



היועצת המשפטית לממשלה

ירושלים, י"א שבט תשפ"ג

02 פברואר 2023

מס' מסמך : 004-99-2023-002289
(בתשובה נא לציין מספרנו)

לכבוד
חה"כ יריב לוין
שר המשפטים

הנדון: התייחסות היועצת המשפטית לממשלה לטיטות תזכיר חוק-יסוד: השפיטה

1. לבקשתך, ובהתאם ללוחות הזמנים שסוכמו עמך, מועברת בזאת התייחסותנו לטיטות תזכיר החוק (להלן: **התזכיר המוצע**), שהועברו אלינו לפני כשלושה שבועות לשם בחינה מקצועית פנים-ממשלתית, כפי שמקובל בהליך גיבוש תזכיר ממשלתי.
2. בטיטות התזכיר מוצע לערוך שינויים מהותיים בהרכב הוועדה לבחירת שופטים, בהיקף הביקורת השיפוטית על חקיקה וחקיקת יסוד, ובהיקף הביקורת השיפוטית על פעולות המינהל. בהתאם למה שפורסם, מדובר ב"שלב א'" של השינויים המשטריים המתוכננים. כתוצאה מכך, בחינת השינויים המוצעים בתזכיר, העוסקים במאפיינים הגרעיניים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, נעשית מאחורי מסך ערפל. חוות הדעת מוגשת אפוא בהסתייגות, כי רק לאחר שתוצג התמונה המלאה, ניתן יהיה לערוך בחינה מקיפה ומלאה של השלכות השינויים המתוכננים על מאפייני היסוד של השיטה.
3. ביסוד התזכיר המוצע עומדת תכלית המבקשת להגשים את עקרון שלטון הרוב. אכן, עקרון שלטון הרוב ועקרון הפרדת הרשויות מחייבים כי מוקד ההחלטות וההכרעות ביחס לחקיקה ולמדיניות יתקבלו על-ידי נבחרי הציבור בכנסת ובממשלה. בצד האמור, אבן יסוד במשטר דמוקרטי היא ההגנה על זכויות האדם והפרט, שלטון החוק ומינהל תקין, וההבנה כי לא ניתן להעניק לרשויות השלטון כוח בלתי מוגבל, ולהסתפק בהכרעת הרוב ככלל ההכרעה היחיד. **כוח שלטוני בלתי מוגבל הוא מתכון בטוח לפגיעה בזכויות אדם ובמינהל תקין.** עקרון הפרדת הרשויות מחייב מערכת שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה, אשר יש בידה יכולת אפקטיבית לבקר את שתי הרשויות האחרות, תוך שמירה על עקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות. **לכך אין מענה בתזכיר.**



היועצת המשפטית לממשלה

4. מהות תפקידו של בית המשפט בשיטת משטר דמוקרטית בכלל, ושל בית המשפט העליון בדמוקרטיה הישראלית בפרט, היא סוגיה המלווה את החברה הישראלית מאז קום המדינה. המתח המובנה בין שלוש הרשויות אינו ייחודי לחברה הישראלית. כפי שציננה פרופ' רות גביון כבר לפני שני עשורים, "התנגשויות בין בתי משפט עליונים לבין השלטון, כמו בין בתי משפט חזקים לבין קבוצות חברתיות החשות כי בתי המשפט מגבילים את יכולתן הפוליטית לפעול, אינן מיוחדות לישראל או לזמן האחרון. הם חלק מובנה וטבעי מעצם העובדה כי היחסים בין הרשויות הן יחסים של איזונים ובלמים. המטרה איננה לצמצם או למנוע התנגשויות אלה. להפך, דווקא היעדרן יכול להיות נתון חברתי מדאיג".¹

קידום חקיקת יסוד שתסדיר ותעצב את היחסים בין הרשויות, ובין הרשויות לפרט, מהווה מלאכה חשובה ומשרתת אינטרס אזרחי רחב. לצד ביצור מאפייניה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, יהיה בכך כדי להפיג את המתח הקיים בין הרשויות, בהיעדר "כללי משחק" ברורים ומפורשים.

התזכיר המוצע מחטיא מטרה זו.

5. **שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים** - מוצע להעניק לנציגי הממשלה והרוב הקואליציוני את השליטה בהליכי מינוי השופטים לכלל הערכאות. תוצאת שינויים אלה תביא **לפגיעה בעצמאות, במקצועיות ובאי-התלות של הרשות השופטת**. ההסדר המוצע מבטא מגמה הפוכה למגמה המקובלת במדינות דמוקרטיות בעולם, אשר יצרו לאורך השנים מנגנונים לחיזוק העצמאות והמקצועיות השיפוטית ואי התלות של הרשות השופטת.

הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת - מוצע בתזכיר להגביל מראש את היקף הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת, באופן שיחליש ויצמצם את ההגנה על זכויות חוקתיות ועקרונות משטריים. **בנוסף** - דרישת רוב חריג של 80% מתוך הרכב מלא של כלל שופטי בית המשפט העליון, מצמצמת את ההיתכנות המעשית לפסילת חוק. **בנוסף** - במקרים החריגים שבחריגים שבהם יוחלט על פסילת חוק, תוסמך הכנסת לגבור בדיעבד על פסק הדין ברוב קואליציוני מינימלי. **בנוסף** - תישלל הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד מכל עילה שהיא, ללא כל הגבלה על תוכנם או אופן חקיקתם, המתחייב ממעמדם. **שילוב הוראות אלה יוביל אפוא לביטולה המעשי של הביקורת השיפוטית החוקתית בישראל**, אל מול מתן סמכות חקיקה וחקיקת יסוד בלתי מוגבלת לרשות המחוקקת, הנשלטת למעשה על-ידי הרשות המבצעת.

¹ רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית, 71 (2000).



היועצת המשפטית לממשלה

הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל - מוצע לבטל באופן גורף את "עילת הסבירות" כעילת ביקורת שיפוטית על כל החלטה מינהלית של הרשות המבצעת. דבר אשר יפגע באופן משמעותי ביכולת של האזרח להעמיד את מעשי הרשות לביקורת עצמאית ובלתי תלויה, ולקבל סעד מבית המשפט בהקשר זה.

6. **כל אחד מההסדרים המוצעים מעלה קשיים מהותיים, היורדים לשורש עקרון הפרדת הרשויות, העצמאות השיפוטיות והמקצועיות של הרשות השופטת, ההגנה על זכויות הפרט, שלטון החוק והשמירה על המינהל התקין. קבלת ההסדר המוצע תוביל למבנה משטרי שבו לרשות המבצעת והמחוקקת סמכות רחבה ולמעשה בלתי מוגבלת, שאין בו מענה מובנה לחשש אפשרי מפני שימוש לרעה בחקיקה או בחקיקת יסוד לצורך עקיפת הביקורת השיפוטית, או לפגיעה במאפייניה הגרעיניים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.**

7. הפגיעה בעצמאות ובמעמד של הרשות השופטת מתעצמת לנוכח מאפייני השיטה הפרלמנטרית בישראל. במשטר הדמוקרטי הנוהג בישראל, הרשות השופטת – ובפרט הביקורת השיפוטית הנערכת במסגרתה על פעולות הממשלה ורשויות המינהל וכן על חקיקת הכנסת – היא המוסד המשטרי בעל התפקיד המשמעותי ביותר לריסון כוחו של הרוב הפוליטי.

זאת, לנוכח המבנה המשטרי-פרלמנטרי בישראל, שבו הממשלה שולטת באמצעות הרוב הקואליציוני והמשמעת הקואליציונית בהליכי החקיקה בכנסת; בשים לב למאפייניה הייחודיים של החברה בישראל – לרבות יחסי רוב-מיעוט מורכבים; למצב חירום שנמשך מאז הקמת המדינה; וכל זאת, בהיעדרם של מנגנונים משטריים, הנהוגים בעולם, שיש בהם כדי לאזן ולרסן את כוחו של הרוב:

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



היועצת המשפטית לממשלה

8. קושי משמעותי אחר בתזכיר נוגע לאופן ההתבססות על המשפט ההשוואתי. התשתית העובדתית ביחס למדינות דמוקרטיות מסוימות, העומדת ביסוד התזכיר – חסרה. לא די בכך שרכיב מסוים בהסדר המוצע קיים במדינה אחרת כדי להצדיק את אימוצו אל תוך השיטה הישראלית. משעה שאנו עוסקים במערכת של בלמים ואיזונים, אף רכיב אינו עומד לבדו והוא חלק ממכלול. ניסיון לאמץ מנגנון מוסדי מבודד המצוי בשיטת משפט אחרת, תוך התעלמות מן ההקשר שבו צמח, אל מול ההקשר המקומי ומאפייניו הייחודיים – נועד לכישלון ועלול לעוות את מערכת האיזונים בכללותה.

למעשה, בחינה השוואתית רחבה מצביעה על כך שההסדר המוצע יעמיד את ישראל במקום חריג בהשוואה למדינות דמוקרטיות אחרות, ומנוגדת למגמות שניתן לזהות במדינות אלה, בין היתר, לחיזוק ההגנה על זכויות האדם והביקורת השיפוטית על חקיקה.

9. **זאת ועוד. אין בשילוב ההסדרים שבתזכיר היגיון פנימי, וההסדר הכולל אינו קוהרנטי.**

10. כך למשל, ההצדקה להגביר את השליטה של נציגי הממשלה והרוב הקואליציוני בוועדה לבחירת שופטים, היא הטענה בדבר מעורבות יתר של בית המשפט בסוגיות ציבוריות, חוקתיות ומשטריות – אלא שבמקביל מוצע להגביל את סמכות בית המשפט לדון בסוגיות אלה מלכתחילה. בדומה – הצורך הנטען בפסקת התגברות ברוב חברי הכנסת, מבוסס על הרצון לתת מענה להתערבות-יתר לכאורה של בית המשפט העליון בחקיקה ראשית – אלא שבמקביל מוצע להגביל כמעט לחלוטין את האפשרות המעשית של בית המשפט לפסול חקיקה. **הסדר מוצע אחד שולל אפוא את הצורך הנטען במשנהו. מעבר לתוכן ההסדר המוצע בתזכיר, שהוא כאמור בלתי מאוזן ורווי קשיים משמעותיים, קושי מהותי נוסף גלום במה שנעדר ממנו. העדרו של חוק-יסוד: החקיקה הוא בבחינת "עיקר חסר מן הספר".**

התזכיר מובא כתיקון לחוק-יסוד: השפיטה ועוסק אך ורק ברשות השופטת, בהרכבה ובמגבלות על סמכות השפיטה בסוגיות חוקתיות ומינהליות. מעבר לקשיים שמעוררים ההסדרים לגופם, **החלקיות של ההסדרה המוצעת** מעוררת קושי מהותי ביותר ביחס לאופן השימוש בסמכות המכוננת. התזכיר אינו מתייחס לכללי היסוד הנוגעים לחקיקה – ובראשם אופן חקיקת חוקים רגילים וחוקי יסוד. למעשה, התזכיר עושה את ההיפך הגמור. הוא מציע לקבוע באופן פוזיטיבי כי חקיקת יסוד תהיה בלתי מוגבלת הן במישור הנושאים בהן תעסוק והן באופן קבלתה בכנסת.

לעומת זאת, חוק-יסוד: החקיקה, בהתאם למגוון המודלים שהוצעו בעבר, נועד להסדיר את הכללים "פנימה" לכנסת – את סמכות הכנסת לחוקק, את הליך החקיקה, את היחס שבין חקיקה רגילה לחקיקת יסוד, וכן את הביקורת השיפוטית על חוקים וחוקי יסוד.



היועצת המשפטית לממשלה

התזכיר במבנה הנוכחי שלו אינו נוגע כלל בהסדרה של הכללים והמגבלות שיחולו על הרשות המכוונת, המחוקקת והמבצעת, אלא אך ורק דוחק ומצמצם את מקומה של הרשות השופטת כמבקרת רשויות אלה. בהעדר הסדרה רחבה של מערכת היחסים שבין הרשויות, תוצאת הדברים היא העדר מנגנוני הגנה אשר יבטיחו את השמירה על תקינות ההליכים, עקרונות היסוד של השיטה, זכויות הפרט, שלטון החוק והמינהל התקין.

11. מכל מקום, שימוש בסמכות המכוונת לשם עריכת שינוי מהותי של היחסים בין הרשויות, חייב להיעשות מאחורי "מסך בערות", כדי להבטיח שעקרונות העל של שיטת המשטר ייקבעו מתוך ראייה משטרית רחבה, ולא לשם הגשמת אינטרסים פוליטיים רגועים. ראוי אפוא להחיל הסדר מעין זה במבט צופה פני עתיד בלבד, כדי להימנע ממצב שבו רשות מכוונת עושה שימוש בסמכותה כדי להגדיל את כוחו של רוב קואליציוני ידוע ונתון.

12. נקודה חשובה נוספת, היא הצורך בקיום בחינה מקצועית של ההשלכות של ההסדרים המוצעים בזירה המשפטית הבינלאומית ובשדה הכלכלי.

במישור הבינלאומי – יש להביא במערך השיקולים, בין היתר, את הניסיון שהצטבר בעשרים השנים האחרונות בהתמודדות של מדינת ישראל עם המערכת המשפטית הבין-לאומית.

ההסדרים המוצעים בתזכיר אשר מצמצמים באופן מהותי ביותר את היקף הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת ועל הרשות המחוקקת, ואשר יש בהם כדי לשנות את תפיסת המערכת המשפטית כמערכת מקצועית, עצמאית וא-פוליטית, עלולים להשליך על עוצמתן של טענות ישראליות משמעותיות בזירות האמורות, ועל יכולתה של מדינת ישראל להתמודד עם אתגרים בין-לאומיים מסוג זה.

מערכת המשפט הישראלית היוותה עד כה "חומת מגן" משפטית שהגנה על מעמדה של מדינת ישראל ויכולתה לקדם את האינטרסים שלה בפורומים בינלאומיים משפטיים שונים. זאת, בהתאם לעקרונות של "משלימות" (complementarity) ו"שיוריות" (subsidiarity) שהם עקרונות יסוד במשפט הבין-לאומי. עקרונות אלו דורשים אפקטיביות ועצמאות של מערכת המשפט המדינתית, כתנאי להצדקת אי-ההתערבות של גורמים זרים בענייני המדינה.

אפקטיביות מערכת המשפט נוגעת גם לעובדה ששעריה פתוחים ללא חסמים משמעותיים, הן מבחינת נושאי הדיון והן מבחינת האוכלוסיות אשר יכולות לקבל סעד. כך לדוגמה, העובדה שבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ מפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות של גופי הביטחון או על החלטות של היועצת המשפטית לממשלה והפרקליט הצבאי הראשי בכל הנוגע לקיומם של הליכים פליליים, היא משמעותית בשיח המשפטי הבינלאומי.



היועצת המשפטית לממשלה

הניסיון בהקשר זה מלמד שעצמאותה של מערכת המשפט – בדגש על המערכת הפלילית הצבאית, הייעוץ המשפטי לממשלה ובית המשפט העליון – שירתה את האינטרסים של המדינה בזירה הבינלאומית. דוגמאות בולטות לכך הן הפסיקה לגבי חוקיותה של גדר הביטחון שזכתה לתהודה בין-לאומית חיובית, והיתה אחראית במידה רבה למיתון השפעותיה של חוות הדעת של בית הדין הבין-לאומי לצדק משנת 2004 בנושא ; וכן התמודדות עם הליכים פליליים במדינות זרות נגד בכירים ישראלים על רקע פעולות ביטחוניות בהם היו מעורבים. יכולתה של המדינה להדוף הליכים אלו נשענה בעיקר על האמון שלו זוכה המערכת המשפטית הישראלית מצד מערכות משפטיות מקבילות בעולם, הנובע מעצמאותה.

במישור הכלכלי - המערכת הכלכלית מושפעת מהמערכת המשפטית ומאיתנותם של המוסדות המשפטיים. משקיעים רואים חשיבות במערכת משפט איתנה, באיזונים ובלמים בין הרשויות, ובעצמאות הרשות השופטת. שיקולים אלה משתקפים בקריטריונים לדירוג של סוכנויות הדירוג, הכוללים בין היתר התייחסות לעצמאות מערכת המשפט והסביבה הרגולטורית. משקיעים מגיבים גם לשיקולי ESG (סביבה, חברה וממשל) שמקומם בעולם ההשקעות הולך וגובר, והם כוללים גם היבטים ערכיים דוגמת חשש לפגיעה בזכויות של קבוצות אוכלוסייה שונות. לפיכך, נדרש לקיים חשיבה עם גורמי משק וכלכלה כדי לתת את הדעת גם לשיקולים אלה.

13. **לסיום, שינויים משטריים – ודאי שינויים כה משמעותיים הנוגעים בליבת מערכת היחסים בין שלוש הרשויות בדמוקרטיה הישראלית ובין הפרט והשלטון במדינה – צריכים להיעשות בהליך שקול וסדור, על בסיס תשתית עובדתית איתנה, ותוך גיבוש הסכמה רחבה.**

כאמור, בחינה כוללת של ההסדרים מצביעה על פגיעה קשה במארג הבלמים והאיזונים בין הרשויות. לפיכך, בשים לב לחשיבות בשמירה על המאפיינים הדמוקרטיים הגרעיניים של המדינה, לא ניתן לקדם מהלך כה דרמטי ללא עריכת עבודת מטה מקצועית, שתכלול התייעצות עם הגורמים הממשלתיים הרלוונטיים, לרבות הנהלת בתי המשפט, על מנת לגבש הסדר מקיף ומאוזן.

מוצע כי בתיאום עמך, עבודה כזו תכלול בחינה רחבה של מארג היחסים בין הרשויות, למשל במסגרת חוק-יסוד: החקיקה.



היועצת המשפטית לממשלה

אנו ערוכים להקדיש לכך את כל המשאבים, לפעול בריכוז מאמץ, ולהקים צוות מקצועי ייעודי בכיר לשם כך, הכל במטרה לסייע לך בגיבוש הצעה ממשלתית מקיפה בהקדם האפשרי.

14. יצוין, כי בהינתן הדיונים הפנימיים והבחינה של התזכיר הממשלתי, יש קושי רב בניהול דיונים במקביל בכנסת בהסדרים דומים לאלה המוצעים בתזכיר, הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. ברם, משהובהר על-ידך כי הדיונים בכנסת יימשכו במקביל לעבודת המטה על התזכיר, חוות הדעת המצורפת בזאת תועבר לוועדת החוקה, משהתייחסותנו בה רלוונטית ואף ביתר שאת, גם לטיוטת הצעת החוק הנדונה בוועדה.

בברכה,

גלי בהרב - מיארה

העתק:
פרקליט המדינה
המשנים ליועצת המשפטית לממשלה

תוכן העניינים

10 הרכב הוועדה לבחירת שופטים

- 10 **ההסדר הקיים והרקע החקיקתי שביסודו**
12 **השינוי המוצע**
13 **א. פגיעה בעקרון העצמאות השיפוטית**
15 **ב. דחיקת הייצוג המקצועי בהרכב הוועדה**
15 **ג. התייחסות לנימוקים שהובאו בדברי ההסבר**
15 **1. הגברת המעורבות הפוליטית בבחירת שופטים**
16 **2. גיוון העמדות וההשקפות בהרכב הוועדה**
18 **3. משקל הרשויות בוועדה לבחירת שופטים**
19 **ד. ההסדר המוצע חריג במבט השוואתי**
27 **ה. הוראות ונושאים נוספים הנוגעים להסדר המוצע ביחס לוועדה לבחירת שופטים**
27 **1. חסינות הוועדה לבחירת שופטים מפני ביקורת שיפוטית והתערבות רשות שלטונית**
27 **2. בחירת נשיא בית המשפט העליון ו"סגנו"**
29 **3. ביטול המנגנון של ועדה קטועה**
29 **4. קיום שימוע פומבי למועמדים לבית המשפט העליון בוועדת החוקה של הכנסת**
30 **ו. התייחסות להצעת יו"ר ועדת החוקה ביחס לוועדת לבחירת שופטים**

31 הסדרת הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית

- 32 **א. התשתית העיונית לביקורת שיפוטית חוקתית**
33 **ב. ביקורת שיפוטית חוקתית בישראל**
35 **פירוט ההסדר המוצע ביחס לביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית והתגברות**
36 **ג. צמצום הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית**
37 **1. צמצום עילות הביקורת השיפוטית החוקתית – "סתירה מהותית" ל"הוראה מפורשת"**
38 **2. דרישת רוב מיוחס של 80% מהרכב של כלל שופטי בית המשפט העליון**
39 **3. הגבלת הסמכות להוציא צווי ביניים, הסדרת מנגנוני תקיפה עקיפה והוראות נוספות**
40 **4. תקיפה ישירה מול תקיפה עקיפה**
41 **ד. הקשיים בפסקת ההתגברות המוצעת**
41 **1. פסקת התגברות היא הסדר חריג בבחינה השוואתית**
42 **2. פסקת ההתגברות וצמצום הביקורת השיפוטית**
43 **3. היעדר הגבלה על ההוראות החוקתיות והזכויות שעליהן ניתן להתגבר**
43 **4. היעדר איזונים פרוצדורליים מספקים בשים לב לחריגות מודל ההתגברות**
45 **ה. התייחסות לסוגיות נוספות ביחס לפסקת ההתגברות המוצעת**
46 **ו. שלילת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד**
49 **ז. התייחסות להצעת יו"ר ועדת החוקה ביחס לביקורת השיפוטית החוקתית**
ופסקת ההתגברות

51 ביטול עילת הסבירות

- 52 **א. חובת הרשות המינהלית לפעול בסבירות**
53 **ב. עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית**
54 **ג. ההיסטוריה של עילת הסבירות בפסיקה הישראלית**
57 **ד. עילת הסבירות במבט השוואתי**
57 **בריטניה**

57	קנדה
58	אוסטרליה
59	השינוי המוצע
59	ה. הקשיים העולים מביטול עילת הסבירות
59	1. ביטול חובת הסבירות
60	2. החלשת הפיקוח על רשויות המינהל והפרת האיזון בין רשויות השלטון
61	3. ביטול עילת הסבירות ייצר חוסר ודאות משפטית במשפט המינהלי
64	ו. התייחסות להצעת יו"ר ועדת החוקה, והצעות אחרות שהועלו ברבות השנים ביחס לביטול עילת הסבירות

נספחים (בקובץ נפרד):

נספח א' – סקירה השוואתית בין מדינות
נספח ב' – פסקת התגברות – קנדה, פינלנד ומדינת ויקטוריה (אוסטרליה)
נספח ג' – מדינות שבהן נדרש רוב מיוחד בהכרעת בית המשפט העליון

הרכב הוועדה לבחירת שופטים

האמצעי המרכזי הקיים בשיטת המשטר הישראלית לאיזון כוח השלטון, הוא העצמאות ואי-תלות של בתי המשפט בכלל, ושל בית המשפט העליון בפרט. אחד ההסדרים הבסיסיים ביותר במשטר הפרלמנטרי הישראלי להבטחת עצמאותה של הרשות השופטת בכלל, ועצמאותו ואי-תלותו של בית המשפט העליון בפרט, נסוב על הליך בחירתם ומינויים של השופטים – הליך שבו נציגי הממשלה והכנסת מיוצגים ונוטלים חלק, אך ללא שליטה מכרעת על ההליך.

ההסדר המוצע מקנה בפועל שליטה לנציגי הממשלה והרוב הקואליציוני גם ברשות השופטת, באמצעות קבלת כוח ההכרעה בוועדה לבחירת שופטים. בחינה השוואתית מעמיקה ביחס למדינות העולם אינה מספקת בסיס עיוני להסדר המוצע ביחס למינוי שופטים לבית המשפט העליון, לא כל שכן ביחס ליתר הערכאות. זאת, בשם לב למאפייני מערכת המשפט במדינות אלה, כמו גם שיטת המשטר באופן כללי ומערכות איזונים ובלמים חלופיות הקיימות בהן, ולפרקטיקה המקובלת בהן.

בהקשר הישראלי, ההסדר המוצע יפגע באופן קשה בעצמאותה של הרשות השופטת ובאי-תלותה כמו גם במקצועיות השפיטה. מנגד, אין בהסדר המוצע כדי להשיג את התכליות העומדות בבסיסו – גיוון המערכת השיפוטית ושיקוף חברתי רחב יותר בהכרעות ציבוריות-חוקתיות – שכן הוא נותן עדיפות מכרעת לרוב הקואליציוני במינוי שופטים על פני עיקרון הייצוגיות במובנו הרחב. מכל מקום, הטענה שלפיה יש להגביר את הייצוגיות בבית המשפט העליון בשל עיסוקו בסוגיות חוקתיות, ציבוריות וערכיות, נחלשת ממילא בשם לב למכלול ההסדרים הנכללים בטיטות התזכיר המצמצמים את מקומה של הרשות השופטת בשיח החוקתי-ציבורי, כך שההסדר כשלעצמו אינו קוהרנטי.

המלצתנו אפוא היא כי נדרשת בחינה מעמיקה בשאלת עצם הצורך לעיין מחדש בהרכב הוועדה לבחירת שופטים, ובהליכי בחירת השופטים, וזאת בשיתוף הנהלת בתי המשפט.

ההסדר הקיים והרקע החקיקתי שביסודו

סעיף 4 לחוק-יסוד: השפיטה, שכותרתו "מינוי שופטים", קובע כי שופטים יתמנו על-ידי נשיא המדינה, לפי בחירה של ועדה לבחירת שופטים. הרכב הוועדה וגודלה נקבעו מפורשות בסעיף, וזאת לטובת ביצור עצמאותה ואי-תלותה של הרשות השופטת.

בהתאם להסדר הקיים, הוועדה מורכבת מנציגים של שלוש הרשויות: המבצעת, המחוקקת והשופטת, וכן מנציגות מקצועית – נציגי לשכת עורכי הדין. **הרשות המבצעת** מיוצגת על-ידי שר המשפטים המכהן כיושב ראש הוועדה, וכן שר נוסף על פי שיקול דעתה של הממשלה. **הרשות המחוקקת** מיוצגת באמצעות שני חברי כנסת, שנבחרים בבחירה חשאית על-ידי חברי הכנסת, כאשר ברמה הנורמטיבית אין הסדרה של ההשתייכות הסיעתית של חברי הכנסת, ואולם קיים נוהג לא מחייב שלפיו הכנסת בוחרת נציג אחד מבין סיעות הקואליציה ונציג אחד מבין סיעות האופוזיציה.² **הרשות השופטת** מיוצגת על ידי שלושה נציגים – נשיא בית המשפט העליון ושני שופטים אחרים של בית המשפט העליון שנבחרים על ידי חבר שופטי בית המשפט

² בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (נבו 1.2.2017); בג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (נבו 20.08.2020).

העליון. **נציגי עורכי הדין**, לשכת עורכי הדין בתור הגוף הסטטוטורי המאגד את עורכי הדין בישראל, המייצגים בערכאות המשפטיות, מיוצגת על-ידי שני נציגים שנבחרים בידי המועצה הארצית של הלשכה.

ההרכב המגוון של הוועדה נועד לתת ביטוי ייצוגי לשלוש רשויות הממשל וכן לגורמי מקצוע עריכת הדין ובכך להבטיח בראש ובראשונה את רמתם המקצועית הגבוהה של המתמנים לשפיטה ואת אי-תלותם בגורמים פוליטיים, תוך איזון בין עקרון העצמאות והמקצועיות, לבין עקרון האחריות והייצוגיות.

בחוק בתי המשפט עוגנו הוראות מפורטות יותר, בין היתר, בנוגע לסדרי פעילותה של הוועדה, לכשירותם של שופטים ולדין המשמעתי החל בעניינם. סעיף 7(ג)(2) לחוק קובע הסדר ייחודי בנוגע למינוי שופטים לבית המשפט העליון, לפיו מינוים יהיה ברוב של שבעה מתוך תשעת חברי הוועדה. דרישת הרוב המיוחד משמעותה כי בבחירת שופטים לבית המשפט העליון אין למי מהגופים המרכיבים את הוועדה למינוי שופטים – לא מקרב הדרג המקצועי ולא מקרב הדרג הנבחר – רוב ללא הסכמות ביניהם. בדרך זו ביקשה הכנסת להבטיח איזון עדין בין הרשויות המיוצגות בוועדה למינוי שופטים ולייצר דינמיקה ראויה של הגעה להסכמה רחבה ביחס לבחירת שופטים לבית המשפט העליון.

אחד ההסדרים הבסיסיים ביותר במשטר הפרלמנטרי הישראלי להבטחת עצמאותה של הרשות השופטת בכלל, ועצמאותו ואי-תלותו של בית המשפט העליון בפרט, נסוב על הליך בחירתם ומינויים של השופטים – הליך שבו נציגי הממשלה והכנסת מיוצגים ונוטלים חלק, אך ללא שליטה מכרעת על ההליך.

שאלת הרכבה של הוועדה לבחירת שופטים ועיצוב הסדרי הבחירה כערוכה מוסדית ומשטרית לעצמאותה של הרשות השופטת ולא-תלותה בממשלה ובכנסת עמדו במרכזו של דיון פרלמנטרי ער כבר בשנת 1953, עת חוקק חוק השופטים. זאת במטרה לשנות את השיטה המנדטורית, שלפיה שופטים מונו על ידי שר המשפטים והממשלה היתה מוסמכת להעביר שופט מכהונתו. שר המשפטים התבסס אמנם על המלצת ועדה מייעצת במינוי שופטים, אך ההמלצה של הוועדה לא היתה מחייבת. מינוי של שופטי בית המשפט העליון התבצע על ידי הממשלה באישור הכנסת, כך שהמינוי נעשה בעיקרו על ידי דרג פוליטי.

ואולם, כבר בראשית ימיה של המדינה, הצביעו חברי הכנסת על הפגמים המהותיים בהסדר מסוג זה ועל החשש שהדבר יביא לפוליטיזציה של מערכת המשפט. לפיכך, בשנת 1952 הניחה הממשלה את הצעת חוק השופטים, התשי"ג-1952, שעוצבה בהשראת המודל הקונטיננטלי בצרפת, ונועדה להבטיח את אי התלות של הרשות השופטת בממשלה ובכנסת. דיוני החקיקה בהצעת החוק התמקדו בשאלה עד כמה יש למתן את כוחה של הממשלה ונציגי הקואליציה בבחירת השופטים, **כאשר הייתה הסכמה רחבה ביותר על כך שהשיטה הקיימת שבה השופטים נבחרים על-ידי הממשלה באישור הכנסת אינה מתאימה לישראל.** בסופו של דבר גובש הסדר שזכה לתמיכה רחבה, תוך שמדברי הכנסת עולה כי הנחת המוצא הייתה שהסדר שכזה צריך להיות מעוצב בשיתוף עם האופוזיציה ולהיות בקונצנזוס רחב, ככל הניתן. ההסדר שנבחר נועד לאזן בין כוחן של שלוש הרשויות בוועדה באופן שמשקף את עקרון העצמאות השיפוטית אל מול עקרון האחריות של הדרג הנבחר, מבלי שהוא מעניק לדרג הנבחר את כוח ההכרעה במינוי השופטים. עמד על כך נשיא בית המשפט העליון, משה לנדוי ז"ל, בכתיבתו האקדמית בצינו כי "אצלנו עשתה הכנסת מעשה

רב בהבטיחה בחוק השופטים את אי-תלות השופטים ומינויים על-ידי גוף בעל רוב בלתי פוליטי. עלינו להיות חרדים מאוד לקיום ההסדרים הללו, משום שהם מעיקרי המשטר החוקתי שלנו".³

חוק-יסוד: השפיטה אשר חוקק בשנת 1984 לא מצא לשנות משיטת מינוי השופטים, תוך שהותיר על כנו את הרכב הוועדה עליו הסכימו חברי הכנסת עוד בשנת 1953.

בשנת 2000, ובעקבות יוזמות שונות שקראו לשינוי שיטת בחירת השופטים, הוקמה ועדה ציבורית בראשות השופט פרופ' יצחק זמיר לבדיקת סדרי הבחירה של השופטים ושתפקידה היה להציע דרכים לשיפור ההסדרים הקיימים (להלן: **ועדת זמיר**).⁴

במסקנות ועדת זמיר נכתב ששיטת הבחירה של שופטים בישראל, על ידי הוועדה לבחירת שופטים בהרכבה הקיים, מאפשרת בחירה של המועמדים הראויים ביותר לשפיטה, הן מבחינת הכישורים המשפטיים והן מבחינת התכונות האישיות. עוד נכתב, ששיטה זו הוכיחה את עצמה כשיטה טובה, הלכה למעשה, שכן היא הצליחה להקים בישראל, מאז הקמת המדינה ועד היום, מערכת של שופטים בעלי רמה מקצועית גבוהה, נקיי-כפיים ועצמאיים. הוועדה מצאה שהשיטה הקיימת מתאימה לצרכים ולתנאים המיוחדים של ישראל והיא מקובלת, גם על מומחים לדבר מחוץ לישראל, כשיטה טובה מאוד בהשוואה לשיטות הנהוגות במדינות אחרות. עם זאת, הוועדה סברה כי ניתן וראוי לשפר את השיטה הקיימת והמליצה, בין השאר, לאמץ באופן רשמי את מדיניות הוועדה לפיה כאשר הרמה המקצועית והתכונות האישיות קיימות במידה הנדרשת, יש לתת משקל גם לעקרון השיקוף החברתי.

כאמור לעיל, שינוי מהותי בנוגע למינוי שופטים התקבל בכנסת בשנת 2008, במסגרתו תוקן סעיף 7(ג)(2) לחוק בתי המשפט, ונקבע שהצעת הוועדה לבחירת שופטים למנות שופט לבית המשפט העליון תהיה על דעת שבעה מחברי הוועדה. משמעות הדברים היא כי לא ניתן למנות כיום שופט לבית המשפט העליון ללא הגעה להסכמות עם חברי הוועדה הנמנים על הדרג הנבחר. בכך ניתן מענה לטענות שונות שהועלו במהלך השנים על כך שמקומו של בית המשפט העליון בשיח החוקתי מחייב הגברת מעורבות של הדרג הנבחר במינוי השופטים, וזאת כדי להבטיח גיוון של הזרמים והקולות בציבוריות הישראלית בסוגיות אשר יש בהן מעורבות משמעותית של בחינה ערכית וציבורית.

