



המכון הישראלי לדמוקרטיה

www.idi.org.il

מר אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר

נשיא

מר ברנד מרכוס

יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר

יו"ר המועצה הבינלאומית

ד"ר ג'ורג' שולץ

יו"ר של כבוד

חברי הוועד המנהל

פרופ' רוד וניצקי-סרוסי

מר חן ליכטנשטיין

גב' מול מועלם

מר טלי מרידור

עו"ד אבי פיישר

מר אביעד פרידמן

ד"ר מיכל צור

מר יוסי קוצניק

מר עימאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופטת רוזלי סילברמן אבלה, קנדה

מר אליוט אברמס, ארה"ב

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב

גב' אן אפלבוים, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנוב, בריטניה

השופטת דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן ברייר, ארה"ב

השופט סלים ג'ובראן, ישראל

ד"ר איימי גוטמן, ארה"ב

ד"ר ג'וזף גופה, גרמניה

פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מנקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

מר ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' ארווין קוטלר, קנדה

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

סגני נשיא

ד"ר ישי ג'סין פרס, אסטרטגיה

פרופ' יובל שני, מחקר

עמיתים בכירים

פרופ' תמר הרמן

פרופ' מוסטפא כבהא

פרופ' עמיהי כהן

פרופ' יוחם מרגלית

פרופ' טליה פיישר

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' מרדכי קרמיניצר

פרופ' גדעון רהט

ד"ר תהילה שורץ אלטשולר

פרופ' יודיה צ' שטרן

פרופ' איתן שניסקי

מייסד ונשיא לשעבר

ד"ר אריק ברמון

י"ז סיוון תשע"ט

20.6.19

הנדון: הצעות לתיקון חוק יסוד השפיטה (הגבלת זכות העמידה, והביקורת המנהלית באשר להחלטות הכנסת והממשלה)

אנו מבקשים להתייחס ליוזמות שונות אשר עלו לאחרונה בתקשורת (וחלקן אף הוגשו בכנסת הקודמת כהצעות חוק), לצמצום סמכויות בג"צ לערוך ביקורת מנהלית כלפי גופי השלטון. התייחסותנו תהיה כללית, משום שהנוסח המדוייק של ההצעות טרם פורסם. עם זאת, אנו מבקשים להתייחס בעיקר להצעות לצמצום מאד את סמכות הביקורת המנהלית על הכנסת (לרבות במצבים בהם היא מפעילה סמכויות מעין-שיפוטיות, למשל כאשר היא מקבלת החלטות בקשר לחסינות ח"כים מפני העמדה לדין), ועל הממשלה, ולנסיונות להצר את זכות העמידה של עותרים ציבוריים.

יוזמות אלה יפגעו קשות בשלטון החוק בישראל. מהותו של שלטון החוק הוא פיקוח על כך שגופי המדינה מקיימים את החוק. עקרון זה חל על הרשות המבצעת – לה כוח שלטוני רב מאד - אך גם על הרשות המחוקקת, במיוחד כאשר היא מקבלת החלטות מעין-שיפוטיות. המשפט המנהלי הוא אחד הכלים החשובים, ובישראל כמעט היחידים, לפקח על האופן בו השלטון מפעיל את סמכויותיו, ופגיעה של ממש ביכולת לאכוף את המשפט המנהלי היא פגיעה בנשמת אפו של שלטון החוק והדמוקרטיה, ובמידה רבה תעניק לשלטון כח בלתי מוגבל. הדברים מקבלים משנה תוקף עת מדובר במהלך משולב עם ריסוק הביקורת החוקתית על ידי פסקת ההתגברות על חוקי היסוד. שילוב כזה יעניק לקואליציה השולטת גם ברשות המבצעת וגם ברשות המחוקקת, כח שלטוני מוחלט.

כללי: סמכות בג"צ לביקורת מנהלית



המכון הישראלי לדמוקרטיה

סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות רשויות המדינה (ביקורת מנהלית) נלמדת מסעיפים 15 (ג) ו-15 (ד) בחוק יסוד: השפיטה, המעניקים לו סמכות רחבה ביותר לתת צווים לרשויות המדינה ולכלל גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין:

(ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר.

(ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק –

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

(3) לתת צווים לבתי משפט, לבתי דין ולגופים ואנשים בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין-שיפוטיות על פי דין - למעט בתי משפט שחוק זה דן בהם ולמעט בתי דין דתיים - לדון בענין פלוני או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני, ולבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה שלא כדין;

אם כן, תפקידו הקלאסי של בית המשפט העליון כבית המשפט הגבוה לצדק הוא לבדוק האם הרשות פעלה כדין או חרגה מסמכותה. בעשורים הראשונים להקמתו פיתח בג"ץ את "מגילת הזכויות שאינה כתובה עלי ספר". לאורך השנים פיתחה הפסיקה, בדומה לפסיקה במדינות אחרות¹ ובמסגרת קליטת המשפט המקובל עם קום המדינה, את עילות ההתערבות המנהליות, כגון החריגה מסמכות, שיקולים זרים, ניגוד ענינים, הפעלת הפרת כללי הצדק הטבעי, חוסר סבירות וכיו"ב. עילות אלה, במקרים רבים, הן דרך למנוע פעולה שלטונית שנגועה, למצער

¹ ראו להלן דוגמאות למספר שיטות משפט אחרות בהן מתקיימת ביקורת מנהלית, בסעיף 11, בהקשר לעילת הסבירות.



בהסתברות גבוהה, בחוסר תום לב, בשיקולים בלתי ענייניים ואף בשחיתות², וכן יש בכך בלם כנגד עריצות שלטונית.

