

## **תקציר עתירת ארגוני זכויות האדם נגד ביטול עילת הסבירות**

ביום 8.8.2023 הגישו 38 ארגוני זכויות אדם, בהובלת האגודה לזכויות האזרח בישראל, עתירה לביטול התיקון לחוק יסוד: השפיטה בעניין צמצום סמכותם של השופטים לדון ולתת צווים בעניין סבירות החלטתם של הממשלה והשרים. בעתירה נתבקש בית המשפט הגבוה לצדק לבטל את התיקון.

ארגוני זכויות האדם עמדו בהרחבה ובפירוט על הפגיעה הקשה שתיגרם להיקף ההגנה על זכויות האדם במדינה בעקבות התיקון לחוק היסוד. לכן נטען כי יש לפסול את התיקון בפני עצמו, אך גם כחלק משורה ארוכה של חוקים שכבר מקודמים לפגיעה בעצמאות הרשות השופטת ומערכת המשפט בכלל, ובסמכויותיה, חוקים אשר ביחד מהווים הפיכה משטרית. נטען, כי בית המשפט אינו יכול להתעלם ממה שמכונה "שיטת הסלמי". כלומר, שאסור שפריסת ההפיכה לחלקים-חלקים תתקבל בעצימת עיניים, מה גם שהחוקים האחרים בשלבי חקיקה מתקדמים.

העותרים מתארים כיצד הליך החקיקה המהיר, השטחי והדורסני הוביל ליצירת חוק רשלני ועמום, שמייצר חוסר ודאות קיצונית, בשאלה שמחייבת בהירות ודאות כמו שאלת הסמכות של בית המשפט. התיקון לא כולל הגדרות, ולא הוראות מעבר, והוא מייצר מצבים רבים ומגוונים, שמפורטים בעתירה, שבהם תהיה מחלוקת על סמכות בית המשפט אפילו לדון בהליכים שיובאו בפניו.

בין היתר קיימת חוסר ודאות לגבי ההבחנה בין עילת הסבירות לעילות ביקורת אחרות, באופן שייצור חוסר ודאות וחוסר אחידות בפסיקה. גם לא ברור איך שופט אמור לקבוע את סמכותו לדון בעתירה, שעה שיש מחלוקת האם הפגם בהחלטת השר נעוצה במידתיות, בסבירות, או בכלל בסמכות. בנוסף, קיימת חוסר ודאות לגבי האפשרות לדון בסבירות החלטות במסגרת הליכים אזרחיים שבהם הסעד המבוקש הוא פיצוי על נזק, ואפילו חוסר ודאות לגבי סמכות ערכאת ערעור לדון בהחלטה שיפוטית שעניינה סבירות החלטת שר.

העובדה שהכנסת התעקשה לדון בנושא סבוך בסעיף קצר בחוק היסוד מחזקת את הטענה שמדובר בנושא שכלל לא היה צריך להיכלל בתיקון לחוק יסוד אלא היה לחוק רגיל, שבו התייחסות למגוון הרחב של המקרים שבהם יכולות להתעורר מחלוקות בעניין הסמכות. לכן ההתעקשות לקדם את הנושא בתיקון לחוק יסוד היא שימוש לרעה בסמכות המכוננת שכל מטרתה למנוע ביקורת שיפוטית על התיקון.

בנוסף מצביעים הארגונים על כך שעד הרגע האחרון עוד היו דיונים על נוסח צר יותר שיהיה מוסכם על חלקים נרחבים (למשל – רק לגבי מינוי שרים), אך הקואליציה בחרה בנוסח הקיצוני כאמצעי לחץ על האופוזיציה, במשא ומתן לגבי המשך החקיקה. זה, לעמדת הארגונים, מראה כי לא מדובר פה בניסיון לייצר נורמה יציבה שהולמת את החוקה בהתהוות אלא שימוש לרעה בסמכות המכוננת, מטעמים פוליטיים צרים.

### **השפעת התיקון על היקף ההגנה על זכויות האדם**

החלק המרכזי של העתירה עוסק בפגיעה שתיגרם לזכויות האדם כתוצאה מהתיקון. בחלק זה ניתוח של ההשלכות האפשריות של התיקון על היקף ההגנה על זכויות האדם.