השינוי המוצע

בכל הנוגע להרכב הוועדה, הרי שבשונה מהמצב הקיים, מוצע במסגרת טיוטת התזכיר לקבוע כי בוועדה יהיו אחד-עשר חברים, בחלוקה הבאה: שר המשפטים; שני שרים נוספים שתקבע הממשלה; יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט; יו"ר ועדת הכנסת; יו"ר הוועדה לענייני ביקורת המדינה; שני נציגי ציבור שיבחר שר המשפטים (אחד מהם עורך דין), נשיא בית המשפט העליון ושני שופטים נוספים של בית המשפט העליון שיבחר חבר שופטיו.

כן מוצע להגביל את תקופת הכהונה של נשיא בית המשפט העליון ו"סגנו" לשש שנים ולקבוע כי ניתן יהיה למנותם שלא מתוך שופטי בית המשפט העליון המכהנים, ובאותה הדרך שבה מתמנים שופטים של בית

³ משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל", הפרקליט כז 30, 39 (תשל"א-תשל"ב).

⁴ משרד המשפטים **דין וחשבון הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים** (2001).

המשפט העליון⁵; מינוי שופטים לבית המשפט העליון ברוב רגיל (ולא רוב מיוחד כמו במצב הנוכחי); קביעת חסינות מוחלטת מפני מעורבות של רשות שלטונית כלשהי בהחלטות הוועדה לבחירת שופטים ובאופן התנהלותה; הדחת שופט תתאפשר ברוב של תשעה חברי הוועדה; בנוסף, לפי דברי ההסבר (מבלי שהוראות אלה כתובות בגוף התזכיר), מוצע כי שופטי בית המשפט העליון ייבחרו לאחר קיום שימוע פומבי בפני ועדת החוקה.

להלן נעמוד על הקשיים המרכזיים הנובעים מהשינוי המשמעותי המוצע בהרכב הוועדה לבחירת שופטים.

א. פגיעה בעקרון העצמאות השיפוטית

מערכת שפיטה עצמאית ובלתי תלויה ברשויות השלטון האחרות היא עקרון יסודי בשיטת משטר דמוקרטית. עקרון תשתיתי זה שזור גם בצופן הגנטי המכונן את זהותה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית והוא מזוהה בפסיקת בית המשפט העליון כחלק מאותם מאפיינים זהותיים גרעיניים מינימאליים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית⁶, שכן קיומה של מערכת עצמאית של בתי המשפט, השופטת ללא השפעות חיצוניות, הוא מערכי היסוד של המדינה. רק בהינתן עצמאות הרשות השופטת תוכל היא למלא את תפקידה לאכוף את מגבלות הכוח על רשויות השלטון האחרות.

עצמאותה של הרשות השופטת ואי-תלותה ברשויות השלטון האחרות מובטחת באמצעות מספר הוראות דין משטריות. אי-התלות המהותית מעוגנת בסעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה, שלפיו "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין". לצידה, אי-התלות האישית של השופטים מעוגנת בשורת הסדרים מוסדיים, ובמרכזם עצם הליך בחירת השופטים, קידומם ואפשרות הדחתם באמצעות הוועדה שעליה עמדנו לעיל⁷.

אחיזתם הבלעדית של נציגי הממשלה והרוב הקואליציוני בהליך בחירת השופטים ובקידומם כפי שנובע מההצעה, תערער את ההסדר המשטרי המבטיח מזה 70 שנה את עצמאותם של בתי המשפט ואת אי-תלותם בגורמים פוליטיים.

הפגיעה בעצמאותו ובאי-תלותו של בית המשפט העליון צריכה להיבחן גם מנקודת מבט רחבה, המביאה בחשבון את מקומו הייחודי – הכמעט בלעדי – של בית המשפט העליון בהגבלת כוחן של הממשלה ושל הכנסת מפני פגיעה בהסדרים משטריים יסודיים, בזכויות הפרט ובהגנה על שלטון החוק והמינהל התקין. עוד יש להדגיש, כי ריסון עצמי בלבד של הכנסת ופיקוח פרלמנטרי על הממשלה אינם יכולים להוות בלם מספק ואפקטיבי על כוחה הרב של הרשות המבצעת ועל כוחה הבלתי מוגבל של הרשות המכוננת והמחוקקת. בהקשר זה, נודעת חשיבות רבה לשמירת עצמאותו ואי-תלותו של בית המשפט העליון, אשר מגשים את תפקידו המשטרי כרשות שלטונית מאזנת מעצם היותו גוף בלתי תלוי, המחסן עצמו מפני השפעות חיצוניות.

⁵ בדברי ההסבר לחוק בתי המשפט נטען כי בהתאם להסדר המוצע בחוק-יסוד: השפיטה, נשיא ו"סגנו" ייבחרו ברוב מוחלט של חברי הוועדה. ואולם, אין הלימה בין דברי ההסבר בעניין זה לבין הנוסח של ההסדר המוצע, אשר ממנו עולה מפורשות כי מוצע שנשיא בית המשפט העליון ו"סגנו" ייבחרו באותו האופן שבו נבחרים כלל השופטים. נדרש להבהיר סוגיה זו.

⁶ בג"ץ 5555/18 ח"כ אכרם חסון ו-11 אח' נ' כנסת ישראל (נב' 8.7.2021) (להלן: עניין חסון); א"ב 11280-02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' אחמד טיבי, פ"ד נז(4) 1, סעיף 14 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (2003); בג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 2, פס' 27 לפסק דינו של כב' השופט עמית.

⁷ אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כך א: עקרונות יסוד 127-129 (מהדורה שישית 2005).

חיוניות השמירה על עצמאותו ואי-תלותו של בית המשפט העליון חשובה במיוחד במבנה המשטר הדמוקרטי בישראל, שבו הממשלה שולטת למעשה בכנסת, באמצעות הרוב הקואליציוני, ובהיעדר מנגנונים מוסדיים משמעותיים אחרים לביזור הכוח השלטוני והגבלתו, בדומה למקובל במדינות אחרות, ובכלל זאת: פרלמנט בעל שני בתים, משטר פדראלי המבזר את כוח השלטון, חוקה נוקשה וכיו"ב. על כן, מהלך לעיצוב או שינוי המבנה המשטרי בישראל חייב להיות רגיש לכך, ולהבטיח כי ישמרו מנגנוני פיקוח מוסדיים חיצוניים ובלתי תלויים בכוחה של הממשלה והרוב הקואליציוני. הרשות השופטת יכולה למלא את התפקיד הזה אך ורק אם תובטח עצמאותה מפני המערכת הפוליטית.⁸

שופטים אשר ייבחרו לכהונתם על-ידי נציגים הנמנים על הרוב הקואליציוני בלבד עלולים להיתפס בציבור כמי שאינם עצמאים וכשופטים "מטעם". לכך עלולה להיות השלכה על ההכרה בלגיטימיות של ההכרעה השיפוטית. אך מעבר לכך, תפקידה של הוועדה לבחירת שופטים אינו מתמצה רק במינוי לתפקיד, כי אם גם בהחלטה בדבר קידומו של שופט לערכאה גבוהה יותר. כאן החשש לתלות או למצער למראית עין של תלות – הוא משמעותי אף יותר. פסיקותיו של שופט בערכאה נמוכה, בסוגיות המשיקות לעניינים ציבוריים, עלולות להיתפס כמוטות לטובת הרוב הפוליטי השולט בוועדה, אשר יש בכוחו להחליט אם לקדם את אותו שופט לבית המשפט המחוזי או לבית המשפט העליון.

ודוק: גם אם נציגי הדרג הנבחר בוועדה יחליטו על מינוי שופטים משיקולים מקצועיים,⁹ וגם אם לא תהיה כל השפעה על התנהלותם בפועל של שופטים לאחר מינויים, אשר ימשיכו לפסוק לפי מיטב הכרתם ושיפוטם, הרי שדי במראית פני הדברים כדי לפגוע באופן קשה באמון הציבור במערכת השפיטה.

עיקרון העצמאות השיפוטית הולך יד ביד עם אמון הציבור במערכת השפיטה – ופגיעה בעצמאות, או אף פגיעה במראית עין של העצמאות השיפוטית, תפגע גם באמון הציבור. בית המשפט העליון התייחס לכך בשנים האחרונות בציינו כי "על מנת לשמר את יחסי האמון בין הציבור והרשות השופטת חשוב להימנע ממצב שבו הוועדה לבחירת שופטים מזוהה באופן מובהק עם סיעה או מפלגה פוליטית מסוימת",¹⁰ וכי "מקום בו שופטים ממונים על ידי ועדה בעלת אופי פוליטי, הדבר עשוי 'לצבוע' את זהות השופטים ולפגוע בעקרון העצמאות ואי-התלות".¹¹

⁸ שם, בעמ' 127-130.

⁹ נזכיר כי בהתאם לדין היום, על חברי הוועדה להפעיל שיקול דעת עצמאי, שאינו כפוף לעמדת הגוף שאותו הם מייצגים (סעיף 6א לחוק בתי המשפט).

¹⁰ בג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 2, בפס' 2 לפסק דינה של כב' השופטת ברוך.

¹¹ עניין אבירם, לעיל ה"ש 2, בפס' 16 לפסק דינו של כב' השופט הנדל.

ב. דחיקת הייצוג המקצועי בהרכב הוועדה

מעבר לעצמאות השיפוטית שתיפגע כתוצאה מהגברת האחיזה הפוליטית במינוי השופטים, הגברת המעורבות של גורמים פוליטיים בהרכב הוועדה המוצע, באה בגדרי ההצעה על חשבון משקלם היחסי של נציגי מערכת המשפט אשר כוחם היחסי יקטן משמעותית, תוך צמצום נציגי עורכי הדין. בהקשר אחרון זה, יש לעמוד על התפקיד שייחסה הפסיקה לנציגות של עורכי הדין במלאכת בחירת השופטים, כגורמי המקצוע המביאים את ניסיונם והיכרותם כנציגי "הצרכן" של מערכת השיפוט.¹²

חשיבותו של הפרמטר המקצועי בהליך הבחירה מתעצמת בשים לב למבנה מערכת המשפט בישראל ולתפקידיה, שכן שופטי כל הערכאות, לרבות בית המשפט העליון, עוסקים בסוגיות משפטיות מקצועיות מתחומי המשפט האזרחי, המינהלי והפלילי. ההרכב הנוכחי של הוועדה נותן לכך מענה.

ג. התייחסות לנימוקים שהובאו בדברי ההסבר

אל מול הפגיעה הקשה בעיקרון העצמאות השיפוטית ובעקרון מקצועיות, מובאים בדברי ההסבר שני נימוקים מרכזיים להגברת עקרון הייצוגיות עד כדי מתן כוח ההכרעה לרוב הקואליציוני: האחד, הידרשות בית המשפט להיבטים חוקתיים-ערכיים מחייבת ייצוגיות רחבה יותר של הציבור בישראל בקרב השופטים; השני, כי יש למנוע את הווטו הקיים לכאורה לשופטים בוועדה לבחירת שופטים.

כפי שנראה להלן, ההסדר המוצע אינו משיג את התכליות המוצהרות הללו, ועל כל פנים אין בכך, בנסיבות העניין, כדי להצדיק את הפגיעה הקשה בעצמאות השיפוטית ובאמון הציבור כפועל יוצא של הגברת האחיזה של הרוב הפוליטי בבחירת השופטים.

1. הגברת המעורבות הפוליטית בבחירת שופטים

כאמור, בתזכיר מוצע להעצים את כוחם של נבחרי הציבור ונציגי הממשלה על חשבון הגורמים המקצועיים – בדרך של ביטול נציגי לשכת עורכי הדין והפחתת משקלם היחסי של השופטים בוועדה. הטעם לכך, לפי דברי ההסבר, הוא כי הכרעה שיפוטית צריכה להתבצע "בידי פורום אשר משקף את ערכי הציבור ואת תפיסותיו. כך בייחוד לאור העובדה שבשנים האחרונות הולך וגובר עיסוקו של בית המשפט בעניינים בעלי אופי ציבורי-פוליטי".

אלא, שמרבית שופטי ישראל כלל אינם דנים בסוגיות בעלות אופי ציבורי-פוליטי. בבתי המשפט ברחבי הארץ נפתחים מדי שנה כ-850,000 אלף תיקים. רוב רובם של הליכים אלה אינו עוסק בסוגיות בעלות אופי ציבורי-פוליטי, חוקתי או משטרי, כי אם בסוגיות משפטיות מקצועיות מתחומי המשפט האזרחי, המינהלי והפלילי. חלקם סכסוכים בין המדינה לפרט, אך חלקם הגדול עוסק בסכסוכים בין פרטים. ההצעה אינה מסבירה מדוע נדרשת מעורבות פוליטית מוגברת, לא כל שכן שליטה פוליטית, במינוי שופטים לבתי משפט השלום והמחוזיים, אשר דנים בסכסוכים אזרחיים בין פרטים ותאגידים, בסכסוכי גירושין או בתיקים פליליים. כאמור, כיום, בחוק בתי המשפט יש הבחנה בין אופן מינוי שופטים לבית המשפט העליון לבין אופן מינוי שופטים ליתר הערכאות, המבטאת את העיסוק של זה האחרון בסוגיות ציבוריות עקרוניות. ואולם,

¹² בג"ץ 10145/17 שידלר נ' שרת המשפטים, פס' 4 לפסק דינו של כב' השופט עמית (נבו 23.1.2018).

התזכיר המוצע לא רק שאינו משמר הבחנה זו, אלא מייצר הרכב ועדה אשר לרוב הפוליטי הנתון תהיה שליטה על כלל מינוי השופטים, וזאת ללא בסיס עיוני היכול להצדיק שינוי כה מרחיק לכת.

כפי שצוין לעיל, הגברת המעורבות של גורמים פוליטיים בהרכב הוועדה המוצע היא על חשבון משקלם היחסי של נציגי מערכת המשפט ודחיקתם של נציגי לשכת עורכי הדין (תחת זאת נציג ציבור אחד שהוא משפטן). במובן זה, מעבר לעצמאות השיפוטית שתיפגע כתוצאה מהגברת האחיזה הפוליטית במינוי השופטים, דחיקת גורמי המקצוע עלולה לצמצם את מקומם של השיקולים המקצועיים בהחלטה על בחירת שופט, ולפגוע במקצועיות המערכת המשפטית ובשירות הניתן לאזרחי המדינה. וכל זאת בתחומי משפט שאין בינם לבין הכרעות ערכיות-ציבוריות השנויות במחלוקת ציבורית – ולא כלום.

באשר לבית המשפט העליון – הרי שמאחר שהוא משמש גם כבית משפט לערעורים וגם כבג"ץ, יש ליתן את הדעת לכך שמתוך כתשעת אלפים תיקים הנפתחים בבית המשפט העליון בשנה, רק כאלפיים הם עתירות לבג"ץ והליכים מינהליים נוספים. ואף מבין העתירות וההליכים הללו, סוגיות אשר ניתן לכנותן כבעלות אופי "ציבורי-פוליטי", כדוגמת הליכים חוקתיים או החלטות ממשלה בנושאים ציבוריים, הם מיעוט יחסי, אל מול תיקים פרטניים רבים בנושאי תכנון ובנייה, מכרזים ועוד כיוצא באלה סוגיות מינהליות "רגילות" בעלות אופי יישומי. מכאן, כי גם בהינתן מקומו המרכזי של בית המשפט העליון ב"שיח החוקתי" בין הרשויות, יש ליתן את הדעת לכך שמרבית ההליכים הנדונים בפניו אינם נוגעים לספירה הציבורית-פוליטית. לפיכך, כל עוד זהו המבנה של בית המשפט העליון, נדרשת ראייה מורכבת יותר של הליך מינוי השופטים אשר תבטא את הכובעים השונים שלו, ותבטיח הליך המאזן בין עקרון המקצועיות והעצמאות אל מול עקרון האחריות והייצוגיות.

מכל מקום, גם ביחס לבית המשפט העליון הבסיס העיוני המובא כהצדקה להסדר המוצע נשמט מן היסוד, לאור פרטי התזכיר האחרים אשר מבטלים בפועל את הביקורת השיפוטית במישור החוקתי ומצמצמים את הביקורת השיפוטית המינהלית. **הרי אם התזכיר ממילא מבקש לצמצם עד דק את היקף העיסוק השיפוטי וההתערבות בסוגיות חוקתיות וציבוריות, מדוע נדרשת במקביל הגברת המעורבות הפוליטית בבחירת כלל שופטי ישראל, והכל על חשבון העצמאות השיפוטית, אי-תלותה של מערכת בתי המשפט, מקצועיותה ואמון הציבור בה?**

2. גיוון העמדות וההשקפות בהרכב הוועדה

עוד נכתב בדברי ההסבר כי "מוצע לקבוע הרכב לוועדה לבחירת שופטים שיאפשר ביטוי רחב לערכי הציבור ולגיוון העמדות וההשקפות בחברה הישראלית". ואולם, הרכב הוועדה המוצע אינו מייצר גיוון של העמדות וההשקפות בחברה הישראלית. שבעה חברים מתוך אחד עשר הם נציגי הממשלה והקואליציה המרכיבה אותה, ודי בהסכמת שישה מתוכם כדי להשיג רוב למינוי שופט או קידומו, בהתעלם מעמדת נציג האופוזיציה ומעמדת השופטים החברים בוועדה. לפיכך, הרכב הוועדה מייצג את אינטרסים של רוב פוליטי נתון, ואין בו כדי לייצר באופן עמוק ומובנה מגוון רחב של שופטים.

טיעון אחר יכול להיות כי ההשתייכות הפוליטית של חברי הוועדה תשתנה מעת לעת בהתאם לתוצאות הבחירות, ובאמצעות שינויים עתיים אלה יושג בסופו של יום גיוון עמדות והשקפות בהרכב הרשות השופטת. אלא, שאין כל ערובה שהכוח יעבור בצורה סימטרית מצד אחד במפה הפוליטי למשנהו, ולכן לא ברור אם שיטה מעין זו תביא בהכרח במצטבר לשיקוף רחב של החברה הישראלית, מה גם שמועדי מינוי השופטים

הם מקריים ביחס לחילופי השלטון ומושפעים ממשך כהונתם עד גיל פרישה. כמו כן, ישנם חלקים בחברה הישראלית אשר הסבירות אשר יהיו חלק מקבוצת רוב נתונה היא נמוכה ביותר, ועל כן הטיעון בדבר חילופי השלטון מעת לעת לא רלוונטיים לגביהם.

מנגד, "צביעת" שופטים לפי מועד מינויים, **טומנת בחובה סכנה ממשית לפוליטיזציה של המערכת השיפוטית ולפגיעה באמון הציבור**, כך שחסרונותיה עולים בהרבה על יתרונותיה הנתענים.

באשר למעמדו של חבר הכנסת מהאופוזיציה בהרכב הוועדה - אכן, בקריאה ראשונית של ההצעה, נראה על פני הדברים שיש בה כדי לעגן לראשונה את מעמדו של נציג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים, ומדובר במהלך ראוי כמובן. כאמור, בהתאם להסדר הקיים, אין עיגון חוקתי לכך שאחד מנציגי הכנסת חייב להימנות על סיעות האופוזיציה, ובהתאם לפסיקה אין מדובר בנוהג חוקתי מחייב, הגם שזו פרקטיקה מקובלת שמשקפת הסדר ראוי ורצוי מטעמים רבים.¹³ מוצע כעת כי יו"ר הוועדה לביקורת המדינה יהיה חבר בוועדה לבחירת שופטים. הואיל ובהתאם לתקנון הכנסת, יו"ר הוועדה לענייני ביקורת המדינה מתמנה מבין סיעות האופוזיציה, משמעות הדברים היא הבטחת חבר כנסת מהאופוזיציה בהרכב הוועדה.¹⁴

ואולם, יש ליתן את הדעת כי בהסתכלות הכוללת על הרכב הוועדה, **הייצוג של האופוזיציה דווקא נחלש**. לנוכח הגדלת מספר חברי הוועדה בכלל (ל-11) ומטעם הרוב הקואליציוני בפרט (7 מתוך 11), לצד דרישת הרוב הרגיל למינוי שופטים לכל הערכאות, מקומו של חבר הוועדה מטעם האופוזיציה אולי יישמר לראשונה, אך משקלו היחסי בהליך קבלת ההחלטות יהיה על פניו זניח וסמלי. אין מדובר בקביעה כי הרכב הייצוג הפוליטי בוועדה יסקף באופן פרופורציונאלי את חלוקת הכוחות בכנסת או בציבור,¹⁵ כי אם הגדלה משמעותית של נציגי הרוב הקואליציוני, אל מול הסדרת נציגותו של חבר אחד, לכל היותר, מסיעות האופוזיציה (אשר הוא נבחר על-ידי הרוב בכנסת).

עוד נטען בדברי ההסבר כי רשות שיפוטית "חייבת לבטא שיקוף רחב של העמדות הרווחות בציבור כדי להצדיק את סמכותה". בהקשר זה נעיר, כי עיקרון הייצוגיות המקובל בעולם אגב מינוי שופטים אינו מתייחס לעמדות שבהן אוחזים השופטים, ואף לא לייצוג יחסי, כי אם מבטא עקרון של **שיקוף חברתי** ככל הניתן של קבוצות באוכלוסייה ברשות השופטת (למשל, נשים וגברים, מיעוטים דתיים ואתניים וכיו"ב), וזאת במטרה לקדם את אמון הציבור על כלל חלקיו בבתי המשפט.¹⁶ התזכיר המוצע אינו עוסק בסוגיות אלה, ואף מחליש את הייצוג המינימלי לנשים בגוף הבחור ביחס למצב הקיים (במצב הקיים יש לפחות ארבע נשים מתוך תשע חברי ועדה; במצב המוצע – לפחות שלוש נשים מתוך אחד-עשר חברי ועדה).

¹³ בג"ץ 4956/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 2.

¹⁴ יוער, כי הייצוג המוצע של חבר הכנסת מסייעות האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים חלש בשני מובנים נוספים: **האחד**, החובה כי יו"ר ועדת הביקורת יהיה מבין סיעות אופוזיציה מעוגנת בסעיף 106(א)(2) לתקנון הכנסת, הניתן לשינוי בכל עת, ולכן לכל הפחות יש להסדיר את מעמד חבר הכנסת מהאופוזיציה ברמה חוקתית נוקשה יותר; **השני**, יושבי ראש ועדות הכנסת, ובכללם יו"ר הוועדה לענייני ביקורת המדינה נבחרים על-ידי הרוב בכנסת (סעיף 106(א)(1) לתקנון הכנסת). מכאן, כי אין המדובר בנציג של האופוזיציה הנבחר על-ידי האופוזיציה. אמנם הפרקטיקה המקובלת בכנסת היא כי בחירת יו"ר הוועדה לענייני ביקורת המדינה נבחר בהסכמה עם האופוזיציה, ואולם לא מדובר בנוהג בעל מעמד מחייב.

¹⁵ עניין **אבירם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 14 לפסק-דינו של כב' השופט הנדל.

¹⁶ שם, בפס' 15 לפסק-דינו של כב' השופט הנדל וההפניות שם.

3. משקל הרשויות בוועדה לבחירת שופטים

בדברי ההסבר נכתב כי "מוצע לקבוע משקל שווה לשלוש רשויות השלטון", ואכן לכאורה לכל אחת מהרשויות – הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת, והרשות המחוקקת, יש לפי ההסדר המוצע שלושה נציגים "ישירים" בוועדה. אלא שניתוח זה מתעלם מהמציאות המשטרית בישראל שבה הכנסת נשלטת על-ידי רוב קואליציוני. הרוב הפוליטי בכנסת מסוימת מיוצג לא רק על-ידי שלושה שרים אלא גם על-ידי שני חברי כנסת נוספים מהרוב הקואליציוני,¹⁷ ולכך יש להוסיף שני נציגי ציבור שממונים ישירות על-ידי שר המשפטים.¹⁸

המציאות המשטרית של שליטת הממשלה בכנסת, באמצעות הרוב הקואליציוני, התחזקה בשלוש השנים האחרונות מאז תיקון חוק יסוד: הכנסת המכונה "החוק הנורווגי" (שבמסגרתו נוספו סעיפים 42 ו-43(ב) – (ו) לחוק יסוד: הכנסת). הסדר זה מגדיל עוד יותר את התלות, שכן כהונתם של ח"כים "נורווגיים" כחברי הכנסת תלויה בכך ששרים וסגני שרים שהתפטרו בהתאם לחוק היסוד לא יתפטרו ולא יועברו מכהונתם בממשלה על-ידי ראש הממשלה, ויחזרו לשמש כחברי כנסת. תלות זו רק תתעצם בעקבות תיקון מס' 52 לחוק-יסוד: הכנסת, שפורסם ביום 24.1.23, אשר הגדיל את מספר הח"כים הנורווגיים האפשריים. מעבר להגברת התלות הכללית, אף אין מניעה חוקית או תקנונית שהח"כים מטעם הקואליציה בוועדה לבחירת שופטים (לרבות ראשי הוועדות בהתאם להסדר המוצע) יהיו בעצמם ח"כים "נורווגיים" אשר כהונתם בכנסת (וכפועל יוצא בוועדה) תהיה תלויה במישרין ברצונם של חברי הממשלה והעומד בראשה.

עוד יצוין, כי אף אם היה מקום לעשות הפרדה מוסדית מסוימת בין חברי הוועדה המכהנים בממשלה לחברי הוועדה המכהנים בכנסת, היבט מוסדי זה נחלש בהסדר המוצע. זאת, משום שבעוד על-פי ההסדר הקיים נציגי הכנסת בוועדה נבחרים בהצבעה חשאית, כעת זהותם נקבעת על-ידי היותם מכהנים בראשות ועדות מסוימות בכנסת. ראשות ועדות הכנסת שבידי הקואליציה נקבעת בדרך כלל בהסכמים הקואליציוניים, כחלק ממלאכת הרכבת הוועדות כולה, ועל-פי ההסדר המוצע בחירת נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים לא תיעשה עוד בהצבעה חשאית. במובן זה ההסדר המוצע מחזק עוד יותר את הזהות הייצוגית שבין חברי הממשלה לחברי הכנסת, באופן המעמיד אותם בקבוצה אחת המשקפת את הרוב הפוליטי הנתון.

עוד נכתב בדברי ההסבר כי ההסדר המוצע נועד "למנוע מצב שבו השופטים המכהנים שולטים – באופן חיובי או בדרך של וטו - בהליכי המיון והבחירה לתפקידי שפיטה והרשות השופטת משפיעה בעצמה על הרכבה". כאמור, ביחס לבחירה לבתי המשפט שאינם בית המשפט העליון, אין לשופטים רוב מובנה או זכות וטו, בהיותם שלושה חברים בלבד. ואולם, בהינתן שני נציגי לשכת עורכי הדין אשר גם הם מבטאים את עקרון המקצועיות, יש דומיננטיות לגורמי המקצוע המבטאים את האופי המקצועי של בתי משפט אלה, ואין בתזכיר הסבר עיוני מדוע נדרש כי לבתי משפט אלה תהיה מעורבות מכרעת דווקא של הדרג הנבחר. כפי שיפורט בהמשך, זהו גם האופן המקובל/בעולם למינוי שופטים לבתי משפט מקצועיים.

באשר למינוי שופטים לבית המשפט העליון, הרי שכפי שצוין לעיל, אין לגורמי המקצוע – ובכללם לשופטים, כוח הכרעה, שכן מינוי כאמור מחייב רוב של שבעה חברים. משמעות הדברים היא כי על פי המצב הקיים **לא ניתן לבחור שופטים לבית המשפט העליון ללא הסכמה של נציגי הרוב הפוליטי, ונדרשת הסכמה בין שלוש**

¹⁷ יצוין, כי מפרוטוקולי דיוני הכנסת עולה כי בשנות החמישים עמדו חברי הכנסת על כך שמינוי חברי כנסת מטעם הקואליציה, כמוהו כמינוי נציגי ממשלה.

¹⁸ נזכיר כי בצד שינוי הרכב הוועדה, מוצע לבטל את סעיף 7(ג)2 לחוק בתי המשפט, כך שלא תידרש הסכמה כלשהי מעבר לנציגי הרוב הקואליציוני (ואף די בשישה מתוך שבעה מהם), כדי לבחור שופט לבית המשפט העליון.

הרשויות. מכאן, ההרכב הנוכחי של הוועדה לבחירת שופטים הנוכחי מגשים למעשה את התכליות המוצהרות שבבסיס התזכיר. מצב הדברים היום – בהתייחס למינוי שופטים לבית המשפט העליון, משקף הכרה בייחודיותו אל מול יתר בתי המשפט נוכח עיסוקו במשפט הציבורי, תוך יצירת איזון בין נציגי הרשויות השונות, המחייב הסכמה ושיתוף פעולה, בין הגורמים הפוליטיים לבין הגורמים המקצועיים, באופן המקנה באופן אמיתי "משקל שווה לשלוש רשויות השלטון".

התזכיר המוצע מבקש לסטות מאיזון זה, והוא אינו מסתפק במצב הקיים לפיו לנציגי הממשלה והרוב הקואליציוני יש "וטו" בבחירת שופטים לבית המשפט העליון, אלא הוא מעניק להם את **השליטה** במינוי, לכלל בתי המשפט, ועל כן תוצאתו אינה מתן "משקל שווה" לכל שלושת הרשויות.

ד. ההסדר המוצע חריג במבט השוואתי

טענה מרכזית נוספת העולה בדברי ההסבר לטיטות התזכיר היא כי ההסדר המוצע מקרב את ישראל לשיטות מינוי שופטים בעולם לערכאות שיפוטיות עליונות. בהקשר זה נטען כי במבט משווה, ניתן לראות כי "מדינות המסמיכות את בתי המשפט שלהן לפסול חוקים", דוגמת ארצות הברית¹⁹, קנדה וגרמניה, הבחירה של שופטי הערכאה השיפוטית העליונה נעשית אצלן באמצעות נבחר הציבור. מנגד, כך נטען, מדינות המאפשרות לשופטים "וטו" על בחירת השופטים לבית המשפט העליון, דוגמת בריטניה, לא מסמיכות את בית המשפט לפסול חקיקה ראשית.

עוד נטען, כי "שיטת מינוי השופטים בישראל חריגה מאד ביחס למקובל בעולם המערבי". על-פי מחקר משנת 2019, אשר דברי ההסבר מתבססים עליו, 24 מתוך 36 המדינות שנבחנו בוחרות את שופטיהן בשיטה שמעניקה את זכות הבחירה לנבחר הציבור בלבד. למעשה, כך נטען, רק יוון וטורקיה הן מדינות שיש בהן ביקורת שיפוטית חוקתית, אך לנבחר הציבור אין וטו בבחירת שופטים. נוכח האמור, נטען בדברי ההסבר כי במבט השוואתי המצב הקיים בישראל הוא חריג ביותר.

כפי שיפורט להלן, עיון מדוקדק בנוגע להליכי מינוי שופטים בעולם במדינות דמוקרטיות מערביות מצביע על תמונה מורכבת בהרבה מזו המוצגת בדברי ההסבר. למעשה בחינה רחבה מעלה כי ההסדר המוצע כעת, הוא דווקא החריג במבט השוואתי.

להלן נסקור בתמצית את אופן מינוי השופטים במספר מדינות, ואת המבנה המשטרי הכללי שלהן, כדי לעמוד על מידת הרלוונטיות של ההסדרים הקיימים במדינות העולם להסדר המוצע כעת, ביחס לשיטת המשטר הישראלית.

טבלה השוואתית מפורטת יותר המתייחסת למודל בחירת שופטים במדינות שונות, על רקע מאפייניהן, מצורפת לנספח א'.

צרפת הוזכרה בדברי ההסבר כאחת הדוגמאות לשיטות אשר ההסדר המוצע מתיישב עם ההסדרים שנקבעו בה. בצרפת מכהנת מועצה חוקתית המוסמכת לדון בעניינים חוקתיים, כמו פיקוח על התנהלות הבחירות

¹⁹ בניגוד לנכתב בדברי ההסבר, ארצות הברית וקנדה אינן מדינות "שהסמיכו" את בית המשפט לפסול חוקים (ניסוח המשמיע הסמכה בנורמה חוקתית מפורשת), בשתייהן הסמכות של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית חוקתית היא פסיקתית בלבד.

לפרלמנט ולנשיאות, בחינה חוקתית של חוקים והליכי חקיקה, ואף מחויבת לבחון את החוקתיות של חוקים אורגניים (חוקים המפרטים ומשלימים את הוראות החוקה) ואת התקנונים הפנימיים של שני בתי הפרלמנט.

