

העותרים:

1. טל אורון, ת.ז. 052702560
2. ד"ר שלה אורן, ת.ז. 011861234
3. ענבל אורפז, ת.ז. 300586898
4. פרופ' מיכאל אלדר, ת.ז. 006679138
5. אלה אלקלעי, ת.ז. 057892424
6. שמעון אקהויז, ת.ז. 041785638
7. יוסי אקרמן, ת.ז. 04167938
8. חיה ארז, ת.ז. 054867957
9. אברהם ביגר, ת.ז. 06668552
10. אסתר גבע, ת.ז. 006739338
11. יגאל גבע, ת.ז. 002435048
12. פרופ' יוסף גוטמן, ת.ז. 000186759
13. יניב גולן, ת.ז. 029422755
14. ד"ר אהוד גלר, ת.ז. 06079701
15. עמית גנסין, ת.ז. 039528287
16. מיכל גרא מרגליות, ת.ז. 064976111
17. אהוד גרי, ת.ז. 024583379
18. פרופ' משה הדני, ת.ז. 001064831
19. רוני זהבי, ת.ז. 055505465
20. חיים זלצר, ת.ז. 051362846
21. רוני חפץ, ת.ז. 052236080
22. ד"ר אפרת טולקובסקי, ת.ז. 059275820
23. גיא טיטונוביץ', ת.ז. 037062809
24. יעל כהן פראן, ת.ז. 025700717
25. ברכה ליטבק, ת.ז. 053554945
26. פארי מאטט, ת.ז. 031203052
27. דב מורן, ת.ז. 053397238
28. ישא מליץ, ת.ז. 030009377
29. יואב ניסן-כהן, ת.ז. 050660281
30. ענת סדובסקי, ת.ז. 054087580
31. שלמה סדובסקי, ת.ז. 054030242
32. ד"ר אילן סמיש, ת.ז. 025022757
33. חן פוקס, ת.ז. 039934641
34. נילי צור, ת.ז. 022864615
35. פרופ' אביעד קליינברג, ת.ז. 054955356
36. אור קרבקי, ת.ז. 201299849
37. עמוס פורגס, ת.ז. 052338787
38. אלה פורגס, ת.ז. 066078999
39. פרופ' פרנסס רדאי, ת.ז. 012080156
40. חנה רדן, ת.ז. 055990519

41. **מרדכי רוזן**, ת.ז. 057093635

42. **טל רוסו**, ת.ז. 056046295

43. **ישראל (רליק) שפיר**, ת.ז. 51396091

44. **סתיו שפיר**, ת.ז. 036766723

כולם על-ידי באי-כוחם עוה"ד חגי קלעי (מ.ר. 63335) ו/או אוהד רוזן  
(מ.ר. 67656) ו/או עידן סגר (מ.ר. 86433)  
שכתובתם להמצאת כתבי בי דין  
ברחוב מזא"ה 22א, תל אביב-יפו  
טלפון: 03-9070770; פקס: 03-9070771

(להלן: "העותרים")

### נ ג ד

#### המשיבים:

1. **ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת**

2. **יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט**

3. **הכנסת**

על-ידי הייעוץ המשפטי לכנסת  
הלשכה המשפטית, כנסת ישראל  
טלפון: 02-6408636; פקס: 02-6753495

4. **היועצת המשפטית לממשלה**

5. **ממשלת ישראל**

על-ידי פרקליטות המדינה,  
מחלקת הבג"צים, משרד המשפטים  
רחוב צלאח א-דין 29, ירושלים 91181  
טלפון: 02-6466588; פקס: 02-6467011

(להלן: "המשיבים")

## עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו **צו על-תנאי** המופנה אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם מדוע לא יינתנו צווים שעל פיהם:

א. יוצהר כי חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (להלן: "השינוי בחוק היסוד"), "חוק ביטול עילת אי-הסבירות" או "החוק" – לא התקבל כדין על ידי הכנסת, ולא נקלט בספר החוקים, מהטעם שלא אושר בארבע קריאות.

ובתוך כך, יוצהר כי החלטת המשיבה 1, ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן: "ועדת החוקה" או "הוועדה") מיום 4.7.2023 להביא מטעמה את חוק ביטול עילת אי-הסבירות להצבעה במליאה בקריאה ראשונה נתקבלה בניגוד לתקנון הכנסת, ואין נפקות להצבעות שהתקיימו במליאה בהמשך להחלטה זו.

ב. ייקבע כי התקיימו פגמים מהותיים בהליך ההכנה של הצעת חוק ביטול עילת אי-הסבירות, היורדים לשורשו של עניין, בפרט בשים לב למורכבות החקיקה והשלכותיה על שיטת המשטר – ומכאן שחוק ביטול עילת אי-הסבירות בטל;

- ג. ייקבע כי הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת בחקיקת חוק ביטול עילת אי-הסבירות, וכי חוק זה אינו עומד במבחנים לזיהויו כחוק יסוד, ומכאן שדינו בטלות;
- ד. לחלופין, ייקבע, כי בשל השימוש לרעה בסמכות המכוננת, יש לראות בחוק כחקיקה רגילה הבטלה מחמת אי-חוקיותה;
- ה. לחלופי חלופין, ייקבע כי השינוי בחוק היסוד נעשה תוך חריגה מסמכותה המכוננת של הכנסת – ומכאן שהוא בטל;
- ו. למצער, ככל שלא יתקבלו יתר טענות העותרים, ייקבע כי בשל השימוש לרעה בסמכות המכוננת, יש לראות בחוק כבעל תחולה פרוספקטיבית, מן הכנסת הבאה בלבד;
- ז. בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן כל סעד אחר שימצא לצודק ונכון בנסיבות העניין.

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע את העתירה לדיון בהקדם האפשרי, ובשים לב לדחיפות העניין, ליתן **צו ביניים** (כמפורט בבקשה המוגשת בד בבד עם עתירה זו) וכן **צו על-תנאי טרם הדיון**, או לקבוע כי הדיון יתקיים כאילו ניתן צו על-תנאי.

כלל ההדגשות בעתירה ובבקשה המצורפת לה אינן מופיעות במקור, אלא מקום שבו נכתב אחרת.

## תוכן העניינים

5	<b>א. תמצית העתירה</b>	
9	<b>ב. הצדדים לעתירה</b>	
9	<b>ג. הרקע העובדתי-נורמטיבי הדרוש לעתירה</b>	
9	ג(1). עילת אי-הסבירות – קווים לדמותה	
14	ג(2). הרקע להליך החקיקה	
21	<b>ד. הטיעון המשפטי</b>	
23	ד(1). חוק ביטול עילת אי-הסבירות לא אושר בארבע קריאות בכנסת – ומכאן שלא נכנס לתוקף	
23	ד(1)(א). ועדת החוקה אינה יכולה "לאמץ" הצעת חוק שלא יזמה והכינה	
28	ד(1)(ב). שיקולים זרים הובילו לנקיטת הליך פרוצדורלי שאינו תואם את הנוהג החוקתי	
29	ד(1)(ג). החוק בטל אף נוכח פגמים יסודיים בהליך החקיקה, היורדים לשורשו של עניין	
31	ד(2). השינוי בחוק היסוד אושר תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת וחריגה מגדריה	
31	ד(2)(א). הגדרת החוק כחוק יסוד מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת	
39	ד(2)(ב). חוק ביטול עילת אי-הסבירות אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה	
45	ד(2)(ג). חוק ביטול עילת אי-הסבירות הוא תיקון חוקתי שאינו חוקתי	
49	<b>ה. סוף דבר</b>	

## א. תמצית העתירה

1. חוק ביטול עילת אי-הסבירות, העומד במוקד העתירה, מבקש לבטל באופן גורף את יישומה של עילת אי-הסבירות על החלטות הדרג הנבחר. משמע, החוק מבקש לפטור את שרי ממשלת ישראל, **והממשלה ה-37 בפרט**, מחובתם להפעיל את הסמכויות שניתנו להם בחוק בסבירות, כחלק מחובת הנאמנות שלהם לציבור. שהרי **"באין דיין ייעלם אף הדין עימו"**, ובהעדרה של עילת אי-הסבירות, תיעלם גם עצם החובה לפעול בסבירות.
2. השינוי בחוק היסוד **שולל** מבית המשפט בשורה רחבה של מקרים כלי חיוני למניעת החלטות שרירותיות, לא מקצועיות ובלתי מאוזנות; החלטות המבוססות בעיקרן על שיקולים פוליטיים (ואף שיקולים זרים שאינם נראים לעין); החלטות הפוגעות באינטרס הציבורי – והכול על בסיס זהות מקבל החלטה.
3. השינוי בחוק היסוד עושה זאת מבלי להניח ערובה משפטית אחרת לקיום חובות הדרג הנבחר לפעול בסבירות; מבלי להבחין בין סוגים שונים של החלטות של הדרג הנבחר, אשר לא קיימת הצדקה דמוקרטית "לחסן" אותן מביקורת שיפוטית; מבלי לעגן את עצמאות שומרי הסף, הגם שעילת הביקורת השיפוטית המרכזית לבחינת פיטוריהם מתאינת; מבלי לקבוע שעילת אי-הסבירות תוסיף לחול על סמכויות "פקידותיות" אותן נטלו השרים מעובדי משרדם, או במהלך תקופת בחירות, בה מכהנת ממשלת מעבר.
4. כפי שיפורט להלן, **כמה דרכים שונות** מובילות למסקנה כי חוק ביטול עילת אי-הסבירות אינו יכול לעמוד, וכי בית המשפט הנכבד צריך להצהיר על היותו נעדר תוקף, או להורות על בטלותו.
5. **הדרך הקלה והפשוטה ביותר היא לפסוע בנתיב שמתווה תקנון הכנסת** (להלן גם: **"התקנון"**). תקנון הכנסת מחייב כי הצעת חוק פרטית תעבור בארבע קריאות. לאחר הקריאה הטרוםית, הסמכות נתונה לוועדת הכנסת לקבוע איזו מוועדות הכנסת תכין את הצעת החוק לקריאה ראשונה, שניה ושלישית. לעומת זאת, הצעת חוק מטעם ועדה מוועדות הכנסת והצעת חוק ממשלתית, יכולות להיות מובאות לקריאה ראשונה במליאה ללא צורך בקריאה טרוםית.
6. התקנון מגדיר מהי הצעת חוק מטעם ועדה, וקובע:
 

"(א) ועדת הכנסת, ועדת החוקה חוק ומשפט והוועדה לענייני ביקורת המדינה רשאיות **ליזום**, בתחומי ענייניהן לפי תקנון זה, הצעות חוק בנושאים אלה **ולחייבן** לקריאה הראשונה: חוקי יסוד, עניינים שמתחייבים מתיקון של חוק יסוד ומוצעים לצדו, הכנסת, חברי הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות, מימון מפלגות ומבקר המדינה.

(ב) **הכנינה** ועדה הצעת חוק לקריאה הראשונה, יורה מזכיר הכנסת על פרסומה ברשומות – הצעות חוק הכנסת, בצירוף דברי הסבר".
7. במקרה הנוכחי, לא יכול להיות ספק כי ועדת החוקה **לא יזמה** את חוק ביטול עילת אי-הסבירות, מהטעם הפשוט שאין כל החלטה של ועדת החוקה על ייזומו. בדומה, לא יכול להיות ספק שוועדת החוקה **לא הכינה** את חוק ביטול עילת אי-הסבירות, מהטעם הפשוט שנוסחיו של זה הוכנו על ידי חה"כ שמחה רוטמן, יו"ר ועדת החוקה (או על ידי גורם עלום מטעמו). ראייה לכך היא, שנוסח הצעת החוק שאושר על ידי ועדת החוקה לקריאה ראשונה במליאה, היה זהה לנוסח שהוכן על ידי חה"כ רוטמן והוצג לחברי ועדת החוקה ימים ספורים קודם לכן. חה"כ רוטמן השתמש אפוא לרעה בכוחו כיו"ר ועדת החוקה, על מנת לקבוע את סדר יומה ולהביא לדיון בה הצעת חוק פרטית, אותה **הוא** (או מי מטעמו) יזם **והוא** (או מי מטעמו) הכין.

8. הגדרתה של הצעת חוק פרטית – שהוכנה עבור יו"ר ועדת החוקה ללא סיוע גורמי המקצוע בוועדה זו, ואשר זהות מכיניה לא נחשפה לחבריה או אפילו אושררה על ידם בדיעבד – כהצעה מטעם ועדת החוקה, מנוגדת ללשון התקנון, כמו גם לתכליתו. קביעה כזו יוצרת אי-שוויון קיצוני בין יושבי ראש ועדות ליתר חברי הכנסת בכל הנוגע לפרוצדורת החקיקה הבסיסית.

9. **הצעת החוק לביטול עילת אי-הסבירות היא אפוא הצעת חוק פרטית לכל דבר ועניין. ככזו, תנאי בלעדיו אין לאישורה וכניסתה לתוקף, הוא קיומה של הצבעה עליה בקריאה טרומית. תנאי זה לא התקיים. הצבעה עליה בארבע קריאות בכנסת, כנדרש בקשר להצעות חוק פרטיות – לא אירעה; וחוק ביטול עילת אי-הסבירות מעולם לא נכנס מבחינה מהותית לספר החוקים הישראלי. ככל שמאן שהוא פרסם את חוק ביטול עילת אי-הסבירות כאילו זה מהווה חלק מדברי החקיקה בישראל, הגם שמעולם לא אושר בהתאם לתקנון הכנסת, הרי שהוא חרג מסמכותו, והפרסום חסר תוקף.**

10. לא זו אף זו; חוק ביטול עילת אי-הסבירות אינו עוסק באותם "נושאים" הקבועים בס' 80 לתקנון הכנסת, הנזכר לעיל ("חוקי יסוד, עניינים שמתחייבים מתיקון של חוק יסוד ומוצעים לצדו..."). כפי שיפורט, כלל ההסדרים העוסקים בעילות תביעה וסעדים נקבעו בחקיקה רגילה, ראשית או משנית. זאת, שכן עילות התביעה והסעדים אינם עקרונות חוקתיים בפני עצמם, אלא הסדרים חקיקתיים שנועדו להגשים את העקרונות החוקתיים של הפרדת הרשויות וזכות הגישה לערכאות. קרי, הוספת הכותרת "חוק יסוד" לחוק לביטול עילת הסבירות היא שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד", כאשר הנורמה המעוגנת בו, הנוגעת להסדרת עילת ביקורת שיפוטית ספציפית, מתאימה לחקיקה רגילה, וסותרת את מכלול המארג החוקתי הקיים. מכאן שאפילו הייתה ועדת החוקה מבקשת ליזום ולהכין את החוק, היא לא הייתה מוסמכת לקדמו כהצעה מטעמה לפי הוראות התקנון. ברי כי אין די בכך שוועדת החוקה תצמיד להוראת חקיקה את הכותרת "חוק יסוד", על מנת שתיחשב להוראה ההולמת חוק יסוד וניתן יהיה לקדמה באמצעות המנגנון הייחודי של הצ"ח מטעם ועדה.

11. הוסף לכך, כי ההליך לחקיקת חוק ביטול עילת אי-הסבירות היה חפז ונמהר, וזאת ודאי בשים לב לעובדה שעסקינן בשינוי הנוגע לנימי הביקורת השיפוטית על פעולות השלטון. הגם שמדובר בביטול עילת ביקורת מנהלית, החלה על הרשות המבצעת, חקיקת היסוד לא קודמה על ידי הממשלה, ולא נערכה בעניינה עבודת מטה ממשלתית מקדימה או מקיפה. כאמור, חקיקת היסוד היא פרי יוזמתו והכנתו של ח"כ, המכהן כיו"ר ועדת החוקה. דיונים רבים בוועדת החוקה התקיימו על בסיס לוח זמנים מואץ שיו"ר הוועדה כפה – על מנת לעמוד "ביעד" הפוליטי שהציבה לעצמה הקואליציה, להשלים את החקיקה עד תום מושב הכנסת – ותוך שלילה חוזרת ונשנית של זכות הדיבור והטחת עלבונות במומחים (לרבות גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה) ובחברי כנסת המשתייכים לאופוזיציה, ואף הוצאתם מחדר ועדת החוקה כאשר "חטאם" בא לידי ביטוי בשאלת שאלות ענייניות עת שניתנה להם זכות הדיבור. חמורה מכל, היא העובדה שבכל שלבי החקיקה, לדיון שהתקיים בוועדת החוקה, כמו גם למכלול חומרי הרקע המקצועיים ועדויות המומחים שנשמעו, לא הייתה השפעה על הצעת החוק – בהעדר נכונות של יו"ר הוועדה לאפשר זאת. נוסח הצעת החוק אושר בקריאות השונות במליאה כשהוא זהה לנוסח שהוצג על ידי יו"ר הוועדה. יש לקבוע שחוק ביטול עילת אי-הסבירות בטל אם כן, גם מהטעם שלא נחקק בהתאם לעקרונות הבסיסיים המינימליים שהותוו להליך החקיקה בפסיקתו של בית המשפט הנכבד.

12. הגם שאלו הדרכים "הקלות" יותר להכרעה – וחרף ההלכות הידועות כי בית המשפט יבכר לפסוע במסלול שמוביל לעימות המצומצם ביותר עם הרשות המחוקקת והמבצעת – העותרים סבורים כי בנסיבות ההליך,

ונוכח חשיבות הסוגיות שמתעוררות, וכן בשים לב לכוונה המוצהרת של הקואליציה הנוכחית להמשיך ולפעול למיטוט האיזונים והבלמים החלים על פעולותיה – **עדיפה** ההכרעה במישורים המהותיים יותר.

13. השינוי בחוק היסוד מהווה **שימוש מובהק לרעה בסמכות המכוננת**. שינוי זה אינו מתאים למארג החוקתי הכולל במדינת ישראל. אין ולו דוגמא אחת לעילה מינהלית המוסדרת בחוק יסוד, מהטעם שההסדרים הפרטניים של הביקורת המנהלית אינם נורמה חוקתית כלל ועיקר. אי-ההתאמה למארג החוקתי בעניינינו זועקת במיוחד, בהינתן המאמץ רב השנים, שאף לווה בתזכיר חוק בעניין, להסדיר בחקיקה רגילה את כלל החובות המנהליות, לרבות החובה לפעול בסבירות, ובהמשך אף להתוות את הביקורת השיפוטית הנובעת מאי-מילוי חובות אלו. הסיבה היחידה שבמקרה דנן הגבלה אד-הוקית על קיומה של עילה אחת לקיום ביקורת מינהלית זכתה לכותרת "חוק יסוד", היא הניסיון לחסן את דבר החקיקה מביקורת שיפוטית.

14. כמו כן, החוק לביטול עילת אי-הסבירות, אינו צולח את מבחני הכלליות והיציבות. כניסתו של החוק לתוקף באופן אקטיבי – לצד אי-ההסכמה הרחבה לחקיקתו, המלמדת על הסבירות הרבה שישונה בעתיד – מביאים למסקנה כי תוצאתו הנורמטיבית היא הבטחת פטור או צמצום מהביקורת השיפוטית על מהלכי הממשלה הנוכחית – ובעיקרם מינויים ופיטורים של שרים ושומרי סף. למותר לציין כי ניגוד העניינים במסגרתו פועלת הקואליציה, אשר "מכתיים" את כלליותה ויציבותה של ההוראה החוקתית, אינו ניגוד עניינים מוסדי בלבד, אלא גם ניגוד עניינים אישי של זה העומד בראשה<sup>1</sup> ושל אחד מראשי מפלגות הקואליציה. בנוסף, השינוי בחוק היסוד נועד להסיג בפועל את תפקידו של בית המשפט הנכבד, בהפיכת הקואליציה לפוסק האחרון בשאלת סבירות מינויו של חה"כ אריה דרעי (ש"ס) לשר בממשלה, כמו גם בהקשרים אחרים.

15. משעה שחוק ביטול עילת אי-הסבירות אינו עומד במבחנים השונים לזיהויו כחוק יסוד, ובהעדר יכולת להצביע על צידוק לעגנו כהוראה חוקתית, בתחולה אקטיבית או בכלל – הרי שדינו **בטלות**. זאת, בין אם יקבע שעצם השימוש לרעה מצדיק את סעד הבטלות, ללא תלות בתוכנה של הנורמה, ובין אם בית המשפט יבחן את הנורמה כאילו נחקקה בחקיקה ראשית רגילה. זאת, שכן בחינת החוק במשקפי פסקת ההגבלה, למול העקרונות החוקתיים אליהם הוא כפוף, תוביל למסקנה כי הוראת החוק פוגעת פגיעה בלתי מידתית בזכות הגישה לערכאות ובעקרונות חוקתיים בסיסיים של שלטון החוק והפרדת הרשויות, ואינה מקיימת את יתר תנאי פסקת ההגבלה.

16. נזכיר, בהקשר זה, סמכותו וחובתו של בית המשפט לתת סעד למען הצדק, מקום שבו באה בפניו עתירה, אינה נובעת מיתרון ב-"חוש הצדק" של בית המשפט על פני שיקול דעתו של הדרג הנבחר. סמכות וחובה זו אינן אלא ביטוי של העקרונות החוקתיים של הפרדת הרשויות ושלטון החוק. הגורם המנהלי שקיבל את ההחלטה אינו מסוגל לבחון את חוקיותה באופן אובייקטיבי, מאחר שיש לו הטיה ברורה ומובנית לטובת ההחלטה שכבר קיבל. השימוש בעילת אי-הסבירות נעשה במצבים שבהם מבקש עותר כי צד שלישי, בלתי תלוי, יבחן בצורה חיצונית החלטה מנהלית, ויראה האם תוצאתה אינה שרירותית או בלתי סבירה באופן קיצוני. רק באותם קומץ מקרים, שבהם גורם בלתי תלוי – שאין לו אינטרס לקדם את עניינו של העותר מחד, ואינו קשור ברשות המנהלית מאידך – מוצא כי ההחלטה שהתקבלה היא שרירותית או לא סבירה באופן קיצוני, היא תפסל. במילים אחרות, תוצאת החוק לביטול עילת אי-הסבירות היא כי במנעד לא מבוטל של מקרים, בהם עילה זו ממלאת את תפקידה המרכזי או "השיורי", יאבדו אזרחי ותושבי ישראל את זכותם שהחלטה מנהלית תעבור ביקורת על ידי גורם שונה מזה שקיבל אותה. מקבלי ההחלטות – הממשלה, ראש

<sup>1</sup> ומטעם זה, התערב ראש הממשלה בהליכי חקיקת חוק ביטול עילת אי-הסבירות, תוך הפרת הדין והסכם ניגוד העניינים שחל עליו ואושרר בידי בית משפט נכבד זה.

הממשלה או שר משריה – יהיו בעלי המילה האחרונה, והסופית, ושום גורם בלתי תלוי לא יבחן את החלטתם.

17. קיומו של מנעד החלטות הזכות לחסינות מפני ביקורת שיפוטית,<sup>2</sup> חותר תחת ליבת העקרונות החוקתיים של שלטון החוק והפרדת הרשויות ופוגע בהם אנושות, באופן שלא ניתן ליישבו עם אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל.<sup>3</sup> משכך, גם לו הייתה הוראה המתאימה באופייה להיכלל בחוק יסוד מייצרת הסדר כזה, היה מקום לקבוע כי היא בגדר תיקון חוקתי שאינו חוקתי.<sup>4</sup>

18. משעמדנו על כך שאין מקום להסדרת הנורמה החוקית במסגרת חוק יסוד, ומכאן שדינה בטלות; וכי בכל מקרה הסדר המונע כליל ביקורת על ידי גורם בלתי תלוי על החלטות מסוימות של רשות מנהלית, פוגע פגיעה אנושה, קל וחומר בלתי מידתית, בזכויות ועקרונות חוקתיים – ספק רב אם יש מקום להותיר הסדר זה בספר החוקים.

19. אלא שלכל הפחות, ככל שהחוק ייוותר בספר החוקים, אין לאפשר לקואליציה שחוקקה אותו, תוך ניגוד עניינים מוסדי ואישי – ליהנות מפירותיו. לגישת העותרים נכון כי בית המשפט הנכבד יקבע בהקשר זה הלכה כללית וברורה – לפיה תיקונים לחוקי יסוד שעניינם שינוי האיזונים והבלמים בין הרשויות יהיו בעלי תחולה **פרוספקטיבית בלבד**, מהכנסת העוקבת.

20. עיון בהיסטוריה החקיקתית מלמד, כי שינויים חוקתיים שנקבעו בתחולה מידית בעבר **לא** עסקו בליבת הפרדת הרשויות, אלא עסקו בעיקרו של דבר בענייניה הפנימיים של הרשות המבצעת, ויחסה אל הרוב הקואליציוני בכנסת. להבדיל, תיקון חוק יסוד אשר הקשה על האופוזיציה להפיל ממשלה מכהנת – באמצעות דרישה להבעת אי-אמון קונסטרוקטיבית – נחקק בתחולה פרוספקטיבית (מבלי לדעת שיחול על אופוזיציה וקואליציה נתונות). גם עיון בפסיקה שניתנה עד כה מלמד כי ככלל, במקרים שבהם חוק היסוד עסק בתיחום הסמכות שהייתה מסורה ממילא לרשות המבצעת, או ביחסיה למול הרוב הקואליציוני, לא מצא בית המשפט דופי של ממש בתחולה האקטיבית שלו (גם אם תחולה מידית זו עוררה אי אילו קשיים). לעומת זאת, למשל, בבג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (23.5.2021) (להלן: "**עניין שפיר**") – שם נדונו תיקונים לחוק יסוד בתחולה מידית ששינו מהאיזונים והבלמים שבין הרשויות – בית המשפט הנכבד קבע כי נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

<sup>2</sup> העותרים יפרטו בהמשך על אודות אותו מנעד החלטות, אולם כבר עתה ייאמר, כי אחת הפגיעות האנושות ביותר לעקרונות החוקתיים, נובעת משלילת הדיון בסבירות החלטות בדבר **פיטוריהם** של בעלי תפקידים בכירים שמונו על ידי הממשלה, הממלאים תפקידים רגישים של שומרי סף ורגולטורים מקצועיים. עילת אי-הסבירות היא **ההגנה המרכזית** הקיימת מפני סיום שרירותי של תפקידם, כך שמתאפשר להם לתפקד באופן **עצמאי** לטובת **האינטרס הציבורי**. בהינתן שיתר מנגנוני הביקורת על הכוח השלטוני בישראל הם מוגבלים (ומתמצים בבית המשפט הנכבד), יציבותה ומקצועיותה של הפקידות המקצועית מהווים בישראל מעין ערובה נוספת, מקדמית, לריסון הכוח השלטוני, לשמירה על זכויות אדם ושלטון החוק, ולקיומו של ממשל תקין. מניעת ביקורת שיפוטית על החלטות פיטורין בעילת אי-הסבירות עלולה אפוא להסב פגיעה קשה לעצמאותם של שומרי הסף, וכפועל יוצא לשמירה על שלטון החוק.

<sup>3</sup> גם אם ניתן לעצב בצורה שונה בחקיקה את גבולות התפרסותה של עילת אי-הסבירות, ולהבנות אחרת את שיקול הדעת השיפוטי הנוגע להפעלתה, הרי שחקיקת היסוד לא שואפת לעשות כן – כי אם לבטל **כליל** את הביקורת השיפוטית בכל הנוגע לסבירות כלל החלטותיו של הדרג הנבחר, בסימן "שפיכת התינוק עם המים" (כפי שהתבטא בוועדת החוקה פרופ' יואב דותן, ממבקריה החריפים בספרות של עילת אי-הסבירות).

<sup>4</sup> יצוין, כי לאותה התוצאה, שעל פיה אין הכנסת מוסמכת לפגוע אנושות בעקרונות שלטון החוק והפרדת הרשויות – ניתן להגיע אף מבעד למבחן הדמוקרטיה המתגוננת שנקבע בהלכת **ירדור**.



21. הלכה כללית מעין זו, תיתן ודאות לכנסת בכובעה כרשות המכוננת; היא תימנע, ולמצער תצמצם, את החיכוך הקבוע בין הרשויות; ובעיקר תבטיח כי יהיו השינויים החוקתיים שיכוננו אשר יהיו – לא יהיה בכוחם לנתץ את האיזונים והבלמים בשיטה הדמוקרטית, באופן מידי ולטובת אותה הקואליציה שחוקקה אותם.
22. עד כאן, בקליפת אגוז; ומכאן לדברים בהרחבה.

