

**בבית המשפט העליון
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק**

בג"ץ 2412/23
בג"ץ 2466/23

העותרת בבג"ץ 2412/23 :
התנועה למען איכות השלטון בישראל
על ידי ב"כ עוה"ד ד"ר אליעד שרגא, ו/או תומר נאור ואח'
רח' יפו 208, ת.ד. 4207 ירושלים 91043
טל': 02-5000073; פקס': 02-5000076;
דוא"ל: legal@mqg.org.il

העותרים בבג"ץ 2466/23 :
1. חה"כ עוזד פורר
2. סיעת ישראל ביתנו בכנסת ה-25
3. מפלגת ישראל ביתנו
כולם ע"י ב"כ עוה"ד איתן הברמן
ממשרד שרקון בן עמי אשר ושות', עו"ד
רח' בר כוכבא 23, בני ברק 5126002
טל': 03-5662808; נייד: 054-7777690
דוא"ל: eitan.h@cbalaw.co.il

-נגד-

המשיבים בבג"ץ 2412/23
ובבג"ץ 2466/23 :
1. הכנסת
באמצעות עוה"ד מהלשכה המשפטית של הכנסת
משכן הכנסת, ירושלים
טל: 02-6408636; פקס: 02-6753495
דוא"ל: arkaot@knesset.gov.il

2. ראש הממשלה, חה"כ בנימין נתניהו
ע"י עוה"ד מיכאל ראבילו ו/או רועי שכטר ואח'
הגן הטכנולוגי, מלחה, מנחת בנין ארז, ירושלים
טל': 02-6490649; פקס: 02-6490659
דוא"ל: officejm1@smplaw.co.il

3. היועצת המשפטית לממשלה
ע"י עוה"ד מפרקליטות המדינה
רח' צאלח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011
דוא"ל: HCJ-dep@justice.gov.il

תגובה מקדמית מטעם המשיב 2

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, המשיב 2, ראש הממשלה, חה"כ בנימין נתניהו, מתכבד בזה להגיש את תגובתו המקדמית לעתירות שבכותרת, הנדונות במאוחד על פי החלטת בית המשפט הנכבד.

לעמדת המשיב 2, יש לדחות את העתירה על הסף וכי כלל אין מקום לדיון בנושא, בין היתר, הואיל ובית המשפט הנכבד אינו מוסמך ליתן את הסעדים המבוקשים בעתירות ביחס להכרזה על בטלותו או תיקונו של חוק יסוד.

לחלופין, יש לדחות את העתירה לגופה, הכל מהנימוקים שיפורטו להלן. ככל שהעתירה לא תידחה על הסף, בניגוד לעמדת המשיב 2, אזי הוא שומר על זכותו לפרט את טענותיו המלאות לגופם של דברים בתשובה מפורטת.

כל ההדגשות שלהלן אינן במקור, אלא אם נכתב אחרת.

א. פתח דבר

1. בית המשפט הנכבד מתבקש בזה לדחות את העתירות שבפנינו על הסף. בעתירות דנן, התבקש בית המשפט הנכבד להורות על ביטולה של חקיקת יסוד (!). מבוקשת התערבות בוטה בעבודת הכנסת, בכובעה הייחודי והבלעדי כרשות המכוננת, בכל הקשור בכינונו של הסדר חוקתי בדבר הליכי נבצרות של ראש הממשלה בישראל, וזאת במסגרת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) [ס"ח 3031, 27 במרץ 2023] (להלן: "תיקון מס' 12" או "התיקון").

2. אין להתערב במפעל חקיקת היסוד של הכנסת, באופן שיהווה התערבות תקדימית וחריגה של בית המשפט הנכבד בתפקידה החוקתי של הכנסת כרשות מכוננת. האדן הראשון המורה על דחיית העתירות הוא סמכותה העליונה של הכנסת בתור רשות מכוננת לכינון חקיקת היסוד בישראל, המובילה, עם כל הכבוד, לחוסר הסמכות של בית משפט נכבד זה להיעתר לסעדים המבוקשים ולהורות על בטלות חקיקת היסוד וחוסר השפיטות שבסוגיה החוקתית-פוליטית שבפנינו.

3. בעתירות שבכותרת, נטען כי דין התיקון לחקיקת היסוד להתבטל בהתבסס על שלוש טענות עיקריות, שדינן להידחות, כדלקמן:

ראשית, נטען כי מדובר לכאורה בתיקון חוקתי שנתקבל תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת, הפוגע לשיטת העותרים בשיטת המשטר הישראלית.

המשיב 2 סבור, כי אין כל מקום להתערבותו התקדימית והחריגה של בית המשפט הנכבד במפעל חקיקת היסוד של הכנסת. הסמכות העליונה לכינון חקיקת היסוד ניתנה לכנסת בתור הרשות המכוננת. עם כל הכבוד הראוי, בית המשפט הנכבד נעדר סמכות להורות על ביטול דבר חקיקת יסוד ולעמדת המשיב 2, מדובר אף בסוגיה אשר אינה שפיטה. כמו כן, אין לעשות שימוש בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת כבסיס לביקורת שיפוטית מהותית ותוכנית כפי שמוצע על ידי העותרים. דוקטרינת "השימוש לרעה בחקיקת היסוד", גם לשיטת התומכים בה (בניגוד לעמדת המשיב 2) ובפרט בהתאם לפסיקתו של בית משפט נכבד זה, אינה בוחנת את שיקול דעתה של הכנסת בבואה לחוקק חקיקת יסוד ואינה נוגעת בתוכנו של חוק היסוד, או בכוונת או מטרת חברי הכנסת בעת כינון חוק היסוד. גם הדוגלים בהחלת הדוקטרינה האמורה בניגוד לשיטתנו לא יחילו אותה במקרה דנן. ענייננו עוסק בתיקון לחוק-יסוד: הממשלה, והתיקון מסדיר הוראות ביחס לנבצרותו של ראש ממשלה מכהן, באשר יהיה. משמעות אותם ההסדרים שנקבעו בתיקון היא משמעות חוקתית באופן מובהק – ולהם השפעה על העומד בראשות הממשלה ועל המשך כהונתה של הממשלה והכנסת. מדובר בתיקון קבוע לחקיקת היסוד בקשר לנורמה יציבה וכללית ואשר תחולתה יהא יפה כלפי כל ממשלה וכל ראש ממשלה בישראל (בהווה ובעתיד). ההסדרים שנקבעו מקומם במארג החוקתי של מדינת ישראל, בכך לא יכול להיות כל ספק. למעשה, דווקא לא ניתן היה לעגן את התיקון החוקתי בכל דרך אחרת אלא אך ורק במסגרת חוק היסוד שקבע עוד קודם לכן הסדרי נבצרות באותו המדרג.

שנית, נטען כי מדובר לכאורה בחקיקת יסוד רטרוספקטיבית שדינה להתבטל לאור התחולה המיידית של התיקון.

דא עקא, אין התחולה בזמן מקימה עילה להתערבות שיפוטית כלשהי – בפרט לא במקרה דנן. תיקון מס' 12 אינו רטרוספקטיבי, אלא תחולתו אקטיבית, משהתיקון חל מעתה ואילך על מצב דברים נתון ביום כניסתו לתוקף, ואין בו בכדי לשנות מצב משפטי במבט צופה פני עבר. בפרט, אין בתיקון כדי לשנות את מצבו המשפטי של המשיב 2 (בין היתר, גם לאור העובדה שההסדר שבחוק היסוד שקדם לתיקון 12 לא איפשר את הוצאת המשיב 2 לנבצרות וגם לאור העמדה העקבית של היועצת המשפטית לממשלה כי עניינו של המשיב 2 אינו עולה לכדי נבצרות – פשוט, כי בין היתר, מעבר למה שצוין, לא היתה החלטה בענין נבצרות ראש הממשלה הנוכחי שהתיקון משנה את תוצאותיה בדיעבד אחרי סיומה). אף אם היה מדובר בתיקון רטרוספקטיבי, הכנסת מוסמכת לכוון ולחוקק הסדרים בתחולה מיידית, ובכל מקרה אין במישור התחולה פסול או פגם, וברי כי אין בכך משום עילה להתערבות שיפוטית בחוק יסוד.

שלישית, לטענת העותרת בבג"ץ 2412/23, נדרשת התערבות שיפוטית לנוכח הפגיעה בהליך בבג"ץ 1158/23 שהגישה התנועה למען איכות השלטון.

חרף הנטען, אין כל מגבלה שבדין שהכנסת כרשות המכוננת (או המחוקקת) תהיה מנועה מלחוקק חוק ואף חוק יסוד כל אימת שעותר כלשהו יפנה לבית משפט נכבד זה לקבל סעד מסוים. מדובר בטענה אבסורדית חסרת כל יסוד המשבשת את כל משטר הפרדת הרשויות בישראל. אין זה פלא שהעותרת לא יכלה להצביע ולו על אסמכתא אחת התומכת בטענתה המופרכת. כך או אחרת, ביום 29.3.2023 ניתן פסק הדין בבג"ץ 1158/23 המוחק את העתירה, שבגין פגיעה לכאורית בה התבקש בית המשפט הנכבד לבטל דבר חקיקת יסוד וממילא גם לשיטת העותרת טענתה המופרכת לא יכולה לעמוד עוד.

ב. דין העתירה להידחות על הסף מחמת חוסר שפיטות, סמכות ועילה להתערבות שיפוטית

4. בכל הכבוד, אל לו לבית המשפט הנכבד להיעתר לצווים המבוקשים בעתירות משום שראשית לכל, לא הוקנתה לו כל סמכות ליתן צו מוחלט המורה על בטלותו של חוק יסוד.

5. עצם הכניסה לדיון משפטי אם חוק-יסוד מסוים ראוי או בלתי ראוי, הריהו חילול סמכותה המכוננת של הכנסת, עקרון ריבונות העם ועקרון שלטון החוק. אין לבית המשפט הנכבד סמכות לדון בתוקפם של חוקי יסוד מחמת עליונותה של הכנסת כרשות מכוננת, מכוח עקרון שלטון החוק, ומחמת עקרון הפרדת הרשויות. יתר על כן, אין לבית המשפט הנכבד סמכות לדון בתוקפם של חוקי יסוד משום שסמכות כאמור מעולם לא הוקנתה לו בחקיקת היסוד או בחקיקה ראשית, וכן מאחר שבית המשפט הנכבד לא יכול להיות עליון על מקור סמכותו.

ב.1. אין לבית המשפט הנכבד סמכות לדון בתוקף חוקי יסוד מחמת עקרון שלטון החוק, מעמד חקיקת היסוד ועליונותה הנורמטיבית של הכנסת

6. "שלטון החוק" במובנו הראשוני והגרעיני פירושו שהחוק הכתוב עלי ספר, הוא השולט, הוא הקובע והכל כפופים לו. הכל – כל בני האדם וכל גופי השלטון. אין חריג. האזרח, הממשלה, הכנסת ובתי המשפט – כולם כפופים לחוק.

7. הכנסת בתפקידה כבית הנבחרים במדינת ישראל חובשת מספר "כובעים", ביניהם, נתונה לכנסת הסמכות המכוננת לכוון את החוקה של מדינת ישראל, לחוקק חוקים, וכן אמונה הכנסת גם על הפיקוח

על פעולות הממשלה. על תפקידה המכוון של הכנסת והתוצאות הנורמטיביות השונות בהפעלת סמכות מכוונת זו כתב כבי' השופט נ' סולברג בפסק דינו בבג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל** (נבו, 12.07.2021) בעניין התיקון לחוק-יסוד: הממשלה המכוון את הסדר ממשלת החילופים (להלן: "בג"ץ ממשלת החילופים"), כדלקמן:

*"הסמכות המכוונת והסמכות המחוקקת הופקדו שתיהן בידי אותו מוסד – כנסת ישראל. משזכתה כנסת ישראל בכתר ה'מכוני' ובכתר ה'מחוקק', הרי שהליכי-חקיקה דומים אשר נעשים בכנסת, על-ידי אותם נבחרים ציבור, עשויים להביא עמהם **תוצאות נורמטיביות שונות בתכלית**: לאחד – יקרא 'חוק-יסוד'; לאחר – 'חוק'."*

8. סמכות מכוונת זו, היא סמכות בלעדית וייחודית לכונן את החוקה של מדינת ישראל, והיא מציבה את הכנסת בכובעה כרשות מכוונת בראש הפירמידה הנורמטיבית במשפט הישראלי. לפי תאוריית הביקורת השיפוטית שאימץ בית המשפט הנכבד בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, מט(4) 221 (1995) (להלן: "**פרשת בנק המזרחי**"), חוקי היסוד מעמדם כשל חוקה, והם עליונים על חוק. לפי תאוריית הביקורת השיפוטית שאימץ בית המשפט הנכבד מאז **פרשת בנק המזרחי, חוקי היסוד** מעמדם כשל חוקה, והם עליונים על חוק; ולפיכך ניתן, לפי פרשנותו של בית המשפט הנכבד, לבקר חוק אם הוא סותר את **חוקי היסוד**. אך אם בית המשפט הנכבד ירחיק לכת בהלכותיו ופרשנותו ויבקר אף את **חוקי היסוד**, מהם נזכיר כי הוא עצמו יונק את סמכותו, או אם ידון אותם לפי קריטריון חיצוני להם – הרי שאין הוא כפוף לכל חוק והדבר יהווה אפוא פגיעה אנושה בשלטון החוק.

9. בית המשפט הנכבד הוא אשר קבע, כי **חוקי היסוד** עליונים על חוקי הכנסת, ומעצם עליונותם נובע מקור סמכותו של בית המשפט הנכבד לבקר חקיקה ראשית (**הגילתה**) של הכנסת. שוב ושוב הדגיש בית משפט נכבד זה, כי **לא הוא אשר גובר על חוקי הכנסת, כי אם חוקי היסוד הם אשר גוברים**, ובית משפט נכבד זה רק משמש שליחו של הריבון-העם, רק ידו הארוכה ליישום ופרשנות הוראותיהם של חוקי היסוד כמגבילים את החקיקה **ההגילתה**. על כך בנה בית המשפט את כל יסוד סמכותו לביקורת שיפוטית בישראל. אם יאמץ לעצמו בית משפט נכבד זה סמכות לבקר את **חוקי היסוד**, יישמט הבסיס שבנה הוא עצמו לביקורת חוקתית.

10. ודוק: בוויכוח על האקטיביזם השיפוטי – תמיד הקפיד בית משפט נכבד זה להדגיש, כי הריבונות מסורה בסופו של דבר לריבון, לעם. הסמכות לביקורת שיפוטית על החקיקה נומקה בריבונות העם – העם העניק באמצעות החוקה (חוקי היסוד) סמכות לבית המשפט הנכבד לפעול בשמו לריסון הכנסת כמחוקק. אם יש את רצונכם – השיב בית המשפט למחוקקים – התכבדו נא ושנו את חוקי היסוד. בית משפט נכבד זה הקפיד לנקוט רטוריקה המותירה את הסמכות האחרונה **בידי העם**. התערבות שיפוטית בחוק יסוד כמוה כניתוק חבל הטבור שבין הריבון ובין יכולתו להשפיע על גורלו. אין משמעות הדברים כי נבחרים הציבור אינם כפופים לביקורת שיפוטית; אדרבה, החוק מחייב כי רשויות המינהל יצייתו לו, ובית המשפט הנכבד יכול לפסוק **על פי החוק** אם נהגו כדין. החוקה מחייבת כי הכנסת תציית לה, ודמוקרטיה מסמיכות בתי משפט לפסוק **על פי החוקה** האם לא חרג הפרלמנט מסמכותו. אך בסוף, בית המשפט פועל מכוח סמכותו החוקתית הכתובה בחוקה והדמוקרטיה מעניקה את זכות המילה האחרונה למנגנון החוקתי הנקבע לבסוף על ידי הכנסת כנציגת הריבון - העם. על כך יש לעמוד ולשמור מכל משמר.

