



# פסק דין הסבירות עיונים ראשוניים

בעקבות בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל ו' הכנסת



עורכות: סוזי נבות | ענת טהון אשכנזי



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

## פסק דין הסבירות עיונים ראשונים

בעקבות בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות  
השלטון בישראל נ' הכנסת

עורכות:

סודי נבות | ענת טהון אשכנזי

אפריל 2024

The Supreme Court Ruling on the Reasonableness Doctrine: Some Initial Analyses  
Suzie Navot | Anat Thon Ashkenazy

עריכת הטקסט: ענת ברנשטיין, חמוטל לרנר, לילך צ'לנוב, תמר שקד  
ביצוע גרפי: אירית נחום  
עיצוב העטיפה: mootagoc.com  
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

התצלום על העטיפה: יונתן סינדל, פלאש90

מסת"ב: 978-965-519-445-6

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרר או לקלוט בכל דרך או  
אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל  
סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2024  
נדפס בישראל, תשפ"ד/2024

**המכון הישראלי לדמוקרטיה**

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602  
טל': 02-5300888  
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

**להזמנת ספרים:**

החנות המקוונת: www.idi.org.il/books  
דוא"ל: orders@idi.org.il  
טל': 02-5300800

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

## המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי אי-מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפול שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפול חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.



## תוכן העניינים

|    |  |
|----|--|
| 9  | דבר העורכות  |
|    | ניתוח עמדות שופטי ושופטות בג"ץ בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות –<br>טבלה מסכמת |
| 14 | מורן קנדלשטיין-היינה, נדב דגן, ספיר פז, דפני בנניסטי                               |
|    | דברי פתיחה   |
| 23 | השופטת דורית ביניש, נשיאת בית המשפט העליון (בדימוס)                                |

### שער ראשון: על עילת הסבירות

|    |  |
|----|--|
|    | האם שלום לעילת חוסר הסבירות הקיצוני?<br>מרדכי קרמניצר  |
| 31 | השירות הציבורי ועילת אי-הסבירות  |
| 39 | עדנה הראל פֿישר  |
|    | חזק מבחוץ, שברירי מבפנים: שלטון החוק בפסק הדין<br>נדב דגן  |
| 48 | דיני הגבלת ממשלת המעבר בבג"ץ הסבירות: עוד דוגמה לשבריריות המשטר<br>הדמוקרטי בישראל ולצורך בהגנה קשיחה עליו |
| 54 | עמיר פוקס  |

### שער שני: התערבות בג"ץ בחוקי יסוד – מבחנים ומאפיינים

|    |  |
|----|--|
|    | על רף ההתערבות בסמכות המכוננת<br>סוזי נבות                                 |
| 65 | הנמכת רף הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד בפסק דין הסבירות<br>גיל ג'ימור      |
| 71 | נשק יום הדין הופעל בפעם הראשונה, נקווה שגם האחרונה<br>תומר נאור            |
| 77 | ביקורת שיפוטית על חוקים לעומת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד –<br>מגמות חדשות |
| 83 | מורן קנדלשטיין-היינה   |

|   |   |
|---|---|
| 91  | הליך קיצוני וחריג: משמעות הליך החקיקה בבג"ץ הסבירות<br>גיא לוריא  |
| 99  | "קח אותו לאט את הזמן": קריאה לעיגון נורמות הליכיות-מוסדיות בהליך החוקתי<br>גונן אילן  |
| 107   | חולשת הכנסת מול הממשלה בראי בג"ץ עילת הסבירות<br>אסף שפירא  |
| 115   | "כאשר לא המלאכים מושלים בני האדם": על ההכרה במגבלות הסמכות המכוננת<br>וחשיבות עילת הסבירות בביצור ההגנה על זכויות אדם בישראל<br>ענת טהון אשכנזי |
| 123   | הנימוקים שהצדיקו את פסילת החוק לביטול עילת הסבירות<br>יכלו להצדיק ביטול חלק מסעיפי חוק הלאום<br>שקיב עלי  |
| <b>שער שלישי: התערבות בג"ץ בחוקי יסוד –<br/>על התמונה בכללותה, התפתחות הפטיקה והמשפט המשווה</b> |   |
| 131   | על טענת "התמונה בכללותה" בעמדות השופטים<br>סוזי נבות  |
| 137   | ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד: עד כמה ה"הקשר" רלוונטי?<br>תמר הוסטובסקי ברנדס   יניב רוזנאי   |
| 144   | בית המשפט העליון והמאבק בפופוליזם בבג"ץ הסבירות<br>עמיחי כהן  |
| 151   | המחר החוקתי החדש של הכרזת העצמאות<br>דינה זילבר   |
| 157   | "נאמנים למגילת העצמאות" באופן פורמליסטי: חוות דעתו של השופט שטיין<br>בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות<br>שירי פרידמן                         |
| 168   | בג"ץ ביטול עילת הסבירות: דמוקרטיה מתגוננת מודל 2024<br>יובל שני   |

## שער רביעי: מבט על בית המשפט העליון

|     |  |
|-----|--|
| 179 | איזון, מגוון ורוב: בעקבות פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות<br>בני פורת                     |
| 185 | על הדרישה לקונצנזוס בפסילת חוקים<br>דפני בנבניסטי  |
| 191 | בג"ץ הסבירות – לא מה שחשבת! שמרנות, אקטיביזם והתיקון החוקתי<br>הלא-חוקתי<br>יניב רוזנאי      |
| 198 | 7:8 או 12:3? ביקורת שיפוטית היא לא סטטיסטיקה: על פופוליזם, צמצום שיח<br>ופורמליזם<br>ספיר פז |

## שער חמישי: על ההקשר הערכי-חברתי-פוליטי

|     |   |
|-----|---|
| 207 | פסק דין הסבירות: מי יקבע את הערכים?<br>מנחם מאוטנר  |
| 218 | כמעט הפיכה משטרית והדמוקרטיה הישראלית: עילת הסבירות בהקשרה<br>הפוליטי<br>גייל טלשיר         |
| 227 | כמיהתם של שופטי בית המשפט העליון לפשרה ולהסכמות רחבות<br>רונן אברהם   שחר ליפשיץ            |
| 235 | פסק דין הסבירות עצר את שיטפון השחיתות –<br>אך הפוליטיקאים חייבים להפיק לקחים<br>יוחנן פלסנר |
| 239 | עילת הסבירות למול אינטרס השמרנות<br>אליהו ברקוביץ'  |
| 247 | פסיקת בג"ץ בעניין עילת הסבירות מנקודת מבטה של החברה הערבית בישראל<br>קייס נאסר              |
| 253 | בגבולות הסביר: על חשיבות המחשבה האזרחית הסבירה במצבים ציבוריים<br>קיצוניים<br>יאיר אשכנזי   |
| 258 | תקציר פסק הדין  |



## דבר העורכות

קובץ הרשימות שלפנינו – "עיונים ראשונים בפסק דין הסבירות" – פורש מניפה רחבה ומגוונת של פרשנויות לפסק הדין המכונן בעניין בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, מיום 1 בינואר 2024. פסק הדין קבע בדעת רוב כי תיקון מס' 3 לחוק ייסוד: השפיטה, אשר שלל באופן גורף את הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים – בטל.

פסק הדין הוא אבן דרך חשובה בתולדות המדינה, הן משום שלראשונה בית המשפט העליון ביטל חוק יסוד, ובעיקר, לאור קביעתו של בית המשפט ברוב גדול שאין בסמכותה של הרשות המכוננת לשלול או לסתור את המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בלשונה של הנשיאה בדימוס חיות, פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק, שהם שניים מהמאפיינים החשובים ביותר של שיטתנו הדמוקרטית, היא פגיעה ב"לב ליבו של הנראטיב המכונן שלנו", ועל כן אינה יכולה לעמוד.<sup>1</sup>

בצד משמעותו של פסק הדין בכל הנוגע למאפייניה החוקתיים של מדינת ישראל, חשיבותו טמונה גם בהקשרו הרחב יותר. פסק דין זה התקבל שנה לאחר הכרזת הממשלה על מה שהוגדר כשלב הראשון בסדרת צעדים דרמטיים לשינוי מערכת המשפט, לרבות ביטולה

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בפס' 214 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות (אר"ש 1.1.2024) (להלן: תיק הסבירות).

של עילת הסבירות. במהלך שנת 2023 תורגמה הכרזה זו להצעות חקיקה בתחומי יסוד במשטר הישראלי, שכללו, בין היתר, את הפיכתה של הוועדה לבחירת שופטים לוועדה הנתונה לשליטה פוליטית; את חקיקתה של פסקת התגברות המאפשרת לכנסת לגבור על פסיקת בג"ץ; ואת הגבלת כוחו של בג"ץ לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה ועל חוקי הכנסת בשני כובעיה, המחוקקת והמכוננת. ככל שהצעות החקיקה התקדמו, כך גברה ההתנגדות להן והעמיק הדיון הציבורי בדבר אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל. מתוך יוזמות הממשלה לשינויים במערכת המשפט, ההצעה בעניין ביטול עילת הסבירות הייתה הראשונה שגובשה לכדי תיקון לחוק יסוד. הדיון בעתירות בגין חוקתיות התיקון התנהלו בהקשר רחב זה, ושידורו הישיר של הדיון באמצעי התקשורת היה אחד הדיונים המשפטיים הנצפים ביותר אי פעם.

המלחמה שהחלה ב־7 באוקטובר בעקבות הטבח הרצחני שינתה באבחה אחת את פני הדברים. אף על פי שהתייחסות למאורעות המלחמה מופיעה רק בשולי פסק הדין, נדמה כי אין ספק שהמלחמה והשלכותיה ישפיעו בעתיד הן על אופייה של מדינת ישראל והן על אופן עיצובה כמדינה יהודית ודמוקרטית. קשה להעריך כיום כיצד כלל האירועים הדרמטיים יעצבו את פני החברה הישראלית.

מכאן נובעת חשיבות העיסוק בפסק הדין ובהשלכותיו כבר כעת, ועל כן ההזמנה לכתוב רשימות קצרות לקובץ זה פורסמה ימים ספורים לאחר שניתן פסק הדין. מטרתנו הייתה לגבש תשתית מחשבתית ראשונה לעמדות המגוונות שעלו מפסיקתם של כלל השופטים והשופטות בבית המשפט העליון בסוגיות העולות מתוך פסק הדין. ביטוי לעושר ולחשיבותו של פסק הדין ניתן לראות בהיענות הנרחבת להזמנה זו – בתוך שבועיים, ועל אף אורכו הייחודי של פסק הדין (743 עמודים), נשלחו רשימות רבות של פרשנות. שלושים מתוכן גובשו בקובץ זה.

בפתחו של הקובץ מופיע לוח עזר לניתוח העמדות של כלל הרכב השופטים והשופטות בדבר השאלות המרכזיות שנדונו בפסק הדין ובהתייחס להנמקות המרכזיות. הלוח מסייע למפות באופן ראשוני את השאלות העיקריות שעל פיהן ניתן להשוות בין עמדותיהם של שופטי ההרכב. את לוח העזר הכינו חוקרי וחוקרות המכון הישראלי לדמוקרטיה: ד"ר מורן קנדלשטיין-היינה, ד"ר נדב דגן, עו"ד ספיר פז ועו"ד דפני בנבניסטי – וזו גם ההזדמנות שלנו להודות לעו"ד בנבניסטי על תרומתה הרבה בהוצאתו לפועל של קובץ זה.

בכנס שנערך במכון הישראלי לדמוקרטיה ב־5 בפברואר 2024, שכותרתו זהה לכותרת קובץ זה – "עיונים ראשונים בפסק דין הסבירות"<sup>2</sup>, הציגו חלק מכותבות וכותבי הפרשנויות בקובץ את עיקרי טיעוניהם. דברי ברכה לכנס זה נשאה נשיאת בית המשפט העליון בדימוס, כבוד השופטת דורית ביניש, ודבריה מובאים במלואם בקובץ זה, כהקדמה לרשימות. בדבריה מדגישה הנשיאה בדימוס ביניש כי בעיניה מדובר בפסק דין מהחשובים שניתנו על ידי בית המשפט העליון וייתכן שאף החשוב שבהם. אחת הסיבות העיקריות המגדירות את חשיבותו של פסק הדין נוגעת להכרעת בית המשפט להגביל את סמכותה של הרשות המכוננת, ובדבריה מצביעה הנשיאה על הסיבות העיקריות המחזקות את נימוקי הכרעה זו.

הרשימות בקובץ נכתבו על ידי חוקרים וחוקרות בתחום המשפט החוקתי והמינהלי, מתחום מדעי המדינה וכן על ידי משפטניות ומשפטנים מעולם המעשה – כולם מביאים מתבונותיהם ומניסיונם העשיר.

השער הראשון מנתח את ההתייחסויות בפסק הדין לאופייה של עילת הסבירות. השער השני עוסק בדוקטרינות השונות להתערבותו של בית הדין הגבוה לצדק בסמכותה של הרשות המכוננת. השער השלישי בוחן את התערבות בג"ץ בסמכות המכוננת בהקשר הרחב יותר של דמוקרטיה בנסיגה וכלולה בו גם קריאה להשבת מגילת העצמאות למרכז השיח החוקתי, בין היתר במענה לנסיגה בערכים הדמוקרטיים. בשער הרביעי מוצגות עמדות בנוגע לאופיו והרכבו של בית המשפט העליון, בהווה ובמבט עתידי, והשער החמישי עוסק בהקשר הערכי-חברתי-פוליטי של פסק הדין.

לבסוף, בקובץ מופיעה תמצית פסק הדין, כפי שפורסמה על ידי בית המשפט העליון.

ברשימה הפותחת בשער הראשון, העוסק במהותה של עילת הסבירות, פרופ' מרדכי קרמניצר עומד על טיבה וחשיבותה של עילת הסבירות כאמצעי להבטחת ההוגנות של החלטות שלטוניות ועל תפקידו הקריטי של בית המשפט בשמירה על הביקורת השיפוטית בעילה זו. עו"ד עדנה הראל פישר מתארת ברשימתה את ההשלכות השליליות הגלומות בהגבלת היכולת של ערכאות השיפוט לבחון את שאלת סבירות ההחלטות של הרשות המבצעת, בדגש על פוטנציאל הנזק לשירות הציבורי עד כדי פגיעת עומק באתוס ובאתיקה של משרתי הציבור. ד"ר נבד דגן בוחן את התיאורים ההיסטוריים והנורמטיביים של עילת

הסבירות ומתאר את החשיבות של העילה בחיזוק שלטון החוק. ד"ר עמיר פוקס מדגיש ברשימתו את משקלה של עילת הסבירות ככלי לביקורת שיפוטית לבחינת החלטותיהן של ממשלות מעבר.

**השער השני** מתמקד באופייה ובהיקפה של הביקורת השיפוטית של בג"ץ על הסמכות המכוננת, בהתאם לעילות הביקורת שפותחו על יד בית המשפט העליון. בשתי הרשימות הפותחות של השער פרופ' סוזי נבות ועו"ד גיל גן-מור בוחנים את האופן שבו עיצב בג"ץ את רף ההתערבות בעילה של "חריגה מסמכות", במשמעות של פגיעה בערכי היסוד של המדינה. עו"ד תומר נאור ממקם ברשימתו את פסק הדין כחלק מההתפתחות הטבעית של הפסיקה שדנה בהיקף הביקורת השיפוטית של בג"ץ על הסמכות המכוננת. ד"ר מורן קנדלשטיין היינה עורכת הבחנה בין הרף החדש להתערבות בג"ץ בסמכות המכוננת לבין הרף הקיים בסמכות המחוקקת של הכנסת. ד"ר גיא לוריא ועו"ד גונן אילן מנתחים ברשימותיהם עד כמה השפיע טיבו של הליך החקיקה של תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה על הכרעת השופטים בעיצוב רף ההתערבות של בג"ץ, וד"ר אסף שפירא מתבונן על מידת השליטה של הממשלה בהליכי החקיקה בכנסת כשיקול נוסף שעיצב את רף ההתערבות. ברשימה של עו"ד ענת טהון אשכנזי וברשימתו של עו"ד שקיב עלי נבחן היחס של בג"ץ לתפקידו בהגנה על זכויות אדם כחלק משיקוליו לעצב את רף ההתערבות; עו"ד עלי תוהה אם מחויבות זו של בג"ץ לא הייתה צריכה להוביל להתערבות כבר בפסיקות עבר.

**השער השלישי** עוסק בגבולות הסמכות המכוננת בהקשר רחב יותר ובשאלת תפקידו של בג"ץ בשמירה ובביצור של היסודות הדמוקרטיים למול תהליכים של שחיקה דמוקרטית. בשתי הרשימות הפותחות את השער, של פרופ' סוזי נבות ושל פרופ' הוסטובסקי ברנדס ופרופ' יניב רוזנאי, עוסקים המחברים בשאלה אם על בג"ץ להתייחס לשיקולים של התמונה החוקתית בכללותה, ובמקרים מסוימים אף להביט על האפקט המצטבר, בבואו לבחון מרכיב חוקתי יחיד. פרופ' עמיחי כהן בוחן את ההקשר הרחב כחלק מהתמודדותו של בית המשפט למול מגמות של פופוליזם.

רשימתו של פרופ' יובל שני עוסקת אף היא בתמונה בכללותה ומתארת את התפתחות הפסיקה הישראלית בעניין רעיון הדמוקרטיה המתגוננת כהצדקה להתערבות שיפוטית מיוחדת על רקע החשש מנסיגה דמוקרטית. עו"ד דינה זילבר ועו"ד שירי פרידמן מנתחות ברשימותיהן את העמדות בפסק הדין בעניין מעמדה של הכרזת העצמאות ככלי נוסף בבחינת סמכותה של הרשות המכוננת וכבסיס משמעותי להגנה על הדמוקרטיה הישראלית מפני שחיקה.

**השער הרביעי** מתבונן על בית המשפט העליון. פרופ' בני פורת ועו"ד דפני בנבניסטי בוחנים ברשימותיהם את המודל הרצוי להכרעות בפסקי דין החורצים את דינם של חוקי יסוד וחוקים. פרופ' יניב רוזנאי מנתח את המאפיינים של עמדות הרוב והמיעוט בפסק הדין על בסיס המושגים של שמרנות ואקטיביזם ושיפוטי, ועו"ד ספיר פז מנתחת את הרטוריקה המתגבשת של בית המשפט במבחן הפורמליזם ועל בסיס מאפיינים של השפה לאורך פסק הדין.

סוגיות הבחנות את הקשרו הערכי-חברתי-פוליטי של פסק הדין קובצו **בשער החמישי** של הקובץ. בפתח שער זה פרופ' מנחם מאוטנר בוחן את פסק הדין כביטוי למחלוקת על ערכים שבגדרם צריך לפעול בית המשפט ומנתח את תפקידו של בית המשפט בעיצוב שלטון החוק. ד"ר גייל טלשיר ברשימתה מנתחת את פסק הדין על רקע תנועת המחאה האזרחית שפעלה במהלך השנה, טרום הפסיקה. עוד בהקשרו החברתי של פסק הדין, ד"ר קייס נאסר בוחן את משמעויותיו בכל הנוגע ליחסה של החברה הערבית לבית המשפט העליון, ואילו אליהו ברקוביץ' עוסק בהשלכותיו על החברה החרדית, מתוך ניתוח המגמות המאפיינות חברה זו ואת יחסה כלפי בית המשפט העליון בפרט ושלטון החוק בישראל בכלל.

במבט צופה פני עתיד, בשער זה יוחנן פלסנר, פרופ' רונן אברהם ופרופ' שחר ליפשיץ בוחנים את הלקחים שעל המערכת הפוליטית ללמוד מפסק הדין בכל הקשור לאופן שבו רצוי לעצב את כללי המשחק: על בסיס הסכמות רחבות ככל הניתן. לבסוף רשימתו של יאיר אשכנזי מאירה את הציפייה של הציבור להחלטות סבירות ורציונליות, בייחוד על רקע אתגרי המציאות הקשה שעימה כלל הציבור הישראלי מתמודד בימים אלו.

מגוון הפרשנויות בשערי קובץ זה מלמד על עושר הטיעונים והנימוקים בפסק הדין ועל היקף הסוגיות הנדונות בו. שלושים הרשימות בקובץ מניחות תשתית חשובה לבחינת פסק הדין, שעוד ייחקר ויילמד בעתיד לא רק בפקולטות למשפטים אלא אף במחוזות רבים אחרים, לרבות במערכת החינוך. פסק הדין, מן החשובים שניתנו בישראל אם לא החשוב שבהם, ראוי שישמש נדבך יסוד בארגז הכלים לחינוך אזרחי וחינוך לדמוקרטיה. לימוד והעמקה בו ובמשמעויות של אופייה הדמוקרטי והיהודי של מדינת ישראל יאפשר לחזק את החברה בישראל ולהבטיח כי אופי זה יישמר לעתיד לבוא.

## ניתוח עמדות שופטי ושופטות בג"ץ בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות – טבלה מסכמת

| השאלה המשפטית                                 | חיות                     | פוגלמן                   | עמית                     | ברון                     | ברק-ארז                  | גרוסקופף   | רון  | כבוב                        | סולברג                    | מינץ            | שטיין           | אלרון   | וילנר                | כנפי-שטייניץ                                    | כשר                  |
|---|--------------------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|--|--|-----------------------------|---------------------------|-----------------|-----------------|---|----------------------|---|----------------------|
| תוצאה (קבלה/ דחייה)                           | קבלת העתירה - ביטול החוק | קבלת העתירה - ביטול החוק | קבלת העתירה - ביטול החוק | קבלת העתירה - ביטול החוק | קבלת העתירה - ביטול החוק | קבלת העתירה - ביטול החוק                         | קבלת העתירה - ביטול החוק                                   | קבלת העתירה - ביטול החוק    | קבלת העתירה - ביטול החוק  | דחיית העתירה    | דחיית העתירה    | דחיית העתירה  | דחיית העתירה         | דחיית העתירה                                    | דחיית העתירה         |
| עמדה ביחס לתוצאה                              | רוב                      | רוב                      | רוב                      | רוב                      | רוב                      | רוב  | רוב  | רוב                         | רוב                       | מיעוט           | מיעוט           | מיעוט   | מיעוט                | מיעוט   | מיעוט                |
| האם העתירה בשלה להכרעה?                       | כן                       | כן במשתמע                | כן                       | כן במשתמע                | כן                       | כן   | כן במשתמע  | כן במשתמע                   | אין התייחסות <sup>1</sup> | לא              | אין התייחסות    | לא <sup>2</sup>   | אין התייחסות         | אין התייחסות                                    | כן                   |
| האם קיימות מגבלות על סמכותה המכוונת של הכנסת? | כן                       | כן                       | כן                       | כן                       | כן                       | כן   | כן   | כן                          | לא                        | לא              | כן              | כן (מגבלה צרה במיוחד) <sup>3</sup>  | כן <sup>4</sup>      | כן  | כן <sup>5</sup>      |
| האם בג"ץ מוסמך לאכוף את המגבלות הללו?         | כן                       | כן                       | כן                       | כן                       | כן                       | כן   | כן   | כן                          | לא <sup>6</sup>           | לא <sup>7</sup> | כן <sup>8</sup> | ככלל לא, אלא במקרים חריגים וקיצוניים של פגיעה בזכויות יסוד וכמוצא אחרון בלבד (ולא בהתאם לדוקטרינות הקיימות) | כן <sup>9</sup>      | כן - סמכות צרה (רוחבה כ"קוף המחט) <sup>10</sup> | כן                   |
| הבסיס הנורמטיבי לביטול חוקי היסוד             | המערך החוקתי בכללותו     | המערך החוקתי בכללותו     | המערך החוקתי בכללותו     | המערך החוקתי בכללותו     | הכרזת העצמאות            | המערך החוקתי בכללותו (במושגיו שלו) <sup>11</sup> | המערך החוקתי בכללותו או הכרזת העצמאות (כותבת שאינה מכריעה) | ריבונות העם (להבדיל מהכנסת) | אין בסיס                  | אין בסיס        | הכרזת העצמאות   | אין התייחסות  | המערך החוקתי בכללותו | חוקי היסוד ובכלל זה סעיף 7א                     | המערך החוקתי בכללותו |

\* הניתוח נערך על ידי ד"ר מורן קנדלשטיין-היינה, ד"ר נדב דגן, עו"ד ספיר פז, עו"ד דפני בנבניסטי.

- 1 לדעתו יש מקום לדחיית העתירות על הסף בשל היעדר סמכות.
- 2 לא ברורה פרשנותו של התיקון, טרם הוצג מקרה שבו ביהמ"ש לא יכול היה להושיט סעד.
- 3 מעצם ההכרה באפשרות דחוקה לפסול במקרי קיצון.
- 4 בג"ץ חסון - יהודית ודמוקרטיה.
- 5 כפופה להגדרתה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.
- 6 (1) סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה אינו יכול להיות מקור הסמכות; (2) מצביע על קושי בעצם ההנחה כי בג"ץ הוא הגורם המוסמך להשיב על השאלה אם ניתן לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד במקרה של טענה לחריגה של הכנסת מסמכותה המכוונת.

- 7 לא ניתן לראות בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה עוגן לביצוע ביקורת שיפוטית (לא על חקיקה רגילה ולא על חקיקת יסוד).
- 8 מכוח סעיף 15(ג) ו-15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה.
- 9 מכוח סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה.
- 10 מכוח חוקי היסוד ובכלל זה סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת.
- 11 למגבלה על הסמכות המכוונת שהוא מכנה מגבלת הסמכות (מפס' 33) יש קווי דמיון לדוקטרינת התיקון החוקתי שאינה חוקתי.

| השאלה המשפטית  | חיות                   | פוגלמן                 | עמית                   | ברון                   | ברק-ארז                | גרוסקופף               | רון                    | כבוב                   | סולברג           | מינץ             | שטיין  | אלרון                               | וילנר                  | כנפי-שטייניץ           | כשר                    |
|--|------------------------|------------------------|------------------------|------------------------|------------------------|------------------------|------------------------|------------------------|------------------|------------------|--|-------------------------------------|------------------------|------------------------|------------------------|
| מהות ההגבלה על חוקי היסוד                                  | מדינה יהודית ודמוקרטית | מדינה יהודית ודמוקרטית | מדינה יהודית ודמוקרטית | מדינה יהודית ודמוקרטית | מדינה יהודית ודמוקרטית | מדינה יהודית ודמוקרטית | מדינה יהודית ודמוקרטית | מדינה יהודית ודמוקרטית |                  |                  | כלל העקרונות החוקתיים שעולים מהכרזת העצמאות (לא רק יהודית ודמוקרטית) | זכויות יסוד [במקרי יסוד קיצון בלבד] | מדינה יהודית ודמוקרטית | מדינה יהודית ודמוקרטית | מדינה יהודית ודמוקרטית |
| האם יש מקום לפסול את התיקון במקרה זה?                      | כן <sup>12</sup>       | כן <sup>13</sup>       | כן <sup>14</sup>       | כן <sup>15</sup>       | כן <sup>16</sup>       | כן <sup>17</sup>       | כן <sup>18</sup>       | כן <sup>19</sup>       | לא <sup>20</sup> | לא <sup>21</sup> | לא <sup>22</sup>   | לא <sup>23</sup>                    | לא <sup>24</sup>       | לא <sup>25</sup>       | לא <sup>26</sup>       |
| סמכות בג"ץ לפסול חקיקת יסוד בשל אפקט מצטבר (התמונה בכלותה) | עקרונית                |                        | צריך עיון              |                        |                        |                        |                        |                        | לא               | אין התייחסות     | אין התייחסות <sup>28</sup>   | לא                                  | לא <sup>29</sup>       | אין התייחסות           | לא                     |
|  | במקרה זה               |                        | צריך עיון              |                        |                        |                        |                        |                        |                  |                  |  |                                     | אין להתחשב ברפורמה     |                        |                        |



12 פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק. רמיזה לקושי גם במישור של שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

13 פגיעה אנושה בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות.

14 עקרון שלטון החוק; זכות הגישה לערכאות; עקרון הפרדת הרשויות; זכויות יסוד חוקתיות רמיזה לקושי גם במישור העילה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

15 פגיעה קשה בשלטון בחוק, בזכות הגישה לערכאות.

16 פגיעה מהותית באיזונים הבסיסיים של השיטה, בפרט בשלטון החוק ובגישה לערכאות; פגיעה בערובות לחילופי שלטון (היעדר מגבלות על ממשלת מעבר).

17 לפי מה שהוא מכנה מגבלת הסמכות: פגיעה קשה בשלטון החוק.

18 פגיעה קשה בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות.

19 פגיעה קשה בשלטון החוק.

20 מעיר כי גם אם מתעלמים מבעיית הסמכות ומאמצים את המבחן שאומץ בג"ץ חסון – זה לא המקרה להפעילו.

21 מעיר כי גם לפי הדוקטרינה כפי שפוטחה עד כה בפסיקה, לא היה מקום לפסול את התיקון הנוכחי.

22 פירושה הנכון של ההוראה מוביל למסקנה כי הכנסת הייתה מוסמכת לכוננה (פס' 18).

23 מעיר כי ספק אם התיקון יתגלה ככזה הפוגע פגיעה אנושה באופייה הדמוקרטי של המדינה באופן שהיה מצדיק את הפעלת המבחן שנקבע עד כה בפסיקה.

24 לא נפגע הגרעין הדמוקרטי.

25 אין פגיעה אנושה בליבת זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל.

26 הפגיעה בעקרון שלטון החוק ובעקרון הפרדת הרשויות אינה בעוצמה המצדיקה פסילה.

27 "לא ניתן לשלול מצב שבו מספר תיקונים לחוקי היסוד שהתקבלו בזה אחר זה, יובילו בהצטברותם לפגיעה בליבה החוקתית שלנו... עם זאת, יש לנקוט משנה זהירות בהקשר זה, לרבות ביחס לטענות שהעלו העותרים והיועצת ולפיהן במסגרת בחינת השפעתו בפועל של תיקון לחוק יסוד, יש ליתן משקל ליוזמות חקיקה אחרות המצויות 'בצנרת' ואשר טרם התקבלו. כלל יסוד הנובע מעקרון הפרדת הרשויות הוא שביט המשפט אינו נוהג לבחון הצעות חוק טרם שאושרו ומצאו את מקומן בספר החוקים. זאת, בין היתר, משום שכלל לא ברור באיזו מתכונת הן יתקבלו בסופו של יום, אם בכלל...".

28 משתמע שלא כי הסמכות של בג"ץ לפסול מצומצמת מאוד לגישתו.

29 בית המשפט לא עוסק בעניינים תאורטיים.

| השאלה המשפטית                                     | חיות     | פוגלמן                       | עמית                         | ברון   | ברק-ארז | גרוסקופף | רונן | כבוב | סולברג    | מינץ   | שטיין                   | אלרון   | וילנר  | כנפי-שטייניץ          | כשר |
|---|----------|------------------------------|------------------------------|--|---------|----------|------|------|-----------|--|-------------------------|---|--|-----------------------|-----|
| סמכות בג"ץ לפסול חקיקת יסוד בשל פגם בהליך         | עקרונית  | כן                           | משתמע שקיימת <sup>30</sup>   | כן. ככל שההליך נעשה שלא בדרך הרגילה - כך הנטייה לביקורת שיפוטית גדולה יותר |         |          |      |      | משתמע שכן | לא התייחס  | אין פירוט, מסכים עם כשר | לא התייחס   | משתמע שכן  | אין התייחסות          | כן  |
|   | במקרה זה | לא, אך קושי <sup>31</sup> על | לא, אך קושי <sup>32</sup> על | כן אך הפסילה לא מבוססת על רכיב זה באופן עצמאי <sup>33</sup>                |         |          |      |      | לא        | לא התייחס  | לא                      |   | לא   | אין קביעה             | לא  |
| האם ניתן להציע לחוק היסוד פרשנות מצמצמת במקרה זה? | לא       | לא                           | לא                           | לא   | לא      | לא       | לא   | לא   | לא        | מעיר כי אם הדבר היה מביא לגיבוש רוב, היה נכון להצטרף לפרשנות המצמצמת המוצעת על ידי השופט וילנר | כן. ביטול הלכת דפי זהב  | מכיר באפשרות (מבלי להביע עמדה) כי בעתיד התיקון יכול היה להיות מפורש כך שחבוטל הלכת דפי זהב (ואז המשמעות של התיקון מינורית יותר) | מדגישה כי מדובר בפרשנות מקיימת - בוטלה רק הסבירות האיזונית <sup>37</sup> | נמנע מלהכריע בשאלה זו |     |



30 לא פוסל שאף קפדנית יותר מהליך חקיקה רגילה.

31 הנשיאה אינה קובעת מסמרות, השימוש בסעיף 80 - חריגה משמעותית מהפרקטיקה שהשתרשה לאורך השנים בכנסת.

32 קובע שיש קשיים ניכרים בהליך, לא מבטס עליהם את מסקנת הבטלות.

33 "הפגמים, בבדידותם, אינם פוגעים בתפוחו של התיקון לחוק היסוד, אך משקלם עימם, בהצטרף למסקנתנו בדבר בטלות התיקון בשל היותו תיקון חוקתי שאינו חוקתי".

34 היו פגמים, אך לא על כך מבוססת מסקנתה בדבר בטלות.

35 יש קשיים ניכרים בהליך, בפרט בבחירה בסעיף 80, אך אין זה דרוש להכרעה.

36 מתייחסת לחששות מ"היום שאחרי" לו התיקון היה נותר על כנו - מעירה למשל לעניין ממשלות מעבר, עילת הסבירות האיזונית ממילא אינה נחוצה שכן עקרון השוויון בבחירות - שעליו מבקשים להגן באמצעות המגבלות על ממשלת מעבר - הוא עיקרון חוקתי.

37 פרשנות מצמצמת יכולה להישען גם על האפשרות להשקיף על עילת הסבירות הצרה כעל נגזרת של עילת חוסר הסמכות או עילת השרירות, שבהן אין התיקון מתערב.



| השאלה המשפטית        | חיות  | פוגלמן | עמית   | ברון  | ברק-ארז             | גרוסקופף | רון   | כבוב   | סולברג  | מינץ  | שטיין | אלרון   | וילנר | כנפי-שטייניץ | כשר |  |
|----------------------|-------|--------|--|-------|---------------------|----------|-------|--|---|---|-------|---|-------|--------------|-----|--|
| הערות מיוחדות        |       |        | מוותר בצריך עיון את האפשרות להרחיב את הביקורת השיפוטית גם לחוקי יסוד המשנים את האיזונים והבלמים הקבועים בשיטה (ולא רק לחוקי יסוד הסותרים באופן חזיתי את המאפיינים הגרעיניים של המדינה) <sup>38</sup> |       |                     |          |       | יש משמעות לניגוד עניינים מוסדי של הכנסת + הסכמה רחבה | קורא לקחת את הביקורת על הסבירות בחשבון בפסיקה בעתיד. אין הבדל בין חקיקה לכינון בגוף בפרסונות, ברוב ובפרוצדורה - ולכן ההצדקות להגבלת המחוקק חלות גם על חוקי יסוד. מקור ההגבלות על חקיקת יסוד וסמכות הרשות השופטת מצוי בפסק הדין של חשין בבנק המזרחי ובהיעדר הסמכה מהעם (לא ברור לחלוטין אם הפגם הוא היעדר חוקה או סתירה לעקרונות יסוד) | מעיר כי מקווה שלאחר פסק הדין יוכלו הצדדים לחזור לשיח סולידי ושיהיה שת"פ לפסול חוקים רגילים (בנק המזרחי) + מעיר כי נראה כי עילת הסבירות לממדיה הטבעיים/ מסתייג מהתיקון במישור של הדין הרצוי ומצביע על דרכים שהמחוקק יכול היה לנקוט כדי ליצור הסדר מאוזן יותר. קורא לביהמ"ש לנהוג בריסון בשימוש בעילת הסבירות - ביחס להחלטות הממשלה והשרים לחזור לסבירות שהייתה נהוגה עד "דפי זהב" (סבירות נוסח ונסברי) |       | בשולי הדברים מבקר את התיקון לגופו. כמו כן מבהיר במפורש כי ניתן לדחות עתירה בעילת הבשלות גם כאשר מדובר בחקיקת יסוד |       |              |     |  |
| סעד (במקרה של ביטול) | בטלות | בטלות  | בטלות  | בטלות | בטלות <sup>39</sup> | בטלות    | בטלות | בטלות  |   |   |       |   |       |              |     |  |
| היקף פסק הדין (עמ')  | 107   | 18     | 99   | 26    | 47                  | 48       | 42    | 37   | 86  | 47  | 45    | 13  | 48    | 35           | 36  |  |

39 עיפרון כחול אפשרי עקרונית אך לא במקרה זה.

38 "שאלה שאותיר בצריך עיון היא אם סטנדרט הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד אינו צריך להיות נמוך מהרף שהוצע בעניין חוק הלאום [...] כאשר נקבע אותו רף, נראה היה כי מדובר בעניין תיאורטי רחוק, בתרחיש היפותטי ובמבחן שלא ייעשה בו שימוש לעולם, אך לא ימים של אז כימינו אנו [...] דומה כי יש להרהר אחר האפשרות להרחיב את נכונותו של בית משפט זה להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד המשנים את האיזונים והבלמים הקבועים בשיטתנו".

## דברי פתיחה

### נשיאת בית המשפט העליון (בדימוס), השופטת דורית ביניש

ברכות למכון הישראלי לדמוקרטיה, אשר החליט לייחד את יום העיון הזה לפסק הדין בעניין ביטול הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית ולשאלת הסמכות השיפוטית לבטל חוק יסוד.

אילו היה מגיע אלינו זר מארץ רחוקה, או אילו, לחלופין, היה נוחת כאן מאן דהו מן החלל החיצון, הוא היה בוודאי מעורר את השאלה איך בימים קשים של מלחמה, סכנות ביטחוניות, משבר כלכלי והתמודדות עם אסון כבד יושבים אנשים רציניים ומלומדים לדון בתוצאותיו ובמסקנותיו של פסק דין הדן בשאלה חוקתית ובבעיה שגם בקרב כמה מן המשפטנים, ואפילו בקרב השופטים שלנו, נראית כתיקון בנושא שאיננו כה חשוב ודרמטי ואיננו מצדיק התערבות שיפוטית ותגובה ציבורית חריפה.

אפתח ואומר שבעיניי מדובר בפסק דין שהוא מן החשובים שניתנו על ידי בית המשפט העליון, ואולי לא יהיה זה מוגזם לומר שמדובר בפסק הדין החשוב ביותר שניתן על ידי בית המשפט בישראל.

\* הטקסט המובא כאן הוא עיבוד של דברים שנאמרו בכנס "עיונים ראשונים בפסק דין הסבירות", שהתקיים במכון הישראלי לדמוקרטיה ב־5 בפברואר 2024.

תילי תילים של ויכוחים על מהותה של עילת הסבירות, על פירושה ועל היקפה התנהלו בשנה החולפת, וכמובן גם בפסק הדין. אלא שהשאלה היא לאו דווקא על היקפה של הסבירות. הצבה כזאת של הסוגיה היא הצבה מטעה.

השאלה המהותית נוגעת להתפתחות ההיסטורית הציבורית והפוליטית של השיטה המשטרית והחוקתית שלנו. תמיד אמרנו שהמשפט אינו סטטי; יש בו זרימה מתמדת והתפתחויות שמשקפות את ההתפתחויות החברתיות הנגזרות משינוי העיתים. כך הם פני הדברים אלא אם יש חוקה יציבה ונורמות קבועות שאינן ניתנות לשינוי בקלות או אינן ניתנות לשינוי כלל. המצב אצלנו בישראל הוא לא כזה. שיטתנו המשטרית והמשפטית אינה ניתנת להשוואה לשיטות אחרות משום שהיא תלויה התפתחויות היסטוריות אופייניות לנו. כדי להבינה, בשלב שאנחנו נמצאים בו היום, אין צורך לדעתי לחזור ולחפור בשאלה אם ואיך נולדה הכרזת העצמאות ומה פשר ההתחייבות הכלולה בה לכונן חוקה. הנושא עלה בטיעוני המשיבים בבית המשפט וגם בפסיקת שופטי המיעוט, שכפרו בלגיטימיות של מועצת המדינה הזמנית שלשיטתם היא גוף שלא נבחר בידי הציבור. החשש שעלה אצלי היה שאם הכיוון הזה יימשך בכתיבה של השופטים, נושא שכבר מוצה במרוצת השנים בפסיקת בית המשפט, עוד תתרחש חלילה כפירה בלגיטימיות של הכרזת העצמאות, לאחר שעקרונותיה אומצו מחדש בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

פסק הדין בנושא עילת הסבירות הוא לא מהפכה. תחת זאת הוא מביא לידי סיום את הפרק הנוגע להתפתחות הנושא של סמכות בית המשפט לבקר את חקיקת הכנסת, ובכללה את חוקי היסוד. פסק דין זה השלים את הדרך שנשללה שלב אחר שלב, כמתחייב בפיתוח של מסלול שיפוטי והבאתו לידי סיום. בעיניי, ובלי שאתיימר לתת ציונים, פסק הדין המבטא את דעת הרוב מנוסח היטב, והוא נותן ביטוי להתפתחות שהיא מחויבת המציאות בימים אלה.

חשוב להדגיש כי בתקופת חיינו המשפטיים חלה התפתחות משמעותית מאוד במבנה המשפטי־משטרי שלנו. עם קום המדינה אימצנו את המודל האנגלי של משטר פרלמנטרי שלפיו אין לבית המשפט סמכות להתערב בחקיקת הפרלמנט הכול יכול. באותה תקופה, הפנסת נתפסה אצלנו כגוף כול יכול בלתי מוגבל. לכן אין טעם בהבאת דברי הראשונים והנכבדים שבשופטינו, כפי שעשה שופט המיעוט סולברג, שלפיהם אין לבית המשפט סמכות להתערב בחקיקת הכנסת. זה אכן היה המצב המשפטי בראשית ימיה של המדינה.

הפתרון של קביעת חוקי יסוד והחלטת הררי לצרפם כפרקים בחוקה לא שינה, הלכה למעשה, את המצב. זו הייתה מעין פשרה פוליטית, וגם אחריה המשכנו להימנע מלתת

מעמד מיוחד לחוקי היסוד. בית המשפט הכיר במעמד המיוחד של הוראות משוריינות בחקיקה כמו בסעיפים 4 ו'46 לחוק יסוד: הכנסת בפרשת **ברגמן**, אך לא יותר מזה. אפשר לומר שרק פסק הדין בעניין **בנק המזרחי** הבהיר בפסיקה את ההיררכיה החקיקתית ואת מעמדו המיוחד של חוק יסוד. זה לא היה בגלל גחמה כלשהי של בית המשפט, אלא מכיוון שבפעם הראשונה נקבע מעמדו של חוק היסוד כחוק המגביל את החקיקה הרגילה של הכנסת, ודברים אלו נכתבו בחוק היסוד עצמו. חוק היסוד הזה גם נחקק בדרך שראוי לכונן חוק יסוד: בדיונים רבים שכל סיעות הכנסת שותפו בהם, בויתורים הדדיים בין הסיעות באשר לזכויות שלא נכללו בחוק היסוד, בשמירת הדינים ובעוד כיוצא באלו.

השאלה בדבר הגבלת סמכויותיה של הכנסת כרשות מכוונת לא נדונה שם, ובית המשפט הסתפק במאפיינים מעטים לצורך ההגדרה של חוק יסוד. מדובר ברכיב צורני ולא ברכיב תוכני. היות שבפרשת **בנק המזרחי** נדונה שאלת כפיפותה של חקיקה רגילה לחוק היסוד, התפתחה התזה שחוק היסוד עצמו – בהיותו פרק בחוקה – אינו ניתן להתערבות או לשינוי בידי בית המשפט.

התוצאה הייתה שבית המשפט הוא שחייזק את מעמדו של חוק היסוד כחלק מן החוקה. כך התפתחה התזה, שהפוליטיקאים הרבו להשתמש בה, שהכנסת אינה מוגבלת כשהיא פועלת כרשות מכוונת ושאלין עליה ביקורת שיפוטית. על פי תפיסה זו, לחוק היסוד מוענק מעמד מוגן, אך שגם במשטר חוקתי מובהק, שיש בו חוקה שלמה וכתובה, מה שאין בנמצא אצלנו, מותר בנסיבות מסוימות לברק את חוקתיותו של כינון סעיף בחוקה או של תיקונו. התופעה הפוליטית שצמחה מגישת המחוקקים שלנו הביאה לידי כך שחקיקת יסוד הייתה לעיר מקלט, אך בלי שנקבעו הכללים הראויים לחקיקת יסוד ולתיקונה, אופן החקיקה, הרוב הנדרש, המגבלות, התכנים הראויים לחקיקת יסוד ועוד. הכנסת חזרה וטענה בבית המשפט ועל כל במה שבית המשפט מנוע מלבקר חוק יסוד. למעשה, הפוליטיקאים עטו גלימת הגנה על חוקי היסוד בטענה שמחזירה אותנו לתפיסה הישנה שלפיה המכונן – כמו המחוקק בעבר – אינו מוגבל כלל ואין עליו ביקורת שיפוטית. תפיסה זו מאפשרת ניצול לרעה של הסמכות המכוונת.

כנגד הגישה הזאת – שיש בה כדי לערער את האיזון בין הרשויות, כלומר את האיזונים והבלמים המתחייבים בכל שיטה משטרית – התפתחה הביקורת השיפוטית החוקתית. אלא שבשיטה שהתפתחה אצלנו הרשות המבצעת היא כול יכולה, ויש לה כוח רב יותר מכל רשות מבצעת בכל שיטת משטר אחרת. בישראל אין מעל הרשות המבצעת שום גוף ביקורת. הכנסת נשלטת למעשה בידי הממשלה ובידי הרוב הקואליציוני הנתון לשליטתה

של אותה ממשלה. כך, במקום שלוש רשויות יש למעשה שתי רשויות, ולא זו בלבד אלא שבשנה החולפת באה לידי ביטוי השאיפה של הרשות המבצעת להחליש גם את הרשות המבקרת, הלוא היא הרשות השופטת. המצב כרגע הוא שחרף קריאתו של בית המשפט משך שנים, שלפיה הכנסת נדרשת, מתוקף היותה הרשות המכוננת, לחוקק את חוק ייסוד: החקיקה, הדבר לא נעשה. ועד שהוא ייעשה, אין מסגרת השומרת על גבולות כינונו של חוק יסוד אלא רק זו שבית המשפט מקיים.

בחלוף השנים הפך חוק היסוד בעיני הכנסת והפוליטיקאים, בלי הצדקה, לחוק מקודש שאין יכולת לבחון אותו או לבקר אותו אפילו בנסיבות קיצוניות ביותר. גישה זו אינה מקובלת על בית המשפט. מאז שנת 2010, תחילה כאמרת אגב ללא הכרעה, פיתח בית המשפט את הגישה הקובעת כי במקרים הקיצוניים שנגרמת בהם פגיעה ברכיבים הגרעיניים של שיטת המשטר שלנו, באופייה היהודי והדמוקרטי, יכול בית המשפט – ואפילו חייב, אם אכן נגרמה פגיעה כזאת – להתערב ולבטל חקיקה משום שהיא חורגת מן הסמכות המכוננת של הכנסת.

מכאן אעבור לשאלה שעמדה לפני בית המשפט בפסק הדין נושא דיונו: האם ביטול עילת הסבירות כפי שהוא נחקק בתיקון לחוק ייסוד: השפיטה אכן פוגע ברכיב הדמוקרטי עד כדי סיכונה של הדמוקרטיה בישראל?

לי אין ספק שאכן כך הוא.

ראשית, עילת הסבירות, שבמסגרת ההליכים החוקתיים בכנסת ניסו להוביל לביטולה, היא בעיניי חשובה וחיונית ביותר למרות הניסיונות לגמדה או לתאר אותה כבת החלפה על ידי עילות ביקורת אחרות.

את הנזק להגנה על הפרט ועל הכלל עקב ביטול עילת הסבירות פירטה הנשיאה חיות בפסק דינה. אם מתקבלת החלטה בלתי סבירה הפוגעת בזכות אדם או בזכויות של קבוצת מיעוט, אם מתקבלת החלטה מיניסטריאלית מטעמי שחיתות או משיקולים זרים, אם נעשה מינוי מושחת – לכאורה אלה הם פגמים שאינם ניתנים להוכחה אלא על ידי אי הסבירות שבהחלטה.

זאת ועוד: כידוע, כל עילות הביקורת המינהלית שלנו הן פרי פסיקה. המשמעות של התיקון היא למעשה גריעה מסמכותו של בית המשפט. מדובר בהפרת האיזון הדמוקרטי של האפשרות לבקר את הממשלה והכנסת. מדובר למעשה גם במניעת הגישה לערכאות,

שהיא עצמה פגיעה בזכות יסוד, שהרי נקבע בחוק שבית משפט לא ידון כלל בטענה של אי־סבירות על מעשה או מחדל של הממשלה או של שר משריה, לרבות בעניין מינוי והימנעות ממינוי.

גם הוויכוח על היקף עילת הסבירות הוא בעיניי שלא במקומו. להתווכח היום על הלכת **ונסברי** האנגלית ולהחזיר את הגלגל ההיסטורי לאחור אגב חזרה לפסיקה מימי קום המדינה – זו התעלמות מאופיו של ההליך השיפוטי. האם נחזור עכשיו להלכות **דיזנגוף ובינבוים** מימי השנים הראשונות של המדינה שעסקו בסבירותם של חוקי עזר או תקנות? הרי אז לא הייתה קיימת כלל עילת ביקורת מלבד חוסר סמכות של הרשות המינהלית. המצב נשתנה לאחר שפותחו עילות הביקורת גם בבריטניה וגם בישראל. מאז יש יצירה שיפוטית נרחבת ומפליאה ממש בעניין עילות הביקורת על הרשות המינהלית. עילת **ונסברי** כבר התפתחה בכיוון המקובל בפסיקתנו ואינה תקפה גם במולדתה, בריטניה.

גם הפסיקה של השופטים המבקשים לתת פרשנות מקיימת להוראת החוק אינה מתקבלת על הדעת. אם בית המשפט לא ידון כלל על פי קביעת המכונן – כיצד יפרש את החוק?

גם אחרי קבלת פסק הדין נותרנו עם בעיה. אומנם ההחלטה בפסק הדין חשובה מאין כמוה, אבל כל עוד החלום לקדם את ההפיכה המשטרית לא נגוז, וכל עוד לא יקודמו ההליכים החוקתיים בדרך ראויה ומתאימה, ואיתם כמובן גם חוקי־יסוד: החקיקה – הבעיות ימשיכו לפגוע ביציבות המשטרית שלנו.



**שער ראשון: על עילת הסבירות**





## האם שלום לעילת חוסר הסבירות הקיצוני?

### מרדכי קרמניצר

בסק הדין של ה-15<sup>1</sup> ביטל את הביטול בפועל של עילת חוסר הסבירות הקיצוני ברמת הממשלה, תוך שהוא מותח ביקורת קשה על "התיקון" (שיותר משהיה תיקון היה קלקול).<sup>2</sup> לביקורת היו שותפים גם שופטי המיעוט.<sup>3</sup> עם זאת, השופטים – גם שופטי הרוב – הסתמכו על אופיו הקיצוני של התיקון, והושמעו הערות בדבר דלת פתוחה מבחינה חוקתית לתיקון קיצוני פחות.<sup>4</sup> מכאן עולה הזמנה לדיון בשני היבטים קשורים של עילת חוסר הסבירות

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: בג"ץ הסבירות).

2 כך, לדוגמה, הנשיאה חיות ציינה כי מדובר ב"תיקון קיצוני וחריג בכל קנה מידה" (שם, בפס' 176 לחוות דעתה), והשופטת ברון הבהירה כי "התיקון לחוק היסוד הוא מעשה חקיקה גורף וקיצוני במיוחד" (שם, בפס' 26 לחוות דעתה).

3 לדוגמה, השופט סולברג עמד על אופיו "הגורף" של תיקון החוק (שם, בפס' 211 לחוות דעתו), והשופטת כנפי-שטייניץ הבהירה כי "דיון לגיטימי, ואולי נחוץ, על היקפה וגדריה של עילת הסבירות – הוליד חוק חפוז, רחב וגורף, שנגזר במגזריים גסים" (שם, בפס' 39 לחוות דעתה).

4 כך, לדוגמה, השופט עמית ציין כי "אילולא הנוסח הקיצוני והגורף של התיקון, ייתכן שלא היינו נדרשים לסוגיות שבפנינו" (שם, בפס' 128 לחוות דעתו).

הקיצוני: טיבה של העילה והתמודדות עם הביקורות עליה; ושלומה ועמידה של העילה בעקבות הערות השופטים לגבי תיקונים חוקתיים עתידיים בעניינה.

## טיבה של העילה

לעילת חוסר הסבירות יש בסיס מוצק – בראש ובראשונה ברעיון חובות הנאמנות המוטלות על נאמן, הכוללות גם את החובה לנהוג בסבירות, כלומר מתוך אחריות, אכפתיות ותשומת לב (ולא מתוך פזיזות, נמהרות, קלות דעת או סתם סכלות). לא סביר שהנאמן הציבורי, שבידיו סמכויות רחבות בעלות השפעה עצומה על חיי האזרחים והאזרחים והמדינה, מחויב פחות מהנאמן הפרטי. זוהי דרישה מינימלית שכל משרת ציבור ראוי לכהונתו, הפועל בהליך נכון מבחינה מינהלית, לא יתקשה לעמוד בה.

מתבקש להניח שהמחוקק שמעניק סמכות לגורם ברשות המבצעת מתנה במשתמע את הענקת הסמכות בדרישת הסבירות המחייבת את מקבל הסמכות, כשם שהוא מתנה אותה בחובה לנהוג בתום לב ובחובות הנגזרות ממנה, ולכן אין מדובר בעילה נחותה או בעילה סוג ב'. דווקא משום שמדובר בחובה שקל יחסית לעמוד בה והיא אלמנטרית במהותה, מתבקש לראות אותה כתנאי להפעלה כשרה של הסמכות.

העילה נסמכת על שני צירים – הציר הראייתי, כפי שעמד עליו לאחרונה השופט שטיין,<sup>5</sup> והציר המהותי, שעיקרו חוסר סבירות מחמת איזון אינטרסים מעוות. הציר הראייתי הוא למעשה דרך המלך להוכיח כי מאחורי הליך מינהלי והחלטה בקצהו מסתתרת סרחה (איזה שהוא חוסר תום לב) שהוסתרה ולא נגלתה לעין. התוצאה שאי אפשר להסבירה באופן סביר מלמדת על קיומה של אותה סרחה. משום שאין לפני בית המשפט ככלל תמונה מלאה של ההליך בהיבטיו החיצוניים, ובעיקר משום שלא יכולה להיות גישה ישירה למוחו של המחליט, יש הכרח בקיומה של עילה זו. בלעדיה אי אפשר להפעיל ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות ובייחוד על אלה שהן הפסולות ביותר, משום שלידתן בחטא ובהערמה שאפשרה את הסתרתן.

5 שם, בפס' 91-92 לחוות דעתו של השופט שטיין.

אולם אין סיבה טובה לצמצם את עילת חוסר הסבירות לחוסר תום לב לסוגיו השונים. כשם שאין אנו נרתעים מלייחס למשרתי הציבור מניעים פסולים וחוסר תום לב, אין להירתע מלייחס להם עייפות, חוסר תשומת לב מספיקה, נמהרות, פזיזות, חשיבה שטוחה ("לא נמגן עצמנו לדעת") ובמקרים קיצוניים גם רמה נמוכה של המחליט שאינה מאפשרת לו הבנה של הסוגיה. גם את אלה אי־אפשר להוכיח ישירות, אך אפשר לעמוד עליהם מטיבה של החלטה שהתקבלה – כזה המעורר תמיהה גדולה שאין לה הסבר מניח את הדעת. האפשרות שאחד המצבים האלה עומד מאחורי החלטה שלא ניתן להבין, ולא דווקא חוסר תום לב, אינה פחות סבירה מרעותה, והיא ככלל פחות מחמירה עם המחליט; ולכן מתבקש מבחינת ההוגנות להביאה בחשבון. מצב נפש או דעת כזה עלול להביא לכך ששיקול דעת של ממש כלל אינו מופעל, או שהמחליט נכשל משום שהוא ממהר להיאחז בשיקול יחיד ולהעניק לו את מלוא המשקל או משקל מופרז מאוד, או שנדחק אצלו לקרן זווית שיקול משמעותי וחשוב הראוי למשקל נכבד. אין מדובר בשקלול שאינו אופטימלי או בשקלול בלתי נכון או מוטעה, אלא בשקלול הלוקה בעיוות מובהק, זועק. אין חולק על החובה לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים ורק אותם, אולם קשה לדעת אם החובה קוימה בפועל במקרה נתון. כיצד נדע שהחובה התקיימה, שהרי כל ייעוץ משפטי שרמתו סבירה ידאג לפרט ולהציג את השיקולים הללו, ורק אותם, במלוא יפעתם. היש בכך הוכחה שהם באמת נשקלו? והאם יש הבדל של ממש בין אי־מתן משקל כלל לבין הענקת משקל אפסי או קרוב לאפס לשיקול משמעותי; ובין המשקל הקרוב לאפס לבין המשקל הזניח? לכן לא ברור שאפשר להבחין היטב הבחנה אנליטית בין שני הצירים השונים של חוסר סבירות, ומכל מקום אין הצדקה לצמצם את העילה רק לראשון.

טיעונים שונים שהועלו נגד העילה בכלל, ונגד מתכונתה האיזונית בפרט, התגלו כחלשים – גם משום שהתיאור של התפתחות העילה בפסיקה לא היה מדויק, כפי שהיטיבה להראות השופטת רות רונן.<sup>6</sup> לא הוטלה על משרתי הציבור באמצעות העילה חובה שהם מתקשים לעמוד בה ושמדירה שינה מעיניהם. האמת היא שקל מאוד לעמוד בחובה אם יש כישורים מינימליים לתפקיד, ואם ניגשים לקביעת מדיניות באחריות המתבקשת ובראש פתוח ומתנהלים לפי ההליכים המקובלים והנדרשים במשפט המינהלי. לעומת זאת, השימוש בעילת חוסר הסבירות הוסיף הן ממד של הרתעה מפני עשייה פסולה (שכן היא משנה דרמטית את הסיכוי שהפעולה תסוכל) והן דריכות בריאה בשירות הציבורי הפועל בתום לב, דריכות שמושגת בכל עבודה שיש עליה פיקוח וביקורת. ההשפעה הזו משתרעת על

אלפים רבים של החלטות, שרק אפס קצה שלהן מגיע לבית המשפט. ניתן גם כלי חשוב לייעוץ המשפטי, המאפשר לו לעשות נאמנה את מלאכתו החשובה ורחבת ההיקף. מבין התרומות הספציפיות שהשיא השימוש בעילת חוסר הסבירות על שתי פניו אזכיר אחדות: חיזוק טוהר המידות בשלטון, פיתוח ההגנה על חופש הביטוי על היבטיו השונים – שבלעדיו מאבדת הדמוקרטיה את לשד עצמותיה, והטלת הרסן המתחייבת על ממשלת מעבר.

לא נוצר כאן סוס פרא משולח רסן. יש ארבעה מנגנוני ריסון הטבועים בהפעלת הביקורת השיפוטית בעילה זו, שלא אפרט כאן. התאוריה בדבר ריסון התגלגלה לפרקטיקה של ריסון.

הפסיקה בנתה מערך שלם של אמות מידה המנחות את השימוש בעילה, תוך יצירת הבדלים והבחנות בין מקרים שונים לעניין מידת האיפוק והריסון השיפוטיים המתבקשים. בצד שיעור ההתערבות הלא גבוה, במקרים רבים תוך החזרת הנושא לשולחן העבודה שלו, נהנה השלטון, הסובל מרמת אמון נמוכה, מלגיטימציה ניכרת לפעולותיו במקרים הרבים שבהם העתירות נדחות.

בניסוח שונה במעט נטען שהעילה, כפי שהתפרשה, מאפשרת לשופט לשים עצמו בנעליו של משרת הציבור ולהחליט במקומו. טענה זו אינה נכונה. עילת חוסר הסבירות, גם זו שהומשגה על ידי השופט ברק בעניין דפי זהב<sup>7</sup> (ובניגוד למה שמייחסים לו לעיתים), מצטמצמת לחוסר סבירות קיצוני היורד לשורשו של עניין, המאפיין החלטות שנמצאות מחוץ למתחם הסבירות. כלומר שופט השם עצמו בנעליו של המחליט – פועל בניגוד לדין.

באשר ליחסים בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת, טעו המבקרים בכך שלא הביאו בחשבון את התמונה הכוללת – את החולשה הניכרת, יוצאת הדופן, של ישראל בכל הנוגע לאיזונים וריסונים, ואת הכוח העצום, כמעט ללא אח ורע, המפוקח רק במעט, שיש בישראל לרוב הפוליטי ולרשות המבצעת.

חשוב לא פחות, במאזן החשש הבריא מפני רשויות השלטון התברר, כאמור, כי החשש מפני בית משפט טורפני, הלוקה בתאוות כוח בלתי מרוסנת, לא היה אלא צל הרים. לעומת זאת, האשראי שניתן לשלטון כרוצה בטוב, ככזה שאין מקום ליראה גדולה מפניו, נמצא בלתי מוצדק ומוטעה לחלוטין. חשוב מכך, ומתייחס גם לעתיד: חדות השיניים של הביקורת

7 בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980) (להלן: עניין דפי זהב).

השיפוטית תלויה באיכותו של השלטון – במידה שבה ערכים כגון טוהר מידות, הגינות, דאגה לכלל, מקצועיות, מצוינות, ממלכתיות, ריסון ואיפוק מופנמים על ידו והם נחלתו. כאשר יש הפנמה מוצקה כזו אפשר להסיג את הביקורת השיפוטית. כאשר מצב הדברים הוא הפוך, מתבקש להגביר ולהעצים את הביקורת השיפוטית.

במשפט המשווה אין בסיס לביטול או לצמצום של עילת חוסר הסבירות; להפך. מוזרה, לכן, ההתרפקות הישראלית על פסק דין ונסברי, בשים לב להתפתחות במשפט האנגלי ובשיטות משפט אחרות.<sup>8</sup> אם זו המגמה במדינות שהתרבות הפוליטית בהן טובה משלנו, נשמט הבסיס מתחת לעמדה המצדדת בכיוון העילה. מוזר גם שהדיון הביקורתי בחוסר הסבירות מתקיים תוך התעלמות מאחותה החוקתית – המקום שממלאה הסבירות במבחן המידתיות החל על חקיקה של הכנסת. או שמא ביטול עילת חוסר הסבירות הוא למעשה מהלך מקדים שאחריו תבוא מתקפה על מבחן המידתיות השלישי.

נטען גם כי יש קושי מיוחד ובלתי עביר בקביעה בדבר חוסר סבירות קיצוני, בשל עמימותה; שופטים אינם כשירים לקבוע סבירות או היעדרה. אין עדיפות להליך השיפוטי כגון דא על פני ההליך המינהלי. ההכרעה בשאלת הסבירות אינה בהכרח קשה יותר מאשר, למשל, הכרעה בשאלת התכלית המדויקת שהמחוקק מבקש לקדם באמצעות סמכות שהעניק. דווקא ההיבט האינטואיטיבי מסייע מאוד לקבוע אם מדובר בחוסר סבירות קיצוני (ובלבד שמדובר בחברה בריאה הנשענת על יסודות נורמטיביים מוצקים, המקובלים על הכלל).

עילת חוסר הסבירות אינה בת יחידה בעמימותה בנוף המשפטי. בשל היחס בין נורמות סגורות לבין המציאות המורכבת, ספק אם שיטה משפטית יכולה להתקיים ללא שימוש במושגי שסתום (פורמליים או בלתי פורמליים) כדוגמתה. דווקא לשופטים יש ניסיון ומיומנות בקביעות המתייחסות לסבירות. מדובר במושג מרכזי שיש בו שימוש רווח בענפי המשפט השונים. יש להליך השיפוטי יתרונות ברורים על פני ההליך המינהלי, שלא אפרט כאן.

עולה מן האמור גם שמופרכת הטענה שמדובר בעילה שולית, שאפשר להסתדר בלעדיה תוך שימוש בעילות ביקורת אחרות. מסוכנת ממש היא הטענה שאפשר להסתדר בלעדיה באמצעות אפיקים חילופיים לביקורת שיפוטית. מה שמוצג עכשיו כהזמנה ליצרניות שיפוטיות יתגלגל בעתיד להאשמה כלפי בית המשפט, שלפיה הוא נוהג ב"הבה נתחכמה

8 ראו בהקשר זה בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 68-69 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז.

לו" והאפיקים האלה משמשים בידי לעקיפת התיקון החוקתי, תוך שהוא חורג מסמכותו ומבזה את חוק היסוד.

## האם שלום לעילת חוסר הסבירות הקיצוני?

לא ברור מה מצא בית המשפט להזמין את המחוקק להמשיך ללכת בדרך שבה החל לצעוד ולצמצם את עילת חוסר הסבירות – בין להחזרת העילה למצב המשפטי שקדם להלכת דפי זהב (הן לשיטת מי שהפעילו פרשנות מצמצמת לתיקון והן לשיטת אחרים),<sup>9</sup> בין לצמצומה להחלטות של הממשלה במליאתה (כאילו יש בכך ערובה להחלטות מקצועיות וענייניות) או להחלטות כאלה שעניינן מדיניות כללית של הממשלה, ובין להגבלתה למינוי ופיטורין של שרים. אם הבסיס לכך מתיימר להיות הביקורת על עילת חוסר הסבירות הקיצוני כפי שהתפתחה בפסיקה, ניסיתי להראות שהביקורת הזו אינה מוצדקת.

לא ברור כלל שסלילת הדרך לתיקון חוקתי שטרם בא לעולם היא מתפקידו של בית המשפט. יש חשש שדברים ייאמרו על ידי השופטים מבלי שעמדו (שיכלו לעמוד) במבחן הבדיקה הקפדנית, ולכן יכולה לצאת מהם תקלה. בית המשפט עלול להיקלע למצב שבו הוא אינו בן חורין לגמרי להעביר הוראת חוק תחת שבט ביקורתו משום שיש לו יד בהבאתה לעולם, הוא שהזמין אותה. יש חשש שתיקון נקודתי כזה, שלא ברורה משמעותו ולא ברור היקף תחולתו, ייצור גם הוא אי־בהירות לגבי המצב המשפטי החדש, ותוצאתו תהיה בוקה ומבולקת; הוא עלול לייצר חזית חדשה, שבה יוכלו אויבי הבית המשפט לייחס לו אי־כיבוד של התיקון החוקתי.

מאחר שלשלטון יש עניין מובנה מובהק בכך שהפיקוח השיפוטי עליו יהיה חלש ככל האפשר, כי כך נוח יותר, עדיף שמלאכת העיצוב והיישום של עילות הביקורת השיפוטית תהיה בידי בתי המשפט, כפי שמלמדת גם התפתחותן של עילות אלה בשיטות המשפט השונות. מכאן שאם בכלל, מצופה היה מבית המשפט שיזמין את הכנסת להניח ידה מעילות הביקורת השיפוטית.

ברור שאפיון כלל החלטות הממשלה כהחלטות של מדיניות כללית אין בו אמת. גם הרעיון שיש להגן על השלטון מפני התערבות שיפוטית בהחלטות של מדיניות אינו יכול להיות מוחלט אלא אם מבקשים להעניק חסינות גם למדיניות משיחית, המבקשת לממש חזון אלוהי, והמפקיעה עצמה מלכתחילה מן הרציונליות. לרשות הפוליטיקה עומד מרחב גדול מאוד של חופש פעולה, אולם גם הוא אינו יכול להיות בלתי מוגבל.

מזדקרת לעין, גם בהקשר זה, חשיבותה של התמונה הכוללת. הווה אומר: ההסתערות על שיטת השלטון בישראל כדי לרסק כליל את הפרדת הרשויות ולתת כוח בלתי מוגבל בידי הרוב הפוליטי (בעצם, ראשי הסיעות בקואליציה). לכן, אין לחשוך בכנסת שהיא מבקשת לעשות בתום לב לטיוב שיטת השלטון. נדרשים ניתוק קיצוני מן המציאות ועצימת עיניים מוחלטת על מנת שלא לראות זאת.

על הרקע הזה יש לשאול: האם באמת מה שהחברה הישראלית זקוקה לו הוא מעבר של ההפיכה המשטרית מ"זבנג וגמרנו" לחיסול לפי תורת השלבים? האם תפקידם של השופטים הוא לספק כלים משוכללים יותר להפיכה המשטרית?

הרעיון שלפיו במינוי של שרים ובפיטוריהם יהיה אפשר למעשה, ברשות ובסמכות, לנהוג בחוסר סבירות קיצוני לוקה בעצמו בחוסר סבירות קיצוני; ודווקא משום שמדובר במי שעומדים בראש הרשות המבצעת, שאמורים להוביל את המדיניות הציבורית ואת השירות הציבורי, לשמש דוגמה ומופת, להיות מקור לגאווה, לעורר אמון בשלטון, לעודד אזרחות טובה. העובדה שמדובר בראש ובראשונה בסידור עבודה לאריה דרעי,<sup>10</sup> שכרוכה בו חריצת לשון כלפי בית המשפט תוך שבירה של סטנדרט מוסרי מינימלי, מלמדת על טיבו של הרעיון ומגדילה את חרפתו. האם הצורך בשמירה על טוהר המידות בשלטון, שהנחה את בית המשפט בפרשות גנוסר,<sup>11</sup> דרעי<sup>12</sup> ופנחסני,<sup>13</sup> התפוגג או שמא דווקא התחזק שבעתיים?

10 ראו לדוגמה טובה צימוקי ומורן אזולאי "בעקבות פסילת דרעי בג"ץ: הקואליציה תאיץ את ביטול עילת הסבירות" *ynet* (18.1.2023).

11 בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993).

12 בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993).

13 בג"ץ 4267/93 אמיתי - אזרחים למען מנהל תקין וטוהר מידות נ' יצחק רבין ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993).



לא צריך חוש נבואי כדי לדעת שימונו גם עבריינים, ולתפקידים שהם הכי לא מתאימים להם. השרים האלה ימנו את בכירי השירות הציבורי המתווים את דרכו וישתתפו במינוי שומרי הסף, שבמקצועיותם ועצמאותם תלוי שלטון החוק. ככל שהדבר בידיהם, שלטון החוק והמערכת הציבורית יושחתו וינוונו כאשר הדג יסריח מהראש.

נכון שתהיה לבית המשפט סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על מעשי השרים; אבל הגיונה של שיטה כזו נותר תמוה. ההיגיון פועל דווקא לכיוון ההפוך – אין ממנים את החתול לשמור על השמנת. אין מניחים פצצה משום שניתן לנטרלה. אין מחזקים את כוח ההנעה הדמוקרטי באמצעות כיבוי מנוע.

**פרופ' מרדכי קרמניצר** הוא עמית בכיר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה; פרופסור אמריטוס בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. מומחה למשפט פלילי, ציבורי ומינהלי, זכויות אדם, שחיתות שלטונית ומידתיות.

## השירות הציבורי ועילת אי־הסבירות עדנה הראל פישר

שרה בממשלה הורתה על פיטוריו של עובד ציבור בכיר שהציג עמדה מקצועית שאינה מקובלת עליה. הממשלה החליטה לתמוך בהקמת מפעל מזהם במרכז של שמורת טבע. שר אחר החליט על הענקת תמיכות בתחום התרבות רק ליוצרים שהם "לטעמו". ככל שהחלטות כאלה יתקבלו, הרי שעל־פי חוק־יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) התיקון העומד במרכז הדיון שבפנינו [...], שאלת אי־סבירותן לא תוכל להיבחן על־ידי אף ערכאה שיפוטית במדינה. הייתכן?

בשאלות אלו פתחה השופטת דפנה ברק־ארז את הכרעתה בבג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**.<sup>1</sup> פסק הדין ניתן במענה לעתירות שהגישו כמה גופים נגד התיקון לחוק־יסוד: השפיטה, שביקש להגביל את השפיטות לפי עילת אי־הסבירות באשר להחלטות הממשלה ושרים בה (להלן: תיקון חוק היסוד).

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בעמ' 608, בפס' 1 (אר"ש 1.1.2024) (להלן: פסק דין הסבירות).

השאלות ממחישות היטב סיכון גדול, בדומה לראש קרחון הצף מעל לפני המים המעיד על גודלו העצום פי כמה וכמה מתחת לפני המים. היבטים מרכזיים של אותו סיכון פורטו גם בידי שופטים נוספים בפסק הדין. במאמר קצר זה אבקש להאיר את סוגי הסיכון העיקריים אשר היו גלומים בתיקון חוק היסוד לפעילות של הרשות המבצעת והשירות הציבורי. בייחוד, ואף שהדברים קיבלו בולטות פחותה בפסק הדין, אבקש להדגיש מדוע הגבלת השפיטות לפי עילת הסבירות טמנה בחובה סיכון רעיל במיוחד לפעולתו של כלל השירות הציבורי, ולא לתחומים מוגבלים בתוכו בלבד, ולפגיעה אנושה בציבור הרחב.

## דרג נבחר, דרג מקצועי־פקידותי וסבירות

---

הרשות המבצעת מורכבת משני רבדים עיקריים המחויבים בחובות אמון ונאמנות לכלל הציבור: רובד נבחרי הציבור – הרובד הפוליטי, המוביל את קביעת מדיניות הממשלה; והרובד המקצועי־פקידותי – שעומו נמנים עובדי הציבור ואשר מאפשר את פעולת הרשות המבצעת. מטבע הדברים נבחרי הציבור נושאים בתפקידיהם לפרקי זמן קצובים, הם לא בהכרח מומחים לנושאים שהופקדו עליהם, והמרחב הפוליטי שהם פועלים בתוכו משרה על שיקול דעתם גם שיקולים פוליטיים קצרי טווח. לעומתם, הרובד המקצועי־פקידותי אמון על תשתיות הידע והמומחיות המקצועיים ועל ההסתכלות ארוכת הטווח, והוא בעל ניסיון מצטבר במגוון תחומי האחריות של הרשות המבצעת. לפיכך, על הרובד המקצועי־פקידותי להשתתף באופן מובנה בגיבוש של מדיניות הממשלה. עליו לבחון הצעות מדיניות על יסוד הבנתו המקצועית, להביע עמדה על יישומן והשלכותיהן ולהציע חלופות במידת הצורך. ככלל, הרובד המקצועי־פקידותי הוא גם המופקד על היישום ועל הביצוע של החלטות המדיניות ברמה הפרטנית, אף שלא אחת הסמכויות מוקנות בחוק לנבחר הציבור ומואצלות ממנו לעובד הציבור.

כמצוטט בפסק הדין על ידי שופטים אחדים, מפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת **אמונה**, חשיבותה העיקרית של עילת אי־הסבירות נעוצה בכך שהיא "בוחנת את ראצינוליות המעשה המנהלי"<sup>2</sup>. התיקון לחוק היסוד ביקש להגביל את הביקורת השיפוטית על סבירות

2 בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האשה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, 486-487 (2007).

שיקול הדעת ועל פעולות הממשלה והשרים בלא שתיפגע לכאורה עצם חובתם לפעול בסבירות. ממילא אין מחלוקת שהרובד המקצועי־פקידותי מחויב לפעול בסבירות. דא עקא, כפי שקבעו שופטים אחדים, שהיעדר ביקורת שיפוטית על החובה לפעול בסבירות מקים ספק אם זו תוסיף להתקיים הלכה למעשה אצל נבחרי הציבור, "וכבר נפסק כי 'באין דיין ייעלם אף הדין עמו'"; כדברי הנשיאה חיות.<sup>3</sup> כמפורט להלן, באין דיין על נבחרי הציבור, היה הדין עלול להתפוגג גם מפעולת הרובד המקצועי־פקידותי.

## השלכות התיקון על פעולת השירות הציבורי

עיקר הדיון בפסק הדין בהשלכות התיקון על פעולת השירות הציבורי מתמקד בהליכי המינוי והפיטורים שנתונים בידי הממשלה ובידי שרים, בדגש על שומרי סף ורגולטורים, ובסיכון שכרוך בכך להחלשת מעמדם ולפגיעה באי־תלותם המקצועית ובעצמאות של שיקול הדעת שלהם. תוצאה רלוונטית אחרת שנדונה בהרחבה בפסק הדין היא צמצום הזכות לקבל סעד שיפוטי של מי שאינטרסים או זכויות שלהם נפגעו בהחלטת ממשלה או שר.

## השלכות אי־הסבירות על מינויים ופיטורים

היעדר ביקורת שיפוטית על מינויים ופיטורים לא־סבירים עלול להשפיע על זכויותיהם האישיות של עובדי ציבור כעובדים; ובנוסף – להשפיע על היבטים ציבוריים של פעולתם: על התאמתם לתפקידם, על טיב פעולתם כעובדי ציבור ועל פעולתו של השירות הציבורי ככלל. אלה עלולים לפיכך להשפיע גם על הציבור הרחב.

ואלה ההשלכות העיקריות המפורטות בפסק הדין:<sup>4</sup>

3 פסק דין הסבירות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 85, בפס' 160.

4 פסק דין הסבירות, לעיל ה"ש 1, אצל שופטים שונים. וראו לדוגמה: השופט עמית, בעמ' 290–295, בפס' 89–94; השופט פוגלמן, בעמ' 442–443, בפס' 22; השופטת ברון, בעמ' 554–555, בפס' 28; השופטת ברק־ארז, בעמ' 624, בפס' 39.

- בחינה של אי־סבירות מינויים הנעשים בידי הממשלה והשרים היא מפתח למניעת מינויים של מי שאינם מתאימים לתפקידם, בין של מי שכישוריהם אינם מספיקים ובין של מי שטוהר המידות שלהם לקוי, שהשיקולים לבחירתם לא אזונו כראוי, או שמינויים מקדם אינטרסים לא לגיטימיים, כגון קרבה אישית או אינטרס פוליטי, על פני התאמה לתפקיד;
- עובדי ציבור שהם מינויים לא ראויים משום שהם אינם כשירים לתפקידם או שמינויים מונחה על ידי שיקולים שאינם מקצועיים, כמו אינטרסים קצרי טווח של השלטון, יבצעו את תפקידם באופן שאינו תואם את טובת הציבור, פוגע באינטרס הציבורי ושוחק את תפקודו המקצועי של השירות הציבורי;
- מינויים לא ראויים יוצרים אפקט מצנן על המשך שירותם של עובדי ציבורי ראויים, מכרסמים במוטיבציה שלהם ודוחקים אותם אל מחוץ לשירות הציבורי;
- בחינת אי־סבירות של פיטורים היא מפתח למניעת פיטורים שרירותיים או פיטורים שסיבתם האמיתית היא קבלת החלטות או הבעת עמדות מקצועיות שאינן רצויות לשרים;
- החשש מפיטורים לא מוצדקים שאין עליהם ביקורת יוצר אפקט מצנן שעלול למנוע מהגורם המקצועי מלקבל החלטה ראויה או להביע עמדה מקצועית שאינה רצויה לנבחר הציבור, לאיים על העצמאות של שיקול הדעת שלו ועל איתנותו ולפגוע בטובת הציבור;
- פיטורים לא מוצדקים יגרמו עוול למפוטרי וימנעו מהציבור את המשך כהונתו של מי שמתאים לתפקידו;
- מינויים לא ראויים ופיטורים לא מוצדקים שוחקים את אמון הציבור ברשות השלטונית.

