



חוות דעת בעניין ביטול הביקורת השיפוטית על החלטות ממשלה ושרים בעילת אי-הסבירות

מבוא

ביום 12.9.2023 התכנסו 15 שופטי העליון בהרכב מורחב היסטורי, לדיון בעתירות שהוגשו בעניין התיקון השלישי לחוק-יסוד: השפיטה, שעניינו ביטול הביקורת השיפוטית על הממשלה והשרים בעילת הסבירות. בתום שלוש עשרה שעות וחצי, נדמה שאין מחלוקת על כך שזהו אירוע היסטורי ובמובנים רבים עתידה של הדמוקרטיה של מדינת ישראל מונח על כתפיי שופטי בית המשפט העליון.

כפי שעלה מן הדיון, ממשלת ישראל וחברי הקואליציה בכנסת, מקדמים תפיסה מסוכנת וצרה לפיה דמוקרטיה משמעה עקרון הכרעת הרוב בלבד. מבחינת גורמים אלו, כל האמצעים כשרים על מנת לעגן ולהגדיל עד אין סוף את כוחו של הרוב, ללא התחשבות בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים ויסודיים כמו עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק. מבחינת הכנסת, כפי שלמדנו מדברי ח"כ שמחה רוטמן, יו"ר ועדת חוק חוקה ומשפט, בדיון בבית המשפט העליון – הדין בישראל הוא כל מה שיוצא תחת ידה של הכנסת והדין הוא הציבור באמצעות נבחריו בכנסת. יוצא, אפוא, שכנסת ישראל, הנשלטת בפועל בידי הממשלה (למעשה על ידי ראשי הסיעות בקואליציה) מיועדת להיות רשות העל שהיא כל יכולה, ולפיכך עקרון הגבלת הכוח השלטוני באמצעות הפרדת הרשויות (איזונים ובלמים) יהפוך לאות מתה.

המהלך שמתרחש כיום בישראל אינו זר לתהליכים היסטוריים שהתרחשו במדינות שונות בעבר הרחוק, וגם בעשורים האחרונים. המשפט המשווה מלמד כי השימוש בכלים דמוקרטיים וחוקתיים להשגת מטרות אנטי-דמוקרטיות מופעל באופן איטי ומדוד, שלב אחר שלב. מסקירת מגמות בעולם עולה כי פגיעה בבית המשפט, צמצום או נטרול הביקורת השיפוטית מהווים צעד ראשוני ומשמעותי במניעת ביקורת על התנהלות השלטון. הממשלות בפולין ובהונגריה למשל, לאחר ביסוס ההשתלטות על מערכת המשפט, פעלו גם נגד התקשורת, האקדמיה וארגוני החברה האזרחית, מהלך שהיה קל יותר לאחר שבית המשפט "נוטרל".

אמיר אלשטיין יו"ר הוועד המנהל

הנשיא העשירי ראובן ריבלין
יו"ר של כבוד

יוחנן פלסנר
נשיא

ברנרד מרכוס
יו"ר בינלאומי

חברי הוועד המנהל

עוזר לראש אהרונוסון
אלי גרוני
פרופ' וד נויצקי-סרוסי
ד"ר חן ליכטנשטיין
מול מועלם
שגיר לשעבר שלי מרידור
פרופ' פאדיה נאסר אבו-אלהיג'א
עוזר אבי מישר
ד"ר מיכל צור
יוסי קוצניץ

המועצה הבינלאומית

פרופ' רונלד דניאלס, יו"ר
השופטת רוזלי סילברמן אבלה, קנדה
אליזא אברמס, ארה"ב
שגיר לשעבר מרטין אינדיק, ארה"ב
או אמלנבאום, ארה"ב
פרופ' ורונן בוגזנה, 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 וולצ, ארה"ב
פרופ' רוברט מונקין, ארה"ב
פרופ' כריסטוף מרקוסי, גרמניה
השופט אברהם סופר, ארה"ב
ברט טפטנס, 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 ג'סיץ, פרט, אסטרטגיה

עמיתים בכירים

פרופ' איסמעיל אבו סעד
פרופ' תמר הרמן
פרופ' נתן זוסמן (אורח)
פרופ' עמית בן
פרופ' יותם מרגלית
פרופ' דניאל סטטמן
פרופ' בני פורת
פרופ' יובל פלדמן
פרופ' מרדכי קרמיצר
פרופ' גדעון דהט
ד"ר תהילה שורץ אלטשולר
פרופ' יובל שני

מייסדים

ד"ר אריק ברמון
מזכיר המדינה ג'ורג' שולץ (1920-2021)

גם בישראל החלו צעדים דומים לאלו, אלא שהם ננקטים בקצב מהיר ומקביל ולא רק באמצעות חקיקה. למשל, ניסיונו של שר החינוך יואב קיש להדיח את רקטור הספרייה הלאומית והניסיון שלו לפוליטיזציה של המועצה להשכלה הגבוהה; הרפורמה המוצעת בערוצי התקשורת מטעם השר קרעי (שכוללת בין היתר הקמת גוף רגולטורי במקומה של הרשות השנייה ומועצת הכבלים); הקמת המשמר הלאומי (שלו סמכויות מקבילות לגופי משטרה וצבא), ככל הנראה תחת השר לביטחון לאומי איתמר בן גביר; העברת סמכויות המנהל האזרחי בשטחים משר הביטחון יואב גלנט לשר האוצר בצלאל סמוטריץ'; הצעות החוק להרחבת סמכויות בתי הדין הדתיים אשר עברה זה מכבר בקריאה טרומית; הצעת החוק לתיקון פקודת המס (מיסוי תרומה מישות מדינית זרה) – שנועדה להקשות על ארגוני חברה אזרחית לגייס תרומות מחו"ל. נדמה, אפוא, כי אלו הן, "סנוניות" ראשונות בלבד.

בישראל, מנגנוני הבקרה על הרשות המבצעת חלשים במיוחד. קיים הליך חוקתי גמיש (מדי) בו רוב רגיל של חברי הכנסת יכול לחוקק כל חוק-יסוד. קיימת דומיננטיות של הרשות המבצעת בהליך החקיקה. אין בנמצא כלים נוספים לביזור כוח שלטוני הקיימים המדינות אחרות. בהינתן אלו ובצירוף אינטרסים פוליטיים קצרי-טווח, המאפיינים מערכת פוליטית שיש בה סקטוריאליזם חזקה ובהיעדר איזונים-ובלמים פוליטיים אחרים, נראה כי הרשות השופטת היא הרשות העיקרית, אולי אף היחידה, שיש ביכולתה לאזן את כוחו של הרוב הפוליטי בכנסת. לפיכך, יש לבחון בזהירות יתר שינויים המצמצמים את יכולתו של בית המשפט לבקר את השלטון, כגון התיקון בעניינינו.

השתלטות על בית המשפט בצד צמצום סמכות הביקורת החוקתית היוו נקודות ציון חשובות בשחיקה הדמוקרטית בעולם. לפיכך, בחינת הניסיון להחלשת כוחו של בית המשפט באמצעות ביטול עילת הסבירות צריכה להיעשות במבט רחב, במצטבר, באופן שאינו מנותק מההקשר של "הרפורמה" ומטרותיה, תוך התחשבות בכשלים הקיימים במנגנוני האיזון והריסון.

עילת הסבירות בישראל היא כלי עבודה הכרחי לפיקוח אפקטיבי מינימלי על פעילות הממשלה. ביטולה יותיר את הציבוריות הישראלית במציאות בה יש לכאורה דין, אך אין דיין. יש חובת סבירות אך אין ביכולתו של בית המשפט ליתן סעד בגין הפרתה. אין מענה למינויים לא ראויים ולא מקצועיים, להדחה של עובדי ציבורי הנאמנים לשלטון החוק, להחלטות ביצועיות שלגביהן לא נעשתה עבודת מטה, או למקרים של אי התחשבות אמיתית בזכויות יסוד או בשיקולים של טובת הציבור כגון איכות סביבה ובריאות הציבור, או אף לצורך להגביל ממשלת מעבר, כך שלא תוכל להשתמש לרעה בכוחה. כל החלטות אלה לא יהיו כפופות עוד לביקורת שיפוטית. האזרח ימצא עצמו מול שוקת

שבורה וללא גישה לערכאה כלשהי שתוכל לדון בטענותיו. בכך נפגע באופן קשה עקרון הפרדת הרשויות. המשמעות היא שבנוגע להחלטות רבות של השלטון, השלטון יהיה בלתי מוגבל ויוכל לנהוג בשרירות.

התיקון לחוק יסוד: השפיטה מצמצם 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.

בחוות דעת זו ניתחנו את משמעויותיו של תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, אשר ביטל את סמכות בתי המשפט להתערב בהחלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים, בגין עילת הסבירות, ובחנו את חוקתיותו. כל זאת, תוך שימת לב להליך המתנהל בבית המשפט העליון בימים אלו.

הפרק הראשון עוסק בטענה בדבר העדר בשלות, שהועלתה על ידי הכנסת במסגרת הדיון בפני בג"ץ. בפרק השני נבחנים הפגמים בהליך החקיקה, במסגרתו ביקשנו להדגיש כי גם לשיטתם של הסוברים שאין במצבור הפגמים כדי להצדיק כשלעצמו את פסילת התיקון, הרי שיש ליתן משמעות להליך החקיקה ולפגמים שנפלו במסגרתו. הפרק השלישי סוקר את חשיבות עילת הסבירות והצורך שיש למשפט הישראלי ולעתיד הדמוקרטיה הישראלית, בהמשך תחולתה ביחס לממשלה ולשריה. הפרק הרביעי עוסק בביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד, במסגרתו נבקש לשכנע כי למרות שהרף לביטולו של חוק יסוד הוא רף גבוה ביותר, הרי שרף זה נחצה במקרה זה הן לפי עילת שימוש לרעה בסמכות הן לפי עילת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי. בפרק החמישי נסביר מדוע התיקון לביטול עילת הסבירות הוא רק "חלק אחד" מתמונה כוללת רחבה, דבר המטיל חובה מיוחדת על בית המשפט. זאת, בין היתר, על סמך חוות דעת של מומחים בינלאומיים למשפט חוקתי, אשר זהו הפרסום הראשון של חוות דעתם הקונקרטית לגבי המצב בישראל.

מסקנתנו חד משמעית: אף אם התיקון ייבחן כשלעצמו ולא כחלק ממכלול הצעות החוק, החלטות הממשלה וכן ללא קשר להפיכה המשטרית (ה"רפורמה") אותה הציע שר המשפטים בינואר 2023 – תיקון זה דינו להתבטל על פי המבחנים שנקבעו בפסיקה לבחינת חוקתיותו של חוק יסוד.

ראשי פרקים

1. הערה על הטענה להעדר בשלות.....6
2. פגמים בהליך החקיקה.....11
 - א. הרקע להליך של התיקון לביטול עילת הסבירות.....11
 - ב. תמצית התשתית העובדתית של הליך החקיקה בתיקון לביטול עילת הסבירות.....13
 - ג. התערבות בית המשפט בהליכי חקיקה – רקע.....19
 - ד. התערבות בית המשפט בהליך חקיקת חוקי יסוד.....21
 - ה. הפגמים בהליך חקיקת התיקון לחוק יסוד : השפיטה.....25
 - (1) פגם ראשון – התיקון בוצע תוך פגיעה בעקרון ההשתתפות האפקטיבית.....25
 - (2) פגם שני – עקיפת עמדת היעוץ המשפטי לממשלה ולכנסת.....28
 - (3) פגם שלישי – אי עמידה בתנאי סעיף 80 לתקנון הכנסת, בניגוד להנחיית היועצת המשפטית של הכנסת.....31
 - (4) פגם רביעי – ניצול לרעה של סמכות היו"ר ופגיעה בעקרון השוויון הפורמלי ..32
 - (5) פגם חמישי – עקיפת הייעוץ המשפטי ומגבלות הפרוצדורה בשל מניע פוליטי צר.....35
 - ו. סיכום הפגמים בהליך החקיקה.....36
3. על חשיבותה של עילת הסבירות.....38
 - א. מבוא.....38
 - ב. על הפעלת הסמכות המינהלית.....41
 - ג. על חשיבותה של עילת הסבירות.....43
 - ד. ביטול של עילת הסבירות – השלכות רוחב.....50
 - (1) המישור הבינלאומי.....50
 - (2) הייעוץ המשפטי לממשלה כ"בלם פנימי".....51
 - ה. סיכום : על חיוניותה של עילת הסבירות.....52
4. הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.....54
 - א. גבולות הסמכות המכוננת.....54
 - ב. הדוקטרינות לביקורת שיפוטית על חוק יסוד.....59
 - ג. בחינת התיקון לחוק יסוד השפיטה לאור מבחני הפסיקה.....62
 - (1) התיקון פוגע בליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל.....62
 - (2) שימוש לרעה בסמכות המכוננת.....73



5. התיקון לביטול עילת הסבירות הוא רק חלק אחד מתמונה כוללת רחבה – דין משווה על דמוקרטיה בנסיגה.....	81
א. החלשה של מערכת המשפט באמצעות שינויים בבתי המשפט ובשופטים.....	85
ב. חוות דעת בשאלה של "בחירת התמונה הכוללת" במסגרת דיון שיפוטי ספציפי.....	92
ג. בחינת התיקון הקונקרטי בראי ההפיכה המשטרית כולה – מתחייבת כדי למנוע נסיגה דמוקרטית בישראל.....	97
6. סיכום.....	100
7. נספחים	
א. טבלת השוואה בין פולין והונגריה לבין הרפורמות המוצעות בישראל 2023.....	103
ב. חוות דעתה של פרופ' אריקה פרנז מיום 11.8.2023.....	111
ג. חוות דעתו של פרופ' ווצייק סאדורסקי מיום 16.8.2023.....	113
ד. חוות דעתו של פרופ' לך גריצקי מיום 15.8.2023.....	118

1. הערה על הטענה להעדר בשלות

ההבחנה הקיימת בין הביקורת השיפוטית על חוק לבין הביקורת השיפוטית על חוק יסוד, מקורה בדוקטרינת "שני הכובעים של הכנסת", כפי שזו באה לידי ביטוי בפרשת בנק המזרחי.¹ הבחנה זו שבין חוק לבין חוק יסוד וההפנמה של המהלך החוקתי, התקבלה גם על ידי הכנסת. כך למשל כותב ברק מדינה: "הפרקטיקה המקובלת בשנים האחרונות בכנסת היא כי יש לבחון את התאמתה של חקיקה מוצעת להוראות חוקי היסוד, מתוקף ההכרה בעליונות חוקי היסוד לעומת חקיקה "רגילה". הכנסת גם קיבלה בהסכמה ברורה את הכרעותיו של בית המשפט שבהן הוכרזה בטלותן של הוראות בחקיקה מחמת הפגיעה הנובעת מהן בהוראות חוקי היסוד".²

השוני בהפעלתה של הסמכות המכוננת לכינון ולתיקון של חוקי יסוד לעומת חקיקה רגילה, על אף שהליך החקיקה זהה לחלוטין, הוליד כמובן עליות שונות לביקורת שיפוטית: הביקורת השיפוטית על חקיקה רגילה, המבוססת בעיקרה על פגיעה שלא כדין בזכויות שבחוקי היסוד; וכן הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, הכוללת בישראל את העילה של "תיקון לא חוקתי לחוקה" ואת העילה של "שימוש לרעה בחוק יסוד". אולי דווקא העובדה שחוק יסוד: החקיקה טרם נחקק ועל כן הליך החקיקה של חוק יסוד מבטא "פוליטיקה של יום יום" ולא "פוליטיקה חוקתית" כפי שצריך היה לראות, היא זו שהובילה לפיתוחה של העילה של "שימוש לרעה בסמכות המכוננת". יוער כי פיתוח עילה זו אינו מבטל את האפשרות המקבילה לביקורת שיפוטית פרוצדוראלית, הן בשל אי עמידה בדרישות השיריון והן בשל פגם בהליך החקיקה של חוק היסוד.³

במסגרת העתירות שהוגשו כנגד התיקון נשוא דיוננו, התעוררה שאלה בדבר בשלותן של העתירות. אולי – אין זה מפתיע. מקום שבו אין למשיבים תשובה טובה לעתירה גופה, יש פיתוח לדחות את הקץ על ידי טענת חוסר בשלות.

טענת הבשלות משמשת לא אחת לדחיית עתירות חוקתיות מקום בו בית המשפט סבור כי לא עמדה בפניו תשתית עובדתית מספקת לצורך דיון בעתירה. בהקשרנו, נשאלת השאלה האם יש להבחנה זו בין העיסוק השיפוטי בסמכות המכוננת מחד גיסא ובין הסמכות המחוקקת מאידך גיסא - השלכה גם על השימוש של בית המשפט בעילת הבשלות.

¹ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי).
² ברק מדינה, "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק", 399, 407 דין ודברים ג (תשס"ח).
³ השווה: בג"ץ 10042/16 צחי קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו), 6.8.17 (להלן: עניין קוונטינסקי).

גם אם ניתן להצדיק, ככלל, את הפעלתה של דוקטרינת הבשלות כדי להימנע מביקורת שיפוטית על חוק (ואיננו נוקטים עמדה בשאלה זו), עמדתנו היא כי – כעקרון – לא ניתן להיזקק לדוקטרינת הבשלות כאשר עסקינן בתיקון לחוק יסוד. הכלל חייב להיות כי תיקון לחוק יסוד, כמו תיקון לחוקה, הוא לעולם בשל.⁴ הוא מהווה "שינוי" של החוקה. שינוי של גבולותיה, היקפה ופריסתה. ועל כן, גם אם השינוי איננו בבחינת תיקון לא חוקתי לחוקה – הוא לעולם יהיה בשל לדיון בפני בית המשפט העליון.⁵ למיטב ידיעתנו, דוקטרינת העדר הבשלות מעולם לא הופעלה כאשר הובא בפני בית משפט עליון (בארה"ב, מקום הולדתה של הדוקטרינה או בבית דין חוקתי במקום אחר בעולם) – תיקון של החוקה.

בשנים האחרונות נידונו בבית המשפט העליון בישראל מספר תיקונים שנעשו לחוקי-יסוד, ואף חוקי-יסוד חדשים.

כך, למשל, נדרש בית המשפט לבחון תיקון שנעשה לחוק יסוד: הכנסת העוסק בהליך של הדחה של חבר כנסת.⁶ כנגד התיקון לחוק היסוד וכן כנגד התיקון לחוק הכנסת הוגשה עתירה לבג"ץ, שנדחתה פה אחד.⁷ בפסק הדין עסקו השופטים בעיקר בדוקטרינת הבשלות.

השופט מזוז כותב:⁸

"כלל היסוד בביקורת חוקתית הדורש נקיטת 'איפוק וריסון מרבי' מחייב לדעתי את המסקנה כי אין לצמצם כאמור את דוקטרינת הבשלות לכלל דיוני גרידא של העדר תשתית עובדתית קונקרטית מספקת לשם בירור והכרעה, אלא יש להוסיף לכך גם ממד מהותי באשר לצידוק ולהכרח לדון ולהכריע בשאלה החוקתית המועלית בפני בית המשפט בנקודת הזמן הנוכחית; זאת בהתחשב במכלול שיקולים הנוגעים למערכת היחסים שבין בית המשפט לבין הרשות המחוקקת והמבצעת, ולשיקולים ציבוריים נוספים הנוגעים למעמדו של בית המשפט בחברה. ביקורת חוקתית צריכה להתבצע כאמור מקום ש'הדבר דרוש באופן החלטי

⁴ להרחבה ראו סוזי נבות, "הדיאלוג החוקתי: דו-שיח בכלים מוסדיים" משפטים על אתר (יב) 99 (2019).
⁵ לדיון בסוגיה זו ראו: Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers (2017) (להלן: רוזנאי 2017); אהרן ברק "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" ספר גבריאל בך 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך, עורכים, 2010); Kemal Gözler, Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study (Bursa, Ekin Press, 2008). אהרן ברק, "המסכות המכוננות הראשוניות וההגבלות המוטלות עליהן" משפט ועסקים כח תפג"ג (2023) 149.

⁶ במסגרת התיקון הוסף סעיף 42א(ג) לחוק יסוד: הכנסת, המסמיך את הכנסת להפסיק על הפסקת חברותו של חבר כנסת (להלן: חוק יסוד ההדחה). כמו כן, תוקן חוק הכנסת בהתאם ונקבעו בו הוראות בסעיף 8א.

⁷ בג"ץ 5744/16 עו"ד שחר בן מאיר נ' הכנסת (נבו) 27.5.2018. (להלן: עניין בן מאיר).

⁸ שם, בפסקי 4-5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מזוז.

(absolutely necessary). דרישה זו מתייחסת הן למהות השאלה החוקתית והן באשר לעיתוי בו נדרשת הכרעה חוקתית [...] במקרה דנן אין אנו עוסקים למעשה בעתירה לביקורת חוקתית אלא בעתירות התוקפות תיקון בחוקה (טענת 'תיקון חוקה לא חוקתי'). דומני שאך מובן הוא כי עובדה זו מעצימה את הצורך בזהירות ואיפוק מרביים ומקרינה גם על שאלת הבשלות; לשון אחר – הנטל באשר לבשלות השאלה העומדת לדיון ובאשר לצידוק לדון ולהכריע בשאלה זו בעיתוי הנוכחי, כבד יותר ממקרה רגיל של ביקורת חוקתית, וגם מערכת האיזונים (לרבות בהיבט של אפקט מצנן) נוטה יותר להימנעות מדיון והכרעה בטענה נגד תיקון בחוקה במנותק מהפעלה קונקרטיה של הסמכות הנדונה וקיומה של פגיעה מוכחת". (ההדגשות שלנו)

רק שופט אחד מבין תשעת השופטים – כב' השופט סולברג – העלה לדיון (והותיר בצריך עיון) את השאלה באשר לדוקטרינה זו ותחולתה במקרה של תיקון לחוקה בטענה כי:⁹

"הערה זו נאמרת בכפוף לשאלה, שאותיר בצריך עיון, בדבר התאמתה של עילת הבשלות למסגרת הנורמטיבית של ביקורת שיפוטית על התיקון החוקתי".

אלא שעל אף הערה זו, מאוחר יותר, בעניין שפיר¹⁰ הציג השופט סולברג עמדה שונה ודווקא הצטרף לדברי השופט מזוז לעיל. בהמשך לכך, בפרשת חוק-יסוד: הלאום,¹¹ קבעה הנשיאה חיות:

"דוקטרינת היעדר הבשלות מצאה אחיזה מסוימת בפסיקתו של בית משפט זה (ראו, למשל בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, פסקה 12 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (17.9.2014)) (להלן: עניין סבח)), אך אינני סבורה כי יש לה תחולה בענייננו. זאת, משום שהשאלות המתעוררות בעתירות דנן הינן שאלות משפטיות מובהקות הנוגעות לאופן שבו יש לפרש את חוק היסוד; ליחס שבין חוקי יסוד שונים; ולמגבלות, ככל שיש כאלה, על סמכותה של הכנסת כרשות מכוונת בבואה לחוקק חוקי יסוד. לכך יש להוסיף כי לטענת המשיבים חוק יסוד: הלאום הוא ברובו הצהרתי ואם כך הדבר, הרי ששאלת חוקתיותו ממילא אינה תלויה בתשתית עובדתית קונקרטיה. על כן, ובשים לב לאינטרס הציבורי המובהק שקיים בבירור

⁹ עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 7, בפס' 14 לפסק דינו של השופט סולברג.
¹⁰ בג"ץ 5969/20 סתיו שפיר נ' כנסת ישראל, בפס' 10 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו, 23.05.2021) (להלן: עניין שפיר).
¹¹ בג"ץ 5555/18 ח"כ חסון נ' כנסת ישראל, בפס' 12 לפסק דינה של הנשיאה חיות (8.7.2021) (להלן: עניין חסון/ פרשת חוק-יסוד: הלאום).

העתירות דנן, טענת היעדר הבשלות דינה להידחות.¹²
(ההדגשות שלנו)

ברוח דומה פסקה הנשיאה חיות גם בפרשת **"חוק ההדחה"**: לא הימנעות הנובעת מ"איפוק וריסון" אלא בחינה עניינית של משמעות התיקון לחוק היסוד. היא דחתה את טענת הבשלות לגופה במקרים אלה, מה שאולי מלמד על כך שיש תחולה לדוקטרינה גם ביחד לחקיקת יסוד.

לדעתנו, לא ניתן להצדיק את השימוש בדוקטרינת הבשלות במסגרת דיון התוקף נורמה חוקתית, רק על בסיס "הריסון והאיפוק" – כפי שכתב השופט מזוז - הנדרשים מבית המשפט. כאמור, עקרונית, לשיטתנו, כל שינוי במארג של חוקי היסוד הוא בבחינת "שינוי" חוקתי.¹³ גם אם החוקה שלנו אינה שלמה, המעמד העליון של חוקי היסוד מלמד כי ככלל, כל שינוי בהם הוא שינוי בחוקה עצמה, בהיקפה ובפריסתה. מדובר, לכן, לפי האיפיון של הנשיאה חיות, בשאלות משפטיות מובהקות ובתור שכאלה הן בשלות להכרעה. לא זו אף זו, יש חשיבות רבה מבחינת הוודאות והיציבות של בשיטה המשפטית, שהכרעה כזו תתקבל מוקדם ככל האפשר.¹⁴

בהעדר חוק מאסדר לתהליכי כינון חוקה בישראל, בית המשפט הוא גורם הפיקוח וההכוונה היחיד להליכי תיקון חוק היסוד. לא ראוי שהפיקוח וההכוונה שלו יהיו מושעים. למעשה, ניתן לומר כי עד שלא ייחקק חוק-יסוד: החקיקה, טענת אי הבשלות ביחס לתיקונים לחוק יסוד, היא זו הסובלת מחוסר בשלות.

זאת ועוד, כאשר מועלית טענה בדבר "שימוש לרעה בסמכות המכוננת" – טענת העדר הבשלות היא חלשה במיוחד. זאת, הואיל ועילת השימוש לרעה ממוקדת בעיקר ב"אופן" כינונו של חוקי היסוד. לכן, ככל שיש פגם בדרך ובאופן הכינון (האם הוא בגדר הוראה זמנית, האם הוא בעל סממנים פרסונאליים, האם הוא ראוי להיות חלק מן המארג החוקתי) – אזי יש תמיד צורך בבחינה עניינית ולגופו של התיקון; ובחינה כזו יכולה וצריכה להיעשות לאלתר.

¹² עניין **חסון**, שם, בפס' 12 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹³ לאבחנה זו ראו בג"ץ 1368/94 **שי פורת נ' משלת ישראל** (נבו, 30.5.1994).

¹⁴ זהו הכלל, לדעתנו, ויתכנו גם מקרים חריגים. האפשרות להכיר במקרים חריגים בהם ניתן יהיה להפעיל את דוקטרינת העדר הבשלות גם על תיקון לחוק יסוד, מבוססת על ההכרה בכך שהחוקה שלנו אינה שלמה; וטרם נקבעו הליכי הכינון והשינוי של חוקי יסוד. יש בחוקי היסוד נורמות בעלות אופי חוקתי בצידן של נורמות שראוי להן להיכלל בחוקים רגילים. משכך, יתכנו הסדרים שהיו צריכים למצוא את מקומם בחקיקה רגילה – שלגיביהם יתכן שהכרעה בשאלת חוקתיותם טעונה יישום בשטח. בנוסף, את חוקי היסוד אפשר לכוון גם ברוב רגיל של הכנסת. מכל הסיבות האלה – מתחייבת מידה של גמישות דוגמא טובה למקרה חריג הוא התיקון לחוק יסוד: הממשלה, שאיפשר לראש הממשלה לאצול סמכויות לסגן שר. העתירה בסופו של דבר נדחתה בשל כך שהעותרת לא עמדה עוד על עתירתה (בג"ץ 334/18 **התנועה טוהר המידות נ' שר הבריאות** (12.12.2018)).



זאת ועוד, הפגיעה של התיקון בעקרונות הליבה של המשטר הדמוקרטי, היא פגיעה מיידיית. כאמור בעמדת היועצת המשפטית לממשלה, גם לגישתנו התיקון שולל מבית המשפט כלי מרכזי של הביקורת השיפוטית. בשים לב להתפתחות המשפט הישראלי החל מקום המדינה, אין ביכולתן של עילות הביקורת האחרות למלא את החלל שיווצר מייד, בהעדר כלי זה בתחומים חשובים ורבים.¹⁵ כפי שציינה היועצת, הפועל היוצא המעשי והמיידי של התיקון, באופן הגורף והכוללני שבו נוסח, הוא ביטול הביקורת השיפוטית האפקטיבית על תחומים רבים ומשמעותיים של פעולת הרשות המבצעת, ויצירת "חורים שחורים נורמטיביים", שנושאים השלכות דרמטיות על אופן הפעלת שיקול הדעת של הממשלה ושריה.¹⁶ הנה כי כן, הפגיעה של התיקון בלב ליבה של הדמוקרטיה הישראלית היא מיידיית. גם הסעד השיפוטי צריך להיות, בהתאמה, מיידי.

¹⁵ תשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת ואח' (3.9.2023) (להלן: עמדת היועצת), בפסי' 211.
¹⁶ עמדת היועצת, לעיל הי"ש 17, בפסי' 15.

2. פגמים בהליך החקיקה

לגישתנו, בהליך חקיקת התיקון לחוק יסוד: השפיטה לביטול עילת הסבירות, נפלו מספר פגמים, שיש לשקול אותם במסגרת הבחינה המהותית של התיקון לחוק יסוד: השפיטה. אלה הם:

- ראשית, התיקון בוצע תוך פגיעה בעקרון ההשתתפות האפקטיבית;
- שנית, התיקון בוצע תוך עקיפת עמדת היעוץ המשפטי לממשלה ולכנסת;
- שלישית, הליך החקיקה לא עמד בתנאי סעיף 80 לתקנון הכנסת, בניגוד להנחיית היועצת המשפטית של הכנסת;
- רביעית, הליך החקיקה מבטא ניצול לרעה של סמכות יו"ר הוועדה תוך פגיעה בעקרון השוויון הפורמלי;
- חמישית, הליך החקיקה נעשה תוך עקיפת מגבלות הפרוצדורה בשל מניע פוליטי צר.

ההצדקות להתערבות בהליך נוכח הפגמים לעיל מפורטות היטב בשתי עמדות שנבקש להפנות אליהן: בקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים להצטרף כידיד בית משפט בעתירות לביטול עילת הסבירות וכן בתשובת היועצת המשפטית לממשלה בעתירות אלו.¹⁷ לפיכך נסתפק בדיון קצר בפגמים אלה.

א. הרקע להליך של התיקון לביטול עילת הסבירות

ביום 4.1.2023, הכריז שר המשפטים הנכנס ח"כ יריב לוין, על קידום "רפורמת משילות" במסגרתה יערכו תיקונים מהותיים בחוק יסוד: השפיטה – בהרכב הוועדה לבחירת שופטים, בהיקף הביקורת השיפוטית על חקיקה וחקיקת יסוד ובהיקף הביקורת השיפוטית על פעולות המינהל, קרי ביטול עילת חוסר הסבירות. ימים בודדים לאחר מכן החל יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, ח"כ שמחה רוטמן, לקדם בעצמו סדרת דיונים והצעות חוק מטעם ועדת החוקה, אשר עסקו בנושאים דומים. זאת, על אף ששר המשפטים סיכם עם היועצת המשפטית לממשלה כי תינתן למשרד המשפטים שהות להכנת התייחסות לרפורמה.¹⁸

¹⁷ בקשה להצטרף כ"ידיד בית משפט" של פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נ' הכנסת (20.8.2023) (להלן: בקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים); עמדת היועצת, לעיל ה"ש 15.
¹⁸ בקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים, שם, בעמ' 10. להרחבה על השתלשלות האירועים ראו עמ' 11-19.

בסמוך לאחר מכן, קידם יו"ר ועדת החוקה שלוש הצעות לתיקון חוקי יסוד. האחת, נגעה לתיקון חוק-יסוד: הממשלה (בעניין סמכויות היועצים המשפטיים), נזנחה לאחר מספר דיונים. השנייה והשלישית נגעו לתיקון חוק-יסוד: השפיטה. התיקון שנוגע לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים הוכן בוועדה, אושר לקריאה שניה ושלישית אך טרם הונח להצבעה במליאה. התיקון שנוגע להגבלת בית המשפט מביקורת על חוקי יסוד עבר בקריאה ראשונה ולא קודם לאחר מכן.¹⁹

הדיון הראשון בהצעות אלו התקיים בוועדת החוקה ביום 16.1.2023. בדיון זה, התייחסה היועצת המשפטית לכנסת להעברת הצעות החוק בתור הצעת חוק מטעם ועדה. לדבריה "זה לא הליך שהכנסת נוהגת לעשות, ודרך המלך בכנסת היא הצעת חוק פרטית".²⁰ עוד הדגישה כי מדובר במקרים בהם היה קונצנזוס בקרב חברי הוועדה או כשהכנסת ביקשה להסדיר עניין שעוסק בענייני הכנסת והדגישה כי "יש עניין של דברים שמקובלים לאורך השנים [...] גם הדרך הפרוצדורלית להעברת החקיקה הזאת, מכיוון שהחקיקה הזאת היא כבדת משקל ובעלת משמעויות רבות, נראה לי שההליך הפרוצדורלי לצורך העניין הוא בעל חשיבות רבה".²¹

בישיבה שהתקיימה ביום 18.1.2023 התריע גם היועץ המשפטי לוועדת החוקה כי מבדיקה היסטורית של המקרים בהם הוגשו הצעות חוק מטעם ועדת חוקה, הן נגעו ב"נושאים חוקתיים, אבל דברים יחסית מוסכמים [...] קונצנזוסים, הרבה פעמים חוקי בחירות לקראת בחירות; או דברים שלפעמים היו כן קונטרברסליים אבל נגעו לכנסת ולניהול הכנסת [...] זאת ההיסטוריה שמצאנו ובגלל זה העלינו בעניין הזה קושי. זה לגבי הנושא הפרוצדורלי".²²

במכתב מטעם היועצת המשפטית של הכנסת מיום 23.1.2023²³ התייחסה היועצת לחובה לעמוד בדרישות הדיוניות לצורך קידום הצעת חוק מטעם ועדה. בתוך כך הודגש כי לאור הנושא המורכב של ההצעה:

"הרי שהדבר מחייב ביתר שאת שהליך הכנת הצעת החוק לקריאה הראשונה ייעשה תוך שמיעת ושקילת כל העמדות, כך שיתקיים דיון משמעותי על כלל הסוגיות והשלכותיהן כפי שעלו על ידי כלל המשתתפים בדיונים, וכל זאת באופן

¹⁹ שם, לעיל ה"ש 15, בעמ' 10.

²⁰ פרוטוקול הדיון בוועדה החוקה, חוק ומשפט מיום 16.1.2023, זמין לצפיה בקישור: <https://tinyurl.com/bde4zx7d> (להלן: פרוטוקול הוועדה מיום 16.1.2023).

²¹ שם, בעמ' 30-32.

²² פרוטוקול הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 18.1.2023, זמין לצפיה בקישור: <https://tinyurl.com/2fpntps6>.

²³ מכתב היועצת המשפטית של הכנסת מיום 25.1.2023 מצורף כנספח א לעתירה בבג"ץ 5910/23 קארין אלהרר נ' הכנסת (2.8.2023) (להלן: עתירת אלהרר).

שיאפשר לחברי הכנסת לשקול את נושאי ההצעה בכובד ראש, לדייק את נוסחיה ואת תוכנה ולקבל את התמונה העובדתית והמשפטית ביחס אליה. זאת, על מנת שהתוצר הסופי שיונח על שולחן הכנסת לקריאה הראשונה יהיה תוצר הדומה לתוצר של הצעת חוק ממשלתית שטרם הנחתה על שולחן הכנסת עוברת תהליך ממושך בממשלה." (שם)

יזכר כי אותו "תוצר של הצעת חוק ממשלתית", עובר תהליך יסודי ומעמיק בהתאם לתקנון הממשלה. שר המעוניין ליזום חקיקה בתחום סמכותו נדרש לערוך תזכיר חוק כטיטה ראשונית של הצעת החוק הממשלתית, זאת בהיוועצות עם היועץ המשפטי של משרדו. התזכיר מופץ להערות הציבור ומשרדי ממשלה אחרים שעל בסיסם נערכת הצעת חוק שמועלית לדיון בוועדת השרים לחקיקה. לאחר עריכת תיקונים ושינויים הצעת החוק עוברת למחלקה להבניית החקיקה במשרד המשפטים לצורך הכנה לדיון והצבעה בקריאה ראשונה.²⁴

על אף הערות היועצת המשפטית של הכנסת והיועץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט, וחרף העובדה שהיועצת המשפטית לממשלה טרם התייחסה לנושא כפי שסוכם מול שר המשפטים, פרסם יו"ר הוועדה ביום 17.1.2023 נוסח מצע לדיון בהצעת חוק לתיקון חוק-יסוד: השפיטה. מסמך זה כלל תיקונים הנוגעים להליכי בחירת שופטים, ביקורת שיפוטית ועילת הסבירות. העבודה בוועדת חוקה על תיקונים אלו לוותה במחאה ציבורית משמעותית וחריפה.²⁵

ב. תמצית התשתית העובדתית של הליך החקיקה בתיקון לביטול עילת הסבירות

ביום 20.6.2023 הפיץ יו"ר ועדת חוק, חוקה ומשפט (להלן: הוועדה) מצע לדיון ובו הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות). נוסח זה היה זהה להצעת יו"ר הוועדה מיום 17.1.2023 כחלק מההצעה המקיפה לתיקונים בחוק-יסוד: השפיטה. אך לא התקיים כל דיון מעמיק בעניין זה עד אותה עת.²⁶

ביום 23.6.2023 פרסם היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד ד"ר גור בליי, מסמך הכנה לדיון בהתייחס להצעת יו"ר הוועדה. במסמך צוין כי:

"ככל שהתיקון המוצע בנוגע לעילת הסבירות יצטרף לתיקוני חקיקה נוספים הנוגעים ליחסים שבין שלוש רשויות השלטון,

²⁴ בעמ' 60–61 לעתירת לשכת עורכי הדין בישראל בבג"ץ 5663/23 לשכת עורכי הדין בישראל נ' הכנסת (25.7.2023).

²⁵ בקשת פרום המרצות והמרצים למשפטים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 16.

²⁶ בקשת פרום המרצות והמרצים למשפטים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 19.

יש מקום לבחון את ההצעה על רקע מכלול התיקונים כדי להגיע למסקנה באשר לאופן השפעתו – והשפעת צבר התיקונים – על האיזון ביניהן.

עוד הוצע כי הוועדה תיתן דעתה לסוגיות כגון הצדקות להגביל את עילת הסבירות והשלכות הגבלה זו, כמו גם פטור מביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות מסוימות וקיומה של אי בהירות בנוגע לעילות ביקורת נוספות.²⁷

ביום 25.6.2023 התקיים דיון ראשון בוועדה בנושא התיקון לביטול עילת הסבירות בהכנה לקריאה ראשונה. 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 בתוך פרק זמן קצר.²⁸

במהלך הדיון חידד היועץ המשפטי של הוועדה את המשמעויות והקשיים של נוסח ההצעה, ובהם: "החקיקה שלפנינו היא חקיקה חריגה"; "אנחנו לא מחדדים מה כן חל מבחינה חקיקתית, מה זה בכלל עילת הסבירות"; "ההגבלה על כל החלטות של הדרג הנבחר עלולה להיות רחבה מדי"; "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"; "יהיה פחות תמריץ לרשות המבצעת להשקיע בהליך מינהלי, רציונלי ומבוסס עובדות ולוגי, כי ידעו שאין סיכוי שיתערבו להם בסופו של דבר" (עמ' 86-85, 91, 116-115 לפרוטוקול).²⁹

ביום 26.6.2023 התקיים דיון שני בוועדה בנושא התיקון בהכנה לקריאה ראשונה. בדיון זה ייצג את עמדת היועץ המשפטי לממשלה עו"ד ד"ר גיל לימון, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי). זאת לאחר שבדיון הראשון לא התאפשר לו להציגה.³⁰ בדבריו התייחס גם הוא לקשיים העולים מנוסח ההצעה, ובהם: "האם מוצדק לפטור את הממשלה ואת נבחרי הציבור מהחובה לפעול בסבירות, והאם הדבר ייטיב עם האינטרס הציבורי. כי תהיה זו התוצאה המרכזית של החקיקה המבוקשת"; "ההצעה אינה מתייחסת כלל לעקרון הבסיסי – עיגון חובת הסבירות"; "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 ביחסיו מול הפרט ושלטון החוק"; "הביטול אף יפגע ביכולת שלנו, הייעוץ

²⁷ שם.

²⁸ עמ' 16-20 לעתירה בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת ואח' (24.7.2023) (להלן: עתירת התנועה לאיכות השלטון).

²⁹ פרוטוקול הדיון בוועדת החוקה מיום 25.6.2023 זמין לצפייה בקישור: <https://tinyurl.com/bde4zx7d>.

³⁰ עתירת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 28, בעמ' 20-22.

המשפטי לממשלה, והייעוץ המשפטי הציבורי [...] שכן עילת הסבירות [...] גם מכוונת את הגורם המחליט בקבלת ההחלטה מלכתחילה"; "תחום המינויים הממשלתיים, בדגש על הבכירים שבהם, יהיה פרוץ למינויים שפוגעים בטוהר המידות ובמנהל התקין, ובסופו של דבר, הדבר יפגע בציבור כולו. זהו פתח להשחתה של השירות הציבורי ולפגיעה באמון הציבור בו."; "תחום שני שהביטול של עילת הסבירות ישפיע משמעותית - המגבלות החלות על פעולת הממשלה בתקופת בחירות"; "תחום שלישי שאנו רואים השפעה - התעלמות מעמדות מקצועיות"; "תחום רביעי שאבקש לעמוד עליה - הימנעות מהפעלת סמכות"; "אם ההצעות האלו יתקבלו כולן, כך סיכמתי את דבריי, הממשלה לא תהיה מעל לחוק, אלא היא תהיה החוק עצמו." (עמ' 10-12 ו-14 לפרוטוקול).³¹

ביום 27.6.2023 התקיים דיון שלישי בוועדה בנושא התיקון בהכנה לקריאה ראשונה. בדיון התייחס היועץ המשפטי לוועדה לדבריהם של עו"ד לימון ושל פרופ' איינהורן, אשר השתתפו בדיון יום לפני כן, באשר להחלטות פרטניות החלות על האזרח ללא פגיעה בזכויות.³² לדבריו "ההפרדה על בסיס זהות מקבל ההחלטה היא חיתוך גס יותר מדי"; "יש המון החלטות אינדיבידואליות שמשליכות על האינטרסים של הפרט, ואתה לא בהכרח יכול להצביע על זכות שנפגעת"; "היכולת של האזרח שעותר נגד הדבר הזה להוכיח שהיה פה שיקול זר או שהייתה פה שרירות, קשה עד בלתי אפשרית" (עמ' 41-43 לפרוטוקול).³³

באותו דיון נציג המכון הישראלי לדמוקרטיה, ד"ר גיא לוריא, התייחס לקשיים העולים מהצעת החוק. בין היתר הדגיש כי: "מדובר פה בנוסח קיצוני מאוד, אפשרות רחבה מאוד ולגמרי לא מתונה של צמצום, כמעט ביטול, עילת הסבירות"; "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"; "המהלך הזה הולך להיות הרסני לתהליכי קבלת ההחלטות בתוך הממשלה פנימה [...] יאפשר תהליכי עבודה לא סבירים, שרירותיים, עוד לפני שמגיעים לביקורת שיפוטית בגלל שאנחנו יודעים שרק מיעוט מהמקרים בכלל ידועים לציבור או מגיעים לבית משפט" (עמ' 63 לפרוטוקול).