11. על כך כתב פרופ' אהרון ברק במאמרו (ברק אהרון, "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ומעמד הכנסת", **הפרקליט מ"ז**, התשס"ד (להלן: "**ברק, חוקתיות החוק ומעמד הכנסת**")):

"כאשר בית-המשפט העליון קבע בפרשת בנק המזרחי כי חוק רגיל אינו יכול לפגוע בחוק-יסוד, הוא ביטא בכך את עליונותה של הכנסת כרשות מכוונת. כדי להגשים עליונות זו, נדרשת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. ביקורת שיפוטית זו אינה נוגדת את הדמוקרטיה ואינה פוסט-דמוקרטית. ביקורת שיפוטית זו היא הביטוי העליון של הדמוקרטיה. שכן היא ביטוי הן לשלטון הרוב (שקבע את חוקי-היסוד), והן לזכויות האדם (הקבועות בחוקי-היסוד). ביקורת שיפוטית זו היא הגשמתה של הפרדת הרשויות, שכן היא נועדה להבטיח כי הכנסת כרשות מחוקקת [בחוקקה חקיקה ראשית, הח"מ] לא תפגע בכנסת כרשות מכוונת. כבילת המחוקק היא כבילה שהכנסת עצמה יצרה [בחקיקת חוקי-היסוד, הח"מ] והיא ביטוי לכוחה המכוון העליון. [...]

ומה תפקידו של בית-המשפט בכל אלה? בית-המשפט ממלא את תפקידו הקלאסי. הוא מפרש את הנורמה העליונה של הכנסת – את חוקי היסוד; הוא מפרש את החוק הרגיל; והוא קובע אם יש סתירה ביניהם. כאשר הוא מכיר בסתירה זו, הוא נותן תוקף לנורמה העליונה של הכנסת – לחוק-היסוד. אין בכך פגיעה בכנסת, אלא הגנה על חוק-היסוד שהכנסת כוננה כנגד פגיעות בו [בחוק-היסוד, הח"מ]. אכן, הניגוד אינו בין בית-המשפט למחוקק. הניגוד הוא בין הכנסת כמחוקקת "רגילה", לבין הכנסת כמכוונת את חוקתה של ישראל. בית-המשפט שומר על סמכותה המכוונת של הכנסת כנגד פגיעה בה על-ידי הכנסת המחוקקת רגילה. מסקנה זו, אליה הגיע בית-המשפט העליון בפסק-דינו בפרשת בנק המזרחי עוד ב-1994 מתבקשת מלשונם של חוקי היסוד עצמם. [...]

אכן, יש להבחין בין כנסת המכוונת חוקי-יסוד לבין כנסת המחוקקת חוקים רגילים. כאשר בית-משפט בוחן את חוקתיותו של חוק "רגיל" הוא אינו מבקר את מעשיה המכוונת של הכנסת" הוא מבקר את מעשי המחוקקים. כך נעשה ברוב רובן של המדינות הדמוקרטיות; כך נעשה בישראל. כאשר בית-המשפט מבטל חוק של הכנסת בהיותו נוגד לחוק-יסוד, הוא אינו שולל מן הריבון את סמכותו הדמוקרטית; הריבון הוא העם; בית-המשפט נותן ביטוי לדברו של הריבון (העם) באמצעות נציגיו בכנסת כפי שמצא ביטוי בחוק-יסוד. ואם פסק-דינו של בית-המשפט, המפרש חוק-יסוד, אינו נראה לכנסת, הרשות בידה לשנות את חוק היסוד ולכונן הסדר חוקתי שונה. שוב: היא יכולה לעשות כן רק באמצעות שינוי בחוק-יסוד ולא באמצעותה של חקיקה רגילה. הנה כי כן, בראש הפירמידה הנורמטיבית ניצבת הכנסת כרשות מכוונת. [...]"

12. עמדה זו קיבלה ביטוי בשורה של פסקי דין מנחים בתחום המשפט החוקתי, וביניהם בבג"ץ 5555/18 ח"כ אכרם חסון ו-11 אח' נ' כנסת ישראל (נבו 08.07.2021) (להלן: "בג"ץ חוק הלאום"), וכפי שנכתב בפסק הדין:

"סמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית נגזרת מהעליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד. מכאן הקושי בקיום ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד, הטמון בכך שחוקי יסוד אלה מצויים בפסגת המדרג

הנורמטיבי הפוזיטיבי, ומהם שואב בית המשפט עצמו את סמכויותיו. [דברי כב' הנשיאה א' חיות בפסקה 32].

"המבקש להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי-היסוד גופם, נדרש להוכיח קיומן של נורמות חוקתיות המצויות גבוה מעל גבוה, ממעל לחוקי-היסוד. ברם, משפטנו אינו מכיר נורמה הניצבת ממעל לחוקי-היסוד; לא במפורש, גם לא במשתמע" [דברי כב' השופט סולברג בפסקה 8].

13. בהקשר זה, ראוי לציין, כי הכנסת מוסמכת לפעול באמצעות הליכי חקיקה על מנת לתקן עיוותים שנוצרו בדיון, חקיקתיים וחוקתיים, לרבות באמצעות ביטול הלכות בית משפט נכבד זה וכן מוסמכת הכנסת לגדר את הביקורת השיפוטית וכן את סמכותו של בית משפט נכבד זה בדברי החקיקה שלה, בפרט בחוקי היסוד. בית המשפט הנכבד, הכיר זה מכבר בסמכות זו של הכנסת ומדובר בסמכות טבועה בתור הרשות המחוקקת וביתר שאת המכוונת. כך למשל נקבע בפסיקות עדכניות באופן יחסי, עת קבע כב' השופט עמית בבג"ץ הטלת המנדט: "חזקה על המחוקק-המכוון כי אילו ביקש לבטל את הלכת דרעי-פנחסי, היה עושה זאת במילים מפורשות". ; וכפי שקבעה כב' הנשיאה א' חיות בבג"ץ 5969/20 סתיו שפיר נ' הכנסת (נבו 23.05.2021) (להלן: "בג"ץ שפיר") "וידגש – לרשות המכוונת הסמכות לכונן חוק-יסוד אשר יבהיר מהם גבולות סמכותה המכוונת ומהם גבולות הביקורת על השימוש בסמכות זו"., וכפי שכתב עוד קודם לכן הנשיא ברק במאמרו שאוזכר לעיל – "ואם פסק-דינו של בית-המשפט, המפרש חוק-יסוד, אינו נראה לכנסת, הרשות בידה לשנות את חוק היסוד ולכונן הסדר חוקתי שונה".

14. כך גם במרוצת השנים, כל אימת בית משפט נכבד זה דן בסוגיית חוקתיותו של חוק ובמקרים הקיצוניים בהם הורה על בטלותה של חקיקה ראשית (דגילה), עשה כן, מכוח חוק היסוד עצמו ואף הזהיר מפני הרחבת המבחנים לעקרונות "על" ולדוקטרינות החיצוניות לחקיקת היסוד כפי שמוצע בעתירות דנו. לעניין זה ראו למשל בג"ץ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הביטחון, נגד (5) 241 (1999) את דברי כב' השופט י קדמי (אשר היה באותו המקרה בדעת מיעוט – אך עמדתו בדבר הסכמות הייתה כדעת הרוב) עת קבע כי "בית-המשפט הינו "שומר הסף" החוקתי, כאשר המחוקק מכתב את הוראות השמירה ותו לאו". ראו גם את פסק דינו של הנשיא א' ברק בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, סא(1) 619 (2006) (להלן: "בג"ץ חוק טל") (אשר על פיו הוחלט ברוב דעות של שמונה שופטים לדחות את העתירות), בקובעו כי:

"עלינו לעשות ככל יכולתנו להכריע בשאלות החוקתיות של חוק הנוגד ערכי יסוד במסגרת הכרעה בחוקתיות החוק ביחסיו עם חוק-יסוד. ישראל מצויה עתה בעיצומו של מהלך חוקתי, המתבצע באמצעות חוקי-יסוד. יש לעשות כל מאמץ פרשני להכריע בשאלת חוקתיות החוק במסגרת ההסדרים הקבועים בחוקי היסוד."

[...] את חוקתיותו של חוק דחיית שירות יש לבחון לאור הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולא מכוחן של דוקטרינות, שהן חיצוניות לו."

וכן ראו גם את דברי כב' השופט א' רובינשטיין בבג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה, סה(2) 44 (2012):

“בהינתן הנחה זו, וכיון שפסקת ההגבלה - המסדירה, ככלל, את סמכות הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת (ראו בג”צ 4908/10 ח”כ בר-און נ’ כנסת ישראל (לא פורסם)) - מסמיכה את בית המשפט לפסול אך ורק חוקים הפוגעים “בזכויות שלפי חוק-יסוד זה” [...] סבורני כי אין היא מאפשרת בנסיבות לפסול את הוראת השעה.”

15. הנה כי כן, על פי שיטתו שלו, בית המשפט הנכבד יונק את סמכותו ההלכתית לביקורת שיפוטית על החקיקה מהריבון ומכוח חוקי היסוד המכוננים על ידי נציגיו, הם נציגי העם הנבחרים. חברי הכנסת בכובעם כמכוננים הם אפוא אשר מכתיבים לבית המשפט את הוראות השמירה (פרפרזה מדברי כבי' השופט י' קדמי בפרשת צמח לעיל) ובבואו של בית משפט נכבד זה לבחון דבר חקיקה שומה עליו, אף על פי הלכותיו שלו, ליתן את הבכורה לחקיקת היסוד.
16. **אם כן, אין לבית המשפט הנכבד סמכות לדון בתוקפם של חוקי יסוד משום שבית המשפט אינו עליון על מקור סמכותו ומחמת עליונותה של הכנסת כרשות מכוננת ושל חוק היסוד.**
17. כידוע, סמכותו של בית המשפט הנכבד מקורה בחוק-יסוד: השפיטה. חוק-יסוד: השפיטה מונה את הערכאות שסמכות שפיטה נתונה בידיהן, וקובע את מרותו של הדין על מי שבידו סמכות שפיטה. הוא קובע את סמכויותיהן של ערכאות המשפט בישראל.
18. חוק יסוד: השפיטה נחקק על ידי הכנסת, בשבתה כאסיפה מכוננת. במהלך השנים הכנסת גם תיקנה אותו. האם ייתכן שבית משפט נכבד זה או בית משפט אחר יבקר סעיף מסעיפיו? האם ייתכן שבית משפט נכבד זה יחליט, דרך משל, כי סעיף פלוני המקנה או מגביל את סמכותו-שלו, יש לבטל או לשנות? אם כן, נמצא בית המשפט זה מרים את עצמו בשערות ראשו. כשם שביקורת חוק-יסוד: השפיטה אינה אפשרית, כך ביקורת על כל חוק-יסוד אחר, ובוודאי חוק-יסוד משטרי, אינה אפשרית.
19. **בלא סמכות עליונה לחוקי היסוד שמחוקקת הכנסת, אין יסוד לסמכותו של בית משפט, אין יסוד לתוקפם של צווים מטעמו, ואין יסוד לחובה לציית להם. אלמלא חוק יסוד השפיטה (והחקיקה שקדמה לו בטרם שודרגה הסמכת בית המשפט לחקיקת יסוד), לא היה כל תוקף עודף לעמדתו של בית המשפט הנכבד על עמדתו של חוקר באקדמיה או של אדם מן הרחוב. כאמור לעיל, כאשר בית המשפט הנכבד מעמיד בסימן שאלה את חוק היסוד הרי שהוא כורת את הענף שעליו נשענת סמכותו שלו. כשם שביקורת חוק-יסוד: השפיטה אינה אפשרית, כך ביקורת על כל חוק-יסוד אחר, ובוודאי חוק-יסוד משטרי, אינה אפשרית.**
20. ודוק: סמכותו של בית המשפט הנכבד מקורה בחוק-יסוד: השפיטה, אשר כונן מכוח עליונותה של הכנסת כרשות מכוננת. ברור שכוונת (ונוסח) סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, ממנו יונק בית המשפט הנכבד את סמכותו, אינה כי לבית המשפט העליון תינתן סמכות עליונה גם מעל חוקי היסוד ובניגוד לרצון העם. בלא סמכות עליונה לחוקי היסוד שמכוננת הכנסת, אין יסוד לסמכותו של בית המשפט הנכבד. כאשר בית המשפט הנכבד מעמיד בסימן שאלה את חוק היסוד הרי שהוא כורת למעשה את הענף שעליו נשענת סמכותו שלו. אם בית המשפט הנכבד יבקר חוקי יסוד, או ידון אותם לפי קריטריון חיצוני להם – הרי שאין הוא כפוף לכל עקרונות היסוד החוקתיים, כפי שיפורטו להלן, ובעיקרם- **שלטון החוק**, והתערבותו תהווה התערבות בוטה בעקרון הפרדת הרשויות.

21. למותר לציין, כי לא זו הייתה כוונת המחוקק – המכוון להקנות לבית המשפט הנכבד את הסמכות לביקורת שיפוטית, בפרט לא בכל הקשור לעניינים חוקתיים. עיון בדברי ההסבר לסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה (אשר הוצע לראשונה כסעיף 19 לחוק-יסוד: בתי המשפט, ה"ח 1348, עמ' 245 1978.6.14¹) מוביל למסקנה האמורה:

“סעיף 19 סמכות בית המשפט הגבוה לצדק מפורטת בסעיף המוצע ללא שינוי מהאמור בסעיף 7 לחוק בתי המשפט, וזאת כדי למנוע זעזוע של תילי הל-כות שנבנו על גבי סעיף זה.

הסעיף מרמז על האפשרות להקנות סמכויות לבית המשפט העליון בתפקידו כבית משפט לחוקה. חוק היסוד הנוכחי עדיין אינו מקנה סמכות כזאת, אולם משתוקנה – תהיה הקביעה בחוק יסוד.”

22. לבסוף, לשון הסעיף בחוק-יסוד: השפיטה נקבעה במפורש ככזו אשר תקנה לבית משפט נכבד זה סמכויות נוספות “בחוק” (סעיף 15(ה)), וכידוע, עד ליום זה, חוק היסוד או כל חוק אחר אינו מקנה לבית המשפט הנכבד כל סמכות דומה.

23. כפי שכתב כב' השופט ד' מינץ בבג"ץ ממשלת החילופים:

...משהועמדה סמכותה של הרשות המכוננת לכונן “חוקה”, על פניו מבלי לקבוע מסמרות בעניין, אין כל לגיטימציה לכך שבית משפט זה ייטול לעצמו את המושכות להכרה בביקורת שיפוטית שיש בה כדי להתגבר על אותה “חוקה”. לא ניתן לאחוז בחבל משני קצותיו. אבהיר. הכרה בסמכותה המכוננת של הכנסת לחוקק חוקי יסוד טומנת בחובה מיניה וביה את ההנחה כי בית המשפט העליון מקבל עליו את מרותה של “הרשות המכוננת”. עלינו לקבל מרות זו בהכנעה. הפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, בהיעדר עוגן לכך בחוק יסוד כלשהו, ובהיעדר “הוראת נצחיות”, יש בה אף משום סדיקת יסודותיה העמוקים של “המהפכה חוקתית”, ואף משום היפוך היוצרות.”

24. בשולי פרק זה, המקום להעיר ולהזכיר, כי העותרים מבקשים למעשה להשוות ואף להפחית את מעמדו של חוק היסוד למעמד חקיקה רגילה לצורך הביקורת השיפוטית, אולם, לא ייתכן שמצד אחד חוקי-היסוד הם אשר יהוו את פרקי החוקה לצורך הסמכות לפסול חוקים ואילו מן הצד השני מעמד לצורך הביקורת השיפוטית יהיה דמוי חקיקה רגילה ואף נחות ממנה.

25. לאור כל האמור לעיל, לכנסת מוקנית הסמכות העליונה לחקיקת היסוד בישראל בהיותה הרשות המכוננת, ואשר על כן, עם כל הכבוד לבית משפט נכבד זה, אין לו כל סמכות להתערב בתיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה ובכלל זה ליתן את הצווים המבוקשים בעתירה. התערבות תיאורטית בחקיקת היסוד, כמבוקש בעתירה שבפנינו, תהא התערבות קשה, תקדימית ומסוכנת, שעשויה להביאנו למדרון חלקלק, ואף יהיה בה כדי לנפץ לרסיסים את הגרעין הקשה של עקרון הפרדת הרשויות. התערבות כזו עלולה לערער קשות את אמון הציבור ברשות השופטת תוך הכנסת בית המשפט הנכבד כשחקן פוליטי.

