לא בהטלת תפקיד ולא במינוי בכלל. אני תכף אחזור להשלכות שהיו בעניין של הכלכלן הראשי ויש גם את דוח מבקר המדינה בעניין ואני אתייחס לחלק המשמעותי בהקשר הזה.

בדרך כלל כשאין מינוי קבוע, יש את סעיף 23(א) לחוק שירות המדינה (מינויים) שמאפשר למנות למעשה כל עובד מדינה לתקופות של עד שלושה חודשים והחל לאחר שישה חודשים אפשר למנות מינוי שהוא בהסכמת נציב שירות המדינה והיועצת המשפטית לממשלה. ברמת המינוי עצמו נאמר שאפשר למנות כל עובד מדינה. לאחרונה גם במשרד האוצר, במהלך תקופת כהונתי, היו מינויים רבים, מינויים של הטלת תפקיד, כאשר כמעט על כל הטלת תפקיד שהייתה נבחנה השאלה בדבר הנכונות והסבירות של מועמד שימונה ויוכל לכהן בו זמנית בשני התפקידים שהוא ממלא. כלומר, למשל, האם מנכ"ל המשרד יכול לכהן כחשב הכללי, האם מנכ"ל המשרד יכול לכהן כממונה על התקציבים, האם מנכ"ל המשרד יכול לכהן ככלכלן ראשי או כל עובד אחר. אותו דבר גם ביחס לממונה על שוק ההון וכולי וכולי. בחלק מהמקרים, כאמור, לא נתבקשה בקשה למנות מינויים. תכף אני אסביר מה המשמעות של אי העובדה שמונה וההשלכות שלא מונה אדם.

לפי פרסומים במשרדים מקבילים, לאחרונה פורסמו פרסומים שונים על כוונות שונות למנות מינוי לממלא מקום הסטטיסטיקאי הראשי ובין אם הכוונות היו נכונות ובין אם לא היו נכונות, אנחנו מדברות על השאלה האם בכלל נבחנת שאלה של כשירות והיכולת למנות לתפקיד משמעותי מקצועי אדם שהוא אינו כשיר להיות בפעילות המקצועית עצמה.

אם נחזור לשאלה של מה היה במשרד שלנו, זה יתחבר גם לדוגמה השנייה עליה דיברתי, לשאלת קביעת תחזיות הכנסות, אז כמו שאמרתי בתקופה של בין 1 ביוני 2018 עד חודש ינואר 2019, לא היה כלכלן ראשי אבל באותה תקופה היה משהו אחר.

ארז מלול (ש"ס):

סליחה, זאת הייתה ממשלת מעבר?

אסי מסינג:

לא. ממשלה מכהנת.

קארין אלהרר (יש עתיד):

סתם לא בא להם.

אסי מסינג:

בסוף ימיה של הממשלה.

היו"ר שמחה רוטמן:

מי הפעיל על זה ביקורת סבירות?

אסי מסינג:

ההכרזה על הבחירות הייתה ב-26 בדצמבר 2018 והבחירות היו, כמדומני, במרס 2019. גם אם הממשלה הייתה משלימה את מלוא ימיה, זה היה ממש בסוף כהונתה. על התקופה שבה לא היה – לא רק בגלל זה – נכתב דוח מבקר המדינה בעניין תהליכי קבלת החלטות במשרד האוצר. תקציב המדינה לשנת 2019 היה חריג במובן שלו, שהוא אושר בכנסת בחודש מרס 2018 על בסיס תחזיות שניתנו בסוף שנת 2017, תחילת 2018.

היו"ר שמחה רוטמן:

אני שואל שאלת הבהרה. תיאור המקרים מאוד נחמד אבל כל המקרה המופרך הזה שאתה מתאר, בעיניי הזוי, התרחש כשיש לנו בית משפט שיכול לבקר סבירות ויש לנו יועצים משפטיים שיכולים לבקר סבירות. אז מה, אתה טוען שכל המערכות הקיימות לא עובדות? אז בשביל מה אני צריך אותן?

אסי מסינג:

תכף נדבר.

היו"ר שמחה רוטמן:

בסדר. אני מנסה להבין את הטיעון.

אסי מסינג:

התפרצת לדלת פתוחה. אחרי כן נדבר על מה קורה אם לא הייתה את עילת הסבירות.

היו"ר שמחה רוטמן:

אתה אומר שבלי עילת סבירות היה יותר גרוע.

אסי מסינג:

לא. אני תכף אסביר.

כמו שאמרתי, הכנסת פוזרה בסוף חודש דצמבר 2018. מחודש אוגוסט 2018 היה ברור לגורמים המקצועיים במשרד שיש מגמת שינוי מהותית בתחזיות. לא נקבעו תחזיות. לא היה כלכלן ראשי והתהליך עצמו לא בוצע.

אני קורא מדוח מבקר המדינה שפורסם לאחר מכן. הוא פורסם בשנת 2020. אני לא אשלים את יתר הדברים שלא פורסמו בגלל שהייתה רגישות מאוד גדולה סביב הדוח הזה והיו פרסומים רבים, אבל אני אגיב למה שכן פורסם.

"בעקבות ההימשכות והשיהוי בתהליך אישור התחזיות המעודכנות לשנת 2019, ביום 29 בדצמבר 2018 הפיץ היועץ המשפטי של משרד האוצר, בתיאום הממונה על התקציבים, עם הכלכלן הראשי – שוב, יש כאן טעות כי זה לא הכלכלן הראשי אלא אגף הכלכלן הראשי, כי לא היה אז כלכלן ראשי – ועם מנהל רשות

המיסים לכל הגורמים הרלוונטיים מתווה ברור לאישור התחזיות לשנת 2018 לשם הצגה בממשלה בתחילת ינואר 2019".

המתווה מפורט באריכות שממש מטיל את השאלה מתי יהיה וכולי. אני מקצר.

היו"ר שמחה רוטמן:

אני במתח. אני שומע תיאור מקרה מאוד מאוד ארוך. מה טיעון הסבירות שקשור אליו?

קארין אלהרר (יש עתיד):

רוטמן, בנחת.

היו"ר שמחה רוטמן:

אני מאוד בנחת.

קארין אלהרר (יש עתיד):

אתה לא נראה בנחת.

היו"ר שמחה רוטמן:

קארין, אני למדתי לדבר בוועדות הכנסת ועורך הדין אסי מסינג מנוסה מאוד בהופעות בוועדות הכנסת וידע שאין דבר כזה שנותנים לבן אדם לדבר 10 דקות ולא מבינים מה הוא רוצה. תיאור המקרה ברור, אני מאוד אשמח שתסביר לי ולחברים לאן אנחנו מתקדמים.

קארין אלהרר (יש עתיד):

אני לא מבינה. אנחנו כאן עד הלילה. תן לו לדבר.

גלעד קריב (העבודה):

אני הקשבתי שעות לפרופסור איינהורן ולא הבנתי מה היא רוצה לומר, כבר חצי שנה. אז הפרעתי לה?

היו"ר שמחה רוטמן:

אסי, בבקשה.

אסי מסינג:

אני בטוח שאני אצליח להסביר.

היו"ר שמחה רוטמן:

זה יעזור לך אם אני אתן לך מסגרת זמן? בבקשה.

אסי מסינג:

התקציב הוכן על בסיס גירעון של 2.9 ובסופו של דבר עם עדכון תחזיות התברר שהגירעון החזוי הוא 3.6 אחוזים. כלומר, סטייה של 0.7 אחוז מהתמ"ג, שזו סטייה עצומה.

היו"ר שמחה רוטמן:

כמה בסוף הוא היה?

אסי מסינג:

בסוף הוא נגמר ב-3.9.

אז מה שקרה זה שלמעשה הסיבה המרכזית בגללה לא קוים הנוהל שקיים, שהצגתי אותו בהרחבה בפעם הקודמת, כאשר בעקבות דוחות מבקר המדינה הקודמים מ-2011 ו-2012, במסגרתם נקבע שהתחזיות היו שגויות לחלוטין ברמה המקצועית והשפיעו עליהן, ולכן נקבע נוהל מפורש איך קובעים תחזיות. הסברתי ואמרתי שהנוהל הזה דורש עצמאות שיקול הדעת ללא מעורבות של שר. לעומת זאת כאשר לא היה במהלך 2018 כלכלן ראשי, הנוהל עצמו לא קוים ולכן הייתה השפעה על אופן קביעת תחזית ההכנסות שהובילה לזה שהיה צורך להחזיר את הפעילות באופן המקצועי לפי שמתקבל וכדי שהתחזיות עצמן יגובשו ויוצגו בפני הממשלה.

המבקר קבע, וגם התייחסות של שר האוצר אז למבקר, כפי שנכללה בדוח המבקר, ואמר שביום זה וזה הועברה לשר האוצר פנייה בעניין. "בעקבות פנייה זו הורה השר לקדם את הצגת עדכון התחזיות בפני הממשלה, על אף שסבר שאין תשתית מספקת לתחזית שהוצגה. תהליך הכנת התחזית וההתמודדות עם הגירעון הצפוי הציפו יחסי עבודה שאינם מיטיבים בתוך משרד האוצר שהתבטאו בין היתר בשיתוף פעולה. בעקבות זאת נדרשה מעורבות של היועץ המשפטי של משרד האוצר והוא הכריע בסוגייה כיצד להגיש תחזית".

במובן הזה של הפעילות עצמה, מאחר ולא היה אף אחד מהגורמים המקצועיים שאפשר היה לממש את מלוא עצמאות שיקול הדעת שלו ולבצע את תחזית ההכנסות, באותו מועד, כדי שאפשר יהיה להגיש את זה לממשלה כפי שמתחייב לצורך קבלת החלטות והשלכה על האופן שבו הממשלה מקבלת בעת כניסתו של תקציב בפועל, היה צורך בעניין הזה כדי לכנס את הדבר הזה במובן הזה של פעילות.

שאלת איך יכול להיות שחצי שנה לא היה כלכלן ראשי.

היו"ר שמחה רוטמן:

לא. זה לא מה ששאלתי.

אסי מסינג:

ובית המשפט לא התערב.

היו"ר שמחה רוטמן:

לא, זה לא מה ששאלתי. אני שואל שאלת הבהרה. המצב הזה שתיארת, פער, גירעון, פרק הזמן הארוך, זה מצב נורא, נכון? מצב גרוע. אתה כאיש מקצוע חושב שהוא מצב גרוע. נכון? עילת הסבירות הקיימת במשפטנו מנעה אותו?

אסי מסינג:

במובן של אופן הפעילות והפעולה של משרד האוצר, היכולת היחידה של שקילת מלוא התשתית המקצועית העובדתית בהבאה שלה למסגרת קבלת החלטות, היא העילה היחידה במסגרתה אפשר להתערב בשאלה האם המשרד פועל או אינו פועל כמו שצריך.

היו"ר שמחה רוטמן:

אבל זה לא קרה.

אסי מסינג:

אנחנו לא נכנסים כרגע לשאלה אם יש עתירה.

היו"ר שמחה רוטמן:

לא אם יש עתירה.

## נספח ע/18

מחקר של מרכז המחקר והמידע של  
הכנסת בנושא מנגנוני אישור ובקרה  
לרבות ביקורת שיפוטית על מינויים  
בידי הממשלה

עמ' 270



# מנגנוני אישור, בקרה וביקורת שיפוטית על מינויים בידי הממשלה

כתיבה: ישי לקס, עדי כהן אהרונוב ואביטל מגן | אישור: ליאור בן דוד

תאריך: כ"ז בתמוז תשפ"ג, 16 ביולי 2023

סקירה משפטית משווה

## תוכן עניינים

---

1.....	מבוא	1
1.....	אסטוניה	.1
2.....	ארצות הברית	.2
3.....	בלגיה	.3
4.....	יוון	.4
5.....	ליטא	.5
5.....	ניו זילנד	.6
7.....	ספרד	.7
7.....	פינלנד	.8
8.....	צרפת	.9
9.....	קנדה	.10
10.....	תורכיה	.11

## מבוא

סקירה זו, שנכתבה לבקשת חבר הכנסת גלעד קריב, עוסקת בשאלת **קיומם של מנגנוני אישור ובקרה, לרבות ביקורת שיפוטית, על מינויים שנעשים בידי הממשלה** (בין אם מינויים שעליהם מחליטה הממשלה כולה ובין אם כאלה הנעשים בידי שרי הממשלה, ראש הממשלה, או הנשיא - בהתאם למשטר בו מדובר). יודגש, כי לנוכח מגבלות הזמן שעמד לרשותנו לצורך הכנת הסקירה, המסמך אינו מתיימר להציג תמונה מקיפה ומפורטת אודות דרכי הביצוע, האישור והבקרה של כלל המינויים השונים שמתבצעים בידי ממשלות ושרים למגוון רחב של תפקידים ציבוריים ומשרות בשירות המדינה. עוד יצוין, כי מלבד ארצות הברית וניו זילנד, שאר המדינות הנסקרות במסמך הן מדינות שהשיבו לשאלות שהפנינו אליהן בסוגיה הנדונה, ושעלה בידינו לעבד את תשובותיהן ולבחון את המידע שנמסר לנו מטעמן, ככל שאפשר לוח הזמנים הקצר שעמד לרשותנו.<sup>1</sup> המדינות הנכללות בסקירה זו הן: אסטוניה, ארצות הברית, בלגיה, יוון, ליטא, ניו זילנד, ספרד, פינלנד, צרפת, קנדה ותורכיה.

### 1. אסטוניה

לפי תשובת הפרלמנט האסטוני לפנייתנו, ישנה אפשרות לביקורת שיפוטית על מינויים שנעשים בידי הממשלה. ניתן לתקוף החלטות של הממשלה, ראש הממשלה או שרים בנוגע למינויים, כמו גם החלטות ופעולות מנהליות אחרות, באמצעות הגשת עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים, בהתאם לדין ולסדרי הדין של המשפט המנהלי במדינה.<sup>2</sup> כך למשל, ניתן לתקוף צו של הממשלה למינוי מזכיר כללי של משרד ממשלתי (order of the Government of the Republic to appoint a Secretary General of a Ministry) או צו של ראש הממשלה למנות את מזכיר המדינה (order of the Prime Minister to appoint to office the State Secretary) על ידי הגשת תלונה לבית המשפט האמור. עם זאת, החוק באסטוניה מאפשר לאדם להגיש עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים רק בשביל להגן על זכויותיו, אך אינו מאפשר לעתור בכדי להגן על אינטרס ציבורי או על זכויות של צד שלישי, אלא במקרים ספציפיים שצריכים להיות מפורטים בחוק (כלומר מגביל את זכות העמידה).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> במסגרת הכנת הסקירה הפנינו שאלות בנושא הנדון אל עמיתינו במרכזי מחקר ומידע של פרלמנטים במדינות אחרות החברות הן בארגון ה-OECD (The Organisation for Economic Co-operation and Development) והן בארגון ה-ECPRD (European Centre for Parliamentary Research and Documentation). ה-ECPRD הוא ארגון המשמש פורום לשיתוף פעולה ולהחלפת מידע בין כ-70 בתי פרלמנט המצויים בלמעלה מ-45 מדינות אירופיות חברות ובכמה מדינות משקיפות (ובהן ישראל) וכן פרלמנטים בין-לאומיים. תשובותיהם של נציגי הפרלמנטים במדינות הנסקרות במסמך זה ניתנו במענה לבקשה מספר 5518 מיום 10 ביולי 2023 מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת.

<sup>2</sup> תשובת הפרלמנט האסטוני לפנייתנו באמצעות מערכת ה-ECPRD, פנייה מס' 5518, מיום 13 ביולי 2023.

<sup>3</sup> Code of Administrative Court Procedure, §44.



## 2. ארצות הברית

הסנאט של ארצות הברית ממלא תפקיד מרכזי באישור מינויים של נושאי משרות בכירים בממשל, בסוכנויות השונות ובמערכות הציבוריות.<sup>4</sup> תפקיד זה נובע ישירות מחוקת ארצות הברית, הקובעת כי הנשיא "יציג כמועמדים, ובעצתו ובהסכמתו של הסנאט ימנה שגרירים, צירים וקונסולים אחרים, שופטים לבית-המשפט העליון וכל נושאי המשרה האחרים של ארצות-הברית, שמינויים לא נקבע כאן בדרך אחרת, ואשר יקבע בחוק...".<sup>5</sup> במילים אחרות, על מינויים לתפקידים בכירים בשירות הציבורי, המוצעים על ידי הנשיא, לעבור "הליך אישור" (conformation process) בפני הסנאט.<sup>6</sup> עם זאת, ישנם מינויים נשיאותיים שאינם זקוקים לאישור הסנאט. כך למשל, במטרה לייעל ולהקל על עומס עבודת הסנאט בהליך אישור המינויים, בשנת 2012 נכנס לתוקף ה-Presidential Appointment Efficiency and Streamlining Act, שהסיר את הדרישה לאישורו של הסנאט למינויים עבור 163 תפקידים, והסמיך את הנשיא לבדו למנות את הפקיד הציבורי הנכלל בהוראות החוק.<sup>7</sup>

הנשיא שולח לסנאט אלפי מועמדויות מדי שנה (רובם לתפקידים צבאיים). הסנאט שוקל ומאשר באופן שגרתי את רובן כמקשה אחת (en bloc), בהסכמה פה אחד, ללא כל הליך בוועדה.<sup>8</sup> לצד זאת, מדי שנה מאות אחדות של מועמדים למשרות בכירות נתונים לחקירות ושימועים פומביים בסנאט בטרם יאושר מינויים.<sup>9</sup> כך, ועדות הסנאט ממלאות תפקיד מרכזי בהליך אישור המועמדים באמצעות חקירות ושימועים.<sup>10</sup> כל מועמדות מופנית בדרך כלל לוועדה אחת או יותר בעלת סמכות לדון בנושא התפקיד הספציפי. לרוב, בחינת המועמדים בוועדות תיעשה בדרך של איסוף מידע (שאלונים, דיונים ציבוריים אפשריים ופגישות אישיות עם סנאטורים) במקום קיום שימוע רשמי למועמד. לבסוף, בפני הוועדה עומדות ארבע אפשרויות: להמליץ לסנאט לקבל את המינוי, להמליץ לסנאט לדחותו, להעביר לסנאט דיווח ללא המלצה או לא לנקוט בשום פעולה. לרוב, ועדות יעדיפו שלא לנקוט בפעולה לגבי

<sup>4</sup> ליאור בן דוד, [אישור מינויים לתפקידים בכירים על-ידי הסנאט האמריקאי: הליכי שימוע וחובת דיווח](#), מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 29 בנובמבר 2006 (להלן: בן דוד (2006)).

<sup>5</sup> U.S. Constitution, Article II, [section 2\(2\)](#).

<sup>6</sup> עם זאת, על אף שהחוקה כוללת את הסנאט בתהליך אישור המינויים, היא אינה מפרטת כיצד על הסנאט למלא את תפקיד מתן הייעוץ וההסכמה למינוי. הנוהג של הסנאט אם כן הוסדר על ידי מנהגים בלתי-פורמליים שעשויים להשתנות, ואכן השתנו במהלך השנים. להרחבה ראו:

Congressional Research Service, [Presidential appointments, the Senate's confirmation process, and changes made](#), updated October 9<sup>th</sup> 2012, pp.1-3 (hereinafter: CRS report (2012)).

<sup>7</sup> [CRS report \(2012\)](#), pp.9-16; [Presidential Appointment Efficiency and Streamlining Act of 2011](#).

<sup>8</sup> Congressional Research Service, [Senate consideration of presidential nominations: Committee and floor procedure](#), February 23<sup>rd</sup> 2023 (hereinafter: CRS report (2023)), p.1.

ראו גם [בן דוד \(2006\)](#), בעמ' 2.

<sup>9</sup> שם.

<sup>10</sup> [תקנה XXXI](#) לתקנות הסנאט קובעת, כי מועמדויות יופנו לוועדות המתאימות, אלא אם נקבעה הוראה אחרת. יצוין כי ישנו standing order של הסנאט שמכפיף מועמדויות מסוימות שמוגדרות כ"מועדפות" (privileged) להליכים מיוחדים, במטרה להפחית את עומס העבודה של הוועדות בהליך בדיקת המועמדים. להרחבה ראו:

Congressional Research Service, [Consideration of privileged nominations in the Senate](#), updated January 23<sup>rd</sup> 2023.

מועמדות מסוימת מאשר לדחות מועמד על הסף.<sup>11</sup> על פי תקנון הסנאט, המלצת הוועדה לגבי מינוי תתקבל בקוורום של רוב חברי הוועדה.<sup>12</sup>

עם קבלת המועמדות, על פי תקנון הסנאט, השאלה הסופית בה נדרשת הכרעה היא האם הסנאט ייתן את עצתו והסכמתו למינוי.<sup>13</sup> בפני הסנאט עומדות שלוש אפשרויות: לאשר את המינוי, לדחות אותו, או לשלוח את המינוי חזרה לוועדה לבחינה נוספת (למשל, כאשר מידע הנוגע למועמד מתגלה לאחר מסירת הדיווח לסנאט). יצוין כי באפשרות אחרונה זו לא נעשה שימוש לעתים קרובות.<sup>14</sup> כדי לאשר מינוי במליאת הסנאט נדרש קוורום של רוב חברי הסנאט שנוכחים ומצביעים בדיון. מועמד שאושר על ידי הסנאט יתמנה רשמית על ידי הנשיא.<sup>15</sup>

### 3. בלגיה

מועצת המדינה (Council of State) משמשת כבית המשפט המינהלי העליון של בלגיה.<sup>16</sup> הרשויות המינהליות (administrative authorities) הנתונות תחת סמכותה הן, בין השאר, הגופים אשר מכוח החוקה וחוקים נוספים מפעילים סמכויות ביצועיות (executive powers).<sup>17</sup> תפקידה העיקרי של מועצת המדינה הוא שיפוטי ועניינו מתן הגנה מפני החלטות מינהליות שרירותיות. בסמכותה להשעות ולבטל פעולות מינהליות (הן פעולות אינדיבידואליות והן רגולטוריות) שנעשו על ידי רשויות מינהליות בניגוד לדין המהותי או הפרוצדורלי, או תוך חריגה מסמכות או ניצולה לרעה.<sup>18</sup> מועצת המדינה תפעיל סמכות שיפוטית זו אם צד בעל אינטרס לגיטימי<sup>19</sup> ביקש זאת בתוך 60 יום ממועד ביצוע הפעולה המנהלית. על פי תשובת הפרלמנט הבלגי לפנייתנו, פעולה מנהלית כאמור יכולה להיות גם מינוי למשרה ציבורית שנעשה בידי הממשלה; וסמכות זו של מועצת המדינה מהווה ביקורת שיפוטית על פעולות מינהליות (הגם שמועצת המדינה, על פי החוקה, אינה חלק מהרשות השופטת אלא ממוקמת מחוץ לשלוש רשויות השלטון).<sup>20</sup> יש לציין, כי רוב הפעולות המנהליות כפופות לביקורת של מועצת המדינה. עם זאת, במקרה של פעולות הנוגעות להפעלת סמכות שיקול דעת של הרשות המנהלית, הביקורת של מועצת המדינה מוגבלת לגיבוי הטעות הברורה או

<sup>11</sup> [CRS report \(2023\)](#), p.6.

ראו גם: [בן דוד \(2006\)](#).

<sup>12</sup> תקנה [XXVI](#) לתקנות הסנאט, בסעיף [7\(a\)\(1\)](#).

<sup>13</sup> תקנה [XXXI](#) לתקנות הסנאט.

<sup>14</sup> [CRS report \(2023\)](#), p.8.

<sup>15</sup> [שם](#). ראו גם [בן דוד \(2006\)](#), בעמ' 4.

<sup>16</sup> מועצת המדינה גם פועלת כגוף מייעץ בנושאי חקיקה ורגולציה. ראו:

European Commission, [2023 Rule of Law report: Belgium](#), July 5<sup>th</sup> 2023.

<sup>17</sup> ACA-Europe, [Questionnaire on the inventory and typology of review of the administrative authorities in the 25 member states of the European Union: The Council of State of Belgium](#), April 15<sup>th</sup> 2018, accessed: July 14<sup>th</sup> 2023 (hereinafter: CSB questionnaire), p.2, also available at ACA-Europe [website](#).

<sup>18</sup> [Ibid.](#)

<sup>19</sup> [CSB questionnaire](#), p. 9: "The petitioner must also establish a legitimate interest".

<sup>20</sup> תשובת הפרלמנט הבלגי לפנייתנו באמצעות מערכת ה-ECPRD, פנייה מס' 5518, מיום 14 ביולי 2023.

חוסר הסבירות בעליל של ההחלטה, אך היא לעולם לא תוביל להחלפת שיקול הדעת של הרשות המנהלית בזה של מועצת המדינה בשל עיקרון הפרדת הרשויות.<sup>21</sup>

#### 4. יוון

לפי תשובת הפרלמנט היווני לפנייתנו, פעולות בנוגע למינויים שנעשים על-ידי ראש הממשלה, השרים, הממשלה כולה (מועצת השרים) או גופים ממשלתיים קולקטיביים אחרים נחשבות לפעולות מנהליות לכל דבר והן חשופות לביקורת שיפוטית של בית המשפט המנהלי העליון של יוון (Council of State - Cour de Cassation), אם הוגשה עתירה לביטול. עילות לביטול של מינוי ציבורי על ידי בית המשפט יכולות להיות, בין היתר: הפרה ברורה של החוק בנוגע למינוי; העדר סמכות או חריגה מסמכות; אי-ביצוע של הליך המינוי כנדרש או הפרה של הוראה חוקית אחרת.<sup>22</sup>

על פי תשובת הפרלמנט היווני, מלבד הביקורת השיפוטית קיימים מנגנונים נוספים של אישור ובקרה על מינויים, בהתאם למשרה שבה מדובר. במינויים לתפקידים מסוימים ביוון קיימת מעורבות פרלמנטרית. כך למשל, ועידת נשיאי הפרלמנט<sup>23</sup> הוסמכה לבחור את ראשי "הרשויות החוקתיות"<sup>24</sup> שימונו לאחר מכן על-ידי שרי הממשלה (Ministerial Decisions). בצורה דומה נבחרים וממונים גם הנשיא, סגן הנשיא ושני חברי הרשות היוונית לסטטיסטיקה.<sup>25</sup> דוגמאות נוספות למעורבות פרלמנטרית בהליכי מינוי הן, למשל, מינוי מנכ"לים של חברות בבעלות המדינה (state-owned enterprises), אשר נבחרים על ידי ועדה מיוחדת של הפרלמנט ולאחר מכן ממונים על פי החלטת שר. מינויו של מפקד שירות הביון הלאומי (National Intelligence Service) על ידי הממשלה נעשה לאחר קבלת חוות דעת שנתנה הוועדה למוסדות ושקיפות של הפרלמנט (Committee on Institutions and Transparency of the Parliament).<sup>26</sup>

<sup>21</sup> [CSB questionnaire](#), p. 9: "Most administrative acts are subject to review by the Council of State. However, in the case of acts exercising a discretionary power of the administrative authority, its review is limited to censuring the manifest error of assessment or the manifestly unreasonable assessment and never leads to substitution of the authority's assessment for its own, because of the separation of powers."

<sup>22</sup> תשובת הפרלמנט היווני לפנייתנו באמצעות מערכת ה-ECPRD, פנייה מס' 5518, מיום 10 ו-11 ביולי 2023 (להלן: תשובת הפרלמנט היווני).

<sup>23</sup> גוף סטטוטורי המורכב מיו"ר הפרלמנט, סגניו, יושבי ראש לשעבר שעדיין מכהנים כחברי פרלמנט, ראשי ועדות קבועות, ראשי סיעות הפרלמנט ונציגי חברי הפרלמנט העצמאיים (אם יש לפחות חמישה). תפקיד הוועידה הוא לסייע בתיאום וארגון העבודה הפרלמנטרית, ובנוסף, הואצלו לה סמכויות הקשורות באישור הליכי מינוי מסוימים, כאמור. ראו:

Hellenic Parliament, [The Conference of Presidents](#), accessed July 12<sup>th</sup> 2023.

<sup>24</sup> הכוונה למינוי נשיא וחברי דירקטוריון של גופים עצמאיים המנויים בחוקה: נציב תלונות הציבור (אומבוסמן); המועצה הלאומית לרדיו וטלוויזיה; הרשות להגנת המידע; הרשות לאבטחת תקשורת ופרטיות; המועצה העליונה לבחירת כח אדם (Supreme Council for Personnel Selection).

<sup>25</sup> ועידת נשיאי הפרלמנט מעורבת גם בהליך הבחירה והמינוי של הנשיא וסגני הנשיא של בתי המשפט העליונים. הוועידה מביעה את עמדתה לגבי המועמדים שהציעה הממשלה לתפקידים אלה, לאחר שימוע של המועמדים.

<sup>26</sup> תשובת הפרלמנט היווני.

## 5. ליטא

על פי תשובת הפרלמנט של ליטא לפנייתנו, לא קיים במדינה זו נוהל מיוחד לביקורת על מינויים.<sup>27</sup> אולם, באופן עקרוני כל החלטה בתחום המנהל הציבורי ניתנת לתקיפה באמצעות עתירה לבתי משפט, לרבות החלטות של ראש הממשלה, הממשלה או שר לגבי מינוי אנשים לתפקידים ציבוריים (או פיטוריהם). תיתכן ביקורת שיפוטית על החלטות כאמור בשל אי-התאמה להוראות החוק. הליך משפטי בנושא יכול להיות עתירה מנהלית או תביעה אזרחית, בהתאם לנסיבות העניין. בתשובת הפרלמנט הליטאי צוין בנוסף, כי בהתאם לחוקה, תקיפה בבית המשפט של החלטה של הממשלה או של הנשיא עשויה להעשות גם באמצעות עתירה לבית המשפט החוקתי, אם מדובר בהחלטה או פעולה הסותרת את החוקה או חוקים מסוימים.<sup>28</sup>

במקרים מסוימים, הליכי מינוי על ידי הממשלה דורשים אישור של גורם נוסף. כך למשל, מינוי של שגרירים נעשה על ידי הנשיא לאחר בחירת מועמדים על ידי הממשלה (המינוי דורש גם את חתימת הנשיא וגם את חתימת ראש הממשלה) ובאישור הוועדה הפרלמנטרית לענייני חוץ.<sup>29</sup>

## 6. ניו זילנד

ככלל, מינויים למועצות (boards) של ישויות הכתר בניו זילנד<sup>30</sup> מתבצעים על פי חוק<sup>31</sup> על ידי השר האחראי או על ידי המושלת הכללית של ניו זילנד, בעצת השר האחראי, לאחר שהמועמדים למינוי נבחנו תחילה על ידי ועדת המינויים ואותות הכבוד של הקבינט של הקבינט (Cabinet Appointments and Honours Committee (APH)) (להלן: ועדת

<sup>27</sup> תשובת הפרלמנט הליטאי לפנייתנו באמצעות מערכת ה-ECPRD, פנייה מס' 5518, מיום 14 ביולי 2023 (להלן: תשובת הפרלמנט הליטאי).

<sup>28</sup> Constitution of the Republic of Lithuania, §105.

<sup>29</sup> תשובת הפרלמנט הליטאי. בנוסף, ראו, למשל, הודעה לתקשורת על מינוי שגרירים:

LRT, [Lithuania appoints new ambassadors to Norway, Estonia, Moldova and Netherlands](#), August 5<sup>th</sup> 2022.

<sup>30</sup> ישויות כתר, בדגש על ישויות כתר סטטוטוריות, הן חלק מהמגזר הציבורי ומספקות מטעם הממשלה חלק ניכר מהשירותים הציבוריים. ישויות אלה מנוהלות על ידי מועצות (boards) ופועלות במידת מה של עצמאות מהשרים. להרחבה ראו:

Public Service Commission, [What Crown entities are](#), accessed: July 13<sup>th</sup> 2023.