ביום 3.7.2023 התקיים דיון רביעי בוועדה בנושא התיקון. בדיון נכח עו"ד מייק בלס, בעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי), אשר התייחס לחוסר של

³¹ פרוטוקול הדיון בוועדת החוקה מיום 26.6.2023 זמין לצפייה בקישור: <https://tinyurl.com/bde4zx7d> (להלן: **פרוטוקול הוועדה מיום 26.6.2023**).

³² עתירת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 28, בעמ' 22-23.

³³ פרוטוקול דיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 27.6.2023, זמין לצפייה בקישור: <https://tinyurl.com/bde4zx7d>.

נוסח ההצעה ביחס לתהליך קבלת החלטות ברשויות השלטון במסגרת "השלב הראשון [...] שבו הנושא המינהלי מטופל ברשות המינהלית, נבדק על ידי העוזרים, היועצים והאגפים, חסרה מכאן". בנוסף, לטענתו "האזור 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." (עמ' 51, ו-53 לפרוטוקול).³⁴

ביום 4.7.2023 התקיים דיון חמישי בוועדה בנושא התיקון. בתחילת הדיון הייעוץ המשפטי של הוועדה הציג מסמך שערך לבקשת הוועדה, בו הוצגו רשימת פסקי הדין במסגרתם התקבלו עתירות בבית המשפט העליון כנגד רשויות מנהליות בעשר השנים האחרונות, תוך שנעשה שימוש בעילת הסבירות. הודגש כי בחלק גדול מן המקרים המנויים ברשימה, לשימוש בעילת הסבירות נלוו עילות נוספות, ובמעט מקרים התבסס בית המשפט על עילת הסבירות בלבד.³⁵

בדיון זה השתתפו מספר מומחים מהאקדמיה. פרופ' יואב דותן סבר שמדובר בהצעת חוק בעייתית שכן "ההבחנה בין החלטות שנאמר פוליטיות באופיין לבין החלטות שאינן כאלה אינה יכולה להסתמך אך ורק על הדרג של מקבל ההחלטה". הוא הצביע גם על הקושי הנוגע למינויים וכן חשש מפרקטיקות פנים-משרדיות שיהפכו כל החלטה להחלטה של שר (עמ' 42, 44, 50 לפרוטוקול).³⁶

בהמשך, פרופ' ברק מדינה הדגיש כי "יש עשרות חוקים היום שאומרים מפורשות שהסמכות של הגורם המוסמך, שר או גורם אחר, כפופה למבחן של סבירות." ועל כן לא ברור אם אלו בטלים, האם חוק היסוד יגבר על חוק רגיל. כלומר "אין פה שום התייחסות, שום חשיבה על השלכות הרוחב שיהיו לחוק מהסוג הזה". עוד הוסיף כי הנוסח הבעייתי של התיקון נועד להסוות את מטרתו האמיתית שהיא "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." (עמ' 57-58 לפרוטוקול).

ד"ר עמיר פוקס, מהמכון הישראלי לדמוקרטיה הדגיש כי הצעת החוק אינה מופיעה בחלל ריק: "זה תלוי האם יש עדיין ביקורת שיפוטית-חוקתית; עדיין איך ממנים שופטים; מה

³⁴ פרוטוקול דיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 3.7.2023, זמין לצפייה בקישור: <https://tinyurl.com/bde4zx7d>.

³⁵ עתירת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 28, בעמ' 24-26. רשימת פסקי הדין שהכין הייעוץ המשפטי לוועדה צורפה כנספח ע/10 לעתירת התנועה לאיכות השלטון.

³⁶ פרוטוקול דיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 4.7.2023, זמין לצפייה בקישור: <https://tinyurl.com/2p8ybzdx> (להלן: פרוטוקול הוועדה מיום 4.7.2023).

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". עוד הדגיש כי ההצעה תוביל לריקון מתוכן של דיני ממשלת מעבר, אשר נשענים על עילת הסבירות (עמ' 79–80 לפרוטוקול).

בהמשך, מאיר שטרית, לשעבר חבר כנסת ושר המשפטים, התייחס לבעייתיות בהעברת התיקון כהצעת חוק מטעם ועדה. לגישתו, ראוי היה שהממשלה תגיש הצעת חוק ממשלתית (עמ' 96 לפרוטוקול).

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. **באותו היום ממש, ביום 4.7.2023 עברה הצעת החוק בקריאה ראשונה בוועדת חוקה. ביום 5.7.2023 הונחה ההצעה על שולחן הכנסת וביום 10.7.2023 עברה ההצעה במליאה, כשכל חברי המשכן נכחו בה. 64 חברי קואליציה הצביעו בעד ואילו 56 חברי האופוזיציה הצביעו נגד.**³⁷

ביום 11.7.2023 התקיים דיון בוועדה לצורך הכנתה לקריאה שניה ושלישית. במהלך הדיון התייחס פרופ' דניאל פרידמן להצעה, אשר ככלל תמך בה, והתבקש על ידי היו"ר להסביר האם בנוסח הנוכחי ישנו פתרון לשאלת כינוס הוועדה למינוי שופטים. פרופ' פרידמן השיב כי הוא אינו בטוח אך משום שהוועדה היא גוף שאינו מורכב רק מנבחרי ציבור, ניתן להוציא צו כנגד הוועדה, גם בתקופת ממשלת מעבר. לדיון הגיע גם עו"ד אסי מסינג, היועץ המשפטי למשרד האוצר. תחילה, יו"ר הוועדה ניסה למנוע ממנו להציג את דבריו, והוא הורשה לדבר לאחר התערבותה של היועצת המשפטית לכנסת. עו"ד מסינג התייחס להשלכות החקיקה על התנהלות פנים משרדית, לקלות הפיטורים ושינויי תנאי הכשירות, אשר ישפיעו לרעה על עצמאות ושיקול הדעת של נושאי משרה בכירים במשרד האוצר.³⁸

בדיון שהתקיים בוועדה ביום 12.7.2023 ציין היועץ המשפטי לוועדה כי התקבלו הצעות למתווים מרוככים יותר וכי נוסח ההצעה כוללני מדי וחסרות בו אבחנות. בפרט חסרה לגישתו התייחסות להתנהלות ממשלת מעבר, סוגיית המינויים, החלטות פרטניות של שרים שאינן נוגעות לשאלות מדיניות (בעמ' 10–12 לפרוטוקול). עו"ד לימון, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, הצטרף גם הוא לחשש ביחס לחסרים שונים, לרבות ביחס לדיני ממשלת מעבר. הוא הדגיש כי אין עמדת ממשלה ביחס להצעת החוק כי היא לא

³⁷ עתירת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 28, בעמ' 26.
³⁸ עתירת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 28, בעמ' 27–28.

עברה בוועדת השרים לחקיקה וכי הרוב המכריע של המומחים עמד על כך שהנוסח המוצע גורף ורחב מדי.³⁹

בליל ה-12.7.2023, נשלח לחברי הוועדה נוסח חדש להצעת החוק. בנוסח זה, נמחקה התיבה "וכן של נבחר ציבור אחר כפי שייקבע החוק" על בסיס ההתנגדות לפיה אף ראשי ערים יוחרגו בחוק. 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".⁴⁰ יוער, כי באותו היום נשלחה לשר המשפטים התרעה בעניין הימנעותו מכינוס הוועדה לבחירת שופטים. דברים אלו עשויים להסביר גם את הציטוטים שהובאו מהדיון של אותו יום.

ביום 13.7.2023 התקיים דיון נוסף בוועדה. בדיון זה הציג עו"ד מסינג דוגמאות קונקרטיות נוספות הנוגעות להשלכות התיקון על משרד האוצר. כמו כן, הוא חידד כי ביחס לאופן הפעילות והיכולת לשקול תשתית עובדתית במסגרת קבלת ההחלטות, סבירות היא העילה היחידה שאפשרה לבחון האם המשרד פועל או לא פועל כדן.⁴¹

בהמשך, היועץ המשפטי לוועדה, הסביר כי יש לחדד את הביטוי "החלטה" (איזה סוג החלטה, האם החלטה להימנע מסמכות או גם מחדל). עוד התייחס עו"ד בליי לחידודים נוספים שנדרשים בהקשרי ההבדל בין סבירות מהותית לסבירות אחרת, האם התיקון יכול גם במשפט האזרחי (עמ' 128 לפרוטוקול).

ביום 16.7.2023 הודיע יו"ר הוועדה כי זהו הדיון האחרון של הוועדה על הצעת החוק לתיקון לפני הצבעות בוועדה לקראת קריאות שנייה ושלישית. ההודעה זכתה לגינוי נציגי אופוזיציה ששבו והדגישו כי בקשתם לשמיעת גורמים מקצועיים נוספים, בפרט מהרשות המבצעת, לא נענתה ולכן נושאים שלמים לא נדונו. בדיון פרופ' אלבשן, אשר תמך עקרונית בצמצום עילת הסבירות, התייחס לנוסח ההצעה והדגיש נושאים שיש להתייחס אליהם בחוק (ואינם כלולים בתיקון) כמו ממשלת מעבר, הבחנה בין החלטות ממשלה במליאה להחלטות שרים, הבחנה בין מינויים שאושרו בכנסת למינוי השרים ועוד.⁴²

המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, עו"ד לימון, הסביר כי משמעות התיקון היא "חסינות" לממשלה מפני ביקורת שיפוטית בעניין סבירות החלטות הדרג הנבחר. זאת, לרבות ביחס למינויים ולהחלטה להימנע מהפעלת סמכות ויש בכך חתירה תחת עקרונות

³⁹ עתירת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 28, בעמ' 28–29; פרוטוקול דיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 12.7.2023, זמין לצפיה בקישור: <https://tinyurl.com/ynb7ju4x>.

⁴⁰ עתירת התנועה לאיכות השלטון, שם.

⁴¹ עתירת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 28, בעמ' 30–31; פרוטוקול דיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 13.7.2023, זמין לצפיה בקישור: <https://tinyurl.com/22bjm2f6> (להלן: פרוטוקול הוועדה מיום 13.7.2023).

⁴² שם, בעמ' 31–32.

יסוד במשטר הדמוקרטי של הפרדת רשויות ושלטון החוק. היועץ המשפטי לוועדה שב והדגיש את הצורך בקביעה מפורשת של חובת הסבירות בהצעת החוק. עוד הדגיש עו"ד בליי את הקושי בנוסח התיקון, הקודם וגם המעודכן, לאור רוחב היריעה של התיקון שלמעשה חל על גופי שיפוט רבים, ולא רק על בית המשפט. כך גם חידד את הקושי שבמונח "החלטה" באשר להבחנה בין החלטה לא להחליט לבין מחדל מקבלת החלטה ואף הוסיף וחזר על אי הוודאות הכרוכה בתיקון.⁴³

בדיון זה הציגה עו"ד שטרנברג, ראש אשכול משפט מנהלי במחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, נתונים הנוגעים להיקף תחולת התיקון לפיהם נמצאו למעלה מ-700 הסמכות ואצילות, בשנים 2018-2023 מכוח סעיף 33 לחוק-יסוד: הכנסת. רשימה זו איננה ממצה לגישה וכן לא כללה נתונים ביחס לשרים שמשכו סמכות של דרג מקצועי מכוח סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה. לצד זאת, מרכז המחקר והמידע של הכנסת הכין מחקר בנושא קיומם של מנגנוני אישור ובקרב, לרבות ביקורת שיפוטית על מינויים בידי הממשלה במדינות שונות, בעקבות בקשת חבר ועדת החוקה, ח"כ קריב. יו"ר הוועדה סירב לקיים דיון על המחקר משום שלדעתו המחקר אינו רלבנטי להצעת החוק.⁴⁴

ביום 19.7.2023 קיימה ועדת הכנסת דיון בקביעת סדרי דין מיוחדים לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת והקדמת הדיון על התיקונים לקראת הקריאה השנייה והשלישית. השימוש בסעיף שמור למקרים חריגים שכן הוא מאפשר לעקוף את סדר הליך החקיקה המקובל ואת אפשרות האופוזיציה לקיים דיוני הסתייגויות ופיליבסטר למהלכי חקיקה שונים.

ביום 20.7.2023, אושרו התיקונים לקריאה שנייה ושלישית בוועדה החוקה, חוק ומשפט. ביום 24.7.2023 עברה הצעת החוק בקריאה שנייה ושלישית.

ג. התערבות בית המשפט בהליכי חקיקה – רקע

שני מבחנים הוצעו בפסיקה להתערבות בג"ץ בהליכי הכנסת: האחד, בפרשת **פלאטו-שרון**,⁴⁵ במקרה של חריגה מסמכות כשהכנסת עושה שימוש בתפקיד מעין-שיפוטי. השני, בפרשת **שריד**,⁴⁶ מצריך לבחון את מידת "הפגיעה הנטענת במרקם החיים הפרלמנטריים ואת מידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי". בהתאם למבחן השני, רק פגמים קשים ונדירים בהליך, שיש בהם פגיעה מהותית וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי, יצדיקו התערבות שיפוטית.⁴⁷ בעניין

⁴³ שם, בעמ' 32–33.

⁴⁴ עתירת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 28, בעמ' 33–34.

⁴⁵ בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118 (30.7.81).

⁴⁶ בג"ץ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1.3.81).

⁴⁷ סוזי נבות "עשרים שנה למבחן "שריד": עיון מחודש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים" מחקרי משפט (יט) 721 (תשס"ג–2003).

מגדלי העופות,⁴⁸ שנגע להליך חקיקת פרק החקלאות ב"חוק ההסדרים" משנת 2003, בית המשפט דן בהרחבה בסוגייה של ביקורת שיפוטית על הליכי חקיקה. בפסק הדין, מפי השופטת ביניש (כתוארה דאז) נקבע כי בהתחשב בעקרון הפרדת הרשויות ומעמדה הרם של הכנסת כבית המחוקקים, בית המשפט ינהג

"בזהירות ובריסון, ולא בנקל יכריז על בטלותו של חוק בשל פגם שנפל בהליך חקיקתו. עם זאת, אין באמור כדי להביא למסקנה כי הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה מוגבלת לפגמים מסוג חריגה מסמכות או לפגמים פורמאליים בלבד בהליך החקיקה. [...] בפרשות **Nimrodi** ו**אבו עראר** נקבע כי המבחן להתערבותו של בית-משפט זה בהליך החקיקה הוא אם 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 פורמאלית של סעיף מסוים בתקנון הכנסת, אלא על-פי עוצמת הפגיעה שפגם זה פוגע "בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי" או בערכים הבסיסיים של משטרנו החוקתי המונחים ביסוד הליך החקיקה" (עמ' 42–43).

מכאן, שהתערבות בית המשפט בהליכי חקיקה מוגבלת "רק לפגמים קשים ונדירים שיש בהם פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי" (שם, בעמ' 43). כך, לא כל פגם פורמאלי בהליך, כמו עצם קיומו של הליך מזוהז, יצדיק לבדו התערבות שיפוטית (עניין **ליסה בלוס**,⁴⁹ בעמ' 207).

עוד נפסק בעניין **מגדלי העופות** כי תוצאת הפגם תיקבע לפי מודל הבטלות היחסית, כלומר כתלות במהות הפגם ובמכלול נסיבות העניין. בהקשר זה, הותוו מספר מבחנים, ובהם: האם היה החוק עשוי להתקבל לולא הפגם; מה יהיו תוצאות בטלותו מבחינת מידת ההסתמכות עליו והיקף הציפיות שהוא יצר (שם, בעמ' 44).

בפסק הדין, סקרה השופטת ביניש את אותם "עקרונות יסוד" הנוגעים להליך החקיקה אשר פגיעה "קשה וניכרת" בהם עשויה להצדיק התערבות מצד בית המשפט. **ראשית**, **עקרון הכרעת הרוב** המתייחס לכללים המסדירים את אופי ההצבעות בכנסת ואת הליך ההצבעה. כך למשל, העדר רוב באחת משלוש הקריאות בהצעת חוק ממשלתית הינה פגם היורד לשורש ההליך המצדיקה את בטלותו (שם, בעמ' 44). **שנית**, **עקרון השוויון בהליך החקיקה**, לפיו "קול אחד לכל אחד" מחברי הכנסת, מהווה עקרון יסוד הכרחי בכל בית

⁴⁸ בבג"ץ 4885/03 ארגון **מגדלי העופות** בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל פ"ד (נט) 14 (2) (2004) (להלן: עניין **מגדלי העופות**).

⁴⁹ בבג"ץ 410/91 **ליסה בלוס** נ' **יושב-ראש הכנסת** פ"ד מו(2) 201 (1992).

מחוקקים דמוקרטי. ממנו נובע **עקרון השוויון הפורמלי בין חברי הכנסת** והוא למעשה עקרון משלים לעקרון הכרעת הרוב (עמ' 44–45). שלישית, עקרון הפומביות, שאף מעוגן בסעיף 27 לחוק-יסוד: הכנסת, לפיו על הליכי החקיקה להיות פומביים ושקופים. זאת, כדי "להגביר את ה"דיווחיות" (accountability) של חברי-הכנסת כלפי בוחריהם" ומתן אפשרות "לציבור להביע עמדתו בקשר להצעות החוק ולנסות לקחת חלק בהליך החקיקה באמצעות פנייה לנבחרי" (עמ' 46–47). רביעית, עקרון ההשתתפות, לפיו "לכל חבר-כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה" גם הוא עקרון יסוד במשטרים פרלמנטריים של דמוקרטיה ייצוגית, דוגמת מדינת ישראל. אותה השתתפות בהליך כוללת הבעת דעה, הצבעה במליאה, ייזום הצעות חוק, שאילתות והצעות לסדר היום, כהונה בוועדות הכנסת ועוד (עמ' 47–48). לא מדובר במתן אפשרות לנכוח פיזית בדיונים, אלא נדרש כי יתאפשר לחברי הכנסת "לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק" (בעמ' 51).

בעניין **קוונטינסקי**,⁵⁰ דן בית המשפט בהליך חקיקת הבזק של הסדר מיסוי לריבוי דירות שעוגן ב"חוק ההסדרים" בשנת 2016 (חוק מס דירה שלישית). במסגרת פסק הדין, מפי הנשיאה נאור, נקבע כי בהעדר קיום דיון מינימלי בדבר החוק והשלכותיו, בנסיבותיו החריגות של המקרה, קמה עילה להתערבות לאור פגיעה בעקרון ההשתתפות. באותו מקרה, נמצא כי לחברי הכנסת ולייעוץ המשפטי לכנסת לא ניתנה שהות מספקת ללמוד את שינויי הממשלה בהצעת החוק שנגעה לסוגיות מס מורכבות ומכאן שנפל פגם היורד לשורש ההליך. לכך התווספה העובדה שהייעוץ המשפטי לכנסת התריע בזמן אמת על התנהלותו הלקויה של הליך החקיקה. בית המשפט פסק, אפוא, כי לא התקיים "דיון מינימלי" בהצעת החוק ועל בסיס הפגיעה בעקרון ההשתתפות נפסל החוק וההצעה הוחזרה לשלב בו נפל הפגם (דיון בוועדת הכנסת להכנת ההצעה לקריאה שניה ושלישית).

ד. התערבות בית המשפט בהליך חקיקת חוקי יסוד

באשר לאפשרות של בית המשפט להתערב בהליך של חקיקת יסוד נבקש להפנות לעמדת היועצת המשפטית לממשלה בעניין העתירות הנוגעות לביטול עילת הסבירות אשר תלויות ועומדות לדיון בפני בית המשפט העליון בימים אלו.⁵¹

לשיטת היועצת המשפטית לממשלה, יש יסוד לטענה כי מעבר להקפדה היתרה על יישום עקרון ההשתתפות כפי שנקבע בעניין **קוונטינסקי**, לאופיו החוקתי של ההליך השלכות דיוניות נוספות שמבטאות את השוני המהותי בין חוקים 'רגילים' לבין חוקי יסוד. למרות השוני המהותי בין תוצרי הרשות המכוננת לאלה של הרשות המחוקקת, בפועל בישראל

⁵⁰ עניין **קוונטינסקי**, לעיל הי"ש 3.
⁵¹ עמדת היועצת, לעיל הי"ש 15, בפס' 136–139.

אין כמעט הבדל בין האופן בו נחקק חוק יסוד לבין האופן בו נחקק חוק רגיל. למעשה, השחקנים המעורבים זהים, ההליך בכנסת זהה וצורת הפרסום זהה. ההבדל בחיי המעשה בין הכנסת כרשות מחוקקת לבין הכנסת כרשות מכוונת הוא דק מדק, ואפשר לומר שהוא לא קיים. כתוצאה מכך, עולה חשש כי גם האינטרסים המנחים למעשה את עיצוב החיקוק אינם נבדלים זה מזה בשני המקרים, למרות שמדובר בהפעלת סמכויות שונות בתכלית.⁵²

היועצת המשפטית לממשלה כותבת כי חוקי יסוד, ובפרט ההוראות הכלולות בהן אשר נושאות מטען חוקתי-משטרי מובהק ומשמעותי המעצב את "כללי המשחק" הבסיסיים, צריכים להיות פרי של הסכמות ופשרות, לאחר קיום שיח חוקתי שבמסגרתו יינתן מקום משמעותי לשיקולים רחבים, ולא להתקבל באמצעות רוב קואליציוני דחוק. כך נהוג בעולם ואין זה ענין טכני. בהקשר זה ניתן לטעון, לגישתה, כי הליך קביעת חוק היסוד נדרש לשקף מהות. כשהכנסת חובשת את כובעה כרשות מכוונת היא מחויבת, כנאמן הציבור, לפעול בדרך שתבטיח שתוצריה יהלמו את המהות החוקתית הטבועה בחוקי היסוד. מכאן ששימוש מתאים בסמכות המכוונת צריך לבוא לידי ביטוי גם בדרך שבה מתקיים הליך החקיקה של חוקי היסוד. בהמשך לקביעות בית המשפט בעניין **שפיר**,⁵³ יש להקפיד הקפדה יתירה על הליכי החקיקה של חוקי היסוד בניסיון להפריד בין מעשה פוליטי שגרתי של הרשות המחוקקת לבין מלאכה חוקתית רחבה, צופה פני עתיד, אשר משרתת את אותה המטרה. מהות, צורה והליך כרוכים יחד.⁵⁴

הגם שאין זה תפקידו של בית המשפט להשלים בדרך של חקיקה שיפוטית את העדרו של חוק יסוד: חקיקה, סבורה היועצת המשפטית לממשלה כי קיום ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד יכולה להיעשות בשלושה אופנים: האחד, החמרת הרף הנדרש לקיומו של 'הליך חקיקה ראוי' כשמדובר בחוק יסוד. השני, קיום ביקורת שיפוטית קפדנית על הפעלת הוראות חריגות בתקנון בקשר להליך קבלתו של חוק יסוד. השלישי, מתן משקל לפגמים מצטברים בהליך, אף אם אינם עולים כדי פסילה כשלעצמם, הרי שהם מתמירים את הפגמים הנובעים משתי הדוקטרינות המרכזיות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.⁵⁵

כפי שעולה מבקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים,⁵⁶ בחינת התאוריה החוקתית והתאוריה הדמוקרטית בספרות ובעולם המעשה מלמדת כי הליך חקיקה של נורמות חוקתיות צריך לעמוד בנורמות שונות ומחמירות יותר מאשר הליך החקיקה של חוקים רגילים. הסיבה לכך היא כי תכליתה של החוקה היא, בין השאר, למנוע מרוב אקראי

⁵² שם, בפסי' 411-412.

⁵³ עניין **שפיר**, לעיל הי"ש 10.

⁵⁴ עמדת היועצת, לעיל הי"ש 15, בפסי' 416-417.

⁵⁵ שם, בפסי' 420.

⁵⁶ בקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים, לעיל הי"ש 17.

לפגוע בזכויות המיעוט או באינטרס הציבורי המבוזר והרחב. קיימים בעולם מגוון של מנגנונים הליכיים לעיצוב הליך מיוחד ומכביד זה עבור נורמות חוקתיות, אך העיקרון המשותף הוא שמדובר בהליך שמתאפיין בהשתתפות וייצוגיות נרחבות, הליך איטי, שקול ומבוסס התדיינות (דליברציה), אשר מקדם הסכמה רחבה, פשרות, לגיטימציה ציבורית. מבחינה השוואתית, ברוב המכריע (אם לא בכל) המשטרים החוקתיים בעולם ישנה הבחנה ברורה בין הליך קבלתן ושינוין של נורמות חוקתיות לבין הליך קבלה ושינוי של חוקים רגילים. הקפדה על ההליך בגיבוש חוקה חיונית למניעת מצב בו נציגי רוב מזדמן ישתמשו בכוחם האלקטורלי כדי "לנעול" אינטרסים זמניים, לבצר את כוחם ולהטות את שיטת המשטר לטובתם לאורך זמן. למעשה, תהא זו חתירה תחת עקרון חילופי השלטון, שהוא ליבת המשטר הדמוקרטי.⁵⁷

תפיסה זו, לפיה חקיקה חוקתית מחייבת מסלול חקיקה מיוחד ושונה מהליך חקיקה רגיל – מסלול חקיקה מואט, שמבטיח ריסון, דיון מעמיק וזהיר במיוחד והליך בעל לגיטימציה דמוקרטית מיוחדת – הוכרה בשורה של פסקי דין בישראל.⁵⁸ בעניין **חסון** ציין השופט קרא כי "הליך חוקתי מכביד יותר ו"נוקשה" נועד לקדם תכליות כמו מניעתו של "מחטף חוקתי" על ידי רוב "צר" המקבע הסדרים לטווח ארוך" וכן כי הוא נועד להבטיח ככל הניתן את יציבות ההסדרים החוקתיים, למנוע שימוש לרעה בהליך החוקתי וליתן לגיטימציה דמוקרטית רחבה לחוקה תוך שמירה על צדק והגינות כלפי מיעוטים ועל אחדות וגיבוש החברה.⁵⁹ גם באחרונה הנשיאה חיות פסקה בעניין **שיינפלד** כי "מוטב לו תיקונים לחוקי היסוד לא יקודמו בבהילות ובלוח זמנים מהיר [...] אל לנו לשכוח כי הוראות חוקי היסוד 'מעצבות את דמותה של החברה ואת שאיפותיה. הן קובעות את מסגרותיה הפוליטיות. הן מניחות את היסוד לערכיה החברתיים. הן קובעות את שאיפותיה, את מחויבותה ואת מגמותיה של החברה. הן נועדות לכוון התנהגות לתקופה ארוכה. הן קובעות את המסגרת לחקיקתם של חוקים ולהתנהלותו של הממשל".⁶⁰

כפי שעולה מבחינה יסודית ומקיפה של פורום המרצות והמרצים למשפטים במשך שנים רבות נראה היה שגם בכנסת קיימת הסכמה על עקרונות אלו; ואולם, בעשורים האחרונים הפער בין הנורמות הראויות לקבלת חוקי יסוד לבין התנהלות הכנסת בחקיקתם רק הולך ומחמיר.⁶¹ במציאות הנוכחית בישראל, טוען הפורום, לבית המשפט תפקיד הכרחי בעידודה של הכנסת להקפיד לפחות על נורמות הליכיות ראויות מינימליות בחקיקת חוקי

⁵⁷ בקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 33–35.

⁵⁸ שם, בעמ' 35–36.

⁵⁹ עניין **חסון**, לעיל ה"ש 11, בפס' 2 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) קרא.

⁶⁰ בג"ץ 8948/22 **אילן שיינפלד נ' כנסת ישראל**, בפס' 45 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו, 18.1.2023).

(להלן: **עניין שיינפלד**).

⁶¹ בקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 36–41.

יסוד ובבלימת הזילות הגוברת בהליכי חקיקתם. לכך מציע הפורום שלוש הצדקות: האחת, בית המשפט הצדיק בעבר ביקורת שיפוטית על תוכן חוקי היסוד, והדברים נכונים בבחינת קל וחומר כהצדקה לביקורת שיפוטית על הליך חקיקת חוקי יסוד.⁶² השניה, התערבות שיפוטית נחוצה על מנת לאזן את מערכת התמריצים לעבר כיבוד נורמות הליכיות. מדובר, אפוא, בכשל אינהרנטי של חברי פרלמנטים לאכוף על עצמם נורמות אלו והוא מוחרף בפרלמנטים מקוטבים כבישראל.⁶³ שלישית, הפורום מצביע על מקרים בהם בתי המשפט בעולם נמנעו מלהתערב בהליכים חקיקה חוקתיים שנעשו בהליך פגום במדינות אחרות, ותוצאותיה ההרסניות של הימנעות זו הובילו לשינוי אופי המשטר והשתלטות על בית המשפט.⁶⁴

לפיכך, סבור הפורום כי זהו המקרה הראוי להתערבות בית המשפט לצורך התוויית מאפייני הליך החקיקה הראוי והנכון לחקיקת יסוד. חברי פורום המרצים סוברים כי יש להכיר בקיומו של מבחן שונה, ומחמיר יותר, עבור הליך חקיקתם של חוקי יסוד, הכולל הקפדה יתירה על עקרון ההשתתפות וקיומו של דיון כדבעי. לשיטתם, הדרישות המחמירות לגבי הליך של הצעת חוק מטעם ועדה בשילוב הטיעון אודות הליך חקיקת חוקי יסוד מלמדים כי הליך חקיקה של חוק יסוד מטעם ועדה מציב רף גבוה ומחמיר יותר. מבחן זה צריך לכלול, לגישת הפורום, גם את מבחן ההשתתפות, גם דיון כדבעי וגם עמידה בעקרון הקולגיאליות ועקרון ההליך היסודי. זאת, תוך הגדרת רף מוגבר לעומת הרף המקל שנקבע עבור חוקים רגילים בהלכת מגדלי העופות ו-קוונטינסקי.⁶⁵

לטעמנו, בין אם על בסיס אופני ההתערבות שהציגה היועצת המשפטית לממשלה ובין בהתאם למבחן שהציעו פורום המרצים והמרצים למשפטים, מצבור הפגמים הנכבד בהליך חקיקת התיקון מחייב התייחסות של בית המשפט. גם אם גורסים כי אין במכלול הפגמים כשלעצמו כדי להביא לביטול של התיקון לחוק יסוד: השפיטה, הרי הוא שיקול רלוונטי משמעותי בעניין תקפותו של התיקון החוקתי. ניתן להבחין בנקל כי הליך החקיקה של התיקון לביטול עילת הסבירות היה חריג אפילו ביחס לאמות מידה של הליך חקיקה רגיל. ניכר פער עצום בין חשיבותו ומשמעותיותו של התיקון (כפי שהתבטאו במחלוקת הציבורית והמקצועית ושעורר ובמחאה הפרלמנטרית והציבורית הרחבה נגדו) לבין ההליך שהתקיים בכנסת והפגמים הרבים שבהם לקה, ואשר יפורטו מיד.

⁶² שם, בעמ' 41.

⁶³ עניין קוונטינסקי, לעיל בה"ש 3, בפס' 38 לפסק דינו של השופט סולברג ופס' 5 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) נאור (בהתאמה).

⁶⁴ בקשת פורום המרצים והמרצים למשפטים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 43-45.

⁶⁵ בקשת פורום המרצים והמרצים למשפטים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 46.

ה. הפגמים בהליך חקיקת התיקון לחוק יסוד: השפיטה

כפי שעלה מבקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים,⁶⁶ בהליכי החקיקה נפלו פגמים רבים אשר עשויים להצדיק התערבות שיפוטית. **הדיונים בוועדה בהכנה לקריאה ראשונה לוו בפגמים חמורים**: לא התקיים דיון מקדמי בשאלה אם נכון לקדם את ההצעה כהצעה מטעם ועדה, ההצעה קודמה ללא הסכמה רחבה ותוך התנגדות חברי ועדה, לא ניתנה הזדמנות מספקת לשאול שאלות ולשמוע מומחים, שינויים שהוצעו לא הוטמנו, לא הוצגה חוות דעת מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת ולא נשמעו נציגי ממשלה (למעט נציג היועצת המשפטית ונציג נוסף לאחר שהתקיימה ההצבעה על הצעת החוק).⁶⁷ **הדיונים בוועדה בהכנה לקריאה שניה ושלישית לקו גם הם בפגמים חמורים**: לא התקיים דיון ממצה, היועץ המשפטי למשרד האוצר הוגבל מלהשמיע דעתו, לא התקיים דיון בחוות הדעת מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת, לא הוטמנו שינויים שהציעו מומחים בתחום, לא פורסמו פרוטוקולים של הדיונים לפני מועד הגשת ההסתייגויות וניתן זמן מועט להסתייג, ועוד. על אף שחברי כנסת, הייעוץ המשפטי וגורמים בכירים במשק ובקרב בכירים במערכות הבטחון התריעו על ההכרח לקיים דיון משמעותי, לשקול את מלוא העובדות והשלכות התיקון על היכולת לבקר את מעשי הממשלה והשפעתו על האיזונים והבלמים בין הרשויות בישראל והדמוקרטיה בישראל בכלל – אושרה ההצעה בקריאה השלישית במליאה בקולות הקואליציה בלבד, עת שהאופוזיציה החרימה את ההצבעה.⁶⁸

לגישתנו ניתן למפות פגמים אלו לחמישה פגמים עיקריים היורדים לשורשו של הליך חקיקת התיקון לחוק היסוד.

1) פגם ראשון – התיקון בוצע תוך פגיעה בעקרון השתתפות האפקטיבית

עקרון השתתפות האפקטיבית הוא ביטוי לתפיסת הדמוקרטיה הייצוגית. על מנת שהכנסת תפעל כבית הנבחרים של המדינה, חובה לאפשר לכל חברה להשתתף באפקטיביות בהליכים הפרלמנטריים, לרבות פיקוח על הממשלה, ייזום הצעות חוק, כהונה בוועדות ועוד. השתתפות משמעה השתתפותם של כלל חברי הכנסת שזכות השתתפות מוקנית להם במסגרת תפקידיהם הרלוונטיים. למשל, חברי הכנסת החברים בוועדה בעלי זכות להשתתף ביתר אינטנסיביות בחקיקת חוקים המטופלים על ידי הוועדה שלהם.⁶⁹

⁶⁶ בקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 10.

⁶⁷ שם, בעמ' 10.

⁶⁸ שם.

⁶⁹ נדיב מרדכי, מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס **מדריך לחוקק** 15, 159–161 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015) (להלן: **מדריך לחוקק**).

גרעין זכות ההשתתפות הוא הזכות לנכוח בפועל בהצבעה על הצעת החוק, בכל קריאותיה. זאת, על מנת שיוכלו חברי הכנסת לדרוש, לחקור ולקבל הבהרות אחד מהשני וכן ממומחים או גורמי יעוץ שמעורבים בהליכי החקיקה. זהו הבסיס לקיומו של דיון אמיתי ומעמיק שיאפשר קבלת החלטה מושכלת. לצד ההיבט הגרעיני של זכות ההשתתפות הגשמה מהותית שלו מחייבת שתהא לחבר הכנסת הזדמנות הוגנת, נאותה ואפקטיבית להשתתף בדיון ובהצבעה. בהתאם להלכת **מגדלי העופות**, הזכות כוללת את "האפשרות המעשית לגבש את רצונו ביחס להצעת החוק" וזאת שכן "העם בחר בנבחריו כדי שידונו לעומקן בהצעות חוק המונחות לפנייהם, כדי שיהרהרו בתוכנן, כדי שישוחחו ביניהם, כדי שיחליפו דעות, כדי שיתווכחו, ועל דרך זו יפקחו כראוי על התנהלות הממשלה".⁷⁰ בפועל, מכאן נובעת זכותו של חבר כנסת לדבר ולשאול בדיון, לקבל זמן סביר להכנתה לקראת דיון בוועדה וזמן סביר לדבר בה, הזכות לקבל מידע לצורך גיבוש עמדה מושכלת ועוד.⁷¹ על הכנסת לנקוט צעדים להגברת ההשתתפות האפקטיבית של חבריה בעבודה החקיקה למשל באמצעות העמדת מרכז המחקר והמידע של הכנסת לרשותם. בעניין **התנועה לאיכות השלטון 2016**⁷² עמד בית המשפט על חשיבות ההשתתפות בוועדות הכנסת:

"במסגרת ועדות אלה ניתנת לחבריהן ובכלל זה לחברי האופוזיציה האפשרות לדרוש, לחקור ולקבל הבהרות מן הגורמים הרלוונטיים בממשלה לגבי דבר החקיקה העומד על הפרק ולא אחת יש לאותם דיונים השפעה ממשית על גורל הצעות החוק ועל תוכנן. על כן, דרישה להעביר בוועדה של הכנסת הצעת חוק "as is" מבקשת, למעשה, למנוע דיון אמיתי, ביקורתי ואפקטיבי בוועדות ובכך היא חותרת תחת אחת התכליות המרכזיות שביסוד פעילותן של ועדות הכנסת. דרישה כזו אף פוגעת בעקרון העצמאות הפרלמנטארי".

כפי שעלה מעמדת היועצת המשפטית לממשלה בעתירות, קיום ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד יכולה להיעשות בדרך של החמרת הרף הנדרש לקיומו של 'הליך חקיקה ראוי' כשמדובר בחוק יסוד, בהשוואה להלכה הפסוקה בנוגע להתערבות בהליך החקיקה של חוק רגיל. כפי שנקבע בעניין **קוונטינסקי** בקשר לפגמים בהליך החקיקה לגבי חוק 'רגיל', הבדיקה אם עקרון ההשתתפות התגשם במקרה מסוים נבחנת לפי אמות מידה של: משך הדיון, בשים לב למורכבות ההצעה, ייחודיותה, אורכה והיקף השלכותיה; התשתית העובדתית שהוצגה בצד הצעת החוק; והשפעת הדיון בוועדה ובמליאה על הצעת החוק, נוסחה ותוכנה. כאשר עסקינן בתיקון של חוק יסוד, שהשפעתו כה מורכבת

⁷⁰ עניין **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 48, בפס' 24 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש ובפס' השלישית לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין.

⁷¹ שם, בפס' 22-24 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש.

⁷² בג"ץ 8612/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו, 17.8.2016).

ומרחיקת לכת והוא נתון במחלוקת חברתית ופוליטית עזה, הרי שלעמדת היועצת, יש מקום לשקול רף גבוה יותר לקיומו של 'הליך חקיקה ראוי'. כלומר, נדרשת הצגה מקצועית ומקיפה של נתונים והערכה של השלכות באופן נרחב; מתחייב כי יתאפשר לחברי הכנסת לשאול שאלות ולקיים שיח ממצה ומעמיק עם המומחים המציגים את עמדתם בפני הוועדה; נדרש שנציגים של האקדמיה, החברה האזרחית, הממשלה ועוד יוכלו להשתתף ולהציג בצורה ממצה את עמדתם; שהדיון יכסה את כל ההיבטים הרלבנטיים באופן שיאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מלאה על מלוא משמעותו של התיקון והשלכותיו. וכיוצא באלה. דרישות הליכיות אלה יאפשרו לחברי הכנסת לגבש את עמדתם בנוגע לתיקון של נורמה חוקתית תשתיתית ויגשימו את עקרון ההשתתפות אשר בחוקי יסוד צריך לקבל ביטוי רחב יותר מאשר חקיקה רגילה.⁷³

גם לגישתנו עשוי להיות טעם להתערבות בהליך חקיקה של חוק יסוד בכלל, ובהליך חקיקת התיקון לביטול הביקורת השיפוטית על הממשלה בעילת עילת הסבירות בפרט. במסגרת הליך חקיקה זה נפלו פגמים רבים ובהם: לא הייתה הזדמנות מספקת של חברי הוועדה לשאול שאלות ולשמוע את כלל המומחים ואלה ששמיעתם הייתה נחוצה; לא הוטמעו שינויים שהוצעו על ידי נציגי הייעוץ המשפטי, חברי הכנסת של האופוזיציה, מומחים מהאקדמיה וגופי החברה האזרחית; שאלות רבות שהעלו חברי הכנסת לא קיבלו מענה הולם וגורמים רבים מהאקדמיה והחברה האזרחית לא קיבלו הזדמנות מספקת להתייחס להצעה; הדיון הסתיים לפני שהושלמה הכנת סקירה משווה מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת שהוכנה לבקשת ח"כ קריב בנושא מנגנוני אישור, בקרה וביקורת שיפוטית על מינויים בידי ממשלה; בדיון המסכם ביום 4.7.2023 לא התאפשר לנציגי היועצת המשפטית לממשלה לשאת דברי סיכום אלא לאחר שכבר התקיימה ההצבעה ולאחר שהופעל לחץ מטעם היועצת המשפטית לכנסת על יו"ר הוועדה שיאפשר את ההתייחסות; לא נשמעו נציגי משרדי ממשלה זולת נציגי היועצת המשפטית לממשלה והייעוץ המשפטי של משרד האוצר; לא התקיים דיון בחוות דעת או בנתונים שהתבקשו מהייעוץ המשפטי לממשלה בנושא סמכויות שהואצלו משרים לדרג מקצועי (הנתונים הונחו על שולחן הוועדה ביום 17.7.2023) – ולראייה, לימים במהלך הדיון בעתירה, כאשר נשאל בא כוח הממשלה מה הדין במקרים של האצלת סמכויות, הוא לא ידע לענות וביקש להתייעץ עם מרשיו; המומחים והיועצים המשפטיים לא נשמעו ברצינות ובנפש חפצה; לא נמצאו משפטנים שיתמכו בנוסח ההצעה כפי שהוצעה (למעט ד"ר אביעד בקשי נציג פורום קהלת ופרופ' טליה איינהורן); הפרוטוקולים של דיוני הוועדה לא פורסמו לפני

⁷³ עמדת היועצת, לעיל הי"ש 15, בפס" 420.