## ב. הצדדים לעתירה

23. **העותרים** הם אזרחי מדינת ישראל, בהם אנשי עסקים ואקדמיה מובילים בתחומם, אנשי צבא וביטחון ופעילים חברתיים מוכרים. כל אחד ואחת מהעותרים והעותרות צופה בחרדה בהתנהלות השלטון במדינת ישראל שלאחר בחירות 2022, הקם להופכה ולשנותה על יסוד רוב לא מהותי בכנסת. כל אחד ואחת מן העותרים והעותרות חרד לדמותה של מדינת ישראל, למהותה ולמשטר המאפיין אותה; וגם – אין לכחד – לעצם יכולתה לשרוד את המשבר שיתרחש אם חוק ביטול עילת אי-הסבירות מושא עתירה זאת יתממש.
24. **המשיבה 1** היא ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שהיא אחת מוועדות הכנסת הקבועות, העוסקת בחוקת המדינה, בחוקי היסוד, וכן בחוקים הנוגעים לכנסת, למפלגות, לבחירות ולסדרי משפט. בניגוד להוראות תקנון הכנסת, המשיבה 1 החליטה לאמץ הצעת חוק פרטית של המשיב 2, ולקדמה כאילו מדובר בהצעה שהמשיבה 1 יזמה והכינה.
25. **המשיב 2**, חה"כ שמחה רוטמן (הציונות הדתית), הוא יו"ר ועדת החוקה, ואת הצעת החוק הפרטית מטעמו החליטה המשיבה 1, בהעדר סמכות, לאמץ ולהביא להצבעה במליאה בקריאה ראשונה.
26. **המשיבה 3** היא הכנסת, הרשות המחוקקת ובית הנבחרים של מדינת ישראל.
27. **המשיבה 4** היא היועצת המשפטית לממשלה, והיא מייצגת המדינה בערכאות השונות.
28. **המשיבה 5** היא הממשלה, הרשות המבצעת במדינת ישראל, המכהנת מכוח אמון הכנסת. יצוין כי החקיקה העומדת במוקד העתירה, הגם שנוגעת באופן אינהרנטי לפעילות הממשלה, אינה חקיקה שקודמה על ידה. יחד עם זאת, בשים לב לרוב המובנה של הממשלה בכנסת, ולסוגיה העומדת לדיון, צורפה גם הממשלה להליך על מנת שתוכל להשמיע את עמדתה, ככל שתהיה מעוניינת בכך.

## ג. הרקע העובדתי-נורמטיבי הדרוש לעתירה

### ג(1). עילת אי-הסבירות – קווים לדמותה

29. עילת אי-הסבירות היא עילת **ביקורת** מנהלית, אשר שורשיה במשפט המקובל<sup>5</sup>. היא מתבססת על **חובתם** של אלו הנושאים במשרה ציבורית להפעיל סמכויות שניתנו להם בדין בסבירות, ובחתימה למימוש המטרה שלשמה הוענקו להם, כחלק **מחובת הנאמנות** שלהם כלפי הציבור.

<sup>5</sup>אחד ממקורותיה הידועים של עילת אי-הסבירות הוא בפסק הדין האנגלי Associated Provincial Pictures Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223. בעניין זה נבחן חוק עזר עירוני, שאסר על צפיה בקולנוע בימי ראשון לנערים מתחת לגיל 15, ונקבע כי ניתן לתת סעד באותם מקרים שבהם "החלטת הרשות היא כה בלתי סבירה, עד שלא ניתן לומר שרשות סבירה כלשהי הייתה יכולה לקבל החלטה כזו". להחלטה בעניין Wednesbury קדם התקדים האנגלי בעניין Kruse v. Johnson (1898) 91 Q.B 1.

30. עילת אי-הסבירות הוגדרה כמכשיר מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל, הניצב במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון (ראו: בג"ץ 5853/07 **אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פסי' 33 (6.12.2007)). וכדבריה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה: "בלא הבטחה כי החלטת המינהל תהא סבירה ורציונלית, צפויים הפרט והציבור להיפגע פגיעה קשה. [...] צמצומה של עילת הסבירות עלול ליצור **חלל ריק במיתחם הביקורת השיפוטית שעילות ביקורת אחרות לא תמלאנה**" (שם).
31. ההגנה מפני שרירותו של השלטון, וזכותו של כל אזרח ותושב לדרוש שגורם שלטוני המקבל החלטה בגדר סמכויותיו יבחן האם הגיונה בצידה, או שהיא תוצאה של היקבעות או איזון קיצוני בין השיקולים הרלוונטיים השונים – הן שעומדות בלב עילה זו.
32. בדומה ליתר עילות הביקורת המנהלית, המבססות ומעגנות בתורן את החובות המנהליות המוטלות על הרשות המבצעת, עילת אי-הסבירות היא יציר הפסיקה ואינה מעוגנת בחוק. ניסיונות עבר לעגן חובות מנהליות אלו בחקיקה לא צלחו. כך, בענייננו, ראוי לציין כי בתזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המנהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014, הוצע לקבוע כי "רשות מנהלית תקבל החלטה מינהלית לאחר שנתנה משקל ראוי לכל אחד מהשיקולים הנוגעים לעניין" (ס' 8 לתזכיר החוק, "הפעלת שיקול דעת בסבירות").
33. היקף פרישתה של עילת אי-הסבירות שיקף תחילה את המשמעות היומיומית של המונח אי-סבירות, והיא נדונה לגבי החלטות שהתקבלו באופן לא הגיוני או שרירותי (ראו: דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב' 732 (2010) (להלן: "**משפט מינהלי**")). כיום עילת אי-הסבירות אינה מתמצית בבחינת שרירותיות ההחלטה המנהלית, אלא בוחנת את האיזון הפנימי בין השיקולים השונים שהפעילה הרשות. בחינה זו יוצאת מנקודת הנחה כי הרשות שקלה שיקולים רלוונטיים בלבד, ובהתאמה, ההתערבות השיפוטית תהא רק במצבים בהם האיזון בין אותם שיקולים היה מעוות לחלוטין<sup>6</sup> וחרג באופן מהותי ממתחם הסבירות.<sup>7</sup> גורם מנהלי בעל אופי ייצוגי (פוליטי) ייהנה ממתחם סבירות רחב יותר מאשר גורם מנהלי ממונה, וכך גם החלטות שמקבלות את אישור הכנסת, או החלטות מורכבות וכאלו המתקבלות על ידי גורם מקצועי בעל מומחיות מיוחדת.<sup>8</sup>
34. מקובל למקם את ראשיתה של עילת אי-הסבירות, במובנה העדכני והרחב יותר, בפסק הדין שניתן בעניין **דפי זהב** (בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה (1) 421 (1980) (להלן: "**עניין דפי זהב**")). אולם, לאמתו של דבר, פסק הדין בעניין **דפי זהב** לא פיתח דוקטרינה חדשה, כמו שנעשה בו ניסיון לנתח ולהמשיג בצורה שונה עילה קיימת של ביקורת שיפוטית (ראו גם: איל זמיר "**עילת אי הסבירות במשפט המינהלי**" **משפטים** יב 291 (1982)).
- 
- <sup>6</sup> כדברי כב' השופט מ' שמגר, שנכתבו עוד קודם להחלטה בעניין **דפי זהב**: "יכול שייוצרו נסיבות בהן לא נשקל על-ידי הרשות המיניסטריאלית שיקול זר, והובאו בחשבון אך ורק שיקולים שהם רלבנטיים לענין, אולם לשיקולים הרלבנטיים השונים יוחס משקל בפרופורציה כה **מעוותת** ביניהם לבין עצמם, עד שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה ובשל כך לבלתי סבירה לחלוטין" (ראו: בג"ץ 156/75 **דקה נ' שר התחבורה**, פ"ד (2) 94 (1976)). היטיבה לנסח זאת ברק-ארז: "על דרך ההשאלה, ניתן לומר כי אפשר להקדיח את התבשיל גם כאשר שמים בו את כל המרכיבים הנכונים, אך בכמויות החורגות מן הנדרש במידה ניכרת" (**משפט מינהלי**, בעמ' 725).
- <sup>7</sup> "מתחם הסבירות" מוגדר על ידי בית המשפט, והוא יכול לכלול מספר החלטות שונות שבסמכות הרשות המנהלית לקבל במסגרתו. בית המשפט מדגיש כי אין הוא שם עצמו בנעליו של מקבל החלטה, בעל הסמכות המנהלית, ואינו מאשר את נכונותה או איכותה של החלטתו – אלא רק קובע אם נפל פגם מהותי באיזון בין השיקולים השונים שהוביל לקבלת החלטה, ושאותם הגורם המנהלי היה מוסמך לשקול.
- <sup>8</sup> ראו: בג"ץ 2324/92 **התנועה למען איכות השלטון נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה**, פסי' 12 (1991); בג"ץ 2533/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל** (1997); בג"ץ 7198/21 **איגוד נותני שירותים פיננסיים נ' ממשלת ישראל**, פסי' 22 (2021); בג"ץ 5263/16 **נשר – מפעלי מלט ישראליים נ' המשד להגנת הסביבה**, פסי' 11 (2018).

35. בפסק דינו בעניין **דפי זהב**, כב' השופט א' ברק ציין כי "ניתן למצוא מספר ניכר של מקרים בהם בדק בית המשפט, אם האיזון, אשר נעשה על-ידי הרשות המינהלית בין האינטרסים השונים שיש להתחשב בהם, הוא ראוי, ובית המשפט ביטל שיקול-דעת מינהלי עת שסבר, כי האיזון שנעשה על-ידי הרשות המינהלית אינו ראוי, כלומר, אינו מגשים בצורה סבירה את המטרה התחיקתית העומדת ביסוד הפעלת שיקול הדעת המינהלי" (ראו: שם, בעמ' 447). כב' השופט ברק פנה להדגים נקודה זו בפסק דינו באמצעות מספר פסיקות ידועות שניתנו בעבר:

א. בעניין **קול העם** (בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871 (1953)), היה על שר הפנים לשקול את האינטרס הכרוך בשלום הציבור מזה, והאינטרס הכרוך בחופש העיתונות מזה, תוך מתן איזון נאות ביניהם על פי ההוראה שניתנה על ידי המחוקק בפקודת העיתונות. בית המשפט בחן את שיקול דעתו של שר הפנים ומצא, כי האיזון שנעשה על ידו אינו ראוי, ועל כן פסל החלטתו. בתוך כך, ייסד בית המשפט את "מבחן הוודאות הקרובה", המשמש לצורך בחינת האיזון בין חופש הביטוי לאינטרסים חברתיים כלליים אחרים, דוגמת ביטחון הציבור.

ב. בעניין **המועצה לביקורת סרטים ומחזות** (בג"ץ 243/62 **אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד טז 2408 (1962)) הוחלט על ידי הרשות המנהלית שלא להתיר הצגת יומן המתאר הוצאה לפועל של צו פינוי בשכונת סומייל בתל אביב-יפו. בית המשפט החליט, כי שיקול דעתה של הרשות היה פסול. הטעם העיקרי להחלטה זו היה נעוץ בכך שלא ניתן בהחלטה משקל מספיק לעיקרון של חופש המידע.

ג. בעניין **סער** (בג"ץ 148/79 **סער נ' שר הפנים והמשטרה**, פ"ד לד(2) 169 (1979)) ביקשו העותרים – נציגי "הוועד הארצי הלוחם של הזוגות הצעירים חסרי הדיור" – לקיים בירושלים תהלוכה של זוגות צעירים חסרי דיור. בקשתם נדחתה על ידי הרשות המנהלית. בית המשפט העליון ביטל את החלטת הרשות, משום שזו נתנה משקל רב מדי לשיקול התעבורתי על פני השיקול בדבר זכות היחיד לתהלוכה.

36. כב' השופט ברק סיכם בעניין **דפי זהב** את התייחסותו לפסיקות אלו, כך: "במקרים אלה בחן בית המשפט אם האיזון בין האינטרסים השונים, אשר נעשה על-ידי הרשות המינהלית, הוא ראוי. במרבית פסקי הדין לא הוזכרה העילה של חוסר סבירות בשמה המפורש. אך במקרים אלה פעלה הרשות המינהלית בתום-לב, שלא מתוך שרירות, שקלה הגורמים הרלבנטיים, ונמנעה מלשקול גורמים שאינם רלבנטיים. הפגם העיקרי שנמצא בהחלטתה הוא איזון בצורה בלתי ראויה בין הגורמים הרלבנטיים בינם לבין עצמם. זהו פגם של חוסר סבירות מינהלית. רשות סבירה במקומה של הרשות המינהלית בדוגמאות אלה, הנותנת דעתה למטרה החקיקתית הניצבת לפניה, הייתה נותנת משקל שונה לאינטרסים השונים, ובית המשפט פסל את החלטה, רק מהטעם שמשקל ראוי זה לא ניתן" (שם, בעמ' 447).

37. **הנה כי כן, עילת אי-הסבירות, במובנה המהותי הידוע כיום, קיימת בשיטת משפטנו, גם אם לא בשמה הנוכחי, כמעט מקום המדינה. קורפוס פסיקה עב כרס התפתח בעשרות שנות משפט על בסיס הרציונל העומד בבסיסה.**

38. עילת אי-הסבירות עברה תמורה כאשר בית המשפט החל להידרש במסגרתה לאינטרס שקודם לכן לא זכה לביטוי משפטי פורמלי: האינטרס בשמירת האתיקה הציבורית ואמון הציבור (ראו: **משפט מינהלי**, בעמ' 737). פסק הדין הראשון שניתן בהקשרים אלו, עסק במינויו של יוסי גינוסר לתפקיד מנכ"ל משרד הביטוי והשיכון, על רקע אירועים הקשורים בשירותו בשב"כ, שבהם היה מעורב בעדות שקר ובשיבוש הליכי משפט (ראו: בג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הביטוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229 (1993) (להלן: "**עניין אייזנברג**")). בית

המשפט הנכבד קיבל את העתירה, בקבעו כי מינויו של גינוסר יפגע באופן קשה באמון הציבור ברשויות המנהל ובשירות הציבורי, ולכן אינו יכול להיחשב לסביר.

39. על בסיס ההלכה שנקבעה בעניין **אייזנברג**, בית המשפט החל להפעיל דרך עילת אי-הסבירות ביקורת שיפוטית על מינוי וקידום, כמו גם על המשך כהונה, של גורמים שנחשדו בביצוען של עבירות, שהוגש נגדם כתב אישום, או שהורשעו וכן כאלו שנטען כי נפל פגם אתי חמור בהתנהגותם.<sup>9</sup>

40. פסקי הדין הידועים ביותר שניתנו בהקשר זה של עילת אי-הסבירות, ניתנו ביחס לאדם אחד – אריה דרעי – אשר חרף הרשעותיו החוזרות ונשנות בפלילים, ביקש לשוב ולהתמנות לתפקידי שר בממשלות ישראל במשך מספר עשורים. בעניין **דרעי הראשון** (בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404 (1993)), נפסק כי הימנעותו של ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל מלקבל החלטה על פיטוריו של שר הפנים דאז דרעי, לאחר שהוחלט על הגשת כתב אישום נגדו בעבירת שוחד, עולה כדי אי-סבירות קיצונית.<sup>10</sup> בעניין **דרעי השני** (בג"ץ 3095/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (13.8.2015)), נקבע כי מינויו של דרעי לתפקיד שר הכלכלה ופיתוח הנגב והגליל מצוי על גבול מתחם הסבירות, ואין עילה להתערב בו. בעניין **דרעי השלישי** (בג"ץ 232/16 **התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל** (8.5.2016)), נקבע בדעת רוב כי על אף קשיים מסוימים שמעורר מינויו של דרעי לתפקיד שר הפנים – המשרד הממשלתי בו ביצע את העבירות בהן הורשע בעבר – מינוי זה אינו חורג ממתחם הסבירות. בעניין **דרעי הרביעי** (בג"ץ 8948/22 **שיינפלד נ' הכנסת** (18.1.2023)) נקבע בדעת רוב כי מינויו של דרעי לתפקידי שרים בממשלה ה-37 לוקה בחוסר סבירות קיצונית, וזאת נוכח צבר הרשעותיו בפלילים, לרבות הרשעתו לא מכבר בעבירות מס ומצגיו בדבר פרישה מהחיים הפוליטיים.<sup>11</sup>

41. יצוין, כי במרוצת השנים בית המשפט הנכבד עמד על כך שעילת אי-הסבירות היא לא אחת "עילת ההתערבות היחידה שבאמצעותה ניתן למנוע מינוי פסולי" (ראו: בג"ץ 3997/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ**, פס" 2 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור ופס" ב' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (12.2.2015)). אין עסקינן דווקא במינויים פסולים הנעשים על רקע מעשים פליליים או לא-אתיים המיוחסים לגורם המתמנה, אלא גם בכאלו הנעשים על רקע סטייה מתנאי סף מקצועיים (ראו למשל: בג"ץ 5657/09 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל** (4.11.2009)).<sup>12</sup> הקשר נוסף בו בוחן בית המשפט הנכבד את שאלת חריגתם של מינויים ממתחם הסבירות, חל בכל הנוגע למינויים המתבצעים על ידי ממשלת

<sup>9</sup> ראו, למשל: בג"ץ 1284/99 **פלונית נ' ראש המטה הכללי**, פ"ד נג(2) 62 (1999); בג"ץ 932/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הוועדה לבדיקת מינויים**, פ"ד נג(3) 769 (1999); בג"ץ 4668/01 **שריד נ' ראש הממשלה**, פ"ד נו(2) 265 (2001); בג"ץ 4921/13 **אומ"ץ – אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השלטון** (14.10.2013).

<sup>10</sup> יצוין, כי הועלתה האפשרות לבסס פסיקה זו במישרין על עקרונות של "צדק" או של "תקנת הציבור", ולא על עילת הסבירות (ראו: יצחק זמיר, "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" **משפט וממשל ב** 109, 135-139 (1994)).

<sup>11</sup> נימוק נוסף שניתן בדעת הרוב לקבלת העתירה, נסמך על עילת המניעות וההשתק, לפיה דרעי מנוע מלכהן כשר לנוכח מצגיו בהליך הפלילי האחרון שנוהל נגדו, בדבר פרישה מהחיים הפוליטיים. כב' השופט י' אלרון סבר, בדעת מיעוט, כי התיקון לחוק-יסוד: הממשלה שנעשה ערב מינויו של דרעי, לא חל בעניינו, וכי בשלב הראשון על ראש הממשלה לפנות ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית כדי שיקבע האם אין בעבירות המס שבהן הורשע משום קלון.

<sup>12</sup> בעניין זה הממשלה החליטה למנות את שלום ג'רבי למנכ"ל משרד המדע והטכנולוגיה לתקופת ניסיון של שישה חודשים, בניגוד לחוות הדעת של ועדת המינויים, שסברה כי אינו עומד בתנאי הסף המקצועיים הנדרשים למשרה. בית המשפט הנכבד פסל את החלטת הממשלה, תוך שקבע כי היא חורגת ממתחם הסבירות, משאין בבסיסה טעם של ממש המצדיק חריגה ממסגרות ועדת המינויים, הנשענות על בחינה מקצועית עניינית של כישורי הסף המקצועיים של המועמד, בהסתמך על קריטריונים אובייקטיביים שנקבעו בהחלטת ממשלה.

מעבר (ראו: בג"ץ 5403/22 לביא, זכויות אזרח, מנהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' ראש הממשלה (22.9.2022)).<sup>13</sup>

42. לפני נתונים שפורסמו לאחרונה, משנת 2003 ועד לאחרונה פורסמו פסקי דין ב-64 עתירות שהוגשו נגד מינויים ברשות המבצעת, בהן הועלתה מצד העותרים טענה לאי סבירות במינוי. טענה זו התקבלה רק ב-11.1% מהעתירות בהן ניתן פסק דין. בתוך כך, שתיים מתוך 23 עתירות שעסקו במינויים שבסמכות הממשלה התקבלו על יסוד עילת אי-הסבירות; ושתיים מתוך 13 עתירות שעסקו בכהונת שרים התקבלו על יסוד עילה זו. בשני המקרים הללו – שעסקו בשרים יעקב ליצמן ואריה דרעי – עילת אי-הסבירות לא הייתה הטעם היחיד לפסילת המינוי (ראו: אלעד גיל ובל יוסף, "השימוש בעילת הסבירות בפיקוח על מינויים ציבוריים" תכלית – המכון למדיניות ישראלית (3.7.2023)).<sup>14</sup>

43. בעשורים האחרונים, בית המשפט השתמש לא אחת בעילת אי-הסבירות כדי להגן על אינטרסים כבדי משקל של הפרט, וקבע כי החלטת הגורם המנהלי לא ייחסה מספיק משקל לפגיעה בהם אל מול האינטרס הציבורי הנוגד, באופן החורג ממתחם הסבירות.<sup>15</sup> במקרים אחרים, בית המשפט התבסס על עילת אי-הסבירות כדי לפסוק שדרך החלתן של החלטות מסוימות הפוגעות באינטרסים של הפרט, בצורה רטרואקטיבית או בהעדר תקופת מעבר מספקת, חרגה ממתחם הסבירות.<sup>16</sup>

44. פסקי דין נוספים אשר התבססו על עילת אי-הסבירות בעשורים האחרונים, נגעו לסוגיית העמדה לדין. הגם שבית המשפט הנכבד חזר ושנה כי מתחם הסבירות בעניין העמדה לדין פלילי או משמעתי הוא רחב ביותר (ובהתאמה, מרחב ההתערבות בהחלטות בהיבט זה הוא מצומצם) – הוא התערב, במספר מקרים נדירים, בשאלת העמדה לדין. כך למשל, לאחרונה, בבג"ץ 7150/16 המרכז הרפורמי לדת ומדינה נ' שרת המשפטים (21.9.2020) (להלן: "עניין המרכז הרפורמי לדת ומדינה"), נקבע כי החלטתם של שרת המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין משמעתי את רב העיר צפת, שמואל אליהו, בגין התבטאויות אסורות לוקה בחוסר סבירות קיצוני.<sup>17</sup> כאמור, נדיר שעתירות הקוראות תיגר על סבירות החלטה בעניין העמדה לדין מתקבלות, וברובם המובהק של המקרים – אלו נדחות.<sup>18</sup>

45. חשוב לציין, כי הגם שעילת אי-הסבירות נועדה מלכתחילה לחול במצבים שבהם הרשות נזקקה לשיקולים רלוונטיים בלבד, אך לא איזנה ביניהם באופן הראוי; הלכה למעשה, עילה זו משמשת גם לשם התמודדות עם מצבים שבהם הרשות הושפעה משיקולים זרים, אך קיים קושי להוכיח זאת (בפרט בשים לב לחזקת תקינות המנהל, לפערי המידע הקיצוניים שבין הרשות המנהלית לבין הפרט, ולמציאות החיים שבה על פי

<sup>13</sup> באופן כללי, הפסיקה הכירה בצורך להטיל מגבלות על פעולותיה של ממשלת מעבר, ובכך שמרחב הסבירות של פעולותיה מצומצם יותר מזו של ממשלה רגילה המכהנת מכוח אמון הציבור, בהיבטי מדיניות, כלכלה, חוץ וביטחון.

<sup>14</sup> זמין בקישור הבא: <https://www.tachlith.org.il/post/reasonableness>.

<sup>15</sup> ראו למשל: דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995); בג"ץ 5580/98 סופר נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נד(4) 319 (2000); בג"ץ 6069/00 העמותה להנצחת חללי אסון המסוקים בשאר ישוב נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 75 (2001); בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2007). כן ראו עע"ם 5634/09 גילאל נ' עיריית ירושלים (2009); עע"ם 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים (2014) (וכן, עת"ם (מחוזי-מרכז) 26581-04-21 בוני נ' מועצה אזורית ברנר (24.1.2023)).

<sup>16</sup> ראו למשל: בג"ץ 5290/97 עזרא – תנועת הנוער החרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות (23.12.1997); בג"ץ 1398/07 ד"ר לביא-גולדשטיין נ' משרד החינוך – הגף להערכת תארים אקדמיים מחו"ל (10.5.2010); בג"ץ 5782/21 זילבר נ' שר האוצר (12.1.2022).

<sup>17</sup> כן ראו: בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356 (1989); בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718 (1989); בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990); וכן מקרה נוסף מהשנים האחרונות, בג"ץ 4845/17 חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה (28.10.2019).

<sup>18</sup> ראו: משפט מינהלי, ה"ש 113 בעמ' 752. כן ראו, מהתקופה האחרונה: בג"ץ 6745/19 לובטון נ' הפרקליט הצבאי הראשי (14.3.2022).

רוב לא ניתן ביטוי כתוב או גלוי לשיקול הזר). הגדרת עילת אי-הסבירות כעילה אובייקטיבית, מאפשרת לבית המשפט להפעיל ביקורת על החלטות מנהליות, גם במקרים שאלו נגועות בשיקול זר, אך קשה או לא ניתן להצביע על כך מבחינה עובדתית.

46. כבי' השופט א' שטיין עמד על כך בעניין **דרעי הרביעי**: "...דוקטרינת הסבירות קובעת כי החלטה מינהלית אשר נראית, על פניה, בלתי סבירה במידה קיצונית היא החלטה שלבטח לוקה באחד הפגמים היסודיים כדוגמת שרירות, שיקולים זרים והפליה, וזאת על אף שקיומו של פגם כגון דא אינו גלוי לעין [...] **בפועלה במתכונת שיורית זו, דוקטרינת הסבירות מביאה תועלת חברתית מרובה: היא מספקת לבתי המשפט כלי יעיל והכרחי לביקורת שיפוטית תחת חוסר ודאות ואינה מאפשרת לרשויות השלטון להסתיר את קלקלתן על ידי ניצול של עמימות המסד העובדתית**" (שם, בפס' 35 לפסק דינו)<sup>19</sup>.

47. עוד חשוב לציין, כי את תרומתה של עילת אי-הסבירות יש להעריך לא רק בהתייחס למקרים שנדונו בבתי המשפט בהקשרה לאורך השנים, אשר חלקם צוינו לעיל, אלא גם בשים לב להשפעתה על אופן עיצוב ההחלטות המתקבלות ברשות המבצעת. נוכח קיומה של עילת אי-הסבירות, הגורמים המנהליים השונים ברשות המבצעת יודעים כי בעת קבלת החלטה, **חובה** עליהם לערוך איזון ראוי בין השיקולים הרלוונטיים, שאינו מתעלם או מייחס משקל זניח לזכויות ולאינטרסים החברתיים העומדים על הפרק (ראו: **משפט מינהלי**, בעמ' 769).

48. טרם סיום חלק זה, יצוין כי עקרון הסבירות נוגע בעיקרו של דבר בשיקול הדעת המינהלי, אולם משפיע גם על ההליך המנהלי, שכן חלק מהחובות ההליכיות מוגדרות על בסיס מושג הסבירות (תשתית **סבירה** של נתונים, ראיות שרשות **סבירה** הייתה מסתמכת עליהן, קבלת החלטה בתוך זמן **סביר** וכיו"ב)<sup>20</sup>; וכן משפיע על שאלת הסמכות, שכן בפסיקה ובספרות הובעה העמדה כי המחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות לפעול בצורה בלתי סבירה בעליל ומופרכת (ראו: יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" **משפטים** נא 673, 676-680 (2022)).

## ג(2). הרקע להליך החקיקה

49. ביום 17.1.2023 פורסמה הצעת חוק-יסוד לשינוי חוק-יסוד: השפיטה מטעם חה"כ רוטמן, כאמור, היו"ר הנוכחי של ועדת החוקה. הצעת החוק נוסחה על ידי חה"כ רוטמן או מי מטעמו, מבלי שוועדת החוקה קיבלה החלטה קודמת ליזום אותה, ומבלי שהייעוץ המשפטי לוועדת החוקה החווה עליה דעתו קודם לכן. מדובר אפוא בהצעת חוק-יסוד פרטית שחה"כ רוטמן **הוא היוזם שלה**.

50. הצעת החוק האמורה של חה"כ רוטמן, אליה לא צורפו דברי הסבר, עסקה בחמישה היבטים מרכזיים, המעצבים מחדש את שיטת המשטר בישראל: (1) שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, הנהוג משנות ה-50 של המאה הקודמת, ומעוגן בס' 4 לחוק היסוד, כך שיכלול רוב קואליציוני; (2) שלילת סמכותו של "מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון" לדון או ליתן צווים נגד הממשלה, ראש הממשלה, שרים ונבחרי ציבור אחרים שייקבעו בחוק, בעניין סבירות החלטתם, באמצעות הוספת ס' 15(ד) לחוק היסוד; (3) שלילת סמכותו של "מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון" להידרש,

<sup>19</sup> ראו דוגמאות בהקשר זה: בג"ץ 581/87 **צוקר נ' שר הפנים**, פ"ד מב(4) 529 (1989); בג"ץ 4500/07 **יחימוביץ' נ' מועצת הרשות השניה לרדיו ולטלוויזיה** (21.11.2007).

