



פסק דין הסבירות עיונים ראשוניים

בעקבות בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת



עורכות: סוזי נבות | ענת טהון אשכנזי



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

פסק דין הסבירות עיונים ראשונים

בעקבות בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות
השלטון בישראל נ' הכנסת

עורכות:

סודי נבות | ענת טהון אשכנזי

מאי 2024

The Supreme Court Ruling on the Reasonableness Doctrine: Some Initial Analyses
Suzie Navot | Anat Thon Ashkenazy

עריכת הטקסט: ענת ברנשטיין, חמוטל לרנר, לילך צ'לנוב, תמר שקד
ביצוע גרפי: אירית נחום
עיצוב העטיפה: mootagoc.com
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

התצלום על העטיפה: יונתן סינדל, פלאש90

מסת"ב: 978-965-519-445-6

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או
אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל
סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2024
נדפס בישראל, תשפ"ד/2024

המכון הישראלי לדמוקרטיה
רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602
טל': 02-5300888
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:
החנות המקוונת: www.idi.org.il/books
דוא"ל: orders@idi.org.il
טל': 02-5300800

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חנם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי אי־מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפול שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפול חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המובאים בקובץ מאמרים זה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

9	דבר העורכות
	ניתוח עמדות שופטי ושופטות בג"ץ בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות – טבלה מסכמת
14	מורן קנדלשטיין-היינה, נדב דגן, ספיר פז, דפני בנבניסטי
	דברי פתיחה
23	השופטת דורית ביניש, נשיאת בית המשפט העליון (בדימוס)

שער ראשון: על עילת הסבירות

	האם שלום לעילת חוסר הסבירות הקיצוני?
31	מרדכי קרמניצר
	השירות הציבורי ועילת אי-הסבירות
39	עדנה הראל פישר
	חזק מבחוח, שברירי מבפנים: שלטון החוק בפסק הדין
48	נדב דגן
	דיני הגבלת ממשלת המעבר בבג"ץ הסבירות: עוד דוגמה לשברירות המשטר
	הדמוקרטי בישראל ולצורך בהגנה קשיחה עליו
54	עמיר פוקס

שער שני: התערבות בג"ץ בחוקי יסוד – מבחנים ומאפיינים

	על רף ההתערבות בסמכות המכוננת
65	סוזי נבות
	הנמכת רף הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד בפסק דין הסבירות
71	גיל גרמור
	נשק יום הדין הופעל בפעם הראשונה, נקווה שגם האחרונה
77	תומר נאור
	ביקורת שיפוטית על חוקים לעומת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד –
	מגמות חדשות
83	מורן קנדלשטיין-היינה

91	הליך קיצוני וחריג: משמעות הליך החקיקה בבג"ץ הסבירות גיא לוריא
99	"קח אותו לאט את הזמן": קריאה לעיגון נורמות הליכיות-מוסדיות בהליך החוקתי גונן אילן
107	חולשת הכנסת מול הממשלה בראי בג"ץ עילת הסבירות אסף שפירא
115	"כאשר לא המלאכים מושלים בבני האדם": על ההכרה במגבלות הסמכות המכוננת וחשיבות עילת הסבירות בביצור ההגנה על זכויות אדם בישראל ענת טהון אשכנזי
123	הנימוקים שהצדיקו את פסילת החוק לביטול עילת הסבירות יכלו להצדיק ביטול חלק מסעיפי חוק הלאום שקיב עלי

שער שלישי: התערבות בג"ץ בחוקי יסוד – על התמונה בכללותה, התפתחות הפסיקה והמשפט המשווה

131	על טענת "התמונה בכללותה" בעמדות השופטים סוזי נבות
137	ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד: עד כמה ה"הקשר" רלוונטי? תמר הוסטובסקי ברנדס יניב רוזנאי
144	בית המשפט העליון והמאבק בפופוליזם בבג"ץ הסבירות עמיחי כהן
151	המחר החוקתי החדש של הכרזת העצמאות דינה זילבר
157	"נאמנים למגילת העצמאות" באופן פורמליסטי: חוות דעתו של השופט שטיין בפסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות שירי פרידמן
168	בג"ץ ביטול עילת הסבירות: דמוקרטיה מתגוננת מודל 2024 יובל שני

שער רביעי: מבט על בית המשפט העליון

	איזון, מגוון ורוב: בעקבות פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות
179	בני פורת
	על הדרישה לקונצנזוס בפסילת חוקים
185	דפני בנבניסטי
	בג"ץ הסבירות – לא מה שחשבת! שמרנות, אקטיביזם והתיקון החוקתי
	הלא־חוקתי
191	יניב רזנאי
	7:8 או 12:3? ביקורת שיפוטית היא לא סטטיסטיקה: על פופוליזם, צמצום שיח
	ופורמליזם
198	ספיר פז

