

## בית המשפט העליון בירושלים בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5658/23

בג"ץ 5659/23

בג"ץ 5660/23

בג"ץ 5661/23

בג"ץ 5662/23

בג"ץ 5663/23

בג"ץ 5711/23

בג"ץ 5769/23

### בעניין:

#### פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

במסגרת עמותת בשער – אקדמיה למען החברה בישראל, ע"ר 580335842  
באמצעות ד"ר רונית לוין-שנור, עו"ד (מ.ר. 33230)  
כתובת: ת.ד. 6507 מבשרת ציון 5200201  
טלפון: 09-9602913, פקס: 03-6000872  
דוא"ל: [lawprofessorsforum@gmail.com](mailto:lawprofessorsforum@gmail.com)

#### המבקש

### ובעניין שבין:

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

#### העותרת בבג"ץ 5658/23

2. טל אורון ו-43 אח'  
באמצעות ב"כ עו"ד חגי קלעי ואח'  
רח' מזא"ה 22א, תל אביב-יפו  
טלפון: 03-9070770; פקס: 03-6439966

#### העותרים בבג"ץ 5659/23

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

#### העותרת בבג"ץ 5660/23

4. התנועה הדמוקרטית האזרחית  
5. דרכנו – יוצאים לפעולה  
באמצעות ב"כ עו"ד גלעד ברנע ואח'  
רח' קומפרט 11/21, תל אביב-יפו 669426

טלפון : 03-6135135 , פקס : 03-61351355  
ובאמצעות עו"ד גלעד שר ואח'  
רח' ברקוביץ' 4, מגדל המוזיאון תל אביב-יפו 423806  
טלפון : 03-6015000 ; פקס : 03-6015001

#### העותרות בג"ץ 5661/23

6. עורך דין יהודה רסלר

7. עו"ד יוסי האזרחי

בעצמם

טלפון : 03-6959942

#### העותרים בבג"ץ 5662/23

8. לשכת עורכי הדין

9. עו"ד עמית בכר, ראש לשכת עורכי הדין בישראל

באמצעות ב"כ עו"ד נדב ויסמן ואח'

משרד מיתר עורכי דין

דרך אבא הלל סילבר 16, רמת גן 5250608

טלפון : 03-6103100 ; פקס : 03-610311

#### העותרים בבג"ץ 5663/23

10. תנועת אומ"ץ – התנועה למען מנהל תקין, צדק חברתי ומשפטי

באמצעות ב"כ עו"ד יצחק מינא ואח'

רח' הארבעה 28, תל אביב 6473925

טלפון : 076-5384613 ; פקס : 076-5100257

#### העותרת בבג"ץ 5711/23

11. פלוני ואח'

באמצעות ב"כ עו"ד עודד סבוראי ואח'

בית גיבור ספורט, דרך מנחם בגין 7, רמת גן

טלפון : 03-9455551 ; פקס : 03-9455553

#### העותרים בבג"ץ 5769/23

- נ ג ד -

1. הכנסת

2. ועדת החוקה, חוק ומשפט

3. יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת

באמצעות היועצת המשפטית לכנסת

משכן הכנסת, קריית בן-גוריון ירושלים, 9195016

טלפון : 02-6408650 ; פקס : 03-6496801

4. היועצת המשפטית לממשלה

ע"י פרקליטות המדינה, מחלקת הבג"צים

משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים, 9711052

טלפון : 073-3925590 ; פקס : 02-6467011

5. ממשלת ישראל

6. ראש ממשלת ישראל

7. שר המשפטים

באמצעות ב"כ עו"ד אילן בומבך ואח'

רח' ויצמן 2, מגדל אמות השקעות, תל אביב-יפו 64239

טלפון : 03-6932090 ; פקס : 03-6932091

#### המשיבים

## בקשה להצטרף כ"ידיד בית המשפט" (Amicus Curiae) של פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

בית המשפט הנכבד מתבקש להתיר למבקש, "פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה" (להלן – "המבקש") להצטרף לדיון בעתירות שבכותרת כ"ידיד בית המשפט", בשל כך שצירופו להליך יסייע לכבוד בית המשפט לפסוק בעילות בהליך הנדון ולהרחיב את התשתית המקצועית והמשפטית שבפניו. לחילופין מתבקש בית המשפט הנכבד לאפשר את צירוף חוות דעת המבקש המצורפת להלן לעתירות.

### הכל מהנימוקים שיפורטו להלן:

1. העתירות שבכותרת עניינן בחוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) העוסק בביטול עילת חוסר הסבירות.
2. בית משפט נכבד זה עמד לא פעם על חשיבות צירופו של גורם שלישי כ"ידיד בית משפט". בעניין קוזלי קבע בית המשפט רשימה פתוחה של קריטריונים לבחינת צירופו של גוף כ"ידיד בית משפט" והכיר בכך שאחד העקרונות המרכזיים בבחינת התאמתו של גוף לשמש כ"ידיד בית משפט" הוא שמקצועיותו בתחום מומחיותו תעניק ייצוג הולם וביטוי להיבטים העקרוניים הנדונים במסגרת ההליך מושא הבקשה וכך נקבע:

"יש לבחון את מהות הגוף המבקש להצטרף. יש לבדוק את מומחיותו, נסיונו והייצוג שהוא מעניק לאינטרס בשמו מבקש הוא להצטרף להליך.. יש להיות ערים למהותה של הסוגיה העומדת להכרעה. כל אלה אינם קריטריונים ממצים. אין בהם כדי להכריע מראש אימתי יהא מן הדין לצרף צד להליך כ"ידיד בית המשפט", ומתי לאו.<sup>1</sup>

3. כפי שיפורט להלן, מתוקף מומחיותו המצטברת של המבקש, הייחודית בהיקפה ובטיבה, בתחום המשפט החוקתי, הציבורי, המנהלי וההשוואתי, יבקש המבקש להציג בפני בית המשפט הנכבד את עמדתו, וזאת על מנת לסייע בבירור הסוגיות המשפטיות בהליך, באמצעות שימוש בידע ובמקצועיות המבקש.

### מהותו ומומחיותו של המבקש:

4. המבקש – פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה – הינו גוף התנדבותי בו חברות וחברים כ-150 חברי סגל בכיר במוסדות אקדמיים למשפטים בישראל, אשר בין השאר חוקרים שנים רבות את נושא הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, את נושא הביקורת השיפוטית על הליכי חקיקה, את נושא התדרדרות הדמוקרטיה ונושאים קשורים נוספים הנוגעים להשלכות והשפעות מבנה המשטר והנורמות המשפטיות בישראל על כלל מישורי החיים. הפורום פועל מאז ראשית שנת 2023 בכתביה, מחקר, פעולה

<sup>1</sup> מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג' (1) 529, פס' 45 (1999).

ועשייה משותפים בכדי למנוע את הפגיעה החמורה והבלתי-הפיכה שצעדי הממשלה ה-37 עתידים להביא למשטר הדמוקרטי הישראלי. עד כה פירסם הפרוסם כ-55 ניירות עמדה מקצועיים ומפורטים העוסקים בניתוח שינויי החקיקה שעל הפרק והשלכותיהם וקיים פעולות רבות מיני ספור בהקשר זה.<sup>2</sup> מבין שלל הפעולות הללו, הפרוסם וחוקריו ניסו להשמיע את עמדותיהם גם בהליכי החקיקה בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט, הן על ידי הגשת ניירות עמדה רלוונטיים לוועדה, הן על ידי התייצבות בפני הוועדה. אולם, למרבה הצער, התרעות אלו לא זכו להקשבה.

5. עמדת המבקש המוצגת בחוות דעת זו תשקף לבית המשפט הנכבד לא רק את עמדתם המשותפת של חבריו וחברותיו אלא גם, במידה רבה, את עמדת הקהילה המשפטית והאקדמיה המשפטית בישראל אשר חרף רב-גוניותה מאוחדת בחלקים נרחבים ממנה כפי שעולה מחוות דעת זו, בעמדה לפיה תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה נחקק בחריגה מסמכותה של הכנסת כרשות מכוננת ודינו בטלות. כפי שצוין בפסיקה, לעמדת הקהילה המשפטית חשיבות בהקשר של הסדרים חוקתיים.<sup>3</sup> על חשיבות עמדת הקהילה המשפטית הרלוונטית מקום בו עסקינן במצבים של אי-וודאות משפטית, ניתן ללמוד גם מהדין הבין-לאומי, אשר במסגרתו נקבע באופן מפורש כי משנתם של "גדולי המומחים" בתחום תיחשב כמקור משפטי משלים לזיהוי כללי הדין הפוזיטיביים.<sup>4</sup> במסגרת זו, חשיבות מיוחדת ניתנת בפועל למצבים בהם ישנו קונצנזוס משמעותי – אף אם לא מוחלט לחלוטין – בקרב המומחים בתחום, ואף יותר כאשר אלו פועלים במסגרות מקצועיות קולקטיביות.<sup>5</sup>

6. עמותת "בשער", במסגרתה פועל המבקש, היא ארגון א-פוליטי ובלתי תלוי שנוסד בשנת 1999 ומאגד כ-2,000 חברות וחברי סגל אקדמי מכל מוסדות ההשכלה הגבוהה בישראל, ביניהם כלות וחתני פרס נובל ופרס ישראל, נשיאות, נשיאים ורקטורים לשעבר, שרותמים בהתנדבות מלאה את שלל תחומי המומחיות שלהם בנושאי אקדמיה, מדע, מחקר, מדיניות השכלה גבוהה ועוד, למען החברה בישראל במגוון ערוצים.

#### תרומתו של המבקש בהצטרפותו להליך:

7. המבקש סבור כי חוות דעתו המקצועית המצורפת להלן מוסיפה לטיעונים שהוצגו על ידי העותרים והידידים הרבים בתיקים שבכותרת מימדים חשובים וחיוניים לדיון העומד לפתחו של בית המשפט הנכבד, אשר על חשיבותו אין צורך להכביר מילים.

8. לקהילה המשפטית ולאקדמיה המשפטית בישראל עניין ישיר ביציבותה הדמוקרטית של ישראל, וזוהי אחריותם וחובתם האישית של חברות וחברי הקהילה להבטיח שערכי היסוד של מדינת ישראל,

<sup>2</sup> ראו אתר פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה: [www.lawprofsforum.org](http://www.lawprofsforum.org).

<sup>3</sup> ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221, עמ' 359, 360, 370, 384 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק ועמ' 469 לפסק דינו של כב' השופט זמיר (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); בג"ץ 5555/18 ח"כ חסון נ' כנסת ישראל, פס' 21 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות (8.7.2021). (להלן: עניין חסון).

<sup>4</sup> Statute of the International Court of Justice, Art. 38(1)

<sup>5</sup> Sondre Torp Helmersen, *Finding 'the Most Highly Qualified Publicists': Lessons from the International Court of Justice*, 30 EUR. J. INT'L L. 509, 524-526 (2019)

**הנתקפים ישירות וחזיתית על ידי תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה שבמוקד הליך זה, ישמרו ויובטחו לדורות.**

9. חוות הדעת נכתבה בעיקרה על ידי החוקרות והחוקרים הבאים (לפי סדר א"ב), כולם מומחים בכירים בתחומים הנוגעים לחוות הדעת (וכן נהנתה מהערות וביקורות של חברים רבים בפורום):

|       |       |                 |   |
|-------|-------|-----------------|---|
| ד"ר   | אורי  | אהרונסון        | אוניברסיטת בר-אילן                        |
| פרופ' | איל   | בנבנישתי        | האוניברסיטה העברית ואוניברסיטת קיימברידג' |
| פרופ' | איתי  | בר-סימן-טוב     | אוניברסיטת בר-אילן                        |
| פרופ' | תמר   | הוסטובסקי ברנדס | הקריה האקדמית אונו                        |
| ד"ר   | רונית | לוי-שנור        | אוניברסיטת רייכמן                         |
| ד"ר   | דורין | לוסטיג          | אוניברסיטת תל אביב                        |
| פרופ' | איסי  | רוזן-צבי        | אוניברסיטת תל אביב                        |
| פרופ' | יניב  | רוזנאי          | אוניברסיטת רייכמן                         |
| פרופ' | אמנון | רייכמן          | אוניברסיטת חיפה                           |
| ד"ר   | יאיר  | שגיא            | אוניברסיטת חיפה                           |

10. עיקר תרומתה של חוות הדעת אשר מבוקש לצרפה הוא בחידוד הטענות המרכזיות הבאות, אשר כאמור לא הוצגו, באופן מלא ונרחב הנתמך בידע מחקרי רב שנים, על ידי עותרים וידידים אחרים:

א. מרכיבי הטיעון ההליכי שבחוות הדעת והמכלול העולה ממנה מהווים טיעון חדש ומקיף שלא קיים, בוודאי לא במתכונתו זו ובמכלול שהוא יוצר, באף אחת מהעיתרות או בבקשות הידיד. הטיעון מבוסס על מחקר מעמיק של ההיסטוריה החקיקתית ושל הנוהג והנהל ביחס לחקיקת הצעות חוק מטעם ועדה ועל חקיקת חוקי יסוד במסלול זה מקום המדינה ועד היום.

ב. במסגרת הטיעון שבחוות הדעת מוצגים מספר חידושים מקוריים שיוכלו לסייע לפיתוח ההלכה על ידי בית המשפט: ראשית, חוות הדעת עומדת על הצורך להכיר בקיומו של מבחן שונה, ומחמיר יותר, עבור הליך חקיקתם של חוקי יסוד, הכולל הקפדה יתירה על עקרון השתתפות וקיומו של דיון כדבעי (שיש

להחילו בנוסף לדרישות ההליכיות המחייבות בהליך חקיקתם של חוקים רגילים). שנית, חוות הדעת מסבירה מדוע פרשנות לשון הסעיף בתקנון הכנסת המסמיך ועדה לקדם הצעת חוק מטעמה, ההיסטוריה החקיקתית שלו, תכליתו וכן הנהוג והנוהל שהתפתחו ביחס אליו מלמדים על היותו של **הליך חקיקה מטעם ועדה, בו נעשה שימוש במקרה הנדון בתיקים אלה, הליך מובחן וייחודי שנועד לחיזוק הכנסת כגוף**. המהלך הפרשני המקיף שבחוות הדעת מוכיח כי ניתן ליזום ולהכין חוק במסגרת זו רק באופן קולגיאלי (בהסכמה בין-גושית) ותוך הקפדה על קיום הליך יסודי. הדרישות המחמירות לגבי הליך של הצעת חוק מטעם ועדה בשילוב הטיעון אודות הליך חקיקת חוקי יסוד מלמדים כי הליך חקיקה של חוק יסוד מטעם ועדה מציב רף גבוה ומחמיר יותר, הכולל גם את הדרישה המוקפדת יותר לקיום מבחן ההשתתפות והדיון כדבעי וגם עמידה בעקרון הקולגיאליות ועקרון ההליך היסודי.

ג. חוות הדעת מציגה **מבחן לבחינת חקיקה המשלב ביקורת שיפוטית הליכית עם ביקורת שיפוטית מהותית** (הטיעון ה"סמי פרוצדורלי"). במישור המוסדי, אנו טוענים כי הריסון השיפוטי המוגבר כלפי חוקי יסוד לעומת מקרים של ביקורת שיפוטית על חוקים רגילים מותנה בכך **שהכנסת התייחסה להליך החקיקה כהליך חקיקה חוקתי**; שנית, לטענתנו, **למבחנים לזיהוי של חוק יסוד לפי דוקטרינת השימוש לרעה בחוק יסוד יש להוסיף מבחן פרוצדורלי**, אשר בוחן האם הליך החקיקה של חוק היסוד היה הליך חקיקה המתאים לקבלתה או תיקונה של נורמה חוקתית. הליך חקיקתה המיוחד של הנורמה החוקתית הוא מאפיין מכונן של נורמה חוקתית ומהווה בסיס לזיהויה ככזו.

לבסוף, המקרה שלפנינו הוא מקרה מובהק של **ניצול ההליך ההדרגתי והבלתי מוסדר של גיבוש החוקה הישראלית לטובת ביצור והעצמת מעמדה של הרשות המבצעת** בהשוואה לרשויות אחרות ובכלל זה ביחס לכוחה של הרשות השופטת להגביל את פעולתה כשזו לוקה באי סבירות. השימוש בחולשותיו של ההליך החוקתי בישראל כדי לחזק את מעמדה של הרשות המבצעת על חשבון רשויות אחרות ולמנוע בתוך כך ביקורת והגבלה של פעולותיה הוא שימוש לרעה בסמכות המכוננת. כך, שימוש לרעה זה בהליך חקיקת חוקי יסוד מצטרף לניצול לרעה של חוקי היסוד במובן הסובסטיבי, והשילוב ביניהם מביא למסקנה שיש לפסול את התיקון לחוק היסוד המבטל את עילת הסבירות.

ד. על מנת לסייע לבית המשפט לעמוד על מידת הפגיעה בהליך החקיקה, **מצורפים לבקשה זו נספחים הכללים תיאור עובדתי נרחב וממצה ככל האפשר, מאורגן בטבלאות לפי נושאים**, ובכלל זה פירוט התייחסויות חברי הכנסת לכשלים בהליך החקיקה, וסקירה מקיפה של חוקי יסוד ושינויים להם שאושרו עד היום במסלול חקיקה מטעם ועדה. למותר לציין שאין באף אחת מהעיתרות ובקשות הידיד ניתוח עובדתי בסדר גודל דומה. לדעת מחברי חוות הדעת, מלאכת האיסוף, הניתוח והעיבוד של הנתונים תוכל להועיל לבית המשפט בבחינת העובדות ויישום הכללים המשפטיים על נסיבות המקרה.

ה. חוות הדעת מדגישה כי עקרונות היסוד עליהן מושתת המשטר של מדינת ישראל הם: הדמוקרטיה, שלטון החוק, כבוד האדם באשר הוא אדם, וציונה היהודי של המדינה. עקרונות אלה מחייבים את קיומו של בית משפט עצמאי מהרשויות הפוליטיות, שהינו בעל סמכות לפקח עליהן, וזאת כדי להבטיח את מימושם בפועל של עקרונות היסוד. התיקון שולל סמכות פיקוח של בית המשפט על הרשות

המבצעת ובכך מסכן באופן ממשי את מימוש עקרונות היסוד ובעיקר את ההליך הדמוקרטי והשמירה על שלטון החוק. בשל כך התיקון חורג מסמכותה המכוננת של הכנסת, והוא בגדר תיקון חוקתי לא חוקתי.

10. בהתבסס על הניסיון ההשוואתי העכשווי חוות הדעת מצביעה על כך שפגיעה אנושה בדמוקרטיה נגרמת, לעיתים קרובות, לא באמצעות פעולה או תיקון חוקתי יחיד, החותר תחת ליבת ערכי היסוד של הדמוקרטיה אלא בתהליך איטי והדרגתי של "שחיקה דמוקרטית" המורכב מאוסף של צעדים ושינויים חקיקתיים המצטברים בהדרגה שחלקם, כשלעצמם, אולי עשויים היו להיות לגיטימיים במידה כזו או אחרת לו עמדו לבדם (אם כי לא התיקון הנדון בהליך זה). יתר על כן, הניסיון ההשוואתי מלמד כי פגיעה ביכולתו של בית המשפט לבקר את השלטון היא נדבך מרכזי בשחיקה דמוקרטית, שכן היא מסירה חסמים העומדים בפני שלטון המבקש לבצר את כוחו, ומקלה עליו לבצע שינויים נוספים בהמשך.

11. הגם שנבקש להציג את עמדתנו בעל פה בפני בית המשפט הנכבד, אנו מבקשים, לחילופין, להסתפק בהנחת חוות דעתנו הכתובה בלבד בפניו.

---

ד"ר רונית לוין-שנור, עו"ד

בשם פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

20 באוגוסט, 2023

גי אלול, התשפ"ג

## חוות הדעת של פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

ביום 24.7.2023 אושר בכנסת, בקולות הקואליציה בלבד, תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה העוסק בגדיעת סמכות בתי המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על הממשלה והשרים בעילת חוסר סבירות. אנו סבורים כי **תיקון זה דינו בטלות**.

בחוות דעתנו להלן נמנענו מלחזור על טיעונים שכבר הונחו בפני בית המשפט הנכבד על ידי העותרים.

### **תוכן עניינים**

|    |  |
|----|--|
| 10 | חלק ראשון: רקע עובדתי-הליכי.....   |
| 10 | 1. עיקרי הדברים בחלק זה .....  |
| 11 | 2. תוכנית שר המשפטים ועמדת היועצת המשפטית לממשלה.....  |
| 13 | 3. יוזמות יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט לקידום החקיקה כהצעות חוק מטעם הוועדה.....             |
| 19 | 4. דיוני הכנה בהצעת החוק לביטול עילת חוסר הסבירות בוועדת החוקה לקריאה ראשונה.....              |
| 22 | 5. דיון המליאה לקריאה ראשונה.....  |
| 23 | 6. דיוני הכנה בוועדת החוקה לקריאה שנייה ושלישית.....   |
| 25 | 7. דיון המליאה לקריאה שנייה ושלישית.....   |
| 26 | חלק שני: הטיעון המשפטי-הליכי.....  |
| 26 | 1. עיקרי הטענות בחלק זה.....   |
| 27 | 2. סדר הילוכנו בחלק זה.....  |
| 27 | 3. ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה לאור המבחנים שנקבעו לחקיקה רגילה.....                         |
| 33 | 4. הצורך בפיתוח מבחן נפרד ומחמיר יותר ביחס לחקיקת חוקי יסוד.....                               |
| 33 | 4.1. הליך חקיקה חוקתי לעומת הליך חקיקה רגיל.....   |
| 39 | 4.2. השחיקה בהליכי החקיקה של חוקי יסוד בכנסת.....  |
| 41 | 4.3. תפקידה של הביקורת השיפוטית ביחס להליך חקיקת חוקי יסוד ותיקונם.....                        |
| 43 | 4.4. הצורך לעמוד על תקינות הליך החקיקה כדי למנוע את התדרדרות הדמוקרטיה - הניסיון ההשוואתי..... |
| 45 | 4.5. סיכום.....  |
| 46 | 5. הצורך בפיתוח מבחן נפרד ומחמיר יותר להצעת חוק ובפרט הצעת חוק יסוד מטעם ועדה.....             |
| 46 | 5.1. פתח דבר.....  |
| 47 | 5.2. כללי: הצעת חוק מטעם ועדה.....   |
| 48 | 5.3. פרשנות סעיף 80(א) לתקנון הכנסת.....   |



|          |   |
|----------|---|
| 48.....  | 5.3.1. משמעותו הלשונית של סעיף 80(א) לתקנון   |
| 49.....  | 5.3.2. ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 80(א) לתקנון  |
| 53.....  | 5.4. פרשנות תכליתית של סעיף 80(א) לתקנון : העקרונות שביסוד סמכות ועדה לקדם חקיקה      |
| 54.....  | 5.4.1. עקרון הקולגיאליות  |
| 57.....  | 5.4.2. עקרון ההליך היסודי   |
| 60.....  | 5.5. הנוהג והנהל המקובלים ביחס להצעת חוק רגילים וחוקי יסוד מטעם ועדה                  |
| 61.....  | 5.5.1. הנוהג והנהל ביחס לחקיקת חוקי יסוד ותיקונים לחוקי יסוד מטעם ועדה                |
| 64.....  | 5.5.2. הנוהג והנהל ביחס לחקיקה רגילה מטעם ועדה  |
| 67.....  | 5.6. סיכום הדיון בהליך חקיקה מטעם ועדה  |
| 67.....  | 6. סיכום מרכיבי הטיעון ביחס לפגמים בהליך  |
| 68.....  | <b>חלק שלישי: הטיעון המשפטי-מהותי</b>   |
| 68.....  | 1. עיקרי הטענות בחלק זה   |
| 69.....  | 2. התיקון אינו חוקתי  |
| 76.....  | 3. השימוש לרעה בסמכות מכוונת  |
| 83.....  | 4. התיקון כחלק ממכלול בשחיקה דמוקרטית   |
| 96.....  | <b>חלק רביעי: הטיעון המשפטי המשולב הליכי-מהותי</b>                                    |
| 96.....  | ביקורת שיפוטית משולבת: השילוב בין הפגמים בתוכן התיקון החוקתי לבין הפגמים בהליך חקיקתו |
| 100..... | <b>סיכום</b>  |

**נספחים**

## חלק ראשון: רקע עובדתי-הליכי

### 1. עיקרי הדברים בחלק זה

- ביום 4.1.2023, ימים ספורים לאחר הקמת ממשלת ישראל ה-37, הכריז שר המשפטים הנכנס, ח"כ יריב לוין, על קידומה של "רפורמת משילות". בכלל זה, הצהיר השר על כוונת הממשלה לערוך שינויים מהותיים בחוק יסוד: השפיטה – בהרכב הוועדה לבחירת שופטים, בהיקף הביקורת השיפוטית על חקיקה וחקיקת יסוד ובהיקף הביקורת השיפוטית על פעולות המינהל, קרי, ביטול עילת חוסר הסבירות. כן הצהיר על כוונה לפעול על מנת שתוסדר סמכות לממשלה ולשרים לקבוע את עמדתם המשפטית בפעולתם השוטפת ובפני ערכאות שיפוטיות.
- במקביל, מספר ימים בלבד לאחר מכן, החל יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, ח"כ שמחה רוטמן לקדם בעצמו סדרת דיונים והצעות חוק מטעם ועדת החוקה, שעסקו בנושאים דומים. זאת על אף שסוכם בין השר לוין והיועצת המשפטית לממשלה על מתן שהות למשרד המשפטים להכנת התייחסות לתוכנית.
- בחצי השנה שחלפה, קידם יו"ר ועדת החוקה, ח"כ שמחה רוטמן שלוש הצעות. תחילה, קידם תיקון לחוק-יסוד: הממשלה בעניין סמכויות היועצים המשפטיים, שנוגח לאחר מספר דיונים. לאחר מכן, קודמו שני תיקונים לחוק יסוד: השפיטה, אחד שעניינו שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, שהוכן בוועדה ושאושר לקריאה שנייה ושלישית אך טרם הוצבע עליו במליאה, ותיקון שני שעניינו הגבלת בית המשפט מלבקר חוקי יסוד, שעבר בקריאה ראשונה ולא קודם לאחר מכן.
- העבודה בוועדת החוקה על התיקונים המוזכרים לוותה במחאה ציבורית חריפה ביותר ובביקורת רבה מצד יועצים משפטיים, אקדמאים רבים ואנשי מקצוע, וגופים מגוונים של החברה האזרחית.
- בחודש יוני 2023 לאחר שהנסיונות להביא לחקיקה מוסכמת בבית הנשיא נכשלו, החל יו"ר ועדת החוקה, ח"כ שמחה רוטמן לקדם תיקון נוסף לחוק יסוד: השפיטה – ביטול עילת חוסר הסבירות במסגרת "הליך חקיקה ביוזמת ועדה".
- הדיונים בוועדה בהכנה לקריאה ראשונה לון בפגמים חמורים: לא התקיים דיון מקדמי בשאלה אם נכון לקדם את ההצעה כהצעה מטעם הוועדה, ההצעה קודמה חרף התנגדות עזה וללא הסכמה רחבה, לא ניתנה הזדמנות מספקת לשאול שאלות ולשמע את כלל המומחים בתחום, לא הוטמעו כלל שינויים שהוצעו, ההליך קודם חרף אי השלמתה של חוות דעת השוואתית של מרכז המחקר והמידע של הכנסת שהתבקשה על ידי חברי הכנסת, לא נשמעו נציגי ממשלה זולת נציגי היועצת המשפטית לממשלה, וגם במקרה זה, בדיון האחרון ניתנה לו הזדמנות לסכם רק לאחר שכבר התקיימה ההצבעה על הצעת החוק.
- גם דיוני ההכנה בוועדה לקריאה שנייה ושלישית לקו בפגמים חמורים: הדיון לא מוצה, נעשה ניסיון חמור להגביל את היועץ המשפטי למשרד האוצר מלהביע עמדה, לא התקיים דיון במסמך המשפט המשווה שהוגש מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת, לא הוטמעו שינויים שהוצעו על ידי היועץ המשפטי וגורמים מהאקדמיה, לא פורסמו הפרוטוקולים של הדיונים לפני מועד הגשת ההסתיוגויות וניתנה כמות מצומצמת של זמן להסתייג, ועוד.

- על אף שחברי כנסת, הייעוץ המשפטי וגורמים כלכליים, צבאיים, אקדמיים ורפואיים התריעו על ההכרח בדיון משמעותי, על ההכרח בשקילת כלל העובדות וההשלכות, על ההשפעה הקשה שתהיה לתיקון על היכולת לבקר את מעשי הממשלה, על האיזונים והבלמים ועל הדמוקרטיה הישראלית – אושרה ההצעה בקריאה השלישית במליאה בקולות הקואליציה בלבד עת שהאופוזיציה החרימה את ההצבעה.

## 2. תוכנית שר השפטים ועמדת היועצת המשפטית לממשלה

ביום 29.12.2022 הושבעה ממשלת ישראל ה-37, לאחר שנחתמו בין סיעת הליכוד לבין הסיעות האחרות המרכיבות את הממשלה הסכמים קואליציוניים "לכינון ממשלה לאומית".<sup>6</sup> במסגרת הסכמים אלה נקבע בין היתר בעניין "קידום משפט ומשילות" כי מוטלת משמעת קואליציונית הדוקה ויוצאת דופן על חקיקה בנושא מערכת היחסים בין הממשלה למערכת המשפט, ואף נדרש לתת להן קדימות בחקיקה:

"כל סיעות הקואליציה יתמכו בכל הצעות החוק, לרבות בחוקי יסוד ובתיקונים לחוקי יסוד, כפי שיוצעו על ידי שר המשפטים, ושיעסקו במערכת המשפט ובין היתר בהסדרת מערכת היחסים שבין הכנסת והממשלה לבין מערכת המשפט ובית המשפט העליון ובשיטת בחירת השופטים [...] חקיקת חוק-יסוד: החקיקה ופסקת ההתגברות. כל הצעות החוק שעניינן הנושאים הנזכרים בסעיף זה תקבלנה עדיפות מוחלטת ומלאה בעבודת הקואליציה, בכל מקרה ונסיבות, על פני כל חקיקה אחרת, לרבות בכל הקשור לקדימות ראשונה בהעלאת הצעות למליאה מיד עם הנחתן בכנסת ובהשלמת הטיפול בהן בוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת לפני כל דיון בכל הצעת חוק אחרת המונחת על שולחן הוועדה. האמור יחול בכל הקריאות".<sup>7</sup> (כלל ההדגשות בחוות דעת זו אינן במקור אלא אם צוין אחרת)

הוראה ברוח זו נכללה גם בקווי היסוד של הממשלה, ולפיה "הממשלה תנקוט בצעדים להבטחת המשילות ולהשבת האיזון הראוי בין הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת".<sup>8</sup> הוראות כאלה לא נכללו בהסכמים הקואליציוניים וקווי היסוד של אף אחת מהממשלות הקודמות שהקים נתניהו.<sup>9</sup>

פרק זמן קצר ביותר לאחר מכן, ביום 4.1.2023, כינס שר המשפטים הנכנס, ח"כ יריב לוין, מסיבת עיתונאים במסגרתה הוא תיאר את כוונת הממשלה לקדם "רפורמת משילות" ובכלל זה לערוך שינויים מהותיים בחוק

<sup>6</sup> ההסכמים זמינים כאן.

<sup>7</sup> סעיף 30 להסכמים הקואליציוניים. לכך נוספה גם הוראה לפיה "הממשלה וסיעות הקואליציה יתמכו בהצעת החוק מטעם הליכוד, שתקבע כי מינוי היועץ המשפטי למשרדים הממשלתיים [...] יבוצע כמשרת אמון על ידי מנכ"ל אותו המשרד הממשלתי" בסעיף 31.

<sup>8</sup> שם.

<sup>9</sup> לוציאן אריה בבצ'וק וברק מדינה "ביקורת שיפוטית על הרפורמה המשפטית" פורום עיוני משפט מח (יתפרסם בקרוב), זמין כאן (להלן: בבצ'וק ומדינה "ביקורת שיפוטית").

יסוד : השפיטה – בהרכב הוועדה לבחירת שופטים, בהיקף הביקורת השיפוטית על חקיקה וחקיקת יסוד ובהיקף הביקורת השיפוטית על פעולות המינהל קרי, ביטול עילת חוסר הסבירות. כן, הצהיר השר על כוונה לפעול להסדרת סמכויותיהם של היועצים המשפטיים כך שתוסדר סמכות לממשלה ולשרים לקבוע את עמדתם המשפטית בפעולתם השוטפת ובפני ערכאות שיפוטיות. כל זאת, כ"שלב א" של שינויים משטריים מתוכננים.<sup>10</sup>

### **הצהרות אלה נענו באופן מיידי במחאה חסרת תקדים, הנמשכת עד עצם ימים אלה.**

ימים ספורים לאחר מסיבת העיתונאים, ביום 11.1.2023, פרסם השר לויין טיוטת תזכיר חוק-יסוד : השפיטה (תיקון – רפורמה במערכת המשפט).<sup>11</sup> טיוטת התזכיר עסקה בנושאים אלה : הליכי בחירת שופטים, ביקורת שיפוטית בעניין תוקפם של חוקי יסוד וחוקים רגילים, פסקת התגברות ועילת חוסר הסבירות.

הנוסח שהוצע מטעמו של השר לויין בתזכיר בנוגע לביטול עילת חוסר הסבירות היה כדלקמן :

### **"15ב. ביטול עילת חוסר הסבירות**

ביקורת סבירות שיקול הדעת של הממשלה, שריה והרשויות הכפופות לה נתונה בידי הכנסת; לא יפסול בית משפט לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, החלטה של הממשלה, שר משריה, רשות הנתונה לאחריותם או כל מי שפועל מטעמם על יסוד מידת סבירותה, תהא אשר תהא לטעמו; פסילת החלטה בסעיף זה - פסילה מלאה, חלקית או הגבלת תוקף של החלטה, לרבות החלטה על מינויו של אדם, או של הימנעות מקבלת החלטה כאמור".

עם פרסום התזכיר, נערך הסדר בין משרד המשפטים והשר לויין לפיו הוסכם כי היועצת המשפטית לממשלה תפרסם התייחסות לטיטות התזכיר **בתוך שלושה שבועות**. התייחסות זו פורסמה במסגרת סד הזמנים שנקבע, ביום 12.2.2023.<sup>12</sup> במסגרת ההתייחסות נכללה, בין היתר, ביקורת חריפה ביותר ביחס להצעה לבטל את עילת חוסר הסבירות, וצוין כי :

"ביטול העילה, כפי שמוצע, ישלול אמצעי חיוני לביקורת על מעשי המנהל, כמגן מפני קבלת החלטות הפוגעות בזכויות הפרט, לא תקינות, שרירותיות ובלתי סבירות באופן קיצוני, ובכך יפגע קשות באיזונים ובבלמים המתקיימים בין רשויות

<sup>10</sup> תיעוד מסיבת העיתונאים כפי ששודרה בערוץ הכנסת מצוי [כאן](#).

<sup>11</sup> טיוטת תזכיר חוק-יסוד : השפיטה (תיקון – רפורמה במערכת המשפט), מיום 11.1.2023, זמין [כאן](#).

<sup>12</sup> התייחסות היועצת המשפטית לממשלה לטיטות תזכיר חוק-יסוד : השפיטה (2.2.2023), זמינה [כאן](#). מצוין שם כי : "לבקשתך, ובהתאם ללוחות הזמנים שסוכם עמך, מועברת בזאת התייחסותנו לטיטות תזכירי החוק (להלן – התזכיר המוצע), שהועברו אלינו לפני כשלושה שבועות לשם בחינה מקצועית פנים-ממשלתית, כפי שמקובל בהליך גיבוש תזכיר ממשלתי".

השלטון, וישליך על עילות וכללים רבים בתחום המשפט המנהלי. ביטול העילה, כפי שמוצע, אינו הולם את חובותיה היסודיות של המדינה כלפי הציבור<sup>13</sup>.

כמו כן, היועצת המשפטית לממשלה הדגישה את הצורך בקיום הליך עבודה מקיף ויסודי קודם לקידום התזכיר:

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

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

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

אנו ערוכים להקדיש לכך את כל המשאבים, לפעול בריכוז מאמץ, ולהקים צוות מקצועי ייעודי בכיר לשם כך, הכל במטרה לסייע לך בגיבוש הצעה ממשלתית מקיפה בהקדם האפשרי.<sup>14</sup>

עוד עמדה היועצת המשפטית לממשלה על הצורך בבירור מוקדם של השלכות התיקונים המוצעים:

“נקודה חשובה נוספת, היא הצורך בקיום בחינה מקצועית של ההשלכות של ההסדרים המוצעים בזירה המשפטית הבינלאומית ובשדה הכלכלי.”<sup>15</sup>

ואולם, בעת שדברים אלה התפרסמו, בהתאם ללוח הזמנים שסוכם עם השר לוי, כבר התקדמו הליכי החקיקה במסלול אחר. כפי שיפורט להלן.

### 3. יוזמות יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט לקידום החקיקה כהצעות חוק מטעם הוועדה

ביום פרסום טיוטת תזכיר השר לוי, 11.1.2023, וקודם שהיה סיפק בידי היועצת המשפטית לממשלה להכין את תגובתה במסגרת לוח הזמנים שסוכם עם השר, קיים יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן – ועדת החוקה), ח"כ שמחה רוטמן, דיון פתיחה לסדרת דיונים בהובלתו לשם ביצוע תיקונים לחוק יסוד: השפיטה ולחוק יסוד:

<sup>13</sup> שם, בעמ' 51.

<sup>14</sup> שם, בעמ' 6-7.

<sup>15</sup> שם בעמ' 5.

הממשלה, בדרך שהוצגה כייזום הצעות חוק מטעם ועדת החוקה. זאת, לכאורה בהתאם לסמכות הנתונה לוועדה לפי סעיף 80 לתקנון הכנסת (להלן – **התקנון**).<sup>16</sup> הכותרת שניתנה לסדרת הדיונים הייתה "ציון במשפט תפדה - מחזירים את הצדק למערכת המשפט".

בערבו של יום הדיונים הראשון בוועדת החוקה, **ובאופן חריג ביותר**, נשלחה לחברי הוועדה נוסח הצעה וניתוח משפטי מטעם יו"ר הוועדה ועוזרו הפרלמנטרי כמצע לדיון.<sup>17</sup> הנושא המרכזי הראשון שהועלה לדיון על ידי יו"ר הוועדה לא הוזכר על ידי שר המשפטים בטיוטת התזכיר שלו ועניינו תיקון חוק-יסוד: הממשלה בסוגיית סמכות הממשלה והשרים לקבוע את עמדתם המשפטית בפעולתם השוטפת ובפני ערכאות שיפוטיות.

בשל העברת הנוסח המוצע ומצע הדיון בסמיכות למועד הדיון בהצעה, עלה בידו של הייעוץ המשפטי לוועדה להעביר מסמך הכנה לדיון רק ביום 16.1.2023.<sup>18</sup>

במסגרת התייחסות זו, הצביע הייעוץ המשפטי לוועדה על מורכבות רבה בקידום הנוסח המוצע לתיקון חוק-יסוד: הממשלה בעניין סמכויות הממשלה בענייניה המשפטיים כהצעת חוק יסוד מטעם ועדת החוקה, וזאת, בהתחשב בנושא **ההצעה** שאינו נמנה עם הנושאים שוועדת החוקה יכולה לקדם לפי סעיף 80 לתקנון, וכן, בהתחשב בכך שהיא אינה מצויה **בהסכמה רחבה**, וזאת, באופן חריג ביותר ביחס להצעות חוק אחרות שקודמו בעבר מטעם הוועדה, שהיו מצומצמות במספרן. כך ציין:

**"אף אם יש הצדקה לעיגונו של התיקון בחוק-יסוד: הממשלה, עולה השאלה האם נכון להביאו כהצעת חוק מטעם ועדה, בהתחשב בכך שמדובר 'במסלול חקיקתי' נדיר יחסית, שברוב המוחלט של המקרים יוחד בוועדת החוקה לנושאים שאינם שנויים במחלוקת או לנושאים הקשורים קשר הדוק לכנסת ולפעולותיה".**<sup>19</sup>

לעניין זה, התייחסה גם היועצת המשפטית לכנסת בדיון שהתקיים בוועדת החוקה ביום 16.1.2003:<sup>20</sup>

<sup>16</sup> להלן נוסח סעיף 80 לתקנון הכנסת:

#### נושאי החקיקה מטעם ועדה

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

(ב) הכינה ועדה הצעת חוק לקריאה הראשונה, יורה מזכיר הכנסת על פרסומה ברשומות – הצעות חוק הכנסת, בצירוף דברי הסבר.

<sup>17</sup> מצע לדיון והצעת נוסח תיקון לחוק יסוד: הממשלה מטעם יו"ר הוועדה (11.1.2023), זמין [כאן](#).

<sup>18</sup> מסמך הכנה מטעם הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה לדיון בוועדת החוקה ביום 17.1.2023 בטיוטת הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – סמכויות הממשלה בענייניה המשפטיים) (16.1.2023), זמין [כאן](#).

<sup>19</sup> שם, בעמ' 6.

<sup>20</sup> פרוטוקול הדיון בוועדת החוקה מיום 16.1.2023 זמין [כאן](#).

"[...] כשאנחנו מסתכלים על הצעות מטעם ועדה שעלו כאן לאורך השנים, אפשר לומר: א', שהן לא היו רבות, זה לא הליך שהכנסת נוהגת לעשות, ודרך המלך בכנסת היא הצעת חוק פרטית של חברי הכנסת בדרך כלל. הצעות חוק מטעם ועדה הן באמת, כפי שנאמר כאן, לעתים היו סוג של קונצנזוס שהיה בכנסת ורצו לחוקק את זה בדרך של הצעת חוק מטעם ועדה, וזה התאים גם לנושאים שהופיעו בתקנון הכנסת ביחס לאותו עניין, או ביחס לנושאים שעוסקים בענייני הכנסת, שהכנסת נדרשת אליהם ורוצה למצוא ביחס אליהם איזה פתרון".<sup>21</sup>

ועוד אמרה:

"אני חושבת שבכנסת יש עניין של דברים שמקובלים לאורך השנים, יש עניין של כבוד שלאורך השנים נשמר, ודרכים כאלה ואחרות שהכנסת התנהלה לפיהן בהסכמות בין כלל סיעות הבית. אני מקווה שהכללים האלה יישמרו גם בדיונים כאן. אני חושבת שזה חשוב מאוד.

גם הדרך הפרוצדורלית להעברת החקיקה הזאת, מכיוון שהחקיקה הזאת היא כבדת משקל ובעלת משמעויות רבות, נראה לי שההליך הפרוצדורלי לצורך העניין הוא בעל חשיבות רבה".<sup>22</sup>

היועץ המשפטי לוועדת החוקה התייחס לנושא זה גם בדבריו בישיבה שהתקיימה ביום 18.1.2023.<sup>23</sup>

"[...] בדקנו היסטורית, יש לי טבלת אקסל יפה עם כל 60 המקרים של הצעות חוק מטעם ועדת חוקה מקום המדינה [...] ועלה ממנו שברוב המוחלט של המקרים שהצעות חוק הובאו מטעם ועדת חוקה זה היו עניינים שאינם שנויים במחלוקת. אלה היו יחסית דברים שאני לא רוצה להגיד 'טכניים' כי הם לא ממש טכניים אלא לפעמים נושאים חוקתיים, אבל דברים יחסית מוסכמים, טיפול של בעיות [...] קונצנזוסים, הרבה פעמים חוקי בחירות לקראת בחירות; או דברים שלפעמים היו כן קונטרוברסליים אבל נגעו לכנסת ולניהול הכנסת. הדוגמה הכי בולטת זה חוק ההדחה. חוק ההדחה הוא בוודאי לא עניין פשוט, ובוודאי הוא שנוי במחלוקת אבל הוא כן היה עניין שעוסק בכנסת גופא. זאת ההיסטוריה שמצאנו ובגלל זה העלינו בעניין הזה קושי. זה לגבי הנושא הפרוצדורלי".<sup>24</sup>

<sup>21</sup> שם, בעמ' 31.

<sup>22</sup> שם, בעמ' 32.

<sup>23</sup> פרוטוקול הדיון בוועדת החוקה מיום 18.1.2023 זמין כאן.

<sup>24</sup> שם, בעמ' 31-32.

ביום 18.1.2023 התקיים הדיון האחרון בוועדה בעניין סמכות הממשלה והשרים לקבוע את עמדתם המשפטית בפעולתם השוטפת ובפני ערכאות שיפוטיות וקידום הצעה זו נזנח בשלב זה.

בהמשך לכך, חרף עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת ולוועדה, לפיה יש מורכבות בקידום הצעה מטעם ועדה כשנושא ההצעה אינו מצוי בקונצנזוס, וחרף העובדה כי שר המשפטים ביקש מהיועצת המשפטית לממשלה להתייחס לטיטות תזכירו וטרם חלף הזמן להתייחסותה, פירסם יו"ר הוועדה ביום 17.1.2023 נוסח מוצע נוסף לדיון בהצעת חוק מטעם הוועדה – הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות) (להלן – **הצעת יו"ר הוועדה מה-17.1.2023**),<sup>25</sup> הפעם **ללא מצע לדיון או דברי הסבר**. אף הצעה זו, כתזכיר השר, עסקה בהליכי בחירת שופטים, ביקורת שיפוטית בעניין תוקפם של חוק יסוד וחוקים רגילים ובעילת חוסר הסבירות.<sup>26</sup>

במסגרת הצעת יו"ר הוועדה מה-17.1.2023, הוצע הנוסח הבא בנוגע לעילת חוסר הסבירות:

**"בסעיף 15 לחוק היסוד, אחרי סעיף קטן (ד) יבוא:**

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

**אם כך, הדיונים בוועדת החוקה בנושאים שנכללו בטיטות תזכיר השר, ובכלל זה בנושא עילת חוסר הסבירות, נפתחו ביוזמת יושב ראש הוועדה בוועדת החוקה, אף כי זמן קצר קודם לכן הוצגו שינויים אלה כתוכנית שר המשפטים, אשר נתבקשה לגביה התייחסות היועצת המשפטית לממשלה שטרם היה בידה הסיפק להעביר את התייחסותה.**

מאוחר יותר, ביום 26.7.2023 טען יועץ יו"ר ועדת חוקה, כי "מסלול הוועדה" נבחר משום התנגדות היועצת המשפטית לממשלה לקדם את הטיפול בתזכיר חוק היסוד שביקש השר לקדם:

**"פרופ' רוזנאי טוען שהיו יכולים להגיש הצעת חוק ממשלתית'. מדובר בטענה פשוט מקוממת. למעשה התכנית במקור הייתה לקדם תזכיר חוק ממשלתי. זו הייתה הטיטה שהשר לויין פרסם כשהכריז על הרפורמה. הסיבה שבגללה נבחר אפיק ההצעה מטעם ועדה היא שהיועמ"ש סירבה לקדם את התזכיר. הרצחת גם ירשת?"<sup>27</sup>**

<sup>25</sup> נוסח מוצע לדיון מטעם יו"ר ועדת החוקה: הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת רשויות) (17.1.2023), זמין כאן.

<sup>26</sup> נושא פסקת ההתגברות קודם על ידי יו"ר הוועדה, ח"כ שמחה רוטמן, גם במסגרת הצעת חוק פרטית שהוגשה על ידו ב-22.12.2022, ואשר אושרה ביום 22.2.2023 בקריאה טרומית ברוב של 62 תומכים מול 51 מתנגדים (אין נמנעים). נוסח הצעת חוק-יסוד: ההתגברות (תיקוני חקיקה) (פ/87/25), זמין כאן.

<sup>27</sup> שמעון נטף בציוץ בטוויטר מיום 26.7.2023, זמין כאן.



ואולם, לא רק שהיועצת המשפטית לממשלה לא סירבה לקדם את טיוטת התזכיר, אלא שהיא אף הדגישה, כאמור, בעמדתה מיום 2.2.203, את הנכונות "להקדיש לכך את כל המשאבים, לפעול בריכוז מאמץ, ולהקים צוות מקצועי ייעודי בכיר לשם כך, הכל במטרה לסייע לך בגיבוש הצעה ממשלתית מקיפה בהקדם האפשרי".