ארגוני זכויות האדם עמדו על כך שגם בהינתן עילות ביקורת אחרות על השלטון, כמו עילת המידתיות, ביטול עילת הסבירות על החלטות הממשלה והשרים יגרום נזק כבד ביותר להיקף ההגנה על זכויות האדם במדינה. נזק, שיחד עם הפגיעה בשלטון החוק, בטוהר המידות ובעקרון הפרדת הרשויות מחייב את פסילת החוק, בנימוק שהוא חורג בצורה קיצונית מהסמכות המכוננת. במילים אחרות – תיקון חוקתי לא חוקתי.

לצד זאת, קשה לנתק את הנזק שייגרם מצעדים נוספים שבצנרת, בהם ההשתלטות על הוועדה לבחירת שופטים, ביטול הביקורת על חוקי יסוד שפוגעים בזכויות, צמצום הסמכות לבטל פגיעה לא מידתית בזכויות ופסקת ההתגברות. כאשר כל הצעדים הללו מקודמים במקביל – יש בכך לאיים על עצם האפשרות להגן על זכויות האדם, ובהיעדר הגנה עליהן – ניתן יהיה לרמוס אותן בקלות.

הארגונים טוענים כי אי סבירות קיצונית יכולה להוות גם בפני עצמה פגיעה בכבוד האדם. למשל, בהחלטות שרירותיות, משפילות או אשר מתייחסות לאדם כאל אמצעי להשפיע על אחרים.

הארגונים מצביעים על כך שהתיקון יאפשר לפגוע בעצמאות הרשות השופטת ובאי תלותם של השופטים, אשר תפקידם המרכזי הוא הגנה על זכויות האדם. מעבר לסמכות של שר המשפטים לכנס את הוועדה לבחירת שופטים, אשר אם הוא נמנע מהפעלתה הוא יכול להוביל לפגיעה קשה בבית המשפט, לשרים שונים יש סמכויות אשר יכולות להוביל לפגיעה בעצמאות השיפוטית.

למשל, בתקופת הקורונה ניצל שר המשפטים אמיר אוחנה את סמכותו והכריז על מצב חירום במערכת המשפט ערב הדיון במשפטו של בנימין נתניהו. איילת שקד, שיתקה בהיותה שרת המשפטים את בית הדין לעררים שכן סירבה למנות דינים כדי להיפטר מדיינים שפסיקתם בענייני הגירה לא נשאו חן בעיניה. לשר המשפטים גם סמכויות נרחבות בנושא סדרי הדין של בתי המשפט. עילת הסבירות היא כלי חשוב להגנה מפני התערבות של השלטון בעצמאות השופטים, וביטולה תוביל לגריעה ממערך האיזונים והבלמים בנושא הרגיש של התערבות השלטון בעבודת השיפוט.

בנוסף, השרים יוכלו להתערב בהליך שמתקיים בקלות, וזאת באמצעות סמכותם בחוק יסוד: הממשלה למשוך אליהם חזרה סמכות שהואצלה לעובד ציבור. כך, אם החלטה של עובד ציבור תידון, השר יוכל לאיים על השופטים שאם ידונו או יקבלו את העתירה נגד אותה החלטה, בעילה שהיא לא סבירה, הוא ימשוך את הסמכות ויקבל את אותה החלטה בדיוק, שהיא חסינה מהתערבות. בכל נוצר מנגנון של מעין פסקת התגברות על החלטות שיפוטיות.

הארגונים מצביעים על כך שעל הממשלה, או השרים מוטלת חובה לשקול את הפגיעה בזכויות אדם בכל החלטה שלהם, וכי אם לא נתנו משקל הולם לפגיעה בזכויות ההחלטה לא סבירה. בעקבות התיקון חובה זו תישחק, שכן אם השר לא ייקח בחשבון בשיקוליו את הפגיעה בזכויות, גם היועץ המשפטי של המשרד לא יכול לחייב אותו לשקול את הפגיעה, וגם לנפגעים מכך לא יהיה סעד.

הארגונים נותנים כדוגמה את התיקון האחרון לפקודת המשטרה (חוק בן גביר) שבו ניתנו לשר סמכויות מרחיקות לכת לקבוע מדיניות למשטרה בנושאים רגישים במיוחד כמו מדינות החקירות, ומדיניות בתחום חופש ההפגנה והמחאה. כוח כזה ללא איזונים ובלמים הוא כוח מסוכן. גם היועצת המשפטית לממשלה שהגנה על החוק בבג"ץ טענה בפני בג"ץ כי אם תבוטל עילת הסבירות, העמדה שלה לגבי חוקתיות החוק תשתנה, שכן אז לא יהיו לה כיועצת הכלים לבלום שימוש לא סביר באופן קיצוני בסמכות השר, וכל מערך האיזונים והבלמים ייפגע.