שער חמישי: על ההקשר הערכי־חברתי־פוליטי

	פסק דין הסבירות: מי יקבע את הערכים?
207	מנחם מאוטנר
	כמעט הפיכה משטרית והדמוקרטיה הישראלית: עילת הסבירות בהקשרה
	הפוליטי
218	גייל טלשיר
	כמיהתם של שופטי בית המשפט העליון לפשרה ולהסכמות רחבות
227	רון אברהם שחר ליפשיץ
	פסק דין הסבירות עצר את שיטפון השחיתות –
	אך הפוליטיקאים חייבים להפיק לקחים
235	יוחנן פלסנר
	עילת הסבירות למול אינטרס השמרנות
239	אליהו ברקוביץ'
	פסיקת בג"ץ בעניין עילת הסבירות מנקודת מבטה של החברה הערבית בישראל
247	קייס נאסר
	בגבולות הסביר: על חשיבות המחשבה האזרחית הסבירה במצבים ציבוריים
	קיצוניים
253	יאיר אשכנזי
	תקציר פסק הדין
258	

דבר העורכות

קובץ הרשימות שלפנינו – "עיונים ראשונים בפסק דין הסבירות" – פורש מניפה רחבה ומגוונת של פרשנויות לפסק הדין המכונן בעניין בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, מיום 1 בינואר 2024. פסק הדין קבע בדעת רוב כי תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה, אשר שלל באופן גורף את הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים – בטל.

פסק הדין הוא אבן דרך חשובה בתולדות המדינה, הן משום שלראשונה בית המשפט העליון ביטל חוק יסוד, ובעיקר, לאור קביעתו של בית המשפט ברוב גדול שאין בסמכותה של הרשות המכוננת לשלול או לסתור את המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בלשונה של הנשיאה בדימוס חיות, פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק, שהם שניים מהמאפיינים החשובים ביותר של שיטתנו הדמוקרטית, היא פגיעה ב"לב ליבו של הנראטיב המכונן שלנו", ועל כן אינה יכולה לעמוד.¹

בצד משמעותו של פסק הדין בכל הנוגע למאפייניה החוקתיים של מדינת ישראל, חשיבותו טמונה גם בהקשרו הרחב יותר. פסק דין זה התקבל שנה לאחר הכרזת הממשלה על מה שהוגדר כשלב הראשון בסדרת צעדים דרמטיים לשינוי מערכת המשפט, לרבות ביטולה

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בפס' 214 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות (אר"ש 1.1.2024) (להלן: חיק הסבירות).

של עילת הסבירות. במהלך שנת 2023 תורגמה הכרזה זו להצעות חקיקה בתחומי יסוד במשטר הישראלי, שכללו, בין היתר, את הפיכתה של הוועדה לבחירת שופטים לוועדה הנתונה לשליטה פוליטית; את חקיקתה של פסקת התגברות המאפשרת לכנסת לגבור על פסיקת בג"ץ; ואת הגבלת כוחו של בג"ץ לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה ועל חוקי הכנסת בשני כובעיה, המחוקקת והמכוננת. ככל שהצעות החקיקה התקדמו, כך גברה ההתנגדות להן והעמיק הדיון הציבורי בדבר אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל. מתוך יוזמות הממשלה לשינויים במערכת המשפט, ההצעה בעניין ביטול עילת הסבירות הייתה הראשונה שגובשה לכדי תיקון לחוק יסוד. הדיון בעתירות בגין חוקתיות התיקון התנהלו בהקשר רחב זה, ושידורו הישיר של הדיון באמצעי התקשורת היה אחד הדיונים המשפטיים הנציפים ביותר אי פעם.

המלחמה שהחלה ב־7 באוקטובר בעקבות הטבח הרצחני שינתה באבחה אחת את פני הדברים. אף על פי שהתייחסות למאורעות המלחמה מופיעה רק בשולי פסק הדין, נדמה כי אין ספק שהמלחמה והשלכותיה ישפיעו בעתיד הן על אופייה של מדינת ישראל והן על אופן עיצובה כמדינה יהודית ודמוקרטית. קשה להעריך כיום כיצד כלל האירועים הדרמטיים יעצבו את פני החברה הישראלית.

מכאן נובעת חשיבות העיסוק בפסק הדין ובהשלכותיו כבר כעת, ועל כן ההזמנה לכתוב רשימות קצרות לקובץ זה פורסמה ימים ספורים לאחר שניתן פסק הדין. מטרתנו הייתה לגבש תשתית מחשבתית ראשונה לעמדות המגוונות שעלו מפסיקתם של כלל השופטים והשופטות בבית המשפט העליון בסוגיות העולות מתוך פסק הדין. ביטוי לעושר ולחשיבותו של פסק הדין ניתן לראות בהיענות הנרחבת להזמנה זו – בתוך שבועיים, ועל אף אורכו הייחודי של פסק הדין (743 עמודים), נשלחו רשימות רבות של פרשנות שלושם מתוכן גובשו בקובץ זה.

בפתחו של הקובץ מופיע לוח עזר לניתוח העמדות של כלל הרכב השופטים והשופטות בדבר השאלות המרכזיות שנדונו בפסק הדין ובהתייחס להנמקות המרכזיות. הלוח מסייע למפות באופן ראשוני את השאלות העיקריות שעל פיהן ניתן להשוות בין עמדותיהם של שופטי ההרכב. את לוח העזר הכינו חוקרי וחוקרות המכון הישראלי לדמוקרטיה: ד"ר מורן קנדלשטיין-היינה, ד"ר נדב דגן, עו"ד ספיר פז ועו"ד דפני בנבניסטי – וזו גם ההזדמנות שלנו להודות לעו"ד בנבניסטי על תרומתה הרבה בהוצאתו לפועל של קובץ זה.

