

בג"ץ 5658/23
בג"ץ 5659/23
בג"ץ 5660/23
בג"ץ 5661/23
בג"ץ 5662/23
בג"ץ 5663/23
בג"ץ 5711/23
בג"ץ 5769/23

כתב תשובה מטעם הכנסת

1. התנועה למען איכות השלטון בישראל
באמצעות ב"כ, עו"ד ד"ר אליעד שרגא ואח'
רח' יפו 208, ירושלים 9131303
טלפון: 02-5000073; פקס: 02-5000076

העותרת בבג"ץ 5658/23

2. טל אורון ו-43 אח'
באמצעות ב"כ, עו"ד חגי קלעי ואח'
רח' מזא"ה 22א, תל אביב – יפו
טלפון: 03-9070770; פקס: 03-9070771

העותרים בבג"ץ 5659/23

3. המיזם הרב מגזרי למיגור העישון
באמצעות ב"כ, עו"ד אפי מיכאלי
מיכאלי ושות', משרד עורכי דין
רח' הארבעה 28, תל אביב – יפו 6473925
טלפון: 03-6439911; פקס: 03-6439966

העותרת בבג"ץ 5660/23

4. התנועה הדמוקרטית האזרחית

5. דרכנו – יוצאים לפעולה

באמצעות ב"כ, עו"ד גלעד ברנע ואח'
רח' קומפרט 11/21, תל אביב – יפו 6694926
טלפון: 03-6135135; פקס: 03-6135135; מייל: gilad_b@netvision.net.il
ובאמצעות עו"ד גלעד שר ואח'
גלעד שר, תלחמי ושות', עורכי דין

העותרות בבג"ץ 5661/23

טלפון: 03-6015000; פקס: 03-6015001; מייל: office@gsher-law.com

6. עו"ד יהודה רסלר

7. עו"ד יוסי האזרחי

בעצמם

טלפון: 03-6959942; פקס: 1533-6959942; מייל:

העותרים בבג"ץ 5662/23

y.ressler@hylaw.co.il, office@hylaw.co.il

8. לשכת עורכי הדין בישראל
9. עו"ד עמית בכר, ראש לשכת עורכי הדין בישראל
באמצעות ב"כ, עו"ד נדב ויסמן ואח'
משרד מיתר עורכי דין
דרך אבא הלל סילבר 16, רמת גן 5250608
טלפון: 03-6103100; פקס: 03-6103111

העותרים בבג"ץ 5663/23

10. תנועת אומ"ץ – התנועה למען מנהל תקין, צדק חברתי ומשפטי
באמצעות ב"כ, עו"ד יצחק מינא ואח'
רח' הארבעה 28, תל אביב 6473925
טלפון: 076-5384613; פקס: 076-5100257; מייל: issac@minalaw.co.il

העותרת בבג"ץ 5711/23

11. אלוף (מיל') רוני נומה ואח'
באמצעות ב"כ, עו"ד עודד סבוראי ואח'
בית גיבור ספורט
דרך מנחם בגין 7, רמת גן
טלפון: 03-9455551; פקס: 03-9455553; מייל: office@s-h-law.co.il

העותרים בבג"ץ 5769/23

- נ ג ד -

1. הכנסת
2. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת
באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת
משכן הכנסת, קריית בן גוריון ירושלים, 9195016
טלפון: 02-6408650; פקס: 02-6496801; מייל: arkaot@knesset.gov.il

3. יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת
באמצעות ב"כ, עו"ד אברהם משה סיגל ואח'
רח' טורא 32א', ימין משה, ירושלים
טלפון: 02-6333793; פקס: 02-6333795; מייל: office@avisegallaw.com

4. היועצת המשפטית לממשלה
באמצעות פרקליטות המדינה
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים 91010
טל': 073-3925511; פקס: 02-6467001; מייל: HCI-dep@justice.gov.il

5. ממשלת ישראל

6. ראש ממשלת ישראל

7. שר המשפטים

באמצעות ב"כ, עו"ד אילן בומבך ואח'
רח' ויצמן 2, תל אביב 64239
טלפון: 03-6932090; פקס: 03-6932091

ה מ ש י ב י ם

- ו ב ע נ י י ן -

38-1. האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח'

באמצעות ב"כ, עו"ד גיל גן-מור ואח'

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

נחלת בנימין 75, תל אביב 6515417

טלפון: 03-5608185; 052-8882910; פקס: 03-5608165; מייל: gil@acri.org.il

39. אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה

באמצעות ב"כ, עו"ד אלי בן ארי ואח'

רח' קרליבך 9, תל אביב

טלפון: 03-5669939; פקס: 03-5669940;

דוא"ל: bar@adamteva.org.il; eli@adamteva.org.il

ידידי בית המשפט

כתב תשובה מטעם הכנסת

1. עניינן של העתירות שבכותרת, בחוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (להלן: **חוק היסוד המתקן**), שהתקבל בכנסת ביום 23.7.23 ופורסם ברשומות ביום 26.7.23. חוק היסוד המתקן הוסיף לחוק-יסוד: השפיטה (להלן: **חוק היסוד**) את סעיף 15(ד) שזו לשונו:

"על אף האמור בחוק-יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לא ידון בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר, ולא ייתן צו בעניין כאמור; בסעיף זה, "החלטה" - כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות."

חוק היסוד המתקן, כפי שפורסם ברשומות, מצורף ומסומן **מש/1**.

2. בהתאם לסעיף 17(ג1) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994 (להלן: **חוק הכנסת**), מתכבדות המשיבות 1-2 (להלן: **הכנסת**) להשמיע את טענותיהן להוכחת תוקפו של חוק היסוד המתקן.

3. הפרוטוקולים של הדיונים במליאת הכנסת ובוועדות הכנסת, וכן נוסחי הצעת החוק שנדונו וקישורים לחומרי הרקע, זמינים בדף חוק היסוד המתקן באתר מאגר החקיקה הלאומי, בכתובת: <https://did.li/BGZ-5658-23>.

תוכן העניינים

5	א. המחלוקת על עילת הסבירות.....
5	א.1. חובתה של הרשות המינהלית לפעול בסבירות.....
6	א.2. התפתחות עילת הסבירות בפסיקה.....
9	א.3. תחומים שבהם נפסלו החלטות בעילת הסבירות.....
12	א.4. אמות מידה ביישום עילת הסבירות.....
12	א.5. המחלוקת סביב עילת הסבירות.....
19	ב. הליכי הכינון של חוק היסוד המתקן.....
20	ב.1. הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות).....
25	ב.2. הצעת חוק היסוד המתקן מושא העתירה.....
27	ב.3. הדיון בהצעת החוק המתקן לקראת הקריאה הראשונה.....
48	ב.4. הדיון בהצעת החוק המתקן לקראת הקריאות השנייה והשלישית.....
71	ג. מעורבות היועצת המשפטית לכנסת בהליכי הכינון.....
79	ד. טענות להוכחת תוקפו של חוק היסוד המתקן.....
82	ה. בהליך כינונו של חוק היסוד המתקן לא נפל פגם היורד לשורש ההליך.....
83	ה.1. יש לדחות את הטענות נגד קידום חוק היסוד המתקן כהצעת חוק יסוד מטעם ועדה.....
86	ה.2. יש לדחות את הטענות לגבי פגיעה בזכות ההשתתפות של חברי הכנסת.....
88	ה.3. יש לדחות את הטענות הנוגעות לסדרי הדיון בהסתייגויות.....
91	ו. דין הטענות בדבר פסלותו של חוק היסוד המתקן – להידחות.....
92	ז. דין הטענות בדבר שימוש לרעה בסמכות המכוננת – להידחות.....
97	ז.1. כינון חוק יסוד בתחולה מיידית אינו מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת.....
	ז.2. כינונו של חוק היסוד המתקן אינו לוקה בניגוד עניינים מוסדי, ודין הטענות הנוגעות למניע שעמד בבסיסו – להידחות.....
98	ח. חוק היסוד המתקן אינו יכול להיחשב לתיקון חוקתי שאינו חוקתי.....
	ח.1. דין העתירות להידחות על הסף מחמת היעדר בשלות, שכן עוצמת פגיעתו של חוק היסוד המתקן תלויה באופן יישומו על ידי בתי המשפט.....
102	ח.2. דין העתירות להידחות על הסף מחמת היעדר בשלות, שכן טרם התגבשה התשתית העובדתית הקשורה לפעילות הממשלה והכנסת לאחר כינונו.....
107	ח.3. מידת השפעתו של חוק היסוד המתקן היא מסויגת.....
109	ח.4. חוק היסוד המתקן אינו פוגע בליבת הזהות היהודית והדמוקרטית של מדינת ישראל.....
115	ט. עמדת הכנסת המסורתית היא כי אין מקום לעריכת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.....
120	ט.1. סמכותו של בית המשפט הנכבד לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד אינה מעוגנת בחוק או בחוק-יסוד.....
120	ט.2. עריכת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד שומטת את הבסיס של המהפכה החוקתית.....
122	ט.3. קביעת מגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת פוגעת בעיקרון הדמוקרטי של ריבונות העם.....
124	י. סיכום.....
128	

א. המחלוקת על עילת הסבירות

1.א. חובתה של הרשות המינהלית לפעול בסבירות

4. מושכלות יסוד הן, כי רשות מינהלית חייבת לפעול בסבירות – קרי, לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים ולתת לכל אחד מהם את המשקל המתאים בהתאם לנסיבות. הרשות המינהלית היא נאמן של הציבור, אין לה משלה דבר, וכשם שכל אדם פועל ברכושו בהגינות, ביושר ובסבירות, כך על הרשות המינהלית לפעול ביחס לאינטרסים הציבוריים (ראו: בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991) [להלן: עניין ז'רז'בסקי]).

5. **מחובת הסבירות** המוטלת על כל הרשויות המינהליות, נגזרת **עילת אי-הסבירות** (להלן: **עילת הסבירות**) המשמשת את בתי המשפט בהפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות. "על פי עילת הסבירות, החלטתה של הרשות עשויה להיות פגומה, גם אם שקלה שיקולים ענייניים בלבד, אם האיזון הפנימי בין השיקולים היה מעוות לחלוטין" (ד' ברק-ארז, **משפט מינהלי – כרך שני** [להלן: **ברק-ארז**], עמ' 725) – קרי, אם ניתן משקל מופחת בצורה קיצונית לשיקול חשוב, או שניתן משקל עודף בצורה קיצונית לשיקול זניח.

6. כמו שאר עילות הביקורת השיפוטית, גם עילת הסבירות התפתחה בדרך של משפט מקובל, לאחר שיובאה למשפט המינהלי הישראלי מאנגליה.¹ בראשית דרכה שימשה עילת הסבירות לביקורת על חוקי עזר ועל חקיקת משנה, ואילו בהמשך השימוש בה הורחב לכלל ההחלטות המינהליות.²

¹ **ברק-ארז** מציינת שפסק הדין הראשון שבו נזכרה עילת הסבירות הוא Kruse v. Johnson, [1898] 2 Q.B. 91 (בספרות האקדמית הוזכר שעוד במאה ה-16 ניתן למצוא במשפט הציבורי "כלל של היגיון" ("a rule of reason"), שתוכנו דומה במידת מה לעילת הסבירות (ראו: מרגית כהן, "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות", **ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור** (2013) 773 (להלן: **כהן**), ליד הע' 14).

² שאלה מעניינת היא, אם עילת הסבירות מוכרת במשפט העברי. **מושג הסבירות** – זר למשפט העברי. לא רק שאיננו מוצאים לשון זו במקורות המשפט העברי, אלא שהמשפט העברי מעדיף אמות מידה אובייקטיביות כדוגמת 'מנהג המדינה' על פני אמות מידה מופשטות הדורשות פרשנות וקונקרטיזציה כדוגמת 'האדם הסביר' (ראו: מ' זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, 54-58).

חובת הסבירות – קיימת כמובן במשפט העברי. נציגי הציבור מכונים 'נאמני הקהל' והם חייבים לפעול בנאמנות בסמכויות שניתנו להם. נציגי הציבור הם גם שלוחי ציבור, ועל כן חל עליהם העיקרון "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי" [=לתקן שלחתיך ולא לקלקל], המחייב אותם לפעול בממונו של הציבור בדרך מתוקנת בלבד (השוו: הרב שאול ישראלי, **שו"ת חוות בנימין**, סימן יב).

באשר **לעילת הסבירות** – המצב פחות ברור. דיני הנאמנות של המשפט העברי קובעים כי פעולה של נאמן שניתן להעריך שהוא לא הוסמך לבצעה – בטלה. לפיכך, למשל, אישה המופקדת על ניהול משק הבית אינה רשאית לבצע בנכסים שהופקדו בידיה עסקאות בסכומים גבוהים במיוחד, שניתן להניח שיוצר הנאמנות לא הסמיכה לבצען (שו"ת מהרי"ק, קצב, וראו בהרחבה אצל י' אונגר, **חוק לישראל: נאמנות בנכסים**, 354-355). בהתאם לכך, אם החלטה מינהלית היא בלתי-סבירה עד שניתן להניח שהציבור לא מסר בידי הרשות המינהלית את הסמכות לבצעה, דינה להתבטל.

2.א. התפתחות עילת הסבירות בפסיקה

7. בכתובה המשפטית נהוג להבחין בין שתי תקופות בתולדותיה של עילת הסבירות: עילת הסבירות 'המוקדמת', המוזכרת בפסיקות בית המשפט הנכבד מאז הקמת המדינה, ועילת הסבירות 'המאוחרת' או 'הרחבה', שנהוג לציין את נקודת המפנה בעניינה בפסק הדין בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980) (להלן: **עניין דפי זהב**).³ מקובל לטעון כי הרחבתה של עילת הסבירות החל מפסק הדין **בעניין דפי זהב** באה לידי ביטוי בשני היבטים עיקריים:⁴

היו שהזכירו כמקור לעילת הסבירות במשפט העברי את הדין הקובע כי החלטות מינהליות מסוימות טעונות אישור של 'אדם חשוב' (אף שדין זה מתייחס לאישור מראש, ולא לסמכות ביטול בדיעבד). מקורו של דין זה בסוגיית התלמוד הבבלי (מסכת בבא-בתרא, דף ט, עמוד א), הקובעת כי בעלי אומנות יכולים להסכים ביניהם על תנאים מסוימים רק במקום שאין בו 'אדם חשוב', אך במקום שיש בו 'אדם חשוב' – התנאים הללו טעונים את הסכמתו להם מראש. מפרשי התלמוד נחלקו אם רק הסכמים של בעלי אומנות (מעין הסדר כובל) טעונים הסכמה של אדם חשוב, או שגם תקנות שבעת טובי העיר – הגוף המינהלי העליון בקהילה היהודית – טעונות הסכמתו. להלכה נחלקו בכך שני גדולי הפוסקים – רבי יוסף קארו הזכיר את הצורך בהסכמת 'אדם חשוב' ביחס לתקנות של בעלי אומנות בלבד, ואילו רבי משה איסרליש – הרמ"א – הוסיף שגם תקנות בני העיר טעונות הסכמת 'אדם חשוב' (שולחן ערוך, חלק חושן משפט, סימן רלא, סעיף כח).

מחלוקת נוספת בין מפרשי התלמוד היא בשאלה מיהו אותו 'אדם חשוב' שאישורו נדרש להסכמים הללו. הרמב"ם פסק ש'אדם חשוב' הוא 'חכם חשוב לתקן מעשה המדינה ולהצליח דרכי יושביה' (רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יד, הלכה יא), ומשתמע מדבריו כי מדובר בנושא משרה מינהלית. הריטב"א לעומתו הבין ש'אדם חשוב' הוא תלמיד חכם, ומסתבר שלדעתו מדובר בדיין. ייתכן שלמחלוקת זו גם השלכה על אופי הביקורת על ההחלטה המינהלית, ועל השאלה האם מדובר בביקורת על יעילות התקנה או על הגינותה.

לא ברור מהו היקף הביקורת של אותו אדם חשוב ועל סמך אילו עילות יכול היה לפסול החלטות מינהליות, אך הדעת נותנת שבהיעדר הגדרה ברורה להיקף סמכותו, וכיוון שכל תקנה אינה נכנסת לתוקף ללא אישורו, רשאי היה אותו אדם להימנע מלאשר החלטות מינהליות שהיו בלתי-סבירות בעיניו. ואכן, בספרות השאלות והתשובות מצאנו שרבנים שנדרשו לאשר תקנות מסוימות, פסלו אותן לעיתים בגלל התנגדות לתוכן (ראו לדוגמה: רבי משה בן יוסף טראני [1500-1580], שו"ת מבי"ט, חלק ג, סימן צו).

להרחבה בנושא סמכויותיו של 'אדם חשוב', ראו: **אנציקלופדיה תלמודית**, ערך: טובי העיר; ד"ר גרשון גרמן, **מלך ישראל**, עמ' 737; הרב אייל רוניקוביץ, **קונטרסי לימוד – מלוכה ושלטון**, ירוחם תשע"ח, עמ' 335 ואילך. להרחבה בנושא חובות הנאמן במשפט העברי, ראו: "אונגר, **חוק לישראל: נאמנות בנכסים**, סעיף 10. להרחבה בנושא הכלל "לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי", ראו: מ' ויגודה, **חוק לישראל: שליחות**, עמ' 325-339.

מכל מקום, יש לזכור שהתקדים המסורתי במשפט האנגלי לפסילת חוקי עזר מחמת אי-סבירות נוצר בשלהי המאה ה-19 – הרבה לאחר חתימת המקורות המשפטיים הכתובים העיקריים של המשפט העברי. גם אם ברור שהיה פיקוח שיפוטי (או דתלי) כלשהו על תקנות הקהל, בהיעדר הבחנה ברורה בין סוגי החלטות שונים ובהיעדר הבחנה ברורה בין עילות התערבות שונות, קשה להגדיר אם עילת הסבירות אכן הוכרה במשפט העברי ומהם גבולותיה.

³ יש המקדימים מעט את נקודת הציפון לשינוי דמותה של עילת הסבירות, ומציינים אותה בפסק דינו של כב' השופט שמגר בבג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94 (1976) ובפסק דינו של כב' השופט ברק (בדעת יחיד) בבג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים נ' ממשלת ישראל, פ"ד ל(3) 729 (1980) (להלן: **עניין מרכז הקבלנים**). יש החולקים על האמור למעלה, וגורסים כי פסק הדין **בעניין דפי זהב** הוא פיתוח טבעי של הסבירות במובנה המוקדם. ראו: יצחק זמיר, "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות (תגובה להרצאתו של פרופסור קרצמר)", **משפטים יט** 563 (1990); אייל זמיר, "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי", **משפטים יב** (תשמ"ב) 291 (להלן: **אייל זמיר**); **ברק-ארוז**, פסקה 20.5, ביחס לדעתו של כב' השופט ברק. זמיר מצייין שגם קודם לפסק הדין **בעניין דפי זהב** נהגה עילת הסבירות במובנה הרחב, אך נהוג היה לכנותה "איזון אינטרסים". ראו: **זמיר, הסמכות המינהלית – כרך ה' – עילות הביקורת המשפטית** (2020) (להלן: **זמיר**), עמ' 3557 ואילך.

⁴ ראו: **ברק-ארוז**, פרק 20; "י דותן, שני מושגים של ריסון – וסבירות", **משפטים נב** (תשפ"ב) 673 (להלן: **דותן, ריסון**)).

(א) **מעבר ממבחן של 'מופרכות' למבחן 'איזוני':** בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה, נקבע כי ניתן לפסול החלטה מינהלית מכוח עילת הסבירות רק אם תוכנה "בלתי מתקבל על הדעת" או כולל למשל "אי צדק בולט". סבירות זו כונתה על ידי פרופ' דותן "אי סבירות של מופרכות" (לדוגמה: חוק עזר המחייב בעלי חנויות לטאטא את המדרכה בפתח החנות שלוש פעמים ביום בשעות קבועות, "בין אם המדרכות היו טעונות ניקוי ובין אם היו נקיות למהדרין, ובין שהעסקים היו פתוחים או סגורים").⁵ מקובל לראות פסיקה זו כתואמת את הסטנדרט שנקבע בפסק הדין האנגלי **בעניין Wednesbury**.⁶ באותם ימים, מקובל היה לראות את עילת הסבירות כתולדה של עילת היעדר הסמכות, מתוך הנחה פרשנית שהמחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המינהלית לקבל החלטה אבסורדית: "אם ימצא בית המשפט כי חקיקת המשנה היא כה בלתי הגיונית ובלתי נסבלת עד שאדם בר-דעת לא יעלה על דעתו ששר סביר היה מסוגל לעשותה, כי אז יצטרך לאמור שמעולם לא נתכוון המחוקק לתת כוח זה בידי השר" (ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' דיזנגוף, פ"ד יג 1026 (1959)).

לעומת זאת, עילת הסבירות ה'איזונית' שנפוצה והתפתחה לאחר פסק הדין **בעניין דפי זהב**, מאפשרת פסילת החלטה מינהלית בשל אופן הפעלת שיקול הדעת שהוביל לקבלתה, ובכלל זה אם לא ניתן משקל ראוי לאינטרסים השונים שיש להתחשב בהם בקבלת החלטה. בפסק הדין **בעניין דפי זהב** הובהר כי בית המשפט יתערב בהחלטה המינהלית רק אם היא בלתי-סבירה באופן קיצוני, שכן בית המשפט אינו מחליף את שיקול הדעת של הרשות המנהלית בשיקול דעתו שלו, אלא נותר לרשות המנהלית 'מתחם סבירות' – כלומר, טווח של החלטות אפשריות שבית המשפט לא יתערב בהן.

הסבירות במובנה החדש מאפשרת פסילת החלטה מינהלית שהתקבלה לאחר איזון לא-נכון באופן קיצוני בין השיקולים הרלוונטיים לקבלתה, וזאת גם אם היא אינה מופרכת לגופה. התפתחות זו תוארה במפורש על ידי כב' השופט ברק בפסק דינו בבג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989). כב' השופט ברק ציטט את דברי כב' השופט אגרנט בפסיקה מוקדמת (שהתייחס ל"שיקולים שהם מחוסרי חשיבות, מופרכים או אבסורדיים") ולאחר מכן ציין: "ניסוח זה תאם יפה את התפתחותם של דיני שיקול הדעת המינהלי לפני למעלה משלושים שנה. בינתיים פותחה תורת

⁵ הדוגמה לקוחה מבג"ץ 580/77 התאחדות הסוחרים נ' עיריית תל אביב יפו, פ"ד לב(2) 780 (1978). עתירה זו נדחתה רק לאחר שהעירייה תיקנה את חוק העזר; ראו: יואב דותן, **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי – כרך א'** (2022) (להלן: דותן, **שיקול דעת**), עמ' 210, הע' 69. בפסיקות מוקדמות ניתן למצוא אמירות שמהן משתמע שבית המשפט באותה תקופה סבר כי אין להתערב בהחלטות מינהליות אם הרשות שקלה את כל השיקולים הרלוונטיים, ללא קשר למשקל שניתן לכל שיקול. כך נקבע למשל בפסק הדין בבג"ץ 29/48 אברמוביץ נ' רשות מוסמכת לצורך תקנות ההגנה, פ"ד ב 283 (1949): "בית משפט זה כבד הדגיש וחזר והדגיש פעמים אין ספור, כי במקום שהרשות המוסמכת, בעשותה צו החרמה, נותנת דעתה על כל המסיבות של ענין מסויים, אין לסתור מסקנתה, ואפילו אין דעת בית המשפט נוחה הימנה". גם כאשר בית המשפט הנכבד התרשם שטעמו של המפקח על המזונות "מוזר ביותר", לא היה בכך כדי להצדיק התערבות בשיקול דעתו (ראו: בג"ץ 35/48 ברסלב נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ב 330 (1949)). וראו גם המחלוקת שהתגלעה בפסק הדין בבג"ץ 321/60 לחם חי נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד טו 197 (1961).

⁶ Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223

שיקול הדעת. נקבע, בין השאר, כי החלטה בלתי סבירה - גם אם אינה מופרכת או אבסורדית - אינה החלטה חוקית. במקביל פותחו הדינים בדבר ההתערבות השיפוטית, ונקבע, כי הביקורת השיפוטית תחול גם על הפעלה בלתי סבירה של שיקול הדעת המינהלי⁷.

(ב) **הכרה בעילת הסבירות כעילה עצמאית.** עד לפסק הדין **בעניין דפי זהב** השימוש בעילת הסבירות היה כרוך (ברוב המקרים של המקרים, אם לא תמיד) בעילות ביקורת שיפוטית אחרות.

לעומת זאת, החל מפסק הדין **בעניין דפי זהב** בית המשפט הנכבד הכיר באפשרות שעילת הסבירות תשמש כעילה עצמאית, שאינה תלויה בקיומן של עילות ביקורת שיפוטית אחרות. גם אם נמצא כי ההחלטה התקבלה בהליך תקין, כי מכלול השיקולים הרלוונטיים נשקלו, כי מקבל ההחלטה לא היה נתון בניגוד עניינים וכי לא נפל בה פגם אחר מבין שורת הפגמים שעלולים להביא לביטולה - די בכך שההחלטה חורגת ממתחם הסבירות הנתון לרשות בהחלטותיה כדי לבטלה.

8. גישתו של כב' השופט ברק קנתה לה אחיזה, והשימוש בעילת הסבירות הלך והתרחב, תוך הדגשה של כמה עקרונות: הסבירות נמדדת באמות מידה אובייקטיביות של 'רשות מינהלית סבירה', השופט אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות המוסמכת בשיקול דעתו שלו, הרשות אינה מחויבת בדרך כלל להחלטה אחת ויחידה - נתון לה 'מתחם סבירות' שהיא רשאית להפעיל את שיקול דעתה בתוכו, והחלטה מינהלית תיפסל מחמת אי-סבירות רק אם חוסר הסבירות הוא מהותי או קיצוני⁸.

9. כיום עילת הסבירות מופיעה פעמים רבות לצד עילות ביקורת שיפוטית אחרות, ויש הטוענים כי גם כאשר היא מופיעה בפסקי דין לבדה, לעיתים ניתן היה לצרף לה עילות אחרות או להחליפה בהן. כך ציין כב' השופט חשין בפסק דינו בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999): "משבאה לאוויר העולם כעילה כוללת-כול, השתלטה עילת הסבירות... על כל סביבותיה, ואבותיה הקדמונים באו לחסות בצלה".

⁷ הרחבה של עילת הסבירות בעשורים האחרונים התרחשה גם במשפט האנגלי ובמדינות נוספות של המשפט המקובל. דוגמה מובהקת מהשנים האחרונות שהוזכרה בהקשר זה היא פסק הדין **בעניין Miller & Anor, R (on the application of) v Secretary of State for Exiting the European Union (Rev 3) [2017] UKSC 5 (24 January 2017)** - שבו פסל בית המשפט העליון האנגלי את החלטת ראש הממשלה להפסיק את פעילות הפרלמנט לתקופה של 5 שבועות, אף שהחוק מקנה לו סמכות לעשות זאת. הטענה הייתה שהחלטה זו נועדה למנוע מהפרלמנט לחבל בתכנית ה'ברקזיט', אך בית המשפט נמנע מלייחס לראש הממשלה שיקולים זרים ופסל את ההחלטה בקבעו כי היא בלתי סבירה. ראו: **זמיר**, עמ' 3870; **כהן**.

⁸ פרופ' יצחק זמיר מבחין בין בחינת סבירותה של ההחלטה המינהלית כשלעצמה, ללא קשר להליך שהוביל לקבלתה, לבין בחינת האופן שבו הפעילה הרשות המינהלית את שיקול דעתה ואיזנה בין מכלול השיקולים הרלוונטיים. לטענתו, העילה הראשונה היא עילת היעדר הסבירות במובנה הראשוני, ואילו את העילה השנייה הוא מכנה "עיוות הסמכות" (**זמיר**, פרקים 83 ו-90). לטענתו, עילת חוסר הסבירות במובנה המסורתי - ננטשה בשנים האחרונות, וכיום עושה בית המשפט שימוש בעילת הסבירות במובנה השני בלבד, של עיוות הסמכות. למעשה, זמיר עצמו מציין ש"חוסר סבירות של החלטה מינהלית אינו מכה מידי שמים" (שם, עמ' 3554) וקשה להבחין בין החלטה שהיא בלתי-סבירה כשלעצמה לבין החלטה שהתקבלה עקב מתן משקל לא-נכון לחלק מהשיקולים הרלוונטיים.

10. בשולי פרק זה נציין כי פרופ' יואב דותן הבחין בין שני סוגים של סבירות: בין סבירות הקשורה לתוכן ההחלטה המינהלית לבין 'סבירות הליכית', כלשונו, הקשורה בחובת הרשות לאסוף מידע ועובדות בהיקף סביר באופן יזום ומסודר, לקבוע ממצאים עובדתיים על סמך המידע שנאסף, לשקול חלופות פעולה, לגבש מדיניות כללית והנחיות מינהליות וליישם את המדיניות במהירות סבירה ובאופן מושכל ומנומק במקרים קונקרטיים ('שני מושגים של סבירות', **ספר שמגר א** (2003) 417; להלן: **דותן, סבירות**).⁹

א.3. תחומים שבהם נפסלו החלטות בעילת הסבירות

11. כאמור לעיל, בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה, עילת הסבירות שימשה בעיקר לביקורת על חוקי עזר וחקיקת משנה. עם השנים, ובפרט מאז פסק הדין **בעניין דפי זהב**, הורחבה תחולתה, וכיום היא משמשת לבחינת החלטות מינהליות במגוון תחומים. נציין להלן כמה מפסקי הדין שבהם נפסלו החלטות מינהליות מכוח עילת הסבירות, ונזכיר דוגמאות לפסקי דין שניתנו בתחומים אלה ואשר ניצבו מאוחר יותר במוקד המחלוקת הציבורית והמשפטית סביב השימוש בעילה זו. נקדים ונזכיר כי חלק מפסקי הדין שלהלן עסקו בהחלטות שלא התקבלו על ידי הממשלה ושריה ועל כן חוק היסוד המתקן אינו חל עליהן, וכי ברבים מפסקי הדין הללו הסבירות לא שימשה כעילה יחידה לבחינת ההחלטה. נוסף כי לצד פסקי הדין הספורים שנציין להלן, קיימים אלפי פסקי דין שבהם נמנע בית המשפט הנכבד מלהתערב בהחלטות מינהליות, בקבעו כי אינו רואה מקום להמיר את שיקול דעתה של הרשות המינהלית המוסמכת בשיקול דעתו-שלו.

(א) **תחום המינויים והפיטורים** – בפסיקה עקבית, שראשיתה בבג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229 (1993), בבג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404 (1993) ובבג"ץ 4287/93 **אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: **עניין דרעי-פנחסי**), קבע בית המשפט הנכבד כי החלטה למנות לכהונה ציבורית בכירה, ובכלל זה שרים וסגני שרים, אדם שנחשד, הואשם או הורשע בביצוע עבירות חמורות או שנטען כי נפל פגם אתי חמור בהתנהלותו – עשויה להיחשב כבלתי-סבירה באופן קיצוני (וראו לאחרונה: בג"ץ 8948/22 **שיינפלד נ' הכנסת** (18.1.23); להלן: **עניין שיינפלד**). לפירוט פסקי דין שעסקו בעניין זה – ראו: **ברק-ארז**, עמ' 740, הע' 68.

(ב) **תחום הכניסה לישראל והציאה ממנה** – בפסק הדין בבר"ם Lara 7218/18 **Alqasem נ' משרד הפנים** (18.10.18) (להלן: **עניין לארה אל-קאסם**) בוטלה החלטת שר הפנים לאסור על כניסתה של אזרחית אמריקנית לישראל לצורך לימודים

⁹ חובת הסבירות ההליכית עוגנה לפי דותן בפסק הדין בבג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים**, פ"ד לז(3) 29 (1982). דוגמה לפסק דין העושה שימוש במונח "סבירות" כביטוי לפגם בהליך, ניתן למצוא בבג"ץ 8730/03 **שירותי בריאות כללית נ' שר האוצר** (21.6.12).

באוניברסיטה, בשל פעילותה בתנועת החרם נגד ישראל (BDS), בין השאר מן הטעם כי ההחלטה בלתי-סבירה באופן קיצוני.¹⁰

(ג) **תחום החלטות ממשלות המעבר** – בית המשפט הנכבד פסק בעבר שמכוח עקרון רציפות הממשלה, ממשלת מעבר שאינה נהנית מאמון הכנסת אמנם מחזיקה בכל הסמכויות של ממשלה 'רגילה', אך מתחם הסבירות של החלטותיה מצומצם יותר (בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455 (2001)). כך באשר לממשלת מעבר, וכך באשר לכל ממשלה בתקופת ערב בחירות (בג"ץ 8815/05 לנדשטיין נ' שפיגלר (26.12.05)). על רקע הלכה זו דן בית המשפט הנכבד בשאלות הקשורות לסמכות ממשלת מעבר בפרספקטיבה של מתחם הסבירות המצומצם הנתון לה (ראו: בג"ץ 5403/22 לביא נ' ראש הממשלה (22.9.22); בג"ץ 6654/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה (13.12.22); בג"ץ 9202/08 תה"כ לבנת נ' ראש הממשלה (4.12.08)).

(ד) **תחום התכנון והבנייה** – בבג"ץ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 529 (1989) (להלן: **עניין צוקר**) עסק בית המשפט הנכבד בעתירה נגד החלטת מנכ"ל משרד הפנים שלא לאשר הקמת אצטדיון כדורגל בירושלים בשל היעדר תכנון כולל של האזור. בית המשפט הנכבד פסל החלטה זו וקבע שהיא נגועה בחוסר סבירות קיצוני, שכן "גם אם תמצי לומר, כי קיימת עדיפות כלשהי לתכנון תכנית מיתאר כוללת... הרי ודאי שעדיפות זו אינה כה מכרעת עד שיינתן לה הכוח להביא לידי דחייה כה ארוכה בביצוע התכנית הנדונה".

(ה) **פגיעה באינטרס ההסתמכות או הציפייה** – עילת הסבירות שימשה את בית המשפט הנכבד לפסילת החלטות מינהליות שייחסו משקל נמוך מדי לאינטרס ההסתמכות של אזרחים, כאשר החלטות אלה שינו את מצבם לרעה ביחס למצב המשפטי הקודם. כך למשל נקבע כי החלטה על ביטול סבסוד שכר הלימוד לפעוטות במעונות יום למשפחות מסוימות, שהתקבלה באמצע שנת הלימודים וללא הוראת מעבר, אינה סבירה (בג"ץ 5782/21 זילבר נ' שר האוצר (12.2.22)).

(ו) **סדרי עדיפויות שגויים באופן קיצוני** – בפסק דין שעסק בהחלטת מועצה מקומית להימנע מהקמת מקווה נשים בתחומה, נקבע כי "החלטת המועצה אינה מאזנת באופן סביר בין הצורך של תושבות היישוב שומרות המצוות לקיים את מצוות הטבילה לבין השיקולים התקציביים ומשאבי הקרקע הזמינים" (ע"ם 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים (9.9.14) (להלן: **עניין כפר ורדים**)). בפסק דין נוסף נקבע שהמדינה חייבת למגן את "כיתות האם" בבתי הספר ביישובי עוטף עזה, חרף עלויות הביצוע הגדולות, ואינה רשאית להסתפק בקיומם של מרחבים מוגנים שאינם עומדים בסטנדרט הביטחוני הראוי (בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007)). פסק דין

¹⁰ ראו גם פסק הדין בבג"ץ 2964/18 חוג ההורים נ' שר הביטחון (17.4.18) (להלן: **עניין חוג ההורים**), שבו ביטל בית המשפט הנכבד את החלטת שר הביטחון לאסור על פלסטינים להיכנס לישראל לצורך השתתפות בטקס הזיכרון המשותף הישראלי-פלסטיני, כיוון ששר הביטחון לא שקל חלק מהשיקולים הרלוונטיים.

זה הוזכר רבות בדיוני הוועדה, כדוגמה לאופן שבו שימשה עילת הסבירות את בית המשפט הנכבד לפסילת החלטות שנתפסות כיום כבלתי-ראויות.

(ז) **תחום העמדה לדין** – בבג"ץ 940/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990) (להלן: **עניין גנור**) ביטל בית המשפט הנכבד את החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש כתב אישום נגד בנקים ובנקאים שהיו אחראים למשבר בבורסה לניירות ערך בשנת 1983. בית המשפט הנכבד הסביר שהחלטת היועץ המשפטי לממשלה לא התקבלה מחמת שיקולים זרים ואינה מפלה, אך היא לוקה בפגם של "חוסר סבירות מהותי" המתבטא "בסטייה מהותית, היורדת לשורש העניין, עד שהמסקנה הסופית היא מופרכת מעיקרה, ובשל כך בלתי סבירה לחלוטין". בפסקי דין אחרים בחן בית המשפט הנכבד את סבירותן של החלטות היועץ המשפטי לממשלה להעמיד לדין פלילי (אך ראו בעניין זה: דני"פ 5387/20 **רותם נ' מדינת ישראל** (15.12.21); להלן: **דני"פ רותם**), להימנע מהגשת כתב אישום ולחתום על הסדרי טיעון; וכן את סבירותן של החלטות על העמדה לדין משמעותי.¹¹

(ח) **הענקת פרס ישראל** – לרוב נמנע בית המשפט הנכבד מהתערבות בתחום זה, חרף עתירות רבות שהוגשו לו, כל עוד נשקלו כלל העובדות הרלוונטיות (ראו: בג"ץ 2205/97 **מסאלה נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד נא(1) 233 (1997)). במקרה אחד, בפסק הדין בבג"ץ 8076/21 **ועדת השופטים להענקת פרס ישראל נ' שרת החינוך** (29.3.22) (להלן: **עניין גולדרייך**), פסל בית המשפט הנכבד את החלטת שר החינוך **שלא להעניק** פרס ישראל למי שוועדת הפרס המליצה עליו, ומנימוקי פסק הדין עולה כי בבסיסו עומדת לפחות באופן חלקי עילת הסבירות. גם פסק דין זה הוזכר רבות בדיוני הוועדה.

(ט) **כיתוב על קברי חללי צה"ל** – בפסק הדין בדנג"ץ 3299/93 **ויכסלבאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(2) 195 (1995) בוטלה החלטת שר הביטחון שלא לאפשר לבני משפחתו של חלל צה"ל להוסיף שורה על מצבת קברו. בית המשפט הנכבד קבע כי "למקרא החלטת השר אך ברור הוא שהמרכיב של רגשות קרובי החייל לא נלקח בחשבון בעת מתן ההחלטה, אם כי נושא זה עלה לפניו בדיונים". דעת המיעוט של כב' השופט גולדברג הייתה שהחלטת שר הביטחון אינה חורגת באופן קיצוני ומהותי ממתחם הסבירות ועל כן אין לבטלה.

12. ההליכים שהוזכרו שלעיל הם דוגמאות בלבד לפסקי דין רבים שבהם נערכה ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות מכוח עילת הסבירות. מרשימה שהוכנה על ידי הייעוץ המשפטי לוועדה על יסוד נתונים שהועברו ממחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה (ושתוזכר להלן), עולה שבעשור האחרון ניתנו בבג"ץ 44 פסקי דין שבהם התקבלו עתירות

¹¹ ראו למשל: בג"ץ 7150/16 **המרכז הרפורמי לדת ומדינה נ' שרת המשפטים** (21.9.20).

על יסוד עילת הסבירות (באופן מלא או חלקי), ומתוכם ב-16 מקרים (כלומר – ב-1.6 מקרים לשנה) דובר בהחלטות שהתקבלו על ידי הממשלה או אחד מהשרים.¹²

4.א. אמות מידה ביישום עילת הסבירות

13. בפסיקת בית המשפט הנכבד נקבע כי יישום עילת הסבירות משתנה על פי אמות מידה שונות הקשורות להחלטה עצמה, להליך אישורה ולזהות הרשות המינהלית שקיבלה אותה (ראו: **ברק-ארז**, עמ' 757-762):

ביחס להחלטה המינהלית עצמה, נקבע כי ככל שההחלטה המינהלית מורכבת יותר ומערבת מספר רב יותר של שיקולים, כך מתחם הסבירות מתרחב (בג"ץ 7487/15 **ארקיע נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה** (25.1.16)). בנוסף נקבע, כי כאשר מדובר בהחלטה הנובעת מסמכות פוליטית – מתחם הסבירות הוא רחב מאוד (**עניין דרעי-פנחסי**).

ביחס להליך אישורה של ההחלטה נקבע כי החלטה שקיבלה אישור פרלמנטרי על ידי מליאת הכנסת או אחת מוועדותיה תיהנה ממתחם סבירות רחב (**עניין שיינפלד**; בג"ץ 7198/21 **איגוד נותני שירותים פיננסיים נ' ממשלת ישראל** (2021)).

ביחס לזהות מקבל ההחלטה קבע בית המשפט הנכבד כי ככל שמדובר בגורם בכיר יותר, כך מתחם הסבירות מתרחב (**עניין שיינפלד**; בג"ץ 2534/97 **ח"כ ירב נ' פרקליטות המדינה**, פ"ד נא(3) 1 (1997)), כי גורם בעל אופי פוליטי-ייצוגי ייהנה ממתחם סבירות רחב יחסית (בג"ץ 2533/97 **התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל** (1997)), וכי רשות מינהלית שיש לה מקצועיות ומומחיות בתחום שבו עוסקת ההחלטה תיהנה אף היא ממתחם סבירות רחב (בג"ץ 2324/91 **התנועה למען איכות השלטון נ' המועצה הארצית**, פ"ד מה(3) 678 (1991); בג"ץ 3071/05 **לוזון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סג(1) 1 (2008)).

5.א. המחלוקת סביב עילת הסבירות

14. כפי שנפרט מייד, על התמורה שחלה בדמותה של עילת הסבירות נמתחה ביקורת רבה – הן על ידי כמה משופטי בית המשפט הנכבד, הן על ידי מלומדים ואנשי משפט, והן על ידי נבחרי ציבור. מנגד, מרבית שופטי בית המשפט הנכבד תמכו בהותרת עילת הסבירות בצורתה החדשה והנרחבת, ועמדה זו גם קנתה לה תמיכה בספרות המשפטית. בטרם נעמוד על עיקריה של מחלוקת זו, **נדגיש כי המחלוקת על עילת הסבירות נוגעת לעילת הסבירות בלבד, ככלי להתערבות שיפוטית, ולא לחובת הסבירות המוטלת על הרשות. קרי: הטיעון**

¹² בדיוני הוועדה הוזכרו מספרים גבוהים מעט יותר, אולם הם התייחסו גם להחלטות של ראשי רשויות, שבאותה עת הייתה כוונה לאפשר לכלול אותן בחוק היסוד המתקן באמצעות חקיקה.

בעד הצרת גבולותיה של עילת הסבירות נשען על שיקולים הקשורים במידת התאמתו של בית המשפט לבחון את סבירותה של החלטה מינהלית, ואינם מבוססים על הטענה (השגויה) כי רשות מינהלית אינה חייבת לפעול בסבירות. לאחר הבהרה חשובה זו, נסקור את הביקורת שנמתחה על אופן יישומה של עילת הסבירות בפסיקה מאז פסק הדין בעניין **דפי זהב**.

15. ראש וראשון למבקרי עילת הסבירות במתכונתה העדכנית, מבין שופטי בית המשפט הנכבד, הוא כב' השופט לנדוי. כבר בפסק דינו בעניין **דפי זהב** ביקר כב' השופט לנדוי את עמדתו של כב' השופט ברק, המובילה לטענתו להחלפת שיקול דעתה של הרשות המוסמכת בשיקול דעתו של בית המשפט. חלף נוסחת הסבירות של כב' השופט ברק, הציע כב' השופט לנדוי נוסחאות דוגמת "החלטה מופרכת מעיקרה ובשל כך בלתי-סבירה לחלוטין", או "שרירותית". לגביהן הוא קבע: "די לנו בנוסחאות מקובלות אלה ואין להוסיף עליהן נוסחה חדשה בדבר מתן משקל יחסי בלתי סביר לאינטרסים השונים הראויים להישקל – נוסחה העלולה לערב את בית המשפט בבדיקת תבונתה ויעילותה של ההחלטה המינהלית". אכן, הלכה למעשה כתב כב' השופט לנדוי כי הפער בין העמדות אינו כה גדול, שכן נוכח הסבריו של כב' השופט ברק הוא השתכנע כי "פג החשש, שמא יובנו הדברים שלא כהלכה, כאילו החלטה מינהלית תבוטל כל אימת שהשופט הפוסק ימצא בה פגם של חוסר סבירות כמשמעות המונח הזה בלשון בני-אדם".

16. למעשה, עוד קודם לפסק הדין בעניין **דפי זהב**, הביע כב' השופט אלון את התנגדותו להרחבת עילת הסבירות בהתייחסו לעמדת כב' השופט ברק בעניין **מרכז הקבלנים**. עמדת כב' השופט אלון נוסחה באופן מובהק בפסק דינו בעניין **ז'רז'בסקי**, שבו ביקר "שימוש מרחיק לכת בעילת הסבירות" וטען כי "עצם עקרון הסבירות, וצאצאו 'מיתחם הסבירות', כמבחן כללי ועצמאי לבדיקת פעולות השלטון, טומן בחובו קשיים ניכרים מבחינת יישומו". כב' השופט אלון סבר שאין לבית המשפט הידע והכלים המקצועיים הדרושים לשקילת סבירותו של איזון בין שיקולים שונים בתחומי מדיניות ובתחומים מקצועיים וכי "בלתי סביר לחלוטין הוא לצפות באופן סביר, כי בית-משפט יבדוק סבירותם של נושאים מעין אלה".

17. ברבות השנים, כאמור, התקבלה גישתו של כב' השופט ברק, ופסיקת בית המשפט הנכבד אימצה ככלל את עילת הסבירות בצורתה הרחבה. לצד זאת, גם בשנים מאוחרות יותר היו שופטים שהצטרפו לביקורת על הרחבת עילת הסבירות. הדבר בא למשל לידי ביטוי בפסק הדין בבג"ץ 5853/07 **אמונה נ' ראש הממשלה**, פ"ד סב(3) 445 (2007) (להלן: **עניין אמונה**), שם טען כב' השופט גרוניס כי "אין לבית המשפט יתרון מיוחד או מומחיות עודפת בנושא של חוסר סבירות", וכי כאשר מדובר בהחלטת ממשלה באישור הכנסת – "ספק אם יש מקום להתערבות של בית המשפט הגבוה לצדק"¹³. בהמשך דבריו הסביר כב' השופט גרוניס את הבעייתיות הקיימת לשיטתו בעילת הסבירות – הן ברמת ההפשטה הגבוהה שלה ובחוסר הוודאות שהיא מביאה עמה, הן בכך שהיא מאפשרת לבית המשפט להחליף את שיקול דעתה של

¹³ עמדת כב' השופט גרוניס צוטטה בהסכמה על-ידי כב' השופט אלרון בפסק דינו ברע"פ 7052/18 **מדינת ישראל נ' רותם** (5.5.20).

הרשות המוסמכת בשיקול דעתו שלו. מחמת קשיים אלה סבר כב' השופט גרוניס כי יש "להעדיף שימוש בעילות בעלות פריסה מצומצמת יחסית ושהינן יותר קונקרטיות, כמו שיקולים זרים, מטרה זרה או אפליה", המקטינות לשיטתו את מרחב שיקול הדעת השיפוטי ומגבירות את הוודאות המשפטית:

"אכן, העילה של חוסר סבירות אינה חדשה במשפטנו והוכרה עוד בראשית המדינה... עם זאת, בעשורים האחרונים, במיוחד מאז פסק דינו של השופט א' ברק בעניין דפי זהב... היא עברה שינוי והתפתחה למימדים קרובים לאלה של "נורמת על" (בדומה לתום לב ולתקנת הציבור). תוך כדי התפתחות זו היא בלעה לתוכה, כאדם שאינו יודע שובע, עילות פרטיקולריות שהוכרו בעבר (למשל, העילות של מטרה זרה ושל שיקולים זרים). חסרונה הגדול של עילה זו בהיקפה דהיום נמצא ברמת ההפשטה הגבוהה שלה. רמת ההפשטה הגבוהה מעצימה את שיקול הדעת השיפוטי וממילא מגדילה את אי הוודאות המשפטית... במילים אחרות, השימוש במטפורה של משקל באשר לשיקולים אותם שקלה הרשות המוסמכת שקיבלה את ההחלטה משמש לעיתים, כך נראה, ככסות לאי הסכמה עם התוצאה.

הבעיה אף מחריפה במיוחד, כאשר הרשות המחליטה הינה גוף קולגיאלי... כאשר מדובר בהחלטה המתקבלת על ידי גוף המורכב ממספר חברים קשה לבחון את השיקולים שנלקחו בחשבון... על כן, מה שנעשה בפועל על ידי שופט הסובר כי ההחלטה פסולה בשל חוסר סבירות, הוא בחינה של התוצאה... על כן נראה, כי לעיתים כאשר בית המשפט מתערב בהחלטה בשל חוסר סבירות, הוא בהחלט מעמיד את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות...

11. אין בכוונתי לומר, כי עלינו להתעלם מעילת חוסר הסבירות או לבטלה. מה שראוי לעשות על פי השקפתי הוא להעדיף שימוש בעילות בעלות פריסה מצומצמת יחסית ושהינן יותר קונקרטיות, כמו שיקולים זרים, מטרה זרה או אפליה... 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... על בית המשפט להימנע מלשים את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות, לא רק כעניין טרווי אלא גם מבחינה יישומית."

18. כב' השופטת פרוקצ'יה וכב' השופטת ארבל, שותפותיו של כב' השופט גרוניס לפסק הדין **בעניין אמונה**, הסתייגו מגישה זו. כב' השופטת פרוקצ'יה כתבה כי "על פי תפיסת המשפט המינהלי בדורות האחרונים משמשת עילת הסבירות מכשיר מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל, והיא ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון", והוסיפה: "צמצומה של עילת הסבירות עלול ליצור חלל ריק במיתחם הביקורת השיפוטית שעילות ביקורת אחרות לא תמלאנה, ולהצר עד למאד את נכונותו של בית המשפט להתערב במצבים בהם הרשות המינהלית בהחלטתה לא שקלה את מלוא השיקולים הרלבנטיים ואותם בלבד, או שקלה אותם, אך לא ייחסה להם את המשקלות היחסיים המתאימים". כב' השופטת ארבל הסכימה עמה וקבעה: "הקשיים שמעלה חברי, השופט גרוניס, בחוות דעתו אכן יש בהם ממש, אולם כפי שמציינת גם חברתי, השופטת פרוקצ'יה, פתרון אינו על דרך של הימנעות מוחלטת או כמעט מוחלטת משימוש בעילת הסבירות אלא

על דרך של זהירות רבה שמחויב בה בית המשפט בהפעילו את הביקורת השיפוטית ותוך שהוא מקפיד על ריסון מירבי".

19. שופט נוסף שביטא במפורש את ביקורתו על הרחבת עילת הסבירות הוא כב' השופט שטיין, שפתח את פסק דינו בדנ"פ **רותם** בכותרת "סבירות" בארץ תשל"ט". בהמשך כתב כב' השופט שטיין: "בשני העשורים האחרונים, עדים היינו – לא אחת – להפעלתה של דוקטרינת הסבירות במתכונת רחבה אשר כללה התערבות שיפוטית בתוכן ההחלטה המינהלית de novo. מתכונת זו של "משפט זה אני" ... מאפשרת לשופט להיכנס לנעלי הרשות המבצעת ולעשות בהחלטתה כטוב בעיניו. למתכונת זו של דוקטרינת הסבירות אין אחיזה בדין הפוזיטיבי". לצד זאת, כב' השופט שטיין התנגד לויתור על עילת הסבירות ובפסק דינו **בעניין שיינפלד** הסביר שלשיטתו תפקידה של עילת הסבירות כעילה שיורית ש"טוב נעשה אם נשמרה במתכונת זו" דומה לתפקידו של הכלל 'הדבר מעיד על עצמו' בדיני הנזיקין, והיא "מספקת לבתי המשפט כלי יעיל והכרחי לביקורת שיפוטית תחת חוסר ודאות ואינה מאפשרת לרשויות השלטון להסתיר את קלקלתן על ידי ניצול של עמימות המסד העובדתי".

20. המחלוקת בעניין ההצדקה לשימוש בעילת הסבירות, היקפה של עילה זו וגבולותיה מצאה לה ביטוי גם בכתובה המשפטית האקדמית.

באופן כללי, המבקרים את עילת הסבירות במובנה הרחב טענו כי מדובר במבחן עמום החותר תחת עקרונות של ריסון ואי-התערבות בשיקול הדעת המינהלי. לשיטתם, עילת הסבירות מעניקה לבית המשפט מנדט נרחב להחלפת שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו, תוך אכיפת השקפותיו והעדפותיו על רשויות השלטון, ותוך קביעה עבור הרשות מהו האיזון 'הנכון' בין השיקולים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה נשוא הביקורת. קושי זה מתעצם כאשר מדובר בהחלטה שהתקבלה על ידי נבחרי ציבור, שכן בית המשפט אינו נהנה מלגיטימציה דמוקרטית לבקר החלטות שהתקבלו על ידם. עוד נטען, כי בית המשפט נעדר מומחיות לבקר את החלטותיהם של גורמי המינהל הציבורי השונים, וכי מבחן הסבירות הוא עמום ולא ברור, השימוש בו אינו מאפשר להנחות בצורה ברורה את הרשות המינהלית כיצד לנהוג, והוא מוביל לאי ודאות בתחום המשפט הציבורי.¹⁴

מנגד, המצדדים בהחלת עילת הסבירות במתכונתה הנוכחית הדגישו בין היתר כי השימוש בעילת הסבירות תרם לקידום נורמות של הגינות שלטונית בישראל, וכי יש לה חשיבות רבה עקב ההתגברות בכוחה של הרשות המבצעת ובהיקף שיקול דעתה בעשורים האחרונים. לדעתם, יש לעילת הסבירות תפקיד חשוב בהגנה על הפרט אם הפגיעה בו לא

¹⁴ ראו: מיכל שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי", **משפטים יב** (תשמ"ב) 102, שטענה כי תוצאת הרחבת עילת הסבירות היא "שבית המשפט מכריע בשאלות שבמחלוקת על פי דעותיהם ותחושות הצדק של שופטי ההרכב. החשש הוא, שדבר זה עלול להביא לויתור על כל אמות מידה משפטיות אובייקטיביות"; מ' לנדוי, "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי", **עיוני משפט יד** (1989) 5, שכתב כי הסבירות הפכה "לכעין מילת צופן, חסרת תוכן מוגדר משלה, המשמשת מכשיר אובייקטיבי כביכול בידי השופט, אך לאמתו של דבר מופעל באמצעותו שיקול דעתו הסובייקטיבי של השופט"; מ' מאוטנר, "בין כשירות לסבירות", **המשפט 25** (2008) 47.

נעשתה בשם שיקול פסול, אך לא הוענק משקל מספק לאינטרסים שלו; ובנוסף – עילת הסבירות חשובה גם במצבים שבהם קיים חשד משמעותי שהרשות המינהלית פעלה בשל שיקולים זרים, אך קיים קושי ראייתי בהוכחת שיקולים אלו. עוד נטען, כי ככלל עילת הסבירות מוחלת רק במצבים שבהם ההחלטה לוקה בחוסר סבירות קיצונית וכי בית המשפט אינו מחליף את שיקול הדעת של הרשות בשיקול דעתו. המצדדים בהחלת עילת הסבירות בצורתה הנוכחית טוענים גם כי המומחיות של בית המשפט לבקר את רשויות השלטון אינה שונה מן המומחיות שהוא נדרש לגלות בבואו לבחון את פעולתם של גורמים מקצועיים רבים אחרים (דוגמת רופאים בתביעות רשלנות רפואית, אשר גם שם נדרשת בחינת סטנדרט של "סבירות" לצורך הכרעה). בסיכומו של דבר, נטען כי חזרה לעילת הסבירות במובנה 'הישן' תותיר את בית המשפט נטול כלים אפקטיביים לבקר את השלטון בתחומים רבים, וכי לאחר שניתנו מאות פסקי דין המיישמים את עילת הסבירות (בין אם נקבע שההחלטה נמצאת בתוך מתחם הסבירות ובין אם לאו), קשה לטעון שהעילה עמומה כשם שהייתה בעבר.¹⁵

21. עם המשך מגמת ההרחבה של עילת הסבירות בפסיקת בית המשפט הנכבד, התרחבה גם הביקורת על השימוש בה. הבולט שבמבקרים את עילת הסבירות במחקר האקדמי הוא פרופ' יואב דותן,¹⁶ ולצדו משפטנים נוספים דוגמת פרופ' רות גביזון ופרופ' דניאל פרידמן, שביקרו את השימוש הגובר בעילה זו.¹⁷ מנגד, מלומדים אחרים תמכו בהרחבת עילת הסבירות וראו בה מהלך הכרחי לשמירה על טוהר המידות ועל חובת הנאמנות של הרשות לאזרחיה;¹⁸ וכבר ציינו כי מרבית שופטי בית המשפט הנכבד תמכו בהרחבת עילת הסבירות חרף הביקורת שנמתחה עליה.¹⁹

22. ביום 13.1.04 קיימה הכנסת דיון בהצעה לסדר היום, בהתאם לסעיף 55 לתקנון, בעניין "פסיקותיו האחרונות של בג"ץ בעניין תקציב המדינה". דיון זה נקבע בעקבות פסק הדין בבג"ץ 6973/03 מרציאנו נ' שר האוצר, פ"ד נח(2) 270 (2003), שבו קבע בית המשפט הנכבד כי על המדינה להקצות באופן מיידי סכום של כ-120 מיליון ₪ לצורך שילוב ילדים עם צרכים מיוחדים במוסדות חינוך רגילים; ובעקבות צו על-תנאי שהוצא ביום 5.1.04 בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, שבו הורה בית המשפט הנכבד למדינה

¹⁵ ראו: **אייל זמיר**; **כהן**; **זאב סגל**, "עילת היעדר היחסיות (disproportionality) במשפט המנהלי", הפרקליט לט 507 (1990).

¹⁶ ראו: גביזון, קרמניצר ודותן, **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** (תש"ס) (להלן: **אקטיביזם**) מעמ' 21; **דותן**, **שיקול הדעת**, פרק 6.7; **דותן**, **סבירות**; **דותן**, **ריסון**.

¹⁷ ראו: ר' גביזון, "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי", בתוך: **אקטיביזם**, מעמ' 69; דניאל פרידמן, **הארנק והחרב** (2013).

¹⁸ ראו: מ' קרמניצר, "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה", בתוך: **אקטיביזם**, מעמ' 165; **זמיר**, פרק 83; **ברק-ארז**, סעיף 20.24.

¹⁹ ראו למשל: פסק דינו של כב' השופט רובינשטיין **בעניין הנגבי**; פסקי הדין (שהוזכרו לעיל) של כב' השופטות פרוקצ'יה וארבל **בעניין אמונה**; פסקי הדין של כב' הנשיאה נאור ושל כב' השופטת ברק-ארז בדנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים נ' שר הפנים (26.10.17) (להלן: **עניין התאחדות הסוחרים**) ועוד.

לנמק "מדוע לא יקבעו סטנדרט לקיום אנושי בכבוד".²⁰ חה"כ גדעון סער ביקר את התערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטות תקציביות וטען בין השאר: "לממשלה ולכנסת יש האחריות. זו לא אחריות שאנחנו מעבירים לבית-המשפט. זו אחריות של הרשות המבצעת, והרשות המחוקקת מאשרת את התקציב". לעומתו, חה"כ אורית נוקד קבעה: "ברור לי שבית-המשפט במקרה הזה פעל במובהק בתחום סמכותו. כל שנעשה כאן הוא בקשה מהמדינה שתבהיר את עמדתה העמומה, ולא יותר. שהרי מי יגן על החלשים אם לא בית-המשפט? זה בדיוק תפקידו, וזה בדיוק המקום שבו בית-המשפט כן אמור להתערב, שכן אם אנחנו רק נסמוך על אנשי האוצר שיפתחו רגישות חברתית, לא נגיע לשום מקום". בנאומי חברי הכנסת נשמעו קולות בעד התערבות בית המשפט הנכבד בהליכים בעלי משמעות תקציבית ונגד התערבותו, ובסופו של יום התקיימו הצבעות על הצעות סיכום שונות. הצעת הסיכום שהתקבלה היא זו של חה"כ סער, שבה נאמר כך:

"הכנסת רואה בדאגה את גלישת בית-המשפט העליון לנושאים שבמובהק הם בתחום הסמכות של הרשות המבצעת והמחוקקת. על יסוד של כבוד לרשות השופטת בכלל ולבית-המשפט העליון בפרט, הכנסת מתריעה מפני המשך מגמה זו, העלולה להתפתח למשבר חוקתי בישראל. הכנסת דוחה ניסיונות לדה-לגיטימציה של הביקורת על החלטות שיפוטיות, הנעשית באופן מנומק ובדרך-ארץ, ביקורת שהיא לגיטימית ומהווה חלק מהשיח הציבורי בחברה דמוקרטית."

23. בין המתנגדים לדמותה החדשה של עילת הסבירות נמצא גם כב' השופט סולברג – אשר מתח ביקורת על השימוש בעילה זו במתכונתה העדכנית הן בפסקי דינו, הן בדברים שנשא בעל פה והן במאמר שכתב. לעמדת כב' השופט סולברג חשיבות מיוחדת בענייננו, שכן כפי שנראה להלן, חברי הכנסת שתמכו בחוק היסוד המתקן הציגו את התיקון ככזה הצועד בעקבות עמדתו של כב' השופט סולברג, ומחלוקות רבות נתגלעו במהלך דיוני הוועדה באשר לאופן שבו ראוי לפרשה.²¹

24. בדברים שנשא כב' השופט סולברג ביום 6.12.19 בכנס העמותה למשפט ציבורי בחיפה, ושפורסמו תחת הכותרת "פרשנות, סבירות מידתיות: ערכים סובייקטיביים, שופטים אובייקטיביים", ביטא כב' השופט סולברג הסתייגות מעילת הסבירות במשמעותה הרחבה.²² בהרצאתו ביקר כב' השופט סולברג את תפיסת כב' הנשיא ברק, כפי שבאה לידי ביטוי בספריו **שיקול דעת שיפוטי** (1987) ו**שופט בחברה דמוקרטית** (2004), והזכיר את פסק הדין בע"מ 4500/17 **עיריית תל אביב יפו נ' עמותת אביב** (20.2.19), שבו קיבל בית המשפט הנכבד ערעור על פסק דין שקבע כי מדיניות עיריית תל אביב-יפו שלא ליתן מעמד רשמי

²⁰ החלטות בג"ץ בעניינים אלו לא נבעו מעילת הסבירות, אלא מפרשנות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. למרות זאת, להחלטת הכנסת יש חשיבות לעניין שאנו דנים בו.

