פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס׳ 52: ביקורת על הליך החקיקה בנושא עילת אי-הסבירות

הופץ ביום 13.7.2023*

תקציר

- **בנייר זה אנו מבקשים להתריע על כך שישיבות ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא עילת אי-הסבירות 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, 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.**
- **בהתחשב באיכות הירודה המאפיינת עד כה את הליך החקיקה בנושא עילת אי-הסבירות, אין פלא שהנוסח שעל הפרק – שאושר הן בוועדה והן במליאה בקריאה ראשונה באופן מכאני לגמרי בקולות**

---

* פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה הוא קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי, של מומחים ומומחיות למשפט, הפועלת בהתנדבות למען ההגנה על הדמוקרטיה הליברלית בישראל ולקידומה. הפורום פועל באמצעות מחקר, ניתוח הצעות חוק, כתיבת ניירות עמדה ופעילות הסברה לקהל הרחב ולקהלים מקצועיים. במסגרת זו, הפורום פועל נגד יוזמות ופעולות לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הקואליציה, ונגד יוזמות לפגיעה במוסדות דמוקרטיים, בבחירות חופשיות ושוות, בזכות לשוויון, בחופש הביטוי, בחופש הדת, ובזכויות אדם נוספות.

חברות וחברי הפורום בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, ניירות העמדה או חומרים מקצועיים אחרים המופקים על ידינו משקפים את העמדה הרווחת בקרב החברים, גם אם אינם על דעת כולם. עם זאת, אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול ההצעות של הממשלה – שעניינן מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו. רשימת חברות וחברי הפורום מתפרסמת באתר הפורום, שם גם מופיעים כל ניירות העמדה שלנו: https://lawprofsforum.org. עקבו אחרינו בטוויטר @lawprofsforum. ליצירת קשר lawprofessorsforum@gmail.com.

הקואליציה בלבד ללא שקילה סבירה של תוכנו – אינו הגיוני כלל, אינו ממוקם בהקשר החקיקתי הנכון, אינו מתאים לתכליות שלכאורה מבקשים מקדמיו להשיג, אינו מייצר כל ודאות משפטית, ואינו מביא כל שיפור באיכות המינהל הציבורי, בחיזוק הדמוקרטיה, או במחויבות המכוננת של המדינה "[ל]שקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה".

- **הנוסח המעודכן שהפיץ יו"ר הוועדה ב-12.7.2023, אשר מחריג ברחל בתך הקטנה מתחולתה של עילת הסבירות החלטות "בענייני מינויים" והחלטות "להימנע מהפעלת כל סמכות", חושף את המוטיבציות שעומדות ברקע ההצעה, ומצמצם עוד את האפשרות להבינה כמבטאת עמדה עקרונית מנומקת ביחס לדיני הסבירות, למשפט המינהלי, או למערכת היחסים בין רשויות השלטון. קשה שלא להתרשם שמדובר בניסיון לחלץ תועלת פוליטית מיידית מחקיקה חוקתית – שזו ההגדרה לשימוש לרעה בסמכות המכוננת.**

<u>נייר העמדה</u>

ב<u>נייר עמדה מס' 50</u> שיצא לאחרונה, הסביר הפורום במפורט מדוע הצעתו של יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בנושא עילת הסבירות, אשר אושרה בקריאה ראשונה בקולות הקואליציה בכנסת, היא פסולה ומסוכנת. הפורום הראה כיצד החקיקה עלולה לפגוע באופן חמור באיכות פעולות השלטון ולחשוף אותן לשחיתות אישית ומוסדית, ומדוע היא פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות, באינטרס הציבורי ובהבטחת אמון הציבור ברשויות השלטון. הגרסה המעודכנת שהפיץ יו"ר הוועדה ב-12.7.2023 הסירה אמנם מן ההצעה את נבחרי הציבור שאינם חברי הממשלה. אך באותה נשימה היא הוסיפה והרחיבה את תחולת הפטור מחובת הסבירות גם על ענייני מינויים ועל הימנעות מהפעלת הסמכות – חושפת את התכליות הציניות של החקיקה ומעצימה את אי-החוקתיות הטבועה בה, כניצול לרעה של הסמכות המכוננת.