מינוי המועצה מחייב הסכמה רחבה בין הגופים הפוליטיים הקיימים במבנה הדמוקרטי הצרפתי. המועצה מורכבת מנשיאי צרפת בעבר ומחברים נוספים. הנשיא, הנבחר בבחירות כלליות ישירות, ממנה שלושה חברים במועצה; יו"ר הסנאט - הבית העליון של הפרלמנט, שנבחר בבחירות לא ישירות על ידי נבחר הציבור בערים ובמחוזות, ממנה שלושה חברים; ויו"ר האסיפה הלאומית - הבית התחתון של הפרלמנט, הנבחרת בבחירות אזוריות ישירות, ממנה שלושה חברים. כל שלוש שנים מתחלפים שליש מחברי המועצה, והמינוי מחייב אישור של ועדת החוקה של בית הפרלמנט כאשר מדובר במינוי של אותו הבית, ואישור של שתי הוועדות במינוי של הנשיא. המינוי ייפסל אם יותר מ-3/5 מחברי שתי הוועדות התנגדו לו.²⁰

מודל מינוי השופטים בבתי המשפט בערכאות הרגילות בצרפת, שימש השראה לקביעת המודל הישראלי הקיים שמבקש להבטיח את העצמאות השיפוטית.²¹ בצרפת מכהנת מועצה עליונה לשפיטה, שבה שני מדורים, האחד אמון על שופטים אזרחיים ופליליים והשני עוסק בתובעים כלליים. מדור השופטים כולל שופטים, תובע כללי, נציג מועצת המדינה (גוף שיפוטי האחראי על המינהל הציבורי) ונציגים של הנשיא (ראש הרשות המבצעת), האסיפה הלאומית והסנאט (שני בתי הפרלמנט). המועצה העליונה של הרשות השופטת אחראית, בין היתר, להמליץ על מינויים של שופטים לבית המשפט העליון, לנשיא בית המשפט לערעורים ונשיא בית משפט של הערכאה הראשונה. מינוי שאר השופטים מחייב התייעצות של הנשיא עם המועצה לגבי המועמדים שהוא מבקש למנות.²²

דוגמה נוספת שהובאה כמקור השראה להסדר המוצע, היא **גרמניה**. מינוי השופטים לבית המשפט לחוקה בגרמניה הוא על ידי הפרלמנט, בהליך המחייב הסכמה רחבה של נבחר הציבור, ואין המדובר במינוי שהמשלה שולטת בו לחלוטין. מתוך 16 השופטים המכהנים בבית המשפט החוקתי, מחצית מתמנים על ידי הבית העליון של הפרלמנט, המייצג את המדינות השונות בפדרציית גרמניה, וברוב מיוחס של שני שליש מהמצביעים,²³ ומחציתם על ידי הבית התחתון של הפרלמנט, המייצג את הפרלמנט הפדרלי המרכזי, **ברוב של שני שליש**, המייצג רוב מוחלט של חברי הבית.²⁴ הצבעת הבית התחתון מתבססת על ועדה פרלמנטרית לבחירת שופטים בת 12 חברים שמשקפים את יחסי הכוחות הפוליטיים במליאה. כל מפלגה רשאית להציע את מועמדיה וכדי שהצעת הוועדה תעבור לדיון בפרלמנט, עליה לקבל רוב של שמונה מהקולות.²⁵ לעומת זאת, מינוי שופטים לערכאות הפדרליות נעשה בסמכות משותפת של שר המשפטים הפדרלי (או השר

²⁰ Woloch, Isser et al. "France", *Encyclopedia Britannica*, (Jan. 4, 2023) <https://www.britannica.com/place/France>. Accessed 9 January 2023.

²¹ ס' 61-56 לחוקת הרפובליקה הצרפתית החמישית – France's Constitution of 1958 with Amendments through 2008 – (בתרגומה לאנגלית באתר:

https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=en#page=22&zoom=100,237,661;
James Wilets, ; (2019) 18 **מחקר השוואתי** – **בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים** – Tracy Garcia & Stephanie Rodriguez, *A Critique of the Judicial Appointment Process and Rule of Law in the United States: A Comparative Perspective*, 46 NOVA L. REV. 201, 225(2022).

²² גיא לוריא **הוועדה לבחירת שופטים** 20 (2019).
²³ ס' 64-65 לחוקת הרפובליקה הצרפתית החמישית, לעיל ה"ש 20; דינה צדוק **שיטות מינוי שופטים לערכאות עליונות: סקירה משווה** 15-16 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2010).

²⁴ סעיפים 50 ו-94 לחוקת גרמניה – Basic Law for the Federal Republic of Germany (בתרגומה לאנגלית בכתובת: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>); כהן, נטף ובקשי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 16.

²⁵ Britannica, T. Editors of Encyclopaedia (December 22, 2021). *Federal Constitutional Court. Encyclopedia Britannica*, <https://www.britannica.com/topic/Federal-Constitutional-Court>.

²⁶ Act on the Federal Constitutional Court, Art. 6(2) https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bverf/englisch_bverfpg.pdf.

הרלוונטי לאותו תחום משפט, למשל שר הרווחה בבית המשפט לעניינים סוציאליים)²⁶ ושל הוועדה לבחירת שופטים. הוועדה מורכבת ממספר שווה של שרים מ-16 מדינות גרמניה או נציגיהם, ושל נציגי הבונדסטאג, הבית התחתון.²⁷ בגרמניה פועלת גם ועדה המורכבת משופטים מכהנים בבתי המשפט הפדרליים, אשר להם יש סמכות לייעץ לוועדה הממנה ולהמליץ על כשירות המועמדים למינוי.²⁸ לרוב, שרי המשפטים יקבלו את הצעת ועדת השופטים.²⁹

בריטניה, לעומת זאת, היא מדינה שלגביה נטען בדברי ההסבר כי לא ניתן לגזור ממנה ביחס לישראל, משום שבתי המשפט בבריטניה אינם מוסמכים לפסול חוקים. בהליך מינוי השופטים לבית המשפט העליון בבריטניה, יש השפעה מכרעת לשופטים ולוועדות מינויים מקצועיות שאינן תלויות בדרגים הפוליטיים.³⁰ בהתאם לחוק הרפורמה החוקתית משנת 2005, הוקמו בבריטניה ועדות מינויים מקצועיות שבהן לשופטים משקל רב. כאשר מתפנה משרת שופט בבית המשפט העליון הבריטי, מתכנסת ועדה המורכבת מנשיא בית המשפט העליון, המשנה לנשיא, ונציג אחד מכל ועדת מינויים לבתי המשפט באנגליה, בסקוטלנד ובאירלנד, שלפחות אחד מהם אינו שופט. בוועדה לא יושב נציג של הרשות המבצעת או המחוקקת. הוועדה רשאית להמליץ ל-Lord Chancellor, המקביל לשר המשפטים בישראל, על מועמד אחד בלבד בכל פעם, והוא זה שמחליט בפועל על המינוי. הוא רשאי לדחות את המינוי ולבקש מהוועדה לשקול בשנית את המלצתה, אך השר יהיה חייב לבחור אחת מבין שלוש הצעות של הוועדה ולנמק בשיקולים מקצועיים בלבד את בחירתו.

את השופטים לבתי המשפט הנמוכים יותר ממנות ועדות המינויים של אנגליה, סקוטלנד ואירלנד, שהרכבן מגוון וכולל - שופטים, עורכי דין וחברים אחרים. בוועדת המינויים באנגליה למשל יושבים 15 חברים: שבעה שופטים, שני עורכי דין ושישה חברים אחרים, מהאקדמיה, השירות הציבורי, יוצאי צבא ומומחים בתחום משאבי אנוש (שאחד מהם יושב ראש הוועדה). חברי ועדת המינויים מתמנים באופן פורמלי בידי ה-Lord Chancellor אך לפי המלצה מחייבת של ועדות לאיתור מועמדים שחבריהן מתמנים בהליך מורכב שבו ניתן לראש הרשות השופטת, או למועצת שופטים, משקל מכריע ומחייב.

יצוין, כי בניגוד למשתמע מדברי ההסבר, בבריטניה מתבצעת ביקורת שיפוטית חוקתית. בבריטניה נחקק בשנת 1998 חוק זכויות האדם (The Human Rights Act), שענין את רוב הזכויות האזרחיות והפוליטיות המוגנות מכוח האמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR) בדיון הפנימי של בריטניה, ובהן פירוט נרחב ביותר של זכויות הפרט. מעבר לעצם קיומה של מגילת זכויות אדם מפורטת, החוק הסמיך את הערכאות העליונות במערכת המשפט הבריטית להצהיר על אי-תאימות בין ההוראה שעומדת לדיון בהליך המתקיים בפניה לבין הזכויות שנקלטו בדיון הפנימי. במקרה כזה רשאים השופטים להכריז על אי התאמה לחוק זכויות האדם, ולהמליץ לפרלמנט לשקול מחדש את ההסדר.

²⁶ The ministry of Justice, *The Governance of Britain – Judicial Appointments*, (17.01.2008), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228725/7210.pdf

²⁷ סעיפים 38 ו-95 לחוקת גרמניה.

²⁸ סעיף 57 ל-German Judiciary Act בתרגומו לאנגלית בכתובת: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_drjg/englisch_drjg.html

²⁹ Johannes Riedel, *Judicial Review of Judicial Appointments in Germany*, International Journal For Court Administration 11(1), 2 (2020).

³⁰ כהן, נטף ובקשי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 57-58; לוריא, לעיל ה"ש 21, בעמ' 87-88.

אף שמדובר בסמכות המלצה בלבד, בפועל, התרבות הפוליטית שהתעצבה עם השנים ביחס בין הרשויות, הוא שהמלצות בתי המשפט בבריטניה נתפסות כמחייבות, והרוב המכריע של ההמלצות הובילו את הפרלמנט לערוך שינויי חקיקה.³¹

בארצות הברית בית המשפט העליון הפדרלי, דן בערעורים ובשאלות חברתיות וציבוריות, בהתאם לשיקול דעתו. בפועל נידונים כ-100 תיקים בעלי השלכות ציבוריות או משפטיות משמעותיות.³² שופטים פדרליים מתמנים על ידי הנשיא באישור הסנאט. הסנאט משמש כמנגנון בקרה על נשיא, שכן אין לנשיא רוב מובנה בבית זה, כפי שנהנית הממשלה בישראל מרוב מובנה בכנסת.³³ לפיכך, גם שיטת מינוי השופטים בארה"ב, אשר אכן נותנת כוח הכרעה מוחלט לדרגים הפוליטיים, כוללת מנגנון של ביזור כוח, שאינו קיים בהסדר המוצע. עוד נציין, כי לאחרונה הולכת וגוברת ביקורת על הפוליטיזציה של המינויים לבית המשפט בארה"ב, וישנם מחקרים על כך שאמון הציבור האמריקאי בבית המשפט כתוצאה מכך נמוך ביותר, כך שבכל מקרה מתעורר ספק האם אכן מדובר בשיטת מינוי אשר צריכה להיות מקור להשראה.³⁴

בקנדה הסמכות למנות שופטים לבית המשפט העליון נתונה בידי ראש הממשלה, אשר נשען על ועדה מייעצת עצמאית א-פוליטית ומקצועית שבה חברים ארבעה חברים מקצועיים הממונים על ידי דרג מקצועי, ושלושה חברים שממנה שר המשפטים³⁵, שלפחות שניים מהם אינם אמורים להיות עורכי דין.³⁶ תפקיד הוועדה והמשימה כפי שמוגדרת בהחלטת הממשלה היא לאתר את המשפטנים ברמה הגבוהה ביותר, דוברי אנגלית וצרפתית, המייצגים את המגוון החברתי של תושבי קנדה. חברי הוועדה נדרשים להתייעץ עם נשיא בית המשפט העליון וגורמים מרכזיים נוספים במערכת המשפט טרם גיבוש ההמלצה ומחויבים לספק רשימת מועמדים מאוזנת מבחינה מגדרית וחברתית הכוללת שלושה עד חמישה מועמדים. כמו כן, הוועדה מחויבת למסור דו"ח הכולל, בין השאר, תיאור מפורט של הפגישות שקיימה, תהליך הביקורת וההמלצה של הוועדה, סיכום התייעצות עם גורמים ממליצים, נתונים אודות המועמדים וכן את השאלון שעליו השיב המועמד שנבחר ותשובות מסוימות שסופקו,³⁷ והכל כדי להגביר את השקיפות בהליך המינוי.

בעבר במישור הפורמלי היה לראש הממשלה שיקול דעת רחב במינוי השופטים, אך היו נהוגים כללים בלתי-פורמליים, בכללם דומיננטיות השיקול המקצועי, והכלל שלבית המשפט העליון מתמנה בדרך כלל שופט

³¹ Conall Mallory & Hélène Tyrrell, *Discretionary Space and Declarations of Incompatibility*, 32 KING'S L. J. 466 (2021).

³² Smentkowski, B. P., *Supreme Court of the United States*, *Encyclopedia Britannica* (November 1, 2022) <https://www.britannica.com/topic/Supreme-Court-of-the-United-States>
פנמים רבות התיקים הנידונים יהיו בשאלות חוקתיות, אך לא בהכרח – שכן בית המשפט ידון גם למשל בשאלות משפטיות עקרוניות העוסקות במחלוקות בין בתי משפט מערכאות נמוכות יותר או שאלות אזרחיות בעלות השלכות משמעותיות לכלכלה, וכד'. ראו - Michael R. Dreeben, *Case Selection And Review At The Supreme Court*, Statement For the Presidential Commission On The Supreme Court Of The United States (June 25, 2021) <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/06/Dreeben-Statement-for-the-Presidential-Commission-on-the-Supreme-Court-6.25.2021.pdf>

³³ סעיף 2.2 לחוקת ארה"ב; עמיחי כהן, גיא לוריא ונדיב מרדכי **ההתמקדות במודל בחירת השופטים – כשלים מתודולוגיים בדיון העכשווי** 14-15 (2021).

³⁴ Presidential Commission on the Supreme Court of the United States 14-17 (2021) <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/SCOTUS-Report-Final.pdf>; Annenberg Public Policy Center "Over Half of Americans Disapprove of Supreme Court as Trust Plummets" (10.10.2022) <https://www.asc.upenn.edu/news-events/news/over-half-americans-disapprove-supreme-court-trust-plummets>

³⁵ מעיון באתר משרד המשפטים הקנדי בכתובת <https://www.fja-cmf.gc.ca/scc-csc/2022/biographies-eng.html>, עולה כי גם המינוי של חברי הוועדה שמונו בידי שר המשפטים נעשה על רקע מקצועי.

³⁶ לוריא, לעיל ה"ש 21, בעמ' 89-90; Julia Amelio, *Supreme Court Appointment Process and the Prime Minister of the*, Day (6.6.2019) <https://www.constitutionalstudies.ca/2019/06/supreme-court-appointment-process-and-the-prime-minister-of-the-day/print=print>

³⁷ ראה לעניין זה בכתובת: <https://www.fja-cmf.gc.ca/scc-csc/2022/nominee-candidat-eng.html>. מעיון באתר משרד המשפטים הקנדי עולה כי השאלות הן שאלות מקצועיות.

מערכאות נמוכות יותר. החל משנת 2016, נקבע המנגנון של ועדה עצמאית מייעצת – על רקע הרצון למתן את ההשפעה של הממשלה על מיוני השופטים, ולהגביר את אמון הציבור בבית המשפט, בהליך שמבטא עצמאות שיפוטית, ועקרונות של פתיחות, שקיפות ואחריות.³⁸ כמו כן, הממשלה התחייבה, לאחר גיבוש הרשימה בידי הוועדה המקצועית, להתייעץ עם נשיא בית המשפט העליון של קנדה, עם התובעים הכלליים במחוז, השרים הרלבנטיים, מבקרי מערכת המשפט וכן עם חברי הוועדה המתמדת של בית הנבחרים למשפט וזכויות אדם וועדת הסנאט המתמדת לעניינים משפטיים וחוקתיים. על סמך התייעצויות אלה והמלצת שר המשפטים ויו"ר הוועדה המייעצת, ראש הממשלה בוחר את המועמד. בדיקה אמפירית העלתה, כי בכל חמש הפעמים שבהן העבירה הוועדה את המלצותיה – אומצו המלצות הוועדה בידי ראש הממשלה.³⁹

גם **בניו זילנד**, אשר הוזכרה בדברי ההסבר, הסמכות למנות שופטים לבית-המשפט העליון היא של שר המשפטים, אך בטרם בחירת המועמד השר נוהג להתייעץ עם פרקליטת המדינה ועם נשיאת בית המשפט העליון.⁴⁰ התפיסה המקובלת היא כי בדרך-כלל ימונו שופטים המכהנים בערכאות עליונות אחרות במדינה, ולא יבואו בחשבון שיקולים פוליטיים בבחירה.⁴¹ זאת, בהתאם למסורת המשפט המקובל לפיה ספסל השיפוט שמור למשפטנים המנוסים והמוכשרים ביותר.⁴²

הבחינה ההשוואתית שלעיל (ולטבלה המצורפת כנספח א'), מצביעה על כך שבשים לב למאפייני השיטה הישראלית ולאופיה של הרשות השופטת, ההסדר המוצע לא יעמיד את ישראל במקום דומה להסדרים המקובלים מדינות דמוקרטיות אחרות, אלא במקום חריג לעומתן.

ראשית, חלק נכבד מהמדינות שבהן קיים מודל בחירת שופטים על-ידי דרג נבחר (לרבות באמצעות מתן זכות וטו), נוגע ל"בתי משפט לחוקה".

בית משפט לחוקה הוא מודל נפוץ במדינות האיחוד האירופי, שבו מבנה הרשות השופטת כולל ערכאה משפטית עליונה, המוסמכת לדון בסוגיות חוקתיות, הנפרדת מיתר הערכאות המשפטיות הדיוניות (העוסקות במשפט אזרחי, פלילי ומינהלי). בשיטה הקונטיננטלית, כמו למשל בצרפת, אוסטריה, גרמניה ואיטליה, ביקורת שיפוטית על נורמות חוקתיות היא בסמכות בתי משפט לחוקה ולא מתבצעת בשאר הערכאות השיפוטיות.⁴³ בעבר הוגשו הצעות חוק פרטיות לעגן ערכאה דיונית כזו גם בישראל, ואולם הצעות אלה לא הבשילו.

בתי משפט לחוקה צמחו באירופה בעיקר על רקע מלחמת העולם השנייה והפרת זכויות אדם בידי המשטרים הטוטליטאריים. הם נועדו להגן על זכויות אלה ועל ערכי היסוד הדמוקרטיים, בהתבסס על התפיסה לפיה רוב פוליטי לבדו לא תמיד יוכל להגן על זכויות אדם ולכבד אותן, במיוחד אלה של המיעוט.⁴⁴ התיאוריה

³⁸ כך תואר בדברי ההסבר שפורסמו באתר משרד המשפטים הקנדי. ראה לעניין זה בכתובת: <https://www.fja-cmf.gc.ca/scc-csc/2022/nominee-candidat-eng.html>.

³⁹ המינוי האחרון של שופט לבית המשפט העליון נעשה ביום 26.8.22 של כבי' השופטת מישל אובונסווין (Michelle O'bonsawin) לפי המלצות הוועדה, בדומה לארבעת המינויים האחרונים החל משנת 2016. ראה: <https://www.fja-cmf.gc.ca/scc-csc/2022/index-eng.html>.

⁴⁰ ישנה הצעת חוק לעגן נוהג זה בחקיקה כדי להגביר את השקיפות והעצמאות השיפוטית. ראה לעניין זה: Geoffrey Palmer, The Judiciary as an Institution, 46 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 257, 260-261 (2015).

⁴¹ כהן, נטף ובקשי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 22.

⁴² Palmer, לעיל ה"ש 40, בעמ' 304.

⁴³ גלעד נוה סמכויות בתי המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על נורמות חוקתיות 1 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020).

⁴⁴ יניב רוזנאי ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעיון הביקורת השיפוטית בישראל 49-50 (2021).

העומדת בבסיס בתי המשפט לחוקה היא כי כדי לשמר את ריבונות המחוקק ואת התפיסה המתוארת של הפרדת הרשויות, יש להקים גוף שימונה על ידי המחוקק אך שיהיה נפרד ועצמאי ממנו, ושיכריע בסוגיות חוקתיות. הגוף יפעל כ"מחוקק שלילי" ויוכל אף לבטל חקיקה לא חוקתית. כלומר, ישמש "מגן החוקה".⁴⁵

ב-19 מדינות מבין 38 מדינות ה-OECD, יש בית משפט לחוקה, ובכולן יש חוקות כתובות בהן מעוגנות זכויות אדם, והסדרה של ביקורת שיפוטית חוקתית אפקטיבית.⁴⁶ בהתאמה לכך, בעניין מינוי שופטים, במדינות קונטיננטליות רבות יש הבחנה בין בית משפט לחוקה לבין בית המשפט העליון (הדן בערעורים של הערכאות הנמוכות יותר) ויתר הערכאות הדיוניות. בבתי משפט לחוקה בדרך כלל מדובר במספר שופטים מכהנים קטן, המתמנים ישירות על ידי גורמים פוליטיים.⁴⁷ כך למשל, כפי שהוצג לעיל, קיים **בצרפת ובגרמניה**.

לעומת זאת, בית המשפט העליון בישראל אינו בית משפט לחוקה, ובשונה מרשימת המדינות הקונטיננטליות שבהן יש בית משפט לחוקה, בישראל אין חוקה מלאה ונוקשה. מבנה הרשות השופטת בישראל הוא כי בית המשפט העליון משמש גם כבועז כבית משפט גבוה לצדק, וגם כבית משפט לערעורים – פליליים, אזרחיים ומינהליים. נוכח השוני בין אופיו הכולל של בית המשפט העליון בישראל לבין בתי המשפט לחוקה במדינות האיחוד האירופי, לא ניתן לעשות גזירה שווה ביניהם.

יתרה מכך, ברוב מדינות המשפט הקונטיננטלי, מינוי שופטים לערכאות השיפוטיות שאינן בית המשפט לחוקה, נעשה בהליך שבו מעורבים הדרג הפוליטי והמקצועי, ולרוב לדרג הנבחר אין רוב מובנה בוועדה והשיקולים המקצועיים מקבלים מעמד בכורה. דגם זה נפוץ במדינות רבות במרכז ובמזרח אירופה, דרום אמריקה, ובמדינות חבר העמים הבריטי והוא מומלץ גם על ידי ארגונים בין-לאומיים.⁴⁸ כך למשל **בצרפת ובאיטליה**, כפי שהובא לעיל.

מכאן, כי ההבחנה בין אופן מינוי שופטים לבתי משפט לחוקה בעולם לבין מינוי השופטים ליתר הערכאות המקצועיות, מחזקת – במבט ההשוואתי – את המודל הישראלי הקיים, אשר מהווה שילוב של שני מודלים אלה, בהיות בית המשפט העליון בישראל גם בית משפט גבוה לצדק, וגם בית משפט לערעורים.

הדברים מקבלים משנה תוקף בהתייחס לכך שבהתאם לתזכיר המוצע, בית המשפט העליון אמנם ימשיך לכהן גם כבית משפט גבוה לצדק, אך תפקידו כ"מגן החוקה" יצומצם באופן משמעותי, וכל שכן ביחס לבתי המשפט בערכאות הנמוכות אשר הן במהותן ערכאות מקצועיות. בנסיבות אלה, המודל ההשוואתי המתאים יותר הוא דווקא בתי המשפט המקצועיים באיחוד האירופי, ובוודאי שלא רלוונטי לגזור גזירה שווה ממינוי שופטים בבתי המשפט לחוקה באירופה למינוי שופטים לכלל בתי המשפט בישראל.

⁴⁵ שם, בעמ' 56-57.

⁴⁶ שם, בעמ' 57-59. בתי משפט חוקתיים לעיתים לא יהיו מוסמכים לפתור סכסוכים חוקתיים בין צדדים, אלא רק להשיב לשאלות חוקתיות שהופנו להם על ידי השלטון קודם לחקיקה או לאחר מכן. בתי משפט חוקתיים אחרים יהיו מוסמכים להפעיל גם ביקורת שיפוטית קונקרטית, בדרך כלל בהכרעת שאלות שהתעוררו במהלך הליך משפטי רגיל והובאו בפניהם על ידי בתי משפט מהערכאות האחרות. יתר בתי המשפט יהיו מוסמכים גם לפתור סכסוכים של יחידים שעתרו נגד חוקתיות חקיקה או פעולה ממשלתית.

⁴⁷ יואב דותן "האם ישראל צריכה בית-משפט לחוקה?" **משפט וממשל** ה' 117 (תש"ס).

⁴⁸ דינה צדוק **שיטות מינוי שופטים לערכאות עליונות: סקירה משווה** 2 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2010); **לוריא**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 84-85.

שנית, המודלים בעולם שבהם הדרג הנבחר בוחר שופטים או שיש לו זכות וטו על בחירתם, מחייבים לרוב הסכמה פוליטית רחבה או שכוללים מנגנונים מאזנים אחרים של היוועצות.

גם בהתעלם מכך שבית המשפט העליון בישראל אינו בית משפט לחוקה (וכך בוודאי הם בתי המשפט בערכאות הנמוכות יותר), בחלק נכבד של המדינות שבהן דרג נבחר בוחר את השופטים, גם כאשר אין המדובר בבית משפט לחוקה, המודל המקובל הוא שהבחירה של השופטים אינה רק על-ידי גוף פוליטי אחד, אלא נדרשת הסכמה פוליטית רחבה של גופים פוליטיים שונים או גורמים מייעצים מקצועיים, אשר חורגת מהאינטרסים הרגועים של ממשלה כזו או אחרת.

כפי שנראה לעיל, אמנם לנבחר הציבור **בגרמניה ובצרפת** כוח רב במינוי השופטים לבית המשפט לחוקה או למועצה החוקתית, אך הדרישה להסכמה, הן בבית העליון והן בבית התחתון או להסכמה משותפת של גופים פוליטיים שונים, מחייבות את נבחר הציבור להגיע להסכמות רחבות לגבי מועמדיהן לשפיטה. מודלים אלה של הסכמה רחבה בנויים מצמצמים את החשש מפני התלות הפוליטית של השופטים ברוב פוליטי מסוים, ומעודד גיוון ובחירה במועמדים המשקפים את מגוון הקולות בפרלמנט. מכאן, כי גם אם היה מקום לאמץ ביחס לבית המשפט העליון מודל שבו יש כוח הכרעה משמעותי יותר לדרג הנבחר, חלק לא מועט מהמדינות המצוינות בטיטת התזכיר אינן רלוונטיות כמקור השוואה, שכן ההסדר המוצע אינו שם את המוקד ב"דרג נבחר" במובן הרחב, אלא ברוב קואליציוני נתון.

הדברים נכונים גם ביחס למדינות נוספות כמו **צ'כיה, אוסטריה ובלגיה**.⁴⁹

אשר למודלים בעולם שמינוי השופטים לבית המשפט העליון, עם שליטה רבה על ידי הדרג הנבחר, כמו **קנדה, ניו-זילנד ובריטניה**, קיימת שונות רבה בין המנגנונים המשטריים הקיימים שם, אל מול המנגנונים בישראל, וכי בכל מקרה, בכולם קיים מנגנון היוועצות עם דרגים מקצועיים, אשר מהווה חלק מרכזי בשיטת בחירת השופטים ובתרבות המינויים שהתעצבה במהלך השנים.

בחלק מהמדינות מנגנון ההיוועצות עם גורמי המקצוע הוא פורמלי ובחלקו הוא מתבצע בהתאם לנוהג בלתי פורמלי. המכנה המשותף הוא מעורבות משמעותית ביותר של השופטים והשיקולים המקצועיים בהליך בחירת השופטים, לרבות לערכאות השיפוטיות העליונות, גם כאשר הגורמים הפוליטיים מחזיקים בסמכות המינוי הפורמלית.

בחינת הפרקטיקה במדינות אלה מובילה בעיקרה לשלוש מסקנות מרכזיות: (א). העובדה שבישראל יש מעורבות משמעותית של הרשות שופטת בהליך מינוי השופטים אינה חריגה, גם ביחס למדינות אשר שיטות המשפט דומה לזו בישראל; (ב). המגמה בעולם מצביעה על מנגנונים שהתפתחו עם הזמן באותן מדינות שבהן דרג מיניסטריאלי מחזיק בסמכות הפורמלית של מינוי השופטים לחיזוק העצמאות השיפוטית והגברת השיקולים המקצועיים על חשבון השיקולים הפוליטיים, בעוד שההסדר המוצע מבטא מגמה בדיוק הפוכה; (ג). לא ניתן לבחון את הליך מינוי השופטים במדינות העולם תוך הידרשות ל"תורה שבכתב" בלבד, מבלי לתת את הדעת ל"תורה שבעל-פה", אשר מעמידה תמונה מורכבת בהרבה מזו המוצגת בתזכיר.

⁴⁹ שם, בעמ' 25, 27 ו-29.

שלישית, בחינה השוואתית של הסדר הנוגע ביסוד היחסים בין הרשויות, מחייבת הסתכלות על שיטת המשטר של המדינות כמכלול.

אופן בחירת שופטים הוא חלק ממנגנון האיזונים והבלמים בין הרשויות, והוא משתנה ממדינה למדינה, בין היתר בשים לב למערך הבלמים והאיזונים הכולל שלה. לפיכך, אין מקום לקחת היבט משטרי אחד שקיים במדינה אחת ביחס למודל בחירת שופטים, מבלי לאמץ באופן רחב יותר את יתר הבלמים והאיזונים שקיימים בה.

כאמור, גם מנקודת מבט השוואתית "צרה" המתמקדת בהליכי מינוי שופטים בעולם (להלכה ולמעשה), אין מקום לטענה כי שיטת המינוי הנוכחית בישראל היא חריגה וגם אין בסיס השוואתי איתן להסדר המוצע. ואולם, מעבר לכך, בחינת אופיה ומעמדה של הרשות השופטת מחייבת להרחיב את המבט אל עבר כלל המאפיינים של שיטות המשפט הנסקרות בטרם נשאב מהן השראה ביחס להסדר כזה או אחר.

כפי שצוין כבר במבוא, במדינות דמוקרטיות מערביות רבות, המבנה המשטרי מתאפיין בקשת רחבה של איזונים ובלמים, ובהם: שני בתי פרלמנט, שלטון פדרלי לצד מדינתי; קיומה של חוקה משוריינת ונוקשה, הכוללת היקף רב של זכויות אדם; קיומו של בית משפט לחוקה; שריון מעמדה של הרשות השופטת בחוקה; וכן תרבות אחרת של אימוץ המלצותיה של ועדה מקצועית המורכבת משופטים.

כך, לארצות הברית שיש בה חוקה, שלטון מרכזי ומדינתי, שני בתי פרלמנט, נשיא הנבחר בנפרד והגבלת כהונה; לגרמניה שבה יש חוקה, שלטון פדרלי ומרכזי ושני בתי פרלמנט; לצרפת שבה יש חוקה, נשיא הנבחר בנפרד, ושני בתי פרלמנט; להולנד שבה יש חוקה, ביקורת שיפוטית בינלאומית ומנגנון לביקורת חוקתית מקדימה על ידי גוף ייעודי.

לעומת זאת, המשטר הפרלמנטרי הישראלי "רזה" בהרבה, ולמעשה בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת יש סימביוזה, נוכח השליטה למעשה של הממשלה ברוב הקואליציוני בכנסת, באמצעות המשמעת הקואליציונית – שליטה וזיקה שאף מתעצמת כאמור על רקע "החוק הנורווגי" והרחבתו לאחרונה. כך, נדיר כי הליכי החקיקה בכנסת מקודמים שלא על דעת הממשלה ובהסכמתה. מרבית המדינות המוזכרות בתזכיר אינן דומות אפוא למבנה המשטרי הייחודי בישראל על כלל מאפייניו - אין בישראל שני בתי פרלמנט; עיקר הכוח מצוי בידי הממשלה והסיעות המרכיבות את הממשלה מהוות גם את הרוב בכנסת; אין נשיא שבידו סמכויות ביצועיות הטעונות גם את הסכמת הפרלמנט; אין ביזור של הכח באמצעות מבנה פדראלי; אין חוקה נוקשה ואין שריון בחוקה של החוקים שמסדירים את מעמד העצמאי של השופטים, כך שניתן יהיה לפגוע בהסדרים ברוב רגיל של הכנסת; היקף הזכויות המוגנות בחוקי היסוד הוא מוגבל יחסית והוא נתון לשינוי בקלות יחסית בכנסת, ועוד.

הנה כי כן, התשתית העובדתית ההשוואתית עליה מבוסס התזכיר חסרה, ובחינה רחבה יותר של המודלים הקיימים במדינות דמוקרטיות מצביע על כך שהתמונה מורכבת בהרבה מהמסקנה החד משמעית המוצגת לכאורה בתזכיר. למעשה, **בחינה של מכלול המאפיינים של מדינות דמוקרטיות שונות, על רקע מודל בחירת השופטים שלהן, מצביעה על כך שההסדר המוצע הוא שיעמיד את ישראל במקום חריג במבט השוואתי.**

ה. הוראות ונושאים נוספים הנוגעים להסדר המוצע ביחס לוועדה לבחירת שופטים

1. חסינות הוועדה לבחירת שופטים מפני ביקורת שיפוטית והתערבות רשות שלטונית

בסעיף 1(2) לטיוטת התזכיר מוצע לקבוע כי **רשות שלטונית**, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לא תתערב בבחירת חברי הוועדה מלבד אלה שמסורים לבחירתה, ולא תתערב בהליכי עבודת הוועדה ובשיקול דעתם של חבריה ובהחלטותיה. **משמעות הדברים היא מתן חסינות מביקורת שיפוטית על גוף מינהלי, תהא העילה אשר תהא.**

עיון בדברי ההסבר מגלה שאין כל התייחסות להסדר חריג זה ועל כן יש קושי להתייחס בהרחבה להצעה. לא ברורה מה תכליתה של הוראה זו, בפרט בהתייחס להתערבות שיפוטית, בשים לב לכך שכבר בהתאם לדין הקיים, ההתערבות השיפוטית בהחלטות הוועדה שמורה למקרים חריגים ונדירים.⁵⁰

לגוף הדברים, אין אח ורע בחקיקה הישראלית לכך שגוף מינהלי נעדר ביקורת שיפוטית על ידי בית המשפט ולמיטב הבדיקה שנערכה אין דוגמה לכך במדינות מערביות אחרות. לא זו אף זו, נוסחו הכוללני והרחב של הסעיף הלכה למעשה מעניק חסינות מלאה לכל חברי הוועדה בפעילותם בוועדה. הוראה זו תימנע ביקורת שיפוטית גם על החלטה בדבר הדחתו של שופט, ולא תאפשר התערבות גם במקרים חריגים של החלטות שהתקבלו בניגוד עניינים או החלטות הנגועות בשחיתות של ממש. בהתאם למוצע, לא ניתן יהיה לבקר החלטות שהתקבלו בהרכב חסר שאינו עומד בהוראות החוק או כל פגם מינהלי אחר שעלול להתעורר. ההתייחסות ל"רשות שלטונית" אף היא אינה ברורה – האם היא מתייחסת לרשויות המיוצגות בוועדה או שמא גם לרשויות אחרות, כדוגמת רשויות אכיפת החוק, הרחבה המעוררת כשלעצמה קושי מהותי ביותר.