¹ זמין לצפייה גם באתר הכנסת: https://fs.knesset.gov.il/9/law/9_Is1_290707.PDF

2.ב. אין לבית המשפט הנכבד סמכות לדון בתוקף חוקי יסוד מחמת הפרדת הרשויות ואי שפיטות מוסדית

26. כידוע לכל, במדינת ישראל, כבכל מדינה דמוקרטית, ישנה הפרדת רשויות - דהיינו, קיים עיקרון שלטוני לפיו יש לפצל את סמכויות השלטון לרשויות נפרדות ועצמאיות (המחוקקת, המבצעת והשופטת) כאשר כל רשות מאזנת ובלמת את הרשויות האחרות. כידוע, הכנסת היא הרשות המחוקקת והמכוננת של מדינת ישראל, היא האמונה על מפעל חוקי היסוד ולה נתונה הפררוגטיבה הרחבה בכל הקשור לסמכות כינון החוקה בישראל. (ראו אהרן ברק, מבחר כתבים ג - עיונים חוקתיים (2017) וגם אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד כרך א (78 מהדורה שישית, 2005) וכן פרשת בנק המזרחי לעיל). (להרחבה על עקרון הפרדת הרשויות במדינה הדמוקרטית ראו את דברי כבי הנשיא שמגר בבג"ץ 910/86 רס"ן (מיל.) יהודה רסלר נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.6.88, (פסקה 9 לפסק דינו) וכן את דבריו של כבי השופט סולברג "שופט אינו עושה במשפט כבתוך שלו" (נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18)).

27. עצם הכניסה לדיון משפטי אם חוק-יסוד מסוים ראוי או בלתי ראוי, הריהו חילול סמכותה המכוננת של הכנסת, עקרון ריבונות העם ועקרון שלטון החוק. קודש הקודשים של הדמוקרטיה היא קביעת נורמות העל החלות על הכל. כפי שכתב פרופ' ברק (ברק, חוקתיות החוק ומעמד הכנסת לעיל) "... בראש הפירמידה הנורמטיבית ניצבת הכנסת כרשות מכוננת." וכן כי "ביקורת שיפוטית זו [על חקיקה "רגילה", הח"מ] היא הגשמתה של הפרדת הרשויות, שכן היא נועדה להבטיח כי הכנסת כרשות מחוקקת לא תפגע בכנסת כרשות מכוננת." וכי "הניגוד אינו בין בית-המשפט למחוקק. הניגוד הוא בין הכנסת כמחוקקת "רגילה", לבין הכנסת כמכוננת את חוקתה של ישראל."

28. כפי שראינו לעיל, בביקורת שיפוטית על חקיקה "רגילה", בית המשפט אפוא נותן ביטוי לעליונות הרשות המכוננת, לחקיקת היסוד. לפי שיטתו שלו, אין בכך משום פגיעה בהפרדת הרשויות משום שבית המשפט הוא הכריע בסתירה בין הכנסת כמחוקקת לבין הכנסת כמכוננת.

29. דא עקא, אם בית המשפט הנכבד ייטול לעצמו סמכויות להתערבות בחקיקת היסוד ולמעשה לביטול הוראות חוקתיות – יעלה הדבר לכדי "...התנגשות חזיתית עם רצון הנוחר..." או "...חלום בלהות חוקתי שעלול לקלוע את בית המשפט לעין הסערה הפוליטית" (פסקה 16 לפסק דינו של כבי השופט עמית בבג"ץ הטלת המנדט). הרשות היחידה שיכולה לקבוע הוראות חוקתיות, לתקן או לבטלן, היא זו המייצגת את הריבון, והיא זו אשר הוסמכה לפעול כן. התערבות בפעולה זו על ידי בית המשפט הנכבד היא ניתוץ הפרדת הרשויות וחריגה מסמכותו של בית המשפט הנכבד.

30. כמו כן, מבלי לפגוע בטענות המשיב 2 בקשר לחוסר סמכותו של בית המשפט הנכבד, בענייננו מדובר בסוגיה שאינה שפיטה, באופן מובהק, בשים לב למהותה של חקיקת היסוד, היות התיקונים פוליטיים וכאלה המשקפים את הכרעת הריבון, וכן נוכח רגישותה הפוליטית והציבורית של הסוגיה דנן. כל אלה מובילים למסקנה הברורה כי מדובר בסוגיה שאינה שפיטה כלל וכלל, ולצד כל הכבוד הראוי לבית המשפט הנכבד – מדובר בסוגיה אשר לא יכולה להימצא על שולחנו של בית משפט נכבד זה.

31. הלכה למעשה, העותרים מבקשים כי בית המשפט הנכבד ייטול את סמכותה המכוננת (והבלעדית) שניתנה לכנסת ויקבע כי חקיקת היסוד בטלה. האם יעלה על הדעת, כי בית המשפט הנכבד יכניס עצמו לנעלי הרשות המכוננת? ברי כי התשובה לכך שלילית.

32. אם לא די באמור, הרי שבית המשפט הנכבד קבע זה מכבר כי דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי אינה ישימה במשפט הישראלי, בין היתר, משום שהננו מצויים בעיצומו של הליך כינון החוקה בישראל – ומשכך אל לו לבית המשפט הנכבד להתערב במפעל חוקי היסוד בטרם זה בא לסיומו. (ראו אהרן ברק, "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" מבחר כתבים ג - עיונים חוקתיים (2017) (להלן: "ברק, תיקון של חוקה שאינו חוקתי")² וגם עניין התקציב הדו-שנתי, לעיל).

33. אין מחלוקת כי הסוגיה שבפנינו הינה סוגיה פוליטית מובהקת, סוגיה פוליטית מובהקת שכזו, מטבעה, אינה שפיטה. בין היתר, מחמת עקרון הפרדת הרשויות ובכדי להבטיח את אמון הציבור ברשות השופטת.

34. אך לאחרונה קבע כב' השופט מזוז בבג"ץ 2592/20 התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (27.5.2020) (להלן: "בג"ץ הטלת המנדט"), כי בעניין דומה (סמכותה החוקתית של הכנסת ברוב חבריה) שיקול הדעת אינו נתון לביקורתו של בית משפט נכבד זה (אלא ב-"מצבים חריגים ונדירים ביותר", אשר אינם מענייננו) וכי לדעתו חלה דוקטרינת אי-השפיטות המוסדית, בכותבו:

" [...] בכגון דא חלה לדעתי דוקטרינת אי-השפיטות המוסדית (להבדיל מאי שפיטות נורמטיבית), כנגזרת של מבחן האופי הדומיננטי של הנושא, בהתאם לאמות המידה שהותוו על ידי הנשיא שמגר בעניין רסלר [...]."

"... כי אין זה נכון שבית המשפט ידון בסבירותו של עניין פלוני, למרות שניתן לסווגו בין העניינים היכולים להיבחן לפי מבחני השפיטות הנורמטיבית. מבחן השפיטות המוסדית נותן מקום להפעלתו של הריסון ביחסים בין רשויות השלטון לבין עצמן, ריסון המאפשר מסירתה של בעיה פוליטית להכרעתם של גורמים פוליטיים" (שם בעמ' 520).

לצד זאת הדגיש הנשיא שמגר כי –

ההכרה בקיומו של סייג השפיטות היכול להביא, בנסיבות ראויות, להימנעותו של בית המשפט מן הנכונות לדון בבעיה פוליטית, כלכלית או ציבורית אחרת, איננה מחלישה את עקרון הפיקוח והביקורת השיפוטיים אלא מחזקת אותו, כי היא קובעת לו גבולות סבירים" (שם בעמ' 520, 523).

35. ובהקשר דומה קבע כב' השופט מזוז בפסק דינו בפרשת חוק ההדחה בבג"ץ 5744/16 עו"ד שחר בן מאיר נ' הכנסת (פורסם בנבו, 27.05.2018) (להלן: "פרשת חוק ההדחה"), כי סוגיות היורדות לשורש הסמכות והלגיטימיות של הרשות המכוננת ושל בית המשפט – חורגות בחלקן מתחומו של משפט:

"השאלה הקשה יותר היא כמובן, האם קיימות מגבלות בלתי כתובות על תיקון חוקה? ואם כן, אלו מגבלות ובאלו תנאים? שאלה זו היא מורכבת ועדינה ומעוררת קשיים עיוניים ומעשיים כאחד, היורדים לשורש הסמכות והלגיטימיות של הרשות המכוננת ושל בית המשפט, והחורגים בחלקם מתחומו של משפט."

² בהקשר לדבריו של ברק בספרו תיקון של חוקה שאינו חוקתי נציין באמרת אגב כי מעניין שדווקא פרופ' ברק הידוע בתור "המחולל והמנהיג של התפיסה שלפיה דוקטרינת השפיטות המוסדית מגבילה באופן לא ראוי ולא נחוץ את התחומים שבהם בית המשפט עוסק." (ראו פרופ' דפנה ברק-ארז "מהפכת השפיטות: הערכת מצב" הפרקליט נ (תשס"ח) (להלן: "ברק-ארז, מהפכת השפיטות", עמ' 1)) ראה לנכון להגביל את סמכותו של בית המשפט הנכבד בהפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקת היסוד.

36. מן הטעמים שפורטו לעיל, עמדת המשיב 2 הינה כי, לא יתכן שהרשות השופטת תתערב באופן כה בוטה בהתנהלותה ובסמכותה, הייחודית והבלעדית, של הרשות המכוננת ותאסור דה פקטו על נציגי העם (הריבון) לכוון את חוקתה של המדינה. התערבות מעין זו, הינה התערבות קשה, תקדימית ומסוכנת, ועשויה לנפץ לרסיסים את הגרעין הקשה של עקרון הפרדת הרשויות ואת אמון הציבור ברשות השופטת.
37. כך הוא המצב בעתירה שבפנינו וכך ראוי שיורה בית המשפט הנכבד. בהיעדר כל הסמכה בדין (אף לא לפי הלכותיו של בית המשפט עצמו – ככל שבסמכותו לעשות כן – דבר לו המשיב 2 מתנגדם כאמור לעיל) בית המשפט הנכבד נעדר כל סמכות להעביר חקיקת יסוד של הרשות המכוננת המוסמכת תחת ביקורתו, וברי, כי גם אין בידו בכדי להורות על בטלותה של חקיקת היסוד. משכך, אין כל סמכות להורות על בטלות חקיקת היסוד.
38. ממילא, נקבע זה מכבר בפסיקת בית משפט נכבד זה, שאין מקום ליישם במערכת המשפט הישראלי את דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", ולא בכדי [ר' את דברי כבוד הנשיאה א' חיות בפסק דינה בבג"ץ חוק ההדחה; בפסק דינה בבג"ץ ממשלת החילופים בפסקה 3; וכן בפסק דינה בבג"ץ חוק הלאום; ר' גם את דבריו של כב' השופט ע' גרוסקופף בבג"ץ 4076/20 עו"ד משה שפירא נ' הכנסת בעניין תיקון "החוק הנורווגי", שם נדחו טענות בדבר תחולתה של דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" כאשר דחה את העתירה על הסף].

3. ב. משנה הזהירות הנדרש

39. מעבר לצורך נבקש להבהיר, כי גם אם היתה סמכות התערבות בחוקי יסוד – דבר המוכחש כאמור מכל וכל, הרי שומה על בית משפט נכבד זה לפעול בצמצום ובמשנה זהירות בהפעלת ביקורת שיפוטית על עבודתה של הכנסת, בית המחוקקים של ישראל, ובפרט בכובעה כרשות מכוננת עת היא מחוקקת חוקי יסוד.
40. בהלכות בית המשפט הנכבד נקבע זה מכבר, כי בהתערבות שיפוטית בהחלטות הכנסת (בכובעה כרשות מחוקקת) ינהג הוא באיפוק ובריסון ומקל וחומר הוא הדין עת עסקינן ברשות המכוננת – הריבון). קביעה זו מתחייבת ממודל הפרדת הרשויות הנהוג בשיטתנו, ומעקרון האיזונים והבלמים הנובע ממנו.
41. אך לפני שנים ספורות, ניתן פסק דין עקרוני בסוגיה דומה בבג"ץ הטלת המנדט מפי כב' נשיאת בית המשפט הנכבד השופטת אסתר חיות (שניתן בהסכמה פה אחד בהרכב מורחב של 11 שופטים), שם, קבעה כב' הנשיאה, כי נוכח הסמכות הייחודית המוענקת לחברי הכנסת מכוח סעיף 10(א) לחוק-יסוד הממשלה אין מקום להתערבותו של בית משפט נכבד זה, וככל שכן הרי שמתחם הביקורת השיפוטית הוא צר, עד מאוד:

"...הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת אינה דומה לביקורת השיפוטית על החלטות של רשויות מנהליות. כלל יסוד זה נקבע לא אחת בפסיקתו של בית המשפט העליון בציינו כי "אין להתייחס להחלטות המתקבלות על ידי הפרלמנט, שנבחר על ידי כלל האזרחים, כפי שמתייחסים להחלטות של רשויות מנהליות, אפילו מדובר ברשויות בכירות ביותר..."

כמו כן, כב' הנשיאה ציטטה בהסכמה את דברי כב' השופט גרוניס בג"ץ 5838/07 **אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, אהוד אולמרט**, פ"ד סב(3) (517-516) (2007), שם העיר כב' השופט גרוניס, כי:

"...ככל שהמרכיב הפוליטי בהחלטה הוא בעל משקל רב יותר, יידרש בית המשפט לריסון גדול יותר. ניתן להראות זאת על דרך השוואה בין התערבות בחקיקת משנה שקיבלה את אישור הכנסת, לעומת הפעלת ביקורת על החלטה ליתן אמון בממשלה חדשה. ברי, שבית המשפט יתערב בהחלטה מן הסוג השני, אך במקרים קיצוניים ביותר..."

על אחת כמה וכמה שכך הוא הדין בכל הנוגע להפעלת סמכותה החוקתית של הכנסת לכינון (או תיקון) חקיקת היסוד.

42. בדומה לבג"ץ הטלת המנדט, גם ענייננו אינו עוסק בהחלטה או בפעולה מנהלית של רשות מנהלית, אלא **עסקינן בפעולה חוקתית של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת**. מדובר אפוא בעניין המצוי בלב ליבו של ההליך הדמוקרטי (פרפרזה מדברי כב' הנשיאה חיות בבג"ץ הטלת המנדט, בפסקה 16 לתמצית פסק הדין). משכך, אין כל מקום להתערבותו של בית המשפט הנכבד.

43. על הריסון והאיפוק בביקורת השיפוטית על הרשות המחוקקת ("**הרגילה**") עמד כב' השופט (כתוארו דאז) ברק כבר בבג"ץ 953/87 פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 322 (1988):

"...אמת הדבר, בית-משפט זה מגלה ריסון עצמי רב בכל הנוגע להחלטותיה של הכנסת. ריסון עצמי זה נובע ממעמדה המיוחד של הכנסת במשולש הרשויות. ריסון עצמי זה מיוחד הוא לכנסת, ואין להחילו על גורמים שלטוניים אחרים, כגון מועצת עירייה..."

[ר' לעניין זה גם בג"ץ 2136/95 ח"כ גוטמן נ' יושב-ראש הכנסת, מט(4) 854, פס' 9-10 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (1995)].

44. ברוח דומה, קבע כב' השופט (כתוארו דאז) חשין, בבג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 140 (2002) (להלן: "**עניין ועדת הכנסת**"), כי יש לנקוט "**גישה של איפוק, של ריסון, של כבוד לרשות המחוקקת, תוליך אותנו בזהירות בין-הטיפין. נעטוף בה לא אך את הכנסת גופה אלא כל איבר מאיבריה...**". [ר' לעניין זה גם בג"ץ 9070/00 חברת-הכנסת לבנת נ' חבר-הכנסת רובינשטיין, פ"ד נה(4) 800, פס' 11 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (2001)]. עוד נקבע כי הריסון הנהוג בביקורת השיפוטית על עבודת הכנסת נובע לא רק ממעמדה המיוחד כרשות המחוקקת, אלא גם לאור **היותה מורכבת מנבחרים הציבור** [בג"ץ 9156/06 עו"ד אהרן פולק נ' חברי הכנסת ה-17 (פורסם בנבו, 14.11.2006)]. כמו כן נקבע כי, היקף הביקורת עלול להיות צר ומצומצם אף יותר, **בהתאם לתפקיד** אותו ממלאת הכנסת במסגרת הפעולה שבעניינה מתבקשת ההכרעה השיפוטית [בבג"ץ 652/81 ח"כ יוסי שריד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982); ראו לעניין זה גם בג"ץ ח"כ פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, פס' 11 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (1995); עניין ועדת הכנסת, פס' 37 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו דאז) חשין].

45. אם נניח את שלל פעולותיה של הכנסת על גבי "סקאלת" הביקורת השיפוטית, נדמה שאין חולק כי **חקיקת היסוד אותה מחוקקת הכנסת בכובעה העליון כרשות המכוננת של מדינת ישראל, מצויה בראש הפירמידה ובמעלה "הסקאלה"**, היכן שנהוגים משנה איפוק וריסון שיפוטיים, וביקורת, אם בכלל מצויה בסמכותו של בית משפט נכבד זה (ונוזכיר – עמדת המשיב 2 הינה כי בית המשפט הנכבד נעדר כל סמכות

לבקר חקיקת יסוד (כאמור), שמורה רק **למקרים נדירים וקיצוניים ביותר**, אשר כמוהם – טרם נולד במשפט הישראלי – ולא יכול להיות ספק כי ענייננו אינו עולה לכדי מקרה כה נדיר וקיצוני.