<sup>20</sup> פרופ' יואב דותן ביקש להפריד בין המושג "סבירות הליכית" (המתייחס לביקורת על ההליך המנהלי) לבין המושג "סבירות מהותית" (המתמקד בשיקול הדעת) (ראו: יואב דותן "שני מושגים של סבירות" **ספר שמגר** חלק א 417 (אהרן ברק ואחרים עורכים, 2003)).

במישרין או בעקיפין, לשאלה בדבר תוקפו של חוק-יסוד ושליטת תוקפה של החלטה שהתקבלה בעניין כאמור, באמצעות הוספת ס' 15 לחוק היסוד; (4) הצרה משמעותית של סמכות בית המשפט העליון ליתן פסק דין או החלטה המשנים חוק רגיל, מבטלים או מגבילים את תוקפו (לפי הצעת חה"כ רוטמן, פסק דין או החלטה כאמור יתקבלו רק בהרכב הכולל את כל שופטי בית המשפט העליון, שהסכימו פה אחד כי החוק סותר בבירור הוראה ששוריינה בחוק-יסוד), באמצעות הוספת ס' 15 לחוק היסוד; (5) הוראת התגברות, המחשנת חוק רגיל מביקורת שיפוטית, ובלבד שהתקבל ברוב חברי הכנסת בקריאה הראשונה, השנייה והשלישית וצוין בו במפורש שהוא תקף על אף האמור בחוקי היסוד (ס' 15בג)).

**נספח 1:** נוסח הצעת החוק שיזם ופרסם חה"כ רוטמן ביום 17.1.2023.

51. יובהר כבר עתה, כי חוק ביטול עילת אי-הסבירות מושא העתירה דן לא נדון במסגרת דיוניה של ועדת החוקה, עד לשלהי חודש יוני 2023.

52. ביום 24.1.2023 פנו באי-כוח העותרים במכתב ליו"ר הכנסת ולייעוץ המשפטי לכנסת ולממשלה, בו טענו בין היתר כי יו"ר הכנסת מנוע מלקדם את הצעתו של חה"כ רוטמן לקריאה ראשונה במליאת הכנסת, בהיותה הצעת חוק פרטית, שתוכנה אף יוצא מגדרי הסמכות המכוננת של הכנסת. מכתב זה לא זכה למענה.

**נספח 2:** מכתב מיצוי ההליכים מטעם באי-כוח העותרים מיום 24.1.2023.

53. ביום 25.1.2023, לאחר שחה"כ כבר החל לקיים דיונים בהצעתו בוועדת החוקה, הבהירה היועצת המשפטית לכנסת, עו"ד שגית אפיק, כי לא חל איסור לקדם את הנושאים הכלולים בהצעת החוק בדרך של הצעת חוק מטעם ועדת החוקה (דהיינו, לפי תקנון הכנסת, מדובר בנושאים שוועדת החוקה רשאית להחליט ליזום הליך חקיקה בעניינים). עו"ד אפיק ציינה, כי בחינת רשימת הצעות החוק שהוגשו בעבר מטעם הוועדה מעלה כי בחלק ניכר אלו חוקים בעניינים שיש להם נגיעה הדוקה לעבודת הכנסת (כגון בחירות ומפלגות) או בעניינים שהייתה לגביהם הסכמה רחבה.

54. עוד הובהר, כי ועדת החוקה רשאית לעשות שימוש במשאביה במקרים מוגבלים, כתחליף למנגנון הממשלתי שקודם להכנתה של הצעת חוק ממשלתית לקריאה ראשונה; אך כי בכל מקרה אין מטרתה של הצעה מטעם ועדה בכנסת לעקוף את האפשרות של הממשלה להביא את עמדתה בפני הוועדה. עו"ד אפיק הוסיפה, כי נוכח ההצעה לתקן הסדרים רבי-שנים בנושאים המעוררים מחלוקת ציבורית עזה – הדבר מחייב ביתר שאת שהליך הכנת הצעת החוק בוועדת החוקה ייעשה תוך שמיעת וסקירת כל העמדות בדיונים מעמיקים. זאת, לדבריה, "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".

**נספח 3:** העתק מכתבה של עו"ד אפיק לחה"כ רוטמן מיום 25.1.2023.

55. רק ביום 28.1.2023 הועברו מסמכים מטעם הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, ביחס להצעתו של חה"כ רוטמן (מסמך הכנה כללי, וכן מסמך הכנה העוסק בשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים). ביום 29.1.2023, לאחר העברת מסמכי הכנה ראשוניים מטעם הייעוץ המשפטי לוועדה, החלו לראשונה דיונים בוועדת החוקה בהשתתפות נציגי האופוזיציה (אשר לא היו מוכנים לקחת חלק בדיונים שחה"כ רוטמן יזם, עד שהייעוץ המשפטי לוועדה יחווה דעתו על ההצעה).

**נספח 4:** מסמך ההכנה הכללי של הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה.

56. ביום 7.2.2023 הודיע חה"כ רוטמן לחברי ועדת החוקה כי בכוונתו לקיים הצבעה על נוסח הצעת החוק בימים הקרובים, "לאישור כנוסח הצעת חוק מטעם הוועדה לקריאה ראשונה". ביום 8.2.2023, הפיק חה"כ רוטמן

נוסח של הצעת החוק להצבעת חברי הוועדה, אשר לא כלל שלוש סוגיות שנכללו מלכתחילה בהצעתו – הביקורת השיפוטית על חקיקה רגילה והתגברות המחוקק עליה, וכן ביטול עילת אי-הסבירות בעניינם של נבחרי ציבור, מושא העתירה דנן. סוגיות אלו הופרדו בשלב זה מהצעת החוק, וחה"כ רוטמן פנה לקדם חלק מהן בהליך של הצעת חוק פרטית.

**נספח 5:** מכתבו של חה"כ רוטמן לחברי ועדת החוקה מיום 7.2.2023.

**נספח 6:** נוסח הצעת החוק מיום 8.2.2023.

57. כך, הסדרת הסוגייה הראשונה – הביקורת השיפוטית על חקיקה רגילה והתגברות המחוקק עליה – קודמה בוועדת שרים לענייני חקיקה כהצעת חוק פרטית של חה"כ רוטמן (הצעת חוק-יסוד: ההתגברות (תיקוני חקיקה) (87/פ) (להלן גם: "חקיקת צמצום הביקורת החוקתית")). ביום 12.2.2023 אישרה ועדת השרים לענייני חקיקה לקדם את חקיקת צמצום הביקורת החוקתית (חק/30), וביום 22.2.2023 היא עברה בקריאה טרומית במליאה. ביום 26.2.2023 החלה ועדת החוקה לדון בהצעת חוק זו (שנוסחה דומה עד זהה לנוסח הצעת החוק שהוצג על ידי חה"כ רוטמן ביום 17.1.2023). ביום 1.3.2023 אישרה ועדת החוקה את חקיקת צמצום הביקורת החוקתית לקריאה ראשונה, וביום 5.3.2023 היא פורסמה ברשומות (הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק). בליל 14.3.2023 היא אושרה בקריאה ראשונה.

**נספח 7:** נוסח חקיקת צמצום הביקורת החוקתית של חה"כ רוטמן, שהופרדה מהצעת החוק.

**נספח 8:** חקיקת צמצום הביקורת החוקתית, כפי שפורסמה ברשומות ביום 5.3.2023.

58. ביום 13.2.2023 חברי ועדת החוקה הצביעו על אישור הצעת החוק כנוסח הצעת חוק "מטעם הוועדה" לקריאה ראשונה במליאת הכנסת. כאמור, נוסח הצעת החוק שאושר מטעם הוועדה לקריאה ראשונה במליאה, כלל את השינוי בהרכב הוועדה לבחירת שופטים ושליטת אפשרותו של בית המשפט הנכבד להידרש לשאלת תוקפו של חוק יסוד, במישרין או בעקיפין.

59. בו ביום, הוגשה עתירה מטעם העותרים כנגד החלטה זו של ועדת החוקה (ראו: בג"ץ 1234/23 אורון נ' ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת) (להלן: "העתירה הקודמת"). בגדרי העתירה הקודמת נטען כי הוועדה פעלה בהעדר סמכות ובניגוד לתקנון הכנסת, כיוון שאישרה לקריאה ראשונה הצעת חוק יסוד שלא היא יזמה ולא היא הכינה; וכיוון שתוכן הצעת החוק שאישרה לקריאה ראשונה חורג מגדרי הסמכות המכוננת של הכנסת, כפי שהוגדרה על ידי בית המשפט הנכבד בעבר. בית המשפט הנכבד התבקש לקבוע בעתירה הקודמת, בעיקרו של דבר, כי החלטת הוועדה להביא את הצעת החוק להצבעה בקריאה ראשונה בטלה בגין חריגה מסמכות. עוד התבקש, כי ככל שלא יינתן צו ביניים ותתקיים הצבעה בקריאה ראשונה במליאה בהצעת החוק טרם ההכרעה בעתירה – ייקבע כי הצבעה זו בטלה וכן כל הצבעה שתבוא אחריה.

60. ביום 16.2.2023 דחה בית המשפט הנכבד את העתירה הקודמת על הסף ללא צו להוצאות. בפסק הדין נקבע כי "השלב הראוי לבחינת חוקתיותו של חוק מסוים ותקינות ההליך שבו הוא נחקק הוא ככלל לאחר השלמת הליך החקיקה". בית המשפט הנכבד הוסיף וקבע כי "לא ידוע אם ובאיזו מתכונת תתקבל הצעת החוק בסופו של יום, וטענות העותרים שמורות להם".

**נספח 9:** העתק העתירה שהוגשה בבג"ץ 1234/23, ללא נספחיה.

**נספח 10:** העתק פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 1234/23.



61. נוכח המחאה חסרת התקדים שפרצה בעקבות שינויי החקיקה המשטריים שממשלת ישראל החלה לקדם במהירות, ובמרכזם הצעת החוק של חה"כ רוטמן, ביום 15.3.2023 הציג נשיא המדינה, יצחק הרצוג, את "מתווה העם להסדרה בהסכמה רחבה של היחסים החוקתיים בין הרשויות בישראל" (להלן: "מתווה הנשיא"). מתווה זה גובש בבית הנשיא, לאחר התייעצות עם מומחים ונציגי ציבור שונים, בהליך שלא דווח במלואו לציבור. מתווה הנשיא נועד להוות בסיס להליכי חקיקת יסוד שיקודמו בהסכמה רחבה בכנסת, ביחס למספר נושאים שיוסדרו "**כמקשה אחת**".

**נספח 11**: מתווה הנשיא, כפי שפורסם ביום 15.3.2023.

62. ביום 27.3.2023 אישרה ועדת החוקה את הצעת החוק לקראת קריאה שניה ושלישית (החלק שעסק בשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים בלבד). עקב החלטת ראש הממשלה לפטר את שר הביטחון יואב גלנט, בעקבות קריאתו לעצור את החקיקה, והחרפת המחאה הציבורית, שכללה הכרזה על שביתה כללית במשק – הליך החקיקה נעצר לצורך הידברות בבית נשיא המדינה בין נציגי הקואליציה לאופוזיציה.

63. ביום 14.6.2023, לאחר שלפי דיווחים הקואליציה הפרה את הסיכום למול נשיא המדינה והאופוזיציה בדבר בחירת נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים (נוכח שאיפתה, שבינתיים התבדתה, להגיע לרוב בוועדה לבחירת שופטים באמצעות שני שרים, שני ח"כים מטעמה ונציג אחד או שניים מטעם לשכת עורכי הדין) – הודיעה האופוזיציה על הקפאת השיחות בבית הנשיא, עד להשלמת הליך בחירת נציג נוסף של הוועדה לבחירת שופטים וכינוסה של ועדה זו.

64. בשלב זה, הקואליציה הודיעה על חזרה להליכי חקיקה משטריים באופן חד-צדדי, ודווח כי תחל לקדם חקיקת יסוד לביטול עילת אי-הסבירות. כיוון שעסקינן בביטול עילת ביקורת שיפוטית על פעילות **הרשות המבצעת**, מתבקש היה שתידון בכנסת כהצעת חוק **ממשלתית**. ואולם, ביום 25.6.2023 התכנסה ועדת החוקה כדי לדון לראשונה בביטול עילת אי-הסבירות, על פי אותו הנוסח שהוצג על ידי חה"כ רוטמן בהצעת החוק מטעמו מיום 17.1.2023. הצעה זו כאמור, נוסחה על ידי חה"כ רוטמן, או מי מטעמו, ולא צורפו לה דברי הסבר.

**נספח 12**: נוסח הצעת החוק של חה"כ רוטמן מיום 20.6.2023.

65. ביום 23.6.2023 הועברה לעיון חברי ועדת החוקה התייחסות הייעוץ המשפטי לוועדה לנוסח הצעת החוק של חה"כ רוטמן. הייעוץ המשפטי ציין כי **לא** איתר שיטה משפטית שבה קיימת מגבלה חקוקה על השימוש בעילת אי-הסבירות, המונעת החלטה במקרים מסוימים. כמו כן, הובאו דוגמאות למדינות שונות בעולם בהן הורחבה עילת אי-הסבירות במתכונות שונות בשנים האחרונות, בפרט על רקע התגברות כוחה והיקף שיקול דעתה של הרשות המבצעת.

66. במסמך מטעם הייעוץ המשפטי לוועדה נכתב כי "מניעת החלת עילת הסבירות ביחס לקטגוריה מסוימת של החלטות או ביחס למקבלי החלטות מסוימים, עלולה להוביל למתן פטור מביקורת שיפוטית על שורה של החלטות מינהליות, שבהן לא מתקיימות אחת מעילות הביקורת האחרות, וזאת אף במצבים **קיצוניים** שבהם גם לפי הגישות המצמצמות ביותר היה מקום לפסול את ההחלטה בשל חוסר סבירות". כמו כן, הייעוץ המשפטי לוועדה הצביע על כך שרבות מן החובות הקשורות בהליך המינהלי כרוכות במושג הסבירות.<sup>21</sup> בנסיבות אלו, הובע החשש כי

<sup>21</sup> ובכלל זאת החובה לפעול תוך פרק זמן **סביר**, הגדרתה של ראיה מינהלית כראיה שרשות **סבירה** הייתה סומכת עליה לצורך קבלת ההחלטה; החובה לקבל החלטה בהתבסס על תשתית **סבירה** של נתונים. יצוין כי בית המשפט בוחן היבטים של סבירות בהחלטות נבחרים ציבור אף במסגרת עילת המידתיות. כך, במבחן המשנה השלישי לבחינת

הגבלת השימוש בעילת אי-הסבירות בהעדר הסדרה חקיקתית של היחס בינה לבין עילות ביקורת מנהלית החופפות לה במידה כזאת או אחרת, עלולה ליצור חוסר ודאות בנוגע להיקף תחולתו של השינוי בחוק היסוד.

67. כמו כן, הייעוץ המשפטי הצביע על כך שהנחות המוצא שמצדיקות לכאורה פטור מהחלת עילת אי-הסבירות על החלטות הדרג הנבחר "אינן נקיות מספק". **ראשית**, צוין כי רבות מהחלטותיו של הדרג הנבחר הן החלטות בעניינם של פרטים מסוימים, ולא החלטות מדיניות בעלות מימד ערכי. **שנית**, צוין כי "בהתחשב במורכבות פעולתה של הרשות המבצעת בעידן הנוכחי, קשה לראות בקיומן של בחירות (או בפיקוח פרלמנטרי) כגורמי בקרה מספקים היכולים לבחון בצורה אפקטיבית את אלפי ההחלטות המינהליות שמקבלים נבחרים הציבור מדי שנה". **שלישית**, במקרים לא מעטים החלטות מקצועיות גרידא מובאות לאישור הדרג הנבחר; **ורביעית**, אי-החלת עילת אי-הסבירות ביחס להחלטות הדרג הנבחר עלולה ליצור תמריץ לרשות המבצעת להעביר החלטות "בעייתיות" מהכרעת הפקידות המקצועית לשר הנוגע בעניין, כדי למנוע ביקורת שיפוטית עליהן (בהתאם לס' 34 לחוק-יסוד: הממשלה).

68. הוצע לשקול אימוץ מודל חלופי למודל שהוצע על ידי חה"כ רוטמן, לפיו ההגבלה תחול ביחס **לסוג מסוים של החלטות**; וכן לשקול יצירת מנגנונים הליכיים חלופיים שיחולו על מקבלי אותן החלטות – דוגמת תיעוד מפורט של אופן קבלת החלטתם וחובת הנמקה מוגברת. זאת, על מנת להפחית את החשש שאי החלת עילת אי-הסבירות יפטור בפועל את הגורם המנהלי מלפעול בסבירות ולאזן כראוי בין השיקולים הרלוונטיים בעת קבלת ההחלטה. עוד הוצע על ידי הייעוץ המשפטי לוועדה, בין היתר, כי ועדת החוקה תיתן דעתה להחלטות המתקבלות על ידי ממשלת מעבר, אשר גובר הצורך בפיקוח על פעולותיה ומנגד פוחתת משמעותית הלגיטימציה הדמוקרטית להחרגתה מעילת אי-הסבירות; וכן תיתן דעתה להחלטות שנתקבלו על ידי שר שנטל סמכות הנתונה ברגיל לעובד מדינה.

**נספח 13**: מסמך ההכנה של הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה מיום 23.6.2023.

69. בדיון שני שהתקיים בהצעת החוק של חה"כ רוטמן, ביום 26.6.2023, ציין המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (ציבורי-מנהלי), עוה"ד גיל לימון, כי משמעות החקיקה המוצעת היא "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". הוא הזהיר כי ביום שאחרי חקיקת החוק, ובהיעדר חובה לפעול בסבירות, אנו עלולים לעמוד בפני מציאות שבה עמדות מקצועיות יאבדו מחשיבותן, אנשי מקצוע יאבדו ממעמדם, ושיקולים פוליטיים יקבלו משקל מכריע, אולי אפילו בלעדי, בעבודת הממשלה על כלל זרועותיה.

70. המשנה ליועמ"ש הוסיף, כי השינוי בחוק היסוד ייצור "**חור שחור נורמטיבי**, שגבולותיו הרבה יותר רחבים מהקשיים אותם מעוררת עילת הסבירות". הוא מנה שורת היבטים שבהם ביטול אכיפת חובת הדרג הנבחר לפעול בסבירות עלול להוביל לפגיעה אנושה בשלטון החוק, ובהם: מינויים ופיטורים שרירותיים של בכירים בשירות הציבורי, לרבות שומרי סף וגורמים רגולטוריים-מקצועיים; התעלמות או ייחוס משקל זניח לעמדות מקצועיות שחובה על שרי הממשלה לשקול בעת קבלת החלטה; הימנעות שרי הממשלה מהפעלת סמכויות, לרבות התקנת תקנות או אישורן של החלטות מקצועיות; פעולות בלתי מאופקות של ממשלות מעבר, לצורך השגת יתרון בבחירות או קיבוע עובדות בשטח לממשלה נכנסת; שימוש לא סביר באופן קיצוני

מידתיות ("מידתיות במובן הצר"), בית המשפט נוהג לבחון אם התועלת החברתית הנובעת מהשימוש באמצעי שבחרה הרשות המנהלית, עומדת ביחס **סביר** לפגיעה בזכויות היסוד שנגרמת כתוצאה מהשימוש באותו אמצעי.

בסמכויות מעשיות אחרות של שרים, דוגמת החלטת שר המשפטים על העמדה לדין משמעתי של שופט; ועוד.

71. המשנה ליועמ"ש ציין כי טיפול אמיתי במורכבויותיה של עילת הסבירות, מתבקש היה שיעשה על דרך של עיגון חובת הסבירות, במסגרת הסדר המתייחס גם להבניית שיקול הדעת בהתערבות השיפוטית במקרים בהם מופרת אותה חובה, והוסיף כי חוק היסוד אינו האכסניה המתאימה להסדר שכזה.

72. ביום 27.6.2023 וביום 3.7.2023 קיימה הוועדה שני דיונים נוספים בהצעת החוק לביטול עילת אי-הסבירות.

73. ביום 3.7.2023 שלחו העותרים, באמצעות הח"מ, מכתב ליו"ר הכנסת, ולייעוץ המשפטי לכנסת ולממשלה, ובו ציינו כי החלטת יו"ר ועדת החוקה לקיים דיון בהצעת החוק הפרטית שהציג, ובהמשך להביאה ישירות להצבעה בקריאה ראשונה – נעדרת סמכות ובטלה. למעלה מן הצורך, צוין כי ככל שיתבקש להניח את הצעת החוק מטעמו של חה"כ רוטמן כהצעת חוק פרטית על שולחן מליאת הכנסת, על הייעוץ המשפטי לכנסת ולממשלה ליידע את חברי וחברות הכנסת כי מדובר בתיקון חוקתי שאינו חוקתי ובמקרה מובהק של שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

**נספח 14:** מכתב העותרים ליו"ר הכנסת מיום 3.7.2023 (נושא בשוגג תאריך של יום 4.7.2023).

74. ביום 4.7.2023, במהלך הדיון החמישי בהצעת החוק לביטול עילת אי-הסבירות, אישרה ועדת החוקה – בהעדר סמכות – להביאה לקריאה ראשונה במליאה. חרף העובדה שבמהלך דיוני הוועדה שהתקיימו נשמעו הערות ואזהרות מהותיות, מגוונות ורבות מספור – הן מטעם הייעוץ המשפטי לכנסת ולממשלה, הן מטעם גורמים מקצועיים רבים, והן מטעם חברי הכנסת – נוסח הצעת החוק הפרטית שהוועדה החליטה "לאמץ" (בהעדר סמכות) לקריאה ראשונה במליאה, לא כלל שינוי ביחס לנוסח שהציג חה"כ רוטמן ביום 17.1.2023. **העובדה כי הוועדה לא ערכה שינוי בנוסח הראשוני שהציג חה"כ רוטמן, גם בראי הערות וחומרים מטעם היועצים המשפטיים והמומחים שהוצגו והונחו בפניה, מבהירה אף היא כי עסקינן בהצעת חוק פרטית, להבדיל מכזו שוועדת החוקה בחרה "ליזום" או "להכין" באמצעות האורגנים הפועלים בה.**

75. בלילה שבין יום 10.7.2023 ליום 11.7.2023 אושרה הצעת החוק לביטול עילת אי-הסבירות בקריאה ראשונה, ברוב של 64 מול 56 ח"כים.

76. בימים 11-13.7.2023 קיימה ועדת החוקה שלושה דיונים נוספים בהצעת החוק לביטול עילת אי-הסבירות, לצורך הכנתה לקריאה שנייה ושלישית במליאה. בערב יום 12.7.2023, זמן קצר לאחר שיו"ר האופוזיציה שיגר לשר המשפטים מכתב בו דרש ממנו להפעיל את סמכותו ולכנס את הוועדה לבחירת שופטים, פורסם תיקון ראשון לנוסח חוק ביטול עילת אי-הסבירות. הנוסח המתוקן החמיר את המגבלות על הביקורת השיפוטית, בהבהירו כי לא יתאפשר דיון או מתן צו בעניין החלטת נבחרי ציבור ב-"כל החלטה לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות". בצד זאת, לפי הנוסח המתוקן, הוצאו מתחולת חוק ביטול עילת אי-הסבירות החלטות שהתקבלו על ידי "נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק".

**נספח 15:** הנוסח המתוקן של הצעת החוק לביטול עילת אי-הסבירות מיום 12.7.2023.

77. ביום 16.7.2023, בדיון האחרון שהתקיים בהצעת החוק בוועדת החוקה טרם אישורה לקריאה שנייה ושלישית במליאה, ציין חה"כ גלעד קריב (העבודה) כי הדיון בהצעה **לא מוצה**, כי הוועדה **לא התייחסה** לסוגיות קשורים רבים שהעלו גורמים מקצועיים בדיונים, כי לא התקבלו עמדות היועצים המשפטיים בכלל המשרדים הרלוונטיים (דוגמת משרדי הביטחון, הכלכלה והבריאות), וכי חרף דרישת חברי הכנסת, לא הוזמנו לדבר בפני הוועדה גורמים רלוונטיים נוספים. חה"כ קריב הוסיף כי חברי הכנסת ביקשו שתיעשה

סקירה ממוקדת על השפעת החקיקה על מינוי ופיטורי בכירים בשירות הציבורי והחלטות בדבר הקצאת משאבים – אך הדבר לא נעשה.

78. בהמשכו של יום 16.7.2013 פרסם חה"כ רוטמן נוסח סופי של חוק לביטול עילת אי-הסבירות, וציין כי ניתן יהיה להגיש לו הסתייגויות עד ליום למחרת בבוקר, אז תחל ההצבעה בוועדה לאישור הנוסח לקראת קריאה שנייה ושלישית במליאה. חברי ועדת החוקה פנו לעו"ד אפיק, היועצת המשפטית של הכנסת, בבקשה לדחות את המועד האחרון להגשת ההסתייגויות. הח"כים נימקו בקשתם בכך שבעניינה של חקיקה כבדת משקל כזו, נדרש זמן רב יותר בכדי לבצע עבודה פרלמנטרית מקצועית. חרף זאת, לא הוארך המועד להגשת ההסתייגויות.

79. עוד באותו יום, השיבה היועצת המשפטית לכנסת לפניית העותרים מיום 3.7.2023, ובתשובתה הפנתה למענה דומה ששלחה ביום 2.7.2023 לחה"כ קריב. עו"ד אפיק טענה כי הצעת חוק מטעם ועדה היא "מעין הליך ביניים בין הליך החקיקה של הצעת חוק פרטית לבין הליך החקיקה של הצעת חוק ממשלתית". זאת, בניגוד לטענתה בחודש ינואר 2023, לפיה הצעת חוק מטעם ועדה מהווה "תחליף למנגנון הממשלתי", וכזו אשר התוצר שלה, המונח על שולחן הכנסת לקריאה הראשונה, צריך שיהיה "דומה לתוצר של הצעת חוק ממשלתית שטרם הנחתה על שולחן הכנסת עוברת תהליך ממושך בממשלה".

80. עוד טענה עו"ד אפיק, כי הצעת החוק לביטול עילת אי-הסבירות עומדת בתנאיו של ס' 80 לתקנון הכנסת; כי "הוראת סעיף 80 לתקנון אינה מחייבת את הוועדה לקיים דיון מקדים בשאלה האם לקדם את הצעת החוק כהצעה מטעם ועדה"; וכי "מטבע הדברים, אישור נוסח הצעת חוק לקריאה ראשונה על ידי ועדה מלמד כי היא מעוניינת לקדמה כהצעת חוק מטעמה".

81. מנגד, בדיון שהתקיים בוועדה ביום 17.7.2023 אמרה עו"ד אפיק, כי "זו הצעה מטעם ועדה, ולא מצאנו לנכון לקבוע לגביה מסמרות, נהלים וקריטריונים. [...] לאורך השנים להצעה מטעם ועדה לא היו קריטריונים, לא היו נהלים מסודרים וגם הבקשה שלך [חה"כ גלעד קריב – הח"מ] נדמה לי המקורית הייתה הוועדה 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 לנושא הזה של הצעה מטעם ועדה, ודאי אם זה הולך להפוך להיות איזשהו כלי שימושי יותר שהוועדות משתמשות בו". במענה לשאלת חה"כ קארין אלהרר (יש עתיד) האם בעבר נעשה שימוש בהצעה מטעם ועדה לצורך קידום של חוקי יסוד השנויים במחלוקת ציבורית עזה, ענתה עו"ד אפיק שמטבע הדברים כל תיקון חוק יסוד שנעשה מטעם ועדה הוא בנושא "כבד משקל",<sup>22</sup> ואילו יועמ"ש הוועדה, עו"ד גור בליי, השיב כי ברוב המכריע של המקרים השימוש בהצעת חוק מטעם ועדה נעשה לגבי נושאים שאינם שנויים במחלוקת.<sup>23</sup>

**נספח 16:** המענה מטעם עו"ד אפיק לפניית העותרים, מיום 16.7.2023.

82. בימים 17.7.2023 עד 19.7.2023, בדיונים מרתוניים שקיימה הוועדה, ניתנו לחברי האופוזיציה מספר שעות כדי לנמק 27,676 הסתייגויות שהוגשו מטעמם, אשר לצורך כתיבתן התגייסו אזרחים רבים. לאחר שכלל ההסתייגויות נדחו סופית, בליל 19.7.2023 אושרה הצעת החוק לביטול עילת הסבירות לקריאה שנייה ושלישית במליאה.