במכתב היועצת המשפטית לכנסת ליו"ר הוועדה מיום 25.1.2023, שעסק בחקיקה כהצעות חוק מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת של הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – סמכויות הממשלה בענייניה המשפטיים) והצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות), פורטו התנאים המקדמיים הקבועים בתקנון הכנסת לייזום של הצעת חוק מטעם ועדה.

### מכתב היועצת המשפטית לכנסת מיום 25.1.2023 מצורף כנספח א'.

היועצת המשפטית לכנסת הדגישה במכתבה, כי:

"בחינת רשימת ההצעות מטעם ועדת החוקה מעלה כי בחלק ניכר מהמקרים בהם נושא נחקק כהצעה מטעם הוועדה היה זה בעניינים שיש להם נגיעה הדוקה לעבודת הכנסת (כגון בחירות ומפלגות) או בעניינים שהיתה לגביהם הסכמה רחבה. [...] היקף הנושאים הצר יחסית שהצעה מטעם ועדה אמורה לעסוק בהם בהתאם לתקנון הכנסת מביא לכלל מסקנה שמחד השימוש בהצעה מטעם ועדה מאפשר לוועדה במקרים מוגבלים לעשות שימוש במשאביה כתחליף למנגנון הממשלתי שקודם להכנתה של הצעת חוק ממשלתית לקריאה ראשונה, ולצד זאת, אין מטרתה של הצעה מטעם ועדה לעקוף את האפשרות של הממשלה להביא את עמדתה בפני הוועדה ובכלל בנושא ההצעה".<sup>28</sup>

ביחס להצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות), אשר כללה כאמור את נושא עילת חוסר הסבירות, ציינה היועצת המשפטית לכנסת כי מדובר אמנם בנושאים שכלולים בתחומים המנויים בסעיף 80 לתקנון, אולם:

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

<sup>28</sup> שם, בעמ' 2.

לקריאה הראשונה יהיה תוצר הדומה לתוצר של הצעת חוק ממשלתית שטרם הנחתה על שולחן הכנסת עוברת תהליך ממושך בממשלה". (בעמ' 3).

לסיכום, הייעוץ המשפטי לכנסת ולוועדה הדגישו כי גם כאשר לוועדה סמכות לקדם הצעת חוק במסלול ועדה לפי סעיף 80 לתקנון, הרי שהדבר צריך להיעשות בהתאם לנוהג ולאופן בו יושמה הסמכות לאורך השנים - בהסכמה רחבה, תוך דיון משמעותי על כלל הסוגיות והשלכותיהן, דיוק הנוסח והתאמתו להערות, ומתוך השוואה מבחינת איכות ההליך להצעת חוק ממשלתית.

בשבועות שלאחר הנחת הצעת יו"ר הוועדה מה-17.1.2023 התקיימו דיונים סוערים בוועדת החוקה במרכיבי הצעתו, אך אלו לא עסקו בהרחבה ובאופן ממוקד בנושא הסבירות.<sup>29</sup>

בכלל כך, ביום 20.2.2023 עברה בקריאה ראשונה הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות), שעסקה בוועדה לבחירת שופטים ובביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, וביום 13.3.2023 עברה בקריאה ראשונה הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4), שעסקה בביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק.<sup>30</sup>

עוד יצויין כי נוכח המחאה חסרת התקדים שפרצה בעקבות שינויי החקיקה המשטריים שממשלת ישראל החלה לקדם במהירות, הציג ביום 15.3.2023 נשיא המדינה, יצחק הרצוג, את "מתווה העם להסדרה בהסכמה רחבה של היחסים החוקתיים בין הרשויות בישראל" (להלן – **מתווה הנשיא**). מתווה זה גובש על ידי הנשיא וצוותו, 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", ובהם גם עילת חוסר הסבירות. המתווה נדחה זמן קצר לאחר פירסומו על ידי "הליכוד", בעוד שחלק מסיעות האופוזיציה בירכו עליו.<sup>31</sup>

ביום 27.3.2023 אישר הרוב הקואליציוני בוועדת החוקה את הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות) שעסק בוועדה לבחירת שופטים (בלבד) לקריאה שניה ושלישית.<sup>32</sup> לאחר ה-27.3.2023, הושהה המשך קידום החקיקה בוועדת החוקה ובכנסת, אך זאת ללא עיגון מחייב.

---

<sup>29</sup> כפי שכתב היועץ המשפטי לוועדת החוקה במסמך הכנה מיום 23.6.2023 "בדיוניה הקודמים דנה הוועדה בתיקונים העוסקים בשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, בשלילת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, בהגבלת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת ובפסקת ההתגברות". מסמך הכנה מס' 6 – הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון) – עילת הסבירות" (23.6.2023), זמין [כאן](#). עם זאת יצוין כי בחלק מן הדיונים התייחסו אורחים ומומחים שונים להיבטים שונים של הרפורמה, ובין השאר לעילת חוסר הסבירות.

<sup>30</sup> נוסח הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות) לקריאה ראשונה זמין [כאן](#).

נוסח הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק) זמין [כאן](#).

<sup>31</sup> יובל אזולאי "נתניהו: 'סעיפים מרכזיים במתווה מנציחים את המצב הקיים'; גנץ: 'מקבלים אותו כמקשה אחת'" **כלכליסט** (15.3.2023), זמין [כאן](#).

<sup>32</sup> נוסח הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות) לקריאה שנייה ושלישית זמין [כאן](#).

בתקופת ההשהייה התקיימו שיחות בין נציגי הקואליציה לחלק מנציגות סיעות האופוזיציה מחוץ לכותלי הכנסת. שיחות אלה הגיעו לסיומן לאחר הצבעת הכנסת על נציגיה לוועדה לבחירת שופטים ביום 14.6.2023, שבסופה נבחרה לוועדה רק חברת אופוזיציה והבחירות לנציג נוסף לוועדה נדחו בחודש ימים באופן שהוביל לדחיית כינוס הוועדה.

#### 4. דיוני הכנה בהצעת החוק לביטול עילת חוסר הסבירות בוועדת החוקה לקריאה ראשונה

ביום 20.6.2023 הופץ על ידי יו"ר ועדת החוקה מצע לדיון ובו הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון) – עילת הסבירות).<sup>33</sup> נוסח התיקון היה זהה להצעת יו"ר הוועדה מה-17.1.2023 בעניין הסבירות, כחלק מההצעה המקיפה לתיקונים בחוק יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות), אך כאמור לעיל לא התקיימו דיונים משמעותיים שהתמקדו בעניין זה עד אותה עת.

#### לנוסח המוצע שהובא מטעם היו"ר לא צורפו כל דברי הסבר, ולא נכללה בו כל ראייה לעבודת הכנה שנעשתה על ידי מי מחברי הוועדה או הייעוץ המקצועי שלה.

ביום 23.6.2023 פרסם הייעוץ המשפטי לוועדה מסמך הכנה לדיון בהתייחס להצעת יו"ר הוועדה. במסמך זה, הדגיש הייעוץ המשפטי לוועדה כי:

“בדיוניה הקודמים דנה הוועדה בתיקונים העוסקים בשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, בשלילת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, בהגבלת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת ובפסקת ההתגברות. הנוסח המונח כעת על שולחן הוועדה עוסק בהגבלת עילת הביקורת השיפוטית שעניינה **חוסר סבירות** [...]”  
(הדגש במקור).<sup>34</sup>

הייעוץ המשפטי לוועדה הדגיש כי יש לבחון את ההצעה בהקשר הכולל של תיקוני החקיקה, וכי:

“ככל שהתיקון המוצע בנוגע לעילת הסבירות יצטרף לתיקוני חקיקה נוספים הנוגעים ליחסים שבין שלוש רשויות השלטון, יש מקום לבחון את ההצעה על רקע מכלול התיקונים כדי להגיע למסקנה באשר לאופן השפעתו – והשפעת צבר התיקונים – על האיזון ביניהן”.<sup>35</sup>

לגופה של ההצעה, הציע הייעוץ המשפטי לוועדה כי הוועדה תיתן דעתה למספר סוגיות יסודיות, ובהן: ההצדקות להגבלת עילת חוסר הסבירות וההשלכות של הגבלתה באופן קטיגורי בחקיקה, ובכלל זה פטור מביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות מסוימות וקיומה של אי בהירות בכל הנוגע לעילות ביקורת נוספות

<sup>33</sup> נוסח מוצע לדיון מטעם יו"ר ועדת החוקה: הצעת חוק-יסוד: השפיטה (עילת הסבירות) (20.6.2023), זמין [כאן](#).

<sup>34</sup> ראו לעיל, ה"ש 29, בעמ' 1.

<sup>35</sup> שם, בעמ' 8.

הכרוכות בעילת חוסר הסבירות; השאלה האם יש מקום להגביל את החלת העילה ביחס לכל החלטה של הדרג הנבחר; וכן שאלות שונות הנוגעות לנוסח הפרטני של ההצעה.

הדיונים בוועדה בהכנה לקריאה ראשונה התקיימו החל ב-25.6.2023 בבליץ מזורז, תוך עשרה ימים קלנדריים רצופים ואינטנסיביים ביותר. בימים ראשון (25.6), שני (26.6), שלישי (27.6), ולאחר סוף השבוע - בימים שני (3.7) ושלישי (4.7).<sup>36</sup>

**כפי שנפרט ונדגים להלן, במהלך דיוני הוועדה בהכנה לקריאה ראשונה נפלו פגמים קשים ותמורים, ובכלל זה, נוצלו לרעה סמכויותיו של יו"ר הוועדה לניהול הדיון, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם אופיו של הליך כהצעת חוק יסוד וכהצעת חוק מטעם ועדה.**

הטבלה המצורפת **כנספח ב'** מציגה תמונה מקיפה ועם זאת בלתי ממצה של הליך החקיקה הפגום שהתנהל בוועדה, וזאת בשימת דגש על ניצול לרעה של האפשרות ליזום הצעה מטעם ועדה. מובאים בה עשרות ציטוטים של חברי הכנסת מהאופוזיציה המתריעים והמלינים על הניצול לרעה של הליך.

**טבלה המאגדת ציטוטים המעידים על פגמים בהליך החקיקה בקריאה הראשונה מצורפת כנספח ב'.**

**לצד הטבלה המפורטת, נעמוד בקצרה על הפגמים שנפלו בהליך, ונציין כי בין השאר:**

- ההצעה קודמה חרף העדר הסכמה רחבה בין חברי הוועדה ולנוכח מחאה ציבורית רחבה וחסרת תקדים המעידה על אי-הסכמה ציבורית רחבה;
- לא התקיים דיון מקדמי מהותי בשאלה האם ראוי לקיים את ההצעה כהצעת חוק מטעם ועדה לפי סעיף 80 לתקנון;
- יו"ר הוועדה ניצל לרעה את סמכויותיו. כך למשל, בכל עת שהוצגו טענות כנגד נוסח ההצעה, טען ח"כ רוטמן כלפי הטוען - תגיש הצעה משלך. כפי שנטען בהמשך, הדבר מדגים את הפגם החמור בתפיסתו של ח"כ רוטמן את מסלול החקיקה של ועדה;
- לא התקיים הליך יסודי ומקצועי, כפי שניתן ללמוד, בין השאר מאלה:
  - לא היתה הזדמנות מספקת של חברי הוועדה לשאול שאלות ולשמוע את כלל המומחים ואלה ששמיעתם היתה נחוצה;
  - לא הוטמעו שינויים שהוצעו על ידי נציגי הייעוץ המשפטי, חברי הכנסת של האופוזיציה, מומחים מהאקדמיה וגופי החברה האזרחית;
  - שאלות רבות שהועלו חברי הכנסת לא קיבלו מענה הולם וגורמים רבים מהאקדמיה והחברה האזרחית לא קיבלו הזדמנות מספקת להתייחס להצעה;

<sup>36</sup> הפרוטוקולים של דיוני החקיקה להכנת הצעת החוק לקריאה ראשונה בוועדת החוקה זמינים [כאן](#).

- הדיון הסתיים לפני שהושלמה הכנת סקירה משווה מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת שהוכנה לבקשת ח"כ קריב (מיום 25.6.2023) בנושא מנגנוני אישור, בקרה וביקורת שיפוטית על מינויים בידי הממשלה;
- במסגרת הדיון המסכם ביום 4.7.2023, לא התאפשר לנציג היועצת המשפטית לממשלה לשאת דברי סיכום אלא לאחר שכבר התקיימה ההצבעה ולאחר שהופעל לחץ מטעם היועצת המשפטית לכנסת על יו"ר הוועדה שיאפשר את ההתייחסות;
- לא נשמעו נציגי משרדי ממשלה זולת נציגי היועצת המשפטית לממשלה.

על מנת להתריע על הפגמים הרבים בהליך ובניסיון להביא לצמצום בהמשך הליך החקיקה נשלחו מטעם חברי האופוזיציה בוועדת החוקה מספר פניות ליו"ר הוועדה וליועצת המשפטית לכנסת.

כך למשל, ביום 26.6.2023 כתב ח"כ קריב ליועצת המשפטית לכנסת מכתב בעניין הפער בין הליכי חקיקה של הצעות חוק ממשלתיות והצעות חוק פרטיות ובין הליך חקיקה מטעם ועדה והעלה את הקשיים שעולים מכך. בדבריו, ציין כי יתכן ושתיקת התקנון "נובעת מן העובדה כי עד לאחרונה נעשה שימוש מצומצם מאוד בהליך חקיקה מיוחד וחרוג זה; עם זאת, העדר ההסדרה המפורטת בתקנון אינה יכולה להתפרש כפסור גורף מהחובה לקיים דיון ממצה ומשמעותי, בו מונח בפני חברי הוועדה כל המידע הנדרש להם וניתנם להם, לכלל חברי הכנסת, לנציגי משרדי הממשלה ויתר רשויות השלטון ולנציגי הציבור, האקדמיה והחברה האזרחית הזדמנות ראויה לגבש את עמדתם ולהציג אותה בוועדה".

#### **פנייתו של חבר הכנסת קריב ליועצת המשפטית לכנסת בעניין קביעת קווים מנחים לשימוש בסעיף 80 לתקנון מצורף כנספח ג'.**

כמו כן, ביום 2.7.2023 פנה ח"כ קריב ליו"ר הוועדה, ח"כ שמחה רוטמן וציין כי "כוונתך לקדם את הצעת החוק שניזומה על ידך, כהצעה מטעם הוועדה בהתאם להוראות סעיף 80 לתקנון הכנסת, מחייבת מיצוי של הדיון בוועדה בטרם ההצבעה על העברתה לקריאה ראשונה במליאת הכנסת. דבר זה מתחייב הן מן הרצון להציגה כהצעת חוק מטעם הוועדה, והן מן העובדה כי הבחירה במסלול חקיקה חריג זה מייתר שלבים מקדמיים של דיון ציבורי ופרלמנטרי המצויים בהליכי החקיקה של הצעות מטעם הממשלה והצעות פרטיות של חברי הכנסת." בפנייה זו, שב וביקש ח"כ קריב שיובאו בפני הוועדה נתונים הנוגעים למשפט משווה מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת, כי לנציגי הייעוץ המשפטי במשרדי הממשלה השונים תהיה הזדמנות להתייחס להצעה וכי כל המומחים מהאקדמיה ומהחברה האזרחית שביקשו להשתתף בדיון יקבלו הזדמנות נאותה.

#### **פנייתו של חבר הכנסת קריב ליו"ר ועדת החוקה מיום 2.7.2023 מצורפת כנספח ד'.**

ביום 4.7.2023 אושרה ההצעה להנחה לקריאה ראשונה על ידי חברי הקואליציה בוועדה, ברוב של תשעה בעד וארבעה נגד.<sup>37</sup> ביום 5.7.2023 הונחה הצעת החוק על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה.

<sup>37</sup> פרוטוקול ההצבעה שהתקיימה בקריאה ראשונה בוועדה ביום 4.7.2023 זמין [כאן](#); נוסח ההצעה שאושרה בוועדה לקריאה שנייה ושלישית זמין [כאן](#). הוועדה מורכבת מ-18 חברים, מהם 11 (כולל היו"ר) מהקואליציה, ו-7 מהאופוזיציה.

## 5. דיון המליאה לקריאה ראשונה

במהלך הדיון במליאה מיום 10.7.2023 התייחסו חברי הכנסת השונים מהאופוזיציה לפגמים שנפלו בהליך החקיקה במהלך הקריאה ראשונה ולהשלכות החמורות שעשויות להיות לחקיקה.

ח"כ קריב התייחס לבעייתיות שבניצול הפלטפורמה של הוועדה לקידום הצעת חוק פרטית מטעם יו"ר הוועדה:

"תחת להציג הצעת חוק פרטית החייבת לעבור תהליך של הנחה, אישור בקריאה טרומית ודיון מקדים בוועדה, או במקום לקדם הצעת חוק ממשלתית, ניצל חבר הכנסת רוטמן פעם נוספת את תקנון הכנסת כדי לקדם הצעת חוק מטעם הוועדה והכל כדי לקצר את ההליך. ולמה לקצר? כי ככל שעובר הזמן, הציבור הרחב מבין יותר לעומק את ההשפעות ההרסניות של החקיקה ואת האופי הקיצוני שלה; כי ככל שעובר הזמן מתגלים חצאי האמיתות, הסילופים וההיתלות המזויפת באילנות גבוהים. [...] לכן חבר הכנסת רוטמן קיים בעניין הצעת החוק הזו רק מחצית מכמות הדיונים שהתקיימו בעניין הוועדה למינוי שופטים; לכן לפני חברי וחברות הוועדה לא הונחה תשתית ראויה של עובדות, של משפט משווה ושל ניתוח ההשלכות.

[...] לכן, למרות הבקשות שלנו, חבר הכנסת רוטמן לא הזמין יועצים משפטיים של משרדי ממשלה מובילים. ובדיוק כפי שראינו בכנס הקודם, בליץ החקיקה לווה בבריונות פרלמנטרית, בהוצאה סדרתית של חברי כנסת, בהשתקה שלהם, של יועצים משפטיים, של מומחים מהאקדמיה ומהחברה האזרחית. יושב-ראש כוחני וקיצוני שחושב שהוועדה היא מגרש המשחקים שלו.<sup>38</sup>

להשלכות החקיקה בהיבט הבטחוני, התייחס, בין היתר, ח"כ גנץ, וכך ציין:

"המצב הביטחוני שלנו הוא מהמאתגרים שידענו. היחסים שלנו עם בעלת הברית האסטרטגית שלנו בשפל, החברה שלנו קרועה מבפנים, יוקר המחיה עולה וההייטק במשבר. אני קורא לראש הממשלה: אל תפקיר את מדינת ישראל. אל תפקיר את אזרחי ישראל. אל תפקיר את הביטחון והכלכלה. עצור את הכול – זו הקריאה האחרונה לפני התהום – שלח את הצוות שלך לבית הנשיא עכשיו לדבר שם על הכול ובראייה כוללת וארוכת טווח. זה יהיה מורכב, אבל זה יהיה נכון. האחריות עליך. מהתוצאות של התהליך החד-צדדי והמופרע הזה ניפגע כולנו.<sup>39</sup>

להשלכות החמורות של החקיקה בהיבט הכלכלי התייחס, בין היתר, ח"כ פורר באומרו:

<sup>38</sup> פרוטוקול ההצבעה שהתקיימה בקריאה ראשונה במליאה ביום 10.7.2023 זמין כאן, בעמ' 252.

<sup>39</sup> שם, בעמ' 178-179.

”קח את המדד של הבורסות, קח את מדד תל אביב 35, קח את מדד תל אביב 125, תבדוק מה קרה בשנה שלפני הקמת הממשלה. אנחנו היינו צמודים למדד S&P 500, הסנופי, שמודד את החברות הכלכליות הגדולות בעולם. צמודים – כשהוא עולה גם פה עולים, כשהוא יורד גם פה יורדים, ככה זה היה צמוד. בינואר – תופעה מדהימה, ממש בתחילת ינואר. מה קורה? המדדים נפרדים. המדד העולמי עולה, והמדד הישראלי צולל. מה, זה בגלל מה שאני אמרתי מעל לדוכן? זה בגלל שיש אופוזיציה? זה בגלל שאתם מובילים את המדינה הזאת להתרסקות.[...] מה יקרה אם תעצרו? מה יקרה אם תעצרו ותגידו לאנשים: אנחנו חוזרים בנו, בוא ננהל את המדינה. יש לנו עוד מה לנהל פה, יש לנו אתגרים ביטחוניים. יש את החיזבאללה, שמוציא פיגועים בתוך שטח ישראל, מה שלא היה מעולם. יש לנו את החיזבאללה, שמתנחל בהר דב. יש לנו עוד אתגרים. רק הלכת הסבירות? אני אגיד לך למה אתם בלחץ על הלכת הסבירות.”<sup>40</sup>

**ושוב, חרף האמור, לא התקיים דיון משמעותי בהשלכות החקיקה – לא בוועדה, לא במליאה, לא בממשלה, ולא במסגרות הנחוצות.**

ההצעה אושרה בהצבעה שהתקיימה במליאה בלילה שבין ה-10.7.2023 ל-11.7.2023, **ברוב חד-צדדי** של 64 קולות הקואליציה נגד 56 קולות האופוזיציה.<sup>41</sup>

#### **6. דיוני הכנה בוועדת החוקה לקריאה שנייה ושלישית**

לאחר אישור ההצעה בקריאה ראשונה, החלה ועדת החוקה בסדרת דיונים נוספת בהכנה לקריאה שנייה ושלישית. הליך זה כלל ארבעה דיונים, בימים שלישי (11.7), רביעי (12.7) חמישי (13.7) וראשון (16.7) - סך הכל במשך 17 שעות.<sup>42</sup> לאחר מכן התקיימו דיוני הסתייגויות לפרוטוקול, ללא כל שיג ושיח בין הקואליציה לאופוזיציה.

בדיון שהתקיים ביום 13.7.2023 התייחסה ח"כ אלהרר לכך שבמהלך הליך העבודה על ההצעה לא הוכנסו בה כמעט שינויים ולא הוטמעו הערות מטעם הגורמים המקצועיים השונים שלקחו חלק בדיון. שני השינויים היחידים שנוספו במהלך הדיון לקריאה שנייה שלישית הוא הסבר המפרט מהי החלטה שעליה לא ניתן לבצע ביקורת בעילת הסבירות, זאת בהתאם להערות חה"כ עמית הלוי מהקואליציה, והורדה ההתייחסות להעדר ביקורת ביחס להחלטות של נבחר ציבור מהרשויות המקומיות, בהתאם להערות פרופ' פרידמן (חבר הוועדה

<sup>40</sup> שם, בעמ' 292. למקור הנתונים הכלכליים ולהרחבה לגביהם, ראו: איתי אטר, צחי רוז, יניי שפיצר, עילי גבאי, דולב קולקה'גלבר "ההשלכות הכלכליות של יוזמות החקיקה של הקואליציה - חומר רקע למושב: לאן פני המשק הישראלי?" (כנס הורוביץ לכלכלה וחברה ה-30) 58 (2023), זמין [כאן](#).

<sup>41</sup> פרוטוקול ההצבעה שהתקיימה בקריאה ראשונה במליאה ביום 10.7.2023.

<sup>42</sup> הפרוטוקולים של דיוני החקיקה להכנת הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית בוועדת החוקה זמינים [כאן](#).

המייצעת של פורום קהלת). מאידך, לא הוכנסה כל התייחסות לתיקונים שהוצעו בנוגע, בין השאר, לתקופת ממשלת מעבר, לקביעת חובה לפעול בסבירות, להסדר בנוגע למינויים, ולהבחנה בין סבירות הליכית לאיזונית.

**במהלך הכנת ההצעה לקריאה שנייה ושלישית בוועדה, עלו פגמים נוספים בהליך החקיקה. פגמים עלה הועלו פעמים רבות על ידי חברי הכנסת שבמהלך הדיונים ציינו כי:**

- לא ניתנה להם הזדמנות מספקת להשמיע את דעתם, והדיון לא מוצה.
- נפל פגם בהליך בכך שלא הופיעו בפני הוועדה נציגים שונים ממשרדי הממשלה זולת היועץ המשפטי של משרד האוצר, שאף עמדנו הושמעה רק לאחר התערבות היועצת המשפטית לכנסת.
- נפל פגם בכך שלא התקיים דיון במסמך המשפט המשווה שהוגש מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת שהוגש רק ביום 16.7.2023.<sup>43</sup>
- נפל פגם בכך שלא התקיים דיון בחוות דעת או בנתונים שהתבקשו מהיועץ המשפטי לממשלה לעניין הסמכויות שהואצלו מהשרים לדרג המקצועי – סוגייה שיש לה השפעה מהותית על היקף ההחלטות שעליהן לא תחול עילת חוסר הסבירות. הנתונים הונחו על שולחן הוועדה ביום 17.7.2023.<sup>44</sup>
- נפל פגם בכך שלא נלקחו בחשבון, ברצינות ובנפש חפצה, עמדות המומחים והיועצים המשפטיים.
- נפל פגם בכך שלא נערכו שינויים בהצעה (למעט כאמור לפי רצון הקואליציה) חרף הערות שונות ורבות שהוצגו.
- נפל פגם בכך שלא נמצאו משפטנים שיתמכו בנוסח ההצעה כפי שהוצעה (למעט ד"ר אביעד בקשי, ראש המחלקה המשפטית בפורום קהלת ופרופ' טליה איינהורן, חברת הוועדה המייצעת של פורום קהלת).
- נפל פגם בכך שלא פורסמו הפרוטוקולים של דיוני הוועדה לפני כתיבת ההסתייגויות על מנת שניתן יהיה להכין הסתייגויות על בסיסם.
- נפל פגם בכך שלא ניתן זמן מספק לכתיבת הסתייגויות.

**טבלה המסכמת באופן חלקי בלבד את התייחסויות חברי הכנסת בדיון לפגמים שנפלו בהליך החקיקה בקריאה שנייה ושלישית בוועדה ובמליאה מצורפת כנספח ה'.**

גם אנו התרענו על פגמים אלה בנייר עמדה שהגשנו לוועדה ביום 13.7.2023, בו ציינו ישיבות הוועדה "אינן מהוות זירה רצינית וכנה של דיון, שיח, מקח, שכנוע, למידה, או התמודדות עם טיעונים ועם ידע ומידע, לא כל שכן הפנמתם לכלל חקיקה מיטבית. לדיון המתקיים בוועדה, כמו למכלול הרב של חומרי רקע מקצועיים,

<sup>43</sup> המסמך שפורסם מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת שכותרתו "מנגנוני אישור, בקרה וביקורת שיפוטית על מינויים בידי הממשלה, מרכז המחקר והמידע של הכנסת" (16.7.2023) זמין כאן.

<sup>44</sup> מסמך בעניין זה המנתח את האצלת סמכויות השרים בשנים 2018-2023 הונח על שולחן הוועדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה ביום 17.7.2023. הוא כולל 742 מקרים של האצלה. זמין כאן:

[https://fs.knesset.gov.il/25/law/25\\_ls\\_bk\\_2906993.xlsx](https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_ls_bk_2906993.xlsx)



מסמכי הכנה, ניירות עמדה ועדויות מומחים, אין להתרשמותנו כל השפעה על הצעת החוק ואין כל נכונות של יו"ר הוועדה לאפשר לדברים הנאמרים בדיון להשפיע על נוסחה או תוכנה".<sup>45</sup>

חרף כל האמור, ביום ראשון 16.7.2023 לאחר שנעדר ממרבית הדיון באותו היום, החליט יו"ר הוועדה, חה"כ רוטמן, על סיום הדיון ומעבר להסתייגויות, אשר להגשתן ניתנו פחות מ-24 שעות. חברי האופוזיציה מחו על כך וציינו, בין השאר, את תסכולם מהליך הדיונים שהתקיים בוועדה בהכנתה לקריאה שנייה ושלישית, כאמור.

בימים שני (17.7)<sup>46</sup> ושלישי (18.7) התקיימו דיונים בהסתייגויות, וביום רביעי (19.7) אושרה הצעת החוק בוועדה לקריאות שנייה ושלישית, ברוב של 9 חברי הכנסת מהקואליציה כנגד 7 חברי הכנסת מהאופוזיציה.

## 7. דיון המליאה לקריאה שנייה ושלישית

קודם לקריאה השנייה לא גובשה עמדת ממשלה בנושא החקיקה, כפי שמסר היועץ המשפטי למשרד האוצר, עו"ד אסי מסינג, ביום 11.7.2023: "בעניין הספציפי הזה אין עמדת ממשלה, לא נעשה דיון בממשלה מעולם בהצעה הזאת ובהשלכות שלה על משרדי הממשלה. מעולם לא תואם ולא התבקשתי לתאם את עמדתי המשפטית עם שר משרי הממשלה".<sup>47</sup>

בנוסף לפגמים שנפלו בדיוני הוועדה, נפל פגם חמור גם בקריאה השנייה והשלישית עת שחברי הכנסת לא היו מודעים ולא קיבלו תמונת מצב מלאה ובהירה לגבי השלכות החקיקה עליה הצביעו. במקורות רבים פורסם שלקראת ההצבעה בקריאה השנייה, הרמטכ"ל וראשי אמ"ן סברו כי חיוני שהשרים וחברי הכנסת יקבלו דיווח על המצב הביטחוני המסוכן ועל ההשלכות הביטחוניות הקשות שעלולות להיות לחקיקה חד צדדית של ביטול עילת חוסר הסבירות. אולם, לפי פרסום "לאכזבת הרמטכ"ל, ראש הממשלה סירב לפגוש אותו לפני ההצבעה, ושרים אחרים התגאו כי סירבו להיפגש עם ראש אמ"ן [...]."<sup>48</sup>

נוסף על כך, לפני הקריאה השנייה, חברי ועדת החוץ והביטחון של הכנסת מהאופוזיציה ביקשו שתכונס הוועדה לדיון בהשלכות החוק ובקשתם לא נענתה. לפי פרסום בתקשורת, יו"ר ועדת חוץ וביטחון, מנע עשרה דיונים רגישים פוליטית בוועדה וסירב לכנס את הוועדה כדי לדון בהשלכות ההפיכה על כשירות צה"ל, לרבות דיון

<sup>45</sup> פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 52: ביקורת על הליך החקיקה בנושא עילת אי-הסבירות" (הופץ ביום 13.7.2032), זמין כאן: [https://fs.knesset.gov.il/25/law/25\\_ls\\_bk\\_2899036.pdf](https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_ls_bk_2899036.pdf) (להלן: נייר עמדה מס' 52).

<sup>46</sup> בנוסף ביום 17.7.2023 התקיימו גם דיונים בטענות נושא חדש ובקביעת סדרי דיון לפי סעיף 98 לתקנון. הפרוטוקולים של הדיונים זמינים כאן.

<sup>47</sup> ראו פרוטוקול הדיון בוועדת החוקה מיום 11.7.2023, בעמ' 99.

<sup>48</sup> עיבל גלעד "בחסות ההפיכה, תרחיש של מתקפת טילים משולבת מלבנון, עזה ואיראן הופך לאפשרות ממשית" הארץ (2.8.2023) זמין כאן.

שהתבקש שלושה ימים לפני ההצבעה על ביטול עילת חוסר הסבירות.<sup>49</sup> כמו כן, בקשות חברי האופוזיציה לכנס את ועדת חוץ וביטחון לקבלת מידע זה לא נענו.

**בהעדר דיון מספק בהשלכות הבטחוניות, הכלכליות, החברתיות והאחרות בהקשר המיידני וארוך הטווח נמנע מחברי הכנסת מידע חיוני שנדרש על מנת שיוכלו לגבש את עמדתם בצורה מושכלת ביחס להצעת החוק.**

ביום 24.7.2023 עברה ההצעה במליאה בקריאה שנייה ושלישית, כשהאופוזיציה מחרימה את ההצבעה. באופן זה, התקבלה ההצעה כאשר 64 חברי כנסת - כולם מן הקואליציה - הצביעו בעדה, ללא מתנגדים.<sup>50</sup>

## חלק שני: הטיעון המשפטי-הליכי

### 1. עיקרי הטענות בחלק זה

- במהלך הליך החקיקה נפלו פגמים קשים וחמורים, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם דרישות הכרחיות לתקינות הליכי חקיקה, ומקל וחומר אינו עולה בקנה אחד עם הליך החקיקה הנדרש לשם חקיקת יסוד, וכן עם אופיו של ההליך הנדרש לקידום הצעת חוק מטעם ועדה. כמו כן, במהלך כל דיוני ועדת החוקה נוצלו לרעה סמכויותיו של יו"ר הוועדה לניהול הדיון. הטבלאות שצורפו כנספחים לנייר זה מציגות עשרות התייחסויות של חברי הכנסת מהאופוזיציה במהלך עבודת ועדת החוקה המעידים על הפגמים השונים.
- קודם לחקיקת החוק לא נשמעו על ידי הממשלה ולא על ידי הכנסת סקירות רלוונטיות והכרחיות בנוגע להשלכות התיקון שעל הפרק. הממשלה כלל לא קיבלה החלטת ממשלה בנושא ההצעה, ומידע בעל ערך רב שצריך היה להיות מונח בפני הממשלה כגוף והכנסת כגוף, כלל לא הובא בפניהם.
- הליך החקיקה במקרה דנן אינו עומד אפוא בדרישות ההליכיות כפי שנקבעו בהלכה הפסוקה ביחס להליך חקיקתם של חוקים רגילים.
- **יתרה מזאת, אנו טוענים כי בחקיקת חוקי יסוד יש צורך בהליך שונה ומוקפד יותר לעומת הליך החקיקה של חוקים רגילים, וכי הגיעה העת שבית משפט זה יקבע מבחן מיוחד להליך החקיקה של חוקי יסוד.**
- זאת ועוד, הליך החקיקה ב"מסלול ועדה" נעשה תוך עקיפה מובהקת של מנגנוני הבקרה על חקיקה הקבועים ב"מסלול הצעת חוק ממשלתית" המתאים לחקיקה זו, שהיא ביוזמת הקואליציה, כמו גם, ובמידה פחותה, ב"מסלול הצעת חוק פרטית". **אנו טוענים שעל הליך חקיקה של הצעת חוק מטעם ועדה (וקל וחומר הצעת חוק יסוד מטעם ועדה) חלים כללים שונים שהופרו במקרה דנן ברגל גסה.**

<sup>49</sup> אבי בר-אלי "רגע לפני שיחזר בתשובה": יולי אדלשטיין מנע עשרה דיונים רגישים פוליטית בוועדה שלו" [זה-מרכז](#) (30.7.2023).

<sup>50</sup> פרוטוקול הדיון במליאה לקריאה שנייה ושלישית מיום 23.7.2023 זמין [כאן](#).

- אנו טוענים כי הסמכתה של ועדת החוקה בסעיף 80 לתקנון לפעול כאורגן של הכנסת, ליזום ולהכין חוקי יסוד, כפופה לשני עקרונות מחייבים: עקרון הקולגיאליות – לפיו על הייזום וההכנה של הצעת החוק להיעשות באופן קולגיאלי ובהסכמה בין גושית (bipartisanship); ועקרון ההליך היסודי – לפיו הליך הייזום וההכנה של הצעת החוק צריך להיות מעמיק ויסודי באופן המשקף את היעדרם של שלבי ההכנה הנדרשים בהצעות חוק ממשלתית ופרטית.
- אנו מראים כי בפועל, משך כל שנות פעילותה של ועדת החוקה, עקרונות אלה, ובפרט עקרון הקולגיאליות קוימו באופן רציף ותדיר, עד לפעולתה של הוועדה הנוכחית בראשות ח"כ רוטמן.
- מן ההיסטוריה החקיקתית של הסמכת ועדה לקדם חקיקה עולה בברור כי מסלול זה נועד לחזק את עצמאותה של הכנסת, כרשות מחוקקת ומכוננת, אל מול הממשלה. הסמכות שניתנה לוועדת החוקה ליזום חוקי יסוד קשורה קשר הדוק לתפקידה הייחודי של ועדה זו, כאורגן של הכנסת בכובעה כרשות המכוננת, בהתאם להחלטת הררי, ולמומחיותה המיוחדת של הוועדה והמשאבים העומדים לרשותה, שהמרכזי שבהם הוא הייעוץ המשפטי הצמוד שניתן לה.
- אנו סבורים כי מלשון ההסמכה התקנונית, הרקע של חקיקתה ותכליתה, עולה כי על מנת שהצעת חוק תיחשב להצעה מטעם הוועדה היא צריכה להיות מוסכמת על הוועדה כגוף.

## 2. סדר הילוכנו בחלק זה

הטיעון בחלק זה יפותח בכמה שלבים. **בשלב הראשון**, נבחן את הפגמים שנפלו בהליך החקיקה לאור המבחנים שנקבעו בפסיקה ביחס לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה של חוקים רגילים. **בשלב השני**, נטען כי המבחנים שפותחו עבור ביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה אינם מתאימים לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה של חוקי יסוד, וכי יש לקבוע מבחן שונה, ומחמיר יותר, עבור הליך החקיקה של חוקי יסוד. **בשלב השלישי**, נפתח את הטיעון לגבי השימוש הראוי במסלול של הצעת חוק מטעם ועדה, והדרישות ההליכיות שצריכות לחול על מסלול חקיקתי זה. **בשלב הרביעי**, נטען שהשילוב המצטבר של חקיקת חוק יסוד עם חקיקתו במסלול של הצעת חוק מטעם ועדה מחייב להוביל לרף גבוה יותר של ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, עניין בעל נפקות מכרעת ביחס לתיקון שעל הפרק.

**לטעמנו, ספק אם הליך החקיקה במקרה דנן עמד אפילו במבחנים הקיימים בפסיקה כיום ביחס לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה של חוקים רגילים. מכל מקום, ברי כי הליך החקיקה במקרה דנן לא עמד ברף המשפטי הנדרש לחקיקת חוקי יסוד וגם לא עמד במבחן המשפטי הראוי לחקיקתו במסלול של הצעות חוק מטעם וועדה. מקל וחומר לא עמד הליך החקיקה בהליך הנדרש עבור חקיקת חוק יסוד מטעם ועדה.**

## 3. ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה לאור המבחנים שנקבעו לחקיקה רגילה

בחלק זה נבחן את הליך החקיקה במקרה דנן לאור ההלכות שפותחו בפסיקת בית משפט זה ביחס לביקורת שיפוטית על הליך חקיקתם של חוקים רגילים בכנסת.

בהלכת **מגדלי העופות**,<sup>51</sup> ההלכה המכוננת בדבר ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה של חוקים, ובשורת פסקי דין נוספים, נקבע כי המבחן לפסילתו של חוק בשל פגמים בהליך חקיקתו הוא נפל בהליך "פגם היורד לשורש ההליך". כפי שהבהירה כב' השופטת (כתוארה אז) דורית ביניש בהלכת **מגדלי העופות**, השאלה מהו "פגם היורד לשורש ההליך" אינה נקבעת על-פי סיווגו של הפגם כפגם מסוג חריגה מסמכות או כהפרה פורמאלית של סעיף מסוים בתקנון הכנסת, אלא לפי השאלה האם מדובר בפגם שיש בו "פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי".<sup>52</sup> מבין עקרונות אלו מנה בית המשפט את עקרון ההשתתפות, שלפיו לכל חבר-כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה.<sup>53</sup> לפיכך נקבע כי :

"חרף האיפוק הרב שבית-משפט זה מטיל על עצמו בפיקוח על פעולות הכנסת מקום שבו תישלל, שלא כדון, האפשרות מחבר-הכנסת להשתתף בהליכים הפרלמנטרים ולמלא את תפקידו כחבר-כנסת, לא יהיה מנוס מהתערבות שיפוטית".<sup>54</sup>

כבר בפרשת **מגדלי העופות** נקבע כי עקרון ההשתתפות אינו מתמצה בהשתתפות בדיון ובהצבעה, אלא "מחייב הליך חקיקה שבו תינתן לחברי-הכנסת אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק".<sup>55</sup>

השאלה מהו "הליך חקיקה אשר במסגרתו יש לחברי הכנסת 'אפשרות מעשית' לגבש עמדה' לגבי הצעת החוק הנדונה" לוטשה והובהרה בעניין **קוונטינסקי**,<sup>56</sup> על ידי כב' השופט סולברג, וכך ציין :

"אין די בכך שהליך החקיקה יעוצב כך שתניתן לחברי הכנסת האפשרות 'לדעת על מה הם מצביעים' – לקרוא את הצעת החוק, לשמוע על אודותיה ולהבין באופן שטחי את החוק העומד להצבעה; הליך החקיקה צריך לאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מהותית, ולו באופן המצומצם ביותר, בנוגע להצעת החוק המונחת לפנייהם. גיבוש עמדה איננו אקט "פסיבי" גרידא, אלא דורש מהלך מחשבתי מסוים, עיבוד עצמאי של המידע הנמסר לחבר הכנסת, וקבלת החלטה מושכלת בעד או נגד הצעת החוק. רק כאשר תינתן לחברי הכנסת אפשרות מעין זו, ניתן יהיה לומר כי היתה להם הזדמנות להשתתף, באופן פעיל ואמיתי, בהליך החקיקה".<sup>57</sup>

<sup>51</sup> בג"ץ 485/03 ארגון **מגדלי העופות בישראל** אגודה שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 41 (2004). (להלן: :

עניין **מגדלי העופות**).

<sup>52</sup> שם, בעמ' 42.

<sup>53</sup> שם, בעמ' 43.

<sup>54</sup> שם, בעמ' 47.

<sup>55</sup> שם, בעמ' 50.

<sup>56</sup> בג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (נבו 6.8.2017) (להלן: עניין **קוונטינסקי**).

<sup>57</sup> שם, פס' 59.

עוד קבע בית המשפט, מפי כבי' השופט סולברג, כי "האפשרות להשתתף בהליך החקיקה ולגבש עמדה מושכלת, מחייבת לטעמי דיון, ולו מינימלי",<sup>58</sup> וכי "מקום בו לא התאפשר קיומו של דיון פרלמנטרי בסיסי במסגרתו נשמעו הדעות העקרוניות השונות; כאשר לא ניתנה לחברי הכנסת האפשרות ללבן ולשקול, ולו באופן הבסיסי ביותר, את הצעת החוק – או אז ספק אם ניתן לומר כי התקיים עקרון ההשתתפות".<sup>59</sup>

אכן, מזה קרוב לעשרים שנה, התבססה התפיסה במשפט הישראלי שהליך החקיקה צריך להתנהל לאור עקרונות יסוד, וביניהם שמירה על עקרון ההשתתפות של כל חברי הכנסת, לרבות מהאופוזיציה (כפי שנפסק וחזר ונפסק מאז בג"ץ **מגדלי העופות**) והאפשרות לקיים דיון כדבעי (כפי שהטעים כבי' השופט סולברג בבג"ץ **קוונטינסקי**); שבו תינתן לכל חברי הכנסת הזדמנות אמיתית לגבש את עמדתם, לרבות מתן הזדמנות למיעוט לשכנע את הרוב.

כפי שהבהירו כבי' השופטים סולברג והנדל בפרשת **קוונטינסקי** ובפרשות נוספות - מתוך עיון מעמיק גם במקורות המשפט העברי - עקרונות אלו הם עקרונות יסוד "במורשתנו היהודית, כמו גם בתפיסתנו הדמוקרטית",<sup>60</sup> והפגיעה בהם "פוגעת בערכי היסוד של השיטה. כך לא רק לפי תפיסה דמוקרטית אלא גם לפי תפיסה יהודית".<sup>61</sup>

בפרשת **קוונטינסקי** הזהיר כבי' השופט סולברג מפני הליכי החקיקה אשר "יאפשרו לחברי הכנסת לגבש את עמדתם לגבי הצעת החוק הנדונה, אך זאת רק על סמך הקראת סעיפי החוק, 'מצוות אנשים מלומדה', על-ידי נציגי הממשלה, והבהרתם, מבלי שתינתן לחברי הכנסת הזדמנות להתבטא ולשמוע, להתווכח ולהקשות, לשכנע ולהשתכנע". הליך חקיקה מעין זה, קבע כבי' השופט סולברג, אינו רק פגיעה קשה המרוקנת מתוכן את האפשרות של חברי הכנסת להשתתף בהליך, אלא מדובר בהליך חקיקה שיפגע בכנסת עצמה וביכולתה לממש את תפקידיה: "בהליך חקיקה מעין זה תתפרק הכנסת מרכיב יסודי בעצם הווייתה – בית מחוקקים, מייצג רצון העם [...] במצב מעין זה ישנו חשש לא מבוטל כי הכנסת תהפוך ליחותמת גומי של יוזמי הצעות החוק [...]".<sup>62</sup>

לענייננו, למרבה הצער, עת שקידם יו"ר ועדת החוקה, ח"כ שמחה רוטמן, את הדיון בהצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) החשש התממש: **יו"ר הוועדה קידם את הצעת החוק שהוא עצמו יזם בשם הקואליציה באופן מזורז ודורסני שהפך את חברי הכנסת (בעיקר מהאופוזיציה) לסטטיסטיים בהצגת יחיד ואת הכנסת לחותמת גומי**. כפי שעולה בבירור מהרקע העובדתי ומהטבלאות המצורפות בנספחים, לחברי הכנסת לא ניתנה הזדמנות אמיתית "להתווכח ולהקשות, לשכנע ולהשתכנע". יתירה מכך, "אפשרות מעשית לגבש עמדה" במסגרת דיון אינה נוגעת רק למתן אפשרות להתבטא ולהביע עמדה אלא גם למתן אפשרות לשמוע. אפשרות "לשמוע" נוגעת

<sup>58</sup> שם, פס' 60.

<sup>59</sup> שם, פס' 79.

<sup>60</sup> שם, פס' 78.

<sup>61</sup> שם, פס' 2 לפסק דינו של כבי' השופט הנדל. ראו גם עע"מ 1207/15 **רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק** (18.8.2016); בג"ץ 9029/16 **אבירם נ' שרת המשפטים** (1.2.2017); וכן בנימין פורת "עקרון ההשתתפות: תרומת המשפט העברי לפסיקת בית המשפט העליון" **ICON-S-IL Blog** (4.4.2018).

<sup>62</sup> עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 56, פס' 62-63 לחוות דעתו של כבי' השופט סולברג.

הן לשמיעתן של עמדות שונות והן לשמיעת המידע הנוגע לנושא חקיקה והן להערכה ראויה של השלכותיו. במקרה הזה, חרף בקשות חוזרות ונשנות, לא ניתנה לחברי הכנסת האפשרות לשמוע את מלוא הדעות העקרוניות השונות ולקבל את מלוא המידע הנדרש כדי שיוכלו "ללבן ולשקול" ולגבש עמדה מושכלת לגבי הצעת החוק. כפי שפורט בהרחבה ברקע העובדתי לעיל, מעבר להליך החקיקה המזורז, לעיתים קרובות לא ניתנה לחברי הכנסת מהאופוזיציה האפשרות לשאול שאלות ושאלות רבות שנשאלו נותרו ללא מענה. בנוסף, בקשותיהם החוזרות ונשנות של חברי הכנסת לקבל מידע, לשמוע יועצים משפטיים של משרדי ממשלה, מומחי סביבה, וגורמים נוספים וכן לקבל סקירות על ההשלכות האפשריות (לרבות ההשלכות הביטחוניות, הסביבתיות והכלכליות), הושבו ריקם. חברי הכנסת מחו תדיר על האופן הדורסני בו מנהל יו"ר הוועדה את ההליך ובמענה לכך הוצאו מאולם הוועדה פעמים רבות.

בסך הכל במהלך 7 דיונים (מה-25.6.2023 עד 13.7.2023) הוצאו 29 חברי הכנסת מטעם האופוזיציה מהדיונים, ו-1 חברת כנסת מטעם הקואליציה.

