

The Attorney General of the State of Israel

Jerusalem, February 2, 2023

To: Mr. Yariv Levin, Knesset Member and Minister of Justice

Re: **The Attorney General's position on the draft bill *Basic Law: The Judiciary***¹

1. Per your request, and in accordance with the agreed timetable, we hereby submit our memorandum concerning the draft bills we received three weeks ago, submitted for professional intra-governmental examination, as is customary when formulating a governmental bill (hereafter: the proposed draft bill).

2. The draft bill proposes to make substantial changes in the judicial selection committee, in the scope of judicial oversight of legislation and Basic Laws, and in the scope of judicial oversight of administrative actions.

According to published information, this constitutes "Phase One" of planned changes to our system of governance. Thus, the examination of the proposed changes relating to the core characteristics of the State of Israel as both Jewish and democratic is taking place behind a veil of fog. Therefore, this legal memorandum is submitted with reservation because it will be possible to conduct a full and comprehensive examination of the implications of the planned

¹ Privately translated into English by concerned citizens. The following are the introductory pages to the full legal memorandum of 112 pages, the translation of which will be circulated separately. The original Hebrew introductory pages to the AG position on the draft bill *Basic Law: The Judiciary*, are attached.

changes to the fundamental characteristics of our system of governance only after the full picture is presented.

3. The basic intention of the draft bill seeks to enable implementing the principle of majority rule. Indeed, both the principle of majority rule and the principle of separation of powers require that the center of decision-making and determinations regarding legislation and policy lie with elected public officials in the Knesset and in the government². However, the cornerstone of every democratic system of government is the protection of human and individual rights, the rule of law and proper governance, and the recognition that government branches cannot be accorded unlimited power, nor can the decision of the majority be relied on as the only ruling tenet.

Giving unlimited power to the government is a sure recipe for infringing both human rights and proper governance. The principle of the separation of powers requires an autonomous, nonpartisan and independent judicial system that has an effective ability to check the other two branches, while maintaining the principle of mutual respect among the branches of government. **This principle is not addressed in the draft bill.**

4. The essence of the role of the judiciary in a democracy in general, and of the Supreme Court in Israeli democracy in particular, has been an issue in Israeli society since the establishment of the state. The inherent tension that exists among the three branches of government is not unique to Israeli society. As Prof. Ruth Gavizon pointed out two decades ago, **“Clashes between supreme courts and government, such as those between powerful courts and social groups that feel that the courts limit their political ability to act, are not unique to Israel or to**

² Translator's note: “the government” in a parliamentary system such as Israel’s, refers to the executive branch, i.e. all ministers and their offices.

recent times. They are a built-in and natural part of the very fact that the relations between the branches are those of checks and balances. The goal is not to reduce or prevent these conflicts. On the contrary, it is precisely their absence that can be a worrisome social circumstance.³”

Promoting legislation of Basic Laws that would regulate and shape relations among the three branches of government and between the branches and the individual is an important task that serves a broad civil interest. In the absence of clear and precise “rules of the game,” this would also alleviate existing tensions among the branches, along with fortifying the character of the State of Israel as Jewish and democratic.

The proposed draft bill misses this goal.

5. Changing the composition of the Judicial Selection Committee: The draft bill would give the ruling coalition and government representatives control of the process of appointing judges to all courts. The results of these changes **would damage the independence, the professionalism, and the nonpartisan autonomy of the Judiciary.** The proposed arrangement represents a trend in opposition to accepted trends in democratic countries throughout the world, which have, through the years, created mechanisms to strengthen judicial independence and professionalism, as well as the autonomy of the judiciary.

Judicial review of Knesset legislation: The draft bill proposes to limit, in advance, the scope of judicial review of laws the Knesset legislates, in a manner that would constrain and weaken both

³ Ruth Gavizon, Mordechai Kremnitzer, and Yoav Dotan, *Judicial Activism: Pros and Cons—The Place of the High Court in Israeli Society*, 71 [2000].

the protection of constitutional rights and principles of governance. **In addition**, the draft bill's proposed requirement of a supermajority of 80% of the full panel of Supreme Court justices narrows the practical probability of the overturn of any law. **In addition**, in the rarest of cases in which a law would be overturned, the Knesset, with a minimal coalition majority, would be authorized retroactively to overrule the court's ruling.. **In addition**, the court's authority to conduct judicial review of legislation of Basic Laws would be completely revoked, leaving no limits at all both on the contents and on the legislative procedure governing the legislation of Basic Laws, all this despite their higher constitutional status. **Taken together, these provisions will lead, therefore, to the practical abolition of judicial constitutional oversight in Israel**, while granting unlimited authority to the Legislature—essentially controlled by the Executive Branch—to legislate all law, including Basic Laws.