## שומרי הסף והרגולטורים

בפסק הדין מושם דגש, בידי שופטים שונים, על החשש מפגיעה בעצמאות שיקול הדעת ובא־איתנות של שומרי סף מובהקים, ובראשם היועץ המשפטי לממשלה, לנוכח התפקיד החיוני הנתון בידיהם בשמירה על התקינות המינהלית ושלטון החוק, ובכלל זה על טוהר המידות, על ענייניות ההחלטות, על מניעת אפליה ועל מניעת ניגודי עניינים. המילוי התקין של תפקידם של שומרי הסף והרגולטורים עלול להיות מאוים הן על ידי מינויים ופיטורים, כאמור לעיל, הן על ידי עצם הפטור מביקורת שיפוטית על סבירות ההחלטות של נבחר הציבור. כדברי השופט עמית: "ייעוץ משפטי עצמאי ואפקטיבי, שעומד מאחורי חזקת התקינות המינהלית, הוא קו ההגנה הקדמי והפנימי של שלטון החוק. הדבר שמאפשר

לייעוץ המשפטי ברשות המבצעת לעמוד איתן על רגליו הוא הידיעה כי החלטה שאינה סבירה באופן קיצוני תיפסל על ידי בית המשפט".<sup>5</sup>

חשיבות תפקידם של שומרי הסף מתוארת בהרחבה בפסק הדין. בין היתר, מודגש כי הדרג הנבחר מקבל החלטות רבות שאינן החלטות מדיניות גרידא ואשר משפיעות על הזכויות של פרטים. השופטת ברון מדגישה את ההבדל בין בחינת החלטה שלטונית בבית המשפט בדיעבד לבין בחינתה בתוך המנגנון המינהלי כבר בשלב גיבושה ועיצובה ומתוך ידיעה שתעמוד לביקורת שיפוטית. הסיכון מומחש בכך שמניעה מוחלטת מביקורת סבירות כפי שהורה התיקון חלה גם על החלטות פרטניות מופרכות מעיקרן ובלתי מתקבלות על הדעת.<sup>6</sup> השופטים מאירים את חשיבותם של שומרי הסף להבטחת פעילות תקינה של הרשות המבצעת בכללותה ומבהירים את החשש מפני היעדרו של דין בהיעדר דיין.

במעגל הפגיעה המיידית של התיקון, לצד שומרי הסף, צוינו גם המעמד ועצמאות שיקול הדעת של בעלי תפקידים מקצועיים המשמשים רגולטורים ויועצים מקצועיים אשר הממשלה מקבלת את ההחלטה על מינוייהם, כמפורט על ידי השופטת ברק-ארז.<sup>7</sup> לעצמאותם המקצועית יש חשיבות מיוחדת כחלק ממערך איזונים המבטיח ביזור כוח, פיקוח על השלטון המרכזי ומשקל נגד להפעלת כוח לא מרוסן על ידי הממשלה. דוגמאות מובהקות הם הרגולטורים בתחומי התחרות והפיננסים, הצנזור וראשי מערכות הביטחון: "ברי כי ביטולה של עילת הסבירות בכל הנוגע לפיטוריהם של שומרי סף, מעלה חשש מפגיעה בעצמאותם של אותם בעלי תפקידים, אשר עלולים להיות מפוטרים רק בשל כך שהציגו עמדה מקצועית שאינה מקובלת על הממשלה. הגבלת הביקורת השיפוטית בהקשר זה עלולה לטשטש את ההבדלים בין מינויים למשרות אמון שנעשים על בסיס שיקולים פוליטיים ואישיים למינויים של בעלי תפקידים מקצועיים מובהקים, ולהוביל להכפפת שיקול דעתם של שומרי סף לשיקול דעתה של הממשלה".<sup>8</sup> יודגש כי הדברים רלוונטיים הן לקבלת החלטות וקביעת מדיניות בתחומי אחריותם וסמכויותיהם של שומרי סף ורגולטורים (לנוכח חשש מפיטורים נטולי ביקורת), הן לייעוץ לממשלה או לשרים (לנוכח היעדר ביקורת על סבירותן של החלטות שהתקבלו בניגוד לעצה מקצועית).

5 שם, בעמ' 289, בפס' 87.

6 שם, בעמ' 555, בפס' 27.

7 שם, בעמ' 624-627, בפס' 39-46.

8 שם, בעמ' 626, בפס' 41.

## השירות הציבורי בכללותו והרובד הסמוי

בצד התמקדות בהחלטות של נבחרו הציבור ובמעמדם של שומרי הסף והרגולטורים מציינים כמה מן השופטים מעגלי השפעה נוספים של התיקון ואת הסיכון הממשי והעמוק הגלום בהם.

### המעגל הראשון: החלטות נבחרו הציבור

התיקון טמן בחובו השפעה על היקף וסוג ההחלטות שיקבלו שרים במצב שמתקיים בו חוסר איזון בין ביקורת אפקטיבית על החלטותיהם לבין ביקורת על ההחלטות של גורמי המקצוע. במילים אחרות, החשש הוא שהחלטות המתקבלות בדרגים המקצועיים ערב התיקון "יישאבו כלפי מעלה" ויוכרעו על ידי הממשלה או השרים כדי להימנע מביקורת שיפוטית על סבירותם. שהרי אין כל מניעה שכמעט בכל מקרה שנוי במחלוקת ההחלטה תתקבל בפועל בידי השר הנוגע בדבר. כך לפי דיני האצילה, המאפשרים בכל עת את ביטולה של האצילה או את מתן ההנחיות להפעלתה; וכן לפי דיני הנטילה מעובדי ציבור הכפופים לשר. וכן, כדברי השופטת ברק־ארז, "יצירת 'עיר מקלט' מפני ביקורת שיפוטית – החלטות בדרג הממשלתית – עלולה ליצור תמריץ לחקיקה שתעניק עוד ועוד סמכויות דווקא לדרג הממשלתית, ובפרט החלטות המועדות לביקורת שיפוטית"<sup>9</sup>.

מנגד, בחינת אי־סבירות מתחייבת ביתר שאת כלפי ההחלטות של הדרג הנבחר דווקא משום ששיקוליו כוללים גם סוגיות ערכיות ושיקולים פוליטיים.<sup>10</sup> בדומה, כפי שמציינת השופטת ברק־ארז, במשפט המינהלי בארצות הברית קיימת מגמת הרחבה של הביקורת השיפוטית כלפי צווים נשיאותיים המכוונים החלטות של רשויות.<sup>11</sup>

9 שם, בעמ' 645–646, בפס' 89. וכן ראו הנשיאה (בדימ') חיות, בעמ' 75–76, בפס' 142–144.

10 שם, השופט עמיה, בעמ' 274–278, בפס' 71–73.

11 שם, בעמ' 646, בפס' 90. וכן ראו הנשיאה (בדימ') חיות, בעמ' 81–83, בפס' 154–155.

שתי דוגמאות להמחשת העניין אירעו לאחרונה במשרד לביטחון לאומי. האחת, מעורבות לשכת השר בפעולת האגף לרישוי כלי ירייה;<sup>12</sup> והשנייה, התערבות המשרד ברכש ציוד למשטרת ישראל.<sup>13</sup> הדוגמאות ממחישות כיצד נבחר ציבור או הנושאים במשרות אמון מטעמו מנסים, מטעמים שונים, לקבל החלטות מקצועיות במקום גורמי המקצוע. גם הם ממחישות את חשיבותה המיוחדת של הביקורת בעילת אי-הסבירות.

## המעגל השני: השראתו של התיקון על כלל השירות הציבורי

השפעה נרחבת יותר של התיקון קשורה להשראה שהייתה טמונה בו על האתוס והאתיקה הכלליים בשירות המדינה – זאת בהשפעת העובדה שהחלטות של בכירים בממשל נועדו להתקבל ללא הנחיה וביקורת שיפוטית בעילת אי-הסבירות. התנהלות השירות המקצועי בכל רבדיו הייתה עלולה להיות מושפעת מכך עד כדי חשש לפגיעה במקצועיות, ביושרה ובאתיקה של הרובד המקצועי-פקידותי בכללותו. כדברי השופט עמית: "ביטול עילת הסבירות יאפשר לממשלה ולכל שר בממשלה לקבל החלטות שהשיקול שבבסיסן אינו מקצועי, ובמקרה הטוב, תוך אמירה לפרוטוקול, כדי לצאת ידי חובה, כי לא נעלם מעיניו השיקול המקצועי. לא ניתן להפריז בחשיבות ההשלכות שיש להיבט זה על הדרגים המקצועיים בכל משרדי הממשלה".<sup>14</sup>

מעגל השפעה שני זה היה ראוי לתשומת לב מיוחדת בשל ההיקף הרחב במיוחד של ההשפעה הטמונה בו: הידיעה שהחלטת הגורמים הממונים אינה מחויבת בסבירות הייתה עתידה להשפיע על הדרך שבה עובד ציבור מגבש את התייחסותו להצעות מדיניות ולהצעות החלטה או להצעת חלופות להן. ההשפעה הייתה עלולה לחלחל לכל הדרגות והדרגים, גם אלו שאינם כפופים באופן ישיר ומיידי לסמכויות המינויים והפיטורים של הממשלה והשרים. שיקולי סבירות מקצועית ועניינית היו עלולים להידחק החוצה מן ההנמקות שמכילים גורמי המקצוע לדרג הנבחר, ובשלב השני גם מן ההצדקות הפנימיות במסגרת השיח המקצועי. אם ההסתמכות על סבירות לא תניב בהכרח תוספת הערכה של הממונים ולא תהיה אמת מידה לבחינת החלטותיהם, הרי ש"איתות" על אודות ההחלטה

12 פרוטוקולים של ישיבות הוועדה לביקורת המדינה, הכנסת, 21.11.2023 ו-29.11.2023.

13 רוני זינגר "חשיפה: המשרד לביטחון לאומי רכש אפודי מגן שחוררו בבדיקה בליסטית, המשטרה מסרבת לקבל אותם" שומרים 31.12.2023.

14 פסק דין הסבירות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 296, בפס' 96.



הרצויה בעיני הדרג הנבחר עלול להיות בעל השפעה על אופן גיבוש ההמלצה המועברת לדרג הנבחר ועל "תכנון נתיב ההחלטה". כל סביבת עבודה מושפעת מן הנורמות של ראשי המערכת, ואי אפשר לקיים לאורך זמן ובאופן בר-קיימא מערכת שיש בה שתי מערכות של ערכים המתקיימות זו בצד זו בעת ובעונה אחת.

גם משומרי הסף אי אפשר לצפות כי יצליחו לשמור על מערכת ערכים מקבילה כאשר הם מוחלשים בידי העומדים בראש המערכת, כאשר המקצועיות והענייניות הן לא נתיב הכרחי להערכת החלטות ובחינתן, וכאשר יש "נתיב עוקף" בדמות החלטת שר. שומר הסף או הרגולטור אינם פועלים בחלל ריק, ופעולתם קשורה לבלי התר באנשי המקצוע והפקידים, כל אחד בתחום המומחיות שלו. המערכת השלטונית כולה נשענת על הגורם המקצועי הפקידותי המומחה בתחומו ועל מחויבותו לאתוס הפעולה לטובת הציבור ולאתיקה של פעולה עניינית ומקצועית.

שיקול הדעת המקצועי מופעל בידי איש המקצוע, ושומר הסף מעניק לו רק הנחיה בדבר הפעלת אופן שיקול הדעת והגנה מפני התערבות לא ראויה בשיקול דעתו. דוגמה מובהקת לחשיבות של עמוד השדרה הפקידותי היא פרשת המעדנייה במשרד הבריאות, שפורסמה בזמן כהונת שר הבריאות יעקב ליצמן. לפי הפרסומים, המחויבות של פקחי שירות המזון לבריאות הציבור הצליחה לעמוד בפני לחצי השר, שביקש למנוע סגירת מעדנייה שהוא חפץ ביקרה למרות זיהום חמור של מזון שהתגלה בה.<sup>15</sup>

האינטרס הציבורי בקיומה של פעולה תקינה ומקצועית של השירות הציבורי מתבטא בטיב הפעולה השוטפת של השירות הציבורי, היום-יומית, במגוון הרחב של פעולות הממשלה בתחומי האחראיות שלה. חלק מרכזי של פעולה שוטפת זו תלוי בעובדי הציבור מן השורה, אלה שהם לא בהכרח שומרי סף או רגולטורים עצמאיים, אלא אחראים לביצוע תפקידם כל אחד בתחומי המומחיות שלו. כדברי השופט עמית: "עובדי הציבור [...] הם עמוד השדרה של השירות הציבורי [...] עובד הציבור נדרש להיות נקי-כפיים ובר-לבב, ממלכתי, מקצועי, אי-פוליטי, שנתונו האישיים, השכלתו ונסיונו המקצועי מתאימים לתפקיד אותו הוא ממלא במערכת".<sup>16</sup>

15 פרשה זו נמחקה מכתב האישום בהסדר טיעון בפרשת מלכה לייפר ועניינה לא הוכרע על ידי בית המשפט.

16 פסק דין הסבירות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 293-294, בפס' 92.

## סיכום

השחרור מחובת הפעולה בסבירות של השרים והממשלה באמצעות מניעת ביקורת שיפוטית בעילת אי-הסבירות היה עלול – אלמלא ביטולו של התיקון – להשפיע על כלל הפעילות של הרשות המבצעת, ולא היה אפשר לבודד את השפעתו לתחום מוגבל. נוסף על ההשלכות המשמעותיות בתחום המינוריים והפיטוריים, עצמאות שיקול הדעת ואי-התלות של שומרי הסף והרגולטורים, הודגש כיצד התיקון היה עלול לחלחל לשדרות נרחבות של השירות הציבורי וגם לרבדים סמויים. הסיכון שהיה טמון בו היה עלול להשליך על אופן הפעולה של כל הרשות המבצעת והשירות הציבורי ועל הפעולה של כל אחד ואחת מעובדי ועובדות הציבור, שחיי הפרט והכלל בישראל תלויים בהם, ברמתם המקצועית ובאופן תפקודם.

**עו"ד עדנה הראל פישר** היא עמיתת מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה וראשת התוכנית לאתיקה שלטונית ומאבק בשחיתות במכון. מילאה תפקידים בכירים בייעוץ המשפטי לממשלה ושימשה היועצת המשפטית למשרד המדע התרבות והספורט.

## חזק מבחוץ, שברירי מפנים שלטון החוק בפסק הדין נדב דגן

פסק הדין בבג"ץ 15658/23 הוא מהחשובים שבדברי ימי בית המשפט העליון. לראשונה בתולדות ישראל נדרש בית המשפט להתמודד עם החלטה של הכנסת לשתול בחוק יסוד הוראה השוללת באופן מוחלט וגורף ביקורת שיפוטית כלשהי על החלטות של הממשלה ושל שריה "בעניין סבירות ההחלטה"<sup>2</sup>. בכך מבקשת ההוראה הנדונה לחסל, הלכה למעשה, את המערך הנורמטיבי שנבנה במשפט המינהלי לבנה על גבי לבנה מאז קום המדינה ולשחרר את הממשלה ושריה מעול הדין.

בפסק הדין נקבע, בדעת רוב, כי התיקון לחוק היסוד בטל. 12 שופטים מתוך 15 שופטי בית המשפט העליון קבעו באופן ברור, מפורש, מנומק וחד־משמעי כי סמכותה של הכנסת לקבל חוקי יסוד חדשים ולשנות חוקי יסוד קיימים מוגבלת, ובית המשפט הגבוה לצדק הוא הגוף המוסמך לדון ולהכריע במחלוקות בדבר התוקף המשפטי של חוקי יסוד. השופטים אף הסכימו, באופן כללי, כי המגבלות המהותיות על חקיקת היסוד של הכנסת הן אופייה

1 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: פסק הדין).

2 ראו חוק־יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), ס"ח התשפ"ג 3066.

היהודי של המדינה וטבעה הדמוקרטי. רכיב חיוני בדמוקרטיה הישראלית שהוטעם חזור והטעם הוא שלטון החוק, ומפסקי דינים של שופטי ההרכב נהיר כי שלטון החוק הוא תנאי שבלעדיו אין לקיומה של דמוקרטיה בישראל.

אם כן, פסק הדין חיזק את מעמדו של שלטון החוק בישראל וביצר את ההגנה עליו. מעתה פשוט וברור כי רשויות השלטון אינן מוסמכות לבטל את שלטון החוק או לפגוע בו מעבר לרף מסוים בשום צורה ואופן. לשום רשות אין סמכות לבטל את שלטון החוק: להלכה או למעשה, בפעולה, בהחלטה, בחקיקת משנה, בחקיקה ראשית, בחקיקת יסוד או בכל דרך אחרת. אכן, במישור העקרוני, כשפסק הדין נבחן ברמה גבוהה למדי של הפשטה ושל כלליות, יש בו העצמה משמעותית של שלטון החוק.

ואולם קריאה מעמיקה של פסקי הדין מאת שופטי ההרכב מציינת תמונה מורכבת יותר. בעוד ההגנה העקרונית והמופשטת על שלטון החוק התחזקה, אחדים מפסקי דינים של שופטי ההרכב מאיימים לדלל עד מאוד את משמעותו של שלטון החוק ואת ביטוייו המעשיים במשפט המינהלי ולהפכו לרעוע מבעבר. היות שהמשפט המינהלי מסדיר את חלק הארי של הפעילות השלטונית בישראל, דילולו עלול לרופף את שלטון החוק ולכרסם ביסודות הדמוקרטיה הישראלית.

דילולו והחלשתו של שלטון החוק במשפט המינהלי באים לידי ביטוי בניתוחים ובתיאורים שגויים של דרישת הסבירות בישראל ובאנגליה. ניתוחים ותיאורים מסוימים הם שגויים כשלעצמם, ואחרים מטעים בשל תלישותם וחלקיותם או אי־הדיוקים הטבועים בהם. המסקנות העלולות לנבוע משגיאות אלה הן החלשת שלטון החוק. ההחלשה תתבטא, בראש ובראשונה, בשינוי יסודי של מערך דיני שיקול הדעת במשפט המינהלי אך גם, במידת מה, בשינוי תפיסתי שעלול להשפיע על מערכות דינים אחרות, לרבות דיני ההליך המינהלי.

## ניתוחים שגויים של סבירות

שופטי ההרכב, כמעט כולם, הפליגו בתיאורים ובניתוחים עצמאיים של דרישת הסבירות, שורשיה ההיסטוריים והתפתחותה במשפט המינהלי הישראלי, ודיונים אלה הם נתח נכבד מפסק הדין. בניתוחיהם של אחדים משופטי ההרכב בלטו כמה מאפיינים קשים ומוקשים. על רקע מגבלות המקום והפורמט יידונו בקצרה שלושה מהם.

ראשית, בניסיון ליצור רושם מוטעה כאילו הסבירות המוכרת במשפט הישראלי בן זמננו צמחה יש מאין או, לכל הפחות, שינתה לחלוטין את תצורתה ומשמעותה בשנת 1980 בפרשת דפי זהב,<sup>3</sup> נוצר בכמה מפסקי הדין של שופטים בהרכב מצג כפול: (א) הסבירות הישראלית שונה בתכלית השינוי ממקורותיה האנגליים; (ב) הסבירות הישראלית של השנים 1948-1979 שונה לחלוטין מהסבירות הישראלית של השנים 1980-2023.

מצג זה בולט במיוחד בפסקי דינם של שופטי המיעוט: הן השלושה שסברו כי חרף הקשיים בתיקון לחוק היסוד, ואף על פי שעל סמכות חקיקת היסוד של הכנסת מוטלות מגבלות משפטיות אכיפות, יש לפרשו באופן שהתיקון מבטל "רק" את הסבירות של השנים 1980-2023;<sup>4</sup> הן השניים שסברו כי אין גבולות וסייגים לחקיקת היסוד של הכנסת.<sup>5</sup> כן יש לו אחיזה מסוימת, גם אם חלקית וחלשה יותר, בדעת הרוב.<sup>6</sup> מצג זה שגוי הן בפן העובדתי, הן בפן הנורמטיבי.

בפן העובדתי וההיסטורי דין הסבירות במשפט האנגלי בהחלט לא "נוסד בהלכת ונסבורי הידועה" משנת 1950.<sup>7</sup> פרשת ונסברי היא נקודה אחת בלבד בפסיקת הסבירות האנגלית המשתרעת על פני מאות שנים. חשוב מכך, משפט הסבירות הישראלי לא התבסס דווקא על פרשת ונסברי. לאמיתו של דבר, פסקי הדין של סבירות מהשנים הראשונות לא אזכרו את ונסברי, אלא פסקי דין אנגליים מוקדמים יותר, ובראשם פסק הדין בפרשת קרוז נגד ג'ונסון משלהי המאה ה-19.<sup>8</sup> גם בשנים מאוחרות יותר הסבירות במשפט הישראלי

3 בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לח(1) 421 (1980).

4 ראו פסק הדין, לעיל ה"ש 1, פסקי הדין של השופטים שטיין, וילנר וכנפיי-שטייניץ.

5 שם, פסק הדין של השופטים סולברג ומינץ.

6 שם, פסק הדין של השופט כבוב.

7 שם, בפס' 96 לפסק דינו של השופט שטיין; Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp. [1948] 1 K.B. 223

8 Kruse v. Johnson, [1898] 2 QB 91 (CA) (Eng.) ראו לדוגמה ע"פ 40/49 נחמיאס נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ג 127 (1950); בג"ץ 21/51 ביננבוים נ' עיריית תל אביב, פ"ד ו 375 (1952); בג"ץ 57/53 טבק הויז, הלפרין, ומ. הרץ שותפות רשומה נ' עיריית חיפה, פ"ע יג 266 (1953).

ובמשפט האנגלי נותרה דומה להפליא, ודין הסבירות הבריטי העדכני הוא ביקורת שיפוטית בעצימות משתנה המבוססת על בחינת המשקל שניתן לשיקולים הרלוונטיים.<sup>9</sup>

בפן הנורמטיבי, המצג בדבר הסבירות בישראל מעורפל ושגוי. הוא עמום כי אין בו שום הסבר מהו תוכנה של "הסבירות הישנה", אם אכן הייתה כזאת.<sup>10</sup> הוא שגוי משום שהסבירות בישראל תמיד נסבה סביב החשיבות הקבועה בדין לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים – משקל בלשון מטאפורית,<sup>11</sup> ואין שום דרך להצדיק דרישה עצמאית של סבירות בישראל, באנגליה ובשיטות דומות אחרות או להסביר את טיבה זולת הקניית חשיבות הולמת לכל שיקול רלוונטי.<sup>12</sup>

שנית, כמה מן השופטים מדגישים כי שוני עיקרי בין הסבירות של 1948–1979, לפי חלוקתם, לבין הסבירות של 1980 ואילך הוא שבעוד "הסבירות הישנה" לא הייתה דרישה עצמאית כי אם חלק מדרישת הסמכות, "הסבירות החדשה" היא דרישה עצמאית שהתנתקה מדרישת הסמכות. הבחנה זו מתבססת על המצג השגוי הקודם. בשונה ממנו, אין היא שגויה לחלוטין כשלעצמה. אך תלישותה מכל הקשר עיוני ומשפטי עושה אותה למטעה. ניתוקה המוצדק של הסבירות מדרישת הסמכות מבטא מעבר של מרבית כללי המשפט המינהלי – דיני ההליך וכל דיני שיקול הדעת – מתורה ישנה ובעייתית של המשפט האנגלי, תורת האולטרה-וירס, למשפט מינהלי בוגר ומפותח אשר מורכב מדרישות נפרדות בעלות הצדקה עצמאית.<sup>13</sup>

9 ראו לדוגמה Kennedy v. Charity Commission [2014] UKSC 20, [2014] 2 WLR 808 (SC) (appeal taken from Eng.). להרחבה ראו נדב דגן "מידתיות חוקתית, סבירות מנהלית: הסדרה משפטית של שיקול דעת שלטוני בראי המשפט המקובל" דין ודברים טו 461 (2021).

10 ניתן לטעון כי הסבר כזה מופיע, בדעת יחיד, בפסק הדין, לעיל ה"ש 1, בדברי השופט שטיין, אשר רואה בסבירות מכשיר ראייתי בלבד.

11 ראו גם שם, בפסק הדין של הנשיאה (בדימ') חיות; בפסק הדין של השופטת ברק-ארז; בפסק הדין של השופטת רונן.

12 ראו לדוגמה Paul Craig, *The Nature of Reasonableness Review*, 66 CURRENT LEGAL PROBS. 131 (2013).

13 ראו והשוו לדוגמה Dawn Oliver, *Is The Ultra Vires Rule The Basis of Judicial Review?*, 1987 P. L. 543.

לבסוף, כמה משופטי ההרכב מציגים את הסבירות הישראלית כדרישה ייחודית או מסוכנת, ממש סוס פרא דוהר, בשל בחינת החשיבות היחסית שהעניק בעל הסמכות לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים. טיעון זה הוא גם שגוי וגם רחב בהרבה מדרישת הסבירות. בחיבורים קודמים הסברתי מדוע, לדעתי, אין בכך כל קושי או שלילה של שיקול הדעת השלטוני או של היכולת לקבוע מדיניות. לצורך חיבור זה די להדגיש כי יסוד המשקל אינו ייחודי רק לדרישת הסבירות.

## **דילול והחלשה של שלטון החוק בשלטון**

הקשיים המתוארים בפסק הדין – כל אחד מהם לחוד ובהצטברם יחד – עלולים לסמן התפתחות של המשפט המינהלי לעבר דילול שלטון החוק כפי שהוא בא לידי ביטוי במשפט המינהלי כולו ולעבר רפיון חמור של הביקורת השיפוטית.

קודם כול, המצג שלפיו יש שוני יסודי בין "סבירות ישנה" ל"סבירות חדשה" הוא, כאמור, חסר בסיס. ואולם אף אם היה בו ממש, המדובר בקורפוסים שלמים ונרחבים של הלכות שהתפתחו במשך 43 שנים – רוב שנותיה של המדינה – שעליהם עומד המשפט המינהלי כולו. זניחת הלכות אלה ללא תחליף ראוי, זניחה כליל או לטובת מושג בעייתי ביותר וחסר פשר של "סבירות ישנה", מותירה חלל שאינו בר־מילוי בהיקף ובמסגרת זמנים מתקבלים על הדעת ומתירה, למעשה, פעולות שלטוניות שאינן על פי דין.

שנית, כאמור, התבססותם של שופטים אחדים על הטענה שהסבירות שינתה את פניה בהופכה לדרישה עצמאית במשפט המינהלי היא מוקשית ומטעה, שכן היא איננה ייחודית לסבירות כלל ועיקר.<sup>14</sup> טענה דומה נכונה באותה מידה, לשם המחשה, לגבי האיסור על שקילת שיקולים זרים, חובת השימוע והיעדר משוא פנים. במילים אחרות, טענה זו שלפיה הסבירות שינתה לחלוטין את פניה בשל הניתוק מדרישת הסמכות לפי תורת האולטרה־וירס, והמסקנה הנובעת ממנה, לפי הנרמז, כאילו "הסבירות החדשה" היא התפתחות בעייתית או מרחיבה, חלה על מרבית חלקי המשפט המינהלי. לפיכך אם תאומץ גישה כזאת היא תחליש ותדלל את המשפט המינהלי לאורכו ולרוחבו.

14 ראו גם פסק הדין, לעיל ה"ש 1, בפס' 9 לפסק הדין של השופטת רונן.

ושלישית, אימוץ הביקורת על בחינת החשיבות היחסית (המשקל) של השיקולים הרלוונטיים חלה אף היא על שאר חלקי המשפט המינהלי. היא חלה ללא צל של ספק על המידתיות (שבה נתלו חלק מהשופטים כדי להסביר שפגיעת התיקון לחוק היסוד בשלטון החוק אינה בגדר שבירת כלים), משום שמבחן המשנה השלישי של המידתיות הוא מבחן של סבירות; המידתיות מכילה את הסבירות ובנויה סביבה. היא חלה בוודאי על השוויון המינהלי במובנו הבסיסי ביותר של יחס דומה לדומים ויחס שונה לשונים, על פי מידת הדמיון או השוני הרלוונטיים. אך נראה שהיא חלה גם על דרישות אחרות כגון החובות לגבש תשתית עובדתית ולתת זכות טיעון, הכוללות מרכיב של משקל גם בעיצוב הכללים וגם ביישומם.

## **במקום סיכום: שלטון החוק – בין החוץ לפנים**

כי תקרב אלי עיר ותראה כי בצורה וגדולה היא, מהלך עשרת ימים היקפה. ולעיר חומה חיצונה: שלוש מאות אמה גובהה אשר ממעל לארץ ומתחת, ומאה אמה רוחבה, ודלתיים ובריח אין עובר ואין שובר. ותתאמץ על חומתה ארבעים יום וארבעים לילה ותעפיל אל ראשה. ותיפן כה וכה ותראה כי אין איש, ואין בית, ואין באר, ואין הויה בה נפש חיה. והנה, חֲרָבָה ושממה.

פסק הדין מעניק הגנה חשובה וראויה לשלטון החוק ברמה החוקתית הכללית והעקרונית. כבעבר, גם עתה נודעת חשיבות רבה לביטויי המוחשיים של שלטון החוק בשיטת המשפט הישראלית. פיתוח ראוי של המשפט המינהלי על בסיס היסודות הטובים שהניחו ראשונים וממשיכי דרכם חיוני לבל יהפוך שלטון החוק לארץ חרבה. ההשקעה בבניית מערך ההגנה על שלטון החוק היא מוצדקת, חשובה ואף הכרחית. תכליתה היא שימור מערכת נורמטיבית בעלת תוכן אמיתי. פיתוח העיר, על מבניה ואנשיה, חשוב, לכל הפחות, כבניין החומה המקיפה אותה.

ד"ר נדב דגן הוא חוקר בכיר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה; עמית הוראה באוניברסיטה העברית בירושלים ובאוניברסיטת חיפה. תחומי מחקרו העיקריים הם משפט מינהלי, משפט חוקתי ומשפט בחירום.



## דיני הגבלת ממשלת המעבר בבג"ץ הסבירות עוד דוגמה לשבריריות המשטר הדמוקרטי בישראל ולצורך בהגנה קשיחה עליו עמיר פוקס

### מבוא

ברשימה זו אבקש לעמוד על האופן שבו הדינים המגבילים ממשלות מעבר השפיעו השפעה מהותית על הכרעת השופטים שבדעת הרוב בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת.<sup>1</sup> אטען שבעקבות פסק הדין התחזק מעמדם של הדינים האלה למעמד נורמטיבי איתן, ככלי קריטי להגנה על גרעין המשטר הדמוקרטי. עוד אטען כי בעיניי הניסיון לחבל בדינים האלה הוא דוגמה מצוינת לשבריריות המשטר הדמוקרטי בישראל ולצורך הקריטי והחיוני להגן עליו באמצעות חוק יסוד חקיקה, שלא יאפשר לרוב

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: בג"ץ הסבירות).

של 61 חברי כנסת להשתלט על השיטה הדמוקרטית, ובכלל זה על זו הגרעינית ביותר – הנוגעת לקיום בחירות הוגנות ולאפשרות של חילופי שלטון.

## דיני ממשלת המעבר

הדינים העוסקים בהגבלת "ממשלת מעבר" נמצאים עימנו כבר מעל שני עשורים. הרציונל המצדיק את הגבלת ממשלות המעבר הוא ב"גירעון הדמוקרטי" שבתוכו פועלת ממשלה שאינה נשענת עוד על אמון הכנסת וסובלת מהיעדר לגיטימיות דמוקרטית; כבר אין לה "מנדט מהעם"<sup>2</sup>. כמו כן, ממשלה כזאת לוקה באופן חריף ב"בעיית הנציג", שכן היא עלולה לקדם אינטרסים אישיים ופוליטיים של הממשלה ולא של הציבור, בדגש על האינטרסים המבטיחים את הישארותה בשלטון לקראת בחירות.<sup>3</sup>

עם זאת, כל דיני ממשלת המעבר יסודם בפסיקה, משום שחוקי־יסוד: הממשלה אינו קובע **שום מגבלות**<sup>4</sup> על סמכויותיה של ממשלת מעבר. ראשיתן של המגבלות בהלכת **וייס**, שלפיה מתחם הסבירות של ממשלת מעבר מצומצם יותר מזה של ממשלה רגילה ועליה לנהוג באיפוק ולפעול רק כאשר קיים "צורך ציבורי חיוני בעשייה"<sup>5</sup>. ברבות השנים עסקו פסיקות בית המשפט במגוון נושאים, ובהם מגבלות על ניהול משא ומתן מדיני,<sup>6</sup> מינויים בכירים<sup>7</sup> ו"כלכלת בחירות"<sup>8</sup>. באשר לנושא האחרון, בעקבות פסק הדין בעניין **ההסתדרות הרפואית** ניתנו גם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה המונעות שימוש במשאבים ציבוריים

2 רבקה וייל "תקופת בין השמשות, על סמכויותיה של ממשלת מעבר" משפט וממשל יג 174 (חשע"א); וכן עמיר פוקס ועופר קניג "סמכויות ממשלת מעבר" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (7.7.2022).

3 וייל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 177-179.

4 סעיף 30(ב) לחוקי־יסוד: הממשלה.

5 בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פד נה (2) 455 (2001).

6 ש.ס.

7 למשל, בג"ץ 9577/02 סיעת המפד"ל נ' יו"ר הכנסת, פד נז (1) 71 (2002); בג"ץ 9843/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' הוועדה למינוי שופטים (8.1.2009); בג"ץ 5403/2 לביא נ' ראש הממשלה (22.9.2022) (להלן: בג"ץ לביא).

8 בג"ץ 2453/06 ההסתדרות הרפואית נ' היועמ"ש (21.3.2006).

לצורך כלכלת בחירות והבטחות בחירות.<sup>9</sup> בשנים האחרונות, ובפרט עקב כהונתה של ממשלת מעבר מדצמבר 2018 עד מאי 2020, ברציפות, התחדד במהלך שלוש מערכות בחירות השיח על החשיבות של ממשלת מעבר ושל המגבלות עליה. עם זאת, פסיקת בית המשפט באשר למגבלות על ממשלת המעבר נתקלה בביקורת חריפה, בין השאר בנימוק שהיא אינה מבוססת על עיגון בחוקי היסוד.<sup>10</sup>

## התייחסות לממשלת המעבר בתהליך החקיקה

שאלת ממשלת המעבר עלתה במהלך תהליך החקיקה של תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה בכמה צמתים עיקריים. במהלך הדיון הציבורי הראשוני סביב טיוטת התזכיר של יוזמת שר המשפטים יריב לוין בינואר 2023 (שבה הועלתה לראשונה, בין השאר, ההצעה לביטול עילת הסבירות באשר להחלטות הממשל והשרים)<sup>11</sup> לא עלתה שאלת ממשלת המעבר כאחת מן הסוגיות המרכזיות שייפגעו מביטול עילת הסבירות. כך גם לא בתגובה הראשונה לתזכיר, שפורסמה מטעם היועצת המשפטית לממשלה.<sup>12</sup> נראה כי האזכור הראשון להשלכות התיקון על דיני ממשלת המעבר, גם אם לא כסוגיה קריטית שתהווה נימוק להכרזתה כתיקון חוקתי שאיננו חוקתי, הייתה במסמך ההכנה מאת היועץ המשפטי של הוועדה, שהציע כי הוועדה תיתן את דעתה לאפשרות להחריג ממשלת מעבר מהתיקון,

9 ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה (1.1904) שקובעת איסור על "הבטחות בחירות":

ככלל, יש להימנע ממתן הבטחות מינהליות. הוראה זו חלה ביתר שאת בתקופת בחירות שבה באופן עקרוני, יש להימנע מהבטחות או התחייבויות לחלוקת הטבות או הקצאת 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.

10 לדוגמה, ראו דברי שר המשפטים לשעבר דניאל פרידמן, פרוטוקול דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט, 11.7.2023.

11 טיוטת תזכיר תיקון חוק יסוד: השפיטה, פורסמה ב-11.1.2023.

12 תגובת היועמ"ש לטיטות תזכיר שר המשפטים, מיום 3.9.2023.

שכן מעצם טבעה היא אינה נשענת על אמון הכנסת ועלולה לקבל החלטות שיקדמו את מרכיבי הקואליציה שלה להיבחר שנית.<sup>13</sup> גם במהלך הדיונים העלה היועץ המשפטי של הוועדה את הנושא ונענה מצד יו"ר הוועדה שכלל שישנה בעיה כלשהי עם הסרת מגבלות על ממשלת מהעבר, הרי שהיא רק בהקשר של ממשלה המכהנת לאחר בחירות וטרם הקמת ממשלה חדשה.<sup>14</sup>

הראשון שהציג את ביטול דיני ממשלת המעבר כ"תקלת שבר" שיוצר תיקון מס' 3 היה המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, באותו הדיון. בדבריו הוא הציג כמה "חורים שחורים" שיווצרו מביטול עילת הסבירות ואשר יפגעו בערכים בסיסיים של הדמוקרטיה, ולא רק שהם יציבו את הממשלה מעל לחוק אלא גם ש"היא תהיה החוק". ברשימת אותם חורים שחורים ציין המשנה ליועצת המשפטית לממשלה את "המגבלות החלות על פעולת הממשלה בתקופת בחירות". בדבריו הוא גם פירט את ההשפעה הקריטית של דיני ממשלת המעבר על המניעה של שימוש לרעה בידי הממשלה במשאבים ממשלתיים לצרכים פוליטיים ועל הפגיעה שתבוא בעקבות זאת בקיום בחירות תקין והוגן.<sup>15</sup>

בכמה דיונים נוספים שהתקיימו לאחר מכן בוועדה הודה יו"ר הוועדה כי ישנה בעיה כלשהי עם סוגיית ממשלת המעבר (אך לשיטתו רק זו המכהנת לאחר בחירות), ובכל זאת לא שעה לקריאותיהם של מומחים,<sup>16</sup> אנשי מקצוע בכירים<sup>17</sup> וחברי אופוזיציה<sup>18</sup> להחריגה מן התיקון ולהכיר בפגיעתה הקשה בפיקוח על תהליך הבחירות. בסופו של דבר לא הוחרגו ממשלות מעבר מהתיקון.

לסיכום נקודה זו: נדמה כי הנושא של ממשלת מעבר הוא צוהר שמדגים את ההתנהלות של הליך החקיקה בהקשר של תיקון 3 לחוק יסוד: השפיטה ולאטימות שבה נהגה הוועדה כלפי הביקורת שהושמעה על התיקון: נושא כל כך קריטי לדמוקרטיה, אף במובנה הפרוצדורלי,

13 מסמך הכנה לקראת דיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט, 23.6.2023.

14 פרוטוקול דיון ועדת החוקה, חוק ומשפט, 26.6.2023, בעמ' 27-28.

15 שם, בעמ' 11-12.

16 כך לדוגמה דבריו של פרופ' יובל אלבשן בפרוטוקול דיוני הוועדה מיום 16.7.2023.

17 ראו דברי יועמ"ש משרד האוצר אסי מסינג בפרוטוקול דיוני הוועדה מיום 16.7.2023, בעמ' 68-69.

18 כך למשל ח"כ אוריית פרקש הכהן, בפרוטוקול דיוני הוועדה מיום 16.7.2023, בעמ' 93.

עלה כבדרך אגב בדיונים ספורים, ולמרות חששו של היועץ המשפטי של הוועדה, עמדתו החד־משמעית של המשנה ליועצת המשפטית לממשלה ודעתם של מומחים רבים שבאו לוועדה ואחרים, לא היה לכל אלה כל מענה והתיקון נותר כפי שהיה ולא עבר שום החרגה או ריכוך.

## **ממשלת המעבר בבג"ץ הסבירות**

עניין ממשלת המעבר עולה בפירוט בחוות הדעת של רבים משופטי הרוב.<sup>19</sup> אצל רובם הנקודה המתייחסת לממשלת המעבר היא במסגרת הדוגמאות לאותם "חללים נורמטיביים" שישאיר אחריו ביטול הלכת הסבירות – חללים שהצטברותם עולה כדי פגיעה קשה ביסוד הדמוקרטי של המדינה, עד כדי הצדקת השימוש בדוקטרינה של התיקון החוקתי שאיננו חוקתי במובנה הישראלי. אומנם נקודה זו לא עמדה לבדה; לצידה היו גם הפגיעה הקשה בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות. אך זה היה אחד ה"עוגנים" שהצדיקו את ביטול חוק היסוד.

הנשיאה בדימוס חיות התמקדה בפגיעה בקיומן ההוגן של הבחירות, ובהתאם לכך כתבה:

מניעת האפשרות לבחון את סבירות החלטותיהן של ממשלות מעבר, עלולה לגרום לפגיעה רחבת היקף באינטרס הציבורי, שכן היא תאפשר לממשלה ולשרים הפועלים כממשלת מעבר לנצל ביתר קלות את הסמכויות והמשאבים העומדים לרשותם בתקופת הבחירות, לצורך מינויים שאינם חיוניים או על מנת להשיג יתרון לא הוגן לקראת הבחירות.<sup>20</sup>

ומכאן ש"במצב המשפטי הקיים, התיקון מוביל, בין היתר, לפגיעה מובהקת בשלטון החוק בנקודה קריטית לקראת בחירות, באופן שעלול להשפיע על כללי המשחק הדמוקרטיים עצמם".<sup>21</sup>

19 הנשיאה (בדימ') חיות, ממלא מקום הנשיא פוגלמן והשופטים עמיח, ברק־ארז וברון.

20 בבג"ץ הסבירות (לעיל ה"ש 1), פסק הדין של הנשיאה (בדימ') חיות, סעיף 168.

השופט עמית, שהאריך בפסק דינו על "הגירעון הדמוקרטי" שישראל נמצאת בו ממילא, כמדינה שיש בה מעט מדי איזונים ובלמים על כוחו של הרוב הפוליטי,<sup>22</sup> עמד על כך שהגירעון הדמוקרטי הזה מחריף עוד יותר בתקופה של ממשלת מעבר<sup>23</sup> והתריע אף הוא על כך שביטול דיני ממשלת המעבר יהיה בכוחו לפגוע בטוהר הבחירות עצמו.<sup>24</sup> השופט עמית כלל גם את סוגיית ממשלת המעבר כסוגיה שלא תיפתר באמצעות "הפרשנות המקיימת" שהציעו בפסק דינם שלושה משופטי המיעוט – שטיין, וילנר וכנפי-שטייניץ.<sup>25</sup>

השופט פוגלמן הדגיש בחוות דעתו את העובדה שדיני ממשלת מעבר מבוססים דווקא על "הסבירות האיזונית". בכך הוא חיזק את טענתו של השופט עמית שזו עוד דוגמה ל"חור שחור נורמטיבי" שלא ייעלם אם תאומץ הפרשנות המקיימת שהציעו שלושה משופטי המיעוט כאמור:

הנה כי כן, המגבלות על פעילותן של ממשלות מעבר אין מקורן ב"סבירות של מופרכות", והן גם לא נשענות על חובות אחרות מהמשפט המינהלי. [...] בחינת פסיקת בית משפט זה, לרבות מן השנים האחרונות, בתחום המגבלות שחלות על ממשלות מעבר מלמדת כי היא מסתמכת כל כולה על הלכת וייס ועל הסבירות האיזונית – בין אם הדבר צוין במפורש, בין אם לאו.<sup>26</sup>

השופטת ברק-ארז ייחדה פרק משמעותי בחוות דעתה לסוגיית דיני ממשלת המעבר. לגישתה, לא מדובר רק בפגיעה בעקרון השוויון בבחירות, אלא גם בכך שהביטול של דיני ממשלת המעבר יפגע בעצם הבטחת האפשרות להחליף שלטון:

חסימה זו היא בעלת משמעות אקוטית מבחינת התהליך הדמוקרטי עצמו. ללא עילת הסבירות תוכל ממשלה שאינה נהנית מאמון הכנסת לעשות ככל העולה על רוחה, לקבל החלטות הרות גורל, ואולי אף להשפיע

22 שם, בסעיפים 5-8 לפסק דינו של השופט עמית.

23 שם, בסעיף 97.

24 שם, בסעיף 98.

25 שם, בסעיף 123.

26 שם, פסק הדין של השופט פוגלמן, בסעיף 23.

בעקיפין על תוצאות הבחירות העומדות בפתח, למשל, באמצעות קידום מדיניות "פופולרית" ערב הבחירות. האין זו סכנה גדולה וממשית למשטר הדמוקרטי בישראל?<sup>27</sup>

השופטת ברק־ארז התייחסה גם למצב של חוסר היציבות הפוליטית בישראל ומערכות הבחירות התכופות, שמעצים עוד יותר את הצורך החיוני לפקח על ממשלות מעבר טרם בחירות, ומכאן את הקריטיות שבהותרת אמצעי פיקוח זה על כנו.<sup>28</sup>

יש להזכיר בהקשר זה גם את שתיקתם ה"רועמת" של שופטי המיעוט באשר לסוגיית ממשלת המעבר, ובכלל זה שתיקתו של השופט סולברג, שכתב את פסק הדין בבג"ץ לביא, שמנע את מינויו של השופט בדימוס מזוז לראש הוועדה המייעצת בעניין מינוי בכירים בהתבסס על דיני הגבלת ממשלת המעבר (אף אם ללא אמירה מפורשת לכך שמדובר בסטייה ממתחם הסבירות).<sup>29</sup>

## משמעויות ומסקנות

ראשית, פסק הדין עיגן באופן חזק הרבה יותר את דיני ממשלת המעבר מכפי שהם היו מעוגנים קודם לכן. בעוד שבעבר היחס לדיני ממשלת המעבר היה של עוד אחת מן המגבלות שמטילה הלכת הסבירות על ממשלות, ואשר נחשבה לסוגיה במחלוקת, פסק הדין מציב את ההגבלה הזאת כהגנה על הגרעין הדמוקרטי של המשטר – קיום בחירות – ובשורה אחת עם העקרונות של שלטון החוק והפרדת הרשויות. בכך שודרגו דיני ממשלת המעבר, בדגש על אלה שנבעו מפסקי הדין העוסקים בהשפעה על הליך הבחירות וכלכלת הבחירות (וכך גם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה שנבעו מהן) לרמה גבוהה מאוד במדרג הנורמטיבי.

מעבר לכך, זוהי דוגמה מאלפת למצב השברירי שבו נמצאת, ותימצא, הדמוקרטיה הישראלית כל עוד לא תהיה הסדרה חוקתית שתכלול חוק־יסוד: חקיקה משוריין, שאינו

27 שם, פסק הדין של השופטת ברק־ארז, בסעיף 36.

28 שם, בסעיף 37.

29 בג"ץ לביא, לעיל ה"ש 7.

מאפשר לכל קואליציה לשנות את כל כללי המשחק באבחנת רוב של 61 חברי כנסת. החלטתו לצמיתות של תיקון שלפי רוב השופטים היה פוגע פגיעה קשה בדמוקרטיה במובנה הגרעיני ביותר – קיומן של בחירות שוות והוגנות – נמנעה בבית המשפט על חודו של קול. ודוק, כאן אין מדובר ב"מדיניות"; אין מדובר בשאלות של ערכים, של איזונים, של מינויים, של זכויות אדם או של "דמוקרטיה מהותית"<sup>30</sup>, רחמנא ליצלן. תחת כל אלה מדובר כאן בעצם קיומן של בחירות הוגנות ושוות ובאפשרות שהיו חילופי שלטון בישראל. זה מה שהיה מאוים (בין השאר) על ידי התיקון המבטל את הלכת הסבירות. וככה זהו אחד הנימוקים המשכנעים ביותר מדוע היה זה תיקון היורד לשורש זהותה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, מדוע היה הכרחי לבטלו, ומדוע יש צורך חיוני במניעת ניסיון נוסף כזה, שעלול לבוא עלינו בעתיד הקרוב או הרחוק. אם ישראל חפצת דמוקרטיה היא – דמוקרטיה שמתקיימים בה בחירות וחילופי שלטון – אסור לה להפקיר את השליטה בכללי המשחק בידי רוב של 61 חברי כנסת.

הפעם בית המשפט עצר זאת. אך לא לעולם חוסן.

**ד"ר עמיר פוקס** הוא חוקר בכיר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה. תחומי המומחיות שלו הם ערכים דמוקרטיים וחקיקה אנטי־דמוקרטית, משפט פלילי, הגות ליברלית ותהליכי חקיקה.

30 על דמוקרטיה מהותית ודמוקרטיה פורמלית ראו עמיר פוקס, דנה בלאנדר ומרדכי קרמניצר, חקיקה אנטי־דמוקרטית בכנסת ה-18, 2009-2013 10 (2015).





**שער שני: התערבות בג"ץ בחוקי יסוד –  
מבחנים ומאפיינים**



## על רף ההתערבות בסמכות המכוננת

### סודי נבות

בפסק הדין בעניינו של חוק יסוד: הלאום, פרשת **חסון**,<sup>1</sup> נקבע לראשונה כי סמכותה של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת אינה בלתי מוגבלת, וכי היא אינה מוסמכת לשלול את מאפייני הזהות הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הנשיאה חיות קבעה שם כי "המגבלות החלות על הרשות המכוננת הן, כאמור, צרות ביותר, ונוגעות למצבים חריגים של שינוי חוקתי השולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה".<sup>2</sup>

רף ההתערבות של בג"ץ, כפי שנקבע בפרשת **חסון**, גבוה במיוחד. לדברי הנשיאה, מדובר ב"מצבים שבהם חוק יסוד שולל או סותר באופן חזיתי את 'המאפיינים הגרעיניים' המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית".<sup>3</sup> גם מחוות דעתה של השופטת ברק-ארז באותו פסק דין עולה כי זהו רף גבוה במיוחד: "אני

1 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (אר"ש 8.7.2021) (להלן: פרשת חסון).

2 שם, בפס' 28 לחוות דעתה של הנשיאה חיות.

3 שם, בפס' 29.

עצמי [...] מציעה להתייחס לחוק יסוד שמהווה 'שבירת כלים', במובן של הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית".<sup>4</sup>

בפסק הדין החדש בעניין הסבירות,<sup>5</sup> רוב שופטי ההרכב (13 מתוך 15) חיזקו את הקביעה שלפיה הכנסת כרשות מכוונת אינה בלתי מוגבלת, ואף צעדו צעד נוסף והכירו גם בסמכותו של בג"ץ לפקח על גבולות הסמכות המכוונת ולקבוע כי הכנסת חרגה מסמכותה זו:

בנסיבות אלה, קיים צורך בגורם אִפּוֹלִיטִי, אשר ישמש כ"בלם חיצוני" מפני אותם מצבים קיצוניים שבהם הכנסת עלולה לפרוץ את גבולות סמכותה המכוונת. [...] דומה כי אין מנוס מהכרה באפשרות להעביר את חוקי היסוד תחת שבט הביקורת השיפוטית של בית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, על מנת להבטיח מענה אפקטיבי באותם מצבי קיצון.<sup>6</sup>

משנקבעה הסמכות לביקורת שיפוטית על הסמכות המכוונת, מאמר קצר זה בוחן את אמת המידה הראויה להתערבות זו. האם הגישה המחמירה שהוצגה בפרשת **חסון** היא הגישה הראויה או שמא יש מקום לרף נמוך יותר?

כאן המקום להבהיר כי על פניו, בכל אחת משתי ה"עילות" שנקבעו לביקורת שיפוטית על הסמכות המכוונת – העילה של "חריגה מסמכות", שהיא בעצם הגרסה הישראלית לתיקון הלא חוקתי לחוקה, והעילה של "שימוש לרעה בסמכות המכוונת" – רף ההתערבות שונה. בעוד לגבי העילה של חריגה מסמכות נקבע בפרשת **חסון** רף גבוה במיוחד כאמור, העילה של שימוש לרעה בסמכות המכוונת מחייבת בחינה הדומה במהותה לתנאיה של פסקת ההגבלה.<sup>7</sup> במאמר קצר זה אתייחס רק להתערבות בעילה של "חריגה מסמכות" במשמעות של פגיעה בערכי היסוד של המדינה.

4 שם, בפס' 16 לחוות דעתה של השופטת ברק־ארז.

5 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: תיק הסבירות).

6 שם, בפס' 85 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות.

7 עניינה של דוקטרינה זו הוא בזיהוי הנורמה העומדת לדין כנורמה חוקתית, בהתאם למאפיינים הפורמליים־פרוצדורליים שלה. המבחן שנקבע כהנאי לביקורת שיפוטית הוא מבחן דו־שלבי. בשלב הראשון, "שלב הזיהוי", יבחן בית המשפט אם חוק היסוד או התיקון לו נושא את המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות. לשם כך נקבעו כמה מבחני עזר: מבחן

אחת הטענות המעניינות בהקשר של רף ההתערבות הועלתה על ידי האגודה לזכויות האזרח: האגודה טענה כי התיקון הוא חריגה מהסמכות המכוננת בהתאם לרף שנקבע בפרשת **חסון**, וביקשה לקבוע רף התערבות נמוך יותר בחוקי יסוד. טענה זו מבוססת גם על כתיבתו של יניב רוזנאי, בספרו על התיקון הלא חוקתי לחוקה, שהציע לכרוך בין הליך התיקון החוקתי לבין רף ההתערבות.<sup>8</sup>

בפסק הדין בתיק **הסבירות** נתגלעו בנושא זה חילוקי דעות בין השופטים. הנשיאה חיות, שהציגה את הגישה המרכזית של דעת הרוב, דחתה את בקשת האגודה לקביעת רף התערבות נמוך יותר:

סטנדרט ביקורת זה המוצע ביחס לחוקי היסוד, אינו מקובל עלי. עצם קיומה של ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד אינו דבר של מה בכך. ביקורת זו נובעת מהמציאות החוקתית החריגה בישראל שעליה עמדתי [...] ולגישתי, מן הראוי כי תצמצם עצמה רק לאותם מצבי קצה שבהם חוק יסוד הוביל לפגיעה שעוצמתה יוצאת דופן בסימני ההיכר היהודיים או הדמוקרטיים של המדינה.<sup>9</sup>

הנשיאה חיות הציעה להותיר על כנו את הסטנדרט שנקבע בפרשת **חסון**. מבחינתה של הנשיאה, ממילא מדובר במקרים "קיצוניים" שבהם הכנסת כוננה או שינתה חוק יסוד באופן שיש בו משום שלילה או סתירה חזיתית של המאפיינים הגרעיניים של ישראל. קרי, האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי היסוד היא חריגה ביותר. היא נובעת מהמצב המשטרי הייחודי שקיים בישראל, ולכן על בית המשפט לנהוג בה ריסון מרבי ו"לנקוט זהירות רבה כדי להימנע מגלישה ל'שגרה' של עתירות התוקפות חוקי יסוד או הוראות בהם בטענה של חריגה מהסמכות המכוננת".<sup>10</sup>

---

היציבות, מבחן הכלליות ומבחן ההתאמה למארג החוקתי. אם חוק היסוד אינו מקיים אחד או יותר מאותם מאפיינים, בשלב השני – "שלב הצידוק" – נטל ההצבעה על הצדקה מיוחדת לקביעת הסדר שאינו חוקתי באופיו דווקא במסגרת חוק יסוד עובר אל כחפי המשיבים. מבנה זה דומה מאוד למבחניה של "פסקת ההגבלה" שעל פיה מקיים בג"ץ ביקורת שיפוטית על חוקים רגילים.

8 YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS 220 (2017)

9 תיק **הסבירות**, לעיל ה"ש 5, בפס' 105 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות.

10 פרשת **חסון**, לעיל ה"ש 1, בפס' 13 לחוות דעתו של השופט (בדימ') מזוז.

מדבריה של הנשיאה חיות בתיק **הסבירות** עולה כי רף ההתערבות הוא גבוה במיוחד, כי מדובר במקרי קיצון, וכי "השאלה שיש לשאול היא האם חוק היסוד או התיקון לחוק היסוד פוגעים פגיעה כה קשה במאפיינים הגרעיניים של המדינה, עד כדי זעזוע אבני הבניין של חוקתנו המתגבשת".<sup>11</sup> השופט עמית הציג עמדה שונה:<sup>12</sup>

דעתי שונה. לטעמי, דווקא מאחר שהחוקה טרם הושלמה ואף לא נקבעו כללי המשחק לכינונה של החוקה, הדבר מחייב ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, **שמה אף הנמכת רף ההתערבות השיפוטית**. שאם נקבל את הדעה כי אי השלמת המפעל החוקתי מקשה על החלת ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, יש בכך תמריץ לכנסת ולממשלה שלא להשלים את המפעל החוקתי [...] אדרבה, אם וכאשר יושלם המפעל החוקתי וייקבע מתווה ייחודי נוקשה, כללי, ויציב לחקיקת חוקי יסוד ולתיקונם, או אז יש לנקוט בגישה מצמצמת להחלת הדוקטרינה של התיקון החוקתי שאינו חוקתי. דעה דומה הביעו חבריי השופטת ברון והשופט קרא בעניין חוק הלאום (פסקאות 2 ו-9 לפסקי דינם, בהתאמה).<sup>13</sup>

לדעתו של השופט עמית, ספק אם היה מקום לקבוע רף התערבות כה גבוה, דווקא בשל הקלות הבלתי נסבלת שבה מחוקקים או מתקנים אצלנו חוקי יסוד:

על פי המצב החוקתי בישראל, אין כל "סממני קדושה" האופפים את הליכי חקיקת חוקי היסוד [...] אם חוקי יסוד נעשו ככדור משחק בידי הכנסת, אזי כאשר הכדור מתגלגל לפתחו של בית המשפט, אין הוא הופך לאגרטל פורצלן עדין, שאין בית המשפט מורשה להחזיקו אלא לראותו בלבד.<sup>14</sup>

בסופו של דבר השופט עמית משאיר בצריך עיון את השאלה אם יש מקום להנמיך את סטנדרט הביקורת השיפוטית.

11 תיק הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 106 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות.

12 השופט עמית הציג עמדה שונה מיתר חברי ההרכב גם בעניין הטענה כי בית המשפט רשאי לבחון את "התמונה בכללותה" במסגרת דיון בתיקון קונקרטי. לעניין זה ראו סוזי נבות "על טענת התמונה בכללותה" בקובץ מאמרים זה.

13 תיק הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 33 לחוות דעתו של השופט עמית. ההדגשות שלי.

14 שם, בפס' 38.

לעמדה זו, של רף נמוך יותר להתערבות והותרת השאלה בצריך עיון, מצטרפת השופטת ברון: "ייאמר כי אני נוטה להסכים עם גישתו של השופט עמית [...] דומני כי המצב המשטרי הייחודי למדינת ישראל, המתאפיין בקלות היחסית שבה ניתן לחוקק ולתקן את חוקי היסוד, מצריך פתח רחב יותר לביקורת שיפוטית; ואולם אינני נדרשת להכריע בסוגיה זו"<sup>15</sup>.

גם השופטת כנפי־שטייניץ מצטרפת במפורש לעמדתו של השופט עמית: "אבקש להצטרף לעמדת חברי השופט י' עמית, ולפיה אי־השלמת המפעל החוקתי הישראלי, אינה מקשה על החלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, אלא להיפך – מהווה טעם נוסף להחלתה"<sup>16</sup>.

השופט פוגלמן מסכים אף הוא ומנמק את הצורך ברף נמוך יותר בגישה הקושרת בין המאפיינים החוקתיים של ישראל ואופן חקיקת חוקי היסוד לבין רף ההתערבות.<sup>17</sup> עם זאת, גם השופט פוגלמן משאיר את שאלת רף ההתערבות בצריך עיון:

בעיניי, מאפיינים אלה מקרינים במישרין על רף התערבותו של בית משפט זה בכל הנוגע לחריגתה של הכנסת מסמכותה המכוננת. ככל שהמנגנון לקביעת הוראות החוקה חלש יותר וחשוף יותר להשפעות זמניות־קואליציוניות – כך נחלשת ההצדקה ליתן להוראות אלו "חסינות" מביקורת שיפוטית. משכך, ובהינתן מערך האיזונים הרופף והשברירי שקיים בעת הזו במשפט הישראלי, נוטה אני לדעה שדי בכך שחוק יסוד פוגע בגיעה חמורה בעמודי התווך של מדינת ישראל – זה היהודי או זה הדמוקרטי – כדי להצדיק את התערבותו של בית משפט זה. ואולם, כפי שצינו גם חלק מחברי, תיקון מס' 3 אינו מחייב אותנו להכריע בשאלה זו – מאחר שהוא מצדיק התערבותנו אף לפי הרף המחמיר שנקבע בעניין חסון.<sup>18</sup>

השופט מינץ, שהיה במיעוט בפסק הדין לא רק לעניין התוצאה אלא גם לעניין עצם קיומן של הגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת ולעניין הסמכות של בג"ץ לאכוף הגבלות אלה, מתנגד למבחני חסון, ובייחוד למבחנו המקל של השופט עמית. לשיטתו של השופט

15 שם, בפס' 5 לחוות דעתה של השופטת ברון.

16 שם, בפס' 13 לחוות דעתה של השופטת כנפי־שטייניץ.

17 ראו רוזנאי, לעיל ה"ש 8; כן ראו עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופולריזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" עיוני משפט מד(1) 87, 117–122 (2021).

18 חיק הסבירות, לעיל ה"ש 5, בפס' 7 לחוות דעתו של השופט פוגלמן.



מינץ, המבחן המחמיר הוא מבחן מעורפל שיש לו ניסוחים שונים, ומכל מקום, העובדה שיש בהרכב שופטים שסבורים שבמקרה הנוכחי תיקון הסבירות הוא קיצוני וחריג, ואחרים שאינם סבורים שמדובר בתיקון המוביל ל"התמוטטות הדמוקרטיה", מוכיחה עד כמה מבחן זה בעייתי. אשר לעמדתו המקלה של השופט עמית, כותב השופט מינץ:

אך גם בכך לא תם הדיון. כאמור, חברי השופט עמית בנה קומה נוספת בחוות דעתו, בה העלה את אפשרות הזליגה אל עבר הנמכה מפורשת של רף ההתערבות בחוקי היסוד [...] נראה כי לגישה זו, על בית המשפט לקחת לידי את המושכות לקבוע ישירות את תכני החוקה.<sup>19</sup>

לא בכדי נאמר כי הקביעה המרכזית בפסק הדין בעניין הסבירות, ברוב של 12 שופטים, היא ההכרה בסמכותו של בית המשפט העליון להתערב בתוכנו של חוק יסוד במקרה של פגיעה ממשית בערכי היסוד של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. זהו בעצם עיקרו של "הצעד הנוסף" שצועד בית המשפט בפרשת הסבירות, בהמשך לפסק הדין בפרשת חסון. אלא שכנראה, בין השורות, חלק מן השופטים כבר הניחו את התשתית לשלב הבא של הביקורת השיפוטית במקרה של חריגה מסמכות של הרשות המכוננת. ארבעה שופטים סבורים כי יש להנמיך את רף ההתערבות, אולם הותירו שאלה זו בצריך עיון כי לא היה צורך להכריע בה לאור קיצוניותו של תיקון הסבירות. זהו שלב חדש, הקושר בין סטנדרט ההתערבות לבין המצב החוקתי הייחודי של ישראל: רף התערבות נמוך יותר, שמתאים למאפייניו הייחודיים של המפעל החוקתי, להיעדרו של הליך ייעודי לכינון נורמות חוקתיות, לקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי יסוד ותיקונם, וגם לשליטת הממשלה – באמצעות הרוב הקואליציוני שלה – בהפעלת הסמכות המכוננת.

**פרופ' סוזי נבות** היא פרופסור מן המניין למשפטים, סגנית נשיא למחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

## הנמכת רף הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד בפסק דין הסבירות גיל גן-מור

היבט חשוב שנדון בפסק הדין בעניין הסבירות<sup>1</sup> הוא רף ההתערבות השיפוטית בחוק יסוד בשל תוכנו, על פי דוקטרינת החריגה מהסמכות המכוננת.<sup>2</sup> על פניו, רוב מוחלט של השופטים אימצו את רף ההתערבות שנקבע בפסק הדין בעניין חוק הלאום. כלומר, התערבות תיעשה רק במקרים קיצוניים, העולים כדי שלילה של מאפייני הזהות הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>3</sup> מבחן זה הוא מבחן תוכני וחד-ערכי – כלומר, או שהתיקון שולל את מאפייני הזהות הגרעיניים או שלא.

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: בג"ץ הסבירות).

2 דוקטרינה זו, המכונה גם "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", פותחה בעיקר במסגרת העתירות נגד חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (חוק הלאום). ראו בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (אר"ש 8.7.2021) (להלן: עניין חוק הלאום).

3 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 96 לחוות דעת הנשיאה חיות.

הרציונל להצבת רף התערבות כה גבוה היה העובדה שחוקי היסוד הם חוקה בהתהוות, וכל עוד לא הושלמה מלאכת כינון החוקה, יש לאפשר התערבות שיפוטית רק במקרי קצה של שלילת הגרעינים המינימליים של אופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה.

קריאה מדוקדקת של פסק הדין מלמדת שגם אם הרטוריקה לא השתנתה, הרף להתערבות שיפוטית בחוק יסוד הונמך. הנמכה זו היא תגובת נגד לזילות שבה הפנסת משתמשת בשנים האחרונות בסמכותה המכוננת, והיא משקפת את הבנת השופטים שהתקווה שיעשה בסמכות זו שימוש מושכל וקונצנזואלי עד שתיכון חוקה שלמה הכזיבה, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בתוכנית הממשלתית להחלשת מערכת המשפט.

הדרישה להנמיך את רף ההתערבות הועלתה בעמדתם של האגודה לזכויות האזרח ושל 37 ארגוני זכויות אדם נוספים.<sup>4</sup> טענתם של הארגונים הייתה שרף ההתערבות שנקבע בעניין חוק הלאום הוא גבוה מכדי להתמודד עם האיום הנשקף, שאין בסיס להנחת המוצא של השופטים שאופייה של ישראל כדמוקרטיה ליברלית השומרת על זכויות אדם וזכויות המיעוט היא עובדה מוגמרת, ושגם אין בסיס להנחה שניתן לסמוך על נבחרי הציבור שיקדמו את מפעל החוקה בהסכמות רחבות ומתוך רצון לקבוע כללי משחק משטריים הטובים לכולם. המציאות בעשור האחרון מלמדת שהסמכות המכוננת הפכה לעוד כלי בארסנל הפוליטי הרגיל שבידי הרוב המזדמן כדי לצבור כוח ולפרק כל מנגנון ביקורת אפקטיבי. כמו כן, ההפיכה המשטרית הוכיחה שאופייה הדמוקרטי של המדינה הוא לא מובן מאליו. חקיקת חוק הלאום לימדה כי הסמכות המכוננת יכולה לשמש אמצעי לשלול זכויות אדם חוקתיות באמצעות חוק יסוד, במקום בחקיקה רגילה, רק כדי לחסום ביקורת שיפוטית אפקטיבית.

עוד טענו ארגוני זכויות האדם כי הצבת רף התערבות גבוה מדי תאפשר לממשלה נחושה לקדם הפיכה משטרית נרחבת, באמצעות פריסתה של ההפיכה לפרוסות דקות דיין כדי שכל אחת מהן תצלח את מבחן שלילת הגרעינים המינימליים שנקבע בעניין חוק הלאום. הטענה הייתה שהצטברותם של תיקונים אלה תוביל לשחיקה דמוקרטית שבעקבותיה ישתנה אופייה של המדינה לבלי הכר.

4 עמדת ארגוני זכויות האדם הוגשה תחילה כעתירה עצמאית (בג"ץ 6038/23), אך בשל העובדה שכבר היו מונחות לפני בית המשפט שורה של עתירות בנושא, הוחלט כי הארגונים יהפכו לידידי בית המשפט ועמדתם תובא כעמדת ידיד (בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, החלטה מיום 9.8.2023). ראו "ביטול עילת הסבירות" אחר האגודה לזכויות האזרח (2.1.2024).

ארגוני זכויות האדם הבהירו כי הפגם העיקרי בשיטת המשטר הקיימת הוא העובדה שבהיעדר חוק יסוד חקיקה ובהיעדר הליכים נוקשים ומורכבים לתיקון חוקי היסוד, קל לממשלה להשתמש בסמכות המכוננת לצורך השגת הישגים פוליטיים צרים ולשם גריפת כוח וריכוזו בידיה תוך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. למעשה, מכל הדמוקרטיות בעולם, בישראל מקובל ההליך הקל ביותר לתיקון חוקה. לכן הגישה שבאה לידי ביטוי בעמדת הרוב בעניין חוק הלאום – שלפיה כל עוד החוקה מכוננת פרקים פרקים, על רף ההתערבות השיפוטית להיות גבוה במיוחד – היא גישה שגויה. לפי עמדת הארגונים, דווקא במצב שהיהו סעיפי נוקשות ובמצב שההליך תיקון חוקי היסוד יחייב רוב מיוחד והליך ארוך יותר, אזי הסיכון של תיקון חוקתי אנטי־דמוקרטי יפחת, רף ההתערבות יוכל להיות גבוה, וההתערבות תישמר למקרי קצה בלבד.

ארגוני זכויות האדם הציעו שעד שזה יהיה מצב העניינים, יש לשנות את רף הביקורת החד־ערכי לגישה תלוית הקשר. לטענתם, העובדה שהשיטה הקיימת פגומה ומאפשרת את תיקון חוקי היסוד ברוב קואליציוני רגיל ובהליך חקיקה זריז, אין משמעה שהכנסת חייבת לפעול כך. היא יכולה לבחור לתקן את חוקי היסוד בהסכמה רחבה ובהליך שייחנה מלגיטימציה דמוקרטית רבה. אם היא תבחר שלא לעשות כן, הם הציעו שרף ההתערבות יהיה נמוך יותר.

אם הליך החקיקה של חוק היסוד החדש או המתוקן נהנה מלגיטימציה דמוקרטית רחבה יותר, שכן הוא חוקק בהליך דליברטיבי ממושך ובהסכמות נרחבות בין הקואליציה לאופוזיציה, כי אז הסיכון שתוכנה של הנורמה יחרוג באופן קיצוני מערכי הליבה המשטריים הוא נמוך, ולכן רף ההתערבות צריך להיות גבוה ולהישמר רק למקרי קצה שבהם רוב גדול של חברי כנסת בוחרים לרמוס את המיעוט. גם קונצנזוס בין מפלגות ימין ושמאל ציוניות לא יכול להצדיק, למשל, פגיעה בזכויות המיעוט הערבי ובשוויון.

מנגד, ככל שהליך החקיקה מקבל לגיטימציה דמוקרטית מועטה, משום שהתיקון עבר בכנסת ברוב צר של הקואליציה ובהליך שטחי, מהיר וכוחני, כך גדל הסיכון שהנורמה החוקתית תהיה אנטי־דמוקרטית או פוגענית. בהתאם, רף ההתערבות צריך להיות נמוך יותר. המבחן שהציעו ארגוני זכויות האדם לאמץ במקרה כזה הוא "פגיעה בלתי מידתית בעקרונות הליבה המשטריים", שפותח בידי פרופ' יניב רוזנאי.<sup>5</sup> עוד טענו הארגונים

5 לעמדתו של פרופ' יניב רוזנאי ראו YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS 220-222 (2017)

שפיתוח דוקטרינה תלוית הקשר יאפשר התמודדות טובה יותר של בית המשפט עם שחיקה דמוקרטית הפרוסה לפרוסות דקות, כזו שמכונה בפי כול "שיטת הסלאמי".

לכאורה, גישה זו נדחתה בפסק הדין. הנשיאה אסתר חיות אף דחתה אותה במפורש.<sup>6</sup> אולם קריאה מדוקדקת יותר של פסק הדין מצביעה על כך שהיא קנתה שבייתה בקרב כמה מן השופטים. השופטים רות רונן ועופר גרוסקופף, ובמידה רבה גם השופט יצחק עמית, אימצו במפורש גישה תלוית הקשר מסוג זה.

השופטת רונן ציינה כי הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד אינה עשויה מקשה אחת וכי סטנדרט הביקורת נגזר מסוג התיקון ומאפייניו. לדעתה, רף הביקורת השיפוטית צריך להיות נמוך יותר כאשר התיקון החוקתי מתקבל בניגוד עניינים מוסדי וברוב צר ללא כל הסכמה מצד חברי האופוזיציה. מקרה כזה מחייב יחס חשדני יותר מצד בית המשפט. כזה הוא המקרה שבו הכנסת מנטרלת את כוחו של בית המשפט לבקר באופן אפקטיבי את השלטון, במצב שהכנסת נתונה לשליטתה המוחלטת של הממשלה, ובייחוד כאשר הדבר נעשה ללא הסכמתם של חברי האופוזיציה, עובדה המגבירה מאוד את החשש לניגוד עניינים. בדומה, גם החלה מיידית של נורמה חוקתית חדשה מחייבת לשיטתה של השופטת רונן יחס חשדני יותר מצד בית המשפט, שכן החלה מיידית עלולה לשקף חריגה מן הסמכות המכוננת.<sup>7</sup>

השופט גרוסקופף ציין כי כנסת אקראית אינה יכולה להתעלם מכך שסמכותה היא חלק מ"חוקה בהתהוות" שנוצרת על ידי כמה כנסות, ולכן מצופה שתיקון החוקה ייעשה בהסכמה רחבה. השופט גרוסקופף הבחין בין שינוי קיצוני מעקרונות הליבה של החוקה, שמהווה שלילה שלהם, שלדעתו לא ניתן לעשות בכל מקרה, לבין סטייה ניכרת מעקרונות הליבה החוקתיים, שלדעתו מחייבת הסכמה רחבה משום שרוב מזדמן אינו מוסמך לכך. לפיכך הגיע השופט גרוסקופף למסקנה שביטול עילת הסבירות, גם אם אינו שולל את עקרונות הליבה, הוא בבחינת סטייה ניכרת מהם ושכנסת מזדמנת אינה מוסמכת לכך ברוב קואליציוני צר.<sup>8</sup>

6 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 105 לחוות דעתה של הנשיאה חיות.

7 שם, בפס' 21-33 לחוות דעתה של השופטת רונן.

8 שם, בפס' 43-62 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף.

מקריאת חוות הדעת של השופטים רונן וגרוסקופף משתמע שהם התקשו לקבוע כי ביטול עילת הסבירות עולה כדי שלילת עקרונות הליבה החוקתיים וכי הנמכת רף ההתערבות על ידי אימוץ מבחן תלוי הקשר היא שאפשרה להם לבטל את התיקון.<sup>9</sup>

השופט עמית הדגיש אף הוא את הזיקה בין אופן קידום התיקון החוקתי בכנסת לבין רף הביקורת השיפוטית. כלומר, גם הוא עמד על גישה תלוית הקשר. לדעתו, הנטייה להתערבות שיפוטית גוברת כאשר נורמה חוקתית מתגבשת ללא הסכמה רחבה, או כאשר מחילים נורמה בתחולה מיידית, או כאשר הנורמה החוקתית אינה משתלבת במארג החוקתי, או כאשר היא קודמה בהליך שטחי, מהיר ולא דליברטיבי, או כאשר היא מכוונת לפגוע בזכויות אדם. דומה כי השופט עמית, כמו ארגוני זכויות האדם, תמך בהנמכת רף ההתערבות גם כאמצעי מנע לפגיעה משטרית הנפרסת לפרוסות דקות, שכן "דמוקרטיה מתות בסתר, לא במספר אבחות גדולות אלא בשורה של צעדים, שעל כל אחד מהם בנפרד ניתן לומר שאינו מביא לקץ הדמוקרטיה, אך בהצטברותם הם עלולים להביא לשינוי משטרי".<sup>10</sup>

גם שופטים אחרים סברו שיש מקום לשקול את הנמכת רף ההתערבות. השופטים עוזי פוגלמן וענת ברון ציינו בחוות הדעת שלהם כי כל עוד חוקי היסוד ניתנים לשינויים בקלות רבה, יש מקום להנמיך את רף ההתערבות, אך הותירו זאת ללא הכרעה, שכן הם סברו, כמו השופט עמית, שהתיקון ממילא אינו צולח גם את הרף הגבוה יותר שנקבע בעניין חוק הלאום.<sup>11</sup>

ניתן לראות כי מתוך שמונת שופטי הרוב, שדגלו בביטול התיקון לחוק יסוד: השפיטה, שביטל את עילת הסבירות, חמישה אימצו גישה מפוכחת וחשדנית כלפי הפוליטיקאים וכלפי רצונם לנהוג באחריות בסמכות המכוונת, ולכן תמכו בהנמכת רף ההתערבות ולא התקשו לבטל את התיקון.

השופטת דפנה ברק־ארז, לעומתם, נותרה נאמנה להשקפתה בעניין חוק הלאום, שלפיה רף ההתערבות בחוק יסוד בשלב זה של המפעל החוקתי צריך להיות גבוה במיוחד – רק

9 שם, בפס' 43 לחוות דעתה של השופטת רונן ובפס' 77 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף.

10 שם, בפס' 22–39 לחוות דעתו של השופט עמית.

11 שם, בפס' 7 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיאה, השופט פוגלמן, ובפס' 5 לחוות דעתה של השופטת ברון.

כאשר התיקון מהווה "שבירת כלים", במובן של הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית. מטעם זה היא דחתה במפורש גישה תלוית הקשר מן הסוג שהציעו ארגוני זכויות האדם. להשקפתה, נדרש מבחן מצמצם להתערבות, שהוא פורמלי ובעל גבולות ברורים.<sup>12</sup> אולם דווקא רטוריקה זו מעוררת קושי, שכן עמדתה שהתיקון שביטל את עילת הסבירות אינו עומד בגבולות הצרים הפורמליים להתערבות והוא מהווה שבירת כלים, עומדת בסתירה לעובדה ששופטי המיעוט התקשו לראות הצדקה לביטול התיקון, והיו בהם אף שסברו שאין הצדקה לכך אפילו לא בקירוב.

ובחזרה לנשיאה חיות: כאמור, הנשיאה חיות שללה אימוץ של גישה תלוית הקשר ועמדה על כך שההתערבות תהיה רק במקרה חריג שחוצה את הרף הגבוה שנקבע בעניין חוק הלאום. לצד זאת, היא שללה את גישת בא כוח הכנסת, שלפיה רף ההתערבות הוא כה גבוה עד כדי שלילת הדמוקרטיה והפיכת המדינה לדיקטטורה. כלומר, הנשיאה חיות בחרה לכאורה שלא לסטות מרף ההתערבות הגבוה, אך בד בבד הבהירה כי די ב"זעזוע אבני הבניין של חוקתנו המתגבשת" כדי להוביל לביטול התיקון. הנשיאה חיות אף הדגישה שלצורך זה די שהתיקון החוקתי יוביל לזעזוע המבנה החוקתי בפועל, ואין צורך בפגיעה שיש בה נטישה מפורשת של עקרונות הליבה. עוד היא הדגישה שזעזוע המבנה החוקתי יכול להתרחש גם באופן מצטבר, כתוצאה של אישור שורה של תיקונים חוקתיים.<sup>13</sup>

זעזוע המבנה החוקתי הוא לא שלילתו, ומכך נובעת המסקנה שגם על פי הנשיאה חיות – רף ההתערבות הונמך הלכה למעשה. הדבר הקל על המסקנה שהתיקון בעניין עילת הסבירות דינו ביטול.

**עו"ד גיל ג'מור** הוא מנהל היחידות לזכויות אזרחיות וחברתיות באגודה לזכויות האזרח בישראל; ייצג 38 ארגוני זכויות אדם שצורפו לעתירות נגד ביטול עילת הסבירות במעמד של ידידי בית המשפט.

12 שם, בפס' 18 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז.

13 שם, בפס' 105-109 לחוות דעתה של הנשיאה חיות.

## נשק יום הדין הופעל בפעם הראשונה, נקווה שגם האחרונה

### תומר נאור

בימים שלאחר פרסום פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות<sup>1</sup> סיפרו כלי התקשורת לקהל הרחב על "המהפכה החוקתית השנייה", בהתייחסם בכך כמובן למהפכה החוקתית ה"ראשונה", בשנת 1995, בפסק דין מזרחי<sup>2</sup>, שהיה הראשון שקבע מדרג נורמטיבי בין חוק יסוד לבין חוק רגיל. עוד קבע אותו פסק דין כי לבית המשפט יש הסמכות לפסול חוק שאינו עולה בקנה אחד עם חוק יסוד כאשר הוא בלתי חוקתי.

ואכן, מפתה היה להשתמש באותה טרמינולוגיה המוכרת לנו זה שלושים שנה בקירוב ולספר לציבור בישראל על כך שבית המשפט העליון הביא למהפכה נוספת. אלא שבמבט רחב יותר, המבקש לבחון את העשורים האחרונים, ובפרט את השנים האחרונות, על

\* רשימה קצרה זו מבוססת, בחלקה, על דברים שנשאתי בכנס שהתקיים במכון הישראלי לדמוקרטיה ב-5 בפברואר 2024, בעקבות פסק הדין שהתקבל ב-1 בינואר 2024 בנושא עילת הסבירות. תודתי נחונה לעורכות הקובץ על שאפשרו לי להעלות את הדברים על הכתב.

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024).

2 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי (נבו 9.11.1995).



הפסיקה החוקתית של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ מגלים כי אין מדובר במהפכה, אלא בפרק נוסף בהתפתחות אבולוציונית ארוכת שנים שבה פיתח בית המשפט משך שנים ארוכות, ולמעשה עוד בפסק הדין בעניין מזרחי, את סמכותו להעביר ביקורת שיפוטית גם על חוקי יסוד שתיקנה הכנסת בכובעה כרשות המכוננת.

