

**בבית 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

מכון לואיס ברנדייס לחברה, לכלכלה ולדמוקרטיה  
במסגרת המסלול האקדמי – המכללה למנהל (להלן: המבקש)  
על ידי ב"כ עו"ד עירא הרדי  
מרחוב רוטשילד 45 תל אביב  
דוא"ל: [irahardy100@gmail.com](mailto:irahardy100@gmail.com)

בעניין העותרת בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל  
העותרים בבג"ץ 5659/23 טל אורון ואח'  
העותרת בבג"ץ 5661/23 התנועה הדמוקרטית האזרחית  
העותר בבג"ץ 5660/23 המיזם הרב מגזרי למיגור ראשון  
העותרים בבג"ץ 5662/23 עורך דין יהודה רסלר ואח'  
העותרים בבג"ץ 5663/23 לשכת עורכי הדין בישראל ואח'  
העותרים בבג"ץ 5711/23 תנועת אומץ התנועה למען מנהל תקין צדק חברתי ומשפטי  
העותר בבג"ץ 5769/23 פלוני

- נ ג ד -

1. הכנסת
2. ועדת החוקה
3. ממשלת ישראל
4. היועצת המשפטית לממשלה (להלן: המשיבים)

## **בקשה להצטרף להליך שבכותרת כידיד בית המשפט**

מכון לואיס ברנדייס לחברה, לכלכלה ולדמוקרטיה (להלן: מכון ברנדייס או המכון), הפועל במסגרת המסלול האקדמי – המכללה למנהל, מתכבד להגיש לבית המשפט הנכבד בקשה להצטרף להליך שבכותרת כ"ידיד בית המשפט". במסגרת עמדתו המכון מבקש להתייחס באופן ממוקד לשתי סוגיות מרכזיות העומדות בלב העתירות דגן:

(1) הסיכון הנשקף מתיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה (להלן: חוק היסוד או התיקון לחוק) לשלטון החוק – לו התיקון יוותר על כנו;

(2) הסיכון כי התיקון לחוק יעניק לרוב הקואליציוני שבשלטון יתרון פוליטי לא הוגן שיאפשר לו להנציח את שלטונו וימנע אפשרות ריאלית לחילופי שלטון מכאן ולהבא.

יובהר, כי סוגיות אלו מצויות בתחום מומחיותו של המכון, הודות לידע הרב שצבר במסגרת עבודות מחקר מקיפות שהמכון ערך בנושא "הרפורמה המשפטית", ועל רקע כנסים בינלאומיים שהמכון קיים, שהתמקדו, בין היתר, באמצעים אנטי־ליברליים שבהם נקטו השלטונות בהונגריה ובפולין

כדי להנציח את שלטונם. כפי שיפורט להלן, תוצרי הידע של המכון בעניין מהלכי החקיקה שמקדמת הקואליציה הנוכחית נשענים גם על פורומים ו"סימפוזיון" שקיים המכון בחודשים האחרונים עם בכירי המשפט בישראל, בהם שופטי עליון בדימוס, יועצים משפטיים לממשלה לשעבר, יועצים משפטיים למשרדי הממשלה ואנשי אקדמיה מהשורה הראשונה – בארץ ובח"ל.

המכון ער לריבוי הצדדים והעתירות שבכותרת, ואולם הוא סבור כי יש בעמדתו שתובא להלן כדי להאיר זוויות וטענות משפטיות חדשות, שלא הועלו על ידי מי מהצדדים, שיש בהן כדי לתרום תרומה מהותית לדיון שישמע בפני בית המשפט הנכבד. לעמדת המכון, צירופו להליך – ולו בדרך של צירוף הטענות הכתובות בלבד – יסייע לבית המשפט בבירור העתירות דנן.

לפיכך, מהנימוקים שיובאו להלן ועל רקע אמות המידה שנקבעו בפסיקתו של בית משפט זה (ראו למשל מ"ח 7929/96 כוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 553) המכון יבקש להורות על צירופו להליך זה ואו לצרף את טענותיו הכתובות שלהלן, במעמד "ידיד בית משפט".

בשים לב לטענות שיובאו בהרחבה להלן, עמדת המכון היא כי קיימים נימוקים כבדי משקל שבגינם מן הראוי, כי בית המשפט הנכבד יורה כי התיקון לחוק היסוד אינו חוקתי ומשכך בטל. למצער, המכון סבור, כי מן הראוי שבית המשפט הנכבד יורה, כי התיקון לחוק היסוד יחול רק ביחס להחלטות ממשלה ושרים שעניינן התוויית מדיניות רחבה, המערבות "הכרעות ערכיות" – כמצוין בתכלית המוצהרת של התיקון לחוק היסוד – אך לא יחול ביחס להחלטות ממשלה ושרים שעניינן מינויי בכירים בשירות הציבורי והחלטות נקודתיות שיש בהן משום יישום פרטני של מדיניות, שלגביהן תמשיך לחול ביקורת שיפוטית מלאה. לחילופין, המכון סבור כי לכל הפחות מן הראוי שבית המשפט הנכבד יורה כי על התיקון לחוק היסוד תחול תחולה נדחית, כך שתוקפו יחל בכנסת הבאה.

#### א. תמצית טענות המכון

1. במוקד עמדת המכון, עומדות ארבע טענות עיקריות שיובאו להלן בקיצור נמרץ.
2. ראשית, המכון טוען כי הוראות התיקון לחוק היסוד מנוסחות באופן גורף החורג מתכליתו המוצהרת של התיקון לחוק, כפי שנלמדת מדברי ההסבר לתיקון (פרק ג' להלן). על פי תכליתו, התיקון לחוק מיועד למנוע את החלת עילת הסבירות ביחס להכרעות ערכיות המסורות לדרג הנבחר. הכרעות מסוג זה מתייחסות, בעיקרן, לסמכויות המסורות לממשלה ולשריה להתוות מדיניות רחבה, התואמת את תפיסת עולמם של נבחרי הציבור. ואולם, הוראותיו של התיקון לחוק היסוד מתעלמות מהעובדה שהסמכויות המסורות לממשלה ולשריה אינן מתמצות בהתוויית מדיניות רחבה בלבד, אלא כוללות קשת רחבה של סמכויות נוספות, ובהן סמכויות בענייני מינויים וכן סמכויות לקבל החלטות נקודתיות, שאין בהן משום הכרעה ערכית. בהקשר זה, מחקר מקיף שערך מכון ברנדייס בחודשים האחרונים מעלה כי היקף הסמכויות הביצועיות והרגולטוריות-פרטניות המוקנות לממשלה ולשריה בישראל (לאמור, לדרג הפוליטי) חריג ביחס למקובל במדינות דמוקרטיות אחרות. כך, בעוד שמרבית המדינות הדמוקרטיות ברחבי העולם נוהגות לעצב את המבנה המוסדי של גופים רגולטוריים על פי מודלים של סוכנויות רגולטוריות מקצועיות ועצמאיות, בישראל הסמכויות הרגולטוריות-הפרטניות בתחומים כלכליים רבים

## מסורות בידי השרים עצמם או בידי גורמים רגולטוריים בלתי-עצמאיים, הכפופים לשר הממשלתי.

3. לעובדה כי לדרג הפוליטי בישראל מסורות סמכויות ביצועיות ורגולטוריות-פרטניות בהיקף כה חריג, משמעות כפולה: (1) ביטול עילת הסבירות ביחס להחלטות הנוגעות לסמכויות אלו – כמוצע בתיקון לחוק היסוד – משמעה יצירת "שטחי הפקר" בהם הדרג הפוליטי יהנה מכוח בלתי מוגבל, בהיעדר גורם שיוכל לפקח באופן אפקטיבי על תקינות פעולותיהם, לאמור: יצירת פתח מסוכן לשחיתות שלטונית שלא תדע גבול. (2) שלילת הביקורת השיפוטית בעילת הסבירות ביחס לסמכויות הרגולטוריות-פרטניות החריגות שמסורות בידיהם של שרים בממשלה, עשויה להקנות בידיהם יכולת לתרגם סמכויות אלו ליתרונות פוליטיים שיאפשרו לרוב הקואליציוני הנוכחי יכולת להנציח את מעמד השלטוני.

4. **שנית**, המכון טוען כי התיקון לחוק היסוד יפגע פגיעה אנושה בשלטון החוק, מאחר והוא צפוי לשלול מבית המשפט כלי ביקורת חיוני על פעולות השלטון, ואף להוביל לפגיעה קשה בעצמאותם של שומרי הסף – ובראשם מערך הייעוץ המשפטי לממשלה – האמונים על שמירה על שלטון החוק (**פרק ז' להלן**). טענות המכון בהקשר זה מבוססות על מחקר מעמיק שבוצע על ידו בחודשים האחרונים, ביחס להשלכות של רכיבים שונים ב"רפורמה המשפטית" על תפקודם של שומרי הסף. המכון עומד על ייחודיות עילת הסבירות ביחס לעילות מנהליות אחרות ומראה כיצד עילה זו משמשת את בית המשפט לאורך השנים, בין היתר, כדי להתגבר על עמימות ראייתית מובנית הנובעת מאופי הפעילות הממשלתית, אשר מתבצעת על פי רוב הרחק מעין הציבור. עוד טוען המכון כי ביטול עילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה והשרים עלול לגרום לכך שתחום המינויים הבכירים בשירות הציבורי – יוותר פרוץ באופן שיאפשר לדרג הפוליטי להדיח ללא מצרים ומטעמים פסולים נושאי משרה בשירות הציבורי. בתוך כך, קיים חשש ממשי, כי ביטול עילת הסבירות יסלול את הדרך לשרים בממשלה להדיח יועצים משפטיים עצמאיים, ולמנות תחתם את "אנשי אמונם". כתוצאה מכך, התיקון לחוק היסוד עלול להוביל לפגיעה חמורה בעצמאותו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, וליצור אפקט מצנן על פעילות היועצים המשפטיים. במסגרת העמדה המכון מציג את היתרונות המוסדיים הייחודיים המאפשרים ליועצים המשפטיים במערך הייעוץ המשפטי לממשלה לשמש כ"קו הגנה ראשון" בהגנה על שלטון החוק במסגרת הפעילות השלטונית של הממשלה, המשלים את "קו ההגנה האחרון" שמספק בית המשפט. ודוק. עצם היכולת של בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית אפקטיבית על תקינות פעולות הממשלה תלוי במידה רבה ביכולתו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה לתפקד כ"שומר סף" עצמאי ואפקטיבי. לפיכך, לעמדת המכון, המשמעות של שלילת תחולתה של עילת הסבירות על החלטות הממשלה והשרים היא החלשה משמעותית של מערכות ההגנה שמספקים מערכת המשפט ומוסד הייעוץ המשפטי לממשלה מפני שימוש פסול בכוח השלטוני המסור לממשלה ולשרים, באופן שיסב פגיעה אנושה בשלטון החוק. לפיכך, המכון סבור, כי התיקון לחוק היסוד מהווה מקרה מתאים להחלת דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי".

5. **שלישית**, המכון טוען כי התיקון לחוק היסוד פוגע פגיעה אנושה בקיום הפרדת הרשויות ובעצמאות הרשות השופטת (**פרק ה' להלן**). במסגרת כך המכון מדגים כיצד הדמוקרטיה בישראל סובלת מגירעון דרמטי באיזונים ובלמים ביחס לדמוקרטיה אחרות בעולם. כפועל יוצא מגירעון זה באיזונים ובלמים, נטל ריסון הכוח השלטוני של הרשויות הפוליטיות בישראל נופל

על כתפיהם של שני מוסדות עיקריים – בתי המשפט ומערך הייעוץ המשפטי לממשלה. שלילת כלי ביקורת חיוני מבית המשפט בדמות ביטול עילת הסבירות, באופן שאף עלול לפגוע במידת עצמאותם של שומרי הסף, תוביל לפגיעה אנושה בעצמאות הרשות השופטת כמו גם בעיקרון הפרדת הרשויות, באופן שיש בו כדי להצדיק את החלת דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" ביחס לתיקון בענייננו. בנוסף, אנו מציגים כיצד מבחינה מעשית הממשלה שולטת בכנסת באמצעות הרוב הקואליציוני המובנה המסור בידיה. לעמדת המכון יש לראות בתיקון לחוק היסוד דוגמה מובהקת לאופן שבו הממשלה מנצלת לרעה את שליטתה בכנסת, על ידי כך שעושה שימוש בסמכותה המכוננת של הכנסת כדי להתפרק, הלכה ולמעשה, מחובות הסבירות החלות עליה.