Judicial review of Administrative actions: The draft bill proposes to completely cancel the Reasonableness Doctrine as grounds for judicial review of any administrative decision of the Executive Branch. This will significantly hinder a citizen's access to legal recourse, to challenge the actions of the government through an independent process of review, and to receive redress from the courts in this context.

6. Each of these proposed arrangements raises significant difficulties that go to the roots of the principle of the separation of powers, the independence and professional standards of the judicial branch, and to the protections of the rights of the individual, the rule of law, and proper governance. Acceptance of the proposed arrangement will lead to a governmental structure in which the executive and legislative branches have broad and,

effectively, unlimited authority, with no structural solution to the possibility of abuse of power through the passage of legislation or Basic Laws designed to circumvent judicial review, or to the possibility of damage to the core characteristics of Israel as a Jewish and democratic state.

7. The damage to the independence and status of the judicial branch is magnified in view of the characteristics of Israel's parliamentary system. In the democratic system practiced in Israel, the judiciary—and in particular the judicial review carried out over the actions of the government and the administrative authorities, as well as over the legislation of the Knesset—is the most significant governmental institution in constraining the power of the political majority.

This is in light of Israel's parliamentary structure, in which the government controls the legislative process in the Knesset through the coalition majority and coalition discipline; while noting the unique characteristics of Israeli society—particularly, the complex relationship between majority and minority; the continual state of emergency ongoing since the establishment of the state; and all this, in the absence of established mechanisms of governance that are common in other countries throughout the world and that have the capacity to balance and place constraints on the power of the majority:

Thus, Israel has no strict or stable constitution; no comprehensive human rights charter; no explicit restrictions regarding procedural or substantive aspects in the legislation of Basic Laws or changes to them; no decentralization of governmental power through a federal structure; no two houses of parliament, no regional election system or other mechanism to ensure broad

representation of different interests at the level of the elected representative or in the legislative process; no established practice for conducting referenda on constitutional amendments (except in a very specific context) nor a strong and binding constitutional protocol that can curb the abuse of power by the majority; and there is no direct commitment to submitting to judicial review by an international system such as the European Convention on Human Rights.

8. Another significant difficulty in the draft bill touches on the way it relies on comparative law. Missing at the heart of the bill is factual underpinning in relation to other democratic countries. That a certain component of the proposed arrangement exists in another country is not enough to justify its adoption into the Israeli system. In dealing with a system of checks and balances, no component stands alone, rather as part of the whole system. An attempt to adopt an established institutional mechanism found in another legal system while ignoring the context in which it emerged, in contrast to the local context and its unique characteristics, is destined for failure and threatens to distort the system of balances as a whole.

In fact, a broad comparative examination indicates that the proposed arrangement would place Israel in an outlying position compared to other democratic countries, and in opposition to the trends that can be identified in those countries, with regard, among other things, to strengthening protections of human rights and judicial review of legislation.

9. Moreover, the combination of the arrangements together in the draft bill lacks internal logic, and the overall proposal is not coherent.

10. For example, the justification for increasing the control of the representatives of the government and the majority coalition over the Judicial Selection Committee is the claim that the courts interfere too much in public, constitutional, and governmental issues. At the same time, however, it proposes to limit from the outset the authority of the court to discuss these issues. Similarly, the claim that a majority of Knesset members should be able to invoke the “Override Clause” is based on the desire to address the Supreme Court’s alleged over-intervention in primary legislation. But at the same time, the bill proposes in practice to all but completely curtail the Court’s ability to invalidate legislation in the first place. **Thus, one proposed provision negates the need claimed for by the other. Apart from the content of the bill’s proposed arrangement, which, as mentioned, is unbalanced and full of significant problems, another fundamental difficulty is hidden in what is absent from it— which is the lack of a *Basic Law: The Legislation*, i.e. the most important piece of the puzzle is lacking completely.**

The bill is presented as an amendment to *Basic Law: The Judiciary*, and deals exclusively with the judiciary, its composition, and limitations to its judicial authority in treating issues of constitutionality and governance. Beyond the difficulties caused by the provisions themselves, **the incompleteness of the proposed arrangement** raises a most significant difficulty regarding the use of constituent authority. The bill does not refer to the basic rules relating to legislation, chiefly, the procedures for legislating ordinary laws and Basic Laws. In fact, the bill does the exact opposite. It proposes to positively establish that Basic Law legislation be unlimited, both in the content it deals with and the manner in which it is decided on by the Knesset.