²¹ בדיוני הוועדה הוזכר בעיקר מאמרו של כב' השופט סולברג, ועל כן נתמקד בו להלן. עמדה זו הובאה על ידו גם בפסקי דין שכתב – ראו: בג"ץ 43/16 אומ"ץ נ' ממשלת ישראל (1.3.16); **עניין גולדרייך**.

²² הדברים פורסמו באתר הרשות השופטת: <https://did.li/BGZ-5658-23-SOLBERG>. מאוחר יותר פורסמו הדברים לאחר עריכתם כמאמר – "על ערכים אובייקטיביים ושופטים סובייקטיביים", **השילוח** 18 (2020), <https://did.li/BGZ-5658-23-SOLBERG2>.

לבתי ספר ייחודיים חדשים בעיר – אינה סבירה. כב' השופט סולברג העיר שפסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים מעיד על "פתולוגיה של המשפט המינהלי" ועל "כשל מובנה שטומנת בחובה עילת הסבירות", והסביר כי דמותה העדכנית של עילת הסבירות התרחקה מרחק רב מהגבולות שהותוו לה בעבר **בעניין Wednsbury**, וכי היא "מסמיכה את בית המשפט להתערב בשיקול הדעת המינהלי באופן גורף, גם ביחס להיבטים לא-משפטיים של שיקול הדעת" אף במקום שבו הרשות לא פגעה בזכות יסוד.

25. כב' השופט סולברג לא הציע בדבריו לבטל את עילת הסבירות. הוא עמד על המתח שבין קיומם של מקרים שבהם עילת סל דוגמת עילת הסבירות היא כלי חיוני בידי בית המשפט להושיט סעד, "מקום שבו מתקבל מנסיבות העניין ככלותן רושם חזק כי נפל פגם בפעולת הרשות, אלא שלא ניתן להוכיח זאת", לבין החסרונות הרבים שבעילת הסבירות, והסיק כי "מוטב לשימוש בה שייעשה בצמצום".

26. בהמשך דבריו עמד כב' השופט סולברג על הקושי שבשימוש בנוסחאות רטוריות עמומות דוגמת 'חוסר סבירות קיצוני', האמורות לצמצם את מוטת כנפיה של עילת הסבירות. לדבריו, "משעה שהוכשר השימוש בעילת הסבירות המהותית, שוב אין יכולת אפקטיבית להגביל את היקפה. פתחנו פתח כחודו של מחט, והוא נתרחב והיה לפתחו של אולם... השימוש ברטוריקה מרסנת של חוסר סבירות 'מהותי' או 'קיצוני', מתחם סבירות' וכיוצא באלו מונחים עמומים, אינו משנה את העובדה הפשוטה שבמבחן התוצאה, עילת הסבירות המהותית היא כחומר ביד השופט היוצר – ברצותו מרחיב, ברצותו מקצר". על כן הציע כב' השופט סולברג להבחין בין תחולת עילת הסבירות על דרג נבחר לבין תחולתה על דרג מקצועי:

"46. החלטות המתקבלות על-ידי **דרג נבחר** – ממשלה, שרים, ראשי רשויות – הן על-פי רוב החלטות המשקפות תפיסת עולם; תפיסת עולם ערכית, תפיסת עולם מקצועית. לעתים עוסקות החלטות בסוגיה נקודתית, לרוב עניינן בהתוויית מדיניות הנושאת עמה משמעויות רוחביות. עובדה זו כשלעצמה, אינה מחסנת החלטות אלו מפני ביקורת שיפוטית. יחד עם זאת, מן הראוי כי אופיין של החלטות אלו יכתיב את היקפה של הביקורת. ביקורת שיפוטית המבוססת על עילת הסבירות המהותית, הרחבה, העמומה, אינה הולמת ביקורת שיפוטית על החלטות המשקפות הכרעה ערכית-מקצועית של דרג פוליטי נבחר. היא פוגעת בגרעין הקשה של עקרון הפרדת הרשויות. נעדרים ממנה שני היסודות שעליהם עמדתי לעיל: **מומחיות והכשר דמוקרטי**. גם הניסיון בשטח מלמד, כי הביקורת נגד השימוש בעילת הסבירות המהותית, מופנית בעיקרו של דבר כלפי אותם מצבים, שבהם מתערב בית המשפט בשיקול דעתו של דרג נבחר.

47. שונים הם פני הדברים ביחס להחלטות המתקבלות על-ידי **דרג מקצועי**. בדברי על החלטות הדרג המקצועי, כוונתי למה שאנחנו מכירים בתור 'ביורוקרטיה' – מכרזים, היתרים, רישיונות, אישורים וכיוצא באלו הליכים מינהליים המתישים כוחו של אדם. הצד השווה בהחלטות אלו, שרובן ככולן החלטות **נקודתיות**; ועניינן **ישום** מדיניות, להבדיל **מהתוויית** מדיניות. במצבים מעין אלו, ישנה הצדקה רבה יותר לשימוש בעילת הסבירות המהותית. אמנם כן, בדומה להחלטות של דרג נבחר, גם ביחס להחלטות של דרג מקצועי נעדר בית המשפט את יסוד **המומחיות**. יחד עם זאת, מצד **ההכשר הדמוקרטי**, התערבותו

של בית המשפט בשיקול דעתו של פקיד מקצועי שאינו נבחר, היא צעד לגיטימי יותר. פגיעתה הפוטנציאלית בעקרון הפרדת הרשויות, מתונה הרבה יותר.

27. כב' השופט סולברג המשיך והבהיר כי גם אם הצעתו תאומץ, הביקורת השיפוטית על החלטות הדרג הנבחר תוכל להתקיים באמצעות עילות הביקורת המסורתיות, והדגיש במיוחד את עילת המידתיות ה"מחזירה את בית המשפט למגרשו הביתי" – שימוש בנורמות משפטיות לשם הגנה על חירויות הפרט – בציינו כי עילת המידתיות נהנית מהכשר דמוקרטי רחב יותר מזה המוענק לעילת הסבירות. כב' השופט סולברג העיד מניסיונו השיפוטי כי "עילת העדר היחסיות – המוכרת כיום במחוזותינו כעילת המידתיות – אכן כשרה וכשירה, במקרים רבים, לתפוס את מקומה של עילת הסבירות המהותית".

28. נסכם אפוא: אל מול חובת הסבירות המוטלת על רשויות המינהל, שעליה אין חולק, ניצבת עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית. העמדה המקובלת היא כי בדמותה של עילה זו חלו תמורות מאז פסק הדין **בעניין דפי זהב** – הן בהכרה בה כעילה עצמאית, הן במעבר מאמת מידה של 'מופרכות ההחלטה' בלבד לאמת מידה של 'סבירות איזונית' הבוחנת את המשקל שנתנה הרשות לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים. ככלל, בית המשפט הנכבד אימץ את דמותה החדשה של עילת הסבירות, אולם כמה מהשופטים מתחו ביקורת על הרחבה זו. במקביל, ניטשה מחלוקת דומה גם בין מלומדי משפט.

29. לאחר שעמדנו על התהפוכות שחלו בדמותה של עילת הסבירות מאז פסק הדין **בעניין דפי זהב**, על המקרים שבהם עשה בית המשפט הנכבד שימוש בעילה זו לפסילת החלטות מינהליות בלתי-סבירות באופן קיצוני ועל המחלוקת שליוותה את הרחבתה, נפנה לתיאור קורותיו של חוק היסוד המתקן.

ב. הליכי הכינון של חוק היסוד המתקן

30. בטרם נציג את הליכי הכינון של חוק היסוד המתקן, נציין כי הפרוטוקולים של דיוני ועדות הכנסת השונות בהצעת חוק היסוד המתקן (ובהצעת חוק יסוד נוספת שתוזכר מייד) מחזיקים אלפי עמודים. לתועלת בית המשפט הנכבד נימנע מלהפנות לאלפי עמודי הפרוטוקול ונתמקד להלן בחלק מעיקרי הדברים, אולם כמובן שהתרשמות מלאה מהדיונים בוועדות ובמליאת הכנסת מחייבת מעבר על הפרוטוקולים במלואם.

31. באופן כללי נציין כי הדיונים בהצעת חוק היסוד המתקן התאפיינו בנוכחות ערה של חברי כנסת רבים. חברי הכנסת השתתפו בדיונים, שאלו שאלות רבות את הדוברים, הצהירו הצהרות והביעו דעתם בסוגיות הכרוכות בהצעת החוק ותכליותיה. יש לציין כי חברי הכנסת מקרב סיעות האופוזיציה הביעו התנגדות עזה הן לגוף הצעת חוק היסוד המתקן והן ביחס לעניינים שונים הנוגעים להליך כינונו (כפי שיפורט להלן), וכנגדם חברי הכנסת

מקרב סיעות הקואליציה הביעו את תמיכתם בהצעה. בפרט, חברי הכנסת שהם חברי הוועדה מטעם סיעות האופוזיציה הקפידו להשתתף בכל הישיבות לכל אורכן הממושך, עמדו על בירורם של עניינים משמעותיים, עובדתיים ומשפטיים, שנדרשו לעמדתם כחלק מהליך הכינון, והביעו מחאתם בעניינים הקשורים בהצעה ובניהול הדיונים, כפי שיפורט להלן.

עוד נציין, כי הדיון נערך גם לצד הסערה הציבורית לגבי הרפורמה המשפטית בכללותה, שליוותה מבחוף ומבפנים את דיוניו, ולצד השיחות שהוסיפו להתקיים בחלק מהזמן בבית הנשיא.

32. עוד נבקש לציין בפתח הדברים כי לאורך הליך כינונו של חוק היסוד המתקן נערכו פניות שונות ליועצת המשפטית לכנסת מטעם חברי הכנסת שבהן הועלו טענות שונות ביחס להליך. לטובת הקריאה השוטפת, ייחדנו פרק נפרד לפניות אלה, ותיאורן יובא מייד לאחר תיאור הליך הכינון של חוק היסוד המתקן.

ב.1. הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות)

33. ביום 29.12.22 הושבעה ממשלת ישראל ה-37, בראשות חה"כ בנימין נתניהו. בקווי היסוד של הממשלה נקבע כי "הממשלה תנקוט בצעדים להבטחת המשילות ולהשבת האיזון הראוי בין הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת".

34. מספר ימים לאחר מכן, ביום 4.1.23, כינס שר המשפטים יריב לוין מסיבת עיתונאים, ובה הודיע על כוונת הממשלה לקדם רפורמה במערכת המשפט, הכוללת בין השאר את ביטול עילת הסבירות.

35. סמוך לאחר מכן, ביום 11.1.23 התכנסה לראשונה ועדת החוקה לדיון תחת הכותרת 'ציון במשפט תפדה – מחזירים את הצדק למערכת המשפט. נושא הישיבה: הצגת תהליך העבודה של הוועדה בנוגע לחקיקה להסדרת מערכת היחסים שבין הכנסת והממשלה לבין מערכת המשפט'.²³ בהמשך לכך, פרסם שר המשפטים טיוטת תזכיר של חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט), שעסקה בשינוי הרכב הוועדה למינוי שופטים, בהסדרת הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת ובצמצום עילת הסבירות. טיוטה זו הונחה גם כהצעת חוק-יסוד פרטית בשם זהה על שולחן הכנסת ביום 23.1.23,

²³ לאחר מכן, בדיונים שהתקיימו בימים 16-18.1.23, החלה ועדת החוקה לדון בנוסח שיו"ר הוועדה הציע לקדם כהצעת חוק מטעם הוועדה – הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – סמכויות הממשלה בענייניה המשפטיים), התשפ"ג–2023.

מטעמו של חה"כ חנוך דב מלביצקי (פ/1937/25). בטיטה זו הוצע להוסיף לחוק היסוד סעיף שמספרו 15, שזו לשונו :

"15. ביטול עילת חוסר הסבירות

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."

טיוטת תזכיר הצעת חוק היסוד, שהופצה מטעם שר המשפטים, מצורפת ומסומנת **מש/2**.

36. ביום 17.1.23 הופץ לחברי הוועדה נוסח מוצע לדיון מטעם יו"ר הוועדה, השונה מנוסח טיוטת התזכיר שהופץ על-ידי שר המשפטים. כותרתו של נוסח זה הייתה: הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות) (להלן: **הטיטה הראשונה**).²⁴ בסעיף 2 לנוסח זה הוצע להגביל את סמכותם של בתי המשפט לפסול החלטה מכוח עילת הסבירות, אולם בשונה מהצעת שר המשפטים, נוסח זה התייחס להחלטות של הממשלה, של ראש הממשלה, של שרים ושל נבחר ציבור בלבד. בסעיף 2 לנוסח זה הוצע להוסיף לחוק-יסוד: השפיטה את סעיף 15(ד) שייקבע בו כך :

"על אף האמור בחוק-יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון, לא ידון ולא ייתן צו נגד הממשלה, ראש הממשלה, שר משריה או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם."

נוסח הטיטה הראשונה מטעם יו"ר הוועדה מיום 17.1.23, מצורף ומסומן **מש/3**.

37. ביום 22.1.23 התכנסה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן: **ועדת החוקה** או **הוועדה**) לדיון בקידום הצעת חוק-יסוד מטעם הוועדה ליישום הרפורמה האמורה.²⁵ בפתח הדיון הבהיר יו"ר הוועדה כי קידום הצעת חוק לצמצום עילת הסבירות "לא תלוי בהחלטה זו או אחרת של בית המשפט".²⁶ בדיון הציג יו"ר הוועדה את סעיף 2 לנוסח הטיטה הראשונה

²⁴ במסמך צוין כי ה"תיקון יחייב עריכת תיקונים משלימים בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. טיוטת נוסח כאמור, שנועדה לקידום גם כן כהצעה מטעם הוועדה, בשם הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – הוראות לעניין הוועדה לבחירת שופטים), התשפ"ג-2023, הופצה מטעם היו"ר לאחר מכן.

²⁵ הדיונים ביישום הרפורמה החלו עוד ביום 11.1.23, אולם הדיון שהתקיים ביום 22.1.23 היה הדיון הראשון לאחר פרסום הנוסח שיוזכר להלן מטעם יו"ר הוועדה. נציין כי סיעות האופוזיציה החרימו את הדיון לאחר שהייעוץ המשפטי לוועדה הבהיר כי בשל קוצר הזמנים לא התאפשר להשלים מסמך הכנה לוועדה קודם למועד הדיון. על כן השתתפו בדיון זה נציגים מסיעות הקואליציה בלבד, לצד אנשי אקדמיה בעלי מומחיות במשפט מינהלי.

²⁶ הבהרה זו ניתנה על רקע פסק הדין **בעניין שיינפלד**, שניתן מספר ימים קודם לכן. יו"ר הוועדה הסביר: "כשהצגנו במפלגת הצינונית הדתית את התוכנית שלנו, התייחסו לסוגיה הזאת של התערבות בית המשפט במינוי שרים, בלי שום קשר וכלי שידענו אם יוגש בג"ץ, מה יהיה פסק דינו של בג"ץ וכדומה".

שהציע, והבהיר כי בניגוד להצעת שר המשפטים, נוסח זה אינו מבטל את עילת הסבירות לחלוטין אלא מבטל אותה אך ביחס להחלטות נבחרי ציבור (עמ' 7 לפרוטוקול):

”בשונה מהנוסח שהתפרסם מטעם שר המשפטים, שמדבר על עילת הסבירות ומנסה להתמודד ולבטל אותה לכל הערכאות, ולהשאיר את עילות המשפט המנהלי האחרות לכל הגופים, כאן אנחנו יותר הולכים בגישה שהציג השופט סולברג במאמריו ובפסקי דינו שאומר, שכאשר עוסקים בסבירות של נבחרי ציבור מתעוררת בעיה דמוקרטית, ולכן למקום את זה יותר בכיוון שם.”

38. חה"כ טלי גוטליב אמרה כי לדעתה אין תועלת בהתוויה חקיקתית של עילות הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות, וצמצום הביקורת השיפוטית עדיף שייעשה בדרך של הגדרת החלטות מסוימות כבלתי-שפיטות. במהלך הדיון הוזכרו כדוגמה להחלטות כאלה, שלדעתה יש מקום לשלול את סמכות בתי המשפט להתערב בהן, החלטות על מינויים בכלל ועל מינויי שרים בפרט.

39. לפני הוועדה הופיעו גורמים שונים. הראשון שקיבל את רשות הדיבור היה פרופ' ישראל אומן שהתייחס בדבריו לנושא הסבירות ואמר שאם מעוניינים לשלול את סמכות בתי המשפט להתערב בהחלטות מסוימות, עדיף לציין את הנושאים שבהם עוסקות החלטות אלה ולקבוע כי נושאים אלו לא יהיו שפיטים, מבלי לציין את העילות המשפטיות שעליהן התערבות בתי המשפט מבוססת (עמ' 17 לפרוטוקול).

40. דובר נוסף שהופיע לפני הוועדה הוא ד"ר אביעד בקשי, ראש המחלקה המשפטית בפורום קהלת, שהבהיר כי ההצעה נוגעת לעילת הסבירות בלבד אך אינה פוגעת בסמכות בתי המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות מכוח עילות אחרות כדוגמת אפליה, פגיעה בזכויות אדם, שיקולים זרים וחוסר חוקיות. עוד הוסיף ד"ר בקשי, כי "כשנית משפט קיבל סמכות בחוק לבחון קיומה של עילה מסוימת, אז ברור שהביטוי סבירות הוא אמת מידה רלוונטית". יו"ר הוועדה הסכים עם דבריו, ואף ביקש שיירשם בפרוטוקול כי הוא מהנהן (עמ' 26 לפרוטוקול).

41. פרופ' רון שפירא, שהופיע אף הוא לפני הוועדה, טען כי עילת הסבירות "מאוד מקובלת בעולם" בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית, וכי בשיטת המשפט הקונטיננטלית הנהוגה ביבשת אירופה היא אף נחשבת לחלק מעקרון שלטון החוק. פרופ' שפירא תמך בגישתו של פרופ' אומן, והסביר שגם אם תישלל הסמכות לפסול החלטות מינהליות בשל חוסר סבירות, יימצאו לבתי המשפט עילות ביקורת אחרות, דוגמת המידתיות, שיביאו לתוצאה זהה. לדבריו, המידתיות והסבירות אינן זהות אך המידתיות היא "דרך עוקפת קלה מאוד להגיע לאותה תוצאה".

42. באותה ישיבה הופיעה גם פרופ' מרגית כהן, כנציגת 'פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה'. פרופ' כהן ציינה כי לדעתה הצעת החוק מבטאת "פירוק של המבנה הדמוקרטי, מתן כוח מופרז לממשלה, אין יותר בלמים". נוסח הצעת החוק שהוועדה דנה בו עסק

כזכור בנושאים שונים, אולם פרופ' כהן התייחסה בדבריה גם לביטול עילת הסבירות בפרספקטיבה של החלטות על מינויי שרים (עמ' 76 לפרוטוקול). היא ציינה כי הסבירות ביחס למינויים נחוצה בשל ההבדל בתרבות הציבורית בין ישראל למדינות אחרות, משום שלדבריה בישראל אין די בפעילות לא ראויה של נושא משרה כדי להוביל להתפטרותו. היא גם ציינה שההתערבות מטעמי סבירות נדירה מאוד, ולאחר שבדקה מאות מקרים מצאה כי רק במקרים החריגים והקיצוניים ביותר מגיע בית המשפט להתערבות כזו.²⁷

43. דיון כללי נוסף בעניין הטיוטה הראשונה התקיים בוועדה למחרת, ביום 23.1.23.

44. ביום 27.1.23 הופץ לחברי הוועדה מסמך הכנה כללי מטעם הייעוץ המשפטי לוועדה (להלן: **מסמך ההכנה הכללי**), המתייחס לטיוטה הראשונה (ולצדו – מסמך הכנה בעניין התיקון הנוגע לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים). מסמך זה הוצג לחברי הוועדה בדיון שהתקיים ביום 29.1.23. במסמך זה הובהר כי הוא מכיל "רקע כללי תמציתי ושאלות מרכזיות לדיון", וכי לקראת הדיון בכל אחד מרכיבי ההצעה יונח לפני הוועדה מסמך הכנה נפרד ומפורט המתייחס לאותו רכיב.

מסמך ההכנה הכללי מצורף ומסומן מש/4.

45. במסמך ההכנה הכללי הובהר כי על פי הגישה המקובלת בדמוקרטיה המערביות, הגדרתה של מדינה כדמוקרטית אינה מתמצה בעקרון שלטון הרוב אלא כוללת עקרונות מרכזיים נוספים, שבראשם הגנה על זכויות אדם ועקרון הפרדת הרשויות. במסמך זה נכתב כי הטיוטה הראשונית, שכללה שורה של תיקונים חוקתיים מוצעים, פוגעת בהפרדת הרשויות, בביזור הכוח השלטוני ובהגנה על זכויות הפרט ועל 'כללי המשחק' הדמוקרטיים, משום שהיא משלבת נקודות קיצון מהצעות שונות שהוצעו בעבר, תוך השמטת כל מנגנוני האיזון שהוצעו בהם, ובדרך זו פוגעת קשות ביכולתו של בית המשפט לשמש כבלם לכוחן של הרשויות האחרות – המחוקקת והמבצעת. באופן ספציפי, הועלו שאלות ראשוניות ביחס לעילת הסבירות (תוך שהובהר כי מסמך הכנה מפורט יופץ ביחס לכל סוגיה בעת שתידון בוועדה), ובהן:

– "בחינת ההצדקות להגבלת עילת הסבירות, ובפרט מהם המקרים הקונקרטיים שבהם מתעורר קושי עם החלת העילה, ועיצוב ההסדר לאורם. ניתן לעשות כן על-ידי הגבלת העילה רק באשר לאותם מקרים קונקרטיים, או למצער, לבחון את האפשרות להחריג מן ההסדר פעולות של הרשות המבצעת הפוגעות בזכויות אדם, התקנת חקיקת משנה (תקנות וצווים) אשר עילת הסבירות משמשת ככלי לבחינתם מאז קום המדינה וכיוצא באלה. זאת כדי

²⁷ טענה דומה נשמעה מפי השופטת (בדימ') אילה פרוקצ'יה בדיון הוועדה מיום 31.1.23: "החשיבות המיוחדת של בחינת הסבירות היא במדינה שחסרה בה אתיקה שלטונית. וזה חשוב לומר מפני שאין לנו, לצערי, אתיקה שלטונית שמייחרת הליכה לבית המשפט, בחינה משפטית של שאלות אתיקה ועננה פלילית שמרחפת מעל נבחר ציבור. יש מדינות שבהן אין צורך להגיע לבית המשפט, אין צורך להגיע למשפט כי האתיקה השלטונית הציבורית אומרת את שלה הרבה לפני המשפט. אצלנו זה לא קיים. עילת הסבירות משמשת גם איזשהו כלי על מנת למלא את החסר באתיקה השלטונית".

לצמצם ככל הניתן את הנזק שעלול להיגרם מקביעת הגבלה משמעותית על עילת הסבירות ביחס למי שנפגע מפעולתה של הרשות המבצעת.
- בחינת ההשפעה של הגבלת עילת הסבירות על האפשרות לעשות שימוש בעילות אחרות לביקורת שיפוטית על רשויות המינהל הכרוכות בעילת הסבירות (למשל, קביעה של בית המשפט כי הרשות לא נהגה כרשות מינהלית סבירה מאחר שלא בחנה את התשתית העובדתית כנדרש)."

46. בדיון שהתקיים ביום 29.1.23, ובתשעה דיונים נוספים שעסקו בטיוטה הראשונה מטעם יו"ר הוועדה, התמקדה הוועדה בדיוניה בעיקר בתיקונים שהוצעו בעניין הרכב הוועדה לבחירת שופטים ושפיטות חוקי היסוד. ביום 13.2.23 אישרה ועדת החוקה שתי הצעות חוק מטעמה לקריאה הראשונה – הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות) והצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 105) (הוראות לעניין הוועדה לבחירת שופטים), (התשפ"ג-2023). נושא צמצום עילת הסבירות לא נכלל בהצעות אלה. שתי הצעות החוק הללו אושרו בקריאה הראשונה על ידי המליאה (בדיון שהחל ביום 20.2.23), הוועדה הכינה אותן לקריאות השנייה והשלישית²⁸ והן הונחו על שולחן הכנסת בדיון המליאה שהחל ביום 27.3.23. לעת הזו, הצעות אלה לא אושרו במליאה.

47. בתקופה שבין ה-13.2.23 ל-5.3.23 קיימה ועדת החוקה 13 דיונים בתיקונים שהוצעו בטיוטה הראשונה בעניין שינוי הוועדה לבחירת שופטים, שלילת הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית ופסקת ההתגברות. במסגרת זו אף קיימה הוועדה ביום 21.2.23 דיון חסוי בעניין ההשלכות הביטחוניות של קידום הסוגיות הכלולות בטיוטה הראשונה בכללותה. בסיום דיונים אלה, אישרה הוועדה ביום 5.3.23 את הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק). נושא צמצום עילת הסבירות לא נכלל גם בהצעה זו. הצעת החוק הזו אושרה בקריאה הראשונה במליאה שהחלה ביום 13.3.23, אך לא קודמה מאז.

48. ביני לביני, ביום 15.3.23 פרסם נשיא המדינה מתווה מטעמו, שזכה לכינוי "מתווה העם". מתווה זה נועד להוות בסיס להליכי חקיקה שיסדירו בהסכמה רחבה את היחסים החוקתיים בין הרשויות השונות בישראל. מתווה העם כלל הסדרים מוצעים באשר לאופן כינונם של חוקי יסוד, ביחס לביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים, באשר לאופן בחירת השופטים, ביחס לזכויות יסוד ובאשר למעמד הייעוץ המשפטי לממשלה. בהתייחס לעילת הסבירות, צוין במתווה העם כך:

1. "החלטות הממשלה במליאתה, בענייני מדיניות ומינויים לשרים לא ייפסלו מחמת אי סבירות בלבד.
2. החלטות של שרים בענייני מדיניות לא יפסלו מחמת אי סבירות בלבד אלא אם יש בהן משום שרירותיות או שהן מופרכות.

²⁸ שמות ההצעות כפי שהונחו לקריאות השנייה והשלישית במליאת הכנסת היו הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) והצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 101), התשפ"ג-2023.

3. על אף האמור לעיל, הלכת הסבירות תמשיך לחול, ככל שהיא חלה לפי פסיקת בית המשפט העליון עובר לחקיקת ההסדרים הקבועים במסמך זה, בכל הנוגע ליתר רשויות המדינה ורשויות ציבוריות אחרות.”

49. ביום 27.3.23 הודיע ראש הממשלה על הקפאת כינונה של הצעת חוק היסוד דאז, לצורך קיום שיחות בבית הנשיא.

2.ב. הצעת חוק היסוד המתקן מושא העתירה

50. ביום 25.6.23 התכנסה ועדת החוקה לדון לראשונה בהצעת חוק היסוד המתקן. לחברי הוועדה הופץ נוסח מטעם יו"ר הוועדה מיום 20.6.23, שבו הוצע להוסיף לחוק היסוד את סעיף 15(ד1) שבו ייקבע כדלהלן:

“על אף האמור בחוק-יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון, לא ידון ולא ייתן צו נגד הממשלה, ראש הממשלה, שר משריה או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם.”

51. נוסח זה זהה לנוסח הסעיף שהוצע בעניין עילת הסבירות, כפי שנכלל בטיוטה הראשונה שהפיץ כאמור יו"ר הוועדה ביום 17.1.23.

52. שלושה ימים לאחר מכן הופץ לחברי הוועדה גם מסמך שהוכן על-ידי הייעוץ המשפטי לוועדה, מיום 23.6.23, שכותרתו “מסמך ההכנה מס' 6 – הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון) – עילת הסבירות” (להלן: **מסמך ההכנה**). מסמך ההכנה סקר בקצרה את התפתחות המשפט המינהלי בדין הישראלי, ובכלל זה את תולדותיה של עילת הסבירות בפסיקת בית המשפט הנכבד, לרבות מקורותיו במשפט האנגלי, ועמד על סוגי מקרים שבהם עילה זו שימשה את בתי המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות.

מסמך ההכנה מיום 23.6.23 מצורף ומסומן **מש/5**.

53. במסמך ההכנה הוצגה המחלוקת הקיימת, הן בפסיקה הן בקרב מלומדים, בעניין עילת הסבירות, ואף הובא פרק של משפט משווה. בסוף המסמך הוצע כי במסגרת דיונה, הוועדה תיתן דעתה לנקודות הבאות:

(1) **האם יש הצדקה להטיל מגבלות על עילת הסבירות בכלל, ובחקיקה בפרט? זאת,** נוכח המחלוקת שהוזכרה לעיל סביב השימוש בעילת הסבירות.

(2) **היקף המגבלות המוצעות.** במסמך ההכנה צוין כי הצעת הנוסח מטעם יו"ר הוועדה אינה כוללת רק צמצום של עילת הסבירות 'המהותית' ביחס לנבחר ציבור, והשבתה

לאופי שנשאה לפני פסק הדין **בעניין דפי זהב** ("סבירות של מופרכות"), אלא מוצע בה ביטול מוחלט של עילה זו ביחס להחלטות של נבחרי ציבור.

(3) **הפגיעה ביכולתו של בית המשפט לקדם נורמות שלטון תקינות ולהגן על פרטים.**

במסמך ההכנה צוין כי הנוסח המוצע מעניק למעשה פטור מביקורת שיפוטית על שורה של החלטות מינהליות, שבהן לא מתקיימות עילות ביקורת אחרות. בהקשר זה נכתב כי אם הפגיעה אינה בזכות חוקתית מוגדרת (ועל כן לא ניתן להשתמש בעילת המידתיות), או כאשר החלטה התקבלה תוך מתן משקל זניח לשיקולים כבדי משקל (למשל – לעמדת המומחים הנוגעים לעניין), עלול בית המשפט להישאר ללא כלים מתאימים לבקר את ההחלטה.

(4) **אי-בהירות ביחס לעילות ביקורת נוספות הכרוכות בעילת הסבירות.**

נכתב כי בהיעדר הסדרה כוללת של חובות הרשות המינהלית ועילות הביקורת המינהלית עלולה להיווצר אי בהירות בכל הנוגע למעמדן של עילות ביקורת נוספות, הקרובות במהותן לעילת הסבירות: האיסור של שקילת שיקולים זרים, המידתיות (ובמיוחד המידתיות במובן הצר) ועילות הביקורת ההליכית.

(5) **החלת ההגבלה החקיקתית על כל החלטה של דרג נבחר.**

בהקשר זה צוין כי "ביסוד הנוסח המוצע עומדת ההבחנה שניתן למצוא לה ביטוי בפסיקתו ובכתיבתו האקדמית של השופט סולברג – בין החלטות המתקבלות בידי הדרג הנבחר (ממשלה, שרים ונבחרי ציבור אחרים) ובין החלטות המתקבלות על-ידי דרגים נמוכים יותר ברשות המבצעת". בבסיס הבחנה זו עומדת ההנחה כי החלטות של דרג נבחר הן מטבען החלטות מדיניות בעלות אופי ערכי-מקצועי, והנחה נוספת שלפיה דרג נבחר המקבל החלטות בלתי-סבירות חשוף כתוצאה מכך למחיר אלקטורלי ולביקורת פרלמנטרית על פעולתו. דא עקא, הודגש כי הנחות אלה אינן נקיות מספק, שכן החלטות רבות של הדרג הנבחר הן החלטות ספציפיות בעניינו של הפרט ולא החלטות מדיניות; הבוחרים אינם מגבשים את דעתם ביחס לשר או לרשימה מסוימת בהתבסס על החלטה קונקרטיה אלא מתמקדים בשאלות כלליות של מדיניות או של התאמה לתפקיד; במקרים רבים החלטות מקצועיות במהותן מובאות לאישור השר או הממשלה; ואישור הצעת חוק היסוד עלולה ליצור תמריץ להבאת החלטות בעייתיות לאישור השר כדי למנוע את בחינת סבירותן.

(6) **היעדר ביקורת שיפוטית על חקיקת עזר ועל חקיקת משנה.**

במסמך ההכנה הוזכר שעילת הסבירות בגרסתה המצומצמת (גישת Wednesbury) הוחלה בעיקר על חקיקת עזר ועל חקיקת משנה. נטען אם כן כי משעה שחיקוקים אלה מותקנים על ידי שרים ורשויות מקומיות, משמעות הדבר היא שאישור הצעת חוק היסוד יאיין את היכולת לבחון את סבירותם.

(7) **שאלות המתעוררות ביחס לנוסח המוצע** – בנוגע לזהות נבחרי הציבור שעליהן תחול ההצעה, בהתייחס לתחולתה על ממשלות מעבר שאינן נהנות מאמון הכנסת ומצויות במעין 'גרעון דמוקרטי', ובאשר ליחס שבין הצעה זו לבין סעיפים בחוק-יסוד: הממשלה העוסקים באצילת סמכויות ובנטילת סמכויות על ידי שרים.

54. במסמך ההכנה הובאו הצעות של מלומדים ושופטים לצמצום עילת הסבירות או להגבלתה בדרכים שונות מזו שהוצעה על ידי יו"ר הוועדה. כך למשל, הוזכרה האפשרות להגביל את עילת הסבירות רק ביחס לסוג מסוים של החלטות, דוגמת החלטות מדיניות, החלטות של הממשלה במליאתה או החלטות שאינן נוגעות לזכויות אדם; תוך יצירת מנגנונים הליכיים חלופיים שיחולו על החלטות אלה (תיעוד מפורט של ההחלטה, חובת הנמקה מוגברת וכד').

3.3. הדיון בהצעת החוק המתקן לקראת הקריאה הראשונה

55. החל מיום 25.6.23 קיימה ועדת החוקה חמישה דיונים בטיטת חוק היסוד שהציג יו"ר הוועדה, לצורך גיבוש הצעת חוק מטעם הוועדה לקריאה הראשונה במליאה. בדיונים אלה הביעו עמדתם חברי כנסת רבים וכן נשמעו עמדותיהם של היועץ המשפטי לוועדה, נציגי הייעוץ המשפטי לממשלה, נציגי משרדים ממשלתיים, נציגי אקדמיה ונציגי החברה האזרחית.

56. בפתח הדיון הראשון, שהתקיים כאמור ביום 25.6.23, נשמעו דברי פתיחה מאת חברי כנסת שונים, אשר עמדו על חשיבות הסוגיה שעל הפרק, והזכירו – לחיוב או לשלילה – כמה מהמקרים שבהם פסל בית המשפט החלטות מינהליות מחמת חוסר סבירות. בין חברי הכנסת שנשאו דברי פתיחה ניתן למנות את חה"כ ארז מלול, חה"כ יוליה מלינובסקי, חה"כ אורית פרקש הכהן, חה"כ גלעד קריב, חה"כ יואב סגלוביץ', חה"כ עמית הלוי, חה"כ משה סעדה, חה"כ אפרת רייטן מרום, חה"כ מתן כהנא, חה"כ טלי גוטליב, חה"כ אלעזר שטרן, חה"כ מרב כהן, חה"כ ולדימיר בליאק, חה"כ מרב מיכאלי, חה"כ אורנה ברביבאי, חה"כ יוראי להב הרצנו, חה"כ שרון ניר וחה"כ בני גנץ.

57. בתוך כך, חלק מחברי הכנסת ביקרו את העובדה שהצעת חוק היסוד מובאת כהצעת חוק מטעם הוועדה ולא כהצעת חוק ממשלתית, את המהירות שבה הייתה כוונה לקדם את הצעת חוק היסוד, את קידום הצעת חוק היסוד ללא הסכמה רחבה, ואת כוונת הקואליציה לקדם בהמשך רכיבים נוספים של הרפורמה המתוכננת במערכת המשפט ובכך להגדיל את כוחה של הרשות המבצעת. לטענת המתנגדים להצעת חוק היסוד, אין מקום לבחון הצעה זו כשלעצמה ויש להתבונן על מכלול הרפורמה המוצעת, אשר צמצום עילת הסבירות הוא חלק בלתי נפרד הימנה. לגופו של עניין, חברי הכנסת עמדו על הקשיים שבשימוש בעילת הסבירות והזכירו את המחלוקת שנתגלעה לגביה בין מומחי משפט ובין שופטי בית המשפט הנכבד.

58. חה"כ טלי גוטליב טענה שיש מקום "לתת פתרון להתערבות בג"ץ בהחלטות מינויים של הממשלה", אך טענה כי "הנוסח כאן הוא דרקוני בהרחבתו", ולכן הציעה לצמצמו ולהחילו רק על החלטות של ראש הממשלה ושל ממשלה שקיבלו את אישור הכנסת. בנוסף הציעה חה"כ גוטליב שלא לכלול בהצעת חוק היסוד החלטות של נבחר ציבור, כי "חייבים להשאיר לאזרח את היכולת לפנות ולעתור כנגד החלטות רשויות מקומיות, כי עם כל הכבוד אני לא מגנה בצורה כזאת על שיקול דעת של ראש הרשות" (עמ' 27-28 לפרוטוקול).

59. יו"ר הוועדה טען שצמצום עילת הסבירות, כך שלא תחול על נבחר ציבור, "היא הפתרון שהציע השופט סולברג" (וזאת בהתבסס על מאמרו של כב' השופט סולברג), והביע דעתו כי הנוסח המוצע מאוזן ומתון (עמ' 72-73 לפרוטוקול):

"ההצעה לצמצם את עילת הסבירות כך שלא תחול על נבחר ציבור היא ההצעה הפרקטית שמאפשרת להתמודד עם כך שעילת הסבירות היא עילה שאין לה שום בסיס בחוק. בניגוד לדברים שנאמרו כאן היא לא אומרת שנבחר ציבור או לא נבחר ציבור לא כפופים לחוק, אלא להפך, היא באה ואומרת שעילת הסבירות היא עילה שבה משתמשים כאשר אין עילה של אי-חוקיות כדי לפסול את מעשה המינהל, אין עילה של פגיעה בזכויות אדם כדי לבטל את מעשה המינהל, אין עילה של שיקולים זרים שעל בסיסה אפשר לבטל את מעשה המינהל – אין את כל העילות האלה שחלקן בחוק..."

עילת הסבירות נועדה בדיוק לכל המקרים האלו שבהם בית המשפט, שוב כהגדרתו של יושב-ראש יש עתיד, יאיר לפיד, מבצע השתלטות, שלא לומר השתלטות עוינת על תהליך קבלת ההחלטות במדינה. לזה היא נועדה... היינו יכולים לנסות לשחק במילים ולהגיד: הוא התערב רק כאשר מדובר בסבירות קיצונית שאין למעלה ממנה, נגעת באדם, רק מה שיקרה שכל פסקי הדין ישתנו, ויתוספו אליהם המילים "נגעתי באדם". זה הכול. זה לא יעשה דבר. את החולשה הזאת של ניסיונות הצמצום של עילת הסבירות, עליה הצביעו מבקרים רבים של עילת הסבירות, ובהם כמוכן פרופ' יואב דותן וגם השופט סולברג שהוזכר מלכתחילה – כדי לצמצם את עילת הסבירות באופן שעולה בקנה אחד עם ההיגיון הדמוקרטי, ההצעה שהיא לא תחול על נבחר ציבור היא החלטה מאוזנת, מתונה."

60. בהמשך הדיון, יו"ר הוועדה הדגיש כי הנוסח המוצע אינו שולל את התערבות בית המשפט בהחלטות מינהליות על יסוד עילות אחרות, זולת עילת הסבירות. כלשונו, "הזכרתי בדבריי לפחות שלוש, אולי ארבע, עילות שונות של התערבות במעשי מינהל שאינם עילת הסבירות, כולל במעשי מינהל של נבחר ציבור. דיברתי על פגיעה בזכויות אדם, ואז מדובר בעילת המידתיות. דיברתי על עילת האי-חוקיות. דיברתי על השיקולים הזרים. יש עוד, הרבה מאוד עילות מינהליות שאפשר למנות את כולן, חלקן גם מוזכרות במסמך ההכנה... לכן ההצעה לצמצם את עילת הסבירות כך שלא תחול על נבחר ציבור משרתת את האינטרס הדמוקרטי, בסופו של דבר את הסבירות של נבחר ציבור בוחנים גם נבחר ציבור כאן בכנסת וגם הציבור שמצביע לכנסת, ולכן יש רציונל דמוקרטי שעילת הסבירות לא תחול עליהם" (שם, עמ' 77).

61. במהלך הדיון הראשון בהצעת חוק היסוד המתקן הציג היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד ד"ר גור בליי, את מסמך ההכנה. היועץ המשפטי לוועדה הבהיר כי הצעת חוק היסוד היא "חקיקה חריגה", שכן היא אינה באה לעגן את כל כללי המשפט המינהלי ולקבוע את גבולות הגזרה של הכללים השונים ושל עילות ההתערבות השיפוטית, אלא מתייחסת להיבט צר ומצומצם של עילת הסבירות בלבד, ואף זאת על דרך השלילה ומבלי לפרש מה נכלל בעילת הסבירות. היועץ המשפטי לוועדה הציג את עמדת היועץ המשפטי לכנסת, שלפיה "אם הוועדה מגיעה למסקנה שצריך להגביל בחקיקה את עילת הסבירות... אנחנו חושבים שההגבלה על כלל ההחלטות של הדרג הנבחר עלולה להיות רחבה מדי, ולכן גם הצענו במסמך לשקול בוועדה למקד את ההגבלה בהחלטות מסוימות של הדרג הנבחר". זאת, שכן "הוצאה של כל הדרג [הנבחר] מעילת הסבירות עלולה להשאיר תחומים חשובים בפעילות הממשלתית בלי פיקוח אפקטיבי של בית המשפט, כשהעילות האחרות לא נותנות מענה מספק".

62. היועץ המשפטי לוועדה ציין שלצד הדוגמאות שבהן נפסלו החלטות בלתי-סבירות, "יש אלפי, אולי עשרות-אלפי, החלטות שרשות מבצעת מקבלת, שרובן המכריע לא מגיע בכלל לבג"ץ, וגם מתוך אלה שמגיעות לבג"ץ, רובן המכריע לא נפסל". יו"ר הוועדה טען בתגובה שגם כאשר לא מוגשת עתירה נגד החלטה, עצם האפשרות לעשות זאת עשויה לגרום לכך ש"ההחלטה מתקבלת בצורה שמנסה לקלוע לטעמו של בית המשפט".

63. בהמשך, היועץ המשפטי לוועדה הזכיר את המחלוקת הקיימת בפסיקה ובספרות המשפטית ביחס לעילת הסבירות, ואת הביקורות שהופנו כלפי עילה זו בשל טענות לעמימותה, להיעדר לגיטימציה דמוקרטית ולכך שהיא יוצרת אי ודאות בתחום המשפט הציבורי. לצד זאת, היועץ המשפטי לוועדה ציין כי מרבית הגורמים שביקרו את עילת הסבירות, כדוגמת כב' הנשיא (בדימ') גרוניס, הציעו לצמצמה באמצעות הפסיקה, ולא בדרך חקיקתית, כך שעדיין תיוותר לבית המשפט הגמישות הנדרשת שתאפשר לעשות בה שימוש "כאמצעי אחרון במקרים מסוימים". היועץ המשפטי לוועדה הדגיש כי בהתאם לנוסח המוצע, בתי המשפט לא יוכלו לבקר החלטות מינהליות על בסיס עילת הסבירות גם במקרים שבהם ניתן היה לעשות זאת בטרם פסק הדין בעניין דפי זהב.

64. היועץ המשפטי לוועדה ציין עוד, כי הצעת חוק היסוד המתקן אינה מונעת מבית המשפט את השימוש בעילות אחרות, כדוגמת עילת המידתיות (אם כי עילת המידתיות אף היא עמומה). לצד זאת, היועץ המשפטי אמר כי במקרים שבהם ניתן "משקל זניח או קטן מאוד" לשיקולים רלוונטיים, כדוגמת חוות דעת מקצועיות, ואין מדובר במקרה שמעורבת בו זכות מוגנת, "יהיה קשה למעשה עד בלתי אפשרי לפסול אלא בחוסר סבירות".

65. חלק מחברי הכנסת הביעו חשש מכך שאם בית המשפט יבקר החלטות מינהליות על בסיס עילות אחרות, תבטל הכנסת גם את סמכותו לעשות שימוש בעילות אלה. כך לדוגמה טען חה"כ קריב: "באותם מקרים קיצוניים בית המשפט ילך לעילות מינהליות אחרות. ואז מה תעשו? בתוך חמש שנים נתקפו את העילות המינהליות האלה, כי מה שאתם רוצים, אתם רוצים שלא תהיה

ביקורת. לא מעניין אתכם שהביקורת לא תהיה על בסיס הסבירות אלא המידתיות. אתם לא רוצים ביקורת. אתם רוצים שלטון בלי רסן".

66. היועץ המשפטי לוועדה הציג סיטואציה נוספת שבה קשה למצוא עילת ביקורת חלופית לעילת הסבירות: כאשר "שיקול זר זועק מהסיטואציה והשתמשו בחוסר סבירות קיצונית" כדי להתגבר על קשיי הוכחה (שם, עמ' 111). בהקשר זה ציטט היועץ המשפטי לוועדה ממאמרו של כב' השופט סולברג, וכן את דברי כב' השופט שטיין שקבע: "דוקטרינת הסבירות מספקת לבתי המשפט כלי יעיל והכרחי לביקורת שיפוטית תחת חוסר ודאות, ואינה מאפשרת לרשויות השלטון להסתיר את קלקלתן על ידי ניצול של עמימות המסד העובדתי". הוא סיכם את דבריו בציינו כי בכל המקרים שתיאר עלול להיווצר "ואקום של פיקוח שיפוטי" שעלול להיתפס כפוטר את מקבלי החלטות מחובת הסבירות. דוגמא נוספת שהציג היועץ המשפטי להחלטות שקשה למצוא עילה שתשמש לביקורת שיפוטית עליהן, חלף עילת הסבירות, היא החלטות של ממשלת מעבר שאינה נהנית מאמון הכנסת, ודיני הריסון הנוגעים לה התפתחו מתוך דוקטרינת הסבירות.

67. היועץ המשפטי לוועדה התייחס גם למשפט המשווה ולהרחבת עילת הסבירות במדינות אחרות שנהג בהן בעבר סטנדרט ההתערבות המצומצם שנקבע בעניין **Wednsbury**, והסביר שהרחבה זו נועדה בין היתר לקדם קבלת החלטות בהליך מינהלי רציונלי ולוגי (עמ' 115-116 לפרוטוקול).

68. יו"ר הוועדה הסכים שצמצום עילת הסבירות עלול להותיר החלטות מסוימות בלא ביקורת אפקטיבית, אך טען שאין מנוס מכך (עמ' 113 לפרוטוקול):

"העניין הוא מאוד מאוד פשוט. אומר השופט סולברג, גם אני אמרתי את זה בתחילת דבריי. הרי כל הבעיה וכל הרציונל לצמצם את זה לנבחרי ציבור, הרי זה לא נקי לוגית, ברור שזה לא נקי לוגית, זה אני אמרתי בדבריי. הרי אין הצדקה לבוא ולהגיד שבית משפט יתערב בשיקוליו של הממונה על המים. מה הוא מבין בסבירות? ממונה על המים ברשות מקומית – בית המשפט מבין יותר מה סביר ומה לא סביר בשאלה אם לשים מגדל מים במקום הזה או במקום הזה? אין לו יתרון מובנה. אין לו יתרון ממסדי. כך אומר גם השופט סולברג. ברור שבמקרים קיצוניים טוב לנו שהוא יתערב, ובמקרים לא קיצוניים לא טוב לנו שהוא יתערב. אבל יש בעיה מובנית, והבעיה המובנית היא כזאת: אין דרך – ואני אמרתי את זה במפורש בדברי הפתיחה שלי – אין דרך למתוח את הקו בין אי-סבירות קיצונית לאי-סבירות לא קיצונית. אין דרך לעשות את זה [...] ולכן מציע השופט סולברג: ברור שיהיו מקרים שייפלו כאן או ייפלו כאן, אבל הוא מציע לעשות את זה מאחר שאין דרך לייצר את הקו בצורה של אמירה שתעשה את זה רק בקיצוני-קיצוני, כי ההגדרה הזאת היא שרירותית והיא סובייקטיבית."

69. בהמשך, יו"ר הוועדה טען שהקושי בשימוש בעילת הסבירות גובר על הקשיים שעלולים להיווצר עקב צמצומה, וזאת ביחס להחלטות ממשלת מעבר (שכאמור, בפסיקה נקבע שמתחם הסבירות הנתון לה בהחלטותיה מצומצם יחסית): "ממשלת מעבר מכהנת עם גירעון

דמוקרטי, ולכן אתה חושב שצריך עליה יותר סבירות. נכון?... בכמה גירעון דמוקרטי פועל בית המשפט שמעביר את עילת הסבירות? הם נבחרו לתקופה מסוימת, ואתה אומר שעוד מעט בחירות, לכן אני צריך יותר סבירות עליהם. בית משפט לא נבחר, ואתה אומר שהסבירות שלו סבבה" (שם, עמ' 128-129). ביחס לקושי להתערב בהחלטות שיש חשש שהתקבלו משיקולים זרים ציין יו"ר הוועדה: "קח למשל את המקרה של אצטדיון טדי או מקרים אחרים – נניח שהוא היה מקל את רף ההוכחה לטובת השיקולים הזרים והיה אומר: לי נראה שהפירוש הסביר ביותר של המציאות היא שדרעי נתן שם החלטה משיקולים זרים, כי הוא לא רוצה כדורגל בשבת... אני בית המשפט אומר לך שזה שיקול זר בתכנון ובנייה. מה אני כמחוקק יכול לעשות?... תן לי את הכלי כמחוקק לבוא ולהגיד לו: לא, כדורגל בשבת זה לא שיקול זר, ואני אכלול את זה כרף השיקולים ואני אתקן את החוק בהתאם. אבל בשנייה שהוא עושה סבירות, אני כמחוקק עומד חסר אונים. אני לא יכול אפילו להעביר את אי-הסבירות של בית המשפט במשקפיים הדמוקרטיות גם לא לאחר מעשה. אני לא יכול לבוא ולהגיד לו: ההחלטה שלך לא נכונה. ולכן דווקא להכריח את בית המשפט לנמק מה השיקול הזר זה משהו אחד, אבל כשהוא לא צריך לעשות את זה, הגירעון הדמוקרטי רק הולך וגדל" (שם, עמ' 129). בנוסף, יו"ר הוועדה שב והבהיר כי טיוטת הצעת חוק היסוד המתקן אינה נוגעת לעילת המידתיות (שם, עמ' 113-115).

70. חה"כ פרקש הכהן, שכיהנה בעבר כיו"ר רשות החשמל, תיארה את הכוח הרב הנתון בידי שרים וראשי רשויות מקומיות וטענה כי רק עילת הסבירות יכולה לאפשר לאדם שנפגע מהחלטות פסולות להתמודד עמן. היא הסבירה כי יש מאות החלטות רגולטוריות הנוגעות לפרטים ולאינטרסים שלהם, אשר שרים נדרשים לחתום עליהן, וכי "שר לא יבוא ויגיד: אני שוקל שיקול פסול, אני שולל רישיון. ראש עירייה לא יבוא לבעל עסק ויגיד: אני לא מחדש לך את העסק, כי אתה, סליחה, מהמגזר הלא נכון, בעל עמדה לא נכונה. ההחלטות האלה בדרך כלל מהניסיון שלי הן על הצד האפור, משתהים עם החלטה, שנה לא מחדשים רישיון. אדם, אזרח, חברה, לא יכולים לקבל את אותן הזכויות שלהם בעילות החליפיות. אני רוצה להסביר. באפליה יש נטל עליו להוכיח אפליה. שוחד וכו' זה בכלל לא בליגה של האזרח, הוא לא יודע ולא יכול להוכיח את הדברים האלה" (שם, עמ' 144-146).

71. ביום 26.6.23 קיימה הוועדה דיון נוסף בטיוטת הנוסח שהציע יו"ר הוועדה. גם דיון זה נפתח בהצהרות חברי כנסת, ששימשו את חברי כנסת מטעם האופוזיציה להביע את התנגדותם העזה להצעת החוק המתקן. בין חברי הכנסת שנשאו דברים נזכיר את חה"כ קארין אלהרר, חה"כ עידן רול, חה"כ קריב, חה"כ בטון, חה"כ עופר כסיף, חה"כ יסמין פרידמן, חה"כ רייטן מרון, חה"כ יפעת שאשא ביטון וחה"כ רון כץ.

72. לאחר מכן הציג עו"ד ד"ר גיל לימון, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, את עמדת היועצת המשפטית לממשלה המתנגדת להצעת חוק היסוד המתקן, בין היתר בשל החשש שהיא תאפשר לרשות המינהלית לקבל החלטות שרירותיות, וזאת בהיעדר הסדרה חקיקתית של חובת הסבירות המוטלת על הרשות המינהלית:

"תיקון החקיקה הזה הונח בפני הוועדה במסגרת של תיקון לחוק יסוד: השפיטה, באופן שיכול לטעת את הרושם כאילו אנחנו עוסקים בשאלה שנוגעת להיקף הסמכויות של בית המשפט, וביחסי הגומלין בין הרשות השופטת לרשות המבצעת. אבל זו ממש לא השאלה שעומדת על הפרק. הנושא הוא אחר לחלוטין. מה שעומד על הפרק הוא החובה שמוטלת על הממשלה, על ראש הממשלה, על שרי הממשלה ועל נבחרי ציבור אחרים לנהוג בסבירות..."

ההבחנה הזו בין עילת הסבירות לחובת הסבירות היא חשובה במיוחד, מאחר שהשימוש בעילת הסבירות על-ידי בתי המשפט מייצג שבירי אחוזים – פרומיל, מתוך השימוש היום-יומי והשוטף של רשויות המינהל בחובת הסבירות. ההחלטות המובאות בסופו של דבר בפני בתי המשפט הן רק טיפה בים ההחלטות המנהליות המתקבלות על-ידי הממשלה, שריה ועובדיה מידי יום.

השופט מישאל חשין ז"ל טבע באחד מפסקי דינו את הביטוי הקולע: 'באין דיין ייעלם אף הדין עצמו'. בהתאמה לנושא שבו אנו עוסקים – באין עילת סבירות ביחס לבחינת החלטותיהם של נבחרי הציבור, תיעלם עמה אף חובתם לפעול בסבירות. לכן, השאלה אותה עלינו לשאול את עצמנו היום היא קודם כל – האם מוצדק לפטור את הממשלה ואת נבחרי הציבור מהחובה לפעול בסבירות, והאם הדבר ייטיב עם האינטרס הציבורי. כי זו תהיה התוצאה המרכזית של החקיקה המבוקשת.

בגיבוש המענה לשאלה הזו, עלינו לזכור שהחלטה שאינה מקיימת את דרישת הסבירות היא גם החלטה שרירותית. על כן, מה שעומד על הפרק זה מתן אור ירוק לממשלה, לראש הממשלה, לשריה ולנבחרי ציבור אחרים – ולהם בלבד – לקבל החלטות שרירותיות, כלומר החלטות שמתעלמות מעובדות ומשיקולים רלוונטיים או שנותנות משקל מוגזם באופן קיצוני לחשיבותם של שיקולים זניחים.

אילו ההצעה הייתה מבקשת לטפל באופן אמיתי במורכבויות של עילת הסבירות, ובהחלט ישנן מורכבויות כאלה, שאעמוד עליהן בהמשך – היא הייתה עוסקת קודם כל בהגדרת חובת הסבירות במשפט המנהלי, ולא עושה זאת באמצעות תיקון לחוק יסוד: השפיטה. אולם, ההצעה אינה מתייחסת כלל לעקרונות הבסיסיים – עיגון חובת הסבירות. במקום זאת, ההצעה כוללת מרכיב אחד בלבד, בעל השלכות קשות ביותר – חסימה מוחלטת של ביקורת שיפוטית על החלטות בלתי סבירות, בהתבסס אך ורק על זהות מקבל החלטה, ביחס להחלטות החשובות ביותר שמתקבלות על-ידי הדרג הממשלתי הגבוה ביותר.

ההצעה אינה מסתפקת בכך שבית המשפט לא ייתן צו בעילה של סבירות, אלא היא קובעת שהוא כלל לא ידון בסבירות ההחלטה. הדבר מלמד שתכלית ההצעה היא יצירת חור שחור נורמטיבי, שגבולותיו הרבה יותר רחבים מהקשיים אותם מעוררת עילת הסבירות.

כפי שאסביר, עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה היא כי המשמעות של החור השחור הנורמטיבי שיווצר היא פגיעה קשה בערכים בסיסיים של הדמוקרטיה הישראלית – תקינות פעילות המנהל, טוהר המידות של השירות הציבורי, הגינותו של השלטון ביחסיו מול הפרט ושלטון החוק. חובת השלטון לנהוג בסבירות היא ערוכה חשובה לשמירה על כל אלה. ביטולה, מבלי שמוצע תחליף אחר לשמירה על אותם עקרונות וערכים, יפגע ביכולתו של בית המשפט להגן על הפרט מפני שרירות שלטונית.

הביטול אף יפגע ביכולת שלנו, הייעוץ המשפטי לממשלה, והייעוץ המשפטי הציבורי, לקדם את השמירה על שלטון החוק; שכן עילת הסבירות לא רק מאפשרת ביקורת שיפוטית בדיעבד על ההחלטה המנהלית, אלא היא גם מכוונת את הגורם המחליט בקבלת החלטה מלכתחילה.

הלכה למעשה, במרבית המקרים שבהם עומדות על הפרק החלטות שרירותיות ובלתי סבירות באופן קיצוני, הן נבלמות לרוב עוד במהלך גיבושן, על-ידי אנשי הייעוץ המשפטי לממשלה, המשמשים כשומרי סף מפני הפרת החובות המוטלות על הרשות המנהלית.

73. בנוסף, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה התייחס לטענה שלפיה ביטול עילת הסבירות ביחס לממשלה ושריה אינו מונע ביקורת שיפוטית, שכן יימצאו לבתי המשפט עילות חלופיות במקומה. בהקשר זה הוא הביא דוגמאות מתחומים שונים, שבהם לשיטתו לא קיימות עילות מינהליות אחרות שיכולות לתת מענה לצורך בביקורת שיפוטית על החלטות הדרג הנבחר: תחום המינויים והפיטורים, פעילות הממשלה בתקופת בחירות, קבלת החלטות בניגוד לעמדות גורמי מקצוע והימנעות מהפעלת סמכות מינהלית:

“אבקש להדגים את הדברים במספר הקשרים: ראשית, תחום המינויים הממשלתיים....

תחום המינויים הממשלתיים, בדגש על הבכירים שבהם, יהיה פרוץ למינויים שפוגעים בטוהר המידות ובמנהל התקין, ובסופו של דבר, הדבר יפגע בציבור כולו. זהו פתח להשחתה של השירות הציבורי ולפגיעה באמון הציבור בו.

חשוב להדגיש, שהרוב המכריע של המינויים הבכירים והמשמעותיים ביותר בשירות הציבורי הם מינויים שנעשים על ידי שרים או על ידי הממשלה כולה. רק בממשלה המכהנת, כמעט עשירית מההחלטות הממשלה שהתקבלו עד כה, בממשלה, עסקו במינויים לתפקידים שונים.

הקושי המתואר נכון גם להחלטות על פיטוריהם של בעלי תפקידים בכירים שמונו על-ידי הממשלה, חלקם ממלאים תפקידים רגישים ביותר של שומרי סף ורגולטורים מקצועיים.

ההגנות המשפטיות הקיימות מפני סיום שרירותי של תפקידם של אלה, ובראשן עילת הסבירות, מאפשרות להם לתפקד באופן עצמאי לטובת האינטרס הציבורי. מניעת ביקורת שיפוטית על החלטות פיטורין כאמור בעילת הסבירות עלולה לפגוע בעצמאותם של שומרי הסף ובסופו של יום – באינטרס הציבורי. תחום שני שהביטול של עילת הסבירות ישפיע משמעותית - המגבלות החלות על פעולת הממשלה בתקופת בחירות....

עילת הסבירות היא הכלי המרכזי שמאפשר למנוע החלטות ממשלה ערב בחירות, שכל תכליתן עידוד הצבעה בשביל הממשלה היוצאת. ביום שאחרי חקיקת הצעת החוק שלפנינו, בית המשפט יתקשה לאכוף את דיני האיפוק והריסון החלים על פעולת הממשלה בתקופת בחירות, וחברי הממשלה יוכלו לעשות שימוש במשאבים הממשלתיים לצרכים פוליטיים.

תחום שלישי שאנו רואים השפעה – התעלמות מעמדות מקצועיות – חוקים רבים מטילים על הממשלה או על השרים חובת היוועצות בגופים מקצועיים או בבעלי תפקידים טרם קבלת החלטה בעניין מסוים... החלטה מנהלית המתעלמת כליל מעמדת הגורם המקצועי המייעץ, בהיעדר שיקולים כבדי משקל המצדיקים זאת, יכולה להיחשב לבלתי סבירה. ביום שאחרי חקיקת החוק, ובהיעדר חובה לפעול בסבירות, אנו עלולים לעמוד בפני מציאות שבה עמדות מקצועיות יאבדו מחשיבותן, אנשי מקצוע יאבדו ממעמדם, ושיקולים פוליטיים שאינם רלוונטיים להחלטה עצמה יקבלו משקל מכריע, אולי אפילו בלעדי, בעבודת הממשלה על כלל זרועותיה.

תחום רביעי שאבקש לעמוד עליו – הימנעות מהפעלת סמכות. במצב המשפטי הקיים, אם שר מחליט להימנע לאורך זמן וללא הצדקה מהפעלת סמכותו בהקשרים שונים - למשל, להימנע באופן מכוון מהתקנת תקנות מסוימות או ממניני בעלי תפקידים ובוחר להשאיר יחידות ממשלתיות ללא מי שיעמוד בראשן, באופן שגורם לשיתוק הפעולה הממשלתית, עילת הסבירות היא זו שמאפשרת התערבות שיפוטית בכך.

הדוגמאות האלה מלמדות על כך שבמקרים רבים, התפקיד של חובת הסבירות הוא למנוע מצב שבו שיקולים פוליטיים יזכו בבכורה בקבלת החלטות שלטוניות על פני שיקולים מקצועיים – במיניוויים, בתקופת בחירות, בדחיית עמדות מקצועיות, ובהימנעות מהפעלת סמכות שלטונית, ובתחומים נוספים.

לא תמיד השיקולים הפוליטיים הללו הם גלויים לעין, ובמקרים שכאלה, אחד התפקידים של עילת הסבירות – כפי שתואר על ידי השופט שטיין באחד מפסקי הדין – הוא בכך שהיא – ואני מצטט – 'מספקת לבתי המשפט כלי יעיל והכרחי לביקורת שיפוטית תחת חוסר ודאות ואינה מאפשרת לרשויות השלטון להסתיר את קלקלתן על ידי ניצול של עמימות המסד העובדתי'...