6. **רביעית**, המכון מראה כיצד ביטול תחולת עילת הסבירות על החלטות ממשלה ושרים ייצור תנאי סביבה שיקלו על נבחרי ציבור בממשלה לעשות שימוש לרעה בכוחם השלטוני על מנת להשיג "הטבות" פוליטיות ואלקטורליות בלתי הוגנות, באופן שיאפשר לרוב הקואליציוני שבשלטון להנציח את מעמדו השלטוני, ולפגוע באפשרות המעשית לחילופי שלטון עתידיים (פרק ו' להלן). בהקשר זה המכון מדגים כיצד הסמכויות הרגולטוריות-הפרטניות המסורות לשרי הממשלה בישראל מקנות בידיהם כוח חריג המאפשר להם להשפיע במישרין על אינטרסים כלכליים משמעותיים של שחקנים מפוקחים בשוק הפרטי, באופן שיוצר תלות מוגברת של שחקנים מפוקחים בממשלה. מצדו השני של המטבע, גורמים מפוקחים חזקים וקבוצות אינטרס השואפים להטות לטובתם את תהליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות, עשויים להפעיל מנופי לחץ פוליטיים ואלקטוראליים על מנת "לשבות" נבחרי ציבור בממשלה, שלהם יכולת להשפיע על קבלת ההחלטות הרגולטוריות בעניינם. כתוצאה מכך עלולה להיווצר דינמיקה של התלכדות אינטרסים בין גורמים מפוקחים חזקים בשוק הפרטי לבין נבחרי הציבור בממשלה, המבוססת על הבנה משותפת, כי כל צד מחזיק באינטרס משמעותי שהצד השני בעל יכולת לקדמו – ובמילים אחרות היווצרות של יחסי "הון-שלטון". הסיכון הנשקף מדינמיקה זו הוא כפול: פעם אחת, בכך שכללי המשחק הרגולטוריים יוטו לטובת האינטרסים העסקיים של הגורמים המפוקחים ה"שובים" על חשבון האינטרס הציבורי הרחב; ופעם שניה, בכך שדינמיקה זו תביא ל"זיהום" של התהליך הפוליטי עצמו. זאת, מאחר ונבחרי ציבור בממשלה הבוחרים לשתף פעולה עם גורמים מפוקחים חזקים עשויים לזכות ביתרון פוליטי בלתי הוגן שיסייע להם לבצר את מעמדם השלטוני. לעמדת המכון, בשים לב לכך שהתיקון לחוק היסוד צפוי לפגוע באורח אנוש בעצמאותם של שומרי הסף כמו גם ביכולת האפקטיבית של בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על החלטות רגולטוריות-פרטניות של שרים, קיים חשש ממשי כי התיקון לחוק היסוד יגביר באופן משמעותי תופעות של יחסי הון-שלטון, שבמסגרתם השלטון ישיג יתרון פוליטי בלתי הוגן שיסייע לו לבצר את כוחו השלטוני. לפיכך, עמדת המכון היא כי התיקון לחוק היסוד, בפרט בשים לב לתחולתו המיידית, מהווה מקרה מובהק של שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת, שדינו בטלות. למצער, יש להורות כי התיקון לחוק היסוד דינו בטלות ביחס להחלטות ממשלה ושרים הנוגעות לענייני מינויים וכן ביחס להחלטות נקודתיות שיש בהן משום הפעלת סמכויות ביצועיות או מימוש פרטני של מדיניות. לחילופין בלבד המכון טוען כי מן הראוי שלכל הפחות, בית המשפט יקבע כי תחולתו המיידית של התיקון לחוק מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, ולפיכך יורה כי על התיקון לחוק היסוד חלה תחולה נדחית, באופן שיחול רק לאחר הבחירות לכנסת הבאה.

## **ב. המכון והטעמים לצירופו להליך**

7. מכון ברנדייס הוא מכון מחקר הפועל במסגרת המסלול האקדמי – המכללה למינהל. המכון עוסק, בין היתר, במחקר תיאורטי ויישומי בתחומי המשפט, החברה, הכלכלה, התקשורת והמדעים המדויקים. מחקרי המכון מתמקדים בכשלים מבניים במשק הישראלי ובדמוקרטיה בישראל כמו גם בקשר בין השניים. המכון מאגד חוקרים בתחומי המשפט, הכלכלה, התקשורת והרגולציה ומלווה על ידי וועדה אקדמית מייעצת המונה שורה של מומחים מהשורה הראשונה ממוסדות אקדמיים מובילים בארץ ובחו"ל בתחומי העיסוק של המכון (בכלל זה ד"ר עידו באום, המנהל האקדמי של המכון ומרצה בכיר במכללה למנהל, מומחה בין היתר למשפט וכלכלה, רגולציה כלכלית ודיני תקשורת וכיהן בעבר כסגן דיקן הפקולטה למשפטים; פרופ' אריאל אזרחי מאוניברסיטת אוקספורד שבבריטניה; פרופ' ענת אדמתי מאוניברסיטת סטנפורד שבארצות הברית; פרופסור ג'סי פריד מאוניברסיטת הרווארד שבארצות הברית; פרופסור ישי יפה מהאוניברסיטה העברית; פרופ' ניתאי ברגמן מאוניברסיטת תל אביב; הפרקליט הצבאי הראשי לשעבר אלוף במילואים דן עפרוני; דידי לחמן מסר, לשעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לעניינים כלכליים-פיסקליים ועוד).
8. המכון עורך ומפרסם מחקרים אקדמיים וניירות עמדה, מקיים כנסים אקדמיים בינלאומיים ומעגלי שיח בתחומי העיסוק הנזכרים.
9. **בחודשים האחרונים הקדיש המכון משאבים ניכרים לטובת עריכת מחקר מדיניות מקיף שעוסק באספקטים שונים ב"רפורמה המשפטית" ובנושאים הנוגעים לליבת הסוגיות שעתידות להתברר במסגרת העתירות שבכותרת. באחרונה פורסם מחקר המדיניות העוסק במעמדו של מערך היעוץ המשפטי לממשלה בהקשרים רגולטוריים, וזאת לאחר שהמכון קיים "שולחן עגול" במסגרתו הוצג המחקר ונשמעו הערותיהם של חברי פאנל, בהם המשנה לנשיאת בית המשפט העליון בדימוס פרופ' א' רובינשטיין והשופט בדימוס מ' מזוז, שר המשפטים לשעבר דן מרידור, המשנה ליועץ המשפטי לשעבר לעניינים כלכליים-פיסקליים דידי לחמן מסר והיועצת המשפטית לשעבר של משרד התקשורת עו"ד נגה רובינשטיין.**
10. בנוסף, ועל רקע מהלכי החקיקה הנוכחיים, שלעמדת המכון יובילו להפיכה משטרית, המכון הקים צוות משותף של חוקרי משפט וכלכלה מפולין ומהונגריה לצורך מעקב ומחקר משווה משותף. בהמשך לשיתוף פעולה מחקרי זה, המכון קיים לאחרונה כנס עם מומחים מובילים בתחומי המשפט והכלכלה מרחבי העולם, לרבות מומחים בתחום המשפט מפולין והונגריה, ששיתפו במחקריהם באשר למהלכי חקיקה דומים שבהם נקט השלטון בארצם.
11. בשים לב למומחיות ולידע הרב בו מחזיק המכון בסוגיות הקשורות בעתירות דנו, וכן לנוכח חשיבותן של הסוגיות שעתידות להתברר בבית משפט נכבד זה במסגרתן, המכון מבקש להתייחס למספר (מצומצם בלבד) של סוגיות על מנת לסייע לבית המשפט הנכבד בהצגת התמונה המשפטית המלאה. צירופו להליך, ולכל הפחות שמיעת טענותיו – בין בכתב ובין בעל פה – יועילו לבירור הסוגיות הנדונות ויתרמו תרומה איכותית לדיון בעתירות.

## ג. כללי – התיקון לחוק מנוסח באופן גורף וחורג מתכליתו המוצהרת

12. בבסיס דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון חוק היסוד עומדת הטענה, כי ביטול עילת הסבירות בנוגע להחלטות הממשלה ושרים נדרש מאחר ו"קביעת האיזון הערכי בין השיקולים השונים הנוגעים להחלטה מינהלית צריכה להיות נתונה לנבחרי הציבור ולא לבית המשפט".
13. מדברי ההסבר עולה, כי התכלית הסובייקטיבית של התיקון לחוק היסוד היא למנוע את החלת עילת הסבירות ביחס להכרעות ערכיות, אשר לשיטת יוזמי התיקון לחוק היסוד צריכות להיות מסורות לנבחרי הציבור. הכרעות מסוג זה מתייחסות, בעיקרן, לסמכויות המסורות לממשלה ולשריה להתוות מדיניות רחבה בתחום אחריותם המקצועי, שכן התוויית מדיניות אמורה לשקף תפיסת עולם והכרעה ערכית של נבחרי הציבור.
14. ואולם, הוראותיו של התיקון לחוק היסוד מתעלמות מהעובדה שהסמכויות המסורות לממשלה ולשריה אינן מתמצות בהתוויית מדיניות רחבה בלבד, אלא כוללות קשת רחבה של סמכויות נוספות, ובהן סמכויות בענייני מינויים וכן סמכויות לקבל החלטות נקודתיות שיש בהן משום מימוש פרטני של מדיניות, כמו החלטות ביצועיות קונקרטיות והחלטות בעלות אופי בירוקרטי.
15. דוגמה מובהקת לכך הן סמכויות רגולטוריות פרטניות המסורות לשרי הממשלה בישראל (להבדיל מסמכותם להתוות מדיניות רגולטורית רחבה בתחומי אחריותם המיניסטרילית). שרי הממשלה, מקבלים כדבר שבשגרה אינספור החלטות רגולטוריות פרטניות, הנושאות אופי מקצועי-בירוקרטי מובהק (כגון סמכויות להעניק (ולבטל) רישיונות, היתרים, זיכיונות, סמכויות לקבוע תעריפים ומנגנוני תמרוץ להכוונת התנהגות של גורמים מפוקחים וכו').
16. מחקר מדיניות מקיף שערך מכון ברנדייס<sup>1</sup> מציג, כי בשונה ממרבית המדינות הדמוקרטיות בעולם, שעיצבו את המוסדות הרגולטוריים שלהן לפי מודל של סוכנויות רגולטוריות מקצועיות ועצמאיות, המשוחררות מכפיפות מקצועית לדרג הפוליטי, בישראל הסמכויות הרגולטוריות הפרטניות בתחומים כלכליים רבים מסורות בידי השרים עצמם או בידי גורמים רגולטוריים בלתי-עצמאיים, הכפופים לשר הממשלתי.
17. כך למשל, מחקר שבחן את המבנה המוסדי של גופים רגולטוריים בשמונים וחמש מדינות ברחבי העולם בשבעה עשר תחומים נבחרים, מצא כי בעוד שרוב המדינות הדמוקרטיות נוטות לאמץ מודלים של סוכנויות רגולטוריות עצמאיות, בישראל קיימות חמש רשויות עצמאיות בלבד, האחריות על אסדרתם של שבעה תחומים בלבד, בעוד שיתר התחומים מאוסדרים על ידי רגולטורים בלתי-עצמאיים, הכפופים לדרג הפוליטי.<sup>2</sup> בין יתר התחומים המאוסדרים על ידי הדרג הפוליטי בישראל, באופן חריג מהמקובל בעולם, ניתן למנות את תחום התקשורת, האנרגיה, המזון, תרופות ובריאות, תחבורה, ועוד היד נטויה (הרחבה על הסמכויות הרגולטוריות המסורות לדרג הפוליטי בישראל תובא בהמשך). מידת השפעתם של שרי הממשלה בישראל בעניינים רגולטוריים פרטניים היא, אפוא, חריגה ביותר בהשוואה למקובל במדינות דמוקרטיות אחרות.

<sup>1</sup> מחקר המדיניות מצורף ומסומן כנספח "א" לכתב טענות זה.

<sup>2</sup> ראו, למשל, רגולציה בישראל, ערכים, אפקטיביות, שיטות (עורכים אייל טבת ויצחק גלנור, 2019), Jordana et al, ; The global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion, 44 COMP. POL. STUD. 1343 (2011).