In contrast, *Basic Law: The Legislation*, in keeping with a variety of models proposed in the past, is intended to regulate the rules “within” Knesset procedure, i.e., the Knesset’s authority to legislate, the process of legislation, the relationship between ordinary legislation and Basic Law legislation, as well as judicial review of these ordinary and Basic Laws.

In its current form, this draft bill does not touch at all on the arrangement of the rules and limitations that will apply to the constituent authority, and the legislative and executive branches. Rather it pushes out and diminishes the place of the Judiciary in monitoring these branches. Having no broad protocol for regulating the relationship among the government branches will result in an absence of the safeguards that ensure the preservation of the integrity of the procedures and fundamental principles of the system, the rights of the individual, the rule of law, and proper governance.

11. In any event, using constituent authority to make a fundamental change in the relationship among the government branches must be done behind “a veil of ignorance” to ensure that the overarching principles of the system of government are determined with a broad view of the system, and not to fulfill transitory political interests. It is therefore appropriate to apply this kind of arrangement **only with a view to the future**, to avoid a situation in which a constituent body abuses its authority in order to increase the power of a given coalition majority.

12. Another important point is the need for a professional examination of the ramifications of these proposals in the international legal arena and on the economic plane.

On the international level: The experience of the State of Israel, accumulated over the last twenty years in its dealings in the arena of international law must, among other things, be taken into consideration.

The amendments proposed in the draft bill, which very substantially reduce the scope of judicial review of the executive and legislative branches and which have the effect of changing the perception of our judicial system as professional, independent, and apolitical, may have ramifications for the strength of Israeli arguments in these arenas, and on the state's ability to cope with international challenges of this kind.

The Israeli legal system has until now acted as a legal "protective wall" defending the State of Israel's standing and its ability to promote its interests in various international legal forums, in accordance with the principles of "complementarity" and "subsidiarity," basic principles of international law. These principles require the effectiveness and independence of the state judicial system as a condition for justifying the non-interference of foreign parties in affairs of the state.

The effectiveness of the judicial system also relates to the fact that its doors are open to all, with no significant limitations either on the subjects litigated nor on the sectors of the society seeking redress. For example, the fact that the Supreme Court in its sitting as the High Court of Justice exercises judicial review of decisions made by various state security bodies, or decisions made by the Attorney General and the Chief Military Prosecutor regarding criminal proceedings, carries significance in international legal discourse.

Experience in this context shows that the independence of the judicial system—especially the military criminal system, the Attorney General’s Office, and the Supreme Court—has served the interests of the State of Israel in the international arena. Prominent examples of this are the ruling regarding the legality of the security barrier, which was received positively by the international community, and which was largely responsible for moderating the effects of the opinion of the International Court of Justice on the matter in 2004; as well as in dealing with criminal proceedings in foreign countries against senior Israeli officials based on their involvement in security operations. The state’s ability to fend off these proceedings has rested mainly on the trust that parallel legal systems throughout the world have in the Israeli legal system, stemming from its independence.

On the economic level: The economic system is affected by the legal system and by the strength of the legal institutions. Investors see importance in a strong legal system, in the checks and balances among the government branches, and in the independence of the judiciary. These considerations are reflected in the criteria employed by credit-rating agencies in determining countries’ credit ratings, which include, among other things, consideration of the independence of the judicial system and of the regulatory environment. Investors also respond to ESG (environment, society, and government) considerations whose position in the investment world is rising. They also include aspects of moral values, such as the concern over the infringement of the rights of various sectors of the population. Therefore, market and economic actors must also be consulted in considering these factors.

13. In conclusion, systemic regime changes—certainly such significant changes that affect the core of the relationship among the three government branches in Israel’s democracy, and between the individual and the country’s government—need to be made in a well-considered and orderly manner, based on a solid factual underpinning, and through the forging of broad consensus.