גם היקף ההגנה על זכויות חוקתיות ייפגע, וזאת משום שלא ניתן לנתק בין הזכות לבין המימוש שלה בפועל – מימוש עובר לא פעם בהחלטת מנהליות. למשל, ההגנה על הזכות לקיום בכבוד של מי שמנותקים מחשמל, עוברת דרך החלטות פרוצדורליות בעניין הליך הניתוק, והאופן שבו אדם יכול לקבל הכרה כמוגן מניתוק. הביקורת על סבירות החלטות אלו חיוני כדי להבטיח שהזכות החוקתית לא תהיה רק על הנייר.

יתר על כן, לעיתים בית המשפט משתמש בביקורת על סבירות החלטות של הממשלה והשרים כדי להגן על זכויות חוקתיות, ואף כדי להימנע מסעדים קיצוניים יותר כמו ביטול חוק. כך, למשל, בג"ץ פסל את איכוני השב"כ באמצעות ביקורת על האופן שבו הממשלה הפעילה את הסמכות שלה להמשיך ולהסמיך את השב"כ, וכך נמנע מביטול החוק עצמו. התיקון יוביל למצב שבו בית המשפט יצטרך לבחור בין סעד קיצוני או פגיעה בזכות.

בנוסף, היקף הגנה על זכויות אינו אחיד. ישנן זכויות שזכו לעיגון חוקתי בחוקי היסוד, וישנן זכויות שרק פורשו כזכויות חוקתיות (שוויון, חופש הביטוי) ולצדן זכויות שקבועות רק בדברי חקיקה רגילים. לצד אלו יש זכויות שמעוגנות רק בהחלטות מנהליות, שמימושן תלויות בהחלטות הממשלה והשרים. כך, למשל, כל מערך הסיוע בדיור נועד לממש את הזכות לדיור. זכות זו לא זכתה לעיגון מפורש בחוקי היסוד ואף לא להכרה ראויה בפסיקה. גם אין חוק שמקנה זכאות לדיור ציבורי. לכן פגיעה בזכות לדיור נעשית בעיקרה בתקיפת סבירות שיקול הדעת של שר הבינוי והשיכון.

במעגל האחרון מצויות זכויות אדם, שלא קיבלו הכרה במשפט הפנימי, וההגנה עליהן תלויה בהחלטות של השרים והממשלה. כך, למשל, הזכות לסביבה ראויה טרם קיבלה הגנה מלאה במשפט הישראלי, וההגנה עליה, במיוחד לאור משבר האקלים, מתמקדת בסבירות החלטות השרים בנושא.

כך גם החלטות בנושא רכישת מעמד בישראל, שלגביהן נקבע שאין לאדם זכות קנויה למעמד. בתי המשפט קבעו כי גם בהחלטות אלו יש לתת משקל לפגיעה אפשרית בזכויות אדם. למשל, החלטות הנוגעות לוועדה ההומניטארית, הפועלת מכוח הוראת השעה לחוק האזרחות השוללת זכות לאזרח בישראל בני זוג פלסטינים. החלטות הוועדה ההומניטרית ניתנות על ידי השר, כאשר הוועדה עוסקת במקרים רבים ומורכבים של פלסטינים החיים שנים רבות בישראל, ויש בהחלטותיה גם להשפיע על זכויות חוקתיות של אזרחים ישראלים שהם בני משפחה. בתי המשפט קבעו כי על השר לשקול שיקולים שבבסיסם שאלת הפגיעה בזכויות אדם מוגנות, שכן אחרת ההחלטה לא סבירה.

גם זכויות שונות של מבקשי מקלט ייפגעו. למשל, מדיניות של עיכוב בלתי סביר במתן החלטות בבקשות מקלט נדונה ונפסלה על ידי בית המשפט.

גם הזכויות של הפלסטינים תחת משטר צבאי בשטחים תלויות לא פעם בהחלטות הממשלה או שר הביטחון, הגם שבאופן רגיל המפקד הצבאי הוא זה שבעל הסמכות. הפוליטיקאים מתערבים לא פעם בנושאים שחיוניים לפלסטינים. למשל – סוגיות של זכויות עובדים פלסטינים בישראל, או מעבר בישראל של תושבי הרצועה לצורך קבלת טיפול רפואי בגדה.