מגמה זו הואצה בארבע השנים האחרונות. בשנים אלו מדינת ישראל שרויה במשבר חוקתי ומשטרי חסר תקדים שבמסגרתו נעשתה קפיצה אקספוננציאלית, אם יורשה לנו, המשפטנים, לשאול מונח מעולמות אחרים, במספר הפעמים שהכנסת תיקנה את חוקי היסוד תיקונים שנויים במחלוקת. התיקונים לחוקי היסוד הפכו לפתרון הקסם של כלל הממשלות בשנים האחרונות בדרכן לפתור בעיות פוליטיות ארעיות היוצרות קשיים קואליציוניים.

מאז הבחירות לכנסת ה־20 – אשר פתחו סדרת מערכות בחירות שבמהלכה נקראו אזרחי ישראל להצביע חמש פעמים לכנסת, בין שנת 2019 לשנת 2022 – היינו עדים ללא פחות מ־28 תיקונים לחוקי יסוד, שהם קרוב לרבע מסך כל התיקונים שהכניסה הכנסת לחוקי היסוד מאז קום המדינה!<sup>3</sup> וכך חזינו בתיקונים חוזרים ונשנים לחוקי יסוד: הממשלה, בכללם חוק ממשלת החילופים, ששינה מקצה לקצה את שיטת המשטר הישראלית בתוך כשבוע ימים; "חוק דרעי", שנחקק בתוך שבועיים ימים והכשיר את כניסתו של עבריו מורשע לממשלה; תיקון מנגנון הנבצרות, שנחקק על בסיס פרסונלי ומותאם לצרכיו של ראש ממשלה מכהן; ועוד. היינו עדים גם לשינויים תכופים בחוקי יסוד: הכנסת, אשר שחקו ומתחו את מנגנון "החוק הנורווגי" בכל פעם מחדש ועל פי צרכי השעה; תיקונים תכופים בחוקי יסוד: משק המדינה, כדי לאפשר לממשלות המכהנות בשנים האחרונות "לשחק" עם העברת תקציב המדינה או לא להעבירו כלל; ותיקונים נוספים.

יש להזכיר כי במדינת ישראל לא מוסד מעולם כל מנגנון המסדיר את הליך חקיקת חוקי היסוד, ולכן, הלכה למעשה, כל כנסת יכולה לתקן חוק יסוד בכל רוב שהוא, או ברוב קואליציוני, ובתוך פרק זמן קצר מאוד. מתברר כי במשך מרבית שנות קיומה של מדינת ישראל, החסם היחיד שמנע מן הכנסת להפוך את חוקי היסוד של מדינת ישראל ל"פלטלינה" היה הכבוד שרחשו חברי הכנסת לחוקה הלא־רשמית של מדינת ישראל

3 עמיר פוקס "השינויים התכופים בחוקי היסוד" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (27.7.2023).

למוסד חוקי היסוד המרכיבים אותה, אשר מכוחו הפעילו על עצמם ריסון עצמי בבואם לתקן ולשנות חוקים חשובים אלו.

אלא שמהסירו מעליהם חברי הכנסת כל רסן, ובהתאמה עם מספר התיקונים ההולך ועולה, נאלץ בית המשפט העליון להתמודד עם מספר גדול יותר ויותר של עתירות חוקתיות על-חוקתיות, המבקשות לתקוף את חוקתיות התיקונים שנעשו, ומתוך שהוא מפתח את הכלים אשר יסייעו לו לעשות כן.

מבחינה זו אפשר וצריך לומר כי במובנים רבים פסק הדין שניתן בעניין עילת הסבירות היה התפתחות טבעית ביותר במסלול המואץ של התפתחות הפסיקה שנכפה על בית המשפט העליון בשנים האחרונות. אמת, הייתה זו הפעם הראשונה שבית המשפט התערב ופסל חוק יסוד, ועל כן אני נכון לקבל את העמדה שהיה זה פסק דין **תקדימי**, אם כי לא מהפכני.

כידוע, מדינת ישראל אימצה עם היווסדה את שיטת המשפט המקובל, אשר מכוחו קם עקרון התקדים המחייב, המעניק לפסיקות של הרשות השופטת מעמד של דין הזהה במידה רבה לחוק אשר נחקק על ידי הרשות המחוקקת. משום כך, בית המשפט העליון נזהר כל השנים בביקורת שמתח על מעשי החקיקה בכלל ועל חוקי היסוד בפרט.

בחינה אמפירית של כלל העתירות שתקפו תיקונים לחוקי יסוד בשנים האחרונות מלמדת כי במרבית המקרים ניסה בית המשפט להלך בין הטיפות, אף שלא היסס להשמיע את ביקורתו על מנהגה של הכנסת בכובעה המכונן בתיקון חוקי היסוד. עם זאת, הוא חיפש תדיר, ועדיין מחפש, פתרון שאינו לקוח מן השדה החוקתי, והוא נהג כך כדי להגיע לפתרון המביע את מורת רוחו של בית המשפט מן התיקון שעשתה הכנסת, אך בה בעת נמנע מהפעלת "נשק יום הדין" של פסילת חוק יסוד.

כך התוודענו לשימוש החוזר ונשנה של בית המשפט ב"התרעת בטלות"<sup>4</sup>; למדנו על השימוש בכלי הפרשנות המקיימת<sup>5</sup>; נוכחנו בעתירות שנדחו או הפכו לתאורטיות לנוכח הקצב המהיר של חילופי הממשלות<sup>6</sup>; וראינו כי בית המשפט העדיף להעניק לחוק פרשנות

4 בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' הכנסת (נבו 6.9.2017); בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (נבו 23.5.2021).

5 בג"ץ 5555/18 ח"כ אכרם חסון ואחרים נ' הכנסת (נבו 8.7.2021).

6 בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 12.7.2021).

בדרך של תחולה נדחית אשר תרפא פגמים פרסונליים.<sup>7</sup> במילים אחרות, בית המשפט ניסה לעשות הכול כדי שלא ייאלץ לבטל חוק יסוד.

המקרה המובהק ביותר, לטעמי, התרחש בדיון בעניין התיקון לחוק ייסוד: הממשלה, שנועד להכשיר את חזרתו של העבריין המורשע אריה דרעי לממשלה, אגב שינוי תנאי הכשירות הקבועים בחוק ויצירת מנגנון עוקף שיאפשר את מינויו של דרעי לשר. באותו דיון שב בית המשפט פעם אחר פעם והעיר לצדדים כי אין הוא מעוניין לדון בשאלות החוקתיות וביקש מהם להתמקד במסלול המינהלי בנימוק ששם, לטעמו, מונח הפתרון. דברים אלו אף קיבלו ביטוי בפסק הדין עצמו,<sup>8</sup> שם התייחסה לכך הנשיאה חיות בפסק דינה.<sup>9</sup>

אלא שלצד ניסיונותיו של בית המשפט שלא להכריע בנושאים אלו התרחש תהליך נוסף – שבו ביסס בית המשפט באופן הולך ומעמיק את הכלים המאפשרים לו להעביר ביקורת חוקתית על חוקתית מתוך שהוא מרחיב ומפתח את שתי הדוקטרינות העיקריות שעשויות לשמש כלי בידו לבחינת החוקתיות של חוקי יסוד. כוונתי לתיקון החוקתי הלא-חוקתי ולשימוש לרעה בסמכות המכוננת.

יוער, ועל מנת שלא ייטען אחרת בהקשר זה, כי אחד הגורמים המרכזיים אשר אילצו את בית המשפט להתייחס שוב ושוב לסוגיית סמכותו להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד היה המשיבים לאותן עתירות, ובפרט אלו שאינם משיבים ממלכתיים, קרי הכנסת ונציגי הייעוץ המשפטי לממשלה, אשר הרהיבו עוז בתגובותיהם הכתובות ובטיעונים בבית המשפט לטעון פעם אחר פעם כי בית המשפט נעדר כל סמכות לדון בחוקיותם של חוקי היסוד אגב התעלמות שיטתית ועקבית מפסיקות העבר. בכך, ובלי שהתכוונו, הכשירו אותם משיבים אף הם את הקרקע לפסק הדין בעניין עילת הסבירות.

המתבונן מן הצד בדיון שהתקיים בבית המשפט, וודאי מי שהשתתף בו, יכול בנקל להבחין כי גם בפעם הזו ניסו שופטי ההרכב לנסות ולאתר נתיב שיאפשר ביקורת שיפוטית "מרוככת" על התיקון לחוק. פעמים אחדות בדיון נשאלו באי כוח המשיבים שאלות על כוונת המחוקק, על פרשנותם את החוק, על אופי השימוש העתידי בחוק וכיוצא באלו. שופטי ההרכב ניסו למצוא את הדרך שתאפשר גם הפעם לקרוא פרשנות מקיימת אל תוך

7 בג"ץ 2412/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו) (3.1.2024).

8 בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (נבו) (18.1.2023).

9 שם, בפס' 44 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

החוק, ואולם הם נתקלו בחומה בצורה שהגביהו מולם המשיבים בדמות תשובות נחרצות אשר הבהירו היטב את אופיו הקיצוני והדורסני של תיקון מס' 3.

גם במקרה זה נאלץ בית המשפט להתמודד עם סוגיית הסמכות, אשר נטענה ביתר שאת בידי כמה משיבים.

וכך, שני תהליכים אלו נפגשו בפסק הדין מושא רשימה קצרה זו. 13 משופטי ההרכב (מתוך 15) קבעו כי לבית המשפט עומדת הסמכות להתערב ולבקר חקיקת יסוד. ומשבוססה סופית ובאופן חד-משמעי שאלת הסמכות (בניגוד לשאלת פסילת החוק, שם הרוב היה קטן יותר), נותרה שאלת ההתערבות בחוק.

כאן בחר בית המשפט לעשות שימוש תקדימי במבחן ביקורת תוכני – קרי, התיקון החוקתי הלא-חוקתי. והוא עשה זאת אגב כך שהוא מבקר את רכיבי החוק עצמו, ובמובן מה משתמש בדוקטרינה שבשנים האחרונות חסתה דווקא בצילה של דוקטרינה אחרת – דוקטרינת השימוש לרעה – אשר עמדה בבסיס ביקורת חוזרת ונשנית של בית המשפט על הדרך שהכנסת מתקנת את חוקי היסוד.

וכך, במפגש המשותף של שני תהליכים אלו חצה בית המשפט את הרוביקון של פסילת חוק יסוד, ובתוך כך ביסס באופן סופי ובלתי ניתן לערעור – ברוב של 13 שופטים – את סמכותו להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. נשק יום הדין הופעל, ומעתה ואילך הוא יהיה בחזקת "מונח על השולחן" בכל הליך עתידי של תיקון חוקי יסוד בידי המכונן.

לטעמי, המפץ הגדול של פסק הדין, אשר נגרם עקב הפעלת "נשק יום הדין", יביא לכך שכלי זה לא יופעל בשנית בעתיד הקרוב, אם בכלל. נקודת הקיצון שאליה נדחקו החברה הישראלית ובית המשפט העליון בהליך מואץ של שחיקת המוסד החוקתי בתיקונים חוזרים ונשנים, בצד הניסיון הבריוני לשנות כמעט בן לילה את מארג הפרדת הרשויות במדינת ישראל בכסות של "רפורמה", הביאו לתגובת נגד חריפה של הרשות השופטת ואיתה להבנה שמעתה ואילך ייבחנו מחדש קווי הגבול שבין הרשויות ויסורטטו בהסכמה רחבה. ייתכן שיהיה זה מתוך "מאזן אימה" בין הרשויות, וייתכן – ועדיף – שיהיה זה מתוך הסדרה קונסטרוקטיבית של מערכת היחסים בין הרשות המכוננת, והמחוקקת, לבין בית המשפט ובחסות חוקי יסוד: החקיקה. חוק זה יסדיר את הליך חקיקת חוקי היסוד בישראל, ואגב כך את מתחם ההתערבות בהם, ואולי אפילו את היצירה של חוקה חדשה לישראל.

אירועי השנה החולפת, שנת 2023, ובכללם גם אירועי החודשים האחרונים שלאחר הטבח הנורא ב־7 באוקטובר, מחייבים יצירת מערכת הסכמות חדשה, הבנה שהגענו כולנו לקצה וודאות שנעֶשֶׂה הכול כדי שלא להגיע לשם שוב.

**עו"ד תומר נאור** הוא מנהל האגף המשפטי בתנועה למען איכות השלטון בישראל.

## **ביקורת שיפוטית על חוקים לעומת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד – מגמות חדשות**

### **מורן קנדלשטיין־היינה**

טעות יסודית של סטודנט שנה א' למשפטים היא להעמיד חוק יסוד במבחני פסקת ההגבלה, שכן מושכלות יסוד הם כי פסקת הגבלה מכוונת למחוקק הרגיל ולא למכון.<sup>1</sup> לכן תיקון חוקתי אינו כפוף למבחניה של פסקת ההגבלה.<sup>2</sup> ואולם נראה כי הפסיקה האחרונה, ובכלל זה פסק הדין בעניין **ביטול עילת הסבירות**,<sup>3</sup> יוצרת הלכה למעשה מעין פסקת הגבלה עבור תיקונים חוקתיים הכוללת תנאים דומים בעיקרם לאלה הקיימים בפסקת ההגבלה של חוקי היסוד מ־1992. תופעה זו מתחדדת על רקע תופעה אחרת הניכרת בפסיקת בית

1 בג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 913 (1994); אביגדור קלגטבלד "סתירה לחוק־יסוד" הפרקליט מח 293, 306 (התשס"ו); אהרן ברק "הזכות החוקתית ותורת שלושת השלבים" חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק־יסוד: חופש העיסוק כרך א: תורת הזכויות החוקתיות 26 (מסדרת פירוש לחוקי היסוד, יצחק זמיר עורך 2023).

2 אהרן ברק "תיקון של החוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בר 361, 379-380 ה"ש 85 (דוד האן, דנה כהן־לקח ומיכאל בר עורכים 2011).

3 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: פרשת הסבירות).

המשפט העליון – טשטוש קו הגבול שבין דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת לבין דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי.

היווצרותה של אמת מידה לביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד הדומה בעיקרה לזו הקיימת במסגרת הביקורת השיפוטית על חקיקה רגילה משקפת תפיסה הרמונית של האופן שבו נבחנות הנורמות השונות המתקבלות בכנסת. עמדתו של השופט שטיין, שלפיה הכרזת העצמאות היא המקור להגבלת כוחה של הכנסת כרשות מכוננת ומחוקקת גם יחד, אף היא משקפת תפיסה הרמונית של הביקורת השיפוטית על חוקים רגילים ועל חוקי יסוד.

בד בבד, פיתוחה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת בפסיקות האחרונות של בית המשפט מלמדת שלפחות בכמה הקשרים נבדלים, ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד תהא צפופה ומעמיקה יותר בהשוואה לחקיקה רגילה, אולי בניגוד מסוים למה שהורגלנו לסבור.

רשימה זו מבקשת אפוא להפנות זרקור אל מגמות אחדות בסוגיית הביקורת השיפוטית על חקיקת יסוד ולהצביע על השלכותיהן.

## **א. בין שימוש לרעה לבין תיקון שאינו חוקתי**

שתי דוקטרינות נדונו בפסיקה הישראלית באשר להפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד של הכנסת – דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת ודוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, שאומצה באופן רשמי בפסק הדין האחרון בעניין ביטול עילת הסבירות. הדוקטרינה הראשונה מתמקדת בזיהויה של הנורמה המשפטית ובמידת התאמתה להיות מסווגת כנורמה חוקתית. היות שכך התמקדה הדוקטרינה, בוודאי בתחילת דרכה, באופן חקיקתו של חוק היסוד ולא בבחינת תוכנו. הדוקטרינה השנייה, לעומת זאת, עוסקת בתוכנה של הנורמה ובשאלה אם היא פוגעת באופן אנוש בעקרונות הליבה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

ואולם בשנים האחרונות ניכרת תופעה של היטשטשות קו הגבול שבין שתי הדוקטרינות הללו. כך, דוקטרינת השימוש לרעה כוללת כיום גם בחינה מסוימת של מהות הנורמה. ראשית, במסגרת השלב הראשון במבחן הדו־שלבי מבית מדרשה של הנשיאה חיות – שלב

הזיהוי – בוחנים, בין היתר, את התאמתה של הנורמה למארג החוקתי. **שנית**, במסגרת השלב השני – שלב הצידוק – בוחנים את מידת הפגיעה בזכויות ובעקרונות משטריים. בכך גולשת הבחינה הטכנית פרוצדורלית לכאורה, כלומר אופן קבלתה של הנורמה החוקתית, לבחינת תוכנה של זו. עמד על כך השופט מינץ בפרשת **ממשלת החילופים**: "דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת" פרשה כנפיה, ואין היא מסתפקת עוד בשאלות הקשורות לאופן ההליך, אלא מתייחסת באופן ישיר גם למהותו ולתוכנו של ההסדר החוקתי".<sup>4</sup> דברים דומים השמיע השופט סולברג בפרשה זו: "מסעה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת" מלמדנו כי הרחקנו נודד מן הכוונה המקורית בעמדה ביסוד היווצרותה [...]. דוקטרינה זו, משמשת לצורך ביקורת שיפוטית תוכנית על חוקייסוד העומדים בסתירה לעקרונות משטריים רמים יותר".<sup>5</sup>

בד בבד, דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי פותחה כך שהיא כוללת בחינה של היבטים שאינם נוגעים רק לתוכנה של הנורמה. כך, בפסק הדין בעניין הסבירות, נשמעה העמדה שהיקפה של הביקורת השיפוטית על תוכנה של הנורמה תלוי גם בהליכים שבהם התקבל חוק היסוד וגם במאפייניו. לפי עמדתה של השופטת רונן, קיומו של ניגוד עניינים מוסדי מחייב להחיל סטנדרט ביקורת מחמיר יותר של ביקורת שיפוטית על תוכנה של הנורמה ולא רק על התאמתה למארג החוקתי, סוגיה הנבחנת בראי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. לשיטתה של השופטת רונן, קבלתו של הסדר חוקי שלא מתוך הסכמה רחבה והחלתו המיידית של התיקון עשויות להחריף את החשש מפני ניגוד עניינים ולכן להצדיק ביקורת הדוקה יותר על חקיקת יסוד.<sup>6</sup> שאלת חוקיות השימוש בסמכות המכוננת לצורך קידום אינטרסים פרטיקולריים, כמו גם שאלת תחולתו של התיקון, הן סוגיות שנבחנו עד כה בראי מבחני הכלליות והיציבות, במסגרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.

4 בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, בפס' 14 לפסק דינו של השופט מינץ (נבו 12.7.2021). (להלן: פרשת **ממשלת החילופים**).

5 שם, בפס' 31 לפסק דינו של השופט סולברג. כן ראו את דבריו בבג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת**, בפס' 25 לפסק דינו (23.5.2021). (להלן: פרשת **שפיר**). לטענה שביקורת שיפוטית מכוח דוקטרינת השימוש לרעה מהווה התערבות בעייתית יותר בהשוואה להתערבות מכוח דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי ראו רבקה וייל "על שימוש לרעה בסמכות מכוננת ותיקון חוקתי שאינו חוקתי" **ICON-S-IL-Blog** (6.10.2019).

6 פרשת הסבירות, לעיל ה"ש 3, בפס' 20-33 לפסק דינה של השופטת רונן.



## ב. הרמוניה בביקורת השיפוטית

תופעת טשטוש הגבולות בין הביקורת השיפוטית המופעלת מכוח דוקטרינת השימוש לרעה לבין זו המופעלת מכוח דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי מצביעה על היווצרותה, הלכה למעשה, של אמת ביקורת אחת כוללת על סמכותה המכוננת של הכנסת, המזכירה במהותה את זו הקיימת במסגרת ההגבלה. נוסחת האיזון המשולבת היא אפוא זו: חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד לא יתקבלו אלא באמצעות חוק יסוד<sup>7</sup> שנועד לתכלית ראויה<sup>8</sup> ושאינו פוגע בעוצמה ניכרת בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>9</sup> נוסחה זו דומה למדי לזו הקיימת בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד מ־1992. אכן, אין זהות בין מבחן עוצמת הפגיעה לבין מבחן המידתיות, אולם ודאי שיש דמיון רב בין השניים, הואיל ושניהם מבקשים לאמוד את עוצמת הפגיעה. האפשרות לאמץ רף התערבות נמוך יותר מזה שנקבע בפרשת חסון,<sup>10</sup> המבוסס על העיקרון של מידתיות, נדונה במפורש בפסק הדין בעניין הסבירות. הנשיאה חיות דחתה אפשרות זו,<sup>11</sup> שהועלתה על ידי האגודה לזכויות האזרח בהתבססה על משנתו של המשפטן יניב רוזנאי.<sup>12</sup> ואולם השופט עמית לא שלל את האפשרות. הוא אומנם הותיר שאלה זו בצריך עיון, אך דומה כי

7 דרישה הנבחנת לאור המבחן הצורני ולאור מבחני העזר המופעלים במסגרת שלב הזיהוי של דוקטרינת השימוש לרעה.

8 היבטים נוספים של שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

9 דרישות אלה – הלימה לערכי המדינה ובחינת עוצמת הפגיעה – נבחנות לאור דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי.

10 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו 8.7.2021).

11 פרשת הסבירות, לעיל ה"ש 3, בפס' 105 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

12 האגודה לזכויות האזרח, שזרפה להליך במעמד של "ידיד בית משפט", ביקשה לאמץ את הסטנדרט של המידתיות, במקרה של "הליך תיקון ממשלי", בלשונו של רוזנאי. אין מדובר במבחני המידתיות הרגילים אלא בבחינה של השאלה אם בתיקון החוקתי הייתה הפרה לא-מידתית של עקרון ליבה או של חוק היסוד. ראו בפס' 256–260 לכתב העתירה בבג"ץ 6038/23 האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת (8.8.2023). לספרו של רוזנאי, שעליו התבססה האגודה לזכויות האזרח, ראו Yaniv Roznai, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS – THE LIMITS OF AMENDMENT POWER (2017)

גילה אהדה להצעה האמורה, לנוכח היעדרם של "מנועים דמוקרטיים מספקים" או מנגנון קשיח לכינון חוקי יסוד ותיקונם.<sup>13</sup> ועל כך נאמר: לא לעולם חסון.

ההרמוניה או ההאחדה בעילות הביקורת השיפוטית על חקיקה רגילה וחקיקת יסוד באה לידי ביטוי לפחות בשני הקשרים נוספים. ראשית, הנכונות להחיל סטנדרט ביקורת מחמיר יותר במצב של ניגוד עניינים מוסדי באה לידי ביטוי בעבר גם באשר לחקיקה רגילה, במקרים שסווגו כ"חקיקה של הכנסת לעצמה".<sup>14</sup> גם בכך יש משום התקרבות של אמות המידה לביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד לאלה הקיימות בחקיקה רגילה.

שנית, חוות דעתו של השופט שטיין על מעמדה של הכרזת העצמאות אף היא משקפת תפיסה של "הרמוניה ביקורתית". לפי עמדתו של השופט שטיין, שעקרונותיה הובאו עוד קודם לכן בפרשת **חוק טבריה**,<sup>15</sup> הכרזת העצמאות היא מקור לפסילת חוקים רגילים וחוקי יסוד גם יחד. יוער כי גישה זו, לפיה ישנו מקור העשוי להגביל את כוחו של המחוקק הרגיל ושל המכונן גם יחד, מצאה ביטוי עוד בפסיקה הישנה, שהכירה בקיומם של עקרונות על-חוקתיים.<sup>16</sup>

13 פרשת הסבירות, לעיל ה"ש 3, בפס' 38 לפסק דינו של השופט עמית.

14 לגישה זו ראו, למשל, בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד (נו) 6, 117, בפס' 41-51 לפסק דינו של השופט חשין (2002).

15 בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, בפס' 6-34 לפסק דינו של השופט שטיין (נבו 26.10.2023).

16 בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3), בפס' 29-30 לפסק דינו של השופט ברק (1990); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, בפס' 15 לפסק דינו של השופט חשין (1998); בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) - השופט חשין, בדעת מיעוט, ביקש לפסול את חוק טל בנימוק שהוא עומד בסתירה לעקרונות היסוד של השיטה ובמרכזם עקרון השוויון (שלא כחלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם). הנשיא ברק אומנם הדגיש כי יש לבכר הכרעה בשאלות החוקתיות במסגרת המקובלת של בחינה חוק לאור חוק יסוד, אך לא שלל את האפשרות לביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה מכוח עקרונות לא-חבוים. ראו בפס' 73-74 לפסק דינו של הנשיא ברק.

## ג. ביקורת הדוקה יותר על חקיקת יסוד

אמת המידה לביקורת על חקיקת יסוד דומה מאוד אפוא בעקרונותיה לביקורת על חקיקה רגילה. ואולם בהתאם לפסיקה האחרונה, בנסיבות מסוימות, הביקורת על חקיקת יסוד עשויה להיות הדוקה יותר בהשוואה לחקיקה רגילה. לצורכי רשימה זו אסתפק בשתי דוגמאות.

### (1) חקיקה פרסונלית

מפסק הדין בעניין הנבצרות<sup>17</sup> עולה כי יש קושי רב יותר בחקיקת יסוד פרסונלית, ואילו לגבי חקיקה רגילה, לא תמיד ניתן למצוא "קולב" להיתלות בו כדי להביא לבחינת חוקתיותו של חוק העומד בניגוד לדרישת הכלליות. מקרה זה בא לידי ביטוי בתיק טבריה, שם בית המשפט מצא כי התיקון לחוק הבחירות מעורר קשיים של ממש, העיקרי שבהם הוא היותו של התיקון לחוק תיקון פרסונלי שיש בו משום "שינוי כללי המשחק תוך כדי משחק". ואולם הזכות לבחור ולהיבחר לרשויות המקומיות, כמו גם הזכות לשוויון בבחירות לרשויות המקומיות, טרם הוכרה כזכות חוקתית. לפיכך נמנע בית המשפט מלהכריע בשאלת חוקתיותו של התיקון ותחת זאת פירש את התיקון לחוק הבחירות כך שלא תהא לו תחולה בבחירות הקרובות לרשויות המקומיות. בדרך זו – המעוררת קושי לא קטן<sup>18</sup> – ביקש בית המשפט לרפא כמה מן הפגמים שדבקו בחוק. בלי להמעיט בחומרה היתרה שיש לחקיקת יסוד פרסונלית נוכח מאפייניה ותפקידה של חוקה, דומה כי ה"חסינות" המוענקת לחקיקה פרסונלית מעוררת קושי. שאלה היא אם אין מקום להכיר באפשרות לפסול חקיקה רגילה

17 בג"ץ 2412/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 3.1.2024) (להלן: פרשת הנבצרות).

18 חרף העמדה המקובלת בפסיקה, נראה לי כי יש מקום להטיל ספק בסמכותו של בית המשפט להכריע בשאלת מועד תחולתו של דבר חקיקה, בהיעדר הוראה מפורשת בחוק בעניין. אני סבורה כי במקרה זה לא מדובר בשאלה פרשנית המונחת לפתחו של בית המשפט. רק כאשר מגיעים למסקנה בדבר קיומו של פגם חוקתי, ניתן לעבור לשלב הסעדים, ובמסגרת זו לבחון את האפשרות לדחות את מועד תחולתו של דבר החקיקה. כך נעשה בשינויים המחויבים בתיק הנבצרות: ראשית הכרעה בשאלה החוקתית (האם התיקון נגוע בשימוש לרעה בסמכות המכוננת), ורק לאחר מכן בחינת הסעד המתאים.

הנגועה בפרסונליות בוטה בשל היותה עומדת בסתירה לעקרון שלטון החוק, שהוא ללא ספק אחד מעקרונות היסוד של השיטה.

## (2) מבחן זיהוי הנורמה

בפסק הדין בעניין הנבצרות מצאה דעת הרוב כי התיקון הוא תיקון פרסונלי ואשר על כן אינו עומד במבחן העזר של הכלליות וכי לא נמצא הצדק לסטייה ממבחן זה. בהתאם לנוסחו של הצו על תנאי שהוצא בעניין זה, הסעד לא היה ביטולו של התיקון כי אם דחיית מועד תחולתו לכנסת הבאה. כמה משופטי המיעוט ביקרו מהלך זה והעירו כי גם אם ייקבע שמדובר בחוק יסוד "בתחפושת", לכל הפחות יש להכיר בכך שמדובר בחוק רגיל.<sup>19</sup> מעניין שגם חקיקה רגילה עשויה להיחשד כ"מתחזה", למשל חוק התקציב השנתי. הגישה בפסיקה שביקשה להכיר בקיומו של מדרג פנימי בין חוק יסודות התקציב לבין חוק התקציב השנתי נבעה בעיקר ממעמדו העדיף של חוק יסודות התקציב ומכפיפותו של חוק התקציב השנתי אליו, אך גם מן הקביעה שאף שחוק התקציב השנתי הוא חוק מבחינה פורמלית, יש קושי לסווגו כחוק מבחינה מהותית, הסיבה לכך היא שבניגוד לחוק רגיל, חוק התקציב השנתי אינו קובע נורמה כללית והוא אף מתקבל בפרוצדורה מיוחדת (מקוצרת).<sup>20</sup> מכל מקום, משמעות קביעה זו לא הייתה שאין מדובר בחוק אלא ביטאה את הנכונות להכפיפו לביקורת מול הסטנדרט שמציב חוק יסודות התקציב.

לסיכום, הגם שהפסיקה שבה והדגישה כי הביקורת השיפוטית על חקיקת יסוד צריכה להיות מצומצמת יותר בהשוואה לחקיקה רגילה, בכל זאת יש דמיון, במובנים רבים, בין אמות המידה לבחינת חוקתיותה של נורמה חוקתית לבין אמות המידה לבחינת חוקתיותו

19 פרשת הנבצרות, לעיל ה"ש 17, בפס' 15-18 לפסק דינו של השופט מינץ, וכן בפס' 8-12, 109 ו-115 לפסק דינו של השופט סולברג. כמו כן ראו דברי השופט מינץ בפרשת **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 4, בפס' 39-40 לפסק דינו; וכן בפס' 13 לפסק דינו של השופט מינץ בפרשת **שפיר**, לעיל ה"ש 5. לגישה דומה בספרות ראו שחר בן מאיר "שימוש לרעה בסמכות מכוננת: הצעה לסעד חוקתי אחר" **ICON-S-IL-Blog** (5.8.2021).

20 בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' **השר לענייני דתות**, פ"ד נג(5) 337, בפס' 14 לפסק דינו של השופט זמיר ובפס' 7-10 לפסק דינו של השופט חשין (1999). השנה בסוף יוער כי שאלת האפשרות לפסול חוק תקציב בשל סתירה לחוק יסודות התקציב הותרה בצריך עיון. ראו **שם**, בפס' 14 לפסק דינו של השופט זמיר. לביקורת על גישה זו ראו סוזי נבות "הערה על מעמד הנורמטיבי של חוקי התקציב: בעקבות בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות" **המשפט** ו 123 (התשס"א).

של חוק רגיל. יתרה מזו, בשל אופייה המיוחד של הסמכות המכוננת, הדרישות המחייבות את הכנסת בהפעילה סמכות זו הן לעיתים מחמירות יותר, והיות שכך – הן מזמנות ביקורת שיפוטית הדוקה יותר. לשון אחר: המעמד מחייב.

ד"ר מורן קנדלשטיין־היינה היא חוקרת בתוכנית להגנה על ערכים ומוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה; מרצה מן החוץ למשפט חוקתי במכללה האקדמית נתניה.

## הליך קיצוני וחריג משמעות הליך החקיקה בבג"ץ הסבירות גיא לוריא

פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות<sup>1</sup> התמקד בהיקף הביקורת השיפוטית על תוכן של חוק יסוד, להבדיל מביקורת שיפוטית צורנית של חוק יסוד.<sup>2</sup> רוב גדול מהשופטים פסק כי סמכותה של הכנסת מוגבלת (כפי שנפסק כבר בעניין חוק הלאום),<sup>3</sup> וכי בית המשפט מוסמך להכריז על בטלות חוק יסוד אם הוא חורג מסמכותה המכוננת של הכנסת.<sup>4</sup> רוב קטן יותר של שמונה שופטים הכריז על בטלות התיקון לחוק היסוד. ברשימה זו אבקש להתמקד במבחן עזר צורני שהציעו חלק מהשופטים, אשר התמקד בהליך החקיקה.

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: פסק דין הסבירות).

2 לביקורת שיפוטית צורנית לפי דוקטרינת השימוש לרעה בחקיקת יסוד ראו בג"ץ 2412/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 3.1.2024); בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (אר"ש 23.5.2021).

3 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (אר"ש 8.7.2021).

4 פסק דין הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 96 לפסק דינה של הנשיאה (בדמי') חיות.

## קיצוניות התיקון לחוק היסוד

בבחינת התוכן של התיקון לחוק היסוד, מספר שופטים הדגישו את האופי הגורף והקיצוני של התיקון. אדרבה, האופן הגורף והקיצוני שבו ביטל התיקון לחוק את סמכות בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על בסיס עילת הסבירות היה אחד הבסיסים העיקריים לתפיסת התיקון לחוק כפוגע בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות בחריגה מהסמכות המכוננת. הנשיאה בדימוס אסתר חיות עמדה על חמישה היבטים שונים המעידים עד כמה היה "קיצוני וחריג" התיקון שנבחן: תחולתו על כלל מובניה של עילת הסבירות, על כל בתי המשפט, על עצם הדיון בשאלת הסבירות (ולא רק על מניעת מתן סעד), על כל החלטה של הממשלה או שר משריה ואף על החלטה להימנע מהפעלת סמכות.<sup>5</sup> עמדה זו חוזרת ומודגשת גם בפסקי דינם של שופטי הרוב האחרים שסברו שיש להכריז על בטלות התיקון לחוק היסוד, כגון השופט יצחק עמית,<sup>6</sup> ממלא מקום הנשיא עוזי פוגלמן,<sup>7</sup> השופטת ענת ברון,<sup>8</sup> השופט עופר גרוסקופף<sup>9</sup> והשופטת דפנה ברק־ארז.<sup>10</sup> האופי הגורף של התיקון בנוסח שהתקבל מזכר גם בעמדת שופטי מיעוט, כגון השופטת גילה כנפי־שטייניץ, אף שלאור פרשנותה המצמצמת והמקיימת לנוסח התיקון והאפשרות לעשות שימוש בעילות ביקורת אחרות פרט לעילת הסבירות, היא סברה שאין להכריז על בטלותו.<sup>11</sup>

5 שם, בפס' 137.

6 שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט יצחק עמית.

7 שם, בפס' 10 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן.

8 שם, בפס' 27-26 לפסק דינה של השופטת ברון.

9 שם, בפס' 76 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

10 שם, בפס' 20 ו-57 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.

11 שם, בפס' 39, 41 ו-47 לפסק דינה של השופטת כנפי־שטייניץ.

## הליך החקיקה

כיצד הגיע המכונן לתיקון קיצוני זה? הליך החקיקה היה חריג בכך שהיה חד־צדדי ובלתי מתפשר באופן מופגן. גורמי מקצוע רבים, שאותם הדהדו חברי כנסת מטעם האופוזיציה, הציעו לא מעט חלופות לנוסח התיקון, בניסיון למצוא נוסח הפוגע פחות בשלטון החוק – אך הקואליציה שללה באופן מופגן כל ניסיון לריכוך (גילוי נאות: במהלך הליך החקיקה הופעתי בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט והתנגדתי לנוסח התיקון תוך שצינתי כי מדובר בנוסח קיצוני ביותר). לדוגמה, בהכנת הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית ציין היועץ המשפטי לוועדת חוקה ד"ר גור בליי:

שמענו וקיבלנו מתווים שונים ורבים [...] כל ההצעות האלה הן הצעות לריכוכים שונים והבחנות דקות יותר ממה שנמצא בהצעה שלפנינו. המתווה שבהצעת החוק שלפנינו הוא גורף הרבה יותר מכל המתווים אלה. הוא לא כולל הבחנה בין הממשלה במליאתה לבין שרים, הוא לא מותיר ביחס לנבחרי ציבור עילה של חוסר סבירות קיצונית במובן של מופרכות, הוא לא עורך הבחנה בין החלטות פרטניות והחלטות מדיניות. הוא לא קובע חובה על נבחרי הציבור לנהוג בסבירות.<sup>12</sup>

הקואליציה שללה את כל ההצעות לריכוך (מלבד השמטת האפשרות להחיל את התיקון לחוק על נבחרי ציבור אחרים). יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט ח"כ שמחה רוטמן (הציונות הדתית) הסביר את הסיבה לכך:

ההבחנות שעלו, כולל בהצעה של פרופסור דותן ואחרים, הבחנה בין מדיניות לפרט, הבחנה בין החלטות פרטניות לכלליות, הבחנה בין סבירות לאי סבירות קיצונית, לכולן יש מקום בעולם התיאורטי העיוני. הסיבה לא לנקוט אותן [...] שהן לא עובדות בעולם האמיתי.<sup>13</sup>

12 פרוטוקול ישיבה 121 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25, 11 (12.7.2023).

13 פרוטוקול ישיבה 125 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25, 15 (13.7.2023).



על כך ענה לו בהמשך אותו דיון ח"כ גלעד קריב (העבודה):

הסוגייה והדיון שלנו מתנהלים בשלושה צירים [...] האחד הוא השאלה של האם הביקורת השיפוטית תסויג להחלטות של הממשלה במליאתה או גם להחלטות של שרים בודדים. הציר השני הוא [...] ההבחנה בין המדיניות הכללית לבין ההחלטות הפרטניות. הציר השלישי הוא [...] האם מבקשים להחזיר אותנו לעידן של טרום דפי זהב [...] אתה בשלושת הצירים הללו בוחר ללכת לקיצון.<sup>14</sup>

ואכן, ההסדר שבחר המכונן היה הקיצוני מבין האפשרויות שעמדו לפניו בהסדירו את הסוגיה.

היכולת של הקואליציה להעביר את חוק היסוד ללא תמיכה של האופוזיציה עמדה בבסיס התוצאה הזו, אולם היא לא הייתה הגורם היחיד. כפי שצוין לא אחת, הליך הכינון של חוק יסוד זהו הליך חקיקתו של כל חוק אחר. אם בעבר היה נהוג שבהליכי חקיקת יסוד הקואליציה משתפת פעולה עם לפחות חלקים מן האופוזיציה, תוך שהן מגיעות להסכמה רחבה על נוסחו, הרי בשנים האחרונות אין זה המקרה. לא רק בהליכי חקיקה רגילים,<sup>15</sup> גם בהליכי חקיקת יסוד מפעילה הקואליציה משמעת קואליציונית.<sup>16</sup> כך יוצא שחוק הלאום, אף שהיה חוק יסוד, עבר בקולותיהם של חברי הקואליציה בלבד, ובלא שהייתה כל פשרה בין הקואליציה לבין האופוזיציה באשר לנוסחו.<sup>17</sup>

עם זאת, במקרה של התיקון שבו אנו עוסקים הבחירה בנוסח הקיצוני והפוגע ביותר הייתה בכל זאת חריגה. כפי שהראה עידו פורת, נוסח חוק הלאום היה תוצר של "ריכוך", בעקבות הערות של היעוץ המשפטי.<sup>18</sup> האופי החריג של הנוסח בעניין הסבירות בולט גם

14 שם, בעמ' 23.

15 מתן גוטמן "המדינה הקואליציונית: 'חותמת הגומי' ו'להקת המעודדות' – על רמיסת הכנסת על ידי הממשלה" ספר סלים ג'ובראן 197 (אהרן ברק ואח' עורכים 2023).

16 אמנון רובינשטיין ויובל גבע "השימוש במשמעת פוליטית בעת כינון חוקי-יסוד" ICON-S-IL Blog (25.3.2020).

17 עידו פורת "פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה – חוק הלאום, תורת הסמכות המכוננת ודואליזם חוקתי" תרבות דמוקרטית 20, 217, 253 (החשפ"ב).

18 שם, בעמ' 254.

יחסית לתיקונים לחוקי בחירות שעברו בשנים האחרונות. אף שמדובר בחקיקה רגילה, במקרים אלה נעשה ניסיון להשיג הסכמה רחבה לנוסח התיקונים. כך, לדוגמה, בתיקון לחוק מימון מפלגות משנת 2017,<sup>19</sup> הקרוי "חוק 15v", ריככה הקואליציה את נוסח התיקון, שנתפס כבעל אפקט מצנן על חופש הביטוי של החברה האזרחית, כחלק מניסיון לפשרה עם האופוזיציה ובעקבות הערות של גורמי מקצוע.<sup>20</sup> גם בתיקון לחוק הבחירות (דרכי תעמולה) משנת 2022,<sup>21</sup> שהחיל חובת שקיפות על מי שמפרסם תעמולת בחירות, צמצמה הקואליציה את תחולת החוק בעקבות הערות של האופוזיציה.<sup>22</sup> לעומת זאת, בנוסח התיקון לחוק היסוד במקרה הנדון לא היה כמעט שום ריכוך או צמצום. התוצאה הייתה חקיקה קיצונית וגורפת בפגיעתה בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות.

## בחינת הליך החקיקה בפסק דין הסבירות: מבחן עזר

הליך החקיקה החריג לא נעלם מעיני השופטים, והיה מהותי במסקנתם כי התיקון לחוק היסוד קיצוני וגורף. מסקנתם זו התבססה בין השאר על האופן שבו דחתה הכנסת חלופות שהוצגו במסגרת הליך החקיקה במטרה לרכך את ההסדר, וכן על האופי החד־צדדי והבלתי מתפשר של דיוני הכנסת. כך, הנשיאה בדימוס חיות ציינה כי הערות הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה והחלופות שהציע נדחו כולן, וכי "חרף כל ההערות וההצעות הללו, הצעת התיקון נותרה כמעט כמות שהיא, והשינוי העיקרי שהוטמע בה לפני שאושרה בקריאה

19 ס' 1 לחוק מימון מפלגות (תיקון מס' 35), התשע"ז-2017, ס"ח 520.

20 חוק ניסיון לצמצם את תחולתו למי שמפרסם תעמולה העוסקת ברשימת מועמדים מסוימת, כך שלא יחול על מי שמפרסם על אודות גושי מפלגות או נושאים. ראו פרוטוקול ישיבה 1 של הוועדה המשותפת של ועדת הכנסת ושל ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20 (20.9.2016); אסף שפירא, גיא לוריא ויוחנן פלסנר **אסדרת פעילותם של גופים חוץ-מפלגתיים בבחירות לכנסת** (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2017).

21 ס' 11(4) לחוק הבחירות לכנסת העשרים וחמש (הוראות מיוחדות ותיקוני חקיקה), התשפ"ב-2022, ס"ח 902.

22 פרוטוקול ישיבה 319 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 80 (28.6.2022).

שנייה ושלישית אך החריף את הנוסח הקיים<sup>23</sup>. בדומה לכך, גם השופט עמית למד על השלילה הגורפת של הביקורת השיפוטית בגין עילת הסבירות הן מנוסח התיקון לחוק היסוד והן "מכך שנדחו הצעות למקד ולצמצם בהתאם את נוסח התיקון"<sup>24</sup>. השופטת ברון ציינה את המאפיינים הללו של ההליך, תוך שהיא מבהירה כי אומנם לא בגללם היא סבורה שיש להורות על בטלות התיקון, אבל "מהלך חריג זה צובע בצבעים עזים את הנזקים הגלומים בתיקון לחוק היסוד"<sup>25</sup>. במילים אחרות, הליך החקיקה החד־צדדי והבלתי מתפשר שבו נדחו כל החלופות לריכוך הפגיעה הגלומה בתיקון לחוק היסוד שימש מבחן עזר למסקנה בדבר תוכנו הגורף והקיצוני של התיקון.

מעניין לשים לב שייחוס משמעות לשלילת חלופות שפגיעתן פחותה במסגרת הליך החקיקה, ולבחירה בחלופה הקיצונית והגורפת ביותר, מזכיר את הפרקטיקה של בית המשפט בביקורת שיפוטית על חוקים, כאשר הוא מיישם את מבחן המשנה של "הפגיעה הפחותה" בדוקטרינת המידתיות. במסגרת מבחן משנה זה, בית המשפט מסתייג מחקיקה גורפת השוללת חלופות שהיו מצמצמות את הפגיעה בזכויות.<sup>26</sup>

מאפיינים אלו של הליך החקיקה שימשו את בית המשפט גם בשאלת הפרשנות של התיקון לחוק היסוד, ובפרט בשאלה אם יש לפרשו כתיקון גורף וקיצוני או אם יש לפרשו באופן מצמצם יותר כמתיר שימוש במובן כלשהו של עילת הסבירות. שופטי הרוב שדחו את הפרשנות המצמצמת עשו זאת לא רק על בסיס הנוסח הגורף עצמו, אלא גם על סמך הליך החקיקה החד־צדדי שבו נדחו כל החלופות שהועלו לצמצום הפגיעה הגלומה בנוסח.<sup>27</sup>

23 פסק דין הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 139 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות, והשוו שם, בפס' 194 ("קריאת פרוטוקול הדיונים מלמדת כי דיוני הוועדה התנהלו באווירה קשה ולעומתית, ובמבחן התוצאה, ההצעות השונות שהועלו במסגרת הדיונים, הן על ידי חברי הוועדה והן על ידי גורמי המקצוע שהשתתפו בהליך החקיקה, לא קיבלו ביטוי כלשהו בנוסח הצעת התיקון שהוגשה לקריאה שנייה ושלישית").

24 שם, בפס' 49 לפסק דינו של השופט עמית.

25 שם, בפס' 18 לפסק דינה של השופטת ברון.

Talya Steiner, *Proportionality Analysis by the Israeli Supreme Court*, 26 *in* PROPORTIONALITY IN ACTION: COMPARATIVE AND EMPIRICAL PERSPECTIVES ON THE JUDICIAL PRACTICE 285, 348 (Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner, & Anrej Lang eds., 2020)

27 פסק דין הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 21 לפסק דינה של השופטת ברון ובפס' 17 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן.

גם שופטי מיעוט שלא ביטלו את התיקון לחוק היסוד משום שתמכו בפרשנות מצמצמת ומקיימת של נוסחו הגורף, בפרט השופטות יעל וילנר וכנפיי־שטייניץ, עשו זאת באמצעות שלילה של הפרשנות הגורפת יותר – שעליה למדו מהליך החקיקה ומשלילת החלופות המרככות במסגרתו.<sup>28</sup> הן שופטי הרוב הן שופטי מיעוט נקטו מהלך פרשני זה, שהוא שכיח בפרשנות חקיקה, על סמך התכלית הסובייקטיבית של התיקון כפי שעלתה מדיוני הכנסת.

היבט אחר של הליך החקיקה, היעדר הסכמה רחבה לתיקון, לא זכה להתייחסות דומה של השופטים. אומנם שניים משופטי הרוב ציינו את התפקיד של הסכמה רחבה (שעשויה להכשיר חקיקת יסוד, לפי השופט גרוסקופף)<sup>29</sup> או היעדרה (שעשויה להגדיל את נכונות בית המשפט להתערב, לפי השופטת רות רונן)<sup>30</sup> בבחינת חקיקת יסוד שתוכנה בעייתית. אבל יתר שופטי הרוב לא ביססו את חוות דעתם על דרישה של הסכמה רחבה, ייתכן משום שכבר ראו בעבר חקיקת יסוד שהתקבלה על דעת הקואליציה בלבד, כפי שהראיתי לעיל. השופטת ברק־ארז אף דחתה דרישה זו במפורש.<sup>31</sup>

## סיכום

עיון בחוות דעת השופטים בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות מלמד שגורם מהותי בהחלטה לפסול את התיקון לחוק היסוד היה קיצוניותו. כך עולה הן מחוות דעת שופטי הרוב והן מחוות דעת שופטי המיעוט שסברו שאין לפסול את התיקון משום שאפשר לפרשו פרשנות מקיימת. ההסדר שהמכונן בחר היה הקיצוני מבין האפשרויות שעמדו לפניו בהסדירו את הסוגיה, והוא שלל מספר חלופות שהועלו לצמצום הפגיעה. זוהי גישה חריגה יחסית להליכי חקיקה מסוג דומה מהשנים האחרונות. הגישה החריגה והקיצונית הזו, גם לנוכח הצעות רציניות שהוצעו לריכוך הפגיעה בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות,

28 שם, בפס' 59 לפסק דינה של השופטת וילנר ובפס' 39 לפסק דינה של השופטת כנפיי־שטייניץ. השוו לאימוץ הפרשנות המצמצמת ללא התייחסות להליך החקיקה, שם, בפס' 112 לפסק דינו של השופט שטיין ובפס' 18 לפסק דינו של השופט אלרון.

29 שם, בפס' 47 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

30 שם, בפס' 29 לפסק דינה של השופטת רונן.

31 שם, בפס' 18 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.

היא שהולידה את תוצאת פסק הדין. שופטי הרוב השתמשו בשלילת כל החלופות לצמצום הפגיעה שהוצעו בהליך החקיקה כמבחן עזר למסקנתם כי נוסח החוק קיצוני וגורף. מסקנה זו צריכה להשפיע על הגישה שתעמוד בבסיס הליכי חקיקה מסוג דומה בעתיד.

ד"ר גיא לוריא הוא עמית מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה. תחומי המומחיות שלו הם הרשות השופטת, היועץ המשפטי לממשלה ורשויות התביעה, דיני תעמולת בחירות וצנזורה, היסטוריה של המשפט הציבורי והיסטוריה של המחשבה המדינית והאזרחות.

## "קח אותו לאט את הזמן" קריאה לעיגון נורמות הליכיות-מוסדיות בהליך החוקתי גונן אילן

פסק הדין בעניין **התנועה לאיכות השלטון**<sup>1</sup>, שהכריז בפעם הראשונה על בטלותו של חוק יסוד, העלה על נס את החשיבות שבעיגון נורמות חוקתיות הליכיות במסגרת של הסדרת כללי המשחק באמצעות כינון חוקי-יסוד: החקיקה. על רקע זה, המאמר יחולק לשני חלקים: בחלק הראשון, אתמקד במישור **התאורטי-עקרוני**. אטען כי במציאות חוקתית שאין בה כללי משחק מוסדרים, צריך שחקיקת יסוד תיבחן במבחן מחמיר יותר מזה שנקבע בעניין **קוונטינסקי**<sup>2</sup>. את טענתי זו אבסס על השילוב שבין תאוריה חוקתית ותורת החקיקה. בחלק השני אעסוק במישור **הנורמטיבי-מעשי**. כאן אטען כי במסגרת ההסדרה העתידיית של כללי המשחק באמצעות כינון חוקי-יסוד: חקיקה יעוגנו נורמות הליכיות-מוסדיות נוקשות שיבכרו היבטים הליכיים של הדמוקרטיה החוקתית בישראל. בהקשר זה אתמקד

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון).

2 בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017) (להלן: עניין קוונטינסקי).

ספציפית במגבלות של זמן (temporal limitations)<sup>3</sup>, ובמגבלות דיוניות (deliberation ceilings)<sup>4</sup>.

## מבוא

טענות העותרים בעניין התנועה לאיכות השלטון על "פגם מהותי בעקרון ההשתתפות"<sup>5</sup> שבהליך החקיקה של תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה<sup>6</sup> נשענו של שני אדנים ראשיים: האחד, משך הדיונים היה קצר ונמשך שלושה שבועות בלבד; והשני, לא התקיים דיון ממצה בהשלכות התיקון.<sup>7</sup> בית המשפט לא נענה לטענות העותרים וקבע כי ככל שהטענות נוגעות ליישום של עקרון ההשתתפות, "לא נחצה בענייננו רף ההתערבות הגבוה שנקבע בהקשר זה ולפיו יש להראות כי מדובר בפגם היורד לשורש הליך החקיקה"<sup>8</sup>, כך חרף קביעות השופטים שמדובר בהליך חקיקה ש"ארך כחודש ימים בלבד" ו"חרף השלכותיו הדרמטיות וההתנגדות העזה שהתעוררה לגביו"<sup>9</sup>. לפיכך דומה כי בית המשפט נמנע מלצעוד עוד צעד אחד בכיוון של יציקת תוכן הליכי לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוונת כך שתתאפשר עריכת ביקורת שיפוטית הליכית על חקיקת יסוד. תחת זאת הוא הסתפק באמירה שאין לכונן חקיקת יסוד בעלת השלכות עומק משטריות<sup>10</sup> בדרך "מקוצרת"<sup>11</sup>

Richard Albert, *Temporal Limitations in Constitutional Amendment*, 21 Rev. 3 Const. Stud. 37 (2016)

4 שם, בעמ' 42-44.

5 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, בפס' 33 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

6 ראו חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3).

7 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, בפס' 33 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

8 שם.

9 שם, בפס' 194 לפסק דינה של הנשיאה חיות. ראו גם שם, בפס' 27 לפסק דינו של השופט עמית; שם, בפס' 28-33 לפסק דינו של המשנה לנשיאה השופט פוגלמן.

10 שופטי ההרכב הביעו את מורת רוחם מהליכי החקיקה וקבעו כי "אף אם היה מדובר בהליכים חוקתיים בעלי מורכבות תוכנית לא גבוהה יש לוודא כי לא יקודמו במהירות ובבהילות". עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, בפס' 199 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

11 בפס' 203 לפסיקה של הנשיאה אסתר חיות.

של הצעת חוק מטעם ועדה.<sup>12</sup> טענות העותרים וקביעתו של בית המשפט מזמנות שאלות בדבר הצורך באחידות אמות המידה של הביקורת השיפוטית החוקתית כך שהיבטים חוקתיים תוכניים והליכיים ייבחנו לאור הרעיון המסדר של חקיקה חוקתית.

## המישור התאורטי-עקרוני

לפי המשפטן ברוס אקרמן (Ackerman), המשטר החוקתי יוצר הבחנה בין שני מסלולי חקיקה נבדלים: חקיקה של "פוליטיקה רגילה" וחקיקה של "פוליטיקה חוקתית". בעוד הפוליטיקה הרגילה היא ביטוי להתנהלותם של נציגי העם בפרלמנט ומושפעת משיקולים פוליטיים עיתיים, את החקיקה החוקתית יש לקבל בתהליך חקיקה מיוחד, שיבטיח קבלת החלטות שלא בפזיזות ועל בסיס ערכי רחב ושקול ומתוך בחינת השלכות ארוכות טווח.<sup>13</sup> יתרה מזו, דוקטרינות תורת חקיקתיות, שעוסקות בתכליות של הליכי חקיקה במסגרת הפוליטיקה הרגילה,<sup>14</sup> עוסקות גם במתח שבין תכליות של אפקטיביות ומהירות<sup>15</sup> לבין הצורך בריסון ובהקפדה על עקרונות דמוקרטיים הליכיים, דוגמת התדיינות והשתתפות, כדי למנוע החלטות נמהרות ושרירותיות של המחוקק<sup>16</sup> שעלולות לפגוע פגיעה לא מידתית בזכויות אדם.

12 סעיף 80 לתקנון הכנסת.

13 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE, VOL. 1: FOUNDATIONS (1991). ראו גם אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" **משפט וממשל** ב 443 (1994); עידו פורת "פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה: חוק הלאום, תורת הסמכות המכוננת, ודואליזם חוקתי" **תרבות דוקרטי** 20 (2021).

14 ראו למשל, אחד ממקורות רבים, איחי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" **עיוני משפט** לז 645 (2016).

15 DAVID BEETHAM, PARLIAMENT AND DEMOCRACY IN THE TWENTY-FIRST CENTURY: A GUIDE TO GOOD PRACTICE 115-117, 122-123 (2006)

16 Marci A. Hamilton, *Power, Responsibility, and Republican Democracy*, 93 MICH. L. REV. 1539, 1539 (1995) James Wilson, *Lectures on Law: Of Government*, in THE WORKS OF JAMES WILSON, VOL. 1, 284, 290 (Robert G. McCloskey ed., (1967)).



בישראל נהוג מבנה חוקתי גמיש ונעדר (כמעט) כל מגבלה של זמן או של דיון על השינויים החוקתיים שהמכונן מעוניין לבצע.<sup>17</sup> המגבלות ההליכיות המועטות שמוטלות על תוכן הצעות החוק נאכפות, בתדירות נמוכה ובמקרי קיצון בלבד,<sup>18</sup> על ידי בית המשפט, שמבכר ביקורת תוכנית על פני ביקורת הליכית.<sup>19</sup> המקרה היחיד שבית המשפט ערך בו ביקורת שיפוטית הליכית היה בעניין **קוונטינסקי** – שבו, ולראשונה, ביטל בית המשפט חוק בנימוק של פגמים בהליך החקיקה.<sup>20</sup> באותו עניין ליטש בית המשפט, ולמעשה הרחיב, את עקרון ההשתתפות שהוכר בעניין **מגדלי העופות**<sup>21</sup> לכך שיכלול גם את מתן האפשרות לחברי הכנסת לקיים "דיון מינימלי" בהצעת החוק.<sup>22</sup>

בעניין **התנועה לאיכות השלטון** המשיך בית המשפט את המגמה המקובלת, שלפיה ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד תיבחן באמצעות מעין ביקורת שיפוטית משולבת; כלומר, בחינה מהותית על פי אמות מידה, קרי "שימוש לרעה בסמכות מכוננת",<sup>23</sup> בשילוב עם בחינת ההליך באמצעות כלים תורת חקיקתיים, דהיינו באמות המידה שנקבעו בעניין **קוונטינסקי**. הבחנה זו בעייתית בעיני משתי סיבות עיקריות: האחת, היא מאותתת למכונן כי המהות חשובה מן ההליך; והשנייה, הרף שנקבע בעניין **קוונטינסקי** מאפשר למכונן, הלכה למעשה, שלא להקפיד על נורמות הליכיות-חוקתיות. היות שאלו הם פני הדברים, אני סבור שכל אימת שהליך הכינון והתיקון החוקתי נותרים על כנם, קרי בלא כינון חוקי-יסוד: חקיקה, יש לבחון את האפשרות של ליטוש ועדכון הדוקטרינה של עקרון

17 ראו עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" עיוני משפט מד 87, 148-145 (2021).

18 בהקשר זה יש להזכיר את המגבלות שנקבעו בבג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (נבו 23.5.2021); ובבג"ץ 5555/18 **חסון נ' הכנסת** (נבו 8.7.2021).

19 להרחבה על ההבחנות ראו איתי בר-סימן טוב "ביקורת שיפוטית תוכנית וביקורת שיפוטית פרוצדורלית: הילכו שניים יחדיו? לקראת מודל סמי-פרוצדורלי בישראל" **ספר דורית ביניש 299** (קרן אזולאי, איתי בר-סימן טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים 2018).

20 עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 2.

21 בג"ץ 4885/03 ארגון **מגדלי העופות** בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).

22 עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 2, בפס' 69 לפסק דינו של השופט סולברג.

23 ראו בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד(3) 275 (2001); בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (נבו 23.5.2021).

ההשתתפות כך שהיא תתאים לאמות המידה השיפוטיות המחמירות של ההליך החוקתי. את זאת יש לעשות בלי לגלוש להחלת דוקטרינת הליך החקיקה הנאות,<sup>24</sup> שבבסיסה אמות מידה מחמירות שתכליתן איכות ההליך ובחינה אם המחוקק הגיע לתוצאה הגיונית בתהליך ובהתדיינות נאותים.

מפאת קוצר היריעה אמקד את הצעתי בשני פרמטרים הליכיים שבאימוצם יש כדי לפתח את הלכת **קוונטינסקי** ולחזק את הנורמות המוסדיות ההליכיות ובה בעת להישמר מפני הצבת רף גבוה.<sup>25</sup> ראשית, יש לבחון את משך הדיון שהתקיים בהליך הכינון או התיקון החוקתי (על פי אורכה של ההצעה, מורכבותה והיקף השלכותיה). אני סבור שבחינת משך ההתדיינות החוקתית לא תמה בשאלת **משך הזמן** (ימים), ולכן אפשר ליצוק פרמטרים נוספים כגון מספר הדיונים, משכו של כל דיון, האם היו הפוגות בין הדיונים (קצב החקיקה) ומספר המשתתפים בישיבות הוועדה (קוורום). שנית, יש לבדוק את מידת השפעתו של הדיון על תוכנה או נוסחה של ההצעה. לפרמטר זה התייחס השופט עמית בעניין **התנועה לאיכות השלטון** כשקבע כי "התיקון נכנס ויצא מהוועדה כמעט כפי שנכנס, בבחינת 'כבולעו כן פולטו'".<sup>26</sup> מדובר אפוא בתנאי חיוני לביקורת השיפוטית ההליכית, שכן ממנו ניתן להסיק על תרבות הדיון ועל איכותו. כמון כן ניתן להסיק ממנו אם הוא נעשה בחיפזון, כלומר בראייה קצרת טווח, ועד כמה הוא מתאים למארג החוקתי.<sup>27</sup>

פרמטרים הליכיים אלה הם ביטוי לשני עקרונות הליכיים-חוקתיים: האחד, מגבלות זמן בתהליך החוקתי שיש בהם כדי להגביר את השיתוף והמעורבות של הציבור, וכן להאט את תהליך הכינון והתיקון החוקתי ולבכר תכליות של ריסון פעולת המכונן וקידום עקרונות של הליך חקיקה מושכל; והשני, התדיינות והשתתפות של נציגי העם בתהליך החוקתי. סבורני שהקפדה על בחינת פרמטרים אלה במסגרת הביקורת השיפוטית ההליכית עשויה

24 Victor Goldfeld, *Legislating Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation Through Judicial Review of Congressional Processes*, 79 N.Y.U.L Rev. 367 (2004)

25 עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 2, בפס' 79 לפסק דינו של השופט סולברג.

26 עניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 1, בפס' 103 לפסק דינו של השופט עמית.

27 אוסיף כי לצורך בחינה זו יש צורך בנתונים אמפיריים על הליך הכינון והתיקון החוקתי הנהוג בישראל. לעניין זה ראו עניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 1, בפס' 208 לפסק דינו של השופט סולברג.

לסייע בתמרוץ קבלת החלטות חוקתיות שאינן מסתפקות רק באפשרות של "לגבש עמדה מושכלת".<sup>28</sup>

להצעת שני חסרונות עיקריים. האחד, בהיבט הדמוקרטי-מוסדי: בהצעת יש הפוטנציאל של חיזוק הביקורת מצד המערכת הפוליטית-חוקתית שלפיה בית המשפט פוגע בעקרון הפרדת הרשויות, שכן בית המשפט בוחן את ההליכים הפנים-פרלמנטריים אשר במסגרתם, ובתוך המסגרת הנורמטיבית הזוהה, מכוננים או מתקנים חוקי יסוד. החיסרון השני קשור לפן הנורמטיבי: הטענה היא שמטרת הביקורת השיפוטית ההליכית, בשונה מזו המהותית, היא לא להגן על זכויות וחירויות אלא לוודא שהחוקים המסדירים את כללי המשחק נשמרים.

לצד שני החסרונות האלה אני סבור כי יש להצעת שלושה יתרונות עיקריים במסגרת הנורמטיבית הנוכחית. הראשון הוא שביקורת שיפוטית הליכית-חוקתית היא ביטוי להגנה על הכללים העליונים של השיטה המשפטית, ובכלל זה על הליך הכינון והתיקון של המסמך המסדר של השיטה. היתרון השני הוא חיזוק הלגיטימציה של ההליך החוקתי. בהיבט הנורמטיבי, הביקורת ההליכית מאפשרת לבית המשפט שלא להיות חלק מן המאבק הערכי-חברתי ולהתמקד בפגמים ההליכיים ובהפרה של נורמות מוסדיות שהפרתן עשויה להוביל לפגיעה בזכויות או בעקרונות יסוד. בהיבט החברתי, פיקוח על הליכי קבלת ההחלטות במסגרת החקיקה החוקתית יכול לסייע להגביר את הלגיטימציה בקרב הציבור ההליכיים שמשפיעים על אורחות חיינו. היתרון השלישי בהצעת הוא השילוב שבין הליך החקיקה לבין הביקורת השיפוטית. שילוב זה יכול להוביל לאיזון ראוי בין נורמות ובין עקרונות הליכיים-חוקתיים.<sup>29</sup>

## המישור הנורמטיבי-מעשי

סירובו של בית המשפט בעניין התנועה לאיכות השלטון לקבוע רף נורמטיבי מחמיר, או מלוטש, לעומת זה שנקבע בעניין קוונטינסקי קשור לקריאתו למכונן להסדיר בחקיקת

28 עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 2, בפס' 81 לפסק דינו של השופט סולברג.

29 Ittai Bar-Siman-Tov, *The Role of Courts in Improving the Legislative Process*, 3 THEO. PRACT. LEGIS. 295, 301-302 (2015)

יסוד את כללי המשחק החוקתיים.<sup>30</sup> לפיכך אני מציע שבמסגרת הסדרת כללי המשחק החוקתיים בעת כינון חוקי-יסוד: החקיקה יעוגנו נורמות הליכיות, ובכללן מגבלות על זמן ודיון, שיבטאו, לכל הפחות, את הרף ההליכי שהוצע לעיל.

ככלל, עד היום הונחו על שולחנה של הכנסת 14 הצעות חוקי-יסוד: החקיקה,<sup>31</sup> והללו התייחסו לשלושה מאפיינים מרכזיים: עליונותם הנורמטיבית של חוקי היסוד; נוקשות ושריון חקיקת היסוד כך שכינונם או תיקונם של חוקי היסוד ייעשו ב"רוב מיוחד"; וקביעה מפורשת שלבית המשפט יש סמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת. אשר לעניין השלישי, ההצעות התמקדו ברוב הנדרש (קוורום הצבעה) ובמספר הקריאות, ובמקרים מסוימים – גם בהכנסת מנגנון השהיה טרם הקריאה האחרונה. בעיניי, בכל הקשור לנורמות המוסדיות-הליכיות, הצעות אלה נמנעו מלהגיע לעיגון מנגנונים הליכיים שיש בהם כדי לבכר תכליות של פוליטיקה חוקתית.

לא בכדי הליך הכינון והתיקון החוקתי הוא בדרך כלל נוקשה יותר מהליך החקיקה הרגיל וכולל עיגון של נורמות הליכיות-מוסדיות נוקשות יותר כגון מגבלות של זמן ומגבלות דיוניות. על רקע האמור, אני מציע לאמץ בכינון חוקי-יסוד: החקיקה ארבעה סוגי מנגנונים הליכיים בתהליך הכינון והתיקון החוקתי, כפי שאלה משתקפים בטקסטים חוקתיים בעולם: קביעת זמני התדיינות מינימליים להתדיינות חוקתית;<sup>32</sup> קביעת מכסת דיונים מינימלית בהצעות חוקתיות (אפשר לקבוע כלל שמבחין בין הצעות של כינון לבין תיקון);<sup>33</sup> כללי צינון שמונעים מהמכונן להציע הצעות חוקתיות לפרקי זמן מוגדרים לאחר קבלת תיקון חוקתי; ועיגון חובת קוורום השתתפות (נוסף על קוורום הצבעה) בדיונים

30 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 1, בפס' 208 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

31 הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, תשל"ו-1975, מ/1221; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, תשל"ח-1978, מ/1364; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, תשנ"ב-1991, פ/1357/12; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, תשנ"ב-1992, מ/2100; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, תשס"ג-1993, מ/2167; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, תשס"א-2001, כ/2988; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, תשס"ד-2003, פ/1724/16; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, תשס"ד-2003, פ/1736/16; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, תשס"ז-2006, פ/1843/17; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, תשס"ז-2007, פ/2753/17; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, תשס"ט-2009, פ/317/18; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, תש"ף-2019, פ/1383/22; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, תש"ף-2020, פ/981/23; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, תשפ"ב-2021, פ/2786/24.

Italy Const. tit VI, s II, art 138 (1947) 32

South Korea Const. ch X, art 129 (1948); Costa Rica Const. tit XVII, art 195(2) (1949) 33

חוקתיים ובהוראות חוקתיות נוספות שיכולות לקדם תפיסות של קבלת החלטות חוקתיות על בסיס מושכל. יוער כי אין בהצעותיי אלה כדי להקיף את מכלול האפשרויות לעיגון מנגנונים שיבטיחו הגנה על נורמות הליכיות בתהליכי כינון ותיקון חוקי יסוד. עם זאת, אני סבור שאימוץ כולן, או מקצתן, בעת כינון חוקי יסוד: החקיקה יהיה צעד חשוב בתהליך שבמסגרתו הליך הכינון והתיקון של חוקי יסוד יעמוד בנורמות מחמירות יותר מאלו המקובלות בהליך החקיקה של חוקים רגילים.

## סיכום

פסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון העלה על נס את החשיבות והצורך שבעיגון נורמות הליכיות, והוא, בעיניי, נקודת מפנה בשאלה כיצד יש לבחון את הליך הכינון והתיקון של חקיקת יסוד בישראל. התזה המוצגת כאן מתייחת לשתי נקודות זמן: האחת, פרק הזמן עד אשר יכונן חוקי יסוד: החקיקה. בפרק זמן זה יש לבחון, לפתח וללטש את אמות המידה לעריכת ביקורת שיפוטית הליכית על חקיקה חוקתית. נקודת הזמן השנייה היא כינון חוקי יסוד: החקיקה. כאן יש לעגן, לכל הפחות, את הפיתוח של מבחן קוונטינסקי, וכפי שהצעתי – הרבה מעבר לו. ולבסוף, פסק הדין הנדון יכול ללמד שהפרוצדורה לא פחות חשובה, ולעיתים אף חשובה יותר, מן המהות.

עו"ד גונן אילן הוא דוקטורנט למשפטים באוניברסיטת בראילן ועוסק בדיני החקיקה ובתורת החקיקה. עמית זוטר במכון למחשבה ישראלית.

## חולשת הכנסת מול הממשלה בראי בג"ץ עילת הסבירות

### אסף שפירא

בפסק הדין של בג"ץ בעניין ביטול עילת הסבירות הזכרה בהקשרים שונים חולשת הכנסת מול הממשלה.<sup>1</sup> במאמר זה אסקור בקצרה את תפיסת בית המשפט את החולשה הזאת ואבחן כיצד היא שימשה להצדקת פסק הדין.

יצוין כי זהו אינו פסק הדין הראשון של בית המשפט העוסק בחולשת הכנסת ומצדיק בעקבותיה ביקורת שיפוטית על חקיקה.<sup>2</sup> פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות מסתמך על קודמיו, אך המסקנה שהוא גוזר מחולשת הכנסת – הצדקת ביטול חוק יסוד – מרחיקת לכת הרבה יותר. לכן יש מקום לנתח אותו בפני עצמו.

1 ראו בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש, 1.1.2024).

2 פסקי דין בולטים הם בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017) – בעניין מיסוי על ריבוי דירות; בג"ץ 8749/13 שפיר נ' שר האוצר (13.8.2017) – בעניין שינויים בחקציב המדינה; בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) – בעניין החקציב הדורשנתי; בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (27.3.2016) – בעניין מחווה הגז.

## חולשת הכנסת מול הממשלה

חולשת הכנסת מול הממשלה הוזכרה בפסק דינם של חלק משופטי הרוב (ובהם הנשיאה חיות והשופטים עמית, כבוב וברון) והמיעוט (השופטים כשר ומינץ). עיון בפסקי הדין של שופטי הרוב מלמד שהם נתנו את דעתם לכמה היבטים:

1. **שליטת הממשלה בהליך החקיקה.** ההיבט הזה זכה לתשומת הלב הגדולה ביותר. נטען שאף שהכנסת היא הרשות המחוקקת, בפועל הממשלה, ובמיוחד ראשי סיעות הקואליציה, שולטים בהליך החקיקה. הסיבה לכך היא שבשיטת המשטר הפרלמנטרית בישראל הקואליציה התומכת בממשלה נהנית מרוב בכנסת. הממשלה יכולה להפעיל את הרוב הפרלמנטרי הזה באמצעות משמעת קואליציונית. שלושה מנגנונים ספציפיים מסייעים להפעלת המשמעת: הסכמים קואליציוניים, שבהם מעוגנת החובה של סיעות הקואליציה לכבד את המשמעת הקואליציונית בכלל, ולעיתים גם לתמוך בחוקים מסוימים; ועדת השרים לענייני חקיקה, שבאמצעותה מגבשת הקואליציה את עמדתה כלפי הצעות חוק פרטיות; ובעת האחרונה – "החוק הנורווגי" (סעיף 42 לחוקי־יסוד: הכנסת), שיצר מעמד של חברי כנסת "על תנאי". מדובר במי שנכנסו לכנסת בעקבות התפטרות של שרים או סגני שרים, ועלולים להידרש לעזוב את הכנסת אם השרים וסגני השרים יתפטרו מהממשלה ויחזרו לכנסת, ועל כן כהונתם בכנסת תלויה ברצונם הטוב של הממשלה והשרים, ומחויבותם כלפיהם גדולה מאוד. החוק הנורווגי נוצר ב־2015 ומאז הלך והתרחב, ולכנסת הנוכחית נכנסו 18 ח"כים "נורווגים". מנגנונים נוספים המסייעים לשליטת הממשלה בהליך החקיקה, באמצעות הרוב הפרלמנטרי שהיא נהנית ממנו, הם היכולת של הכנסת להחיל או שלא להחיל דין רציפות על הצעות חוק שהתקבלו בקריאה ראשונה בכנסת הקודמת; והאפשרות של הכנסת להקים (לפי המלצת ועדת הכנסת, שגם בה הממשלה נהנית מרוב) "ועדה מיוחדת", היכולה לסייע לממשלה לקדם חוקים.

2. **מנגנון אי־אמון מצומצם.** לפי השופטים, אחד מכלי הפיקוח העיקריים של הכנסת על הממשלה הוא היכולת להדיח או להחליף אותה בהצעת אי־אמון. אלא שמנגנון זה צומצם במהלך השנים: עד כניסת הבחירה הישירה לתוקף בשנת 1996 היה מדובר באי־אמון רגיל – תמיכה של רוב רגיל (גם של פחות מ־61 ח"כים) בהצעה הייתה מובילה להפלת הממשלה ולפתיחה בהליכי הרכבת ממשלה חדשה. עם ביטול הבחירה הישירה, מהבחירות לכנסת ב־2003, אומץ "אי־אמון קונסטרוקטיבי חלקי": הצעת אי־אמון הייתה יכולה להתקבל רק בתמיכה של לפחות 61 ח"כים; וההצעה כללה את שמו של הח"כ שעליו תוטל

הרכבת הממשלה (אם הוא נכשל בהרכבת ממשלה – הכנסת התפזרה). ב־2014 תוקן המנגנון שוב (התיקון נכנס לתוקף ב־2015), ואומץ "אייאמון קונסטרוקטיבי מלא" – כדי להחליף ממשלה באייאמון יש צורך בתמיכה של 61 ח"כים בממשלה חדשה של ממש, לרבות זהות חבריה וקווי היסוד (מרגע אישור ההצעה – הממשלה קמה). ברור שהמנגנון הנוכחי מקשה הרבה יותר על החלפת ממשלה באייאמון.

3. **היעדר פיקוח של הכנסת על החלטות ממשלה ושרים.** הן בישיבות הוועדה שדנה בהצעת החוק בכנסת הן בתצהירי התשובה מטעם הכנסת והממשלה לעתירות לבג"ץ הועלתה האפשרות שפיקוח פרלמנטרי יספק מענה לביטול הפיקוח של בית המשפט על סבירות החלטות ממשלה ושרים. אולם בפסק הדין דחו השופטים את האפשרות הזאת. לטענתם, לא צפוי שפיקוח פרלמנטרי יחליף את הפיקוח של בית המשפט, גם בשל הרוב שממנו נהנית הממשלה בכנסת ובוועדות; גם משום שהכנסת אינה יכולה לפקח פיקוח כזה על מספר גדול מאוד של החלטות ממשלה ושרים; וגם משום שאפילו אם הכנסת הייתה מבקשת לפקח על החלטות אלו, אין לה כלים מתאימים – הכוונה היא ככל הנראה לחולשת כלי הפיקוח הפורמליים של ועדות הכנסת. אפילו השופט כשר, שהיה בדעת המיעוט וסבר שהתיקון לחוק ייסוד: השפיטה אינו מגיע לרף המצדיק פסילת חוק יסוד, הסכים שפיקוח פרלמנטרי יוכל לספק מענה חלקי לכל היותר לביטול הביקורת השיפוטית (בפסקה 33 לפסק דינו).

## ניצד מצדיקה חולשת הכנסת את פסק הדין?

חולשת הכנסת מול הממשלה שימשה עבור שופטי הרוב הצדקה הן לסמכותו העקרונית של בית המשפט לפסול חוקי יסוד, הן לפסילה הסבציפית של התיקון לחוק ייסוד: השפיטה.

ראשית, חולשת הכנסת משתלבת בביקורת הכללית של שופטי הרוב על שישראל סובלת מ"היעדר הליך ייחודי לאימוץ נורמות חוקתיות" (בפסקה 72 לפסק דינה של הנשיאה חיות): אפשר לחוקק חוקי יסוד חדשים ולתקן חוקי יסוד רבים ברוב רגיל; יש כמה חוקי יסוד וסעיפים בחוקי יסוד אחרים המשוריינים ברוב של 61 ח"כים (שכמעט כל קואליציה יכולה לגייס); ורק סעיפים ספורים משוריינים ברוב של 80 ח"כים. לעומת זאת, בדמוקרטיות אחרות יש מנגנונים המבטיחים כי תיקונים חוקתיים יתקבלו רק בהסכמה פוליטית ולעיתים גם ציבורית רחבה, ובהם רוב גדול בפרלמנט (ולעיתים בשני בתי הפרלמנט), רוב



בקרב יחידות תת-לאומיות, משאל עם ועוד. התוצאה היא שתיקונים חוקתיים בישראל, בניגוד גמור לדמוקרטיאות אחרות, יכולים לשקף רוב קטן בלבד בכנסת.

אלא שלפי פסק הדין, עקב חולשת הכנסת המצב עגום עוד יותר: תיקונים חוקתיים אפילו אינם משקפים בהכרח רוב "אמיתי" של תומכים בכנסת, אלא רק את עמדת הממשלה. הטענה היא שכיוון שאין בישראל הפרדה כלשהי בין הליכי חקיקה רגילים לבין הליכי החקיקה של חוקי יסוד, הממשלה שולטת בהליכי החקיקה של חוקי יסוד בדיוק כפי שהיא שולטת בהליכי החקיקה של חוקים רגילים: כל האמצעים המאפשרים לממשלה לשלוט בהליכי החקיקה – הסתמכות על הרוב בכנסת, משמעת קואליציונית, הסכמים קואליציוניים, ועדת השרים לענייני חקיקה והחוק הנורווגי – רלוונטיים גם בעת חקיקת חוקי יסוד. כך גם באשר לחקיקה הספציפית של תיקון מספר 3 לחוקי-יסוד: השפיטה. השופטת ברון, למשל, כותבת (בפסקה 13 לפסק דינה) שבמסגרת ההסכמים הקואליציוניים של הממשלה ה-37 "עוגנה התחייבות מפורשת של הסיעות לקיים משמעת קואליציונית הדוקה ביחס להצעות חוק שיעלו לצורך קידומה של [...] תוכנית הרפורמה". יתר על כן, אם בעבר הייתה לפחות נורמה של ניסיון לחוקק חוקי יסוד בהסכמה פוליטית רחבה – כיום היא נעלמה, ותיקונים חוקתיים מתקבלים בדרך כלל ברוב קואליציוני דחוק, על פי אינטרסים פוליטיים מידיים ובעזרת משמעת קואליציונית, ממש כמו חוקים אחרים. **חולשת הכנסת מחזקת אפוא את הטענה שהחקיקה בכנסת, גם של חוקי יסוד, יכולה לשקף רוב פרלמנטרי קטן בלבד – ולכן אין היגיון לשריין חוקי יסוד מפני ביקורת שיפוטית.**

שנית, חולשת הכנסת מתווספת לטענה הכללית שבהשוואה לדמוקרטיאות אחרות, בישראל אין כמעט מנגנונים המבזרים את עוצמת השלטון. בפסקה 5 לפסק דינו השופט עמית מציין מנגנונים רבים כאלה שאינם קיימים בישראל: פדרליזם, בחירות אזוריות, שני בתי פרלמנט, רשויות מקומיות חזקות, נשיא בעל סמכויות ביצועיות, חוקה משוריינת, מגילת זכויות אדם, כפיפות למוסדות בינלאומיים ומסורת חוקתית. לאחר מכן, בפסקה 6, הוא מציין שלכל אלו מתווספת חולשת הכנסת, ובמיוחד הרוב שהממשלה נהנית ממנו בכנסת.