As stated, a comprehensive examination of the proposed amendments indicates that they would cause serious damage to the fabric of checks and balances among the government branches. Therefore, in noting the importance of maintaining the core democratic characteristics of the country, such a dramatic course of action cannot be promoted without first conducting thorough professional staff work, that would include consultation with the relevant government bodies, including the Court Administration Authority, in order to formulate a comprehensive and balanced proposal.

It is hereby suggested that in coordination with you, such work will include a broad examination of the relationship among the branches of government, e.g., within the framework of *Basic Law: The Legislation*.

We are prepared to devote all our resources to this project, to focus our efforts, and to establish a senior-level professional task force, and all of this with the aim of assisting you in formulating a comprehensive governmental proposal as soon as possible.

14. It should be noted that given the internal discussions and examination of the government draft bill, conducting parallel discussions in the Knesset with amendments similar to those proposed in this bill, such as the discussions in the Constitutional, Legislative, and Judicial Committee of the Knesset, presents great difficulty. However, given that you clarified that the Knesset discussions will continue concurrently with the staff work on the proposed bill, the legal memorandum attached here will be forwarded to the Constitutional, Legislative, and Judicial Committee, since our considered opinion to the draft bill is all the more relevant to the draft bill being discussed in the committee.

Sincerely,

Gali Baharav-Miara

CC:

The State Attorney

Deputies to the Attorney General



היועצת המשפטית לממשלה

ירושלים, י"א שבט תשפ"ג
02 פברואר 2023

מס' מסמך: 004-99-2023-002289
(בתשובה נא לציין מספרנו)

לכבוד
חה"כ יריב לוי
שר המשפטים

הנדון: התייחסות היועצת המשפטית לממשלה לטיטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה

1. לבקשתך, ובהתאם ללוחות הזמנים שסוכם עמך, מועברת בזאת התייחסותנו לטיטות תזכירי החוק (להלן: **התזכיר המוצע**), שהועברו אלינו לפני כשלושה שבועות לשם בחינה מקצועית פנים-ממשלתית, כפי שמקובל בהליך גיבוש תזכיר ממשלתי.
2. בטיטת התזכיר מוצע לערוך שינויים מהותיים בהרכב הוועדה לבחירת שופטים, בהיקף הביקורת השיפוטית על חקיקה וחקיקת יסוד, ובהיקף הביקורת השיפוטית על פעולות המינהל.
- בהתאם למה שפורסם, מדובר ב"שלב א'" של השינויים המשטריים המתוכננים. כתוצאה מכך, בחינת השינויים המוצעים בתזכיר, העוסקים במאפיינים הגרעיניים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, נעשית מאחורי מסך ערפל. חוות הדעת מוגשת אפוא בהסתייגות, כי רק לאחר שתוצג התמונה המלאה, ניתן יהיה לערוך בחינה מקיפה ומלאה של השלכות השינויים המתוכננים על מאפייני היסוד של השיטה.
3. ביסוד התזכיר המוצע עומדת תכלית המבקשת להגשים את עקרון שלטון הרוב. אכן, עקרון שלטון הרוב ועקרון הפרדת הרשויות מחייבים כי מוקד ההחלטות וההכרעות ביחס לחקיקה ולמדיניות יתקבלו על-ידי נבחרי הציבור בכנסת ובממשלה. בצד האמור, אבן יסוד במשטר דמוקרטי היא ההגנה על זכויות האדם והפרט, שלטון החוק ומינהל תקין, וההבנה כי לא ניתן להעניק לרשויות השלטון כוח בלתי מוגבל, ולהסתפק בהכרעת הרוב ככלל ההכרעה היחיד. **כוח שלטוני בלתי מוגבל הוא מתכון בטוח לפגיעה בזכויות אדם ובמינהל תקין.** עקרון הפרדת הרשויות מחייב מערכת שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה, אשר יש בידה יכולת אפקטיבית לבקר את שתי הרשויות האחרות, תוך שמירה על עקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות. **לכך אין מענה בתזכיר.**