בנייר זה אנו מבקשים להתריע על כך שלפי מיטב שיפוטנו, ישיבות הוועדה כפי שהן מנוהלות בכנסת הנוכחית בכלל, ואלה בנושא עילת הסבירות בפרט, 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. כמה נתונים מובלים למסקנה זאת:

1. <u>אופן ניהול הדיונים בוועדה</u>: לוח הזמנים שנקצב לדיוני הוועדה, והקצאות זמני הדיבור למומחים ולעובדי הציבור, הן ב"הכנה" לקריאה ראשונה שכבר הסתיימה, הן ב"הכנה" לקריאה שניה ושלישית שמתקיימת כעת, אינו מאפשר דיון כן, רציני ומאוזן במשמעויות הרחבות של החקיקה המוצעת. עמדות מומחים ושופטים בדימוס מוצגות באופן מסולף, וכשהוועדה מועמדת על טעותה – הדבר זוכה להתעלמות. תיקונים מוצעים מפורסמים בשעת לילה מאוחרת עבור דיון בבוקר למחרת, מבלי לאפשר הכנת תגובה ראויה.
כזכור, מדובר בהצעה לתיקון חוק-יסוד: השפיטה. כלומר, זו חקיקה בעלת מעמד חוקתי, המשנה את מערך הסמכויות של כל מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, כולל בית המשפט הגבוה לצדק, ובנושא שהוא בליבת מערכת הדינים החלה על כל השירות הציבורי בישראל. כפי שהסברנו בנייר העמדה, להצעה משמעויות מרחיקות לכת עבור התפקוד השוטף של הממשלה והשרים, ושל כלל גופי המינהל הציבורי בדרגיו השונים; כמו גם עבור הייעוץ המשפטי לממשלה ועבור יכולתה של הרשות השופטת למלא את תפקידה במערכת

האיזונים והבלמים של הדמוקרטיה הישראלית. עיצוב הסדר חוקתי בנושאים אלה מצריך שקידה ראויה, היוועצות עם מומחים, הכרה של המציאות המוסדית במערכים שיושפעו מן החקיקה, ולמידה של הניסיון ההשוואתי. ועדת החוקה אמורה להיות המקום המתאים להובלת הבירור הזה. אך הלחץ להעביר את החקיקה בוועדה ובשלוש קריאות בכנסת בשבועות האחרונים של מושב הכנסת, אינו מאפשר זאת כלל.

2. <u>תפקוד ונוכחות חברי ועדת החוקה בדיונים</u>: ברבות מישיבות ועדת החוקה לא נכחו רבים מחברי הוועדה מקרב הקואליציה – חברי הכנסת שקולותיהם נדרשו כביכול כדי לאשר את הצעת היו"ר כ"הצעה מטעם הוועדה". נתון זה מעיד שהליך ה"הכנה" של הצעת החוק אינו נושא כל אופי קולקטיבי או קוליגיאלי, כפי שנדרש מהצעת חוק מטעם ועדה. מעשית, מדובר בהצעת חוק פרטית של יו"ר הוועדה, שנהנית ממסלול חקיקה מקוצר בגלל האפשרות הנתונה לו לגייס את הצבעת חברי הקואליציה בוועדה שבראשותו לתמיכה בהצעתו, שבניסוחה הם לא היו מעורבים; כל שכן חברי הכנסת מן האופוזיציה – שאת עמדותיהם יש להפנים לנוסח ההצעה כבר בתהליך ההכנה, ולא רק באמצעות הסתייגויות בסופו. אכן, ראוי לתהות אם הצעת חוק-יסוד מטעם ועדה יכולה בכלל להתקבל בקולות נציגי הקואליציה בלבד, הכפופים למשמעת קואליציונית, תוך סתירת המהות הקוליגיאלית של הליך החקיקה הייחודי הזה. אף שיש חסר בהסדרה חקיקתית או תקנונית של עניין זה, ראוי להבנתנו לפרש את רעיון ההצעה מטעם ועדה כמחייב שיקוף של העמדה הקולקטיבית של חברי הוועדה, ולא רק של הרוב הקואליציוני הטכני מתוכם.

3. <u>חסרונה של עמדת הממשלה והשתקת הביקורת</u>: ככל הידוע, הממשלה – שהחקיקה המוצעת תשנה באופן יסודי הן את מצבה המשפטי כרשות המבצעת הכפופה לעילה הסבירות, הן את מצבו המקצועי של הייעוץ המשפטי שלה – לא קיימה דיון בהצעת החקיקה ולא קיבלה החלטה אודותיה. בפני הוועדה לא מונחת אפוא עמדתה המנומקת של הממשלה אודות ההשפעות הצפויות לחקיקה על עבודתה. יתרה מכך, יו"ר ועדת החוקה ביקש למנוע מנציגי השירות הציבורי להסביר לוועדה את הבנתם את השלכות החקיקה המוצעת, לדבריו כדי שהממשלה לא תדבר בשני קולות, אף שהממשלה כלל לא דיברה בנושא (לבסוף, ונוכח מחאת היועצת המשפטית לכנסת, הותר ליועמ"ש משרד האוצר לדבר בוועדה "לפנים משורת הדין").