ובעניין ישויות כתר סטטוטוריות ראו:

Public Service Commission, ["All-of-Government" Requirements and Expectations on Statutory Crown Entities](#), accessed: July 13<sup>th</sup> 2023. ראו: להגדרת הסוגים השונים של ישויות הכתר ראו:

Crown Entities Act 2004, § 7, [Central government organisations - Crown entities](#), כניסה: 12 ביולי 2023.

אחריות השרים, ראש הממשלה והמושלת הכללית למינויים לגופים שאינם ישויות כתר הנה תלוית חקיקה או מנגנונים ממשלתיים אחרים שאינם נסקרים במסמך זה. ראו: [Appointing candidates](#), כניסה: 12 ביולי 2023.

<sup>31</sup> Crown Entities Act 2004, § 28, § 29.

הקבינט).<sup>32</sup> ועדת הקבינט מהווה פורום היועצות<sup>33</sup> והיא מורכבת משרים בעלי אחריות בתחומי מדיניות הקשורים לתחומי הוועדה.<sup>34</sup> מבנה ועדת הקבינט וחבריה נקבעים על ידי ראש הממשלה.<sup>35</sup>

כל סמכות ציבורית (public power) המופעלת מכוח חוק, ובכלל זאת מינויים לאותן מועצות של יישויות הכתר,<sup>36</sup> נתונה באופן עקרוני לביקורת שיפוטית.<sup>37</sup> ככלל, השאלות המרכזיות שעומדות בבסיס הביקורת השיפוטית על הפעלת סמכות ציבורית הינן האם מקבל ההחלטה פעל במסגרת סמכותו ובגדר שיקול הדעת הנתון לו, והאם מקבל ההחלטה פעל באופן סביר והוגן (reasonably and fairly). לעניין זה עוסק בית המשפט בתהליך קבלת ההחלטות ולא בתוצאתיהן.<sup>38</sup> העילות שבגינן סביר כי בית המשפט יתערב הינן אם השר חרג מסמכותו; פירש לא נכון את החוק הרלוונטי; לא גיבש החלטה בעצמו אלא פעל על פי תכתיב של גורם אחר (acted under dictation); שקל שיקולים לא רלוונטיים; לא שקל שיקולים רלוונטיים; ולא פעל בהגיונות במובן זה שלא שמע או התייעץ עם מי שעשויים להיות מושפעים מההחלטה.<sup>39</sup> יצוין, כי גם במקרים בהם מדובר בהחלטה שלגביה קיימת חובת היועצות עם גורמים רשמיים, בית המשפט יראה בשר כמי שאחראי לוודא כי ההחלטה התקבלה באופן סביר, הוגן ועל פי דין.<sup>40</sup>

בכל הנוגע למינויים למועצות (boards) כאמור, יצוין כי על פי חוק, חריגות קלות (minor irregularities) בהליך המינוי אינן מאיינות את תקפות המינוי או את תקפות פעולותיו של חבר מועצה בתקופת כהונתו,<sup>41</sup> אלא אם נפל פגם בכישוריו של חבר מועצה.<sup>42</sup>

<sup>32</sup> Department of the Prime Minister and Cabinet, [The appointments process](#), accessed: July 12<sup>th</sup> 2023.

ועדת הקבינט אמונה על בחינת מינויים לסוכנויות ממשלתיות סטטוטוריות ואחרות, מינויים של מנכ"לים, מועמדויות לאותות הכבוד המלכותיים, כמו גם על מדיניות הקשורה לתחומי הוועדה. ראו:

Department of the Prime Minister and Cabinet, [\(APH\) Cabinet Appointments and Honours Committee](#), accessed: July 13<sup>th</sup> 2023.

<sup>33</sup> Department of the Prime Minister and Cabinet, [What are Cabinet committees?](#), accessed: July 13<sup>th</sup> 2023.

<sup>34</sup> Department of the Prime Minister and Cabinet, [\(APH\) Cabinet Appointments and Honours Committee](#), accessed: July 13<sup>th</sup> 2023.

<sup>35</sup> Department of the Prime Minister and Cabinet, [Cabinet committees](#), accessed: July 13<sup>th</sup> 2023.

<sup>36</sup> Department of the Prime Minister and Cabinet, [Appointing candidates - Avenues for review](#), accessed: July 13<sup>th</sup> 2023.

<sup>37</sup> Department of the Prime Minister and Cabinet, [Litigation involving Ministers - Judicial review](#), accessed: July 13<sup>th</sup> 2023.

יצוין כי רוב ההחלטות הפורמליות שמתקבלות על ידי הממשלה בניו זילנד, ובכלל זאת השרים, חשופות לביקורת שיפוטית. עם זאת, בית המשפט מכיר בכך כי בגדרי הפעלת הסמכות הציבורית, יש נושאים שאינם מתאימים לביקורת שיפוטית, ובהתאם לכך לא סביר כי יתערב בהחלטות הנוגעות לגיבוש מדיניות על ידי הממשלה, או בהחלטות הכרוכות בשיקולים פוליטיים או תקציביים. ראו שם.

<sup>38</sup> [Ibid.](#)

<sup>39</sup> [Ibid.](#)

<sup>40</sup> [Ibid.](#)

<sup>41</sup> Crown Entities Act 2004, [§ 34](#).

<sup>42</sup> [Ibid.](#), [§ 35](#).

## 7. ספרד

לפי תשובת הפרלמנט הספרדי לפנייתנו,<sup>43</sup> מינויים של הממשלה למשרות ציבוריות יכולים להיות נתונים לביקורת שיפוטית כאשר ביצוע המינוי אינו תואם את הוראותיה של מערכת המשפט הספרדית; כאשר האנשים המיועדים לתפקיד אינם עומדים בדרישות ההתאמה, היכולת, הכשירות וטוהר המידות; וכאשר קיימים ניגודי עניינים. בנוסף, ביקורת שיפוטית חייבת להיות יזומה בידי מי שיש לו זכות עמידה בפני הרשות השיפוטית המוסמכת (הלשכה לעניינים מנהליים של בית המשפט העליון) לצורך תקיפת המינוי שנעשה מטעם הממשלה. ככלל, זכות עמידה ניתנת למי שיש לו זכות לגיטימית או אינטרס לגיטימי בעתירה; וכן לתאגידים, אגודות, איגודים מקצועיים, קבוצות וישויות שמנויים בחוק, אשר מושפעים מהעניין או מוסמכים מבחינה משפטית להגן על זכויות קולקטיביות ואינטרסים לגיטימיים.<sup>44</sup>

עוד יצוין, כי ישנם הליכי מינוי למשרות מסוימות שכרוכים במעורבות של רשויות נוספות מלבד הממשלה. כך, על פי חוק, התובע הכללי של ספרד יתמנה לתפקידו בידי המלך, על פי הצעת הממשלה, לאחר ששמעה קודם לכן את חוות דעתה בנושא של המועצה הכללית של הרשות השופטת.<sup>45</sup>

## 8. פינלנד

על פי תשובת הפרלמנט הפיני לפנייתנו,<sup>46</sup> בפינלנד הממשלה ממנה מזכירים קבועים (Permanent Secretaries) ומנכ"לים למשרדי הממשלה, כמו גם חלק גדול מראשי הסוכנויות הפועלות תחת משרדי הממשלה השונים. בנוסף ממנה הממשלה פקידי ציבור אחרים בתפקידי ביצוע (executive positions) ובפרט פקידי ציבור רבים בתפקידי מומחיות בכירים במשרדי הממשלה.<sup>47</sup>

ה-Chancellor of Justice (מעין מוסד המקביל ליועץ המשפטי לממשלה, אשר בין השאר מפקח על חוקיות הפעולות של הנשיא, הממשלה, שרי הממשלה, ופקידי השירות הציבורי. להלן: הצ'נסלור)<sup>48</sup> בוחן את המסמכים הנוגעים למינויים השונים, לפני שהם מובאים למליאת הממשלה, ולאחר מכן מפקח על המינויים, בעיקר על בסיס תלונות. הפיקוח על המינויים כאמור כרוך בבחינת חוקיות הליכי המינוי והסיבות העומדות בבסיס ההצעה למינוי כזה או אחר. הסוגיות הנבחנות במסגרת הפיקוח הינן: האם המועמדות לתפקיד היתה פתוחה לציבור; האם המועמדים עומדים בדרישות הכשירות לתפקיד; האם ניתן יחס שווה ולא מפלה למועמדים; האם מדובר במינוי מוצדק המבוסס על

<sup>43</sup> תשובת הפרלמנט הספרדי לפנייתנו באמצעות מערכת ה-ECPRD, פנייה מס' 5518, מיום 14 ביולי 2023.

<sup>44</sup> [Article 19 of Law 29/1998, of 13 July 1998.](#)

<sup>45</sup> [Article 29.1 of Law 50/1981 of 30 December 1981.](#)

<sup>46</sup> תשובת הפרלמנט הפיני לפנייתנו באמצעות מערכת ה-ECPRD, פנייה מס' 5518, מיום 12 ביולי 2023 (להלן: תשובת הפרלמנט הפיני).  
<sup>47</sup> תשובת הפרלמנט הפיני;

Chancellor of Justice, [Supervision of appointments to office](#), accessed: July 13<sup>th</sup> 2023.

<sup>47</sup> תשובת הפרלמנט הפיני.

<sup>48</sup> ליאור בן-דוד, [היועץ המשפטי לממשלה: סמכויות ייעוץ, ייצוג ותביעה כללית](#), מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2007, עמ' 23;  
[Constitution of Finland](#), Section 108; Chancellor of Justice, [What does the Chancellor of Justice do?](#), accessed: July 13<sup>th</sup> 2023.

פרמטרים אובייקטיביים שרלוונטיים לתפקיד; האם שיקול הדעת מופעל כראוי מנקודת המבט של ביצוע התפקידים וללא חריגה.<sup>49</sup> יצוין כי הצ'נסלור אינו נוקט עמדה בנוגע לשאלה איזה מועמד יש למנות. הגורם שמציג את המינוי (The rapporteur) אחראי לוודא כי המינוי הוכן ונומק כדיו.<sup>50</sup> הגורם הממנה אחראי לחוקיות ההחלטה.<sup>51</sup> ככלל, מועמד רשאי להגיש ערעור על החלטה בדבר מינוי לתפקיד ציבורי, מלבד במקרים המוחרגים בחוק,<sup>52</sup> בין היתר כאשר מדובר בסמכות מינוי הנתונה לנשיא הרפובליקה (למשל, מינוי שופטים) או כאשר מדובר במינוי לתפקיד צבאי.<sup>53</sup> לפי תשובת הפרלמנט הפיני, הסיבה להחרגת אפשרות הערעור ביחס למינויים אלו נובעת ממעמד הסטוטורי המיוחד, תחום תפקידים ומספרם המועט יחסית.

## 9. צרפת

הסמכות למנות בעלי תפקידים בשירות הציבורי מעוגנת בחוקה הצרפתית, והיא מתחלקת בין נשיא הרפובליקה ובין ראש הממשלה.<sup>54</sup> ככלל, רוב המינויים בשירות הציבורי נעשים על ידי ראש הממשלה והשרים או גורמים ממשלתיים נוספים, מתוקף הסמכות שהאציל להם ראש הממשלה (כ-2.5 מיליון מינויים בשנת 2022), והם נערכים לאחר הליך תחרותי (מכרז או מבחני קבלה).<sup>55</sup>

בסמכותו של נשיא הרפובליקה, למנות בעלי תפקידים שנקבעו בחוקה או בחוק. מדובר בתפקידים שבשל חשיבותם להבטחת זכויות וחירויות או הבטחת החיים הכלכליים והחברתיים של האומה, נקבע שמינויים על ידי הנשיא ייעשה לאחר היוועצות פומבית עם הוועדה הרלוונטית בכל אחד מבתי הפרלמנט. בין תפקידים אלו נמנים שגרירים, רקטורים, מנהלי מחלקות ממשלתיות מרכזיות (directors of central government departments), קציני צבא בכירים ועוד.<sup>56</sup> יצוין כי החוק קובע מיהן הוועדות הפרלמנטריות הרלוונטיות לאישור המינויים בהתאם למשרה או לתפקיד שבהם מדובר. הנשיא לא יוכל למנות לתפקיד אדם, אם בחישוב כולל, רוב של לפחות 3/5 מחברי שתי הוועדות הרלוונטיות בשני בתי הפרלמנט הצביע נגד מינויו.<sup>57</sup> מקרה כזה אירע רק פעם אחת מאז תיקון החוקה בנושא בשנת 2008,<sup>58</sup> כאשר בחודש אפריל 2023 הוועדות לפיתוח בר-קיימא של שני בתי הפרלמנט (האסיפה הלאומית

<sup>49</sup> תשובת הפרלמנט הפיני.

<sup>50</sup> בנוסף, גורם זה עשוי להיות אחראי גם על חוקיות ההחלטה, אלא אם הביע את אי הסכמתו להחלטה.

<sup>51</sup> תשובת הפרלמנט הפיני.

<sup>52</sup> State Civil Servants Act (750/1994), [§59\(2\)](#) (in Finnish).

<sup>53</sup> תשובת הפרלמנט הפיני.

<sup>54</sup> [Constitution of October 4 1958](#), §13 and §21.

<sup>55</sup> תשובת הפרלמנט הצרפתי לפנייתנו באמצעות מערכת ה-ECPRD, פנייה מס' 5518, מיום 12 ביולי 2023 (להלן: תשובת הפרלמנט הצרפתי).

<sup>56</sup> [Constitution of October 4 1958](#), §13.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> על פי תשובת עמיתנו מן הפרלמנט הצרפתי, התיקון לחוקה הצרפתית שנערך בשנת 2008 (Constitution of 4 October 1958 Act of 23 July 2008), העוסק במתן כלים לפיקוח פרלמנטרי על מינויים נשיאותיים, שאב את השראתו מהמנגנון הקיים בשיטה האמריקאית של אישור מינויים בידי הסנאט, כמפורט לעיל.

והסנאט) הצביעו ברוב משותף של למעלה מ-3/5 מהקולות נגד מינויו של מועמד הנשיא לתפקיד ראש הסוכנות לאנרגיה וסביבה.<sup>59</sup>

ביקורת שיפוטית על מינויים בצרפת קיימת גם בבתי המשפט המנהליים בערכאות הנמוכות וגם במועצת המדינה (Conseil d'Etat).<sup>60</sup> תקיפה של מינוי ציבורי בבית משפט תיעשה רק לאחר פרסום המינוי. הביקורת השיפוטית עצמה של השופט המנהלי תהיה "ביקורת מוגבלת" (restricted review), כלומר כזו שלא תעסוק בנאותות המינוי (במיוחד כאשר מדובר במינויים למשרות הבכירות ביותר, כאשר העניין יכול להיות נתון לשיקול דעתו של הגורם הממנה ואף לבחירה פוליטית), אלא רק בביקורות על הליך המינוי ומילוי תנאי הכשירות הנדרשים למינוי.<sup>61</sup>

## 10. קנדה

על פי תשובת הפרלמנט הקנדי לפנייתנו, בקנדה אין ביקורת שיפוטית על מינויים בידי הממשלה.<sup>62</sup> עם זאת, מינויים ממשלתיים כמו אלה המכונים "מינויים של המושל במועצה" (Governor in Council appointments), הנעשים בידי המושל לפי המלצת הקבינט,<sup>63</sup> לתפקידים בכירים בנציבויות (commissions), דירקטוריונים (boards), תאגידים ממשלתיים, סוכנויות ממשלתיות וטריבונלים משפטיים<sup>64</sup> ברחבי המדינה – אלה נתונים לביקורת של הוועדה הרלוונטית בפרלמנט.

על פי הוראות התקנון של בית הנבחרים, בתוך חמישה ימים ממועד פרסום של מינוי כאמור ב-Canada Gazette<sup>65</sup> המינוי של המושל לפי המלצת הקבינט מובא אל שולחן בית הנבחרים ומופנה לוועדה המתאימה לבדיקה. לוועדה נתונים 30 ימי עבודה לבחון את המינוי, במהלכם המועמד עשוי להיות מוזמן להופיע בפני הוועדה על מנת לבחון את כישוריו. עם זאת, הוועדה אינה יכולה לבטל את המינוי כתוצאה מבדיקה זו אלא רק לחוות את דעתה על המועמד.<sup>66</sup>

<sup>59</sup> Le Monde, [La candidature de Boris Ravignon à la tête de d'Ademe rejetée par le Parlement en commission, une première](#), April 12<sup>th</sup> 2023.

<sup>60</sup> ה-Conseil d'Etat משמשת גם כערכאה השיפוטית העליונה בצרפת לעניינים מנהליים, וגם נותנת ייעוץ משפטי לממשלה ולגופי הממשלה. להרחבה ראו:

European law institute, [Conseil d'État](#), Accessed July 16<sup>th</sup> 2023.

<sup>61</sup> תשובת הפרלמנט הצרפתי.

<sup>62</sup> תשובת הפרלמנט הקנדי לפנייתנו באמצעות מערכת ה-ECPRD, פנייה מס' 5518, מיום 13 ביולי 2023.

<sup>63</sup> להרחבה על הליך המינוי מסוג זה ראו:

Government of Canada, [Governor in Council appointments](#), accessed July 14<sup>th</sup> 2023.

<sup>64</sup> יש לציין שלא מדובר בשופטי בתי המשפט הפדרליים ובתי המשפט העליונים של הפרובינציות והטריטוריות של קנדה, אשר ממונים בצורה אחרת על פי חוק ועל ידי שר המשפטים. להרחבה ראו:

Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, [Appointments to superior courts](#), accessed July 14<sup>th</sup> 2023.

<sup>65</sup> העיתון הממשלתי של ממשלת קנדה, בו מתפרסמים דברי חקיקה, תקנות, החלטות ממשלה והודעות רשמיות שונות לציבור ובין היתר – הודעות על מינויים רשמיים.

<sup>66</sup> Standing Orders of the House of Commons, [orders 110-111](#).



מועמדים של הממשלה לתפקידים בפרלמנט<sup>67</sup> לא ימונו לתפקיד עד שהפרלמנט (בית הנבחרים, הסנאט או שניהם, בהתאם לנסיבות) יאשר את הצעות המינוי.<sup>68</sup>

יש לציין שישנם סוגים אחרים של מינויים שנעשים על ידי הממשלה, ובהם מינויים מיניסטריאליים, שיש להם הליכי הגשת מועמדות והליכי בקרה שונים מאלו שתוארו לעיל.<sup>69</sup> בשל קוצר הזמן והיריעה של סקירה זו, לא עלה בידינו לסקור הליכים אלו.

## 11. תורכיה

על פי תשובת הפרלמנט התורכי לפנייתנו,<sup>70</sup> בהתאם לחוקה,<sup>71</sup> מוסמך נשיא הרפובליקה, כמי שעומד בראש הרשות המבצעת, למנות פקידי ציבור בדרגות בכירות (high ranking executives) במסגרת החלטה נשיאותית. התנאים והנהלים בנוגע להליכי המינוי מוסדרים בצו נשיאותי.<sup>72</sup>

בהתאם לחוקה, כל הפעולות ומעשי החקיקה של הממשל נתונים לביקורת שיפוטית.<sup>73</sup> לפיכך, על פי תשובת הפרלמנט התורכי, מינויים של פקידי ציבור (public officials) המתבצעים כאמור על ידי הנשיא, יכולים להיות נתונים לביקורת שיפוטית.<sup>74</sup> מועצת המדינה (Council of State)<sup>75</sup> מוסמכת על פי חוק לערוך, כבית משפט של ערכאה ראשונה, ביקורת שיפוטית על החלטות נשיאותיות. בנוסף, חוק סדר הדין המנהלי מגדיר ומסדיר את ההליכים להגשת תביעות נגד פעולות הממשל. לפי תשובת הפרלמנט התורכי, תביעה לביטול מעשה מנהלי תוגש (ככלל, תוך 60 יום) על ידי מי שנפגע מאותו מעשה (by the people whose interests are violated by such act) ותידון בבית משפט לעניינים מנהליים בעילות הנוגעות, בין השאר, לחוקיות, לסמכות ולתקינות ההליך.<sup>76</sup> כמו כן, לפי תשובת הפרלמנט התורכי, לא קיימים מנגוני ביקורת או אישור אחרים בנוגע למינויים המתבצעים על ידי הממשלה.<sup>77</sup>

<sup>67</sup> הממשלה ממנה את קצין הפרלמנט, פקיד הבית, הספרן הפרלמנטרי והממונה על האתיקה וניגודי העניינים.

<sup>68</sup> Standing Orders of the House of Commons, [order 111.1](#).

<sup>69</sup> תשובת הפרלמנט הקנדי.

<sup>70</sup> תשובת הפרלמנט התורכי לפנייתנו באמצעות מערכת ה-ECPRD, פנייה מס' 5518, מיום 12 ביולי 2023 (להלן: תשובת הפרלמנט התורכי).

<sup>71</sup> Grand National Assembly of Türkiye, [the Constitution of the Republic of Türkiye](#), §104.

<sup>72</sup> Presidential Decree no. 3, dated 10.07.2018.

<sup>73</sup> Grand National Assembly of Türkiye, [the Constitution of the Republic of Türkiye](#), §125:

“recourse to judicial review shall be available against all actions and acts of the administration”.

<sup>74</sup> תשובת הפרלמנט התורכי.

<sup>75</sup> מועצת המדינה היא הערכאה הגבוהה ביותר של בתי המשפט המנהליים בתורכיה. ראו:

Republic of Turkey, Ministry of Justice, [The Judicial System of Turkey and Organisation of the Ministry of Justice](#), p.24.

<sup>76</sup> תשובת הפרלמנט התורכי.

<sup>77</sup> שם.

## נספח ע/19

החלטת ועדת הכנסת על שימוש  
בסעיף 98 לתקנון מיום 19.7.2023

עמ' 283



סימוכין : 2023-076498

הכנסת ה-25

**החלטת ועדת הכנסת**  
**בדבר סדרי דיון מיוחדים בקריאה השנייה והשלישית לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת**  
**בהצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (כ/968)**  
 מיום א' באב התשפ"ג - 19 ביולי 2023

ועדת הכנסת קבעה, בהתאם לסעיף 98 לתקנון הכנסת, את סדרי הדיון הבאים בקריאה השנייה והשלישית בהצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (כ/968):

1. הדיון יחל ביום ראשון, ה' באב התשפ"ג – 23.7.2023 בשעה 10:00.
2. הדיון ייפתח בהצגת הצעת חוק היסוד על ידי יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט.
3. לאחר מכן תחל הנמקת הסתייגויות, שתימשך עד 26 שעות.
- בדיון יוכלו להשתתף רק חברי הכנסת שהגישו הסתייגויות או בקשות רשות דיבור.
- סיעות האופוזיציה יחלקו את מסגרת הזמן להנמקת הסתייגויות ובקשות רשות הדיבור בין חבריהן.
- לא יינתן זמן להנמקת הסתייגויות לחברים מהקואליציה.
4. לאחר סיום הדיון כאמור בסעיף 3 יסוכם הדיון על ידי יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט.
5. שר המשפטים יהיה רשאי לסכם בשם הממשלה. יובהר כי אין בכך כדי להגביל את זכויות השרים או סגני השרים לדבר לפי סעיף 31 לתקנון.
6. לאחר דברי הסיכום תחל ההצבעה על הצעת חוק היסוד.
7. **הצבעה על הסתייגויות:** תתקיים הצבעה על לא יותר מ-140 הסתייגויות.
- סיעות האופוזיציה יבחרו מהן ההסתייגויות שעליהן יצביעו.
- אם סיעות האופוזיציה לא הודיעו כאמור, תתקיים הצבעה על הסתייגויות במספר האמור, לפי סדר רישומן.
8. לעניין בקשה להצבעה שמיית לפי סעיף 36(ב) לתקנון, יתקיימו לא יותר מ-5 הצבעות שמיית שהתבקשו על ידי הממשלה או על ידי חברי כנסת מסיעות הקואליציה (או רובם מסיעות אלה) ולא יותר מ-5 הצבעות שמיית שהתבקשו על ידי חברי כנסת מסיעות האופוזיציה (או רובם מסיעות אלה), בקריאה השנייה ובקריאה השלישית יחד.
- יושב ראש הכנסת רשאי לאשר מספר מקסימלי גדול יותר של הצבעות שמיית, במספר זהה לשני הצדדים.

## נספח ע/20

הצעת חוק יסוד השפיטה (תיקון מס  
4) כפי שהונחה על שולחן הכנסת  
ביום 20.7.2023

עמ' 285

20/07/2023



מספר פנימי : 2207472  
מספר סימוכין : 2023-000953  
**נספח מס' כ-968/א/ו'**

**הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4)**

הצעת חוק זו נדונה בכנסת בקריאה הראשונה ביום כ"א בתמוז התשפ"ג (10 ביולי 2023), והועברה לוועדת החוקה, חוק ומשפט.

הצעת החוק מוגשת – בצירוף הסתייגויות – לקריאה השנייה ולקריאה השלישית ביום ב' באב התשפ"ג (20 ביולי 2023) [בישיבה שהחלה ביום א' באב התשפ"ג (19 ביולי 2023)].

להצעת החוק הוגשו בקשות רשות דיבור.

20/07/2023

### הצעת חוק לקריאה השנייה ולקריאה השלישית

מספר פנימי : 2207472  
מספר סימוכין : 2023-000953  
נספח מס' כ-968/א'ו'

#### חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4)

תיקון סעיף 15 .1 בחוק-יסוד: השפיטה<sup>1</sup>, בסעיף 15, אחרי סעיף קטן (ד) יבוא :

"(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."

\*\*\*\*\*

---

<sup>1</sup> ס"ח התשמ"ד, עמ' 78 ; התשס"ב, עמ' 598.

## נספח ע/21

נייר העמדה מטעם העותרת שהוגש  
ביחס להצעת חוק-יסוד השפיטה  
(תיקון הפרדת רשויות)

עמ' 288



# הצעת חוק יסוד: השפיטה מטעם

יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט –

# הפיכה משטרית

התנועה למען איכות השלטון

פברואר 2023 | שבט תשפ"ג



בשם התנועה למען איכות השלטון בישראל, ע"ר, (להלן: "התנועה"), אנו מתכבדים לפנות אליכם ולהציג את עמדת התנועה להצעת חוק יסוד: השפיטה מטעם חה"כ שמחה רוטמן, יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט (להלן: "הצעת החוק", או "ההצעה"), כלהלן:

1. התנועה למען איכות השלטון בישראל היא עמותה, רשומה כדין, אשר חרטה על דיגלה שמירה על טוהר המידות בשירות הציבורי, עידוד ערכי שלטון החוק, השרשת נורמות בלתי ראויות במנהל הציבורי והשרשת נורמות ראויות של מנהל ציבורי תקין. התנועה פועלת מזה למעלה מ-33 שנה לשם קידום הדמוקרטיה במדינת ישראל – **עמדתה היא כי הצעת החוק היא הפיכה משטרית שהקואליציה מבקשת לבצע כעת כדי להשתלט על מערכת המשפט ואכיפת החוק.**

2. הצעת החוק מתמקדת בביטול עצמאות הרשות השופטת ובריסקוק מערכת המשפט, בשלוש חזיתות נפרדות:

א. **ביטול עצמאות הרשות השופטת והכפפתה לממשלה** – על ידי שינוי ההרכב של הוועדה לבחירת שופטים (ועדה שיש לה סמכות למנות, לקדם ולפטר שופטים ונשיא ביהמ"ש העליון), קביעת רוב מוחץ לקואליציה (הממשלה) וביטול הוטו הקיים כיום בבחירת השופטים. יצוין, כי הרכבה של הוועדה קבוע ללא שינוי משנת 1953 באופן שמאפשר את עצמאות הרשות השופטת – ההצעה מבקשת לעגן את שליטת הממשלה בשיטת המינוי, הקידום ופיטורי השופטים בישראל.

ב. **צמצום היכולת להתנגד לפעולות הממשלה והרשויות השונות** – על ידי ביטול עילת הסבירות במשפט המינהלי המאפשרת לקיים ביקורת שיפוטית כלפי פעולות השלטון.

ג. **ביטול היכולת של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על החקיקה בכנסת** – ביטול מוחלט של אפשרות לקיים דיון על חוקי היסוד והצבת תנאים בלתי-אפשריים המהווים ביטול הלכה למעשה של בית המשפט העליון לקיים ביקורת שיפוטית ולהורות על בטלות מהלכי חקיקה קיצוניים של הכנסת.

3. **כלומר, אין המדובר רק בביטול הביקורת השיפוטית על חקיקה של הכנסת, אלא גם בצמצום משמעותי של אפשרות אזרחי המדינה לעתור לבית המשפט נגד פעולות השלטון.**

4. **כך, החקיקה בכנסת עשויה להפוך למשוללת רסן תוך שהיא פוגעת בזכויות וחירויות הפרט – ללא כל אפשרות ממשית של בלמים מצידו של בית המשפט הגבוה לצדק.**

5. **אם ההצעה תעבור, שופטים יהיו נתונים העין המפקחת של הממשלה שלראשונה, תוכל לעצור את קידומם ואף לפטר שופטים אשר מעבירים פוסקים נגד הממשלה ונותנים סעד מינהלי לאזרחים העותרים נגדה. במצב בו יש שליטה מוחלטת לממשלה על הוועדה לבחירת שופטים – יתמנו לשיפוט רק אלה שהממשלה רוצה ביקרם.**

6. **אשר על כן, מכלול השינויים בהצעה מביאים למעשה את שיטת המשטר הישראלית לשיטה שבה אין בלמים ואיזונים בין שלושת הרשויות – הרשות המבצעת והעומד בראשה, ישלטו ללא עוררין וללא איזונים ובלמים. מכאן, שמדובר בשינוי דראסטי של שיטת המשטר הישראלית. שינוי המהווה הפיכה משטרית של ממש, והכלל כפי שיפורט להלן.**

## א. שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים

7. הצעת החוק מטעם יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט מבקשת לשנות את סעיף 4 לחוק יסוד: השפיטה ולשנות את הרכב הוועדה לבחירת שופטים, על פי החלוקה הבאה:

א. **שלושה חברי הממשלה:** שר המשפטים (אשר יכהן כיושב ראש הוועדה), ושני שרים אחרים שתקבע הממשלה.

ב. **שני נשיאי בית המשפט בדימוס שימונו על ידי שר המשפטים, בהסכמת נשיא בית המשפט העליון:** נשיא בדימוס של בית משפט מחוזי, ונשיא בדימוס של בית משפט שלום.<sup>1</sup>

ג. **נשיא בית המשפט העליון המכהן.**

ד. **שני נציגי כנסת מהקואליציה:** יושבי הראש של ועדת הכנסת וועדת החוקה, חוק ומשפט (יושבי ראש ועדות אלה מכהנים תמיד מטעם הקואליציה בכנסת – הממשלה).

ה. **נציג כנסת אחד מהאופוזיציה:** יושב ראש הוועדה לענייני ביקורת המדינה (שלפי סעיף 106(א)(2) לתקנון הכנסת הוא חבר סיעות האופוזיציה).

8. כלומר, לקואליציה, קרי הממשלה – יהיו לפחות חמישה נציגים בטוחים בוועדה מתוך תשעה. בנוסף, שר המשפטים ימנה שני נשיאי בית המשפט בדימוס לוועדה, כך שהיה לממשלה מוטת שליטה נרחבת על הוועדה.

