

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 עודד פורר**
2. **סיעת ישראל ביתנו בכנסת ה-25**
3. **מפלגת ישראל ביתנו**
על ידי ב"כ 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 :

1. **הכנסת**

על ידי ב"כ עוה"ד יצחק ברט
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 ו/או אופק ברוק
הגן הטכנולוגי, מלחה, מנחת בנין ארז, ירושלים
טל': 02-6490649 ; פקס': 02-6490659
דוא"ל: officejm1@smplaw.co.il

3. **היועצת המשפטית לממשלה**

על ידי ב"כ עו"ד ענר הלמן ואח'
מפרקליטות המדינה
רח' צאלח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590 ; פקס': 02-6467011
דוא"ל: HCJ-dep@justice.gov.il

התנגדות לצו על תנאי מטעם המשיב 2

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, ובעקבות מתן "צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) לא יחול בתחולה מיידית", המשיב 2, ראש הממשלה וחה"כ בנימין נתניהו, מתכבד בזה להגיש את תשובתו לצו על תנאי ואת התנגדותו לעשיית הצו על תנאי לצו מוחלט.

היות שהצו על תנאי ניתן רק לגבי חלק מהטענות שהועלו בעתירות, בכך למעשה, נדחו יתר העניינים לגביהם התבקשו צווים על תנאי, ובפרט הכרזה על בטלות התיקון החוקתי, ומשכך תשובה זו, תתמקד בנושא לגביו ניתן הצו על תנאי [ראו: בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (נבו) 12.07.2021]; בג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים בישראל (ע"ר) נ' כנסת ישראל, [פורסם בנבו]; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי – משפט מינהלי דיוני כרך ד' 436 (2017)].

קודם לכל טענה אחרת, ייאמר כבר עתה, כי הפיכת הצו על תנאי למוחלט אף במישור התחולה בזמן, משולה למעשה להתערבות תקדימית וחריגה בחקיקת היסוד של הרשות המכוננת בהסדר חוקתי קבוע, ולא אקט פרשני, התערבות, שעם כל הכבוד, אינה בסמכותו של בית משפט נכבד זה.

כל ההדגשות שבתשובה זו להלן אינן במקור, אלא אם נכתב אחרת.

אקדמת מילין

1. במסגרת העתירות שבפנינו מועלות טענות מן הגורן ומן היקב כדי לנסות ולדחות את חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) [ס"ח 3031 עמ' 72.2023.27.3] (להלן: "תיקון מס' 12" או "התיקון") שקיבלה הכנסת בכובעה כרשות מכוננת בענין הדרך הראויה להוצאת ראש ממשלה בישראל לנבצרות. נטען שראוי ולו בשלב ביניים, להשאיר את ההסדר החוקתי הקודם על כנו, על אף שאין חולק על העובדה שההסדר החוקתי הקודם הוא הסדר חסר.
2. במדינה דמוקרטית-ליברלית, מנהיגים נבחרים ומודחים בבחירות על ידי העם - בין במישרין ובין באמצעות נציגיו הנבחרים של העם.
3. לעתים נדירות, כהונת מנהיג מופסקת שלא באמצעות הדחה, וזאת כשהמנהיג מאבד את מסוגלותו לתפקד. ברור שמדובר במקרים דוגמת אובדן דרמטי של יכולת פיזית או מנטלית.
4. מחשש לניצול לרעה של אירועי נבצרות כמסלול לעקיפת בחירת העם, גם קביעת נבצרות מנהיג נעשית במדינות דמוקרטיות על ידי המנהיג עצמו או על ידי נבחרים העם.
5. פרשנות העותרים להסדר החוקתי הקודם, לפיה היועץ המשפטי לממשלה ו/או בית המשפט הנכבד יכולים להוציא ראש ממשלה נבחר לנבצרות שלא מסיבות פיזיות או מנטליות מנוגדת לחלוטין לעקרונות הבסיסיים ביותר של משטרנו החוקתי ופרשנות שכזו אף סותרת את עקרונות המשטר הדמוקרטי.
6. כאן המקום לומר בקול רם וצלול: דמוקרטיה היא שלטון העם, על ידי העם, למען העם (אברהם לינקולן בנאום גטיסבורג). **בדמוקרטיה מי שמחליט מי ינהיג את העם – זה העם.** משטר שבו ההנהגה איננה נבחרת על ידי העם איננו משטר דמוקרטי (השוו א' ברק, "הפרלמנט ובית המשפט העליון – מבט לעתיד" הפרקליט מה (5) (2000) 75).
7. ביום 1.11.2022 הלכו מיליוני אזרחי ישראל לממש את זכותם ולהצביע בבחירות דמוקרטיות. מיליוני אזרחים וביניהם גם רבבות קשישים מופלגים, חולים ונכים לא ויתרו על זכותם להצביע. לאחר שהסתיימה ספירת הקולות, התברר **ש"רשימת" הליכוד בהנהגת בנימין נתניהו לראשות הממשלה" הצביעו 1,115,336 בוחרים.** ביחד עם סיעות ש"ס, יהדות התורה, הציונות הדתית, עוצמה יהודית ונעם, בכנסת ה-25, הן מייצגות את רצונם של 2,304,964 מאזרחי ישראל. כל הסיעות הדגישו שהמשיב 2 הוא מועמד לראשות הממשלה.
8. קבלת העתירות, הפיכת הצו על תנאי למוחלט ודחיית כניסתו של תיקון מס' 12 לתוקף, משמעותה אחת: רמיסה ברגל גסה את הכרעתם של רבבות אזרחי ישראל. בעתירות דגן מבוקש לפרש את חוק היסוד שלפני התיקון באופן המותיר לכאורה את האפשרות (שלא היתה קיימת מעולם) של הוצאה לנבצרות שלא מסיבות פיזיות או נפשיות של ראש ממשלה מכהן. העתירות מבקשות לקבוע למעשה ללא כל סמכות בדין, שמיליוני אזרחים טרחו לשווא למימוש זכות ההצבעה.
9. העותרים מבקשים להפוך את בית המשפט הנכבד ל"שחקן" נוסף בבחירות הדמוקרטיות. תחילה הם ניסו לשכנע את הבוחר שלא לבחור ברשימות שתמכו במשיב 2. משלא עלה הדבר בידם, הם דוחקים בבית המשפט הנכבד להפר את עקרון הפרדת הרשויות, לבטל את רצון הבוחרים, ולהותיר אפשרות שתביא לבחירה אחרת, ללא בחירות דמוקרטיות, בניגוד לרצונם הברור של מיליוני אזרחים.
10. **עם כל הכבוד לעותרים, במדינת ישראל לא התקבל שלטון האליטות של אפלטון וקולו של כל אחד מבוחרי סיעות הקואליציה - שווה לקולו של כל אזרח אחר.**

11. כידוע, המשיב 2 סבור, כי אין כל סמכות לבית המשפט הנכבד להתערב בחוק יסוד. המקרה דנן מחזק עמדה זו שבעתיים, היות שבאמצעות פגיעה בחוקי היסוד, מנסים העותרים לגרור את בית המשפט הנכבד למדרון חלקלק של פגיעה אנושה בקודש הקודשים של יסודות משטרנו החוקתי. לפגיעה בזכות הציבור לבחור בעצמו מי ינהיג אותו. לפגיעה ביסוד המרכזי של השיטה הדמוקרטית.

12. ליועצת המשפטית הנכבדה ולבית המשפט הנכבד אין, עם כל הכבוד, כל סמכות להוציא ראש ממשלה נבחר לנבצרות ואין כל סמכות לקבוע שאפשרות תאורטית כזו תיוותר על כנה בניגוד מוחלט לרצון הבוחרים ולחקיקת היסוד של הרשות המכוננת ברוב מוחלט של חבריה.

13. קבלת עתירת העותרים עלולה לגרום למצב בו עובד ציבור בודד שאינו נבחר ציבור (היועץ המשפטי לממשלה) - רם דרג ככל שיהיה - יקבע במקום הציבור הרחב מי יכול לנהל את המדינה ומי לא ובאילו נסיבות הוא כשיר או לא כשיר לנהל את המדינה. לא רק שמצב שכזה אינו מתקבל על הדעת, הרי שלא זו היתה כוונת המחוקק המכוון בעבר, ולא זו כוונת המחוקק המכוון כיום.

14. תיקון מס' 12 לחוק יסוד הממשלה לא פוגע בזכות ולא משנה את "כללי המשחק". דווקא דחיית כניסת תיקון 12 לתוקף, והותרת האפשרות התאורטית (המוכחשת גם לפי הדין הקודם) של הוצאה לנבצרות שלא מסיבות פיזיות או נפשיות היא זו שפוגעת אנושות בזכות הבחירה של הבוחרים והיא זו שמשנה את "כללי המשחק" היסודיים בשיטת המשטר הדמוקרטי. כל התפלפלות וניסיון להתפלפל בלשון החוק לא יכולים לשנות זאת. יפים לענין זה דברי כב' השופט (כתוארו אז) מישאל חשין:

"...בחירות יוצרות קשר ישיר ובלתי אמצעי בין קהל הבוחרים לבין חבר הכנסת הנבחר... קשר ישיר ובלתי אמצעי זה שנקשר בין העם לבין חברי הכנסת, מחייב מעצמו קביעת הסדרים מיוחדים ומפורשים הן באשר לפסילתם של חברי הכנסת... אין מקום ללימוד כוונה מכללא, אין מקום ללימוד היקש, אין מקום ללימוד קל וחומר. כל דרכי פרשנות אלו אין הן במקומן ואין הן ראויות ותאימות לענייננו כאן. נצפה להנחיות מפורשות של המחוקק, שכן רק הנחיות מפורשות יהיה בהן כדי לנתק קשר שנקשר בין בוחר לבין נבחר או בין בוחר לבין מי שהיה ברשימת מועמדים..." (בבג"ץ 7157/95 ארד נ' יושב-ראש הכנסת, ח"כ פרופ' שבח וייס (פורסם בנבו, 1.4.96), פסקה 18 לפסק דינו של כב' השופט חשין).

15. הכנסת החליטה, לתקן את תיקון מס' 12 לחוק יסוד: הממשלה. מטרת התיקון היא להבהיר את מה שהיה ברור בעינייה כל העת: נבצרות היא אירוע של אי-מסוגלות פיזית או מנטלית בלבד. ואותה, אם תקרה חלילה, יקבעו ראש הממשלה עצמו ונבחרי העם בלבד.

16. תיקון מס' 12 לא שינה ולא בא לשנות את מחויבותו של ראש הממשלה לפעול לפי הסדר ניגוד העניינים מיום 2.11.2020 בשינויים שהוחלו בפסיקת בית משפט נכבד זה שבאה בעקבותיו (לענין הפרשנות הנכונה ליישום ההסדר ראו את עמדת המשיב 2 דנן בבג"ץ 44/23 התנועה לאיכות השלטון נ' היועצת המשפטית לממשלה ואח').