<sup>22</sup> הגם שבמכתבה לחה"כ רוטמן מיום 25.1.2023 ציינה כי בחינת רשימת ההצעות מטעם ועדת החוקה שהוגשו לאורך השנים מעלה כי עסקו בעניינים שיש להם נגיעה הדוקה לעבודת הכנסת (כגון בחירות ומפלגות) או בעניינים שהייתה לגביהם **הסכמה רחבה** (נספח 3; בס' 7).

<sup>23</sup> למעט התיקון לחוק-יסוד: הכנסת שאפשר הדחת ח"כים (הידוע בכינויו כ-"חוק ההדחה").

83. ביום 24.7.2023 אושרה הצעת החוק לביטול עילת הסבירות בקריאה שניה ושלישית במליאת הכנסת, בנוסח זהה לזה שהוצע על ידי חה"כ רוטמן ביום 12.7.2023 :

"בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, אחרי סעיף קטן (ד) יבוא :

"(1ד) 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 החלטה 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".

כפי שניתן להיווכח, מדובר בנוסח עמום שאינו בהיר דיו ("עניין סבירות החלטה"), ומטיל צל פרשני בנוגע להיקף שלילת הביקורת השיפוטית גם מעבר לעילת אי-הסבירות.<sup>24</sup>

**נספח 17** : נוסח הצעת חוק ביטול עילת אי-הסבירות שאושר בקריאה שניה ושלישית ביום 24.7.2023.

**[\*] טרם פורסמו כלל הפרוטוקולים של דיוני ועדת החוקה בעניין חוק ביטול עילת אי-הסבירות, והם יוגשו בהמשך, במרוכז, לבקשת בית המשפט הנכבד.**

#### **ד. הטיעון המשפטי**

84. סדר הילוכנו יהיה כמפורט להלן.

85. תחילה, **בפרק ד(1)** נעמוד על כך שוועדת החוקה אינה יכולה "לאמץ" הצעת חוק פרטית ולהביאה להצבעה בקריאה ראשונה בכנסת כאילו הייתה היא הצעה מטעמה. מדובר בחריגה ברורה ומובהקת מגדרי הסמכויות של ועדת החוקה שנקבעו בתקנון הכנסת. מכאן שחוק ביטול עילת אי-הסבירות – שלא אושר כמתחייב בארבע קריאות בכנסת (טרומית, ראשונה, שניה ושלישית) – מעולם לא נכנס לתוקף. פגם זה, של אי אישור הצעת החוק במתכונת הקבועה בתקנון הכנסת, הוא פגם **מאין**. ללא הליך הצבעה תקין על הצעת החוק, אין מדובר בחוק שאושר כדין על ידי הכנסת. עוד נוסף ונראה, כי אפילו הייתה ועדת החוקה מבקשת ליזום ולהכין את חוק ביטול עילת אי-הסבירות, היא לא הייתה מוסמכת לקדמו כהצעה מטעמה לפי הוראות התקנון.

86. לפגמים המאיינים האמורים נוספו גם פגמים מהותיים בהליך החקיקה, היורדים לשורשו של עניין. אלו, אפילו היו עומדים כשלעצמם, מלמדים כי הליך החקיקה לא עמד ברף הדרוש, ומחריפים את עוצמת הפגם הבסיסי, של אי-הבאתה של הצעת החוק להצבעה בקריאה טרומית.

87. **בפרק ד(2)(א)** נעמוד על כך שהשינוי בחוק היסוד אושר תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת. נראה כי מדובר בנורמה שאינה מתאימה למארג החוקתי, ואשר כל ההסדרים הדומים לה נעשו בחקיקה רגילה (או בחקיקת משנה). כמו כן, נראה כי השינוי בחוק היסוד לא ראוי להיחשב ככללי או יציב, משמטרתו ותוצאתו הנורמטיבית המיידית היא ביטול עילת הביקורת השיפוטית המרכזית על שורת החלטות שבכוונת הממשלה ה-37 לקדם (שמקצתן ידועות כבר). לו תכלית השינוי בחוק היסוד הייתה לכוון הסדר חוקתי ארוך טווח, להבדיל מלהרחיב את מוטת שליטתה של הממשלה הנוכחית, הייתה זו קובעת באופן מתבקש, באמצעות הרוב הקואליציוני, כי השינוי בחוק היסוד ייכנס לתוקפו מהכנסת העוקבת. עיקרה של חקיקת היסוד טמון אפוא בתחולתה המיידית, המאפשרת לממשלה, ולעומד בראשה, להיות בגדר "נהנים ראשונים" מפירות

<sup>24</sup> העותרים הרחיבו בעניין זה במסגרת בקשתם למתן צו ארעי וצו ביניים, המוגשת בד בבד עם העתירה.

המהפכה המשטרית שהם מקדמים (תחת ההנחה שאפילו אם בכנסת העוקבת יבוטל החוק, המינויים שכבר מונו וההחלטות שהתקבלו על ידי אותם ממונים, ייוותרו בתוקף). ניתן גם להשקיף על השינוי בחוק היסוד ככזה שתכליתו להסיג את הכרעת בית המשפט הנכבד, בין היתר בהכרעה בעניין מינוי שר שנקבע כבר שלוקה בחוסר סבירות קיצוני.

88. משעה שהנורמה החוקתית העומדת לבחינה בענייננו אינה עונה על יותר מאחד מהמבחנים לזיהויה ככזו, הנטל עובר אל כתפי המשיבים להצביע על הצדקה לעיגונה בחוק יסוד ובתחולה אקטיבית. מבלי לגרוע מהעובדה שנטל זה מונח על כתפיהם של המשיבים, ועל כתפיהם בלבד – נוסף ונטען כי צידוק שכזה ממילא לא קיים בנמצא. מכאן שדינו של החוק **בטלות**.<sup>25</sup>

89. **בפרק ד(2)(ב)** נראה, לשם הזהירות, כי אף אם חוק ביטול עילת אי-הסבירות ייבחן כחוק רגיל, דינו פסלות בשל אי-חוקתיותו ואי-עמידתו בתנאי פסקת ההגבלה. חוק ביטול עילת אי-הסבירות שולל באופן מוחלט את האפשרות של הפרט לבקש מהרשות השופטת סעד מקום שהתקבלה על ידי נבחר ציבור החלטה שרירותית, לרבות כזו שהתעלמה משיקולים רלוונטיים, או ייחסה משקל משמעותי לשיקולים שוליים וזניחים. זכות הגישה לערכאות של הפרט, וזכותו (החוקתית) לקבל סעד על פי דין, עומדים בליבת העקרונות הדמוקרטיים של הפרדת הרשויות ושלטון החוק.

90. מלכתחילה, חוק ביטול עילת אי-הסבירות אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל, ולא נועד לתכלית ראויה. אך אפילו אם יצליחו המשיבים לאתר תכלית ראויה לחיקוק, ולהראות כי הוא עומד בהלימה לערכי מדינת ישראל, ברי כי הסדר הקובע שלילה מוחלטת של ביקורת שיפוטית שעניינה סבירות ההחלטה, בעניינן של **כלל ההחלטות** שהתקבלו על ידי הדרג הנבחר (אשר מטבע הדברים מכילות שיקולים פוליטיים משמעותיים לצד השיקולים המקצועיים) – הוא בלתי מידתי.

91. **בפרק ד(2)(ג)** נעמוד על כך ששלילה מוחלטת שכזו, של עצם יכולתו של בית המשפט ליתן סעד במקרים של החלטה שרירותית או בלתי סבירה באופן קיצוני, מהווה פגיעה כה אנושה בעקרונות הפרדת הרשויות ושלטון החוק, עד שאפילו לו היה החוק לביטול עילת אי-הסבירות נבחן כחוק יסוד – להבדיל מחקיקה רגילה אשר הכותרת "חוק יסוד" הוצמדה לה שלא כדין – עדיין היה מקום לקבוע כי מדובר בתיקון חוקתי שאינו חוקתי. נוסף ונראה, כי עסקינן בנסיבות חריגות, בהן רוב מקרי פועל לשנות במעמד צד אחד את ההסדר החוקתי הקיים מן הקצה אל הקצה, תוך פגיעה אנושה באושיות הדמוקרטיה – ומכאן שבית המשפט הנכבד צריך להכריע לראשונה בחיוב בשאלת קיומה של ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי יסוד, ולהורות בענייננו על פסילתו של השינוי בחוק היסוד.

<sup>25</sup> זאת ועוד; בית המשפט הנכבד יתבקש לקבוע הלכה כללית, לפיה חקיקה הסוטה מהאיזונים והבלמים הנהוגים בין רשויות השלטון, ומעצימה בתחולה אקטיבית את כוחה של הרשות המבצעת ושל הרוב הקואליציוני על חשבון יתר הרשויות וגורמי השלטון, אינה יכולה לעמוד במבחני הזיהוי, ולכל הפחות תחול באופן פרוספקטיבי בלבד. קביעה פרשנית כזו, "הכובלת את ידיו" של הרוב הקואליציוני מלעשות שימוש לרעה בסמכות המכוננת, ומהווה מעין "תמריץ שלילי" באותם מקרים חריגים הנגועים בניגוד עניינים מוסדי (ואישי) **מידי ומובהק**, מתבקשת במיוחד על מנת להגן על החוקה המתגבשת, ולמנוע מצב בו ניצחון בבחירות (לא כל שכן ניצחון דחוק) יהווה הזמנה פתוחה לשינוי מידי וכולל של שיטת המשטר – תוך העצמת המנצחים "ומחיקת" הצד המפסיד.

**ד(1). חוק ביטול עילת אי-הסבירות לא אושר בארבע קריאות בכנסת – ומכאן שלא נכנס לתוקף**

92. אין מחלוקת – לרבות בקרב מצדדי צמצום היקפה של הביקורת השיפוטית על חקיקה – כי בית המשפט מוסמך, ואף חייב, לבחון האם טקסטים שמתיימרים להיקרא חוקים אכן נחקקו בהליך התואם את הדין, ובהתאם לפרוצדורה הקבועה בתקנון.
93. כך, לדוגמא, אם יפורסם ברשומות טקסט המתחזה להיות חוק, אך יתברר כי מליאת הכנסת מעולם לא הצביעה ואישרה אותו – מובן כי זה תפקידו של בית המשפט להצהיר כי אין מדובר בחוק כלל ועיקר.
94. הצהרה כזו אינה בגדר קביעה בדבר בטלות של חוק, מהטעם הפשוט, שמדובר בתיאור מצב עובדתי – האם התקיימו, או שלא התקיימו, התנאים הפרוצדורליים הצרים והטכניים לקידום החקיקה ואישורה.
95. כפי שנפרט להלן, הצעת החוק מושא העתירה דן היא כזו שיש לסווגה, לפי לשון תקנון הכנסת כמו גם תכליתו, כ-"הצעת חוק פרטית". זאת, משני טעמים נפרדים – ראשית, מהטעם שלא ועדת החוקה היא שיזמה והכינה את הצעת החוק, כפי שמחייב תקנון הכנסת; ושנית, מהטעם שהצעת החוק כלל אינה מצויה בתחום הצר שניתן לוועדת החוקה, שרק בהקשרו היא מוסמכת לקדם חקיקה מטעמה.
96. משכך, לצורך אישורה עליה לעבור הצבעה בארבע קריאות – קריאה טרומית, שהיא תנאי להתחלת הליך החקיקה, ולאחר מכן שלוש קריאות נוספות. ככל שלא אושרה הצעת החוק בארבע קריאות – אין היא יכולה להיכנס לספר החוקים.
97. במקרה הנוכחי, הצעת החוק לא אושרה בקריאה טרומית ולא ניתן היה להניחה על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה (ודאי שלא לקריאה שנייה ושלישית). משכך, אין נפקות חוקית לאישורה של הצעת החוק בקריאה שלישית. ממילא, אפילו אם ניתן היה לראות בקריאה הראשונה כקריאה טרומית (ולא כד), הרי שהצעת החוק לא אושרה בארבע קריאות כנדרש.

**ד(1)א). ועדת החוקה אינה יכולה "לאמץ" הצעת חוק שלא יזמה והכינה**

98. בהתאם לתקנון הכנסת, ישנן שלוש יחידות חוקתיות הרשאיות להגיש הצעת חוק – הממשלה, ועדה מוועדות הכנסת, וחבר כנסת בודד. שתי היחידות החוקתיות הראשונות הן רשויות מנהליות, הכפופות לדיני המשפט המנהלי. הדין מקנה הן לממשלה והן לכנסת משאבים לצורך ביצוע עבודתן, ובכלל זאת דרג מטה מקצועי שיעודו להגשים את היעדים של הדרג הנבחר באופן מקצועי, ובמסגרת גבולות החוק. עובדי המטה המקצועיים, הן של משרדי הממשלה והן של הכנסת, מתמנים בהליך מכרזי, והם כפופים לדרישות כשירות, מקצועיות, ולמגבלות החלות על עובדי מדינה, לרבות איסור ניגודי עניינים, איסור קבלת תרומות ומתנות, ואיסור קבלת תגמול מגורמים פרטיים בגין עבודה אחרת. ההליך המנהלי התקין מבטיח כי התוצר של הממשלה או הוועדה יתבסס על תשתית עובדתית מלאה, יעמוד בהלימה למכלול החקיקה, ייקבע לאחר שכלל השיקולים נדונו ונבחנו, ויהיה חף מכל עניין אישי, החורג מטובת הציבור.
99. בממשלה, אשר היקף הצעות החוק המקודמות על ידה רחב בהרבה מאלו המקודמות על ידי ועדות הכנסת, מוסדר ההליך המנהלי של החקיקה בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה, המפרטת את כל השלבים הדרושים על מנת לייצר תוצר חקיקתי ראוי. בכלל זאת, השלב הראשון הוא קבלת החלטה על הכנת הצעת חוק וביצוע עבודת מטה לגיבוש ההצעה. לאחר מכן מגובש נוסח במשרד המשפטים; ההצעה מופצת להערות הציבור ולמשרדי הממשלה השונים; מתקבל אישור על העדר מניעה משפטית מקידום החקיקה; מתקיים דיון בוועדת שרים לחקיקה ובממשלה; ומתקיים הליך החקיקה בכנסת.

**נספח 18** : הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 2.3005 – הטיפול בהצעות חוק ממשלתיות.

100. מאחר שמלאכת החקיקה ברובה נעשית בממשלה, הכנסת לא התקינה הנחיות מקבילות באשר לאופן הטיפול בהצעות חוק מטעם ועדות הכנסת (ויצוין כי ייזום חקיקה על ידי ועדות הכנסת האמורות, עד לחודשים האחרונים, היה בגדר מקרה חריג).

101. אותם העקרונות המפורטים בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה, שאינם אלא עקרונות של המשפט המנהלי, חלים גם בוועדות הכנסת (כפי שאף עולה ממכתבה של היועצת המשפטית לכנסת, שעל פיו התוצר בסיום הליך ההכנה של הצעת חוק בוועדת החוקה צריך להיות דומה להצעת חוק ממשלתית (נספח 3)). בין העקרונות המנהליים האמורים, ניתן למנות את העקרונות הבאים: (1) על הוועדה לקבל החלטה מקדמית ליזום הצעת חוק בנושא מסוים; (2) יש לקיים עבודת מטה על ידי גורמי המקצוע של הוועדה, על מנת להעמיד בפני המחוקקים את כל הנתונים הדרושים; (3) על בסיס התשתית העובדתית שנאספה, על הוועדה לגבש את עמדתה בנוגע לטיבה המדויק של הצעת החוק; (4) גורמי המטה המשפטיים נדרשים לנסח את הנוסח המשפטי בהתאם להנחיות הוועדה, ונוסח זה צריך להתאים למכלול החקיקה; (5) לאחר מכן, הוועדה צריכה לאשר את הנוסח הסופי ולהעבירו להליך החקיקה.

102. היחידה החוקתית האחרת שרשאית להגיש הצעות חוק היא חבר הכנסת הבודד. הצעות חוק פרטיות אינן מגובשות בעבודת מטה מסודרת של עובדי מדינה. הן יכולות להיכתב על ידי חבר הכנסת או על ידי גופי חברה אחרת או גופים אחרים עימם מצוי חבר הכנסת בקשר. על חבר הכנסת ועל הגורמים שסייעו לו בהכנת הצעת החוק לא חלה חובת שקיפות, לא חלה חובה לפעול על יסוד תשתית עובדתית כלשהי, לא חלה חובה לשקול את כלל השיקולים הרלבנטיים, לא חלה חובה לבחון את חוקתיות ההסדר או התאמתו למערך החקיקה. למעשה, למעט מגבלות פליליות, חופש הפעולה של חבר הכנסת המגיש הצעת חוק פרטית הוא רחב ביותר.

103. בהתאמה, בעוד שהצעות חוק ממשלתיות והצעות חוק של ועדה מובאות, לאחר אישורן ברשות המנהלית, ישירות להצבעה בקריאה ראשונה, הצעת חוק פרטית מובאת להצבעה בקריאה טרומית. בשלב זה נדרשת גם עמדת ועדת שרים לחקיקה. לאחר הקריאה הטרומית, ככל שההצעה עברה, נעשית עבודת המטה הדרושה על מנת להבטיח את התאמתה של ההצעה לספר החוקים. משמע, העבודה המנהלית, לרבות גיבוש התשתית העובדתית, נעשית בדיעבד, לאחר שכבר גובש נוסח ראשוני להצעת החוק. עבודה מנהלית זו, בדיעבד, מצמצמת, הגם שלא מאיינת, את החשש להשפעה של גורמים בעלי אינטרסים שאינם גלויים לציבור על הליך החקיקה, ואת החשש כי הליך החקיקה ילקה בהיעדר מקצועיות.

104. במקרה הנוכחי, הצעת החוק של חה"כ רוטמן לא גובשה על יסוד החלטה של ועדת החוקה ליזום אותה. כמו כן, לא נעשתה כל עבודת מטה מקדימה של הדרג המקצועי של הוועדה לגיבוש נוסח ההצעה. מדובר בהצעה שנכתבה על ידי חה"כ רוטמן או מי מטעמו. כפי שעלה מהתייחסויות אליה על ידי היועץ המשפטי לכנסת ולממשלה, הצעת החוק לא גובשה על בסיס תשתית עובדתית מקיפה ובלתי תלויה, ואף לא צורפו אליה דברי הסבר.

105. בהצעת חוק פרטית זו דנה ועדת החוקה, ואותה החליטה להניח על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה.

106. השאלה היא האם רשאית ועדת החוקה, בדיעבד, "לאמץ" הצעת חוק שלא הוחלט על ידי הוועדה ליזום את הכנתה, שלא הוכנה על ידי חברה, ושלא התבססה על עבודת מטה של הדרג המקצועי הבלתי תלוי שלה. התשובה לשאלה זו היא **בשלילה** – הן מהטעם שוועדת החוקה אינה רשאית לקדם לקריאה ראשונה כהצעה



מטעמה, הצעת חוק שהיא לא הכינה ולא יזמה את הכנתה מלכתחילה; והן מהטעם שוועדת החוקה אינה יכולה לאצול את סמכויות החקיקה שלה, לרבות ליו"ר הוועדה. ונפרט.

107. סעיף 80 לתקנון הכנסת מתיר לוועדה ליזום הליך חקיקה. כך, על פי הסעיף:

"(א) ועדת הכנסת, ועדת החוקה חוק ומשפט והוועדה לענייני ביקורת המדינה רשאיות **ליזום**, בתחומי ענייניהן לפי תקנון זה, הצעות חוק בנושאים אלה **ולחייבן** 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".

108. מאחר שוועדת החוקה היא גוף קולקטיבי, החלטה של ועדה זו היא החלטה המתקבלת בזמן שהיא מכונסת בקוורום חוקי. על מנת שתוגש הצעת חוק מטעם ועדת החוקה, עליה להתכנס, קודם לגיבוש הצעת החוק, ולקבל החלטה שהיא **"יזומת"** את גיבושה. החלטה זו היא שמניעה את עבודת המטה מטעם ועדת החוקה. ההנחיות שיינתנו בהחלטה זו לדרג המקצועי, הן שיכתיבו את העבודה המקצועית שתבוצע, את התשתית העובדתית שתגובש, ואת התוצר שיוצג לאישור חברי ועדת החוקה.

109. במקרה הנוכחי, אין ספק שוועדת החוקה לא **"יזמה"** את הצעת החוק, אלא חה"כ רוטמן העומד בראשה. הוועדה גם לא **"הכינה"** את הצעת החוק, שהוצגה על ידי חה"כ רוטמן עוד **טרם** הדיון הראשון שהתקיים בוועדה. הוועדה אף לא הנחתה את גורמי המקצוע איזו תשתית עובדתית נחוצה לה, ואילו הסדרים חוקתיים היא מעוניינת לבחון במסגרת הצעת החוק.

110. מנגנון שעל פיו רשאי חבר כנסת **"לדלג"** מעל שלב הקריאה הטרומית, אם ישכנע ועדה מוועדות הכנסת לאמץ את הצעת החוק הפרטית שלו – **לא קיים** בתקנון הכנסת.

111. בהעדר כל עוגן בלשון התקנון לאפשרות של **"אימוץ"** הצעת חוק פרטית על ידי ועדה, ואשרורה בדיעבד, ספק אם יש להידרש לפרשנות תכליתית של התקנון. אולם, למעלה מן הצורך נציין, כי אף במישור התכליתי, המסלול של הצעת חוק פרטית הוא מסלול שונה ונפרד מהמסלול של הצעת חוק ממשלתית או הצעת חוק מטעם ועדה מוועדות הכנסת. בשל השוני המהותי בין סוגי מסלולי החקיקה הללו, מערך האיזונים והבלמים בכל אחד מהם שונים. **שעטנז, המאפשר להצעת חוק שלא עברה בכור המצרף המקצועי ובבקרת האיכות של גורמי המטה המינהליים, לדלג על השלב המקדמי של הקריאה הטרומית, מנוגד להיגיון שבבסיס מסלולי החקיקה השונים המוסדרים בתקנון הכנסת.**

112. כך גם, חה"כ רוטמן אינו רשאי לבצע שימוש לרעה בסמכותו כיו"ר ועדת החוקה, על מנת לגרום לה **"לאמץ"** הצעת חקיקה פרטית מטעמו, שאין היא יזמה או הכינה (לא כל שכן כאשר הצעה זו נועדה, לפחות בתחילת דרכה, להבטיח במישרין את מקומו שלו כחבר בוועדה לבחירת שופטים).

113. **הסדר שבו יושבי ראש של ועדות יוכלו על דעת עצמם לקבוע כחלק מסדר היום של הוועדות דיון בהצעת חוק פרטית, שלא אושרה בקריאה טרומית, מנוגד במישרין לסעיף 78 לתקנון הכנסת, הקובע כי רק לאחר שאושרה הצעת חוק פרטית בקריאה מקדמית, ייקבע לאיזו ועדה מוועדות הכנסת היא תועבר, לצורך הכנה לקריאה ראשונה.** מסלול זה אף מנוגד ליתר ההסדרים המפורטים בסעיף, לרבות אפשרות ההשגה על הוועדה שנבחרה לקדם את הצעת החוק הפרטית. קביעה כי יו"ר ועדת החוקה יכול לעקוף את הוראת סעיף 78 לתקנון, על ידי קביעה כי הצעת חוק פרטית (שלו עצמו) תידון בוועדה שהוא יושב הראש שלה, לא זו בלבד

שמנוגדת לתקנון, אלא גם יוצרת אי-שוויון בכוח החקיקה בין חברי הכנסת, ומאפשרת לאינטרס הפרטי של יו"ר ועדה להתגבר על סדרי פעולתו של המשכן.

114. למעשה, אם תתקבל דרך חקיקתית זו, המשמעות תהיה שיושבי הראש של כל אחת מהוועדות המוסמכות לקדם חקיקה יוכלו לאפשר לחברי כנסת המקורבים אליהם "לדלג" על הקריאה הטרומית; "לדלג" על קבלת עמדת ועדת שרים לחקיקה; "לדלג" על ההחלטה בוועדת הכנסת באשר לשאלה לאיזו ועדה תועבר הצעת חוק שאושרה בקריאה טרומית; "לדלג" מעל חובת ההנחה; וכיו"ב.

115. **אלא שכוח זה, של קידום לפני משורת הדין של יוזמות חקיקה של מקורבים לראשי הוועדות הרלבנטיות (או של ראשי הוועדות עצמם) מעולם לא ניתן לראשי הוועדות בתקנון הכנסת.**

116. זאת ועוד; אפילו לו הייתה ועדת החוקה יוזמת את קידום החקיקה (ולא היא), היא לא הייתה יכולה להכין את נוסחה שלא באמצעות הגורמים המקצועיים הזמינים לרשותה (קרי, הייעוץ המשפטי לוועדה). ודאי שאין הוועדה יכולה להסתמך על עבודה של גוף פרטי חיצוני שהיא כלל לא בחרה והתקשרה עמו מראש, ולא יודעת מה טיב עבודתו. **את סמכות הליבה של הכנת עבודת המטה לצורך חקיקה, אין ועדות הכנסת רשאיות לאצול.**

117. **ראשית**, מהטעם שחוק הכנסת, התשע"ד-1994 (להלן: "**חוק הכנסת**") ותקנון הכנסת אינם כוללים הוראות המסמיכות את ועדת החוקה לאצול את סמכויותיה. בהמשך לכך, הוראות חוק הכנסת, אף קובעות במפורש כי הייעוץ המשפטי לוועדות הכנסת יינתן על ידי היועץ המשפטי לכנסת, וכי מכון המחקר והמידע של הכנסת מוסמך לגבש תשתית עובדתית הדרושה לעבודת ועדות הכנסת. נזכיר עוד, בהקשר זה, כי אף סעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה, שניתן להקיש ממנו לענייננו, מגביל את האפשרות לאצול סמכות לעובדי מדינה בלבד.

118. **שנית**, אפילו הייתה מותרת אצילת סמכות שכזו, או שהיו רואים בוועדת החוקה כמי שרק נעזרת בגוף פרטי ותו לא, לא היה בכך להועיל. כאשר רשות שלטונית מבקשת להיעזר בנותן שירותים חיצוני לצורך ביצוע סמכויותיה השלטוניות, עליה לבצע את ההתקשרות בהליך תקין, לאחר בחינת כלל המועמדים הרלבנטיים, ועל יסוד התקשרות המבטיחה העדר ניגוד עניינים ושקיפות מלאה.

119. במקרה הנוכחי, לא זו בלבד שוועדת החוקה לא קיימה כל הליך לבחירת גוף חיצוני שכפי הנראה סייע לחה"כ רוטמן בהכנת הצעת החוק, אלא שברור לחלוטין שאפילו בדיעבד לא הובאה בפניה תמונה מלאה בנוגע להכנתה. למעשה, אותו גוף שכפי הנראה הכין את הצעת החוק או סייע בהכנתה כלל לא הופיע בפני הוועדה. בדומה, ועדת החוקה לא קיבלה פירוט של מכלול ההסדרים החוקתיים, הכרוכים זה בזה, שבכוונת חבר הכנסת יוזם החוק והגופים המסייעים לו לפעול לשנותם. מובן, כי עבודת מטה נאותה, בין אם על ידי הדרג המקצועי בוועדה, או על ידי הדרג המקצועי בממשלה, מחייבת כי מכלול ההסדרים המשטריים המוצעים ייבחנו **יחד**, על מנת שהממשלה והכנסת תוכלנה לקבל תמונה מלאה של התוכניות המוצעות לשינוי המבנה המשטרי, ואת מלוא התשתית העובדתית הדרושה לדיון בשינוי הרה משקל שכזה – להבדיל מתמונה חלקית, מקוטעת, אשר רב הנסתר בה על הגלוי. משמעות הדבר היא שלוועדת החוקה לא הייתה אפילו האפשרות "לאשרר" בדיעבד את פעולת ההכנה שנעשתה על ידי חה"כ רוטמן והגופים שסייעו לו לגבש את הצעות החוק מטעמו לשינוי הפרדת הרשויות בישראל.