9. על מנת לבאר את השינוי, אשר נוגע הן לעניין הרכב הוועדה אך עיקר כוחו טמון בשינוי הגורם הממנה של הנציגים, מצורפת הטבלה הבאה:

רשות	מס' חברים בוועדה		מי הגורם הממנה את חברי הוועדה המייצגים את הרשות
	כיום	התיקון המוצע	
שופטים	3	2+1	נשיא בית המשפט העליון, ושני שופטים נוספים הנבחרים על ידי השופטים בבית המשפט העליון. <sup>2</sup>
שרים	2	3	שר המשפטים, ושר נוסף הנבחרים על ידי הממשלה.
חברי הכנסת	2	3	שני חברי כנסת, הנבחרים על ידי הכנסת בהצבעה חשאית. הנוהג המקובל הוא לבחור באופן שווה נציג אחד מהקואליציה ונציג אחד מהאופוזיציה. <sup>3</sup>
נציגים מקצועיים	2	0	נציגים של לשכת עורכי הדין, הנבחרים על ידי המועצה הארצית של הלשכה בבחירה חשאית ולתקופה של שלוש שנים.
			לא יכהנו בוועדה

<sup>1</sup> ובהקשר זה, ראוי להזכיר כי אף נשיאי השלום והמחוזי ממונים על ידי ועדה שבה יש רוב מוחלט לקואליציה, מה שישמר את הרוב הקואליציוני ועשוי אף לחזק אותו במבט צופה פני עתיד אף אל נציגי השיפוט בוועדה.

<sup>2</sup> השופטים נבחרים לתקופה של שלוש שנים לפי סעיף 3(6) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984.

<sup>3</sup> לפי סעיף 1(6) לחוק בתי המשפט, חברי הכנסת מכהנים לאורך כל תקופת כהונתם באותה הכנסת. הנוהג למשך שנים היה להצביע לנציג אחד מהקואליציה ונציג אחד מהאופוזיציה.

10. אם כן, הצעת החוק מבקשת לשנות את הרכב הוועדה כך שיהיה רוב מובנה ומוצק לקואליציה – כלומר לממשלה בוועדה לבחירת שופטים.
11. כמו כן, הצעת החוק מבקשת לבטל את סעיף 4(ג) לחוק יסוד: השפיטה הקובע כי: "הוועדה רשאית לפעול אף אם פחת מספר חבריה, כל עוד לא פחת משבעה" – כלומר, גם אם כל נציגי הרשות השופטת לא יופיעו לישיבות הוועדה – היא עדיין תפעל ותקבל החלטות מלאות.
12. הלכה למעשה, ההצעה מבקשת לבטל את "הוטו ההדדי" הקיים כעת באופן מובנה בוועדה לבחירת שופטים, אשר מקנה לנציגי הרשות השופטת לצד נציגי הממשלה (שני השרים וחבר הכנסת מהקואליציה), אפשרות להטיל וטו על כל החלטה של הצד השני.<sup>4</sup>
13. יתרה כך, ביטול המניין החוקי (הקוורום) בהצעה יאפשר לשר המשפטים לקיים ישיבות ולהחליט על מינוי וקידום שופטים ללא נציג הרשות השופטת, או נציג מקצועי אחר. למעשה, גם אם יו"ר הוועדה – שר המשפטים ירצה לקיים החלטות בוועדה הוא יכול לעשות כן גם לבדו, או עם יתר נציגי הקואליציה בלבד.
14. זה המקום להבהיר, כי סמכות הוועדה לבחירת שופטים לא מתמצה רק בבחירת השופטים לבתי המשפט השונים. הוועדה לבחירת שופטים היא זו שאמונה על קידום רשמי ושופטי בתי משפט השלום ובתי המשפט המחוזיים, וכן, היא המוסמכת להפסיק כהונה של שופט, לפי סעיף 7(4) לחוק-יסוד: השפיטה.
15. הנה כי כן, בהצעת החוק המעניקה מוטת שליטה נרחבת לממשלה על מינוי, קידום ופיטורי שופטים – כך, הצעת החוק מבטלת את ההסדר החוקתי שנקבע בשנת 1953 שמטרתו הייתה לקבוע הרכב מגוון הנותן זכות וטו לשופטים בהחלטות ולמעשה מעניק עצמאות לרשות השופטת. עצמאות מפני פגיעה אפשרית של הממשלה ושל שיקולים פוליטיים כאלה ואחרים.
16. הרכב הוועדה נותר על כנו משנת 1953 ועד היום, ללא שינוי, מעת שנחקק חוק השופטים, התשי"ג-1953 (להלן: "חוק השופטים"), והוקמה בעקבותיו הוועדה לבחירת שופטים. עצמאות הרשות השופטת והגנתה מפני שיקולים פוליטיים עמדה בלב הקביעה אז על הרכב הוועדה לבחירת שופטים. שר המשפטים דאז, פנחס רוזן, הציג במליאת הכנסת את תכליתה של הוועדה לבחירת השופטים והרכבה ככזו שנועדה "להבטיח את אי-תלותם בתפקידם" וכן כי "מינוי שופטים הוא עניין למומחים, ולמומחים בלבד, ואסור שעניין זה ייהפך לעניין פוליטי". (הישיבה המאה ושישים וחמש של הכנסת השניה, 5.1.1953, הצבעה לקריאה ראשונה, עמ' 423-424).
17. על קביעת הרכב הוועדה שמטרתו להבטיח את אי תלות השופטים, הגיב גם חה"כ דוד בר-רב-האי במליאה הכנסת:

**"אחד ההישגים המפוארים ביותר של ממשלת ישראל במשך חמש שנות קיומה היא מערכת בתי המשפט. החוק המוצע בא להשלים את המערכת הזאת. הוא בא להוציא את ענין מינוי שופטים מתנודות פוליטיות, מכל קשר לבחירות לכנסת או למוסד אחר. זה יהיה שלב נוסף בהתפתחות אחד ההישגים החשובים והמפוארים של מדינת ישראל" (הישיבה המאה ושישים וחמש של הכנסת השניה, 5.1.1953, הצעת חוק השופטים, תש"ג-1953 – הצבעה לקריאה ראשונה, עמ' 432).**

<sup>4</sup> יצוין, כי סעיף 7(ג) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, קובע את הרוב הנדרש לשם החלטות המינוי בוועדה, כאשר החלטות המינוי שופט מתקבלות בהסכמת רוב רגיל מבין המשתתפים בדיון. לעניין זה מעוגן חריג בס"ק (2), לפיו החלטות על מינוי שופטים לבית המשפט העליון צריכות להתקבל ברוב מיוחד של שבעה מתוך תשעת חברי הוועדה, ובמידה ופחת מספר המשתתפים בהצבעה, תהא ההצבעה על דעת רוב המשתתפים הנוכחים בהחסיר שניים (למשל – שישה מתוך שמונה חברי וועדה).

18. יצוין, כי בשנת 1984 הועבר ההסדר הנ"ל מחוק השופטים אל חוק-יסוד: השפיטה, באופן ששמר על הרכב הוועדה הבלתי-תלוי ותכליתה, והעניק לה מעמד חוקתי מבחינה פורמלית.<sup>5</sup>
19. אם כן, לאורך 70 השנים האחרונות לאחר חקיקת חוק השופטים שמרו כל ממשלות ישראל על הרכב הוועדה לבחירת שופטים – כהרכב בלתי תלוי ומתוך מטרה שהמינויים לבית המשפט לא יהפכו לכלי שרת בידי הממשלה. וכעת, ההצעה מבקשת למחוק את כל הישגי חוק השופטים משנת 1953.
20. לא זו אף זו, בהצעה יש סכנה חמורה לפגיעה ברמתם המקצועית של השופטים הממונים, וכפועל יוצא מכך פגיעה באיכות פועלה של המערכת המשפטית כולה וירידה באמון הציבור בה. כאשר כהונת השופטים וקידומם במערכת, תלויים ברוב הקואליציוני, קרי הממשלה, ספק כיצד יוכלו לבחון את חוקיות פעילותם של גורמים אלו, באופן מקצועי ואובייקטיבי.
21. קיים חשש שעורכי דין המבקשים להתמנות לשיפוט, וכן שופטים מכהנים המעוניינים בקידום, יכלכלו את צעדיהם המקצועיים וכן יכריעו באשר לפסיקותיהם בהתאם לעמדות הפוליטיות של הרוב הקואליציוני, ויימנעו מפסיקות מעוררות מחלוקת, או כאלה שאינן עולות בקנה אחד עם התפיסה של הממשלה.
22. מעצם זאת, עצמאותם ופסיקתם בהתאם למורת הדין תיפגע, ובכך תיפגע עצמאות המערכת השיפוטית – שהיא הבסיס לעצם קיומה ותפקודה. הדבר יוביל הלכה למעשה, לכך שלא יוצר כל מנגנון איזון על הרשות המבצעת, ולמעשה קולה של הרשות המבצעת יהא זהה לקולה של מערכת המשפט, אשר תפקידה הוא לבקר את הרשויות ופועלן.

## ב. צמצום עילת הסבירות במשפט

23. הצעת החוק מבקשת בסעיף 2 להוסיף את סעיף 15(ד1) לחוק יסוד: השפיטה, ובלשונו: "ד1) 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 משריה או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם".
24. כלומר, נראה שההצעה מבקשת לכוון הסדר מינהלי חדש באופן שיביא לצמצום היכולת של האזרחים להתנגד לפעולות הממשלה והרשויות השונות באמצעות השגת עתירות או תביעות לבתי המשפט השונים. לפי נוסח ההצעה נראה שאף אסור לבתי המשפט השונים לדון בעניין סבירות החלטות הממשל השונות.
25. כבר עתה יצוין, כי הצעת החוק מנוסחת באופן מעורפל, וכי לא ברור כלפי אילו רשויות יחול – האם פעולות של רשויות הממשלה השונות; האם פעולות של ראשי עיריות; האם ועדות תכנון שונות של הממשלה; וכן, האם מדובר רק בעתירות מינהליות, או שגם תובענות המוגשות עקב פעולות הממשל?
26. לעמדת התנועה, עילת הסבירות היא כלי שיפוטי, הכרחי ומרכזי בהכרעות השונות הפוגעות באזרחים. הניסיון לצמצם את עילת הסבירות – כמוהו לצמצום יכולתם החוקית של אזרחי המדינה להתנגד לפעולות הממשל השונות שמבקשות לפגוע בהם ובזכויותיהם הבסיסיות ביותר.
27. יצוין, כי עילת אי-הסבירות הוכרה בדין הישראלי בראשית ימי המדינה בהשראת הדין הבריטי.<sup>6</sup> בבריטניה המונח אי-סבירות שימש בהכרעות שיפוטיות לגבי חוקיות חוקי-עזר עירוניים לפחות מאז סוף המאה ה-19 באנגליה, ונטען שהוא קיים כבר מהמאה ה-16, במסגרת "כלל של היגיון" במשפט

<sup>5</sup> גיא לוריא הוועדה לבחירת שופטים – מחקר ומדיניות 137 39-40 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019).

<sup>6</sup> דפנה ברק-ארז, משפט מנהלי כרך ב, 723 (2010) (להלן: "ברק-ארז"); ר' לדוגמה ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ' דיזינגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026, 1039 (1959).

הציבורי.<sup>7</sup>

28. התפתחותה של עילת הסבירות במובנה המודרני החלה בבריטניה באמצע המאה ה-20 **בפסק דין של בית המשפט העליון** לערעורים (של אנגליה וויילס), אשר קבע כי שיקול דעתה של רשות ציבורית כפוף למגבלה של סבירות.<sup>8</sup> ודוק, מובנה המודרני של עילת אי-הסבירות שם הוא עילת ביקורת **עצמאית ונפרדת** שעניינה הפעלת שיקול-הדעת של הרשות המנהלית.<sup>9</sup>

29. השימוש בעילת הסבירות כעילת ביקורת עצמאית, כאמור, הביא להגנה רחבה מאי-פעם על שלטון החוק במדינת ישראל.<sup>10</sup> וזאת, בצמוד **ובעקבות** קידום ומימוש עקרון זה בחקיקה ובמדיניות הממשלה, בפרט בכל הנוגע ליישום עקרונות הצדק הטבעי – שוויון (חוק חובת מכרזים), הגינות (כלל ההסדרים העוסקים באיסור על ניגוד עניינים ברשות המבצעת) וקידום המדיניות והאסדרה בכל הנוגע לענייני שחיתות וטוהר המידות בשלטון.

30. כמו כן, מאז שנות ה-80 התרחבה והעמיקה באופן משמעותי ההסדרה של רשויות ציבוריות ופעילותן – הסדרים בתחום השלטון המקומי, בתחומי תכנון ובניה, איכות הסביבה, התקשורת, הקמת תאגידים סטטוטוריים ועוד. התפתחות זו הביאה את האזרח לפנות לערכאות משפטיות במקרים בהם הוא נפגע מפעולות הרשויות – הכלי השיפוטי של עילת אי-הסבירות, אשר התפתח בהלכה במרוצת השנים סייע כדי להגביל את פעולות הממשל הקיצוניות שרמסו את האזרחים.

31. לעמדת התנועה, הניסיון כעת בהצעה לבטל הלכה למעשה את עילת הסבירות נועד כדי לאפשר לרשויות השלטון למנוע ביקורת שיפוטית על פעולות הממשל השונות – ביקורת הכרחית שתכליתה להגן על אזרחי המדינה.

32. פרופ' יצחק זמיר, שופט בית המשפט העליון לשעבר, ביטא את הצורך בביקורת השיפוטית הני"ל:<sup>11</sup>

**"הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי היא פועל יוצא מעקרונות היסוד של מדינה דמוקרטית. היא נובעת, קודם כל, מן התורה של הפרדת רשויות במובן המודרני של בלמים ואיזונים: הביקורת של הרשות השופטת על הרשות המבצעת הכרחית כדי למנוע שימוש לרעה בכוח ופגיעה בחירות שלא כדין. כדברי בית המשפט, "ללא ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת מתערערת הפרדת הרשויות. עמה נפגמת חירות האדם ונפגמים היסודות של משטר חופשי. הביקורת הכרחית גם כדי לקיים את העיקרון של חוקיות המינהל: כדי להבטיח שהרשות המנהלית תפעל בהתאם לעקרון זה, נדרש גוף חיצוני שיוכל לבדוק את החלטת הרשות לפסול אותה אם פעלה בניגוד לעיקרון, ואין גוף מתאים לכך אלא בית המשפט... הביקורת השיפוטית לא נועדה לשרת רק עקרונות, ובראשם העיקרון של שלטון החוק, אלא היא מכוונת לשרת, בראש ובראשונה, את האדם. לצורך זה, בית המשפט מטיל על הרשות המנהלית מגבלות שונות, כגון שתפעל באופן סביר ובמידה ראויה, ופוסל החלטות מנהליות שאינן עומדות במבחן המגבלות."** [ההדגשות הוספו].

33. אם כן, כדי להגן משרירות פעולות השלטון ולקדם מנהל תקין עושה בית המשפט שימוש בעילת הסבירות. כך גם נעשה שימוש בעילת הסבירות כדי להגן על החלשים בחברה, בין אם זה בע"פ 3854/02 פלוני נ' הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית למבוגרים, פ"ד נו(1) 900 (2003), שם נפסל אשפוזו של נאשם חולה נפש למשך תקופה החורגת ממשך המאסר המירבי שניתן היה להשית עליו בשל זכותו לחירות אישית; בבג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, דינים עליון פג 479 (2007), שם הוטלה החובה

<sup>7</sup> מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחרות" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 773, 779-778 (אהרן ברק, רון סוקול ועוד שחם עורכים 2013) (להלן: "כהן").  
<sup>8</sup> כהן, 778. פסק הדין המדובר הוא Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.) (להלן: "עניין Wednesbury").  
<sup>9</sup> כהן, 781-778 ו-783.  
<sup>10</sup> ברק-ארז, עמ' 769.  
<sup>11</sup> יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית", 71 ו-75 הסמכות המינהלית (מהדורה ראשונה, 1996).

על המדינה למגן במיגון מלא את בתי הספר בשדרות; בעע"מ 5634/09 חוסיין ג'לאל נ' עיריית ירושלים (נבו 25.08.2009), שם נפסלה החלטה שאיפשרה למקם בית ספר יסודי בסמוך למפעל מתכות מזהם; בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995), שם נקבע שאין הצדקה למנוע מנשים להגיש מועמדות לקורס טיס בצה"ל.

34. הנה כי כן, עילת הסבירות היא כלי הכרחי וחשוב בביקורת השיפוטית על פעולות הממשל השונות – צמצומה של העילה, או ביטולה הלכה למעשה – יפגעו בראש ובראשונה באזרחים הזקוקים להגנה מפני דורסנות פעולות הממשל השונות.

### ג. פסקת ההתגברות המוצעת – הקיצונית והמסוכנת ביותר

35. בסעיף 3 להצעת החוק של יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט מגולמת נוסח פסקת התגברות גורפת וקיצונית במיוחד – אשר בתחילה שוללת לחלוטין את האפשרות לקיים דיון בבית המשפט העליון, ובכלל כל ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד.

36. מלבד זאת, ההצעה קובעת תנאים בלתי אפשריים לקיום של ביקורת שיפוטית על החקיקה של הכנסת:

a. ראשית, ההצעה קובעת כי רק בית המשפט העליון רשאי לפסול חוק, לשנותו או להגביל את תוקפו, ורק בהחלטה פה-אחד של כל 15 שופטי בית המשפט העליון – דבר שמוותר סיכויים מועטים במיוחד להגביל את תוקפם של חוקים.

b. שנית, ההצעה מאפשרת התערבות של בית המשפט רק בחוק אשר "סותר בבירור הוראה ששורינה בחוק-יסוד", ובכך שוללת את האפשרות לביקורת שיפוטית מכוח זכויות שבית המשפט פירש ככאלה שהן נגזרת של חוק יסוד (הזכות לשוויון, לחופש ביטוי, זכות ההתאגדות, חופש הדת וחופש מדת ועוד).

c. שלישית, ההצעה מאפשרת לכנסת להתגבר מראש, או בדיעבד על הגבלת חוקים, כך שבית המשפט לא יהיה רשאי לבחון את פוגענותו של החוק מלכתחילה. הגבלה כזו מלכתחילה אפשרית בכנסת דווקא בתנאים מרחיקי לכת:

i. הוראת ההתגברות תתקבל ברוב זעום של רק 61 מחברי כנסת בכל שלוש הקריאות.

ii. באם התקבלה הוראת התגברות כאמור, בית המשפט יוכל לבחון ולקיים דיון בתוקפו של החוק רק בחלוף שנה מסיום כהונתה של הכנסת שחוקה את החוק הכולל את הוראת ההתגברות (פוטנציאלית, עד 5 שנים). אם הכנסת שנבחרה לאחר זו שחוקה את החוק תאשר אותו – לא תתאפשר ביקורת שיפוטית כלל.

37. אם כן, המדובר בפסקת ההתגברות – מסוג כזה שמאפשר לכנסת לשריין את החקיקה מלכתחילה ולא לאפשר כל דיון בפוגעניות החקיקה כלפי האזרחים – והכל רק ברוב זעום במיוחד של 61 חברי הכנסת.

38. ההצעה מבקשת למנוע מבית המשפט את האפשרות המעשית להגן על זכויות הפרט מפני שרירות השלטון, וזאת, במסווה של "הסדרת הביקורת השיפוטית בחקיקה". המדובר בזריית חול בעיני הציבור – המהפכה המוצעת אינה מעגנת את הביקורת השיפוטית אלא מבטלת אותה.

39. בין אם ייקבע כי נדרש רוב של 12 שופטים בבית המשפט לשם פסילת חוק או הגבלת תוקפו, ובין אם ייקבע כי דרושה הסכמה פה-אחד של כל 15 השופטים שפי שמוצע בהצעה – המדובר בדרישה המסכלת הלכה למעשה את האפשרות לביקורת שיפוטית על הכנסת.

40. כבר עתה יובהר, כי מעולם לא התקיים בבית המשפט העליון דיון בהרכב של כל 15 שופטיו, וגם הרכבים של 11 שופטים ומעלה התקיימו במקרים בודדים, וכמעט אף פעם לא התקבלה בהם החלטה פה-אחד. מבחינה מעשית, קשה ביותר, עד בלתי ניתן לכנס הרכב של כל 15 השופטים לדון בתיק, ולו מטעמי מחלה או ניגודי עניינים.

41. בנוסף, לפי הצעת החוק בית המשפט יוכל להגביל ולפסול חוק שנקבע פה-אחד כי הוא "סותר בבירור הוראה ששורינה בחוק-יסוד"<sup>12</sup>. כלומר, קבלת ההצעה משמעותה **ביטול הזכות לשוויון בישראל**; **ביטול החופש מדת בישראל**; **ביטול חופש הביטוי בישראל**; וכל יתר הזכויות שבית המשפט פירש שהן נגזרות מחוקי היסוד.<sup>13</sup> ביטול ההגנה החוקתית על זכויות אלו משמעה כי הן אינן מוגנות מרצונו של רוב קואליציוני מזדמן.

42. כמו כן, הקביעה לפיה ניתן יהיה לפסול רק חוקים שפגעו בזכויות שפורטו במפורש בחוק-היסוד, משמעה גם שלילת האפשרות להעביר ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה עצמו. כלומר, כל חוק שהתקבל בשלוש קריאות, יעמוד בתוקפו, יהא הליך החקיקה בו עבר פגום או נמהר ככל שיהא.

43. משמעותו של התיקון המוצע כעת, לפיו ביקורת שיפוטית תתאפשר רק בגין סתירה מפורשת לחוק-יסוד, משמעה שלילת הסמכות של בית המשפט לוודא שהממשלה אינה רומסת את הכנסת ואת ההליך הדמוקרטי בה. ההצעה תאפשר לממשלה להעביר חוק באמצעות משמעת קואליציונית זעומה, גם מבלי לאפשר לחברי הכנסת כל אפשרות לדון בהצעת החוק, תוך ביטול, הלכה למעשה, של ההליך הדמוקרטי בכנסת.

44. **אם גם לאחר כל המכשולים שהוערמו בהצעה על עצם האפשרות לקיום ביקורת שיפוטית חוקתית בישראל, 15 שופטי בית המשפט העליון, הגיעו בדרך כלשהי להסכמה פה-אחד כי חוק מסוים הוא כה חריג, מופרך ובלתי חוקתי עד שיש להורות על פסילתו, באה פסקת ההתגברות המוצעת ומעניקה לממשלה (באמצעות רוב אוטומטי בכנסת) את האפשרות להתגבר על חוקי היסוד וזכויות היסוד, ולהעביר את החוק בכל מקרה – המדובר בחסימה, על חסימה, על חסימה, של כל אפשרות להגבלה ובלימה על ידי בג"ץ של חוקים – הנחקקים ברוב קואליציוני זעום, או למעשה כל חקיקה של הממשלה והעומד בראשה.**

45. במציאות בה הממשלה מחזיקה ברוב אוטומטי בכנסת של 61 חברי כנסת, היא נהנית כבר כיום מכוח עודף שאינו מאפשר הטלת אי-אמון בממשלה – פסקת התגברות ברוב של 61 ח"כים יאפשר לקואליציה לפגוע פגיעה קשה בזכויות הפרט ואף ביסודות המשטר בישראל. כך, בנוסף לפגיעות קשות בזכויות הפרט שתתאפשרנה כתוצאה מהגבלת הביקורת השיפוטית, ושעליהן עמדנו בהרחבה לעיל, קיים חשש כי אם הכנסת תוכל להתגבר ברוב של 61 על כל חוקי היסוד, היא תוכל לשנות את חוקי היסוד המגדירים את אופן פעולת הממשלה והכנסת.

46. כך למשל, הממשלה תוכל לחוקק חוק שירחיב את סמכויותיה, להחליט שקולותיהם של אזרחים מסוימים שווים בפועל יותר, לחוקק שהכנסת לא צריכה לאשר את תקציב המדינה ומספיק אישור הממשלה; לחוקק שניתן להעמיד לדין את נשיא המדינה אם הוא מקבל החלטה שלא מוצאת חן

<sup>12</sup> בהערת אגב יצוין כי כלל לא ברור מה משמעותו של התנאי "סותר בבירור" או "סתירה מהותית" – אלו הם מושגי שסתום, אשר ממילא ידרשו את פירושו של בית המשפט בבואו ליישם את החוק.

<sup>13</sup> מרבית זכויות היסוד המוגנות בדמוקרטיה ברחבי העולם – כלל לא מוגנות בחוקי היסוד שלנו: חופש הביטוי, הזכות לשוויון, חופש דת וחופש מדת, הזכות לפרטיות, חופש התנועה, חופש האספה וההפגנה, חופש המצפון, חופש ההתאגדות, זכות הגישה למשפט ולמשפט הוגן, הזכות לחינוך ולרווחה, ועוד.<sup>13</sup> כל אלה אינן זכויות הנמנות במפורש בחוקי היסוד הישראליים, והן מוגנות מכוח פרשנות מחייבת של בית המשפט העליון לחוקי היסוד הקיימים. יודגש כי גם ההגנה החוקתית הזו, היא מוגבלת, והרשויות השונות רשאיות לחרוג ממנה, ולפגוע בזכויות, כל עוד הפגיעה נעשית באופן חוקי, לתכלית ראויה, ובאופן מידתי.

בעיניהם; לחוקק שראש ממשלה יכול להחליט לבדו על יציאה למלחמה, ועוד ועוד. כך, פסקת ההתגברות מהווה סכנה אמיתית לדמוקרטיה, לסדרי המשטר ולזכויות האזרח בישראל.

47. יתרה מכך, אם הממשלה (באמצעות הרוב הקואליציוני שלה) חפצה בקידום חוק מסוים, וחוששת שבית המשפט יפעיל ביקורת שיפוטית על חוק על אף המגבלות הקשות שהוטלו עליו, ואם היא אינה מעוניינת (מסיבותיה שלה) לכנות את החוק "חוק-יסוד" – עומדת לרשותה האפשרות להפעיל את פסקת ההתגברות המקדמית ברוב פשוט של 61, ולקבוע כי החוק לא יוכל לעלות לדיון בבית המשפט העליון בכל מקרה.

48. על כל אלו יש להוסיף את ההצעה לפיה הכנסת תוכל להפעיל את פסקת ההתגברות עוד במהלך הליך החקיקה, כך שבית המשפט יהיה מנוע מראש מלדון בדבר החקיקה הפוגעני. משמעות הדבר היא שבית המשפט יורחק לחלוטין מהאפשרות לבקר באיזושהי דרך כל חוק שלגביו החליטה הממשלה להפעיל משמעת קואליציונית בסיסית.

49. אשר על כן, פסקת ההגבלה בהצעת החוק משנה באופן קיצוני תפקידה של הרשות השופטת אל מול הרשות המבצעת והמחוקקת, והיא עשויה אף לרוקן ממשמעות את המסגרת החוקתית, חייב להיעשות לאחר חשיבה ועיון, ובמסגרת הסכמה ציבורית רחבה.

50. המסגרת החוקתית הקיימת, בה בית המשפט מהווה בלם בפני חקיקה הפוגעת בזכויות היסוד של הפרט, התגבשה לאורך עשרות שנים (שנים רבות קודם לכינון חוקי היסוד הנוגעים בזכויות האדם). שלילתה, הלכה למעשה, של סמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון לאור חוקי היסוד, כמוה כהותרת הממשלה, באמצעות שליטתה במחוקק, כמוקד שלטוני יחיד.

#### ד. הצעת החוק מרכזת את הכוח השלטוני רק בידי הממשלה – ולכן מהווה הפיכה משטרית

51. מעבר לכך שבישראל אין חוקה שלמה,<sup>14</sup> מעולם גם לא היו בה מנגנונים חזקים של ביזור ובלימת הכוח הפוליטי: אין הפרדה של ממש בין הפרלמנט לרשות המבצעת; המדינה אינה פדרציה המחולקת למדינות (כך שכל מדינה מאזנת את השלטון המרכזי); אין שני בתים לפרלמנט (שמאזנים זה את זה); אין בחירות אמצע לפרלמנט (שמאפשרים לרסן את הממשלה במהלך כהונתה); אין בחירה של נציגים מקומיים לפרלמנט (כך שהנציגים ישמרו אמונים לבחוריהם, במקום למפלגה); אין מגבלה על משך כהונת ראש הממשלה; אין זכות וטו לנשיא (שמאזן את הפרלמנט); ישראל לא כפופה ישירות לביקורת של ערכאה בין-לאומית לצדק או לזכויות אדם (שיכולה לבקר את כל הרשויות); אין מסורת דמוקרטית ארוכת שנים (אשר מעצבת "קווים אדומים" לרשויות) והדמוקרטיה הישראלית עודנה צעירה וגמישה באופן יחסי, ועוד.<sup>15</sup>

52. הלכה למעשה, הכוח השלטוני מרוכז בידי הממשלה ששולטת בכנסת. הבחירות בישראל הן בחירות כלליות לרשות המחוקקת, אשר הרוב השולט בה, מפלגות הקואליציה, מקים את הממשלה – המוסד

<sup>14</sup> החוקה הישראלית מעולם לא הושלמה – אין מגילת זכויות מלאה שמגבילה את השלטון מלפגוע באזרחים. כך, לאחר שהכנסת הראשונה לא הצליחה לכוון חוקה למדינה חדשה, התקבלה בכנסת הראשונה ביום 13.6.1950 "פשרת הררי", שקבעה כי הכנסת הראשונה לא תחוקק חוקה למדינת ישראל, וכי החוקה תיכתב בפרקים, הקרויים "חוקי יסוד" שיתאגדו, לבסוף, לכלל חוקה. במהלך שנות ה-90 המוקדמות, עם חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם והפרשנות שניתנה להם, התקבלה התפיסה שחוקי היסוד הקיימים מהווים למעשה, כבר כעת, פרקים בחוקה, וכי אסור לכנסת לחוקק חוקים שיפגעו בהם. ואולם, למרות מעמדם החוקתי של חוקי היסוד, מפעל החוקה הישראלית לא הושלם, ואינו כולל מגילת זכויות אדם מפורטת, המגנה על כלל זכויות האדם בישראל.

<sup>15</sup> יניב רוזנאי "וולדרון בירושלים" פורום עיוני משפט מד (תשפ"א); עמיר פוקס, מרדכי קרמניצר ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות: על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון 8 (מחקר מדיניות 133, המכון הישראלי לדמוקרטיה 11.2019).



העליון של הרשות המבצעת.<sup>16</sup> הממשלה מורכבת משרים, ובראשה עומד ראש הממשלה.<sup>17</sup> משמעות הדבר היא שהממשלה מחזיקה ברוב אוטומטי בפרלמנט, שמאפשר לראש הממשלה לשלוט, הלכה למעשה, בכנסת.

