



פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

מזכר בנושא החוק ל"תיקון עילת חוסר הסבירות" והשלכותיו

הופץ ביום 28.7.2023*

במזכר זה אנו מסבירים את תוכנו ואת משמעותו של מה שמכונה החוק ל"תיקון עילת חוסר הסבירות", אשר אושר על ידי הכנסת הישראלית ב-24 ביולי 2023, ומתייחסים לצעדים העתידיים לבוא.

1. מהו החוק ל"תיקון עילת חוסר הסבירות"?

למרות המחאות הציבוריות הרחבות, התנגדותם של מומחיות ומומחים רבים מתחומי המשפט, הכלכלה, הצבא, ומומחים ובכירי ממשל לשעבר נוספים, וההחלטה של משרתי מילואים בחיל-האוויר וביחידות אחרות שלא להמשיך להתנדב לשירות מילואים, עבר ביום שני ה-24 ביולי 2023 החוק ל"תיקון עילת חוסר הסבירות" בקריאה שנייה ושלישית בכנסת, והפך לחוק. הצעת החוק שהתקבלה היא תיקון לסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה. סעיף זה הגדיר את סמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (בג"ץ), בין השאר, לבקר פעולות והחלטות שלטוניות. על פי התיקון, אף בית משפט, לרבות בג"ץ, לא יהיה רשאי מעתה לדון או לתת צו "בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר". התיקון מגדיר "החלטה" כ"כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

2. המשמעות המשפטית של התיקון

המשפט המנהלי של ישראל הוא חלק מהמשפט המקובל של המדינה, דהיינו, המשפט שנוצר במהלך השנים באמצעות תקדימים שיפוטיים. חלק גדול מהמשפט הזה נוגע לעילות הביקורת השיפוטית על פעולות והחלטות מנהליות, המופעלת בעיקר, אך לא רק, על ידי בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ. כיצד משתלבת דוקטרינת חוסר הסבירות בביקורת שיפוטית זו?

העילה הראשונה והבסיסית ביותר לביקורת שיפוטית על פעולות מנהליות היא היעדר סמכות חוקית לפעולה המינהלית המסוימת (*ultra vires*). כאשר ישנה סמכות חוקית לקבל את ההחלטה, או לבצע את המעשה, האופן שבו נעשה שימוש בסמכות זו במקרה מסוים נתון לביקורת שיפוטית. ביקורת זו עשויה להתבסס על היעדר הליך תקין (כגון אי מתן שימוע לאנשים שעלולים להיות מושפעים מהמעשה או מההחלטה), או על שימוש לא ראוי בשיקול הדעת שהחוק המסוים מעניק לגוף המנהלי הנדון.

קיימות מספר עילות היכולות לבסס הכרעה שנעשה שימוש פסול בשיקול הדעת המנהלי: אם המטרה שלשמה הוא יושם אינה המטרה שלשמה העניק החוק את הסמכות לרשות המינהלית; אם בקבלת ההחלטה נשקלו שיקולים זרים; אם ההחלטה הייתה מפלה; או, אם לא הייתה תשתית עובדתית ראויה להחלטה. עם זאת, גם כאשר לא מתקיימת אף אחת מהעילות הללו, רשאים בתי המשפט לבטל החלטה מנהלית אם היא **בלתי סבירה באופן קיצוני**. בתיאוריה, ניתן להשתמש בעילת חוסר הסבירות כאשר מקבל ההחלטה שקל את כל הגורמים הרלוונטיים, אך ייחס משקל לגורמים מסוימים באופן כל כך לא מאוזן עד שההחלטה הפכה לבלתי סבירה באופן קיצוני. בפועל, במקרים נדירים דוקטרינת חוסר הסבירות הופעלה כדי לבטל מינויים של שרים ובכירי ציבור שהוגש נגדם כתב אישום בגין עבירות שחיתות חמורות, או שביצעו עבירות חמורות בעברם וכאשר בית המשפט מגיע למסקנה שהנימוקים להחלטה היו, למעשה, לא ראויים או מושחתים. בהחלטה מרכזית (ושנויה במחלוקת) משנת 1993, החליט בית המשפט העליון כי אין זה סביר שראש הממשלה יצחק רבין לא ישתמש בסמכותו לפטר שר בממשלה שהואשם בעבירות שחיתות חמורות. החלטת בית המשפט העליון לאלץ את ראש הממשלה רבין לפטר את השר האמור, והחלטתו לאחרונה של בית המשפט העליון לבטל את מינויו של אותו אדם לשר בממשלתו הנוכחית של ראש הממשלה נתניהו לאחר שהורשע בעבירות מס, היו אחד מהגורמים המרכזיים שחיזקו את הדרישות לביטול חוסר הסבירות כעילה לביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה ושריה. הטענה של תומכי החוק לביטול עילת חוסר הסבירות היא שהחלטות כאלה צריכות להישאר בידי פוליטיקאים נבחרים ולא בידי בית המשפט.