17. **בית משפט נכבד זה חסר סמכות להתערב בחוקי היסוד.** חוסר הסמכות נובעת מעקרון שלטון החוק, מעמד חוקי היסוד, העליונות הנורמטיבית של הכנסת והן בשל כך שהתערבות שכזו סותרת את יסודות הביקורת החוקתית שהותוו על ידי בית משפט נכבד זה עצמו. חוסר סמכות לדון בתוקף חוקי יסוד עולה אף ביתר שאת מחמת **עקרון הפרדת הרשויות ואי השפיטות המוסדית**, שכן המוסד הראוי לדון בחקיקת חוקי היסוד הוא – הכנסת בכובעה כרשות מכוננת. אם לא די בכך, הרבה מעבר לצורך נדגיש, כי התערבות שיפוטית בתיקון חוקתי תהא אף חריגה וקיצונית גם בראי המשפט המשווה.

18. התערבות בית משפט נכבד זה, אף אם במישור התחולה בזמן – היא התערבות חסרת סמכות בחוק יסוד. הכנסת החליטה בהחלטה ברורה, מודעת ומכוונת, כי התיקון החוקתי יכנס לתוקף ויוחל באופן מיידי, גם על הממשלה ה-37 ועוד בתקופת הכנסת ה-25, והכנסת אף דחתה מפורשות הצעות לדחיית התחולה של התיקון החוקתי. בית משפט נכבד זה מוגבל בסמכותו להורות לכנסת על תיקון דבר חקיקת יסוד או שינויה, אף על פי פסיקתו שלו, והפיכת הצו על תנאי למוחלט תוך התערבות במועד התחולה של חוק היסוד - **אינו בגדר אקט פרשני לפי 'דוקטרינת הקריאה לתוך החוק' אלא מהווה חקיקה של ממש באמצעות 'כתיבה לתוך החוק' ואף עולה לכדי ביטולו למעשה של חוק היסוד לאותה התקופה "הנדחית" לכאורה**. מדובר באקט המסכל את כוונת הרשות המכוננת. בית המשפט הנכבד אינו מוסמך למעשה כזה. החלטה שכזו תעמוד בניגוד לריבונות העם באמצעות נציגיו המכוננים. תוספת הוראה לחוק יסוד מוסרת את עט החקיקה וכתובת החוקה לידי בית המשפט. היא תהיה הפרה גסה של עקרון הפרדת הרשויות.

19. דוקטרינת 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת' אינה בסמכות ואף אינה ישימה בדיון שבפנינו בעניינו של תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה. ראשית – אין לבית המשפט הנכבד סמכות לנקוט בדוקטרינה האמורה. שנית - על אף התפתחותה הפסיקתית של דוקטרינת 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת' נכתבו כנגדה לא מעט ביקורות, אף בין כותלי בית משפט נכבד זה. בין היתר, דוקטרינת 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת' אינה ישימה בענייננו, בין היתר, משום שביקורת שיפוטית לחוק יסוד אינה אפשרית **בהעדר כל 'פגיעה חוקתית'**, וכן משום שבחינת המניעים והתכליות הסובייקטיביות של מכוני היסוד הינה כניסה ל"מגרש המשחקים" של מכוני היסוד ועולה כדי הרחבת דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות מכוננת' כדוקטרינה לבחינת חוק היסוד כהחלטה מנהלית.

20. תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה עומד בקנה אחד עם הסדרים חוקתיים מקבילים. התיקון החוקתי תואם לחלוטין את המארג החוקתי הישראלי וראוי להוות נורמה חוקתית, כללית קבועה ויציבה. לא יכול להיות חולק על העובדה, כי תיקון מס' 12 חיוני ונוגע להבהרת עניינים חוקתיים מהמעלה הראשונה. לכן, הוא אינו יכול להיות, בהגדרה, משום שימוש לרעה בסמכות המכוננת, גם לשיטה (שאינה מקובלת על המשיב 2) שיש לדוקטרינה שכזו מקום. כפי שיפורט, **התיקון עומד בקנה אחד עם שורה של הסדרים מקבילים הקיימים בדין החוקתי הישראלי. אם לא די בכך, הסדר הנבצרות שבבסיס התיקון אף מקובל במדינות רבות בעולם, והוא למעשה מקביל לזה הקיים בתיקון ה-25 לחוקה האמריקאית. לעומת זאת, לאפשרות של הדחת מנהיג וביטול בחירות על ידי משפטנים לא-נבחרים וללא הסמכה חוקתית מפורשת, אין אח ורע בעולם. ככלל, מהמשפט המשווה עולה, כי נבצרות מקובלת במשטרים פרלמנטריים ברחבי העולם הינה נבצרות אך ורק בשל "physical or mental incapacity" (א) מסוגלות פיזית או נפשית) – כפי שעוגן במסגרת התיקון.**

21. מדובר בתיקון חוקתי שהינו הסדר חוקתי כללי, כוללני, קבוע ויציב שבבסיסו עומדת תכלית ציבורית ופוליטית. תכליתו הציבורית של התיקון החוקתי ביקשה לקדם את היציבות השלטונית והוודאות המשפטית ולקבוע, כי חילופי שלטון במדינת ישראל ייעשו על ידי הדרג הנבחר ובאמצעות המנגנונים המקובלים בדין החוקתי. תיקון מס' 12 מבטא את ליבת שלטון החוק והדמוקרטיה: שלא יהיה ביטול רצון העם אלא באמצעות העם או נציגיו הנבחרים ועל פי הסמכה מפורשת באקט חוקתי. השעייתו של התיקון, אף אם הייתה סמכות לכך, משמעה פגיעה קשה בשלטון החוק. כפי שיובהר להלן, בניגוד לאמור בתגובת המשיבה 3, **הכנת תיקון מס' 12 והעלאת הצעת החוק למערכת החקיקה הממוחשבת של הכנסת "הסנהדרין" נעשו לפני שהוגשו עתירות בעניין הנבצרות ולפני החלטות בית המשפט הנכבד בדבר הגשת תגובות לעתירות אלו**. גם ללא עובדה זו, תיקון מס' 12 אינו מהווה מעשה מכוון פרסונלי, הוא לא נועד לשפר מצבו של אדם, אלא למנוע הרעת מצבו של העם. הוא מסיר אי-וודאות חוקתית עקרונית. אין הוא נעשה בשם אדם, אלא בשם עיקרון. ולא סתם עיקרון, אלא בשם העיקרון הבסיסי ביותר בדמוקרטיה: **שלא תהא סמכות ביטול בחירות שלא בידי העם או נציגיו ועל פי הסמכה חוקתית מפורשת**

בלבד. אפילו היה תיקון מס' 12 "פרסונלי", דבר המוכחש, הרי שהרשות המכוננת, אם מצאה לנכון, מוסמכת לפעול כן.

22. **התיקון החוקתי לא השפיע רטרואקטיבית על מצבו המשפטי של ראש הממשלה.** ראשית, עובדה שאינה נתונה במחלוקת היא, כי ראש הממשלה לא נבצר מלמלא את תפקידו מטעמים הקשורים בענייניו המשפטיים או ניגודי העניינים כביכול ומעולם לא התקבלה החלטה אחרת. שנית, גם על פי הדין שלפני התיקון החוקתי החלטה על נבצרות ראש ממשלה התקבלה על ידי הממשלה עצמה; שלישית, עילות הנבצרות על פי הדין שלפני התיקון החוקתי היו בשל טעמי מניעות אובייקטיביים ומעולם לא נקבע, כי קיומם של הליכים פליליים או ניגודי עניינים למיניהם הם בגדר נבצרות. כך או אחרת, מדובר בתיקון חוקתי המצוי בגדרי סמכותה העליונה של הכנסת, המוסמכת לכל דעות לתיקון עיוותים בדין ולחוקק הסדרים, גם אם פרסונליים.

23. **התיקון חוקתי גובש בהליך חקיקה ראוי ומקיף.** במהלך הליך החקיקה נשמעו עמדות רבות, והערות רבות, הן מצד הייעוץ המשפטי לוועדה, הייעוץ המשפטי לממשלה, והן מצד חברי הכנסת מטעם האופוזיציה, יושרו לבסוף בנוסח הסופי שהתקבל. כך שבסופו של דבר התקבל הסדר חוקתי, ברוב חברי הכנסת, שהינו מאוזן וראוי – והמשקף את רצון הרשות המכוננת.

24. **לא ניתן להעלות על הדעת, שבתקופת הדחיה נשאל מהן עילות הנבצרות ומי מוסמך לקבוע אותן, כאשר אנחנו כבר מחזיקים בתשובות ברורות שקבעה הכנסת באקט מכונן.** השעית תחולת חוק היסוד תסכל את אחת ממטרותיו החשובות והיא הבהרת הדין. ובעניינים חוקתיים מהמעלה הראשונה, אי-וודאות אינה נסבלת ולכן ההבהרה חיונית עכשיו. מצב בו בית המשפט הנכבד יסכל במכוון את רצון הכנסת ויכפה על הציבור אי-וודאות חוקתית במודע, אינו ראוי.

25. בין השאר, בשל תמצית הנימוקים שלעיל, וכפי שיפורט ביתר פירוט בגוף תשובה זו להלן, אין אפוא כל סמכות ובכלל זה כל עילה להתערבות תקדימית של בית משפט נכבד זה בתיקון החוקתי שיצא תחת ידה של הרשות המכוננת, אף לא במישור התחולה בזמן.

26. משכך, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירות שבכותרת.

תוכן עניינים

פרק א': הרקע העובדתי הנדרש

7

פרק ב': חוסר סמכות להתערבות שיפוטית בחוקי יסוד

11

1.ב. חוסר סמכות לדון בחוקי יסוד מחמת עקרון שלטון החוק, מעמד חוקי היסוד, העליונות נורמטיבית של הכנסת וסתירה של יסודות הביקורת החוקתית

11

2.ב. חוסר סמכות לדון בתוקף חוקי יסוד מחמת הפרדת הרשויות ואי שפיטות מוסדית

15

3.ב. התערבות במישור התחולה בזמן – כמוה כהתערבות בחוק יסוד

18

ב.3.א. מועד תחילתה של נורמה חקיקתית

19

ב.3.ב. מגבלות הסמכות להורות לכנסת על תיקון דבר חקיקה, שינוי או כתיבה לתוך החוק

19

ב.3.ג. 'דוקטרינת הקריאה לתוך החוק'

21

ב.3.ד. התחולה בזמן אינה מקימה עילה להתערבות שיפוטית ואינה פוגעת במעמדו החוקתי של התיקון

24

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

26

5.ב. דוקטרינת 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת'

28

ב.5.א. התפתחותה הפסיקתית של דוקטרינת 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת'

28

ב.5.ב. הביקורת על דוקטרינת 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת'

30

ב.5.ג. ביקורת שיפוטית בהעדר 'פגיעה חוקתית'?