**בשל היעדר מנגנונים לביזור עוצמה – לרבות היעדר כנסת חזקה ועצמאית – בית המשפט הוא למעשה הגורם היחיד היכול לאזן את עוצמת הממשלה בישראל. עובדה זו היא הצדקה כללית לשמירת יכולתו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית, ואף לחיזוקה.** ביקורת זו חלה הן על חוקי יסוד בכלל (שכאמור, לפי תפיסת חלק מהשופטים מחוקקים בפועל על ידי הממשלה – ולכן ביקורת עליהם היא ביקורת על הממשלה), והן על סבירות החלטות ממשלה ושרים. למשל, בעניין עילת הסבירות השופט עמית טוען ש"המסקנה

הנובעת מהעדר 'מונעי דמוקרטיה' בישראל [כאמור, כנסת חזקה ועצמאית גם היא 'מונע דמוקרטיה'] היא שהכיוון צריך להיות [...] אך ורק לכיוון של תוספת מנועים המחזקים את המשטר הדמוקרטי. זהו ההקשר שבו יש לבחון את התיקון לחוק היסוד" (בפסקה 7 לפסק דינו).

כאן משתלבת גם העמדה שפיקוח פרלמנטרי אינו יכול להחליף את הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות ממשלה ושרים. עניין זה הוא למעשה מקרה פרטי שבו בית המשפט צריך, לפי שופטי הרוב, לעשות את המלאכה שהכנסת אינה יכולה לעשות – לאזן את עוצמת הממשלה. במקרה המסוים הזה, מוסיפים השופטים, ספק רב אם גם כנסת חזקה ועצמאית יותר הייתה יכולה לפקח על הממשלה באמצעות ביקורת על אלפי החלטות פרטניות של הממשלה ושל שרים – פשוט משום שאין זה תפקידו של פרלמנט; אך בוודאי שהכנסת כפי שהיא כיום, כלומר נתונה למרות הממשלה ונעדרת כלי פיקוח אפקטיביים, לא תוכל לעשות זאת.

## הערות ביקורתיות לסיום

קביעותיהם של השופטים בדבר חולשתה של הכנסת הסתמכו על מקורות מגוונים,<sup>3</sup> והטיעון המרכזי שלהם חשוב: **חולשת הכנסת מול הממשלה מחזקת את ההצדקה לביקורת שיפוטית נרחבת על חקיקה ועל החלטות ממשלה**. במילים אחרות: בג"ץ ממלא חלק מהתפקידים שהכנסת הייתה אמורה למלא אך היא חלשה מדי מכדי למלאם כהלכה.

כדאי להבחין בבירור בין כמה תפקידים שהכנסת אינה ממלאת לפי פסק הדין. אף שאני מסכים עם המסקנה הסופית של שופטי הרוב במלואה, ארשה לעצמי להביע מעט ביקורת על המשקל שהם העניקו לתפקידיה השונים של הכנסת.

3 בין השאר, חן פרידברג וראובן חזן **פיקוח הכנסת על הממשלה: תמונת מצב והצעה לרפורמה** (מחקר מדיניות 77, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009); עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופולוזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** מד 87-170 (2021); מתן גוטמן "המדנינה הקואליציונית: 'חותמת הגומי, ו'להקת המועדדות' – על רמיסת הכנסת על ידי הממשלה" **ספר סלים גיבוראן** (אהרן ברק, מוחמד ס' ותד, ג' ברזילי ודורית פרידמן עורכים 2023); קרן הורוביץ ואיתי בר-סימן טוב "היעוץ המשפטי לכנסת ומקומו בהפרדת הרשויות בהליכי החקיקה" **עיוני משפט** מד 267-313 (2019).

ראשית, גורם מרכזי לחולשת הכנסת, שהשופטים הדגישו פחות דווקא (יוצא דופן הוא השופט עמית, בפסקה 116 לפסק דינו), הוא חוסר האפקטיביות של הפיקוח ה"חלש" של הכנסת על הממשלה. הכוונה בפיקוח חלש היא לפעולות כמו בדיקה ואימות, תשאול וחקירה, מתיחת ביקורת וגינוי וקריאה למתן דין וחשבון. בכנסת פיקוח כזה אמור להתקיים גם במליאה, בעיקר דרך מנגנון השאילתות, אך בעיקר בוועדות, שאף אמורות, לפי תקנון הכנסת (סעיף 111(2)(א)), להקדיש לפחות רבע מדיוני כל ועדה (למעט הכנסת, הכספים והחוקה, חוק ומשפט) לפיקוח. בפועל, אפקטיביות הפיקוח במליאה ובוועדות נמוכה מדי. חוקרי המכון הישראלי לדמוקרטיה הציעו שורה ארוכה של כלים היכולים לשפר את הפיקוח: הן במליאה – למשל עדכון מנגנון השאילתות והוספת מנגנון של "שעת שאלות"; הן בוועדות – למשל צמצום מספר הוועדות שכל ח"כ חבר בהן, הגדלת הצוות המקצועי והוספת כלים שיאפשרו דיונים רציניים ומעמיקים בוועדה, לפי מודל "השימועים הנושאים" הקיים בכמה פרלמנטים בעולם.<sup>4</sup> חשוב להבהיר: גם אם יאומצו כל ההמלצות האלה, הכנסת עדיין לא תפקח על אלפי החלטות ממשלה ושרים פרטניות, ולכן לא תחליף את בית המשפט בעניין זה, אבל יכולתה לפקח על יישום המדיניות העקרונית לחשוף כשלים ספציפיים תשתפר מאוד.

לעומת זאת, לעניות דעתי השופטים הדגישו יתר על המידה את שליטת הממשלה בחקיקה כהצדקה לביקורת שיפוטית. היעדר הליך חקיקה מיוחד לחקיקת חוקי יסוד הוא טיעון חזק מספיק כדי להצדיק ביקורת שיפוטית עליהם, אבל הביקורת בדבר שליטת הממשלה בהליך החקיקה בישראל, גם אם היא מתארת נכונה את המצב – מופרזת לדעתי. אכן הממשלה בישראל שולטת במידה רבה בתהליך החקיקה, וכן יש מנגנונים הקשורים למשמעת קואליציונית שאינם קיימים במדינות אחרות: ועדת השרים לענייני חקיקה, המקשה מאוד על קידום הצעות חוק פרטיות; והמודל המוזר של החוק הנורווגי הקיים בישראל – בישראל, בניגוד למדינות אחרות שבהן יש חוק נורווגי, שרים וסגני שרים אינם חייבים להתפטר מהכנסת אלא יכולים לעשות זאת, מרצונם, ולכן חברי הכנסת "הנורווגים" תלויים בהם במיוחד.

ואולם, שליטת הממשלה בחקיקה נעוצה בראש ובראשונה, כפי שציינו השופטים, ברוב שהיא נהנית ממנו בכנסת – זהו תוצר של המשטר הפרלמנטרי בישראל, בשילוב מסורת

4 להרחבה על כלים לחיזוק הכנסת, ראו למשל חן פרידברג איך מחזקים את הכנסת כגוף מחוקק ומפקח? (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018).

פוליטית וכללי משחק שאינם מעודדים ממשלות מיעוט. גם אם הליך החקיקה ישופר – למשל, ועדת השרים לענייני חקיקה תאפשר דיון רציני יותר בהצעות חוק פרטיות, החוק הנורווגי יבוטל או יתוקן וכדומה – הממשלה עדיין תיהנה מתמיכת הרוב בכנסת, ובשל כך גם תזכה לדומיננטיות מובהקת בהליך החקיקה. דומיננטיות כזאת קיימת גם בדמוקרטיות פרלמנטריות אחרות, ואף נחשבת מאפיין מובהק של דמוקרטיות פרלמנטריות. כפי שכתב השופט מינץ (בפסקה 64 לפסק דינו): "חולשה מסוימת מצד הכנסת היא בחירה מודעת של שיטה דמוקרטית". צריך לזכור גם שבהיבטים מסוימים של הליך החקיקה הכנסת אינה חלשה מול הממשלה. הכוונה לחקיקה הפרטית בישראל, כלומר החקיקה שיוזמים חברי כנסת ולא הממשלה, שהיא בולטת דווקא לעומת דמוקרטיות פרלמנטריות אחרות – למשל בהיקף הצעות החוק הפרטיות המוגשות, או בכך שבישראל אין כמעט הגבלות על הצעות פרטיות (דוגמת מכסות נוקשות על מספר ההצעות המוגשות והנדונות). כל אלו אינם משנים את העובדה שיש לערוך רפורמה מקיפה בהליך החקיקה בישראל כדי לטייבו – אלא שכאמור, גם לאחר הרפורמה הזאת הדומיננטיות של הממשלה בהליך החקיקה תיוותר על כנה.

לבסוף, אני סבור שהשופטים גם התמקדו יותר על המידה בכלי פיקוח "חזקים", ובמיוחד במנגנון אייאהאמון. גם כאן, העובדות נכונות: מנגנון אייאהאמון בישראל הוא מהנוקשים בעולם. אלא שבה בעת מנגנוני פיזור הכנסת בישראל דווקא "נדיבים" מאוד ומאפשרים לפזר את הכנסת בקלות. הכוונה במיוחד לאפשרות לפזר את הכנסת באמצעות חוק התפזרות הכנסת, ברוב של 61 ח"כים בלבד – מנגנון שאינו קיים כמעט בשום דמוקרטיה אחרת.<sup>5</sup> ואכן, בפועל, חברי הכנסת עושים שימוש תכוף באפשרות של פיזור הכנסת, שמשמעותו המעשית היא כמעט תמיד גם החלפת ממשלה לאחר הבחירות (אלא אם כן לא מוקמת ממשלה חדשה, כפי שקרה רק לאחר שתי מערכות הבחירות ב-2019). בסופו של דבר, למרות מנגנון אייאהאמון הנוקשה, ממשלות ישראל אינן יציבות, ולכנסת תפקיד מרכזי בהחלפת ממשלות (כך טען גם השופט מינץ, בפסקה 65 לפסק דינו).<sup>6</sup>

5 אסף שפירא ויוחנן פלסנר החזרת היציבות למערכת הפוליטית: הצעה לרפורמה (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2022).

6 מינץ הסתמך בין השאר על המאמר הבא, הקורא תיגר על התזה שהכנסת נחלשה ולכן יש הצדקה מוגברת לביקורת שיפוטית עליה: רבקה וויל "הלכת יולי אדלשטיין וכרונולוגיית יחסי הכוחות" עיוני משפט מד 362-321 (2021).

לסיכום, בדיון הפנימי על חולשת הכנסת יש לדעתי לשים דגש גדול יותר על חיזוק כלי הפיקוח ה"חלשים", ופחות על הדומיננטיות של הממשלה בחקיקה (אף שגם בתחום זה נדרשים תיקונים משמעותיים) או נוקשות מנגנון אי-האמון. אולם אין בכך כדי לפגום בטיעון של שופטי הרוב בדבר חולשתה של הכנסת ובמסקנה שהם גזרו ממנו בעניין תפקידה הקריטי של ביקורת שיפוטית רחבה.

ד"ר אסף שפירא הוא ראש התוכנית לרפורמות פוליטיות במרכז לממשל וכלכלה במכון הישראלי לדמוקרטיה.

## **"כאשר לא המלאכים מושלים ובני האדם"<sup>1</sup>** **על ההכרה במגבלות הסמכות המכוננת וחשיבות עילת** **הסבירות בביצור ההגנה על זכויות אדם בישראל** **ענת טהון אשכנזי**

פסק דינו של השופט עמית בתיק הסבירות<sup>2</sup> נחתם בנימת צער. השופט עמית מצר על כך שבית המשפט אינו עוסק בתפקידו הקלאסי – הגנה על זכויות אדם ואזרח, אלא נדרש הוא להגן על "הבסיס עצמו", העמוד הדמוקרטי של המדינה היהודית והדמוקרטית.<sup>3</sup> ללא ספק, חשיבותו העליונה של פסק הדין טמונה בהגנה על היסודות שעליהם מושתתת מדינת ישראל, המרכיב היהודי והמרכיב הדמוקרטי, ובהוספת לבנה לחומה המתהווה מאז קום המדינה של הנתונים החוקתיים שעוצבו על ידי דורות של מחוקקים ושופטים בישראל.

לצד זאת, במאמר זה אטען כי בליבה של ההגנה על המרכיב הדמוקרטי ניצבת בפסק הדין ההכרעה במחלוקת לגבי מידת ההגנה הראויה על זכויות האדם בדמוקרטיה הישראלית.

1 אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט 51 (2004).

2 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (א"ש 1.1.2024) (להלן: תיק הסבירות).

3 שם, בפס' 129 לפסק דינו של השופט עמית.

מחלוקת זו עניינה בשאלה אם הדמוקרטיה הישראלית היא בעיקרה דמוקרטיה פורמלית, המבוססת רק על המרכיב ההכרחי של ריבונות העם על בסיס בחירות חופשיות ומזוהה עם שלטון הרוב ועם מרכזיות הגוף המחוקק שבמסגרתו פועלים נציגי העם,<sup>4</sup> או גם דמוקרטיה מהותית, המציבה לצד עקרון שלטון הרוב גם את ההגנה על ערכי היסוד של הדמוקרטיה ועל זכויות האדם, ומייצרת איזון עדין ביניהם.<sup>5</sup> כפי שהגדיר השופט אדמונד לוי את מאפייני המדינה הדמוקרטית: "כמסגרת דמוקרטית, מחויבת המדינה לתפישת מהותיות של חירות ושל שוויון, לקיום זכויות יסוד של הפרט ובכלל זה של בני קבוצות המיעוט, ולמנגנונים פתוחים ונגישים של שיח ושל הכרעה".<sup>6</sup>

לכאורה אין בהכרח סתירה בין שתי האפשרויות וההסכמה על עקרון שלטון הרוב מחברת בעבותות את שתי תפיסות העולם. אפשר אף להסיק מתוך הדין הישראלי כי ההכרעה בדבר היותה של ישראל דמוקרטיה מהותית כבר ברורה. אולם, כפי שמשחק בפער התפיסות בין שופטי הרוב לשופטי המיעוט בפסק הדין, וביתר שאת כפי שעלה במחלוקת הציבורית שניטשה במהלך שנת 2023 על אופייה של מערכת הגומלין בין רשויות השלטון בישראל ובייחוד על תפקידו של בית המשפט במערכת זו, אין אלו פני הדברים. המחלוקת בין תפיסת הדמוקרטיה כרובנית בעיקרה לבין התפיסה המשלבת את עקרון שלטון הרוב עם ההגנה על זכויות האדם, כפי שמשתקפת מנימוקי השופטים, מתבטאת בשני היבטים של ההגנה על זכויות האדם הנדונים בפסק הדין: מידת ההגבלה החלה על הרשות המכוננת

4 אהרן ברק "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" ספר יעקב וינרוט 195, 212 (גרשון גונטובניק ואח' עורכים 2021). התייחסות נוספת להבדל בין דמוקרטיה פורמלית לדמוקרטיה מהותית ראו אצל מוחמד ותד: "בעוד שדמוקרטיה פורמלית מתעניינת אך ורק בדעת הרוב ושואפת לאכוף את החלטותיו, תהיינה טובות או רעות ככול שתהיינה, דמוקרטיה מהותית מכבדת את דעת הרוב ובד בבד מבטיחה הגנה על המיעוטים שבתוכה (הקבוצות החלשות), במיוחד מקום שהרוב מבקש להשתמש לרעה בסמכויותיו כרוב לשם עושה אותן קבוצות חלשות"; מוחמד ס' ותד "דיפלומטיה שיפוטית: דוקטרינת הבשלות נוסח ישראל" ספר יעקב נאמן 625, 658 (אהרן ברק ודוד גליקסברג עורכים 2023). ראו עוד את מאמרו של ברק מדינה, הטוען כי הנורמה העיקרית של מדינת ישראל היא דמוקרטיה ליברלית (או מהותית): ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" עיוני משפט מד 5 (2021).

5 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיחופי, פ"ד מט(4) 221, 423-424 (1995); אהרון ברק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק כרך ד: הביקורת השיפוטית 1686 (מסדרת פירוש לחוקי היסוד, יצחק זמיר עורך 2023).

6 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44 (2012), בפס' 14 לחוות דעתו של השופט לוי.

לנוכח תפקידה להגן על זכויות אדם, וההשפעה של ביטול עילת הסבירות על ההגנה על זכויות אדם. אדון להלן בשני היבטים אלו.

## **א. ההיבט הראשון של ההגנה: הגדרת גבולות סמכות הרשות המכוננת במקרים של פגיעה קריטית בזכויות אדם**

בהתייחסו לשאלה אם סמכותה של הרשות המכוננת מוגבלת, פסק השופט סולברג כי הגבלה שכזו מבטלת דה פקטו את היסוד הדמוקרטי הבסיסי של ריבונות העם באמצעות נציגיו, תוך שהוא מתאר את אופייה הראוי של הדמוקרטיה הישראלית: "בתהליך של פחות זוחל, הלכה הדמוקרטיה ה'מהותית' ונגסה אט-אט בדמוקרטיה 'הפורמלית', שהוכרזה כמיושנת, כזו שאבד עליה הפלח. מגמה זו אינה מקובלת עלי [...] דמוקרטיה, במובנה הבסיסי והפשט, המאפשרת ל'עם שבשדות' לומר את דברו; גם את 'המילה האחרונה'<sup>7</sup>."

אין עוררין על כך שדמוקרטיה פורמלית היא הבסיס של כל משטר דמוקרטי. אולם פסיקותו של השופט סולברג, שלפיה סמכות הרשות המכוננת היא בלתי מוגבלת, משמעותה בפועל ששלטון הרוב הוא עקרון העל שאין בלתו, גם במקרים חריגים של פגיעה בזכויות יסוד או בזכויות אדם שהן נשמת אפה של הדמוקרטיה המהותית. לעמדתו זו של השופט סולברג הצטרף רק השופט מינץ למול יתר 13 שופטי ההרכב, שפסקו כי יש להגביל את הרשות המכוננת (גם השופט אלרון, שנותר בדעת מיעוט, פסק כי במקרים קיצוניים של פגיעה בזכויות יסוד תהיה סמכותה של הרשות המכוננת מוגבלת).

בפסק דינו מבקש השופט סולברג לבסס את עמדתו זו באשר לסמכותה הבלתי מוגבלת של הרשות המכוננת על עמדותיהם של שופטים רבים, מהעבר ומהווה. אך בפסק דינו לא ניתן מענה לשאלה שהטרידה את שופטי הרוב: מי יוכל לאזן את הרשות המכוננת במקרים שבהם זו מבכרת לכוון חוקי יסוד הפוגעים בזכויות אדם (שמכוחם עלול להיות מופעל

7 תיק הסבירות, לעיל הערה 2, בפס' 72 לחוות דעתו של השופט סולברג.



כוח דורסני נגד מיעוטים, כפי שעלול לקרות בדמוקרטיה שהיא פורמלית בלבד)<sup>8</sup> – מלבד הרשות המכוננת עצמה? לשיטת השופט סולברג, די בכך שיש מגבלות על הכניסה לרשות המכוננת (על פי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, המונע השתתפות בבחירות של רשימת מועמדים או מועמד ששוללים את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; וכן על פי מגבלות נוספות), כדי להבטיח את ההגנה מפני עריצות הרוב.<sup>9</sup>

בניגוד לעמדה זו מדגישה הנשיאה בדימוס חיות בפסק דינה כי אף שעקרון שלטון הרוב הוא מנשמתה של הדמוקרטיה, "דמוקרטיה היא הרבה יותר מזה. דמוקרטיה היא גם זכויותיו של כל אדם ואדם, בין אם הוא חלק מהרוב ובין אם הוא חלק מהמיעוט".<sup>10</sup>

גם יתר שופטי הרוב העלו על נס את תפקיד הרשות השופטת להגן על זכויות האדם מפני סמכות בלתי מוגבלת של הרשות המכוננת. על פי השופט עמית, סמכות בלתי מוגבלת עלולה במקרים קיצוניים להפוך ל"חוקתיות פוגענית" (abusive constitutionalism),<sup>11</sup> כלומר ניצול המכניזם החוקתי לטובת פגיעה בדמוקרטיה המהותית, לפי הגדרתו של דייוויד לנדאן.<sup>12</sup> על פי השופט כבוב, לטובת מניעה של פוגענות כזאת ושל שימוש לרעה בכוח המכונן, יש להכיר בזכויות המיעוט כחלק בלתי נפרד מהעקרונות המכוננים של המדינה, גם אם משמעות הדבר הגבלת החלטות הרוב.<sup>13</sup>

השופט שטיין הצטרף לעמדה שלפיה יש נורמות חוקתיות, דוגמת הכרזת העצמאות, אשר נועדו מעיקרן לספק לאזרחים ולאזרחיות הגנת קבע מפני עריצות השלטון. בפסק דינו מדגים השופט שטיין את הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות אדם באמצעות חוקים היפותטיים שאפשר היה לחוקק לולא הייתה הרשות המכוננת מוגבלת, למשל: (1) חוק המונע מנשים או מבני מיעוטים להתמנות לנושאי משרות ציבוריות; (2) חוק פרסונלי אשר נועד להעניש

8 ידידיה שטרן חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה 11, 73 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2005).

9 תיק הסבירות, לעיל הערה 2, בפס' 112 לחוות דעתו של השופט סולברג.

10 תיק הסבירות, לעיל הערה 2, בפס' 213 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות, המצטטת מתוך בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 719 (2006).

11 תיק הסבירות, לעיל הערה 2, בפס' 37 לחוות דעתו של השופט עמית.

12 David Landau, *Abusive Constitutionalism*, 47 U.C. DAVIS L. REV. 189 (2013)

13 תיק הסבירות, לעיל הערה 2, בפס' 6 לחוות דעתו של השופט כבוב.

אדם או גוף ספציפי או לבטל זכות מזכויותיו.<sup>14</sup> על כן מסקנתו היא שיש הכרח להכיר במגבלות החלות על הרשות המכוננת (מקורן של המגבלות נעוץ לדידו במגילת העצמאות).

ברוח זו, ניכר כי אילו עמדת המיעוט בפסק הדין הייתה מתקבלת וסמכותה של הרשות המכוננת הייתה מוכרת כבלתי מוגבלת וחסרת בלמים, ההגנה על זכויות אדם הייתה נפגעת ומבוססת על ההנחה ש-*the king can do no wrong*<sup>15</sup>; ואם בכל זאת המלך היה טועה, לא היה גורם שיוכל לתקן את הפגיעה בזכויות אדם שגורמת טעות זו. עמדת הרוב בפסק הדין מנעה מצד זה, כפי שפסק השופט עמית:

סיבת כל הסיבות לכיבוד החוקה ולמעמדה החוקתי העל-חוקתי הוא שהחוקה נועדה לשריין את זכויות האדם והאזרח: "דמוקרטיה אמיתית מכירה בכוחה של חוקה – פרי הסמכות המכוננת – לשריין את ערכי היסוד של השיטה ואת זכויות האדם הבסיסיות, בפני כוחו של הרוב. הגבלה כזו על עקרון שלטון הרוב אינה פוגעת בדמוקרטיה, אלא היא מהווה את הגשמתה במלואה [...] מתן כוח לרוב לפגוע בזכויות המיעוט הוא מעשה בלתי דמוקרטי. ההגנה על זכויות הפרט והמיעוט ועל ערכי היסוד של המבנה המשפטי מפני כוחו של הרוב, היא המעשה הדמוקרטי" (הנשיא ברק בעניין בנק מזרחי, בעמ' 397-398).<sup>16</sup>

השופט שטיין קובע בפסק דינו כי "הגנה חוקתית לא נוצרת אלא כדי לשכון דרך קבע במבנה המשפט והחברה – כדרכם של מלט בטון וברזל ביסודות הבניין אשר נבנה על מנת לעמוד על תילו ולא לקרוס".<sup>17</sup> במקרה הזה נוספה עוד שכבת מלט על יסודות ההגנה על זכויות האדם בדמוקרטיה הישראלית.

14 שם, בפס' 54 לחוות דעתו של השופט שטיין.

15 שם, בפס' 64 לחוות דעתו של השופט עמית.

16 שם, בפס' 34.

17 שם, בפס' 60 לחוות דעתו של השופט שטיין.

## ב. ההיבט השני של ההגנה: שלילת ביטולה הגורף של עילת הסבירות

פסיקת רוב ההרכב, שלפיה תיקון 3 לחוק ייסוד: השפיטה מהווה שלילה גורפת של עילת הסבירות ועל כן דינו להתבטל, התבססה, בין היתר, על כך שהתיקון פוגע בזכויות הפרט, וזאת משלושה נימוקים עיקריים:

ראשית, התיקון עלול לפגוע בזכותו של הפרט לגישה לערכאות, לאור השלילה הגורפת בתיקון החוק של סמכות בית המשפט לדון בהחלטת שרים, גם כאשר אופייה של ההחלטה הוא פרטני (להבדיל מהחלטת מדיניות). על פי השופט פוגלמן, נעילת שערי בית המשפט בפני הפרט היא פגיעה בהגנה עליו ופירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה, שכן "באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה"<sup>18</sup>. מפסק הדין עולה כי יש שורה ארוכה ונרחבת של החלטות שרים המשפיעות באופן פרטני וישיר על האזרח. כך למשל מציינת הנשיאה חיות כי התיקון עלול להוביל לחסיונות של החלטה פרטנית, דוגמת החלטה על פי חוק עבודת נשים, אשר מקנה סמכות לשר לאשר פיטורי עובדת בהיריון.<sup>19</sup> על כן קובעת הנשיאה חיות כי "המשמעות המיידית של התיקון – השולל לחלוטין מן הפרט כל אפשרות להעלות טענות בעניין סבירות ההחלטות הממשלה ושריה ואת האפשרות לקבל סעד מכוח טענות אלה – היא פגיעה אנושה בזכות הגישה לערכאות' שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות היסוד"<sup>20</sup>.

שנית, התיקון עלול לפגוע בהגנה על הפרט מפני החלטות בלתי סבירות, באותם מקרים שבהם אי אפשר לזהות זכות מוקנית ועל כן עילת המידתיות אינה יכולה להיות תחליף לעילת הסבירות. השופט פוגלמן הגדיר מצבים אלו כ"חור שחור" נורמטיבי עבור ההגנה על זכויות הפרט.<sup>21</sup> ברוח דומה קובע השופט עמית כי לעילת הסבירות זיקה הדוקה לעקרונות

18 שם, בפס' 9 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן, המצטט מחוק ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 630 (1997), בפסקאות 31-32 לחוות דעתו של השופט חשין.

19 תיק הסבירות, לעיל הערה 2, בפס' 144 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות.

20 שם, בפס' 156.

21 שם, בפס' 34 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן.

השוויון, כמסגרת לאיזון בין אינטרסים של קבוצות שונות, ועל כן ביטול עילת הסבירות, כפי שעולה מתיקון החוק, יוביל לפגיעה ישירה בזכות לשוויון, שהיא מזכויות האדם הראשונות במעלה בכל משטר דמוקרטי.<sup>22</sup>

שלישית, לתיקון יש השלכות גם בתחומים בעלי נגיעה לזכויות אדם, במקרים שבהם קשה לזהות נפגע פוטנציאלי מסוים. לדוגמה, הנשיאה בדימוס חיות כותבת בפסק דינה כי בהיעדרה של עילת הסבירות יתקשו בתי המשפט ליתן סעד במקרים שבהם החלטות הדרג הנבחר עשויות לגרום נזקים בלתי הפיכים לערכים סביבתיים.<sup>23</sup> לנזקים אלו השלכה ישירה על זכויות אדם, ושלילת כל אפשרות לביקורת שיפוטית במקרים אלו מותירה את הציבור ללא כל הגנה ממשית על זכויותיו.

על סמך שלושת הנימוקים הללו, בין היתר (אליהם הצטרפו נימוקים נוספים הנוגעים לשלטון החוק וערכי יסוד אחרים המאפיינים משטר דמוקרטי), פסקו שופטי הרוב (8 מתוך 15) כי תיקון החוק עלול לפגוע בזכויות הפרט בהיבטים השונים, ועל כן דינו להתבטל. קביעה זו מחזקת את חשיבות עילת הסבירות כעילה לביקורת שיפוטית במקרים קיצוניים שבהם מתחייבת ההגנה על זכויות אדם, ודוחה את ההצעות שעלו בפסיקה שלפיהן יש לדבוק בפרשנות מצמצמת לעילה זו.

לסיכום, בשני ההיבטים שהוצגו בחיבור זה פסק הדין הוא נדבך חשוב ביותר בביצורה של ההגנה על זכויות האדם כחלק בלתי נפרד מאופי המשטר הדמוקרטי הישראלי. למול ביקורת שעלתה במשך השנים באשר למידת ההגנה שבית המשפט מספק על זכויות אדם בישראל, הכריעו שופטי הרוב בפסק הדין (13 מתוך 15) באופן כמעט גורף כי מכיוון שכל רשות אינה נתונה למלאכים אלא לבני אדם, יש להגביל את כוחן של הרשויות כך שזכויות אדם ייוותרו מוגנות. כפי שציטט השופט עמית: "אילו היו בנייהאדם מלאכים, לא היה צורך בשלטון כלל. אילו משלו מלאכים בבנייהאדם, לא היה צורך בשום ריסון לשלטון, לא מבית ולא מחוץ".<sup>24</sup>

22 שם, בפס' 99 לחוות דעתו של השופט עמית.

23 שם, בפס' 169 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות.

24 המילטון, מדיסון וג'יי, לעיל הערה 1, בעמ' 262; מצוטט בתיק הסבירות, לעיל הערה 2, בפס' 36 לחוות דעתו של השופט עמית.

אולם בכך אין די, ועתה גם על הרשות המכוננת להירתם כדי להשלים את מלאכת ביצור ההגנה על זכויות האדם. השופט שטיין מזכיר כי השיח החוקתי בישראל אינו יכול להתנהל לפי דפוסי המשחק "אבן, נייר ומספריים", או כל משחק ילדים אחר; שיח חוקתי לדידו אינו משחק ילדים, ובוודאי שאינו יכול להתנהל רק במסגרת הליכים משפטיים אשר קובעים זכויות וחובות רבות חשיבות.<sup>25</sup> ברוח זו, הצעד החשוב ביותר שיש לנקוט כדי לחזק את מארג הזכויות החוקתיות הוא הסכמה על כללי המשחק בדמות חוק יסוד: חקיקה. בד בבד, צעד הכרחי וחשוב לא פחות יהא השלמת ההגנה על זכויות האדם וביצור מגילת הזכויות, ובראש ובראשונה העיגון החוקתי של הזכות לשוויון. בכך יועבר המסר שגם הרשות המכוננת אוחזת בתפיסה שכיוונו של השלטון הדמוקרטי בישראל איננו לעבר דמוקרטיה חלולה אלא לעבר דמוקרטיה מהותית, הכוללת בחובה ערכי יסוד זכויות אדם הראויים להגנה לא פחות ממרותו של שלטון הרוב.

**עו"ד ענת טהון אשכנזי היא מנהלת המרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה ומומחית לשוויון מגדרי.**

## הנימוקים שהצדיקו את פסילת החוק לביטול עילת הסבירות יכלו להצדיק ביטול חלק מסעיפי חוק הלאום שקיב עלי

שנתיים וחצי מבדילות בין פסק הדין בעניין חוק הלאום, שניתן ב־8 ביולי 2021, לבין פסק הדין בעניין החוק לביטול עילת הסבירות, שניתן ב־1 בינואר 2024.

לצד השמחה שאפפה את הרשתות הערביות עם מתן פסק הדין, ובעיקר לנוכח הקביעה כי בג"ץ ימשיך להיות מוסמך להתערב בחקיקת חוקי יסוד, שררה גם תחושה של מועקה ואכזבה. ושוב עלתה הטענה שבג"ץ אינו עושה צדק עם הערבים באותה מידה שהוא עושה זאת עם הציבור היהודי. מבחינת הערבים, הם אומנם חיים בישראל "הדמוקרטית", אך נהנים רק מפירווריה, ורק במקרים קיצוניים ביותר, המזעזעים לחלוטין את אמות הסיפים, הם זוכים לטפטופי צדק.

אין לזלזל בטענות אלו, שכן הנימוקים שהכשירו את חוק הלאום יכלו להכשיר באותה מידה גם את החוק לביטול עילת הסבירות, ואכן שבעה שופטים סברו שאין לפסול את החוק, כל שופט ונימוקיו. היו שופטים משופטי המיעוט שסברו כי גם אם התיקון לחוק

\* מאמר זה הוא גרסה מורחבת של מאמרי, שקיב (שכיב) עלי "איפה הייתם בחוק הלאום?" ynet (10.1.2024).

ייפסל אין לבית המשפט הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד של הכנסת, והיו שסברו שיש לקבל את התיקון ולפרשו פרשנות מקיימת, באותה הדרך שבה הלכו שופטי הרוב בפסק דין חוק הלאום. מבחינתם התיקון אינו שולל את סמכות בית המשפט להתערב במקרים של החלטות מופרכות. אלא שעמדת הרוב קבעה כי תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה פוגע פגיעה חמורה וחסרת תקדים במאפיינים הדמוקרטיים הגרעיניים של מדינת ישראל. גם חוק הלאום פוגע פגיעה חמורה במאפיינים הבסיסיים של מדינת ישראל ובמגילת העצמאות, שהכירה בזכויות המיעוטים לשוויון, וכמו שנימוקים אלו יפים לפסילת התיקון לחוק הסבירות, הם יכלו להיות יפים עוד יותר להצדקת ביטול הסעיפים הפוגעים בשוויון ומשפילים את השפה הערבית ודובריה בחוק הלאום, ובעיקר את הסעיפים המקבעים עליונות יהודית ומתעלמים מעקרונות השוויון.

חוק הלאום ביסס את הזהות הדתית לאומית של ישראל וקיבע את ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי לבדו, מתוך הגדרת המדינה על פי מאפיינים דתיים בלבד, ומתוך העדפת הזהות היהודית על פני הזהות הדמוקרטית, לרבות התעלמות מעקרונות השוויון ומיתר המאפיינים הדמוקרטים שנקבעו בהכרזת העצמאות. החוק קיבע את חובת המדינה לעודד התיישבות יהודית בלי להזכיר את היישובים הערביים. אף שמדובר בחוק מכונן הוא התעלם לחלוטין מאזרחיה הערבים של ישראל, למעט בעניין השפה הערבית, ובעניין זה הוא לא הטיב עם הציבור הערבי או עיגן את זכויותיו, אלא ההפך, שנמך את מעמד השפה משפה רשמית לשפה בעלת מעמד מיוחד מעורפל ובלתי מוגדר. יתר סעיפי החוק משריינים את המאפיינים היהודיים של המדינה ומתעלמים כליל משאר המיעוטים.

למעשה, חוק הלאום שריין רק את היסודות היהודיים שהיו קיימים ממילא טרם חקיקתו, אך לא הבטיח את זכויותיהם ואת מעמדם של הערבים, שלא היו מובטחים קודם לכן. אלמלא 21% הערבים אזרחי ישראל חוק זה לא היה בא לעולם, שהרי ישראל היא מדינה עם רוב יהודי מוחץ, החקיקה הקיימת מגינה ממילא על זהותה היהודית ועל כלל האינטרסים של הציבור היהודי, וכל הערכים שחוק הלאום ביקש לעגן נמצאים ממילא בספר החוקים הישראלי, כמו חוק השבות, תש"ו-1950; חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, המעגן בחוק את מועדי ישראל; חוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, תש"ט-1949; סעיף 82 לדבר המלך במועצה, המעגן את רשמיות השפה העברית; חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל; חוק יום העצמאות, תש"ט-1949, וחוק יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל, תשכ"ג-1963. מבחינת הציבור הערבי כל הערכים האלה שחוק הלאום ביקש לעגן אינם אלא כסות ולכוננתו האמיתית, והיא הדרת הציבור הערבי והשפלתו. התחושה בציבור הערבי היא שחוק זה לא בא אלא כדי לשלול מהם את המרכיבים הגרעיניים של דמוקרטיה ושוויון,

ובעיקר כדי לשנמך את מעמדם ולבצר את תחושת העליונות אצל הציבור היהודי, ותחושה זו אינה יכולה להתקיים מבלי להנמיך את מעמדם של האזרחים הערבים.

ברוב של עשרה שופטים נגד שופט אחד נדחו כל העתירות נגד חוק הלאום לאחר שבג"ץ פירש את החוק פרשנות המקיימת אותו, וקבע כי החוק אינו מבטל את עקרונות היסוד המוכרים, כמו שוויון ודמוקרטיה, וכי גם בהיעדר ערך השוויון בכל זאת מחויבת המדינה לנהוג בשוויון עם כלל אזרחיה. השופט ג'ורג' קרא בדעת מיעוט ביטא את אכזבתו מהחוק:

אי־ההכרה במיעוטים והדרתם מבססת זרות, התנכרות, ונחיתות, משל היו אזרחים סוג ב. סעיף העקרונות מגדיר את מדינת ישראל כמדינת לאום ייחודית לעם היהודי, מבלי להתוות דרך המאפשרת למיעוטים זיקת שייכות למדינה.

דבריו הנוקבים נגד יוזמי החוק שביקשו להנציח את תחושת העליונות היהודית כלפי המיעוט הערבי באמצעות רמיסת הכבוד והיוקרה של הציבור הערבי, משקפים בראש ובראשונה את תחושותיו הוא, וגם את תחושתם של כלל המיעוטים בישראל:

יוזמי החקיקה ומוביליה, מעצם היותם קבוצת הרוב במדינה, אינם חשים "על בשרם" את הפגיעה הקשה שהם גורמים למיעוטים במדינה. כאמר הפתגם הערבי הידוע – "אין דומה מי שידו במים למי שידו באש". ובשפת המקור *ללי אידה פי המיה מש זי אלי אידה פי النار*.

כך, גם עשרת שופטי הרוב לא חשו אמפתייה לתחושותיו הקשות של ציבור המיעוטים, ואפילו לתחושותיו של עמיתם להרכב, שהביע במפורש את רגשותיו הקשים כלפי החוק. אכן כל השופטים כמעט הביעו צער שעקרון השוויון לא נכלל בחוק הלאום, אך בהבעת צער "לא הולכים למכולת", והחוק נותר במתכונתו.

עם תחושות קשה להתווכח, והתחושה השוררת בציבור הערבי היא שלרוב בג"ץ אינו מגונן מספיק על זכויות המיעוטים. מבחינת הערבים, פסק הדין בעניין חוק ביטול עילת הסבירות המחיש שחור על גבי לבן כי כאשר מדובר בפגיעה באינטרסים של הציבור הערבי בג"ץ ממאן להעניק לו צדק כפי שהוא עושה זאת עם הציבור היהודי. באותה מידה נשמעת הטענה שאילו היה חוק הלאום פוגע בציבור היהודי, ספק אם היה עדיין מתועד בספר החוקים של מדינת ישראל.



מעניין איך היו אותם שופטים נכבדים מרגישים אם במדינה שבה חי מיעוט יהודי היו מחוקקים חוק כזה, חוק המדיר את המיעוט היהודי מהזהות הלאומית של אותה המדינה ומנציח את העליונות של קבוצת הרוב! האם גם אז היו משלימים עם החקיקה? מעיני אותם השופטים נעלמו מצוות יסוד של התורה היהודית, כמו המצווה "וְאֶהְבֶּתְּ לְרֵעֶךָ כָּמוֹךָ" (ויקרא יט, יח) והציווי "כְּפִאֲזָרְחָ מִכֶּם יִהְיֶה לָכֶם הַגֵּר הַגֵּר אֶתְכֶם וְאֶהְבֶּתְּ לוֹ כָּמוֹךָ כִּי גֵרִים הָיִיתֶם בְּאֶרֶץ מִצְרַיִם אֲנִי ה' אֱלֹהֵיכֶם" (שם, לד).

דבריו אלו של השופט קרא מזכירים לי דברים נוקבים שאמר פרופ' מרדכי קרמניצר בריאיון רדיו ב־25 ביולי 2018, שבוע לאחר חקיקת חוק הלאום. הוא ציטט את אביו המנוח, שסיפר לו שבימיה האחרונים של מלחמת העולם השנייה פגש לוחם מוסלמי בוכה בשדה הקרב. לשאלת אביו מדוע הוא בוכה השיב הלוחם כי אוספי הגופות של הצבא האדום בודקים קודם כל גופה – אם היא בעלת חזות "אירופית", הם אוספים אותה לקבורה, ואם היא נראית של מוסלמי, הם משאירים בשדה הקרב כדי שעופות השדה יאכלו אותה. קשה שלא להניח כי תחושות דומות של מידור מלוות לוחמים דרוזים ובני דתות אחרות שיצאו להגנת המדינה נגד הטרור החמאסי; וחלקם כבר נפלו בקרבות!

האירועים המחרידים ב־7 באוקטובר הוכיחו דה פקטו עד כמה צדק השופט קרא בדבריו, שהיה בהם כדי לחזק את תחושת ה"ביחד" של הציבור הערבי עם המדינה, ועד כמה היה נחוץ לפעול לחיזוק הזיקה בין השניים. השייכות יוצרת אכפתיות ודאגה למדינה על כלל מרכיביה האנושיים, והיא בסיס יצוק המגביר את המוטיבציה של האזרחים לתרום ולעשות למען פיתוח המדינה ושגשוגה.

אירועי אוקטובר הוכיחו כי כולנו ישראלים ללא הבדל דת גזע או מין, ממש כפי שמגילת העצמאות הכריזה וקבעה. "ערביותם" של ערבים שנקלעו לטבח החמאסי לא הצילה אותם, הגם שהיו כאלה שהתחננו על נפשם, מוסלמים תושבי העיר העתיקה בירושלים ותושבי רהט, וגם הם היו בין הקורבנות. עשרות נרצחו, עשרות נעדרים ועשרות גיבורים. חלק ממעשי הגבורה פורסמו בתקשורת, כמו אלו של המנוח עוואד דראושה, נהג האמבולנס מהכפר אַכסאל, ושל יוסף אלזיאדנה מרהט, שטס לחלץ נפגעים, ו־30 מבליים יהודים לפחות מהמסיבה ברעים חיים בזכותו. גם נציגי ציבור וראשי רשויות גינו, והיו שהציעו מקומות לינה לניצולים. הרשתות החברתיות הוצפו בגינויים לחמאס, בהבעת סולידריות עם משפחות הקורבנות ובגיוס תרומות. מובן שבאותן שעות נוראיות, לא הרבה אחרי הטבח, כשכל רופאה ערבייה או אחות, כל רוקח ערבי או פרמדיק, היו מגויסים לטפל בפצועים שמילאו את בתי החולים והחזיתות, מיהר השר לביטחון לאומי לדבר בפומבי על "שומר

חומות 2", כאילו חסרים אדי דלק המחכים לניצוץ שיבעיר את המרחב הציבורי. מעוות כל כך היה הרגע הזה, עד שאפילו חבריו לממשלה מיהרו לדחות את דבריו.

אומנם אפשר לטעון שהפרשנות שהעניק בית המשפט לחוק הלאום הוציאה ממנו את העוקץ המר שהמחוקק רצה להטמיע בו נגד הציבור הערבי, ובכל זאת, פרשנות לחוד וחוק לחוד. כל עוד החוק קיים בספר החוקים הישראלי הטעם המר ימשיך לדבוק בו, ולו משום שקבוצת הרוב אכן ביקשה להדיר כ־21% מאזרחי המדינה מגבולות הישראליות ולפגוע בעקרונות הדמוקרטיים שבאו להגן עליהם, והציבור היהודי לא נזעק נגדו בהמוניו כפי שנזעק נגד החוק לביטול עילת הסבירות. כל עוד החוק קיים תלווה תחושת העליונות כל נער וכל תלמיד בית ספר יהודי, ממש כפי שתחושת ההשפלה והניכור תלווה את האזרח הערבי.

היו מי שיטענו כי בפרשנות חוק אין להתחשב ברגשות הציבור ויש לפרשו לפי אמות המידה האובייקטיביות הנהוגות. לאלה אני משיב כי שופט חי בתוך עמו, ובתור שכזה עליו להתחשב לא רק ברגשותיה של קבוצת הרוב אלא בעיקר ברגשותיה של קבוצת המיעוט. חוק יסוד מכונן ומשוריין האמור להיות החוק הפותח את החוקה לכשתבוא, לא יכול להיות מנותק מתחושות המיעוט הגדול במדינה שאת זכויותיו הדמוקרטיות ביקשה מגילת העצמאות לעגן בחוקה לכשתחוקק, בתוך שישה חודשים מההכרזה על הקמת מדינת ישראל, חוק שעד היום לא חוקק. חוק כזה, הממשיך לקרום עור וגידים, הוא בבחינת משא כבד הנישא יום ביומו על כתפיו של כל אזרח ערבי בישראל, ותחושת הזרות שהוא יוצר עלולה לגרום לציבור הערבי להדיר את עצמו בעצמו ולהימנע מנטילת חלק משמעותי בפיתוח המדינה.

התגייסות הציבור הערבי מאז אירועי 7 באוקטובר חייבת להיות יריית הפתיחה לשינוי מדיניות הממשלה כלפי הציבור הערבי, ולחשיבה מחודשת על נחיצותו של חוק הלאום בפסיפס הישראלי. בעיקר שעה שהפרשנות שבית המשפט העליון העניק לחוק זה עקרה ממנו את הכוונה הרעה של מנסחיו השוללת את השוויון מהמיעוטים. ויפה שעה אחת קודם.

**שקיב עלי** הוא עורך דין, מומחה למשפט מינהלי וחוקתי. עתר וייצג עותרים בעתירה נגד חוק הלאום.



**שער שלישי: התערבות בג"ץ בחוקי יסוד –  
על התמונה בכללותה, התפתחות הפסיקה והמשפט המשווה**



## על טענת "התמונה בכללותה" בעמדות השופטים

סודי נבות

בשיח החוקתי ההשוואתי העוסק בדמוקרטיות בנסיגה קשה למצוא דוגמה של אירוע חוקתי אחד המקעקע באבחה אחת דמוקרטיה. המחקר המשווה הרב בסוגיה זו<sup>1</sup> מלמד כי פגיעה בדמוקרטיה נגרמת בתהליך איטי והדרגתי, וכל אחד מהחוקים בפני עצמו אינו עומד בהכרח במבחן של "פגיעה אנושה בדמוקרטיה". אולם כאשר האמצעים נבחרים יחד במצטבר, 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

BARBARA GEDDES, JOSEPH WRIGHT & ERICA FRANTZ, HOW DICTATORSHIPS WORK: POWER, 1 PERSONALIZATION, AND COLLAPSE (2018); DEMOCRATIC BACKSLIDING AND PUBLIC ADMINISTRATION (Michael W. Bauer et al. eds., 2021); ERICA FRANTZ, AUTHORITARIANISM: WHAT EVERYONE NEEDS TO KNOW (2018); ANDREA KENDALL-TAYLOR, NATASHA LINDSTAEDT & ERICA FRANTZ, DEMOCRACIES AND AUTHORITARIAN REGIMES 274-280 (2019); WOJCIECH SADURSKI, A PANDEMIC OF POPULISTS (2022); SAMUEL ISSACHAROFF, DEMOCRACY UNMOORED: POPULISM AND THE CORRUPTION OF POPULAR SOVEREIGNTY (2023); Aziz Huq & Tom Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, 65 UCLA L. REV. 78, 137-141 (2018); YASCHA MOUNK, THE PEOPLE VS. DEMOCRACY: WHY OUR FREEDOM IS IN DANGER AND HOW TO SAVE IT (1982); STEVEN LEVITSKY & DANIEL ZIBLATT, HOW DEMOCRACIES DIE (1972); CONSTITUTIONAL DEMOCRACY IN CRISIS 355-376 (Mark A. Graber et al. eds., 2018); Nancy Bermeo, *On Democratic Backsliding*, 27 J. DEMOCR. 5 (2016)

עוד דמוקרטיה ליברלית אלא פופוליסטית וסמכותנית. ההגנה על הדמוקרטיה מחייבת לשים לב לכך ולמנוע את הסחף כאשר אפשר לעשות כן, לפני שהכרסום בדמוקרטיה הופך למעוות שאי־אפשר עוד לתקנו.<sup>2</sup> המשפט המשווה מלמד כי השימוש בכלים דמוקרטיים וחוקתיים להשגת מטרות אנטי־דמוקרטיות מופעל בדרך כלל באופן איטי ומדוד, שלב אחר שלב, בתוכנית שכאילו נכתבה מראש כ"תוכנית הפעלה" למשטרים פופוליסטיים.

שחיקה דמוקרטית באמצעות שינויים חוקתיים מציבה אתגר לביקורת שיפוטית, שכן זו מתמקדת בשינוי חוקתי ספציפי אחד, הוא העומד לפני 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.

במסגרת הטענות בתיק **הסבירות**<sup>3</sup> ביקשו העותרים לבחון את תיקון הסבירות בהקשר הרחב של הדברים, וקראו לבית המשפט שלא לאפשר לפגוע בעקרונות הדמוקרטיה במה שכונה "שיטת הסלאמי". היועצת המשפטית לממשלה ביקשה אף היא בעמדתה לבחון את התיקון בעניין הסבירות במבט רחב, בהתייחס לכל כוונותיה של הממשלה. כך כתבה: "מהלכי הקואליציה בפועל והצהרות ראשיה, לרבות תכנית מפורטת שהציג שר המשפטים בחודש ינואר 2023, מלמדים, כי אנו מצויים בעיצומו של מהלך רחב שנועד להביא לשינוי משטרי יסודי בשיטתנו המשפטית. המשותף למרכיביו הוא הסרת בלמים ואיזונים מעל כוחו של השלטון".<sup>4</sup>

רשימה קצרה זו בוחנת את עמדתם של השופטים בתיק **הסבירות** בעניין הטענה של מבט רחב, או שיטת הסלאמי, שתיקרא כאן "התמונה בכללותה". מתברר שרוב השופטים לא התייחסו כלל לטענה זו. שופטי הרוב קבעו שדי בבחינת התיקון עצמו, על השלכות העומק ההרסניות שלו לעקרון הפרדת הרשויות ולעקרון שלטון החוק, כדי להביא לפסילתו. ארבעה שופטים (שלושה מתוכם בעמדת מיעוט לעניין הביטול של תיקון הסבירות) – השופטים וילנר, אלרון, כשר ועמית – התייחסו במפורש לעמדתם של העותרים ושל

2 סוזי נבות ואח' חוות דעת בעניין ביטול הביקורת השיפוטית על החלטות ממשלה ושרים בעילת אי־הסבירות (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2023).

3 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: תיק הסבירות).

4 בפס' 22 לחשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה בבג"ץ 5658/23 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (3.9.2023).

היועצת המשפטית לממשלה ולבקשתם לבחון את התיקון בראייה כוללת, לאור המהלכים השונים של הקואליציה.

השופטת וילנר כותבת כי יש לדחות את טענתם של העותרים ושל היועצת המשפטית לממשלה "מכל וכל":

יש לדחות מכל וכל את טענת העותרים והיועצת המשפטית לממשלה, שלפיה אף אם התיקון כשלעצמו אינו שולל את הדמוקרטיה ביסודו, הרי שיש לבחון את חוקתיותו על רקע הרפורמה המשפטית המוצעת בכללותה [...] בבחינת הסוגיה המשפטית העומדת לפתחנו, אין מקום להתחשב ברעיונות, בהצעות לחקיקה, ובמעשי שלטון שטרם הביטלו, באופן המאפשר להעביר את שבט הביקורת השיפוטית עליהן. מושכל יסוד הוא, כי יש לבחון כל סוגיה משפטית בראי המצב המשפטי הקיים בעת הבחינה, שכן; כידוע, יש להביא לפתחו של בית משפט זה אך ורק "מוצר מוגמר".<sup>5</sup>

השופט אלרון, בעמדה דומה, כותב כי:

בית משפט זה נזהר עד כה מלהתבסס בהליך משפטי על הצהרות במסיבות עיתונאים או מסמכים המבטאים כוונות פוליטיות, ולא בכדי. מלבד זאת, אנו עדים לשיח ציבורי ופוליטי ער שעודנו מעצב את סדר היום החקיקתי כך שתוכנה של אותה חקיקה עתידית כלל אינו ברור. כמו כן, הלכה היא כי בית משפט זה איננו מתערב ככלל בהליכי חקיקה [...] קיים אפוא קושי רב בלחוות דעה באשר לחוקתיות חקיקה עתידית, או מצבור חקיקה עתידית, אשר תוכנה אינו ברור עדיין. יש לציין, כי במענה לשאלתי הבהיר באיכוחה של הכנסת כי חלק הארי של הצעות החוק להן התייחסו מי מבין באיכוח העותרים הן הצעות חוק פרטיות אשר כלל אינן מקודמות.<sup>6</sup>

השופט כשר מקדיש לסוגיה זו פרק שלם בחוות דעתו, תחת הכותרת: "הקשר רחב", "סלאמי", "עצים ויער", "מדרון חלקלק". בין השאר הוא כותב כך:

5 תיק הסבירות, לעיל ה"ש 3, בפס' 86 לחוות דעתה של השופטת וילנר.

6 שם, בפס' 24 לחוות דעתו של השופט אלרון.



הניסוחים של אותם טיעונים היו שונים, החל מבקשה שהעתירה תבחן לפי "ההקשר הרחב" של הדברים (ושאין להתבונן ב-"עצים" אלא ב-"יער" כולו), דרך קריאה לבית משפט זה שלא לאפשר לפגוע בעקרונות הדמוקרטיה על פי "שיטת הסלאמי", ולמנוע את התדרדרותה של הדמוקרטיה הישראלית במדרון חלקלק (כל אלו יכוננו להלן: טיעון הסלאמי).<sup>7</sup>

טענה זו, כותב השופט כשר, נתקלת בדרך כלל בקושי עובדתי, שכן מדובר במהלך ראשון ואין לדעת מהי אותה שורה של מהלכים שיבואו, אולם הקושי הזה אינו קיים במקרה שלפנינו לאור הדברים הברורים באשר לתוכנה של "רפורמת המשילות". לא רק צעדי הרפורמה ונאום שר המשפטים מעידים על כך, אלא גם נוסחו של ההסכם הקואליציוני, המחייב את הסיעות לתמוך בחוקי יסוד ובתיקונים לחוקי יסוד ככל שיוצעו על ידי שר המשפטים: "אם רשימת ארבעת הצעדים דלעיל אינה מספקת, הובהר, חזרו והבהר, כי היום מייצגים אך ורק את 'השלב הראשון', וזאת מבלי להבהיר כמה 'שלבים' נוספים צפויים ומה עתיד להיכלל במסגרתם".<sup>8</sup>

השופט כשר מקיש כי "מבחינה עובדתית, התיקון דנן אכן היה אפוא, למצער בעת שהחלה מלאכת חקיקתו, חלק ממהלך רחב יותר, שגם באשר ליתר מרכיביו, ניתן לומר, בלשון המאופקת הנדרשת, כי הם אינם נעדרי השלכות על הדמוקרטיה הישראלית". מסקנתו של השופט כשר היא שמבחינה ציבורית אפשר להתייחס לתיקון כאל חלק ממהלך כולל, אולם לא כך במישור המשפטי. במישור זה, קובע השופט כשר, "מצווים אנו להתייחס אל התיקון בהתאם למצב המשפטי הקיים במועד בו אנו דנים ולא על יסוד דברי חקיקה אחרים ונוספים הצפויים, לפי הערכה כזו או אחרת ובדרגת ודאות כזו או אחרת, בעתיד".<sup>9</sup>

לעומתם, השופט עמית היה השופט היחיד בהרכב שהיה מוכן לאמץ את טענת "התמונה בכללותה", אם כי במקרה זה לא היה בה צורך, לשיטתו:

התיקון שלפנינו הוא תיקון בודד ש"נגזר" מתוך הטיטה הראשונה של הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות). טיוטה זו עסקה במכלול תיקונים נוספים כמו שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים

7 שם, בפס' 36 לחוות דעתו של השופט כשר.

8 שם, בפס' 37.

9 שם, בפס' 38.

וסמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד וחקיקה ראשית רגילה. ניתן להבין את העמדה הגורסת כי די בכך כדי להצדיק ראייה הוליסטית של מכלול התיקונים המוצעים, חלף מתיחת "קו כחול" והתמקדות אך ורק בתיקון שלפנינו [...] ככל שבוחנים את התיקון לחוק גם על רקע מכלול התיקונים המוצעים, כעמדת היועצת המשפטית, הרי שמשקלו הסגולי של התיקון על הסכנות הכרוכות בו, עולה עשרת מונים. זאת, מאחר שבראייה כזו התמונה המתקבלת מבהירה כי מדובר אך בצעד אחד מתוך מארג חקיקה שלם אשר משנה באופן מרחיק לכת (ושמא בלתי הפיך) את מערך האיזונים והבלמים של שיטתנו [...].

העתירות שלפנינו אינן עתירות של יום־ביומו והן מעוררות את השאלה אם התייחסות אך ורק לתיקון בחוק היסוד, כמוה כחוקר מעבדה שמצמיד את עינו למיקרוסקופ על מנת לבחון צלחת־פֶּטְרִי המונחת תחת המיקרוסקופ. זאת, בהתעלם מצלחות הפטרי הרבות שכבר בדרכן אל השולחן. כאמור, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, התמקדות בצלחת פטרי אחת תחת המיקרוסקופ המשפטי כמוה כעיוור הממשש את חדק הפיל והיא עלולה להחמיץ את התמונה הכוללת.<sup>10</sup>

דוגמת "צלחת הפטרי", שנועדה להמחיש גישה של הסתכלות צרה ופרטנית בתיקון חוקתי בעייתי, מעניינת במיוחד ודומה לגישתו של פרופ' וויצ'ך סדורסקי,<sup>11</sup> כפי שהיא באה לידי ביטוי בחוות דעת שכתב עבור המכון הישראלי לדמוקרטיה. סדורסקי נשאל אם במסגרת דיון שיפוטי המתייחס לתיקון ספציפי, בית משפט חוקתי יכול לבחון לא רק את התיקון מושא הדיון אלא גם את התמונה הכוללת, וכך ענה:<sup>12</sup>

10 שם, בפס' 106-107 לחוות דעתו של השופט עמית.

11 מומחה בינלאומי למשפט חוקתי בפולין ובאוסטרליה, אחד המומחים הבולטים בעולם בחחון הנסיגה הדמוקרטית.

12 נוסח השאלה שהמכון הישראלי לדמוקרטיה הפנה לשני מומחים 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?

להרחבה ראו נבוח ואח', לעיל ה"ש 2.

תשובתי הנחרצת היא: כן. לשופטים יש לא רק זכות אלא גם חובה להסתכל על ההקשר הרחב של אותה רפורמה שהתיקון הנדון הוא רק חלק ממנה. עקרון הריסון השיפוטי, הקובע כי שופטים צריכים לענות רק על השאלה שהם נשאלים לגבי חוק ספציפי הנבדק, אינו מחייב אותם לקוצר ראייה.

בסופו של דבר הותיר השופט עמית את עמדת היועצת, קרי את טענת התמונה בכללותה, בצריך עיון, שכן התיקון, כדבריו, "כשלעצמו ובדידותו, כבר פוגע במספר גרעינים דמוקרטיים"<sup>13</sup>.

לסיכום, שלושה מתוך ארבעת השופטים שבחנו את טענת התמונה בכללותה דחו את עצם האפשרות לעשות בה שימוש במקרה הנוכחי, וככל הנראה גם במקרה עתידי.

הניסיון ההשוואתי מלמד שליבת המדינה כדמוקרטיה אינה קורסת עקב חוק אחד אלא תכורסם בסדרה של מהלכים הדרגתיים, והמרכזי בהם הוא שינוי הפוגע בעצמאות השיפוטית ובמתחם הפעולה של הרשות השופטת. בעמדת הרוב בפסק הדין יש התייחסות נרחבת לסכנה הצפויה מהחלשת כוחו של בית המשפט בכל הנוגע למינויים ופיטורין של שומרי סף, שהם עוד נדבך של הגנה על הדמוקרטיה הישראלית. אפשר אולי לראות בכך משום בחינה של תמונה רחבה באשר להשלכות ההרסניות של תיקון הסבירות על הערכים הדמוקרטיים. אך זו אינה בחינה של "התמונה בכללותה"; בחינת הסכנות הצפויות מהתיקון היא בחינה קונקרטית של אותו רכיב בודד, גם אם הסכנות רחבות מאוד ומשפיעות על שורה ארוכה של נושאים. טיעון התמונה בכללותה ביקש לבחון את ביטול עילת הסבירות במבט רחב, במצטבר, באופן שיוצא מחוץ לתיקון עצמו, אל עבר ההקשר הרחב של "הרפורמה ומטרותיה".

על אף התוצאה של פסק הדין, שביטלה את תיקון הסבירות, יש להצטער על סירובם של רוב השופטים (למעט השופט עמית) להתייחס בחיוב לאפשרות השימוש בטענה זו, בייחוד בתקופה של דמוקרטיה בניסיגה ולאור המבנה החוקתי הרעוע של מדינת ישראל.

**פרופ' סוזי נבות** היא פרופסור מן המניין למשפטים, סגנית נשיא למחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

## ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד עד כמה ה"הקשר" רלוונטי? תמר הוסטובסקי ברנדס | יניב רוזנאי

העתירות שלפנינו אינן עתירות של יום-ביומו והן מעוררות את השאלה אם התייחסות אך ורק לתיקון בחוק היסוד, כמוה כחוקר מעבדה שמצמיד את עינו למיקרוסקופ על מנת לבחון צלחת פֶּטְרִי המונחת תחת המיקרוסקופ. זאת, בהתעלם מצלחות הפטרי הרבות שכבר בדרכן אל השולחן.

(השופט יצחק עמית, בג"ץ הסבירות<sup>1</sup>)

"פרדוקס האיש הקירח" עוסק באדם ששיער ראשו מלא וברור שאינו קירח. הסרת שיערה יחידה מראשו לא תהפוך אותו לקירח, אך ברור כי המשך תהליך זה יביא בסופו של דבר להתקרחותו. בדומה, שחיקה דמוקרטית מאופיינת בכך שהיא נעשית בחלקים, ב"שיטת הסלאמי", בין היתר באמצעות שינויים חוקתיים אשר עשויים להיראות, על פניו, מינוריים, אולם האפקט המצטבר שלהם יוצר פגיעה משמעותית במוסדות המדינה וברכיבים הדמוקרטיים שלה, עד לשינוי משטרי של ממש.<sup>2</sup>

1 בג"ץ 5658/23 החנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (א"ש 1.1.2024).

2 TOM GINSBURG & AZIZ Z. HUQ, HOW TO SAVE A CONSTITUTIONAL DEMOCRACY 45 (2018); STEPHAN HAGGARD & ROBERT KAUFMAN, BACKSLIDING: DEMOCRATIC REGRESS IN THE CONTEMPORARY WORLD (2021)

"שיטת הסלאמי" מציבה אתגר לבתי משפט הנדרשים להכריע בשאלת החוקתיות של שינוי חוקתי זה או אחר. הפרקטיקה הרגילה של בתי משפט המקיימים ביקורת שיפוטית על שינויים חוקתיים היא לבחון בכל עתירה את האפקט של השינוי המסוים שהובא לפנייהם, ואותו בלבד. בתהליך ההדרגתי של שחיקה דמוקרטית אין לכל שינוי כשלעצמו השפעה על הסדר הדמוקרטי שמגיעה לרף שמצדיק את פסילתו; אבל האפקט המצטבר של השינויים, הוא עצמו, גורם לשחיקה, שבשיאה עשויה להגיע לריקבון של ממש במאפייני יסוד של הדמוקרטיה.

במאמר קודם בחנו כיצד מאפייני השחיקה הדמוקרטית והאתגרים שבהתמודדות איתה משפיעים על פיתוח והחלה של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי.<sup>3</sup> טענו כי מהמחקר ההשוואתי עולה שבהקשר של שחיקה דמוקרטית, שינויים חוקתיים הנוגעים לבית המשפט עצמו הם חשובים במיוחד. ברגע שבית המשפט מנוטרל (על ידי צמצום של ממש בסמכויותיו או השתלטות עליו),<sup>4</sup> קשה עד בלתי אפשרי לעצור את הפגיעה בדמוקרטיה. לנוכח זאת, ובניגוד לאינסטיטוטק הראשוני שעל פיו על בית המשפט להיזהר במיוחד כשהוא מקיים ביקורת שיפוטית על שינויים חוקתיים הנוגעים לו עצמו,<sup>5</sup> מתברר כי ההפך הוא הנכון: כדי להגן על הדמוקרטיה שומה על בתי המשפט להפעיל את המנגנון של "דמוקרטיה מתגוננת" להגנה עצמית. במילים אחרות, על בתי המשפט להשתמש ברעיון הדמוקרטיה המתגוננת כדי לאפשר לבתי המשפט החוקתיים עצמם לנקוט צעדים של הגנה עצמית דמוקרטית. על בתי המשפט הללו, המצויידים בסמכות להחליט על פסלות תיקונים לחוקה, להכריז על רפורמות הנוגעות למבנה המשטר הדמוקרטי והמחלישות משמעותית את בתי

3 Yaniv Roznai & Tamar Hostovsky Brandes, *Democratic Erosion, Populist Constitutionalism and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine*, 14 (1) LEHR 19-48 (2020)

4 על הדרכים להשתלט על בית המשפט ראו למשל, David Kosar & Katarína Šipulová, *Comparative Court-packing*, 21 (1) ICON 80 (2023); Benjamin Garcia Holgado & Raúl Sánchez Urribarri, *Court-packing and Democratic Decay: A Necessary Relationship?*, 12 (2) GLOB. CONST. 350 (2023)

5 כאשר בית משפט פוסל תיקונים חוקתיים הנוגעים לסמכויותיו, הדבר מעלה שאלות של self-dealing ושל שימוש אסטרטגי בדוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי לשם העצמת המוסד. ראו למשל Po Jen Yap & Rehan Abeyratne, *Judicial Self-Dealing and Unconstitutional Constitutional Amendments in South Asia*, 19 (1) ICON 127 (2021); Nicola Tommasini & Nicola Tommasini, *Judicial Self-Empowerment and Unconstitutional Constitutional Amendments*, 22 (1) ICON 161 (2024)

המשפט עצמו כבלתי חוקתיות במקרים שהממשלות משתמשות ברפורמות הללו על מנת לנוון את הדמוקרטיה. ולא זו בלבד שבתי המשפט החוקתיים רשאים לפעול כך, אלא שהם מחויבים לפעול כך; זו חובתם כאשר החיוניות של המשטר הדמוקרטי נמצאת בסיכון. תכליתה של ההגנה הזו היא לא אינטרס של בתי המשפט בשימור כוחותיהם המוסדיים, אלא היא ההגנה על הדמוקרטיה עצמה. כדי שיהיו מסוגלים להגן על הדמוקרטיה – בתי המשפט חייבים להיות מסוגלים להגן על עצמם.<sup>6</sup>

עוד טענו כי מאפייני השחיקה הדמוקרטית מצדיקים פיתוח של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי כך שתאפשר בחינה של האפקט המצטבר של תיקונים חוקתיים.<sup>7</sup> בפן המתודי, בחינת האפקט המצטבר היא קלה יחסית כשבוחנים את ההשלכות המשולבות של שינויים שכבר קרו. אם, למשל, נעשו תיקונים חוקתיים שהסירו מגבלות על כוחה של הממשלה, המשמעות של התיקון שיבוא אחריהם והסיכון לדמוקרטיה שהוא יוצר ייבחנו מול המצב שנוצר לאחר התיקונים הקודמים.<sup>8</sup>

שאלת הרלוונטיות של ההקשר של שחיקה דמוקרטית היא מורכבת יותר כשמדובר בשינוי החוקתי המשמעותי הראשון שמאושר, במציאות שבה מונחים על השולחן שינויים נוספים. במילים אחרות, לבית המשפט קל יותר להצביע על הסכנה למבצר שנגרמת מנפילת הלבנה השלישית או הרביעית בחומה במציאות שבה הלבנה הראשונה והשנייה כבר נפלו. ואולם מה לגבי הלבנה הראשונה? האם בבחינת הסכנה הגלומה בנפילת לבנה זו בית המשפט יכול או צריך להביא בחשבון, באופן כלשהו, את השינויים שאולי עתידיים להגיע?

פסק הדין בעניין התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת<sup>9</sup> מעלה את שתי השאלות הללו. ראשית, התיקון החוקתי אשר פסק הדין עוסק בו, קרי תיקון מספר 3 לחוקייסוד:

6 להרחבה על טיעון זה ראו Pablo Castillo Ortiz & Yaniv Roznai, *The Democratic Self-Defence of Constitutional Courts*, 18 (1) VIENNA JOURNAL ON INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL LAW 1 (2024).

7 Roznai & Hostovsky Brandes, לעיל ה"ש 3.

8 ש.ס. ראו גם Yaniv Roznai, *The Straw that Broke the Constitution's Back? Qualitative Quantity in Judicial Review of Constitutional Amendments*, in CONSTITUTIONALISM: OLD DILEMMAS, NEW INSIGHTS 147-165 (Alejandro Linares-Cantillo, Camilo Valdívies-Leon, & Santiago García-Jaramillo eds., 2021).

9 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1.

השפיטה – שבו הוסף לחוק היסוד סעיף 15(ד), הקובע כי בתי המשפט לא ידונו בסבירותה של החלטה שקיבלו ראש הממשלה, הממשלה או השרים – נוגע לסמכות של בית המשפט עצמו לבקר את רשויות השלטון. שנית, תיקון זה עבר בכנסת לאחר כעשרה חודשי דיונים בהצעות חוק שמטרתן לצמצם את הסמכויות ואת העצמאות של מערכת המשפט, אשר חברי קואליציה הגדירו אותו כ"בר הסלטים" שבתחילת הארוחה, וברקע הצהרות של שרים על כוונה להעביר שינויים נוספים.<sup>10</sup> הצעות חוק קונקרטיות נוספות, כגון ההצעה לשנות את הרכב הוועדה לבחירת שופטים, כבר עברו בקריאה ראשונה והן מונחות על שולחן הכנסת לקראת חקיקה. נשאלת אפוא השאלה עד כמה בית המשפט הביא בחשבון את ההקשר הרחב של שחיקה דמוקרטית כאשר בחן את החוקתיות של ביטול עילת הסבירות.

על פניו, בית המשפט דחה את הטענה שבעת שהוא בוחן את החוקתיות של ביטול עילת הסבירות, לגיטימי שהוא יביא בחשבון הצעות חוק שטרם עברו בכנסת או הצהרות על כוונות עתידיות של המחוקקים. בית המשפט נקט, באשר לטענה זו, עמדה מסורתית שעל פיה ביקורת שיפוטית מתקיימת על חוקים או על שינויים חוקתיים שעברו בכנסת ולא על חקיקה עתידית. הנשיאה חיות התייחסה לנקודה זו במפורש בציינה כי "כלל יסוד הנובע מעקרון הפרדת הרשויות הוא שבית המשפט אינו נוהג לבחון הצעות חוק טרם שאושרו ומצאו את מקומן בספר החוקים. זאת, בין היתר, משום שכלל לא ברור באיזו מתכונת הן יתקבלו בסופו של יום, אם בכלל".<sup>11</sup>

השופט עמית דווקא ציין מפורשות את האלמנט ההדרגתי:

ביטול עילת הסבירות על פי התיקון לחוק היסוד אינו מביא מיניה וביה לקץ הדמוקרטיה, אך אל לנו ללכת שולל אחר טיעון זה. במשטר דמוקרטי יש לעמוד על המשמר, מאחר שדמוקרטיה מתנת בסתר, לא במספר אבחות גדולות אלא בשורה של צעדים, שעל כל אחד מהם בנפרד ניתן לומר שאינו מביא לקץ הדמוקרטיה, אך בהצטברותם הם עלולים להביא

10 ראו למשל "בן גביר: 'צמצום עילת הסבירות – הסלטים שפוחחים את התיאבון'" N12 (18.7.2023).

11 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 110 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

לשינוי משטרי. צר לי לקבוע כי התיקון לחוק היסוד הוא צעד אחד בכיוון הלא נכון של החלשת הדמוקרטיה.<sup>12</sup>

בהמשך הבהיר השופט עמית כיצד התיקון בעניין הסבירות היה חלק ממהלך רחב יותר:

ככל שבוחנים את התיקון לחוק גם על רקע מכלול התיקונים המוצעים, כעמדת היועצת המשפטית, הרי שמשקלו הסגולי של התיקון על הסכנות הכרוכות בו, עולה עשרת מונים. זאת, מאחר שבראייה כזו התמונה המתקבלת מבהירה כי מדובר אך בצעד אחד מתוך מארג חקיקה שלם אשר משנה באופן מרחיק לכת (ושמא בלתי הפיך) את מערך האיזונים והבלמים של שיטתנו.<sup>13</sup>

ואולם היות שלדעתו התיקון "כשלעצמו ובבידודו" פוגע בכמה גרעינים דמוקרטיים, הותיר השופט עמית שאלה זו של האפקט המצטבר בצריך עיון.<sup>14</sup>

עם זאת, **ההקשר הרחב** של שחיקה דמוקרטית נכנס לפסק הדין בארבע דרכים. ראשית, המציאות החוקתית הישראלית, שבה ניתן לחוקק חוקי יסוד ברוב של חברי הכנסת הנוכחים במליאה, צוינה כשיקול רלוונטי לקיום ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד. בהקשר זה כתבה הנשיאה חיות כי ככל "שההליך הנדרש לתיקון החוקה הוא נוקשה ומכביד יותר, ההצדקה לקיום ביקורת שיפוטית מהותית על נורמות חוקתיות נחלשת".<sup>15</sup> וכך גם השופט עמית: "מידת החסינות של חוקי היסוד מהתערבות בית המשפט צריכה לעמוד ביחס ישיר לקושי בשינוי החוקה ולתכיפות בשינוי החוקה".<sup>16</sup> לעומת זאת, שליטת הרוב הפוליטי בהליך הפעלת הסמכות המכוננת בישראל מהווה שיקול בעד הפעלת ביקורת כזו.

12 שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט עמית.

13 שם, בפס' 106 לפסק דינו של השופט עמית.

14 שם, בפס' 109 לפסק דינו של השופט עמית. לניתוח ההבדלים בין עמדות השופטים בשאלה זו ראו מורן קנדלשטיין-היינה, נדב דגן, ספיר פז ודפני בנבניסטי "ניתוח עמדות שופטי ושופטות בג"ץ בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות: טבלה מסכמת", בראשית קובץ זה.

15 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 78 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

16 שם, בפס' 21 לפסק דינו של השופט עמית.



שנית, בית המשפט בחן את משמעותו של תיקון מספר 3 בחינה תוצאתית וזיהה את הפגיעה הגלומה בביטול עילת הסבירות כהסרת מגבלה ממשית על כוחו של השלטון המהווה סכנה להפרדת הרשויות ולשלטון החוק. שופטי הרוב דחו את מסגור הפגיעה כפגיעה מינורית, שמהותה ביטול עילה מינהלית אחת מתוך עילות חלופיות רבות העומדות לרשות בית המשפט. גם דחיית הפרשנות המקיימת, שהציעו אחדים משופטי המיעוט, משקפת מסגור של ביטול עילת הסבירות בהקשר הפוליטי שבו נחקקה. בעוד עמדתה של השופטת וילנר, למשל – שעל פיה ניתן לפרש את תיקון מספר 3 כמבטל רק את הסבירות שלאחר פרשת דפי זהב – מתעלמת מכוונתו הסובייקטיבית של המחוקק ומהרקע לחקיקת התיקון, פרשנותם של שופטי הרוב, אשר פסלו את התיקון, היא זו אשר עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק לגרוע סמכות פיקוח משמעותית מבית המשפט וליצור לעצמו מרחבי פעולה החסינים מביקורת שיפוטית.

שלישית, בהערכת הסיכון הגלום בתיקון הביאו שופטי הרוב בחשבון את תפקידו המרכזי של בית המשפט בהגנה על הפרט ובהגבלת כוחו של השלטון, את היעדרם של מנגנוני איזונים ובלמים נוספים,<sup>17</sup> אשר קיימים במדינות דמוקרטיות אחרות, ובהתאם – את ההשלכות החמורות של פגיעה בסמכותו של בית המשפט. כך, למשל, כתב השופט עמית:

למטוס הדמוקרטיה יכולים להיות מנועים שונים שבכוחם לאזן, לייצב ולחלק את הכוחות של הרשויות השונות במדינה [...] יש מדינות שהתברכו בכל המנועים, יש מדינות שהתברכו בחלק מהמנועים, אך בישראל אין אפילו מנוע אחד ממנועים אלה, כך שעוד לפני התיקון לחוק היסוד, מדינת ישראל לא הייתה דמוקרטיה משוכללת, בלשון המעטה. לא ייפלא כי המלומד פרופ' עמיחי כהן, שבחן מספר רב של מדינות ו"מנועי דמוקרטיה" שמתקיימים בהן, מיקם את מדינת ישראל לצד מאוריציוס, והרחק ממדינות כמו אוסטרליה והולנד.<sup>18</sup>

לדעת השופט עמית –

המסקנה הנובעת מהעדר "מנועי דמוקרטיה" בישראל היא שהכיוון צריך להיות אך ורק "מערבה מכאן" – אך ורק לכיוון של תוספת מנועים

17 שם, בפס' 11 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

18 שם, בפס' 5 לפסק דינו של השופט עמית.

המחזקים את המשטר הדמוקרטי. זהו ההקשר שבו יש לבחון את התיקון לחוק היסוד, ונעמיק בדברים בהמשך. לכן, ועוד לפני שהתחלנו את מסענו, די בכיוון הנגדי שהתיקון לחוק היסוד לוקח אותנו, כדי לרופף את הברגים שמחברים את מנוע בית המשפט העליון לתושבת, ולהדליק נורה אדומה מהבהבת בלוח השעונים של מטוס הדמוקרטיה הישראלי.<sup>19</sup>

לבסוף, הפעלה של ביקורת שיפוטית על שינויים חוקתיים הפוגעים בעצמאות השיפוטית עשויה לחשוף את בית המשפט לביקורת שעל פיה הוא פועל כדי לשמר את כוחו שלו. ואולם, כפי שהפרופסורים יאפ ואביראטנה מראים,<sup>20</sup> כאשר העצמאות השיפוטית נתונה בסכנה, ביקורת שיפוטית על שינויים חוקתיים הנוגעים לבית המשפט עשויה להיות מוצדקת, אגב התחשבות בהקשר המשפטי והפוליטי של המדינה. השופטת רונן הבהירה כי במקרה של חשש מכך שבית המשפט יירתע מקיום ביקורת שיפוטית על תיקון חוקתי הנוגע לסמכותו שלו, שכן הוא עלול להיות חשוף לטענות בדבר ניגוד עניינים, דווקא הפנסת היא אשר נמצאת בניגוד עניינים בין סמכותה המכוננת לבין פועלה לקידום מטרות פרטיקולריות אחרות. "רמת הביקורת השיפוטית על התיקון דנן", הסבירה רונן, "צריכה להביא בחשבון את העובדה שמדובר בתיקון המשליך על האיזון בין שלוש רשויות השלטון ומצמצם את כוחה של רשות אחת על חשבונה של רשות אחרת".<sup>21</sup> במקרה כזה, לטענת רונן, "יש להפעיל ביקורת שיפוטית קפדנית [...] ובפרט – כאשר מדובר בחוק יסוד או בתיקון לחוק יסוד שנועדו לצמצם את כוחה של הרשות השופטת תוך הגברת כוחה של הרשות המבצעת".

**פרופ' תמר הוסטובסקי ברנדס** היא פרופסור חבר בפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו ועמיתה בכירה במכון למחשבה ישראלית.

**פרופ' יניב רזנאי** הוא פרופסור חבר בבית ספר הארי רדזינר למשפטים באוניברסיטת רייכמן ומנהל משותף של מרכז רובינשטיין לאתגרים חוקתיים באוניברסיטה זו.

19 שם, בפס' 7 לפסק דינו של השופט עמיח. ההדגשה שלנו.

20 Yap & Abeyratne, לעיל ה"ש 5.

21 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 22 לפסק דינה של השופטת רונן.

## בית המשפט העליון והמאבק בפופוליזם בג"ץ הסבירות עמיחי כהן

המונח "פופוליזם" כמעט שאינו מופיע בפסקי הדין של 15 שופטי בית המשפט העליון בעניין צמצום עילת הסבירות,<sup>1</sup> אך הוא מרחף מעליו. במאמר זה אני מבקש לטעון כי המאבק בפופוליזם הוא מניע מרכזי העומד מאחורי גישת הרוב בפסק הדין, ויש בו כדי להסביר במיוחד את העמדה שלפיה צמצום עילת הסבירות חורג מעקרונות היסוד של שיטת המשטר הישראלית במידה המצדיקה לפסול את החוק.