החלטות שרים בתחום סמכותם, יכולות להשפיע בעקיפין על מימוש זכויות. למשל, אין זכות קנויה לקבל את פרס ישראל, וההחלטה נתונה לשיקול דעת השר. אולם החלטה לבטל פרס בשל התבטאות לגיטימית שלא לרוחו של השר מייצרת פגיעה בחופש הביטוי ומסר מצנן לגבי השתתפות בשיח הציבורי. עילת הסבירות מאפשרת לפסול החלטות כאלו.

התיקון גם אוסר על בית המשפט לבחון אי הפעלה של סמכות. יש לכך השלכות משמעותיות על היקף ההגנה על זכויות. כך, למשל, בית המשפט חייב לא פעם שרים לקבוע אמות מידה להפעלת סמכותם. אמות המידה הן נחוצות כדי להבטיח שוויון בקבלת ההחלטות. התיקון יגרע מהיכולת לחייב את השר לקבוע אמות מידה.

התיקון גם יגרע מהיכולת לחייב את השר להתקין תקנות הנחוצות למימוש חוקים מגני זכויות. למשל, התקנת תקנות נגישות לחוק, נושא שמלווה על ידי בג"ץ כבר מעל עשור. בכך שר יכול לאיין את מטרת חוק שנועד לשמור על זכויות אדם. בדומה התיקון יגרע מהאפשרות לחייב את השר להפעיל סמכויות פיקוח הנחוצות להגנה על זכויות אדם. למשל – סמכויות של שר הרווחה לסגירת מעונות שיש בהן הפרה של זכויות החוסים, או סמכות של שר המשפטים להעמיד לדין רב עיר שהסית לגזענות.

לעיתים מזומנות ישנו עיכוב לא סביר בקבלת החלטות שמשליכות בצורה ניכרת על זכויות אדם או שישנה בעיה מערכתית בקידום מענה לבעיית זכויות משמעותית. האפשרות של ביקורת שיפוטית בבג"ץ היא חיונית במקרים אלו. לעיתים הממשלה לא רוצה להתקדם בפתרון חיוני מסיבות פוליטיות. למשל – הסדרה של ישוב לא מוכר, או פתרון לבעיית תנאי הכליאה הירודים. לעיתים נדרש ליווי של בג"ץ כדי שהשרים יתחילו להתייחס לבעיה שבה הם ממאנים לטפל. כך, למשל, עתירה בנושא מחסור בשירותי שיקום ילדים בפריפריה היא זו שגרמה בסופו של דבר לשר הבריאות לפעול לשנות את המצב. התיקון יוביל למצב שבו עתירות כאלו עלולות להידחות על הסף.

פגיעה נוספת היא במעמד של שומרי הסף וביכולתם להגן על זכויות. רק חלק מזערי מההחלטות שמקבלת הממשלה ומקבלים השרים מגיע לביקורת שיפוטית. חלק מההחלטות הן חשאיות, ובמיוחד בתחומים רגישים כמו ביטחון המדינה, אף שיש להן השפעה עמוקה על זכויות אדם. בחינת סבירות ההחלטה היא כלי מרכזי שבו יועץ משפטי יכול לדרוש מהשר לנמק את החלטתו ולוודא שניתן משקל הולם לפגיעה בזכויות. ללא כלי זה, נשחק מעמדו של היועץ המשפטי והוא יתקשה לבצע את עבודתו כשומר סף, ולמנוע פגיעה בזכויות. זאת בנוסף, למעמד המקצועי ולביטחון התעסוקתי של שומרי הסף שמתערער בעקבות הסרת ההגנה של עילת הסבירות מפני מינויים והדחות פוליטיות בשירות המדינה. אם, למשל, תפוטר היועצת המשפטית לממשלה, הדבר ישליך על כל היועצים המשפטיים בשירות המדינה ויחליש אותם מאוד.

לבסוף, גם לביטול סמכות בית המשפט לדון במינויים יש השלכה ישירה על היקף ההגנה על זכויות אדם. מינוי של אנשים שדבק בהם פגם מוסרי או שהם גזענים או שונאי נשים יכול לרסק את האמון של ציבורים שלמים בשירות הציבורי. שר עוין יכול גם להוביל לשיתוק יחידות בתוך הממשלה שמטרתן לשמור על זכויות אדם באמצעות שליטה במינויים או באמצעות דחיית מינויים. רק לאחרונה טען ראש היחידה למאבק בגזענות במשרד המשפטים, כי הקדנציה שלו לא הוארכה מטעמים פוליטיים. שר יכול גם לרסק את פעילותן של ועדות ציבוריות חשובות, על ידי מינוי חברים לעומתיים או חסרי הבנה בתחום. למשל – מינוי אדם טרנספוב לוועדה הרפואית שעוסקת באישור הליכי התאמה מגדרית.