36

ב.5.ד. בחינת המניעים והתכליות הסובייקטיביות של מכוני היסוד: הרחבת דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות מכוננת' כדוקטרינה לבחינת חוק

38

היסוד כאילו היה החלטה מנהלית

פרק ג': תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה

45

1.ג. הסדר הנבצרות שנקבע בתיקון מס' 12

45

2.ג. התיקון החוקתי עומד בקנה אחד עם הסדרים חוקתיים מקבילים

49

ג.2.א. התיקון החוקתי תואם למארג החוקתי הישראלי ועומד בקנה אחד עם הסדרים מקבילים בדין הישראלי

49

ג.2.ב. הסדר הנבצרות המקביל בתיקון 25 לחוקה האמריקאית

51

ג.2.ג. נבצרות במשטר פרלמנטרי – אך ורק בשל "physical or mental incapacity" (אי מסוגלות פיזית או נפשית)

53

3.ג. התיקון החוקתי הינו הסדר חוקתי כללי, כוללני ויציב שגובש בהליך חקיקה ראוי ומקיף

56

ג.3.א. התכלית הציבורית שבבסיס התיקון החוקתי

58

ג.3.ב. התיקון החוקתי לא השפיע רטרוספקטיבית על מצבו המשפטי של ראש הממשלה

63

החלטה על נבצרות על פי הדין שהיה קיים לפני התיקון החוקתי

65

עילות הנבצרות על פי הדין שהיה קיים לפני התיקון החוקתי

67

ג.3.ג. סמכותה העליונה של הכנסת לתיקון עיוותים בדין ולחוקק הסדרים גם אם פרסונליים

68

ג.3.ד. גיבוש התיקון החוקתי בהליך חקיקה ראוי ומקיף

74

סוף דבר

78

פרק א': הרקע העובדתי הנדרש

27. ביום 1 בנובמבר 2022, התקיימו הבחירות לכנסת ה-25. המשיב 2 עמד בראשות מפלגת הליכוד - תנועה לאומית ליברלית, כאשר ברשימת "הליכוד בהנהגת בנימין נתניהו לראשות הממשלה" בחרו 1,115,336 בוחרים [ילקוט פרסומים, חוברת 10889, 9.11.2022].

28. ביום 29 בדצמבר 2022, הממשלה ה-37 בראשותו של המשיב 2, קיבלה את אמונה של הכנסת ברוב של 64 חברי הכנסת, וזאת לאחר קבלת תמיכתן של סיעות ש"ס, יהדות התורה, הציונות הדתית, עוצמה יהודית ונעם, בכנסת ה-25, אשר יחד עם סיעת הליכוד מייצגות את רצונם של 2,304,964 מאזרחי ישראל. כל המפלגות האמורות הודיעו לפני הבחירות שהן תומכות בממשלה בראשותו של מר בנימין נתניהו.

29. מספר ימים לאחר השבעת הממשלה ה-37, ביום 4 בינואר 2023, שר המשפטים יריב לוין, הציג את תוכניתו בדבר ייזומם של תיקונים חוקתיים וחקיקתיים שונים, במהלך שכונה "הרפורמה המשפטית".

30. לאור כניסת המשיב 2 לתפקיד ראש הממשלה, ביום 15 בינואר 2023, שלחה היועצת המשפטית לממשלה לראש הממשלה מכתב בדבר תחילת כהונתו בתפקיד ראש הממשלה, ובמסגרתו צוין, בין השאר, כי חל עליו הסדר ניגוד העניינים שנקבע בחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה מיום 2.11.2020 וכן קביעות בית משפט נכבד זה בבג"ץ 3056/20 [נספח מש/9 לתגובה המקדמית מטעם היועצת המשפטית לממשלה].

31. בעקבות דיווחים תקשורתיים על דיונים שנערכו לכאורה מטעם היועצת המשפטית לממשלה בקשר להוצאת ראש הממשלה לנבצרות, ביום 23 בינואר 2023 נשלחה אל היועצת המשפטית לממשלה הודעה מיוחדת של ראשי סיעות הקואליציה (חברי הכנסת יריב לוין, אריה דרעי, בצלאל סמוטריץ, איתמר בן גביר, יצחק גולדקנופף, משה גפני ואבי מעוז) (להלן: "הודעת ראשי הקואליציה"). בין היתר הודגש במכתב זה, כי :

"לאחרונה התפרסמו בתקשורת מספר ידיעות לפיהן את מנהלת דיונים ביחס לאפשרות של "הוצאת" ראש ממשלת ישראל ל"נבצרות". לתדהמתנו לא הכחשת את הפרסומים על לרגע זה.

ניסיון להכרזה או הכרזה על נבצרות של מנהיג מכהן, מהווים ניסיון בלתי חוקי בעליל להדיחו ולהפיל ממשלה נבחרת וחוקית, ללא שביר של הסמכה בחוק.

שום תעתוע משפטי לא יעמוד מול הברור מאליו בכל המדינות המתוקנות: ראש ממשלה נבחר על ידי רוב העם ונציגיו. רוב אזרחי ישראל בחרו במפלגות הקואליציה ובראש הממשלה רק לפני חודשים ספורים. הכנסת, כנציגת הריבון, נותנת אמון בממשלה ובראש הממשלה. ולכן, לאף גורם אין סמכות להדיח את ראש הממשלה ולהפיל את הממשלה החוקית, למעט לעם ולנציגיו ועל פי חוק מפורש. כל קביעה אחרת, היא בלתי חוקית בעליל ודגל שחור מתנוסס מעליה..." [נספח מש/3 לתגובה המקדמית מטעם היועצת המשפטית לממשלה].

32. בתגובה להודעת ראשי הקואליציה, הודיעה היועצת המשפטית לממשלה במכתב מאותו היום כי לא קיימה דיונים בדבר נבצרות ראש הממשלה, בכותבה: "במענה למכתבם שבנדון, ומבלי להתייחס לדברים כפי שתיארתם, הריני להבהיר כי בניגוד לנטען בתקשורת, לא קיימתי דיונים בדבר נבצרות ראש הממשלה" [נספח מש/3 לתגובה המקדמית מטעם היועצת המשפטית לממשלה].

33. ביום 1 בפברואר 2023, שלחה היועצת המשפטית לממשלה לראש הממשלה מכתב "יישום פסק הדין המאשר את חוות הדעת בעניין מניעת ניגוד העניינים בענייניך בכל הנוגע ליוזמות לשינויים במערכת המשפט" [נספח מש/10 לתגובה המקדמית מטעם היועצת המשפטית לממשלה] (להלן: "מכתב היישום").
34. ביום 9 בפברואר 2023 הוגשה על ידי התנועה למען איכות השלטון בישראל עתירה בבג"ץ 1158/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ. היועצת המשפטית לממשלה** (להלן: "בג"ץ 1158/23") כנגד המשך כהונתו של ראש הממשלה ובו נתבקש צו על תנאי המורה למשיבים לנמק "מ...מדוע לא תכריז המשיבה 1 [היועצת המשפטית לממשלה, הח"מ] על יציאתו של המשיב 2, חה"כ בנימין נתניהו, לנבצרות מתפקידו...". ביום 10 בפברואר 2023 ניתנה החלטת בית משפט נכבד זה (מפי כב' השופטת ד' ברק ארז) בבג"ץ 1158/23 האמור, לפיה "המשיבים יגישו תגובה מקדמית לעתירה ולבקשה למתן צו ביניים עד ליום 12.3.2023".
35. **כפי שיפורט להלן, עוד לפני העתירה בבג"ץ 1158/23 וממילא גם לפני החלטת כב' השופטת ד' ברק ארז, עלה הצורך בהבהרת הדין החל בעניין הנבצרות וחקיקתו של תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה, והכנת הטיוטה להצעת החוק, קדמה אפוא להגשת העתירות.**
36. ביום 12 בפברואר 2023 הוגשה עתירה נוספת על ידי התנועה הדמוקרטית האזרחית בבג"ץ 1214/23 **התנועה הדמוקרטית האזרחית נ. בנימין נתניהו, ראש הממשלה** שכוונה גם היא כנגד המשך כהונתו של ראש הממשלה בתפקידו. באותו היום, ניתנה החלטת בית משפט נכבד זה (מפי כב' השופטת ע' ברון), לפיה "העתירה תידון יחד עם העתירה נושא בג"ץ 1158/23. תגובה מקדמית לעתירה ולבקשה לצו ביניים תוגש בד בבד עם התגובה ב-בג"ץ 1158/23 – עד ליום 12.3.2023".
37. ביום 19 בפברואר 2023 נשלח למר צחי ברורמן, ראש הסגל של ראש הממשלה, מכתב מטעם המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, לפיו פרשנות היועצת המשפטית לממשלה במכתב היישום **אינו מגביל את ראש הממשלה בהתבטאויות פומביות שעניינן הרגעת הרוחות בקרב הציבור, כפי שנכתב:**
- "בהמשך לפניית שנעשו בעניין יובהר: התבטאויות פומביות של ראש הממשלה שעניינן שמירה על הסדר הציבורי והרגעת הרוחות בקרב הציבור, אינן כגדר התחומים עליהם חלות ההגבלות הקבועות בהסדר ניגוד העניינים" [נספח מש/11 לתגובה המקדמית מטעם היועצת המשפטית לממשלה].*
38. ביום 20 בפברואר 2023 הוגשה ליו"ר הכנסת והסגנים והונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – נבצרות ראש הממשלה) [2201424/9/2560 מספר פנימי: 2201424] על ידי ראשי סיעות המרכיבות את הקואליציה חברי הכנסת אופיר כץ, ינון אזולאי, שמחה רוטמן, יצחק פינדרוס ויצחק קרויזר (להלן: "הצעת החוק לתיקון מס' 12").
39. לאחר שהוגשה הצעת החוק לתיקון מס' 12, ביום 26 בפברואר 2023, התקבלה "החלטה של ועדת השרים לענייני חקיקה מיום 26.02.2023 אשר צורפה לפרוטוקול החלטות הממשלה וקבלה תוקף של החלטת ממשלה ביום 09.03.2023 ומספרה הוא 298(חק/88)" בה הוחלט לתמוך בהצעת החוק לתיקון חוק היסוד כאמור.
40. בהמשך, ביום 1 במרץ 2023, הובאה הצעת החוק לתיקון מס' 12 לדיון מוקדם במליאת הכנסת במסגרתה הוחלט ברוב של 62 חברי הכנסת על העברת הצעת החוק לדיון בוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה (להלן: "הוועדה המיוחדת"). בראשית הדיון המוקדם ולמען הסדר הטוב, בין היתר, הוצגה בפני חברי הכנסת העובדה כי קיימת עתירה תלויה ועומדת בבית משפט נכבד זה בעניינו של ראש הממשלה בטענות ביחס לנבצרותו. כך נאמר בדברי יו"ר הכנסת בתחילת הדיון:

היו"ר אמיר אוחנה: חברי הכנסת, נעבור לסעיף הבא על סדר-היום – חוק-יסוד: הממשלה (תיקון) – נבצרות ראש הממשלה). ... אציין לפרוטוקול בהקשר של הצעת חוק זאת שכידוע לכם, הזכות להצביע במליאה היא הזכות והחובה היסודית של חבר הכנסת והיא אינה מוגבלת. עם זאת, אבקש להודיע גילוי נאות לפרוטוקול: **הצעת החוק עוסקת בנבצרות ראש הממשלה, התנאים לה ואופן הכרזתה. כידוע, קיימת עתירה תלויה ועומדת בבג"ץ בעניינו של ראש הממשלה חבר הכנסת בנימין נתניהו. מכל מקום, בהתאם לדיני האתיקה, אין מחלוקת כי ראש הממשלה אינו מנוע מלהשתתף בהצבעות, ואני מודיע על עניין זה למען הסדר הטוב** [דברי הכנסת ישיבה מס' 48 עמ' 114, 1.3.2023].