היועצת המשפטית לממשלה

4. מהות תפקידו של בית המשפט בשיטת משטר דמוקרטית בכלל, ושל בית המשפט העליון בדמוקרטיה הישראלית בפרט, היא סוגיה המלווה את החברה הישראלית מאז קום המדינה. המתח המובנה בין שלוש הרשויות אינו ייחודי לחברה הישראלית. כפי שציינה פרופ' רות גביון כבר לפני שני עשורים, "התנגשויות בין בתי משפט עליונים לבין השלטון, כמו בין בתי משפט חזקים לבין קבוצות חברתיות החשות כי בתי המשפט מגבילים את יכולתן הפוליטית לפעול, אינן מיוחדות לישראל או לזמן האחרון. הם חלק מובנה וטבעי מעצם העובדה כי היחסים בין הרשויות הן יחסים של איזונים ובלמים. המטרה איננה לצמצם או למנוע התנגשויות אלה. להפך, דווקא היעדרן יכול להיות נתון חברתי מדאיג".¹

קידום חקיקת יסוד שתסדיר ותעצב את היחסים בין הרשויות, ובין הרשויות לפרט, מהווה מלאכה חשובה ומשרתת אינטרס אזרחי רחב. לצד ביצור מאפייניה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, יהיה בכך כדי להפיג את המתח הקיים בין הרשויות, בהיעדר "כללי משחק" ברורים ומפורשים.

התזכיר המוצע מחטיא מטרה זו.

5. שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים - מוצע להעניק לנציגי הממשלה והרוב הקואליציוני את השליטה בהליכי מינוי השופטים לכלל הערכאות. תוצאת שינויים אלה תביא לפגיעה בעצמאות, במקצועיות ובאי-התלות של הרשות השופטת. ההסדר המוצע מבטא מגמה הפוכה למגמה המקובלת במדינות דמוקרטיות בעולם, אשר יצרו לאורך השנים מנגנונים לחיזוק העצמאות והמקצועיות השיפוטית ואי התלות של הרשות השופטת.

הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת - מוצע בתזכיר להגביל מראש את היקף הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת, באופן שיחליש ויצמצם את ההגנה על זכויות חוקתיות ועקרונות משטריים. בנוסף - דרישת רוב חריג של 80% מתוך הרכב מלא של כלל שופטי בית המשפט העליון, מצמצמת את ההיתכנות המעשית לפסילת חוק. בנוסף - במקרים החריגים שבחריגים שבהם יוחלט על פסילת חוק, תוסמך הכנסת לגבור בדיעבד על פסק הדין ברוב קואליציוני מינימלי. בנוסף - תישלל הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד מכל עילה שהיא, ללא כל הגבלה על תוכנם או אופן חקיקתם, המתחייב ממעמדם. שילוב הוראות אלה יוביל אפוא לביטולה המעשי של הביקורת השיפוטית החוקתית בישראל, אל מול מתן סמכות חקיקה וחקיקת יסוד בלתי מוגבלת לרשות המחוקקת, הנשלטת למעשה על-ידי הרשות המבצעת.

¹ רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית, 71 (2000)



היועצת המשפטית לממשלה

הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל - מוצע לבטל באופן גורף את "עילת הסבירות" כעילת ביקורת שיפוטית על כל החלטה מינהלית של הרשות המבצעת. דבר אשר יפגע באופן משמעותי ביכולת של האזרח להעמיד את מעשי הרשות לביקורת עצמאית ובלתי תלויה, ולקבל סעד מבית המשפט בהקשר זה.

6. כל אחד מההסדרים המוצעים מעלה קשיים מהותיים, היורדים לשורש עקרון הפרדת הרשויות, העצמאות השיפוטיות והמקצועיות של הרשות השופטת, ההגנה על זכויות הפרט, שלטון החוק והשמירה על המינהל התקין. קבלת ההסדר המוצע תוביל למבנה משטרי שבו לרשות המבצעת והמחוקקת סמכות רחבה ולמעשה בלתי מוגבלת, שאין בו מענה מובנה לחשש אפשרי מפני שימוש לרעה בחקיקה או בחקיקת יסוד לצורך עקיפת הביקורת השיפוטית, או לפגיעה במאפייניה הגרעיניים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

7. הפגיעה בעצמאות ובמעמד של הרשות השופטת מתעצמת לנוכח מאפייני השיטה הפרלמנטרית בישראל. במשטר הדמוקרטי הנוהג בישראל, הרשות השופטת – ובפרט הביקורת השיפוטית הנערכת במסגרתה על פעולות הממשלה ורשויות המינהל וכן על חקיקת הכנסת – היא המוסד המשטרי בעל התפקיד המשמעותי ביותר לריסון כוחו של הרוב הפוליטי.