### **טבלה המסכמת את אירועי הוצאת חברי הכנסת מדיוני הוועדה מצורפת כנספח ו'.**

ואכן, אם בוחנים את האינדיקציות שמנה כב' השופט סולברג בהלכת קוונטינסקי "לבחון אם אמנם ניתנה לחברי הכנסת האפשרות לקיים דיון כדבעי",<sup>63</sup> ניכר שרבות מהן לא התקיימו כאן: כך, במקרה דנן טען יו"ר הוועדה כי משך הדיון היה מספק לאור אורכה הקצר של הצעת החוק. אולם, השופט סולברג הדגיש בהלכת קוונטינסקי כי אין די שמשך הדיון יהיה מידתי ביחס לאורכה של הצעת החוק, אלא עליו להיות מידתי גם "למורכבותה, ולהיקף השלכותיה"<sup>64</sup> (השיקול של מורכבות הצעת החוק הודגש גם בפסקי דין נוספים).<sup>65</sup> במקרה דנן, כפי שאף ניסו להבהיר יועצים ומומחים משפטיים בפני הוועדה, מדובר בנושא מורכב מאד, בעל השלכות מרחיקות לכת. השלכות אלו נובעות הן מתוכנו של התיקון והן ממעמדו הנורמטיבי. אולם, במקרה הזה, לא נערך דיון מספק ביחס למורכבות הנושא ולא נערך דיון מספק בהשלכות החוק - לא בהשלכות הרבות והמגוונות של ביטול עילת חוסר הסבירות, ולא בהשלכות הקשות שעלולות להיות לעצם החקיקה במתכונתה ובאופן חקיקתה. ואכן אינדיקציה נוספת שמונה כב' השופט סולברג, בהתבסס על הכתיבה בארה"ב היא –

"Is there any evidence in the legislative record suggesting that the consequences of the challenged policy received any consideration by Congress."

<sup>63</sup> שם, פסי' 79-81.

<sup>64</sup> שם.

<sup>65</sup> כך למשל, בבג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' כנסת ישראל (18.1.2023) (להלן: עניין שיינפלד) נימקה כב' הנשיאה חיות את מסקנתה כי לא נפל בהליך החקיקה פגם היורד לשורש ההליך בין היתר בכך ש"מדובר בתיקון שאינו מורכב מבחינת תוכנו" (פסי' 45 לחוות דעתה); ובדומה לכך, בבג"ץ 3234/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יו"ר הכנסת (9.7.2015), קבעה כב' הנשיאה נאור כי לא נפל בהליך החקיקה פגם היורד לשורש ההליך, שכן "אין המדובר בדבר חקיקה מורכב וסבוך" (פסי' 12 לחוות דעתה) (להלן: עניין יש עתיד).

ואילו, במקרה דנן, לא רק שאין ראיות לכך שנשקלו ההשלכות, אלא ניכר שהן לא נשקלו כלל - היה סירוב מפגיע לשמוע עליהן או לשקול אותן.

אינדיקציה נוספת שמונה השופט סולברג היא "תשתית עובדתית שצורפה להצעת החוק".<sup>66</sup> גם באינדיקציה זו נפל פגם עליו התריעו חברי הכנסת בהליך החקיקה, אך יו"ר הוועדה סירב לתקנו. יוזכר כי שאלות בסיסיות הנוגעות להיקף התחולה של החוק כלל לא הובהרו ולא התחדדו, כך גם לגבי ההצדקה לו.

כך למשל, נטען בפני הוועדה כי החלטות הממשלה ושריה עשויות לפגוע בפרט בעניינים שאינם בהכרח מוגדרים כזכויות אדם. למשל, החלטות שר בענייני קצבאות בהם המדינה איננה מגדירה במפורש את תוכן הזכות או החלטות שר לביטחון לאומי הנוגעות לענייני כלואים שהם בגדר "טובות הנאה" בלבד ולא זכויות (למשל החלטות בעניין קשר טלפוני של כלואים). עד כה עניינים אלו, שאינם מוגדרים כזכויות חוקתיות, נדונו על פי עילת חוסר הסבירות. האם החקיקה משנה מצב דברים זה, ומונעת כעת מפרטים, במיוחד מקבוצות מוחלשות, שנפגעים מהחלטות ממשלה ושרים, דרך לפנות לבית המשפט על מנת לבקש סעד? יש לציין, כי אין כל מניעה שהשר ימשוך את הסמכות אליו, יתן החלטה במקום דרג הפקידות ובכך ישירין את ההחלטה ויהפוך אותה למוגנת מפני ביקורת על פי עילת חוסר הסבירות. כך, התיקון עשוי בתחומים שלמים להותיר אינטרסים מוגנים של פרטים ללא הגנה אפקטיבית וללא פיקוח שיפוטי. בנוסף, הוועדה לא קיימה דיון בנושא זה, על אף חשיבותו ועל אף שהונח בפניה.<sup>67</sup> מסמך הכנה שהתבקש ממשרד המשפטים לגבי משיכת סמכויות שרים וממשלה כלל לא נדון על ידי הוועדה, כפי שצוין לעיל, אף על פי שמצוינים בו 742 מקרי האצלה בתקופה של 5 שנים, נתון שהיקפו מצריך שקילה ודיון.<sup>68</sup>

דוגמא נוספת נוגעת להיעדר הבהרה האם החקיקה חלה גם על "סבירות הליכית".<sup>69</sup> כפי שאמר היועץ המשפטי לוועדה (ב-16.7.2023): "בעניין הזה אני חייב להגיד שגם דוברים אחרים, אבל גם אנחנו בהחלט העלינו לאורך הדיונים שורה של הצעות לקבוע הגדרה למה היא סבירות, להגביל את התחולה לסבירות ברמה של שיקול הדעת ולא לסבירות הליכית". מדברי יושב הראש השתמע לעתים שאין כוונה שהחקיקה תחול על סבירות הליכית, אך כל נסיון להבהיר דברים אלה נכשל, כך שלמעשה אין זה ברור מהי התחולה של החקיקה שחברי הכנסת אצו לאשרה.

במקרה דנן, הפגם של היעדר תשתית עובדתית ורקע עובדתי מספק הוא פגם היורד לשורש ההליך לא רק בשל הפגיעה ביכולת של חברי הוועדה לגבש עמדה מושכלת, אלא גם בשל הפגיעה ביכולת של חברי הכנסת לגבש

<sup>66</sup> עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 56, פס' 80 לחוות דעתו של כב' השופט סולברג.

<sup>67</sup> ראו "גילוי דעת בעניין השפעת ביטול עילת הסבירות על תנאי כלואים בבתי הסוהר מטעם ארגונים לזכויות אדם ולשינוי חברתי, מרצים באקדמיה ועורכי דין המייצגים כלואים" (13.7.2023), הונח על שולחן ועדת החוקה ביום 13.7.2023, זמין [כאן](#).

<sup>68</sup> ראו לעיל, ה"ש 44.

<sup>69</sup> ראו בהקשר זה, פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 50: ההצעה לביטול תחולת עילת אי-הסבירות על החלטות הממשלה, השרים ונבחרי ציבור אחרים" (הופץ ביום 25.6.2023), זמין [כאן](#). הונח על שולחן ועדת החוקה ביום 26.6.2023.

עמדה מושכלת ומיודעת בשלב של הקריאה השנייה והשלישית. בנוסף לבקשות חברי וועדת החוקה למידע ורקע עובדתי נוסף, כפי שתואר לעיל, אף הרמטכ"ל וגורמים מקצועיים אחרים סברו כי יש רקע עובדתי הכרחי שעל חברי הכנסת לשמוע לפני שיצביעו בקריאה השנייה והשלישית וחברי הכנסת מהאופוזיציה אף ביקשו לכנס את ועדת החוץ והביטחון לשם כך, אלא שבקשות אלו סורבו. לפיכך, מחברי הכנסת נשללה תשתית עובדתית הכרחית לשם גיבוש עמדתם לפני שהצביעו בעד החוק.<sup>70</sup>

לאור כל הפגמים הללו, אין להתפלא שהמקרה דנן נכשל באינדיקציה נוספת שמונה כב' השופט סולברג בפרשת **קוונטינסקי**: "השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק, על נוסחה, על תוכנה".<sup>71</sup> במקרה דנן, כפי שפירטנו ברקע העובדתי, ניכר היה שלדיון לא הייתה כל השפעה מהותית על נוסחה ותוכנה של הצעת החוק. אפילו כשמומחים לעילת חוסר הסבירות, לרבות כאלו שיוזמי החוק התיימרו להתבסס על כתיבתם, התריעו מפני הנוסח המוצע והציעו תיקונים, הם לא זכו להתייחסות ראויה. לא הייתה בדיון הקשבה, אלא שמיעת המומחים והדעות השונות למען הפרוטוקול בלבד. אופן ניהול הוועדה על ידי יו"ר הוועדה מלמד שכל מטרתו הייתה לקיים דיון למען הפרוטוקול (ואולי אף למען חזות שתוצג לבג"ץ כאילו התקיים דיון), בעוד שהכוונה הייתה להעביר את הנוסח בו חפץ יו"ר הוועדה "as is". כפי שהעירה חה"כ אלהרר בוועדה: "חזקה שהצעת חוק שנכנסת לוועדה, בסוף התהליך לא יוצאת זהה. כאן אנחנו רואים שהתיקונים היו מאוד מאוד קוסמטיים. תיקוני חידוד [...] הבאת חוק ואתה רוצה להעביר אותו as is [...]".<sup>72</sup>

על הפגם החמור בניהול הליך חקיקה על ידי יו"ר ועדה שמעוניין בהעברת החוק "as is" ניתן ללמוד על דרך ההיקש מעניין **התנועה לאיכות השלטון**.<sup>73</sup> באותה פרשה נדונה טענה שלפיה דיון ברפורמה ברשות החשמל הוצאה מידי ועדת הכלכלה משום שיו"ר ועדת הכלכלה סירב להיענות לדרישתו של שר האנרגיה להעביר את הרפורמה "as is". על כך אמרה כב' הנשיאה חיות:

"ועדות הכנסת... ממלאות תפקיד מרכזי וחשוב בהליך החקיקה ומהוות כלי פיקוח מרכזי של הרשות המחוקקת על הרשות המבצעת... במסגרת ועדות אלה ניתנת לחבריהן ובכלל זה לחברי האופוזיציה האפשרות לדרוש, לחקור ולקבל הבהרות מן הגורמים הרלוונטיים בממשלה לגבי דבר החקיקה העומד על הפרק ולא אחת יש לאותם דיונים השפעה ממשית על גורל הצעות החוק ועל תוכנן. על כן, דרישה להעביר בוועדה של הכנסת הצעת חוק "as is" מבקשת, למעשה, למנוע דיון אמיתי, ביקורתי ואפקטיבי בוועדות ובכך היא חותרת תחת אחת התכליות המרכזיות

<sup>70</sup> ראו והשוו: בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מח(4) 492 (1993); בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (1993).

<sup>71</sup> עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 56, פס' 80 לחוות דעתו של כב' השופט סולברג.

<sup>72</sup> ראו פרוטוקול הדיון בוועדת החוקה בהכנה לקריאה שנייה ושלישית מיום 13.7.2023, בעמ' 31.

<sup>73</sup> בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (17.8.2016).



שביסוד פעילותן של ועדות הכנסת. דרישה כזו אף פוגעת בעקרון העצמאות הפרלמנטארי...<sup>74</sup>

ועוד הוסיפה:

אילו הוכח כי הוועדה המיוחדת כמי שהופקדה על הדיון ברפורמה חלף ועדת הכלכלה, נכנעה לדרישה להעביר את הרפורמה "as is" כי אז הייתי רואה בכך פגם היורד לשורש הליך החקיקה המצדיק את פסילתו.<sup>75</sup>

**אשר על כן, דעתנו היא כי בהליך החקיקה דנן נפלו פגמים היורדים לשורש ההליך המגיעים כדי פגיעה קשה וניכרת בעיקרון השתתפות, אפילו לפי המבחנים המקלים מאוד עם הכנסת שנקבעו ביחס לחקיקה רגילה.**

מכל מקום, המבחנים ל"פגם היורד לשורש ההליך" כפי שנקבעו בהלכות מגדלי העופות וקוונטינסקי עוצבו ביחס להליך חקיקתם של הצעות חוק ממשלתיות של חוקים רגילים (ובהקשר הספציפי של חוקי הסדרים). מבחנים אלו מהווים רף מינימלי לכל הליך חקיקה, אך אין בהם די והם אינם מתאימים לשמש לבדם מבחן לתקינות הליך החקיקה במקרה דנן. בחלקים הבאים נטען תחילה שיש צורך במבחן שונה ביחס לחקיקת חוקי יסוד להבדיל מחוקים רגילים; ולאחר מכן נטען שיש צורך במבחן שונה ביחס להצעות חוק מטעם ועדה, להבדיל מהצעות חוק ממשלתיות או פרטיות. לבסוף, נטען על דרך קל וחומר כי השילוב במקרה דנן בין הליך חקיקת חוקי יסוד להליך חקיקת חוק מטעם ועדה לבין בוודאי מצדיק מבחן מחמיר יותר, שתנאיו לא התקיימו במקרה זה.

#### 4. הצורך בפיתוח מבחן נפרד ומחמיר יותר ביחס לחקיקת חוקי יסוד

##### 4.1. הליך חקיקה חוקתי לעומת הליך חקיקה רגיל

הליך החקיקה של נורמות חוקתיות צריך לעמוד בנורמות שונות ומחמירות יותר מאשר הליך החקיקה של חוקים רגילים.<sup>76</sup> כפי שציין פרופ' ברוס אקרמן וחוקרים חוקתיים רבים בעקבותיו, עצם מהותו של המשטר החוקתי הוא יצירת הבחנה בין שני מסלולי חקיקה שונים: בין "פוליטיקה רגילה" של החקיקה היום-יומית לבין הפוליטיקה החוקתית. בעוד שהפוליטיקה הרגילה מתנהלת באמצעות נציגי העם בהליך הפרלמנטרי הרגיל ומושפעת, מטבע הדברים, משיקולים פוליטיים וקואליציוניים רגועים, ההסדרים החוקתיים חייבים להתקבל בהליך מיוחד שיבטיח קבלת החלטות ערכית, "חוקתית", שקולה, תוך בחינת השלכותיה לטווח ארוך, ולא

<sup>74</sup> שם פס' 13.

<sup>75</sup> שם.

<sup>76</sup> חלק זה מבוסס בחלקו על פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 3: ההליך הראוי לחקיקת הרפורמה החוקתית" (הופץ ביום 18.1.2023), וכולל מספר פסקאות מתוכו בשינויים קלים. זמין כאן להרחבה נוספת. נייר זה הונח על שולחן ועדת החוקה ביום 19.1.2023 (להלן: נייר עמדה מס' 3).

בפזיזות, מתוך פוליטיקה צרה וקצרת רואי.<sup>77</sup> הליך קבלת נורמות חוקתיות צריך להבטיח, ככל הניתן, קבלת החלטות לטובת הכלל ולהקטין את ההשפעה של אינטרסים אישיים, ומפלגתיים-מגזריים או של רשות שלטונית אחת. ואכן, המחקר התיאורטי והניסיון ההשוואתי מלמדים שלהליך קבלת החוקה יש השפעה קריטית על המידה שבה ניתן להגשים מטרות אלו.<sup>78</sup>

תכליתה של חוקה היא, בין השאר, למנוע מרוב אקראי לפגוע בזכויות המיעוט או באינטרס הציבורי המבוזר והרחב. היא נועדה לרפא את נטיית הרוב בהווה להעדיף שיקולי טווח קצר.<sup>79</sup> כפי שקבעה כב' הנשיאה ביניש בפרשת **בר-און**, החוקה מבטאת את "הרצון להבטיח עקרונות יציבים וזהות חברתית וערכית שאינם ניתנים לשינוי בקלות, על מנת שיעמדו מעל לארעי ולחולף".<sup>80</sup> תפקידה של החוקה הוא להבטיח את קיומה של הכרעה מבוססת רוב בעתיד וכן להגביל את כוחו של כל רוב עתידי מהפעלת כוחו בשרירות או שימוש בו לרעה. תכלית ההקפדה על ההליך בגיבוש החוקה היא להבטיח הגנה מפני מצב בו נציגי הרוב המזדמן יעשו שימוש בכוחם האלקטורלי על מנת "לנעול" את האינטרסים שהם מייצגים בעת גיבוש החוקה ולהטות את שיטת המשפט לטובתם לאורך זמן ולבצר את כוחם באופן שעשוי לשרת אותם ולחתור תחת עקרון חילופי השלטון, ליבת המשטר הדמוקרטי.<sup>81</sup>

הליך חוקתי חפוז הנשלט ומוסכם על הרוב האקראי בלבד חותר, אפוא, תחת תכליותיה הבסיסיות של החוקה.<sup>82</sup> לעומת זאת, הקפדה על ההליך החוקתי נועדה לאפשר את מימוש ייעודה הייחודי של החוקה: יצירת מערכת איזונים ובלמים וחלוקת סמכויות בין רשויות המדינה כדי למנוע ריכוז כוח שלטוני בידי רשות אחת בהשוואה לאחרות וכן הגנה על הזכויות המנויות בה. בהשאלה מדבריו המפורסמים של אלקסיס דה-טוקוויל, הליך חקיקה תקין ושמירה על עצמאותה של הכנסת בגיבוש חוקי יסוד נועדה למנוע מצב שבו לרוב תהא "מרות

---

<sup>77</sup> BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE 1: FOUNDATIONS (Harvard University Press, 1991). לסקירות עדכניות יותר של תפיסה זו והפניות לכתיבתם של חוקרים נוספים ראו: William Partlett and Zim Nwokora, *The Foundations of Democratic Dualism: Why Constitutional Politics and Ordinary Politics are Different*, 2 CONSTITUTIONS 177-193 (2019); עידו פורת "פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה: חוק הלאום, תורת הסמכות המכוננת, ודואליזם חוקתי" **תרבות דמוקרטית** 20 (2021) (להלן: פורת "פוליטיקה חוקתית").

<sup>78</sup> ראו לדוגמא, Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process*, 45 DUKE L. J. 364 (1995).

<sup>79</sup> F. A. HAYEK, THE CONSTITUTION OF LIBERTY 266 (R. Hamowy ed., 2011). כן ראו: Doreen Lustig, *The Constitution of Time: Democratic Short-termism and the Climate Crisis* (on file with authors)

<sup>80</sup> בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פס' 24 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש (7.4.2011) (להלן: עניין **בר-און**).

<sup>81</sup> STEPHEN HOLMES, PASSIONS AND CONSTRAINT: ON THE THEORY OF LIBERAL DEMOCRACY 152-177 (Chicago: University of Chicago Press, 1995).

<sup>82</sup> אין זה מקרי אפוא שחוקות רבות כוללות הגבלות טמפוראליות על-מנת לוודא כי שינויים חוקתיים לא נעשים בחופזה. ראו Richard Albert, *Temporal Limitations in Constitutional Amendment*, 21 REVIEW OF CONSTITUTIONAL STUDIES 37 (2016).

ממשית מופלאה [...] ומשעה שנתגבשה דעתו בשאלה מן השאלות, שוב אין מכשולים שיוכלו לעצור אותו בדרכו ואף לעכבו, כדי שיוכל להתפנות לתלונותיהם של אלה שאותם הוא מוחץ בדרכו".<sup>83</sup>

כך, במשטרים חוקתיים, ההכרעות החוקתיות מתקבלות בהליך מיוחד ותובעני יותר מהליך החקיקה הרגיל, הן בקבלת נורמה חוקתית, הן בשינויה.<sup>84</sup> קיימים בעולם מגוון של מנגנונים הליכיים לעיצוב הליך מיוחד ומכביד זה עבור נורמות חוקתיות, אך העקרון המשותף הוא שמדובר בהליך שמתאפיין בהשתתפות וייצוגיות נרחבות, הליך איטי, שקול ודלברטיבי, אשר מקדם הסכמה רחבה, פשרות, ולגיטימציה ציבורית.<sup>85</sup> אכן, הליך קבלת ותיקון נורמות חוקתיות צריך להבטיח דיאלוג אמיתי, הסכמה רחבה, התדיינות (דלברציה), השתתפות וייצוג הולם ולערב את הציבור באופן רחב ומכיל. זאת, מאחר שרק הליך כזה, שבו לכל חלקי העם (או לפחות לנציגיו הנבחרים) נתונה הזדמנות שווה ונאותה להשתתף, יכול להקנות לגיטימיות דמוקרטית לשינויים בזהות החוקתית של המדינה, לקביעת כללי המשחק הפוליטי, להגנה הראויה על זכויות הרוב המבוזר והדומם או קבוצות מיעוט חלשות פוליטית.

תפיסה זו היא מושכלות יסוד הן בתיאוריה החוקתית,<sup>86</sup> הן בתיאוריה הדמוקרטית.<sup>87</sup> גם מבחינה השוואתית, ברוב המכריע (אם לא בכל) המשטרים החוקתיים בעולם ישנה הבחנה ברורה בין הליך קבלתן ושינוין של נורמות חוקתיות (שמתקבלות בפוליטיקה חוקתית) לבין הליך קבלתם ושינויים של חוקים רגילים (שמתקבלים במסגרת הפוליטיקה הרגילה).<sup>88</sup>

גם הספרות על תורת החקיקה תומכת בתפיסה שלפיה חקיקה חוקתית מחייבת מסלול חקיקה מיוחד ושונה מהליך החקיקה הרגיל - מסלול חקיקה מואט, שמבטיח ריסון, דיון מעמיק וזהיר במיוחד והליך בעל לגיטימציה דמוקרטית מיוחדת.<sup>89</sup> לפי חוקרי תורת החקיקה, אף שיש סוגי מקרים או חוקים שיכולים להצדיק הליך חקיקה מזוהר, כאשר מדובר בקבלת נורמות חוקתיות, יש לתת עדיפות לתכליות כגון ריסון, התדיינות, לגיטימציה דמוקרטית ואיכות התוצר על חשבון מהירות ויעילות. עוד מדגישה הספרות העוסקת בתורת החקיקה כי האמצעים למימוש מטרה זו אינם מסתכמים בדרישת רוב מיוחד בפרלמנט, אלא יש לעצב את ההליך באמצעות

---

<sup>83</sup> אלקסיס דה-טוקוויל **הדמוקרטיה באמריקה** 261 (אהרן אמיר מתרגם, 2008).

<sup>84</sup> רבקה ווייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" **משפט וממשל** י 449 (התשס"ז).

<sup>85</sup> ראו, לדוגמה, צבי ענבר, שלמה גוברמן ואבישי בניש "הליכי קבלת החוקה ותיקונה" בתוך המכון הישראלי לדמוקרטיה "הליכי קבלת החוקה ותיקונה והדרכים לעיצוב בית נוסף ליד הכנסת" 227 (2002), זמין כאן; Andrew Arato, *Conventions, Constituent Assemblies, and Round Tables: Models, Principles and Elements of Democratic Constitution-Making*, 1 GLOBAL CONSTITUTIONALISM 173 (2012); Richard Albert, *Discretionary Referendums in Constitutional Amendment*, in THE LIMITS AND LEGALITY OF REFERENDUMS (Richard Albert and Richard Stacey eds., Oxford University Press, 2022).

<sup>86</sup> Partlett & Nwokora, לעיל ה"ש 77.

<sup>87</sup> JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 233 (Columbia University Press, 1933).

<sup>88</sup> פורת "פוליטיקה חוקתית", לעיל ה"ש 77.

<sup>89</sup> איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" **עיוני משפט** לו 645, 685-686 (2016). (להלן: בר-סימן טוב "דיני החקיקה").

פרוצדורות שיספקו זמן, תנאים והזדמנויות רבים יותר להגשמת תכליות כגון השתתפות, התדיינות, שיתוף הציבור, בחינה ובקרה.<sup>90</sup>

העקרונות שמנינו לעיל בדבר ההליך הראוי לחקיקת נורמות חוקתיות הוכרו כבר בשורה ארוכה של פסקי דין. די לציין מספר דוגמאות. בעניין **חסון** ציין כב' השופט קרא כי:

”מושכלות ראשונים הן כי על ההליך הנדרש לקבלתה של חוקה (בישראל: חוקי יסוד) או לשינויה להיות מכביד יותר מהליך חקיקה או שינוי של חוק רגיל. הליך חוקתי מכביד יותר ו”נוקשה” נועד לקדם תכליות כמו מניעתו של ”מחטף חוקתי” על ידי רוב ”צר” המקבע הסדרים לטווח ארוך; לעודד קבלתם של פשרות ואיזונים לצורך קבלת החוקה או תיקונה; להבטיח ככל הניתן את יציבותם של ההסדרים החוקתיים; ליתן לגיטימציה דמוקרטית רחבה לחוקה ולמנוע שימוש לרעה בהליך החוקתי; לשמור על עקרונות של צדק והוגנות, בעיקר כלפי המיעוט בחברה; וליצור אחדות וגיבוש.”<sup>91</sup>

כב' השופט הנדל הדגיש שם: ”ונכון להפנים: הליך החקיקה, ועל אחת כמה וכמה הליך כינון החוקה, איננו רק מפגש בין אינטרסים, או זירת סחר מכר בין כוחות פוליטיים שונים [...] על הרשות המכוננת לכבד את הנורמות שאותן היא יוצרת בכובעה זה, ולהבטיח כי שינויים בכללי המשחק שמתווה החוקה יבוצעו בהליך ראוי, תוך שקיפות ואחריותיות כלפי הציבור.”<sup>92</sup>

ואף כב' הנשיאה חיות פסקה לאחרונה:

”מוטב היה לו תיקונים לחוקי היסוד לא יקודמו בבהילות ובלוח זמנים מהיר [...] אל לנו לשכוח כי הוראות חוקי היסוד מעצבות את דמותה של החברה ואת שאיפותיה. הן קובעות את מסגרותיה הפוליטיות. הן מניחות את היסוד לערכיה החברתיים. הן קובעות את שאיפותיה, את מחויבותה ואת מגמותיה של החברה. הן נועדות לכוון התנהגות לתקופה ארוכה. הן קובעות את המסגרות לחקיקתם של חוקים ולהתנהלותו של הממשל. מכאן מתחייבת גישה המבוססת על מרב שיקול הדעת האפשרי בכינונם של חוקי יסוד או בתיקונם.”<sup>93</sup>

במשך שנים רבות נראה היה שגם בכנסת קיימת הסכמה על עקרונות אלו. כפי שציינה פרופ' רות גביון בניתוח של הדיונים בכנסת שקדמו להחלטת הררי בשנת 1950: ”כבר בכנסת הראשונה התעוררו ספקות לגבי סמכותה

<sup>90</sup> שם וראו גם: Richard Albert, *Time and Change in Constitutional Amendment*, in TIME, LAW AND CHANGE (Sofia Ranchordas & Yaniv Roznai, eds., Hart publishing, 2020).

<sup>91</sup> ראו עניין **חסון**, לעיל ה"ש 3, פס' 2 לפסק דינו של כב' השופט קרא; וכן ראו פס' 91 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות.  
<sup>92</sup> בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל**, פס' 5 לפסק דינו של כב' השופט הנדל (6.9.2017). (להלן: עניין **המרכז האקדמי**).

<sup>93</sup> עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 65, בפס' 45.

לקבל בהליך חקיקה רגיל ובמהלך של פוליטיקה רגילה חוקה מקיפה עליונה".<sup>94</sup> ומשעה שנקבע המסלול של חוקי יסוד לפי החלטת הררי, בתחילת הדרך, הקפידה הכנסת על הליך חוקתי ראוי לחקיקת חוקי יסוד: הליך ארוך ומוקפד, המתבסס על דיון מקיף ומעמיק, ועל הסכמה רחבה. כך, הליך חקיקתו של חוק יסוד-הכנסת (חוק היסוד הראשון שנחקק, בשנת 1958), נמשך כשלוש שנים, וכלל דיונים מקיפים רבים, שהסתיימו בהסכמה פה אחד – חוק היסוד התקבל ברוב של 96 תומכים וללא מתנגדים.

ואכן, היו שנים רבות בהן הכנסת פעלה בניסיון לממש את התפיסה לפיה שינויים חוקתיים (ובוודאי שינויים חוקתיים מרכזיים) מחייבים הליך מיוחד, ארוך ומוקפד שיבטיח הסכמה רחבה. כך למשל, חוק-יסוד: נשיא המדינה (שהליך חקיקתו ארך כשנה וחצי והתקבל בשנת 1964) וחוק יסוד: משק המדינה (שהליך חקיקתו נמשך כמעט שנתיים וחצי והתקבל בשנת 1975) הן שתי דוגמאות נוספות לחוקי יסוד שהתקבלו פה אחד.

מעניין במיוחד לציין את הליך חקיקתו של חוק יסוד: השפיטה, שאותו מתקן התיקון במקרה דנן. הליך חקיקתו של חוק יסוד: השפיטה, שהתקבל בשנת 1984, ארך כמעט שש שנים. הליך החקיקה התאפיין במודעות לחשיבות של הבטחת הסכמה רחבה. בעת הצגת הצעת החוק בפני המליאה בקריאה השנייה, ציינה יו"ר ועדת המשנה (חה"כ אלוני מהאופוזיציה): "אני מגישה את הצעת החוק ללא הסתייגויות, על דעת חברי הוועדה – עם כמה הערות, או הבעת אי-שביעות רצון ביחס לסעיף 1... אבל אני חושבת, שגם אם אנחנו חלוקים ביחס לסעיף 1, הרי הפרק כולו מובא על דעת כל חברי הוועדה ובהסכמת משרד המשפטים; ואם כך, הרי שהשגנו הישג חשוב מאוד." ואכן, לא רק בוועדה, אלא גם במליאה ביטא חוק היסוד קונצנזוס מקיר לקיר. כל סעיפי חוק היסוד התקבלו בקריאה השנייה פה אחד, ואילו בקריאה השלישית, התקבל חוק היסוד ללא מתנגדים ועם נמנע אחד.

דוגמא מובהקת נוספת לתפיסה בדבר הצורך בהליך ארוך וסדור ובהסכמה רחבה הייתה עבודתה של ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת ה-16 בראשות חה"כ מיכאל איתן (הליכוד), אשר הובילה מהלך לאמץ חוקה בהסכמה רחבה. כפי שהבהירה פרופ' גביזון, ששימשה יועצת לוועדה:

"על מנת שחוקה תוכל למלא את תפקידה הייחודי – יצירת מסגרת משותפת שתכיל את המחלוקות - היא זקוקה לגיטימציה מיוחדת. חוקה המכוננת לאחר רגע היסטורי משמעותי ורכשת לגיטימציה בקרב הציבור בהתבסס על אותה התפתחות היסטורית רבת משמעות... כאשר חוקה אינה מתקבלת לאחר רגע כזה, כמו במקרה של ישראל, הלגיטימציה המיוחדת של החוקה צריכה להתבסס על מקור אחר. מקור כזה יכול להיות תהליך של דיון רחב ועמוק שיבסס הסכמה אמיתית לגבי כללי המסגרת וערכיה המשותפים. ואכן מקובל לומר כי חוקה לישראל צריכה להתקבל 'בהסכמה' או ב'הסכמה רחבה'.<sup>95</sup>"

ואכן, הוועדה בראשות חה"כ איתן פעלה מתוך מטרה להכין הצעת חוקה בהסכמה רחבה, תוך שהיא שומעת ושוקלת גישות שונות ומגוונות. היא קיימה 87 ישיבות במהלך תקופה של קרוב לשלוש שנים. בדיונים השתתפו

<sup>94</sup> רות גביזון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 77 (1997).

<sup>95</sup> חוקה בהסכמה רחבה: דברי פתיחה – לקחים מהתהליך החוקתי בכנסת ה-16, רות גביזון, זמין [באור](#).

מאות משתתפים, נציגים ממגזרים רבים בחברה הישראלית, ובהם: יו"ר הכנסת וחברי הכנסת, יועצים משפטיים של הוועדה ושל הכנסת, מומחים מהאקדמיה, שופטים בהווה ובעבר מבית המשפט העליון וערכאות אחרות, משפטנים ומומחים ממשרדי ממשלה, מומחים של מכוני מחקר שונים, נציגי עשרות ארגונים ציבוריים ואזרחים מהשורה. כמו כן קיבלה ובחנה הוועדה מסמכים רבים, בהם ניירות עמדה, מאמרים, הצעות שונות וכן מסמכי רקע לדיונים שהתבקשו ביוזמת הוועדה. בפני הוועדה הוצגו דעות שונות ויו"ר הוועדה לא כפה את עמדתו. במקרים של מחלוקת על סוגיות שונות אף נמנע מלהכריע בדרך של הצבעה, וביכר לעיתים הצעה המשקפת חלופות לדיון ולא נוסח יחיד, במטרה לגבש הסכמה רחבה בסבבי דיונים נוספים.<sup>96</sup>

אפילו הליך חקיקתם של חוקי היסוד של זכויות האדם, שיש מי שמרבים לתקוף, נחקקו בהליך שביטא הבנה עמוקה בדבר הצורך להגיע להסכמות רחבות, ובוודאי שניתנה בו "אפשרות מעשית לגבש עמדה". אף שהליך חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא היה מושלם, חוקי יסוד אלו לא נחקקו בהליך בזק ולא בכפיית משמעת קואליציונית, כפי שנעשה במקרה דנן. חוקי יסוד אלה נחקקו בהליך חקיקה שארך למעלה משנה, ולמעשה היה תוצר של תהליך שנמשך שנים רבות, שהחל עם ההצעות לכינון חוק-יסוד: זכויות האדם. כפי שציין שר המשפטים דאז דן מרידור (הליכוד) בעת קבלת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא שיקף "מאבק, המתנהל שנים לחקיקת זכויות האדם".<sup>97</sup> למאבק זה היו שותפים רבים הן מהקואליציה הן מהאופוזיציה.

זאת ועוד: הליך חקיקת חוקי היסוד של זכויות האדם נחקק בתקופת ממשלת ימין, כהצעת חוק מהאופוזיציה שנתמכה עוד מתחילת הדרך על ידי ועדת שרים לענייני חקיקה על דעת הממשלה כולה.<sup>98</sup> הצעות החוק עברו בתנאים של חופש הצבעה, בזכות תמיכה של שר המשפטים מהליכוד ויו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט מהליכוד, של יו"ר המפד"ל ושל חברי כנסת נוספים ממפלגות אלו וממגוון מפלגות אחרות, לרבות כל סיעות האופוזיציה. הם נחקקו בהליך של בניית פשרות והסכמות שחצו קווים של ימין ושמאל ושל קואליציה ואופוזיציה, ושיקפו פשרות כואבות. נעשה מאמץ לקחת בחשבון גם את החששות והביקורת של המפלגות החרדיות בכנסת, וזאת למרות שלתומכי החוק הובטחה תמיכת רוב מחברי כנסת מסיעות הקואליציה והאופוזיציה. כותבת יהודית קרפ שליוותה את הליך החקיקה: בדברי חברי הכנסת "ניכרים יותר דברי חברי הכנסת, שהביעו את כאב החלקיות וההשלמה עם פשרה בשם 'קונצנזוס לאומי'".<sup>99</sup>

בעת ההצבעה על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אמר יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת דאז, ח"כ אוריאל לין מהליכוד: "החוק הזה הוכן בהבנה שעלינו ליצור הסכמה רחבה של כל סיעות הבית. היינו מודעים לכך, שאין אנו יכולים להעביר חוק-יסוד, שמעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם

<sup>96</sup> חוקה בהסכמה רחבה: דברי פתיחה – התהליך החוקתי, זמין [כאן](#).

<sup>97</sup> יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" **משפט וממשל** א 323, 326 (התשנ"ג) (להלן: קרפ "חוק יסוד").

<sup>98</sup> ועדת השרים לענייני חקיקה החליטה לתמוך בהצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (החלטה חק/642 מיום 10.4.1991). בעקבות ערר, החליטה הוועדה שוב, על דעת הממשלה, לתמוך בהצעת חוק-היסוד (החלטה חק/689 מיום 15.4.1991). ראו יהושע שופמן, "המהפכה החוקתית", **משרד המשפטים: מיזם שורשים במשפט**, 28.3.2019, זמין [כאן](#).

<sup>99</sup> קרפ "חוק יסוד", לעיל ה"ש 97, בעמ' 326.

לא נגיע להסכמה רחבה של כל סיעות הבית". ובהמשך הוסיף: "היו פה ויתורים מפליגים לעומת כל חוקה שמקובלת בעולם, כי רצינו להגיע לאותה הסכמה כללית שאכן הגענו אליה."<sup>100</sup> אף אם הנוכחות של חברי הכנסת בקריאה השנייה והשלישית לא הייתה אופטימלית, יש לציין כי בשנת 1994 הכנסת הכניסה תיקון משמעותי ביותר לחוק היסוד - סעיף 1 לחוק היסוד הקובע כי הזכויות בחוק היסוד יפורשו ברוח מגילת העצמאות. תיקון זה, שהיווה בפועל אישור של חוק היסוד, נתקבל ברוב של 67 חברי הכנסת ובהתנגדות של 9 חברי כנסת בלבד.<sup>101</sup> חוקי היסוד של זכויות האדם נחקקו אפוא מתוך הכרה בצורך בהסכמה רחבה ובהליך של דיאלוג ופשרות.

**הנה כי כן, מושכלות יסוד בתיאוריה החוקתית, בתיאוריה הדמוקרטית ובתורת החקיקה, אשר הוכרו גם בפסיקה ולאורך עשרות שנים גם בכנסת, קובעות כי למרות שעל פי הדין הפורמלי בישראל ניתן לחוקק חוקי יסוד בהליך חקיקה רגיל, שינויים חוקתיים משמעותיים מחייבים הליך התדיינות מעמיק והשתתפותי, המשקף הסכמה פוליטית וציבורית רחבה.**

#### 4.2. השחיקה בהליכי החקיקה של חוקי יסוד בכנסת

למרבה הצער, בעשורים האחרונים (וביתר שאת בעשור האחרון), הפער בין הנורמות הראויות לקבלת חוקי יסוד לבין התנהלות הכנסת בחקיקת חוקי יסוד רק הולך ומחמיר. מחקר שנערך לאחרונה גילה כי מאז שנחקק חוק יסוד: הכנסת ב-1958 ועד דצמבר 2022, נערכו בישראל 139 שינויים בחוקי היסוד - קצב ממוצע של 2.15 שינויים בשנה; וקצב זה זינק בשמונה השנים שקדמו לשנה הנוכחית (2014-2022) ל-4.75 שינויים בשנה.<sup>102</sup> בכנסת הנוכחית, הכנסת ה-25, הממוצע הוא כבר 7.5 שינויים חוקתיים בשנה (נכון ל-1.8.23) - הממוצע השני הכי גבוה אי פעם. לשם השוואה, הממוצע בגרמניה הוא 0.84 בשנה; באירלנד 0.44 בשנה; בצרפת ובאיטליה 0.21 בשנה; בפורטוגל, בפינלנד ובארה"ב 0.12-0.15 בשנה; וביוון, בספרד ובדנמרק בין 0 ל-0.08 שינויים בממוצע בשנה.<sup>103</sup>

---

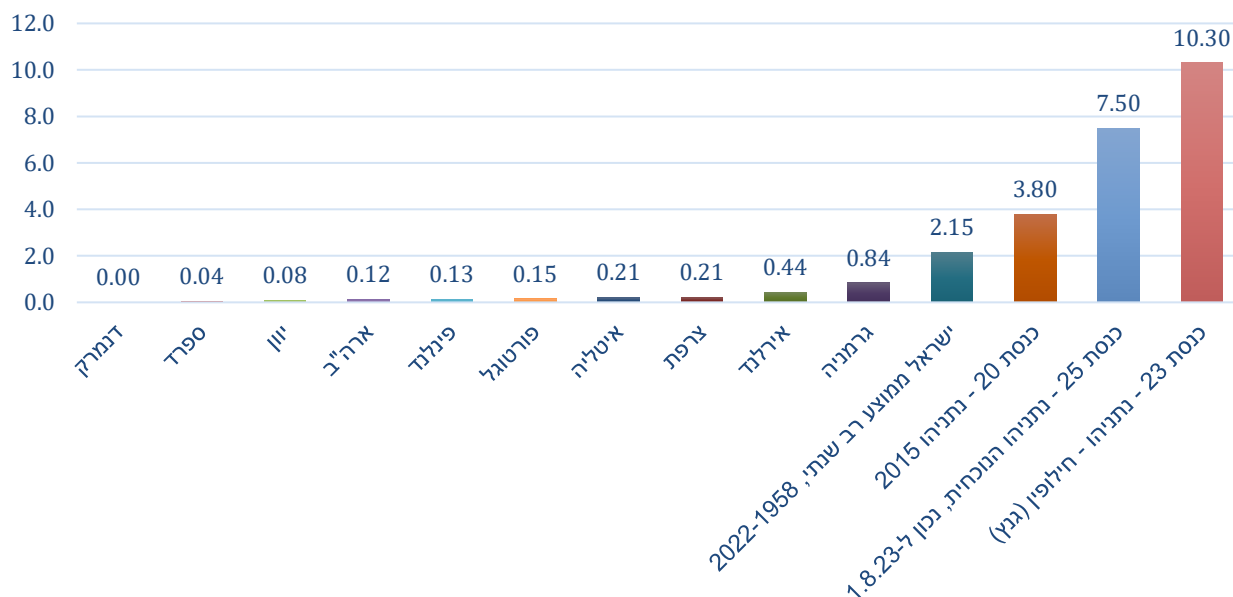
<sup>100</sup> שם, בעמ' 327, וראו גם אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" **משפט ואדם – משפט ועסקים** יד 79 (התשע"ב); אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה 339 (תש"ס); אוריאל לין "חוקי היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" **המשפט** ה 26 (2000). בסופו של דבר לא הייתה הסכמה של כל סיעות הבית, אך הייתה הסכמה של רוב הסיעות, לרבות נציגים מכל הסיעות הגדולות מהקואליציה ומהאופוזיציה, שמנו יחד כמעט 100 חברי כנסת.

<sup>101</sup> ראו רונית לוי-שנור "החלטת הררי הגיעה לקיצה" **ICON-S-IL Blog** (20.4.2023).

<sup>102</sup> תכלית – המכון למדיניות ישראלית "שינוי כללי המשחק בזמן המשחק – "פתולוגיה" ישראלית" (1.1.2023).

<sup>103</sup> שם. כן ראו עמיר פוקס "השינויים התכופים בחוקי היסוד" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 27.7.2023), זמין [כאן](#).

## מספר שינויים בחוקה/חוקי יסוד: ממוצע לשנה, מדינות שונות



תרשים 1: מספר שינויים בחוקה/חוקי יסוד: ממוצע לשנה, מדינות שונות. מקור הנתונים: מחקר מכון "תכלית"; מחקר המכון הישראלי לדמוקרטיה. עיבוד: גיא שחר.

מעבר לתכיפות השינויים החוקתיים, שכאמור הולכת ומחמירה, חלה גם החמרה בחקיקת יסוד שמשרתת שיקולים פוליטיים-קואליציוניים צרים ורגעיים של פוליטיקה יום-יומית, תוך שימוש בהליכים של פוליטיקה רגילה ויום-יומית, שספק אם היא ראויה אפילו לחקיקה רגילה. כך חלה שחיקה בהקפדה על עקרונות הליכיים ראויים בהליך חקיקתם של חוקי היסוד, אשר מתבטאת, בין היתר, בשימוש בהליכי חקיקה מזוירים ובהליכי חקיקה שנכפים על ידי הקואליציה ללא ניסיונות לגבש הסכמה פרלמנטרית או ציבורית רחבה.<sup>104</sup>

בית משפט נכבד זה ביקר תופעה זו פעמים רבות. עוד בעניין **סיעת חד"ש-תע"ל**,<sup>105</sup> נדון סיבוך פרשני שנגרם מתקלה בהליך חקיקתו של תיקון לחוק יסוד: הממשלה. באותה פרשה ציין כב' הנשיא ברק כי תקלה זו נבעה מכך שהתיקון התקבל בחופזה, בהליך חקיקה מזויר. כב' הנשיא ברק הוסיף ואמר: "האם כך ראוי הוא להכניס

<sup>104</sup> לדוגמאות שונות מהעבר ודיון ביקורתי עליהן ראו למשל אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי היסוד" משפט וממשל ב 443 (1994); בר-סימן טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 89, עמ' 695-697; עידו פורת "כיצד יש לחוקק חוק יסוד? הליך ומהות בחקיקת חוק הלאום וחוקי היסוד של זכויות האדם" ספר הפרשנות של חוק-יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי 163 (יובל שני וידידיה צ' שטרן, עורכים, 2023).

<sup>105</sup> בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685, 714 (2004).



שינויים מהותיים בהסדרים השלטוניים שלנו: חוק רגיל אין לקבל בחיפזון [...] בוודאי כך לעניין קבלתן של הוראות בחוק יסוד [...] יש להצטער על החיפזון שגרם לתקלה שבפנינו, ומשוכנעים אנו כי הלקחים נלמדו".<sup>106</sup>

אולם, הלקחים לא נלמדו, ותהליך הזילות של הליכי החקיקה של חוקי היסוד רק העמיק. וכך, בשנים האחרונות, בית המשפט הנכבד נאלץ לחזור ולהזכיר מושכלות ראשונים ולבקר נחרצות את אופן חקיקתם של חוקי היסוד בכנסת. כפי שהתריע כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין כי אין זה ראוי שתיקונים בעלי השלכות רחבות על המבנה החוקתי של המדינה והמארג השלטוני יעשו בלא דיון ציבורי מעמיק, "באופן המוביל לשחיקה מתמשכת במעמדם".<sup>107</sup> וכך, רק לאחרונה, בעת כהונתה של הכנסת הנוכחית, נאלצה כבר כב' הנשיאה חיות לשוב ולצטט מבג"ץ **סיעת חד"ש-תע"ל** ולהזכיר כי: "מוטב היה לו תיקונים לחוקי היסוד לא יקודמו בבהילות ובלוח זמנים מהיר".<sup>108</sup> למרבה הצער, הניסיון מלמד, שבהתראות אלו לא היה כדי להועיל.

הגיעה השעה שבית משפט זה יקבע ויאכוף נורמות – ולו מינימליות – לחקיקה חוקתית ראויה.

#### 4.3. תפקידה של הביקורת השיפוטית ביחס להליך חקיקת חוקי יסוד ותיקונם

אין חולק כי בעולם אידאלי, מן הראוי היה שהכנסת תכונן חוק-יסוד: חקיקה ותקבע הליכי חקיקה מיוחדים וראויים לקבלת חוקי יסוד. מעבר לדרישות הליכיות של רוב מיוחס, מספר קריאות, ומשך הליך החקיקה, ראוי כי הכנסת תקפיד על קיומו של הליך חקיקה דליברטיבי, השתתפותי וקונצנזואלי, המשקף הסכמה פוליטית וציבורית רחבה בקבלת נורמות חוקתיות. אולם, לטענתנו, במציאות הנוכחית, לבית המשפט תפקיד הכרחי בעידודה של הכנסת להקפיד לפחות על נורמות הליכות ראויות מינימליות בחקיקת חוקי יסוד ובבלימת הזילות הגובר בהליכי חקיקתם.<sup>109</sup>

אכן, בית משפט זה הכיר לא פעם בטיעון שלפיו "דווקא העדרה של חוקה שלמה, וקיומו של מצב חריג, כאשר נורמות חוקתיות בישראל נחקקות למעשה בהליך חקיקתי רגיל, בהעדר הפרדה מוסדית והליכית בין חקיקת הוראות חוקתיות לבין חקיקה רגילה, ולא בהליך נוקשה וייחודי של חקיקת חוקה או תיקונים לחוקה כמקובל בחוקות בעולם, מעלה את הצורך והחשיבות בקיומן של מגבלות על הפעלת הסמכות המכוננת, ובקיום ביקורת שיפוטית דווקא בשלב זה".<sup>110</sup> דברים אלו, שנאמרו כהצדקה לביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד, נכונים מקל וחומר כהצדקה לביקורת שיפוטית על הליך חקיקתם של חוקי היסוד.

הצורך המוגבר בקביעת אמות מידה מינימליות לחקיקה חוקתית על ידי בית המשפט אינו נובע רק מהיעדרם של חוקה נוקשה או חוק-יסוד: החקיקה. הוא נובע גם מכך שהניסיון הפרלמנטרי מחקיקת חוקי יסוד בשנים האחרונות מלמד שקיים כשל מובנה במערכת התמריצים של המחוקקים. לכאורה לכנסת אמור להיות תמריץ

<sup>106</sup> ש.ם.

<sup>107</sup> עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 92, פס' כה לחוות דעתו של כב' משנה לנשיאה רובינשטיין.

<sup>108</sup> עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 65, פס' 45 לחוות דעתה של כב' הנשיאה חיות.

<sup>109</sup> לדיון בתפקיד בית המשפט בחיזוק הכנסת מול הממשלה ראו איל בנבנשתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" **משפטים** לא 797, 813-817 (2001).