46. תפיסה זו עוברת כחוט השני בהלכות השונות שיצאו מלפני בית משפט נכבד זה, ואשר הוזכרה בהן **האפשרות** (אשר מעולם לא יושמה, וראוי גם כי כלל לא תיושם מחמת העדר הסמכות) להעביר ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד של הכנסת, מכוח דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי או כל דוקטרינה אחרת.

47. בין הטעמים לריסון השיפוטי הרב הנהוג בהפעלת הביקורת על חוקי יסוד, מנוי הטעם, כי **"המדיניות השיפוטית הראויה היא לכבד את המארג החוקתי שנוצר בעמל רב, בפרשנות השיפוטית של חוקי היסוד המשטרניים ואלה של זכויות"** (עניין התקציב הדו-שנתי לעיל, פסקה כה לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין, הרי שאף אם קיים מקור סמכות – **"...ראוי שהדבר יעשה בזהירות יתרה..."**).

48. מהפסיקה וההלכות הענפות שהוצגו לעיל, עולה בבירור, כי התיקונים החוקתיים הנדונים לחוקי היסוד אינם מצדיקים הפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד (ככל שניתן לעשותה – דבר שכאמור המשיב 2 מתנגד לו מכל וכל), וכי העותרים לא עמדו בנטל להראות אחרת – ולפיכך אפילו בטעם זה לבדו יש כדי להוביל לדחיית העתירה כולה.

4. ב. התערבות שיפוטית בתיקון חוקתי חריגה וקיצונית אף בראי המשפט המשווה

49. במדינות רבות ברחבי העולם, בתי המשפט **מרסנים את עצמם מהתערבות שיפוטית בחוקה** וקבעו במפורש כי אין להם סמכות להעביר ביקורת שיפוטית על החוקה או על תיקוניה או כי סמכותם לבקר תיקון כלשהו לחוקה נובע מלשון החוקה עצמה.

50. כך **בארצות הברית**, שאלת הביקורת על תיקוני חקיקה הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון הפדרלי פעמים אחדות בראשית שנות העשרים. בפסק-הדין *Coleman v. Miller*³ נקבע, כי כל עניין תיקוני החוקה, לרבות ההיבטים הפרוצדורליים של התיקון, הוא **עניין פוליטי ולפיכך איננו שפיט**. בית המשפט העליון האמריקאי מנע עצמו מלדון בתיקוני חוקה אף שבחוקת ארצות הברית ישנה הוראת נצחיות מפורשת המגבילה את סמכות התיקון.⁴ בית המשפט גידר עצמו וקבע, כי בשל **טבעה הפוליטי** של השאלה, **ומשהסמכות החוקתית ניתנה לקונגרס באופן בלעדי**, הרי שאין היא מצויה תחת סמכותו. תחת זאת קבע בית המשפט כי הוא נעדר כל סמכות לדון בסוגיה, **אפילו בהיבט ההליכי שלה**, בשל טבעה. וראו את דברי בית המשפט בפסק הדין האמור:

*"Such division between the political and judicial branches of the government is made by Article V, which grants power over the amending of the Constitution to Congress alone. **Undivided control of that process has been given by the Article exclusively and completely to Congress.** The process itself is 'political' in its entirety, from submission until an*

³ *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939) 459.

⁴ U.S. Const. art. V.

amendment becomes part of the Constitution, and is not subject to judicial guidance, control, or interference at any point."

51. נציין גם את פסיקתו של בית המשפט העליון של ארצות הברית, בקובעו כי בהיעדר הסמכה מפורשת בחוקת ארצות הברית הוא **נעדר סמכות** לדיון בסוגיה שהונחה בפניו ובשל **חוסר השפיטות בסוגיה הפוליטית** החשובה והשנויה במחלוקת בארצות הברית (Gerrymandering – חלוקתם המחודשת אזורי בחירות בארצות הברית), שהובאה לביקורתו, **קבע כי זין העתירה להידחות** (RUCHO ET AL. v. COMMON CAUSE ET AL 588 U. S. (2019)), בקובעו בדעת רוב (כב' השופטים רוברטס, תומאס, אליטו, גורסץ' וקוואנו) כדלקמן:

*"No one can accuse this Court of having a crabbed view of the reach of its competence. **But we have no commission to allocate political power and influence in the absence of a constitutional directive or legal standards to guide us in the exercise of such authority.** "It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is." [...] and the cases are remanded with instructions to dismiss for lack of jurisdiction. It is so ordered."*

52. גם חוקת צרפת כוללת פסקת נצחיות האוסרת על שינוי אופייה הרפובליקני של המדינה.⁵ יחד עם זאת, בשורת פסקי דין קבעה המועצה החוקתית (Constitutional Council), המשמשת כערכאה החוקתית במדינה, כי אין בסמכותה להעביר ביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה, אפילו אם נטען כי אלה סותרים את פסקת הנצחיות.⁶ גישה דומה נהוגה בנורבגיה, אשר גם חוקתה כוללת פסקת נצחיות.⁷ בית המשפט בסלובניה⁸, ריסן את עצמו מפני התערבות בטקסט החוקתי ודחה במפורש את האפשרות כי ידון בתיקוני חוקה בשל היעדר הגבלה מפורשת בחוקה על סמכות התיקון. באופן דומה, כך קבע בית המשפט באירלנד שבה תיקוני חוקה מתקבלים במשאל עם⁹, עת קבע בית המשפט, כי אינו מוסמך להעביר את הטקסט החוקתי תחת ביקורתו.

53. מספר חוקות ברחבי העולם כוללות הליך ברור וסדור לתיקון החוקה (לדוגמה, דרישה לרוב מסוים בפרלמנט לאישור התיקון או חובה להעביר את התיקון במשאל עם). כאשר קיימת הגבלה לתיקון החוקה **בחוקה עצמה**, פסלו בתי משפט אחדים ברחבי העולם תיקונים חוקתיים **שסתרו את ההליך החוקתי**

⁵Article 89 The French Constitution, adopted by the referendum of September 28, 1958 and promulgated on October 4, 1958. French text and English translation. New York : French Embassy, Press and Information Division

⁶ Conseil constitutionnel [CC] N° 62-20 DC 6 Nov. 1962, Rec 27 ; Conseil constitutionnel [CC] N° 92-308 DC 9 Apr. 1992 Rec 55 ; Conseil constitutionnel [CC] N° 92-312 2 Sept. 1992 Rec 76 ; Conseil constitutionnel [CC] N° 92-313 23 Sept. 1992 Rec 94 ; Conseil constitutionnel [CC] N° 2003-469 DC 26 Mar. 2003 Rec 293 ר' בוסף Denis Baranger, *The Language of Eternity: Constitutional Review of the Amending Power in France (or the Absence Thereof)*, 44 ISR. L. REV. 389 (2011).

⁷ Constitution of the Kingdom of Norway as amended in 2018 [Norway], Article 121, 17 May 1814 ; YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS 187 (2017) 207.

⁸ Slovenian Constitutional Court's decision of 11 April 1996, number U-I-332/94.

⁹ Article 26 CONSTITUTION OF IRELAND Enacted by the People 1st July, 1937

הקבוע בחוקה עצמה [אוסטריה¹⁰, איטליה¹¹, גרמניה¹², צ'כיה¹³, ברזיל¹⁴, טורקיה¹⁵, אוגנדה¹⁶]. ודוק, במקרים אלו החלטות בתי המשפט נבעו מהסדרתו של הליך ייעודי בלשון החוקה, ובוודאי שלא הוטלו על הרשות המכוננת מגבלות שלא נכללו בחוקה עצמה.

54. אם יבחר בית המשפט הנכבד להסמיך את עצמו, באמצעות פסיקתו התקדימית החריגה והקיצונית, לבחון את תוקפם של חוקי יסוד על בסיס תוכנם, תהפוך מדינת ישראל ליוצאת דופן (מבחינה שלילית) שבה הסמכות המכוננת הראשונית עצמה כפופה לבית המשפט. אם ייטול בית המשפט הנכבד סמכות לעצמו לבקר גם את אותה "חוקה בהתהוות" או את אותם "פרקים, פרקים", יהיה הדבר חסר תקדים לחלוטין.

ג. אי תחולת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת - תוכן התיקון החוקתי, התחולה בזמן ומניעי המכונן אינם יסוד להתערבות שיפוטית

55. על אף שהעותרות משתמשות במונחים כמו "השימוש לרעה בסמכות המכוננת", בזיקוק טענותיהן, העותרות דווקא מתמקדות במניעי המכונן, שיקוליו, ותוכן התיקון החוקתי, וזאת כיסוד לשיטתן להתערבות שיפוטית ולביטולו של חוק היסוד. דא עקא, שבניגוד למבוקש בעתירה, דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" אינה בוחנת את תוכן חוק היסוד ו"חוקיותו". כמו כן, נקבע זה מכבר, אף בהלכות בית משפט נכבד זה, כי מניעי המכונן ושיקוליו אינם בסיס להתערבות שיפוטית ואין להביאם בחשבון.

ג.1. תוכן התיקון החוקתי לא נתון לביקורת שיפוטית

56. חשוב לציין ולהדגיש כי גם לאלו הסוברים, כי בית משפט נכבד זה מוסמך לבקר את חקיקת היסוד של הכנסת באמצעות דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת", בניגוד לעמדת המשיב 2, הרי שבכל מקרה מקומה רק במצבים שבהם באופן מובהק השתמשה הכנסת בסמכותו המכוננת לחקיקה בחוק יסוד שכלל אינה שייכת במהותה לחקיקת יסוד.

57. בפסק דינה המנחה של כב' הנשיאה א' חיות בבג"ץ שפיר הבהירה כב' הנשיאה כי אין מדובר בדוקטרינה הבוחנת את תוכן חקיקת היסוד או את ההסדרים שנקבעו בחקיקת היסוד לגופם, וכפי שכתבה:

"מרכז הכובד של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת מצוי, כאמור, בשאלה אם הנורמה שעוגנה בחוק היסוד היא אכן נורמה המצויה במדרג חוקתי... ובלשון המשנה לנשיאה (בדימי) ג'ובראן בעניין המרכז האקדמי, במסגרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת "אין אנו בוחנים את חקיקת היסוד לגופה, ואין אנו נדרשים למשמעותם ולרציותם של ההסדרים המנויים בה. תכלית

¹⁰Constitutional Court G12/00 (11 October 2001), available at:

ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_09988989_00G00012_00/JFT_09988989_00G00012_00.html .

¹¹ Article 139, Constitution of Italy, 22 December 1947 ; Italian Constitutional Court decision n. 1146 15/12/1988.

¹² YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS 187 (2017), 77. BVerfGE 30, 1 (1970) ; Article 79, GERMANY: BASIC LAW FOR THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY [GERMANY], 23 MAY 1949, .

¹³ Czech Republic Constitutional court Judgement 2009/09/10 - Pl. ÚS 27/09 –Czech Republic: Constitution of the Czech Republic [Czech Republic], 16 December 1992.

¹⁴ ADIN 939-7 DF ; Juliano Zaiden Benviddo, *Brazil in the Context of the Debate Over Unamendability in Latin America, in AN UNAMENDABLE CONSTITUTION? UNAMENDABILITY IN CONSTITUTIONAL STATES* 345, 359 (Richard Albert and Bertil Emrah Oder eds., 2018) . ADI 4.425 – Official Gazette, 19.12.2013.

¹⁵ Article 4, Constitution of the Republic of Turkey, 7 November 1982 ; Turkish Constitutional Court decision, June 5, 2008, E. 2008/16, K. 2008/116, Resmi Gazete [Official Gazette], October 22, 2008, No. 27032, pp. 109–152.

¹⁶ Mabitizi v Attorney General, [2018] UGCC 4 (26 July 2018).

ביקורת זו אינה אלא לוודא כי טיבם של הסדרים אלה אינו סותר את הכתרתם כחקיקת יסוד ואת המעמד הנורמטיבי הייחודי השמור להם" (שם, בפסקה 5 לחוות דעתו). במילים אחרות, תפקידו של בית המשפט בהקשר זה הוא להגן על החוקה המתגבשת מפני חדירה של נורמות, שאינן מצויות במדרג המתאים לכך, אל תוך המארג החוקתי באופן שעלול לגרום לשחיקה וזילות במעמדם של חוקי היסוד."

ודוק: בניגוד למבוקש בעתירה דנן, דוקטרינת "השימוש לרעה בחקיקת היסוד" אינה באה לבחון את שיקול דעתה של הכנסת בבואה לכונן חקיקת יסוד או תיקון לחוק יסוד, והדוקטרינה אינה נוגעת למעשה בתוכנו של חוק היסוד, או בכוונות, שיקולים או מטרות חברי הכנסת. מטרת הדוקטרינה לבחון אפוא את התאמתו של חוק היסוד במארג החוקתי בישראלי ואילו בעתירה שבפנינו מבקשת העותרת לבקר את תוכן חוק היסוד, באצטלה של דוקטרינת "השימוש לרעה בחקיקת היסוד".

58. בכך, דווקא העותרים מנסים לעשות שימוש לרעה בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת ולעקוף למעשה את המבחנים שהתווה בית המשפט הנכבד. כך הם מנסים לעקוף את אי קבלתה של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי במשפט החוקתי הישראלי, והכל מתוך מטרה לבטל חוק יסוד בהתבסס על בחינה מהותית של תוכן חקיקת היסוד.

59. ברי לכל, ולא יכולה להיות על כך מחלוקת, כי הדין החוקתי הישראלי אינו מאפשר כל ביקורת שיפוטית על תוכן חקיקת היסוד. בהקשר זה נבקש להפנות שוב אל שנכתב לעיל בעניין, ובפרט לכך כי אף בית משפט נכבד זה דחה לחלוטין את תחולתה של דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי". אין לאפשר לעותרים לבצע "מעקף" מעין זה כמבוקש בעתירות דנן. נזכיר שוב ספציפית את שקבעה כב' הנשיאה אי חיות בבג"ץ חוק הלאום ביחס ל"ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי יסוד": "סמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית נגזרת מהעליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד. מכאן הקושי בקיום ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד, הטמון בכך שחוקי יסוד אלה מצויים בפסגת המדרג הנורמטיבי הפוזיטיבי, ומהם שואב בית המשפט עצמו את סמכויותיו."

60. בהתאם, בית משפט נכבד זה הזהיר זה מכבר מפני "מעקפים", בדמות העתירות שבפנינו, המבקשים להשתמש לכאורה בדוקטרינות פרוצדורליות לביקורת שיפוטית תוך יישומה על התוכן של חקיקת היסוד ובכך לבצע ביקורת שיפוטית מהותית לגופו של חוק היסוד. כך נקבע, בין היתר, בבג"ץ ממשלת החילופים שם נדחו טענות בדבר אי חוקתיותו של תיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה, תוך שנכתב ביחס לדוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" כדלקמן:

"לא מדובר בצינור קסמים המאפשר להזרים את עקרונות "החוקה הראויה", כפי שהם נתפסים על ידי מלומדים או שיטות משפט אחרות, לעולמה של החוקה הישראלית – לבטח במישור התוכן, אך גם במישור הצורה. יש להתחקות בזהירות אחר האופן שבו עיצבה החוקה הישראלית את עצמה, ולהימנע מהתערבות יתר בשיקול הדעת של הרשות המכוננת, על סמך "דין ראוי" שטרם נקלט בשיטתנו אפילו ביחס לחקיקה ראשית – שלא לדבר על חקיקת יסוד.." [פסקה 10 לפסק דינו של כב' השופט מינץ]

עוד באותו פסק דין, הזהיר כב' השופט סולברג מפני המדרון החלקלק שעלול להיגרם מביקורת שיפוטית על בסיס דוקטרינות עמומות ורחבות, ובפרט בהתייחס לדוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת", עת הדגיש כי:

"... כעמדת חברי, אף מבלי להידרש לשאלת סמכותנו לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, ברי כי אין בהסדר הנדון כדי לפגוע באופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל – רחוק מכך. אולם, על אף שתוצאה זו ברורה בעיני ואינה מצריכה הנמקה נוספת, לא אוכל להחריש נוכח מגמת התעצמותה של הביקורת השיפוטית המהותית על חקיקת-יסוד. ביקורת זו נסמכת על דוקטרינות שיפוטיות עמומות ובלתי-גדורות. מציאות זו, אינה מניחה את הדעת. ... קביעת כללי זיהוי מהותיים, אשר ישומם מצריך הפעלת שיקול דעת שיפוטי רחב, תהפוך את בית המשפט לשותף פעיל ביצירת החוקה ובתחימת גבולותיה. מלאכה זו נמסרה לכנסת ישראל; לא לנו השופטים. כינונה של חוקה המעגנת את ערכיה היסודיים של המדינה, את סדרי-המשטר, ואת כללי המשחק – טעונה הסמכה, ומצריכה הסכמה ציבורית רחבה. עיסוק של בית המשפט בשאלה – איזו נורמה ראויה להיכלל בחוקה ואיזו לא, חורג מן השורה, פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. תפקידם של המחוקק והמכונן – לקבוע את הנורמה; תפקידו של בית המשפט – לפרשה. אין זה מתפקידו של בית המשפט לקבוע, אם יאה היא אותה נורמה להיכלל בחוקה המתגבשת.