באשר להגבלת סמכותו של בג"צ לבקר את פעולות הכנסת והממשלה מכח "הפרדת הרשויות", ושאלת עילת הסבירות

מהות ההצעה

1. לפי אחת ההצעות שהונחו על שולחן הכנסת ה-20 (פ/2863/20)³, תוגבל סמכותו של בג"צ לבקר את נשיא המדינה, הכנסת וועדותיה או הממשלה, ראש הממשלה והשרים אלא למקרים בהם "פעלו בניגוד לחיקוק" או "שקיבלו את החלטתם ממניעים פסולים".

משמעות ההצעה

2. הצעה זו נועדה לצמצם מאד, עד כדי לבטל, את אכיפת המשפט המנהלי בכל הנוגע לנבחרי ציבור. המשפט המנהלי הוא כלי חשוב מאד, אולי החשוב ביותר לקיום שלטון החוק: הוא שנועד לוודא כי המנהל פועל בהתאם לחוק ובהתאם לשיקולים הרלוונטיים לחוק.

3. מדובר אם כן במחיקת חלק מעילות ההתערבות של בג"צ במסגרת המשפט המנהלי, ובעיקר התערבות בשל "חוסר סבירות קיצוני", אך לא היא בלבד. גם עילות אחרות הקשורות למשל בעקרונות הצדק הטבעי (כגון החובה להעניק זכות טיעון) וכן העילה האוסרת שקילת שיקולים זרים, ומחייבת את כל שקילת השיקולים הרלוונטיים. יש להדגיש:

² דפנה ברק-ארז, "המשפט המנהלי והמאבק בשחיתות השלטונית", **משפטים ל"ז**, 667, 678.

³ פ/2863/20 **הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – הפרדת רשויות)**, בכנסת ה-20.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

"שיקולים זרים" אינם בהכרח שיקולים "פסולים" או "מושחתים". הם יכולים פשוט להיות שיקולים שאינם השיקולים הרלוונטיים לפי תכלית החוק. כך לדוגמא, בבג"צ 465/89 אילנה רסקין⁴ נ' המועצה הדתית ירושלים פסק בית המשפט כי סמכות הרבנות שלא להעניק כשרות לא יכולה להסתמך על צניעות המופעים המתקיימים באולם שמחות, ולכן מדובר בשיקול זר. כך גם בבג"צ 571/89 מוסקוביץ' נ' מועצת השמאים⁵ קבע בית המשפט כי הנסיון של המכוון מצד מועצת השמאים להכשיל נבחנים בבחינה, מתוך רצון לשמור על את זכויות העיסוק למספר קטן של שמאים הוא שיקול זר ופסול.

4. אם כן, מדובר במחיקת שנים של נורמות תקדימים והלכות שנקבעו בית המשפט העליון (שהן אינן "חיקוק"), ולא רק (ובעיקר) בהקשר של ביקורת שיפוטית על חוקים אלא ביקורת שיפוטית על החלטות הרשות המבצעת.

5. בדברי ההסבר להצעה פ/20/2863 נאמר:

"כאשר מדובר בנבחרי ציבור המכהנים ברשויות השלטון האחרות, ואשר מטבע הדברים, שיקול הדעת המסור להם הוא רחב וניתן להם בשל היותם נבחרי ציבור המביאים לידי ביצוע את רצון העם, הרי שביקורת שיפוטית על אופן הפעלת שיקול הדעת שלהם, פוגעת בעקרון הדמוקרטי הבסיסי של מימוש רצון הבוחר. החלפת שיקול הדעת של נבחרי הציבור בשיקול הדעת של שופטי בית המשפט העליון, פוגעת בהפרדת הרשויות, ומעניקה, הלכה למעשה, לגוף שאינו נבחר את הסמכות לנהל את ענייניה של המדינה".

6. ניתן לראות כאן את התפיסה שמשקפת ההצעה – כי כל ביקורת על שיקול הדעת "הרחב" של נבחרי הציבור המייצגים את העם פוגעת

⁴ בבג"צ 465/89 אילנה רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים פ"ד מד(2) 673.

⁵ בג"צ 571/89 צבי מוסקוביץ' נ' מועצת השמאים, מד(2) 236.



בעקרון של מימוש רצון הבוחר, ויש בה כדי "לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות". בהצעה מונח כמובן מאליו כאילו בכל פעם שביט המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית על פעולת הממשלה, על סמך עילות הביקורת המנהלית הוא "מחליף את שיקול דעתו בשיקול הדעת של הרשות". זהו הנחה שאין על מה שתסמוך ולא מתקיימת במציאות.

7. השימוש ב"הפרדת הרשויות" שנעשה בהצעה, כצידוק אולטימטיבי להצרת סמכויותיו של בית המשפט והגנה על "הכרעת הרוב" מבטא בלבול מושגים מובהק. הפרדת רשויות היא מונח שבא לבטא חלוקת סמכויות וחלוקת כח בדמוקרטיה, כך שלאף אדם ואף רשות לא יהיה כח טוטאלי. מכאן שהכוונה היא לא להפרדת-כוחות, כך שאף רשות לא משיקה ומפקחת על הרשויות האחרות. ההיפך הוא הנכון – ישנם איזונים ובלמים בין הרשויות. על כן, הטענה שביקורת של בג"צ על חוקיות החלטות הממשלה והכנסת פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות היא מופרכת: דווקא משום הפרדת הרשויות אסור לכנסת, לממשלה ולשרים להיות מעל לחוק, ומי שאחראי על הפיקוח על כך הוא **בית המשפט**. הכנסת מחוקקת את החוקים (ובישראל – גם מכוננת חוקי יסוד) אך מי שמפרש אותם, ומפקח כי איש לא יעמוד מעל החוק – כולל הכנסת – הוא בית המשפט. כל פגיעה באפשרות להביא לבג"צ מקרים בהם לפי הטענה הופר החוק (או שחוק סותר חוק יסוד) לא תחזק את הפרדת הרשויות אלא תפגע בפיקוח של בית המשפט על הכנסת ועל הממשלה – ובכך דווקא תפגע בהפרדת הרשויות.