כתיבת ההסתייגויות על מנת שניתן יהיה להכין על בסיסם הסתייגויות, לא ניתן זמן מספק לכתיבת ההסתייגויות.⁷⁴

כל אלו מלמדים כי הליך החקיקה נעשה תוך פגיעה משמעותית בהשתתפות חברי הכנסת בכלל וחברי הוועדה בפרט, בניגוד לעקרון ההשתתפות, שהוא עקרון יסודי בשיטתנו. עקרון זה הוא לב הדמוקרטיה המהותית. המחויבות לעקרונות דמוקרטיים תוגשם רק במוסד שמצליח להביא לידי ביטוי דעות שונות המרכיבות את החברה באמצעות נציגיה, מוסד שהשותפים לתהליכי חקיקה בו אשר גם מפקחים על הממשלה, פועלים באופן מושכל על סמך ידע רלוונטי מקיף. ייצוג מגוון דעות בהליך לא נועד רק לייצוג הולם של קבוצות שונות באוכלוסייה, אלא גם כדי להשביח את בסיס המידע והניתוח ואת היכולת לבחון דבר חקיקה מוצע מנקודות מבט שונות.⁷⁵

2) פגם שני – עקיפת עמדת היעוץ המשפטי לממשלה ולכנסת

לגישתנו, העובדה שלא נשמעו עמדות היעוץ המשפטי לממשלה, ולא הייתה התייחסות מעמיקה לעמדת היעוץ המשפטי לכנסת, מהווה גם היא פגם בהליך החקיקה.

התיקון לחוק יסוד: השפיטה נחקק ללא מתן זמן מספק להצגת עמדת היעוץ המשפטי לממשלה. כפי שפורט לעיל, בדיונים הספורים והצפופים שקיימה הוועדה לא נשמעו חוות דעת מטעם היעוץ המשפטי לממשלה, למעט המשנה ליועצת המשפטית לממשלה והיועץ המשפטי למשרד האוצר. דווקא מהדברים שכן נשמעו ניתן ללמוד על חשיבות השתתפותם של היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה בהליך עצמו. מפאת חשיבות דבריו של היועץ המשפטי למשרד האוצר, נביא אותם כלשונם:

"אני אבקש בדברים שלי להרחיב ולהדגים את דבריו של ד"ר גיל לימון, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, כפי שהובעו בדיונים הקודמים. כפי שציין ד"ר לימון, משמעות חקיקת החוק המוצע היא יצירת חור שחור נורמטיבי שגבולותיו רחבים ביותר. מדובר בפגיעה בערכים בסיסיים ביותר, תקינות פעילות המינהל, טוהר המידות של השירות הציבורי, הגינותו של השלטון ביחסיו מול הפרט ושלטון החוק. אני מבקש להדגים בפניכם מה המשמעות של יצירת חור שחור כזה במשרד כמו משרד האוצר.

[...]

משרד האוצר כולל ארבעה אגפי ליבה: אגף החשב הכללי, אגף תקציבים, אגף הכלכלן הראשי ואגף שכר והסכמי עבודה. יש

⁷⁴ בקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים, לעיל הי"ש 17, בעמ' 20–21 ו-24.
⁷⁵ מדריך למחוקק, לעיל הי"ש 69.

עוד שלוש יחידות סמך: רשות המיסים, רשות שוק ההון ויחידת אכיפת הפנייה. בשל היקף התחומים במשרד האוצר ויכולת ההשפעה על תכנון וביצוע תקציב המדינה, מתקבלות בשנה במשרד האוצר אלפי החלטות, אם לא למעלה מכך. לכל אחד מראשי האגפים יש סמכויות נרחבות ביותר. חלק מהסמכויות שהוקנו בחוק מרביתן סמכויות שניתנו באצילה משר האוצר – דובר על זה לא מעט במהלך הדיון – בהרשאה מהממשלה או נקבעו בתקנות. חלקן גם סמכויות שניתנו בנוהג בתוך המשרד וגם אין להן אפילו מקור חוקי. בנוסף, כפי שצוין חלק וחלק מהדוברים דיברו קודם לכן, שר יכול ליטול סמכויות ולתת אותן בעצמו, ויש גם סמכויות נוספות פרטניות ששרי האוצר לדורותיהם השאירו לעצמם. [...]

אני אתחיל בהמלצה המרכזית של ועדת קוצ'יק, הוועדה לבחינת הרכב משרד האוצר, [...] מצאנו לנכון להמליץ על כך שיוגדרו בצורה מפורשת וברורה התחומים שבהם תינתן לראש האגף עצמאות, שיקול דעת מלאה וללא מעורבות של גורמים נוספים.

הנושא של עבודה מקצועית ושמירה על אתוס מקצועי ומתן עצמאות שיקול דעת מקצועי במגוון רחב של תחומים, אבן יסוד במשרד האוצר. [...]

החלק הראשון, מינויים. מינויים של ארבעה ראשי אגפי הליבה במשרד נעשים בפטור ממכרז וללא ועדת איתורים. מדובר במינוי של הממשלה לאחר בדיקה של הוועדה לבדיקת מינויים או לפי תנאי סף שנקבעים בהחלטה פנימית במשרד, יחד עם נציבות שירות המדינה, ושניתן לשנותם מעת לעת וכך גם נעשה בעבר. החשב הכללי הממונה על התקציבים, ממונה על השכר והסכמי העבודה והכלכלנית הראשית. [...]

מינוי של מנהל רשות המיסים או ממונה על שוק ההון מתבצע בשנים האחרונות לפי ועדת איתור שנקבעה בהחלטת ממשלה לפי דרישה של היועצים המשפטיים לממשלה לשעבר. את ההחלטה הזו אפשר לתקן בכל רגע נתון, כך שגם משרות אלה ימונו בפטור ממכרז ללא ועדת איתור. כל מה שצריך לעשות זה לתקן את החלטת הממשלה. [...]

אני אחזור לסמכויות כדי להדגים את המגוון הרחב של סמכויות ואני אקח לדוגמה את החשב הכללי. לחשב הכללי יש שורה של סמכויות מכוח חוק, והראשונה שבהן הוא מורשה להתחייב מטעם המדינה בכל התקשרות, בהתאם לתקנות חובת המכרזים הוא אחראי על אישור פטור ממכרז, תקינות הליכים מכרזיים, אחראי למינוי של כל ועדות המכרזים הבין-משרדיות, הוא מסדיר את כל נושא ההתקשרויות באמצעות מערך הוראות התק"מ הוא קובע שורה של הוראות בנוגע לביצוע התקציב, רכש, כספים וכדומה. יש לו סמכות למתן

היתרי אשראי שהוצאה לו, יש לו סמכות פיקוח על נושא תמיכות לפי נוהל שנקבע, מתן ערבויות מדינה, הוא הוסמך לנהל הנפקת אגרות חוב ממשלתיות בהתאם להוראות חוק מלווי המדינה, והוא אחראי גם על הכנת הדוחות הכספיים של המדינה והחתימה עליהם. " (עמ' 99–101 לפרוטוקול).

זהו, אפוא, פירוט תמציתי של השלכות התיקון לחוק (על משרד האוצר) שנערכו בסד זמנים דוחק וכאמור הצגתן התאפשרה רק לאחר לחץ על יו"ר הוועדה שלוה בהתערבות היועצת המשפטית של הכנסת.

לכך כמובן מצטרפת עמדתו של המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, עו"ד גיל לימון, שחזר דיון אחרי דיון על הקשיים ברוחב נוסח ההצעה, בהיעדר הגדרה ברורה למונח "סבירות" בהעדר עיגון החובה לנהוג בסבירות ככלל. עוד הדגיש את החוסרים בהצעה, בפרט ביחס לדיני ממשלת מעבר. הוא הדגיש כי אין עמדת ממשלה ביחס להצעת החוק (כי היא לא עברה בוועדת השרים לחקיקה) וכי הרוב המכריע של המומחים עמד על כך שהנוסח המוצע גורף ורחב מדי.⁷⁶

כפי שפורט לעיל, גם היעוץ המשפטי לכנסת לא חסך ביקורת על התיקון האמור. היועצת המשפטית של הכנסת התריעה כאמור כי מדובר בנושא מורכב המצריך הסכמה רחבה ולכן יש לגבש תוצר הדומה לתוצר של הצעת חוק ממשלתית. ברור לגמרי שלא גובר תוצר כזה. אליה הצטרף היועץ המשפטי לוועדה, שהדגיש את הקשיים הנוגעים להצעה, ובפרט לנוסחה כפי שעבר לבסוף בקריאה שניה ושלישית. בין היתר העיר עו"ד בליי כי "החקיקה שלפנינו היא חקיקה חריגה"; "אנחנו לא מחדדים מה כן חל מבחינה חקיקתית, מה זה בכלל עילת הסבירות"; "ההגבלה על כל ההחלטות של הדרג הנבחר עלולה להיות רחבה מדי"; "ייהיה פחות תמריץ לרשות המבצעת להשקיע בהליך מינהלי, רציונלי ומבוסס עובדות ולוגי, כי ידעו שאין סיכוי שיתערבו להם בסופו של דבר"; "יש המון החלטות אינדיבידואליות שמשליכות על האינטרסים של הפרט, ואתה לא בהכרח יכול להצביע על זכות שנפגעת"; "היכולת של האזרח שעותר נגד הדבר הזה להוכיח שהיה פה שיקול זר או שהייתה פה שרירות, קשה עד בלתי אפשרית" (ראו לעיל בסמוך לה"ש 29 ו-33).

כך נחקק התיקון ללא תשתית מספקת, תוך התעלמות מחוות דעת היועץ המשפטי לוועדה וללא התייחסות מספקת של משרדי הממשלה להצעת החוק ולהשלכותיה.

⁷⁶ עתירת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 28, בעמ' 28–29; פרוטוקול דיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 12.7.2023.

3) פגם שלישי – אי עמידה בתנאי סעיף 80 לתקנון הכנסת, בניגוד להנחיית היועצת המשפטית של הכנסת

באשר לפרשנות הלשונית והתכליתית של סעיף 80 לתקנון הכנסת נבקש להפנות לבקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים.⁷⁷ ככלל, סעיף 80 לתקנון הכנסת קובע את סמכותן של ועדת הכנסת, ועדת חוקה, חוק ומשפט והוועדה לענייני ביקורת המדינה ליזום הצעת חוק מטעם ועדה בתחומי ענייניהן ולהכינה לקריאה ראשונה. הסעיף מגביל את הסמכות להצעות חוק שעניינן חוקי יסוד או נושאים המתחייבים ממנו וכן הצעות בנושא הכנסת, חברי הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות, מימון מפלגות ומבקר המדינה. הסעיף גם קובע כי הצעה מטעם ועדה תוגש ישירות לקריאה ראשונה (כלומר ללא חובת הנחה בת 45 ימים וללא קריאה טרומית, כפי שנדרשת הצעת חוק פרטית). כפי שצוין בבקשת הפורום, הסמכות ליזום חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד והסמכות להכין את הצעת החוק, נדרשות לעמוד בשתי דרישות פרוצדורליות בסיסיות: קולגיאליות והסכמה בתהליך היוזמה וההכנה; וכן קיום הליך יסודי הן בייזום ההצעה הן בהכנתה.

כפי שעלה מעמדת היועצת המשפטית לממשלה, קיום ביקורת שיפוטית על הליכי חקיקה יכולה להיעשות בדרך של ביקורת קפדנית על הפעלת הוראות חריגות בתקנון בקשר להליך קבלתו של חוק יסוד. מעצם מחויבות הכנסת להפעיל סמכותה המכוננת בנאמנות ובהתאם לתכלית סמכות ייחודית זו, בפרט ביחס לתיקון חוקתי-משטרי תשתיתי, בעל השלכות רוחב במישורים רבים, היה על הכנסת ליחד הסדר ייעודי להליכי הקבלה והתיקון של חוקי היסוד. הכנסת לא עשתה כן, לא ברמת חוקי היסוד ולא ברמה של תקנון הכנסת, אך מחדלה אינו פותר אותה מהמחויבות להפעיל את סמכותה המכוננת באופן הולם גם בהיבט ההליכי. כאשר הכנסת מפעילה את הוראות התקנון הרגילות גם ביחס לחקיקתו של חוק יסוד, ראוי להכיר בסמכותו של בית המשפט לבחון בקפדנות כי ישום זה אינו פוגם, ולו בעקיפין, במשמעות של קבלת חוק יסוד. למשל, כאשר ועדת הכנסת מאשרת קיצורי מועדים בהליך החקיקה של חוק יסוד, יש מקום לבחון אם הדבר הולם את הסמכות המכוננת, לאור מאפייני חקיקת היסוד, אשר מטיבם אינם יכולים להיעשות בחיפזון. אפשר לומר שנקודת המוצא היא שהפעלת סמכות כזאת לפי התקנון לגבי הצעת חוק יסוד מקימה חזקה לפיה היא פסולה, אלא אם יוכח צידוק מיוחד לדבר בנסיבות העניין.⁷⁸

⁷⁷ בקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 47-60.
⁷⁸ עמדת היועצת, לעיל ה"ש 17, בפס' 420.

כפי שפורט בהרחבה בבקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים, יו"ר ועדת החוקה, ח"כ שמחה רוטמן, קידם את הדיון בהצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) תוך שהוא מקדם הצעת חוק שהוא עצמו יזם בשם הקואליציה באופן מזורז ודורסני. כל זאת, תוך התעלמות מבקשות חברי הכנסת לוועדה כי החקיקה תקודם בהסכמה רחבה. כפי שעולה בבירור מהרקע העובדתי לחברי הכנסת לא ניתנה הזדמנות אמיתית "להתווכח ולהקשות, לשכנע ולהשתכנע". יתרה מכך, "אפשרות מעשית לגבש עמדה" במסגרת דיון אינה נוגעת רק למתן אפשרות להתבטא ולהביע עמדה אלא גם למתן אפשרות לשמוע עמדות שונות וכן לשמוע מידע הנוגע לנושא החקיקה כמו גם הערכה של השלכותיה. במקרה דנן, חרף בקשות חוזרות ונשנות, לא ניתנה לחברי הכנסת אפשרות לשמוע את מלוא הדעות העקרוניות השונות ולקבל את מלוא המידע כך שיוכלו "ללבן ולשקול" ולגבש עמדה מושכלת לגבי הצעת החוק. בנוסף, בקשותיהם החוזרות ונשנות של חברי הכנסת לקבל מידע, לשמוע יועצים משפטיים של משרדי ממשלה, מומחים, וגורמים נוספים וכן לקבל סקירות על ההשלכות האפשריות (לרבות השלכות ביטחוניות, סביבתיות וכלכליות) הושבו ריקם. חברי הכנסת מחו תדיר על האופן בו מתנהלים הדיונים ובמענה לכך הוצאו מאולם הוועדה פעמים רבות (במהלך 7 דיונים הוצאו 29 חברי כנסת מטעם האופוזיציה ו-1 מטעם הקואליציה).⁷⁹

מכאן שבניגוד ללשון סעיף 80 לתקנון הכנסת ולתכליתו, הצעת החוק לא שיקפה קונצנזוס או מהלך מוסכם מטעם הוועדה. עינינו הרואות כי מדובר במהלך שיזם יו"ר הוועדה, מבלי שלחברי הוועדה הייתה כל השפעה על ייזום ההצעה, על הכנתה או על ניסוחה הסופי.

4 פגם רביעי – ניצול לרעה של סמכות היו"ר ופגיעה בעקרונות השוויון הפורמלי

בראש כל ועדה בכנסת עומד יושב-ראש שסמכויותיו לקביעת סדר היום של הוועדה קבועות בסעיף 111(ב) לתקנון הכנסת. בפסיקה נדון תפקיד זה לא אחת. בעניין **התנועה לאיכות השלטון**⁸⁰ צוין כי מדובר בתפקיד פרלמנטרי הכרוך בסמכויות מינהליות וארגוניות בלבד כמו זימון ישיבות, קביעת סדר היום והמניין הדרוש לישיבה וכן ניהול דיוני הוועדה. על אף אופיו הטכני לכאורה של התפקיד, בעשורים האחרונים ניכרת מגמה

⁷⁹ שם, בעמ' 29–30 וראו גם נספחים ב, ד, ו לבקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים שם מפורטות דוגמאות רבות מהפרוטוקולים של הדיונים בוועדה לפגמים שנפלו בהליך וכן להוצאות ח"כים מדיונים, זמין לצפייה בקישור: <https://tinyurl.com/ytpfehva>.

⁸⁰ בג"ץ 7367/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסי' 10 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) דורנר (19.10.1998) (להלן: בג"ץ התנועה לאיכות השלטון 1998).

של הרחבת הסמכות באופן המקנה שיקול דעת רחב ליו"ר הוועדה בדבר תוכן הדיונים וסדר העדיפויות המהותי של הדיונים בוועדות.⁸¹

בעניין **לבנת** נדונה החלטת יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט לקבוע את דיוני הוועדה בניגוד למועד שנקבע בסיעת הליכוד.⁸² בעניין זה קבע בית המשפט כי אין בהחלטה זו "כדי לפגוע באופן ממשי במרקם החיים הדמוקרטיים וביסודות המבנה של המשטר" וכי "פתרונה של אי-התאמה זו אינו במעורבות שיפוטית בהחלטות יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט אלא בפעולות שונות בליכוד".⁸³ במסגרת הדיון בעתירה, שנחתה לבסוף, התייחס בית המשפט לעתירות נוספות שהוגשו ביחס להחלטות לשינוי מועדי דיון בכנסת. בתוך כך הובהר כי:

"אפיונה של הפעולה בכנסת כנוגעת לקביעת סדר יומן של מליאת הכנסת או של ועדה מוועדותיה, יש בו כדי להצביע לכאורה על השתייכותה לתחום ההחלטות הלא-שפיטות (מוסדית). עם זאת אין זה מבחן בלעדי. בנוסף לאפיונה של הפעולה יש לבחון גם את תוצאותיה. אכן, בכל פסקי-הדין שעסקו בסוגיה שלפנינו בחן בית-המשפט את ההשפעה של החלטת האורגן של הכנסת על מרקם החיים הדמוקרטיים ועל המבנה של המשטר החוקתי." (שם בפס' 16 לפסק הדין)

במקרה שלפנינו ניכר כי הליך התיקון כלל הרחבה ניכרת של שיקול הדעת של יו"ר הוועדה, ח"כ שמחה רוטמן, על דעת עצמו. כאמור לעיל, היו"ר השתמש בסמכויותיו על מנת לקבוע בבת אחת רצף דיונים בעניין הצעת החוק שביקש לקדם, הוא השתמש בסמכויותיו על מנת להקשות על מתנגדי ההצעה להשמיע טענותיהם, הוא ניצל את כוחו לצורך עקיפת היעוץ המשפטי לממשלה והתעלם מהיעוץ המשפטי לכנסת.

סעיף 80 הקובע את הסמכות להגיש הצעת חוק מטעם ועדה, עוגן בתקנון הכנסת במסגרת תיקון מקיף בהוראות תקנון הכנסת שנערך בשנת 2012. מהדיונים שהתקיימו בוועדת הכנסת בנושא ניתן ללמוד על הניסיון לתחום היטב את גבולותיה של הסמכות שניתנה לוועדות הכנסת. כך, למשל, עו"ד אייל זנדברג, נציג משרד המשפטים, הביע חשש שסמכות זו תנוצל לרעה על ידי יושבי ראש של ועדות, והדגיש כי הדבר צריך להיעשות במקרים מוגבלים כשיש צורך לתת לכנסת יתרון ולגרוע מהכוח של הממשלה לזיום.⁸⁴

⁸¹ להרחבה ראו ערן מזרחי "יו"ר ועדה בכנסת – עם כח גדול באה אחריות גדולה" **המכון הישראלי לדמוקרטיה**, זמין לצפייה בקישור: <https://tinyurl.com/4xdkyed4>.

⁸² בג"ץ 9070/00 חברת הכנסת לימור לבנת נ' חבר הכנסת אמנון ובינשטיין – יושב ראש עדה חוקה חוק ומשפט (נבו, 3.7.2001) (להלן: "עניין לבנת").

⁸³ שם, בפס' 18 לפסק הדין.

⁸⁴ ראו חילופי דברים בין עו"ד אייל זנדברג לבין יו"ר הוועדה ח"כ יריב לוין, בפרו' מס' 161 של ועדת הכנסת מיום 1.3.2011 עמ' 55–56, 60: <https://tinyurl.com/392xv2uk>.

הייחוד של הצעת חוק מטעם ועדה עולה גם מהשוואת סעיף 80 לסעיף 75 לתקנון הכנסת (בהשוואה להצעת חוק פרטית) והדגש שניתן בו לשאלה מיהו יוזם ההצעה. ההבחנה חשובה בייחוד ביחס להצעות חוק פרטיות שיוזם יו"ר ועדה בכובעו כחבר כנסת מן המניין. שכן, היוזמה לקדם הצעת חוק מטעם ועדה צריכה להיות של הוועדה כגוף קולגיאלי וכך גם שלב ההכנה. פירוש אחר לסעיף 80 לתקנון, לפיו יוזמת הוועדה והכנת ההצעה מטעמה יכולים להיעשות לפי עניין אישי של יו"ר הוועדה בהצעה יוביל לאפליה בכח חקיקה של חברי כנסת. דינו של יו"ר הוועדה לעניין זה, כדין כל חבר אחר בוועדה (ובית המשפט עמד על כך בפירוש בעניין **התנועה לאיכות השלטון 1998**). יו"ר ועדה אינו יכול "לנכס" לעצמו את סמכות הוועדה שהוא עומד בראשה. שכן, כך הוא יוכל לקדם הצעת חוק פרטית בהליך מזוהז; וגם להפר את סמכויותיו לפי סעיף 78 לתקנון בעניין סדרי הדיון בהצעות חוק בוועדות. בהמשך ישיר לכך, יוכל יו"ר ועדה לעקוף את המנגנונים להצעת חוק ממשלתית ולהגיש הצעות מעין אלו באמצעות ניכוס סמכויות של ועדת כנסת להגיש הצעות אלו ישירות לקריאה ראשונה וללא חובה לשמיעת עמדת הייעוץ המשפטי למשרדי הממשלה, כמתחייב ביחס להצעות חוק ממשלתיות.⁸⁵

עקרון השוויון הפורמלי בהליך החקיקה משמעו כי "קול אחד לכל אחד" מתברי הכנסת.⁸⁶ שוויון הקולות, כחלק משוויון הזכויות והחובות הכללי שיש לכל חברי הכנסת, הוא ביטוי לתפיסה שלפיה הפרלמנט כגוף קולקטיבי מייצג את הציבור.⁸⁷ זהו עקרון משלים לעקרון הכרעת הרוב, לפיו הצבעתם של חברי-כנסת ממפלגה פלונית שווה להצבעתם של חברי-כנסת ממפלגה פלמונית.

במקרה דנן, חבר הכנסת שמחה רוטמן, ציין בדיוני הוועדה שהוא זה שניסח את ההצעה והעלה אותה כיו"ר בפני ועדת חוק, חוקה ומשפט. פירוט התנהלות הדיונים, המועטים והדלים, בהצעה הוצג לעיל ועולה ממנו רוחו של היו"ר לדהור אל עבר עיגון ההצעה בספר החוקים. לא בכדי השינוי היחיד בהצעת החוק נעשה ביוזמת היו"ר כמעין הוראה "מלמעלה" ללא דיון בוועדה או בחינת עמדות חבריה בנושא. לכל אורך הדרך בולטת התנהלותו של יו"ר הוועדה כמי שמנצל את כוחו לתת קדימות להצעת חוק שהוא יזם וניסח באמצעות משאביו כחבר כנסת וללא כל התייעצות עם הסגל המקצועי או המינהלי של הוועדה. בהמשך, בולטת התנהלותו בהחלטות ומשוא פנים לקבוע מעט דיונים מעטים

⁸⁵ להרחבה ראו עמ' 10-15 בעתירת אלהרר, לעיל ה"ש 23.

⁸⁶ עניין **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 48, בפס' 20 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש.

⁸⁷ המדריך לחוקק, לעיל ה"ש 69, בעמ' 157.

וצפופים ובמסגרתם לתת קדימות וזכות דיבור למי שתומך בהצעה, ולא לאפשר דיון מעמיק תוך שמיעת נציגי המתנגדים להצעה.⁸⁸

מצב דברים זה משקף לעמדתנו שימוש לרעה של סמכות היו"ר לצורך קידום הצעת חוק פרטית או ממשלתית כהצעת חוק מטעם ועדה. במצב בו יו"ר ועדה משתמש בסמכותו לניהול סדר יום של וועדה או חלוקת זמן הדיבור בדיוניה לצורך קידום עניין אישי-פוליטי הוא מנצל לרעה את סמכויותיו ובכך מפר את השוויון בין חברי הכנסת. במובן זה היו"ר העניק להצעה שיזם, או שלכל הפחות יש לו עניין אישי-פוליטי בה, קדימות ועדיפות על הצעות אחרות שהועדה הייתה צריכה לדון בהן. כמו כן, גם החלטת היו"ר בדבר מספר הדיונים בנושא ההצעה, היקפם וחלוקת זמן הדיבור בהם, הושפעה ממניעיו הפוליטיים הצרים, כפי שתואר לעיל. במעשיו אלו, ניצל לרעה שמחה רוטמן את תפקידו כיו"ר ועדת חוק, חוקה ומשפט לטובת קידום מניעיו הפוליטיים הצרים ובכך פגע בעקרון השוויון הפורמלי בין חברי הכנסת בהליך החקיקה.

5) פגם חמישי – עקיפת הייעוץ המשפטי ומגבלות הפרוצדורה בשל מניע פוליטי צר

כפי שפורט לעיל נסיבות חקיקת התיקון, ובפרט נסיבות הטרנספורמציה של התיקון מהצעה שהעלה שר המשפטים להצעה שהוגשה כהצעת חוק מטעם ועדת חוקה, חוק ומשפט אשר חבריה והסגל המינהלי והמקצועי שלה לא היו שותפים ליוזמתה, ונדמה שגם לא להכנתה, מלמדות כי ביסוד הליך החקיקה עמד מניע פסול לעקוף את היעוץ המשפטי לממשלה. לאורך הדרך, נוהל ההליך בזריזות בלתי מוסברת, בקצרות רוח וזמן של היו"ר שהדהיר את החקיקה לעבר ספר החוקים ללא הצדקה. זאת, על אף התרעת היועצת המשפטית לכנסת כי התיקון צריך להיעשות תוך קיום דיון מעמיק מתוך מטרה שהתוצר יהא דומה להצעת חוק ממשלתית.

בהקשר זה, אף תקפים דבריו של פרופ' ברק מדינה בוועדת חוקה, חוק ומשפט שמצביע ישירות על המניעים הצרים שעומדים ביסוד חוק זה: "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.

⁸⁸ ראו נספח ב, ד, ו לבקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים, לעיל ה"ש 17.

הסיבה שאני חושב שמסתירים את זה, זה שמכירים בכך שיש כאן בעיות רבה מאוד".⁸⁹ לדברים אלה יש להוסיף כי פיטורי היועצת המשפטית או שינוי סמכויות הייעוץ המשפטי עשוי להיטיב עם ראש הממשלה נתניהו כנאשם.

בפסיקתנו נקבע זה מכבר כי מניעו של המחוקק או המכונן אינם תנאי מספיק להתערבות שיפוטית. הדין הנוהג אינו רואה במניעים פוליטיים כעילה לשלילת מעמדה החוקתי של נורמה שהרשות המכוננת עיטרה בכותרת "חוק יסוד" (ראו למשל בעניין **ממשלת חילופים** ובעניין **בר-און**).⁹⁰ אמנם בית המשפט טרם נדרש לשאלה האם די במניע פוליטי פסול לעקוף את היעוץ המשפטי לממשלה או לפטור חבר כנסת מחובת הנחה וקריאה טרומית, על מנת להתערב בהליך חקיקה של תיקון חוק יסוד שהוגש כהצעת חוק מטעם ועדה. אולם נדמה, אפוא, כי לכל הפחות ניתן להקיש מהפסיקה הקיימת בעניין התערבות שיפוטית בחקיקה על פי דוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות על מנת למצוא כי פגם זה, של מניע פסול העומד ביסוד הבחירה להגיש את התיקון כהצעת חוק מטעם ועדה, עשוי להצטרף לפגמים נוספים שנפלו בהליך החקיקה ואף להצדיק התערבות שיפוטית.⁹¹ זאת ועוד, מניעי המחוקק הם בדרך כלל נסתרים, אולם במקום שהם ברורים וגלויים, אין לשלול את הרלוונטיות שלהם. לא זו אף זו, גם אם לא ניתן להתייחס למניעי המחוקק בשל חוסר הוודאות לגביהם, לא צריכה להיות מניעה להתייחס להשלכות הברורות לעין כל של התיקון לחוק היסוד כפי שנסקרו לעיל, ודי בהשלכות חמורות אלה כדי להטיל פגם בהליך ובתוצרו.

ו. סיכום הפגמים בהליך החקיקה

כפי שעלה מעמדת היועצת המשפטית לממשלה, ביקורת שיפוטית על הליכי חקיקה יכולה להיעשות גם בראי מצבור הפגמים בהליך. הכמות עושה איכות. כלומר, הפגמים שנפלו בהליך החקיקה, אף אם אינם עולים כדי פסילה כשלעצמם, הרי שהם מחמירים את הפגמים הנובעים משתי הדוקטרינות המרכזיות. כשהכנסת מתקנת חוק יסוד ומשנה הסדר תשתיתי ומורכב ביותר, המשליך בצורה כה משמעותית על הפרדת הרשויות ושלטון החוק, ההקפדה על ליבון חוקתי מעמיק וניסיון לגבש הסכמה, היא חיונית במיוחד. זאת

⁸⁹ פרוטוקול הוועדה מיום 4.7.2023, לעיל ה"ש 39, בעמ' 58.
⁹⁰ בג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל** (נבו, 12.7.2021) (להלן: **עניין ממשלת חילופים**); בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פס' 17 לחוות דעתה של הנשיאה (כתוארה אז) ביינוש (7.24.2011) (להלן: **עניין בר-און**).
⁹¹ לעניין זה ראו גם סוזי נבות "נוקשות – סעיף 11 לחוק-יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי" **קומנטר מאמרים על חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2021) זמין לצפייה בקישור: <https://tinyurl.com/yc3m3k3t>.

דווקא בשל העדרן של ערובות מוסדיות ומבניות המבחינות בין הרשות המחוקקת לרשות המכוננת.

במהלך הליך החקיקה נפלו פגמים קשים וחמורים, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם דרישות הכרחיות לתקינות הליכי חקיקה, ומקל וחומר אינו עולה בקנה אחד עם הליך החקיקה הנדרש לשם חקיקת יסוד ועם אופיו של ההליך הנדרש לקידום הצעת חוק מטעם ועדה.

ההליך החפוז, שבמסגרתו נוצלו לרעה סמכויותיו של יו"ר הוועדה, כך שמידע וחוות דעת שצריך היה להביא בפני הוועדה כלל לא הובא בפניה, מחזק את המסקנה כי נעשה בפועל, במסגרת ההליך עצמו, שימוש לרעה בסמכות המכוננת. הדבר עשוי להשליך גם על הבחינה המהותית של היות התיקון לא חוקתי. אם יש ספק לגבי משמעויות מסוימות של התיקון, למשל עד כמה הוא יוצר סיכון לפגיעה בהפרדת הרשויות ומביא לחיזוק מסוכן של הרשות הפוליטית-המבצעת תוך החלשת ההתערבות השיפוטית, הרי שהליך החקיקה עשוי לשפוך אור על הערכת הסיכונים החוקתיים. כך, למשל, הסדר שהוא גבולי מבחינת אי-החוקתיות, אבל התקבל בהסכמה רחבה ולאחר דיון ממושך מעמיק ושיח פתוח וממצה, עשוי להתפרש בידי בית המשפט לקולה. לעומת זאת, בעניינינו, כל הצעות שנועדו למתן את פגיעת התיקון לביטול עילת הסבירות, שהיו אולי מאפשרות להגיע להסכמה רחבה יותר – נדחו.⁹² במקרה הנוכחי הליך החקיקה מדבר בעד עצמו, כלומר נגד תקינותו.

⁹² עמדת היועצת, לעיל הי"ש 15 בפס" 420.

3. על חשיבותה של עילת הסבירות

א. מבוא

התיקון לחוק יסוד: השפיטה מצמצם 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. התיקון שולל באופן גורף את סמכותו של כל בית משפט לבחון את סבירות החלטות הממשלה ושריה.

אחת ההשלכות המרכזיות של התיקון תהיה פגיעה ביכולת הפיקוח על כלל המינויים הנעשים על ידי נבחרי הציבור בשירות הציבורי. כך, למשל, לא ניתן יהיה 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.

השפעה מרכזית נוספת של התיקון תהא כלפי יכולתו של הייעוץ המשפטי לממשלה לדרוש מנבחרי הציבור לנקוט במדיניות רציונלית. הייעוץ המשפטי הוא המכוון את מקבלי ההחלטות ומחייב את השרים לנמק את החלטותיהם. ביטולה של עילת אי-הסבירות ביחס לדרג הנבחר מובילה 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. ביטול הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות ביחס לממשלה, יסיר את המגבלות הקיימות כיום על הממשלה בתקופת בחירות, שכן עילת אי-הסבירות היא הכלי המרכזי באמצעותו נקבעה "חובת האיפוק והריסון" של ממשלות בתקופת מעבר.

אין בישראל חוק כולל המסדיר את כללי היסוד לפעולתן של רשויות המינהל.⁹³ 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 המינהלי במדינות נוספות השייכות לשיטת המשפט המקובל, כמו אוסטרליה וקנדה.⁹⁴ מאז קום המדינה ולמעשה עוד קודם לכן, קיים בג"ץ פיקוח שיפוטית

⁹³ בעבר נעשה ניסיון להסדרה כוללת [תזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד–2014] אך הוא לא צלח.
⁹⁴ יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ה: עילות הביקורת המשפטית 3311, 3320 (2020).

על החלטותיהן של רשויות המדינה. כיום העוגן המרכזי לסמכות זו מצוי בסעיפים 15(ג) ו-1(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 מנהליים, לבחון את החלטות רשויות המנהל.

חוקיותה של החלטה מנהלית נבחנת על ידי בית המשפט בשלושה מישורים:⁹⁵ **מישור הסמכות**: על פיו החלטת הרשות המינהלית צריכה להישען על חוק המסמיך 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, חובת בירור 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.

כפי שעולה מיד מן ההמשך, אין סיבה לנעוץ את הסבירות במישור שיקול הדעת: החובה לפעול בסבירות נוגעת, בעיקרה, למישור שיקול הדעת. להלן נתמקד בהשלכות של ביטול הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה והשרים בעילת הסבירות. עם זאת, כפי שנראה, צמצום הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות עשויה להשפיע גם על שני המישורים האחרים.

המובן הראשון של סבירות, עניינו בחובתה של הרשות המינהלית לנהוג בסבירות בשלב ההליך המינהלי. סבירות היא למעשה אמת מידה שעל פיה בוחנים את תקינותו של הליך קבלת ההחלטות. כך, למשל, הרשות חייבת לבסס את החלטותיה על תשתית עובדתית סבירה.⁹⁶ קבלת החלטה על בסיס של חוסר בתשתית עובדתית מוגדרת כ"חוסר סבירות".⁹⁷ ביחס לאמינות הראיות הנדרשות לשם קבלת החלטה – הן צריכות להיות

⁹⁵ גיא ישראל זיידמן "מי אתה, המשפט המנהלי הישראלי?" בשולי הספר 'משפט מינהלי' מאת דפנה ברק ארזי "הפרקליט נא 693, 699 (תשע"ב).

⁹⁶ דפנה ברק-ארזי **משפט מנהלי** (א) 447-446 (2010).

⁹⁷ בג"ץ 297/82 עזרא ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983).

ראיות בעלות אמינות סבירה ולא בגדר שמועות או רכילות.⁹⁸ הליך מנהלי תקין עשוי לחייב בחינה של חלופות שונות או שמיעה של מומחים שונים או של מי שעלולים להיפגע מן ההחלטה. החובה להתייעץ כוללת, בין היתר, את הצורך לאפשר פרק זמן סביר לגורם המייעץ לשם גיבוש עמדה.⁹⁹ כן ניתן להצביע על החובה המוטלת על הרשות המנהלית לפעול תוך פרק זמן סביר.¹⁰⁰ מובן זה של סבירות, שיש המכנים אותו "סבירות הליכית", אינו שנוי במחלוקת.¹⁰¹ מלשון הצעת החוק לא ברור כלל האם המחוקק מתכוון לשלול את סמכותו של בית המשפט לפסול החלטות גם מטעם זה של סבירות. השארת התיקון החוקתי על כנו תפתח פתח לטענה שנשללה הביקורת השיפוטית גם בהיבט הזה. ייוצר מצב של חוסר וודאות, ויהיו מי שראו בכך בקרדום נוסף להכות בו.

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.¹⁰² הרשות אינה יכולה לקבל החלטה שהיא "כה מופרכת, מעוותת, קיצונית כך שלא יעלה על הדעת" שהמחוקק התכוון להסמיך את הרשות המנהלית להחליט כפי שהחליטה.¹⁰³ כלומר, מובן זה של סבירות, הכרוך למעשה בשאלת הסמכות, שימש את בית המשפט לבחינת החלטות מנהליות אף בעשרות השנים הראשונות לקיומה של מדינת ישראל.

מקורה של עילת הסבירות בבריטניה הוא פסק הדין בעניין **Wednesbury**¹⁰⁴ שעסק בחוק-עזר עירוני שאסר על ילידם מתחת לגיל 15 לצפות בקולנוע בימי ראשון. בית המשפט קבע כי פסילת החוק מכוח עילת הסבירות מצריכה שני תנאים מצטברים: רשות "סבירה" או "הגיונית" לא הייתה מחוקקת אותו, וגם הצגת נסיבות מוחצות שמעידות על כך.

החובה לנהוג בסבירות ובתום לב נגזרת מחובת הנאמנות של הרשות כלפי הציבור, חובה הנמצאת ביסוד הסמכות המוענקת לרשות.¹⁰⁵ היא אינה שונה מחובתו של כל נאמן. לא

⁹⁸ בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 424-425 (1994).

⁹⁹ בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496, 520 (2000).

¹⁰⁰ בג"ץ 1999/07 זהבה גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006, פ"ד סב(2) 123, פסי' 8 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) ביניש (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".

¹⁰¹ יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר – מאמרים חלק א 417 (אהרן ברק ואח' עורכים) (2003).

¹⁰² דפנה ברק-ארז משפט מנהלי (ב) 723 (2010). וראו גם: יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" משפטים נא 673 (2022) (להלן: דותן, "שני מושגים של ריסון").

¹⁰³ דותן, שם, בעמ' 679.

¹⁰⁴ Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury, [1948] 1 K.B. 223 (C.A).

¹⁰⁵ ראו את פסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980).

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.¹⁰⁶ יוזכר, כי עקרון ביזור סמכויות הוא אחד מהעקרונות המאפיינים דמוקרטיה, במקביל לעקרונות אחרים כמו עקרון הכרעת הרוב.

המובן השלישי של הסבירות, עניינו בבחינת שיקול הדעת המנהלי. במסגרת זו, יש לבחון האם ההחלטה המנהלית משקפת איזון ראוי בין מכלול השיקולים הרלוונטיים לצורך קבלת ההחלטה: לא רק שאסור לרשות שלא להביא בחשבון שיקול רלוונטי,¹⁰⁷ אלא עליה להימנע ממתן משקל מופרז לשיקול שאינו מרכזי או משקל קרוב לאפסי לשיקול משמעותי. כפי שהסבירה פרופ' דפנה ברק-ארז: "על פי עילת הסבירות, החלטתה של הרשות עשויה להיות פגומה, גם אם שקלה שיקולים עניינים בלבד, אם האיזון הפנימי בין השיקולים היה מעוות לחלוטין".¹⁰⁸ במובנה זה, הסבירות משלימה את החובה לשקול את כלל השיקולים הרלבנטיים. שכן, אין הבדל בין שיקול רלבנטי שלא הובא כלל בחשבון לבין שיקול כזה שהובא בחשבון אך הוענק לו משקל מזערי.

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 לא ישרתו ויקדמו את האינטרס הציבורי הכולל. בכך הן יפרו את החובה הבסיסית של נאמנות לציבור: "איש הציבור הוא נאמן הציבור. לא לעצמו הוא פועל, אלא למען האינטרס הציבורי הוא פועל".¹⁰⁹

ב. על הפעלת הסמכות המינהלית

שני מאפיינים יסודיים עומדים בבסיס הפעלת סמכות מינהלית, בלעדיהם אין היא אלא שרירות ועריצות. הם משקפים את הציפיות המובנות מאליהן של האזרחיות והאזרחים ואת מטרת החוק המסמיך. אי קיומו של כל אחד מהם יורד לשורשי הסמכות ושולל אותה. **המאפיין האחד** הוא החובה לנהוג בתום לב (כלומר מתוך רצון לפעול כמיטב היכולת להגשמה נכונה של תכליות החוק לטובת הציבור בכללו ורק לשם כך), ביושר

¹⁰⁶ ראו לעניין זה את פסק דינו של השופט (כתוארו אז) שמגר בבג"ץ 156/75 פאוזי דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94, 101 (1976).

¹⁰⁷ ד"ר 3299/93 שמואל ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995).

¹⁰⁸ ברק-ארז, לעיל הי"ש 102, בעמ' 725.

¹⁰⁹ בג"ץ 1635/90 יוסף ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 778-779 (1991).

ובניקיון כפיים ודעת. **המאפיין השני** הוא החובה לפעול מתוך אחריות, דבר שמחייב לפעול בשיקול דעת, להפעיל שכל ישר ותבונה, או במינוח המשפטי המקובל – בסבירות. העמידה במאפיין זה מותנית גם, כאמור, בהליך מתאים, של ברור התשתית העובדתית, שמיעת פרספקטיבות שונות, היוועצות במומחים וכו). מה שמייחד את עילת חוסר הסבירות הוא שהיא ממלאה תפקיד חשוב ביחס לשני המאפיינים האלה.

מאפיינים אלה אינם משניים ואינם פחותי חשיבות בהשוואה לדרישת ההסמכה שבחוק. נהפוך הוא. דווקא הם מהווים את הלב הפועם של עקרון החוקיות המינהל. הם שיוצקים לתוכו תכנים של ממש. ההסמכה כשלעצמה היא הכרחית, אבל היא חלולה ואין בה ממש ללא מאפיינים אלה. העמידה במאפיינים אלה דווקא קלה יותר מאשר עמידה בדרישה של מימוש הסמכות. פעמים רבות, האיזון בין התכליות השונות של החוק איננו מובן מאליו. לכן, נדרשת פרשנות תכליתית כפי שהיה למשל בפרשת **קול העם**.¹¹⁰ תוצאת פסק דין זה היא אבן התשתית להגנה על חופש הביטוי בשיטתנו, והיא ראויה למלוא ההערכה. עם זאת, בטרם ההכרעה השיפוטית, לא היה זה מובן מאליו שזהו אכן האיזון הנדרש בין שלום הציבור לבין חופש הביטוי.