[...]

"סיפור התפתחותה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, שמכוחה מבקש חברי המשנה לנשיאה (בדימוס) ח' מלצר, להוציא יהתראת בטלות – ממחיש היטב מדוע הפעלת מבחנים מהותיים לצורך זיהויים של חוקי-יסוד – הריהי פח יקוש. [...] עיסוק שיפוטי בגבולות גזרתה של החוקה הנרקמת – צריך שיעשה בזהירות, בריסון, בדחילו ורחימו; לא באמצעות דוקטרינה שיפוטית, שנוצרה על-ידי בית המשפט ולא על-ידי המכונן, ומשמשת את בית המשפט כחומר ביד היוצר..."

61. יתר על כן, גם התומכים באפשרות בית המשפט הנכבד להפעיל ביקורת שיפוטית על בסיס דוקטרינות שונות – בניגוד לעמדתנו – אינם יכולים להפעיל את הדוקטרינות האמורות במקרה דנן. בהקשר זה נזכיר, כי המונח "שימוש לרעה" בהקשר של חוקי היסוד, עלה לראשונה בדבריו של כב' השופט (כתוארו דאז) א' ברק בפרשת בנק המזרחי (פסקה 57 לפסק דינו), כחלק מבחינת הקשיים שבמבחן הצורני לזיהוי נורמה חוקתית, כשהביע חשש שבחקיקה עתידית של הכנסת, ייעשה "שימוש לרעה" בדיבור "חוק יסוד" כאשר זה, יוצמד לחקיקה רגילה במהותה. בהמשך, בבג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, נבחן המונח "שימוש לרעה" בקשר לחוק יסוד: תקציב המדינה (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (תיקון) שנתקבל בקריאה שנייה ושלישית בכנסת בשנת 2010. כב' הנשיאה (בדימו) ד' בייניש קבעה שמדובר בחוק יסוד, בבחינה צורנית וכן מהותית, ובסמיכות לקביעה זו, בחנה כב' הנשיאה את הטענה של "שימוש לרעה" בכותרת "חוקי יסוד". בפסק הדין בעניין התקציב הדו-שנתי (בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל, (להלן: "עניין התקציב הדו-שנתי")) נשען בית המשפט הנכבד על דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, היינו רתימת ה'כותרת' של חוק יסוד לפעולה שבמהותה איננה חוקתית. לאחר שכב' השופט רובינשטיין דחה את תחולתה של דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" משקבע כי דוקטרינה זו אינה ישימה, נבחנה דוקטרינת "השימוש לרעה", שבמסגרתה עלתה השאלה - האם עצם העובדה שהחוק נחקק על דרך של הוראת שעה מהווה "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת, באופן הפוגם בתוקפו של תיקון חוק יסוד הוראת השעה,

כחוק יסוד? גם בפסק דינו המנחה של בית משפט נכבד זה בבג"ץ שפיר, נבחנה הוראת שעה (חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה) וגם שם, הסתפק בית המשפט ב"התראת בטלות".

ודוק: הדוקטרינה יושמה במשפט הישראלי בהקשר "פרוצדורלי" גרידא (למשל שימוש בכותרת חוק יסוד לחקיקה רגילה, בהוראת שעה כתיקון לחקיקת יסוד), ובקשר להוראות שעה בלבד, וזאת להבדיל משימוש בהליך החקיקה החוקתי המקובל לכינון סוגיות חוקתיות מובהקות – תיקון חוק יסוד באמצעות תיקון חוקתי לחוק היסוד, העוסק בהסדרים חוקתיים מובהקים, כפי שנעשה בענייננו. הכרעות בית המשפט הנכבד, היו ביחס להוראות שעה בלבד. בעניין התקציב הדו-שנתי ההכרעה נבעה מנסיבות העניין ונוכח השימוש החוזר והנשנה במנגנון של הוראת השעה כתיקון "קבע" (חקיקת הוראת שעה חמש פעמים ברציפות). בבג"ץ שפיר, נבחנה הוראת שעה וגם שם, הסתפק בית המשפט הנכבד ב"התראת בטלות".

כלומר, למעשה, מתן הסעד המבוקש בעתירות דנו לביטולו של הסדר חוקתי בחוק יסוד קבוע, חריג וקיצוני גם בפסיקתו של בית משפט נכבד זה – שעד היום, ובצדק, לא הורה על בטלותו של הסדר חוקתי קבוע ואין כל מקום לעשות זאת במקרה דנו, מה גם שכפי שפורט לעיל לשיטת המשיב 2 בית המשפט אינו מוסמך לנהוג כך בכל מקרה.

62. זאת ועוד, גם הדוגלים בהחלת הדוקטרינה האמורה בניגוד לשיטתנו לא יחילו אותה במקרה דנו. ענייננו עוסק בתיקון לחוק-יסוד: הממשלה, והתיקון מסדיר הוראות ביחס לנבצרותו של ראש ממשלה מכהן, באשר יהיה. משמעות אותם ההסדרים שנקבעו בתיקון היא משמעות חוקתית באופן מובהק – ולהם השפעה על העומד בראשות הממשלה ועל המשך כהונתה של הממשלה והכנסת. מדובר בתיקון קבוע לחקיקת היסוד בקשר לנורמה יציבה וכללית ואשר תחולתה יהא יפה כלפי כל ממשלה וכל ראש ממשלה בישראל (בהווה ובעתיד). ההסדרים שנקבעו מקומם במארג החוקתי של מדינת ישראל, בכך לא יכול להיות כל ספק. למעשה, דווקא לא ניתן היה לעגן את התיקון החוקתי בכל דרך אחרת אלא אך ורק במסגרת חוק היסוד שקבע עוד קודם לכן הסדרי נבצרות באותו המדרג.

63. בהקשר זה, יפים ליישום על ענייננו, בשינויים המחויבים, דברי כב' הנשיאה חיות בפסק דינה בבג"ץ ממשלת החילופים, שקבעה כך:

"בהקשר זה אני מצטרפת בהסכמה לחוות דעתן של השופטות ברוך וברק-ארז, על נימוקיהן, כי סעיף 43 לחוק היסוד עומד בשלושת מבחני-העזר של שלב הזיהוי. כפי שציינה חברתי, הסדר ממשלת החילופים לא נועד לשמש ממשלה מסוימת או כנסת מסוימת בלבד. אף לא מדובר בהסדר כופה שיחול מעתה ועד עולם, אלא באופציה העומדת לרשות חברי הכנסת בבואם לממש את המנדט שניתן להם ולהרכיב ממשלה. לפיכך, מדובר בהוראה הצולחת את מבחני הכלליות והיציבות. כמו כן, תכליתו של סעיף 43 לחוק היסוד עולה, כאמור, בקנה אחד עם התיקונים הקודמים בחוק היסוד הנוגעים למוסד אי-האמון והיא אינה עומדת בסתירה למארג החוקתי הקיים. בנסיבות אלו, אינני סבורה שמתעורר קושי בהגדרת סעיף זה כנורמה המצויה במדרג החוקתי ואין כל צורך להידרש לשלב הצידוק." [בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (נבו 12.07.21)].

ג.2. התחולה בזמן אינה מקימה עילה להתערבות שיפוטית

64. העותרים מלינים, בין השאר, על אופיו הרטרוספקטיבי, לכאורה, של תיקון מס' 12. אולם, אין במישור התחולה בזמן בכדי להשפיע על חוקיות וחוקתיות ההוראה הנורמטיבית. משכך דין הטענות בהקשר זה להידחות.

65. נבהיר, תיקון מס' 12, כלל אינו תיקון רטרוספקטיבי, היות שהתיקון אינו משנה את המעמד המשפטי, את התכונות המשפטיות ואת התוצאות של פעולות שנעשו לפני מועד היכנסו לתוקף [ר' דברי כב' השופט לנדוי בע"א 27/64 בדר נ' לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד יח(1) 295, 300 (1964)]. אלא, מדובר בתיקון החל על מצב דברים נתון ביום היכנסו לתוקף, ולכן זהו תיקון אקטיבי (לניתוח ר' דברי כב' השופט ברק בפסקה 11 בע"א 1613/91 אורית ארביב נ' מדינת ישראל, מו(2) 765 (1992)).

66. יחד עם זאת, גם אם מדובר בתיקון רטרוספקטיבי, הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת ומכוננת מוסמכת לחוקק דברי חקיקה אף אם הם רטרוספקטיביים ואין בכך בכדי לפגום בתוקפו של דבר החקיקה, ובוודאי שאין בעצם תחולת הזמן של דבר החקיקה בכדי לבטל את דבר החקיקה, לדחותו, לפגום בתוקפו, או להקנות לבית משפט נכבד זה עילה כלשהי להתערבות [ר' למשל את שקבע כבוד מ"מ הנשיא (כתוארו דאז) זוסמן, בפסקה 4 לפסק דינו בבר"ע 3/73 גלעד נ' סופר, פ"ד כז(1) 596 (1973) כי "...כוחו של המחוקק לחוקק חוק בר-תוקף למפרע אינו מוטל בספק..."; וגם את שקבע כבוד השופט וייס בע"א 730/83 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אלקוני, פ"ד לט(3) 169 (1985), בפסקה 5 לפסק דינו כי: "...אין חולק, שהמחוקק רשאי לחוקק חוקים בעלי תחולה רטרוספקטיבית..."; עע"מ 5854/11 רוטוביץ' נ' עיריית חולון (פורסם בנבו 4.9.2015), דברי כב' השופט (כתוארו דאז) מלצר בפסקה 27; ע"א 216/74 ויגל נ' אצט מפיצים (1965) בע"מ, פ"ד כט(1) 141, פס' 8 לפסק דינו של כב' השופט קיסטר (1974); ע"א 410/76 ציפר נ' טורקיניץ, פ"ד לב(2) 589, פס' 9 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו דאז) אלון (1978); ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, פס' 8 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו דאז) ברק (1992)].

67. בהקשר זה, העותרת התנועה למען איכות השלטון, מבקשת לפתח מבחן חדש לכינון ו/או תיקון הסדרים חוקתיים "תוך כדי תנועה", לפיו תישאל השאלה "האם קול הבוחר משפיע במלוא כוונתו ובהתאם לתנאים שהחוק העניק בעת ההצבעה":

ראשית, לצד העמדה כי אין סמכות לביקורת שיפוטית חוקתית על חוק יסוד כאמור לעיל, נזכיר כי היה זה בית משפט נכבד זה עצמו שהזהיר לא פעם מפני הרחבת המבחנים לביקורת השיפוטית שלא על פי הסדרים שנקבעו בחקיקת היסוד עצמה, וזאת כפי שפירטנו לעיל.

שנית, העותרת כלל אינה מספקת כל הסבר מדוע הגיעה למסקנה שהתשובה לשאלה הנשאלת על ידה היא שלילית, והעותרת אף לא מספקת מבחנים מעשיים שניתן לבחון וליישם. עם כל הכבוד לתנועה למען איכות השלטון, **ציבור שלם בחר בראש הממשלה לעמוד בראשות הממשלה**. אם כך, המסקנה לשאלה המוצעת על ידי העותרת היא **דווקא הפוכה!** אך לפני מספר חודשים התקיימו הבחירות לכנסת, וראש הממשלה וממשלתו קיבלו את אמון הציבור והכנסת, ברוב גדול. כאשר מתוכם 1,115,336 בעלי זכות בחירת הצביעו ישירות למפלגת "הליכוד בהנהגת בנימין נתניהו לראשות הממשלה" ואותו ציבור אף נתמך על ידי בעלי זכות בחירה רבים נוספים שביקשו להקים קואליציה בראשות ראש הממשלה נתניהו. בכך, העם הביע את עמדתו הנחרצת כי ממשלה בראשותו של חה"כ בנימין נתניהו, זו הממשלה בה העם בחר ובה הוא תומך – והציבור אינו מעוניין אפוא בהכרזה על נבצרות של ראש הממשלה, חרף הליכוי המשפטיים. אותו ציבור, סמך על המערכת הדמוקרטית במדינה, ככזו שתכבד את החלטת הבוחר למשך

תקופת כהונתה של הכנסת הנוכחית. אותו ציבור, אף בחר להסמיך את חברי הכנסת מטעם סיעות הקואליציה כבעל סמכות החקיקה וכינון החוקה.

שלישית, תיקון מס' 12 מבהיר את המצב המשפטי שהיה קיים ערב חקיקת התיקון ולא משנה אותו. כפי שיובהר בהרחבה בפרק ד' להלן גם במצב החוקתי הקודם היועץ המשפטי לממשלה לא היה מוסמך להכריז על נבצרותו של ראש הממשלה (השווה לדברי היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז הנזכרים להלן בפרק ד'). לאור האמור, אף אם נלך לכאורה לשיטת העותרת, ההסדר החוקתי שכונן במסגרת תיקון מס' 12, הוא דווקא ההסדר החוקתי שהיה מקובל במשפט החוקתי בישראל נכון למועד הבחירות. **ודוק:** **מעולם** לא נקבע בהסדרים החוקתיים בישראל, לרבות בפסיקה פוזיטיבית של בית משפט נכבד זה (למעט אמרות אגב מסוימות באוביטר), כי נבצרות ראש הממשלה כוללת בהגדרתה גם נבצרות בשל קיומם של הליכים פליליים כלשהם לפיכך, ככל שיש ליישם את המבחן אותה מבקשת העותרת ליישם, תתקבל דווקא המסקנה ההפוכה המתבקשת על ידי העותרת, והמסקנה היא - כי בית משפט נכבד זה מנוע לכאורה מלקבל החלטה המנוגדת להסדרים חוקתיים שהיו ערב הבחירות.

ג.3. **מניעי המכונן ושיקוליו אינם סוגיה לבחינה שיפוטית**

68. על אף טענות העותרים ביחס ל"פרסונליות" פסולה אשר תיקון מס' 12 מתאפיין בה לכאורה ולשיטתם, בית משפט נכבד זה אינו נכנס בנעליו של מכונן חוקי היסוד ובוחן את שיקול דעתו כאילו הייתה זו החלטה מנהלית רגילה.

69. נקבע זה מכבר בהלכה הפסוקה כי **מניעי המכונן אינם סוגיה לבחינה שיפוטית**. על כך עמדה כב' השופטת (כתוארה דאז) ד' דורנר כבר בבג"ץ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה חוק ומשפט**, נג(4) 92 (1999), לפיהם "ספק רב אם מניעים לחקיקת חוק יסוד – אף אם ניתן לטעון שאינם ראויים – עשויים כשלעצמם להוות פגם משפטי המהווה עילה לביקורת שיפוטית". ההלכה הפסוקה קבעה פעם אחר פעם, כי שינויים חוקתיים, אף אם נובעים ממניעים פוליטיים, הם אינם פסולים או פגומים כשלעצמם. על הלגיטימיות של שיקולים פוליטיים כמניע לתיקוני חקיקה או חקיקת היסוד נכתב גם על ידי כב' הנשיאה א' חיות בבג"ץ 8612/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, בפסקה 16 לפסק דינה (17.8.2016).

כך גם סבר כב' השופט (כתוארו דאז) פוגלמן בעניין **התקציב הדו-שנתי** עת קבע כי שיקולים פוליטיים כשלעצמם אינם עולים לכדי עילת התערבות (אף אם הייתה סמכות לעשות כן), בקובעו כי:

"...אם אכן שיקולים פוליטיים, ובפרט – רצונה של הממשלה להקל על המורכבות הכרוכה באישור שנתי של תקציב המדינה, הם אלה שהובילו לתיקון שלפנינו, היבט זה כשלעצמו לא מצדיק לדעתי התערבות שיפוטית מן הסוג המבוקש במקרה דנא..."