### **התערבות בחוקי יסוד**

הארגונים טוענים בעתירתם כי במצב שבו ההליך לחקיקת חוק יסוד זהה להליך של חקיקת חוק רגיל, אין מנוס מביקורת שיפוטית על הכנסת, גם בכובעה כרשות מכוננת. יתר על כן, הארגונים טוענים בעתירה כי הפתח להתערבות שנקבע בפסיקת בג"ץ הוא צר מדי, והדוקטרינות לא מספקות הגנה מספקת לפגיעה בזכויות אדם על ידי תיקונים לחוקי היסוד. במיוחד נכון הדבר כאשר הפגיעה בעקרונות הליבה של המשטר נעשות פרוטות פרוטות לפי שיטת הסלמי.

הארגונים טוענים שהמצב שבו רוב רגיל יכול לשנות את כללי המשחק המשטריים לא קיים במרביתן המוחץ של הדמוקרטיות והוא ייחודי לישראל. ברוב הדמוקרטיות נדרש לשם כך רוב מיוחד, או שהמיעוט יכול לכפות משאל עם. הארגונים מציעים בעתירה מודל חדש לבחינת תקפותם של חוקי יסוד, הן לפי הדוקטרינה של חריגה מהסמכות המכוננת (התיקון החוקתי הלא חוקתי) והן לפי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות.

לעמדת הארגונים מידת הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד צריכה להיגזר מההליך שבו קודם התיקון החוקתי. ככל שמדובר בתיקון שקודם בכוחנות על ידי הרוב האוחז בהגה השלטון, ללא הסכמה רחבה, שלא מבעד למסך הבערות אלא כדי לקדם כללי משחק שנוחים לשלטון, כך אותו הליך זוכה ללגיטימציה דמוקרטית מועטה, הוא לא מייצג את העם, אלא את הרוב המקרי, והביקורת השיפוטית עליו צריכה להיות גבוהה יותר.

הארגונים מציעים לאמץ מודל שהציע פרופ' יניב רוזנאי לפיו בתיקונים שקודמו ללא הסכמה רחבה, ותוך שימוש ברוב רגיל של השלטון, אמת המידה לביקורת לא תהיה מבחן בינארי של פגיעה בגרעינים המינימליים של המשטר הדמוקרטי, מבחן שהתשובה עליו היא לרוב כן או לא. לעמדת הארגונים יש לאמץ מבחן מורכב יותר שבוחן את מידתיות החריגה מעקרונות הליבה של המשטר הדמוקרטי.

בנוסף, מציעים הארגונים להוסיף מבחנים המתייחסים לאופן שבו קודם התיקון החוקתי במסגרת מבחני הזיהוי לפי דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי. ככל שהתיקון חוקק בהליך דורסני, ללא הסכמה רחבה, כאשר התיקון נועד לפתור בעיה קונקרטית, כך עולה הסיכוי שמדובר בנורמה שלא מתאימה לתיקון חוקתי, שהיא לא נורמה יציבה וכללית כפי שמצופה מנורמה להיות בחוקה בהתהוות. נורמה כזו צריכה להיפסל אלא אם יש צידוק אובייקטיבי לכלול אותה בחוקי היסוד ולא בחוק רגיל.

לעמדת הארגונים התיקון בעניין הסבירות הוא גם תיקון שחורג מהסמכות המכוננת שכן הוא פוגע בעקרונות הליבה של המשטר הדמוקרטי וגם תיקון שלא היה צריך להיכלל בחוק היסוד, וניתן היה לכול אותו רק כחוק רגיל, שהיה חשוף לביקורת שיפוטית רגילה. הסיבה היחידה שהוא נכלל בחוק יסוד היא לחסן אותו מביקורת שיפוטית.

לבסוף, מפנים הארגונים לעמדתם של פרופ' אריה בבצ'וק ופרופ' ברק מדינה לפיה קידום התיקון הוא גם שימוש לרעה בסמכות המכוננת, שכן הוא סותר את המניעות שיש לראש הממשלה להתערב בענייני מערכת המשפט, בהתאם להסדר ניגוד העניינים שלו.