4. <u>ההצעה זהה להצעת רוטמן מינואר</u>: מעשית, ההצעה בנושא עילת הסבירות שאושרה בקריאה ראשונה בכנסת ב-10.7.2023 זהה לחלוטין להצעה שהציג יו"ר ועדת החוקה כבר ב-17.1.2023, לפני חצי שנה בדיוק, ואילו הנוסח המעודכן מ-12.7.2023 שומר על כל הפגמים המבניים שאיפיינו את ההצעה המקורית. מכלול עצום של כתיבה, הרצאות, דיונים, נוסחי פשרה (בבית הנשיא ומחוצה לו), כמו גם ניירות עמדה ומחקר, מסמכי הכנה מן הייעוץ המשפטי לוועדה ודברים שנישאו בע"פ בדיוני הוועדה – לא הועיל לשנות כמעט דבר מן הנוסח המקורי. בהתחשב בכמות ובעושר הביקורות שהוצגו להצעה מכיוונים שונים, לא ניתן אלא להסיק שלא ניתנה אוזן קשבת לתכנים אלה בתהליך ה"הכנה" של החקיקה לקריאה ראשונה, ואין ראיות לכך שהדברים עומדים להשתנות בשלב ה"הכנה" לקריאה שניה ושלישית.

שילוב נתונים זה מלמד שדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא עילת הסבירות אינם מספקים הזדמנות נאותה לחברי הכנסת לבחון את משמעויות החקיקה, ללבן את היתרונות והחסרונות שלה, ולפעול לניסוח מיטבי שלה,

אפילו הוחלט על קידומה. אכן, כדבריו של השופט נ' סולברג אודות דרישות המינימום של הליך החקיקה, "עקרון ההשתתפות איננו מתמצה במתן אפשרות לחברי הכנסת לנכוח פיזית בדיוני מליאת הכנסת או הוועדה. עקרון ההשתתפות משמעו מתן אפשרות אמיתית, רצינית והוגנת לחברי הכנסת לעיין ולדון, להעיר ולהאיר, לשאול ולשקול – הכל על מנת שיהיה סיפק בידם לגבש עמדה מושכלת בסוגיה שעל הפרק".[1] מבין האינדיקציות שמונה השופט סולברג לשם בחינה "אם אמנם ניתנה לחברי הכנסת האפשרות לקיים דיון כדבעי", מציין השופט את בחינת "השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק, על נוסחה, על תוכנה".[2] במקרה דנן, נראה כי לדיון אין כל השפעה על הצעת החוק וכי אין כל נכונות של יו"ר הוועדה לאפשר לדברים הנאמרים בדיון להשפיע על נוסחה או תוכנה. עוד מזכיר השופט סולברג באותו פסק דין כי משך הדיון בוועדה צריך להיות מידתי לא רק ביחס לאורכה של הצעת החוק, אלא גם למורכבותה, ולהיקף השלכותיה.[3] יוזכר שדברים אלה נאמרו ביחס לחקיקה ממעמד רגיל (באותו מקרה – שינוי בחקיקת מס), והם חלים מקל וחומר ביחס לחקיקה חוקתית עם השלכות רוחב ניכרות.

בהתחשב באיכות הירודה המאפיינת עד כה את הליך החקיקה של התיקון בנושא עילת הסבירות, אין פלא שהנוסח שעל הפרק – שאושר הן בוועדה והן במליאה באופן מכאני לגמרי בקולות הקואליציה בלבד ללא שקילה סבירה של תכנו – אינו הגיוני כלל, אינו ממוקם בהקשר החקיקתי הנכון, אינו מתאים לתכליות שלכאורה מבקשים מקדמיו להשיג, אינו מייצר כל ודאות משפטית, ואינו מביא כל שיפור באיכות המינהל הציבורי, בחיזוק הדמוקרטיה, או במחויבות המכוננת של המדינה "[ל]שקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה".

כך, למשל:

- נושאו של התיקון המוצע הוא לכאורה (ולפי כותרתו) עילת הסבירות – כלומר נורמה משפטית מהותית במשפט המינהלי החלה על הרשות המבצעת. אך מעשית הוא עוסק בסמכויותיהם של בתי המשפט, כאילו קיומה של החובה המשפטית לנהוג בסבירות נגזרת מן הסמכות של בית המשפט לפסוק זאת. בפועל מדובר באיסור ישיר המוטל על "מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין" לדון או לתת צו בעניין סבירות החלטות של הממשלה, ראש הממשלה ושרים. הסעיף אינו מגדיר את הביטוי "סבירות" – מושג שיש לו מובנים רבים ושונים ואשר פותח בהקשרים שונים לאורך שנים בפסקי דין של בית המשפט העליון ושל ערכאות אחרות, פסקי דין הכוללים ניתוחים משפטיים עדינים ומורכבים, הבחנות בין מצבים שונים, ומתודה של הפעלת עילת הסבירות ושל מתחמי ההחלטה שהיא מאפשרת. הצעת החוק סתומה ולא ניתן בה רמז ביחס לשאלות אלו, כך שניתן רק לנחש מנוסחה מה תהא התוצאה המשפטית של החקיקה.