מדובר אפוא בהוראה חריגה, ללא הצדקה.

2. בחירת נשיא בית המשפט העליון ו"סגנו"⁵¹

נשיא בית המשפט העליון הוא הגורם שעומד בראש המערכת השיפוטית. לנשיא בית המשפט העליון יש סמכויות סטטוטוריות המעוגנות בחקיקה, וביניהן סמכויות מינוי משותפות עם שר המשפטים (סגני נשיאים, רשמים, שופט עמית, מינוי שופט לכהונה בפועל ועוד) ובחירת שופטים בכלל בוועדה לבחירת שופטים כמו גם הדחה במסגרת סמכויות הוועדה; סמכויות הנוגעות לניהול בתי המשפט וקביעת תנאי העבודה של השופטים (העברת שופט ממקום כהונה אחד לאחר, מתן היתר לעיסוק נוסף, השעיית שופט שהוגשה נגדו קובלנה, איחוד דיונים והעברת מקום שיפוט, מתן הסכמה להפעלת סמכות המינהל להעברת הליכים אזרחיים מבית משפט אחד לבית משפט אחר ועוד); סמכויות שיפוטיות ייחודיות (דיון בערעור על פסילת שופט, קביעה בדבר משפט חוזר, ערעור בעניין האזנת סתר ועוד). לצד סמכויות סטטוטוריות אלה,

⁵⁰ לעניין זה ראה: בג"ץ 8527/20 שרת התחבורה ח"כ מירי רגב נ' שר המשפטים מר אבי ניסנקורן, יו"ר הוועדה לבחירות, פס' 20-17 לפסק דינו של כב' השופט קרא (נבו 14.12.2020): "ככלל, מתחם הביקורת השיפוטית על דרך פעולת והחלטות הוועדה הוא צר מאוד, והתערבות שיפוטית בהחלטות של ועדת מינויים לכהונה שיפוטית שמורה למקרים נדירים בהם נפל פגם חמור או חוסר סבירות קיצוני בפעולתה... לא נמצא כי התקיימו נסיבות חריגות ונדירות המצדיקות התערבות שיפוטית." (להלן: עניין רגב); בג"ץ 2283/07 פורום משפטי למען א"י נ' הוועדה לבחירת שופטים לפי סעיף 4 לחוק יסוד: השפיטה (נבו 5.5.2008); בג"ץ 9843/08 פורום משפטי למען א"י ע"ר נ' הוועדה לבחירת שופטים לפי סעיף 4 לחוק יסוד: השפיטה (נבו 8.1.2009); בג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 2.

⁵¹ עוד יצוין כי המונח "סגן נשיא בית המשפט העליון" אינו קיים בחקיקה, אלא "משנה לנשיא בית המשפט העליון".

לנשיא בית המשפט העליון סמכויות ניהוליות במישור הארגוני ובסדרי העבודה של הרשות השופטת, וכלפי חוץ הוא נתפס כמייצג הרשות השופטת ודוברה בפני הרשות המחוקקת והמבצעת.⁵²

בהתאם לדין היום, סעיף 8 לחוק בתי המשפט, קובע כי "נשיא בית המשפט העליון והמשנה לנשיא בית המשפט העליון יתמנו לפי הוראות סעיף 4(א) לחוק-יסוד: השיטה מקרב שופטי בית המשפט העליון". היינו, בחירת הנשיא והמשנה לנשיא היא על ידי הוועדה לבחירת שופטים אשר בוחרת נשיא מקרב השופטים המכהנים בבית המשפט העליון.

על אף שעיקרון זה אינו מוצא ביטוי מפורש בחוק, מאז הקמתה פעלה הוועדה לבחירת נשיא בית המשפט העליון על פי שיטת הסניוריטי, היינו מינוי השופט הוותיק ביותר בבית המשפט העליון.⁵³ בבסיס שיטת הסניוריטי שהתפתחה בשיטה הישראלית ניצבת העצמאות השיפוטית ואי התלות של השופטים המכהנים בבית המשפט העליון בדרגים פוליטיים לצורך קידום, והיא מהווה נדבך חשוב שמשמר את עצמאותה של מערכת המשפט ועצמאותם של השופטים בבית המשפט העליון.⁵⁴ השיטה שומרת על אי-תלותו של השופט בגורמים חיצוניים לצורך קידומו לתפקיד הנשיא ועל עצמאותה המוסדית של הרשות השופטת, אשר הלכה למעשה העומד בראשה הוא נשיא בית המשפט העליון.

בסעיף 41(4) לטיוטת התזכיר מוצע כי "נשיא וסגן נשיא של בית המשפט העליון יתמנו לתקופת כהונה חד פעמית בת שש שנים, באותה הדרך שבה מתמנים שופטים של בית המשפט העליון, בין אם כיהנו תחילה כשופטים של בית המשפט העליון ובין אם לא, והם יכהנו גם כשופטים של בית המשפט העליון; נשיא או סגן נשיא שסיימו את תפקידם בטרם יצאו לקצבה, יוסיפו לכהן כשופטים של בית המשפט העליון עד צאתם לקצבה".

ביטולה המשתמע של שיטת הסניוריטי הנוהגת, על ידי מתן אפשרות למינוי נשיא לבית המשפט שאיננו מקרב שופטי בית המשפט העליון, מעלה חשש מפני פגיעה בעצמאות השיפוטית, המתעצם על רקע מכלול ההצעות שעל הפרק. קושי נוסף בביטול שיטת הסניוריטי נעוץ בסמכויות הנתונות לנשיא בית המשפט העליון בכל הנוגע למינוי, בחירה, השעיה והדחת שופטים. לעצמאות נשיא בית המשפט העליון במילוי סמכויות אלה, ואי תלותו בגורמים פוליטיים, יש חשיבות רבה והשפעה על כלל שופטי מערכת בתי המשפט. גם החשש מפני הרצון לשאת חן בעיני הממשלה לשם היבחרות לתפקיד נשיא בית המשפט העליון עלולה לפגוע בעצמאות השיפוטית ולו למראית עין. בנוסף, יש לתת את הדעת למראית העין ולחשש שעמדותיהם של שופטים בפסקי דין הדנים בנושאים רגישים לגביהם ישנה מחלוקת ציבורית ייתפסו בציבור ככאלה שנועדו לשאת חן בעיני נציגי הממשלה, כחלק מן "המירוץ" לתפקיד הנשיא או המשנה לנשיא. עוד יוער כי העובדה שישראל, בשונה ממדינות אחרות (למשל ארה"ב), אינה נהנית מעצמאות ניהולית של מערכת בתי המשפט לרבות תקצוב, תעצים את החשש מפני פגיעה בעצמאות השיפוטית והמוסדית בהעדר איזון בין עצמאותה הניהולית והחלקית של הרשות השופטת לבין מנגנון בחירת נשיא בית המשפט העליון שנועד להבטיח עצמאות מלאה של הנשיא המכהן העומד בראש המערכת השיפוטית.

⁵² בג"ץ 4703/14 שרון נ' נשיא בית המשפט העליון (נבו 30.11.2014).

⁵³ בשנת 2012 כבי' המשנה לנשיאה ריבלין ויתר מיוזמתו על המינוי כנשיא לטובת כבי' השופט גרוניס, וזאת לנוכח פרק הזמן הקצר מאוד שנותר עד למועד פרישתו של הראשון – כשלושה חודשים.

⁵⁴ סוזי נבות "שיטת הסניוריטי כמוסכמה חוקתית" Icon-S-II Blog (16.1.2017) <http://bit.ly/3WGdEIZ>

לגבי האפשרות למינוי מועמד "חיצוני" לתפקיד נשיא בית המשפט העליון או "סגן" הנשיא – נשיא בית המשפט העליון הוא מי שעומד בראש המערכת השיפוטית ומטבע הדברים הדמות הבכירה במערכת בתי המשפט בישראל והשופטים כמו גם הציבור רואים בו כמנהיגה המוסדי. לתפקיד מהסוג הזה שמצריך היכרות לפני ולפנים עם התפקיד השיפוטי, האתגרים שהוא מציב, כמו גם אתגרי המערכת בכלל, יש צורך בהתנסות מעשית בתפקיד השפיטה בערכאה העליונה. בהיבט זה בחירתו של גורם חיצוני אשר לא בהכרח כיהן כשופט בית המשפט העליון קודם לכן מעוררת קושי משמעותי, מערכתי ניהולי ומקצועי.

מעבר לכך, הצעת החוק חסרה, שכן אינה קובעת דבר ביחס לרוב הדרוש לבחירת שופט, נשיא או "סגן נשיא" לבית המשפט העליון. בדברי ההסבר שצורפו לטיוטת תזכיר חוק בתי המשפט, הוצע לבטל את ההוראות הנוגעות לרוב הדרוש למינוי שופטים ונשיא לבית המשפט העליון וזאת "לנוכח קביעת חוק היסוד כי יידרש לשם בחירתם רוב מוחלט". אולם, כאמור, בתזכיר חוק היסוד שהועבר לעיונו אין כל התייחסות לעניין זה.

3. ביטול המנגנון של ועדה קטועה

עוד מוצע למחוק את סעיף 4(ג) לחוק-יסוד: השפיטה אשר מסדיר את הסוגיה של הרכב קטוע, וקובע כי "הועדה רשאית לפעול אף אם פחת מספר חבריה, כל עוד לא פחת משבעה". נקודת המוצא היא שכאשר רשות מינהלית מורכבת ממספר חברים, אותה רשות אינה יכולה לפעול אלא אם כן מונו לתפקידם כלל החברים במספר הנדרש בחוק. ההסדר הקיים חורג מכלל זה, כדי לאפשר את המשך עבודה השוטפת והתקינה של הוועדה גם אם טרם מונו כל חבריה או שהופסקה כהונתם מטעמים שונים כגון התפטרות או פטירה ולמנוע פגיעה בתפקוד של בתי המשפט.⁵⁵ אין התייחסות בדברי ההסבר לתיקון המוצע ולא ברור מהי ההצדקה לעריכתו נוכח העובדה שנהוג לקבוע הוראה מסוג זה בחקיקה בנוגע לעבודתן של ועדות, ונוכח החשיבות הרבה בהמשך עבודה התקינה והשוטפת של הוועדה לבחירת שופטים. בהקשר זה, יוער כי בכנסת ה-24 לא כיהנה ועדה לביקורת המדינה, על רקע מחלוקות בין הקואליציה והאופוזיציה על הרכב הוועדות, ולכן אילו ההסדר המוצע היה בתוקף, לא ניתן היה גם להשלים את הרכב הוועדה לבחירת שופטים.

4. קיום שימוע פומבי למועמדים לבית המשפט העליון בוועדת החוקה של הכנסת

בדברי ההסבר נכתב כי מוצע לתקן את סעיף 4 לחוק-יסוד: השפיטה, כך שיקבע שימוע פומבי למועמדים לבית המשפט העליון בפני ועדת החוקה באופן שיבטיח שקיפות בהליכי המינוי. נכתב עוד כי השימוע יבטיח את איכות המועמדים לשיפוט ודיון ציבורי גלוי בתפיסות המשפטיות ובערכים העקרוניים של המועמדים לפני מינויים. יוער, כי אין כל הצעה לעיגון הסדר זה בגוף התזכיר שהועבר לעיונו, ולכן לא ברורה ההתייחסות לכך בדברי ההסבר וממילא לא ניתן להתייחס לפרטי ההסדר.

בצד האמור נזכיר, כי בחודש מרץ 2022, החליטה הוועדה לבחירת שופטים כי לשם הגברת שקיפות הליך בחירת השופטים, כל מועמד לכהונה בבית המשפט העליון יופיע בפני ועדת המשנה המורכבת משר, נציג לשכת עורכי הדין ושופט – כאשר הליך זה יצולם וישודר לציבור בשידור ישיר. מדובר בשינוי דרמטי בעבודת הוועדה, אשר טרם יושם, שמטרתו להגביר את שקיפות הליך המינוי ואמון הציבור. עוד יצוין, כי כל חברי הוועדה לבחירת שופטים יכולים להשתתף בישיבתה של ועדת המשנה ולשאול את המועמדים לבית המשפט העליון כל שאלה רלבנטית, וכך נהוג היום.

⁵⁵ ראה: עניין רגב, לעיל ה"ש 50, בפס' 4 לפסק-דינה של כב' השופטת ברק-ארז.

בהעדר הלימה בין דברי ההסדר להסדר המוצע בהקשר זה, נציין בשלב זה בתמצית בלבד כי קביעת חובת שימוע פומבי בפני ועדה בכנסת מעוררת מספר שאלות משפטיות, לרבות החשש מהיווצרות אפקט מצנן שירתיע מועמדים ראויים מהגשת מועמדות להליך שהופך לבעל מאפיינים פוליטיים.⁵⁶ מעבר לכך, ועדת החוקה, שבפניה מוצע לערוך את השימוע אינה הגוף הבוחר את השופטים (יושב הראש שלה הוא רק אחד מבין 11 חבריה), והיא אף אינה כפופה לוועדה לבחירת שופטים (כמו ועדת המשנה). לכך יש להוסיף, כי מכיוון שהחלטת הוועדה ממרץ 2022 טרם יצאה אל הפועל, יש לבחון האם העובדה שלא נבחן תחילה היישום של השינוי האמור בטרם אימוץ כיוון אחר, מעוררת קושי כשלעצמה.⁵⁷

ו. התייחסות להצעת יו"ר ועדת החוקה ביחס לוועדת לבחירת שופטים

בהצעת יו"ר ועדת החוקה מיום 17.1.23, מוצע לקבוע כי הרכב הוועדה יכלול את שר המשפטים (יו"ר הוועדה), שני שרים נוספים שתקבע הממשלה; יו"ר ועדת החוקה, יו"ר ועדת הכנסת ויו"ר הוועדה לביקורת המדינה; נשיא בית המשפט העליון ושני שופטים בדימוס (נשיא בית משפט מחוזי בדימוס ונשיא בית משפט השלום בדימוס) שאותם יבחר שר המשפטים, בהסכמת נשיא בית המשפט העליון.

מבלי למצות את הטיעון, הקשיים שפורטו לעיל אף מתעצמים לו תקודם הצעת יו"ר הוועדה. הנציגים הישירים של הרוב הקואליציוני מחזיקים ברוב בוועדה (חמישה חברים מתוך תשעה), ואף ביחס לנציגי הרשות השופטת ניתנת שליטה לשר המשפטים בבחירת שניים מתוך נציגיה, מבין שופטים בדימוס. **משמעות הדברים היא כי אחיזת הממשלה והרוב הקואליציוני בוועדה תהיה מכרעת, באופן אשר אינו הולם את המאפיינים המשטריים של מדינת ישראל.**

⁵⁶ גיא לוריא "שימוע למועמדים לבית המשפט העליון - פגיעה בעצמאותם ובאמון הציבור" המכון הישראלי לדמוקרטיה (22.5.2019) <https://www.idi.org.il/articles/26802>

⁵⁷ על הביקורת הנשמעת בארה"ב על השימוע בפני גוף פוליטי ראו: Presidential Commission, לעיל ה"ש 34, בעמ' 14-17; Kate Malleson, *Parliamentary Scrutiny of Supreme Court Nominees: A View from the United Kingdom*, 44.3 OSGOODE HALL L.J. 557 (1980).

הסדרת הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית

ההסדרה של הליך הביקורת השיפוטית על חקיקה במסגרת חקיקת יסוד היא ראויה, וכך גם קביעת הסדרים דיוניים נדרשים, אשר ישקפו את ייחודיותו של ההליך לבחינת החוקתיות של חקיקה ראשית וחריגות פסילת הוראת חקיקה ראשית על-ידי הרשות השופטת.

אלא, שההסדרים המוצעים בתזכיר – אמת המידה המצמצמת לביקורת שיפוטית ודרישת רוב מיוחס של 80% במושב מלא של בית המשפט העליון, לצד קביעת פסקת התגברות רחבה ברוב רגיל של הכנסת – יובילו **לצמצום דרמטי של היקף הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית עד כדי איונה, באופן שיעמיד בידי הכנסת והממשלה כוח חקיקה כמעט בלתי מוגבל, וכתוצאה מכך יחלישו את ההגנה החוקתית על עקרונות משטריים כלליים ועל זכויות האדם המעוגנות בחקיקת היסוד.** אף שמדברי ההסבר עולה כי הכוונה היא להסדיר את מוסד הביקורת השיפוטית החוקתית, הרי שתוצאתם המצרפית של ההסדרים המוצעים בנוגע לביקורת השיפוטית החוקתית, היא **ביטולה** המעשי. מכל מקום, הסדרת הביקורת השיפוטית החוקתית על-ידי הרשות המכוננת מחייבת הסתכלות רחבה, אשר יהיה בה כדי ליתן כלים אפקטיביים אשר יגבילו את השימוש לרעה בכוח השלטוני, ואין בתזכיר המוצע כל מענה לכך.

הצעתנו בהקשר זה היא לקיים עבודת מטה מקיפה לשם הסדרת נושא הביקורת השיפוטית על החקיקה, כחלק מן ההסדרה הכוללת הנדרשת במסגרת חוק-יסוד: החקיקה. על הסדרה כזו לשמר את האפקטיביות של הביקורת השיפוטית, לנוכח חשיבותה בשיטה דמוקרטית בכלל, ובשיטת המשטר הישראלית בפרט, בשים לב לחוסר במנגנוני איזון ובקרה אחרים על כוחו של הרוב הקואליציוני, ומנגד לבטא את ההכרה בחשיבות עקרון הפרדת הרשויות והכיבוד ההדדי ביניהן.

באשר לביקורת השיפוטית על חקיקה – אין מקום לצמצום אמת המידה המהותית לביקורת חוקתית, בפרט לנוכח היעדר מגילת זכויות אדם מלאה. ניתן לדון בשאלת הערכאה השיפוטית המבצעת את הביקורת השיפוטית והרכבה, אך אין הצדקה לדרישת הרוב המיוחס החריגה שנכללה בהצעה, וגם לא לדרישה למושב מלא של שופטי בית המשפט העליון.

באשר לפסקת ההתגברות – ספק אם יש הצדקה במודל של "פסקת התגברות" במשפט החוקתי הישראלי, משמדובר בהסדר חריג מאד במישור ההשוואתי. משטרים הושלמה מלאכת כינון החוקה בכלל, ומגילת זכויות האדם בפרט, אין תשתית משטרית-חוקתית מספקת כדי לשלב בה הוראת התגברות גורפת.

ככל שיוחלט לקדם פסקת התגברות, עמדתנו היא כי ראוי לקבוע איזונים פרוצדוראליים ומהותיים משמעותיים יותר אשר ישקפו דיאלוג מאוזן ומכבד בין הרשויות, ובכלל זה יש להגדיל את הרוב הנדרש בכנסת להתגברות, שישקף הסכמה רחבה באשר לאיזונים החוקתיים הנוגעים בדבר (רוב מספרי ניכר או דרישה מינימאלית של חברי אופוזיציה התומכים בהתגברות).

ההסדרה של שתי הסוגיות כרוכה זו בזו – ככל שמצמצמים מראש את האפשרות המעשית לפסילת חקיקה על-ידי בית המשפט, ממילא תקטן משמעותית ההצדקה לקביעת פסקת התגברות, ולהיפך; גם לכך יש ליתן את הדעת במסגרת קביעת הסדר מאוזן וקוהרנטי.

באשר לביקורת השיפוטית על חקיקת יסוד – ההתייחסות המפורשת להגבלת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, לא כל שכן שלילתה, מחייבת תחילה הסדרה מעמיקה יותר של מעמד חוק היסוד, מה צריך לכלול בו וקביעת הליך ראוי לחקיקתו שייתן מענה לחשש מפני ניצול לרעה ופגיעה בעקרונות יסוד משטריים – וזאת במסגרת חקיקת חוק-יסוד: החקיקה. כך למשל, קביעת מנגנון של רוב מיוחס, דרישה לחקיקה בארבע קריאות, פרק זמן מינימאלי להליך החקיקה וקביעת הסדרים משטריים בתחולה נדחית לכנסת העוקבת.

באשר לביקורת השיפוטית על הליכי חקיקה וחקיקת-יסוד – לא הונחה תשתית או הצדקה לקביעת חסינות מוחלטת מביקורת הליכית על הליכי החקיקה, לרבות ביחס לפגמים היורדים לשורש ההליך, וממילא ההצדקות שהובאו בדברי ההסבר ביחס לפסילת חוקים על רקע תוכנם, אינן מהוות בסיס עיוני לעניין זה.

א. התשתית העיונית לביקורת שיפוטית חוקתית

הבסיס העיוני לביקורת השיפוטית החוקתית מושתת בראש ובראשונה על ההכרה בחשיבות המבנה של השלטוני הדמוקרטי, המבוסס על שלוש רשויות המופרדות זו מזו, כאשר כל אחת בעלת סמכויות המאפשרות לבלום את הכוח של האחרות, והכל במטרה לאפשר לכל אחת לבצע את תפקידה באופן היעיל ביותר תוך ריסון של כוחה. בנוסף, האפשרות של בית המשפט להכריז על בטלות של חוקים אשר סותרים חוקי היסוד, נובעת מקיומו של מדרג נורמטיבי בין הנורמות: כפי שבית המשפט שומר על כך שהרשות המבצעת לא תפעל מעבר לכוח שהרשות המחוקקת הקנתה לה בהסמכה להתקין תקנות או בעשיית פעולה מינהלית, כך גם בית המשפט שומר על כך שהרשות המחוקקת לא תפעל מעבר לסמכותה בהתאם לעקרונות שנקבעו על ידי הרשות המכוננת בנורמות בעלות מעמד חוקתי.

עיקרון הפרדת הרשויות אף מכתוב את האיפוק, הריסון והזהירות הנדרשים בבואו של בית המשפט להתערב בחקיקה ראשית. המחוקק מייצג את רצון העם – הריבון, ולכן יש לכבד את הכרעתו. מקומה של ההתערבות השיפוטית צריך להישמר למקרים חריגים שבו סטה המחוקק מהמגבלות החוקתיות שהטילו עליו חוקי-היסוד, בדרך של פגיעה בולטת ומשמעותית בזכות אדם חוקתית או סטייה משמעותית מעיקרון משטרי שעוגן במישור החוקתי.

הנמקה נוספת נוגעת להגבלת כוחו של הרוב, ומניעת ניצולו לרעה של כוח החקיקה לשם שימור כוחו של הרוב ולפגיעה בזכויות יסוד של הפרט ושל המיעוט, פן יהפוך שלטון הרוב לעריצות הרוב. במרבית המדינות הדמוקרטיות לבית המשפט יש תפקיד מרכזי בהקשר זה. יש מודלים שונים, חלקם כוללים מודל של ביקורת שיפוטית חזקה וחלקם מודל של ביקורת שיפוטית חלשה, ואולם בכלם – הלכה למעשה – בית המשפט לוקח חלק משמעותי בשיח החוקתי-משטרי, לצד מנגנונים דמוקרטיים מאזנים אחרים. בהקשר הישראלי, חשיבות הביקורת השיפוטית מתחדדת בשים לב להיעדרם הבולט של מנגנונים ומוסדות מאזנים הקיימים בשיטות משפט דמוקרטיות אחרות בעולם, וביתר שאת בשים לב לקיומם של מיעוטים לאומיים ודתיים, והאתגרים המורכבים של החברה הישראלית.

ביקורת שיפוטית חוקתית נפוצה כמעט בכל העולם. בחלק ניכר מהמדינות סמכותו של בית המשפט לבצע ביקורת חוקתית עוגנה בחוקה בצורה מפורשת ונקבעו בה דרכי ביצועה והיקפה. לעומת זאת במדינות אחרות, כגון ארצות הברית, הסמכות לעריכת ביקורת שיפוטית הוכרה רק באופן פסיקתי, ללא הסמכה מפורשת בטקסט החוקתי. השונות בין המצבים המשפטיים והפרקטיקות הנוהגות במדינות העולם היא

רבה. ואולם, באופן כללי ניתן לעמוד על מספר דגמים מרכזיים של ביקורת שיפוטית, וזאת הגם שהיישום שלהם משתנה ממדינה למדינה לנוכח מאפייניה הייחודיים, הפוליטיים, התרבותיים והערכיים. נתון זה הוא בעל חשיבות, שכן הנחת המוצא צריכה להיות שלא ניתן "להעתיק" דגם כזה או אחר של מדינה אחת ולהלביש אותו על מדינה אחרת, בפרט לא מדינת ישראל אשר יש לה, כאמור בפרק המבוא, מאפיינים משטריים ייחודיים.

ביקורת שיפוטית "חזקה" היא ביקורת שיפוטית שבה בית המשפט מוסמך לקבוע כי חוק מסוים בטל מכיוון שהוא סותר את החוקה.⁵⁸ בדגם זה במערכת בתי המשפט הכללית, כל בתי משפט מוסמכים לבצע ביקורת שיפוטית במסגרת סכסוך קונקרטי שהובא בפניו. דגם זה מבוסס בעיקרו על השיטה הנוהגת **בארצות הברית**, שבה הסמכות לביקורת שיפוטית לא נקבעה בחוקה אלא התפתחה בפסיקה. דגם זה קיים במדינות נוספות כגון **באוסטרליה**, **הודו**, **ומקסיקו**, אשר גם בהן קיימת ביקורת שיפוטית חוקתית ביזורית (שלא על-ידי בית משפט לחוקה). דגם נוסף של ביקורת שיפוטית חזקה הוא הקמת בית משפט ייעודי אשר רק הוא מוסמך להכריע בחוקתיות של חוקים – בית משפט לחוקה. דוגמא בולטת לדגם זה ניתן למצוא במדינות רבות **באירופה הקונטיננטלית**. ריכוז הסמכות משמעותו גם ריכוז הכוח והמומחיות בידי גוף שיפוטי אחד, בהתבסס על חוקה ומגילת זכויות אדם.

בדגם של **ביקורת שיפוטית "חלשה"**, בית המשפט אינו יכול להכריז על בטלות של חקיקה אך הוא מוסמך לבחון את החקיקה ולהצביע על אי התאמתה לנורמות בעלות מעמד על-חוקי – חקיקה המעגנת זכויות אדם ברמה המדינתית. הכרזה על אי התאמה איננה גוררת את בטלותו של החוק והרשויות הפוליטיות – הממשלה והפרלמנט, אינן חייבות לתקן את החוק ומבחינה משפטית הן חופשיות להחליט לפי שיקול דעתן. ואולם, לקביעת בית המשפט יש משמעות ציבורית שעוצמתה והשפעתה תלויות בתרבות הפוליטית והנוהג של אותה המדינה. בהקשר זה, הדוגמא המוכרת ביותר לדגם זה היא **בריטניה**. בנוסף לה, גם **בניו זילנד**, עוגנה לאחרונה סמכותו של בית המשפט להכריז על אי התאמה בין חקיקה לבין מגילת זכויות האדם.

בין מודל של הענקת סמכות לבית המשפט להכריז על בטלות חוקים בשל אי חוקתיותם לבין העדר סמכות שכזו, קיים דגם ביניים שבו החוקה העליונה מסמיכה את בית המשפט להכריע כי חוק בטל בשל אי התאמה לחוקה (כלומר אופי של ביקורת שיפוטית חזקה), אך קובע את סמכותו של הפרלמנט להעדיף את פרשנותו ולומר את "המילה האחרונה". המקרה הבולט ביותר, ובמובנים רבים היחיד שבו מתקיים דגם כזה הוא **קנדה**. הכוח של הפרלמנט לקבוע שחקיקה תעמוד למרות הוראות של סעיפים מסוימים של צ'רטר זכויות האדם, המהווה חלק מהחוקה, יכול לשמש את הפרלמנט להעדיף פרשנות משלו לחוקה (בניגוד לפרשנות של בית המשפט) ולשוב ולחוקק חוק שנפסל שיפוטית או לחוקק מראש חוק, לתקופה מוגבלת, אשר בית המשפט לא יוכל לקבוע את בטלותו.

ב. ביקורת שיפוטית חוקתית בישראל

החל מקום המדינה, חוקקה הכנסת חמישה-עשר חוקי יסוד, כאשר התפישה החוקתית ביחס למעמדם הנורמטיבי השתנתה והתפתחה לאורך השנים.

⁵⁸ בית המשפט, ברוב המדינות, מוסמך לתת סעדים נוספים מעבר להכרזה על בטלות חוקים כגון בטלות נדחית או לפרש את החוק באופן שיהלום את החוקה.

בשנת 1969, ניתן לראשונה פסק דין של בית המשפט העליון אשר קבע כי לא ניתן ליישם הוראת חקיקה ראשית, שעסקה בנושא מימון מפלגות, משום פגיעתה בעיקרון השוויון בבחירות המעוגן בחוק-יסוד: הכנסת, וזאת מבלי שהתקבלה ברוב הנדרש הקבוע בחוק יסוד זה.⁵⁹ בהמשך, הובאו לביקורתו של בית המשפט העליון מקרים נוספים שעסקו בחקיקה שפגעה בעיקרון השוויון בבחירות, וגם במסגרתם הורה בית המשפט העליון על בטלות ההסדרים מחמת העובדה שלא נחקקו ברוב הקובע בחוק-היסוד.⁶⁰

ההתפתחות המשמעותית הבאה בביקורת השיפוטית החוקתית בישראל הגיעה לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בראש ובראשונה את הזכות לכבודו של האדם, לגופו, לחייו ולחירותו האישית, וכן את הזכות לקניינו, לחופש שלו לצאת ולהיכנס למדינה, לפרטיות ולצנעת הפרט. זכויות פרט בסיסיות אחרות - כגון הזכות לשוויון, חופש הדת, חופש הביטוי וזכויות חברתיות שונות - לא נכללו במפורש בחוקי יסוד אלה, והן נכללו בהצעות חוק אחרות לעיגון זכויות אדם אשר הליך חקיקתן לא הבשיל. חוק-יסוד: חופש העיסוק, כשמו, עיגן את הזכות החוקתית לחופש העיסוק. חוקי היסוד כללו פסקת הגבלה המאפשרת לפגוע בזכויות המעוגנות בהם בהתאם לתנאים הקבועים בה, ולחוק-יסוד: חופש העיסוק נוספה פסקת התגברות שעליה נרחיב בהמשך.

בחודש נובמבר 1995 ניתן פסק הדין המרכזי במשפט החוקתי הישראלי - בעניין **בנק המזרחי**.⁶¹ פסק הדין קבע כי לחוקי היסוד, כולל חוקי היסוד המשטרניים, מעמד נורמטיבי עליון על חוקים רגילים, ולבית המשפט הסמכות לבטל חוקים בשל אי-התאמתם לחוקי היסוד. פסק דין זה בישר את "המהפכה החוקתית" בישראל, ואת התעצמות מעמדו של בית המשפט בשיח החוקתי, וזאת בדומה למגמה שהתרחשה באותה העת במדינות רבות אחרות בעולם. יצוין, כי ההכרה של בית המשפט בסמכותו של לבטל חוקים בשל סתירתם לחוקי היסוד נעשתה בדרך של מהלך פרשני את פסקת ההגבלה וההסמכה המשתמעת ממנה.

הפסיקה המושרשת בעקבות פסיקה זו, היא כי לבית המשפט נתונה הסמכות לפסול חוקים הסותרים חוקי יסוד, ובפרט בשל פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה, הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. בהתאם לפסקת ההגבלה, אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

בשנת 1994 נוספה פסקת התגברות במסגרת חקיקתו מחדש של חוק-יסוד: חופש העיסוק (סעיף 8 לחוק), בין היתר בעקבות בג"ץ **מיטראל** בעניין חוק ייבוא בשר קפוא, התשנ"ד-1994, אשר הגביל ייבוא בשר ללא תעודת הכשר.⁶² על פי פסקת ההתגברות הקיימת, הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק בניגוד להוראות חוק-היסוד תהיה תקפה, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש שהוא תקף על אף האמור בחוק היסוד. עוד נקבע כי תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר. בהוראה זו נעשה שימוש אחד בלבד, והוא ביחס לחוק ייבוא בשר קפוא האמור.⁶³

⁵⁹ בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969).

⁶⁰ בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(4) 1 (1981); בג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד לז(3) 141 (1983); בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529 (1990).

⁶¹ ע"א 93/6821 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, מט(4) 221 (1995).

⁶² בג"ץ 3872/93 **מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות**, מז(5) 485 (1993).

⁶³ ב-1998 נחקק תיקון מס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, אשר החרג חוק שנחקק בשנה שקדמה לו מהוראת פקיעת תוקפו של חוק חורג, ולמעשה הותיר את חוק ייבוא בשר קפוא בתוקפו ללא הגבלת זמן.