41. לאחר שהכנסת החליטה על העברת הצעת החוק לתיקון מס' 12 לדיון בוועדה המיוחדת, התקיימו בוועדה המיוחדת חמישה דיוני הכנה לקריאה ראשונה, וזאת בימים 2.3.2023, 5.3.2023, 9.3.2023, 12.3.2023 ו-13.3.2023. בעקבות השלמת הכנת הצעת החוק לקריאה ראשונה, ביום 13 במרץ 2023, הוועדה המיוחדת פרסמה ברשומות את הצעת החוק המתוקנת מטעם הוועדה [הצ"ח 952, 13.3.2023].

42. ביום 13 במרץ 2023 הוגשה מטעם היועצת המשפטית לממשלה בקשה להארכת מועד בבג"ץ 1158/23 המוזכר לעיל, ובהתאם ניתנה ארכה על פי החלטת כב' השופטת ד' ברק ארזו שהחליטה, כי "תגובותיהם המקדמיות של כלל המשיבים יוגשו עד ליום 26.3.2023". חשוב לציין, כי באותה בקשת ארכה, במסגרת עמדות הצדדים לבקשה, נזכרה עמדת ראש הממשלה ביחס לאותו ההליך, **תוך עדכון בית משפט נכבד זה כי הוגשה הצעת חוק לתיקון חוק-יסוד: הממשלה בעניין הנבצרות, בזו הלשון:**

"עמדת ראש הממשלה: כפי שנמסר בעבר, ראש הממשלה בדעה שאין סמכות לבית המשפט הנכבד לדון בעתירות ויש לדחות את העתירות על הסף. אנו מסכימים לבקשת הארכה מסיבות קולגיאליזם ומבקשים שארכה דומה תחול גם על יתר המשיבים לעתירות. כן מבקשים לעדכן את בית המשפט הנכבד, שהוגשה הצעת חוק לתיקון חוק-יסוד: הממשלה בעניין הנבצרות."

43. בהמשך, הוועדה המיוחדת דנה בהצעת החוק בהכנה לקריאה השנייה והשלישית במשך שלושה דיונים נוספים, וזאת בימים 19.3.2023, 20.3.2023 ו-21.3.2023. בתמצית, וכפי שיפורט בהמשך, במהלך דיוני הוועדה המיוחדת נשמעו ונשקלו בכובד ראש הערות חברי האופוזיציה, הייעוץ המשפטי לכנסת, הייעוץ המשפטי לממשלה, ומומחים שונים. הערות משתתפי הוועדה המיוחדת הובילו לשינויים מהותיים בנוסח חוק היסוד כפי שעבר לבסוף, כאשר בין היתר, הוועדה המיוחדת יישמה הערות כגון **הפחתת הרוב הדרוש** מ-90 חברי הכנסת ל-80 חברי הכנסת, **מחיקת הסעיף בדבר היעדרה של ביקורת שיפוטית** (כך שיתאפשר לבית המשפט הנכבד לפקח על ההליכים שנקבעו בחוק היסוד), קביעת **מגבלת זמנים** לכינוס הממשלה לדיון בנבצרות, קביעת **בעל תפקיד לניהול הדיון** חלף ראש הממשלה והכללת המנגנון שקבע את הצורך **בחוות דעת רפואית** כאשר הנבצרות היא מטעמים בריאותיים, לצד הצורך **בהתקנת כללים** בדבר.

מנגד, הוועדה המיוחדת **דחתה הצעות שונות בדבר דחיית תחולת התיקון החוקתי כך שיחול אך מהכנסת הבאה כך שלמעשה הוחלט שהתיקון ייכנס לתוקף בתחולה מיידית.**

44. לאחר גיבוש הנוסח המתוקן להצעת החוק בוועדה המיוחדת, הונחה הצעת החוק לתיקון חוק היסוד על שולחן הכנסת לקראת קריאה שנייה-שלישית. בתום הדיון במליאת הכנסת, ולאחר ההצבעה על ההסתייגויות וביניהן דחיית הסתייגויות בעניין תחולה נדחית של תיקון מס' 12, החליטה הכנסת ברוב של 61 חברי הכנסת לאשר את

¹ הליך החקיקה במליאה ובוועדות – "דברי הכנסת" ופרוטוקולים בקשר עם חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) פורסמו במאגר החקיקה הלאומי באתר הכנסת, הזמין לצפייה בקישור שלהלן:

main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestionssearch&lawitemid=2201424

הצעת החוק [דברי הכנסת ישיבה מס' 56 22.3.2023 עמ' 584]. חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) פורסם למתן תוקף ברשומות ביום 27 במרץ 2023 [ס"ח 3031 עמ' 72 27.3.2023] (להלן: "תיקון מס' 12" או "התיקון").

45. ביום 23 במרץ 2023, נשא ראש הממשלה דברים לאזרחי ישראל ואמר:

"עכשיו לצערי עד היום, ידיי היו כבולות. הגענו למצב אבסודרי, שאם הייתי נכנס לאירוע, איימו להוציא אותי כראש ממשלה לנצרות. דבר שהיה מבטל את תוצאות הבחירות ואת רצונם של מיליוני אזרחים. וזה דבר אבסודרי שלא ייתכן בדמוקרטיה מתוקנת. ולכן הערב אני מודיע לכם חבריי ידידי אזרחי ישראל – עד כאן, אני נכנס לאירוע. אני שם בצד כל שיקול אחר, ולמען העם שלנו, למען המדינה שלנו, אני אעשה כל מה שביכולתי כדי להגיע לפתרון. נפגשתי הערב עם שורה של שרים, ביניהם שר הביטחון. ... אני אומר לכם ידידי, אני אעשה הכל, הכל, כדי להביא להרגעת הרוחות ולאיחוי הקרע בעם. כי אנשים אחים אנחנו. ובעזרת השם יחד נעשה יחד נצליח." [דברי ראש הממשלה בנאומו לציבור מיום 23.3.2023].²

46. ודוק: המוקד בנאומו של ראש הממשלה היה שהוא נכנס לאירוע להרגעת הרוחות בקרב הציבור, לאיחוי הקרע בעם, למציאת פתרון שיתקבל על ידי רוב הציבור או חלק גדול ממנו. זוהי זכותו ולמעשה חובתו של ראש הממשלה למצוא פתרון למשבר. להבנת הח"מ, דבריו אלה עמדו בקנה אחד עם פרשנותה של היועצת המשפטית לממשלה, שהבהירה, כי גם לשיטתה הוא יכול לפעול להרגעת הרוחות, כפי שפורט במכתב מיום 19.2.2023 שאוזכר לעיל, לפיו גם לשיטת היועצת, הסדר ניגוד העניינים אינו מגביל את ראש הממשלה בהתבטאויות פומביות שעניינן הרגעת הרוחות בקרב הציבור.

47. ביום 26 במרץ 2023 הוגשה תגובה מקדמית מטעם ראש הממשלה בבג"ץ 1158/23, ובה נכתב, בין היתר:

"ביום 23.3.2023, התקבל בקריאה השלישית בכנסת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12), אשר במסגרתו, הכנסת כבועה כרשות מכוננת, הסדירה מפורשות את ההליך החוקתי הקבוע בחוק היסוד בקשר לנצרות ראש הממשלה, וזאת – "על פי הודעה לכנסת של ראש הממשלה או של הממשלה שהתקבלה ברוב של שלושה רבעים מחבריה, ועל ידי אחד משני אלו בלבד". לאור האמור, ההכרעה בענין האמור בעתירה אינה בסמכותו של בית המשפט הנכבד, ומשכך דין העתירה להידחות על הסף.

אם לא די באמור, הרי שגם לפני קבלת החוק האמור מן הראוי היה לדחות את העתירה על הסף, היות שהעותרים ביקשו למעשה מבית המשפט הנכבד, במסווה של עתירה "מנהלית", להחליף את נבחרי העם וליתן צווים המורים בפועל על הדחת ראש הממשלה מכהן וחילופי שלטון ללא החלטה של נבחרי העם בכנסת וללא כל סמכות קבועה בחוק. מדובר כאן בניסיון חמור ביותר לגרור את מערכת המשפט לתוך הקלחת הפוליטית ולגרור לה להחליט בניגוד לחוק ובניגוד להכרעת המוסדות הדמוקרטיים הנבחרים, וזאת ללא כל סמכות מפורשת בחוק. שום משחקי מילים לא יוכלו להסתיר את העובדה שיש כאן ניסיון לעקור מן השורש את רעיון ריבונות העם ולבצע הפיכה שלטונית בחסותו של בית המשפט הנכבד" [הדגשות במקור].

48. ביום 29 במרץ 2023 ניתן פסק הדין בבג"ץ 1158/23 המוחק את העתירה, תוך התייחסות בית משפט נכבד זה לתיקון מס' 12 - "ביום 23.3.2023 אישרה הכנסת את חוק יסוד הממשלה (תיקון מס' 12) (להלן: התיקון לחוק היסוד), הקובע הסדר משפטי חדש ביחס לסוגיה העומדת לדיון ואשר הוביל לשינוי בתשתית העובדתית והמשפטית שהונחה ביסוד העתירות".