זאת, לנוכח המבנה המשטרי-פרלמנטרי בישראל, שבו הממשלה שולטת באמצעות הרוב הקואליציוני והמשמעת הקואליציונית בהליכי החקיקה בכנסת; בשים לב למאפייניה הייחודיים של החברה בישראל – לרבות יחסי רוב-מיעוט מורכבים; למצב חירום שנמשך מאז הקמת המדינה; וכל זאת, בהיעדרם של מנגנונים משטריים, הנהוגים בעולם, שיש בהם כדי לאזן ולרסן את כוחו של הרוב:

כך, אין בישראל חוקה נוקשה או יציבה; אין מגילת זכויות אדם מלאה; אין הגבלה מפורשת בהיבטים הליכיים או מהותיים על חקיקת חוקי היסוד או שינוים; אין ביזור של הכוח השלטוני באמצעות מבנה פדראלי; אין שני בתים לפרלמנט, שיטת בחירות אזורית או מנגנונים אחרים המבטיחים ייצוג נרחב של אינטרסים שונים בדרג הנבחר ובהליך החקיקה; אין מוסד מבוסס של משאל עם לתיקונים חוקתיים (אלא בהקשר מסוים ביותר) או נוהג חוקתי חזק ומחייב שיכול לרסן את השימוש לרעה בכוח של הרוב; ואין כפיפות ישירה למשטר ביקורת בינלאומי כדוגמת האמנה האירופית לזכויות אדם.



היועצת המשפטית לממשלה

8. קושי משמעותי אחר בתזכיר נוגע לאופן ההתבססות על המשפט השוואתי. התשתית העובדתית ביחס למדינות דמוקרטיות מסוימות, העומדת ביסוד התזכיר – חסרה. לא די בכך שרכיב מסוים בהסדר המוצע קיים במדינה אחרת כדי להצדיק את אימוצו אל תוך השיטה הישראלית. משעה שאנו עוסקים במערכת של בלמים ואיזונים, אף רכיב אינו עומד לבדו והוא חלק ממכלול. ניסיון לאמץ מנגנון מוסדי מבודד המצוי בשיטת משפט אחרת, תוך התעלמות מן ההקשר שבו צמח, אל מול ההקשר המקומי ומאפייניו הייחודיים – נועד לכישלון ועלול לעוות את מערכת האיזונים בכללותה.

למעשה, בחינה השוואתית רחבה מצביעה על כך שההסדר המוצע יעמיד את ישראל במקום חריג בהשוואה למדינות דמוקרטיות אחרות, ומנוגדת למגמות שניתן לזהות במדינות אלה, בין היתר, לחיזוק ההגנה על זכויות האדם והביקורת השיפוטית על חקיקה.

9. **זאת ועוד. אין בשילוב ההסדרים שבתזכיר היגיון פנימי, וההסדר הכולל אינו קוהרנטי.**

10. כך למשל, ההצדקה להגביר את השליטה של נציגי הממשלה והרוב הקואליציוני בוועדה לבחירת שופטים, היא הטענה בדבר מעורבות יתר של בית המשפט בסוגיות ציבוריות, חוקתיות ומשטריות – אלא שבמקביל מוצע להגביל את סמכות בית המשפט לדון בסוגיות אלה מלכתחילה. בדומה - הצורך הנטען בפסקת התגברות ברוב חברי הכנסת, מבוסס על הרצון לתת מענה להתערבות-יתר לכאורה של בית המשפט העליון בחקיקה ראשית – אלא שבמקביל מוצע להגביל כמעט לחלוטין את האפשרות המעשית של בית המשפט לפסול חקיקה. **הסדר מוצע אחד שולל אפוא את הצורך הנטען במשנהו. מעבר לתוכן ההסדר המוצע בתזכיר, שהוא כאמור בלתי מאוזן ורווי קשיים משמעותיים, קושי מהותי נוסף גלום במה שנעדר ממנו. העדרו של חוק-יסוד: החקיקה הוא בבחינת "עיקר חסר מן הספר".**