120. להשלמת התמונה, נציין כי אף את השינויים בהצעת החוק, שנערכו בין הקריאה הראשונה לקריאה השנייה והשלישית, גיבש יו"ר ועדת החוקה על דעת עצמו או תוך הסתייעות במי מטעמו, מבלי להתייעץ כלל עם חברי ועדת החוקה; מבלי לקבל את אישורם או הנחיותיהם באשר לשינויים בנוסח החדש והשונה של הצעת

החוק; ומבלי להתחשב בחוות דעת עדכנית של הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, ביחס לנוסח זה. **כך נראית הצעת חוק פרטית**. כך לא נראית הצעת חוק שהיא תוצר של החלטה משותפת, ועבודה משותפת, של ועדה מוועדות הכנסת.

121. לסיכום, עסקינן בהצעת חוק יסוד פרטית, שוועדת החוקה לא יזמה ולא הכינה אותה. הצעת החוק מבוססת על עבודה של חה"כ רוטמן או מי מטעמו, שהוא בגדר גורם פרטי שוועדת החוקה מעולם לא התקשרה איתו לצורך ביצוע מלאכת עבודת המטה לחקיקה; שהיא לא הייתה מוסמכת כלל להתקשר עימו על מנת שיחליף את עובדי המדינה המבצעים עבודה מטה זו; ושהיא אפילו לא קיבלה לעיונה את תוצרי עבודתו המלאים. ועדת החוקה אינה מוסמכת "לאמץ" הצעת חוק פרטית ולהביאה לקריאה ראשונה, ומכאן שלא ניתן לראות בהצעת החוק כהצעת חוק מטעם ועדת החוקה לפי ההליך המתואר בתקנון.

122. **מהמכלול עולה, כי הצעת החוק לביטול עילת אי-הסבירות היא הצעת חוק פרטית לכל דבר ועניין. ככזו, תנאי בלעדיו אין לאישורה וכניסתה לתוקף, הוא קיומה של הצבעה עליה בקריאה טרומית. תנאי זה לא התקיים. הצבעה עליה בארבע קריאות בכנסת, כנדרש בקשר להצעות חוק פרטיות – לא אירעה; וחוק ביטול עילת אי-הסבירות מעולם לא נכנס מבחינה מהותית לספר החוקים הישראלי. ככל שמאן דהו פרסם את חוק ביטול עילת אי-הסבירות כאילו זה מהווה חלק מדברי החקיקה בישראל, הגם שמעולם לא אושר בהתאם לתקנון הכנסת, הרי שהוא חרג מסמכותו, והפרסום חסר תוקף.**

123. העותרים יוסיפו ויטענו, כי אפילו הייתה ועדת החוקה "יוזמת" או "מכינה" את הצעת החוק – הרי שלא היה בכך כדי להועיל. ודוק; חוק ביטול עילת אי-הסבירות אינו עוסק באותם "נושאים" הקבועים בס' 80 לתקנון הכנסת, הנזכר לעיל ("חוקי יסוד, עניינים שמתחייבים מתיקון של חוק יסוד ומוצעים לצדו..."). כפי שיפורט בפרק ד(2)(א) שלהלן, החוק חוקק תוך שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד", כאשר הנורמה המעוגנת בו, הנוגעת לעילת ביקורת שיפוטית ספציפית, מתאימה לחקיקה רגילה, וסותרת את מכלול המארג החוקתי הקיים. למעשה, אין כל הוראת חוק אחרת, במכלול חוקי היסוד, שעוסקת בעילה ספציפית כזו או אחרת, במנותק מהנורמה החוקתית עצמה (שהיא זו שצריכה להיות מעוגנת בחוק היסוד).

124. ברי כי אין די בכך שוועדת החוקה תצמיד להוראת חקיקה את הכותרת "חוק יסוד", על מנת שזו אכן תיחשב להוראה ההולמת חוק יסוד וניתן יהיה לקדמה באמצעות המנגנון הייחודי של הצעת חוק מטעם ועדה. גם לעמדת הייעוץ המשפטי לכנסת, לא די בכך שהסדר שהונח על שולחן הוועדה הוא, מבחינה טכנית, תיקון לחוק יסוד, ו-"יש לבחון באופן מהותי האם ההסדר עצמו הולם חקיקת יסוד מבחינת המדרג הנורמטיבי המתאים לחקיקתו והשתלבותו במארג החוקתי" (נספח 3, ס' 11).

125. בהמשך לכך, טענתה של עוה"ד אפיק, ביחס למכלול הנושאים שזכרו במקור בהצעת החוק מטעמו של חה"כ רוטמן, הייתה כי מדובר בהסדרים "שמסדירים את יחסי הרשויות ובפרט יחסיה של הכנסת והרשות השופטת" וכי "האכסניה המתאימה ל**דוּב** הסוגיות הכלולות בהצעה היא חוק יסוד...". (שם, בס' 17). בכל הכבוד, מדובר בהגדרה מופשטת ורחבה מדי הנוגעת למכלול ההצעות שזכרו במקור בהצעתו של חה"כ רוטמן, ואינה דקה פורתא בהתאמתו של חוק ביטול עילת אי-הסבירות, כשלעצמו, לחקיקת יסוד. כפי שנראה בפרק ד(2)(א), הוראות חקיקה רגילה וחקיקת משנה הן שמסדירות את יחסי הרשויות על דרך של תיחום הדיון בבתי המשפט בעניינים מינהליים ואחרים. **מכאן שחוק ביטול עילת אי-הסבירות אינו הולם חקיקת יסוד, ומלכתחילה אינו מצוי בשימת אותם "נושאים" שוועדת החוקה רשאית ליזום ולהכין הצעות חוק בעניינים לפי תקנון הכנסת (אפילו אם הייתה פועלת לעשות כן).**

**ד(1)(ב). שיקולים זרים הובילו לנקיטת הליך פרוצדורלי שאינו תואם את הנוהג החוקתי**

126. מאחר שוועדת החוקה אינה מוסמכת, כלל ועיקר, "לאמץ" מקטעים מתוך הצעות חוק פרטיות, אין הכרח לדון בשיקולים שהובילו לניסיון לנקוט בהליך נפסד זה. אלא שנוסיף ונציין, בבחינת למעלה מן הצורך, כי במקרה הנוכחי **השיקולים הזרים** שהובילו לבחירה בדרך פרוצדורלית זו גלויים וברורים.

127. התכלית של ייזום חקיקה על ידי הממשלה, בהליך של הצעת חוק ממשלתית, היא להביא לתוצר חקיקתי איכותי ומלא. הליך זה כולל דיון מקיף בכלל משרדי הממשלה, הערות ציבור, דיון בממשלה ובירור של כלל ההקשרים והמורכבויות של החקיקה. זוהי גם התכלית של ייזום חקיקה על ידי ועדות הכנסת, שהיא לרוב חקיקה מצומצמת וקונקרטית יותר (בשים לב למשאבים המוגבלים יותר העומדים לרשות ועדות הכנסת). **תכליות אלו נכונות – מקל וחומר ממש – שעה שעסקינן בחקיקת יסוד, הטומנת בחובה שינוי משטרי וחוקתי עמוק, והיא מורכבת, נוגעת לליבת עבודתה של הרשות המבצעת, ובעלת השלכות רבות וארוכות טווח.**

128. עת קודמה חקיקת יסוד משטרית **מהותית** בעבר, היה כרוך הדבר בדיונים **ממושכים**, כמתחייב מהמעמד, כאשר אלו התפרסו על פני חודשים ושנים. כך, למשל, ההוראה החוקתית הנוגעת להרכב הוועדה לבחירת שופטים, שנקבעה בראשית שנות ה-50, נדונה בוועדות הכנסת ובמליאה במשך כשנתיים. שינוי שיטת הבחירות לבחירה ישירה, שאושרה בשנת 1992, נדונה אף היא בכנסת משך כשנתיים. הדיונים ביחס לחוק-יסוד: הממשלה בנוסחו החדש, משנת 2001, נמשכו למעלה משלוש שנים; וכיו"ב.

129. במקרה הנוכחי, בתחילה קודמה הצעת חוק יסוד דומה במאפייניה כהצעת חוק מטעם שר המשפטים, יריב לוי (שאינו רשאי, בהתאם לתקנון הכנסת, להגיש הצעות חוק פרטיות). ואולם, משך הזמן הדרוש לקידום חקיקה, ודאי מורכבת שכזו, ואותה "הכבדה" בדמות ההליך המנהלי במשרדי הממשלה ושיתוף הציבור, הם שהביאו את הקואליציה לנקוט במסלול אחר. אלא שגם הגמישות והמהירות היחסית של הדיון בהצעות חוק פרטיות לא הספיקו לקואליציה, ומכאן הניסיון הנדון להביא לעקיפה של תקנון הכנסת, בדרך של "אימוץ" הצעת חוק פרטית על ידי ועדת החוקה (דרך אשר גם יש בה ליתן להצעה פרטית זו, לכאורה, אצטלה מקצועית ומעמיקה יותר).

130. כלל הליכי החקיקה המהירים לשינוי הנורמות המשטריות הבסיסיות ביותר – שנועדו להעניק לאלתר כוח רב וכמעט בלתי מוגבל לקואליציה מכהנת למול מערכת המשפט – אינם יכולים להיבחן במנותק מניגוד העניינים הקיצוני המניע אותם. לא זו בלבד שחלק מחברי הקואליציה מצויים בשיאם של הליכים פליליים, וחלקם זה מקרוב הורשעו בביצוע עבירות פליליות ובאים עתה חשבון עם מערכת המשפט; אלא שבראשה של הקואליציה עומד נאשם בעבירות שחיתות שלטונית חמורות, והוא הממנה את השרים ותוחם את תפקידיהם.

131. מובן, כי רצונה של הקואליציה הנוכחית להגדיל באופן מהיר **ומידי** את כוחה שלה למול הרשות השופטת (אפילו אם לא הייתה צבועה בצבעי ניגוד העניינים החמור של העומד בראשה) הוא שיקול זר לדיון רציני, מקיף וענייני בשינוי המבנה המשטרי של המדינה.

132. מכל מקום, גם במנותק מהשיקולים הזרים העומדים מאחורי החלטת הרוב הקואליציוני בוועדת החוקה "לאמץ" את הצעת החוק לקריאה ראשונה – החלטה זו נעדרת סמכות, ובהתאמה, אישור חוק ביטול עילת אי-הסבירות בקריאות השונות במליאה נעדר כל נפקות.

**ד(1)(ג). חוק ביטול עילת אי-הסבירות בטל אף נוכח פגמים יסודיים בהליך החקיקה**  
**היורדים לשורשו של עניין**

133. עמדנו על כך שחוק ביטול עילת אי-הסבירות לא אושר במתכונת הקבועה בתקנון הכנסת, ומשכך – מעולם לא נכנס לתוקף. פגם זה הוא פגם פרוצדורלי היורד לשורשו של העניין ומאין (Void) את החקיקה.

134. הגם שניתן היה לכאורה שלא לדון בפגמים נוספים שנפלו בהליך החקיקה, הרי שראוי לציין כי הניסיון הנפסד שלא לקיים את ההליך התקין הקבוע בתקנון הכנסת, הקרין גם על אי-תקינותם של הדיונים בוועדת החוקה. מובן בהקשר זה, כי אי-תקינות אינה מביאה בהכרח לבטלותה של חקיקה, ונדרשת אי תקינות היורדת לשורשו של ההליך. זהו המצב במקרה דנן.

135. כך, חוק ביטול עילת אי-הסבירות קודם בהליך מזוהו, שטחי, ולקוי מיסודו אשר מצדיק את התערבותו של בית משפט הנכבד מטעם זה כשלעצמו, ובפרט על רקע רמיסת הוראות תקנון הכנסת בכל הנוגע לשלבי החקיקה.

136. בית משפט נכבד זה דן לאורך השנים בשיקולים השונים הנוגעים להפעלתה של ביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה. כך, בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017) (להלן: "עניין קוונטינסקי"), עמד כבי' השופט נ' סולברג בהרחבה על ההצדקות להפעלת ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה ועל אמות המידה להפעלת ביקורת זו, על מהותו וחשיבותו של הדיון הפרלמנטרי, ועל חשיבותו של עיקרון ההשתתפות. בית המשפט הדגיש בהקשר זה כי הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה מטרתה לחזק את מעמדה של הכנסת:

"ביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה אינה 'לעומתית' כלפי הכנסת; היא בעדה. היא נעשית תוך הקפדה על איזון עדין וזהיר להבטחת עצמאותה של הכנסת, רום מעמדה ודרכי פעולתה" (שם, בפס' 40).

137. עוד במסגרת עניין קוונטינסקי, הדגיש כבי' השופט סולברג כי תנאי לקיומו של הליך חקיקה תקין הוא קיומו של דיון כדבעי:

"...בבואנו לבחון אם אמנם ניתנה לחברי הכנסת האפשרות לקיים דיון כדבעי, ניתן להעזר בפרט או בפרטים מן הרשימה שלהלן, שלבטח אינה ממצה, גם אינה מחייבת: **משך הדיון, והאם היה מידתי ביחס לאורכה של הצעת החוק, למורכבותה, ולהיקף השלכותיה** (עניין ידיד, בפסקה 53); הצעת חוק יחודית ומורכבת, ראויה לדיון בנפרד מנושאים אחרים, לעיתים בוועדה רלבנטית מקרב ועדות הכנסת, באופן שיאפשר את שקילתה בכובד הראש ההולם (עניין עדאלה, בפסקה 21 לפסק הדיון של השופטת ע' ארבל); **השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק, על נוסחה, על תוכנה** (עניין תנועת דרור ישראל, בפסקה 46; עניין ידיד, בפסקה 53; עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בפסקה 13; עניין עדאלה, בפסקה 21 לפסק הדיון של השופטת ע' ארבל); **תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק** (עניין תנועת דרור ישראל, בפסקה 46; עניין עדאלה, בפסקה 21 לפסק הדיון של השופטת ע' ארבל; ראו גם: רובינשטיין ומדינה, בעמודים 729-730); פרק הזמן מעת העברת הצעת החוק, ולמצער עיקרי הסדריה או מרבייתם, לעיון חברי הכנסת, עד למועד הדיון; וכיוצא באלו שיקולים" (שם, בפס' 80).

138. הדברים נכונים מקל וחומר מקום שבו עסקין בחקיקת יסוד. יפים לעניין זה, בהתאמה הנדרשת, דבריו של כבי' המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, שנאמרו בבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) (להלן: "עניין המרכז האקדמי"), באשר לחקיקת יסוד המתקבלת בהעדרו של דיון ציבורי מקיף:

"עקרון ההשתתפות, החיוני כל כך בדמוקרטיה, הופר – וקריאת הציטוטים מפרוטוקול ועדת הכספים בפסק הדין מצביעה, למרבה הצער הכן, על זילות הליך החקיקה... יחסה של הממשלה לכנסת – נושא רב שנים שאינו קשור כלל ועיקר לזהותה הפוליטית של הממשלה – כעולה משני התיקים טעון שיפור רב, לשון המעטה. [...] אכן, שם (בענין קוונטינסקי – הח"מ) הודגש כי אין התיק עוסק בביקורת על תוכן החוק, אך גם בענייננו הדגש לאמיתו אינו תוכני, אלא מושם על המסגרת של חוקי יסוד, ומעמדם ככאלה, כטכסטים חוקתיים. חברי השופט הנדל בחוות דעתו, תוך שימוש בחיבורו של הוגה הדעות המשפטי וולדרון The Dignity of Legislation מציון, כי "החוק מייצג את ערכיה של החברה, ועל כן ראוי ליחס של כבוד" (פסקה 5) ולהלן, גם כן מפי וולדרון (פסקה 6), "לשיטתנו, כבודו של החוק והמחוקק נעוצים בפרויקט החברתי המשותף שמשקף ביצירת חוק... המשוה לחוק מעמד מיוחס ומעורר יחס של כבוד". אם כך בחוק "רגיל" – שבעתיים כך בחוק יסוד" (שם, בפס' ל"ז וכ"ד לפסק דינו).

139. נזכיר, כי הצעת החוק לביטול עילת אי-הסבירות כלל לא הובאה כמתחייב לקריאה טרומית. עמדנו לעיל על כך שמדובר בפגם מאיין, החורג מהדיון הנוכחי ומייתר אותו. אלא שאפילו אם ייקבע כי ניתן היה להביא את הצעת החוק לדיון בקריאה ראשונה כהצעה מטעם ועדת החוקה, מדובר במסלול חריג, "מקוצר" ויוצא דופן. בהליך זה, יש להקפיד הקפדה יתרה על קיומו של עקרון ההשתתפות.

140. הגם שכך, הרי שבעניינו של חוק ביטול עילת אי-הסבירות התקיים הליך פגום באופן היורד לשורשו של עניין, אשר שלל מבחינה מעשית השתתפות מינימלית של חברי הכנסת החברים בוועדת החוקה בגיבוש הצעת החוק. למעשה, בהליך זה נרמסו כליל ההסדרים המקובלים לדיון בחקיקה בכנסת.

141. חוק ביטול עילת אי-הסבירות – שהוא משנה "סדרי בראשית" בשיטת המשטר, ובעל מורכבויות והשלכות רוחב שקשה להפריז בחשיבותו, בפרט בנוגע לאיכותו, ניקיון כפיו ויושרתו המקצועית של השירות הציבורי במדינת ישראל – לא נוסח על ידי גורמים מקצועיים בכנסת, לא כל שכן בממשלה, ונדון בוועדת החוקה במשך שלושה שבועות בלבד (תשע ישיבות) עד לגיבוש נוסחו הסופי. להצעת החוק לא צורפו דברי הסבר, והיא לא התבססה על תשתית עובדתית ומקצועית המאפשרת לקיים בה דיון מושכל מהרגע הראשון.

142. אולי חמורה מכל אלו, היא העובדה שבכל שלבי החקיקה לדיון בוועדת החוקה לא הייתה השפעה על הצעת החוק, נוסחה או תוכנה. ישיבות ועדת החוקה לא היוו זירה לדיון, שכנוע, והפנמת ידע רלוונטי לצורך טיוב נוסחו של חוק ביטול עילת אי-הסבירות. לדיון שהתקיים בוועדה, כמו גם למכלול חומרי הרקע המקצועיים ועדויות המומחים שנשמעו, לא הייתה כל השפעה על הצעת החוק – בהעדר נכונות של יו"ר הוועדה לאפשר השפעה כלשהי על נוסח הצעת החוק. הצעת החוק אושרה בקריאות השונות במליאה באופן זהה לנוסח שהוצג על ידי חה"כ רוטמן מלכתחילה בפני חברי הוועדה.

143. זאת ועוד; דיונים רבים בוועדת החוקה התקיימו על בסיס לוח זמנים מואץ שחה"כ רוטמן כפה – על מנת לעמוד "ביעד" הפוליטי שהציבה לעצמה הקואליציה, להשלים את החקיקה עד תום מושב הכנסת – ותוך שלילה חוזרת ונשנית של זכות הדיבור והטחת עלבונות במומחים (לרבות גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה) ובחברי כנסת המשתייכים לאופוזיציה, ואף הוצאתם מחדר ועדת החוקה כאשר "חטאם" בא לידי ביטוי בשאלות שאלות ענייניות שיש בהן כדי "לעכב" את הדיון, עת שניתנה להם רשות הדיבור.

144. בתוך כך, לא נשמעו בוועדה עמדותיהם של כלל הגורמים הרלוונטיים מקרב משרדי הממשלה והייעוץ המשפטי לממשלה ביחס להשלכות רחבות ההיקף של החקיקה, וחלק מגורמים אלו לא הוזמנו לוועדה חרף בקשת חברי הכנסת מטעם האופוזיציה. לדברים אלו משמעות יתרה בבחינת ההליך, נוכח עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת כי הצעת חוק מטעם ועדה צריכה להוות תוצר דומה לזה של הצעת חוק ממשלתית העוברת

תהליך ממושך בממשלה; וכי אין מטרתה של הצעה מטעם ועדה לעקוף את האפשרות של משרדי הממשלה להביא עמדתם בפני הוועדה.

145. כל פרק הזמן מיום שהונחה הצעת החוק לביטול עילת אי-הסבירות בנוסחה האחרון על שולחן ועדת החוקה, ועד לאישורה לקריאה שניה ושלישית והבאתה להצבעה סופית במליאת הכנסת, היה של **ימים בודדים**. זאת, לצורך הסדרת נושא שלו השלכות רוחביות כבדות משקל על אופייה הדמוקרטי של המדינה והממשל התקין. ברי, כי פרק זמן זה שניתן להשתתפות חברי הכנסת בהליך חקיקת חוק ביטול עילת אי-הסבירות, **אינו מידתי** ביחס למורכבותו ולהיקף השלכותיו.

146. במצב דברים זה, ברי כי עיקרון ההשתתפות של חברי הכנסת (כמו גם של הציבור) נפגע עמוקות, וכי לא ניתנה לחברי הכנסת האפשרות לקיים דיון כדבעי. הדיון שהתקיים בעניין הצעת חוק ביטול עילת אי-הסבירות היה קצר עד מאוד ולחוץ בזמנים, חרף השלכותיה הדרמטיות; לא ניתנו לכלל הגורמים הרלוונטיים האפשרות (והזכות) להביא את דברם; ולעמדות המקצועיות והפרלמנטריות שכן הובאו לא הייתה כל השפעה על נוסח החקיקה שנקבע על ידי יו"ר הוועדה ומי מטעמו.

147. הצטברותם של ליקויים אלו בהליך החקיקה של חוק ביטול עילת אי-הסבירות מצדיקים את פסילתו כשלעצמם, וזאת מקל וחומר בשים לב לכובד המשקל של הסוגיות שעומדות במרכזו.

### **ד(2). השינוי בחוק היסוד אושר תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת וחריגה מגדריה**

148. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, או "השימוש לרעה בחוק יסוד", נסובה על שאלת הזיהוי הנכון של הנורמה העומדת בפני בית המשפט. במקרה הנוכחי, כפי שיפורט להלן, החוק לביטול עילת אי-הסבירות נכשל בכל אחד ממבחני הזיהוי של חוק יסוד כפי שנקבעו בפסיקתו של בית המשפט הנכבד.

149. מקום שבו הוכח שנעשה שימוש לרעה בכוחה המכונן של הכנסת, משמעות הדבר היא שהחוק העומד לדיון אינו "חוק יסוד" המתאים להוות פרק או סעיף בחוקה, ומשכך דינו **בטלות**.

150. גם אם יתבקש, בשל הזהירות ומורכבות הדיון, לבחון את תוקפו של החוק לביטול עילת אי-הסבירות כחוק רגיל, הרי שזו תלויה בהלימתו לנורמות החוקתיות הגבוהות ממנו. כפי שנראה, חוק ביטול עילת אי-הסבירות אינו הולם את ערכיה הדמוקרטיות של מדינת ישראל, לא נועד לתכלית ראויה ופוגע בזכות יסוד ובעקרונות חוקתיים המעוגנים בחוקי יסוד פגיעה שאינה מידתית.

151. למעשה, עוצמת הפגיעה של החוק לביטול עילת אי-הסבירות במאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית היא **כה קשה**, עד אשר ממילא, אפילו אם ייקבע כי יש לזהות את החוק לביטול עילת אי-הסבירות כחוק יסוד, נכון יהיה לקבוע כי מדובר בתיקון חוקתי שאינו חוקתי.

### **ד(2)(א). הגדרת החוק כחוק יסוד מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת**

152. בעניין **שפיר**, כב' הנשיאה חיות עמדה על כך שמשימת זיהויה של נורמה כנורמה משפטית במדרג נורמטיבי מסוים – הנעשית במסגרת יישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת – מצויה **בליבת** תפקידו של בית המשפט. נקבע בהקשר זה כי תפקידו של בית המשפט הוא להגן על החוקה המתגבשת מפני חדירה של נורמות שאינן מצויות במדרג המתאים לחוקה, באופן שעלול להוביל לשחיקה במעמדם של חוקי-היסוד. עוד הודגש, כי תפקידו זה של בית המשפט "נושא **חשיבות יתרה** נוכח מאפייניה הייחודיים של המערכת החוקתית-מוסדית בישראל ובהם: העובדה שבישראל הרשות המחוקקת והרשות המכוננת חד הן; העובדה שהממשלה

דומיננטית מאוד בהליכי חקיקה בישראל; וכן העובדה שחוקי היסוד ניתנים לכינון ולשינוי בקלות, שלא לומר בקלות שאינה מתקבלת על הדעת" (ראו: עניין **שפיר**, בפס' 31-32 לפסק דינה של כב' הנשיאה).

153. כב' הנשיאה חיות עמדה על אמות המידה להחלת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת במסגרת מבחן דו-שלבי (ראו: שם, בפס' 36-37 לפסק דינה). בשלב הראשון (מבחן הזיהוי) נקבע כי יש לבחון אם חוק היסוד או התיקון לו נושאים את סימני ההיכר של נורמה חוקתית. בהקשר זה נקבע, כי נורמה המתאימה להיכלל במסגרת חקיקת היסוד ניתנת לזיהוי באמצעות מספר סימני היכר מרכזיים ובהם **כלליותה**, **יציבותה**, **והתאמתה למארג החוקתי הכולל** (כב' השופטת ד' ברק-ארז הציעה לבחון, חלף התאמה למארג החוקתי הכולל, את **המובחנות** מתפקידן של הרשויות האחרות – קרי, את השאלה אם ההוראה הנחזית לחוקתית נועדה לפלוש לתפקידן של רשויות אחרות בניהול ענייני המדינה; ראו: עניין **שפיר**, בפס' 23 לפסק דינה)).

154. ככל שנמצא בשלב הראשון שנורמה הנחזית להיות נורמה חוקתית חסרה איזה מבין המאפיינים שזכרו לעיל, קיים קושי להגדירה כנורמה המצויה במדרג החוקתי. בשלב השני, לפי קביעתה של כב' הנשיאה בעניין **שפיר**, עובר הנטל אל כתפי המשיבים להצביע על הצדקה לעיגון הנורמה בחוק-יסוד דווקא, חרף הקשיים שזוהו בשלב הראשון (מבחן הצידוק) (ראו: שם, בפס' 43 לפסק דינה של כב' הנשיאה). יוער כי כב' השופטת ברק-ארז סברה שיש לאמץ כלל הכרעה חד-שלבי, ולא להידרש למבחן הצידוק. זאת שכן במצב שבו הוראה הנחזית לחוקתית לא צלחה את מבחן הזיהוי, משמעות הדברים היא שאין מדובר בחוק יסוד שחוקק מכוח הסמכות המכוננת (ראו: שם, בפס' 28 לפסק דינה).

155. לגישת העותרים, החקיקה מושא העתירה דן היא בגדר **שימוש מובהק לרעה בסמכות המכוננת**. החוק לביטול עילת אי-הסבירות כלל אינו משתלב במארג החוקתי, ואינו מתאים, ולו בדוחק, להיות נורמה חוקתית. כמו כן, השינוי בחוק היסוד – גם אם נדמה הוא מבחינה צורנית ככללי ויציב – אינו כזה הלכה למעשה. הוא אף עומד בסתירה למארג החוקתי הכולל, ונועד להסיג בפועל את תפקידו של בית המשפט הנכבד, הן ביחס לפסקי דין שניתנו (כמו בעניינו של דרעי) והן ביחס לכאלו שצפויים להינתן (בעניין פיטוריה האפשריים של היועמ"שית, בין היתר).

156. עתה נראה מדוע השינוי בחוק היסוד, שנקבע בתחולה מיידית, אינו עומד בתנאי מבחן הזיהוי, וממילא גם לא ניתן להצדיקו על בסיס מבחן הצידוק (נטל אשר בכל מקרה מוטל על כתפי המשיבים).

157. **השינוי בחוק היסוד אינו עומד במבחן ההשתלבות במארג החוקתי** – מבחן זה עניינו במידת ההפשטה של דבר החקיקה ובשאלה האם הוא מסדיר נורמה חוקתית, או שמדובר בנורמה תת-חוקתית, שמתאימה להסדרה בחקיקה רגילה או חקיקת משנה. כפי שצוין בעניין **שפיר**: "אף שחלק מחוקי היסוד שלנו נוסחו באופן מפורט יותר מאשר סעיפים מקבילים בחוקותיהן של מדינות אחרות, בכל זאת נשמרה לאורך השנים ההבחנה בין חקיקה רגילה לחקיקת יסוד בכל הנוגע לסוג הנורמות שראוי לכלול בכל אחת מהן וביחס לרמת ההפשטה שלהן. זאת, מתוך הנחה כי לא כל נורמה ניתנת לעיגון חוקתי. כך למשל, עיגון נורמה שאינה ברמת הפשטה המתאימה לעיגון במעמד של חוקה מעוררת, על פני הדברים, חשש שמדובר בהוראה שאינה שייכת למארג החוקתי" (שם, בפס' 41 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות).