3. ההקשר הפוליטי של התיקון

כשבוחנים אותו בצורה מופשטת, במנותק מההקשר הפוליטי והחוקתי הנוכחי, ייתכן שהחוק ל"תיקון עילת חוסר הסבירות" לא נראה כל כך חמור וקיצוני. הרי לבתי המשפט נותרה עדיין הסמכות לבחון את צעדי הממשלה בעילות אחרות, והתיקון חל רק על החלטות של הממשלה, ראש הממשלה והשרים. עם זאת, חיוני לראות את התיקון בהקשרו הפוליטי והחוקתי. תיקון זה הוא החלק הראשון בתוכנית כוללת שהציע שר המשפטים בינואר 2023, ימים ספורים לאחר עליית הממשלה הנוכחית לשלטון. תוכנית זו מכוונת להחלשת כוחו ועצמאותו של בית המשפט העליון ולהעברת כוח עודף לרשות המבצעת באופן חסר תקדים, בשורה של צעדים שיטתיים, הכוללים: שינוי שיטת בחירת השופטים והשופטות כך שתהיה לקואליציה שליטה מוחלטת על בחירתם; חיסון חוקי יסוד מביקורת שיפוטית (ללא הגבלה על מה שעשויים לכלול חוקי יסוד או על תהליך חקיקתם); הגבלה חמורה של ביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה; מתן הרשאה לקואליציה בכנסת לחוקק מחדש חקיקה שנפסלה על ידי בית המשפט כבלתי חוקתית; והחלשה חמורה של כוחם של היועצים המשפטיים בכל משרדי ורשויות הממשלה, על ידי הפיכתם למינויים פוליטיים שניתן למנות ולפטר כלאחר יד, ועל ידי

הגדרת הייעוץ המשפטי שלהם, שנתפס עד כה כייעוץ מחייב בדרך כלל, כייעוץ שניתן להתעלם ממנו. אין תקדים בהיסטוריה החוקתית של ישראל לחקיקה המבקשת באופן כה בוטה וישיר לצמצם את סמכות בתי המשפט בישראל לבחון פעולות חקיקתיות ומנהליות. ברור שהחוק ל"תיקון עילת חוסר הסבירות" הוא החלק הראשון בתוכנית הממשלה להחליש את מערכת המשפט ולשחרר את הממשלה מכל מגבלה אפקטיבית על שימוש חסר רסן בסמכויותיה.