בכנס שנערך במכון הישראלי לדמוקרטיה ב־5 בפברואר 2024, שכותרתו זהה לכותרת קובץ זה – "עיונים ראשונים בפסק דין הסבירות"², הציגו חלק מכותבות וכותבי הפרשנויות בקובץ את עיקרי טיעוניהם. דברי ברכה לכנס זה נשאה נשיאת בית המשפט העליון בדימוס, כבוד השופטת דורית ביניש, ודבריה מובאים במקום זה, כהקדמה לרשימות. בדבריה מדגישה הנשיאה בדימוס ביניש כי בעיניה מדובר בפסק דין מהחשובים שניתנו על ידי בית המשפט העליון וייתכן שאף החשוב שבהם. אחת הסיבות העיקריות המגדירות את חשיבותו של פסק הדין נוגעת להכרעת בית המשפט להגביל את סמכותה של הרשות המכוננת, ובדבריה מצביעה הנשיאה על הסיבות העיקריות המחזקות את נימוקי הכרעה זו.

הרשימות בקובץ נכתבו על ידי חוקרים וחוקרות בתחום המשפט החוקתי והמינהלי, מתחום מדעי המדינה וכן על ידי משפטניות ומשפטנים מעולם המעשה – כולם מביאים מתובנותיהם ומניסיונם העשיר.

השער הראשון מנתח את ההתייחסויות בפסק הדין לאופייה של עילת הסבירות. השער השני עוסק בדוקטרינות השונות להתערבותו של בית הדין הגבוה לצדק בסמכותה של הרשות המכוננת. השער השלישי בוחן את התערבות בג"ץ בסמכות המכוננת בהקשר הרחב יותר של דמוקרטיות בנסיגה וכלולה בו גם קריאה להשבת מגילת העצמאות למרכז השיח החוקתי, בין היתר במענה לנסיגה בערכים הדמוקרטיים. בשער הרביעי מוצגות עמדות בנוגע לאופיו והרכבו של בית המשפט העליון, בהווה ובמבט עתידי, והשער החמישי עוסק בהקשר הערכי-חברתי-פוליטי של פסק הדין.

לבסוף, בקובץ מופיעה תמצית פסק הדין, כפי שפורסמה על ידי בית המשפט העליון.

ברשימה הפותחת בשער הראשון, העוסק במהותה של עילת הסבירות, פרופ' מרדכי קרמניצר עומד על טיבה וחשיבותה של עילת הסבירות כאמצעי להבטחת ההוגנות של החלטות שלטוניות ועל תפקידו הקריטי של בית המשפט בשמירה על הביקורת השיפוטית בעילה זו. עו"ד עדנה הראל פישר מתארת ברשימתה את ההשלכות השליליות הגלומות בהגבלת היכולת של ערכאות השיפוט לבחון את שאלת סבירות ההחלטות של הרשות המבצעת, בדגש על פוטנציאל הנזק לשירות הציבורי עד כדי פגיעת עומק באתוס ובאתיקה של משרתי הציבור. ד"ר נדב דגן בוחן את התיאורים ההיסטוריים והנורמטיביים של עילת

הסבירות ומתאר את החשיבות של העילה בחיזוק שלטון החוק. ד"ר עמיר פוקס מדגיש ברשימתו את משקלה של עילת הסבירות ככלי לביקורת שיפוטית לבחינת החלטותיהן של ממשלות מעבר.

השער השני מתמקד באופייה ובהיקפה של הביקורת השיפוטית של בג"ץ על הסמכות המכוננת, בהתאם לעילות הביקורת שפותחו על יד בית המשפט העליון. בשתי הרשימות הפותחות של השער פרופ' סוזי נבות ועו"ד גיל גן-מור בוחנים את האופן שבו עיצב בג"ץ את רף ההתערבות בעילה של "חריגה מסמכות", במשמעות של פגיעה בערכי היסוד של המדינה. עו"ד תומר נאור ממקם ברשימתו את פסק הדין כחלק מההתפתחות הטבעית של הפסיקה שדנה בהיקף הביקורת השיפוטית של בג"ץ על הסמכות המכוננת. ד"ר מורן קנדלשטיין היינה עורכת הבחנה בין הרף החדש להתערבות בג"ץ בסמכות המכוננת לבין הרף הקיים בסמכות המחוקקת של הכנסת. ד"ר גיא לוריא ועו"ד גונן אילן מנתחים ברשימותיהם עד כמה השפיע טיבו של הליך החקיקה של תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה על הכרעת השופטים בעיצוב רף ההתערבות של בג"ץ, וד"ר אסף שפירא מתבונן על מידת השליטה של הממשלה בהליכי החקיקה בכנסת כשיקול נוסף שעיצב את רף ההתערבות. ברשימה של עו"ד ענת טהון אשכנזי וברשימתו של עו"ד שקיב עלי נבחן היחס של בג"ץ לתפקידו בהגנה על זכויות אדם כחלק משיקוליו לעצב את רף ההתערבות; עו"ד עלי תוהה אם מחויבות זו של בג"ץ לא הייתה צריכה להוביל להתערבות כבר בפסיקות עבר.