כפי שפסק בית המשפט העליון: "הפרדת הרשויות נוצרה כדי ליצור איזון בין הרשויות, שכן רק בדרך זו, דהיינו על ידי מניעת ריכוז היתר של הכוח באופן בלעדי בידי רשות אחת, מובטחת הדמוקרטיה ונשמרת חירותם של הפרט ושל הכלל. לשון אחר, הביזור השיטתי והקונספטואלי של הסמכויות בין הרשויות, תוך השלטת עקרונות חוקתיים בדבר פיקוח ובקרה הדדיים, וקביעתם למטרה זו של קשרים וגשרים בין הרשויות השונות, הם שיצרו את הבסיס בעל המרכיבים המשולבים החובקים את כל זרועות השלטון. כך נוצרת מקבילית הכוחות, המקימה ומייצבת את האיזון, שהוא תנאי לקיום החירות ולקיום תקינות הממשל על כל זרועותיו." (הנשיא שמגר בבג"צ רסלר) [1988]. טעות היא לחשוב שערכה של הביקורת השיפוטית מתמצה באותן החלטות שיפוטיות בהן קובע בית המשפט שגורם שלטוני פעל בניגוד



לדין. עיקר ערכה הוא דווקא בכך שהיא מחייבת את הרשויות לכלכל את צעדיהן מתוך אחריות וכבוד לחוק, מה שמחזק את שלטון החוק במדינה. ברוב הגדול של העתירות, התוצאה היא דחייה של העתירה. דחיות אלה מעניקות לרשויות השלטון לגיטימציה באשר לחוקיות פעולתן, וכך מגבירות את אמון הציבור בהן.

ההישענות על רצון העם הבא לידי ביטוי בהחלטות הממשלה והשרים, כנימוק למניעת ביקורת שיפוטית על החלטות אלה, אינה משכנעת. בדמוקרטיה פרלמנטרית העם בוחר את הסיעה הגדולה ביותר, אך אינו קובע במישרין את הרכב הממשלה. ברור שלא כול החלטה של שר משקפת את רצון העם. החלטות הממשלה והשרים הן, ככלל, ההחלטות המנהליות החשובות ביותר, הכלליות ביותר; וכאשר יש להן אופי פוגעני, הוא יהיה בשל כך- הרחב ביותר. הפקעתן של החלטות אלה מביקורת שיפוטית, מצמצמת מאד את שלטון החוק, ולא מוכר לנו תקדים לחקיקה דומה בעולם החופשי.

באשר לעילת "חוסר סבירות קיצוני" במשפט המנהלי

8. ראשית כל יש לציין כי עילת ההתערבות מ"חוסר סבירות קיצוני" (להלן: "עילת הסבירות" וכמו גם עילת המידתיות במשפט המנהלי) אינה עילה שמקנה סמכות לבית המשפט לקבל החלטות "במקום הרשות", לפי שיקול דעתו, אלא לבחון האם האיזון הפנימי בין השיקולים אותם שקלה הרשות היה מעוות לחלוטין⁶. לעתים, מדובר למעשה בהחלטה שנתקבלה בשיקולים זרים, רק שאלה אינם גלויים ואינם ניתנים להוכחה; ורק האופי המעוות של ההחלטה מצביע על כך שקיים שיקול זר שיש מניעה עובדתית להוכחתו. הואיל וניתן להכשיר בהנמקה מתאימה, כזו שמפרטת את כול השיקולים הענייניים ורק אותם, כול החלטה, נדרש שבית המשפט יהיה מצויד באמצעי המאפשר לו לפסול החלטות כאשר ברור בעליל שהמשקל שניתן לשיקולים שונים היה מופרך (כלומר ששיקול קל ערך זכה למשקל מאד ניכר או להפך). כפי שציין לאחרונה היועץ המשפטי לממשלה "עילת הסבירות היא כלי עבודה

⁶ דפנה ברק ארז "משפט מנהלי" 725.



משפטי חינוכי, המאפשר לתקן ליקויים בתהליך קבלת החלטות של השלטון מול האזרח. משמעות ביטולה היא פגיעה ישירה באזרחי המדינה, שייזוותרו חשופים לאפשרות שהיו החלטות שרירותיות של השלטון. לא תהיה לאזרח כל הגנה מפני פעולה של הרשות, שאולי נעשתה בסמכות, אך מתעלמת בצורה קיצונית מזכויותיו, ובכך פוגעת בו שלא כדין.⁷

9. יש לציין כי בית המשפט חוזר שוב ושוב ומזהיר עצמו שלא להיכנס בנעליה של הרשות המבוקרת. לכן, הוא גם דוחה חדשות לבקרים – עתירות רבות ושונות כנגד מדיניות הממשלה וגופי קבלת החלטות – משום שאין הוא הגורם המחליט, ואילו החלטתה של הרשות המוסמכת נופלת ב"מתחם הסבירות". עילת הסבירות היא עילת ביקורת; והיא נובעת מפרשנות החוק. היא איננה הזמנה לבית המשפט לקבל החלטות בעצמו, אלא נסיון למנוע מהרשות לחרוג מסמכותה, משום שהפעלת הסמכות באופן סביר היא למעשה פרשנות מתבקשת של סמכות חוקית,⁸ שכן מתן משקל מעוות לשיקולים שהחוק מחייב לשקול מסכל את מטרת החוק. כך לדוגמה, בבג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, שעסק במינוי של יוסי גינוסר למנכ"ל משרד השיכון, שבהיותו בכיר בשב"כ היה מעורב בטיוח פרשת קו 300 וכן בפרשת "נאפסו"⁹. בג"צ פסק כי לא ניתן משקל מספיק לעברו הפלילי של גינוסר ולחומרת עבירות אלה (אף שקיבל חנינה) והפגיעה הקשה באמון הציבור שתגרם בשל מינויו לתפקיד בכיר בממשלה, ביחס לשיקולים האחרים של התאמתו לתפקיד ועל כן מדובר בחוסר סבירות קיצוני.