בהמשך, בהתייחס לשאלה "אם שיקולי המכונן היו ענייניים" כתב כב' השופט סולברג בבג"ץ **ממשלת החילופים** כי: "דא עקא, ביקורת שיפוטית מעין מנהלית על שיקול הדעת של המחוקק, על ענייניותו – היא חידוש מפליג, אשר לא הוכר במקומותינו; ובדין לא הוכר". באותו עניין, כתב כב' השופט הנדל, כדלקמן:

"ודוקו, אני נכון להניח כי הנסיבות הפוליטיות ששררו ערב הקמת הממשלה ה-35, הניעו את גלגלי תיקון 8, שסעיף 43 ח לחוק יסוד: הממשלה נמנה על הוראותיו,

ולמצער השפיעו על תוכנו. ברם, הרקע לחקיקה אינו פוסל אותה. חקיקה נועדה, בין היתר, לפתור בעיות שהתרחשו במציאות. היכולת להגיב בצורה דינמית, ולתקן באופן מיידי כשלים שנחשפו, מצויה בארגון הכלים של המחוקק. כל עוד החקיקה מציעה פתרון כללי לבעיה כללית, אין פסול בכך שאירוע ספציפי הוא שהעלה את הבעיה על שולחנו של המחוקק... הדין הנהג אינו רואה במניעיו הפוליטיים של המחוקק עילה לשלילת מעמדה החוקתי של נורמה שהרשות המכוננת עיטרה בכותרת "חוק יסוד".

בהתאם, נקבע בבג"ץ ממשלת החילופים כי אין כל מקום לבצע ביקורת שיפוטית על תיקון לחוק יסוד, בין היתר, בטענות כנגד מניעי המכונן שהועלו על ידי העותרים (לרבות העותרת כאן), וכן נקבע כי הוראות תיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה היו כלליות דיין ולא פרסונליות, על אף שכווננו בעקבות צורך פוליטי נקודתי ופרסונלי לכאורה. פסיקה דומה נקבעה גם בפסיקתו העדכנית של בית משפט נכבד זה בעניין תיקון מס' 11 לחוק-יסוד: הממשלה בבג"ץ 8948/22 אילן שיינפלד נ' הכנסת (נבו, 18.01.2023) כאשר נקבע כי חרף העובדה שהמניע העיקרי לחקיקה הייתה סוגיה פרטנית ספציפית בעניינו של חה"כ דרעי, לא היה בכך בכדי להפוך את ההסדר החוקתי לפסול מאליו.

נוסיף, כי הממשלה הקודמת (הממשלה ה-36) הסכימה במסגרת ההסכמים הקואליציוניים, מתוך מניעים קואליציוניים ופוליטיים פרטניים ונקודתיים, לתקן מספר חוקי יסוד, וביניהם חוק-יסוד: הממשלה, חוק-יסוד: הכנסת, וחוק-יסוד: משק המדינה (ראו נספח ה' להסכם הקואליציוני להקמת הממשלה ה-36 שנחתם ביום 11.6.2021 בין סיעת ימינה וסיעת יש עתיד בכנסת ה-124). תיקונים אלו הוחלו כמובן באופן מיידי על הכנסת ה-24, אשר היא הכנסת שתיקנה את אותם חוקי היסוד. באופן ספציפי נציין את תיקון מס' 51 לחוק יסוד: הכנסת. במסגרת התיקון נקבע, כי פרישה של 4 חברי כנסת תחשב כהתפלגות ולא כפרישה אסורה, וזאת אך ורק בשל המחשבה המוטעית של הקואליציה בזמנו, שתוכל להיווצר אופציה כזו במהלך כהונת הכנסת ה-24, שתייצב את הממשלה ה-36. באותו תיקון, בעקבות ההסכמות הקואליציוניות הנקודתיות, תוקן גם המועד שיחול להעברת תקציב המדינה. כאמור, התיקון האמור נכנס לתוקף באופן מיידי וחל על הכנסת ה-24, למען שלמות התמונה ראוי לציין ולהדגיש כי תיקון זה בוטל בכנסת ה-25. כך גם, נציין פרטנית גם את חוק יסוד- הממשלה (תיקון מס' 10), במסגרתו עיגנה הממשלה הקודמת את ההסדרים הקואליציוניים שהוסכמו "אד-הוק", כגון הוספת סגן שר נוסף במשרד ראש הממשלה וכן קביעת הוראות בדבר חילופי ראש הממשלה וראש הממשלה החליפי.

70. בענייננו, כינונו של הסדר הנבצרות הקבוע בתיקון מס' 12, נבע בשל לקונות בחקיקת היסוד ואי בהירויות רבות שנוצרו בהתבסס על הסדר הנבצרות הקודם. המכוננים סברו כי הסדר חוקתי שכזה, שהשלכותיו נרחבות, ובפרט משמעות ההכרזה על נבצרות הפלת הממשלה, צריך להיות ברור, ודאי, מוגדר ומפורש. כן ביקשו מציעי החוק ששינוי זה משמעותי בשלטון בישראל – יתבצע באמצעות הגוף הנבחר.

71. על הצורך האמיתי בהסדר החוקתי, עמד גם המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי) בחוות דעת ששלח אל שר המשפטים ביום 26.2.2023. ד"ר גיל לימון התייחס בחוות דעתו להצעת חוק יסוד הממשלה (תיקון – נבצרות ראש הממשלה), אשר הוגשה בפני הוועדה המיוחדת [נספח 5 לעתירה בבג"ץ 2412/23]. בחוות הדעת, הצורך בחקיקה סוכם כך: "בתמצית, לעמדתנו, בשים לב לעמימות הקיימת בהסדר הנוכחי, קיימת הצדקה לכך שבמסגרת סמכותה המכוננת של הכנסת יובהרו הנסיבות שיש בהן כדי להקים את נבצרות ראש הממשלה והמנגנון שבאמצעותו". עוד בחוות הדעת האמורה

נקבע, כי **קיימת הצדקה לכך שבמסגרת סמכותה המכוננת של הכנסת יובהרו נסיבות שיש בהן כדי להקים את נבצרות ראש הממשלה והמנגנון שבאמצעותו יקבע מצב של נבצרות**.

במאמר מוסגר יצוין, כי באותה חוות דעת עמד ד"ר לימון על הקשיים שהוא רואה בהצעת החוק. הקשיים המרכזיים נפתרו (וזאת כמובן מבלי לגרוע מסמכות הכנסת לחוקק חוק גם במקרה שבו הייעוץ המשפטי לממשלה סבור, עם כל הכבוד, שקיימים קשיים או שלדעתו ניתן לחוקק חוק טוב יותר).

הקושי המרכזי היה הסעיף שמנע ביקורת שיפוטית בענין. **סעיף זה לא מופיע בחוק שאושר בסופו של דבר על ידי הכנסת** (וזאת מבלי לגרוע מעמדתנו שביט המשפט הנכבד אינו מוסמך לדון בשאלות כגון אלה שבין היתר גם אינן שפיטות, וזאת אף ללא קשר לאמור או לא אמור בחוק). קושי נוסף התייחס למנגנון קביעת הנבצרות. ד"ר לימון ציין, כי "אכן ניתן לראות היגיון בקביעת הסדר חריג וקשה יחסית לצורך כפיית קביעה בדבר נבצרותו של ראש הממשלה" אולם סבר שההגבלות המספריות הופכות את ההסדר המוצע לכזה שאינו רלוונטי בחיי המעשה.

למרות מחלוקות ביחס להערכתו באשר להעדר רלוונטיות בחיי המעשה, בסופו של דבר המנגנון רוכך ובמקום רוב של 90 חברי כנסת נדרש רוב של 80 חברי כנסת (רוב שהינו מעשי מאוד במציאות שבה קיימת אופוזיציה לממשלה ובפרט בקרות נסיבות אובייקטיביות לנבצרות ראש ממשלה). ההצעה לאפשר הגדרה רחבה יותר של נבצרות מעבר לנבצרות פיזית או נפשית לא התקבלה, במסגרת סמכותם של חברי הכנסת להחליט איזה הסדר ראוי בעיניהם. מכל מקום, לאור התיקונים הנ"ל שבוצעו בחוק, לא קיים עוד הקושי עליו הצביע ד"ר לימון באשר לשילוב בין מרכיבי ההצעה המעצים כביכול את הקושי, מה גם שלא ניתנה בחוות הדעת דוגמא של מדינה כלשהי שבה נהוגה ההצעה המופיעה בחוות הדעת (וראו בענין זה בהרחבה את דברינו באשר למשפט המשווה).

יתר על כן, בחוות הדעת האמורה צוינו מספר פעמים שבהן ניסתה הכנסת בעבר לתקן את הסדר הנבצרות, חלקן ראויות וחלקן פחות (אך בכל מקרה לא קודמו או קיבלו תוקף משפטי כלשהו), ובהן הוצע בין היתר להגדיר במפורש את עילות הנבצרות ואת מנגנון הנבצרות, וכן הוצע להסדיר את מיהות הגוף המוסמך להכריז על נבצרות כאמור. זאת, כל פעם, בשל חוסר הבהירות במצב המשפטי שהיה קיים. מהצעות החוק שאוזכרו, עולה התמונה, כי הצעות החוק קודמו **לאור נסיבות עובדתיות ספציפיות ואירועים נקודתיים שקרו באותה העת שקדמה להצעות החוק** (למשל, בתקופת רה"מ לשעבר שרון, רה"מ לשעבר אולמרט, הנשיא לשעבר קצב וכיוצא באלה¹⁷).

72. בכל אופן, חרף העובדה שהיועצת המשפטית לממשלה סברה שאין מקום להכריז על נבצרות בנסיבות העניין של המשיב 2, סברו המחוקקים-מכוננים, כי בכל אופן ראוי להסדיר את סוגיית הנבצרות, לרבות להגדיר במפורש את עילותיה, להסמיך את הגוף המוסמך להכריז על נבצרות ולקבוע את ההליכים שיובילו למעשה לאקט חוקתי משמעותי בדמות של הדחת מנהיג נבחר מכהן והפלתה של הממשלה. כך, בפני חברי הוועדה המיוחדת הוצגה עמדת היועצת המשפטית לממשלה לפיה היא אינה מבקשת להכריז על נבצרות ראש הממשלה, כדבריו של המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי), ד"ר גיל לימון:

"חשוב לי להדגיש שבניגוד לנטען בוועדה, היועצת המשפטית לממשלה לא מבקשת, לא מבקשת להכריז נבצרות של ראש הממשלה, עמדתה של היועצת

¹⁷ הצי"ח פ/2463/17; פ/3315/17; פ/3837/17; פ/285/18; פ/616/18

המשפטית לממשלה היא שהסדר ניגוד העניינים שנערך לראש הממשלה, וכן חוות הדעת שגובשה לאחרונה, ששניהם נועדו למנוע את המעורבות שלו ומרכיבים שונים של המהלך שמכונה הרפורמה המשפטית, שיש בה כדי להיטיב עם מצבו במשפט הפלילי, מקיימים את פסיקת בית המשפט העליון בנושא. " [עמ' 36 לפרוטוקול ישיבת הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה (20 במרץ 2023)]¹⁸.

73. אם כן, אף אם גלגלי התיקון החוקתי הונעו בשל קרות אירוע ספציפי – שאך הבהיר לרשות המכוננת את הצורך בחקיקה – אין בכך בכדי לפגום בכוח זה בדבר החקיקה, וברי כי אין בכך כדי לפסלו. משכך, דין העותרים בעניין זה להידחות.

ד. תיקון מס' 12

74. מבלי לגרוע מעמדת המשיב 2 ביחס לחוסר הסמכות והשפיטות לדון בחוקתיותו של תיקון לחוק יסוד, וכי ככלל העתירה שבפנינו אינה מקימה עילה להתערבות שיפוטית, נעמוד להלן למען הזהירות בלבד ולעמדת הח"מ אף מעבר לצורך, על תיקון מס' 12, תכליתו, הוראותיו והשוואתו להסדרים מקבילים, בארץ ובעולם.

ד.1. נבצרות מהי

75. **נבצרות היא חוסר יכולת מעשי לתפקד מטעמים פיזיים או מנטליים.** המקרים הטיפוסיים של נבצרות הם מחלה קשה או היעדרות.

76. אין המדובר בתפקוד בעל תפקיד באופן שאינו מוצא חן בעיני מאן דהוא, **אין המדובר בשאלות ערכיות** כגון האם ראוי שאדם מסוים יכהן כראש ממשלה ובוודאי שאין עסקינן בעילת הדחת ראש ממשלה מכהן בשל חוסר שביעות רצון מהחלטות פוליטיות או מדיניות, כאלה או אחרות.

77. נבצרות לא אמורה להיות נתונה במחלוקת ובוודאי שאיננה אמורה לפגוע בהכרעת העם בדבר העומד בראשו ואין נבצרות בכדי לתת למערכת המשפט, עם כל הכבוד, אפשרות להדיח ראש ממשלה מכהן ללא הכרעה של הבוחר וללא כל סמכות חוקית. נבצרות אינה כלי משפטי הנותן שיקול דעת לממשלה או לבית המשפט להגביל את הזכות לבחור ולהיבחר או את שיקול הדעת של הכנסת במתן או אי מתן אמון בממשלה ואת ההסדרים החוקתיים במצבים של נפילת ממשלה. במילים אחרות, נבצרות, שמורה למקרים כמו היעדרות או מחלה קשה, אינה כלי ביקורת פוליטי-משפטי על תפקודו של ראש הממשלה.

78. הנבצרות היא **מצב דברים עובדתי אובייקטיבי עם נפקויות משטריות** אשר חוק-יסוד: הממשלה מסדיר אותן. כשם שאין מנגנון משפטי ל"הכרזה" על פטירה או על היעדרות מן הארץ של ראש ממשלה כך אין מנגנון להכרזה על נבצרות. שלושת המצבים הללו (המנויים בחוק היסוד – פטירה, היעדרות מן הארץ ונבצרות) **הם תיאור מצב דברים עובדתי** שהשלכותיהם המשטריות מוסדרות בחוק היסוד. אם יש מחלוקת האם צריך לראות נורמטיבית בסיטואציה מסוימת כנבצרות או לא – אין נבצרות. עולם העובדות לחוד ועולם הנורמות לחוד. נבצרות לא אמורה להיות מוגדרת באמצעות מושגי שסתום משפטיים עמומים אשר יכולים להתפרש כשיקולים ערכיים כלשהם. כל קריאה שיפוטית של עמדה נורמטיבית לסיטואציה עובדתית היא מעשה שאינו מתקבל על הדעת.

¹⁸פורסם באתר הכנסת, זמין לצפייה בקישור הבא: https://fs.knesset.gov.il/25/Committees/25_ptv_2295188.doc

2.4. הגדרת עילות הנבצרות

79. תיקון מס' 12 נועד להבהיר את מצב הדין שהיה קיים ערב כינון ההסדר החוקתי, ולפיו נבצרותו של ראש הממשלה מלמלא את תפקידו יכולה להתרחש אך ורק בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית של ראש הממשלה למלא את תפקידו, בשל מצב בריאותי קשה או בשל מצב קיצוני אחר (דוגמת ניתוק קשר ממושך או שבי), המגביל קיצונית או מונע כליל, פיזית או נפשית, את יכולת התפקוד של ראש הממשלה. למען הסר ספק, אף אם לא היה בתיקון אך משום הבהרה אלא שינוי ההסדר החוקתי, הרי שהכנסת מוסמכת לפעול כן בכובעה כרשות המכוננת.

80. זה המקום לציין, כי חרף טענות העותרים, עד כה, טרם נקבע (ואף לא ראוי שייקבע) במסגרת רציו של פסק דין בבית משפט נכבד זה כי הנבצרות המוסדרת בחוק-יסוד: הממשלה היא נבצרות אחרת מזו העובדתית בהקשר המתואר לעיל, וזהו אפוא הדין אותו התיקון ביקש לעגן ולהבהיר בחוק היסוד. כך למשל, נציין כי הערות בית משפט נכבד זה בבג"ץ 6231/08 יואב יצחק נ' ראש ממשלת ישראל אהוד אולמרט (נבו 04.08.2008) (להלן: "בג"ץ אולמרט"), לפיהן תיתכן אפשרות לקבוע נבצרות "במגוון נסיבות" נכתבו בתור הנחה ו-"מבלי להכריע בדבר" – כך בלשון פסק הדין.