השער השלישי עוסק בגבולות הסמכות המכוננת בהקשר רחב יותר ובשאלת תפקידו של בג"ץ בשמירה ובביצור של היסודות הדמוקרטיים למול תהליכים של שחיקה דמוקרטית. בשתי הרשימות הפותחות את השער, של פרופ' סוזי נבות ושל פרופ' הוסטובסקי ברנדס ופרופ' יניב רוזנאי, עוסקים המחברים בשאלה אם על בג"ץ להתייחס לשיקולים של התמונה החוקתית בכללותה, ובמקרים מסוימים אף להביט על האפקט המצטבר, בבואו לבחון מרכיב חוקתי יחיד. פרופ' עמיחי כהן בוחן את ההקשר הרחב כחלק מהתמודדותו של בית המשפט למול מגמות של פופוליזם.

רשימתו של פרופ' יובל שני עוסקת אף היא בתמונה בכללותה ומתארת את התפתחות הפסיקה הישראלית בעניין רעיון הדמוקרטיה המתגוננת כהצדקה להתערבות שיפוטית מיוחדת על רקע החשש מנסיגה דמוקרטית. עו"ד דינה זילבר ועו"ד שירי פרידמן מנתחות ברשימותיהן את העמדות בפסק הדין בעניין מעמדה של הכרזת העצמאות ככלי נוסף בבחינת סמכותה של הרשות המכוננת וכבסיס משמעותי להגנה על הדמוקרטיה הישראלית מפני שחיקה.

השער הרביעי מתבונן על בית המשפט העליון. פרופ' בני פורת ועו"ד דפני בנבניסטי בוחנים ברשימותיהם את המודל הרצוי להכרעות בפסקי דין החורצים את דינם של חוקי יסוד וחוקים. פרופ' יניב רוזנאי מנתח את המאפיינים של עמדות הרוב והמיעוט בפסק הדין על בסיס המושגים של שמרנות ואקטיביזם ושיפוטי, ועו"ד ספיר פז מנתחת את הרטוריקה המתגבשת של בית המשפט במבחן הפורמליזם ועל בסיס מאפיינים של השפה לאורך פסק הדין.

סוגיות הבוחנות את הקשרו הערכי-חברתי-פוליטי של פסק הדין קובצו **בשער החמישי** של הקובץ. בפתח שער זה פרופ' מנחם מאוטנר בוחן את פסק הדין כביטוי למחלוקת על ערכים שבגדרם צריך לפעול בית המשפט ומנתח את תפקידו של בית המשפט בעיצוב שלטון החוק. ד"ר גייל טלשיר ברשימתה מנתחת את פסק הדין על רקע תנועת המחאה האזרחית שפעלה במהלך השנה, טרם הפסיקה. עוד בהקשרו החברתי של פסק הדין, ד"ר קייס נאסר בוחן את משמעויותיו בכל הנוגע ליחסה של החברה הערבית לבית המשפט העליון, ואילו אליהו ברקוביץ' עוסק בהשלכותיו על החברה החרדית, מתוך ניתוח המגמות המאפיינות חברה זו ואת יחסה כלפי בית המשפט העליון בפרט ושלטון החוק בישראל בכלל.

במבט צופה פני עתיד, בשער זה יוחנן פלסנר, פרופ' רונן אברהם ופרופ' שחר ליפשיץ בוחנים את הלקחים שעל המערכת הפוליטית ללמוד מפסק הדין בכל הקשור לאופן שבו רצוי לעצב את כללי המשחק: על בסיס הסכמות רחבות ככל הניתן. לבסוף רשימתו של יאיר אשכנזי מאירה את הציפייה של הציבור להחלטות סבירות ורציונליות, בייחוד על רקע אתגרי המציאות הקשה שעמה כלל הציבור הישראלי מתמודד בימים אלו.

מגוון הפרשנויות בשערי קובץ זה מלמד על עושר הטיעונים והנימוקים בפסק הדין ועל היקף הסוגיות הנדונות בו. שלושים הרשימות בקובץ מניחות תשתית חשובה לבחינת פסק הדין, שעוד ייחקר ויילמד בעתיד לא רק בפקולטות למשפטים אלא אף במחוזות רבים אחרים, לרבות במערכת החינוך. פסק הדין, מן החשובים שניתנו בישראל אם לא החשוב שבהם, ראוי שישמש נדבך יסוד בארגז הכלים לחינוך אזרחי וחינוך לדמוקרטיה. לימוד והעמקה בו ובמשמעויות של אופייה הדמוקרטי והיהודי של מדינת ישראל יאפשר לחזק את החברה בישראל ולהבטיח כי אופי זה יישמר לעתיד לבוא.

ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד עד כמה ה"הקשר" רלוונטי? תמר הוסטובסקי ברנדס | יניב רוזנאי

העתירות שלפנינו אינן עתירות של יום-ביומו והן מעוררות את השאלה אם התייחסות אך ורק לתיקון בחוק היסוד, כמוה כחוקר מעבדה שמצמיד את עינו למיקרוסקופ על מנת לבחון צלחת־פֶּטְרִי המונחת תחת המיקרוסקופ. זאת, בהתעלם מצלחות הפטרי הרבות שכבר בדרכן אל השולחן.