18. ביטוי בולט לסמכויות הרגולטוריות החריגות המסורות לדרג הפוליטי בישראל בתחומי רגולציה כלכליים הוא **תחום התקשורת**. בעוד שב־31 מדינות מתוך 33 מדינות ב־OECD שנבדקו קיימת הפרדה ברורה בין הרגולטור האמון על תחום התקשורת, הפועל ברשות תקשורת עצמאית, ובין הדרג הפוליטי, בישראל שר התקשורת הוא הגורם האמון על אסדרת ענף התקשורת.<sup>3</sup> בתוך כך, לצד קביעת מדיניות בענף התקשורת והדואר בישראל, השר אחראי בין השאר על רישוי ופיקוח על בעלי תשתיות התקשורת וספקי התקשורת; על תכנון, פיתוח והסדרה של תשתיות התקשורת; על פיקוח על חברת הדואר ובנק הדואר; על קביעת מדיניות בקרה וקביעת תעריפים לשירותי התקשורת השונים; על ניהול משק התדרים; על בקרה ופיקוח על שירותי הטלוויזיה בכבלים ואישור השימוש במכשירי קצה של מערכת בזק. גם תחום השידורים בישראל מושפע במידה רבה ממעורבותו של שר התקשורת, אף שהוא מאוסדר על ידי רשויות רגולטוריות נפרדות לכאורה (מועצת תאגיד השידור הישראלי, מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, ומועצת הכבלים והלוויין). כך למשל, לשר התקשורת השפעה על מינויים של החברים במועצות האמורות.<sup>4</sup> **תחום הבריאות** בישראל מאוסדר על ידי משרד הבריאות, הכפוף לשר הבריאות. בתוך כך, שר הבריאות, ובעלי תפקידים נוספים במשרד הבריאות הכפופים לשר, הם מי שאחראיים על רישוי ייצור, שיווק וייבוא של תכשירים רפואיים, תמרוקים, ציוד ומכשור רפואי ואף של מזון. שר הבריאות אחראי בנוסף על אסדרת תחום הפרסום של תכשירים רפואיים, של רופאים, מרפאות, מוצרי טבק ועוד. שר הבריאות אחראי גם על אסדרת המקצועות הרפואיים והפרא־רפואיים, ובכלל זה מקצועות הרפואה, הפסיכולוגיה, עבודה סוציאלית, מקצועות הסיעוד, הרוקחות, פיזיותרפיה, קלינאות תקשורת ועוד. שר הבריאות בישראל הוא גם מי שאחראי על רישוי ופיקוח על מוסדות רפואיים, וכן לצד שר האוצר, על פיקוח מחירי התכשירים הרפואיים בישראל. לעומת זאת בעולם, תחומים אלו מאוסדרים על ידי רגולטורים שמידת התלות שלהם בדרג הפוליטי נמוכה משמעותית ממידת התלות של הגורמים המקצועיים בשר הבריאות בישראל. **תחום הגנת הסביבה** אף הוא מאוסדר בישראל על ידי דרג פוליטי. השר להגנת הסביבה הוא מי שאמון על שמירה על איכות האוויר, בנייה ירוקה, תקינה, תיווי ותכנון סביבתי, הגנה על בעלי חיים, אנרגיה ושינויי אקלים. לדוגמה, לשר להגנת הסביבה סמכויות רגולטוריות הנוגעות למשך הזמן שיכול להתיר לגורם מפוקח להפעיל קרינה ושירותי מדד קרינה (סעיף 5 לחוק הקרינה הבלתי מייננת, התשס"ו–2006). אסדרת משק הדלק והגז מסורה לתחום אחריותו של משרד האנרגיה והתשתיות.

19. בשונה מהחלטות שעניינן התוויית מדיניות רחבה, החלטות נקודתיות־פרטניות אינן משקפות הכרעה ערכית. בהקשר זה כבר הובעה הדעה לפיה לעניין החלת עילת הסבירות יש להבחין בין החלטות שעניינן "בהתוויית מדיניות הנושאת עמה משמעויות רוחביות" המשקפות מעצם טיבן תפיסת עולם ערכית, לבין החלטות נקודתיות־פרטניות בעלות אופי "בירוקרטי", שכוללות, "מכרזים, היתרים, רישיונות, אישורים וכיוצא באלו הליכים מינהליים המתישים כוחו של אדם".<sup>5</sup> באשר להחלטות נקודתיות־פרטניות, שמעצם טיבן אינן מערבות הכרעה ערכית

<sup>3</sup> ראו מחקר המדיניות של המכון המצורף כנספח א.  
<sup>4</sup> שם.

<sup>5</sup> ראו לעניין זה, למשל, את עמדתו של כבי' השופט נ' סולברג כפי שהשתקפה במאמרו: נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" **השילוח** 18, 37 (2019).

(ושבחלקן היו יכולות להתקבל באופן עצמאי בידי הדרג המקצועי, כמקובל במדינות דמוקרטיות אחרות בעולם), הובעה הדעה כי יש הצדקה רבה יותר לשימוש בעילת הסבירות המהותית.<sup>6</sup>

20. ואולם, לשונו הגורפת והקיצונית של התיקון לחוק היסוד שוללת באופן מוחלט את החלת עילת אי-הסבירות הקיצונית ביחס לכל החלטה המתקבלת בידי הממשלה ושריה, וזאת מבלי להבחין בין החלטות על פי סוגן ומהותן. בתוך כך, התיקון אינו מבחין בין החלטות שעניינן "התנויות מדיניות הנושאת עימה משמעות רוחביות", לבין החלטות נקודתיות-פרטניות בעלות אופי מקצועי או בירוקרטי. חלף זאת, ההבחנה העומדת ביסוד התיקון לחוק היסוד היא הבחנה בינארית בין "דרג נבחר" לבין "דרג מקצועי". הבחנה זו אינה עולה בקנה אחד עם הכוונה המוצהרת של יוזמי החקיקה, המשתקפת מדברי ההסבר להצעת התיקון, כי תכלית התיקון להותיר את מלאכת "האיזון הערכי" לדרג הנבחר, שכן בשונה מהתוויית מדיניות, החלטות רגולטוריות-פרטניות אינן מערבות "הכרעה ערכית".

21. יוצא, כי החלטות נקודתיות-פרטניות שעלולות להיות נגועות בחוסר סבירות קיצוני שיתקבלו על ידי הממשלה ושריה, יזכו במסגרת התיקון לחוק היסוד ל"חסינות" מוחלטת מפני ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות, וזאת חרף העובדה שמעצם טיבן הן אינן מערבות הכרעה ערכית.

22. יתרה מכך. קיים חשש כי גם החלטות נקודתיות-פרטניות בעלות אופי מקצועי, שהתקבלו עד כה על ידי הדרג המקצועי במשרד הממשלתי, יובאו מעתה לאישורו של השר הממונה, זאת במטרה "לחסן" אותן מפני התערבות שיפוטית בעילת הסבירות. הדבר עשוי לשלול ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות ביחס להחלטות של כלל הגורמים המנהליים הכפופים לשרי הממשלה. בכך, ממילא תישמט ההבחנה, השגויה במצב הדברים בישראל, העומדת ביסוד התיקון לחוק היסוד בין "דרג נבחר" ל"דרג מקצועי".

23. כפי שנפרט בפרק הבא, שלילת היכולת של בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על בסיס עילת הסבירות דווקא ביחס להחלטות נקודתיות-פרטניות של ממשלה ושרים, טומנת בחובה סכנה ממשית לפגיעה בנושא בשלטון החוק בישראל, ולפיכך יש בה כדי להקים עילת התערבות לפסילת התיקון לחוק היסוד.

#### **ד. התיקון לחוק היסוד פוגע פגיעה אנושה בשלטון החוק**

24. כידוע, בפסיקתו של בית משפט נכבד זה הונחה זה מכבר תשתית להכרה עקרונית באפשרות לפסול תיקון לחוק יסוד על בסיס דוקטרינת "תיקון חוקתי שאינו חוקתי", במצבים חריגים שבהם השינוי החוקתי פוגע פגיעה אנושה במאפיינים הגרעיניים המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית (בין היתר, בבג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 28–29 לחוות דעתה של כב' הנשיאה א' חיות (נבו 8.7.2022)). עמדת המכון היא כי הוראותיו הגורפות של התיקון לחוק היסוד פוגעות פגיעה אנושה בשלטון החוק ומשכך, יש הצדקה ברורה לפסול אותן.

<sup>6</sup> ש.ס.



25. ודוקו. שלטון החוק תלוי ביכולתו של בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית אפקטיבית על פעולות השלטון אך גם בקיומם של שומרי סף עצמאיים שאמונים לוודא כי פעולות הממשלה נעשות על פי הדין.

26. כפי שנציג להלן, התיקון לחוק היסוד פוגע פגיעה אנושה ביכולתו של בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית אפקטיבית על פעולות השלטון ואף יוביל לפגיעה קשה בעצמאותם של שומרי הסף (ובראשם מערך הייעוץ המשפטי לממשלה) האמונים על שמירה ופיקוח על שלטון החוק בקרב רשויות השלטון.

#### **ד.1. התיקון לחוק היסוד שולל מבית המשפט כלי ביקורת חיוני בהגנה על שלטון החוק**

27. לא פעם נקבע כי חיוניותה של עילת הסבירות מתבטאת במיוחד במצב דברים שבו קיים קושי ראייתי מובנה להוכיח את התקיימותן של עילות מינהליות אחרות. קושי ראייתי כאמור יכול לנבוע מהנגישות הנמוכה של בית המשפט למידע על אודות תהליכי קבלת ההחלטות הממשלתיים, המתבצעים על פי רוב הרחק מעין הציבור. כך למשל אזרח העותר לבית משפט כנגד החלטה של שר להעניק רישיון לגורם מפוקח, בטענה כי התקבלה על יסוד שיקולים זרים, צפוי להיתקל בקושי ראייתי ממשי להניח תשתית עובדתית מספיקה להוכחת השיקולים שאכן עמדו בבסיס ההחלטה (ראו, למשל, בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקה 35 לחוות דעתו של השופט א' שטיין (18.1.2023)); דפנה ברק־ארז **אזרחותיך צרכן, משפט ושלטון בחברה משתנה** 135–136 (2012)). קושי זה מתעצם בשים לב לאופן בירור ההליך השיפוטי בעתירות מנהליות, המסתמך על תצהירים בלבד, ונעדר מנגנון של שמיעת עדויות המאפשר לבית המשפט להתחקות אחר כוונותיהם האמיתיות של מקבלי ההחלטות.

28. בנוסף, החלטות מנהליות המתקבלות באופן שוטף על ידי הממשלה ומשרדי הממשלה עלולות להיות נגועות בשיקולים זרים, ובכלל זה להיות מוטות לטובת העדפת מקורבים או שיקולים פוליטיים פסולים, שקיים קושי להוכיחם (ראו, למשל, מיה רויזמן־אלדור "להסביר פנים לסבירות", **75 שנות עצמאות במשפט 290**, 292–293 (2023)). אופן הבירור של עתירות המוכוונות נגד רשויות מנהליות, שכאמור מבוסס על סמך תצהירים ולא על גביית עדויות, מקשה לבסס מבחינה עובדתית ראיות לשיקולים זרים שנשקלו בהחלטה נושא העתירה. במקרים אלו, עילת הסבירות מאפשרת לגשר על הקושי הראייתי ומאפשרת לבית המשפט לפסול החלטות מסוג זה. כך נפסק למשל בעתירה שבה נפסלה החלטת מנכ"ל משרד הפנים שלא לאשר הקמת אצטדיון כדורגל בירושלים על רקע התנגדות אידאולוגית של המפלגות החרדיות להקמתו (בג"ץ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 529 (1989)); בעתירה שבה נפסלה החלטת עיריית נהריה על חלוקת זמן לאגודות ספורט לצורך אימונים בבריכה העירונית, בשל מתן משקל יתר לשיקול ההישגי שהיטיב עם האגודה המקורבת פוליטית לראש העיר (בג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז(3) 17 (1983)) (ראו לעניין זה מיה רויזמן־אלדור, שם).

29. עילת הסבירות מאפשרת להתגבר על העמימות הראייתית המובנית, הנובעת מאופי הפעילות הממשלתית, בכך שהיא מאפשרת לבית המשפט לבקר את חוסר האיזון שבין השיקולים השונים, על בסיס המניעים הגלויים של הרשות. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת ד' ברק־ארז בבג"ץ 3823/22 נתניהו נ' היועצת המשפטית לממשלה, פס' 5 (נבו, 17.7.2023).