53. לממשלה יש מוטת שליטה מובנית על הכנסת: יו"ר הכנסת שמכהן מאז ומתמיד<sup>18</sup> כנציג הקואליציה (הממשלה), הוא שקובע את סדר היום של מליאת הכנסת; יושבי ראש הוועדות החשובות בכנסת מכהנים אף הם מטעם הקואליציה (הממשלה) וקובעים את סדר יומן של הוועדות; וועדת השרים לענייני חקיקה מקיימת דיונים סגורים בממשלה על אילו הצעות חוק יקבלו את אמון הקואליציה והלכה למעשה יחקקו. לכן, **הממשלה שולטת בכנסת שליטה מלאה, באופן המובנה בשיטת המשטר הישראלית.**

54. כמו כן, המשמעת הקואליציונית שבאמצעותה הממשלה מחילה את סדר יומה נקבעת כבר בהסכמים הקואליציוניים שעל בסיסם מכוננת הממשלה. ההסכמים קובעים את סדר יומה של הממשלה, חלוקת התפקידים והוצאה לפועל של מדיניות הממשלה בכנסת. משמעותה של הפעלת המשמעת הקואליציונית היא מרחיקת לכת – בהפעלת משמעת קואליציונית, משמשים למעשה חברי הכנסת לא כנבחר ציבור בעלי עמדה, כי אם "אצבעות" בשירות הממשלה וראשי סיעות הקואליציה. המשמעות היא שראשי הקואליציה (מספר מצומצם מאוד של אנשים) מחזיקים למעשה בשליטה על רוב חברי הכנסת, ויכולים להעביר כל חקיקה הדורשת רוב מיוחס של 61. למרבה הצער, במקרים רבים משמשת הכנסת, מבחינה מעשית, כ"להקת המעודדות" של הממשלה, ודברי הממשלה הם בחזקת "נעשה ונשמע".<sup>19</sup>

55. בנוסף, בישראל פועל מוסד ייחודי לשליטת הממשלה בכנסת – וועדת השרים לענייני חקיקה. הוועדה, בראשות שר המשפטים מטעם הקואליציה, קובעת בכל שבוע את עמדת הממשלה (ולפיכך, הרוב הקואליציוני בכנסת) את עמדת הממשלה ביחס להצעות החוק הצפויות להיות מונחות על שולחן הכנסת באותו השבוע. כך, הרשות המבצעת קובעת למעשה אילו חוקים יחוקקו ברשות המחוקקת, ואילו לא.

56. יצוין גם שלייעוץ המשפטי של הכנסת "אין שיניים" של ממש, ובניגוד לפרלמנטים אחרים בעולם שם חקיקה עוברת תהליך מוקפד של סינון והגבלה חוקתית כבר בשלב הפנים-פרלמנטרי – הליך זה אינו קיים בישראל.<sup>20</sup> לכן, חקיקה הפוגעת בזכויות אזרח או כזו המשנה היבטים משטריים, נחקקת לעיתים קרובות באופן חפז ומהיר כאותו הליך חקיקה לכל דבר אחר.

57. אם כן, במצב בו הרשות המבצעת שולטת ברשות המחוקקת מתקיימת "התכת רשויות" בין הממשלה והכנסת – והכוח הפוליטי לא מבוזר.<sup>21</sup>

58. בשני העשורים האחרונים מעבר לחולשותיה המבניות של הכנסת, חל כרסום נוסף בכוחה – **הכנסת**

<sup>16</sup> ס' 1 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת". קביעה זו יוצרת בלבול מושגי בין מי שעומד בראשות הרשות המבצעת – השרים וראש הממשלה, לבין הרשות המבצעת עצמה, המורכבת מגופים שונים, בהם בעלי תפקידים שונים שלא נבחרו על-ידי הציבור (ברובם עובדי ציבור, והשאר מינויים אישיים ועוד). בענייננו עולה צורך בהבחנה ולכן המונח "ממשלה" יתייחס לראש הממשלה והשרים, ואילו **הרשות המבצעת** מתייחסת לגוף עצמו, על שלל מרכיביו.

<sup>17</sup> ס' 5א לחוק-יסוד: הממשלה.

<sup>18</sup> למעט כהונתו בת הפחות משנה של נחום ניר רפאלקס בשנת 1959 (2.3.1959 – 30.11.1959) בתפקיד יו"ר הכנסת. ניר היה ליושב ראש הכנסת היחיד שלא נמנה עם מפלגת השלטון.

<sup>19</sup> כדברי המשנה לנשיאת בית המשפט העליון דאז, אליקים רובינשטיין, בעניין בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון **בישראל** (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016).

<sup>20</sup> יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם וההליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" **משפט ועסקים** יד 199 (2012).

<sup>21</sup> יובל רויתמן "הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה" **שערי משפט** ו 293, 296 (תשע"ג).

איבדה את היכולת להצביע על אי-אמון בממשלה,<sup>22</sup> אלא רק ברוב מיוחד ותוך הצבעה על מועמד חלופי מסוים, ואפילו אישור התקציב הפך בפועל להיות, לרוב, מאורע דו-שנתי, באופן המגביר את יציבות הממשלה.

59. בניגוד לעבר, נדרש כיום רוב של חברי כנסת (61) על מנת להפיל את הממשלה בהצבעת אי-אמון,<sup>23</sup> כך שכמעט תמיד יימצא בממשלה רוב שיתנגד להצבעת אי-אמון. יותר מכך, לא די בכך שרוב חברי הכנסת יתנגדו לממשלה בכדי להפילה, האופוזיציה אף נדרשת להביע את תמיכתה במועמד חלופי להקמת ממשלה וממשלה חלופית (אי-אמון קונסטרוקטיבי).<sup>24</sup> תיקון זה "הביא לשיאו תהליך מתמשך של צמצום סמכות הכנסת להביע אי אמון בממשלה".<sup>25</sup> כלומר, האפשרות של הכנסת להתנתק מהממשלה ולפעול כרשות מחוקקת עצמאית – כמעט ואינה קיימת.

60. הנה כי כן, מעבר לכך, שאין בישראל כלל מנגנונים חזקים של איזונים ובלמים כנגד רוב קואליציוני מזדמן, הקיימים במדינות אחרות בעולם, השליטה של הממשלה בחקיקה באמצעות ועדת השרים לענייני חקיקה, ובסדר יומה של הכנסת באמצעות יו"ר הכנסת וראשי הוועדות מהקואליציה – כל אלה מבטיחים הוצאה לפועל של רצונה של הממשלה.

61. על כן, מבחינה מעשית אין כיום שלוש רשויות בישראל, אלא שתיים – רשות שופטת ורשות מבצעת-מחוקקת. ברצונה היא מחוקקת ומבצעת גם יחד. משמעות הדבר היא שבניגוד למודל התיאורטי בו הרשויות מאזנות ומרסנות זו את זו, בפני הממשלה (השולטת בכנסת) עומד כיום רסן משמעותי אחד בלבד – בית המשפט העליון.<sup>26</sup> אך זה, לפי ההצעה עומד להשתנות לחלוטין.

62. **הצעת החוק מבטלת לחלוטין את האפשרות שבית המשפט יחיל איזונים ובלמים על הממשלה ופעולותיה ומבקשת להכפיף גם את הרשות השופטת תחת מרות הממשלה.**

63. הנה כי כן, הצעת החוק תוקפת את אפשרות האיזון והבלמים על הממשלה משלוש חזיתות – 1. הכפפת הוועדה לבחירת השופטים לממשלה; 2. צמצום האפשרות להתנגד לפעולות הממשלה באמצעות ביטול עילת הסבירות; 3. הצבת תנאים בלתי-אפשריים לבית המשפט העליון להגביל או לבטל חוקים, ובכלל זה האפשרות לדון בתיקונם הלא-חוקתי של חוקי היסוד.

64. כך, הממשלה – היא שהופכת להיות הרשות היחידה שמולה אין כל איזון או בלם. זוהי התוצאה הרעה ביותר שמביאה לכוח מוחלט לממשלה ולעומד בראשה. **משמעות הצעת החוק היא אחת: הפיכה של המשטר הדמוקרטי בישראל, והותרו כותרת ריקה מתוכן.**

## **אנו קוראים להתנגד התנגדות חריפה להפיכה המשטרית כפי שהיא מוצעת בהצעת**

### **החוק מטעם יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט**

<sup>22</sup> הצבעת אי-אמון היא כלי מהותי ומרכזי במשטר הפרלמנטרי, שמבטיח (לפחות תיאורטית) שהממשלה תייצג את הציבור. ראו: יגאל מרזל "חובת האמון של הממשלה כלפי הכנסת" חובות אמון בדין הישראלי 185, 185 (2016).

<sup>23</sup> נזכיר, עד 1992, הספיק רוב פשוט של חברי כנסת כדי להעביר הצבעת אי-אמון ולהפיל את הממשלה. החל משנת 1996 נדרש רוב מוחלט.

<sup>24</sup> מאז שנת 2014.

<sup>25</sup> בג"ץ 8260/16 המרכזי האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פסי' 2 לספק הדין של השופט הנדל (נבו) 6.9.2017.

<sup>26</sup> מצב בו קיים על השלטון רק מנגנון מגבלה אחד על הרוב הפרלמנטרי, קיים רק ב-10 מדינות דמוקרטיות בעולם, דוגמת תוניסיה, טרינידד וטובאגו, נמיביה וסרביה. אין אף מדינה בה אין אף מדינה דמוקרטית בה אין מגבלה על כוחו הפרלמנטרי של הרוב, כפי שיהיה המצב בישראל תחת פסקת התגברות במתכונת המוצעת. וראו את מחקר המכון הישראלי לדמוקרטיה בנושא, בכתובת - <https://www.idi.org.il/articles/22273>.

## נספח ע/22

נייר העמדה מטעם העותרת שהוגש  
ביחס להצעת חוק-יסוד השפיטה  
(תיקון עילת הסבירות)

עמ' 300



# ביטול עילת הסבירות

## נייר עמדה

התנועה למען איכות השלטון בישראל

יוני 2023

## תוכן עניינים

2	א.מבוא.....
3	ב.הצעת חוק-יסוד השפיטה (תיקון – עילת הסבירות).....
3	1.ב.על "ביקורת שיפוטית במסגרת עילת חוסר סבירות" בקצרה.....
5	2.ב.התיקון המוצע בהצעת החוק – צמצום גורף של עילת חוסר סבירות.....
6	ג.על היבטיה ומשמעויותיה של "אי-סבירות".....
6	1.ג.על החובה לנהוג בסבירות ועל עילת הביקורת השיפוטית של אי-סבירות.....
6	1.ג.א.החובה לנהוג בסבירות.....
8	1.ג.ב.עילת הביקורת השיפוטית של אי-סבירות.....
9	2.ג.התפתחותה של עילת חוסר סבירות במהלך השנים ככלי להתמודדות עם מצבי קיצון.....
9	2.ג.א.שלביה המוקדמים של עילת חוסר סבירות.....
11	2.ג.ב.עילת חוסר סבירות במובנה העדכני.....
15	ד.ביטול עילת חוסר סבירות כמוצע יביא למצב קיצוני ומסוכן.....
15	1.ד.ביטול כלי קריטי להתמודדות עם "מצבי קיצון" כתוצאה מפעולת הממשלה.....
17	2.ד.פגיעה חמורה בהפרדת הרשויות ובאיזונים ובלמים בין רשויות השלטון.....
20	ה.יש להתנגד להצעת החוק.....

## א. מבוא

1. הצעת החוק הנידונה בימים אלה על-ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שעניינה ביטול גורף של עילת הביקורת השיפוטית של "חוסר סבירות" ביחס להחלטות של "דרג נבחר" או "נבחרי ציבור" היא כשלעצמה, בלשון העם, בלתי סבירה בעליל. חקיקת הצעת החוק תביא להסרת מגבלה משמעותית על כוחה העודף של הרשות המבצעת בישראל, ולפיכך, בין היתר, גם לפגיעה בתושבי המדינה, באינטרס הציבורי ובחוזקו של המשטר הישראלי.

2. הצעת החוק מבקשת לבטל את קיומו של כלי אכיפה מרכזי והאפקטיבי ביותר של חובת הנאמנות שהרשות המבצעת, ובפרט "הדרג הנבחר", חבים כלפי הציבור, ואשר עומדת ביסוד הלגיטימציה להפעלת כוח שלטוני. לא רק זאת, ברור כי ביטול עילת חוסר הסבירות כמוצע, יביא לערעור משמעותי ואף להתבטלות החובה על רשויות המנהל לפעול בסבירות, מה שבהכרח יוביל לשימוש לרעה בכוח שלטוני, ללא אפשרות ממשית לפיקוח, בקרה (מראש או בדעיבד) ומתן סעד לאזרח או לציבור הנפגע.

3. בתוך כך, קידום ההצעה לכדי תיקון חוק-יסוד: השפיטה כמוצע, יביא לפגיעה חמורה, ובאופן אנוש, בעקרון שלטון החוק, בעקרון "הפרדת הרשויות" ובפרט בעקרון "האיזונים ובלמים", בטוהר המידות ובזכויות הפרט.

4. כמו כן, כלל ההצדקות הנטענות להצעת החוק אינה עומדות. כך, הצעת החוק אינה מבקשת "להחזיר את הגלגל לאחור" לדמותה של עילת חוסר סבירות ששררה בעשורים הראשונים של מדינת ישראל, אשר מאז כוחה של הרשות המבצעת הלך וגדל בעוצמתו ובהיקפו (כבכל המדינות הדמוקרטיות). כך גם, הטענות על-אודות משמעותה של עילת חוסר סבירות במובנה העדכני, שגויות לחלוטין. במסגרת עילת חוסר סבירות בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה הרחב של הרשות, בפרט כאשר מדובר ב"דרג נבחר". אלא בית המשפט

מתערב בהחלטות מנהליות כאשר הגורם המנהלי סטה באופן קיצוני ממתחם הסבירות (וכאמור כך בפרט כאשר מדובר ב"דרג נבחר").

5. על כן, עמדת התנועה לאיכות השלטון, כפי שתפורט להלן בהרחבה, היא כי על חברי הכנסת להתנגד להצעת החוק. לצד זאת, יש לקדם מהלך חקיקה המסדיר את הדין המנהלי בצורה כוללת, במסגרתו תינתן התייחסות ראויה ומושכלת למורכבות של המונח "סבירות", ברגישות הנדרשת.

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

6. הצעת חוק-יסוד השפיטה (תיקון – עילת הסבירות) – שהוצעה על-ידי יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט בכנסת, ח"כ שמחה רוטמן – מטעם הוועדה (להלן: "הצעת החוק") מבקשת למנוע מבתי משפט ומוסדות שיפוטיים אחרים (למשל אלה הכפופים לממשלה) לבקר את הרשות המבצעת לפי אמת-מידה של "סבירות", אותה מקובל לכוון בלשון משפטית "עילת חוסר סבירות".

7. מדובר באותה הצעה אשר הוצעה על-ידי ח"כ רוטמן בחודש ינואר 2023, במסגרת הצעתו הכוללת לכינון **הפיכה משטרית**,<sup>1</sup> אשר לצידה הועלתה הצעתו הדומה של שר המשפטים (תזכיר חוק "הרפורמה במשפט").<sup>2</sup> מאז חודש ינואר, ועדת החוקה ערכה דיונים בחלקים אחרים של הצעות **ההפיכה המשטרית**, תחת הכותרת "ציון בְּמִשְׁפָּט תְּפִיָּדָה - מחזירים את הצדק למערכת המשפט", שבתחילה הוצמדה גם להצעת החוק הנוכחית.<sup>3</sup> 8. מכל מקום, **כידוע כלל הצעות חוק אלה ונוספות, לרבות חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12)**, אשר למעשה רוקן מתוכן את מצבי הנבצרות של ראש ממשלה, הן הצעדים להפיכה משטרית אותם מקדמת הממשלה ה-36.

9. בטרם נתייחס להצעת החוק עצמה, ולמען בהירות הדיון לאחר מכן, נתייחס בקצרה למסגרת הכללית של "ביקורת שיפוטית על הממשלה במסגרת עילת חוסר סבירות".

### ב.1. על "ביקורת שיפוטית במסגרת עילת חוסר הסבירות" בקצרה

10. במשטר דמוקרטי, הלגיטימציה של הרשות המבצעת, הממשלה, נובעת מכפיפותה לאמון הציבור. עקרון יסודי זה מעוגן בדין החוקתי הישראלי הקובע כי "הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת".<sup>4</sup> מכאן שתפקידה של הרשות המבצעת הוא לפעול למען האינטרס הציבורי. על מנת להגשים עקרון זה, המשפט המנהלי, קרי תחום המשפט העוסק בפעילותה של הרשות המבצעת, קובע חובות וכללים כיצד על הרשות המבצעת להפעיל את סמכויותיה; אשר כולם נועדו להביא לכך שפעילות הרשות המבצעת תהא לטובת הציבור. חובת הרשות המבצעת לנהוג בסבירות היא אחת מהן.

11. כנהוג במשטר דמוקרטי פרלמנטרי, ובפרט לנוכח המבנה השלטוני בישראל, הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת היא כלי אכיפה מרכזי של אותם חובות וכללים הקובעים כיצד רשאית הרשות המבצעת להפעיל את סמכויותיה ולהתנהל;<sup>5</sup> וכן מאפשרת לתת סעד לאזרח (או לציבור) מקום בו הרשות פעלה שלא כדין. מדובר בביטוי לאחד מתפקידיו המרכזיים של בית המשפט במשטר דמוקרטי, וכן במשטר הישראלי.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – הפרדת רשויות).

<sup>2</sup> תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט) ר' 40-433d-bc40-2f8bc3ee-b0d9-433d-bc40-<https://z.calcalist.co.il/assets/pickerul/2f8bc3ee-b0d9-433d-bc40-d1d7b0eeba43.docx>; (הצעות אלה ונוספות לכינון "רפורמה" במערכת המשפט יכונן להלן: "הצעות ההפיכה המשטרית").

<sup>3</sup> כאמור הצעתו של ח"כ רוטמן מטעם ועדת החוקה היא זו שנדונה בוועדת החוקה. עם זאת, מאחר שישנו קשר עמוק וישיר ואף חפיפה או זהות בין הצעתו של ח"כ רוטמן לבין תזכיר החוק מטעם שר המשפטים, בפרט בכל הנוגע לעילת חוסר סבירות, הדברים יתייחסו לעיתים גם לתזכיר של השר.

<sup>4</sup> ס' 3 לחוק-יסוד: הממשלה.

<sup>5</sup> עמיר פוקס, מרדכי קרמניצר ביזור סמכויות: על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון 8, 81 (מחקר מדיניות 133, המכון הישראלי לדמוקרטיה 11.2019) (להלן: "ביזור סמכויות").

<sup>6</sup> כפי שנקבע בסעיפים 15(ג)-(ד) לחוק-יסוד: השפיטה.

12. זאת ועוד, הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת מגשימה גם מטרת-על נוספת במשטר דמוקרטי – ובפרט של עקרון "הפרדת רשויות" – שהיא **למנוע שימוש לרעה בכוח השלטוני הניתן לרשות המבצעת**.<sup>7</sup>
13. **כלומר – במשטר דמוקרטי, ובפרט במשטר הישראלי, מטרתה של הביקורת השיפוטית על הממשלה היא להבטיח כי לא עשתה ניצול לרעה של כוחה השלטוני, ולהעניק סעד אפקטיבי לאזרח (ולציבור) כאשר הרשות פעלה שלא כדין.**
14. החובות והכללים הקובעים כיצד רשאית הרשות המבצעת לפעול ולהתנהל גוזרים מתוכם את עילות הביקורת השיפוטית. לפיכך בין אלה נכללת עילת הביקורת השיפוטית של אי-סבירות.
15. **משמעותה של החובה לנהוג בסבירות היא כי על הרשות המבצעת לנהוג בהגינות כלפי הציבור, ולכן אל לה לפעול באופן שרירותי או באופן אחר המהווה ניצול רעה של הכוח השלטוני הרב הניתן בידיה**.<sup>8</sup> מכאן שמטרתה של הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת במסגרת עילת הביקורת של "אי-סבירות" היא להבטיח את קיומה של חובת הרשות המבצעת לנהוג כך. לצד זאת, אמת המידה להתערבות שיפוטית לנוכח אי-סבירות היא רק כאשר הרשות סתתה מחובתה האמורה **באופן קיצוני**.<sup>9</sup>
16. כלומר, המשמעות של הביקורת השיפוטית בעילת חוסר הסבירות היא **לא** שלילת מרחב הפעולה של הרשות המבצעת והעברת סמכותה במסגרתה היא פועלת לבית המשפט. אלא, מדובר כאמור בפעולת **ביקורת**, במסגרתה תתבצע אכיפה רק במקרים שנמצאו כקיצוניים.
17. **הביקורת השיפוטית היא כלי אכיפה מרכזי ואפקטיבי לעומת החלופה העיקרית לכך שהיא הפיקוח של הכנסת על הממשלה**. כלי הפיקוח של הכנסת לא מיועדים לאכיפה ובקרה יומיומית על פעולות הממשלה הנעשות כדבר שבשגרה, ובוודאי שלא למתן סעד לאזרח הנפגע מהן; וגם מערכת יחסי הכוחות בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת בישראל מעוצבת ופועלת כך שהממשלה במידה רבה היא הכוח המכווין (ואף השולט) את הכנסת,<sup>10</sup> מה שמחליש את אפשרותה (המצומצמת) של הכנסת לאכוף, ברמה המעשית, על הממשלה את חובות ההגינות החלות עליה כאשר זו סוטה מהן.<sup>11</sup> **לכן ישנו צורך חיוני והכרחי בביקורת מצד רשות שלטונית שאינה תלויה ברוב פוליטי, אשר תאזן את כוחה העודף של הממשלה (בפני עצמו ומול הכנסת) ותוודא את כפיפותה לדין – זו היא הרשות השופטת**.<sup>12</sup>
18. בנוסף על כל אלה, **ישראל היא חריגה מבין מדינות העולם המערבי לנוכח היעדר רסנים קריטיים לאיזון בין רשויות השלטון ובלוימת שימוש לרעה בכוח השלטוני**.<sup>13</sup> בראש ובראשונה מדובר בהיעדר חוקה מלאה, בה מוסדרות כלל סמכויות הרשויות,<sup>14</sup> ומנגנוני האיזונים ביניהם, וכן קבועה בה מגילת זכויות אדם, לצד מגבלה על סמכות הפגיעה בהן על ידי השלטון.

<sup>7</sup> ביזור סמכויות, עמ' 90-92.

<sup>8</sup> בג"ץ 80/54 דב נוחימובסקי נ' שר-המשפטים ויו"ר וחברי הוועדה למתן תעודות למבקרי-חשבונות מוסמכים, ח 1491 (1954) (להלן: "עניין נוחימובסקי").

<sup>9</sup> בג"ץ 7150/16 המרכז הרפורמי לדת ומדינה נ' שרת המשפטים, פס"י 24 לפסק דינו של השי' שטיין (נבו, 21.9.2020).

<sup>10</sup> בג"ץ 10042/16 קוויטניסקי נ' הכנסת, סי' 39 לפסק דינו של השי' סולברג (6.8.2017).

<sup>11</sup> חן פרידברג וראובן חזן פיקוח הכנסת על הממשלה: תמונת מצב והצעה לרפורמה 21, 124 (מחקר מדינות 77, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009).

<sup>12</sup> ביזור סמכויות, עמ' 67 ו-81; איל בנבנישתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" משפטים לא (4) 797 תשס"א.

<sup>13</sup> ביזור רשויות ולא הפרדת סמכויות, עמ' 92-93.

<sup>14</sup> למשל בחוק-יסוד: הכנסת לא מוזכרת כלל סמכות החקיקה של הכנסת, וכך גם לא סמכותה המכוננת (אשר הוכרה רק בפסיקתו של בג"ץ).

19. כמו כן, חובת הרשות המבצעת לנהוג בסבירות, וכאמור אכיפתה באמצעות ביקורת שיפוטית במסגרת עילת אי-סבירות, היא חלק מהמשפט המנהלי הישראלי מראשית ימי המדינה,<sup>15</sup> וזאת כנהוג במדינות המשפט המקובל (בראשן בריטניה, וכן קנדה, ארה"ב ודרום אפריקה ועוד), קרי המדינות אשר שיטת המשפט בהן הן בדמות המסורת הבריטית. כלומר, **שורשה של הביקורת השיפוטית על הממשלה במסגרת עילת חוסר סבירות הוא בתחילת ימי המדינה; ואין מדובר כלל בתופעה ייחודית למדינת ישראל.**

## ב.2. התיקון המוצע בהצעת החוק – צמצום גורף של עילת חוסר סבירות

20. התיקון לחוק-יסוד: השפיטה המוצע בהצעת החוק בקשר לעילת חוסר סבירות הוא:<sup>16</sup>

"(ד1) 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 משריה או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם".

21. במילים פשוטות, מבוקש למנוע מבתי משפט וכן כל מוסד אחר המחזיק בסמכויות שיפוטיות (למשל בתי דין היושבים בתוך הרשות המבצעת) לבצע ביקורת שיפוטית על החלטות "הדרג הנבחר" (ראש הממשלה, הממשלה, שרים וכן נבחר ציבור אחרים כגון ראשי ערים) לפי עילת אי-סבירות ("לא ידון"), וכן כפועל יוצא למנוע התערבות שיפוטית בהחלטות אותם מוסדות ביצועיים בשל אותה אי-סבירות ("לא ייתן צו"). בכך כאמור מבוקש לצמצם את הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת במידה לא מבוטלת.

22. כלומר – מבוקש לשלול כלי אכיפה מרכזי של חובת הרשות המבצעת לנהוג שלא באופן שרירותי, או באופן קיצוני אחר, המהווה כאמור ניצול לרעה של הכוח השלטוני.

23. להצעת החוק לא נוספו דברי הסבר, אשר תפקידם הוא לבאר ולפרט מהי מטרת השינוי החקיקתי המוצע, הן ברמה המשפטית-מעשית והן ברמה הערכית. עם זאת, נעמוד להלן על כמה הסברים שניתן למצוא לתיקון המוצע.

24. ראשית, כאמור לעיל שמה של הצעת החוק המקורי היה "חיזוק הפרדת הרשויות". כלומר, ההצעה לבטל את האפשרות לאכיפת חובת הרשות המבצעת לנהוג בסבירות בבתי המשפט על "הדרג הנבחר" (וכן כלל התיקונים הנוספים) נועדה, על פני הדברים, להביא לחיזוק העקרון הדמוקרטי של הפרדת הרשויות.

25. הסבר מפורט יותר בעניין זה ניתן למצוא בדברי ההסבר של הצעת החוק של שר המשפטים.<sup>17</sup> לפי האמור שם, עילת הסבירות היא עניין חדש יחסית במשפט הישראלי, אותו פיתח בית המשפט העליון בעשורים האחרונים (ולפחות מאז 1980), והיא עילת ביקורת שיפוטית חריגה משום שהיא מאפשרת לבית המשפט להעביר לעצמו את סמכותה של הרשות המבצעת כל פעם שלדעתם הסובייקטיבית של שופטי בית המשפט ההחלטה אינה "סבירה".

26. כפי שנסיביר להלן, לטענות אלה אין על מה לסמוך.

27. אם יתקבל התיקון המוצע, ייווצר מצב בו כוחה של הרשות המבצעת יהיה כמעט בלתי מוגבל. כך גם כאשר הרשות המבצעת תעשה שימוש מעוות בכוחה השלטוני, עד כדי קבלת החלטות שרירותיות, קיצוניות ובלתי

<sup>15</sup> עניין נוחימובסקי, בו כונתה כ"עשיית מעשה שהוא באופן בולט בלתי מתקבל על הדעת"; ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026, 1039 (1959) (להלן: "עניין דיזנגוף"); בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' לוי גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, משרד-הפנים, טז 2408 (1962) (להלן: "עניין אולפני הסרטה").

<sup>16</sup> ר' [https://fs.knesset.gov.il/25/law/25\\_ls\\_bk\\_2714168.pdf](https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_ls_bk_2714168.pdf)

<sup>17</sup> לכאורה הצעת החוק של השר רחבה יותר מהצעת החוק שיוזם ח"כ רוטמן, שכן בה מבוקש לבטל את הביקורת השיפוטית בעילת חוסר סבירות גם לגבי החלטות מקצועיות ברשות המבצעת, ולא רק לגבי הדרג הנבחר. עם זאת, במידה רבה, נוסח הצעת החוק שיוזם ח"כ רוטמן עשוי להביא לתוצאה רחבה זו בדיוק, ולכן ההתייחסות להצעת החוק של שר המשפטים רלבנטית מאוד.



תקינות באופן מובהק, לא תהיה בידי הפרט האפשרות לקבלת סעד למניעת הפגיעה בו, ולא תהיה אפשרות לאכוף על הרשות המבצעת את חובתה לנהוג בהגינות, בניקיון כפיים וללא פגיעה בטוהר המידות.

28. מדובר גם בהפרה קשה של מנגנון איזונים ובלמים בין רשויות השלטון בישראל, אשר מלכתחילה סובל מנחיתות בהשוואה למדינות אחרות וזאת לנוכח ההטיה הברורה לטובת הרשות המבצעת.

29. כמו כן, **ההנחות הטמונות בהצעה באשר לעילת חוסר סבירות הן שגויות**. ברמה העובדתית, ברוב ניכר של פסיקות בית המשפט העליון בהן נדונה עילת הסבירות או אף אוזכרה, בית המשפט לא התערב בהחלטת הרשות המבצעת דווקא מתוך התפיסה כי השימוש בעילה נועד למצבי קיצון. כמו כן, ככלל, במקרים בהם התערב בית המשפט, הוא נמנע מלקבל החלטה במקום הרשות המבצעת, אלא הורה כי הרשות המבצעת תבחן שוב את הדברים ותקבל החלטה חדשה.

30. ברמה העקרונית, אף שניתן לבקר פסיקות מסוימות של בית המשפט העליון בהן התערב בית המשפט בהחלטה של גורמי המקצוע ברשות המבצעת או של "הדרג הנבחר" במסגרת עילת חוסר סבירות, אין בביקורת כדי להפוך את העילה לכלי באמצעותו בית המשפט מחליף את שיקול דעת הרשות באופן אוטומטי או תדיר. אדרבא. למעלה מ-40 שנה מתקיים דיון ער בבית המשפט העליון, בו מבקריה החריפים מעלים ביקורת בעניין היקף השימוש בעילת השימוש מצד אחד, אולם מצד שני ניכר כי ישנה הסכמה רחבה על חשיבותה של עילת חוסר סבירות בכל הנוגע למצבי קיצון ובפרט לפגיעה בזכויות הפרט או באינטרסים ציבוריים יסודיים למשטר דמוקרטי, כתוצאה משימוש בסמכויות שלטוניות של הממשלה או נבחרי ציבור אחרים. לא רק זאת, במרוצת השנים בולטת "תנועת מטוטלת", אשר במסגרתה בשנים האחרונות ניתן לאתר מגמה של הטיה לטובת עמדת הביקורת התומכת בצמצום השימוש בעילה.

31. צמצום משמעותי של הביקורת השיפוטית של בג"ץ על הרשות המבצעת כפי שמוצע, אף אינו מהווה צעד של "חזרה לימי בג"ץ הישנים והטובים", כפי שנטען. בית המשפט העליון בישראל עמד כבר בשחר ימיו על ההכרח החיוני במשטר דמוקרטי בביקורת השיפוטית על החלטות הרשות המבצעת, וזאת על מנת למנוע מהממשלה לנצל את כוחה לרעה, ולמניעת פגיעה בציבור מפני החלטות שרירותיות או קיצוניות אחרות.<sup>18</sup> כך בפרט כאשר המחוקק, אשר מתוקף תפקידו כמייצג העם, הריבון, נדרש לתחום את סמכויות הממשלה ולהכווינה כיצד לפעול, נמנע מלעשות כן.<sup>19</sup> כך גם השימושים הראשונים בעילת חוסר סבירות בבית המשפט, אשר מועדם הוא בשנותיה הראשונות של המדינה, היו במקרים בהם הגבלת המחוקק את הרשות המבצעת הייתה לוקה בחסר גדול (**עניין קול העם, עניין אולפני הסרטה**). כמו כן, כאמור לעיל, עילת חוסר סבירות אינה ייחודית למדינת ישראל, אלא מקובלת גם במדינות נוספות הפועלות בהשראת המודל הבריטי.