לפיכך, כשם שלא ניתן לוותר או להתנות על חובת השלטון לנהוג ביושר ובהגינות, כך לא ניתן לעשות כן ביחס לחובת השלטון לנהוג בסבירות. זאת, הן בתפקיד הפוזיטיבי של החובה, במובן של מניעת איזון מעוות או מופרך בין שיקולים שונים והן בתפקיד הנגטיבי-הוכחתי שלה, כאמצעי שאין בלתו למניעת החלטות מושחתות, הנגועות בחוסר יושר ובאי הגינות.

הדרישה לנהוג בסבירות איננה דרישה מופרזת, ואפילו אינה דרישה קשה. זו דרישה בסיסית ומובנת מאליה. הדרישה לנהוג בסבירות היא דרישה שאדם פועל לפיה, כעניין מובן מאליו, כאשר מדובר בניהול עניינו שלו. מה שנדרש לפי חובת הסבירות הוא, שבענייני הציבור ינהג משרת הציבור כאילו היה מדובר בעניינו שלו. מי שעליו להחליט בנושא שבו הוא מפעיל סמכות חוקית ועושה זאת בכובד ראש, באחריות, ברצינות ותוך מחויבות לערכי היסוד של השיטה – יקבל, מן הסתם, החלטה סבירה. כך יהיה אם החלטתו מתבססת של תשתית עובדתית מתאימה, על שמיעה, מתוך הקשבה, של כלל השיקולים הרלוונטיים; וכן על ייעוץ מקצועי איכותי, מתוך יחס של כבוד לגורמי מקצוע ועמדתם. חשוב להדגיש: יותר משהחובה לנהוג בסבירות היא דרישה פוזיטיבית – היא

¹¹⁰ בג"ץ 73/53 **חברת קול העם נ' שר הפנים**, פ"ד 471, 884 (1953) (להלן: עניין קול העם).

משמיעה דרישה "להימנע" – להימנע מקלות דעת, מפזיזות, מחשיבה בלתי רצינית וכמובן להימנע משחיתות ומאפליה.

זאת ועוד: עילת חוסר הסבירות אינה משמיעה דרישה לקבל את החלטה האופטימלית; אף לא את החלטה הטובה ביותר ואפילו לא בהכרח החלטה טובה. וודאי שעילת הסבירות אינה משמיעה דרישה לקבל החלטה שבית המשפט היה מחליט במקומו של המחליט אילו היה בנעליו. החלטה צריכה להימצא בתוך מתחם ההחלטות שמשרת ציבור סביר, ממוצע, עשוי היה לקבל. מכאן שמשרת ציבור כשיר הפועל בתום לב ובאחריות הנדרשת, ממילא ימצא נוהג גם בסבירות.

ג. על חשיבותה של עילת הסבירות¹¹¹

חובת הסבירות, במובנה השונים, היא כלי מרכזי לפיקוח על פעולות השלטון. (הסבירות היא) "מכשיר מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל, והיא ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון"¹¹²

חובת הסבירות מבטיחה כי החלטות ציבוריות יתקבלו לאחר הליך מסודר ויסודי במסגרתו נבחנו כלל השיקולים הרלוונטיים, נאסף מסד מתאים של נתונים, נבחנו כלל השיקולים ונערך איזון מתאים וראוי ביניהם.

תפקיד חיוני נוסף שממלאת עילת הסבירות הוא בתחום ההגנה על זכויות האדם (או על אינטרסים לגיטימיים), לרבות כאלה שטרם זכו להכרה מלאה בשיטת המשפט הישראלית כמו זכויות חברתיות - כלכליות. דוגמה לכך היא מקרים שבהם החליטה המדינה להחיל מדיניות חדשה באופן מידי. נפסק כי החלטה של הרשות על החלה מיידית של שינויים משמעותיים בשירות או טובת הנאה שהמדינה נותנת לאזרח – כאשר האזרח כבר נקט באמצעים בהסתמך על מדיניות זו ומבלי שניתנה תקופת היערכות למדיניות החדשה – היא בלתי סבירה. בית המשפט פסל גם 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.¹¹³ במקרה אחר, קבע בג"ץ כי שר

¹¹¹ להרחבה בכל הנוגע לעילת הסבירות בהקשר לתיקון זה ראו: עמיחי כהן, מורן קנדלשטיין-היינה ודפני בנבנסטי "חוות דעת בעניין הצעת חוק יסוד השפיטה (תיקון – עילת הסבירות)" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (10.7.2023), זמין לצפייה: <https://www.idi.org.il/media/21142/reasonableness-bill-annulment-opinion.pdf>

¹¹² בג"ץ 5853/07 **אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פס' 33 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) פרוקציה (נבו), 6.12.2007.

¹¹³ בג"ץ 5290/97 **עזרא – תנועת הנוער החרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נא (5) 410 (1997).

האוצר אינו רשאי להפסיק, לאחר שהחלה כבר השנה, את הסבסוד לאברכים שילדיהם נמצאים במעונות יום לפעוטות ללא קביעת הוראת מעבר סבירה ומידתית, וכי הסבסוד יימשך עד סוף השנה.¹¹⁴ חובת הסבירות והפיקוח השיפוטי עליה מביטחות שהחלטות שלטוניות תהיינה הוגנות כלפי האזרחיות והאזרחים ושלא יהיה בהן יסוד של התעמרות. יש לכך חשיבות רבה הן מבחינת תקינות פעולתו של השלטון והן מבחינת אמון הציבור בשלטון.

עילת הסבירות התגלתה במרוצת השנים כחיונית במיוחד במקרים בהם עילות הביקורת האחרות על העשייה המינהלית לא אפשרו לחשוף את הפגם בהתנהלותה של הרשות המינהלית. מדובר במקרים שבהם סביר להניח שמתקיימות עילות מינהליות אחרות, אך היה קושי להוכיח בראיות ישירות את התקיימותן. כפי שהסבירה פרופ' ברק-ארז: "במקרים אלה, ניתן עדיין להצביע על האופי הבלתי מאוזן של ההחלטה, בהתחשב במניעה הגלויים של הרשות".¹¹⁵ האירועים בהם מתקיים כשל נציגות, כלומר שמי שאמור לפעול לטובת הציבור כולו פועל למען עצמו, מקורביו או תומכיו, אינם נדירים; ועילת הסבירות נחוצה על מנת לאתרם ולאפשר תיקון. כלומר, במקרים בהם נשקלו שיקולים זרים או שההחלטה היתה נגועה במשוא פנים או בניגוד עניינים, עילת הסבירות היא כלי מרכזי – אולי יחיד – לחשיפת הפגמים החמורים האלה שבהם נגועה ההחלטה.

אין למעט בחשיבותו של התפקיד שממלאת עילת חוסר הסבירות מבחינה זו. מטבע הדברים, השיקולים שנשקלו במוחו של המחליט, בהליך קבלת ההחלטות, ואופן התייחסותו כלפיהם, הם הליך מנטלי-פנימי. אין הם גלויים לעין, ולא ניתן לבררם באופן ישיר. לכן, הדרך היחידה המעשית לחשוף החלטות מושחתות היא בהתאם לתוצאת ההליך. אם זו נתפסת כשערורייתית או לחלוטין בלתי מובנת, המסקנה המתבקשת היא שמתחת לפני השטח התרחשו דברים שככל הנראה הם בלתי כשרים.

מאפיינים מיוחדים של הליכי קבלת החלטות ברשות המבצעת מקשים על הפעלת ביקורת שיפוטית עליהם ומצריכים במיוחד את עילת חוסר הסבירות. הכוונה היא לריבוי ההחלטות (אלפים רבים בשנה), בהרבה מקרים העדר חובה לפרסמן, הליך שאינו שקוף לציבור ולמי שנפגע מההחלטה, ובכלל זה מגעים שקיימו גורמים שונים עם השר או עוזריו. גם בפני בית המשפט אין חובה לחשוף את ההליך. העדר קיומו של הליך תקין עלול להביא לפסילת ההחלטה. אולם קיומו של הליך הנחזה להיות תקין אינו מעיד בהכרח על

¹¹⁴ בג"ץ 5782/21 לאה זילבר נ' שר האוצר (נבו, 12.1.2022).
¹¹⁵ ברק-ארז, לעיל ה"ש 102, בעמ' 726.

התנהלות תמת לב. אפשר שהוא הסוואה מוצלחת לשיקול דעת מוטה. רק העיוות הקשה שבהחלטה - גופא מאפשר בעקיפין לעמוד על כך.

פעמים רבות מובא בפני בית המשפט מקרה שבו אין להחלטת 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. כאמור, 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 השימוש בה, לא ניתן יהיה לפסול החלטות שערורייתיות, הפוגעות באופן קשה באינטרס הציבורי.

מקרה מובהק לכך הוא עניין **צוקר**.¹¹⁶ 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 חרדיים, 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 – שמשמעותו המעשית הייתה, עיכוב הקמת האצטדיון ללא הגבלת זמן – היה פשוט לא רציונלי. משכך, בית המשפט קיבל את העתירה וקבע כי ההחלטה שלא לאשר את התוכנית אינה עומדת במבחן הסבירות.¹¹⁷

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

¹¹⁶ בג"ץ 581/87 **דדי צוקר נ' שר הפנים**, פ"ד מב(4) 529 (1989) (להלן: עניין **צוקר**).
¹¹⁷ כדבריו של בית המשפט לעניין זה: "אם תכנית האצטדיון תצטרך להמתין עד לבדיקת כל התכניות בתכנית רבת המימדים – מתי, אם בכלל, יקום האצטדיון?! [...] רצון העירייה והצורך בבניית אצטדיון 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 האצטדיון ללא הגבלת זמן, אולי "עד שיבוא אליהו"; במצב הטוב ביותר יש בכך כדי לסכל את התכנית לשנים הקרובות, ללא הצדקה" (עניין **צוקר**, שם, בעמ' 546).

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 בישראל, על תום-לבו ועל הגינותו. עניין זה משליך במישרין על שאלת הסבירות, לפי הוראותיו של הדין"¹¹⁸. 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. בית המשפט קבע כי:

"[...] מי שבעבירותיו 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"¹¹⁹

בדומה, בית המשפט פסל מינוי של אדם למנכ"ל משרד ממשלתי לאחר שנמצא שקיבל פיצויים על סמך תצהירים כוזבים.¹²⁰ כן פסל בית המשפט החלטה של שר הביטחון והרמטכ"ל לקדם לדרגת אלוף את מי שהודה בהתנהגות בלתי הולמת על רקע מינוי.¹²¹ למרבה הצער רווחת בישראל תופעה של מינוי אנשים בלתי כשירים שסגולתם היחידה למינוי היא נאמנות לממנה. מינויים כאלה עלולים לעודד שחיתות, לדרדר את המינהל הציבורי, את הליכי קבלת ההחלטות בממשלה ולפגוע קשות במשילות.

אי סבירות רלוונטית לא רק למקרים של אי התאמה נורמטיבית לתפקיד, 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.¹²² מינוי למשרה בכירה של מי שנטול כישורים למלא אותה גוזר שההחלטות שיתקבלו על ידו ועל ידי הכפופים לו והעצות שהוא משיא לממונים עליו יהיו פגומות ולא יקדמו את טובת הציבור. מינוי כזה, המונע מינוי למשרה של אדם כשיר ומתאים, פוגע גם בעקרון השוויון. מינויים כאלה פוגעים בנכונות של אנשים מתאימים להצטרף לשירות הציבורי ובאמון הציבור בשירות הציבורי. צריך לזכור – קיים קשר הדוק בין מינויים לתפקידים ציבוריים לבין החלטות

¹¹⁸ בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז(5) 423, 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)).

¹¹⁹ בג"ץ 6163/92 יואל אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מד(2) 229, 274 (1993) (להלן: עניין אייזנברג).

¹²⁰ בג"ץ 932/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הוועדה לבדיקת מינויים, פ"ד נג(3) 769 (1999).

¹²¹ בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62 (1999). בהקשר אחר, בשנת 2001 בג"ץ פסל את ההחלטה למנות את אהוד יתום מפרשת 300 לתפקיד של יועץ ראש הממשלה לטרוור. ראו בג"ץ 4669/01 שריד נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(2) 265 (2001)

¹²² בג"ץ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל ואח' (נבו, 24.11.2009).

הנוגעות למדיניות. ללא עילה של סבירות תהיה לממשלה ולשריה יד חופשית במינויים ובפיטורים. בראש ובראשונה, יובטח ייצוג מאסיבי למי שלא היו זוכים בשל עברם המפוקפק בשום תפקיד בשוק הפרטי או בתפקיד הזוטר ביותר בשירות ציבורי המתנהל כהלכה. בשל כוח ההקרנה השלילי של מינויים כאלה, הם מהווים מכה קשה למאבק בשחיתות ולמען טוהר המידות. הם פוגעים באמון הציבור במקצועיות המינהל, נוכח הפגיעה בערכי מקצועיות, ענייניות ויעילות שנדרסים לטובת מינוי אישי או פוליטי. הם שמים לשחוק וללעג את הרעיון של מנהיגות המשמשת דוגמה ומופת לאזרחים. מינויים כאלה הם מתכון בטוח לחיסול שמירת הסף בשירות הציבורי.

באמצעות עילת הסבירות, מחייב בית המשפט את הרשות המבצעת לתת משקל ראוי לשיקולים של טוהר המידות, המינהל התקין והאינטרס הציבורי בהחלטות מסוג זה. שלילת הביקורת השיפוטית האפקטיבית בנושא מינויים, וכנגזרת מכך גם לנושא סיום הכהונה של בעלי תפקידים בכירים, עלולה לפגוע בטוהר המידות בהליכי מינוי בעלי התפקידים הבכירים בשירות הציבורי. במקום שומרי סף הנאמנים לציבור, לטוהר המידות ולמנהל התקין נקבל "שומרי ראש" לפוליטיקאים ולבכירים הנגועים בשחיתות שלטונית. שומרי ראש אלה הם גם מתכון להחלטות בלתי מקצועיות, בלתי ענייניות, מזיקות ושערורייתיות.

השירות הציבורי יהפוך משירות מקצועי, א-פוליטי וממלכתי, לשירות ציבורי שבעלי התפקידים הבכירים בו חבים את נאמנותם בראש ובראשונה לדרג הפוליטי. שינוי שכזה עלול להוביל בתורו לביטול מעשי של ההגנה על שלטון החוק, שכן אותם בעלי תפקידים מהווים את קו ההגנה הראשון מפני פגיעה בו.

נוסיף לכל אלה את הביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה, בתקופת **ממשלת מעבר**, שתישלל בעקבות התיקון לחוק יסוד: השפיטה. בית המשפט קבע כי חלה על ממשלת מעבר חובת איפוק (בכפוף לצורך ציבורי חיוני בעשייה) וכי מתחם הסבירות שלה מצומצם יותר.¹²³ כך, למשל, בית המשפט פסק כי אין למנות רבנים בתקופת ממשלת מעבר.¹²⁴ במקרה אחר, השופט סולברג, שכתב את חוות הדעת המרכזית (אליה הצטרפו השופטות וילנר ורונו), קבע כי המינוי של יו"ר הוועדה המייעצת למינויים בכירים בתקופת בחירות אינו יכול לעמוד, למרות הצורך החיוני במינוי הרמטכ"ל. בית המשפט קבע שם כי הממשלה לא הראתה מדוע לא ניתן היה למנות את יו"ר הוועדה במינוי זמני, כמתחייב

¹²³ בג"ץ 5167/00 פרו' הלל וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455 (2001) (להלן: עניין וייס).
¹²⁴ בג"ץ 9577/02 סיעת המפד"ל הדתית לאומית המזרחי נ' יו"ר הכנסת פ"ד נו(1) 710 (2002).

מהנחיות היועמ"ש לעניין מינויים בתקופת בחירות.¹²⁵ הנחיות אלה, יש לציין, מבוססות על ההלכה שנקבעה בפסיקה בדבר צמצום מתחם הסבירות של ממשלות מעבר.

ההתערבות בהכרעות של ממשלת מעבר מבוססות על כבוד להליך הדמוקרטי. כאשר הבחירות כבר הוכרזו, הלגיטימציה הדמוקרטית של נבחרי 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. הפיקוח השיפוטי נועד להגן על ההליך הדמוקרטי ובהקשר זה יש חשיבות מכרעת לסמכות בית המשפט לפסוק בהן על פי עילת הסבירות. קיים קשר ההדוק בין הביקורת השיפוטית על ממשלות מעבר לבין הצורך להגן על עקרונות השוויון בבחירות. ביטול עילת הסבירות ביחס לפעולות ממשלת מעבר עלול לפגוע בשוויון בבחירות, שכן הממשלה המכהנת וחבריה יהנו באופן מובנה מיתרון על-פני כל המפלגות המתמודדות בבחירות שאינן חלק מן הממשלה, מפלגות השלטון יוכלו להשתמש בסמכויותיהן ולהיטיב את מצבן בעיני הציבור – דבר שיהא בבחינת יתרון לא הוגן בבחירות.

יוצא מן האמור שאין יסוד לטענה שמדובר בעילה מיותרת, שניתן לתפוס את מקומה על ידי העילות האחרות לביקורת שיפוטית. לגבי הרוב המכריע של הפונקציות שלה – אין לה תחליף. קשה להאמין שהיו טורחים לבטל אותה בחוק יסוד, אם מניחים, באמת ובתמים, שהיא בעצם מיותרת.

לשם שלמות התמונה נבהיר כי עילת הסבירות מן הסוג שיש בישראל אינה תופעה ייחודית. עילת אי-הסבירות קיימת בצורה דומה לישראל בחלק ממדינות המשפט המקובל כמו אוסטרליה,¹²⁶ קנדה¹²⁷ ובריטניה.¹²⁸ 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

¹²⁵ בג"ץ 5403/22 לבאי, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' ראש הממשלה (נבו, 22.9.2022).
¹²⁶ 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, 248 CLR 332 (2013).
¹²⁷ שם נקבע בפסק הדין Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov 65 SCC 32 (2019) 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.
¹²⁸ בבריטניה בעיקר ביחס להפרות נטענות של זכויות אדם, בהן עילת הסבירות נפוצה יחסית. ראו 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".

את עילות הביקורת של המשפט המינהלי, בהן עילת הסבירות, באופן שימצאם 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 המינהלי. 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.¹²⁹ לצד מסקנת הוועדה, הביקורת האקדמית והציבורית הבהירה כי ביטול עילת הסבירות יהיה סוג של אבסורד ממש.

חשוב להבהיר כי הצורך בעילת הסבירות במשפטנו הוא מובהק יותר מאשר במדינות אחרות, בשים לב להבדלים בתרבות הפוליטית. הכוונה היא לנורמה ציבורית ("It is not done") של לקיחת אחריות אישית על ידי נבחר ציבור שסרחו - שקיימת במדינות אחרות, אך לא קיימת, ככלל, במחוזותינו.¹³⁰ כך, למשל, כאשר נחשף כי שר ההגנה הגרמני העתיק את עבודת הדוקטורט שלו, הוא מיהר להתפטר מתפקידו. גם שר החינוך ברומניה התפטר בנסיבות דומות.¹³¹ בקנדה, שר האוצר בפרובינציית אונטריו התפטר מתפקידו בעקבות ביקורת ציבורית על נסיעה פרטית שלו לאיים הקריביים בזמן מגפת הקורונה, שעה שהתושבים נקראו להימנע מנסיעות שאינן חיוניות.¹³² לאחרונה, סגן ראש הממשלה ושר המשפטים בבריטניה, התפטר בעקבות דו"ח שמצא כי הוא התעמר בעובדי משרדו.¹³³ גם בוריס ג'ונסון, ראש ממשלת בריטניה לשעבר, הודיע על התפטרותו על רקע חקירת אירוע שבו נמצא משתתף בכינוס אשר הפר את הנחיות הקורונה בזמנו.¹³⁴ בעוד שבמדינות אלה ואחרות הדומות להן, אין נזקקים לבית המשפט על מנת לאכוף הגינות בסיסית המצופה מנבחר ציבור, בישראל בית המשפט צריך לאכוף הפסקת כהונה של אישי ציבור שהואשמו בפלילים חמורים. בהקשר זה יפים דבריו של השופט חשין: "עומק התערבותו ותחומי התערבותו של בית-המשפט במעשי השילטון

¹²⁹ The Independent Review of Administrative Law (CCS0321143222 03/21) (2021), available at: <https://tinyurl.com/srt5y8u6>

¹³⁰ ראו על כך אצל תני גולדשטיין "השוואה בינלאומית: מועדון המנהיגים החשודים" **זמן ישראל** <https://www.zman.co.il/59662/popup> (28.11.2009)

¹³¹ אסף שטול-טראורינג "שר החינוך הרומני התפטר בכלל פלגיאט מחוקרים ישראלים" **הארץ** (17.5.2012) <https://tinyurl.com/44r58u89>

¹³² סוכנויות הידיעות "שר בקנדה התפטר אחרי שנשע לאיים הקריביים בזמן הסגר" **וואלה** (1.1.2021) <https://news.walla.co.il/item/3408855>

¹³³ דוד ברוך "טלטלה בלונדון: שר המשפטים התפטר בעקבות התעמרות בעובדים" **ישראל היום** (21.4.2023) <https://tinyurl.com/59yrvznb>

¹³⁴ BBC "Resignation statement in full as Boris Johnson steps down" (Jun 9th 2023) available at: <https://tinyurl.com/2myducus>

ייתקבעו על-פי דרכי הנהגתו של השילטון... וכך, ככל שתחום ה-it isn't done ירחב וילך, כן ייצר וילך תחום התערבותו של בית-המשפט; ולהיפך".¹³⁵ כאן המקום להזכיר כי עד היום ממשלות ישראל לדורותיהן, טרם השכילו לאמץ קוד אתי שיתווה נורמות התנהגות ראויות. חולשת התרבות בישראל מהווה גם היא, הצדקה לקיומה של עילת סבירות לצורך מימוש של נורמות שבמדינות אחרות מתקיימות במישור הציבורי - בבחינת המובן מאליו, שאינו נדרש לגיבוי משפטי.

ד. ביטול של עילת הסבירות – השלכות רחב

(1) המישור הבינלאומי

לצמצומה של עילת הסבירות עשויה להיות השלכה במישור הבינלאומי. התיקון עשוי להשפיע על מעמדו של הדין הישראלי במשפט הבינלאומי 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.¹³⁶ 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 עלול לאפשר לדרג הנבחר לקבל החלטות שעניינן שימוש בשיטות או אמצעי לחימה אסורים, התעלמות מחסינות דיפלומטית של שגריר זר או התנערות מהסכם בינלאומי קיים, ללא ביקורת שיפוטית.

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.

¹³⁵ בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פס' 45 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (נבו, 9.10.2003).

¹³⁶ ראו למשל: בשי"פ 502/18 פלוני נ' היועמ"ש, פס' 13 להחלטתו של השופט מינץ (נבו, 31.1.2018).

השלכה חריפה במיוחד של התיקון לחוק יסוד: השפיטה עניינה שלילת הכוח של היועצים המשפטיים לייעץ לשרים באשר לסבירות החלטותיהם. התמקדות בפסקי דין שבהם נפסלו החלטות מכוח עילת הסבירות אינה חושפת את עומק התפקיד הציבורי שממלאה עילת הסבירות, ואת חשיבותה המרכזית של עילה זו בהחלטות הרשות המבצעת בכלל, ושל נבחרי הציבור בפרט - באמצעות הייעוץ המשפטי. הייעוץ המשפטי המקצועי לממשלה הוא "תחנת המסר" שבין החוק ובתי המשפט לבין מקבלי החלטות, ובין עילת אי-הסבירות הקיצונית ליישומה של חובת הסבירות. בהקשר זה, תפקידו של הייעוץ המשפטי לממשלה הוא לדאוג לכך שההחלטות המתקבלות על ידי מקבל החלטות יעמדו בחובת הסבירות. חובתו של הייעוץ המשפטי לדאוג לכך שבפני מקבל החלטות 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".

ליווי נכון ומתאים של הייעוץ המשפטי לממשלה יסייע לשר לעצב את המדיניות הרצויה לו תוך מימוש המאפיינים שצוינו לעיל: ההחלטה שתתקבל על ידי השר תהיה מבוססת על מסד נתונים מתאים, תביא בחשבון את כלל השיקולים הרלוונטיים ותהיה רציונלית (בלא שאחד מן השיקולים יקבל משקל מעוות ומופרך).

ביטול סמכותו של בית המשפט לבדוק החלטות מכוח עילת הסבירות ישמוט את הקרקע גם תחת יכולת הפעולה וההשפעה של הייעוץ המשפטי לממשלה, כמו גם של הייעוץ המשפטי למשרדי הממשלה. למעשה, עולה חשש כי ביטול עילת הסבירות הוא תחליף או צעד ראשון בתוכנית להחליש את מעמד היועצים המשפטיים לממשלה. במקום להחליש את מעמד היועצים המשפטיים לממשלה באופן מפורש, שוללים את כלי העבודה המרכזי שלהם. בכך ייפגע מעמדם בפועל והם יאבדו את היכולת לסייע למקבלי החלטות, תוך פיקוח על חוקיותן.

כדברי היועצת המשפטית לממשלה בחוות דעתה - ביטולה, הלכה למעשה, של החובה לפעול בסבירות משמעה כי השפעת התיקון תתעצם עשרות מונים מעבר לתחולתו הישירה והמוצהרת על סמכויות הרשות השופטת. אל מול כל מקרה בודד שבו החלטה של שר או של הממשלה הגיעה לביקורת שיפוטית שבה נבחנה סבירותה, עומדות סוגיות רבות שהגיעו אל שרי הממשלה, והחובה לנהוג בסבירות כחלק מן הדין המחייב הובהרה

והודדה להם במסגרת הייעוץ המשפטי השוטף, באופן אשר השפיע על ההחלטות שהתקבלו. מרגע שהחלטות כאלה לא יהיו עוד נתונות לביקורת שיפוטית אפקטיבית, ולרשות האדם הנפגע מההחלטה לא יעמוד סעד שיפוטי - מטבע הדברים שהשפעתה של חוות הדעת של הייעוץ המשפטי לממשלה בקשר לאותה החלטה, תהיה מוגבלת, אם בכלל.¹³⁷

ה. סיכום: על חיוניותה של עילת הסבירות

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 – יותרו מחוץ לתחום הביקורת השיפוטית. לא רק "חור שחור" נורמטיבי, כדברי המשנה ליועצת המשפטית לממשלה אלא "אור ירוק" להחלטות בניגוד לדין. ביטול עילת הסבירות משמעותו בפועל היא הסרת רסן מעל השלטון וחסיונות מוחלטת מפני ביקורת שיפוטית על החלטות בלתי סבירות. וזאת, ביחס להחלטות שמתקבלות דווקא על-ידי הדרג הממשלתי הגבוה, שהן בעלות ההשפעה הרבה ביותר על חיי האזרחים ועל הציבוריות בכללה. כפי שהסבירה השופטת ארבל:

"צמצום הביקורת השיפוטית על ידי שלילה כמעט מוחלטת של עילת הסבירות מותיר לטעמי את הציבור 'חשוף בצריח', שכן הוא שישא במחיר אותן החלטות המצויות מחוץ לגדרי מתחם הסבירות"¹³⁸

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, לא תהיה כל משמעות ל"חובת סבירות" המוטלת על הרשות השלטונית. עילת הסבירות היא כלי פיקוח מרכזי וחשוב. ללא פיקוח שיפוטי זה, ובלעדי הפיקוח של היועצים המשפטיים במשרדים, לא תהיה בפועל חובת סבירות בישראל, והממשלה והשרים יהיו פטורים מן החובה הבסיסית הזו.

כדברי היועצת המשפטית לממשלה ביטול עילת הסבירות "ישחרר" את הדרג המדיני מהצורך לתת משקל ראוי לחוות דעת מקצועיות המוצגות לו, או מהחובה להציג שיקולים כבדי משקל המצדיקים סטייה מן העמדה המקצועית בהקשרים מסוימים. זאת, משום

¹³⁷ עמדת היועצת, לעיל ה"ש 15, בפסי' 283.
¹³⁸ בג"ץ אמונה, לעיל ה"ש 112, פסי' 19 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ארבל.



שעילת הסבירות היא זו שמעניקה לעמדות המקצועיות, ולנתונים האובייקטיביים הנדרשים לקבלת ההחלטה, את המשקל הראוי להן בהחלטות הממשלה והשרים. מעבר להשלכות הישירות הקשות של הדבר, "מתן "אור ירוק" להתעלמות מעמדת גורמי המקצוע יפגע באופן רוחבי בתקינות ההחלטות המינהליות במנעד רחב של תחומים, ויערער את מעמדם של גורמי המקצוע לאורכו ולרוחבו של השירות הציבורי".¹³⁹ יהיו לכך השלכות הרסניות על השירות הציבורי ומעמדו.

¹³⁹ עמדת היועצת, לעיל ה"ש 15, בפס"י 331.

4. הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד

א. גבולות הסמכות המכוננת

זיהוי השימוש בסמכות המכוננת של הכנסת כיום נעשה בעיקרו באמצעות מבחן "פורמלי", שעל פיו הכנסת עושה שימוש בכובעה המכונן כאשר היא מחוקקת חוק המוכתר בביטוי "חוק יסוד".¹⁴⁰ ביסוד ההחלטה לאמץ את המבחן הצורני עמדה ההנחה שנדרש מבחן פשוט לזיהוי חוקי יסוד, כדי שלא יתעוררו קשיים ותשרור אי-וודאות באשר לחוקים שמעמדם הנורמטיבי על-חוקי. כפי שציין הנשיא ברק: "מבחן צורני זה – השימוש בדיבור 'חוק יסוד' – הוא פשוט להפעלה. הוא מעניק ביטחון וודאות".¹⁴¹ קלוד קליין כותב כי: "הדוגל בסמכות מכוננת כמקור לסמכות לחקיקתם של חוקי יסוד, חייב גם לדגול בגישה פורמלית או פורמליסטית לגבי אמצעי הזיהוי של הנורמות הנהנות מעליונות נורמטיבית".¹⁴²

אימוצו של מבחן פורמלי זה אינו מנותק מן המציאות המיוחדת של ישראל. בניגוד למקובל במדינות העולם בכל הנוגע לכתיבת חוקה או לתיקונים חוקתיים הרי שבאשראי אין כמעט הבדל בין האופן שבו נחקק חוק יסוד לבין האופן שבו נחקק חוק רגיל. המדובר באותה כנסת, באותו הליך בכנסת וכאשר השחקנים המעורבים בו זהים. בפרשת **בנק המזרחי** נקבע כי כל חוקי היסוד הם בעלי מעמד נורמטיבי עליון בשל כך שהם תוצר של הפעלת הסמכות המכוננת ולפיכך, מאז ועד היום אין לתקן חוק יסוד אלא בחוק יסוד, והכנסת כרשות מחוקקת כפופה לכנסת כרשות מכוננת. לפיכך כאמור, מעמדם הוא "על-חוקי".

השאלה העקרונית על "גבולות" הסמכות של הכנסת התעוררה וגם נדונה במשפט הישראלי בספרות ובפסיקה עוד מימי ראשית המדינה. אבן הפינה הראשונה לעניין זה הונחה בעניין **ירדור**, שבו הוכרו, בדעת רוב כללים יסודיים על-חוקתיים שהם מעל הדין הפוזיטיבי המגנים על ערכיה המכוננים של האומה.¹⁴³

¹⁴⁰ ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" **משפט וממשל** ו 509, 516 (תשס"ג). לעניין קיומו של מבחן משולב לזיהוי הסמכות המכוננת, ראו עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 90.

¹⁴¹ עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 90, בפס' 11 לפסק הדין של הנשיאה (כתוארה אז) ביניש ולדיון נרחב ביתרונות ובחסרונות של אימוץ מבחן משולב לזיהוי חוק יסוד ראו פסק הדין המלא.

¹⁴² קלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון" **משפטים** כח 341, 353 (תשנ"ז). ראו גם Claude Kein, *theorie et pratique du pouvoir* 54 (1996) constituent (Presse Universitaires de France, Paris).

¹⁴³ ע"ב 1/65 **ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יט(3) 365, 387–390 (1965). להלן: **פרשת ירדור**.

הנשיא אגרנט התייחס לנצחיותה של מדינת ישראל כאל "עובדת יסוד קונסטיטוציונית".
השופט זוסמן העמיד את המשפט הטבעי כעקרון על:

"אולי אין זה מקרה שבית-המשפט העליון של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית שקמה לאחר תום מלחמת העולם השנייה, הוא, עד כמה שידיעתי מגעת, בית-המשפט הראשון שקבע את העקרון כי השופט חייב לפסוק גם על פי הלכות דין שאינן כתובות בספר החוקים, והן עומדות לא רק מעל חוק רגיל אלא אפילו מעל החוקה, שאפילו הוראותיה נדחות מפניהן אם אינן מתיישבות עמן [...] אם בארץ בעלת חוקה כתובה כך, בארץ שאין לה חוקה כתובה על אחת כמה וכמה [...] הכללים היסודיים, העל חוקתיים האמורים, אינם בעצם, לגבי ענינו, אלא זכות ההתגוננות של החברה המאורגנת במדינה".¹⁴⁴

שנים לאחר מכן בפסק הדין בעניין **לאו"ר**, העיר השופט ברק (כתוארו דאז), בהערת אגב, כי באופן תאורטי ניתן להביא לביטולו של חוק הסותר את עקרונות היסוד של השיטה:¹⁴⁵

"באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה: גם אם עקרונות יסודות אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין" (שם, בעמ' 557).

כפי שהסביר השופט ברק, בביקורת שיפוטית על בסיס עקרונות יסוד אלה אין פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות אלא ההפך הוא הנכון:

"בפסילת חוק על ידי בית המשפט בשל פגיעתו הקשה בעקרונות יסוד אין משום פגיעה בעקרון ריבונות המחוקק, שכן הריבונות היא לעולם מוגבלת. אין בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, שכן עיקרון זה בנוי על איזונים וריסונים המגבילים כל אחת מהרשויות" (שם, בעמ' 557).

אולם השופט ברק סבר אז כי "על פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו".¹⁴⁶

¹⁴⁴ שם, בעמ' 390-389.
¹⁴⁵ בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מד(3) 529, 554 (1990) (להלן: **עניין לאו"ר**).
¹⁴⁶ שם, בעמ' 554.

בפרשת **בנק המזרחי** בשנת 1995, כאשר נידונה האבחנה בין "חליפת" המחוקק למול "גלימת" המכונן (או דוקטרינת שני הכובעים של הכנסת), עמד הנשיא ברק על האפשרות שבית המשפט יצטרך לפסוק בעתיד בדבר "חוקתיותו" של חוק יסוד, פרי הסמכות המכוננת:

"עשוי אכן להתעורר הצורך לבחון את חוקתיותו של השימוש בדיבור 'חוק-יסוד'. ביקשתי להשאיר עניין זה בצריך עיון ואני ממשיך לדבוק ברצוני זה. אציין, עם זאת, כי דבר מקובל וידוע הוא שבתי המשפט בודקים את חוקתיותם של תיקוני חוקה. לא פעם נפסל תיקון חוקתי בהיותו לא חוקתי, וזאת לא רק בשל עניינים של 'צורה' (כגון דרישת הרוב) אלא גם בעניינים של מהות".¹⁴⁷

בשנת 1996, בפרשת **מיטראל**, אגב דיון בפרשנות פסקת ההתגברות בחוק-יסוד: חופש העיסוק, דן הנשיא ברק באפשרות לקיומם של עקרונות יסוד שבהם לא ניתן לפגוע, גם לא בחוק יסוד:

"גם אם נניח – בלא להכריע בדבר – כי קיימים עקרונות יסוד ומטרות אשר חוק חורג אינו יכול לפגוע בהם, הרי אלה הם בוודאי עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם מושתתים עליהם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה".¹⁴⁸

בשנת 1997 פיתח השופט חשין את הרעיון של עקרונות יסוד על-חוקתיים. בפרשת **ארפל אלומיניום** קבע השופט חשין כי זכות הגישה לערכאות, שהיא התשתית לקיומה של הרשות השופטת, היא אחד מאותם עקרונות יסוד על-חוקתיים שמעמדם עליון אף מחוקי-היסוד:

"חוקי-היסוד הם החוקים הנעלים במירקם החקיקה והמשפט במדינה; כך מבחינת מהותם, ובחלקם גם מבחינת עוצמתם הפורמלית. כך הוא, גם לדעת הסוברים – ואני נמנה עימם – שאין לה לכנסת סמכות מכוננת. ואולם גם חוקי-היסוד אינם בפיסגת הפירמידה, שמא נאמר: בתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי היסוד

¹⁴⁷ עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 394.
¹⁴⁸ בג"ץ 4676/94 **מיטראל נגד כנסת ישראל**, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996).

יונקים מהם את חיותם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדימוקרטיה היהודית.¹⁴⁹

לגישתו של השופט חשין, אין לפגוע בעקרונות יסוד אלה, ובהקשר של הדיון באותו פסק דין – בקיומה של הרשות השופטת ובגישה אליה:

"מושג הדימוקרטיה משמיע – אף זועק – קיומה של רשות שופטת. מוחה של הדימוקרטיה עשוי שלוש אונות: האונה המחוקקת, האונה המבצעת והאונה השופטת. המוח – על שלוש האונות – הוא השולט על הגוף, נותן לגוף חיות ומעצב את חייו. שיתקת אחת משלוש אונות אלו, והדימוקרטיה נעלמה ואיננה. מסקנה נדרשת מאיליה היא, כי קיומה של רשות שופטת – כאונה חיונית בגופה של המדינה הדימוקרטית – משמיע מעצמו איסור חסימת צינורות הדם המוליכים אליה, איסור חסימת דרכו של אדם לבית המשפט".¹⁵⁰

מאוחר יותר, בעניין **התנועה למען איכות השלטון (2006)**, ציין הנשיא ברק כי "יש מקום לתפיסה כי חוק או חוק-יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי".¹⁵¹

מגמה זו שבפסיקה באה לידי ביטוי גם בספרות המשפטית בישראל.

אריאל בנדור כותב כי הכנסת היא אספה מכוננת נגזרת ולא מקורית וכפופה לערכי היסוד שנקבעו בהכרזת העצמאות.¹⁵² אהרן ברק סבור אף הוא כי סמכותה של הכנסת כאספה מכוננת – בין הסמכות ליצור חוקי יסוד חדשים כגון חוק-יסוד: הלאום, בין הסמכות לתקן חוקי יסוד קיימים – אינה סמכות מוחלטת. היא אומנם סמכות רחבה ביותר, אך היא מוגבלת באמצעות העקרונות של "ההיסטוריה והאידיאולוגיה" ו"האני מאמין והחזון" של העם, הקבועים בהכרזת העצמאות.¹⁵³ מכוח פרשנותה של הכרזת העצמאות כתב אהרן ברק במאמרו כי:

¹⁴⁹ ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פס' 32 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (א"י, 15.7.1997) (להלן: **פרשת ארפל אלומיניום**).

¹⁵⁰ שם.
¹⁵¹ ראו בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פס' 74 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו אז) ברק (נבו, 11.5.2006).

¹⁵² אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי יסוד" **ספר ברנזון** כרך ב' 119, 157 ו-181 (אהרון ברק וחיים ברנזון עורכים 2000).

¹⁵³ אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כאסיפה מכוננת" **חוקים** יא 9 (2018).

"היקף סמכותה של האסיפה המכוננת, כפי שהוא נקבע בחלק השני של הכרזת העצמאות, צריך להתפרש על רקע שני החלקים האחרים של הכרזת העצמאות. על פי גישה זו, סמכותה של הכנסת כאסיפה מכוננת אינה סמכות מוחלטת [...] הכנסת כרשות מכוננת אינה מוסמכת לבטל את אופיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, או לבטל את אופיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית."¹⁵⁴

הצורך בהגבלת הסמכות המכוננת נדונה בהרחבה גם בכתביו של יניב רוזנאי.¹⁵⁵ רוזנאי עסק במפורש בהבחנה שבין הסמכות המכוננת המקורית לבין הסמכות המכוננת הנגזרת, כבסיס לבחינת ההגבלות שראוי להטיל על הסמכות לתיקון החוקה. רוזנאי מציג קשת של סמכויות לתיקון חוקתי ובוחר אם הסמכות לתיקון החוקה מוגבלת גם בשיטות המשפט שהליך התיקון בהן מנסה לדמות את הסמכות המכוננת המקורית – למשל באמצעות שילוב של כלים, כגון משאלי עם. רוזנאי כותב כי ככל שהליך תיקון החוקה במסגרת הסמכות המכוננת הנגזרת דומה יותר להפעלתה של הסמכות המכוננת המקורית (היינו הליך תיקון מורכב, הגוזל זמן, מחייב דיון ועוד), כך תהא פחות הצדקה להטיל עליו מגבלות; ולהפך. הצורך בהגבלות על כוח השינוי משמעו שתיקונים מסוימים היוצרים "חוקה חדשה" או "זהות חוקתית חדשה" – אי אפשר לשנות במסגרת הליך התיקון הרגיל אלא נדרש הליך מכונן אחר.¹⁵⁶

המשותף לברק, לבנדור ולרוזנאי הוא ההכרה בכך שגם כוחה של הכנסת כרשות מכוננת – מוגבל.

נציין עוד כי בשני העשורים האחרונים, ניכרת מגמה של שימוש אינטנסיבי וחורג של הכנסת בסמכותה המכוננת לרבות ביחס לנושאים שהטיפול בהם אינו מתאים בדרך כלל לחוקה, באופן שהוביל לפיתוחן של דוקטרינות שיפוטיות שונות.¹⁵⁷ מאז שנות ה-90 גבר מאוד השימוש של הכנסת בסמכות המכוננת והיא כוננה תיקונים רבים לחוקי יסוד,

¹⁵⁴ שם, בעמוד 30.

Yaniv Roznai & Serkan Yolcu, "An Unconstitutional Constitutional Amendment – The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court's Headscarf Decision", 10 (1) I•CON 175 (2012); Yaniv Roznai, "Unconstitutional Constitutional Amendments – The Migration and Success of a Constitutional Idea", 61 (3) AM. J. COMP. L. 657 (2013).

Yaniv Roznai, "Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty: Linking Unamendability and Amendment Procedures", in THE FOUNDATIONS AND TRADITIONS OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 23, 46–48 (Richard Albert et al. eds., 2017); רוזנאי 2017, לעיל ה"ש 5.