² נאום ראש הממשלה מיום 23.3.2023 זמין לצפייה בעמוד כאן | חדשות - תאגיד השידור הישראלי, בקישור שלהלן: <https://www.youtube.com/watch?v=5Emk7DPyNOQ>

פרק ב': חוסר סמכות להתערבות שיפוטית בחוקי יסוד

"כולנו חייבים לפעול לפי כללי המשחק. הכנסת – ורק היא – יכולה לשנות את כללי המשחק. הסמכות שמוענקת לרשות המבצעת ולרשות השופטת, היא הסמכות שהכנסת – בכובע של הרשות המכוננת (חוקי היסוד) או בכובע של הרשות המחוקקת (חוקים רגילים) – מעניקה להם. אין הם יכולים להעניק לעצמם סמכויות אלא רק לקבלן מכווחה של הכנסת. במוכן זה הכנסת היא עליונה... מעליונותה של הכנסת מתבקש שההכרעות החשובות והעקרונות למהות המשטר ייעשו על ידי הכנסת ולא על ידי הרשויות האחרות. זאת סמכות המיוחדת לכנסת. סמכות זו – חובה בצדה. על הכנסת להגשים סמכות זו בעצמה, ואין היא יכולה להעביר סמכות זו לזולתה, אלא אם כבושרה כרשות מכוננת תשנה את החוקה עצמה. מעליונותה של הכנסת מתבקש יחס של כבוד לכנסת מכל הרשויות השלטוניות האחרות ומכל הפרטים במדינה. הכנסת היא הנציגה של כל אחד ואחד מאתנו. זהו נציג בעל מעמד מיוחד... ממערכת יחסים זו שבין הפרלמנט לבית המשפט העליון מתבקשת מסקנה חמישית. אם בית המשפט פירש את החוקה באופן שאינו נראה לפרלמנט, הרשות בידי הפרלמנט בפרוצדורה הראויה (אצלנו – תיקון חוקי היסוד) להכניס שינוי בחוקה, באופן שההוראה החדשה תשקף את מה שנראה לפרלמנט כראוי. במצב דברים זה, אין בשינוי החוקה משום פגיעה בבית המשפט. ... על פי עקרון הפרדת הרשויות בית המשפט מפרש את החוק שהמחוקק יצר, אם הפירוש אינו נראה למחוקק הוא ראוי לחוקק חוק חדש. אין הפרלמנט נוטל בכך את סמכות השפיטה: פירוש לחוד וחקיקה לחוד. כל שנתר לשאול ביחס לחקיקה החדשה הוא שני אלה: האם ראויה היא והאם היא חוקתית. השאלה הראשונה אינה בגדר סמכותו של בית המשפט. [אהרן ברק, "הפרלמנט ובית-המשפט העליון – מבט לעתיד" מבחר כתבים ד - על בית המשפט ושופטיו (2017) 75 (להלן: "ברק, הפרלמנט ובית-המשפט העליון", דברים שצוטטו בפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה דאז) ד' ביניש בפסק דינה בבג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, נט(2) 14 (2004) עת דנה בשאלת "היקף הביקורת השיפוטית על הליכי החקיקה של הכנסת"]."

1. ב. חוסר סמכות לדון בחוקי יסוד מחמת עקרון שלטון החוק, מעמד חוקי היסוד, העליונות נורמטיבית של הכנסת וסתירה של יסודות הביקורת החוקתית

49. "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, ובראשם כמובן חוקי היסוד.

50. הכנסת בתפקידה כבית הנבחרים במדינת ישראל חובשת מספר "כובעים", ביניהם, נתונה לכנסת הסמכות המכוננת לכונן את החוקה של מדינת ישראל, לחוקק חוקים, וכן אמונה הכנסת גם על הפיקוח על פעולות הממשלה. על תפקידה המכונן של הכנסת והתוצאות הנורמטיביות השונות בהפעלת סמכות מכוננת זו כתב כב' 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 המכונן את הסדר ממשלת החילופים (להלן: "בג"ץ ממשלת החילופים"), כדלקמן:

"הסמכות המכוננת והסמכות המחוקקת הופקדו שתייהן בידי אותו מוסד – כנסת ישראל. משזכתה כנסת ישראל בכתר ה'מכונן' 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'."

51. סמכות מכוננת זו, היא סמכות בלעדית וייחודית לכונן את החוקה של מדינת ישראל, והיא מציבה את הכנסת בכובעה כרשות מכוננת 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; ולפיכך ניתן, לפי ההלכה הפסוקה, לבקר ואף לבטל חוק רגיל אם הוא סותר **חוק יסוד**. 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.

52. 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 (**רגילה**) 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 **הרגילה**. 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.

53. 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 נבחרו הציבור אינם כפופים לביקורת שיפוטית; אדרבה, החוק מחייב כי רשויות המינהל יצייתו לו, ובית המשפט הנכבד יכול לפסוק **על פי החוק** אם נהגו כדן. 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.

54. על כך כתב פרופ' א' ברק במאמרו [ברק אהרן, "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 מכוננת. 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 [בחוקה חקיקה ראשית, הח"מ] לא תפגע בכנסת כרשות מכוננת. כבילת המחוקק היא כבילה שהכנסת עצמה יצרה [בחקיקת חוקי-היסוד, הח"מ] והיא ביטוי לכוחה המכונן 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 [בחוקי-היסוד, הח"מ]. אכן, הניגוד אינו בין בית-המשפט למחוקק. **הניגוד הוא בין הכנסת כמחוקקת "רגילה", לבין הכנסת כמכוננת את חוקתה של ישראל**. בית-המשפט **שומר על סמכותה המכוננת 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 המכוננת חוקי-יסוד לבין כנסת המחוקקת חוקים רגילים. כאשר בית-משפט בוחן את חוקתיותו של חוק "רגיל" הוא אינו מבקר את מעשיה המכוננים 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 מכוננת. [...]"

55. עמדה זו קיבלה ביטוי בשורה של פסקי דין מנחים בתחום המשפט החוקתי, וביניהם בבג"ץ 5555/18 ח"כ אכרס חסון ו-11 אח' נ' כנסת ישראל (נבו 08.07.2021) (להלן: "עניין חוק-יסוד: הלאום"), וכפי שקבעה כבוד הנשיאה חיות בפסקה 32 לפסק 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."

וכדברי כבוד השופט סולברג:

"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."

56. כך גם במרוצת השנים, כל אימת בית משפט נכבד זה דן בסוגיית חוקתיותו של חוק ובמקרים הקיצוניים בהם הורה על בטלותה של חקיקה ראשית (רגילה), עשה כן, מכוח חוק היסוד עצמו ואף הזהיר מפני הרחבת המבחנים לעקרונות "על" ולדוקטרינות החיצוניות לחקיקת היסוד כפי שמוצע בעתירות דנן. לעניין זה ראו למשל בג"ץ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הביטחון, נג(5) 241 (1999) את דברי כב' השופט י' קדמי (אשר היה באותו המקרה בדעת מיעוט – אך עמדתו בדבר הסמכות הייתה כדעת הרוב) עת קבע כי "בית-המשפט הינו "שומר הסף" החוקתי, כאשר המחוקק מכתוב 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) (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."

57. 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 מכתובים לבית המשפט את הוראות השמירה (פרפרזה מדברי כב' 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.

58. **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 מכוונת ושל חוק היסוד.**

59. 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.

60. חוק יסוד: השפיטה נחקק על ידי הכנסת, בשבתה כאסיפה מכוונת. 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, אינה אפשרית ובוודאי ביקורת דוגמת הביקורת דנן החותרת תחת יסודות המשטר הדמוקרטי.

61. בלא סמכות עליונה לחוקי היסוד שמחוקקת הכנסת, אין יסוד לסמכותו של בית משפט היונק את סמכותו מכוח חקיקת היסוד של הכנסת. כאשר בית המשפט הנכבד מעמיד בסימן שאלה את חוק היסוד הרי שהוא כורת את הענף שעליו נשענת סמכותו שלו.

62. ודוק: סמכותו של בית המשפט הנכבד מקורה בחוק-יסוד: השפיטה, אשר כונן מכוח עליונותה של הכנסת כרשות מכוונת. 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 שמכוונת 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.

63. לא 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) 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. "ה"ח 1348, עמ' 245. 14.6.1978.

64. 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.

65. כפי שקבע כב' השופט ד' מינץ בבג"ץ ממשלת החילופים:

“...משהועמדה סמכותה של הרשות המכוננת לכוון “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 נציחות”, יש בה אף משום סדיקת יסודותיה העמוקים של “המהפכה חוקתית”, ואף משום היפוך היוצרות.”

66. לעניין חוסר היכולת של בית המשפט לצאת נגד הנורמה שמסמיכה אותו, ראו John R. Vile, *The Case against Implicit Limits on the Constitutional Amending Process*, in *RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 191, 198–9* (Sanford Levinson ed., 1995

“...if the Supreme Court, created by, and owing its authority and existence to the Constitution, should assume the power to consider the validity or invalidity of a constitutional amendment ... it would be assuming the power to nullify and destroy itself, of its own force, a power which no artificial creation can conceivably possess.”

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

68. 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 צו שהתיקון יכנס לתוקף במועד נדחה. 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 לשדה המגרש הפוליטי.

2.2. חוסר סמכות לדון בתוקף חוקי יסוד מחמת הפרדת הרשויות ואי שפיטות מוסדית

69. 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 ובולמת 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 כב' 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 כב' השופט סולברג שאמר "שופט אינו עושה במשפט כבתוך שלו" (נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" **השילוח** 18)].

70. 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 במאמרו:

"... בראש הפירמידה הנורמטיבית ניצבת הכנסת כרשות מכוננת... 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... הניגוד אינו בין בית-המשפט למחוקק. הניגוד הוא בין הכנסת כמחוקקת "רגילה", לבין הכנסת כמכוננת את חוקתה של ישראל." (ברק, חוקתיות החוק ומעמד הכנסת לעיל).

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

72. **דא עקא, אם בית המשפט הנכבד ייטול לעצמו סמכויות להתערבות בחקיקת היסוד – יעלה הדבר לכדי "...התנגשות חזיתית עם רצון הבוחר..."** או **"...חלום בלהות חוקתי שעלול לקלוע את בית המשפט לעין הסערה הפוליטית"** (פסקה 16 לפסק דינו של כב' 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 ניתוח הפרדת הרשויות וחריגה מסמכותו של בית המשפט הנכבד. כדבריו הנוקבים של נשיא בית המשפט העליון לשעבר כב' השופט לנדוי:

"בית משפט שעליו מטילים, או הנוטל לעצמו, סמכות לבטל דבר חוק חרות של הכנסת, הופך את עצמו לשותף בכיר בתהליך החקיקה. והרי בנאומך דיברת אתה, אדוני הנשיא, על השופט כשותף זוטר דווקא של המחוקק, כאשר המחוקק מניח את המסד שעליו בונה השופט את הטפחות. המחיר של כל חריגה מדברים נכונים אלה יהיה כבד והוא גלוי וידוע מראש: ירידת בית המשפט לזירת מחלוקות פוליטיות המפלגות את הציבור וכתוצאה מזה כרסום באמון שהציבור הנאמן למדינה, על כל שכבותיו, רוחש לבית המשפט, אותו אמון שהוא לכל הדעות יסוד מוסד למעמדה של מערכת כתי המשפט במדינה ובראשה בית המשפט העליון, וגם פוליטיזציה של תהליך בחירת השופטים. לא נוכל לשים מבטחנו בניסוחים המעורפלים שבסעיף 8 של חוק היסוד, בדבר פגיעה מעבר למידה הדרושה וכו', שאין בהם אלא מסירת ההכרעה בסוגיות פוליטיות מובהקות לשיקול דעתו הסוביקטיבי של בית המשפט ושל כל שופט בפני עצמו, על פי השקפת עולמו." [נ' לנדוי, "מחשבות על המהפיכה החוקתית" (419) משפטים / כרך כו (תשנ"ה-תשנ"ו)].