<sup>110</sup> עניין **חסון**, לעיל ה"ש 3, פס' 5 לפסק דינו של כב' השופט מוזז.

לכבד את הנורמות ההליכיות הבסיסיות שבחקיקת חוקי יסוד שכן הליך ראוי תורם לאיכות הנורמות שיתקבלו והליך שנתפס כהוגן מגביר את הכבוד לחוקי היסוד ואת הלגיטימציה הציבורית שלהם. אולם, בפועל, התמריצים הפוליטיים-צרים והקואליציוניים וצרכי השעה של הפוליטיקה היום-יומית יוצרים תמריצים לדרוס את הנורמות ההליכיות הראויות, אשר נתפסות כמכשול בדרך להגשמת היעד הפוליטי.<sup>111</sup> אף שהמציאות בהליכי חקיקת חוקי יסוד בישראל בשנים האחרונות עגומה במיוחד, תופעה זו מבטאת כשל בסיסי ואוניברסלי יותר ביכולת לסמוך על מנגנוני אכיפה פנים-פרלמנטריים בלבד. המחקר בתחום מלמד שקיים כשל אינהרנטי ביכולת של פרלמנטים לכוף על עצמם נורמות הליכיות בהליך החקיקה, וכשל זה מוחמר במדינות בהן הפרלמנט מקוטב, כפי שהפך להיות גם הפרלמנט הישראלי.<sup>112</sup> במדינות אחרות, כשל זה בא לידי ביטוי ביחס לשמירה על נורמות הליכיות בהליך החקיקה של חוקים רגילים ובפוליטיקה הרגילה, ואילו בישראל, בהיעדר ההפרדה הפורמלית בין הליך החקיקה החוקתי להליך החקיקה של חוקים רגילים, הכשל בא לידי ביטוי אף בחקיקת נורמות חוקתיות.

כשל זה החריף בשנים האחרונות גם לנוכח השימוש הנרחב במשמעת קואליציונית. לא זו בלבד שמשמעת קואליציונית בהליך חוקתי מונעת מחברי סיעות הקואליציה לייצג נאמנה את מגוון האינטרסים של בוחריהם, היא גם ככל הנראה מבטאת את עמדותיהם הערכיות של חלק מחברי הכנסת המרכיבים אותה בלבד. לו הייתה מבטאת נאמנה את עמדות כלל חברי הקואליציה לא היה בה צורך. הבטחת קולותיהם של חברי הקואליציה מבטיחה את המשך קיומה של הממשלה ומחלישה לרעה את הכנסת. היא בוודאי לא משקפת הסכמה רחבה ובכך חותרת תחת הלגיטימציה של ההליך החוקתי.<sup>113</sup>

בחסות המשמעת הקואליציונית אין לחברי הכנסת מטעם הקואליציה תמריץ או הצדקה לחתור להסכמות עם חברים מסיעות הקואליציה או האופוזיציה. הניתוח הכלכלי של ההליך החוקתי מלמד כי בהסכמים כאלה ניתנת עדיפות לעמדה של קבוצה אחת בתחום שחשוב לה במיוחד, בתמורה להעדפת האינטרסים של קבוצה אחרת בתחום אחר באופן שמבטיח את ייצוגן והגשמתן של השקפות עולם מגוונות ביחס להסדר החוקתי.<sup>114</sup> לבסוף, משמעת קואליציונית, ובפרט כזו שמטרתה להבטיח את המשך קיומה של קואליציה, נועדה לשרת את הטווח הקצר בניגוד למושכלות היסוד לפיהן הסדר חוקתי נועד לשמש לטווח הארוך. מכאן שהדרישה לכוף את ראשם של כלל חברי הקואליציה למשמעת קואליציונית בהליך חוקתי עומדת בסתירה לתכליות היסוד של הליך זה.

על רקע זה, ברי, כי לבית המשפט יש תפקיד הכרחי לאזן במעט את מערכת התמריצים לעבר כיבוד של נורמות הליכיות. המחקר בתחום מלמד שאכן לביקורת שיפוטית על ההליך יש פוטנציאל לעשות זאת ולהביא לטיוב

<sup>111</sup> לנסיבות הקונקרטריות של ניגוד עניינים בו מצוי ראש הממשלה, ראו בבציוק ומדינה "ביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 9.

<sup>112</sup> לניתוח מקיף של טענה זו ראו: Ittai Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, 52 WM. & MARY L. REV. 805 (2010).

<sup>113</sup> ראו אמנון רובינשטיין ויובל גבע "השימוש במשמעת פוליטית בעת כינון חוקי-יסוד" (25.3.2020) ICON-S-IL Blog.

<sup>114</sup> R. D. COOTER, *THE STRATEGIC CONSTITUTION* (Princeton, 2002).

הליך החקיקה.<sup>115</sup> רציונל זה לביקורת שיפוטית הליכית הוכר גם בפסיקתו של בית משפט נכבד זה. כך, עוד בעניין **סיעת "כך"**<sup>116</sup> נאמר כי "הכנסת [...] משמשת היא בפעולתה דוגמה לכל אזרחי המדינה ורשויותיה. כשם שדורשת היא מהם לכבד את חוקיה שלה, כן חייבת היא לדרוש מעצמה לכבד את חוקיה שלה. לשם כך דרושה ביקורת שיפוטית, שכן בלא דיין אין דין". ועל כך הוסיף כב' השופט סולברג בפרשת **קוונטינסקי**, "הביקורת השיפוטית עשויה להועיל גם ב'איתותים' או ב'אותות' כלפי המחוקק על מאפייני הליך החקיקה הראוי והנכון; לסייע לכנסת לשפר את הליכי החקיקה ולהקפיד על תקינותם באופן עצמאי".<sup>117</sup> וכפי שביקורת שיפוטית על הליך החקיקה יכולה להביא לשיפור הליכי החקיקה, ריסון יתר של בית המשפט עלול להביא לתוצאה ההפוכה. עמדה על כך כב' הנשיאה נאור בפרשת **קוונטינסקי**: "במקרים רבים הערנו על תקינות הליך החקיקה, אך נמנענו מהתערבות בחוק שהתקבל באותו הליך [...] ייתכן שמנהגנו זה יצר תחושה כי 'הכל מותר', ולא היא. עמדתי היא כי במקרה שלפנינו נחצו כל הקווים האדומים [...] לא הכל מותר בהליכי החקיקה [...] לפיכך התערבותנו בחקיקה במקרה דנן הינה מחויבת המציאות".<sup>118</sup>

כפי שראינו בתת-הפרק הקודם, עד כה, במקרים של ביקורת שיפוטית על הליך חקיקתם של חוקי יסוד, הסתפק בית המשפט בהערות חוזרות ונשנות. וכפי שראינו, בהערות אלו לא היה די, עד שבמקרה דנן נחצו קווים אדומים.

**לפיכך, אנו סבורים כי אין מנוס מכך שבית המשפט יתווה במקרה דנן את מאפייני הליך החקיקה החוקתי הראוי והנכון, כפי שעשה בית משפט זה בעבר ביחס לחוקים רגילים.**

#### 4.4. הצורך לעמוד על תקינות הליך החקיקה כדי למנוע את התדרדרות הדמוקרטיה - הניסיון ההשוואתי

נימוק נוסף לכך שעל כבוד בית המשפט לסייע לכנסת לשמור על תקינות הליך החקיקה, ובעיקר של חקיקה שמשנה נורמות חוקתיות ומשטריות, הוא ששמירה זו היא חשובה במיוחד לשם שמירה על דמוקרטיה מפני התדרדרות למשטרים סמכותניים בלתי ליברלים. **הניסיון ההשוואתי מלמד שקיים קשר ברור בין שימוש לרעה בהליכי החקיקה לבין התדרדרות דמוקרטיה.** כך למשל, מספר מחקרים על הונגריה הראו כיצד הקואליציה של Fidesz-KDNP השתמשה לרעה בהליכי החקיקה וחוקקה את החוקים שהובילו לשינויים המשטריים תוך הפרה סיטונאית של נורמות של הליכי חקיקה ראויים, כחלק אינטגרלי ואמצעי מרכזי, באסטרטגיה של ויקטור אורבן להפוך את הונגריה למדינה סמכותנית ואנטי-ליברלית.<sup>119</sup> תמונה דומה של שימוש לרעה בהליך החקיקה והפרת נורמות של חקיקה ראויה כאמצעים להעביר בפרלמנט שינויים משטריים

<sup>115</sup> להסבר מקיף כיצד ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה עושה זאת ראו Ittai Bar-Siman-Tov, *The Role of Courts in Improving the Legislative Process*, 3 THEORY PRACT. LEGIS. 295 (2015).

<sup>116</sup> בג"ץ 73/85 **סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד לט(3) 141, 157 (1985).

<sup>117</sup> עניין **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 56, פסי' 38 לפסק דינו של כב' השופט סולברג.

<sup>118</sup> שם, פסי' 5 לפסק דינה של כב' הנשיאה נאור.

<sup>119</sup> ראו למשל Viktor Zoltán Kazai, *The Misuse of the Legislative Process as Part of the Illiberal Toolkit. The Case of Hungary*, 9: 3 THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION 295 (2021), ומחקרים נוספים המצוטטים שם.

עולה גם ממספר מחקרים על פולין.<sup>120</sup> בהודו, מחקרים מראים כיצד מפלגת השלטון עשתה שימוש שאינו הוגן בהליכי החקיקה כדי להתעלם מן האופוזיציה בהליך מהיר ובלי דיון, או שימוש לרעה בהליך של תקציב זמני לשם העברת תקציב שנתי מלא חודשיים לפני בחירות.<sup>121</sup>

הונגריה ופולין הן רק שתי דוגמאות – מובהקות במיוחד – של תופעה רחבה יותר. לפני כשנתיים הקדיש כתב העת המוביל בעולם בתחום החקיקה, *The Theory and Practice of Legislation*, גיליון נושאי מיוחד לבחינת הקשר בין הליך החקיקה לבין תופעת ההתדרדרות למשטרים סמכותניים בלתי ליברלים. המחקרים בגיליון זה הראו שהניסיון מהמדינות שמייצגות את הדוגמאות המובהקות ביותר (כמו פולין והונגריה אך גם מדינות כמו אינדונזיה וטורקיה) מלמד שממשלות שמובילות מהלכים אוטוריטריים שמביאים לשינויים באופן המשטר עושות זאת לעיתים קרובות באמצעות טקטיקות דומות בהליך החקיקה. להליכי החקיקה במשטרים הללו יש כמה מאפיינים משותפים, כפי שמסכמים זאת היטב עורכי הגיליון:<sup>122</sup>

“Firstly, some states (in particular Hungary, Poland, and Indonesia) reveal a strong reliance on **pure majoritarian principle, the instrumental use of legislation, the increased use of accelerated legislative processes and omnibus legislation, disregard of compromised procedural and semi-procedural constitutional review of legislation.** At heart of this is an ideology that the Government knows best and that it should be the sole arbiter of the content of, and procedure for making, legislation. This does not reflect the traditional conception of checks and balances within the constitution, replacing it instead with the idea that electoral victory should lead to the right to govern without restriction....

Secondly, there is the reduction of the importance of the citizen in the legislative process. Instead of being an active participant, they are passive – legislation is done to them, rather than them being involved in its making. This is a paternalistic approach that the Government knows best and that the engagement of citizens in the legislative process is unhelpful. In Turkey,

---

<sup>120</sup> ראו למשל: Agnieszka Bień-Kacała, *Legislation in Illiberal Poland*, 9: 3 THE THEORY AND PRACTICE OF

LEGISLATION 276 (2021), ומחקרים נוספים המצוטטים שם.

<sup>121</sup> Tarunabh Khaitan, *Killing a Constitution with a Thousand Cuts: Executive Aggrandizement and Party*

*state Fusion in India*, 14(1) LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS 49 (2020).

<sup>122</sup> Tímea Drinóczi & Ronan Cormacain, *Introduction: illiberal tendencies in law-making*, 9: 3 THE THEORY

AND PRACTICE OF LEGISLATION 269 (2021).

this is literal paternalism with a reduction in gender equality. Consultations are not important, or are observed in name only.”

הארכנו בציטוט המאפיינים של הליכי חקיקה שמשמשים "חלק מארגז הכלים" של ממשלות עם שאיפות סמכותניות ומסייעות להן בהעברת החוקים שמביאים לשינוי המשטרי, מכיוון שנראה שכמעט כל המאפיינים הללו באו לידי ביטוי בהליך החקיקה של תיקון חוק היסוד במקרה שבפנינו: הסתמכות מוחלטת על הרוב הקואליציוני, שימוש בהליך חקיקה מזוהז, חוסר נכונות לפשרה, גישה פטרנליסטית לפיה הקואליציה (ויו"ר הוועדה בפרט) יודעת הכי טוב מה נכון ולכן השתתפות האופוזיציה, היועצים המשפטיים, מומחים ונציגי ציבור בדיון היא לשם הפרוטוקול בלבד, ללא נכונות אמיתית להקשיב ולהשתכנע.

הניסיון ההשוואתי (ובעיקר מהונגריה ופולין) מלמד עוד לקח חשוב, אשר יתחדד עוד במהלך הפרק הבא, והרלוונטי במיוחד לשאלת הביקורת השיפוטית על הליכי חקיקה: כשבית המשפט לא מקיים את חובתו להתערב במקרים בהם נפלו פגמים בהליך החקיקה ושל שימוש לרעה של הרוב הקואליציוני בהליכי החקיקה כדי להעביר חוקים אנטי-ליברלים, הדבר מסייע לממשלה לשנות את אופי המשטר עד שמגיעה נקודה שבה המשטר מצליח גם להשתלט על בית המשפט, ומאותו שלב, בית המשפט כבר לא מגן על קיומו של הליך חקיקה דמוקרטי ועל האופוזיציה.<sup>123</sup> על הלקחים מהניסיון ההשוואתי נעמוד גם בהמשך, בחלק של הטיעון המשפטי המהותי.

אשר על כן, אנו סבורים ששומה על בית המשפט להגן על הליך החקיקה הדמוקרטי ועל האופן הראוי לקבלת חוקי יסוד, ובכך יגן בסופו של דבר, גם על המשטר הדמוקרטי עצמו.

#### 4.5. סיכום

הליך החקיקה של חוקי יסוד אינו יכול להיות זהה להליך החקיקה של הפוליטיקה היום-יומית של חקיקת חוקים רגילים. הליך החקיקה של חוקי יסוד צריך להתאפיין בהליך איטי, שקול ודלברטיבי, אשר מאפשר דיון מוקפד, מושכל ומעמיק בכל היבטי הנורמה החוקתית והשלכות חקיקתה או תיקונה, בהתבסס על תשתית עובדתית מקיפה ושמיעת עמדות הייעוץ המשפטי ומומחים רלוונטיים נוספים; וכן בהליך שמבטיח השתתפות וייצוגיות נרחבות, שיתוף נרחב ומכיל של כל חלקי הציבור (או לפחות נבחריו), דיאלוג אמיתי, והסכמה רחבה. כפי שראינו, אלו הן מושכלות יסוד בתיאוריה החוקתית והדמוקרטית, בתורת החקיקה, במשפט המשווה, והן הוכרו כבר גם בישראל בפסיקה ובעבר גם בנוהג הפרלמנטרי.

אולם, למרבה הצער, בשנים האחרונות עקרונות הליכיים חיוניים אלו הלכו ונשחקו בחקיקת חוקי היסוד ובתיקונם. שחיקה זו באה לידי ביטוי מובהק בפרקטיקה המסתמנת עד כה בכנסת הנוכחית, וכן בחקיקתו של התיקון החוקתי דגן – פרקטיקות שאופייניות לממשלות שמובילות שינויים משטריים לעבר משטרים סמכותניים בלתי ליברלים.

<sup>123</sup> ראו Zoltán Kazai, לעיל ה"ש 119; Bień-Kacała, לעיל ה"ש 120.

הליך החקיקה בו עסקינן מוכיח זאת ביתר שאת. התיקון החוקתי דגן נחקק בהליך חפוז, בדיון בלתי מספק וללא תשתית עובדתית מספקת, ובכפיית כוחה של הקואליציה, משל היה מדובר בחקיקת חוק הסדרים. לכך הצטרפו פגיעה ביכולתם של חברי הכנסת להשתתף בהליך באופן משמעותי, לגבש עמדה מהותית, לשכנע ולהשפיע על תוכן התיקון, תוך יחס לעומתי אל חברי הוועדה שביקשו מידע או חלקו על עמדת היו"ר, ערעור מעמדו של הייעוץ המשפטי, חוסר מוכנות לשמוע דעות אחרות, וניצול לרעה של יו"ר הוועדה את סמכויותיו ומעמדו. במקום ניסיון אמיתי להגיע להסכמות רחבות, התיקון לחוק היסוד נחקק תוך כפיית רצון יו"ר הוועדה והרוב הקואליציוני אל מול אי-הסכמה פרלמנטרית וציבורית עזה. כל אלו עומדים בסתירה חזיתית לדרישות ההליכיות הראויות בגיבוש נורמה חוקתית בישראל.

אכן, הכשלון רב-השנים בחקיקת חוק יסוד: החקיקה מנוצל כעת לרעה. עד כה, במקרים קודמים, בית המשפט הסתפק רק בלהתריע ובלהפציר בכנסת להתייחס לחקיקת חוקי היסוד בכבוד הנדרש. כעת נעשה ברור שבית המשפט חייב למלא את התפקיד המרסן שהכנסת מסרבת לקחת על עצמה.

לפיכך, אנו סבורים כי המקרה הנוכחי הוא המקרה הראוי עבור בית המשפט להתוות את מאפייני הליך החקיקה הראוי והנכון לחקיקת חוקי יסוד. אף אם ימצא בית המשפט כי אין זה המקרה להתוויה מלאה של מאפיינים אלו, בענייננו, לכל הפחות, מקרה זה דורש קביעה בשני נושאים ספציפיים כאשר מדובר בחקיקה (או בתיקון משמעותי) של חוקי יסוד: הקפדה ביתר שאת על עקרון ההשתתפות וכן על קיומו של דיון כדבעי, תוך הגדרת רף מוגבר לעומת הרף המקל שנקבע עבור חוקים רגילים בהלכות מגדלי העופות וקוונטינסקי.

## 5. הצורך בפיתוח מבחן נפרד ומחמיר יותר להצעת חוק ובפרט הצעת חוק יסוד מטעם ועדה

### 5.1. פתח דבר

כפי שפורט לעיל, הכללים בדבר ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה נקבעו עד היום בעיקר בהקשר של הצעות חוק ממשלתיות או פרטיות. במקרה דגן, נעשה שימוש במסלול אחר ונדיר יחסית: הצעת חוק מטעם ועדה. כיוון שהשימוש במסלול זה נעשה עד היום במשורה, לא פותחו לגביו דיני חקיקה מספיקים ולא נקבעו אמות מידה לביקורת שיפוטית. בחלק זה נטען כי הצעות חוק מטעם ועדה כפופות לדרישות הליכיות נוספות על אלו שנדרשות מהליך החקיקה הרגיל, ובכלל זה הן נדרשות לעמוד בשני עקרונות משלימים: **עקרון הקולגיאליות** ו**עקרון ההליך היסודי**. הדרישות המחמירות לגבי הליך של הצעת חוק מטעם ועדה בשילוב הטיעון בחלק הקודם אודות הליך חקיקת חוקי יסוד מלמד כי הליך חקיקה של חוק יסוד **מטעם ועדה מציב רף גבוה ומחמיר יותר** ביחס להליך (זהו מבחן מצטבר בהשוואה למבחן המחייב את כל אחד מההליכים האלו בנפרד). כלומר, הליך הכנה של חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד מטעם ועדה נדרש לעמוד במבחן משולב ומחמיר, הכולל גם את הדרישה המוקפדת יותר לקיום מבחן ההשתתפות והדיון כדבעי וגם עמידה בעקרון הקולגיאליות ועקרון ההליך היסודי.

מהלך הטיעון בחלק זה מוקדש ל**פרשנותו** של סעיף 80(א) לתקנון מכוחו יכולות שלוש ועדות: ועדת הכנסת, ועדת חוקה, חוק ומשפט והוועדה לענייני ביקורת המדינה, ליזום ולהכין הצעות חוק בתחום ענייניהן. **בשלב ראשון, נעמוד על לשון הסעיף וההיסטוריה החקיקתית שלו**. כפי שנראה, מקורו של הסעיף בהחלטת הררי והוא קשור קשר הדוק לניסיון לעצב הליך ייחודי המשמש את הכנסת כגוף קולגיאלי לצורך חקיקת חוקי היסוד

ותיקונם. **בשלב שני, נעמוד על תכלית החקיקה.** מסלול הצעת חוק מטעם ועדה הוא מסלול ייחודי שנועד לחזק את הכנסת אל מול הממשלה בכל הנוגע לחקיקתם של חוקי יסוד. משכך, הייזום וההכנה של הצעת החוק מטעם ועדה צריכה לעמוד בשתי דרישות הליכיות בסיסיות: הראשונה, הליך החקיקה צריך להיעשות באופן קולגיאלי ובהסכמה בין גושית (bipartisanship) (להלן - "עקרון הקולגיאליות"). השנייה, הליך הייזום וההכנה של הצעת החוק צריך להיות מעמיק ויסודי באופן המשקף את היעדרם של שלבי ההכנה הנדרשים בהצעות חוק ממשלתית ופרטית (להלן - "עקרון ההליך היסודי"), אשר חשיבותו מתעצמת בפרט כאשר המדובר בחקיקה במדרג הנורמטיבי הגבוה ביותר. **בשלב השלישי, נעמוד על הנוהג והנוהל המקובלים ביחס להליך חקיקה מטעם ועדה.** פרשנותו של סעיף 80(א) לתקנון כמסלול חקיקת חוקי יסוד ותיקונם מבוססת גם על הנוהג והנוהל שהתפתחו בעבודת הכנסת הן ביחס לחוקי יסוד והן ביחס לחקיקה רגילה שניזומה והוכנה על ידי ועדת החוקה לאורך השנים. בחינה של האופן שבו נוהל הליך החקיקה במסלול של הצעת חוק מטעם ועדה מאז קום המדינה מלמד כי ברוב המקרים נשמרו עקרון הקולגיאליות ועקרון ההליך היסודי. העובדה כי כללים אלו נשמרו גם בהליכי חקיקה רגילים מחזקת את הטענה כי מדובר בכללים הנוגעים לטיבו של ההליך ולא רק למדרג הנורמטיבי של החקיקה (העובדה כי מדובר בחוקי יסוד). נדגיש, עם זאת, שרוב הדיון שלנו יעסוק בהליך חקיקת **חוק יסוד** מטעם ועדה כי זה ההליך נשוא העתירה. **לבסוף,** לאחר הבחינה הפרשנית בדבר משמעות הוראותיו של סעיף 80(א) לתקנון **נפנה לבחון את המידה שבה הליך החקיקה במקרה דנן במסלול של הצעת חוק מטעם ועדה עמד בדרישות ההליכיות.** נראה כי במקרה שלפנינו, הן הליך ה"ייזום" והן הליך ה"הכנה" של הצעת החוק מטעם ועדה בעניין ביטול עילת חוסר הסבירות הפרו באופן בוטה וחוסר תקדים את עקרון הקולגיאליות ועקרון ההליך היסודי המחייבים הליך זה.

## 5.2. כללי: הצעת חוק מטעם ועדה

סעיף 74(ב) לתקנון קובע שהצעת חוק בעניינים מסוימים יכולה להיות מוגשת "על ידי ועדה של הכנסת". סעיף 80(א) לתקנון מגדיר את התחומים בהם ניתן להגיש הצעת חוק מטעם ועדה, ואת הוועדות שרשאיות להשתמש בכלי זה:

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

הצעת חוק מטעם ועדה נבדלת משתי הדרכים האחרות להגשת הצעת חוק בכנסת: הצעת חוק ממשלתית והצעת חוק פרטית. הצעת חוק ממשלתית מנוסחת במשרדי הממשלה, עוברת הליך תיאום וטיוב ושיתוף ציבור בהובלת מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, מאושרת על ידי הממשלה (בדרך כלל באמצעות ועדת השרים לחקיקה), ורק אז מוגשת לקריאה ראשונה בכנסת. הצעת חוק פרטית מנוסחת על ידי חבר כנסת או קבוצת חברי כנסת, עוברת בדיקה של הייעוץ המשפטי לכנסת, מובאת לאישור של נשיאות הכנסת (סעיף 75(ה) לתקנון), כפופה לתקופת המתנה בה היא נדונה בוועדת השרים לחקיקה לגיבוש עמדת הממשלה, בליווי מקצועי של

מחלקת ייעוץ וחקיקה של משרד המשפטים, עוברת קריאה טרומית בדיון מוקדם במליאת הכנסת, לאחר מכן הכנה על ידי ועדה, ורק אז מוגשת לקריאה ראשונה בכנסת.<sup>124</sup>

**לעומת שני מסלולי חקיקה מורכבים אלה, הכוללים מעורבות של שחקנים מגוונים, שורה של תחנות ושערי וטו, המוסדרים הן בתקנון והן בנהלי הכנסת ובנהלי עבודת הממשלה, הצעת חוק מטעם ועדה הוסדרה פורמלית אך בסעיף 80 לתקנון. כמו כן, השימוש בהצעת חוק מטעם ועדה היה מועט מאד בהשוואה למסלולי החקיקה האחרים והיא לא זכתה עד כה לדיון מעמיק בפסיקת בית המשפט הנכבד.**

אולם, ההתייחסות המצומצמת למסלול הצעת חוק מטעם ועדה בתקנון, מיעוט השימוש בו או היעדרו של עיסוק פרשני נרחב ביחס אליו **לא מקנים ליו"ר הוועדה הרשאה לנהל את ההליך הזה כראות עיניו וללא מגבלות**. כפי שקבע בית המשפט הנכבד, כאשר ניתנת לגוף כלשהו סמכות ולא נקבעו בצדה סדרי דין, מוסמך אותו הגוף לקבוע את סדרי הדין החלים עליו. אולם בקביעת סדרי הדין על הגוף המוסמך להביא בחשבון את הערכים, העקרונות והאינטרסים הנובעים מהגיונו של ההליך וממטרותיו, אשר יש להתחשב בהם בעת הפעלת הסמכות.<sup>125</sup> על מנת לעמוד על ה"עקרונות והאינטרסים הנובעים מהגיונו של ההליך וממטרותיו אשר יש להתחשב בהם בעת הפעלת הסמכות" של ועדה ליזום ולהכין הצעת חוק, נבחן את לשון הסעיף המסמך, את ההיסטוריה החקיקתית ואת תכלית החקיקה. בנוסף נבחן את הפרקטיקה הנהוגה בכנסת ביחס להצעות חוק מטעם ועדה, היינו האופן שבו הכנסת עצמה פירשה את סמכותה.

להלן נטען כי בחינה פרשנית של הסעיף התקנוני המסמך את ועדת חוקה חוק ומשפט, כאורגן של הכנסת, ליזום חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד, שהינו פרק מפרקי החוקה בהתהוות, ולהכין אותו לקריאה ראשונה, מלמדת כי לוועדה סמכות גם ליזום וגם להכין הצעות חוק. שתי הסמכויות הללו נדרשות לעמוד בשתי דרישות פרוצדורליות בסיסיות: האחת, על הייזום וההכנה של הצעת החוק להיעשות באופן קולגיאלני ובהסכמה בין גושית (bipartisanship) (עקרון הקולגיאליות). השנייה, הליך הייזום וההכנה של הצעת החוק צריך להיות מעמיק ויסודי באופן המשקף הן את העובדה שמדובר בחקיקה במדרג הנורמטיבי הגבוה ביותר, והן את היעדרם של שלבי ההכנה הנדרשים בהצעות חוק ממשלתית ופרטית (עקרון ההליך היסודי).

### 5.3. פרשנות סעיף 80(א) לתקנון הכנסת

#### 5.3.1. משמעותו הלשונית של סעיף 80(א) לתקנון

במישור הלשוני, תקנון הכנסת קובע שוועדת הכנסת, ועדת החוקה חוק ומשפט והוועדה לענייני ביקורת המדינה רשאיות "ליזום" הצעות חוק (בתחומים המוגדרים בתקנון), "להכין", ואז להניח אותן על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה. כלומר, להבדיל מהצעת חוק ממשלתית ומהצעת חוק פרטית, הליכי הייזום של הצעת חוק מטעם ועדה והכנתה לקראת קריאה ראשונה נעשים על ידי הוועדה עצמה בלא שקיימת חובה לערב גורמים חיצוניים לכנסת, כגון הממשלה או היועצת המשפטית לממשלה.

<sup>124</sup> בעניין זה ראו מסמך הלשכה המשפטית בכנסת "הליך החקיקה" (ספטמבר 2016), זמין [באן](#).

<sup>125</sup> ראו בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491 (1992).



רקע כללי

מקורו של ההסדר המעניק לוועדת חוקה סמכות ליזום ולהכין חוקי יסוד, שעוגן בשנת 2011 בתקנון בסעיף 80, הוא ב"החלטת הררי" מ-13.6.1950. בהחלטה זו הטילה הכנסת הראשונה על ועדת החוקה "להכין הצעת חוקה" שתהיה "בנויה פרקים פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו". ראוי בהקשר זה להדגיש שעל פי החלטת הררי לוועדת החוקה סמכות ייחודית בהכנת פרקי חוקה ומתן סמכות זו בידיה היא ההליך היחיד המוזכר בהחלטה ביחס לדרך גיבוש פרקי החוקה בישראל.

דיונים סביב הצעת חוק-יסוד : החקיקה (1975, 1978)

לאחר החלטת הררי, נדונה סמכות הוועדה ליזום ולהכין הצעות חוק במסגרת הדיונים על הצעת חוק-יסוד : החקיקה שהתפרסמה לראשונה בשנת 1975, במהלך הכנסת השמינית, ופעם נוספת בשנת 1978, במהלך הכנסת התשיעית, אך בשתי הפעמים לא הבשיל הליך החקיקה.<sup>126</sup> הצעת חוק-יסוד : החקיקה ביקשה להסדיר את הליכי החקיקה ולקבוע תנאים מיוחדים, ומכבידים יותר מאשר חקיקה רגילה, על חקיקתם של חוקי יסוד.

לעניין הסמכות ליזום חקיקה מטעם ועדה, הוצע לקבוע כי "הרשות להגיש הצעת חוק נתונה לממשלה ולכל חבר הכנסת" (סעיף 2(א) להצעת החוק מ-1978). ואילו בסעיף 2(ב) להצעה זו נכתב כי "חוק-יסוד וחוק שעניינו הכנסת, חברי הכנסת או מבקר המדינה יכול שיוצע גם מטעם ועדה של הכנסת שהוסמכה לכך בתקנון הכנסת". צבי ענבר, ששימש כיועץ המשפטי של הכנסת אותה העת, הסביר מאוחר יותר שסעיף 2(ב) להצעת חוק זו שיקף את הנוהג שהיה קיים בכנסת עובר להצעה.<sup>127</sup>

על פי דברי ההסבר להצעת חוק-יסוד : החקיקה משנת 1978 :

"יוזמת החקיקה הבסיסית תהיה בידי הממשלה ובידי כל אחד מחברי הכנסת. הרשות להציע חוקים נתונה להם מכוח חוק היסוד עצמו ללא צורך בהסמכה נוספת וללא סייג של נושאים".

זהו הכלל. עם זאת, הסמכות ליזום חקיקה בתחומי ענייניהן של הוועדות, ובכלל זה חוקי יסוד, הוענקה בנוסף גם לוועדה של הכנסת שתוסמך לכך בתקנון. דברי ההסבר מדגישים כי :

"יוזמת החקיקה של ועדות הכנסת היא מוגבלת, הן בסוג החוקים והנושאים שהן רשאיות להציע והן מפני הצורך בהסמכה מיוחדת בתקנון הכנסת."

<sup>126</sup> נוסח הצעת חוק-יסוד : החקיקה מהכנסת השמינית (מ/1221) (פורסמה ביום 7.12.1975) זמין כאן. נוסח הצעת חוק-יסוד : החקיקה מהכנסת התשיעית (מ/1364) (פורסמה ביום 1.8.1978) זמין כאן.

<sup>127</sup> פרוטוקול הישיבה בוועדת החוקה מיום 17.11.1980 זמין כאן.

מן הדיונים שהתנהלו בכנסת במהלך הדיון בהצעת חוק-יסוד: החקיקה שקדמה להצעה דלעיל, היינו זו שהוצעה בשנת 1975, עולה בבירור כי **הסמכתן של ועדות הכנסת ליזום חקיקה, בתחומים מוגדרים, נועדה לחזק את הכנסת, כרשות המחוקקת, אל מול הממשלה**. כך למשל אמר ח"כ יורם ארידור (גח"ל):

"אין להסתפק במילים 'הכנסת היא הרשות המחוקקת'. אם הכנסת היא הרשות המחוקקת, היא צריכה להיות הרשות המחוקקת גם בהליכי החקיקה וגם ביוזמת החקיקה, לא פחות מהממשלה"<sup>128</sup>.

ח"כ משה נסים (גח"ל) הוסיף:

"לדעתי, ועדה של הכנסת אינה נופלת מן הממשלה מבחינת היכולת להגיש הצעת חוק למליאת הכנסת. ויש לקבוע את זה בחוק-יסוד."

בעוד הצעת חוק-יסוד: החקיקה היתה מונחת על שולחנה של הכנסת התשיעית, התכנסה ועדת הכנסת ביום 17.11.1980 לדיון בנושא "סמכות ועדת הכנסת ליזום חקיקה ודיון בנושאים שלא הועברו אליהן ממליאת הכנסת" (להלן – **דיון ועדת הכנסת משנת 1980**).<sup>129</sup> בשלב זה סברו חברי הוועדה, היועצים המשפטיים ושר המשפטים שהופיע לדיונים כי החלטתם בנושא תשמש הסדרה חלקית וזמנית של סמכותן של ועדות הכנסת ליזום הצעות חקיקה עד לשילובה במסגרת ההסדר הכולל והשלם בחוק-יסוד: החקיקה.

בדיון ועדת הכנסת משנת 1980 הודגשה חריגותה של הצעת החוק מטעם ועדה, כמו גם העובדה שמסלול חקיקה זה אינו מוסדר כיאות, בחוק או בתקנון, ורב הנסתר בו על הנגלה. היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד צבי ענבר, פתח ואמר:

"בדברי ההסבר להצעת החוק [חוק-יסוד: החקיקה] נאמר: 'יוזמת החקיקה של ועדות הכנסת היא מוגבלת, הן בסוג החוקים והנושאים שהן רשאיות להציע והן מפני הצורך בהסמכה מיוחדת בתקנון הכנסת. מבחר הנושאים המפורטים בהוראה זו הוא לפי הנוהג שהתפתח בענין זה ללא מסגרת חוקית'. זה נוהג שגם הממשלה מציעה לתת לו גושפנקא".

על כך השיב שר המשפטים דאז, משה נסים:

"לא היה שום דבר בתקנון בהקשר זה, וכן לא הייתה החלטה מחייבת בנושא. היה נוהג מסוים. בעניין חוקי יסוד קיבלה הכנסת הראשונה את ההחלטה הקרויה החלטת הררי לפיה ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת תהיה מוסמכת להגיש חוקים וכו'. פרט לכך לא היו החלטות בנושא אלא חיינו מהיד לפה. לאחר מלחמת

<sup>128</sup> פרוטוקול ישיבת המליאה בדיון בהצעה לקריאה ראשונה, מיום 17.2.1976, עמ' 1708, 1711 זמין [באן](#).

<sup>129</sup> פרוטוקול ישיבת ועדת הכנסת, מיום 17.11.1980, עמ' 8, זמין [באן](#).

יום הכיפורים היה צורך להכניס תיקונים בהקשר דומה והדבר היה דחוף; אז בכל זאת העברנו החלטה לראות בהצעה כהצעה לקריאה ראשונה".

במהלך הדיונים העלו חברי ועדת הכנסת חששות בדבר האפשרות שהסמכות ליזום הצעות חקיקה תנוצל לרעה. כך למשל ח"כ לין סבר כי יש להבדיל באופן ברור בין היוזמה לחקיקה באמצעות ועדה מוועדות הכנסת לבין היוזמה לקיים דיונים לצורך מסקנות, וכך ציין: "אני מציע להוריד את נושא החקיקה על הסף". ח"כ אשל הסכימה איתו והוסיפה: "אני חושבת שחקיקה שלא בדרך של הנחת חוק כמקובל אינה כסדרה אם היא באה דרך ועדה. יש נוהלים ביחס להצעת חוק פרטית של יחיד או של קבוצה ואני לא חושבת שצריך לקבוע הליכי חקיקה חדשים שבאים באמצעות הוועדה".<sup>130</sup>

חרף ההסתייגויות האמורות, החליטה ועדת הכנסת בישיבה נוספת שקיימה בנושא ביום 24.11.1980 לאשר את ההחלטה המאפשרת לוועדות הכנסת ליזום חקיקה בנושאים מוגדרים: "ועדות הכנסת רשאיות ליזום חוקים בנושאים הבאים: חוקי יסוד וחוקים שעניינם הכנסת, בחירות לכנסת, חברי-הכנסת או מבקר המדינה", ואלה "יוגשו לכנסת לקריאה ראשונה" (להלן - **החלטת ועדת הכנסת משנת 1980**).<sup>131</sup> בהמשך קבע בית המשפט העליון כי יוזמת חוקים בהליך זה מצויה בסמכות הוועדה.<sup>132</sup>

כאמור לעיל, בשלב זה היה ברור לכל כי ההסדר המוצע הוא זמני וחלקי עד אשר יאומץ חוק-יסוד: החקיקה. השר נסים אף טרח והדגיש בסופו של הדיון בוועדה מיום 17.11.1980 כי:

"אם ועדת הכנסת רוצה לקבל החלטה בנושא לא אתנגד לכך אולם אני מציע שזה ייעשה במסגרת התקנון, כי אין טעם לכך בשעה שמונחת עתה הצעת חוק-יסוד: החקיקה והוא יסדיר את הנושא בדרגה הקונסטיטוציונית הגבוהה ביותר".

זו כנראה הסיבה לכך שהחלטתה של ועדת הכנסת לא נעשתה במסגרת תיקון לתקנון הכנסת אלא הוכנסה **לתקנון ככוכבית** שהפנתה להחלטת ועדת הכנסת. כידוע, הליך חקיקת חוק יסוד: החקיקה לא הבשיל והחלטה זו היוותה את מקור סמכותן של ועדות הכנסת ליזום ולהכין הצעות חוק עד עיגונה בתקנון בשנת 2011.

#### *תיקון תקנון הכנסת בשנת 2011*

עד לרגע כתיבת חוות דעת זו, לא עבר חוק-יסוד: החקיקה בכנסת וסמכותן של ועדות הכנסת ליזום הצעות חקיקה הושארה ללא הסדרה ראויה גם במהלך שלושים השנים לאחר החלטת ועדת הכנסת משנת 1980. ההחלטה, שנועדה לשמש "גשר" זמני עד להשלמת הליך חקיקת חוק יסוד: החקיקה המשיכה להוות, כאמור, בסיס לסמכותן של ועדות הכנסת ליזום ולהכין הצעות חוק מטעמן, וזאת מכוחו של "נוהג", כאמור בסעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת. בשנת 2009 החלה ועדת הכנסת לערוך דיונים בתיקונים מקיפים בתקנון הכנסת, אשר

<sup>130</sup> שם, בעמ' 6.

<sup>131</sup> פרוטוקול מס' 281 מישיבת ועדת הכנסת מיום 24.11.1980, זמין כאן.

<sup>132</sup> צבי ענבר "הליכי החקיקה בכנסת" המשפט א 91, 93 (התשנ"ג); בג"ץ 410/91 בלום נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מו(2) 201, 206-207 (1992).

בסופם אושר במליאה תקנון כנסת מתוקן בשנת 2011.<sup>133</sup> במהלך בחינת התיקונים נערכו בוועדה דיונים גם ביחס להצעות חוק מטעם ועדה.

כמו בעבר, החשש כי המסלול של הצעת החוק מטעם ועדה ינוצל לרעה ליווה גם את הדיונים לקראת תיקון תקנון הכנסת. עו"ד איל זנדברג, נציג משרד המשפטים, **הזהיר כי ליושבי ראש של ועדות ניתן בתקנון הכנסת כוח כמעט בלתי מוגבל**.<sup>134</sup> בהמשך הוסיף כי חשוב לזכור שהמסלול של הצעת חוק מטעם ועדה, שבמסגרתו ההצעה אינה מחויבת לעבור את השלבים המקדימים שקיימים בהצעות חוק פרטיות וממשלתיות, **"יכול להיות מנוצל לרעה" על ידי יושבי-ראש ועדות**.<sup>135</sup>

חרף החששות האמורים סברו חברי ועדת הכנסת שיש לעגן בתקנון את הנוהג שהיה קיים עד אז של הצעת חוק מטעם ועדה. ההצדקה המרכזית שנתנו חברי הוועדה לכך שיש להעניק לכנסת סמכות ליזום הצעות חקיקה היא **חיזוק הכנסת אל מול הממשלה**. במילותיו של עו"ד זנדברג, השאיפה היתה לתת לכנסת "איזשהו יתרון [...] כדי קצת לגרוע מהכוח שיש לממשלה ליזום דברים".<sup>136</sup>

לאורך הדיונים הודגש כי ההליך צריך להיעשות בהובלת הכנסת וללא כפיפות לממשלה, ולכן ניסיונות לערב את הממשלה בהליך החקיקה באופן מובנה – נדחו על ידי חברי הוועדה.<sup>137</sup> התחליף למעורבות הממשלה, וההצדקה ל"דילוג" על השלבים המקדימים שבהם מחויבות הצעות חוק פרטיות וממשלתיות, היא המומחיות המיוחדת של הוועדה והמשאבים המקצועיים העומדים לרשותה<sup>138</sup> - קרי, הייעוץ המשפטי לוועדה והמומחיות שמפתחים חבריה בנושאי עבודתה. חשוב להדגיש כי הדעה השלטת בוועדה שהכינה את הנוסח החדש של תקנון הכנסת הייתה כי **הצעת החוק מטעם ועדה היא "הליך חריג", שהשימוש בו צריך להיות זהיר**.<sup>139</sup>

מן ההיסטוריה החקיקתית עולה בבירור כי המסלול של הצעת חוק מטעם ועדה נועד לחזק את עצמאותה של הכנסת, כרשות מחוקקת ומכוננת, אל מול הממשלה. הסמכות שניתנה לוועדת חוקה ליזום חקיקה וחוקי יסוד קשורה קשר הדוק לתפקידה הייחודי של ועדה זו, כאורגן של הכנסת בכובעה כרשות המכוננת, לפי החלטת הררי, ולמומחיותה המיוחדת של הוועדה והמשאבים העומדים לרשותה, שהמרכזי שבהם הוא הייעוץ המשפטי הצמוד שניתן לה. חברי הכנסת העלו לאורך השנים את החשש מפני ניצול לרעה של מתן הסמכות לוועדה ליזום הצעות חוק ולהכין במסלול ייחודי, הפטור מן השלבים המקדימים ומשערי הווטו שקיימים בהצעות חוק פרטיות וממשלתיות.

<sup>133</sup> תיקון 117 לתקנון הכנסת, י"פ 6285 עמ' 6142 מיום 22.8.2011. לעניין זה ראו: נועה קברטץ אברהם "סיפורו ההיסטורי של תקנון הכנסת: גורמים מעצבים והשלכות משטריות" חוקים יב 9 (2018).

<sup>134</sup> פרוטוקול ועדת הכנסת מיום 1.3.2011, עמ' 35, זמין כאן.

<sup>135</sup> שם, בעמ' 60.

<sup>136</sup> שם.

<sup>137</sup> שם, בעמ' 61.

<sup>138</sup> שם, בעמ' 56.

<sup>139</sup> שם, במ' 56.

הסיבות לכך שלא נקבעו מגבלות פורמליות הן, ככל הנראה: (א) עד לכנסת העשירית ההנחה של כל מי שלקח חלק בדיונים הייתה שסמכות הוועדה תהווה חלק ממארג כולל של הסדרים, שייקבעו בחוק-יסוד: החקיקה, אשר יחולו על כלל הליכי החקיקה, ויכילו איזונים ובלמים (כגון הדרישה שחוק יסוד יעבור ברוב מיוחס) אשר ינטרלו, בין היתר, את החשש האמור. גם לאחר הכנסות השמינית והתשיעית, נמשכו הנסיונות להעביר את הצעת חוק-יסוד: החקיקה ולכונן הסדר חוקתי כולל, שהיה אמור לכלול התייחסות מפורטת להליכי חקיקת חוקי יסוד ותיקונם בכלל, ולמסלול של הצעת חוק מטעם ועדה בפרט. (ב) עד לכנסת העשרים, השימוש שנעשה במסלול של הצעת חוק יסוד מטעם ועדה היה מועט וזהיר, ברוב המקרים של המקרים קידום החקיקה בוועדה נעשה בהסכמה רחבה ובין-גושית, וכלל בדרך כלל עבודת הכנה יסודית של הייעוץ המשפטי של הוועדה וליווי צמוד מטעמה.

#### **טבלה המסכמת את חוקי היסוד ותיקונים להם שקודמו כהצעות חוק מטעם ועדת החוקה מצורפת**

כנספח ז', 140.

לסיכום, מכיוון שלאורך השנים הייתה הנחה שלפיה המסלול של הצעת חוק מטעם ועדה יעוגן בצורה מלאה במסגרת חוק-יסוד: החקיקה, שיקבע הן את תנאיו והן את המגבלות החלות עליו, ומכיוון שעד לאחרונה החששות בדבר ניצולו לרעה של מסלול חקיקה זה על ידי יושב ראש הוועדה לא התממשו, לא נוצר צורך דחוף לעגן בתקנון או בחוק את הנוהג שהיה קיים בכנסת לעשות שימוש בהצעת חוק מטעם ועדה רק במקרים שבהם קיימת הסכמה רחבה בין האופוזיציה והקואליציה לעגן את דרישת ההליך היסודי ולמנוע את ניצול ההליך לרעה על ידי יו"ר הוועדה מטעם הקואליציה.

#### **5.4. פרשנות תכליתית של סעיף 80(א) לתקנון: העקרונות שביסוד סמכות ועדה לקדם חקיקה**

כזכור, סעיף 80(א) לתקנון מעניק לשלוש ועדות של הכנסת סמכות ליזום הצעות חוק בנושאים הקשורים לתחומי העניין שלהן: ועדת הכנסת מוסמכת ליזום הצעות חוק שעניינן הכנסת, חברי הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות ומימון מפלגות. הוועדה לענייני ביקורת המדינה רשאית ליזום הצעות חוק שעניינן מבקר המדינה. ואילו ועדת החוקה, חוק ומשפט מוסמכת ליזום הצעות חוק שעניינן חוקי-יסוד ועניינים שמתחייבים מתיקון של חוק-יסוד וכן הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות, מימון מפלגות ומבקר המדינה.<sup>141</sup>

המשותף לנושאים שבהן ועדת הכנסת וועדת החוקה מוסמכות ליזום הצעות חקיקה הוא שכולם עוסקים בעיצוב כללי המשחק של המשטר הדמוקרטי – ועדת הכנסת ברמה הפרלמנטרית ואילו ועדת חוקה ברמה המשטרית (ההיגיון שמונח בבסיס ההסמכה של ועדת ביקורת המדינה נוגע לצורך לשמור על עצמאות מוסד מבקר המדינה). משמעות הדבר היא שוועדת החוקה, כאורגן של הכנסת, רשאית ליזום ולהכין חוקי יסוד הנוגעים למערכת היחסים שבין מוסדות השלטון וכן להגנה על זכויות אדם ואזרח.

<sup>140</sup> יצויין כי הטבלה שבנספח ז' כוללת את חוקי היסוד ותיקונייהם שנחקקו במסלול ועדה, אך לא את החקיקה הרגילה שנחקקה במסלול ועדה, ומכאן ההבדל בין מספר המקרים המוזכרים בטבלה (17) לעומת המקרים המוזכרים על ידי היועץ המשפטי לוועדה בדבריו בוועדה (60) (ראו לעיל טקסט סמוך לה"ש 24).

<sup>141</sup> ראו סעיף 100 לתקנון.