¹⁵⁷ 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).

עובדה המחייבת בחינה של אופן השימוש בסמכות זו. מבחינת מספרית, העשורים האחרונים מאופיינים במספרים של מעל 30 תיקוני חוק יסוד לעשור (מספר גבוה יותר באופן משמעותי בהשוואה לשינויים חוקתיים במדינות רבות בעולם). בכנסת הנוכחית, ב-10 חודשי פעילות תוקנו כבר 5 תיקונים לחוקי היסוד, מאז שנת 2020 בוצעו 13 תיקונים, ומאז שנת 2000 מעל 60 תיקונים.¹⁵⁸

כעת נבחן את אופיין וטיבן של ההגבלות עצמן, ולא רק מכן את יישומם של המבחנים שנקבעו בפסיקה על התיקון לחוק יסוד: השפיטה.

ב. הדוקטרינות לביקורת שיפוטית על חוק יסוד

הפסיקה פיתחה בשנים האחרונות שני מסלולים מרכזיים שבהם בית המשפט העליון יכול לדון, בזיהרות ובאחריות המתחייבות, בתוקפם של חוקי יסוד:

המסלול הראשון בוחן האם נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. 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.

תחילת התפתחותה של הדוקטרינה עוד בפרשות בהן בחן בית המשפט הוראות שעה זמניות בחוקי יסוד לפיהן תקציב המדינה יהיה תקציב דו-שנתי.¹⁵⁹ בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, בפרט כפי שפותחה בעניין שפיר, הרי שלצורך יישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת יש לערוך מבחן דו-שלבי. בשלב הראשון, שלב ה"זיהוי", על העותר להוכיח 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. מבחן המשנה השני, מבחן הכלליות, על פיו נבחנת השאלה אם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית-כללית או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונליים. מבחן

¹⁵⁸ עמיר פוקס, **השינויים התכופים בחוקי היסוד**, אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (עודכן 27.3.23), זמין לצפייה בקישור: <https://www.idi.org.il/articles/33479>.
¹⁵⁹ עניין בר-און, לעיל ה"ש 90; בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (נבו), 6.9.2017 (להלן: **המרכז האקדמי**).

המשנה 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, אם קבע בית המשפט כי נורמה לא עומדת במבחני הזיהוי, עדיין ניתן יהיה לבדוק האם קיים צידוק מיוחד לשימוש בתיקון לחוק יסוד, על אף שחוק היסוד לא מקיים את כלל הזיהוי.¹⁶⁰

המסלול השני בוחן את תוכנה של הנורמה החוקתית היא **דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי**. במדינות שונות בעולם מקובלת דוקטרינה זו של תיקון החוקתי הלא חוקתי, המאפשרת ביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה.¹⁶¹ אלה מצבים שבהם הגוף המוסמך 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 נועד "לשנות" את מהותה ולא יכול לסתור את המבנה הבסיסי של החוקה, וכי מי שאמון על בחינה של סתירה שכזו הוא בית המשפט החוקתי.

הטענה של תיקון לא חוקתי לחוקה עלתה לראשונה בפרשת **בר-און**.¹⁶² במסגרת העתירה הועלתה טענה המתייחסת לאפשרות לבטל תיקון חוקתי. נטען, שחוק היסוד בהוראת שעה בדבר תקציב דו שנתי, פוגע בעקרון יסוד חוקתי, שכן התקציב השנתי הוא אחד מאמצעי הפיקוח שיש לכנסת כלפי הממשלה במשטר פרלמנטרי. בהקשר לכך בית המשפט העליון התייחס – זו הפעם הראשונה בתולדות הפסיקה החוקתית – לדוקטרינה של התיקון החוקתי הלא-חוקתי ולאפשרות להחיל את הדוקטרינה על המשפט הישראלי. הנשיאה ביניש (כתוארה דאז) קבעה כי השאלה האם ניתן לבטל חוק יסוד בשל כך שהוא סותר עקרונות יסוד של המשטר היא שאלה סבוכה היורדת לשורש הלגיטימיות של הסמכות המכוננת ולשורש הסמכות של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית כזו. אך לשיטתה ישראל מכירה בעקרונות יסוד שאינם ניתנים לשינוי:

"אכן, אף אני סבורה כי קיימים עקרונות יסוד, העומדים בבסיס קיומנו כחברה ומדינה, אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה. במקרה כזה – ומוטב אם לא יתרחש לעולם – יידרש בית המשפט להכריע האם הכנסת

¹⁶⁰ עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 90; עניין **המרכז האקדמי**, שם; עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 10.
¹⁶¹ ראו YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL OF AMENDMENT: THE LIMITS OF AMENDMENTS POWERS (2017).
¹⁶² עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 90.

חרגה מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות בסיסיים של
המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית¹⁶³

גם בפסיקה מאוחרת, הגישה של בית המשפט לדוקטרינה של התיקון הלא חוקתי לחוקה הייתה זהירה במיוחד, בשל העובדה כי מפעל החוקה טרם הושלם ומתוך כבוד לתהליך החוקתי הישראלי.

כדברי הנשיאה חיות, בעניין **חסון** :

"המסקנה לפיה הכנסת כרשות מכוננת איננה "כל יכולה" וחלות עליה מגבלות מסוימות מצומצמות בהיקפן, אינה מלמדת בהכרח כי יש בכך כדי לשמש בסיס לביקורת שיפוטית על-ידי בית המשפט [...] סמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית נגזרת מהעליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד. מכאן הקושי בקיום ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד, הטמון בכך שחוקי יסוד אלה מצויים בפסגת המדרג הנורמטיבי הפוזיטיבי, ומהם שואב בית המשפט עצמו את סמכויותיו [...] קושי זה מתחדד בהקשר הישראלי בהתחשב בכך שתהליך גיבוש החוקה מצוי בעיצומו וטרם נחקק חוק יסוד: החקיקה, כך שהמכון לא נתן דעתו באופן מפורש לסוגיית הביקורת החוקתית המהותית על חוקי יסוד"¹⁶⁴.

עם זאת, בית המשפט העליון קבע כי בשלב הנוכחי של 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 (בדומה לדברי הנשיאה ביניש (כתוארה אז) בפרשת **בר-און**) :

בפרשת **חסון** כתבה הנשיאה חיות:¹⁶⁵

"אינני רואה צורך להידרש לגישות השונות ולהבחנות ביניהן שכן בענייננו הן מתלכדות, בסופו של דבר, לשורה תחתונה אחת והיא שבשלב 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."

¹⁶³ עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 90, בפס' 34 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) ביניש.

¹⁶⁴ עניין **חסון**, לעיל ה"ש 11, פס' 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹⁶⁵ שם, בפס' 27 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

"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 [...].
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".

בהמשך לדברים אלה, נבחן להלן את התיקון לחוק יסוד: השפיטה לאור המאפיינים והמבחנים שנקבעו לכל אחת מן הדוקטרינות.

ג. בחינת התיקון לחוק יסוד השפיטה לאור מבחני הפסיקה

1) התיקון פוגע בליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל

התיקון שולל מבית המשפט כלי מרכזי של ביקורת שיפוטית. לשיטתנו, התיקון פוגע פגיעה קשה בעקרון הפרדת הרשויות ובשלטון החוק. התיקון שלפנינו מחייב, לראשונה בתולדות המדינה, את הפעלתה של ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד. הרשות המכוננת לא הוסמכה לשלול את מאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית. כאמור לעיל, בישראל אין בנמצא הליך מיוחד כמקובל בעולם לתיקון חוקתי. הניסיון ההשוואתי מלמד שבית המשפט לא מתערב בשינויים חוקתיים כאשר הליך השינוי החוקתי הוא נוקשה, מורכב, איטי, שמערב גורמים רבים – לפעמים גם את העם. על כן, ככל שהליך החקיקה והתיקון של נורמות חוקתיות מצוי בידי אותו גוף שמחוקק גם חוקים רגילים, ובלא שקיים כל קושי מיוחד בהליך החקיקה או שחקנים נוספים שמעורבים, כך צריכה להיות נכונות רבה יותר לקבל ביקורת שיפוטית על חקיקה חוקתית. אין אצלנו הבחנה בין הפוליטיקה היומיומית שבה שולטים האינטרסים הצרים וקצרי הטווח לבין הפוליטיקה החוקתית; יש אצלנו רשות מחוקקת שהיא גם רשות מכוננת, הנשלטת בפועל על ידי הרשות המבצעת.

¹⁶⁶ עניין חסון, לעיל ה"ש 11, בפסי' 24–29 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, כפי שפורטו בפסיקה, הם: "הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם ובהן כבוד ושיוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית".¹⁶⁷

לגישתנו, התיקון המבטל את עילת אי-הסבירות הקיצונית פוגע פגיעה אנושה וישירה, לפחות בשלושה מן המאפיינים את הליבה של הזהות הדמוקרטית: בעקרון הפרדת הרשויות, בעקרון שלטון החוק, ובקיום בחירות שוות.

(1) (א) עקרון הפרדת רשויות

הפרדת רשויות משמעה קודם כל מניעת ריכוז כל הסמכויות (חקיקה, ביצוע, שפיטה) בידי רשות אחת. עם זאת, ובניגוד לתפיסה מוטעית שהושמעה לעתים, אין בעיקרון זה כדי ליצור "חומה סינית" בין הרשויות, אלא ההיפך – עיקר הרעיון הוא פיקוח הדדי, קרי איזונים ובלמים.¹⁶⁸ וכך בלשונו של השופט שמגר:¹⁶⁹

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

מכאן שיצירת כח מוחלט, כזה שאין עליו כל פיקוח, בידי אחת הרשויות, מהווה פגיעה אנושה ברצינות של הפרדת הרשויות (קיומם של איזונים ובלמים) – קרי מניעת ריכוז יתר של הכוח באופן בלעדי בידי רשות אחת. חסימת הדרך בפני ביקורת שיפוטית סותרת את עקרון הפרדת הרשויות. כפי שהסביר השופט חשין בפרשת **ארפל אלומיניום**, עקרונות יסוד דמוקרטיים מחייבים "קיומה של רשות שופטת" ואוסרים על "חסימת דרכו של

¹⁶⁷ א"ב 1280/02 ועדת הבחירות המרכזית כנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי, פ"ד נו(4) 1, בפס' 14 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) ברק (2003).

¹⁶⁸ עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר "ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות – על מניעת כח מוחלט מרשויות השלטון" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (2019).

¹⁶⁹ בג"צ 910/86 יהודה רסלר נ' שר הבטחון פ"ד מב(2) 441, 462 (1988).

אדם לבית המשפט¹⁷⁰ משום שתפקידו המרכזי של בית המשפט הוא בשמירה על שלטון החוק:

”עקרונות אלה כולם – שלטון החוק, הפרדת הרשויות תוך איזונים ובלמים ביניהן, סמכות הביקורת השיפוטית וכן מנגנוני הביקורת הדמוקרטיים הנוספים – ניצבים כעמודי תווך במשטר הדמוקרטי. הם תנאי-בלעדיו-אין לשמירת זכויות האדם, ואלה הן גרעין המשטר הדמוקרטי, החותר לקידום טובת האדם. בשל כל אלה נאמר, ולא פעם, כי בית-משפט זה מופקד על חוקיותה וסבירותה של פעולתן של רשויות השלטון במדינה”¹⁷¹.

לדעתנו, התיקון המבטל את עילת אי-הסבירות יוצר מצבים שעליהם אין פיקוח שיפוטי או ”חור שחור נורמטיבי”¹⁷². העדר ביקורת שיפוטית על אי סבירות קיצונית ייצור תחומים בהם על הממשלה והשרים אין פיקוח אפקטיבי, למעשה, אין פיקוח כלל. כפי שהוצג לעיל, עילת הסבירות היא במקרים רבים הכלי היחיד שיכול לאזן ולפקח על החלטות קיצוניות, מופרכות ופוגעניות של הממשלה ושריה, הן בענייני מדיניות, הן בענייני סמכויותיה של ממשלת מעבר והן בענייני מינויים ופיטורין.

בהקשר זה, יש להדגיש את מצבה המיוחד של מדינת ישראל עוד בטרם עבר התיקון לחוק היסוד, בכל הנוגע למצב הפרדת הרשויות ולאיזונים והבלמים. המבנה המשטרי בישראל הוא מבנה החסר איזונים ובלמים המגבילים את הרוב הקואליציוני, הנשלט בידי הממשלה.

במחקר שנערך על ידי עמיחי כהן במכון הישראלי לדמוקרטיה,¹⁷³ סקר כהן 66 מדינות שהוגדרו על ידי ארגון Freedom House כמדינות דמוקרטיות חופשיות. במחקר זה, נבדקו 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); משטר פדרטיבי – שמכניס אלמנט של כוח ל”מדינה” בפדרציה, שיש בו כדי להגביל את כוחו של הרוב הפוליטי המדינתי של

¹⁷⁰ פרשת ארפל אלומיניום, לעיל הי”ש 149, פס’ 32 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין. השו: Paolo Sandro, “Constitutional amendments review without entrenchment in Israel? Common law constitutionalism and the limits of judicial review reform”, INT’L J. CONST. L. BLOG (Aug. 26, 2023) available at: <https://tinyurl.com/5bhjxbhy>.

¹⁷¹ בג”ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ’ ראש-הממשלה, נז(6), 836 817 (2003).
¹⁷² בלשונו של ד”ר גיל לימון, המשנה ליועמ”ש פרוטוקול ועדת חוקה חוק ומשפט, 26.6.23, לעיל הי”ש 31 בעמ’ 10.

¹⁷³ עמיחי כהן, ”פסקת ההתגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט” המכון הישראלי לדמוקרטיה (2018).

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 שמוסמך לבטל חוקים.

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 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 מדינות¹⁷⁴ (ברוב מוחלט של המדינות יש שילוב של מספר מנגנונים המגבילים את הרוב, לעתים - שלושה, ארבעה, ואף חמישה כאלה).¹⁷⁵ 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.

מכאן, שהביקורת השיפוטית-החוקתית על הפרלמנט והביקורת השיפוטית-המנהלית על הממשלה, היא הפיקוח האפקטיבי היחיד על כוחו של הרוב בישראל, ובענייננו על כוחה של הממשלה, שלא באמת מפוקחת על ידי הפרלמנט.¹⁷⁶

מכאן שביטולה של הביקורת מכוח עילת הסבירות, הן מבית המשפט והן ככלי בידיהם של שומרי הסף ובעיקר היועצים המשפטיים, תפגע קשות בהפרדת הרשויות ותייצר "איים" של כח מוחלט של הממשלה, שעליהם לא יהיה פיקוח כלל. כדברי היועצת המשפטית לממשלה בחוות דעתה יצירת "חורים שחורים" נורמטיביים בנושאים כבדי משקל שבהם ידו של בית המשפט תקצר מלהושיע, גם במצבים שבהם הרשויות יפרו את חובתן לפעול בסבירות. שיקול דעתן של הרשויות בהקשר זה – יהיה, בחיי המעשה, שיקול דעת מוחלט שאין אחריו ולא כלום.¹⁷⁷

על חשיבות עילת הסבירות לאיזונים והבלמים שביסוד הפרדת הרשויות כתבה השופטת ברון בעניין **שיינפלד**:¹⁷⁸

¹⁷⁴ מתוכן בשלוש מדינות: קנדה, ובמידה מסויימת ישראל ופינלנד, יש פסקת התגברות.
¹⁷⁵ עמיחי כהן, לעיל ה"ש 173, בעמ' 34.
¹⁷⁶ חן פרידברג "איך משפרים את עבודת הכנסת כגוף מחוקק ומפקח?" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (2018).
¹⁷⁷ עמדת היועצת, לעיל ה"ש 15, בפס' 249.
¹⁷⁸ עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 60, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ברון.

"שיקול הדעת המינהלי כפוף לפיקוח שיפוטי במספר עילות ביקורת תחומות ומגודרות – ובהן עילת הסבירות. הביקורת השיפוטית על מעשה המינהל נועדה להגן על זכויות אדם ועל ערכי יסוד מפני שימוש לרעה בכוח, ולהבטיח ממשל תקין, נקי כפיים והוגן. בית המשפט הוא המופקד על שמירת גבולות הסמכות של הרשות המינהלית ועל חוקיות הפעלת הסמכות [...] זאת תמציתה של דוקטרינת האיזונים והבלמים שביסוד עקרון הפרדת הרשויות; זאת מהותה של הדמוקרטיה."

לגישתנו, אם כן, התיקון המצמצם את סמכות בית המשפט וחוסם בפועל ביקורת שיפוטית, הוא מהלך קיצוני ודרמטי, הפוגע פגיעה מהותית וקשה בעקרון הפרדת הרשויות. משמעות התיקון היא שעקרון הפרדת הרשויות, בהינתן מיעוט האיזונים והבלמים הקיימים עוד לפני התיקון בישראל, יספוג מכה אנושה.

(1) (ב) שלטון החוק

"שלטון החוק" הוא מושג חמקמק שלו פרשנויות רבות. ציטוט ידוע של אמנון רובינשטיין הוא כי "מעטים המושגים שכה מרבים להשתמש בהם, וכה ממעטים להבינם, כמו שלטון החוק".¹⁷⁹ אך נדמה שהכל מסכימים שישנם מספר מאפיינים ברורים של "שלטון החוק" שהם הכרחיים לקיומה התקין של מדינה, בוודאי, כאשר מדובר במדינה דמוקרטית – אף כי זהו מושג שקדם בהרבה לשיטה הדמוקרטית.

יש לציין כי בעברית, המונח "שלטון החוק" הוא מונח מטעה, ולעתים אף גורר אי הבנה של המושג, כאילו מדובר בשלטון החוק החרוט, במובן statute. אלא שכמובן מדובר בתרגום של The rule of Law שהוא למעשה שלטון המשפט או "עליונות המשפט", מושג שבו עשה שימוש מנחם בגין.¹⁸⁰ במשפט הגרמני, משתמשים במונח "מדינת חוק" rechtsstaat.

שלטון החוק במובנו הפורמלי, משמעו כי כולם כפופים לחוק. כך כותב יצחק זמיר: "קיימת חובה לנהוג על-פי החוק, כפי שנתפרש על-ידי בית המשפט, בהתאם למטרת

¹⁷⁹ אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני במדינת ישראל 227 (מהדורה חמישית, שוקן, תשנ"ז).
¹⁸⁰ מנחם בגין, השקפת חיים והשקפה לאומית (קווי יסוד) 3, 21 (הוצאה מחודשת, בסער, 2006).

החוק. חובה זאת מוטלת על הכל, מקטון ועד גדול, מן האדם ברחוב ועד ראש הממשלה.¹⁸¹

היבט החשוב של שלטון החוק במנהל, הוא לרשות המינהלית – משלה אין לה דבר, וכל סמכויותיה שאובות מן החוק, ולפיכך אל לה לחרוג או לסטות מהן. בהבדל מהפרט, שעליו חל עיקרון החירות על פיו מותר לו לעשות מה שלא נאסר עליו) כדין, על המנהל חל עיקרון הכפיפות המלאה לחוק.

קרי, כל הפרטים בחברה, כולל השליט או הממשלה, כפופים לחוק. במובן מסוים, שלטון החוק מוגדר על פי מה שהוא בא לשלול או למנוע: מצב בו ישנו מישהו מעל לחוק. שלטון החוק משמיע שלטון הכפוף לכללים, שהוא ההפך משלטון שרירותי. הוא נועד למסד כח שלטוני מוגבל, שהוא ההפך מכוח שלטוני מוחלט.

התיקון המבטל את עילת אי-הסבירות פוגע פגיעה אנושה בשלטון החוק בישראל בשני היבטים עיקריים.

ההיבט הראשון, הוא פוגע ביכולתו של בית המשפט לפקח בצורה אפקטיבית על פעולות הממשלה. על הממשלה מוטלת החובה לנהוג בסבירות. מוטלת עליה "חובת סבירות". היא נאמן הציבור ומשלה אין לה כלום. כל שיש לה הוא למען הציבור. חובת הסבירות לא בוטלה בתיקון באופן מפורש אולם נשללה היכולת לקבל סעד במקרה שהממשלה מפרה את חובתה זו. התוצאה היא שהממשלה תהא משוחררת ואף "חסינה" מפני הפרת החובה המוטלת עליה. הממשלה תהיה "מעל החוק" או כפי שציינה היועצת המשפטית לממשלה בעמדתה: "הממשלה מקבלת "רישיון" להפרת הדין".¹⁸²

עוד יש לזכור כי פעולה בחוסר סבירות קיצונית היא פעולה שלא יעלה על הדעת כי הציבור שהוא הריבון, באמצעות החוק, הסמיך את הממשלה לעשות. עילת הסבירות היא במקרים רבים כלי למניעת החלטות שלוקות באחד מהפגמים האחרים במשפט המנהלי, אך לא ניתן לדעת מהם או להוכיח אותם (למשל שיקולים זרים, ניגוד עניינים). במקרים אלה, עילת הסבירות היא הדרך היחידה להתמודד עימם. כך, למשל, כתב השופט שטיין בעניין **שיינפלד**:¹⁸³

¹⁸¹ יצחק זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין 61 (1987).

¹⁸² עמדת היועצת, לעיל ה"ש 15, בפס' 278.

¹⁸³ עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 60, פס' 35 לפסק דינו של השופט שטיין.

"בדומה לכך, 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... בפועלה 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. טוב אפוא נעשה אם נשמרה במתכונת זו."

וכן דבריה של הנשיאה נאור בעניין התנועה לאיכות השלטון¹⁸⁴: "לא אחת מאפשרת עילת הסבירות ביקורת שיפוטית על החלטה של רשות מינהלית הנגועה בפגם אחר או נוסף הקשה להוכחה כשלעצמו, דוגמת משוא פנים ושיקולים זרים". מקרים אלה הם בביור מחוץ לסמכותה של הממשלה. זאת, משום שמדובר במצבים מנטליים-פנימיים שאינם שקופים; וכן משום שלמי שנוהגים כך עניין רב להסתיר ולהסוות זאת, עילת חוסר הסבירות היא חיונית מאין כמוה, ולא ניתן לוותר עליה מבלי לפתוח פתח רחב להתנהגות שלטונית מושחתת, תוך חריגה ברורה מן הסמכות.

בנוסח הסופי של התיקון אוזכר כי "החלטה" כוללת גם "החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות". בכך, ככל שהנוסח המקורי הותיר שאלה פרשנית באשר להימנעות מהפעלת הסמכות, הנוסח הנוכחי גורם להתפרקות הממשלה ושריה מחובתם להפעיל סמכות מנהלית ובכך העניק התיקון לשרים ולממשלה היתר שלא לפעול כחוק.

מכאן, ששלטון החוק במובן של שלטון החוק בשלטון – כפיפות השלטון לחוק, ייפגע בצורה קשה מביטול עילת הסבירות. כפי שאמר זאת ד"ר גיל לימון בדיוני ועדת החוקה: "הממשלה לא תהיה מעל לחוק, היא תהיה החוק עצמו"¹⁸⁵.

ההיבט השני, בו ייפגע קשות עקרון שלטון החוק הוא עקיף. זאת משום שבישראל, היועצת המשפטית לממשלה ומערך הייעוץ המשפטי כולו, הם הגופים האחראים על השמירה על שלטון החוק, במקביל לבית המשפט. אחד מתפקידיו של היועץ המשפטי הוא להגן על שלטון החוק ולהנחות את רשויות השלטון בדבר המותר והאסור, וזאת כדי לסייע לרשויות השלטון להימנע מהפרה של החוק. ייעוץ זה מוודא שהממשלה, על כל משרדיה,

¹⁸⁴ בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון נ' שר החוץ (נבו), (12.2.15) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון 2015).

¹⁸⁵ פרוטוקול הוועדה מיום 26.6.2023, לעיל ה"ש 31, בעמ' 14.

נוהגת לפי חוק. כלומר, היועצת המשפטית מופקדת "על השלטת המשפט במדינה", כפי שהסביר זאת נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) מאיר שמגר, במהלך דיונים בוועדה ציבורית שעסקה בנושא,¹⁸⁶ או כאמור בדבריה של השופטת ברון: "היועץ המשפטי לממשלה, כמו גם נציגיו במשרדי הממשלה השונים, הם שומרי הסף של שלטון החוק".¹⁸⁷

הדרך היחידה בה מערך הייעוץ המשפטי לממשלה יכול להגשים הלכה למעשה את תפקידו ולשמור על שלטון החוק בישראל היא בהיותו גוף המקבל את החלטותיו משיקולים מקצועיים ובאופן עצמאי לחלוטין. לכן, כדי למלא את תפקידו במקצועיות המשפטית הנדרשת, קיבל היועץ המשפטי לממשלה עצמאות בהפעלת שיקול הדעת שלו והוא אינו תלוי בממשלה הממנה אותו. כפי שהסביר זאת בדיון בכנסת עוד בשנת 1953 ח"כ יזהר הררי: "[היועץ המשפטי לממשלה] אינו תלוי בממשלה, כי אם חייב רק לייעץ לה עצות משפטיות, העומדות לעתים בניגוד לרצונה".¹⁸⁸ בעשורים שחלפו מאז דבריו של הררי, המשיך והתפתח בישראל האתוס הזה של עצמאות נטולת פניות ומקצועיות במשרת היועץ המשפטי לממשלה, עד כדי תפיסת משרתו כמעין-שיפוטית. כפי שכתבה ועדת שמגר: "יש לזכור כי בשיטתנו הועדף יועץ משפטי שאינו אישיות פוליטית המכהנת בממשלה. סמכותו ויוקרתו מבוססים [כך במקור] על מקצועיותו".¹⁸⁹

ביטול עילת הסבירות יפגע אנושות בעצמאות היועצת המשפטית לממשלה ובמקביל, בעצמאותם של כל שומרי הסף האחרים. זאת משום שהיא עילה חיונית במניעת העברה מתפקיד של שומרי הסף בלא סיבה מצדקה, כגון היועצת המשפטית לממשלה והפקידים הבכירים במשרדי הממשלה כולם. כמו כן, הסבירות היא עילה חיונית במניעה של מינויים בלתי מקצועיים, שיובילו למינוי שומרי סף מטעם.¹⁹⁰ כדבריה של הנשיאה נאור: "לא אחת עילת הסבירות היא עילת ההתערבות היחידה שבאמצעותה ניתן למנוע מינוי פסולי".¹⁹¹

¹⁸⁶ פרוטוקול ישיבה של הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לתפקיד האמור, בעמ' 175 (21.5.1997), ארכיון המדינה פ-4/116.4116. השוו: יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** (ד) 2407 (2017).

¹⁸⁷ בג"ץ 5134/14 **התנועה למען איכות השלטון נ' מועצת מקרקעי ישראל** (נבו, 14.11.2016).

¹⁸⁸ פרוטוקול ישיבה מס' 44/ב של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-2, 7 (1.7.1953).

¹⁸⁹ הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו בראשות מאיר שמגר **דין וחשבון הוועדה** 49 (1998) (להלן: **דו"ח ועדת שמגר**).

¹⁹⁰ מורן קנדלשטיין-היינה ודפני נבניסטי "דוגמאות להתבססות בתי המשפט על עילת הסבירות – מיגון כיתות בשדרות ועד סבסוד אברכים" **אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה** (29.6.2023), זמין לצפייה בקישור: <https://tinyurl.com/yh3cx4fr>.

¹⁹¹ עניין **התנועה לאיכות השלטון 2015**, לעיל ה"ש 184, בפס' 2 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) נאור.

לא במקרה טרחה הועדה, לקראת הקריאה השנייה והשלישית, להוסיף במיוחד את התוספת ה"מבהירה" כי התיקון יחול גם בעניין מינויים.

וכך כותבת בהקשר זה היועצת המשפטית לממשלה בחוות דעתה:¹⁹²

"ראשית, בשלב המינוי, עילת הסבירות היא העוגן הנורמטיבי שעליו התבססה הפסיקה כדי לוודא שמינויים לתפקידים מקצועיים בשירות המדינה ייעשו על-פי אמות מידה של כישורים והתאמה לתפקיד, ולא יונחו ממניעים של זיקה פוליטית או שיקולים בלתי-ענייניים אחרים. על כן, כפי שנראה להלן, ביטולה של עילת הסבירות עלול להביא לפריצת גבולות בכל הנוגע למינויים פוליטיים. מעבר לכך, יכולתם של הממשלה ושריה לבטל כליל את פרוצדורות מינויים, להכריז על סיום כהונתם של בעלי תפקידים בכירים, לשנות את הגדרת תפקידם ולצמצם סמכויותיהם, יובילו לפגיעה קשה בעצמאותם וביכולתם של בעלי תפקידים בכירים בשירות הציבורי לבצע את תפקידם כנדרש. לעצם הפוטנציאל לנהוג באופן האמור עלול להיות "אפקט מצנן" ממשי וחזק, שיפגע במקצועיות ובעצמאות של שומרי הסף. חומרה יתרה, שתוביל גם לפגיעה מוגברת בשלטון החוק, היא ביחס לשומרי הסף ובעלי תפקידים בעלי סמכויות אכיפה ואסדרה. אם כך, מדובר בשינוי של ממש באופיו של השירות הציבורי."

בנוסף לכך – לא מדובר רק על כך שיתקבלו החלטות בלתי סבירות. העדר פיקוח אמיתי של יועצים משפטיים, ושל אנשי מקצוע עצמאיים במשרדי הממשלה, יוביל לפגיעה במינהל התיקון, באופן הניהול של מכרזים, בהעסקת קבלנים, ברכישת ציוד ובמינויים שונים במשרדים, שבשל לחצים פוליטיים ושיקולים זרים עלולות להתבסס בהם פרקטיקות של העדפת מקורבים לשר ולסביבתו.

בהיעדר עילת הסבירות, כל תחום המינויים יהיה פרוץ למינויים ולהדחות ממניעים פוליטיים. שומרי הסף העצמאיים הם המתריעים הראשוניים במקרה של פגיעה בטוהר המידות ובמינהל התיקון, או של הפרת חוק או ניצול לרעה של כוח השלטוני. מקרים רבים של החלטות שלטוניות כלל לא מגיעים לבית המשפט והחלטתו של שומר הסף היא הקובעת. שלילת הביקורת השיפוטית האפקטיבית על הליכי מינוי והעברה מתפקיד, טומנת בחובה סכנה ברורה ומיידית לשירות הציבורי כולו. לא יהיה מי שיתריע על אי

¹⁹² עמדת היועצת, לעיל ה"ש 15, בפסי' 289.

החוקיות, על חוסר הסמכות או על פגיעה בלתי מוצדקת בזכויות אדם ובעקרונות יסוד אחרים.

קשה לתאר מדינת חוק ללא שרות ממלכתי ומקצועי. לא ניתן לתאר מדינת חוק שאין בה מאבק שיטתי ותקיף בשחיתות השלטונית. ביטל עילת הסבירות מתנגש חזיתית גם במידמים אלה של שלטון החוק.

מכאן, שביטול הסמכות של בג"ץ להושיט סעד בגין הפרת חובת הסבירות – הן באופן ישיר והן באופן עקיף, תאפשר החרבת השדרה הציבורית של עובדי הציבור בישראל ותפגע אנושות בעקרון של שלטון החוק.

(1)ג) קיום בחירות שוות

ביטול סמכות בג"ץ להתערב בדרג הנבחר בעילת הסבירות, משליך גם על החובה לקיים בחירות שוות. זאת, משום שכל דיני ממשלת המעבר בישראל מבוססים על עילת הסבירות ועל מתחם סבירות מצומצם יותר שיש לממשלת מעבר.¹⁹³ באופן ספציפי, בין הכללים שפותחו בפסיקה במסגרת דיני ממשלת המעבר, בולט האיסור על כלכלת בחירות. בהתבסס על פסיקת בית המשפט בעניין **ההסתדרות הרפואית**¹⁹⁴ קיימת הנחיית יועמ"ש (1.1904) לפיה: "ככלל, יש להימנע ממתן הבטחות מינהליות. הוראה זו חלה ביתר שאת בתקופת בחירות שבה באופן עקרוני, יש להימנע מהבטחות או התחייבויות לחלוקת הטבות או להקצאת תקציבים ספציפיים במהלך סיורי בחירות או בזיקה אליהם. החלטות מסוג זה יש לקבל בהתאם לסדרי מינהל תקין, ובין היתר לאחר תהליך מסודר של קבלת החלטות, לרבות התייעצות בדרג המקצועי ועבודת המטה הנדרשת, ותמיד בהתאם לנהלים המחייבים. משכך, אין מקום לקבל החלטות על חלוקת הטבות או הקצאת תקציבים או להודיע עליהן במהלך סיור בחירות או בזיקה אליו".

עם נפילתם של דיני ממשלת המעבר, המבוססים כל כולם על עילת אי-הסבירות הקיצונית, תהיה כל ממשלה בישראל, שממילא עומד לרשותה יתרון מובנה וכח רב לקראת בחירות, חופשית לפעול בכל דרך על מנת להנציח את שלטונה. למשל, באמצעים פופוליסטיים כגון חלוקת "שוחד בחירות" לבוחרים טרם בחירות או בדרכים מגוונות שאינן אסורות באופן מפורש בחוקי הבחירות החרוטים, כמו למשל החלטות לחלק

¹⁹³ ראו עניין **וייס**, לעיל ה"ש 123; ראו גם עמיר פוקס ועופר קניג "סמכויות ממשלת מעבר" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (7.7.2022), זמין לצפייה בקישור: <https://tinyurl.com/3re26ezb>.
¹⁹⁴ בג"צ 2453/06 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו, 21.3.2006).

"מענקים" לאזרחים.¹⁹⁵ בכך, לא רק שתהיה פגיעה קשה באינטרס הציבורי אלא שתהיה פגיעה בעקרון הבחירות השוות, במובן של שוויון ההזדמנויות במאבק על קול הבוחר.¹⁹⁶ בהינתן העובדה שבישראל כל מערכת בחירות בשנים האחרונות מוכרעת על ידי מנדטים בודדים, השפעה כזו, ולו על עשרות אלפי מצביעים, עשויה להיות מכרעת – ומכן שהיא פגיעה אנושה בעקרון הבחירות השוות.

יש עיקרון נוסף והוא חובת הנאמנות שחב השלטון בדמוקרטיה לציבור שממנו הוא שואב את כוחו ולמענו עליו לפעול. חובת הנאמנות היא המסד להענקת כוחות וסמכויות לשלטון. היא הבסיס הרעיוני של שלטון הנציגים. בלעדיה, אין כל היגיון להפקיד בידי השלטון כוחות וסמכויות. החובה לנהוג בסבירות נגזרת מחובת הנאמנות. היא הכרחית כדי להבטיח שהשלטון ינהג בתום לב ובאחריות כלפי הציבור. אם מבטלים אותה למעשה, השלטון מתנכר לחובת הנאמנות שלו לציבור. ההתנכרות הזו נמצאת בסתירה חזיתית לרעיון הדמוקרטי.

לסיכום, כל שלושת העקרונות – הפרדת הרשויות, שלטון החוק והבחירות השוות – נפגעים בצורה אנושה מהתיקון המבטל את סמכות בג"ץ לביקורת שיפוטית על הממשלה בעילת הסבירות. להם מצטרפת גם פגיעה עקיפה בעקרון של שמירה על זכויות האדם. אף כי הדיון בוועדת החוקה התקיים תחת ההנחה ששמירה מפני פגיעה בזכויות מכוסה באמצעות עילת המידתיות, הרי שעילת הסבירות משמשת את בתי המשפט לבקר החלטות שבמסגרתן נפגעות זכויות אדם שאינן זכויות המעוגנות או נגזרות מחוקי היסוד, כדוגמת חלק מן הזכויות החברתיות (חינוך, בריאות, דיור, תנאי העסקה וזכויות עובדים ותרמת חיים); או זכויות כלכליות שאינן זכויות מוקנות (רישיונות, היתרים, סובסידיות וכיו"ב).¹⁹⁷ בנוסף לכך, הפיכת שומרי הסף העצמאים לשומרי סף "על תנאי", שכל החלטה שלא מוצאת חן בעיני השר תגרום לסיום תפקידם, תגרום אף היא לפגיעה בזכויות אדם. שומרי סף אמורים לשמור ולהגן על זכויות אדם, אך ללא עצמאותם לא יוכלו לעשות זאת, ומספר המקרים בהם יגיע המקרה לבג"ץ, יהיה ממילא קטן. מעבר לכך, ישנם אינטרסים

¹⁹⁵ ראו דבריו של היועץ המשפטי למשרד האוצר עו"ד מסינג בפרוטוקול הוועדה מיום 13.7.23, לעיל ה"ש 41, בעמ' 69 (שם הוצג מקרה של יוזמה לחלק 5.5 מיליארד דולר בזמן ממשלה יוצאת לקראת בחירות, שנבלמה על ידי הדרג המקצועי).

¹⁹⁶ בג"ץ 869/92 ניסים זילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(2) 692, 703 (1992).

¹⁹⁷ עמדת היועצת, לעיל ה"ש 15, בפס' 335.

ציבוריים חשובים, שאינם מכוסים על ידי עילת המידתיות, שללא עילת הסבירות לא יזכו להגנה, כגון איכות הסביבה, בריאות הציבור וכיו"ב.

מכאן ששלושת עקרונות יסוד שנמנו בבג"ץ **חסון** יפגעו ישירות באורח קשה ועקרון נוסף של הגנה על זכויות אדם יפגע אף הוא.

מן האמור לעיל עולה כי התיקון לחוק יסוד: השפיטה – אף אם ייבחן לבדו, בפני עצמו, ומבלי להתחשב בהיותו "חוליה" בשרשרת של מהלכי חקיקה שמטרתם פירוק הדמוקרטיה הישראלית – חוצה בבירור את הרף של פגיעה אנושה בליבת מאפייני המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. כתוצאה מהתיקון תישלל הביקורת השיפוטית האפקטיבית של בית המשפט על החלטות הממשלה והשרים. הם יהיו, פשוטו כמשמעו, מעל לחוק.

זו אולי הזדמנות טובה לחזור גם למושכלות יסוד ולהלכת **ירדור**. מפסק הדין עולה רציונל נוסף לקיום פיקוח שיפוטי על חקיקת יסוד, והוא הצורך בהגנה על הדמוקרטיה מפני אויביה מבית. ההגנה על הדמוקרטיה באמצעות "מניעה מוקדמת" כגון פסילת מפלגות, רשימות ומועמדים, איננה מלאה. אם אין מכירים בביקורת שיפוטית על חוקי יסוד באופן שבו חוקי היסוד נחקקים בישראל, לא ניתן יהיה לעצור את מי שיבקש לפגוע בדמוקרטיה באופן חוקי. בלא ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, המיעוט – במיוחד המיעוט הקבוע – יהא נתון לחסדיו של הרוב, והרוב יהא רשאי לנהוג בו בשרירות ובעריצות.

2) שימוש לרעה בסמכות המכוננת

התיקון לחוק יסוד השפיטה מהווה, בנוסף, שימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת. נסיבות המקרה והליך החקיקה מלמדים כי ניתן להטיל ספק בעצם מודעותם לכובע המכונן שהניחו על ראשיהם, ולמידת האחריות והרצינות שהוא מחייב, לרבות הראייה החוקתית ארוכת הטווח וההתעלמות המוחלטת מכל אינטרס אישי או פרטיקולרי. בהיעדר צידוק ראוי לתיקון החוק, יותר משפעלו חברי הכנסת כחברים ברשות המכוננת, הם פעלו כעושי דברם של הממשלה ושל ראשי סיעות הקואליציה, ובהיות חלקם שרים בעצמם – כמי שנהנים מתיקון לחוק היסוד המפחית את הביקורת השיפוטית על החלטותיהם.

בהקשר זה נבקש להצטרף לדברים שכתבו חברי פורום המרצות והמרצים לפיהם התיקון שעל הפרק מעורר קושי נוסף: שימוש לרעה בהליך החוקתי כדי לכלול בו הסדרים שתכליתם חותרת תחת יעודה של החוקה עצמה. חוקי היסוד נועדו לשמש בסיס

לתפקודה התקין של הדמוקרטיה הישראלית: הפרדה בין הרשויות, איזונים ובלמים ביניהן, שמירה על שלטון החוק, ועל זכויות היסוד. ככלל, נועדה החוקה למנוע את ריכוז הכוח השלטוני בידי גורם אחד וגם לעצב מגוונים שימנעו ממנו לבצר את כוחו. ביטול עילת הסבירות חותר תחת תכליות אלה ממש. השימוש בחולשות ההליך החוקתי הישראלי, והכשלון הנמשך בגיבוש חוק יסוד: חקיקה, כדי להכשיר שלילה יסודית של סמכויות הרשות השופטת, מהווה מקרה מובהק של ניצול לרעה של הסמכות המכוננת. הציבור בישראל הפקיד בידי הכנסת את הסמכות לכוון כללי משחק של דמוקרטיה, שלטון חוק וזכויות אדם. כינון חוקה בתנאים אלו של ניצול לרעה של ההליך ועל רקע של אי הסכמה רחבה הוא ניצול ציני של האפשרויות הנתונות, לכאורה, בידי הקואליציה כדי להוביל חקיקה לטובת מעילה באמון הציבור והפרת החוזה הבסיסי שבין החברה הישראלית לנבחריה.¹⁹⁸

במבחן הדו-שלבי שנקבע בפסיקה לבחינה אם הכנסת עושה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת, במסגרת השלב הראשון, המבחן הרלוונטי לענייננו הוא מבחן הכלליות. כלומר, עלינו לשאול אם התיקון לחוק היסוד נקבע בנורמה בעלת תחולה מבנית-כללית או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונאליים.

(2) (א) מבחן הכלליות

בעניין מבחן הכלליות כותבת הנשיאה חיות בעניין שפיר:¹⁹⁹

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

¹⁹⁸ פרום המרצות והמרצים למשפטים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 77-76.
¹⁹⁹ עניין שפיר, לעיל ה"ש 10, בפס' 40 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

נציג להלן את המאפיינים של התיקון שבגינם סברנו כי התיקון אינו עומד במבחן הכלליות:

(2)(א) תחולה מיידית וניגוד עניינים

התיקון לחוק היסוד הוחל מיד עם פרסומו, כלומר כבר על הכנסת שכוננה את התיקון, על הקואליציה שיזמה אותו ועל הממשלה שתמכה בו; יתכן שאף על הליכים תלויים ועומדים. התיקון מצמצם את היקף הביקורת השיפוטית כבר על החלטות הממשלה הנוכחית, לרבות החלטות ממשלה שכבר התקבלו, ובכך מגביר את כוחה של הממשלה, משחרר אותה מרסן ומגבלה באמצעות הסרה של עלת ביקורת שיפוטית מרכזית על פעולותיה.