חשוב להבין את השינוי הזה גם בהקשר הרחב יותר של המסגרת החוקתית הקיימת בישראל: עוד בטרם חקיקת כל מרכיבי התוכנית של שר המשפטים שאמצה הממשלה הרשות המבצעת בישראל היא בעלת עוצמה יוצאת דופן בהשוואה לרוב המדינות הדמוקרטיות. הממשלה בישראל שולטת למעשה בכנסת ובמטרות וביעדים של חקיקת החוקים (כולל חקיקת חוקי יסוד), והיא אינה מוגבלת על-ידי אילוצים ובלמים ואיזונים הקיימים בדמוקרטיה חוקתית רבות אחרות (כגון חוקה נוקשה, שני בתי מחוקקים, וטו נשיאותי, משטר פדרלי, וכו'). מכאן, שהמטרה הברורה של תוכנית הממשלה היא ליצור משטר סמכותני שבו הרשות המבצעת לא רק שולטת ברשות המחוקקת אלא גם יכולה לעשות פחות או יותר כל מה שהיא רוצה, ללא פיקוח אפקטיבי או בקרה של הרשות השופטת (ועם לגיטימציה הנשענת על בחירות חופשיות מבחינה פורמלית). החוק לתיקון עילת חוסר הסבירות הוא אפוא רק הצעד הראשון לקראת רודנות בחסות החוק, השוללת מבתי המשפט גוף פסיקה שלם ששימש כמגבלה העיקרית מפני שרירות ביצועית ושחיתות. הבנת ההקשר והחומרה של צעד זה, שעלול להיתפס בטעות כצעד משפטי טכני (או להיות מוצג, באופן מניפולטיבי, ככזה), הולידה את המחאה חסרת התקדים ואת ההתנגדות הציבורית שהתבטאו ברחובות, בתקשורת ובמרחב הציבורי בישראל.

4. חוסר הסכמה ציבורית

הן הציבור הישראלי והן משקיפים זרים בעלי הידע הנדרש הבינו במהירות כי מה שמכונה "הרפורמה המשפטית" יחולל שינוי חוקתי עמוק ושינוי משטרי. הדבר יצר לחץ אדיר על ראש הממשלה נתניהו שלא להמשיך ב"רפורמה המשפטית" הזו ללא הסכמה ציבורית רחבה. על פי דיווחים בעיתונות, ראש הממשלה נתניהו הבטיח הן לסוכנויות דירוג האשראי הבינלאומיות והן לכמה ממשלות זרות, כולל ארה"ב, כי ימנע מלקדם את ה"רפורמה" מבלי להבטיח תחילה תמיכה ציבורית רחבה בצעדי החקיקה המרכיבים אותה. הקואליציה הממשלתית אכן השתתפה בדיונים בחסות נשיא המדינה, מר יצחק הרצוג, שקיווה להשיג הסכמה בין הקואליציה לאופוזיציה. עם זאת, הדיונים הללו העלו חרס, כאשר יש המפקפקים בתום ליבה של הממשלה ובנכונותה, אי פעם, להתפשר במהלך הדיונים. העברת החוק לתיקון עילת חוסר הסבירות חרף ההתנגדות הציבורית חסרת התקדים היא ההוכחה האולטימטיבית לכך שכל ההבטחות של ראש הממשלה נתניהו כי הוא ישאף לתמיכה ציבורית רחבה לקראת גיבוש הצעדים להרחבת הכוח הביצועי ושינוי המבנה החוקתי של המדינה הן בעלות ערך מועט או חסרות ערך כלל.

5. השפעות המיידיות הצפויות של התיקון

הסכנה המיידית של התיקון אינה בליבת תחום זכויות הפרט, שכן ההגנה על זכויות אלו אינה נשענת ישירות על דוקטרינת חוסר הסבירות. השפעתה המיידית העיקרית צפויה להיות בתחום השחיתות, לרבות שימוש (או יותר