מתן סמכות לכנסת לחוקק חוקי יסוד, שהם פרקי חוקה, ללא תלות בממשלה וברוב המזדמן שמרכיב אותה, מוצדק לאור האופי המיוחד של הסדרים חוקתיים, שנדרשים לשקף הסכמה ערכית רחבה, להגן על זכויות ועל קבוצות מיעוט שאין להן ייצוג בקואליציה ובממשלה, ולצורך לעצב כללי משחק יציבים שיזכו ללגיטימיות ציבורית לאורך זמן. כפי שכתב כב' השופט חשין בפרשת **בנק המזרחי**: "אסיפה מכוננת כמשמעה בהכרזה [על הקמת מדינת ישראל] אמורה הייתה להיות גוף קולגיאלי ששימתו האחת והיחידה כתיבתה של חוקה".<sup>142</sup>

עם זאת, בשיטת המשפט הנוהגת הסמכות להציע את כללי המשחק המשטרניים ואת שינויים נתונה לא רק לכנסת, אלא גם לממשלה, באמצעות הצעת חוק ממשלתית ולחברי הכנסת באמצעות הצעת חוק פרטית. הייחוד בהצעות חוק מטעם ועדה הוא בהליך המיוחד שנקבע עבורה, שאינו מערב גורמים חיצוניים לכנסת באופן מובנה, לא ביוזמה ולא בהכנה של הצעת החוק, ואינו מכפיף אותה לשלבים המקדימים ולשערי הווטו שאליהם כפופות הצעות חוק ממשלתיות ופרטיות.

ההצדקה להליך המיוחד המוקנה להצעת חוק מטעם ועדה היא כפולה: האחת, היותה של הוועדה אורגן של הכנסת, שהיא גוף קולגיאלי המורכב מנציגי הסיעות השונות בבית הנבחרים, קואליציה ואופוזיציה (עקרון הקולגיאליות). השנייה, היא מומחיותה המיוחדת של הוועדה והמשאבים העומדים לרשותה, ובייחוד המעורבות העמוקה של היועץ המשפטי של הוועדה בהליך גיבוש הצעת החוק והכנתו לקריאה ראשונה (עקרון ההליך היסודי). נדון בכל אחד מהם בנפרד.

#### 5.4.1. עקרון הקולגיאליות

עקרון הקולגיאליות המונח בבסיס הצעת חוק מטעם ועדה מביא לידי ביטוי את אופייה המיוחד של הכנסת, המבדיל אותה מן הממשלה והקואליציה, ובמרכזו היכולת לעבוד בשיתוף פעולה חוצה סיעות ומפלגות (bipartisanship). במלים אחרות, השימוש בהצעת החוק מטעם ועדה צריך להיות שמור למקרים שבהם בא לידי ביטוי אופייה הקולגיאלי של הכנסת. ודוקו: אין המדובר בהצעת חוק מטעם יו"ר הוועדה או מטעם חברי הקואליציה בוועדה, כי אם בהצעת חוק מטעם הוועדה **כגוף**. מסלול זה נועד, כאמור, לחזק את הכנסת מול הממשלה, באמצעות העמדת כלי פרלמנטרי להכנה של הצעת חוק מוסכמת ובשלה, השקולה באיכותה להצעת חוק ממשלתית, ועולה עליה בלגיטימיות הדמוקרטית שלה. כפי שציין בית המשפט העליון בפרשת **בלום**:<sup>143</sup>

הצעת חוק [מטעם ועדה] אינה שקולה כנגד הצעת חוק שמספר חברי-כנסת מצטרפים להגשתה. ועדה של הכנסת היא אורגן של הכנסת (ראה סעיף 21 לחוק-יסוד: הכנסת), והצעת חוק המוגשת על-ידיה היא במעמד מיוחד משלה.

כלומר, המעמד הייחודי שניתן להצעת חוק מטעם ועדה, ובמיוחד של הצעת חוק מטעם ועדת חוקה, מבוסס על המאפיינים הדמוקרטיים הייחודיים של הכנסת שמייצגת את כל קצות הקשת הפוליטית.

<sup>142</sup> עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, פס' 15 לפסק דינו של כב' השופט חשין.

<sup>143</sup> בג"ץ 410/91 **בלום נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מו(2) 201, 207 (1992).

כדי להמחיש את פעולתו של עקרון זה, ניתן להתבונן בעבודת החקיקה של ועדת החוקה בנוגע לחקיקת חוק-יסוד: השפיטה (שהחוק הנדון כעת הינו תיקון לו), אף כי לא היתה הצעת חוק במסלול ועדה היא קיימה באופן נאה את עקרון הקולגיאליות. כך סוכמו הדיונים בוועדת החוקה, בישיבתה מיום 15.2.1984. יושב הראש הוא אליעזר קולס ממפלגת הליכוד (שהובילה את הממשלה), וחברת הכנסת אלונה המוזכרת היא ח"כ שולמית אלונני, שהיתה סיעת יחיד ("רצי") ובאופוזיציה: 144.

### היור"א' קולס:

**העניינים שנשאו פתחים בחוק היסוד הם אלה: סעיף 4(ב) בנושא הייצוג של לשכת עורכי הדין, סעיף 10 וענין ההלכה הפסוקה. את הנושא של הזולת בסעיף 12(ב) אמנם אישרנו, אבל אני רוצה שנחשוב עליו שוב.**

**דיברתי כבר על זה שאני רוצה שחוק יסוד: השפיטה יתקבל סתוך קונסנסוס, ללא הסתייגויות, כי איני רוצה שהסתייגות זו או אחרת תתקבל בגלל רוב סקרי במליאת הכנסת. הייתי מציע שהוועדה תתן יפוי כוח לחברת-הכנסת אלונני ולי להגיע לסיכום על דעת שנינו בנקודות שנשאו פתוחות, ולאחר מכן סכן נעביר את החוק לקריאה שניה ולקריאה שלישית בכנסת כלי שבצטרך לחזור לוועדה.**

### ע' נוף:

**- כשכל חבר ועדה יוכל תמיד לבקש דיון בוועדה.**

### היור"א' קולס:

**הצעתי היא שאם תהיה הסכמה בין חברת-הכנסת אלונני לביני, נעביר את החוק למליאת הכנסת ללא הסתייגויות. קיימנו דיונים סעמיים בוועדת המשנה לחוקי יסוד, ואיני רוצה שבגלל רוב סקרי במליאת הכנסת תתקבל עמדה הפוכה מזו שנתקבלה בוועדת המשנה. אני מציע שהחוק יתקבל סתוך קונסנסוס.**

גם בדיונים לקראת התיקון הקודם של חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 2), היתה גישת הוועדה שיש להגיע להסכמה רחבה. כך אמר יו"ר הוועדה בהכנה לקראת קריאה שניה ושלישית: "אני רוצה שההצבעה תהיה ברוב עם". 145

עקרון הקולגיאליות חל ביחס לכל הצעת חוק מטעם ועדה, אך הוא נכון מקל וחומר ביחס להצעת חוק-יסוד מטעם ועדה, בה פועלת הוועדה כאורגן של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת. במצב זה, בו עוסקת ועדה בשינוי הדין החוקתי, עליה לפעול מתוך מחויבות מוגברת לעקרונות השותפות וההסכמה הבין-גושית. הצעת חוק יסוד מטעם ועדה היא, אפוא הצעה שהוועדה כגוף קולגיאלי יזמה והכינה.

לכן הצעת חוק-יסוד ש(1) יזם יו"ר הוועדה ללא מעורבות חבריה, (2) מבלי שהיועץ המשפטי של הוועדה חיווה דעתו עליה עובר להבאתה לוועדה, (3) אשר הדיון שהועדה קיימה ביחס אליה נעשה בחופזה, (4) מבלי לתת מענה לבקשות חברי הוועדה להשלמת מידע ולבחינת השלכות החקיקה, (5) מבלי שהדיון בה הניב שינוי בנוסחה, (6)

<sup>144</sup> ישיבת ועדת החוקה, הכנסת העשירית, 15.2.1984, הפרוטוקול זמין כאן.

<sup>145</sup> פרוטוקול ועדת החוקה, חוק ומשפט, 15.7.2002, זמין כאן.

הובאה להצבעת חברי הוועדה כמוצר מוגמר, ו(7) התקבלה בקולות חברי הקואליציה בלבד, ו(8) בהתנגדות כל חברי האופוזיציה בוועדה - **לא יכולה להיחשב "הצעת חוק מטעם ועדה"**.

פרשנות תכליתית של המונח "ליזום" שבסעיף 80(א) לתקנון מחייבת, לכן, את המסקנה שעל הוועדה כגוף קולגיאלי לקבל החלטה משותפת, בהסכמה בין-גושית (bipartisan), לפעול לקידום ההצעה כ"הצעת חוק מטעם הוועדה". **על מנת שהצעת חוק תיחשב להצעה מטעם הוועדה היא צריכה להיות מוסכמת על הוועדה כגוף.** משכך, על יו"ר הוועדה לקיים דיון מקדמי בהצעת החוק, שתלווה בחוות דעת של היועץ המשפטי של הוועדה שבחן אותה בצורה רצינית עובר לדיון, אשר בסופו תתקבל החלטה האם לקדמה כהצעת חוק מטעם הוועדה. על ההחלטה לקדם את הצעת החוק כהצעה מטעם הוועדה להתקבל בהסכמה רחבה ובין-גושית, כיאה למיזם משותף של הוועדה כאורגן של הכנסת. לפיכך, אין די בכך שההחלטה "ליזום" הצעת החוק מטעם הוועדה תגולם בקולות חברי הקואליציה בוועדה התומכים בהצעת החקיקה המוגמרת. במקרה שאין הסכמה רחבה ובין-גושית בוועדה לא ניתן לראות בהצעת החוק יוזמה של הוועדה כגוף קולגיאלי, אלא כיוזמה פרטית של יו"ר הוועדה או של הקואליציה, ויש להעבירה למסלול חקיקתי ההולם אותה, קרי הצעת חוק פרטית או ממשלתית.

פרשנות זו עולה גם מן הדברים שאמר ח"כ זאב אלקין במליאת הכנסת ביחס להצעות חוק מטעם ועדה במהלך הדיון בהרחבת ה"הסדר הנורבגי" בתיקון מס' 52 לחוק יסוד: הכנסת (מקרה קודם שבו הקואליציה הנוכחית עשתה שימוש לרעה בהסדר החסר של הליך חקיקת חוקי היסוד): "בשביל מה נולד המסלול הזה של חקיקת חוק על ידי ועדה של ועדת החוקה?" שואל ח"כ אלקין, ומשיב: "בשביל דברים שהם בקונסנזוס רחב יחסית, שוועדה מתאחדת סביבו, דווקא לא פוליטיים של קואליציה-אופוזיציה, דווקא במקרים האלה משתמשים בחקיקה על ידי הוועדה". ובהמשך הוא מוסיף: "בכנסת העשרים-ושלוש, חוק הבחירות זה הדבר היחיד שחוקק בצורה כזאת כחוק הוועדה; בכנסת העשרים – חוק הבחירות לכנסת, עוד חוק הבחירות לכנסת וחוק המפלגות. אלה דברים שכולם רלוונטיים לעניין של הבחירות, ועברו או פה אחד או ברוב גורף. לפעמים מישוהו לא הסכים לאיזשהו פרט בנושא של חוק הבחירות, אבל זה לא היה חוצה קואליציה-אופוזיציה". ביחס לתפקידו של היועץ המשפטי של ועדת חוקה בהליך יוזמה של הצעת חוק מטעם הוועדה אמר ח"כ אלקין: "בדרך כלל כשמקדמים חוק דרך ועדת החוקה עושים את זה יחד עם הייעוץ המשפטי של הוועדה. יחד איתנו מכינים את הנוסח, ולכן מראש יש חוות דעת ויש נוסח".<sup>146</sup>

לאור הדברים הללו ברי כי במקרה דנן ה"ליזום" וה"הכנה" של הצעת החוק לביטול עילת הסבירות במסלול של הצעת חוק מטעם ועדה נועד לעקוף את תנאי הסף הנדרשים למסלול הצעת חוק ממשלתית (ובכלל זה חוות הדעת של היועצת המשפטית לממשלה וועדת שרים לענייני חקיקה), והן את תנאי הסף הנדרשים במסלול של הצעת חוק פרטית. כפי שהראינו ברקע העובדתי, נוסח הצעת החוק שהביא ח"כ רוטמן לוועדה היה למעשה גרסה דומה של טיוטת תזכיר שפירסם במקביל שר המשפטים, ואשר בה התחייבו כל סיעות הקואליציה לתמוך במסגרת ההסכמים הקואליציוניים. משהומלץ לשר המשפטים לקיים הליך סדור של ניסוח החקיקה בליווי

<sup>146</sup> פרוטוקול הדיון בהצבעה לקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת של תיקון 52 לחוק יסוד: הכנסת, שעניינו הרחבת ההסדר "הנורבגי" 23.1.2023, בעמ' 122 זמין [כאן](#).



גורמי המקצוע במשרדו, ננטש המאמץ הזה והוחלף בהליך של הצעת חוק מטעם ועדה, הפטור כביכול מן הצורך להתחשב בעמדה המקצועית של הייעוץ המשפטי לממשלה.

כזכור, במרכז תשומת הלב של חברי הכנסת שפיתחו את ההליך של הצעת חוק מטעם ועדה – הן בהחלטת ועדת הכנסת ב-1980, הן בתיקון תקנון הכנסת ב-2011 – היה הצורך לחזק את הכנסת מול הממשלה. אלא שההצעה לתיקון חוק-יסוד: השפיטה בעניין ביטול עילת חוסר הסבירות לא היתה אלא הצעת חוק של הממשלה, בניכוי השלבים המקדימים המחייבים את גיבושה, המוגשת בכסות של הצעת חוק מטעם ועדה. השימוש במסלול הצעת חוק מטעם ועדה במקרה הזה חתר, אפוא, תחת ייעודו המקורי – לשמש מסלול לחיזוק הכנסת כגוף אל מול הממשלה – והפך קרדום לממשלה לחפור בו.

היטיב לנסח זאת ח"כ אלקין בסיום הביקורת שהשמיע על אופן ניהול הליך החקיקה בתיקון מס' 52 לחוק יסוד: הכנסת:

”אני חושב שאתם עושים טעות מאוד קשה, שאתם שוברים פה מסורת שהייתה פה מימים ימימה, ממשלות ימין, ממשלות שמאל, ממשלות אחדות, ממשלות מרכז, מה שאתה רוצה, שהשתמשו בכלי הזה של חקיקת הוועדה אך ורק לדברים שהם בקונסנזוס רחב בתוך הוועדה עצמה”<sup>147</sup>.

כפי שהראינו בסקירה העובדתית, חברי הכנסת מהאופוזיציה דרשו שההצעה תשקף את הוועדה כגוף, אולם ההליך לא נעשה בהתאם לעקרון הקולגיאליזם ונוהל באופן לעומתי כלפי האופוזיציה וגורמי מקצוע מטעם הכנסת ומחוצה לה. לצד ההתנגדות העקבית והעיקשת של חברי הכנסת לאורך הדיונים, הליך החקיקה עורר מחאה ציבורית נרחבת, נמשכת וחסרת תקדים. מכאן שלא זו בלבד שלא הייתה במקרה זה הסכמה רחבה אלא שהחקיקה קודמה על רקע של אי-הסכמה רחבה.

#### 5.4.2. עקרון ההליך היסודי

עקרון ההליך היסודי משמעותו שכאשר ועדת החוקה מכינה הצעת חוק-יסוד (או הצעת חקיקה לתיקון חוק-יסוד) שהיא עצמה יזמה, מוטל עליה נטל מוגבר לקיים הליך של בירור, עיון, שקילה ושיח. במסגרת זו לעמדתו המקצועית והבלתי תלויה של היועץ המשפטי של הוועדה צריך להיות משקל משמעותי הן בעיצובה של הצעת החוק מטעם ועדה והן בהליך גיבושה במהלך דיוני הוועדה. כפי שנראה להלן, הנוהג שהתפתח לאורך השנים בכנסת הפקיד בידי הייעוץ המשפטי לכנסת תפקיד מרכזי כגורם יוזם ומלווה של הצעות החוק מטעם הוועדה. במקרים רבים היה זה הייעוץ המשפטי של הכנסת שהוביל את הצעות החוק שהונחו מטעם ועדה. מעמד זה של הייעוץ המשפטי לכנסת בוועדה הוא ייחודי בהשוואה להליכים אחרים.

אמנם, לכנסת מרחב פעולה נרחב ביחס להליך החקיקה הרגיל והיא נדרשת לעמוד בתנאי סף מצומצמים.<sup>148</sup> עם זאת, הקפדה על הליך החקיקה בכנסת נועד לחזק את הכנסת. עמידה על הליך יסודי אינה לעומתית כלפי הכנסת

<sup>147</sup> שם, בעמ' 126.

<sup>148</sup> עניין מגדלי העופות, לעיל ה"ש 51, פס' 18-24.

אלא נועדה "להבטחת עצמאותה של הכנסת, רום-מעמדה ודרכי פעולתה, בד בבד עם הבטחת התנאים לחקיקת חוק ראוי לשמו".<sup>149</sup> אולם, כפי שקבעה כב' הנשיאה חיות "אכן, בשיטת המשטר הנהוגה בישראל נהנית הממשלה מרוב בכנסת, ויש לה יכולת ניכרת להשפיע על פעילותה בשל כך וכן בשל הפרקטיקה בדבר משמעת קואליציונית. אך משמעות הדבר אינה בשום אופן כי בשל כך ניתן לנקוט צעדים אשר יש בהם משום כרסום מהותי בעצמאותה של הכנסת".<sup>150</sup>

יתרה מכך, כפי שהוסבר לעיל, הליך לכינונם של חוקי יסוד או תיקון חוקי יסוד נוגע בהסדרים המצויים במדרגת החקיקה הגבוהה ביותר, אשר אמורים להגן על זכויות האדם והאזרח, לשקף את "האני מאמין" של חלקים נרחבים בציבור הישראלי, להגן מפני עריצות הרוב והמיעוט, ולשמש תשתית יסודית למערכת המשפט והמשטר בישראל. משכך, ולנוכח המאפיינים הייחודיים שעומדים ביסוד הליך זה, הליך כינון ותיקון חוק יסוד מטעם ועדה נדרש להקפדה יתרה.

יפים לעניין זה דברי היועץ המשפטי לוועדה בהליכי החקיקה של התיקון הנדון, שהדגיש שתפקיד הכנסת בגיבושו של חוק אינו מתמצה בהצבעה וכולל דיון והליך יסודי:

"אנחנו חוזרים ומציעים לוועדה לשקול כל אחד מהמרכיבים שהזכרתי, בחינה של מודלים עדינים יותר וזהירים יותר גם אם הכנסת מגלה את דעתה שהיא רוצה, שהיא הגיעה למסקנה שצריך בחקיקה, ועל זה יש כמובן מחלוקת, אבל הכנסת החליטה בקריאה ראשונה שהיא רוצה, אז בקריאה שנייה ושלישית בדרך כלל מה שאנחנו עושים זה אנחנו מדייקים ומחדדים ומעדנים ועושים את ההבחנות האלה מהסוג שתיארת".<sup>151</sup>

החובה להקפיד על עקרון ההליך היסודי באה לידי ביטוי גם במכתבה של היועצת המשפטית לכנסת, עו"ד שגית אפיק, ליו"ר ועדת חוקה, ח"כ שמחה רוטמן, מיום 25.1.2023, שצורף לעיל כנספח א'.

שלל הדוגמאות שצינו לעיל, כמו גם אלה המצוינות בנספחים ב', ו-ה', מלמדות על כך שעקרון ההליך היסודי הופר. גם משגויסה הוועדה לקידום החקיקה, נוהל ההליך כאילו מדובר בהצעת חוק אשר נהנית מפטור מהליכי האישור והסינון של הצעות אחרות במעמדה. ניסוח ההצעה מלכתחילה על ידי ח"כ רוטמן (ובדומה לנוסח השר), ללא הסתמכות על גורמי המקצוע בוועדה וללא גיוס הידע הייחודי של חברות וחברי הוועדה מהווה פגיעה קשה בעקרון ההליך היסודי.

בנוסף, השינויים היחידים שנעשו בה במהלך עבודת הוועדה (בנוגע לתחולה על לנבחר ציבור אחרים, הוספת ההבהרה לעניין מינויים והחמרה לעניין אי-הפעלת סמכות) לא נגעו כלל לביקורות שהעלו חברי הכנסת מהאופוזיציה או להצעות שהציג היועץ המשפטי לוועדה ביחס לנוסח המקורי, אלא שבו וביטאו אינטרסים

<sup>149</sup> עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 56, פס' 40 לפסק דינו של כב' השופט סולברג.

<sup>150</sup> בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת, פס' 11 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות (23.3.2020).

<sup>151</sup> פרוטוקול הדיון בוועדת החוקה בהכנת ההצעה לקריאה שנייה ושלישית מיום 13.7.2023 זמין כאן.

ממשלתיים וקואליציוניים מובהקים, והוצגו על ידי ח"כ רוטמן כ"הנחתה" מגבוה. דוגמאות נוספות מתוך דיוני הוועדה מלמדות על היעדר הליך סדור מחסור בעבודת הכנה מחקרית כרקע לעבודת הוועדה, עיון חסר או התעלמות מהצעות חלופיות שהובאו בפני הוועדה מטעם מומחים לנושא, היעדר התייחסות ליעוץ המשפטי, והיעדר טיפול בבעיות של אי-בהירות בנוסח החוק.

ליו"ר הוועדה תפקיד מרכזי בשמירה על עקרון ההליך היסודי בשל הסמכויות הרבות שנמסרו לו בתקנון הן בשלב ייזום הצעת החוק והן בשלב הכנתה להנחה על שלחן הכנסת. **כאשר יושב ראש הוועדה מקדם הצעת חוק שלמעשה הוא היוזם שלה והוא המעוניין בחקיקתה, הוא צריך לאזן בין הרצון שלו בחקיקת החוק לבין חובתו להיות אמון על תקינות הליך החקיקה ולשמור על זכות ההשתתפות של כל חברי הכנסת, לרבות המתנגדים להצעת החוק.**

בפרשת קוונטינסקי עמדה כב' הנשיאה נאור על המתח האינהרנטי בתפקיד יו"ר ועדת הכספים בעת חקיקת חוקי הסדרים: "הוא המופקד על תקינות הליכי החקיקה המתקיימים במסגרת הוועדה מחד גיסא; אך מאידך גיסא יו"ר ועדת הכספים הוא איש הקואליציה, המחויב לה ולממשלה המכהנת מכוחה". לאור זאת קבעה כב' הנשיאה נאור כי יושב ראש הוועדה "חייב לנווט דרכו בתבונה וברגישות. עליו לדאוג לדיון יעיל. עליו להבין שלעתים השעה דוחקת. בצד כל אלה אין עליו חובה להיכנע לדרישה להביא חוק להצבעה בכל מחיר ובכל שעה. עליו לזכור כי כיו"ר ועדה מוועדות הכנסת עליו לשמור על עיקרון העצמאות הפרלמנטרית ולהבטיח קיומו של הליך חקיקה תקין".<sup>152</sup>

יתרה מזאת, כב' הנשיאה נאור הדגישה שלניגוד האינטרסים המובנה של היו"ר נפקות חשובה באשר לביקורת השיפוטית שיפעיל בית המשפט: "הניגודיות שבאינטרסים ה'מושכים' את יו"ר ועדת הכספים, מזה ומזה, מחייבים תשומת לב מצד בית המשפט המפעיל ביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה הנערכים בוועדה זו. שומה על בית המשפט לשוות לנגד עיניו את מורכבות מעמדו של יו"ר ועדת הכספים, ולעמוד ביתר שאת על משמר עצמאותה של הכנסת מפני השפעת הממשלה".<sup>153</sup> במקרה זה ניגוד העניינים אף מוחמר בגלל ניגוד העניינים בו מצוי ראש הממשלה, ועל כן יש צורך בביקורת שיפוטית מוגברת.<sup>154</sup>

מעניין לציין כי בתגובתו לאחר מתן פסק דין זה אמר יו"ר ועדת הכספים, חבר הכנסת גפני כי "אני כמעט אף פעם לא מסכים עם שופטי בג"ץ. הפעם אני מסכים לחלוטין עם מה שכתבה הנשיאה נאור. היא צודקת. אני לא מחוקק ככה".<sup>155</sup>

<sup>152</sup> עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 56, פס' 4 לפסק דינה של כב' הנשיאה נאור.

<sup>153</sup> שם. על הצורך בביקורת שיפוטית מוגברת על הליכים פרלמנטריים במצב של ניגוד עניינים מובנה, ראו והשוו בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד (נו) 117 (6) (2002).

<sup>154</sup> ראו בבצ'וק ומדינה "ביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 9.

<sup>155</sup> איתי בר-סימן-טוב "בג"ץ קוונטינסקי נ' הכנסת בעניין מס דירה שלישית: החלטה מתבקשת או 'סטיה רבתי' בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה?" מחקרי משפט לב 877, 887 (2019).

חובתו של יושב ראש הוועדה לנהל את הדיונים באופן ראוי וקולגיאלי ולאפשר לחברי הכנסת להשתתף בהליך ובעיצוב הצעת החוק שנחקקת בשם, נדרסה במקרה זה על ידי האינטרס הניכר והחזק שלו לקדם במהירות את הצעת החוק שיזם ולהבטיח שהיא תעבור בוועדה ללא שינויים מהותיים או ריכוכים.

לא זו אף זו, במקרה שבפנינו, החשש הכבד, שעולה גם מההיסטוריה החקיקתית, לפיו הליך יזום והכנת הצעת חוק מטעם ועדה ינוצל לרעה כדי לעקוף את המשוכות הנדרשות בהליך חקיקה ממשלתי ופרטי התממש במלוא עוזו. ועדת חוקה, חוק ומשפט הפכה בעל כורחה, וחרף התנגדותם הנמשכת של חבריה, לאסקופה נדרסת בידי יו"ר ועדה נחוש, שגמר אומר בליבו להעביר את הרפורמה שלו "as is", תוך שימוש לרעה במסלול של הצעת חוק מטעם ועדה ושימוש לרעה בכוחו כמי שאמון על ניהול הדיונים.

#### 5.5. הנוהג והנוהל המקובלים ביחס להצעת חוק רגילים וחוקי יסוד מטעם ועדה

פרשנותו של סעיף 80(א) כמסלול חקיקת חוקי יסוד ותיקונים מבוססת גם על הנוהג והנוהל שהתפתחו בעבודת הכנסת לאורך עשרות שנים. כך עולה בבירור מן הסיפא של סעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת, שלפיו: "הכנסת תקבע סדרי עבודתה; במידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבעם הכנסת בתקנון; כל עוד לא נקבעו סדרי העבודה כאמור, תנהג הכנסת לפי הנוהג והנוהל המקובלים בה", ומן הפסיקה שפירשה אותה. כך, למשל, בעניין **סיעת ר"צ**<sup>156</sup> נפסק כי:

"מן האמור בסעיף 19 הנ"ל אנו למדים כי הכנסת יכולה לנהוג לפי הנוהג והנוהל המקובלים בה רק באותם נושאים אשר לא מצאו ביטוי מפורש בתקנון הכנסת. סעיף 148 לתקנון, אשר כותרתו 'סטייה מהתקנון והתקדימים', קובע, כי הכנסת לא תדון בשום עניין בצורת דיון החורגת מהוראות התקנון או מהתקדימים, אלא אם כן דנה והחליטה על כך ועדת הכנסת".<sup>157</sup>

בשורות הבאות נבחן את המקרים שבהם חוקקו חוקי יסוד וחוקים רגילים בהליך המיוחד של הצעת חוק מטעם ועדה במהלך התקופה שמקום המדינה ועד היום. ודוקו: המקרים הנוגעים לנוהג ולנוהל הנוגע לחקיקת חוקי יסוד רלוונטיים במיוחד לעניינינו כי הם משלבים את שני מאפייניו הייחודיים של הליך תיקון חוק היסוד בעניין ביטול עילת הסבירות: הליך חקיקת חוקי יסוד והליך חקיקת חוק מטעם ועדה. יחד עם זאת, הראיות שנציג להלן, לפיהן גם הנוהג ביחס להליכי חקיקה רגילה מטעם ועדה נעשה בהתאם לעקרון הקולגיאליות ועקרון ההליך היסודי, מחזקות, על משקל מקל וחומר, את טענותינו בדבר הקריטריונים המחמירים המחייבים הליך חקיקת חוק יסוד מטעם ועדה.

<sup>156</sup> בג"ץ 1179/90 סיעת ר"צ, התנועה לזכויות האזרח ולשלום נ' עובדיה עלי, ח"כ, ממלא-מקום יו"ר הכנסת, מד(2) 31 (1990).

<sup>157</sup> שם, בעמ' 35-36.

### 5.5.1. הנוהג והנהלה ביחס לחקיקת חוקי יסוד ותיקונים לחוקי יסוד מטעם ועדה

כפי שניתן לראות בטבלה המצורפת **כנספח ז'**, בחינה של המקרים שבהם חוקקה הכנסת חוקי-יסוד שהוצעו על ידי ועדת החוקה, מאז קום המדינה ועד לכנסת האחרונה, מלמדת שברובם המכריע הוועדות שהכינו את הצעות החקיקה התייחסו אליהן כתוצר קולגיאלי המבוסס על הסכמה רחבה וחוצת גושים, בבחינת טיטה לה תורמים כותבים רבים, בהליך אשר מסתכם באישור פה אחד או קרוב לכך, ומכל מקום ודאי לא בקולות הקואליציה בלבד תחת מחאת נציגי האופוזיציה בוועדה ולנוכח מחאה ציבורית נרחבת, ממושכת וחסרת תקדים.

מקום המדינה ועד היום יזמה ועדת החוקה כשבעה עשר חוקי יסוד ותיקונים לחוקי יסוד שנתקבלו בקריאה שלישית ונכנסו לספר החוקים. חוק היסוד הראשון שיזמה הוועדה הוא חוק-יסוד: הכנסת שהוצע במהלך הכנסת השלישית, ועבודת ההכנה עליו בוועדת חוקה ארכה כמעט שלוש שנים, בין 3.7.1956 ועד 3.6.1959. הליך העבודה על הצעת החוק, כפי שעולה מן הפרוטוקולים של הדיונים הרבים, היה מעמיק ומקיף, ובסופו, התקבל החוק בקריאה שלישית במליאה ברוב של 96 חברי כנסת וללא מתנגדים.

במהלך שנות השישים והשבעים לא יזמה ועדת חוקה חוקי יסוד או תיקונים לחוק יסוד. במהלך הכנסת העשירית בין השנים 1982-1983, יזמה הוועדה שני תיקונים לחוק יסוד: משק המדינה (כ/1569 ו-כ/1611), וזאת לעניין מועד הנחת הצעת חוק התקציב ואופן כתיבתו. שני התיקונים אושרו במליאת הכנסת ללא מתנגדים.

במהלך הכנסות ה-12 וה-13 (1991-1996) יזמה הוועדה מספר תיקונים בחוק יסוד: הכנסת ובחוק יסוד: הממשלה, שעסקו בין היתר בהסדרת מועמדותו של חבר הכנסת שפרש מסיעתו בבחירות שלאחר פיזור הכנסת ובהסדרים שונים שעניינם בעיקר דיני בחירות המוסדרים בחוקי היסוד (כ/1998, כ/2499, כ/2507 ו-כ/2514). מן הראוי לציין, שבמהלך כנסות אלה קודמו לכאורה שמונה תיקונים, אך בפועל חלקם קודמו במקובץ בהליך חקיקה אחד ושני תיקונים נחקקו פעמיים באופן זהה בשל החשש לאי-עמידה בדרישת הרוב הקבועה בחוק יסוד: הכנסת בפעם הראשונה בה הם נחקקו.

כלומר, בתקופה של הכנסות ה-12 וה-13 קודמו בפועל רק שלושה תיקונים מרכזיים - (1) תיקון מס' 12 לחוק יסוד הכנסת (כ/1998) במהלך הכנסת ה-12. (2) תיקון מס' 3 לחוק יסוד: הממשלה ותיקון מס' 19 לחוק יסוד: הכנסת (כ/2499) אשר בוטלו ונחקקו מחדש לאחר שהיה ספק בדבר עמידה בדרישת הרוב, במסגרת תיקונים מס' 4 ו-21 בהתאמה (כ/2514). (3) כמו כן, קודמו יחד תיקון מס' 20 לחוק יסוד: הכנסת, ותיקונים מס' 5 ו-6 לחוק יסוד: הממשלה (כ/2507). כל התיקונים עברו בהסכמה רחבה וללא מתנגדים (למעט תיקון 12 שעבר ברוב עצום אמנם של 82 תומכים אך עם 2 מתנגדים).

במהלך הכנסות ה-14 וה-15 (1998-2002) עברו מספר תיקונים נוספים בחוק יסוד: הכנסת ובחוק יסוד: הממשלה, וכן תיקון בחוק יסוד: השפיטה ובחוק יסוד: משק המדינה. תיקון מס' 8 לחוק יסוד: הממשלה (כ/2780) ותיקון 34 לחוק יסוד: הכנסת (כ/3027), שעסקו בדיני בחירות ובהתאמת הוראות חוקי היסוד לכינון מחדש של חוק-יסוד: הממשלה. שני תיקונים אלה עברו מבלי שהיו מתנגדים להצעה. תיקון מס' 2 לחוק יסוד השפיטה (כ/3085) שעניינו קביעת הסדרים הקשורים לנציב התלונות על השופטים עבר ברוב של 42 חברי כנסת ו-2 מתנגדים בלבד.

בשונה מכך, חוק-יסוד: משק המדינה (הצעות חוק והסתייגויות שבביצוען כרוכה עלות תקציבית) (הוראת שעה) (כ/3130) שעסק בהגבלת האפשרות לקדם הצעת חוק פרטית עם עלות תקציבית היה שנוי במחלוקת ועבר ברוב של 53 תומכים מול 29 מתנגדים. זאת הייתה הפעם הראשונה מאז קום המדינה שבה הייתה חריגה מעקרון הקולגיאליזם בחקיקה של חוק יסוד מטעם ועדת החוקה.

עם זאת, ראוי לזכור כי בתקופת כהונתה של הכנסת ה-15, שבה עבר תיקון החקיקה, כללה הקואליציה לא פחות מ-80 חברי כנסת, מימין ומשמאל, חילונים, דתיים וחרדים, ולכן האבחנה הרגילה בין קואליציה לאופוזיציה היטשטשה. בנוסף, בשל המשבר הכלכלי החמור ששרר אותה עת בישראל היה צורך להעביר את החוק בדחיפות.

אחר הדברים הללו לא קודמו הצעות נוספות מטעם ועדת חוקה עד לכנסת ה-20. בכנסת זו, בשנת 2016, קודם תיקון 44 לחוק יסוד: הכנסת (כ/626) המוכר בשם "חוק ההדחה" ועניינו קביעת הסדרים להדחת חבר כנסת שהתקיימו בו התנאים לפי סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת. הצעת חוק זו הייתה שנויה במחלוקת וכתוצאה מכך התעוררה בוועדה השאלה האם מוצדק לקדמה כהצעה מטעם הוועדה.

עיון בפרוטוקול של הדיון הראשון בהצעת החוק בוועדת החוקה מיום 10.2.2016 מלמד כי חברי הכנסת הביעו תרעומת וחוסר שביעות רצון מכך שההצעה מקודמת כהצעת חוק מטעם הוועדה, כאשר מדובר היה, לטענתם, בהצעת חוק שמגיעה מטעם ראש הממשלה. לדבריהם, ההצעה קודמת כהצעת חוק מטעם ועדה על מנת להתגבר על חסמים פרוצדורליים והדבר אינו ראוי.

כמו כן, בדיון ההכנה של ההצעה לקריאה ראשונה במליאה מיום 28.3.2016 ציין חבר הכנסת חיים ילין: "אני חייב להודות שהייתי בוועדת החוקה כשחבר הכנסת יושב-ראש הוועדה ניסן סלומינסקי הביא את החוק. אני מודה שהייתה מבוכה מאוד גדולה. גם הוא היה נבוך, כי זאת אחת הפעמים הראשונות שבעצם יושב-ראש ועדה מביא חוק מטעם ראש הממשלה"<sup>158</sup>.

ההצדקה שנתן היועץ המשפטי לכנסת דאז, עו"ד איל ינון, לכך שחשוב לקדם את הצעת החקיקה דווקא כהצעה מטעם ועדת חוקה היתה כי מדובר בתיקון לחוק יסוד שעוסק בעניין פנימי של הכנסת, ולכן חשוב שוועדה של הכנסת, ולא הממשלה, היא זו שתדון בו ותכין אותו. כך אמר היועץ המשפטי לכנסת בדיון בוועדה מיום 23.2.2016<sup>159</sup>, שבה הוכנה הצעת החוק לקריאה ראשונה:

"כבוד יושב-ראש הוועדה, חברי הוועדה הנכבדים, אנחנו נמצאים בדיון שהוא לא דיון רגיל. מדובר בתיקון חוקתי משטרי בעל משמעות ורגישות רבה, משום שהוא עוסק בהסדר המבקש להעניק סמכות לרוב מיוחס של חברי כנסת להדיח חבר כנסת אחר שנבחר כדין על-ידי אזרחי ישראל. כל תיקון כזה מחייב כמובן זהירות רבה ודיון מעמיק תוך התחשבות בכל השיקולים הרלוונטיים. מילה לגבי

<sup>158</sup> דיון מליאת הכנסת בהצעה לקריאה ראשונה מיום 28.3.2016, זמין [כאן](#).

<sup>159</sup> פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה מיום 23.2.2016 להכנת הצעת החוק לקריאה ראשונה, זמין [כאן](#).

הפרוצדורה של הדיון לאור הטענות שעלו עכשיו וגם בימים האחרונים בעניין זה. אני סבור שאם מקדמים תיקון כזה, נכון יותר לקדמו כהצעת חוק מטעם ועדת החוקה ולא כיוזמה של הממשלה, גם אם מקורה בממשלה ואפילו אם ראש הממשלה הוא שיזם אותה, שכן ראוי שגיבושו הראשוני של עניין כזה ייעשה בכנסת תוך מתן אפשרות לכל הכוחות הפוליטיים להיות שותפים לו, ולא בדיון סגור בתוך הממשלה. בדיוק מסיבה זו נקבע בתקנון הכנסת כי ועדת החוקה רשאית ליזום מטעמה תיקונים לחוקי יסוד, להבדיל מחוקים אחרים שהיא אינה יכולה ליזום מטעמה".<sup>160</sup>

נימוק זה לא שכנע את חברי האופוזיציה בוועדה שסברו שהבחירה בהליך מטעם ועדה במקרה הזה נועד לאפשר לממשלה להעביר את דבר החקיקה מבלי לעבור את הבחינה של היועץ המשפטי לממשלה וועדת שרים לענייני חקיקה, אשר ספק אם היה עומד בהן. כך למשל, הגיבה ח"כ רויטל סויד ממפלגת העבודה לדברי היועץ המשפטי לכנסת באותו הדיון:

"אדוני היועץ המשפטי לכנסת, אנחנו קצת שוכחים למה אנחנו נמצאים פה בהצעת חוק שאמורה לכאורה להיות הצעת חוק של ועדת החוקה... צריך להבין קודם כל שבבסיס הדיון היום עומדת עובדה אחת מאוד מאוד ברורה: החוק הזה לא היה עובר ועדת שרים לענייני חקיקה ולא היה עובר את היועץ המשפטי לממשלה. אם הוא היה עובר אותו, זה היה ההליך. אתם מעבירים הוראות שעה, אתם עושים חוקי בזק, ביום ראשון אתם מעלים חוק לוועדת שרים וביום רביעי הוא כבר עובר את התהליך. אתם עושים מה שאתם רוצים. פה יש חסם מהותי, משפטי, חוקתי, פוגע בזכויות יסוד, ולכן אנחנו נמצאים בתהליך המאוד מאוד עקום הזה מבחינת חקיקה".<sup>161</sup>

סטייה נדירה זו מעקרון הקולגיאליזם, אף כאשר מדובר בהסדרה של נושא שהוא פנימי לכנסת כמו הדחה של חברי כנסת, אינה מוצדקת והיא ראוי לפסול אותה ככזו מכיוון שאינה עולה עם תכליתה של הצעת חוק מטעם ועדה ועם הנוהג שהיה קיים בכנסת עד אותה העת. עם זאת, העתירות שהוגשו נגד חוק ההדחה (ונדחו לגופו של עניין) לא כללו טענות כנגד ההליך שבו קודמה הצעת החוק ולכן בית המשפט הנכבד לא נתן דעתו לסוגיה.<sup>162</sup>

בשנים שלאחר מכן, לא קודמו הצעות חוק יסוד נוספות מטעם ועדה, עד לכנסת הנוכחית, הכנסת ה-25. במהלך כנסת זו, נרמסו ברגל גסה שני עקרונות היסוד - עקרון הקולגיאליזם ועקרון ההכנה היסודית - ונעשה, באופן חוזר ונשנה, שימוש לרעה בכוחו של יו"ר הוועדה. נוסף לחוק בו עוסק הליך זה ולהצעת חוק-יסוד: השפיטה

<sup>160</sup> שם, בעמ' 8, 25-30.

<sup>161</sup> שם, בעמ' 16.

<sup>162</sup> בג"ץ 5744/16 עו"ד שחר בן מאיר נ' הכנסת (27.5.2018) (להלן: עניין בן מאיר).

(תיקון מס' 4) שהוזכרה לעיל אשר טרם עברה בקריאה שנייה ושלישית, קודם כאמור כהצעת חוק מטעם הוועדה גם תיקון מס' 52 לחוק יסוד: הכנסת שעניינו הרחבת "החוק הנורבגי" (כ/944).

### 5.5.2. הנוהג והנוהל ביחס לחקיקה רגילה מטעם ועדה

עד עתה, בחנו הליכים לתיקון חקיקת יסוד בוועדה. אך גם בחינה של הצעות חוק רגילות מטעם ועדה שאינן הצעות חוק יסוד קודמו תוך הקפדה על מאפיינים דומים. הקפדה זו מלמדת על מעמדו הייחודי של מסלול החקיקה מטעם וועדה **ככזה**, בין אם נועד לחוקק חוקי יסוד ובין אם נועד לחוקק חקיקה רגילה, בהשוואה למסלולי חקיקה אחרים.

ראשית, נראה כי לאורך השנים דאגו ראשי הוועדות לקיים את **עקרון ההליך היסודי**: חברי הכנסת קיבלו את התמונה העובדתית והמשפטית המלאה ביחס להצעות שנידונו, זאת על מנת לדאוג שהמסלול יהווה תחליף ראוי למנגנון המקובל של הצעות חוק. דבריו של יו"ר ועדת חוק חוקה ומשפט אורי מקלב בהליך החקיקה של תיקון מס' 70 לחוק הבחירות לכנסת בשנת 2017 ממחישים את העניין: "צריך להקריא סעיף סעיף לקראת הקריאה השנייה והשלישית כי למעשה החקיקה היא מעשה מרכבה, שצריך לקחת כל חלק ולשים במקומו אחרת המרכבה לא נוסעת נכון, היא יכולה לא לנסוע נכון לאורך שנים".<sup>163</sup>

זאת ועוד, ככלל הצעות חוק מטעם הוועדה נועדו לקביעת הסדרים טכניים באופיים. ההצעות, קובעות הסדרים ספציפיים כגון הוראות לצורך הכנת פנקס הבוחרים,<sup>164</sup> מספר המצביעים המקסימלי בקלפי,<sup>165</sup> ועוד. ביטוי לכך ניתן לראות בדיונים על חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 70), התשע"ח-2018 אשר דן בהסדרים הספציפיים שיחשבו עבירות טרור או ביטחון חמורות לעניין סעיף 6(א) לחוק-יסוד: הכנסת. דיוני הוועדה בחוק זה נערכו יחד עם הדיונים בחוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 47) תשע"ח-2018, אשר קבע את ההסדר המהותי המגביל את הזכות להיבחר בשל עבירות ביטחון חמורות או טרור. אף על פי שהדיונים נערכו יחד, נעשתה הפרדה בין ההסדר המהותי שהינו פרי הצעת חוק פרטית של ח"כ ענת ברקו למול ההסדר הטכני שהינו הצעה של ועדת החוקה. יפים לענייננו דברי היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד ד"ר גור בליי בפתח הדיון:

"אני רק רוצה להפנות את תשומת הלב שיש לנו שתי הצעות חוק שמונחות על שולחן הוועדה היום, האחת הצעת חוק לתיקון חוק יסוד הכנסת, שהיא הצעת חוק פרטית של חברת הכנסת ברקו, ולצדה גם הצעת חוק הבחירות לכנסת מטעם ועדת החוקה שמשלימה את התיקון ומונחת אף היא, ונצטרך להצביע בעצם על שתיהן".<sup>166</sup>

<sup>163</sup> פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה מיום 13.2.2017 (הכנסת ה-20), בעמ' 2.

<sup>164</sup> ראו למשל, חוק הבחירות לכנסת הארבע-עשרה ולראש הממשלה (הוראת שעה), התשנ"ו-1996.

<sup>165</sup> ראו למשל, חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 29), התשנ"ו-1996.

<sup>166</sup> פרוטוקול מס' 471 מישיבת ועדת החוקה מיום 31.10.17 (הכנסת ה-20), בעמ' 2.



כך גם, בדיוני הוועדה בהצעת חוק הבחירות (תיקוני חקיקה), התשס"א-2001 מציין נציג מבקר המדינה בדיון שהצעת חוק מטעם מבקר המדינה הכוללת תיקונים מהותיים, הועברה לבחינה בידי ועדת לויין ולא עלתה לדיון האמור באותו יום בוועדת החוקה.<sup>167</sup>

מאפיין בולט נוסף בהליכים אלו הוא השמירה על **עקרון הקולגיאליות**: ההסכמה הנרחבת בין חברי הוועדה לגבי הצעת החוק. נראה כי ההסכמה חוצה מפלגות ובאה לידי ביטוי ברוב המכריע של ההצעות אשר הועמדו לקריאה במליאה פה אחד. לעניין זה יפים דבריו של יו"ר ועדת החוקה מיכאל מלכיאלי בהליך חקיקתו של חוק הבחירות לכנסת ה-24 (2020):

"המגמה היום היא להצביע, עם כמה שיותר הבנות וכמה שיותר הסכמות. אין ספק שזה נושא טעון, נושא מורכב. מראש, על פי בקשת חלק גדול מהחברים, נעשה תוך כדי הדיון מספר תחנות של עצירה לצורך התייעצות בין הסיעות, על מנת להגיע להסכמה רחבה כמה שיותר".<sup>168</sup>

באותו עניין מתאימים גם דבריו של היו"ר מיכאל איתן (2002): "יש כאן נציגים של מפלגות. אני רוצה לשאול מה עמדת נציגי המפלגות. מפלגת העבודה, מה עמדתכם ביחס להצעות?" (עובר על כל המפלגות ושואל לעמדתן).<sup>169</sup>

הנה כי כן, רוב הצעות החוק שניזומו מטעם ועדה נשאו אופי טכני ומשכך התאפיינו במעורבות מקצועית ניכרת של הייעוץ המשפטי של הכנסת. אמנם הוועדה היא המבקשת לקדם את הצעות החוק, אך מכיוון שחברי הוועדה חסרים את הידע המקצועי הנדרש, גיבושן נעשה בסיוע ומעורבות משמעותית של היועצים המשפטיים. את רוח הדברים ניתן לראות בדבריה של היועצת המשפטית עו"ד סיגל קווגוט בשנת 2007: "אגיד מה עשינו כאן. אחרי שקיבלנו את הצעת הוועדה, ישבנו עם הגורמים המקצועיים בוועדה, ובמיוחד עם דין, וגם עם משרד המשפטים, כדי לנסות להביא נוסח שהוא הכי מתאים בעינינו, ועדיין יש עליו אי אילו ניואנסים".<sup>170</sup> גם כאשר מתגלעות אי הסכמות בין חברי הוועדה לבין הייעוץ המשפטי הפרקטיקה הנהוגה היא לפעול על פי עמדת הייעוץ המשפטי. כך, למשל עולה מדבריו של יו"ר הוועדה פרופ' מנחם בן ששון בהליך החקיקה של חוק המפלגות (בחירות מקדימות): "הבנתי, זה לא מוצא חן בעיני אבל קיבלתי את התשובה".<sup>171</sup>

אולם, עיון מדוקדק בהצעות החוק מטעם ועדת החוקה מעלה מספר מצומצם של חוקים שקבעו הסדרים מהותיים. מדובר בעיקר בהסדרי הענקת סמכויות כגון סמכויות למזכירי ועדת קלפי,<sup>172</sup> סמכויות ליו"ר הוועדה ועוד.<sup>173</sup> לצד זאת, עיון בפרוטוקולים של חוקים אלו מלמד כי הצעות אלה מטעם הוועדה קודמו בהתאם לעקרון

<sup>167</sup> פרוטוקול מס' 320 משיבת ועדת החוקה מיום 13.6.2001 (הכנסת ה-15), בעמ' 10.