ודברים דומים נכתבו על ידו גם בהזדמנות נוספת:

"מי שמך?"

מעל לכל ההשגות שניסיתי לפרטן כמה שאמרתי עד כאן מתנוסס סימן השאלה הנוקב בדבר הלגיטימיות של נטילת זכות הפיקוח שבית המשפט נטל לעצמו: מי שמך? מי ומה הסמיך את בית המשפט העליון לעשות כן, ללא הסמכה מפורשת מאת הרשות המחוקקת? באין הסמכה כזאת, התיאוריות שעליהן בנוי פסקהדין חסרות בסיס בדין הקיים.

תבונה שיפוטית וסכנת פוליטיזציה

ואמשיך ואשאל: האם מן התבונה של מדיניות שיפוטית נכונה הוא, שרוב השופטים בבית המשפט העליון יוסיפו לצעוד בדרך שפסקהדין מתווה? אין זאת שאלה משפטית אלא, כמו רוב השאלות בדבר הדין החוקתי הרצוי, שאלה

זו שייכת גם לתחום מדעי המדינה והחברה... כבר נלאיתי להתריע על כך, שבדיקת כשרותם של חוקי הכנסת תגרוז את ביתהמשפט בהכרח אל זירת המחלוקות הפוליטיות המסעירות את הציבור. מכאן עלולה לצמוח פגיעה מסוכנת באמון של כלל הציבור, שהוא הבסיס למעמד האיתן שממנו נהנה ביתהמשפט עד כה. הקריאה להרחבת סמכותו של ביתהמשפט, הנובעת מאותו אמון גמור, עלולה ליהפך לחיבוק דב לביתהמשפט עצמו. האדרת כוחו של בית המשפט כשותף בכיר במלאכת החקיקה אף תעודד את הקריאה לשינוי של שיטת בחירת השופטים, כדי להפוך את ביתהמשפט העליון למעין כנסת זוטא. יתר על כן, הרשות השופטת נשפטת על ידי הציבור קודם כל על פי תפקודן היעיל של ערכאות השיפוט לכל דרגותיהן. כאשר מעמיסים עליה עומס נוסף שהיא לא נועדה לו ואין היא מסוגלת לשאתו, היא עלולה, חלילה, לקרוס תחתיה. [משה לנדוי, "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" (697) משפט וממשל / כרך ג (תשנ"ה-תשנ"ו)].

73. בית המשפט הנכבד מתבקש אפוא לקבוע, כי מדובר בסוגיה שאינה שפיטה, בכך שאינה נתונה להכרעתו של בית משפט נכבד זה, בשים לב למהותה של חקיקת היסוד, היות התיקונים פוליטיים וכאלה המשקפים את הכרעת הריבון, וכן נוכח רגישותה הפוליטית והציבורית של הסוגיה דנן.

74. על אי השפיטות המוסדית בעתירות כגון זו שבפנינו עמד כב' השופט סולברג במאמרו, במסגרתו קורא כב' השופט סולברג לחזור לבחינת עילת אי השפיטות, שהלכה ונעלמה בפסיקת בית משפט נכבד זה. בין היתר, הוא מעלה את השאלה שמא יש מקום לדון בעתירות פרלמנטריות, שהוגשו על ידי סיעה בכנסת או חברי הכנסת, כנגד פעולותיה של הכנסת, כבעניין דנן בבג"ץ 2466/23. כך כתב כב' השופט סולברג:

"לטעמי, עניין ז'בוטינסקי, חרף "התיישנותו", מעורר בסוגיית השפיטות כמה שאלות אקטואליות נוקבות שכמעט שנשתכחו מלב: האם רצוי שחברי כנסת יגישו עתירות "פרלמנטריות" לבג"ץ, או שמא יש להפנותם לכיתם, הוא מבצרים — הכנסת? האם עתירות שכאלה אינן מביאות לעירוב מין בשאינו מינו, להסגת גבול הכנסת והממשלה בידי בית המשפט? האם ראוי לבית המשפט להכניס ראשו בתוככי הקלחת הפוליטית הרוחשת — בין שיוזמי העתירה הם חברי כנסת, בין שלא — או שמא מוטב כי ירחיק עצמו ממנה? האם אמון הציבור יתחזק כתוצאה מכך או ייפגע? האם המומחיות של בית המשפט רלוונטית לשאלות פוליטיות, לבר-משפטיות, כגון דא? האם עמדתו הערכית עדיפה על עמדת נבחר הציבור?" [נעם סולברג, "שפיט או לא שפיט? גם זו שאלה" (187) 75 שנות עצמאות במשפט (דפנה ברק-ארז עורכת, 2023)].

הלכה למעשה, העתירה שבמוקד הצו על תנאי היא העתירה בבג"ץ 2466/23 שהוגשה על ידי סיעת ומפלגת ישראל ביתנו וחבר הכנסת עודד פורר, במסגרתה העותרים, שהינם גופים פרלמנטריים, מבקשים כי בית המשפט הנכבד ייטול את סמכותה המכוננת (והבלעדית) שניתנה לכנסת ויקבע כי חקיקת היסוד בטלה. זאת, בשל הסיבה הפשוטה — שלא הצליחו בהליכי החקיקה לשכנע את שאר חברי הכנסת בצדקתם. האם יעלה על הדעת, כי בית המשפט הנכבד יכניס עצמו לנעלי הרשות המכוננת? ברי כי התשובה לכך שלילית.

75. אין מחלוקת כי הסוגייה 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.

76. אך לא מזמן 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 הדן בסמכותה 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 בענין 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 – "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).

77. ובהקשר דומה קבע כב' השופט מזוז בפסק דינו 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."

78. על אי השפיטות המוסדית בהתערבות בית משפט נכבד זה בזירה הפוליטית בחקיקה, כתב פרופ' אדרעי, [ני אדרעי "מהפכה חוקתית – האומנם? (453) " משפט וממשל ג' תשנ"ו], בעומדו על כך שכל עוד החקיקה אינה פוגעת בזכויות יסוד המקום לבחינתה - הוא בציבור ולא בבית משפט נכבד זה:

"האיזון המתבקש בין שמירה והגנה על "מגילת זכויות האדם" לבין המגמה של הימנעות מהתערבות בנושאים שמקורם בזירה הפוליטית, חייב להיות ברור: חקיקה שנועדה לקדם מדיניות ושאינה פוגעת באחת מזכויות היסוד אינה נתונה לביקורת שיפוטית. וכבר אמרנו, כי זכותו של הציבור לממשלה טובה אינה ראויה להגנתו של בית-המשפט מפני חקיקה שנחקקה בהליכים תקינים; וכי חקיקה שאינה פוגעת בזכויות יסוד של אדם, אלא בכלל הציבור, אינה זקוקה להגנת הרשות השופטת כי אם להגנת הציבור"

79. הפיכת הצו על תנאי למוחלט, במובן שייקבע כי תחולת התיקון החוקי תידחה, הינה התערבות בסמכויות הנתונות בדין החוקתי בישראל לרשות המכוננת – ולה בלבד. אל לה לרשות השופטת להתערב באופן כה בוטה בהתנהלותה ובסמכותה, הייחודית והבלעדית, של הרשות המכוננת. התערבות מעין זו, הינה התערבות קשה, תקדימית ומסוכנת, ועשויה לנפץ לרסיסים את הגרעין הקשה של עקרון הפרדת הרשויות ואת אמון הציבור ברשות השופטת.

3. ב. התערבות במישור התחולה בזמן – כמוה כהתערבות בחוק יסוד

80. במסגרת הצו על תנאי נשוא העתירות דן, הורה בית המשפט הנכבד על מתן "צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) לא יחול בתחולה מיידית". עם כל הכבוד, מדובר בסעד שאינו מצוי בסמכותו של בית משפט נכבד זה, הואיל ומתן צו כאמור כמוהו כהתערבות בחקיקת היסוד.

81. בהפיכת הצו על תנאי לצו מוחלט, אין משום פרשנות ההסדר החוקתי כלל ועיקר, אלא, ביטול של חוק היסוד ביחס לתקופה "הנדחית" או חקיקת סעיף תחולה בחוק היסוד על ידי בית המשפט – תפקיד המצוי בסמכותה הבלעדית של הרשות המכוננת ואינו נתון, עם כל הכבוד, בידי בית משפט נכבד זה.

ב.3.א. מועד תחילתה של נורמה חקיקתית

82. כלל יסוד הוא, כי תחילתו של חוק ביום פרסומו ברשומות, אלא אם קבע המחוקק אחרת באופן מפורש. כלל יסוד זה הושתת כחלק משיטת משפטנו עוד מימי קום המדינה, במסגרת סעיף 10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, שם נקבע, כי: "כל פקודה תקבל תוקף ביום פרסומה ברשומות, בלתי אם נקבע בה כי תקבל תוקף בתאריך מוקדם או מאוחר מיום הפרסום".

83. בתום דיון במליאת הכנסת שהחל ביום 22 במרץ 2023, ולאחר ההצבעה על ההסתייגויות וביניהן הצבעה על הסתייגויות בעניין תחולה נדחית של תיקון מס' 12 (בה נדחו ההסתייגויות האמורות), החליטה הכנסת ברוב של 61 חברי הכנסת לאשר את הצעת החוק וחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) והחוק פורסם למתן תוקף ברשומות ביום 27 במרץ 2023 [ס"ח 3031 עמ' 72 (27.3.2023)]. כך למשל, בין יתר ההסתייגויות והריוויזיות בעניין זה שהוגשו ונדחו, בדיון הוועדה המיוחדת מיום 21.3.2023 בהכנה לקריאה השנייה והשלישית, נדחתה מפורשות הצעת חלק מחברי הכנסת לתחולה מאוחרת של התיקון החוקתי:

"ולדימיר בליאק (יש עתיד): ... אנחנו מציעים להחיל את הצעת החוק, ... מהכנסת ה-26 כאשר אנחנו כמובן נתחלף במקומות. מטי צרפתי הרכבי (יש עתיד): ... וגם כשבחרו את ראש הממשלה חוק הנבצרות היה כמו שהוא ולכן לא נכון לשנות את כללי המשחק תוך כדי תנועה נכון שזה יהיה מהכנסת הבאה. היו"ר חנוך דב מלביצקי: תודה. מי בעד? מי נגד? ההסתייגות לא התקבלה." [פרוטוקול מס' 14 משיבת הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק-יסוד: הממשלה (21.3.2023) עמ' 92 – ר' הערת שוליים 1].