**"עילת הסבירות משמשת כלי חשוב לביקורת גם על החלטות פגומות שבהן נפלו שיקולים זרים, באותם מקרים שבהם קיימים מחסומים ראייתיים שונים המטילים קושי על האפשרות להצביע על שיקולים אלו. כידוע, דברים שבלב הם קשים להוכחה, ואילו יתרונה של עילת הסבירות הוא בבחינת האיזון בין השיקולים שביסוד ההחלטה, מבלי להידרש לדברים שבלב ולכוונות נסתרות."**

30. לא פחות משעילת הסבירות חשובה כעילה לפסילת החלטות הלוקות באיסבירות קיצוני, היא נחוצה כדי לפתוח בפני הפרט את האפשרות לפנות לבית המשפט בעתירה כנגד החלטה מינהלית של שר, גם כאשר אין בידו להניח תשתית ראייתית מספקת לפגם שנפל בהחלטה. יפים לעניין זה דבריו של כבוד השופט (בדימוי) י' זמיר:<sup>7</sup>

**"מסתבר כי בפועל עילת הסבירות מביאה תועלת בביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות לאו דווקא כעילה לפסילת החלטות אלא בעיקר כדרך לפתוח את שערי בית המשפט, בהיעדר ראיות לפגם מסוים שנפל בהחלטה, ובדרך זאת להקל על בירור שאלת החוקיות של ההחלטה. [...] ביטול עילה זאת, ואפילו צמצום העילה, יפגע ביכולת של בית המשפט לעשות משפט צדק עם בני אדם שנפגעו מהחלטות מינהליות, לשמור על שלטון החוק, ובאופן כללי למנוע שימוש לרעה בסמכות המינהלית, ובכלל זה למנוע שחיתות אישית ופוליטית."**

31. יתרה מכך, התיקון לחוק היסוד אף עלול ליצור אפקט מצנן שירתיע אזרחים מלעתור לבית המשפט כנגד החלטות שלטוניות הלוקות באיסבירות קיצונית, ואף לפגוע בגישה לערכאות. כפי שנראה בהמשך הדברים, התיקון לחוק היסוד מגביר, בנוסף, את הסיכון לשימוש לרעה בסמכויות הרגולטוריות הפרטניות המסורות לשרים (על ההשלכות הכבדות על הדמוקרטיה ועל כללי המשחק הפוליטיים הנשקפות מסיכון זה נעמוד בפרק "ו" להלן). על רקע האמור, נקל להיווכח כי הוראותיו של התיקון לחוק היסוד, אילו יעמדו על כנן, עלולות לפגוע פגיעה אנושה בשלטון החוק.

## **2.4. התיקון לחוק היסוד עלול לפגוע פגיעה אנושה בעצמאותם של שומרי הסף ובראשם**

### **מערך הייעוץ המשפטי לממשלה**

32. אחד התחומים המרכזיים שעלולים להיוותר פרוצים ומאוימים כתוצאה מביטול עילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה והשרים הוא תחום המינויים הבכירים בשירות הציבורי. לממשלה ולשרים בישראל מסורות סמכויות נרחבות ביותר בכל הנוגע למינויים של נושאי משרה בכירים בשירות הציבורי, לרבות לתפקידים בעלי חשיבות דרמטית בשמירה על עקרונות דמוקרטיים כגון שומרי סף ורגולטורים עצמאיים.

33. בשונה ממדינות דמוקרטיות אחרות בעולם,<sup>8</sup> בישראל נושא מינויים והפסקת כהונתם של נושאי משרה בכירים בשירות הציבורי אינו נתון לביקורת פרלמנטרית (שממילא לא הייתה יכולה להיות אפקטיבית בשים לב לשליטת הממשלה בכנסת), אלא נתון לביקורת ולפיקוח של מנגנון שיפוט.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** עמ' 3868–3870 (2020).

<sup>8</sup> על מנגנוני פיקוח פרלמנטריים בתחום המינויים במדינות דמוקרטיות בעולם ראו בהרחבה: ישי לקס ואח' **מנגנוני אישור, בקרה וביקורת שיפוטית על מינויים בידי הממשלה** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2023) (להלן: **מנגנוני בקרה על מינויים**).

<sup>9</sup> מדינות דמוקרטיות נוספות, מקיימות אף הן מנגנוני פיקוח שיפוטיים על נושא מינויים. ראו שם.

34. יוער, כי נושא מינויים והפסקת כהונתם של נושאי משרה בכירים שונים בשירות הציבורי, לרבות אופן הפסקת כהונתם של היועץ המשפטי לממשלה והיועצים המשפטיים למשרדי הממשלה, לא הוסדר באופן ממצה בחקיקה. על רקע מציאות זו, עילת הסבירות התעצבה לאורך השנים בפסיקה כעילת התערבות המרכזית שבאמצעותה בית המשפט מתערב במהלכי מינוי או הדחה פסולים של נושאי משרה בכירים בשירות הציבורי. בהקשר זה, כב' הנשיאה בדימוס מ' נאור אף ציינה בבג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ. שר החוץ, פס' 2 (12.2.2015), כי לעיתים עילת הסבירות תהיה עילת ההתערבות היחידה שבאמצעותה בית המשפט יוכל להתערב במינויים פסולים:

**"לא אחת עילת הסבירות היא עילת ההתערבות היחידה שבאמצעותה ניתן למנוע מינוי פסול. מכאן גם חשיבותה של הסבירות בהרתעה מראש של רשויות השלטון. רשות היוזעת כי אם תפעל בחוסר סבירות קיצוני עשוי בית המשפט להתערב בפעולתה תבחן בעצמה, לפני מתן ההחלטה, את סבירותה."**

35. שלילה מהותית של תחולת עילת הסבירות על החלטות ממשלה ושרים שעניינן מינויים עלולה להקנות לממשלה ולשריה יכולת להדיח ללא מצרים, ומטעמים פסולים, נושאי משרה בכירים בשירות הציבורי, ולמנות תחתם את אנשי אמונם, אף אם מינויים חורג באופן קיצוני ממתחם הסבירות, בין מטעמים של טוהר מידות ובין מטעמים מקצועיים.

36. מכאן, שהתיקון לחוק היסוד הוא כחרב מתהפכת מעל ראשיהם של נושאי המשרה הבכירים בשירות הציבורי, המציב אותם במצב בלתי נסבל שבו הם יתקשו לתפקד כנאמני ציבור, בידיעה שעמידתם על דעתם המקצועית ככל שהיא מנוגדת לעמדת השר, עלולה להוביל לפיטוריהם המיידיים.

37. לפיכך, ככל שהתיקון לחוק היסוד אכן ישלול מהותית מבית המשפט יכולת לבקר באופן אפקטיבי החלטות בלתי סבירות באופן קיצוני הנוגעות למינויים ולהדחתם של בכירים בשירות הציבורי, משמעות הדבר תהיה פגיעה אנושה ורחבת היקף בעצמאותו ובמקצועיותו של השירות הציבורי בישראל.

38. חמורה במיוחד היא הסכנה הנשקפת לעצמאותם של שומרי הסף ושל הרגולטורים המקצועיים מביטול עילת הסבירות. בהקשר זה ראוי להביא מדבריו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ציבורימינהלי), עו"ד גיל לימון, בהתייחסו להצעת התיקון לחוק היסוד במסגרת הדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט:<sup>10</sup>

**"תחום המינויים הממשלתיים, בדגש על הבכירים שבהם, יהיה פרוץ למינויים שפוגעים בטוהר המידות ובמנהל התקין, ובסופו של דבר, הדבר יפגע בציבור כולו. זהו פתח להשחתה של השירות הציבורי ולפגיעה באמון הציבור בו. חשוב להדגיש, שהרוב המכריע של המינויים הבכירים והמשמעותיים ביותר בשירות בציבורי הם מינויים שנעשים על ידי שרים או על ידי הממשלה כולה. רק בממשלה המכהנת, כמעט עשירית מההחלטות הממשלה שהתקבלו עד כה, בממשלה, עסקו במינויים לתפקידים שונים. הקושי המתואר נכון גם להחלטות על פיטוריהם של בעלי תפקידים בכירים שמונו על-ידי**

<sup>10</sup> פרטוקול ישיבה 108 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25 (26.6.2023).

**הממשלה, חלקם ממלאים תפקידים רגישים ביותר של שומרי סף ורגולטורים מקצועיים. ההגנות המשפטיות הקיימות מפני סיום שרירותי של תפקידם של אלה, ובראשן עילת הסבירות, מאפשרות להם לתפקד באופן עצמאי לטובת האינטרס הציבורי. מניעת ביקורת שיפוטית על החלטות פיטורין כאמור בעילת הסבירות עלולה לפגוע בעצמאותם של שומרי הסף ובסופו של יום – באינטרס הציבורי.**

39. ראוי להזכיר, כי רכיבים אחרים ב"רפורמה המשפטית", המתייחסים באופן ספציפי למוסד הייעוץ המשפטי לממשלה, מבקשים להחליש את מעמדם העצמאי של היועצים המשפטיים, בין בדרך של שינוי מנגנון המינוי של היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה,<sup>11</sup> ובין באמצעות שלילת מעמדן המחייב של חוות דעתם המשפטיות.<sup>12</sup> ככל שהתיקון לחוק היסוד ישלול מבחינה מהותית מבית המשפט יכולת להעביר ביקורת אפקטיבית על הליך מינויים והדחתם של היועץ המשפטי לממשלה ושל היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה, הרי שבמידה רבה הוא כבר צפוי להגשים את התכליות העומדות ביסוד יתר רכיבי "הרפורמה" המתייחסים למוסד הייעוץ המשפטי. לא ניתן להתעלם בהקשר זה מהכרזותיהם של בכירי הקואליציה, הקוראים כבר עתה לפיטוריה של היועצת המשפטית לממשלה, ואף קושרים באופן מפורש בין התיקון לחוק היסוד לבין פיטוריה.<sup>13</sup>

### **3. ד. חשיבות עצמאותו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה בשמירה על שלטון החוק**

40. לפגיעה שעלולה להגרם לעצמאותם של היועצים המשפטיים בעקבות התיקון לחוק היסוד נודעת חשיבות יתרה בכל הנוגע לשלטון החוק. למערך הייעוץ המשפטי לממשלה חשיבות כפולה: פעם אחת בכך שהוא מסייע לבית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על פעילות השלטון, ופעם שנייה בכך שהוא אמון באופן ישיר על פיקוח שוטף אחר פעילות הרשויות ווידוא כי החלטותיהן נעשות בהתאם לשורת הדין. לפיכך, מערך הייעוץ המשפטי לממשלה משמש אחד ממנגוני הביקורת החשובים והחיוניים על פועלה של הממשלה בשיטתנו.

41. הביקורת השיפוטית החיצונית של בית המשפט והפיקוח הפנימי של מוסד הייעוץ המשפטי הם, אפוא, שני מנגנונים משלימים התלויים זה בזה. למעשה, עצם היכולת של בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על תקינות פעולות הממשלה תלוי במידה רבה ביכולתו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה לתפקד כ"שומר סף" עצמאי ואפקטיבי.

42. פעילות הממשלה היא בבחינת קופסה שחורה. היא מתבצעת בעיקרה בתוככי המשרד הממשלתי, מתאפיינת בשקיפות נמוכה ונותרת על פי רוב סמויה מעין הציבור. לפיכך, יכולתם של גורמים חיצוניים לעשייה הממשלתית להתחקות אחר תהליך קבלת ההחלטות השלטוני באופן שוטף היא מוגבלת ביותר.

43. מתכונה זו של פעילות הממשלה נובעת מגבלה מובנית של הביקורת השיפוטית – על מנת שביקורת שיפוטית על פעולה שלטונית מסוימת תתקיים, תנאי יסודי הוא שתוגש תחילה עתירה מתאימה. ברם, לא אחת אזרחים לא יהיו מודעים לקיומה של פעולה שלטונית המקפחת את זכויותיהם, ומכאן שמלכתחילה לא יפנו לערכאות השיפוטיות לקבל סעד מתאים. יתרה מכך, גם

<sup>11</sup> הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"ג–2022.

<sup>12</sup> הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון סמכויות הממשלה בענייניה המשפטיים), התשפ"ג–2023.

<sup>13</sup> "השר קרעי: אי אפשר לפטר את היועמ"שית כל כך מהר – בגלל עילת הסבירות" הארץ 28.6.2023 <https://www.haaretz.co.il/news/politi/2023-06-28/ty-article/premium/00000189-0265-d92b-adf9-327d5ceec0000>

במקרים שהפרט מודע לעצם קיומה של פעולה שלטונית, הוא עלול להיתקל בפערי מידע משמעותיים שימנעו ממנו יכולת להניח תשתית עובדתית הדרושה לביסוס עתירתו.<sup>14</sup>

44. העובדה שמערך הייעוץ המשפטי משמש שחקן פנים מוסדי השלוב באופן אינטגרלי בפעילות המשרד הממשלתי, אך שומר על עצמאות מקצועית, מקנה למוסד זה מספר יתרונות מוסדיים ייחודיים, שאינם מתקיימים בגורמי פיקוח החיצוניים, לרבות בית המשפט, אשר הופכים אותו ל"שומר סף" בעל חשיבות ראשונה במעלה בהגנה על שלטון החוק ועל האינטרס הציבורי. בתוך כך, העובדה שהיועצים המשפטיים שלובים בעשייה המשרדית השוטפת מקנה להם נגישות למידע ויכולת לפקח באופן אפקטיבי ובזמן אמת על הפעילות השלטונית, ועל תהליכי קבלת ההחלטות השוטפים. על ידי כך מתאפשר למערך הייעוץ המשפטי למנוע מבעוד מועד את הנזקים שעלולים להיגרם מהחלטה מינהלית פגומה או בלתי חוקית, וכן לחסוך את העלות הציבורית הכרוכה בביטול בדיעבד של החלטה שכבר התקבלה על ידי המשרד הממשלתי. על כך יש להוסיף כי ליועצים המשפטיים מומחיות מקצועית במטרייה הנוגעת לתחומי הפעילות של המשרדים הממשלתיים כמו גם במערכת הדינים הייחודית שחלה על אותה פעילות מאפשרת להם להעריך בצורה שלמה ומאוזנת יותר את השיקולים העומדים ביסוד תהליך קבלת ההחלטות ואת השלכות התערבותם. יתרונות מוסדיים אלו מאפשרים למוסד הייעוץ המשפטי לבלום מבעוד מועד פעולות שלטוניות המנוגדות לדין, הפוגעות בשלטון החוק ובאינטרס הציבורי הרחב, עוד בטרם אלו מגיעות לפתחו של בית המשפט.