## ג. על היבטיה ומשמעויותיה של "אי-סבירות"

### ג.1. על החובה לנהוג בסבירות ועל עילת הביקורת השיפוטית של אי-סבירות

#### ג.1.א. החובה לנהוג בסבירות

32. חובת הנאמנות המוטלת על המנהל הציבורי, קרי הרשות המבצעת, כלפי האזרח, כעקרון דמוקרטי משטרי, מתבטאת בחובות משפטיות לגבי החלטותיה והתנהלותה של הרשות המבצעת, ביניהן גם החובה לנהוג בסבירות. מטרה נוספת של חובות אלה היא למנוע שימוש לרעה בסמכות שלטונית. חובות אלה, הגוזרות מתוכן את עילות הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת, נחלקות, באופן גס, לשלוש קבוצות:<sup>20</sup> ראשית,

<sup>18</sup> עניין נוחימובסקי.

<sup>19</sup> ד"ר 19/61 מנצור תאפיק כרדוש נ' רשם החברות, טז 1202 (1962).

<sup>20</sup> בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, נב(1) 289, פס' 41 לפסק דינו של הש' זמיר (1998) (להלן: "עניין קונטרס").

לעניין הסמכות; שנית, לעניין ההליך; שלישית, לעניין הפעלת שיקול הדעת – תחתיו נכללת החובה לנהוג בסבירות.

33. חלוקה זו של החובות המשפטיות החלות על הרשות בפעולתה מתייחסת לשלושה סוגי מצבים: מצבים של פעולה בחוסר סמכות; מצבים בהם הרשות המבצעת פעלה במסגרת סמכותה אולם הליך קבלת ההחלטה נעשה באופן לקוי ובלתי הוגן; וכן מצבים בהם הרשות פעלה לפי סמכות, ערכה הליך תקין, אולם הפעלת שיקול הדעת של הרשות לביצוע סמכותה – קרי בחירתה בין שלל האפשרויות הקיימות לה – היה פגום, כלומר, הייתה התעלמות מחובתה לפעול לטובת האינטרס הציבורי.

34. חובות אלה כולן נועדו להגשים עקרונות יסוד משטריים: עקרון שלטון החוק, לפיו הרשות המבצעת רשאית לפעול רק מכוח הסמכות שנתן לה המחוקק ובמסגרתה; כי תוקף פעולתה של הרשות המבצעת הוא נאמנותה לציבור, ועל כן חלה עליה חובת הגינות ביחסיה מול האזרח<sup>21</sup> – זאת הן בפן הפרוצדורלי, קרי באשר לדרך שבה הרשות המנהלית מפעילה את סמכויותיה כלפי האזרח; והן בפן המהותי, קרי כי החלטת הרשות נעשתה לטובת מטרת הסמכות שהעניק לה המחוקק – לא נשקלו שיקולים זרים, החלטת הרשות אינה מפלה, החלטת הרשות אינה שרירותית או מביאה לתוצאה קיצונית, וכי האופן בו מוגשמת מטרה זו אינו פוגע בזכויות הפרט מעבר לנדרש.

35. חובת הממשלה לפעול בסבירות היא שלא לפעול באופן קיצוני או שרירותי או אופן אחר המהווה ניצול לרעה של כוח שלטוני. משמעות הדברים היא כי לממשלה והדרג הנבחר בה ישנו מרחב פעולה רחב במסגרתו ישנן מגוון דרכים דרכן מוגשמת החובה לפעול בסבירות. כלומר לממשלה ישנו שיקול דעת רחב להחליט באיזו דרך סבירה לפעול.

36. כפי שנפרט להלן, במהלך השנים עילת הביקורת השיפוטית של אי-סבירות התפתחה והשתנתה. מטבע הדברים, התפתחותה של עילת הביקורת השיפוטית השפיעה על תוכן החובה עצמה. ביתר דיוק, התפתחותה של עילת הביקורת השיפוטית של אי-סבירות השפיעה על מהותה של החובה בכך שהתחדד כי **בחירתה של הרשות המבצעת באחת ממגוון הדרכים המצויות תחת שיקול דעתה כפי שהגדיר אותו המחוקק, תיחשב כסבירה אם הרשות העניקה משקל הולם לכל אחד מהשיקולים הרלבנטיים ואיזנה ביניהם באופן הולם את חשיבותם ומהותם – והכל לפי לשון החוק ותכליותיו.**

37. הרציונל העומד מאחורי הצורך במתן דגש למשקל הניתן לשיקולים (הרלבנטיים) שנשקלו כמו גם לאיזון ביניהם – המובילים להחלטה או הפעולה של הרשות המבצעת – הוא כדברי 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>22</sup>. כלומר, החלטה מנהלית עשויה להביא למצב קיצוני או מצב אחר המהווה ניצול לרעה של שימוש בסמכות שלטונית גם אם היא נעשתה לפי כל החובות האחרות החלות על הרשות המנהלית בפעולתה, וזאת כאשר נעשה עיוות מוחלט במשקל שניתן לשיקולים ששקלה או באיזון ביניהם. "הקדחת התבשיל" קרי הריסתו, משולה להחלטה או פעולה מנהלית בלתי תקינה.

38. רציונל נוסף ניתן למצוא בעובדה כי תכליתן של החלטות מנהליות היא איזון בין אינטרסים, קרי שיקולים.<sup>23</sup> כך למשל כאשר הרשות מקבלת החלטה בעניינו של הפרט, כמו מתן רישיון נהיגה, היא מתחשבת בשיקולים שונים – מצב בריאותו של המבקש, איזו הכשרת נהיגה רכש המבקש (הנקבעת כשלעצמה על סמך שיקולים רחבים של בטיחות הציבור וכדומה) ועוד. איזון מעוות בין המשקל שניתן לשיקולים השונים עשוי להביא

<sup>21</sup> עניין קונטרס, פסי' 1-2 לפסק דינו של הנשיא ברק.  
<sup>22</sup> דפנה ברק-ארז, משפט מנהלי כרך ב, 726 (2010) (להלן: ברק-ארז כרך ב').  
<sup>23</sup> ברק-ארז כרך ב, עמ' 769.

לסירוב בלתי מוצדק למתן הרישיון – למשל סירוב למתן רישיון למי שמרכיב משקפי ראייה (במקום התניית מתן הרישיון בתנאים). מצב זה עשוי להתקיים גם כאשר הרשות פעלה לפי סמכות, כאשר ההליך בו התקבלה החלטתה היה תקין, וכאשר כאמור הרשות בחנה את כל השיקולים הרלבנטיים – תנאי הסף למתן הרישיון. הפגם העיקרי בהחלטה כאמור היא כי **המשקל** שניתן לשיקולים הרלבנטיים או **האיזון** ביניהם היה מעוות.

39. כך גם לגבי החלטה של הרשות המבצעת, או **העומדים בראשה**, בעניין מדיניות. התכליות בשלן קבע המחוקק כי לרשות המבצעת קיימת סמכות לקביעת מדיניות או להגשתה הן בהכרח יותר מאחת, שהרי עניין של מדיניות ואף אך עניין של ביצוע מדיניות בלבד, בהכרח נשען על מגוון של אינטרסים ציבוריים אותם מבוקש להגשים. מכאן שהחלטה בנושא מדיניות של הרשות המבצעת עשויה להיות בלתי סבירה אף אם הפגם היחידי בה הוא משקל או איזון מעוות ביניהם.

### ג.1.ב. עילת הביקורת השיפוטית של אי-סבירות

40. ישנו הבדל משמעותי ומהותי בין **החובה** לנהוג בסבירות לבין **עילת הביקורת** השיפוטית אשר נועדה להבטיח כי חובה זו התקיימה במקרה מסוים. כדי לעמוד בחובת הסבירות, לממשלה שיקול דעת רחב לבחור בין מגוון דרכים. לעומת זאת, **אכיפת החובה במסגרת עילת הביקורת השיפוטית תתקיים לפי אמת מידה של "חוסר סבירות קיצונית"**. היעדר החפיפה בין חופש הבחירה הרחב של הרשות לעמוד בחובת הסבירות, לבין היקף התערבותו של בית המשפט בשל אי-סבירות – המצומצם יותר **בהגדרתו** - יורד לשורש עניינה על עילת חוסר סבירות.

41. מכאן שמשמעות הביקורת השיפוטית בעילת חוסר סבירות היא **לא** פסילת כל בחירה של הממשלה באחת ממגוון הדרכים העומדות לה. במסגרת עילת חוסר סבירות נשמר לממשלה והדרג הנבחר בה מרחב הפעולה הרחב הנתון לה להפעיל את שיקול דעתה בבחירה דרכי פעולתה. על כן, **הביקורת השיפוטית בעילת חוסר סבירות אינה החלפה של שיקול דעתה של הרשות**. אלא מדובר בפעולת **ביקורת**, במסגרתה תחום האכיפה המצומצם בהגדרתו. **על כך ישנה גם הסכמה רחבה בין רוב מכריע של שופטי בית המשפט העליון לדורותיו, לרבות אלה הסבורים כי השימוש בעילת חוסר סבירות צריך להיות מצומצם**.<sup>24</sup>

42. היקף ההתערבות השיפוטית במסגרת עילת חוסר סבירות העילה משתנה לפי הנסיבות, ובעיקר לפי אופיו ומידת בכירותו של מקבל החלטה. כך למשל, בכל הקשור להחלטות של "הדרג הנבחר", אליו מתייחסת הצעת חוק, ההלכה ארוכת השנים של בית המשפט העליון היא כי היקף הביקורת השיפוטית ביחס להחלטות אלה יהיה מצומצם ביותר; וזאת בפרט ככל שהמרכיב הפוליטי בהחלטה גדול יותר.<sup>25</sup> כך גם היקף הביקורת השיפוטית על החלטות העוסקות בקביעת מדיניות,<sup>26</sup> המערבות שיקולים פוליטיים,<sup>27</sup> הכוללת פיקוח פרלמנטרי,<sup>28</sup> המתקבלות בידי גורמים מקצועיים ומומחים<sup>29</sup> או על ידי רשויות התביעה<sup>30</sup> – יהא מצומצם אף הוא לנוכח היקף שיקול הדעת הנתון בידי הרשות המבצעת.

<sup>24</sup> ר' למשל הנשיא לנדוי בעניין אולפני הסרטה, לעיל ה"ש 15, עמ' 2412-2413 לפסק דינו; ר' גם בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פס' 4 לפסק דינו של הש' מינץ (18.1.2023) (להלן: "עניין שיינפלד").

<sup>25</sup> בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית הלאומית נ' ראש הממשלה, דינים עליון פו 7, פס' 6 לפסק דינו של הש' (כתוארו אז) גרוניס (2007).

<sup>26</sup> בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה, פס' 77 לפסק דינה של הש' ארבל (נבו) 22.06.2014.

<sup>27</sup> עניין שיינפלד, פס' 52 לפסק דינה של הנשיאה חיות וההפניות ששם; בג"ץ 5261/04 עוי"ד יוסי פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל, אריאל שרון, נט(2) 469, 446 (2004).

<sup>28</sup> בג"ץ 8418/03 אולפנא כפר פינס ו-15 אח' נ' משרד הפנים, פס' 8 לפסק דינה של הש' (כתוארה אז) חיות (נבו) 04.07.2005.

<sup>29</sup> בג"ץ 3017/05 חברת הזרע (1939) בע"מ נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, משרד הפנים, פס' 38 לפסק דינה של הש' פרוקצ'יה (נבו) 23.03.2011.

<sup>30</sup> בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(2) 1 (1997).

43. כמו כן, בחינת הפסיקה הענפה הנוגעת לעילת הסבירות, כפי שתיעשה בפרק הבא, מעלה כי מדובר באמצעי חיוני לביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות, המגלמות בעיקרן "נקודות מפגש" בין הרשות ובין הפרט והציבור, בעניינים הנוגעים לזכויות הפרט ולצרכיו הבסיסיים ביותר. מכאן, החשיבות בקיומה של עילת הביקורת השיפוטית של אי-סבירות היא להעמיד בראש ובראשונה בפני האזרח הנפגע סעד ממשי שיגן עליו מפני פגיעה שרירותית של השלטון בו.<sup>31</sup>

## ג.2. התפתחותה של עילת חוסר סבירות במהלך השנים ככלי להתמודדות עם מצבי קיצון

44. על מנת להבין את הבעייתיות הקשה בהצעת חוק "חיוזק הפרדת הרשויות" בקשר לביטולה של עילת הביקורת השיפוטית של אי-סבירות על "הדרג הנבחר", ובפרט ראשי ברשות המבצעת, יש לעמוד על התפתחותה של עילת חוסר סבירות במהלך השנים.

45. מקובל לציין את הפסיקה בבג"ץ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980) (להלן: "עניין דפי זהב"), כנקודת המפנה בהתפתחותה של עילת הביקורת השיפוטית של אי-סבירות, אשר בעקבותיה (בפרט משנות ה-90) מובנה המעודכן של עילת חוסר סבירות הפך להלכה:<sup>32</sup> "עקרון הסבירות מביא לפסילתו של שיקול-דעת מנהלי, אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות להתחשב בהם בהחלטתה", כאשר מדובר ב"חוסר סבירות מהותי או קיצוני" (עמ' 437).

46. כאמור המבקשים לבטל את אפשרות אכיפת חובת הרשות המבצעת לפעול בסבירות במסגרת הביקורת השיפוטית, מבקשים, לכאורה, לחזק את עקרון הפרדת הרשויות, וזאת באמצעות "השבת מחוג הזמן לאחור" - קרי לפסיקה לפני עניין דפי זהב.

47. ואולם בחינת התפתחותה של עילת חוסר סבירות מראה כי התפתחות זו, לא רק שלא יצרה דבר יש מאין, אלא גם התרחשה בתוך מציאות בה אכיפת חובת הרשות המבצעת לפעול בסבירות נעשתה משחר ימיה של מדינת ישראל, במצבי קיצון של פעולה של הרשות המבצעת שלא כדין.

## ג.2.א. שלביה המוקדמים של עילת חוסר סבירות

48. עילת חוסר סבירות היא כלי לאכיפת חובת הרשות המבצעת לפעול בסבירות משחר ימי המדינה. התפתחותה של העילה נעשתה, כמקובל במדינות אחרות, בפסיקה, ולכן נעשתה ממקרה למקרה, ועל כן לא הייתה בהכרח אחידות מוחלטת בין המובנים שניתנו למושג "אי-סבירות".

49. ההנחה המקובלת היא כי עד לפסיקה בעניין דפי זהב עילת הביקורת השיפוטית של אי-סבירות הוגדרה באופן המבטא את הצורך להבטיח כי הרשות המבצעת אינה פועלת באופן שרירותי או "מופרד" בלבד - במצבים בהם שיקול הדעת המנהלי נמצא כבלתי מתקבל על הדעת באופן בולט.<sup>33</sup>

50. כך בבג"ץ 80/54, עניין נוחימובסקי, בג"ץ קבע כי בית המשפט לא יתערב בעניין שיש בו שיקול דעת לגוף סטטוטורי, כאשר אותו גוף פעל בגדר סמכותו, לא השתמש בה לרעה והגיע להחלטתו בדרך נכונה. כן הודגש כי "המושג שימוש לרעה בסמכות הוא מושג רחב, והרבה פנים לו. בעל סמכות חוקית, העושה בה שימוש למטרות פרטיות, או מתוך מניעים אנוכיים או בלתי כשרים, או בשרירות לב ללא טעם והגיון, או תוך הפליה אישית בין איש לרעהו, וכיוצא באלה מן הדברים האסורים או הבלתי הוגנים, הרי משתמש הוא לרעה

<sup>31</sup> ר' את חוות דעת היועצת המשפטית לממשלה בעניין תזכיר החוק של שר המשפטים "חוק-יסוד: השפיטה (תיקון - רפורמה במשפט), בעמ' 53.

<sup>32</sup> יואב דותן "שני מושגים של ריסון - וסבירות" משפטים נא 673, 685 (2020) (להלן: "שני מושגים של ריסון וסבירות");

<sup>33</sup> כך ש"אדם בר-דעת לא יעלה על דעתו ששר סביר היה מסוגל לעשותו, כי אז יצטרך לאמור שעולם לא נתכוון המחוקק לתת כוח זה בידו השר" - ר' להלן עניין דיזנגוף, עמ' 1039.

בסמכותו, ומעשהו פסול... מכאן נובע, כי עשיית מעשה שהוא באופן בולט בלתי מתקבל על הדעת, אין לראות בו שימוש נכון בסמכות למטרה היעודה, וגם הוא פסול" (עמ' 1497-1498).

51. בבג"ץ 311/57, עניין דיזנגוף, בית המשפט פסל את תחולתו של צו שהוציא שר האוצר שקבע תעריפים מוגדלים לדמי-סוורות בנמלי הארץ לגבי תקופה שקדמה לפרסום הצו – קרי את תחולתו הרטרואקטיבית. נקבע כי אף שסמכות השר להוציא את הצו לא הגבילה אותו לגבי קביעת תעריפים למפרע, מדובר במקרה העולה כדי "מקרה קיצוני ביותר" הדורש את התערבותו של בית המשפט (עמ' 1039). שכן שיקול הדעת שהפעיל השר בשימוש בסמכותו לקה באי-סבירות בולטת. וזאת משום שבהכרח היה גורם ל"עוול ואי-צדק בולט" לאלה הנדרשים לשלם את התשלומים המוגדלים למפרע, וכן ל"אנדרלמוסיה ואי-וודאות" (עמ' 1040).

52. בבג"ץ 156/75, עניין דקה, התייחס השופט שמגר אל עילת חוסר סבירות בבחינת שיקול דעת מנהלי (בהקשר של חקיקת משנה של שר התחבורה), וקבע בין היתר כי: "...יכולה חוסר סבירות גם להתגלות כאשר היא בגפה: לדוגמא, יכול שייווצרו נסיבות בהן לא נשקל על-ידי הרשות המיניסטריאלית שיקול זר, 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" (עמ' 105).

53. לצד זאת, היו גם פסקי דין בהם לא היה שימוש בנוסחה כה קפדנית. כך למשל בבג"ץ 144/74, עניין לבנה, בית המשפט פסל החלטה של מנהל בית-סוהר שסירב להרשות לעותר, אסיר, להכניס לבית הסוהר ספרים מסוימים. וזאת משום שמנהל בית הסוהר לא השתמש בשיקול דעתו "באורח סביר", שכן ההחלטה, אשר ניתנה מתוך סמכות חוקית, הביאה לפגיעה בלתי מוצדקת בזכויות האסיר.

54. כך גם היו פסקי דין אשר התייחסו ל"סבירות" במשמעות דומה ביותר לזו אשר הפכה להלכה בעקבות עניין דפי זהב. כך למשל, בבג"ץ 106/66, עניין חיים, נקבע לעניין תחומי הביקורת השיפוטית בעילת חוסר סבירות כי: " בענין כמו זה שלפנינו, שבו יש לרשות שיקול-דעת החפשי מסייגים מיוחדים מכוח חיקוק, חלילה לו לבית-המשפט להפריע לרשות בבחירה כנה של כל פתרון הנראה לה (אם כי לאו דוקא לו), ובלבד שהפתרון לא יחרוג מתחום אלה שלהם יש לצפות מרשות סבירה". עניין חיים עסק בהחלטה של ועדת מכרזים לשנות את החלטתה הסופית באשר לזוכה במכרז.

55. זאת ועוד, במספר פסקי דין מרכזיים מאין כמותם בדין הישראלי, ובפרט בכל הנוגע להגנה על חופש הביטוי, בית המשפט ביטל את שיקול דעת המנהלי משום שסבר כי האיזון שעשתה הרשות המנהלית היה פסול לנוכח התעלמותה מהפגיעה בחופש הביטוי, או בשל אי-מתן משקל ראוי לכך.

56. בבג"ץ 73/53, עניין קול העם, נדונו שתי החלטות של שר הפנים לסגירת עיתונים שניתנו מהטעם של "סיכון לשלום הציבור". וזאת על אף הפגיעה החמורה בשיקול יסודי נוסף שעמד ביסוד סמכות השר והוא חופש הביטוי (וחופש העיתונות), "עקרון הקשור בקשר אמיץ עם התהליך הדמוקרטי" ו"זכות יסוד" (עמ' 879-876). בית המשפט פסל את ההחלטות, משום שמצא כי האיזון שעשה השר בין שני שיקולים החמיץ להעניק "שימת לב ראויה לערכו הציבורי הגבוה" של חופש הביטוי.

57. בעניין קול העם אף נקבע כי אמת המידה לבחינת שיקול דעת השר בהפעלת סמכותו המתרה לו להגביל את חופש הביטוי (אשר הובילה כאמור לפסילת ההחלטה), הייתה כי בג"ץ לא יתערב בשיקול דעתו של השר אלא

<sup>34</sup> ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ' דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026 (1959).

<sup>35</sup> בבג"ץ 156/75 פאוזי דקה נ' שר התחבורה, ל(2) 094 (1976).

<sup>36</sup> בבג"ץ 66/106 חיים נ' מינהל מחלקת עבודות ציבוריות, פ"ד כ(3) 203 (1966).

<sup>37</sup> בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953) (להלן: "עניין קול העם").

אם השר העריך את השפעת הפרסום על שלום הציבור באופן שאינו הולם משטר דמוקרטי;<sup>38</sup> **אם לא נתן תשומת לב כלשהי או לא נתן יותר מתשומת לב מבוטלת** לחופש הביטוי והעיתונות; או אם טעה בשיקול דעתו באופן אחר, מחמת היגררו אחרי שיקולים שהם מחוסרי חשיבות מופרכים או אבסורדיים (עמ' 893). כפי שניתן לראות, לא רק שמדובר בהתייחסות למשקל שניתן במסגרת שימוש בסמכות שלטונית לשיקולים ענייניים, אלא גם לאופן האיזון ביניהם.

58. בבג"ץ 243/62, **עניין אולפני הסרטה**, השופט **לנדוי** (כתוארו אז) פסל החלטה של גוף ממשלתי (המועצה לביקורת סרטים ומחזות) בה אסרה על הצגת קטע חדשותי (בעניין פינוי תושבים משכונת סומייל (בתל-אביב)), אשר כלל תיעוד של התנהלות אלימה של השוטרים כלפי התושבים. וזאת תוך הסתמכות על עניין קול העם. השופט לנדוי קבע כי **שיקול דעתה של המועצה היה פסול** משום שמסגרתו **לא ניתן כל משקל** לעקרון של חופש האינפורמציה וזכות הציבור לדעת,<sup>39</sup> זכות השייכת "לאותן זכויות יסוד 'שאינן כתובות עלי ספר', אלא הן נובעות במישרין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש" (עמ' 2415 ו-2419).

59. אמת המידה לפיה פסל השופט לנדוי את שיקול הדעת המנהלי הייתה: "אם טעתה הרשות בנוגע למהות השיקולים החשובים לעניין שלפניה, יתערב בית-המשפט, שכן "תחום פיקוחו של בית המשפט על השימוש בסמכות מנהלית כגון זו... משתרע, כידוע, על בדיקת שיקוליה של הרשות המנהלית, כדי לבחון אם הרשות נתפסה לשיקולים בלתי סבירים או לא הביאה בחשבון שיקולים רלבנטיים" (עמ' 2412).<sup>40</sup>

60. בבג"ץ 148/79,<sup>41</sup> **עניין סער**, בית המשפט (השופט ברק, הנשיא לנדוי והשופט שמגר) פסל את החלטת מפקד מחוז במשטרה לדחות בקשה לקיום הפגנה של זוגות צעירים חסרי דיור, משום שנמצא ששיקול דעתו היה פסול משנתן משקל כבד מדי לשיקול תעבורתי על פני חופש ההפגנה.

61. **לסיכום חלק זה נאמר כי עולה מכל אחד מעניינים אלה כי הביקורת השיפוטית בעילת חוסר סבירות משמשת במצבי קיצון של שימוש בסמכותה של הרשות המבצעת לרעה**. ביקורתו של בית המשפט על הרשות המבצעת, **לרבות על נבחרי ציבור העומדים בראשה**, במסגרת עילת חוסר סבירות היא חלק מתפקידו הבסיסי של בית המשפט, ונועדה למנוע שימוש לרעה בסמכות השלטונית.

62. כפי שנראה להלן, גם לאחר התפתחותה של עילת חוסר סבירות למובנה העדכני בעקבות **עניין דפי זהב**, מובן אשר על פני הדברים המבקשים היום לבטל את עילת חוסר סבירות יוצאים כנגדו, ממשיכה עילת חוסר סבירות לשמש ככלי לבקרה כי הרשות המבצעת ונבחרי הציבור העומדים בראשה, לא עשתה שימוש לרעה בסמכותה השלטונית; וכן כי אכיפת העילה נעשית לטובת הגנה על ערכי יסוד כגון זכויות הפרט וכן עקרון אמון הציבור כעקרון יסוד לסמכויות הרשות המבצעת, לרבות תקינות פעולתה וטוהר המידות.

## ג.2.ב. עילת חוסר סבירות במובנה העדכני

63. כאמור לעיל, מובנה העדכני של עילת חוסר סבירות, אשר התחיל מההלכה שנקבעה בעניין **דפי זהב**, הוא כי בית המשפט יתערב בשיקול דעתה של הרשות רק אם סתתה היא "ממתחם הסבירות" באופן קיצוני. בתוך כך, ולמעשה החידוש המרכזי בהלכת דפי זהב, סבירות משמעותה כי הרשות המנהלית העניקה משקל ראוי לכל אחד מהשיקולים הרלבנטיים להחלטתה ולאזן ביניהם נכונה. בהתאם, רק בשל עיוות קיצוני באיזון

<sup>38</sup> מבחן "הוודאות הקרובה" כי עקב פרסום כלשהו תיגרם סכנה לשלום הציבור. וזאת לעומת מבחן "נטייה לרעה", לפיו מוצדק להגביל את חופש הביטוי והעיתונות כל פעם שלדעת שר הפנים ישנה אפשרות (נטייה), קרובה או רחוקה, לסכנה לשלום הציבור. ר' עניין קול העם, עמ' 882-887.

<sup>39</sup> כך סיכם השי' לנדוי (עמ' 2419): "סוף דבר: העקרון של חופש האינפורמציה הינו כה חיוני למשטר השורר במדינתנו, שיש לקיימו גם בשטח הפרסום של יומני חדשות קולנועיים, אלא אם קיימת סיבה מכרעת לסטייה מהפעלתו. סיבה כזאת לא נמצאה כאן. בהחלטת המועצה ובתשובתה לבקשה שלפנינו אין לגלות שהיא התחשבה באותו עקרון חיוני; אילו עשתה כן, לא היתה יכולה להגיע להחלטה, אליה הגיעה". וגם בעמ' 2415: "...החלטת המועצה מעידה על עצמה שלא ניתן משקל ראוי, אם הוא נשקל על-ידיה בכללי".

<sup>40</sup> בכך חזר השופט (כתוארו אז) לנדוי על דבריו של השופט אגונט בעניין **קול העם** (בעמ' 1164).

<sup>41</sup> בבג"ץ 148/79 **סער נ' שר הפנים והמשטרה**, לד' (2) 169 (1979).

הפנימי בין השיקולים ששקלה הרשות יוביל להתערבות במסגרת הביקורת השיפוטית. כפי שניכר בפסיקתו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בטרם הלכת דפי זהב, להתפתחות זו ישנם אדנים מוצקים.

64. אכן בעקבות ההלכה בעניין דפי זהב, על בסיסה התקבע המובן המעודכן של עילת חוסר סבירות, גדל היקף השימוש באזכור עילת חוסר סבירות בפסיקתו של בית המשפט, וכן הביקורת השיפוטית בעילה זו הפכה לעמוקה יותר מבחינת מהותה.<sup>42</sup> לפיכך התרחבה הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת ו"הדרג הנבחר" במסגרת עילת חוסר סבירות.

65. אף שבהחלט ניתן לבקר את החלטת בית המשפט במקרים ספציפיים של שימוש בעילה במובנה המעודכן,<sup>43</sup> גם במובן זה של עילת חוסר סבירות, נשמרה ואף התחזקה והתרחבה ההצדקה לקיומה - לשמש כלי לבקרה ואכיפה על חובת הנאמנות של הרשות המבצעת לציבור במצבי קיצון, וזאת לצורך מניעת ניצול לרעה של כוח שלטוני.

66. עילת חוסר סבירות במובנה המעודכן הוחלה כדי להגן על מגוון רחב של אינטרסים, ביניהם, אמון הציבור בשלטון, המהווה שיקול מרכזי וכבד משקל בפרט בכל הנוגע לטוהר המידות ברשות המבצעת ותקינות פעילות המנהל; כי שיקולים תקציביים לא יאפילו ויגברו על שיקולים רלבנטיים נוספים באופן שהופך את ההחלטה לבלתי צודקת; וכן כאמור זכויות הפרט.<sup>44</sup> **נעמוד להלן על כמה מקרים מרכזיים:**

### ג.2.ב.1. אמון הציבור וטוהר המידות

67. כפי שנאמר לאורכו של מסמך זה, הממשלה, הן ראשיה "הדרג הנבחר", והן הדרג המקצועי בה, חבים חובת נאמנות ציבור. כמו כן, גם חובות ההגיונות החלות על הממשלה בפעולתה, ביניהן החובה לנהוג בסבירות, מקורן בחובת נאמנות זו לציבור – הריבון. קשר זה בין חובת נאמנות הממשלה לציבור לבין אכיפתה במסגרת עילת חוסר סבירות בא לידי ביטוי בפסיקתו הענפה של בית המשפט העליון בעניין מינויים בכירים בממשלה (הן של נבחר ציבור והן של עובדי ציבור). ואולם כאמור לעיל, היקף ההתערבות של בית המשפט בכל הקשור למינוי נבחר ציבור לשרים על ידי ראש הממשלה, הוא מצומצם ביותר. וזאת לנוכח חשיבות השיקולים הפוליטיים הכלולים במינוי שר, חשיבות מעמדו של ראש הממשלה והממשלה.

68. פסק הדין התקדימי בעניין זה הוא בג"ץ 6163/92, **עניין אייזנברג**, בו נדון מינוי של ראש השב"כ לשעבר - אשר היה מעורב בשתי פרשות חמורות ביותר בקשר לשירות הביטחון הכללי ("פרשת 300" ו"פרשת נאפסו"), לרבות באמצעות מתן עדות שקר ועינויים, אולם לא הועמד לדין בגין מעשיו – למנכ"ל משרד השיכון. בית המשפט פסל את החלטת הממשלה לאשר את המינוי משקבע כי החלטת הממשלה היא "בלתי סבירה בעליל ובאופן קיצוני", וזאת משום שלא העניקה משקל ראוי לפגיעה באמון הציבור הרשות המבצעת כרשות שלטונית בעקבות המינוי, ולפיכך האיזון שערכה בין השיקולים הרלבנטיים פסול.

69. פסקי דין תקדימיים נוספים הם בג"ץ 3094/93, **עניין דרעי**,<sup>46</sup> אשר עסקה בהחלטת ראש הממשלה דאז, מר יצחק רבין, להמשיך את כהונתו של אריה דרעי, על אף היותו נאשם בעבירות של שוחד והפרת אמונים שיש עמן קלון; וכן בג"ץ 4267/93,<sup>47</sup> **עניין פנחסי**, אשר עסק בדומה בהמשך כהונתו של סגן השר פנחסי על אף הואשם בעבירות שחיתות שיש עימן קלון. בשני המקרים נקבע כי החלטת ראש הממשלה להמשיך את כהונתו

<sup>42</sup> מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחרות" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של **השופט תיאודור אור** 773, 799 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים 2013) (להלן: "כהן").  
<sup>43</sup> מרדכי קרמניצר, "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה", **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** — מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית, 190 (רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, 2000); ר' גם יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" **משפטים** נא 673, 709-711 (2020).

<sup>44</sup> כהן, לעיל ה"ש 42, עמ' 799; ברק-ארז כרד ב, עמ' 737-769.

<sup>45</sup> בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 276 (1993) (להלן: "עניין אייזנברג").

<sup>46</sup> בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404 (1993) (להלן: "עניין דרעי").