158. במקרה הנוכחי, החוק לביטול עילת אי-הסבירות מבטל עילה אחת של ביקורת שיפוטית העומדת לאזרח למול הרשות המנהלית (הדרג הפוליטי) בנסיבות **ספציפיות** של היותה בלתי סבירה. הפוך והפוך בחקיקת היסוד, ולא תמצא הוראה דומה, העוסקת בעילת ביקורת שיפוטית או תביעה ספציפית, כזו או אחרת. עם זאת, ההיפך בהחלט ימצא, ולמעשה, עילות התביעה והביקורת השיפוטית כולן, בהליכים מנהליים ואזרחיים, נקבעו בחקיקה רגילה, חקיקת משנה ובהלכה הפסוקה (המהווה דין לכל דבר ועניין).



159. כך, ס' 8 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים גודר את הסמכויות והסעדים להם יכול בית המשפט להידרש במסגרת דיון בעתירה מנהלית. סעיף זה הוא המקום הטבעי והמתבקש לחקיקה השואפת לצמצם עילת ביקורת שיפוטית כזו או אחרת. ס' 8 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים מתייחס לעילות ולסעדים שפותחו בהלכה הפסוקה, המהווה חלק מהדין, לצד החקיקה הרגילה של הכנסת.
160. בדומה, קיימות הוראות חוק נוספות המגבילות את טיב העילות שעומדות לרשות האזרח בהליך כנגד החלטתן של רשויות מנהליות. כך לדוגמא, ס' 10 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח חדש], התשנ"ה-1995 מגביל את העילות שעומדות לנפגע מהחלטת הביטוח הלאומי בקשר לקביעת נכות (שהיא החלטה מנהלית) ל-"שאלה משפטית בלבד" (וכך גם ס' 14 לחוק לפיצוי נפגעי גזת, התשנ"ד-1994 וס' 5 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 וס' 55 לפקודת התעבורה [נוסח חדש]).
161. כך גם בכל הנוגע להליכי הבחירות לכנסת, לגביהם הוראות חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969 קובעות הסדרים המגבילים את הביקורת השיפוטית (לדוגמא, ס' 49 לחוק קובע כי פסק דינו של בית משפט לעניינים מנהליים בעניינים מסוימים יהיה סופי, ומונע את זכות הערעור, ובהתאמה, מגביל את זכות העותר להביא את עניינו בפני בית המשפט העליון למעט במקרים נדירים שבהם נדרש מתן סעד למען הצדק).
162. אופן הפעלת הביקורת השיפוטית, העילות והסעדים שעומדים לנפגע מהחלטת הרשות המנהלית, מוסדרים אף בחקיקת משנה. כך, לדוגמא, החסם מפני בירור הליך מטעמי שיהוי, שפותח בהלכה הפסוקה, נקלט במישרין אף בתקנה 3 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000.
163. זאת ועוד; גם מקום שבו ביקשה הכנסת ליתן הגנה מפני עילות תביעה לרשויות המנהל, הדבר נעשה בחקיקה רגילה. כך לדוגמא, חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 מצמצם את אחריות המדינה בנזיקין בנסיבות מלחמתיות, ושולל עילות תביעה מניזוקים (ואכן, השאלות בדבר חוקתיות היבטים מסוימים של חוק זה הגיעו לדיון בפסיקה).
164. הסמכויות הכלליות, של כלל הערכאות, הוסדרו בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, אשר אף הוא יכול להוות אכסניה להסדרה של סמכות כזו או אחרת של בתי המשפט הדנים בסוגיות מנהליות.
165. גם בתחומי משפט אחרים, כלל ההוראות המגדירות את עילות התביעה והסעדים נקבעו בחקיקה רגילה או בחקיקת משנה, אף מקום שבו הנורמה המוגנת עצמה היא נורמה חוקתית. כך, הגם שהזכות לפרטיות מנויה במישרין בס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ההגנה על הזכות הוסדרה בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 ובחוק זה אף נקבעה מגבלת התיישנות ייחודית להגשת תביעות אזרחיות לפיו (ס' 26). בדומה, בעוד שהזכות החוקתית לשוויון היא זכות נגזרת מהזכות לכבוד האדם, ההסדרה של חובת הרשויות לנהוג בשוויון (ובהתאמה, העילות הפרטניות וגבולותיהן בכל הנוגע לטענות לפגיעה בשוויון), נעשתה בשורה ארוכה של דברי חקיקה, לרבות חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, וחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.
166. למעשה, כפי שזכר לעיל, אף מאמצייהן של הממשלות והכנסות הקודמות לחוקק חוק המסדיר את היקף חובותיה של הרשות המנהלית, לרבות החובה לפעול בסבירות, נעשו באמצעות חקיקה רגילה של הכנסת, ולא חקיקת יסוד (בעשור האחרון בתזכיר חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המנהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014).<sup>26</sup> בתזכיר החוק האמור צוין כי אין הוא עוסק "במספר סוגיות מתחום המשפט המינהלי ובהן: עילות הביקורת השיפוטית על מעשי מינהל [...] להערכתנו, נושאים אלה ראויים עדיין להמשך פיתוח

<sup>26</sup> גיבוש קודיפיקציה של המשפט המינהלי במסגרת חקיקה רגילה אינו רעיון חדש, ועוד בשנת 1982 ניסח פרופ' יצחק קלינגהופר המנוח הצעת חוק בעניין, על פי הזמנת משרד המשפטים ובסיועו.

ולבון, **וניתן כי בהמשך יהיה מקום לשקול את שילובם בחקיקה המוצעת**". אי ההתאמה של הוראת החוק לביטול עילת אי-הסבירות למארג החוקתי זועקת אפוא במיוחד, בהינתן הניסיון רב השנים להסדיר בחוק רגיל את כלל החובות המנהליות (ולא מן הנמנע שגם להתוות במסגרתו את הביקורת השיפוטית הנובעת מאי-מילוי חובות אלו). חלף זאת, בחרה הקואליציה לבטל במסגרת חקיקת יסוד עילת ביקורת שיפוטית אחת, שהיא יציר הפסיקה – מבלי להגדירה מלכתחילה בחקיקה.

167. מבלי להרחיב עוד – התמונה הברורה העולה היא שהחוקה עוסקת בנורמות החוקתיות עצמן – הפרדת רשויות, שלטון החוק, זכויות אדם, וכיו"ב. פירוט עילות הביקורת השיפוטית, עילות התביעה והסעדים הנגזרים מכך, אינם אלא הסדרה מפורטת של הנורמות החוקתיות, הנקבעת בחקיקה רגילה. הסדרה זו, מעצם טיבה, היא גמישה יותר, ומשתנה עם שינויי העיתים, ובלבד שהעקרונות החוקתיים אינם נפגעים שלא כדין.

168. לו זו אף זו; הנורמות החוקתיות על דרך הכלל הן כלי פרשני מרכזי לבחינת חקיקה רגילה וחקיקת משנה. האם ניתן להשתמש בחוק לביטול עילת אי-הסבירות כדי לפרש חקיקה וחקיקת משנה מנהלית אחרת? האם הקביעה החוקתית האופרטיבית שלא יתקיים דיון ולא יינתן צו בעניין "סבירות החלטתם" של חברי הממשלה, מהווה כלי פרשני בבחינת קיומן של חובות משיקות, דוגמת החובה לפעול במהירות **ראויה** או תוך פרק זמן **סביר**? לקבל החלטה בהתבסס על תשתית **סבירה** של נתונים? להסתמך רק על ראייה שגורם מנהלי **סביר** היה סומך עליו ידיו לצורך קבלת החלטה?

169. לא בכדי, אין חוקות שעוסקות בביטול עילות ביקורת מנהליות, ואף הספרות האקדמית בעולם המשפט החוקתי אינה עוסקת בביטול עילות כאלה או אחרות באמצעות שינויים בחוקה. החוקה **אינה** האכסניה המתאימה לכך.

170. הוסף לכך, כי **תחולתה המיידית** של ההוראה שנקבעה בחוק לביטול עילת אי-הסבירות, אף היא סותרת חזיתית את המארג החוקתי הקיים בישראל, באופן המעורר קושי להגדירה כנורמה חוקתית (ראו: עניין **שפיר**, פס' 60 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות). חקיקת היסוד לא כללה בעבר, ויש לקוות שלא תכלול בעתיד, הסדרים חוקתיים המעצימים באופן מידי את כוחו של הרוב הקואליציוני, ומסכלים את הביקורת השיפוטית נגדו במספר היבטים. מכאן שלא ניתן להגדיר הוראה חוקתית המסירה, בתחולה אקטיבית, איזונים משמעותיים מפני השימוש בכוחו של הרוב הקואליציוני כהוראה המשתלבת במארג החוקתי הכולל. ודאי לא כשעסקינן בשינוי האיזונים והבלמים הנהוגים משנותיה הראשונות של המדינה (שכן, כפי שהוצג לעיל, הרציונל של עילת אי-הסבירות במובנה הנוכחי היוו את המסד לפסק הדין בעניין **קול העם**, ופסיקות רבות נוספות).

171. **השינוי בחוק היסוד אינו עומד במבחן הכלליות** – כידוע, הנורמה החוקתית צריכה להיות בעלת תחולה כללית ומופשטת, להבדיל מפרסונלית, **ולא** לשקף אינטרסים פרטיקולריים משתנים של רוב כזה או אחר. יובהר בהקשר זה, כי "נורמה פרסונלית" יכולה להיות מכוונת הן לאדם ספציפי והן ל-"פרסונה" מוסדית, דוגמת כנסת מסוימת או ממשלה מסוימת (ראו: עניין **שפיר**, פס' 40 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות וההפניות שם). דרישת הכלליות נועדה להבטיח שההסדר הנורמטיבי ייעשה, במידה קרובה ככל האפשר, מאחורי "מסך הבערות" – בתנאים בהם אין ודאות באשר לשאלה עם מי יטיב החוק הרלבנטי – יהא זה אדם פרטי או מוסד שלטוני או אחר (ראו: בג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פס' 140 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (בדימו') ח' מלצר (12.7.2021) (להלן: "**עניין ממשלת החילופים**")).

172. בית המשפט הנכבד עמד כבר על כך **שתחולה אקטיבית של הוראה חוקתית מעוררת באופן אינהרנטי קושי בכל הנוגע למבחן הכלליות**, כיוון שאותה הוראה מוחלת גם על הכנסת המכוננת אותה, ומאפשרת לה ליהנות מהטבות מיוחדות בשל אימוצה. מצב מסוג זה מאופיין **בניגוד עניינים מוסדי** בין כובעה של הכנסת כרשות מכוננת, האמורה לקבוע נורמות חוקתיות כלליות ומיטיבות שיעצבו את דמותה של המדינה לאורך זמן, ובין אותם "אינטרסים פרטיקולריים" של חברי הכנסת המקדמים שינוי חוקתי לטובתם בכנסת הספציפית (ראו: עניין ממשלת החילופים, בפס' 15 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות).

173. השאלה באילו מצבים ניתן ששינוי חקיקה ייחשב לתיקון חוקתי, הגם שהוא בעל תחולה אקטיבית (ואינו כללי במובן זה שהוא חל על מחוקקיו), ובאילו מצבים תנאי לתוקפו של תיקון חוקתי יהא תחולתו הפרוספקטיבית, טרם נדונה והוכרעה במלואה בפסיקה. יחד עם זאת, ניתן לזהות בפסיקה הקיימת, ובהיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל, את המתאר של הדין הרצוי.

174. מהפסיקה עולה כי עצם היותה של נורמה חוקתית בעלת תחולה אקטיבית לא תכריע כשלעצמה בשאלה אם ראוי שביית המשפט יתערב בה. **ואולם, כאשר לאורך השנים חוקקו תיקוני חקיקת יסוד שהיו בעלי תחולה מיידית – וחלקם הובאו בפני בית המשפט הנכבד – ניכר כי אלו לא עסקו בליבת הפרדת הרשויות או בעצמאותה של הרשות השופטת, כבענייננו.**

175. כך, למשל, תיקונים שונים שנערכו בחוק-יסוד: הממשלה והוחלו באופן מידי, עסקו בעיקרו של דבר בענייניה הפנימיים של הממשלה ויחסה אל הרוב הקואליציוני בכנסת, או ביחס שבין חברי הכנסת. תיקונים אלו עסקו ביכולתם של שרים לכהן גם כסגני ראש הממשלה; בסמכותו של ראש הממשלה להעביר שר מכהונתו; בהסדרת מעמדו של ממלא מקום ראש הממשלה; בהטלת הגבלות על חבר כנסת הפורש מסיעתו; בהסדרת האפשרות שחבר הכנסת שמונה לשר או סגן שר יתפטר מהכנסת למשך תקופת כהונתו בממשלה, כשבמקומו ייכנס לכנסת המועמד הבא מתוך רשימת המועמדים לכנסת; בהסדרת האפשרות להחליט ברוב משמעותי של 90 ח"כים על הפסקת חברותו של חבר כנסת (ואף זאת רק בעקבות מעשים שנעשו לאחר תחילתו של התיקון האמור לחוק היסוד); ובכינון מודל "ממשלת החילופים", לרבות מגבלה נקודתית על כהונת ראש ממשלה או ראש ממשלה חלופי לעמוד בראשות ממשלה אחרת לאחר הבעת אי-אמון.<sup>27</sup>

176. מנגד, שינויים משטריים רחבי היקף, הגם שנגעו לממשלה – דוגמת שינוי שיטת הבחירה לראשות הממשלה פעמיים<sup>28</sup> או הגבלת מספר השרים וסגני השרים<sup>29</sup> – הוחלו באופן פרוספקטיבי. קל וחומר, שינויים שעסקו במישורין בעקרון הפרדת הרשויות ובכוחו של השלטון, דוגמת הקשחת אופן הבעת אי-אמון של הכנסת בממשלה, הוחלו אף הם בתחולה פרוספקטיבית.<sup>30</sup>

177. הן בעניין המרכזי האקדמי, והן בעניין שפיר, שבתיקוני חקיקת היסוד שנדונו בעניינים שונו האיזונים והבלמים בין הרשויות בתחולה אקטיבית (על ידי ביטול הצורך בהצבעת אמון שנתית של הכנסת בדרך של אישור התקציב), הבהיר בית המשפט הנכבד כי מדובר בשימוש לרעה בחוק היסוד.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> ראו, בהתאמה: חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 2) משנת 1979; חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 3) משנת 1981; חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 4) משנת 1984; חוק-יסוד הכנסת (תיקון מס' 12) משנת 1991; חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 42 והוראת שעה) משנת 2015; חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44) משנת 2016; חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה) משנת 2020.

<sup>28</sup> ראו: ס' 63(א) לחוק-יסוד: הממשלה שכוון בשנת 1992 וס' 47(א) לחוק-יסוד: הממשלה שכוון בשנת 2001.

<sup>29</sup> ראו: חוק-יסוד: הממשלה (תיקון) משנת 2014 (ס' 1-2, ו-9).

<sup>30</sup> ראו: שם, בס' 3 ו-9.

<sup>31</sup> ההגעה למסקנה הזו התחייבה גם משום השימוש בהוראות שעה והוראות שעסקו בנסיבות פרטיקולריות.

178. הווה אומר: המגמה המתהווה מלמדת שעל מנת שחקיקה הנוגעת לשינוי האיזונים והבלמים בין הרשויות תיחשב לחקיקת יסוד ותזוהה ככזו, צריך שתהא בעלת תחולה פרוספקטיבית. זאת בעוד שינויים חוקתיים הנוגעים להפעלת הסמכויות של רשות, לרבות הרשות המבצעת, "בתוך עצמה פנימה", או ביחס לרוב הקואליציוני, ניתן שיהיו בעלי תחולה אקטיבית (ככל שיצלחו את המבחנים הנוספים בדבר שימוש לרעה בסמכות המכוננת).

179. הגיונה של מגמה זו בצדה – כאשר הרוב הקואליציוני בכנסת משנה לטובתו את יחסי הכוחות בין הרשויות, ואת האיזונים והבלמים ביניהן, אסור שיהיה הנהנה מפירות אותה התעצמות. זאת, על מנת לצמצם את החשש כי השינוי מונע משיקולים פרסונליים, זרים ופסולים, ומאחר שמלכתחילה – התכלית של האיזונים והבלמים החוקתיים היא למנוע את השימוש לרעה של הקואליציה ברוב שקיים לה, ולרסן את כוחה השלטוני. חשש זה משקלו נמוך יותר כאשר מדובר בתיקוני חקיקת יסוד הנוגעים לסמכויות שממילא כולן נתונות לרשות המבצעת, ואשר לא מתעורר במסגרתם חשש לאיון או צמצום האיזונים והבלמים שמגבילים אותה.

180. בהקשרנו, לא יכול להיות ספק כי מדובר בהסדר חוקתי הסוטה באופן ניכר מהאיזונים והבלמים הנהוגים בין הרשויות, ומקצץ את כנפיו של בית המשפט, בהשמיטו עילת ביקורת מנהלית, חשובה ושיורית, אשר שורשיה בפסיקה ענפים והיא חלה על מגוון מקרים במטרה להגביל את הכוח השלטוני הרב של הרשות המבצעת בישראל. לא פחות חשוב מכך, הוא נעשה על רקע שינוי חוקתי כולל שאותו הצהירו חברי הקואליציה שבכוונתם להוסיף לקדם ולהחיל מידית.

181. ונדגיש – ביטול עילת אי-הסבירות על ידי הרוב הקואליציוני הנוכחי נעשה במוצהר על רקע השימוש שעשה בית המשפט בעילה זו לאחרונה, לפסילת מינוי של אדם שהורשע בפלילים לתפקיד שר; כמו גם על רקע רצונה הגלוי והמוצהר של הקואליציה לפטר את שומרי הסף, ובראשם היועצת המשפטית לממשלה. דוגמה נוספת לעיצובו של השינוי בחוק יסוד ככלי שרת לצרכי הקואליציה, התגלתה משינוי נוסח החוק, כך שיחסך מהתערבות גם בסבירות החלטתו של שר "להימנע מהפעלת כל סמכות", וזאת שעות ספורות לאחר דרישת יו"ר האופוזיציה משר המשפטים שיפעל לכינוס הוועדה לבחירת שופטים.

182. ודוק; העובדה שייטכן ויהיו בעתיד קואליציות נוספות שיוכלו "ליהנות" במידה כזו או אחרת מהשינוי בחוק היסוד, אין בה כדי להפחית או לרפא את ניגוד העניינים המוסדי המובהק של הרוב הקואליציוני בכנסת שחוקק את ההוראה החוקתית ופעל להחילה באופן מידי. פרקטיקה שבה קואליציה נתונה תחוקק הסדר המיטיב עימה מיידית, וקואליציות שאחריה יהנו מאותו הסדר ולכן ימנעו משינוי אפילו אם קודם לעלייתן לשלטון התנגדו אליו (מאחר שהן כבר יודעות שהשלטון בידיהן, ואינן מאחורי מסך בערות) אינה אלא "מירוץ לתחתית" חקיקתי. מכל מקום, במקרה הנוכחי, מדובר בעניינינו בהוראה חוקתית שנדונה בחופזה ימים ספורים טרם חקיקתה, נתפרה לרגע מסוים, ותוצאתה הנורמטיבית משרתת רוב קואליציוני נתון להגביר באופן מידי את מוטת שליטתו, כחלק מתוכנית כוללת.

183. עינינו הרואות: השינוי בחוק היסוד, מושא העתירה דנן, הוא חריג בנוף התחולה המיידית. מדובר בשינוי המעצים עד מאוד את כוחה של הרשות המבצעת הנוכחית ושל הרוב הקואליציוני הנתון ברשות המחוקקת, על חשבון הדרגים המקצועיים הבלתי תלויים והרשות השופטת. על בית המשפט הנכבד לקבוע כי חקיקה כזו, הסוטה מהאיזונים והבלמים הנהוגים בין רשויות השלטון, אשר נועדה להעצים בתחולה אקטיבית את כוחה של הרשות המבצעת ושל הרוב הקואליציוני ברשות המחוקקת על חשבון יתר הרשויות וגורמי השלטון, אינה עומדת במבחן הכללי. זאת בשל ניגוד העניינים המובהק והאינהרנטי של מקדמיה, הנמנים עם הרוב הקואליציוני הנתון שאיתו נועדה להיטיב ושאת כוחו נועדה לחזק באופן מידי.

184. קביעה פרשנית כזו, שעל פיה חקיקת יסוד המשנה את האיזונים בין הרשויות תיכנס לתוקף רק בכנסת העוקבת, "כובלת את ידיו" של הרוב הקואליציוני מלעשות שימוש לרעה בסמכות המכוננת (או לפחות מגבילה כוח זה במידה מסוימת), ומהווה מעין "תמרץ שלילי" באותם מקרים חריגים הנגועים בניגוד עניינים מוסדי (ואישי) מידי ומובהק, מתבקשת במיוחד על מנת להגן על החוקה המתגבשת, ולמנוע מצב בו ניצחון בבחירות (לא כל שכן ניצחון דחוק) יהווה הזמנה פתוחה לשינוי מידי וכולל של שיטת המשטר – תוך העצמת המנצחים "ומחיקת" הצד המפסיד.

185. **חקיקת יסוד שתוצאותיה הנורמטיביות מתבטאות בהענקת יתרון אסטרטגי מידי ועוצמות משטריות חדשות לצד שניצח בבחירות, אינה ראויה להיחשב "כללית", גם אם היא נחזית ככזו. מכאן שיש לקבוע כי השינוי בחוק היסוד אינו צולח את מבחן הזיהוי, במובן זה שתחולתו המיידית הופכת אותו לפרסונלי (כאשר אותה "פרסונה" היא מוסדית – הממשלה והרוב הקואליציוני בכנסת – אך במידה לא מבוטלת גם אישית, בדמות העומד בראשם; וחבר הממשלה לשעבר, המבקש באמצעות השינוי בחוק היסוד לשוב ולהתמנות לשר).**

186. **השינוי בחוק היסוד אינו עומד במבחן היציבות** – השינוי בחוק היסוד נועד לכאורה לחול גם במבט צופה פני עתיד, ולא כהוראת שעה התחומה לזמן נתון או לכנסת מסוימת. אלא שכאמור, לא ניתן להתעלם מכך שתחולתו **המיידית** נועדה להעניק לקואליציה בפרק זמן זה מרחב תמרון שלטוני רחב, נטול ביקורת שיפוטית של ממש, על שורת החלטות שברצונה לקבל, תוך סטייה קיצונית ממתחם הסבירות שהוגדר בפסיקתו הענפה של בית המשפט הנכבד. **במובן זה, ניתן לראות בשינוי בחוק היסוד כמעין "הוראת שעה" בתחפושת, שיעודו העיקרי להכשיר את החלטותיה העתידיות של הקואליציה בענייני מינוי שרים ושומרי סף ופיטוריהם, אך לא רק.** על פני הדברים ניכר, שההסדר מהווה ביטוי לקונוקטורה פוליטית ואף פרסונלית (ראו: פס' 28 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז בעניין **ממשלת החילופים**).

187. מסקנה זו כמעט מתחייבת בשים לב להליך החקיקה המהיר על רקע מחלוקת ציבורית עזה והעדר ההסכמה הרחבה על התיקון החוקתי. כניסתו האקטיבית לתוקף של חוק ביטול עילת אי-הסבירות, לצד אי ההסכמה, המלמדת על הסבירות הרבה שהוראה זו תשתנה בעתיד, מביאים למסקנה כי תכליתה העיקרית היא הבטחת פטור או צמצום מהביקורת השיפוטית על מהלכי הממשלה הנוכחית – ובעיקרם מינויים ופיטורים של שרים ושומרי סף.

188. כפי שנקבע על ידי בית המשפט הנכבד, פגיעה ביציבות חוקי היסוד אינה נגרמת רק כאשר הוראה חוקתית נחקקת כהוראת שעה. אחד המאפיינים המרכזיים של חוקה, הוא יציבותה, המעניקה לאזרחי המדינה ביטחון שכללי המסגרת המעצבים את חייהם לא ישתנו למפרע (ראו: עניין **ממשלת החילופים**, בפס' 16 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות). אזרחי המדינה הצביעו בבחירות שהתקיימו בחודש נובמבר 2022, כאשר אין הם יודעים שנבחרה הקואליציה העתידית יתפקדו בשיטת משטר שונה, בה אין הם כפופים מבחינה מעשית לחובה לפעול בסבירות, ויכולים בין היתר לפעול בית ר קלות לפיטורי שומרי סף, מינוי אנשי שלום, והתעלמות מגורמי מקצוע<sup>32</sup>. נתון משמעותי זה, יכול והיה משנה את דפוסי הצבעתם.

189. **הכרה בנורמות חוקתיות שנועדו להעצים באופן מידי את כוח הממשלה והרוב הקואליציוני, ולהסיר איזונים ובלמים העומדים בדרכם – והגדרתן כנורמות המקיימות את מבחן היציבות על בסיס מבחן צורני בלבד – תבטיח, הלכה למעשה, את ההיפך מיציבות חוקתית.** בהעדרו של חוק-יסוד: החקיקה, ובהעדרה

<sup>32</sup> ממש כשם שלא ידעו שנבחרה הקואליציה יהיו אלו שימנו לבדם שופטים של בית המשפט העליון ואף את נשיא בית המשפט העליון הבא, כפי שתוכנן בחקיקת יסוד נפרדת לשינוי חוק-יסוד: השפיטה, שקודמה במושב החורף של הכנסת, וטרם הובאה להצבעה בקריאה שניה ושלישית.

של תרבות תיקון חוקתית ראויה בישראל, הכרה בתחולה מיידית של השינוי בחוק היסוד תבטיח ששינויים משטריים נרחבים נוספים, הכוללים סטיה ניכרת מאיזונים ומגבלות חוקתיות קיימות, יקודמו חדשות לבקרים במעמד צד אחד. זאת הן על ידי רוב קואליציוני נתון, שיוסיף להשתמש בסמכות המכוננת על מנת להעצים את כוחו השלטוני ולמנוע או לצמצם את הביקורת האפקטיבית עליו; והן על ידי מחליפיו, באם יגיעו, שיפעלו לשנות במהרה את אותן הוראות חוקתיות. **נורמות חוקתיות אלו כולן יתיימרו להיות יציבות במישור הזמן, אך תחלופתן הגבוהה היא שתפגע מהותית ביציבות החוקתית ובביטחון שהוראות חוקתיות אמורות להקנות לאזרחי המדינה.**

190. בעידן הפוליטי הנוכחי, שהוא לצערנו נעדר בושה, שיטת המשטר הישראלית תהפוך לכזו שבה "המנצח לוקח הכל" – במלוא מובן המילה, ובדגש על התשתית החוקתית לקיומנו במדינה דמוקרטית. במקרה הרע פחות, המשפט החוקתי בישראל יסבול מ-"עונתיות" גבוהה במיוחד, שתשלול מאזרחי המדינה את הביטחון בכללי המסגרת החלים עליהם, עקב חילופי שלטון שיגררו עמם גם "חילופי חוקה"; ואילו במקרה הרע יותר, המשפט החוקתי בישראל ילקח שבוי לעד בידי רוב קואליציוני נתון, שיוסיף לשנותו כאוות נפשו במעמד צד אחד.

191. בהקשר זה, אין צורך להפליג רחוק בדמיון. קידום חקיקת יסוד שמטרתה להעצים את הכוח השלטוני ולמזער את מנגנוני הביקורת עליו באופן מידי היא בימינו כבר בגדר חזון נפרץ. כך, היינו עדים רק לאחרונה לקידום שינויים בחוק-יסוד: הממשלה, שנועדו לחול באופן מידי, ולשנות את דרישת הכשירות למינוי של שר, על מנת לחמוק מהכרעת גורם שיפוטי. כמו כן, חזינו בשינוי נוסף בחוק-יסוד: הממשלה שנועד, אף הוא בתחולה מיידית, לאיין את חששו של ראש ממשלה המכהן תחת כתבי אישום מהאפשרות שיקבע שעליו לצאת לנבצרות. נותר לקוות, שהכרעה שיפוטית שתגדר בצורה נכונה יותר את מגבלות השימוש בסמכות המכוננת בתחולה אקטיבית תביא לסיום תופעה נלווה זו, השמה סופית לפלסתר את ההבחנה בין חקיקה לחקיקת יסוד. בין ענייני שרידות שלטונית, לבין ענייני יציבות חוקתית.