ההצעה מסירה אפוא אמצעי פיקוח בעל חשיבות רבה מעל הדרגים הנבחרים, אך מהצד השני, היא לא מציעה אלטרנטיבה בדמות הסדרה של החובות המוטלות על הרשויות המנהליות. בתוך כך חשוב לומר, שעילת הסבירות כעילה לביקורת שיפוטית אכן מעוררת מורכבויות, בהיותה כוללת מרכיבים עמומים."

74. המשנה ליועצת המשפטית לממשלה המשיך ותיאר את המגבלות שבתי המשפט החילו על עצמם טרם התערבות בהחלטות מינהליות מכוח עילת הסבירות, וקבע: "הזהירות הנוהגת בביקורת שיפוטית בעילת הסבירות מבטאת את הכבוד שהרשות השופטת מעניקה לשיקול דעתן של רשויות המינהל, והיא נובעת מתפיסה של הפרדת רשויות. גישה זהירה זו ננקטת גם על-ידינו ביעוץ המשפטי לממשלה, בבואנו לבחון החלטות מנהליות, בפרט, החלטות של הדרג הנבחר".

75. בהמשך, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה השווה בין הצעת חוק היסוד המתקן לבין הצעת כב' השופט סולברג במאמרו, טען כי דברי כב' השופט סולברג התייחסו להחלטות מדיניות המבוססות על תפיסת עולם ערכית ומקצועית, ונתן דוגמאות רבות להחלטות יישומיות-מינהליות נקודתיות המתקבלות על ידי שרים.

76. המשנה ליועצת המשפטית לממשלה הוסיף והדגיש כי כב' השופט סולברג לא קרא **לחקיקת** חוק-יסוד המצמצם את עילת הסבירות, אלא הציע טכניקות **פסיקתיות** לצמצום תחולת עילה זו ביחס להחלטות של נבחר ציבור, לצד קביעה כי השימוש בה צריך להיעשות בצמצום רב.

77. לסיכום דבריו, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה חיווה דעתו כי הצעת חוק היסוד המתקן "תבטל ערובה חשובה המבטיחה שהשלטון יפעל בהגינות. הצעה כזאת תפגע בערכים דמוקרטיים בסיסיים, כמו תקינות פעילות המנהל, טוהר המידות של השירות הציבורי, שלטון החוק ואמון הציבור". זאת, מבלי להתעלם "מהקשיים הטמונים ביישומה של עילת הסבירות לאורך השנים". כפתרון לקשיים אלה, הציע המשנה ליועצת המשפטית לממשלה להסדיר את חובת

הסבירות בהסדר חקיקתי כולל, שיתייחס גם לאופי ההתערבות השיפוטית האפשרית במקרים של הפרת חובה זו ויבנה את שיקול הדעת השיפוטי ביישומה.

78. לאחר מכן, קיבלה את רשות הדיבור חה"כ מלינובסקי, שאמרה כי גם אם היא אינה חושדת בכוונותיהם של יוזמי הצעת חוק היסוד המתקן, אין מקום לקדם הסדר חוקתי שעלול לשמש למטרות בלתי-ראויות בעתיד. חה"כ מלינובסקי התייחסה גם למחלוקת שהתגלעה על פרשנות מאמרו של כב' השופט סולברג, והציעה להזמינו להופיע לפני ועדת החוקה, או לארגן הרצאה במקום אחר, כדי "שיסביר לכולנו לעם ישראל למה התכוון".

79. אחריה דיבר יו"ר הוועדה, שהסביר כי לשיטתו מרבית ההחלטות שנזכרו על ידי המשנה ליועצת המשפטית לממשלה נתונות תחת ביקורת מכוח עילות אחרות (עמ' 22-34 לפרוטוקול):

"שמעתי את הדוגמאות הרבות של ההחלטות שנמצאות בידיהם של נבחרי ציבור מכוח חוקים שונים וכללים שונים ... כאשר ראיתי את המגוון הרחב... מדובר בהחלטות שהן במובהק החלטות מדיניות... כאשר אנו אומרים שבסוגיות הללו בית המשפט הוא הפוסק העליון בשאלת הסבירות, פירוש שהפכנו את בית המשפט העליון לפוסק האחרון במינויים בכירים, בתוכניות לתכנון ובנייה, בהעמדה לדין משמעתי של עובדי ציבור ושל רבנים, באישור חוקי עזר, במתן רשיונות לטלפון נייד... לכן המשמעות שהפכנו את בית המשפט ולמעשה את היועץ המשפטי לממשלה לא להיות אחראי על שלטון החוק, אלא להיות החוק עצמו... אני לא סבור שכאן מדובר בעיקרון שלטון החוק. כאן מדובר בעיקרון שלטון המשפטנים. כאן מדובר בסמכות ללא אחריות.... זו הסיבה שדיברנו עליה גם אתמול שכדי שלא ניצר מצב של סמכות ללא אחריות אנו חייבים שהפוסק האחרון בשאלות של סבירות שיקול הדעת, בניגוד לעיקרון שלטון החוק שעוסק באי חוקיות, בניגוד לעיקרון המידתיות שעוסק בהגנה על זכויות אדם, בניגוד לשיקולים זרים שעילת ביקורת שאנו לא מבטלים אותה ולא נוגעים בה, בניגוד לעילת השוויון המינהלי, חובת ההנמקה ועוד – יש עילות רבות, שמצויות במשפט המינהלי. הספר של פרופ' היום שופטת בית המשפט העליון דפנה ברק ארז לדעתי יכביד על כל שולחן המכבד את עצמו, ויש בו רשימה ארוכה של עילות. איש לא מבקש לבטל אף לא אחת מהן. מדובר בסבירות שהפעלתה בכל הנוגע לנבחרי ציבור בין אם נעשית על ידי בית המשפט ובעיקר אם נעשית על ידי יועצים משפטיים, פוגעת בצורה חמורה גם בעיקרון הדמוקרטי וגם בעיקרון הסמכות והאחריות והפרדת הרשויות בשיטתנו... לגבי נבחרי ציבור אחרים, ברשויות המקומיות, הדבר הזה בהחלט מעורר שאלות מורכבות... ובוודאי שככל שמדובר בנבחרי ציבור ברשויות מקומיות יש לעשות שם פיין טיונינג. לכן זו אחת הסיבות שבנוסח שמוצע כתבנו: נבחרי ציבור אחרים כפי שייקבע בחוק, בדיוק לטובת אותו פיין טיונינג שאני מסכים עם ההערות החכמות שנשמעו בעניין זה גם מחברי אופוזיציה וגם ממומחים שכתבו בנושא, ולדעתי גם מנייר ההכנה של היועץ המשפטי. זו הסיבה כי אני חושב שהחלטה על חוקי עזר, אין צורך שיהיה עליהם ביקורת שיפוטית למשל, כי חוקי העזר בסופו של דבר עוברים אישור של שר פנים. זה דרג נבחר ודרג נבחר. אבל החלטות בנושא התכנון והבנייה שכפופות למשל לדרג שאינו דרג נבחר אלא

לפקידים, ויהא פקיד אחר, אני חושב שמאוד הגיוני שכשם שההחלטה הזו כפופה לפקיד במשרד הפנים, אין סיבה שלא תהיה כפופה להפעלת שיקול דעת סבירות של בית המשפט וכדומה. לכן אני חושב שהנושא הזה זקוק לפיין טיונינג.

גם בנוגע לממשלת מעבר וגם בנוגע לאצילת הסמכות... אני חושב שקיים גירעון דמוקרטי במקרים מסוימים של ממשלת מעבר. אין ספק. אני חושב שככל שהיה ניתן לייצר בעניין הזה מבחן קטגורי, הדרך לעשותו הייתה בחקיקה...

אני סבור, שההחלטה, האם פעולה מסוימת היא סבירה או לא סבירה, יש גירעון דמוקרטי מאוד גדול כשאני נותן אותה לבית המשפט או ליועץ המשפטי...

אני אומר, שהשאלה, מה סביר ומה לא סביר, העברת השאלה הזו לגורמים לא נבחרים, לבית המשפט או ליועץ המשפטי לממשלה היא העברת הסמכות למקום שאין בו אחריות. אין לזה הצדקה...

לגבי נטילת סמכויות... אני בהחלט סובר שאם שר או הממשלה כולה בחרו ליטול סמכות ולקבל החלטה שכדבר שבשגרה נמצאת בידי פקיד ציבור, אני חושב שזה עצמו ההוכחה הטובה ביותר שהממשלה או השר רואים בזה החלטה בדרג של מדיניות...

אני סבור שפיקוח פרלמנטרי הוא כלי גם הרבה יותר נכון וגם הרבה יותר אפקטיבי."

80. פרופ' טליה איינהורן הופיעה לפני הוועדה, התייחסה למשפט המשווה שהובא במסמך ההכנה, וטענה כי עילת הסבירות במדינות המשפט המקובל (קנדה, אנגליה, אוסטרליה וארה"ב) שונה בהיקפה מעילת הסבירות שהתפתחה בישראל. לדבריה, לגישה השיפוטית המקובלת בישראל "אין אח ורע בדמוקרטיה מערבית".

81. לפני הוועדה הופיעה גם מנכ"לית שדולת הנשים בישראל, שפירטה את חשיבות עילת הסבירות להגנה על זכויות נשים, והזכירה כדוגמה את פסק הדין **בעניין כפר ורדים**, שבו חייב בית המשפט הנכבד את המועצה המקומית כפר ורדים להקים מקווה בשטחה.

82. חה"כ קריב הביע מחאה על כך שטיוטת הנוסח מטעם יו"ר הוועדה מקודמת כהצעת חוק מטעם ועדת החוקה, וזאת מבלי שהוועדה קיימה דיון בשאלה אם יש מקום לפעול מטעמה באופן זה. על כן, הודיע חה"כ קריב כי בכוונתו לפנות ליועץ המשפטי לכנסת ולבקש לקבוע כללים באשר לפרוצדורה הראויה לגיבוש הצעות חוק מטעם הוועדה. חה"כ קריב ביקש גם לקבל מהיועץ המשפטי לוועדה או ממרכז המחקר והמידע של הכנסת סקירה של כל פסקי הדין מהעשור האחרון שביטלו מדיניות ממשלתית על בסיס עילת הסבירות, וכן סקירה מקיפה של משפט משווה, והכול לפני ההצבעה בוועדה על אישור טיוטת הנוסח כהצעת חוק לקריאה הראשונה. חה"כ אלהרר ביקשה גם היא לקבל את המסמכים הללו. חה"כ קריב טען עוד, נוכח דברי יו"ר הוועדה, שלפיהם הנוסח המוצע נועד לחול על כל החלטה שהשר נוטל את הסמכות לקבלה לפי סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה, כי ניכר שהצעה זו נועדה למעשה לבטל את עילת הסבירות בדין הישראלי. חה"כ קריב המשיך וטען כי לא ראוי לכוון את חוק היסוד המתקן מבלי לחוקק חוק סדרי מינהל שיקבע באופן הרמוני ומקיף את עילות הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות, וכי יש לחשוש שבעתיד תבטל הכנסת עילות ביקורת נוספות.

83. בהמשך דיברו חברי הכנסת עופר כסיף ומירב כהן על הקשיים הנובעים מהצעת חוק היסוד המתקן, ועל המניעים שלטענתם מסתתרים מאחוריה.
84. ביום 27.6.23 קיימה הוועדה דיון נוסף בהצעת חוק היסוד המתקן, שאותו ניהל חה"כ יצחק פינדרוס כממלא מקום ליו"ר הוועדה. בראשית הישיבה הציגה חה"כ נעמה לזימי את חשיבותה של עילת הסבירות לקיום ביקורת שיפוטית על החלטות בתחום בריאות הציבור, הגנת הסביבה והתכנון והבנייה, והזכירה כדוגמה החלטות הנוגעות לבנייה על קרקע מזוהמת ולבנייה על קו החוף (עמ' 9 לפרוטוקול). חברת הכנסת שיר סגמן הביעה אף היא את התנגדותה להצעת חוק היסוד המתקן.
85. חה"כ קריב התייחס להיעדרותו של יו"ר הוועדה מהדיון, וטען שיש טעם לפגם בכך שיו"ר הוועדה מקדם את הצעתו כהצעת חוק מטעם הוועדה אך אינו משתתף בכל הדיונים.
86. בדיון השתתפו גם נציגים שונים של החברה האזרחית שהעלו טענות נגד הצעת חוק היסוד המתקן, ובהם משקיעים ונציגי גופים ומכונים שונים.
87. חה"כ סעדה אמר כי גם אם הצעת חוק היסוד המתקן תתקבל – עדיין יוכל בית המשפט להתערב בהחלטות מינהליות על בסיס עילות מנהליות נוספות הקיימות בדיון הישראלי, ובכלל זה, לשיטתו, עילת השרירותיות. לדבריו, "העילות האלו תהיינה קיימות: שרירות, מניעים זרים, מידתיות" (עמ' 33-34).
88. בהמשך הדיון, היועץ המשפטי לוועדה השלים את דבריו מהדיון הקודם והבהיר כי הצעת חוק היסוד המתקן צפויה לחול גם על החלטות פרטניות של שרים, ולא רק על החלטות מדיניות. לדבריו, כאשר החלטות כאלה כרוכות בפגיעה בזכויות אדם, ניתן לבקר אותן באמצעות עילת המידתיות; אולם כאשר השימוש בעילה זו אינו אפשרי – משום שההחלטה פוגעת באינטרסים ולא בזכויות, או משום שהיא עוסקת בדבר שאין לאדם זכות קנויה לקבלו דוגמת רישיון או היתר – קשה מאוד לאזרח הנפגע להוכיח קיומו של שיקול זר, ואין תחליף אפקטיבי לעילת הסבירות. עוד ציין היועץ המשפטי לוועדה, בהתייחס לדברי חה"כ סעדה, כי העובדה שהצעת חוק היסוד המתקן אינה מגדירה את המונח 'סבירות' מותרת בערפל את השאלה אם ניתן יהיה להשתמש בעילת השרירותיות כעילה עצמאית הנפרדת מעילת הסבירות, או שיש לראותה כפן של עילת הסבירות במובן הדומה לעניין **Wednesbury** ("סבירות של מופרכות").
89. בהתייחס למשפט המשווה, היועץ המשפטי לוועדה ציין כי בניגוד לדברי פרופ' טליה איינהורן, וכפי שהוצג במסמך ההכנה, מדינות המשפט המקובל התרחקו מהסטנדרט הצר שנקבע בעניין **Wednesbury** ומגלות נכונות לעשות שימוש בעילות הסבירות גם בטווח רחב יותר של מקרים. היועץ המשפטי לוועדה חזר והציע כי צמצום עילת הסבירות ייעשה למשל "לפי סוג ההחלטה ולא לפי מקבל ההחלטה".

90. עו"ד אהרן גרבר, מפורום קהלת, הגיב לביקורות שהושמעו כלפי הצעת חוק היסוד המתקן וטען כי עצם העובדה שעילת הסבירות משמשת כעילה שירית במקרים שאין בהם עילת התערבות אחרת – היא עצמה מבטאת את הקושי שבעילה זו. לעמדתו, יש מקום לעשות שימוש בעילות ביקורת מינהליות אחרות כדי לבקר החלטות מינהליות – שיקולים זרים, מידתיות כשיש פגיעה בזכויות וכיו"ב. מעבר לכך, עו"ד גרבר הצביע על בעיה נוספת הכרוכה בשימוש בעילת הסבירות – החשש מפני מראית עין של היעדר סטנדרטים ברורים, וכדוגמה לדבריו הוא הביא את הפסיקה בעניין סמכויות ממשלה ערב בחירות, שלעיתים התירה הפעלת סמכויות מינהליות מסוימות בתקופה זו ולעיתים אסרה זאת.

91. מנגד, פרופ' ענת שקולניקוב, מאוניברסיטת וינצ'סטר באנגליה, הסבה את תשומת הלב לכך שצמצום עילת הסבירות היא "חרב פיפיות", שכן הדבר עשוי להוביל את בית המשפט לפיתוח עילות ביקורת נוספות, אקטיביסטיות יותר, על החלטות הרשות המבצעת. כך לדוגמה ציינה פרופ' שקולניקוב כי **בעניין שיינפלד** – חלק מהשופטים, שלא רצו לעשות שימוש בעילת הסבירות, פיתחו את עילת ההשתק השיפוטי שלא הייתה קיימת קודם לכן.

92. בהתייחס למשפט המשווה, פרופ' שקולניקוב אמרה ש"בבריטניה יש קוֹבְנֵצְיָה חוקתית ששר, בטח כשהוא נחשד או מורשע בפלילים או אפילו עושה משהו, התנהגות לא ראויה במישור האישי – מתפטר". על כן, קשה להשוות בין החלטות בית המשפט בישראל לגבי מינויים לבין החלטות דומות בבריטניה. ביחס לעילת הסבירות באופן כללי, פרופ' שקולניקוב הסבירה כי "מאז Wednesday המשפט הבריטי התקדם ונעשה יותר ויותר משפט של התערבות מנהלית בשיקול דעת", ולאחרונה ניתן להבחין במגמת היווצרות עילה חדשה של 'הגינות' מבחינת תוכן ההחלטה (ולאו דווקא מבחינת הליך קבלתה).

93. חה"כ עופר כסיף הזהיר מפני גישה "פוסט מודרנית", כלשונו, הכופרת במקצועיות השופטים וטוענת ש"כולם פוליטיקאים". לדבריו, "אם כולם פוליטיקאים כי כולם מונעי אינטרסים פוליטיים, צרים, אידיאולוגיים, והכול סובייקטיבי והכול שרירותי – קרי, אנחנו חיים בפוסט מודרנה – אז בעצם הכול זה רק עניין של כוח, מי שיותר חזק מנצח. לא מי שאומר דברי טעם, לא מי שמתבסס על מדע או על אמת או על ניתוח". חה"כ כסיף טען שהצגת השופטים כמונעים על ידי "פוליטיקה צרה, אידיאולוגית" היא שקרית ומסוכנת (עמ' 91-94 לפרוטוקול).

94. עו"ד אסף רוזנבלום, מהחברה להגנת הטבע, הציג את ההשלכות השליליות שיהיו לדעתו לטיטת הצעת חוק היסוד המתקן על הגנת הטבע והסביבה. לטענתו, גם כיום מציב בית המשפט רף גבוה מאוד לפני עותר הטוען שהחלטה מסוימת אינה סבירה, והשופטים אינם מחליפים בנקל את שיקול דעתם של השרים והרגולטורים. הוא הוסיף והתייחס לשורה של מקרים מתחום התכנון והבנייה שבהם הדרג הנבחר מוסמך לקבל החלטות פרטניות, ולא דווקא החלטות הקובעות מדיניות, ואשר עילת הביקורת הרלוונטית היחידה העומדת לציבור ביחס אליהן היא עילת הסבירות. עו"ד רוזנבלום הוסיף כי חלק ניכר מההיבטים ההליכיים של ההחלטה המינהלית נבחן לפי סטנדרט של סבירות, וצמצום עילת הסבירות עלול לפגוע בהם (שם, עמ' 102-105).

95. פרופ' שמעון שטרית, שכיהן בעבר כשר המשפטים, חיווה דעתו כי טיוטת הצעת חוק היסוד המתקן אינה ראויה, וכי גם צמצום עילת הסבירות ביחס לנושאים מסוימים אינו ראוי. לדעתו, הדרך הנכונה היא להורות לבתי המשפט לתת דעתם לשיקול של "שיבוש מהותי בין יחסי הרשויות" טרם התערבות בהחלטה מינהלית. באופן זה, בית המשפט יפתח את ההגדרה הזו ויידע לכייל את היחסים בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת בצורה נכונה יותר.

96. ביום 3.7.23 קיימה הוועדה דיון נוסף בהצעת חוק היסוד המתקן. גם בישיבה זו נשמעו דברים מפי חברי כנסת שונים בעד ההצעה ונגדה.

97. בפתח הדיון דיברו בין היתר חה"כ אלהרר, חה"כ קלנר, חה"כ סגלוביץ' וחה"כ קריב. בתוך כך, יו"ר הוועדה טען כי הוא נדרש לחוקק משום שבית המשפט לא היה קשוב לביקורת על עילת הסבירות ולא ריסן עצמו בשימוש בעילת הסבירות למרות הביקורת שנמתחה על השימוש בעילה זו בפסיקה ובמישור הציבורי. לדבריו, "אם בית המשפט לא היה מתערב בסוגיות שהיו בולטות בשיח הציבורי, שהן דקרו בעין ובלב לרבים מאיתנו... אם היועץ המשפטי, על בסיס אותה תחזית של סבירות של בית משפט לא היה מתערב בהמון החלטות ומקבל החלטות שבעינינו לא סבירות, ושם המסה הרבה הרבה יותר גדולה, והדוגמאות רבות הרבה יותר... אנחנו לא היינו צריכים לקבוע את זה בחקיקה" (עמ' 33-34 לפרוטוקול).

98. בהתייחס להיקף ההתערבות השיפוטית בפעולות המינהל על בסיס עילת הסבירות, היועץ המשפטי לוועדה ציין כי בעקבות בקשה של חה"כ קריב וחברי כנסת נוספים לקבלת נתונים, נערכה פנייה למחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה והתקבלה רשימה שנערכה על יסוד רישומי פרקליטי המחלקה, הכוללת את כל העתירות שהוגשו לבג"ץ ושניתן במסגרתם צו מוחלט בעשר השנים האחרונות. בייעוץ המשפטי לוועדה ובמחלקת ייעוץ וחקיקה של משרד המשפטים עברו על רשימה זו כדי לאתר את העתירות שהתקבלו על יסוד עילת הסבירות. היועץ המשפטי לוועדה הבהיר שיש להתייחס לנתונים בזהירות והדגיש כי "יכול להיות שיש פה פספוסים לכאן או לכאן. זה נותן תמונה יותר גסה, אני מניח, לא משהו שאפשר לבוא ולדייק אותו על העתירה הבודדת". לאחר מכן הסביר היועץ המשפטי לוועדה כי לפי הנתונים האמורים, מתוך רשימה של כ-200 עתירות שהועברו ושהסתיימו בצו מוחלט, רק בכרבע מתוכן נמצא שנעשה שימוש בעילת הסבירות, לרוב יחד עם עילות אחרות; ומתוכן, רק כ-25 עתירות נגעו להחלטות של הדרג הנבחר (כאשר הדבר נבחן לחומרה וכלל גם נבחר ציבור ברשויות המקומיות – שהוחרגו לבסוף מהצעת חוק היסוד). היועץ המשפטי לוועדה ציין שהנתונים אינם כוללים את העתירות שנדונו לפני בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים וכן לא את ענייני מינהל האוכלוסין שנדונו לפני בית הדין לעררים. לצד זאת ציין היועץ המשפטי לוועדה כי חרף אי-הדיוק, וכיוון שההליכים הנתפסים כענייני מדיניות נדונים בדרך כלל על ידי בג"ץ – הנתונים נותנים תמונה רלוונטית.

לבקשת חברי הכנסת, רשימת העתירות הונחה על שולחן הוועדה למחרת היום, לקראת הדיון שהתקיים ביום 4.7.23.

רשימת העתירות שהתקבלו ושנעשה בהן שימוש בעילת הסבירות בעשר השנים האחרונות, כפי שהופצה לחברי הוועדה, מצורפת ומסומנת מש/6.

99. בסיום דבריו חזר היועץ המשפטי לוועדה על כך שגם אם הוועדה תחליט שלא לאמץ חלק ממתווי הפשרה שהוצעו, ותבחר במודל של צמצום עילת הסבירות לפי זהות הגורם המינהלי שקיבל את ההחלטה, ולא לפי סוג ההחלטה, ניתן לתת מענה לחלק מהקשיים שהועלו בהצעה. זאת למשל, באמצעות הוספת סעיף שיקבע כי היעדר הביקורת השיפוטית אינו גורע מחובת נבחרי הציבור לפעול בסבירות, או באמצעות יצירת מנגנון שלפיו גם אם בית המשפט לא יוכל לבטל החלטה לא-סבירה – למצער יהא בכוחו להצביע על חוסר סבירותה, במטרה לעודד שקיפות ולאפשר ביקורת אפקטיבית של הציבור והכנסת על פעולות הממשלה (מעין מודל אי-ההתאמה במשפט החוקתי במדינות מסוימות). הצעות נוספות היו לקבוע במפורש כי הוראת חוק היסוד המתקן אינה נוגעת לסבירות ההליכית ולהחריג מהוראתו ממשלות מעבר. יו"ר הוועדה הגיב לדברים ואמר כי אם מרבית חברי הוועדה סבורים שבית המשפט אינו מרסן עצמו עד שנוצר צורך בהתערבות חקיקתית, אזי אין לקבוע הגבלות חלקיות שעלולות להוות פתח להתערבות שיפוטית בעתיד.

100. חה"כ קריב חזר על עמדתו בעניין הצעת חוק מטעם ועדה וטען שהדיונים שהתקיימו בהצעת חוק היסוד המתקן אינם מספיקים כדי להגיש הצעת חוק שכזו, וכי פריסת הדיונים על פני שבועיים בלבד אינה מאפשרת לחברי הוועדה לברר את עמדתם ולהיוועץ במומחים. חה"כ קריב הוסיף כי אם הצעת החוק המתקן אכן מבטלת את עילת הסבירות ביחס לדרג הנבחר, הרי שעיקרה אינו במערכת היחסים בין הרשויות אלא באופן הפעלת שיקול הדעת של הרשות המבצעת, ועל כן לא ראוי להביאה כהצעת חוק מטעם ועדת החוקה לפי סעיף 80 לתקנון הכנסת.

101. עו"ד יוסי חביליו, המכהן כיום כסגן ראש עיריית ירושלים, ואשר כיהן בעבר כיועץ המשפטי לעיריית ירושלים, ביקש להתמקד בהשלכות חוק היסוד המתקן על הרשויות המקומיות. עו"ד חביליו הציג בדבריו את פסק הדין **בעניין צוקר** ואמר כי אם חוק היסוד המתקן יחול גם על מועצות מקומיות, ייווצר פתח ל"שיטפון של שחיתות" (עמ' 50-51 לפרוטוקול).

102. עו"ד מייק בלס, שכיהן בעבר כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה, הביע התנגדות לטיוט הצעת חוק היסוד המתקן. עו"ד בלס אמר בין השאר כי הנוסח המוצע אינו עומד בסטנדרטים של חקיקה ראויה, שכן לא ניתן להתייחס לעילת הסבירות מבלי להגדיר מהי סבירות ולאיזה סוג של סבירות היא מכוונת. לדבריו, חקיקה המבקשת להתערב בשיקול דעתו של בית המשפט נדרשת להיות מהודקת וממוקדת, שלא כמו זו המוצעת. מעבר לכך, עו"ד בלס טען כי בטיוטה המוצעת חסרה התייחסות לכל שלבי ההליך המינהלי שמתקיימים לפני שלב הביקורת השיפוטית – הן לשיקולים שרשות מינהלית חייבת לשקול, הן לשיקולים שאסור לה לשקול. לדברי עו"ד בלס, אין יסוד מעשי לחשש שמא

הייעוץ המשפטי יחווה דעתו שהחלטה מסוימת בלתי-סבירה, תוך שימוש בעילה זו כעילת סל, כאשר ההחלטה נגועה בפגם אחר.

103. בהמשך הדברים התפתח דיון בין יו"ר הוועדה לבין עו"ד בלס באשר להצדקת עילת הסבירות. יו"ר הוועדה טען כי זכות 'המילה האחרונה' בענייני סבירות צריכה להיות בידי השר, בעוד עו"ד בלס סבר כי "כשהסכסוך הולך למחלוקת שיפוטית, הוא פחות אלים. הכעסים מתנקזים לטיעון בבית משפט" (עמ' 56-58 לפרוטוקול). במענה לדברים דומים שאמרה חה"כ נעמה לזימי, הבהיר יו"ר הוועדה את עמדתו בעניין זה, כדלהלן (עמ' 63 לפרוטוקול):

"אני לא אמרתי שאני לא סומך על הדרג השיפוטי. אני חושב שבהרבה מקרים יכול להיות שההחלטה שלו תהיה יותר טובה או פחות טובה. זה לא מה שאמרתי. גם לא על הדרג המינהלי, גם לא על הדרג המקצועי וגם לא על הדרג הנבחר. אני רק אומר שעיקרון הפרדת הרשויות מחייב שלכל רשות יהיה מתחם של שיקול דעת. השלטון פירושו גם היכולת לטעות. בית משפט יכול להחליט להרשיע אדם ולטעות טעות קשה על חשבון האזרח... בית משפט יכול לטעות טעות קשה מאוד, ובעקבותיה אזרח, כן, אזרח, יישב בכלא שנים רבות על עבירה שהוא לא ביצע. ועדיין, אנחנו באים ואומרים שלא ייתכן שאנחנו נשב ונעביר את החלטתו בנוגע למשפט הפלילי, כי זה תחום שלו. גם אם הוא טועה וגם אם הוא צודק. ריבונות, סמכות, אחריות פירושן בעיקר היכולת לטעות, כי לקבל החלטות טובות, לא צריך בשביל זה כוח שלטוני. לעצות טובות כל אחד יכול להיות. בשביל לטעות צריך להיות בכוח השלטוני, הסמכות. "והינה זה ראיתי", אמר קהלת, "כי שגגה יוצאת מלפני השליט". לשליט יש את הזכות היחידה לעשות שגגות. מישהו שהוא לא שליט, אין לו זכות לשגות. היכולת לטעות, היכולת לתקן את הטעות."

104. ביום 4.7.23 קיימה הוועדה דיון נוסף בהצעת חוק היסוד המתקן. בפתח הדברים טענו חלק מחברי הכנסת המתנגדים להצעת חוק היסוד המתקן כי היא נועדה לאפשר לממשלה לקבל החלטות שיפגעו בזכויות להט"בים, לצד החלטות אחרות שהן בלתי-סבירות באופן קיצוני. בין הדוברים היו חה"כ להב הרצנו, חה"כ מלינובסקי, חה"כ יוסף עטאונה ועוד. יו"ר הוועדה השיב לדברים וטען כי "מדובר בעניין ערכי מאין כמוהו" – אם להתיר את כניסתה של פעילת BDS לישראל, אם לאפשר למשפחות מחבלים להיכנס לישראל בתקופת סגר לצורך השתתפות בטקס הזיכרון האלטרנטיבי, ואם להעניק פרס ישראל לאדם התומך בחרמות על מוסדות ישראלים. יו"ר הוועדה טען שבכל המקרים הללו, אין להעדיף את שיקול הדעת של בית המשפט על פני שיקול הדעת של הדרג הנבחר (עמ' 25-26 לפרוטוקול).

105. ד"ר אביעד בקשי, מפורום קהלת, הסב שוב את תשומת הלב לכך שהצעת חוק היסוד המתקן אינה נוגעת לעילות ביקורת שיפוטית אחרות, דוגמת המידתיות והאפליה, ועמד על הבעייתיות בכך שהשימוש בעילת הסבירות מביא לדעתו לינוון' החקיקה. כך למשל, משעה שבית המשפט קבע שאין למנות חברי כנסת שהוגש נגדם כתב אישום לכהונת שרים, נפטר המחוקק מלהסדיר בחקיקה היבט זה של תנאי הסף לכהונת שרים; ומשעה שבית המשפט קבע הלכה בדבר סמכויות ממשלת מעבר, פטר עצמו המחוקק מלהסדיר את סמכויותיה

של ממשלת מעבר בחקיקה. ד"ר בקשי טען שבהיעדר כללים חקוקים, ומשהעניין מופקד בידי בית המשפט, עולה החשש להחלת סטנדרט לא אחיד במקרים שונים. בנוסף, ד"ר בקשי הציע להרחיב את הצעת החוק המתקן ולהחיל את ההגבלה על עילת הסבירות גם על פקידים בכירים דוגמת היועץ המשפטי לממשלה, נגיד בנק ישראל והרמטכ"ל (שם, עמ' 40-26). בהמשך דבריו, ד"ר בקשי שלל את חשיבותה של הסבירות כעילת סף המשמשת במקרים של חוסר ראייתי וגרס כי אין מקום לקיים ביקורת שיפוטית על בסיס השערות לא-מוכחות. לדבריו, "אם אתה לא מסוגל להוכיח, אל תצפה לקבל סעד נגד ממשלה נבחרת". לבסוף, ד"ר בקשי טען שעמדת כב' השופט סולברג היא "דרך ביניים" בין הגישה המרחיבה את עילת הסבירות לבין גישת כב' הנשיא לנדוי שסבר כי יש לבטלה לחלוטין, והסביר כי "מה שעומד ביסוד התפיסה הזאת אומר: ... לא תפקידו של השופט לבוא בנעליה של הרשות המבצעת... בדיוק כמו שלא תפקידה של הרשות המבצעת לבוא בנעליה של הרשות השופטת" (שם, עמ' 31-40).

106. פרופ' יואב דותן מהפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים הופיע גם הוא לפני הוועדה. פרופ' דותן הסביר שמרבים להתייחס לדברי הביקורת שהשמיע על עילת הסבירות, ועל כן הוא מוצא לנכון להבהיר את עמדתו שלפיה "הצעת החוק הנוכחית היא הצעה בעייתית ביותר", שכן היא "בבחינת לשפוף את התינוק עם מי האמבט". פרופ' דותן ציין שהצעת חוק היסוד המתקן "גורפת מאוד", משום שאינה מתייחסת להבחנות חשובות דוגמת ההבחנה בין החלטות מדיניות כלליות לבין החלטות אינדיבידואליות (שם, עמ' 41-42):

"העמדה שלי הייתה שלמשל אם ממשלת ישראל במליאתה תקבל החלטה להקים או לא להקים קן מטרו חדש במטרופולין דן, אז אני לא רואה למה הסבירות של בית המשפט בהחלטות כאלה, או החלטה לצאת או לא לצאת למבצע צבאי בג'נין – אני לא רואה למה הסבירות של בית המשפט צריכה להיות עדיפה על הסבירות של הממשלה עצמה, גם מבחינה דמוקרטית, גם במישור של מומחיות מקצועית וכיו"ב. לעומת זאת, אם הולכים להחלטות שמוגדרות כהחלטות של שרים, יש עשרות-אלפי החלטות ביום שיכולות להיות מוגדרות כהחלטות של שרים... כל תוכנית מתאר מחוזית נחתמת על ידי שר הפנים, אז זה הופך אותה כביכול להחלטה של שר. כל אשרת שהייה וכניסה לישראל, כל רישיון ישיבת קבע בישראל הוא לפי הסמכות בחוק סמכות של שר הפנים. והחלטות מהסוג הזה אין שום סיבה שבעולם, לא מנקודת ראות דמוקרטית ולא מנקודת ראות אחרת, לתת להן חיסיון מביקורת מלאה של בית המשפט, כולל בעילת הסבירות..."

יש החלטות שלשיטתי צריכות להיות כפופות לסבירות במוכן שאנחנו מכירים את סבירות האיזונים, אבל יש גם מוד קבלת החלטות אחר של החלטה שהיא שרירותית וגחמנית. אם חושבים שגניח הדרג של השר מצדיק להקטין את היקף הביקורת השיפוטית על החלטותיו, אפשר לקבוע בחקיקה, אם כבר מסדירים את העניין בחקיקה – זה גם לא טריוויאלי בעיניי, אבל אם עושים את זה – אז אפשר לפרט בחוק את הסטנדרט הנכון, הסטנדרט הראוי. הדברים האלה לא נעשו בהצעת החוק הזאת. ולכן אם מישהו מנסה לבסס את הצעת החוק הזאת על משהו שאני כתבתי, אז אני רואה לנכון להביא את הדברים בצורה ברורה."

107. במענה לשאלות חברי הכנסת ציין פרופ' דותן עוד, כי ניתן לקבוע נוסחה לשונית מדויקת יותר בחקיקה וכי, על אף החשש שחברי כנסת הביעו מכך שבית המשפט ישתמש בנוסחה כזו לריקון ההצעה מתוכן – המחקר האמפירי מוכיח שיש השפעה לשינוי בסטנדרט החקיקתי על הפסיקה בפועל. בהתייחס להצעת כב' השופט סולברג בעניין ההבחנה בין דרג נבחר לדרג שאינו נבחר, ציין פרופ' דותן כי רציונל זה אכן תקף אך יש לשים לב שהצעתו של כב' השופט סולברג לא הועלתה בעקבות מחקר אמפירי מקיף, ויישומה דורש הבחנה דקה ויסודית יותר בין סוגים שונים של החלטות. בהמשך לכך, פרופ' דותן חזר והדגיש את ההצעה שהיה שותף לה בשיחות בבית הנשיא (הצעת "קבוצת פרופ' שטרן"), שלדבריו הייתה מקובלת גם על יו"ר הוועדה, המבחינה בין החלטה של הממשלה במליאתה לבין החלטה של שר. לפי הצעה זו, החלטה של שר תהא כפופה לביקורת שיפוטית בעילת הסבירות, בעוד שלגבי החלטות ממשלה תתקיים הבחנה בין החלטות מדיניות כלליות לבין החלטות אינדיבידואליות. פרופ' דותן ציין שהבחנות אלה יכולות לשמש כבסיס להתערבות חקיקתית, "אם המחוקק מחליט להתערב, ואני לא בטוח שבעת הזאת זה רעיון טוב להתערב בעניין הזה". לבקשת חברי הוועדה, פרופ' דותן העביר לוועדה את הצעת הנוסח שהציעה קבוצת פרופ' ידידיה שטרן במהלך הדיונים בבית הנשיא (שם, עמ' 44-46).

הנוסח שהוצע על ידי קבוצת פרופ' ידידיה שטרן מצורף ומסומן **מש/7**.

108. במענה לשאלות נוספות, פרופ' דותן אמר שבהקשרים מסוימים חוק היסוד המתקן עשוי לחול גם על 'הסבירות ההליכית'. פרופ' דותן הדגיש כי המגמות העדכניות בפסיקה, המצמצמות את עילת הסבירות, ואי-הנחת שהביעו שופטים אחדים מעילה זו, מלמדים שבית המשפט שוקל כל העת את עמדתו ומפתח את ההלכה. כל אלה מהווים אפוא נימוק נוסף להימנע מחקיקה בעת הנוכחית. בהתייחס להצעת החוק המתקן אמר פרופ' דותן כי היא "סופר בעייתית" שכן היא תחול על הרבה מאוד החלטות פרטניות (שם, עמ' 49-51):

"ההצעה הנוכחית היא בעיניי סופר-בעייתית, משום שאפשר לסווג בקלות כל החלטה בעניין של רישיון לחברת תקשורת. חברה מסוימת רוצה להביא ציוד תקשורת לישראל, משרד התקשורת לא נותן לה רישיון. או אשרת כניסה לישראל או תוכנית מתאר. את כל הדברים האלה אפשר בקלות להפיל למסגרת של החלטות שהן כביכול הדרג הפוליטי למרות שאלה לא באמת החלטות פוליטיות במובן שאנחנו מדברים עליו..."

כמה החלטות של הענקת אשרת כניסה ושהייה בישראל קיבל משרד הפנים בשבוע האחרון, וכמה מתוכן זה לארה אל-קאסם, החלטה שמעוררת איזשהו קושי עקרוני? אז למה לשפוך את התינוק עם מי האמבט? זאת החלטה אינדיבידואלית..."

אני חושב שחשוב מאוד שתהיה ביקורת אמיתית בבית המשפט ושום דבר אחר אמיתי דה-פקטו לא מגן על האזרח. אם הממשלה מקבלת החלטה על מבצע בג'נין, אם הממשלה מקבלת החלטה על הקמת קו מטרו חדש, אז יש לנו מנגנוני ביקורת חילופיים חזקים. יש התקשורת, הציבור, הכנסת. אם אני מבקש אשרת כניסה לישראל או אני יבואן של ציוד תקשורת, אין לי המנגנונים האלה. אלא אם כן יש לי מאכערים פוליטיים, שאת זה אנחנו ממש לא רוצים לראות. שם אנחנו צריכים בית משפט חזק ושם אנחנו צריכים את הסבירות..."

חבר הכנסת רוטמן, אני אסביר את הדברים. הרי גם אפשר להגיד לי את הדבר הבא: אם אני נותן חסינות להחלטות של הממשלה, אז יכול לבוא כל שר ולהפוך החלטה של שר להחלטה ממשלה. הוא יבקש אישור של החלטת ממשלה. אבל אנחנו יודעים שבחיים האמיתיים זה לא כך. בחיים האמיתיים שר פנים לא יכול לבוא לממשלה ולהגיד: הנה יש לי היום לשבוע הזה 600 החלטות שאני רוצה שיהפכו להחלטות ממשלה. זה לא עובד כך. אנחנו יודעים שבעולם הפוליטי יש מחיר לכל דבר. מי כמוכם מכיר את הדברים האלה.

[לעומת זאת] החלטה של שר אני מאוד חושש שכן, כי ההחלטות האלה רובן מוגדרות בחוק כהחלטות של שרים מלכתחילה. לכן הדבר הכי קל יהיה ליצור פרקטיקות פנים-משרדיות שיהפכו כל דבר להחלטה של שר... זה מאוד מאוד בעייתי."

109. אחריו הופיע בפני הוועדה פרופ' ברק מדינה, אף הוא מהפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. גם הוא אמר שהצעת הנוסח שהובאה לוועדה "במקרה הטוב מנוסחת באופן רשלני", שכן יש חוקים רבים שנקבע בהם במפורש שהשימוש בסמכויות מסוימות כפוף למבחן של סבירות (למשל: חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016; חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998; חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979; ועוד), והנוסח המוצע אינו מחדד את היחס שבין הצעת חוק היסוד המתקן לבין חוקים אלו. מעבר לכך, פרופ' מדינה טען שהצעת חוק היסוד המתקן אינה אלא "ניסיון מכוון להסתיר את הכוונה האמתית" שמאחוריה, שכן כל מטרתה "לאפשר חסינות לממשלה, במקרים מסוימים גם לשרים, מביקורת שיפוטית על מינויים". פרופ' מדינה אמר שלהערכתו הצעת חוק היסוד המתקן נועדה להכשיר את מינויו של חה"כ דרעי לשר, ולאפשר לממשלה לפטר את היועצת המשפטית לממשלה ושומרי סף אחרים. מעבר לכך, פרופ' מדינה עמד על הבעייתיות בכך שהממשלה תהיה פטורה מכל ביקורת שיפוטית בהחלטות פרטניות, והזכיר שאם בית המשפט טועה – הכנסת יכולה לתקן את הטעות בחקיקה נקודתית. פרופ' מדינה הדגיש בתגובה לדברי ד"ר בקשי, כי אין זה מקרה שהכנסת אינה מסדירה בחקיקה נושאים רבים הקשורים בהגבלת הממשלה, והדבר נובע משליטתה של הממשלה בכנסת. לכן – יש לשאול מהי ברירת המחדל הנכונה במצבים אלה והאם נכון להשאיר את הממשלה בלא ביקורת.

110. הערה נוספת של פרופ' מדינה הייתה שצמצום הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה לא יתרום למאבק בתנועות החרם על מדינת ישראל, אלא להפך. פרופ' מדינה הוסיף כי עמדתו המקצועית היא שהכנסת מוסמכת לכונן את חוק היסוד המתקן רק אם זה ייכנס לתוקף החל מהכנסת הבאה (שם, עמ' 57-58).

111. חה"כ גלעד קריב שאל את פרופ' מדינה אם קיים הבדל כלשהו בין עילת הסבירות לבין עילות הביקורת האחרות, המצדיק את ההתערבות החקיקתית דווקא בה. פרופ' מדינה השיב לשאלה זו בשלילה והסביר כי לבית המשפט יש מומחיות בבחינת סבירות שכן בתחום המשפט הפרטי – "בית המשפט כעניין שבשגרה בוחן טענות לסבירות ואנחנו מקבלים את זה כדבר מובן מאלינו". גם בתחום המשפט המינהלי – פרופ' מדינה טען ש"חלק ניכר מהעילות של המשפט המינהלי הן נגזרת של בעצם של עילת הסבירות והן כרוכות בהפעלת שיקול דעת פתוח".

כך למשל, פסק הדין שביטל את ההחלטה להכשיר לבנייה את מתחם תע"ש ברמת השרון נשען על היעדר תשתית עובדתית, הגם שבאופן מהותי ניתן היה לבססו על עילת הסבירות.

112. במענה לדברי פרופ' מדינה הבהיר יו"ר הוועדה כי גם לאחר כינון חוק היסוד המתקן, כאשר חוק מציין במפורש את עילת הסבירות כתנאי להפעלת סמכות מינהלית כלשהי – בית המשפט יוכל לבחון את התקיימות עילה זו (שם, עמ' 68-69):

“אין שום אמירה, בשום מקום, בחוק היסוד הזה... שכאשר למשל כתוב בעניין מעצרים מינהליים: היה על השר יסוד סביר להניח, זה ודאי שבנושא הזה יש פרשנות על מינוח בחוק הספציפי. זה אפילו לא עילת הסבירות, זו עילת החוקיות ברמה הכי פשוטה. וגם כנ"ל בנוגע לדין האזרחי וגם בדין הפלילי. אין שום דיבור על זה, זה לא נוגע לזה בכלל.”

113. יו"ר הוועדה שאל את היועץ המשפטי לוועדה אם הוא מסכים לפרשנותו בנוגע לתחולת החוק, והיועץ המשפטי השיב: “אנחנו חושבים ואמרנו את זה לאורך כל הדיונים, שיש פה עמימות” (עמ' 69 לפרוטוקול). לדבריו, הסעיף לא אמור לחול על ההקשר הנזיקי למשל, אבל אם לא יוגדר בתיקון המונח 'סבירות', יכולות להתעורר שאלות ביחס לתחולת חוק היסוד המתקן על סבירות הליכית וכן בהקשרים נוספים.

114. עו"ד נדב וייסמן, חבר מועצת לשכת עורכי הדין, הביע התנגדות להצעת חוק היסוד המתקן והסביר שהיא מפרה חובה בסיסית של הממשלה כלפי העם. עו"ד וייסמן הוסיף כי לבתי המשפט יש מומחיות בבחינת סבירות של החלטות והם עושים כן בהקשרים רבים במשפט.

115. בהמשך לכך, ד"ר עמיר פוקס, מהמכון הישראלי לדמוקרטיה, התייחס להגבלת עילת הסבירות שהוצעה ב'מתווה הנשיא' וציין כי דובר במתווה מקיף, שכלל חיזוק כוחה של הממשלה בתחומים מסוימים, אך לצד זאת גם חיזוק של הביקורת השיפוטית על הממשלה בתחומים אחרים. על כן, ד"ר פוקס הבהיר כי לעמדתו לא ניתן לנתק את צמצום עילת הסבירות ממתווה הנשיא השלם ולהתייחס אליה כשלעצמה. בדומה, ד"ר פוקס ציין שלא ניתן לנתק את צמצום עילת הסבירות מהרפורמה המשפטית בכללותה, והשאלה אם ראוי לצמצם את עילת הסבירות תלויה בין השאר באופן מינוי השופטים, במעמדם של היועצים המשפטיים, ועוד. ד"ר פוקס חתם את דבריו בהתייחסות להשפעה שתהיה לחוק היסוד המתקן על הדינים הנוגעים לממשלת מעבר והדגיש כי הגבלת עילת הסבירות ביחס לדרג הנבחר תוביל ליצירת 'ואקום חוקתי' ביחס לפעולתה של ממשלת מעבר (שם, עמ' 78-80).

116. חה"כ גלעד קריב הצביע על כך שבמדינות דמוקרטיות אחרות שבהן אין ביקורת שיפוטית על מינויים בעילת הסבירות, קיימים מנגנוני ביקורת אחרים בדמות אישור מינויים על ידי הרשות המחוקקת. בניגוד לכך, טיוטת הצעת חוק היסוד המתקן אינה כוללת מנגנון של פיקוח פרלמנטרי או פיקוח ציבורי על מינויים, לבד מעילת הסבירות שאותה מוצע לצמצם. בנוסף, חה"כ קריב הביע את חששו מכך שצמצום עילת הסבירות הוא רק שלב ראשון מתוך

תהליך של צמצום עילות ביקורת אחרות ושל צמצום הזכויות החוקתיות (עמ' 90-91 לפרוטוקול).

117. בתום הישיבה אישרה הוועדה את הצעת חוק היסוד המתקן כהצעת חוק מטעמה לקריאה הראשונה, וזאת ברוב של תשעה חברי כנסת נגד ארבעה, ושלושה שלא הצביעו. חה"כ קריב סירב להצביע ודרש לשמוע קודם להצבעתו את דברי המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, שטרם ניתנה לו זכות הדיבור בדיון.

118. יו"ר הוועדה הכריז על רביזיה, ואמר כי לבקשת היועצת המשפטית לכנסת, שנכחה בוועדה בעת ההצבעה, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה מתבקש להתייחס להצעת חוק היסוד המתקן טרם ההצבעה על הרביזיה. המשנה ליועצת המשפטית לממשלה הסביר בדבריו את הפגיעה בשלטון החוק שגלומה לדעתו בהצעת חוק היסוד המתקן (עמ' 112-117 לפרוטוקול):

"בדיוני הוועדה בימים האחרונים שמענו דברים מאוד חשובים, שמלמדים על המורכבות של הנושא של ביטול עילת הסבירות. גם אלו שמבכים את המקרים שבהם בית המשפט עשה שימוש רחב יותר בעילת הסבירות, כמו פרופ' יואב דותן שדיבר פה היום, סבורים שההצעה הזאת היא בגדר לשפוך את התינוק עם המים, בלשונו של פרופ' דותן.

לאור דברים שעלו בדיוני הוועדה בימים האחרונים, אני מבקש להרחיב מעט על הפגיעה בשלטון החוק שגלומה בהצעה כי זו היא מבחינתנו השאלה המרכזית שעומדת על הפרק, וההצעה לא נותנת מענה לבעיה הזאת.

מדינה דמוקרטית, כולם כפופים לשלטון החוק, מהאזרח ועד הממשלה והשרים. הכפיפות של הממשלה לשלטון החוק מובטחת על ידי מספר מנגנונים, בראשם על ידי בית משפט עצמאי שמוסמך לבקר החלטות שלטוניות ועל ידי בעלי תפקידים שונים ברשות המבצעת שמשמשים בתפקיד של שומרי סף. לגבי בתי המשפט, העניין של ההצעה בשלטון של החוק היא ברורה מאחר שתשלל לבית המשפט עילת ביקורת חשובה ביותר ביחס להחלטות שרירותיות שנותנות משקל עודף לשיקולים לא רלוונטיים ומשקל זניח לשיקולים משמעותיים. מעבר לכך, המקרים שמגיעים לדיון בבית המשפט על עילת הסבירות מהווים טיפה בים ההחלטות המינהליות שמתקבלות על ידי הממשלה והשרים מידי יום, לגביהן חייבים השרים בחובת הסבירות. החובה של הממשלה לנהוג בסבירות תבוטל דה פאקטו ככל שההצעה תעבור. בכך תיפגע גם היכולת של הייעוץ המשפטי לממשלה לקדם את השמירה על שלטון החוק ולא ניתן יהיה לבלום החלטות שרירותיות ובלתי סבירות באופן קיצוני במהלך גיבושן.

בהתייחס למה שנאמר פה מוקדם יותר היום, אין חלילה איזושהי טענה שהשרים רוצים לפעול בצורה לא סבירה, ממש לא. אני עובד הרבה שנים עם הרבה שרים, כולל אנשים שהיו שרים ויושבים פה, זה עניין של כל ממשלה בסופו של דבר שיש החלטות, גם של הממשלה הזאת וגם של ממשלות קודמות וגם של שרים בממשלות קודמות, שההחלטות האלה, למשל החלטות בתקופת בחירות, שמנסים להקים ישוב ערב בחירות, להקים ישוב חדש, זה דברים שהם לא עומדים בכללים של עילת הסבירות ומבחיני האיפוק והריסון או החלטות אחרות שרוצים לשנות סדרי עולם, רגע לפני הקמת ממשלה או רגע לפני בחירות. אם לא

תהיה עילת סבירות, לא יהיה לאף אחד במדינה הזאת, לאף גורם, לא יהיה כלי למנוע את זה, לא ביעוץ המשפטי לממשלה ולא לבית המשפט.

ההחלטות שמקבלים השרים בממשלה, רובן המכריע או חלק גדול מהן, אני לא יודע אם רובן המכריע, זה החלטות שהם יישומיות פרטניות. זה לא החלטות שמשלבות מדיניות כללית, וזה לא החלטות שבמובן שמתייחס אליו פרופ' דותן, לא במובן שסולברג מתייחס אליו במאמר שלו.

ביטול עילת הסבירות יפגע גם ביכולת של יועצים משפטיים לשמור על שלטון החוק וגם ביכולת של בתי המשפט...

פגיעה משמעותית במיוחד... שנובעת מהצעת החוק, קשורה במעמד של שומרי הסף שיחלש באופן משמעותי עד כדי חשש מפני הפיכתם דה פאקטו למשרות אמון פוליטיות...

אחד התנאים המרכזיים ליכולתם של בעלי התפקידים הללו למלא תפקידם הוא היותם עצמאיים מהדרג הפוליטי. ערובה חשובה ביותר לכך היא דרכי המינוי וסיום הכהונה. אם תבוטל עילת הסבירות והדלת תיפתח למינויים לא תקינים של שומרי סף ושל בעלי תפקידים בכירים אחרים, וחמור מכך, לפיטורין של שומרי סף ובכירים אחרים מטעמים פוליטיים, הדבר יפגע באופן קשה בעצמאות של שומרי הסף, וכתוצאה מכך, יפגע באופן חמור ביותר בשלטון החוק. התפקידים של שומרי הסף יוכלו להפוך בפועל, וללא ביצוע שינויים משפטיים נוספים, מתפקידים עצמאיים למשרות אמון שכהונתם תלויה בכל רגע בחסדיו של הדרג הפוליטי ובכך שהם ימלאו את רצונו...

כשם שהרכב מאוזן של הוועדה לבחירת שופטים הוא תנאי הכרחי לעצמאותה של הרשות השופטת, כך גם עילת הסבירות היא תנאי הכרחי לעצמאותם של שומרי הסף ולמעמדו של שלטון החוק כערך בסיסי בחברה דמוקרטית.

לאור האמור לעיל, אני מבקש לחזור על עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה, לפיה משמעות ההצעה אם היא תתקבל, היא ביטול ערובה חשובה שמבטיחה שהשלטון יפעל בהגינות בהיעדר שרירות כלפי הפרט. ההצעה תגרום לפגיעה קשה במגוון רחב מאוד של מישורים בעבודת הממשלה. אנחנו לא רואים את זה היום, ואנחנו נראה את זה, וזה יהיה מאוד מאוד מהיר, על כל הגופים וכל היחידות של הממשלה. ההצעה הזאת אם היא תעבור, תפגע בערכים דמוקרטיים בסיסיים של תקינות פעולת המינהל, טוהר המידות של השירות הציבורי, שלטון החוק ואמון הציבור ולכן העמדה שלנו היא שאין מקום לקידום ההצעה."

119. כמה מחברי הכנסת הלינו על כך שדבריו של המשנה ליועצת המשפטית לממשלה נשמעים רק לאחר שההצבעה התקיימה וחלקם טענו שההצבעה לא הייתה חוקית. בין השאר, חה"כ קארין אלהרר טענה שהצבעתה לא נרשמה. מנהל הוועדה התבקש לבדוק את הקלטת ההצבעה, אך במהלך הדיון לא נמצא תיעוד רלוונטי. לאחר היוועצות ביועצת המשפטית לכנסת וביועץ המשפטי לוועדה, הודיע יו"ר הוועדה כי "לפנים משורת הדין" תוצאות ההצבעה יתוקנו ויירשם כי חה"כ אלהרר הצביעה נגד הצעת חוק היסוד המתקן, משום שהוא "מאמין לה" (שם, עמ' 139).

120. אחר הדברים האלה, קיימה הוועדה הצבעה על הרביזיה, וזו נדחתה ברוב של 9 נגד 7, ללא נמנעים (עמ' 144 לפרוטוקול). בכך אושרה טיוטת הנוסח שהציג יו"ר הוועדה כהצעת חוק מטעם הוועדה לקריאה הראשונה.

הצעת החוק כפי שהונחה על שולחן הכנסת לקריאה הראשונה מצורפת ומסומנת מש/8.

121. ביום 10.7.23 דנה מליאת הכנסת בהצעת חוק היסוד המתקן ואישרה אותה בקריאה ראשונה, ברוב של 64 תומכים מול 56 מתנגדים. בעקבות זאת הוחזרה ההצעה לדיון בוועדה, לשם הכנתה לקריאות השנייה והשלישית.

ב.4. הדיון בהצעת החוק המתקן לקראת הקריאות השנייה והשלישית

122. לאחר שהצעת חוק היסוד המתקן הוחזרה לוועדה, קיימה הוועדה בימים 11-19.7.23 ארבעה ימי דיונים ממושכים בהצעה, ולאחריהם שלושה דיונים בהסתייגויות שהוגשו לה. גם בדיונים אלה השתתפו חברי כנסת, הייעוץ המשפטי לוועדה, נציגי הייעוץ המשפטי לממשלה, נציגי משרדים ממשלתיים, נציגי אקדמיה ונציגי החברה האזרחית.

123. הדיון הראשון בהצעת חוק היסוד המתקן במסגרת הכנתו לקריאה השנייה והשלישית, התקיים ביום 11.7.23. הדיון נפתח בדברי יו"ר האופוזיציה, חה"כ יאיר לפיד, שהזהיר כי חוק היסוד המתקן יביא לפגיעה חמורה בכלכלת ישראל, יגרום נזק מדיני חמור למדינת ישראל, יזיק לביטחון המדינה ויהפוך אותה "להלשה יותר, ענייה יותר, מבודדת יותר ומפולגת יותר".

124. יו"ר הוועדה ביקש להדגיש, נוכח פניות רבות שהגיעו אליו, כי הצעת חוק היסוד המתקן אינה חלה על ראשי ערים ועל נבחרים ציבור אחרים זולת הממשלה ושריה. היועץ המשפטי לוועדה הסביר שאכן, על פי הנוסח המוצע, כדי שחוק היסוד המתקן יחול על נבחרים ציבור נוספים, דוגמת ראשי ערים, מעבר לאלה המנויים מפורשות בהצעה, יהיה צורך לחוקק זאת בשלוש קריאות בחוק רגיל (עמ' 56-57 לפרוטוקול).

125. עו"ד יורם שפטל הופיע לפני הוועדה וטען שהצעת חוק היסוד המתקן לא תשיג את מטרתה. עו"ד שפטל הציע לקבוע בחקיקה כי בית המשפט יהא מוסמך לפסול החלטות מינהליות רק מטעמים של חריגה מסמכות, מטרה זרה, אפליה או חריגה מכללי הצדק הטבעי.

126. כב' השופט בדימי, פרופ' עודד מודריק, הציע להגביל את השימוש בעילת הסבירות, אך לעשות זאת בצורה רחבה פחות מן הנוסח המוצע. בתוך כך הציע להותיר על כנו את הסטנדרט המצומצם של עילת הסבירות, בהתאם להלכה שנקבעה בעניין **Wednesbury**, הכולל רק "החלטה ששום רשות סבירה לא יכולה להעלות אותה על הדעת ובכל זאת בעל הבית איכשהו השתגע והוציא החלטה כזאת תחת ידיו". כדי למנוע הרחבה חוזרת של עילת הסבירות, הציע פרופ' מודריק שעתירות נגד החלטות הממשלה ושריה יישמעו לפני הרכב מורחב של בית המשפט. בנוסף, פרופ' מודריק הציע להבחין במפורש בין סבירות מהותית לבין סבירות

הליכית ולהבהיר בהצעת חוק היסוד המתקן, גם זאת באופן מפורש, כי שאר עילות הביקורת – לרבות המידתיות – נותרות בתוקפן.

127. פרופ' דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר, הופיע אף הוא לפני הוועדה והעלה הצעות לשינוי נוסח הצעת החוק. פרופ' פרידמן פתח בכך ש"לעילה הזאת, שיש כאלה שאוהבים אותה, יש מחיר מאוד מאוד כבד", הנובע מאי-ודאות, מעודף בירוקרטיה ומהיעדר ביטחון משפטי. פרופ' פרידמן הציע להבהיר במפורש שעילת השיקולים הזרים נותרת על כנה, ולבטל את האפשרות להחיל בחקיקה את חוק היסוד המתקן על נבחרי ציבור נוספים, דוגמת ראשי עיריות. בנוסף, פרופ' פרידמן הציע לקבוע כי חוק היסוד המתקן לא יחול על סמכות שהשר נטל מעובד ציבור הכפוף לו לפי סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה. לגבי סמכויות שהואצלו על ידי שרים לפי סעיף 33 לחוק היסוד, פרופ' פרידמן סבר שה"סיכון" שלאחר התיקון שרים יאשרו החלטות בעניינים שהואצלו על ידם אינו ריאלי, ולכן הוא לא התנגד להחרגת עניינים אלה מתחולת החוק, אף שציין כי הוא סבור שהבהרה זו אינה דרושה. מנגד – פרופ' פרידמן הציע להרחיב את עילות הביקורת השיפוטית על גופי התביעה ולקבוע כי היעדר סבירות לא תהא סיבה להימנע מכינוס הוועדה למינוי שופטים.

128. במענה לשאלה על מידת האפשרות לפטר עובדי ציבור לאחר כינון חוק היסוד המתקן, השיב פרופ' פרידמן כי לדעתו אם אדם מונה לקדנציה מסוימת, ולאחר מכן הממשלה מעוניינת לפטרו – לא ניתן לעשות זאת אלא אם כן קיימת הצדקה משמעותית לכך, וודאי שהדבר לא יוכל להיעשות בחוסר הוגנות או משיקולים זרים. פרופ' פרידמן נשאל גם אם לא ראוי היה להסדיר את עילת הסבירות כחלק מהסדרה רחבה של תחום המשפט המינהלי, והשיב כי מאחר שקיים קושי מעשי לחוקק חקיקה כוללת ומקיפה, וכיוון שהבעייתיות וחוסר הבהירות שבעילת הסבירות גדולות יותר מהבעייתיות שבעילות אחרות, לעמדתו יש מקום לתיקון ספציפי.