התזכיר מובא כתיקון לחוק-יסוד: השפיטה ועוסק אך ורק ברשות השופטת, בהרכבה ובמגבלות על סמכות השפיטה בסוגיות חוקתיות ומינהליות. מעבר לקשיים שמעוררים ההסדרים לגופם, **החלקיות של ההסדרה המוצעת** מעוררת קושי מהותי ביותר ביחס לאופן השימוש בסמכות המכוננת. התזכיר אינו מתייחס לכללי היסוד הנוגעים לחקיקה – ובראשם אופן חקיקת חוקים רגילים וחוקי יסוד. למעשה, התזכיר עושה את ההיפך הגמור. הוא מציע לקבוע באופן פוזיטיבי כי חקיקת יסוד תהיה בלתי מוגבלת הן במישור הנושאים בהן תעסוק והן באופן קבלתה בכנסת.

לעומת זאת, חוק-יסוד: החקיקה, בהתאם למגוון המודלים שהוצעו בעבר, נועד להסדיר את הכללים "פנימה" לכנסת – את סמכות הכנסת לחוקק, את הליך החקיקה, את היחס שבין חקיקה רגילה לחקיקת יסוד, וכן את הביקורת השיפוטית על חוקים וחוקי יסוד.



היועצת המשפטית לממשלה

התזכיר במבנה הנוכחי שלו אינו נוגע כלל בהסדרה של הכללים והמגבלות שיחולו על הרשות המכוננת, המחוקקת והמבצעת, אלא אך ורק דוחק ומצמצם את מקומה של הרשות השופטת כמבקרת רשויות אלה. בהעדר הסדרה רחבה של מערכת היחסים שבין הרשויות, תוצאת הדברים היא העדר מנגנוני הגנה אשר יבטיחו את השמירה על תקינות ההליכים, עקרונות היסוד של השיטה, זכויות הפרט, שלטון החוק והמינהל התקין.

11. מכל מקום, שימוש בסמכות המכוננת לשם עריכת שינוי מהותי של היחסים בין הרשויות, חייב להיעשות מאחורי "מסך בערות", כדי להבטיח שעקרונות העל של שיטת המשטר ייקבעו מתוך ראייה משטרית רחבה, ולא לשם הגשמת אינטרסים פוליטיים רגועים. ראוי אפוא להחיל הסדר מעין זה במבט צופה פני עתיד בלבד, כדי להימנע ממצב שבו רשות מכוננת עושה שימוש בסמכותה כדי להגדיל את כוחו של רוב קואליציוני ידוע ונתון.

12. נקודה חשובה נוספת, היא הצורך בקיום בחינה מקצועית של ההשלכות של ההסדרים המוצעים בזירה המשפטית הבינלאומית ובשדה הכלכלי.

במישור הבינלאומי – יש להביא במערך השיקולים, בין היתר, את הניסיון שהצטבר בעשרים השנים האחרונות בהתמודדות של מדינת ישראל עם המערכת המשפטית הבין-לאומית.

ההסדרים המוצעים בתזכיר אשר מצמצמים באופן מהותי ביותר את היקף הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת ועל הרשות המחוקקת, ואשר יש בהם כדי לשנות את תפיסת המערכת המשפטית כמערכת מקצועית, עצמאית וא-פוליטית, עלולים להשליך על עוצמתן של טענות ישראליות משמעותיות בזירות האמורות, ועל יכולתה של מדינת ישראל להתמודד עם אתגרים בין-לאומיים מסוג זה.

מערכת המשפט הישראלית היוותה עד כה "חומת מגן" משפטית שהגנה על מעמדה של מדינת ישראל ויכולתה לקדם את האינטרסים שלה בפורומים בינלאומיים משפטיים שונים. זאת, בהתאם לעקרונות של "משלמות" (complementarity) ו"שיריות" (subsidiarity) שהם עקרונות יסוד במשפט הבין-לאומי. עקרונות אלו דורשים אפקטיביות ועצמאות של מערכת המשפט המדינתית, כתנאי להצדקת אי-ההתערבות של גורמים זרים בענייני המדינה.

אפקטיביות מערכת המשפט נוגעת גם לעובדה ששעריה פתוחים ללא חסמים משמעותיים, הן מבחינת נושאי הדיון והן מבחינת האוכלוסיות אשר יכולות לקבל סעד. כך לדוגמה, העובדה שבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ מפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות של גופי הביטחון או על החלטות של היועצת המשפטית לממשלה והפרקליט הצבאי הראשי בכל הנוגע לקיומם של הליכים פליליים, היא משמעותית בשיח המשפטי הבינלאומי.