### על הפופוליזם בכלל ובישראל בפרט

בשנים האחרונות אנו עדים למשבר בדמוקרטיה חוקתיות הבא לידי ביטוי במגמה עולמית של עליית הפופוליזם.<sup>2</sup> הגדרת הפופוליזם כוללת כמה הנחות יסוד בדבר צורת המשטר

1 בג"ץ 5658/23 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: בג"ץ הסבירות).

2 הדיון שלהלן מבוסס על Cas Mudde & Cristóbal Rovira Kaltwasser, Populism: A Very Short Introduction (2017); Jan-Werner Müller, What is Populism? (2017)

הראויה. נקודת המוצא של הפופוליזם היא התפיסה שדמוקרטיה מתמצית בהכרעת הרוב. הרוב שזכה בבחירות הוא המייצג את "העם" – הריבון האמיתי. וממילא, המנהיג הפופוליסטי המגלם את רצונו האמיתי של העם, אמור להיות בעל הסמכות המכריעה בכל הנוגע להתנהגות המדינה.<sup>3</sup>

מתפיסה עקרונית זו נובעות כמה עמדות פופוליסטיות הנוגעות לדרך הפעולה של השלטון הרלוונטיות לענייננו: ראשית, הפרויקט החוקתי הפופוליסטי רואה במגבלות המוטלות על המנהיג הפופוליסטי בכלל, ובהפרדת הרשויות בפרט, פגיעה בדמוקרטיה. שנית, ובעקבות זאת, הפופוליסטים טוענים שביקורת שיפוטית, במיוחד על פעולות הרשות המבצעת, היא מגבלה שאינה ראויה על יכולת הפעולה שלה. נוסף על כך, בית המשפט נחשב מתנגד חריף של התנועה הפופוליסטית, גם משום שהוא חלק מאליטה שלטונית שאינה נבחרת – אליטה שאליה שייכים גם גורמי מקצוע במשרדי הממשלה, ארגוני זכויות האדם, האקדמיה וחלק ניכר מהעיתונות. הפופוליסטים סבורים כי האליטות פועלות בניגוד לאינטרס הכללי של העם, ובניגוד לאינטרס המגזרי של התנועה הפופוליסטית.

מאפיין חשוב נוסף של התנועה הפופוליסטית הוא שגם התנועות הפופוליסטיות הרדיקליות ביותר נשמעות בדרך כלל לכללים החוקתיים הפורמליים, אך הן עושות שימוש לרעה בכלים משפטיים וחוקתיים כדי לשחוק את הסדר הדמוקרטי. שחיקה זו היא לרוב הליך הדרגתי ועדין, אך הוא מביא בכל זאת לריקבון של ממש בשלושה מרכיבי יסוד של הדמוקרטיה: בחירות תחרותיות, זכויות ליברליות לחופש ביטוי ולהתאגדות, ושלטון החוק. בשיאה שחיקה זו עשויה להביא לשינוי יסודי וכולל בשיטת המשטר של המדינה, לרבות החדרת אלמנטים סמכותניים – כפי שאירע, למשל, בטורקיה, בפולין ובהונגריה.

מאפיינים חשובים של התנועה הפופוליסטית ניכרים בישראל זה שנים. לדעת כמה חוקרים, משנת 2015 לפחות, וככל הנראה כבר משנת 2009, אימצו מפלגות מרכזיות בקואליציה חלקים חשובים באידאולוגיה הפופוליסטית. לפופוליזם היה ביטוי בניסיונות לשינוי הרכב בית המשפט העליון, בפגיעה מתמשכת במעמד של ארגוני זכויות האדם, ובניסיונות לפגוע במעמד הדרג המקצועי במשרדי הממשלה, ובמיוחד במעמד הייעוץ המשפטי.<sup>4</sup>

3 David Landau, *Personalism and the Trajectories of Populist Constitutions*, 16 Ann. Rev. L. & Soc. Sci. 293 (2020)

4 ראו למשל עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" עיוני משפט מד 87 (2021).

את שיאה של התנועה הפופוליסטית בישראל עד כה ניתן לראות בקואליציה שהוקמה בישראל בדצמבר 2022, בתוכניות ה"מהפכה המשפטית" שהציג שר המשפטים יריב לוין בראשית ינואר 2023, ובהצעות החוק שקידמה ועדת החוקה, חוק ומשפט, בראשות חבר הכנסת שמחה רוטמן, במחצית הראשונה של שנת 2023. על פי ההצהרות, הצעות אלו נועדו לשנות את הרכבו של בית המשפט העליון למוסד הנשלט בידי מינויים קואליציוניים, לפגוע בסמכויותיו ולהחליש את מעמד היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה. מרכיבים אלו של הצעות השינוי תואמים בדיוק את מגמות השינוי שמובילים משטרים פופוליסטים בעולם, כפי שהובאו לעיל.<sup>5</sup>

## צמצום עילת הסבירות והפופוליזם

למעשה, כבר במרץ 2023 נעצרה רכבת השינויים במערכת המשפט בחריקת בלמים עקב התנגדות המחאה הציבורית נגדה. בסופו של דבר, המרכיב היחיד של "הרפורמה" היה צמצום עילת הסבירות באמצעות תיקון לחוק יסוד: השפיטה – נושא הדיון בבג"ץ הסבירות.

צמצום עילת הסבירות נושא את חותמה המובהק של התנועה הפופוליסטית. ראשית, התיקון עבר מתוך ניצול אמצעים פרלמנטריים וחוקתיים: בניגוד לנוהג, הצעת התיקון הגיעה מוועדת החוקה, ולא הייתה הצעת חוק ממשלתית או פרטית המצריכה הליך דיון מורכב יותר.<sup>6</sup> למעשה, סביר להניח כי עצם השימוש במכשיר חוקתי (תיקון חוק יסוד) לשם ביטול עילה מינהלית נעשה בכוונת מכוון כדי לחסן את התיקון מביקורת של בית המשפט העליון. התיקון עצמו גם התקבל ברוב קואליציוני בלבד, מתוך התעלמות מנציגי האופוזיציה וחוסר נכונות לפשרה עימם. זוהי דרך פעולה פופוליסטית מובהקת, המשקפת עמדה שלפיה יש "טובים" ויש "רעים" – ואם אפשר להשיג רוב בלעדיה, אין שום סיבה להתפשר עם עמדת הרעים.

5 לתיאור מלוא השינויים המוצעים ראו Amichai Cohen & Yuval Shany, *The New Israeli Government's "Constitutional Law Reforms": Why now? What do they mean? And what will happen next?*, LAWFARE (February 14, 2023)

6 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפסי' 199–200 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות.

מרכיב משמעותי שני המבטא את השפעת הגישה הפופוליסטית על חקיקת צמצום עילת הסבירות הוא תוכנו של התיקון. תוכנו של התיקון, וסיבת קיומו, הם צמצום היכולת לביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות – שרוב שופטי בית המשפט פירשו נכונה כצמצום החובה לנהוג בסבירות.<sup>7</sup>

מרכיב שלישי המבטא גישה פופוליסטית בתיקון לצמצום עילת הסבירות הוא צמצום כוחה של הרשות השופטת. למעשה, נטילת כוח הביקורת של הרשות השופטת נעשה בדרך בוטה במיוחד. לשון התיקון לחוק יסוד: השפיטה קובע כי בית המשפט, לרבות בית המשפט הגבוה לצדק, לא ידון כלל בנושא עילת הסבירות. למעשה, בחוק הישראלי כמעט שאין הוראות כגון זו המונעת דיון בנושא מסוים ופשוט מסירה אותו מסמכות בית המשפט (להבדיל מהוראות בדבר חסינות אישים מסוימים מסמכות השיפוט). הדוגמה היחידה הידועה לי שבה ניטלה לחלוטין סמכות שיפוט מבית המשפט בנושא שלם היא דבר המלך במועצה על ארץ ישראל (המקומות הקדושים) (1924) המחריג את המקומות הקדושים מסמכותם של בתי המשפט.<sup>8</sup> אכן, הוראה זו בעייתית כל כך עד שבתי המשפט למעשה התעלמו ממנה, ובג"ץ קבע כי היא אינה שוללת את סמכותו לדון בסכסוכים הנוגעים למקומות הקדושים.<sup>9</sup>

מרכיב פופוליסטי רביעי של סמכות בית המשפט הוא הנושאים שבהם עסקה עילת הסבירות. אין זה המקום לעסוק בשלל ההשלכות של העילה, אך בכתיבה שקדמה לפסק דינו של בית המשפט פורטו כמה מהנושאים שצמצום עילת הסבירות ישפיע עליהם. בין השאר דובר שם על פגיעה בזכויות האדם עקב חוסר יכולתו של בית המשפט העליון לבטל החלטות ממשלתיות בלתי סבירות באופן קיצוני. נוסף על כך – מבנה שלם של פסיקה שהיה עשוי להתבטל עקב צמצום סמכותו של בית המשפט לעסוק בעילת הסבירות הוא נושא המגבלות על סמכות ממשלת המעבר. לנושא זה קשר ישיר לנושא הגינות הבחירות, שכן בלא מגבלות על סמכות ממשלת מעבר יכולה ממשלה כזאת לקבל החלטות שישפיעו על סיכוייה לנצח בבחירות.<sup>10</sup>

7 שם, בפס' 160 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות.

8 סימן 2 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל (המקומות הקדושים) (1924).

9 ברק מזינה ורומי קאופמן "המעמד המשפטי של הר הבית: השעיית השיפוט" הר הבית: בין חלום לממשות 351, 363 (ידידיה צ' שטרן עורך 2022).

10 סוזי נבות ואח' "חוות דעת בעניין ביטול הביקורת השיפוטית על החלטות ממשלה ושרים בעילת אי-הסבירות" 48 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2023).

ולבסוף, אם צמצום עילת הסבירות היה יוצא לפועל תוצאה חשובה של צמצום זה הייתה החלשה ניכרת של הדרג המקצועי במשרדי הממשלה, ובמיוחד של עורכי הדין במשרדי הממשלה, שכן השר לא היה צריך להתחשב כלל בעמדתם בקביעת עמדתו ומדיניותו.

נראה שדי במרכיבים אלו כדי לבסס את הטענה שתיוקן חוק היסוד שצמצם את עילת הסבירות הוא ביטוי לעמדה פופוליסטית במיוחד של הכנסת – עמדה המתבטאת הן בדרך חקיקתו של התיוקן לחוק יסוד: השפיטה המצמצם את עילת הסבירות, הן בתוכנו והן בהשלכותיו.

## פסק הדין נביטוי למאבק בפופוליזם

כאמור, פסק דינו של בית המשפט העליון מתעלם במופגן מהמונח "פופוליזם". למעשה, ארבעה מחמשת המופעים של המונח בפסק הדין הם בשמות של מאמרים (בין השאר של כותב שורות אלו). בפעם החמישית מופיע המונח על דרך השלילה. אך עם זאת, נדמה לי ששופטי בית המשפט היו מודעים לחלוטין לעובדה שהתיוקן לחוק היסוד מבטא את דרך המחשבה הפופוליסטית, ובחרו לפסול את התיוקן דווקא כדי להתעמת עם דרך הפעולה הפופוליסטית.

לפני שנגיע לניתוח בג"ץ הסבירות, ראוי להקדיש כמה מילים לדרך שבה בחר בית המשפט העליון להתעמת עם פעולות פופוליסטיות של הכנסת במקרים אחרים בעבר. בעניין חוק הנכבה, שעסק בשלילת מימון ממשלתי מגופים המציינים את הנכבה, דחה בית המשפט את העתירה נגד החוק מטעמי חוסר בשלות.<sup>11</sup> בעניין חוק החרם, שיצר עוולה נזיקית של החרמת ההתנחלויות, נמנע בית המשפט מלפסול את החוק המגביל את חופש הבעת הדעה בנושא שנוי במחלוקת בחברה הישראלית.<sup>12</sup> בחוק הלאום, שבו חולקה החברה הישראלית על בסיס לאומי וזכויותיו של המיעוט לא עוגנו כלל, נמנע בית המשפט מלפסול את החוק בטיעון של פרשנות מקיימת.<sup>13</sup>

11 בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי אורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (5.1.2012).

12 בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.4.2015).

13 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021).

שיטת הפעולה של בית המשפט במקרי עבר עסקה בכל מקרה לגופו, בית המשפט נמנע מלהתעמת עם הפופוליזם העומד מאחורי הפסיקה, הנוגס בדמוקרטיה הישראלית. במקום אחר כיניתי את התופעה "משפט חוקתי של פשרה" וטענתי כי פסיקתו של בית המשפט לוקה בחוסר הבנה של מנגנון הפעולה הפופוליסטי. הפופוליסטים אינם עושים מהפכות "אלימות" – גישתם היא גישה הדרגתית. התבוננות בכל אחד מהחוקים שלהם בנפרד, בלי להבין את מלוא ההשלכות שלו, רק מזינה את יכולתם של הפופוליסטים להמשיך ולקדם את סדר היום, שבסופו של דבר יביא לנסיגה דמוקרטית.<sup>14</sup>

בפסק דינם בעניין בג"ץ הסבירות נקטו שופטי הרוב של בית המשפט העליון גישה אחרת. בלי להידרש למונח "פופוליזם" הם חשפו את מטרתו האמיתית של צמצום עילת הסבירות. הם הסבירו בפירוט ובאריכות את הסכנות שיש בשיטת הפעולה המעדיפה לחלוטין את שלטון הרוב ומאדירה את כוחה של הרשות המבצעת. התוצאה שאליה הגיעו שופטי בית המשפט הייתה התוצאה המתבקשת – פסילת התיקון.

כמה משופטי בית המשפט העליון הסבירו בפירוש כי הם מתעלמים מכלל ההצעות הכלולות במהפכה המשפטית, ואכן צדקו. ההצעות הפופוליסטיות צריכות להיפסל לגופן – דווקא בגלל שיטת הפעולה הפופוליסטית ההדרגתית. כל אחת משלבי הפעולה הפופוליסטיים מקדם בפני עצמו את השלב הבא בנסיגה הדמוקרטית. בכעין ספירלה, החלשת המוסדות השומרים על הדמוקרטיה מביאה להעצמת השיח הפופוליסטי הדוחף להחלשה נוספת שלהם. קבלת צמצום עילת הסבירות הייתה מביאה להחלשה ניכרת של שומרי הסף ושל בית המשפט. החלשה כזאת, בתורה, הייתה מאפשרת לפופוליסטים להעביר תוכניות נוספות לחיזוק כוחה של הרשות המבצעת. כוח כזה היה מאפשר חקיקה נוספת נגד שומרי הסף ונגד בית המשפט, וחוזר חלילה.

נגד התקדמות הדרגתית זו עמדה בפני בית המשפט ברירה אכזרית. פסילה של התיקון לחוק היסוד משמעה שהפופוליסטים יוכלו לחזק עוד את ביקורתם כלפי בית המשפט בטענה שהוא נוטל לעצמו כוחות הסותרים את הכרעת העם. אולם התעלמות מהחקיקה הפופוליסטית הייתה רק מחזקת את הפופוליסטים. בית המשפט בחר באפשרות הסבירה היחידה – לעמוד בפני הגל הפופוליסטי ולפסול את החקיקה כולה. בחירה אחרת הייתה



מביאה רק לחיזוק הגל הפופוליסטי ולסכנה גדולה יותר לעצמאותו של בית המשפט בעתיד.

**פרופ' עמיחי כהן** הוא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה וחבר סגל בפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו.

## המחר החוקתי החדש של הכרזת העצמאות

### דינה זילבר

כי אמיתית היא ולא סמל  
ולא דגל ולא אות.  
העבר מאחוריה –  
היא צופה אל הבאות.  
(בת שישים / דידי מנוסי)

המעמד המשפטי של הכרזת העצמאות הוא סיפור מתפתח. שנים רווחה הגישה שאף על פי שלהכרזה תפקיד חשוב ומכונן בשיטתנו המשטרית, היא איננה חוקה ומעולם לא התיימרה להיות חוקה. פסיקה עקבית וענפה לאורך השנים הבהירה כי חלקים נרחבים בהכרזה הם הצהרתיים בלבד וכי אין לראות באמור בה משום קביעות בעלות תוקף נורמטיבי מחייב, למעט נגזרות מעטות, גם אם חיוניות, כמו עצם הקמתה של מדינת ישראל ושמה של המדינה "ישראל". כך, פעם אחר פעם נדחתה האפשרות לראות במגילת העצמאות, כשלעצמה, מקור נורמטיבי המגביל את סמכויות הכנסת כרשות מחוקקת.

בשנים האחרונות מתפתחות עמדות אחרות. למשל, עמדת נשיא בית המשפט העליון לשעבר אהרן ברק, שלפיה כל חלקיה של ההכרזה – למרות שונותם – הם בבחינת נורמות משפטיות מחייבות.<sup>1</sup> ברשימה זו ארצה לדון בתשובות השונות שנתנו אחדים משופטי בית

1 אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9, 19 (2018).

המשפט העליון, מי שדנו בהיבט הזה בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות,<sup>2</sup> לשאלת "היום שאחרי" בהקשר של מעמדה הנורמטיבי של הכרזת העצמאות מכאן ולהבא ושל השפעת התשובות השונות על סיכויי הייצוב של הגזרה המשטרית מזה ועל אפיון דמותה של המדינה מזה.

לדידי, הכרזת העצמאות היא טקסט מכונן. במרוצת השנים אני מוצאת את עצמי שבה וכותבת עליה,<sup>3</sup> מגלה בה בכל פעם פנים חדשות. פסק הדין בעניין החוק לביטול עילת הסבירות מאפשר לי לשוב ולהתבונן במסמך הזה, שהכול בו. מסמך זה הוא גם הצופן לסרטוט קווי המתאר הנכונים בעיני להסדרה מחודשת ומדויקת יותר של היחסים בין הכנסת, בשני כובעיה – רשות מכוננת ורשות מחוקקת – לבין הרשות השופטת, יחסים שהגיעו לשפל עם חקיקת תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה.

לאורך השנים ניתנו פרשנויות שונות בפסיקה ובקרב המלומדים למעמדה של הכרזת העצמאות. יש שראו בה מסמך המבטא את "חזון העם" ואת "האני מאמין" שלו, אבל לא כחוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים למיניהם או ביטולם; יש שראו בה בסיס לפרשנותם של דברי חקיקה שטעונים פירוש ותו לא. היו שהשאירו בצריך עיון את השאלה אם ניתן לראות בהכרזה מקור חוקתי עצמאי להכרה בזכויות אדם. הייתה גם גישה שייחסה להכרזה מעמד של נורמה בסיסית והמסד שעליו עומד המשפט הישראלי כולו, המתווה את אופייה של המדינה.

בפסק הדין לביטול עילת הסבירות הסתמנו למעשה ארבע גישות אפשריות לנפקות המשפטית של הכרזת העצמאות כמקור אפשרי להטלת מגבלות על הרשות המכוננת, גם אם הדבר לא נאמר במפורש אלא רק ניתן להיסק מקריאת פסקי הדין של השופטים.

**הגישה הראשונה**, שאפשר לכנותה **הגישה השוללת**, היא גישת הממשלה. לפי גישה זו, להכרזת העצמאות יש חשיבות לאומית והיסטורית עליונה, אולם היא אינה בגדר מקור משפטי פורמלי לסמכותה של הכנסת לחוקק חוקים ולכונן חוקי יסוד. על פי הפסיקה

2 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024).

3 דינה זילבר "הכרזת העצמאות שלי" שורשים במשפט 19 (דינה זילבר עורכת 2020); דינה זילבר "הכרזה ממש אוצר" ספר סלים גיובראן 259 (אהרן ברק, מוחמד ס' ותד, גד ברזילי ז"ל ודורית פרידמן עורכים 2023); "הכרזת העצמאות כאמנה ישראלית" אמנה ישראלית: 75 הרהורים על עתיד מדינת ישראל 135 (ירון קנר, שחר ליפשיץ ואריאל בנדור עורכים 2023).

רבת השנים בעניינה הוכרה העובדה שמכוחה של הכרזת העצמאות נוסדה מדינת ישראל, ומכוחה הפכו מועצת העם למועצת המדינה הזמנית ומינהלת העם לממשלה הזמנית. הכרזת העצמאות גם קבעה את שמה של המדינה החדשה – "ישראל", אך אין לראות בה כלי לביקורת שיפוטית, אלא לכל היותר מקור פרשני אפשרי. ייתכן שלגישה זו אפשר לשייך את השופטים סולברג ומינץ, על דרך קל וחומר. מאחר שלשיטתם אין לבית המשפט סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, כי אז ככל הנראה אין בהכרזה כדי להשפיע על עמדתם זו. מגמה זו גם יכולה להילמד מהערותיו של השופט סולברג על גישתו של השופט שטיין, שתוצג להלן.

**הגישה השנייה היא הגישה השותקת.** היו בקרב שופטי ההרכב מי שלא הזכירו כלל בפסק דינם את הכרזת העצמאות, ולכן אי אפשר לדעת מהי גישתם בבחירה בין שתי האפשרויות באשר לשימוש בהכרזה ככלי לביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה ועל חוקי היסוד. היו בקרב שופטי ההרכב מי שהביעו עמדה מסתייגת (השופטים סולברג וגרוסקופף) מגישתו הגורפת של השופט שטיין, שפורטה כבר בהנמקות לפסק דין **טבריה** ולא זכתה שם לתמיכה שיפוטית. עם זאת, בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות אין התייחסות מפורשת לגישה המתחרה שהציגה השופטת ברק-ארז – שאלת האפשרות להשתמש בהכרזה ככלי לביקורת שיפוטית שיוגבל רק לחוקי היסוד – מאחר שהנושא הזה לא התחדד. היו בקרב השופטים (הנשיאה חיות והשופטים ברון, כבוב, עמית, רונן וגרוסקופף) מי שהזכירו את הכרזת העצמאות כמקור פרשני אפשרי או כחלק מן הנתונים החוקתיים שמהם נלמדים ערכי היסוד, אך הם לא התייחסו בפסק דינם דווקא אליה כאל כלי לביקורת שיפוטית שיוגבל רק לחוקי היסוד. כך, למשל, השופטים עמית ורונן השאירו בצריך עיון את השאלה אם ההגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת לחוקק חוקי יסוד נובעות מהכרזת העצמאות או מתפיסות היסוד וממאפייני זהות גרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית הנלמדים מן הטקסט החוקתי ומן המערך החוקתי בכללותו כפי שהתפתחו מאז ימיה הראשונים של המדינה, כאשר אחד המקורות לאיתורם של מאפיינים אלו הוא מגילת העצמאות. לפי שתי הגישות המסקנה היא שעל סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת מוטלות מגבלות.

**הגישה השלישית**, שאכנה אותה **הגישה הגורפת**, היא גישת השופט שטיין. לפי גישה זו, האמור בהכרזת העצמאות הוא כלל ההכרה הבסיסי שהקים מסד בעבור משפט המדינה כולו, ובלשונו של השופט שטיין: "סלע קיומו כחברה וכמדינה [...] והמסד הבראשיתי עליו עומד המשפט הישראלי כולו". הכרזת העצמאות מגדירה את מתחם פועלה של הכנסת ושל שאר רשויות המדינה בקווים כלליים מאוד. היות שמדובר במתחם פעולה רחב אך

לא אינסופי, כל מעשי החקיקה של הכנסת – חוקים רגילים וחוקי יסוד – כפופים לגבולות ההסמכה שנקבעו בהכרזת העצמאות. הפעלת סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים ולכונן חוקה לעולם כפופה לחובתה של הכנסת להבטיח, בין היתר, "חירות", "צדק" ו"שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור" לכל אזרחי המדינה באשר הם, לצד חובתה לקיים בית לאומי יהודי במדינת ישראל, בהתאמה עם המסורת הדתית-לאומית הטבועה בנו ("חזונו של נביאי ישראל"). לדידו של השופט שטיין, חוקים החורגים מגבולות הסמכות שהוקנתה לכנסת משנים את יסודות המשפט ואת אופי המדינה בישראל, וכאלו הם בטלים מעיקרם. נורמות חוקתיות, דוגמת הכרזת העצמאות, נועדו מעיקרן לספק לאזרחים הגנת קבע מבנית מפני עריצות השלטון, ומטבעה של הגנה חוקתית שכזאת לשכון דרך קבע במבנה המשפט והחברה "כדרכם של מלט, בטון וברזל ביסודות הבניין אשר נבנה על מנת לעמוד על תילו ולא לקרוס". החידוד של השופט שטיין באשר למקום שבו גישתו נבדלת מזו של הנשיאה חיות הוא שלדידו העקרונות הכלליים של הכרזת העצמאות, דוגמת צדק ושוויון, מגדירים את חופש הפעולה של הכנסת בבואה לחוקק חוקים וחוקי יסוד, וכתוצאה מכך נותרת לבית המשפט סמכות צרה של ביקורת שיפוטית. זו תופעל רק במקרים של חריגה ברורה מכל המובנים המקובלים והאפשריים של אותם עקרונות כלליים. הכנסת היא שמוסמכת להזין את עקרונותיה הכלליים של הכרזת העצמאות בתכנים קונקרטיים. לא בית המשפט.

**הגישה הרביעית**, שניתן לכנותה **הגישה המתונה** או **גישת הבסיס החוקתי**, היא גישת השופטת ברק-ארז. גישה זו רואה בהכרזת העצמאות מקור להטלת מגבלות על הרשות המכוננת, אבל לא על הרשות המחוקקת. לדעתה של השופטת ברק-ארז, רק הפעלת הסמכות המכוננת כפופה לעקרונותיה של הכרזת העצמאות, ולא סמכות החקיקה הרגילה – זאת לנוכח הפסיקה רבת השנים של בית המשפט והמסורת המכבדת את פיתוח הדין כמעשה שרשרת שאמור ליתן תוקף לפרקים הקודמים בסיפור החוקתי הישראלי, שכללו היגדים ברורים על כך שאין לראות בהכרזת העצמאות מקור שלמולו נבחנת חוקתיות החוקים. השופטת ברק-ארז עומדת על כך שבעת שהוקנתה הסמכות המכוננת היא לא הייתה בלתי מוגבלת. היא ניתנה להגשמת מטרה מסוימת. מאחר שהמנדט ליצירתם של הסדרים חוקתיים בישראל מבוסס על ההסמכה שבהכרזת העצמאות, הוא צריך להיות מוגבל לעקרונות שנקבעו בה. זה היה המנדט של האספה המכוננת הנבחרת, וזהו גם המנדט ש"ירשה" הכנסת, המחזיקה בסמכות מכוננת "משורשרת" מכוח החלטת הררי. אכן, סמכותה המכוננת של הכנסת רחבה מאוד, אך היא אינה בלתי מוגבלת. לדידה של השופטת ברק-ארז, הגישה הגורפת של השופט שטיין, המבקש לראות בהכרזת העצמאות כלי של ביקורת שיפוטית, הן על חקיקת יסוד והן על חקיקה רגילה, היא שובת לב אך אינה

עקבית עם הלכות קודמות של בית המשפט (למשל פסק הדין בעניין זיו נ' גוברניק משנת 1948, שבו נקבע כי ההכרזה היא לא חוקה וכי היא איננה יכולה לשמש מקור לביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה), ואולי היא מהפכנית מדי שלא לצורך (זו סוגיה מעניינת כשלעצמה אגב החיתוכים המסורתיים של השופטים ל"שמרנים" ול"אקטיביסטים" – חלוקה רדודה, שטעמיה לעיתים חוץ־משפטיים ואשר אינה מביאה לידי ביטוי הולם את המורכבות הפסיקתית. כך למשל, לא אחת דווקא השופטים המכונים "שמרנים" מבצעים בפסקי דינם קפיצות אקטיביסטיות נחשניות, ודווקא שופטים המכונים "אקטיביסטים" פוסקים בזירות ובמתינות והולכים עקב בצד אגודל אחר פסיקה רבת שנים מתוך כיבוד המסורת המשפטית).

אשר לאפשרות השימוש בהכרזת העצמאות ככלי לביקורת שיפוטית – השופטת ברק ארז מציעה חלופה מתונה יותר מזו של השופט שטיין, היינו לא להתבסס על הכרזת העצמאות לצורך ביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה והאיל וההכרזה עצמה איננה חוקה, אבל כן להתבסס עליה כמקור לביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד; כלומר, גישה של "פחות הוא לפעמים יותר". מלבד הסטייה שיש בגישתו של השופט שטיין מפסק הדין זיו נ' גוברניק, שהוא עצמו מודה בה, ניתן להצביע על אתגרים נוספים שגישתו מעוררת. אתגר אחד הוא במישור היישומי: היות שהכרזת העצמאות עצמה אינה מפורטת כחוקה, מאתגר להשתמש בטקסט שאינו תואם מבנה חוקתי לביקורת חוקתית מכוחו. לכן צמצום השימוש בה לביקורת שיפוטית רק על חוקי יסוד, באותם מקרים נדירים שבהם הדבר יידרש, הוא שימוש מאוזן. מחד גיסא, הוא נותן תוקף לרעיון החיוני של הגבלת כוח, גם כוח מכונן, ולהבטחת התאמתו לערכי היסוד של השיטה ולמאפייניה הגרעיניים של המדינה היהודית והדמוקרטית. מאידך גיסא, השימוש בו מצומצם ונדיר ומותאם יותר למהותה של הביקורת השיפוטית ההולמת על הסמכות המכוננת.

במבט צופה פני עתיד, שבו תעוצב מערכת היחסים בין הרשויות השונות בחקיקה הרמונית, שבשאיפה תכבד את מקומה של כל רשות ואת הלגיטימיות ההדדית בהפעלת הסמכויות, עוד שיקול להעדפת הגישה המתונה של השופטת ברק־ארז על פני הגישה הגורפת של השופט שטיין הוא הקוהרנטיות המופרת בעת שמשתמשים גם בהכרזת העצמאות וגם בחוקי היסוד ככלים לביקורת שיפוטית שחקיקה רגילה נבחנת לאורם.

תיחום האפשרות להפעלת ביקורת שיפוטית מכוח הכרזת העצמאות רק לסמכות המכוננת, ולא לסמכות המחוקקת, מכבד יותר את חוקי היסוד ואינו מגמד אותם.

שאלת המארג החוקתי הראוי תשוב, ככל הנראה, ותעסיק את החברה הישראלית – הלוואי שמתוך מחשבה על הסדרה חוקתית "העושה שלום במרומינו" ולא מתוך משבר או שבר חוקתי. סגירת מעגל הרמונית אפשרית יכולה להיעשות באמצעות אימוץ גישת הבסיס החוקתי, אשר כשמה כן היא: בשנת 1948 בחרו אספה מכוננת שתפקידה היה לכונן חוקה. אילו הייתה האספה המכוננת ממלאת את תפקידה אז – באותה שנה, 1948 – ומכוננת חוקה, המקור היחיד שהיה מגביל את אותה החוקה ב־1948 היה הכרזת העצמאות. אימוץ היום של גישה המסייגת את הכוח השלטוני המכונן – החוקה שמכוננת היום – מכוח אותה הכרזת עצמאות הוא השבת ההכרזה ליושנה, לתפקידה המקורי, ובכך גם מתאפשר סידור של פירמידת הנורמות במדרג חוקתי ראוי וגם נסגר מעגל.

המחר החוקתי החדש של הכרזת העצמאות, שאינה חדלה מלהתחדש ולהתקדש, יכול להיות עוד רגע אמת חוקתי. בכוחו של הרגע הזה לאצול עלינו כחברה את העתיד האפשרי המואר שהיא אוצרת בקרבה, ובה בעת גם להביא מרפא ולהקהות במעט את היחסים הטעונים בין הרשויות. הלוואי שנזכה.

**עו"ד דינה זילבר, המשנה לשעבר ליועץ המשפטי לממשלה.**

## **"נאמנים למגילת העצמאות" באופן פורמליסטי** **חוות דעתו של השופט שטיין בפסק הדין בעניין ביטול** **עילת הסבירות** **שירי פרידמן**

### **מבוא**

חוות דעתו של השופט שטיין בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות<sup>1</sup> היא מפץ משפטי בכסות פורמליסטית נוקשה: לראשונה בהיסטוריה המשפטית הישראלית נמצאה החוליה החסרה לכינון הכרזת העצמאות<sup>2</sup> כנורמת הבסיס המשפטית העליונה של הדין במדינת ישראל.

\* עיון ראשוני זה בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות מוקדש לזכרו של אבי משה פרידמן, שלחם על הקסטל במלחמת העצמאות (נפטר בשנת 1992).

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: עניין ביטול עילת הסבירות). עמדתו של השופט שטיין בעניין מעמדה המשפטי העליון של הכרזת העצמאות הופיעה ויושמה לראשונה בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, בעמ' 63-49, 73-75 (נבו 30.7.2023). בחוות דעתו בפסק דין זה דחה השופט שטיין את תחולתו של חוק פרסונלי, בנימוק שחוק פרסונלי סותר את עקרון השוויון בהכרזת העצמאות.

2 להלן ייעשה שימוש במונח "הכרזת העצמאות". על גלגוליו של השם "הכרזת העצמאות" ראו יורם שחר "יומנו של אורי ידין" עיוני משפט טז 537, 544-545 (1991).



חוליה זו התגלתה במסמכי ההקמה של המשפט הישראלי: המנשר שפורסם ביום 14.5.1948 ופקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, שנחקקה ביום 21.5.1948<sup>3</sup>. בהתאם לאמור בהם, הכרזת העצמאות היא המסד המשפטי העליון, שממנו משתרשר ואליו כפוף הדין הישראלי.

ברשימה זו אבקש להתחקות אחר שורשי ההנמקה של השופט שטיין, ולהרחיב בעניין קיצוניותה של זו לנוכח ההלכה שנהגה עד כה באשר למעמדה המשפטי של הכרזת העצמאות. לסיכום אנתח את האופן שבו שפה פורמלית נוקשה מממשת מהפכה סוערת.

## **א. הנמקה פורמליסטית מעוגנת במנשר ובפקודת סדרי השלטון והמשפט**

שאלת היסוד של הפעלת כוח משפטי, תחיקתי או שיפוטי, היא השאלה מכוח מה הוא מופעל? מה מקור הסמכות? זוהי שאלה עובדתית שהתשובה לה מצויה באקט הסמכה קונקרטי, שמתגשם באות כתובה ולא בערכים מופשטים, כדברי השופט שטיין:

מקורו של כוח־על, כמו של כל כוח משפטי, צריך להימצא באקט הסמכה אשר נעשה במציאות ואשר מעוגן בדין. באופן ספציפי יותר, כוונתי לאקט פורמלי של הריבון אשר מקנה כוח־על לכנסת כרשות מחוקקת, לאחד ממחוקקי המשנה או לבית המשפט העליון [...] סמכויות השלטון אינן נוצרות יש מאין ללא מעשה הסמכה פורמלי – וכפועל יוצא מכך, יש צורך בקיומה של הסמכה פורמלית בת־תוקף כתנאי לכשירותה ולתקפותה של כל פעולה שלטונית באשר היא.<sup>4</sup>

סקירה מדוקדקת של מסמכי ההקמה בחיפוש אחר מקור ההסמכה מגלה שמקור הכוח המשפטי המופעל במדינת ישראל הוא הכרזת העצמאות, כפי שעולה משני חיקוקים:<sup>5</sup>

3 להלן: המנשר ופקודת סדרי השלטון והמשפט, בהתאמה.

4 עניין ביטול עילת הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 3-4 לחוות דעתו של השופט שטיין.

5 ראו הגדרות "חיקוק" ו"תקנה" (הכוללת מנשר) בפקודת הפרשנות, נ"ח התשי"ד 2.

המנשר<sup>6</sup> ופקודת סדרי השלטון והמשפט. ההסמכה הפורמלית שנקבעה במנשר היא: "בתוקף הכרזת העצמאות, שנתפרסמה היום, יום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948), ואשר לפיה הוקמו מועצת המדינה הזמנית והממשלה הזמנית של מדינת ישראל, מכריזה בזה מועצת המדינה הזמנית לאמור".

וההסמכה הפורמלית שנקבעה בפקודת סדרי השלטון והמשפט היא: "בתוקף הסמכות שנקבעה למועצת המדינה הזמנית בהכרזה על הקמת מדינת ישראל מיום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) ובמנשר מאותו יום, מחוקקת בזה המועצה הזמנית לאמור".

אם כך, לפי השופט שטיין, הכרזת העצמאות היא כלל ההכרה הבסיסי<sup>7</sup>, המקור האולטימטיבי של הסמכות לחוקק חוקים ולכונן חוקי יסוד<sup>8</sup>, המסד הבראשיתי שעליו עומד המשפט הישראלי כולו,<sup>9</sup> ושלגבולותיו כפוף<sup>10</sup> החוק בישראל.

כפיפות משפטית להכרזת העצמאות משמעה שכוח משפטי אשר מופעל בחריגה מהכתוב בהכרזת העצמאות חסר תוקף משפטי: "מעשה חקיקה שמתיימר לפרוץ גבולות אלה הוא בגדר חריגה מההסמכה שניתנה לכנסת, ואין לו תוקף משפטי".<sup>11</sup>

תכניה של הכרזת העצמאות כובלים את הכנסת ומגבילים את התוכן והמשמעות שהיא יכולה לצקת לחקיקה, וכובלים את בית המשפט בנוגע להיקף הביקורת השיפוטית: "הכנסת היא זאת שמוסמכת להזין את עקרונותיה הכלליים של הכרזת העצמאות בתכנים קונקרטיים – היא, ולא אנחנו. התערבותנו בתכנים שנבחרו על ידי הכנסת תיעשה רק אם נמצאם מנוגדים לכל המובנים האפשריים של העקרונות".<sup>12</sup>

6 על פוקנציית המנשר ניתן ללמוד מדבריו של פליכס רוזנבליט (כשמו דאז, לימים שר המשפטים פנחס רוזן) בישיבה של מועצת העם ערב הכרזת העצמאות: "מנשר זה בא למלא חלל ריק בעיקר בשטח המשפט" (מועצת העם א, ישיבה 3, 21 (14.5.1948)).

7 עניין ביטול עילת הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 38 לחוות דעתו של השופט שטיין.

8 שם, בפס' 117.

9 שם, בפס' 130.

10 שם, בפס' 39.

11 שם, בפס' 12.

12 שם, בפס' 70.

ולכן, לו פירושו הנכון של תיקון מס' 3 לחוק ייסוד: השפיטה היה עיקור הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה ושריה, חוק זה היה חסר תוקף, משום

[שחוק כזה] אינו עולה בקנה אחד עם שום תפישה מקובלת של "צדק" ושל "חירות" שהובטחו לנו, כאזרחי מדינה בני חורין, בהכרזת העצמאות [...] העדרה של ביקורת שיפוטית כאמור, משמעה כפיפות מוחלטת של האזרח לכל החלטה מעשה ידי הממשלה, ראשה ושר משריה; וכפיפות זו, פירושה העדר חירות והיעדר גישה לצדק המשפטי שבתי המשפט שלנו מצווים לספק לאזרחי המדינה [...] אשר על כן, הוראה שמתיימרת לבטל ביקורת שיפוטית על החלטות ממשלה או על החלטותיהן של רשויות אחרות, או להפוך ביקורת שיפוטית לבלתי אפקטיבית – מקומה לא יכירנו בספר החוקים של מדינת ישראל.<sup>13</sup>

לסיכום, לשון הסמכה פורמלית במנשר ובפקודת סדרי השלטון והמשפט מעניקה מעמד משפטי עליון להכרזת העצמאות.

## **ב. קיצוניות חוות הדעת בדבר מעמדה המשפטי העליון של הכרזת העצמאות לנוכח פסיקות בית המשפט העליון בעבר**

ייחוס כוח משפטי עליון להכרזת העצמאות מבטא סטייה ניכרת מפירוש מעמדה של ההכרזה בפסיקות בית המשפט העליון, לפחות בתחילת דברי ימיה. בחלוף כמעט שבעה חודשים ממתן הכרזת העצמאות אוינה נפקותה המשפטית הפנימית בידי הנשיא זמורה. לדבריו, ההכרזה נועדה "לשם קביעת העובדה של יסוד המדינה והקמתה לצורך הכרתה על ידי החוק הבינלאומי. היא מבטאת את חזון העם ואת 'האני מאמין' שלו, אבל אין בה משום חוק קונסטитуציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים, או ביטולם".<sup>14</sup>

13 שם, בפס' 102.

14 בג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 85, 90 (1948). בפסק דין שהתקבל כחודש לאחר מכן ציטט השופט אולשן את הנשיא זמורה, תוך ריכוך מסוים: "בפסק-דינו הנ"ל לא ראה את ההכרזה כראות מסמך פוליטי גרידא. להיפך...". (בג"ץ 7/48 אלכרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב, 5, 13 (1949).

כחמש שנים חלפו, והשופט אגרנט, כתוארו דאז, הפיח חיים משפטיים בהכרזת העצמאות וקבע שקמה חובה "לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה"<sup>15</sup>. שינוי זה במעמדה של הכרזת העצמאות והפיכתה למקור פרשני של חוק עדיין רחוק מרחק רב מהענקת מעמד משפטי עליון להכרזה.

בשנת 1994, כארבעים ושש שנים לאחר הכרזת העצמאות, כוננה רוח עקרונית ההכרזה בחוק יסוד חופש העיסוק ובתיקון לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בסעיף "עקרונות יסוד", שלפיו: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן־חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"<sup>16</sup>. באותה שנה פירש השופט לזין כי הכרזת העצמאות נעשתה עקרון יסוד חוקתי: "הצהרת מבוא זו שבחוקי היסוד הנ"ל לא לתפארת המליצה נחקקה עלי ספר, אלא היא באה לבטא, והפעם לא כמשאלת לב וכ'אני מאמין' מופשט, כי מגילת העצמאות הייתה לעקרון יסוד חוקתי, מחייב"<sup>17</sup>. עוד פירש שמדובר בשינוי דרמטי, משזו הפכה ממקור פרשני לחוק למקור עצמאי לזכויות אדם, מגילת זכויות אזרח ברמה חוקתית על־חוקית.<sup>18</sup>

15 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 885 (1953): וכן ראו ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129, 136 (1971): אהרון ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מחוקקת" חוקים יא 9, 24, ה"ש 87, 25-27 (2018).

16 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון מס' 1), ס"ח התשנ"ד 90.

17 בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 465-466 (1994) (להלן: עניין כלל). השופט לזין היה בדעת מיעוט בעניין בטלות החוק לפי תנאי פסקת ההגבלה בחוק יסוד: חופש העיסוק, אולם נראה שהשופט שטרסברג־כהן הסכימה עימו בעניין מעמדה החדש של הכרזת העצמאות לאחר כינון סעיפי עקרונות היסוד שבחוקי היסוד:

כמו כן אינני רואה להוסיף דבר לסקירתו המקפת של חברי בדבר מעמדן הרם והנישא של זכויות היסוד של האזרח במדינת ישראל, וביניהן הזכות לחופש העיסוק. זכויות אלה, המגלמות ערכים ועקרונות, מהוות יסוד מוסד של משטרנו הדמוקרטי מאז קום המדינה. הן עוגנו בפסיקה ענפה שיצאה מלפני בית־משפט זה במשך שנים הרבה, בטרם חוקקו חוקי היסוד שקיבלו מעמד חוקתי מיוחד ומיוחד (שם, בעמ' 484).

לכך הסכים גם השופט טל: "מסכים עם כל העקרונות שבחווית־דעתו של חברי, השופט ד' לזין, ואולם באשר לחוצאה ולהנמקה אני מצטרף לחוות־דעתה של חברתי, השופטת שטרסברג־כהן" (שם, בעמ' 489). לדעה שונה ראו את דבריו של השופט אור בבג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 25 (1996) (להלן: עניין גיל"ת): "דברים אלה [הפיכת הכרזת העצמאות למקור עצמאי של זכויות אדם] נאמרו אגב אורחא. הם לא שימשו להכרעה באותו עניין, הן בפסק־דין הרוב והן בפסק־דין המיעוט".

18 ראו עניין כלל, לעיל ה"ש 17, בעמ' 466:

אמנם כן, כפי שהוטבר לעיל, ראה בית־משפט זה מימים ראשונים להנחות עצמו בעקרונות

פרשנותו הערכית־משפטית של השופט לויין בדבר מעמדה של הכרזת העצמאות אינה כה רחוקה בתוצאתה מזו הפורמליסטית של השופט שטיין. עם זאת, יש הבדל מהותי בין השניים: הראשון מעגן את מעמדה החוקתי של הכרזת העצמאות בלשון נפתלת של חוק יסוד ("ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל") ובכוחו (סעיף עקרונות היסוד); ואילו השני מעגנו במילות הסמכה מפורשות ("בתוקף") ומקנה להכרזה מעמד עליון כשלעצמה, כנקודת הראשית, ככלל ההכרה הבסיסי וכנורמה הבסיסית של המשפט הישראלי כולו.

כשנתיים לאחר מכן, בשנת 1996, קבע השופט אור כי שאלת מעמדה של הכרזת העצמאות, אף לאחר חקיקת סעיפי עקרונות היסוד בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק־יסוד: חופש העיסוק, טרם הוכרעה.<sup>19</sup>

בשנת 2002 סיכם השופט חשין את טווח הפרשנויות באשר למעמדה של ההכרזה, החל מחזון העם ו"אני מאמין" חסרי נפקות משפטית פנימית, דרך "כוח של פרשנות" שלאור מתפרשות הוראות חוק, וכלה במגילת זכויות של ממש, עקב "מוטציה גנטית" שחוללו בה חוקי היסוד.<sup>20</sup>

---

ובערכים של מגילת העצמאות כמקור לפרשנות החוק, כיתד שניתן להצמיד אליה זכויות יסוד מוגנות. באו חוקי יסוד אלה והביאו לשינוי דרמטי במעמדה של מגילת העצמאות, בכך שאינה עוד רק מקור לפרשנות, אלא היא עצמה הייתה למקור עצמאי לזכויות אדם, שהרי נעמיד את המחוקק הישראלי בכוננו חוק יסוד בחזקת מי שאינו משחית מילותיו לריק ואינו מאחד עיניים, אלא מבקש ליתן בידי האזרח בישראל מגילת זכויות אזרח ברמה חוקתית על־חוקית. שנה לאחר מכן, בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 456 (1995), כתב בהקשר זה כך:

הרי עלינו להעמיד את המחוקק הישראלי, בהוסיפו לחוקי היסוד את סעיף העקרונות הנ"ל, בחזקת מי שאינו משחית מילותיו לריק ואינו מאחד עיניים, אלא כמי שמבקש להבהיר לאזרח בישראל מהן הזכויות שהוא זכאי להן, תוך הדגשה שמקורן של אלה במגילת העצמאות המהווה מקור נורמטיבי לחקיקה ברמה החוקתית הגבוהה.

19 ראו עניין גיל"ת, לעיל ה"ש 17, בעמ' 24:

הוראה זו מעוררת שאלה, מהו מעמדה של מגילת העצמאות כיום. שאלה זו אינה פשוטה. ייתכנו לגביה פתרונות שונים. פתרון אפשרי אחד הוא, שניתן למגילת העצמאות מעמד של מקור וכלי עזר לפרשנות, בלי שהפכה מקור עצמאי לזכויות אדם [...] פתרון אפשרי אחר הוא, שמכוח הוראת סעיף 1 הנ"ל הפכה מגילת העצמאות למקור עצמאי לזכויות אדם [...] בין מודלים אפשריים אלה אין הכרעה. הנושא נשאר פתוח, הן בספרות והן בפסיקה.

20 ראו בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל־אביב־יפו, פ"ד נו(5) 393, 435 (2002):

גם לאחר שבעים ושלוש שנים ממועד מתן הכרזת העצמאות, בשנת 2021, נראה שעדיין אין הכרעה באשר לטיבה המשפטי של הכרזת העצמאות: לפי השופט מזוז מדובר במסמך בעל תוקף משפטי ומקור לעיגון זכויות אדם,<sup>21</sup> ואילו לפי השופט סולברג, ובאותו עניין, בית המשפט העדיף מודל פרשני שלפיו הכרזת העצמאות היא מקור השראתי לפרשנות (סולברג והשופט רובינשטיין אף מציעים לאמץ בהקשר של ההכרזה "מודל פרשני מרחיב").<sup>22</sup>

יש לציין שבעניין ביטול עילת הסבירות הצטרפה באופן מצומצם השופטת ברק-ארז לחוות דעתו של השופט שטיין באשר לחוקי היסוד: לפי גישתה, הכרזת העצמאות היא המסגרת המשפטית העליונה והתוחמת את החוקה (חוקי היסוד).<sup>23</sup>

---

לו הייתה הכרזת העצמאות מודיעה אותנו את שהעותרות טוענות לו, אפשר היה עלינו לברר מה מעמד משפטי נועד להכרזה בשיטת המשפט בישראל (סוגיה שהעותרות לא פרשו כלל לפנינו); האם "ההכרזה... מבטאת את חזון העם ואת האיני מאמין' שלו, אבל אין בה משום חוק קונסטטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם"? [...] האם יועד להכרזה אך כוח-של-פרשנות כך ש"כל הוראת חוק [תפורש] לאורה ועד כמה שאפשר בהתאמה עם עקרונותיה המנחים ולא בניגוד להם"? [...] ואפשר לאחר התיקונים שהוכנסו בהם חוללו חוקי היסוד החדשים בהכרזה מוטציה גנטית, וההכרזה הפכה ממקור של פרשנות למגילת זכויות ממש [...] אלא שכל שאלות אלו כולן שאלות שלא-לעניין הן, והואיל והעותרות שמו בפי ההכרזה הצהרות שההכרזה לא הצהירה מעולם.

21 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, בפס' 12 לפסק דינו של השופט (בדימ') מזוז (אר"ש 8.7.2021): "על יסוד עיגון חוקתי זה [סעיפי עקרונות היסוד בחוקי היסוד שכווננו בשנת 1994] של עקרונות מגילת העצמאות החל בית משפט זה להכיר במגילת העצמאות גם כמסמך בעל תוקף משפטי, וכמקור לעיגון זכויות אדם".

22 שם, בפס' 25 לפסק דינו של השופט סולברג:

על פני הדברים דומה כי דעה זו לא נתקבלה, והועדף על פניה 'מודל פרשני' שלפיו תשמש הכרזת העצמאות מקור השראתי שבאמצעותו נוכל "לפרש, לעצב, לתחום ולהעניק חוכן מהותי לזכויות היסוד שעוגנו בחוקי-היסוד" [...] בעבר הבענו דעתנו - אליקים רובינשטיין ואנוכי - כי ראוי לאמץ את המודל הפרשני בתורת 'מודל פרשני-מרחיב'; היינו - לפרש, ככל הניתן, את הערכים המעוגנים בהכרזת העצמאות כולה (ולא רק בחלקה האופרטיבי), ככאלה שנכללים בערכי-היסוד שכווננו במסגרת החוקתית המפורשת של חוקי-היסוד.

23 עניין ביטול עילת הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 11 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז:

גישה זו גורסת שהכרזת העצמאות עצמה, מאחר שאינה חוקה, אינה יכולה לשמש בסיס לביקורת על חקיקה רגילה. לצד זאת, מאחר שבהכרזה נקבעה המסגרת להסדרת החוקה היא מטילה מגבלות בסיסיות על תוכנה של אותה חוקה. בהתאם לכך, הכרזת העצמאות יכולה לשמש אמת מידה לשאלה של חריגה מסמכותה של הרשות המכוננת (להבדיל מכלי לביקורת

אם כן, בטווח שבין מקור השראתי מוגבר, מקור משפטי לעיגון זכויות אדם ועקרונות המסגרת לחוקה, חוות דעתו של השופט שטיין על מעמדה המשפטי העליון של הכרזת העצמאות היא חריגה. הסברו של השופט שטיין לכך הוא שבהתייחסותו של בית המשפט למעמדה של ההכרזה נפלה תקלה הנובעת מחוסר התייחסות למנשר ולפקודת סדרי השלטון והמשפט.<sup>24</sup>

לסיכום, הרצף הפרשני משנת 1948 ועד 2024 באשר למעמד הכרזת העצמאות לא היה רציף ונקטע, לעיתים בחדות, על ידי פרשנויות חדשות. אפשר לטעון שחוות דעתו של השופט שטיין היא בגדר פרשנות משפטית חדשה נוספת, אך זו סוטה במובהק מחוות הדעת השונות אשר ניתנו במשך שבעים ושש שנים על ידי בית המשפט העליון ומהווה שינוי ניכר מהפרדיגמות הפרשניות ששימשו אותו.

## **ג. האופן שבו שפה משפטית פורמלית ממשת מהפכה סוערת – מספר הערות טקסטואליות**

שפתו של השופט שטיין רוויה באזכורים של עובדות על נגזרותיהן:

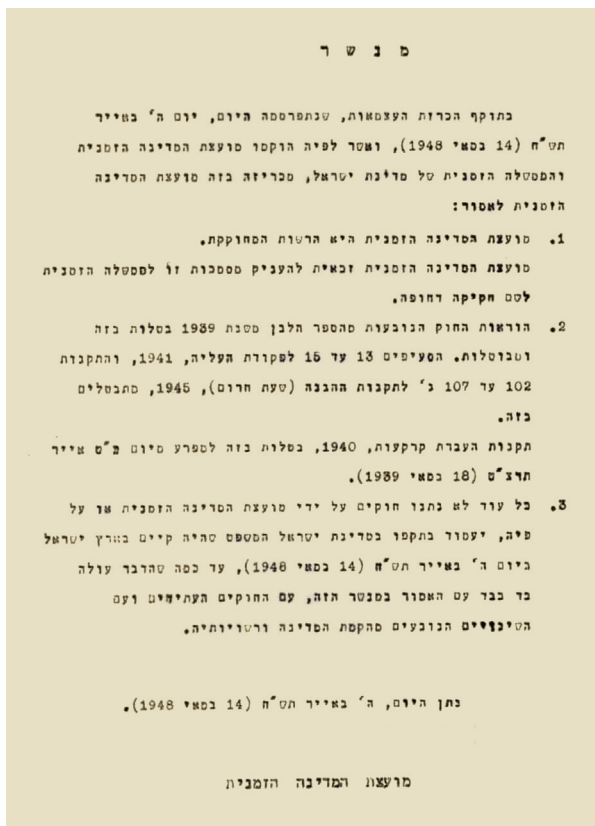
לדידי, כל השאלות שהצגתי הן שאלות עובדתיות באשר לתוכנם של דיני החוקה הנהוגים במחוזותינו, ועל כן התשובות שתיתנתה על ידי לשאלות אלה, אף הן נטועות בעולמן של עובדות אמפיריות, ולא במקום אחר, כדוגמת מסכת ערכים המקובלת על קהל כזה או אחר. ניסיון לתת מענה לא עובדתי לשאלות אלה – ובפרט, הניסיון השכיח במחוזותינו לגזור

---

שיפוטית על חקיקה רגילה). גישה זו היא המנחה אותי כאן. לשיטתי, הכרזת העצמאות מטילה מגבלות על כינונה של חוקה על-ידי האסיפה המכוננת, ולימים, על-ידי הכנסת. התבססות על הכרזת העצמאות לצורך ביקורת על חוקי יסוד בלבד (במצבי קיצון), להבדיל מחקיקה רגילה, מתיישבת עם תפקידה ההיסטורי כמסמך שמכוחו נבחרה האסיפה המכוננת. לפי גישה זו, הכרזת העצמאות נועדה לקבוע את עקרונות המסגרת לחוקה שתקבל (ובמונחי הימים האלה לחוקי היסוד), ולא לחקיקה רגילה.

נורמות חוקתיות מתוך ערכים אמורפיים שאין להם עיגון פורמלי ואחיזה  
עובדתית בדין – אינו מקובל עלי.<sup>25</sup>

בכך מנסה השופט שטיין לנטוע את שפתו בעולם המציאות הממשי, זאת בהנגדה לעולם  
המטפורות והנשמות היתרות. העובדות במקרה זה הן האותיות הכתובות במנשר ובפקודה  
היחזרות את אותן מילות כוח: "בתוקף הכרזת העצמאות" ו"בתוקף הסמכות שנקבעה  
למועצת המדינה הזמנית בהכרזה על הקמת המדינה". השופט שטיין אינו מסתפק בציטוט  
המילים, אלא מביא בחוות דעתו את גופי המנשר והפקודה כפי שהודפסו והופצו,<sup>26</sup> וראו  
להלן.



25 שם, בפס' 20.

26 שם, בפס' 35, 37.





עתון רשמי מס' 2 מיום י"ב באייר תש"ח – 21 במאי 1948

## תוספת א'

| ה ת ו כ ן : |  |
|-------------|--|
| מס' .       |  |
| 1 . . . . . | פקודת סדרי השלטון והמשפט, מס' 1 לשתן תש"ח – 1948 .   |
| 5 . . . . . | פקודת הכולים, מס' 2 לשתן תש"ח – 1948 .               |
| 6 . . . . . | פקודת אגרות (לאומיות ודגל), מס' 3 לשתן תש"ח – 1948 . |

### פקודת סדרי השלטון והמשפט

מס' 1 לשתן תש"ח – 1948

בתוקף הסמכות שנקבעה למועצת המדינה הזמנית בהכרזה ל הקמת מדינת ישראל מיום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) ובמגשר מאותו יום, מחוקקת בזה מועצת המדינה הזמנית לאמור :

חומריות זו של האות הכתובה הפורמליסטית היא המלט, הבטון והברזל ביסודות הבניין המשפטי, המגינים על האזרח מפני עריצות השלטון:

ולענייננו זה העיקר: נורמות חוקתיות, כדוגמת הכרזת העצמאות, נועדו מעיקרן לספק לאזרחים ולאזרחיות הגנת קבע סטרוקטורלית – לא קוניונקטורלית – מפני עריצות השלטון. הגנה חוקתית לא נוצרת אלא כדי לשכון דרך קבע במבנה המשפט והחברה – כדרכם של מלט, בטון וברזל ביסודות הבניין אשר נבנה עלימנת לעמוד על תילו ולא לקרוס.<sup>27</sup>

שפת העובדות והאות המפורשת היא האמת, שמנצחת בנוקאאוט יציבות:

הנני סבור כי אנו כשופטים מצווים לפסוק דין אמת לאמיתו. עיקרון בסיסי זה חל ביתר שאת כאשר עסקינן ביסודות המשפט החוקתי, ובעוצמה

רבה אף יותר כאשר הדבר נעשה על רקע מחלוקת ציבורית חריפה באשר למהותם של יסודות אלה. בעניינים כגון זה, אמת מנצחת יציבות בנוקאאוט, ולא רק בנקודות.<sup>28</sup>

במאבק ציבורי סוער זה מייצר השופט שטיין בשפה פורמלית בריקות משפטיות הנטועות בחוזקה בעולם של עובדות ומילים מפורשות, שפה פורמלית המייצרת מהפכה משפטית.

## סיכום

על השאלה "מכוח מה מופעל כוח משפטי במדינת ישראל" עונה השופט שטיין – מכוח הכרזת העצמאות. את תשובתו זו הוא מבסס על ההסמכה הפורמלית הכתובה והמפורשת במנשר ובפקודת סדרי השלטון והמשפט. מדובר במהפכה משפטית, שינוי ניכר מפרדיגמות פרשניות ששימשו את בית המשפט העליון, גם אם זו נכתבת בשפה פורמלית נטועה בעולם העובדתי.

**שירי פרידמן**, עו"ד. תחומי העיסוק שלה הם רשלנות רפואית, ביטוח ונזיקין.

## בג"ץ ביטול עילת הסבירות דמוקרטיה מתגוננת מודל 2024 יובל שני

בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת<sup>1</sup> הוא לא רק פסק דין מכונן בתחום המשפט החוקתי הישראלי, שבו נקבעה ההלכה שלבית המשפט העליון יש סמכות לבטל הוראת חוק יסוד החורגת מגדר הסמכות המכוננת של הכנסת. ניתן לראות בו גם פסק דין "ירדורי", במובן זה שבית המשפט היה נכון להשתמש בו בעקרונות משפטיים מופשטים על מנת להגן על הדמוקרטיה מפני ניצול לרעה של חוקי המדינה בידי שחקנים פוליטיים. בכך תרם בית המשפט תרומה חשובה לביסוס נוסף של הרעיון בדבר "דמוקרטיה מתגוננת" כהצדקה להתערבות שיפוטית מיוחדת. יתר על כן, פסק הדין, המבטל את ביטול עילת הסבירות, מלמד על הנכונות של בית המשפט להתאים את תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת לאתגרים הניצבים לפני הדמוקרטיה בעידן הנוכחי – בעיקר, ההתנערות של שחקנים פוליטיים ממוסכמות חוקתיות לא־פורמליות המרסנות שימוש בכוח פוליטי ("constitutional hard ball") ושחיקה הדרגתית של הסדרים דמוקרטיים באמצעות מספר

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: בג"ץ ביטול עילת הסבירות).

גדול של צעדים הדרגתיים שלכל אחד מהם אפקט מוגבל אך יחד הם בעלי אפקט מצטבר בעל משמעות רבה ("death by a thousand cuts").

פסק הדין בפרשת ירדור<sup>2</sup> – שבו נתקבלה, בהכרעת רוב, העמדה שאין להתיר למפלגה השוללת את עצם קיומה של מדינת ישראל להשתתף בבחירות לכנסת, וזאת למרות היעדר דבר חקיקה המסמיך במפורש את ועדת הבחירות המרכזית לעשות כן – הוזכר בידי חמישה שופטים שישבו בבג"ץ ביטול עילת הסבירות: שלושה שופטי רוב – השופטים גרוסקופף, ברק־ארז וכבוב; שופטת מיעוט אחת, אשר סברה כי לבית המשפט יש סמכות עקרונית לפסול חוקי יסוד – השופטת כנפי־שטייניץ; ושופט מיעוט אחד, אשר סבר כי לבית המשפט אין סמכות כזו – השופט סולברג. ארבעה מתוך חמשת השופטים הללו השתמשו בפסק דין ירדור על מנת לתמוך את עמדתם בדבר סמכות בית המשפט לפסול הוראות בחוק יסוד המנוגדות לעקרונות דמוקרטיים בסיסיים גם בהיעדר דבר חקיקה מפורש המקנה לו סמכות כזו. השופט כבוב ראה בירדור אסמכתה מוקדמת לרעיון שלפיו קיימים במשפט הישראלי עקרונות על שמכוחם בית המשפט יכול לגדר את גבולות הסמכות המחוקקת והמכוננת.<sup>3</sup> השופט גרוסקופף ראה בירדור ביטוי לפנייה למשפט הטבע כמקור לעקרונות על כאלה (מהלך שהתחלף בפסק הדין בנושא ביטול עילת הסבירות בפנייה לעקרונות מופשטים המחולצים מן הדין הפוזיטיבי),<sup>4</sup> ואילו השופטת ברק־ארז סברה שירדור מאשר את הרעיון שלפיו במקרים חריגים המילה האחרונה אינה של הרשות המחוקקת.<sup>5</sup> לדברי השופטת כנפי־שטייניץ, השופט זוסמן עמד בירדור על "קיומם של עקרונות יסוד על חוקיים ואף על חוקתיים" הכובלים את ידי המחוקק. לדעתה, עמדתו של השופט זוסמן מגשימה את עקרון הדמוקרטיה המתגוננת, המונע חתירה תחת עקרונות הדמוקרטיה במסווה של פעילות פרלמנטרית לגיטימית.<sup>6</sup> לעומתם, השופט סולברג סבר כי רעיון הדמוקרטיה המתגוננת שבא לידי ביטוי בפרשת ירדור נועד למנוע השתלטות של גורמים חתרניים על

2 ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365 (1965).

3 בג"ץ ביטול עילת הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 30 (השופט כבוב).

4 שם, בפס' 21 (השופט גרוסקופף).

5 שם, בפס' 105 (השופטת ברק־ארז).

6 שם, בפס' 1 (השופטת כנפי־שטייניץ).

הכנסת, דווקא בשל כוחה הבלתי מוגבל של זו האחרונה.<sup>7</sup> (יש לציין גם כי סולברג סבר שיש לסייג את הלכת ירדור למקרים של איום על הקיום הפיזי של המדינה, וכי שם היה מדובר בהשלמת לקונה חקיקתית מצד בית המשפט ולא בפסילת חקיקה.<sup>8</sup>)

אך גם כמה מהשופטים שלא הזכירו מפורשות את בג"ץ ירדור אימצו, כך נראה, רטוריקה דפנסיבית המשקפת את רעיון הדמוקרטיה המתגוננת מפני סכנה חמורה. הנשיאה חיות כתבה כי על גורם אִפּוֹלִיטִי, כגון בית המשפט, לשמש "בלם חיצוני" שימנע את פריצת גבולות הסמכות המכוננת מצד הכנסת ואת הפרת חובת האמון כלפי העם.<sup>9</sup> השופט עמית כתב כי "הדמוקרטיה זקוקה בכל עת למנגנונים אשר ייצבו אותה וישמרו על חיותה ומעופה"<sup>10</sup> וכי "במשטר דמוקרטי יש לעמוד על המשמר".<sup>11</sup> השופטת רונן גרסה כי "המבנה המשטרי בישראל, בו כאמור "שולטת" הרשות המבצעת הלכה למעשה ברשות המחוקקת והמכוננת, משליך על הפרדת הרשויות בישראל ומקנה כוח רב לרשות המבצעת. מבנה זה מחייב לכן שמירה הדוקה על היקף הסמכויות של הרשות השופטת, תוך הימנעות מהרחבה יתרה של כוחה של הרשות המבצעת".<sup>12</sup>

גם השופטת ברון כתבה, ברוח דומה, כי "הדמוקרטיה הישראלית נתונה בימים אלה בסכנה מבית [...] במצב דברים זה, לבית המשפט העליון נתונה לא רק הסמכות אלא גם החובה לקבוע כי התיקון לחוק היסוד נעשה תוך חריגה מהסמכות המכוננות – ועל כן דינו בטלות";<sup>13</sup> וכן כי "זוהי שעה אקוטית שבה אנו מצויים בשמירה על עקרון הפרדת הרשויות, עצמאות מערכת המשפט, שלטון החוק וזכויות הפרט – שמירה על צביונה של המדינה, על ערכי הדמוקרטיה וערכי מגילת העצמאות".<sup>14</sup>

7 שם, בפס' 110 (השופט סולברג).

8 שם, בפס' 30–31 (השופט סולברג).

9 שם, בפס' 85, 90 (הנשיאה חיות). ההדגשה שלי.

10 שם, בפס' 5 (השופט עמית). ההדגשה שלי.

11 שם, בפס' 8 (השופט עמית). ההדגשה שלי.

12 שם, בפס' 26 (השופטת רונן). ההדגשה שלי.

13 שם, בפס' 1 (השופטת ברון). ההדגשה שלי.

14 שם, בפס' 35 (השופטת ברון). ההדגשה שלי.

גם כמה משופטי המיעוט השתמשו בדימויים דפנסיביים או התמקדו בהיתכנות של תגובה שיפוטית חריגה במצבים חריגים. כך למשל, השופט שטיין, שנקט את העמדה שלפיה הסמכות המכוננת של הכנסת מוגבלת בנורמות הקבועות במגילת עצמאות, ראה בנורמות אלה ערובה מפני קריסה של המבנה החוקתי: "נורמות חוקתיות, כדוגמת הכרזת העצמאות, נועדו מעיקרן לספק לאזרחים ולאזרחיות **הגנת קבע** סטרוקטורלית – לא קוניונקטורלית – מפני עריצות השלטון. הגנה חוקתית לא נוצרת אלא כדי לשכון דרך קבע במבנה המשפט והחברה – כדרכם של מלט, בטון וברזל ביסודות הבניין אשר נבנה עליהם על-מנת לעמוד על תילו ולא לקרוס".<sup>15</sup>

השופטת וילנר, אשר התנגדה לביטול חוק היסוד, הסכימה עם העמדה העקרונית שלפיה "באותם מצבים חריגים שבהם המכונן חורג מגבולות סמכותו בכינון חוק יסוד הפוגע **פגיעה אנושה** בזהות היהודית או הדמוקרטית של מדינת ישראל קמה לבית משפט זה הסמכות לבטל את החוק [...] על מנת להשיב על כנו את הצדק שהופר".<sup>16</sup> השופט כשר ניסח את המבחן החלל בזו הלשון: "כדי שייקבע שתיתקן לחוק יסוד נעשה בחריגה מסמכות, על האמור בו לשלול את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה, בכך שהינו פוגע **פגיעה אנושה** במאפייני הזהות הגרעיניים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית. לפי גישה מצמצמת עוד יותר, על התיקון להוות 'שבירת כלים', במובן של **הרס בלתי הפיך** של השיטה החוקתית".<sup>17</sup>

גם השופט אלרון היה מוכן לשקול התערבות במקרים חריגים ביותר שבהם נשקף איום של ממש על הדמוקרטיה הישראלית: "בעתירות נטען, בהרחבה, כיצד יש בתיקון מס' 3 כדי לפגוע **פגיעה אנושה** במאפייני הדמוקרטיים של מדינת ישראל [...] אף לשיטת הסבורים כי בידי בית משפט זה הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד התערבות מסוג זה שמורה למקרים קיצוניים ביותר ולטעמי לא הוכח שבענייננו מדובר במקרה חריג המצדיק זאת".<sup>18</sup>

15 שם, בפס' 60 (השופט שטיין). ההדגשה שלי.

16 שם, בפס' 6 (השופטת וילנר). ההדגשה שלי.

17 שם, בפס' 21 (השופט כשר). ההדגשה שלי.

18 שם, בפס' 7 (השופט אלרון). ההדגשה שלי.

צבר עמדות זה של שופטי הרוב ושופטי המיעוט תומך בטענה שהנכונות של בית המשפט למתוח את גבולות הביקורת השיפוטית על חקיקת יסוד ולבסס אותה, לדעת כמה מהשופטים, על מקורות משפטיים כלליים – כגון עקרונות צדק, עקרונות-על של שיטת המשפט, נתונים חוקתיים או המערך החוקתי הקיים – מתכתבת עם הנכונות של בית המשפט בפרשת ירדור להסתמך על עקרונות אמורפיים – כלומר, נתונים חוקתיים ומשפט טבע – כחלק מתפיסת הדמוקרטיה המתגוננת.<sup>19</sup>

עם זאת, שופטי הרוב היו נכונים לצעוד עוד צעד אחד נוסף ולהכיר בצורך של הדמוקרטיה להתגונן מפני שני איומים חדשים על שלומה: התנערות ממוסכמות חוקתיות לא-פורמליות (constitutional hardball) ושחיקה הדרגתית של מוסדות דמוקרטיים (death by a thousand cuts). תופעות אלו אינן ייחודיות לישראל, וישנה כתיבה אקדמית ענפה עליהן.<sup>20</sup> עם זאת, להכללתן בתוך תפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של בית המשפט העליון חשיבות רבה, שכן ההתייחסות אליהן מאפשרת לבית המשפט להתאים את הכלי של התערבות חריגה בלי מקור הסמכה מפורש לאתגרים הנוכחיים שהדמוקרטיה מתמודדת איתם. במידה רבה, המחלוקת בין שופטי הרוב לבין אותם שופטים בקרב שופטי המיעוט אשר תמכו כעיקרון בסמכות בית המשפט לבקר חוקי יסוד אך התנגדו לתוצאה שלפיה יש לבטל את ביטול עילת הסבירות, סב סביב הנכונות להתערב במקרים המערבים את אותם איומים חדשים.

כך למשל, הנשיאה חיות ציינה בהחלטתה את העובדה ש"חוקי היסוד החדשים שאושרו בעשור האחרון התקבלו בהתבסס על קולות סיעות הקואליציה בלבד, תוך הפעלת מנגנון המשמעת הקואליציונית"; והוסיפה כי "מלאכת כינון החוקה אינה נתפסת עוד כמשימה לאומית משותפת אלא כמוקד כוח נוסף הנתון בידי רוב פוליטי מזדמן בכנסת".<sup>21</sup> במילים אחרות, ההתנערות של הקואליציה מן המוסכמה שחוקי יסוד צריכים לשקף הסכמה רחבה ולא להיחקק על בסיס שיקולים פוליטיים צרים הייתה בעיניה נימוק נוסף למסקנה

19 לדיון ראו ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור: החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הגליטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב 327 (תשס"ו).

20 ראו למשל Mark Tushnet, *Constitutional Hardball*, 37 J. MARSHALL L. REV. 523 (2004); Tarunabh Khaitan, *Killing a Constitution with a Thousand Cuts: Executive Aggrandizement and Party-state Fusion in India*, 14 LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS 49 (2020).

21 בג"ץ ביטול עילת הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 80 (הנשיאה חיות).

שיש הצדקה להתערבות שיפוטית בתוכנם. בדומה, השופט עמית כתב כי "ככל שהרשות המכוננת אינה מפגינה ריסון בשעה שהיא עוסקת בחוקי יסוד שמעגנים את העקרונות החוקתיים של המדינה, כך גדל, בהתאם, הצורך כי בית המשפט יערוך ביקורת על חוקי היסוד".<sup>22</sup> גם השופטים רונן, פוגלמן וגרוסקופף התבטאו בניסוח המבטא מורת רוח מהכפפתו של הליך כינון חוקי היסוד לפוליטיקה יום-יומית.<sup>23</sup> לעומתם, השופטת כנפי-שטייניץ סברה, כעניין עקרוני, כי "השאלה אם התיקון מוצדק, אם חוקק בהליך מיטבי ואם נוסחו נכון, היא בעלת חשיבות בוודאי במישור הציבורי – אך היא אינה נתונה להכרעתו המשפטית של בית משפט זה".<sup>24</sup> גם השופט כשר סבר ש"הטענות לעניין תקינות הליך תיקון חוק היסוד דנו, אינן מצדיקות, לדעתי, את ביטולו".<sup>25</sup>

דינמיקה דומה באה לידי ביטוי גם באשר לחשש מפני פגיעה באופי הדמוקרטי של ישראל ב"שיטת הסלאמי" – סדרה של אמצעים שכל אחד מהם אינו גורר פגיעה אקוטית בדמוקרטיה, אך במצטבר פגיעתם קשה ביותר. חשש זה כבד במיוחד בנסיבות שבהן השלטון כבר פרסם ברבים את כוונותיו באשר לאמצעים שהוא מבקש לנקוט וכאשר האמצעים השונים הנמצאים על הפרק מזינים זה את זה. כך למשל, ביטול עילת הסבירות מאפשר פגיעה בעצמאות שומרי הסף, והפגיעה בעצמאותם של אלה תאפשר פגיעה נוספת בזכויות אדם בסיסיות. על רקע זה, הנשיאה חיות סברה כי יש צורך להתבונן בתמונה הכוללת של האיומים הניצבים לפני הדמוקרטיה הישראלית: "טענת משיבי הממשלה מתעלמת מהאפשרות שהפגיעה הקשה בגרעין הדמוקרטי של המדינה תתבצע בשלבים, וכי הביקורת השיפוטית עשויה לסייע בעצירת ההידרדרות הדמוקרטית טרם

22 שם, בפס' 21 (השופט עמית).

23 השופטת רונן (שם, בפס' 29): "כך שבמקרים בהם חוק היסוד התקבל כאשר הכנסת מצויה במצב של ניגוד עניינים מוסדי; וכאשר החוק התקבל שלא בהסכמה רחבה, ובעיקר במקרים בהם הוא התקבל על-ידי הקואליציה בלבד – הנכונות של בית המשפט להתערב חגבר"; השופט פוגלמן (שם, בפס' 6-7): "השימוש היומיומי, האגבי כמעט, של הרוב הקואליציוני בסמכות המכוננת מצטרף להעדרם של מנגנונים משטריים מאזנים אחרים [...] בעיניי, מאפיינים אלה מקרינים במישרין על רף התערבותו של בית משפט זה בכל הנוגע לחריגתה של הכנסת מסמכותה המכוננת"; השופט גרוסקופף (שם, בפס' 43): "כאשר הכנסת מבקשת לשנות באופן מהותי חלק קיים שהוגדר על ידי קודמותה, אין היא רשאית לעשות כן בכוחו של רוב מזדמן השולט בה, אלא עליה לגבש לשם כך הסכמה רחבה (גם אם לא הסכמה כללית)".

24 שם, בפס' 40 (השופטת כנפי-שטייניץ). ההדגשה שלי.

25 שם, בפס' 52 (השופט כשר).



קריסה מוחלטת של השיטה כולה"<sup>26</sup>; וכן כי "לא ניתן לשלול מצב שבו מספר תיקונים לחוקי היסוד שהתקבלו בזה אחר זה יובילו בהצטברותם לפגיעה בליבה החוקתית שלנו"<sup>27</sup>. השופט עמית היה מפורש עוד יותר בזיקה שהוא יצר בין רעיון הדמוקרטיה המתגוננת לבין החשש מפני שחיקה הדרגתית: "במשטר דמוקרטי יש לעמוד על המשמר, מאחר שדמוקרטיות מתות בסתר, לא במספר אבחות גדולות אלא בשורה של צעדים, שעל כל אחד מהם בנפרד ניתן לומר שאינו מביא לקץ הדמוקרטיה, אך בהצטברותם הם עלולים להביא לשינוי משטרי"<sup>28</sup>. לעומתם השופטים אלרון, וילנר וכשר – שלא שללו לחלוטין את האפשרות להתערבות שיפוטית בחקיקת יסוד במקרי קיצון – הביעו הסתייגות מהרעיון שאפשר לשקול בעת בחינת חוקי יסוד קיימים הצעות לחקיקה נוספת "שטרם הבשילו"<sup>29</sup>.

## סיכום

ניתן לראות בהחלטת בית המשפט בבג"ץ **ביטול עילת הסבירות** החלטה הממשיכה את המסורת המשפטית שנקבעה בפרשת **ירדור**, שלפיה בית המשפט רשאי להשתמש בכלים משפטיים מיוחדים במקרים ייחודיים, שבהם נשקפת סכנה חמורה למדינה. שם היה מדובר באיום קיומי על המדינה, ואילו כאן מדובר במאפייניה היסודיים – איום על האופי היהודי והדמוקרטי שלה. בשני המקרים, הכלים המשפטיים המיוחדים שבהם נעשה שימוש שאובים ממקורות משפט מופשטים, כגון משפט הטבע, עקרונות צדק, עקרונות על של שיטת המשפט, נתונים חוקתיים או המערך החוקתי הקיים. יתר על כן, שופטי הרוב בבג"ץ היו נכונים לקרוא את תמונת האיומים על הדמוקרטיה הישראלית לנוכח התפתחויות עדכניות באופן שבו איומים כאלה מתממשים בישראל ובעולם: באמצעות התנערות ממוסכמות חוקתיות לא־פורמליות ועל ידי שחיקה הדרגתית של מוסדות דמוקרטיים. אותם שופטים היו נכונים, על כן, לייחס בהחלטתם משקל לעובדה שהתיקון לחוק היסוד

26 שם, בפס' 93 (הנשיאה חיות).

27 שם, בפס' 109 (הנשיאה חיות).

28 שם, בפס' 8 (השופט עמית).

29 שם, בפס' 86 (השופט וילנר). ראו גם שם, בפס' 24 (השופט אלרון); וכן שם, בפס' 41 (השופט כשר).

מושא ההליכים לא שיקף הסכמה חברתית רחבה ושהוא היה רק חלק אחד בחבילה של צעדים אנטי־דמוקרטיים שהממשלה תכננה לקדם בכנסת.

**פרופ' יובל שני** הוא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה; פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים ומופקד הקתדרה למשפט בינלאומי פומבי ע"ש הרש לאוטרפכט (Hersch Lauterpacht).



**שער רביעי: מבט על בית המשפט העליון**



## איזון, מגוון ורוב בעקבות פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות בני פורת

פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות הוא אבן דרך בתולדות המשפט החוקתי בישראל. פסק הדין קובע שתי החלטות תקדימיות המגדירות מחדש את מערכת היחסים בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת: ההחלטה הראשונה עקרונית וכללית, ולפיה לא רק חקיקה רגילה של הכנסת, בכובעה כסמכות מחוקקת, נתונה לביקורת שיפוטית,<sup>1</sup> אלא אף חוקי היסוד עצמם, בכובעה של הכנסת כרשות מכוונת, ניתנים לביטול על ידי מערכת המשפט, אם יימצא שהם פוגעים פגיעה מהותית בהיותה של מדינת ישראל יהודית או דמוקרטית. כלומר, שמעל חוקי היסוד יש מקור נורמטיבי גבוה יותר הגלום בהגדרתה של ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית" או בהכרזת העצמאות. ההחלטה התקדימית השנייה יישומית ונקודתית, ולפיה תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה, שעניינו שלילה גורפת של הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים, הוא בלתי חוקתי, בשל פגיעתו החמורה במאפיינים הגרעיניים של אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל, ולכן דינו בטלות. במאמר קצר זה לא אידרש לבחינה מהותית של שתי ההחלטות התקדימיות האלה,

1 כפי שנקבע בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיהופי, מט(4) 221 (1995).