45. חשיבותו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע להשלטת המשפט והחוק בעשייה הממשלתית, מתבטאת בכך שהיועצים המשפטיים ממלאים תפקיד חשוב בהטמעת נורמות והנחיות של המחוקק ושל בית המשפט בקרב גורמי הממשלה. זאת, מתוקף היותם "הפרשן המוסמך" של הדין עבור הממשלה, ומכך שעמדתם המשפטית מחייבת את הממשלה (כל עוד לא נקבעה עמדה משפטית אחרת על ידי בית המשפט).

46. דרך נוספת שבה מערך הייעוץ המשפטי מגן על שלטון החוק ועל האינטרס הציבורי הרחב מתבטאת באמצעות הפיקוח ב"זמן אמת" כי פעולות הממשלה נעשות בהתאם לכללי המינהל התקין. כך למשל, היועצים המשפטיים אמונים על עריכתם ועל אכיפתם של הסדרים למניעת ניגודי עניינים בממשלה; מפקחים כי אל תוך תהליך קבלת ההחלטות הממשלתי לא מסתננים שיקולים זרים; מוודאים כי כלל השיקולים הרלוונטיים נשקלים במסגרת תהליך קבלת ההחלטות; מוודאים כי החלטות שלטוניות מתקבלות על יסוד קריטריונים שוויוניים, ענייניים ופומביים; מעודדים שקיפות של הפעילות השלטונית ועוד.

47. באמצעות פיקוח ב"זמן אמת" כי הפעולות של הממשלה ושל שריה מתבצעות בהתאם לכללי המינהל התקין, היועצים המשפטיים מייצרים תנאי סביבה המקשים על מקבלי החלטות בממשלה לעשות שימוש לרעה בכוח השלטוני ולבצע פרקטיקות מושחתות. בנוסף, הם מעודדים קיומו של שיח פנימי בתוך הממשלה הנותן ביטוי גם לעמדות מיעוט; משמשים כמגבר לשיקולים מקצועיים שמציפים גורמי המקצוע במשרדי הממשלה; ומאפשרים לאינטרסים של קבוצות הסובלות מייצוג חסר להישמע.

<sup>14</sup> דפנה ברק־ארז אזורחנית־צרכן, משפט ושלטון בחברה משנתה 45 (2012).

48. קיומו של מנגנון פיקוח פנימי אפקטיבי בדמות מערך יעוץ משפטי לממשלה עצמאי ומקצועי, אף מאפשר לבית המשפט להפחית את מידת הביקורת השיפוטית הנדרשת על פעולות הממשלה. על כן, פגיעה בעצמאותם המקצועית של היועצים המשפטיים, כפי שזו נשקפת מהתיקון לחוק היסוד, תפגע באופן אנוש ביכולתם של היועצים המשפטיים לבלום פעולות ממשלה המתבצעות בניגוד לכללי מינהל תקין.

49. המשמעות המעשית של הפגיעה בעצמאותם של שומרי הסף הממשלתיים, ובפרט בעצמאותו של מערך היעוץ המשפטי לממשלה, הנשקפת מהתיקון לחוק היסוד היא ברורה – פגיעה אנושה בשלטון החוק.

#### 4.ד. פגיעה בעצמאותם של שומרי הסף תוסיף לפגוע ביכולתו של בית המשפט להפעיל

##### ביקורת שיפוטית על הממשלה ולמנוע פגיעה בשלטון החוק

50. החלשת עצמאותם של שומרי הסף, ושל מערך היעוץ המשפטי בפרט, תטיל את מלוא נטל הביקורת על פעולות הממשלה על כתפיו של בית המשפט, וזאת לאחר שמסל הכלים שלו ילקח אחד מכלי הביקורת המרכזיים (בהנחה שהתיקון לחוק היסוד יוותר על כנו).

51. כאמור, נחיצותה של עילת הסבירות מתעצמת ביתר שאת, דווקא במצב דברים שבו יכולתו של בית המשפט לגבש תמונת מצב עובדתית הינה מוגבלת.

52. יכולתו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות הממשלה תלויה במידה רבה ביכולתו לקבל תמונה עובדתית מלאה ומהימנה ממערך היעוץ המשפטי לממשלה באשר לאופן פעילותם של הגורמים הממשלתיים.

53. עד היום מערך היעוץ המשפטי לממשלה היה מחויב, כחלק מהאתוס הבסיסי שלו כנאמן ציבור, להציג בפני גופי הפיקוח החיצוניים, לרבות לבית המשפט, מידע מלא ואמין באשר לאופן פעילותם של הגופים הממשלתיים.

54. שלילה מהותית של תחולת עילת הסבירות על החלטות ממשלה ושרים, באופן שיאפשר לממשלה ולשריה לפטר ביתר קלות יועצים משפטיים המגלים עצמאות מקצועית, ולמנות תחתם יועצים משפטיים אנשי אמונם שיראו בנאמנות לממשלה או לשר הממונה ערך עליון, תעמיד בספק את המשך מחויבותם של היועצים המשפטיים לאתוס הגילוי המלא אודות הפעילות הממשלתית בפני בית המשפט.

55. כפועל יוצא מכך, היכולת של בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על פעולות הממשלה ושריה באמצעות החלת עילות התערבות שונות במשפט המינהלי, המחייבות כי תונח בפניו תמונה עובדתית מספקת, תוגבל באופן משמעותי.

56. בהיעדר יכולת לגבש תמונה עובדתית הנחוצה לצורך החלת עילות התערבות שונות, ובהיעדרה של עילת הסבירות, קיים חשש ממשי כי במקרים שונים תישלל מבית המשפט יכולת מעשית לבצע את מלאכת הביקורת השיפוטית על פעולות הממשלה ושריה.

57. המשמעות של שלילת תחולתה של עילת הסבירות על החלטות הממשלה והשרים היא, אפוא, דילול משמעותי של מערכות ההגנה שמספקים מערכת המשפט ומוסד הייעוץ המשפטי לממשלה מפני שימוש פסול בכוח השלטוני המסור לממשלה ולשרים.<sup>15</sup>

58. כתוצאה מכך עלולים להיווצר "חורים שחורים", במובן זה שתחומי פעילות של הממשלה יהיו מבחינה מעשית חסינים מביקורת כלשהי. משמעות הדבר היא היווצרותם של "שטחי הפקר" שבהם הממשלה ושריה ייהנו מכוח בלתי מוגבל, בהיעדר גורם שיוכל לפקח באופן אפקטיבי על תקינות פעילותיהם. זהו פתח מסוכן לשחיתות שלטונית שלא תדע גבול.

59. לאור האמור, ככל שתיקון חוק היסוד יעמוד על כנו, באופן שישלול מבחינה מהותית את היכולת של בית המשפט להחיל את עילת הסבירות על החלטות ממשלה ושרים, משמעות הדבר היא פגיעה אנושה בעקרון שלטון החוק, שהינו אחד מהמאפיינים הגרעיניים המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה דמוקרטית.

## **ה. התיקון לחוק היסוד פוגע בפגיעה אנושה בקיום הפרדת רשויות ובעצמאות**

### **הרשות השופטת**

60. כפי שיפורט בתמצית להלן, התיקון לחוק היסוד פוגע בפגיעה אנושה בשני מאפייני יסוד נוספים של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית: עקרון הפרדת הרשויות ועקרון עצמאות הרשות השופטת.

61. עקרון הפרדת הרשויות נועד למנוע ריכוז כוח רב מידי בידי רשות שלטונית אחת, זאת באמצעות ביזורו של הכוח השלטוני בין רשויות נפרדות, שביניהן מתקיים מתח מתמיד של איזון ובקרה הדדיים.

62. המבנה הדמוקרטי בישראל מקיים באופן חלש את עקרון הפרדת הרשויות. הדמוקרטיה בישראל סובלת מגירעון משמעותי באיזונים ובלמים בהשוואה לדמוקרטיות אחרות בעולם. בשונה ממדינות דמוקרטיות אחרות, מדינת ישראל לא אימצה אל שיטתה מנגנונים מבניים מקובלים שנועדו לבזר ולרסן את כוחן השלטוני של הרשויות הפוליטיות (הרשות המחוקקת והרשות המבצעת). מחקר שנערך לפני שנים אחדות, סקר חמישה מודלים של מנגנונים מבניים שמקדמים ביזור של כוח שלטוני, אשר אומצו, לכל הפחות בחלקם, במדינות דמוקרטיות שונות: שני בתי פרלמנט; שיטה נשיאותית שמבוססת על הפרדה קשיחה; שיטת משטר פדרלית; שיטת בחירות אזוריות; כפיפות לגופים בינלאומיים. דירוג שערך ארגון Freedom House ל-66 מדינות דמוקרטיות מגלה תמונה לפיה ישראל היא המדינה הדמוקרטית היחידה שבה לא קיים אף לא אחד מהמנגנונים המבניים המקובלים על ריסון הכוח השלטוני.<sup>16</sup>

63. כפועל היוצא מכך, נטל ריסון הכוח השלטוני של הרשויות הפוליטיות בישראל נופל על כתפיהם של שני מוסדות עיקריים – בתי המשפט ומערך הייעוץ המשפטי לממשלה.

<sup>15</sup> ראו יובל שני, **ביטול עילת הסבירות הוא צעד נוסף בהעברת כוח שלטוני בלתי מוגבל לממשלה** (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2023).

<sup>16</sup> המנגנונים המבניים המקובלים הם פיצול הרשות המחוקקת לשני בתי פרלמנט; שיטה נשיאותית; שיטת משטר פדרלי; שיטת בחירות אזוריות; כפיפות לגורפים בינלאומיים. ראו, למשל: עמיחי כהן **פסקת ההתגברות** 15–22 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2018); ענת שורק ועירא הרדי **מערך הייעוץ המשפטי לממשלה: על האינטרס הציבורי וריסון הכוח השלטוני בהקשרים רגולטוריים** (מכון לואיס ברנדייס לחברה לכלכלה ולדמוקרטיה 2023) (להלן: **מחקר המדיניות של המכון**); עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** מד, 87, 117–121 (תשפ"א).

64. ואולם, בהיעדר חוקה פורמלית ומשוריינת המעגנת את חלוקת הכוח בין הרשויות, גם מעמדם העצמאי של הבלמים היחידים הפועלים על הכוח השלטוני בשיטתנו הינו שברירי.

65. בנוסף, בישראל לא מתקיימות, מבחינה מעשית, שלוש רשויות עצמאיות ונפרדות. שיטת המשטר הפרלמנטרית הנהוגה בישראל מבוססת על בית מחוקקים אחד (בשונה ממדינות דמוקרטיות רבות אחרות בהן הפרלמנט מורכב משני בתים), שבו הרשות המבצעת מחזיקה ברוב קואליציוני מובנה מקרב חברי הכנסת. **מציאות זו מאפשרת לממשלה לשלוט מבחינה מעשית בפעילות הכנסת**, הן בהיבטים הנוגעים להליכי חקיקה והן בהיבטים הנוגעים לפיקוח הפרלמנטרי על פעילותה של הממשלה. שליטתה של הממשלה בכנסת מושגת באמצעות מגוון מגוונים כגון: משמעת קואליציונית המקיפה כמעט כל עניין העולה על סדר יומה של הכנסת; ועדת שרים לענייני חקיקה שמאפשרת לשרי הממשלה לתאם מראש מה תהיה עמדת הממשלה ביחס לכל הצעת חוק העולה על סדר יומה של הכנסת ולהכריע את גורלה; "חוק הסדרים" שמקנה בידי הממשלה אפשרות להעביר רפורמות כלכליות נרחבות בתחומי מפתח במשק הישראלי בהליך פרלמנטרי מזורז המחליש את הפיקוח הפרלמנטרי על הממשלה; רוב קואליציוני מובנה ברוב וועדות הכנסת.

66. התיקון לחוק היסוד בענייננו מהווה מקרה מובהק לאופן שבו הממשלה מנצלת לרעה את שליטתה בכנסת על מנת לעשות שימוש בסמכותה המכוננת של הכנסת. באמצעות התיקון לחוק היסוד הממשלה מתפרקת, הלכה ולמעשה, מחובות הסבירות שהיא חבה בהן כלפי האזרחים, ומסירה מעליה מגבלות העומדות בינה לבין "השמנת".