<sup>168</sup> פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה מיום 22.12.2020 (הכנסת ה-23), בעמ' 3.

<sup>169</sup> פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה מיום 19.9.2002 (הכנסת ה-15), בעמ' 39.

<sup>170</sup> פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה מיום 8.12.2014 (הכנסת ה-19), בעמ' 2.

<sup>171</sup> פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה מיום 16.7.2007 (הכנסת ה-17), בעמ' 4.

<sup>172</sup> ראו למשל, הליך חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 47), התשס"ג-2002, זמין [כאן](#).

<sup>173</sup> ראו למשל, הליך חוק הבחירות לכנסת השנייה (תיקון מס' 2), התשי"א-1951, זמין [כאן](#).

הקולגיאליות: בהסכמתם הרחבה של חברי כנסת רבים. כך למשל, חוק מימון מפלגות (תיקון מס' 24 והוראת שעה), התשס"ג-2002, העניק למבקר המדינה סמכות להוציא צווי מניעה שונים במהלך מערכת הבחירות. בדיוני הוועדה אמר היו"ר דאז ח"כ מיכאל איתן את הדברים הבאים: "נקיים את הדיון כרגע בהצעה המשותפת, שהושגה כתוצאה ממגעים מוקדמים בין מפלגת העבודה לבין סיעת הליכוד. [...] קיימנו מספר פגישות והחלטנו להביא הצעה, אם תהיה מוסכמת על שתי המפלגות הגדולות, אז יש לה בסיס ריאלי להצליח".<sup>174</sup>

חוק הכנסת (תיקון מס' 43), התשע"ו-2016 קבע הסדר המפרט את מנגנון השעיית חבר הכנסת שהתקיים בו האמור בסעיף 7א(א)(2) או (3) לחוק-יסוד: הכנסת. הדיונים בחוק עוררו פולמוס נרחב ומחלוקות של ממש בין חברי הכנסת בוועדה,<sup>175</sup> מה שנראה כחריג בנוף הצעות החוק מטעם ועדת החוקה. ואולם, גם חוק זה ממחיש את השמירה על עקרון הקולגיאליות ועקרון ההליך היסודי בהצעת חוק מטעם הוועדה. קוימו בו דיונים ענייניים תוך שמיעת כל הדעות ונעשו מאמצים כבירים להגיע להסכמות חוצות מפלגות. על חשיבות ההסכמות עמדה נציגת הייעוץ המשפטי של הכנסת עו"ד סיגל קוגוט באחד הדיונים: "... אבל בין איך פותחים אותו ואיך מסיימים אותו, זה צריך להיות משהו מאוד-מאוד חוצה מפלגות ומאוד רחוק מרוב קואליציוני, אלא משהו עם הסכמה מאוד רחבה של הבית".<sup>176</sup>

לבסוף, החוק התקבל לאחר התחשבות בהסתייגויות של חברי הוועדה, כך שניתנה סמכות לחברי הכנסת להשעות מי שהתקיימו בו התנאים בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת ולא להדיחו ומתוך 70 ח"כ שצריכים להתניע את הליך ההשעייה בוועדת הכנסת לפחות 10 צריכים להיות חברי אופוזיציה. כמו כן, בתקופת הבחירות לא ניתן יהיה לפתוח בהליך השעייה. לא למותר לציין שהשעייה סופית דורשת רוב של 90 חברי הכנסת מה שבוודאי ישקף הסכמות חוצות מפלגות. יפים לענייננו דברי יו"ר ועדת החוקה דאז בהצבעה בקריאה השנייה והשלישית במליאה: "ואנחנו עוד הוספנו, בהתייעצות עם האופוזיציה וכו', שמתוך ה-70 יהיו לפחות עשרה חברי אופוזיציה, כדי שהכול יראה".<sup>177</sup>

נוסף על האמור לעיל, נציין בקצרה עוד דוגמא אחת לשימוש בהצעת חוק מטעם ועדה לחקיקת חוק שאמנם אינו חוק יסוד, אך היה בו כדי להביא לשינוי מוסדי ומשטרי חשוב: חוק הכנסת (תיקון מס' 10) (היועץ המשפטי לכנסת), התשס"א-2000, אשר עיגן לראשונה בחקיקה את מוסד היועץ המשפטי לכנסת. גם מקרה זה מדגים היטב את האופי הקונצוזואלי של הצעת חוק מטעם ועדה. כפי שהדגיש יושב ראש ועדת הכנסת בקריאה הראשונה, "זה לא חוק שמצוי במחלוקת [...] הצעת חוק היועץ המשפטי לכנסת היא הצעה שאיננה שנויה

<sup>174</sup> פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה מיום 11.11.2002 (הכנסת ה-15), בעמ' 17-18.

<sup>175</sup> פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה מיום 29.2.16 (הכנסת ה-20), בעמ' 55-61.

<sup>176</sup> פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה מיום 21.6.16 (הכנסת ה-20), בעמ' 591.

<sup>177</sup> פרוטוקול מליאת הכנסת מיום 19.6.2016 בעמ' 235.

במחלוקת [...] זה לא נושא בין סיעות. זה לא נושא של קואליציה-אופוזיציה".<sup>178</sup> אכן, בסופו של הליך החקיקה, חוק זה התקבל בקריאה שלישית בהסכמה מקיר לקיר: ברוב של 79 תומכים, ללא מתנגדים וללא נמנעים.<sup>179</sup>

בשולי הדברים ראוי להזכיר גם את דברי ח"כ יריב לוין, עת כיהן כיושב-ראש ועדת הכנסת, על האופן שבו על ועדת הכנסת לפעול כשהיא יוזמת חקיקה מוסדית חשובה מסוג אחר: תיקון תקנון הכנסת. וכך אמר ח"כ לוין: "התקנון אושר בהסכמה מקיר לקיר, בתהליך גלוי ושקוף. תוך הסכמה מלאה שכל דבר שלא תהיה עליו הסכמה, לא ישונה. אסור שהישגים פוליטיים יושגו בדרך דורסנית. אלה כללי משחק שכולם מסכימים שהם ראויים לתהליך הדמוקרטי". ואכן, במקרה זה, מליאת הכנסת אישרה פה אחד את התקנון החדש ("לאחר עשרות שנים של עבודה לפי תקנון מיושן אושר היום תקנון חדש לכנסת")<sup>180</sup> (30.5.2012).

#### 5.6. סיכום הדיון בהליך חקיקה מטעם ועדה

מסלול חקיקה מטעם ועדה הוא מסלול מובחן מהליך חקיקה ממשלתית או חקיקה פרטית. בעוד שמסלולי חקיקה אלה כוללים שורה של משוכות הליכות, המוסדרות בתקנון, במקורות נוספים, ובמסורת חקיקתית עשירה של הכנסת, הרי שהצעת חוק מטעם ועדה הוסדרה רק בסעיף 80 לתקנון והשימוש בה מועט. בחינת לשון הסעיף התקנוני המסמיך מסלול זה, ההיסטוריה החקיקתית שלו, תכליותיו והנוהל המקובלים ביחס אליו, מלמדים כי מדובר בהליך ייחודי, שנועד לשמש את הכנסת כגוף ולחזק אותה, כרשות מחוקקת ומכוננת, אל מול הממשלה. ניסוחו המקורי של הסעיף המסמיך והנוהל שהתפתחו ביחס להליך זה, הן כאשר יועד לחקיקת חוקי יסוד והן כאשר שימש לחקיקה רגילה, מלמדים כי מעבר לכללים המחייבים הליך חקיקה רגיל על פי הלכת מגדלי העופות והלכת קוונטינסקי, הליך זה כפוף לעקרון הקולגיאליות ועקרון ההליך היסודי. בנוסף לדרישות הליכות אלו, כאשר הליך חקיקה מטעם ועדה נוגע לחקיקת חוקי יסוד או לתיקונם, הוא מחייב לעמוד גם ברף ההליכי הנדרש מחקיקת חוקי יסוד: הקפדה יתירה על עקרון ההשתתפות ועל קיומו של דיון כדבעי.

#### 6. סיכום מרכיבי הטיעון ביחס לפגמים בהליך

כפי שעולה מהאמור לעיל, בהליך החקיקה בפני הוועדה ולקראת הקריאה השנייה והשלישית בעניין ביטול עילת הסבירות נפלו פגמים היורדים לשורשו של הליך, כפי שהללו הוגדרו בפסיקה ביחס לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה של חוקים רגילים בפרשת מגדלי העופות ובפרשת קוונטינסקי. לא זו אף זו, להליך נשוא הדיון שני מאפיינים ייחודיים מכוחם הוא נדרש לעמוד ברף מחמיר ומובחן מזה שעוגן בפסיקה ביחס לחקיקה רגילה. המאפיין הייחודי הראשון של ההליך הוא היותו הליך לתיקון חוק יסוד. תיקון לחוק יסוד, המצוי במדרג הנורמטיבי הגבוה ביותר ומשמש בסיס למערכת היחסים החוקתית שבין הרשות השופטת לרשות המבצעת, כפוף לרף מחמיר ומוקפד יותר מזה המשמש את הכנסת בהליכי חקיקה רגילים. ככזה עליו לעמוד ברף מחמיר

<sup>178</sup> פרוטוקול ישיבה מס' 141 של הכנסת ה-15 (2.8.2000) בעמ' 250.

<sup>179</sup> להרחבה על הליך החקיקה של חוק זה ראו קרן הורוביץ ואיתי בר-סימן-טוב "היועץ המשפטי לכנסת ומקומו בהפרדת הרשויות בהליכי החקיקה" עיוני משפט מד 267 (2021).

<sup>180</sup> פרוטוקול מליאת הכנסת מיום 30.5.2012, זמין כאן.

יותר ביחס לעקרון ההשתתפות ומתחייב שיתקיים בו דיון כדבעי. המאפיין הייחודי השני של ההליך הוא היותו הליך חקיקה מטעם ועדה כפי שעוגן בסעיף 80(א) לתקנון. לשון הסעיף, ההיסטוריה החקיקתית שלו, תכליותיו והנוהג והנהלה שהתגבשו ביחס אליו מאז קום המדינה, מלמדים כי בהליך חקיקה מטעם ועדה, במיוחד כאשר הוא מיועד לחקיקת חוקי יסוד, חובה לשמור על העקרונות המחייבים בהליך חקיקה רגיל ובנוסף גם לעמוד בדרישת הקולגיאליות ודרישת ההליך היסודי.

**במקרה שלפנינו, הליך חקיקת החוק מטעם הוועדה בנוגע לתיקון חוק יסוד: השפיטה בעניין ביטול עילת הסבירות רמס באופן בוטה את עקרון ההשתתפות ולא אפשר קיום דיון ראוי ורציני בהצעה לתיקון חוק היסוד. הליך דורסני וחד-צדדי מעין זה בוודאי שאינו עומד ברף המחמיר ביחס לעקרון ההשתתפות ולקיום הדיון המתחייבים בהליכי חקיקת חוקי יסוד ותיקונם. בנוסף, ה"ייזום" והן הליך ה"הכנה" של הצעת חוק יסוד מטעם ועדה בעניין ביטול עילת הסבירות הפרו באופן בוטה וחסר תקדים את עקרון הקולגיאליות ועקרון ההליך היסודי.**

לסיכום, ספק אם הליך החקיקה במקרה דנן עמד אפילו במבחנים הקיימים בפסיקה כיום ביחס לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה של חוקים רגילים. אולם ברי כי הליך החקיקה במקרה דנן לא עמד ברף המשפטי הנדרש לחקיקת חוקי יסוד וגם לא עמד במבחן המשפטי הראוי לחקיקתו במסלול של הצעות חוק מטעם ועדה, ומקל וחומר לא עמד בהליך הנדרש עבור חקיקת חוק יסוד מטעם ועדה.

## **חלק שלישי: הטיעון המשפטי-מהותי**

### **1. עיקרי הטענות בחלק זה**

**ליבת הפגם בחקיקת התיקון היא במישור העקרוני: גזיעת הסמכות של בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית בעילת חוסר סבירות וללא תחליף שווה ערך המאפשר ביקורת על פעולת הממשלה.**

- עקרונות היסוד עליהן מושתת המשטר של מדינת ישראל הם: הדמוקרטיה, שלטון החוק, כבוד האדם באשר הוא אדם, וצביונה היהודי של המדינה. עקרונות אלה מחייבים את קיומו של בית משפט עצמאי מהרשויות הפוליטיות, שהינו בעל סמכות לפקח עליהן, וזאת כדי להבטיח את מימושם בפועל של עקרונות היסוד.
- התיקון שולל סמכות פיקוח של בית המשפט על הרשות המבצעת ובכך מסכן את מימוש עקרונות היסוד ובעיקר את ההליך הדמוקרטי והשמירה על שלטון החוק. בשל כך התיקון חורג מסמכותה המכוננת של הכנסת, והוא בגדר תיקון חוקתי לא חוקתי.
- התיקון אינו עומד במבחני עזר לאפיון מצבים של שימוש לרעה בסמכויות הכנסת כפי שנקבעו בפסיקה: יציבות, כלליות, והתאמה למארג החוקתי. יתר על כן, מבחנים אלו נועדו להתמודד עם מצבים בהם תוכן ההסדר לא מותאם למדרג הנורמטיבי החוקתי. אך התיקון שעל הפרק מעורר קושי נוסף והוא שימוש לרעה בהליך החוקתי כדי לכלול בו הסדרים שתכליתם חותרת תחת ייעודה של החוקה עצמה. ביטול עילת הסבירות חותר תחת תכליות אלה ממש.

- הניסיון ההשוואתי העכשווי מלמד כי פגיעה אנושה בדמוקרטיה נגרמת, לעיתים קרובות, לא באמצעות פעולה או תיקון חוקתי יחיד, החותר תחת ליבת ערכי היסוד של הדמוקרטיה אלא בתהליך איטי והדרגתי של "שחיקה דמוקרטית". זהו המורכב מאוסף של צעדים ושינויים חקיקתיים המצטברים בהדרגה שבמצטבר יש בהם כדי להחליש את המוסדות והערכים הדמוקרטיים עצמם. על כן, ביקורת שיפוטית על שינויים חוקתיים חייבת לנקוט משנה זהירות מתוך מודעות לצורך להגן על הדמוקרטיה.
- הניסיון ההשוואתי מלמד כי פגיעה ביכולתו של בית המשפט לבקר את השלטון היא נדבך מרכזי בשחיקה דמוקרטית, שכן היא מסירה חסמים העומדים בפני שלטון המבקש לבצר את כוחו, ומקלה עליו לבצע שינויים נוספים בהמשך.

## 2. התיקון אינו חוקתי

נקודת המוצא של הפרק המהותי היא כי עקרונות היסוד עליהן מושתת המשטר של מדינת ישראל הם: הדמוקרטיה, שלטון החוק, כבוד האדם באשר הוא אדם, וצביונה היהודי של המדינה. עקרונות אלה מחייבים את שלוש רשויות השלטון וכן את הכנסת כרשות מכוונת. אלו הם, בלשונו של כב' הנשיא אגרנט בפרשת **ירדור**, "הנתונים הקונסטיטוציוניים" הנלמדים מ"הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה" דהיינו כי ישראל הינה "מדינה ריבונית, עצמאית, [ש]וחרת חופש ומאופיינת על ידי משטר של שלטון העם... [מדינה] שהוקמה 'כמדינה יהודית בארץ ישראל'".<sup>181</sup> מאז פרשת **ירדור** השתקפו "הנתונים הקונסטיטוציוניים" הללו בחוקי היסוד של המדינה, שאף מגבילים את מי שפועל לשנותם מלהשתתף בבחירות לכנסת.<sup>182</sup> כפי שקבע כב' הנשיא אגרנט, "עובדת יסוד קונסטיטוציונית" מחייבת כל אחת מרשויות המדינה: "חלילה לה, לרשות כל שהיא של המדינה ... להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה".<sup>183</sup> כך גם לגבי הכנסת בפועלה כרשות מכוונת. אמנם לרשות המכוונת יש סמכות לכונן חוקה, אולם אין לה סמכות לכונן כל חוקה שתחפוץ: יש לה סמכות לכונן חוקה למדינה שעקרונות היסוד האמורים הם ארבעת נדבכיה.<sup>184</sup> עמד על כך כב' השופט חשין באחת הפרשות:<sup>185</sup>

"... גם חוקי היסוד אינם בפסגת הפירמידה, שמא נאמר: בתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי היסוד יונקים מהם את חיותם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדמוקרטיה היהודית. אלה הם הגבוה מעל גבוה שומר".

<sup>181</sup> ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט 365, 385 (1965).

<sup>182</sup> ראו סעיף 7א(א) לחוק יסוד: הכנסת.

<sup>183</sup> עניין ירדור, לעיל ה"ש 181, בעמ' 386.

<sup>184</sup> ראו בהקשר זה, פורום המרצות והמרצים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 9: סמכות הכנסת לשנות חוקי יסוד" (הופץ ביום 7.2.2023), זמין כאן.

<sup>185</sup> ע"א 733/93 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997).

עקרונות היסוד הללו מחייבים את קיומו של בית משפט עצמאי מהרשויות הפוליטיות, כיוון שבלעדיו אין אפשרות להבטיח את מימושם בפועל של עקרונות היסוד. כפי שהיטיב לומר כב' השופט חשין:<sup>186</sup>

”מושג הדמוקרטיה משמיע – אף זועק – קיומה של רשות שופטת. מוחה של הדימוקרטיה עשוי שלוש אונות: האונה המחוקקת, האונה המבצעת והאונה השופטת. המוח – על שלוש האונות – הוא השולט על הגוף, נותן לגוף חיות ומעצב את חייו. שיתקת אחת משלוש אונות אלו, והדמוקרטיה נעלמה ואיננה.”

**נמצא, שקיומו של בית משפט עצמאי בעל יכולות פיקוח על הרשויות הפוליטיות הוא נדבך מרכזי, שעליו מושתת הדמוקרטיה הישראלית.** בהתאם, בשורה של פסקי דין (למשל: עניין טיבי,<sup>187</sup> ולאחרונה עניין חסון<sup>188</sup>), קבע בית המשפט כי גרעין הדמוקרטיה הישראלית כולל הפרדת רשויות, ועצמאות הרשות השופטת. עצמאות בית המשפט היא חלק מהחוקה המטריאלית של מדינת ישראל.

בעניין כוחה המוגבל של הכנסת, יש להזכיר את דבריה של כב' הנשיאה חיות בעניין חסון:

”נשאלת השאלה האם [...] קיימים בשיטתנו עקרונות יסוד שאינם ניתנים לשינוי על-ידי הרשות המכוננת, בהיותם מושרשים במסורת הציבורית שלנו, בנראטיב המכונן של המדינה ובקרב הקהילה המשפטית. [...] לגישתי, ככל שהדבר נוגע לעצם זהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, התשובה לשאלה זו היא בחיוב. זאת, שכן המערך החוקתי בכללותו אינו מותר מקום לספק כי קיומה ודמותה של מדינת ישראל באו לה מן השילוב – 'היהודית ודמוקרטית' וכי זהו הלב הפועם של 'החוקה נוסח ישראל'. אכן, המבנה החוקתי שלנו אינו שלם ובהחלט ייתכן כי יתווספו לו קומות והסתעפויות בהמשך הדרך, אך שני עמודי התווך הללו – העמוד היהודי והעמוד הדמוקרטי – הוצבו בו זה מכבר. שלילת איזה מהם מובילה להתמוטטות המבנה כולו. [...] היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית מהווה חלק בלתי נפרד מזהותה.”<sup>189</sup>

<sup>186</sup> שם, בעמ' 630.

<sup>187</sup> ע"ב 11280/08 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי, פס' 14 לחוות דעתו של כב' הנשיא ברק (15.5.2003).

<sup>188</sup> עניין חסון, לעיל ה"ש 3.

<sup>189</sup> שם, פס' 18, כמו כן, ראו פס' 28. ראו גם עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 162, פס' 24 לפסק דינה של כב' השופטת חיות; בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 74 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (2006); עניין בר-און, לעיל ה"ש 80, פס' 33 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש; עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 92, פס' כ"ז לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין; פסקה 8 לפסק דינו של כב' השופט מלצר, וחוות דעתו של כב' השופט הנדל; אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בך 380 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011).

במבנה החוקתי הקיים בישראל, סמכות השיפוט, לרבות סמכות הביקורת השיפוטית, היא המנגנון המרכזי המבטיח שרשויות השלטון, לרבות הכנסת, יפעלו במסגרת סמכותן. על הרשות השופטת, שבידה סמכות השיפוט, מוטל התפקיד לאזן ולבלום את כוחו של הרוב המזדמן שנציגיו הרכיבו קואליציה וממשלתם נהנית מרוב תומך בכנסת. גוף מאזן נוסף הם שומרי הסף למיניהם, הכוללים אנשי ממשל בעלי סמכות הקבועה בחוק ואת ראשי מערכות האכיפה.<sup>190</sup> אך שומרי סף אלה תלויים בבית המשפט מכיוון שהוא הגורם המאזן והבולם בכל הנוגע למעמדם ואי תלותם של שומרי הסף ברשות המבצעת.

מכאן שסמכותה התחומה של הכנסת כרשות מכוונת מגבילה את כוחה לשלול מבית המשפט את הסמכות להבטיח תחרות פוליטית בריאה שמאפשרת תחלופה בין מפלגות המתחרות באופן שווה על קולם של הבוחרים,<sup>191</sup> להבטיח את קיום שלטון החוק בשלטון, להבטיח את כבוד האדם ויתר זכויות האדם ככל שאלה מוכרות בחוקי היסוד, ולהבטיח את הצביון היהודי של המדינה.

אשר על כן, לכנסת כרשות מכוונת אין סמכות להגביל את סמכויות הפיקוח של בית המשפט על קיומו של הליך דמוקרטי שוויוני במישור הארצי והמקומי, על השמירה על שלטון החוק בשלטון ועל כיבוד זכויות האדם.

כל עוד לא פירש בית המשפט אחרת, נראה שהתיקון מבקש לגרוע מסמכויות הפיקוח של בית המשפט על החלטות בלתי סבירות שקיבלה הממשלה, ראש הממשלה או אחד משריה (להלן, לשם קיצור: הממשלה). גריעה זו פוגעת בעקרונות היסוד של המשטר כיוון שהיא חושפת את ההליך הדמוקרטי ומכפיפה אותו לשרירות הממשלה, ופוגעת בשלטון החוק ובזכויות אדם.

הפגיעה בהליך הדמוקרטי היא פועל יוצא של חסינות הממשלה מהחלטות בלתי סבירות שכן החסינות תאפשר לה להטות את ההליך הפוליטי לטובתה בדרך של הקצאת משאבים לתומכיה ועושי דברה וגריעתם מאחרים, ומהבטחת טובות הנאה דומות בעתיד. הממשלה תוכל, באמצעות החסינות של מינוי שומרי הסף מביקורת הסבירות, להשפיע על שיקול דעתם של שומרי הסף כך שייטו אותה לטובתה. אמנם, יכולות להיות עילות ביקורת נוספות בידי בית המשפט המפקח, כגון שיקולים זרים או פגיעה בשוויון, אולם עילת הסבירות משמשת בידי בית המשפט ככלי מרכזי לפיקוח בכגון דא, במיוחד כאשר אין ראיות ישירות המצביעות על קיומם של שיקולים זרים או כוונה להפלות.

חסינות הממשלה מהחלטות בלתי סבירות פוגעת בשלטון החוק שכן היא יוצרת מעין "שטח הפקר" שבו הממשלה יכולה לפעול מבלי שיש גורם שאינו הממשלה עצמה (או חברי הכנסת של הקואליציה הנתונים למעשה למרותה) אשר בידו כוח למנוע את האפשרות שהממשלה תפעל באופן שאינו סביר באופן קיצוני. הקביעה כי לא ניתן להתערב גם בהחלטה בלתי סבירה של הממשלה או של שרים לא להפעיל סמכות חוקית פוגעת קשות

<sup>190</sup> ראו בהקשר זה, פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 1: גיבוש עמדה משפטית של הממשלה והשרים" (הופץ ביום 15.1.2023), זמין כאן. ראו בהקשר זה גם, Yaniv Roznai, Rosalind Dixon & David E. Landau, *Judicial Reform or Abusive Constitutionalism in Israel*, ISR. L. REV. (forthcoming).

<sup>191</sup> ראו בהקשר זה, פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 31: הפגיעות של הזכות לבחור והזכות להיבחר כתוצאה מהרפורמה" (הופץ ביום 19.3.2023), זמין כאן (להלן: נייר עמדה מס' 31).

בעקרון שלטון החוק, ובהפרדת הרשויות בין הרשות המבצעת ובין הרשות המחוקקת. אמנם, היעוץ המשפטי עדיין מחויב ליישם את עילת הסבירות, אך בהעדר ביקורת שיפוטית, וכאשר עצמאותם של היועצים עצמם מוטלת בספק,<sup>192</sup> אין זה ברור שפרשנותו של היעוץ המשפטי לעניין אי-סבירות קיצונית אכן תהיה תואמת את שלטון החוק, ואם כן לא ברור שהיא תאכף בעולם המעשה. אם אין דיין, אין דין, והישר בעיני הממשלה יעשה.

חסינות הממשלה מהחלטות בלתי סבירות פוגעת בזכויות אדם בסיסיות ובראשן הזכות להליך הוגן וזכות הגישה לערכאות.<sup>193</sup> התיקון לחוק חושף את האזרחים להחלטות שלטוניות שאינן סבירות ואף שאינן סבירות באופן קיצוני. חשוב לציין שהזכות להליך הוגן היא רחבה ומכסה לא רק את ההגנה על זכויות הפרט אלא גם את ההגנה מפני שרירות השלטון. כך למשל, בעוד שלאף תושב אין זכות אדם שהרשות המקומית תקים מקווה בשטח היישוב שלו, יש לו הזכות שהרשות המקומית תכבד את שלטון החוק ואת חובת הנאמנות שלה כלפיו ובכלל זה תפעל בסבירות. מכוח זכות זו ביטל בית המשפט במספר הזדמנויות החלטות של רשויות בשל חוסר הסבירות שלהן.<sup>194</sup>

התיקון אינו חוקתי לא רק בשל ההשלכות המעשיות של החסינות שהוא יוצר לממשלה מביקורת שיפוטית. התיקון אינו חוקתי גם בשל הנחת המוצא שלו, לפיה בית המשפט יונק את סמכותו רק מחוק יסוד: השפיטה, ושלמעשה בית המשפט הוא כחומר ביד יוצרו, הרשות המכוננת, וזו, במחי קולמוס – "על אף האמור בחוק-יסוד זה" – יכולה להרחיב ולצמצם את סמכויות הפיקוח של בית המשפט כרצונה. עמדה לעומתית כזו יש בה גם איום מוסווה לבית המשפט, שעלול לפגוע באמינותו של בית המשפט בעיני הציבור. כך לפי תפיסתו של בית המשפט העליון עצמו בבג"ץ **ולנר נ' ראש הממשלה**,<sup>195</sup> שהדגיש את החובה לשמור על "אי התלות העניינית של השפיטה" ובכלל זה אימץ את דבריו של פרוף' אקצין כי "אסור לגורם ציבורי כלשהו לנסות ולהדריך את הערכאה השיפוטית",<sup>196</sup> שכן כתוצאה מכך "הציבור עשוי לטעון כי ההכרעה השיפוטית לא נעשתה 'באופן הוגן, ניטרלי, תוך מתן יחס שווה לצדדים וללא כל אבק של עניין אישי בתוצאה' (...) – תנאים מינימאליים החיוניים לפעולה תקינה של הרשות השופטת".<sup>197</sup> גם בשל כך, עצמאותו של בית המשפט חייבת להימנות בין עקרונות היסוד של המשטר בישראל, באופן שאינו כפוף לשרירותה של רשות שלטונית כלשהי, לרבות הרשות המכוננת.

**הקשר ההדוק בין ההגנה על הדמוקרטיה, שלטון החוק, והזכויות החוקתיות לבין הסמכות של בית המשפט לפקח על רשויות השלטון על מנת להבטיחן עולה בביטוח בפסיקת בתי המשפט העליון בארה"ב ובאנגליה.** הנושא התעורר במדינות אלה כל אימת שהמחוקק (בארה"ב, המחוקק הפדרלי או המדינת) ביקש לצמצם את

<sup>192</sup> ראו בהקשר זה את דבריו של היועץ המשפטי למשרד האוצר, עו"ד אסי מסינג, בדיוני ההכנה בוועדת החוקה לקראת קריאה שניה ושלישית (פרוטוקול מיום 11.7.2023).

<sup>193</sup> בעניין זה ראו Yuval Eylon and Alon Harel, *The Right to Judicial Review*, 92 VIRGINIA LAW REVIEW 991 (2006); Douglas E. Edlin, *A Constitutional Right to Judicial Review: Access to Courts and Ouster Clauses in England and the United States*, 57(1) THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 67 (2009).

<sup>194</sup> נייר עמדה מס' 52, לעיל ה"ש 42.

<sup>195</sup> בג"ץ 5364/94 **ולנר נ' ראש הממשלה**, פ"ד מט(1) 758 (1995).

<sup>196</sup> שם, עמ' 789, מזכיר את ב' אקצין **תורת המשטרים** (אקדמון, כרך א, מהדורה 2, תשכ"ח) 329.

<sup>197</sup> עניין **ולנר**, לעיל ה"ש 195, בעמ' 790, מאזכר את בג"ץ 732/84 **ח"כ צבן נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מ(4) 141, 148 (1986).



הביקורת השיפוטית. סוגייה זו, הידועה כסוגיית גדיעת הסמכות השיפוטית – Jurisdiction Stripping בארה"ב, Ouster Clauses בבריטניה – מעסיקה את מומחי המשפט מאז שקבע בית המשפט העליון האמריקני בשנת 1803 בעניין **Marbury v. Madison** כי "It is emphatically the duty and province of the judicial department to say what the law is"<sup>198</sup>.

השאלה התעוררה בארה"ב שכן לכאורה, סעיף 3 לחוקה האמריקנית המעניק סמכויות לבתי המשפט הפדרליים, מסמיך את המחוקק הפדרלי להגדיר בחוק את סמכויות השפיטה.<sup>199</sup> כך עלתה השאלה האם הקונגרס יכול לצמצם בחוק את סמכויות בתי המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית ישירות מכוח החוקה. דורות של תלמידים התמודדו עם הדיאלוג המפורסם של הפרופסורים הארט ו-ווקסלר,<sup>200</sup> באשר למגבלות כוחו של הקונגרס בהענקת וגדיעת סמכויות שיפוט, דיאלוג שהוביל את הארט למסקנה כי צמצום סמכות השיפוט הפדראלית אפשרית ובלבד שבתי המשפט המדינתיים יישארו בעלי סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית חלופית כדי למנוע פגיעה בהוראות החוקה. מנגד, המלומד אקיל אמאר הגיע למסקנה כי הקונגרס אינו מוסמך לצמצם את סמכות בית המשפט העליון הפדראלי ואת סמכות הערכאות הנמוכות הפדראליות בה-בעת.<sup>201</sup> בית המשפט העליון האמריקני עצמו לא פסק באופן ישיר בסוגיה בעת האחרונה, למעט בעניין **Boumediene**,<sup>202</sup> שם קבע שגדיעת סמכות הביקורת שמנעה אפשרות מעצירים בגואנטאנמו לפנות בעתירה כנגד מעצרם (habeas corpus) נגדה את ה-Suspension Clause שבחוקה ולכן לא השתכללה לכלל שלילה של הסמכות של בית המשפט.<sup>203</sup> פסק דין זה מובא על-ידי המלומד ריצ'ארד פאלון כתמיכה בטענתו הכללית והעקרונית כי השאלה הרלוונטית לעניין גדיעת או שימור סמכות הביקורת השיפוטית היא לא מה קובע סעיף 3 של החוקה שמגדיר את סמכויות בית המשפט, אלא מהן ההוראות המהותיות של החוקה שהרי התקיימותן תלויה בקיומה של ביקורת שיפוטית עצמאית:

---

<sup>198</sup> Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Article III **Section 1**: The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and<sup>199</sup> in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour. . . **Section 2**: The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; . . . In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress . . . shall make. . .

Henry M. Hart, Jr., *The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts: An Exercise in*<sup>200</sup> *Dialectic*, 66 HARVARD LAW REVIEW 1362, 1401 (1953).

Akhil Amar, *A Neo-Federalist View of Article III: Separating the Two Tiers of Federal Jurisdiction*, 65<sup>201</sup> B.U. L. REV. 205, 271-72 (1985); Akhil Amar, *Marbury, Section 13, and the Original Jurisdiction of the Supreme Court* 56 CHI. L. REV 443, 487 (1989).

*Boumediene v. Bush* 553 U.S. 723 (2008)<sup>202</sup>.

Richard Fallon, *Jurisdiction-Stripping Reconsidered*, 96 VIRGINIA L. REV. 1043, 1046 (2010)<sup>203</sup>.

“[W]hen substantive constitutional rights exist, the Constitution requires that some court have jurisdiction to provide sufficient remedies to prevent those rights from becoming practical nullities.”<sup>204</sup>

או כפי שציין המלומד הנרי מונהאן, בהתייחסו לתורתו של הארט, יש להבטיח קיומה של סמכות ביקורת של בית משפט עצמאי על מנת למנוע שלילה שרירותית של חירותו של אדם.<sup>205</sup>

ניתוח זה מראה את ההבנה בדבר הצורך להבטיח סמכות שיפוט של בית משפט עצמאי מהרשויות האחרות שנובע מעצם קיומה של נורמה חוקתית, ובלי קשר לשאלה כיצד החוקה מגדירה את סמכויות בית המשפט. במילים אחרות, הקביעה כי סמכות השיפוט בארצות הברית נובעת מכוח סעיף 3 לחוקה האמריקנית, כמו שסמכות השיפוט בישראל נובעת מכוח סעיף 15 לחוק-יסוד השפיטה, נכונה רק באופן חלקי. סמכות השיפוט לבצע ביקורת שיפוטית אשר נועדה לוודא כי הרשויות האחרות אינן חורגות מסמכויותיהן, נובעת מההוראות החוקתיות האחרות המסדירות את הפרדת הרשויות, את ההליך הדמוקרטי, ואת הזכויות החוקתיות. הוראות אלה נושאות עימן – בתרמילן המטאפורי – רכיב משלים שמעניק סמכות ביקורת של בית המשפט, כמרכיב חיוני שמבטיח את התקיימותן בפועל.

בהקשר החוקתי הישראלי, המסקנה היא שהוראות סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה כפופות להוראות החוקתיות האחרות הקבועות בחוקי היסוד ובעקרונות היסוד, ואין לפרשן כאילו התכוונו לפגום בסמכות הפיקוח של בית המשפט להבטיח את התקיימותן.

בבריטניה למרות העקרון החוקתי השורר שם לפיו הפרלמנט הוא הריבון (Parliamentary sovereignty), מתבטאים שופטים רבים בשנים האחרונות ומזהירים כי בעקרון, הפרלמנט מוגבל בסמכותו לבטל את סמכות השיפוט על רשויות מינהליות (למשל, כשמדובר בעתירות של "מבקשי מקלט") מבלי שהפרלמנט מקים חלופה עצמאית לא פחות,<sup>206</sup> אם כי התנגשות חזיתית בין בית המשפט העליון לפרלמנט נמנעה עד כה בשל נטייתו העקבית של בית המשפט לפרש את החקיקה באופן שמתיר את סמכות הביקורת על כנה.<sup>207</sup> כפי שציין למשל Lord Phillips בפרשת *R (Cart) v Upper Tribunal*<sup>208</sup>:

“89. The administration of justice and upholding of the rule of law involves a partnership between Parliament and the judges. Parliament has to provide

<sup>204</sup> שם, בעמ' 1050.

<sup>205</sup> Henry Monaghan, *Jurisdiction-Stripping Circa 2020s: What the Dialogue (Still) Has to Teach Us*, 69 *DUKE L. J.* 1, 63 (2019).

<sup>206</sup> בעניין זה, ראו גם Vincent Lafortune, *Sovereign Therefore Limited: The Unconstitutionality of Ouster* 8 *LSE LAW REVIEW* 429 (2023). *Clauses for Errors of Law under the British Constitution*,

<sup>207</sup> על כך ראו Mark Elliott, *Through the Looking-Glass? Ouster Clauses, Statutory Interpretation and the British Constitution*, University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series (2018). available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3097074](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3097074).

<sup>208</sup> *R. (Cart) v The Upper Tribunal* [2011] UKSC 28.

the resources needed for the administration of justice. The size and the jurisdiction of the judiciary is determined by statute. Parliament has not sought to oust or fetter the common law powers of judicial review of the judges of the High Court **and I hope that Parliament will never do so**. It should be for the judges to decide whether the statutory provisions for the administration of justice adequately protect the rule of law and, by judicial review, to supplement these should it be necessary.”

ובפסק דין **Privacy International**<sup>209</sup> הדגיש Lord Lloyd-Jones :

“160. I wholeheartedly endorse the exposition by Laws LJ in the Divisional Court in *Cart* (at paras 36-40) of the principle that it is a necessary corollary of the sovereignty of Parliament that there should exist an authoritative and independent body which can interpret and mediate legislation made by Parliament.”

ואילו Lord Carnwath ציין שם, בהערת אגב (פס' 144), כי :

“I see a strong case for holding that, **consistently with the rule of law, binding effect cannot be given to a clause which purports wholly to exclude the supervisory jurisdiction of the High Court** to review a decision of an inferior court or tribunal, whether for excess or abuse of jurisdiction, or error of law. In all cases, regardless of the words used, **it should remain ultimately a matter for the court to determine the extent to which such a clause should be upheld**, having regard to its purpose and statutory context, and the nature and importance of the legal issue in question; and **to determine the level of scrutiny required by the rule of law.**”

ויש גם אלו הסבורים שמחויבותו של הפרלמנט לזכויות האדם, כפי שבאה לביטוי בחוק זכויות האדם (Human Rights Act), כופפת גם את הפרלמנט הריבון לשלטון החוק והמחויבות לזכויות האדם, ולפיכך מחייבת את בית המשפט להקפיד על סמכות הביקורת שלו, שמעוגנת במשפט המקובל. כפי שסיכם המלומד Trevor Allan:<sup>210</sup>

---

<sup>209</sup> R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal and others [2019] UKSC 22.  
<sup>210</sup> Trevor RS Allan, *Parliament's Will and the Justice of the Common Law: The Human Rights Act in Constitutional Perspective*, 59 CURRENT LEGAL PROBLEMS 27, 50 (2006).

“Confronted by potential threats to fundamental constitutional rights, the judges cannot escape their own responsibility for legal outcomes by deference to supposedly unyielding statutory commands. There is almost always scope, in practice, for reasonable accommodation between statutory purpose and legal principle, according to the circumstances arising. But even when the scope for accommodation diminishes, or entirely disappears, **the court must adhere resolutely to the rule of law**. For the judge’s duty is always to administer justice; and though the justice administered must be justice according to law, the law in a liberal democracy has its own intrinsic moral nature. Its deepest principles of legal equality and procedural fairness define the basic idea of government according to law.”

כך בישראל, כך בדמוקרטיה אחרות, סמכות הפיקוח של בית המשפט אינה מעוגנת אך ורק בחוק הכתוב. לפיכך, ככל שהתיקון מתיימר לגדוע את סמכות הפיקוח של בית המשפט על הממשלה, הוא אינו בסמכותה של הכנסת כרשות מכוננת, והוא בגדר תיקון לא חוקתי שדינו בטלות.

### 3. השימוש לרעה בסמכות מכוננת

בית-המשפט הנכבד כבר הכיר באפשרות של ביקורת שיפוטית על חקיקה, ואפילו על חוקי-יסוד, במקרים חריגים ביותר שבהם ניתן לקבוע כי התקיימו “נסיבות [אשר] עשויות לעלות לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת”.<sup>211</sup> הבסיס הפורמאלי לדוקטרינה שפותחה בפסיקה בדבר האיסור על שימוש לרעה בסמכות החקיקה של הכנסת הוא סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה. עמדתנו היא שהנסיבות הנוכחיות מצדיקות לראות באימוץ צעדים חקיקתיים שלגביהם מוצע הסעד שהצגנו משום שימוש לרעה בסמכות הכינון של הכנסת. לדעתנו, בנסיבות הנוכחיות ראוי שמסקנה כזו תיקבע גם לפי גרסה שמרנית או מינימליסטית של הדוקטרינה בדבר שימוש לרעה בסמכות הכנסת.

בית-המשפט הנכבד קבע מבחני עזר לאפיון מצבים של שימוש לרעה בסמכויות הכנסת: יציבות, כלליות, והתאמה למארג החוקתי. מבחנים אלו נועדו להתמודד עם מצבים בהם תוכן ההסדר לא מותאם למדרג הנורמטיבי החוקתי. התיקון שעל הפרק מעורר קושי נוסף: שימוש לרעה בהליך החוקתי כדי לכלול בו הסדרים שתכליתם חותרת תחת ייעודה של החוקה עצמה. חוקי היסוד נועדו לשמש בסיס לתפקודה התקין של הדמוקרטיה הישראלית: הפרדה בין הרשויות, איזונים ובלמים ביניהן, שמירה על שלטון החוק, ועל זכויות היסוד. ככלל, נועדה החוקה למנוע את ריכוז הכוח השלטוני בידי גורם אחד וגם לעצב מגוונים שימנעו ממנו לבצר את כוחו. ביטול עילת הסבירות חותר תחת תכליות אלה ממש. השימוש בחולשות ההליך החוקתי הישראלי, והכשלון הנמשך בגיבוש חוק יסוד: חקיקה, כדי להכשיר שלילה יסודית של סמכויות הרשות השופטת, מהווה מקרה מובהק של ניצול לרעה של הסמכות המכוננת. הציבור בישראל הפקיד בידי הכנסת את

<sup>211</sup> עניין שיינפלד, לעיל ה"ש 65, פס' 4 לחוות דעתו של כב' השופט גרוסקופף.

הסמכות לכוון כללי משחק של דמוקרטיה, שלטון חוק וזכויות אדם. כינון חוקה בתנאים אלו של ניצול לרעה של ההליך ועל רקע של אי הסכמה רחבה הוא ניצול ציני של האפשרויות הנתונות, לכאורה, בידי הקואליציה כדי להוביל חקיקה לטובת מעילה באמון הציבור והפרת החוזה הבסיסי שבין החברה הישראלית לנבחריה.

להלן נתייחס למבחני העזר הקיימים כיום לאפיון מצבים של שימוש לרעה בסמכויות הכנסת: יציבות, כלליות, והתאמה למארג החוקתי.<sup>212</sup>

### 3.1. מבחן הכלליות

במקרה שלפנינו, התיקון אינו עולה בקנה אחד עם מבחן הכלליות, שביסודו מונחת תפיסה עקרונית, שבית-המשפט שב וחזר עליה בשורה של פסקי-דין: הכנסת חורגת מסמכותה כאשר היא מחוקקת חקיקה שנועדה לקדם "אינטרסים פרטיקולריים". בלשונו של בית-המשפט, הכנסת חורגת מסמכותה כאשר מתקיים "ניגוד עניינים מוסדי בין כובעה של הכנסת כרשות מכוונת [...] ובין 'אינטרסים פרטיקולריים' של חברי הכנסת בכנסת הספציפית" (עניין **ממשלת החילופים**);<sup>213</sup> נקבע כי "שימוש לרעה בסמכות [...] הוא, בראש ובראשונה, שימוש למטרה זרה החורגת מגדר המטרות שלשמן הוקנתה הסמכות [...]". כך ביחס לכל סמכות הנתונה לגוף שלטוני, ובכלל זה, לכאורה, גם הסמכויות השונות הנתונות לכנסת בכובעה השונים. [כאשר] השימוש בסמכות המכוונת המגולם בתיקון חוק היסוד [...] לא נעשה לשם השגת מבנה משטרי טוב יותר בראייה כללית, אלא לצורך נקודתי ובעייתי [...] נסיבות אלו עשויות לעלות לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוונת" (עניין **שיינפלד**);<sup>214</sup> חקיקה שחלה עליה הדוקטרינה הנדונה היא חקיקה שנעשית לשם קידום "האינטרסים הפרטיקולריים המשתנים של רוב זה ואחר" וללא "שיקוף קונצנזוס חברתי רחב בדבר ערכי היסוד ועקרונות השיטה הנוהגים בחברה הישראלית" (עניין **שפיר**).<sup>215</sup>

במקרים קודמים שנדונו בפסיקה, ואשר בהם בית-המשפט נכון היה, לפחות עקרונית, להכיר בכך שמדובר בשימוש לרעה בסמכות החקיקה של הכנסת, אופיינו ההסדרים החקיקתיים שנדונו ככאלה שנועדו בעיקר לשרת את האינטרס של הקואליציה בעצם הקמתה (פרשת **ממשלת החילופים**, דעת המיעוט של המשנה לנשיאה

<sup>212</sup> דרישת היציבות מופרת כאשר מדובר בתיקון שתחולתו מוגבלת בזמן ("הוראת שעה") ובמקרים מסוימים גם כאשר הוא נכנס לתוקף מיד עם חקיקתו, ועל כך להלן.

<sup>213</sup> בג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פס' 15 לחוות דעתה של כב' הנשיאה חיות (12.7.2021) (להלן: עניין **ממשלת החילופים**).

<sup>214</sup> עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 65, פס' 4 לחוות דעתו של כב' השופט גרוסקופף.

<sup>215</sup> בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת**, פס' 40 לפסק-הדין של כב' הנשיאה חיות (23.5.2021) (להלן: עניין **שפיר**).

מלצר)<sup>216</sup> או בהמשך קיומה (פרשת **שפיר**),<sup>217</sup> או שהם נועדו לקדם את האינטרס האישי של ראש אחת הסיעות לכהן בתפקיד שר (פרשת **שיינפלד**).<sup>218</sup> כאשר בחינת ההסדרים הובילה למסקנה שתכליתם העיקרית אינה קידום האינטרס הציבורי, "השגת מבנה משטרי טוב יותר בראייה כללית", אלא קידום אינטרסים פרטיקולריים, נקבע כי יש בהם, לפחות עקרונית, שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת.

כלליות התיקון נפגעת גם משום שגדיעת הסמכות אמורה לחול באופן מיידי. בכך מתחזק כוחה של הקואליציה לקדם אינטרסים פרטיקולריים כאן ועכשיו, על-ידי החלשת הביקורת השיפוטית.

### 3.2. התאמה למארג החוקתי

הכנסת (באמצעות הרוב הקואליציוני הנוכחי) החליטה להתמודד עם עילת חוסר הסבירות שלא על דרך חקיקת חוק הקובע את כפיפות הרשות הציבורית למשפטי הציבורי, לרבות החובה המוטלת על הרשות, כפועל יוצא של סמכותה, שלא לחרוג באופן קיצוני ממתחם הסבירות בבואה להפעיל שיקול דעתה, הבניית שיקול הדעת, שקילת שיקולים מתאימים (ולא שיקולים זרים), היעדר ניגוד עניינים וכו'. אין חולק שהרוב הסטוטורי פתוח בפני המחוקק בבואו לעצב את חובות הרשות על פני דיני המשפט הציבורי, כפי שהחל בשנת 1958 כאשר חוקק את חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958. מטבע הדברים, חקיקת חוק כאמור תהיה כפופה לביקורת שיפוטית מכוח חוקי היסוד, לרבות חוק-יסוד: השפיטה.