אלא ליחסי הכוחות בין השופטים, ובעיקר למשמעויות העשויות להיות ליחסים אלו על ההצעות לשנות את הרכב הוועדה לבחירת שופטים ועל הרוב הרצוי לביקורת שיפוטית על דברי חקיקה.

על פי מיתוס רווח, שופטי בית המשפט העליון הם שיבוט גנטי האחד של רעהו, הם עשויים כולם מעור אחד, ודואגים לשימור הרכבם ההומוגני בשיטת "חבר מביא חבר". בכך הם נותנים קול לקבוצה אחת בחברה הישראלית, ואינם מייצגים קולות אחרים, בעיקר קולות הבאים מן הציבור הדתי והימני. פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות מפריך לחלוטין את המיתוס הזה. פסק הדין התקבל ברוב דחוק, על חודו של קול – מצד אחד של המתרס התייצבו שמונה שופטים שתמכו בביטול התיקון לחוק היסוד, ומן הצד השני עמדו שבעה שופטים שתמכו בהימנעות מהתערבות בפעולת הכנסת. זהות השופטים שהתייצבו מכל צד אינה מקרית ואינה מפתיעה. כל השופטים הנחשבים ליברלים או אקטיביסטים תמכו בדעת הרוב, וכל השופטים הנחשבים שמרנים תמכו בדעת המיעוט. פסק הדין משקף יחס של כמעט 50:50 בין שופטי בג"ץ הליברלים לבין השמרנים. אם כן, כיום אין עוד עמידה לטענה ששופטי בית המשפט העליון נחצבו מסלע אחד וכל פועלם הוא להדהד האחד את רעהו.

יתרה מכך, לאחר פרישתן של הנשיאה חיות והשופטת ברון, שפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות חתם את פועלן בעולם השפיטה, יש בבית המשפט העליון רוב לשופטים השמרנים (שבעה מול שישה). בשעה ששורות אלו נכתבות לא ידוע מי יהיו שני השופטים או השופטות הבאים שיתמנו. די בכך שיתמנה שופט אחד שמרן ושופט אחד אקטיביסט כדי לשמר את הרוב השמרני בקרב שופטי בג"ץ.

אומנם יש להישמר מפני קטלוג סטראוטיפי ופשטני כל כך של שופטים שמרנים ואקטיביסטים. כך למשל, דווקא השופט שטיין, הנמנה עם השמרנים, חידש וקבע, בניגוד למסורת המקובלת בבית המשפט העליון, כי להכרזת העצמאות מעמד גבוה יותר מחוקי היסוד.<sup>2</sup> ובפסק דין אחר, שעסק בחוק "מס ריבוי דירות" ("מס דירה שלישית"), תמך דווקא השופט סולברג בביטול דבר החקיקה, ואילו השופט מזוז תמך באי-התערבות.<sup>3</sup> ככלל, למושג "שמרנות משפטית" כמה מובנים, ולעיתים הם אף סותרים זה את זה, כגון ריסון

2 בג"ץ 5119/92 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (30.7.2023).

3 בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017). על כך ראו בהרחבה חגי שלזינגר "חוק יסודות המשפט החוקתי? על השורשים השמרניים בפרשת קוונטינסקי" משפטים (בהכנה).

שיפוטי ואי-התערבות בפעולות הרשות המחוקקת, הקפדה על שימור הסדר המשפטי הקיים, תמיכה בערכים הנחשבים שמרניים.<sup>4</sup> ריבוי המובנים הופך את התמונה למורכבת וקשה להגדרה מדויקת. עם זאת, החלוקה המקובלת לשופטים שמרנים ושופטים ליברלים אינה תלושה מן המציאות, והיא מועילה להבהרת יחסי הכוחות בקרב שופטי בית המשפט העליון אם מקיפים ללוות אותה בהסתייגויות ובמורכבויות הנדרשות.

העובדה שההרכב הנוכחי של השופטים מגוון ומאוזן כראוי אינה מקרית. היא תוצאה ישירה של תיקון לחוק בתי המשפט שהוביל גדעון סער בשנת 2008. תיקון זה קבע שכדי למנות שופט לבית המשפט העליון יידרש רוב של שבעה מתוך תשעת חברי הוועדה, ואין די ברוב של חמישה מתוך תשעת החברים כפי שהיה מקובל עד אז. שינוי זה גרם לכך שכדי למנות שופט לבית העליון יש צורך בהסכמה רחבה של רוב מוחלט של חברי הוועדה, ובעיקר של שר או שרת המשפטים ושל נשיא או נשיאת בית המשפט העליון. כיוון שבדרך כלל לא ראו השר והנשיא את הדברים עין בעין, הם נדרשו לפשרות ולמינויים מאוזנים של שופטים מקבוצות שונות בחברה הישראלית. בעבור 15 שנה התוצאה של השינוי הזה היא בית המשפט מאוזן כראוי ומורכב מיחס שווה פחות או יותר של שופטים ליברלים ושופטים שמרניים.

מניתוח זה נגזרת מסקנה חשובה בעניין הרכב הוועדה לבחירת שופטים. בשנת 2023 ביקשה הקואליציה בהובלת שר המשפטים יריב לוין ויו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט ח"כ שמחה רוטמן, לחולל רפורמה עמוקה במערכת המשפט, שכללה כמה רכיבים.<sup>5</sup> "הגביע הקדוש" של יוזמת לוין-רוטמן היה שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, כדי שהקואליציה תוכל לשלוט בוועדה ולמנות לבית המשפט העליון שופטים שיבטאו את רצון רוב הציבור, כלומר את רצון הקואליציה, ולא את רצון האליטה המשפטית. על פי יוזמה אחרת שהוצעה, יוזמה שנודעה בשם "מתווה פרידמן-אלבשן", נציגי הקואליציה ונציגי האופוזיציה בוועדה

4 על כך ראו, למשל, אלון הראל "שמרנות במשפט" **ICON-S-IL Blog** (6.3.2022); שאול שארף "בין תודעת שיפוט פרוגרסיבית לתודעת שיפוט שמרנית או הצעה (נוספה) להגדרת פעלתנות שיפוטית וריסון שיפוטי" **ICON-S-IL Blog** (21.3.2022); יניב רוזנאי "שמרנות רדיקלית ודוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי" **ICON-S Essays**; חיבורים **במשפט הציבורי א** (1) (2022); חגי שלזינגר "ריבוי הפנים של השמרנות הישראלית ודילמת התקדים הפרוגרסיבי" **ICON-S-IL Blog** (13.3.2022).

5 הרכיב היחיד שהקואליציה הצליחה להעביר היה ביטול עילת הסבירות, שכאמור בוטל בפסק הדין שנחן בג"ץ – בג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (אר"ש 1.1.2024).



ימנו זוגות שופטים בשיטת "תיבת נוח"<sup>6</sup> בלי להיכנס לבעיות הקשות שבכל אחת מהצעות אלו, די לומר כי פסק דין בעניין ביטול עילת הסבירות מלמד שהן נועדו לפתור בעיה שכבר אינה קיימת – בית המשפט העליון מאזן ומגוון די הצורך.<sup>7</sup>

עיון בפסק הדין, שבו משתקף הרכב הטרוגני של שופטים בעלי עמדות מגוונות, מוביל למסקנה נוספת בעניין הכלל הרצוי של הרוב הדרוש לפסילת חוקים בכלל וחוקי יסוד בפרט.<sup>8</sup> המצב המשפטי הנוהג כיום מאפשר לבית המשפט העליון לפסול חוק בכל הרכב ובכל רוב.<sup>9</sup> אכן, זה מה שאירע בפסק דין ביטול עילת הסבירות, שבו ההחלטה על ביטול חוק היסוד התקבלה על חודו של קול. בית המשפט העליון היה מפולג בשאלה אם ביטול עילת הסבירות מאיים איום חריף על אופייה הדמוקרטי של ישראל, וכמעט מחצית מן השופטים סברו שאין הצדקה להתערבות בג"ץ במקרה זה. אני סבור כי יש בעייתיות בפסילת דבר חקיקה מכוח רוב דחוק בקרב השופטים, ואין כמו פסק דין ביטול עילת הסבירות כדי להדגים את הדבר.

הבעייתיות אינה נובעת רק מן החשש לתוצאה מקרית, פרי הרכב מזדמן, שבהרכב אחר הרוב היה עשוי להיות הפוך. בפרשת ביטול עילת הסבירות, שנדונה בהרכב מלא של שופטי בג"ץ, דווקא אין חשש לאקראיות. הבעייתיות גם אינה מתמצה בחשש מפני הספק הממשיך לנקר בליבנו, כלומר שאם כמעט מחצית משופטי בג"ץ סבורים שדבר החקיקה הוא חוקתי, קשה לקבל ללא עוררין את מסקנת הרוב שדבר החקיקה הוא ללא ספק בלתי

6 עטרה גרמן "מתווה פרידמן-אלבשן" הוצג בוועדת החוקה. רוטמן: 'מוכנים להיכנס למו"מי" מקור ראשון 13.3.2023.

7 השר יריב לוין לא יקבל, כמובן, את הניתוח הזה, שכן לשיטתו, כפי שהובעה בריאיון שנערך עימו לפני כשנה, בהרכב הנוכחי של בית המשפט העליון אין ולו שופט שמרן אחד! ראוי כאן חדשות – תאגיד השידור הישראלי "שופטים, מיעוטים, הכלכלה ונתניהו: השר לוין עונה לשאלות הציבור על הרפורמה המשפטית" יוטיוב (28.2.2023).

8 על השאלה אם עדיף לאפשר פסילת דבר חקיקה ברוב רגיל או שיש לדרוש רוב מיוחס, ראו ליאון שלף "רוב מיוחס בנושאים חוקתיים – לא רק דרישה כלפי הכנסת אלא גם רעיון לגבי בית המשפט" משפטים כח 387 (1997); יצחק הרצוג "על קביעת הרכבים בפרשנות חוקי היסוד" קריית המשפט ט 203, 262 (תשע"א); ראו גם מחלוקתם של רוזנאי וקרמניצר, שהופיעה בחיבורו של יניב רוזנאי ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל 130, 223 (2021).

9 לאמיחו של דבר, הסמכות אינה מוגבלת לבג"ץ, ואף ערכאות נמוכות יותר יכולות לפסול דבר חקיקה.

חוקתי. זה חשש שקשה לקבלו, שהרי בתחומים משפטיים רבים בתי משפט מקבלים החלטות חורצות גורלות, והם עושים זאת מכוחו של רוב רגיל. הבעייתיות בכלל המאפשר לפסול דבר חקיקה ברוב רגיל נעוצה בהתערבות של הרשות השופטת במעשיה של הרשות המחוקקת, ובחשש שהכרעת השופטים אינה מתבססת על שיקולים משפטיים טהורים, אלא באופן לא מודע מערבת גם את השקפות עולמם הפוליטיות. כאשר שופטי הרוב ושופטי המיעוט נחלקים אם לבטל את החלטת הקואליציה, ושופטי הרוב עצמם מזוהים בשיח הציבורי (בצדק או שלא בצדק) עם עמדות האופוזיציה, מתגנב החשש שמא לא בהכרעה משפטית עסקינן, אלא בהכרעה פוליטית המתחפשת להכרעה משפטית ובכך עוקפת את משכן הכנסת. ולעניין זה, מראית פני הצדק חשובה לא פחות מן הצדק עצמו. כדי לשכנע את הציבור כי מדובר בהכרעה משפטית טהורה ואפוליטית, נחוץ שהרוב בעד ביטול דבר החקיקה יהיה חוצה גבולות ומחנות.<sup>10</sup>

עיון נוסף בפסק דין ביטול עילת הסבירות ימחיש זאת היטב. כזכור, הכרעת הדין הורכבה משתי החלטות. ההחלטה הראשונה התקבלה ברוב מוחץ של 12 שופטי בג"ץ נגד שלושה, ולפיה גם חוקי יסוד נתונים לביקורת שיפוטית. ההחלטה השנייה התקבלה ברוב דחוק של שמונה נגד שבעה, ולפיה ביטול עילת הסבירות הוא בלתי חוקתי. מנקודת המבט של אמון הציבור ההבדל בין שתי ההחלטות ברור. ההחלטה הראשונה זכתה להסכמה החוצה את גבולות המחנות, שכן ארבעה מתוך שבעת השופטים המזוהים כשמרנים הצטרפו למסקנה שגם חוקי היסוד צריכים להיות נתונים לביקורת שיפוטית.<sup>11</sup> כלומר, אף שגם בהחלטה הראשונה התגלעה מחלוקת משפטית עקרונית בין שופטי הרוב לבין שופטי המיעוט, היא אינה קשורה במחנות או בהשתייכות מגזרית. הכרעה מוחצת זו סותמת את הגולל על הטענה שהכרעת בג"ץ שהוא בעל סמכות לבקר חוקי יסוד היא פוטש פוליטי של "מפלגת בג"ץ" שנועד לעקוף את הכנסת. ברם, היא אינה סותמת את הגולל על הטענה הזאת ביחס

10 אכן, כפי שהראה רוזנאי, רוב המקרים שבהם פסל בג"ץ דבר חקיקה נעשו ממילא ברוב מיוחס, ולא עברו על חודו של קול, אף בלא שהחוק דרש זאת. ראו רוזנאי, ביקורת חוקתית (לעיל ה"ש 8), בעמ' 142.

11 לעניין זה יש להבחין בין שני סוגי טיעונים המצדיקים ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד. סוג אחד של טיעונים מבוסס על קיומו של מקור נורמטיבי גבוה יותר, כגון הגדרת מדינת ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית" או הכרזת העצמאות, שמכוחו ניתן לבקר חוקי יסוד הסותרים אותו. סוג שני של טיעונים מבוסס על כך שבמבנה החוקתי העכשווי הליכי קבלתם של חוקי היסוד אינם שונים מהליכי חקיקה רגילה, ולכן אין סיבה להחריג אותם מן הביקורת השיפוטית. הנפקות בין שני סוגי הטיעונים תבוא לידי ביטוי כאשר ייקבע הליך מיוחד לחקיקת חוקי יסוד.

להחלטה השנייה של בג"ץ, שנתמכה רק בידי השופטים המזוהים כליברלים, ועל כן נותרה חשודה שיותר משהיא מבוססת על ניתוח משפטי טהור הוא מערבת ביקורת פוליטית על הקואליציה והחלטותיה.

באופן פרדוקסלי, בתקופה שקדמה לתיקון שתוקן בשנת 2008, שבה היה בית המשפט העליון הומוגני הרבה יותר מכפי שהוא כיום לא הייתה בעיה בפסילת דבר חקיקה ברוב רגיל. אכן, כאשר השופטים מתנבאים בסגנון אחד, פוחת הטעם לדרוש רוב מיוחס כדי לפסול דבר חקיקה.<sup>12</sup> אולם החיסרון שבהומוגניות הוא כמובן שחלקים גדולים בחברה הישראלית חשים כי אין להם קול בקרב שופטי בית המשפט העליון. ברם, משעה שנעשה השינוי המבורך ובית המשפט העליון נהפך מגוון ומאוזן בהרכבו, הודגשה הבעייתיות שיש בהכרעה ברוב דחוק לפסול דבר חקיקה של הכנסת, התואמת את השיוך הסטראוטיפי של השופטים למחנות משני צידי המתרס.

הצדק עם הסבורים כי הכלל הראוי הוא שפסילת דבר חקיקה, וכל שכן חוק יסוד, תיעשה בהרכב מיוחד של השופטים ותתקבל ברוב מיוחס.<sup>13</sup> כלל זה יבטיח כי התערבות של הרשות השופטת בהחלטות הכנסת תזכה לאמון הציבור בהיותה פרי שיקולים משפטיים טהורים, שאינם קשורים בהשקפות עולמם האישיות של השופטים.

**פרופ' בני פורת** הוא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה וראש המכון לחקר המשפט העברי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

12 מעניין לציין שבמסורת המשפט העברי, שבה הוקנתה לבית הדין הסמכות לפסול את חקנות הקהילה, לא הוצב תנאי להרכב מיוחד של בית הדין או לרוב מיוחס. הדבר קשור בהומוגניות היחסית של הקהילה היהודית המסורתית. על כך ראו בני פורת וחגי שלזינגר **קומי צאי מתוך ההפכה: היוזמה לשינוי מערכת המשפט בישראל בראי המשפט העברי** 51 (2023).

13 בלי להיכנס כאן לשאלה מה צריך להיות שיעורו של הרוב המיוחס, ואם צריך להיות הבדל בין הרוב הדרוש לפסילת דבר חקיקה רגיל לבין פסילת חוק יסוד.

## על הדרישה לקונצנזוס בפסילת חוקים

### דפני נבניסטי

בחוות דעתו של השופט סולברג בבג"ץ בעניין ביטול עילת הסבירות מקופלת הצעה שפסילת חוקי יסוד, ואף חוקים רגילים, תתאפשר רק אם יהיה קונצנזוס מלא בין שופטי ההרכב. ברשימה זו אבקש לטעון כי מדובר בהצעה הטומנת בחובה סכנה, שכן היא עלולה להכשיר חקיקה לא דמוקרטית. נוסף על כך, ספק אם הצעה זו תשיג את המטרה שהציב השופט סולברג, לשקם את האמון בבית המשפט, והיא עלולה לעקר את בית המשפט מתפקידו הבסיסי כמגן הדמוקרטיה הזכויות האדם ולהגביר את הפוליטיזציה של המוסד.

השופט סולברג פותח את ההסבר להצעתו כך: "רוב רובם של חברי בדעת הרוב, אינם מצביעים על קיומה של הסמכה מפורשת לעריכתה של ביקורת שיפוטית שכזו. הטיעון המרכזי התומך בקיומה של ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד הוא לכל היותר טיעון מסוג של הסמכה 'משתמעת'<sup>1</sup>", שבבסיסה ההנחה שבית המשפט העליון הוא הגורם היחיד המתאים להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. לדברי השופט:

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 125 לפסק דינו של השופט סולברג (אר"ש 1.1.2024) (להלן: בג"ץ הסבירות).

אם כל אותה הסמכה – הסמכה משתמעת היא, מחמת העדר כל גורם אחר שניתן להפקיד בידי את המלאכה, הרי שלא ניתן להסיק מאותה הסמכה – אלא מה שיש בה; **הסמכה מינימלית וצרה**. אם ננסה להרחיבה, לא יהיה לה, לאותה הסמכה, על מה להישען. שוב לא תהיה "משתמעת" כלל ועיקר.

כאמור, לשיטתם של חברי, קיימת "הסמכה משתמעת" שמכוחה מתאפשר לבית המשפט לבקר את חקיקת היסוד. גם אם נקבל זאת, אזי מאותה סמכות משתמעת, ניתן להסיק לכל היותר כי מקום שבו קיים "קונצנזוס" בקרב השופטים, שלפיו יש לפסול את חוק היסוד, יהא בכוחנו לעשות זאת. אין בנמצא כל מקור סמכות, ולו משתמעת, שממנו ניתן להסיק כי בסמכותנו לפסול חוקי יסוד מקום שבו נחלקו דעות השופטים עצמם, קל וחומר ברוב דחוק, על חודו של קול. כל אותן "הסמכות משתמעות", שעליהן מבקשת חברתי, וחברי בעקבותיה, להסתמך, עשויות ללמד לכל היותר על הסמכה משתמעת לקיום ביקורת שיפוטית פה אחד.<sup>2</sup>

במילים אחרות, השופט סולברג מסיק כי מכיוון שלא קיימת הסמכה מפורשת לבית המשפט לפסול חוקי יסוד, הרי שאם ניתן לפסול חוקי יסוד, נדרש קונצנזוס בין השופטים, קרי – הסכמה פה אחד על פסילת חוק היסוד. עם זאת, הוא אינו מסביר מדוע היעדרה של הסמכה מפורשת משפיע דווקא על הרוב הדרוש לפסילת חוקי יסוד. באותה המידה ניתן לקבוע – כפי שאכן קבעו שופטי הרוב – שההסמכה המשתמעת מאפשרת לבית המשפט העליון לפסול חוקי יסוד ברוב רגיל (כמו בכלל היסודי בשיטת המשפט הישראלית בעניין הכרעת הרוב).<sup>3</sup>

השופט סולברג אינו נשאר רק ברובד ניתוח עמדות השופטים האחרים, אלא אף מחווה דעתו על הדין הרצוי: עיגון חוקתי (לדבריו, ב"הסכמה של כל חלקי העם") של דרישת הקונצנזוס לעניין פסילת חוקי יסוד ואף לפסילת חוקים רגילים. ראוי להביא את דברי השופט במלואם:

2 שם, פס' 126-127 לפסק דינו של השופט סולברג, ההדגשות שלי.

3 ראו סעיף 80(א) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשע"ד-1984, הקובע כי "בית משפט הדין במוחב ונחלקו דעות השופטים, תכריע דעה הרוב". כן ראו יניב רוזנאי **ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל** 132 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2021) (להלן: **רוזנאי**).

אוסף, על קצה המזלג, מבלי לטעת מסמרות, כי גם במישור הדין הרצוי, הסכמה של כל חלקי העם, שלפיה תינתן הסמכה מפורשת לפסילת חוקי יסוד, אך ניתן יהיה לפסול חוקי יסוד, או אף חוקים "רגילים", רק בהתקיים "קונצנזוס" בקרב השופטים, עשויה להוות פתרון מאוזן, שיש בו מענה לאינטרסים הנוגדים, מזה ומזה. אם כך יהא, ותפקד בידינו הסמכות המפורשת והמוסכמת לפסול חוקי יסוד, מובטחנו כי במקרים המתאימים, בתקווה שלא יתרחשו, לא נתקשה לגבש "קונצנזוס"<sup>4</sup>.

חלק משופטי הרוב הגיבו להצעה זו של השופט סולברג. הנשיאה חיות הבהירה כי ההצעה מכוונת לעניין הדין הרצוי, וכי במציאות הנוכחית, הכלל הקבוע נמצא בסעיף 80(א) לחוק בתי המשפט, ולפיו הכרעה תהא על פי דעת רוב חברי ההרכב. היא אף הבהירה כי "כשם שבית משפט זה לא אמור להיכנס לנעלי המכונן ולקבוע מהו הרוב המיוחד הדרוש לכינון חוקי יסוד, אין הוא אמור 'לחוקק' לעצמו כללי הכרעה ייחודיים"<sup>5</sup>. השופט עמית הצטרף לביקורת בהדגישו כי "אין זה תפקידו של בית המשפט להתוות הסדר חקיקתי עתידי"<sup>6</sup>. השופט גרוסקופף הוסיף כי בהיעדר קביעה נוגדת לכלל "אחר רבים להטות", לא ברור מדוע הקביעה של המחוקק, המעוגנת בסעיף 80 לחוק בתי המשפט, אינה מחייבת גם בעניין זה.<sup>7</sup> השופטת ברק-ארז עמדה על הקשיים שמייצר מודל של קונצנזוס. לדבריה מדובר ב"מודל של שיתוק וחוסר יכולות לפעול. לא בכדי אף הממשלה והכנסת אינן נדרשות לקונצנזוס גם בקבלת החלטות חשובות ונכבדות, לרבות החלטות שחיים ומוות תלויים בהן"<sup>8</sup>. עוד היא הדגישה כי עקרון הכרעת הרוב חוצה שיטות משפט, ומקובל גם בשיטת המשפט הישראלית.<sup>9</sup>

לפני הדיון בלב ההצעה, יוער כי אומנם היכולת לפסול חוקי יסוד (גם אם בקונצנזוס) אינה משקפת את עמדתו הבסיסית של השופט סולברג – הוא סבור כי בית המשפט נעדר

4 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 129 לפסק דינו של השופט סולברג.

5 שם, פס' 208 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

6 שם, פס' 128 לפסק דינו של השופט עמית.

7 שם, פס' 61 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

8 שם, פס' 108 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

9 שם.

כל סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ואמירותיו על דרישת הקונצנזוס הן בבחינת "למעלה מן הצורך". עם זאת, מן הראוי להתעכב על ההצעה לנוכח שאיפתו של השופט כי היא תשולב בדין הרצוי, וכן לנוכח השימוש שהוא עושה בה לעניין עילת הסבירות, כפי שיפורט בהמשך.

דרישת קונצנזוס לפסילת חוקי יסוד מעוררת קשיים לא מבוטלים. בראש ובראשונה, היא עלולה להכשיר חקיקת יסוד לא דמוקרטית, שכן גם אם רוב גדול של שופטים יסבור כי חוק יסוד פוגע "באמות הספים של המשטר החוקתי של ישראל"<sup>10</sup>, די בדעת מיעוט אחת כדי שחוק היסוד יעמוד על כנו. בהקשר זה אפשר להניח כי דיונים על פסילת חוקי יסוד יתקיימו בהרכבים מורחבים מאוד, ואף לא מן הנמנע כי בג"ץ **הסבירות** יצר תקדים שלפיו דיונים מסוג זה יתקיימו בהרכב מלא. מכאן שעל פי הצעת השופט סולברג, גם אם 14 שופטים סבורים כי דינו של חוק היסוד להיפסל, די בשופט אחד כדי להכשיר אותו. מכאן נשאלת השאלה: מהו המסר העובר לציבור כאשר חוק יסוד נותר על כנו אף על פי שרוב גדול של שופטים קבע כי הוא בבחינת "שבירת כלים" במובן של הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית?<sup>11</sup> לכך יש להוסיף כי מתן זכות וטו לשופט יחיד בעניין פסילת חוקי יסוד עלולה לדרבן את הפוליטיקאים להפוך את תהליך מינוי השופטים לפוליטי יותר. כך, פוליטיקאים יעריכו כי די במספר קטן של שופטים – ואולי אף בשופט אחד (בהנחה שעל פי תקדים בג"ץ **הסבירות**, ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד תיעשה בהרכב מלא) – כדי להכשיר חקיקת יסוד פסולה.<sup>12</sup>

גם שילוב של דרישת הקונצנזוס בחוקי יסוד: החקיקה אינו חף מקשיים. ראשית, השופט סולברג אינו עומד על מרכיבים נוספים הדרושים לדידו בחוקי יסוד: החקיקה, כגון יצירת מנגנון מיוחד לכינון חוקי יסוד או קביעת הגבלות תוכניות על חוקי היסוד. מכאן שלא ברור שהוא מדמה לנגד עיניו מנגנון שיאזן את דרישתו הקיצונית לקונצנזוס. אך גם אם יחקק חוקי יסוד: החקיקה שיגביל את אופן כינון חוקי היסוד, אין מקום לדרוש קונצנזוס שיפוטית מלא לפסילת חוקי יסוד. חוקי יסוד: החקיקה בוודאי יטיב עם המבנה המשטרי של מדינת ישראל, אך הוא לא יאיין את האפשרות לכונן חוקי יסוד הפוגעים בערכיה של מדינת ישראל

10 שם, בפס' 86 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

11 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 16 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (8.7.2021).

12 רוזנאי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 142. רשימה זו אינה המקום לדון בשאלה אם נדרש רוב מיוחד (להבדיל מקונצנזוס מלא) כדי לפסול חוקים. לעמדה מסוג זה ראו רוזנאי, שם, בעמ' 133.

כמדינה יהודית ודמוקרטית. לדוגמה: גם אם יידרש רוב מיוחד של חברי כנסת לכינון חוק יסוד, רוב זה עלול להשאיר את המיעוט הלאומי בעמדת מיעוט גם ביחס לכינון חוק היסוד, וכך יהיה אפשר לכונן חוקי יסוד הפוגעים פגיעה קשה במיעוטים. במצב זה די יהיה בשופט אחד כדי להכשיר חקיקת יסוד פגומה כזאת.

יזכר כי לפי הצעת השופט סולברג יש מקום לקבוע כי גם פסילה של חקיקה רגילה צריכה להיעשות בקונצנזוס. הדברים מטרידים לא רק מכיוון שהם מערערים על הלכה ארוכת שנים, אלא גם משום שבחקיקה רגילה חסרים מנגנוני האיזון שסביר שייקבעו ביחס לחוקי יסוד במסגרת חוקי-יסוד: החקיקה. לאמור, כל שחקיקה רגילה דורשת היא רוב מזדמן בכנסת, והיא אינה מוגבלת מבחינת נושאים, ולכן בית המשפט העליון הוא-הוא הבלם היחיד על חקיקה לא חוקתית של הכנסת.<sup>13</sup>

נוסף על כך, ראוי לציין כי השופט סולברג אינו מותיר את דרישת הקונצנזוס רק להסדרה עתידית במסגרת חוקי-יסוד: החקיקה, אלא מציע לאמצה גם ביחס לעילת הסבירות. זאת אף על פי שהוא הסתייג בעבר מתיקון עילת הסבירות בדרך של חקיקה, והבהיר כי הוא חשב על מגמה שתבוא לידי ביטוי בפסיקה.<sup>14</sup> כך, ביודעו כי ביטול עילת הסבירות סופו להתבטל בבג"ץ הסבירות, הוא מציע למחוקק מעין "מתווה סולברג 2"<sup>15</sup> להסדרה מחודשת של עילת הסבירות, שעיקרו: החלת ההסדר בעניין הסבירות רק על החלטות מדיניות באמצעות מבחן צורני הנשען על ההבחנה בין החלטות שבית המשפט לעניינים מינהליים מוסמך להשיג עליהן, לבין החלטות שהשגה עליהן מסורה לבג"ץ בלבד. לפי הצעתו, אם חוק היסוד יחיל עצמו רק על עניינים הנדונים בבג"ץ, ניתן להותיר את עילת הסבירות ה"רזה" ("נוסח ונסברי") על כנה, תוך קביעה ששימוש בעילה זו מחייב את הסכמת כל השופטים. הוא אף מעלה את האפשרות לדרוש הרכב מורחב כדי לדון בכל טענה שלפיה החלטות מדיניות של הממשלה או שריה היא מופרכת כל כך שדינה להיפסל.

13 לטעונונים בדבר הסיכונים שבדרישת רוב לפסילת חוקים, ראו עמיר פוקס, גיא לוריא, מרדכי קרמניצר ונדיב מרדכי "תיקוני לוי-רוטמן לחוק יסוד: השפיטה הם סכנה מיידית לדמוקרטיה" פס' 43-52 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 9.3.2023).

14 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 178 לפסק דינו של השופט סולברג.

15 יוער כי השופט סולברג מדגיש דווקא כי "אין לראות בדברים משום 'מתווה', כי אם רעיון 'בוטרי' וראשוני" (בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 203), וכן כי מדובר ב"הרהורים ראשוניים, לא ממצים" (שם, בפס' 211). עם זאת, הצעתו המפורטת אכן נדמית כבסיס למתווה למחוקק.



גם בהרכב המורחב תידרש הסכמת כל השופטים להפעלת עילת הסבירות ה"רזה".<sup>16</sup> אותו "מתווה סולברג 2" מלמדנו כי השופט רואה בכלי הקונצנזוס כלי משפטי לגיטימי בארסנל הכלים הקיים ואינו חושב שדרושים איזונים ובלמים מקבילים על רשויות השלטון האחרות.

בסוף דבריו השופט מציין כי הצעתו להסדרה מחודשת של עילת הסבירות תסייע "לשקם, ולו במעט, את 'אמון הציבור' בבית המשפט".<sup>17</sup> ספק אם כך אכן יהיה. אפשר להניח כי בית המשפט יאבד את אמון הציבור אם בשל חוסר היכולת להביא לקונצנזוס מלא בין השופטים הוא יכשיר בפועל החלטות מופרכות של הממשלה או שר משריה.<sup>18</sup> הפגיעה באמון הציבור אף עלולה להעמיק אם בית המשפט יכשיר חוקים או חוקי יסוד רק לנוכח עמדות מיעוט מעטות. ונשוב לדוגמה שבה רוב רובם של השופטים סבורים כי חוק יסוד מזעזע את אמות הסיפים של ערכיה של מדינת ישראל, ורק שופט אחד סבור כי אין מקום לפסול את חוק היסוד. במקרה כזה, לפי הצעתו של סולברג, חוק היסוד לא ייפסל. ספק אם יש בתרחיש מסוג זה כדי להגביר את אמון הציבור בבית המשפט.<sup>19</sup>

**עו"ד דפני בנבניסטי היא עוזרת מחקר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה.**

16 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 204–210 לפסק דינו של השופט סולברג.

17 שם, בפס' 208 לפסק דינו של השופט סולברג.

18 נדיב מרדכי "2020 מול 2005: תמונת הראי של אמון הציבור בבית המשפט" (אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 18.1.2021).

19 בהקשר זה, מחקרים מצאו כי ככלל, רוב גדול בקרב השופטים או פסיקה בקונצנזוס אינם משפיעים על התפיסה הציבורית את פסק הדין. הדברים נכונים במיוחד לפסקי דין חשובים מבחינה ציבורית, ראו, Cass R. Sunstein, *Unanimity and Disagreement on the Supreme Court*, 100 CORNELL L. REV. 769, 806 (2015).

## בג"ץ הסבירות – לא מה שחשבת! שמרנות, אקטיביזם והתיקון החוקתי הלא-חוקתי יניב רוזנאי

### דעת הרוב – אקטיביסטית? הפוך – שמרנית

בשיח הציבורי נתפסת פסיקת בג"ץ בעניין חוקי־יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3)<sup>1</sup> כנחלקת בין שופטים שמרנים לשופטים אקטיביסטים: שמונת שופטי הרוב, מתוך 15 שופטי ההרכב, שביטלו את התיקון לחוקי־יסוד: השפיטה נתפסים כ"אקטיביסטים", ואילו שופטי המיעוט שקבעו שזו לא העת להתערב הם שמרנים. ברשימה זו אני מבקש לחתור תחת תפיסה זו.<sup>2</sup>

1 בג"ץ 5658/23 החנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: בג"ץ הסבירות).

2 ראו למשל יעקב בן-שמש "שופטי הרוב לא עמדו בפני הפיחוי להשתמש בכוחם: בג"ץ הסבירות הוא אקטיביזם מיותר" מעריב (2.1.2024):

הקביעה של 12 שופטי הרוב שלבית המשפט יש סמכות לפסול גם חוק יסוד היא קביעה שמרנית ביותר. מדוע? דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא־חוקתי" קובעת, בקצרה, שערכים או כללים חוקתיים מסוימים הם כה חשובים לקיומו, להמשכיותו ולזהותו של הסדר החוקתי עד כי הם צריכים להיות מוגנים מפני שינוי.<sup>3</sup> זוהי דוקטרינה שמרנית. למעשה, אין דוקטרינה משפטית שמרנית יותר מדוקטרינת התיקון החוקתי הלא־חוקתי, המבקשת להתנגד לשינויים חוקתיים מסוימים הנתפסים כמהפכניים. דוקטרינה משפטית זו, המבקשת לשמר את ליבת המצב הקיים, מגשימה את תמצית התפיסה השמרנית – שהיא התנגדות לשינויים רדיקליים.<sup>4</sup>

אדמונד בֶּרְק (Burke) נחשב אבי המחשבה השמרנית המודרנית. בעיקר מפורסמת קריאתו האנטי־מהפכנית שבאה לידי ביטוי בספרו "מחשבות על המהפכה בצרפת".<sup>5</sup> בֶּרְק לא התנגד לשינויים אך סבר שאלו צריכים להיעשות כדי לתקן ולא כדי להרוס ולהתחיל מחדש: "לא אגרוס ששום שינוי אינו בא בחשבון; אבל אפילו אשנה, יהיה זה על־מנת לשמר".<sup>6</sup> זו בדיוק התאוריה של תיקון חוקתי לא־חוקתי. בֶּרְק הבחין בין ביטול והרס גמור ובין שימור ותיקון. כך כותב בֶּרְק למהפכנים הצרפתיים:

---

פסק הדין בבג"ץ הסבירות מציג לכאורה מאבק איתנים בין שני מחנות בבית המשפט – המחנה האקטיביסטי, בהובלת הנשיאה הפורשת חיות, שאליה מצטרפים שבעה שופטים נוספים, שהחליטו אתמול לפסול את התיקון לחוק יסוד: השפיטה שמצמצם את עילת הסבירות, מול המחנה השמרני, שהתנגד לפסילת החוק. אבל קריאה זהירה יותר מגלה שבתוך המחנה השמרני יש, בעצם, שני מחנות – המחנה שניתן לכנותו "השמרני הקיצוני" – זה שסבור שלבית המשפט העליון אין בכלל סמכות לבטל סעיפים בחוקי יסוד (השופטים סולברג ומינץ), ומחנה "שמרני מתון" – הסבור שייחכנו מקרים בהם לבית המשפט העליון תהיה סמכות כזו, אך לא זה המקרה.

3 ראו באופן כללי YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS (2017)

4 להרחבה ראו יניב רוזנאי "שמרנות רדיקלית ודוקטרינת התיקון החוקתי הלא־חוקתי" ICON-S Essays: חיבורים במשפט הציבורי א 1 (2022); ומנגד, מתנאל בראלי "שמרנים? רדיקלים? לא זו השאלה: תגובה לחיבורו של פרופ' יניב רוזנאי" ICON-S-IL Blog (28.12.2022).

5 אדמונד ברק מחשבות על המהפכה בצרפת (אהרן אמיר מחרגס, 1999).

6 שם, בעמ' 227.

היו בידיכם כמה מחלקי חומותיה של טירה נאצלת ונישאה וכל יסודותיה. יכולתם לשפץ את החומות הללו; יכולתם לבנות על היסודות הישנים הללו. תחוקתכם נשארה תלויה ועומדת בטרם תושלם [...] אבל אתם בחרתם לנהוג כאילו מעולם לא עיצבו אתכם כחברה אזרחית, וכאילו צריכים אתם להתחיל בכול מחדש.<sup>7</sup>

פסקה זו נשמעת כאילו היא יצאה מתוך פסק הדין בעניין הסבירות. כך למשל כותב השופט גרוסקופף:

על הסמכות המכוננת של הכנסת הנוכחית יש מגבלות, אשר המקור להטלתן הוא חובתה לכבד את "החוקה בהתהוות", כפי שעוצבה על ידי הכנסות הקודמות. למה הדבר דומה? לבנאי הנכנס בנעליו של בנאי קודם, ונדרש להשלים מבנה שהאחר הניח לו יסודות והקים חלק ניכר מהתשתיות והקירות. בנאי שכזה אינו נדרש, ואף אינו רשאי (בהעדר הסמכה מהמזמין, ובעניינו העם), להרוס את המבנה בכללותו, אלא עליו לתקן ליקויים פה ושם, ולהשלים את שחסר. הריסת המבנה, כמוה ככתיבת החוקה מחדש, ומשמעה הצהרה "לא כלום מתמול, / מְחָר – הכל". הצהרה כזו רשאי להשמיע המהפכן, המקים מדינה חדשה; לא הכנסת ה־25 של מדינת ישראל.<sup>8</sup>

והדוקטרינה שיוצאת מבית המשפט העליון היא בדיוק זו: ישנם עקרונות יסוד, עמודי תווך, יסודות, שעליהם המבנה החוקתי כולו נשען. ניתן לשפץ את המבנה או להוסיף לו קומות. ואולם הרס יסודות אלו, או עמודים אלו, מוביל להרס המבנה החוקתי כולו. כפי שציינה הנשיאה חיות:

השאלה שיש לשאול היא האם חוק היסוד או התיקון לחוק היסוד פוגעים בגיעה כה קשה במאפיינים גרעיניים של המדינה, עד כדי זעזוע אבני הבניין של חוקתנו המתגבשת. ככל שזה המצב המסקנה היא כי עניין לנו בחוק יסוד החורג מגדרי סמכותה המכוננת של הכנסת.

7 שם, בעמ' 52-53.

8 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 36 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

אמירות אלו של הנשיאה חיות ושל השופט גרוסקופף משקפות את תפיסתו השמרנית של אדמונד זֶרְק: "אשתדל שבמידת האפשר ייעשה השיפוף בסגנונו של הבניין"<sup>9</sup>; שיפור ושימור. לא הרס.

מי שסבור שחוק יסוד יכול לשלול את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית הוא לא שמרן. מי שסבור שחוק יסוד יכול לשלול את ערכי המדינה כמדינה דמוקרטית הוא לא שמרן. הוא כן רדיקל המבקש לשנות מיסודו את הסדר החוקתי. הוא מבקש לצאת נגד היסודות שעליהם הוקמה המדינה, נגד קביעות שיפוטיות שנפסקו מאז שנות ה־60 של המאה הקודמת בדבר עקרונות היסוד של השיטה ונגד ערכי היסוד שחברי הכנסת עצמם קבעו בדברי חקיקה שהם ערכי יסוד.<sup>10</sup> לא בכדי עונה בפסק דינה השופטת כנפי־שטייניץ לשופט סולברג:

חברי השופט סולברג סבור כי לבית משפט זה לא מסורה הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על תיקון לחוק יסוד, אפילו הוא פוגע בליבת אופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. ביסודה של השקפתו מונחת תפיסה "שמרנית" של ריסון שיפוטי, שמירה על עקרון הפרדת הרשויות ואי התערבות במעשי המחוקק. ככלל, עקרונות אלה מקובלים גם עליי. אלא שבאותם מקרים נדירים וקיצוניים, ויש לקוות תיאורטיים, בהם מעשי חקיקה שוללים את אופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית, תפיסתו מגנה על תוצאה בלתי שמרנית בעליל.<sup>11</sup>

אכן כך.

## דעת המיעוט – אקטיביסטית

לא רק שעמדת שופטי המיעוט סולברג ומינץ, שלפיה לבית המשפט אין כלל סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, אינה עמדה שמרנית, כאמור, אלא כך גם עמדת שלושת

9 ברק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 227.

10 רוזנאי, לעיל ה"ש 4.

11 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 65 לפסק דינה של השופטת כנפי־שטייניץ.

שופטי המיעוט – השופטים וילנר, שטיין וכנפיישטייניץ – שסברו כי התיקון אינו מצדיק את פסילתו משום שיש לפרשו פרשנות מצמצמת כך שהוא יחסום רק ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות האיזונית אך יאפשר התערבות בהחלטות מופרכות.

ככלל, פסילה של חוק היא אכן "נשק יום הדין", ועדיף ללכת ככל האפשר לפרשנות מצמצמת – reading down – העולה בקנה אחד עם החוקה.<sup>12</sup> כך בחקיקה רגילה, וכך בוודאי קל וחומר, בשינויים המחויבים, בחקיקה חוקתית.<sup>13</sup> ואולם במקרים מסוימים פסילה של דבר חקיקה היא בעייתית פחות, מבחינת הפרדת הרשויות, מאשר פרשנות לוליינית המנוגדת ללשון החוק ולתכליתו.<sup>14</sup> כפי שציינה פרופ' כריסטין לנדפריד (Landfried):

A clear-cut invalidation of a law can give the legislature more room for political manoeuvring, in that a new law can be enacted. However, the declaration that only one particular interpretation of a law is constitutional often entails precise prescriptions and can quite easily result in law-making by the Constitutional Court.<sup>15</sup>

[פסילה ברורה של חוק מאפשרת למחוקק מרחב תמרון פוליטי רחב יותר באופן זה שחוק חדש יכול להיחקק. ואולם, הכרזה שרק פרשנות אחת של החוק היא חוקתית יש בה לעיתים קביעות מדויקות, והיא יכולה בקלות להסתיים במצב שבית המשפט החוקתי עוסק ביצירת חוקים.]

12 על כלל זה ראו בהרחבה MATTHIAS KLATT (ED.), CONSTITUTIONALLY CONFORMING INTERPRETATION: COMPARATIVE PERSPECTIVES, VOL. 1: NATIONAL REPORTS (2023)

13 בג"ץ 5555/18 ח"כ אכרם חסון נ' כנסת ישראל, בפס' 59 לפסק דינה של הנשיאה חיות (8.7.2021). לדין כללי ראו Rehan Abeyratne & Yaniv Roznai, *Interpreting Unconstitutional Constitutional Amendments*, in RESEARCH HANDBOOK ON CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (Catherine O'Regan, Carlos Bernal, & Sujit Choudhry eds., Forthcoming)

14 השוו לבג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004): השופט מצא, בעמ' 271-272; השופט טירקל, בעמ' 285; השופט ריבלין, בעמ' 287-289. וראו גם Kerstin Tobisch, *Public Procurement Law and Effective Legal Protection*, VIENNA J. ON INT'L CONST. L. 424, 427 (2011)

15 Christine Landfried, *Constitutional Review and Legislation in the Federal Republic of Germany*, in CONSTITUTIONAL REVIEW AND LEGISLATION: AN INTERNATIONAL COMPARISON 154 (Christine Landfried ed., 1988)

במקרה זה צודקת הנשיאה חיות שלשוננו הגורפת והבלתי מסויגת של התיקון בעניין הסבירות היא אכן "מפורשת וחד-משמעית" ושאין "מקום לשום ספק באשר לתחולתו של התיקון על עילת הסבירות בכללותה".<sup>16</sup> לא רק שהטקסט החוקתי לא עושה שום הבחנה בין מובנים שונים של עילת הסבירות, אלא שלאורך הדיונים חזרו חברי הכנסת והדגישו שהתיקון חל על כל החלטה – גם על החלטה שאינה סבירה באופן קיצוני וגם על החלטה מופרכת.

כפי שאמר חבר הכנסת שמחה רוטמן, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בעת הצגת הצעת התיקון בדיון לקראת הקריאה השנייה והשלישית במליאת הכנסת:

אחרים הציעו לחזור לעילת האי-סבירות הקיצונית של וודנסברי, אלא שפתרון זה, כפי שהעירו רבים, לא הוכיח את עצמו [...] לפיכך, מוצע לקבוע בחוק-יסוד: השפיטה [...] שרשות שיפוטית לא תוכל לדון בעניין סבירות ההחלטה [...] בין אם מכוח עילת הסבירות המקורית ובין אם מכוח עילת הסבירות החדשה [...] [הדברים] הללו משקפים מבחינתי, ואני חושב שאני מדבר בשם חבריי לקואליציה בוודאי, את העקרונות ואת היסודות שבבסיס ההצעה הזו.<sup>17</sup>

גם בדיון בבית המשפט הדגיש בא כוח הכנסת ש"חוק היסוד המתקן חל על עילת הסבירות בכל היבטיה, מבלי להבחין בין עילת הסבירות המסורתית לבין עילת הסבירות החדשה".<sup>18</sup>

הפרשנות של שופטי המיעוט, בעניין זה, מבקשת לכתוב את החוק מחדש ויוצרת – בלשוננו של אוטו פרסמן (Pfersmann) – "נורמות בלי טקסט" ("norms without texts"), כלומר הוראות שניתנת להן משמעות שונה מכוונתן המפורשת (שאם לא כן, הן תיפסלנה בבית המשפט).<sup>19</sup> זוהי פעולה משפטית אקטיביסטית יותר מפסילת התיקון. כאשר תיקון חוקתי

16 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 125 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

17 פרוטוקול ישיבה 97 של הכנסת ה-25, 23.7.2023, בעמ' 551-552; מצוטט בבג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 131 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

18 בפס' 14 להשלמת הטיעון מטעם הכנסת. מצוטט בבג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 133 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

19 Otto Pfersmann, *Ontological and Epistemological Complexity in Comparative Constitutional Law*, in *NEW DIRECTIONS IN COMPARATIVE LAW* 81, 88 (Antonina Bakardjieva Engelbrekt & Joakim Nergelius eds., 2009)

נפסל, המחוקק החוקתי יכול לכונן מחדש את החוק, בהתאם לפסיקת בית המשפט או באופן אחר. במקרה של פרשנות, אם המחוקק החוקתי אינו שבע רצון מהפרשנות החדשה של התיקון, עליו לבטלו באמצעות הליך התיקון (כמו במקרה של פסילה), רק שהפעם החוק כבר יצא מידי ו הוא כעת במרחב הציבורי, מעוצב, מופעל ומיושם על פי הפרשנות החדשה של בית המשפט עד אשר יתוקן. ייתכן, כמובן, שהחלטת שופטי המיעוט נכונה יותר משפטית, מנקודת מבט זו או אחרת, אולם היא אינה שמרנית.

## סיכום

בג"ץ הסבירות הוא לא מה שהוא נראה במבט ראשון. דעת הרוב – שלפיה יש לבית המשפט סמכות לפסול חוק יסוד החותר תחת ערכי היסוד של המדינה כיהודית ודמוקרטית – היא עמדה שמרנית, ואילו דעות המיעוט – שלפיהן אין להתערב כלל בחוק יסוד, בלי קשר לשאלה באיזו מידה הוא סוטה מערכים אלו – הן רדיקליות. כך גם העמדות המבקשות להתעלם מן הטקסט החוקתי ומפוננת המחוקק ולפרש את התיקון כאילו הוא מאפשר לבית המשפט להתערב במקרים של אי־סבירות קיצונית או של מופרכות. אפשר לטעון שזו עמדה ראויה, אבל שמרנית – היא לא. דעת הרוב מבטאת רוח שמרנית פשוטה: שימור ושיפור – כן, הרס – לא.

**פרופ' יניב רוזנאי** הוא פרופסור חבר בבית ספר הארי רדזינר למשפטים באוניברסיטת רייכמן ומנהל אקדמי משותף של מרכז רובינשטיין לאתגרים חוקתיים באוניברסיטה זו.



## **7:8 או 12:3? ביקורת שיפוטית היא לא סטטיסטיקה על פופוליזם, צמצום שיח ופורמליזם**

### **ספיר פז**

פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות, שבמסגרתו קבעו שנים עשר מתוך חמישה עשר שופטים שסמכותה של הכנסת לכונן (לחוקק חוקי יסוד) היא מוגבלת וכי לבית המשפט יש סמכות לאכוף את המגבלות המוטלות על הרשות המכוננת, מלמד, בין היתר, על תחילתו של עידן פורמליסטי.

המילה "פורמליזם" כמעט נעלמה מהשיח הישראלי נוכח הפופולריות של התארים "אקטיביסט" ו"שמרן" עם עליית הפופוליזם ואיתו הקיטוב שהממשלה מקדמת. התארים האלו נעשו מעין חלופות של הכינויים "שמאלני" ו"ימני" בכל הנוגע לשיח על עולם המשפט הישראלי. הפיכת המונחים האלו לתארים יום-יומיים אומנם מנגישה לציבור את עולם המשפט, כמעט כמו מתרגמת עבורו את עולם המשפט לשפה שהוא מכיר – שפת הפוליטיקה והמחנאות – אבל יש בה דבר מה נוסף: היא מציגה את מעשה הביקורת השיפוטית כאקט בינארי. משהוא מוצג ככזה, קל להעלים מורכבות, למקם שופטים במחנה "אנחנו" או "הם" ולתייג את בית המשפט כשחקן פוליטי.

הפרקטיקה של צמצום השיח והשטחתו היא מהלך נפוץ לביצור שליטה בעם. למשל, בספר 1984 מתוארת דיסטופיה של משטר טוטליטרי ששולט במחשבות של אנשים, בין היתר

באמצעות הטמעת שפה חדשה (שכונתה "שִׁיחְדָּשׁ").<sup>1</sup> משפה זו נמחקו מילים ומשמעויות שונות. למשל, המילה "חופש" הייתה מותרת לשימוש במשפטים כמו "כלב זה חופשי מכינים", אבל לא בביטויים שנמחקו מהשפה כמו "חופש פוליטי" או "חופש המחשבה". שִׁיחְדָּשׁ נועדה לצמצם את היקף המחשבה.<sup>2</sup> בפרט, מילים בעלות משמעות פוליטית (כמו צדק, מוסר ודמוקרטיה) נמחקו לחלוטין והוחלפו במילים כוללניות כמו "חושבשפע", שכפו את העמדה המחשבתית הרצויה.<sup>3</sup> בשיטה זו נמנעה ביקורת על השלטון.

בספר **עולם חדש מופלא**<sup>4</sup> מתואר משטר של קונפורמיזם ששולט באנשים באמצעות הנדוס גנטי, התרבות מתורבתת במעבדה וחינוך לחיי נוחות, בורות ותענוגות באמצעות היפנוזה וסמים. זהו עולם שבו צמצום השיח נעשה, בין היתר, דרך כפיית צרכנות ומתירנות מינית, איסור על ספרות שאינה טכנולוגית, הכחשת ההיסטוריה ושליטת הדת. כך למשל, התקשרות בין שני אנשים הפכה לרעיון אסור, מונוגמיה נעשתה טומאה שאין לדבר עליה והמילים "אָם" או "אב" נתפסו כניבול פה נתעב. תחת שלטון שמבטיח (ומכריח) "אוושר עכשיו לכולם", השיח מתמקד בתחומי העבודה והטכנולוגיה, המראה החיצוני והעונג. מי שאינו משתלב באלו, מי שמחפש משמעות, נשלח לגלות.<sup>5</sup> כך ממשיך השלטון להתקיים.

במסה **איך להתנגד?**<sup>6</sup> שפורסמה בינואר 2023, מתארת ארנה קזין את צמצום השיח בישראל: "העריצות מבקשת שתיקה כהסכמה. או דיבור כאישור. יש דברים שמותר לדבר עליהם, שרק אותם מותר לומר, ויש דברים שאסור. כשהמדינה אינה טובה, אלא עריצה, והמצב הוא מצב־חירום־קבוע, יש מילים שאסור להגות בכלל. וממילא אסור להתנגד".<sup>7</sup> קזין מציעה להתנגד למתרחש בישראל באמצעות החלפת שיח הזהויות בשיח של "סוגיות":

1 ג'ורג' אורוול 1984 (ג' אריוך מהרגמת 1984).

2 שם, בעמ' 242.

3 שם, בעמ' 244-246.

4 אלדוס האקסלי **עולם חדש מופלא** (מאיר ויזלטיר מתרגם 2008).

5 מרגרט אטווד "הקדמה" **עולם חדש מופלא**, שם, 5 (יוסי מילוא מתרגם).

6 ארנה קזין **איך להתנגד?** (2023).

7 שם, בעמ' 47.

שיח שמתמקד בעובדות, שכרוך בשאלת שאלות ענייניות ובחיפוש חיבורים בין אנשים עם שאיפות משותפות.<sup>8</sup>

כדי להתנגד למנגנוני שימור הכוח הפועלים עלינו דרך השפה, בצורה של פילוג, השטחה וניסיון להסיט את הדיון לנושאים אחרים שאינם נוגעים בביקוח על הממשלה, אני מבקשת להציע דבר דומה בנוגע לשיח המשפטי; בפרט בנוגע לשיח על ביקורת שיפוטית, כלומר ביקורת של בית המשפט על פעולות והחלטות של הכנסת והממשלה. ביקורת שיפוטית צריכה להיבחן באופן ענייני, ולא לפי הגורם הפוליטי שתמך במינוי של שופט זה או אחר; היא צריכה להיבחן דרך המכנים המשותפים לתפיסות השופטים ולא דרך חלוקה דיכוטומית (ומאולצת) למחנות. הפירוש של עמדות שיפוטיות בהקשר של ביקורת שיפוטית צריך להיעשות דרך שני צירי עומק: האחד נוגע לבסיס המשפטי שהביקורת נשענת עליו – פורמליזם (היצמדות לטקסט) מול אקטיביזם (היצמדות לתפיסת עולם); והשני נוגע לעולם הערכים שבבסיס ההחלטה (שמרנות מול ליברליות).

המורכבות הזו נוכחת מאוד בפסק הדין בעניין **ביטול עילת הסבירות** בקרב מי שמסתמן כמחנה הפורמליסטי של בית המשפט העליון.<sup>9</sup> השופטים וילנר, שטיין וכנפי־שטייניץ, אשר היו חלק מעמדת המיעוט שהתנגדה לביטול התיקון לחוק־יסוד: השפיטה, הצטרפו במישור העקרוני לעמדת הרוב והדגישו, בניגוד למצופה, כי הסמכות המכוננת של הכנסת היא מוגבלת, ובית המשפט הוא הגורם המוסמך לאכוף את המגבלות הללו. פסקי הדין שלהם מלמדים על גוונים שונים של פורמליזם.

כאמור, שלושת השופטים הסכימו כי הסמכות המכוננת מוגבלת, אך הציגו עמדות שונות בהקשר זה. השופטת וילנר התבססה על ההלכה בבג"ץ **חסון**,<sup>10</sup> שלפיה הכנסת אינה יכולה לחוקק חוק יסוד שפוגע במערך החוקתי של ישראל אשר מעגן את גרעין זהותה היהודית והדמוקרטית של המדינה. יותר מכך, היא אימצה את העמדה המרחיבה (יחסית)

8 שם, בעמ' 57-58.

9 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: עניין **ביטול עילת הסבירות**).

10 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (אר"ש 8.7.2021) (להלן: בג"ץ **חסון**).

שהוצעה בפסק הדין, ובחנה אם התיקון הנוכחי פוגע "פגיעה אנושה בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים, ובכך שולל את ליבת זהות הדמוקרטיה של מדינת ישראל".<sup>11</sup>

לעומתה, השופט שטיין הציג עמדה שמבוססת על מסמכי ההקמה של המדינה, ובעיקר על מגילת העצמאות. לגישתו, עולה מהם כי

הפעלת סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים ולכונן חוקה לעולם כפופה לחובתה של הכנסת להבטיח, בין היתר, "חירות", "צדק" ו"שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור" לכל אזרחי המדינה באשר הם, לצד חובתה הלא-פחות חשובה לקיים בית לאומי-יהודי במדינת ישראל ("מדינה יהודית") בהתאם למסורת הדתית-לאומית הטבועה בנו ("חזונו של נביאי ישראל").<sup>12</sup>

עוד הדגיש השופט שטיין כי הפרשנות של דרישות כלליות אלו "הופקדה בידי רשויות השלטון שמנהלות את המדינה, ובראשן הרשות המחוקקת הנבחרת: הכנסת".<sup>13</sup>

מבחינה פרשנית לא ברור אם מהלך זה מהווה צמצום של המגבלות המוטלות על הכנסת או הרחבה שלהן. מצד אחד, מדבריו של שטיין משתמע מעמדו העליון של עקרון השוויון, שעוד לא עוגן בחוק יסוד בישראל, והתפיסה שיש לו מעמד של חוק יסוד, על בסיס הפסיקה, נחשבת אקטיביסטית למדי ומקדמת ערכים ליברליים. בהקשר זה, שטיין מציע עיגון פורמלי למעמדו החוקתי של עקרון השוויון (בהמשך למהלך שלו בבג"ץ טבריה),<sup>14</sup> ויש בכך חידוש חשוב לקידום ערכים ליברליים. מצד אחר, עמדתו של שטיין מייצרת קונקרטיזציה לביטוי "יהודית ודמוקרטית" ובכך עשויה לצמצם את המגבלות על הרשות המכוננת. למשל, יש מי שיפרשו את עמדתו באשר למחויבות לקיים מדינה יהודית "בהתאם למסורת הדתית-לאומית" כמתן בכורה לזרם יהודי מסוים או אפילו כהכרה בהיבטים חילוניים של יהדות. לעומת זאת, הגישה של וילנר מאפשרת לכנסת לצקת תוכן למאפיין היהודי ולמאפיין הדמוקרטי של המדינה, שלכאורה יכולים לסתור את מגילת העצמאות.<sup>15</sup>

11 עניין ביטול עילת הסבירות, לעיל ה"ש 8, בפס' 69 לפסק דינה של השופטת וילנר.

12 שם, בפס' 53 לפסק דינו של השופט שטיין (להרחבה ראו גם פס' 24-34).

13 שם, בפס' 72-75.

14 בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (אר"ש 26.10.2023).

15 עניין ביטול עילת הסבירות, לעיל ה"ש 8, בפס' 68 לפסק דינה של השופטת וילנר.

חרף השוני בתשובתם לשאלת מקור וטיב המגבלות של הסמכות המכוננת, באשר לשאלת הגורם המוסמך לאכוף מגבלות אלו הסכימו השופטים וילנר ושטיין כי סמכות זו נתונה לבית המשפט העליון ומעוגנת בסעיף 15 לחוק ייסוד: השפיטה.<sup>16</sup>

השופטת כנפי־שטייניץ הצטרפה למחנה הפורמליסטי והציגה תאוריה מעניינת אחרת. לטענתה, בחקיקת היסוד קיימת "תשתית טקסטואלית מספקת, גם אם לא מפורשת, לקיומה של מגבלה מהותית שנטלה הכנסת על עצמה – המכפיפה את כוחה המכונן לעקרונות היסוד של 'מדינה יהודית ודמוקרטית'".<sup>17</sup> היא מציינת כי למגבלה זו יש "עיגון טקסטואלי מפורש יותר" בסעיף לא(א)(1) לחוק ייסוד: הכנסת, המעגן את האפשרות לפסול רשימת מועמדים לכנסת אם היא שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>18</sup> עמדה זו היא פורמליסטית מבחינת מגבלות הסמכות המכוננת של הכנסת, כי היא מעגנת אותן בדברי חקיקה של הכנסת עצמה. כמו כן, השופטת מדגישה כי "ספק אם קיימת הכרעה מוסכמת על תוכנם הקונקרטי של מאפייני הליבה" (יהודית ודמוקרטית),<sup>19</sup> ומכאן שהביקורת השיפוטית בהקשר זה צריכה להיות מצומצמת.

לגישת השופטת כנפי־שטייניץ אותן מגבלות שהכנסת הטילה על עצמה, המעוגנות טקסטואלית בדין הישראלי, מקימות **במשתמע** סמכות של בית המשפט לאכוף אותן אף שהדבר אינו כתוב מפורשות. לדידה, "בכך, אין משום כרסום בריבונותה של הכנסת, אלא, כאמור, משום כיבוד של כוחה הכובל [...] ככל שעברה הכנסת את קו הגבול התוחם את סמכויותיה, נתונה לבית המשפט הסמכות להשיב דברים לגבולם, לרבות ביטול חקיקה העומדת בניגוד למגבלותיה".<sup>20</sup> התפיסה שלפיה עצם קיומו של סעיף הגבלה על סמכות הכנסת הוא מקור הסמכות של רשות אחרת (בית המשפט) לאכוף את אותן מגבלות, מבלי שהדבר כתוב במפורש, היא עמדה פרשנית שאינה מעוגנת בטקסט במפורש. כלומר היא נשענת על תפיסת עולם פרשנית שמניחה שבית המשפט הוא הגורם שמפקח על הרשויות, ובפרט על הרשות המכוננת עצמה. הגם שמדובר במושכל יסוד של דמוקרטיה,

16 שם, בפס' 4-6 לפסק דינה של השופטת וילנר; שם, בפס' 76-80 לפסק דינו של השופט שטיין.

17 שם, בפס' 10 לפסק דינה של השופטת כנפי־שטייניץ.

18 שם, בפס' 11.

19 שם, בפס' 16.

20 שם, בפס' 13.

ניתן לטעון שזהו מהלך אקטיביסטי, שכן פרשנות שיפוטית זו אינה מעוגנת בלשון החוק מפורשות – לו הייתה הכנסת מבקשת להסמיך את בית המשפט לאכוף את מגבלות סמכותה הייתה עושה זאת במפורש, כפי שנעשה למשל בסעיף 15 לחוק־יסוד: השפיטה (כטענת השופטים וילנר ושטיין). יצוין כי השופטת כנפ־שטייניץ אימצה את העמדה המצמצמת בבג"ץ חסון, שלפיה סמכות זו של בית המשפט "צריכה להיות שמורה אך ורק למקרי קיצון"<sup>21</sup>, בשונה מהשופטת וילנר.

כל אחת ואחד מהשופטים הללו עמד בתקופת מינויו במוקד שיח הזהויות כפלקט או כנתון סטטיסטי. השופטת וילנר תויגה כנציגת הציבור ה"דתי־לאומי" וכ"מועמדת של השרה שקד", וכונתה "השופטת הדתייה"<sup>22</sup>; השופט שטיין תויג כ"יוצא חבר העמים" ונכתב עליו שהוא "הניסיון של שרת המשפטים, איילת שקד, 'לשמרן' את בית המשפט העליון"<sup>23</sup>. השופטת כנפ־שטייניץ תוארה כ"אישה ממוצא מזרחי" וגם כ"ילידת עכו ורעייתו של ח"כ יובל שטייניץ מהליכוד"<sup>24</sup>. אלו הן דוגמאות לניסיון לייצר קשר רדוד בין זהות לעמדה משפטית, בין שיוך משפחתי ופוליטי להכרעות שיפוטיות, ולא לשיח הזהויות שראוי שישמע בעולם המשפט במובן של חשיבות הגיוון של מותב השופטים.

עם זאת, ניתוח פסק הדין בעניין **ביטול עילת הסבירות** מלמד כי משהו אחר קורה פה – מורכב, אחר וחשוב: בבית המשפט העליון צומח מחנה פורמליסטי, וצריך להכיר בכך. בה בעת, הגיע הזמן לזנוח את ההצמדה האוטומטית בין אקטיביסטי לליברל ובין פורמליסטי לשמרן.

כפי שמלמדת הספרות בדבר נסיגה דמוקרטית, אחד הצעדים הראשונים שמטרים דמוקרטיים פופוליסטיים עושים בדרך לדיקטטורה הוא פגיעה בכוחו של בית המשפט. בין

21 שם, בפס' 15.

22 חן מענית "12 מועמדים לעליון מתוך 'רשימת ה-28' – מהציבור הדתי־לאומי" גלובס (8.11.2016); טובה צימוקי "ניצחון לאגף השמרני: נבחרו 4 שופטי עליון חדשים" ynet (22.2.2017).

23 יאיר אלטמן "שופטי העליון החדשים: פרופ' אלכס שטיין ועופר גרוסקופף" ישראל היום (22.2.2018); חן מענית "האם פרופ' שטיין 'שמרן' את העליון?" גלובס (9.8.2018).

24 טובה צימוקי "לראשונה בעליון: שופט מוסלמי ואשה ממוצא מזרחי" ynet (21.2.2022).

היתר הדבר נעשה באמצעות סימון בית המשפט כאיוב העם כאשר הוא פועל לריסון הכוח של רשות אחרת.<sup>25</sup>

בישראל ניכר הניסיון של הממשלה להכניס את השיח המקטב לתוך הדיונים על בית המשפט באמצעות עיסוק אובססיבי במחנה הפוליטי שתמך במינוי של כל שופט. אסור ליפול למלכודת הזו. חשוב לדבר על החלטות שיפוטיות, בפרט כאלה הנוגעות לביקורת שיפוטית, דרך דיון בעובדות ושאלות ענייניות, ובעיקר תוך הכרה במורכבות שלהן. מעבר לשינוי השיח המפלג בהקשרים משפטיים, ההתייחסות למעשה השיפוטי באופן מורכב ועמוק תסייע לפתח את האוריינות הציבורית בנוגע למשפט הישראלי ולמערך הכוחות הפועל במישור קבלת ההחלטות במדינה. רק על בסיס אוריינות כזו יהיה אפשר לנסח את החוזה החדש בין האזרח למדינה, שכה מתבקש לכונן לאחר אירועי השבעה באוקטובר, שהתרחשו בצל משבר מתמשך בין הציבור למנהיגיו בשנה החולפת.

**עו"ד ספיר פז** היא עוזרת מחקר בתוכנית להגנה על ערכים ומוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה ותלמידת תואר שני בתוכנית ללימודי תרבות באוניברסיטה העברית בירושלים.

25 Wojciech Sadurski, A Pandemic of Populists 106–107 (2022). בהקשר זה סדורסקי מתייחס לדוגמאות מישראל משנת 2015, כמו טענתה של איילת שקד כשרת משפטים שלפיה "האליטה המשפטית" גורמת למצב שבו הנבחרים "לא מצליחים להשיג את מטרותיהם ולמלא את רצון העם", או אמירתה של מירי רגב כי בית המשפט "מנוחק מהעם" בתגובה להחלטת בית המשפט העליון שהייתה מנוגדת לעמדת הממשלה (שם). עזיז הוק וטום גינסבורג טוענים כי השלב הראשון בנסיגה דמוקרטית הוא להציע מצע שבו הרוב מוצג כקורבן והיריבים הפוליטיים (שהם לרוב מבוגרים) כאליטיסטים. בהמשך נעשות פעולות להחלשת מוסדות יריבים כמו מערכת המשפט והצבא. לא אחת נעשה שימוש בבית המשפט כדי לבטל את היכולת לבקר את הרשות המחוקקת ואת הרשות המבצעת Aziz Huq & Tom Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, 65 UCLA (L. Rev. 78, 137–141) (2018). להרחבה ראו סוזי נבות, מרדכי קרמניצר, גיא לוריא, עמיר פוקס וספיר פז "התיקון לביטול עילת אי-הסבירות הוא רק חלק אחד מתמונה כוללת רחבה – דין משווה על דמוקרטיה בנסיגה" חוות דעת בעניין ביטול הביקורת השיפוטית על החלטות ממשלה ושרים בעילת אי-הסבירות 81 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2023).

**שער חמישי: על ההקשר הערכי-חברתי-פוליטי**





## פסק דין הסבירות מי יקבע את הערכים? מנחם מאוטנר

### שימור מעמדם של הערכים הליברליים

כמה מהשופטים בפסק הדין בעניין הסבירות הבינו היטב כי המחלוקת שבה דן פסק הדין מתייחסת להקצאת הכוח בין הממשלה לבין בית המשפט.<sup>1</sup> שופטים אחרים הציגו את המחלוקת כמתייחסת להקצאת הכוח בין העם, באמצעות נציגיו שברשות המכוננת, לבין בית המשפט העליון.<sup>2</sup> אני מבקש להציג את המחלוקת כמחלוקת באשר לערכים שבגדרם הממשלה צריכה לפעול.

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בפס' 81 לפסק דינו של השופט עמית (אר"ש 1.1.2024) (להלן: עניין הסבירות); שם, בפס' 55 לפסק דינה של השופטת כנפי-שטייניץ; שם, בפס' 25, 26, 43 לפסק דינה של השופטת רונן; שם, בפס' 9 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן; שם, בפס' 12 לפסק דינה של השופטת ברוך; שם, בפס' 73, 107 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

2 שם, בפס' 71, 72, 104, 114, 151 לפסק דינו של השופט סולברג. השופט כשר כתב שבאופן הזה הציגו את המחלוקת נציגי הממשלה, וראו שם, בפס' 12, 13 לפסק דינו.

מאז עליית ההשכלה היהודית בברלין במחצית השנייה של המאה השמונה עשרה מתקיימת בעם היהודי "מלחמת תרבות" ("קולטורקמפף"). גישה אחת מצדדת בקשירת התרבות של העם בכלל, ושל מדינת ישראל בפרט, לתרבות המערב, ובעיקר לחילוניות ולרכיב הליברלי שבתרבות המערב. הגישה המתחרה מצדדת בהשלטת ערכי היהדות המסורתית וההלכה.<sup>3</sup> מלחמת התרבות התנהלה בתקופות שונות ברמות שונות של עצימות. בסוף המאה התשע עשרה היא כמעט קרעה לגזרים את תנועת "חיבת ציון" של אחד העם ואת התנועה הציונית הרכה בשנים של בנימין זאב הרצל. ב־14 במאי 1948, יום הקמת המדינה, נראָה שהאופציה הפרו־מערבית ניצחה ניצחון חד־משמעי. אבל ההיסטוריה לעולם אינה עוצרת, והחל משנות השישים של המאה העשרים החלה הציונות הדתית תופסת עצמה כמי שאמורה לעמוד במרכז ההגמוניה שתוביל את המדינה בעשורים האחרונים של המאה, ובעשורים הראשונים של המאה העשרים ואחת.<sup>4</sup> בעקבות זאת, מלחמת התרבות שבה והתפרצה בעוז.

במדינת ישראל יש למלחמת התרבות ביטוי מוסדי ברור. זה כמעט חמישה עשורים, מאז המהפך הפוליטי של 1977, הממשלות בישראל מורכבות, בין השאר, מנציגים של מפלגות דתיות וחרדיות. בגלל התפיסה העצמית החדשה של הציונות הדתית, הנציגים של תנועה זו בממשלה, וגם הפקידות הממשלתית הבכירה שהם ממנים, פועלים לחיזוק הרכיב היהודי־הלכתי בחייה של ישראל.<sup>5</sup> באופן דומה פועלים גם הפוליטיקאים החרדים והפקידות המתמנה על ידם.

שיאו של תהליך זה הוא בממשלה הנוכחית, המורכבת מקואליציה של הליכוד עם חמש מפלגות דתיות וחרדיות, שהאידיאולוגיה שלהן מושתתת על שלילת המערב, שלילת הדמוקרטיה הליברלית וחתירה לכינונה של תאוקרטיה. אכן, אני סבור שההסכמים הקואליציוניים הם רגע השיא עד כה מבחינת העצימות של מלחמת התרבות מאז התפרצותה לפני כ־250 שנה.

3 מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 57–61 (2008) (להלן: מאוטנר משפט ותרבות בישראל); מנחם מאוטנר הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו 88–93 (2019) (להלן: מאוטנר הליברליזם בישראל).

4 שם, בעמ' 64–77.

5 יואב פלד והורית הרמן פלד טוענים שהציונות הדתית הצליחה לבסס במדינה הגמוניה חדשה (Yoav Peled & Horit Herman Peled, The Religiousization of Israeli Society (2019)). אני חולק על טיעון זה. לדעתי, אנחנו כעת בשלב פוסט־הגמוני.

למשלות בישראל יש אפוא מחויבות חלקית בלבד לערכי הליברליזם והמערב, ויש להן מחויבות מתמשכת לערכי היהדות המסורתית וההלכה. מנגד, בית המשפט העליון משמש החל מהיום הראשון לקיום המדינה כסוכן הראשון במעלה להשלטתם של ערכים ליברליים בתרבות הפוליטית.<sup>6</sup>

שימור דוקטרינת הסבירות בהיקפה שמאז פסק דין **דפי זהב**,<sup>7</sup> והחלת הדוקטרינה הזו על פעולות הממשלה (שני רכיבים מרכזיים בפסקי הדין של שופטי הרוב) פירושם אפוא הכפפה של מעשי הממשלה לאמות המידה של הליברליזם. זאת בייחוד משום שהסבירות של **דפי זהב**, הסבירות האיזונית, עוסקת באיזון של ערכים<sup>8</sup> (נקודה שמשום מה איש מהשופטים לא הבלטי), וכשמדובר בערכים של בית המשפט אלו ערכי הליברליזם. שלילת סמכותו של בית המשפט להחיל את מבחן הסבירות על שתי גרסאותיו (**ונסברי**,<sup>9</sup> **דפי זהב**) על פעולות הממשלה, כפי שהציעו השופטים מינץ וסולברג, פירושה לא רק שחרור הממשלה מפיקוח שיפוטי, אלא גם צמצום ההכפפה של פעולות הממשלה לאמות המידה הליברליות, ומתן חופש פעולה נרחב יותר לממשלה להחיל את הערכים היהודיים. גישת הביניים, המשמרת את הסבירות של המופרכות (**ונסברי**), פירושה שחרור חלקי של הממשלה ושריה מהפיקוח של הערכים הליברליים.

כל מי שמצדד בהשלטתה של תפיסת העולם הליברלית בישראל צריך לקבל אפוא בסיפוק את תוצאת פסק הדין בעניין הסבירות. אפשר אומנם להטיל ספק בכוח השכנועי של שניים מהטיעונים המרכזיים של שופטי הרוב – הטיעון שביטול הסבירות בחוק יסוד השפיטה הוא חמור כל כך מנקודת המבט הדמוקרטית-ליברלית עד כי אין מנוס מלפסול את תיקונו של חוק היסוד, והטיעון שאי אפשר לקיים במקרה זה "פרשנות מקיימת" תוך ביטול הסבירות האיזונית של פסק דין **דפי זהב** ושימור הסבירות של המופרכות במובנו של פסק דין **ונסברי**. אולם אין ספק שאת תוצאת פסק הדין צריך להבין כתגובת נגד של בית

6 מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 91-94; מאוטנר הליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 25-27.

7 בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421 (1980) (להלן: פסק דין **דפי זהב**).

8 מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 133-134.

9 Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp. [1948] 1 KB 223 (להלן: פסק דין **ונסברי**).

המשפט לתוכנית המהפכה המשטרית של השר יריב לוי מ־4 בינואר 2023, ואם זה ההקשר שבו צריך להבין את פסק הדין, כי אז טוב שבית המשפט יצר מענה תקיף ובלתי מתפשר לתוכניתו של השר.

אכן, כאשר בוחנים את אמות המידה לביקורת הסבירות שהציעו השופטים שצידדו בסמכות הפיקוח של בית המשפט על תוכניהם של חוקי היסוד, בולטים לעין התכנים הליברליים שבאמות המידה האלה. השופטת חיות דיברה על "הטקסט החוקתי", ועל "המערך החוקתי בכללותו".<sup>10</sup> השופטת וילנר דיברה על "ליבת הזהות הדמוקרטית של ישראל".<sup>11</sup> השופט עמית דיבר על "המערך החוקתי בכללותו", וכן על הכרזת העצמאות ועל העקרונות העל-חוקתיים שבפסיקה.<sup>12</sup> השופט כשר דיבר על "המערך החוקתי בכללותו", שתחילתו בהכרזת העצמאות, במסמכי היסוד של המשפט הישראלי וב'החלטת הררי', והמשכו בחקיקת חוקי היסוד עד כה".<sup>13</sup> השופט פוגלמן דיבר על "העקרונות הדמוקרטיים היסודיים".<sup>14</sup> השופטת ברון דיברה על הכרזת העצמאות.<sup>15</sup> השופט גרוסקופף דיבר על ערכיה של "החוקה בהתווה", כלומר העקרונות המגולמים בחוקי היסוד הקיימים, וגם על "מאפייני הזהות הגרעיניים" ועל "נתונים חוקתיים".<sup>16</sup> השופטת ברק-ארז דיברה על הכרזת העצמאות ועל ערכי הדמוקרטיה.<sup>17</sup>

עם זאת, השופטים דיברו גם על רכיב היהודיות שבחוקתיות הישראלית. השופטת חיות דיברה על ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית,<sup>18</sup> ועל "גלעין זהותה היהודית" דמוקרטית של המדינה.<sup>19</sup> השופטת וילנר דיברה על הזהות היהודית והדמוקרטית של

- 10 עניין הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 65 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות.
- 11 שם, בפס' 2, 8 לפסק דינה של השופטת וילנר.
- 12 שם, בפס' 17-19 לפסק דינו של השופט עמית.
- 13 שם, בפס' 4 לפסק דינו של השופט כשר.
- 14 שם, בפס' 11 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן.
- 15 שם, בפס' 3 לפסק דינה של השופטת ברון.
- 16 שם, בפס' 36, 37, 38, 42, 62 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.
- 17 שם, בפס' 6, 11 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.
- 18 שם, בפס' 64, 70, 106 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות.
- 19 שם, בפס' 66.

המדינה.<sup>20</sup> השופט שטיין דיבר על עקרונותיה של הכרזת העצמאות, שעיקרם צדק, שוויון והיותה של ישראל מדינה יהודית.<sup>21</sup> השופטת כנפי־שטייניץ דיברה על ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>22</sup> השופטת רונן דיברה על ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>23</sup> השופט כשר דיבר על ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>24</sup> השופט גרוסקופף דיבר על "מאפייני הזהות הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".<sup>25</sup>

במקום אחר הצבעתי על כך שעד שני חוקי היסוד של 1992 המשפט שנוצר והופעל בבתי המשפט פעל והתפתח בהשראתו של קוטב השראה אחד: הדמוקרטיה הליברלית (אכן, זו התרומה ההיסטורית הגדולה של בית המשפט העליון וקהילת המשפט בכללותה: הטמעתם של ערכי הליברליזם בתרבות הפוליטית של המדינה). אולם מאז קיבועה של הנוסחה "מדינה יהודית ודמוקרטית" במשפט הישראלי בשני חוקי היסוד של 1992, הוכפף המשפט של בתי המשפט לקוטב השראה נוסף, היהדות, והחל מאותו שלב נדרשים אפוא בתי המשפט לאזן בפסיקותיהם בין המחויבות לערכי הדמוקרטיה הליברלית לבין המחויבות לערכי היהדות.<sup>26</sup> אכן, בעקבות חקיקתה של הנוסחה "מדינה יהודית ודמוקרטית" התגלע ייכוח עז בין השופטים אהרן ברק ומנחם אלון באשר לאופן שבו יש לאזן בין שני רכיבי הנוסחה.<sup>27</sup> בשנים הבאות בית המשפט העליון עשוי להידרש להכשיר חקיקה שתבקש לקדם את ערכי "המדינה היהודית", ושתוצדק בשם הערכים היהודיים. חקיקה כזו עשויה להיות בעייתית מנקודת המבט של ערכי הליברליזם ("מדינה דמוקרטית").