אין בדין הישראלי פסקת התגברות ביחס לחוקי היסוד האחרים, ובכלל זה לא ביחס לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בפועל, בית המשפט העליון בישראל הפעיל את סמכותו להכריז על בטלות חוק מחמת פגיעה שלא כדין בזכויות יסוד במשורה, כאשר מאז חקיקת חוקי היסוד בעניין זכויות האדם, נפסלו 22 חוקים או סעיפי חוק. בפסיקת בית המשפט העליון, חוזרת ונשנית ההלכה שלפיה פסילת חוק היא כלי אחרון השמור למקרים שאין כל אפשרות אחרת להתמודד עם הקושי – בראש ובראשונה בדרך של פרשנות מקיימת או של קריאה לכנסת לבחון את הנושא מחדש ללא הכרזת בטלות. אכן, הכרזה על בטלותו של חוק היא צעד חריג, ולכן לא על נקלה יעשה כן בית המשפט,⁶⁴ שכן "עניין לנו בביטול דבר חקיקה שנחקק על-ידי גוף שנבחר על-ידי העם".⁶⁵ עוד יש לציין כי כאשר בית המשפט הורה באותם מקרים חריגים על בטלותה של הוראת חוק, פעמים רבות נקבעה הוראת בטלות מושעת, אשר אפשרה למחוקק לשוב ולהידרש לסוגיה בטרם תיכנס לתוקף תוצאתה האופרטיבית של הפסיקה. זאת, כחלק מן הדיאלוג החוקתי בין הרשות השופטת להרשות המחוקקת.

ריסון זה בולט גם ברמה ההשוואתית בשים לב לפרקטיקה במדיניות דמוקרטיות אחרות. כך, בבית המשפט החוקתי בגרמניה, בין השנים 2011-2021 נפסלו, באופן מלא או חלקי, 64 חוקים פדרליים ו-103 חוקים של המדינות.⁶⁶ בצרפת מאז הקמת המועצה החוקתית בשנת 1958 נפסלו 679 חוקים (או סעיפים בהם), כאשר האפשרות לביקורת חוקתית ביוזמת אזרחים ולא רק בידי נציגי הפרלמנט והנשיא קיימת רק משנת 2010.⁶⁷ בית המשפט העליון בקנדה, עד סוף 2021, קבע ש-110 חוקים פדרליים או מדינתיים בטלים מכיוון שהם סותרים את החוקה.⁶⁸ בארצות הברית, מראשית המאה ה-19 ועד שנת 2006 כולל, בית המשפט העליון קבע כי כ-180 חוקים פדרליים וכ-970 חוקים מדינתיים בטלים, כולם או חלקם, בגלל שהם סותרים את החוקה.⁶⁹

פירוט ההסדר המוצע ביחס לביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית והתגברות

בתזכיר מוצע לעגן את הסמכות של הרשות השופטת לבטל חוק בשל אי התאמתו לחוקי היסוד, בהתייחס לכל הוראה בכל חוק יסוד, ולייחד אותה לבית המשפט העליון בלבד. זאת, תוך קביעת מנגנון להעברת שאלה לגבי מעמדו של חוק ביחס לחוק יסוד לבית המשפט העליון אגב דיון בערכאה נמוכה. כמו כן, מוצע לצמצם את האפשרות של בית המשפט העליון לערוך ביקורת חוקתית בכמה מישורים: מבחינה מהותית מוצע לקבוע כי הסמכות תוגבל רק למקרים של "סתירה מהותית" להוראה "מפורשת" בחוק יסוד; מבחינה פרוצדוראלית, מוצע לדרוש דיון בהרכב מלא של שופטי בית המשפט העליון (תוך החרגת שופט שנבצר ממנו להשתתף בדיון), ודרישת הכרעה ברוב של 80% מהשופטים (לא ברור אם מכלל השופטים או מההרכב). כן מוצעים הסדרים לצמצום משמעותי של הסמכות להוציא צו ביניים בעניין תוקפו של חוק, מבחינה מהותית ופרוצדוראלית. לבסוף, מוצע לקבוע כי פסק דין המבטל חוק לא ישמש תקדים, ולהבהיר כי לבית המשפט

⁶⁴ בג"ץ 1715/97 לשכת מינהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386 (1997).

⁶⁵ בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח', נט(2) 481, 553 (2005).

⁶⁶ ראה את הדוח של בית המשפט החוקתי לשנת 2011 - Federal Constitutional Court, 2021 Annual Report (2022).
⁶⁷ bit.ly/3wsUZWP.

⁶⁸ Bilan statistique, Mise à jour du 30 juin 2022, CONSEIL CONSTITUTIONNEL, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique>.

⁶⁹ Paul-Erik Veel, Katie Glowach, Benjamin Alarie & Andrew Green, *The Supreme Court of Canada Decisions Project*, LENCZNER SLAGHT, <http://bit.ly/3XYPJpl>.

⁶⁹ נתונים אלו מעודכנים עד 2006, לפיכך יש להניח שהמספרים המעודכנים גבוהים יותר. ראו *Acts of Congress Held Unconstitutional in Whole or in Part by the Supreme Court of the United States*, JUSTIA, <http://bit.ly/3Dfj9Yi>.

אין סמכות להורות לכנסת לחוקק חוק, להימנע מכך, לעכב הליכי חקיקה או למנוע פרסום ברשומות וכניסה לתוקף של חוקים.

באשר ל"פסקת התגברות", מוצע לקבוע הוראת התגברות רחבה, שלפיה הכנסת תוכל, בתנאים מסוימים, לחוקק מחדש חוק אשר יתגבר על פסיקת בית המשפט אשר קבעה שחוק סותר הוראה בחוק יסוד, ולפיכך הורתה על ביטולו, כולו או חלקו, או הגבלת תוקפו. ההצעה מתייחסת לשני מצבים אפשריים:

האחד, החלטה על בטלות חוק שהתקבלה שלא בהסכמת כל השופטים – במקרה כזה הכנסת תוכל, ברוב חבריה, לחוקק חוק זהה לחוק שבית המשפט נתן את החלטתו לגביו ולקבוע בו כי החוק החדש "יעמוד בתוקפו על אף האמור בפסיקת בית המשפט". הוראה זו תמנע ביקורת שיפוטית על החוק למשך ארבע שנים או עד חלוף שנה מיום השבעתה של כנסת חדשה, לפי המאוחר. הכנסת שתושבע לאחר הכנסת שחוקקה את ההוראה המתגברת תוכל לחוקק חוק זהה והוראה המונעת ביקורת שיפוטית בו תהיה בתוקף ללא הגבלת זמן. **השני**, החלטה על בטלות חוק שהתקבלה בהסכמת כל השופטים – במקרה כזה הכנסת שהושבעה אחרי הכנסת שחוקקה את החוק שבוטל, תוכל לחוקק ברוב חבריה חוק זהה לחוק שבוטל ולחסנו במפני ביקורת שיפוטית ללא הגבלת זמן וזאת בתנאי שבחוק ובנוסח הצעת החוק שאושר בקריאה ראשונה יקבע כי החוק יעמוד בתוקפו על אף האמור בפסיקת בית המשפט העליון.

ג. צמצום הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית

התזכיר המוצע מבקש להסדיר לראשונה חקיקת יסוד מפורשת את סמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. **עצם ההסדרה של מוסד הביקורת השיפוטית החוקתית היא ראוי**, שכן כאמור אף שיש מדינות דמוקרטיות בעולם, כדוגמת ארצות הברית וקנדה, שהסמכות לפסילת חוקים בשל סתירתם לחוקה הוכרה בפסיקה ואינה מעוגנת מפורשת בחוקה, דרך המלך היא כי הרשות המכוננת תסדיר את הכללים הנוגעים למוסד הביקורת השיפוטית החוקתית.

יש גם היגיון רב בקביעת מסגרת דיונית לביקורת שיפוטית על חקיקה, לרבות האפשרות לקביעת הערכאה המוסמכת והסדרת סוגיית התקיפה הישירה והתקיפה העקיפה, כמו גם קביעת כללים דיוניים ברורים שיסדירו היבט רגיש זה בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת.

עם זאת, לשיטתנו פרטי ההסדר המוצע לעניין הביקורת השיפוטית על חוקים כוללים קשיים ניכרים ביותר, במיוחד בשים לב למאפיינים שצוינו ברקע הדברים ביחס להיעדרו של חוק-יסוד: החקיקה, מגילת זכויות חלקית והיעדרם של מנגנונים מוסדיים מאזנים הקיימים בעולם. כפי שנראה להלן, פרטי ההסדר יובילו **לצמצום עד כדי איון האפשרות המעשית לביקורת שיפוטית על חוקים, וכפועל יוצא יחלישו דרמטית את ההגנה על זכויות האדם וההיבטים המשטריים שעוגנו ויעוגנו בחוקי היסוד**.

למעשה, מבנה הביקורת השיפוטית החוקתית המוצע בטיטת התזכיר יוביל לתוצאה לפיה הסמכות לביקורת שיפוטית אמנם תהיה מעוגנת פורמלית בחוק היסוד, אך בפועל תהווה סמכות "על הנייר" בלבד. מדברי ההסבר עולה כי התכלית שבבסיסו היא לגדר ולצמצם את הביקורת השיפוטית החוקתית, אך לא לאיין אותה. ואולם, בפועל, התוצאה הכוללת של ההסדר תביא לעמדתנו לצמצום כה משמעותי של הביקורת השיפוטית החוקתית, כך שאם ההסדר יתקבל בכללותו, לא ניתן יהיה לומר עוד כי בישראל קיימת ביקורת שיפוטית חוקתית אפקטיבית.

כמו כן, צמצום הביקורת השיפוטית החוקתית מחייב הידרשות רחבה יותר לשינויים משטריים מאזנים אחרים, הקיימים במדינות דמוקרטיות אחרות, אשר קיומם יכולים להוות בסיס לדיון משטרי בשאלת שינוי ההיקף הרצוי לביקורת השיפוטית החוקתית.

ההסדר המוצע נעדר בחינה כוללת של סוגיה זו, ומבקש להתמודד עם מצב שבו ביקורת שיפוטית חוקתית מובילה לכאורה להגבלת יתר על כוחו של הרוב, באמצעות דחיקתה ממש של הביקורת השיפוטית מ"לוח המשחק" החוקתי-משטרי. בכך טמון עיקר הקושי שבמכלול ההסדר המוצע, וזאת גם בהינתן הצורך לקבוע גבולות גזרה ברורים על-ידי הרשות המכוננת עצמה אשר יבהירו את "כללי המשחק", ויבטיחו שגם הרשות השופטת לא תסיג את גבולו של המחוקק. מעבר לנדרש, כפי שצוין לעיל, הסדרת הביקורת השיפוטית החוקתית כרוכה בקביעת "כללי המשחק" הבסיסיים ביחס לחקיקת חוקים וחוק יסוד. אך התזכיר המוצע אינו עוסק בסוגיה תשתיתית זו. כאמור, הסדרת הביקורת השיפוטית החוקתית בחקיקת היסוד היא צעד מבורך וראוי, אך היא חייבת להיעשות מתוך הסדרה משטרית רחבה הרבה יותר מזו המוצעת. כדי להסדיר באופן עמוק את מערכת היחסים בין הרשויות והמאזן ביניהן - לא ניתן להתמקד רק בהיבט מצומצם אחד שלה - מצדה של הרשות השופטת בלבד, מבלי להסדיר באותה ההזדמנות את גבולות הגזרה של הרשות המכוננת והמחוקקת. שאם לא כן, המשמעות המעשית של ההסדר תהיה החלשה משמעותית של הרשות השופטת לצד מתן כוח כמעט בלתי מוגבל לממשלה ולכנסת, באופן המחליש מהותית את ההגנה על זכויות הפרט ועל יסודות המשטר.

כעת נצלול לפרטי ההסדר המוצע ביחס לביקורת השיפוטית ונתייחס לקשיים ולשאלות שהוא מעורר.

1. צמצום עילות הביקורת השיפוטית החוקתית – "סתירה מהותית" ל"הוראה מפורשת"

ההצעה לקבוע כי הסמכות לפסול חוקים תוגבל רק למקרים של סתירה מהותית להוראה מפורשת בחוק יסוד עלולה לבטל ביקורת שיפוטית חוקתית בעלת חשיבות של בית המשפט בכמה הקשרים.

ראשית, התייחסות להוראה "מפורשת", במצב דברים שבו אין מגילת זכויות מלאה, מעלה חשש שההתייחסות למונח זה תוביל לצמצום היכולת של בית המשפט לבחון את חוקתיותם של חוקים הפוגעים באופן משמעותי בזכויות חוקתיות "נגזרות". כאמור לעיל, לא מוצע כעת להשלים את מגילת הזכויות המעוגנות במפורש בחוקי היסוד, כחלק מההסדרה המשטרית המוצעת עתה (ויש להצר על כך). כתוצאה מכך, למעשה תבוטל ההגנה החוקתית על זכויות נגזרות אלה ותסוכל האפשרות לאזן את כוחה של הכנסת מקום שבו ימצא כי חוק פוגע פגיעה, אף קשה ביותר, בזכויות בסיסיות ביותר במשטר דמוקרטי, כגון **חופש הביטוי, הזכות לשוויון, חופש הדת, הזכות לחיי משפחה**, ועוד. ככל שהכוונה בלשון זו היא אכן לשלול את ההגנה החוקתית ביחס לזכויות נגזרות, מדובר בנסיגה של ממש בהיקף ההגנה החוקתית הקיימת על זכויות אדם יסודיות, העומדת בניגוד למגמה בעולם להרחיב את היקף הזכויות המוגנות בהקשר החוקתי.⁷⁰ יוער כי בדברי ההסבר אין כל התייחסות, הנמקה או הצדקה לעניין מהותי זה.

העדר ביקורת שיפוטית חוקתית על הזכויות הנגזרות, ובפרט הזכויות החוקתיות לשוויון ולחופש ביטוי, מחייבת התייחסות רחבה ונפרדת, שכן יש לה השלכות משמעותיות ביותר על אופיה של המדינה כמדינה דמוקרטית. כך למשל, צריך יהיה להידרש להשלכות שיש להסרת ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון

David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 99 CAL. L. REV. 1163, ⁷⁰ Zachary Elkins & Tom Ginsburg, *Data Stories: How Many Rights is Enough?*, CONSTITUTE PROJECT ; 1185 (2011) (Feb. 16, 2021), <http://bit.ly/3XDaRRZ>.

בהתייחס לחוק-יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי, אשר בבסיס חקיקתו הניחה הכנסת את קיומה של ההגנה החוקתית לשוויון.

שנית, לא ברור למה הכוונה במונח "סתירה מהותית" ומה היחס בין ניסוח זה לבין פסקת ההגבלה המעוגנת בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. נדרשת הלימה בין חוקי היסוד כדי שהמבנה החוקתי המדינתי יהיה מובן וקוהרנטי. גם לא ברורה המשמעות של "סתירה מהותית" לגבי חוקי היסוד שלא כוללים פסקת הגבלה מפורשת, כדוגמת חוקי היסוד המשטריים. הנוסח המוצע אינו מציע מבחנים מהותיים לביקורת, בשונה ממבחני פסקת ההגבלה שפותחו בפסיקה לאורך שלושה עשורים, ועל פניו קובע אמת מידה מחמירה אשר תגביל מאד את הביקורת השיפוטית.

שלישית, נראה כי התזכיר המוצע שולל את הסמכות לפסול חוק בשל פגם חמור בהליך החקיקה, כזה היורד לשורשו של עניין – למשל, אם מנעו מחלק מחברי הכנסת להצביע. דברי ההסבר בהצעת החוק אינם מתייחסים לעניין זה, ומיקודם הוא בטענה בדבר התערבות שיפוטית בהכרעות דמוקרטיות, וממילא אינם מתייחסים לתכלית או להצדקה העיונית העומדים מאחורי צמצום זה ושלילת הביקורת השיפוטית על היבטים הליכיים. כך, דברי ההסבר אף אינם מסבירים מהי התשתית העיונית העומדת בבסיס התפיסה שלפיה הכנסת, בניגוד לכל רשות אחרת במדינה, ראוי שתקבל חסינות מלאה מכל ביקורת על **האופן** שבו היא מקבלת את החלטותיה, להבדיל מתוכן. סוגיה זו כלל אינה נוגעת לאותן סוגיות ציבוריות-ערכיות אשר לגביהן התזכיר מציע לצמצם את העיסוק של בית המשפט בהן, ובהקשר זה בולט הצורך לבחון את השינוי המשטרי המוצע מנקודת מבט חוקתית רחבה, ובכלל זה קידום של חוק-יסוד: החקיקה.

2. דרישת רוב מיוחס של 80% מהרכב של כלל שופטי בית המשפט העליון

בהסדר מוצעת דרישה להרכב מלא של בית המשפט העליון בדיון על פסילת חוק, וכן הדרישה כי החלטה על פסילת הוראת חוק צריכה להתקבל ברוב של 80% משופטי לפחות (12 מתוך 15 שופטים).

עצם הדרישה להרכב מורחב של שופטים לצורך בחינת תוקפו של חוק, וייחוד הסמכות לערכאה העליונה, מתאימים להשתלב בהסדרת הכללים לביקורת שיפוטית על חוקים. זאת, כפי שמוסבר בדברי ההסבר, לאור המשמעות המיוחדת של ההחלטה על פסילת חוק והצורך בכבוד הדדי בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת ובריסון ואיפוק בהחלטות של רשות אחת ביחס לפעולתה של השניה.

בהקשר זה ניתן לקבל כי ייחוד הסמכות להרכב מורחב של בית המשפט העליון משקף את הייחודיות והחשיבות של בחינת חוקתיות של חוק, ומאפשר גיוון של תפיסות משפטיות בקרב חברי המותב, וימנע חוסר עקביות בפסיקה כפועל יוצא של בחירת הרכב מקרי. הרחבת המותב יכולה לסייע בהעלאת אמון הציבור במערכת המשפטית ובביקורת החוקתית עצמה. בהקשר הזה יצוין, כי הגם שלכאורה לפי הדין הקיים כל בית המשפט בכל הרכב ראוי לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, הרי שבפועל המדיניות השיפוטית הנוהגת היא כי סמכות זו מופעלת ברוב המקרים של המקרים על-ידי בית המשפט העליון בלבד, וככלל בהרכב מורחב.

קביעת החובה לדון בחוקתיות של חוקים בהרכב מורחב וקביעת הסדרים דיוניים מיוחדים, יכולים לסייע ביציקת תוכן לכלל הבסיסי בעקרון הפרדת הרשויות לפיו פסילת חוקים על-ידי בית משפט צריך להוות מוצא אחרון, ולהבטיח כי הדבר ייעשה כאשר הפגיעה בזכויות היא אכן מהותית.

הקושי בתזכיר המוצע טמון בקביעה של רוב מיוחס של 80% מתוך כלל שופטי בית המשפט העליון, אשר מציב רף גבוה במיוחד על הרשות השופטת, בסטייה מן המקובל בביקורת חוקתית במדינות העולם המערבי. בדברי ההסבר לא הוצגו מקבילות משיטות משפט דמוקרטיות מערביות לדרישת רוב מיוחס בהכרעה השיפוטית ביחס לפסילת חוקים, ובפרט לא רוב מיוחס של 80%. למעשה, מחקר השוואתי שאותר מלמד כי במדינות בודדות בעולם, יש דרישה לרוב מיוחס (מעבר לרוב רגיל) לשם ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, מרביתן באמריקה הלטינית [ראו נספח ג']⁷¹.

עוד נעיר, כי עולה לכאורה מהנוסח ומדברי ההסבר שהרוב המיוחס (80%) מתייחס לכלל שופטי בית המשפט העליון המכהנים, גם אם לא ישבו בהרכב. ככל שזו הכוונה, הקושי אף מתעצם כי למעשה הרוב הנדרש עשוי להיות אף מעבר ל-80% (רף גבוה מאוד כשלעצמו) משופטי ההרכב שכן מי שנעדר מהדיון מטעם כזה או אחר ייחשב בפועל למתנגד להתערבות השיפוטית.

לכך יש להוסיף כי הקושי בדרישת הרוב המיוחס מתעצם לאור ההצעה להקנות לנציגי הרוב הקואליציוני שליטה בבחירת השופטים. ככל שמנגנון בחירת השופטים המוצע יקנה עדיפות רבתי לנציגי השלטון - יש יסוד לחשש שמא תצטמצם עד דק הביקורת השיפוטית על חוקים שהעביר הרוב הקואליציוני. וכל זאת, עוד מבלי שנדרשו להשלכות שיש על האפקטיביות של הביקורת השיפוטית בהינתן רכיב ההתגברות של ההצעה, שבו נעסוק בהרחבה להלן, ולפיו די ברוב הקואליציוני המינימאלי כדי להתגבר על כל פסילה של הוראת חוק.

הפועל היוצא של שילוב ההסדרים הללו הוא חוסר איזון מובהק ביחסים בין הרשויות בדיאלוג החוקתי שראוי שיתקיים ביניהן, ויש בכך כדי לחתור תחת התכלית הבסיסית של התזכיר – הסדרת הביקורת השיפוטית החוקתית.

לעניין הדרישה לקיום הדיון החוקתי בהרכב מלא של כלל שופטי בית המשפט העליון, לא ברור אם יש בהצעה זו הצדקה של ממש, שמא די בהרכב מורחב לשם השגת התכליות שהוצגו לעיל. היבט נוסף של הדרישה להרכב מלא, אשר יש להידרש אליו, הוא העומס שהדבר יטיל על שופטי בית המשפט. זאת, בין היתר בשים לב לכך שבית המשפט העליון הישראלי אינו עוסק רק בסוגיות חוקתיות אלא עוסק, בחלק משמעותי מהזמן השיפוטי שלו, בבחינת ערעורים כערכאה השיפוטית העליונה במדינה, והעומס עליו הוא רב מאד ביחס לבתי משפט אשר דנים במותב מלא, כמו בית המשפט העליון האמריקאי.

3. הגבלת הסמכות להוציא צווי ביניים, הסדרת מנגנוני תקיפה עקיפה והוראות נוספות

היבטים נוספים המעוררת קשיים נוגעים להצעות לתיחום סמכותו של בית המשפט העליון להוציא צווי ביניים בקשר לדיון על הכרזה על בטלות של חוק.

תקנה 19 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984, קובעת כי "בית המשפט רשאי ליתן צווי ביניים, לבטלם ולשנותם, כפי שייראה לו בנסיבות הענין", ורשאי להפעילה שופט בדין יחיד (סעיף 26(3) לחוק בתי המשפט). ניסוח זה דומה למקובל בהקשרים דיוניים רבים, לשם שמירה על שיקול הדעת השיפוטי.

⁷¹ Eric Yik Him Chan, *Judicial Review and Supermajority Voting Rules*, A Thesis Submitted to the Faculty of the University of Hong Kong for the Degree of Masters of Laws (May, 2019), <https://bit.ly/3WGOObU>. מסקירה זו עולה כי בצילה ואל סלבדור נדרש רוב של 80% לביטול חקיקה (ס' 92 לחוקה הצ'יליאנית; סעיף 14 לחוק הבסיס השיפוטי של אל-סלבדור); במקסיקו נדרש רוב של 8 שופטים מתוך 11 (ס' 105 לחוקת מקסיקו); בצ'כיה, נדרש רוב של 9 שופטים מתוך 15 (60%) לביטול חקיקה (ס' 13 לחוק בית המשפט החוקתי הצ'כי). נעיר, כי נוסף על המדינות המפורטות מתייחסת הסקירה לנסיבות הפרטיקולאריות של המדינות שבהן נקבעה הוראה כאמור, אשר חלקן אינן מדינות דמוקרטיות במודל המערבי. ראו נספח ג' לטבלה מתוך הסקירה האמורה.

בפועל, בכל הנוגע לצווי ביניים ביחס לחקיקה, הפסיקה והפרקטיקה העקבית בעניין זה היא ברורה,⁷² ובית המשפט נמנע ככלל מהושטת צווי ביניים ביחס לחקיקה גם במקרים שבהם בסופו של יום הוחלט בפסק דין סופי לפסול אותה.⁷³

קביעת מותב רחב והכוונת שיקול הדעת של בית המשפט בבואו לבחון צווי ביניים בהקשר של הוראות חוק היא בוודאי אפשרית, אך ההסדר המוצע עושה זאת באופן מרחיק לכת באופן כזה שעלול לשלול את האפשרות המעשית להושטת סעד זה גם במקומות שבו הוא לכאורה נדרש, ועלול להיגרם נזק או פגיעה חוקתית משמעותית שלא תוכל להירפא בדיעבד במועד מתן פסק הדין הסופי.

בשים לב לכך שהפסיקה והפרקטיקה העקבית בעניין זה היא ברורה ומצמצמת כבר היום, לא ברור הצורך להסדיר ולהגביל נושא זה. זאת ועוד. לא ברור מדוע יש צורך להתייחס לצו ביניים, לא כל שכן ברזולוציה זאת, דווקא במסגרת חקיקת יסוד.

במישור הדיוני, הגבלת הזמנים המוצעת לתוקפו של צו ביניים (סעיף 15א(ג)(3)) – מקום שבו שוכנע בית המשפט בהרכב מלא להושיט סעד זמני באמת המידה המחמירה הקבועה בהסדר המוצע – היא של חודש ימים (ניתן להארכה עד שלושה חודשים סך הכל). סד זמנים זה לא יאפשר דיון חוקתי מעמיק כנדרש כאשר באים לשקול הכרזה על בטלותו של חוק, ותחייב דיון מזורז, דווקא מקום שבו כוונת ההצעה היא הפוכה בתכלית. בנוסף קיימת סתירה, על פני הדברים, בין הסמכות המצומצמת של בית המשפט ליתן צו ביניים בעניין תוקפו של חוק, לבין ההוראה המוצעת בסעיף קטן (ו) לקביעת כלל קטגורי שבית המשפט לא יהיה מוסמך למנוע כניסה לתוקף של חוק.

4. תקיפה ישירה מול תקיפה עקיפה

תחילה יצוין, כי לא ברור מדוע פרטי ההסדר הנוגעים לתקיפה עקיפה במסגרת חוק-יסוד, ולא במסגרת חוק רגיל.

מעבר לכך, לא ברור מדוע מוצע שבמקרה שתתעורר שאלה חוקתית הצדדים יידרשו להגשת הליך חדש, במקום העברת השאלתה על ידי בית המשפט הדן בתיק לבית המשפט העליון. על פניו מדובר בהכבדה על האזרח במקרה שבו לפי הנוסח המוצע שופט כבר שוכנע כי יש לבטל את החוק, כך שקיים אינטרס ציבורי שהשאלה תיבחן מעבר לעניינם של הצדדים להליך הספציפי. עוד נזכיר כי סוגיית תוקפו של חוק אינה מתעוררת רק בהקשרים אזרחיים או מינהליים, אלא גם, למשל, במצב שבו אדם נאשם בפלילים ומעלה טענה חוקתית כטענת הגנה. שאלה היא אם נכון במצב זה לחייב את הנאשם להגיש עתירה לבית המשפט העליון, על כל הכרוך בכך. אפשרות חלופית בהקשר זה, היא מתן "גמישות דיונית" בידי בית המשפט העליון בכל הנוגע להשלמת הטיעון הנדרשת מהצדדים או קביעת הסדרים דיוניים אחרים ככל ששאלה כזאת מועברת אליו על-ידי בית משפט אחר.

⁷² "יש לנקוט משנה זהירות כאשר עסקינן בבקשה לעכב את כניסתה לתוקף של חקיקה ראשית, וזאת כסעד זמני בעתירה, טרם נידון העניין לגופו ואף טרם ניתן צו על תנאיי" (בג"ץ 8612/15 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו) 24.12.2015); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 749 (2005); בג"ץ 8425/13 גבריסלאסי נ' הכנסת (נבו) 1.1.2014.

⁷³ עניין גבריסלאסי, שם.

שאלה נוספת נוגעת להסדר המוצע בבית המשפט העליון בעניין. האם הכוונה היא ששלושה שופטים יקיימו דיון מהותי בתוקף החוק, יקבעו כי לעמדתם יש לפסול את החוק, ורק לאחר מכן יועבר הדיון להרכב המלא כנדרש בסעיפים הקודמים כדי לקיים את הדיון מראשיתו (כאשר אותם השופטים ייכללו בהרכב המלא)? אם זאת ההצעה, כפי שעולה מהנוסח המוצע, לא ברורה ההצדקה להכבדה הדיונית – וניתן להסתפק לכאורה בקביעה כי המותב יוכל לפי שיקול דעתו להעביר את הנושא להרכב רחב יותר (בדומה לסעיף 26(2) לחוק בתי המשפט) או למצער בקביעת קריטריונים בסיסיים יותר אשר יבטיחו עמידה ברף מספק לכינוס הרכב מורחב של שופטים אך מבלי ששופטי בית המשפט העליון יידרשו לבחון פעמיים את אותה סוגיה בדיוק עד תום.

לכך יש להוסיף כי ההסדר המוצע מתעלם מהמשמעות המעשית של התארכות ההליכים בערכאות הדיוניות, והגברת העומס על בית המשפט העליון, נושאים אשר מצריכים ליבון ובחינה, בראש ובראשונה אל מול הנהלת בתי המשפט וגורמים נוספים.

הסדר מוצע נוסף שאינו ברור הוא הגבלת כוחו של פסק דין שביטל חוק שניתן מכוח ההסדר החדש כתקדים בבואו של בית המשפט לדון בפסילת חוק נוסף (סעיף 15א(ה)). לא ברור מה הכוונה בסעיף זה משאין כל התייחסות לכך בדברי ההסבר. ממילא בית המשפט העליון לא כפוף לפסקי דין של עצמו (סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה). ככל שהכוונה היא לבטל את כלל התקדים המחייב, לא הוצגו תכלית או הצדקה להצעה חריגה שכזו, כך שקשה להתייחס אליה כעת.

קושי נוסף הנובע מאותו סעיף עולה מן ההתייחסות לסמכות בית המשפט העליון, בנוסף לפסילת חוק או חלק ממנו, "להגביל את תוקפו". לא ברור מה המשמעות של הביטוי. האם הכוונה היא רק לקבוע הגבלת תוקפו של חוק לאורך הזמן? יש להניח שאין הכוונה להיבטים אחרים של קביעת גדריו של חוק כחלק ממלאכת הפרשנות שהיא לחם חוקו של בית המשפט, אך הדבר טעון הבהרה.

ד. הקשיים בפסקת ההתגברות המוצעת

1. פסקת התגברות היא הסדר חריג בבחינה השוואתית

פסקת ההתגברות מאפשרת לרשות המחוקקת למנוע ביקורת שיפוטית על חקיקה מסוימת או להחזיר לספר החוקים חקיקה שבית המשפט הכריז על בטלותה בשל היותה סותרת את החוקה. **ברוב המכריע של המדינות הדמוקרטיות בעולם אין פסקת התגברות.** כבר בכך יש כדי להמחיש את הקושי באימוץ מרכיבים מסוימים במודלים הקיימים בעולם לעניין הסדר אחד מסוים, מבלי לאמץ באופן רחב יותר את מכלול האיזונים והבלמים שיש בהן ביחס למערכת היחסים שבין הרשויות.

הדוגמא הבולטת לעיגון מנגנון התגברות היא בצ'רטר זכויות האדם של קנדה. לצדה מוכרות עוד שתי דוגמאות בלבד – בחוקת פינלנד ובצ'רטר לזכויות אדם של מדינת ויקטוריה שבאוסטרליה. **בנספח ב'** מפורטים ההסדרים וכן ההקשר החוקתי שלהן.

פסקת ההתגברות בקנדה היא חלק משיטה חוקתית הכוללת רכיבים משמעותיים נוספים של איזונים ובלמים בין הרשויות. בין השאר, בקנדה קיימת חוקה כתובה ונוקשה, יש בה מגילת זכויות, יש בה שלטון פדרלי, יש בה שני בתים של הפרלמנט ופסקת ההתגברות לא חלה על כלל הזכויות אלא רק על זכויות מסוימות. כמו כן, הביקורת השיפוטית בקנדה היא מבוזרת ובית המשפט רשאי לקבוע, כי חקיקה מסוימת

בטלה משום שהיא סותרת את החוקה, ללא שקיימת הגבלה על גודל ההרכב או על הרוב הנדרש מבין השופטים.

כל המאפיינים הללו אינם מתקיימים בשיטה המשטרית הישראלית הקיימת, וכל שכן ביחס למצב המוצע. יתרה מכך, בקנדה בשנים האחרונות מתנהל ויכוח ציבורי בדבר ההצדקה להמשך קיומה של פסקת ההתגברות בטענה שהיא מחלישה את ההגנה על זכויות האדם. אימוץ מנגנון חוקתי אשר מעורר קשיים באותה מדינה בודדת שממנה אנו מבקשים לשאוב השראה, מעלה כשלעצמו קושי.

עוד יצוין, כי פסקת ההתגברות בקנדה עוצבה כחלק ממהלך אשר מצד אחד עיגן בחוקה את מגילת זכויות האדם, ו"כללי משחק" נוקשים ביחס לשינוי או פגיעה בהם, ומצד שני העניק לפרלמנט כלים משמעותיים יותר לקיים את השיח החוקתי בין הרשויות. במסגרת הליך שלם זה, נערך דיון ציבורי נוקב בשאלות אלו וזכויות נכון להחריג מהוראת ההתגברות. המודל הקנדי צריך אם כן לשמש השראה לא רק ביחס להוראה הקונקרטית שנקבעה בו ביחס להתגברות אלא גם בהקשר הכללי של ההסדר שבמסגרתו היא שולבה. ההליך המוצע כעת שונה בתכלית. התזכיר המוצע מבקש להתמקד רק בצד אחד של המשוואה – "ההתגברות" – ללא הצד השני שלה – פירוט זכויות האדם עליהן מבקשים להתגבר (והחרגת אלה שאין מקום לאפשר לגביהן התגברות כאמור).

להבדלים הקיימים בין השיטה החוקתית בקנדה לבין זו של ישראל בהסתכלות רחבה על שיטות המשטר, יש להוסיף את האופן שבו מבקשים לעצב כעת את מוסד הביקורת השיפוטית החוקתית מלכתחילה. בקנדה אין הגבלה על הביקורת השיפוטית – לצד מגילת זכויות אדם מפורטת, לבית המשפט אין הגבלה – מהותית או תהליכית – על ביטול חוקים הסותרים את החוקה, כך שהאיזון המהותי של סמכות בית המשפט נעשה למעשה באמצעות פסקת ההתגברות בלבד (שכאמור, בפועל הממשל הפדרלי מעולם לא עשה בה שימוש).