67. שלילת כלי ביקורת חיוני מבית המשפט בדמות עילת הסבירות באופן, שכאמור, עלול אף להשפיע על מידת עצמאותם של שומרי הסף, תפגע פגיעה אנושה בעצמאות הרשות השופטת כמו גם בעקרון הפרדת הרשויות בישראל, החלש ממילא. מעבר לכך, עמדת המכון היא כי גם במישור העקרוני – הותרת התיקון לחוק היסוד על כנו משמעה הכרה עקרונית בכך שהממשלה יכולה לנצל לרעה את שליטתה בכנסת כדי לפלוש לתחום הפעילות של הרשות השופטת, באמצעות נטילת סמכויות וכלים המסורים באופן טבעי לבית המשפט. גם מהטעם הזה עמדת המכון היא כי על בית משפט נכבד זה להתערב בהוראות התיקון לחוק היסוד – בין אם בדרך של פסילתו ובין אם בדרך של תחולה נדחית.

68. זאת ועוד. לעמדת המכון, במקרים שבהם רשות מבקשת לעשות שימוש בסמכות מכוננת על מנת להסיר מעליה מגבלות החלות על כוחה השלטוני (להבדיל ממקרים שבהם היא מחילה מגבלות על כוחה השלטוני), ובפרט מקום בו השימוש בסמכות המכוננת נעשה בלא הליך מיוחד או על בסיס רוב מיוחד, הרי שיש הצדקה מיוחדת כי בית המשפט יסטה מהריסון השיפוטי שהוא נוהג להחיל על עצמו. בהקשר זה יפים דבריו של כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) ח' מלצר **בעניין ממשלת החילופים**:<sup>17</sup>

"הריסון שאותו אמורה לנקוט הרשות המכוננת בתיקון החוקה מחייב גם ריסון מצד בית המשפט בביקורת השיפוטית, ולהפך: ככל שהרשות המכוננת איננה נוקטת ריסון של ממש בתיקון העקרוני החוקתיים, נכוונתו של בית המשפט לבקר אותה תהיה רחבה יותר –

<sup>17</sup> בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, סי' 93 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) ח' מלצר (12.7.2021) (להלן – "עניין ממשלת החילופים").



גם אם היא עדיין תהא מצומצמת יותר מאשר הביקורת כלפי חקיקה במעמד נורמטיבי רגיל".

## **ו. התיקון לחוק היסוד מהווה שינוי מהותי של כללי המשחק באופן המנציח**

### **את מעמדם השלטוני של הגורמים הפוליטיים שבשלטון**

69. לעמדת המכון, התיקון לחוק היסוד מהווה מקרה מובהק של שימוש לרעה בסמכות המכוננת בידי הרוב הקואליציוני בכנסת, הנשלט כאמור על ידי הממשלה. באמצעות התיקון לחוק היסוד, הרוב הקואליציוני מבקש לשנות את כללי המשחק הדמוקרטיים הבסיסיים באופן מידי ו"תוך כדי משחק", באופן שישחרר את הממשלה ממגבלות החלות על כוחה השלטוני.

70. כפי שיפורט להלן, קיים חשש ממשי וקונקרטי, כי תחולתו המיידית של התיקון לחוק היסוד, כשלעצמה, תקנה בידי הרוב הקואליציוני הנוכחי יתרון פוליטי בלתי-הוגן, שיסייע לו לבצר את שלטונו, ויפגע בעצם האפשרות לחילופי שלטון בעתיד. חשש זה מתעצם ביתר שאת בשים לב לצבר הצעות החוק שבקנה, שעליהן הקואליציה הכריזה במסגרת ה"רפורמה המשפטית", שנועדו אף הן להחליש את כוחם של בית המשפט ושומרי הסף.

### **1.ו. התיקון לחוק היסוד יאפשר לרוב הקואליציוני שבשלטון להשיג יתרונות פוליטיים**

#### **בלתי הוגנים שיסייעו לו בהנצחת מעמדו השלטוני**

71. כפי שהוצג בהרחבה לעיל, שלילת היכולת של בית המשפט להתערב בהחלטות ממשלה ושרים בעילה כי הן לוקות באי-סבירות קיצוני, משמעותה החלשה משמעותית של מערכות ההגנה שמספקים בית המשפט ושומרי הסף (ובראשם מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה) מפני שימוש פסול בכוח השלטוני המסור לממשלה ולשרים.

72. משמעות הדבר היא כי תחומי פעילות שונים של הממשלה יהפכו ל"שטחי הפקר" שבהם הממשלה ושריה ייהנו מכוח בלתי מוגבל, בהיעדר גורם שיוכל לפקח באופן אפקטיבי על תקינות פעילותיהם.

73. מכאן, קיים סיכון ממשי כי ביטול תחולת עילת הסבירות על החלטות ממשלה ושרים ייצור תנאי סביבה שיקלו על נבחרי ציבור בממשלה לעשות שימוש לרעה בכוחם השלטוני על מנת להשיג "הטבות" פוליטיות ואלקטוראליות בלתי הוגנות, באופן שיאפשר לרוב הקואליציוני שבשלטון להנציח את מעמדו השלטוני ולפגוע באפשרות המעשית לחילופי שלטון עתידיים.

74. תחום מרכזי שלגביו קיים חשש זה הוא תחום המינויים הבכירים בשירות הציבורי.

75. כפי שציינו, לממשלה בישראל מסורות סמכויות נרחבות ביותר בכל הנוגע למינויים של נושאי משרה בכירים בשירות הציבורי, לרבות לתפקידים בכירים במוסדות החינויים לתפקודה התקין של חברה דמוקרטית (ובכלל זה שומרי סף, רגולטורים מקצועיים, נציגי שירות המדינה, החשב הכללי, הסטטיסטיקן הלאומי, חברי מ"ג ועוד).

76. על משמעותה של שלילת סמכותו של בית המשפט לבחון אם החלטות של הממשלה או של שרים לוקות באי-סבירות קיצוני בהקשר של מינויים של נושאי משרה בכירים עמדנו לעיל.

77. מישור נוסף שלגביו קיים חשש נוגע למישור הרגולטורי. בהקשר זה, התיקון לחוק היסוד יוביל להיווצרות "שטח הפקר" שבמסגרתו נבחרי הציבור בממשלה יוכלו לעשות שימוש לרעה בכוחם

השלטוני (ובסמכויות הרגולטוריות החריגות שמסורות להם) כדי להשיג יתרונות פוליטיים שיבצרו את מעמדם השלטוני.

78. כמפורט לעיל, שרי הממשלה בישראל מרכזים בידיהם סמכויות רגולטוריות פרטניות נרחבות ביותר במגוון רחב של תחומים כלכליים – סמכויות שאין להן אח ורע בדמוקרטיה אחרות בעולם. סמכויות אלו מקנות בידי נבחרי הציבור בממשלה כוח חריג להשפיע באופן ישיר על אינטרסים כלכליים משמעותיים של שחקנים מפוקחים בשוק הפרטי, בשים לב לכך שהחלטות רגולטוריות פרטניות עשויות להשפיע באופן מהותי על "השורה התחתונה" של עסקיהם. כתוצאה מכך בישראל קיימת **תלות מוגברת של שחקנים מפוקחים בשוק הפרטי בממשלה**.<sup>18</sup>

79. מצדו השני של המטבע, גורמים מפוקחים חזקים וקבוצות אינטרס השואפים להטות לטובתם את תהליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות, עשויים להפעיל מנופי לחץ פוליטיים ואלקטוראליים על מנת "לשבות" נבחרי הציבור בממשלה, שלהם יכולת להשפיע על קבלת ההחלטות הרגולטוריות בעניינם. רמת הריכוזיות הגבוהה במשק הישראלי מגבירה את החשש ששחקנים מפוקחים חזקים ירתמו את כוחם הכלכלי כדי "לשבות" את תהליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות באמצעות השפעה על התהליך הפוליטי. הנחת המוצא היא שלריכוז של כוח כלכלי יש נטייה להתרגם לכוח פוליטי.

80. כתוצאה מכך עלולה להיווצר דינמיקה של התלכדות אינטרסים בין גורמים מפוקחים חזקים בשוק הפרטי לבין נבחרי הציבור בממשלה, המבוססת על הבנה משותפת, כי כל צד מחזיק באינטרס משמעותי שהצד השני בעל יכולת לקדמו – ובמילים אחרות היווצרות של יחסי "הון-שלטון".

81. הסיכון הנשקף מדינמיקה זו הוא כפול: פעם אחת, בכך שכללי המשחק הרגולטוריים יוטו לטובת האינטרסים העסקיים של הגורמים המפוקחים ה"שובים" על חשבון האינטרס הציבורי הרחב. ופעם שניה, בכך שדינמיקה זו תביא ל"זיהום" של התהליך הפוליטי עצמו. זאת, מאחר ונבחרי הציבור בממשלה הבוחרים לשתף פעולה עם גורמים מפוקחים חזקים עשויים לזכות ביתרון פוליטי בלתי הוגן שיסייע להם לבצר את מעמדם השלטוני.

82. נקודת מפגש מרכזית שבה יכולה להיווצר "התלכדות" בין האינטרסים של גורמים מפוקחים לבין אינטרסים של השלטון היא התקשורת. כידוע, במשטר דמוקרטי תוצאות הבחירות נקבעות בקלפי, אך הן מוכרעות בדעת הקהל, המתעצבת במידה רבה דרך סיקור תקשורתי. לפיכך, שליטה באמצעי תקשורת חדשותיים עשויה להקנות לגורמים מפוקחים מנוף לחץ אפקטיבי במיוחד על פוליטיקאים, זאת מאחר שסיכוייהם של פוליטיקאים להיבחר מחדש מושפעים במידה רבה מסדר היום התקשורתי ומאופי סיקורם בתקשורת. כתוצאה מכך, באמצעות השליטה באמצעי תקשורת גורמים מפוקחים עשויים להשיג השפעה מוגברת על תהליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות, באופן שיטה את כללי המשחק לטובת האינטרסים הכלכליים שלהם בעסקיהם האחרים הפועלים בענפים מפוקחים.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> ראו בהרחבה, מחקר המדיניות של המכון, לעיל ה"ש 13.  
<sup>19</sup> הוועדה לצמצום הריכוזיות מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית 3.3.2019 12–13 (2019).

83. הסיכון לשבי רגולטורי באמצעות שליטה על אמצעי תקשורת אף זכה להתייחסות מיוחדת בחוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד–2013 (להלן: **חוק הריכוזיות**). כך, לפי החוק, גורם המוגדר כ"בעל השפעה בתחום השידורים או העיתונות הכתובה" ייחשב, באופן אוטומטי, ל"גורם ריכוזי".<sup>20</sup> הוועדה לצמצום הריכוזיות עמדה על הסיכון הנשקף לקבלת ההחלטות השלטוני משליטה של גוף בעל כוח כלכלי ריכוזי על אמצעי תקשורת.<sup>21</sup>

**"תחום התקשורת הוא לפיכך "מכפיל כוח" משמעותי ביותר עבור כל גוף המבקש לרכוש השפעה על מקבלי ההחלטות (בין ישירות ובין דרך השפעה על דעת הקהל), ומטבע הדברים מאפשר לקדם אינטרסים שונים בהתאם למגוון הענפים בהם פועל הגוף הריכוזי. אם כן, ככל שגורם ריכוזי בעל פעילות ענפה וחשובה יותר בתחומים רבים, לרבות בתשתיות חיוניות, כך ההשפעה הפוטנציאלית שעשויה להקנות לו החזקה בכלי תקשורת ביצירת כוח מיקוח מול קובעי המדיניות מתעצמת."**

84. השליטה באמצעי התקשורת עלולה לייצר תמריץ למפוקחים ולנבחרי ציבור לרקום עסקאות "תן וקח" שבמסגרתן יינתנו הטבות רגולטוריות למפוקחים, בתמורה לסיקור תקשורתי אוחד למקבל ההחלטות. כבר בשנת 2003 עמדו המלומדים **אזרחי, גושן ולשם** על פוטנציאל הסכנה להיווצרות יחסי הון-שלטון בין מפוקחים לנבחרי ציבור דרך השליטה על אמצעי התקשורת.<sup>22</sup>

"בתנאים של בעלות צולבת כמו בישראל, יש לבעלי השליטה תמריצים חזקים להחליף מצגי אמת במצגים מוטים לצורכי שיווק. יתר על כן, אם בעלי השליטה בתקשורת המסחרית תלויים בגורמים ממשלתיים ופוליטיים המשפיעים על הסדרת ענף התקשורת, משני הצדדים נוצרים תמריצים לעשות טרנסקציות שבהן ניתנים תנאים כלכליים עדיפים – בין בגלוי ובין בסמוי – תמורת העדפה בסיקור התקשורתי. בישראל הזיקות בין בעלי השליטה בתקשורת ובין גורמים פוליטיים הן אחת הדוגמאות העיקריות לנזקים ולסכנות שביחסי קרבה מיוחדים בין הון לשלטון."