- 20 שם, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת וילנר.
- 21 שם, בפס' 16, 17, 39, 41, 42, 70, 127 לפסק דינו של השופט שטיין.
- 22 שם, בפס' 3, 10, 11, 15 לפסק דינה של השופטת כנפי־שטייניץ.
- 23 שם, בפס' 1, 2, 20, 43 לפסק דינה של השופטת רונן.
- 24 שם, בפס' 7, 15, 21, 35, 53 לפסק דינו של השופט כשר.
- 25 שם, בפס' 27, 84 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.
- 26 מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 102-105.
- 27 מנחם מאוטנר "הוויכוח בין מנחם אלון לבין אהרן ברק על הזהות התרבותית של המשפט הישראלי" הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון 109 (אריה אדרעי ואח' עורכים 2018).

## שלטון החוק

הוויכוח בשאלת הערכים צף ועלה בפסק הדין גם במסגרת השימוש שעשו חלק מהשופטים במושג שלטון החוק.

השופטים שסברו כי יש לפסול את תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה נימקו זאת בין השאר בכך שהתיקון פוגע קשות בעקרון שלטון החוק משום שהוא משחרר את פעולות הממשלה, ראש הממשלה והשרים מפיקוחה של עילת הסבירות.<sup>28</sup> נימוק זה הוא ברוח העיקרון השני של מושג שלטון החוק שהציע אלברט ון דייסי בספרו הגדול "הקדמה ללימוד המשפט החוקתי", שפורסם לראשונה בשנת 1885: העיקרון של שוויון הכול לפני החוק, היינו שכל אדם, בלא קשר למעמדו או לתפקידו, החל בראש הממשלה וכלה בפקיד מינהל זוט, כפוף לדרישות החוק ולסמכותם של בתי המשפט.<sup>29</sup>

קיימת תפיסה שלפיה כדי שעקרון שלטון החוק יתקיים נדרש שהחוק יהיה ודאי מבחינת תכניו, באופן שהאזרחים נמעני החוק יוכלו להתאים את התנהגויותיהם להוראות החוק בלא להוליד תגובה פוגענית מטעם המדינה. תפיסה זו מזוהה בין השאר עם לון ל' פולר<sup>30</sup> ועם פרידריך הייק.<sup>31</sup>

ברוח התפיסה הזאת, יוסף רז כותב שעל פי עקרון שלטון החוק "נדרש שהחוק יהיה כזה שבני אדם יוכלו להיות מונחים על ידי תכניו. [...] אם יש לציית לחוק, על החוק להיות מסוגל

28 עניין הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 97, 158-175 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות; שם, בפס' 8, 83 לפסק דינו של השופט עמיה; שם, בפס' 34, 43 לפסק דינה של השופטת רונן; שם, בפס' 9, 27 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן; שם, בפס' 1 לפסק דינה של השופטת ברוך; שם, בפס' 76 לפסק דינו של השופט גרוסקופף; שם, בפס' 28 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. ראו גם שם, בפס' 26 לפסק דינו של השופט כשר.

A. V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION, part II (8th ed. 1915) 29

LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW, part II (1964) 30

FRIEDRICH A. HAYEK, THE CONSTITUTION OF LIBERTY, chapter 14 (1960) 31

להנחות את ההתנהגויות של אלו שאליהם הוא מופנה. על החוק להיות כזה שנמעניו יהיו מסוגלים לאתר את תכניו ולפעול על פיהם".<sup>32</sup>

ברוח דומה, ג'רמי וולדרון כותב ש"תיאוריות שמדגישות את הוודאות המשפטית, יכולת הניבוי, היכולת ליישב סכסוכים, הדטרמיניויות והזמינות של הנורמות החלות בחברה, והצורך בכך שהנורמות יוכלו להיות מופעלות על ידי המדינה באופן פשוט יחסית – הן בין התיאוריות המשפיעות ביותר באשר למושג שלטון החוק". עוד מוסיף וולדרון:

על פי התיאוריות האלה, הדבר החשוב ביותר שהחוק צריך לספק לבני האדם שהוא חל עליהם הוא ודאות ויכולת ניבוי בעת שהם מנהלים את חייהם ואת עסקיהם. [...] הידיעה מראש כיצד החוק יפעל מאפשרת לתכנן תוכניות ולפעול בהתאמה לדרישות החוק. [...] שלטון החוק מופר כאשר נורמות המוחלות על ידי אנשי המדינה אינן תואמות לנורמות שפורסמו עבור האזרחים, או כשאנשי המדינה פועלים על פי שיקול הדעת האישי שלהם, ולא בהתאם לנורמות שנקבעו מראש.<sup>33</sup>

תפיסה זו היא במסורת הפוזיטיביזם של ג'ון אוסטין (החוק כ"פקודה") ויה.ל.א. הארט (החוק כעובדה שאפשר לזהותה בקלות),<sup>34</sup> ואם היא תהא התפיסה של מושג שלטון החוק שאותה נאמץ, כי אז ייקלעו שופטי בית המשפט העליון לסתירה קשה. שהרי בניגוד לתפיסה האמורה של שלטון החוק, בפסק הדין בעניין הסבירות אפשר למצוא לא פחות מארבע גישות שונות בקרב 15 שופטיו של בית המשפט: א. לבית המשפט סמכות לבטל חוקי יסוד, ויש לבטל את תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה (השופטים חיות, עמית, רונן, פוגלמן, כבוב, ברון, גרוסקופף, ברק-ארז); ב. לבית המשפט סמכות לבטל חוקי יסוד, אולם לא קיימת הצדקה לעשות שימוש בסמכות הזאת לשם ביטולו של תיקון מס' 3 (השופטים אלרון, כנפי-שטייניץ וכשר); ג. לבית המשפט אין סמכות לבטל חוקי יסוד (השופטים מינץ וסולברג); ד. לבית המשפט סמכות לבטל חוקי יסוד, אולם כשמדובר בתיקון מס' 3 יש לפעול בדרך של הפעלת פרשנות מקיימת, שעל פיה התיקון החקיקתי ייקרא כמורה שיש

Joseph Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, in *THE AUTHORITY OF LAW* 210–214 (1979): ההדגשה במקור. 32

Jeremy Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, in *GETTING TO THE RULE OF LAW – NOMOS L 3*, 21 (James E. Fleming ed., 2011) 33

34 ראו גם מאוטרנר *משפט ותרבות בישראל*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 75–77.



לבטל את דוקטרינת הסבירות האיזונית, אך להשאיר בתוקפה את דוקטרינת הסבירות במובן של מופרכות (השופטים וילנר, שטיין, וכנפיישטייניץ; בפסקה האחרונה לפסק דינו השופט סולברג מקבל גישה זו גם כן).

יתר על כן, בין השופטים קיים חוסר הסכמה באשר להיסטוריה של דוקטרינת הסבירות במשפטנו. חלק מהשופטים סברו שפסק דין **דפי זהב** היה פסק דין מהפכני שסימן קו פרשת מים בהתפתחות הדוקטרינה, היינו הוא פתח תקופה חדשה באשר לתוכני הדוקטרינה.<sup>35</sup> לעומת זאת, שופטים אחרים הציגו את פסק דין **דפי זהב** כשלב אחד נוסף בהתפתחות הדוקטרינה במשפט הישראלי; היינו על פי שופטים אלו החלוקה של ההיסטוריה של דוקטרינת הסבירות לשתי תקופות – תקופת **ונסברי** (סבירות במובן של מופרכות) ותקופת **דפי זהב** (הסבירות האיזונית) – היא שגויה, ויש לראות את ההיסטוריה של הדוקטרינה בשבעים וחמש שנות המשפט כהיסטוריה של התפתחות אורגנית אחת.<sup>36</sup>

ואם לא די בכך, שופטי הרוב, שביססו את החלטתם בין השאר על הפגיעה של תיקון מס' 3 בעקרון שלטון החוק, צידדו בהמשך קיומה של דוקטרינת הסבירות האיזונית, אולם בדוקטרינה הזו טבועה איזודאות קשה, משום שהיא אינה מסוגלת לומר מראש אילו שיקולים צריך בית המשפט לשקול כאשר הוא מפעיל את מבחן הסבירות ומה המשקל שעליו לתת לכל אחד מהשיקולים האלה.<sup>37</sup>

התפיסה הפוזיטיביסטית של מושג שלטון החוק באה לידי ביטוי גם בפסק דינו של השופט שטיין, המכתיר את גישתו בשם "משפט כעובדה", ואומר עליה כי היא "נטועה במסורת הפוזיטיביסטית".<sup>38</sup> השופט שטיין כותב כי

35 עניין הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 12-14, 44 לפסק דינה של השופטת וילנר; שם, בפס' 41 לפסק דינו של השופט עמיה; שם, בפס' 19, 21 לפסק דינה של השופטת כנפיישטייניץ; שם, בפס' 15 לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן; שם, בפס' 52 לפסק דינו של השופט כבוב; שם, בפס' 186 לפסק דינו של השופט סולברג.

36 שם, בפס' 127 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות; שם, בפס' 10, 15 לפסק דינה של השופטת רונן.

37 ראו יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" משפטים נא 673, 675, 683 (החשפ"ב).

38 עניין הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 22 לפסק דינו של השופט שטיין.

תוכנו של הדין אינו יכול להיות תלוי ברצונותיו ובערכיו האישיים של השופט או בערכיהם של האזרחים הטובים עמהם השופט מזדהה – יהיו נאורים ונעלים ככל שיהיו. מסכת הדינים שהשופט נדרש להפעיל וליישם בפסיקתו חייבת להימצא בעובדות המשפט שאינן תלויות בשופט. השאלה "מה אומר הדין בעניין כזה או אחר?" היא שאלה עובדתית שצריכה לקבל מענה עובדתי.<sup>39</sup>

בהמשך כותב השופט שטיין:

תוצאו את הפורמליות מתוך הפרקטיקה החברתית שנקראת "משפט" ותמצאו את עצמכם במהרה בתוך פרקטיקה אחרת לחלוטין, שבמסגרתה מתקבלים ונאכפים החלטות ופסקי דין של שופטים המבוססים על "נראה לי" ועל "לא נראה לי" – כאשר איש-איש לפי דרכו את הישר בעיניו עושה (במקרה הטוב).<sup>40</sup>

ועם זאת, בהמשך אומר השופט שטיין שכוח החקיקה של הכנסת כפוף לעקרונות הכרזת העצמאות, "כדוגמת צדק, שוויון ומדינה יהודית", ואולם עקרונות אלה צריכים להיות מופעלים גם על ידי בית המשפט, שאמור להפעיל ביקורת שיפוטית "במקרים של חריגה ברורה מכל המובנים המקובלים של אותם עקרונות כלליים".<sup>41</sup> משמע: גישת ה"משפט כעובדה" של השופט שטיין קורסת לנוכח העובדה שהמשפט מורכב, בין השאר, מנורמות פתוחות מהסוג של סטנדרט.<sup>42</sup>

אכן, השופט סולברג מצוין, בצדק, כי השופט שטיין "מבקר את המבקשים להסתמך על 'עקרונות מופשטים' ובלתי כתובים, אך בסופו של דבר, גם חברי מעמיד את התשתית העל-חוקתית כולה, על עקרונות מופשטים: 'צדק', 'חירות', וכיוצא באלה". התוצאה, לפי השופט סולברג, היא שהעקרונות ה"עמומים" וה"מופשטים" של השופט שטיין "מאפשרים לשופט היושב בדיון, להגיע לכל תוצאה שבה יחפוץ. אם כך ננהג, נמצאנו ממירים את שלטון

39 ש.ס.

40 ש.ס, בפס' 59.

41 ש.ס, בפס' 70.

42 מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (התשמ"ח).

החוק והמשפט בשלטון השופט". והשופט סולברג מוסיף כי "ביקורת שיפוטית מכוח עקרונות עמומים ומופשטים, יכולה להתפשט עד בלי די, בלי גבול ומידה. היא מייצרת כוח אבסולוטי לשופט היושב בדין, ובמקביל, מנטרלת את יכולתו של הריבון, העם בישראל, לסטות ימין או שמאל, מבלי שניתנה הסכמת בית המשפט לכך".<sup>43</sup> בנקודה זו רואה אפוא השופט סולברג את המחלוקת שבפסק הדין לא כמחלוקת בין הממשלה ובית המשפט, אלא כמחלוקת שבין העם ובית המשפט.

לאחר שהביא את עיקריה של התפיסה הפוזיטיביסטית של שלטון החוק, ג'רמי וולדרון טוען כי היא אינה מסוגלת להכיל רכיב מרכזי של הפרקטיקה המשפטית, היינו אופיו הארגומנטטיבי של המשפט, ולפיכך נדרשת תפיסה של שלטון החוק שתוכל להביא בחשבון גם את הרכיב הזה של המשפט.<sup>44</sup>

ברוח הדברים האלה, במקומות אחרים טענתי שהמשפט הנוצר ומופעל בבתי המשפט הוא מערכת תרבותית.<sup>45</sup> כמו כן טענתי שתהליכי קבלת ההחלטות המתקיימים בבתי המשפט של המשפט המקובל דומים לתהליכי קבלת ההחלטות על פי דגם התבונה המעשית האריסטוטליאנית.<sup>46</sup> אם מקבלים את התפיסות האלה של המשפט, מבינים שיש להיחלץ מהתפיסות הפוזיטיביסטיות של שלטון החוק, ההולכות בנתיבות של אוסטין והארט, ובהן תפיסתו של השופט שטיין, ולפתח תחתן תפיסות המתאימות לדרכי קבלת ההחלטות במשפט המקובל. תפיסות כאלה לא יצפו שבמשפט של בתי המשפט תימצא תמיד תשובה אחת מוכנה מראש; אלא הן יניחו ששלטון החוק מתקיים במשפט של בתי המשפט במובן של גזירת פתרונות משפטיים מתוך מתחמים מוגדרים של תכנים, המאפשרים דרכים שונות של חשיבה והנמקה, וגם פתרונות משפטיים, שכולם יכולים להיחשב קבילים במסגרת שיטת המשפט, אף כי אינם עומדים באמת המידה של דטרמיניזם, היינו אינם מסוגלים להוליד פתרון משפטי אחד שרק הוא ייחשב הפתרון המשפטי ה"נכון".

43 עניין הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 149-151 לפסק דינו של השופט סולברג.

44 Waldron, לעיל ה"ש 30, בעמ' 22.

45 מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 3, בפרק ב.

46 מנחם מאוטנר "איי-הסכמה בפוליטיקה ובמשפט" ספר אשר גרוניס 395 (קרן אזולאי ואח' עורכים 2022).

## סיומ

פסק הדין בעניין הסבירות צריך לשמש מקור לקורת רוח לכל מי שמבקש להכפיף את הממשלה לערכים הליברליים של בית המשפט. אבל פסק הדין גם מלמד עד כמה נכונה המימרה הוותיקה ש"מי שממנה את השופט הוא הקובע את תוצאות פסק הדין". בשנים הבאות ימונו שופטים חדשים לא מעטים לבית המשפט. מכיוון שהמשפט הנוצר ומופעל בבתי המשפט מצטיין באובייקטיביות, אבל אינו מסוגל לעמוד בדרישת הדטרמיניזם, המינויים האלה הם שיקבעו בסופו של דבר את המשך ההתפתחות של פסיקת בית המשפט העליון. אם לא ננהל מאבק נחוש נגד הניסיון של שר המשפטים ותומכיו להביא להשתלטות פוליטית על הוועדה למינוי שופטים, לא מן הנמנע שהמינויים האלה יהפכו את פסק הדין בעניין הסבירות לזיכרון עמום מן העבר.

**פרופ' מנחם מאוטנר** הוא פרופסור מן המניין (אמריטוס) בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל אביב. תחומי המחקר שלו הם הקשר שבין המשפט והתרבות בישראל, התאוריה הפוליטית הליברלית, הליברליזם בישראל ודיני החוזים.

## כמעט הפיכה משטרית והדמוקרטיה הישראלית עילת הסבירות בהקשרה הפוליטי גייל טלשיר

### פוליטיקה ישראלית – בין פופוליזם בשלטון לדמוקרטיות שכמעט עברו הפיכה

---

החוליות בעמוד השדרה של הדיון החוקתי בישראל בהקשר של "רפורמת המשילות", כפי שכינה אותה שר המשפטים יריב לוין עם הצגתה ב־4 בינואר 2023 מיד עם כינון ממשלת הימין הקיצוני, הלוא היא ממשלת נתניהו השישית, יכולות להיגזר מנקודות הציון של השינויים החוקתיים: המהפכה החוקתית – כלומר כתב הזכויות שנחקק בחלקו ב־1992 וב־1994 ללא חוקי־סוד; החקיקה; חוק הלאום, שהוא גולת הכותרת של ממשלת נתניהו "ימין על מלא" 2015–2019, שבכנס לכבוד חקיקתו בפורום קהלת אמר יריב לוין שההישג הגדול ביותר שלו כשר המקשר בין הכנסת לממשלה היה שהצליח למנוע את כניסת המושגים "יהודית ודמוקרטית" ו"שוויון" אפילו לדברי ההסבר של חוק הלאום;<sup>1</sup> והחוליה

1 פורום קהלת "ח"כ יריב לוין בכנס פורום קהלת בנושא זהותה של ישראל כמדינת לאום" יוטיוב (23.2.2023).

האחרונה – ביטול עילת הסבירות והשבתה על כנה – הגלגול החוקתי של השנה הראשונה של ממשלת ההפיכה, שעליו אמר לוין ש"השופטים לוקחים לידיהם את כל הסמכויות"<sup>2</sup>, ושהחלטה ברוב עצום של 13 מתוך 15 שופטים שבית משפט עליון יכול לדון ולפסול חוקי יסוד אם הם פוגעים בהיותה של ישראל יהודית או דמוקרטית, היא למעשה מהפכה חוקתית שנייה, כפי שהגדיר זאת אחד הפרשנים.<sup>3</sup> קו ניתוח כזה מתמקד בביטול עילת הסבירות כחלק מהוויכוח החוקתי בפריזמה המשפטית. הוא משלים למעשה את הדיון בדמוקרטיה ש"כמעט עברו הפיכה" – Near-Miss Democracies – של גינזבורג והאק (2018), הטוענים במסקנות של מאמרם כי –

באופן פרדוקסלי, המקרים של כמעט־הפיכה במשטרים דמוקרטיים שחקרנו מדגישים את תפקידם של אליטות פוליטיות ומוסדות בלתי נבחרים – בתי משפט, פיקוד צבאי בכיר וועדות הבחירות – בסיכול המהלכים של מנהיגים סמכותניים המבקשים להביא לשחיקה דמוקרטית.

[Paradoxically, the experiences of democratic near misses that we have explored underscore the role of political elites and nonelected institutions—courts, military commanders, and election administrators—in decisively repudiating authoritarian leaders bent on democratic erosion.]<sup>4</sup>

גינזבורג והאק בדקו שלוש מדינות (פינלנד, קולומביה וסרי לנקה) שבהן היו הדמוקרטיות כבר במסלול של שינוי משטרי, ומי שבלם את השינויים היו בתי המשפט, הבירוקרטיה או האליטות המפלגתיות. כך, ביטול עילת הסבירות בידי שופטי בית המשפט העליון יכול בהחלט להוביל למסקנה שגם בישראל היו אלו השופטים ופסיקתם הכפולה – האחת שברוב עצום של 13 מתוך 15 מעגנת את יכולתו של בית המשפט העליון לדון, ואף לפסול חוקים הפוגעים בליבת ישראל כיהודית וכדמוקרטית, והשנייה – ביטול חוק היסוד היחיד שעבר, עילת הסבירות – שסיכלו את ההפיכה המשטרית של ממשלת נתניהו השישית.

2 מורן אזולאי וטובה צימוקי "לוין: השופטים לקחו את כל הסמכויות". לפיד: 'אם המריבה תחודש – הממשלה לא למדה כלום מ־7/10'" ynet (1.1.2024).

3 ישי כהן "המהפכה החוקתית השנייה רשומה על שמו של יריב לוין" X (לשעבר טוויטר) (1.1.2024).

4 Tom Ginsburg & Aziz Huq, *Democracy's "Near Misses,"* 29 (4) JOURNAL OF DEMOCRACY 16–30 (2018)

ואולם, במאמר זה אני רוצה לטעון כי בישראל תנועת המאבק האזרחית היא שהובילה לעצירת ההפיכה המשפטית, והיא שהנכיחה למעשה את עוצמת השינוי, את היותו הפיכה משטרית, ובכך נתנה את הרוח הגבית לבית המשפט העליון לפסוק פסיקה יסודית כל כך הנוגעת לשורשי הביקורת השיפוטית והאיזונים והבלמים על הכנסת והממשלה. כלומר, שההתנגדות להפיכה המשטרית היא שאפשרה פסיקה רדיקלית כל כך, שיש מי שהגדירה מהפכה חוקתית שנייה. הסיבה להצלחתה של תנועת ההתנגדות הייתה ההבנה שלא מדובר כאן בעוד מחאה פוליטית משמאל נגד ממשלת ימין, אלא בזיהוי של הפרויקט של ממשלת נתניהו עם שינוי משטרי, שהוא שונה שוני מהותי ממחלוקות אידאולוגיות ומדיניותיות רגילות בדמוקרטיה. זיהוי זה כלל שני מרכיבים. האחד, הזיהוי שנתניהו הוא חלק מהתופעה שאורבינטי קוראת לה *populism in power*,<sup>5</sup> תופעה המתארת מנהיגי מפלגות שלטון ימניות מתונות בדמוקרטיות שהחליטו להוביל את מפלגתם – ואת מדינתם – לכיוון של פופוליזם לאומני ימני קיצוני במעטה אידאולוגי של מאבק עממי נגד האליטות "הבלתי נבחרות", כלומר למען דמוקרטיה עממית המבקשת לנתץ את המוסדות המתנווכים – הברוקרטיה, התקשורת הציבורית, המערכת המשפטית וארגוני החברה האזרחית – הכלולים ברעיון מדינת הצללים (*deep state*).

המרכיב השני הוא הזיקה שבין השינוי המשטרי שהוביל אורבן, חברו הטוב של נתניהו, בהונגריה במשך עשור – מה שכיניתי "הפרוטוקול ההונגרי",<sup>6</sup> לבין המהלכים שביקשו לייצר נתניהו ושריו ברוח אורבן, שהכריז: "החלפנו את הספינה הרעועה של דמוקרטיה ליברלית בדמוקרטיה נוצרית המתאימה למאה ה-21".<sup>7</sup> כלומר, יצירת יהודוקרטיה – מדינה דתית קיצונית בחסות הפיכה שלטונית ומשטרית המתחזה לעממית – כלומר דמוקרטיה – יותר. נתניהו הוא רק אחד ממועדון המנהיגים הפופוליסטים בדמוקרטיות – שאליו משתייכים גם טראמפ, אורבן, בולסנרו, מודי וארדואן – שהובילו מהלכים דומים של שינוי משטרי מתוך דמוקרטיות לכיוון של ריכוז סמכויות בידי הרשות המבצעת וקעקוע שומרי הסף. השינויים החוקתיים הם אומנם הליבה – אבל רק נדבך אחד – מתוכנית השינוי המשטרי.

5 "We have replaced a shipwrecked liberal democracy with a 21st-century Christian Democracy" ראו Nadia Urbinati, *Political Theory of Populism*, 22 ANNUAL REVIEW OF POLITICAL SCIENCE 111-127 (2019)

6 גייל טלשיר "ההפיכה המשטרית: הפרוטוקול ההונגרי בישראל" יוטיוב (16.3.2023).

7 Darko Janjevic, *Orban: Era of "Liberal Democracy" is Over*, DW (5.10.2018)

## מהפכה משפטית לעומת הפיכה משטרית

אחד הוויכוחים המושגיים שניטש בתחילת בנייתה של ההתנגדות האזרחית למהלכי ממשלת נתניהו הוא הוויכוח אם מדובר במהפכה משפטית או בהפיכה משטרית. אם חוליות השינוי הן הקרבות על חוקי היסוד – כבוד האדם וחירותו והמהפכה החוקתית, המאבק על המשפטיות והחוקתיות: הלאום והמאבק על פסקת ההתגברות – ראוי היה אכן לכנות זאת מהפכה חוקתית ומהפכת נגד חוקתית. מהפכות הן תהליכי עומק המתרחשים בחברה ומתפרצים לפוליטיקה. לפי סקוצ'פול למשל, מהפכות הן "תמורות בסיסיות ותכופות של מבנה המעמדות והמדינה בחברה, המלוות ומובלות, לפחות בחלקן, על ידי מרידות מעמדיות מלמטה"<sup>8</sup>.

ואולם, המאפיין הדומיננטי של תכנית העבודה של ממשלת נתניהו השישית היה השוני המהותי בינה לבין ממשלות נתניהו הקודמות: התוכנית לשינוי משטרי בכל הפרמטרים של הפרוטוקול ההונגרי בעת ובעונה אחת: החלשת מערכת המשפט, השתלטות על התקשורת הציבורית, דהילגיטימציה של ארגוני חברה אזרחית, אקדמיה ותרבות, מתוך שימוש בהדתה, בסירוס השירות הציבורי ובשינוי כללי הבחירות. מאפיין זה ניכר כמובן גם ב"רפורמת המשילות" של לוי, שהוקצבו לה שלושה חודשים – מתחילת ינואר עד פסח – לתהליכי חקיקה מחדש של חוקי יסוד. אלמנט ההפתעה והניסיון לשינויים מבניים בזמן קצר מאוד מתאימים יותר להפיכה, בעיקר משום שיש כאן שינוי משטרי ולא רק תהליכים פנימיים בתוך משטר קיים. כלומר, בהקשר של הוויכוח המשפטי על חוקי יסוד, הימין השמרני רואה במהפכה החוקתית שהוא מייחס לנשיא בית המשפט העליון בדימוס ברק מהפכה חוקתית, ולפיכך המהלכים של ממשלות ימין לבלום את המהפכה הזאת – באמצעות חוק הלאום וביטול עילת הסבירות – הם מהפכת נגד – מהלך אופייני לשמרנות ריאקטיבית. ואולם, ניתוח כולל של כל החזיתות שבהן ביקשה ממשלת נתניהו השישית להוביל שינוי מהותי – הענקת סמכויות בלתי מוגבלות לרשות המבצעת ולראש הממשלה

<sup>8</sup> "Rapid, basic transformations of a society's state and class structure, accompanied and in part carried through by class-based revolts from below" THEDA SKOCPOL, STATES AND SOCIAL REVOLUTIONS: A COMPARATIVE ANALYSIS OF FRANCE, RUSSIA AND CHINA 287 (1979)



אגב החלשת המערכות המשפטיות, התקשורתית, האזרחית, התרבותית ושירות המדינה – מדובר כאן בהפיכה משטרית כוחנית ואינטנסיבית, שביקשה לעשות מחטף ולהביא לשינויים מבניים שלא יהיה אפשר עוד להסיגם אחור. כלומר – הפיכה משטרית.

## עילת הסבירות במתווה לוי־נתניהו

כדי להבין את ביטול עילת הסבירות – ופסילתו – יש למקמו בתוך המתווה של נתניהו־לוי. בהצגתו ב־4 בינואר 2023 אמר לוי שהצורך במתווה נובע מהפער בין הבחירה הדמוקרטית של העם לבין מערכת המשפט, שלטענתו התערבותה "בהחלטות הממשלה ובחקיקת הכנסת דרדרו את האמון במערכת המשפט לשפל מסוכן, הביאו לאובדן משילות ולפגיעה בדמוקרטיה"<sup>9</sup>. מטרת המתווה לפי יוצריו היא אפוא לחזק את הדמוקרטיה ולהשיב את האיזון בין הרשויות. היחסים בין הרשויות הם כמובן עניין משטרי. ארבעת הצעדים בשלב הראשון של "הרפורמה" היו אמורים להיות שינוי הרכב הוועדה למינוי שופטים, העברת פסקת ההתגברות ברוב רגיל, ביטול עילת הסבירות וחוק היועמ"שים – ממקצועיים לנאמנים לממשלה שמינתה אותם. מכאן, ביטול עילת הסבירות הוא רק השלישי בשלבי השינוי המשטרי המוצע. ואם כך, מה מקומו בתוכו? במבט תוך־משפטי מדובר בשלילת אחד הכלים של המשפט המינהלי. ואולם בראייה משטרית, ביטול עילת הסבירות מאפשר למעשה לבטל ביקורת או פיקוח של מערכת אכיפת החוק על מינויים לא ראויים של הרשות המבצעת – מינויים שאינם עומדים בקריטריונים ובאמות מידה מקצועיות, ובקיצור, הופכים את הממשלה לכל יכולה במינוי נאמנים לה ומקעקעים את המקצועיות של שירות המדינה ושל מינויי בכירים. כלי מרכזי של ריכוז הסמכויות, העוצמה והשררה בידי מנהיג כל יכול וממשלתו בהפיכה משטרית.

ובכל זאת, ברור שליבת "הרפורמה" הייתה הניסיון להשתלט על הוועדה למינוי שופטים, כדי שנציגי הממשלה והכנסת – כלומר למעשה רוב של הקואליציה – ישלטו בוועדה. ביטול שיטת הסניוריטי היה אמור להיות פועל יוצא של המהלך הזה, וגם מינוי של שופטי עליון שמרנים במקום שתי השופטות העליונות שפרשו באוקטובר – חיות וברון, מה שהיה אמור

9 ערוץ הכנסת "רפורמת המשפט של שר המשפטים יריב לוי" יוטיוב (5.1.2023).

להבטיח רוב שמרני לעשרות שנים. השופטים המוצעים – לאורך כל התקופה, גם במהלך מלחמת עזה, אחרי 7 באוקטובר – הם ד"ר אביעד בקשי וד"ר רפי ביטון – אותם שניים שלוין הודה להם ב־4 בינואר 2023 על שניסחו את ה"רפורמה" המשפטית.<sup>10</sup> כל זאת, נוסף על בלימת האפשרות של בית המשפט העליון לפסול חוקים (בהצבת תנאים של הרכב מלא ורוב מיוחס) ושליטת האפשרות של בג"ץ לדון בחוקי יסוד, היה אמור לגדוע את יכולות הביקורת השיפוטית ולסרס את בית המשפט העליון – הבלם היחידי על השרירותיות של הכוח של ממשלה, שיש לה, במבנה הישראלי, רוב אוטומטי בכנסת. כלומר, בלימת השינויים המבניים האלה היו העצירה המשמעותית של ההפיכה המשטרית. עילת הסבירות הייתה פרס הניחומים של ממשלת ה־64, וגם הוא ניטל ממנה לבסוף בפסיקת בג"ץ. ואכן, בפסק הדין דנה הנשיאה היוצאת חיות בהקשר הדברים של תגובת היועמ"שית – שביטול עילת הסבירות "מעלה קשיים מהותיים היורדים לשרש הפרדת הרשויות, העצמאות השיפוטית, והמקצועיות של הרשות השופטת, ההגנה על זכויות הפרט, שלטון החוק והשמירה על מינהל תקין".<sup>11</sup> בתיאורה של הנשיאה היוצאת מובלטת גם "המחאה הציבורית רחבת ההיקף נגד התכנית לשינוי מערכת המשפט", ונאמר גם שהדיון שהתקיים בעילת הסבירות בוועדת החוקה חוק ומשפט אחרי כישלון השיחות בבית הנשיא, נעשה תחת הצעת "חוק יסוד – חיזוק הפרדת הרשויות".<sup>12</sup> כלומר, פסק הדין של בית המשפט העליון עוסק גם במחאה נגד ההפיכה המשטרית וגם בניסיון לבטל את עילת הסבירות כחלק מהדיון המשטרי בהפרדת רשויות.

## ההתנגדות האזרחית ושינויי החקיקה

המאבק העיקרי בהפיכה המשטרית היה המאבק נגד שינוי שיטת מינוי השופטים. מופע האימים התרחש בוועדת החוקה חוק ומשפט בניצוחו של י"ר הוועדה, שמחה רוטמן,

10 ניתוח תפקידו של אביעד בקשי: גייל טלשיר "האביר האפל של ההפיכה המשטרית" הבריקדה של אטילה שומפלבי (יוני 2023).

11 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024).

12 שם, בעמ' 12.

מחבר הספר "מפלגת בג"ץ – כיצד כבשו המשפטנים את השלטון בישראל"<sup>13</sup>, לצד הזירה הפרלמנטרית, עיקר ההתנגדות הייתה בחברה האזרחית. לפי חנוויץ' וסטפן מאבקים מוצלחים מתאפיינים ביציאת 3.5% מהאוכלוסייה לרחובות ובמאבק בלתי אלים.<sup>14</sup> אבל גם כאן הנתונים הם על מאבקים בתוך משטר ולא לשינוי משטרי. בישראל, בתוך חודשים ספורים, הגיעו השיעורים למעל 7.5% במצטבר, מאבק אזרחי נחוש שבת אחרי שבת.<sup>15</sup> מאבק זה לווה במופעי מחאה של גרעינים רדיקליים יותר שהובילו "ימי שיבוש" ופעולות ייחודיות גם בימות השבוע. כך, תוצאות הבחירות של 2022 מבחינת גושי המצביעים היו בדיוק חצי-חצי בין גוש הימין וגוש המרכז-שמאל. מבחינת מפת המנדטים היה לממשלה רוב של 64 ח"כים בגלל גובה אחוז החסימה, שמרצ ובל"ד לא עברו אותו. אבל המחאה האזרחית כבשה את הסמלים הקונצנזואליים של ישראל: הדגל, ההמנון ומגילת העצמאות, וכך כבשה מחדש את הקונצנזוס הישראלי – בניגוד לרוב הקואליציוני. הנקודה הארכימדית שבה הפכה המחאה הציבורית ממאבק של מרכז-שמאל למאבק כלל-ישראלי הכולל גם את הימין הייתה ההכרזה של נתניהו שיפטר את שר הביטחון גלנט. זה קרה לאחר שראש הממשלה אסר עליו להעביר סקירה ביטחונית על השלכות ההפיכה המשטרית ושינוי הוועדה למינוי שופטים על ביטחון ישראל בסוף מרץ. אירוע זה – המכונה "ליל גלנט" – היה אפוא השלב שבו הצטרפו למאבק גם חלקים גדולים מהימין – שאולי היו בעד רפורמה משפטית כזאת או אחרת, אבל התנגדו להשלכותיה הביטחוניות והכלכליות ולקרע בעם. בלימת הבאת השינויים בוועדה למינוי שופטים לקריאה שנייה ושלישית בכנסת ובלימת הדיון בפסקת ההתגברות, שהוצגה כקו האדום של התנגדות ההמונים להפיכה המשטרית, הובילה לדיונים בבית הנשיא. משנכשלו הדיונים האלה, והסכמות רחבות לא הושגו, נותר ביטול עילת הסבירות פרס הניחומים של ממשלת ה-64. דווקא משום שנחשב שינוי מינהלי ולא מהותי, מחד גיסא, וחקיקתו מנעה עלבון והשפלה פומבית לממשלה לגיטימית שיש לה רוב קואליציוני מוצק, מאידך גיסא, לא הייתה דרך לשכנע חברי כנסת מהקואליציה שלא לתמוך בו. ביטול עילת הסבירות נתפס כליטרת הבשר שהושלכה אל הממשלה כדי שלא להשפילה. בא בית המשפט העליון וגזל גם את כבשת הרש.

13 שמחה רוטמן מפלגת בג"ץ: כיצד כבשו המשפטנים את השלטון בישראל (2019).

ERICA CHENOWETH & MARIA STEPHAN, WHY CIVIL RESISTANCE WORKS: THE STRATEGIC LOGIC OF NONVIOLENT CONFLICT (2011) 14

Barak Medina, *Legal Challenges of Mass Demonstrations: The Case of Israel*, 15 SSRN (24.9.2023)

## ביטול עילת הסבירות - השלכות משטריות ופוליטיות

במפגש שנערך בסוף אוגוסט 2023 עם נשיאת בית המשפט העליון לשעבר השופטת בייניש ומשפטנים בכירים רווחה ההערכה שהתקדימים של הפסיקה והנסיבות המיוחדות של חברה מקוטבת לא יאפשרו לבית המשפט העליון לפסוק פסיקה כוללת, ושההרכב המלא יסתפק בדחיית תחולה, צמצום הפרשנות של החוק או בהצבעה על כלים מינהליים אחרים שיעמדו לרשות בית המשפט. כיצד קרה אפוא שבתחילת ינואר 2024 לא רק שנפסל ביטולה של עילת הסבירות, אלא שרוב של 13 שופטים מ־15 פסקו כי במקרים של פגיעה בליבה המכוננת של ישראל, בהיותה יהודית או דמוקרטית, בית המשפט רשאי לדון – ולבטל – חוקים הסותרים אותה? התשובה נמצאת בפער שבין מהפכה חוקתית לבין הפיכה משטרית. דווקא הניסיון לחולל שינויים בכמה חוקי יסוד ובזמן קצר כל כך, במושב כנסת אחד, המחישו את הנחישות לתקן תיקון חוקתי שאין דרך לפרשו אלא כשינוי משטרי. השופטים היושבים בדין פסקו, כדברי הנשיאה היוצאת חיות –

כי באותם מצבים קיצוניים שבהם הכנסת כוננה או שינתה חוק יסוד באופן שיש בו משום שלילה או סתירה חזיתית של המאפיינים הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – יש להכיר בסמכותו של בית משפט זה לקבוע כי הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת וכי אין מדובר בנורמה חוקתית תקפה.<sup>16</sup>

כלומר, בית המשפט העליון דן גם בשאלת סמכותו לדון בחוקי יסוד וגם בסמכותו לבטל חוקים, והוא גם ביטל בפועל את חוק היסוד ששונה והחזיר את עילת הסבירות לארגז הכלים, בשל ההכרה שהייתה בכך התקפה חזיתית על המאפיין הגרעיני – והמשטרי – של ישראל כדמוקרטיה. השימוש בקידומת "חוק יסוד" לכל חוק שהממשלה רוצה לחוקקו כדי שלא יעמוד בפני ביקורת שיפוטית – נהפך לתקדים שכונה אחר כך "המהפכה החוקתית השנייה על שם יריב לוי".

16 גלעד מורג, מורן אזולאי וטובה צימוקי "תקדים היסטורי: בג"ץ פסל את ביטול עילת הסבירות" *ynet* (1.1.2024).

אולם מה ההשלכות הפוליטיות והמשטריות של פסיקת בית המשפט העליון? בית המשפט העליון ביושבו בהרכב מלא היה יכול להתייחס לעילת הסבירות גופא – לסעיף השלישי ב"רפורמת המשילות" של לוי. אולם הוא בחר להתמודד חזיתית עם הסעיף השני של השלב הראשון של הרפורמה – עיגון למעשה של סמכותו של בג"ץ לדון בחוקי יסוד, לדון ולפסול חוקים – כל עוד הם נוגעים לשלילת הליבה של ישראל כיהודית – או במקרה זה – כדמוקרטית. השופטים התעלו להבנה המכלולית של ההפיכה המשטרית ופסלו את השימוש לרעה בחוק יסוד ככלי המאפשר שרירותיות של מינויים וצבירת שררה וכוח בידי ממשלה ללא מגבלות: "מדובר אך בביטוי אחד לכוח הרב והבלתי־מוגבל כמעט המרוכז בידי הרוב השולט בישראל. על כן, בהעדר מערכת אפקטיבית של איזונים ובלמים, הביקורת השיפוטית מהווה למעשה המגבלה האפקטיבית היחידה על כוח זה". מבחינה זו – השבת עילת הסבירות שתמה את הגולל על ההפיכה המשטרית באמצעות תקדים חוקתי שהתאפשר הודות למאבק אזרחי ממושך ולהתנהגות כוחנית, ואף בריונית, של הקואליציה, ובעיקר של ועדת החוקה, חוק ומשפט. מבחינה פוליטית יש מי שמרגישים כי זאת גזלת כבשת הרש: שהחוק השולי מבין כל חוקי ההפיכה, שהיה אמור להיות השה המוקרב לעולה כדי שלא לייצר תחושת השפלה ועלבון של מי שמרגיש שהוא בוחר בקלפי אבל מדיניות נבחריו בדין נבלמת על ידי גורמים בלתי נבחרים שהפסידו בבחירות – מסמן את העמקת הקרע בעם ואת שובו של הקרב מיד בתום מלחמת עזה. כלומר, שהפסיקה רק הצדיקה את התזה של שלטון בית המשפט העליון והשמאל גם כשהם באופוזיציה. תאוריית מדינת הצללים קיבלה לפי טענה זו הוכחה ניצחת.

ואולם יש גם אפשרות אחרת: שדווקא המאבק האזרחי בהפיכה, שלא היה מאבק של שמאל בימין, אלא של הרוב הקונצנזואלי הרוצה לראות בישראל גם יהודית וגם דמוקרטית – ואינו רואה בהן מהויות סותרות (בבחינת או יהודית או דמוקרטית) – שהרוב הזה ישכיל לגבש, עם היבחרה של ממשלה חדשה, קרוב לוודאי ממשלת אחדות שלאחר המלחמה, הסכמות רחבות על חוקתה של ישראל: לא רק חוקי־יסוד: חקיקה שיעגן את פסיקת בג"ץ ויקבע כי במקרים של פגיעה בליבה היהודית והדמוקרטית מותר לבית המשפט העליון לדון ולפסול שינויי חקיקה, אלא גם יעגן את אופייה הדמוקרטי של ישראל בחוקי־יסוד: שוויון. השופטים עשו את חלקם בהגנה על משטרה הדמוקרטי של ישראל, עכשיו נותר להביא לבחירות ולעגן חוקתית כללי משחק דמוקרטיים כדי שהפיכה משטרית לא תהיה אפשרית עוד.

ד"ר גייל טלשיר היא מרצה בכירה במחלקה למדע המדינה באוניברסיטה העברית בירושלים וחוקרת אידאולוגיות פוליטיות.

## כמיהתם של שופטי בית המשפט העליון לפשרה ולהסכמות רחבות רון אברהם | שחר ליפשיץ

### מבוא

שנת 2024 נפתחה בטלטה משפטית: בג"ץ פסל את התיקון לחוק יסוד: השפיטה וביטל למעשה את ביטולה של עילת הסבירות.<sup>1</sup>

שנה לפני כן, ב־4 בינואר 2023, הציג שר המשפטים יריב לוין את "הרפורמה המשפטית", תוכנית אשר כוונה לדבריו לחיזוק הדמוקרטיה וכללה שלבים רבים, בהם חיקוק פסקת התגברות, שינוי הרכב הוועדה למינוי שופטים, ביטול עילת הסבירות והפיכת תפקידי הייעוץ המשפטי למשרות אמון. התוכנית ספגה ביקורת רבה וכונתה בפי מתנגדיה "הפיכה משטרית של ממש" אשר מאיימת על יסודותיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל. במסגרת

\* תודה לאיתמר כהן על העזרה בכתיבת המאמר.

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: בג"ץ הסבירות).

תוכנית זו העבירה הקואליציה ב־24 ביולי 2024 את תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה, אשר נועד לבטל את עילת הסבירות. התיקון אושר בכנסת ברוב של 64 חברי הקואליציה. חברי האופוזיציה החרימו את ההצבעה.

הנרטיב שהתגבש בעקבות הפסיקה הוא שרוב גדול של שופטי בג"ץ, כולל רוב השמרנים, סוברים שניתן לבקר את חוקי היסוד למרות היעדרה של מסגרת חוקתית בהירה שמאפשרת זאת. פחות בולטת היא העובדה שכמעט כל שופטי הרוב אמרו, או רמזו, כי ייתכן שהיו דוחים את העתירה ומעדיפים אולי פרשנות מקיימת אילו התיקון לחוק היסוד היה מתון יותר.

יש המתארים את בית המשפט כמקום גרוע לפתרון סכסוכים חברתיים ערכיים, אם בשל העדיפות הטבועה של הרשות המחוקקת, שבה מיוצג העם באופן מלא יותר, ואם בגלל אופי החלטותיו הבינרי של בית המשפט וחוסר יכולתו, לעיתים קרובות, לפסוק "על דרך הפשרה" בשאלות חוקתיות.<sup>2</sup> ברשימה זו ננסה לבסס את הטענה שבד בבד עם ההחלטה הבינרית של בית המשפט, הביעו השופטים והשופטות כמיהה להסכמה רחבה מחוץ לכותלי בית המשפט ותסכול מהיעדרה – בין שמדובר בהסכמה רחבה על שינויים נקודתיים במעמדה של עילת הסבירות, ובין לגבי שינויים רחבי היקף כגון חקיקת חוק יסוד: החקיקה, אשר לחקיקתו רבים מכלל השופטים אף קראו בקול.

## "תפסת מרובה לא תפסת"

בתחילה הציגו שופטי הרוב את הבעייתיות שבנוסח התיקון הקיצוני של עילת הסבירות, אשר הובילה להיעדר הסכמה רחבה או אף להסכמה כלשהי בין הקואליציה והאופוזיציה. הנשיאה חיות כינתה את הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק "חסרת תקדים",<sup>3</sup> השופט עמית הזהיר שהתיקון "ממיט הרס על המשפט המינהלי",<sup>4</sup> השופטת

2 וראו לדוגמה את חיבורו של ג'רמי וולדרון – Jeremy Waldron, *The Core of the Case – Against Judicial Review*, 115 *YALE LAW JOURNAL* 1346 (2006)

3 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 140 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

4 שם, בפס' 116 לפסק דינו של השופט עמית.

ברון כינתה אותו "סכנה מבית"<sup>5</sup>, והשופטת ברק־ארז ראתה בו משום "שבירת כלים"<sup>6</sup>, ביטוי ששמרה אך ורק לאירוע המוביל ל"הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית"<sup>7</sup>. שופטי הרוב נימקו כי בשל הנוסח הקיצוני אין אפשרות לדבוק בפרשנות המקיימת שהציעו שלושה משופטי המיעוט שלפיה תוחזר עילת הסבירות לממדיה טרם הלכת דפי זהב,<sup>8</sup> מכיוון שהדבר שקול לחקיקה מחדש של התיקון, או, במקרה הטוב, להתעלמות מלשונו ומתכליתו המפורשים.<sup>9</sup>

מעניין שגם כל שופטי המיעוט הסתייגו מנוסח התיקון. נתחיל בשלושת שופטי המיעוט אשר סירבו לאשר את ביטולה המוחלט של עילת הסבירות ותמכו בפרשנות מקיימת וצרה שלה: השופט שטיין ציין כי ההוראה "יכלה להיות מנוסחת טוב יותר מכפי שנוסחה"<sup>10</sup>, ואף הבהיר כי אילו סבר שפרשנות הרוב, שלפיה הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה עוקרה, היא הפרשנות הנכונה, לא היה מהסס לבטל את חוק היסוד.<sup>11</sup> השופטת כנפי־שטייניץ תהתה אם טוב היה אילו החוק לא היה בא לעולם,<sup>12</sup> וגם השופטת וילנר הצרה עליו.<sup>13</sup> אך גם אותם שופטי המיעוט שהיו בסופו של דבר מוכנים ליתן תוקף חוקתי לביטולה המוחלט של עילת הסבירות ביקרו קשות את התיקון. השופט אלרון ציין כי התיקון אינו מוסיף כבוד לחוקה המתגבשת,<sup>14</sup> השופט כשר הכיר בהשפעותיו השליליות של התיקון

5 שם, בפס' 1 לפסק דינה של השופטת ברון.

6 שם, בפס' 20 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.

7 שם, בפס' 17 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.

8 שם, בפס' 8 לפסק דינה של השופטת וילנר.

9 שם, בפס' 120 לפסק דינה של הנשיאה חיות; בפס' 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן; בפס' 120 לפסק דינו של השופט עמיה; בפס' 13 לפסק דינה של השופטת רונן; בפס' 86 לפסק דינו של השופט כבוב.

10 שם, בפס' 113 לפסק דינו של השופט שטיין.

11 שם, בפס' 102 לפסק דינו של השופט שטיין.

12 שם, בפס' 40 לפסק דינה של השופטת כנפי־שטייניץ.

13 שם, בפס' 8 לפסק דינה של השופטת וילנר.

14 שם, בפס' 28 לפסק דינו של השופט אלרון.



וגילה הבנה למי שהתנגדו לתיקון זה,<sup>15</sup> ואפילו השופט סולברג – מן המבקרים הנוקבים של עילת הסבירות בהיקפה כיום – ציין כי לא היה תומך בחוק.<sup>16</sup>

אם כך, ניכר כי רוב שופטי בית המשפט, לרבות כל שופטי המיעוט, הבהירו כי מדובר בחוק שהוא לכל הפחות בעייתי, ואולי אף מסוכן. לדעת שופטי הרוב הביטול היה כה גורף עד שלא נותרה יכולת מעשית לדבוק בפרשנות מקיימת. בקצרה, הובהר למובילי החוק כי "תפסת מרובה לא תפסת".<sup>17</sup>

עם זאת, ולעניין זה נרצה להפנות את הזרקור, שופטים רבים ביקשו לעמוד על אחת מהסיבות העיקריות שהובילו, לדעתם, לתוצר חוקתי רע שכזה – היעדר הסכמה רחבה.

## עוצמתה הייחודית של ההסכמה הרחבה

שופטי הרוב הסבירו כי אחת מן הסיבות שבגינה הם פסלו את התיקון לחוק היסוד היא היעדר ההסכמה הרחבה.

למעשה, אחת מן הסיבות לביקורת השיפוטית המוגברת נגעה להפעלת סעיף 80 לתקנון הכנסת, המאפשר לוועדת החוקה להניח על שולחן הכנסת הצעת חוק מטעמה אף שלא גובשה הסכמה רחבה בוועדה.<sup>18</sup> השופט עמית הזהיר מפני כפיית שינויים חוקתיים ללא הסכמה שכזו,<sup>19</sup> אשר עלולה להוביל להיפרדות העם,<sup>20</sup> או כפי שכינתה זאת השופטת וילנר – זריעת "קרע ופילוג חסרי תקדים בחברה".<sup>21</sup> השופטת רונן ציינה כי בשל "ניגוד

15 שם, בפסק 53 לפסק דינו של השופט כשר.

16 שם, בפס' 183 לפסק דינו של השופט סולברג.

17 שם, בפס' 3 ו-122 לפסק דינו של השופט עמית ובפס' 50 לפסק דינה של השופטת רונן.

18 שם, בפס' 202 ו-209 לפסק דינה של הנשיאה חיות ובפס' 102 לפסק דינו של השופט עמית.

19 שם, בפס' 22 לפסק דינו של השופט עמית.

20 שם, בפס' 25 לפסק דינו של השופט עמית.

21 שם, בפס' 18 לפסק דינה של השופטת וילנר.

העניינים המוסדיים של הכנסת ישנה חשיבות מיוחדת להסכמה שכזו,<sup>22</sup> ואילו השופט גרוסקופף סבר כי סטייה ניכרת מן "הנתונים החוקתיים" שכבר הוטבעו ב"חוקה בהתהוות" חייבת להיעשות בהסכמה רחבה.<sup>23</sup>

גם אחדים משופטי המיעוט עמדו על כוחה של ההסכמה הרחבה, אף שבהקשרים אחרים. השופט סולברג תהה אם הסכמה של כל חלקי העם למתן הסכמה לפסילת חוקים בתנאים מסוימים תהיה פתרון לאינטרסים הנוגדים במקרים כגון אלו,<sup>24</sup> והשופט שטיין לא פסל אפשרות שרוב מוחץ במשאל עם יוכל אפילו לשנות את הכרזת העצמאות.<sup>25</sup>

ניתן לראות, אם כן, את חשיבותה ואת כוחה הנורמטיבי – חברתית ומשפטית כאחת – של ההסכמה הרחבה.

לאחר שביססו תזה זו פנו רבים משופטי הרוב ושופטי המיעוט לסרטט את אופן הפעולה הנכון לצומת החוקתי הבא בדיאלוג המתמשך בין הרשות המחוקקת ובין הרשות השופטת.

## הזרן קדימה

למרות פסילתו של התיקון, השופטים הסתכלו קדימה ופירטו את דעתם באשר לשאלה כיצד בכל זאת אפשר יהיה לחוקק עילת סבירות שתעבור את המסננת של בג"ץ.

אכן, כפי שכתבו השופטים רונן וגרוסקופף, הסיפור לא תם, שהרי הכנסת רשאית לשוב ולחוקק תיקון מצומצם יותר.<sup>26</sup> קריאה דומה הגיעה גם מכיוונם של השופטים עמית וכבוב. השופט עמית הבהיר כי לא רק ש"לא היינו מגיעים עד הלום" לולא היה התיקון כה קיצוני, אלא גם כי הוא אינו שולל קבלת תיקון רך יותר.<sup>27</sup> השופט כבוב קבע כי אילו היה יכול לפרש

22 שם, בפס' 29-30 לפסק דינה של השופטת רונן.

23 שם, בפס' 77 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

24 שם, בפס' 129 לפסק דינו של השופט סולברג.

25 שם, בפס' 124 לפסק דינו של השופט שטיין.

26 שם, בפס' 50 לפסק דינה של השופטת רונן ובפס' 71 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

27 שם, בפס' 3 ו-122 לפסק דינו של השופט עמית.

את התיקון כמו אחדים משופטי המיעוט, כנראה לא היה מתנגד לו.<sup>28</sup> גם השופטת ברק־ארז הדגישה כי ישנן אפשרויות של הגבלת הביקורת השיפוטית שניתן היה לקבל,<sup>29</sup> וניכר שגם לשופט סולברג היה חשוב לציין שהיה אפשר להגיע להסדר אחר, מתון יותר, שהיה צולח את הביקורת השיפוטית גם בקרב שופטי הרוב.<sup>30</sup>

היות שכך, השופטים קראו להידברות מחודשת. השופט סולברג הביע את תקוותו שהפסיקה תאפשר לצדדים "להנמיך את הטונים ולחזור לאותו שיח סולידי שאפיין את הדיון הציבורי בעבר";<sup>31</sup> השופטת כנפי־שטייניץ הדגישה שהמחלוקת על עילת הסבירות ראויה וש"סופה להתקיים";<sup>32</sup> והנשיאה חיות והשופטת ברק־ארז ציינו שחקיקתם של מנגנוני פיקוח אחרים שמפצים על ההסרה הגורפת של עילת הסבירות כאמצעי לפיקוח על הממשלה ושריה היו יכולים אולי למנוע את ביטולו של התיקון.<sup>33</sup> בכך סימנו השופטים פעם נוספת לפוליטיקאים משני הצדדים את רצונם שהללו יגיעו לפשרה בהסכמה רחבה.

יתרה מזו, כמה מהשופטים הביעו את תקוותם שהסכמה זו תצא מגדרי עילת הסבירות ותפרוש עצמה גם על דברים גדולים בהרבה, דוגמת חוק־יסוד: החקיקה. הנשיאה חיות והשופט עמית הדגישו כי בהחלט ייתכן שההלכה המאפשרת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד תשתנה אם יחוקק חוק יסוד החקיקה<sup>34</sup> והביעו את רצונם המובהק בחקיקתו.<sup>35</sup> השופט שטיין ציטט את הנשיא בדימוס ברק וכינה את אי־כינון החוק "תקלה",<sup>36</sup> והשופטת כנפי־שטייניץ הזמינה ישירות את המחוקק לעשות זאת.<sup>37</sup> לדעת השופט סולברג, כינון

28 שם, בפס' 76 לפסק דינו של השופט כבוב.

29 שם, בפס' 91 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.

30 שם, בפס' 245 לפסק דינו של השופט סולברג.

31 שם, בפס' 216 לפסק דינו של השופט סולברג.

32 שם, בפס' 55 לפסק דינה של השופטת כנפי־שטייניץ.

33 שם, בפס' 178 לפסק דינה של הנשיאה חיות ובפס' 112 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.

34 שם, בפס' 95 לפסק דינה של הנשיאה חיות ובפס' 125 לפסק דינו של השופט עמית.

35 שם, בפס' 75 ו־208 לפסק דינה של הנשיאה חיות ובפס' 29 ו־31 לפסק דינו של השופט עמית.

36 שם, בפס' 82 לפסק דינו של השופט שטיין.

37 שם, בפס' 63 לפסק דינה של השופטת כנפי־שטייניץ.

מוסכם של חוקי יסוד: החקיקה יכול לפעול כמימוש של דרישת ההסכמה הרחבה.<sup>38</sup> השופט גרוסקופף אף ציין כי ישנה הסכמה כללית בקרב השופטים על הצורך בדבר חיקוק חוק יסוד זה, אמירה שעליה איש מהם לא חלק.<sup>39</sup>

מעבר לנונותם של כל שופטי הרוב (אולי למעט השופט פוגלמן) לשקול בחיוב מתווה רך יותר לעילת הסבירות – נכונות שאותה סקרנו לעיל – אחדים מהשופטים לא רק ביקשו פשרות פרגמטיות מהפוליטיקאים, אלא הדגימו זאת בעצמם. כך, השופט כבוב אימץ את הביקורת ארוכת השנים כלפי השימוש הנרחב של בית המשפט העליון בעילת הסבירות וביקש להטות לה אוזן קשבת בפסיקות בית המשפט מעתה ואילך.<sup>40</sup> הנשיאה חיות הבהירה כי היא מסכימה עם השופט מינץ על כך שעצם הגבלת הביקורת השיפוטית במישור המינהלי אינה מהווה, באופן עקרוני, חציית גבול מצד המחוקק או המכונן.<sup>41</sup> השופט מינץ אף ציין כי אילו היה הדבר משנה את התוצאה המספרית, הוא היה מוכן להצטרף לחוות דעתם של שלושת שופטי המיעוט שקראו לפרשנות מקיימת, אף שאינו סובר כך.<sup>42</sup> נראה, אם כן, שהשופטים עצמם ביטאו כמיהה לפשרה כלשהי – הן באשר להיקפה של עילת הסבירות והן באשר לחקיקת חוק יסוד.

## סיכום

קריאה מעמיקה של בג"ץ הסבירות חושפת סיפור מורכב יותר מאשר "ניצחון" של צד זה או אחר, בין בשאלה הקונקרטי של ביטול עילת הסבירות ובין בשאלה הכללית באשר לסמכותו של בית המשפט לבטל חוקי יסוד. הסיפור הסמוי מן העין, אך לא מן הלב, הוא זה של שופטים מכל גוני הקשת אשר כמהים לפשרה ולהסכמה רחבה; של שופטים המזמינים את הרשות המחוקקת לקיים דיאלוג בריא, מכיל ורחב שבסופו אפשר יהיה לקטוף פירות חוקתיים משמעותיים שישרתו את החברה הישראלית בכללותה.

38 שם, בפס' 118-119 ו-216 לפסק דינו של השופט סולברג.

39 שם, בפס' 26 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

40 שם, בפס' 100 לפסק דינו של השופט כבוב.

41 שם, בפס' 210 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

42 שם, בפס' 86 לחוות דעתו של השופט מינץ.

תפוח האדמה הלוהט הוטל שוב לפתחן של הכנסת ושל הקואליציה. אנו מצויים בזמן מלחמה, אך בסופה יהיה עלינו להידרש בשנית לשאלות החברתיות אשר הביאו אותנו עד הלום. שופטי בג"ץ – רוב ומיעוט, אקטיביסטים ושמרנים – כמהים להסכמה רחבה מכל קצות הבית. אם הדבר יתאפשר, אולי תחוזה החברה הישראלית בסוף הדרך, כדבריו של השופט עמית, תחושה חגיגית שתאפוף את המעמד.<sup>43</sup>

**פרופ' רונן אברהם** הוא פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב.

**פרופ' שחר ליפשיץ** הוא ראש מרכז מנומדין למשפט יהודי ודמוקרטי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר־אילן.

**43 שם,** בפס' 25 לפסק דינו של השופט עמית. להרחבה בנושא זה ראו גם רונן אברהם ושחר ליפשיץ "פסיקה בג"ץ בסוגיות של לאום אל מול סבירות – הבדלים ומבט לעתיד" **מעשי משפט** (בהכנה).

## **פסק דין הסבירות עצר את שיטפון השחיתות – אך הפוליטיקאים חייבים להפיק לקחים**

### **יוחנן פלסנר**

מתן פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות אולי לא "הציל את הדמוקרטיה", כפי שהיו שטענו, אולם הוא מנע את "פריצת הסכר" והעניק זמן נוסף ויקר למערכת הפוליטית להפיק כמה לקחים ולגבש את ההסדרים החוקתיים המתבקשים. אם הגורמים הפוליטיים לא יתעשתו ולא יפעלו, השיטפון שראינו בשנת 2023 – גל של מינויים פסולים, החלטות מוטות והתנהלות ממשלתית חסרת מעצורים – עלול להתפרץ מחדש וביתר שאת, ועצם קיומו של "מכשיר הסבירות" בידי בית המשפט כבר לא יוכל לבדו למנוע את השיטפון.

לאורך 2023, כשעילת הסבירות עוד הייתה שרירה וקיימת (ולכאורה הגנה על מערכות האיזונים והבלמים בדמוקרטיה הישראלית) ספגה הדמוקרטיה נזקים משלושה סוגים. הסוג הראשון הוא ריבוי מינויים בלתי ראויים בשירות הציבורי. דוגמה לכך היא העימות שהתנהלה בין מיכל רוזנבוים, שהייתה מנהלת רשות החברות הממשלתיות, לבין השר הממונה על החברות דוד אמסלם. כפי שצינו ד"ר אסף שפירא ועו"ד עדנה הראל-פישר, רוזנבוים סברה שתפיסת עולמו של אמסלם היא שהחברות הממשלתיות "אינן משאב ציבורי אלא 'משאב ג'ובים' שאמור לשמש אותו לצבירת כוח ומעמד פוליטיים". תפיסה זו הולידה לחצים מצד השר למינוי מקורבים, כגון מכרז "תפור" למינוי יועץ משפטי לנתיבי ישראל – מינוי שנפסל בידי רשות החברות; "חיסולי חשבונות" פוליטיים, כגון תמיכת

אמסלם בהדחת יו"ר דירקטוריון דואר ישראל (הדחה שנפסלה בבג"ץ) ובהדחת מנכ"ל רכבת ישראל (שהתפטר לבסוף בעצמו), והסירוב של השר למנות דירקטורים ויושבי ראש דירקטוריונים רבים, סירוב שיצר מחסור חמור בדירקטורים בחברות רבות.<sup>1</sup>

בית המשפט נזהר אומנם לאורך השנים מפסילת החלטות מינהליות על בסיס עילה של חוסר סבירות קיצוני, ואף אישר לעיתים מינוי של שרים שהורשעו בעבר בפלילים. ייתכן שלולא המשיכה העילה להתקיים היינו רואים גל גדול ומשמעותי יותר של מינויים בלתי ראויים של מקורבים לתפקידי מפתח. לנוכח פסיקת בג"ץ חשוב פי כמה וכמה להקפיד על טוהר הליכי הבחירה ועל המקצועיות והאובייקטיביות של בעלי התפקידים הנבחרים, שילוהקו לפי כישוריהם ולא לפי מידת קרבתם לדרג הנבחר.

מגמה שנייה שבלטה בהתנהלות הדרג הנבחר היא החלשת מעמדם של היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה ובוועדות הכנסת. כזכור, "חוק היועמ"שים", שנמנה עם מהלכי ה"רפורמה" שהובילו שר המשפטים יריב לוין ויו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט שמחה רוטמן, נועד להפוך את משרות היועצים המשפטיים למשרות אמון שלא ייבחרו עוד במרכזים, כנהוג כיום. אף שהחוק לא קודם, היועצים המשפטיים שביקשו לשמור על ענייניות ומקצועיות בעבודתם היו במהלך 2023 מטרה מרכזית לביקורת מצד שרים וח"כים. לדוגמה, בנובמבר התעקש שר האוצר בצלאל סמוטריץ' להתעלם מחוות דעתו של עו"ד אסי מסינג, היועץ המשפטי של משרד האוצר, שהתנגד להקמת צוות ניהול התקציב בעת המלחמה. לפי דיווחים בתקשורת, סמוטריץ' אמר כי "חוות הדעת מעניינת לי את הפופיק"<sup>2</sup>. גם כמה חודשים קודם לכן, ביולי 2023, כאשר ביקש מסינג להזהיר מפני ההשלכות המסוכנות של ביטול עילת הסבירות על כלכלת ישראל, הוא לא זכה להקשבה מצד השר. בין השאר הזהיר מסינג כי אם השרים יוכלו לקבל החלטות בלתי סבירות ללא איזונים ובלמים מצד מערכת המשפט או הייעוץ המשפטי לממשלה, תרד קרנה של מדינת ישראל בקרב המשקיעים וסוכנויות הדירוג הבינלאומיות.<sup>3</sup>

1 אסף שפירא ועדנה הראל-פישר "התפטרות מנהלת רשות החברות הממשלתיות מיכל רוזנבוים לא תעלים את כשלי השר אמסלם" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (31.12.2023).

2 צבי זרחיה "שר האוצר סמוטריץ' על המלצות היועץ המשפטי של משרדו: 'מעניין לי את הפופיק'" ynet (8.11.2023).

3 אורן דורי "זו הייתה אמורה להיות ישיבה שגרתית של הנהלת האוצר, ואז עילת הסבירות עלתה לשולחן" גלובס (18.7.2023).

כשאלה הן העמדות שמביע יועץ משפטי מקצועי ואובייקטיבי כאשר עילת הסבירות עדיין זמינה, עולה חשש כבד שאם יימצא בחדר יועץ משפטי "מטעם" הדרג הנבחר, החלטות שרירותיות עשויות להתקבל בלא הבחנה ולדרדר מאוד הן את איכות המינויים והן את איכות השירות שניתן בדרגים המקצועיים בשירות המדינה. כלומר, ביטול עילת הסבירות היה מחליש מאוד את מעמדם של גורמי המקצוע ושחקני הווטו בתהליכי קבלת ההחלטות.

נזק מסוג שלישי שספגה הדמוקרטיה קשור ביחסים המתוחים, במיוחד בשנת 2023, בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת. כדי לייצב ולהסדיר את היחסים האלה, ליתר את הצורך בהתערבויות מצד בג"ץ בחקיקת יסוד ולבלום את שיח ההשחרה וההסתה כלפי בית המשפט העליון, יש לחוקק את חוק יסוד: החקיקה שיציב גבולות ברורים למרחבי הפעולה של שתי הרשויות וימנע התנגשויות עתידיות. השופט יצחק עמית הגדיר זאת היטב בפסק הדין בעניין הסבירות:

חוק יסוד: החקיקה, שטרם בא לעולם, אינו אמור לקבוע את עקרונות היסוד התוכניים של החוקה, אלא את "מערכת ההפעלה" או כללי המשחק לכינונם של חוקי היסוד. הצבת סייג ספציפי לכוחה של הרשות המכוננת במסגרת כללי משחק שטרם נקבעו, אינה שקולה כלל וכלל לקביעת עקרונות היסוד של החוקה, ובוודאי שלא לעיצובה של החוקה. לכן, כאשר בית המשפט מכריז על התיקון לחוק היסוד כבטל, בבחינת "אל תעשה", הוא אינו מסיג את גבולה של הרשות המכוננת בקביעת ערכי היסוד בחוקה העתידית בבחינת "עשה".<sup>4</sup>

אף שפסק הדין בעניין הסבירות אינו מערב את ענייני מלחמת "חרבות ברזל", שפרצה באוקטובר 2023, ולא כל שכן את ההליך המשפטי המתנהל נגד ישראל בבית הדין הבינלאומי לצדק בהאג (ICJ), חשוב להזכיר את עקרון המשלימות שמנע ניהול הליכים פליליים נגד בכירים ישראלים בערכאות משפטיות זרות. לפי עיקרון זה, כפי שהסביר פרופ' יובל שני, בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC) יימנע מנקיטת הליכים פליליים אם מערכת המשפט של המדינה הרלוונטית חוקרת בעצמה את האירועים האלה ומעמידה לדין את החשודים המעורבים בהם, ובלבד שפעולתה של המערכת המשפטית מתאפיינת בעצמאות, בהיעדר

4 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בעמ' 542 (אר"ש 1.1.2024).



פניות וביעילות.<sup>5</sup> שערן בנפשכם אילו נזקים עצומים היו נגרמים לישראל בעקבות תביעת דרום אפריקה נגדה ב־ICJ בהאשמת "רצח עם", לו מערכת המשפט שלה הייתה נעשית מוטה וחסרת יכולת להפעיל ביקורת שיפוטית. כך, מיטוט מוסד מרכזי בדמוקרטיה הישראלית היה חושף את ישראל ואת בכיריה לסכנות מרחיקות לכת בזירה הבינלאומית והופך איום פנימי המשסע את החברה הישראלית לאיום חיצוני שישראל תתקשה להתמודד מולו.

לסיכום, מתן פסק הדין בעניין הסבירות אומנם מונע זמנית את פריצת הסכר בדמוקרטיה הישראלית אך יסודותיה נותרו מאוימים מכיוונים שונים, וחוסר השקט שניכר בשנה האחרונה מורגש היטב גם עתה. לפיכך, על המערכת הפוליטית להפנים הן את האמירות הערכיות הן את הלקחים המעשיים שבפסק הדין, מתוך מבט מפוכח לעתיד ומתוך אחריות וממלכתיות, ולנצל את הזמן החשוב שהוא קנה עבורה לגיבושה של שורת התיקונים החוקתיים והמינהליים ההכרחיים.

**יוחנן פלסנר** הוא נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה.

5 יובל שני "צמצום עילת הסבירות יחליש את יכולת המערכת המשפטית הישראלית להדוף הליכים משפטיים זרים" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (6.8.2023).

## עילת הסבירות למול אינטרס השמרנות אליהו ברקוביץ

אף שנדמה כי המתח העיקרי בין הציבור החרדי לבין בית המשפט מתרכז סביב נושאים שבית המשפט נזקק להם מחמת עילת המידתיות – כחוק הגיוס<sup>1</sup> ומתן קצבת הבטחת הכנסה לאברכים<sup>2</sup>, בגלל החקיקה האחרון נדמה היה שחיצו של הציבור החרדי כוונו דווקא נגד עילת הסבירות.<sup>3</sup>

הפליאה לנוכח ההתנגדות החרדית לעילת הסבירות אף מתעצמת אם בוחנים את השימוש שעשה בית המשפט בעילה זו בשנים האחרונות בהקשר החרדי. בצד פסילת ח"כ אריה

\* המחבר מודה לאברהם זופניק, כלכלן בכיר במועצה הלאומית לכלכלה, על עזרתו הרבה בהנגשת נתוני ההשכלה הגבוהה.

1 ראו בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 12.9.2017).

2 ראו סקירה אצל יורם מרגליות ואליהו ברקוביץ, "הענקת הבטחת הכנסה לאברכים: נוק-אאוט בסיבוב השלישי. האם ראוי?", בתוך: שומרי החומות: בג"ץ והחברה החרדית (חיים זיכרמן וגדעון ספיר עורכים), צפרירים: נבו, 2023, בעמ' 279-291.

3 השימוש בעילת המידתיות מקובל כאשר יש פגיעה בזכויות יסוד, ואילו עילת הסבירות משמשת מנגנון ביקורת שיפוטית בשאלות הנוגעות להחלטות של רשויות המינהל. על כך ראו מורן קנדלשטיין-היינה, "מדוע נדרשת עילת הסבירות ולא מספיקה עילת המידתיות?", אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 13 ביולי 2023.

דרעי מכהונה בממשלה הנוכחית בטענה שמינוי זה אינו סביר באופן קיצוני,<sup>4</sup> בשנת 2021 בחר בית המשפט להשתמש בעילת הסבירות דווקא על מנת להגן על האינטרסים של הציבור החרדי. לאחר ששר האוצר דאז, אביגדור ליברמן, ביקש להתנות את ההנחה הניתנת בתשלום למעונות היום במימון כושר ההשתכרות של שני בני הזוג – דרישה שהייתה פוסלת מקבלת ההנחה משפחות שבן הזוג בהן הוא אברך – הוגשה לבג"ץ עתירה כנגד יישומו המייד של המהלך. בית המשפט צידד בעמדת העותרים וקבע כי יש לדחות את התחולה עד לסוף שנת הלימודים (תשפ"ב), בטענה ש"תקופת מעבר קצרה מכך תהא בהכרח בלתי מידתית ובלתי סבירה באופן קיצוני".<sup>5</sup>

אם כן עולה השאלה – מדוע נציגי הציבור החרדי תמכו בחקיקה כנגד עילת הסבירות?

תשובה אפשרית – ואף נכונה במידה רבה, לפחות עבור חלק מהציבור ונציגיו – היא שמבחינתם בית המשפט העליון הוא אינו ערכאה אינדיפרנטית הפוסקת על סמך תקדימים ושיקול דעת משפטי, אלא שחקן בעל השקפות פרוגרסיביות היורה חיצים המכוונים בהתאם לעמדותיו ורק אחר כך מוצא לכך נימוקים משפטיים כהצדקה. במאמר המערכת של ביטאון מפלגת דגל התורה, היומון "יתד נאמן", טענה זו הובעה במפורש כטעם שבשלו ראוי לחדול מהליכי החקיקה לאחר השלמת החקיקה באשר לעילת הסבירות, כי הרי ממילא: "כשירצו (השופטים) חלילה להפריע לאורחות חיינו, ימצאו כבר את הפסקה להתגבר על פסקת ההתגברות, גם אם היא תחוקק".<sup>6</sup>

לצד הסבר זה – שאכן יש בו מידה של אמת – אבקש להלן להציע ניתוח צופה פני עתיד שלפיו ההתנגדות החרדית לעילת הסבירות דייקא משקפת מתח הכרוך בסוגיות מינהלתיות ורגולטוריות, שרק ילך ויחריף עם גדילת הציבור החרדי והתעצמות מגמת ההשתלבות החרדית בהשכלה הגבוהה ובתעסוקה.

4 בג"ץ 8948/22 אילן שיינפלד ואחרים נ' הכנסת ואחרים.

5 בג"ץ 5782/21 לאה זילבר נ' שר האוצר.

6 מצוטט אצל אליהו ברקוביץ, "מאמר המערכת של 'יתד נאמן' על עילת הסבירות – קריצה נוספת לחרדים הנוטים לימין", אחר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 25 ביולי 2023.

## החברה החרדית – רקע היסטורי ומגמות עכשוויות

המספרים מלמדים כי הציבור החרדי בישראל גדל בקצב מסחרר. ב־1999 רק 5% מכלל הציבור הגדירו עצמם חרדים, עשר שנים לאחר מכן, שיעורם באוכלוסייה יותר מהוכפל ל־7.11%<sup>7</sup>. על פי הערכות הלמ"ס, האוכלוסייה החרדית בישראל מנתה בשנת 2023 כ־1,335,000 נפש, שהן 13.6% מכלל האוכלוסייה, והיא צפויה להגיע ל־16% מכלל האוכלוסייה בשנת 2030.<sup>8</sup>

הגידול הדמוגרפי המהיר מערער לא רק את שיווי המשקל בין החרדים לחברה הכללית, אלא אף יוצר דינמיקה חדשה בתוככי החברה החרדית גופא.

לאחר תקופת היווצרות שהתמשכה מטרם קום המדינה ועד לשנות ה־70 של המאה ה־20, החברה החרדית עברה מהפכה אידאולוגית וכלכלית חדה. בעקבות המהפכה הרעיונית שהתרחשה בשנים הללו, שעיקרה היה הסללת הגברים החרדים להקדשת חייהם ללימוד תורה בלבד, ירד שיעור הגברים החרדים המועסקים מ־64%, לעומת 86% מהגברים שאינם חרדים בשנת 1980, עד לשפל היסטורי בשנת 2002, שבה רק 35.5% מהגברים החרדים עבדו, לעומת 78.5% גברים שאינם חרדים.<sup>9</sup>

ההיבטים התעסוקתיים הללו משקפים מהלך עומק תרבותי שביצע הציבור החרדי בשנים אלו, שעיקרו הוא התכנסות פנימה והגבהת החומות. בשנים הללו – שנות ה־70 של המאה הקודמת – התגבשה החרדיות הליטאית כמובילת הטון הכללי-חרדי, תחת הנהגתו של

7 ראו אשר אריאן ואיילת קיסר־שוגרמן, יהודים ישראלים – דיוקן: אמונות, שמירת מסורת וערכים של יהודים בישראל, 2009, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה וקרן אבי-חי, 2009, בעמ' 26.

8 ראו לי כהנר וגלעד מלאך, שנמון החברה החרדית בישראל 2023, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה.

9 ראו מרגליות וברקוביץ (לעיל הערה 2), בעמ' 296.

הרב שך. חברת הלומדים שגשגה והתפתחה ועיקר המרץ החרדי הופנה במידה רבה כלפי התפתחות פנימית.<sup>10</sup>

עם הזמן, הריבוי הטבעי ולחצים כלכליים, בשילוב מדיניות ציבורית שתמכה בכניסת חרדים לשוק העבודה, הובילו ליציאה מדורגת של הגברים החרדים מבתי המדרש. מהשפל ההיסטורי של שנת 2002 שהוזכר לעיל טיפס שיעור הגברים החרדים המועסקים ל-53% בשנת 2022.<sup>11</sup> בד בבד, שיעור הנשים החרדיות המועסקות עלה גם הוא באופן דרמטי: ב-1980 עמד שיעור הנשים החרדיות המועסקות על 40.8%<sup>12</sup>, ואילו בשנת 2022 הוא כמעט הכפיל את עצמו ל-79.5%<sup>13</sup>.

גם במוסדות להשכלה גבוהה נסק בחדות שיעור החרדים בשנים האחרונות. כפי שמלמד התרשים הבא, שיעור הגברים והנשים החרדים הלומדים לתואר ראשון כמעט שילש עצמו בשנים 2010-2022. עליית מספר הלומדים והלומדות החרדים לתואר ראשון גררה מטבע הדברים גם עלייה דרסטית בשיעור הלומדים והלומדות החרדים לתואר שני בתקופה זו.

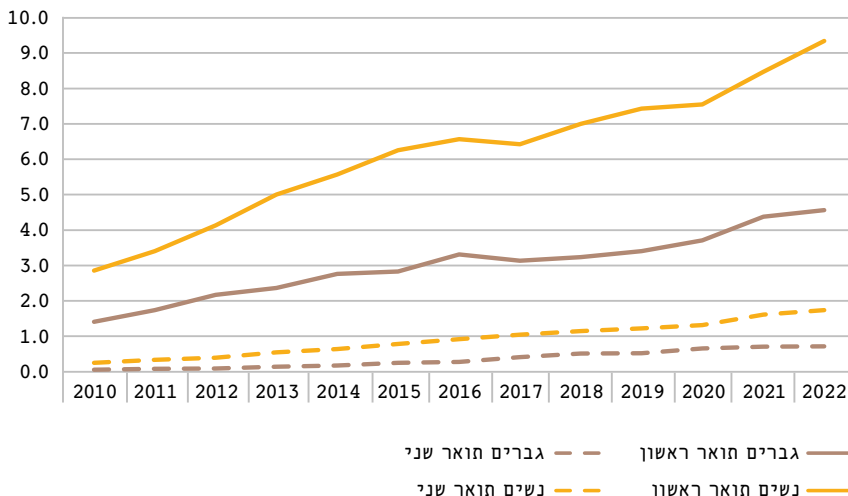
10 להרחבה, ראו יאיר הלוי, "מהפכת החרדיות החדשה בשנות השבעים", עבודה לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת בר אילן, תש"ף.

11 כהנר ומלאך (לעיל הערה 8).

12 ניצה (קלינר) קסיר, "מצגת: שבר הקורונה בשוק העבודה והשלכותיו על האוכלוסייה החרדית, מצגת לכנס החטיבה למידע ולסטטיסטיקה", שקופית 23, כנס החטיבה למידע ולסטטיסטיקה, בנק ישראל, 17 במרץ 2021.

13 כהנר ומלאך (לעיל הערה 8).

סטודנטים חרדים במוסדות אקדמיים, 2010-2022 (באלפים)



מקור: עיבודי המועצה הלאומית לכלכלה לנתוני השכלה המרכזית לסטטיסטיקה.