(השופט יצחק עמית, בג"ץ הסבירות¹)

"פרדוקס האיש הקירח" עוסק באדם ששיער ראשו מלא וברור שאינו קירח. הסרת שיערה יחידה מראשו לא תהפוך אותו לקירח, אך ברור כי המשך תהליך זה יביא בסופו של דבר להתקרחתו. בדומה, שחיקה דמוקרטית מאופיינת בכך שהיא נעשית בחלקים, ב"שיטת הסלאמי", בין היתר באמצעות שינויים חוקתיים אשר עשויים להיראות, על פניו, מינוריים, אולם האפקט המצטבר שלהם יוצר פגיעה משמעותית במוסדות המדינה וברכיבים הדמוקרטיים שלה, עד לשינוי משטרי של ממש.²

1 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024).

2 TOM GINSBURG & AZIZ Z. HUQ, HOW TO SAVE A CONSTITUTIONAL DEMOCRACY 45 (2018); STEPHAN HAGGARD & ROBERT KAUFMAN, BACKSLIDING: DEMOCRATIC REGRESS IN THE CONTEMPORARY WORLD (2021).

"שיטת הסלאמי" מציבה אתגר לבתי משפט הנדרשים להכריע בשאלת החוקתיות של שינוי חוקתי זה או אחר. הפרקטיקה הרגילה של בתי משפט המקיימים ביקורת שיפוטית על שינויים חוקתיים היא לבחון בכל עתירה את האפקט של השינוי המסוים שהובא לפנייהם, ואותו בלבד. בתהליך ההדרגתי של שחיקה דמוקרטית אין לכל שינוי כשלעצמו השפעה על הסדר הדמוקרטי שמגיעה לרף שמצדיק את פסילתו; אבל האפקט המצטבר של השינויים, הוא עצמו, גורם לשחיקה, שבשיאה עשויה להגיע לריקבון של ממש במאפייני יסוד של הדמוקרטיה.

במאמר קודם בחנו כיצד מאפייני השחיקה הדמוקרטית והאתגרים שבהתמודדות איתה משפיעים על פיתוח והחלה של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי.³ טענו כי מהמחקר ההשוואתי עולה שבהקשר של שחיקה דמוקרטית, שינויים חוקתיים הנוגעים לבית המשפט עצמו הם חשובים במיוחד. ברגע שבית המשפט מנוטרל (על ידי צמצום של ממש בסמכויותיו או השתלטות עליו),⁴ קשה עד בלתי אפשרי לעצור את הפגיעה בדמוקרטיה. לנוכח זאת, ובניגוד לאינסטיטוט הראשוני שעל פיו על בית המשפט להיזהר במיוחד כשהוא מקיים ביקורת שיפוטית על שינויים חוקתיים הנוגעים לו עצמו,⁵ מתברר כי ההפך הוא הנכון: כדי להגן על הדמוקרטיה שומה על בתי המשפט להפעיל את המנגנון של "דמוקרטיה מתגוננת" להגנה עצמית. במילים אחרות, על בתי המשפט להשתמש ברעיון הדמוקרטיה המתגוננת כדי לאפשר לבתי המשפט החוקתיים עצמם לנקוט צעדים של הגנה עצמית דמוקרטית. על בתי המשפט הללו, המצוידים בסמכות להחליט על פסלות תיקונים לחוקה, להכריז על רפורמות הנוגעות למבנה המשטר הדמוקרטי והמחלישות משמעותית את בתי

3 Yaniv Roznai & Tamar Hostovsky Brandes, *Democratic Erosion, Populist Constitutionalism and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine*, 14 (1) LEHR 19–48 (2020)

4 על הדרכים להשתלט על בית המשפט ראו למשל, David Kosar & Katarína Šipulová, *Comparative Court-packing*, 21 (1) ICON 80 (2023); Benjamin Garcia Holgado & Raúl Sánchez Urribarri, *Court-packing and Democratic Decay: A Necessary Relationship?*, 12 (2) GLOB. CONST. 350 (2023)

5 כאשר בית משפט פוסל תיקונים חוקתיים הנוגעים לסמכויותיו, הדבר מעלה שאלות של self-dealing ושל שימוש אסטרטגי בדוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי לשם העצמת המוסד. ראו למשל, Po Jen Yap & Rehan Abeyratne, *Judicial Self-Dealing and Unconstitutional Constitutional Amendments in South Asia*, 19 (1) ICON 127 (2021); Nicola Tommasini & Nicola Tommasini, *Judicial Self-Empowerment and Unconstitutional Constitutional Amendments*, 22 (1) ICON 161 (2024)

המשפט עצמו כבלתי חוקתיות במקרים שהמשפלות משתמשות ברפורמות הללו על מנת לנוון את הדמוקרטיה. ולא זו בלבד שבתי המשפט החוקתיים רשאים לפעול כך, אלא שהם מחויבים לפעול כך; זו חובתם כאשר החיוניות של המשטר הדמוקרטי נמצאת בסיכון. תכלית של ההגנה הזו היא לא אינטרס של בתי המשפט בשימור כוחותיהם המוסדיים, אלא היא ההגנה על הדמוקרטיה עצמה. כדי שיהיו מסוגלים להגן על הדמוקרטיה – בתי המשפט חייבים להיות מסוגלים להגן על עצמם.⁶