נכון שימוש לרעה) בכספי ציבור, מינויים והדחה של משרתי ציבור מתפקידם על-ידי הממשלה. הממשלה ושריה ירגישו כעת חופשיים להשתמש בכספי ציבור אך ורק כדי לשרת את האינטרסים הפוליטיים הצרים שלהם, תוך התעלמות מטובת הציבור שאמורה להנחות כל ממשלה שנבחרה באופן דמוקרטי. סביר להניח שנעמוד בפני מבול של מינויים מאוד לא ראויים לתפקידים החשובים והרגישים ביותר במינהל הציבורי ובתאגידים הממשלתיים. האיום המיידני העיקרי הוא החשש של החלטת ממשלה לפטר את היועצת המשפטית לממשלה העומדת בראש התביעה הכללית, ולהחליף אותה בעורך דין התומך בביטול ההליך הפלילי המתנהל נגד נתניהו בעבירות של שחיתות. חשש נוסף הוא שבית המשפט לא יוכל להתערב בסירוב המתמשך של שר המשפטים לכנס את הוועדה לבחירת שופטים, עד שיעברו חוקים נוספים שיבטיחו לקואליציה שליטה מלאה בוועדה, למרות שחברי הכנסת, נציגי לשכת עורכי הדין והשופטים החברים בוועדה הנוכחית נבחרו כדין. יתרה מכך, הסכנה הכללית יותר היא שמחיקת הסבירות כאמת מידה משפטית תיתפס בעיני הממשלה ושריה כהיתר כללי לפעול באופן בלתי סביר. כמו כן, יש להדגיש כי לא ניתן לאמוד את השפעת התיקון רק על פי מספר המקרים שבהם בית המשפט העליון לא יוכל להתערב בפעולות מושחתות ובלתי סבירות בעליל. התיקון יחליש את כוחם של היועצים המשפטיים בכל רמות הממשלה לבלום החלטות בלתי חוקיות, מושחתות ומונעות משיקולים פוליטיים צרים. כלי עיקרי לבלימת החלטות ופעולות מסוג זה ברמת המשרד והמחלקה הן אזהרות של יועצים משפטיים כי מעשים כאלה יבוטלו על ידי בתי המשפט בטענה של חוסר סבירות קיצוני. מהלך דברים בסיסי ומכריע זה, של גדיעת שחיתות מוסדית (כמו גם אישית) באיבה, בוטל כעת, ללא אמצעי מתווך חלופי שהוגדר במקומו.

6. התיקון והשטחים הכבושים

התוכנית הממשלתית של מה שמכונה "רפורמה משפטית" אינה ניתנת להפרדה מחלקי המדיניות האחרים של הממשלה, כולל המדיניות בגדה המערבית. בעוד שבית המשפט העליון נמנע מביטול מדיניות ונהלי הממשלה בגדה המערבית, גם כאשר מדיניות ונהלים אלו לא עלו בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי, הוא התערב לעיתים ביישום המדיניות במקרים קונקרטיים כאשר הוא מצא כי היישום היה לא סביר באופן קיצוני. לכאורה, התיקון מבטל אפשרות זו של תרופה למקרים פרטניים, ובכך מחליש עוד יותר את ההגנות המשפטיות המצומצמות ביותר גם כן, מהן נהנו פלסטינים עד כה. לאור הכישלון העקבי של צה"ל להבטיח הגנה פיזית לפלסטינים שחייהם, ביטחונם ורכושם מאוימים על בסיס יומיומי על ידי צה"ל ומתנחלים ישראלים, לא ניתן להתעלם מהמסר המועבר דרך החלטת האפשרות לסעד שיפוטי לפלסטינים.

7. מה עכשיו בשדה המשפטי?

מספר קבוצות כבר הגישו עתירות לבית המשפט העליון המערערות על חוקתיות התיקון בנימוקים שונים. אחד האתגרים העומדים בפני עתירות אלו הוא שתיקון זה נחקק כחוק יסוד, ועד היום אין תקדים לביטול בפועל של סעיף בחוק יסוד על ידי בית המשפט. ממשלת נתניהו נוקטת בקו שלפיו חוקי היסוד אינם נתונים לביקורת שיפוטית, בעוד שהעותרים ומומחים משפטיים טוענים כי לבית המשפט יש כמה עילות משפטיות שעל בסיסן הוא יכול להתערב. בית המשפט יצטרך להחליט האם לקבל טיעונים המבוססים על הרעיון של 'שימוש לרעה

בכוח חוקתי, או של 'תיקון חוקתי לא חוקתי'. בעוד שבית המשפט הכיר בדוקטרינות אלו בפסקי דין קודמים, הוא נמנע עד כה מלהפעיל אותן כדי לבטל סעיף בחוק יסוד. בית המשפט יצטרך לשקול גם האם להתערב בתיקון על בסיס הטענה של פגמים בהליך הפרלמנטרי בחקיקתו. בית המשפט פסל בעבר חוק שהתקבל ללא הליך תקין. נותר לראות האם יעשה זאת גם במקרה הנוכחי.