81. כן נבקש להזכיר, כי נסיבות המתייחסות להגשת כתב אישום נגד ראש ממשלה מכהן הוסדרו בהסדר משפטי ספציפי, מפורש, נפרד ומובחן מההסדר החל על נבצרות, וזאת במסגרת סעיפים 17 ו-18 לחוק יסוד: הממשלה. לא ניתן אפוא לעקוף את המנגנון הקבוע בסעיף 18 לחוק היסוד, באמצעות החלטה על קיומה של "נבצרות", לכאורית, בשל הימצאות נטענת בניגוד עניינים לאור קיומם של כתבי אישום. לא יכול להיות ספק כי השאלה המשפטית בדבר כהונת ראש ממשלה תחת קיומו של כתב אישום ובכלל זה קיומם של הליכים פליליים כנגדו, הובאה על פתרונה זה מכבר בבג"ץ הרכבת הממשלה, בפסק דין תקדימי ומכונן, שניתן פה אחד, מפי 11 שופטי בית משפט נכבד זה. ההסדר הרלוונטי מוסדר בסעיפים 17 ו-18 לחוק יסוד: הממשלה הקובעים כי חוק היסוד מאפשר לקיים הליכים פליליים נגד ראש הממשלה בעודו מכהן בתפקיד, ולא זו בלבד שסעיף 18 אינו מחייב להעביר את ראש הממשלה מתפקידו אם הורשע בעבירה שיש עימה קלון כשפסק-הדין אינו סופי, אלא החוק אף מסמיך את הכנסת להעבירו במקרה כזה מתפקידו בהליך מורכב ואך ורק בתמיכתם של רוב חברי הכנסת. הוראות משלימות אף קבועות בסעיף 4 לחוק הממשלה, תשס"א-2001 הקובע הוראות לגבי ראש ממשלה שהוגש נגדו כתב אישום לפני שהתחיל לכהן בתפקידו.

82. ודוק: אין להכניס תחת כותרת הסרק של "נבצרות", שיקולים אשר כלל אינם ממין העניין, שאין בינם לבין נבצרות כל קשר, ואשר באים למעשה לשנות את השיטה הדמוקרטית במדינת ישראל ולהחליף את שיקול דעת הבוחר וחברי הכנסת – וזאת אף בניגוד מוחלט ללשון חקיקת היסוד (אף זו שהייתה קיימת לפני תיקון מס' 12) ובניגוד נחרץ לפסק דינו העדכני והתקדימי של בית משפט נכבד זה בבג"ץ הרכבת הממשלה, שקבע, כפי שחוק יסוד: הממשלה קובע, כי ראש ממשלה יכול להרכיב ממשלה ולכהן בתפקידו עד להרשעתו בפסק דין חלוט עם קלון.

83. בשל ההשלכות החוקתיות-משטריות הנלוות לקיומה של נבצרות, קביעת קיומה, בניגוד לדעת ראש הממשלה המכהן, כאשר הוא כשיר פיזית ונפשית למלא תפקידו, משמעותה הדחתו של מנהיג מכהן

שנבחר על ידי נציגי העם ובעודו זוכה לאמון הכנסת ומדובר בפועל בביטול של תוצאות הבחירות וההליך הדמוקרטי. משכך, תיקון מס' 12 נועד להבהיר את מצב הדין שהיה קיים ערב כינון ההסדר החוקתי, ולפיו נבצרותו של ראש הממשלה מלמלא את תפקידו יכולה להתרחש אך ורק בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית של ראש הממשלה למלא את תפקידו.

84. מכל מקום, ללא כל קשר מה היה הדין ערב קבלת תיקון 12, ברור ואין חולק, שלכנסת נתונה הסמכות להבהיר את חוק היסוד, לתקן את חוק היסוד, ואף לשנות אותו.

3.ד. הפרוצדורה והגורם המוסמך לקביעת נבצרות

85. על אף שחוק-יסוד: הממשלה בנוסחו הקודם קבע כללים למצב של נבצרות (כלומר אי-מסוגלות) של ראש ממשלה מלמלא את תפקידו, חוק היסוד שתק לכאורה בדבר ההליך הפרוצדורלי והגורמים המוסמכים לקביעתה של נבצרות ראש הממשלה, וזאת בניגוד לשאר הסדרי הנבצרות הקבועים בחקיקה וחקיקת היסוד הישראלית.

86. הדין הישראלי שהיה קיים ערב תיקון מס' 12, לא הכיר בתופעה של "הכרזה" על נבצרות, בפרט בדין החל על ראש ממשלה. אין המדובר בחסר חקיקתי או בלקונה. ההסדר שנקבע בדבר נבצרות ראש הממשלה, הוא הסדר שכוון, בכוונת מכוון, עם דגש על המנגנון הדמוקרטי הנהוג בשיטת משפטנו ולפיו ראש הממשלה מוחלף בתפקידו אך ורק באמצעות המנגנון הדמוקרטי לפי הכרעת הריבון – או בקרות אירוע אובייקטיבי כגון, חס וחלילה, פטירת ראש ממשלה.

87. הכרזה על נבצרותו של ראש ממשלה מכהן, מכוח סעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, קרתה במדינת ישראל פעם אחת בלבד, בעקבות מצבו הרפואי המצער של ראש הממשלה אריאל שרון ז"ל. באותה העת, **חוק היסוד שתק** אשר לגורם המוסמך להכריז על ראש הממשלה שרון כמי שנבצר מתפקידו, ומאחר שראש הממשלה שרון ז"ל היה שרוי במצב בריאותי שאינו מאפשר לו לקבוע כי הוא נמצא במצב של נבצרות, הוכרז לפי סעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, כי נבצר מראש הממשלה שרון ז"ל זמנית למלא את תפקידו [ר' בג"ץ 2655/06 עו"ד לאור נועם נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 27.03.2006)], להלן: **"עניין שרון"**. באותו עניין, לא התקיים דיון עקרוני בשאלת הגדרות עילות הנבצרות או במיחות הגורם המוסמך להכריז על נבצרות כאמור.

88. מאוחר יותר, **בבג"ץ אולמרט**, התבקש בית משפט נכבד זה להורות ליועץ המשפטי לממשלה לקבוע, כי ראש הממשלה לשעבר אהוד אולמרט מצוי בנבצרות בשל הליכים פליליים בעניינו. בית המשפט הנכבד מצא לנכון לדחות את העתירה תוך שהועלו ספקות ביחס לסמכות היועץ המשפטי לממשלה ונקבע לבסוף **שלא להידרש שלא לצורך לסוגיה זו**. כך, צוין מפורשות בפסק הדין (מפי כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטים א' גרוניס וי' דנציגר):

*"אין אנו נדרשים להכריע בשאלת היקף סמכותו [של היועץ המשפטי לממשלה],
תוספת של הח"מ] מכוח סעיף 16(ב) לחוק יסוד: הממשלה."*

89. עוד נציין, כי באותו עניין בבג"ץ אולמרט, עמדת היועץ המשפטי לממשלה (דאז) - מני מזוז אשר הפך לימים לשופט בית משפט נכבד זה) בקשר לגורם המוסמך להכריז על הנבצרות, הייתה כי ההכרעה אמורה להיות לפתחו של **נושא המשרה עצמו** למעט במצבים של מניעה אובייקטיבית (כמו בעניינו של ראש הממשלה שרון ז"ל). בכל מקרה, העמדה הייתה כי **אין המדובר בשאלה משפטית כלל ועיקר**. זו הייתה לשון עמדת היועץ המשפטי לממשלה:

"[...] שאלת "נבצרות" ראש הממשלה מלהמשיך בכהונתו, אינה עניין להכרעה משפטית, אלא עניין לראש הממשלה ולמערכת הפוליטית והציבורית לענות בו. ...

המונח נבצרות בהקשר זה הוא, בעיקרו של דבר, שאלה שבעובדה, כלומר – האם נבצר מנושא המשרה, באופן זמני, למלא את תפקידו.

נוכח אופייה ומאפייניה של הנבצרות כאמור, ההכרעה בדבר קיומה של נבצרות תהא מסורה, בראש ובראשונה, בידי נושא המשרה עצמו (ה"נבצר"), למעט מצבים של מניעה אובייקטיבית (כגון כאשר מדובר במחלה המונעת מהנבצר מודעות למצבו), או כאשר הדין קבע במפורש את הגורם שבידיו לקבוע קיומה של נבצרות (בדרך כלל, הגורם הממונה על נושא המשרה בו מדובר).

90. אם כן, נקודת המוצא היסודית והמקובלת בעניין "הכרזה" על נבצרות, גם על פי הדין שהיה קיים ערב חקיקת תיקון מס' 12, היתה כי הנבצרות בראש ובראשונה נקבעת על ידי בעל התפקיד עצמו, או על ידי גורם מוסמך אחר – המוסמך על פי דין, וזאת רק בקיומן של נסיבות אובייקטיביות.

91. הלכה למעשה, מאז בג"ץ אולמרט, שבמהלכו הושארה בצריך עיון שאלת סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה ביחס להכרזה על נבצרות של ראש ממשלה מכהן, ועד היום, בית המשפט הנכבד לא נדרש לסוגיה זו (להוציא אמרות אגב באוביטר), ועד לתיקון מס' 12 הכנסת גם היא לא נדרשה לסוגיית הסמכות. יחד עם זאת, עתה, במסגרת תיקון מס' 12, בין היתר לאור ההשלכות החוקתיות-משטריות של קביעת הנבצרות, ביקשה הכנסת להבהיר את המצב המשפטי ולהסמיך מפורשות את הגוף הנבחר, וכפי שנכתב בהצעת החוק "בהינתן שראש ממשלה מכהן שואב את כוחו וסמכותו מהעם באמצעות נציגיו, הצעה זו משקפת בעיני מציעיה את התפיסה הקיימת ולפיה הדחת המנהיג נגד רצונו תהיה בקביעת נציגי העם בלבד מבלי מעורבות של זרוע לא-נבחרת." [2560/25/פ].

92. תיקון מס' 12 נועד להבהיר את מצב הדין ולהדגיש כי הסמכות להכריז על נבצרות ראש הממשלה מלמלא את תפקידו, נתונה בראש ובראשונה בידי ראש הממשלה עצמו, באישור ועדת הכנסת בשני שליש מחבריה. במקומות שבהם ראש הממשלה אינו יכול לעשות כן בשל נבצרות פיזית או נפשית כאמור, תעשה זאת הממשלה, ברוב מיוחד של חבריה ובהתאם לעילות הקבועות בחוק היסוד והחלטת הממשלה תהיה כפופה לאישור ועדת הכנסת ברוב מיוחד מחבריה. הארכת הנבצרות, מפעם לפעם, טעונה את החלטת הכנסת על פי הצעת ועדת הכנסת, ברוב של שמונים חברי הכנסת. למען הסר ספק, מובן שאין בהסדר חוקתי זה בכדי לגרוע מסמכויות הכנסת להפיל את הממשלה ולהדיח את ראש הממשלה מטעמים פוליטיים, כמו להביע אי אמון בממשלה, בהתאם להוראות סעיף 28(ב) לחוק יסוד: הממשלה או לחוק חוק להתפזרות הכנסת בהתאם להוראות סעיף 34 לחוק יסוד: הכנסת.

93. העותרת מנסה, להטעות את בית המשפט הנכבד, ולטעון כי היועצת המשפטית לממשלה היא הגורם המוסמך להכריז על נבצרות. עם כל הכבוד ליועצת הנכבדה, המחוקק לא הפקיד בידיה סמכות כזו מעולם וכפי שהראינו לעיל, בית משפט נכבד זה השאיר שאלה זו בצריך עיון ולא קבע כי היועץ המשפטי לממשלה הוא הגורם המוסמך מכוח סעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה להכריז על נבצרות. ודוק: סמכות היועץ המשפטי לממשלה בעניין שרון, הופעלה אך ורק נוכח קיומו של חלל חקיקתי באותה העת. למעשה, סמכות כאמור מעולם לא ניתנה בחוק היסוד או בכל דבר חקיקה אחר ליועץ המשפטי לממשלה, בית המשפט הנכבד אף מעולם לא נדרש לקביעה כי מדובר בפעולה המצויה בתחום סמכותו של היועץ

המשפטי לממשלה ואף היועץ המשפטי לממשלה עצמו עמד על כך בבג"ץ אולמרט כי ההכרעה נתונה בידי "הנבצר" וכי אין המדובר בשאלה משפטית אלא ציבורית-פוליטית.

העותרת מנסה לסלף את קביעותיו המשפטיות של בית משפט נכבד זה, ולפי דבריה **המטעים** של העותרת **'קיבל הוא** [בית המשפט הנכבד, הח"מ] **למעשה את מושכלות היסוד לפיהן היועץ המשפטי לממשלה הוא הגורם האמון על קביעה שכזו**", כן כותבת העותרת בסעיף 186 לעתירתה כי **"בפרשת הנבצרות הראשונה, בית המשפט הנכבד הזכיר את ההכרעה כי היועץ המשפטי לממשלה הוא הגורם המוסמך להחליט על הכרזה על נבצרות ראש ממשלה"**. דא עקא, הכרעה שכזו **לא קיימת (!!)** בפרשת הנבצרות הראשונה אליה מפנה העותרת (בג"ץ 2268/21, כהגדרת העותרת). בבג"ץ האמור דווקא נקבע, כי **"דין העתירות להידחות על הסף בהיעדר עילה"** וכל שנכתב בפסק הדין הוא שלא נמצאה עילת התערבות. אין בפסק הדין כל אזכור, אף לא הקטן ביותר, ביחס לסמכות היועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרות ראש הממשלה. זאת ועוד, בין דבריה, העותרת מסתמכת בעתירתה גם על דברי כב' המשנה לנשיאה ח' מלצר בבג"ץ 3056/20, שעם כל הכבוד, נכתבו בהערותיו **כאגב אורחא ושלא לצורך ההכרעה בעניין שבפניו, ואף לא באופן מנומק או מוסבר**. בכל מקרה, העניין שם בבג"ץ 3056/20 כלל לא עסק בהסדרי נבצרות או בסמכות היועצת המשפטית לממשלה בהקשר זה – ומשכך אין באמור בכדי להוות משום קביעה מחייבת או הלכה פסוקה.

ממילא, טיעוני העותרת בהקשר זה מבקשים למעשה מבית המשפט הנכבד **סעד ייזום חקיקה**, ובעניינו אף **חוקה**, (אף אם בעקיפין), אשר הוא קיצוני ומופרך, בין היתר, נוכח עיקרון הפרדת הרשויות וגדרי סמכותו של בית משפט נכבד זה, והרי נקבע זה מכבר שסעד שכזה לא יינתן. ראו למשל את שנקבע בג"ץ 8940/14 א.פ.ט אדוונסד פאואר טכנולוגי בע"מ נ' **כנסת ישראל** (18.1.2015) **"הרי מושכלות יסוד עמנו כי 'אין מחוקק מבלעדי המחוקק ורק לו ייתכנו עלילות החקיקה' ... בית משפט זה לא יוציא צו המורה לרשות המחוקקת לתקן או לשנות דבר חקיקה והכתובת לכך היא הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת"**. [והאסמכתאות שם].

כך או אחרת, ובניגוד למה שמנסה העותרת לטעון בדבר **"הצורך בהקניית הסמכות להכרזה על נבצרות ליועצת המשפטית לממשלה"**, הואיל ואין כל חלל חקיקתי כיום, ומאחר שתיקון מס' 12 הסדיר את סוגיית הסמכות וקבע מפורשות כי הסמכות נתונה **לראש הממשלה ולממשלה במליאתה יחד עם הכנסת**, אין כל מקום לאמץ את פרשנות העותרת בעניין זה.

94. בדמוקרטיה פרלמנטרית כמו מדינת ישראל, בה **"הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת"** (סעיף 3 לחוק-יסוד: הממשלה) אין להרחיב את עילות הנבצרות (או הדחת ראש ממשלה מכהן) מעבר לצורך ולאור קיומם של הסדרים מקבילים **"להדחת"** ראש ממשלה מכהן, ניתן להותיר את ההכרעה בדבר הנבצרות בידי **"הנבצר"** עצמו או בקרות נסיבות אובייקטיביות ברורות בידי גוף נבחר. בדמוקרטיה הפרלמנטרית הישראלית, פיקוח הכנסת על הממשלה מתקיים בין היתר בהליך החוקתי המוסדר של הבעת אי-אמון בממשלה (סעיף 28 לחוק-יסוד: הממשלה), או בנסיבות ספציפיות של הגשת כתב אישום באמצעות הכרעת הכנסת על הפסקת כהונה של ראש הממשלה מחמת עבירה (סעיף 18 לחוק-יסוד: הממשלה), או אף באמצעות חקיקתו של חוק פיזור הכנסת ברוב חברי הכנסת (סעיף 34 לחוק-יסוד: הכנסת). כפי שהובהר גם בדברי ההסבר לתיקון מס' 12 **"מונן שהחלטה על נבצרות לא מחליפה אי אמון קונסטרוקטיבי או אפשרות להקדמת בחירות בהצבעות של 61 חברי הכנסת"**.