היועצת המשפטית לממשלה

הניסיון בהקשר זה מלמד שעצמאותה של מערכת המשפט – בדגש על המערכת הפלילית הצבאית, הייעוץ המשפטי לממשלה ובית המשפט העליון – שירתה את האינטרסים של המדינה בזירה הבינלאומית. דוגמאות בולטות לכך הן הפסיקה לגבי חוקיותה של גדר הביטחון שזכתה לתהודה בין-לאומית חיובית, והיתה אחראית במידה רבה למיתון השפעותיה של חוות הדעת של בית הדין הבין-לאומי לצדק משנת 2004 בנושא; וכן התמודדות עם הליכים פליליים במדינות זרות נגד בכירים ישראלים על רקע פעולות ביטחוניות בהם היו מעורבים. יכולתה של המדינה להדוף הליכים אלו נשענה בעיקר על האמון שלו זוכה המערכת המשפטית הישראלית מצד מערכות משפטיות מקבילות בעולם, הנובע מעצמאותה.

במישור הכלכלי - המערכת הכלכלית מושפעת מהמערכת המשפטית ומאיתנותם של המוסדות המשפטיים. משקיעים רואים חשיבות במערכת משפט איתנה, באיזונים ובלמים בין הרשויות, ובעצמאות הרשות השופטת. שיקולים אלה משתקפים בקריטריונים לדירוג של סוכנויות הדירוג, הכוללים בין היתר התייחסות לעצמאות מערכת המשפט והסביבה הרגולטורית. משקיעים מגיבים גם לשיקולי ESG (סביבה, חברה וממשל) שמקומם בעולם ההשקעות הולך וגובר, והם כוללים גם היבטים ערכיים דוגמת חשש לפגיעה בזכויות של קבוצות אוכלוסייה שונות. לפיכך, נדרש לקיים חשיבה עם גורמי משק וכלכלה כדי לתת את הדעת גם לשיקולים אלה.

13. **לסיום, שינויים משטריים – ודאי שינויים כה משמעותיים הנוגעים בליבת מערכת היחסים בין שלוש הרשויות בדמוקרטיה הישראלית ובין הפרט והשלטון במדינה – צריכים להיעשות בהליך שקול וסדור, על בסיס תשתית עובדתית איתנה, ותוך גיבוש הסכמה רחבה.**

כאמור, בחינה כוללת של ההסדרים מצביעה על פגיעה קשה במארג הבלמים והאיזונים בין הרשויות. לפיכך, בשים לב לחשיבות בשמירה על המאפיינים הדמוקרטיים הגרעיניים של המדינה, לא ניתן לקדם מהלך כה דרמטי ללא עריכת עבודת מטה מקצועית, שתכלול התייעצות עם הגורמים הממשלתיים הרלוונטיים, לרבות הנהלת בתי המשפט, על מנת לגבש הסדר מקיף ומאוזן.

מוצע כי בתיאום עמך, עבודה כזו תכלול בחינה רחבה של מארג היחסים בין הרשויות, למשל במסגרת חוק-יסוד: החקיקה.



היועצת המשפטית לממשלה

אנו ערוכים להקדיש לכך את כל המשאבים, לפעול בריכוז מאמץ, ולהקים צוות מקצועי ייעודי בכיר לשם כך, הכל במטרה לסייע לך בגיבוש הצעה ממשלתית מקיפה בהקדם האפשרי.

14. יצוין, כי בהינתן הדיונים הפנימיים והבחינה של התזכיר הממשלתי, יש קושי רב בניהול דיונים במקביל בכנסת בהסדרים דומים לאלה המוצעים בתזכיר, הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. ברם, משהובהר על-ידך כי הדיונים בכנסת יימשכו במקביל לעבודת המטה על התזכיר, חוות הדעת המצורפת בזאת תועבר לוועדת החוקה, משהתייחסותנו בה רלוונטית ואף ביתר שאת, גם לטיוטת הצעת החוק הנדונה בוועדה.

בברכה,
גלי בהרב - מיארה

העתק:
פרקליט המדינה
המשנים ליועצת המשפטית לממשלה