10. עילת הסבירות, אם כן, היא בעיקרה, **אכיפה** של שלטון החוק, שכן בית המשפט מוודא שהרשות המבצעת לא חורגת מהסמכות שניתנה לה

⁷ אביחי מנדלבלית, נאום בכנס לשכת עורכי הדין באילת, 27.5.2019.

⁸ בלשונם של השופט שמגר: "כללית יש להקדים ולקבוע כי סמכויות סטוטוריות – ובעיקר אלה אשר להן נגיעה או זיקה לזכויות הפרט – מן הראוי שיופעלו באופן סביר. רשות הנמנעת מקיום חובה זו פועלת מחוץ לגדר סמכותה" דקה נ' שר התחבורה, פ"ד (2), עמ' 101.

⁹ פרשה בה הופעלו אמצעי חקירה פסולים תוך עדות שקר על כך בבית המשפט הצבאי.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

בחוק. רלבנטי לענייננו גם עקרון הריסון- deference¹⁰. זהו ביטוי להפעלת ריסון עצמי של הרשות השופטת על עצמה, לבל תחרוג מתפקידה כמפעילת סמכות של ביקורת ותשים עצמה במקום הרשות המחליטה. מובן כי ניתן לבקר פסיקה זו או אחרת של בית המשפט כ"אקטיביסטית מדי" או כ"שמרנית מדי" – אך בכך אין כדי להצדיק את ביטול עילת הביקורת החיונית הזו. יש לזכור כי כאשר בית המשפט פוסק פסיקה מנהלית אשר לדעת הרשות המבצעת סותרת את כוונת החוק, באפשרותה (מכח שליטתה בכנסת) לתקן את החוק – וכך אכן קורה לעתים¹¹. מכאן שהתרופה האמיתית למקרים אלה היא פעולה של המחוקק להבהרת הדין והשיקולים הרלוונטיים ליישמו.

11. עילת הסבירות איננה "המצאה ישראלית"¹². היא מקובלת במשפט האנגלי¹³, וגם שם, בדומה לישראל, חלה התפתחות שהרחיבה את היקף העילה במהלך השנים – בעיקר בהקשרים לפגיעה בזכויות אדם¹⁴. מרגית כהן מדגישה כי דוקא הדין הישראלי מצדיק ביקורת מנהלית חריפה יותר, בשל העובדה שבריטניה כפופה לבית הדין האירופי לזכויות אדם,

¹⁰ ראו: יואב דותן, אקטיביזם שיפוטי בג"צ "אקטיביזם שיפוטי, בעד ונגד" עמ' 17. דותן מייחס בפירוש את "עקרון הריסון" להפרדת הרשויות, וכך גם לעובדה שבית המשפט אינו מומחה בעניינים הביצועיים ואין לו את הידע לקבל את ההחלטות במקום גורמי המנהל. דותן שותף לביקורת לפיה עילת הסבירות עלולה לפגוע בעקרון הריסון (עמ' 23-25).

¹¹ בעבר נהוג היה לקרוא לחוקים מעין אלה "חוקי תשריר", ואף כי נמתחה עליהם ביקורת, בג"צ הכיר בתוקפם. ראו פרוידנהיים, "חוקי התשריר ושלטון החוק", הפרקליט כג, 381. דוגמה עדכנית לכך היא התיקון לחוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 30 – התשע"ח) שבא בעקבות בג"צ 7803/06 אבו-ערפה נ' שר הפנים, שקבע כי הסמכות הכללית של שר הפנים לשלילת רשיון ישיבה בישראל לא כוללת סמכות לשלול ישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים. התיקון לחוק הסדיר סמכות זו במפורש, בתנאים ספציפיים.

¹² ראו דפנה ברק ארז "משפט מנהלי" עמ' 723.

¹³ מרגית כהן "עילת הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחרות", ספר אור, 773. דוגמה שהיא מציגה במאמרה בה בוטלה החלטה כלא סבירה, היא מקרה בו החליטה רשות מקומית להעלות את תקרת דמי השכירות לדיור עירוני מכ-8 לירה שטרלינג בשבוע ל-18,000 לירות טרם כניסתה לתוקף של הוראה בדבר הקפאת התקרה, Backhouse v. Lambeth London Borough Council, 116 SOL. J. 802 (1972) (Q.B.D.)

¹⁴ שם, 792.



בניגוד לישראל¹⁵. כפי שכהן מציגה במאמר, בית המשפט הישראלי מתלבט לאורך השנים באשר להיקף עילת הסבירות ולא מעט פסקי דין מאמצים לאחרונה מגמה מרוסנת יותר¹⁶. גם במדינות אחרות: כגון ארה"ב, אוסטרליה¹⁷, קנדה¹⁸, דרום אפריקה¹⁹, גרמניה²⁰ ומדינות אחרות קיימת עילת הסבירות. מובן שבכל מדינה ישנו פיתוח שונה של העילה וכל זאת בהתאם לתרבות הפוליטית וליחסי הגומלין מול המשפט החוקתי. כאמור, גם בישראל העילה נמצאת בפיתוח וב"תנועת מטוטלת" לאורך השנים, בין השאר גם בעקבות מינוי שופטים הדוגלים בצמצום העילה. עם זאת, ביטול העילה לחלוטין הוא מעשה קיצוני שיפגע קשות באפשרות לביקורת ראויה על המנהל. לפי מחקר אמפירי שערכו ברזילי, מידני ורוזנטל, על סמך כ-9500 פסיקות של בג"ץ לאחר שנת 1995, התערב בג"ץ באופן מלא או חלקי רק בכ-13 אחוזים מהמקרים שעלו בפניו²¹ (באשר לכל עילות ההתערבות, לא רק עילת הסבירות). נתון זה אינו מתיישב עם הטענה כי בית משפט מתערב בצורה מופרזת בשיקולי הרשות המבצעת. למעשה, בית המשפט העליון מתערב בתדירות גבוהה יותר בהחלטות של בתי משפט מחוזיים בהליכי ערעור מאשר בהחלטות

¹⁵ שם 811.