מכאן, כי ההסדר בקנדה שונה מהותית מההסדר המוצע כעת וכפי שניתן לראות מהתיאור **בנספח ב'**, שונה גם מההסדרים בפינלנד ובמדינת ויקטוריה באוסטרליה. **במילים אחרות, ההסדר המוצע חריג בקנה מידה עולמי, וזאת גם ביחס לאותן מדינות בודדות שבהן קיימת הוראת התגברות.**

2. פסקת ההתגברות וצמצום הביקורת השיפוטית

פסקת התגברות, שהיא כאמור הסדר חריג, טומנת בחובה בעייתיות מובנית, בכך שהיא משדרת מסר שלפיו המחוקק יכול לפגוע בזכויות מוגנות ובערכי יסוד המעוגנים בחוקה. מן העבר השני, ניתן לסבור כי פסקת ההתגברות מבססת ומגבירה את הדיאלוג החוקתי בין הרשויות ביחס לנורמות החוקתיות. לפי גישה זו, הנחת המוצא העיונית היא שאין בידי בית המשפט את המונופול על הפרשנות החוקתית ושבמקרים מסוימים, הרשות המחוקקת תייצג טוב יותר את האינטרס הציבורי. כך, פסקת ההתגברות, כפי שגם עולה מההיסטוריה החוקתית בקנדה, לא נועדה כדי לאיין את ההסדרים הקבועים בחוקה.

על כל פנים, הרעיון המסדר של פסקת ההתגברות ממילא אינו מתקיים בהיתן ההסדרים האחרים המוצעים בתזכיר. כפי שהוסבר לעיל, דרישת הרוב המיוחד לקביעת בטלותם של החוקים וצמצום העילות לביקורת שיפוטית יוביל לכך שחקיקה תוכרז כבטלה במקרים חריגים ונדירים בלבד - מקרים שבהם ההתנגשות בין החקיקה לבין חוק היסוד תהיה משמעותית במיוחד. רק לגבי מקרים חריגים אלה תהיה פסקת ההתגברות רלוונטית - אלא שמבחינה עיונית היא לא נועדה למקרים אלו. ודוק: מטרתה של פסקת ההתגברות היא להוביל לשיח, שבו "המילה האחרונה" היא לפרלמנט, במקרים בהם יכולות להיות מספר פרשנויות לנורמות

המעוגנות בחוקה, ולא למקרים מובהקים שבהם אין ספק שהחוק סותר את הנורמה החוקתית. **השילוב בין מכלול ההסדרים המוצעים עתה אינו מקנה לכנסת את "המילה האחרונה", הוא למעשה מקנה לה את "המילה היחידה".**

3. היעדר הגבלה על ההוראות החוקתיות והזכויות שעליהן ניתן להתגבר

התזכיר המוצע אינו כולל מגבלות על האפשרות לחוקק חוק מתגבר. יש לומר, כי קיים קושי מובנה בעניין זה, שכן בהעדר מגילת זכויות אדם מלאה ומשוריית בישראל, אין בהירות ביחס לשאלה באלו סוגיות מבוקש לאפשר לכנסת להתגבר. ואולם, גם בהעדר מגילת זכויות אדם מלאה כאמור, יש לבחון האם יש מקום לאפשר לכנסת להתגבר על כל פסק דין הקובע את בטלותם של חוקים, או שמא יש סוגיות חוקתיות אשר לא נכון לאפשר לגביהן התגברות – כפי שנעשה בקנדה, שם גובשה רשימה של זכויות שעליהן ניתן יהיה להתגבר (כדוגמת חופש התנועה והזכות לבחור ולהיבחר), ואף לא ניתן להתגבר בקנדה על הוראות משטריות. בהיעדר מגבלות על ההוראות החוקתיות עליהן ניתן להתגבר, הנוסח המוצע מאפשר לכאורה להתגבר גם הוראות משטריות, ללא שהונחה לכך תשתית עיונית כלשהי.⁷⁴

לפיכך, משמעות ההסדר המוצע בנוסחו הנוכחי היא שהכנסת תוכל להתגבר על כלל ההוראות בחוקי היסוד – הן על כלל הזכויות המעוגנות, לרבות הזכות לבחור ולהיבחר, וליבת זכויות האדם, והן על הוראות משטריות בחוקי היסוד, למשל שינוי מספר חברי הכנסת בתחולה מיידית.

האפשרות להתגבר על חוק העוסק בזכויות הפרט תואמת, באופן עקרוני, את הרעיון העומד בבסיס של פסקת ההתגברות – שיח חוקתי בין הרשויות לעניין הפרשנות הראויה של היקף הזכויות וההגנה עליהן. לעומת זאת, אין הדבר נכון ביחס לאפשרות להתגבר על ההוראות המשטריות, וזאת משני טעמים מרכזיים: **האחד**, במקרים רבים ההוראות המשטריות מנוסחות בצורה של כלל בהיר ואין היבטים ערכיים בהכרעה אם החוק עומד בסתירה אליהם. לפיכך, משמעותה של ההתגברות על הוראות אלו היא כי המחוקק יוכל, בחקיקה רגילה, לקבוע הוראה המשנה את הנורמה החוקתית עצמה. **השני**, ביחס לחלק מההוראות המשטריות, כגון מועד הבחירות או הזכות לבחור ולהיבחר, יש לחברי הכנסת ניגוד עניינים מובנה (בבחנית "הכנסת מחוקקת לעצמה"). שינוי של הוראות אלו – למשל הארכת כהונתה של הכנסת הנוכחית או פגיעה בזכות לבחור ולהיבחר, תאפשר לרוב הנוכחי לשמר את כוחו, וברי כי לא לכך מכוון ההסדר המוצע. בהתחשב בבעיית נציג מובנית זאת, אין זה נכון להשאיר את החלטות הכנסת ללא פיקוח כלל בעזרת השימוש בפסקת ההתגברות.

לפיכך, גם אם ימצא שיש מקום לכלול בהסדר המשטרי הישראלי הוראת התגברות, נדרש לערוך בחינה כוללת של מארג הזכויות וההיבטים המשטריים אשר לגביהם הוראה זו לא תחול.

4. היעדר איזונים פרוצדורליים מספקים בשים לב לחריגות מודל ההתגברות

בהקשר זה, ראוי שהרשות המכוננת תקבע איזונים פרוצדורליים – שיבטיחו מחד גיסא, שביקורת שיפוטית תתבצע במקרים בהם הדבר נדרש, ומאידך גיסא, שהשימוש בפסקת ההתגברות, ככל שתידרש בשים לב להסדר שייבחר בסופו של דבר לעניין התנאים לביקורת השיפוטית, יגודר למקרים החריגים המתאימים. האיזונים התהליכיים על השימוש בפסקת ההתגברות המוצעים עתה הם רק באמצעות דרישת רוב של חברי הכנסת והדרישה שהתגברות ללא הגבלת הזמן תיעשה על ידי כנסת שונה מזו שחוקקה את החוק שבוטל על

⁷⁴ השוו: בתזכיר חוק-יסוד: החקיקה שפורסם להערות הציבור ב-2017 הוצע כי התגברות על פסק דין של בית המשפט תיעשה רק במקרים שבהם בית המשפט קבע שהפגיעה בזכות אדם שלא בתנאים המותרים בחוק יסוד.

ידי בית המשפט. מנגנונים אלו אינם מספיקים כדי להבטיח שהשימוש בפסקת ההתגברות ייעשה במשורה, לתכליות העיוניות העומדות בבסיסו, ויאפשר שיח חוקתי בין הרשויות, באופן שלא יאפשר את עריצותו של הרוב על המיעוט.

לעניין דרישת הרוב הרגיל, בשיטת המשטר בישראל המחייבת קיומו של רוב קואליציוני לשם כינון ממשלה יציבה, **דרישת רוב של חברי הכנסת איננה משקפת הסכמה רחבה יותר, והיא משקפת לכל היותר את עמדת הממשלה והקואליציה. משמעות הדברים היא כי ההסדר מאפשר מבחינה משטרית מצב שבו הקואליציה תחוקק חוק, שיבטא אינטרסים ממשלתיים צרים, וזה יהיה חסין מביקורת שיפוטית גם אם בחוק זה גלומה פגיעה משמעותית בזכויות המיעוט.** כוחה הרב של פסקת ההתגברות, והחזרת ההכרעה הסופית בעניין האיזונים החוקתיים לידי הכנסת, מחייב לכל היותר כי המודל שייקבע ימנע את מצבי הקצה שבהם המחוקק יעשה שימוש לרעה בסמכותו. דרך אחת לעשות כן היא באמצעות הגדלת הרוב הנדרש באופן ניכר, כך שלא יהיה מדובר ברוב קואליציוני מינימאלי, באופן שיחייב לגבש בכנסת הסכמה רחבה יותר לכך שאכן הפגיעה בזכויות היא מוצדקת.

דרישת רוב מספרי משמעותי לחוק מתגבר, מבטיחה לכל הפחות הסכמה רחבה יותר בקרב הציבור ושימוש מרוסן בכוח החריג. כמו כן, היא ממקדת את ההתגברות על אותם מקרים שבהם הפגיעה בזכויות אכן מעוררת שאלות ציבוריות ערכיות, המצויות במחלוקת ציבורית, ולא רק מבטאת את האינטרסים הרגועים הפוליטיים של ממשלה נתונה. אפשרות נוספת שעלתה בעבר היא דרישה כי הרוב המיוחס יכלול מספר מינימאלי של חברי אופוזיציה אשר יתמכו בהתגברות, כדי להמחיש את ההסכמה הציבורית הרחבה סביב הפרשנות שבה נוקט המחוקק, אל מול הפרשנות שבה נקט בית המשפט.

לעניין הדרישה לחקיקה על-ידי כנסת מאוחרת כתנאי לחסינות ללא הגבלת תוקף, הדרישה של חקיקת החוק החסין מביקורת שיפוטית על ידי כנסת מאוחרת לכנסת שחוקקה את החוק שבוטל נותנת מענה מסוים לקשיים הגלומים בפסקת ההתגברות, ואולם לעמדתנו היא אינה מספיקה. החקיקה על ידי כנסת מאוחרת מבטיחה הסכמה של לפחות שתי כנסות, ויש בכך כדי להבטיח לפחות כי הצורך בחקיקה המתגברת נשקל על ידי שתי כנסות, המבוססות לכאורה על ייצוגיות שונה. עם זאת, על פי המוצע, החוק המתגבר יהיה מחוסן מביקורת שיפוטית במצב זה ללא הגבלת זמן, ללא בחינה עתידית חוזרת של כנסות עתידיות, המבטאות ייצוגיות אחרת ואת קיומו המתמשך של שיח ציבורי על הצורך בהמשך קיומה של החקיקה אשר בית משפט מצא כי היא סותרת את חוקי היסוד. אמנם נכון הדבר שכל כנסת עתידית יכולה לבטל את החוק המחוסן מביקורת שיפוטית, אך מנגנון המגביל את תקופת ההתגברות מחייב את הכנסת לבחון מחדש ולפעול באופן אקטיבי להארכת ההתגברות, וזהו מנגנון ראוי יותר בשים לב לחריגות של הסמכות המתגברת כשלעצמה. כלומר, במצב בו ההתגברות מוגבלת בזמן יש מנגנון מובנה שמבטיח כי הפגיעה בנורמות חוקתית תבחן מחדש מעת לעת, שמטרתו למנוע הותרה על כנה של ההוראה הפוגעת בזכויות מכוח האינרציה בלבד.

במבט השוואתי, בקנדה השימוש בפסקת ההתגברות מוגבל לחמש שנים עם אפשרות להארכה. בחוק-יסוד: חופש העיסוק פסקת ההתגברות מגבילה את תוקפו של החוק הסותר לארבע שנים.⁷⁵

בהקשר זה נציין כי לאורך השנים הועלו הצעות שונות שכללו הוראת התגברות, כחלק מהסדר כולל בחוק-יסוד: חקיקה אשר עיגן את מוסד הביקורת השיפוטית החוקתית. ועדת נאמן הציעה מנגנון ההתגברות עם

⁷⁵ פסקת ההתגברות הוחלה, ללא הגבלת זמן, בנושא של ייבוא בשר. עם זאת, הקביעה האמורה נעשתה על ידי תיקון חוק היסוד (סעיף 8(ב) באופן שהגביל את התיקון לנושא זה. כמו כן, לא מדובר בנושא אשר עומד בליבת זכויות האדם.

איוונים פרוצדורליים שנועדו להבטיח כי השימוש בפסקת ההתגברות יעשה במשורה, במקרים המתאימים לכך, ולא יאיין את משמעותה של הביקורת השיפוטית. ההצעה כללה הוראות שנועדו להבטיח איזון פרוצדורלי משמעותי יותר – רוב של 70 חברי כנסת בקריאה שלישית וכן קציבת זמן להוראה הסותרת לחמש שנים, ללא אפשרות להארכה, אשר בסיומה הוראת החוק החורגת תפקע בהתאם לפסק דינו של בית המשפט. גרסה מרוככת יותר נכללה בתזכיר חוק-יסוד: החקיקה שפורסם להערות הציבור בשנת 2012 שבה הוצע שבפני הכנסת יונח פסק דין של בית המשפט, שהחוק החורג יתקבל ברוב של 65 חברי כנסת בשלוש קריאות וכי תוקפו של החוק הסותר יהיה לתקופה של חמש שנים, עם אפשרות של הארכה לתקופה של חמש שנים. להשלמת התמונה יוער כי בתזכיר משנת 2017 הוצע כי התגברות יכולה להיות ברוב של 61.

ה. התייחסות לסוגיות נוספות ביחס לפסקת ההתגברות המוצעת

”על אף האמור” – ההצעה בסעיפים 15א(ז) ו-15א(ט) מתייחסת לאפשרות לקבוע הוראה לפיה בחוק המתגבר יש לכלול במפורש את המילים **”על אף האמור בפסיקת בית המשפט”**. נוסח זה מעורר קושי מכיוון שפסק דינו של בית המשפט במקרה זה, כפי שאף מובהר בסעיף 15א(ב)(1), הוא שהחקיקה עומדת בניגוד להוראה בחוק היסוד. לפיכך, בהיותו של בית המשפט הפרשן של הדין, ההתגברות איננה על פסיקת בית המשפט אלא ההתגברות היא על הוראה בחוק יסוד ונוסח הוראת **”על אף האמור”** צריכה לשקף זאת. כך, גם סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, מורה שיש לומר בחוק חורג כי הוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה, וכך גם בקנדה ומדינת ויקטוריה באוסטרליה. גם ועדת נאמן ותזכירי חוק-יסוד: החקיקה שפורסמו להערות הציבור בשנת 2012 ו-2017, הציעו כחלק מהסדר כולל של עיגון הביקורת השיפוטית החוקתית, להשתמש בנוסח ההתגברות - **”החוק האמור יהיה תקף על אף האמור בחוק-היסוד”**, ולא העמידו את החוק המתגבר אל מול פסק דין. בנוסף, ניסוח הוראת ההתגברות באופן המוצע מטשטש את היותו של החוק סותר הוראת חוק יסוד ומדגיש את ההתנגשות בין הרשויות ולא את הדיאלוג ביניהן.

”חוק זהה” – הדרישה לחקיקת חוק **”זהה”** כאחד מתנאי ההתגברות מהווה תמריץ שלא לצמצם את הפגיעה – ההצעה קובעת שהכנסת תהיה מוסמכת לחוקק חוק **זהה** לחוק שבית המשפט הורה על ביטולו ולחסן אותו מביקורת שיפוטית. התוצאה של הוראה זו היא שגם במקרים בהם הכנסת תשתכנע מחלק מנימוקיו של בית המשפט או תרצה, ללא קשר לנימוקיו של בית המשפט, לצמצם את הסתירה להוראות חוקי היסוד יהיה לה תמריץ שלא לסטות מהנוסח המקורי של החוק אשר בוטל על ידי בית המשפט וזאת כדי להיות מסוגלת לחסן את החוק מביקורת שיפוטית. הסדר זה אינו מקדם את השיח בין הרשויות אשר טיטוט התזכיר מבקשת לקדם.

התגברות עוד טרם ניתן פסק דין מנומק – מוצע בהסדר כי הכנסת תוכל לחוקק חוק הכולל הוראה המחסנת אותו מביקורת שיפוטית כבר בשלב שבו ניתן צו ביניים. האפשרות לחוקק חוק כאמור, בטרם ניתן פסק דין המנמק את הסתירה בין החוק לבין חוק יסוד מוקשית וזאת מכיוון שבפני הכנסת, בעת חקיקת החוק המתגבר, לא יונחו כל השיקולים וההנמקות. הדבר עומד אף בניגוד לדברי ההסבר המתייחסים לכך שההתגברות תיעשה לאחר שהכנסת תראה לנגד עיניה את פסק דינו המנומק של בית המשפט בטרם תחליט לנקוט בצעד חריג של ההתגברות. עוד יוער, כי קודם לקבלת ההכרעה בכנסת, לא בא לידי ביטוי הצורך בלמידת פסק הדין במנגנונים הפרוצדורליים שייחודו לחקיקת חוק חורג, ואף כאן מתבלט היעדרה של הסדרת הנושא בחוק-יסוד: החקיקה. מכל מקום, חקיקת חוק גובר בטרם ניתן פסק הדין, אינה מאפשרת לכנסת לקבוע אם מדובר במקרה בו היא סבורה שהפרשנות של בית המשפט לחוקי היסוד שגויה, אם לאו. אפשרות זו אינה מתיישבת אפוא עם תכלית הדיאלוג החוקתי בין הרשויות שאותו מבקש התזכיר לייצר.

בנוסף, לא ברור מדוע נדרש להשתמש בפסקת ההגברות כבר בשלב צו הביניים וזאת מכיוון שישנם מקרים בהם מתן צו הביניים לא יוביל להחלטה שקובעת את בטלותו של החוק. שאלה זו מתחדדת בשים לב לכך שההצעה מבקשת להגביל את תוקפו של צו הביניים למקרים חריגים ולתקופה מירבית של שלושה חודשים (עניין אשר מעורר שאלה נפרדת כשלעצמה).

הערות נוספות להסדר המוצע – כדי לא להכביד יתר על המידה, נציג בשלב זה על קצה המזלג סוגיות ושאלות נוספות המתעוררות למקרא הנוסח המוצע ויצריכו המשך בירור: חוסר קוהרנטיות בעניין מנגנון ההתגברות על פסילה פה-אחד לעומת פסילה ברוב (מדוע הראשון מסתפק באישור על-ידי כנסת אחת בלבד?); לא ברור מה היחס בין הנוסח המוצע לפסקת ההתגברות הקבועה כבר היום בחוק-יסוד: חופש העיסוק; חוסר בהירות ביחס לדרישת הרוב המוצע בקריאות השונות; היעדר ביקורת שיפוטית על השימוש בפסקת ההתגברות;⁷⁶ האם פסילה פה-אחד לעניין זה היא על-ידי כלל שופטי בית המשפט העליון או על-ידי שופטי ההרכב (אם יש שופטים שנבצר מהם להשתתף בדיון); מתן האפשרות לחסן במבט צופה פני עתיד חוק מביקורת שיפוטית בכל כנסת עתידית שבה יתקיים רוב רגעי; היעדר התייחסות לשאלת תיקונו העתידי של חוק מחוסן והאפשרות להעביר על תיקונו ביקורת שיפוטית; לא ברור אם התגברות ברוב רגיל יכולה להתגבר על הוראות שריון בחקיקת יסוד ברוב מיוחס (כדוגמת סעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת).

ו. שלילת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד

שאלת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד היא שאלה מורכבת המעוררת קשיים עיוניים ומעשיים כאחד, היורדים לשורש הסמכות והלגיטימיות של הרשות המכוננת ושל בית המשפט.⁷⁷ בשנים האחרונות נידונו בפסיקה שתי דוקטרינות אפשריות לביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד:

דוקטרינת התיקון חוקתי שאינו חוקתי: דוקטרינה זו, שטרם אומצה בפסיקה הישראלית, בוחנת אם ישנה מגבלה מהותית על האפשרות לתיקון חוקתי, במישור התוכני המתייחס לסתירה לעקרונות יסוד על-חוקתיים או לעקרונות חוקתיים מפורשים או משתמעים המגבילים את תיקון החוקה.⁷⁸ על אף שדוקטרינה זו נדונה בבג"ץ חוק הלאום, בית המשפט העליון לא הכריע בשאלת קליטתה במשפט הישראלי.⁷⁹ בפסק דין זה, עמד בית המשפט על הקשיים המהותיים הנובעים מאימוץ הדוקטרינה בישראל, וזאת בהיעדר עיגון מפורש או משתמע לעקרונות על חוקתיים שמהם לא ניתן לסטות, ונוכח העובדה שהמארג החוקתי הישראלי טרם התגבש במלואו וטרם הושלם. בצד האמור, בפסק דינה של כב' הנשיאה חיות בעניין חוק הלאום, שאליו הצטרפו תשעה שופטים נוספים, נקבע כי בשלב הנוכחי בבניין המפעל החוקתי הישראלי קיימת מגבלה אחת בלבד החלה על הכנסת בכובעה כרשות מכוננת, והיא כי אין ביכולתה לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. בתוך כך, נקבע כי "לא ניתן ליישב חוק יסוד שפוגע פגיעה אנושה בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים – ובכלל זאת בחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם [...]; קיום הפרדת רשויות; שלטון החוק; ורשות שופטת עצמאית" (עניין טיבי, בעמ' 23) – עם היותה של ישראל מדינה דמוקרטית".⁸⁰

⁷⁶ בהקשר זה, בקנדה בית המשפט בחן את השימוש בפסקת ההתגברות וקבע, בין היתר, כי ההתגברות יכולה להיות פרוספקטיבית בלבד. *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712.

⁷⁷ עניין חסון, לעיל ה"ש 6, פסקה 3 לפסק דינו של כב' השופט (בדימי) מזוז.

⁷⁸ בחינה רחבה של נושא זה במישור ההשוואתי והדוקטרינרי מצויה בספר Yaniv Roznai, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENT (2017).

⁷⁹ עניין חסון, לעיל ה"ש 6.

⁸⁰ שם, פסקאות 16 ו-29 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות.

שימוש לרעה בסמכות של הרשות המכוננת : בדוקטרינה זו המיקוד הוא בשאלה האם הכנסת, בהיותה מוסד המחזיק בסמכות המחוקקת ובסמכות המכוננת בו-זמנית, "ניצלה לרעה" את מעמדה כרשות מכוננת כדי להעניק לדבר חקיקה רגיל שחוקקה תואר של "חוק יסוד", באופן שאינו מקיים את המאפיינים של נורמה חוקתית.⁸¹ במובן זה, אין מדובר בביקורת תכנית מהותית, אלא בביקורת על השאלה אם מדובר אכן ב"חוק יסוד" כפי שמלמד המבחן הצורני שנקבע בעניין בנק המזרחי. בהמשך לאימוץ הדוקטרינה בפסק הדין שעסק בתקציב הדו-שנתי,⁸² עסק לאחרונה בית המשפט בסוגיה זו בפסק הדין בעניין שפיר,⁸³ שם פורטו מבחנים לזיהוי אם אכן מדובר בנורמה חוקתית (מבחן היציבות, מבחן הכלליות, ומבחן המארג החוקתי) וככל שנמצא כי לא כך הדבר, נבחן הצידוק לקבוע את ההוראה כנורמה חוקתית על אף האמור.⁸⁴ במישור התוצאתי, ניתנו בשתי הפרשות הנ"ל "התראת בטלות", ככל שהוראות דומות יחוקקו בעתיד.

המצב המוצע

בסעיף 15א(א) לנוסח מוצע לקבוע כי בית משפט לא ידון בסעד או בטענה הנוגעים לתוקפו של חוק-יסוד, ואף קובעת כי לא יהיה תוקף לפסק דין או החלטה המבטלים או מגבילים את תוקפו של חוק-יסוד או של חלקים ממנו. לפי דברי ההסבר, "ההצעה קובעת עליונות מוחלטת של חוקי היסוד ושוללת ביקורת שיפוטית עליהם, כדי להבטיח את כפיפות בית המשפט לשלטון החוק ולמקור סמכות דמוקרטי". עוד נקבע כי חוק יסוד, לעניין סעיף זה, הוא "כל הוראה מתוך הצעת חוק-יסוד שאישרה מליאת הכנסת במספר הקריאות הדרוש לשם חקיקתה וברוב הדרוש לשם חקיקתה ופורסמה ברשומות - ללא תלות בתכניה, במשך תוקפה או בטיב יתר ההליכים לחקיקתה".

התייחסות להצעה והקשיים המתעוררים בה

כאמור לעיל, בפסיקה ובכתיבה האקדמית התחבטו רבות בשאלת הביקורת השיפוטית על חקיקת יסוד, על המורכבות הכרוכה בה במישור תורת המשפט וחיי המעשה.

בדברי ההסבר צוין כי ההצעה לשלול ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד היא "בדומה למרבית מדינות העולם המערבי שלא נוהגת בהן ביקורת שיפוטית על הנורמה החוקתית". אכן, ניתן לראות כי במדינות רבות בעולם המערבי לא נוהגת ביקורת שיפוטית על תיקון חוקתי, אך בחינת ההסדרים מעלה כי קביעה זו אינה בחלל ריק, כי אם על רקע מגוונים מאזנים אחרים אשר יש בהם כדי למנוע שימוש לרעה בסמכות המכוננת. כך, בהסדרים חוקתיים בעולם נהוג לקבוע הליכים מיוחדים לתיקון החוקה שנועדו להבטיח את הנוקשות והיציבות הנדרשות, ולמנוע שימוש לרעה בסמכות המכוננת כדי לבצר את כוחו של הרוב או לפגוע במיעוט בנקודת זמן מסוימת - בין אם מדובר ברוב מיוחס בפרלמנט (על בתי),⁸⁵ אישור על-ידי מדינות/פרובינציות

⁸¹ אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 46, 51 (התשנ"ד); "הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון – כשירותם של שרים)" (חוות דעת של המכון הישראלי לדמוקרטיה מאת ד"ר נדיב מרדכי וד"ר עמיר פוקס 13.12.2022).

⁸² בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (נבו 6.9.2017); לכך קדם העיסוק בדוקטרינה, מבלי להכריע בשאלת אימוצה, בבג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל סד(3), 275 (2011).

⁸³ בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (נבו 23.05.2021).

⁸⁴ יצוין כי כבי' השופטת ברק-ארז הציעה לאמץ מבחן חד-שלבי שאינו כולל את "שלב הצידוק".

⁸⁵ ראו למשל הדרישה לרוב של שני שלישים מכל אחד מבתי המחוקקים בגרמניה לשם תיקון החוקה (ס' 79 לחוק היסוד הגרמני).

המרכיבות את הפדרציה, משאל עם או צירוף של כל אלה,⁸⁶ וכן הוראות הנוגעות למועד חקיקת תיקון או כניסתו לתוקף כדי להבטיח שהליך העיצוב החוקתי נעשה מאחורי מסך הבערות.⁸⁷

כך למשל, **בארה"ב**, שבה נקבע כי בתי המשפט אינם מוסמכים להפעיל ביקורת שיפוטית על התיקונים לחוקה - לא מבחינת תוכנם ולא מבחינת ההליך הראוי לקבלתם,⁸⁸ קיים הליך נוקשה מאד לצורך תיקון החוקה - דרישת רוב מיוחס ואישור על-ידי 3/4 ממדינות האיחוד.⁸⁹ **בצרפת**, קבעה המועצה החוקתית כי אין בסמכותה לבחון תיקונים חוקתיים.⁹⁰ יחד עם זאת, בצרפת ההליך לתיקון החוקה מצריך אישור של שני בתי הפרלמנט ברוב רגיל ומשאל עם, או אישור ברוב מיוחס של 3/5 במושב מיוחד של שני בתי הפרלמנט.⁹¹ **באירלנד**, קבע בית המשפט העליון כי אין בסמכותו לבחון חוקתיות של תיקונים לחוקה, משסוגיה זו אינה ראויה לביקורת שיפוטית. הביקורת השיפוטית על תיקונים לחוקה מצומצמת באירלנד רק לבחינה פרוצדורלית צרה.⁹² עם זאת, גם באירלנד תיקון חוקתי מצריך אישור על-ידי שני בתי הפרלמנט ואישור במשאל עם.⁹³

מעבר לכך, בנוסח המוצע, אין הגבלה אילו נושאים, מבחינה תכנית, יכולים להיכלל בחוק יסוד, ואף נקבע במפורש כי ההגדרה היא צורנית בלבד (כותרת "חוק יסוד"), "ללא תלות בתכניה" של ההצעה. בהעדר הליך חקיקה ייחודי שיבטיח את מעמדם של חוקי היסוד וימנע את השימוש לרעה בסמכות המכוננת – **התוצאה תהיה שניתן יהיה לעגן בחוק-יסוד ברוב פשוט כל הסדר שהוא, ותימנע כליל ביקורת שיפוטית כלשהי לגביו**. כלומר, גם בהינתן הביקורת השיפוטית החוקתית הצרה שאליה מכוונת ההצעה ואפשרות ההתגברות בחקיקה רגילה (כפי שהרחבנו לעיל), אפשר ממילא יהיה "להימלט" ממנה בנקל באמצעות עקיפתה (מראש) בדרך של חקיקת יסוד.

במישור התוכני, שלילה מוחלטת של הביקורת השיפוטית והאפשרות להושטת סעד, יותירו ללא מענה, תיקון חוקתי אשר ישלול את מאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או פגיעה אנושה בזכויות יסוד, בהקשר זה נזכיר את דוגמאות הקצה שנזכרו בפסיקה כדוגמת חוק יסוד אשר ישלול את מאפייניו השוויוניים של הליך הבחירות או חוק יסוד שיתקבל ברוב רגיל ויאריך את תקופת כהונתה של הכנסת.⁹⁴

שלילת הביקורת השיפוטית בהסדר המוצע אינה מתמצה ביחס לתוכן חוק-היסוד שייחקק, אלא גם ביחס לכל טענה ביחס להליך חקיקתו – יהא סוג הפגם הנטען אשר יהא. משמעות הדברים היא כי לכאורה גם פגמים "קלאסיים" היורדים לשורש ההליך, כדוגמת אי עמידה בהוראה ברורה שבחוק או בתקנון הכנסת, לא יאפשרו ביקורת שיפוטית לפי ההסדר המוצע. אין בדברי ההסבר התייחסות לכך.

⁸⁶ ראו למשל הדרישה בחוקה האמריקאית לאישור תיקון לחוקה על-ידי שלושה רבעים ממדינות האיחוד (ס' 5 לחוקה). מאז כניסתה לתוקף של החוק בשנת 1789, היא תוקנה רק 27 פעמים (כאשר עשרת התיקונים הראשונים בוצעו כבר בסמוך לאחר כניסתה לתוקף, כחלק מעיגון מגילת הזכויות). כמו כן, בצרפת, תיקון חוקתי כפועל יוצא של הצעה פרטית נדרש לצלוח משאל עם לאחר אישורו על-ידי שני בתי הפרלמנט (סעיף 89 לחוק).

⁸⁷ בפנילנד, למשל, תיקון חוקתי מצריך המתנה לפרלמנט חדש אשר יידרש לאשרו לאחר בחירות, כאשר תחולה מיידיית מחמת דחיפות, תתאפשר רק ברוב של 5/6 מן הקולות (ס' 73 לחוקה הפינית).

⁸⁸ רוזנאי, לעיל ה"ש 44, בעמ' 39-42, ו-208; אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" **ספר גבריאל בך** 361, 370-372 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך, עורכים 2011).

⁸⁹ סעיף 5 לחוקה האמריקאית. בפועל, מעבר לעשרת התיקונים (Bill of rights) שתוקנו בסמוך לאישור החוקה בסוף המאה ה-18, ב-230 שנים שחלפו מאז, תוקנה החוקה 17 פעמים נוספות בלבד.

⁹⁰ רוזנאי, לעיל ה"ש 44, בעמ' 159; נוה, לעיל ה"ש 43, בעמ' 3.

⁹¹ סעיף 89 לחוקה הצרפתית.

⁹² רוזנאי, לעיל ה"ש 44, בעמ' 77-80; ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי", לעיל ה"ש 88, בעמ' 372; נוה, לעיל ה"ש 43, בעמ' 3.

⁹³ סעיף 46 לחוקה האירית.

⁹⁴ ראו דוגמאות מפסק הדין של כב' השופטת ברק-ארז בעניין **חסון**, לעיל ה"ש 6, בפס' 16.

זאת ועוד, הקושי המהותי ביותר בהסדר המוצע הוא כי מצד אחד הוא מעגן חסינות מוחלטת מביצוע ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ומצד שני אינו מעגן הגבלות משטריות כלשהן על חקיקת חוק יסוד שכזה. למעשה, לא רק שההסדר המוצע אינו עושה כן, הוא מציע לקבוע מפורשות כי המבחן לזיהוי חוק יסוד יהיה רק על פי כותרתו, מבלי לקבוע הגבלות כלשהן על תוכנו של חוק היסוד (למשל דרישה כי הוא יכלול תוכן משטרי או חוקתי) או על הליך חקיקתו. בכך למעשה בולט חוסר האיזון בהסדר המוצע – שכן בחינת היקף הביקורת השיפוטית הראוי על חוקי יסוד, מחייבת לכל הפחות קביעת הכללים המשטריים שעל בסיסם תפעל הרשות המכוננת. בחינה שכזו תאפשר לבחון האם קיימת תשתית המצדיקה צמצום והגבלה של הביקורת השיפוטית – במישור התהליך ובמישור התוכן, בדומה לבחינה שנעשתה במדינות דמוקרטיות אחרות.