129. פרופ' יואב דותן, שהופיע שוב לפני הוועדה, חזר על ההצעה שהציג בדיון הקודם, והציג בנוסף את הצעתו לצמצום עילת הסבירות תוך הבחנה בין דרגים מינהליים שונים (ממשלה, שר או פקידים), בין סוגים שונים של סבירות (סבירות רחבה לעומת שרירותיות או גחמניות) ובין סוגים שונים של החלטות (החלטות מדיניות כללית לעומת החלטות פרטניות). פרופ' דותן ציין כי הבחנות אלה חשובות מאוד, כדי "לכוונן את היקף הביקורת על הסבירות בהתאם להקשרים השונים שבהם מתקבלת ההחלטה המנהלית" (עמ' 84 לפרוטוקול). בהמשך, פרופ' דותן הסביר כי להבחנה בין החלטות מדיניות לבין החלטות פרטניות יש חשיבות שכן "בהחלטות מדיניות כלליות גם מנגנוני הביקורת הדמוקרטיים של הכנסת, של התקשורת וכו' הם הרבה יותר נוכחים", ובנוסף – "היתרון המקצועי של הממשלה, היכולת שלה לבחון את הדברים במבט רחב, להבין את ההשלכות של החלטות מדיניות, ההשלכות התקציביות וכו'", הוא יותר טוב מאשר של בית המשפט בדרך כלל". כשנשאל כיצד ניתן להבחין בין החלטות מדיניות לבין החלטות פרטניות, השיב פרופ' דותן שהבחנה זו מקובלת במשפט המשווה, וכך לדוגמה בחוק הפרוצדורה המנהלית האמריקני מופיע המונח "General Policy Statements". בהתייחסו לעניין אל-קאסם אמר פרופ' דותן כי אם הממשלה תחליט לקבוע מדיניות

כללית אחידה בעניינים דומים – הוא לא יתנגד לכך שהחלטה זו תיהנה מחסינות מביקורת שיפוטית בעילת הסבירות (להבדיל מעילות אחרות שעשויות להיות רלוונטיות).

נוסח ההצעה מטעם פרופ' דותן מצורף ומסומן מ/ש/9.

130. חה"כ הלוי העיר שיש לתקן את נוסח הצעת חוק היסוד המתקן כדי להבהיר שהיא אינה מתייחסת רק להחלטות אופרטיביות (דוגמת מינויים) אלא גם להימנעות מקבלת החלטה. זאת, כדי שצמצום הביקורת השיפוטית לא יחול רק על החלטה למנות אדם לכהונה מסוימת, אלא גם על החלטה שלא להדיחו.

131. לבקשת חלק מחברי האופוזיציה, זומן לישיבה עו"ד אסי מסינג, היועץ המשפטי למשרד האוצר. יו"ר הוועדה התנגד מלכתחילה לתת לו את רשות הדיבור, בטענה כי הממשלה צריכה לדבר "בקול אחד" ואין מקום שעובדי מדינה יופיעו לפני הוועדה ויתנגדו להצעת חוק היסוד המתקן. לעומת זאת, חה"כ קריב טען כי במיוחד כאשר מדובר בהצעת חוק מטעם הוועדה, יש לאפשר לחברי הוועדה לקבל סקירה מקיפה של הדרג המקצועי על השלכות אפשריות של הצעת החוק. יו"ר הוועדה ציין כי להשקפתו אין לכך מקום, וניתן לקבל את הידע המקצועי על אודות אופן היישום והשימוש בעילות הסבירות באמצעות אנשים שביהנו בשירות המשפטי הממשלתי בעבר. מכל מקום, יו"ר הוועדה הסביר שהוא מסכים שעו"ד מסינג יאמר את דברו מאחר שלא התקבלה החלטת ועדת השרים לענייני חקיקה בנושא, לאחר שביקש וקיבל את רשותו של שר האוצר לכך שאנשים ממשרדו יופיעו לפני הוועדה, ולאחר שהיועצת המשפטית לכנסת חיוותה דעתה שיש חשיבות לידע המקצועי של היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה על אופן היישום של עילת הסבירות. היועצת המשפטית לכנסת הבהירה כי להשקפתה חובה לאפשר לעו"ד מסינג לדבר לפני חברי הוועדה, והסבירה:

"אני חושבת שלכנסת ולוועדה יש אינטרס חזק מאוד שעמדתם המקצועית של עובדי המדינה יישמעו, גם בדיוני פיקוח ובוודאי בדיוני חקיקה. במקרה הזה בדיון בעילת הסבירות, שבסופו של דבר היועצים המשפטיים משתמשים בעניין של יום ביומו ויכולים לתרום מהידע ומהניסיון המקצועיים שלהם. הוועדה לא כבולה לשר האוצר או לשר כזה או אחר שאוסר או מתיר לעובד ממשרדו לדבר, אלא להפך, והדבר נעשה כאן מדי יום כשוועדות מבקשות מנציגים מקצועיים, לאו דווקא יועצים משפטיים אבל גם יועצים משפטיים, להציג את עמדתם המלאה המקצועית על מנת שהוועדה תוכל לקבל החלטה מושכלת. זה חלק מעבודת הוועדה וזה חשוב מאוד... חובה לאשר את זה."

132. עו"ד מסינג הדגיש כי "משמעות חקיקת החוק המוצע היא יצירת חור שחור נורמטיבי שגבולותיו רחבים ביותר... פגיעה בערכים בסיסיים ביותר, תקינות פעילות המינהל, טוהר המידות של השירות הציבורי, הגינותו של השלטון ביחסיו מול הפרט ושלטון החוק". בהמשך, עו"ד מסינג הציג את המבנה הארגוני של משרד האוצר, והזכיר כי בהתאם להמלצות ועדת קוצניק – הוועדה לבחינת הרכב משרד האוצר – הוגדרו תחומים מסוימים שבהם ניתנת עצמאות מקצועית

לראשי האגפים. מכאן המשיך עו"ד מסינג וסקר את השלכות חוק היסוד המתקן המוצע על תפקודו של משרד האוצר בתחומים שונים:

133. **התחום הראשון** שאותו סקר עו"ד מסינג היה תחום המינויים. בהקשר זה ציין כי מינויים של ראשי אגפי הליבה במשרד (החשב הכללי, אגף תקציבים, הממונה על השכר והכלכלן הראשי) נעשה בפטור ממכרז, ללא ועדת איתור, כאשר תנאי הסף לתפקידים אלה נקבעים בהחלטה של המשרד בשיתוף נציבות שירות המדינה (החלטה שאותה ניתן לשנות ואף שונתה בעבר). מינוי מנהל רשות המיסים והממונה על שוק ההון מתבצע לאחר ועדת איתור, וזאת בהתאם להוראת החלטת ממשלה שניתנת לביטול. הביקורת על מינויים נעשית באמצעות עילת הסבירות, ולכן אם הצעת חוק היסוד המתקן תעבור – ניתן יהיה לשנות תנאים אלה בקלות יחסית וללא ביקורת שיפוטית (עמ' 101-105 לפרוטוקול).

134. **התחום השני** שאליו התייחס עו"ד מסינג נוגע לפיטורי נושאי משרה בכירים במשרד. לטענתו, בהיעדר ביקורת שיפוטית באמצעות עילת הסבירות, גם תחום זה עלול להיוותר ללא בקרה אפקטיבית. עו"ד מסינג סיכם:

“אם נצרף את השינוי במינויים ואת אפשרות הפיטורים והופכים אותה לקלה ביותר כמו שדיברנו, הלכה למעשה יש לנו כאן מינוי של משרות אמון על כל המשתמע לכל המשרות הבכירות במשרד האוצר. במצב זה יכול לחשוב כל נושא משרה במשרד האוצר, זה לא משנה אם זה החשב הכללי, אם זה הממונה על התקציבים, אם זה הממונה על השכר או אם זה מנהל רשות המיסים, שכל החלטה שלו למעשה יכולה להיות ההחלטה האחרונה שלו. מכיוון שאם היא לא תמצא חן בעיני השר, היא עשויה להוביל לפיטוריו. לכן במובן הזה יש פה פגיעה אנושה, לטעמי, ביכולת של עצמאות שיקול הדעת של כל אחד מנושאי המשרה הבכירים במשרד האוצר.”

התחום השלישי שיושפע מהגבלת עילת הסבירות לעמדתו של עו"ד מסינג, הוא מצב שבו נמנעים ממינוי נושא משרה בכיר במשרד. במצב כזה ניתן להטיל את התפקיד על מנכ"ל משרד האוצר או על עובד אחר באופן זמני, ובכך לגרום לפגיעה בתפקוד המשרד.

עו"ד מסינג הדגיש כי כפי שעלה גם מדוח ועדת קוצ'יק, יש חשיבות רבה בשמירה על הדרג המקצועי באוצר כדי לשמור על יכולתה של מדינת ישראל להתמודד עם משברים שיאיימו על כלכלת ישראל, ועמד על חשיבות תפקידו של הדרג המקצועי בהעלאת שיקולים ארוכי טווח על פני שיקולים לטווח קצר, לשם שמירה על יציבות המשק וצמיחתו.

135. לאחר שהתייחס לתחומי המינויים והפיטורים, סקר עו"ד מסינג את השלכות הצעת חוק היסוד המתקן על עצם הפעלת הסמכות, ובכלל זה התייחס לחשיבות ולרגישות שבקביעת תחזית משרד האוצר על תכנון התקציב לצורך עמידה ביעד הגרעון שנקבע בחוק. הוא הביע חשש מהיעדר ביקורת שיפוטית אפקטיבית במצבים שבהם שר האוצר מבקש להשפיע על הכלכלן הראשי לשנות את התחזיות הכלכלית.

136. בשל הצורך בסיום הדיון, שכן בהתאם לתקנון הכנסת לא ניתן ככלל לכנס ועדה בזמן דיון מליאה, הפסיק יו"ר הוועדה את עו"ד מסינג בטרם סיים את דבריו. חה"כ קריב ביקש לזמנו לדיון נוסף, ושב וביקש לזמן את נציב שירות המדינה ואת היועץ המשפטי של משרד הביטחון למתן סקירה דומה על השלכות החקיקה בתחומי תפקידם.

137. ביום 12.7.23 המשיכה ועדת החוקה לדון בהצעת חוק היסוד המתקן. גם בפתח דיון זה נשאו חברי הכנסת דברים, והראשונה שבהם הייתה חה"כ מירב כהן. לאחר מכן הזכיר חה"כ קריב כי חברי האופוזיציה בוועדה דורשים לשמוע יועצים משפטיים נוספים במשרדי הממשלה, לקבל פירוט של כל הסמכויות שהואצלו על ידי שרים בעשור האחרון, ולקבל מחקר של משפט משווה ממרכז המחקר והמידע של הכנסת.

138. בהמשך לכך, היועץ המשפטי לוועדה הציג את עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת ביחס להצעת החוק. בפתח דבריו הדגיש שהמתווה המוצע בהצעת חוק היסוד המתקן, גורף הרבה יותר מהמתווים האחרים שהוצגו להסדרת עילת הסבירות על ידי הגורמים שהופיעו לפני הוועדה. כך – המתווה אינו כולל הבחנה בין החלטות מליאת הממשלה לבין החלטות של שרים, אינו מותיר עילת ביקורת של 'מופרכות', אפילו רק ביחס להחלטות השרים, אינו מבחין בין החלטות פרטניות לבין החלטות מדיניות, אינו קובע חובה על נבחרי הציבור לפעול בסבירות, ואינו מטיל חובת הנמקה מוגברת או חובת פרסום של החלטות השרים. היועץ המשפטי לוועדה המליץ אפוא לוועדה לשקול כל אחד מרכיבים אלו, והזכיר שלושה תחומים בולטים שהמתווה המוצע יותירם ללא ביקורת שיפוטית אפקטיבית:

(א) **החלטות ממשלת מעבר**, המתקבלות בתקופת בחירות ולפני כינון ממשלה בכנסת חדשה, כאשר יש צורך "לפקח שהממשלה לא תקבע עובדות בשטח לפני הבחירות ותסגל את הממשלה הבאה, אם זה במינויים ואם זה בכלכלת בחירות שתעזור לה להיבחר". היועץ המשפטי לוועדה ציין שבסיטואציה זו, הרציונל הדמוקרטי של צמצום עילת הסבירות אינו תקף, שכן הממשלה אינה נהנית עוד מאמון הכנסת וזו אף אינה יכולה להפילה.

(ב) **מינויים ופיטורים** – היועץ המשפטי לוועדה הזכיר כי הוצעו בוועדה מודלים מרוככים יותר מביטול מוחלט של עילת הסבירות לגבי החלטות הנוגעות למינויים על ידי הדרג הנבחר, כדוגמת הצעתו של פרופ' דותן להקמת ועדה לבחינת טוהר מידות, וכדוגמת ההצעה להבחין בין מינויים המאושרים בכנסת לבין מינויים שאינם מאושרים בכנסת.

(ג) **החלטות פרטניות שאינן כרוכות בפגיעה בזכויות מוגנות** – למשל: החלטה על הענקת רישיונות, היתרים או אישורים. כב' השופט סולברג התייחס להחלטות אלה כ"הליכים מנהליים המתישים כוחו של אדם", והניח שהחלטות אלה מתקבלות בדרך כלל על ידי הדרג המקצועי. דא עקא, בדיקה שנערכה על ידי הייעוץ המשפטי לוועדה

העלתה שהחלטות רבות מעין אלה מתקבלות על ידי שרים, והוצגו מספר דוגמאות לכך.

היועץ המשפטי לוועדה הדגיש שבכל התחומים הללו האזרח שעומד מול השלטון נותר חסר אוניס, שכן פערי המידע מקשים על הוכחת קיומן של עילות ביקורת כמו שיקולים זרים או חריגה מסמכות.

139. בנוסף, היועץ המשפטי לוועדה ציין כי באופן אבסורדי, חקיקה שנועדה להתמודד עם חוסר הוודאות ועם אי-הבהירות של עילת הסבירות באמצעות צמצומה של עילה זו, עושה זאת מבלי להגדיר מהי סבירות ומבלי להתייחס לעילות ביקורת שיפוטית אחרות. משכך, הדבר עלול דווקא להגביר את חוסר הוודאות ואת אי-הבהירות. בהקשר זה הזכיר היועץ המשפטי לוועדה כי הצעת חוק היסוד המתקן אינה מבחינה בין סוגים שונים של סבירות ואינה מחריגה במפורש את תחולת חוק היסוד המתקן בתחומי המשפט האזרחי והפלילי. בנוסף ציין, כי אם – כפי שהציע יו"ר הוועדה – בתי המשפט יאלצו לפתח עילות ביקורת חדשות חלף הסבירות – דוגמת הגינות או פגיעה בהסתמכות – הדבר לא יועיל להשגת ודאות משפטית.

140. היועץ המשפטי לוועדה ציין שאם הכנסת אכן מבקשת לקבוע כי לא ניתן לקיים ביקורת שיפוטית על הדרג הנבחר מכוח עילת הסבירות, אזי רצוי לפחות לקבוע במפורש את חובתם של השרים לנהוג בסבירות ולחייבם לפרסם את החלטותיהם ולנמקן. בהקשר זה הזכיר היועץ המשפטי לוועדה כי החלטות הממשלה במליאתה מפורסמות בדרך כלל בתקשורת, חשופות לעין הציבורית ונתונות לביקורת הכנסת והציבור, בעוד שרים מקבלים מאות ואלפי החלטות שאינן מתפרסמות. משכך, בהיעדר חשש מפני פסילת החלטה על ידי בית המשפט בשל חוסר סבירות "גם החובה של השרים לנהוג בסבירות ולנמק את החלטותיהם עלולה להיעלם".

141. לבסוף התייחס היועץ המשפטי לוועדה לשאלה "למי צריכה להיות המילה האחרונה" (עמ' 22-21 לפרוטוקול):

"עלתה בוועדה השאלה למי צריכה להיות המילה האחרונה. זאת אחת השאלות שעלתה ביחס לסבירות ההחלטה של שר או של פקיד ממשלתי, ונטען שאין היגיון שדווקא לבית משפט בהקשר הזה יהיה את המילה האחרונה. אני חושב שההצגה הזאת חוטאת לעובדה הבסיסית, ההתנהלות הבסיסית במדינה הדמוקרטית, שבה בסופו של דבר התפיסה הבסיסית היא שהמפלט האחרון שיש לפרט מול הממשלה, מול כוחה הרב של הממשלה, הוא בית המשפט. בהרבה מאוד סיטואציות בתחום המשפט המנהלי בארץ ובמדינות דמוקרטיות אחרות אנחנו מקבלים את ההנחה שלבית משפט יש את המילה האחרונה לגבי השאלה אם מקבל החלטה קיבל החלטה בניגוד עניינים, האם הוא קיבל החלטה בזמן סביר, על בסיס תשתית עובדתית מספקת, במידתיות. ביחס לכל אחד מהנושאים האלה אפשר לומר: מאיפה שהשופט יידע מה התשתית העובדתית שנדרשת לקבל החלטה של השר להגנת הסביבה? מה, הוא מומחה להגנת

הסביבה? או למה שהוא יידע יותר טוב למה הפגיעה היא מידתית משר הבט"פ, מה, הוא מומחה לבט"פ?
בסופו של דבר התפיסה באה ואומרת שבגלל הכוח הרב שיש לרשות המבצעת מול הפרט, זה למשל בדוגמאות הפרטניות שדיברתי קודם, או בסיטואציה של ממשלת מעבר שבה הבקורות הדמוקרטיות הן יותר חלשות, יש לאותו פרט יכולת לבוא ולקבל סעד מבית משפט כדי להגן עליו. אפשר להתווכח, והוועדה שמעה הרבה גישות לגבי אם עילת סבירות צריכה להיות מצומצמת יותר או רחבה יותר, אם צריך לקבוע גדרות או לא, אבל עצם התפיסה שבסוף המילה האחרונה ביחס לשאלה אם החלטה של הרשות המבצעת עומדת בדרישות המנהליות, עצם התפיסה שבסוף בית המשפט נותן על זה בקרה היא תפיסה דמוקרטית בסיסית."

142. בהמשך לדבריו, ציין המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, עו"ד גיל לימון, כי היועצת המשפטית לממשלה רואה את הדברים מבחינה משפטית בדרך דומה לזו של היועץ המשפטי לוועדה, והסביר את חשיבותה של עמדה זו ביחס להצעה שעל הפרק (עמ' 25-48 לפרוטוקול):

"העמדה שלנו בקשר לשינויים האלה, השינויים השונים המשטריים, הוצגה בהרחבה בפני שר המשפטים בחוות דעת יסודית שהגישה היועצת המשפטית לממשלה בחודש פברואר. כמו שאמרתי בדברי הפתיחה בדיון בנושא הזה בוועדה, העמדה שאני מציג בפני הוועדה תואמת את העמדה המשפטית ואת הניתוח המשפטי שהיה בחוות הדעת שהוצגה לשר המשפטים תוך התייחסות לטענות ולדגשים קונקרטיים שעלו.
למען שלמות התמונה אני גם אציין שאין עמדת ממשלה לגבי הצעת החוק מאחר שהצעת החוק לא עברה דרך ועדת השרים לענייני חקיקה.
לבסוף אני חושב שזה העיקר, ברשותכם, הצעת החוק הזאת נועדה בראש ובראשונה להשפיע על עבודת הממשלה ואנחנו בייעוץ המשפטי לממשלה, מעבר לזה שזו האחריות שלנו והתפקיד שלנו, לדאוג לזה שהממשלה תפעל כדין, אנחנו גם יכולים להציג בפני הוועדה את תמונת המצב המדויקת ביותר ביחס להשפעה הזאת ואת ההשלכות האפשריות שלה."

143. המשנה ליועצת המשפטית לממשלה הוסיף והסביר את התנגדותו להצעת חוק היסוד המתקן:

"הרוב המכריע של המומחים שהופיעו בפני הוועדה עמדו על כך שהנוסח המוצע הוא רחב מדי וגורף מדי. למעשה זו ההצעה הקיצונית ביותר האפשרית לטיפול בעילת הסבירות... מאחר שהיא מונעת כל דיון בעילת הסבירות ביחס לכל החלטה שהיא של הממשלה או של שר. ההצעה מבטלת לחלוטין את הפסיקה של בית המשפט העליון בנושא סבירות, לא רק את הפסיקה בעניין דפי זהב שלגביה יש הרבה ביקורת גם בכתיבה האקדמית וגם בפסיקה עצמה, אלא מראשית ימי המדינה. הקיצוניות של ההצעה מתבטאת בין היתר בריכוך למראית עין לפיה פטור מחובת הסבירות לא יחול על הכנסת או על השלטון המקומי.
דווקא הריכוך לכאורה מחדד שהפטור מחובת הסבירות ניתן לקבוצה מצומצמת של מי שמחזיקים בידם את הכוח השלטוני הרב ביותר, את ההשפעה הרחבה ביותר על הציבור. כלומר גם אם בסופו של יום ההצעה לא תכלול אפשרות להחלת ההסדר על נבחרי ציבור או השלטון המקומי עדיין הפגיעה של ההצעה

היא קשה מאוד בגלל התחולה שלה על מי שמקבלים את ההחלטות הרגישות והחשובות ביותר.

בהקשר הזה אני מסכים עם הדברים של פרופ' מודריק שאמר אתמול לפיהם חקיקה שעוסקת בעילת הסבירות צריכה להיות מלאכת מחשבת. או כמו שאמר פרופ' דותן, ההצעה הזאת שופכת את התינוק עם המים. ההצעה צריכה לתת מענה לפגיעה קשה שצפויה בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים של תקינות פעולות המינהל, טוהר המידות של השירות הציבורי, שלטון החוק ואמון הציבור. מענה כזה לא יכול להיעשות במסגרת טיפול בנושא אך ורק מנקודת המבט של עילת הביקורת השיפוטית דרך חוק-יסוד: השפיטה, אלא באמצעות חוק שקובע קודם כל את חובת הסבירות של הרשות השלטונית ורק לאחר מכן נגזר מכך המתווה הנכון לביקורת השיפוטית."

144. בהמשך, עמד המשנה ליועצת המשפטית לממשלה על הפגיעה בעבודת הממשלה שתיווצר כתוצאה מהצעת חוק היסוד המתקן. הוא הדגיש בהקשר זה כי המשמעות המעשית של ההצעה היא שביחס לממשלה ולשרים לא תהיה דה-פקטו חובת סבירות:

"הפטור דה פקטו מהחובה לנהוג בסבירות יוביל לביטול ערובה דמוקרטית מרכזית בשיטת המשטר שלנו שהיא מהווה בלם על כוחו של השלטון ואבן יסוד במערכת היחסים שבין השלטון לפרט. הגם שהיקף המקרים שבהם בג"צ התערב בעילת הסבירות הוא נמוך יחסית, כמו שעולה מהסקירה שהופצה על ידי הייעוץ המשפטי של הוועדה, לעילת הסבירות השפעה רחבה מאוד על הפעילות הממשלתית בשלבי עיצוב וגיבוש החלטות השרים בממשלה."

145. עוד עמד המשנה ליועצת המשפטית לממשלה על הסוגיות העיקריות שבהן הגבלת עילת הסבירות עלולה להשפיע על תפקוד הממשלה. הוא הזכיר את נושא המינויים, את הגבלת פעולת הממשלה בתקופת בחירות, את החובה להתחשב בחוות דעת של גורמי מקצוע (דוגמת ועדת מחירים) וכן הזכיר מצבים שבהם השר נמנע מהפעלת סמכותו. לבסוף אמר כי "הפגיעה הקשה והמשמעותית ביותר של הביטול הגורף של עילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה והשרים נוגע למעמד של שומרי הסף":

"כמו שאמרתי בישיבה הקודמת, הפגיעה הקשה והמשמעותית ביותר של הביטול הגורף של עילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה והשרים נוגע למעמד של שומרי הסף. עילת הסבירות היא... ערובה מרכזית, אחת מכמה ערובות מרכזיות לכך שהמינוי של שומרי סף יהיה ראוי ותקין ולכך שלא ניתן יהיה לפטר שומר סף משיקולים פוליטיים.

חיזוק המעמד של שומרי סף משרת אינטרסים כלכליים של המדינה, כמו שהסביר אתמול עורך דין מסינג, ואני רוצה לדבר רגע על האינטרסים הבינלאומיים של המדינה. היכולת של מדינת ישראל להדוף הליכים משפטיים בזירה הבינלאומית מותנית בין היתר בכך שרשויות אכיפת החוק במדינה נהנות מעצמאות מקצועית. אם הממשלה יכולה בקלות יחסית להחליף יועץ משפטי לממשלה, פרקליט מדינה, או פרקליט צבאי ראשי – קשה יהיה לטעון בזירה הבינלאומית שהפונקציות האלה, שהעצמאות והמקצועיות שלהם היא תנאי להדיפות חקירות בינלאומיות, הן אכן עצמאיות.

בהיעדר עילת סבירות כל שומר סף או רגולטור יידע שהחלטה הבאה שלו יכולה להיות גם החלטה האחרונה שלו אם היא לא תמצא חן בעיני השר הממונה. אנשים הגונים יחששו לבוא ולמלא את התפקיד של שומרי סף.... לסיכום, העמדה שלנו היא שנושא עילות הביקורות השיפוטיות המנהליות צריך להיות מוסדר במסגרת חוק כולל ומאוזן שעוסק קודם כל בחובות המינהל כלפי הפרט ועילות הביקורת ולכן אנחנו מתנגדים להצעה בנוסח הנוכחי."

146. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה נשאל שאלות שונות על ידי חברי הכנסת והשיב עליהן. במענה לשאלה אם הצעת חוק היסוד המתקן תאפשר לפטר את היועצת המשפטית לממשלה, אמר כי לכאורה יש להשיב לכך בחיוב:

"כבר היום המצב המשפטי, גם לפי דוח שמגר, שניתן לפטר יועץ משפטי לממשלה, יש עילות מסוימות ויש תהליך מסוים. הרי מה העניין של עילת הסבירות או חובת הסבירות? חובת הסבירות היא חובה לתת את המשקל המתאים לשיקולים השונים. נניח יש מחלוקת בנושא אחד עם היועץ המשפטי לממשלה, האם הדבר הזה יכול, מחלוקת כזו, יש לה משקל מספיק כבד כדי להצדיק את הפיטורים? אז בוודאי שכשיש עילת סבירות או חובת סבירות צריך משהו שהוא כבד משקל מאוד מאוד משמעותי כדי להציג דבר כזה. כשאין חובת סבירות, וזה נכון לכל שומרי הסף, אז מספיק ששומר הסף נותן חוות דעת בנושא אחד שלא מוצאת חן בעיני השר הממונה עליו אז בהיעדר חובת סבירות אז הוא נותן את המשקל המקסימלי למחלוקת הנקודתית על פני שיקולים רבים אחרים, כמו המקצועיות וחשיבות שמירה על שלטון החוק ועוד שיקולים. לכן התשובה היא שאחרי חקיקת החוק בוודאי שיש ערובה מאוד משמעותית שמונעת פיטורים של שומרי סף, בהם גם של היועצת, וזה לא יהיה."

147. במענה לשאלה אם קיימת עילת שרירותיות ואם חוק היסוד המתקן יחול גם עליה, השיב המשנה ליועצת המשפטית לממשלה כי מאז פסק הדין **בעניין דפי זהב** עילה זו נבלעה בעילת הסבירות, ולא ניתן לחזות מה יהא מעמדה לאחר ביטול עילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה ושריה. עוד ציין, כי למרות שיש עילות ביקורת מינהלית נוספות, "לעילת הסבירות יש פונקציה מיוחדת, אגב לא סתם היא נמצאת פה בדיון, אם לא היה לה ערך מוסף משמעותי בהגבלת הכוח השלטוני סביר להניח שוועדת החוקה לא הייתה מקדישה כל כך הרבה זמן לניסיון לבטל אותה". לכן הדגיש, כי ההערכה של הייעוץ המשפטי לממשלה היא "שיהיו מקומות שהם בגדר חורים שחורים שעילות אחרות לא יוכלו לכסות אותן".

148. ביום 13.7.23 קיימה הוועדה דיון נוסף בהצעת חוק היסוד המתקן. בפתח הישיבה הוצג לפני חברי הוועדה נוסח מתוקן של ההצעה. נוסח זה, הותיר על כנו את ביטול עילת הסבירות ביחס לממשלה, ראש הממשלה והשרים, אך הושמטו ממנו המילים "וכן של נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק". בנוסף, הובהר בו כי המונח "החלטה" כולל גם החלטות בענייני מינויים והחלטות להימנע מהפעלת סמכות.

149. חה"כ מלינובסקי וחה"כ סגלוביץ' שבו והציעו לכלול בהצעת חוק היסוד המתקן אזכור של חובת הממשלה ושריה לפעול בסבירות, ולהבחין בגדרה בין מובנים שונים של עילת

הסבירות ובין החלטות שונות של הממשלה ושריה. במענה להצעות השונות, הסביר יו"ר הוועדה שאין צורך לקבוע במפורש שהשרים חייבים לפעול בסבירות ושהדבר מובן מאליו, ובכל אופן אין מקום לקבוע זאת בחוק-יסוד: השפיטה. הוא חזר והדגיש כי הצורך בחקיקה התעורר בגלל חוסר הריסון העצמי בפסיקתו של בית המשפט. עוד אמר, כי לשיטתו ההבחנה בין מובנים שונים של עילת הסבירות או בין החלטות מדיניות לבין החלטות פרטניות עלולה להיטשטש על ידי בית המשפט ולרוקן את חוק היסוד המתקן מתוכן (עמ' 12-20 לפרוטוקול):

"אותו דבר לגבי הממשלה. אם בחוק יסוד: הממשלה או בחוק סדרי מינהל ירצו לקבוע במסגרת הסדרה כוללת כל מיני חובות מינהליות באיזונים נכונים על הממשלה, כאן יש לנו בעיה קשה שבית המשפט לא הגביל את עצמו במשך הרבה שנים למרות הרבה מאוד איתותי אזהרה ולכן אנחנו נאלצים לעשות זאת בחקיקה.

זה נכון לגבי סוגיה של מדוע לא לקבוע את החובה בחוק וזו הייתה ההנמקה בגללה זה לא נכנס בנוסח בקריאה הראשונה למרות שהדבר עלה לפני הקריאה הראשונה...

ההבחנות שעלו, כולל בהצעה של פרופסור דותן ואחרים, הבחנה בין מדיניות לפרט, הבחנה בין החלטות פרטניות לכלליות, הבחנה בין סבירות לאי סבירות קיצונית, לכולן יש מקום בעולם התיאורטי העיוני. הסיבה לא לנקוט אותן והיא בדיוק הסיבה עליה דיבר גם השופט סולברג במאמרו, היא הסיבה שהן לא עובדות בעולם האמיתי. זאת אומרת, אתה יכול להגיד לבית משפט תתעסק רק באי סבירות קיצונית, ואז תמיד, כל מקרה, יהיה אצלו קיצוני. זה נמצא בידיים בהגדרה סובייקטיבית של השופט. כך לגבי מהי מדיניות ומה לא.

לכן כל ההבחנות האלה שאם הייתי יודע או הייתה לי דרך לוודא ששופטים יודעים להעביר את הקו נכון, בין סבירות לאי סבירות קיצונית, שעל זה תילי תילים של קולמוסים נשתברו על כך שהם לא יודעים לעשות את ההבחנה הזאת. אם הייתי יודע שהם יודעים להבדיל בין החלטות מדיניות להחלטות פרטניות ולא להתערב בהחלטות פרטניות עד שזה הופך למדיניות, ניחא. הם לא יודעים לעשות את זה. לכן אין מנוס. באמת אין מנוס מלהעביר את הקו במקום הגיוני."

150. באשר לחשש שעלה, שמא תתקבלנה החלטות מינהליות פרטניות שלא ניתן יהיה לקיים עליהן ביקורת שיפוטית, אמר יו"ר הוועדה כי ניתן יהיה לבקר החלטות אלה מכוח עילות אחרות וכי הוא עוד לא נתקל במקרה שבו זכותו של הפרט נפגעה ולבית המשפט לא הייתה תרופה.

151. לבסוף התייחס יו"ר הוועדה לביקורת השיפוטית על החלטות בענייני מינויים:

"הדבר הנוסף שעלה גם בדבריו של היועץ המשפטי, סוגיית המינויים. זו אחת הסיבות בגללן המשפט הזה הוסף. סוגיית המינויים היא בלב ליבה של הסמכות השלטונית. אני חושב שהסמכות למנות, לא למנות, לפטר נושאי משרה, מנכ"לים וכדומה, היא א'-ב' של המינהל הציבורי בכל מקום...

אני אסיים ואומר שבסופו של דבר, וזה באמת הוויכוח, אם אתם הייתם בשלטון, הייתם חושבים, כפי שאמר ראש מפלגתך יואב, שבעיניי זה חוקי ולכן הכול בסדר. כאשר אנחנו בשלטון, אתם רוצים שיהיו לנו שומרי סף... אם בית המשפט העליון היה דומה בהרכבו להרכב הקואליציוני, אנחנו היינו באופוזיציה ואתם הייתם בשלטון – כל עמדותיכם היו מתחלפות. אנחנו יודעים את זה כי ראינו את זה. אני מנסה להציע הסדר שהוא עיוור לשאלה מי בקואליציה... מי שינהל את מדינת ישראל, נבחרי הציבור.”

152. חה"כ קריב הגיב לדברים ואמר: "ככל שאנחנו מבליים יותר ויותר זמן בחדר הזה, חומרת החקיקה המוצעת הולכת ומתבררת". לדבריו, "בציבור נוצר איזשהו רושם שחקיקת עילת הסבירות זה הילד הצעיר במשפחה, שעוצמת הנזק היא לא דרמטית, שהיו קרובים לסיכומים, שאפשר לחיות עם זה, שיש כאן חימום מנועים של המחאה על ניוטרל לקראת הדברים הבאים", אך "ככל שעובר הזמן מתברר עד כמה המרכיב הזה ברפורמה המשפטית הוא מרכיב מאוד דרמטי. וככל שמגיעים לכאן יותר מומחים, כולל כאלה שביקרו את הרחבת השימוש בעילת הסבירות ואת הרחבת גבולותיה, ובאים ואומרים לא לילד הזה פיללנו... החקיקה הזאת היא חמורה מאוד, היא עתידה להקרין על דברים מאוד מאוד משמעותיים בתקינות הפעילות של השירות הציבורי במדינת ישראל, באיכות קבלת ההחלטות, בניקיון הכפיים של קבלת ההחלטות". חה"כ קריב הסביר שכיוון שחובת הסבירות נוצרה בפסיקה, כאשר שוללים את סמכות בית המשפט לבחון את סבירותה של החלטה, משמעות הדבר היא כי מסירים את חובת הסבירות מעל הממשלה ושריה.

153. חה"כ קריב טען שהצעת חוק היסוד המתקן היא הצעה קיצונית בכל שלושת הצירים שעסקו בהם בדיוני הוועדה: היא אינה חלה רק על הממשלה אלא גם על שרים בודדים, היא אינה מבחינה בין החלטות מדיניות לבין החלטות פרטניות, והיא אינה תוחמת את עילת הסבירות לגבולותיה המקוריים טרם פסק הדין בעניין דפי זהב אלא מבטלת אותה לחלוטין. במענה לטענה שלא ניתן להבחין בצורה מוחלטת בין מדיניות כללית לבין החלטות פרטניות, אמר חה"כ קריב שניתן היה להציע הבחנה כזו, לראות כיצד בתי המשפט יתייחסו אליה, ובמידת הצורך לשוב ולתקן. חה"כ קריב ציין שיו"ר הוועדה אינו עושה כך כיוון ש"אתם באים בתודעה של ריכוך ארטילרי. אתם חיים באיזושהי תפיסה שאם אתם לא תעשו כרגע את הכול, אין לאן להתקדם". בהמשך התייחס חה"כ קריב לשאלת מותר בית המשפט על הרשות המינהלית (שם, עמ' 22-26):

"שאלתם כאן כל הזמן מה מותר בתי המשפט בהחלטה הסופית שלהם על פני ההחלטה של הדרג הפוליטי... זאת הצגה מאוד פשטנית של תיאוריית האיזונים והבלמים שנדרשת במערכת דמוקרטית. הרי בסופו של דבר תמיד יש גוף אחד שמקבל את הכאילו ההחלטה הסופית, אבל במערכת בריאה של איזונים ובלמים הגוף הזה לרוב הוא לא הגוף בעל הסמכויות האקזקוטיוביות... למרות כל התיאוריות שלכם על בית המשפט אדיר הסמכויות שמנהל את המדינה, זאת פשוט שטות מוחלטת... הרשות המבצעת במדינת ישראל היא מהממשלות החזקות בעולם הדמוקרטי מבחינת עוצמת הסמכויות שלה... רעיון בריא של איזונים ובלמים בא ואומר שבמקרי קיצון, דווקא הגוף שיש בידו את כל סמכויות האקזקוטובה של המשילות, יש גוף שאומר לו עד כאן ושם קו אדום...

יש כאן איזושהו רידוד מוחלט, פשוט הריסה של מערכת האיזונים והבלמים מבלי לנסות לבוא ולומר שאנחנו לוקחים כוח מהגוף המבקר שהוא בית המשפט... אבל אנחנו מחזקים את כוחה של הכנסת. אפילו לא נדונה כאן לעומק השאלה האם מינוי שלא יכול עכשיו לעבור במסגרת עילת הסבירות בגלל שגרענו מהכוח של האיזונים והבלמים מבית המשפט... חייב עכשיו לעבור שימוע בכנסת ואישור בכנסת. לא הבאתם לכאן הצעה שאומרת אנחנו מורידים מכוחו של בית המשפט אבל אנחנו חושבים איך מחזקים את כוחו של מבקר המדינה... בסוף, בשורה התחתונה, אתם מחלישים את מנגנוני האיזונים והבלמים לכוח של הרשות, של מלכת הרשויות...

אני מתקשה להשתכנע שכאשר בתי המשפט יעשו שימוש בעקרון המידתיות בשל המעשה המינהלי, זה לא יהיה הבא בתור. מכיוון שאין חוק סדרי מינהל, מכיוון שאתם יוצאים חוצץ נגד ההחלטות של בית המשפט ולא על המנגנונים המשפטיים שהוא מפעיל, אז כשזה יעבור לשימוש יותר מזוקק בעילת המידתיות, תעברו למתקפה על עילת המידתיות."

154. יו"ר הוועדה התייחס לשאלת חלוקת חוק היסוד המתקן על סמכות שהואצלה, ואמר: "אם שר אצל את סמכותו לפקיד ציבור ומי שקיבל את ההחלטה היה פקיד הציבור, למשל החלטה לחתום על דרכון שהיא בידי שר הפנים, ובא פקיד מרשם האוכלוסין ברמת אביב ולא חתם או כן חתם או חתם בצורה משונה, ברור שההחלטה לא התקבלה על ידי השר וברור שהיא פנויה לביקורת שיפוטית. אין על זה ויכוח. זה פשוט". חה"כ קריב הביע חשש שהשר ייטול החלטות מסוימות לידיו, דוגמת פיטורי עובד ציבור, כדי לחסן אותן מהתערבות שיפוטית, ויו"ר הוועדה הסביר שהשר עדיין חייב להפעיל שיקול דעת: "ויבוא השר ויקבל החלטה... ויגיד: אני הסתכלתי על ההחלטה, בחנתי אותה לגופה ובעיניי היא ההחלטה הנכונה. כן, במקרה כזה, למרות שבשגרה הוא לא מקבל את ההחלטות האלה, הוא יאמר שהוא בחן את ההחלטה והוא חושב שההחלטה היא נכונה ועומדת בכללים, הוא יקבל את ההחלטה כמו שהוא מקבל כל החלטה – בית המשפט לא יכול יותר ממנו להגיד שההחלטה לא סבירה. נכון, זו כוונת המחוקק, זאת כוונת המשורר, תודה על שאלת ההבהרה שלך".

155. חה"כ קארין אלהרר ביקשה לעורר שוב את שאלת הביקורת השיפוטית בתקופת בחירות, והציגה חשש ממתן תמריץ ליכלכלת בחירות. יו"ר הוועדה השיב שלהשקפתו – עד למועד הבחירות אין גירעון דמוקרטי, הממשלה רשאית להפעיל את מלוא סמכויותיה, והציבור יביא את התנהלותה בחשבון ביום הבחור. באשר לממשלת מעבר, המכהנת לאחר הבחירות ועד להקמת הממשלה הבאה, אמר יו"ר הוועדה שהוא מסכים שיש בכך בעיה שאין לו פתרון עבודה, שכן לא קיים אמצעי בקרה על ממשלה המכהנת בתחילת כהונת הכנסת, ללא אמון הכנסת. יחד עם זאת, יו"ר הוועדה טען שהפתרון לגירעון הדמוקרטי אינו מתן כוח ליועץ המשפטי או לבית המשפט, שכן הגירעון הדמוקרטי הנובע מפתרונות אלה גדול יותר. בהמשך הדיון, יו"ר הוועדה הציע לחשוב על מנגנון שיחייב את אישור הכנסת להחלטות מסוימות המתקבלות בתקופה זו.

156. יו"ר הוועדה שב והבהיר שהוא מודע לכך שחוק היסוד המתקן אינו נקי מקשיים (עמי 47-48 לפרוטוקול):

"אין ספק שנמתחה ביקורת קשה גם בפסיקתו של גרוניס ואחרים על עילת הסבירות, אצל יואב דותן ואחרים. אין ספק שלבטל אותה לחלוטין, יש לזה מחירים כבדים. גם לצמצומה, אפילו הצמצום המצומצם שאנחנו מצמצמים, יש מחירים לא פשוטים. המחירים של אי צמצומה הם מחירים גדולים לא פחות. ולכן, אם בית המשפט - בתקופה שחלפה מאז שאמר גרוניס את הדברים ומאז שכתב יואב דותן את הדברים ומאז שכולם עסקו בנושא - היה משכיל לעשות צמצום עצמי, אז בהחלט יכול להיות שלא [היה צורך בתיקון החוק]... אנחנו באים ומלינים על כך שבית המשפט לא עושה את מלאכתו ואנחנו המחוקקים נאלצים לבוא עם פטיש. אבל מה לעשות, אנחנו לא יכולים להותיר את המלאכה למי שהוכיח במשך 40 שנה מעל פסק דין דפי זהב עד היום שהוא לא יודע לעשות את הצמצום הזה באופן עדין. הוא לא יודע ואז אין לי ברירה, אני עושה את זה ואני מעביר את הקו היכן שאני יכול שאלה הם נבחרו הציבור..."

157. בהמשך, השלים היועץ המשפטי של משרד האוצר את דבריו מהדיון הקודם, והדגיש כי חשיבותה של עילת הסבירות נובעת מכך שחלקים משמעותיים מעבודת הממשלה מבוססים על נהלים ועל אופן התנהלות שלא ניתן לקבוע בחוק (עמ' 50-60 לפרוטוקול). כדוגמה קונקרטית לפעולה לא-סבירה שממשלת מעבר ביקשה לבצע, הזכיר עו"ד מסינג את התוכנית הכלכלית להזנקת המשק, שאותה ביקשה הממשלה לאשר בחודש ינואר 2021, בחודש ה-13 שאין בו תקציב מאושר, חודשיים בלבד לפני הבחירות. תכנית זו כללה חלוקת מענקים לכל משקי הבית עד לעשירון השביעי בגובה של 5.5 מיליארד ₪, ולבסוף היא לא יצאה אל הפועל בהיותה בלתי-סבירה. יו"ר הוועדה חלק על דוגמה זו, וטען שניתן היה לפסול את ההחלטה באמצעות קביעה כי היא מונעת משיקולים זרים. עו"ד מסינג השיב שבהתאם להנחיות היועצים המשפטיים לממשלה לדורותיהם, ב-20-30 השנים האחרונות, החלטות בתקופת בחירות נבחנות על פי קריטריון של 'מתחם סבירות', ולא על פי השאלה אם הן מונעות משיקולים זרים – שאלה שאין ליועץ המשפטי כלים לבחון אותה. עו"ד מסינג הזכיר גם שני תחומים נוספים שבהם עילת הסבירות חיונית לצורך החלת ביקורת על החלטות הממשלה – הוצאת צווי פיקוח על מחירים והקצאת תמיכות מכוח סמכותה השירותית של הממשלה.

158. חה"כ מלול הגיב לדברי עו"ד אסי מסינג, ואמר שאין בסיס לחשש שצמצום עילת הסבירות יאפשר לשר לפטר ראשי אגפים ללא בקרה או למנות אנשים שאינם ראויים. חה"כ מלול הסביר שיש ועדות מינוי (אף שקיומן מעוגן בהנחיות בלבד) ויש תנאי כשירות פורמליים הקבועים בהנחיות מינהליות, ובית המשפט יוכל לערוך ביקורת שיפוטית בעילות אחרות זולת עילת הסבירות. עוד הוסיף, כי החשש האמור מבוסס על ההנחה שנבחרו הציבור מבקשים למנות אנשים לא מוכשרים ולא ראויים כדי להיכשל בתפקידם, אך הנחה זו חסרת בסיס. לדברי חה"כ מלול, "מי שצריך להחליט אם השר קיבל החלטה סבירה או לא, זה הציבור". חה"כ מלול הזכיר את עניין מינויו של כב' השופט בדימו' מזוז לכהונת יו"ר הוועדה למינוי בכירים כדוגמה לכך שעילת הסבירות אינה אחידה: "מה שסביר בעיני שופט א', לא סביר בעיני שופט ב', ומה שסביר בעיני שופטים, לא סביר בעיני השרים". חה"כ מלול טען ששר אינו יכול לעשות במשרדו כרצונו, והוא כבול במנגנוני קבלת החלטות, כך שאין גם יסוד לחשש מפני קבלת החלטות מופרכות.

159. לאחר מכן התייחס גם ד"ר עמיר פוקס, מהמכון הישראלי לדמוקרטיה, לנוסח המוצע. בהקשר זה ציין כי אחד מהשינויים שנערכו בנוסח הצעת חוק היסוד המתקן – הוספת התייחסות מפורשת להגבלת עילת הסבירות ביחס להחלטה להימנע מהפעלת סמכות – הוא בעל חשיבות רבה. לדבריו, אם נוסח זה יאושר, לא ניתן יהיה לערוך ביקורת שיפוטית על הפרת החובה לפעול בזמן סביר.

160. טענה נוספת של ד"ר פוקס הייתה שצמצום עילת הסבירות עומד בניגוד להנחות שעמדו בבסיס חוקים אחרים. כך למשל, ד"ר פוקס הזכיר את חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12), שהגדיר את האופן שבו ניתן לקבוע כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו. בהצעת חוק היסוד המקורית הוצע לבטל את הביקורת השיפוטית על החלטה זו, אולם בהליכי החקיקה הוחלט להשמיט סעיף זה כדי למנוע קיומו של 'חור שחור' וכדי לאפשר לבית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית במקרה שבו ראש הממשלה אינו יכול למלא את תפקידו אך הממשלה – מטעמים פוליטיים – נמנעת מלהחליט על נבצרותו. כעת, אם לא ניתן לבקר את סבירות החלטת הממשלה, הקושי שבחוק יסוד זה שב ומתעורר.

161. ד"ר אביעד בקשי חזר גם הוא על הצעתו מהדיונים בהכנה לקריאה הראשונה, באומרו כי יש לשקול להרחיב את הצעת חוק היסוד המתקן ולהחיל את הגבלת עילת הסבירות גם על החלטות של פקידים בכירים דוגמת היועץ המשפטי לממשלה, הרמטכ"ל, נגיד בנק ישראל ומפכ"ל המשטרה. ד"ר בקשי הוסיף שההצעות להבחין בין החלטות מדיניות לבין החלטות פרטניות הוזכרו במאמרו של כב' השופט סולברג, אך נדחו על ידו משמצא כי הן אינן ישימות, ועל כן הוא הציע את המבחן הפורמלי המבוסס על זהות מקבל החלטה. ד"ר בקשי התייחס גם לחשש שהובע על ידי חברי הכנסת מפני חשיפת חיילי צה"ל לשיפוט בינלאומי עקב ביטול עילת הסבירות וטען ש'עקרון המשלימות' המוכר במשפט הבינלאומי נוגע ליכולת לקיים משפט צבאי לחיילים המבצעים פשעי מלחמה, ואינו נוגע למשפט המינהלי. בהמשך דבריו, ד"ר בקשי התייחס לחששו של ד"ר פוקס מפני מצב שבו שר יוכל להימנע מקבלת החלטה מבלי שלבית המשפט תהא יכולת להפעיל על כך ביקורת, וטען שמדובר בחשש חסר יסוד. לדבריו, לפי הנוסח המוצע, כאשר השר נמנע מקבלת החלטה (למשל: נמנע מלקבל החלטה אם להפעיל בישראל שעון קיץ) – ניתן לדרוש ממנו למלא את תפקידו ולקבל החלטה; אולם כאשר השר נדרש לעניין ומחליט שלא להפעיל סמכות הנתונה לו (למשל: מחליט שלא לעשות שימוש בסמכותו להפעיל שעון קיץ) – אכן אין מקום לבחון את סבירות החלטתו. יצוין כי יו"ר הוועדה הסכים לאבחנה זו בעניין פרשנות המונח "החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

162. עו"ד אביטל שטרנברג, נציגת היועצת המשפטית לממשלה, ציינה כי השינויים שנערכו בהצעת חוק היסוד המתקן רק מחריפים את הקשיים שהיו טמונים בנוסח מלכתחילה ומחדדים את הכוונה לחסן מביקורת שיפוטית על יסוד עילת הסבירות את כל החלטות הממשלה ושריה, ולא רק החלטות בענייני מדיניות.

163. בהמשך הדיון הביעו את התנגדותם להצעת חוק היסוד המתקן ד"ר ערן גנץ, מייסד ומנכ"ל חברת וול מדיקל, כנציג קהילת ההייטק הישראלית, ועו"ד אסף בן לוי מהמחלקה המשפטית ברשות להגנת הטבע. עו"ד בן לוי התייחס להשפעה של הצעת חוק היסוד המתקן על הגנת הסביבה וציין כי תקדימים חשובים מאוד בתחום התכנון והבנייה נשענו על עילת הסבירות בלבד. עו"ד בן לוי ציין שגם לשינוי שנערך בנוסח הצעת חוק היסוד המתקן עלול להיות השפעה שלילית על הסביבה, שכן לא ניתן יהיה למשל לבקר את הימנעותו של שר מחתימה על הכרזת שמורות טבע.

164. ביום 16.7.23 קיימה הוועדה דיון נוסף בהצעת חוק היסוד המתקן. לאחר שיו"ר הוועדה הבהיר כי בכוונתו להשלים את הדיון בהצעה, ציינו חברי האופוזיציה בוועדה כי לדעתם הדיון רחוק ממיצוי, שכן היועץ המשפטי למערכת הביטחון, הפרקליטה הצבאית הראשית ונציב שירות המדינה לא הופיעו לפני הוועדה, וכן לא התקבלה סקירת משפט משווה מקיפה יותר מזו שנכללה במסמך ההכנה ורשימה של הסמכויות ששרים האצילו בעשור האחרון לפי סעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה. חה"כ סגלוביץ' גם הבהיר, שכאשר ועדה של הכנסת מבקשת שעובדי מדינה יופיעו לפניה, הם חייבים לעשות זאת מפאת כבודה של הכנסת. מנהל הוועדה השיב שהם זומנו אך לא הגיעו.

165. חה"כ ולדימיר בליאק ציין כי הצעת חוק היסוד המתקן אינה זהה להצעתו של כב' השופט סולברג, שכן "הצעתו של השופט סולברג היא לגבי אופן הפעלת שיקול הדעת השיפוטי. אין בדבריו דבר לגבי האפשרות שבית המשפט יוגבל בחקיקה, ועוד בחקיקת יסוד, על אופן הפעלת שיקול הדעת שלו". לדבריו, הבדל זה חשוב ביותר, שכן "יש הבדל גדול מאוד בין תמיכה בשינוי חקיקה שמגביל את הכוח השיפוטי, לבין הצעה לפתח ממקרה למקרה את עילת הסבירות באופן זהיר יותר".

166. פרופ' יובל אלבשן הופיע לפני הוועדה והעיד שבמגעים שהתקיימו בין הצדדים השונים במסגרת דיוני הפשרה בבית הנשיא אמנם ניתנו הסכמות לגבי עילת הסבירות, אך הצעת חוק היסוד המתקן שונה מהן בנקודות מסוימות. פרופ' אלבשן הדגיש כי לדעתו חשוב מאוד לשנות את נוסח ההצעה בשלוש נקודות: החרגת ממשלת מעבר מצמצום עילת הסבירות, ממועד הכרזת הבחירות ועד להקמת הממשלה החדשה; הבחנה בין החלטות מליאת הממשלה לבין החלטות שרים; וקביעה נורמטיבית מפורשת כי שרים חייבים לפעול בסבירות, גם אם אין על כך ביקורת שיפוטית. ביחס להצעות אלה אמר פרופ' אלבשן כי בעת המשא ומתן שהתקיים בחסות בית הנשיא, "אלה הדברים, שלא נעים לומר, היו מוסכמים, אני לא רוצה להגיד, כמעט על כולם פה". מעבר לכך, פרופ' אלבשן הציע לקבוע מנגנון פרלמנטרי חלופי לביקורת השיפוטית כדי לבחון סבירות של החלטות של שרים, ובו להבחין בין מינויים המאושרים על ידי הכנסת לבין מינויים שאינם מאושרים על ידה.

167. פרופ' אלבשן התבקש להתייחס לנוסח המוצע, ואמר: "הנוסח הזה לא ראוי". בהמשך הבהיר פרופ' אלבשן כי דבריו מתייחסים באופן ספציפי להצעת חוק היסוד המתקן שמונחת לפני הוועדה, מבלי להתייחס אליה כאל חלק מרפורמה משפטית מקיפה יותר, והם אינם

נשענים על טיעון המדרון החלקלק; כלשונו: "אני מסתכל רק על החוק, ולא על הרפורמה כולה, ולא על השקפות קדימה. אני חושב שכמו שזה מנוסח היום, זה לא חוק טוב".

168. במענה לשאלה מהי התועלת שתצמח מקביעת חובת סבירות בהיעדר ביקורת שיפוטית, השיב פרופ' אלבשן:

"ברור שעדיף שיהיה גם דיין, כדי שיהיה מי שיאכוף את הדין, אבל בעיניי גם חשוב שיהיה דין כהצהרה דקלרטיבית של הכנסת, שלמעשה אומרת שיש חובה לנהוג בסבירות, גם אם אי-אפשר בשלב הזה לכפות את זה. קודם כול, אפשר דרך הליך תקין, אבל גם אם לא, חבר הכנסת רוטמן, אתם יכולים בשלב הבא בכנסת למצוא פרוצדורה, וכך גם לחזק את הכנסת ולהפריד בין הכנסת לבין הרשות המבצעת, וסוף כל סוף הכנסת תפקח על הרשות המבצעת."

169. במענה לשאלת הבהרה הנוגעת להבחנה שהציע בין החלטות מליאת הממשלה לבין החלטות שרים, אמר פרופ' אלבשן כי "ההבחנה הזו היא הבחנה גסה", והוסיף (לגבי ניסיונות הפשרה בבית הנשיא):

"ניסינו לשבור את הראש גם אנחנו איך אנחנו עושים הבחנה אמיתית בין החלטות מדיניות לבין החלטות פרטניות, כשהחלטות פרטניות לא יכוסו בתכסית של מדיניות או להפך. אני אומר לך את האמת: לא הצלחנו. חיפשנו שאולי לא יהיה מושא ישיר. יש פה משפטנים טובים ממני. איך אני מנסה לזקק את ההחלטה למגן את העוטף? האם היא סבירה או לא סבירה?... זה לא שאני חושב שזה הדבר הטוב, אני חושב שזה מה שאפשרי כרגע. גם במליאת הממשלה אגב מקבלים החלטות פרטניות, אבל המסה המסיבית היא של מדיניות, בעוד שאצל השרים המסה המסיבית זה אחרים."

170. לבקשת חברי הוועדה, הפיץ מרכז המחקר והמידע של הכנסת מסמך של משפט משווה על הליכי ביקורת שיפוטית על מינויים ועל פיטורים. חלק מחברי הוועדה ביקשו לקיים דיון על מסמך זה, אולם יו"ר הוועדה ציין שהמסמך "אינו נוגע בנושא הדיון":

"בכל מה שנסקר בו, ונסקרו בו בהחלט מדינות רבות, שבהן יש מנגנונים שהם פרלמנטריים למינויים ומנגנונים נוספים, אני חושב שחלקם הגדול זה רעיון מצוין, אני אשמח לקדם אותם, אולי אפילו בהצעת חוק משותפת, אם תרצו, רק שאני לא חושב שזה קשור לעניין... המסמך הזה הוא נחמד להעשרת הדעת, הוא איננו מוסיף לדיון שלפנינו. אם כתוצאה מהמסמך הזה חבר הכנסת קריב יציע מנגנון בקרת מינויים על ידי הכנסת, אני בהחלט אשקול לתמוך בנושא הזה."

מסמך המשפט המשווה בנוגע להליכי ביקורת שיפוטית על מינויים ופיטורים מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת מצורף ומסומן מש/10.

171. המשנה ליועצת המשפטית לממשלה עמד על כך שמרבית המומחים שהופיעו לפני הוועדה הביעו עמדה נחרצת נגד "הנוסח הגורף והקיצוני" של הצעת חוק היסוד המתקן, וחרף זאת לא

הוכנסו בה שינויים רלוונטיים. לדבריו, התיקונים שהוכנסו בנוסח ההצעה רק מחזקים את הקשיים שבה, מכיוון שהם מעניקים חסינות ממוקדת מביקורת שיפוטית בעילת הסבירות דווקא לממשלה ולשרים, אשר מחזיקים בכוח השלטוני הרב ביותר, ומבהירים שהחסינות חלה גם על החלטות מינהליות פרטניות, להבדיל מהחלטות מדיניות. עו"ד לימון ביקש להדגיש שלושה היבטים שעלו במהלך דיוני הוועדה:

הראשון – תפקידו של הייעוץ המשפטי הממשלתי, כפי שנקבע בדו"ח ועדת אברמוביץ', בהחלטת הממשלה מס' 4528 מיום 1.3.09 ובהנחיית היועצת המשפטית לממשלה מס' 9.1000, לקיים בחינה משפטית מקצועית להחלטות הממשלה והשרים. בחינה זו אינה באה בנעלי הדרג המדיני, ומותרת לו שיקול דעת רחב מאוד בהחלטות מדיניות. רק במקרי קיצון, שבהם נמצא כי החלטה מסוימת חרגה באופן מהותי ממתחם הסבירות, אזי נדרשים היועצים המשפטיים, מתוקף תפקידם כשומרי סף, לשקף לשר או לממשלה כי ההחלטה שעל הפרק בלתי-סבירה באופן קיצוני ואינה מצויה בגבולות הדין. אם הצעת חוק היסוד המתקן תעבור, ובהיעדר אפשרות לביקורת שיפוטית, הייעוץ המשפטי לממשלה לא יוכל למלא את תפקידו בהקשר זה, ולא יוכל לבלום באופן אפקטיבי קבלת החלטות המתעלמות משיקולים מהותיים או הנותנות משקל עודף לשיקול זניח.

השני – חשיבותו של עקרון הפרדת הרשויות כחלק מעקרונות הדמוקרטיה, שמטרתו למנוע מכל אחת משלוש רשויות השלטון את האפשרות לנצל את כוחה ולפגוע בזכויות הפרט והציבור. עילת הסבירות אינה שונה מעילות ביקורת שיפוטית אחרות, שכולן דורשות הפעלת שיקול דעת שיפוטי הכולל בהכרח ממד סובייקטיבי מסוים, והתפיסה שעומדת בבסיס הצעת חוק היסוד המתקן עלולה להמשיך לביטול עילות נוספות שייתפסו בעיני הדרג המדיני ככאלה שמרסנות את כוחו יתר על המידה.

השלישי – ההחלטות שלגביהן עילת הסבירות נצרכת ביותר הן החלטות פרטניות שמתקבלות תוך התעלמות משיקולים מקצועיים ותוך מתן עדיפות מכרעת לשיקולים פוליטיים. דוגמאות לכך ניתנו בדיוני הוועדה – מינוי אדם לתפקיד בכיר אף שאינו מתאים לתפקיד או למרות שביצע עבירות חמורות מתחום טוהר המידות; ביצוע פעולות שלטוניות המיטיבות עם ציבור הבוחרים בתקופת בחירות; ועוד. אימוץ הצעת חוק היסוד המתקן יוביל למצב שבו לא ניתן יהיה למנוע החלטה המעדיפה שיקול פוליטי על פני שיקולים אחרים (כשאינן עילת התערבות חלופית מחמת שיקולים זרים או ניגוד עניינים), או החלטה על פיטורי שומר סף שמילא את תפקידו ופעל בניגוד לעמדת הדרג הפוליטי הממונה עליו.

172. לבסוף, עו"ד לימון עמד על כך שכבי' השופט סולברג פרסם ביום 16.1.22 מאמר נוסף, לאחר מאמרו בביטאון 'השילוח', שכותרתו: "הלכת דרעי-פנחסי בראי עילת הסבירות"²⁹. במאמר זה כתב כבי' השופט סולברג: "אני לא סבור שהשעה כשרה לביטול עילת הסבירות לחלוטין, אבל

²⁹ נעם סולברג, "הלכת דרעי-פנחסי בראי עילת הסבירות", בלוג רשות הרבים (16.1.22). המאמר פורסם על בסיס דבריו של כבי' השופט סולברג בכנס "שישי ציבורי" של העמותה למשפט ציבורי שהתקיים ביום 10.12.21.

המגמה צריכה להתהפך: לא שימוש גורף, כברירת-מחדל, גם כשהדבר אינו מתחייב. הצמצום והמיקוד, הכרחיים". עו"ד לימון טען אפוא, כי בניגוד לרושם שעשוי לעלות מדברים שנאמרו במסגרת דיוני הוועדה, הצעת חוק היסוד המתקן אינה תואמת את עמדת כב' השופט סולברג.

173. חה"כ אורית פרקש-הכהן נתנה שתי דוגמאות מהעת האחרונה למקרים שבהם לשיטתה עילת הסבירות הייתה חיונית לשיפור החלטות מסוימות. הדוגמה הראשונה היא חלוקת תלושי מזון על פי קריטריונים מסוימים, כאשר נמצא "ש-80% מהאנשים שהם בשיא הקיצוניות, שמגיעים לפת לחם, מה שנקרא "בחוסר ביטחון תזונתי" במדינת ישראל... לא זכאים לתלושי המזון האלה". הייעוץ המשפטי לממשלה קבע שקריטריונים אלה בלתי-סבירים ועל כן ההחלטה בגרסתה זו לא עלתה לממשלה. הדוגמה השנייה היא הענקת תמיכות להורי ילדים הלומדים במוסדות חינוך מסוימים, מבלי לתמוך בהורי ילדים הלומדים במוסדות חינוך אחרים.