המספרים הללו מספרים על רהאינטגרציה של חלקים משמעותיים מהציבור החרדי בציבור הכללי. עזיבת הגברים החרדים את ה"כולל" לטובת יציאה לשוק התעסוקה ורכישת השכלה אקדמית של נשים וגברים חרדים במסות הולכות וגדלות עשויה לעצב מחדש את האופי של החברה החרדית כולה.

לכול ברור שעתידיה של כלל החברה החרדית תלוי במידה רבה באופן השתלבותה מחדש בחברה הישראלית.

## האתגר החרדי – השתלבות ללא טמיעה

לנוכח מגמת ההשתלבות הבלתי נמנעת שעתידיה להשפיע על הציבור החרדי על כל אגפיו, הדאגה המרכזית של מנהיגיו הרחנניים והפוליטיים היא לשמר את האופי התרבותי החרדי ככל האפשר.

להלן כמה דוגמאות לקו שהפוליטיקאים החרדים מנסים להתוות בכל הקשור לתנאי הסף בשירות הציבורי, למערכות הרגולטוריות ולדרישות במערכות המקצועיות. בכל הסוגיות הללו, בהסכמים הקואליציוניים האחרונים סומנו מטרות לעיצוב מחדש על ידי הפוליטיקאים החרדים באופן שיתאים לדעתם לצביון התרבותי של העולם החרדי וישמר אותו.

מערכת החינוך החרדית לִבְנוֹת נבנתה בכוונת מכוון באופן החוסם את הגישה לעולם ההשכלה הגבוהה. אף שהבנות לומדות לימודי ליבה חלקיים, רובן לא יכולות לגשת מטעם בתי הספר שהן לומדות בהם למבחני בגרות על מנת שלא תלמדנה באקדמיה. כחלופה לבגרות הן נבחנות במערך ייעודי מקביל שאינו מוכר לצורך קבלה לאוניברסיטה.<sup>14</sup> בסיס ההכשרה המקצועית שלהן הוא הוראה, כיוון שזהו מקצוע המשמר אותן בתוך הקהילה ועולם ערכיה.<sup>15</sup> ואולם מטבע הדברים מספר המשרות בתחום מוגבל, ולכן עם השנים מסלולי הלימודים לבנות התגונו והתרחבו.<sup>16</sup> עם זאת, רכישת השכלה גבוהה באקדמיה נתפסת כלא רצויה, ולפיכך מנהיגי הציבור החרדי הקימו מערכי הכשרה מקבילים בתוך המוסדות החרדיים.

דוגמה למערך הכשרה שכזה הוא המסלול החרדי ללימודי ראיית חשבון. על פי הסכם עם מועצת רואי החשבון, הלימודים במוסדות חינוך חרדיים – תחת פיקוח הקריה האקדמית אונו – הוכרו כמקבילים לאלו הנלמדים במוסדות האקדמיים המוכרים. עם זאת, התלמידות אינן מקבלות תואר אקדמי מוכר, דבר שמקשה עליהן להמשיך לתואר שני באוניברסיטה או לעבוד במשרות מחוץ לקהילה.<sup>17</sup>

ההצלחה של מסלול ראיית החשבון נתפסה אצל הפוליטיקאים החרדים כפילוט שניתן וצריך להרחיבו לעוד תחומים. בהסכמים הקואליציוניים האחרונים עם מפלגת יהדות התורה הוסכם כי יקודמו שני חוקים, האחד (סעיף 193.1) שיאפשר לעסוק במקצועות הבריאות בקהילה גם למי שאין בידה תואר אקדמי, אלא רק תעודת הכשרה בסמינר בית

14 ראו ניצה (קלינר) קסיר, "חרדים לעתיד: מגמות דמוגרפיות ומדינת הרווחה", תלם 03 (2020).

15 שיעור הנשים החרדיות המועסקות בהוראה עומד על כ-40%, ראו קסיר, שם.

16 קסיר, שם.

17 ראו טלי חרותי סובר, "רואי החשבון מכירה בלימודים בסמינר בית יעקב: והמקצוע נפתח לנשים חרדיות", דה-מרקר, 2 ביולי 2020.

יעקב; השני (סעיף 193.2) יאפשר לבעלי הכשרה מקצועית שאינה אקדמית לקבל תעודת טיפול באומנויות, במקום תואר שני, שתוכל להינתן למשל בסמינרים של בית יעקב.<sup>18</sup>

הקו הרעיוני שלפיו יש להכפיף את המערכות הרגולטוריות והדרישות המקצועיות לצביון העולם החרדי שוזר את ההסכמים לכל אורכם. סעיף אחר בהסכם (סעיף 192) קובע כי הממשלה תמנה צוות מקצועי שיבחן הכרה בתעודות אקוויולנטיות ובלימודים תורניים גבוהים כתחליפים לתואר ראשון הנדרש כתנאי סף למשרה בשירות הציבורי.

בכל סעיף שכזה ניתן לדון לגופו ולשקול את חסרונותיו לעומת יתרונותיו.<sup>19</sup> ואולם צבר הסעיפים מדגים היטב את תפיסת הרוחב והחזון של הפוליטיקאים החרדים, הסוברים כי האופן הראוי לגשר בין פערי ההכשרה והידע הנדרשים על פי המערכות הרגולטוריות לבין אופי המערכת החרדית הוא באמצעות הכפפת הפרמטרים המקצועיים לטובת שימור האופי התרבותי החרדי.

המתח היסודי והעמוק בין מגמת השמרנות החרדית לבין המערכות הרגולטוריות אינו עומד להיעלם אלא להחריף. ככל שהלחץ בציבור החרדי – ההולך וגדל, ואינו יכול עוד להסתפק בפת במלח ומים במשורה – להשתלב בשוק העבודה ובהשכלה הגבוהה ילך ויגבר, כך הפוליטיקאים החרדים ימשיכו וינסו לשנות בחקיקה ובתקנות את המערכות המדינתיות בהתאם לטובת הציבור החרדי, לתפיסתם.

למול יוזמות כאלו עילת הסבירות היא הכלי המתאים לשמש תריס משפטי מפני השינויים והתמורות, היות שמדובר במנגנון ביקורת שיפוטית לשאלות הנוגעות להחלטות של רשויות המינהל.

ניתן להעריך בסבירות גבוהה כי לכשיבשילו היוזמות השונות, יהיה מי שיראה עצמו נפגע מהן ויעתור לבית המשפט, שמצידו ידון במידת הסבירות שלהן.

18 ההסכמים הקואליציוניים עם מפלגת יהדות התורה זמינים במרשחח באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה.

19 בכל הקשור לדרישת תואר ראשון כתנאי סף בשירות הציבורי ראו יורם מרגליות, ניצה (קלינר) קסיר, אליהו ברקוביץ, "דרישת תואר אקדמי כתנאי סף במרכז למשרה בשירות הציבורי", המכון החרדי למחקרי מדיניות, יולי 2019. בחוות דעת שנוסחה במכון הישראלי לדמוקרטיה אך טרם ראתה אור (תהילה גאדו, אליהו ברקוביץ ואסף מלחי, "חוות דעת בנושא הורדת רף הלימודים במקצועות הטיפול בציבור החרדי") נדונו בהרחבה הבעיות ביוזמות ההכשרה עוקפות האקדמיה במקצועות הטיפוליים.



במילים אחרות, אם הקו החרדי המסתמן מההסכמים הקואליציוניים האחרונים ימשיך באותו אופן, נציגי הציבור החרדי ובית המשפט עתידים למצוא את עצמם במסלול התנגשות חזיתי, בפרט בכל הקשור לעילת הסבירות, שכאמור מעניקה לבית המשפט יכולת לבקר את מערכות המינהל והחלטותיהן.

**אליהו ברקוביץ'** הוא חוקר בתוכנית "חרדים בישראל" ובתוכנית "דת ומדינה" במכון הישראלי לדמוקרטיה, ודוקטורנט למחשבת ישראל באוניברסיטה העברית בירושלים.

# פסיקת בג"ץ בעניין עילת הסבירות מנקודת מבטה של החברה הערבית בישראל קייס נאסר

## הקדמה

בינואר 2024 הכריז בג"ץ על בטלותו של תיקון מס' 3 לחוק ייסוד: השפיטה שנועד לשלול את הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים.<sup>1</sup> במאמר זה אנתח את היעדרות החברה הערבית מהמאבק הציבורי בחוק ומהדיון בבג"ץ, בטעמים לכך ובמה שהם מסמלים. אבאר כי פרשת חוק הסבירות היא קריאת השכמה ואות אזהרה למערכת השפיטה, וגם לרוב היהודי, בכל הנוגע ליחסים שבינם לבין המיעוט הערבי בישראל.

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024) (להלן: בג"ץ הסבירות).

## בית המשפט העליון כמוסד מרכזי ביחסים שבין המיעוט הערבי למדינה

בהיותם מיעוט פיתחו האזרחים הערבים בישראל דרכים להתנגדות (resistance) לשם הגנה על מעמדם וזכויותיהם. הפעילות הכוללת להגנה על מעמדם של האזרחים הערבים והמשך חייהם במדינה מכונה בערבית "צמוד" (صمود, sumud, מילולית: להחזיק מעמד). אחת הדרכים העיקריות לכך היא מאבק לאזרחות שווה. דרישתם של הערבים בישראל היא הכרה בזכויותיהם הלאומיות הקולקטיביות ובמעמדם המשפטי כמיעוט ילידי, והמאבק להשגת דרישה זו נערך בדרכים משפטיות ומתוך המערכת הישראלית.<sup>2</sup> בית המשפט העליון מילא תפקיד מרכזי במאבק הזה ובעיצוב היחסים בין המיעוט הערבי למדינה. הגשת עתירות לבית המשפט העליון בתחומים רבים, ובהם קרקע, חינוך, תקציבים, חופש ביטוי, הזכות לבחור ולהיבחר ועוד, הייתה דרך מרכזית שבה השתמשה החברה הערבית כדי להגן על זכויותיה ועל מעמדה. בשנים הראשונות להקמת המדינה מילא בית המשפט העליון, כיתר מוסדות המדינה, תפקיד של בקרה ופיקוח. בהמשך, מטעמים מגוונים, ובהם התגבשות עליות הסבירות והמידתיות, החל בית המשפט העליון להדגיש את ההגנה על הזכויות האינדיווידואליות הפוליטיות והחברתיות של האזרחים הערבים. בית המשפט פיתח אף "נרטיב מגשר" שאפשר למיעוט הערבי להגן על ייחודו הלאומי והפוליטי בלי שייחוד זה יבוא על חשבון יהדות המדינה או יחתור נגד קיומה.<sup>3</sup>

גם במקרים שבהם ביטל בית המשפט העליון החלטות שפגעו באזרחים הערבים, פסיקותיו אכפו שוויון ליברלי אך לא הכירו בזהותה הקולקטיבית של האוכלוסייה הערבית כמיעוט לאומי יליד הזכאי לזכויות קבוצתיות.<sup>4</sup> בית המשפט העליון נמנע גם מלהתערב בהחלטות

Amal Jamal, *Strategies of Minority Struggle for Equality in Ethnic States: Arab Politics in Israel*, 11 (3) CITIZENSHIP STUDIES 263-282 (2007)

3 אילן סבן "בית המשפט העליון והמיעוט הערבי-פלסטיני: תמונה (ותחזית) לא בשחור לבן" **משפט וממשל** ח 34-47 (תשס"ה); אילן סבן "המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח" **מחקרי משפט** כד 566-637 (2008).

4 אמל גמאל "על מוסריות הזכויות הקולקטיביות של הערבים בישראל" **גיליון עדאלה האלקטרוני** 9-1 (2005).

עקרוניות שפגעו באזרחים הערבים (כגון שלילת זכותם של עקורי אַקרת לשוב לכפרם, אישור החלטות לייחוד המרחב על חשבון היישובים הערביים, שלילת הזכות לאיחוד משפחות, הריסות בתים ועוד). מטעמים אלו החברה הערבית אינה שבעת רצון, בלשון המעטה, מתפקודו של בית המשפט העליון בהגנה על זכויותיה ומעמדה. אף על פי כן, ומטעמים מגוונים, האזרחים הערבים עדיין רואים בפנייה לבית המשפט העליון כלי עבודה מרכזי במאבק במדיניות הממשלה המפלה ואפיק מרכזי בהגנה על זכויותיהם.

אולם, נקודת משבר נוספת, מהשנים האחרונות, ביחסים בין המיעוט הערבי לבית המשפט העליון הייתה הימנעותו של בית המשפט מלבטל את חוק־יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי ודחייתו את העתירות נגד החוק, לרבות העתירות שהוגשו מצד נציגי הציבור הערבי, ברוב של עשרה שופטים (יהודים) נגד דעת המיעוט של השופט הערבי (היחיד).<sup>5</sup> פסק הדין הזה חיזק את תחושת אי־האמון של החברה הערבית כלפי בית המשפט העליון והוכיח פעם נוספת בעיניה שאין ביכולתו של בית המשפט להגן על המיעוט הערבי מפני כוחו הדורסני של הרוב היהודי.

## **התמודדות החברה הערבית עם תיקון חוק היסוד לביטול עילת הסבירות**

תיקון מס' 3 לחוק־יסוד: השפיטה, שביקש לשלול את הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים, היה חלק מרפורמה רחבה שביקשה לפגוע בבית המשפט העליון וברשות השופטת. כיוון שכאמור בית המשפט העליון הוא מוסד חשוב להגנה על זכויות האזרחים הערבים, למרות מוגבלות תפקודו וכוחו והביקורת עליו, היה מצופה שהחברה הערבית תמלא תפקיד פעיל במאבק הציבורי לביטול הרפורמה, אך לא כך קרה. בתחילתו של המאבק הציבורי נגד הרפורמה הייתה הנוכחות של החברה הערבית שולית, ובהמשך היא דעכה עד כדי היעלמות מוחלטת כמעט.

על פי סקר מיוחד שנערך בגלובס, 89% מהציבור הערבי לא יצאו להפגין אף לא פעם אחת, ורק 11% השתתפו במחאות. משמעות הנתונים האלה אינה שהאזרחים הערבים תמכו ברפורמה, אלא להפך. לפי הסקר, במענה לשאלה "האם את/ה תומך/ת ברפורמה המשפטית של הממשלה?" השיבו 51% מהציבור הערבי שאינם תומכים בה כלל, 30% שאין להם עמדה כלפי הרפורמה, ורק 19% שהם תומכים בה או בחלקים ממנה. כלומר, הציבור הערבי מתנגד לשינויים המוצעים, אך אינו חש צורך לצאת לרחובות כדי לשמור על מערכת המשפט.<sup>6</sup>

החברה הערבית הרגישה כי המאבק על הרפורמה אינו שייך לה אלא בעיקר לרוב היהודי השולט. תחושה זו קיבלה ביטוי ברמה הסמלית וגם ברמה האידאולוגית של המאבק בחוק. ברמה הסמלית, סמלי המחאה נגד הרפורמה היו "זרים" למיעוט הערבי, במיוחד הנוכחות הבולטת של דגלי ישראל, וגם שירת "התקווה" שנלוותה להפגנות רבות, שהעניקה אף היא למחאה גוון יהודי-ציוני.<sup>7</sup> ברמה האידאולוגית, היעדרם של האזרחים הערבים מן המחאה משקפת את אכזבתם מבית המשפט העליון. בעיני הציבור הערבי שמר בית המשפט העליון על מרחב תמרון צר מאוד בהחלטותיו הנוגעות למיעוט הערבי. הוא שמר על הגדרתה ועל מהותה של מדינת ישראל כ"מדינה יהודית", לעיתים קרובות בלי איזון ראוי עם ערכי המדינה הדמוקרטיים, ובמיוחד עם מעמדו וזכויותיו של המיעוט הערבי, ובכך שמר בית המשפט על הלגיטימיות שלו בקרב הרוב היהודי בארץ. משום כך לא חשו הערבים דחף מיוחד לצאת לרחובות כדי להגן על מוסד שאינו מגן על זכויותיהם אלא פועל ממניעים הקשורים לזהותו של הרוב היהודי המדיר את הערבים בשל זהותם.<sup>8</sup>

אני מסכים לטיעון זה, ואבקש להוסיף עליו שהתנהלות החברה הערבית כמתואר הייתה בעיני גם משיקולי גמול (ואולי אף נקמה) כלפי בית המשפט העליון והרוב היהודי. בכל הנוגע לבית המשפט, האזרחים הערבים לא הרגישו אמפתיה ואכפתיות למצוקת בית המשפט שהפקיר אותם באחת הפרשות המכוננות ביחסים בין ערבים ליהודים במדינה,

6 מוחמד מג'אדלה "היכן נמצאים הערבים בוויכוח על הרפורמה במערכת המשפט" גלובס 15.4.2023.

7 מנאל תוחרי ג'ובראן "השינויים במערכת המשפט והשפעתם על המשטר ועל זכויות המיעוט הפלסטיני בישראל" ביאן - הערבים בישראל 29 7-8 (מרץ 2023).

8 מייסון ארשיד שחאדה "ללא מדינה בחוך המדינה: האזרחים הערבים בישראל והמחאה המשפטית" ביאן - הערבים בישראל 29 13 (מרץ 2023).

בפרשת חוק הלאום. נוסף על כך, בעיניהם הרוב היהודי שצפה בחולשת בית המשפט העליון בפרשת חוק הלאום, שלא היה מסוגל לפסול את החוק שפגע קשות במעמדו של המיעוט הערבי, התיר לעצמו עתה לפגוע בבית המשפט יותר, והפעם לחסל את סמכותו להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה והשרים באמצעות עילת הסבירות. בכל הנוגע לרוב היהודי, האזרחים הערבים לא ראו מקום לעמוד לצידו ולהגן על "הדמוקרטיה" של המשטר שרמס את זכויותיהם לשם שמירת "יהודיותה" של המדינה. איפה היה הרוב היהודי, שנאבק עתה לשמור על עצמאות מערכת השפיטה וסמכויות בג"ץ מתוך חשש לזכויותיו, כאשר התיר בג"ץ החלטות שפגעו קשות בזכויות המיעוט הערבי? במילים אחרות, ובאנלוגיה לאמרת השופט ג'ורג' קרא בדעת המיעוט בפרשת חוק הלאום: "אין דומה מי שידו במים למי שידו באש", ובשפת המקור: "اللى ايده فى الميه مش زى اللى ايده فى النار", האזרחים הערבים רצו, הפעם, שהרוב היהודי יחוש על בשרו את הפגיעות שהמיעוט הערבי ספג וסופג לאורך השנים בשל היעדרה של דמוקרטיה אמיתית.

## פסק הדין – רגע של אנחת רווחה, אך גם של דאגה!

---

עמדת החברה הערבית המתוארת כלפי הרפורמה קיבלה ביטוי מפורש גם בעובדה שלא הוגשה עתירה עצמאית נגד החוק מטעם נציגי הציבור הערבי, עתירה שהייתה מדגישה את השלכת ביטול עילת הסבירות על מרחב ההגנה על המיעוט הערבי, ומשום כך היבט זה לא נדון בפסק הדין (אם כי ייתכן שבית המשפט היה צריך לעורר אותו בעצמו גם ללא עתירה כזאת). אכן, בית המשפט קשר בין עילת השוויון לעילת הסבירות,<sup>9</sup> אך מעבר לכך לא היה בפסק הדין עיסוק מיוחד בהשלכת התיקון על ההגנה על זכויות המיעוט הערבי.

על כל פנים, טוב עשה בג"ץ שפסל את תיקון החוק גם מנקודת המבט של ההגנה על המיעוט הערבי, שכן השימוש של בג"ץ בעילת הסבירות היה אחד הכלים שהרחיבו את נוכחותו ומשקלו של בית המשפט העליון כגורם בקרה גם בסוגיות הקשורות למעמדו של

9 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 91 לחוות דעת השופטת דפנה ברק־ארז.

המיעוט הערבי.<sup>10</sup> מניעת בג"ץ מלהתערב בהחלטות ממשלה הפוגעות במיעוט הערבי בעילת הסבירות, נוסף על משבר האמון הקיים ממילא בין המיעוט הערבי לבית המשפט, הייתה גורמת לפגיעה קשה נוספת בזכויות המיעוט הערבי ובמרחב הפעולה הנתון לו על פי החוק להגן על זכויותיו ועל מעמדו. במובן זה פסק הדין הוא במידת מה אנחת רווחה לכל מי שליבו על שמירת הדמוקרטיה בישראל.

מנגד, הימנעות המיעוט הערבי מלהשתתף במחאות ואף בהליכים בבג"ץ היא מקור לדאגה. מדובר בנקודת משבר חמורה ביחסים שבין המיעוט הערבי למערכת השפיטה בישראל. אדרבא, התערבות בג"ץ בחוקי יסוד: השפיטה, והימנעותו מלעשות כן לפני כשלוש שנים בכל הקשור לחוק הלאום, שבעיני האזרחים הערביים הוא חמור יותר ופוגעני יותר מחוק ביטול עילת הסבירות, הגבירה את אכזבתה של החברה הערבית מבית המשפט העליון ואת תפיסתו בעיניהם כמוסד של הרוב היהודי. כאמור, איפה היה בג"ץ החזק הזה, שמבטל חוק יסוד, כשהובא בפניו חוק יסוד הלאום?! מדוע כשהדבר נוגע לחוק יסוד הפוגע בסמכויותיו בג"ץ מסוגל לבטל חוק יסוד, אך הוא אינו עושה כן כשמדובר בחוק יסוד שפוגע בזכויות המיעוט הערבי?! פסק הדין בעניין עילת הסבירות הוא אפוא קריאת השכמה למערכת השפיטה ולאזרחים היהודים בשאלה להיכן הם דוחקים את המיעוט הערבי.

**ד"ר קייס נאסר** הוא בעל תואר דוקטור במשפטים מאוניברסיטת תל אביב. סיים מסלול פוסט-דוקטורט בפקולטה למשפטים באוניברסיטת רייכמן ומרצה בפקולטה לדיני רישום מקרקעין באוניברסיטה. עורך דין המתמחה בדיני מקרקעין ומשפט ציבורי וזכויות אדם ומיעוטים.

10 אילן סבן "המשפט והמיעוט הערבי-פליסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח" מחקרי משפט כד 598 (2008).

## בגבולות הסביר על חשיבות המחשבה האזרחית הסבירה במצבים ציבוריים קיצוניים יאיר אשכנזי

הניסיון למצוא את הגדרתו של "חוסר סבירות קיצוני" בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות העלה כמה תוצאות. הנשיאה בדימוס חיות, לדוגמה, כתבה על "מופרכות"<sup>1</sup> של החלטה מינהלית שהתקבלה בשל מתן משקל מעוות לשיקולים שונים. השופט שטיין, לעומתה, הזכיר את הלכת ונסברי, שקבעה שהחלטת רשות נופלת בתחום אי־הסבירות הקיצונית אם יש נסיבות שמטילות בה דופי ברמה של something overwhelming, וכן ציטט מונחים נוספים מהפסיקה הבריטית כגון "מעוות", "אבסורדי", "שערורייתי" ו"בלתי רציונלי"<sup>2</sup>.

אין ספק שרבות מההגדרות הללו, חריפות יותר ופחות, עשויות לתאר היטב הן מהלכי מדיניות שנוקטו בישראל בשנה האחרונה והן התנהגויות והתבטאויות שנשמעו בשיח

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בפס' 126 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות (אר"ש 1.1.2024).

2 שם, בפס' 96 לפסק דינו של השופט שטיין.



הציבורי. יותר מכול, נראה ששני המצבים שבהם התנהלה ישראל בשנה החולפת – ניסיון הפיכה משטרית משסע ומקטב ולאחריו מלחמה עקובה מדם שהחלה בטבח נורא ובחטיפת אזרחים – עומדים בקריטריונים של מצבי קיצון שבהם הכול נשמע ונראה בלתי סביר, מופרך ולא רציונלי. השופטת וילנר אומנם ציטטה בפסק דינה מדברי השופט סולברג שלפיהם "הראוי הריהו תלוי בעיני המתבונן [...] מה שנתפס בעיני האחד כבלתי־סביר באופן קיצוני, נחזה בעיני חברו כסביר וראוי"<sup>3</sup>, אולם את המראות והקולות שאזרחיות ואזרחי ישראל נחשפו אליהם בשנה החולפת קשה להגדיר כ"סבירים" ולא כל שכן כ"ראויים" אפילו מתוך פוזיציות פוליטיות כאלה או אחרות. דווקא בשל כך חשובה כל כך בפרט בעת הזאת מידה ניכרת של סבירות במובנה הפשוט – מתינות ושיקול דעת מאוזן במחשבה, בתגובה ובפעולה – מצד האזרחים אל מול ההתרחשויות הקשות.

אחת התופעות הלא סבירות שבלטו בתקופת חקיקת מהלכי ההפיכה המשטרית הייתה קנקוע עיקש של מעמדם של שומרי הסף באשר הם – שופטים, יועצים משפטיים, גורמי מקצוע שונים בשירות הציבורי ועוד – וניסיונות מתמשכים לערער את אמון הציבור בהם. בייחוד זכורות הישיבות הקולניות בוועדת החוקה, חוק ומשפט בראשות ח"כ שמחה רוטמן, שבהן עמד היועץ המשפטי של הוועדה, עו"ד ד"ר גור בליי, במרכזן של כמה מתקפות הן מצד היו"ר והן מצד ח"כים אחרים מהקואליציה. כך קרה, לדוגמה, בישיבת הוועדה ב־30 בינואר 2023, שעסקה בתיקונים המוצעים לחוק יסוד: השפיטה. לפי הודעת הוועדה דרש רוטמן מבליי לחזור בו מקביעותיו כי תיקונים משפטיים מהותיים, המשנים את היחסים בין רשויות השלטון, שלא כמו שינויים ביחסי קואליציה־אופוזיציה, בוצעו בעבר עם החלה עתידית מהכנסת הבאה. "מסמך ההכנה של הייעוץ מוטה", חרף רוטמן ומנה 52 תיקונים לחוק יסוד שהוחלו מיידית, "חלק ממנו זו הטיה מובנית של משפטים באשר הם וחלק ממנו הוא הטיה שנובעת אולי מחוסר הסכמה ואולי מסיבות אחרות. חו"ד מוטה מעצם טיבה מקשה על היכולת לאמץ חלקים נכונים"<sup>4</sup>.

האזרח המתבונן בישיבה ההיא ודאי שאל את עצמו מדוע יועץ משפטי מקצועי ואובייקטיבי של ועדה כה מרכזית בכנסת, שהחלטותיה הוות הגורל קובעות את דמותה של הדמוקרטיה הישראלית, מוציא תחת ידיו חוות דעת מוטה באופן מכוון נגד מהלכי

3 שם, בפס' 29 לפסק דינה של השופטת וילנר.

4 חדשות הכנסת "עימות חריף בין יו"ר ועדת החוקה ח"כ שמחה רוטמן ליועמ"ש הוועדה עו"ד גור בליי" (הודעות הכנסת 30.1.2023).

החקיקה המוצעים? מהיכן הוא שואב את עזות המצח הדרושה לכך ומהם מניעיו? לנוכח האשמת רוטמן, שהושמעה לגופו של אדם ולא לגופם הענייני של טיעוניו, על האזרח למצוא את התשובה במתחם הסבירות: אין מדובר ביועץ מוטה השואף לחבל במהלכי חקיקה ממניעים אידאולוגיים או פוליטיים – מחשבה בלתי סבירה הנוטעת חרדות מהטיה ומרדיפה פוליטית ומעוותת את שיפוט המציאות – אלא בגורם מקצועי בעל שם שמתוקף תפקידו בוועדה מציב איזונים ובלמים לפני המחוקקים והצעות החקיקה שעל הפרק. התשובה הסבירה הזו מקבלת משנה תוקף לנוכח העובדה שאחד ממהלכי ההפיכה המשטרית שהובילו רוטמן ושר המשפטים לזין באופן גלוי ומוצהר הוא חוק היועמ"שים במשרדי הממשלה, שנועד לאפשר את מינוים כמשרות אמון, דהיינו "אנשי שלומנו", ולא במכרז כנהוג כיום, שמטרתו לאייש את המשרות בגורמים המקצועיים ביותר.

אכן, קשה למדי לדבוק במחשבה סבירה, מבוססת עובדות, כשמסביב ייהום הסער ושיח השנאה וההשחרה גובר ומכוון כלפי גורמים נוספים שהקואליציה סימנה במהלך 2023 כ"אויבי העם": שופטי בית המשפט העליון, אנשי המילואים, התקשורת. מרכיב מרכזי שמתדלק את שיחי השנאה למיניהם הוא החרדה, שחקנית ראשית ביצירת תודעה ומחשבות החורגות ממתחם הסבירות. כך, לדוגמה, אנשי המילואים שהצהירו בשעתם על אי-התנדבות לשירות בשל חקיקת מהלכי ה"רפורמה" ספגו כינוי גנאי חריפים כ"בוגדים". היו שטענו כי בנקיטת עמדה זו הם פוגעים בכשירות הצבא ליום פקודה ובביטחונה של מדינת ישראל – מה שפרט היטב על החרדות הקיומיות של אזרחי המדינה ואף גובה באזהרות מפורשות מצד בכירים בצבא.<sup>5</sup> בפועל, עם פרוץ מלחמת "חרבות ברזל" התברר חוסר הסבירות הקיצוני של שורת ההאשמות הללו, כשנשות ואנשי המילואים התייצבו בהמוניהם ביחידות, רבים מהם חדורי רוח קרב.

מקרה בוחן מעניין נוסף בהקשר הביטחוני, שמבטא חוסר סבירות קיצוני המונע במידה רבה מחרדה קיומית העוברת כחוט השני בין מדיניות ממשלתית לתגובה אזרחית, הוא שינוי הקריטריונים לחלוקת כלי ירייה פרטיים שביצע המשרד לביטחון לאומי באוקטובר 2023. התקנות החדשות שהמשרד קבע מרחיבות את הזכאות לכלי ירייה בכיוונים שונים. לדוגמה, כל מי שמחזיק בתעודת לוחם זכאי כעת לרישיון כלי ירייה, ועבור אוכלוסיות מסוימות בוטל הריאיון המקדים שהיה חלק מהליך בקשת הרישיון (עבור אוכלוסיות

5 יניב קובוביץ "מפקד חיל האוויר: הפגיעה בכשירות החיל הולכת ומעמיקה והוא כבר לא יהיה אוהו דבר" הארץ (11.8.2023).

אחרות מתקיים ריאיון טלפוני בלבד). התקנות נדונו ואושרו זמן קצר אחרי פרוץ מלחמת "חרבות ברזל" והיו מושא להסתייגויות רבות. נציגת משרד המשפטים ציינה בדיון הוועדה לביטחון לאומי בכנסת כי היבטים חשובים שנוגעים בין היתר להשפעות מגדריות, אובדנות ואלומות במשפחה כלל לא נבחנו לעומק לפני התקנת התקנות. לצד ארגונים חברתיים, גם המכון הישראלי לדמוקרטיה הסתייג מהתקנות החדשות ועמד על שורת הסכנות שהן יוצרות, הן בשל הליך החלוקה הבעייתי והן לנוכח ההשלכות החברתיות שלהן.<sup>6</sup>

מנגד, השר לביטחון לאומי איתמר בן גביר ומשרדו פתחו בקמפיין תקשורתי שעודד את האזרחים להתחמש והגביר עוד יותר את החרדה הביטחונית וה"בלתי רציונלית", אם לשאול ממונחי השופט שטיין לאחר אירועי השבעה באוקטובר. לפי נתוני הכנסת נכון לסוף דצמבר 2023, מאז תחילת המלחמה ניתנו לאזרחים 64,000 אישורים מותנים לכלי ירייה והוגשו יותר מ-300,000 בקשות.<sup>7</sup> כך, למעשה, החרדה שחלחלה מהדרג המיניסטריאלי מטה לציבור יצרה מצב בלתי סביר של התחמשות מואצת, שאינה מביאה בחשבון את החיים במרחב ציבורי עמוס בכלי נשק. בחודשים האחרונים כבר אירעו כמה מקרים שבהם שימוש לא ראוי בנשק הוביל לפגיעה באזרחים, לצד מקרי אלימות שונים שבהם נעשה שימוש בכלי ירייה ברישיון. המחשבה החרדתית והבלתי סבירה שמניעה אזרחים לקחת את גורלם בידיהם ולהגיש בקשות לרישיון נשק גם ללא הכשרה מתאימה מעבירה למעשה את המנדט על השימוש בכוח לצורך הגנה מגופי הביטחון – המשטרה, צה"ל ומג"ב – אל הציבור המוטred מהמצב הביטחוני, שסבור שבמקרה חירום ייאלץ להתגונן בכוחות עצמו ולא יוכל להסתמך על כוחות הביטחון.

אם כן, דווקא לנוכח מציאות אובייקטיבית שגובלת תדיר באבסורדיות, במופרכות ובחוסר רציונליות ומתנדולקת בחרדות מסוגים שונים, על האזרחיות והאזרחים לחשוב ולהגיב באופן סביר; משמע לראות לנגד עיניהם את משרתי הציבור ושומרי הסף כגורמים שטובת האזרחים והדמוקרטיה היא זו שמניעה אותם, לא ליכול במלכודות הפופוליזם והחרדה שטומנים נבחרי הציבור, ושמובילות לא פעם לתהומות של מחשבות בלתי סבירות, ויותר

6 מירית שרעבי "המלצות בדבר הליך רישוי כלי הירייה והפיקוח על בעלי הרישיון" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (19.11.2023).

7 חדשות הכנסת "מעל 300 אלף בקשות לנשק – עומס כבד על האגף לרישוי כלי ירייה" (הודעות הכנסת 27.12.2023).

מכך – לתגובות בלתי סבירות כלפי גורמי הממסד: הצבא, התקשורת והדרגים המקצועיים בשירות הציבורי.

הקפדה על היצמדות לעובדות ולהיגיון לצורך בחינת המציאות ושיפוטה, למרות החשיפה הרבה לאירועים קשים ולהתבטאויות קיצוניות, היא חיונית להמשך תפקוד אזרחי תקין בדמוקרטיה שנלחמת בשנה האחרונה על חייה בצל ניסיונות ריסוק. "אלה ימים של סבירות", כתבה פרופ' סוזי נבות ביולי 2023, כשבועיים לפני אישור ביטול עילת הסבירות בכנסת, "שלטון שרוצה לפעול לטובת האזרחים, בצורה עניינית – ומשיקולים ראויים – לא פוחד מסבירות. רק שלטון שמעוניין אולי בהחלטות קיצוניות, מופרכות, מושחתות או שרירותיות פוחד מסבירות"<sup>8</sup>. בדיוק בשל כך ובפרט בתקופה הנוכחית על האזרחים לדרוש סבירות – מעצמם, מטביבתם הקרובה והרחוקה וכמובן מהשלטון, להתעלות מעל הפחד ולהציב גבולות ברורים של רציונליות לצד מחשבה ופעולה מאוזנות ומתונות.

**אייר אשכנזי** הוא מנהל אתר ועוזר דוברת המכון הישראלי לדמוקרטיה. בעברו היה עורך ועיתונאי בתחומי האקטואליה והתרבות, בין השאר בקבוצת ידיעות אחרונות ובעיתון הארץ.

8 סוזי נבות "אלה ימים של סבירות שמחייבים דיון רציני, מנומק ומוסכם" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (10.7.2023).



## בית המשפט העליון

### בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת ו-7 עתירות אח'

תאריך מתן פסק הדין: כ' בטבת התשפ"ד (1.1.2024).

**שופטי ההרכב**: הנשיאה (בדימ') א' חיות, ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן והשופטים י' עמית, נ' סולברג, ד' ברק-ארז, ע' ברון (בדימ'), ד' מינץ, י' אלרון, י' וילנר, ע' גרוסקופף, א' שטיין, ג' כנפי-שטייניץ, ח' כבוב, י' כשר ו-ר' רונן.

בית המשפט העליון קבע היום בדעת רוב (12 מתוך 15 שופטים) כי נתונה לו הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד ולהתערב במקרים חריגים וקיצוניים שבהם הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת.

בית המשפט העליון הוסיף וקבע בדעת רוב (8 מתוך 15 שופטים) כי יש להכריז על בטלותו של תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה אשר שלל באופן גורף את הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים. זאת, בשל הפגיעה החמורה וחסרת התקדים במאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

נוכח חשיבותן של הסוגיות שהתעוררו בעתירות נגד תיקון מס' 3, הדיון בהן התקיים ביום 12.9.2023 בפני הרכב מלא של 15 שופטי בית המשפט העליון. כחודש לאחר הדיון, ב-7 באוקטובר, השתנתה מציאות חיינו לבלי היכר ואנו נתונים מאז בלחימה קשה ונחושה מול ארגוני טרור רצחניים. אך משתיקון מס' 3 נותר על כנו, ובשים לב למועד האחרון שבו הנשיאה (בדימ') חיות והשופטת (בדימ') ברון רשאיות ליתן פסקי דין בהתאם לאמור בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ניתן פסק הדין בעתירות.

מרבית שופטי ההרכב (הנשיאה (בדימ') חיות, ממלא מקום הנשיא פוגלמן והשופטים עמית, ברק-ארז, ברון (בדימ'), וילנר, גרוסקופף, שטיין, כנפי-שטייניץ, כבוב, כשר ורון) קבעו כי במקרים חריגים וקיצוניים מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק להכריז על בטלות חוק יסוד שיש בו משום חריגה מסמכותה המכוננת של הכנסת. לעניין זה כבר נפסק בבג"ץ 5555/18 חסון נ' הכנסת (2021) (עניין "חוק יסוד

הלאום") כי הכנסת כרשות מכוננת אינה "כל יכולה", וכי אין בסמכותה – אף לא בחוק יסוד – לשלול או לסתור חזיתית את המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בשים לב למגבלות אלה ועל מנת שניתן יהיה לאוכפן, סברו מרבית השופטים כי יש להכיר בסמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד. חלק מן השופטים ביססו מסקנה זו על המבנה החוקתי יוצא הדופן שלנו המתאפיין, בין היתר, בהיעדר כל הליך ייעודי ונפרד לכינון נורמות חוקתיות; על הפרקטיקה הבעייתית של כינון ותיקון חוקי יסוד המעידה על זילות שלהם ועל הפיכתם לכלי משחק בידי הרוב הפוליטי; וכן על התפקיד שממלא בית המשפט בהגנה על המפעל החוקתי. שופטים אחדים הדגישו בהקשר זה את הכרזת העצמאות כבסיס לקיום הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד; ואחרים מצאו את עוגן הסמכות בחוק-יסוד: השפיטה, לפיו הוקנתה לבית המשפט הגבוה לצדק סמכות ליתן סעדים למען הצדק וצווים לכלל רשויות המדינה.

בפסק הדין נקבע בדעת רוב (הנשיאה (בדימ') חיות, ממלא מקום הנשיא פוגלמן והשופטים עמית, ברק-ארז, ברוך (בדימ'), גרוסקופף, כבוב ורונו) כי התיקון העומד במוקד העתירות – תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה – הינו מקרה קצה שבו חרגה הכנסת מסמכותה המכוננת ומשכך אין מנוס מהכרזה על בטלותו. הודגש כי מדובר בתיקון שנוסחו החרגי והגורף מונע מכלל בתי המשפט לדון ולשמוע טיעונים בעניין סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים, וזאת ביחס לכל החלטה, לרבות החלטה להימנע מהפעלת סמכות. דעת הרוב סברה עוד כי פרשנות התיקון אינה מותירה מקום לספק שהוא חל גם על החלטות מופרכות והחלטות בלתי סבירות באופן קיצוני. כתוצאה מכך, נגרמת פגיעה חסרת תקדים בהיקפה בשניים מהמאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית – עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק. בהקשר זה צוין כי התיקון מעצים באופן ניכר את הכוח הרב המרוכז ממילא בידי הממשלה ושריה וחוסם את אפשרותו של הפרט לקבל סעד בשורה של מצבים שבהם עשויה להיגרם פגיעה קשה באינטרסים חשובים שלו כתוצאה ממעשי השלטון. עוד הודגש כי התיקון מוביל לכך שדווקא הגורמים המשמעותיים ביותר ברשות המבצעת פטורים בפועל מחובת הסבירות; הוא מותיר תחומים שלמים בלא ביקורת שיפוטית אפקטיבית; מונע הגנה על אינטרסים ציבוריים כמו טוהר המידות ותקינות המנהל; ועלול להביא לשינוי מן היסוד של פני השירות הציבורי במדינה, כמו גם לפגיעה קשה בעצמאות מערכת אכיפת החוק ולניצול לרעה של משאבים שלטוניים לצורך השגת יתרונות פוליטיים בתקופת בחירות.

השופטת י' וילנר סברה כי יש להעניק לתיקון פרשנות מקיימת ועל כן אין מקום לדון באפשרות ביטולו. השופטים א' שטיין וג' כנפי-שטייניץ סברו כי ניתן וראוי לפרש את התיקון באופן מצמצם ועל כן, אין מקום להתערב בו משום שהוא רחוק מרחק רב מאותם מקרים שבהם ניתן לומר כי הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת. בהתאם, סברו השופטים

וילנר, שטיין וכןפי-שטייניץ כי יש לפרש את התיקון כך שהוא יחסום רק ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות כפי שהתפתחה מאז פסק הדין בבג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור** (1980), והמתמקדת בבחינת האיזון בין השיקולים השונים בהחלטה השלטונית ("סבירות איזונית"). לשיטתם, התיקון על פי פרשנות זו, עודנו מאפשר התערבות במקרים של החלטות מופרכות, שניתן היה להתערב בהן אף לפני פסק הדין בעניין דפי זהב. השופט כשר נמנע מלהכריע בשאלה אם ניתן לפרש את התיקון באופן מצמצם כאמור, ועמדתו היא כי חרף פגיעתו של התיקון בהפרדת הרשויות ובשלטון החוק, הוא אינו מגיע לרף הגבוה שמצדיק התערבות בחוק יסוד.

השופטים סולברג ומינץ חלקו על עמדת הרוב בכל הנוגע לסמכות העקרונית של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, ואף על סמכותו להכריע בשאלה זו, וציינו כי אין מקור סמכות המאפשר לקיים ביקורת כזו. לגישתם, אף בהתעלם מבעיית סמכותו של בית המשפט, התיקון מצוי מרחק רב מאותה מגבלה צרה שחלה לשיטת שופטי הרוב על סמכותה המכוננת של הכנסת. השופט אלרון חלק אף הוא על עמדת הרוב וציין כי גם אם היה נכון לאמץ חריג צר שיאפשר התערבות בחוקי היסוד במקרים קיצוניים של פגיעה בזכויות היסוד של הפרט, ממילא הטענות בעניין תיקון מס' 3 אינן בשלות להכרעה שכן טרם נוצקה פרשנות לתיקון וטרם התבררו גבולותיו ומשכך לא ניתן להניח כי השלכותיו תהיינה חמורות כפי שנטען.

מצורפות להלן תמציות חוות דעתם של כל אחד משופטי ההרכב (בהתאם לסדר הופעתן בפסק הדין):

הנשיאה (בדימי) א' חיות:

הנשיאה (בדימי) חיות שבה בחוות דעתה על קביעת בית המשפט בבג"ץ 5555/18 חסון נ' הכנסת (2021), לפיה סמכותה של הכנסת בכובעה כרשות מכוונת אינה בלתי מוגבלת וכי היא אינה מוסמכת לחוקק חוק יסוד השולל או סותר חזיתית את מאפייני הזהות הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מסקנה זו, כך קבעה הנשיאה (בדימי), נלמדת מ"הנתונים החוקתיים" כפי שהתפתחו מאז ימיה הראשונים של המדינה – הכרזת העצמאות, חוקי היסוד והחוקים שחוקקה הכנסת ופסיקת בית המשפט לאורך השנים. עוד קבעה הנשיאה (בדימי) כי בהינתן המאפיינים הייחודיים של המבנה החוקתי שלנו – גיבוש החוקה "פרקים פרקים", היעדר הליך נוקשה לכינונה ותיקונה, ושליטת הרוב הפוליטי בהפעלת הסמכות המכוונת – לא ניתן להותיר את המגבלות על סמכותה של הכנסת בלתי אכיפות, וללא ביקורת שיפוטית אשר מכוחה יוכל בית המשפט להתערב באותם מקרים קיצוניים וחריגים שבהם הכנסת חרגה מגבולות סמכותה המכוונת בחוקקה חוק יסוד.

לגישת הנשיאה (בדימי), תיקון מס' 3 לחוק-יסוד השפיטה הינו מקרה קיצוני שבו חרגה הכנסת מסמכותה המכוונת. בהקשר זה הודגש כי במציאות הקיימת בישראל הביקורת השיפוטית הינה הבלם האפקטיבי היחיד על הכוח הרב המרוכז בידי הממשלה ושריה. משכך, התיקון נושא העתירות – השולל באופן גורף את סמכות בתי המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על סבירות כלל ההחלטות של הממשלה, ראש הממשלה ושריה, ואף חוסם כל אפשרות לדון בטענות כאלה – פוגע פגיעה קשה ביותר בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק. פגיעה קשה זו בשניים מהמאפיינים המובהקים ביותר של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית (שעל משמעויותיה פירטה הנשיאה (בדימי) בהרחבה בחוות דעתה), יש בה כדי להשפיע באופן משמעותי וחסר תקדים על הפרט ועל הציבור בכללותו. לפיכך, קבעה הנשיאה (בדימי) כי אין מנוס מן הקביעה כי בחוקקה את תיקון מס' 3 חרגה הכנסת מסמכותה המכוונת וכי דין התיקון להתבטל.

השופטת י' וילנר:

השופטת י' וילנר הצטרפה לעמדה כי לבית משפט זה ישנה סמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד. זאת, לדידה, אף מכוח סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, המסמיך את בית המשפט להעניק "סעד מן הצדק". עוד קבעה, כי לנוכח עמימות המונח "סבירות" שבו נקט המכונן במסגרת התיקון, מתעוררת שאלה פרשנית באשר למשמעותו. בשאלה זו, מכריעה



השופטת וילנר על-דרך של פרשנות מקיימת, שלפיה ביטול עילת הסבירות מתייחס ל"סבירות האיזונית" בלבד, קרי, במובן שנוצק לה בעניין **דפי זהב**. מסקנה זו מתחייבת, לדידה, מהלכותיו המושרשות של בית משפט זה, שלפיהן יש להעדיף פרשנות המקיימת את החוק על-פני פרשנות העלולה להביא לביטולו. לעמדתה, הפרשנות המקיימת אפשרית מבחינה לשונית; יש לה יסוד בתכלית הסובייקטיבית; והיא מגשימה באופן מיטבי את התכלית האובייקטיבית. בהינתן הפרשנות האמורה, התיקון אינו פוגע פגיעה אנושה בזהות הדמוקרטיה של מדינת ישראל. זאת, בין היתר, לאור העובדה שהתיקון אינו גורע מחובת הממשלה והשרים לנהוג כדין; ואינו מונע ביקורת שיפוטית אפקטיבית, לנוכח קיומן של עילות ביקורת שיפוטית נוספות. ודוק: אמנם עשויים להתעורר מקרים שבהם לא יתאפשר להושיט סעד שיפוטי כבעבר, ברם, אף אם יש להצר על כך, מדובר יהיה בהחלטות שנתקבלו בסמכות; לאחר הליך מינהלי תקין; בתום-לב; ללא שיקולים זרים; החלטות מידתיות; שאינן שרירותיות; אינן מפלות; ואינן מופרכות מעיקרן. עוד צינה השופטת וילנר, כי הגישות שקראו במהלך השנים להשבת עילת הסבירות למובנה המקורי, לא נתפסו מעולם כאנטי-דמוקרטיות. כן, הטעימה כי במסגרת בחינת חוקתיות התיקון, על בית המשפט להביא בחשבון את המצב המשפטי הקיים בלבד, ולא לשעות לטענות הנוגעות להצעות-חוק עתידיות. לפיכך, קבעה השופטת וילנר כי יש לדחות את העתירות, תוך שהתיקון יפורש בהתאם לפרשנות המקיימת.

### השופט י' אלרון:

לשיטת השופט אלרון דין העתירות להידחות. השופט אלרון שב על עמדתו העקרונית אשר לפיה המנדט הנתון לבית המשפט הגבוה לצדק לבחון את ההצדקה שבבסיס החלטות חברי הכנסת מוגבל: וכי בהעדר נורמה מפורשת המגבילה את סמכות הכנסת לחוקק חוקי-יסוד או קובעת כיצד יש להפעילה, הרי שבהמשך פיתוח דוקטרינות המקנות לבית המשפט סמכות לעצב את גבולות כיוון החוקה יש משום היפוך היוצרות. עוד ציין השופט אלרון את עמדתו בדבר אפשרות קיומו של חריג צר במקרים חריגים וקיצוניים של פגיעה בזכויות היסוד של הפרט וכמוצא אחרון בלבד. ביחס ל"עילת הסבירות", השופט אלרון הדגיש כי אם הצמצום שנעשה במסגרת תיקון מס' 3 עומד במבחן שנקבע להתערבות בחקיקת יסוד, הפתח שנפער להתערבותו של בית משפט זה אינו צר כלל וכלל. מעבר לעמדתו העקרונית, השופט אלרון סבר כי ניתן לדחות את העתירות גם מאחר שהטענות כלפי תיקון מס' 3 אינן בשלות להכרעה. נומק, כי מקום בו בית המשפט סבור שנכון לשקול התערבות בתוכנו של חוק-יסוד מתבקש שהדבר ייעשה רק לאחר בחינת יישומו ועיצוב גבולותיו בפרשנות בית המשפט. במקרה דנן, בתי המשפט עשויים לקבוע כי משמעות התיקון היא ביטול הלכת דפי זהב ותו לא, ואם כך, הרי שעוצמת פגיעת התיקון בעקרונות הדמוקרטיים השונים רחוקה מלהצדיק ביטול סעיף מתוך חוק-יסוד. לסיכום, כתב: **"איתן אני בדעתי כי אין זו השעה לזעזע את יסודותיה החוקתיים של מדינתנו. את המחלוקת מושא העתירות שלפנינו מוטב לדחות למועד המתאים לכך**

**אם וכאשר ההכרעה בה תתחייב מעובדות המקרה. חוששני כי בעיתוי הנוכחי הנזק שייגרם מערעור יסודות המשפט החוקתי בישראל בשל פסילת תיקון מס' 3, עלול לעלות עשרות מונים על הנזק שבהותרתו על כנו."**

השופט א' שטיין :

השופט אלכס שטיין קבע כי חקיקת חוקים וחוקי-יסוד על ידי הכנסת כפופה לגבולות שהותוו בהכרזת העצמאות – זאת, מאחר שהמנשר ופקודת סדרי השלטון והמשפט, אשר נחקקו ופורסמו עם הקמת המדינה, קבעו במפורש כי סמכויות החקיקה של מועצת המדינה הזמנית, אשר העבירה סמכויות אלה לכנסות שבאו אחריה, מעוגנות בהכרזת העצמאות. כמו כן, קבע השופט שטיין כי התיקון לחוק-היסוד שנדון בעתירות דן אינו מנוגד לעקרונותיה של הכרזת העצמאות, מאחר שהוא מבטל אך ורק את סמכותו של בית המשפט העליון לפסול החלטות ממשלה מחמת חוסר סבירות כעילה עצמאית ובלעדית, תוך שהוא משמר את סמכותו לפסול החלטות ממשלה שנמצאו מופרכות על פניהן מחמת שיקולים זרים, שרירות, חוסר תום-לב ועילות פסילה אחרות. לדעת השופט שטיין, צמצום זה של הביקורת השיפוטית מחזיר את המשפט המינהלי למצבו לפני הלכת דפי זהב – במסגרתה הוכרה אי-סבירותה של החלטה שלטונית כעילה עצמאית לפסילתה – כפי שנאמר במפורש בדברי ההסבר להצעת התיקון נושא הדיון. מסיבה זו, השופט שטיין קבע כי התיקון נושא הדיון אינו מעקר ביקורת שיפוטית, ועל כן אינו מפר את דרישת הצדק הבסיסית שבהכרזת העצמאות. קביעה זו הולכה את השופט שטיין למסקנה כי התיקון נושא הדיון חוקתי.

השופט י' עמית :

בפסק דינו התייחס השופט עמית להיעדרם של מנגנוני איזונים ובלמים בשיטת המשפט בישראל המרסנים את כוחה של הממשלה, באופן המעניק לה עוצמה מיוחדת. המסקנה המתבקשת ממצב זה היא שנדרשת **הוספה** של מנגנונים לחיזוק המשטר הדמוקרטי, ואילו התיקון נושא דיונו צועד בכיוון ההפוך; הוא מעצים עוד יותר את כוחה של הרשות המבצעת ופוגע בעקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית.

השופט עמית עמד על נוסחו הגורף של החוק, שלכאורה חל על עילת הסבירות על כל מופעיה הרבים בפסיקה ואינו מבחין בין סוגים שונים של החלטות. הוסבר כי עילת הסבירות עוסקת בחיי היום-יום של האזרח במדינתו, ועיקר כוחה ופועלה אינו בבחינה של ההחלטה המינהלית **בדיעבד** בבית המשפט, אלא **מלכתחילה** בשלב גיבוש ועיצוב ההחלטה. בהיעדר עילת סבירות, תידלדל חובת הסבירות ותיעלם, דבר שעלול להותיר את הציבור ללא הגנה ולשנות את פניו של השירות הציבורי. לא נמצא כי הכלים האחרים שמציע המשפט

המינהלי יכולים להשלים את הפער שנוצר, וגם האפשרות לבקר את ההחלטה באמצעות כלי הביקורת הפרלמנטריים או באמצעות לחץ ציבורי, אינה יכולה להוות תחליף של ממש לביקורת שיפוטית.

התיקון לחוק היסוד פוגע בגרעין הדמוקרטי של המדינה: בזכות הגישה לערכאות; בעיקרון הפרדת הרשויות ובעקרון ביזור הכוח שעומד ביסודה; בזכויות יסוד חוקתיות. התיקון אף פוגע בשלטון החוק בהיבטים שונים – הצבת הממשלה ושריה מעל החוק; מינויים ופיטורים בלתי ראויים, לרבות של שומרי סף; חסינות מפני אי הפעלת סמכות מינהלית והתעלמות משיקולים מקצועיים; היעדר פיקוח על ממשלת מעבר; חשש לפגיעה בטוהר הבחירות.

#### השופטת ג' כנפי-שטייניץ:

השופטת ג' כנפי-שטייניץ מסכימה כי לבית המשפט העליון נתונה סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקת-יסוד, אולם לעמדתה, בחינתו של התיקון, על-פי פרשנותו הראויה, מובילה למסקנה כי זה אינו עומד באמות המידה הצרות ביותר המצדיקות פסילתו של חוק-יסוד.

סוגית קיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקת-יסוד מעוררת שאלות מורכבות, שמוטב היה שיוכרעו בזירה הציבורית. משנדרש בית המשפט לשאלה זו, עמדתה של השופטת היא, שקיימת בחקיקת היסוד תשתית טקסטואלית לקיומה של מגבלה מהותית שנטלה הכנסת על עצמה, המכפיפה את כוחה המכוון לשימור אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מגבלה זו מעוגנת בחוקי-היסוד הקיימים, לרבות בהוראת סעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת, שתכליתו להגן על ליבת זהותה החוקתית של המדינה ולמנוע שינוי השיטה "מתוכה". סמכות בית המשפט לבקר חקיקת-יסוד נגזרת מהמגבלה האמורה, מקום בו הכנסת חרגה מגבולותיה החוקתיים – אולם זו צרה כ"קוף המחט" ויש להפעילה רק במקרים נדירים שבנדירים, של פגיעה אנושה בליבת זהותה של המדינה.

התיקון חוקק על רקע מחלוקת ארוכת שנים על היקפה של עילת הסבירות. הגם שהתיקון מעורר קשיים, בהיותו רחב וגורף, אין מדובר בחוק המאיים למוטט את אושיות הדמוקרטיה בישראל, **הרחק מכך**. במישור הפרשני, יש לתת לתיקון פרשנות מצמצמת, שלפיה הוא מונע ביקורת שיפוטית רק בעילת הסבירות "האיזונית" ולא בעילת הסבירות "הצרה". בפרשנותו זו, השלכותיו של התיקון מבחינה מעשית מצומצמות ביותר, משניתן להמיר את השימוש בעילת הסבירות האיזונית בעילות ביקורת אחרות הקיימות במשפט

המנהלי. ההחלטות המועטות שאותן לא ניתן יהיה לבקר על-פי התיקון, הן החלטות שלפי טיבן ולפי עמדתו הנורמטיבית של המחוקק, שיש לכבדה, אין מקום לבחון את סבירותן האיזונית – מבלי שהדבר פוגע בצורה אנושה בשלטון החוק או בעקרון הפרדת הרשויות.

#### השופטת ר' רונן:

השופטת רונן מצטרפת לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות. היא קובעת כי הכנסת כרשות מכוננת מוגבלת בסמכותה, ואינה רשאית לחוקק חוקי-יסוד הפוגעים באופן משמעותי בשני מאפייני הזהות הגרעיניים של מדינת ישראל – היותה יהודית ודמוקרטית. כן היא קובעת כי בית המשפט העליון מוסמך לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד.

עוד נקבע שיש לדחות את הפרשנות המצמצמת לתיקון – פרשנות שאין לה אחיזה בלשון התיקון; מנוגדת בבירור לתכליתו הסובייקטיבית; ואף אינה מספקת לבית המשפט כל הנחיה ברורה ואופרטיבית ביחס לאופן בו יש לבחון בעתיד החלטות של הממשלה ושריה. זאת בין היתר לאור ניתוח המצב המשפטי לפני פסק הדין בעניין **דפי זהב** ואחריו, ושליטת ההנחה לפיה הנחיה המורה על חזרה למצב "טרומ **דפי זהב**" היא בעלת משמעות. לכן, נקבע שהתיקון על-פי פרשנותו הנכונה שולל מבית המשפט אפשרות לדון **בכל טענה שהיא** הנוגעת לסבירות.

השופטת רונן התייחסה גם לסטנדרט הביקורת שיש להפעיל בבחינת התיקון, וקבעה כי מאחר שהתיקון פוגע ביכולת הרשות השופטת לבקר את הרשות המבצעת, תוך שינוי מהותי של מערך האיזונים הקיים בין הרשויות, הוא מעורר חשש לניגוד עניינים מובנה של הכנסת. חשש זה מתעצם מאחר שהתיקון התקבל ללא הסכמת מי מחברי האופוזיציה ותחולתו היא מיידית. משכך, נקבע שיש להחיל סטנדרט ביקורת מחמיר במעט בשאלה האם הפגיעה במאפיינים הדמוקרטיים מהווה חריגה של הרשות המכוננת מסמכותה.

לנוכח פרשנות התיקון ושליטת הביקורת השיפוטית בכל היבטי עילת הסבירות, המסקנה היא כי התיקון פוגע באופן משמעותי בליבת עקרונות השיטה הדמוקרטית. בהקשר זה הודגש בין היתר הנושא של מינויים ופיטורים של שומרי סף. על-כן, ובהתחשב בסטנדרט הביקורת שהוזכר לעיל, נקבע שהכנסת חרגה מסמכותה בחקיקת התיקון, ויש להורות על פסילתו.

השופט י' כשר :

השופט כשר הצטרף לעמדת הנשיאה (בדימוס) לפיה סמכות הכנסת כרשות מכוונת מוגבלת בכך שהינה כפופה להגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כמו כן, לדעתו לבית המשפט הגבוה לצדק, מוקנית הסמכות לקבוע כי הכנסת חרגה מסמכותה המכוונת, ולהורות על בטלות תיקון לחוק יסוד. המבחן לעניין חריגת הכנסת מסמכותה המכוונת הוא זה שנקבע בעניין **חסון** – מבחן צר המגולם בשאלה האם התיקון שולל את ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה או פוגע פגיעה אנושה במאפייני הזהות הגרעיניים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית.

לדעתו של השופט כשר התיקון נושא העתירה מחליש את הביקורת השיפוטית על הממשלה ושריה, ובכך פוגע בעקרונות הפרדת הרשויות ושלטון החוק. יחד עם זאת, לא כל הסטת נקודת האיזון בין הרשות השופטת לרשות המבצעת, על דרך הצרת הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת, מגיעה כדי שלילת ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה. לדעתו, התיקון יוביל להחלשה מסוימת של הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת. ברם, הוא אינו צפוי להוביל למצב בו הביקורת הנ"ל תהיה בלתי אפקטיבית, ומכאן שאין הצדקה להורות על ביטולו.

השופט כשר סיים באמירה לפיה השאלה שהיה עליו להכריע בה אינה עד כמה התיקון הוא לרוחו והאם, להשקפתו, מוטב היה שלא היה נחקק כלל, אלא האם התיקון נושא העתירות מגיע לכדי הנסיבות הקיצוניות – פגיעה אנושה במאפייני הזהות הגרעיניים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – שרק בהתרחשותן, יעשה בית משפט זה שימוש בסמכות המאוד מרחיקת לכת, המוקנית לו, להורות על ביטול תיקון לחוק יסוד. השופט כשר ציין כי לדעתו, יש להשיב על השאלה דלעיל בשלילה, ומכאן התוצאה שאליה הגיע.

ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן :

מ"מ הנשיא פסק כי הרשות המכוונת אינה יכולה לערער את זהותה היהודית והדמוקרטית של המדינה, וכי מאפייניו של המפעל החוקתי הישראלי והשימוש בפועל בסמכות המכוונת מוליקים למסקנה שבית המשפט הוא המוסד שמוסמך לקבוע אם הכנסת חרגה מסמכותה המכוונת. מ"מ הנשיא קבע כי המצב הייחודי בישראל, שבו השליטה בסמכויות הביצוע, החקיקה והכינון מוחזקת למעשה בידי הממשלה, כמו גם חולשת המנגנון לקביעת הוראות בחוקה, מקרינים על רף התערבותו של בית המשפט בשאלה זו.

אשר לתיקון מס' 3, מ"מ הנשיא קבע כי חסימת כל אפשרות לדון בבתי המשפט בטענת חוסר סבירות ביחס לדרג המיניסטריאלי מגלמת פגיעה אנושה בעקרון שלטון החוק ובעקרון הפרדת הרשויות. פגיעה זו באה לידי ביטוי בשלושה מעגלים: ראשית, ביחס לפרט שנפגע מהחלטה בלתי סבירה והתיקון נועל בפניו את שערי בית המשפט; שנית, ביחס לדרג המיניסטריאלי, שהתיקון מסיר מגבלה משמעותית על כוחו ומכרסם במערכת האיזונים והבלמים הרעועה ממילא בשיטת המשפט הישראלית; ושלישית ביחס לשיטת המשפט בכללותה, מאחר שהתיקון יוצר במכוון מצב שבו "יש דין ואין דין".

פגיעת התיקון במעגלים אלה חמורה במיוחד מאחר שהוא גורף ומוחלט: הוא מונע מכל בית משפט לדון בעילת הסבירות ביחס להחלטות הדרג המיניסטריאלי; תחולתו מתפרסת על כל החלטה של דרג זה; הוא נעדר מנגנוני פיקוח או איזונים אחרים; ואין בכוחו של יתר עילות המשפט המינהלי לשמש חלופה אפקטיבית.

מ"מ הנשיא הוסיף שצמצום פרשני של התיקון אינו אפשרי במקרה דנן. זאת, בין היתר, משום שהתזות הפרשניות שהוצעו נעדרות אחיזה בלשון התיקון ואינן מצייגות חלופות קוהרנטיות. ממילא, כך נקבע, גם פרשנות כאמור תותר על כנה פגיעה חמורה בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות.

#### השופט ד' מינץ:

השופט ד' מינץ הדגיש כי כל רשות וכל ערכאה שיפוטית אינן רשאיות לפעול אלא בגדרי הסמכות הנתונה להן על פי דין. על בית המשפט להקפיד לפעול אך ורק בגדר סמכויותיו, באותה הקפדה שהוא נוקט כשסוגיית הסמכות מתעוררת לגבי רשויות אחרות. בהקשר זה, הסמכות לבקר חוקים אינה מושתתת על יסודות איתנים, וודאי שאין כל מקור סמכות המאפשר לבית המשפט לדון בתוקפו של חוק-יסוד או לפסלו. פיתוח דוקטרינות המבקריות את תוכנם ומהותם של חוקי-היסוד "יש מאין" חותר תחת ערכי יסוד דמוקרטיים בסיסיים ובהם עיקרון הפרדת הרשויות, עיקרון החוקיות ועיקרון שלטון החוק. ביטול חוק-יסוד בהתבסס על דוקטרינה מעורפלת ועל נוסחה בלתי מוגדרת, טומן בחובו מחיר כבד מנקודת מבט דמוקרטית, בוודאי כשמדובר בסוגיה שבית המשפט עצמו מצוי לגביה ב"ניגוד עניינים מוסדי".

מנקודת מוצא זו, הדיון לגופו של התיקון איננו נדרש. בכל מקרה, הדיון בפרשנותו מוקדם משטרם יושמו ועוצבו גבולותיו. בהתייחס לעמדת רוב חברי ההרכב, הודגש כי הוראה חוקתית יש לפרש מתוך "מבט רחב" ולא "באופן טכני", בצורה המשקפת את "תפיסות היסוד" שהוא נועד להגשים כטקסט חוקתי; כי קשה לקבוע כי לשון התיקון "גורפת",

בלתי מסויגת ואינה מותירה מקום "לשום ספק" באשר להיקפו; וכי אין פגם בעצם העובדה שמדובר במושג כללי וטעון פרשנות. בנוסף, התיקון אינו מונע כליל עריכת ביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה והשרים, אינו מעניק להם שיקול דעת מוחלט וגורף ואינו מעניק חסינות להחלטותיהם. מדינת ישראל היא דמוקרטיה חזקה, והיא נותרה כזו גם לאחר התיקון. העובדה שקיים רוב דחוק בקרב עמדות השופטים למסקנה כי מדובר בפגיעה אנושה בעקרונות הדמוקרטיים היסודיים ביותר של המדינה, גם היא מדברת בעד עצמה.

### השופט ח' כבוב:

השופט כבוב עמד על כך שהכרה במגבלות המוטלות על הרשות המחוקקת במדינה דמוקרטית לא באה, בהכרח, על חשבון ריבונות העם; משהיא עשויה להגן על העם, במקרה בו נציגיו ברשות המחוקקת חותרים תחת קיומו של המשטר הדמוקרטי. הוסבר, כי ההמשגה הטובה ביותר למגבלות כאמור, קשורה בכך שהעם לא הסמיך את הכנסת לעשות כל העולה על רוחה. לכן, למשל, הכנסת לא מוסמכת להאריך כהונתה מעבר לארבע שנים בהיעדר נסיבות מיוחדות, אף אם מאה ועשרים חבריה יצביעו על חוק שכזה בשלוש קריאות ויכנוהו 'חוק-יסוד'. כן נקבע, כי נוכח מבנה שיטת המשטר בישראל, לא ניתן לקבל תוצאה לפיה לא תהא ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד שכוונו בחריגה מסמכות כלל. אך, בעיקר, ביקורת כזו להיעשות בזהירות מיוחדת ורק באירוע קיצון.

לאחר סקירת התפתחות עילת הסבירות במשפט הישראלי, הגיע השופט כבוב למסקנה כי ביסודה עומדת התפיסה לפיה המחוקק לא הקנה למינהל סמכות לקבל החלטה מופרכת וקפריזית. לימים, מבחני עילת הסבירות הלכו והתרחבו ובעניין 'דפי זהב' עוצב מבחן איזון-האינטרסים, שעליו נמתחה ביקורת בעיקר נוכח גבולותיו העמומים. חרף האמור, פרשנותו הנכונה של תיקון מס' 3 מלמדת כי הכנסת לא ביטלה את מבחן איזון-האינטרסים בלבד, אלא את הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות של הדרג המיניסטריאלי באופן גורף.

הודגש, כי מתן פטור לדרג המיניסטריאלי מחובתו לתת את הדין כשהוא חורג מסמכותו, משמעו כי העם נשלט בידי אישים; זאת, בניגוד לתיאור המזוקק ביותר לריבונות העם שהוא שלטון של חוקים. משכך, אין מנוס מהתערבות שיפוטית. עם זאת הובהר, כי יש להטות אוזן קשבת לביקורת ארוכת השנים שהושמעה ביחס למבחן איזון-האינטרסים, שהגיעה עד למליאת הכנסת והובילה לתיקון חוק-יסוד; וכי נכון לתת לכך ביטוי בפסיקה.

השופט (בדימ') ע' ברון :

השופט ענת ברון עומדת על כך שבחלוף 75 שנה מאותו רגע היסטורי של הכרזת העצמאות, הדמוקרטיה הישראלית נתונה בסכנה מבית – המגולמת בתיקון לחוק-יסוד: השפיטה. התיקון מיועד להביא לשינוי משטרי יסודי. הוא מסיר מעל הממשלה ושריה את כבלי הביקורת השיפוטית **בעילת הסבירות**, ומקנה לרשות המבצעת כוח שררה חסר איזונים ובלמים אפקטיביים. משמעות התיקון היא מתן **פטר גורף** לממשלה ולשרים מהחובה לנהוג בסבירות בהחלטותיהם, באופן המקנה לממשלה כוח שלטוני חסר תקדים ומעמד של "רשות על" מבצעת-מחוקקת-מכוננת. מדובר בפגיעה אנושה בעקרון הפרדת הרשויות, בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של המדינה.

השופט ברון מבהירה כי אין לעילת הסבירות תחליף ראוי בשמירה על תקינות המינהל הציבורי ובהגנה על זכויות הפרט. בתוך כך, התיקון פותח פתח ל"חלוקת גיובים" בשירות הציבורי ופוגע בעצמאותם ואי-תלותם של בעלי תפקידים מקצועיים, בדגש על שומרי הסף – שכן מינוקם והעברתם מכהונה נתונים לחסדי השרים והממשלה. לעמדת השופט, לבית המשפט העליון נתונה הסמכות לקבוע כי נורמה חוקתית בטלה, במקרים קיצוניים שבהם הכנסת חורגת מגבולות הסמכות המכוננת הנתונה לה; ובמקרה הנדון אימוץ פרשנות מקיימת של התיקון לחוק היסוד איננו אפשרי, בהיותו **כתיבת חוק-יסוד חדש** – וזאת אין בסמכותו ולא מתפקידו של בית המשפט העליון. יש מי שמנסים לגמד את גודל האירוע, לייחס לתיקון לחוק אגביות זניחה, כאילו מדובר בעניין פעוט ושולי. אך זוהי שעה אקוטית שבה לא ניתן לעמוד מנגד, ודין התיקון בטלות. וכמילותיו של השיר עתיק היומין: "לְעוֹלָם אֶל תִּשְׁלַח לְשָׂאֵל לְמִי צִלְצְלוּ הַפְּעֻמוֹנִים – לְךָ הֵם מְצַלְצְלִים".

השופט ע' גרוסקופף :

השופט עופר גרוסקופף מצטרף לעמדתה של הנשיאה (בדימ') אסתר חיות, כי דין העתירות להתקבל, ודין התיקון להתבטל. לשיטתו, לבית המשפט העליון, בשבתו כבג"צ, נתונה הן מכוח חוק-יסוד: השפיטה והן מכוח הצדקות מהותיות הנובעות מאופיו הייחודי של מפעל החוקה הישראלי, הסמכות לבקר את עמידת הכנסת במגבלות המוטלות עליה בפועלה כרשות המכוננת. מגבלות אלה הן שלוש: **מגבלת התקינות** (הדרישה להעברת חוק-יסוד או תיקונו בפרוצדורה החוקית הנדרשת); **מגבלת האמון** (האיסור על שימוש בסמכות המכוננת לתכליות זרות); **מגבלת הסמכות** (סייגים לכוחה של הכנסת הנוכחית לסטות מהמפעל החוקתי שעיצבו קודמותיה).



ככל שמדובר במגבלת הסמכות, העומדת במרכז הדיון, הרי בהינתן טיבה של סמכות הכנסת המכהנת בעיצוב "החוקה בהתהוות" (המשך המפעל החוקתי, ולא יצירתו מבראשית), ובשים לב לתכליתה המרכזית של החוקה (הגבלת כוחו של הרוב המזדמן בכנסת בכובעה כרשות המחוקקת), כפופה הכנסת המכהנת (בהיעדרו של חוק-יסוד: החקיקה) לשני סייגים: **ראשית**, הכנסת המכהנת אינה מוסמכת כלל לקעקע את עקרונות היסוד שכבר נוצקו ב"חוקה בהתהוות", ובראשם היותה של המדינה יהודית ודמוקרטית (ה"נתונים החוקתיים"), באופן הממוטט את המבנה החוקתי שיצרו קודמותיה; **שנית**, סמכותה של הכנסת המכהנת לבצע שינויים המהווים סטייה ניכרת מה"נתונים החוקתיים" מותנית בגיבוש הסכמה רחבה, ואין די ברוב מזדמן שאת כוחו מיועדת החוקה להגביל.

אשר לתיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה, מקבל השופט גרוסקופף את הגישה הפרשנית לפיה הוא מונע כל פיקוח שיפוטי על סבירות החלטת הדרג הממשלתי. בהינתן כך, מהווה התיקון פגיעה חמורה ב"חוקה בהתהוות", כפי שעוצבה על ידי הכנסות הקודמות, בעיקר מאחר שהוא מעמיד את הדרג הממשלתי מעל לחוק. כנגזר מכך, לתיקון השלכות תוצאתיות שליליות קשות, ומעל לכך פגיעתו בעקרון שלטון החוק היא אנושה, שכן הוא פוטר מביקורת שיפוטית בעילת הסבירות את העומדים בראש הרשות המבצעת באופן גורף ומוחלט. לפיכך, דינו של התיקון להיפסל כבר לפי הסייג הראשון (מיטוט מפעל ה"חוקה בהתהוות"), ולחילופין לפי הסייג השני (סטייה ניכרת מ"הנתונים החוקתיים" ללא הסכמה רחבה).

#### השופטת ד' ברק-ארז:

השופטת ברק-ארז סבורה כי הסמכות המכוננת מוגבלת בהתאם להגדרת היסוד של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ומטעימה כי ההגבלה מעוגנת בהכרזת העצמאות (אשר אינה מהווה חוקה, אך קובעת את גבולות הסמכות המכוננת). בהתאמה, סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית במקרים של חריגה מהסמכות המכוננת נגזרת מהגבלה זו ואינה יכולה להיות תלויה בנוסחם של חוקי היסוד עצמם.

השופטת ברק-ארז חזרה על עמדתה לפיה רק במקרים קיצוניים של "שבירת כלים" יתערב בית משפט זה בתוכנו של חוק יסוד. עם זאת, לשיטתה אלה הם פני הדברים במקרה הנוכחי. התיקון לחוק היסוד מוביל לפגיעה אנושה בתשתית הדמוקרטית בכך שהוא מעניק לממשלה חסינות רחבה מפני ביקורת אפקטיבית. הלכה למעשה, הוא מוביל לפגיעה בשלושה מישורים: חסימת הדרך לקבלת סעד שיפוטי ביחס להחלטות הפוגעות

באינטרסים של פרטים; העדר פיקוח אפקטיבי על ממשלות מעבר עד כדי השפעה פוטנציאלית על חילופי שלטון (למשל באמצעות קידום מדיניות "פופולרית" ערב בחירות); וכן פגיעה קשה בביקורת על השלטון מצד בעלי תפקידים שהם "שומרי סף" ורגולטורים עצמאיים כתוצאה מהחלשה משמעותית של הביקורת השיפוטית על מינוייהם ופיטוריהם (נושא שלא נקבעו ביחס אליו ערובות מספיקות בחקיקה). השופטת ברק-ארז הוסיפה כי ההצעה לחזור לעילת הסבירות "של פעם" מתעלמת מההקשר המשפטי והחוקתי הרחב והאיזונים בין הרשויות שבהם הייתה נטועה הביקורת השיפוטית בעבר, ברוח המימרה "אינך יכול להיכנס לאותו נהר פעמיים".

לבסוף, השופטת ברק-ארז הטעימה כי התיקון "אף לא ביקש להמיר את הביקורת השיפוטית במנגנון ביקורת מחייב אחר", ולכן "באופן מטפורי ניתן לומר שזהו מצב שבו לא רק נשמטה רגל של השולחן, אלא שגם לא הוספה לו כל תמיכה אחרת. התוצאה היא מבנה חוקתי בלתי יציב ומט לנפול".

#### השופט נ' סולברג:

השופט סולברג סבור, כי מוטב היה לדחות את העתירות על-הסף, בשל חוסר סמכות.

לשיטתו, קביעה שלפיה קיימת הגבלה כלשהי על סמכותה של הרשות המכוננת, מבטלת 'דה-פקטו' את היסוד הדמוקרטי הבסיסי, של ריבונות העם באמצעות נציגיו הנבחרים. השופט סולברג מוסיף, כי זוהי אינה רק עמדתו-שלו. שבעת הנשיאים הראשונים של בית משפט זה, הנשיא השמיני, אהרן ברק, בראשית דרכו השיפוטית, יחד עם סיעה נכבדה של שופטים שכיהנו כאן עשרות בשנים, כולם כאחד כמו מורים באצבע: הסירו ידכם מחקיקת-היסוד של מדינת ישראל!

חברי דעת הרוב מצביעים על מקורות-סמכות שונים. אין מקור-סמכות אחד המוסכם על כולם. השופט סולברג סבור כי אף לשיטת הרוב, לא ניתן להסיק מאותם מקורות-סמכות כי ניתן לפסול חוקי-יסוד מקום שבו נחלקו דעות השופטים עצמם, קל וחומר ברוב דחוק, על חודו של קול.

בהמשך דבריו, עומד השופט סולברג על כך שדעת הרוב – מייצגת את עמדת הרשות השופטת. לעומת זאת, הרשות המכוננת סבורה, כי לא רק שביית המשפט נעדר סמכות לפסול חוקי-יסוד, אלא שהוא נעדר סמכות להכריע בשאלה המוקדמת יותר: האם בית המשפט הוא זה שבכוחו להכריע אם נתונה לו סמכות לפסול חוקי-יסוד. 'עימות' מעין זה בין הרשויות, כלל לא מתרחש בעולם המשפט, ולא ניתן להכרעה בכלים משפטיים.

באשר לעילת הסבירות: עמדתו של השופט סולברג היא, כי אף אם נתעלם מבעיית הסמכות, אזי גם לשיטתה של הנשיאה (בדימי'), השאלה היא אחת: האם חוק-היסוד שולל 'את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית'? משזו השאלה, ואין בלתה, הרי שהמסקנה קרבה לבוא: חוק-היסוד, רחוק מרחק רב מלבוא בגדרי אותה מגבלה צרה, הרחק מכך. ממילא, אף אם היתה סמכות – לא היה מקום לפסול את החוק.

פסק הדין בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, מיום 1 בינואר 2024, הוא אבן דרך חשובה בתולדות המדינה. נפסק בו כי תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה, השולל באופן גורף את הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים – בטל. בכך למעשה ביטל בית המשפט העליון, לראשונה, חוק יסוד. עיקר החידוש בפסק הדין הוא בקביעה של בית המשפט ברוב גדול כי אין בסמכותה של הרשות המכוננת לשלול או לסתור את המאפיינים הגרעניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

בצד המשמעות של פסק הדין למשפט החוקתי של מדינת ישראל, חשיבותו תמונה גם בהקשרו הרחב יותר, על רקע הדיון הציבורי בעניין מערכת המשפט בשנים האחרונות, שהגיע לשיאו במהלך שנת 2023. בהקשר הרחב נכללת גם המלחמה שהחלה ב־7 באוקטובר, שאומנם מזכרת רק בשולי פסק הדין, אך תוצאותיה והשלכותיה ישפיעו בוודאי בעתיד על אופייה של מדינת ישראל.

הקובץ המובא לפניכם מכנס שלושים רשימות קצרות שנכתבו בסמוך למתן פסק הדין, ביוזמת המכון הישראלי לדמוקרטיה, במטרה לגבש תשתית מחשבתית ראשונית על העמדות המגוונות שעלו מדעות השופטים והשופטות של בית המשפט העליון בשלל סוגיות משפטיות וחברתיות. מגוון הפרשנויות הנפרש בקובץ זה מלמד על עושר הנושאים, הטיעונים והנימוקים בפסק הדין.

הקובץ מוסיף כלי חשוב לארגז הכלים החוקתי, המתמקד באופייה הדמוקרטי והיהודי של מדינת ישראל ובדרכים הראויות לחזק אופי זה בנקודה הקריטית שהחברה הישראלית ניצבת בה.



**מאי 2024**  
מחיר מומלץ: 98 ₪  
מסת"ב: 6-445-519-965-978  
[www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

  
המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