במלים אחרות, שורר ניגוד עניינים מוסדי בין הכנסת בכובעה כרשות מכוונת שכוננה את התיקון לחוק היסוד, לבין עניינים האישי והפוליטי של ראש הממשלה וחברי הממשלה (שחלקם גם חברים בכנסת), משום שיזכו בזכות התיקון לכוח רב יותר. כפי שהסבירה הנשיאה חיות בפרשת **ממשלת החילופים**:²⁰⁰

"תחולתה הרטרופקטיבית או האקטיבית של הוראה חוקתית עלולה לעורר קושי בכל הנוגע למבחן הכלליות [...]. קושי מעין זה עלול, לשיטתי, להתעורר כאשר ההוראה מוחלת גם על הכנסת המכוונת אותה, ומאפשרת לאותה כנסת ליהנות מ"הטבות" מיוחדות בשל אימוץ הנורמה. מצבים מסוג זה מאופיינים בניגוד עניינים מוסדי בין כובעה של הכנסת כרשות מכוונת, אשר אמורה לקבוע נורמות כלליות שיעצבו את דמותה של המדינה לאורך זמן, ובין אותם אינטרסים פרטיקולריים של חברי הכנסת בכנסת הספציפית".

כך גם בענייננו: מדובר בתחולה מיידית של תיקון חוק היסוד, המוחל על הממשלה המכהנת ועל חברי הכנסת שתמכו בתיקון המכהנים כשרים בממשלה, ולא תיקון המוחל על הממשלה הבאה ורק לאחר הבחירות הבאות לכנסת. במאמר מוסגר נציין, שמדובר לא רק בתיקון אקטיבי (המוחל על הכנסת והממשלה הנוכחיים) אלא אף על תיקון רטרואקטיבי במהותו, משום שהוא מצמצם את הביקורת השיפוטית על החלטות – ועל החלטות להימנע מקבלת החלטות (כאמור בתיקון לחוק היסוד) – שכבר התקבלו כפי

²⁰⁰ ראו עניין **ממשלת חילופים**, לעיל הי"ש 90.

שנראה להלן. זהו מהלך בעייתי כשלעצמו, גם בלי קשר לניגוד העניינים המוסדי, כפי שהסביר השופט מלצר בפרשת **ממשלת החילופים** :

”נורמה חוקתית של קביעת כללים כלליים, צופים פני עתיד ויציבים, שאינם ניתנים לשינוי בקלות על פני האינטרסים הצרים והזמניים במערכת הפוליטית, שומרת אם כן על כבודן של הנורמות החוקתיות ועל עקרון ההוגנות בעיצוב כללי המשחק הדמוקרטיים בישראל”²⁰¹.

התיקון הנוכחי סותר את אמות המידה שפירט השופט מלצר: הוא נועד לתחולה מיידית מתוך אינטרסים צרים של המערכת הפוליטית, וכדי לצמצם את הביקורת השיפוטית על החלטות שהתקבלו.

במקרה של התיקון הנוכחי לחוק היסוד, המהלך נגוע גם בניגוד עניינים. התחולה המיידית של התיקון לחוק היסוד מאפשרת לממשלה המכהנת ליהנות מההשלכות של התיקון, המשרת את האינטרסים האישיים והפוליטיים הצרים של חברי ממשלה מכהנים.

התיקון מבטל בפועל את האפשרות לביקורת שיפוטית על העברתה מתפקידה, למשל, של היועצת המשפטית לממשלה. זהו מהלך לגביו לראש הממשלה מצוי בניגוד עניינים, בשל כך שהיועצת המשפטית אחראית בפועל על ניהול התביעה באישומים הפליליים שהוא עומד בגינם לדין.

אין האמור רק בראש הממשלה, אלא גם באינטרסים האישיים והפוליטיים של שרי ממשלה אחרים. שר המשפטים החליט לאחרונה להימנע מכינוס הוועדה לבחירת שופטים, לפי הפרסומים לפחות עד לשינוי בחוק יסוד של הרכב הוועדה לבחירת שופטים. החלטה זו היא “החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות” שהתיקון לחוק היסוד החיל עצמו עליה במפורש. התיקון לחוק היסוד מצמצם את הביקורת השיפוטית על החלטה זו של שר המשפטים – לאחר שכבר התקבלה. כלומר, בהקשר של שר משפטים, מדובר בתיקון רטרואקטיבי, שמסייע לו באינטרס הפוליטי שלו להימנע מביקורת שיפוטית על החלטה שהתקבלה רק לאחרונה.

זאת ועוד: השר לשעבר חבר הכנסת אריה דרעי הועבר מתפקידו בחודש ינואר השנה בעקבות פסיקה של בית המשפט העליון לפיה מינויו לתפקיד שר פסול.²⁰² רוב השופטים

²⁰¹ עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 90, בפס' 125 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.
²⁰² עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 60.

סברו שהמינוי לוקה באי-סבירות קיצונית, אף ששופטים אחדים ביססו את מסקנתם על המצג שהציג ח"כ דרעי בפני בית משפט השלום שגזר את דינו בעבירות מס. חלק מן השופטים התבססו על שני הנימוקים ושלושה מהם רק על טענת ההשק. ²⁰³ ניתן להניח כי לחבר הכנסת דרעי ולשותפיו בקואליציה, היה אינטרס אישי ופוליטי בביטול הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון על בסיס טעמים של אי-סבירות, כדי לאיין את החלטתו על פסלות מינויו של דרעי לשר. מבחינתם המדובר בתיקון רטרואקטיבי המסייע להם לבטל דה פקטו החלטה של בית המשפט העליון.

אלה הן דוגמאות לאינטרסים העומדים בסתירה עם האינטרס הציבורי של הכנסת בכובעה כרשות מכוונת. כפי שהסביר השופט מלצר בפרשת **ממשלת החילופים** :

"סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת קובע כי: "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה", וסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה מורה כי: "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". מהוראות חוקתיות אלה, אף שהן הצהרתיות בעיקרן, נגזרת החובה על רשויות אלו לפעול למען האינטרס הציבורי, אשר בעבור שמירה עליהם ניתנו להן הסמכויות האמורות. מכך נובע כי הכנסת והממשלה אינן רשאיות להפעיל את סמכויותיהן לצורך קידום אינטרסים פוליטיים צרים של בעלי התפקידים המכהנים במוסדות הללו". ²⁰⁴

מעניינת בהקשר זה גם הערתו של השופט גרוסקופף בעניין **שיינפלד**, ביחס לתיקון חוק יסוד: הממשלה בענין הכשירות להתמנות כשר :

"קיים חשש כבד, ולמעשה אף מעבר לכך, כי השימוש בסמכות המכוונת המגולם בתיקון חוק היסוד, ובפרט הוראת התחילה שלו, לא נעשה לשם השגת מבנה משטרי טוב יותר בראייה כללית, אלא לצורך נקודתי ובעייתי [...] לפיכך, על פני הדברים, אינני שולל כי נסיבות אלו עשויות לעלות לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוונת". ²⁰⁵

בהתאמה, יש בתיקון לחוק יסוד השפיטה סממנים המלמדים כי הוא לא נעשה לשם השגת מבנה משטרי טוב או איזון שונה בין הרשויות, או מודל של איזונים ובלמים ראוי יותר, אלא למטרה אחרת לגמרי, ובעייתית במיוחד: שחרור הדרג הממשלתי הנבחר מהחובה

²⁰³ שם.

²⁰⁴ עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 90, בפס' 142 לפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) מלצר.

²⁰⁵ עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 60, בפס' 4 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

המשפטית שלו לנהוג בסבירות. כלומר, אין מדובר בתיקון, מבחינה מהותית, אלא בפגיעה ממשית בערכי יסוד.

(2)(א)(2) כנסת מכוונת לעצמה

בפרשת **ממשלת החילופים** התייחסה הנשיאה חיות לקושי שמתעורר במבחן הכלליות (לעניין שימוש לרעה בסמכות המכוונת), במקרה ש"כנסת פלונית מתקנת את חוק יסוד: הכנסת וקובעת כי תקופת כהונת הכנסת תעמוד – החל מאותה הכנסת – על 8 שנים, חלף 4 שנים". מדובר בעצם במקרה של "כנסת המכוונת לעצמה" (בהשאלה מהדוקטרינה של "כנסת מחוקקת לעצמה").

הדוקטרינה שלפיה מוגבל כוח החקיקה של הכנסת כאשר היא "מחוקקת לעצמה", קרי קובעת הסדרים שיטיבו עם חברי הכנסת באופן אישי (כגון לעניין גובה שכרם), מבוססת על העקרונות בדבר איסור על ניגוד עניינים והפרדת הרשויות.²⁰⁶ במקרים מסוג זה מוצדקת במיוחד דרישת הכלליות (של חקיקה רגילה), ובפרט השעיית כניסת ההחלטה לתוקף.²⁰⁷

בדומה, חוק יסוד פרסונאלי, שנועד להיטיב עם חברי הכנסת המכהנים או עם הממשלה המכהנת, אשר נכנס לתוקף באופן מיידי, מעורר קושי במובן של מבחן הכלליות. השופט הנדל הסביר בפרשת **המרכז האקדמי**²⁰⁸ את הקושי של "כנסת מחוקקת לעצמה", העשוי להתעורר עם חקיקת יסוד פרסונאלית (בהקשר של חוק יסוד בהוראת שעה):

"נורמה המיועדת והמאפשרת לשחקן A (קרי, הממשלה המכהנת) להתגבר על משוכות פוליטיות, אך מציבה רף גבוה יותר בפני שחקן B (ממשלה עתידית שלא תיהנה מהוראת השעה ותידרש להתמודד עם פיקוח פרלמנטרי מחמיר), נושאת, במובנים מסוימים אופי פרסונאלי. משום כך, היא מעוררת קושי, ולא ניתן לייחס לה אופי ומעמד חוקתיים [...] קושי זה אף מתעצם במידה מסוימת נוכח שני הכובעים שחובשת הכנסת, ומעוררים סוגיה מעניינת של ניגוד עניינים: הכנסת ה-34, בכובעה כרשות מכוונת, "מכוונת לעצמה"

²⁰⁶ יואב דותן "איסור החקיקה העצמית כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** לא 771 (2001). ראו לדוגמה גם: פסק דינו של השופט חשין בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 545; מדינה, לעיל ה"ש 140, בעמ' 530–531.

²⁰⁷ סוזי נבות "קביעת שכרם של חברי הכנסת: "המחליטים הם גם הזוכים": בעקבות בג"ץ 99/971 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת" **המשפט** ט 253 (תשס"ד). ראו גם: רבקה וייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" **משפט וממשל** י 449, 480 (התשס"ז).

²⁰⁸ ראו עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 159.

נורמה ייעודית שתסדיר אך ורק את יחסיה שלה, בכובעה כרשות מחוקקת, עם הממשלה [...]” [ההדגשה הוספה] (שם, בעמ' 72).

במקרה שלפנינו המדובר בתיקון שנועד להקל על הממשלה המכהנת, באמצעות גריעה מהביקורת השיפוטית עליה, ולא נועד להקל על הכנסת המכהנת. אולם, מדובר ברוב קואליציוני שמחוקק לעצמו "חסינות" מפני חובה משפטית ומשחרר עצמו ממגבלות של הדין. בדומה לכנסת מחוקקת לעצמה, גם כאן, בפועל, המחליטים הם הזוכים: חברות הקואליציה שכולן מיוצגות בממשלה. כדאי לזכור כי מבחינה מעשית, שר המשפטים יזם את התיקון.²⁰⁹ יתרה מכך, שיטת המשטר הישראלית בפועל מקנה לממשלה שליטה על הכנסת. כפי שהסביר מתן גוטמן:

”הממשלה, העומדת בראש הרשות המבצעת, היא בעלת כוח העשוי להיות בלתי מרוסן כמעט. באמצעות שליטה מוחלטת כמעט בחברי הקואליציה בכנסת היא שולטת, למעשה, ברשות המחוקקת.”²¹⁰

ובהמשך לכך – מכוח שליטת הממשלה בחברי הקואליציה בכנסת, היא שולטת גם ברשות המכוננת.

לסיכום, יש לראות בתיקון לחוק היסוד כתיקון המיטיב עם הממשלה המכהנת ועם חברי הכנסת המכהנים בכנסת מטעם הקואליציה – הם עצמם. אין מדובר בתיקון עקרוני צופה פני עתיד בלבד, אלא בתיקון שבו מתעורר ניגוד עניינים מוסדי בין האינטרס הציבורי של הכנסת כרשות מכוננת לבין האינטרסים האישיים והפוליטיים של חברי הכנסת החברים בממשלה, ובראשם ראש הממשלה ושר המשפטים.

בהקשר זה נצטרף לעמדת היועצת המשפטית לממשלה לפיה תחולה מיידית של התיקון מעוררת קושי אינהרנטי במישור הכללי, שכן יש בכך כדי לאפשר לרשות המכוננת, הנשלטת בפועל על ידי הרוב הקואליציוני, לחוקק הסדר המחזק באופן מידי את כוחה השלטוני של הממשלה. זאת, באמצעות ביטולו של מנגנון מרכזי לריסון הכוח, שהוא כלי משמעותי בארגון הכלים של הרשות השופטת. כאשר רוב קואליציוני עושה שימוש בסמכות המכוננת של הכנסת כדי לעצב הסדר שמסיר את מנגנוני הפיקוח על פעילותו באופן מידי – יש בכך משום חשש ממשי ל"ניגוד עניינים מוסדי". שכן, מהלך חקיקתי

²⁰⁹ ראו את טיוטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה משפט) (התשפ"ג-2023), פ/1937/25. ²¹⁰ מתן גוטמן יחסי הגומלין בין הכנסת לממשלה והחוקה המינהלית המוסדית 79 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן, תשע"ט).



שכזה לא רק שהוא עוסק בהעצמת כוח שלטוני בצורה לא מרוסנת, הוא אף מיטיב עם הגוף אשר חוקק אותו באופן פרסונלי ומיידי. במצב דברים זה, קיים חשש כי התיקון לחוק היסוד נועד לשרת את הרוב הקואליציוני אשר חוקק אותו, ואשר עשה כן משיקולים פרסונליים, זרים ופסולים ולא מתוך הסתכלות חוקתית-משטרית ארוכת טווח ותשתיתית.²¹¹

להשלמת התמונה, נוסף בהקשר למבחן הצידוק, כי קשה לראות צידוק לאופי הפרסונאלי, האקטיבי והרטרוספקטיבי של התיקון: לא הייתה דחיפות להחלה מיידי של התיקון, כשם שלא היה מקום לכינונו על בסיס רוב קואליציוני צר, תוך דחיית חלופות להחלתו באופן נדחה ותוך הימנעות מקביעת הסדר מאזן אחר.

מכל הטעמים שאזכרו עמדתנו היא שהתיקון לחוק יסוד השפיטה – דינו להתבטל. הוא חורג מן הסמכות המכוננת, פוגע פגיעה אנושה במאפיינים הגרעיניים של השל הדמוקרטיה בישראל ומהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

²¹¹ עמדת היועצת, לעיל ה"ש 17, בפס' 397–398.

5. התיקון לביטול עילת הסבירות הוא רק חלק אחד מתמונה כוללת רחבה – דין משווה על דמוקרטיה בנסיגה

לשיטתנו, כאמור לעיל, התיקון לביטול עילת הסבירות עומד במבחנים הנוקשים שנקבעו בפסיקה, בכל הנוגע לאפשרות לביטולו של חוק יסוד. הוא פוגע פגיעה קשה במאפיינים הדמוקרטיים הגרעיניים של המדינה ומהווה שימוש לרעה בחוק יסוד.

אולם, גם אם בית המשפט סבור שהתיקון הספציפי עצמו, בבדידותו וכעומד בפני עצמו – אינו מקרה קיצון שמצדיק הפעלתו של סעד הביטול של תיקון לחוק יסוד, על בית המשפט לנקוט צעד נוסף ולבחון את התיקון על רקע נסיבותיו וסביבתו. קרי, על רקע ה"רפורמה המשפטית" המוצעת, על רקע החוקים הנמצאים בהליכי חקיקה ועל רקע החלטות הממשלה שכבר התקבלו. כל אלה הם "הסביבה" של התיקון. כב' השופט זוסמן בבג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים,²¹² כתב כי "דיבור שבחיקוק הוא יצור החי בסביבתו". סביבתו של החוק אינה רק חוקים אחרים הנוגעים לאותו עניין, כפי שכתב השופט ברק (כתוארו דאז):

"סביבתו של החוק היא מכלול התפיסות, הערכים, העקרונות והאינטרסים, שנורמה משפטית באותה שיטת משפט נועדה להגשים [...] סביבה זו משפיעה על פרשנותו של כל דבר חקיקה. היא מעין "מטרייה נורמטיבית" הפרושה מעל דברי החקיקה כולם [...] "מטרייה נורמטיבית" זו כוללת, בין השאר, את אופייה הדמוקרטי של המדינה, את הצורך לקיים בה סדר ציבורי ואת התפישה, שכל רשות שלטונית חייבת לפעול בסבירות ובהגינות".²¹³

בפרפרזה על דברים אלה נטען כי "המטרייה הנורמטיבית" של התיקון בעניין הסבירות מצויה מחוץ לתיקון עצמו. היא נפרשת על סדרה של יוזמות ברורות, המרכיבות אסטרטגיה ברורה וקוהרנטית שמטרתה לרוקן מתוכן את אופייה הדמוקרטי של המדינה. התעלמות מכל אלה היא מוטעית, שכן היא גובלת בעצימת עיניים ובהתנכרות למציאות.

בשיח החוקתי ההשוואתי העוסק בדמוקרטיה בנסיגה קשה למצוא דוגמה של אירוע חוקתי אחד המקעקע באבחה אחת דמוקרטיה. המחקר המשווה הרב בסוגיה זו²¹⁴ מלמד

²¹² בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים פ"ד כג(2), 477, בעמ' 513, מול האות א.

²¹³ עניין אייזנברג, לעיל ה"ש 119, בעמ' 260.

ERICA FRANTZ, HOW DICTATORSHIPS WORK POWER, PERSONALIZATION, AND COLLAPSE (2018)
MICHAEL W. BAUER, B. GUY PETERS & OTHERS, DEMOCRATIC BACKSLIDING AND PUBLIC ;²¹⁴
ERICA FRANTZ, AUTHORITARIANISM WHAT EVERYONE NEEDS TO ; ADMINISTRATION (2021)
ERICA FRANTZ, DEMOCRACIES AND ; (AUTHORITARIANISM, פרנז, (להלן: פרנז, (2018)

כי פגיעה בדמוקרטיה נגרמת בתהליך איטי והדרגתי, וכל אחד מהחוקים בפני עצמו אינו עומד בהכרח במבחן של "פגיעה אנושה בדמוקרטיה". אולם, כאשר האמצעים נבחנים יחד באופן מצטבר – השלם גדול מסך חלקיו. בסופו של דבר, שחיקה דמוקרטית זו – באמצעות שורה של מהלכים חוקיים – היא שמביאה לשינוי יסודי במשטר של המדינה, עד שהמדינה אינה עוד דמוקרטיה ליברלית אלא פופוליסטית וסמכותנית. ההגנה על הדמוקרטיה מחייבת לשים לב לכך, ולמנוע את הסחף כאשר עוד ניתן לעשות כן, ולפני שהכרסום בדמוקרטיה הופך למעוות שלא ניתן עוד לתקנו.

לפי אריקה פרנו בספרה *Authoritarianism*,²¹⁵ נסיגה דמוקרטית מתייחסת ל"שינויים במוסדות הפוליטיים הפורמליים ובפרקטיקות הפוליטיות הבלתי פורמליות המפחיתים באופן משמעותי את יכולתם של אזרחים להעלות טענות/עתירות בנות אכיפה על הממשלה".²¹⁶ למעשה, מדובר בכרסום בדמוקרטיה, לרוב על ידי סדרת אירועים המתרחשים על פני כמה תחומים, ובמיוחד בהקשרים של תחרותיות בבחירות, וחירויות אזרחיות ופוליטיות. למשל, **בטורקיה** השתלטה ממשלת ארדואן בשנת 2016 על העיתון היומי המוביל (שתמך ביריבו), האשימה אקדמאים שהתנגדות למדיניות ארדואן בבגידה וקידמה שינויי חוקה שהעניקו לנשיא יותר סמכויות. בהמשך, בעקבות ניסיונות הפיכה, הממשלה יזמה מצב חירום בן שלושה חודשים שהוביל למעצר או לפיטורים של למעלה מ-15,000 איש, וגם לסגירת כמה כלי תקשורת וארגוני חברה אזרחית.²¹⁷

נסיגה דמוקרטית יכולה להתרחש מבלי שמדינה תעבור את הסף לדיקטטורה.²¹⁸ בספרה *Democracies & Authoritarian Regimes*, פרנו מתארת נסיגה דמוקרטית כתהליך הדרגתי שבו מערערים את הדמוקרטיה באמצעות מניפולציה אסטרטגית של הממשלה כדי להטות את כללי המשחק האלקטורלי לטובת הממשלה או כדי לוודא שבתי המשפט

DEMOCRACIES AND AUTHORITARIAN REGIMES, 274-280 (2019) (להלן: **פרנו**); WOJCIECH SADURSKI, A PANDEMIC OF POPULISTS, Cambridge University Press; (REGIMES SAMUEL ISSACHAROFF, DEMOCRACY; (להלן: **סאדורסקי**, PANDEMIC OF POPULISTS); UNMOORED- POPULISM AND THE CORRUPTION OF POPULAR SOVEREIGNTY (2023) (להלן: **יסחרוב**); Aziz Huq and Tom Ginsburg, "How to Lose a Constitutional Democracy" 65 UCLA LAW REVIEW 78, 137-141 (2018) <https://tinyurl.com/yc8fjyvk>; (להלן: **Huq & Ginsburg**); YASCHA MOUNK "The people vs. democracy: why our freedom is in danger"; (HUQ & GINSBURG STEVEN LEVITSKY & DANIEL ZIBLATT HOW DEMOCRACIES DIE; and how to save it" (1982) CONSTITUTIONAL DEMOCRACY IN CRISIS (Mark A. Graber, Sanford Levinson & Mark; (1972) CONSTITUTIONAL DEMOCRACY IN CRISIS (Tushnet ed.) 355-376 (2018, Oxford University Press); (IN CRISIS Nancy Bermeo "On Democratic Backsliding" Journal of Democracy Baltimore; (להלן: **Bermeo**); (27: 1) (2016) AUTHORITY. 215. לעיל ה"ש 214. Bermeo, 214, בעמ' 5-19. AUTHORITY. 217. לעיל ה"ש 214, בעמ' 92-94. 218. שם וראו גם מאמרו של יניב רוזנאי בתוך CONSTITUTIONAL DEMOCRACY IN CRISIS, לעיל ה"ש 5, בעמ' 375.

נאמנים לממשלה. מהלכים אלו, כל אחד כשלעצמו, פוגעים באיכות הדמוקרטיה, אך כולם יחד יכולים להוביל לכישלון מלא של הדמוקרטיה.²¹⁹

המשפט המשווה מלמד כי השימוש בכלים דמוקרטיים וחוקתיים להשגת מטרות אנטי-דמוקרטיות מופעל באופן איטי ומדוד, שלב אחר שלב, בתוכנית שכאילו נכתבה מראש כ"תכנית הפעלה" למשטרים פופוליסטים.

עזיז הוק וטום גינסבורג הטיבו לתאר את הניסיון ההשוואתי במעין הוראות הפעלה לצורך התנעת נסיגה דמוקרטית באמצעות כלים דמוקרטיים: ראשית, יש להפעיל מצע פופוליסטי, שבו הרוב מוצג כקורבן והמבוגרים (היריבים הפוליטיים) כאליטיסטים. זו הייתה האסטרטגיה של אורבן בהונגריה ושל ארדואן בטורקיה. שנית, יש למצוא דרכים לערער יריבים במוסדות המדינה, כמו מערכת המשפט או הצבא. אפשר גם להשתמש בבית המשפט כדי למנוע ביקורת באמצעות תביעות דיבה (או לתקן את החוקה כך שיגדל כוחה של הרשות המבצעת ויוחלשו מנגנוני הפיקוח עליה, כפי שקרה בוונצואלה, בהונגריה ובסרי לנקה). נוסף על כך, מנגנון הבחירות הוא קריטי כדי להבטיח שהתחרות העתידית תהיה מוגבלת. שלישית, יש לתקוף את החברה האזרחית כ"אליטות הפועלות במימון חוץ של מקורות זרים", וכן לייצר שיח המבוסס על הפחדה. רביעית, יש לוודא שהתקשורת החופשית מאוימת, או מוגבלת, כדי שתהא כמה שפחות עצמאית.²²⁰ ראוי לשים לב שבאמצעים אלה, השלטון לא רק משיג לעצמו כוח בלתי מוגבל אלא שהוא גם פועל להנצחת שלטונו, בצעדים שמונעים את אפשרות החלפתו.

בספרו *A Pandemic of Populists*²²¹ מתאר פרופ' ווצייק סאדורסקי גם הוא את האסטרטגיה להחלשת הדמוקרטיה באמצעות עריכת שינויים מצטברים בתחומים מגוונים. קרי, לא תמיד חוק אחד יכול לחשוף את גודל השינוי הטמון בו. כדי להבין את הסיכון יש להתייחס להקשר המוסדי שלו.

המהלך שמתרחש כיום בישראל אינו זר לתהליכים היסטוריים שהתרחשו במדינות שונות בעבר הרחוק, וגם בעשורים האחרונים. אריקה פרנו מתארת בריאיון שנערך עימה כי מתום המלחמה הקרה נולדו מדינות דמוקרטיות רבות וב-15 השנים האחרונות החל תהליך הפוך של נסיגה מדמוקרטיזציה.²²² עוד היא טוענת כי בניגוד לצמיחת רודנות

²¹⁹ DEMOCRACIES AND AUTHORITARIAN REGIMES, לעיל ה"ש 214, בעמ' 274-280.

²²⁰ Huq & Ginsburg, לעיל ה"ש 214, בעמ' 137-142.

²²¹ סאדורסקי 2022, לעיל ה"ש 214, בעמ' 106-107.

²²² איילת שני "עיני כל העולם נשואות לישראל. תמשיכו לחוץ בכל הכוח. אסור לכם למצמצם" הארץ (27.7.2023), זמין לצפייה בקישור: <https://tinyurl.com/58sf96ud> (להלן: ראיון אריקה פרנו להארץ).

בכוח, בעבר, ללא בחירות ואגב הדחת היריבים הפוליטיים, כיום הרודנות נוצרת באמצעות כלים דמוקרטיים, באופן מעודן ומסווה, מתוך נרטיב של הגנה על הדמוקרטיה ועל מוסדותיה.

בדמוקרטיה של העידן המודרני יש בחירות ויש מפלגות אופוזיציה. לפי פרנז, השיטה העיקרית של רודנות מודרנית, כזו הצומחת מתוך דמוקרטיה, מתאפיינת בריכוז סמכויות אישי שנעשה בכלים דמוקרטיים. לדוגמה, ארדואן שפעל לבצר את כוחו הבלתי מוגבל באמצעות השגת רוב פרלמנטרי בחקיקה עד לדריסה מוחלטת של הדמוקרטיה. בשנת 2004 שינתה הממשלה ב**טורקיה** את חוק העונשין כדי לאפשר העמדה לדין פלילי של עיתונאים בגין דיון בנושא שנחשב שנוי במחלוקת לפי הרשויות. בהמשך הושתקו מתנגדי משטר באמצעות חוקי לשון הרע, אזרחיים ופליליים, שהמדינה (וארדואן עצמו) הפעילו נגדה. כמו כן, נחקקו חוקים אחרים שהקלו על חסימת אתרים וזיהוי משתמשי אינטרנט, וחוקים אחרים שאפשרו למועצה העליונה לרדיו ולטלוויזיה לאסור התייחסות לנושאים מסוימים; ובתוך כך פוטרו עיתונאים רבים. בשנת 2010 קידם ארדואן שינויים חוקתיים רבים באמצעות משאל עם, ובהם הסמכתו למנות 10 מתוך 14 שופטי בית המשפט החוקתי והעברת הסמכות לקבוע את חוקיותן של מפלגות מבית המשפט לבית המחוקקים. בשנת 2014 הודחו למעלה מ-3,000 שופטים מכהנים. כך גם קודמה חקיקה שפגעה בזכויות הפרט, דוגמת חוק המתיר לרשויות השלטון לאסוף מידע ומסמכים "מכל ישות בטורקיה" ללא צורך באישור בית משפט.²²³

כך פעל גם הנשיא רפאל קוראה, שנבחר ב**אקוודור**. בשנת 2007 הוא הקים אספה חוקתית ובשנת 2008 אישרו 64% מהציבור את החוקה החדשה במשאל עם. בהמשך, שכנע קוראה את האספה החוקתית לאלץ את הקונגרס המכהן לצאת להפסקה קבועה ולקבל על עצמה את סמכויות החקיקה. מעבר לשינוי עמוק של מוסדות השלטון, פעל קוראה להחלשת האליטות השמרניות באמצעות שינוי הכללים להקמת מפלגה ושינוי מבנה המחוזות, שלפיהם נערכו הבחירות והשתנתה הקצאת המושבים. בבחירות בשנת 2013 ניצח קוראה ניצחון מוחץ בבחירות (המפלגה היריבה זכתה בכחות מ-9%). בשנת 2015 בוטלו המגבלות על כהונת הנשיא וקוראה השתמש במנדט שלו כדי לקדם שינויים נרחבים נוספים, ובהם: איסור על בעלי בנקים ובעלי מניות בבנקים להחזיק בבעלות על כלי תקשורת, חיוב רשתות תקשורת לפעול בהתאם ל"אינטרס קולקטיבי" (שהגדיר השלטון), סמכות המדינה לפרק

²²³ Bermeo, לעיל ה"ש 214, בעמ' 11-12.

כל ארגון שנוגד את מטרותו המקורית, מזיק לביטחון המדינה או מסכן את שלום הציבור ועוד.²²⁴

באל סלבדור נבחר נאיב בוקאלה בשנת 2019 ובאמצעים דמוקרטיים פעל לטיהור מערכת המשפט ולאיוש כל עמדות הכוח בכל המערכות באנשים מטעמו.²²⁵ גם בצפון קוריאה ננקטו צעדים להבטיח תמיכה של אליטות בשלטון. כך למשל קידם קים גיונג איל בשנת 2010 את ראש מערכת הביטחון לתפקיד גנרל בצבא העם כפרס על ששימש מורה לבנו, יורש העצר, קים גיונג און.²²⁶

א. החלשה של מערכת המשפט באמצעות שינויים בבתי המשפט ובשופטים

שינויים במערכת המשפט, בבתי המשפט ובשופטים, הם אחד הכלים המרכזיים שבהם נעשה שימוש בהליך של שחיקה דמוקרטית. הניסיון ההשוואתי מלמד כי כאשר נפגעת הרשות השופטת, ובמיוחד עצמאות השופטים, הידרדרות הדמוקרטיה מואצת.

אריקה פרנז אומרת בהקשר זה כי :

”היחלשות של בתי המשפט [...] היא טקטיקה קריטית (ואחת הנפוצות ביותר) בקרב מנהיגים מכהנים בדמוקרטיות נסוגות. הסיבה די ברורה, שכן ברגע שמערכת המשפט נחלשה (מבחינת עצמאותה) קל הרבה יותר למנהיגים להצליח בכל מה שעל סדר היום שלהם. הדוגמאות הן רבות. למעשה, קשה לחשוב על מקרה של נסיגה דמוקרטית בשנים האחרונות שבו היחלשות בתי המשפט לא הייתה חלק מההליך הראשוני.”²²⁷

סמואל יסחרוב בספרו *Democracy Unmoored*²²⁸ כותב כי במשטרים פופוליסטיים רשות מבצעת חזקה רואה במערכת המשפט מכשול עיקרי בפני הרצונות המיידיים שלה ובפני מגמתה לפגוע בדמוקרטיה. הפופוליזם תובע את שלטון הרוב, ועל בסיסו מקדם אגינות המתנגדות לכוחם של מוסדות שלטון ולאליטות חברתיות.²²⁹ בהמשך לכך, תפקוד לקוי של הרשות המחוקקת מוביל להרחבת סמכויות הרשות המבצעת. כך הופכת הרשות השופטת לפגיעה במיוחד תחת משטרים פופוליסטיים. הדבר נכון במיוחד

²²⁴ שם, בעמ' 12.

²²⁵ ראיון אריקה פרנז להארץ, לעיל ה"ש 222.

²²⁶ AUTHORITARIANISM, לעיל ה"ש 214, בעמ' 46.

²²⁷ במסגרת עמדתה כפי שנמסרה למכון ביום 11 באוגוסט 2023, עמדה המצורפת לחוות דעת זו כנספח ב (להלן: **עמדתה של אריקה פרנז למכון מיום 11.8.2023**).

²²⁸ יסחרוב 2023, לעיל ה"ש 214.

²²⁹ יסחרוב 2023, לעיל בה"ש 214, בעמ' 85–86.

בדמוקרטיות שהקימו בתי משפט חוקתיים רבי עוצמה בעקבות הדוגמה הגרמנית. בתי משפט עליונים כאלה נבדלים ממערכת המשפט הרגילה בכך שמוטלת עליהם חובה לרסן את הנטיות האנטי-דמוקרטיות של השלטון. בתי משפט אלה מוצאים את עצמם לעתים קרובות במאבקים קשים עם הכוח הפוליטי. לא מפתיע אם כן שבתי המשפט מרגיזים תכופות את האג'נדה הפופוליסטית, בדיוק משום שהם עשויים לקחת על עצמם את התפקיד של "שמירה על שלמות הליך החקיקה" והגנה מפני "נסיגה חוקתית".²³⁰

כאשר בתי משפט הופכים למי שמגן מפני נסיגה דמוקרטית, יש נטייה להרחיב את המנדט שלהם ולראות את מערכת המשפט כמגינה על דרישות הליבה המינימליות לדמוקרטיה. או אז בתי המשפט הופכים למטרות להתקפה פוליטית, למשל במדינות כמו **פולין** ו**הונגריה** שבהן צמצום כוחם של בתי המשפט הוא נדבך מרכזי באג'נדה הפופוליסטית.

יסחרוב מוסיף כי גם במדינות רבות אחרות, כמו ישראל, דרום אפריקה וארגנטינה, מנסה השלטון להשתמש בגל התמיכה הפוליטי שלו כדי להכניע את מערכת המשפט. כשדונלד טראמפ התלהם נגד "מי שנקראים שופטים" (so-called judges) או "השופט המקסיקני", הוא הצטרף למקהלה מתוזמרת היטב של התקפות על עצמאות הרשות השופטת, שהיא מכשול בפני אג'נדה פופוליסטית-סמכותנית.²³¹

היכולת המוסדית להתנגדות שיפוטית – מוגבלת. בהתאם לשיטת מינוי השופטים, הרשות המבצעת מרוסנת לפרקי זמן משתנים. בארגנטינה, ממשלת קירשנר ביקשה שוב ושוב להדיח כל שופט פדרלי ברוב קולות בקונגרס, איום שהסתיים רק עם תבוסת הפרוניסטים בבחירות הלאומיות. ב**פולין**, הממשלה הגבילה את יכולתו של בית הדין החוקתי לפרסם דעות והטילה מגבלות לגיל פרישה כדי להדיח רבים מתפקידם – טקטיקה שנלקחה מהתקפות אורבן על בית המשפט החוקתי ההונגרי. בארצות הברית, ההצלחה העיקרית של ממשל טראמפ הייתה מינוי מהיר של שופטים צעירים בעלי גוון אידאולוגי שישנו את הערכות הפוליטיות של מערכת המשפט הפדרלית לדור הבא.²³²

ווצייק סאדורסקי כותב בספרו²³³ כי בעלי שררה פופוליסטיים נוטים להתייחס אל בתי המשפט כגורם מסוכן ומתייגים את המוסד כאיום. לא אחת, מיד לאחר הבחירות הם פועלים לתקוף את בתי המשפט. כך למשל, הוצגו השופטים בתור "אויבי העם" בכותרת שפורסמה ב"דיילי מייל" ב**בריטניה** ב-4 בנובמבר 2016, לאחר ששלושה שופטים קבעו כי

²³⁰ שם, בעמ' 90–92.

²³¹ שם.

²³² שם.

²³³ סאדורסקי, PANDEMIC OF POPULISTS, לעיל ה"ש 214, בעמ' 106–107.

למרות משאל העם, על הממשלה לקבל את הסכמת הפרלמנט באופן חוקי לצורך אישור הברקזיט.²³⁴ באפריל 2018 ספג בית המשפט העליון בהונגריה ביקורת קשה מראש הממשלה ויקטור אורבן עקב החלטה שנגעה לבחירות. אורבן טען כי בית המשפט "אינו אינטלקטואלי מספיק למשימה", וכי הוא "מתערב בהכרעת הבחירות ולוקח את המנדט מהנבחרים". הוא נהג להתייחס לבתי המשפט בתור "המדינה השיפוטית" ולשופטים כאל חסרי אחריות.²³⁵ סאדורסקי מציג בספרו גם התבטאויות מ**ישראל** משנת 2015, כגון אמירתה של אילת שקד שהייתה שרת משפטים כי בגלל "האליטה המשפטית" הנבחרים "לא מצליחים להשיג את מטרותיהם ולמלא את רצון העם", ודבריה של מירי רגב בתגובה להחלטת בית המשפט העליון שהייתה מנוגדת לעמדת הממשלה, כי בית המשפט "מנותק מהעם".²³⁶ באותה שנה, אגב, ראש ממשלת הודו, נרנדרה מודי, נזף בשופטים על כי הם פחדנים ומושפעים חברתית.²³⁷

להלן נתייחס בקצרה למהלכים שננקטו בכמה מן המדינות שחוו נסיגה דמוקרטית בשנים האחרונות, ואשר יוזמות החקיקה שקודמו והתהליכים שנעשו בהן מזכירים את מה שמתרחש בימים אלה ממש בישראל. לטענתנו, כאמור, ראוי לבחון את התהליכים שיוצגו להלן כדי להבין את תהליך הנסיגה הדמוקרטית שהתרחש באותן מדינות ומתגבש בישראל כעת.

סאדורסקי, מתאר באריכות בספרו *Poland's Constitutional Breakdown*²³⁸ כיצד קרסה הדמוקרטיה ב**פולין**. אחרי עלייתה לשלטון של "מפלגת החוק והצדק" (PiS) הפופוליסטית באה השחיקה הדמוקרטית לידי ביטוי במגוון אמצעים משפטיים בעלי השפעה מצטברת: החלשת בלמים חוקתיים על הכוח השלטוני, בין היתר, באמצעות השתלטות על מערכת המשפט, ובמיוחד על בית המשפט החוקתי שנתפס עד אז כשחקן מרכזי באכיפת מגבלות שלטוניות ובהגנה על ההליך הדמוקרטי ועל זכויות אדם; מיזוג משרד התובע הכללי עם שר המשפטים, הפיכת התקשורת הציבורית למכשיר של

²³⁴ כפי שקרה בפולין באותה שנה - מפלגת Pis הובילה מסע תעמולה תקשורתית נגד שופטים עובר להגשת הצעות חוק להחלשת העצמאות השיפוטית. גופי תקשורת התומכים במפלגה זו פרסמו סיפורים בודדים אודות מקרי שחיתות לכאוריים או עבירות קטנות שביצעו שופטים (כמו מקרה שבו נטען ששופט גנב נקניק ממכולת ולבסוף התברר כי דובר בשופט בדימוס שהורחק מהתפקיד זה מכבר וסבל מנכות עצבית בעת ביצוע הגניבה); שלטי חוצות במימון ממשלתי נתלו באזורים ציבוריים ולבסוף ראש הממשלה Beata Szydlo התייחסה אל מערכת השיפוט בתור "גילדה" (או "קאסטה") שכל אחד מכיר מישהו שנפגע ממנה. ²³⁵ ראו Zoltán Fleck, "Judges under Attack in Hungary," *Verfassungsblog* (עודכן ביום 14.5.2018) ומין לצפיה בקישור: <https://tinyurl.com/yy7m8e83>.

²³⁶ סאדורסקי, PANDEMIC OF POPULISTS, לעיל ה"ש 214, בעמ' 106-107. ²³⁷ ראו "Congress Attacks Narendra Modi for Attack on the Judiciary", *The Economic Times* (עודכן ביום 7.4.2015) ומין לצפיה בקישור: <https://tinyurl.com/4hmy4xx9>.

²³⁸ WOJCIECH SADURSKI, *POLAND'S CONSTITUTIONAL BREAKDOWN*, Oxford University Press (2019).

תועמלנות ממשלתית; פיקוח על ארגוני החברה האזרחית; דה-לגיטימציה של האופוזיציה הפוליטית; פגיעה בחופש הביטוי ושינוי חוקי הבחירות. סאדורסקי כותב שקשה לשים את האצבע על אירוע אחד שהיה נקודת המפנה: שום חוק חדש, החלטה או שינוי לא נראו בשעתם ראויים דיים לזעקות "זאב, זאב". רק בבחינה בדיעבד ניתן היה להבין שהקו המפריד בין דמוקרטיה ליברלית לדמוקרטיה "מזויפת" נחצה.²³⁹

באשר לבתי המשפט, מהלך ההשתלטות על הטריבוונל החוקתי התרחש בחמישה שלבים בתוך שנה מניצחון מפלגת PiS בבחירות:²⁴⁰

- בסוף 2015 זכתה מפלגת PiS ברוב בפרלמנט וקיבלה החלטה חריגה לפיה שחמשת השופטים החדשים של בית המשפט העליון שנבחרו בתום תקופת הפרלמנט הקודם נבחרו באופן לא תקין והנשיא סירב להשביעם ולאפשר את כניסתם לתפקיד. זאת, למרות שבזמנו לפרלמנט לא הייתה סמכות לבחון את תקינות המינויים והנשיא לא היה רשאי לסרב להשביעם לתפקיד.
- בדצמבר 2015 בחר הפרלמנט הפולני חמישה שופטים חדשים, הנשיא השביע אותם בחצות, ולמחרת הם נכנסו לבית המשפט החוקתי בליווי משטרת ויחלו בכהונתם.
- בפרלמנט הועלו הצעות חוק בנוגע לאופן קבלת ההחלטות בבית המשפט החוקתי. למשל, הצעת חוק שמחייבת לקבל החלטות לפי סדר הגעת המקרים לבית המשפט, כלומר החקיקה החדשה של השלטון נעשית חסינה לזמן רב מביקורת שיפוטית; הצעה שמחייבת רוב מיוחס בנושאים מסוימים, כלומר מתן זכות וטו לשופטי המיעוט; כמו כן, הצעה להסמכת שופטים לדחות במותב יחיד מקרים חדשים למשך כמה חודשים. כך, אף שלאותם חמישה שופטים חדשים לא היה רוב בבית המשפט, הצעות החוק שעברו נועדו לחסן את השלטון מביקורת שיפוטית הלכה למעשה.
- הטריבוונל החוקתי ביטל את החקיקה לעיל באשר לבית המשפט החוקתי, אחת אחרי השניה אך הממשלה סירבה לפרסם את החלטות בית המשפט בפלטפורמה הממשלתית הרישמית. כל זאת, אף שלממשלה לא היתה סמכות לעשות כן. כך נוצר מצב שבו פסקי הדין האלה לא נכנסו לתוקף משום שלא פורסמו כנדרש.²⁴¹

²³⁹ פורום המרצות והמרצים למשפטים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 84.
²⁴⁰ סאדורסקי, PANDEMIC OF POPULISTS, לעיל ה"ש 214, בעמ' 119–121.
²⁴¹ בשנת 2016, נכנסה השופטת פז'לבסקה לתפקיד נשיאת הטריבוונל החוקתי, וכפתה על סגן הנשיא לנצל את החופשה השנתית המגיעה לו עד לאמצע 2017 (מועד פרישתו) בטענה כי אי ניצול החופשה היא נטל כלכלי על הטריבוונל. בנוסף, מרגע כניסתה לתפקיד אותם פסקי דין שהממשלה סירבה לפרסם בשנת 2016 נמחקו ביום אחד מהפורטל של הטריבוונל החוקתי, כמו לא היו. (ראו, סאדורסקי, PANDEMIC OF POPULISTS, לעיל ה"ש 214, בעמ' 120).