192. למותר להוסיף ולציין, כי הכשרת השימוש לרעה בחוק היסוד בעניינינו תהווה תקדים מסוכן במיוחד, בו הרשות המבצעת, באמצעות הרוב הקואליציוני הנתון לה בכנסת, תוסיף לכרסם בסמכויות הרשות השופטת, ובית המשפט העליון בעיקר, לבקר את פעולותיה באמצעות "קיצוץ" עילות נוספות של ביקורת מנהליות. כאמור, המשמעות המעשית של מהלכים כאלו, תהא פטור אפקטיבי של הרשות המבצעת מהחובות העומדות מאחורי עילות הביקורת האמורות.

193. **השינוי בחוק היסוד אף אינו עומד במבחן המובחנות** – כפי שצוין לעיל, ניתן בהחלט להשקיף על השינוי בחוק היסוד כמעין "הוראת שעה" בתחפושת, שחלק מרכזי מיעדיה הוא לאפשר לקואליציה למנות שר שכהונתו נפסלה על ידי בית המשפט הנכבד, בדעת רוב, מחמת אי-סבירות קיצונית;<sup>33</sup> וכן להשפיע ביתר קלות על זהות העומדת בראש מערכת האכיפה והייעוץ המשפטי לממשלה, תוך ביטול כלי שיפוטי המשמש את בית המשפט הנכבד למלא את תפקידו הביקורתי והמאזן למול פעולות שלטוניות אלו. מבחינה זו, ניתן להשקיף על ההוראה החוקתית מושא העתירה דנן, גם – ובעיקר – ככזו שייעודה האמיתי "לפלוש" בזמן אמת לתפקידן של רשויות אחרות (ראו: עניין שפיר, בפס' 23 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז).

<sup>33</sup> ונזכיר כי לכך קדם תיקון שנעשה בחוק-יסוד: הממשלה ערב השבעת הממשלה, בכוונה להסיג את תפקידו והכרעתו של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית בעניין כשירותו של ח"כ דרעי לכהן כשר, לפי המצב הקיים ערב הבחירות לכנסת ה-25.

194. **הנטל עובר לכתפי המשיבים להצדיק את עיגונם של השינויים בחוק היסוד, והם לא יצלחו במשימתם זו** – כיוון שהראנו שהנורמה החוקתית העומדת לבחינה בענייננו **אינה** עונה על יותר מאחד מהמבחנים לזיהויה ככזו, הנטל עובר אל כתפי המשיבים להצביע על הצדקה לעיגונה בחוק יסוד ובתחולה אקטיבית (ראו: עניין **שפיר**, פס' 43 לפסק דינה של כב' הנשיאה). מבלי לגרוע מהעובדה שנטל זה מונח על כתפיהם של המשיבים, **ועל כתפיהם בלבד** – נוסף ונטען כי צידוק שכזה ממילא לא קיים בנמצא.

195. כך, בענייננו המשיבים לא יוכלו להצביע על קיומן של נסיבות חריגות, המצדיקות את הטמעת הנורמה בחקיקת יסוד, בניגוד למארג החוקתי הקיים. כך גם, לא יוכלו להצביע על הצדקה לתחולתו המיידית של השינוי בחוק היסוד, שאושר באופן חד-צדדי על ידי הרוב הקואליציוני, בהעדר הסכמה רחבה, ובהליך מהיר ופגום. הדברים אמורים ביתר שאת נוכח המחיר הברור שיש לצעד זה – אשר בא לידי ביטוי בשחיקת מעמדם וציבותם של חוקי היסוד. הקושי להצדיק את השימוש לרעה בסמכות המכוננת אך מתעצם לנוכח מידת הפגיעה הרבה של השינוי בחוק היסוד בעקרונות משטריים בסיסיים בשיטתנו (ראו: עניין **שפיר**, בפס' 43-44 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות; עניין **בר-און**, בעמ' 301).

196. הנה כי כן, שעה שהחוק לביטול עילת אי-הסבירות אינו עונה על מבחני הזיהוי השונים שנקבעו בפסיקה, ושעה שהמשיבים לא יעמדו בנטל להצדיק את עיגונו בחקיקת יסוד, בכלל ובתחולה אקטיבית בפרט – הרי שבית המשפט הנכבד מתבקש להכריז על **בטלותו**.

197. לגישת העותרים נכון יהיה כי בית המשפט הנכבד יקבע בהקשר זה הלכה כללית יותר וברורה – לפיה תיקונים לחוקי יסוד שעניינם שינוי האיזונים והבלמים בין הרשויות, לא יעמדו במבחני הזיהוי ככל שייקבעו בתחולה אקטיבית, ודינם בטלות.

### **ד(2)(ב). חוק ביטול עילת אי-הסבירות אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה**

198. עמדנו על כך שחוק ביטול עילת אי-הסבירות אינו יכול להיות מזוהה כחוק יסוד, ואין הצדקה לזהותו ככזה, ודינו לפיכך **בטלות**.

199. לשם הזהירות, נראה עתה כי אף בחינת חוק ביטול עילת אי-הסבירות כחוק רגיל מלמדת שדינו להיפסל מחמת אי-חוקתיותו, משעה שהוא פוגע בזכות היסוד לגישה לערכאות,<sup>34</sup> ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה הקבועים בס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

200. דומה כי אין צורך להכביר מילים באשר לחשיבותה החוקתית של זכות הגישה לערכאות, אשר הוגדרה על ידי בית משפט נכבד זה כזכות שהיא אף "נעלה" על זכות יסוד, וכזו שקיומה "הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות היסוד" (ראו: ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פס' 31 לפסק דינו של כב' השופט מ' חשין (15.7.1997) (להלן: "**עניין ארפל**"); יורם רבין, "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית", 217 **המשפט** ה' (תשס"א)).

201. מעבר לפגיעתו של חוק ביטול עילת אי-הסבירות בזכות הגישה לערכאות, הרי שהוא פוגע גם בערכים חוקתיים בסיסיים המעוגנים בחוקי היסוד בכלל, ובחוק-יסוד: הממשלה וחוק-יסוד: השפיטה בפרט, בראשם הפרדת הרשויות, שלטון החוק וחובת הנאמנות של שרי הממשלה לציבור. בפסיקתו של בית המשפט

<sup>34</sup> חוק ביטול עילת אי-הסבירות אף אינו עומד בתנאיה של "פסקת הגבלה משתמעת" שלטענת העותרים יש להחיל על הזכות לעתור לבית משפט נכבד זה לסעד למען הצדק, המעוגנת בחוק-יסוד: השפיטה (ראו: ע"ב 92/03 **מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(3) 793 (2003); בג"ץ 3166/14 **גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 25-37 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן (12.3.2015); בג"ץ 5744/16 **בן מאיר נ' הכנסת**, פס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (27.5.2018)).

הנכבד הובעה העמדה כי "פסקת הגבלה, כדמותה השגורה במשפטנו החוקתי, כוחה היא יפה בהתנויות גבולותיה של ההגנה [...] גם על ערכים חוקתיים המבטאים אינטרס ציבורי חשוב שאין ענינו בזכויות" (ראו: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פס' 16 לפסק דינו של כב' השופט א' א' לוי; ראו גם פס' 63 לפסק דינה של כב' הנשיאה ד' ביניש (19.11.2009); כן ראו פס' 19 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארוז ופס' 65 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות בעניין שפיר).

202. נפנה עתה להראות, כיצד חוק ביטול עילת אי-הסבירות אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה (הן בראי פגיעתו בערכים החוקתיים של הפרדת הרשויות, שלטון החוק וחובת הנאמנות של שרי הממשלה לציבור, והן בראי פגיעתו בזכות הגישה לערכאות).<sup>35</sup>

203. **ראשית**, חוק ביטול עילת אי-הסבירות אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. ערכים אלו מבוססים, בין היתר, על קיומה של מדינת ישראל כמדינה המקיימת הפרדת רשויות ומכבדת את עיקרון שלטון החוק (ראו: א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 22 (2003)). בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 547 (2005)). חוק ביטול עילת אי-הסבירות, לא רק שאינו הולם ערכים אלו, כי אם יוצא במישרין כנגדם. הוא מתיימר לאפשר לדרג הנבחר ברשות המבצעת שלא לקיים את חובותיו לפי דין, ושלא להפעיל את הסמכויות אותן הוא יונק מהחוק בהתאם לאיזון האינטרסים שנקבע בחוק עצמו, ובפרשנותו על ידי בתי המשפט והייעוץ המשפטי לממשלה. כמו כן, החוק מרומם את שיקול דעתו של הדרג הנבחר לדרגה עליונה, ברמת "כזה ראה וקדש", ומותירה שורה ארוכה של החלטות מינהליות "מחוסנות" כליל מביקורת שיפוטית, רק בשל זהות המחליט עליהן.

204. **שנית**, חוק ביטול עילת אי-הסבירות לא נועד לתכלית ראויה. ברי כי חוק זה לא נועד להגן על זכויות אדם או לקבוע איזון בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים (ראו: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 264 (2002)). חוק ביטול עילת אי-הסבירות אף לא מכוון לשמור על אינטרס הציבור או להגשים יעדים חברתיים חשובים (ראו: בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 662 (2002)). אחת מתכליותיו המרכזיות של חוק זה היא לשחרר את הדרג הנבחר ברשות המבצעת מעילת ביקורת שיפוטית לבחינת שיקול דעתו, במטרה בולטת להכשיר מינויים ופיטורים של שרים, בעלי תפקידים בכירים במגזר הציבורי ושומרי סף, שאחרת היו נפסלים לפי דין. זוהי גם הסיבה שנוסח החוק רחב בהרבה מהצדקתו הרעיונית – הנוגעת למניעת התערבות שיפוטית ביחס להחלטות ממשלה בענייני מדיניות, הנהנות מיתרון דמוקרטי.

205. **שלישית**, חוק ביטול עילת אי-הסבירות פוגע פגיעה לא מידתית בזכות הגישה לערכאות ובערכים החוקתיים שהוזכרו לעיל: חובת הנאמנות של הממשלה כלפי הציבור, שלטון החוק והפרדת הרשויות. בחינה זו של הפגיעה נעשית במידה רבה למעלה מן הצורך, שכן החוק לביטול עילת אי-הסבירות אינו מקיים כאמור את שני תנאיה הראשוניים של פסקת ההגבלה. יחד עם זאת, לניתוח שיובא כאן, המצביע על פגיעה **אנושה** – קל וחומר לא מידתית – בזכויות ובמאפיינים הדמוקרטיים הגרעיניים של שלטון החוק והפרדת הרשויות, קיימת חשיבות אף לקביעה כי מדובר בתיקון חוקתי לא חוקתי (ככל שתזוהה הנורמה כחוקת יסוד).

206. חובת הנאמנות של הממשלה כלפי הציבור מעוגנת בהוראות חוק יסוד: הממשלה, ובהצהרת האמונים שנושא כל שר בממשלה "אני [...] מתחייב כחבר הממשלה לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, למלא

<sup>35</sup> כפי שנראה בהמשך לכך, אפילו אם יזוהה חוק ביטול עילת אי-הסבירות כחוק יסוד, הרי שפגיעתו במאפייניה הדמוקרטיים הבסיסיים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית היא כה אנושה, עד כי אין מנוס גם מהקביעה שהכנסת חרגה מסמכותה המכוננת כשחוקקה אותו.



באמונה את תפקידי כחבר הממשלה ולקיים את החלטות הכנסת" (ס' 14 לחוק-יסוד: הממשלה). חובת נאמנות זו משמעה החובה לפעול לטובת הציבור שבעניינו מתקבלות החלטות. חובה זו מגלמת בתוכה את החובה שלא לפעול כלפי הציבור בשרירות, או בחוסר סבירות קיצוני. פעולה כזו, הגם שיכולה לנבוע משיקולים זרים ומניעים פסולים – ולנצל את עמימותו של ההליך המנהלי על מנת להסתירם – יכולה לנבוע גם מאדישות לנסיבותיו של הפרט; היקבעות ואי-בחינה מחודשת של החלטות שהתקבלו בעבר; או אפילו קושי בתקשורת שבין הרשות המנהלית לפרט או לציבור שבעניינו התקבלה ההחלטה.

207. בכל המצבים הללו, קיים ספק אם פניה של הנפגע לרשות המנהלית שפגעה בו תוכל לרפא את הפגיעה. המרפא למקרים שבהם נפגעה הזכות של הפרט הוא בהפרדה בין הרשות המקבלת את ההחלטה, לבין זו המבקרת אותה. הפרדת רשויות זו מאפשרת לגורם בלתי תלוי לבחון האם ההחלטה התקבלה בשרירות או בחוסר סבירות קיצוני, אם לאו. **החוק לביטול עילת אי-הסבירות משמעו כי למי שהופרה חובת הנאמנות כלפיו במצבים אלו – לא יעמוד סעד. לא תהיה לו אפשרות לפנות לגורם בלתי תלוי ולבקש שהשאלה, האם אכן פעלו כלפיו בשרירות או בחוסר סבירות קיצוני, תיבחן על ידו.**

208. חוק ביטול עילת אי-הסבירות מתיימר **לשלוט** מבתי המשפט הן את האפשרות **ליתן צווים** בעניין הפרת חובת הסבירות של הדרג הנבחר, והן את האפשרות המקדמית **לדון** בסוגיה זו – ומכאן פגיעתו האנושה בזכות הגישה לערכאות. אלא שהפגיעה לא מתמצית בכך. עם העדרה של עילת אי-הסבירות לבחינת החלטותיהם של נבחרי הציבור, לרבות באמצעות דיון בלבד, תיעלם גם עצם חובתם לפעול בסבירות. שהרי, כידוע, "באין דין ייעלם אף הדין עימו" (עניין **ארפל**, פס' 31 לפסק דינו של כב' השופט מ' חשין).

209. יפים בהקשר זה גם דברים נוספים של כב' השופט חשין בעניין **ארפל**:

"... חסימת הדרך לבית-משפט – בין במישרין בין בעקיפין – **ולו באורח חלקי**, חותרת תחת ה- *raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות-היסוד (שם)".

210. ביטול הביקורת השיפוטית בעניין עילת אי-הסבירות מהווה אפוא – הלכה למעשה – עיגון של פטור מעצם חובתם האינהרנטית של הממשלה, ראש הממשלה והשרים להפעיל בסבירות את הסמכות השלטונית שניתנה להם לפי חוק, בהתאם לחובת הנאמנות שלהם לציבור. בהעדר חובה אפקטיבית לפעול בסבירות, אף לא קיימת ערובה כי הדרג הנבחר יקיים מלכתחילה הליך סדור, שבמסגרתו יבחן את העובדות והשיקולים הרלוונטיים השונים הנוגעים להחלטה שהוא אמור לקבל. הפטור של הממשלה, ראש הממשלה והשרים מחובתם להפעיל את סמכויותיהם החוקיות באופן סביר לטובת הציבור, חותר תחת עקרון שלטון החוק ועליונותו.

211. כאמור, חוק ביטול עילת אי-הסבירות מתיימר לאפשר לדרג הנבחר ברשות המבצעת **שלא לקיים** את חובותיו לפי דין. בהתאם לחוק, יוכלו שרי הממשלה והעומד בראשה להימנע באופן מתמשך מהפעלת סמכויות שניתנו להם בחוק, ושבהפעלתן כרוכה מידה של שיקול דעת. יתאפשר להם להפוך את אותן הוראות חוק שאינן לרווחם **לאות מתה** – הוראות חוק שאין ליישמן, ושאינן אפילו לשוב ולשקול את יישומן מעת לעת. מקום שבו שיקול הדעת של הממשלה ושריה חסין מפני ביקורת שיפוטית בכל הנוגע לאופן הציות לחוק, משמעות הדבר כי בפועל – אין הממשלה ושריה כפופים לאותה הוראת חוק.

212. בנוסף, הממשלה, העומד בראשה ושריה, יוכלו ליישם את דברי החקיקה עליהם הם אמונים כשישקולים פוליטיים ואינטרסים צרים בדמות נאמנות אישית או זיקה לקבוצות מסוימות בציבור ייהנו מהבכורה ויזכו

למלוא המשקל; ואילו האינטרס הציבורי הרחב, מסקנותיהן של ועדות איתור מקצועיות וחוות דעת מומחים "יזכו" להתעלמות. כאמור, לא מן הנמנע שהחלטות הדרג הנבחר לפחות בחלק ממקרים אלו גם יכילו שיקולים זרים שאנם גלויים לעין, ובהעדר אותו "כלי שיריי" של עילת אי-הסבירות, תקצר ידם של בתי המשפט מלדון וליתן סעד באותם מקרים.

213. לא מן הנמנע להוסיף, כי הפגיעה האנושה בעיקרון שלטון החוק הנובעת מביטול עילת אי-הסבירות רק תלך ותתעצם עם הזמן, בשים לב ליכולתה של הממשלה למנות ולפטור, ביתר קלות, שומרי סף בכירים, האמונים מלכתחילה על קיומו של שלטון החוק ושל שירות ציבורי מקצועי. נוכח העדר האפשרות להתערב בהחלטה לפטר את אותם שומרי סף, לפחות במקרים רבים, האוחזים במינויים רגישים אלו יפסיקו להנות מעצמאותם המתחייבת. כך, הפרשנות של דברי החקיקה, האיזון בין האינטרסים השונים המגולם בה, וחווה הדעת המקצועיות, יילוו ויעוצבו מחדש על ידי מי שהיו אמורים עד לא מכבר לתפקד כשומרי סף, באופן המתיימר להכשיר – לפחות מבחינת הנראות הציבורית – החלטות שרירותיות או בלתי סבירות באופן קיצוני של נבחר הציבור.

214. **הנה כי כן, תוצאתה המסתברת של ביטול עילת אי-הסבירות היא הכשרה מראש של התנערות הממשלה, העומד בראשה ושריה, מחובתם הבסיסית לפעול בכפוף לחוק, לשקוד על הפעלת סמכויותיהם בהתאם לאיזונים והמגבלות המובנים בחוק, והכול מתוך נאמנות כלפי הציבור ושקידה על פיתוח האינטרס הציבורי. ביטול עילת אי-הסבירות ישים אפוא את עקרון שלטון החוק ועליונותו למרמס. לא עוד עליונות החוק, כי אם עליונות הממשלה, העומד בראשה ושריה, על החוק.**

215. **גם אם עילות הביקורת המנהלית אינן מתמצות בעילת אי-הסבירות, הרי שהחוק עדיין "מחסן" מהתערבות שיפוטית שורה ארוכה של החלטות שמקבלת הרשות המבצעת, כאשר עילה זו מהווה עילת הביקורת השיפוטית המרכזית, אם לא היחידה, לבחינת תוקפן (כאשר ברקע יש לזכור את ייעודיה השיוריים של עילת אי-הסבירות).**<sup>36</sup> נפרט עתה על אודות כמה מהן.

216. **מינויים ופיטורים בלתי סבירים באופן קיצוני של שומרי סף וגורמים מקצועיים-רגולטוריים** – רוב הפקידות המקצועית בישראל, בפרט זו הבכירה, אינה מתחלפת עם חילופי השלטון. בהינתן שיתר מנגנוני הביקורת על הכוח השלטוני בישראל הם מוגבלים, וזו מתמצית בבית המשפט הנכבד, יציבותה ומקצועיותה של הפקידות המקצועית מהווים בישראל מעין ערובה נוספת, מקדמית, לריסון הכוח השלטוני ולשמירה על זכויות אדם וקיומו של ממשל תקין.

הרוב המכריע של המינויים הבכירים והמשמעותיים ביותר בשירות בציבורי הם מינויים שנעשים על ידי שרים או על ידי הממשלה כולה, והם נבחנים על ידי בית המשפט בראי עילת אי-הסבירות. זאת שכן החלטות על מינויים כאלו ניתן שיעשו על פניו בהתאם לסמכות ולתנאי כשירות מינימליים שנקבעו בדיון, ככל שנקבעו, ובהליך תקין – אך תוך מתן משקל מינימלי עד אפסי, מחד, להמלצות מקצועיות ולאמון הציבור ברשויות המינהל, כמו גם לרמת הכישורים, הניסיון, ההתאמה לתפקיד, הזיהוי הפוליטי, היושרה ועברו הפלילי של המועמד; ומאידך, תוך מתן משקל מקסימלי, לשיקולים של נאמנות אישית ומפלגתית, או זיהוי עם השקפה מקצועית מסוימת (תהא זו בלתי רווחת או מקובלת בשדה המקצועי אשר תהא).

<sup>36</sup> כמו כן, כפי שצוין לעיל, המונח "סבירות" משמש את בית המשפט גם בהפעילו עילות ביקורת מנהליות אחרות, הנוגעות ברובן לתקינות ההליך המנהלי – ולא מן הנמנע כי תעלה הטענה כי בעקבות החוק, אף את אותן עילות ביקורת יש להפעיל באופן שימצם משמעותית או אפילו יבטל את היכולת להשתמש בהן.

ביטול עילת אי-הסבירות יסלול את הדרך למינוי לתפקידים מקצועיים של חסרי כישורים מספיקים וניסיון רלוונטי במקרה הטוב, או, במקרה הרע, של כאלו שעברם משובץ בעבירות פליליות, משמעותיות או אתיות – והכול רק מתוקף נאמנותם לשלטון ולראשיו. הדבר יפגע באופן קשה בטוהר המידות ובמנהל התקין, ישחית את השירות הציבורי ויוביל לפגיעה באמון הציבור בו ובטיב עבודתו (ראו גם דברי יועמ"ש משרד האוצר, עו"ד אסי מסינג, בישיבת ועדת החוקה מיום 11.7.2023).

הקשיים המתוארים הנובעים מביטול עילת אי-הסבירות נכונים, ואולי אף ביתר שאת, גם להחלטות בדבר **פיטוריהם** של בעלי תפקידים בכירים שמונו על ידי הממשלה, הממלאים תפקידים רגישים של שומרי סף ורגולטורים מקצועיים. עילת אי-הסבירות היא **ההגנה המרכזית** הקיימת מפני סיום שירותי של תפקידם, כך שמתאפשר להם לתפקד באופן **עצמאי** לטובת **האינטרס הציבורי**. בהעדרה, יוכל השלטון לקיים הליך פיטורים "תקיין", ונקי כביכול משיקולים זרים וניגודי עניינים, במסגרתו ייחס משקל רב למחלוקת נקודתית עם הגורם המקצועי הבכיר (אותה אף לא מן הנמנע כי ייזום מראש במכוון); ויתעלם או ייחס משקל זניח ליתר השיקולים הנדרשים, דוגמת מקצועיותו ותפקודו השוטף של בעל התפקיד, הצורך ביציבות וברציפות במילוי התפקיד, ואמון הציבור בו. מניעת ביקורת שיפוטית על החלטות פיטורין בעילת אי-הסבירות עלולה להסב פגיעה קשה לעצמאותם של שומרי הסף, וכפועל יוצא לשמירה על שלטון החוק. בנוסף לכך, כיוון שתפקידם של שומרי הסף, והיעוץ המשפטי לממשלה בפרט, הוא להוות מעין "בלם מבית" על הכוח השלטוני, הרי ששלילת יכולתו של בית המשפט להתערב בהחלטת פיטורים אשר התממשותה מטילה צל כבד על עצמאותם, פוגעת גם בהפרדת הרשויות ומערך האיזונים והבלמים הייחודי בשיטת המשטר בישראל. בהעדר עילת אי-הסבירות, כל שומר סף או רגולטור ידע שההחלטה הבאה שלו יכולה להיות גם ההחלטה האחרונה שלו, אם לא תמצא חן בעיני השר הממונה.

במאמר מוסגר נוסף, כי יכולתה של מדינת ישראל להדוף הליכים משפטיים בזירה הבינלאומית מותנית בין היתר בכך שרשויות אכיפת החוק בה נהנות מעצמאות מקצועית (וכך ניתן לטעון להתגשמותו של "עקרונ המשלמות"). אם הממשלה יכולה בקלות יחסית להחליף את נושאי התפקידים הבכירים במערכת האכיפה, כולל פרקליט המדינה או הפרקליט הצבאי הראשי, לא ניתן יהיה לטעון בזירה הבינלאומית שבעלי התפקידים הללו נהנים מעצמאות.

217. **שימוש בלתי סביר באופן קיצוני בסמכות למנות שרי ממשלה ולהכריז על נבצרות רה"מ** – ביטול עילת אי-הסבירות יאפשר גם למנות או להותיר בתפקידם שרים אשר יוחסו להם עבירות פליליות חמורות, ואשר מינויים או הותרתם בתפקיד עלולים לפגוע בצורה קשה בטוהר המידות ובאמון הציבור ברשויות המינהל. כמו כן, בהתאם לתיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה, שאושר לאחרונה בכנסת, הודעה על נבצרות רה"מ מלמלא את תפקידו בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית, תתאפשר מלכתחילה, בהעדר הודעה מטעם רה"מ עצמו, רק מקום שבו שלושה רבעים מחברי הממשלה החליטו על התקיימות תנאי הנבצרות (ס' 16(1)(ב)(1)(1) לחוק-יסוד: הממשלה). עקב ביטול עילת אי-הסבירות, וככל שייקבע שהתיקון לחוק-יסוד זה עומד בתוקף, בית המשפט הנכבד יהיה מנוע לכאורה מלהתערב בהחלטת שרי הממשלה שלא להכריז על קיומה של נבצרות – גם כאשר התנאים האובייקטיביים מלמדים בבירור על התקיימותה, והחלטת השרים להימנע מלעשות כן בלתי סבירה באופן קיצוני.

218. **אכיפת דיני האיפוק החלים על פעולותיה של ממשלת מעבר בתקופת בחירות** – בהעדר מגבלה חוקית אחרת, עילת אי-הסבירות שימשה כלי מרכזי שאיפשר למנוע יישום החלטות של ממשלת מעבר המתקבלות ערב בחירות, כאשר אלו אינן מתחייבות מכורח הנסיבות, תכליתן עידוד הצבעה למפלגות המרכיבות את הממשלה היוצאת או שיש בהן לכבול את שיקול דעתה של הממשלה הנכנסת.

כך, למשל, אם ממשלת מעבר תבקש ערב בחירות לכרות הסכם מדיני או בינלאומי; למנות מינויים בכירים לפרק זמן ממושך, בהעדר צורך חיוני; לבצע רפורמות כלכליות לצורך קמפיין הבחירות ("כלכלת בחירות") – והכול תוך מתן משקל נמוך לחובתה לפעול באיפוק ובריסון, בהיותה ממשלת מעבר אשר אינה נהנית כבר מאמון הציבור – הדברים עלולים להיחשב כחריגה מהחובה לפעול בגדרי מתחם הסבירות. אולם, בהיעדר עילת אי-הסבירות, לא ייוותר מי שיאכוף חובה זו במקרים רבים, גם אם היא מעוגנת בהנחיות הייעוץ המשפטי לממשלה. במצב כזה, מפלגות הממשלה יוכלו לעשות שימוש במשאבים הממשלתיים והחלטות הממשלה על מנת לקדם אינטרסים פוליטיים בבחירות, ואולי אף לפגוע בטוהר הבחירות.

219. **הימנעות בלתי סבירה באופן קיצוני מהפעלת סמכות שבהפעלתה כרוך ממד של שיקול דעת** – במצב

המשפטי הקיים, אם שר מחליט להימנע לאורך זמן מהפעלת סמכותו בהקשרים שונים, דוגמת התקנת תקנות, מתן אישורים ומינוי בעלי תפקידים, תוך ייחוס מלוא המשקל לשיקול רלוונטי אך זניח – עילת אי-הסבירות יכולה לאפשר התערבות שיפוטית בשימוש הבלתי סביר באופן קיצוני שנעשה בסמכויות השר (או, במקרים המתאימים, באי השימוש בהן). כך בפרט בהעדר יכולת להצביע בריור על שיקולים זרים בהחלטת השר, או על פגיעה בלתי מידתית בזכות יסוד. ויודגש: מדובר במקרים בהם נבחר ציבור מתנער באופן מעשי ולאורך זמן מחובתו ליישם את החוק, ולממש את חובת הנאמנות שלו לציבור. דחיקת ידיו של בית המשפט הנכבד מהתערבות באותם מקרים, פוגעת אנושות בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות שנועדה להגן על האינטרסים של הריבון, הוא העם. הדברים נכונים, מקל וחומר, בכל הנוגע ליישום של הממשלה את המלצותיהן של ועדות מקצועיות בכלל, וועדות חקירה ממלכתיות בפרט.