נזכיר כי בהצעת ועדת נאמן לחקיקת חוק-יסוד החקיקה, וכן בהצעות מאוחרות יותר שהתבססו עליה, הוצע לקבוע במפורש כי חוק יסוד יכלול הוראות בדבר סדרי המשטר, מוסדות המדינה, עקרונות-היסוד של המדינה וזכויות האדם. עוד הוצע בוועדת נאמן לקבוע הוראות הליכיות ייחודיות – בין היתר, דרישה שחוק-יסוד יאושר בארבע קריאות, כי החקיקה תהיה ברוב מיוחס המשקף הסכמה רחבה, וכי הליך החקיקה שלו ידרוש פרק זמן מינימלי (חלוף שישה חודשים בין קריאה שלישית לרביעית). עוד הציעה ועדת נאמן כי תתאפשר ביקורת שיפוטית לעניין טענה בדבר העדר תוקפו של חוק-יסוד בשל פגם בהליך קבלתו.

על רקע השינויים המשטריים התכופים של השנים האחרונות, מוצע לשקול לעגן הוראה (אשר מקומה בחוק-יסוד: החקיקה), לפיה חקיקת חוקי יסוד או שינויים, בפרט אלה המשטריים, תיעשה בתחולה נדחית לכנסת העוקבת. בכך יהיה כדי לנטרל במידה רבה את ניגוד העניינים המוסדי המובנה שבין הרוב הקואליציוני לבין תפקידה של הכנסת כרשות המכוננת, אשר נדרשת לחוקק את עקרונות העל שלא להתבסס על אינטרסים פוליטיים רגועים אלא להתבסס על מבט רחב בהרבה. הוראות מעין אלה אשר יהיה בהן כדי להגביל באופן משמעותי את האפשרות לעשות שימוש לרעה בסמכות המכוננת, יכולות להוות תשתית מוצקה לבחינת היקף ההתערבות השיפוטית הראוי ביחס לחוקי יסוד.

לאור האמור, נדרש לקבוע ערובות הליכיות משמעותיות לחקיקת חוקי יסוד, בדומה לדרישות מקבילות בעולם, אשר יהא בהן כדי להקהות את החשש מפני שימוש לרעה בסמכות המכוננת או מפני חקיקתן של נורמות אשר שוללות מאפיינים על-חוקתיים גרעיניים של מדינת ישראל. כך למשל, דו"ח ועדת ונציה משנת 2009 בנושא תיקונים חוקתיים,⁹⁵ מפרט אף הוא שורה ארוכה של מודלים אפשריים, והמלצות לגבי אופן הסדרת הנושא בשיטת משפט דמוקרטית.

ז. התייחסות להצעת יו"ר ועדת החוקה ביחס לביקורת השיפוטית החוקתית ופסקת ההתגברות

בהצעת יו"ר ועדת החוקה מיום 17.1.23, מוצע לקבוע כדלקמן:

- א. לא יידרש בית משפט, במישרין או בעקיפין, לשאלה בדבר תוקפו של חוק-יסוד, ולא יהיה תוקף להחלטה בעניין כאמור.
- ב. הסמכות הייחודית ליתן פסק דין המשנה, מבטלת או מגבילה תוקף של חוק תהיה מסורה לבית המשפט העליון, בהרכב הכולל את כל שופטי בית המשפט העליון.

on Constitutional Amendment, adopted by The European Commission for Venice Commission Report⁹⁵ Democracy Through Law at its 81st plenary session (Venice, 11-12 December 2009).

ג. פסק דין כאמור יצריך החלטה פה-אחד של כלל שופטי בית המשפט העליון, על כך שהחוק סותר בבירור הוראה ששוריינה בחוק יסוד.

ד. בית המשפט העליון לא יוכל ליתן החלטה בעניין תוקפו של חוק, בהתקיים התנאים המצטברים הבאים:

1. נכללה בו הוראת התגברות.
 2. החוק התקבל ברוב חברי הכנסת בשלוש קריאות.
 3. טרם חלפה שנה מסיום כניסתה של הכנסת שחוקק את החוק; ואם חלפה שנה – שהכנסת החדשה אישרה בהחלטה את החוק המתגבר ברוב חבריה.
- ה. לא ניתן יהיה לכלול פסקת התגברות על סעיפים 9א(א), 44, 45, 45א לחוק-יסוד: הכנסת – קרי: הארכת כהונת הכנסת והוראות היציבות והנוקשות של חלק מהוראות חוק היסוד.

מבלי למצות את הטיעון, הצעת יו"ר ועדת החוקה מעוררת קשיים מהותיים דומים, ובחלק מן הנושאים אף מחריפה אותם, ביחס לנוסח המוצע בתזכיר, **ובכל מקרה גם לגביה משמעותה המעשית היא ביטול הביקורת השיפוטית החוקתית.**

כך, הדרישה כי פסק דין בדבר בטלות חוק מחמת אי חוקתיות יתקבל על-ידי הרכבו המלא של בית המשפט העליון, **פה אחד**, תביא בפועל לביטול הביקורת השיפוטית החוקתית. ברי כי הקשיים שעליהם עמדנו ביחס לדרישת רוב מיוחס של 12 מתוך 15, חלים ביתר שאת כאשר נדרשת הסכמה פה אחד.

זאת ועוד, ההסדר המוצע על-ידי יו"ר הוועדה מוסיף על כך את האפשרות להכללת הוראת התגברות **מראש**, כך שרוב **רגיל** יוכל לשלול מראש את האפשרות הנדירה לבחינת חוקתיותו של חוק ולביטולו. האפשרות להתגבר מראש על הביקורת השיפוטית אף שוללת מהמחוקק את ההזדמנות לבחון ולשקול את הערות בית המשפט ביחס לחוק פלוני, ובכך נשלל גם הדיאלוג בין הרשויות.

ביטול עילת הסבירות

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

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

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

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

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

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

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

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

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

א. חובת הרשות המינהלית לפעול בסבירות

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

במישור הסמכות, חוסות הרשויות המינהליות תחת עקרון חוקיות המינהל, לפיו רשות אינה רשאית לפעול אלא מכוח סמכות שהקנה לה המחוקק ובגדרה של סמכות זו. **במישור ההליך**, נדרשת רשות מינהלית לפעול על-פי הכללים ההליכיים הנובעים מן המשפט המינהלי, ובכלל זאת, לפעול במהירות ראויה או בהתאם למועדים הקבועים בדין; ⁹⁶ להעניק לפרט זכות טיעון עובר לקבלת החלטה העשויה לפגוע בו; ⁹⁷ להתייעץ עם גורמים שונים המנויים בחוק הנוגע לעניין; ⁹⁸ לפעול בשקיפות; ⁹⁹ להסתמך על תשתית עובדתית מלאה, מבוססת ורלוונטית; ¹⁰⁰ לנמק את החלטותיה; ¹⁰¹ להימנע מפעולה בניגוד עניינים או במשוא פנים; ¹⁰² ועוד. הוראות הליכיות כיוצא באלה – חוקיות ופסיקתיות כאחד. **במישור שיקול הדעת**, מחויבות רשויות המינהל לקבל החלטותיהן בתום לב, בשוויון ובמידתיות, על יסוד מכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין הנדון, ותוך הימנעות משקילת שיקולים זרים. ¹⁰³ לכללים הנוהגים כאמור במישור שיקול הדעת, מצטרפת אף חובת הרשות המינהלית לפעול בסבירות.

החובה לפעול בסבירות, משמעה כי על הרשות המינהלית המבקשת לקבל החלטה במסגרת סמכותה ליתן משקל ראוי לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים להחלטתה המסתמנת, ולאזן ביניהם נכונה. ¹⁰⁴ קיום חובת הסבירות משמעותו כי הרשות המינהלית שקלה את כלל השיקולים הרלוונטיים, ואותם בלבד; אך בכך לא די, שכן מתן משקל נמוך או גבוה באופן קיצוני לשיקול זה או אחר, עלול להביא לפגם ניכר בהחלטה המינהלית, וכדברי פרופ' ברק-ארז, "על דרך ההשאלה, ניתן לומר כי אפשר להקדיח את התבשיל גם כאשר שמים בו את כל המרכיבים הנכונים, אך בכמויות החורגות מן הנדרש במידה ניכרת". ¹⁰⁵

סבירות ההחלטה המינהלית והאיזון בין מכלול השיקולים הרלוונטיים לקבלתה נבחנים בראי נסיבותיו הפרטניות של העניין הנדון ושל מושאי ההחלטה הקונקרטית ובראי התכליות הכלליות והלגיטימיות של הסמכות המינהלית. כך, מחד גיסא, תיתכנה תכליות רוחביות אשר תצדקנה מתן משקל מופחת לפגיעה פרטנית ונקודתית אשר תסב ההחלטה לגורם זה או אחר; ¹⁰⁶ ומאידך גיסא, החלטה אשר אינה מתחשבת

⁹⁶ לעניין החובה הכללית לפעול במהירות ראויה, ראו סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; ולעניין חובות הקובעות מועדים מוגדרים לפעילותה של הרשות בעניינים שונים, ראו לדוגמה: סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958 (להלן: **חוק ההנמקות**).

⁹⁷ בג"ץ 00/7805 אלוני נ' **מבקר עיריית ירושלים**, פ"ד נז(4) 577, 598-599 (2003).

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

⁹⁹ לעניין זכות העיון הפרטית, ראו: בג"ץ 70/142 שפירא נ' **הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים**, פ"ד כה(1) 325, 334-331 (1971); עניין אלוני, לעיל ה"ש 97, בעמודים 599-600; ולעניין זכות העיון הציבורית ראו חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

¹⁰⁰ בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' **שרת התקשורת**, פ"ד מח(5) 412, פסקה 11 (1994).

¹⁰¹ סעיף 2א לחוק ההנמקות; יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" **מחקרי משפט** יט 5 (2002); כן ראו למשל: ע"מ 10/6823 **מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות**, פסקה 27 (נבו 2.2.2011).

¹⁰² לעניין ניגוד עניינים ראו: בג"ץ 04/11745 **רמות למען הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה**, פסקה 15 (נבו 4.9.2008); ולעניין משוא פנים ראו: בג"ץ 81/701 **מלאך נ' לוי**, פ"ד לו(3) 1, 7-9 (1982).

¹⁰³ בג"ץ 87/953 פורז נ' **ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(2) 309 (1988); בג"ץ 99/1284 פלונית נ' **ראש המטה הכללי**, פ"ד נג(2) 62, 68-69 (1999) (להלן: **עניין פלונית נ' ראש המטה הכללי**); בג"ץ 17/3758 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט**, פסקה 35 לחוות דעת השופט י' דנציגר (נבו 20.7.2017).

¹⁰⁴ בכלל זאת נדרשת הרשות אף להעניק משקל כלשהו לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים. ראו לעניין זה דעת הרוב בדנציגר 93/3299 **ויכסלבאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(2) 195 (1995), והשוו לחוות דעת השופט דורנר באותו העניין, המבחינה בין התערבות שיפוטית מחמת אי-סבירות ובין התערבות שיסודה בהתעלמות משיקול רלוונטי.

¹⁰⁵ דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 725-726 (2010) (להלן: **ברק-ארז כרך ב**); וכן ראו על הגדרתה של עילת הסבירות: עניין פורז, לעיל ה"ש 103, בעמוד 339; בג"ץ 89/935 גנור נ' **היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מד(2) 485, 516 (1990); בג"ץ 93/4267 **אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש הממשלה**, פ"ד מז(5) 441, 465 (1993) (להלן: **עניין אזרחים למען מינהל תקין**); והשוו: בג"ץ 92/6163 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229, 264 (1993).

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

בנסיבותיהם הייחודיות של מקרים חריגים שיושפעו הימנה, עלולה להיחשב כהחלטה אשר אינה מאזנת נכונה בין מכלול השיקולים הרלוונטיים, וממילא כבלתי סבירה.¹⁰⁷

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

ב. עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית

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

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

כבר עתה יודגש, כי חובת הסבירות ועילת הסבירות אינן זהות, שכן מתחם ההתערבות של בית המשפט במצבים שבהם הרשות פעלה בחוסר סבירות מצומצם יותר מרוחב החובה המהותית של הרשות לפעול בסבירות. בפסיקה הובהר כי ביטול החלטה מינהלית בעילת הסבירות או התערבות בה, צריך להיעשות באופן מדוד וזהיר. בתוך כך, בית המשפט מניח קיומו של מגוון החלטות סבירות אשר יכולה היתה הרשות המינהלית לקבל בנסיבות העניין, כאשר מבין ההחלטות המצויות ב"מתחם הסבירות", הרשות מוסמכת לבחור את ההחלטה הרצויה בעיניה, והודגש כי אין זה מתפקידו של בית המשפט להחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו.¹⁰⁸ לא זו אף זו, לא אחת נפסק כי התערבות שיפוטית בהחלטות המינהל לא תיעשה בגין חריגה בעלמא ממתחם הסבירות, אלא אך כאשר ההחלטה נגועה בחוסר סבירות "מהותי" או "קיצוני".¹⁰⁹ במילים אחרות, על מנת לעמוד ב**חובת** הסבירות רשאית הרשות המינהלית לקבל מגוון רחב של החלטות בתוככי מתחם הסבירות, בעוד שהתערבות שיפוטית בהתבסס על **עילת** הסבירות, תיעשה רק מחמת חריגה קיצונית ממתחם זה.

יתר על כן, רוחבו של מתחם הסבירות אינו אחיד, ואין אמות מידה אחידות לבחינת הסבירות של כלל החלטות המינהל. חלף זאת, המתחם משתנה בהתאם לטיבה של הרשות המינהלית המחליטה ובהתאם לאופי החלטתה.¹¹⁰ על רקע זה, נקבע בפסיקה, למשל, כי מתחם ההחלטות הסבירות העומד בפני רשות מינהלית יהא רחב יותר בהחלטות המתקבלות על-ידי גורמים מקצועיים ומומחים,¹¹¹ או על-ידי רשויות

¹⁰⁷ ברק-ארז כרך ב, לעיל ה"ש 105, בעמודים 765-766; עניין הסתדרות העובדים הכללית החדשה, לעיל ה"ש 103, בפסקה 41 לחוות דעת השופט דנציגר.

¹⁰⁸ בג"ץ 2324/91 התנועה לאיכות השלטון נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה, פ"ד מה(3) 688, 678 (1991); בג"ץ 1135/93 טריידט ס.א., חברה זרה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, הרצליה, פ"ד מח(2) 622, 634 (1994); בג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה, עמותה רשומה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נ(3) 446, 441 (1996); בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 859, 870 (1995); בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 384 (1981); עניין אזרחים למען מינהל תקין, לעיל ה"ש 105, בפסקה 41 לחוות דעת השופט (כתוארו אז) ברק.

¹⁰⁹ בג"ץ 547/84 עוף העמק נ' המועצה המקומית רמת ישי, פ"ד מ(1) 113, 131 (1986); בג"ץ 1985/90 דשנים נ' עיריית קרית אתא, פ"ד מו(1) 793, 802-803 (1992); בג"ץ 4769/90 זידאן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(2) 147, 172 (1993); עניין אייזנברג, לעיל ה"ש 105, בעמודים 273-274; עניין אישה, שם, בעמוד 872; בג"ץ 5189/98 בן חמו נ' ראש עיריית ירושלים (נבו) 21.8.1998; ע"א 565/00 עיריית קרית אתא נ' חרס, פ"ד נו(3) 784, 786-787 (2002).

¹¹⁰ בג"ץ 97/2533 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46, 57-58 (1997).

¹¹¹ בג"ץ 05/3017 חברת הזרע (1939) בע"מ נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה, משרד הפנים, פסקה 38 (23.3.2011); בג"ץ 83/734 שיינן נ' שר הביטחון, פ"ד לח(3) 393, 399 (1984); בג"ץ 87/329 סורקו-רם נ' שר הביטחון, פ"ד מג(4) 873, 879 (1989); בג"ץ 92/3246 הר-עוז נ' שר הביטחון, פ"ד מו(5) 301, 308-307 (1992).

התביעה,¹¹² כרוכות בהתוויית מדיניות,¹¹³ נוגעות לסוגיות מינהליות פנימיות של הרשות,¹¹⁴ מערבות שיקולים פוליטיים,¹¹⁵ או כוללות פיקוח פרלמנטרי.¹¹⁶ לא זו אף זו, ככל שהרשות המינהלית שקיבלה החלטה בכירה יותר – מתחם שיקול הדעת הנתון לה רחב יותר, וכפועל יוצא היקף הביקורת השיפוטית על החלטותיה יהיה מצומצם יותר.

בחינת הפסיקה הענפה הנוגעת לעילת הסבירות מעלה כי מדובר באמצעי חיוני לביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות, המגלמות בעיקרן "נקודות מפגש" בין הרשות ובין הפרט והציבור, בעניינים הנוגעים לזכויות הפרט ולצרכיו הבסיסיים ביותר. החלטות אלה עשויות להתקבל בסמכות ולהתבסס על שיקולים שאינם זרים לעניין, אך לצד זאת להקנות משקל חסר באופן קיצוני לשיקולים בעלי חשיבות רבה, שעניינם בזכויות הפרט ובאינטרסים ציבוריים כבדי משקל. מכאן, החשיבות להעמיד בראש ובראשונה בפני האזרח הנפגע סעד ממשי שיגן עליו מפני פגיעה שרירותית של השלטון בו.

בפסיקה הודגש כי עילת הסבירות היא אחת העילות המרכזיות המסייעות לבית המשפט לממש את תפקידו בשמירה על הגינות של רשויות המינהל ועל טוהר המידות בשירות הציבורי; בהגנה על זכויות האדם ועל אינטרסים ציבוריים מפני פגיעה יתירה בידי רשויות השלטון; ובקיום ביקורת שיפוטית אפקטיבית ביחס לכל אלה.¹¹⁷

בצד החשיבות של עילת הסבירות, עמד בית המשפט לא אחת על הזהירות הנדרשת ביישומה, מטעמי כיבוד רשויות ועקרון הפרדת הרשויות, כמו גם בשל ההשלכות הפוטנציאליות של ביטול החלטה מינהלית. בהתאם לכך, יש וגם כאשר נמצאה חריגה ממתחם הסבירות הנובעת מאי שקילות מכלול השיקולים הרלוונטיים, במקרים רבים בית המשפט הורה על החזרת הסוגיה לדיון בפני הרשות בכדי שתקבל החלטה חדשה בהתבסס גם על השיקולים שלא נשקלו, וכאמור, נמנע מכניסה לנעלי הרשות ומקבלת החלטה במקומה.¹¹⁸

ג. ההיסטוריה של עילת הסבירות בפסיקה הישראלית

עילת הסבירות מלווה את הפסיקה מישראל החל מפסקי הדין הראשונים של בית המשפט העליון – אם בפסקי דין המזכירים את מושג הסבירות במשמעות דומה לזו המוכרת כיום;¹¹⁹ אם בפסקי דין הנוקטים במונח זה כמעין מדד כללי לשיקול דעת ראוי ומספק;¹²⁰ ואם בפסקי דין שאמנם אינם מתייחסים לעילת הסבירות מפורשות, אך עוסקים, הלכה למעשה, בבחינת האיזון אשר מבצעת הרשות המינהלית בין מכלול השיקולים הנוגעים לעניין.¹²¹ יתר על כן, בית המשפט העליון אף פסל פעמים אחדות בשנות ה-50 וה-60 חוקי

¹¹² בג"ץ 07/3041 **ראדה נ' פרקליט המדינה**, פסקה 4 (נבו 17.5.2007).

¹¹³ בג"ץ 06/1105 **קו לעובד נ' שר הרווחה**, פסקה 37 (נבו 22.6.2014).

¹¹⁴ בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143, 153 (1993); בג"ץ 07/714 **עירית פתח תקוה נ' משרד האוצר**, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (נבו 16.9.2007).

¹¹⁵ ראו למשל לעניין מינויים פוליטיים: בג"ץ 07/5853 **אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פ"ד סב(3) 445, פסקה 22 לחוות דעת השופטת א' פרוקציה (נבו 6.12.2007) (להלן: **עניין אמונה**); בג"ץ 14/3997 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ**, פסקה 25 לחוות דעת הנשיא (בדימ') א' גרוניס (נבו 12.2.2015) (להלן: **עניין שר החוץ**); בג"ץ 22/8948 **שיינפלד נ' הכנסת**, פסקה 52 לחוות דעת הנשיא א' חיות (נבו 18.1.2021) (להלן: **עניין שיינפלד**).

¹¹⁶ בג"ץ 09/2651 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים**, פסקה 10 (15.6.2011); עניין **שיינפלד**, שם; להרחבה ראו גם: ברק-ארז כרך ב, לעיל ה"ש 105, בעמודים 757-762.

¹¹⁷ עניין **אמונה**, לעיל ה"ש 115, בפסקה 33 לחוות דעת השופטת א' פרוקציה ובפסקה 19 לחוות דעת השופטת ע' ארבל; עניין **שר החוץ**, לעיל ה"ש 115, בפסקה 3 לחוות דעת השופטת (כתוארה אז) א' חיות.

¹¹⁸ ראו למשל: ע"מ 21/4821 **פלונית נ' שר הפנים** (נבו 29.11.2022).

¹¹⁹ בג"ץ 66/106 **חיים נ' מינהל מחלקת עבודות ציבוריות**, פ"ד כ(3) 203 (1966); בג"ץ 66/264 **"השעמונ" מפעלי הפקק לבידוד נ' שר העבודה**, פ"ד כ(4) 768 (1966).

¹²⁰ בג"ץ 74/144 **לבנה נ' נציבות שירות בתי-הסוהר**, פ"ד כח(2) 686 (1974); בג"ץ 78/230 **שהם נ' שר הפנים**, פ"ד לד(3) 208 (1980).

¹²¹ ראו הדוגמאות המובאות בעניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 106, בעמודים 446-447.

המפנה המשמעותי בתולדותיה של עילת הסבירות חל בפסק הדין בשנת 1980 בעניין **דפי זהב**, בו הונחו יסודותיה של עילה זו במופעה המוכר לנו עתה, ונקבע כי "עקרון הסבירות מביא לפסילתו של שיקול-דעת מינהלי, אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות להתחשב בהם בהחלטתה".¹²³ בפסק הדין האמור הוצגו ארבעה נדבכים עיקריים בהגדרתה של עילת הסבירות: "ראשית, חוסר סבירות כשלעצמו הוא עילה לפסילתו של שיקול-דעת מינהלי; שנית, חוסר הסבירות נמדד באמות מידה אובייקטיביות; שלישית, חוסר סבירות, הפוסל שיקול-דעת מינהלי, הוא חוסר סבירות מהותי או קיצוני; רביעית, עקרון הסבירות מביא לפסילתו של שיקול-דעת מינהלי, אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה".¹²⁴

פיתוחה של עילת הסבירות, בעיקר מאז פסק הדין בעניין **דפי זהב**, לוהה במחלוקת בפסיקה ובספרות המשפטית לגבי היקף תחולתה של עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית. כך, למשל, עוד בעניין **דפי זהב** הביע הנשיא לנדוי עמדתו כי יש לשמר את הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל בתצורתה ה"ישנה" והמצומצמת יותר, אשר נהגה עד לאותה העת, כך שזו תתמקד בחובותיה המוכרות והידועות של הרשות – לשקול את מלוא השיקולים הרלוונטיים, להימנע משקילת שיקולים זרים ומחפלייה וכן לפעול בסבירות במובנה הצר, שעניינו בהחלטה "מופרכת" או "שרירותית" בלבד.¹²⁵

מחלוקת זו נותרה עמנו עד היום. מפסיקת בית המשפט עליון גם לאחרונה עולה, כי חלק משופטי בית המשפט העליון סבורים שיש להרהר אחר הרחבת השימוש בעילת הסבירות. עם זאת, חשוב לציין כי לא הובעה בפסיקה עמדה לפיה יש לבטל כליל את עילת הסבירות, והביקורת נסובה אך בשאלת היקפה.

כך, כב' הנשיא **גרונס** סבר כי יש להעדיף, ככלל, ביקורת שיפוטית המבוססת על עילות מתוחמות וברורות כגון שיקולים זרים או הפליה, אך לצד זאת, ציין כי "השימוש בעילה של חוסר סבירות יהא מוצדק במקרים קיצוניים, ואך ורק כאשר מוצו כל אפשרויות הביקורת באמצעות עילות מדויקות יותר, ובמיוחד כאשר מדובר בפגיעה בזכויות אדם. אפשר שראוי לחזור לשימוש במינוח של חוסר סבירות **קיצוני**, שדומה שנשתכח במקצת".¹²⁶

כב' השופט **סולברג** הביע במספר הזדמנויות ביקורת על הרחבת השימוש בעילת הסבירות בעשורים האחרונים. בכתביהו האקדמית הוא הציע להבחין בין החלטות המתקבלות על-ידי דרגים מקצועיים, לגביהן התערבותו של בית המשפט היא לגיטימית ומוצדקת יותר, ואשר תוספנה לחסות אפוא תחת עילת הסבירות; ובין החלטות המתקבלות על-ידי דרג נבחר (ממשלה, שרים וראשי רשויות), אשר תיבחנה אך בראי עילות הביקורת ה"מסורתיות" וכן בראי עילת המידתיות, ככל שיהיה בהן כדי לפגוע בזכויות אדם.¹²⁷ יוטעם כי עילת המידתיות נחשבת אמנם למובנית וסדורה יותר מעילת הסבירות, אולם אחד ממבחני-המשנה שבגדרה

¹²² ע"א 57/311 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות' בע"מ**, פ"ד יג 1026 (1959) (להלן: **עניין דיזנגוף**); ע"א 66/6 **קלו נ' ראש העירייה, חברי המועצה ותושבי העיר**, פ"ד כ(2) 327 (1966).

¹²³ עניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 106, בעמוד 437.

¹²⁴ שם, בעמודים 437-438; כן ראו הגדרתה של העילה בעניין **גנור**, לעיל ה"ש 105, בעמודים 513-514.

¹²⁵ עניין **דפי זהב**, לעיל ה"ש 106, בעמ' 434-431; כן ראו: משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המינהלי" **עיוני משפט** יד(1) 5 (1989).

¹²⁶ עניין **אמונה**, לעיל ה"ש 115, בפסקאות 10-11 לחוות דעת השופט (כתוארו אז) א' גרונס (ההדגשה במקור); וכן עניין **שר החוץ**, לעיל ה"ש 115, בפסקאות 28-29 לחוות דעתו.

¹²⁷ עוד על עמדתו של השופט סולברג, ראו: נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" **השילוח** 18, 37 (2019); דנג"ץ 17/3660 **התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים**, פסקה 36 לחוות דעתו (נבו 26.10.2017) (להלן: **עניין התאחדות הסוחרים**); בג"ץ 21/8076 **ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך**, פסקה 8 לחוות דעתו (נבו 29.3.2022) (להלן: **עניין גולדרייך**).

הוא "המידתיות במובן הצר", הדומה במידה רבה לעילת הסבירות.

כב' **השופט שטיין** הביע תפיסה מצומצמת ביחס לעילת הסבירות, בכתבו כי "החלטה שאינה סבירה באופן קיצוני היא החלטה ששום רשות מינהלית, שטובת הציבור לנגד עיניה, לא היתה מקבלת בנסיבות העניין", ¹²⁸ והביע בהקשרים אחרים תמיכה בעמדתו של כב' השופט סולברג. ¹²⁹ יחד עם זאת, השופט שטיין עודנו מתבסס בפסיקתו על הלכת **דפי זהב**, ובבג"ץ 7150/16 **המרכז הרפורמי לדת ומדינה נ' שרת המשפטים** (21.9.2020), קבע כי יש לקבל עתירה נגד החלטת שרת המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין משמעת את הרב אליהו, רב העיר צפת, בגין התבטאויות שנטען כי הן פוגעניות ופוליטיות ואינן ראויות לרבני ערים שהם עובדי ציבור, וזאת מחמת "חוסר סבירות קיצוני". ¹³⁰ עוד עולה מפסיקתו של השופט שטיין, כי לתפישתו על דוקטרינת הסבירות לסייע בידי בית המשפט בבחינתן של החלטות מינהליות הנראות, על פניהן, כבלתי סבירות באופן קיצוני, ומשכך יש להניח כי הן לוקות בפגם מינהלי אחר, כגון שיקולים זרים או הפליה, חרף קיומה של עמימות ראייתית בנדון. ¹³¹

גישה מעט מתונה יותר ביחס לעילת הסבירות, ניתן למצוא בחוות דעתה של כב' **השופטת וילנר** בפסק הדין בעניין **גולדרייך**, בגדרו התקבלה עתירה נגד החלטתה של שרת החינוך שלא לאשר את המלצת ועדת השופטים להענקת פרס ישראל בתחום חקר מדעי המחשב לפרופ' עודד גולדרייך, בשל חתימתו על עצומה המבקשת מהאיחוד האירופי ליישם את מדיניותו בעניין הימנעות משיתוף פעולה עם מוסדות אקדמיים ישראלים הפועלים באזור יהודה ושומרון. השופטת וילנר הבהירה כי לשיטתה, "גרסתה הרחבה" של עילת הסבירות מעוררת קושי, ומשכך יש להפעיל עילה זו "בזהירות רבה, בִּשְׂשׁוֹם שְׂכָל ובענווה". אשר להכרעה שנדונה שם, ציינה כי זו מבוססת על "עילת הסבירות בלבושה המקורי וה'רזה', אשר מתייחסת להחלטות לא-רציונליות של הרשות, זאת להבדיל מגרסתה הרחבה של עילת הסבירות, אשר עניינה במשקל שניתן לשיקולים הרלוונטיים והאיזון ביניהם". ¹³²

בצד העמדות האמורות, העמדה המקובלת בפסיקה – החל מפסק הדין בעניין **דפי זהב** – היא כי אין מקום לצמצום גדרה של עילת הסבירות לכדי החלטות "מופרכות" בלבד, או לכריכה בינה ובין עקרון חוקיות המינהל ויתר עילות הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל. עוד צוין בפסיקה בהקשר זה, כי ברבות השנים נוספו לעילת הסבירות כללים וגדרים המבטיחים את הפעלתה באופן מדוד וזהיר, מבלי שבית המשפט ישיג את גבולן של רשויות המינהל. כך גם הוטעם כי פסקי הדין הרבים בהם פותחה ועוצבה עילת הסבירות מסייעים ביצירת ודאות משפטית, וכי דווקא עמימותה היחסית מאפשרת התאמה של הביקורת השיפוטית לנסיבות מורכבות ולשינויי העיתים. ¹³³

¹²⁸ בג"ץ 8173/21 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פסקה 44 לחוות דעת השופט שטיין (נבו 22.5.2022) (להלן: בג"ץ 8173/21 **התנועה למען איכות השלטון**).

¹²⁹ שם; עע"ם 20/1798 **עמותת פורום המזרח התיכון בישראל נ' עיריית תל אביב-יפו**, פסקה 2 לחוות דעת השופט שטיין (נבו 7.1.2021) (להלן: **עניין פורום המזרח התיכון**); דנ"פ 5387/20 **רותם נ' מדינת ישראל** בפסקאות 1-7 לחוות דעתו של השופט שטיין (נבו 15.12.2021) (להלן: **עניין רותם**).

¹³⁰ בג"ץ 16/7150 **המרכז הרפורמי לדת ומדינה נ' שרת המשפטים**, פסקה 22 לחוות דעת השופט שטיין (נבו 21.9.2020).

¹³¹ עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 115, בפסקה 35 לחוות דעת השופט א' שטיין והאסמכתאות שם.

¹³² עניין **גולדרייך**, לעיל ה"ש 127, בפסקאות 51-53 לחוות דעת השופטת י' וילנר.

¹³³ בג"ץ 8173/21 **התנועה למען איכות השלטון**, לעיל ה"ש 128, בפסקה 25 לחוות דעת השופטת ברק-ארז; עניין **רותם**, לעיל ה"ש **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.** בפסקאות 12-15 לחוות דעת הנשיאה א' חיות ובפסקה 105 לחוות דעת השופט (כתוארו אז) ע' פוגלמן; עניין **פורום המזרח התיכון**, לעיל ה"ש 129, בפסקאות 1-2 לחוות דעת השופט ג' קרא; עניין **התאחדות הסוחרים**, לעיל ה"ש 127, בפסקה 57 לחוות דעת הנשיאה מ' נאור ובפסקה 37 לחוות דעת השופטת ד' ברק-ארז; עניין **שר החוץ**, לעיל ה"ש 115, חוות דעת הנשיאה מ' נאור, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופטת (כתוארה אז) א' חיות; עניין **אמונה**, לעיל ה"ש 155, בפסקה 33 לחוות דעת השופטת א' פרוקצ'יה ובפסקה 19 לחוות דעת השופטת ארבל.

ד. עילת הסבירות במבט השוואתי

עילת הסבירות אינה ייחודית למשפט המינהלי הישראלי, והיא נחשבת לעילת ביקורת שיפוטית מוכרת ורווחת ביחס להחלטות מינהליות במדינות שונות בעולם. להלן נעמוד על מעמדה של עילה זו במדינות נוספות של "המשפט המקובל" – בריטניה, קנדה ואוסטרליה.