- בדצמבר 2016, עם פרישתם של שופטים ישנים ומינוי שופטים נוספים מטעם מפלגת PiS, נשכחו הצעות החוק מדצמבר 2015 והוקם בית משפט חוקתי חדש, שרוב שופטיו הם מטעם מפלגת השלטון.

מאז, מתאר סאדורסקי, הטריבונל החוקתי מבקר את האופוזיציה, משבח את הממשלה, מבטל את החוקים הישנים שאינם נוחים לשלטון, ומאשר בשמחה חוקים חדשים, ללא קשר למעמדם החוקתי.

לאחר ההשתלטות על הטריבונל החוקתי, נחקקו בפולין חוקים שנגעו לבית המשפט העליון, לבתי המשפט בערכאות הנמוכות וכן לוועדה האמונה על מינוי וקידום שופטים. בין היתר, סמכות מינוי השופטים הועברה לפרלמנט גם ביחס לשופטים בערכאות נמוכות, וכן שונה הרכב הוועדה האמונה על מינוי וקידום שופטים. כך הצליח המשטר לבסס שליטה מלאה על כמעט 10,000 שופטים ברשות השופטת עד שנת 2021.²⁴²

בהונגריה החלה ההשתלטות על בית המשפט העליון מיד לאחר הניצחון הסוחף של אורבן בבחירות בשנת 2010, שבעקבות שיטת הבחירות המורכבת ששונתה הבטיח הניצחון למפלגת "פידש", יותר משני שלישים ממושב הפרלמנט, על אף שזכתה רק ב-52.73% מהקולות. מיד לאחר מכן, פעל אורבן לשינוי חלק מהוראות היסוד החוקתיות, דוגמת הרכב הוועדה הפרלמנטרית הממליצה על מינוי שופטים, הגדלת מספר השופטים מ-11 ל-15 ושינוי שיטת המינוי של נשיא בית המשפט החוקתי. כך הוא השיג רוב בבית המשפט.²⁴³

בהמשך, תיקוני חקיקה חדשים שללו את סמכות בית המשפט החוקתי לבחון ענייני תקציב ותיקונים חוקתיים מהותיים. כמו כן, נחקקו תיקון חוקתי שאסר על בית המשפט החוקתי להתייחס לפסיקות שניתנו לפני החוקה החדשה שנחקקה ב-2011.²⁴⁴ כך נותק בית המשפט מכל פסיקותיו הקודמות. כמו כן, בוטלה האפשרות של אזרחים להגיש עתירות חוקתיות. בשנת 2012, נכנסה לתוקף חוקה חדשה שכוננה רק על ידי המפלגה השלטת ובהתנגדות חריפה של האופוזיציה.

המהלך להשתלטות על בית המשפט החוקתי בוונצואלה התמקד בעיקר במינוי השופטים. בשנת 2000, זמן קצר לאחר עלייתו של הוגו צ'אבס לשלטון, הוא הקים בית

²⁴² שם, בעמ' 126–127.

²⁴³ סאדורסקי, PANDEMIC OF POPULISTS, לעיל ה"ש 214, בעמ' 121–123.

²⁴⁴ Huq & Ginsburg, לעיל ה"ש 214, בעמ' 125.

משפט עליון חדש לענייני חוקה שהחליף את בית המשפט העליון ומינה לו שופטים שיכהנו שנה אחת בלבד. לאחר מכן החליף צ'אבס חלק מהשופטים שפסיקתם לא תאמה את תפיסתו. בשנת 2004 כבר מנה טריבונל זה 32 שופטים, שמתוכם רק שופטים ספורים רק נתפסו כמייצגי עמדות עצמאיות. בשנת 2005 כבר שלט צ'אבס לחלוטין בבית המשפט והשתמש בו ככלי עיקרי כנגד מתנגדיו.²⁴⁵

מהלך דומה התרחש ב**פיליפינים** על ידי הנשיא הנבחר, רודריגו דוטרתה, בשנת 2016. הוא הדיח את סגן הנשיא של בית המשפט העליון, את ראש הרשות לבחירות ואת היועץ המשפטי לממשלה. בשנת 2017 הוא הגיש בקשה לקונגרס להדיח את נשיאת בית המשפט העליון, ובמקביל הגיש עתירה באמצעות היועץ המשפטי לממשלה המבקשת להדיחה. במאי 2018 בית המשפט העליון החליט להדיח את הנשיאה ברוב של 8 מול 6 שופטים. בהמשך מינה הנשיא ארבעה שופטים אחרים. כתוצאה מכך בית המשפט העליון, תחת שלטון דוטרתה, לא הטיל וטו על שום חוק או פעולה שהיו חשובות לממשלה (לרבות החלת חוק צבאי על דרום הפיליפינים, מעצר שני סנאטורים מהאופוזיציה ואי-פרסום פרטים רפואיים על אודות הנשיא). בית המשפט העליון שיתף פעולה עם הנשיא.²⁴⁶

להבדיל מהאסטרטגיה של תקיפה חזיתית של בתי המשפט, כפי שקרה בפולין, בהונגריה ובונצואלה, במקרים מסוימים ננקטת אסטרטגיה של "אי-פעולה" ביחס לסמכויות בתי המשפט. נשיא **ברזיל**, ג'איר בולסונרו, נמנע מהתערבות מבנית במערכת המשפט עד שהמפלגה שלו הציעה תיקון חוקתי להורדת גיל הפרישה לשופטים וכך פעל הנשיא למנות מועמדים מטעמו לשיפוט, לרבות שני מועמדים לכהונה כשופטי בית המשפט העליון.²⁴⁷ בהודו, הצעת הנשיא לשינוי שיטת בחירת השופטים (שלפיה "שופטים ממנים שופטים") נפסלה בבית המשפט העליון בשנת 2015. הדבר לא מנע מהנשיא להמשיך לנסות להשפיע על בתי המשפט. כך, למשל, הוא סירב לפעול ביחס ל-140 מועמדויות לבית המשפט העליון והחזיר את חלקן בטענה שהן "בלתי רצויות" מבחינה פוליטית.²⁴⁸

ברומניה הוקמה ב-1990 חזית ההצלה הלאומית על ידי הקומוניסטים, ובחודש מאי באותה שנה זכתה לרוב בבחירות (הן בשני בתי הפרלמנט והן בנשיאות). הרוב בבתי

²⁴⁵ סאדורסקי, PANDEMIC OF POPULISTS, לעיל ה"ש 214, בעמ' 123–124.

²⁴⁶ שם, בעמ' 124–125.

²⁴⁷ Katya Kozicki & Rick Pianaro, "From Hardball to Packing the Court: 'PEC do Pyjama' and the Attempt to Attack the Brazilian Supreme Court", in TOM GERALD & WOJCIECH SADURSKI (EDS.), DEMOCRACY 2020: ASSESSING CONSTITUTIONAL DECAY, BREAKDOWN, AND RENEWAL WORLDWIDE, IACL-AIDC Global Roundtable E-book (December 2020), 59–62.

²⁴⁸ Tarunabh Khaitan, "Introduction: The World's Most Powerful Court on the Brink?" IACL-AIDC Blog (15.5.2018). <https://tinyurl.com/4f56sa8h> זמין לצפייה בקישור.

הפרלמנט ובנשיאות אפשר לה לכונן חוקה בתהליך מהיר (באמצעות אספה מכוננת מיוחדת) שאושרה במשאל עם בנובמבר 1991. כך, בתוך כשנה מהבחירות נכנסה לתוקף חוקה חדשה ברומניה. בין היתר, עוגנו בחוקה זו שינויים משטריים, כמו הקמה של שני בתי פרלמנט וכן מוסד נשיאות שנבחר על ידי העם. הענף שהוחלש באופן המשמעותי ביותר הוא הרשות השופטת, ובמיוחד בית המשפט החוקתי שהחוקה מתירה לבטל את החלטותיו ברוב של שני שלישים בפרלמנט.

מהלך זה דומה למהלך שהתרחש ב**בולגריה** כאשר זכתה המפלגה הקומוניסטית לרוב בפרלמנט. כצעד ראשון היא עמלה על ניסוח חוקה חדשה, וזו נכנסה לתוקף ביולי 1991. בחוקה זו, עוגן עקרון הפרדת הרשויות (והכוח הנשיאותי). נדמה אפוא כי עיתוי כינון החוקה ב**רומניה** וב**בולגריה** הושפע מהמצב הפוליטי דאז ומהחשש של מפלגות השלטון כי יתקשו להחזיק ברוב בפרלמנט לתקופה ארוכה. כך, חדרו אינטרסים פוליטיים צרים לתהליך עיגון החוקה, ויצירתה הייתה אמצעי להחלשת בתי המשפט ולמיצוב עקרון הפרדת הרשויות ככלי להתמודדות עם אי-יציבות מאזן הכוחות בפרלמנט באותה התקופה.²⁴⁹

בדרך כלל, בתי המשפט נחלשים על ידי השלטון כשזה מצליח להכניס לתוכו את נאמנו. המשפט המשווה מספק דוגמאות לחוקים המשנים את אופן מינוי השופטים, פרישתם או פיטוריהם. אריקה פרנז כותבת כי מקובל שהשליטים מנצלים את השינויים האלה כהזדמנות להרחיק את השופטים המתנגדים להם מבתי המשפט ולמלא את בתי המשפט בשופטים הנאמנים לסדר היום ולאגינדה שלהם. כאשר הדבר עולה בידם, עוברים השליטים לקדם את המדיניות שהרכב בית המשפט הקודם ככל הנראה היה מונע. למשל, ביטול מגבלת כהונה או שינויים בשיטת הבחירות.²⁵⁰

לסיכום, במשטרים פופוליסטים ישנן שיטות מגוונות ואמצעים רבים להחלשת כוחם של בתי המשפט. בניגוד למהלכים כוחניים כמו הדחה של כל שופטי בית המשפט החוקתי, כפי שקרה ב**מיאנמר** בשנת 2012, ננקטת כיום פרקטיקה מעט יותר "עדינה" נגד בתי משפט. בעוד נשיאי **ארגנטינה**, ו**נצואלה** (בתחילה) ו**פרו** בחרו להתעסק רק בהרכב בתי המשפט, ממשלות ה**ונגריה**, **טורקיה** ו**פולין** פעלו נגד בתי המשפט בכמה חזיתות

²⁴⁹ Eli Salzberger & Stefan Voigt "On the Delegation of Powers: With Special Emphasis on Central and Eastern Europe" *Constitutional Political Economy* 13, 32–33 (2002).
²⁵⁰ עמדתה של אריקה פרנז למכון מיום 11.8.2023, לעיל הי"ש 227.

במקביל.²⁵¹ שינוי של מבנה בית המשפט, סמכויותיו, או הרכבו הפרסונאלי, הוא כלי ראשוני ומרכזי בידיו של שלטון פופוליסטי המבקש לעצמו כוח בלתי מוגבל והגורר את מדינתו לתהום של שחיקה דמוקרטית. משום כך פגיעה ברשות השופטת, בסמכויותיה ובעצמאות השופטים היא סכנה מיידית וברורה להידרדרות הדמוקרטיה.

ב. חוות דעת בשאלה של "בחינת התמונה הכוללת" במסגרת דיון שיפוטי ספציפי

אין ספק ששחיקה דמוקרטית באמצעות שינויים חוקתיים מציבה אתגר בפני ביקורת שיפוטית, שכן זו מתמקדת בשינוי חוקתי ספציפי אחד, שהוא העומד בפני בית המשפט. אלא שבהקשר של שחיקה דמוקרטית, בחינה של שינוי יחיד, ללא ראיית התמונה הכוללת, היא בעייתית במיוחד ומקשה על הערכה אמיתית של הסכנה לדמוקרטיה.

בשתי חוות דעת של שני מומחים בעלי שם עולמי במשפט חוקתי בכלל, ובתחום של דמוקרטיה בנסיגה בפרט, פרופ' וויצ'אק סאדורסקי²⁵² ופרופ' לך גרליצקי²⁵³, השיבו המומחים לשאלה האם, במסגרת דיון שיפוטי המתייחס לתיקון ספציפי, יכול בית משפט חוקתי לבחון את התמונה הכוללת.²⁵⁴

להלן כמה פסקאות מתוך חוות דעתו של פרופ' סאדורסקי²⁵⁵

"השאלה שעליה אני מתבקש לענות היא האם, לפי שיקול דעתי הכנה, ובהתבסס על ידיעתי במשפט חוקתי השוואתי, רשאים שופטים בעת ביצוע ביקורת שיפוטית על התיקון לשקול את שאר חלקי "החבילה" (הרפורמה שהוכרזה בפומבי) [...] לרבות חלקים שעדיין לא חוקקו רשמית על ידי הכנסת.

²⁵¹ Andrew Arato, "Populism, Constitutional Courts, and Civil Society," in Christine Landfried (ed.), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations* 319 (Cambridge: Cambridge University Press, 2019); Huq & Ginsburg, לעיל ה"ש 214, בעמ' 126–127. ²⁵² מומחה בינלאומי למשפט חוקתי בפולין ובאוסטרליה, אחד המומחים הבולטים בעולם בתחום הנסיגה הדמוקרטית.

²⁵³ מגדולי המומחים למשפט חוקתי בפולין, בשנים 1993–2001 כיהן כשופט בית הדין החוקתי של פולין ובשנים 2002–2012 כשופט בית הדין האירופי לזכויות האדם.

²⁵⁴ נוסח השאלה ששאלנו את שני המומחים הוא: "Can judicial intervention, as part of a hearing in a given case, be justified based upon a broader picture that includes other pieces of legislation already passed, and – more importantly – planned legislation in the future (both regular and constitutional legislation)? Could this reasoning be used for their final ruling? If yes, how is it possible to substantiate this outlook?"

²⁵⁵ עמדתו של פרופ' סאדורסקי, כפי שנמסרה למכון ביום 16 באוגוסט 2023, מצרפת לחוות דעת זו כנספח ג.

תשובתי הנחרצת היא: כן. לשופטים יש לא רק זכות אלא גם חובה להסתכל על ההקשר הרחב של הרפורמה שהתיקון הנדון הוא רק חלק ממנה. עקרון הריסון השיפוטי הקובע ששופטים צריכים לענות רק על השאלה שהם נשאלים לגבי חוק ספציפי הנבדק – אינו מחייב אותם ל"מיופיה" (Miopia, קוצר ראייה). העמדת פנים שחוק המגביל רשות שיפוטית קיים בחלל ריק נורמטיבי תהיה מעשה פתי, שימנע אפילו את המינימום של ריאליזם ושכל ישר שאנו מצפים מהשופטים.

דעתי, כאמור, מבוססת על קריאתי את ההתפתחויות במערכות חוקתיות לאומיות אחרות, המוכרות לי, שאומצו בהן חוקים מקבילים, הכובלים את מערכת המשפט, בזה אחר זה, ובסופו של דבר התלכדו לכדי מתקפה מסיבית על סמכויות שיפוט ועל עצמאות שיפוטית. המסקנות שלי מבוססות במיוחד על מחקרי על ההתפתחויות החוקתיות האחרונות בפולין ובהונגריה, אך גם, במידה פחותה, בהודו, בברזיל, בפיליפינים ובוונצואלה. בכל המדינות הללו האבולוציה לקראת סמכותניות כללה כמרכיב המרכזי שלה, או החלה, בסוגים שונים של התקפות והשתלטות על בתי משפט מרכזיים, כגון בית משפט לחוקה ו/או בית משפט עליון [...]

בניתוח המפורט שלי על פולין טענתי שהשינויים המיוחדים שבוצעו על ידי מפלגת השלטון הפופוליסטית-סמכותנית "חוק וצדק" (ראשי תיבות בפולנית: PiS) בוצעו בהדרגה, וכי ההשפעה המצטברת של שינויים שונים היא שהביאה לתוצאות הרעילות במיוחד על הדמוקרטיה. רק בדיעבד התבררה ההשפעה הכוללת של השינויים, חסרי קשר ביניהם, על בית הדין לחוקה (CT), על בית המשפט העליון, על המועצה הלאומית לשפיטה (המקבילה לוועדה לבחירת שופטים בישראל), על הפרקליטות וכי. כל השינויים התלכדו למתקפה כוללת על הדמוקרטיה החוקתית. שינוי לא ליברלי יחיד אינו מעורר התמוטטות גדולה אם הוא מתרחש בסביבה של הקשר חוקתי ליברלי כללי. בפולין זו הייתה התקפה כוללת על החוקתיות הליברלית. וזה היה שיטתי: אלמנטים ספציפיים נקשרו פונקציונלית לאחרים [...]

יתרה מכך, השינויים בפולין התרחשו בהדרגה, בזה אחר זה, ולא ב"התקפה" אחת: הפרקליטות אוחדה עם משרד המשפטים בסוף 2015, התמורות השליליות של בית הדין החוקתי התרחשו לאורך כל שנת 2016, החוקים על בית המשפט העליון [...] נחקקו בשנת 2017 וכי. בעקבות התהליך המדורג הזה, היה לעיתים קרובות קשה לזהות נקודת מפנה במהלך האירועים: שום חוק חדש, החלטה או שינוי לא נראו מספיק (בעייתיים) כדי להוביל התנגדויות חזקה. רק לאחר מכן הבנו שהקו המפריד בין דמוקרטיה ליברלית לדמוקרטיה מזויפת נחצה: רגעי סף אינם נתפסים ככאלה כאשר אנו חיים בהם. כפי

שציינו שני פרופסורים בולטים בבית הספר למשפטים בשיקגו, עזיז הוק וטום גינסבורג: "הנקודה המדויקת שבה היקף הפגיעה הדמוקרטית והחוקתית מגיעה לכדי נסיגה חוקתית תהיה לא ברורה – לא מראש ולא בזמן אמת" [...]

למיטב הבנתי, שר המשפטים יריב לוין הציג בתחילת 2023 הצעה שמטרתה לבצע רפורמות מקיפות במערכת המשפט בישראל. החבילה, להבנתי, כללה בין היתר כללים חדשים לגבי מינויים של שופטים (המיוחד, על ידי שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים), שינוי אופן מינויו של נשיא בית המשפט העליון (שלא יהיה מבוסס יותר על עקרון הסניוריטי אלא שיבחר על ידי הוועדה), מגבלות משמעותיות על יכולתו של בית המשפט העליון לפסול חקיקה, וחקיקה של פסקת התגברות המאפשרת לרוב רגיל בכנסת להתגבר על פסיקת בית המשפט. חלקים אחרים בחבילה נגעו לשינוי תפקידם של היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה [...]

ביטול מבחן הסבירות – הנקודה שהניעה את חוות הדעת המשפטית הזאת ואת הדיון המתקרב של בית המשפט העליון – היא רק אחת מתוך חבילה רחבה של אמצעים להגבלת הרשות השופטת. אומנם אני מבין שהסטטוס הנוכחי של חלק מהשינויים המוצעים הללו אינו ודאי. מה שבטוח הוא שביטול סעיף הסבירות הוא חלק בלתי נפרד מחבילת תיקון רחבה. החבילה הוצגה רשמית על ידי הממשלה ומעולם לא הוסרה בשלמותה. גם אם רכיב זה או אחר בחבילה יבוטל, לעת עתה החבילה עדיין על השולחן [...]

שופט ששוקל מרכיב אחד בחבילה זונח את חובותיו השיפוטיות אם יתעלם או יזניח את העובדה שהיא חלק ומרכיב מתוך חבילה רחבה יותר של חוקים מוצעים, שלכולם יש וקטור דומה: להחליש ולהגביל את עצמאות וסמכויות הרשות השופטת, שהיא אחת האיזונים והבלמים הבודדים הקיימים בסדר החוקתי של ישראל [...]. התחשבות בחוק 'א' אינה אומרת שהחוקים המוצעים 'ב', 'ג' או ד' חייבים להישאר "נעלמים" בפני השופט. התעלמות מהקשרים של אמצעי אחד הנידון בפניהם, עם אמצעים רבים אחרים שהוצעו רשמית על ידי הממשלה, תהיה בגדר כפייה עצמית של קוצר ראייה בלתי נסלח.

נכון, שופטים אינם אמורים לתת תשובות שיפוטיות לשאלות שאינן נשאלות בתיקים שלפניהם. אבל תשובות שיפוטיות אינן יכולות להתעלם מהידע הציבורי, מהשכל הישר, מכוונות שלטוניות רשמיות ו – אחרונים חביבים – מלקחים שניתן להפיק מהתפתחויות דומות במדינות דמוקרטיות אחרות ברחבי העולם.

11. מכל הסיבות הללו אני סבור שבדיון הקרוב סביב התיקון השופטים לא רק יכולים אלא גם צריכים להביא בחשבון את ההשפעה המצטברת של התיקון יחד עם הצעות לתיקונים וחוקים אחרים (גם אם עדיין לא חוקקו, אך ממתנינים לחקיקה) על הסדר החוקתי של הדמוקרטיה הישראלית.”

פרופ' גרליצקי כאמור מגדולי המומחים למשפט חוקתי בפולין, התבקש על ידנו גם לחוות דעתו על השאלה האם יכול שופט להתחשב במסגרת דיון שיפוטי המתייחס לתיקון ספציפי, בחוקים או בהצעות חוק נוספות, קרי, ב"תמונה הכוללת".

וכך ענה פרופ' גרליצקי²⁵⁶

”תשובתי לשאלה היא ”כן”, לפחות בפרספקטיבה של המשבר השיפוטי בפולין.”

”אין צורך להזכיר את כל פרטיו של המשבר הפולני [...] זה התחיל בסוף 2015. מפלגת PiS, לאחר שזכתה בבחירות לפרלמנט ולנשיאות, החליטה להרחיב את השליטה הפוליטית לכל מנגנוני המדינה. בהיותה מודעת לכך שחלק מה”רפורמות” בקושי יהלמו את הוראות חוקת 1997, ההנהגה החדשה התמקדה תחילה בהשתלטות על בית המשפט לחוקה (Trybunal Konstytucyjny) ולאחר מכן, שאר הרשות השופטת. זה היה עניין מסובך מכיוון, שלא כמו בהונגריה, הפופוליסטים הפולנים לא זכו ל”רוב חוקתי” בפרלמנט ולא הצליחו לשנות את החוקה הקיימת.

מכיוון שבית המשפט החוקתי הקיים לא היה מוכן לשתף פעולה, החליט השלטון, ראשית, לנטרלו, על ידי אימוץ מספר תיקוני חקיקה המגבילים את יכולתו של בית המשפט להכריע במקרים ולפסוק בעניין אי-חוקתיות. ”בית המשפט הישן” התנגד. היו שתי סדרות של תיקוני חקיקה, שאומצו בדצמבר 2015 וביוני 2016. כל אחד מהם הציג דרישות פרוצדורליות רבות אשר יחדיו ימנעו מבית המשפט לפעול. נוסף על כך, התיקון של דצמבר קבע שהוא ייכנס לתוקף ביום חקיקתו הסופית. המשמעות היא שבית המשפט, כאשר יחליט על חוקתיות התיקון, יצטרך להחיל את הליכים החדשים המגבילים אותו. כלומר, לא יוכל להכריע בתיק.

מרבית התיקונים עסקו בהסדרים פרוצדורליים ספציפיים, וחלקם – כאשר נבדקו בנפרד – לא היו בלתי חוקתיים בעליל. לפיכך היה על בית המשפט לחוקה להכריע בשני עניינים: (1) אם עליו לפעול לפי ההסדרים הפרוצדורליים החדשים בבואו לדון בתיק המערער על

²⁵⁶ עמדתו של פרופ' גרליצקי, כפי שנמסרה למכון ביום 15 באוגוסט 2023, מצורפת לחוות דעת זו כנספח ד.

חוקתיות ההסדרים הללו; (2) אם הוא יכול ליישם "גישה מצטברת" (cumulative approach) קרי להעריך את כל ההוראות המערערות כ"שלם", ובהתחשב הן בהקשר הפוליטי והן בכוונת החקיקה.

[פסק הדין] אומנם לא הציל את בית המשפט מההשתלטות הסופית, שהתקיימה במהלך שנת 2017, אך יצר פסיקה בעלת חשיבות כללית.

בית המשפט לא פיתח "דוקטרינה של אי-חוקתיות מצטברת". אף על פי כן, הוא ביסס את שתי החלטותיו הבולטות לא רק על בחינה של הוראות מסוימות, אלא גם על הערכת מטרותן וכוונתן האמיתית [...] המושג "אי-חוקתיות מצטברת" (או "מסה קריטית") מניח שבמצבים שבהם מטרה מסוימת באה לידי ביטוי בכמה הוראות חקיקה או תקנות, הערכת החוקתיות צריכה להביא בחשבון:

- את ההשפעה הפוטנציאלית של כל ההוראות הרלוונטיות ביחד;
- את מהות המטרה האמיתית של המחוקק ואת התאמתה של מטרה זו לכללים ולעקרונות חוקתיים;
- את ההקשר הפוליטי של החקיקה השנויה במחלוקת

מחוות הדעת, הן של פרופ' סאדורסקי הן של פרופ' גרליצקי, עולה כי בחינה של שינוי חוקתי צריכה להיעשות – גם בבית המשפט – מתוך מבט רחב להקשר הכללי, לחקיקה העומדת על סדר היום, לתמונה הכוללת ולהשפעה המצטברת של המהלכים. פרופ' גרליצקי מתייחס לטיעון של האפקט המצטבר,²⁵⁷ שעל פיו מהלך שנראה שהוא לכאורה קטן ומינורי עלול להביא לשינוי משמעותי שיובן רק בדיעבד. הבחינה המצטברת של מהלכים שונים יכולה להוביל למסקנה ש"עקרונות היסוד של הסדר החוקתי מתערערים אף אם כל שינוי כשלעצמו אינו שולל את הליבה הדמוקרטית של המדינה".²⁵⁸

בקשת פורום המרצים להצטרף כידידי בית המשפט, מציינים הכותבים את רשימת החוקים שכבר עברו בצד רשימת השינויים המשטריים שהוכרזו על ידי הממשלה:

²⁵⁷ Yaniv Roznai "The Straw that Broke the Constitution's Backs? Qualitative Quantity in Judicial Review of Constitutional Amendments" in Colombian Constitutional Court in a Comparative Perspective (Alejandro Linares Cantillo et al eds., Oxford University Press, 2021).
²⁵⁸ בקשת פורום המרצים למשפטים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 87.

"תמונה זו כוללת, בנוסף לתיקון לחוק היסוד נשוא הליך זו, גם את שורת השינויים המשטריים שעל קידומם הכריזה הקואליציה: התיקון לחוק יסוד: הממשלה בעניין הנבצרות שמאפשר ביצור ראש הממשלה המכהן בתפקידו, השתלטות הקואליציה על הרכב הוועדה לבחירת שופטים, שינוי נוהג הבחירה הבלתי – תלוי בנשיא בית המשפט העליון, איסור על ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, צמצום דרסטי של הביקורת השיפוטית על חוקים, חקיקת פסקת התגברות מראש ובדיעבד, פגיעה במעמד הייעוץ המשפטי לממשלה ולשרים וזאת לצד עשרות רבות של שינויים חוקתיים וחוקיים המוצעים והמקודמים על ידי הממשלה בהתאם ל"פרוטוקול ההונגרי" כפי שפותח על ידי ד"ר גייל טלשיר על בסיס עבודתה של הסוציולוגית פרופ' קים ליין שפלי.²⁵⁹

הניסיון ההשוואתי מלמד שהליבה הדמוקרטית של המדינה לא תקרוס עקב חוק אחד אלא תכורסם בסדרת מהלכים הדרגתית – והמרכזי שבהם הוא שינוי הפוגע בעצמאות השיפוטית, במתחם הפעולה של הרשות השופטת ובמעמד של שומרי הסף. גם בפולין וגם בהונגריה היה צמצום הביקורת השיפוטית צעד משמעותי בהחלשת מערכות האיזון, הבלימה והביקורת על הכוח השלטוני. במקביל להחלשה זו, ובמיוחד לאחר ההשתלטות על מערכת המשפט, הממשלות בפולין ובהונגריה פעלו להחלשת התקשורת, ארגוני החברה האזרחית והאקדמיה, ולאחר השינויים במערכת המשפט פעלו להשפיע גם על הבחירות. הניסיון ההשוואתי מלמד אפוא שברגע שבית המשפט מנוטרל, קשה עד בלתי אפשרי לעצור נסיגה דמוקרטית.

להמחשת הדמיון שבין התהליכים שעברו על פולין והונגריה לבין המצב בישראל בחודשים האחרונים, מצורפת טבלה מסכמת המתייחסת אך לחלק מן הנושאים, כנספת א לחוות דעת זו.

ג. בחינת התיקון הקונקרטי בראי ההפיכה המשטרית כולה – מתחייבת כדי למנוע נסיגה דמוקרטית בישראל

בישראל, מנגנוני הבקרה על הרשות המבצעת חלשים במיוחד. קיים הליך חוקתי גמיש (מדוי) שבו רוב רגיל של הכנסת יכול לחוקק כל חוק יסוד, ויש דומיננטיות של הרשות המבצעת בהליך החקיקה. אין בנמצא כלים נוספים לביזור כוח שלטוני הקיימים המדינות אחרות. בהינתן אלו, ובצירוף אינטרסים פוליטיים קצרי טווח ובהיעדר איזונים-ובלמים

²⁵⁹ שם, בעמ' 86.



פוליטיים אחרים, נראה כי הרשות השופטת היא הגורם העיקרי שיש בכוחו לאזן את כוחו של הרוב. לפיכך, יש לבחון בזהירות יתר שינויים המצמצמים את יכולתו של בית המשפט לבקר את השלטון, כגון התיקון בעניינינו.

לסיכום, לשיטתנו, על בית המשפט לבחון את התיקון לחוק-יסוד: השפיטה גם מתוך התייחסות לסביבה המשטרית והשלטונית שבתוכה הוא משתלב וממלא תפקיד. צמצום סמכותו של בית המשפט העליון היא בבחינת הסנונית המבשרת את בואה של הפגיעה בליבה הדמוקרטית הישראלית. כפי שצינו חברי הממשלה, חקיקה זו היא רק המתאבן, "בר הסלטים", שלפני המנה העיקרית. בכנסת ישראל עבר כבר בקריאה ראשונה התיקון המאפשר לרוב להשתלט על בחירת השופטים על ידי שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת אישרה אותו והוא מוכן להצבעה בקריאה שנייה ושלישית. תיקון נוסף שכבר עבר קריאה ראשונה יעניק כוח מוחלט לרוב פוליטי לחוקק חוקי יסוד חדשים או לתקן חוקי יסוד קיימים, ללא כל מגבלה, תוך שלילת האפשרות של בית המשפט העליון לבחון את התיקון ולהכפיפו לביקורת שיפוטית. בהתאם לתוכנית הרפורמה שהוצעה על ידי שר המשפטים, מתכננת הממשלה צעדים נוספים, ובהם והפיכתם של היועצים המשפטיים למשרות אמון, ביטול המעמד המחייב של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה וביטול הביקורת השיפוטית על פסילת מפלגות.

כפי שהמשפט המשווה מלמד, פגיעה בבית המשפט, צמצום או נטרול הביקורת השיפוטית מהווים, כאמור, צעד משמעותי במניעת ביקורת על התנהלות השלטון. כדאי לשים לב גם לכך שהממשלות בפולין ובהונגריה, לאחר ביסוס ההשתלטות על מערכת המשפט, פעלו גם נגד התקשורת והאקדמיה, וכן נגד ארגוני החברה האזרחית, מהלכים שנעשו קלים יותר לאחר שבית המשפט "נוטרל".

השתלטות על בית המשפט בצד צמצום סמכות הביקורת החוקתית היו נקודות ציון חשובות בשחיקה הדמוקרטית. המרכיב היסודי בכל דמוקרטיה הוא מערכת מוסדית של איזונים ובלמים על סמכויות הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. בישראל מנגנונים אלה חלשים עד לא קיימים. בית המשפט הוא המוסד המרכזי, ולמעשה היחיד, הבולם את כוחו של הרוב הקואליציוני. על הבחינה של החלשת כוחו של בית המשפט באמצעות ביטול עילת הסבירות להיעשות במבט רחב, במצטרב, באופן שאינו מנותק מההקשר של "הרפורמה ומטרותיה", ומתוך התחשבות בכשלים הקיימים במנגנוני האיזון והבלימה. לא ראוי להסתפק בבחינה מבודדת של התיקון. כמו כל התנכרות למציאות, בחינה כזו עלולה להוביל למסקנה מוטעית. הדמוקרטיה ראויה להגנה לא רק מפני סכנה ודאית ומיידית אלא גם מפני סכנות משמעותיות וחמורות אחרות. גם אלה טעונות התייחסות



בעיקר בגלל השפעות הגומלין שלהן והאפקט של הצטברותן. הניסיון בעולם מזהיר מפני שאננות והקלת ראש כלפי איומים על הדמוקרטיה. דחיקת הקץ בהגנה על הדמוקרטיה עלולה להיות החמצה גורלית.

6. סיכום

בחוות דעת זו ניתחנו את משמעויותיו של תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, אשר ביטל את סמכות בתי המשפט להתערב בהחלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים, בגין עילת הסבירות, ובחנו את חוקתיותו.

מסקנתנו חד משמעית: אף כי הרף לביטולו של חוק יסוד הוא רף גבוה ביותר, השמור למקרים קיצוניים ונדירים, מצאנו כי רף זה נחצה במקרה זה. נדגיש: **לשיטתנו, אף אם התיקון ייבחן כשלעצמו ולא כחלק ממכלול הצעות החוק, החלטות הממשלה וכן ללא קשר להפיכה המשטרית (ה"רפורמה") אותה הציע שר המשפטים בינואר 2023, תיקון זה דינו להתבטל על פי המבחנים בפסיקה לחוקתיות חוק יסוד.**

עילת הסבירות בישראל היא כלי עבודה הכרחי לפיקוח אפקטיבי מינימלי על פעילות הממשלה. ביטולה יותיר את הציבוריות הישראלית במציאות בה **יש דין ואין דיין. יש חובת סבירות אך אין ביכולתו של בית המשפט ליתן סעד בגין הפרתה.** אין מענה למינויים לא ראויים ולא מקצועיים, להחלטות ביצועיות שלגביהן לא נעשתה עבודת מטה, או למקרים של אי התחשבות אמיתית בשיקולים של טובת הציבור כגון איכות סביבה ובריאות הציבור, או אף לממשלת מעבר, שתוכל להשתמש לרעה בכוחה. כל החלטות אלה לא יהיו כפופות עוד לביקורת שיפוטית. האזרח ימצא עצמו מול שוקת שבורה וללא גישה לערכאה כלשהי שתוכל לדון בטענותיו. בכך נפגע באופן קשה עקרון הפרדת הרשויות. המשמעות היא שהחלטות רבות של השלטון יהיו למעשה לא מוגבלות.

הפגיעה בביקורת על מינויים (ועל פיטורים) תביא בהכרח לפגיעה אנושה בשלטון החוק במדינה. שומרי הסף, האמונים על שמירת שלטון החוק, מעבר לכך שיאבדו כלי קריטי בשמירה על טוהר המידות, תקינות ההליך ותום הלב של השלטון, יימצאו עצמם בכל רגע נתון תחת איום בפיטורין במידה והחלטתם המקצועית לא תואמת את האגידה הפוליטית של השר או הממשלה. מצב זה, יעמיד כל עובד ציבור בפני ברירה בלתי אפשרית: להתפטר (או להיות מפוטר) או "ליישר קו" עם הממשלה ולאבד לחלוטין את עצמאותו ומקצועיותו. במצב זה, כאשר גם תפקידים כמו היועץ המשפטי לממשלה, בכירי משרד האוצר ואחרים, יוחלפו ללא ביקורת שיפוטית על מעשי הפיטורין, שלטון החוק קורס כמגדל קלפים. **הממשלה תהיה, פשוטו כמשמעו, מעל לחוק.**

לדידנו הפגיעה המצרפית בשלטון החוק, בהפרדת הרשויות ובבחירות השוות (בשל החופש של ממשלת המעבר להשתמש במשאבי הממשלה לשימוש פוליטי לשם השגת יתרון

בבחירות) חוצה, במובהק, את הרף של אי החוקתיות בעילת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי, באותו היבט ייחודי כפי שנקבע בבג"צ חסון: פגיעה אנושה במאפיינים הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. התיקון פוגע באופן קשה בעקרון שלטון החוק כמו גם בעקרון האיזונים והבלמים, שהם מעקרונות הליבה של המשטר הדמוקרטי.

גם העילה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת מתקיימת בתיקון, ובעיקר משום שהוא נחקק וחל באופן מיידי תוך ניגוד עניינים של הכנסת מבחינה מוסדית. הוא יחול על הממשלה הנוכחית, השולטת ברוב הקואליציוני בכנסת ובכך הקואליציה מחוקקת לעצמה ומחסנת את החלטות הממשלה מביקורת שיפוטית. יש בו גם מימד רטרואקטיבי, שכן הוא חל על החלטות שכבר התקבלו (או על החלטות להימנע מקבלת החלטות) על ידי הממשלה. התיקון נועד גם "לפתור" בעיות משפטיות ספציפיות כגון זו של שר המשפטים, שעתירה תלויה ועומדת באשר להחלטתו שלא לכנס את הועדה לבחירת שופטים. בכך, מתקיים המבחן שעלה בפרשת ממשלת החילופים באשר ל"כנסת מכוננת לעצמה".

פגיעות אלה מתעצמות על רקע העדרם של מנגנונים מרסני כוח בשיטת המשטר בישראל, כמו גם בשל העובדה כי תיקון זה אינו נמצא בחלל ריק. הוא אך חוליה אחת בשרשרת של הצעות חוק והחלטות שאותן מקדמת הממשלה מאז הארבעה בינואר 2023.

גם אם בית המשפט סבור שלא נחצה במובהק הרף החוקתי אלא הוא גבולי בלבד, יש בנסיבות האופפות אותו, הרקע והצעות החוק שכבר עברו ונמצאות בתהליכי חקיקה מתקדמים כדי לחזק את הטענה לאי חוקתיות התיקון. המעטפת העובדתית סביב התיקון היא, במקרה זה, אותו "דבר מה נוסף" המביא את התיקון לחצות את הקו שנקבע בפרשת חסון.

אין די להסתכל על חלק אחד בלבד ולבודד אותו כאילו היה מדובר בתיקון חוקתי אחד ויחיד. חובה להסתכל על התמונה בכללותה, חובה לבחון את התיקון 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.

המחקר המשווה מוכיח שבזמנים אלה, השחיקה הדמוקרטית מתאפיינת בתיקונים הדרגתיים, שכל אחד מהם לא עולה, כשלעצמו, כדי פגיעה אנושה בדמוקרטיה אך באפקט מצטבר מתבטלים כל האיזונים והבלמים שנועדו לשמור על הדמוקרטיה הליברלית.



בישראל, מצב זה חמור במיוחד בשל חסרונם המובהק של איזונים אלה, והיותה של הביקורת השיפוטית המגבלה היחידה על כוחו של השלטון. החלשת בתי המשפט היא אחד הכלים המרכזיים בהם נעשה שימוש בתהליך של שחיקה דמוקרטית. כפי שעולה מחוות הדעת של מומחים בינלאומיים המצורפים לחוות דעת זו, לשופטים יש לא רק זכות אלא חובה להסתכל על ההקשר הרחב של המהלך, לבחון את מטרותיו האמיתיות ואת ההשפעה הפוטנציאלית של כל ההוראות יחד, מעבר לתיקון הנדון בפניהם.

לבסוף עמדנו היא שהפגמים שנפלו **בהליך החקיקה**, אף אם אינם עולים כדי פסילה כשלעצמם, מחמירים את הפגיעה הנובעת מעילות השימוש לרעה והתיקון החוקתי שאיננו חוקתי. תיקון דרמטי כל כך, הפוגע בצורה קיצונית כל כך בהפרדת הרשויות ובשלטון החוק - חייב שיעשה תוך הקפדה יתרה על ההליך. הדבר לא נעשה בענייננו. נהפוך הוא.

לסיכום, על בית המשפט לעשות שימוש בסמכותו ולהחליט על ביטול התיקון לחוק יסוד: השפיטה. לבית המשפט הסמכות לפסול את התיקון וזהו סעד מתבקש לאור הפגמים המהותיים של תיקון זה.