¹⁶ שם, 805.

¹⁷ Geoff Airo-Farulla, Rationality and Judicial Review of Administrative Action, 24 Melb. U. L. Rev. 543 (2000)

¹⁸ באוסטרליה העילה מכונה "רציונליות" Deference and Reasonableness " Matthew Lewans, " Since Dunsmuir", (2012) 38:1 Queen's LJ

¹⁹ Quinot and Liebenberg NARROWING THE BAND: REASONABLENESS REVIEW IN ADMINISTRATIVE JUSTICE AND SOCIO-ECONOMIC RIGHTS JURISPRUDENCE IN SOUTH AFRICA

²⁰ בגרמניה ובמדינות אחרות בקונטיננט המושג של סבירות מקביל למעשה במקרים רבים למושג המידתי: " A - Georg Nolte General Principles of German and European Administrative Law - Comparison in Historical Perspective " The modern Law Review [57] 191

²¹ Barzilai Rozenhal and Meidani, The Personalization of Judicial Review: The Cohesiveness of Judicial Nominations and Constitutional Courts (forthcoming)



של רשויות מנהליות (התערבות מלאה או חלקית ב-39% מהערעורים האזרחיים ו-34% מהערעורים הפלילים).²²

דוגמא בה הופעלה העילה היא בג"צ 8397/06 ווסר נ' משרד הבטחון. בפרשה זו החליט בית המשפט כי ההחלטה שלא למגן בתי ספר בשדרות לוקה בחוסר סבירות קיצוני. הוא עשה כן בעתירה של הורי התלמידים שטענו כי החוק מחייב אותם לשלוח את ילדיהם לבתי הספר, ובהעדר מיגון מתאים - לסכן את חייהם. התברר בפני בית המשפט שהשיטה בה דגלה המדינה של "מרחבים מוגנים" הוכחה, לפי ניסויים שערכה המדינה עצמה, כלא יעילה (כלומר היא לא אפשרה לחלק ניכר מן הילדים להגיע למקום מוגן אחרי שמיעת האזעקה). בית המשפט התייחס לשיקול התקציבי אך ציין שבהתחשב בקונקרטיות והיומיומיות של האיום הבטחוני, ההחלטה להמנע ממיגון אינה סבירה.

מקרה נוסף בו ביקר בית המשפט את האיזון שקיימה הרשות המנהלית הוא בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הבטחון, שעסק בהחלטת משרד הבטחון שלא לאפשר לנשים להתקבל לקורס טייס. גם במקרה זה בית המשפט מבקר את העובדה ששיקולים תקציביים ואינטרסים מערכתיים גברו על החובה של כל רשות לנהוג בשוויון, וחייב את המדינה שלא להפלות את מילר.

באשר להגבלת הפיקוח על החלטות הכנסת (להבדיל מחקיקה)

12. בית המשפט העליון מוסמך גם לבקר החלטות מנהליות ומעין-שיפוטיות של הכנסת (וזאת בנוסף לסמכותו לפקח על חקיקה לפי חוקי היסוד), כחלק מסמכותו לבקר את רשויות המדינה, אך חשוב להבהיר שכבר כיום ביקורתו על החלטותיה של הכנסת מצומצמת – מלבד בתחומים

²²ראו חובב דרור, "טריוויה על בית המשפט העליון", בבלוג "כמותית":

<https://quantitatively.club/%D7%98%D7%A8%D7%99%D7%95%D7%95%D7%99%D7%94-%D7%A2%D7%9C-%D7%91%D7%99%D7%AA-%D7%94%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98-%D7%94%D7%A2%D7%9C%D7%99%D7%95%D7%9F/>



כגון חסינות חברי הכנסת, בהם האופי המעין-שיפוטי של ההחלטה מחייב ביקורת שיפוטית הדוקה יותר. החלטות בענייניה הפנימיים של הכנסת נחשב כתחום שבית המשפט מפעיל בו ביקורת שיפוטית מצומצמת וזאת בזהירות ובריסון.²³ כפי שהבהיר בית המשפט העליון, הוא מחליט אם להתערב בהחלטת הכנסת, מחד גיסא מתוך כבוד לרשות המחוקקת המגלמת את ריבונות העם ומתוך חוסר רצון להיות צד למחלוקות פוליטיות, להביא לפוליטיזציה של בית המשפט או להתערב בענייניה הפנימיים של הכנסת, ומאידך גיסא מתוך כיבוד עקרון שלטון החוק במחוקק. לשם כך שואל בית המשפט את השאלה: "מהי במקרה הקונקרטי מידת הפגיעה בעקרונות המשטר המדיני שלנו ובתפיסות ובחירויות המונחות ביסודו, ובתוך כך, מהי ההשפעה על תקינות פעולתו של הפרלמנט". (הנשיא שמגר בבג"צ 620/85 מיעארי) [1987]. בית המשפט מאזן בין הצורך להבטיח את שלטון החוק במחוקק לבין כיבוד הכנסת בהחלטותיה בענייניה הפנימיים על ידי כך שהוא מתערב בהחלטותיה רק כאשר הפגיעה בשלטון החוק היא קשה:

"כאשר הפגיעה הנטענת בהסדרים הפנים-פרלמנטריים היא קלה, ואין בה כדי להשפיע על יסודות המבנה של שיטתנו הפרלמנטרית, כי אז גובר השיקול של עצמאותה וייחודה של הכנסת על-פני השיקול של שלטון החוק, ומוצדק הוא, שהרשות השופטת תמשוך ידה מדיון בעניין שהוא פוליטי במהותו. לא כן כאשר הפגיעה הנטענת היא ניכרת, ויש בה פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי. במצב דברים זה גובר השיקול בדבר הצורך להבטיח את שלטון החוק על פני כל שיקול אחר, כשם שצורך זה גובר, כאשר עניין לנו בפגיעה בזכות של חבר הכנסת כפרט בדרך של הליך כעין-שיפוטי". (השופט ברק בבגצ 652/81 שריד) [1982]²⁴

²³ לדוגמה: דפנה ברק-ארז "מהפכת השפיטות: הערכת מצב" הפרקליט נ' (תשס"ח) 3.