בריטניה

פסק הדין המנחה בכל הנוגע לעילת הסבירות הנוהגת במשפט הבריטי הוא פסק הדין בעניין *Wednesbury*.¹³⁴ בפסק הדין קבע בית המשפט לערעורים כי ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת המינהלי תיתכן, בין היתר, כאשר הרשות המינהלית הפעילה את שיקול הדעת המסור לה בחוסר סבירות. הפעלה סבירה של שיקול הדעת המינהלי הוגדרה בעניין זה כשקילת כלל השיקולים הנדרשים לפי מקור ההסמכה; הימנעות משקילת שיקולים שאינם רלוונטיים לעניין; וכן הימנעות מקבלת החלטה שהיא אבסורדית עד כי לא ניתן לומר שאדם הגיוני היה מעלה על דעתו כי היא מצויה בגדרי הסמכות המינהלית.¹³⁵

אף שבעניין *Wednesbury* הוגדרה עילת הסבירות באופן מצומצם יחסית (בדומה לעילה אשר נהגה בישראל עובר להלכת **דפי זהב**), הרי שברבות השנים הורחבה הביקורת השיפוטית על החלטות המינהל מכוחה, וניתן למצוא יישומים של עילה זו אף במקרים שאינם מופרכים על פניהם. עילת הסבירות המורחבת מקושרת בבריטניה, בעיקרו של דבר, לביקורת שיפוטית על החלטות המובילות לפגיעה בזכויות אדם, אשר נתפסות ככאלה המצדיקות ביקורת קפדנית ומחמירה (anxious scrutiny). זאת, בייחוד לאחר חקיקת ה- Human Rights Act בשנת 1998, אשר החיל את האמנה האירופית לזכויות אדם במשפט המקומי, כפי שהוסבר בפרקים הקודמים. בתוך כך, הושם דגש, למשל, על ביקורת מחמירה ביחס להחלטות שעניינן בהגירה ובבקשות מקלט.¹³⁶

קנדה

אף במשפט הקנדי נוהגת עילת הסבירות כעילת ביקורת על שיקול הדעת המינהלי, עוד משנות ה-50 של המאה הקודמת, ובמהלך השנים חלו בה שינויים שונים – מהם מרחיבים ומהם מצמצמים. בשנת 2019, ניתן פסק הדין בעניין *Vavilov*,¹³⁷ בו קבע בית המשפט העליון הקנדי הוראות ברורות בעניין עילות הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות ובאשר לתוכנה של עילת הסבירות ולמידת ההתערבות השיפוטית הנגזרת ממנה. בתוך כך, נקבע כי ברירת המחדל לביקורת שיפוטית כאמור תהא עילת הסבירות, וזאת בשונה מעילת ה"נכונות" (correctness), הנחשבת לעילת ביקורת מחמירה יותר, ואשר תחול אך במקרים חריגים שהוגדרו בפסק הדין. עוד נקבע כי נקודת המוצא להפעלת עילת הסבירות היא ריסון שיפוטי וכיבוד הפרדת הרשויות, וכן צוינו שני פגמים עיקריים אשר עלולים להפוך החלטה לבלתי סבירה: האחד, כאשר ההנמקה להחלטה

¹³⁴ *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 K.B. 223 (U.K.).
¹³⁵ "It is true the discretion must be exercised reasonably. Now what does that mean? [...] For instance, a person entrusted with a discretion must, so to speak, direct himself properly in law. He must *call his own attention to the matters which he is bound to consider*. He must *exclude from his consideration matters which are irrelevant to what he has to consider*. If he does not obey those rules, he may truly be said, and often is said, to be acting 'unreasonably'. Similarly, *there may be something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority*" (emphasis added).

¹³⁶ מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" **ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור** 773, 781-792 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013); Jud Mathews, *Reasonableness and Proportionality*, OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW pp. 3-7 (2019, forthcoming), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3439638>; Paul P. Craig, *Judicial Review and Anxious Scrutiny: Foundations, Evolution and Application*, OXFORD LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER No. 20/2015 (2015).

¹³⁷ *Canada Minister of Citizenship and Immigration v. Vavilov*, 2019 SCC 65.

המינהלית איננה קוהרנטית ורציונלית; והשני, כאשר ההחלטה איננה הגיונית בשים לב לאילוצים המשפטיים והעובדתיים החלים עליה, ובהם החוק המסמך, הוראות חוק אחרות, פסיקת בתי המשפט, הראיות והעובדות שעמדו לפני מקבל ההחלטה, טענות הצדדים, החלטות עבר של הרשות, והשלכות פוטנציאליות על הפרט מושא ההחלטה.

עילת הסבירות נתפסת במשפט הקנדי כעילת ביקורת מצומצמת יחסית, המשקפת "הנסגה" (deference) של שיקול הדעת השיפוטי בפני שיקול הדעת המינהלי, וזאת בשים לב לעילת ה"נכונות" המוזכרת לעיל ואשר חלה במשפט הקנדי במקרים חריגים. על רקע זה, בספרות האקדמית אין תמימות דעים באשר לפרשנותו של פסק הדין בעניין *Vavilov* – אם כפסק דין המצמצם את הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל ואם להיפך. עם זאת, מחקר אמפירי אשר פורסם לאחרונה בקנדה מעלה כי חרף גידול שחל בשימוש בעילת הסבירות למן פסק הדין האמור, בפועל לא ניתן להצביע על שינוי מהותי במידת ההתערבות השיפוטית המבוצעת על בסיסה.¹³⁸

אוסטרליה

המשפט האוסטרלי, בדומה למשפט הישראלי, צמח והתפתח אף הוא מתוך המשפט הבריטי, וממילא הלכת *Wednesbury* שימשה בו כנקודת מוצא בכל הנוגע לביקורת השיפוטית על שיקול הדעת המינהלי. הלכה זו אף מצאה ביטוי מפורש בחקיקה האוסטרלית, כאשר בסעיף 5 ל-Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977, נקבע כי אחת העילות לתקיפתה של החלטה מינהלית, היא כאשר ההחלטה מגלמת שימוש לא ראוי בסמכות השלטונית. עוד נקבע במסגרת סעיף זה, כי שימוש לא ראוי כאמור, יכלול, בין היתר, הפעלת שיקול דעת מינהלי בחוסר תום לב, הפעלת שיקול דעת לפי המדיניות הכללית תוך התעלמות מהנסיבות הפרטניות של המקרה או הפעלת סמכות באופן כה בלתי סביר, עד כי אף אדם סביר לא היה מפעילה באופן זה.

עם זאת, ברבות השנים התרחקה עילת הסבירות האוסטרלית מסטנדרט הביקורת המצומצם אשר נקבע בעניין *Wednesbury* הבריטי ובחקיקה שבעקבותיו. כך, בפסק דינו של בית המשפט העליון של אוסטרליה בשנת 2013, נקבע כי אין לראות בהלכת *Wednesbury* כנקודת מוצא לקביעת תוכנה של עילת הסבירות ואף לא כנקודת סיום, וכי אין מקום לגדר עילה זו רק להחלטות לא רציונליות או ביזאריות אשר אף אדם סביר לא יכול היה לקבל.¹³⁹ עוד נקבע כי הרשות המינהלית חופשית לבחור כיצד להפעיל את שיקול דעתה במסגרת מתחם ההחלטות הסבירות והרציונליות; וכי חוסר סבירות עשוי להימצא בהחלטה אשר הוצגה לה הנמקה שגויה או בלתי רציונלית, או בהחלטה המבוססת על הענקת משקל לא פרופורציונלי לשיקול מסוים. כן קבע בית המשפט העליון האוסטרלי כי סבירות ההחלטה תיבחן הן בראי הוראות החוק המסמך ותכליותיו והן בראי עקרונות כלליים של המשפט המינהלי שעניינם בחוקיות, הגינות ורציונליות.¹⁴⁰

הנה כי כן, קיימות נקודות דמיון רבות בין התפתחות של הדין בישראל בנוגע לעילת הסבירות לדרך התפתחותה במדינות האמורות, אשר גם בהן בית המשפט בוחן את המשקל שניתן לשיקולים הרלוונטיים כחלק ממבחן הסבירות. מכל מקום, המגמה במדינות שנסקרו היא להרחיב את עילת הסבירות, ולא לצמצמה, כל שכן לבטלה.

Andrew Green, *How Important are the Groundbreaking Cases in Administrative Law?*, UNI. TOR. L. J. (2022), ¹³⁸ forthcoming.

Minister for Immigration and Citizenship v. Li (2013)¹³⁹
Swati Jhaveri, *The Survival of Reasonableness Review: Confirming the Boundaries*, 46 FED. L. REV. 137, 150–155 (2018).

השינוי המוצע

בתזכיר מוצע לבטל את הביקורת השיפוטית המינהלית בעילת הסבירות, בזו הלשון:

"ביקורת סבירות שיקול הדעת של הממשלה, שריה והרשויות הכפופות לה נתונה בידי הכנסת;

לא יפסול בית משפט, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, החלטה של הממשלה, שר משריה, רשות הנתונה לאחריותם או כל מי שפועל מטעמם על יסוד מידת סבירותה, תהא אשר תהא לטעמו; פסילת החלטה בסעיף זה – פסילה מלאה, חלקית או הגבלת תוקף של החלטה, לרבות החלטה על מינויו של אדם, או של הימנעות מקבלת החלטה כאמור."

בדברי ההסבר הוסבר כי ביישום עילת הסבירות מחליף בית המשפט את שיקול דעת הרשות המינהלית בשיקול דעתו, וכתוצאה מכך יועצים משפטיים מתערבים תדיר בשיקול הדעת המינהלי במגוון החלטות. כן צוין כי עילת הסבירות פוגעת בוודאות המשפטית ובאמון הציבור ומביאה להצפת בתי המשפט בעתירות. משכך, "מוצע לבטל את עילת חוסר הסבירות ולהחזיר את הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל למיקוד הראוי לה בשאלות של חוסר-סמכות, תקינות ההליך ועמידה בדרישות חוקים מפורשים".

להלן נעמוד על הקשיים העיקריים הנובעים מההצעה לבטל את עילת הסבירות, ונעמוד על החלופות השונות אשר ניתן לשקול בהקשר זה.

ה. הקשיים העולים מביטול עילת הסבירות

1. ביטול חובת הסבירות

עוד קודם שנעמוד על הקשיים הנובעים מההשלכות של ביטול עילת הסבירות על היקף הביקורת השיפוטית המינהלית, יש ליתן את הדעת לאופיו הגורף של ההסדר המוצע - ביטול הרוחבי של עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית על החלטות המינהל:

ראשית, ההסדר המוצע אינו עוסק בהיקף הראוי של עילת הסבירות ובהתפתחותה הפסיקתית, אלא מבקש "להוציא" את עילת הסבירות אל מחוץ למחוזות המשפט הישראלי באופן מוחלט. כתוצאה מכך, **תימנע ביקורת שיפוטית גם בנוגע להחלטות מינהליות קיצוניות ובלתי מתקבלות על הדעת**, אשר היו נפסלות תחת עילת הסבירות המצומצמת, שקדמה להלכת **דפי זהב**. מדברי ההסבר עולה שלא הייתה כוונה בהסדר המוצע להקנות חסינות רחבה שכזו מפני ביקורת שיפוטית על החלטות המינהל, אך זוהי תוצאתו.

שנית, **ההסדר המוצע אחיד ואינו נותן משקל לשוני המובנה בין סוגי ההחלטות וסוגי מקבלות ההחלטות, על אף השוני המהותי ביניהם**.

גם המבקרים את עילת הסבירות אינם סבורים שיש לבטלה ביחס לכלל סוגי ההחלטות והרשויות המינהליות. כך, למשל, כבי' השופט סולברג הציע לייחד את עילת הסבירות להחלטות של דרגים מקצועיים בלבד, וסבר כי יש לבחון את החלטות הדרג הנבחר הפוגעות בזכויות בראי עילת המידתיות. ההסדר המוצע מבקש לבטל ב"אבחת חרב" את עילת הסבירות כולה, כפתרון "קסם" לסוגיה, בעוד שמדובר בעילה מורכבת, השזורה במשפט המינהלי הישראלי מזה עשרות שונים, אשר מחייבת הסדרה פוזיטיבית שתתן לכך מענה.

מכל מקום, בניגוד לנכתב בדברי ההסבר, עילת הסבירות אינה "עילת התערבות חריגה" אשר פותחה בפסיקה הישראלית "בעשורים האחרונים" גרידא. כאמור, עילת הסבירות הקיימת עמנו מאז קום המדינה, ומקורה

במשפט האנגלי, והיא עודנה רווחת במשפטן של מדינות שונות בעלות מסורת משפטית דומה לשיטת המשפט הישראלית.

שלישית, התזכיר מבוסס על הנחות לא מדויקות ביחס לעילת הסבירות. בניגוד לדברי ההסבר, עילת הסבירות איננה מופעלת "כל אימת שבית המשפט סבור כי החלטת הממשלה או השר איננה סבירה" ובית המשפט אף לא שם עצמו "בנעליה של הרשות המבצעת" ואינו מחליף את שיקול דעתה, כנטען. חלף זאת, בית המשפט הבהיר לאורך כל פסיקותיו, כי התערבות שיפוטית בהחלטה מינהלית מחמת חוסר סבירות תהא מוצדקת רק כאשר החלטה זו חורגת באופן קיצוני ממתחם ההחלטות הסבירות, תוך שבגדרי מתחם הסבירות (אשר עשוי להתרחב או להצטמצם בהתאם לטיב ההחלטה ולאופי הרשות המוסמכת) נתון לרשות המינהלית שיקול דעת בבחירת ההחלטה הראויה והנכונה בעיניה, ובית המשפט לא יחליף את שיקול דעתה זה בשיקול דעתו.

הכלל לפיו בית המשפט אינו מחליף את שיקול הדעת של הרשות, הוא כלל יסוד בביקורת שיפוטית מינהלית. יפים לעניין זה דברי כב' השופט מינץ אך לאחרונה, לפיהם: **"הכלל לפיו בית המשפט אינו מתיימר להיכנס בנעלי הרשות ואינו מתיימר להחליף את שיקול דעתה של הרשות המוסמכת בשיקול דעתו... לא נאמר על דרך המליצה בלבד. משמעותו כי עילת הסבירות איננה מיועדת לקבוע מהי ההחלטה שעל הרשות המינהלית לקבל. הנחת היסוד היא כי קיים מתחם של החלטות סבירות, שבחירה בכל אחת מהן תעמוד בדרישת הסבירות"**.¹⁴¹

משהתזכיר מבוסס על הנחות מוצא שגויות ביחס לעילת הסבירות הקיימת והתשתית העיונית שבבסיסה, הקושי בביטול המוחלט של עילת הסבירות הולך ומתעצם.

2. החלשת הפיקוח על רשויות המינהל והפרת האיזון בין רשויות השלטון

כאמור לעיל, מושג הסבירות מיתרגם, בראש ובראשונה, לחובה המוטלת על רשויות המינהל עצמן מלכתחילה, ומכווניה אותן בהפעלת שיקול הדעת הנתון להן במימוש סמכויותיהן, אף ללא כל מעורבות של הליך שיפוט. עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית חיונית על מנת לוודא כי הרשויות המינהליות אמנם פועלות לאור חובותיהן, ולהבטיח לאזרח סעד אפקטיבי מפני החלטה שהתקבלה באופן שרירותי ולא סביר. לפיכך, ביטולה ישלח מסר, לא רצוי, לכלל רשויות הממשלה כי מבחינה מעשית הן פטורות מהחובה לפעול בסבירות ולתת משקל ראוי לשיקולים הרלוונטיים בהחלטה. אף שכאמור, על פני הדברים, התזכיר לא מבקש לבטל את עצם החובה של הרשות לפעול בסבירות ואף מניח את קיומה, הפיכתה לחובה בלתי אכיפה משולה לביטולה.

ביטול עילת הסבירות יביא להחלשת מנגנון חשוב של איזונים ובלמים על הרשות המבצעת, לרידוד ולניוון של ההגנה הניתנת לאזרח אל מול גורמי המינהל המקבלים החלטה בעניינו, כמו גם לאינטרסים ציבוריים חשובים כדוגמת תקינות הליכי המינהל, שלטון החוק וטוהר המידות.¹⁴² הלכה למעשה, ביטול עילת הסבירות יביא לאיון מרחב ההתערבות השיפוטית במקרים בהם הרשות המינהלית שקלה שיקולים רלוונטיים, אך איזנה ביניהם באופן הלוקה בחוסר סבירות קיצוני ואף בשרירותיות מובהקת, חרף פגיעה אפשרית בזכויות ובאינטרסים כבדי משקל.

¹⁴¹ עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 115, בפסקה 4 לחוות דעת השופט ד' מינץ.
¹⁴² שם, בפסקה 4 לחוות דעת השופטת ע' ברון.

כפי שצוין לעיל, בחינת האיזונים בין הרשות השופטת ליתר הרשויות, מחייבת הסתכלות רחבה על המבנה הפרלמנטרי בישראל ועל האיזונים העדינים שיש בו בין הרשויות. מאז קום המדינה, בית המשפט העליון, ובהמשך גם בתי המשפט לעניינים המינהליים במחוזות, הם הגורמים המרכזיים באכיפת חובות המשפט המינהלי על הרשות המבצעת. הביטול של עילת הסבירות יצמצם את הביקורת השיפוטית באופן משמעותי, ומנגד, אינו כולל מנגנונים מאזנים אחרים.

בדברי ההסבר נכתב כי "ביקורת סבירות שיקול הדעת של הממשלה, שריה והרשויות הכפופות לה נתונה בידי הכנסת". ואכן, הכנסת אינה רק רשות מחוקקת, היא גם מחזיקה בכובע של מפקחת על הרשות המבצעת. ברם, לא ניתן להסתפק בתפקיד זה של הכנסת כדי להוות גורם מאזן אל מול צמצום משמעותי של הביקורת השיפוטית המינהלית.

תחילה יצוין, כי אין לכנסת כלים פרלמנטריים לפקח באופן נרחב על כלל פעולות רשויות המדינה. רשויות המדינה מקבלות מדי יום אינסוף החלטות, פרטניות ועקרוניות, אשר לא מתקבלות בהליך שקוף לציבור והן אינן מדווחות לכנסת ואף דומה כי זו אינה ערוכה ואינה מיועדת, מבחינה מוסדית, לבחון החלטות מינהליות פרטניות (כדוגמת רישיונות, היתרים וכיו"ב) כעניין של שגרה. מעבר לכך, לכנסת אין כלים פרלמנטריים משמעותיים להביא לשינוי או לביטול החלטה מינהלית שהתקבלה באופן לא סביר, בין אם על-ידי דרגי המקצוע ובין אם על-ידי הדרג הפוליטי. כלי החקיקה אינו הכלי המתאים להתגבר על החלטות מסוימות, כל שכן פרטניות ויומיומיות, שהתקבלו על-ידי רשות מינהלית.

החולשה של הכנסת כמפקחת על הרשות המבצעת נובעת לא רק מכך שאין לה כלים "להיכנס" בנעלי בית המשפט ולהביא לאכיפה של חובות הסבירות, אלא גם מחולשתה אל מול הרשות המבצעת. כפי שצוין לעיל, במשטר הפרלמנטרי בישראל, הקואליציה נשלטת במידה רבה על-ידי הממשלה, ובראש הוועדות המרכזיות בכנסת עומדים חברי כנסת מסיעות הקואליציה. "החוק הנורווגי" הוביל לכך שחלק מחברי הכנסת תלויים בכהונתם כחברי כנסת בכהונת שרי הממשלה, וברי כי גם בכך יש כדי להחליש את יכולתם לפקח באופן אפקטיבי על הממשלה.

על רקע האמור, ומבלי להפחית ממעמדו ומחשיבותו של הפיקוח הפרלמנטרי על הממשלה, לא ניתן להסתפק בדיוני הכנסת כתחליף לאכיפת חובות הרשות המינהלית בערכאות שיפוטיות, ובהן גם החובה של הרשות לפעול בסבירות.

3. ביטול עילת הסבירות ייצר חוסר ודאות משפטית במשפט המינהלי

קושי נוסף הגלום בהסדר הוא אי הוודאות המשפטית שייווצר כתוצאה מהביטול המוחלט של עילת הסבירות, שלא כחלק מהסדר כולל ומובנה.

התכלית המוצהרת של התזכיר היא לייצר ודאות משפטית במשפט המינהלי אל מול העמימות הנטענת של עילת הסבירות. ואולם, בהינתן ההתפתחות הפסיקתית של המשפט המינהלי, ביטול עילת הסבירות, כשלעצמו, צפוי לייצר חוסר ודאות משפטית רבה. זאת, בשים לב לכך שמדובר בעילה הכרוכה ביחסי גומלין הדוקים עם עילות אחרות מתחום המשפט המינהלי, אשר אין כל כוונה לבטלן.

ככלל, המשפט המינהלי הישראלי התפתח עקב בצד אגודל בשיטת "המשפט המקובל" האנגלי.¹⁴³ שיטת התפתחות זו, הביאה לכך שעילות ההתערבות של המשפט המינהלי מקיימות יחסי-גומלין מורכבים אחת

¹⁴³ עיינו: יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ג – הביקורת השיפוטית: כללי הסף 1635-1639 (2014).

עם השנייה.¹⁴⁴ אף שיש לעילת הסבירות גרעין אנליטי מובחן, יש לה יחסי גומלין הדוקים עם עילות התערבות אחרות. הסבירות ארוגה בתוך המכלול של המשפט המינהלי בדרכים מורכבות, שהתפתחו עם השנים.¹⁴⁵ עילת הסבירות איננה מתקיימת בנפרד מעילות ההתערבות האחרות במשפט המינהלי, אלא היא קשורה אליהן בקשרים מושגיים מורכבים, והגבולות בינה לבין אינם ברורים עד תום.

כך למשל, ביחס לעילת השיקולים הזרים, התחשבות בשיקול זר קרובה לחוסר סבירות, היות שמדובר במתן משקל לשיקול שהיה צריך לקבל משקל אפסי בעת קבלת ההחלטה;¹⁴⁶ ביחס לעילת המידתיות, נפסק כי "ככלל, החלטה שאינה מידתית תימצא גם כבלתי סבירה, ולעניין זה עשויה להיות חפיפה בין שתי העילות";¹⁴⁷ וביחס לחובת הרשות לקבל החלטות המבוססות על תשתית עובדתית, לעתים בית המשפט מסווג את הפגם שנוצר מהעדר התבססות על תשתית עובדתית כחוסר סבירות (שכן ניתן משקל אפסי לשיקול המבוסס על עובדה רלוונטית), ולפעמים כפגם תהליכי של אי-הסתמכות על תשתית עובדתית רלוונטית.¹⁴⁸

יתר על כן, עילת הסבירות משתקפת באופן פרקטי בהפעלת דוקטרינות וכללים אחרים במשפט המינהלי כעניין שבשגרה, לעתים אף מכוח הוראות חוק מפורשות. כך למשל, על רשות מינהלית לקבל החלטות המבוססות על תשתית ראייתית הולמת, ובפסיקה נקבע כי הרף הראייתי הנדרש ככלל לפעילות המינהלית (שאיננה פוגעת בזכויות יסוד) והוא "מבחן הראיה המינהלית הסבירה", היינו, ראיה אשר בשים לב לנושאה, לתוכנה ולמקורה, "כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה במידה זו או אחרת".¹⁴⁹ יודגש כי חלק גדול מאוד מההחלטות המינהליות שמתקבלות ברחבי הממשלה נשענות על אמת-מידה ראייתית זו. דוגמא נוספת היא סוגיית ניגוד העניינים. אחד המבחנים המרכזיים שנקבעו בפסיקה לקיומו של ניגוד עניינים שמהווה פגם בהחלטה מינהלית הוא "חשש סביר" להטיית שיקול הדעת.¹⁵⁰ מבחן זה דומה במידת מה למבחן הראיה המינהלית הסבירה, והוא בוחן אם אדם סביר, המודע לתפקידו של נושא התפקיד, לאינטרסים אחרים שלו וליתר נסיבות העניין, "היה סובר שנושא התפקיד ימצא במצב של ניגוד עניינים בשל האינטרסים האחרים שיש לו".¹⁵¹

קשה לראות כיצד ניתן יהיה פשוט "להסיר" את עילת הסבירות "בחיתוך גס", כמוצע בתזכיר, ולהשאיר את יתר עילות הביקורת השיפוטית על החלטות המינהל על כן. ניתן להניח כי התערבות חקיקתית מעין זו בעילת הסבירות תייצר לאקוונות, קשיים ושאלות פרשניות ברחבי המשפט המינהלי, כולל ביחס לחלקים רבים שאין כל רצון לשנותם (כפי שאף עולה מדברי ההסבר לתזכיר). כך למשל, תתעוררנה שאלות באשר לאופן בו ייבחנו עמידתה של הרשות המינהלית בחובה לנהוג ב"מהירות ראווה" (לפי סעיף 11 לחוק הפרשנות) או לעשות שימוש בסמכויות עזר "במידה המתקבלת על הדעת" (לפי סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות); תוקפן ומשקלן של ראיות מינהליות; טיבו של חשש להטיית שיקול הדעת מחמת ניגוד עניינים; וכיוצא באלה. מצב זה דווקא

¹⁴⁴ כך, לדוגמה, חובת ההנמקה וחובת הפרסום משיקות בהקשרים מסוימים (שכן חובת ההנמקה כוללת רכיב של חובת פרסום ההנמקה); עילת השיקולים הזרים התפתחה מתוך עקרון חוקיות המינהל (ראו למשל: בג"ץ 62/262 פ"ד נ' יושב ראש, המועצה המקומית ותושבי כפר שמריהו, פ"ד טז 2101 (1962)); ושני העקרונות המכונים "כללי הצדק הטבעי" – זכות הטיעון והאיסור על משוא פנים – נחשבים לחלק מאותו מכלול נורמטיבי (עיינו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 461 (2010)).

¹⁴⁵ עניין דיזנגוף, לעיל ה"ש 122, עמ' 1032.
¹⁴⁶ וראו למשל חוות דעת השופטים הנדל (פסקאות 16-17) ושטיין (פסקה 6) בבג"ץ 18/5769 אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה (4.3.2019).

¹⁴⁷ בג"ץ 09/3798 גורווחוד נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פסקה 16 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש (נבו 7.12.2010); כן ראו: בג"ץ 93/4330 גאנץ נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 231, 232 (1996); ע"א 14/6407 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה כרמיאל נ' מסרי, פסקה 98 (נבו 24.5.2018).

¹⁴⁸ השוו למשל בין פסקי הדין בבג"ץ 00/1920 גלאון, יו"ר סיעת מר"צ נ' ועדת השחרורים, פ"ד נד(2) 313, 327 (2000) ובבג"ץ 19/6745 לובטון נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 27 לחוות דעת הנשיאה א' חיות (14.3.2022).

¹⁴⁹ בג"ץ 71/442 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 357 (1972).

¹⁵⁰ בג"ץ 20/3056 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 36 לחוות דעת הנשיאה חיות (נבו 25.3.2021).
¹⁵¹ בג"ץ 94/5575 מהדרין בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט(3) 133, 142-143 (1995).

יגביר את חוסר הוודאות ואי-האחידות, אשר לפי המפורט בתזכיר, ההסדר המוצע נועד דווקא למנוע.

בהקשר זה יצוין, כי הקושי הגלום בפגיעה באפשרות לבצע ביקורת שיפוטית על רשויות המינהל, מתעצם משעה שכללי המשפט המינהלי החלים על הרשות המבצעת, רובם ככולם, אינם מוסדרים בחקיקה כלל. על רקע היעדרו של הסדר חקיקתי מקיף, פותח המשפט המינהלי באמצעות פסיקת בתי המשפט, ממקרה למקרה, ובתוך כך הוסדרו אף הכללים הבסיסיים ביותר, כגון עקרון חוקיות המינהל לפיו מחויבת הרשות לפעול על-פי מקור סמכות חוקי, זכות הטיעון, החובה לקבל החלטות המבוססות על תשתית עובדתית מלאה, האיסור על פעולה מינהלית מתוך ניגוד עניינים וכיוצא באלה עקרונות מושרשים אשר דומה כי אין כל מחלוקת עליהם. התפתחות מעין זו היא חיונית ומחויבת, ואף יתרונותיה בצידה – בגמישות המאפשרת התאמת המשפט המינהלי לנסיבות מגוונות ולשינויי העיתים.

מהאמור לעיל עולה, אפוא, כי עילת הסבירות איננה מרכיב מובחן שניתן באבחנת תיקון חקיקה להסירו כליל מהמשפט המינהלי, והדבר ממחיש את החשיבות בהסדרה חקיקתית של עילת הסבירות על רקע הסדרה כוללת של כללי המשפט המינהלי.

לפיכך, גם בהינתן הנחות היסוד המהותיות העומדות בבסיס ההסדר המוצע, הסדרת הסוגייה מחייבת להידרש לסוגיות רחבות יותר מתחום המשפט המינהלי, משאלת היקף הביקורת השיפוטית על עילת הסבירות.

ואולם, התזכיר אינו כולל כל הגדרה של עילת הסבירות, אשר כאמור לעיל, אף אינה מוסדרת בהוראת חוק כלשהי כחובה החלה על רשויות המינהל בהפעלת שיקול דעתן. יתר על כן, יש קושי מובנה בהתייחסות לעילת הסבירות, ככזו, כאשר למעשה, אף יתר עילות ההתערבות המינהליות אינן מוסדרות בחקיקה, אלא הן תוצר של "המשפט המקובל" הישראלי בתחום המינהלי. לפיכך, התייחסות ספציפית לעילת התערבות אחת בלבד, ללא הסדרתן של יתר העילות (בראש ובראשונה, כחובות החלות על רשויות המינהל בהפעלת שיקול דעתן), תהא חריגה למדי, ותגדיל את חוסר הוודאות והעמימות בכל הנוגע לחובות המשפט המינהלי ולעילות הביקורת השיפוטית.

הקשיים הנטענים ביחס לעמימותו של המשפט המינהלי ושל עילת הסבירות בכללו, נובעים בין היתר מהעדר חקיקה המסדירה את המשפט המינהלי, ועילות הביקורת השיפוטית הנגזרות מכך. לפיכך הפתרון לקשיים אלה הוא קידום הסדרת חקיקתית מקיפה של הוראות המשפט המינהלי בכללותן.

ההסדר המוצע אינו כולל כל הסדרה של חובות וכללי המשפט המינהלי, וחובת הסבירות בכללם, אלא מתמקד אך בצמצום הביקורת השיפוטית המיועדת להבטיח את עמידתן של רשויות המינהל בהוראות אלה. כלומר, מוצע להסיר את הבלמים השיפוטיים, ולמצער להפחיתם באופן ניכר, לא קביעת הוראות כלשהן אשר תייצרנה "משקל נגד", ותבטחנה את פעילותן התקינה והסבירה של רשויות המינהל חרף היעדרה של ביקורת שיפוטית. בכך ייוותר המשפט המינהלי בלתי מאוזן, ולא מובן מהן הערובות המוצעות להבטחת עמידתן של רשויות המינהל בחובתן לערוך איזון סביר בין כלל השיקולים הרלוונטיים.

במובן זה אפוא, ובדומה לאמור לעיל ביחס לביקורת השיפוטית החוקתית, דומה כי "עיקר חסר מן הספר", וכי ההתמקדות בביקורת השיפוטית מחמיצה במידה רבה את הקושי העיקרי העומד בבסיס העמימות הקיימת כיום במשפט המינהלי – **הוא היעדרה של הסדרה חקיקתית מקיפה של תחום זה, אשר תבוא חלף**

ו. התייחסות להצעת יו"ר ועדת החוקה, והצעות אחרות שהועלו ברבות השנים ביחס לביטול עילת

הסבירות

למען שלמות התמונה, נציין כי ברבות השנים, גובשו מספר הצעות חוק לביטול עילת הסבירות, אשר ביקשו להשיג מטרה זו באמצעות הגדרת רשימה סגורה של עילות התערבות שיפוטיות בהחלטות מינהליות, בדגש על חריגה מסמכות ושיקולים זרים.¹⁵² אחת ההצעות (פ/2799/17) נועדה לחול על החלטותיהן של כל רשויות המינהל, בעוד שיתר ההצעות (פ/20/2863 ו-פ/23/1404 הזהה לה) נועדו לחול על החלטות של גופים מסוימים בלבד (נשיא המדינה, הכנסת וועדותיה, הממשלה, ראש הממשלה והשרים), כאשר רשויות מינהל אחרות – לרבות כלל הפקידות הממשלתית ובעלי תפקידים ברשות המבצעת שאינם חברי הממשלה, תמשכנה להיות נתונות לביקורת שיפוטית בהתאם לעילת הסבירות (וכך גם השלטון המקומי וגופים ציבוריים אחרים). יוער כי אף אחת מהצעות החוק לא עברה את הקריאה הטרונית.

זאת ועוד, ביום 17.1.23 הציג יו"ר ועדת החוקה את הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות), בגדרה מוצע לתקן את סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, כך שלאחר סעיף קטן (ד) יבוא "(ד1) על אף האמור בחוק יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון, לא ידון ולא ייתן צו נגד הממשלה, ראש הממשלה, שר משרה או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם".

לעמדתנו, הצעת יו"ר הוועדה, כמו גם ההצעות האחרות ברוח זו, מעוררת קשיים דומים לאלה המתוארים לעיל, על אף השוני בין ההצעות. כמו כן, אנו סבורים כי ההבחנה שהוצעה בין החלטותיהם של נבחר ציבור ובין החלטותיהם של גורמים מקצועיים, מוקשית ביותר ועלולה להביא לקבלתן של החלטות שרירותיות או מופרכות במובהק, אשר תהיינה למעשה "חסינות" מפני ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת שהופעל עובר לקבלתן, אך בשל זהות הגורם שעל-ידו התקבלו.

לפיכך יש לבחון את הדברים במבט רחב הבוחן גם את סוג ההחלטה ולא רק את מקבלה. מתן פטור מוחלט לגורם מסוים, יוביל למתן חסינות נרחבת יותר מפני ביקורת שיפוטית, באמצעות אישור החלטות דרגים מינהליים-מקצועיים על-ידי הדרג הנבחר, וביטול למעשה של חובת כלל רשויות המינהל לנהוג בסבירות.

¹⁵² ראו: הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – הגדרת סמכויות הרשות השופטת), פ/17/2799, אשר הוגשה על-ידי חברי הכנסת צבי הנדל ויצחק לוי; הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – הפרדת רשויות) פ/20/2863, אשר הוגשה ע"י חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ' ואח'; וכן הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – הפרדת רשויות), פ/23/1404, שהגיש חבר הכנסת סמוטריץ', הזהה בנוסחה לפ/20/2863 הנ"ל.