- בהתעלמו ממכלול הדין הקיים בנושאי סבירות, במשפט המינהלי ומחוצה לו, התיקון המוצע אינו מבהיר את יחסו להבחנה היסודית בין קריטריון הסבירות כעקרון מנחה בפעילות השלטון ובין עקרון אי-הסבירות הקיצונית, המנחה את בתי המשפט בביקורת שיקול הדעת המינהלי. הוא גם אינו מתייחס לעקרונות מכוננים נוספים הגלומים בהבנה המקובלת של עילת הסבירות, כמו האיסורים על שרירות ועל קפריזיות בהחלטה המינהלית. האם גם על אלה חל התיקון המוצע? אין לדעת. התיקון המוצע גם מתעלם מן

[1] בג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל**, פס' 52 לחוות דעתו של השופט סולברג (6.8.2017).
[2] שם, פס' 80.
[3] שם.

ההצדקות שדוברי הקואליציה עצמם הציגו לחקיקה לאורך החודשים האחרונים, ובפרט שעניינה בהחלטות העוסקות במדיניות בלבד, או בהחלטות של האורגן החוקתי העליון של הרשות המבצעת – הממשלה במליאתה בלבד. לפי לשונו, התיקון המוצע חל לכאורה על כל החלטה מינהלית באשר היא, ובלבד שאחד השרים אימץ אותה כשלו. הנוסח המתחזה כמצומצם הוא אפוא רחב מני ים.

- התיקון המוצע ממוקם בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה, שעוסק בסמכויותיו של בית המשפט העליון, למרות שלפי נוסחו הוא חל על "כל מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין". גם בחירה זו מעידה שהמוטיבציה שביסוד החוק אינה שיפור המשפט המינהלי הישראלי – חקיקה שזו מטרתה צריכה היתה לכלול הבניה מאורגנת של הדינים החלים על שיקול הדעת המינהלי, ומקומה מן הסתם בחוק עצמאי או לכל היותר בחוק הממשלה. יתרה מכך, ניכר שהמוטיבציה גם אינה בהכוונת בתי המשפט בפסיקותיהם במשפט מינהלי, אלא בהתרסה כלפי ערכאה מסוימת מאוד – בית המשפט העליון, שלצד הסמכתו הכללית לתת "סעד למען הצדק" תופיע כעת, לפי ההצעה, החרגה נקודתית תמוהה למושג משפטי מסוים.

- הנוסח המעודכן שהפיץ יו"ר הוועדה ב-12.7.2023, אשר מחריג ברחל בתך הקטנה מתחולתה של עילת הסבירות החלטות "בענייני מינויים" והחלטות "להימנע מהפעלת כל סמכות", חושף את המוטיבציות הציניות שעומדות ברקע ההצעה, ומצמצם עוד את האפשרות להבינה כמבטאת עמדה עקרונית מנומקת ביחס לדיני הסבירות, למשפט המינהלי, או למערכת היחסים בין רשויות השלטון. קשה שלא להתרשם שמדובר בניסיון לחלץ תועלת פוליטית מיידית מחקיקה חוקתית – שזו ההגדרה לשימוש לרעה בסמכות המכוננת.

התוצאה הצפויה היא חוק-יסוד רע הן מבחינת תוכנו, הן מבחינת ניסוחו, הן מבחינת הליך ההכנה שלו והן מבחינת רצינות ההתייחסות אליו מקרב המחוקקים התומכים בו. בתנאים אלה, סיכוייו להיחשב ללא חוקתי גבוהים. אזרחי ישראל – כלל אזרחי ישראל – זכאים ליותר. דווקא משום שעילת הסבירות היא נושא סבוך וחשוב, שקיימות (גם בקרב חברות וחברי הפורום) דעות רבות ומגוונות באשר לאופן הראוי להסדרתו, אנו קוראים לחברות ולחברי הכנסת להימנע מחקיקה חפוזה. הישג פוליטי קצר-טווח אינו שווה בנזק שתגרום תקלה חוקתית זו, אשר עלולה להיות הרת-אסון לדמוקרטיה הישראלית.