²⁴ בג"ץ 652/81 ח"כ יוסי שריד נ' יושב-ראש הכנסת מנחם סבידור פ"ד לו(2) 197 (1982). באותו עניין עתר ח"כ שריד נגד החלטת יו"ר הכנסת לקבוע דיון בהצעת אי-אמון בממשלה ביום למחרת בשעת אחר הצהריים במקום בשעה 11 בבוקר. לטענתו, קביעה זו לא תאמה את תקנון הכנסת ועירבה שיקולים פסולים.



13. אם כן, בית המשפט מתערב בצמצום ובמשורה בהחלטות של הכנסת לפי מבחן שבוחן את "מידת הפגיעה הנטענת במירקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי" (בגצ שריד). הוא מתערב רק במקרים של פגיעה קשה בערכים חוקתיים, שבהם הצורך להבטיח את שלטון החוק גובר על פני כל שיקול אחר. **ביטול סמכותו של בית המשפט להתערב בהחלטותיה של הכנסת – גם במקרים קשים אלה – הוא ניסיון לפגוע בעקרון שלטון החוק ומטעם זה אנחנו מתנגדים לו.**

14. נקודה נוספת שחשוב להבין: לביקורת השיפוטית של החלטות הכנסת היה לאורך השנים תפקיד חשוב בהגנה על הגינות ההליכים הדמוקרטיים, כגון בדיונים בכנסת ובהליכי חקיקה, בין היתר לשם הגנה על המיעוט בכנסת ולשם זרימת מידע לציבור (לדוגמה בתחומי ההסכמים הפוליטיים וחופש המידע). כפי שהסבירה במאמר דפנה ברק ארז, לביקורת השיפוטית על הכנסת יש חשיבות רבה לשם "פיקוח על 'כללי המשחק' של ההליך הדמוקרטי. גם מי שמחזיק בגישה מצמצמת לביקורת שיפוטית ייאלץ להודות בחיוניותה ככל שהיא עוסקת בפיקוח על הגינותו של תהליך הבחירות או על הגינותם של ההליכים המתקיימים בכנסת"²⁵. כפי שמסבירה ברק ארז, לביקורת השיפוטית חשיבות לשם שמירה על "יכולתם של הנבחרים לייצג את בוחריהם", לדוגמה, כאשר מדובר בהחלטה הפוגעת באפשרות של חבר כנסת להציג את עמדותיו. הגינות ההליכים בכנסת הינה חיונית לשמירת מעמדה הציבורי של הכנסת, ולכן הבטחתם מחזקת את המוסד של בית הנבחרים ומיטיבה עמו ולא פוגעת בו. הריבון בדמוקרטיה הם האזרחים והאזרחים, שהכנסת מייצגת אותם. חיוני למנוע פגיעה בריבון, כלומר בבוחרים, כאשר נמנעת, למשל, האפשרות לייצג חלק מהם.

15. יתרה מכך, ישנם מקרים שבהם אופי החלטות הכנסת הוא למעשה מעין-שיפוטי, לדוגמה החלטות של הכנסת אם להעניק או להימנע מלהעניק חסינות לחבר כנסת, לפי בקשתו, או החלטות של ועדת האתיקה בכנסת

²⁵ דפנה ברק ארז "לקראת דיני דמוקרטיה בישראל" עיוני משפט לג (תשע"א) 527.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

להטיל עונש על חברי כנסת.²⁶ ביקורת שיפוטית על החלטות מעין אלה היא מתבקשת, לעתים גם כדי להגן על זכויותיהם של חברי הכנסת כפרטים. כפי שהסביר בית המשפט העליון: "מכל סמכויותיה של הכנסת – ואלה כוללות סמכויות חקיקה, פיקוח וביצוע שפיטה – הסמכות הכעין-שיפוטית היא הפחות פוליטית בה טבעי לדרוש אפילו מבית הנבחרים, כי ינהג על פי אמות מידה שיפוטיות. אכן, הנוטל על עצמו תפקידי שפיטה, מן הראוי שינהג כפי שבעל סמכות שפיטה נוהג. ביקורת שיפוטית על החלטה כעין-שיפוטית של הכנסת אין בה אותו מתח, המאפיין ביקורת שיפוטית על ענייניה הפנימיים של הכנסת. לעומת זאת, יש בה תמיד אמות מידה שיפוטיות לעריכת הביקורת, ועל כן אין מקום לטענה של 'חוסר שפיטות'. אך טבעי הוא, על כן, כי בסוג מקרים זה מקובלת ביקורת שיפוטית בישראל". (השופט ברק בבגצ מיעארי)²⁷. הכנסת צריכה לשמש דוגמה ומופת לגופים מעין שיפוטיים אחרים, ומכאן שמצופה ממנו לפעול לפי אמות מידה שיפוטיות, וחיוני לפקח על כך (שהיא אכן נוהגת כדיון) באמצעות ביקורת שיפוטית. הביקורת השיפוטית בהקשר זה היא חיונית במיוחד בשל ההטיות המפלגתיות והאישיות, להן נתונים חברי הכנסת בפעלת סמכות מעין שיפוטית, הדוחפות להתנהלות ולהחלטות שיש בהן סטייה מן השורה.

16. זאת ועוד, הליכי מתן חסינות או מניעתה, כמו גם הטלת עונש על חבר כנסת, עלולים להיות אמצעים בידי הרוב הפרלמנטארי לפגוע במיעוט בכנסת – מה שמחייב ביקורת שיפוטית.²⁸ מסיבות אלה, אין זה מוצדק להעניק לכנסת חסינות מפני ביקורת שיפוטית כאשר החלטותיה הן בעלות אופי שיפוטי שכזה. חיוני שבית המשפט יוכל להגן על השוויון בפני החוק, כאשר פוגעים בו; ולהגן על הכנסת אמון הציבור בה פני הפיכתה לעיר מקלט לעבריינים.