<sup>47</sup> בג"ץ 4267/93 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: "עניין פנחסי").

בכירים אלה בממשלה עולות כדי אי-סבירות קיצוני ועל כן פסולה, וזאת לנוכח הפגיעה הקשה באמון הציבור עקב המשך הכהונה.

70. לצד זאת, בג"ץ דחה את מרבית העתירות שהונחו בפניו בו התבקש לפסול מינוי של אדם בעל מעורבות פלילית למינוי בתפקיד בכיר ברשות המבצעת, כעובד ציבור או כנבחר ציבור. נציין דוגמאות נבחרות:<sup>48</sup>

71. בבג"ץ 194/93 שגב נ' משרד החוץ, פ"ד מט(5) 57 (1995), נדחתה עתירה נגד מינוי של שגריר בשל עבירות מס הכנסה ומטבע חוץ; בבג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, נא(3) 46 (1997), נדחתה עתירה כנגד המשך כהונתו של צחי הנגבי כשר משפטים לנוכח מעורבותו בפרשת "בראון-חברון"; בבג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש-הממשלה, פ"ד נו(6) 817 (2003), נדחתה עתירה כנגד כוונת ראש הממשלה דאז שרון למנות את הנגבי לשר לביטחון פנים בשל מעורבותו בארבע פרשות פליליות, אשר בשלוש מהן היו מעורבים חשדות למעורבות פלילית בשחיתות (אך לא הוגשו כתבי אישום); בבג"ץ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נט(3) 145 (2004), נדחתה עתירה נוספת כנגד האפשרות של השר הנגבי לחזור לתיק ביטחון הפנים בעתיד; בבג"ץ 1400/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממלא מקום ראש הממשלה (נבו, 6.3.2006). נדחתה עתירה נוספת כנגד כהונתו של הנגבי כשר ללא תיק (לאחר שהועבר מתיק ביטחון הפנים); בבג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית הלאומית נ' ראש הממשלה, דינים עליון פו 7(2007) נדחתה עתירה כנגד מינוי של חיים רמון למשנה לראש הממשלה, לנוכח הרשעתו של רמון בעבירת מעשה מגונה); בבג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ (נבו, 12.02.2015), נדחתה עתירה נוספת בגין מינוי של הנגבי לתפקיד סגן שר החוץ על רקע הרשעתו בעדות שקר; בבג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (נבו, 13.8.2015). נדחתה עתירה כנגד מינויו של דרעי לשני תפקידי שרים על רקע עברו הפלילי); בבג"ץ 232/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (נבו, 8.5.2016). נדחתה עתירה נוספת כנגד מינוי של דרעי לשר הפנים, לנוכח זאת שעבירות השחיתות בהן הורשע וריצה מאסר נעשו בין היתר במסגרת תפקידו במשרד; בבג"ץ 4537/96 שושן נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נ(4) 516 (1996), נדחתה עתירה נגד מינוי של קצין למפקד בית ספר לקצינים שהוגש נגדו כתב אישום בגין אחריותו לאי-שמירה על הוראות בטיחות, שגרמה למות חיילים); בבג"ץ 3286/01 ועד משפחות אל שוהאדא נ' השר לביטחון פנים (אתר ביהמ"ש העליון, 4.6.2001) נדחתה עתירה כנגד קידומו של קצין משטרה שפיקד על כוחות המשטרה באום אל-פאחם באירועי אוקטובר 2000; בבג"ץ 932/99 התנועה למען איכות השלטון נ' יושב-ראש הוועדה לבדיקת מינויים, פ"ד נג(3) 769 (1999) נדחתה עתירה על מינוי של אדם למנכ"ל חברה ממשלתית לאחר שהתברר כי קיבל פיצויים על יסוד תצהירים כוזבים); בבג"ץ 5757/04 הס נ' סגן הרמטכ"ל, פ"ד נט(6) 97 (2005) נדחתה עתירה נגד קידומו של המשיב לתפקיד סגן הרמטכ"ל בשל אחריותו לאירוע בו מצאו אזרחים חפים מפשע את מותם).

72. כפי שניתן לראות, עילת חוסר סבירות היא בעלת חשיבות יתרה בשמירה על ההגינות ועל טוהר המידות ברשות המבצעת.<sup>49</sup> לצד זאת, בית המשפט העליון ממעט להתערב בהחלטות הרשות המבצעת ובפרט של "הדרג הנבחר", ובראשם ראש הממשלה, הפוגעות בעקרונות אלה, וזאת לנוכח זהירותו וריסונו הרב, המעוגנים בפסיקת בית המשפט באשר לאמות המידה להתערבות כאמור. בית המשפט מתערב רק במצבים של חוסר סבירות קיצוני ביותר. כך בפרט בכל הנוגע למינוי שרים וסגני שרים או המשך כהונתם.

<sup>48</sup> ר' גם ברק-ארז כרך ב, עמ' 740-741 ו-744-745 וההפניות ששם.

<sup>49</sup> בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ, פס' 3 לפסק דינה של השי' (כתוארה אז) חיות (נבו 12.02.2015).



73. שלל הפרשות בעניין של אריה דרעי מראות זאת בבירור. בשנים האחרונות בג"ץ דחה פעם אחר פעם עתירות כנגד מינוי של דרעי לתפקידי שר שונים. בית המשפט פסל את כהונתו של דרעי, ברוב של 10 מתוך 11 שופטים, רק כעת, לאחר הרשעתו הנוספת של דרעי בעבירת מס, ולאחר שהציג מצג בפני בית המשפט על פרישתו מהחיים הציבוריים (בג"ץ 8948/21 שיינפלד נ' הכנסת (נבו, 18.1.2022)).

### ג.2.ב.2. הגנה על זכויות הפרט

74. הביקורת השיפוטית בעילת חוסר סבירות במובנה המעודכן שימשה גם ככלי עיקרי בידי האזרח לקבלת סעד כאשר החלטות הממשלה וכן של "הדרג הנבחר" כללו פגיעה בזכויות הפרט שלא כדין. נציין מספר דוגמאות נבחרות:

- בבג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, דינים עליון פג 479 (2007),<sup>50</sup> עניין בתי הספר בשדרות, בו התקבלה עתירתם של תושבי "עוטף עזה" נגד ההחלטה להסתפק במיגון חלקי בלבד של מוסדות החינוך באזור. בית המשפט קבע אמנם כי, על-פי רוב, יעדיף שלא להתערב בהחלטות בעלות משמעות תקציבית, אך הבהיר שאין בכך כדי למנוע התערבות בגין אי-סבירות קיצונית. בנסיבות העניין, נקבע כי לנוכח האיום הבטחוני הממשי והקונקרטי – קרי הסכנה החמורה לחיי ילדים ועובדי מוסדות החינוך - ההימנעות ממיון מלא של מוסדות החינוך הייתה בלתי סבירה.
- בד"נ 3299/93 שמואל ויכסלבאום נ' שר הביטחון, מט(2) 195 (1995), בית המשפט העליון קיבל עתירה כנגד החלטתו של שר הביטחון למנוע מהם להוסיף שמות בני משפחה נוספים על מצבתו של בנם, חלל צה"ל, וזאת מחמת חוסר סבירות וזאת משום שלא העניק את משקל בהחלטתו לשיקול של רגשות קרובי החייל.
- בע"פ 3854/02 פלוני נ' הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית למבוגרים, פ"ד נז(1) 900 (2003), נפסל אשפוזו של נאשם חולה נפש למשך תקופה החורגת ממשך האשפוז המירבי שניתן היה להשית עליו במסגרת הליך פלילי בשל זכותו לחירות אישית.
- בעע"מ 5634/09 חוסיין ג'אל נ' עיריית ירושלים (נבו 25.08.2009), נפסלה החלטה של עיריית ירושלים שאפשרה למקם בית ספר יסודי בסמוך למפעל מתכות מזהם מחמת חוסר סבירות.
- בעע"מ 662/11 יהודית סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים, סיון יחיאלי (נבו 09.09.2014), נפסלה החלטתה של המועצה המקומית כפר ורדים שלא להתיר הקמת מקווה לנשים ביישוב, בין היתר לנוכח אי-מתן משקל ראוי לפגיעה המשמעותית בתושבות היישוב שומרות המצוות.
- בבג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, נו(5) 834 (2002), בית המשפט פסל את החלטת משרד החינוך שלא להקצות משאבים לצורך מתן סיוע לשילוב תלמידים עם מוגבלות בבתי ספר "רגילים", בין היתר משום שהיא בלתי סבירה.

75. לפני סיום חלק זה, נציין כי על-אף התרחבותה של עילת חוסר סבירות בעקבות פסק הדין בעניין דפי זהב והשימוש הגובר בה מצד עותרים ובבית המשפט, נציין כי תמיד היו קולות ביקורתיים חריפים בפסיקת בית המשפט, כגון הנשיא לנדוי, המשנה לנשיא אלון וכן הנשיא גרוניס. כך גם בעשור האחרון, השופט סולברג

<sup>50</sup> (להלן: "עניין בתי הספר בשדרות").

מקפיד להביע את ביקורתו הנוקבת כלפי עילת חוסר סבירות.<sup>51</sup> בנוסף, בשנים האחרונות הצטרפו שופטים לא מעטים הקוראים לחזרה למובנה "הקודם" של עילת חוסר סבירות (קרי לפני ההלכה בעניין דפי-זהב).<sup>52</sup>

#### ד. ביטול עילת חוסר סבירות כמוצע יביא למצב קיצוני ומסוכן

##### 1.1. ביטול כלי קריטי להתמודדות עם "מצבי קיצון" כתוצאה מפעולת הממשלה

76. ביטול עילת חוסר סבירות כמוצע בהצעת חוק יוביל למצב בו למעשה לרשות המבצעת או ל"דרג הנבחר" תהיה יד חופשית לפעול ללא אפשרות ממשית לאכיפת שלטון החוק עליה. כלומר, הרשות המבצעת או "הדרג הנבחר" יוכלו לגרום גם למצבי קיצון, בהם ישנו עיוות ברור של הדין ושל סמכותם השלטונית. כך יתאפשר לרשות המבצעת או "הדרג הנבחר" לפעול גם באופן הפוגע באופן קיצוני בזכויות וחירויות הפרט, או אופן המפר את חובת הנאמנות כלפי הציבור לפעול בהגינות, ללא משוא פנים ולפי עקרון טוהר המידות.

77. כפי שניכר מפסיקת בית המשפט העליון המוצגת לעיל, קבלת הצעת החוק למעשה תביא לכך שגם מצבים אשר "בלתי מתקבל על הדעת באופן בולט" – לדעתו של כל "אדם בר-דעת" – כי "שר סביר היה מסוגל לעשותו, כי אז יצטרך לאמור שעולם לא נתכוון המחוקק לתת כוח זה בידי השר". **במילים פשוטות, קבלת הצעת החוק לא תביא "להחזרת הגלגל לאחור" ביחס לעילת חוסר סבירות, אלא תביא לכך שגם החלטות קיצוניות ובלתי מתקבלות על הדעת שהיו נפסלות במובנה הקודם "הצר" של חוסר סבירות יהיו תקפות, ללא יכולת למתן סעד לאזרח הנפגע מהן, או לשינוי דרכי המנהל שימנע מהמשך אופן פעולה כאמור.**

78. הצעת החוק אינה כוללת שום התייחסות לעניינים אלה.

79. על הקיצוניות העולה מהצעת החוק, ובפרט מהתוצאות המסתברות בוודאות מוחלטת מקבלתה, ניתן ללמוד גם ממה שכן נאמר בקשר אליה.

80. ראשית כפי הראינו לעיל, במסגרת עילת חוסר סבירות בית המשפט לא מבטל את שיקול דעת הרשות המנהלית ונכנס בנעליה כל אימת שעולה על דעתו. היקף עילת חוסר סבירות שמור אך למצבי קיצון, ונקבע לפי סוג ההחלטה (יהיה מצומצם מאוד בקשר להחלטות מקצועיות, מינויים פוליטיים וכד') ולפי מידת בכירותו של מקבל ההחלטה, המהווה גורם מצמצם - בפרט כאשר מדובר בנבחר ציבור.<sup>53</sup>

81. שנית, לא ברור בכלל אילו החלטות של אילו גורמים בדיוק יהיו חסינות מביקורת שיפוטית במסגרת עילת חוסר סבירות. כך למשל מוצע לבטל את הביקורת השיפוטית האמורה גם לגבי "נבחר ציבור נוספים". הסדר חוקתי העוסק בהסדרת סמכויות יסוד של הרשות השופטת, במערכת האיזון ובלמים בין רשויות השלטון, ובעל השלכות כה חמורות על זכויות הפרט ועל עקרונות של מנהל תקין וטוהר מידות ברשות המבצעת, חייב להבהיר, לכל הפחות, מי הם הגורמים אשר יהיו חסינים.

<sup>51</sup> סולברג - דרעי פנחסי, עמ' 4; נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18, 37 (2019) (להלן: "על ערכים"); בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פסי' 15 לפסק דינו של השי' סולברג (נבו, 1.3.2016); דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פסי' 36 לפסק דינו של השי' סולברג (נבו, 26.10.2017); בג"ץ 4252/17 ג'בארין נ' הכנסת, פסי' 24 לפסק דינו של השי' סולברג (נבו, 14.7.2020); עע"ם 20/1798 עמותת פורום המזרח התיכון ישראל נ' עיריית תל אביב-יפו, פסקה 20 לפסק דינו של השי' סולברג (נבו, 17.1.2021) (להלן: "פורום המזרח התיכון"); בג"ץ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך, פסי' 8 לחוות דעתו (נבו, 29.3.2022) (להלן: "עניין גולדרייך").

<sup>52</sup> ר' את פסי' 55-55 לפסק דינה של השי' וילנר בעניין גולדרייך; בג"ץ 2199/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר המתמטיקה, חקר מדעי המחשב נ' שר החינוך, פסי' 9 לפסק דינו של השי' וילנר (נבו, 12.8.2021); בג"ץ 8173/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פסי' 44 לפסק דינו של השי' שטיין (נבו, 22.5.2022); עניין פורום המזרח התיכון, פסקה 2 לפסק דינו של השי' שטיין; דנג"ץ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל בפסי' 1-7 לפסק דינו של השי' שטיין (נבו, 15.12.2021); בג"ץ 2489/19 אביב בגליל התנועה לצדק חברתי ומנהל תקין נ' שר הפנים, פסי' 21 לפסק דינו של השי' שטיין (נבו, 27.04.2021); עניין שיינפלד, חוות דעתם של השופטים שטיין, וילנר, מינץ ואלרון.

<sup>53</sup> עניין שיינפלד, לעיל ה"ש 24, פסי' 4 לפסק דינו של השי' מינץ.

82. בהמשך לכך, על אף שעל פני הדברים ההצעה לביטול עילת חוסר סבירות בהצעת חוק מצומצמת אך להחלטות של "הדרג הנבחר" (וזאת לעומת הצעתו של שר המשפטים בה מוצע לבטל את העילה ביחס הן לדרג הפוליטי והן לדרג המקצועי ברשות המבצעת), מדובר **בצמצום אשר קיומו מוטל בספק רב**.
83. **ההבחנה בין סוג מקבלי החלטות – בין הדרג המקצועי לבין הדרג הנבחר – מעומעמת מאוד**. ראשית, חוק-יסוד: הממשלה מגדיר את "הממשלה" כרשות המבצעת של המדינה. כלומר עשויה להתקבל פרשנות לפיה ההבחנה המוצעת כאן בין הממשלה כהרכב השרים ובראשם ראש הממשלה, לבין הדרג המקצועי **אינה** קיימת. וגם שרים מוסמכים חוקתית ליטול סמכות של רשות מנהלית הכפופה לו (ס' 34 לחוק-יסוד: הממשלה). מכאן שגם אם ההצעה של ועדת החוקה אכן מוגבלת רק לדרג הפוליטי בממשלה, ניתן יהיה לעשות **שימוש רב** בסמכות הנטילה – והרי על סבירות הנטילה לא ניתן יהיה לבצע ביקורת שיפוטית – ובכך לחסום ביקורת שיפוטית גם על החלטות מקצועיות.
84. בנוסף, הצעת החוק **אינה** כוללת שום התייחסות **לסוג החלטות** לגביהן תימנע ביקורת שיפוטית על סבירותן. לכל אחד משרי הממשלה ישנן סמכויות רבות, במסגרתן מתאפשרת פגיעה בזכויות הפרט או נדרש לערוך איזון בין אינטרסים שונים. בהתאם להצעת החוק, החלטות השרים מעין אלה יהיו במידה רבה חסינות בכלל מביקורת שיפוטית.<sup>54</sup>
85. נדגיש, כי גם מקרב שופטי בית המשפט העליון הדוגלים בעמדה ביקורתית ומצמצמת מאוד על השימוש בעילת חוסר סבירות, כגון הנשיא לנדוי (עליו נרחיב להלן) והנשיא גרוניס, סברו כי אין לבטל את עילת חוסר סבירות, למרות ביקורתם הנוקבת, אלא יש לצמצם את השימוש בה למצבי קיצון, ובפרט במקרים בהם עולה שאלה של פגיעה בזכויות אדם.<sup>55</sup> כמו כן מבקרים נוקבים אלה ונוספים (כגון הפרופ' יואב דותן), כמו גם כבי' השופט סולברג, אשר גישתו לגבי עילת חוסר סבירות מצומצמת ונוקשה אף יותר, הבהירו כי אין בכוננתם כי יש לבטל את עילת חוסר סבירות כליל.<sup>56</sup>
86. כלומר, **גם מבקריה החריפים ביותר של עילת חוסר סבירות, סבורים כי במקרים "קיצוניים" יהא זה מוצדק להשתמש בעילת חוסר סבירות, ובפרט כאשר מדובר בפגיעה בזכויות אדם**.
87. **מכאן שהמוצע בהצעת החוק הוא ביטול גורף ו"גס" של עילת חוסר סבירות, אשר יביא לכך שמצבי קיצון אלה יתרחשו ללא אפשרות ממשית לביקורת ומתן סעד לאזרח בעקבות שימוש לרעה בסמכות שלטונית של "הדרג הנבחר"**.
88. זאת ועוד, כאמור לעיל (פס' 25), המבקשים לבטל את עילת חוסר סבירות באשר להחלטות הממשלה ו"הדרג הנבחר" טענו "בגלגול הקודם" של ההצעה הנוכחית, כי הצעתם נשענת על עמדתו המסויגת מאוד של הנשיא (בדימוס) לנדוי בעניין **דפי זהב** באשר למה שהפך למובנה המעודכן של עילת הסבירות.
89. הנשיא לנדוי היה מבקר חריף על התפתחותה של עילת חוסר סבירות מאז פסק הדין בעניין **דפי זהב**,<sup>57</sup> כפי שאכן גם בא לידי ביטוי גם בחוות דעתו בפסק הדין. ואולם, גם הנשיא לנדוי **לא** סבר כי יש לבטל כליל את הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת או "הדרג הנבחר" בעילת חוסר סבירות. אלא לשיטתו יש לשמר את היקפה המצומצם, כפי שהיה נהוג ככלל לפני עניין דפי זהב. היקף מצומצם ולא ביטול.
90. המקרים בהם גם הנשיא לנדוי סבר שיש מקום לביקורת שיפוטית כאמור היו במקרים בהם עלו שאלות בדבר זכויות האזרח,<sup>58</sup> או במקרה קונקרטי אחר שהתרחש בין האזרח והשלטון.<sup>59</sup> **כלומר עמדתו של הנשיא**

<sup>54</sup> עם זאת עדיין קיימת עילת המידתיות, החלה לגבי פגיעה בזכות הפרט בלבד (ולא כאשר מדובר באינטרסים מוגנים אחרים).

<sup>55</sup> עניין אומץ, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) גרוניס; עניין אמונה, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) גרוניס.

<sup>56</sup> נעם סולברג "הלכת דרעי - פנחסי בראי עילת הסבירות", עמ' 4 בלוג **רשות הרבים** (16.1.2022) (להלן: "**סולברג - דרעי פנחסי**"); ה"ש 26 ההפניות ששם; ר' גם שני מושגים של ריסון וסבירות, עמ' 24.

<sup>57</sup> משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" **עיוני משפט** יד(1) 5 (1989) (להלן: "**על שפיטות וסבירות**").

<sup>58</sup> על שפיטות וסבירות, עמ' 11.

<sup>59</sup> על שפיטות וסבירות, עמ' 13.

**לנדוי הייתה כי במקרי קיצון כגון פגיעה בזכויות הפרט בהם ישנה חשיבות יתרה לביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת, לרבות בעילת חוסר סבירות.**

91. למעשה גישה זו השתקפה גם בפסיקתו. כפי שאוזכר לעיל, הנשיא לנדוי עצמו היה "חלוץ" ביישום עילת חוסר סבירות על שיקול הדעת המנהלי,<sup>60</sup> ככלי במסגרתו בית המשפט בוחן את המשקל שהעניקה הרשות המבצעת לשיקולים הרלבנטיים ששקלה ואת האיזון ביניהם, כפי שקרה בעניין **אולפני ההסרטה**,<sup>61</sup> אשר כאמור הוא חלק מפסקי הדין התקדימיים בהגנה על זכויות הפרט בישראל, ובפרט בקשר לחופש הביטוי.

92. כך בעניין **אולפני ההסרטה**, הדגיש הנשיא לנדוי כי ההצדקה לביקורת השיפוטית שם הייתה "טעם, היורד לדעתי לשורש העניין, כי בו כרוך עקרון כללי חשוב, השקול כנגד כל השאר, והחלטת המועצה מעידה על עצמה שלא ניתן לו המשקל הראוי, אם הוא נשקל על-ידיה בכלל. כוונתי לזכות האזרח להפיץ ולקבל ידיעות על המתרחש מסביבו, בתוך גבולות המדינה, בה הוא חי, ומחוצה לה. זכות זו קשורה קשר אמיץ עם הזכות לחופש הביטוי, ומשום כך שייכת גם היא לאותן זכויות יסוד "שאינן כתובות עלי ספר", אלא הן נובעות במישרין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש" (בעמ' 2415). כלומר, הנשיא לנדוי לא רק בחן את המשקל הראוי שהעניק הגוף המנהלי, אלא אף אכף עליו עקרון שלא היה מעוגן בשום דבר חקיקה ישראלי, משקבע כי מדובר בעקרון חוקתי יסודי.

93. לעומת זאת, כאמור, התיקון הנדון כאן קובע ביטול גורף של עילת חוסר סבירות, על אף חשיבותה הרבה בין היתר להגנה על זכויות הפרט ואמון הציבור. לפיכך הניסיון להישען על ביקורתו ופועלו של הנשיא לנדוי הוא בלשון המעטה רעוע.

94. בשולי הדברים, נבקש להתייחס לטענה אשר נשמעה בדיוני הוועדה בשבועות האחרונים בדבר גישתו של כבוד השופט סולברג (כפי שגם פורטה בניירות שונים ובפרט במסמך ההכנה של הייעוץ המשפטי של הוועדה). נדגיש כי התנועה שותפה לביקורות והבחנות שנעשו בין גישתו של כבוד השופט סולברג לבין הצעת החוק לגביה נטען כי באה להגשים, ובפרט כי כבוד השופט סולברג עורך הבחנה בין סוגי החלטות של "הדרג הנבחר"; כי לא הציע לבטל בחקיקה (ולבטח שלא בחוק-יסוד: השפיטה) את תחולתו של עילת חוסר סבירות על הדרג הנבחר; וכי גם לעמדת כבוד השופט סולברג העובדה שהחלטות מדיניות משקפות על-פי רוב תפיסת עולם (ערכית או מקצועית) "כשלעצמה אינה מחסנת החלטות אלו מפני ביקורת שיפוטית"<sup>62</sup>. לכל זאת, ולשאר ההערות החשובות בעניין זה, אין כל ביטוי בהצעת החוק.

## **2.ד. פגיעה חמורה בהפרדת הרשויות ובאיזונים ובלמים בין רשויות השלטון**

95. עקרון הפרדת הרשויות הוא עקרון יסוד בכל משטר דמוקרטי, לפיו על מנת למנוע עריצות ופגיעה בחירויות הפרט, אין לרכז את כל הכוח השלטוני בידי גוף או אדם אחד. עם זאת, הן ההגות והן אופן יישומו של עיקרון זה בכל מדינות המערב מדגישים כי אין מדובר בהפרדה מוחלטת.<sup>63</sup>

96. אלא עקרון "הפרדת הרשויות" הוא למעשה שני נדבכים: האחד, עניינו ב"ביזור סמכויות", כך שכל רשות מחזיקה בגרעין של סמכויות מסוימות באופן בלעדי, אולם ישנה חפיפה וכן שיתוף פעולה הדדי ביניהן, ובלבד שאף רשות אינה "נוגסת" בגרעין הסמכויות של הרשויות האחרות; השני, עניינו ב"איזונים ובלמים", כלומר כי על מנת למנוע עריצות ופגיעה בחירות המתקיימת גם בהפרדה נוקשה ומוחלטת בין הרשויות השלטוניות,

<sup>60</sup> עניין אולפני ההסרטה, עמ' 2418. לפי השופט לנדוי שם, בפסק דינו ישנה הרחבה של הביקורת השיפוטית לעומת עניין קול העם, שכן שם "פורשה הוראה סטטוטורית ספציפית... בעוד שבמקרה שלפנינו נדון שיקול-דעת מנהלי שלא הוגדר הגדרה נוספת...אך ההחלטה במשפט הנ"ל [קול העם] הועמדה על בסיס רעיוני רחב, ההולם במלואו גם את העניין שלפנינו".

<sup>61</sup> וכפי שהנשיא לנדוי התייחס לכך בעניין דפי זהב:

<sup>62</sup> על ערכים, לעיל הי"ש 51, עמ' 30.

<sup>63</sup> ביזור סמכויות, עמ' 17-19.

<sup>64</sup> יתקיים מערך הדדי של פיקוח ובקרה בין רשויות השלטון, כך שכל אחת תאזן ותבלום את השנייה מפני שימוש לרעה בכוחה.<sup>65</sup>

97. כפי שניתן לראות שני עקרונות אלה משרתים את תכלית מניעת ריכוז סמכויות והסכנה לעריצות הנובעת מכך.<sup>66</sup> כל זאת תואם את הרעיון הבסיסי של דמוקרטיה – שלטון למען העם, על ידי העם; להבדיל משלטון המרוכז בידי שליט בודד, בו מצד אחד השליט מחזיק בכוח כלפי האזרחים, אולם אין שום מגבלות שימנעו ממנו לעשות שימוש בכוחו למען טובתו האישית או בשרירות. כלומר, משטר דמוקרטי ביסודו כולל בהכרח הגבלות על הכוח השלטוני על מנת למנוע עריצות, שימוש לרעה בכוח כנגד טובת הציבור או תוך שלילת חירויות הפרט, וזאת באמצעות ביזור הסמכויות השלטוניות בידי שלוש רשויות שלטוניות, המקיימות פיקוח ובקרה הדדית ביניהן. על כן, דמוקרטיה שונות בעולם פיתחו מנגנונים ייעודיים שנועדו לבזר את הכוח השלטוני, ולהקים רסנים מפני צבירת כוח עודף בידי אחת הרשויות.

98. **בישראל, למרבה הצער, עקרון "הפרדת הרשויות" מיושם באופן חלקי ביותר, וקיימים מנגנונים מועטים ביותר לריסון הכוח השלטוני של הרשויות, ובייחוד כוחה של הרשות המבצעת – הממשלה.**

99. **כך בשיטת המשטר הפרלמנטרית הישראלית, הרשות המבצעת, הממשלה, שולטת באופן מובנה ברשות המחוקקת, הכנסת.** הבחירות בישראל הן בחירות כלליות לרשות המחוקקת, אשר הרוב השולט בה, מפלגות הקואליציה ובראשן ראש הממשלה, עומדים בראש הרשות המבצעת. כלומר בהינתן שהרשות המחוקקת מורכבת רק מבית נבחרים יחידני, אשר הרוב השולט בו הוא ככלל העומד באמצעות נציגיו – השרים וראש הממשלה – בראש הרשות המבצעת,<sup>67</sup> **הממשלה מחזיקה ברוב אוטומטי ברשות המחוקקת. מצב זה מאפשר ל"דרג הנבחר" המכהן בממשלה, ובפרט לראש הממשלה, לשלוט, הלכה למעשה, בכנסת.** כך למשל, הממשלה היא זו שלמעשה קובעת אילו דברי חקיקה יתקדמו בכנסת, ולה כאמור ככלל רוב אוטומטי הנדרש לפעול לפי "המשמעת הקואליציונית" בהצבעות במליאה בוועדות השונות; כך גם יכולתה של הכנסת להתיר את אמונה בממשלה ולהביא לפירוקה, נחלשה משמעותית בעשורים האחרונים.

100. מצב זה הוא חריג וייחודי לישראל בהשוואה למדינות אחרות. כך ישנן מדינות בהן יש שני בתי נבחרים תחת הרשות המחוקקת (ארה"ב, בריטניה, צרפת וגרמניה), המאזנים ומרסנים זה את זה. כך גם חסר בישראל רובד פיקוחי נוסף הוא הרובד המחוזי או האזורי.<sup>68</sup> ישראל היא מדינה ריכוזית מאוד מהבחינה הזאת. אין בה שכבות ביניים שלטוניות (מדינות או מחוזות המיוצגים בפרלמנט) שבמדינות אחרות (כגון בארה"ב, בגרמניה ובקנדה) מוסיפות אף הן רכיב המאזן ומרסן את השלטון המרכזי.

101. כך גם, כאמור בתחילת דברינו, חיסרון דמוקרטי עיקרי וייחודי לשיטה הפרלמנטרית הישראלית, החולש במידה רבה על כל השאר, הוא היעדרו של חוקה מלאה המסדירה את כלל סמכויות הרשויות, את מנגנוני הפיקוח ובקרה ביניהם, וכן הקובעת מגילת זכויות אדם, לצד מגבלות על סמכות הפגיעה בהן על ידי השלטון. כך בהיעדר מנגנון קבוע לתיקון "חוקי היסוד" – המהווים "פרקים בחוקה המתגבשת" – אשר נועד שלא יהיה בידי גוף אחד הכוח לתקן לטובתו את החוקה במהירות ובקלות; ל"דרג הנבחר" בממשלה, ישנו כוח כמעט בלתי מוגבל, בו נעשה שימוש תדיר מאוד בשנים האחרונות, לתקן את הנורמות החוקתיות ולשנות את כללי המשחק הדמוקרטי.<sup>69</sup>

<sup>64</sup> ביזור סמכויות, עמ' 19.

<sup>65</sup> אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 127, 128-129 (2005).

<sup>66</sup> ביזור סמכויות, עמ' 19.

<sup>67</sup> לפי ס' 5(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, למעט ראש הממשלה (וכן ראש ממשלה חלופי), שר אחר יכול שלא להיות חבר כנסת.

<sup>68</sup> ביזור סמכויות, עמ' 66.

<sup>69</sup> ביזור סמכויות, עמ' 66.

102. מכאן שבמשטר הישראלי, בית המשפט העליון הוא הגוף בעל מירב האפשרויות לאזן את כוחה הרב של הרשות המבצעת, השולטת למעשה גם בכנסת.