95. למעשה, מעיון בהיסטוריה החקיקתית של חוק-יסוד: הממשלה, ניתן להבין כי חברי הכנסת המכוננים ביקשו מפורשות להשאיר את ההכרעה בדבר הפסקת כהונתו של ראש הממשלה בגדר הספירה הפוליטית,

ובכל אופן מחוץ לגדריו של בית המשפט, בפרט בכל הקשור לקיומם של הליכים משפטיים פליליים. פרופ' רבקה וייל, "האם הדחה שיפוטית של ראש ממשלה בישראל היא חוקתית?" **משפט וממשל** כא תש"ף, סיכמה במאמרה את דיוני הכנסת ביחס להליכי הדחת ראש ממשלה, והבהירה והדגישה כי **"דיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט בשנת 2001, כאשר נחקק סעיף 18 לחוק-יסוד: הממשלה, מלמדים אפוא כי הן חברי הכנסת והן אנשי משרד המשפטים היו נחרצים שהסדר זה בא למנוע מצב שבו בית משפט מעביר ראש ממשלה מתפקידו לפני הרשעה סופית- בפלילים"**.

96. כפי שחברי הכנסת ביקשו כאמור להותיר את ההכרעה הסופית בדבר הדחתו של ראש ממשלה מכהן בידי הכנסת לאור קיומם של הליכים פליליים, ברי כי, בשום שלב לא התכוונו מכונני חוקי היסוד להסמיך את בית המשפט הנכבד או את היועצת המשפטית לממשלה להכריז על הדחתו דה פקטו של ראש הממשלה, בין היתר באמצעות הסדר הנבצרות, ובפרט לא בעילות של הגשת כתב אישום או קיומן של חקירות פליליות – שבעניין זה הוסדרו ההסדרים החוקתיים במפורש.

97. ואכן, מציעי החוק לתיקון מס' 12, ביקשו להותיר מצב דברים זה וכללו בהצעת החוק הראשונית סעיף לפיו ההחלטה בדבר הנבצרות תישאר באופן מוחלט בספירה הציבורית-פוליטית ולא במערכת המשפטית, תוך הכללת הסעיף כי "בית משפט, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לא ידון בבקשה להכריז על נבצרות ראש הממשלה או לאשרה; החלטה או צו של בית משפט כאמור יהיו חסרי סמכות ונעדר תוקף". לבסוף, לאחר דיון ממצה החליטה הוועדה המיוחדת לבטל את הסעיף המתייחס למניעת ביקורת שיפוטית [ראו למשל הודעת הוועדה המיוחדת לעיתונות, נספח 17 לעתירה בבג"ץ 2412/23 - "ח"כ כץ הודיע כי בנוסח המתקן הורד הסעיף המתייחס למניעת ביקורת שיפוטית על החוק"]. לכל הפחות, הדבר מעיד על רצינות הדיונים בכנסת, ועל כך שהתקיים הליך חקיקה ראוי, מסודר ומקיף.

4. ד. ניתוח התיקון בהיבט השוואתי

98. בבחינת מנגנוני הנבצרות בעולם נמצא, כי על פי רוב, **המנגנון לקביעת נבצרות ראש המדינה הינו מנגנון פוליטי, וככלל, על ההחלטה בדבר נבצרות של ראש מדינה להתקבל על ידי הגוף המוסמך ברוב מיוחד**. כמו כן עולה, כי הגדרתה של עילת הנבצרות במנגנונים מקבילים בעולם הינה **מטעמים אובייקטיביים של מניעות בריאותית, פיזית או נפשית**.

99. בנייר שהוכן על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת בהכנה לדיוני הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה, שעסק ב"סקירה משווה בסוגיית הכרזה על נבצרות של ראש ממשלה (או נשיא), לרבות סוגיית מעורבותו של בית משפט בהליך"¹⁹, צוין כי יש לבצע אבחנה עקרונית בין הליכי נבצרות בשיטות משפט שונות, ובפרט באבחנה בין משטר נשיאותי לבין משטר פרלמנטרי. כאשר מרכז המחקר והמידע של הכנסת עמד על כך כי במשטר פרלמנטרי כמו מדינת ישראל, **אין צורך באלטרנטיבה חוקתית לאי כשירות היות והממשלה מתמנה בידי הפרלמנט וממשיכה להתקיים מכוח אמון הפרלמנט**. בלשון הסקירה השוואתית של מרכז המחקר והמידע של הכנסת:

"בהקשר זה ניתן גם לציין את האבחנה העקרונית שעורך פרופ' רוברט הייזל, מייסד היחידה לחוקה במחלקה למדעי המדינה של UCL (University College) London בין משטר נשיאותי לבין משטר פרלמנטרי. בבלוג שפרסם בספטמבר 2020

¹⁹מכרז המחקר והמידע של הכנסת, פורסם באתר הכנסת, זמין לצפייה בקישור הבא:

main.knesset.gov.il/Activity/committees/BasicGov/Pages/CommitteeMaterial.aspx?ItemID=2202842

תחת הכותרת, "What happens when the Prime Minister is incapacitated?", פרופ' הייזל מציין שבמשטר נשיאותי, יש צורך בעיגון אלטרנטיבה חוקתית ברורה למקרה שבו הנשיא לפתע אינו כשיר לביצוע תפקידו (incapacitated), מכיוון שהנשיא נבחר ישירות בידי הציבור ולא בידי הפרלמנט. **מנגד, במשטר פרלמנטרי, אין צורך בזה, היות והממשלה מתמנה בידי הפרלמנט וממשיכה להתקיים מכוח אמון הפרלמנט**, כך שבידי הממשלה לבחור את המנהיג שעומד בראשה – ואם יש צורך, מנהיג חלופי – אשר במפורש או במשתמע מבטא את אמון הפרלמנט. כך, לדבריו, על פי הקונבנציות החוקתיות בבריטניה (וכן גם באוסטרליה), אם מסיבות בריאותיות ראש הממשלה (העומד בראש מפלגה או קואליציה הזוכה לאמון הפרלמנט) אינו כשיר עוד לבצע את תפקידו, הקבינט יצטרך למצוא לו מחליף ולהמליץ למלך למנותו. כאמור, הפרלמנט עצמו יכול להיות מעורב בהליך באמצעות הצבעת אי-אמון בממשלה.

100. לא למותר להדגיש ולציין, שתיקון 12 מאמץ תיקון דומה לתיקון 25 לחוקה האמריקאית המתייחס לנבצרות נשיא, שפורט בדבריה שלעיל של פרופ' איינהורן.

101. עוד צוין בסקירת מרכז המידע והמחקר של הכנסת כי במדינות שבהן נהוג משטר נשיאותי או חצי נשיאותי הליך הנבצרות כרוך בדרך כלל בהחלטה של **בית המחוקקים או הקבינט**, או לעיתים קיימת הסמכה ספציפית של גוף מוסמך כלשהו.

102. כמו כן, בהסתמך על דוח (IDEA) International Institute for Democracy and Electoral Assistance, נכתב כי "על פי דוח ה-IDEA, היעדר דרישה לקביעה רפואית ונהלים מעורפלים **ביחס להליך הנבצרות בגין אי כשירות רפואית עלולים להיות בעייתיים**" ולצד זאת מובאת הדוגמה של פרו, שם עילת נבצרות עמומה הובילה לשימוש לרעה בהליך הנבצרות ככלי פוליטי להדחת נשיאים וליצירת חוסר יציבות פוליטית. כך לשון הסקירה:

"על פי דוח ה-IDEA, היעדר דרישה לקביעה רפואית ונהלים מעורפלים ביחס להליך הנבצרות בגין אי כשירות רפואית עלולים להיות בעייתיים. כך למשל, בפרו, החוקה מאפשרת הוצאת נשיא לנבצרות על רקע אי-כשירות פיזית או מוסרית קבועה ('permanent physical or moral incapacity') ועל פי תקנות הפרלמנט, 20% מחברי הקונגרס יכולים ליזום הליך של הוצאת נשיא לנבצרות בנסיבות אלה, כאשר ההחלטה עצמה תתקבל תחילה באישור של 40% מחברי הקונגרס ולאחר מכן בתמיכת 2/3 מחברי הקונגרס. **מאחר והחוקה הפרואנית אינה מספקת הליך אובייקטיבי לקביעת נבצרות כאמור, לעיתים קרובות נעשה בה שימוש על מנת להדיח נשיאים וליצור אי יציבות פוליטית** (דוח ה-IDEA, בעמ' 30, סעיף 113.2 לחוקת פרו).

עיננו הרואות, שאפילו בפרו, שם נוהגת שיטה מקלה בענין נבצרות (שלמען הסר כל ספק – אין כל מקום לאמץ בשיטת משפטנו), מדובר בהליך שמנוהל בבית הנבחרים ולא בפני גורם שאינו נבחר.

103. עיון בדוח ה-IDEA שאוזכר בסקירת מרכז המידע והמחקר של הכנסת²¹, מעלה את המסקנה החד משמעית שהדחת ראשי מדינות יכולה להיעשות בשלוש דרכים בלבד. הראשונה, באמצעות הליכי הדחה פליליים (impeachment) במשטר נשיאותי; השנייה, הדחה פוליטית באמצעות הבעת אי אמון בראש המדינה במשטרים פרלמנטריים לרוב; או השלישית, באמצעות מנגנוני נבצרות, **וזאת אך ורק בשל אי מסוגלות פיזית או נפשית (removal on grounds of physical or mental incapacity).**

104. עמדה כאמור ומסקנה דומה הוצגה בוועדה המיוחדת על ידי פרופסור טליה איינהורן, כפי שדבריה הוצגו בהודעת הוועדה המיוחדת [נספח 13 לעתירה בבג"ץ 2412/23]:

"פרופסור למשפטים, חברה קבועה באקדמיה הבינלאומית למשפט השוואתי, פרופ' טליה איינהורן, שיתפה בסקירה שבחנה את המצב המשפטי לעניין ההדחה בשיטות המשפט של ארה"ב, גרמניה, ומדינות נוספות: "מסקנותיי הן שבאף אחת ממדינות אלה אין אפשרות להדחת ראש הממשלה, או הנשיא, בידי פקיד או בידי בית המשפט. יתר על כן, בכל הדמוקרטיות הפרלמנטריות לא קיימת כלל אפשרות להדיח את ראש הממשלה ..."

בנייר עמדה לעניין הצעת חוק יסוד: הממשלה (נבצרות ראש הממשלה), שהוצגה כחומר רקע לדיון בוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה ביום 9.3.2023²², כתבה פרופסור טליה איינהורן את הדברים הבאים:

"לאחר שבחנתי את המצב המשפטי לעניין ההדחה בשיטות המשפט של ארצות הברית, הממלכה המאוחדת (אנגליה וויילס, סקוטלנד וצפון אירלנד), קנדה, אוסטרליה, ניו זילנד, גרמניה, צרפת והולנד מסקנותיי הן כמפורט להלן – באף אחת ממדינות אלה אין אפשרות להדחת ראש הממשלה, או הנשיא, בידי פקיד או בידי בית המשפט."

יתר על כן, בכל הדמוקרטיות הפרלמנטריות – קרי: הממלכה המאוחדת, קנדה, אוסטרליה, ניו זילנד, גרמניה והולנד – לא קיימת כלל אפשרות להדיח את ראש הממשלה. בכל אחת מהן מובהר כי שאת תפקיד ראש הממשלה ניתן להביא לסיומו בהצבעת אי אמון בפרלמנט, אין מקום להדחה.

יוער כי בגרמניה, על פי סעיף 61 לחוקה (ה-Grundgesetz), ניתן להדיח את הנשיא ברוב של 2/3 בכל אחד מבתי הנבחרים אם מעל בתפקידו (אך לא את הקנצלר). הטעם לכך הוא שאת הנשיא אי אפשר להעביר מתפקידו בהצבעת אי אמון. ארצות הברית וצרפת הן רפובליקות ועל כן אין בהן אפשרות לסיום תפקידו של הנשיא בהצבעת אי אמון.

בארצות הברית שבה אין דרך להצביע אי אמון בנשיא ומשום כך נוצר צורך לקבוע בחוקה את ההליך שבו יודח בידי רוב חברי בית הנבחרים ולאחר מכן, להשלמת ההדחה, בהליך שיפוטי שיתקיים בסנאט ואשר במסגרתו הוא יורשע ברוב של 2/3

²¹idea.int/sites/default/files/publications/removal-of-presidents.pdf

²² ור' גם דבריה בוועדה המיוחדת ביום 9.3.2023 בעמ' 10 - 12, וכן חומר רקע – פרופ' טליה איינהורן נייר עמדה הצג נבצרות רהמ 08 2023 03 – זמין לצפייה באתר הוועדה בכנסת: https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_ls_bk_1961798.docx

חברי הסנאט. הליך דומה קיים בצרפת מאז 2007 מאותו הטעם שאין דרך לסיים את תפקידו של הנשיא שמעל בתפקידו באמצעות הצבעת אי אמון.


עוד נציין כי הלשכה המשפטית של הכנסת ערכה סקירה משווה בנושא ההשלכות המשפטיות של ניהול הליכים פליליים נגד ראש ממשלה (ראו ד"ר ירון אונגר, מעמדו של ראש ממשלה שמתנהלים נגדו הליכים פליליים - סקירה משווה-, 8 במאי 2018²³). הסקירה התמקדה בשאלות, האם ההליך הפלילי מחייב או מאפשר הדחה של ראש הממשלה מתפקידו, והאם הליך כאמור מחייב או מאפשר הגבלה של הסמכויות שהוא מחזיק בידיו, תוך התמקדות במספר מדינות שבהן נהוגה שיטת משטר של דמוקרטיה פרלמנטרית, בדומה לדמוקרטיה הישראלית, ובהן **בריטניה, קנדה, איטליה, גרמניה ויוון**, תוך השוואתן לדין החל במדינת ישראל. הממצא העיקרי שהעלתה הסקירה המשווה כי הגשת כתב אישום כנגד ראש ממשלה לא מהווה עילה לסיום כהונת ראש ממשלה, להשעייתו או לצמצום סמכויותיו. ממילא מתבקשת המסקנה, כי נסיבות כאלה גם לא יובילו לנבצרות.


105. הנה כי כן, המסקנה שהוצגה דלעיל לפיה בדמוקרטיה פרלמנטרית כמו מדינת ישראל, בה "הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת" אין להרחיב את עילות הנבצרות (או הדחת ראש ממשלה מכהן) מעבר לתחולה על נסיבות אובייקטיביות מטעמי בריאות או מוות חס וחלילה, ולאור קיומם של הסדרים מקבילים "להדחת" ראש ממשלה מכהן בשיטת הדמוקרטיה הישראלית, יש להותיר את ההכרעה בדבר הנבצרות בידי "הנבצר" עצמו או בקרות נסיבות אובייקטיביות ברורות בידי גוף נבחר, והאמור מקובל בהסדרי נבצרות מקבילים ברחבי העולם, בפרט בדמוקרטיות פרלמנטריות.

ה. סוף דבר

106. נוכח כל הנימוקים המפורטים לעיל, לעמדת המשיב 2, יש לדחות את העתירה על הסף וכי כלל אין מקום לדיון בנושא, בין היתר, הואיל ובית המשפט הנכבד אינו מוסמך ליתן את הסעדים המבוקשים בעתירות ביחס להכרזה על בטלותו או תיקונו של חוק יסודי. לחלופין יש לדחות את העתירה לגופה, בין היתר מהנימוקים שפורטו לעיל וככל שהעתירה לא תידחה על הסף, בניגוד לעמדת המשיב 2, אזי הוא שומר על זכותו לפרט את טענותיו המלאות לגופם של דברים בתשובה מפורטת. לצד דחיית העתירה כאמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש בזה לחייב את העותרים בתשלום שכר טרחת עורך דין והוצאות משפט.

107. תגובה מקדמית זו נסמכת בעיקרו של דבר על טענות משפטיות ועל מידע פומבי ולכן אינה נתמכת בתצהיר.


רועי שכטר, עו"ד


מיכאל ראבילו, עו"ד

ב"כ המשיב 2

²³ גם ב- <http://din-online.info/pdf/kn221.pdf>