²⁶ יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ג') 1805.

²⁷ בג"צ 620/85 מיעארי ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח' פ"ד מא(4) 169 (1987). באותו עניין היה מדובר בעתירה על החלטת הכנסת ליטול מהעותר, ח"כ מוחמד מיעארי, את זכות היתר שלו לפי חוק לעניין חופש תנועה וכן את חסינותו בפני חיפוש ובפני מעצר, בשל השתתפותו בכנס לזכרו עם אחד ממנהיגי אש"ף.

²⁸ דפנה ברק ארז, "לקראת דיני דמוקרטיה בישראל".



17. גישתו של בית המשפט העליון הישראלי למידת הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת דומה למגמות גם במדינות אחרות, ובמיוחד, לגישות הקיימות בקונטיננט האירופי.²⁹ יצוין כי גם בנוגע לחסינות הפרוצדורלית של חברי הכנסת בישראל (ביחס לעברות שאינן קשורות למילוי תפקידם), המגמה של צמצום החסינות (מחזקה של חסינות שהצריכה החלטה בדבר הסרת החסינות לחזקה של העדר חסינות, שמצריכה בקשה להענקת חסינות) תואמת לגישות הקונטיננטליות לסוגיה.³⁰

18. אין, אם כן, הצדקה לבטל את סמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון על החלטות הכנסת, המופעלת גם כך בצמצום רב. לביקורת שיפוטית זו הצדקה רבה במיוחד כאשר מדובר בהחלטות בעלות אופי שיפוטי, כמו החלטות להעניק חסינות או להימנע מלהעניק חסינות.

19. יש לומר שההצעה לבטל את סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות מעין אלה של הכנסת מעוררת חוסר נוחות מיוחד על רקע הפרסומים שמניעה הם הגנה על האינטרסים של ראש הממשלה וחברי כנסת נוספים, אשר הנם חשודים בפלילים. אם יש שמץ של אמת בפרסומים אלה, אזי מדובר בחקיקה פרסונאלית פסולה שמתנגשת עם העקרונות הבסיסיים ביותר של תכלית החוק ושל שלטון החוק.

באשר להגבלת זכות העמידה

מהות ההצעה

20. לפי ההצעה (פ/2863/20), לבית המשפט הגבוה לצדק לא תהיה סמכות להיזקק לעתירות כאשר המבקש לא הראה "עניין אישי" בעתירה. "עניין אישי" מוגדר כ"פגיעה ישירה או חשש ממשי לפגיעה ישירה באינטרס

²⁹ סוזי נבות "עשרים שנה למבחן 'שריד': עיון מחודש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים" **מחקרי משפט** יט (2003).

³⁰ סוזי נבות "פרשת ההצבעות הכפולות: על מחירן של טעויות – בעקבות בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת" **הארץ** דין ג(1) 20, 33 (התשס"ו).



פרטי של אדם". כמו כן מוגדר כי "לא יהיה עניין בגדר עניין אישי אם הפגיעה הנטענת משותפת לכלל הציבור או לקבוצה בלתי מסוימת בו".

תכלית ההצעה

21. לפי דברי ההסבר "בשנים האחרונות אנו עדים לשחיקה הולכת וגוברת של "זכות העמידה" המגבילה את היכולת לעתור לבית המשפט למי שנפגע או קשור לנושא העתירה בלבד". המציעים מלינים על כך שהדבר מוביל להתרבות עתירות בנושאים פוליטיים והמאפשרות כך "לעקוף את סמכות הדרג הנבחר ואת הכרעות הבוחר". בין הדוגמאות המועלות בדברי ההסבר הן עתירות באשר לחוקיות יישובים ביהודה ושומרון והעתירה בנוגע למתווה הגז. בנוסף, טוענים המציעים, "מצב דברים זה מאפשר לגורמים בעלי עניין פוליטי לאלץ את הרשות המבצעת לפעול בניגוד לסדרי העדיפות שלה ולמטרות לשמן נבחרה, ולהכתיב למעשה את סדרי עבודת הרשות באמצעות עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, תוך עקיפת רצון הבוחר. התערבות זו אין לה דבר עם מטרתו של בית המשפט להעניק סעד למי שנפגע, ויש בה משום פגיעה חמורה בעקרון הפרדת הרשויות".

העמדת דברים על דיוקם

22. בטרם נטען בדבר חשיבות המשך המצב המשפט הקיים, יש לדייק במספר עובדות. ראשית, אין שום "שחיקה בשנים האחרונות" בקשר למגבלות על זכות העמידה בפני בג"צ. כבר בשנות ה-80 הוביל בית המשפט מגמה של פתיחת שערי לעותרים ציבוריים, ככל שמדובר בסוגיה בעלת חשיבות חוקתית מן המעלה הראשונה, המתפרשת מעבר למחלוקת הפרטנית, וקשורה בגרעינה ליסודותיו של המשטר הדמוקרטי ולזכויות האדם. מקרים אחרים שהוכרו ככאלה שלא דורשים את "זכות העמידה" הם כאלה שאין בהם נפגע ישיר. (ראו בג"צ ברזילי [1986] בג"צ רסלר [1988]). זוהי אינה "שחיקה בשנים האחרונות", אלא זוהי ההלכה וזהו הדין במשפט הישראלי כבר מעל ל-30 שנה.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

23. יש לציין למען הדיוק, כי ברוב המקרים, גם כאשר עותרות עמותות שהן "עותר ציבורי", וישנם נפגעים ספציפיים, הם לרוב מצורפים לעתירה ממילא כעותרים (וזאת בניגוד למצויין בדברי ההסבר).