103. על כך יש להוסיף כי מלבד זאת הכנסת נשלטת במידה רבה על ידי הממשלה, אין בידיה את הכלים לפקח על כלל פעולות רשויות המנהל באופן אפקטיבי. כך, סמכויות הכנסת לא נועדו לביקורת סדירה על החלטות הרשות המבצעת, ברמה הפרט או ברמת המדיניות, המתקבלות בכמויות אדירות מדי יום ביומו, שלא בהליך שקוף לציבור או תוך דיווח ישיר למחוקק – וזאת כפי שמקובל ככלל גם במשטרים פרלמנטריים אחרים. כמו כן, קשה לעלות על הדעת כיצד רשות מחוקקת שהיא במשטר פרלמנטרי, ערוכה או אמורה, ולו ברמה המוסדית, לערוך ביקורת על החלטות מנהליות פרטיות – המתקבלות גם על ידי "הדרג הנבחר" ברשות המבצעת (כגון מתן היתרים, רישיונות ועוד) – בשגרה. ברור גם כי חקיקת חוקים, אשר ביסודם האיסור על פרסונליות, אינם כלי למתן סעד באמצעות התגברות על החלטות של הרשות המבצעת בעניין פרטני.

104. כמו כן, במדינה המודרנית, ובפרט בישראל (בין היתר לנוכח מיעוטם היחסי של מספר חברי הכנסת ביחס לאוכלוסייה), כאמור בה החלטות מדיניות מתקבלות כעניין שבשגרה בידי הממשלה, ונדמה כי ברור שהציפייה כי הכנסת תערוך מעקב על כל אלה וכי יתוקנו ליקויים באמצעות חקיקה גוברת הוא בלתי יעיל בעליל ולמעשה בלתי אפשרי.

105. כך גם כלי פיקוח נוספים של הכנסת על הממשלה, ובראשן הדיונים בוועדות השונות, באופן מבני מחלישים את אפקטיביות הפיקוח הפרלמנטרי, שכן בראש הוועדות המרכזיות עומדים חברי כנסת של הקואליציה (הנשלטת כאמור על ידי ראשיה שבממשלה); וכן "החוק הנורבגי" הוביל לכך שחלק מכהונת חלק מחברי הכנסת מהקואליציה תלויה בכהונת שרי הממשלה כחברי כנסת. כן נציין כי לכנסת תפקיד פיקוחי משמעותי ביותר בכל הקשור לתקציב המדינה, אולם גם הוא נחלש מבנית בעשורים האחרים לנוכח היקף חוקי התקציב וחוק ההסדרים. וגם, מחקרים הראו כי יעילות השימוש בכלי פיקוח נוספים שבידי הכנסת לוקה בחסר.<sup>70</sup>

106. מכאן שביטול עילת הביקורת השיפוטית של אי-סבירות יביא להסרת מגבלה משמעותית על כוחה של הרשות המבצעת ו"הדרג הנבחר", שמלכתחילה מחזיקה בכוח ריכוזי ביותר, אשר התפרסותו הרחבה – הנוגעת להיבטים רבים ושונים בחיי הפרט כמו גם לאינטרסים ציבוריים רבים – היא בעלת השפעה משמעותית ואף קריטית. כך גם, תימנע האפשרות העיקרית והאפקטיבית ביותר למתן סעד לאזרח הנפגע מפעולה שלא כדין של הרשות המבצעת, כמו גם תיפגע משמעותית האפשרות להבטיח אינטרסים ציבוריים חשובים כגון שלטון החוק, טוהר המידות ותקינות המנהל. שכן, כפי שראינו, אין בידי הכנסת האפשרות לשמש חלופה הולמת לביקורת השיפוטית – לא מבחינה מוסדית, לא מבחינת חולשתה הכללית מול הממשלה או מבחינת חולשת כלי הפיקוח שבידיה, הן מבחינת טיבם והן לנוכח אי-יעילותם.

107. כלומר מדובר בצמצום משמעותי של אחד הרסנים העיקריים במשטר הישראלי לאזן את כוחה העודף של הרשות המבצעת – בפני עצמו ומול הכנסת – ולהבטיח את כפיפותה לדין ולמעשה לכנסת עצמה. בכך הצעת החוק לא רק שאינה מהלך של "איזונים ובלמים", אלא היא תביא להגברת כוחה האדיר של הרשות המבצעת בישראל. מכאן שהצעת החוק תביא לערעור משמעותי בקיומו החלש מלכתחילה של עקרון האיזונים ובלמים בישראל, ולפיכך תביא לפגיעה משמעותית באופי המשטרי של ישראל כדמוקרטי.

108. מעבר לכך, משמעותה של ביקורת שיפוטית על סבירות הממשלה או "הדרג הנבחר" היא אכיפת נורמה משפטית. ביטול עילת חוסר סבירות כמוצע בהצעת החוק משמעותה העברת סמכות זו לידי הכנסת באופן

<sup>70</sup> פרידברג וחזן, עמ' 124.

בלעדי. מהלך זה מהווה הפרה חמורה וקיצונית ביותר של עקרון הפרדת הרשויות, באשר מדובר בהעברת סמכות ליבה של הרשות השופטת לידי הרשות המחוקקת - הנשלטת כאמור על ידי הרשות המבצעת. כלומר מדובר בביטול כל אפשרות שהיא לביקורת שיפוטית על סבירות החלטות של "הדרג נבחר". בהיבט זה, מדובר לא רק בפגיעה משמעותית באיזון בין רשויות השלטון בישראל ובאופייה המשטרי, אלא ביסוס חשש משמעותי ומובהק לאפשרות לעריצות ופגיעה בחירויות – קרי לשינוי אופייה המשטרי של המדינה.

109. כן נציין, כי למעשה מהלך של "איזונים ובלמים" במסגרת עילת חוסר סבירות נעשה באופן טבעי בבית המשפט העליון. כפי שראינו בסקירה לעיל, במרוצת השנים בולטת "תנועת מטוטלת", אשר במסגרתה בשנים האחרונות ניתן לאתר מגמה לטובת עמדת הביקורת לצמצום משמעותי של השימוש בעילה. בכך יש לחזק את הטענה כי מטרת ההצעה היא להגביר את כוחה של הממשלה או בפרט של "הדרג נבחר" במחיר של החלשת מנגנון חשוב של איזונים ובלמים.

## ה. יש להתנגד להצעת החוק

110. לאור כל האמור לעיל, עמדת התנועה לאיכות השלטון היא כי יש להתנגד להצעת החוק. אכן, כפי שכבר נאמר בדיוני הוועדה על הצעת החוק, אין בכך כדי לגרוע ממהלך של הסדרת הדין המנהלי בכללותו בחקיקה, במסגרתו תיעשה התמודדות עם המורכבות של חובת הסבירות כשלעצמה, לצד הסדרה של עילת הביקורת השיפוטית של "אי-סבירות", הכוללת התוויה של שיקול הדעת השיפוטי. מדובר בצעד רצוי וראוי, אשר יקדם את מדינת ישראל, את המשפט הישראלי ואת יחסי הגומלין בין רשויות השלטון צעד נוסף לטובת טובת הציבור.

בכבוד רב,

  
תמר באום, עו"ד  
עו"ד באגף הכלכלי

  
תומר נאור, עו"ד  
ראש האגף המשפטי

## נספח ע/23

מענה מטעם הייעוץ המשפטי לכנסת

מיום 19.3.2023

עמ' 321





## הכנסת הלשכה המשפטית

2023-049459

ירושלים, 19 במרץ 2023

כ"ו באדר התשפ"ג

לכבוד

עו"ד הידי נגב, מנהל מחלקת מדיניות וחקיקה  
רועי אשכנזי, מתנדב במחלקת מדיניות וחקיקה  
התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

שלום רב,

### הנדון: שימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת

סמך: מכתבכם מיום 6.3.2023

בפנייתכם שבסמך אתם מבקשים "לעצור לאלתר את השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת" בטענה כי השימוש בו אינו חוקתי, מהווה פגם היורד לשורש הליך החקיקה ופוגע במעמד הכנסת והאופוזיציה בפרט.

אבקש להשיבכם כי העמדה של הייעוץ המשפטי לכנסת היא כי ראוי שוועדת הכנסת תימנע משימוש תכוף בסעיף 98 לתקנון, אף שלדעתנו אין הוא שמור רק ל"מקרים חריגים וקיצוניים במיוחד", כטענתכם. ככלל על הכנסת להתנהל לפי "כללי המשחק" שנקבעו בתקנון מראש ולא אגב כנסת מסוימת או חקיקה מסוימת.

סעיף 98 נועד לאזן בין הצורך לאפשר לכנסת לחוקק בהחלטה של רוב חבריה, לבין הרצון של המתנגדים לחקיקה לסכלה או לעכבה באופן ניכר, באמצעות צירוף של הסתייגויות במספרים גדולים על ידי כל חברי האופוזיציה או מרביתם. נקודת האיזון אינה פשוטה והיא נבחנת בכל מקרה לגופו, תוך התייחסות לפרמטרים שונים, ובהם היקף החקיקה, מורכבותה ואופייה הקונטרוברסלי, משך הדיון הפוטנציאלי לאור מספר ההסתייגויות והמסתייגים, ודחיפותה האובייקטיבית של החקיקה (למשל בהקשר של הוראות שעה שפוקעות או חקיקה שתכליתה כינון הממשלה). זאת ועוד, השימוש בסעיף 98 אינו אחיד, וישנם מקרים שבהם נעשה מה שמכונה "שימוש רך", למשל כאשר סדרי הדיון המיוחדים כוללים רק הגבלה על מספר ההצבעות השמיות ללא הגבלה על זמני הדיבור וללא קביעה מראש של שעת ההצבעה. לעתים "שימוש רך" מגיע גם אחרי שיח בין סיעות הכנסת.

תקנון הכנסת הפקיד את ההחלטה להפעיל את סעיף 98 בידי ועדת הכנסת, המייצגת את רוב סיעות הבית ואמונה על סדריו. ההחלטה בעניין זה נתונה לשיקול דעת חברי הוועדה תוך התחשבות בשיקולים שלעיל ובשיקולים נוספים, לרבות הסכמות פוליטיות בין חברי הכנסת והסיעות, אם ישנן. הסכמות אלה מתרחשות בשגרה במשכן הכנסת ומעצבות את סדר היום הפרלמנטרי.

אכן, בשתי הכנסות האחרונות גבר השימוש בסעיף 98 לתקנון. ואולם, יש לזכור כי הדבר נעשה על רקע שינויים נוספים שנגעו להתנהלות הכנסת וחבריה. כך למשל, בעוד שבעבר הצעות חוק רבות היו מובאות לקריאה השנייה ללא הסתייגויות והיה מקובל לקיים פיליבסטר בעיקר בעניינים שנויים במחלוקת, בכנסות האחרונות כמעט לכל הצעת חוק מצורפות הסתייגויות, וכאשר אלה נחתמות באופן אוטומטי על ידי כל חברי האופוזיציה הדבר מאפשר עשרות ומאות שעות דיבור במליאה (לפי חישוב של 5 דקות דיבור לכל מסתייג על כל הסתייגות). בנוסף, בעוד שבעבר הקואליציה והאופוזיציה הצליחו להגיע להסכמות בדבר זמני הדיבור במליאה, בכנסות האחרונות קשה יותר להגיע להסכמות מסוג זה מסיבות המצויות במישור הפוליטי.

עיון בהחלטות שהתקבלו בכנסת הנוכחית בקשר ל-11 חוקים, כפי שצינתם במכתבכם, מעלה כי שמונה מהם היו הוראות שעה שעמדו לפקוע ומטרת השימוש בסעיף היתה לקצר את זמני הדיבור כדי לאפשר את החקיקה לפני הפקיעה; במקרה נוסף הוגשו 899 הסתייגויות שהיו מאפשרות דיבור במשך 35 יממות ובמהלך הדיון בוועדת הכנסת נמשכו חלק מההסתייגויות כך שמשך ההנמקה המקסימלי המבוקש ע"י סיעות האופוזיציה ירד ל-29 שעות; ובשני מקרים נוספים סדרי הדיון המיוחדים כללו רק הגבלה על מספר ההצעות השמיות ולא על משך הדיבור, דבר המהווה כאמור את השימוש "הרך" ביותר בסעיף 98 שאף מבטא לעיתים הסכמה מאחורי הקלעים בעניין מספר השעות וכיוצ"ב, גם אם לבסוף היא מעוגנת בהחלטה לפי סעיף 98.

לבסוף יצוין כי לצד החלטות אלה שאושרו בוועדת הכנסת, היו מקרים רבים נוספים שבהם למרות הגשתן של הסתייגויות מרובות, ועדת הכנסת לא עשתה שימוש בסעיף 98 וההצעות נדונו לפי סדרי הדיון הרגילים, והיו גם מקרים שבהם הקואליציה ביקשה לעשות שימוש בסעיף 98 ובעקבות התערבות של הייעוץ המשפטי לכנסת הדבר לא נעשה, או שנעשה "שימוש רך" באופן שתואר לעיל, וזאת על רקע העמדה בדבר הצורך לפעול בהתאם להוראות התקנון הרגילות ותוך ניסיון להידברות בין הקואליציה והאופוזיציה.

בברכה,

א.א.ק.ר

ארבל אסטרון

היועצת המשפטית לוועדת הכנסת

העתק:

חה"כ אמיר אוחנה, יו"ר הכנסת  
חה"כ אופיר כץ, יו"ר הקואליציה ויו"ר ועדת הכנסת  
עו"ד שגית אפיק, היועצת המשפטית לכנסת

## נספח ע/24

**מכתבה של העותרת בבקשה לעצור  
את השימוש בסעיף 98 לתקנון  
הכנסת מיום 6.3.2023**

**עמ' 324**



06 מרץ 2023, י"ג אדר תשפ"ג

לכבוד

<p><b>ח"כ אמיר אוחנה</b> יו"ר הכנסת משכן הכנסת ירושלים</p>	<p><b>ח"כ אופיר כץ</b> יו"ר ועדת הכנסת משכן הכנסת ירושלים</p>	<p><b>עו"ד ארבל אסטרון</b> היועצת המשפטית לוועדת הכנסת משכן הכנסת ירושלים</p>
--	---	---

- דחוף -

שלום רב,

## הנדון: בקשה דחופה לעצירת השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת

**סימוכין:** מכתבנו בנושא זה אל יו"ר הכנסת ויו"ר ועדת הכנסת מיום 3.5.2022.

בשם התנועה למען איכות השלטון בישראל, ע"ר, (להלן: "התנועה"), הרינו מתכבדים לפנות אליכם כלהלן:

1. לאור השימוש התכוף שעושה הכנסת ה-25 – **תחת ניהולכם** – בסעיף 98 לתקנון הכנסת, אשר השימוש בו שמור למקרי קיצון חריגים ביותר, אנו פונים אליכם בדרישה לעצור את השימוש בסעיף תקנוני זה בוועדת הכנסת לאלתר, ולהותיר אותו רק להצעות החוק על תקציב המדינה.

2. כידוע, הוראות סעיף 98 לתקנון הכנסת קובעות, כי:

"בדיון בהצעת חוק תקציב המדינה ובמקרים אחרים **יוצאים מן הכלל**, רשאית ועדת הכנסת לקבוע סדרי דיון מיוחדים, לרבות קביעת מסגרת הדיון וזמני הדיבור".

3. אם כן, השימוש בסעיף זה, אשר מגביל את הכנסת ומשנה את סדרי עבודתה, נועד בראש ובראשונה למקרים חריגים במיוחד וקיצוניים, כאלה הנחשבים "יוצאים מן הכלל". לפי לשון הסעיף, **מדובר רק במקרים הדומים במהותם וחשיבותם להצעת חוק תקציב המדינה – חקיקה מורכבת וחשובה במיוחד אשר במידה ולא תעבור עד מועד מסויים הממשלה תיפול.**

4. עד לא מזמן, הכנסת אכן נהגה לקבוע סדרי דיון מיוחדים רק במקרים נדירים ובודדים ושמרה על השימוש בסעיף זה כ"חריג" ומוצא אחרון בלבד. מחקר שנערך על ידי "מרכז המחקר והמידע" של הכנסת העלה כי החל מהכנסת ה-6, במהלכה אושר סעיף 98 בתקנון הכנסת ועד לכנסת ה-22 (כולל), השתמשו בסעיף ב-14 הצעות חוק בלבד.<sup>1</sup> ישנן אף כנסות בהן לא נעשה שימוש בסעיף כלל.

5. לעומת זאת, בכנסת ה-23, בה מרבית ממפלגות הקואליציה הנוכחית כיהנו גם אז בקואליציה, הסכר החל להיפתח והשימוש בסעיף 98 אושר ב-11 הצעות חוק שונות. על אף מכתבנו שבסימוכין, שם דרשנו לעצור את השימוש התכוף, בכנסת ה-24 הסכר נפרץ לחלוטין ואושרו סדרי דיון מיוחדים ב-19 (!) הצעות חוק, וזאת על אף שמילאה פחות משנתיים בסך הכל.<sup>2</sup> (מכתבנו מצורף ומסומן כנספח א').

6. למצער, המגמה הבעייתית הזו ממשיכה ביתר שאת גם בכנסת ה-25 ותחת ניהולכם. כך, בתקופת זמן קצרה ביותר של כשלושה חודשים בלבד, השימוש בסעיף 98 אושר כבר ב-11 הצעות חוק שונות (!).

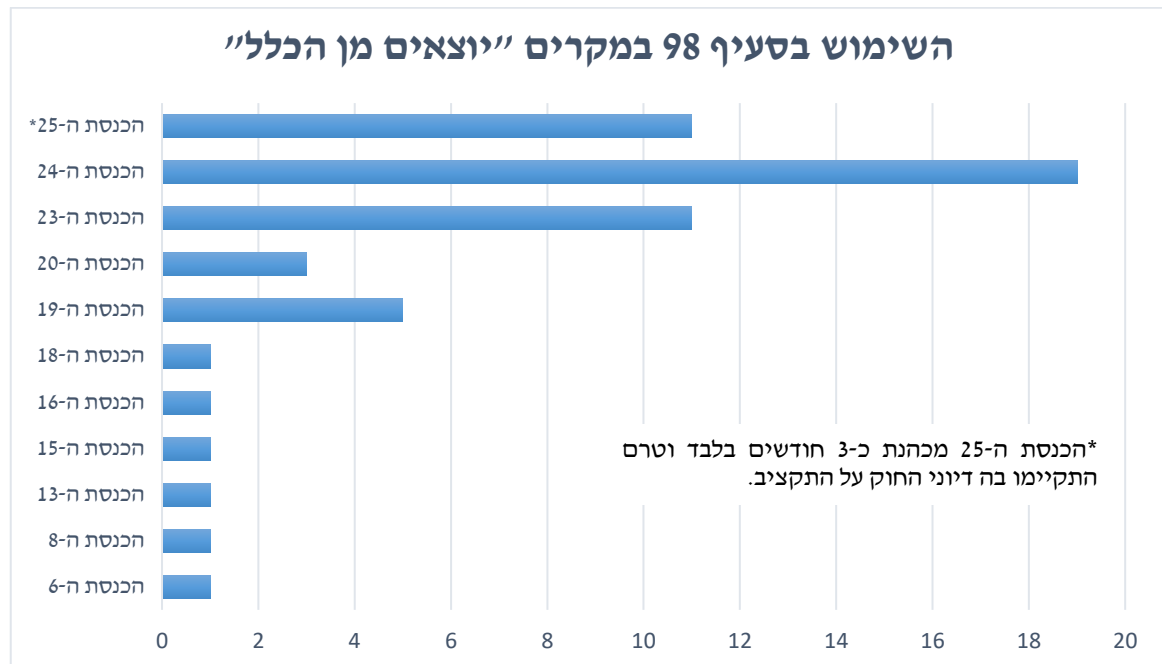
7. לעניין זה, ראו תרשים המתאר את השימוש שנעשה לאורך השנים בקביעת סדרי דיון מיוחדים והגבלת

<sup>1</sup> נציין שחלו שינויים במספר הסעיף בתקנון הכנסת לאורך השנים; הכנסות ה-21 וה-22 לא כיהנו בפועל והן אינן משקפות את המצב הקיים.

<sup>2</sup> אוריאה אלמסי "החלת סעיף 98 לתקנון הכנסת בנימוק של 'מקרים היוצאים מן הכלל', בכנסות: ה-19, ה-20, ה-23 וה-24 (עד ה-4.1.22) "מרכז מחקר ומידע, עמ' 7-10 (כנסת, 31.1.2022); אוריאה אלמסי "השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת שכותרתו: סדרי דיון מיוחדים בנימוק של 'מקרים יוצאים מן הכלל' "מרכז מחקר ומידע, עמ' 4-5 (כנסת, 27.7.2020).



דיוני הכנסת לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת:<sup>3</sup>



8. הנה כי כן, השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת – המאפשר לקואליציה ולממשלה, הלכה למעשה, לדרוס ברגל גסה, את אפשרות האופוזיציה בכנסת לקיים דיוני הסתייגויות ופיליבסטר למהלכי חקיקה שונים, ושמור למקרים חריגים וקיצונים במיוחד, הפך לדבר שבשגרה בכנסת ה-25 – אשר מכהנת רק שלושה חודשים בלבד, וכבר ניתן לציין שהכנסת הנוכחית עתידה להיות שיאנית השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת (כאשר הדיונים על חוקי התקציב אף טרם התקיימו בה).

9. כמו כן, גם הייעוץ המשפטי לכנסת סבור כי ישנה פרצה בשימוש בסעיף 98 לתקנון,<sup>4</sup> והשימוש בו אף גובר לאורך השנים,<sup>5</sup> לעיתים גם בניגוד לעמדתה של היועצת המשפטית לוועדה.<sup>6</sup> והנה, נראה כעת שעל אף עמדתו הברורה של הייעוץ המשפטי לכנסת נראה שהשימוש התכוף בסעיף זה רק הולך וגובר בכנסת הנוכחית.

10. לעמדת התנועה, השימוש בסעיף 98 בהליכי חקיקה, שנעשה בשגרה, אף מהווה 'פגם היורד לשורש הליך'. פסיקת בית המשפט העליון ייחדה מושג זה, ל"פגמים קשים ונדירים שיש בהם פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי".<sup>7</sup> בענייננו, הפגיעה באחד מהכלים הפרלמנטריים המעטים שעומדים לרשותה של האופוזיציה, מובילה לפגיעה חמורה בעקרון

<sup>3</sup> התרשים בוחן את השימוש שנעשה בסעיף 98 לתקנון הכנסת רק ב"מקרים יוצאים מן הכלל", ולא מתחשב בשימוש בו בנוגע לחוק התקציב.

<sup>4</sup> ועדת הכנסת "ועדת הכנסת אישרה סדרי דיון מיוחדים לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת" אתר הכנסת (4.1.2022).  
<https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/knesset/News/Pages/04012022.aspx>

<sup>5</sup> פרוטוקול מס' 18 של הוועדת המסדרת, 20 (26.12.2022).

<sup>6</sup> פרוטוקול מס' 11 של הוועדה המסדרת, 49 (15.12.2022).

<sup>7</sup> בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, (נט (2) 14, עמ' 41-42 (2004)).



ההשתתפות של חברי הכנסת, המגיעה עד כדי פגם היורד לשורשו של הליך החקיקה.

11. לא זו אף זו, השימוש התכוף והשגרתי שנעשה בסעיף 98 בכנסת פוגע בעיקרון היסוד המובהק של הפרדת הרשויות, ולכן הוא גם לא חוקתי. השימוש בסעיף חוסם את האופוזיציה מאחד הכלים הפרלמנטריים העיקריים, הלגיטימיים והמקובלים שעומדים לרשותה כדי לפקח על הממשלה והליכי החקיקה במשכן הכנסת. דה-פקטו כוחה המצומצם ממילא של האופוזיציה נפגע עוד יותר עקב השימוש התכוף בסעיף 98 לתקנון. תופעה זו גם מובילה לפגיעה משמעותית במרקם החיים הפרלמנטריים בין חברי הקואליציה והאופוזיציה.
12. הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות מתגברת כאשר נעשה שימוש תכוף יותר בהגבלת האופוזיציה לסדרי הדיון המיוחדים. ולכן, השימוש השגרתי בסעיף 98 כפי שנעשה בכנסת ה-25 הוא סימפטום נוסף למערכת היחסים הבעייתית בה הממשלה כובלת את שיקול דעתה של הכנסת ושולטת בה.
13. הנה כי כן, השימוש התכוף שעושה הכנסת בכלל והכנסת ה-25 בפרט, בסעיף 98 לתקנון – שימוש אשר צריך להיות שמור רק למקרים חריגים וקיצוניים – פוגע במעמדה של הכנסת והאופוזיציה; בעקרון הפרדת הרשויות; ופוגם בצורה משמעותית בהליך החקיקה, עד לכדי פגם היורד לשורש ההליך.
14. אשר על כן, ולאור החשיבות הרבה שבדבר, אנו פונים אליכם כאמור בדרישה לעצור לאלתר את השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת.
15. לנוכח חשיבותו הציבורית הרבה של העניין, נודה לקבלת עמדתכם בהקדם, על מנת שנוכל לבחון את המשך נקיטת צעדינו בקשר עם הנושא שבנדון, ולרבות המשפטיים.

כבוד רב,

רועי אשכנזי

מתנדב במחלקת מדיניות וחקיקה

הידי נגב, עו"ד

מנהל מחלקת מדיניות וחקיקה

העתק:

עו"ד שגית אפיק, היועצת המשפטית לכנסת.

חה"כ יאיר לפיד, יו"ר האופוזיציה.



03 מאי 2022, בי אייר תשפ"ב

לכבוד

חה"כ ניר אורבך  
יו"ר ועדת הכנסת  
משכן הכנסת  
ירושלים

חה"כ מיקי לוי  
יו"ר הכנסת  
משכן הכנסת  
ירושלים

שלום רב,

## הנדון: דרישה לעצור את השימוש התכוף בסעיף 98 לתקנון הכנסת

בשם התנועה למען איכות השלטון בישראל, ע"ר, (להלן: "התנועה"), הרינו מתכבדים לפנות אליכם כלהלן:

1. לקראת כנס הקיץ הקרוב שיפתח ביום 8.5.2022, אנו פונים אליכם בדרישה שתעצרו את השימוש התכוף בסעיף 98 לתקנון הכנסת שקיימה הכנסת הנוכחית – **תחת ניהולכם**, ולהותיר את השימוש בו למקרי קיצון חריגים ביותר.
2. כידוע, הוראות סעיף 98 לתקנון הכנסת קובעות, כי:  
"בדיון בהצעת חוק תקציב המדינה ובמקרים אחרים יוצאים מן הכלל, רשאית ועדת הכנסת לקבוע סדרי דיון מיוחדים, לרבות קביעת מסגרת הדיון וזמני הדיבור".
3. **אם כן, השימוש בסעיף זה, אשר מגביל את הכנסת ומשנה את סדרי עבודתה, נועד בראש ובראשונה למקרים חריגים במיוחד וקיצוניים, כאלה הנחשבים "יוצאים מן הכלל".** לפי לשון הסעיף, הדומים במהותם וחשיבותם להצעת חוק תקציב המדינה – חקיקה מורכבת וחשובה במיוחד, אשר במידה ולא תעבור עד מועד מסויים הממשלה תיפול.
4. עד לא מזמן, הכנסת אכן נהגה לקבוע סדרי דיונים מיוחדים רק במקרים נדירים ובודדים ושמרה על סעיף זה כ"חריג" ומוצא אחרון בלבד.<sup>1</sup> מחקר שנערך על ידי "מרכז המחקר והמידע" של הכנסת העלה כי החל מהכנסת ה-6, במהלכה אושר סעיף 98 בתקנון הכנסת ועד לכנסת ה-22 (כולל), השתמשו בסעיף ב-14 הצעת חוק בלבד.<sup>2</sup> ישנן אף כנסות בהן לא נעשה שימוש בסעיף כלל.
5. לעומת זאת, בכנסת ה-23 הסכר החל להיפתח והשימוש בסעיף 98 אושר ב-11 הצעות חוק שונות. בכנסת ה-24 הסכר נפרץ לחלוטין ואושרו סדרי דיון מיוחדים ב-19 (!) הצעות חוק.<sup>3</sup>
6. השימוש בסעיף 98 הפך כה שכיח בכנסת ה-24, ותחת ניהולכם – עד כי ביום 7.3.2022, ועדת הכנסת אישרה ב"פה אחד" סדרי דיון מיוחדים ב-6 הצעות חוק במקביל – כאשר לא נכח בדיון אף חבר כנסת מחברי הוועדה, למעט ממלא מקום יו"ר ועדת הכנסת.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> אוריאנה אלמסי "השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת שכותרתו: 'סדרי דיון מיוחדים' בנימוק של 'מקרים יוצאים מן הכלל' מרכז מחקר ומידע, עמ' 2 (כנסת, 27.7.2020).

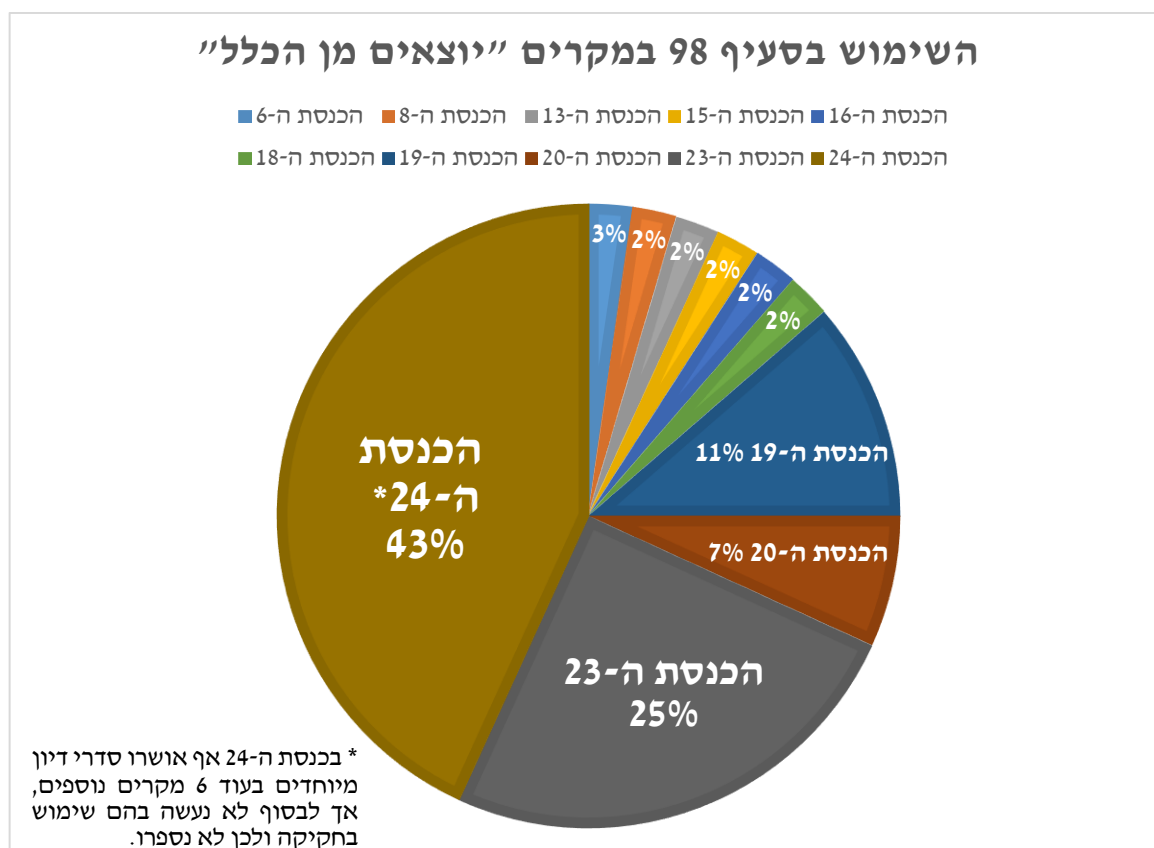
<sup>2</sup> הכנסת ה-21 וה-22 לא כיהנו בפועל והן אינן משקפות את המצב הקיים.