174. חה"כ עמית הלוי אמר שהצעת חוק היסוד המתקן היא חשובה, שכן "בפעם הראשונה אנחנו מייצרים סף קטן ברשות היחידה שהייתה חסרת סף". לדבריו, לרשות השופטת אין שומרי סף, "ואם יש מקרה או דוגמה הכי מובהקת לחוסר בסף ולחוסר בשומרי הסף לבית המשפט העליון זו עילת הסבירות". חה"כ הלוי ציין כי "לא יעלה על הדעת שיבואו מיעוט של אנשים, קבוצה קטנה, ותחליט רק על פי הסבירות שלה". לדבריו, צמצום עילת הסבירות נועד לחזק את האמון במערכת המשפט כך שיהיה ברור שהחלטות שיפוטיות הן ניטרליות ונשענות על חוקים ברורים ועל עילות אובייקטיביות.

175. יו"ר הוועדה שב והבהיר כי לשיטתו, "המחלוקת היא לא על השאלה... האם ניתן לעשות פעולות בלתי סבירות, או האם ראוי שממשלה תפעל באופן בלתי סביר, או האם ראוי שימונו מינויים בלתי סבירים". הצעת חוק היסוד המתקן נשענת על היעדר אפשרות פרקטית להעביר קו בין סוגי החלטות שונות, ועל העמדה האידיאולוגית שלפיה סבירות צריכה להיקבע על ידי נבחרי הציבור ולא על ידי שופטים. יו"ר הוועדה הסביר כי מאחר שמדובר בשאלה אידיאולוגית, לדעתו אין חשיבות רבה בניתוח של משפט משווה ביחס אליה.

176. חה"כ גלעד קריב הגיב ואמר כדלהלן:

"הייתה פה הסכמה בוועדה, רחבה, שהפרשנות לעילת הסבירות בדין הישראלי היא רחבה מאשר הפרשנות שניתנת ברוב המדינות בעולם הדמוקרטי, אבל אנחנו באנו ואמרנו שכשמבקשים לבצע שינוי, אי-אפשר לבצע שינוי מבלי לחשוב על מה יהיו המנגנונים המפצים.

כשעוסקים בכללי המשחק, כשעוסקים בהסדרים חוקתיים, כשאתה רוצה לשנות משהו, לגיטימי לדבר על איזה שינוי צריך לעשות ולהוביל שינוי. צריך לחשוב גם על התוצאות הפחות טובות של השינוי הזה, ולראות איך מטפלים במנגנונים מפצים...

אי-אפשר להתכחש לעובדה שהדרך המהירה שבה אתם מקדמים את ההצעה הזאת מותירה אותנו חשופים בלי מנגנונים מאזנים. כשם שאתה מצפה ממני ליושרה פרלמנטרית באמירה שעילת הסבירות הורחבה במדינת ישראל מעבר

למה שנהוג ברוב מדינות העולם, אני מצפה ממך לאותה יושרה פרלמנטרית
כאשר תתייחס לעובדה שהצעת החוק הזאת מותירה אותנו ללא שום מנגנונים
מאזנים."

177. במהלך הדיון, ולבקשת חברי האופוזיציה, העביר הייעוץ המשפטי לממשלה טבלה המכילה רשימה של 700 החלטות על אצילת סמכויות לפי סעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה בין השנים 2018-2023, כאשר רבות מהן מתייחסות ליותר מסמכות מואצלת אחת. בהקשר זה העירה עו"ד שטרנברג, מהייעוץ המשפטי לממשלה, כי כדי לבחון את כל הסמכויות המואצלות נכון להיום יש להוסיף לרשימה החלטות על אצילת סמכויות שבוצעו בשנים קודמות, והערכתה היא שמדובר בסך הכול ביותר מ-1,000 החלטות על אצילת סמכות. עו"ד שטרנברג ציינה עוד, כי "הדבר הזה מאוד מאוד חשוב, משום שהוא משקף את היקף החלות העתידי של הצעת החוק, אם היא תתקבל".

רשימת ההחלטות על אצילת סמכויות, כפי שהועברה מהייעוץ המשפטי לממשלה, מצורפת ומסומנת מש/11.

178. חה"כ שלי טל מירון הזכירה שגם חברי הקואליציה התבססו בעבר על עילת הסבירות בעתירות שהגישו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ נגד החלטות שרים. כדוגמה לכך הזכירה עתירה משנת 2006 של שר המשפטים דהיום נגד ראש הממשלה דאז בעניין מינוי שר הרווחה (בג"ץ 7375/06 לוינ' נ' ראש ממשלת ישראל).

179. בסיום הישיבה הודיע יו"ר הוועדה כי הדיון המהותי בהכנת הצעת חוק היסוד המתקן לקריאות השנייה והשלישית – הסתיים, ובהמשך היום הודיע כי ניתן יהיה להגיש הסתייגויות לנוסח עד יום המחרת בשעה 00:07. מאוחר יותר החליט יו"ר הוועדה לדחות את המועד להגשת ההסתייגויות עד לשעה 08:30.

180. ביום 17.7.23 התכנסה ועדת החוקה לדיון בהסתייגויות להצעת חוק היסוד המתקן. היועצת המשפטית לכנסת עדכנה כי הוגשו להצעת חוק היסוד המתקן 27,676 הסתייגויות – "מספר הסתייגויות כה גבוה אני לא חושבת שאי-פעם נראה במחוזות הוועדה". היועצת המשפטית לכנסת הסבירה את הרציונלים שהובילו לפרסום הנחיית היועצת המשפטית לכנסת מיום 1.8.21, שכותרתה "דיון והצבעה על הסתייגויות בהכנת הצעת חוק לקריאה השנייה והשלישית" (להלן: נוהל ההסתייגויות), וציינה ש"כשבכנסת הקודמת נתקלנו במצבים שהיו חדשים יחסית, של הגשה של מאות הסתייגויות, שהצטברו לכ-1,000-1,500 הסתייגויות, מצאנו לנכון להוציא את נהל ההסתייגויות, הנחיית ההסתייגויות" ו"מספרי ההסתייגויות שיש בפני הוועדה כרגע הם מספרים שעולים לאין-שיעור על המספרים שראינו עד היום בכנסת ובוועדות". נוכח מספר ההסתייגויות העצום, הציגה היועצת המשפטית לכנסת שלוש אפשרויות לאופן ניהול הדיון בהן:

אפשרות ראשונה – הידברות בין האופוזיציה לקואליציה שתוביל לקבלת תיקון או תיקונים מסוימים לנוסח הצעת החוק שחשובים לאופוזיציה, ובתמורה תותר האופוזיציה

על מספר רב של הסתייגויות. היועצת המשפטית לכנסת אמרה כי אפשרות זו מועדפת על הייעוץ המשפטי לכנסת, באשר היא עונה על המטרה המקורית של ההסתייגויות – להביא לתיקונים בחוק וליצירת פשרות והסכמות.

אפשרות שנייה – פעולה לפי חריג הקבוע בפרק ו' לנוהל ההסתייגויות. פרק זה חל "במקרים יוצאים מהכלל בהם הוגשה כמות חריגה במיוחד של הסתייגויות ביחס למספר סעיפי הצעת החוק, וההסתייגויות רובן ככולן אינן בעלות תוכן מהותי". בהליך חריג זה, חברי הכנסת המסתייגים מנמקים את הסתייגויותיהם במרוכז, בתוך מסגרת זמנים שקובע יו"ר הוועדה, ונקבע מראש מועד להצבעה על ההסתייגויות. ההצבעה נערכת על כל הסתייגות בנפרד או בהתאם לסדרת הסתייגויות של רצפים ברורים. היועצת המשפטית לכנסת ציינה שהשימוש בכלי חריג זה בעייתי, שכן קיים קושי להפריד בין הנמקת ההסתייגות לבין ההצבעה עליה, אולם במקרה זה מספר ההסתייגויות העצום אינו מותיר ברירה אלא לשקול אותו. היועצת המשפטית לכנסת המליצה שאם ייעשה במקרה דנן שימוש בחריג זה, יינתנו 18 שעות להנמקת ההסתייגויות, וההצבעה עליהן לאחר מכן תיערך במקבצים של 20 הסתייגויות כל אחת. בסך הכול, ייערכו כ-1,400-1,500 הצבעות.

אפשרות שלישית – לא להפריד בין הנמקת ההסתייגויות וההצבעה עליהן אלא לנמק את ההסתייגויות ולהצביע עליהן במקבצים. היועצת המשפטית לכנסת ציינה כי בהתאם למקבצים ההצבעה תהיה על "מספר של כמה מאות גבוהות של הסתייגויות, אבל עדיין פחות מ-1,500 הצבעות". משמעות הצעה זו היא שכלל חברי הוועדה יידרשו לנכוח לאורך כל שעות ההצבעה וההנמקה, והיא הייתה מביאה ככל הנראה לכ-18-20 שעות הצבעה והנמקה.

נוהל ההסתייגויות מצורף ומסומן **מש/12**.

181. היועצת המשפטית לכנסת הבהירה שיו"ר הוועדה מוסמך להחליט באיזו מהאפשרויות לבחור, אך המליצה שבשל המצב החריג, אם נציגי האופוזיציה יעדיפו אחת מן החלופות האמורות, יו"ר הוועדה יאמץ אופציה זו. יו"ר הוועדה אמר שללא תשובה מנציגי האופוזיציה, בכוונתו לבחור באפשרות השנייה.

182. חה"כ קריב טען כי הדיונים שהתקיימו בהצעת חוק היסוד המתקן נוהלו בדרך שרמסה את זכויות האופוזיציה, וציין שלצער פניות לייעוץ המשפטי לכנסת לא נענו לשביעות רצונו. עוד אמר, כי האירוע התקדימי אינו מספר ההסתייגויות, אלא קידום הצעת חוק יסוד מטעם ועדת החוקה, שבה מבוקש לראשונה בישראל לקבוע בחוק גבולות לעילת ביקורת שיפוטית, ובהקשר זה – "הניסיון להחיל פרמטרים רגילים על השימוש שלנו בכלי הפרלמנטרי, בעיניי הוא לא הולם". חה"כ קריב טען שהחריג הקבוע בנוהל ההסתייגויות אכן מאפשר הנמקה מרוכזת, אולם לאחר מכן ההצבעה נערכת על כל הסתייגות בנפרד. חברי כנסת נוספים פנו גם הם ליועצת המשפטית לכנסת וטענו שהדיון בהצעה נערך באופן בלתי-הולם.

183. מטעם הייעוץ המשפטי לכנסת השיבו לטענות נגד אופן ניהול ההליך על ידי יו"ר הוועדה:

"היועצת המשפטית לכנסת שגית אפיק: ...נכון שזו הצעה מטעם ועדה, ונכון שלא מצאנו לנכון לקבוע לגביה מסמרות, נהלים וקריטריונים. הצעה מטעם ועדה זה כלי מקובל שנמצא בתקנון. כשחשבתי שהוא לא מתאים לחקיקת החוקים שעוסקים בייעוץ המשפטי לממשלה, הוצאתי בנושא הזה חוות דעת וצינתי שזה נושא שאינו מתאים לוועדת החוקה לנהל בו את החקיקה באמצעות הצעה מטעם הוועדה.

עם זאת, לאורך השנים להצעה מטעם ועדה לא היו קריטריונים ולא היו נהלים מסודרים, וגם הבקשה המקורית שלך, נדמה לי, הייתה שהוועדה תקיים הצבעה מקדמית בשאלה האם אפשר לעשות הצעה מטעם ועדה, כן או לא.

כפי שצינתי במכתב האחרון שלי אליך בנושא הזה, אני בהחלט חושבת שזה דורש מחשבה והתייחסות, הנושא הזה של הצעה מטעם ועדה, בוודאי אם זה הולך להיות כלי שהוא שימושי ביותר. אבל לאורך השנים, גם ועדת הכנסת וגם ועדת חוקה חוקקו הצעות שהן הצעה מטעם ועדה...

גור בליי: אני אשלים את הנקודה הזאת. זה נכון שבועדת החוקה, ברוב המכריע של המקרים האלה היה מדובר בנושאים שלא היו שנויים במחלוקת, אבל יש חריג אחד בולט – חוק ההדחה. חוק ההדחה כן קודם כהצעת חוק מטעם הוועדה, למרות המחלוקת לגביה...

היועצת המשפטית לכנסת שגית אפיק: המשמעות של הצעה מטעם ועדה היא שונה בהיותה בעלת סממנים מעורבים בין הצעת חוק פרטית להצעת חוק ממשלתית. המשמעות של הצעה מטעם ועדה היא בשלב של הקריאה הראשונה. אבל כאשר אנחנו נמצאים בין הקריאה הראשונה לקריאה השנייה והשלישית, למעשה כל הצעת חוק, בין אם החלה כהצעת חוק פרטית ובין אם החלה כהצעת חוק ממשלתית, היא הצעה מטעם ועדה. זאת אומרת, אנחנו כרגע נמצאים בשלב שבו שאלת הולדתה של ההצעה כהצעה מטעם ועדה היא שאלה פחות משנה ליצורך המשך הדיונים...

לגבי ההצעה הזאת, אני מבינה שיש לכם השגות שונות ביחס להליך שהתנהל לגביה. את ההשגות האלה ביטאתם גם בפניי וגם בפני גור, היועץ המשפטי לוועדה, גם בעל-פה וגם בכתב. במקומות שחשבנו שאנחנו יכולים לסייע, לעזור או לטייב את הליך החקיקה, השתדלנו מאוד לעשות את זה. אבל בסופו של דבר התקיימו פה חמש ישיבות בקריאה הראשונה, ארבע ישיבות בהכנה לקריאה השנייה והשלישית, לא כולל את הישיבה הזאת כרגע, שעוסקת בסדרי הדיון, והופיעו בפני הוועדה עשרות מומחים, אני חושבת, שהציגו את עמדותיהם... הופיע גם ד"ר גיל לימון, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, שהציג את עמדת היועצת המשפטית לממשלה ביחס להצעת החוק וגם עמד על היבטים יישומיים בעבודת משרדי הממשלה והייעוץ המשפטי ביחס להצעת החוק ביום שאחרי חקיקתה.

מקום שחשבת ששנכון יהיה לקבל בקשות שלכם, כמו במקרה של הופעתו של עורך הדין אסי מסינג, היועץ המשפטי למשרד האוצר, מצאתי לנכון אפילו הייתי אומרת לכפות על יושב-ראש הוועדה...

בסופו של דבר ליושב-ראש הוועדה יש מרווח של שיקול דעת שהוא רשאי להשתמש בו, ומרווח שיקול הדעת הזה, גם אם לעיתים דעתנו הייתה לא נוחה בדברים כאלה ואחרים וגם אם לעיתים חשבנו שנכון היה אולי לנהוג מעט אחרת, היו מקומות שבהם ביקשנו לקיים דיון נוסף, היו מקומות שבהם ביקשנו לזמן אנשים נוספים ושתקבלו מסמכים נוספים. חלק מהדברים נעשו וחלקם אולי לא נעשו, אבל בסופו של דבר, אם אני צריכה להשוות את הליך החקיקה כאן להליכי חקיקה שבהם נכחתי ובאמת חשבתי שניתן לטעון לגביהם שהם באמת הליכים מופרכים שיש בהם פגמים – אני לא חושבת שאפשר לטעון את הטענה הזאת

ביחס להליך הזה. נכון שאפשר היה לצפות שבמהלך הדיונים – ואולי גם היה ראוי שכך יהיה – לאחר שנשמעו כל כך הרבה עמדות וכל כך הרבה הצעות לתיקונים וכל כך הרבה רעיונות שונים מהנוסח שבסופו של דבר נדון, נוסח ההצעה יתוקן. זה לא קרה. זה עדיין יכול לקרות... אבל בסופו של דבר זה טבעה של עבודת הכנסת כשיש רוב שבסופו של דבר בוחר בנוסח שהוא מוצא לנכון להצביע עליו.”

184. לאחר שלא הושגו הסכמות בין הקואליציה לאופוזיציה, החליט יו"ר הוועדה לקיים את הדיון בהסתייגויות על פי האפשרות השנייה שהוצגה על ידי היועצת המשפטית לכנסת. בהתאם לאפשרות זו, התקיימה הנמקה מרוכזת של כל ההסתייגויות ולאחר מכן נערכו עליהן הצבעות במקבצים של 20 הסתייגויות בכל פעם. בסך הכול, הנמקת ההסתייגויות להצעת החוק המתקן ארכה כ-18 שעות (בישיבה שהחלה ביום 17.7.23 בשעה 21:00), ההצבעות לאחר מכן (על ההסתייגויות ועל הרביזיות) ארכו אף הן כ-18 שעות, והכול – לאורך כשלוש יממות.³⁰ בסופו של דבר כלל ההסתייגויות נדחו, והוועדה אישרה את הצעת חוק היסוד המתקן לקריאות השנייה והשלישית במליאת הכנסת.³¹

נוסח הצעת חוק היסוד המתקן לקריאות השנייה והשלישית, בצירוף העמוד הראשון (עמ' 2) והעמוד האחרון (עמ' 689) של רשימת ההסתייגויות להצעה, מצורף ומסומן מש/13.

185. ביום 19.7.23 התקיים דיון בוועדת הכנסת על קביעת סדרי דיון מיוחדים לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת בקריאות השנייה והשלישית. יו"ר ועדת הכנסת הציע 26 שעות הנמקה במליאת הכנסת, הפסקה בת 3 שעות, ולאחריה שר המשפטים ויו"ר ועדת החוקה יסכמו את הדיון ותתקיים הצבעה ב-120 הסתייגויות, כשמתוכן 4 הצבעות שמיות. נגד הצעה זו הועלו התנגדויות רבות מצד חברי האופוזיציה, ולאחר משא ומתן הוחלט כי חברי האופוזיציה ינמקו את ההסתייגויות מטעמם במשך 26 שעות, לאחר מכן ידבר במליאה שר מסכם, בהמשך שר המשפטים ויו"ר הוועדה יסכמו את הדיון, ובסופו של יום יתקיימו הצבעות על 140 הסתייגויות לפי בחירת האופוזיציה, כאשר לקואליציה ולאופוזיציה תינתן האפשרות לבקש הצבעה שמית 5 פעמים כל אחת. הצעה זו אושרה ברוב של 7 תומכים לעומת 3 מתנגדים. נציין כי ביחס להיקף ההצעה, מדובר בהחלטה על סדרי דיון המעניקה זמן הנמקות גבוה יחסית, ומאפשר לאופוזיציה לקיים דיון של למעלה מיממה במליאה.

186. ביום 23.7.23 קיימה מליאת הכנסת דיון בהצעת חוק היסוד המתקן. הדיון נפתח בהצגת ההצעה על ידי יו"ר הוועדה, אשר הזכיר את המחלוקת ארוכת השנים בנושא היקף עילת הסבירות כהוכחה לכך שאין לתלות את המניע להצעת חוק היסוד המתקן בנסיבות פוליטיות כלשהן:

³⁰ נוסף לעניין זה כי לאורך כל הזמן הזה לא התקיימה ישיבת מליאה.

³¹ נעיר כי הפרוטוקולים של הדיון השני שהתקיים בוועדה ביום 17.7.23 ושל הדיון השני שהתקיים בוועדה ביום 19.7.23 – טרם פורסמו. עוד נעיר, כי ביחס לחלק מההסתייגויות הוגשו בקשות לוועדת הכנסת להכריז עליהן כינושא חדש, וחלק מהבקשות התקבלו.

"הסעיף הקצר והפשוט הזה, כמו שאמרתי, נועד להשיב את הדמוקרטיה למדינת ישראל. אני לא מרים כדי לא להציג דברים במהלך דבריי – על שולחני בשבועות האחרונים כאן במליאה מונח ספר ישן שנקרא "אקטיביזם שיפוטי – בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית", שחתומים עליו שלושה אנשים: פרופ' יואב דותן, אני לא זוכר אם הוא היה אז פרופסור; פרופ' רות גביון, זיכרונה לברכה; ופרופ' מוטה קרמניצר. כמובן שפרופ' יואב דותן ופרופ' קרמניצר ייבדלו, בעזרת השם, לחיים ארוכים וטובים. הם דנים בסוגיה. דפיו המצהיבים של הספר הזה, שאני מחזיק בו כבר שנים רבות, מעידים שהמחלוקת הזאת היא לא מחלוקת חדשה. היא לא מחלוקת חדשה לגבי מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית, היא לא מחלוקת חדשה לגבי גבולות הביקורת השיפוטית. אבל אני רוצה שכולנו נדע מאיפה אנחנו יוצאים...

חברים, תפסיקו לעבוד על הציבור בישראל. עילת הסבירות היא דבר שזכה לביקורת כבר לפני למעלה מ-40 שנה. אין שום יסוד לטענה שבקשה לצמצומה, כך שלא תחול על נבחרי ציבור, נובעת מאיזה אינטרס קצר טווח של הקואליציה הזאת. מדובר בהשמצה פרועה, שהסיבה היחידה שיש משהו שמאמין לה במדינת ישראל היא בגלל טפטוף – הם דיברו על מכונת רעל? – טפטוף אין-סופי, טפטוף שהפך לזרם של רעל ופייק...

אחת השאלות ששאלו אותי פעמים רבות זה: למה אתם צריכים לבטל את הסבירות? אילו דברים שאתם רוצים לעשות? אתם רוצים להיות לא סבירים?... והתשובה היא: אתה מתכנן לעשות את כל הדברים הסבירים, רק שאתה וציבור בוחריך יחליטו מהו הדבר הסביר...

הסטנדרטים לא קיימים. בסופו של דבר, כל פסקי הדין בנושא הסבירות הם: אנחנו נחליט, אנחנו נקבע, אנחנו ננווט. כאשר במדינה דמוקרטית ה"אנחנו" הזה אמור להיות הציבור ונבחרי, במדינת ישראל של היום ה"אנחנו" הזה הם שופטי בג"ץ. אלו רק דוגמאות מעטות לכל ההחלטות ה"בלתי-סבירות", כמובן במירכאות, שהממשלה, או כל ממשלה, רוצה לקבל. אני אפילו לא מדבר על מראות מבישים כמו קצינים בכירים שכתנאי למינויים צריכים לעבור בעתירות שמוגשות על בסיס עילת הסבירות; כתנאי למינויים לתפקידים הם צריכים לעבור איזושהי ויה דולורוזה בבג"ץ שבה עוברים על התבטאויות עבר שלהם, בין אם מדובר בדין חלוץ, שצריך להסביר את האמירה על מכה קלה בכנף, ובין אם מדובר ברב הצבאי הראשי, שצריך להסביר לחבורת שופטים שאין להם מושג ירוק במה הם עוסקים בכלל איזושהי תשובה שהוא נתן בשו"ת לפני כמה שנים. והכול, על בסיס מה? על בסיס האמירה פשוטה: אנחנו נחליט, אנחנו בבית המשפט העליון נחליט, ולא אתם, הציבור. לכן עילת הסבירות היא התיקון הדמוקרטי ההכרחי ביותר."

187. יו"ר הוועדה הקדיש חלק מדבריו למענה לטענות שנשמעו נגד הליך החקיקה שהתקיים בהצעת חוק היסוד המתקן בוועדת החוקה:

"הצעת החוק הזאת הוצעה מטעם ועדה. הנוסח הונח על שולחן הוועדה כבר בחודש ינואר השנה – שוב, לכל זועקי הבליון למיניהם. בעקבות הנוסח הזה הוגשו כבר בחודש ינואר ניירות עמדה מגופים שונים, הגיעו מומחים ודיברו על כך כבר לפני חצי שנה. כאשר חזרנו לעסוק בנושא ונכנסנו אליו בצורה יותר אינטנסיבית, התקיימו בנושא מאז 14 ישיבות בהיקף כולל של 73 שעות, עם השתתפות של 48 מומחים חיצוניים – להערכתי אפילו קצת פספסנו בספירה ולא ספרנו את כולם. בהכנה לקריאה הראשונה היו חמש ישיבות עם 17 שעות ו-25

מומחים. בהכנה לקריאה השנייה והשלישית היו תשע ישיבות עם 56 שעות ו-23 מומחים. בספירה הזאת כמובן נספרות גם 18 שעות הישיבות – למעשה 19 שעות – של הנמקת הסתייגויות מרוכזת על ידי האופוזיציה וגם ההצבעות, אבל עדיין מבחינת מספר המומחים שנשמעו, חלק מהמומחים נשמעו גם לפני הקריאה הראשונה ושבנו לפני הקריאה השנייה. מבדיקה שערכתי – יכול להיות שפספסתי, 'שגיאות מי יבין מנסתרות נקני' – לא היה חוק-יסוד בתולדותיה של מדינת ישראל שהושקעו בו פר מילה, פר סעיף, פר נושא, לפי איזו חלוקה שתוצו, יותר זמן, יותר מומחים, יותר רצינות, יותר השקעה, יותר שיח ציבורי, לא היה בתולדותיה של מדינת ישראל."

188. לאחר שחברי הכנסת מטעם האופוזיציה נימקו את התנגדותם להצעת חוק היסוד המתקן, עלה שר המשפטים לסכם את הדיון. שר המשפטים הזכיר כמה מפסיקות בית המשפט הנכבד שביטלו החלטות מינהליות בשל חוסר סבירות קיצוני – החלטת שר הביטחון לאסור על כניסת משפחות פלסטיניות לישראל לטקס יום העצמאות האלטרנטיבי, החלטת ועדת השרים לביטחון לאומי לגרש בן משפחה של מחבל לעזה (בג"ץ 7015/02), החלטת שר החינוך למנוע הענקת פרס ישראל למי שנטען כי הוא תומך בחרם על מדינת ישראל (עניין גולדרייך), החלטת שר הפנים לאסור על כניסתה של לארה אל-קאסם לישראל (עניין אל-קאסם), והחלטת שר המדע שלא למנות פרופסור שנטען כי תמכה בסרבנות, כחברה בוועד המנהל של קרן מחקר (בג"ץ 5769/18). שר המשפטים ציין שהצעת חוק היסוד המתקן מבוססת על עקרונות שהתווה כב' השופט סולברג וברוח גישתם של כב' הנשיא (בדימי) מאיר שמגר ושל כב' המשנה לנשיא (בדימי) מנחם אלון.

189. לאחר שיו"ר ועדת החוקה סיכם את הדיון, התקיימה ההצבעה במליאה על הצעת חוק היסוד המתקן. בקריאה השנייה, כל ההסתייגויות שהתקיימה עליהן הצבעה – נדחו, והסעיף אושר. בקריאה השלישית – חברי הכנסת מטעם האופוזיציה חרמו את ההצבעה, והכנסת אישרה את הצעת חוק היסוד המתקן ברוב של 64 תומכים, ללא מתנגדים.

190. לסיום נציין כי לאחר כינון חוק היסוד המתקן, הוגשו שתי הצעות חוק יסוד פרטיות לביטולו: הצעה אחת מטעם חה"כ יוליה מלינובסקי וארבעה חברי כנסת נוספים (פ/3888), והצעה נוספת מטעם חה"כ קארין אלהרר ו-23 חברי כנסת נוספים.

ג. מעורבות היועצת המשפטית לכנסת בהליכי הכינון

191. במהלך הדיונים הסוערים שתוארו לעיל, העלו חברי הכנסת טענות שונות ביחס לאופן התנהלות ההליך. חלקן הועלו במהלך הדיונים עצמם בפני היעוץ המשפטי לוועדה, וחלקן

בפניות כתובות ליועצת המשפטית לכנסת. נביא להלן את תוכן הפניות ואת המענה שניתן להן בכתב.³² יודגש כי מרבית המענים הוצגו גם בעל פה במהלך דיוני הוועדה.

192. ביום 25.1.23 שלחה היועצת המשפטית לכנסת חוות דעת ליו"ר ועדת החוקה בעניין קידום הצעות חוק מטעם ועדה. חוות דעת זו התייחסה לשני נוסחים שיו"ר הוועדה ביקש לקדמן כהצעות חוק-יסוד מטעם הוועדה – הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – סמכויות הממשלה בענייניה המשפטיים), שעסקה בסמכות הייעוץ המשפטי לממשלה, והצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות) ("הטיטה הראשונה"), שעסקה בשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, בהגבלת השימוש בעילת הסבירות, בסמכות בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד ועל חקיקה רגילה ובהסדר של "פסקת ההתגברות" (יזכר כי נושא הגבלת השימוש בעילת הסבירות לא נכלל לבסוף בנוסח הצעות החוק שאושרו לקריאה ראשונה).

חוות דעת היועצת המשפטית לכנסת בעניין קידום הצעות חוק מטעם ועדה מיום 25.1.23, מצורפת ומסומנת **מש/15**.

193. היועצת המשפטית לכנסת הבהירה בחוות דעתה הנ"ל, כי בהתאם לסעיף 80 לתקנון הכנסת, הצעת חוק מטעם ועדה נדרשת לעמוד בשלושה תנאים מוקדמים: האחד מתייחס לזהות הוועדה המציעה, והשניים הנותרים מתייחסים לנושא שבו עוסקת הצעת החוק.

מבחינת הוועדה המציעה – הצעת חוק מטעם ועדה יכולה להיות מוגשת על ידי ועדת הכנסת, ועדת החוקה או הוועדה לענייני ביקורת המדינה בלבד;

ומבחינת הנושא שבו היא עוסקת – נדרש שהצעת חוק מטעם ועדה תעסוק בתחומי העניין של הוועדה שהציעה אותה, וכי נושא זה יהא מנוי ברשימת הנושאים הסגורה הקבועה בסעיף 80 לתקנון הכנסת.

194. רשימת הנושאים הקבועה בסעיף 80 לתקנון הכנסת, שרק בהם יכולה לעסוק הצעת חוק מטעם ועדה, כוללת "חוקי יסוד, עניינים שמתחייבים מתיקון של חוק יסוד ומוצעים לצדו, הכנסת, חברי הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות, מימון מפלגות ומבקר המדינה". היועצת המשפטית לכנסת ציינה שכל הנושאים הללו הם "נושאים הנוגעים לליבת פעילותה של הכנסת כרשות מכוננת, עניינים הנוגעים לניהול ענייניה הפנימיים של הכנסת, עניינים הנוגעים במישרין לסיעות ולמפלגות ונושאים הקשורים בפיקוח הכנסת על הממשלה באמצעות מבקר המדינה".

³² בפרק זה לא נתייחס למכתבי מיצוי הליכים שהופנו ליועצת המשפטית לכנסת, שהתייחסו להצעת חוק היסוד המתקן לגופה, ולא להליכי כינונה.

195. היועצת המשפטית לכנסת הוסיפה וציינה כי לאורך השנים נחקקו למעלה מ-180 הצעות חוק מטעם ועדה, והן כללו הצעות חוק שיש להן נגיעה הדוקה לפעילות הכנסת, עניינים שהייתה לגביהם הסכמה רחבה, ומספר תיקונים לחוקי יסוד.

196. באשר לטיוטת הנוסח להצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – סמכויות הממשלה בעניינייה המשפטיים) חיוותה היועצת המשפטית לכנסת עמדתה כי סוגיית מעמדו ותפקידו של היועץ המשפטי לממשלה הולמת יותר הסדרה בחקיקה רגילה, ולא בחוק יסוד, שכן "חוקי היסוד המשפטיים עוסקים לרוב במערכת היחסים שבין הרשויות השונות, ולא בעניינים המתעוררים בתוך רשות מסוימת" (כך למשל, סמכויותיה של היועצת המשפטית לכנסת קבועות בחקיקה רגילה – בחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, ולא בחוק-יסוד: הכנסת). מעבר לכך, היועצת המשפטית לכנסת ציינה כי הצעת חוק היסוד האמורה מסדירה נושא שהוא עניין מובהק הנוגע להתנהלות הממשלה. משכך, ונוכח העובדה שהצעות חוק מטעם ועדה עסקו בעבר בנושאים הקשורים לעבודת הכנסת ולנושאים שנהוג שהממשלה אינה מסדירה בהצעות חוק ממשלתיות (דוגמת דיני בחירות, מפלגות וכד') – מסלול החקיקה ההולם להצעה זו הוא הצעת חוק ממשלתית או פרטית. על כן, היועצת המשפטית לכנסת קבעה כי הסדרת מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה ושל היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה הוא נושא שאין מקום להסדירו במסגרת הצעת חוק יסוד מטעם ועדה.

197. באשר לנוסח שהוצע לקדם כהצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות) ציינה היועצת המשפטית לכנסת כי הצעה זו אכן עוסקת בהסדרים חוקתיים של מערכת היחסים בין הרשויות, ובפרט בין הרשות השופטת והרשות המחוקקת, כך שהאכסניה המתאימה לסוגיות הכלולות בהצעה היא אכן חוק יסוד. על כן, היועצת המשפטית לכנסת קבעה שניתן לקדם הצעה זו כהצעת חוק יסוד מטעם ועדה. לצד זאת העירה היועצת המשפטית לכנסת כדלהלן:

"19. עם זאת, מכיוון שבהצעת חוק היסוד מוצע לתקן הסדרים רבי שנים, ומכיוון שעסקינן בנושא אשר מעורר מחלוקת ציבורית עזה, הרי שהדבר מחייב ביתר שאת שהליך הכנת הצעת החוק לקריאה הראשונה ייעשה תוך שמיעת ושקילת כל העמדות, כך שיתקיים דיון משמעותי על כלל הסוגיות והשלכותיהן כפי שעלו על ידי כלל המשתתפים בדיונים, וכל זאת באופן שיאפשר לחברי הכנסת לשקול את נושאי ההצעה בכובד ראש, לדייק את נוסחיה ואת תוכנה ולקבל את התמונה העובדתית והמשפטית ביחס אליה. זאת על מנת שהתוצר הסופי שיונח על שולחן הכנסת לקריאה הראשונה יהיה תוצר הדומה לתוצר של הצעת חוק ממשלתית שטרם הנחתה על שולחן הכנסת עוברת תהליך ממושך בממשלה.

20. לפיכך, לצד האפשרות לקיים את הדיונים בהצעת חוק זו כהצעה מטעם ועדה היא עליך להקפיד על שימוש נאות בדרך זו תוך קיום דיוני עומק ביחס לכלל הסוגיות שייכללו בנוסח לקריאה הראשונה."

198. מספר חודשים לאחר מכן, ביום 26.6.23, כשהחלה הוועדה לדון בטיוטת הצעת חוק היסוד המתקן דן בעניין עילת הסבירות, פנה חה"כ גלעד קריב ליועצת המשפטית לכנסת, וביקש לקבוע קווים מנחים לגיבוש הצעת חוק מטעם ועדות הכנסת. חה"כ קריב ציין שהתקנון

אינו מפרט את הליך גיבוש הצעות חוק מטעם הוועדות, כך שנוצר פער גדול בין הליכי החקיקה של הצעות חוק ממשלתיות, אשר עוברות תהליך 'פנים ממשלתי' משמעותי, וכן בין הליכי החקיקה של הצעות חוק פרטיות, הטעונות הנחה מוקדמת על שולחן הכנסת והליך של קריאה מוקדמת, לבין הצעות חוק מטעם ועדה. על רקע זה התריע חה"כ קריב כי הנוסח המוצע נדון על פני מספר מצומצם של דיונים, המתנהלים ברצף, מבלי שנערך דיון עקרוני מקדים בשאלה אם ראוי לקדם נושא זה כהצעת חוק מטעם הוועדה ומבלי שניתן לחברי הוועדה זמן ראוי לגיבוש עמדתם בעניין. חה"כ קריב ביקש אפוא את התערבותה של היועצת המשפטית לכנסת בהליך כינונו של חוק היסוד המתקן, וביקש גם לשקול פרסום הנחיות מחייבות ביחס להליך חקיקה של הצעות חוק מטעם ועדה.

מכתבו של חה"כ קריב מיום 26.6.23 מצורף ומסומן מש/16.

199. ביום 2.7.23 נשלח לחה"כ קריב מענה למכתבו מטעם היועצת המשפטית לכנסת.³³ היועצת המשפטית לכנסת ציינה שבעניינה של הצעת חוק היסוד המתקן מתקיימים דיונים רבים בוועדה ויש בהם השתתפות פעילה של חברי כנסת ושל גורמים חיצוניים. היועצת המשפטית לכנסת גם הזכירה כי היועץ המשפטי לוועדה הפיץ מסמך הכנה מפורט והשיב לשאלות במהלך הדיון, וכי בדיון נשמעה גם עמדתו של המשנה ליועצת המשפטית לממשלה. בנסיבות אלה, היועצת המשפטית לכנסת קבעה כי נכון לאותה עת, היא אינה מוצאת מקום להתערבותה בהליך כינונו של חוק היסוד המתקן, שכן "נראה כי מתנהל בוועדה הליך רציני במסגרת הכנת הצעת החוק לקריאה ראשונה, שעומד בהוראות התקנון ובהנחיות הכלליות שעמדתי עליהן לעיל". באשר לדרישה לקיים דיון בוועדה בשאלה אם לקדם את הצעת חוק היסוד המתקן כהצעת חוק מטעם הוועדה, השיבה היועצת המשפטית לכנסת:

"הוראת סעיף 80 לתקנון המסדירה את אופן חקיקת הצעת החוק מטעם הוועדה אינה מחייבת כי יתקיים בוועדה דיון מקדים בשאלה האם לקדם את הצעת החוק כהצעה מטעם ועדה, והדבר לא נעשה בעבר, כולל במקרים השונים שבהם הובאה הצעת חוק מטעם ועדת החוקה בכנסת הנוכחית. מטבע הדברים, במידה והוועדה תאשר ברוב דעות את נוסח הצעת חוק כהצעה מטעמה, יהיה בכך משום אישור לרצונה לקדמה כהצעה מטעם הוועדה..."

11. נוכח כל האמור, איני סבורה כי הוועדה אינה עומדת בדרישות בכל הנוגע לתקינות הליכי החקיקה. בכל הנוגע לבקשתך לפרסום הנחיות מחייבות להליכי חקיקת הצעות חוק מטעם ועדה, מבלי לקבוע מסמרות בדבר ובמבט צופה פני עתיד, אבחן את הסוגיה בענין זה."

המענה מטעם היועצת המשפטית לכנסת מיום 2.7.23 מצורף ומסומן מש/17.

³³ נושא זה, של קידום הצעת חוק היסוד המתקן כהצעת חוק מטעם הוועדה, עלה גם במכתב מיום 4.7.23, שנשלח על ידי עורכי הדין חגי קלעי, אוהד רוזן ועידן סגר, שייצגו "שורת אנשי עסקים, בכירים לשעבר במערכת הביטחון ופעילים חברתיים". ביום 16.7.23 נשלח מענה למכתב זה, שהפנה למענה שנשלח לחה"כ קריב.

200. בדיון ביום 4.7.23 אושר כזכור הנוסח מטעם יו"ר הוועדה כהצעת חוק יסוד מטעם הוועדה לקריאה הראשונה. למחרת, ביום 5.7.23, שלח יו"ר הוועדה מכתב ליועצת המשפטית לכנסת וביקש להסב את תשומת לבו לאירוע שהתרחש באותה ישיבה. יו"ר הוועדה ציין שחברי כנסת מחלק מסיעות האופוזיציה "התנהלו באופן חמור מאד בניסיון למנוע את התנהלות ההצבעה", ובין השאר עשו שימוש בביטויים קשים ביותר כלפיו וכלפי חברי הכנסת מסיעות הקואליציה, צעקו בקול רם, ברצף ובלי הפסקה לתוך המיקרופונים, וכך יצרו רעש מחריש אוזניים וכאוס רב שהקשו על ניהול ההצבעה על ידי מנהל הוועדה. יו"ר הוועדה ציין שבמהלך ההצבעה פנה מנהל הוועדה לחה"כ קארין אלהרר פעמיים כדי לקבל את הצבעתה לנוסח הצעת החוק, ואף הוא עצמו פנה אליה, אך זו לא השיבה לפנייתם. למרות זאת, בסיום ההצבעה טענה חה"כ אלהרר כי היא התנגדה להצעת חוק היסוד המתקן ודרשה לקיים הצבעה חוזרת. יו"ר הוועדה טען שמדובר ב"ניסיון חמור ובוטה לזייף תוצאות הצבעה חוקית בכנסת", וביקש כי היועצת המשפטית לכנסת תפעל לטיפול באירוע זה.

למכתבו צירף יו"ר הוועדה מזכר מאת מנהל הוועדה, שתיעד את האירועים מנקודת מבטו, הן מזמן אמת והן לאחר שצפה בתיעוד הישיבה.

מכתבו של יו"ר הוועדה מיום 5.7.23 מצורף ומסומן מש/18.

201. ביום 12.7.23 שלחה היועצת המשפטית לכנסת מענה ליו"ר הוועדה, ובו ציינה כי בישיבה מיום 4.7.23 אכן שרר רעש רב באולם – אם בשל מחאת חברי הכנסת מסיעות האופוזיציה על קידום ההצעה וההצבעה עליה, ואם נוכח רצונם של אלה לשמוע את דבריו של המשנה ליועצת המשפטית לממשלה טרם ההצבעה. היועצת המשפטית לכנסת חיוותה דעתה כי בנסיבות שנוצרו, על רקע ההמולה, ייתכן שמדובר בטעות תמימה מצד חה"כ אלהרר, ומשכך אין מקום לנקוט צעדים נוספים ביחס לאירוע שתואר. במענה לבקשת יו"ר הוועדה, להנחותו כיצד לנהל הצבעות בוועדה כאשר חברי כנסת מנסים לפגוע בהליך ההצבעה, השיבה היועצת המשפטית לכנסת כדלהלן:

"באשר לבקשתך לעניין ניהול הצבעות כשבאולם הוועדה שורר רעש או אי סדר – אציין כי אכן בעת ההצבעה בוועדה יש הצדקה רבה יותר להקפיד על סדרי הדיון באופן שיבטיח את תקינות ההצבעה, וזאת בשונה משלב הדיון בוועדה שבו יש לאפשר לחברי הכנסת זכות ביטוי רחבה, ובכלל זה אף לגלות סבלנות ומתינות כלפי מידה מסוימת של הפרעה לדיון. באופן מעשי, אני סבורה כי ניתן לנקוט, בין היתר, בשני אמצעים לשם הבטחת תקינות הליכי ההצבעה: ראשית, ניתן לבקש מנציג נוסף מצוות הוועדה לגשת בסמוך לחבר הוועדה המצביע ולוודא את הצבעתו. במצבים רגישים במיוחד, אם כי לא ככלל, ניתן לפעול בהתאם לסעיף 118(א) לתקנון הכנסת ולהגביל בעת ההצבעה את הנוכחות באולם הוועדה לחברי הוועדה בלבד, אך אבקשך לנקוט בדרך זו במשורה ובשום שכל ובמצבים חריגים המצדיקים זאת."

המענה מטעם היועצת המשפטית לכנסת מיום 12.7.23 מצורף ומסומן מש/19.

202. ביום 13.7.23, פנו חברי הכנסת קארין אלהרר, יואב סגלוביץ' וגלעד קריב ליועצת המשפטית לכנסת, וטענו שבועדת החוקה נעשה שימוש מופרז בסעיף 111(ג) לתקנון הכנסת, הקובע כי קיום ישיבות ועדה במקביל לישיבות מליאה טעון אישור מראש של יו"ר הכנסת, שיינתן מטעמים מיוחדים בלבד. נוכח זאת, ביקשו חברי הכנסת הפונים לקבל את מספר הפעמים שבהם נעשה שימוש בסעיף 111(ג) לתקנון הכנסת, וכן לקבל את התייחסות היועצת המשפטית לכנסת באשר לאופן השימוש בסעיף זה בוועדת החוקה.

מכתבם של חברי הכנסת האמורים מיום 13.7.23 מצורף ומסומן מש/20.

203. ביום 26.7.23 שלחה היועצת המשפטית לכנסת מענה לפנייה, ובו מסרה כי מתחילת הכנסת הנוכחית הוגשו עשר בקשות לקיום ישיבות של ועדת החוקה במקביל לישיבת המליאה, כאשר שש מתוכן אושרו, שתיים נדחו ושתיים התייתרו. עוד ציינה, כי במקרה שעליו הלינו חברי הכנסת הפונים, התקיימו בוועדת החוקה דיוני עומק מהותיים אחרונים בהצעת חוק היסוד המתקן ונשמעו דבריהם של נציגי ממשלה בכירים ביחס אליה, שהחלו את דבריהם לפני תחילת ישיבת המליאה. במקביל, התקיימו באותו זמן במליאה נאומים בני דקה וציון יום הנגב. בנסיבות אלה, ניתן אישור כאמור מאת יו"ר הכנסת, לאחר התייעצות עם היועצת המשפטית לכנסת, כדי לאפשר לנציגי הממשלה הבכירים להשלים את דבריהם בוועדה.

המענה מטעם היועצת המשפטית לכנסת מיום 26.7.23 מצורף ומסומן מש/21.

204. ביום 19.7.23, בעיצומן של ההצבעות על ההסתייגויות להצעת החוק, פנו שבעה מחברי הכנסת מסיעות האופוזיציה בוועדת החוקה ליועצת המשפטית לכנסת, וטענו כי בהצבעות שנערכו ביום 18.7.23 נערכו 14 הצבעות שגויות: באחת מהן הצביע אחד מחברי הכנסת גם בעד וגם נגד הסתייגויות מסוימות, באחרת לא נמנו חלק מהמצביעים, בהצבעות נוספות הצביעו חלק מחברי הכנסת פעמיים, ועוד.

המכתב מטעם חברי הכנסת מיום 19.7.23 מצורף ומסומן מש/22.

205. ביום 23.7.23 שלחה היועצת המשפטית לכנסת מענה לפנייה. בתחילת דבריה ציינה היועצת המשפטית לכנסת כי צפתה בהקלטת ההצבעות הרלוונטיות ואף שוחחה על כך עם מנהל הוועדה. לגופו של עניין השיבה, כי להצעת חוק היסוד המתקן הוגשו כ-27,600 הסתייגויות, ברובן המכריע לא מהותיות, התקיימו עליהן כ-1,300 הצבעות, ובהמשך התקיימו כ-1,300 הצבעות נוספות על הרביזיות. היועצת המשפטית לכנסת ציינה כי "במהלך ההצבעה, וכחלק מ'המשחק הפרלמנטרי', לעיתים חברי הכנסת מהאופוזיציה הפריעו להתנהלות ההצבעה, שינו את הצבעותיהם במהלך ההצבעה, שינו את חבר הכנסת המצביע מטעם הסיעה או הקשו בדרך אחרת על ספירת הצבעות". משכך, גם לאחר עיון בסרטוני ההצבעות, קשה מאוד לשחזר בדיוק את תוצאות ההצבעה, בין היתר משום שזווית הצילום אינה מאפשרת לצפות באופן ברור בכל חברי הכנסת הנוכחים באולם. מנהל הוועדה ציין כי לעיתים קביעתו בדבר הצבעתו של

חבר כנסת התבססה על "מנוד ראש או קשר עין אשר הבהירו לו את כוונת חבר הכנסת המצביע", ולעיתים אף פנה לחברי הכנסת כדי לברר את הצבעתם. בסיום כל הצבעה, מנהל הוועדה הכריז על תוצאותיה, ואם חבר כנסת סבר שהצבעתו לא נרשמה כיאות – הייתה לו אפשרות להעיר על כך, כשבעקבות זאת אף שונו מספר הצבעות ביזמן אמת, ונערכו כמה הצבעות חוזרות. היועצת המשפטית לכנסת ציינה כי "הקפדה זו על ציון תוצאות ההצבעה המדויקת היא כשלעצמה, למעלה מן הצורך שכן בחלק מההצבעות בוועדות הכנסת, בשונה מההצבעות במליאת הכנסת, נקבע לפרוטוקול רוב מול מיעוט בלבד, ולא מתועדת הצבעה מספרית מדויקת". מנהל הוועדה ציין כי לדעתו הליך ספירת תוצאות ההצבעות התנהל באופן סדור וכי הוא בטוח לחלוטין שכלל תוצאות ההצבעות משקפות את כוונת המצביעים.

ביחס להצבעות הספציפיות שאליהן התייחסו הפונים, ציינה היועצת המשפטית לכנסת כי גם אם נניח שנערך לגביהן רישום לא נכון על ידי מנהל הוועדה, אין בכך כדי להשפיע על תוצאות ההצבעה, וממילא הוועדה נדרשה בשנית לכלל ההצבעות במסגרת הרביזיות.

ביחס להצבעה אחת נמצא כי אכן ניתן לטעון שקיימת אי-התאמה משמעותית בין ההכרזה לבין התוצאה בפועל, אך גם לגביה הובהר כי אין בטעות זו כדי לשנות את תוצאות ההצבעה. יחד עם זאת, למען הסר ספק, הייעוץ המשפטי לכנסת המליץ כי יו"ר הוועדה יחזור על הצבעה זו בשנית, ואכן כך נעשה.

מכתב המענה מטעם היועצת המשפטית לכנסת מיום 23.7.23 מצורף ומסומן מש/23.

206. ביום 16.7.23 פנו שבעה חברי כנסת ליועצת המשפטית לכנסת, וביקשו שתפרסם הנחיה המחייבת את ועדות הכנסת לפרסם את הפרוטוקולים של הדיונים באתר הוועדה תוך פרק זמן סביר, ולכל היותר עד 12 שעות לפני מועד ההצבעה, וזאת כדי שניתן יהיה לעיין בהם לצורך הכנת ההסתייגויות. בנוסף, חברי הכנסת ביקשו לקבוע כלל שלפיו לא ייקבע מועד להצבעה בוועדה על הצעת חוק לקריאות השנייה והשלישית טרם פרסום הפרוטוקולים של הוועדה שדנה באותה הצעה.

המכתב מיום 16.7.23 מצורף ומסומן מש/24.

207. ביום 17.7.23 נשלח מענה מטעם היועצת המשפטית לכנסת לחברי הכנסת הפונים, ובו נמסר להם כי אין בחוק, בתקנון הכנסת או בהנחיה אחרת הוראה הקובעת פרק זמן מרבי לפרסום פרוטוקולים של ישיבות ועדות הכנסת. עוד הוסיפה היועצת המשפטית לכנסת, כי עקרונות פומביות ושקיפות עבודת ועדות הכנסת מוגשמים בראש ובראשונה על ידי פתיחת הישיבות לציבור ושידורן בערוץ הכנסת ובאתר האינטרנט של הכנסת. מעבר לכך, היועצת המשפטית לכנסת חיוותה דעתה כי אין צורך בעיון בפרוטוקולים לצורך הכנת הסתייגויות, ואם חבר כנסת מעוניין לברר סוגיה מסוימת הנוגעת להתנהלות בוועדה – באפשרותו לצפות בשידור המוקלט של ישיבת הוועדה באתר הכנסת.

המענה מאת היועצת המשפטית לכנסת מיום 17.7.23 מצורף ומסומן מש/25.

208. ביום 23.7.23 פנה חה"כ יאיר לפיד, יו"ר האופוזיציה, ליועצת המשפטית לכנסת וביקש להורות על קיום דיון דחוף בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בנושא ההשלכות הביטחוניות של הצעת חוק היסוד המתקן. למחרת, ביום 24.7.23, השיבה היועצת המשפטית לכנסת, בתיאום עם היועצים המשפטיים לוועדות החוקה והחוץ והביטחון, כי ביום 18.7.23 שמעה ועדת החוץ והביטחון של הכנסת סקירה מאת הרמטכ"ל אשר התייחס לסוגיה, וביום 29.5.23 נשמעה גם התייחסותו של ראש חטיבת תכנון ומינהל כוח אדם במשרד הביטחון ביחס לסוגיה דומה, במסגרת דיון שקיימה שעניינו "המוטיבציה לשירות חובה בצה"ל ובשירות קרבי". מעבר לכך, היועצת המשפטית לכנסת ציינה כי לאחר שוועדת החוקה אישרה את הצעת חוק היסוד המתקן לקריאות השנייה והשלישית, ומשהחלה הקריאה השנייה בהצעה, הדרך היחידה להחזירה לוועדה בהתאם לסעיף 91 לתקנון הכנסת היא על פי החלטת הכנסת, לבקשת הממשלה או יו"ר הוועדה.

המכתב מיום 23.7.23 והמענה מיום 24.7.23 מצורפים ומסומנים מש/26.

209. לסיום חלק זה נציין כי שלושה מחברי הכנסת הגישו קובלנה לוועדת האתיקה של הכנסת נגד יו"ר הוועדה, בטענה שהוא מונע זכות דיבור מחברי כנסת וממוזמנים, קורא לסדר באופן חוזר ונשנה לחברי הכנסת מהאופוזיציה ומרחיק אותם מהשיבות, תוקף וקוטע את דבריהם של בעלי תפקידים, וקובע דיונים בלוחות זמנים צפופים. ועדת האתיקה שמעה את תגובתו של יו"ר הוועדה, שציין כי חלק מהבעיות נבעו מהתנהלותה של האופוזיציה לצרכי פיליבסטר, כי השתדל לקבוע את לוחות הזמנים בתיאום עם היועץ המשפטי לוועדה, וכי מעת לעת התנצל על דברים שאמר או על הטון שנקט על ידו.

210. החלטת ועדת האתיקה פורסמה ביום 28.6.23, ובה צוין כי דיוני הוועדה היו סוערים וטעונים והשתתפו בהם חברי כנסת וממוזמנים רבים. ועדת האתיקה מצאה כי בדיוני הוועדה נוצרו לא אחת הפרעות, עיכובים וקשיים הן מצד יו"ר הוועדה והן מצד חבריה, אך ציינה כי "תפקיד יושב הראש מביא עמו אחריות מוגברת להתנהלות עניינית, ופעמים רבות חבר הכנסת רוטמן התיר לעצמו מה שאסר על אחרים". נוכח זאת, החלטת הוועדה הייתה כדלהלן (החלטה מס' 11/25):

"9. תפקיד יושב ראש ועדה מחייב התנהלות אחראית וממלכתית, באחידות ובשוויוניות כלפי חברי הכנסת. בדומה על יושב ראש הוועדה להימנע מניצול מעמדו וכוחו העודף שלא לצורך, ולשמור גם על זכויותיהם של חברי הכנסת מהאופוזיציה או אלה שעמדתם שונה משלו. הדברים צריכים לבוא לידי ביטוי בסדרי הדיון, זמן הדיבור הניתן לכל דובר, קביעת לוחות הזמנים ובהיבטים נוספים.

10. הגם שהוועדה מצאה טעם לפגם בהתנהלות בחלק מהמקרים, היא לא מצאה לנכון לקבוע שחבר הכנסת רוטמן ביצע הפרה אית. זאת בהתחשב במורכבות הדיונים, המחלוקת הציבורית הרחבה שהתבטאה גם בשיבות עצמן וההתנהלות

של חלק מחברי הוועדה. יחד עם זאת מבקשת הוועדה מחבר הכנסת רוטמן לקחת לתשומת ליבו את הטענות שהושמעו כלפיו ומודיעה כי באם יוגשו קובלנות נוספות בענין זה שיתבררו כנכונות, הוועדה תידרש לנושא בשנית ותתייחס לכך בכובד ראש."

החלטת ועדת האתיקה מס' 11/25 מצורפת ומסומנת מש/27.

211. בהקשר זה נוסף כי לוועדת האתיקה הוגשו קובלנות נוספות הנוגעות להתנהלות חלק מחברי הכנסת במהלך הדיונים בוועדה. חלק מהקובלנות עוסקות בהתנהלותו הנטענת של יו"ר הוועדה, וחלקן עוסק בהתנהלותם הנטענת של חברי הוועדה מן האופוזיציה או של העוזרים הפרלמנטריים שלהם. ועדת האתיקה טרם דנה בקובלנות אלה וטרם קיבלה בהן החלטה.

ד. טענות להוכחת תוקפו של חוק היסוד המתקן

212. שמונה העתירות שבכותרת, יחד עם הטענות שהועלו על-ידי ידידי בית המשפט הנכבד, מחזיקות יחד אלפי עמודים וכוללות טענות רבות מאוד. חלק מהעתירות חולקות טענות זהות, חלקן מכילות טענות דומות, וחלקן גם מכילות טענות שאינן מופיעות בעתירות אחרות. העתירות הראשונות מבין העתירות שבכותרת הוגשו לבית המשפט הנכבד דקות בודדות לאחר אישור חוק היסוד המתקן, וגם יתר העתירות הוגשו זמן קצר מאוד לאחר מכן – עוד קודם לפרסומו ברשומות. ככל הנראה מסיבה זו לא הספיקו העותרים לקרוא את העתירות שהוגשו במקביל לעתירותיהם-שלהם, לדייק את העתירה שהגישו, לאבחן בין טענותיהם לבין טענות המופיעות בעתירות אחרות, למקד כל עתירה בטענות הייחודיות לה ולהגיש בקשה להצטרפות לעתירה שכבר הוגשה (ראו והשוו: בג"ץ 5322/21 כספי נ' ממשלת ישראל (14.9.21); בג"ץ 5278/22 סלע נ' כנסת ישראל (22.1.23)).³⁴

213. בנסיבות אלה, תתייחס הכנסת להלן לטענות המרכזיות הרלוונטיות. אם יתברר בעת הדיון שעקב ההיקף העצום של העתירות נשמטו מעיני הח"מ טענות מסוימות הדורשות התייחסות, מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר הגשת טיעון משלים בכתב שיכלול התייחסות לטענות אלה, וזאת גם בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 22.8.23 (שעליה חזר בהחלטתו מיום 5.9.23), כי אם הדבר יידרש, ישקול בית המשפט הנכבד לאפשר השלמת טיעון בכתב לאחר הדיון.

214. באופן כללי, טענות העותרים נחלקות לשלוש קבוצות:

³⁴ המהירות שבה פעלו העותרים להגשת העתירות באה לידי ביטוי גם בכך שחלקם לא מיצו הליכים כנדרש לאחר אישור חוק היסוד המתקן.

הקבוצה הראשונה – טענות הנוגעות להליך כינונו של חוק היסוד המתקן. העותרים

טוענים כי לא היה מקום לקדם את הצעת חוק היסוד המתקן כהצעת חוק מטעם ועדת החוקה, אלא כהצעת חוק פרטית. בכל הנוגע לדיונים שהתקיימו לפני הוועדה, חלק מהעותרים טוענים כי התשתית העובדתית שהונחה לפנייה הייתה חסרה שכן חלק מהגורמים הרלוונטיים לא התייצבו לפנייה, לא התקיים דיון בעניין ההשלכות הביטחוניות של חוק היסוד המתקן, ולא הוצגו חלופות לנוסחו. עוד נטען, כי הדיונים בוועדה התנהלו במהירות ובאופן לא-מכבד, כך שלא ניתנה לחברי הכנסת הזדמנות ראויה להשתתף בהליך. באשר לדיונים בהסתייגויות הרבות שהוגשו להצעת חוק היסוד המתקן – נטען כי נפל פגם בסדרי הדיון המיוחדים שנקטו באותם דיונים ושלא אפשרו לקיים דיון ראוי בהסתייגויות.

הקבוצה השנייה – טענות לשימוש לרעה בסמכות המכוננת. בחלק מהעותרים נטען כי

חוק היסוד המתקן כונן ממניעים פוליטיים פסולים, תוך ניגוד עניינים מוסדי בין תפקידה של הכנסת כרשות מכוננת לבין אינטרסים פרטיקולריים של חברי הכנסת. העותרים טוענים כי בהיעדר הסדרה חוקתית כוללת של עילות הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות, אין מקום להחרגת עילה אחת ספציפית – עילת הסבירות – מכל יתר העילות, תוך קביעת גבולותיה בחוק יסוד. חלק מהעותרים אף טוענים כי לציבור בישראל יש זכות לחוקה דמוקרטית שלמה ומבקשים מבית המשפט הנכבד לאסור על תיקון חוקי היסוד בדרך של טלאי על גבי טלאי. עוד נטען, כי קביעת גבולותיה של עילת הסבירות היא חלק מתפקידה של הרשות השופטת, כך שעצם כינון חוק היסוד המתקן עולה כדי התערבות בלתי-הולמת מצד הרשות המכוננת בתחומי פעילותה של רשות שלטונית אחרת. לבסוף, נטען כי קיים פגם בתחולתו המיידית של חוק היסוד המתקן ומשכך יש לקבוע כי הוא ייכנס לתוקף רק מהכנסת הבאה ואילך.

הקבוצה השלישית – טענות הנוגעות לתוכנו של חוק היסוד המתקן. נטען כי חוק היסוד

המתקן הוא מקרה קיצוני של תיקון חוקתי הסותר את הגרעין הדמוקרטי של שיטת המשטר במדינת ישראל ואת הכרזת העצמאות, פוגע בעקרונות הפרדת הרשויות, שלטון החוק ועצמאות המשפט, ועל כן יש לראותו כתיקון חוקתי שאינו חוקתי. הטעם לכך – לדידם של העותרים – הוא שחוק היסוד המתקן מותיר את בתי המשפט ללא יכולת לבקר החלטות מינהליות רבות שעילת הסבירות היא עילת הביקורת האפקטיבית היחידה עליהן, ובכך מנטרל את השפעתם של היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה ומאפשר לשרי הממשלה לקבל החלטות בלתי-סבירות באופן קיצוני. בהקשר זה נטען כי חוק היסוד המתקן אינו יכול לסתור את הוראות חוק-יסוד: השפיטה, שכונן על-ידי הכנסת בכובעה כירשות מכוננת מקורית, ועל כן יש להכריז על בטלותו.

215. לצד שלוש קבוצות הטענות הללו, הועלו בעתירות כמה טענות נוספות: יש לפסול את חוק

היסוד המתקן מאחר שנעשה בו שימוש במונח 'סבירות' מבלי להגדירו; חוק היסוד המתקן פוגע בעצמאות מערכת המשפט ובכך מסכן את משרתי כוחות הביטחון שעלולים למצוא עצמם עומדים לדין במדינות זרות או בבית הדין הפלילי הבינלאומי; ועוד.

216. כבר בתחילה נציין כי הביקורת השיפוטית צריכה להתמקד בכל עילה ועילה בנפרד. אין מקום להתבונן על חוק היסוד המתקן 'מלמעלה', ולערוך בחינה אגרגטיבית של עילות שאין די בכל אחת מהן בנפרד כדי להביא לפסילתו של חוק היסוד המתקן. אם הליך כינונו של חוק היסוד המתקן לא היה מושלם, אך לא נפלו בו פגמים המצדיקים את פסילתו בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד; ובנוסף חוק היסוד המתקן פוגע בהיבטים דמוקרטיים מסוימים אך אינו פוגע בגרעין ובליבה של דמותה הדמוקרטית של מדינת ישראל ועל כן אין מקום לפוסלו גם מטעם זה – אזי דין העתירות להידחות. פגמים חוקתיים אינם אבני משחק שניתן להרכיבם זה על גבי זה, ואם לא נפל בחוק היסוד המתקן פגם המביא לביטולו – אין מקום לקבלת העתירות.³⁵ על כן, בחינת חוק היסוד דנן צריכה להיעשות בדרכו של בית המשפט הנכבד מאז ומעולם, תוך בחינה נפרדת של כל עילה ועילה שנטענה כנגדו.