באשר לטענה כי "כך מקובל בעולם כולו"

24. ההסדר המוצע בהצעת החוק רחוק מלהיות "מקובל בעולם" כפי שנטען. אדרבה, מדובר בהסדר קיצוני מבחינה השוואתית. מעמד העותר הציבורי חשוב ומקובל בהקשרים רבים בדמוקרטיות רבות בעולם, ובהן קנדה, דרום אפריקה, הודו ועוד. במדינות רבות באירופה, לדוגמא, מעמדם של עותרים ציבוריים חשוב ומבוסס במשפט המינהלי ובביקורת שיפוטית על חקיקה³¹. במדינות אלה משמשים הדינים ביחס לעותרים ציבוריים להגנה על שלטון החוק ועל זכויות האדם. ההסדר המוצע יפגע בשלטון החוק ובהגנה על זכויות אדם בישראל, וזאת ביחס לנהוג בדמוקרטיות רבות בעולם.

השלכות הצעת החוק: מחיקת העקרון של שלטון החוק

ההצעה מבקשת לפגוע פגיעה קשה באחד העקרונות החשובים ביותר בדמוקרטיה: שלטון החוק. בניגוד לנטען בהצעת החוק, תפקידו של בית המשפט

1. ³¹ כל המדינות האירופיות שנבדקו, למעט גרמניה, מכירות במעמדם של "עותר

ציבורי" כאשר לעתירה יש חשיבות ציבורית. ראו על כך: Mariolina Eliantonio et. al., Standing Up for Your Right(s) in Europe: A Comparative Study on Legal Standing (Locus Standi) before the EU and Member States' Courts (publication of the European Parliament, 2012); Wojciech Sadurski, Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe 6 (2005)

אינו רק "להעניק סעד למי שנפגע". לרשות השופטת תפקיד חשוב בהגנה על שלטון החוק, על ערכי היסוד של המדינה, על חוקיה ועקרונותיה החוקתיים ועל זכויות האדם. לפי ההצעה, החלטות גופי השלטון יהיו חסינים לחלוטין מביקורת בג"צ ככל שלא ימצא עותר ספציפי הנפגע מהן, שיעתור לבג"צ. והרי ישנן החלטות רבות שאינן נוגעות לעותר מסויים אך עלולות ללקות באי חוקיות. כמו כן, לא תמיד נפגעים אכן יעתרו, משיקולים שונים, לבג"צ ולכן נדרש עותר ציבורי לעשות זאת. חלק גדול מהמשפט הציבורי בישראל, גם זה המנהלי וגם זה החוקתי עוצב בזכות עתירות של עותרים ציבוריים, ובהם עמותות ציבוריות.

דוגמאות לעתירות כאלה הן למשל עתירת שדולת הנשים³² בעניין החובה לעשות מאמץ לאתר נשים בכדי למנותן לדירקטוריונים של חברות ממשלתיות – לא ניתן היה להצביע על אשה ש"נפגעה" כתוצאה מהעדר היוזמה של המדינה לחפש אקטיבית מועמדות לדירקטוריונים. מכאן שדווקא העדרה של "נפגעת" הוא שהמחיש את חומרת הבעיה. כך גם העתירה בפרשת קו 300³³ למשל (כלפי החנינה למפרע שקיבלו נאשמי פרשת השב"כ). מקרים כאלה הם מקרים בהם רק עותר ציבורי יכול לדרוש את קיומו של שלטון החוק, ואין "נפגע" שיכול לעשות זאת.

האם המציעים מבקשים, ברצינות, לטעון כי ככל שאין נפגע ספציפי (למשל: החלטה של היועץ המשפטי לממשלה לסגור תיק בדבר חשדות לשחיתות) אין חשיבות לכך שאדם יוכל לעתור ולטעון כי החלטה זו אינה סבירה, או שהתקבלה משיקולים זרים וכו'? וזאת - אך משום שאין נפגע ספציפי שיכול להתלונן? האם במקרה שחוק של הכנסת סותר ישירות חוק יסוד, לא ניתן לאיש לעתור כנגד חוקיות החוק, אלא אם החוק פוגע בו ישירות? האם כאשר ישנו מינוי מושחת שנעשה בניגוד ענינים, רק משום שאין עותר לא ניתן יהיה למנוע אותו? האם העובדה שהפגיעה חלה על ציבור גדול או על כלל הציבור אינה מחייבת דווקא במיוחד קיומה של ביקורת שיפוטית? האם קיומו של שלטון חוק תקין איננו אינטרס חשוב מספיק? נראה כי התכלית האמיתית המסתתרת מאחורי ההצעה היא נסיון לתת לשלטונות יד חופשית להפר חוק באמצעות חסימתן של עתירות ציבוריות.

³² בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד מח (5) 501.

³³ בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל פד מ(3) 505



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

סיכום

ההצעות השונות, שנועדו לצמצם את סמכות בג"צ לאכוף ביקורת מנהלית על גופי השלטון בישראל, יפגעו קשות בשלטון החוק. בכך טמונה פגיעה בזכויותיהם של כלל האזרחיות והאזרחים, בדמותה של המדינה, בחוסנה הכלכלי ובמעמדה הבינלאומי. המשפט המנהלי הוא אחד הכלים החשובים, ובישראל, בהעדר חוקה קשיחה ומשוריינת- כמעט היחידים, לפקח על השלטון. פגיעה בפיקוח זה תהיה פגיעה אנושה, ובמידה רבה היא תעניק לשלטון כח בלתי מוגבל. כאשר מדובר במהלך משולב עם ריסוק הביקורת החוקתית על ידי חקיקת פסקת התגברות- יוסרו האיזונים והבלמים היחידים הקיימים במערכת המשטר בישראל: שלטון החוק, ובית משפט עם סמכות שיכול לאכפו. אסור לתת להצעות אלה לעבור.

בכבוד רב ובברכה,

ד"ר אמיר פוקס

פרופ' יובל שני

פרופ' מרדכי קרמניצר

ד"ר גיא לוריא