"בשוק תקשורת ריכוזי אמצעי תקשורת עלולים להעניק יחס מועדף לנבחרי ציבור, המקיימים יחסי "תן וקח" עם השולטים באמצעי התקשורת. ריכוזיות שוק התקשורת מקלה על בעלי שררה שלטונית להתערב בניהולו, עלידי מתן טובות הנאה לבעלי השליטה באמצעי התקשורת. קיומן של בעלויות צולבות עלול לערער את האיזון הראוי שבין כוחה של התקשורת לכוחו של השלטון, עלידי טשטוש ההפרדה שבין רשויות השלטון לבין האינטרסים הכלכליים של בעלי השליטה באמצעי התקשורת. הפרדה כזו חיונית ליכולתה של התקשורת לבקר באפקטיביות את מהלכיהן של רשויות השלטון, כמו גם לכוחו של השלטון להגן על הציבור מפני ניצול לרעה של כוח כלכלי ריכוזי."

<sup>20</sup> סי' 4(א)(1)(א)(3) לחוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד–2013; עמ' 1091 לדברי ההסבר לחוק הריכוזיות [https://fs.knesset.gov.il/18/law/18\\_ls1\\_216293.pdf](https://fs.knesset.gov.il/18/law/18_ls1_216293.pdf).

<sup>21</sup> סי' 28 לחוות דעת הוועדה לצמצום הריכוזיות בעניין מתן רישיונות לייצור חשמל לקבוצת עידן עופר כפוף להתחייבותה שלא לפעול בתחום התקשורת בישראל: מכתב ממיקל הלפרין, ההמונה על ההגבלים העסקיים ויו"ר הוועדה לצמצום ריכוזיות, לאורן ברשבעון, ראש תחום פיתוח ובקרה רשות החשמל, בעניין מתן רישיונות לייצור חשמל לקבוצת עידן עופר כפוף להתחייבותה שלא לפעול בתחום התקשורת בישראל (2.1.2019) [https://www.gov.il/BlobFolder/unit/centralization\\_decrease\\_committee/he/Vaadot\\_ahchud\\_CentralizationDecreaseCommittee\\_Opinion2019\\_Electric\\_IdanOfer.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/unit/centralization_decrease_committee/he/Vaadot_ahchud_CentralizationDecreaseCommittee_Opinion2019_Electric_IdanOfer.pdf).

<sup>22</sup> ירון אזרחי, זוהר גושן ושמואל לשם בעלות צולבת – שליטה ותחרות בשוק התקשורת הישראלי היבטים כלכליים ומשפטיים והשלכותיהם על הדמוקרטיה הישראלית 7, 18–19 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003).

85. הדינמיקה האמורה עלולה להוביל לתופעה של "תקשורת שבויה", שתחדל מלבצע את תפקידה כ"כלב השמירה" של הדמוקרטיה, המבקר את רשויות השלטון ואת מוקדי הכוח בחברה.<sup>23</sup> כתוצאה מכך, אזרחים עלולים להישאר בעלטה בעניינים פוליטיים וחברתיים שלהם השפעה מהותית על חייהם, באופן שעלול לפגוע ביכולתם להשתתף באופן אוטונומי ומיועד בתהליך קבלת ההחלטות הדמוקרטי. חמור מכך, קיים חשש, כי התקשורת השבויה תפעל לקדם את האינטרסים הפוליטיים והאלקטוראליים של השלטון, באופן שינציח את מעמדו ויפגע באפשרות המעשית לחילופי שלטון עתידיים.

86. קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית על פעולות ממשלה ושרים, וקיומם של שומרי סף פנימיים עצמאיים, החשופים לתהליך קבלת ההחלטות הממשלתי השוטף, מהווים כיום גורם מרתיע ובלם מרכזי מפני שימוש לרעה בכוח שלטוני, ומפחיתים את הפוטנציאל להיווצרותם של יחסי הון-שלטון כאמור. כך למשל, שומרי סף עצמאיים, המקפידים שתהליך קבלת ההחלטות השלטוני ייעשה בהתאם לכללי מינהל תקין, מייצרים תנאי סביבה המקשים על היכולת של נבחרי ציבור בממשלה לעשות שימוש לרעה בכוח שלטוני ולהטות את תהליך קבלת ההחלטות לטובת אינטרסים של גורמים מפוקחים מסוימים.

87. **כאמור, התיקון לחוק היסוד צפוי לפגוע באורח אנוש בעצמאותם של שומרי הסף כמו גם ביכולת האפקטיבית של בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על החלטות רגולטוריות-פרטניות של שרים. כתוצאה מכך, פוטנציאל הסיכון להיווצרותם של יחסי הון-שלטון, שבמסגרתם השלטון ישיג יתרון פוליטי בלתי הוגן שיסייע לו לבצר את כוחו גובר באופן משמעותי.**

88. ויובהר – אין מדובר בתרחיש בדיוני. מדובר בפרקטיקות שהתרחשו במציאות במדינות אנטי-ליברליות דוגמת הונגריה ופולין. על פי הטקסט-בוק (text-book) האנטי-ליברלי, השלטון כובש תחילה ומחליש את מערכת המשפט, ואחר כך, בהיעדר כוח שיכול לבלום אותו, השלטון פולש ומשתלט גם על סְפָרוֹת של אוטונומיה אזרחית, שבהן מתקיימים חופש ביטוי וביקורת על השלטון (תקשורת, ארגונים חברתיים, אקדמיה, תרבות וכו'), באופן שמאפשר לו להנציח את שלטונו.<sup>24</sup>

### **3.1. התיקון לחוק היסוד מהווה מקרה מובהק של שימוש לרעה בסמכות מכוננת**

89. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת יושמה לראשונה במשפטנו **בעניין המרכז האקדמי**, שם כתב המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין, כי:<sup>25</sup>

"השימוש לרעה יכול שיהא שימוש לרעה בסמכות המכוננת כשלעצמה. דוקטרינת השימוש לרעה, אף שהיא במתחם החוקתי, שאובה בבסיסה, כך נראה, מכללי היסוד של המשפט המינהלי, אשר להם מחויבים הרשות המבצעת וגופי המינהל מגשימי מדיניותה; **כמו כל כוח שלטוני, גם סמכותה של הרשות המכוננת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה**

<sup>23</sup> למחקר אמפירי חדש המצביע על כך ששוק המידע העיתונאי-חדשותי בישראל סובל מבעיות חריגות בעוצמתן של ריכוזיות על-ענפית ונשלט בידי בעלי הון שיש להם אינטרסים רגולטוריים וכלכליים רבי עוצמה התלויים ברצונה של הממשלה ושל שריה ראו: עידו באום "בעיית הריכוזיות והעיתונות בישראל: כשלי שוק בחברות המדיה ובאספקת מידע עיתונאי לציבור" (עתיד להתפרסם במסגרת מחקרי מוסד שמואל נאמן, הטכניון, 2023) <https://ssrn.com/abstract=4539316>

<sup>24</sup> ראו, למשל, קים ליין שפלי **רודנות בחסות החוק** (מיטל שרון מתרגמת 2023); עודד רון **דמוקרטיה במשבר** 16–18, 41–50 (בשיתוף מרכזי קרמניצר ויובל שני, 2020).

<sup>25</sup> בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל**, פסי' ל' לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין (נבו 6.9.2017) (להלן – "עניין המרכז האקדמי").

**הסמכות... לא הרשות המבצעת, וגם לא המחוקקת או המכוננת, פטורות מכללי היסוד של המתחם והמרקם החוקתי. לטעמי, משמעות הדברים, בלשון פשוטה, היא כי במקום שמזוהה שימוש לרעה בכוח הרוב בטכסט חוקתי, נסוג הצורך הפוליטי מפני "הליכה החוקתית" ו"קדושתה", חשיבותה המשפטית והערכית".**

90. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת נועדה, בין השאר, לאפשר לבית המשפט להגן על הכנסת מפני מצבים שבהם הממשלה מנצלת את שליטתה בכנסת באמצעות הרוב הקואליציוני המובנה המסור בידיה, ובמסגרת כך עושה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת באופן המעצים את כוחה של הממשלה על חשבון הרשויות האחרות. עמד על כך כב' המשנה לנשיאה ח' מלצר בעניין ממשלת החילופים:<sup>26</sup>

**"בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, כפי שיושמה בעניין המרכז האקדמי, ניתן לראות אם כן ביטוי לתפקידו של בית המשפט כמגן על הכנסת, במעמדה כרשות מכוננת וכרשות המפקחת על הממשלה. דוקטרינת התערבות זו אמורה לחזק את מעמדה המוסדי של הכנסת אל מול כרסום בו מצד הרשות המבצעת, וזאת על ידי החזרה למקומו של האיזון החוקתי העומד בבסיס עיקרון הפרדת הרשויות (יניב רוזנאי, "שימוש לרעה בחוק יסוד", ספר רובינשטיין 1349, 1374 (אהרון ברק ואח' עורכים 2021))."**

91. בעניין שפיר (בג"ץ 5969/20 שפיר נ' כנסת ישראל (נבו 23.5.2021)), כב' הנשיאה חיות התוותה מבחן דרשלב ליישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת: במסגרת השלב הראשון, **"מבחן הזיהוי"**, בית המשפט יזהה האם התיקון אכן מצוי במדרג המתאים לתיקון חוקתי. במסגרת כך בית המשפט יבחן, בין השאר, האם התיקון עומד בקריטריונים של: **יצבות הנורמה, כלליותה** (האם מדובר בתיקון שאינו פרסונלי), **והתאמה למארג החוקתי הכולל**. ככל שבית המשפט מוצא כי הנורמה העומדת לבחינה לא מקיימת את אחד המאפיינים האמורים, הוא יעבור לבחינת השלב השני, הוא **"מבחן הצידוק"**. במסגרת שלב זה בית המשפט יבחן האם התקיימו נסיבות מיוחדות שיש בהן כדי להצדיק באופן אובייקטיבי את עיגון הנורמה בחוק יסוד, חרף הבעייתיות שהתגלתה בשלב הראשון.

92. על פי **עקרון הכלליות** על בית המשפט לבחון האם הנורמה העומדת ביסוד התיקון מהווה נורמה בעלת תחולה מבנית-כללית, או שמא נורמה בעלת מאפיינים פרסונליים.

93. בעניין ממשלת החילופים כב' המשנה לנשיאה מלצר קבע, כי על מנת למנוע מצב שבו נציגי ציבור ינצלו את הסמכות המכוננת של הכנסת לרעה, תוך קידום האינטרסים האישיים שלהם או של מפלגותיהם על חשבון האינטרס הציבורי הכללי, יש לוודא כי שינוי של כללי המשחק החוקתיים ייעשה אך ורק מאחורי **"מסך הבערות"**.<sup>27</sup> על מנת להבטיח שתיקונים חוקתיים יעשו בתנאים קרובים ככל האפשר לקבלת החלטות מאחורי "מסך הבערות", נדרש כי התיקון לחוק יהיה כללי ולא פרסונלי. בהקשר זה הובהר, כי יש לראות בתיקון חוקתי שביסודו עומדת נורמה המטה את תנאי המשחק הפוליטי לטובתו של צד פוליטי מסוים, כתיקון בעל אופי פרסונלי:<sup>28</sup>

<sup>26</sup> יניב רוזנאי, "שימוש לרעה בחוק יסוד", ספר אליקים רובינשטיין, עמ' 1385–1386 (אהרון ברק ואח' עורכים 2020). בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, ס' 93 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) ח' מלצר (נבו 12.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים).

<sup>27</sup> עניין ממשלת החילופים, פס' 122 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה ח' מלצר.  
<sup>28</sup> עניין ממשלת החילופים, פס' 140 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה ח' מלצר.

"כידוע, כל חוק, או תיקון לחוק, ומקל וחומר חקיקת-יסוד, או תיקונים חוקתיים – צריכים להיות כלליים... דרישות אלו נועדו להבטיח שההסדר הנורמטיבי ייעשה, כאמור, במידה קרובה ככל האפשר, מאחורי "מסך הבערות" – בתנאים בהם אין ודאות באשר לשאלה עם מי יטיב החוק הרלבנטי... בהקשר האמור, חברנו, השופט נ' הנדל קבע בעניין המרכזי האקדמי דברים שאני סבור שהם יפים אף לענייננו, וכך הוא התבטא: "נוחות פוליטית ודילוג על משוכות פוליטיות עשויים להיות חלק מכללי המשחק. והמשחק עדין הוא. עם זאת, יש להכיר במעמד המיוחד של חוק יסוד. נורמה המיועדת והמאפשרת לשחקן A (קרי, הממשלה המכהנת) להתגבר על משוכות פוליטיות, אך מציבה רף גבוה יותר בפני שחקן B (ממשלה עתידית שלא תינה מהוראת השעה ותידרש להתמודד עם פיקוח פרלמנטרי מחמיר), נושאת, במובנים מסוימים, אופי פרסונאלי. משום כך, היא מעוררת קושי, ולא ניתן לייחס לה אופי ומעמד חוקתיים... ונבהיר – הביקורת העניינית שבמונח חקיקה פרסונאלית עשויה להיות נכונה לא רק לאישי (חקיקה המופנית כלפי אדם פרטי) אלא גם לאישיות המשפטית. לא רק פרסונאלית, אלא גם כזו העוסקת ב"פרסונה" מוסדית".