---

<sup>216</sup> עניין **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 213. נקבע שם, בין היתר, כי "העובדה שגם הכנסות הבאות יוכלו ליהנות מ'הטבה' [כלשהי] אינה מפחיתה מניגוד העניינים של הכנסת שחוקקה את ההוראה החוקתית והחילה אותה באופן מיידי, וניגוד עניינים זה מעורר חשש כי מדובר בהוראה פרסונלית שנועדה בראש ובראשונה להיטיב עם חברי הכנסת המכהנים" (שם, פס' 15 לפסק-הדין של כב' הנשיאה חיות). ראו, ברוח דומה, הכרעות בעניין תוקפה של חקיקה להסרת המגבלה על מספר השרים בממשלה: בג"ץ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט**, פ"ד נג(4) 92 (1999); עניין **יש עתיד**, לעיל ה"ש 65; והכרעות בעניין תוקפה של חקיקה לקביעת חוק תקציב דו-שנתי: עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 80; עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 92. בכל המקרים הללו הוכרה עקרונית חובתה של הכנסת לדרישה בדבר כלליות ולאיסור לפעול תוך ניגוד עניינים מוסדי.

<sup>217</sup> עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 215, פס' 48 לפסק-הדין של כב' הנשיאה חיות: "מדובר בהסדר פרסונלי במונח המוסדי, שנתפר למידותיה של הממשלה ה-35 ולקשיים הפוליטיים שבהם נתקלה".

<sup>218</sup> עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 65, פס' 42 לחוות דעתה של כב' הנשיאה חיות: "הליך חקיקת [ה]תיקון [...] מדיף ריח חריף של פרסונליות משום שהוא נועד בראש ובראשונה כדי לסלול את הדרך למינויו של דרעי לשר". כב' הנשיאה חיות הוסיפה (שם, פס' 44), כי "אף שמניעיו של המחוקק, כשלעצמם, אינם מהווים עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, קשה שלא לראות בתיקון [...] שיא, או נכון יותר נקודת שפל, של תופעה מדאיגה [...] לפיה חברי הכנסת מנצלים את הקלות שבה ניתן לתקן את חוקי היסוד לצרכים פוליטיים נקודתיים". כב' השופטת ברק-ארז ציינה, ברוח דומה (שם, פס' 47) כי "התיקון לחוק היסוד שנדון בפנינו מעורר לכאורה קשיים של ממש מבחינת התנאים שנקבעו בהלכה הפסוקה ביחס לשימוש תקין בסמכות המכוננת – על רקע השילוב שנוצר כתוצאה מתחולתו המיידית של ההסדר, מועד כניסתו לתוקף ומאפייניו הפרסונליים המובהקים". ראו גם שם, פס' 4 לפסק-הדין של כב' השופט גרוסקופף, ופס' 7-8 לחוות דעתה של כב' השופטת וילנר.

ההחלטה "לעלות" לרובד החוקתי בחקיקת התיקון הנדון, לטפל רק בנושא הפעלת הסמכות השיפוטית ולא לקבוע דבר בנוגע להפעלת סמכות ההחלטה של הממשלה, מעוררת את שאלת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. על פניו, עילת חוסר הסבירות, ככל עילות המשפט המנהלי, אמנם מגינה על ערכים חוקתיים – חובתה של הרשות, לרבות הממשלה ושריה, לפעול כנאמני הציבור (Fiduciaries) ובהגיונות – אך מרכיבי העילה הספציפית כשלעצמה אינם חוקתיים. אין היא עליונה על פני עילות אחרות במשפט המנהלי – עילת החריגה מהסמכות (על ארבעת ראשי הסמכות) או עילות ההליך (לרבות החובה לפעול על פי תשתית עובדתית, החובה להעניק טעון ושימוע אפקטיביים, והחובה שלא לפעול מתוך ניגוד עניינים, לרבות משוא פנים ודעה קדומה). במילים אחרות: בעוד שהעקרון שהעילה מגשים הוא חוקתי – הגבלת שיקול הדעת השלטוני למתחם שאותו ניתן להצדיק כמגשים את תכלית ההסדר המשפטי ואת ערכי היסוד של השיטה – המבנה הספציפי של העילה אינו הכרחי חוקתי. לכן, לו אכן היה התיקון עוסק בעיצוב מחדש של עילת חוסר הסבירות, מקומו היה ברובד החוקי, ולא החוקתי.

נדגים: כפי שצוין, הרשות נדרשת לפעול על בסיס תשתית עובדתית מתאימה ומספקת. עילה זו הינה חלק מהרכיב ההליכי, ומצויה גם כמרכיב ברכיב שיקול הדעת. כידוע, בית המשפט בפרשת **יורנט**<sup>219</sup> קבע את מבחני הראיה המנהלית, אשר עמידה בהם נדרשת על מנת למלא את דרישת הפעולה על בסיס תשתית עובדתית. נניח שהמחוקק הגיע למסקנה שיש לשנות מבחנים אלו. האם לשם כך יש לתקן חוק-יסוד? דומה שהתשובה השלילית ברורה. מכאן, אם נפרש את התיקון לחוק ככזה הבא לעצב את תחולת העילה ביחס לשירות הציבורי שאינו נבחר, תוך חחרגת הדרג הנבחר, מדובר בתיקון שמתאים לרובד החוקי. **בכך נכשל התיקון לחוק היסוד במבחן ההתאמה למארג החוקתי**, כפי שהתקבל בפסיקה בפרשת **שפיר**.

אין מדובר בפגם אסתטי. העלאת עילת הביקורת המנהלית הספציפית לרובד החוקתי לא רק יוצרת הבחנה לא ברורה בין עילה אחת למשנותיה, אלא משמעה נסיון להענקת חסינות למהלך זה מפני ביקורת שיפוטית. תפקידה של עילת ה"שימוש לרעה בסמכות מכוננת" בשיטתנו הוא לסגור פרצה זו. שאם לא כן, תוכל הכנסת לחסן מפני ביקורת שיפוטית כל דין שתמצא לנכון, על ידי חקיקתו והעלאתו לרובד חוקי היסוד. הענקת חסינות כאמור אינה עולה בקנה אחד עם ערך מבני (Structural value): הדרישה לאיזונים ובלמים, באמצעות גוף ביקורת שיפוטית עצמאי. מבחינה משפטית, אם כן, שימוש כאמור בכותרת "חוק-יסוד", אינו מעניק – אינו יכול, משפטית, להעניק – את המעמד החוקתי הנורמה שכונתה "חוק יסוד" אך אינה מתאימה למארג חוקי היסוד, והיא נותרת ברמה החוקית. משכך, היא כפופה לביקורת שיפוטית ככל שהיא סותרת חוק יסוד (וכאמור לעיל, גם לחוקי היסוד מגבלות תוכניות).

באופן ספציפי, התיקון לחוק-יסוד: השפיטה, אף שנאמר בו "על אף האמור בחוק-יסוד זה", אינו בעל כוח משפטי לגבור על האמור בחוק היסוד, משום שהתוכן – צמצום עילת חוסר הסבירות – מתאים לרובד החוקי בלבד. וככזה, על בית המשפט לבחון האם, מבחינה מהותית, הצמצום עולה בקנה אחד עם תפקידו החוקתי של בית המשפט, ובמיוחד בית המשפט העליון, כמפורט בסעיף 15(ג), ו-15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה. פשיטא,

<sup>219</sup> בג"ץ 987/94 יורנט קווי זהב בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994).

שכאשר הממשלה או שר פועלים בחוסר סבירות קיצונית, נדרש סעד למען הצדק, כל עוד בית המשפט לא יקבע כי יש להגן על חובת הנאמנות וההגינות המוטלת גם על הממשלה, באמצעות דוקטרינה חלופית.

### 3.3. מבחן חלופי – "מובחנות"

בפרשת **שפיר** הציעה כב' השופטת ברק-ארז, לצד מבחן היציבות (השולל שימוש בחוק-יסוד קצר טווח) והכלליות (השולל שימוש בחוק-יסוד לשם קידום אינטרס פרסונאלי או פרטיקולרי) את מבחן המובחנות, חלף מבחן ההתאמה למארג החוקתי. לשיטתה:

"הכנסת אינה מוסמכת להחליף את תפקידה של אף אחת משלוש רשויות השלטון האחרות – הרשות המבצעת, הרשות השופטת והרשות המחוקקת. על כן, שימוש **לרעה בחוק יסוד מבחינה זו יהא, ככלל, מצב שבו נעשה ניסיון להכתיר בכותרת חוק-יסוד הסדר המבקש 'לפלוש' באופן מובהק לתחומיה של אחת מרשויות אלו.** חוק יסוד, מתוקף הגדרתו ככזה שנועד להוות פרק בחוקה, אינו יכול להחליף מתן החלטה של הרשות המבצעת (למשל, על דרך קביעת הוראה בחוק יסוד המורה על מינויו של אדם לתפקיד או המעניקה לגורם מסוים רישיון); חוק יסוד אינו יכול להחליף בית משפט במתן החלטה בהליך משפטי (למשל על דרך זיכוי או הרשעה); חוק יסוד אף אינו יכול לכלול הסדר אופרטיבי שנדרש לחקיקה רגילה (כדוגמת הקלה במס)".<sup>220</sup>

בתיקון חוק-יסוד: השפיטה שלפנינו אמנם אין מתיימרת הכנסת להכריע בפסק דין ספציפי, אך קשה להתעלם מכך שחוק היסוד פולש באופן מובהק לתחום הרשות השופטת, שכן לראשונה בישראל הוא מתיימר לגדוע סמכות שיפוט של כל אורגן שיפוטי סביב עניין מסוים. נדגיש: אין לפנינו הזמנה לדיאלוג עם הרשות השופטת באשר לפרשנות ראויה, או באשר לעיצוב כזה או אחר של הלכה. יש כאן חסימת גישה לשדה משפטי שלם, באמצעות דבר דין המתיימר להיות חוק-יסוד. לכאורה, פשט הדברים הוא שכל גוף שיפוטי מנוע כעת מלגשת למושג הסבירות בבואו לבחון פעולה של נבחרי הציבור המנויים בחוק, ואין לו דרך לפרש מה נותר מעילה זו, מה היחס בין עילה זו לעילות אחרות, וכמובן שאין ביכולתו להכריע בסכסוך על גבולות אלו, גם אם למשל היועץ המשפטי לממשלה חיווה דעתו באשר לסבירות של נושאי המשרה הנדונים. דרך התערבות כזו בדין כורתת ענף מרכזי: סמכותו של בית המשפט "לומר מהו הדין הקיים". זוהי פלישה מובהקת לתחום המסור לרשות השופטת, מעצם עקרון הפרדת סמכויות השלטון.

לאור פגיעה זו בעקרון המובחנות, נדרש כי בית המשפט יוודא ש"גבולות התפקיד" של כל אחת מרשויות השלטון ישמר, ובכלל זה עליו להגן מפני שימוש בכותרת "חוק יסוד" לפריצת גבול כאמור. במיוחד חשוב כי תוענק הגנה מוקפדת לסמכות השיפוט המופקדת בידי הרשות השופטת.

<sup>220</sup> עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 184, פס' 23 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז.



ניתן להקיש כאן מעמדתו הברורה של בג"ץ במקרים בהם עולה הטענה כי נשללה סמכותו: נטייתו המוצהרת הינה שלא לקבל טענה ממין זה.<sup>221</sup> כתמיכה לכך ניתן לציין אף את ייחודו של סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה בפרק ג' לחוק היסוד. למעשה, הסעיף יוצא דופן ביחס לכל הוראות חוק היסוד: זהו הסעיף היחיד העוסק בפירוט בסמכותו של בית משפט (אחד) מבין כל בתי המשפט שעליהם חל, ושאותם מזכיר חוק היסוד. ניכר כי המכונן ביקש לקבע את סמכותו הנרחבת של בג"ץ, כפי שגובשה לאורך הדורות, ולקבוע אותה ברמה העל-חוקית. התיקון שבפנינו מפר סדר חוקתי זה שבו מוקנה לבג"ץ תפקיד כה מרכזי וייחודי כיוון שיש בו כדי לפגוע ביעודו החוקתי של בג"ץ. יש להדגיש זאת היטב: בג"ץ, ובעיקר "כיפת הברזל" הרחבה של סמכותו, הוא מוסד ישראלי חוקתי מושרש, שעליו אמר כב' השופט ברנזון בעניין אחר, כי "הוא המעוז הבטוח והאובייקטיבי ביותר שיכול להיות לאזרח בריבו עם השלטון",<sup>222</sup> דברים שחזרו ונשנו בפסיקה פעמים רבות.<sup>223</sup>

מכאן, התיקון אינו מתיישב עם מבחן המארג החוקתי ולחלופין עם מבחן המובחנות. אין זה נובע מכך בהכרח כי המכונן אינו רשאי "לגעת" בסמכות בג"ץ – אלא, כפי שהסברנו, עליו לבחון ראשית האם לפניו בעיית חלוקת סמכויות בין רשויות השלטון או אתגר ברובד הסטטוטורי באשר לגבולותיה של עילה כזו או אחרת. ואם מצא כי נדרשת דווקא חלוקת תפקידים ברמה החוקתית, עליו לקבוע מסגרת חלופית לסמכות בג"ץ – סמכות עצמאית, שלמה והולמת.

להשלמת טעון זה יצוין כי על פי המבחן הדו-שלבי שפותח בפרשת **שפיר**, ניתן בכל זאת להתייחס לחוק-יסוד שכשל באחד או יותר ממבחני הזיהוי, אם קיים צידוק לסטייה כאמור. כפי שעולה מהדיון בהליך החקיקה לעיל, וכפי שעולה מההקשר שבמסגרתו נחקק החוק כפי שהוצג לעיל, לא ניתן למצוא צידוק לשימוש שנעשה בכלי המשפטי הייחודי שבו נעשה שימוש כאן – תיקון חוק-יסוד: השפיטה על דרך גדיעת סמכות מכל אורגן שיפוטי בישראל לדון או להוציא צו שעיננו סבירות החלטת שר, ממשלה או ראש ממשלה, וזאת ללא כל סייג להחלטות נושאי משרה אלו (למשל, לעניין מינויים), ללא מגבלת על סמכויות הנטילה של שרים של סמכויות שהואצלו, ללא התייחסות לשיקול הדעת של ממשלת מעבר, וללא התייחסות להקרנה הרחבה של גדיעת הסמכות באשר לעילות אחרות אשר אף בהן שזור מרכיב של סבירות.

בהקשר זה, ניתן לטעון עוד, כחיזוק לטענה זו, כי אף אם התיקון עשוי לשכון ברובד החוקתי (כלומר, אף אם נניח כי אין הוא נגוע בפגמים החוקתיים שצינו בפתח דברינו), הרי שיש לקיים בו את שקבע כב' השופט זמיר

---

<sup>221</sup> ראו, למשל, בג"ץ 6162/92 **איזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229 (1993); בג"ץ 403/71 **אלכורדי נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד כ"ו(2) 66, 72-73 (1972): "בית-משפט זה מופקד על שמירת חוקיות, תקינות וסבירות פעולתן של הרשויות הציבוריות במדינה, ולתפקיד זה חשיבות חוקתית וציבורית ממדרגה ראשונה. פגיעה כל-שהיא בו עשויה לערער אחד היסודות של שלטון החוק בחיים הציבוריים של המדינה ולפגוע בציפור נפשה של הזרוע השיפוטית במדינה". אכן, כיוון שאותה פרשה חלה לפני המהפכה החוקתית, כב' השופט ברנזון הכיר (שם, בעמ' 73) באפשרות "המחוקק הריבוני של המדינה" להגביל את סמכות בג"ץ "על-ידי אמירה ברורה ומפורשת", אך בעידן החוקתי שבו אנו מצויים היום, אף על הכנסת מוטלות, כמובן, מגבלות חוקתיות, כמפורט לעיל. כמו כן ראו, בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, נז(1) 750, 755-756 (2003) (להלן: עניין חרות).

<sup>222</sup> בג"ץ 287/62 **מירון נ' שר העבודה**, פ"ד כד(1) 337, 362 (1970).

<sup>223</sup> למשל, בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 427.

בעניין התנועה המסורתית<sup>224</sup> (ואשר אומץ בפרשת יקותיאל<sup>225</sup>): "... גם נורמות המצויות באותה משבצת אינן עומדות בהכרח על אותה מדרגה. בתוך כל משבצת בפירמידה של הנורמות יש מדרגות. כך, למשל, בחוקי יסוד יש הוראות רגילות ויש הוראות משוריינות, ובמסגרת של תחיקת המשנה יש תקנות (הקרויות לעיתים בשם צווים) המוצאות מכוח תקנות, ולכן הן כפופות לתקנות. בדומה לכך אין לשלול את האפשרות שגם במשבצת של חוקים יהיה חוק מעל חוק].". אכן, כשם שסעיפי חוק יסוד משוריינים עומדים, לצרכים מסוימים, במדרגה נורמטיבית שונה מזו של סעיפים "רגילים" של חוק יסוד, כך גם ניתן לטעון כי סעיף העוסק בעילה ספציפית אחת לביקורת שיפוטית כפוף לסעיף ההסמכה המסדיר את סמכות בג"ץ במלואה, ואינו יכול להגבילה.

#### 3.4. המקרה המיוחד של מבחן הכלליות: "חקיקה עצמית" – שינוי כללי המשחק תוך כדי המשחק

היבט נוסף של מבחן הכלליות במסגרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת פותח על ידי בית המשפט הנכבד בפרשת **ממשלת החלופים**. שם נקבע כי על תיקון חוק יסוד באופן שמשנה מבחינה מהותית את המבנה החוקתי תוך הענקת יתרון לרוב הקואליציוני המחוקק, לחול החל מהבחירות לכנסת העוקבת.<sup>226</sup> באותו המקרה נפלה מחלוקת בין הרוב למיעוט בשאלה האם התיקון לחוק היסוד שנדון שם – בנוגע לממשלת החלופים – אכן עולה כדי שינוי מהותי כאמור. אולם דומה שבמקרה של התיקון לחוק שנדון לפנינו, התשובה ברורה: מדובר בהענקת חסינות מפני עילה ביקורת מרכזית – עילת חוסר הסבירות – לשרים ולממשלה, אשר השרים והממשלה בעצמם קידמו. מדובר, אם כן, במצב שבו **הרוב הקואליציוני מחוקק לעצמו פטור מעולה של מגבלה משפטית מהותית, מבלי שחוקק הוא איזון או בלם חלופיים**.

בכך הממשלה של היום זוכה ליתרון משמעותי: ללא מגבלות עילת חוסר הסבירות, ובהעדר עילה חלופית, היא תוכל להשתלט ביתר קלות על תפקידים בכירים בשירות הציבורי. באמצעות עושי דברה אלו, ישחק ההבדל בין הדרג הנבחר לדרג המקצועי לרוחבו ולעומקו של השירות הציבורי, והחלטות מהחלטות שונות – לרבות החלטות בעלי השלכה רחבה וארוכת טווח – ייצרו מציאות בלתי הפיכה.<sup>227</sup>

זאת ועוד: הדרך היחידה של הממשלה הבאה להתגונן בפני שבי (capture) כאמור, תהיה להימנע מביטול התיקון לחוק, ולפטר בעצמה את המינויים שתמנה הממשלה הנוכחית. וכך תמצא השיטה בישראל כולה שבויה בדינמיקה של שירות ציבורי פוליטי, שאינו בהכרח מקצועי, ואינו בהכרח נאמן לשלטון החוק. מסורת של שנות דור של civil service, של שומרי סף שנאמנים למדינה ולשלטון החוק, תיגדע.<sup>228</sup>

<sup>224</sup> בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 357 (1999).

<sup>225</sup> בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142 (2010).

<sup>226</sup> ראו בהקשר זה, פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 10: מועד התחולה בזמן של השינויים המשטריים שעל הפרק" (הופץ ביום 12.2.2023), זמין כאן [להלן](#): נייר עמדה מס' 10).

<sup>227</sup> ראו בהקשר זה את דבריו של היועץ המשפטי למשרד האוצר, עו"ד אסי מסינג, בדיוני ההכנה בוועדת החוקה לקראת קריאה שניה ושלישית (פרוטוקול מיום 11.7.2023).

<sup>228</sup> למבט השוואתי בהקשר זה, ראו: Michael E Bauer and Stefan Becker, *Democratic Backsliding, Populism*, and Public Administration, 3(1) PERSPECTIVES ON PUBLIC MANAGEMENT AND GOVERNANCE 19 (2020).

מצב שבו הרוב הקואליציוני של היום משתמש בכוחו לשנות את חוקי היסוד באופן שמשחרר אותו עצמו ממגבלות שבדין, הוא מצב קלאסי של ניגוד עניינים מובנה, שבו חלה הדרישה של תחולה נדחית, אשר תכליתה לוודא חקיקה "מאחורי מסך", כך שלא יינתן ייתרון לא הוגן לרוב קואליציוני מזדמן. תחולה מיידית מהווה, אם כן, שימוש לרעה בסמכות מכוונת.

רעיון התחולה הנדחית, היינו דחיית מועד הכניסה לתוקף של תיקון חוקתי לא לפני שחלף פרק זמן אשר יאפשר לכנסת הבאה לאחר השבעתה לגבש עמדתה בעניין זה, מתיישב עם גישתו של המלומד Bruce Ackerman, בספרו המפורסם *We the People: Foundations* (1991), אשר בו הוא עומד על חשיבות בחירות עוקבות, אשר במוקדן עומדת סוגיה חוקתית מהותית, כמנגנון אפשרי לתיקון החוקה.<sup>229</sup> אולם, אף כי לעתים ניתן לרפא חלק מהפגמים בשימוש לרעה בסמכות המכוונת באמצעות תחולה נדחית, במקרה זה לא יהיה בכך די כי גם בתחולה נדחית החקיקה תהווה גדיעה של הסמכות השיפוטית באופן העולה כדי תיקון חוקתי לא חוקתי וכן שימוש לרעה בסמכות המכוונת מהטעמים שהזכרנו לעיל. מכאן, שכאשר "שינוי כללי המשחק תוך כדי המשחק" נועד לא רק לבצר את כוחו של רוב מזדמן מסויים (הרוב הקואליציוני של היום) אלא לבצר מערך יחסי כוחות מוסדי הפועל באופן מובהק לטובת העצמת כוחה של הרשות המבצעת, זהו שימוש לרעה בסמכות המכוונת שלא ניתן לרפא אותו, באמצעות תחולה נדחית.

#### 4. התיקון כחלק ממכלול בשחיקה דמוקרטית

את השאלה בדבר חוקתיות התיקון יש לראות גם בהקשר העולמי הכללי. בדיון בתחולת דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי בישראל בפרשת **חסון**, ציינה כאמור כב' הנשיאה חיות כי אין ביכולתה של הכנסת, גם בכובעה כרשות מכוונת, לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>230</sup> כלומר, המגבלה החלה על הרשות המכוונת נוגעת לשינוי חוקתי השולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה. כינון חוק יסוד כזה, מהווה חריגה מסמכות (*ultra vires*), ולדעתנו בית המשפט מוסמך לבטלו. קביעה זו מתייחסת לחוק יסוד ספציפי או תיקון לחוק יסוד אשר הפגיעה הגלומה בו עולה לכדי שלילת הליבה בעקרונות היסוד של המדינה. עם זאת, הניסיון ההשוואתי העכשווי מלמד כי פגיעה אנושה בדמוקרטיה נגרמת, לעיתים קרובות, לא באמצעות פעולה או תיקון חוקתי יחיד, החותר תחת ליבת ערכי היסוד של הדמוקרטיה אלא בתהליך איטי והדרגתי של "שחיקה דמוקרטית".

תהליך השחיקה (או הנסיגה) הדמוקרטית מתועד בספרות המחקרית כתהליך הדרגתי שבו אוסף של שינויים חוקיים וחוקתיים מוביל לפגיעה משמעותית בדמוקרטיה. הפרופסורים תום גינסבורג ועזיז חוק מראים בספרם *How to Save a Constitutional Democracy* (2018) כי הבעיה המרכזית בשחיקה דמוקרטית היא שהאלמנט המרכזי שלה הוא ההדרגתיות המורכבת מהרבה צעדים קטנים שלעיתים רחוקות מהווים התקפה חזיתית על עקרונות היסוד של הסדר הליברלי-דמוקרטי. כאשר כל אחד מהאמצעים - שחלקם אף לגיטימיים כשלעצמם במידה כזו או אחרת - נבחן בפני עצמו, קשה לומר שמדובר ב"הרס הדמוקרטיה". אך כאשר האמצעים נבחנים יחד באופן מצטבר, השלם גדול מסך חלקיו. שחיקה דמוקרטית היא לרוב הליך הדרגתי ועדין,

<sup>229</sup> ראו בהקשר זה, נייר עמדה מס' 3, לעיל ה"ש 76.

<sup>230</sup> עניין חסון, לעיל ה"ש 3, בפס' 28-33 לחוות הדעת של כב' הנשיאה חיות.

אך כזה שמביא עדיין לריקבון משמעותי בשלושה מרכיבי יסוד של הדמוקרטיה: בחירות תחרותיות, חירויות וזכויות ליברליות לחופש ביטוי והתאגדות, ושלטון החוק. בשיאה, שחיקה זו עשויה להביא לשינוי יסודי וכולל בשיטת המשטר של המדינה, כולל החדרת אלמנטים סמכותניים ואנטי-דמוקרטיים. תהליכים כאלו תועדו, בין היתר, בהונגריה, פולין, טורקיה וונצואלה.<sup>231</sup> אסטרטגיה זו מכונה בספרות "סמכותניות בהתגנבות" (Stealth Authoritarianism).<sup>232</sup>

פרופ' ווצ'ייק סאדורסקי, מתאר באריכות בספרו (2019) POLAND'S CONSTITUTIONAL BREAKDOWN כיצד קרסה הדמוקרטיה בפולין. אחרי עלייתה לשלטון של מפלגת החוק והצדק הפופוליסטית בשנת 2015, פורקה בתוך זמן קצר מערכת האיזונים והבלמים במדינה. ההפיכה המשפטית באה לידי ביטוי במגוון אמצעים משפטיים שלהם השפעה מצטברת: החלשת בלמים חוקתיים על הכוח השלטוני, בין היתר באמצעות השתלטות על מערכת המשפט ובמיוחד על בית המשפט החוקתי שנתפס עד אז כשחקן מרכזי באכיפת מגבלות שלטוניות ובהגנה על ההליך הדמוקרטי ועל זכויות אדם, מיזוג משרד התובע הכללי עם שר המשפטים, הפיכת התקשורת הציבורית למכשיר תעמולנות ממשלתית, פיקוח על ארגוני החברה האזרחית, דה-לגיטימציה של האופוזיציה הפוליטית, פגיעה בחופש הביטוי ושינוי חוקי הבחירות. סאדורסקי כותב שקשה לשים את האצבע על אירוע שהיווה את נקודת המפנה: אף חוק חדש, החלטה או שינוי לא נראו ראויים דיים לזעקות "זאב, זאב". רק בבחינה בדיעבד אנו מבינים שהקו המפריד בין דמוקרטיה ליברלית לדמוקרטיה "מזויפת" נחצה. **רגעים שמהווים קו הגבול לא נחזים כאלו כשאנו חיים אותם.**<sup>233</sup>

**בהודו**, הדמוקרטיה הגדולה בעולם, תיאור פרופ' טארוו קייטן כיצד הממשלה אימצה סדרה של שינויים חוקתיים וחוקיים כדי לחמוק מתחת לרדאר של בית המשפט העליון ומוסדות בינלאומיים, תוך כדי חתימה תחת מחויבות ארוכת שנים לחוקתיות דמוקרטית ליברלית וחילונית בהודו. החלשת האופוזיציה, החלשה והשתלטות על מערכות איזונים ובלמים, הקביעה כי דת היא בסיס להחלטה בדבר אזרחות הודית, ביטול המעמד החוקתי של קשמיר, ויצירת מערכת כספית בבחירות השומרת על אנונימיות התורמים והנתרמים, הם רק חלק מסדרת מהלכים הדרגתיים ושיטתיים שהביאו לפגיעה קשה בדמוקרטיה ההודית. לכן, קאייטן מציין, הדמוקרטיה החוקתית בהודו סובלת מ"מוות באמצעות אלף חתכים".<sup>234</sup>

**בהונגריה**, הניצחון הסוחף בבחירות בשנת 2010 שלאור שיטת הבחירות המורכבת הבטיח למפלגת פידש יותר משני שלישים ממושבי הפרלמנט (על אף שזכתה רק ב 52.73% מהקולות), איפשר לראש הממשלה, ויקטור אורבן, לעצב מחדש את הונגריה באמצעות מאות חוקים, תיקונים לחוקה ואף חוקה חדשה שנכנסה לתוקף בשנת 2012, ושכוננה רק על-ידי המפלגה השלטת ובהתנגדות חריפה של האופוזיציה, בהתאם לתפיסה שהרוב

<sup>231</sup> Tom Ginsburg and Aziz Z. Huq, How to Save a Constitutional Democracy 45, 90-91 (2018). ראו

גם Steven Levitsky & Daniel Ziblatt, How Democracies Die (2019).

<sup>232</sup> Ozan O. Varol, *Stealth Authoritarianism*, 100 IOWA L. REV. 1673 (2015).

<sup>233</sup> Wojciech Sadurski, Poland's Constitutional Breakdown (2019).

<sup>234</sup> Khaitan, לעיל ה"ש 121.

– ורק הוא – מייצג את הריבון ויכול לעשות כל שינוי העולה על רוחו. שינויים אלו הפכו את הונגריה למדינה שאינה ליברלית.<sup>235</sup>

לאחר מלחמת העולם השנייה התבססה בעולם הדמוקרטי התובנה כי מתן עליונות לפרלמנט ללא מגבלה עלולה להביא לשלילת הדמוקרטיה וההגנה על זכויות בסיסיות. מלחמת העולם השנייה והמשטרים הטוטליטריים שאפיינו את התקופה שקדמה לה הובילו לאובדן אמון במחוקק ובשלטון רוב לא מבוקר. משבר האמון הזה סלל את הדרך לאימוץ מודל של משטר חוקתי הכולל ביקורת שיפוטית. במסגרת תהליכי השחיקה הדמוקרטית של השנים האחרונות, נעשו רפורמות מרחיקות לכת במנגנונים שאדריכלי הסדר המשפטי של "אחרי המלחמה" שמו בהם את מבטחם - באמצעות שינוי החוקה ועיצוב מחודש של מוסד הביקורת השיפוטית - עד כי הללו משמשים לתכלית הפוכה מזו שלשמה נועדו.<sup>236</sup>

למעשה, שינויים חוקתיים, ובכלל זה שינויים הנוגעים לבתי המשפט והביקורת השיפוטית, הם אחד הכלים המרכזיים בהם נעשה שימוש על ידי מנהיגים סמכותניים בתהליך של ריכוז כוח בידיהם ושחיקה דמוקרטית.<sup>237</sup> שימוש זה תואר בספרות כ-"Abusive Constitutionalism", קרי, שימוש לרעה, במובן המהותי, במשפט החוקתי, באופן אשר נוגד ערכים דמוקרטיים ומחליש את הדמוקרטיה במדינה.<sup>238</sup> אכן, מאפיין מרכזי של התמוטטות דמוקרטית כיום הוא השימוש באמצעים חוקתיים וחוקיים, כדי להחליש את המוסדות והערכים הדמוקרטיים עצמם.<sup>239</sup> על כן, ביקורת שיפוטית על שינויים חוקתיים מסוג זה הכרחית להגנה על הדמוקרטיה.

עם זאת, שחיקה דמוקרטית באמצעות שינויים חוקתיים מציבה אתגר בפני ביקורת שיפוטית בשל טיבה המצטבר של הפגיעה בדמוקרטיה. ביקורת שיפוטית מתמקדת, מטיבה, בשינוי חוקתי ספציפי העומד בפני בית המשפט. עם זאת, בהקשר של שחיקה דמוקרטית, בחינה של שינוי יחיד, ללא ראיית התמונה הכוללת, עשויה להוביל להערכת חסר שגויה של מידת הסכנה הגלומה בו. לא ניתן להבין את משמעות השינוי ללא ראייה של

---

ANDRAS L. PAP, DEMOCRATIC DECLINE IN HUNGARY: LAW AND SOCIETY IN AN ILLIBERAL DEMOCRACY (2018); Yaniv Roznai, *Constitutional Transformations: The Case of Hungary*, in CONSTITUTIONALISM IN CONTEXT 136 (David Law ed., 2022).

Doreen Lustig, J H H Weiler, *Judicial Review in the Contemporary World: Retrospective and Prospective*, 16 INT'L J. CONST. L. 315 (2018); יוסף ויילר ודורין לוסטיג "מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל" עיוני משפט לח 419 (2017).

Paul Blokker, *Populist Constitutionalism*, in ROUTLEDGE HANDBOOK ON GLOBAL POPULISM Chapter 7 (2019); Gábor Halmai, *Is There Such Thing as 'Populist Constitutionalism'? The Case of Hungary*, 11(3) FUDAN J. HUM. SOC. SCI. 323 (2018).

David Landau, *Abusive Constitutionalism*, 47 U.C. DAVIS L. REV. 189 (2013)<sup>238</sup>

Kim Lane Scheppele, *Autocratic Legalism*, 85 UNI. CHI. L. REV. 545 (2018)<sup>239</sup> קים ליין שפלי רודנות בחסות החוק (תלם – סדרת אופק, 2023).

התמונה כולה. לכן, כל בחינה של שינוי חוקתי צריכה להיעשות תוך מבט רחב להקשר הכללי ועל ההשפעה המצטברת של המהלכים.<sup>240</sup>

לענייננו, תמונה זו כוללת, בנוסף לתיקון לחוק היסוד נשוא הליך זו, גם את שורת השינויים המשטריים שעל קידומם הכריזה הקואליציה:<sup>241</sup> התיקון לחוק יסוד: הממשלה בעניין הנבצרות שמאפשר ביצור ראש הממשלה המכהן בתפקידו, השתלטות הקואליציה על הרכב הוועדה לבחירת שופטים, שינוי נוהג הבחירה הבלתי-תלוי בנשיא בית המשפט העליון, איסור על ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, צמצום דרסטי של הביקורת השיפוטית על חוקים, חקיקת פסקת התגברות מראש ובדיעבד, פגיעה במעמד הייעוץ המשפטי לממשלה ולשרים וזאת לצד עשרות רבות של שינויים חוקתיים וחוקיים המוצעים והמקודמים על ידי הממשלה בהתאם ל"פרוטוקול ההונגרי" כפי שפותח על ידי ד"ר גייל טלשיר<sup>242</sup> על בסיס עבודתה של הסוציולוגית פרופ' קים ליין שפלי.<sup>243</sup> בעוד שביחס לשינויים המשטריים מחויבים חברי הקואליציה בתמיכה מוחלטת, כפי שנקבע בהסכמים הקואליציוניים,<sup>244</sup> רבים מההסדרים הנוספים המקודמים על ידי הקואליציה מעוגנים אף הם בהסכמים אלה (כגון, הכפפת הייעוץ המשפטי למפקד כוחות צה"ל באזור לשר הנוסף במשרד הבטחון האחראי על "ענייני ההתיישבות").<sup>245</sup> כל אלו חשובים ורלוונטיים להבנת משמעות התיקון והפגיעה בליבה הדמוקרטית של המדינה.

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה עמד על רבים משינויים אלה והשלכותיהם בעשרות ניירות עמדה שפירסם מאז ה-15.1.2023 (והזמינים כולם כאן), ותקצר היריעה מלפרטם.

הבחינה תלוית ההקשר, חייבת להתחשב גם בכך שבמבט השוואתי, מנגנוני האיזון ובלימה הקיימים במדינות אחרות, דוגמת חוקה נוקשה, שני בתי מחוקקים, מרכיב אזורי בבחירות, מבנה פדראלי ובו הפרדת רשויות אנכי, משטר נשיאותי ובו אפשרות לוטו על חקיקה, או כפיפות למוסדות וטריבונליים על-לאומיים, חסרים בישראל.<sup>246</sup> מכאן שהחלשת מנגנוני הביקורת השיפוטית או החלשת שומרי הסף, שמים את אופייה הדמוקרטי

---

Yaniv Roznai & Tamar Hostovsky Brandes, *Democratic Erosion, Populist Constitutionalism, and the*<sup>240</sup> *Unconstitutional Constitutional Amendments Doctrine*, 14(1) LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS 19 (2020). ניתן בהקשר זה להציע הקבלה מתחום השוויון המגדרי. פרופ' קתרין מקינון, מהמשפטניות החשובות והמשפיעות ביותר בדורנו, כתבה שאם נמתין עד שתהיה בידינו תשובה סופית ומוסמכת לשאלה האם ההבדלים בין המינים הם טבעיים או תוצאה של פעולות אנושיות - nature or nurture (נושא שמושקעים בו מיליארדים של תקציבי מחקר כבר עשרות שנים, עם תוצאות לא קונקלוסיביות ומורכבות), לא נגיע לעולם לעסוק בתיקון אי השוויון ובצמצום פערי הכוחות בין גברים לנשים. המתנה עד לרגע שבו תהיה בידינו תמונת עולם ודאית בשאלה האם אנחנו מדייקים באמצעים למניעת אי השוויון וחוסר הצדק כלפי נשים ומיעוטים מגדריים היא מתכון מצויין שלא לפעול לתיקון אותו המצב שמלכתחילה הניע אותנו להבין מה גורם לו. ראו CATHARINE A. MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE (1989).

<sup>241</sup> ראו בהקשר זה גם את הסקירה בחלק הראשון למסמך זה.

<sup>242</sup> מעקב חקיקה בהכנת מדעני.ות מדינה למען הדמוקרטיה הישראלית זמין כאן.

<sup>243</sup> Scheppele, לעיל ה"ש 239. לעניין זה, ראו פירוט בכתבה דפנה מאור "האורות מהבהבים באדום – זה קורה כאן כמו

בדמוקרטיות אחרות שהתמוטטו" **The Marker** (13.3.2023), זמין כאן.

<sup>244</sup> להסכמים הקואליציוניים, ראו לעיל ה"ש 6.

<sup>245</sup> חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11) זמין כאן.

<sup>246</sup> עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** מד 87 (2021).

של המדינה בסכנה גדולה יותר, גם אם השינוי הפרטני – במבט השוואתי, קיים באופן כזה או אחר במדינה אחרת. הפשטת השינוי המשטרי מהקשר המדינתי היא אחד ממבני הטיעון הכושלים המקודמים על ידי התומכים בצעדי הקואליציה.

**יש אפוא להישמר מפני שימוש לרעה בהשאלה ממדינות אחרות (Abusive Borrowing),<sup>247</sup> או מבחינת מנגנונים חוקתיים במנותק מהבחינה כיצד הם פועלים במסגרת חוקתית שלמה ובמנותק מהקשר החוקתי, התרבותי וההיסטורי בו הם פועלים.<sup>248</sup> שילובי מנגנונים שונים קיימים במדינות שונות.<sup>249</sup>**

בשלב זה חשוב להסביר מה הטיעון כולל ומה הטיעון אינו כולל. הטיעון של האפקט המצטבר מתמקד בכך שמהלך מסוים, הנדמה כמינורי בפני עצמו, עשוי להביא לשינוי פרדיגמטי גדול. זהו יישום של הכלל "הכמות הופכת לאיכות" שקיים גם במדעי המדע והטבע וגם במדע המשפט בספירה החוקתית: הבחינה המצטברת של מהלכים עשויה להביא למסקנה כי עקרונות היסוד של הסדר החוקתי מתערערים אף אם כל שינוי כשלעצמו אינו שולל את הליבה הדמוקרטית של המדינה.<sup>250</sup>

מתי יש לבחון פעולות בנפרד ומתי יש לבחון פעולות כחלק ממערך פעולות רחב? יש מקרים בהם אין משמעות ל"תמונה כוללת" ולמבט רחב והבחינה הרציונלית היחידה היא בחינה של כל פעולה בנפרד. כך הם הדברים, אם אין קשר חשוב כלשהו בין הפעולות השונות. במקרים אלו אין לכרוך יחד את הפעולות השונות ויש לבחון אותן בנפרד. לא כל מספר פעולות שניתן לקשור יחד באופן מלאכותי דורשות בחינה כחלק ממכלול רחב. אולם, כאשר ישנם קשרים סיבתיים (שפעולה אחת גורמת לרעותה) או כאשר האפקט המצטבר של הפעולות הרלוונטיות הוא בעייתי, אזי יש לבחון את הפעולות יחד. כך, למשל, הבעייתיות הרפואית של דפוס פעולה כללי של עישון מספר רב של סיגריות ביום רלוונטי גם להערכת הרציונליות של פעולה ספציפית – עישון סיגריה אחת.<sup>251</sup> במקרה כזה, ההתנגדות לפעולה ספציפית מסתמכת על האפקט המצטבר של פעולות שאין ביניהן הבחנה משמעותית ואף אין בהכרח קשר סיבתי בין כל סיגריה לסיגריה הבאה. טיעון זה שונה מטיעון מדרון חלקלק המסתמך על תחזית של תוצאות של פעולות במעלה המדרון ועל היעדר היכולת של הגורמים הרלוונטיים להקפיד על הבחנה בין פעולות במעלה המדרון, תחזית המבוססת על הנחה הדורשת ביסוס.<sup>252</sup> **הטיעון שלנו אינו טיעון של מדרון**

ROSALIND DIXON & DAVID LANDAU, ABUSIVE CONSTITUTIONAL BORROWING: LEGAL GLOBALIZATION <sup>247</sup> AND THE SUBVERSION OF LIBERAL DEMOCRACY (2021).

<sup>248</sup> ראו לדוגמא, פרום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 4: ביקורת שיפוטית ופסקת ההתגברות" (הופץ ביום 20.1.2023), זמין [כאן](#).

Kim Lane Scheppelle, *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, <sup>249</sup> 26(4) GOVERNANCE 552 (2013).

Yaniv Roznai, *The Straw that Broke the Constitution's Back? Qualitative Quantity in Judicial Review of<sup>250</sup> Constitutional Amendments*, in CONSTITUTIONALISM: OLD DILEMMAS, NEW INSIGHTS 147 (Alejandro Linares-Cantillo, Camilo Valdivies-Leon and Santiago Garcia-Jaramillo, eds., 2021).

Warren S. Quinn, *The Puzzle of the Self-Torturer*, 59 PHILOSOPHICAL STUDIES 59, 79-90 (1990) <sup>251</sup>

David Enoch, *Once You Start Using Slippery Slope Arguments, You're on a Very Slippery Slope*, 21 <sup>252</sup> OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 629 (2001).

חלקלק אלא כי התיקון משקף תפיסה חוקתית שגוייה לגבי סמכותו של רוב מזדמן לשנות את עקרונות הבסיס של השיטה; התיקון כשלעצמו יוצר נזק רב, אשר השפעתו על אופייה הדמוקרטית של המדינה משמעותי, ועל מעמדו של בית המשפט, בהיתן האפקט המצטבר של שינוי זה יחד עם מהלכים נוספים.

לסיכום נקודה זו, בית המשפט הנכבד כבר עמד על כך שהכנסת אינה מוסמכת לשלול את מאפייני הליבה של המדינה כיהודית ודמוקרטית, אף כאשר היא מכוננת או מתקנת חוקי יסוד. אולם, הניסיון ההשוואתי מלמד שליבת המדינה כדמוקרטית לא תקרוס בחוק אחד אלא תכורסם בסדרת מהלכים הדרגתית – והמרכזיים שבהם הוא שינוי של חוקי היסוד תוך פגיעה בעצמאות השיפוטית ובמתחם הפעולה שלה, ובמעמד של שומרי הסף. כל האמור לעיל נכתב כמובן בלי להפחית מעוצמת הפגיעה הגלומה בתיקון לחוק יסוד השפיטה ובחומרתו בפני עצמו, כפי שתיארנו בחוות דעת זו, פגיעה שרק מתעצמת כאשר היא נבחנת בהקשר הכללי.

מבין השינויים החוקתיים בהם נעשה שימוש בשחיקה דמוקרטית, השינויים הפוגעים בסמכות ובעצמאות בית המשפט מסוכנים במיוחד. הניסיון ההשוואתי מלמד כי פגיעה ביכולתו של בית המשפט לבקר את השלטון היא נדבך מרכזי בשחיקה דמוקרטית, שכן היא מסירה חסמים העומדים בפני שלטון המבקש לבצר את כוחו, ומקלה עליו לבצע שינויים נוספים בהמשך.<sup>253</sup>

בהונגריה, השינוי המשטרי החל עם שחיקת מערכת הבלמים והאיזונים של המדינה וההתקפה הקשה ביותר הייתה על מערכת המשפט. שינויים חוקתיים החלישו את סמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט, ואיפשרו לממשלה להשתלט על הליך מינוי השופטים ובהמשך על בית המשפט.<sup>254</sup> כך, למשל, סמכות הביקורת השיפוטית צומצמה באופן שבית המשפט לא יוכל לבקר עניינים תקציביים ופיסקליים, זכות העמידה הרחבה שהייתה לכל עותר ציבורי צומצמה, נאסר על בית המשפט להסתמך על הלכות שנפסקו לפני כיוון החוקה החדשה, נקבע כי הבסיס לפרשנות חקיקה חייב להיות דברי ההסבר של הצעות חוק, נקבע כי ביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה תהיה מוגבלת רק לביקורת הליכית ולא מהותית (כדי לבלום פסילה של תיקונים לחוקה לאור ערכיה של הונגריה כמדינה דמוקרטית המחויבת לשלטון החוק), ובהתאם, סעיפי חוק שבוטלו כלא-חוקתיים נחקקו מחדש, הפעם כתיקונים לחוקה כדי לחסנם מפני ביקורת שיפוטית, תיקים בנושאי שחיתות הועברו מבית משפט אחד למשנהו.<sup>255</sup> הנושא של הפיקוח המנהלי מרכזי גם הוא במהלך זה. בסוף 2018 נחקק בהונגריה תיקון לחוקה שהקים מערכת חדשה של בתי משפט מנהליים, רעיון שעלה עוד בשנת 2016 כחלק מרפורמה במנהל הציבורי. ההחלטה העליון בדבר מינויי לבתי המשפט המנהליים ניתנה לשר המשפטים, שלו גם ניתנו סמכויות נרחבות

---

.David Landau, *Populist Constitutions*, 85 U. CHI. L. REV. 521, 535 (2018)<sup>253</sup>

David Kosar & Katarina Sipulova, *The Strasbourg Court Meets Abusive Constitutionalism: Baka v.*<sup>254</sup>

*Hungary and the Rule of Law*, 10 HAGUE J. RULE L. 83, 86–89 (2018)

Renáta Uitz, *An Advanced Course in Court Packing: Hungary's New Law on Administrative Courts*,<sup>255</sup>

*VerfBlog*, 2019/1/02, <https://verfassungsblog.de/an-advanced-course-in-court-packing-hungarys-new-law-on-administrative-courts>



לגבי ניהול התיקים. בתי המשפט המנהליים קיבלו סמכות לדון במגוון נושאים, לרבות מחלוקות לגבי בחירות, שחיתות ועוד.<sup>256</sup>

וגם בפולין השתלטות על בית המשפט וצמצום סמכות הביקורת החוקתית היוו נקודות ציון חשובות בשחיקה הדמוקרטית במדינה.<sup>257</sup> לעניינו, צמצום הפיקוח השיפוטי התבצע, בין היתר, באמצעות צמצום שיקול הדעת השיפוטי. כך, למשל, נקבע כי למעט מקרים חריגים, בית המשפט החוקתי ידון בעתירות על פי סדר ההגשה, כי נשיא המדינה יוכל לקבוע סדרי דין בבית המשפט העליון ואילו לשר המשפטים הוענקה סמכות לקבוע סדרי דין בערכאות נמוכות, כי בית המשפט החוקתי יוכל לדון בחוקתיות של חוקים רק בהרכב של 11 (מתוך 15) וכי פסילת חוקית תיעשה רק ברוב של שני שלישים (הוראה זו בטלה בהמשך בעקבות ביקורת בינלאומית).<sup>258</sup>

גם בפולין וגם בהונגריה, צמצום הביקורת השיפוטית היווה צעד משמעותי בהחלשת מערכות האיזון, הבלימה והביקורת על הכח השלטוני. במקביל להחלשה זו, ובמיוחד לאחר ההשתלטות על מערכת המשפט, הממשלות בפולין ובהונגריה פעלו להחלשת התקשורת, ארגוני החברה האזרחית והאקדמיה, ולאחר השינויים במערכת המשפט, פעלו להשפיע גם על הבחירות.<sup>259</sup>

הניסיון ההשוואתי מלמד אפוא שברגע שבית המשפט מנוטרל, קשה עד בלתי אפשרי לעצור את הפגיעה בדמוקרטיה ובחופשיות הבחירות.<sup>260</sup> בישראל, שבה מנגנוני הבקרה על הרשות המבצעת חלשים במיוחד, שינויים המצמצמים את יכולתו של בית המשפט לבקר פגיעה בשלטון החוק, או שינויים הפוגעים בעצמאותו, הם בבחינת דגל אדום. **בבדיקת חומרת הפגיעה בבית המשפט יש להביא בחשבון את האופן שבו צמצום סמכותו יאפשרו לרשויות האחרות לפגוע בשלטון החוק.** יש לבחון את השפעת שינויים בסמכויות, מעמד ועצמאות בית המשפט אלו על הליכה הדמוקרטית המינימאלית.