עוד טענו כי מאפייני השחיקה הדמוקרטית מצדיקים פיתוח של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי כך שתאפשר בחינה של האפקט המצטבר של תיקונים חוקתיים.⁷ בפן המתודי, בחינת האפקט המצטבר היא קלה יחסית כשבוחנים את ההשלכות המשולבות של שינויים שכבר קרו. אם, למשל, נעשו תיקונים חוקתיים שהסירו מגבלות על כוחה של הממשלה, המשמעות של התיקון שיבוא אחריהם והסיכון לדמוקרטיה שהוא יוצר ייבחנו מול המצב שנוצר לאחר התיקונים הקודמים.⁸

שאלת הרלוונטיות של ההקשר של שחיקה דמוקרטית היא מורכבת יותר כשמדובר בשינוי החוקתי המשמעותי הראשון שמאושר, במציאות שבה מונחים על השולחן שינויים נוספים. במילים אחרות, לבית המשפט קל יותר להצביע על הסכנה למבצר שנגרמת מנפילת הלֵבנה השלישית או הרביעית בחומה במציאות שבה הלבנה הראשונה והשנייה כבר נפלו. ואולם מה לגבי הלבנה הראשונה? האם בבחינת הסכנה הגלומה בנפילת לבנה זו בית המשפט יכול או צריך להביא בחשבון, באופן כלשהו, את השינויים שאולי עתידים להגיע?

פסק הדין בעניין התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת⁹ מעלה את שתי השאלות הללו. ראשית, התיקון החוקתי אשר פסק הדין עוסק בו, קרי תיקון מספר 3 לחוק יסוד: הללו.

6 להרחבה על טיעון זה ראו Pablo Castillo Ortiz & Yaniv Roznai, *The Democratic Self-Defence of Constitutional Courts*, 18 (1) VIENNA JOURNAL ON INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL LAW 1 (2024).

7 Roznai & Hostovsky Brandes, לעיל ה"ש 3.

8 שם. ראו גם Yaniv Roznai, *The Straw that Broke the Constitution's Back? Qualitative Quantity in Judicial Review of Constitutional Amendments*, in CONSTITUTIONALISM: OLD DILEMMAS, NEW INSIGHTS 147-165 (Alejandro Linares-Cantillo, Camilo Valdívies-Leon, & Santiago García-Jaramillo eds., 2021).

9 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1.

השפיטה – שבו הוסף לחוק היסוד סעיף 15(ד), הקובע כי בתי המשפט לא ידונו בסבירות של החלטה שקיבלו ראש הממשלה, הממשלה או השרים – נוגע לסמכות של בית המשפט עצמו לבקר את רשויות השלטון. שנית, תיקון זה עבר בכנסת לאחר כעשרה חודשי דיונים בהצעות חוק שמטרתן לצמצם את הסמכויות ואת העצמאות של מערכת המשפט, אשר חברי קואליציה הגדירו אותו כ"בר הסלטים" שבתחילת הארוחה, וברקע הצהרות של שרים על כוונה להעביר שינויים נוספים.¹⁰ הצעות חוק קונקרטיות נוספות, כגון ההצעה לשנות את הרכב הוועדה לבחירת שופטים, כבר עברו בקריאה ראשונה והן מונחות על שולחן הכנסת לקראת חקיקה. נשאלת אפוא השאלה עד כמה בית המשפט הביא בחשבון את ההקשר הרחב של שחיקה דמוקרטית כאשר בחן את החוקתיות של ביטול עילת הסבירות.

על פניו, בית המשפט דחה את הטענה שבעת שהוא בוחן את החוקתיות של ביטול עילת הסבירות, לגיטימי שהוא יביא בחשבון הצעות חוק שטרם עברו בכנסת או הצהרות על כוונות עתידיות של המחוקקים. בית המשפט נקט, באשר לטענה זו, עמדה מסורתית שעל פיה ביקורת שיפוטית מתקיימת על חוקים או על שינויים חוקתיים שעברו בכנסת ולא על חקיקה עתידית. הנשיאה חיות התייחסה לנקודה זו במפורש בצינה כי "כלל יסוד הנובע מעקרון הפרדת הרשויות הוא שבית המשפט אינו נוהג לבחון הצעות חוק טרם שאושרו ומצאו את מקומן בספר החוקים. זאת, בין היתר, משום שכלל לא ברור באיזו מתכונת הן יתקבלו בסופו של יום, אם בכלל".¹¹

השופט עמית דווקא ציין מפורשות את האלמנט ההדרגתי:

ביטול עילת הסבירות על פי התיקון לחוק היסוד אינו מביא מיניה וביה לקץ הדמוקרטיה, אך אל לנו ללכת שולל אחר טיעון זה. במשטר דמוקרטי יש לעמוד על המשמר, מאחר שדמוקרטיות מתות בסתר, לא במספר אבחות גדולות אלא בשורה של צעדים, שעל כל אחד מהם בנפרד ניתן לומר שאינו מביא לקץ הדמוקרטיה, אך בהצטברותם הם עלולים להביא

10 ראו למשל "בן גביר: 'צמצום עילת הסבירות – הסלטים שפוחחים את התיאבון'" N12 (18.7.2023).