220. **בחינת שיקול הדעת בהפעלת סמכויות ייחודיות של שרים** – לממשלה ולשרים נתונות יחדיו מאות ואף

אלפי סמכויות פרטניות שנקבעו בחוק, חלקן ייחודיות ובעלות משמעויות ציבוריות מרחיקות לכת.<sup>37</sup> מעבר לכך, בהתאם לס' 34 לחוק-יסוד: הממשלה, ביכולתו של שר הממונה על ביצועו של חוק ליטול לעצמו "כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על פי אותו חוק לעובד המדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק"; והשר רשאי לעשות כן "לעניין מסוים או לתקופה מסוימת".

לפי חוק ביטול עילת אי-הסבירות, אופן הפעלתן של כל אותן סמכויות פרטניות רבות מספור – שניתנו לשר במקור, או שניטלו על ידו – יהיה חסין מפני ביקורת שיפוטית בעילת אי-הסבירות רק בשל זהותו של המחליט. בכך, החוק מייצר תמריץ שלילי לשרים ליטול סמכויות, על מנת לחסן החלטות בעייתיות מביקורת שיפוטית. החלטות אלו כולן יעמדו בתוקפן אף אם התקבלו באופן המקנה משקל **זניח** לשיקולים שהשפעתם על הנושא היא **רבה**, ומנגד מקנה משקל **משמעותי** לשיקולים שהשפעתם על הנושא **קלושה**.

כך, למשל, שר המשפטים אוהז בסמכות לקבל החלטה על העמדה לדין משמעתי של שופט (ס' 18א) לחוק בתי המשפט), ושל רב עיר (ס' 12אג) לחוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971). האינטרס הציבורי ועיקרון הפרדת הרשויות מחייבים, כי באותם מקרים קיצוניים וחריגים, בהם השר הפעיל את שיקול דעתו בחוסר סבירות קיצוני, וקיבל, לדוגמה, החלטה בדבר העמדה לדין משמעתי של שופט או נמנע מכך, בהעניקו משקל רב מדי לשיקול מסוים, ובהתעלמו משיקולים רלוונטיים אחרים – בית המשפט יוכל להושיט סעד (ראו למשל: עניין **המרכז הרפורמי לדת ומדינה**).

חשוב להדגיש, כי חוקים רבים מטילים על הממשלה או על השרים חובת היוועצות בגופים ובעלי תפקידים מקצועיים טרם קבלת החלטה בעניינים מסוימים. כך, למשל, שר הפנים נדרש להיוועץ במועצה הארצית

<sup>37</sup> מבלי למצות, ניתן לציין את סמכויות שר הפנים למינוי ועדה קרואה בעיריות ומועצות מקומיות, לאישור חוקי עזר עירוניים ואישור תקציב של עירייה שאינה איתנה; את סמכויות שר התקשורת ושר האנרגיה והתשתיות בתחום מתן רישיונות; ועוד ועוד.

לתכנון ובנייה לגבי הפעלת סמכויות שונות. החלטה מנהלית המתעלמת כליל או סוטה מעמדת הגורם המקצועי המייעץ, בהיעדר שיקולים כבדי משקל המצדיקים זאת, יכולה להיחשב לבלתי סבירה באופן קיצוני. בהיעדר אכיפה משפטית של החובה לפעול בסבירות, עמדות מקצועיות יאבדו מחשיבותן, אנשי מקצוע יאבדו ממעמדם, ושיקולים פוליטיים צרים (בכסות "מהוגנת", של שיקולים רלוונטיים) יקבלו משקל מכריע, אולי אפילו בלעדי, בעבודת הממשלה. חובת הנאמנות לציבור ועקרונות שלטון החוק והפרדת הרשויות מחייבים כולם, כי הרשות השופטת תוכל להורות לבעל סמכות המתעלם מעמדה מקצועית שנקבע בחוק שיש לשקול, לייחס לאותה עמדה מקצועית את המשקל הראוי.

221. חוק ביטול עילת אי-הסבירות **שולל** מבית המשפט **בשורה רחבה של מקרים** כלי חיוני למניעת החלטות שרירותיות, לא מקצועיות ובלתי מאוזנות; החלטות המבוססות על שיקולים פוליטיים (ואף שיקולים זרים שאינם נראים לעין); החלטות הפוגעות בציבור, ואף בפרטים מתוכו – והכול על בסיס זהות מקבל ההחלטה.

222. השינוי בחוק היסוד עושה זאת מבלי להניח ערובה משפטית אחרת לקיום חובות הדרג הנבחר לפעול בסבירות (ערובה אשר כוחה הרב של הרשות המבצעת בישראל, כמו גם מציאות החיים, מלמדים למרבה הצער עד כמה היא נדרשת); מבלי להבחין בין סוגים שונים של החלטות של הדרג הנבחר, אשר לא קיימת הצדקה דמוקרטית "לחסן" אותן מביקורת שיפוטית; מבלי לעגן את עצמאות שומרי הסף, הגם שעילת הביקורת השיפוטית המרכזית לבחינת פיטוריהם מתאינת; מבלי לקבוע שעילת אי-הסבירות תוסיף לחול על סמכויות "פקידותיות" אותן נטלו השרים לעצמם, או במהלך תקופת בחירות.

223. מתן פטור גורף שכזה מקיום אחת החובות הבסיסיות של הרשות המבצעת בחוזה שהיא מקיימת למול האזרחים – אינו יכול לעמוד. כך ודאי שעה שהרשות המבצעת בישראל היא רשות הנהנית מעוצמה שלטונית רבה.

224. ברי כי אפילו אם ניתן היה לראות בדוחק תכלית ראויה ביסודו של החוק וקשר רציונלי בין ההסדר החוקי לבין השגתה, הרי שנוסחו הרחב, ואי התייחסותו להיבטים שפורטו לעיל, מלמדת כי אין מדובר באמצעי שמידת פגיעתו פחותה.

225. **במשקפי פסקת ההגבלה – והגם שהנטל, מקום שבו הוכחה הפגיעה בזכות או בעקרון חוקתי, הוא לפתחם של המשיבים – התמונה העולה היא ברורה: החוק לביטול עילת הסבירות אינו הולם את ערכיה הדמוקרטיות של מדינת ישראל ואינו מקדם תכלית ראויה. אלא שאפילו אם היה הולם ערכים אלו ומקדם תכלים ראויה, פגיעתו בזכות הגישה לערכאות ובעקרונות חוקתיים היא בלתי מידתית באופן קיצוני. החוק משנה מהיסוד את העקרונות החוקתיים, מאיין חלק משמעותי מחובת האמון של הממשלה לציבור, ומתיר פגיעה בציבור ובפרט, בדרך של התנהלות שרירותית, בלתי סבירה באופן קיצוני ובלתי מבוקרת על ידי צד שלישי בלתי תלוי. הוא מקנה לממשלה ולשריה חסינות אף במקרים שבהם פעלו בניגוד לחוק או תוך סיכול הדין.**

226. משכך, אפילו אם ייקבע שנוכח השימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד" יש לבחון את חוקתיות החוק לביטול עילת אי-הסבירות כחוק רגיל – יש לקבוע שהוא פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות הגישה לערכאות ובעקרונות חוקתיים, וגם אינו עומד ביתר תנאי פסקת ההגבלה – ומכאן שדינו בטלות.

#### **ד(2)(ג). חוק ביטול עילת אי-הסבירות הוא תיקון חוקתי שאינו חוקתי**

227. כינון חוקה הוא אקט חגיגי, שעל פי רוב מערב השתתפות פעילה של הציבור, מעבר לזו הנדרשת בהליך חקיקה שגרתי (בדרך של משאל עם ובדרכים נוספות). החוקה נכתבת אמנם מתוך הכרות עם מצב פוליטי

נתון באותו המועד, אך תוך ידיעה כי הוראותיה הקשיחות יחולו אף אם ישתנו הנסיבות. משכך, ישנו תמריץ מובנה למעצבי החוקה לכלול בה הוראות המגנות מפני שרירות השלטון, ומאזנות בין רשויות השלטון השונות.

228. בחוקה שלמה שהתקבלה ואושרה, הוראות החוקה עצמן קובעות את המנגנונים שנועדו להגן על ערכי הליבה של השיטה המשטרית. חלק מהחוקות מקנות לבתי משפט סמכות לבקר שינויים בחוקה, במפורש או במשתמע, וחלקן קובעות פסקאות נצחיות<sup>38</sup>. מנגנון הגנה משמעותי נוסף על ערכי הליבה של השיטה המשטרית, טמון בנוקשות החוקה. בין המנגנונים המקובלים לצורך אישורו של תיקון חוקתי במדינות המשפט המשווה מצויים דרישת רוב מיוחס משמעותי בפרלמנט (על שני בתיו),<sup>39</sup> קיומו של משאל עם, וכן אישור על ידי מוסדות נבחרים של מדינות המשתייכות לשלטון פדרלי.<sup>40</sup> על מנת להבטיח שהליך עיצוב החוקה ייעשה מאחורי "מסך הבערות" – מבלי שרוב פוליטי נתון יידע כי ייהנה באופן מידי משינוי כללי המשחק הדמוקרטיים – מדינות שונות אף קבעו הוראות הנוגעות למועד אישור התיקון החוקתי וכניסתו לתוקף.<sup>41</sup>

229. הגם שהבטחה לכינונה של חוקה למדינת ישראל נכללה בהבטחת כ"ט בנובמבר (החלטה 181 של האו"ם) ובמגילת העצמאות, כידוע לכל – הבטחה זו טרם מומשה.

230. מפעל חוקי היסוד, המחוקקים בכנסת מכוח הסמכות המכוננת בה אחזה הכנסת הראשונה, הוא לכאורה בגדר שלב ביניים, עד לכינונה של חוקה. אולם בפועל, שלב ביניים זה מתארך, ולאחר 75 שנות קיומה של המדינה, לא נראה כי הוא קרב לכדי סיום. ודוק; החוקה הישראלית עודנה מצויה בתהליכי עיצוב וגיבוש. תהליך כינון החוקה לא הושלם, וחלק מן הנושאים אשר מקובל להסדירם בחוקה טרם הוסדרו בחוקי היסוד. מרכיב מרכזי החסר בחוקה הישראלית המתגבשת הוא חוק-יסוד: החקיקה. חוק יסוד זה יוכל להסדיר – בהתאם למנגנונים החוקתיים המוכרים שתוארו לעיל – את ההליך הייחודי והנוקשה להטמעת שינויים חוקתיים (להבדיל מחקיקה רגילה), את תחולתם של שינויים חוקתיים אלו בזמן (בין כהונת כנסות שונות), וכן יוכל לכלול מגבלות מהותיות על תוכנם של השינויים החוקתיים. משדברים אלו נדונו בהרחבה בפסיקה, ומוכרים היטב, לא נרחיב עוד על אודותיהם (ראו: ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 356, 369, 401 (1995) (להלן: "**עניין בנק המזרחי**")); בג"ץ 4908/10 ח"כ **רוני בר-און נ' כנסת ישראל**, בעמ' 291 ו-299 (7.4.2011) (להלן: "**עניין בר-און**"); עניין **המרכז האקדמי**,

<sup>38</sup> כך, למשל, סעיף 79 לחוקה הגרמנית מקנה שריון מוחלט משינוי העקרונות שנקבעו בסעיפים 1 ו-20 לחוקה. אלו קובעים בתורם, בין היתר, הגנה על כבוד האדם ועל זכויות האדם כבסיס לקיומה של קהילה; את היותה של גרמניה דמוקרטיה פדרלית; את כפיפות החקיקה לחוקה ואת כפיפות הרשות המבצעת והשופטת לחוק וצדק. דוגמה נוספת היא סעיף 5 לחוקת ארה"ב, הקובע כי לא ניתן לשלול בתיקון חוקתי את ייצוגה השווה של מדינה בסנאט.  
<sup>39</sup> בשל קוצר היריעה, העותרים יצביעו, כאן ובהמשך, על מספר דוגמאות למנגנונים נהוגים בעולם המגבילים שינויים חוקתיים, שאין בהן כדי למצות.

בגרמניה קיימת דרישה לרוב של שני שלישים בשני בתי המחוקקים לשם תיקון החוקה (ס' 79 לחוק היסוד הגרמני); בצרפת, נדרש רוב מיוחס של 3/5 במושב מיוחד של שני בתי המחוקקים, כאשר אישור התיקון החוקתי ברוב רגיל בשני בתי המחוקקים מצריך קיומו של משאל עם (סעיף 89 לחוקה הצרפתית); בהולנד, נדרש רוב בשני בתי המחוקקים על מנת להציע תיקון לחוקה; ורק לאחר בחירות נוספות לבית הנבחרים ניתן לאשרו, ברוב של שני שלישים בשני בתי המחוקקים (פרק 8 לחוקה ההולנדית); באירלנד, תיקון חוקתי מצריך אישור בידי שני בתי הפרלמנט וכן במשאל עם (סעיף 46 לחוקה האירית); ועוד ועוד.

<sup>40</sup> כך, למשל, חוקת ארה"ב קובעת כי תיקון לחוקה יאושר על ידי בתי המחוקקים של שלושה רבעים ממדינות האיחוד. מלכתחילה, על מנת להציע את התיקון, נדרשת הסכמת רוב של שני שלישים בכל אחד מבתי הקונגרס הפדרליים (בית הנבחרים והסנאט; סעיף 5 לחוקת ארה"ב).

<sup>41</sup> כמוצג לעיל, בהולנד ניתן לאשר תיקון חוקתי רק לאחר קיומן של בחירות נוספות לבית הנבחרים, וברוב של שני שלישים בשני בתי המחוקקים (פרק 8 לחוקה ההולנדית); אף בפינלנד, נדרש לאשר את התיקון החוקתי לאחר בחירות לבית המחוקקים, כאשר תחולה מיידיית של תיקון חוקתי מחמת דחיפות תתאפשר רק ברוב של 5/6 מן הקולות (ס' 73 לחוקת פינלנד).

בפסי' י"ג לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (בדימי') א' רובינשטיין ופס' 15 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן; עניין **שפיר**, בפס' 60 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות; בג"ץ 5555/18 ח"כ **חסון נ' כנסת ישראל**, פס' 17 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות (8.7.2021). (להלן: "**עניין חוק יסוד הלאום**").

231. ואולם, חרף אי-השלמתו של המפעל החוקתי הישראלי, בית המשפט הנכבד עמד בעניין **חוק יסוד הלאום** על כך שבכל הנוגע לעיגון זהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית **הושלמה** למעשה מלאכת הסמכות המכוננת "המקורית" (זאת, שכן נורמה שמשמעותה שינוי זהותה היהודית והדמוקרטית של מדינת ישראל מן היסוד גוזרת כליה על המפעל החוקתי הקיים). נקבע, כי ככל שהדבר נוגע לעצם זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, הכנסת פועלת כיום מכוח סמכות שהיא מעין סמכות מכוננת "**נגזרת**", הכפופה לגבולות הגזרה ולתנאים הבסיסיים שהוגדרו לה על-ידי קודמותיה, ושורשיהם בטיב המנדט שניתן לאסיפה המכוננת בעקבות הכרזת העצמאות (והחלטה 181 של האו"ם שקדמה לה).

232. מבחינה מעשית, הכנסת **חורגת מסמכותה המכוננת הנגזרת**, באותם המצבים שבהם היא פועלת לחוקק חוק-יסוד (או תיקון לחוק-יסוד קיים) השוללים או סותרים באופן חזיתי את "המאפיינים 'הגרעיניים' המעצבים את הגדרת המינימום" של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית (ראו: עניין **חוק יסוד הלאום**, בפס' 25 ו-31 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות).<sup>42</sup> ביתר פירוט, נקבע כי הכנסת אינה פועלת בגדרי סמכותה המכוננת הנגזרת, כאשר היא מקדמת חקיקת יסוד הכוללת פגיעה אנושה בקיומם של עקרונות דמוקרטיים בסיסיים – דוגמת **שלטון החוק והפרדת רשויות** – עד כי אין דרך ליישב מבחינה מושגית ופרקטית בין הוראותיה של אותה חקיקת יסוד לבין אופייה הדמוקרטי של ישראל (ראו: שם, בפס' 29 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות; עניין **טיבי**, בעמ' 22).

233. העדר הסמכותה של הכנסת לשלול, לסתור חזיתית או לפגוע אנושות במאפיינים דמוקרטיים גרעיניים במסגרת פעילותה להמשך כינון החוקה, נובע מהטקסט החוקתי שגובש עד כה, משך 75 שנות עצמאות, ומן המערך החוקתי שהתפתח מקום המדינה. כאמור, ראשיתו של מערך חוקתי זה בהכרזת העצמאות – המהווה הן "תעודת לידה" והן "תעודת זהות" של מדינת ישראל – ומבטאת את העקרונות על בסיסם תעוצב ותתגבש חוקתה (ראו: עניין **בנק המזרחי**, בעמ' 309 ו-357; אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א: עקרונות יסוד, 43-44 (מהדורה שישית, 2005)).

234. וכדברי כב' הנשיאה חיות בעניין **חוק יסוד הלאום**:

"הכרזת העצמאות התוותה את אופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית; חוקי היסוד עיגנו שני מרכיבים אלה בזהותה של המדינה באופן מפורש; החקיקה והפסיקה חיזקו וביצרו אותם; וקורות חייה של האומה מאז הקמתה שבו והמחישו כי זו דמותה. על כן, דומה כי אף שהמפעל החוקתי טרם הושלם, **זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה ניתנת לערעור**" (שם, בפס' 23).

235. הגם שהמכונן אינו רשאי לשלול – להלכה או למעשה – את קיומה של המדינה כ"יהודית ודמוקרטית", הודגש בפסיקה כי הוא רשאי לשרטט את האופן שבו יבוא לידי ביטוי צירוף מילים זה במסגרת חוקי היסוד, אף אם הדבר כרוך באיזונים ובפשרות אשר מגדירים מחדש את אופן התפרשותו של אחד ממרכיבי זהותה של המדינה (ראו גם: בג"ץ 5744/16 **בן מאיר נ' הכנסת** (27.5.2018); עניין **המרכז האקדמי**, בפס' 9 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר; בג"ץ 4076/20 **שפירא נ' הכנסת**, פס' 10 (22.7.2020)).

<sup>42</sup> וכן ראו בהקשר זה דברי המשנה לנשיא (בדימי') מ' חשין: "אף לא לאחת מרשויות המדינה ניתנה סמכות 'לבטל' את המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית" (ראו: בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, 761 (2006)).

236. בהקשר זה, יצוין כי בשני העשורים האחרונים צומצמו בצורה ניכרת במסגרת חוקי היסוד הסמכויות המוקנות לכנסת, כמו גם אי התלות של חבריה. כך, ביטול מוסד אי האמון, והחלפתו בדרישת אי-אמון קונסטרוקטיבי, מונעים מהאופוזיציה להביא לפיזור של הממשלה והכנסת כל זמן שאינה מגיעה להסכמה על ממשלה חלופית; חקיקתו של "החוק הנורבגי" והרחבתו יצרו תלות ישירה של חברי הכנסת הממונים מכוחו בממשלה (מאחר ששר יכול להביא, בכל רגע נתון, להפסקת כהונתו של חבר כנסת המכהן מכוח "החוק הנורבגי"); חקיקתו של "חוק ההדחה", במסגרת חוק-יסוד: הכנסת, הגבירה את תלותו של חבר הכנסת הבודד ברוב הפרלמנטרי; חקיקת חוקי תקציב דו-שנתיים צמצמה את הפיקוח הפרלמנטרי על קביעת סדר העדיפויות הלאומי ועל ההוצאה הציבורית, ומנעה שימוש בכלי של חוק התקציב השנתי כהצבעת אי-אמון בכנסת; ותיקון חוק-יסוד: הממשלה על מנת לאפשר הסדר סטטוטורי של ממשלת חילופים ייתר את הצורך של הממשלה לקבל את אישור הכנסת לשינויים עתידיים בהרכב הממשלה (וכן הגביל את היכולת להפיל את ממשלת החילופים בהצבעת אי-אמון קונסטרוקטיבי).

237. בדומה, אף הסמכויות הנתונות לרשות השופטת צומצמו באותה התקופה. כך, סמכויות שיפוט בשורה ארוכה של תחומים הועברו לבעלי תפקידים בגופים מנהליים (לרבות בתי הדין למשמורת ועררים ורשות האכיפה). בעלי תפקידים אלו, הפוסקים בשורת עניינים הנוגעים לזכויות אדם, אינם נהנים מאי-תלות ברשות המבצעת, ותלויים במישרין בשרי הממשלה לצורך המשך כהונתם.

238. **שינויים אלו כולם (שרק חלקם הובאו לביקורת שיפוטית), הגם שמעוררים הם שאלות מתחום הפרדת הרשויות ושלטון החוק – אינם בגדר פגיעה אנושה בעקרונות היסוד של השיטה. בכך, הם נבדלים מהמקרה הנוכחי.**

239. יצוין עוד, כי פועל יוצא מן הקביעה שהכנסת אינה מוסמכת, בגדרי סמכותה המכוננת הנגזרת, לתקן חקיקת יסוד באופן השולל את מאפייניה הגרעיניים המינימליים של מדינת ישראל כדמוקרטיה – הוא שבעלי התפקידים המכהנים במסגרתה, אינם מוסמכים אף הם לקדם, לא כל שכן לאשר, הליכי חקיקה אלו. כך, כאשר חבר כנסת, ועדה מוועדות הכנסת או הממשלה מחליטים על קידום הצעת חוק שחורגת מסמכותה המכוננת של הכנסת, כל אחת מהחלטות ההלו, בפני עצמה, היא החלטה מנהלית, שדינה בטלות בשל החריגה מסמכות (ראו: סעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה; ראו גם: בבג"ץ 652/81 ח"כ שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982); בבג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יו"ר הכנסת (23.3.2020); בבג"ץ 306/81 שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118 (1981); בבג"ץ 2334/17 יחד, רמת השרון נ' ועדת הכספים של הכנסת (15.6.2021)).

240. ודוק; העיקרון שעל פיו רשות שלטונית אינה יכולה לפעול תוך חריגה מגדרי סמכותה הוא עקרון בסיסי במשפט הציבורי. כאשר מדובר בחריגה מסמכות המאיימת על המאפיינים הגרעיניים המינימליים העומדים ביסוד הדמוקרטיה, אכיפת דרישת הסמכות היא אף ביטוי קונקרטי לעקרון הדמוקרטיה המתגוננת, שנקבע עוד בשנותיה הראשונות של המדינה, בע"ב 1/65 יעקב ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, יט 365 (1965) (להלן: "הלכת ירדור"), וכן לפסיקתו של בית המשפט הנכבד בעניין חוק יסוד הלאום.

241. בית המשפט הנכבד הכיר בכך שהצורך לקיים ביקורת שיפוטית על תוכן של נורמות חוקתיות יכול שיתעורר ביתר שאת בשיטתנו – שבה הליך כינון ושינוי אינו כרוך בפרוצדורה נוקשה או ייחודית (ראו: עניין חוק יסוד הלאום, בפס' 34-35 לפסק דינה של כ' הנשיאה; שימוש לרעה בחוק יסוד, 1383).



242. וכפי מילותיו של כב' המשנה לנשיאה (בדימי), אי רובינשטיין :

"הריסון אותה נוקטת הרשות המכוננת בתיקון החוקה מחייב גם ריסון מצד בית המשפט ; ואולם נדמה שהמשך הטבעי לדברים אלה, הוא שככל שהרשות המכוננת אינה נוקטת היא עצמה ריסון של ממש בבואה לתקן את עקרונותיה החוקתיים של המדינה, נכוונתו של בית המשפט לבקרה – רחבה יותר..." (עניין המרכז האקדמי, בפס' ל"ה).

243. למרבה הצער, הסכנה שרוב מזדמן בכנסת יפעל לשנות במעמד צד אחד את ההסדר החוקתי הקיים מן הקצה אל הקצה, כבר אינה דמיונית או תיאורטית. בעת הזו – עד שלא תאושר חוקה מלאה בהסכמה רחבה, או יחוקק חוק-יסוד : החקיקה, אשר יעגן את מעמדם המיוחד של חוקי היסוד מבחינה מהותית ופרוצדורלית – בית המשפט הנכבד לא יוכל להותיר את ההגנה על אושיות הדמוקרטיה לחסדיו של רוב קואליציוני נתון. הגיענו אם כן, לאותן נסיבות חריגות, המחייבות כי בית המשפט הנכבד יורה על פסילתו של שינוי בחוק היסוד הפוגע אנושות ברכיביה הגרעיניים של מדינת ישראל (ראו והשוו : עניין המרכז האקדמי, שם ; וראו גם פס' 3 לחוות דעתו של כב' המשנה לנשיאה (בדימי) ס' ג'ובראן ; ופס' 15 לחוות דעתו של כב' המשנה לנשיאה, ע' פוגלמן).

244. כידוע, הפרדת הרשויות במדינת ישראל היא מלכתחילה "חלשה", כאשר הרשות המבצעת שולטת, באמצעות הרוב הקואליציוני, ברשות המחוקקת. במקביל, לא קיימת בישראל חוקה משוריינת עם מגילת זכויות מלאה (ולמעשה הרשות המבצעת שולטת גם בעיצוב החוקה המתגבשת) ; לא קיימים שני בתי מחוקקים ; הכוח השלטוני אינו מבוזר למחוזות ; וישראל אינה כפופה לטריבונלים שיפוטיים בינלאומיים. בית המשפט הנכבד מהווה את מנגנון הביקורת האפקטיבי היחידי על הכוח השלטוני הרב המרוכז בידי הממשלה, השולטת בתורה בכנסת. על רקע זה יש לבחון את טיב הפגיעה של השינוי בחוק היסוד בסמכויותיו של בית המשפט הנכבד לבקר את פעולות הרשות המבצעת.

245. במקרה הנוכחי, השינוי בחוק היסוד אינו רק פוגע באופן לא מידתי בזכות הגישה לערכאות, ובעקרונות שלטון החוק והפרדת הרשויות בישראל, שהם ממאפייניה הדמוקרטיים הגרעיניים והמינימליים של מדינת ישראל – אלא פוגע בהם פגיעה אנושה. כך, גם אם ניתן לעצב בצורה שונה בחקיקה את גבולות התפרסותה של עילת אי-הסבירות, ולהבנות אחרת את שיקול הדעת השיפוטי הנוגע להפעלתה, הרי שחוק ביטול עילת אי-הסבירות לא שואף לעשות כן – כי אם לבטל כליל את הביקורת השיפוטית בכל הנוגע לסבירות החלטותיו של הדרג הנבחר, בסימן "שפיכת התינוק עם המים" (כפי שהתבטא בוועדת החוקה פרופ' יואב דותן, ממבקריה החריפים בספרות של עילת אי-הסבירות).

246. על טיבן של אותן פגיעות אנושות בעקרונות הדמוקרטיים המינימליים הנגרמים מביטולה של עילת אי-הסבירות, ועל היותן כאלו שאינן מתיישבות עם אופייה הדמוקרטי של ישראל – עמדנו בהרחבה לעיל, ולא נשוב על הדברים שנית. מכאן שהכנסת – וכלל האורגנים הפועלים בתוכה – כלל לא היו מוסמכים לקדם את השינוי בחוק היסוד בגדרי הסמכות המכוננת. מכאן שעל בית המשפט להורות על פסילתו, בהיותו תיקון חוקתי החורג מגדרי סמכותה המכוננת הנגזרת של הכנסת.

## ה. סוף דבר

247. בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צווים על תנאי כמפורט בפתח העתירה.

248. במישור הסעד, לגישת העותרים בנסיבות המקרה יש לקבוע כי החוק לביטול עילת אי-הסבירות כלל לא נחקק כדין, ולמצער, כי הוא בטל. לחלופין, מתבקש כי בית המשפט הנכבד יקבע הלכה כללית וברורה – לפיה תיקונים לחוקי יסוד שעניינם שינוי האיזונים והבלמים בין הרשויות, יהיו בעלי תחולה פרוספקטיבית בלבד, מהכנסת העוקבת, וכך גם החוק מושא העתירה דנן.

249. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים, לרבות שכר טרחת עורכי דין.



עידן סגר, עו"ד

עידן סגר, משרד עורכי דין



אוהד רוזן, עו"ד

קלעי, רוזן ושות'



חגי קלעי, עו"ד