<sup>3</sup> אוריאנה אלמסי "החלת סעיף 98 לתקנון הכנסת בנימוק של 'מקרים יוצאים מן הכלל', בכנסות: ה-19, ה-20, ה-23 וה-24 (עד ה-4.1.22) "מרכז מחקר ומידע, עמ' 7-10 (כנסת, 31.1.2022); אוריאנה אלמסי "השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת שכותרתו: 'סדרי דיון מיוחדים' בנימוק של 'מקרים יוצאים מן הכלל' מרכז מחקר ומידע, עמ' 4-5 (כנסת, 27.7.2020).

<sup>4</sup> מורן אזולאי "אושר פה אחד": סגן יו"ר הקואליציה הצביע לבדו על סדרי דיון במליאה" Ynet (7.3.2022) <https://www.ynet.co.il/news/article/hy28zy4bc>



7. ראו תרשים המתאר את השימוש שנעשה לאורך השנים בקביעת סדרי דין מיוחדים והגבלת דיוני הכנסת לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת:



8. הנה כי כן, השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת – המאפשר לקואליציה ולממשלה, הלכה למעשה, לדרוס את אפשרות האופוזיציה בכנסת לקיים דיוני הסתייגויות ופיליבסטר למהלכי חקיקה שונים, ושמור למקרים חריגים וקיצוניים במיוחד, הפך לדבר שבשגרה בכנסת ה-24.
9. רק לאחרונה היועצת המשפטית לוועדת כנסת, עו"ד ארבל אסטרן, ציינה בדיון בוועדת הכנסת מיום 4.1.2022, כי **"יש כאן פירצה של השימוש בסעיף"**.<sup>5</sup>
10. כידוע, תקנון הכנסת משמש "מורה נבוכים" לחברי הכנסת, והוא מסדיר, בין היתר, את הליכי החקיקה – **"על-מנת שיתקבל 'חוק', יש לקיים את הוראות התקנון באשר להליכי החקיקה"**.<sup>6</sup> השימוש הנרחב במקיימת הכנסת בשימוש בסעיף 98 לתקנון, פוגעת בקיום הליך החקיקה הנאות.
11. **לעמדת התנועה, השימוש התכופ בהליכי חקיקה בשגרה, אף מהווה 'פגם היורד לשורש ההליך'.** הפסיקה ייחדה מושג זה ל"פגמים קשים ונדירים שיש בהם פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי".<sup>7</sup> בענייננו, הדרת האופוזיציה מהליך החקיקה שוב

<sup>5</sup> ועדת הכנסת "ועדת הכנסת אישרה סדרי דיון מיוחדים לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת" אתר הכנסת (4.1.2022) <https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/knesset/News/Pages/04012022.aspx>

<sup>6</sup> בג"ץ 975/89 nimrodi land development ltd נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154, פס" 4 לפסק הדין של השופט ברק (1991).

<sup>7</sup> בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, נט(2) 14, עמ' 41-42 (2004).



# התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

الحركة من أجل جودة السلطة في إسرائيل The Movement for Quality Government in Israel



ושוב והפגיעה באחד מהכלים המעטים שעומדים לרשותה, מקיימים דרישה זו ופוגעים בעקרון ההשתתפות עד כדי פגם היורד לשורשו של הליך החקיקה.

12. לא זו אף זו, השימוש התכוף והשגרתי שנעשה בסעיף 98 בכנסת ה-24 פוגע בעיקרון היסוד המובהק של הפרדת הרשויות, ולכן גם אינו חוקתי. השימוש בו, חוסם את האופוזיציה מאחד הכלים הפרלמנטריים העיקריים, הלגיטימיים והמקובלים שעומדים לרשותה כדי לפקח על הממשלה והליכי החקיקה במשכן. דה-פקטו כוחה המצומצם ממילא של האופוזיציה נפגע עוד יותר ואף חלה פגיעה משמעותית במרקם החיים הפרלמנטריים.

13. הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות מתגברת כאשר נעשה שימוש תכוף יותר בהגבלת האופוזיציה לסדרי הדין המיוחדים. ולכן, השימוש השגרתי בסעיף 98 כפי שנעשה בכנסת ה-24 הוא סימפטום נוסף למערכת היחסים הבעייתית בה הממשלה כובלת את שיקול דעתה של הכנסת.

14. הנה כי כן, השימוש התכוף שעושה הכנסת בסעיף 98 לתקנון – שימוש אשר צריך להיות שמור רק למקרים חריגים וקיצוניים – פוגע במעמדה של הכנסת והאופוזיציה; בעקרון הפרדת הרשויות; ופוגם בצורה משמעותית בהליך החקיקה, עד לכדי פגם היורד לשורש ההליך.

15. אשר על כן, ולאור החשיבות הרבה שבדבר, אנו פונים אליכם כאמור בדרישה לעצור את השימוש שהכנסת עושה בסעיף 98 לתקנון הכנסת.

16. לתשובתכם המהירה נודה.

בכבוד רב,

רועי אשכנזי

מתמחה מחלקת מדיניות וחקיקה

הידי נגב, עו"ד

מנהל מחלקת מדיניות וחקיקה

העתק:

חה"כ בנימין נתניהו, יו"ר האופוזיציה.

עו"ד שגית אפיק, היועצת המשפטית לכנסת.

עו"ד ארבל ארסטחן, היועצת המשפטית לוועדת הכנסת.



**הכנסת  
הלשכה המשפטית**

2023-049459

ירושלים, 19 במרץ 2023

כ"ו באדר התשפ"ג

לכבוד

עו"ד הידי נגב, מנהל מחלקת מדיניות וחקיקה  
רועי אשכנזי, מתנדב במחלקת מדיניות וחקיקה  
התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

שלום רב,

**הנדון: שימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת**

סמך: מכתבכם מיום 6.3.2023

בפנייתכם שבסמך אתם מבקשים "לעצור לאלתר את השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת" בטענה כי השימוש בו אינו חוקתי, מהווה פגם היורד לשורש הליך החקיקה ופוגע במעמד הכנסת והאופוזיציה בפרט.

אבקש להשיבכם כי העמדה של הייעוץ המשפטי לכנסת היא כי ראוי שוועדת הכנסת תימנע משימוש תכוף בסעיף 98 לתקנון, אף שלדעתנו אין הוא שמור רק ל"מקרים חריגים וקיצוניים במיוחד", כטענתכם. ככלל על הכנסת להתנהל לפי "כללי המשחק" שנקבעו בתקנון מראש ולא אגב כנסת מסוימת או חקיקה מסוימת.

סעיף 98 נועד לאזן בין הצורך לאפשר לכנסת לחוקק בהחלטה של רוב חבריה, לבין הרצון של המתנגדים לחקיקה לסכלה או לעכבה באופן ניכר, באמצעות צירוף של הסתייגויות במספרים גדולים על ידי כל חברי האופוזיציה או מרביתם. נקודת האיזון אינה פשוטה והיא נבחנת בכל מקרה לגופו, תוך התייחסות לפרמטרים שונים, ובהם היקף החקיקה, מורכבותה ואופייה הקונטרוברסלי, משך הדיון הפוטנציאלי לאור מספר ההסתייגויות והמסתייגים, ודחיפותה האובייקטיבית של החקיקה (למשל בהקשר של הוראות שעה שפוקעות או חקיקה שתכליתה כינון הממשלה). זאת ועוד, השימוש בסעיף 98 אינו אחיד, וישנם מקרים שבהם נעשה מה שמכונה "שימוש רך", למשל כאשר סדרי הדיון המיוחדים כוללים רק הגבלה על מספר ההצבעות השמיות ללא הגבלה על זמני הדיבור וללא קביעה מראש של שעת ההצבעה. לעתים "שימוש רך" מגיע גם אחרי שיח בין סיעות הכנסת.

תקנון הכנסת הפקיד את ההחלטה להפעיל את סעיף 98 בידי ועדת הכנסת, המייצגת את רוב סיעות הבית ואמונה על סדריו. ההחלטה בעניין זה נתונה לשיקול דעת חברי הוועדה תוך התחשבות בשיקולים שלעיל ובשיקולים נוספים, לרבות הסכמות פוליטיות בין חברי הכנסת והסיעות, אם ישנן. הסכמות אלה מתרחשות בשגרה במשכן הכנסת ומעצבות את סדר היום הפרלמנטרי.

אכן, בשתי הכנסות האחרונות גבר השימוש בסעיף 98 לתקנון. ואולם, יש לזכור כי הדבר נעשה על רקע שינויים נוספים שנגעו להתנהלות הכנסת וחבריה. כך למשל, בעוד שבעבר הצעות חוק רבות היו מובאות לקריאה השנייה ללא הסתייגויות והיה מקובל לקיים פיליבסטר בעיקר בעניינים שנויים במחלוקת, בכנסות האחרונות כמעט לכל הצעת חוק מצורפות הסתייגויות, וכאשר אלה נחתמות באופן אוטומטי על ידי כל חברי האופוזיציה הדבר מאפשר עשרות ומאות שעות דיבור במליאה (לפי חישוב של 5 דקות דיבור לכל מסתייג על כל הסתייגות). בנוסף, בעוד שבעבר הקואליציה והאופוזיציה הצליחו להגיע להסכמות בדבר זמני הדיבור במליאה, בכנסות האחרונות קשה יותר להגיע להסכמות מסוג זה מסיבות המצויות במישור הפוליטי.

עיון בהחלטות שהתקבלו בכנסת הנוכחית בקשר ל-11 חוקים, כפי שצינתם במכתבכם, מעלה כי שמונה מהם היו הוראות שעה שעמדו לפקוע ומטרת השימוש בסעיף היתה לקצר את זמני הדיבור כדי לאפשר את החקיקה לפני הפקיעה; במקרה נוסף הוגשו 899 הסתייגויות שהיו מאפשרות דיבור במשך 35 יממות ובמהלך הדיון בוועדת הכנסת נמשכו חלק מההסתייגויות כך שמשך ההנמקה המקסימלי המבוקש ע"י סיעות האופוזיציה ירד ל-29 שעות; ובשני מקרים נוספים סדרי הדיון המיוחדים כללו רק הגבלה על מספר ההצבעות השמיות ולא על משך הדיבור, דבר המהווה כאמור את השימוש "הרך" ביותר בסעיף 98 שאף מבטא לעיתים הסכמה מאחורי הקלעים בעניין מספר השעות וכיוצ"ב, גם אם לבסוף היא מעוגנת בהחלטה לפי סעיף 98.

לבסוף יצוין כי לצד החלטות אלה שאושרו בוועדת הכנסת, היו מקרים רבים נוספים שבהם למרות הגשתן של הסתייגויות מרובות, ועדת הכנסת לא עשתה שימוש בסעיף 98 וההצעות נדונו לפי סדרי הדיון הרגילים, והיו גם מקרים שבהם הקואליציה ביקשה לעשות שימוש בסעיף 98 ובעקבות התערבות של הייעוץ המשפטי לכנסת הדבר לא נעשה, או שנעשה "שימוש רך" באופן שתואר לעיל, וזאת על רקע העמדה בדבר הצורך לפעול בהתאם להוראות התקנון הרגילות ותוך ניסיון להידברות בין הקואליציה והאופוזיציה.

בברכה,

א.א. סוקרמן

ארבל אסטרון

היועצת המשפטית לוועדת הכנסת

העתק:

חה"כ אמיר אוחנה, יו"ר הכנסת  
חה"כ אופיר כץ, יו"ר הקואליציה ויו"ר ועדת הכנסת  
עו"ד שגית אפיק, היועצת המשפטית לכנסת



29 מרץ 2023, ז' ניסן תשפ"ג

לכבוד

חה"כ אמיר אוחנה	חה"כ אופיר כץ	עו"ד שגית אפיק
יו"ר הכנסת	יו"ר ועדת הכנסת	היועצת המשפטית לכנסת
משכן הכנסת	משכן הכנסת	משכן הכנסת
ירושלים	ירושלים	ירושלים

- דחוף -

שלום רב,

## הנדון: בקשה דחופה לעצירת השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת - תזכורת

**סימוכין:** מכתבינו אל יו"ר הכנסת, יו"ר ועדת הכנסת ואל הייעוץ המשפטי לכנסת מיום 3.5.2022 ומיום 6.3.2023; מענה מטעם הייעוץ המשפטי לכנסת מיום 19.3.2023.

בשם התנועה למען איכות השלטון בישראל, ע"ר, (להלן: "התנועה"), הרינו מתכבדים לפנות אליכם כלהלן:

1. ביום 6.3.2023 פנינו אליכם במכתבנו שבסימוכין, לאור השימוש התכוף שעושה הכנסת ה-25 – **תחת ניהולם** – בסעיף 98 לתקנון הכנסת, אשר השימוש בו שמור למקרי קיצון חריגים ביותר, וביקשנו לעצור את השימוש בסעיף תקנוני זה בוועדת הכנסת לאלתר, ולהותיר אותו רק להצעות החוק על תקציב המדינה.

2. כידוע, הוראות סעיף 98 לתקנון הכנסת קובעות, כי:

"בדיון בהצעת חוק תקציב המדינה ובמקרים אחרים **יוצאים מן הכלל**, רשאית ועדת הכנסת לקבוע סדרי דיון מיוחדים, לרבות קביעת מסגרת הדיון וזמני הדיבור".

3. במכתבנו שבסימוכין הבהרנו, כי השימוש בסעיף זה, אשר מגביל את הכנסת ומשנה את סדרי עבודתה, נועד בראש ובראשונה למקרים חריגים במיוחד וקיצונים, כאלה הנחשבים "יוצאים מן הכלל". לפי לשון הסעיף, **מדובר רק במקרים הדומים במהותם וחשיבותם להצעת חוק תקציב המדינה – חקיקה מורכבת וחשובה במיוחד אשר במידה ולא תעבור עד מועד מסויים הממשלה תיפול**.

4. בנוסף עמדנו על כך, שהשימוש בסעיף 98 לתקנון קבוע סדרי דיון חריגים ומיוחדים ודורס ברגל גסה את הליך החקיקה הנאות ומונע מחברי האופוזיציה לעלות הסתייגויות ואף מהציבור בכלל להשתתף.

5. במענה מטעם הייעוץ המשפטי לכנסת שבסימוכין, השבתם "כי העמדה של הייעוץ המשפטי לכנסת היא כי ראוי שוועדת הכנסת תימנע משימוש תכוף בסעיף 98 לתקנון, אף שלדעתנו אין הוא שמור רק ל"מקרים חריגים וקיצוניים במיוחד" [...]. אכן, בשתי הכנסות האחרונות גבר השימוש בסעיף 98 לתקנון. ואולם, יש לזכור כי הדבר נעשה על רקע שינויים נוספים שנגעו להתנהלות הכנסת וחבריה".

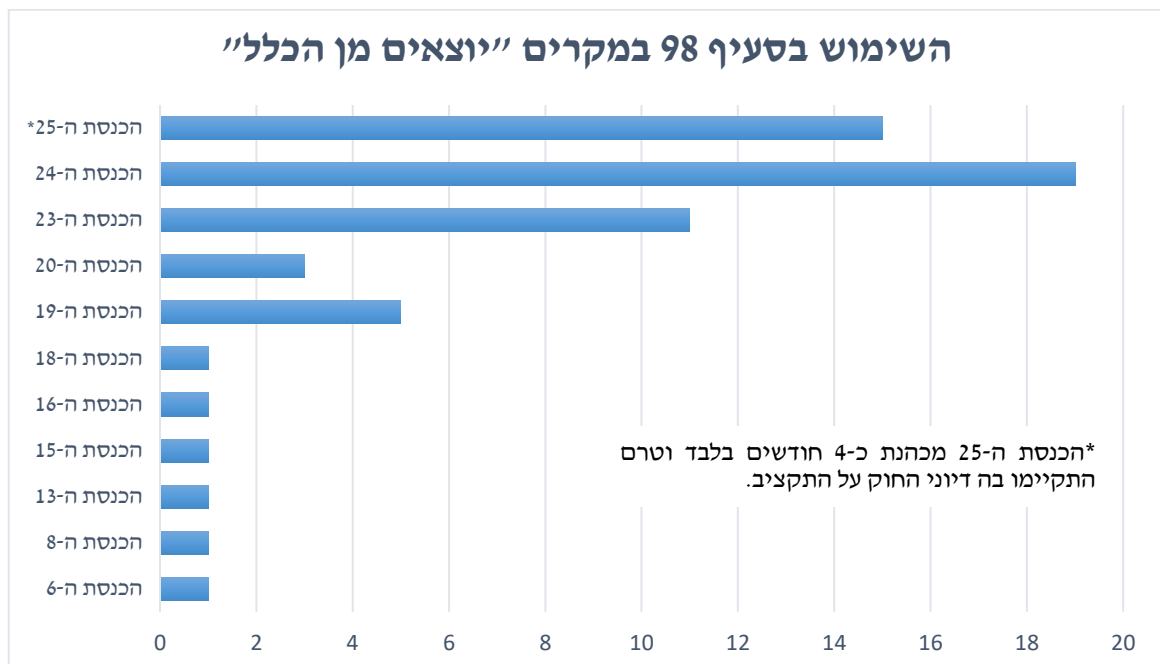
6. כמו כן, הוספתם במענה מטעמכם שבסימוכין, כי "עיון בהחלטות שהתקבלו בכנסת הנוכחית בקשר ל-11 חוקים, כפי שצייתם במכתבכם, מעלה כי שמונה מהם היו הוראות שעה שעמדו לפקוע ומטרת השימוש בסעיף היתה לקצר את זמני הדיבור כדי לאפשר את החקיקה לפני הפקיעה".

7. והנה, עוד זה מדבר וזה בא, ומאז מכתבנו האחרון, החליטה ועדת הכנסת על שימוש נוסף בלא פחות מארבע הצעות חוק נוספות.<sup>1</sup> שרובן אינן כלל וכלל "הוראות שעה שעמדו לפקוע" – אלא ביניהן, אף חקיקת יסוד המשנה את הבסיס המשטרי ומצויה בלב המאבקים החברתיים הגדולים ביותר במדינה.

<sup>1</sup> הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 105) (הוראות לעניין הוועדה לבחירת שופטים), התשפ"ג-2023; הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3); הצעת חוק יישום ההתנתקות, (תיקון מס' 7), התשפ"ג-2023; הצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי (תיקון מס' 4 - הוראת שעה - נגיף הקורונה החדש)(תיקון), התשפ"ג-2023.



8. עד לא מזמן, הכנסת אכן נהגה לקבוע סדרי דיון מיוחדים **רק** במקרים נדירים ובודדים ושמרה על השימוש בסעיף זה כ"חריג" ומוצא אחרון בלבד. מחקר שנערך על ידי "מרכז המחקר והמידע" של הכנסת העלה כי החל מהכנסת ה-6, במהלכה אושר סעיף 98 בתקנון הכנסת ועד לכנסת ה-22 (כולל), השתמשו בסעיף ב-14 הצעות חוק בלבד.<sup>2</sup> ישנן אף כנסות בהן לא נעשה שימוש בסעיף כלל.
9. לעומת זאת, בכנסת ה-23, בה מרבית ממפלגות הקואליציה הנוכחית כיהנו גם אז בקואליציה, הסכר החל להיפתח והשימוש בסעיף 98 אושר ב-11 הצעות חוק שונות. על אף מכתבנו שבסימוכין, שם דרשנו לעצור את השימוש התכוף, בכנסת ה-24 הסכר נפרץ לחלוטין ואושרו סדרי דיון מיוחדים ב-19 (!) הצעות חוק, וזאת על אף שמילאה פחות משנתיים בסך הכל.<sup>3</sup>
10. והנה, מגמת הדריסה של הליך החקיקה הנאות ממשיכה ביתר שאת, גם בכנסת ה-25 ותחת ניהולכם. כך, בתקופת זמן קצרה ביותר של כארבעה חודשים בלבד, השימוש בסעיף 98 אושר כבר ב-15 הצעות חוק שונות (!).
11. לעניין זה, ראו תרשים המתאר את השימוש שנעשה לאורך השנים בקביעת סדרי דיון מיוחדים והגבלת דיוני הכנסת לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת:<sup>4</sup>



12. הנה כי כן, השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת – המאפשר לקואליציה ולממשלה, הלכה למעשה, לדרוס ברגל גסה, את אפשרות האופוזיציה בכנסת לקיים דיוני הסתייגויות ופיליבסטר למהלכי חקיקה

<sup>2</sup> נציין שחלו שינויים במספר הסעיף בתקנון הכנסת לאורך השנים; הכנסות ה-21 וה-22 לא כיהנו בפועל והן אינן משקפות את המצב הקיים.

<sup>3</sup> אוריאה אלמסי "החלת סעיף 98 לתקנון הכנסת בנימוק של 'מקרים היוצאים מן הכלל', בכנסות: ה-19, ה-20, ה-23 וה-24 (עד 4.1.2022)" מרכז מחקר ומידע, עמ' 7-10 (כנסת, 31.1.2022); אוריאה אלמסי "השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת שכותרתו: 'סדרי דיון מיוחדים' בנימוק של 'מקרים יוצאים מן הכלל'" מרכז מחקר ומידע, עמ' 4-5 (כנסת, 27.7.2020).

<sup>4</sup> התרשים בוחן את השימוש שנעשה בסעיף 98 לתקנון הכנסת רק ב"מקרים יוצאים מן הכלל", ולא מתחשב בשימוש בו בנוגע לחוק התקציב.



שונים, ושמור למקרים חריגים וקיצוניים במיוחד, הפך לדבר שבשגרה בכנסת ה-25 – אשר מכהנת רק שלוש חודשים בלבד, וכבר ניתן לציין שהכנסת הנוכחית עתידה בקרוב מאוד להיות שיאנית השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת (כאשר הדיונים על חוקי התקציב אף טרם התקיימו בה).

13. לעמדת התנועה, השימוש בסעיף 98 בהליכי חקיקה, שנעשה בשגרה, אף מהווה 'פגם היורד לשורש ההליך' בשל הפגיעה בעקרון ההשתתפות. פסיקת בית המשפט העליון ייחדה מושג זה, ל'פגמים קשים ונדירים שיש בהם פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי'.<sup>5</sup> בענייננו, הפגיעה בהליך החקיקה הנאות ובהצעת הסתייגויות, אחד מהכלים הפרלמנטריים המעטים שעומדים לרשותה של האופוזיציה, מובילה לפגיעה חמורה בעקרון ההשתתפות של חברי הכנסת, המגיעה עד כדי פגם היורד לשורשו של הליך החקיקה.

14. לא זו אף זו, השימוש התכוף והשגרתי שנעשה בסעיף 98 בכנסת פוגע בעיקרון היסוד המובהק של הפרדת הרשויות, ולכן הוא גם לא חוקתי. השימוש בסעיף חוסם את האופוזיציה מאחד הכלים הפרלמנטריים העיקריים, הלגיטימיים והמקובלים שעומדים לרשותה כדי לפקח על הממשלה והליכי החקיקה במשכן הכנסת. דה-פקטו כוחה המצומצם ממילא של האופוזיציה נפגע עוד יותר עקב השימוש התכוף בסעיף 98 לתקנון. תופעה זו גם מובילה לפגיעה משמעותית במרקם החיים הפרלמנטריים בין חברי הקואליציה והאופוזיציה.

15. הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות מתגברת כאשר נעשה שימוש תכוף יותר בהגבלת האופוזיציה לסדרי הדיון המיוחדים. ולכן, השימוש השגרתי בסעיף 98 כפי שנעשה בכנסת ה-25 הוא סימפטום נוסף למערכת היחסים הבעייתית בה הממשלה כובלת את שיקול דעתה של הכנסת ושולטת בה.

16. הנה כי כן, הכנסת ה-25 המשיכה לאחרונה לעשות שימוש בוטה בסעיף 98 לתקנון – שימוש אשר צריך להיות שמור רק למקרים חריגים וקיצוניים – פוגע במעמדה של הכנסת והאופוזיציה; בעקרון הפרדת הרשויות; ופוגם בצורה משמעותית בהליך החקיקה, עד לכדי פגם היורד לשורש ההליך.

17. אשר על כן, ולאור החשיבות הרבה שבדבר, אנו פונים אליכם כאמור בדרישה לעצור לאלתר את השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת.

18. לנוכח חשיבותו הציבורית הרבה של העניין, נודה לקבלת עמדתכם בהקדם, על מנת שנוכל לבחון את המשך נקיטת צעדינו בקשר עם הנושא שבנדון, ולרבות המשפטיים.

כבוד רב,

רועי אשכנזי

מתנדב במחלקת מדיניות וחקיקה

הידי נגב, עו"ד

מנהל מחלקת מדיניות וחקיקה

העתק:

עו"ד ארבל אסטרון, היועצת המשפטית לוועדת הכנסת.

<sup>5</sup> בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, נט(2) 14, עמ' 41-42 (2004).  
רח' יפו 208, ירושלים 9438303 \* מען למכתבים: ת.ד. 36504 ירושלים 9136001 \* טל: 02-5000073 פקס: 02-5000076  
شارع يافا 208، القدس 9438303 \* العنوان للرسائل: ص. ب. 36504، القدس 9136001 \* هاتف: 02-5000073 \* فاكس: 02-5000076  
208 Jaffa St., Jerusalem \* Mailing Address: P.O.B 36504 Jerusalem 9136001 \* Tel: 02-5000073 \* Fax: 02-5000076  
E-mail: office@mqg.org.il \* Web Site: www.mqg.org.il



**הכנסת  
היועצת המשפטית לכנסת**

(סימוכין : 2023-051865)  
ירושלים, י"ג בניסן התשפ"ג  
04 באפריל 2023

לכבוד

עו"ד הידי נגב, מנהל מחלקת מדיניות וחקיקה  
רועי אשכנזי, מתנדב במחלקת מדיניות וחקיקה  
התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר)

נכבדיי שלום רב,

**הנדון: בקשתכם לעצירת השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת**

סימוכין: מכתבכם מיום 6.3.2023 ומיום 29.3.2023; תשובתה של היועצת המשפטית לוועדת הכנסת מיום 19.3.2023

במכתבכם שבסימוכין הלנתם כי השימוש שעושה הכנסת בסעיף 98 לתקנון הכנסת מהווה פגם היורד לשורש הליך החקיקה ופוגע במעמד הכנסת והאופוזיציה בפרט, ולפיכך ביקשתם לעצור לאלתר את השימוש בו. אבקש להשיבכם כדלקמן:

1. כידוע לך, ועדת הכנסת, המייצגת את רוב סיעות הבית ואמונה על סדריו, רשאית, בהתאם לסעיף 98 לתקנון הכנסת, לקבוע סדרי דיון מיוחדים בדיון בהצעת חוק התקציב ובמקרים אחרים יוצאים מן הכלל. במסגרת החלטה לפי הסעיף כאמור ניתן לקבוע מגבלות שונות שעניינן סדרי הדיון, ובכלל זה את מסגרת הדיון, זמני הדיבור וכן שעת הצבעה.
2. בענין סדרי הדיון במליאת הכנסת מובן כי ישנו מתח מובנה בין מתן אפשרות למתנגדים לחקיקה להביע התנגדותם באמצעות הכלים הפרלמנטריים הנתונים בידיהם, ובכלל זה באמצעות הגשת הסתייגויות שיסכלו או יעכבו את החקיקה, לבין אפשרותו של רוב בכנסת לחוקק, אם רצונו בכך. החלטת ועדת הכנסת על קביעת סדרי דיון מיוחדים בהתאם לסעיף 98 לתקנון נבחנת בכל מקרה ומקרה ותוך התייחסות לפרמטרים השונים שפורטו בתשובת היועצת המשפטית לוועדת הכנסת שבסימוכין, ובהם מאפייני החקיקה ובמסגרת זו היקפה, מורכבותה, דחיפותה ואופייה השנוי במחלוקת; ומאפייני הליך החקיקה ובפרט משך הדיון הצפוי לאור מספר בקשות רשות הדיבור, ההסתייגויות והמסתייגים.
3. כאמור בתשובתנו שבסימוכין, עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת היא כי ראוי שוועדת הכנסת תימנע משימוש תכוף בסעיף 98 לתקנון וכי ככלל על הכנסת להתנהל לפי סדרי הדיון שנקבעו בתקנון מראש ולא אגב כנסת או חקיקה מסוימת.
4. לענין התייחסותך להחלטות ועדת הכנסת בדבר קביעת סדרי דיון מיוחדים לפי סעיף 98 לתקנון לדיון בהצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 105) (הוראות לענין הוועדה לבחירת שופטים), התשפ"ג-2023 ובהצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), שהתקבלו ביום 27.3.2023, לתשומת לבך כי בהמשך גם לעמדתנו בענין זה, ביום 30.3.2023, ועדת הכנסת ביטלה את החלטתה בענין סדרי דיון, ואתה מופנה לפרוטוקול הוועדה בענין זה.

5. ההחלטה ביחס להצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי (תיקון מס' 4 – הוראת שעה – נגיף קורונה החדש) (תיקון), התשפ"ג-2023 (מ/1601) מיום 20.3.2023 התקבלה על רקע הצורך בהארכת הוראת תוקף של הוראת שעה שפקעה ביום 17.3.2023, וההחלטה ביחס להצעת חוק יישום תוכנית ההתנתקות (תיקון מס' 7), התשפ"ג-2023 (כ/951) מיום 20.3.2023 עסקה במתן פטור מחובת המתנה לפי סעיף 88(ב) לתקנון הכנסת. בענין החלטה זו נעשתה מגבלה של מספר ההצבעות השמיות בלבד, שאנו רואים בה שימוש רך מאוד בסעיף 98. זאת, על רקע הנסיבות בהן להצעת החוק בת ה-3 סעיפים הוגשו הסתייגויות וכן בקשות רשות דיבור על ידי סיעות שלמות, שהקנו זמן דיבור של כ-14 שעות וכ-11 הצבעות בקריאות השנייה והשלישית. מכאן שלא היתה, לא מגבלת זמן ולא כל מגבלה אחרת, למעט המגבלה על מספר הצבעות שמיות לאופוזיציה ולקואליציה כאחד.

6. מכאן שמתוך שתיים עשרה החלטות על סדרי דיון מיוחדים לפי סעיף 98 לתקנון שהתקבלו בכנסת ה-25 ונכנסו לתוקף, תשע החלטות הוחלו על תיקוני חקיקה שהיוו הוראות שעה בהן הייתה דחיפות בקידום החקיקה; במקרה אחד נוסף הוגשו 899 הסתייגויות שהיו מאפשרות זמן דיבור של כ-35 יממות (במהלך הדיון בוועדת הכנסת נמשכו חלק מההסתייגויות כך שמשך ההנמקה המקסימלי ירד ל-29 שעות); וב-3 החלטות הנוספות נעשה שימוש של מגבלה רכה על הצבעות שמיות לאופוזיציה ולקואליציה כאחד בלבד, ושהוא לעתים מבטא גם הסכמה מאחורי הקלעים בין חברי הכנסת.

7. נוכח האמור לעיל, עמדתי היא כי בכנסת ה-25, נכון להיום, לא ניתן לטעון כי יש בשימוש שנעשה בסעיף 98 לתקנון משום פגם היורד לשורש ההליך בשל פגיעה בעקרון ההשתתפות או משום פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, כאמור במכתבכם.

בכבוד רב,



שגית אפיק

העתק:

חבר הכנסת אמיר אוחנה, יושב ראש הכנסת  
חבר הכנסת אופיר כץ, יושב ראש הקואליציה ויושב ראש ועדת הכנסת  
עו"ד ארבל אסטרון, היועצת המשפטית לוועדת הכנסת  
עו"ד אייל לב ארי, היועץ המשפטי למליאת הכנסת