11 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 110 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

לשינוי משטרי. צר לי לקבוע כי התיקון לחוק היסוד הוא צעד אחד בכיוון הלא נכון של החלשת הדמוקרטיה.¹²

בהמשך הבהיר השופט עמית כיצד התיקון בעניין הסבירות היה חלק ממהלך רחב יותר:

ככל שבוחנים את התיקון לחוק גם על רקע מכלול התיקונים המוצעים, כעמדת היועצת המשפטית, הרי שמשקלו הסגולי של התיקון על הסכנות הכרוכות בו, עולה עשרת מונים. זאת, מאחר שבראייה כזו התמונה המתקבלת מבהירה כי מדובר אך בצעד אחד מתוך מארג חקיקה שלם אשר משנה באופן מרחיק לכת (ושמא בלתי הפיך) את מערך האיזונים והבלמים של שיטתנו.¹³

ואולם היות שלדעתו התיקון "כשלעצמו ובבדידותו" פוגע בכמה גרעינים דמוקרטיים, הותיר השופט עמית שאלה זו של האפקט המצטבר בצריך עיון.¹⁴

עם זאת, **ההקשר הרחב של שחיקה דמוקרטית** נכנס לפסק הדין בארבע דרכים. ראשית, המציאות החוקתית הישראלית, שבה ניתן לחוקק חוקי יסוד ברוב של חברי הכנסת הנוכחים במליאה, צוינה כשיקול רלוונטי לקיום ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד. בהקשר זה כתבה הנשיאה חיות כי ככל "שההליך הנדרש לתיקון החוקה הוא נוקשה ומכביד יותר, ההצדקה לקיום ביקורת שיפוטית מהותית על נורמות חוקתיות נחלשת".¹⁵ וכך גם השופט עמית: "מידת החסינות של חוקי היסוד מהתערבות בית המשפט צריכה לעמוד ביחס ישיר לקושי בשינוי החוקה ולתכיפות בשינוי החוקה".¹⁶ לעומת זאת, שליטת הרוב הפוליטי בהליך הפעלת הסמכות המכוננת בישראל מהווה שיקול בעד הפעלת ביקורת כזו.

12 שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט עמית.

13 שם, בפס' 106 לפסק דינו של השופט עמית.

14 שם, בפס' 109 לפסק דינו של השופט עמית. לניתוח ההבדלים בין עמדות השופטים בשאלה זו ראו מורן קנדלשטיין-היינה, נדב דגן, ספיר פז ודפני בנבניסטי "ניתוח עמדות שופטי ושופטות בג"ץ בפסק הדין בעניין ביטול עילח הסבירות: טבלה מסכמת", בראשית קובץ זה.

15 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 78 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

16 שם, בפס' 21 לפסק דינו של השופט עמית.

שנית, בית המשפט בחן את משמעותו של תיקון מספר 3 בחינה תוצאתית וזיהה את הפגיעה הגלומה בביטול עילת הסבירות כהסרת מגבלה ממשית על כוחו של השלטון המהווה סכנה להפרדת הרשויות ולשלטון החוק. שופטי הרוב דחו את מסגור הפגיעה כפגיעה מינורית, שמהותה ביטול עילה מינהלית אחת מתוך עילות חלופיות רבות העומדות לרשות בית המשפט. גם דחיית הפרשנות המקיימת, שהציעו אחדים משופטי המיעוט, משקפת מסגור של ביטול עילת הסבירות בהקשר הפוליטי שבו נחקקה. בעוד עמדתה של השופטת וילנר, למשל – שעל פיה ניתן לפרש את תיקון מספר 3 כמבטל רק את הסבירות שלאחר פרשת דפי זהב – מתעלמת מכוונתו הסובייקטיבית של המחוקק ומהרקע לחקיקת התיקון, פרשנותם של שופטי הרוב, אשר פסלו את התיקון, היא זו אשר עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק לגרוע סמכות פיקוח משמעותית מבית המשפט וליצור לעצמו מרחבי פעולה החסינים מביקורת שיפוטית.

שלישית, בהערכת הסיכון הגלום בתיקון הביאו שופטי הרוב בחשבון את תפקידו המרכזי של בית המשפט בהגנה על הפרט ובהגבלת כוחו של השלטון, את היעדרם של מנגנוני איזונים ובלמים נוספים,¹⁷ אשר קיימים במדינות דמוקרטיות אחרות, ובהתאם – את ההשלכות החמורות של פגיעה בסמכותו של בית המשפט. כך, למשל, כתב השופט עמית:

למטוס הדמוקרטיה יכולים להיות מנועים שונים שבכוחם לאזן, לייצב ולחלק את הכוחות של הרשויות השונות במדינה [...] יש מדינות שהתברכו בכל המנועים, יש מדינות שהתברכו בחלק מהמנועים, אך בישראל אין אפילו מנוע אחד ממנועים אלה, כך שעוד לפני התיקון לחוק היסוד, מדינת ישראל לא הייתה דמוקרטיה משוכללת, בלשון המעטה. לא ייפלא כי המלומד פרופ' עמיחי כהן, שבחן מספר רב של מדינות ו"מנועי דמוקרטיה" שמתקיימים בהן, מיקם את מדינת ישראל לצד מאוריציוס, והרחק ממדינות כמו אוסטרליה והולנד.¹⁸

לדעת השופט עמית –

המסקנה הנובעת מהעדר "מנועי דמוקרטיה" בישראל היא שהכיוון צריך להיות אך ורק "מערבה מכאן" – אך ורק לכיוון של תוספת מנועים

17 שם, בפס' 11 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

18 שם, בפס' 5 לפסק דינו של השופט עמית.