94. שופטי הרוב בעניין ממשלת החילופים הסכימו עם נקודת המוצא שביטא המשנה לנשיאה מלצר, לפיה ייתכנו מצבים שבהם תחולה מיידיית של תיקון לחוק יסוד המשנה את כללי המשחק, תהפוך את התיקון לחקיקה פרסונאלית. בהקשר זה כבי' הנשיאה חיות הבהירה, כי עצם האפשרות ההיפותטית, כי גם כנסות/ממשלות עתידיות עשויות להנות מאותה "הטבה" אין בה כדי להפחית מניגוד העניינים של הקואליציה שחוקקה את ההוראה החוקתית והחילה אותה באופן מיידי.<sup>29</sup>

"מצבים מסוג זה מאופיינים בניגוד עניינים מוסדי בין כובעה של הכנסת כרשות מכוננת, אשר אמורה לקבוע נורמות כלליות שיעצבו את דמותה של המדינה לאורך זמן, ובין אותם "אינטרסים פרטיקולריים" של חברי הכנסת בכנסת הספציפית... העובדה שגם הכנסות הבאות יוכלו ליהנות מ"הטבה" זו 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".

95. בהתאם, הודגש כי הרוב בכנסת "אינו רשאי לקבוע הסדרים שתכליתם העיקרית היא קידום אינטרסים שלו, כגון הגדלת סיכוייהם של חברי הכנסת המכהנים להיבחר מחדש", שכן הדבר נוגד את עקרון הכלליות.<sup>30</sup>

96. מן הכלל אל הפרט: בענייננו התיקון לחוק היסוד סותר בבירור את עקרון הכלליות, מאחר והנורמה העומדת ביסודו בעלת מאפיינים פרסונליים מובהקים.

97. תיקון חוקתי שעניינו בשינוי מהותי של כללי המשחק הדמוקרטיים, באופן המשחרר את הממשלה ממגבלות החלות עליה, חשוד מיסודו כתיקון שנועד לשרת את הרוב הקואליציוני שחוקק אותו, ולפיכך יש לראותו כבעל מאפיינים פרסונליים-מוסדיים.

<sup>29</sup> עניין ממשלת החילופים, פס' 15 לפסק דינה של כבי' הנשיאה א' חיות.  
<sup>30</sup> עניין ממשלת החילופים, פס' 140 לפסק דינו של כבי' המשנה לנשיאה ח' מלצר.

98. החשד לפרסונליות שבה לוקה התיקון לחוק היסוד מתעצם ביתר שאת בשים לב לתחולתו המיידית של התיקון, ובשים לב לכך שהוא עבר בכנסת ברוב שולי, שהתבסס על אצבעותיהם של חברי הקואליציה בלבד. בהקשר זה מן הראוי להפנות לעמדת פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה בנושא "מועד התחולה בזמן של השינויים המשטריים שעל הפרק":<sup>31</sup>

**"שינוי מבני חוקתי שמתקבל ללא הסכמת האופוזיציה וחל באופן מידי מייצר תלות כיוונית (path dependency). לרוב, ולו לרוב מקרי, ניתן הכוח לסלול שביל חדש באמצעות שינוי כללי המשחק באופן שיטיב עם הרוב מכאן ולהבא ויפגע ביכולת הריאלית להשיג חילופי שלטון בעתיד. ובכך, כפי שנאמר בראשית הדברים, מסוכלת התכלית הבסיסית ביותר של נורמה חוקתית: להגן מפני כוחו של רוב מזדמן להסיר מעליו מגבלות ולפעול על אתר ללא מגבלות אלו.... כח כזה יכול לשמש בידי הקואליציה העכשווית להעניק לעצמה העדפות מסוגים שונים כולל מתן יתרונות בבחירות עתידיות, תוך שלילת הכלים המעשיים מידי בית המשפט לבקר הטיה כאמור שתוכנס לחוקי היסוד."**

99. ודוק. כמפורט לעיל, בענייננו מתקיים חשש ממשי וקונקרטי, כי ביטול תחולת עילת הסבירות ביחס להחלטות ממשלה וכנסת ייצור תנאי סביבה שיאפשרו לנבחרי ציבור בממשלה לעשות שימוש לרעה בכוחם השלטוני על מנת להשיג יתרון פוליטי בלתי הוגן, באופן שיאפשר לרוב הקואליציוני הנוכחי שבשלטון להנציח את מעמדו השלטוני ולפגוע באפשרות המעשית לחילופי שלטון עתידיים. לעניין זה אין רלוונטיות לכוונתם של חברי הקואליציה. מה שחשוב הוא **עצם היכולת** של הרוב הקואליציוני שבשלטון להשיג באמצעות התיקון לחוק היסוד יתרון פוליטי בלתי הוגן שיסייע להם להנציח את מעמדם השלטוני מכאן ולהבא. מכאן, **שתחולתו המיידית של התיקון לחוק היסוד לוקה באופן מובהק בפרסונליות**, באופן המלמד על שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

100. זאת ועוד. התיקון לחוק היסוד אף אינו עומד בעקרון **ההתאמה למארג החוקתי הכולל**, בשל תחולתו המיידית. בחינה של ההיסטוריה החוקתית של ישראל מלמדת, כי שינויים חוקתיים, ובפרט שינויים בעלי פוטנציאל לשנות את מאזן הכוחות הפוליטי, לא הוחלו באופן מידי, אלא נכנסו לתוקפם החל מהכנסת העוקבת, וזאת מתוך כוונה להבטיח שהחקיקה תיעשה מאחורי "מסך בערות".<sup>32</sup> עמד על כך כב' המשנה לנשיאה מלצר בעניין ממשלת החילופים:<sup>33</sup>

**"המפעל של חוקי היסוד, שטרם בא לסיומו, כידוע, יצר פרקטיקה שבמקום לפזר את הכנסת לאחר כינון החוקה – שינויים קונסטיטוציוניים מהותיים נכנסים לתוקף רק לאחר הבחירות בכנסת העוקבת... בכך יש התאמה והשלמה לעיקרון שנקבע במסמכים שהביאו להקמת המדינה (והוא מקובל גם במדינות דמוקרטיות אחרות בעולם) כי לאחר כינון חוקה נערכות בחירות. הנה**

<sup>31</sup> אמנון רייכמן, אורי אהרונסון וברק מדינה, נייר עמדה מס' 10 בנושא מועד התחולה בזמן של השינויים המשטריים שעל הפרק, פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, עמ' 9 (הופץ ביום 12.2.2023).

<sup>32</sup> עניין ממשלת החילופים, פס' 126–138 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה ח' מלצר; אמנון רייכמן, אורי אהרונסון ופרופ' ברק מדינה, נייר עמדה מס' 10 בנושא מועד התחולה בזמן של השינויים המשטריים שעל הפרק, פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, עמ' 8–10 (הופץ ביום 12.2.2023).

<sup>33</sup> עניין ממשלת החילופים, פס' 126 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה ח' מלצר.

**כי כן סטיה מפרקטיקה חוקתית נכונה ומבוססת זו – יש בה משום שימוש לרעה בסמכות המכוננת.**

101. על רקע האמור, עמדת המכון היא כי יש לקבוע שהתיקון לחוק היסוד לא צולח את מבחן הזיהוי, מאחר והוא מהווה מקרה מובהק של חקיקה פרסונלית, וממילא תחולתו המיידית לא עולה בקנה אחד עם התאמה למארג החוקתי הכולל.
102. לבסוף, התיקון לחוק אף לא צולח את **מבחן הצידוק**. הפוך והפוך בדברי ההסבר לחוק היסוד ובפרוטוקולים של הדיון בו, ולא תמצא צל של נימוק מדוע מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות את עיגון הנורמה של שלילת תחולתה של עילת הסבירות על החלטות ממשלה ושרים בחוק יסוד, לא כל שכן בחוק יסוד שתחולתו מיידית.
103. למעשה, בנסיבות ענייננו קיימים טעמים כבדי משקל במיוחד מדוע אין להכיר בנורמה כנורמה בעלת מעמד חוקתי, לא כל שכן כזו בעלת תחולה מיידית:
104. **ראשית**, וכפי שפורט לעיל, הנורמה העומדת ביסודו של התיקון לחוק היסוד בעלת מאפיינים פרסונליים מובהקים, וחשודה כזו שנועדה להקנות בידי הקואליציה הנוכחית יתרונות פוליטיים משמעותיים שיסייעו בידיה לבצר את מעמדה השלטוני.
105. **שנית**, לא ניתן להתעלם מהפיל שבחדר – מהלכי החקיקה להחלשת מערכת המשפט במסגרת "הרפורמה המשפטית", לרבות התיקון לחוק היסוד, מקודמים במקביל לניהול ההליכים המשפטיים בעניינו של ראש הממשלה בנימין נתניהו. בהקשר זה מן הראוי להביא מעמדתם של המלומדים **בבצ'וק ומדינה** הגורסים, כי בשים לב לניגוד העניינים החריף שבו מצוי ראש הממשלה נתניהו, ובשים לב למידת השפעתו הדרמטית על מהלכי הכנסת והממשלה, התגובה המתאימה להפרה מהותית של הסדר ניגוד העניינים (האוסר עליו באופן ספציפי לעסוק בשינויים במערכת המשפט במסגרת ה"רפורמה המשפטית", לרבות לעניין עילת הסבירות),<sup>34</sup> היא קביעה שיפוטית לפיה כל עוד נתניהו עומד למשפט פלילי ומצוי בניגוד עניינים, קיימת מניעה משפטית לכניסה לתוקף של צעדים להחלשת מערכת המשפט שינקטו בתקופה זו.<sup>35</sup>
106. **שלישית**, התיקון עבר ברוב דחוק (53% בלבד מחברי הכנסת) שהתבסס על אצבעותיהם של חברי הקואליציה בלבד, אל מול התנגדותם הגורפת של חברי האופוזיציה.
107. **רביעית**, התיקון לחוק היסוד עבר חרף התנגדות ציבורית חסרת תקדים בעוצמתה. מדובר בתיקון שלכל הפחות מצוי במחלוקת ציבורית עמוקה (כאשר סקרי דעת הקהל מציגים באופן עקבי כי רוב גדול בציבור מתנגד לתיקון, ובפרט לאופן החד-צדדי שבו הוא נעשה).
108. **חמישית**, התיקון לחוק היסוד נחקק בהליך בהול ופגום מיסודו, שוודאי לא הולם תיקון חוקתי בעל משמעויות כה כבדות.

<sup>34</sup> חוות דעת המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (ציבורי-מינהל), מיום 1.2.2023, שאומצה על ידי היועצת המשפטית לממשלה במכתבה אל ראש הממשלה מיום 1.2.2023 (להלן: חוות דעת מיום 1.2.2023). חוות הדעת והמכתב צורפו כנספחים לתשובה המקדמית של היועצת בעתירה בבג"ץ 3618/23 חלוץ נ' היועצת המשפטית לממשלה (טרם הוכרע).  
<sup>35</sup> לוציאן אריה בבצ'וק וברק מדינה, "ביקורת שיפוטית על הרפורמה המשפטית", צפוי להתפרסם בפורום עיוני משפט כרך מח (2023), עמ' 18 (להלן – "בבצ'וק ומדינה").  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4534293](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4534293)



## ז. סיכום

109. התיקון לחוק היסוד מהווה מקרה מובהק של שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת, ולפיכך דינו בטלות. למצער, יש להורות כי התיקון לחוק היסוד דינו בטלות ביחס להחלטות ממשלה ושרים הנוגעות לענייני מינויים וכן ביחס להחלטות נקודתיות שיש בהן משום מימוש פרטני של מדיניות. לחילופין בלבד, מן הראוי שלכל הפחות, בית המשפט יקבע כי תחולתו המיידית של התיקון לחוק מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, ולפיכך יורה כי על התיקון לחוק היסוד חלה תחולה נדחית, באופן שיחול רק לאחר הבחירות לכנסת הבאה.

עירא הרדי

עירא הרדי, עו"ד  
מ.ר. 76719  
בשם מכון ברנדייס

**עירא הרדי, עו"ד**  
**מ.ר. 76719**