84. אם כן, במקרה שבפנינו, הכנסת, בכובעה כרשות מכוננת, נתנה דעתה באופן מפורש לשאלה זו, שמא תחולת החוק תידחה, והכנסת הכריעה לבסוף, כי ככל דבר חקיקה אחר, תחילת ותחולת ההסדר החוקתי תהיה מיידי – עם פרסומו ברשומות.

85. חרף הצעות שונות, לבסוף התיקון החוקתי שהתקבל, אשר לעמדת חברי הכנסת המכוננים מהווה את ההסדר הראוי שאמור לחול בספר החוקים בישראל – הוא ההסדר החוקתי הקבוע בתיקון מס' 12 בנוסחו דהיום ואשר תחילתו במועד פרסום תיקון מס' 12 ברשומות.

86. כלומר, קביעה לפיה תחולתו של התיקון החוקתי תידחה, לא יכולה, עם כל הכבוד, בשום פנים ואופן להיחשב בגדר פרשנות של דבר החקיקה. בהפיכת הצו על תנאי למחלט, יהיה משום מתן הוראה בדבר שינוי, תיקון או כתיבה לתוך חוק היסוד בניגוד מוחלט לדעת המכוננים. מדובר יהיה במעשה חקיקה שיפוטית של ממש בחוק יסוד, אירוע אשר לא ניתן למעט בחשיבותו. החלטה כאמור, מסורה בלעדית לרשות המכוננת, ועם כל הכבוד, אינה מצויה "בארגז הכלים" של בית משפט נכבד זה.

ב.3.ב. מגבלות הסמכות להורות לכנסת על תיקון דבר חקיקה, שינוי או כתיבה לתוך החוק

87. בית משפט נכבד זה אינו מוסמך לסטות מהחלטתה החוקתית של הכנסת להחיל את התיקון החוקתי באופן מיידי, ואף שומה על בית המשפט הנכבד לכבד את רצונה של הכנסת שהפעילה את סמכויותיה בהתאם לשיקול דעתה.

88. בשורה ארוכה של פסקי דין, אף מהעת האחרונה, עמד בית משפט נכבד זה על מגבלות סמכותו, הנובעת בעיקר בשל עקרון הפרדת הרשויות וכיבוד הדדי של הערכאות. בפרט כתב בית משפט נכבד זה, כי הוא נעדר כל סמכות להורות לכנסת על תיקון דבר חקיקה או שינויו:

”ככלל, אין בית משפט זה מוציא מלפניו צו המורה על תיקון או על שינוי של דבר חקיקה, משום שעל תיקון או שינוי כאמור אמונות רשויות השלטון האחרות.” [כב' הנשיאה א' חיות פסקה 43 לפסק דינה בעניין חוק-יסוד: הלאום].

”כפי שנפסק לא אחת, בית משפט זה אינו יושב כרשות מחוקקת; אין זה מסמכותו לשנות או להוסיף סעיפי חוק כמבוקש בעתירה ואף אין הוא רואה להורות לרשות המחוקקת לעשות כן”. [כב' המשנה לנשיאה ע' פוגלמן בבג”ץ 282/21 פלוגית נ' כנסת ישראל הרשות המחוקקת (נבו) 14.01.2021].

”דין העתירה להידחות על הסף. אין לנו אלא להזכיר את מושכלות היסוד שלפיהן ”בית משפט זה לא יוציא מלפניו צו המורה לרשות המחוקקת לתקן או לשנות דבר חקיקה והכתובת לכך היא הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת” [כב' המשנה לנשיאה ע' פוגלמן בבג”ץ 8597/15 עמותת הורות משותפת טובת הילד נ' מדינת ישראל (נבו) 17.12.2015].

”אשר לבקשת העותרים כי בית משפט זה יורה על תיקון החקיקה הראשית, הרי מושכלות יסוד עמנו כי ”אין מחוקק מבלעדי המחוקק ורק לו ייתכנו עלילות החקיקה” (דברי השופט מ' זילברג בע”פ 53/54 אש”ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד ח, 785, 819 (1954)). בית משפט זה לא יוציא צו המורה לרשות המחוקקת לתקן או לשנות דבר חקיקה והכתובת לכך היא הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת. כך נאמר אך לאחרונה על ידי כב' השופט נ' סולברג: ”ככל שהעותרת סבורה כי נכון לעשות לתיקון החוק ... כי אז חייבת היא למצוא סעד ומזור ברשות המחוקקת או ברשות המבצעת. לא בבית משפט” (דברי המשנה לנשיאה (כתוארו אז) מ' חשין בבג”ץ 5677/04 עמותת ”אלעפראן” נ' שר האוצר [פורסם בנבו] 2005)). לשפיטה נועדנו בבית המשפט; לא לחקיקה. מלאכת השפיטה כוללת הפעלת ביקורת שיפוטית, בכללה בחינה חוקתית, אך לא לבית המשפט לקבוע את תבונתו של החוק, אם הוא טוב, יעיל, מוצדק, או אם ישנו הסדר חקיקתי טוב יותר” (בג”ץ 7717/13 קוליאן נ' שר האוצר, [פורסם בנבו] פסקה 2.10.2014)”. [כב' השופט י' עמית בבג”ץ 8940/14 א.פ.ט אדוונסד פאואר טכנולוגי בע”מ נ' כנסת ישראל (נבו) 18.01.2015].

”הסעד שנתבקש על ידי העותרת – מתן צו שיפוטי המורה על תיקונה של חקיקה ראשית – אינו מצוי בסמכותו של בית משפט זה. דיני החוקה מפקידים בידינו את הסמכות לבטל הוראות חוק רגיל המנוגדות לחוקי היסוד, אך אינם מאפשרים לנו להיכנס לנעלי הכנסת ולכתוב חוקים במקומה. הלכה היא עמנו מימים ימימה כי ”אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו לבד נתכנו עלילות החקיקה” ... בית משפט זה לא ייתן אפוא צו עשה לרשות המחוקקת ויורה לה לתקן דבר חקיקה קיים על פי ראות עיניו ושיקול דעתו. אשר על כן, המזור לקשיים שחווה העותרת – ובאלו הנני רחוק מלהקל ראש – מצוי בין כתליו של בית המחוקקים ולא כאן...” [כב' השופט שטיין בפסקה 9 לפסק דינו בבג”ץ 5442/19 עינבל דקל סגמן עו”ד נ' מדינת ישראל משרד הפנים (נבו) 25.11.2019].

89. ואכן, כפי שעמדנו על כך בהרחבה לעיל, סמכות כינון החוקה הופקדה בידי הרשות המכוננת. על כן, בית משפט נכבד זה הכיר במרוצת הזמן במגבלות על סמכותו בכל הקשור לעבודת החקיקה של הכנסת, מגבלות שכאמור כוללות מתן הוראה על תיקון או שינוי של דבר חקיקה, וכמובן שמגבלה כאמור חולשת גם על מעשה ”כתיבה אל תוך החוק”.

90. בענייננו, הכנסת כבועה כרשות מכוננת, קבעה מפורשות מהו ההסדר החוקתי הראוי בעיניה ולפי שיקול דעתה, וזאת לאחר ששקלה את ההשלכות של התיקון החוקתי (ובפרט את היעדרו). חברי הכנסת המכוננים גם נתנו דעתם למועד התחילה והתחולה של התיקון החוקתי, והוחלט שראוי שההסדר החוקתי יחול באופן מידי על כל ממשלות ישראל, לרבות הממשלה ה-37, שכן, הכנסת ראתה בתיקון חלק בלתי נפרד מהדין החוקתי הראוי בישראל.

91. לפיכך, בית המשפט הנכבד, עם כל הכבוד, אינו מוסמך להוציא תחת ידו צו המתקן או משנה חקיקת יסוד, ואינו מוסמך "לכתוב אל תוך החוק". מוטלת על בית המשפט הנכבד החובה לכבד את רצונה של הכנסת ולממש את יעדיה שביסוד החקיקה. וביישום על ענייננו – לכבד את החלטת הכנסת, ברוב חבריה, בדבר תחילה ותחולה מיידית של הוראות חוק היסוד המתוקן.

ב.3.ג. 'דוקטרינת הקריאה לתוך החוק'

92. אף בדיון נשוא העתירות דנן, ביום 3.8.2023, כבוד הנשיאה חיות הפנתה לב"כ היועצת המשפטית לממשלה את השאלה "אתם אמרתם שאם הולכים לסעד החלופי, צוין סעד חלופי של התניית התחולה, לא באופן מידי, אלא רק מהכנסת הבאה. אתם סברתם שהסעד החלופי הזה יצריך כתיבה אל תוך החוק ואין די בקונסטרוקציה פרשנית שלא תצריך התערבות". בהמשך, במענה לשאלת כבי' השופט יי' עמית אם ניתן להגיע לסעד שכזה בדרך פרשנית אחרת ענה ב"כ היועצת המשפטית לממשלה כי "... זה קצת דומה לשאלה של תיקון חוקתי או התערבות בתוכן של חוקי יסוד. עד היום בית משפט פעמיים עשה את זה, רק במקרה של פגיעה חמורה בשוויון, סעד שבתיקון מס' 8 היועץ המשפטי חשב שאין סעד כזה" (פרוטוקול הדיון מיום 3.8.23 שורות עמ' 23).

93. בהקשר זה, יש לציין את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ביחס להתערבות בית משפט נכבד זה במישור התחולה בזמן של תיקון חוקתי, כפי שהעמדה הוצגה בבג"ץ ממשלת החילופים ונסקרה בפסקה 56 לפסק דינו של כבי' המשנה לנשיאה ח' מלצר בבג"ץ ממשלת החילופים:

"לבסוף, כאשר לצו על-תנאי השלישי, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי הסעד המבוקש בהקשר זה הוא ביטול כלל ההסדרים שנקבעו בתיקון לחוקי-היסוד (או אפילו של חלקם), באופן שגורר את בית המשפט לשדה הפוליטי, בין השאר נוכח המורכבות והקשיים הטמונים בהתערבות שיפוטית בחקיקת-יסוד. בנוסף, נטען כי החלת התיקון לחוקי-היסוד רק מהכנסת הבאה ואילך מנוגדת לכוונת המכונן ולהוראות ההסדר עצמו, שנועד לטפל במשבר הפוליטי שהיה קיים בעת שההוראה נקבעה. בהמשך לאמור, היועץ המשפטי לממשלה גורס כי דחיית תחולת ההסדר לכנסת הבאה משמעותה מתן סעד המחייב את הרשות המכוננת לשנות את התיקון לחוקי-היסוד, או לקרוא הוראת מעבר לתוך ההסדר (Reading in), וסעדים אלה, לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, נעדרים כל עיגון משפטי פוזיטיבי. יתר על כן, היועץ המשפטי לממשלה גורס כי אין מגבלה חוקתית על הכנסת, כרשות מכוננת, המצמצמת את סמכותה לשנות ולתקן הסדרים משטריים בחוקי-יסוד, תוך החלתם באופן מידי בתקופת הכנסת המכהנת, ופירט דוגמאות בהן נערכו תיקונים לחוקי-יסוד, שהוחלו מיידית בעבר. לסיום, ביחס לטענות ל"שינוי כללי המשחק תוך כדי המשחק", היועץ המשפטי לממשלה סבר כי גם אחרי התיקון לחוקי-היסוד – "כללי המשחק" הבסיסיים נותרו כפי שהם."