עו"ד ספיר פז

ד"ר עמיר פוקס

ד"ר גיא לוריא

פרופ' מרדכי קרמניצר

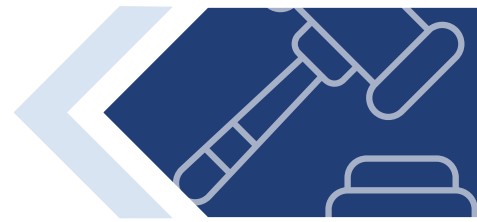
פרופ' סוזי נבות

המכון הישראלי לדמוקרטיה

נספח א

טבלת השוואה בין פולין והונגריה לבין הרפורמות המוצעות בישראל 2023

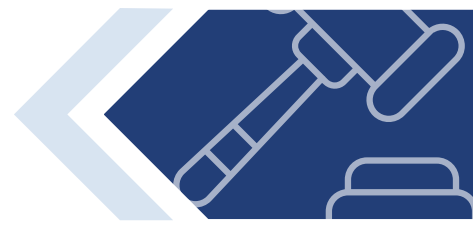
השוואה בין פולין והונגריה לבין הרפורמות המוצעות בישראל 2023



פגיעה בעצמאות מערכת המשפט

ישראל	פולין	הונגריה	תהליך
<p>שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, תוך הגדלת כוחה של הקואליציה בבחירת שופטים [כ/947, הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3 – שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים) וההסדר המשלים – הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 105) (הוראות לעניין הוועדה לבחירת שופטים), התשפ"ג-2023].</p>	<p>נקבע כי 15 מתוך 17 השופטים החברים בוועדה הממנה שופטים ימונו על ידי הפרלמנט. כתוצאה מכך, 23 מתוך 25 חברי הוועדה הממנה היו נציגים של הפרלמנט.</p>	<p>התבטלה הוועדה המיוחדת למינוי שופטים אשר בה לכל מפלגה היה קול אחד, והיא הוחלפה בוועדה המשקפת את ההרכב הפוליטי של הפרלמנט ובכך נותנת למפלגת השלטון רוב אוטומטי בתוכה.</p>	<p>שינוי שיטת בחירת השופטים</p>
<p>סטטוס: הונחה על שולחן הכנסת לקריאה שניה ושלישית.</p>	<p>מוזג תפקיד התובע הכללי עם תפקיד שר המשפטים באופן שהפך את התפקיד לפוליטי לחלוטין.</p>	<p>שינוי שיטת הבחירה של התובע הכללי, על בסיס רוב פרלמנטרי של שני-שלישים, וכן בחירה למשך 9 שנים. במינוי פוליטי מובהק של תובע כללי – מונה פיטר פולט, חבר מפלגת "פידס"</p>	<p>פוליטיזציה של גורמי אכיפת החוק</p>

פגיעה בעצמאות מערכת המשפט



ישראל

שלילת האפשרות לפסול החלטות ממשלה ושרים על יסוד עילת הסבירות

חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), ס"ח התשפ"ג

סטטוס: החוק התקבל; עתירות נגד החוק תלויות ועומדות

צמצום הביקורת השיפוטית:

א. פסילת חוקים בידי בית המשפט העליון בלבד
ב. דרישת קוורום לפסילת חוקים (ישבו בדין כל שופטי ההרכב) ונדרש רוב של 4/5 משופטי ההרכב
ג. הגבלת הביקורת השיפוטית רק למקרה שהחוק נתקבל שלא בהתאם לרוב או למספר הקריאות הנדרש וכן למקרים של "סתירה ברורה" של הוראה בחוק-יסוד (המשמעות: ביטול האפשרות לבטל חוקים הפוגעים בזכויות שעוגנו באמצעות הפסיקה כמו שוויון וחופש ביטוי)

ד. הוספת מנגנון התגברות – המאפשר לכנסת "לחסן" מראש חקיקה מפני ביקורת שיפוטית באמצעות הוראת התגברות שתתקבל ברוב 61 – חוק זה יהא תקף עד שנה מסיום תקופת כהונתה של הכנסת שחוקקה את החוק, אלא אם הכנסת החדשה אישרה את החוק ברוב 61 או אז החוק מקבל חסינות לנצח.

כ/949, הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק)

סטטוס: בוועדה להכנה לקריאה שניה ושלישית בוועדה

פולין

נקבע כי על בית המשפט לדון בעתירות על פי סדר הגשתן, באופן שלא אפשר מתן מענה מהיר במידת הצורך לחקיקה או מדיניות בלתי חוקתית.

נקבע קוורום מינימלי של 13 שופטים, וכי לבקשת 4 שופטים או נשיא המדינה, יש לכנס קוורום של 15 שופטים לצורך הכרעה בעניין, באופן שמעכב את היכולת לערוך ביקורת שיפוטית מידית.

כמו כן, נקבע כי פסילת חוק צריכה להיעשות ברוב של שני-שלישים.

נקבע כי צריכים לחלוף שלושים ימים בין חקיקת חוק לבין הדיון בעתירה נגדו, וכי לבקשת ארבעה שופטים יש לדחות את הדיון בשלושה חודשים נוספים, וסך הכל לשישה חודשים במצטבר.

הונגריה

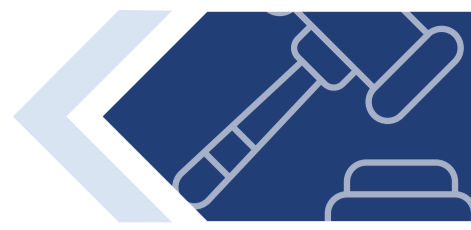
מרבית ההוראות השנויות במחלוקת שנקבעו בחקיקה נקבעו באופן ישיר בחוקה, תוך קביעת הוראה בחוקה השוללת מבית המשפט את הסמכות לבחון תיקונים חוקתיים.

צמצום משמעותי של זכות העמידה, באופן שלא מאפשר לתובעים ציבוריים זכות עמידה.

קביעה בחוקה כי בית המשפט אינו רשאי לעסוק בענייני תקציב ובענייני מס.

תהליך

נטרול היכולת האפקטיבית של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית



ישראל

פולין

הונגריה

תהליך

ביטול הלכת דרעי/פנחסי – המחייבת פיטורי שר/סגן שר שהוגש נגדו כתב אישום חמור
ביטול הלכת אייזנברג – המחייבת שלא למנות מי שעבר עבירות חמורות לתפקידים בכירים בשירות המדינה
ביטול הלכת וייס – המאפשרת להטיל מגבלות על החלטותיה ופעולותיה של ממשלת מעבר
חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), ס"ח התשפ"ג

הוקם מוסד "תלונה יוצאת דופן" אשר מאפשר לערער לבית המשפט על כל פסק דין שניתן ב-20 השנים שלפניו, בידי שורה של גורמים מקצועיים (כגון התובע הכללי או נציב תלונות הציבור).

נקבע בחוקה כי החלטות בית המשפט שניתנו עד שנת 2011 (קביעת החוקה החדשה) הן בטלות, ולא ניתן להסתמך עליהן.

פגיעה במעמד הנורמטיבי של פסיקות עבר של בית המשפט

סטטוס: החוק התקבל; עתירות נגד החוק תלויות ועומדות; היועמ"ש תומכת בפסילת התיקון.

רפורמה במוסד נבצרות ראש הממשלה – ההצעה קובעת כי נבצרות ראש הממשלה תהא בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית בלבד וכי מי שמוסמך להכריז על נבצרות הוא ראש הממשלה עצמו או הממשלה, בהתאם להליך שפורט. תיקון זה שולל את סמכותו של היועמ"ש להכריז על נבצרותו של ראש הממשלה, סמכות שבית המשפט הניח כי מצויה בידיו של היועמ"ש. כמו-כן, נשללת האפשרות שביהמ"ש הכיר בה בעבר, להכריז במקרים חריגים על נבצרות ראש ממשלה על רקע של הליכים פליליים המתנהלים נגדו. חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12)

סטטוס: החוק התקבל; עתירות נגד החוק תלויות ועומדות; היועמ"ש תומכת בפסילת התיקון.

ניסיון "להכשיר" את מינוי של דרעי כשר אחרי פסילתו בבג"ץ [בג"ץ 8948/22 – שבו נפסל מינויו של דרעי לשר הן על יסוד עילת הסבירות והן על יסוד דוקטרינת ההשתק השיפוטי].
הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 13)

סטטוס: הונח על שולחן הכנסת לקריאה שניה ושלישית

הלאמה והשתלטות על שוק התקשורת

ישראל

פוליטיזציה של שוק התקשורת - הרפורמה בשוק התקשורת שמוביל השר קרעי כוללת הגברת המעורבות של הממשלה והדרג הפוליטי ברגולציה תזכיר חוק התקשורת (שידורים), התשפ"ג-2023

פולין

נקבע בחקיקה כי חברי הוועד המנהל של רשות השידור ייבחרו מעתה והלאה על ידי שר האוצר, וכי כל המכהנים בתפקידי הנהלה ובוועד המנהל של הרשות כיום יסיימו את תפקידם באופן מידי. בהמשך, תפקיד זה הועבר מידי שר האוצר למועצת מדיה לאומית, שמרבית חבריה נבחרו ישירות על ידי הפרלמנט.

הונגריה

הקמה בחוק של רשות לאומית לתקשורת, בראשה עומדת מועצת התקשורת אשר כל חבריה מוצעים ונבחרים לכהונה של תשע שנים על ידי הרוב הפרלמנטרי.

בסופו של תהליך ארוך, כל גופי התקשורת מכפיפים את עצמם באופן רצוני לקרן המדיה - גוף פרו-ממשלתי אשר נקבע שהוא פטור מביקורת שלטונית או רגולציה על ריכוזיות אמצעי התקשורת.

תהליך

הכפפה ישירה של רשויות התקשורת לממשלה

פגיעה בזכויות נשים



ישראל

פגיעה במעמדן של נשים בעקבות החלטות של דרג מיניסטריאלי:

- ניסיון של השרה להגנת הסביבה לקדם פיילוט של רחצה נפרדת במעיינות שבאחריות רט"ג - היועמ"שית בלמה את הניסיון והבהירה כי כדי לאפשר זאת נדרשת חקיקה מפורשת המתירה הפרדה מגדרית [בהמשך לכך הוגשו מספר הצעות חוק פרטיות המבקשות להסדיר את הנושא בחקיקה]

- העדר ייצוג הולם לנשים - יש כיום רק מנכ"לית אחת בכל משרדי הממשלה [עתירה הוגשה ובג"ץ הוציא צו על תנאי בעניין, בג"ץ 1363/23]

- הדחתה של מנהלת הרשות לקידום מעמד האישה על ידי השרה למעמד האישה.

במקביל, מקודמות יוזמות שונות באמצעות חקיקה פרטית אשר יש בהן כדי לפגוע באופן ממשי בזכויות נשים [כגון: ביטול סמכויות הרשות לקידום מעמד האישה והרחבת סמכויות בתי הדין הדתיים].

פולין

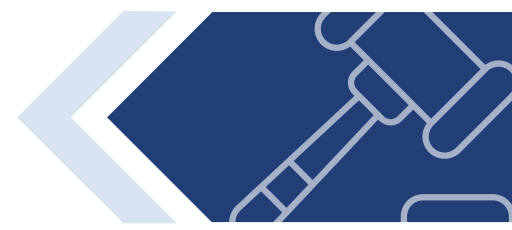
בית המשפט בהרכבו החדש קבע כי חל איסור לבצע הפלה בשל ליקוי או פגם גנטי חמור לעובר, וכי העילה הזו (אשר קבועה בחוק הפולני) מנוגדת לחוקה, ולכן בטלה.

הונגריה

נקבע בחוקה כי חיי העובר יהיו זכאים להגנה החל מרגע ההתעברות. נחקק חוק אשר מתנה את הזכות להפסקת היריון בכך שהאישה תשמע את פעימות הלב של העובר, בטרם תחליט לבצע את הפרוצדורה של הפסקת היריון.

תהליך

**פגיעה
בזכויות
נשים
ובמעמדן**



ישראל

פוליטיזציה של הוועדות הקרואות: הסרת המגבלה שהיתה קיימת מאז 2008 ומתן אפשרות ליו"ר ועדה קרואה להתמודד בבחירות לרשויות המקומיות הנערכות מיד בסיום תפקידם [תיקון מס' 53 לחוק הרשויות המקומיות].

סטטוס: החוק התקבל אך מועד תחולתו נדחה

בג"ץ פסק, פה אחד, כי התיקון לא יחול על מערכת הבחירות הקרובה לרשויות המקומיות. בכך, הוא נתן מענה לקשיים הטמונים בשינוי כללי המשחק תוך כדי משחק ובאופיו הפרסונלי של התיקון, שנמצא כי "נתפר למידותיו" של איש אחד – יו"ר הוועדה הקרואה, מר בועז יוסף, הנחשב למקורבו של אריה דרעי. ואולם, בג"ץ נמנע מלהכריע בשאלת חוקתיותו של החוק. משכך, הקושי לגופו של עניין – עומד בעינו.

פוליטיזציה של בכירים בשירות המדינה על ידי החלטות של דרג מיניסטריאלי:

- **השר לשיתוף פעולה אזורי, דוד אמסלם,** פעל להדחתה של עו"ד מיכל רוזנבוים, מנהלת רשות החברות הממשלתיות. • דרש להקפיא את כלל ההתקשרויות והמכרזים ברשות החברות, ובכלל זה גם של המשנה למנהל רשות החברות. • בכובעו כשר במשרד המשפטים, הדיח השר אמסלם את עו"ד אווקה זנה, ראש היחידה הממשלתית לתיאום המאבק בגזענות [לטענתו של עו"ד זנה, המדובר בהדחה שנעשתה משיקולים פוליטיים זרים].
- **שר התקשורת, שלמה קרעי,** הדיח את יו"ר דירקטוריון דואר ישראל, חרף הישגיו ושביעות הרצון של בכירי האוצר ושוק ההון מהתנהלותו
- איוש תפקיד סמנכ"ל במשרד ראש הממשלה, בידי חברת ליכוד אשר התמודדה בפריימריז האחרונים, חרף אי עמידתה בתנאי הכשירות

פולין

ביטול חובת מכרז לעובדי מדינה וכן ביטול חובת הניסיון לעובדי מדינה.

הכפפה מוחלטת של נציב שירות המדינה אל הממשלה (באמצעות סמכות מינוי ופיטורין מלאה לממשלה בכל עת), וביטול כל תנאי הכשירות למינוי של אדם לנציב שירות המדינה.

הונגריה

מונה לתפקיד מנהל המשרד לביקורת המדינה, האורגן הראשי האחראי לפיקוח על הוצאות הממשלה, חבר פרלמנט לשעבר של מפלגת "פידס"

תהליך

פוליטיזציה של השירות הציבורי

הליכי חקיקה חפוזים



ישראל

הרפורמה המשפטית – שחלק ממנה כבר התקבל (התיקון בעניין הסבירות) - קודמה בהליכים חפוזים תוך כוונה להחיל את השינויים לאלתר (כך גם בעניין הסבירות וכן בעניין הנבצרות). לביקורת על הליך החקיקה המואץ תוך הבהרה כי נדרש הליך סדור שיכלול הסכמה רחבה, [ראו בהתייחסות היועמ"שית לתזכיר חוק-יסוד: השפיטה](#)

פולין

תיקוני חקיקה רבים ודרמטיים נכנסו לתוקף בזמן אמת, כמעט ללא השהייה בין חקיקת החוק לבין כניסתו לתוקף.

הונגריה

החוקה החדשה כוננה בצורה חפוזת, נעדרת כל דיון ציבורי או מקצועי, התייעצות עם מפלגות האופוזיציה או הקשבה למחאה החברתית והשיח הציבורי בעניין.

תהליך

הליכי חקיקה חפוזים

נספח ב

חוות דעתה של פרופ' אריקה פרנז מיום 11.8.202

Thanks for reaching out. I am happy to weigh in on the question you asked. Though I am not a specialist on Israel or judicial politics, I can speak to broad global trends in terms of what we are seeing with treatment of the judiciary in the process of democratic backsliding.

I have not noticed anything outside of Israel with respect to the weakening of judicial review of executive power specifically. That doesn't mean that it hasn't happened, of course, but simply that it has not been on my radar. What we are seeing, however, is a weakening of the courts via other methods. In fact, this is a critical tactic (and one of the most common) among incumbent leaders in backsliding democracies. The reason is fairly clear, in that once the judiciary has been weakened (in terms of its independence) it becomes far easier for leaders to get away with whatever is on their agenda. Examples are wide-ranging. In fact, it is difficult to think of a case of democratic backsliding in recent years where weakening of the courts was not part of the initial process.

Typically, the courts are weakened by means of the leader stacking them with their loyalists. They may pass a law, for example, that changes how judges are appointed or dismissed, or that dictates that judges of a certain age have to retire. They then use these changes as an opportunity to get those judges who oppose them out of the courts and fill them with those who are in line with their agenda. Again, this is really common strategy. Once it transpires, leaders then move to pass the policies the prior court's composition would have likely blocked but the new one is amenable to, usually things like term limit extensions or changes to the electoral system that favor the ruling party.

To be clear, leaders are not always able to change the court's composition as they please. In Pakistan, for example, protests erupted when Musharraf intervene in judicial matters in 2007 and ultimately he lost power. That said, once these leaders have a majority in the legislature, it is much easier for them to push through with this sort of judicial weakening and get away with it. In El Salvador, for example, the Supreme Court was a real challenge to Bukele's effort to consolidate control (and even blocked his attempt to rule by decree at the onset of the COVID-19 pandemic). Once his party won a legislative majority, however, Bukele basically got rid of all the judges who opposed him. With the court weakened, he has proceeded to amass power and democracy is very much on the brink in that country.

I have attached two chapters from the book (yet to be copyedited) for you to look at, in case it is helpful. I think these are the chapters most likely to be useful (Chapter 4 has short case studies from Hungary and El Salvador that detail the process through which backsliding happens today with reference to how leaders treated the judiciary and Chapter 5 offers tests showing how leaders with personalist parties weaken judicial constraints, particularly when their party has a legislative majority).

I don't have too many examples that I can think of where the courts intervened to prevent these sorts of things from happening. (Again, that does not mean that it has not occurred, but simply that no cases come to mind.). Poland, however, is a good example of a democracy where there has been a judicial crisis – and the democracy has experienced backsliding but not yet transitioned to dictatorship (Freedom House for example still considers it “Free”). In that instance, the European Commission has played an integral role in trying to keep the government's moves toward the judiciary in check (though it has not always been successful).

נספח ג

חוות דעתו של פרופ' ווצ'ייק סאדורסקי מיום 16.8.2023

August 2023 16

Legal Opinion by Professor Wojciech Sadurski
regarding some aspects of judicial scrutiny
of The Amendment to Basic Law: The Judiciary (Israel, 2023)

1. My name is Wojciech Sadurski, and I am Chalis Professor of Jurisprudence at the University of Sydney School of Law, and also Professor in the Centre of Europe of the University of Warsaw. I am a regular visiting professor at the top law schools in the United States, most recently at Yale Law School and NYU School of Law. My main publications and interests are in the fields of comparative constitutional law, legal theory, and constitutional theory. My CV and list of publications are available here: <https://www.sydney.edu.au/law/about/our-people/academic-staff/wojciech-sadurski.html>.
2. I was asked to provide a legal opinion in relation to an aspect of the forthcoming judicial review of the newly adopted Amendment to Basic Law: The Judiciary (hereafter: The Amendment), that was passed by the Knesset on July 24, 2023. I was asked to express my sincere opinion based on my best professional knowledge about whether judges, in considering the validity of The Amendment, may and should consider not only its text but also the broader context which includes the other proposals contained in the so-called “judicial overhaul” package announced by the Government of Israel in January 2023. I was asked to submit my legal opinion by The Israel Democracy Institute [“IDI”]. I do not have any personal or other connections with the IDI or any of its staff and leadership; I do not identify any possible conflict of interest, and I provide this Legal Opinion on a *pro bono* basis.
3. The Amendment, mentioned above, reads (in English translation): "Notwithstanding what is stated in this Basic Law, those who have judicial authority according to law, including the Supreme Court in its capacity as a high court of justice, shall not discuss the reasonableness of the decision of the government, the prime minister or another minister, and shall not issue an order in such matter; In this section, "decision" - any decision, including in matters of appointments or a decision to refrain from exercising any authority".
4. As one can see, the text of The Amendment does not make any reference to any other aspects of the “judicial overhaul”. On its face, the text contains only one additional constraint (i.e., in addition to the *status quo ante* the Amendment) upon the powers of the Supreme Court (as well as other bodies encompassed by the formula “those who have judicial authority according to law”): namely, it removes from those bodies the authority to conduct reasonableness scrutiny of certain or all executive decisions. My role in issuing this Opinion is not to assess the legitimacy or otherwise of this particular constraint, other than to state the obvious fact that, as such, it is a judiciary-constraining law. This assessment does not, per se, carry any normative connotation, i.e. it does not discredit or praise this particular constraint. Judiciary-constraining laws may be correct or incorrect, valid or invalid, fair or unfair, depending on the legal and political standards we adopt. If I were to answer a question about the reasonableness of *this particular* constraint, taken on its own, I would most likely answer in the negative, due to the absence in the Israeli constitutional order of many constraints upon the executive that contemporary democracies know, especially in terms of horizontal and vertical dispersal of powers. I would say that reasonableness review, of

the sort that was just rendered unlawful by The Amendment, partly fills a void in the Israeli constitutional order, as a result of which the executive (supported by the legislative majority) is virtually unconstrained in exercising its powers. In the absence of, for example, bi-cameralism, presidential veto, a constitutionally entrenched ombudsman with strong powers, federalism or other forms of constitutional decentralization, supranational control by polities such as the EU etc., reasonableness review by courts can be plausibly seen as an important device for making executive action accountable to independent bodies.

5. However, the question which I am being asked to answer is whether, in my sincere judgment, and based on my knowledge of comparative constitutional law, judges in conducting judicial review of The Amendment may consider the *other* parts of the publicly announced package of the so-called judicial overhaul, including those which are *not* currently scrutinized by the Supreme Court because they have not yet been formally enacted by the Knesset. My emphatic answer is: yes. Judges have not only a right but also an obligation to look at the broader context of a package of which The Amendment under consideration is only a part. *The principle of judicial constraint proclaiming that judges should only answer the question which they are being asked about a specific law under a scrutiny does not commit them to myopia.* To pretend that a judiciary-constraining law under scrutiny exists in a normative vacuum would be an act of gullibility which would preclude even the minimum of realism and common sense that we expect of judges.
6. My opinion, as just stated, is based on my reading of the developments in other national constitutional systems, with which I am familiar, and in which equivalent judiciary-constraining laws have been adopted, *one at a time*, but which have eventually cohered into a massive assault on judicial powers and judicial independence. My conclusions are based, in particular, on my studies of recent constitutional developments in Poland and Hungary, but also, to a lesser degree, in India, Brazil, the Philippines and Venezuela. In all these countries an evolution towards a growing authoritarianism and executive aggrandizement commenced with, or included as its central element, various types of assaults upon, and executive capture of top courts, such as constitutional courts and/or supreme courts.
7. In my detailed analysis of Poland's democratic backsliding (see Wojciech Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press 2019) I suggested that the particular changes which had been made by the populist-authoritarian ruling party Law and Justice (Polish acronym: PiS) were carried out incrementally, and that it was the cumulative effect of diverse changes which produced the particularly toxic consequences for democracy. It was only *ex post* that the total effect of the various, superficially unrelated changes to the Constitutional Tribunal (CT), Supreme Court, common courts, National Council of Judiciary (an equivalent of the Israeli Judicial Appointments Committee), public prosecutor's office etc turned out to cohere into an overall assault on constitutional democracy. A single illiberal change does not provoke a major breakdown if it takes place in the environment of a general liberal constitutional context. In Poland, it was an all-out assault on liberal constitutionalism. And it was systemic: individual elements were functionally connected with others. For instance, the paralysis of the Constitutional Tribunal was a prerequisite for the adoption of illiberal laws, that were thereby immunized from effective constitutional scrutiny. These illiberal laws, for example on the right to assembly, further made it

difficult to protest against capture of the CT, etc. In this way, the sum is more than its parts. There is analogy here to the description by Mark Tushnet (one of the most distinguished comparative constitutionalists, now emeritus professor at Harvard Law School) of Singapore's authoritarian constitutionalism. He constructed the useful figure of "a fallacy of decomposition" where 'the components *lack* a property but the aggregate might have it'; he also uses the concepts of 'a "slice and dice" or disaggregated approach' which, with regard to the analysis of Singapore's authoritarianism, "is almost certainly inappropriate" (Mark Tushnet, "Authoritarian Constitutionalism" (2015) 100 *Cornell Law Review* 391, 409-410 and 410 n 101). The same can be said about Poland. No new law, taken in isolation from the institutional context, can reveal the enormity of change that has occurred. Thus, another famous comparative constitutionalist, Professor Sujit Choudry, writes about "La Suite Polonaise" to emphasize that various measures taken by PiS in Poland "are a series of distinct initiatives that nonetheless are components of a coherent strategy with thematic unity." (Sujit Choudry, "Will Democracy Die in Darkness? Calling Autocracy by Its Name," in Mark A. Graber, Sanford Levinson and Mark Tushnet (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?* (Oxford University Press 2018), pp. 571-584 at 574).

8. Furthermore, the changes in Poland described above, took place incrementally, one at a time, rather than in one comprehensive assault: the Public Prosecutor's office was merged with the Ministry of Justice in late 2015, the negative transformations of Constitutional Tribunal occurred throughout the whole of 2016, the laws on the Supreme Court, common courts and the National Council of Judiciary were enacted by the PiS parliamentary majority in 2017 etc. As a result of this incrementalism, it was often difficult to identify a tipping point during the events: no single new law, decision or transformation seemed sufficient to raise radical objections. Only ex-post did we realize that the line dividing liberal democracy from a fake one has been crossed: threshold moments are not seen as such when we live in them. As two eminent Chicago Law School professors of constitutional law Aziz Huq and Tom Ginsburg noted: 'The precise point ... at which the volume of democratic and constitutional backsliding amounts to constitutional retrogression will be unclear – both ex ante and contemporaneously' (Aziz Huq & Tom Ginsburg, 'How to Lose a Constitutional Democracy' (2018) 65 *UCLA L Rev* 78, 118, footnote omitted). This, as Huq and Ginsburg further observe, also makes any opposition to democratic backsliding less effective because there is usually no single event or governmental conduct which may mobilize the resistance by sending a clear signal 'that democratic norms are imperilled' (Ibid., 119, footnote omitted).
9. A similar analysis could be provided, mutatis mutandis, with regard to Hungary, India and other countries which can be identified as exhibiting populist authoritarianism (see Wojciech Sadurski, *A Pandemic of Populists*, Cambridge University Press 2022). But I believe that I have already made the point, based on my reading of comparative constitutional law, which may serve as an aid in answering the question about The Amendment, raised above (paragraph 5). As I understand, Justice Minister Yariv Levin presented, early in 2023, an initial bill aiming to undertake comprehensive reforms of Israel's judicial system. The bill, expressly displayed as merely the initial phase of a broader judicial overhaul agenda, encompassed several substantial modifications pertaining to the composition and authority of the judicial branch within Israel. The

package, as I understand it, contained inter alia new rules regarding judicial appointments (in particular, by changing the composition of the Judicial Appointments Committee), change in the mode of designation of the president of the Supreme Court (to be no longer based on an informal “seniority rule” but rather elected by the committee), significant constraints on the Supreme Court’s capacity to invalidate legislation, and an introduction of an override clause enabling a simple majority in the Knesset to override the Court’s rulings. Other parts of the package concerned modification of the role of legal advisers in government ministries. The abolition of the reasonableness test – the point which triggered this legal opinion and the forthcoming judicial scrutiny by the Supreme Court – is only one in a broad package of judiciary-constraining measures. While I understand that the current status of some of these proposed alterations is uncertain - the prospects of the government maintaining its intention to introduce an override clause is less than certain - what *is* certain is that abolition of the reasonableness clause is part and parcel of a broad “overhaul” package. The package had been officially presented by the Government and was never withdrawn in its entirety. Even if this or that element of the package has been or will be withdrawn, for the time being the package is still on the table.

10. The persistence of the overhaul package is not merely a matter of journalistic speculations or second-guessing by commentators. It is very much a matter of the official governmental programme. It is public knowledge, supported by regular confirmations by Israel’s Prime Minister and several ministers of his cabinet, most notably the Minister of Justice. For a judge considering one ingredient of the package it would be a dereliction of judicial duties to ignore, disregard or neglect the fact that it is part and parcel of a broader package of proposed laws, all having a similar vector: to weaken and constrain the independence and powers of the judiciary, which is one of very few checks and balances available in the constitutional order of Israel (see paragraph 4 above). Consideration of a law ‘*A*’ does not mean that the proposed laws ‘*B*, *C* or *D*’ must remain invisible to the judge. Ignoring the inter-connectedness of the one measure under scrutiny with multiple other measures, formally proposed by the government, would be a case of inexcusable, self-imposed myopia. True, judges are not supposed to provide judicial answers to questions which are not being asked in the cases before them. But judicial answers cannot abstract from public knowledge, common sense, official governmental intentions and – last but not least – lessons which can be drawn from similar developments in other democracies around the world.
11. For all these reasons I believe that, in the forthcoming judicial scrutiny of The Amendment, judges not only can but also should take into account the cumulative effect of the Amendment and of several other proposed amendments and laws (even if not yet enacted, but awaiting enactment) upon the constitutional order of Israeli democracy.

Wojciech Sadurski

נספח ד

חוות דעתו של פרופ' לך גרליצקי מיום 15.8.2023

Can judicial intervention, as part of a hearing in a given case, be justified based upon a broader picture that includes other pieces of legislation already passed, and – more importantly – planned legislation in the future (both regular and constitutional legislation)? Could this reasoning be used for their final ruling? If yes, how is it possible to substantiate this outlook

My answer to the question is “yes”, at least in the perspective of the judicial crisis in Poland.

It is not necessary to recall all modalities of the Polish crisis. It is well known that it started in the end of 2015. The PiS party, having won parliamentary and presidential election, decided to extend political control to all segments of the State machinery. Being aware that some of the “reforms” would be hardly compatible with the provisions of the 1997 Constitution, the new leadership focused first on the absorption of the Constitutional Court (Trybunał Konstytucyjny) and, subsequently, the rest of the judicial branch. This was a tricky matter because, unlike in Hungary, the Polish populists did not gain “constitutional majority” in the parliament and were not able to amend the existing Constitution.

I. The Constitutional Court

As the existing Constitutional Court was not ready to cooperate, the ruling majority decided, first, to neutralize it, by adopted several legislative amendments limiting the Court’s capacity to decide cases and to issue ruling on unconstitutionality. The “old Court” resisted. In brief:

- There were two series of legislative amendments, adopted in December 2015 and in July 2016. Each of them introduced numerous procedural requirements that, taken together, would disable the Court’s capacity to act. On top of it, the December Amendment provided that it enters into life on the day of its final enactment. It meant that the Court, when deciding on the constitutionality of the Amendment, would have to apply the new disabling procedures. i.e., would not be able to decide the case.
- Most of the amendments dealt with specific procedural arrangements, and some of them – when assessed separately – were not obviously unconstitutional.
- The Constitutional Court had, therefore, to decide on two matters: 1) whether it has to follow the new procedural arrangements when hearing the case challenging constitutionality of these arrangements; 2) whether it could apply a “cumulative approach” assessing all challenged provisions as a “whole”, and taking into account the political context and legislative intent of the Amendments
- As concerns the first question, the Court – in the judgment of 9.03.2016 (K 47/15) – ruled that it would act directly upon the constitutional provisions and could disregard all newly-established procedural arrangements. Therefore, it was possible to decide the case on the merits.
- As concerns the second question, the Court, in the judgment of 9.03.2016 (K 47/15 – the December Amendment) and in the judgment of 11.08.2016 (K 39/16 – the July Amendment) adopted the cumulative approach and decided that almost all new procedural arrangements were unconstitutional and, therefore, null and void¹.

¹(Constitutional Court and Politics [in:] Ch. Landfried, *Judicial Power*, p. 148-149)

“...On December 15, 2015, a group of Law and Justice MPs initiated a bill amending several provisions of the CCAct (the so-called December-Amendment). In an unusually accelerated procedure, the new law was signed by the President of the Republic on 28 December and, as no *vacatio legis* was provided, it entered into life on the same day.

The December Amendment provided, in particular, that: 1) almost all cases decided in the procedure of so-called “abstract review” shall be heard and decided by the plenary composition of the Court (under the Act of June 25, 2015 as well as under the two previous CCActs, such cases could also be decided by panels of five

- Although it did not save the Court from the final absorption, which took place in the course of 2017, it created a case-law of general importance.

The Court did not develop any elaborated “doctrine of cumulative unconstitutionality”. Nevertheless, it based both of its landmark decisions on the assessment of not only particular provisions, but also on the evaluation of their real goal and intent. It was, almost immediately, noticed and confirmed in the Polish doctrine. The concept of “cumulative unconstitutionality” (or – “a critical mass”) assumes that, in situations where a particular aim is expressed in several legislative provisions or regulations, the assessment of constitutionality should take into account:

judges); 2) the plenary composition of the Court may sit only if at least thirteen (out of fifteen) judges are present – all previous CCAActs set this limit at nine; 3) the plenary composition shall adopt all judgments and decisions by the majority of the two-third of judges participating (the previous acts require the absolute majority of participating judges); 4) the plenary composition shall hear cases according to the sequence of their arrival and is not allowed to give priority to any case.

It was obvious that, in the existing situation, the new regulation, if fully implemented, would deprive the Court of any real possibility to act. There were only twelve judges whose status was fully cleared, so the Court was not able to sit with the (now required) participation of thirteen judges. On top of it, the two-third-majority requirement, as well as some other procedural modifications, provided additional guarantees that the Court would not be able to take any decisions without the approval of judges appointed by the present majority of the Sejm. Thus, the December Amendment was intended to have twofold effect. For the immediate future, it blocked the operational capacity of the Court so long as the appointment controversy has not been solved. In the more long-lasting perspective, it guaranteed that no important case would be decided without the participation and consent of the judges appointed by the new majority.

10. The December amendment was challenged before the Constitutional Court by the First President of the Supreme Court, the National Judicial Council, the Ombudsman as well as by two groups of the opposition MPs (case K 47/15).

However, as the December Amendment had already entered into life, it gave rise to an immediate question, namely to what extent its procedural provisions could have application in this case. Its application would either force the President of the Court to recognize mandates of the “new” judges (which, in all probability, would exclude any chance to reach the required majority of two-third) or to stop the proceedings as the Court was no longer allowed to proceed without at least thirteen judges present.

The Court held that, in such unusual situation, the general constitutional provisions should apply in a direct manner, i.e. should replace the detailed regulation provided on the legislative level. Therefore, the Court – sitting in the composition of twelve judges - held that the case will be decided in this composition and that other provisions of the December Amendment would not be applied in the Court’s proceedings. Two newly appointed judges dissented.

On 9 March 2016, the Court (by a 10:2 vote) decided the case on the merits. The December Amendment was practically demolished. On the one hand, the Court declared its procedural unconstitutionality due to substantial vices in the procedure of its adoption by the Parliament. On the other hand, the almost all reviewed provisions were held to be unconstitutional in their content and substance. [...]

12. The ruling majority responded to this stalemate by adopting a new Constitutional Court Act of 22 July 2016. The Act was presented as a constructive response to the criticism expressed by the EU Commission and the Council of Europe, in fact, however, several of the “disabling” procedural provisions of the December Amendment have been either maintained or developed.

The new Act was promptly challenged before the Constitutional Court and, before it entered into life, the Court, in the judgment of 11 August 2016 (K 39/16) managed to rule (by the majority 9:3) that most of the disabling provisions were unconstitutional and, therefore, null and void¹. The Court recognized that the 2015 CCAAct was replaced by the new legislation, but held that unconstitutional provisions of the 2016 CCAAct (particularly those dealing with procedural and operational matters) cannot bind the Court in future adjudication. As it was easy to foresee, the government disagreed. It was declared that the judgment was adopted in violation of the CCAAct (as modified by the December Amendment), the official publication of the judgment was refused and the 2016 CCAAct was regarded as binding in its entirety.

The Spring scenario was, therefore, repeated almost without variations as also all subsequent judgments of Court were regarded as irregular and remained unpublished. In the political dimension, the Court and its judges were a target of constant attacks, intimidation and harassment.

- the potential effect of all relevant provisions taken together;
- the nature of the real aim of the legislature and the compatibility of this aim with constitutional rules and principles²;
- the political context of the disputed regulation.

As concerns the latter, it should be kept in mind that the Polish case-law emerged in the context of the so-called abusive constitutionalism. Therefore, there was a strong indication that the real intent of legislative reform was different from the officially presented justification. In other words, there was a possibility that the government acted in bad faith and was aware about unconstitutionality of the new regulations. Hence, the Constitutional Court had to adopt more latitude in determination of its methods of review³.

II. The “reforms” of the judicial branch

Similar methods and techniques were used by the PiS government against the remaining segments of the judicial branch. There were no noticeable reactions of the – already absorbed – Constitutional Court. However, the Supreme Court, the Supreme Administrative Court as well as several local courts successfully reached the EU Court of Justice in several requests for preliminary rulings (Article 167 TFEU). Further proceedings before CJEU were initiated by the EU Commission.

What should be noted here, is that the CJEU adopted its own version of “the cumulative approach” and addressed the problem in reference to several general principles expressed in the Treaties.

² For example, in the judgment K 39/16, the Constitutional Court defined the following “Kontrollmasstabe”: the principle of effectivity and fairness in the functioning of the State machinery (preamble to the Constitution); the principle of trust into the State and its law (Vertrauensschutz – regarded in the established case law as a component of the Rechtsstaat clause of Article 2 of the Constitution); the principle of the separation of powers (Article 10); the principle of independence of the judicial branch (Art. 173) and several more specific constitutional provisions, such as: art. 188, art. 191 ust. 1 pkt 1–5, art. 194, art. 195 ust. 1, and art. 197 of the Constitution (see section III.4 of the motives).

³ See my early comment: L. Garlicki, Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes in Polen? [in:] Festschrift für Rainer Arnold ..., Gdansk 2016, s. 71-72):

“... Such threat [to constitutional order] has, however, arisen once the new majority decided to extend its intervention to the institutional premises of the judicial review in Poland. It is true that the constitutionality of each of the particular changes adopted by the December Amendment could give rise to a debate. It is also not impossible that some of them, if considered separately and in an abstract manner, could be accepted as improvements. It should not be forgotten that the Constitution leaves a lot of space for the Parliament to regulate the organisation and procedure of the Constitutional Court.

But such “piecemeal-approach” would hardly be acceptable in this case. The Constitution must be read as a whole and its interpretation must give priority to its general principles and values. Under this approach, the role of the Constitutional Court is paramount not only in the perspective of the separation of powers, but also in the perspective of the principle of constitutionalism. The latter is based, at first, on the – substantive – assumption that current parliamentary majorities, their democratic legitimation notwithstanding, must respect the limits set by the existing Constitution and refined in the constitutional jurisprudence of independent courts. Furthermore, the principle of constitutionalism requires the existence of institutions and procedures capable to ensure an effective enforcement of the primacy of the Constitution. And, as – under the Kelsenian model of judicial review – the power to annul unconstitutional legislation is concentrated in the constitutional court, this court must be vested with real and effective powers.

The constitutionality of the December-Amendment, when assessed in this perspective, was open to serious doubts. The accumulation of procedural and organisational constraints combined with the general context of political measures and declarations, indicates that the practical consequence of the amendment could easily lead to an – almost total – paralyse of the Constitutional Court. The Court is faced with a choice between a refusal to apply the amendment (which entails a risk that its judgments would be ignored by the political branches of government) or a submission to the amendment (which, in practice, would significantly limit the scope of the judicial review). In each of these situations, the Court would not be able to fulfil its constitutional powers and this would leave the parliamentary majority uncensored in its legislative action. This would constitute more than a “mere” attempt to pack the Court. **This could end in an “Ausschaltung” of the Court and it should be noted that this term moves us to another language and to another historical context.**

In one of the first landmark rulings (*A.K. and Others*, 19 November 2019, C-585/18, C-624/18 and C-625/18), the Court, when assessing the reforms of the National Council of Judiciary (KRS) observed that:

“141 The referring court has pointed to a series of elements which, in its view, call into question the independence of the KRS.

142 In that regard, although one or other of the factors thus pointed to by the referring court may be such as to escape criticism per se and may fall, in that case, within the competence of, and choices made by, the Member States, when taken together, in addition to the circumstances in which those choices were made, they may, by contrast, throw doubt on the independence of a body involved in the procedure for the appointment of judges, despite the fact that, when those factors are taken individually, that conclusion is not inevitable....

152 Although any one of the various facts referred to in paragraphs 147 to 151⁴ above is indeed not capable, per se and taken in isolation, of calling into question the independence of a chamber such as the Disciplinary Chamber, that may, by contrast, not be true once they are taken together, particularly if the abovementioned assessment as regards the KRS were to find that that body lacks independence in relation to the legislature and the executive.

153 Thus, the referring court will need to assess, in the light, where relevant, of the reasons and specific objectives alleged before it in order to justify certain of the measures in question, whether, taken together, the factors referred to in paragraphs 143 to 151 above

⁴ 146 Notwithstanding the assessment of the circumstances in which the new judges of the Disciplinary Chamber were appointed and the role of the KRS in that regard, the referring court may, for the purposes of ascertaining whether that chamber and its members meet the requirements of independence and impartiality arising from Article 47 of the Charter, also wish to take into consideration various other features that more directly characterise that chamber.

147 That applies, first, to the fact referred to by the referring court that this court has been granted exclusive jurisdiction, under Article 27(1) of the New Law on the Supreme Court, to rule on cases of the employment, social security and retirement of judges of the Sąd Najwyższy (Supreme Court), which previously fell within the jurisdiction of the ordinary courts.

148 Although that fact is not conclusive per se, it should, however, be borne in mind, as regards, in particular, cases relating to the retiring of judges of the Sąd Najwyższy (Supreme Court) such as those in the main proceedings, that the assignment of those cases to the Disciplinary Chamber took place in conjunction with the adoption, which was highly contentious, of the provisions of the New Law on the Supreme Court which lowered the retirement age of the judges of the Sąd Najwyższy (Supreme Court), applied that measure to judges currently serving in that court and empowered the President of the Republic with discretion to extend the exercise of active judicial service of the judges of the referring court beyond the new retirement age set by that law.

149 It must be borne in mind, in that regard, that, in its judgment of 24 June 2019, *Commission v Poland (Independence of the Supreme Court)* (C-619/18, EU:C:2019:531), the Court found that, as a result of adopting those measures, the Republic of Poland had undermined the irremovability and independence of the judges of the Sąd Najwyższy (Supreme Court) and failed to fulfil its obligations under the second subparagraph of Article 19(1) TEU.

150 Second, in that context, the fact must also be highlighted, as it was by the referring court, that, under Article 131 of the New Law on the Supreme Court, the Disciplinary Chamber must be constituted solely of newly appointed judges, thereby excluding judges already serving in the Sąd Najwyższy (Supreme Court).

151 Third, it should be made clear that, although established as a chamber of the Sąd Najwyższy (Supreme Court), the Disciplinary Chamber appears, by contrast to the other chambers of that court, and as is clear inter alia from Article 20 of the New Law on the Supreme Court, to enjoy a particularly high degree of autonomy within the referring court.

and all the other relevant findings of fact which it will have made are capable of giving rise to legitimate doubts, in the minds of subjects of the law, as to the imperviousness of the Disciplinary Chamber to external factors, and, in particular, to the direct or indirect influence of the legislature and the executive, and as to its neutrality with respect to the interests before it and, thus, whether they may lead to that chamber not being seen to be independent or impartial with the consequence of prejudicing the trust which justice in a democratic society must inspire in subjects of the law”.