8. מה עכשיו בשדה הפוליטי?

משנכנסה הכנסת לפגרה בסוף חודש יולי, עד לכינוס הכנסת במושב הבא, לא יתאפשר לממשלה לחוקק חלקים נוספים מ"הרפורמה המשפטית" המתוכננת (אלא אם תנקוט בצעדים בלתי שגרתיים). עם זאת, העברת התיקון בעניין עילת חוסר הסבירות חייבת להותיר אנשים ללא אשליות. אי אפשר לסמוך על הממשלה הזו שתנטוש אף חלק מהתוכנית המקורית שלה. חלק נוסף של התוכנית, השינוי בהרכב הוועדה לבחירת שופטים, עבר כבר בקריאה ראשונה בכנסת ואת דיוני הוועדה המכינה וניתן יהיה להשלים את חקיקתו תוך ימים ספורים לאחר כינוס הכנסת במושב אוקטובר. לפיכך, המאבק הפוליטי חייב להמשיך, ויימשך. זהו צעד חיוני בניסיון לעצור את תוכנית הממשלה הנוכחית לפירוק המוסדות הדמוקרטיים של ישראל.

התיקון הנוכחי צריך להוות מסר גם למשקיפים זרים. הם לא צריכים להשתכנע מהרטוריקה של ראש הממשלה נתניהו על חיזוק הדמוקרטיה. תוכניותיו מכוונות להחלשת הבלמים והאיזונים שהם חלק מהותי של כל משטר דמוקרטי, ולא להגביר את האופי הדמוקרטי של המדינה.

הנשיא ביידן הצהיר כי בממשלה הנוכחית מכהנים השרים הקיצוניים ביותר שהוא מכיר. זו הייתה אמירה מדויקת. עם זאת, יש להבין שהממשלה אינה קיצונית מכיוון שכמה קיצונים הצליחו איכשהו להצטרף אליה. כל השרים בממשלה מונו לתפקידיהם על ידי ראש הממשלה נתניהו. מי שאחראי להיות הממשלה קיצונית הוא לא אחר מראש הממשלה נתניהו. ללא ראש הממשלה נתניהו, אנשים המכהנים כעת בתפקידי הממשלה הרגילים ביותר היו נשארם בשולי הזירה הפוליטית הישראלית. ברור שעמדת הממשלה היא הרבה יותר קיצונית מזו של הציבור בישראל. בחודשים האחרונים, סקרים מהימנים הראו בעקביות שרוב יציב של הישראלים (ואפילו חלקים ניכרים מהישראלים שהצביעו לממשלה הנוכחית) אינם תומכים בתוכנית הממשלה. במהלך החודשים האחרונים יצאו מאות אלפי ישראלים לרחובות, שבוע אחר שבוע, כדי להגן על הדמוקרטיה שלהם.

ממשלות זרות צריכות לתמוך בעם בישראל, לא בממשלה הקיצונית שלו.

נכתב על-ידי:

פרופ' (אמריטוס) דוד קרצמר, מומחה למשפט חוקתי, האוניברסיטה העברית

ביחד עם :

פרופ' דוד אנוך, האוניברסיטה העברית

פרופ' איל בנבנישתי, אוניברסיטת קיימברידג' והאוניברסיטה העברית

פרופ' איתי בר-סימן-טוב, אוניברסיטת בר אילן

ד"ר נטלי דוידזון, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' תמר הוסטובסקי ברנדס, המרכז האקדמי אונו

פרופ' דפנה הקר, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' יונתן יובל, אוניברסיטת חיפה

ד"ר רונית לוי-שנור, אוניברסיטת רייכמן

פרופ' אליאב ליבליך, אוניברסיטת תל אביב

תורגם [מאנגלית](#) על-ידי יסמין דרור ופרופ' דפנה הקר

* 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