217. בהתאם להוראות סעיף 17(ג) לחוק הכנסת, יובא להלן מענה לטענות שנטענו כנגד חוק היסוד המתקן, אולם נקדים אמירה עקרונית באשר לתפקידו של הייעוץ המשפטי לכנסת בכלל, ובהקשר של העתירה דנן בפרט.

218. סעיף 17 לחוק הכנסת פותח בקביעה: "לכנסת יהיה יועץ משפטי", וממשיך וקובע את סמכויותיו ואת תפקידיו. התפקידים הנוגעים לעניינינו הם מתן ייעוץ משפטי לכנסת ולוועדותיה בכל עניין הנוגע להליכי החקיקה, הבטחת תקינותם של הליכי החקיקה, וייצוג הכנסת בערכאות בדרך של השמעת טענות לתוקפם של חוקים בהליכים שבהם מבוקש סעד של ביטול הוראות חוק.

219. כל אחת מוועדות הכנסת מלווה על ידי יועץ משפטי לוועדה וצוות משפטי המעניקים ייעוץ שוטף לכלל חברי הוועדה, הן בהיבטים הקשורים בהליך החקיקה ובפרוצדורות החלות על חובת הפיקוח של הוועדה, הן בהצגת מכלול הסוגיות המשפטיות הנוגעות לעניין שמונח לפתחה של הוועדה. בדיונים בהצעות חוק, היועץ המשפטי לוועדה מציג לפני הוועדה סקירה משפטית בעל פה ובכתב ביחס לסוגיות הרלוונטיות להצעת החוק, מצביע על קשיים הקיימים בנוסח העומד לפני הוועדה (אם יש כאלה) ומציג לחברי הוועדה תמונה משפטית מלאה כדי שתהיה להם אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בסוגיות אלה. לא אחת, הייעוץ המשפטי לכנסת מציע בדיוני הוועדות חלופות שונות לנוסח הצעת החוק – חלופות שהוא רואה אותן כראויות יותר מבחינה משפטית, וזאת כחלק מתפקידו במתן ייעוץ משפטי אובייקטיבי הנאמן על כלל חברי הכנסת.

³⁵ ראו: בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל (27.3.16), בו העיר כבי' השופט סולברג – בדעת הרוב לעניין זה, אך בדעת המיעוט לסוגיה אחרת שאינה קשורה לעניינינו – כי דוקטרינת האגרגציה החוקתית – גם אם אין לפוסלה לחלוטין – "מעלה קשיים ניכרים, הן במישור התאורטי, הן באופן היישום של הביקורת החוקתית, הן במישור הפרקטי של הסעדים האפשריים במצבים כאלו". הדיון שם עסק בשאלה אם הסדר מסוים עשוי להיחשב כהסדר ראשוני למרות שכל אחד מחלקיו אינו הסדר ראשוני. בעניינינו השאלה היא האם יש מקום לפסילת חוק על בסיס אוסף של פגמים שאין באף אחד מהם כשלעצמו כדי להביא לפסילתו. דומה שהשאלות אינן זהות, ויש פער גדול ביניהן.

220. יחד עם זאת, במקרים שבהם הייעוץ המשפטי לכנסת מצביע על קשיים בהצעת חוק או מציע לערוך בה שינויים מסוימים, וחברי הוועדה מחליטים אחרת, אין פירוש הדבר שהצעת החוק היא בלתי-חוקתית. פעמים רבות הייעוץ המשפטי לוועדה מציע הצעות שנועדו לטייב את הצעת החוק גם אם היא חוקתית, וממילא אין באי-קבלתן כדי להביא לפסילתה.

221. באשר להצעת חוק היסוד המתקן מושא העתירות דן – הייעוץ המשפטי לוועדה והיועצת המשפטית לכנסת ליוו את דיוני הוועדה באופן שוטף ונתנו מענה לשאלות המהותיות שהתעוררו על נוסח ההצעה ולשאלות הפרוצדורליות הקשורות בהליכי כינונה, וזאת במיוחד נוכח המחלוקת הפוליטית והציבורית העזה שהצעת חוק היסוד המתקן עוררה בין חברי הכנסת. בדיונים אלה הציף הייעוץ המשפטי לכנסת בהרחבה קשיים שונים הקיימים בהצעת חוק היסוד המתקן וכן הציע חלופות שונות ותיקונים לנוסח ההצעה. הצעות אלה לא התקבלו על ידי רוב חברי הוועדה, שהצביעו לבסוף בעד הצעת חוק היסוד המתקן מבלי שנערכו בה השינויים המוצעים. חוק היסוד המתקן כפי שהתקבל מייצר הסדר שמעורר שאלות שונות ומורכבות רבה. היועצת המשפטית לכנסת חיוותה דעתה טרם ההצבעות, והיא סבורה גם כעת, שמוטב היה שהוועדה תאמץ נוסח הכולל פתרונות לחלק מהמורכבויות. יחד עם זאת, אין פירוש הדבר כי חוק היסוד המתקן כפי שהתקבל הוא בלתי-חוקתי.

222. לאחר שהייעוץ המשפטי לכנסת מילא את תפקידו, בהעניקו ייעוץ לחברי הכנסת ביחס לסוגיות המשפטיות העולות מהצעת חוק היסוד המתקן, הוא נפנה כעת למלא את חובתו בהתאם לחוק הכנסת, להביא לפני בית המשפט הנכבד טענות להוכחת תוקפו של חוק היסוד המתקן בנוסח שהתקבל על ידי הכנסת בסמכותה כרשות מכוננת, תוך הצגת מכלול המורכבויות שגם הייעוץ המשפטי לכנסת ראה לנגד עיניו לאורך ההליך.

ה. בהליך כינונו של חוק היסוד המתקן לא נפל פגם היורד לשורש ההליך

223. קבוצת הטענות הראשונה של העותרים מתייחסת להליך כינונו של חוק היסוד המתקן. העותרים טוענים כי לא היה מקום להביא את הצעת חוק היסוד המתקן כהצעת חוק מטעם ועדה, כי הדיון בוועדה נערך במהירות וכי גורמים שהיו צריכים להביע עמדתם – לא קיבלו את ההזדמנות לעשות זאת. משום כך נטען כי דין חוק היסוד המתקן להיפסל.

224. סקרנו לעיל בהרחבה את הליכי כינונו של חוק היסוד המתקן, ופירטנו גם על אודות הפניות ליועצת המשפטית לכנסת ועל המענים שניתנו להן. צוות הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה של הכנסת, בראשות היועץ המשפטי לוועדה, יחד עם היועצת המשפטית לכנסת, ליווה את הליך החקיקה מקרוב ונתן מענה בזמן אמת לשאלות שהתעוררו. אכן, ניתן היה לנקוט בהליך חקיקה מיטבי יותר מזה שנהג בפועל, אך הפגמים שנפלו בהליך החקיקה אינם מצדיקים התערבות שיפוטית בהתאם להלכות הפסוקות בעניין זה, אף לא בקירוב. נתייחס

להלן לשתי הטענות המרכזיות שהועלו בהקשר זה בעתירות, ונפנה ביחס לכל יתר הסוגיות לפירוט הליכי החקיקה לעיל.

ה.1. יש לדחות את הטענות נגד קידום חוק היסוד המתקן כהצעת חוק יסוד מטעם ועדה

225. סעיף 74(ב) לתקנון הכנסת מונה שלושה גורמים המוסמכים ליזום הצעת חוק: "הצעת חוק תוגש לכנסת בידי חבר הכנסת (בתקנון זה – הצעת חוק פרטית) או על ידי הממשלה (בתקנון זה – הצעת חוק ממשלתית), ובעניינים כמפורט בסעיף 80 – גם על ידי ועדה של הכנסת (בתקנון זה – הצעת חוק מטעם ועדה)". סעיף 80 המוזכר בסעיף זה מורה כדלהלן:

80. נושאי החקיקה מטעם ועדה

- (א) ועדת הכנסת, ועדת החוקה חוק ומשפט והוועדה לענייני ביקורת המדינה רשאיות ליזום, בתחומי ענייניהן לפי תקנון זה, הצעות חוק בנושאים אלה ולהכין לקריאה הראשונה: חוקי יסוד, עניינים שמתחייבים מתיקון של חוק יסוד ומוצעים לצדו, הכנסת, חברי הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות, מימון מפלגות ומבקר המדינה.
- (ב) הכינה ועדה הצעת חוק לקריאה הראשונה, יורה מזכיר הכנסת על פרסומה ברשומות – הצעות חוק הכנסת, בצירוף דברי הסבר.

226. הוראות חלק ז' לתקנון הכנסת מסדירות את הליכי החקיקה של כל הצעת חוק, וניתן לסכמן בטבלה:³⁶

הצעת חוק ממשלתית	הצעת חוק מטעם ועדה	הצעת חוק פרטית	
הממשלה	ועדת הכנסת, ועדת החוקה והוועדה לענייני ביקורת המדינה (80)	חבר הכנסת שאינו שר או סגן שר (75)	מגיש הצעת החוק
ללא הגבלה	בתחום סמכויותיה של הוועדה	ללא הגבלה	נושא הצעת החוק
ללא הגבלה	חוקי יסוד, עניינים שמתחייבים מתיקון של חוק יסוד ומוצעים לצדו, הכנסת, חברי הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות, מימון מפלגות ומבקר המדינה (80)	ללא הגבלה	תוכן הצעת החוק
אין תקופת הנחה		45 ימים (76)	הנחה על שולחן הכנסת לפני הדיון המוקדם
לא מתקיים		מתקיים	דיון מוקדם במליאת הכנסת

³⁶ המספרים בסוגריים מתייחסים לסעיף בתקנון הכנסת המסדיר את הנושא.

הצעת חוק ממשלתית	הצעת חוק מטעם ועדה	הצעת חוק פרטית	
לא מתקיים	מתקיים		הכנה בוועדה לקריאה הראשונה
	יומיים (81ב)	אין תקופת הנחה	הנחה על שולחן הכנסת לפני הקריאה הראשונה
	מתקיים		קריאה ראשונה במליאת הכנסת
	מתקיים		הכנה בוועדה לקריאות השנייה והשלישית
	מתקיים		קריאות שנייה ושלישית במליאת הכנסת

227. מטבלה זו עולה כי הצעת חוק מטעם ועדה דומה בעניינים מסוימים להצעת חוק פרטית, ודומה בעניינים אחרים להצעת חוק ממשלתית. בדומה להצעת חוק פרטית – היא אינה עולה לקריאה ראשונה במליאת הכנסת באופן אוטומטי והוועדה נדרשת להכניסה; אך בדומה להצעת חוק ממשלתית – אין היא טעונה דיון מוקדם במליאת הכנסת ולא נדרשת לה תקופת הנחה בת 45 ימים. מעמדה של הצעת חוק מטעם ועדה הוא אפוא מעמד ביניים; מצויה היא בתווך, בין הצעת חוק פרטית לבין הצעת חוק ממשלתית.

228. לטענת העותרים, כדי ליזום הצעת חוק מטעם ועדה נדרש לקיים הליך של 'יזום' על-ידי הוועדה, הכולל קבלת החלטה על הכנת הצעת החוק, קיום עבודת מטה, גיבוש עמדה ואישור נוסח ההצעה לדיון. כפי שהבהיר הייעוץ המשפטי לכנסת בזמן אמת, לטענה זו אין כל בסיס בתקנון הכנסת, ולמעשה מעולם לא התקיים הליך 'יזום' שכזה בהצעות חוק שקודמו מטעם ועדה. חבר ועדה המעוניין שהוועדה תקדם נוסח מסוים כהצעת חוק מטעמה רשאי להציע זאת, ויו"ר הוועדה יעלה את הצעתו לדיון בוועדה בעת שיראה זאת לנכון. אם תחליט הוועדה לאשר את הנוסח, בשינויים או ללא שינויים, כהצעת החוק מטעמה לקריאה הראשונה, משמעות החלטתה היא לאשר את קידומה כהצעת חוק מטעם הוועדה; ואם תחליט הוועדה שלא לאשר זאת, הרי שהיא לא תקודם כהצעת חוק מטעם הוועדה. אין בתקנון הכנסת כל בסיס לדרישה לקיום הליך נוסף או הצבעה נוספת טרם הדיון האמור בוועדה, ודין טענות העותרים בהקשר זה להידחות. העותרים טוענים כי במקרה דנן, המנגנון של הצעת חוק מטעם הוועדה שימש את יו"ר הוועדה לקידום מזוהז של נוסח הצעת חוק מטעמו. אכן, ליו"ר הוועדה יש השפעה רבה על קידום הצעות חוק מטעם הוועדה, אך אין מדובר בהשפעה חריגה ביחס להשפעה הרבה שיש לו על כלל פעילות הוועדה, ובכלל זאת בקידום הצעות חוק. יו"ר הוועדה הוא המזמן את ישיבות הוועדה, הוא הקובע את סדר יומה, הוא המחליט מתי עניינים מסוימים יעלו לדיון, הוא הקורא חברי כנסת לסדר, הוא השולל את זכות הדיבור ומרחיק חברים המפריעים לניהולה התקין של הישיבה, הוא המחליט מתי תתקיים הצבעה על הצעות החוק, והוא המנמק במליאה את

הצעות החוק לפני הקריאה השנייה. ליו"ר הוועדה סמכויות רבות ביחס לעבודתה, וסמכויות אלה משליכות בין היתר גם על ההשפעה הרבה שיש לו על קידום הצעות חוק מטעם הוועדה.

229. במכתבו של חה"כ קריב ליועצת המשפטית לכנסת מיום 26.6.23 היא התבקשה לבחון פרסום הנחיות מחייבות לתהליך חקיקה של הצעת חוק מטעם ועדה. במענה שנשלח מאת היועצת המשפטית לכנסת ביום 2.7.23 היא השיבה כי "מבלי לקבוע מסמרות בדבר ובמבט צופה פני עתיד, אבחן את הסוגיה בעניין זה". ואכן, נוכח ריבוי הצעות החוק מטעם ועדה בתקופה האחרונה, בוחנת היועצת המשפטית לכנסת במבט צופה פני עתיד אם יש צורך בקביעת הנחיות לקידום הצעת חוק מטעם ועדה, ואם כן – מהם, ומה הדרך הראויה לעשות זאת. לעת הזו, תקנון הכנסת מגדיר את "כללי המשחק" של עבודת הכנסת וועדותיה, ובהיעדר מגבלות כלשהן בתקנון הכנסת על סמכות יו"ר ועדה בדיונים על קידום הצעת חוק מטעם ועדה, מלבד המגבלות המנויות בסעיף 80 לתקנון, לא נמצא לכונן במהלך הדיונים לקבוע מגבלות ביחס לדיוני ועדת החוקה ולהגביל את הוועדה מלעשות שימוש בסמכותה בהצעות חוק מטעם הוועדה. מכל מקום, לאחר שהוועדה אישרה את הנוסח שהציע יו"ר הוועדה כהצעת חוק יסוד מטעמה, המסלול שעברה הצעת חוק היסוד המתקן זהה למסלול שעוברת כל הצעת חוק פרטית וממשלתית, ונזכיר כי כל הצעת חוק פרטית נחשבת כהצעת חוק מטעם ועדה משלב הקריאה הראשונה ואילך.

230. טענה נוספת בהקשר זה היא כי הנושא שחוק היסוד המתקן עוסק בו אינו כלול בסעיף 80 לתקנון הכנסת. טענה זו אינה נכונה, שהרי סעיף 80 לתקנון הכנסת קובע במפורש כי ועדת החוקה רשאית ליזום הצעת חוק בנושא "חוקי יסוד". כזכור, היועצת המשפטית לכנסת קבעה כי אין מקום לקדם הצעות חוק בנושאים הקשורים להתנהלות הפנימית של הרשות המבצעת כהצעת חוק יסוד מטעם ועדה, שכן נושא זה אינו מתאים להסדרה בחוק יסוד. אולם צמצום הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות ביחס לממשלה ולשריה הוא נושא הקשור למערכת היחסים שבין רשויות השלטון ועל כן המקום המתאים להסדירו הוא בחוק יסוד. העותרים טוענים כי בעבר השימוש בסעיף 80 לתקנון הכנסת נעשה רק ביחס להצעות חוק שהייתה עליהן הסכמה רחבה, אולם, כאמור לעיל, אין מדובר בכלל מחייב, ולעניין זה הובא כדוגמה חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44) (המכונה 'חוק ההדחה'), שקודם בשנת 2016 כהצעת חוק מטעם ועדה על אף שהוא לא התקבל בהסכמה רחבה.

231. לסיכום: נכון למועד הכנת הצעת חוק היסוד המתקן לא נקבעו מסמרות ייחודיים לגבי אופן קידומה של הצעת חוק מטעם ועדה, והצעה זו קודמה אפוא כשם שנהגה הכנסת לקדם הצעות חוק מטעם ועדות לאורך שנים.

ה.2. יש לדחות את הטענות לגבי פגיעה בזכות ההשתתפות של חברי הכנסת

232. לטענת העותרים, זכות ההשתתפות של חברי הכנסת נפגעה בשל סדרי הדיון המיוחדים שנקבעו לדיון בהסתייגויות שהוגשו להצעת חוק היסוד המתקן. סדרי דיון אלה נקבעו הן ביחס לדיון בוועדת החוקה מכוח נוהל ההסתייגויות, והן ביחס לדיון במליאה בהתאם לסעיף 98 לתקנון הכנסת הקובע כדלהלן:

”98. סדרי דיון מיוחדים

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

233. מלבד זאת, העותרים טוענים כי נפלו פגמים בהליכי ההצבעה, כי גורמים ממשלתיים שהשתתפותם בדיונים הייתה חיונית – לא הגיעו, וכי יו”ר הוועדה ניהל את הדיונים בדרך שאינה ראויה.

234. גורמי הייעוץ המשפטי לכנסת שותפים כאמור לדעה שהליך כינונו של חוק היסוד המתקן נעשה בלוחות זמנים קצרים באופן יחסי ולא היה מיטבי, והם אף העירו על כך לא אחת בזמן אמת במרוצת ההליכים. הדבר נבע ממכלול נסיבות שהתרכזו יחד: המחלוקות הפוליטיות, הסערה הציבורית שהתחוללה מחוץ לכותלי הוועדה ובתוכה, וסד זמנים שנבע גם מלוחות הזמנים של מושב הכנסת. יחד עם זאת, הייעוץ המשפטי לכנסת ליווה את ההליך באופן צמוד ושוטף, ופעל לשמור על תקינות הליך החקיקה גם כאשר הישיבות נמשכו שעות ארוכות. הייעוץ המשפטי לכנסת גם העניק ייעוץ ליו”ר הוועדה בעניינים הקשורים בניהול הישיבות; לעיתים עצות אלה התקבלו ולעיתים נדחו; אך כאשר היועץ המשפטי לוועדה או היועצת המשפטית לכנסת סברו שקיימת חובה משפטית לפעול בדרך מסוימת – יו”ר הוועדה אכן פעל בדרך זו.

235. להלן נתייחס בפירוט לטענות העותרים, אך נפתח ונציין כי אף אם כל הפגמים שצוינו בעתירות אכן התקיימו (ואין הדבר כן) – אין המצב מתקרב, אף לא בדוחק, למבחן שנקבע ביחס לפגמים בהליכי החקיקה בפסקי הדין בבג”ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות נ’ ממשלת ישראל, פ”ד נט(2) 14, 82 (2004) ובבג”ץ 10042/16 קוונטינסקי נ’ כנסת ישראל (6.8.17) (להלן: עניין קוונטינסקי). בפסקי הדין הללו קבע בית המשפט הנכבד כי חוק ייפסל רק אם נפל בהליך חקיקתו “פגם היורד לשורש ההליך”. ביחס לעקרון ההשתתפות, שהוכר כאחד מעקרונות היסוד של הליך החקיקה, נקבע כי חוק ייפסל רק אם “ישללה מחברי הכנסת אפשרות מעשית כלשהי לקיים דיון מינימלי בהצעת החוק ולגבש עמדה מושפלת לגביה”. בית המשפט הציג אמות מידה לבחינת האפשרות לקיים דיון כדבעי אף שצייין כי מדובר ברשימה “שלבטח אינה ממצה גם אינה מחייבת”, ובה בין היתר “משך הדיון, האם היה מידתי ביחס לאורכה של הצעת החוק, למורכבותה ולהיקף השלכותיה;... השפעת הדיון בוועדה או

במליאה על הצעת החוק, על נוסחה ועל תוכנה; תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק; פרק הזמן מעת העברת הצעת החוק ולמצער עיקרי הסדריה או מרביתם לעיון חברי הכנסת עד למועד הדיון".

236. תיאור הליכי החקיקה כמפורט בהרחבה לעיל, אינו מותיר מקום לספק כי מבחן זה לא התקיים בענייננו. הוועדה קיימה דיון פרלמנטרי ממושך שבו השתתפו חברי כנסת רבים וכן עשרות מומחים ואנשי מקצוע, ובהם המומחים הגדולים ביותר בארץ בתחום המשפט המינהלי והחוקתי. חברי הוועדה אף קיבלו ניירות עמדה רבים בנושא הצעת החוק. לכל אחד מחברי הכנסת ניתנה אפשרות מעשית להקשיב ולגבש את עמדתו, וכן ניתנה לו ההזדמנות להביע דעתו בוועדה. דיוני הוועדה זכו גם להד ציבורי ותקשורתי עצום, שאף הוא תרם ליכולתם של חברי הכנסת לגבש עמדת בסוגיה. כל חברי הכנסת שרצו בכך ידעו היטב על מה הם מצביעים, והייתה להם הזדמנות נאותה לגבש עמדה מושכלת ביחס לחוק היסוד המתקן.

237. עוד טוענים העותרים, כי יו"ר הוועדה ניהל את הדיון באופן לא הולם. בהתאם לתקנון הכנסת, נתונה ליו"ר ועדה פררוגטיבה נרחבת בקביעת אופן התנהלות הוועדה ובמציאת שביל הזהב שבין מתן זכות ביטוי לכל אחד מהמשתתפים בדיון לבין הצבת גבול למשך הדיון ומניעת הפרעות ופרובוקציות. הדיונים בנושאי הרפורמה המשפטית ובהצעת חוק היסוד המתקן עוררו מחלוקת ציבורית ופוליטית עזה, ומחלוקת זו התבטאה גם באופן שבו התנהלו ישיבות הוועדה. כאמור, בעניין האופן שבו ניהל יו"ר הוועדה את ישיבותיה הוגשה תלונה לוועדת האתיקה, והחלטת ועדת האתיקה מדברת בעד עצמה. נוסף כי דיוני ועדת הכנסת פומביים ושקופים כך שחברי הכנסת ויו"ר הוועדה נתונים תדיר לבחינה ולביקורת ציבורית.

238. גם אם קיימת ביקורת (שבחלקה מוצדקת, לעמדת היועצת המשפטית לכנסת) על אופן ניהול הדיון, היא אינה באה – אף לא בקירוב – בגדרי המבחן שנקבע על ידי בית המשפט הנכבד בעניין קוונטינסקי כאמת מידה לפגם בהליך החקיקה המביא לביטול, ושהוחל כאמור גם על הליך כינונם של חוקי יסוד (ראו: עניין שיינפלד; עניין יש עתיד). אמנם הנוסח לא עבר תיקונים רבים בהמשך לדיונים ולהערות שנשמעו, אך אין בכך כדי להעיד שההערות לא נשקלו אלא שרוב חברי הכנסת שהצביעו בעד נוסח ההצעה מצאו כי אין מקום לקבלן.

239. לטענת העותרים, הליקויים בהליך מתעצמים נוכח העובדה שמדובר בחוק יסוד, שכינונו דורש תשומת לב מיוחדת. בתגובת היועצת המשפטית לממשלה מתבקש למעשה בית המשפט הנכבד לקבוע אמות מידה מחמירות, של הליך חקיקה נאות, לגבי כינון חוקי יסוד (ואין צורך להכביר מילים על כך שגם היועצת המשפטית לכנסת רואה חשיבות רבה בקיומו של הליך חקיקה ראוי במכלול חקיקת הכנסת – הן ביחס להצעות חוק ממשלתיות, הן ביחס להצעות חוק פרטיות, הן ביחס להצעות חוק מטעם ועדה). עם זאת, בהיעדר הוראות מתאימות בחוק או בחוק-יסוד, ובהיעדר החלטה של ועדת הכנסת בעניין זה, אין בדיון הקיים עוגן לקביעת סטנדרטים שונים לכינון חוקי יסוד לעומת הסטנדרטים החלים על

הליכי חקיקה אחרים. כמו כן, ההלכה שנקבעה **בעניין קוונטינסקי** הוחלה על-ידי בית המשפט הנכבד גם על כינון חוקי יסוד (ראו: **עניין שיינפלד**; בג"ץ 3234/15 **יש עתיד נ' יו"ר הכנסת** (9.7.15) (להלן: **עניין יש עתיד**)), כך שהלכה פסוקה היא כי אין די בהליך חקיקה בלתי-נאות כדי להביא לפסילתו של חוק יסוד.

240. בהקשר זה נזכיר את דבריה של כבי הנשיאה ביניש, שעמדה בפסק דינה **בעניין מגדלי העופות** (שצוטטו גם בפסק הדין **בעניין קוונטינסקי**) על הקושי הרעיוני בהטלת חובות על חברי הכנסת לגבי אופן ניהול ההליך בניגוד לחובה החלה על רשויות מינהליות:

“עקרון ההשתתפות בא להגן על האפשרות שיש לחבר-הכנסת ועל זכותו למלא את תפקידו, בעוד שגישת “הליך החקיקה הנאות” מטילה עליו חובה למלא את תפקידו. לשיטתנו, נוכח מעמדה המיוחד של הכנסת ונוכח אופיו המיוחד של הליך החקיקה, ועל-פי המשקל הראוי שצריך להינתן לעקרון הפרדת הרשויות במשפטנו, תפקידו וחובתו של בית-המשפט מוגבלים להגנה על זכותם של חברי-הכנסת להשתתף בהליך החקיקה, בעוד שהחובה הציבורית (להבדיל מהמשפטית) לממש זכות זו ולקיים הליך חקיקה נאות הינה על הכנסת וחבריה.”

241. דומה כי דברים אלה יפים גם לענייננו, ונדרשת זהירות רבה טרם התערבות בהליכי הכינון וטרם הטלת חובה לקיים ‘הליך חקיקה נאות’.

ה.3. יש לדחות את הטענות הנוגעות לסדרי הדין בהסתייגויות

242. נוהל ההסתייגויות נקבע על ידי היועצת המשפטית לכנסת בשנת 2021 נוכח השימוש ההולך וגובר בהסתייגויות ככלי להתשה ומשיכת זמן (‘פיליבסטר’), בשל תופעה הולכת ומתעצמת של הגשת הסתייגויות שאינן ענייניות הנעדרות כל תוכן מהותי, ובשים לב גם להתפתחויות טכנולוגיות שהקלו על הגשת מספר רב מאוד של הסתייגויות שאינן ענייניות. נוהל זה מנחה את יושבי הראש של הוועדות בכנסת בדבר הדרך שבה הם עושים שימוש בסמכותם לפי סעיף 113 לתקנון הכנסת לקבוע את מסגרת הדין, ובכלל זה – לקבוע את אופן הדין בהסתייגויות שהוגשו להצעת חוק.

243. בהתאם לנוהל ההסתייגויות, אם הוגשו מספר הסתייגויות להצעת חוק, “דרך המלך היא הנמקה והצבעה ביחס לכל הסתייגות בנפרד”. לצד זאת, “ההנחיה לחבר הכנסת היא כי דרך המלך היא שתהיה להסתייגויות משמעות וזיקה להוראות הצעת החוק”, שכן בכך מתממשת מטרת ההסתייגות – להביא לתיקון הצעת החוק.

במקרים חריגים שבהם הוגשו הסתייגויות רבות, מאפשר נוהל ההסתייגויות ליו"ר הוועדה, בהתייעצות עם היועץ המשפטי של אותה ועדה, לקבוע מקבצים של הסתייגויות שינומקו במאוחד ושעל כל אחד מהם תתקיים הצבעה אחת, ורק אם מתקבל מקבץ, תתקיים הצבעה נפרדת על כל הסתייגות שנכללה בו.

במקרים חריגים במיוחד, כאשר מתקיימות נסיבות יוצאות מן הכלל – למשל: הגשת הסתייגויות ללא תוכן מהותי בכמות חריגה במיוחד ביחס להיקף הצעת החוק והנושאים שהועלו בה – מאפשר נוהל ההסתייגויות ליו"ר הוועדה, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לוועדה, להודיע לחברי הוועדה כי ההצבעה על ההסתייגויות תתקיים בהליך חריג. ההליך החריג כולל פיצול בין הנמקת ההסתייגויות לבין ההצבעה עליהן, כך שההנמקה של כל ההסתייגויות תתקיים במאוחד, ולאחר מכן תתקיים הצבעה על כל הסתייגות בנפרד (או על סדרות של הסתייגויות).

244. בענייננו, קשה לחלוק על כך שמספרן העצום וחסר התקדים של ההסתייגויות שהוגשו להצעת חוק היסוד המתקן – 27,676 במספר, והעובדה שרובן המכריע היו חסרות תוכן מהותי, הצדיקו שימוש בחריג שנקבע בנוהל ההסתייגויות. השימוש בחריג נועד לאפשר קביעת סדרי דיון מיוחדים על מנת לאזן בין הרצון להשפיע על נוסחו של חוק היסוד המתקן, להביע מחאה או לעכבו בכלים פרלמנטריים מקובלים לבין הצורך לאפשר לכנסת לפעול ולקדם את ענייניה על פי הכרעת הרוב. על כן, הנמקת ההסתייגויות נעשתה במאוחד (במשך למעלה מ-18 שעות), ולאחר מכן התקיימה הצבעה על ההסתייגויות במקבצים שכל אחד מהם כלל כ-20 הסתייגויות. לעניין זה נציין כי פרק זמן בן 18 שעות – פרק הזמן שנקבע להנמקת ההסתייגויות – הוא ארוך במיוחד ביחס לפרקי הזמן הנקבעים להנמקת הצעות חוק אחרות.

245. העותרים טוענים שנפלו ליקויים בהליכי ההצבעה. כאמור לעיל, טענה זו הועלתה לפני היועצת המשפטית לכנסת בזמן אמת, ולאחר בירור עם מנהל הוועדה ובחינה של תיעוד ההצבעה נמצא שאין אפשרות לאמת זאת באמצעות הצפייה בשידורים (למעט מקבץ הסתייגויות אחד שלגביו אכן התעורר ספק, ונערכה בעניינו הצבעה חוזרת). הייעוץ המשפטי לכנסת הקפיד על הליך ההצבעה, אנשיו צפו בסרטונים הרלוונטיים והייתה נוכחות מתוגברת מטעמו בעת ההצבעה על מנת לשמור על טוהר ההצבעות. אין ספק שמספר ההסתייגויות התקדימי נועד לבטא את התנגדותם העזה של חברי הכנסת מהצעת חוק היסוד, וזהו הכלי הפרלמנטרי המשמעותי שיש לחברי הכנסת מהאופוזיציה. אין חולק גם, כפי שצוין בזמן אמת בהחלטת ועדת האתיקה, כי חברי הכנסת פעלו לא אחת בדרכים שונות להקשות על סדרי ההצבעה וליצור אי-סדר, וזאת כחלק מפיליבסטר שהם ביצעו לצורך הצגת עמדתם באופן פומבי ומוחה. גם הייעוץ המשפטי לכנסת השתדל להלך בין הטיפות בעניין זה, תוך שמירה על זכותם של חברי הכנסת להביע את התנגדותם בכלים הפרלמנטריים שנתונים להם, לצד מתן אפשרות ליו"ר הוועדה ולרוב חברי הוועדה לקדם את הליך כינונה של הצעת חוק היסוד המתקן.

246. לאחר שהדיונים בוועדה הסתיימו, עלה צורך בקביעת סדרי דיון מיוחדים גם במליאת הכנסת, כפי שנעשה ביחס להצעות חוק שמוגשות לגביהן הסתייגויות מרובות. על רקע זה החליטה ועדת הכנסת לעשות שימוש בסמכותה לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת. ואכן, תקנון הכנסת הפקיד בידי ועדת הכנסת את הסמכות להחליט אם לעשות שימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת, מכוח תפקידה כמי שאמונה על סדרי הבית ומייצגת את רוב סיעותיו.

ההחלטה בעניין סדרי דיון מיוחדים נתונה לשיקול דעת חברי הוועדה והיא פרי של איזון בין שיקולים רבים – מורכבות החקיקה, היקפה, מנעד חילוקי הדעות לגביה, משך הדיון הפוטנציאלי בהתאם למספר ההסתייגויות ודחיפותה האובייקטיבית. ועדת הכנסת מתחשבת במכלול השיקולים הללו, וכן בשיקולים נוספים, לרבות הסכמות פוליטיות, אם ישנן, בטרם קבלת החלטתה.

247. במהלך הדיון בוועדת הכנסת נשמעו עמדותיהם של חברי האופוזיציה, ואף נערך בהצעת ההחלטה שינוי שנועד לתת מענה להערותיהם הדיוניות. בתום הדיון הוחלט לקבוע סדרי דיון מיוחדים כך שהדיון בהסתייגויות יימשך 26 שעות, 140 הסתייגויות יועלו להצבעה וניתן יהיה לקיים עשר הצבעות שמיות (חמש לבקשת האופוזיציה). ההחלטה לעשות שימוש בסמכות לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת אינה שונה מהחלטות שהתקבלו בעבר מכוח סעיף 98 לתקנון הכנסת, כאשר הוגשו להצעת חוק ההסתייגויות רבות מאוד (ובפרט כאשר הן היו חסרות תוכן מהותי) שלא ניתן היה לקיים בהן דיון כמקובל. מכיוון שמספר ההסתייגויות שהוגשו להצעת חוק היסוד המתקן הוא חריג בכל קנה מידה, לא ניתן היה להימנע מקביעת סדרי דיון מיוחדים בהתאם לסעיף 98 לתקנון הכנסת. עם זאת, בהתאם לעמדת היועצת המשפטית לכנסת וכדי לאפשר לאופוזיציה לבטא את התנגדותה העזה להצעת החוק כפי שעולה ממספר ההסתייגויות הרב שהוגש,³⁷ מספר השעות שניתן במסגרת סדרי הדיון המיוחדים היה גבוה, ונעשה ניסיון לתת ביטוי להתנגדות העזה שהתבטאה גם במספר ההסתייגויות של חברי הכנסת והנמקותיהם.

248. בית המשפט הנכבד נדרש בעבר לשימוש שנעשה בסעיף 98 לתקנון הכנסת לצורך תיקון חוק יסוד וקבע **בעניין יש עתיד** כי אין בכך כדי להוביל לפסילתו, ונצטט מפסק הדין דברים הרלוונטיים לעניינו:

”11. הוא הדין באשר לטענת העותרת בנוגע לקיצורי המועדים ולסדרי הדין המיוחדים שננקטו במסגרת הליך אישורו של התיקון. הוועדה המסדרת פעלה במסגרת סמכותה כאשר קיצרה את תקופת ההנחה של הצעת התיקון בקריאה ראשונה (ראו: סעיף 81(ג) לתקנון הכנסת) ובקריאה שנייה ושלישית (ראו: סעיף 88(ב) לתקנון הכנסת), וכך גם כאשר קבעה סדרי דין מיוחדים לדיון בתיקון במליאת הכנסת (ראו: סעיף 98 לתקנון הכנסת).”

12. דומני כי המחלוקת האמיתית בין הצדדים נעוצה בפרק הזמן הקצר שבמסגרתו עבר התיקון. העותרת טענה נגד בהילות ההליך החקיקתי. אין חולק כי התיקון נחקק בהליך מזורז, אשר ככלל אינו רצוי, ובפרט כאשר מדובר בחוק-יסוד...

בתגובת המשיבים 1-3 פורט בהרחבה הליך החקיקה שעבר התיקון, וצורפו הפרוטוקולים הרלוונטיים. עיון בהם מלמד כי חרף פרק הזמן הקצר, התנהלו

³⁷ בעניין זה נוסף כי הזמן להנמקת ההסתייגויות במליאה ניתן על חשבון ימי המליאה בסוף המושב. במועד זה זמן המליאה "יקר" במיוחד לקואליציה, שכן הוא משמש בדרך כלל להצבעות על הצעות חוק ממשלתיות. נוכח עמדת היועצת המשפטית לכנסת, שעמדה על הקדשת מספר שעות גבוה במיוחד להנמקת ההסתייגויות, מרבית השבוע האחרון של המושב הוקדשה להנמקת ההסתייגויות כאמור.

לגבי התיקון – הכולל שני הסעיפים – דיונים ערים וארוכים בוועדה המסדרת, בוועדה המיוחדת ובמליאת הכנסת. במסגרת דיונים אלה נשמעו עמדותיהם של חברי הכנסת שהתנגדו לתיקון, כמו גם עמדותיהם של הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט ושל הייעוץ המשפטי לכנסת. לא ניתן לומר כי בענייננו לא הייתה לחברי הכנסת אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת התיקון (ראו והשוו: עניין ארגון מגדלי העופות, עמוד 50; עניין לשכת רואי החשבון, פסקה 9 לפסק דיני). ואחרי ככלות הכל – אין המדובר בדבר חקיקה מורכב וסבוך.”

249. טענה נוספת של העותרים היא כי גורמים רלוונטיים מקרב משרדי הממשלה, כדוגמת יועצים משפטיים של משרדי ממשלה שונים, לא זומנו לדיון בהצעת חוק היסוד המתקן. טענה זו אינה נכונה, ובזמן אמת הייעוץ המשפטי לכנסת פעל מול יו"ר הוועדה לזימונם של כל היועצים המשפטיים שחברי הוועדה ביקשו לזמנם. עם זאת, מרבית היועצים המשפטיים לא נענו להזמנה, ורק היועץ המשפטי למשרד האוצר נענה להזמנה והופיע לפני הוועדה. היועצת המשפטית לכנסת עמדה על החשיבות שבשמיעת היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה, לצורך הבנת ההשלכות שתהיינה להצעת חוק היסוד המתקן על עבודתם; אך משהם סירבו להופיע בפני הוועדה, לא נמצא לנכון על ידי הייעוץ המשפטי לכנסת לכפות זאת עליהם. מכל מקום, קשה לומר כי אי-הגעתם של הגורמים האמורים פגעה באופן משמעותי ביכולתם של חברי הכנסת לגבש את עמדתם ביחס להצעת חוק היסוד המתקן, בפרט בהתחשב בכך שהגורם המשפטי הבכיר המנחה את הייעוץ המשפטי למשרדים השונים – המשנה ליועצת המשפטית לממשלה – הופיע לפני הוועדה מספר פעמים ותיאר בפירוט את ההשלכות שתהיינה לדעתו להצעת חוק היסוד המתקן אם תאושר ביחס למערכת הממשלתית בכללותה. ודאי שאי-הגעתם של הגורמים האמורים לוועדה אינה יכולה להיחשב כפגם המצדיק התערבות שיפוטית בהתאם למבחן שנקבע בפסק הדין בעניין קוונטינסקי.

ו. דין הטענות בדבר פסלותו של חוק היסוד המתקן – להידחות

250. הטענות בענייננו של חוק היסוד המתקן, מלבד הטענות בדבר הליך כינונו, מבוססות על שתי דוקטרינות שהוזכרו בפסקי הדין של בית המשפט הנכבד ואשר העותרים מבקשים לפתח אותן ולהרחיבן: דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, ודוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי. הראשונה עוסקת באופן שבו כונן חוק היסוד המתקן ובהתאמתו למארג החוקתי הקיים (ראו: בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.17) (להלן: עניין המרכז האקדמי); בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.21) (להלן: עניין שפיר); בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (12.7.21) (להלן: עניין ממשלת החילופים)); ואילו עניינה של השנייה בתוכנו של חוק היסוד המתקן ובטענה כי הוא פוגע בעקרונות יסוד על-חוקתיים (ראו: בג"ץ 5555/18 חה"כ חסון נ' כנסת ישראל (8.7.21) (להלן: עניין חוק הלאום)).

251. כפי שציינה הכנסת בעבר, עמדתה המסורתית של הכנסת היא כי בהיעדר מקור סמכות מפורש בחוק או בחוק-יסוד, אין מקום לעריכת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד אשר התקבלה על ידי הכנסת בכובעה כרשות המכוננת. ולמעשה, אף בית המשפט הנכבד מעולם לא הכריז על בטלותו של חוק יסוד. בסיום דברינו נקדיש פרק לנימוק עמדה זו, אך נפתח בבחינת חוק היסוד המתקן על פי המבחנים שהוזכרו בפסיקת בית המשפט הנכבד ובהתאם לשתי הדוקטרינות שהוזכרו לעיל.

ז. דין הטענות בדבר שימוש לרעה בסמכות המכוננת – להידחות

252. קבוצת הטענות השנייה של העותרים היא כי כינון חוק היסוד המתקן נעשה תוך שימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת. טענות העותרים בהקשר זה מתייחסות בחלקן למניעים הנטענים שבבסיס חוק היסוד המתקן, חלקן האחר מתייחס לתחולתו המיידית, וחלק נוסף מהן מתייחס לתוכנו של חוק היסוד המתקן.

253. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת הוא עיקרון ש"אינו עוסק בתוכנה של הנורמה המשפטית אלא במאפיינים הפורמליים-פרוצדורליים שלה, ובהם: כלליות, יציבות, היעדר סתירה ועקביות לאורך זמן" (עניין שפיר). המבחנים הרלוונטיים לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת הותוו בפסקי הדין בעניין שפיר ובעניין ממשלת החילופים.

254. בהתאם לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות בעניין שפיר, בחינת טענה לשימוש לרעה בסמכות המכוננת תיעשה בשני שלבים:

בשלב הראשון – שלב הזיהוי – יש לבחון אם חוק היסוד נושא את המאפיינים הצורניים ואת סימני ההיכר של נורמות חוקתיות. בית המשפט הנכבד קבע כי נקודת המוצא של בחינה זו היא המבחן הצורני שנקבע בפסק הדין בעניין בנק מזרחי, ומעבר לביטוי חיצוני הכרחי זה – הבחינה נעשית באמצעות שלושה מבחני עזר: מבחן היציבות, מבחן הכלליות ומבחן ההתאמה למארג החוקתי.

לשלב השני – שלב הצידוק – יש לעבור אם נמצא כי חוק היסוד אינו עומד במבחני שלב הזיהוי. אם אכן כך, עובר הנטל למשיבים להצביע על הצדקה לעיגון הסדר שאינו חוקתי באופיו דווקא בחקיקת יסוד.

255. לשיטת כב' השופטת ד' ברק-ארז, בחוות דעתה בפסק הדין בעניין שפיר, בחינת טענה לשימוש לרעה בסמכות המכוננת תיעשה באמצעות מבחן חד-שלבי המבוסס על שלב הזיהוי בלבד, כאשר את מבחן ההתאמה למארג החוקתי יש להחליף ב"מבחן המובחנות", הבוחן האם כינון חוק היסוד נעשה תוך גלישה של הרשות המכוננת לתחומי סמכותה של רשות אחרת.

256. נבחן אפוא, על פי מבחנים אלה, את השימוש שעשתה הכנסת בסמכות המכוננת לצורך כינון חוק היסוד המתקן, ונזכיר שוב כי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת אינה עוסקת בתוכן הנורמה המשפטית אלא במאפיינים הפורמליים-פרוצדורליים שלה.
257. נקודת המוצא של **שלב הזיהוי** היא המבחן הצורני, הפשוט ליישום, שנקבע **בעניין בנק המזרחי**. חוק היסוד המתקן עומד ללא ספק במבחן זה: כותרתו מעידה עליו כי הוא 'חוק יסוד', בדומה לחוקי יסוד אחרים – שנת כינונו אינה נזכרת בכותרתו, ובניגוד לחוקי היסוד שנדונו **בעניין שפיר ובעניין המרכז האקדמי**, אין מדובר בחוק שנחקק כהוראת שעה.
258. במבחן המשנה הראשון של שלב זה – **מבחן היציבות** – נבחנת השאלה "אם הנורמה נושאת אופי זמני שתחולתה קצובה מראש בזמן או שמא לפנינו הסדר קבע יציב, הצופה פני עתיד". בענייננו, חוק היסוד המתקן איננו הוראת שעה, כי אם הסדר קבוע ויציב הצופה פני עתיד. כך אכן נפסק **בעניין ממשלת החילופים**, כי חוק יסוד שלא נחקק כהוראת שעה (גם אם נחקק לצורך פוליטי קונקרטי, וגם אם תחולתו בזמן מיידי) – צולח את מבחן היציבות.
259. מבחן המשנה השני – **מבחן הכלליות** – משקף את העיקרון שלפיו "נורמה משפטית, בהבדל מנורמות אחרות, צריכה, ככלל, להיות בעלת תחולה כללית, מופשטת ולהתייחס לקבוצה בלתי מסוימת". בענייננו, חוק היסוד המתקן שולל את סמכות בתי המשפט לערוך ביקורת שיפוטית מכוח עילת הסבירות על החלטות הממשלה ושריה. עסקינן אפוא בהוראה כללית ומופשטת, המתייחסת לקבוצה בלתי-מוגדרת מראש של מקרים. ממילא, חוק היסוד המתקן עומד במבחן זה. מדובר אם כן "בהוראת קבע, שגם אם ניתן להעריך את השפעתה המיידית, אין לדעת האם הרוב הרגעי שכוון אותה יזכה ליהנות ממנה בטווח הארוך" (**עניין ממשלת החילופים**, פסקה 11 לפסק דינו של כב' השופט נ' הנדל).
260. מבחן המשנה השלישי – **מבחן ההתאמה למארג החוקתי** – נועד לוודא שחוקי היסוד מכילים נורמות המסדירות "עניינים הנוגעים לליבת המשטר החוקתי של מדינת ישראל", ולא מסדירים "עניינים של יומיום". בית המשפט הנכבד הדגיש כי מבחן זה איננו מבחן תוכני; "השאלה שאותה נועד מבחן עזר זה לברר איננה אם התיקון או ההוראה ראויים מבחינת תוכנם. עניינו בשאלה מושגית-רעיונית והיא: האם מדובר בנורמה המתאימה מבחינת מאפייניה לעיגון חוקתי, המשתלבת ככזו במארג ההוראות הרלוונטיות המצויות באותה סביבה חוקתית?". בענייננו – הוראות המסדירות את אופן עריכת הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות מתאימות בהחלט להיכלל בחוק יסוד, באשר הן קובעות מסמרות ביחס למערכת היחסים בין רשויות השלטון. ספק רב אם ניתן לקבוע הוראות אלה בחוק 'רגיל', שאין בכוחו לצמצם את תחולתו של סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה. המקום המתאים ביותר להוראה זו הוא אפוא חקיקת היסוד, והמיקום הגיאומטרי המתאים להוראה המסייגת את סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה הוא סעיף-קטן של סעיף זה עצמו.
261. בחלק מהעתירות נטען כי הוראות חוק היסוד המתקן הן חלק מהמשפט המינהלי, שאינו מוסדר בחקיקת יסוד, ועל כן עליהן למצוא את מקומן בחוק שאינו חוק יסוד. טענה זו

שגויה, שכן חוק היסוד המתקן מצמצם את עילת הסבירות, הקשורה ביחסים שבין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת, ואינו נוגע כלל לחובת הסבירות, שהיא אחת מכללי המשפט המינהלי החלים על רשויות המינהל. כבר ציינו כי צמצום עילת הסבירות כפי שנעשה בחוק היסוד המתקן נובע משיקולים הקשורים בעמדת חברי הכנסת שתמכו בו בעניין התאמתו המוסדית של בית המשפט להעביר תחת ביקורתו את סבירות החלטותיהם של הגורמים הבכירים ביותר ברשות המבצעת, וכן נשען על היתרון הדמוקרטי של נבחרי הציבור. צמצום עילת הסבירות אינו נובע מהרצון לצמצם את חובת הסבירות החלה על רשויות המינהל, וזו נותרה על כנה. המקום הטבעי לקביעת כללים באשר לאופן עריכת הביקורת השיפוטית על ידי בתי המשפט על החלטות מינהלית הוא חוק-יסוד: השפיטה, וכינון חוק היסוד המתקן אינו מהווה אפוא שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

262. טענה נוספת המופיעה בחלק מהעתירות היא שעילות הביקורת השיפוטית לא עוגנו בחוק יסוד, והמקום הגיאומטרי המתאים לעיגונן הוא חוק רגיל. טענה זו אינה נכונה נוכח לשונו הרחבה של סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, המעניק לבית המשפט הנכבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק סמכות שיורית לדון בכל עניין "למען הצדק". הגבלת סמכות זו צריכה להיעשות בחוק יסוד בלבד, ועל כן לא ניתן היה לחוקק את הוראת חוק היסוד המתקן בחקיקה רגילה. אילו חוק-יסוד: השפיטה היה קובע שסמכותו של בית המשפט הנכבד תיקבע בחוק – די היה בחוק 'רגיל' כדי לקבוע את גבולות סמכותו. מאחר שחוק היסוד העניק לבית המשפט הנכבד סמכות רחבה לדון "בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר", צמצום עילת הסבירות ביחס לממשלה ולשריה יכול להיעשות בחוק יסוד בלבד, ואין לראות את תיקון חוק היסוד כשימוש לרעה בסמכות המכוננת.

263. כיוון שחוק היסוד המתקן עומד בכל מבחני 'שלב הזיהוי', מובן שכינונו אינו מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, ולכן אין כל צורך לעבור לשלב הבחינה השני – הלוא הוא "שלב הצידוק". למעלה מן הצורך נציין כי מתקיים צידוק ברור וחד-משמעי לכינון חוק היסוד המתקן כחוק יסוד דווקא: הוראות חוק היסוד המתקן מגבילות ומצמצמות את הוראת סעיף 15 לחוק היסוד. על כן, אילו הייתה הכנסת מעוניינת לקבוע אותן בחוק 'רגיל' היה הדבר מעורר קשיים משפטיים משמעותיים. כפי שהעירה כב' השופטת ברק-ארז בפסק דינה בעניין שפיר (פסקה 10), דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת לא נועדה למנוע מהכנסת להסדיר עניין בדרך מסוימת, שכן "במקרים שבהם חלה הדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד – עומדים בפני הכנסת ערוצי פעולה אחרים לחקיקתו המחודשת של ההסדר... החלתה של דוקטרינת השימוש לרעה בחוק יסוד יוצרת רק הכוונה לפעולה בערוץ הנכון. היא מחייבת את הכנסת לקחת ברצינות את ההליך של חקיקת חוקי יסוד". בענייננו, מאחר שקיים יסוד מובהק לומר כי אין ערוץ אחר שניתן היה לקבוע בו את הוראות חוק היסוד המתקן, מובן שהכנסת עשתה שימוש הולם בסמכותה המכוננת כאשר החליטה לכוון את חוק היסוד המתקן כחוק יסוד דווקא.

264. חלק מהעותרים טוענים כי לא ניתן לכונן את חוק היסוד המתקן כשלעצמו, מבלי להסדיר באופן מקיף וכולל את החובות החלות על הרשות המינהלית ואת עילות הביקורת השיפוטית על פעולתה. ואולם, טענה זו יוצרת מצב אבסורדי שבו הכנסת מנועה מתיקון ליקויים שהיא מוצאת בחלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון, מבלי להסדיר באופן מקיף וכולל את חלוקת הסמכויות הזו. הטענה גם סותרת את האופן שבו כוננו חוקי היסוד עד כה, שכן פעמים רבות החליטה הכנסת לכונן חוקי יסוד המתקנים את חוקי היסוד הקיימים בעניין נקודתי כלשהו. חוקת המדינה הולכת ונכתבת מאז הקמת המדינה, ועד כה טרם הושלמה. לעיתים כותבת הכנסת פרקים שלמים בחוקה, בדרך של כינון חוקי יסוד מקיפים, ולעיתים היא בוחרת לכונן חוקי יסוד המתקנים סעיפים מצומצמים בחוקי יסוד קיימים. "לעיתים פועל המכונן לעיגון הסדרים חוקתיים חדשים ומשמעותיים במסגרת תיקון לחוקי יסוד קיימים (ראו למשל: חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה) אשר עיגן את מוסד ממשלת החילופים) ולעיתים במסגרת חקיקה מחדש של חוקי יסוד קיימים (ראו למשל: חוק-יסוד: חופש העיסוק משנת 1994; חוק-יסוד: הממשלה משנת 1992 ומשנת 2001)" (עניין חוק הלאום). כך היה נהוג מאז ומעולם, וכך פועלת הכנסת כיום.

265. בחלק מהעתירות נטען כי חוק-יסוד: השפיטה, שכוון בשנת 1984, כונן על ידי הכנסת בכובעה כרשות מכוונת 'מקורית', בעוד הכנסת הנוכחית (וכמוה גם כל כנסת שנבחרה מאז חקיקת חוק-היסוד במתכונתו המקורית) – שהיא 'רשות מכוונת משנית' – אינה יכולה לצמצמו. טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט הנכבד במפורש בפסק דינו בעניין חוק הלאום, שכן כל עוד מפעל כינון החוקה לא הסתיים – אין מקום להבחנה בין דרגות שונות של רשות מכוונת. הרשות המכוונת מעצבת את חוקי היסוד בדרכים שונות, לעיתים בדרך של כינון חוק יסוד שלם ולעיתים בדרך של כינון תיקון לחוק יסוד קיים, ואין בכך כל פגם. הרשות המכוונת שכוננה את סעיפים 15(ג) ו-15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה היא אותה רשות מכוונת שכוננה כעת את סעיף 15(ד) המגביל אותם, ואין הכנסת של שנת 1984 שונה מן הכנסת של שנת 2023.

266. לשיטת כב' השופטת ברק-ארז יש לנקוט כאמור במבחן חד-שלבי הזהה בעיקרו ל'שלב הזיהוי', אולם את מבחן ההתאמה למארג החוקי יש להחליף לשיטתה במבחן אחר – מבחן המובחנות, אשר נועד לוודא כי הרשות המכוונת לא 'פולשת' באופן מובהק לתחומיה של אחת מהרשויות האחרות. בענייננו, כפי שצינו לעיל, נראה כי אם היה ההסדר שבחוק היסוד המתקן נקבע כחוק 'רגיל', היה הדבר כרוך בקשיים משפטיים משמעותיים. על כן, מובן שכינונו אינו כרוך ב'פלישה' לתחומי הרשות המחוקקת או המבצעת.

267. לטענת העותרים, חוק היסוד המתקן אינו עומד במבחן המובחנות משום שהוא חודר לתחומיה של הרשות השופטת. טענה זו אינה נכונה. תפקידה של הרשות השופטת הוא להחיל את החוק ואת ההלכה הפסוקה במקרים ספציפיים המובאים לפניה. כך בהליכים אזרחיים, כך בהליכים פליליים, וכך גם בהליכי ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות. כאשר החלת החוק דורשת פרשנות, תפקידה של הרשות השופטת הוא לפרש; וכאשר מתעוררת לפניו שאלה משפטית הדורשת הכרעה, שלא נמצאה לה תשובה בחוק או בהלכה

הפסוקה, תפקידה להכריע בה מכוח היקש או מכוח עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל (ראו: חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980). מאז הקמת המדינה דנו בתי המשפט בעתירות על החלטות מינהליות, והקימו בפסיקותיהם מבנה עצום ונשגב של פרשנות, של קביעות ערכיות, של הגבלות על סמכויותיהן של רשויות שונות, של עילות ביקורת שיפוטית, של זכויות אדם ושל חובות פרוצדורליות ומהותיות המוטלות על הרשויות המינהליות. פסיקות אלה כוננו במידה רבה את המשפט המינהלי של מדינת ישראל, שהמחוקק נמנע ככלל מהסדרתו בחקיקה ראשית (למעט חריגים ספורים).

268. מפעל אדירים זה חשוב ונצרך עד מאוד, אך אין בכוחו לטשטש את ההבחנה שבין הרשות השופטת, שעיקר תפקידה הוא ליישם ולהחיל, לבין הרשויות המכוננות והמחוקקות, שתפקידן לקבוע הסדרים ראשוניים. כל עוד נמנעת הכנסת מלהסדיר את עילות הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות, נדרש בית המשפט הנכבד לתחום משפטי זה ובתוך כך גם פיתח ומוסיף לפתח את עילות הביקורת השיפוטית המוכרות לנו. ואולם, משגמרה הכנסת בדעתה לתחום אחת מעילות הביקורת השיפוטית ולצמצמה, יש תוקף להחלטה זו. גידור תחומה של עילת הסבירות הוא הסדר ראשוני מובהק, המצוי באופן ברור בתחום סמכותה של הרשות המכוננת. כפי שבסמכות הרשות המכוננת להסמיך את בית המשפט לתת סעד למען הצדק, כך בסמכותה לצמצם סמכות זו ולהחריג את הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות על החלטות הממשלה ושריה.

269. ואכן, מהעתירות ניכר שטענות העותרים כנגד חוק היסוד המתקן ממוקדות בהליך כינונו (שאינו רלוונטי לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת) ובתוכנו. שימוש במבחן השימוש לרעה בסמכות המכוננת כדי לבחון תוכנו של חוק יסוד יהפוך אותו למבחן מהותי, המונע מהכנסת לכונן הסדרים מסוימים, וזאת בניגוד לאופיו של מבחן זה כפי שעוצב בפסיקה – מבחן הבוחן האם נורמה מסוימת ראויה להיות חוק-יסוד או שמא ראוי יותר להסדיר אותה בדרך אחרת. כבר הזכרנו את דבריה של כב' השופטת ברק-ארז **בעניין שפיר**: "במקרים שבהם חלה הדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד – עומדים בפני הכנסת ערוצי פעולה אחרים לחקיקתו המחודשת של ההסדר... החלטה של דוקטרינת השימוש לרעה בחוק יסוד יוצרת רק הכוונה לפעולה בערוץ הנכון". אופי זה של מבחן השימוש לרעה בסמכות המכוננת מחייב שלא להפוך אותו למבחן מהותי, ושלא להשתמש בו לביקורת על תוכנו של חוק היסוד המתקן.

270. נמצא אפוא, כי חוק היסוד המתקן עומד בכל המבחנים שנקבעו בפסק הדין **בעניין שפיר** לזיהוי חוק יסוד, וכינונו אינו מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. ממילא, דין טענה זו להידחות.

1.ז. כינון חוק יסוד בתחולה מיידית אינו מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת

271. העותרים טוענים כי כינון חוק היסוד המתקן בתחולה מיידית, מבלי שנקבע בו כי הוא יחול החל מהכנסת הבאה, מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. גם טענה זו – דינה להידחות. גם אם עדיף היה שחוקי יסוד משטריים יכוננו בתחולה עתידית ומאחורי מסך בערות, בפועל תיקונים רבים לחוקי יסוד כוננו בתחולה מיידית. במקרים שונים בית המשפט הנכבד אף דחה את הטענה כי תחולה מיידית של חוק יסוד היא עילה לביטול, גם כאשר המניע לכינונו היה פוליטי מובהק (ראו: **עניין יש עתיד**; **עניין ממשלת החילופים**). לכשיכונן חוק-יסוד: החקיקה, ייתכן שייקבע בו כי כינון חוקי יסוד ייעשה ככלל בתחולה עתידית. כל עוד לא כונן חוק-יסוד: החקיקה, לא ניתן לקבוע כי החלה מיידית של תיקון לחוק היסוד היא כשלעצמה עילה לביטול.

272. מעבר לכך, נעיר שחברי הכנסת שהצביעו בעד חוק היסוד המתקן סברו שהשינוי שהוא מחולל בחלוקת הסמכויות בין הרשות השופטת והרשות המבצעת הוא שינוי שיחול באופן מיידית, ולכאורה זו הייתה כוונתם. קביעה שיפוטית שלפיה חוק היסוד המתקן יחול רק מהכנסת הבאה תעמוד בניגוד לכוונת המחוקק.

273. בהקשר זה נעיר כי אין להשוות בין חוק היסוד המתקן לבין מקרים שבהם דחה בית המשפט הנכבד בעבר את מועד תחולתו של חוק בדרך פרשנית (ראו: בג"ץ 5846/11 קעדאן נ' מדינת ישראל (26.9.11); בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004)). במקרים אלו דובר בחוקים שפגיעתם בזכויות יסוד (הזכות לבחור ולהיבחר או הזכות לקניין) נבעה מתחולתם המיידית, בשל היעדר הוראת מעבר מתאימה, וכאשר בית המשפט הנכבד פירש את החוקים שנדונו באותם מקרים כבעלי תחולה עתידית – נמנעה או צומצמה במידה ניכרת פגיעתם בזכויות יסוד. בענייננו, לעומת זאת, טענות העותרים מבוססות על **תוכנו** של חוק היסוד המתקן, ולא על **מועד תחילתו**, וממילא דחיית תחולתו בדרך פרשנית לא תאיין את הפגיעה הנטענת בהפרדת הרשויות או בעקרון עצמאות הרשות השופטת.

274. לעמדת הייעוץ המשפטי של הכנסת, לדברים אלו סייג אחד, והוא אכן מוצדק. תחולתו המיידית של חוק היסוד המתקן מעוררת שאלה באשר לתחולתו על החלטות מינהליות שהתקבלו לפני כניסתו לתוקף, על הליכים משפטיים שהחלו לפני יום פרסומו ועל ערעורים תלויים ועומדים על פסקי דין שנעשה בהם שימוש בעילת הסבירות בהתאם לדין שקדם לו. בהקשרים אלו, תחולתו של חוק היסוד המתקן אכן דורשת פרשנות. בהתאם לסעיף 17 לחוק הכנסת, כתב התשובה מטעם הכנסת מביא טענות להוכחת תוקפו של חוק היסוד המתקן, ואין לכנסת עמדה ביחס לפרשנות שתינקט באשר לתחולתו במקרים שצוינו לעיל.