המחזקים את המשטר הדמוקרטי. זהו ההקשר שבו יש לבחון את התיקון לחוק היסוד, ונעמיק בדברים בהמשך. לכן, ועוד לפני שהתחלנו את מסענו, די בכיוון הנגדי שהתיקון לחוק היסוד לוקח אותנו, כדי לרופף את הברגים שמחברים את מנוע בית המשפט העליון לתושבת, ולהדליק נורה אדומה מהבהבת בלוח השעונים של מטוס הדמוקרטיה הישראלי.¹⁹

לבסוף, הפעלה של ביקורת שיפוטית על שינויים חוקתיים הפוגעים בעצמאות השיפוטית עשויה לחשוף את בית המשפט לביקורת שעל פיה הוא פועל כדי לשמר את כוחו שלו. ואולם, כפי שהפרופסורים יאפ ואבייראטנה מראים,²⁰ כאשר העצמאות השיפוטית נתונה בסכנה, ביקורת שיפוטית על שינויים חוקתיים הנוגעים לבית המשפט עשויה להיות מוצדקת, אגב התחשבות בהקשר המשפטי והפוליטי של המדינה. השופטת רונן הבהירה כי במקרה של חשש מכך שבית המשפט יירתע מקיום ביקורת שיפוטית על תיקון חוקתי הנוגע לסמכותו שלו, שכן הוא עלול להיות חשוף לטענות בדבר ניגוד עניינים, דווקא הפנסת היא אשר נמצאת בניגוד עניינים בין סמכותה המכוננת לבין פועלה לקידום מטרות פרטיקולריות אחרות. "רמת הביקורת השיפוטית על התיקון דנן", הסבירה רונן, "צריכה להביא בחשבון את העובדה שמדובר בתיקון המשליך על האיזון בין שלוש רשויות השלטון ומצמצם את כוחה של רשות אחת על חשבונה של רשות אחרת".²¹ במקרה כזה, לטענת רונן, "יש להפעיל ביקורת שיפוטית קפדנית [...] ובפרט – כאשר מדובר בחוק יסוד או בתיקון לחוק יסוד שנועדו לצמצם את כוחה של הרשות השופטת תוך הגברת כוחה של הרשות המבצעת".

פרופ' תמר הוסטובסקי ברנדס היא פרופסור חבר בפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו ועמיתה בכירה במכון למחשבה ישראלית.

פרופ' יניב רחנאי הוא פרופסור חבר בבית ספר הארי רדזינר למשפטים באוניברסיטת רייכמן ומנהל משותף של מרכז רובינשטיין לאתגרים חוקתיים באוניברסיטה זו.

19 שם, בפס' 7 לפסק דינו של השופט עמית. ההדגשה שלנו.

20 Yap & Abeyratne, לעיל ה"ש 5.

21 בג"ץ הסבירות, לעיל ה"ש 1, בפס' 22 לפסק דינה של השופטת רונן.

פסק הדין בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, מיום 1 בינואר 2024, הוא אבן דרך חשובה בתולדות המדינה. נפסק בו כי תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה, השולל באופן גורף את הביקורת השיפוטית על סבירות החלטות הממשלה, ראש הממשלה והשרים – בטל. בכך למעשה ביטל בית המשפט העליון, לראשונה, חוק יסוד. עיקר החידוש בפסק הדין הוא בקביעה של בית המשפט ברוב גדול כי אין בסמכותה של הרשות המכוננת לשלול או לסתור את המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

בצד המשמעות של פסק הדין למשפט החוקתי של מדינת ישראל, חשיבותו תמונה גם בהקשרו הרחב יותר, על רקע הדיון הציבורי בעניין מערכת המשפט בשנים האחרונות, שהגיע לשיאו במהלך שנת 2023. בהקשר הרחב נכללת גם המלחמה שהחלה ב־7 באוקטובר, שאומנם מזכרת רק בשולי פסק הדין, אך תוצאותיה והשלכותיה ישפיעו בוודאי בעתיד על אופייה של מדינת ישראל.

הקובץ המובא לפניכם מכנס שלושים רשימות קצרות שנכתבו בסמוך למתן פסק הדין, ביוזמת המכון הישראלי לדמוקרטיה, במטרה לגבש תשתית מחשבתית ראשונית על העמדות המגוונות שעלו מדעות השופטים והשופטות של בית המשפט העליון בשלל סוגיות משפטיות וחברתיות. מגוון הפרשנויות הנפרש בקובץ זה מלמד על עושר הנושאים, הטיעונים והנימוקים בפסק הדין.

הקובץ מוסיף כלי חשוב לארגז הכלים החוקתי, המתמקד באופייה הדמוקרטי והיהודי של מדינת ישראל ובדרכים הראויות לחזק אופי זה בנקודה הקריטית שהחברה הישראלית ניצבת בה.



מאי 2024
מחיר מומלץ: 98 ₪
מסת"ב: 6-445-519-965-978
www.idi.org.il


המכון הישראלי
לדמוקרטיה