כך, למשל, תיקונים חוקתיים בטורקיה אפשרו למפלגת השלטון להגדיל את מספר שופטי בית המשפט העליון ובית המשפט החוקתי ולהשתלט עליהם.<sup>261</sup> בהונגריה שינויים חוקתיים החלישו את סמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט, ואיפשרו לממשלה להשתלט על הליך מינוי השופטים ובהמשך על בית המשפט,<sup>262</sup> וגם בפולין

<sup>256</sup> עודד רון, מרדכי קרמיניצר, יובל שני, **דמוקרטיה במשבר** 28-30 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020).

<sup>257</sup> Bojan Bugarič & Tom Ginsburg, *The Assault on Postcommunist Courts*, 27(3) J. DEMOCRACY 69, 73–75 (2016).

<sup>258</sup> רון, קרמיניצר, ושני, לעיל ה"ש 256, בעמ' 30-32.

<sup>259</sup> דפני בנבניסטי "כך בישר שינוי מנגנון מינוי השופטים את שינוי המשטר הדמוקרטי בפולין ובהונגריה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (13.4.2023), <https://www.idi.org.il/articles/49005>.

<sup>260</sup> ראו בהקשר זה נייר עמדה מס' 31, לעיל ה"ש 191.

<sup>261</sup> Landau, לעיל ה"ש 253, בעמ' 535.

<sup>262</sup> David Kosar & Katarina Sipulova, *The Strasbourg Court Meets Abusive Constitutionalism: Baka v. Hungary and the Rule of Law*, 10 HAGUE J. RULE L. 83, 86–89 (2018).

השתלטות על בית המשפט וצמצום סמכות הביקורת החוקתית היוו נקודות ציון חשובות בשחיקה הדמוקרטית במדינה.<sup>263</sup>

המרכיב היסודי בכל מערכת דמוקרטית הוא מערכת מוסדית של איזון ובלימה על סמכויות הרשות המחוקקת והרשות המבצעת; בתי המשפט הם מרכיב אינטגרלי במערכת זו, לכל הפחות ביחס לרשות המבצעת. דמוקרטיה היא אולי מונח שנוי במחלוקת אולם קיימת בספרות הסכמה על המאפיינים ההכרחיים לקיומה ושימורה של דמוקרטיה: בחירות הוגנות, קבועות ורב-מפלגתיות; חירויות וזכויות פוליטיות; מוסדות איזון ובלימה.<sup>264</sup> על בחינה זו להיעשות במצטבר ולא באופן בודד וכן באופן שאינו מנותק מההקשר המקומי והמערכת הקיימת של מנגנוני האיזון והבלימה.

**גדיעת הסמכות "לדון או להוציא צו" שעניינו סבירות משפיעה באופן עצמאי על הפיקוח השיפוטי על הרשות המבצעת, אך גם במצטבר על המרכיבים האחרים השייכים לליבה הדמוקרטית המינימאלית.** כך, למשל, גוף הפסיקה המגביל את מרחב הפעולה של ממשלת מעבר לגבי כלכלת בחירות, מינויים והבטחות בחירות, מקורו בעילת חוסר הסבירות ומתחם סבירות הפעולה שנעשה צר יותר ככל שמתקרבים לבחירות והחובה לנהוג באיפוק.<sup>265</sup> בכך תיתכן השפעה חשובה, למשל, על הוגנות הבחירות. כמו-כן עצמאות שומרי הסף הכרחית לשם הגנה על חירויות וזכויות פוליטיות, מרכיב יסודי גם כן, באופייה הדמוקרטית של המדינה. כמו-גם הפעלת

---

Bojan Bugarič & Tom Ginsburg, *The Assault on Postcommunist Courts*, 27(3) J. DEMOCRACY 69, 73–75 <sup>263</sup> (2016).

Rosalind Dixon, *Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core*, in ASSESSING CONSTITUTIONAL PERFORMANCE 268 (Tom Ginsburg and Aziz Huq, eds., 2016); Rosalind Dixon & David Landau, *Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment*, 13(3) INT'L J. CONST. L. 606 (2015)

<sup>265</sup> יצויין כי נושא זה עלה על ידי חברי הכנסת במהלך הדיונים בוועדת החוקה, אך לא זכה להתייחסות בנוסח התיקון שקידמה הקואליציה. ראו, למשל דברי ח"כ גלעד קריב בישיבת 16.7.2023 של ועדת החוקה: "אני רוצה להזכיר, לך אין טעם להזכיר, כי אוזניך לא קשובות, אבל הציבור צריך לזכור שהועלו פה שאלות כבדות בתחומים ממוקדים, לא הצהרות כלליות, מה השפעת החקיקה בתצורה הזאת על מינויי בכירים, ובעיקר על פיטורי בכירים; מה השפעת החקיקה הזאת על כל מערכת הדינים של ממשלות המעבר; מה השפעת החקיקה הזאת על הקצאת טובין ציבוריים שלא נכנסים לקטגוריות המסורתיות של אפליה ושל שוויון. השאלות הללו הועלו גם על ידי חברי האופוזיציה, גם על ידי נציגי החברה האזרחית והאקדמיה, גם על ידי גורמים מתוך השירות הציבורי, למרות הניסיון להלך עליהם אימים. לא התקיים כאן דיון אחד איך פותרים את הסוגיות הספציפיות הללו, שלא נוגעות לכל המהפכה המשטרית, אלא לחקיקה הספציפית הזאת". היועץ המשפטי לוועדה: "בעניין הזה אני חייב להגיד שגם דוברים אחרים, אבל גם אנחנו בהחלט העלינו לאורך הדיונים שורה של הצעות לקבוע הגדרה למה היא סבירות, להגביל את התחולה לסבירות ברמה של שיקול הדעת ולא לסבירות הליכית, לקבוע את חובת הסבירות, גם אם אין ביקורת שיפוטית על סבירות, הבחנה בין ממשלה במליאתה לשרים, בין מדיניות החלטות פרטניות, התייחסות לממשלת מעבר וכן הלאה. כך שהיו שורה של הצעות שהוועדה, עושה רושם, לא קיבלה אותן". ח"כ יצחק פינדרוס: "ההסתייגות שהצגתי היא נושא שעלה פה בדיון, שאתם אומרים שבכלל לא התקיים. מדובר על הנושא של התקופה שבין הבחירות לבין ממשלה שמתפקדת. באותה עת כן צריך לבנות איזושהי עזירה של הדברים, ולכן הגשתי הסתייגות שאומרת שבעת הצורך יצטרכו להביא את זה למליאת הכנסת, כי הכנסת היא זו שנבחרה". בפועל, ההסתייגות כלל לא הוצגה ולא נדונה.

סמכויות חקיקה שנועדו לכיבוד, מימוש והגנה על זכויות. יתרה מכך, שלילת היכולת להתערב באי-הפעלת סמכות (בין בחקיקה הנוגעת לזכויות ובין אם לא) היא כשלעצמה פגיעה קשה בעקרון שלטון החוק, שהוא מאפיין מרכזי של המדינה כדמוקרטיה. כל אלו עשויים להיפגע ישירות מביטול עילת הסבירות.

**דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי** היא כלי של דמוקרטיה מתגוננת.<sup>266</sup> כשם שדמוקרטיה מתגוננת, המאפשרת פסילת מפלגות המבקשות לחתור תחת הדמוקרטיה, מניחה את הבלם בתחילת ההליך הפוליטי,<sup>267</sup> כך גם דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי נדרשת להתאים עצמה לעידן של שחיקה דמוקרטית, ולהגן על אותם גופים שהפגיעה בהם תסלול את הדרך לנסיגה הדמוקרטית.

הדבר חשוב במיוחד בהקשר הישראלי בו הליך השינוי החוקתי הוא גמיש וניתן לשנות חוקי יסוד "בקלות בלתי נסבלת".<sup>268</sup> כפי שנראה עוד בהרחבה בחלק הרביעי, יש לכך קשר לשאלת הביקורת השיפוטית. אכן, שאלת הצורך בביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד ותיקונים לחוקי יסוד חייבת להיות מושפעת, בקושי או בקלות היחסית של הליך התיקון של אותה חוקה ובוהות השחקנים המעורבים בהליך השינוי החוקתי. ככל שהליך חקיקת נורמות חוקתיות מצוי בידי אותו אורגן שלו ניתנת סמכות החקיקה הרגילה, והליך החקיקה אינו יותר מאתגר מאשר חקיקה רגילה, צריכה להיות נכונות רבה יותר לקבל הפעלתה של ביקורת שיפוטית על תיקוני חקיקה. ואמת המידה להפעלתה חייבת להיות מעוצבת בהתאם. זאת לעומת מדינות בהן הליך התיקון החוקתי הוא מורכב, כוללני ודלברטיבי באופן שמבקש להבטיח כי מתקיימת הבחנה בין הפוליטיקה היומיומית שבה שולטים האינטרסים הצרים וקצרי הטווח ובין הפוליטיקה החוקתית.<sup>269</sup> כאשר סמכות התיקון החוקתי מופעלת כמכשיר ממשלי, ללא ערוב גופים והליכים אחרים, סכנת עירוב האינטרסים הממשליים הצרים עם החלטות חוקתיות יסודיות מצדיקה פיקוח שיפוטי למניעת שימוש לרעה בסמכות המכוננת או פגיעה קשה בעקרונות היסוד של המדינה.<sup>270</sup> בדמוקרטיות חלשות או צעירות במיוחד, ביקורת שיפוטית על חקיקה חוקתית עשויה להיות כלי שימושי לשם הגנה על הדמוקרטיה מפני נסיגה למחוזות סמכותניים.<sup>271</sup>

**פיקוח שיפוטי שיכול להגן על הסדר החוקתי והדמוקרטי נדרש ביותר כאשר מדובר בהליך שינוי חוקתי שאינו נוקשה במיוחד, בו הרשות המבצעת משחקת תפקיד דומיננטי, בצירוף אינטרסים פוליטיים קצרי-טווח. זה**

---

<sup>266</sup> SILVIA SUTEU, ETERNITY CLAUSES IN DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM ch. 1 (2021)

<sup>267</sup> השוו: רות גביזון "20 שנה להלכת ירדור – הזכות להבחר ולקח החיסטוריה" **גבורות לשמעון אגרנט** 145 (ירושלים, התשמ"ז).

<sup>268</sup> בנדור, לעיל ה"ש 104, בעמ' 444–447.

<sup>269</sup> Yaniv Roznai, Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty: Linking Unamendability and Amendment Procedures, *in* THE FOUNDATIONS AND TRADITIONS OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 23, 46–48 (Richard Albert, Xenophon Contiades and Alkmene Fotiados eds., 2017).

<sup>270</sup> Landau, *Abusive Constitutionalism*, לעיל ה"ש 238.

<sup>271</sup> Samuel Issacharoff, *Managing Conflict through Democracy*, *in* RIGHTS IN DIVIDED SOCIETIES 231–239 (Colin Harvey and Alex Schwartz eds., 2012).

המצב בישראל, בו גם לאור החסר היחסי במערכת האיזונים והבלמים, הנכונות המשפטית להתערב בחוקי יסוד חייבת להיות גדולה יותר.<sup>272</sup>

פיקוח שיפוטי זה על תיקונים לחוקי יסוד, שהינו כאמור הכרחי בשיטה "גמישה" כמו בישראל, נדרש במיוחד כדי לשמור על עצמאות הרשות השופטת וסמכות הביקורת השיפוטית שלה. כפי ש Tímea Drinóczi ו-Agnieszka Bien'-Kacala מסכמות את המחקר שלהן על חוקתיות שאינה ליברלית בפולין ובהונגריה:

"Constitutional courts may use the doctrine of unconstitutional constitutional amendments. For the prevention of an illiberal or undemocratic transformation, an independent and active constitutional court is needed that is flexible and open enough to change the constitution, even informally, with a view to implementing it properly. This happened, for example, in India and Colombia. Moreover, as has already been established, both Poland and Hungary face illiberal judicialization of politics: both the CT and the CC are more the servants of the political will than independent institutions of constitutional protection."<sup>273</sup>

מבחינה זו, הדיון שהתקיים בגרמניה בעניין אמת המידה הראויה להגנה על ערכי היסוד של החוקה רלוונטי ו חשוב. בגרמניה, כידוע, חוק היסוד מגן על ערכי היסוד של המדינה כדמוקרטיה חוקתית אף מפני תיקונים לחוקה. זהו סעיף 79.3 המכונה לעתים "פסקת נצחיות". נוסח ההוראה אוסר על כל תיקון שיש בו כדי להשפיע ("affect") על ערכי היסוד, ובכך גם תיקונים שלהם השפעה מינורית על ערכי היסוד – אסורים.

עם זאת, בפרשת Klass מ-1970, שופטי בית המשפט החוקתי סברו כי אמת מידה זו נוקשה מדי. הם טענו כי תכלית ההוראה למנוע את הרס הליבה או הבסיס של קיום הסדר החוקתי באמצעות שימוש פורמאלי בתיקונים לחוקה, ושימוש לרעה בחוקה לשם לגליזציה של משטר טוטליטרי. לכן, דעת הרוב קבעה, הוראה זו אוסרת נטישה מהותית של עקרונות היסוד המוזכרים בה אך מאפשרת שינויים של עקרונות היסוד תוך לקיחתם בחשבון.<sup>274</sup> שופטי המיעוט לעומת זאת, סברו כי יש לנקוט באמת מידה מחמירה יותר לבחינת הפגיעה בעקרונות המוגנים. אמנם, אין לפרש בהרחבה, הם סברו, את ההגבלה על הסמכות לתקן את החוקה. אולם, יהא זה חוסר הבנה מוחלט של משמעות ההגבלה להניח שמטרתה היא רק למנוע שימוש לרעה בכלים משפטיים כדי לאפשר הקמת משטר טוטליטרי. לפסקת הנצחיות משמעות רחבה יותר: ערכי יסוד מסוימים אינם ניתנים לשלילה.

<sup>272</sup> סוזי נבות ויניב רוזנאי "על הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד" ICON-S-IL Blog (4.11.2018).

<sup>273</sup> TÍMEA DRINÓCZI AND AGNIESZKA BIEN'-KACAŁA, ILLIBERAL CONSTITUTIONALISM IN POLAND AND HUNGARY - THE DETERIORATION OF DEMOCRACY, MISUSE OF HUMAN RIGHTS AND ABUSE OF THE RULE OF LAW 193 (2022).

<sup>274</sup> 30 BVerfGE 1, 24 (1970).

הטקסט החוקתי אינו אוסר שלילה מוחלטת של ערכי היסוד אלא אפילו השפעה עליהם. **מאפייני הליבה החוקתיים מוגנים גם מפני הליך הדרגתי של התפוררות.** דיון זה שנערך לפני כחמישים שנה מקבל משנה חשיבות כיום, כאשר הבחינה ההשוואתית מלמדת כי אכן ה-modus operandi של קריסה דמוקרטית היא התפוררות הדרגתית של ערכי היסוד באמצעים חוקתיים, בדיוק התרחיש ממנו הזהירו שופטי המיעוט בפרשת Klass.

הלקח מדיון זה ברור: אין לפרש בהרחבה את ההגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת. לא כל שינוי חוקתי שישפיע על ערכי המדינה כיהודית או דמוקרטית אסור. זה נכון במיוחד לאור העובדה כי הפרוייקט החוקתי בישראל טרם הושלם, על אף השלב המתקדם בו הוא נמצא. **עם זאת שינוי חוקתי, גם יחיד, המשפיע על ליבת ערכי המדינה כדמוקרטית, ובמקרה המונח לפנינו, לתיקון שיש לו השפעה נרחבת על הדמוקרטיה, שלטון החוק, זכויות האדם והעצמאות השיפוטית, הוא שינוי לא חוקתי.**

הפעלת דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי על שינויים הפוגעים בעצמאות השיפוטית חושפת את בית המשפט לביקורת אפשרית על פיה הוא פועל כדי לשמר את כוחו הוא. ואולם, כפי שהפרופסורים יאפ ואבייראטנה מראים, לא כל ביקורת שיפוטית על תיקונים חוקתיים הנוגעים לסמכויות ומעמדה של הרשות השופטת היא בעייתית, כאשר השימוש בדוקטרינה נעשה כדי לחסום התערבות של הרשות המבצעת בפונקציות שיפוטיות, ובהתחשב ההקשר המשפטי והפוליטי של המדינה. **כשעצמאות שיפוטית בסכנה, התערבות שיפוטית אף בתיקונים חוקתיים הנוגעים לרשות השופטת עצמה עשויים להיות מוצדקים, במיוחד בדמוקרטיות שברירות.**<sup>275</sup>

חשיבות קיומה של ביקורת שיפוטית ועצמאות מערכת המשפט מודגשת בחוקות שונות ביחס לאפשרות לתקן בהקשר זה. כך, למשל חוקת אנגולה משנת 2010 קובעת שגם תיקונים לחוקה חייבים לכבד את עצמאות בתי המשפט (סעיף 236); חוקת צ'כיה משנת 1992 אוסרת על תיקונים לחוקה שיש בהם כדי להשפיע על מאפייני שלטון החוק; חוקת פורטוגל משנת 1976 קובעת בסעיף 288 שלה שתיקונים לחוקה חייבים לשמור על עצמאות בתי המשפט; חוקת רומניה משנת 1991 קובעת בסעיף 148 כי הוראות הנוגעות לעצמאות מערכת המשפט לא תהיינה נתונות לתיקון, **ובבלרוס**, תיקונים לחוקה המשפיעים על בתי המשפט חייבים לעבור משאל עם (ס' 140 לחוקת 1994). ערכים אלו נחשבים כה יסודיים למערכת הדמוקרטית עד שהם מוגנים ב"פסקאות נצחיות" כך ששום רוב לא יכול לשנותם באמצעות הליך התיקון החוקתי.

גם במדינות בהן אין החוקה כוללת הגבלה מפורשת כאמור על תיקונים לחוקה, תיקונים חוקתיים המשפיעים על סמכות הביקורת השיפוטית נתקלו בקשיים חוקתיים. **בהודו**, למשל, התפתחה בשנות ה-70 של המאה הקודמת דוקטרינת המבנה הבסיסי לפיה אין הסמכות המכוננת של הפרלמנט מוגבלת כך שאינו יכול לפגוע במאפייני היסוד או במבנה הבסיסי של החוקה, באופן שישנה את הזהות החוקתית.

---

Po Jen Yap & Rehan Abeyratne, *Judicial Self-Dealing and Unconstitutional Constitutional Amendments*<sup>275</sup> *in South Asia*, 19(1) INT'L J. CONST. L. 127 (2021) (המשוויים שם את הביקורת השיפוטית על תיקונים חוקתיים הנוגעים לרשות שופטת בהודו, פקיסטן ובנגלדש).

בית המשפט העליון ההודי קבע, כבר בשנת 1975, כי הוראה בתיקון ה-39 לחוקה שמנע מכל בית משפט לבקר את סוגיית הבחירות אינה חוקתית שכן שלילת הביקורת השיפוטית סותרת מאפייני יסוד של המערכת החוקתית, ובעיקר בחירות הוגנות ותחרותיות, שוויון והפרדת הרשויות, ולכן בטלה.<sup>276</sup>

בשנת 1980, ביטל בית המשפט העליון ההודי הוראה חוקתית בתיקון ה-42 לחוקה ששללה את סמכות הביקורת השיפוטית על תיקונים לחוקה. הפרלמנט אינו יכול, נקבע בפסק הדין, לתת לעצמו סמכות חקיקה בלתי מוגבלת. קביעה זו שוללת את מאפייני היסוד של החוקה.<sup>277</sup> בשנת 1981 נקבע כי כל תוספת ל"תוספת התשיעית" לחוקה, שהינה חסינה מביקורת שיפוטית עדיין ניתנת לתקיפה בשל הפרת המבנה הבסיסי של החוקה.<sup>278</sup> בפרשת S.P. Gupta v. Union of India נקבע כי עצמאות מערכת המשפט היא חלק מהמבנה הבסיסי של החוקה ולכן מוגנת מפני תיקונים חוקתיים.<sup>279</sup> בפרשת Sampath Kumar v. Union of India נקבע כי שלילת סמכות ביקורת של בית משפט גבוה אינה בלתי חוקתית אם היא מלווה בפורום שיפוטי אלטרנטיבי, ובלבד שפורום זה אפקטיבי לא פחות מזה של בתי המשפט הגבוהים.<sup>280</sup> בפרשת P. Sambamurthy v. State of Andhra Pradesh, בית המשפט העליון פסל את התיקון ה-32 לחוקה שהקנה לממשל של המדינות הסמכות לפסול צווים שניתנו על ידי בתי משפט מנהליים, בשל הפגיעה בשלטון החוק שהוא מאפיין יסודי של החוקה.<sup>281</sup> בפרשת Chandra Kumar v. Union of India, קבע בית המשפט העליון שהוראה בתיקון ה-42 לחוקה ששללה את סמכות בית המשפט העליון ובתי המשפט הגבוהים באותם מקרים בהם יש סמכות לבתי דין מנהליים אינה חוקתית, וכי ביקורת שיפוטית היא מאפיין מרכזי בחוקה.<sup>282</sup> בשנת 2015 פסל בית המשפט העליון את התיקון ה-99 לחוקה שהקים מועצה לאומית חדשה לבחירת שופטים בשל הפגיעה בעצמאות שיפוטית.<sup>283</sup>

חקיקה המצמצמת או שוללת ביקורת שיפוטית לעתים אינה נפסלת אלא זוכה לפרשנות מצמצמת כדי למזער את הפגיעה בעקרונות יסוד. כך היה למשל **במלזיה**, בפרשת Semenyih Jaya Sdn Bhd v. Pentadbir Tanah Daerah Hulu Langat, משנת 2017.<sup>284</sup> המקרה נגע לזכויות קניין אך לענייננו המשמעות היתה שאלת סמכות הביקורת השיפוטית שהוגבלה בחקיקה. בית המשפט עשה "reading down" להוראה וקבע שאינה שוללת את סמכות הביקורת השיפוטית. סמכויות בית המשפט אינן מוכתבות על ידי הפרלמנט הפדראלי אלא טבועות בבתי המשפט כעניין א-פריורי. בית המשפט ציין כי ברור שהתיקון מחליש את סמכות הביקורת השיפוטית ובכך משפיע על הפרדת הרשויות והעצמאות השיפוטית. לפרלמנט, נקבע, אין את הסמכות לתקן את החוקה באופן שיחתור תחת דוקטרינת הפרדת הרשויות והעצמאות השיפוטית, שהם מאפייני יסוד בחוקה הפדרלאית. סמכות

---

.Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain, AIR 1975 SC 2299<sup>276</sup>

.Minerva Mills v. Union of India, AIR 1980 SC 1789<sup>277</sup>

.Waman Rao v. Union of India, AIR 1981 SC 271<sup>278</sup>

.S.P. Gupta v. Union of India, AIR 1982 SC 149<sup>279</sup>

.Sampath Kumar v. Union of India, AIR 1987 SC 386<sup>280</sup>

AIR 1987 SC 879., P. Sambamurthy v. State of Andhra Pradesh<sup>281</sup>

Chandra Kumar v. Union of India, AIR 1995, SC 400.<sup>282</sup>

SCORA v. Union of India, AIR 2015, SC 964.<sup>283</sup>

Semenyih Jaya Sdn Bhd v. Pentadbir Tanah Daerah Hulu Langat 2017 5 CLJ 526.<sup>284</sup>

בתי המשפט, עצמאות שיפוטית והפרדת רשויות הם "as critical as they are sacrosanct" במערכת החוקתית המלזית.

כלומר, בית המשפט לא פסל את התיקון החוקתי אך פירש אותו באופן שהופך אותו ללא אפקטיבי. בשנת 2018, בפרשת *Indira Gandhi Mutho v. Pengarah Jabatan Agama Islam Perak & Ors*,<sup>285</sup> התמודד בית המשפט בשאלת סמכות בתי המשפט האזרחיים לדון בשאלות דתיות של מעמד אישי. בית המשפט קבע כי:

"The powers of judicial review and of constitutional or statutory interpretation are pivotal constituents of the civil courts' judicial power under Article 121. ... As part of the basic structure of the constitution, it cannot be abrogated from the civil courts or conferred upon the Syariah Courts, whether by constitutional amendment, Act of Parliament or state legislation."

בכך למעשה אימץ בית המשפט את דוקטרינת המבנה הבסיסי וקבע שסמכות הביקורת השיפוטית היא חלק אינהרנטי מהמבנה הבסיסי של החוקה שגם לא יכול להישלל על ידי תיקון חוקתי. לכן, הסעיף החוקתי ששלל את הביקורת השיפוטית יהיה לא חוקתי או חסר תוקף.<sup>286</sup> לפרלמנט אין סמכות לתקן את החוקה באופן שישלול את סמכות בית המשפט. תיקון כאמור:

"would be invalid, if not downright repugnant, to the notion of judicial power inherent in the basic structure of the constitution."<sup>287</sup>

לאור החשיבות של שמירה על בתי משפט עצמאיים בהקשר של שחיקה דמוקרטית, ולאור הניסיון המלמד כי משנפגעה עצמאות זו, הדרדרות הדמוקרטיה מואצת, הפעלת ביקורת שיפוטית על תיקונים חוקתיים הפוגעים בבתי המשפט היא אמצעי הכרחי להגנה על הדמוקרטיה.<sup>288</sup>

הרלוונטיות של הניסיון ההשוואתי למקרה הישראלי שבפנינו לאור מהלכי החקיקה המרכזיים של הקואליציה הינה בולטת. יתר על כן, כבר הליך החקיקה עצמו, כפי שנטען לעיל, משקף את אותה שחיקה בעקרונות הדמוקרטיים שכן כללי בסיס של הישענות על דרג מקצועי ועל מידע בהיקף ובסוג הראויים לשם קבלת החלטות, מתן משקל לעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה, והאופן בו יש לקדם חקיקה חוקתית, וחקיקה חוקתית של ועדה מוועדות הכנסת בפרט, נפגעו קשות במקרה זה באופן שאינו בר תיקון.

---

<sup>285</sup>Indira Gandhi Mutho v. Pengarah Jabatan Agama Islam Perak & Ors, 2018 1 LNS 86, para. 104.

<sup>286</sup> שם, פס' 51.

<sup>287</sup> שם, פס' 92.

Yaniv Roznai, *Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy*, 29 WM. & MARY BILL RTS. J. 327 (2020); Pablo Castillo Ortiz & Yaniv Roznai, *A Doctrine of Democratic Self-Preservation of Courts*, ICL J. (forthcoming 2024)

כל אלה מבטאים את שחיקתה של הדמוקרטיה הישראלית לא רק בתיקון חוק היסוד, כפי שאומץ, אלא גם באופן בו מתנהלת הקואליציה והאופן בו היא עושה שימוש בשליטתה בכנסת על מנת לקדם את מטרותיה תוך דריסת כללי העבודה הבסיסיים של משטר דמוקרטי, כפי שהסברנו בחלק השני לעיל, וכן בכך שבפעולות הקואליציה בנוגע לתיקון זה דבק פגם של ניגוד עניינים.

## חלק רביעי: הטיעון המשפטי המשולב הליכי-מהותי

**ביקורת שיפוטית משולבת: השילוב בין הפגמים בתוכן התיקון החוקתי לבין הפגמים בהליך חקיקתו**

בחלקים הקודמים טענו, בנפרד, ביחס לפגמים שנפלו בהליך חקיקת תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה המצדיקים להכריז על בטלותו באמצעות ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, וביחס לפגמים הסובסטיביים בתוכנו של התיקון לחוק היסוד, המצדיקים לעשות כן באמצעות ביקורת שיפוטית סובסטיביית. לדעתנו, די בכל אחד מסוג פגמים אלה כשלעצמו כדי להצדיק את ביטול התיקון לחוק היסוד. אולם, בחלק זה נטען שאף אם יסבור בית המשפט שאין בכל אחד מאלו, כשלעצמו, כדי להביא להתערבות שיפוטית, הרי שיש לבחון גם את השילוב של שני סוגי הפגמים הללו במשותף.

דעתנו היא שהמקרה דנן הוא מקרה מתבקש להפעלת ביקורת שיפוטית משולבת הליכית-מהותית (שכונתה בספרות סמי-פרוצדורלית), אשר משלבת יחדיו ביקורת שיפוטית סובסטיביית על חוקתיות תוכנו של חוק וביקורת שיפוטית פרוצדורלית על הליך חקיקתו.<sup>289</sup> תחילה נסביר בקצרה מהי ביקורת שיפוטית משולבת ולאחר מכן ניישמה על המקרה דנן.

בתמצית, "ביקורת שיפוטית תוכנית" (או סובסטיביית) היא ביקורת שיפוטית המתמקדת (אך ורק) בחוקתיות של תוכן החוק או חוק היסוד. "ביקורת שיפוטית הליכית" (או "ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה") היא ביקורת שיפוטית המתמקדת (אך ורק) בהליך שבו התקבל החוק או חוק היסוד. ביקורת שיפוטית משולבת, לעומת זאת, היא מודל של ביקורת שיפוטית המשלב ביקורת שיפוטית חוקתית תוכנית עם ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה. לפי מודל היברידי זה, חוקתיות החוק או חוק היסוד נקבעת הן על ידי בחינת תוכנו, הן על ידי בחינת ההליך שהוביל לחקיקתו. לפי מודל זה, טיבו של הליך החקיקה והשאלה אם נערך בו דיון ראוי מהווים שיקול חשוב, אך לא בלעדי, בקביעת מידת החוקתיות הסובסטיביית של החוק.<sup>290</sup>

לפי מודל היברידי זה, במסגרת בחינת הליך החקיקה, הבחינה הפרוצדורלית אינה מוגבלת בהכרח לפגמים שנקבעו בפסיקה ככאלה היורדים לשורש ההליך, כפי שנעשה כאשר מדובר בביקורת שיפוטית הליכית טהורה המתמקדת רק בהליך החקיקה של חוקים. בנוסף לפגמים אלה, נבחנות גם סוגיות דיוניות רחבות יותר כגון טיב הדיון הפרלמנטרי, התשתית העובדתית שעליו התבסס המחוקק, השאלה האם המחוקק נתן דעתו לשיקולים

<sup>289</sup> ראו: Ittai Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, 6 LEGISPRUDENCE 271 (2012).

<sup>290</sup> להרחבה ראו איתי בר-סימן טוב "ביקורת שיפוטית תוכנית וביקורת שיפוטית פרוצדורלית: הילכו שניים יחדיו? לקראת מודל סמי-פרוצדורלי בישראל" ספר דורית בניש 299 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018) (להלן: בר-סימן טוב "ביקורת שיפוטית").



חוקתיים, לרבות הפגיעות החוקתיות האפשריות ומידתיות האמצעים שנבחרו, ולהשלכות החוק. לפי מודל זה, גם פגמים הליכיים שאין בהם כשלעצמם כדי להוביל לפסילת החוק – כגון דיון פרלמנטרי לוקה בחסר, הסתמכות על תשתית עובדתית לקויה, או אי-התייחסות להשלכות הצפויות של החקיקה – עשויים להצטרף לפגמים סובסטיביביים בתוכן החוק, אשר השילוב המצטבר של שניהם עשוי להטות את הכף למסקנה כי יש לבטל את החוק או חוק היסוד.<sup>291</sup>

המודל המשולב מתאים במיוחד בהקשר של ביקורת שיפוטית על הליך חקיקתם של חוקי יסוד, ולמעשה כבר נעשה בו שימוש בפסיקתו של בית משפט נכבד זה. כך, בפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש בעניין **בר-און** הודגש שלטיב הדיון הפרלמנטרי נפקות חשובה בהחלטה הסובסטיביבית אם להתערב בתוקף חוק היסוד באותו מקרה. כב' הנשיאה ביניש בחנה בצורה מעמיקה את הדיונים הפרלמנטריים באותו מקרה, לרבות ראיות ביחס לגורמים שניתנה להם הזדמנות להשתתף בהליך ולהשמיע את דעתם, כולל הייעוץ המשפטי וכן שמיעה של המתנגדים, ראיות לכך שדברים אלו זכו להקשבה ונשקלו, וכי התקבלו שינויים בנוסח חוק היסוד ועוד. לאחר מכן הודגשה נפקות העובדות ההליכיות הללו על החלטה:

”הבאנו בהרחבה את הדברים שהושמעו בפני הוועדה המשותפת משום שלגישתנו, יש בדיון המקצועי והמפורט שנערך בוועדה המשותפת כדי להצביע על כך שחקיקת חוק היסוד בדרך של הוראת שעה הייתה מודעת, ובהליך החקיקה התקיים דיון רציני וניתנה תשומת הלב לשאלת האפשרות לחוקק את חוק היסוד כהוראת שעה. יש להביא נתון זה בחשבון בעת בחינת חוקתיות החוק, שכן יש בו כדי ללמד על כך שהכנסת פעלה מתוך הבנה שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת תוך התייחסות למורכבות הכרוכה בדבר.”<sup>292</sup>

אכן, לפי המודל המשולב, טיב הדיון הפרלמנטרי עשוי להטות את הכף בניתוח החוקתי הכולל: כאשר נערך דיון ראוי כדבעי, הדבר יכול לשמש שיקול עזר מכריע כנגד התערבות שיפוטית, ובאותו אופן – כאשר הדיון הפרלמנטרי היה פגום ולוקה, הדבר יכול להיות שיקול עזר מכריע בעד התערבות שיפוטית.<sup>293</sup>

התכנים של הביקורת המשולבת רלוונטיים במיוחד למצב הנוכחי בו אנו מצויים טרם נחקק חוק יסוד: החקיקה. ההימנעות של הכנסת מלהפעיל את כובעה המכונן לצורך חקיקת חוק יסוד: החקיקה באופן שיבהיר את המעמד הנורמטיבי של חוקי היסוד ואת ההליך הייחודי לכינונם יצרה חסר גדול אותו נאלץ להשלים בית המשפט בפסיקותיו בעבר ויאלץ להשלים במקרה הנוכחי. השאלה מה יהיו המבחנים וטיב הביקורת ביום שלאחר חוק יסוד: החקיקה תוכל להתברר אם וכאשר ייחקק, אולם אין צורך לקבוע מסמרות בסוגיה זו בעת הזו.

כפי שהראנו בהרחבה לעיל, בהליך החקיקה של התיקון לחוק היסוד דגן נפלו פגמים רבים. בעניינו הם מגיעים לכדי “פגם היורד לשורשו של ההליך”. אך אף אם בית המשפט יסבור אחרת, אנו סבורים שיש בהם, כשהם

<sup>291</sup> שם.

<sup>292</sup> עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 80, פס' 27 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

<sup>293</sup> להסבר נרחב יותר ראו בר-סימן-טוב “ביקורת שיפוטית”, לעיל ה"ש 290.

מצטרפים לפגמים הסובסטנטיביים בתוכנו של התיקון, כדי להטות את הכף לטובת המסקנה כי דין התיקון להיפסל. הפגמים שתיארנו בהרחבה לעיל, הם בדיוק מסוג הפגמים שמעידים על כך שהכנסת לא ערכה דיון פרלמנטרי ראוי, לא שקלה כדבעי את הסוגיות החוקתיות המורכבות שהתיקון מעורר ואת ההשלכות מרחיקות הלכת שלו ולא גילתה נכונות לדון בפתרונות חלופיים או לערוך שינויים בהצעה שנוסחה על ידי יו"ר הוועדה. ודוקו: גם אם היו חברי כנסת שביקשו כן לקיים דיון פרלמנטרי ראוי בסוגיות קריטיות אלו, האופן בו ניהל יושב ראש הוועדה את הדיון לא איפשר זאת. למעשה, בהליך זה, יש שימוש לרעה בהליך החקיקה מטעם ועדה ובכוחו של יו"ר הוועדה כמי שאמון על ניהול הדיונים. אנו סבורים כי יש בכך כדי להטות את הכף לעבר פסילת התיקון.

בהקשר זה נטען בקצרה שלוש טענות בדבר האופן שבו טיב הליך החקיקה צריך להשפיע על הניתוח הסובסטנטיבי במקרה דנן במסגרת הביקורת המשולבת.

ראשית, הפגמים בהליך החקיקה צריכים להביא לביטול חזקת התקינות והחוקתיות של חוק היסוד ולהוביל לביקורת שיפוטית מוגברת. חשוב להדגיש כי הריסון השיפוטי המוגבר כלפי חוקי יסוד לעומת מקרים של ביקורת שיפוטית על חוקים רגילים מותנה בכך שהכנסת התייחסה להליך החקיקה כהליך חקיקה חוקתי; או במילותיה של הנשיאה ביניש בפרשת **בר-און**, שמהליך החקיקה וטיב הדיון הפרלמנטרי שנערך ניתן ללמוד "שהכנסת פעלה מתוך הבנה שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת תוך התייחסות למורכבות הכרוכה בדבר".<sup>294</sup> **כיבוד חוקי היסוד מותנה בכך שהכנסת עצמה תכבד אותם** ותתקנם בהליך הראוי לחקיקה חוקתית. במקרה דנן, נחקק התיקון באופן שאינו ראוי לחקיקה רגילה ומקל וחומר לחקיקה חוקתית. משכך, מתבטלת ההצדקה לריסון השיפוטי המיוחד. רעיון זה הוכר על ידי כב' הנשיא לנדוי עוד מראשית הביקורת השיפוטית החוקתית על חקיקה בישראל. כך, כבר בעניין **דרך ארץ**,<sup>295</sup> בחן כב' הנשיא לנדוי את הפרוטוקולים של הליך החקיקה בכל שלביו ומצא שהסוגיה החוקתית של שוויון הסיכויים של רשימות חדשות "לא זכתה לשום דיון פרלמנטרי. מכיוון שכך, אין לדון בה בעתירות אלה על-פי החזקה, שהכנסת לא חרגה מהוראת חוק משורינת – אותה חזקה, הקיימת כרגיל, לגבי כל חוק שנתקבל בכנסת...".<sup>296</sup> אותו רציונאל נכון כמובן גם ביחס לביטול החזקה ביחס לחוקי יסוד. כפי שקבע כב' השופט רובינשטיין בפרשת **המרכז האקדמי**, "ככל שהרשות המכוננת אינה נוקטת היא עצמה ריסון של ממש בבואה לתקן את עקרונותיה החוקתיים של המדינה, נכונותו של בית המשפט לבקרה – רחבה יותר [...]".<sup>297</sup>

שנית, לטענתנו, למבחנים לזיהוי של חוק יסוד לפי דוקטרינת השימוש לרעה בחוק יסוד יש להוסיף מבחן **פרוצדורלי**, אשר בוחן האם הליך החקיקה של חוק היסוד היה הליך חקיקה המתאים לקבלתה או תיקונה של נורמה חוקתית. כפי שהראינו לעיל, דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת התפתחה בפסיקה הישראלית ביחס לצורתם ולתוכנם של חוקי יסוד. בית המשפט זה קבע כי יש מקרים בהם הוראה מסוימת אינה מתאימה לשמש כנושא לחוקה מבחינת אופייה ומאפייניה הצורניים (פרשת **שפיר**). אולם, כפי שעולה מהניתוח שהובא

<sup>294</sup> עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 80, פס' 27 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

<sup>295</sup> בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה (4) 1 (1981).

<sup>296</sup> שם, בעמ' 9-10.

<sup>297</sup> עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 92, פס' לה לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין.

לעיל, הליך חקיקת חוקי היסוד מחויב גם לעמוד בדרישות פרוצדורליות ייחודיות ולא רק בדרישות תוכניות וצורניות. כפי שטענו בהרחבה, מושכלות יסוד הן שנורמות חוקתיות צריכות להתקבל בהליך חקיקה חוקתי, שהוא שונה מהליך חקיקה רגיל של פוליטיקת יום-יום. הליך חקיקתה המיוחד של הנורמה החוקתית הוא מאפיין מכונן של נורמה חוקתית ומהווה בסיס לזיהויה ככזו. כפי שכלל הזיהוי של חוק רגיל כולל עמידה בדרישות כגון שלוש קריאות, דיון בוועדה ופרסום ברשומות,<sup>298</sup> כך **מן הראוי שכלל הזיהוי של נורמה חוקתית לא יסתפק בכותרת "חוק יסוד", אלא יכלול גם התייחסות להליך החקיקה והאם עמד במאפיינים של הליך חוקתי.**<sup>299</sup>

זאת ועוד, תכליתה של הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד היא למנוע ניצול לרעה של סמכותה המכוננת של הכנסת או של היכולת להעניק לדבר חקיקה את הכותרת "חוק יסוד". המקרה דן חשף סוג נוסף והיבט נוסף לשימוש ברעה בהליך חקיקת יסוד. במקרה זה, הקואליציה עשתה שימוש ברעה בהליך חקיקת חוק יסוד במסלול מטעם ועדה כדי לעקוף את המגבלות ההליכיות המוטלות על הליך חקיקה ממשלתי ופרטי. לא זו אף זו, כפי שפורט בהרחבה לעיל, ההליך נעשה באופן חפוז, ללא עבודת הכנה, בלא דיון מעמיק, באווירה לעומתית, תוך שחקת מעמדו של הייעוץ המשפטי לכנסת וניצול לרעה של יו"ר הוועדה את כוחו ומעמדו. מאפיינים אלו של הדיון, עליהם עמדנו, נעשו במסגרת הייחודית של הליך חקיקת חוקי יסוד ותיקונם ומהווים בשל כך ניצול לרעה של הקואליציה את העובדה כי הליך כינון ותיקון החוקה בישראל אינו מוסדר באופן ייחודי ומותאם למעמדן של נורמות חוקתיות. המקרה שלפנינו הוא מקרה מובהק של ניצול ההליך ההדרגתי והבלתי מוסדר של גיבוש החוקה הישראלית לטובת ביצור והעצמת מעמדה של הרשות המבצעת בהשוואה לרשויות אחרות ובכלל זה ביחס לכוחה של הרשות השופטת להגביל את פעולתה כשזו לוקה באי סבירות. השימוש בחולשותיו של ההליך החוקתי בישראל כדי לחזק את מעמדה של הרשות המבצעת על חשבון רשויות אחרות ולמנוע בתוך כך ביקורת והגבלה של פעולותיה הוא שימוש לרעה בסמכות המכוננת. יתירה מכך, שימוש לרעה בהליך חקיקת חוקי יסוד מצטרף לניצול לרעה של חוקי היסוד במובן הסובסטיביבי, והשילוב ביניהם מביא למסקנה שיש לפסול את התיקון לחוק היסוד המבטל את עילת חוסר הסבירות.

**הטיעון המשולב: בין הליך, מהות וסמכותו המוסדית של בית המשפט לבקר חקיקת יסוד**

אנו סבורים כי לבית המשפט הנכבד הסמכות לבקר חקיקת יסוד, הן לשם בחינת שימוש לרעה בסמכות המכוננת והן לשם בחינה האם הכנסת חורגת מסמכותה המכוננת המוגבלת.

לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ סמכות מפורשת לדון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ולתת צווים לרשויות המדינה, ובכלל זה כאשר מצא כי הכנסת חרגה מסמכותה בכך ששללה את מאפייני

<sup>298</sup> בר-סימן-טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 89, בעמ' 657-659, 703-704. וראו גם בג"ץ 975/89 נמרודי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ"ד מה(3) 154, 158 (1991); בג"ץ 2337/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועמ"ש (22.2.2022) (פסק דינו של כב' השופט גרוסקופף).

<sup>299</sup> ראו והשוו פורת "פוליטיקה חוקתית", לעיל ה"ש 77.

הליבה של המדינה כיהודית ודמוקרטית. סמכות זו אינה נובעת רק מחוק יסוד: השפיטה אלא זו סמכות טבועה של בית המשפט הנובעת מערכי היסוד של השיטה שבמסגרתם ולאורך פועלות כלל רשויות השלטון.

תפיסה זו גם עולה בקנה אחד עם המגמה העולמית המתפתחת של ביקורת שיפוטית על נורמות חוקתיות אף בהיעדר הסמכה מפורשת לסמכות כאמור. במדינות אלו, בתי המשפט מעבירים תיקונים חוקתיים תחת שבט ביקורתם לא מכח הסמכה מפורשת אלא מתפיסתם כ"מגיני החוקה" (Guardians of the constitution), תפקיד שבא לידי ביטוי בהגנה על ערכי היסוד החוקתיים העומדים בבסיס הסדר החוקתי.<sup>300</sup>

כמו-כן, לבית המשפט סמכות טבועה לבחון מהו המעמד המשפטי של הנורמה המונחת לפניו. כפי שקבעה כב' הנשיאה חיות בבג"ץ שפיר:

"מרכז הכובד של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת מצוי, כאמור, בשאלה אם הנורמה שעוגנה בחוק היסוד היא אכן נורמה המצויה במדרג חוקתי, על פי המבחנים הנהוגים עמנו לזיהוי הסדרים מסוג זה. משימת זיהויה של נורמה כנורמה משפטית במדרג נורמטיבי מסוים, לרבות המדרג החוקתי, מצויה בליבת תפקידו של בית המשפט... תפקידו של בית המשפט בהקשר זה הוא להגן על החוקה המתגבשת מפני חדירה של נורמות, שאינן מצויות במדרג המתאים לכך, אל תוך המארג החוקתי באופן שעלול לגרום לשחיקה וזילות במעמדם של חוקי היסוד".<sup>301</sup>

חקיקה חוקתית שלא נחקקה כנדרש אינה נורמה חוקתית לפי מבחני הזיהוי, ומתפקידו של בית המשפט לבחון זאת ולהכריע בסוגיה זו.

## סיכום

**בתיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה נפלו פגמים קשים בהליך החקיקה ופגמים מהותיים בתוכנו המגיעים לכדי אי-חוקתיות.**

לרשות בית המשפט אפשרויות שונות של סעדים חוקתיים שיש בהם כדי להפחית את עוצמת הפגיעה: בטלות יחסית והחזרה למחוקק על-מנת לתקן את הפגמים שנפלו בהליך החקיקה;<sup>302</sup> פרשנות מצמצמת (reading down) של התיקון באופן שלא ישלול את סמכות בית המשפט להתערב בהחלטות שאינן סבירות באופן קיצוני,

---

Rory O'Connell, *Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms*, JOURNAL OF CIVIL LIBERTIES, Vol. 4, No. 48 (1999); YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS – THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS ch. 8 (OUP 2017).

<sup>301</sup> עניין חסון, לעיל ה"ש 3, פסי' 31 לפסק-דינה של כב' הנשיאה חיות.

<sup>302</sup> עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 56.

שרירותיות או מופרכות;<sup>303</sup> דחיית תחולת התיקון לכנסת הבאה באופן שייאפשר למחוקק לתקן את הפגמים,<sup>304</sup> או "שינמוך" התיקון, שלא עמד בדרישות ההליכיות לחקיקת חוקתית, למעמד של חוק.<sup>305</sup> לצד אלו, עומדת גם לבית המשפט הסמכות לפסול את התיקון, סעד ראוי בהינתן הפגמים ההליכיים, המהותיים, וכפי שהצגנו בחוות דעתנו זו – השילוב של שני פגמים אלו יחד.

---

<sup>303</sup> עניין **חרות**, לעיל ה"ש 221; ראו בעניין זה גם Rehan Abeyratne & Yaniv Roznai, *Basic Structure Interpretation*, *in* RESEARCH HANDBOOK ON CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (Catherine O'Regan, Carlos Bernal & Sujit Choudhry (eds., Edward Elgar Publishing, forthcoming).

<sup>304</sup> ראו נייר עמדה מס' 10, לעיל ה"ש 226.

<sup>305</sup> ראו שחר בן מאיר "שימוש לרעה בסמכות מכוונת: הצעה לסעד חוקתי אחר" [ICON-S-IL Blog](#) (5.8.2021).