2.ז. כינונו של חוק היסוד המתקן אינו לוקה בניגוד עניינים מוסדי, ודין הטענות הנוגעות למניע שעמד בבסיסו – להידחות

275. לצד הטענות באשר לתוכנו של חוק היסוד המתקן ולמועד תחולתו, מפנים העותרים את חיצייהם גם כלפי המניע שעמד לטענתם בבסיסו. לטענת העותרים, המניע לכינון חוק היסוד המתקן הוא פוליטי ופרסונלי, וכל מטרתו אינה אלא להיטיב עם הממשלה המכהנת לצורך הכשרת הקרקע לקבלת החלטות בלתי-סבירות מסוגים שונים. העותרים טוענים שכינון חוק יסוד מחמת מניע בלתי-ראוי עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

276. עמדת הכנסת היא כי "אין לחפש אחרי המניעים שהניעו את חברי הגוף המחוקק להצביע בעד החוק. יש להתמקד במטרות הכלליות שהם ביקשו להשיג" (א' ברק, **פרשנות תכליתית במשפט**, עמ' 179). עמדה זו התקבלה על ידי כמעט כל שופטי בית המשפט הנכבד, שקבעו כי "כל עוד החקיקה מציעה פתרון כללי לבעיה כללית, אין פסול בכך שאירוע ספציפי הוא שהעלה את הבעיה על שולחנו של המחוקק" (**עניין ממשלת החילופים**, פסקה 12 לפסק דינו של כב' השופט הנדל; וראו: בג"ץ 4908/10 **ח"כ בר-און נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד(3) 275 (2011), פסקה 17 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש; **עניין ממשלת החילופים**, פסקה 17 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות; **עניין המרכז האקדמי**, פסקה 5 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן; **עניין ממשלת החילופים**, פסקה 12 לפסק דינו של כב' השופט הנדל; **עניין שפיר**, פסקה 6 לפסק דינו של כב' השופט עמית; **עניין ממשלת החילופים**, פסקה 43 לפסק דינו של כב' השופט סולברג; **עניין שפיר**, פסקה 27 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז; **עניין ממשלת החילופים**, פסקה 20 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז; **עניין שפיר**, פסקה 5 לפסק דינו של כב' השופט קרא; **עניין שפיר**, פסקה 7 לפסק דינו של כב' השופט אלרון). בקצרה נאמר כי הביקורת השיפוטית מתמקדת באנליזה של החוק ולא בפסיכואנליזה של המחוקק; בתוכן הנורמה, ולא במניע שהוביל לקביעתה.

277. הארכנו בעניין זה בתיקים אחרים, ולא נאריך בו כאן כיוון שדין הטענה להידחות גם לגופה. מהפרוטוקולים של ועדת החוקה עולה בבירור כי חוק היסוד המתקן כונן על רקע המחלוקת בעניין תחומה וגבולותיה של עילת הסבירות, וכי אין בבסיסו מניע פרסונלי או פוליטי. עוד בראשית הדיונים בהצעת חוק היסוד המתקן אמר יו"ר הוועדה כי אין לו קשר להתרחשויות פוליטיות כלשהן, וממהלך הדיונים ניכר כי מדובר בחוק יסוד שנועד לעגן עמדה אידיאולוגית בעניין חלוקת הסמכויות הראויה בין שלוש הרשויות וההיקף הראוי של הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות, על רקע המחלוקת ארוכת השנים בפסיקה, בכתובה המשפטית ובציבור בעניין זה. אכן – ברקע הצעת חוק היסוד המתקן עמדו מקרים שבהם קבע בית המשפט הנכבד כי החלטות מינהליות מסוימות בלתי-סבירות. חברי הכנסת חלקו על החלטות בית המשפט הנכבד במקרים אלו, וסברו כי לא היה מקום להחליף את שיקול דעתה של הרשות המוסמכת בעניין סבירות החלטותיה בשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד. קידום חוק היסוד המתקן נועד להתמודד עם תופעה זו, ומובן שאין פגם בכך שהרשות המכוננת מתקנת מצב שנראה לה שנדרשת הסדרתו. מניע זה, של קביעת הסדר ראוי יותר חלף הסדר ששרר קודם לכן, אינו מניע פרסונלי או פוליטי, והעותרים לא הביאו

כל ראייה לטענתם כי כביכול בבסיס חוק היסוד המתקן עומד מניע פסול. דין טענה זו להידחות אפוא.

278. טענה נוספת של העותרים, הקרובה לטענתם הקודמת, היא כי כינונו של חוק היסוד המתקן מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת באשר הוא לוקה בניגוד עניינים מוסדי בין הכנסת בכובעה כרשות מכוננת, לבין אינטרסים פוליטיים של חברי הכנסת הנובעים משיקולים קואליציוניים ומרצונם בהמשך כהונתה של הממשלה הקיימת (ראו: **עניין ממשלת החילופים**, פסק דינה של כב' הנשיאה חיות). בלשון אחרת נטען בעתירות, כי כיוון שלממשלה יש רוב טבעי בכנסת, קיים קושי בכך שהממשלה מנצלת רוב זה כדי לאשר חוק יסוד המצמצם את הביקורת השיפוטית על עבודתה.

279. טענה זו אינה נכונה, ונפרט.

280. כפי שהרחבנו לעיל, ביחס לגדרי עילת הסבירות נטושה מחלוקת ארוכת שנים. בחלל הציבורי והמשפטי בישראל נשמעו בעניינה דעות אידיאולוגיות שונות, וזאת ללא קשר להחלטה ספציפית זו או אחרת. חוק היסוד המתקן מעגן אחת מהגישות שנשמעו בשיח זה, הנוגעת ליחסי הכוחות בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת, והוא תקף הן ביחס לממשלה דנן, הן ביחס לממשלות שיבואו לאחריה (שהרכבן הפוליטי עשוי להיות שונה).

281. באופן עקרוני, הטענה שנזכרה למעלה חותרת תחת המבנה המשטרי של מדינת ישראל ותחת עצם סמכותה של הרשות המכוננת. הכנסת, כידוע, חובשת על ראשה שלושה כובעים הקשורים לשלוש מארבע רשויות השלטון: הכנסת היא הרשות המכוננת האמונה על כינון חוקי היסוד; הכנסת היא גם הרשות המחוקקת המוסמכת לחוקק חוקים 'רגילים'; ובנוסף, הכנסת היא הגוף המפקח על עבודת הממשלה – הרשות המבצעת – ושאמונו נדרש להקמתה ולקיומה. המבנה המשטרי של מדינת ישראל נארג כך שהממשלה יכולה לפעול רק אם ניתן לה אמונם של חברי הכנסת המרכיבים את הרשות המכוננת ואת הרשות המחוקקת. התופעה המכונה על ידי העותרים 'ניגוד עניינים מוסדי', המתבטאת בכך שלחברי הכנסת יש אינטרס מובנה בחיזוק הממשלה ובשימור קיומה, היא למעשה התשתית המהותית של המבנה המשטרי הפרלמנטרי של מדינת ישראל, המבוסס על כך שהממשלה נהנית מאמון הכנסת.

282. נזכיר שוב שהכנסת היא גם הגוף המפקח על עבודת הרשות המבצעת, וככזו יש לה עניין רב בסבירות החלטות הממשלה ושריה. אם הכנסת סבורה שהרחבת עילת הסבירות היא תהליך שלילי, הפוגע באחריותיות של חברי הממשלה, ושעדיף שסבירות החלטות הממשלה ושריה תיבחן על ידי הכנסת בכלים הפרלמנטריים הנתונים לה לשם כך, הרי שקידום הצעת חוק יסוד שתסדיר זאת הוא חלק מתפקידה. גם במובן זה, קידום הצעת חוק יסוד המסדירה את הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות על הממשלה ושריה הוא חלק מתפקידה של הכנסת, ולא "ניגוד עניינים מוסדי".

283. בהקשר זה נציין כי אין לזלזל בפיקוח הכנסת על עבודת הממשלה. אף שהכנסת במבנה המשטרי מורכבת מקואליציה ומאופוזיציה, היא ממלאת את תפקידי הפיקוח שלה על עבודת הממשלה ועל החלטות שריה. המתבונן מן הצד אולי יכול להקל ראש בפיקוח המתבטא בדיונים כלליים במליאה ובוועדות הכנסת, אולם אף שלפיקוח הכנסת אין סנקציות מובנות, הוא אפקטיבי לא אחת בהשפעתו על השרים הנזקקים לאישורה של הכנסת לחקיקת משנה וכן בהחלטות שוטפות בענייני תקציב. יעילותו של הפיקוח הפרלמנטרי נמדדת גם בשקיפות שהוא מייצר ובכך שהוא מאפשר ביקורת ציבורית.

284. בית המשפט הנכבד עמד בעבר על כך שמצב שכיח הוא שאדם המכהן בתפקיד ציבורי מחויב לאינטרסים שונים הנובעים באופן אינהרנטי מתפקידו, וקבע כי אין לראות מצב זה כניגוד עניינים מוסדי. כך נקבע למשל בפסק הדין בבג"ץ 1893/22 לביא נ' היועצת המשפטית לממשלה (22.3.22), כאשר נטען שהיועצת המשפטית לממשלה מנועה ממעורבות בהצעות חוק הנוגעות לסמכותה שלה:

"כאשר במסגרת תפקידו נדרש עובד ציבור לטפל בסוגיה הנוגעת לכובעו הציבורי, ואפילו תהיה זו שאלה נכבדה אשר תשליך על אופי ואופן תפקודו בעתיד, אין לפנינו כלל ניגוד עניינים. כך, למשל, הרמטכ"ל איננו מנוע מלעסוק בהצעות המשפיעות על תפקוד הצבא, ובכלל זה הצעות הנוגעות להיקף סמכויותיו או לתנאי השירות של המשרתים בצה"ל; נגיד בנק ישראל אינו חסום מלעסוק בסוגיות הנוגעות לתפקידיו וסמכויותיו של בנק ישראל, לתקציבו או לתנאי העבודה של עובדיו; וכן הלאה. נהפוך הוא, חובתו של משרת הציבור לעסוק בנושאים אלה, ולהציג את עמדתו המקצועית לגביהם – לחייב, לשלול או להתיר לשיקול דעת.

כך, למשל, הרמטכ"ל אינו רשאי להדיר עצמו מהדיון בהצעה להעביר סמכות מסוימת מצה"ל לגורם ביטחוני אחר, ונגיד בנק ישראל נדרש להתייחס לשאלה אם קביעת הריבית צריכה להיות נתונה בסמכות בנק ישראל או להיקבע על ידי גורם אחר. פשיטא כי עיסוקם של הרמטכ"ל והנגיד בסוגיות אלה אינו נגוע בכל ניגוד עניינים – הוא משקף את סמכותם וחובתם לעסוק בנושאים המקצועיים המצויים בתחום אחריותם. העובדה שלהחלטה שתתקבל יש, או עשויה להיות, השלכה על האופן בו ידרשו בעתיד למלא את תפקידם, לא רק שאינה יוצרת ניגוד עניינים, אלא שהיא העומדת בליבת חובתם להביע את עמדתם המקצועית בנושא – להתריע כשנדרש; לתמוך כשרצוי; להיות נייטרלי כשצריך וכשמאפשר."

285. גם בענייננו – לחברי הקואליציה יש אינטרס מובנה בקיום ההסכמים הקואליציוניים, בחיזוק מעמדה של הממשלה ובשימור הממשלה הקיימת, כשם שלחברי האופוזיציה יש עניין ברור מאליו בערעור יסודות הממשלה ובחיזוק הגורמים המבקרים אותה. ואף על פי כן, אין לנו כנסת אחרת, ולא רשות מכוונת אחרת. כאשר קבעה הכנסת הראשונה את "החלטת הררי", וכאשר נקבע בחוק-יסוד: הממשלה כי הממשלה נהנית מאמון הכנסת, פירושו של דבר הוא שחוקי היסוד יכוננו על ידי גורם שיש לו עניין בקיומה של הממשלה או בכישלונה. הליכה בדרכם של העותרים תביא לתוצאה אבסורדית שלפיה הכנסת אינה רשאית לכוון כלל חוקי יסוד והסדרים שונים הנוגעים לממשלה. כפי שנקבע בעניין לביא, כאשר נוצרת התנגשות בין אינטרסים שונים שמרכיבים אינהרנטית את תפקידו של עובד

ציבור – אין מדובר בניגוד עניינים, בכפוף לקביעה המובנת מאליה שלפיה "בכל פעולה שמבצע נושא משרה ציבורית, גם בפעולה המערבת שאלות מהסוג האמור, עליו להיות מונע תמיד משיקולים ענייניים הנוגעים לטובת הציבור עבורו הוא משמש נאמן".³⁸

286. אכן, מבנה הרשות המחוקקת בישראל אינו זהה למבנה הרשות המחוקקת במדינות דמוקרטיות אחרות. יש מדינות שהפרלמנט שלהן מורכב משני בתים, יש מדינות שהמשטר בהן הוא נשיאותי, יש מדינות שהבחירות בהן אזוריות, ובמרבית המדינות קיימת חוקה המסדירה דרך מורכבת לכינון תיקון חוקתי. לכל אחד מהמרכיבים הללו יש השלכה על עוצמת הקשר שבין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. המשטר בישראל הוא פרלמנטרי, הבחירות הן יחסיות וארציות, הכנסת היא הרשות המחוקקת היחידה במדינה, היא מכהנת בעת ובעונה אחת גם כרשות המכוננת, ובהיעדר חוק-יסוד: חקיקה – הדרך לכינון חוקי יסוד היא יחסית פשוטה. מבנה משטרי זה מעניק לכנסת בישראל כוח עצום, שהרי היא מוסמכת לשנות חוקי יסוד בקלות, והממשלה אינה יכולה לשרוד בלא אמונה אפילו שעה אחת.

287. דא עקא, מקור כוחה של הכנסת הוא גם מקור חולשתה, שכן כל עוד הממשלה נהנית מאמון הכנסת – יש לה גם רוב טבעי בין חברי הכנסת, וממילא הקואליציה יכולה במידה רבה לשלוט בה. על יתרונותיה של שיטת המשטר בישראל ועל חסרונותיה נשתברו קולמוסים רבים, שאינם עניין לכתב התשובה דנן. לענייננו רק נציין שבמבנה המשטרי בישראל, המציאות היא שלממשלה אכן יש רוב טבעי בכנסת, אך הטענה שעקב כך הכנסת מנועה מלכוון חוקי יסוד הקשורים לעבודת הממשלה – שומטת את הבסיס שעליו ניצב המבנה החוקתי של המדינה. כל חוקי היסוד של מדינת ישראל – ובכללם חוק-יסוד: הכנסת, חוק-יסוד: הממשלה וחוק-יסוד: השפיטה – כוננו על ידי הכנסת, ומן הסתם תוכנם מושפע מכך שלממשלה היה רוב טבעי בכנסת בעת כינונם. חוקי היסוד המעגנים את זכויות האדם ומגבילים את עבודת הממשלה – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – כוננו אף הם על ידי הכנסת, וייתכן שדמותם הייתה שונה אלמלא לממשלה היה רוב טבעי בכנסת שכוננה אותם. הכנסת היא אחת, ואין בלתי, והטענה שיש קושי בכך שהיא מכוננת חוקי יסוד הקשורים ברשות המבצעת – פירושה חתירה תחת המבנה המשטרי והחוקתי של מדינת ישראל.

288. לסיכום נזכיר את ההלכה הפסוקה שלפיה **השימוש בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת צריך להיעשות בצמצום ולהישמר למקרים קיצוניים ביותר בלבד**. כפי שצוין בפסיקת בית המשפט הנכבד בלא מעט מקרים בעבר, בית המשפט הנכבד אינו מתיימר

³⁸ בשולי הדברים ראוי להזכיר כי דיני ניגוד העניינים החלים על חברי הכנסת שונים מהותית מדיני ניגוד העניינים החלים על עובדי ציבור. "מצבו של חבר הכנסת מצב מוקנה הוא של ניגוד עניינים... אלא שעם ניגודי עניינים אלה למדנו להשלים. מוקנים הם בתפקידיו של חבר הכנסת" (בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117 (2002); וראו גם: בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (25.3.21), פסקה 44 לפסק הדין). גם מסיבה זו, אין מקום להתייחס ליחסים המורכבים שבין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בפרספקטיבה של דיני ניגוד העניינים.

להחליף את שיקול דעתה של רשות מינהלית שהוסמכה בחוק לקבל החלטה מסוימת בשיקול דעתו-שלו; באותה מידה הוא אינו מחליף גם את שיקול דעתה של הכנסת כרשות מחוקקת; וקל וחומר בן בנו של קל וחומר שהוא אינו מחליף את שיקול דעתה של הכנסת כרשות מכוננת, שרק לה – כנציגתו הנבחרת של העם – נתונה הסמכות לקבוע את 'כללי המשחק' ואת עקרונות היסוד של המשפט בישראל. לא נעשה בענייננו שימוש לרעה בסמכות המכוננת, ועל כן דין טענה זו להידחות.

ח. חוק היסוד המתקן אינו יכול להיחשב לתיקון חוקתי שאינו חוקתי

289. לזו העתירות הוא בטענה כי חוק היסוד המתקן הוא תיקון חוקתי שאינו חוקתי. במילים אחרות, העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד לקבוע כי כאשר הרשות המכוננת מעצבת את היחס הראוי בין רשויות השלטון, היא אינה רשאית לקבוע כי בתי המשפט לא ידונו בעניין סבירות החלטותיהם של הממשלה ושריה ולא ייתנו צווים בעניין זה. כפי שמסבירים העותרים, עקרונות היסוד של הדמוקרטיה, הכוללים את עקרון הפרדת הרשויות ואת עצמאות בתי המשפט, מחייבים כי בתי משפט יוכלו לערוך ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות על כל החלטות המינהליות, גם אם הן התקבלו על ידי הממשלה או שר. **בעניין חוק הלאום** נקבע כי אין מקום לאמץ את דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי בשלב הנוכחי של המפעל החוקתי בישראל, למעט חריג צר ומצומצם שיש להשתמש בו כשכלו כל הקצין. בהתאם למבחן זה, טענת העותרים היא כי יש ליישם בעניין דנן את החריג הצר והמצומצם האמור, שכן לטענתם חוק היסוד המתקן פוגע בגרעין הליבתי ביותר של היות מדינת ישראל יהודית ודמוקרטית.

290. עמדת הכנסת היא כי חוק היסוד המתקן אינו פוגע בליבת ההגדרה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. להלן נרחיב בעניין זה, אולם קודם לכן נקדיש מספר פסקאות לטענת סף – דין העתירות להידחות על הסף מחמת היעדר בשלות.

ח.1. דין העתירות להידחות על הסף מחמת היעדר בשלות, שכן עוצמת פגיעתו של חוק היסוד המתקן תלויה באופן יישומו על ידי בתי המשפט

291. אחת מעילות הסף שפיתח בית המשפט הנכבד היא עילת היעדר הבשלות. בתחום המשפט החוקתי, עילה זו הוזכרה לראשונה בדעת יחיד בפסק דינה של כב' הנשיאה נאור בבג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל (18.1.06). מאוחר יותר הוזכרה עילה זו – הפעם בדעת רוב – בפסק הדין בבג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (5.1.12), שבו נקבע כי "עניינה של העתירה, בשלב זה, אינו בשל להכרעה שיפוטית עקב העדרה של מערכת עובדות קונקרטית ברורה ושלמה החיונית לצורך הכרעה שיפוטית עקרונית". באותו עניין הבהירה כב' הנשיאה ביניש כי "ברמה הצהרתית אכן מעורר החוק על פניו שאלות קשות ומורכבות, אלא שחוקיותו של החוק תלויה מלכתחילה במידה רבה בתוכן הפרשני שינתן להוראותיו, והדבר יתברר רק בשלב יישומו".

292. לאחר שעילת הבשלות נקבעה במשפט החוקתי כעילה מן המניין, עשה בה בית המשפט הנכבד שימוש מספר פעמים. כך, בבג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (5.2.12) נדחתה עתירה חוקתית על הסף משנקבע כי מדובר ב"עתירה בלתי בשלה שאינה נסמכת על מקרים שהתרחשו ואשר היה בהם כדי להמחיש את הנטען בה". בית המשפט הנכבד הסביר: "כלל הוא שאין בית משפט זה דן בעתירות חוקתיות כוללניות ובלתי בשלות לדיון והכרעה". בפסק הדין בבג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (17.9.14) (להלן: עניין סבח) הוחלט ברוב דעות לדחות עתירה חוקתית על הסף מחמת היעדר בשלות, והוסבר: "המצב הקלסי בו מתעוררת שאלת הבשלות הוא כאשר עותרים מבקשים מבית המשפט – כפי שארע בעתירות שלפנינו – לבחון חקיקה או חקיקת משנה שטרם יושמו על ידי הרשות המבצעת, או טרם יושמו בהיקף מספק כדי לעמוד על השלכותיהם". כאשר דן בית המשפט הנכבד בעתירה כנגד העלאת אחוז החסימה, נקבע כי יש לדחותה על הסף בין השאר בשל היעדר בשלות, שכן "הכרעה בשאלה החוקתית שהועמדה בפנינו... תלויה במידה רבה בתשתית עובדתית... זו לא התגבשה במועד מתן פסק דינו בעתירות" (בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.3.15). וראו גם: בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.4.15); בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.5.18) (להלן: עניין חוק ההדחה)).

293. במקרים שתוארו לעיל, חוסר הבשלות של העתירות נבע מהיעדר תשתית עובדתית קונקרטית, ובית המשפט דחה אותן עתירות על הסף לאחר שמצא כי עוצמת פגיעתו של החוק בזכויות מוגנות תלויה במידה רבה באופן שבו הוא ייושם בעתיד על ידי הרשות המבצעת. כך היא דרכה של עילת הבשלות, כאשר היא מתייחסת לחוק המסמך את הרשות המבצעת לקבל החלטות מסוימות. בענייננו, חוק היסוד המתקן אינו מופנה לרשות המבצעת אלא לרשות השופטת: הוא מונע מבתי המשפט לדון בסבירות החלטתם של הממשלה, של ראש הממשלה ושל שרי הממשלה. ממילא, יישום דוקטרינת הבשלות לגבי העתירה דן צריך גם הוא להתייחס לרשות השופטת. קרי, העתירות תיחשבה בלתי-בשלות אם עוצמת פגיעתו של חוק היסוד המתקן בעקרונות היסוד העל-חוקתיים תלויה באופן שבו בתי המשפט יישמו אותו בעתיד.

294. מקריאת העתירות, ומהדיונים שנערכו בוועדת החוקה, ניכר שהמבחן שהזכרנו לעיל מתקיים בחוק היסוד המתקן בצורה מובהקת. לאורך כל הדיונים שנערכו בוועדת החוקה, ניכר היה כי יש אי-ודאות ממשית, שעברה כחוט השני בין רבים מהדוברים בדיוני הוועדה, לגבי האופן שבו יפתחו בתי המשפט את המשפט המינהלי לאחר כינון חוק היסוד המתקן. יש שטענו שביטול עילת הסבירות לגבי הממשלה ושריה ייטול מבית המשפט כלי שאין לו תחליף, ויותר אתו מול החלטות לא-סבירות כאשר הוא נטול חיצים באשפתו. מנגד, יש שטענו כי בתי המשפט ימצאו בנקל עילות ביקורת שיפוטית חלופיות – דוגמת היעדר המידתיות, האפליה והשיקולים הזרים – ובפועל השפעת חוק היסוד המתקן תהא זניחה. היו גם שהביעו דעות לכאן ולכאן לגבי מידת ההשפעה של ביטול עילת הסבירות על הסבירות ההליכית ועל עילות ביקורת שיפוטית נוספות. רק הזמן יוכל להכריע במחלוקת זו, ואם לעת הזו לא ניתן לדעת מה תהיינה ההשלכות של חוק היסוד המתקן על אופן הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה ושריה, מובן שאין מקום לבחון על בסיס

חששות וספקות אם השלכות אלה עולות כדי פגיעה בליבת זהותה היהודית או הדמוקרטית של מדינת ישראל.

295. נביא מספר דוגמאות לדברינו, שימחישו את חוסר הבהירות באשר להשלכות חוק היסוד המתקן, וממילא את חוסר הבשלות של הסוגיה המועלית בעתירות:

(א) בדיוני הוועדה ציין יו"ר הוועדה שוב ושוב כי עילת המידתיות, המעוגנת בפסקאות ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק, תוכל לשמש את בתי המשפט לעריכת ביקורת שיפוטית על החלטות הפוגעות בזכויות יסוד מוגנות (ראו למשל: פרוטוקול הדיון מיום 25.6.23, עמ' 77; פרוטוקול הדיון מיום 3.7.23, עמ' 55). לא ברור אם עילת המידתיות תוכל לשמש תחליף מלא לעילת הסבירות ואם לא ימצאו החלטות בלתי-סבירות שעילת המידתיות אינה רלוונטית לגביהן.

(ב) דוברים שונים ציינו לפני הוועדה שעילת הסבירות כרוכה ושלובה ברבדים שונים, רבים ומגוונים: יש סבירות מהותית ויש סבירות הליכית; יש חוסר סבירות קיצוני העולה כדי מופרכות ויש חוסר סבירות במובן שאומץ על ידי בית המשפט הנכבד בפסק הדין **בעניין דפי זהב**; יש סבירות המשמשת כעילה עצמאית במשפט המינהלי ויש סבירות שהיא כלי לקונקרטיזציה של פעילויות מסוימות במשפט האזרחי ובמשפט הפלילי; יש סבירות שהיא עילת ביקורת שיפוטית פרי הפסיקה ויש סבירות המעוגנת בחוקים מסוימים כתנאי להפעלת סמכות. פנים רבות לעילת הסבירות, והם שונים זה מזה. ביחס לכל פניה של עילת הסבירות, לא ברור כיצד חוק היסוד המתקן ישפיע על יישומם. האם חוק היסוד המתקן ישנה את האופן שבו בוחנים בתי המשפט את הליך קבלת ההחלטה? האם יפתחו בתי המשפט עילות של 'מופרכות', 'שרירותיות' או 'גחמנות'? האם חוק היסוד המתקן יפורש כמתייחס לעילת הסבירות במובנה הרחב בלבד? האם חוק היסוד המתקן ישפיע על המשפט האזרחי והפלילי? כיצד ייושם חוק היסוד המתקן ביחס לחוקים הנוקטים במפורש במונח 'סבירות'? כל הקושיות הללו נותרות לעת הזאת בלא מענה, על אף שלתשובות שתינתנה להן יש חשיבות רבה בהערכת השפעתו של חוק היסוד המתקן.

(ג) כפי שנאמר בדיוני הוועדה, עילת הסבירות שימשה את בית המשפט במקרים מסוימים כ'עילת סל', שנעשה בה שימוש אף במקומות שניתן להשתמש בהם בעילות אחרות. וכתוצאה מכך, לא תמיד ברורה ההבחנה בין עילת הסבירות לבין עילות אחרות. כדוגמה מובהקת לכך נזכיר את פסק הדין **בעניין גולדרייך**: בית המשפט הנכבד התערב (בדעת רוב) בהחלטת שר החינוך שלא להעניק את פרס ישראל לפרופ' עודד גולדרייך. כב' השופט סולברג, בדעת מיעוט, טען שאין מקום להתערב בסבירותה של החלטת שר החינוך; ואילו כב' השופטת וילנר, בדעת הרוב, טענה שמסקנתה אינה מבוססת על "עילת הסבירות במובנה הרחב" אלא על "עילת הסבירות בלבושה המקורי וה'רזה', אשר מתייחסת להחלטות לא-רציונליות של הרשות", ובהמשך דבריה מופיעה גם הנמקה של חריגה מאמות המידה שנקבעו בפסיקה להתערבות

בהחלטת ועדת השופטים להענקת פרס ישראל – קרי, חריגה מסמכות. כדוגמה מובהקת נוספת נזכיר את **עניין שיינפלד**, שבו חלק משופטי בית המשפט הנכבד פסלו את מינויו של חה"כ דרעי לשר מכוחה של עילת הסבירות, וחלק מהם פסלו את אותו המינוי מכוח עילת ההשתק השיפוטי. הרי לנו דוגמאות ברורות לכך שבמקום שבו אחד רואה סבירות, השני עשוי לראות שרירותיות, חוסר חוקיות או חריגה מסמכות, וייתכן שהמשפט המינהלי ימצא לו עילות ביקורת שיחליפו את עילת הסבירות בביקורת על החלטות הממשלה ושריה.

(ד) סעיף 33(ב) לחוק-יסוד: הממשלה מסמיך את השרים לאצול מסמכויותיהם לעובדי ציבור אחרים. סעיף 34 לחוק-יסוד: הממשלה מסמיך את השרים ליטול לעצמם סמכויות הנתונות לעובדי מדינה אחרים. בדיוני הוועדה עלתה השאלה אם חוק היסוד המתקן יחול על החלטות של שרים שנטלו לעצמם סמכות של פקיד במשרד, ואם חוק היסוד המתקן יחול על החלטות של פקידים שהואצלה להם סמכות מאת השר. לשאלות אלה טרם ניתן מענה מפורש בפסיקה, וברור שגם להן השלכה משמעותית מאוד על היקף תחולתו של חוק היסוד המתקן.

(ה) בדיוני הוועדה נאמר מספר פעמים שלעילת הסבירות יש חשיבות מיוחדת במצב שבו אין בידי העותרים תשתית עובדתית מספקת. כך, כאשר מתקבלת החלטה בלתי-סבירה שיש מקום לחשוד כי היא נשענת על שיקולים פסולים, אין צורך לחפש ראיות לשיקולים הפסולים וניתן לפסול את ההחלטה בשל חוסר סבירותה. הדעת נותנת שלאחר ביטול עילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה ושריה, יפתחו בתי המשפט כללים וחזקות הנוגעים לאופן בחינת חשד לשיקולים זרים. לעת הזו, בטרם החל יישומו של חוק היסוד המתקן, קשה להעריך אם תחום זה אכן יפותח ועד כמה יהיה בכך מענה לקושי שבצמצום עילת הסבירות.

(ו) שלושה תחומים שלגביהם נאמר בוועדה כי קיים צורך משמעותי בעילת הסבירות הם תחום המינויים והפיטורים, תחום מתן ההיתרים והרישיונות ותחום החלטות ממשלות מעבר. כך למשל, נטען מספר פעמים כי לאחר ביטולה של עילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה ושריה, לא תהיה מניעה לקבל החלטות בלתי-סבירות בסמוך למועד הבחירות, לסרב לבקשות למתן רישיונות והיתרים באופן בלתי-סביר, למנות מינויים פוליטיים של אנשים חסרי ניסיון מתאים ולפטר שומרי סף בכירים דוגמת היועצת המשפטית לממשלה. גם בהקשר זה – קשה לחזות כיצד יתפתח המשפט המינהלי, וייתכן שניתן יהיה לגשר על הפער שייווצר, במקרים המתאימים, באמצעות פיתוח של דוקטרינות כגון חובת הנאמנות של הממשלה לציבור, חובת השוויון בבחירות המעוגנת בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, פרשנות מרחיבה של סעיף 3 לחוק-יסוד: הממשלה הקובע כי "הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת", דיני הגירעון הדמוקרטי, חופש העיסוק, עילת השיקולים הזרים, עילת האפליה, עקרון הפרדת הרשויות ועילות נוספות מתחום המשפט המינהלי.

(ז) מקום מיוחד בטענות העותרים ניתן לטענה כי כינון חוק היסוד המתקן ישפיע על פעילות צה"ל בשטחי איו"ש. טענה זו הועלתה הן ביחס לשמירה על זכויות התושבים המוגנים באיו"ש, הן ביחס לחשש מפני חשיפת חיילי צה"ל ואנשי כוחות הביטחון לדין פלילי במדינות זרות בשל הפגיעה בעקרון המשלימות. למעשה, קשה להעריך כיצד חוק היסוד המתקן ישפיע על הביקורת השיפוטית על החלטות הנוגעות לאיו"ש. זאת, הן בשל העובדה שהריבון באיו"ש בהתאם למשפט הבינלאומי אינו שר הביטחון אלא המפקד הצבאי לאיו"ש, והן בשל חוסר הבהירות באשר לאופן שבו תיושם עילת המידתיות ביחס להחלטות העשויות לפגוע בזכויותיהם של תושבים מוגנים באיו"ש.

296. הדוגמאות שניתנו לעיל הן רק חלק מהדוגמאות המלמדות על חוסר הבהירות באשר למצב המשפטי החל על החלטות הממשלה ושריה לאחר כינון חוק היסוד המתקן, וממילא – על חוסר הוודאות באשר למידת השינוי שחולל כינונו. חוסר הבהירות הזו נובע בחלקו מהחלטת הוועדה שלא לאמץ את התיקונים המבהירים שהוצעו על ידי חלק מהגורמים שהופיעו בפניה, לרבות הייעוץ המשפטי לוועדה, ובחלקו הוא תוצאה טבעית של שינוי חקיקתי שההסתגלות אליו דורשת זמן ותלויה באופן יישומו על ידי הרשות המבצעת ובפרשנותו על ידי הרשות השופטת, בהתאם לעקרון הפרדת הרשויות.

297. דומה שאף העותרים יסכימו כי אם כל פועלו של חוק היסוד המתקן יהא למשל במניעת השימוש בעילת הסבירות ביחס להחלטות על הענקת פרס ישראל, אזי קשה מאוד יהיה לטעון כי הדבר פוגע בציפור נפשה היהודית או הדמוקרטית של המדינה. מצד שני, ייתכן שכינון חוק היסוד המתקן אכן יוביל (כפי שהעותרים חוששים) למבול החלטות בלתי-סבירות של שרי הממשלה, ויתברר שהפיקוח הציבורי והפרלמנטרי על החלטות הממשלה לוקה בחסר וכי בתי המשפט מתקשים למצוא עילות חלופיות שיאפשרו להם לקיים ביקורת שיפוטית במקרים המתאימים על החלטות אלה. בתווך בין שתי האפשרויות הללו נמתח מנעד רחב של אפשרויות נוספות באשר להשלכות חוק היסוד המתקן על הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה ושריה, שלא ניתן לאמוד אותן בעיתוי זה. לפיכך, בקשת העותרים כי בית המשפט הנכבד יפעיל את הכלי הריג ביותר המצוי בארסנל הכלים שלו, של פסילת חוק יסוד, היא בקשה מוקדמת בעת הזו.

298. **נוכח חוסר הוודאות באשר להשלכות חוק היסוד המתקן, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירות על הסף מחמת היעדר בשלות.** אם בעתיד תתקבלנה החלטות של הממשלה, של ראש הממשלה או של אחד מהשרים, ויהיה מי שיסבור שהחלטות אלה בלתי-סבירות באופן קיצוני ויגיש נגדן עתירה, ניתן יהיה לבחון את השלכות חוק היסוד המתקן על בסיס תשתית עובדתית קונקרטית. כל עוד תשתית זו לא התגבשה, דין העתירות להידחות מחמת היעדר בשלות.

299. כסיכום לפרק-משנה זה, נצטט את האמור בפסקה 274 לתגובת היועצת המשפטית לממשלה: "הואיל והתיקון מכוון לרשות השופטת, הרי ששאלת הפרשנות והיישום בפועל של התיקון והשלכותיו, כמו גם שאלת פיתוחן הדוקטרינרי של עילות קיימות וחדשות, מסורות בסופו של יום לבתי

המשפט וזה תלוי בסוג התיקים שיגיעו לפתחו. המנעד הרחב של הסוגיות אשר הביקורת השיפוטית ביחס אליהן התבססה על עילת הסבירות כמשמעותה העדכנית, מציבה סימני שאלה ביחס ליכולת של בתי המשפט למלא את החלל הנורמטיבי שייווצר באמצעות עילות הביקורת האחרות – לא כל שכן באופן מידי או בטווח הזמן הקרוב". הכנסת סבורה שאם קיימים "סימני שאלה" ביחס ליכולתם של בתי המשפט למלא את החלל הנורמטיבי שייווצר, אזי אין מקום לקבל את העתירות ולפסול חוק יסוד באופן תקדימי בהתבסס על "סימני שאלה" אלו. גם הקושי שייווצר למערך הייעוץ המשפטי לממשלה בטווח הזמן הקרוב, בשל הזמן שיידרש לשלוש הרשויות להסתגל לחלוקת הסמכויות החדשה ביניהן, אינו יכול להוות עילה לביטול חוק יסוד. אם קיימים ספקות וחששות באשר להשפעתו של חוק היסוד – ניתן לדחות את העתירות לעת הזו ולהמתין להבהרת המצב העובדתי. לבטח אין מקום לביטול חוק יסוד על בסיס תשתית עובדתית הנתונה בספק.

ח.2. דין העתירות להידחות על הסף מחמת היעדר בשלות, שכן טרם התגבשה התשתית העובדתית הקשורה לפעילות הממשלה והכנסת לאחר כינונו

300. קיים ממד נוסף לעמדה שלפיה העתירות אינן בשלות לדיון.

301. בקביעה כי בתי המשפט לא יוכלו לבחון את סבירות החלטותיהם של הממשלה ושריה, לא שחררה הכנסת את הממשלה מחובת הסבירות המוטלת עליה. כבר עמדנו על כך **שהחובה** לפעול בסבירות – כלומר, לשקול את כלל השיקולים הרלוונטיים ולאזן נכונה ביניהם – היא חובה המוטלת על הממשלה כנאמן הציבור, והיא שרירה וקיימת גם לאחר כינון חוק היסוד. מדיוני הוועדה עולה באופן ברור כי בבסיס חוק היסוד המתקן לא עמד רצון לאפשר לממשלה לקבל החלטות לא-סבירות, אלא עמדה אידיאולוגית בדבר היחס הראוי בין הרשויות. הכנסת סברה שבתי המשפט הרחיבו את עילת הסבירות יתר על המידה, ושבמקרים מסוימים הדבר הביא להחלפת שיקול דעתה של הרשות המבצעת בשיקול דעתם למרות שלא היה צורך בכך. בעיה זו, לצד הביקורת האנליטית שנמתחה על עילת הסבירות ולצד היתרון הדמוקרטי של הממשלה, הובילו את הכנסת למסקנה שבתי המשפט אינם הגוף המתאים לקיים ביקורת שיפוטית על סבירות החלטות הממשלה ושריה, ומשום כך כונן חוק היסוד המתקן.

302. לצד זאת, הכנסת לא שמטה מידה את תפקידה לפקח על עבודת הממשלה, ובסמכותה להמשיך לפעול לפיקוח על סבירותן של החלטות מינהליות. גם במובן זה העתירות לוקות בחוסר בשלות, שכן לעת הזו לא ניתן לדעת האם החלטות בלתי-סבירות (אם תהיינה) ייוותרו על כנן, או שהכנסת תעמוד במשימה הגדולה שהטילה על עצמה ותשכיל להפעיל את הכלים שבידיה – הן הכלים הפרלמנטריים, הן כלי החקיקה – כדי להדק את הפיקוח על עבודת הממשלה.

303. בהקשר זה נציין כי הייעוץ המשפטי לכנסת מודע היטב לכך שעם צמצום עילת הסבירות השיפוטית, גוברת האחריות המוטלת על ועדות הכנסת לפקח על החלטות הממשלה ושריה, כדי לוודא שהממשלה אינה מנצלת לרעה את שחרורה מעולה של הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות. בנוסף, לעמדת היועצת המשפטית לכנסת, נוכח העובדה שחוק היסוד המתקן חל גם על החלטות פרטניות, יהיה על הכנסת לפתח את הכלים הפרלמנטריים שברשותה כדי להתאימם לפיקוח על החלטות פרטניות של הממשלה ושריה. בכונתה לפעול לכך שהכנסת תעמיק את הפיקוח על ההחלטות שייוותרו ללא ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות בעקבות כינונו של חוק היסוד המתקן, כדי לבקר את עמידת הממשלה בחובת הסבירות החלה עליה. גם מסיבה זו נדרשת לכנסת הזדמנות למיסוד מלאכת פיקוח נאותה על החלטות הממשלה.

304. לעניין זה נוסיף כי אך לאחרונה, ביום 26.6.23, קיימה ועדת הכנסת דיון מקיף בנושא פיקוח הכנסת על הממשלה, שאליו הוזמנו נציגים מכל משרדי הממשלה, ושתכליתו הייתה לאתר דרכים לטייב את עבודת הפיקוח של הכנסת. בדיון זה הבהירו רבים מנציגי הממשלה, הן בדרג הנבחר והן בדרג המקצועי, כי הם מקדישים תשומת לב רבה לשיתוף הפעולה עם תפקידה הפיקוחי של הכנסת. כך למשל אמר שר התרבות והספורט, מיקי זוהר (עמ' 14 לפרוטוקול):

"הכנסת היא הגוף הפרלמנטרי הדמוקרטי החשוב בישראל, היא הכוח שמניע את כל התהליכים שקשורים למדיניות של הממשלה. הממשלה לא יכולה ליישם מדיניות ללא עבודת הכנסת. כשאנחנו מוצאים שהממשלה לא נותנת את ההתייחסות הראויה לכנסת, מתחילה להיות פגיעה אמיתית גם בעבודת הממשלה וגם בעבודת הכנסת."

305. בדיון ניכר כי גם חברי הכנסת מודעים היטב לתפקיד הפיקוחי המוטל עליהם מכוח כהונתם ברשות המחוקקת. דברים אלו באים לידי ביטוי בין היתר בדבריה של חה"כ פנינה תמנו לנציגי הממשלה שנכחו בדיון (עמ' 6 לפרוטוקול):

"מעטים המקרים שאנחנו רואים שיש קונצנזוס ונבחרי הציבור עומדים כחזית אחידה בנושא מסוים. בנושא הזה אתם רואים תמימות דעים מצד חברי הכנסת מהקואליציה ומהאופוזיציה. אנחנו לא נוותר על תפקידה של הכנסת כמחוקקת וכמפקחת על משרדי הממשלה ועל כלל זרועות המדינה."

306. כחלק מהדיון הציג יו"ר ועדת הכנסת ויו"ר הקואליציה, חה"כ אופיר כץ, את האמצעים שעומדים לכנסת על מנת לאכוף את תפקידה הפיקוחי על הממשלה (עמ' 32 לפרוטוקול):

"אמרתי כיו"ר קואליציה שכמעט כל השרים מתקשרים על בסיס קבוע על מנת לקדם את הנושאים שהמשרדים רוצים לקדם. גם בוועדות יש לחץ מבחינת לוחות זמנים, כי כל משרד רוצה לקדם את הדברים שהוא יוזם... נקים פורום כזה של המ.מ. עם הייעוץ המשפטי לכנסת, עם חברי כנסת מהקואליציה ואופוזיציה

שבו נחליט איך לטפל באותם משרדים שלא משתפים פעולה עם הכנסת... משרד שלא ישתף פעולה עם הכנסת וחברי הכנסת, הכנסת לא תשתף פעולה איתו."

307. ואכן, בסיכום הדיון קבעה ועדת הכנסת את חלוקת הדיווח של כל שר שממונה על משרד בין ועדות הכנסת השונות, וסיכמה כי יגובש נוהל, בשיתוף הממשלה, שיאפשר בין היתר הטלת סנקציות פרלמנטריות על משרדי ממשלה שאינם משתפים פעולה עם תפקידה הפיקוחי של הכנסת, אינם מוסרים מידע במועד ונציגיהם אינם מתייצבים לדיונים בוועדות הכנסת. בימים אלה נעשית עבודת הכנה שמרכזת היועצת המשפטית לכנסת לגיבושו של נוהל כאמור.

308. אין לזלזל אפוא באפקטיביות הפיקוח של הכנסת, כפי שנרמז בחלק מהעמדות שהוצגו בעתירות. אף בהיעדר 'שיניים' פורמליות, חשיבותו גבוהה, וזהו אחד מהנושאים שהיועצת המשפטית לכנסת שמה לה למטרה לחיזוק מעמדה של הכנסת ולהבהרת התנהלות הוועדות והמליאה מול גורמי הממשלה.

309. מעבר לחוסר הוודאות באשר לפיקוח שתפעיל הכנסת על סבירות החלטות הממשלה ושריה, העתירות אינן בשלות להכרעה גם מחמת העובדה שיישומן של חוק היסוד המתקן תלוי באופן שבו הממשלה ושריה ינהגו ביחס לחובתם לפעול בסבירות. אחת מהביקורות שנמתחו בספרות האקדמית על הרחבת השימוש בעילת הסבירות נעוצה בכך שכאשר בית המשפט מחליף את שיקול דעתה של הרשות המוסמכת, הוא למעשה מנטרל את הביקורת הציבורית שייטכן שהייתה נמתחת עליה אילו ההחלטה הייתה מיושמת. כך למשל, כאשר הממשלה החליטה שלא למגן את כיתות האם בתי הספר באזור עוטף עזה, ולהסתפק במרחבים מוגנים, ייתכן שאילו החלטה זו הייתה מיושמת בפועל, הייתה נמתחת עליה ביקורת ציבורית עזה. ביקורת זו נמנעה בעקבות פסק דינו של בית המשפט הנכבד **בעניין ווסר**, שביטל את ההחלטה מחמת אי-סבירותה. החל ממועד כינונו של חוק היסוד המתקן, מלוא האחריות לסבירות החלטותיהם מוטל על כתפי הממשלה ושריה. עם האחריות באה גם זהירות, וחזקה על הממשלה ושריה שיקפידו ליישם את חובת הסבירות המוטלת עליהם בפעילותם. אין מקום אפוא להכריע בעתירות בטרם הוברר כיצד יפעלו שרי הממשלה לאחר כינונו של חוק היסוד המתקן.

3.ח. מידת השפעתו של חוק היסוד המתקן היא מסויגת

310. בעתירות ובתגובת היועצת המשפטית לממשלה הובאו השלכות רבות שתהיינה לכינון חוק היסוד המתקן על האיזון בין רשויות השלטון ועל היבטים שונים של המשפט בישראל, ונטען כי השלכות אלה משמען כי חוק היסוד המתקן איננו חוקתי. ציינו לעיל שבשלב הנוכחי קשה להעריך אם השלכות אלה אכן תתממשנה, ומן הראוי להמתין ולבחון את השלכותיו של חוק היסוד המתקן במציאות. כעת נבקש להראות כי גם אם בית המשפט הנכבד יחליט שלא לדחות את בחינת חוקתיותו של חוק היסוד המתקן עד להתבהרות

פרשנותו, ולבחון כבר כעת את השפעותיו המשוערות של חוק היסוד המתקן, אזי המסקנה היא כי קרוב לוודאי שהשפעה זו מסויגת.

311. נקדים ונציין כי בהתאם לאופן שבו פועל בית המשפט הנכבד בדרך שבשגרה, הביקורת השיפוטית על חוק היסוד המתקן צריכה להיות מתוחמת לחוק זה עצמו. אין מקום לערוך ביקורת שיפוטית לרפורמה המשפטית המוצעת בכללותה, שלא אושרה ושתוכנה לעת הזו אינו ידוע. הטענה שחוק היסוד המתקן הוא רק הפרק הראשון של שינוי מקיף יותר, שעשוי לפגוע בעתיד בליבת דמותה הדמוקרטית של מדינת ישראל, היא טענה שיש לה מקום בשיח הציבורי, אך לא ניתן לבסס עליה ביקורת שיפוטית.

312. נפתח בטענת העותרים כי אישור חוק היסוד המתקן מבטל באחת את כל התקדימים שנקבעו על ידי בית המשפט הנכבד בעבר ונסמכו על עילת הסבירות, ומותר את הרשות המבצעת ללא תקדימים שיפוטיים תקפים שיסדירו את פעולתה. דומה שטענה זו אינה עולה מלשונו של חוק היסוד המתקן. מטבע הדברים, כאשר בית המשפט הנכבד השתמש בעבר בעילת הסבירות, פסק דינו קבע מסמרות הן ביחס לחובת הסבירות המוטלת על הרשות המינהלית, הן ביחס לעילת הסבירות הקשורה ליחסים בין בתי המשפט והממשלה. פסקי הדין הללו קבעו שהתנהלות מסוימת היא הפרה של חובת הסבירות ועל כן אסור לממשלה לנקוט בה, ובה בעת קבעו את המבחנים להתערבות שיפוטית בהתנהלות זו. כעת, לאחר כינונו של חוק היסוד המתקן, בתי המשפט לא יוכלו לקבוע כי החלטה מסוימת של הממשלה או של שר היא בלתי-סבירה, אך קביעה שהתקבלה בעבר לפיה התנהלות מסוימת מפרה את חובת הסבירות – תיוותר לכאורה שרירה וקיימת. היקף חובת הסבירות המינהלית, כפי שהותווה על ידי בתי המשפט בעת שהיה בסמכותם לדון בעניין, לא צומצם, והתקדימים שנקבעו בעבר לכאורה נותרים על כנם.

313. אכן, עם אישור חוק היסוד המתקן לא ניתן יהיה לאכוף על הממשלה ושריה בדרך שיפוטית לעמוד בחובת הסבירות המוטלת עליהם. אם תוגש עתירה וייטען בה על בסיס תקדים מן העבר שנשען בזמנו על עילת הסבירות שהממשלה או אחד השרים הפרו חובה המוטלת עליהם – בתי המשפט יידרשו לבחון האם ניתן לבסס תקדים זה על אחת מעילות הביקורת השיפוטית האחרות. אם יימצא שניתן לבסס את התקדים על עילה אחרת, דוגמת עילת השיקולים הזרים או עילת האפליה, אזי יוכל בית המשפט לתת סעד שיפוטי. אם יימצא שהתקדים מבוסס על עילת הסבירות בלבד, העתירה תידחה והאפשרות לבקר את ההחלטה תיוותר לציבור ולנציגיו בלבד באמצעות כלי הביקורת הפרלמנטריים או באמצעות לחץ ציבורי. התקדימים השיפוטיים המעצבים את חובת הסבירות ייוותרו אפוא על כנם, אך חוק היסוד המתקן מחולל שינוי באופן שבו ניתן יהיה לאכוף אותם.

314. בעתירות נטען כי בהיעדר ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות על החלטות הממשלה ושריה, יינטל ממערך הייעוץ המשפטי לממשלה הכלי האפקטיבי ביותר שיש בידיו לשמש כשומר סף על גופים אלו. טענה זו נכונה באופן חלקי בלבד. ראשית – כבר ציינו שלכאורה לא חל שינוי כלשהו בהיקפה של חובת הסבירות המינהלית הרובצת על רשויות המינהל, וממילא

נותרה על מכונה חובתו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה להתריע בפניהן במקרים שבהם הן שוקלות להפר חובה זו. להתרעה זו יש משמעות לעבודה הפנים-ממשלתית ויש לה גם משמעות ציבורית. **שנית** – אין ספק שבדומה לכל שינוי חקיקתי אחר, כינון חוק היסוד המתקן יחייב את הייעוץ המשפטי לממשלה לבחון מחדש חלק מההנחות המשפטיות לפעולת הממשלה, וזאת עד להתייצבות הפסיקה במצב הנורמטיבי החדש. תפקידו של הייעוץ המשפטי לממשלה אינו רק ליישם את החלטות בית המשפט, אלא גם לפרש את החוק כדי לזהות את גבולות הסמכות של הרשות ולסייע לה במימוש מדיניותה במסגרת הדין. מאחר שהכנסת החליטה לשנות את המצב הנורמטיבי הנוגע לגבולות הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות, היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה יידרשו בתקופה הקרובה לבחון כיצד שינוי זה משפיע על עבודת הממשלה (וגם עניין זה מעיד על חוסר בשלותן של העתירות).

315. לגופו של עניין – מדיוני הוועדה עולה בבירור כי חוק היסוד המתקן לא נועד לפגוע בעילות ביקורת שיפוטית אחרות, זולת עילת הסבירות. לאורך כל הדיונים בוועדה נאמר שוב ושוב שכנגד צמצום עילת הסבירות כלפי הממשלה ושריה, בתי המשפט יוכלו **להרחיב בדרך פרשנית עילות ביקורת שיפוטית אחרות**, ולמלא בכך במידה רבה את החלל שמותר צמצומה של עילת הסבירות (ראו: פרוטוקול הדיון מיום 25.6.23, עמ' 77). לחלופין, בית המשפט הנכבד יכול **לצמצם בדרך פרשנית את תחולתו של חוק היסוד המתקן**, ולהנחות בכך את בתי המשפט האחרים בדבר נתיב ההתפתחות של המשפט המינהלי לאחר כינונו. לעניין זה נזכיר כי "לעולם יש להעדיף פרשנות מקיימת של חוק – ככל שהיא אפשרית וסבירה – ולפיה הוא אינו פוגע בזכויות חוקתיות... על פני פרשנות שממנה מתחייבת מסקנה בדבר אי-חוקתיותו של החוק העשויה להביא לביטולו" (**עניין חוק הלאום**; בג"ץ 4562/92 תה"כ זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793 (1996)).

316. ניתן כמה דוגמאות לדברינו (וכמובן שהדברים מובאים כקריאות כיוון בלבד, מבלי לקבוע מסמרות באשר לפרשנות חוקים ולמגמות עתידיות בפסיקה):

(א) פרשנות מצמצמת של חוק היסוד המתקן, אם תינקט, עשויה שלא להחילו על החלטות מופרכות או שרירותיות, שניתן היה לפסול אותן אף טרם פסק הדין **בעניין דפי זהב**. כך עולה לכאורה ממאמרו של כב' השופט סולברג, שמנה בין "עילות הביקורת המנהלית המסורתיות" גם את ה"שרירות".

(ב) בדיוני הוועדה עלתה השאלה אם המונח 'סבירות', המופיע בחוק היסוד המתקן, מתייחס רק לסבירות המהותית, או כולל גם סבירות הליכית. בתי המשפט עשויים לקבוע כי חוק היסוד המתקן חל על הסבירות המהותית בלבד, ואינו חל על עילות הקשורות לתקינות ההליך, שלגביהן לא יחול שינוי בהיקף הביקורת השיפוטית.

(ג) בתחום המינויים של גורמים מקצועיים בכירים בכלל ושל שומרי סף – כידוע, מינויים בשירות המדינה נעשים בהתאם להוראות חוק שירות המדינה (מינויים),

התשי"ט-1959, בהתאם להוראות תקנון שירות המדינה (התקשי"ר), בהתאם להחלטות ממשלה שקבעו בעבר כללים החלים על מינוי פקידי ציבור מסוימים ובהתאם לנוהג. אם מינוי מסוים ייערך בחריגה מהכללים הקבועים במקורות הנורמטיביים הללו – דומה שניתן יהיה לפתח כלים חלופיים לעילת הסבירות כדי לכפות על הממשלה לעמוד בהוראות הדין. למשל: הגבלה הנוגעת למינוי אנשים בעלי זיקה פוליטית לתפקידים בכירים מעוגנת כיום בסעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות, וייתכן שיהיה מקום לבחון את הצורך בפיתוח פסיקתי על דרך ההיקש, או על דרך הרחבת עילת השיקולים הזרים (במובן המהותי או הראייתי), כדי לערוך ביקורת שיפוטית אפקטיבית על מינויים פוליטיים בגופים שחוק זה אינו חל עליהם. העותרים חוששים שהממשלה תחליט לשנות את **הכללים** הנוגעים למינוי בכירים, וביחס לחשש זה נעיר כי החלטה כזו אינה החלטה פרטנית אלא החלטה המעצבת מדיניות, כך שאף נוסחים מצומצמים יותר שהוצעו בוועדה לצמצום הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות היו חלים עליה.

(ד) באשר להחלטות ממשלה או להחלטות של שרים המתקבלות בתקופת הבחירות ובתקופת ממשלת מעבר – אם ההחלטה מונעת משיקולים פרסונליים או מפלגתיים, נראה שניתן יהיה להתערב בה מכוח עילת השיקולים הזרים (וכבר ציינו שיייתכן שיהיה צורך לעצב מחדש בדרך שיפוטית את הדינים הקשורים בחלוקת הנטל הראייתי הקשור לעילה זו). גם אם לא ניתן להוכיח את המניע העומד בבסיס ההחלטה, אם כתוצאה ממנה ייפגע השוויון בבחירות, ייתכן שדי בכך כדי להביא לביטולה (ראו: בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969)). בנוסף, כבר ציינו כי ייתכן שבתי המשפט יפתחו את פרשנות סעיף 3 לחוק-יסוד: הממשלה, הקובע כי "הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת", כדי להגדיר לפיו את סמכויותיה של ממשלת מעבר שאינה מכהנת מכוח אמון הכנסת.

(ה) באשר לחשש מפני נטילת סמכויות על ידי השר או אשרור מיניסטרילי בדיעבד של החלטות פקידותיות כדי לחסן מפני ביקורת שיפוטית – פרשנות חוק היסוד המתקן תידרש מן הסתם לשאלה האם הוא חל על כל החלטה של שר, או שמא הוא חל רק על החלטות שהשר הפעיל לגביהן שיקול דעת מהותי.³⁹ לשם השוואה, פריט 8 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התשי"ס-2000, קבע בעבר כי בית המשפט לעניינים מינהליים אינו מוסמך לדון בהחלטות של רשויות מקומיות הטעונות אישור השר, ובית המשפט הנכבד פסק שהחלטה זו חלה רק על החלטות שהשר הפעיל לגביהן שיקול דעת מהותי (ראו: בג"ץ 4381/97 מייזליק נ' הוועדה המקומית פתח תקווה, פ"ד נא(5) 385 (1997)). דרך פרשנית דומה עשויה להוביל

³⁹ העותרים חוששים שבעקבות חוק היסוד המתקן, הכנסת תקבל חוקים המרחיבים את סמכויות הדרג הנבחר כדי לחסן החלטות מסוימות מפני ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות. ספק אם חשש זה אכן ריאלי, אך באופן כללי נציין כי מובן מאליו שהביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים נעשית על בסיס המצב הנורמטיבי. לאחר כינונו של חוק היסוד המתקן, הביקורת השיפוטית על חוק המעביר סמכות מסוימת לשר צריכה לקחת בחשבון את העובדה שהחלטותיו של השר תהיינה חסינות מפני ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות.

לתוצאה שלפיה חוק היסוד המתקן יחול רק על החלטות שהשר הפעיל לגביהן שיקול דעת מהותי, להבדיל ממקרים שבהם הוא רק אישר המלצת ועדה.

מעבר לכך, נטילת סמכות על ידי השר רק כדי שחוק היסוד המתקן יחול עליה, או העברת החלטה לאישור השר באופן פיקטיבי, עשויות להיחשב כשימוש לרעה בסמכות הנטילה בניגוד לתכליות חוק-יסוד: הממשלה וכהפרה של חובת ההגינות המוטלת על הרשות המינהלית. משיקולים דומים קבע בית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים כי ראש רשות האוכלוסין אינו רשאי ליטול החלטות מסוימות לידי רק כדי לשנות באופן פיקטיבי את הסמכות המקומית בהליכי הערעור (ראו: רע"מ 3-10-22 פבליוק נ' רשות האוכלוסין וההגירה, החלטה מיום 11.1.23).⁴⁰

(ו) לגבי הימנעות מהפעלת סמכות – חוק היסוד המתקן חל במצב זה רק אם מדובר בסמכות רשות, וכמובן שאין הוא גורע מחובתה של הממשלה להפעיל סמכויות שהחוק מחייב אותה להפעילן. מעבר לכך, בדיוני הוועדה הובהר שחוק היסוד המתקן חל על מצב שבו הרשות המינהלית מחליטה להימנע מהפעלת סמכות, אך היא אינו חל על מצב שבו הרשות המינהלית נמנעת מלהחליט (ראו: פרוטוקול הדיון מיום 13.7.23, עמ' 115). זו גם לשון חוק היסוד המתקן, הקובע כי המונח "החלטה" כולל גם "החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות" – קרי, הוא חל רק כאשר התקבלה החלטה מודעת להימנע מהפעלת הסמכות. חובתה של הרשות המינהלית לפעול במהירות ראויה, להפעיל שיקול דעת ולבחון אם לעשות שימוש בסמכות הנתונה בידיה אינה נגזרת מחובת הסבירות, ואין בצמצום עילת הסבירות כדי להשפיע עליה.

(ז) בתחום התכנון והבנייה, ייתכן שלאחר צמצום עילת הסבירות, בתי המשפט יידרשו לפתח עילות דוגמת היעדר תשתית עובדתית ראויה ולהגדיר בצורה מדויקת יותר את סמכויות השר והממשלה לפי החוק. מעבר לכך, כאשר החלטה בתחום התכנון והבנייה פוגעת בזכויות, כמובן שניתן יהיה לערוך לה ביקורת שיפוטית באמצעות מבחן המידתיות. בהקשר זה נציין כי בתחום זה, המאופיין באיזונים ערכיים בין זכויות ואינטרסים, ממילא ההתערבות השיפוטית בעילת הסבירות היא מצומצמת ביותר.

(ח) ביחס להחלטות הפוגעות באינטרסים שונים, דוגמת אינטרס ההסתמכות – דומה שניתן יהיה לערוך להן ביקורת שיפוטית במקרים המתאימים מכוח עילת המידתיות, תוך פיתוח הזכות לקניין.

⁴⁰ בקשת רשות ערעור על החלטה זו – התקבלה, אך היה זה מטעמים טכניים ומבלי לדון בהחלטת בית המשפט לעניינים מינהליים לגופה (בר"ם 2071/23 רשות האוכלוסין וההגירה נ' פבליוק, פס"ד מיום 7.8.23).

(ט) בתחומים אחרים שבהם השתמש בית המשפט הנכבד בעילת הסבירות כדי לבקר החלטות ממשלה או החלטות של שרים, דומה שניתן יהיה להגדיר בצורה מדויקת יותר את הזכויות המתנגשות ואת האינטרסים המעורבים, וכך גם לדייק את הביקורת השיפוטית עצמה.

317. בצקלונם של בתי המשפט ושל היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה יש אפוא כלים נוספים, זולת עילת הסבירות, שדומה שיהיה בהם כדי לתת מענה – אם כי ייתכן שלא מושלם – ליחור השחור' שנוצר בביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה ושריה בעילת הסבירות. הדברים שנאמרו ממחישים את אחת מהביקורות שנתמחה על עילת הסבירות, בהיותה עילה חובקת-כול, ה'בולעת' אל תוכה עילות אחרות מדויקות יותר. עם ביטול עילת הסבירות ביחס לממשלה ולשריה, יהיה צורך להשתמש בכלי ביקורת שיפוטית עדינים יותר ומדויקים יותר כדי למלא את החסרון שהיא מותירה אחריה. מובן שלא יהיה בכך מענה מלא, וייוותרו החלטות שהעילה היחידה לבחינתן היא עילת הסבירות. החלטות אלה מאופיינות בכך שהן שהתקבלו על ידי הרשויות המינהליות הבכירות ביותר, אינן חורגות מן הסמכות שנקבעה בחוק, הליך קבלתן היה תקין לחלוטין והן אינן פוגעות בזכויות יסוד. ביחס אליהן, סברו מרבית חברי הכנסת כי בתי המשפט אינם הגורם המתאים להפעיל ביקורת שיפוטית על סבירותן.

318. באופן כללי נציין שוב, שהייעוץ המשפטי לכנסת סבור שלאחר צמצום עילת הסבירות וביטול הביקורת השיפוטית על הממשלה ושריה מכוח עילה זו, יהיה על הכנסת למצוא את הדרך הראויה לחזק את כלי הפיקוח הפרלמנטריים שבידה כדי למלא חלק מהחלל הפיקוחי שעלול להיווצר, וכבר הזכרנו את הדיון שנערך בוועדת הכנסת בעניין זה. לא מן הנמנע כי הכנסת תרים את הכפפה שהיא עצמה פשטה מידיה של הרשות השופטת, תעמיק את הביקורת הפרלמנטרית על החלטות הממשלה והשרים ותכלול בה גם ביקורת על החלטות פרטניות מסוימות. כך תוכל הכנסת לפעול לפיקוח על החלטות שרים ולייצר לגביהן שקיפות, פומביות ואפשרות לביקורת ציבורית.

319. מהעתירות עולה זלזול רבתי ביכולתה של הכנסת לקיים פיקוח פרלמנטרי על עבודת הממשלה. כבר ציינו כי הכנסת סבורה כי התפיסה לפיה הכנסת נותרת נטולת סמכויות וחסרת יכולת לפקח על הממשלה בשל שליטתה של הממשלה בה – פשטנית ואינה מדויקת. אחד מתפקידיה של הכנסת הוא לקיים ביקורת פרלמנטרית על עבודת הממשלה, והכנסת פועלת לממש תפקיד זה. יש כלים פרלמנטריים המשמשים את ועדות הכנסת לקיום ביקורת פרלמנטרית על הממשלה, יש שיתופי פעולה בין סיעות שונות, ויש דרכים פרלמנטריות לטייב חקיקה שהממשלה תומכת בה. על אף חולשתה היחסית של הכנסת, תיאורה כעבד נרצע הכפוף לממשלה הוא שטחי מאוד ואינו מדויק. השרים מגיעים לכנסת ולוועדותיה לא אחת וזקוקים לאישורה לחקיקת המשנה בעניינם, לאישור העברות תקציביות ולמתן דיווחים שוטפים בשלל נושאים. דיוניה של המליאה בהצעות לסדר ובשלל נושאים מדי שבוע ודיוני הוועדות בענייניהם של משרדי הממשלה מייצרים שקיפות, ומאפשרים לאור השמש לחשוף ולחטא פגמים בהתנהלות הממשלתית. בכוונת היועצת

המשפטית לכנסת לפעול מול יושבי ראש הוועדות וחבריהן להנחלת התובנה לפיה ככל שהכנסת תשכיל לפתח ולשכלל את הכלים שבאמתחתה לפיקוח על החלטות השרים, שעל כולן חלה חובת הסבירות, לרבות ההחלטות הפרטניות, הדבר יגביר לאורך זמן את שקיפותן הציבורית ואת הביקורת עליהן, ובכך יקטן מספרן של החלטות בלתי-סבירות.

ח.4. חוק היסוד המתקן אינו פוגע בליבת הזהות היהודית והדמוקרטית של מדינת ישראל

320. כאמור, בפסק הדין **בעניין חוק הלאום** דחה בית המשפט הנכבד את דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקי, אך קבע כי יש מגבלה צרה ומצומצמת על סמכותה המכוננת של הכנסת, שלפיה "אין ביכולתה לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית". כבר עמדנו על כך שבית המשפט הנכבד הותיר ללא הכרעה את השאלה "האם בית משפט זה מוסמך לבצע מכוון ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי יסוד", ולצורך הדיון בפרק זה נתעלם משאלה זו.

321. קולמוסים רבים נשתברו בניסיון לבאר את הביטוי 'יהודית ודמוקרטית'. יש שראו את ה'דמוקרטית' כעיקר ואת ה'יהודית' כטפלה לה; יש שסברו שדווקא זהותה היהודית של המדינה היא עיקר ייחודה, בעוד הדמוקרטיה מגדירה צורת משטר בלבד; ויש שטענו שהחלק החשוב ביותר בביטוי זה הוא וי"ו החיבור – השילוב בין זהותה היהודית של המדינה לבין זהותה הדמוקרטית. לענייננו נראה שפטורים אלו מלהיכנס לקלחת זו, שכן קשה לראות את האופן שבו זהותה היהודית של המדינה משפיעה על שאלת תחולת עילת הסבירות על החלטות הממשלה ושריה. ענייננו אפוא בפאה הדמוקרטית בלבד, ובשאלה אם ביטול עילת הסבירות בנוגע להחלטות הממשלה ושריה שולל את ליבת זהותה הדמוקרטית של המדינה – אם עדים אנו למצב שבו "הוראה חוקית פוגעת פגיעה אנושה באופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה, עד כי אין כל דרך ליישב מבחינה מושגית ופרקטית בין הוראה זו ובין מרכיביה אלה של זהות המדינה" (**עניין חוק הלאום**).

322. נקדים ונזכיר כי כפי שנקבע **בעניין חוק הלאום**, התערבות שיפוטית בחוק יסוד תיעשה רק כמוצא אחרון, ותישמר למקרים הקיצוניים והנדירים שבהם חוק היסוד פוגע אנושות בדמוקרטיה, מזעזע את עקרונות היסוד של השיטה המשפטית בישראל, עוקר את מרכיבי היסוד של זהותה של המדינה, ומשנה את אופייה כפי שעוצב במגילת העצמאות. פגיעה מתונה לא תביא לביטולו של חוק יסוד, ואם ניתן למתן את הפגיעה בדרך פרשנית – כך ראוי לעשות.

323. עמדת הכנסת היא כי חוק היסוד המתקן אינו שולל את ליבת זהותה הדמוקרטית של המדינה ועל כן אין בסיס להתערבות שיפוטית על בסיס נימוק זה. הרעיון הדמוקרטי הוא רחב דיו כדי לכלול גישות שונות באשר להיקף הביקורת השיפוטית על החלטות הרשות המבצעת. יש הסבורים שבית המשפט צריך להעביר תחת שבט ביקורתו את כל קשת החלטות המינהליות האפשריות, ולבחון אותן באמצעות כל עילות הביקורת המוכרות.

עמדתם של אלה נשענת על עקרונות הפרדת הרשויות ועליונות המשפט. לעומתם, יש הנשענים על עקרונות הפרדת הרשויות ושלטון העם, וטוענים שראוי לצמצם את הביקורת השיפוטית על החלטות של נבחרים ציבור, במיוחד כאשר מדובר בהחלטות שאינן פוגעות בזכויות מוגנות ועל אחת כמה וכמה כאשר הביקורת היא על תוכן ההחלטה ולא על הליך קבלתה. הוויכוח בין שתי אסכולות אלה ראוי ו חשוב, וימיו הארוכים הם עדות לכך שמדובר במחלוקת לשם שמיים שסופה להתקיים (ראו: משנה, מסכת אבות, פרק ה, משנה יז). מדינה שנהוג בה יישום מצומצם של עילת הסבירות נותרת דמוקרטית גם אם בתי המשפט החליטו להרחיב את השימוש בה, ובאותו אופן – שלילת הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה ושריה באמצעות עילת הסבירות אינה פוגעת בליבת זהותה הדמוקרטית של המדינה.

324. אחד הביטויים הסטטוטוריים המרכזיים להיותה של המדינה יהודית ודמוקרטית מצוי בסעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע כי רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ואדם לא יהיה מועמד בבחירות לכנסת אם הם שוללים את "קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". בפסק הדין **בעניין חוק הלאום** עמד בית המשפט הנכבד על כך שסעיף זה אף הוצע כביסוס לסמכות בית המשפט הנכבד לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד.⁴¹ סעיף זה פורש על ידי בית המשפט הנכבד בפסקי דין רבים, וככלל נקבע כי בשל עוצמתה של הזכות להיבחר יש לפרשו בצמצום רב, כך שמועמד לבחירות ייפסל רק אם הוא שולל את הגרעין היסודי והבסיסי ביותר של קיומה של המדינה כיהודית ודמוקרטית (ראו: א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית נ' חה"כ טיבי, פ"ד נו(4) 1 (2003); להלן: **עניין טיבי**). ביחס להיותה של המדינה דמוקרטית, נקבע **בעניין טיבי** כי המאפיינים הגרעיניים והמינימליים של היותה של המדינה דמוקרטית הם "הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית".

325. **אמת מידה זהה לזו שננקטה ביחס לפרשנות סעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת, צריכה לשמש גם ביחס להכרזה על בטלותו של חוק יסוד.** כבר ציינו שבספרות האקדמית הוצע לבסס על סעיף זה את סמכות בית המשפט הנכבד לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, כך שאמות המידה המשמשות בשני התחומים צריכות להיות זהות; ונוסיף כי אף הזהירות המיוחדת שעל בית המשפט הנכבד לנקוט בעריכת ביקורת שיפוטית חריגה על חוקי יסוד צריכה להוביל למסקנה דומה.

326. ואכן, בפסק הדין **בעניין חוק הלאום** אימץ בית המשפט הנכבד את המבחנים שנקבעו בפסק הדין **בעניין טיבי**, שפירש כאמור את סעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת, לעניין פסילת חוק יסוד בשל סתירה למאפיינים הגרעיניים והמינימליים של היותה של המדינה דמוקרטית:

⁴¹ ראו: רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטים של חוקת הכלאיים הישראלית" **עיוני משפט לח** (2016) 501; רבקה ווייל "על שימוש לרעה בסמכות מכוונת ותיקון חוקתי שאינו חוקתי" **ICON-S-IL Blog** <https://did.li/BGZ-5658-23-Weill>, (6.10.19)

"בהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי, אני סבורה כי המגבלות החלות על הרשות המכוננת הן, כאמור, צרות ביותר, ונוגעות למצבים חריגים של שינוי חוקתי השולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה... מדובר במצבים שבהם הוראה חוקתית פוגעת פגיעה אנושה באופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה, עד כי אין כל דרך ליישב מבחינה מושגית ופרקטית בין הוראה זו ובין מרכיביה אלה של זהות המדינה... **במילים אחרות, באותם המצבים שבהם חוק יסוד שולל או סותר באופן חזיתי את "המאפיינים הגרעיניים המעצבים את הגדרת המינימום" של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית (עניין טיבי, בעמ' 22; ראו והשוו: דבריו של השופט הנדל בעניין המרכז האקדמי, בפסקה 4 לחוות דעתו) – ניתן לומר כי הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת.**"

(ההדגשה נוספה ע"י הח"מ)

327. בבסיס ההשוואה בין המבחנים המשמשים לפסילת מפלגות לבין המבחנים המשמשים לפסילת חוק-יסוד יש היגיון רב. אם רעיון מסוים סותר את גרעין הזהות הדמוקרטית של המדינה, ועל כן חוק-יסוד שיבקש ליישם אותו – ייפסל, משמעות הדבר היא שלא ניתן כלל לקדם רעיון זה, ועל כן אין טעם בהתמודדות בבחירות של מפלגה המעוניינת בקידומו. מדובר בשני הצדדים של אותה המטבע: סעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת אוסר על ההתמודדות בבחירות של מפלגה התומכת ברעיון מסוים, ועקרונות היסוד הגרעיניים של מדינת ישראל העומדים מעל לסמכותה המכוננת של הכנסת מונעים את קידום אותו רעיון לאחר הבחירות במסגרת הפעילות הפרלמנטרית.

328. **הוזה אומר: כאשר בית המשפט הנכבד שוקל אם להכריז על בטלותו של חוק היסוד המתקן, עליו לשוות לנגד עיניו את 'שאלת הראי' – האם מפלגה הכוללת במצעה הצעה לצמצום הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות על החלטות הממשלה ושריה הייתה נפסלת מהשתתפות בבחירות.**

329. הכנסת סבורה שלשאלה זו יש להשיב באופן מובהק בשלילה. ההלכות שנקבעו באשר לפרשנות סעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת מובילות למסקנה הברורה כי אין מקום למנוע ממפלגה התומכת בצמצום עילת הסבירות ביחס לממשלה ולשרי הממשלה את ההשתתפות בבחירות. לאורך שנים רבות, מועמדים מכל סיעות הכנסת הביעו בפומבי את תמיכתם בצמצום עילת הסבירות בצורות שונות. מעולם לא הוגשה לוועדת הבחירות המרכזית בקשה לפסול מועמדים אלו מההתמודדות בבחירות, ולא בכדי. המחלוקת על גבולות עילת הסבירות היא מחלוקת המתנהלת בשדה האקדמי, המשפטי והציבורי, ומעולם לא נשמעה העמדה שעמדתו של אחד מהצדדים במחלוקת זו היא פסולה עד כדי חריגה מחופש הביטוי הפוליטי. גם אם נניח שצמצום עילת הסבירות מונע ביקורת אחרות אינן יכולות לתת מענה מושלם להיעדרה של עילת הסבירות – צמצומה של עילת הסבירות אינו רעיון שמפלגה התומכת בו צריכה להיפסל מהתמודדות בבחירות לכנסת. ביטול עילת הסבירות ביחס לממשלה ולשריה אינו פוגע בגרעין הליבתי ביותר של דמותה הדמוקרטית של המדינה – כך באשר לדיני הבחירות, וכך באשר לפסילה שיפוטית של חוק היסוד המתקן.

330. בעתירות נטען שחוק היסוד המתקן נוסח באופן קיצוני ביותר, המתעלם מהקשיים שהועלו בעניינו בישיבות ועדת החוקה. אכן, גם לעמדת היועצת המשפטית לכנסת בחוק היסוד המתקן יש קשיים – חלקם ניסוחיים וחלקם מהותיים. קשיים אלו נדונו באופן מקיף בישיבות ועדת החוקה, והגורמים שהופיעו לפניו הצביעו עליהם פעמים רבות. גם הייעוץ המשפטי לוועדה הצביע על קשיים בנוסח הצעת החוק המתקן והציע לצמצם באמצעות הגבלת הסעיף לפי סוגי החלטות ולא לפי זהות מקבל החלטה, הגדרת המונח "סבירות", הטלת חובת סבירות במפורש על הממשלה, הבחנה בין סוגים שונים של סבירות, החרגה של ממשלת מעבר מתחולת חוק היסוד המתקן, ועוד הצעות רבות נוספות. הצעות נוספות הועלו בפני הוועדה על ידי גורמים שונים והוצגו בפני חברי הכנסת. יו"ר הוועדה היה שותף לפחות לאחד מקשיים אלו – הקושי הנוגע לפגיעה באפקטיביות של הביקורת השיפוטית על החלטות ממשלת מעבר לאחר הבחירות. בסופו של יום, לאחר שכל הקשיים האמורים נדונו לאורך ישיבות רבות, חברי הכנסת שהצביעו בעד הצעת חוק היסוד המתקן החליטו באופן מודע שלא לתת להם מענה. יש להצר על כך שקשיים אלה נותרו על כנם, אך עם כל חשיבותם – ליבת זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל נותרה איתנה, ואין בסעיף 15(ד1) לחוק-יסוד: השפיטה כדי לשלול אותה.

331. נדגיש שוב את שהדגשנו בתחילת דברינו: חוק היסוד המתקן נוגע לעילת הסבירות השיפוטית, אך אינו נוגע כלל לחובת הסבירות המוטלת על הממשלה ועל שריה כשם שהיא מוטלת על כל רשות מינהלית אחרת. הוויכוח בין המצדדים בהרחבת עילת הסבירות לבין המתנגדים לדמות שלבשה עילה זו מאז פסק הדין **בעניין דפי זהב** אינו נוגע לשאלה אם הממשלה חייבת לפעול בסבירות. מוסכם על הכול שהממשלה אכן חייבת לקבל החלטות סבירות בלבד ולהפעיל את שיקול דעתה בסבירות. המחלוקת האמורה נוגעת לסמכותו של בית המשפט להחליף את שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו שלו במקרים שהוא פוסק כי הם קיצוניים, ולצדקתם של פסקי דין מסוימים שהתעוררה לגביהם ביקורת ציבורית חריפה. העמדה שלפיה בית המשפט אינו הגורם המתאים לבחון את סבירותה של החלטה מקצועית או ערכית המתקבלת על ידי הרשויות המינהליות הבכירות ביותר היא עמדתם של שופטים ומלומדים רבים, וגם אם יש הבדלים בין האופן שבו הם הציעו לעגן את עמדתם לבין חוק היסוד המתקן, בבסיס הדברים – אין זו עמדה הסותרת עקרונות יסוד ליבתיים של הדמוקרטיה.

332. הטענה כי עם אישור חוק היסוד המתקן, נסללה הדרך להשחתת המינהל הציבורי – מוגזמת במידה רבה. נזכיר שוב כי חוק היסוד המתקן אינו פוגע בעילות הביקורת השיפוטית המסורתיות, דוגמת עילת השיקולים הזרים ועילת ניגוד העניינים, ונוסיף כי כאשר ההחלטה המינהלית פוגעת בזכויות – עילת המידתיות יכולה להחליף במרבית המקרים את עילת הסבירות. מלבד זאת, חוק היסוד המתקן נוגע רק להחלטות המתקבלות על ידי הממשלה ושריה, ואינו חל על החלטות מינהליות המתקבלות על ידי כל הרשויות המינהליות האחרות. ייתכן שלאחר קבלת חוק היסוד המתקן תקבל הממשלה החלטות מסוימות שקודם לכן היו נפסלות אילו הייתה מוגשת נגדן עתירה, ובאותה מידה ייתכן שיתברר כי חוק היסוד המתקן לא שינה כמעט דבר בהקשר זה. כך או כך, הטענה כי אישור

סעיף 15(1ד) לחוק-יסוד: השפיטה הפך את המדינה למדינה שאינה דמוקרטית, וכי מסורת חוקתית בן 75 שנים מתמוטטת עם אישור סעיף-קטן זה, היא טענה מוגזמת במידה רבה.

333. בעתירות נטען כי הפגיעה של חוק היסוד המתקן בליבה הדמוקרטית של המשטר בישראל נובעת מעצם העובדה שהוא מסייג את סמכות בית המשפט הנכבד, פוגע בזכות הגישה לערכאות, ויוצר לראשונה 'חור שחור נורמטיבי' – חריג להסמכה הכללית לתת סעד למען הצדק המופיעה בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה. טענה זו מתעלמת מכך שחוק היסוד המכונן אינו שולל כליל את שפיטות החלטות הממשלה ושריה, אלא חל על עילת הסבירות בלבד ומותיר לבתי המשפט את סמכותם לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות אלה בשלל העילות האחרות. טענה זו גם מתעלמת מכך שחוק היסוד המכונן מותיר לבתי המשפט את סמכותם לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות המתקבלות על ידי גורמים מינהליים זוטרים יותר מהממשלה והשרים. מעבר לכך – טענה זו תקפה לכאורה כלפי כל ההצעות שהוצעו לצמצום עילת הסבירות. גם 'מתווה העם' שהוצע על ידי נשיא המדינה, גם הצעתו של פרופ' דותן וגם ההצעות הנוספות שהוצעו למיתון נוסח הצעת החוק המתקן – כולן מחריגות את הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות על החלטות מסוימות מתחום סמכותו של בית המשפט הנכבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, וכלפי כולן ניתן לטעון שהן מותירות 'חור שחור' שאין עליו ביקורת שיפוטית. משמעות טענה זו היא אפוא שחוקי היסוד אינם יכולים לעסוק בתחומים סמכויות בתי המשפט, וההכרעה במחלוקת המשפטית והציבורית על גבולותיה של עילת הסבירות צריכה להתקבל בפסיקת בתי המשפט בלבד. הכנסת סבורה שאין לקבל טענה זו, ושקביעת הסדרים ראשוניים באשר לחלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון היא תפקידה של הרשות המכוננת.

334. בהתייחס לטענות הנוגעות לקיצוניותו של חוק היסוד המתקן, נעיר הערה נוספת. נוסח חוק היסוד המתקן הוא אכן קיצוני ביחס לנוסחים אחרים שהוצעו לוועדה על ידי פרופ' דותן וגורמים נוספים. בה בעת, נוסח זה מתון ביחס להצעות אחרות, דוגמת טיוטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט) שהוצעה על ידי שר המשפטים וכללה שלילה מוחלטת של סמכות בית המשפט לבקר החלטות של רשויות מינהליות באמצעות עילת הסבירות. בנוסף, בדיוני הוועדה הוצע לנטוש את צמצום עילת הסבירות, ולהחליף אותה בדרך שנראית לכאורה קיצונית עוד יותר – הגדרת החלטות מסוימות כבלתי-שפיטות. חוק היסוד המתקן אינו נוקט בגישות גורפות אלה.

335. תפקידה של הרשות המכוננת הוא לכוון חוקה. אחד מהנושאים המוסדרים באופן מובהק בחוקה הוא מערכת היחסים בין רשויות השלטון. בכינון חוק היסוד המתקן מימשה הכנסת את האחריות שהוטלה עליה, והסדירה היבט צר יחסית הנוגע למערכת היחסים שבין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת. ניתן לחלוק על הצורך בהסדרה זו, על התועלת שבה ועל מידת הצדקתה; אולם כך או כך – חוק היסוד המתקן אינו פוגע בליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל ועל כן יש לדחות את הטענות לפסילתו.

ט. עמדת הכנסת המסורתית היא כי אין מקום לעריכת ביקורת שיפוטית על חוקי

יסוד

336. לאחר שביארנו שאין מקום לפסילת חוק היסוד המתקן בהתאם למבחנים שהותוו בפסיקת בית המשפט הנכבד, נשוב להצגת עמדתה המסורתית של הכנסת שהוזכרה לעיל, שלפיה אין מקום לעריכת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד בהיעדר מקור סמכות מפורש לכך בחוק או בחוק-יסוד. עמדה זו מבוססת על שלושה נימוקים, שאותם נפרט מיד. בדברינו להלן נתייחס הן לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, הן לדוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי, ונבחין ביניהן במקום שהדבר נדרש.⁴²

1.ט. סמכותו של בית המשפט הנכבד לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד אינה מעוגנת

בחוק או בחוק-יסוד

337. סמכותו של בית המשפט הנכבד, כסמכותה של כל רשות שלטונית, באה לו מכוח החוק. עקרון החוקיות קובע כי החוק לבדו הוא הממנה רשויות שלטוניות ומשפילן, והדברים שנאמרו ביחס לרשות המבצעת – "פעולה של רשות שלטונית החורגת מדל"ת אמותיו של החוק המסמיך, לוקה על כן בפגם יסודי של חוסר סמכות" (בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי נ' ממשלת ישראל, פ"ד סז(1) 177 (2013)) – אמורים גם ביחס לרשויות השלטון האחרות, לרבות הרשות השופטת (ראו: בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006)).

338. כאשר קבע בית המשפט הנכבד בעבר כי נתונה לו סמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, הדבר נעשה מכוח חוק-יסוד שקבע מהם התנאים שעל חקיקה רגילה לעמוד בהם, ונקבע שחוק זה הסמיך במשתמע את בית המשפט הנכבד לבחון את התקיימותם של תנאים אלו (ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל, פ"ד מט(4) 221

⁴² הכנסת סבורה שיש מקום לעמדתה המסורתית גם לאחר פסקי הדין **בעניין המרכז האקדמי, בעניין שפיר ובעניין ממשלת החילופים**, שבהם אימצו מרבית שופטי בית המשפט הנכבד את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת וקבעו כי אי-אימוצה של דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי כפוף לחריג צו ומצומצם המתייחס לפגיעה בגרעין זהותה היהודית או הדמוקרטית של המדינה. הסיבות לכך הן שלוש: **ראשית** – דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת יושמה עד היום בפועל כלפי חוקי יסוד שהם הוראת שעה בלבד, שכותרתם וצורתם החיצונית הן אינדיקציות לקושי שבשילובם כחלק מחוקה קבועה ויציבה. עמדתה העקרונית של הכנסת שרירה וקיימת כלפי חוקי יסוד שאינם הוראת שעה. **שנית** – בפועל, מעולם לא בוטל חוק יסוד במדינת ישראל ופסקי הדין האמורים נמנעו ממתן צו שכזה. על כן, "יש להסתפק אפוא אם נכון לכנותם 'הלכה פסוקה', קרי, כזו המיוסדת על תשתית קונקרטית ומסכת עובדתית נתונה" (דברי כב' השופט סולברג בפסק הדין **בעניין ממשלת החילופים**). **שלישית** – בהתאם לסעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה, בית המשפט הנכבד אינו כפוף לתקדימו שלו, ובפסיקה עתידית ייתכן להסתמך על דעות מיעוט בפסקי הדין האמורים (ראו פסקה 167 לפסק דינו (בדעת יחיד) של כב' המשנה לנשיאה מלצר בעניין **ממשלת החילופים**). שיקול זה אמור במיוחד כאשר בית המשפט הנכבד מתכנס לראשונה בהרכב מורכב של חמישה עשר שופטים, כדברי המשנה (מסכת עדיות, פרק א, משנה ה): "וְלָמָּה מְזַכְּרִין דְּבָרֵי הַתְּחִיד בֵּין הַמְּרַבֵּין, הוֹאִיל [=והרי] וְאֵין הִלְכָּה אֶלָּא כְּדְבָרֵי הַמְּרַבֵּין! שְׂאֵם יִרְאֶה בֵּית דִּין אֶת דְּבָרֵי הַתְּחִיד וְיִסְמָךְ עָלָיו, שְׂאֵין בֵּית דִּין יְכוֹל לְבַטֵּל דְּבָרֵי בֵּית דִּין חֲבֵרוֹ עַד שִׁיְהִיָּה גְדוֹל מִמֶּנּוּ בְּחֻמְהָ וּבְמִנְיָו".

(1995); להלן: **עניין בנק המזרחי**). בהיעדר הסמכה שכזו בחוק או בחוק יסוד, ובהיעדר הוראות על-חוקתיות המגבילות את הרשות המכוננת בכינון חוקי יסוד, שניתן לפרשן כמסמיכות את בית המשפט הנכבד לערוך ביקורת שיפוטית לחוקי יסוד, עמדתה המסורתית של הכנסת היא כי אין מקום לעריכת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.

339. הדברים שנאמרו יפים לכל מקרה שבו מתבקש בית המשפט הנכבד לערוך ביקורת שיפוטית על חוק-יסוד, אך הם יפים שבעתיים למקרים שבהם הביקורת השיפוטית המבוקשת נשענת על דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי. בית המשפט הנכבד פסק בעבר כי הוא מוסמך לבחון טענה כי בכינונו של חוק-יסוד נפל פגם פרוצדורלי מובהק – לדוגמה: סעיף מסוים תוקן ללא הרוב הדרוש לתיקונו (ראו: בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מב(4) 868 (1989); ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נז(3) 793 (2003); **עניין חוק ההדחה**). בפסק הדין **בעניין שפיר**, ביסס בית המשפט הנכבד את סמכותו לבחון אם נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת על כך ש"משימת זיהויה של נורמה כנורמה משפטית במדרג נורמטיבי מסוים, לרבות המדרג החוקתי, מצויה בליבת תפקידו של בית המשפט" (**עניין שפיר**). כוחם של נימוקים אלה אינו יפה ביחס לדוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי, שאינו מבוסס על זיהוי פגם פרוצדורלי או על זיהוי מעמדה של הנורמה.

340. ואכן, ביחס להלכה לפיה הרשות המכוננת אינה מוסמכת לשלול את מאפייני הזהות הגרעיניים המינימליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית, נפסק **בעניין חוק הלאום** כי "שאלה נפרדת היא השאלה אם בית משפט זה מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד בהינתן המגבלות האמורות החלות על סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת". כפי שציין בית המשפט הנכבד, "המסקנה לפיה הכנסת כרשות מכוננת איננה 'כל יכולה' וחלות עליה מגבלות מסוימות מצומצמות בהיקפן, אינה מלמדת בהכרח כי יש בכך כדי לשמש בסיס לביקורת שיפוטית על-ידי בית המשפט". **בהתאם לכך בית המשפט הותיר את סוגיית סמכותו לבקר את חוקי היסוד על סמך תוכנם ב'צריך עיון'**. קביעה זו נסמכה בין השאר על עמדת ועדת ונציה – גוף מייעץ של מועצת אירופה בנושאים חוקתיים – משנת 2010, שקבעה שיש להבחין בין שאלת קיומם של ערכים על-חוקתיים שהחוקה אינה רשאית לסתור אותם, לבין שאלת היכולת לאכוף עיקרון זה. דומה שקושי זה מתעצם כאשר הביקורת השיפוטית מתייחסת לחוק-יסוד שנועד להגביל את סמכותו של בית המשפט הנכבד עצמו. גם אם קיימות מגבלות מסוימות על כוחה של הרשות המכוננת, הכנסת סבורה כי אין מקום לכך שביט המשפט יקבע לראשונה ובאופן תקדימי כי הפיקוח על העמידה במגבלות אלה נתון בידי בית המשפט הנכבד בהיעדר הסמכה לכך בחוק או בחוק-יסוד.

341. אילו זכינו, הייתה הכנסת מתכנסת לאספה חגיגית מיוחדת, מתקנת בהרכב מלא ופה אחד את חוק-יסוד: השפיטה, וקובעת בו במפורש אם יש לבית המשפט הנכבד סמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, ואם כן – מהן עילות הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד ומהו ההליך שבו ביקורת זו מתבצעת. משלא זכינו למעמד נשגב זה, יש טעם להזכיר כי **בהצעות ובתזכירים של חוק-יסוד: החקיקה שהוצעו בעבר על-ידי הממשלה ועל-ידי ועדת החוקה של הכנסת, לא הוצע להסמיך את בית המשפט הנכבד לערוך ביקורת**

שיפוטית על חוקי יסוד, אלא לכל היותר בשל פגם בהליך קבלתו בלבד (זאת, לצד קביעת

הליך מיוחד לאישורו של חוק יסוד)⁴³.

342. בהקשר זה עלתה הטענה כי סמכותו של בית המשפט הנכבד לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד משתמעת מהוראת סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה. לעמדת הכנסת דין טענה זו להידחות. קיים קושי בכך שסעיף בחוק-היסוד מסמיך רשות שלטונית לערוך ביקורת שיפוטית על חוק-יסוד אחר, שמעמדו הנורמטיבי זהה. גוף הפועל מכוח חוק יסוד אחד אינו יכול להחליט על בטלותו של חוק יסוד אחר, שמא תתעורר כלפיו השאלה: "מאי חזית דדמא דידך סומק טפיי" [=מהיכן לך שדמך סמוק יותר] (תלמוד בבלי, מסכת יומא, דף פב, עמוד ב). כפי שקבע כב' השופט סולברג, בדעת מיעוט, בפסק דינו **בעניין שפיר**, "אם נשיג את גבולה של הרשות המכוננת, ונקיים – ללא הסמכה מפורשת – ביקורת שיפוטית על החלטותיה, הדבר עשוי להתפרש כשימוש שלא לטובה בסמכות הביקורת השיפוטית, אשר כל קיומה, בהסמכה המשתמעת שהעניק לנו המכונן-המחוקק בגדרי חוקי-היסוד". עמדה זו אמורה ביתר שאת כלפי חוק היסוד המתקן מושא העתירה דנן, שהרי סעיף 15(ד) לחוק היסוד, כפי שנקבע בחוק היסוד המתקן, נועד לצמצם את סמכות בית המשפט הנכבד הקבועה בסעיף 15(ג) לאותו חוק יסוד. משעה שסעיף זה כונן – שניהם בדיבור אחד נאמרו: ההסמכה שבסעיף 15 לחוק היסוד וצמצומה שבסעיף 15(ד) לאותו חוק יסוד. לא ניתן להישען על סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה כבסיס לעריכת ביקורת שיפוטית על סעיף-קטן (1ד) של סעיף זה עצמו, המהווה גם בסיס לסמכות הביקורת השיפוטית הקבועה באותו סעיף.

2.ט. עריכת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד שומטת את הבסיס של המהפכה החוקתית

343. המהפכה החוקתית, שראשיתה בכינון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק ובפסק הדין **בעניין בנק המזרחי**, ושעיקרה מיסוד הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית, נשענת על מעמדם העליון של חוקי היסוד. עובר לפסק הדין **בעניין בנק המזרחי**, ניתן היה לתהות כיצד יכולה הכנסת לכבול ידי עצמה ולמנוע מכנסת אחרת לחוקק חוק שיפגע בזכויות המעוגנות בחוקי היסוד. בפסק הדין **בעניין בנק המזרחי** קבע בית המשפט הנכבד שהדבר אפשרי, נוכח מעמדה העליון של הרשות המכוננת, אשר ניתנה לה הסמכות

⁴³ בהצעת חוק-יסוד: החקיקה משנת 1975 (ה"ח 1221, 7.12.1975) הוצע לקבוע כי "כנגד חוק המתקן חוק-יסוד אפשרית טענה אחת בלבד: שהתיקון לא התקבל ברוב הדרוש" (מתוך דברי ההסבר). הוראה דומה נכללה גם בדברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: החקיקה משנת 1978 (ה"ח 1364, 1.8.1978) וכן בדברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: החקיקה משנת 1992 (ה"ח 2100, 13.1.1992). בהצעת חוק-יסוד: החקיקה משנת 1993 (ה"ח 2167, 15.3.1993) לא נזכרה כלל סמכות בית המשפט לבטל חוקים או חוקי יסוד, וכך גם בהצעות חוק-יסוד: החקיקה שהוצעו על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט (ה"ח הכנסת 2864, 27.3.00; ה"ח הכנסת 2988, 5.3.01). בתזכירי חוק-יסוד: החקיקה מטעם הממשלה מיום 15.11.06 ומיום 5.4.12 הוצע להסמיך את בית המשפט הנכבד לבקר חוק-יסוד רק בשל טענות הנוגעות ל"תוקפו של חוק-יסוד בשל פגם בהליך קבלתו"; ובתזכיר מיום 19.12.17 נקבע במפורש: "לא יקבע בית המשפט העליון... כי חוק יסוד אינו תקף זולת אם הליך חקיקתו סטה מההוראות הקבועות בחוק יסוד" (ראו באתר התזכירים הממשלתי – <https://did.li/BGZ-5658-23-Tazkirim>).

החריגה להגביל את הרשות המחוקקת ולקבוע לה גבולות וסייגים, והוסיף וקבע שהסמכות לבחון אם חוק 'רגיל' סותר חוק יסוד נתונה בידי מערכת בתי המשפט:

"ביסוד הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק עומד עקרון 'שלטון החוק' או, נכון יותר, שלטון החוקה או המשפט... תפקידו המרכזי של בית משפט בחברה דמוקרטית הוא – התפקיד לשמור על שלטון החוק. משמעות הדבר הינה, בין השאר, שעליו להשליט את החוק ברשויות השלטון ועליו להבטיח כי השלטון פועל כחוק'... כאשר בשיטת משפט נתונה מצויה חוקה, מחייב 'שלטון החוק' שמירה על שלטונה של החוקה. אכן, הכנסת, תוך שימוש בסמכותה המכוננת, העניקה למדינה חוקי-יסוד. אלו הן נורמות עליונות במדרג הנורמאטיבי. כדי לקיים את דברה זה של הכנסת יש לבטל דבר חקיקה רגיל הסותר חוק-יסוד, בדומה לבטלתה של תקנה הסותרת חוק.... אכן, בהכרזה על בטלותו של חוק שאינו מקיים את דרישותיו של חוק היסוד, מגשים בית המשפט את חוק היסוד. הלגיטימיות של החוקה ושל חוק היסוד מעניקים את הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק... הנה כי כן, ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק היא נשמתה של החוקה עצמה. טול מהחוקה את הביקורת השיפוטית ונטלת ממנה את חיותה. עליונות חוקתית ראוי לה, אפוא, שתגרור ביקורת שיפוטית".

344. פסק הדין בעניין **בנק המזרחי**, שבו הוכרה סמכותו של בית המשפט הנכבד להעביר ביקורת שיפוטית על תוקפו של חוק, מבוסס אפוא על ההכרה במעמדה העליון של הרשות המכוננת. אלמלא הכרה זו, לא ניתן היה לבסס מבחינה עיונית את סמכותו של בית המשפט הנכבד לערוך ביקורת שיפוטית על חוקים 'רגילים'.⁴⁴ עריכת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד סודקת את הנחת המוצא הזו. כפי שקבע כב' השופט מינץ בחוות דעתו בעניין **ממשלת החילופים**, "הכרה בסמכותה המכוננת של הכנסת לחוקק חוקי יסוד טומנת בחובה מיניה וביה את ההנחה כי בית המשפט העליון מקבל עליו את מרותה של 'הרשות המכוננת'. עלינו לקבל מרות זו בהכנעה. הפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, בהיעדר עוגן לכך בחוק יסוד כלשהו, ובהיעדר 'הוראת נצחיות', יש בה אף משום סדיקת יסודותיה העמוקים של 'המהפכה [ה]חוקתית', ואף משום היפוך היוצרות".

345. ואכן, כאשר נדרש בית המשפט הנכבד לערוך ביקורת שיפוטית על חוקים שאינם חוקי יסוד, הוא התבסס על הוראות חוקי היסוד. עיון בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי** מעלה בבירור כי הבסיס החוקי לסמכותו של בית המשפט הנכבד להכריז על בטלות חוקים הוא הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. אלמלא הייתה הכנסת מעגנת זכויות יסוד מסוימות בחוקי היסוד הללו, ומסמיכה במשתמע את בית המשפט

⁴⁴ נזכיר בהקשר זה כי כאשר כב' הנשיא ברק נזקק לבעיית ה"Counter-Majoritarianism", שבבסיסה הקושי לקבל מצב שבו החוקה מגבילה את המחוקק ואינה מאפשרת לו – כנציג העם – להגשים את רצונו, הוא ציין: "די אם אומר שלשאלות אלה יש בישראל אופי תיאורטי גרידא. הרוב הפרלמנטרי בהווה יכול לשנות את רוב ההוראות של חוקי היסוד ברוב של חברי הכנסת. שום בעיה אמיתית של Counter-Majoritarianism אינה מתעוררת, ויש להצטער על כך שמחלוקת בעניין זה בשיטות משפט אחרות – שבהן השינויים בחוקה הינם קשים ולמעשה בלתי-אפשריים – מיובאים לישראל" (א' ברק, "המהפכה החוקתית – בת מצווה", **משפט ועסקים א** (התשס"ד) 3, 27). הכרה במגבלות על חוקי היסוד סותרת במידת מה דברים אלו.

הנכבד לבחון את התקיימות פסקת ההגבלה ביחס לחוקים הפוגעים בהן, לא ניתן היה לקיים ביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות יסוד. הווי אומר: אלמלא חוללה הכנסת 'מהפכה חוקתית' בכינון חוקי היסוד החדשים, לא ניתן היה לחולל את 'המהפכה החוקתית' השיפוטית, כפי שנעשתה בפסק הדין **בעניין בנק המזרחי**. על רקע זה מתחדד הקושי שבעתירות שלפנינו, שבהן מבקשים העותרים כי בית המשפט הנכבד ידלג על שלב החקיקה, יקבע בעצמו את עקרונות היסוד של מדינת ישראל ויכריז על סמכותו לבטל חוקי יסוד הסותרים אותם – וכל זאת ללא בסיס בחוק-יסוד כלשהו. כשם שבית המשפט הנכבד לא קבע שניתן לבטל חוק הסותר את חופש העיסוק בטרם כוננה הכנסת את חוק-יסוד: חופש העיסוק, כך אין מקום לביטול חוקי יסוד הסותרים עקרונות-על בטרם יקבע העם באמצעות נציגיו בכנסת מהם עקרונות-העל הללו ויסמך את בית המשפט הנכבד לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.

3.ט. קביעת מגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת פוגעת בעיקרון הדמוקרטי של ריבונות העם

346. במדינה דמוקרטית העם הוא הריבון, והוא מחליט על גורלו באמצעות חקיקת חוקים על-ידי חברי הכנסת המייצגים אותו. בפסק הדין **בעניין בנק המזרחי** הובהר כי סמכותה של הרשות המחוקקת מוגבלת במידת מה, שכן הרשות המכוננת – שאף היא מכהנת מכוח בחירתה על ידי העם – עליונה עליה. מעמדם הנורמטיבי של חוקי היסוד עולה אפוא על מעמדם הנורמטיבי של חוקים שאינם חוקי יסוד.

347. מהן המגבלות החלות על חוקי היסוד? מהם גבולות סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת? לשאלה זו לא ניתנה תשובה מפורשת או משתמעת בחוק או בחוק-יסוד, ואזרחי ישראל – באמצעות גוף שלטוני שנבחר על ידם – לא נתנו עליה דעתם.⁴⁵ במהלך השנים נעשו מאמצים רבים לכונן חוק-יסוד: החקיקה, שעשוי לקבוע מהם הנושאים שיכולים להיכלל בחוקי היסוד, מהי הדרך לכונן חוקי יסוד ולשנותם ומה היחס בין חוקי היסוד לבין חוקים שאינם חוקי יסוד. ניסיונות אלה כשלו, ולעת הזו אין הגבלה בחוק או בחוק-יסוד על סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת לכונן חוקי יסוד.

348. "הריבונות במדינה דמוקרטית היא של העם. הריבונות אינה של הכנסת, אינה של הממשלה ואינה של בתי-המשפט. הריבונות היא של העם. עליו מונח המבנה החברתי והמשפטי כולו. החוקה וחוקי היסוד,

⁴⁵ חריג צר ומצומצם לקביעה זו הוא מקרה תיאורטי שבו הרשות המכוננת תחרוג באופן ברור ומובהק מהכללים הפרוצדורליים שהיא עצמה קבעה – למשל: אם היא תבקש לשנות את סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת בלא הרוב הדרוש שנקבע באותו סעיף. עניינה של העתירה דן אינו נוגע לכך. כבר ציינו לעיל כי חריג צר ומצומצם נוסף לקביעה זו הוא מקרה תיאורטי שבו הרשות המכוננת תבקש לכונן הסדר השולל את הליבה היהודית או את הליבה הדמוקרטית של המשטר במדינת ישראל. כזכור, בפסק הדין **בעניין חוק הלאום** נקבע כי הרשות המכוננת אינה רשאית לעשות זאת. להלן נעסוק בטענת העותרים כי חוק היסוד המתקן מושא העתירה דן פוגע בליבה הדמוקרטית של המשטר במדינת ישראל, ונציין בקצרה כבר כאן, כי דין טענה זו להידחות.

ראשית צמיחתם מהעם והם נשענים על העם, והעם רשאי לשנותם" (עניין בנק המזרחי). בהיעדר קביעה של העם או של נציגיו בדבר עקרונות יסוד צורניים או מהותיים שחוקי היסוד אינם יכולים לסתור אותם, אין מקום לכך שבית המשפט הנכבד יקבע עקרונות כאלה.

349. בענייננו, כאמור, טענות העותרים מבוססות בעיקרן על דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי. נזכיר שוב אפוא כי הלכה פסוקה היא, כי אין מקום לאימוץ דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי בשלב הנוכחי של המפעל החוקתי של מדינת ישראל, ואין לערוך ביקורת שיפוטית מהותית על תוכנו של חוק יסוד, וזאת למעט חריג צר ומצומצם הנוגע לפגיעה בליבת היותה של המדינה יהודית ודמוקרטית. כך נקבע בפסק הדין בעניין חוק הלאום:

"13. טענתם המרכזית של העותרים היא, כאמור, שחוק יסוד: הלאום, ולמצער הוראות מסוימות בו, מנוגד לערכי יסוד של שיטתנו המשפטית. טענה זו משקפת את התפישה כי הרשות המכוננת אינה כל-יכולה וכי מוטלות עליה מגבלות מהותיות בעת שהיא מחוקקת חוקי יסוד. במספר לא מבוטל של שיטות משפט ברחבי העולם באה תפישה זו לידי ביטוי בדוקטרינה שזכתה לכינוי 'התיקון החוקתי שאינו חוקתי' (Unconstitutional Constitutional Amendment), אשר מכוחה מוטלות מגבלות על הסמכות לתיקון החוקה..."

בהקשר זה ניתן להצביע על שני מודלים עיקריים של הדוקטרינה. מודל אחד מבוסס על קיומן של 'פסקאות נצחיות' מפורשות בחוקה, אשר קובעות כי היבטים מסוימים של החוקה אינם ניתנים לתיקון או לשינוי... במודל השני נעשה שימוש בשיטות משפט שאין בחוקותיהן פסקאות נצחיות מפורשות, והוא מבוסס על הקביעה לפיה אין בכוחו של תיקון חוקתי לפגוע ב'מבנה הבסיסי' (basic structure) של החוקה, אשר נלמד מפרשנות הטקסט החוקתי בכללותו... 14. ואולם, בכל שיטות המשפט שנוכרו לעיל קיימת חוקה שלמה, ובהתאם, דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי – כשמה כן היא – מופעלת ביחס לסמכות תיקונה של חוקה כזו. במדינת ישראל, לעומת זאת, טרם הושלם תהליך כינון החוקה. אומנם, כבר בפסיקתו המוקדמת התייחס בית משפט זה לקיומם של עקרונות-על בשיטתנו, אך הוא נמנע מלקבוע כי ניתן לפסול מכוחם חקיקה או חוקי יסוד..."

15. בעשור האחרון נדונה סוגיית תחולתה של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי במשפט הישראלי באופן מפורש בשלוש פרשות מרכזיות... בשלוש הפרשות הללו הוחלט להשאיר בצריך עיון את שאלת תחולתה של הדוקטרינה בישראל, ונקבע כי המקרים שנדונו בהם ממילא אינם עולים כדי אותה פגיעה חמורה בעקרונות היסוד של השיטה... בעניין חוק ההדחה ציינתי עוד כי 'לעת הזו, ובהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי כמשימה שטרם הושלמה, ובפרט משלא נקבעו עד כה ההליכים לכינון ולתיקון של חוקי-יסוד, יש בעייתיות לא מבוטלת באימוץ דוקטרינה מקיפה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי דוגמת הדוקטרינות הנוהגות במשפט המשווה' (שם, בפסקה 25 לחוות דעתי).

מדעתי זו לא שינתה ואני אכן סבורה כי בעקרון, שאלת אימוצה של דוקטרינה מקיפה לבחינת חוקתיותם של תיקונים לחוקה, מן הראוי שתוכרע עם השלמת מפעל חוקי היסוד לכדי חוקה מלאה. כרי, אפוא, כי אותן דוקטרינות במשפט המשווה שעליהן עמדתי לעיל אינן ניתנות ליישום כמות שהן בשיטתנו. עם זאת,

משמעות הדבר אינה בהכרח כי בהיעדר דוקטרינה מקיפה כזו, סמכויותיה של הרשות המכוננת בישראל הן בלתי-מוגבלות...
לגישתי, בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי קיימת מגבלה אחת, צרה ביותר, החלה על הכנסת בכובעה כרשות מכוננת והיא כי אין ביכולתה לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית..."
(ההדגשה נוספה ע"י הח"מ)

350. ואכן, ההצדקה התיאורטית שהוצעה בספרות המשפטית לדוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי, במדינות שהחוקה שלהן אינה כוללת פסקאות נצחיות מפורשות, נשענת על 'דוקטרינת המבנה הבסיסי' שאומצה על ידי בית המשפט החוקתי בהודו. על פי דוקטרינה זו, נטען כי ניתן לחלץ את עקרונות היסוד של המדינה באמצעות פרשנות של הטקסט החוקתי עצמו, וכי החוקה אינה יכולה לסתור עקרונות יסוד אלו. דוקטרינה זו אומצה על ידי מדינות ספורות בעולם, אך נדחתה על ידי מרבית המדינות שחוקתן אינה כוללת פסקאות נצחיות (ובראשן ארצות הברית).⁴⁶ כפי שנפסק ב**עניין חוק הלאום**, טרם השלמת כינונה של חוקה למדינת ישראל לא ניתן לזהות את 'המבנה הבסיסי' שלה (למעט היותה יהודית ודמוקרטית), שכן 'מבנה בסיסי' זה משתנה ככל שהחוקה עצמה משתנה. טרם השלמת כינון החוקה לא ניתן גם להבחין בין 'סמכות ראשונית' לכונן חוקה לבין 'סמכות נגזרת' לשנותה, כפי שהוצע בספרות האקדמית,⁴⁷ שכן הרשות המכוננת עדיין לא פשטה מעליה את גלימת הסמכות הראשונית. המבנים התיאורטיים שהוצעו לביסוס דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי אינם מתאימים אפוא למדינת ישראל ולא ניתן לבסס עליהם ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.

351. מסיבה זו, כאמור, קבע בית המשפט הנכבד בפסק הדין **בעניין חוק הלאום**, ועוד קודם לכן בפסק הדין **בעניין חוק ההדחה**, כי בשלב הנוכחי של המפעל החוקתי בישראל – קרי, כל עוד אין בישראל חוקה שלמה – אין מקום לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד מכוח דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי (למעט החרג הצר והמצומצם שנזכר לעיל). הכנסת סבורה שאין מקום לסטות מהלכה פסוקה זו מן הטעמים שפורטו לעיל, וכי אין מקום ליישם את דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי בעתירה שבפנינו.

⁴⁶ המאמרים האקדמיים העוסקים בדוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי ובדוקטרינת המבנה הבסיסי הוזכרו בפסקי הדין **בעניין המרכז האקדמי, בעניין שפיר, בעניין חוק הלאום** וכן **בעניין ממשלת החילופים**. נזכיר רק את מאמריו של פרופ' יניב רוזנאי ואת ספרו המונומנטלי, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS (2017); את מאמריו של פרופ' אהרן ברק: "תיקון של חוקה שאינו חוקתי", בתוך: דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בד (עורכים), **ספר גבריאל בד**, 361 (=אהרן ברק, **מבחר כתבים ג – עיונים חוקתיים** (2017), 143); "הכנסת כרשות מכוננת ושאלת התיקון החוקתי שאינו חוקתי", <https://did.li/BGZ-5658-23-BARAK> (להלן: **ברק, הכנסת**); וכן את סקירת המשפט המשווה שפורסמה על-ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת: גלעד קרן, "סמכויות בתי המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על נורמות חוקתיות" (19.11.20).

⁴⁷ ראו: קלוד קליין "בעקבות פסק הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית המשפט העליון" **משפטים כח** 341 (1997); אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי היסוד", בתוך: א' ברק, ח' ברנזון (עורכים), **ספר ברנזון – כרך שני** 119; **ברק, הכנסת**.

352. פסיקת בית המשפט הנכבד **בעניין חוק הלאום**, לפיה אין מקום ליישום דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי בשלב הנוכחי של המפעל החוקתי במדינת ישראל, למעט מקרים קיצוניים ונדירים הנוגעים לעצם זהותה של המדינה כיהודית ודמוקרטית, משקפת את הקושי הטמון בכך שעקרונות היסוד המהותיים של המשטר בישראל, שנציגי העם נמנעו מלהגדירם, ייקבעו בדרך שיפוטית. אין חולק על כך שקביעת עקרונות היסוד של מדינת ישראל שיוכרו כבעלי מעמד נורמטיבי גבוה מחוק היסוד הם התחום הרגיש ביותר והפגיע ביותר של השסעים החוצים את החברה הישראלית. העובדה שטרם כוננה חוקה שלמה ומלאה למדינת ישראל נובעת בחלקה מהמחלוקת האידיאולוגית והערכית החריפה על ערכי היסוד של המדינה, שהמקום הראוי להכריע בה הוא מליאת הכנסת, כבית נבחר העם. כאשר בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע סייגים לרשות המכוננת – הוא נדרש למעשה לכתוב פרקים בחוק-יסוד: החקיקה, שמעולם לא נחקק, ולהכריע בשאלות היסוד המלוות את החברה בישראל מאז הקמת המדינה, שהכנסת בחרה במתכוון להותיר את ההכרעה בהן למועד לא ידוע במסגרת 'פשרת הררי'. אם בית המשפט הנכבד יקבע בדרך של פרשנות את עקרונות היסוד שעל בסיסם תיערך ביקורת שיפוטית לחוקי היסוד, תהיה בכך פגיעה בהפרדה שבית המשפט הנכבד אמון עליה, בין ההיבט המשפטי לבין ההיבט האידיאולוגי והפוליטי של שאלות הנתונות במחלוקת ציבורית.

353. ישאל השואל: הייתכן שיינתן לכנסת, בכובעה כרשות מכוננת, כוח מוחלט? אם דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי לא תאומץ, מה ימנע מהכנסת לכונן חוק יסוד השולל זכויות יסוד מקבוצות מיעוט או הזונח את אופייה היהודי של המדינה? התשובה לשאלה זו היא שכוחה של הכנסת בא לה מהציבור שבחר בה, ויותר מכל רשות אחרת היא רגישה לדעת הקהל. עקרונות היסוד של מדינת ישראל וזהותה כמדינה יהודית ודמוקרטית יקרים לרשות המכוננת כשם שהם יקרים לעם. בדומה לרשויות האחרות, אף הכנסת – הן בכובעה כרשות מכוננת, הן בכובעה כרשות מחוקקת – נהנית מחזקה לפיה היא תגדור עצמה בגבולות סמכויותיה ולא תפעל לזעזע את עקרונות היסוד התשתיתיים של מדינת ישראל. ואם חלילה תכונן הכנסת חוקי יסוד שיפגעו פגיעה אנושה בציפור הנפש של הדמוקרטיה בישראל, חזקה על הריבון – העם – שיתקומם נגדה בדרכים חוקיות ויביא ביום הבוחר להחלפת חבריה. לפיכך, הקביעה "בהיעדר דיין אין דין" אינה מדויקת בכל הנוגע לכנסת.

354. לסיכום – עמדתה המסורתית של הכנסת היא כי אין מקום לעריכת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. עמדה זו נסמכת על עקרון החוקיות, נוכח היעדר הסמכה לבית המשפט הנכבד בחוק או בחוק-יסוד לעריכת ביקורת שכזו; על עקרונות המשפט החוקתי הישראלי, כפי שעוצבו בעבר על ידי בית המשפט הנכבד, שנמנע מעריכת ביקורת שיפוטית על חוקים 'רגילים' כל עוד לא הסמיכה אותו הכנסת לכך בכינון חוקי היסוד הכוללים פסקת הגבלה; ועל העיקרון הדמוקרטי של ריבונות העם, המחייב כי עקרונות היסוד של מדינת ישראל ייקבעו על ידי נציגי העם בלבד.

י. סיכום

355. מושכלות יסוד הן, כי רשות מינהלית חייבת לפעול בסבירות – קרי, לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים ולתת לכל אחד מהם את המשקל המתאים בהתאם לנסיבות. חובת הסבירות מוטלת על הממשלה ושריה כפי שהיא מוטלת על כל רשות מינהלית אחרת, וחוק היסוד המתקן אינו מבקש לשחרר את הממשלה מקיומה.

356. **מחובת הסבירות** נגזרת **עילת הסבירות** – העילה המשמשת את בתי המשפט לקיום ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות בלתי-סבירות. בפסק הדין **בעניין דפי זהב** (ואולי עוד קודם לכן) הורחבה עילת הסבירות השיפוטית, היא הוכרה כעילת ביקורת עצמאית, והמבחן המשמש בה הורחב ממבחן של 'מופרכות' למבחן 'איזוני'. על הרחבה זו נמתחה ביקורת בידי גורמים שונים – הן בפסיקה, הן בכתובה המשפטית והן בשיח הציבורי, אולם דמותה הרחבה של עילת הסבירות קנתה לה אחיזה בפסיקת בית המשפט הנכבד, וברבות השנים היא שימשה את בתי המשפט בתחומים רבים ומגוונים לפסילת החלטות מינהליות שנמצאו בלתי-סבירות באופן קיצוני.

357. חוק היסוד המתקן נועד לצמצם את השימוש בעילת הסבירות, ולהגביל את בתי המשפט מעשיית שימוש בעילה זו ביחס לנבחרי הציבור המכהנים ברשויות המינהליות הבכירות ביותר – הממשלה, ראש הממשלה ושרי הממשלה. ברקע חוק היסוד המתקן עומדת הביקורת האמורה על עילת הסבירות, אשר המבקרים ביססו אותה על עמימותה, על רמת ההפשטה הגבוהה שלה, על חוסר הוודאות שהיא מביאה עמה, על היעדר המומחיות היחסי של בתי המשפט בבחינת סבירותן של החלטות מקצועיות ואידיאולוגיות, ועל היתרון הדמוקרטי של קבלת החלטות כאלה על ידי נבחרי ציבור.

358. הכנסת סבורה כי דין העתירות להידחות על הסף מחמת חוסר בשלות, שכן לעת הזו טרם התגבשה התשתית העובדתית והמשפטית המאפשרת את בחינת השלכותיו של חוק היסוד המתקן. **במובן אחד** – עוצמת פגיעתו של חוק היסוד המתקן תלויה בפרשנותו על ידי בתי המשפט ובאופן שבו ישכילו לפתח עילות שיחליפו את עילת הסבירות בקיום ביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה ושריה. **במובן שני** – חוק היסוד המתקן עשוי להשפיע על החלטות הממשלה והשרים, שייאלצו כעת לשאת במלוא האחריות הציבורית לסבירות החלטותיהם. **ובמובן שלישי** – הכנסת לא שמטה מידיה את תפקידה לפקח על עבודת הממשלה, והיקף השלכותיו של חוק היסוד המתקן תלוי בין השאר בדרך שבה תפעל הכנסת בעקבות כינונו. בהקשר זה ציינו כי אין לזלזל בפיקוח הכנסת על עבודת הממשלה, ואף שהכנסת אינה יכולה לבטל החלטות ממשלה, יש בידיה כלים פרלמנטריים שהיא יכולה לעשות בהם שימוש. נוכח עמימות התשתית העובדתית והמשפטית, אין מקום לעשות שימוש ב'נשק יום הדין' של ביטול חוק יסוד בהתבסס על ספקות והערכות.

359. פירטנו באריכות את הליכי הכינון של חוק היסוד המתקן, שכללו דיונים ארוכים בוועדת החוקה שבהם השתתפו בצורה פעילה וערה חברי כנסת רבים וכן נציגי הייעוץ המשפטי

לכנסת, שליוו באופן מתוגבר את ההליך, וגורמים רבים ומגוונים ממערך הייעוץ המשפטי לממשלה, מהאקדמיה, מהמגזר השלישי ומהציבור הרחב. עמדנו לעיל על כך שחברי הוועדה מקרב סיעות האופוזיציה ביטאו התנגדות עזה לנוסח הצעת חוק היסוד המתקן ולאופן ניהול הדיונים וכן להליך כינונו. אף אם לעמדת היועצת המשפטית לכנסת, שדוגלת בהליך חקיקה ראוי ביחס לכל הצעות החוק (ממשלתיות, פרטיות והצעות מטעם ועדה), הליך הכינון לא היה מיטבי, ומוטב אילו חוק היסוד המתקן היה כולל תיקונים שיתנו מענה לחלק מהשאלות שהתעוררו בדיונים אלה, הליך כינונו של חוק היסוד המתקן היה תקין וודאי שלא נפל בו פגם מן הסוג שעשוי להביא לפסילת חקיקה ראשית בהתאם לעקרונות שנקבעו בפסקי הדין המנחים **בעניין מגדלי העופות ובעניין קוונטינסקי**.

360. עמדתה המסורתית של הכנסת היא כי אין מקום לעריכת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ועמדנו על הטעמים שבבסיס עמדה זו. ללא קשר לעמדה זו – אין בחוק היסוד המתקן פגם מן הסוג שעשוי להביא לפסילתו בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד.

361. כינונו של חוק היסוד המתקן לא נעשה תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת. חוק היסוד המתקן הוא כללי, יציב ומופשט, ומתאים למארג החוקתי הקיים. מעבר לכך, דומה שלא ניתן לצמצם את הוראת סעיפים 15(ג) ו-15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה אלא בחוק-יסוד בלבד, ועל כן קיים צידוק של ממש לכינונו של חוק היסוד המתקן דווקא כחוק יסוד. חוק היסוד המתקן גם אינו 'פולש' לתחום סמכויותיה של רשות אחרת, שכן קביעת חלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון השונות היא תפקיד מובהק של הרשות המכוננת. חוק היסוד המתקן אכן אינו מסדיר באופן מקיף וכולל את החובות המוטלות על רשויות המינהל ואת סדרי הביקורת השיפוטית על החלטותיהן, אולם הוא אינו מתיימר לעשות כן. חוק היסוד המתקן אינו חריג בכך שהוא מתקן תיקון חוקתי מצומצם, תחום וספציפי ואינו קובע הסדר כולל ביחס לעקרונות המשפט המינהלי. בכך, הוא צועד בדרך שעיצבה את האופן שבו כוננו כל חוקי היסוד בעבר, ואין מקום לפסול את חוק היסוד המתקן בשל העובדה שהוא כולל סעיף-קטן אחד בלבד.

362. כפי שהרחבנו לעיל, גם אם יש יתרון לחקיקה הצופה פני עתיד, כינונו של חוק היסוד המתקן בתחולה מיידית אינו מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. כינונו של חוק יסוד זה גם אינו לוקה בניגוד עניינים מוסדי, שכן ריבוי הכובעים על ראשה של הכנסת, והעובדה שהממשלה אינה יכולה לתפקד ללא אמונה, הם ליבת המבנה המשטרי של מדינת ישראל. הטענה שהכנסת מנועה מלכוון חוקי יסוד הקשורים לעבודת הממשלה מחמת הרוב הטבעי שיש לקואליציה במליאתה – שומטת את הבסיס מתחת למבנה החוקתי של המדינה ומתחת לחוקי היסוד הקיימים.

363. בחינה זהירה של חוק היסוד המתקן מביאה למסקנה כי השפעתו מסויגת. גם לאחר ביטול עילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה ושריה – פרשנות מצמצמת של חוק היסוד המתקן, לצד פרשנות מרחיבה של חוקים אחרים ושל עילות אחרות של ביקורת שיפוטית, עשויות למלא את רוב החלל שמותיר חוק היסוד המתקן ולאפשר ביקורת שיפוטית

אפקטיבית על החלטות הממשלה והשרים. למותר לציין בהקשר זה, כי פרשנות מצמצמת עדיפה תמיד על ביטול, ואין מקום לביטולו של חוק (ואין צריך לומר – חוק-יסוד) אם קיימת דרך פרשנית שיכולה לצמצם את פגיעתו.

364. ולבסוף – חוק היסוד המתקן אינו פוגע בליבת זהותה היהודית או הדמוקרטית של מדינת ישראל. סמכותו של בית המשפט הנכבד לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד הפוגעת בגרעין הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל צריכה להיות מופעלת בהתאם לאמות מידה זהות לאלה ששימשו את בית המשפט הנכבד עצמו בפרשנות סעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת. כשם שהשיח על גבולות עילת הסבירות הוא שיח לגיטימי, וכשם שלא היה מקום לפסול מהתמודדות בבחירות מפלגה התומכת בביטול עילת הסבירות השיפוטית על החלטות הממשלה ושריה ובהותרת סבירות החלטותיהם למבחן הציבור, כך גם אין מקום לביטול חוק-יסוד המיישם הצעה זו.

365. בהתאם לסעיף 17(ג1) לחוק הכנסת, הביאה הכנסת בפני בית המשפט הנכבד את הטענות לתוקפו של חוק היסוד המתקן. בית המשפט הנכבד מתבקש אפוא לאמצן ולדחות את העתירות.

היום, יום שישי כ"א באלול התשפ"ג (8/9/23)



יצחק ברט

ממונה (בפועל) על ייצוג הכנסת בערכאות