94. ובכן, 'דוקטרינת הקריאה לתוך החוק' (reading in) או הרחבת ההסדר החקיקתי (extension) נזכרה לראשונה בבית משפט נכבד זה בפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו דאז) א' ברק בבג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749, 765-767 (1994). בפסק הדין בעניין דנילוביץ' שלעיל נסקרה 'דוקטרינת הקריאה לתוך החוק', שלא לצורך ההכרעה בעניין, תוך שהובהר, כי מדובר על תרופה חוקתית שנועדה להגן על מיעוטים מפני הפרת עקרונות חוקתיים (שנפגעו על ידי חוק במדרג נורמטיבי רגיל – חקיקה ראשית), כאשר מקור ה"קריאה לתוך החוק" הוא אפוא מכוח החוקה עצמה. באותו עניין, כבי' המשנה לנשיא ברק דאג להבהיר, כי התרופה לפי 'דוקטרינת הקריאה לתוך החוק' ראויה אך ורק אם אין בה התערבות יתרה במרקם החקיקתי. כך לדבריו:

"היא [הדוקטרינה, הח"מ] פותחה בעיקר לעניין חוקים המפרים את עקרון השוויון הקבוע בחוקה... ככך פגם החוק בהוראות החוקה. התרופה הראויה, לדעת השופט, אינה בביטול הפטור מטעמי דת או אמונה אלא בהענקת פטור, שמקורו בחוקה עצמה, מטעמי מצפון. ... הן מקדמות את התכלית המונחת ביסוד ההסדר החוקתי... יש לבדוק בכל מקרה אם ההרחבה אפשרית. יש לבחון אם היא פשוטה לביצוע, ואם אין בה התערבות יתרה במירקם החקיקתי". [פסקאות 21 – 23 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיא (כתוארו דאז) א' ברק בעניין דנילוביץ' שאוזכר לעיל]

95. בספרו, אהרן ברק, פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (1994), כתב פרופ' אהרון ברק על 'דוקטרינת הקריאה לתוך החוק' ודומותיה, תוך סקירת המקורות של הדוקטרינה במשפט האמריקאי והקנדי. הובהר, כי תכלית הדוקטרינה היא לעגן את העקרונות החוקתיים, כי אין לעשות בה שימוש כאשר הפרשנות אינה ברורה מתוך ההקשר החקיקתי והחוקתי, ושאינן להביא לשינוי יסודי במבנה החקיקתי - משום שבכך יש כדי התערבות בדבר החקיקה, שבסמכות המחוקק, ולא בידי בית המשפט הנכבד. כפי שכתב בעמ' 764 – 767 לספרו האמור:

"בהצדיקו את התרופה של "reading in" מביא השופט להמר שני טיעונים עיקריים: ראשית, כיבוד תפקידו של המחוקק. תכליתה של הרחבת ההיקף היא לגלות נאמנות – במסגרת המגבלות החוקתיות – לתכנית החקיקתית; שנית, כיבוד תכליתו של הצירטר הקנדי על הזכויות והחירויות. אם בית-המשפט לא יוכל להרחיב את ההיקף של תחולת החוק, הוא עשוי לפגוע בכך ביעדים החברתיים העמוקים שהצירטר שואף אליהם. הכרה בתרופה של "reading in" מאפשרת לבית-המשפט ליתן סעד המגשים יותר מסעד הביטול את תכליות היסוד של הצירטר. עם זאת מציין השופט, כי "קריאה לתוך החוק" אפשרית רק אם מידת ההרחבה ברורה מתוך ההקשר. אם מידת ההרחבה אינה ברורה בנסיבות העניין, אין לבחור בתרופה זו. כותב השופט:

"The court should not read in in cases where there is no manner of extension which flows with sufficient precision from the requirements of the Constitution... This is the task of the legislature, not the courts."

התרופה החוקתית אסור לה, לדעת בית-המשפט, להתערב בצורה בלתי ראויה בתכנית החקיקתית. ... אין להביא לשינוי יסודי במבנה החקיקתי באמצעות "קריאה לתוך החוק". כותב השופט להמר:

"Where the choice of means is unequivocal, to further the objective of the legislature scheme through different means would constitute an unwarranted intrusion into the legislative domain."

...הגורם המכריע צריך להיות המבנה החוקתי מזה ומבנה החקיקה מזה. הרחבת היקף היא אפשרית רק אם היא פשוטה לביצוע, ואם אין בה התערבות יתרה במירקם החקיקתי. אין לקרוא לתוך החוק את שהחוק ביקש לקרוע ממנו. ... אכן, הסעד החוקתי נגזר מהחוקה עצמה ... עם זאת, בגדר השיקולים החוקתיים של מהות הסעד, יש ליתן משקל נכבד לתכליתו של דבר החקיקה. אין זה ראוי להוסיף למבנה החקיקתי הסדרים המשנים את אופיו."

96. דוקטרינה מעין זו הופעלה בפסיקתו של בית משפט נכבד זה פעמים אחדות ובודדות בעתירות חוקתיות, נוכח פגיעה בעקרון החוקתי ובזכות לשוויון שנגרמה בשל חקיקה ראשית. כך למשל, בבג"ץ 8300/02 גדבאן נסר נ' ממשלת ישראל (נבו 22.05.2012) נקבע כי הטבות המס הקבועות בסעיף 11(ב) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (חקיקה ראשית), יורחבו ויחולו גם על היישובים בית-ג'אן, מזרעה וכיסרא-סמיע, בשל הפגיעה הבלתי חוקתית בעקרון השוויון החוקתי שנוצרה בשל תיקוני החקיקה שבפקודה (חקיקה ראשית). לצד קביעה זו, ציין בית משפט נכבד זה את גבולות הדוקטרינה ובעיקר שיש ליישמה באופן שמגשים את כוונת המחוקק ושאינו פוגע במירקם החקיקתי:

"עיקר השימוש בתרופה זו נעשה בעתירות חוקתיות שעסקו בהפליה קבוצתית על רקע הענקת הטבות שונות מטעם המדינה... חשוב לציין כי בצד נכונות כתי המשפט בקנדה ובארצות הברית לעשות שימוש בדוקטרינת ההרחבה,

הוצבו בצידה מספר סייגים להפעלתה. כך, למשל, נקבע כי בטרם יבחר בית המשפט בתרופה זו, עליו לתת דעתו לשאלות הבאות: מה מידת ההרחבה הנדרשת; האם הרחבת ההסדר פשוטה לביצוע (פרשת Schachter, עמ' 20-19); מה תהא עלותה (שם, עמ' 21); והאם ההרחבה מגשימה את כוונת המחוקק מבלי שתהא בה התערבות יתירה במרקם החקיקה (שם, עמ' 20-21). [פסקה 59 פסק דינה של כב' הנשיאה (בדימ') ד' ביניש].

97. מאוחר יותר, בפרשת חוק-יסוד: הלאום, בפסק דינה של כב' הנשיאה א' חיות, ציינה כבוד הנשיאה, כי 'דוקטרינת הקריאה לתוך החוק' הוחלה פעמים אחדות אך ורק על חקיקה רגילה בלבד ובמקרים חריגים ועמדה על כך שאת 'דוקטרינת הקריאה לתוך החוק' אין להחיל גם על חקיקת היסוד, מבחינת קל וחומר. כדברי כב' הנשיאה:

"... באשר לדוקטרינה של "קריאה לתוך החוק" – דוקטרינה זו הוכרה עד כה ביחס לחקיקה רגילה, ואף זאת בצמצום ובמקרים חריגים בלבד ... משבחוק יסוד עסקינן מן הראוי להחיל כללים אלה מבחינת קל וחומר, וזאת בהנחה מרחיקת הלכת – אשר כאמור לא ראיתי צורך להכריע בה בהליך דנן – ולפיה נתונה לבית המשפט הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי יסוד". [כב' הנשיאה א' חיות פסקה 43 לפסק דינה בעניין חוק-יסוד: הלאום].

98. אם כן, אף אלו התומכים בהחלת 'דוקטרינת הקריאה לתוך החוק' (reading in) או הרחבה (extension), עומדים על כך כי יש לעשות בה שימוש במשורה, וגם זאת בהתאם למגבלותיה של הדוקטרינה ותוך שימת הלב שלא לחצות את גבולות סמכויותיה של הרשות המחוקקת.

99. לסיכום ביניים של חלק זה, את 'דוקטרינת הקריאה לתוך החוק': (1) יש להחיל אך ורק כאשר חקיקה רגילה סותרת את עקרון השוויון החוקתי; (2) הפרשנות אפשרית רק אם מידת ההרחבה ברורה מתוך ההקשר החקיקתי; (3) ההרחבה מגשימה את כוונת המחוקק והמכוון; (4) הרחבת ההסדר פשוטה לביצוע ועלות ההרחבה אינה עולה על תועלתה; (5) אין בשימוש בדוקטרינה התערבות יתרה במרקם החקיקתי; (6) אין זה ראוי להוסיף למבנה החקיקתי הסדרים המשנים את אופיו.

100. לאור האמור, ענייננו אינו מנוי בין המקרים שבו מוסמך בית משפט נכבד זה לבצע "קריאה לתוך החוק" או "הרחבה" באשר לדחיית תחולתו של ההסדר החוקתי. בראש ובראשונה, משום שאין עסקינן בהתנגשות חוקתית בין דבר חקיקה ראשית אל מול עקרון חוקתי, להיפך - ענייננו הוא העקרון החוקתי. שנית, "פרשנות" על פי הצו על תנאי כאמור כלל אינה בגדר פרשנות, היא אינה עולה מההקשר החוקתי, ואף אינה מגשימה את כוונת המכוון – ההיפך הוא הנכון, המכוון החליט לדחות את ההסתייגויות שבקישו תחולה מאוחרת והחליט להחיל את ההסדר בתחולה מיידית. שלישית, במתן סעד כאמור, יש משום התערבות יתרה במרקם החקיקתי, שינוי אופיו של ההסדר החוקתי, והתערבות למעשה במגרש הכנסת וחציית גבולות סמכויותיה של הרשות המכוונת.

101. בשולי פרק זה נציין, כי אין מקום ללמוד לענייננו מפסיקתו העדכנית של בית משפט נכבד זה בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (נבו, 30.07.2023) בעניין "חוק טבריה", לפיה "הוראות תיקון מס' 53 לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965 יפורשו באופן שלא תהא להן תחולה על הבחירות הקרובות לרשויות המקומיות ...". זאת ממספר טעמים. ראשית, שם דובר בדבר חקיקה ראשית, בעוד שענייננו עוסק בהסדר חוקתי קבוע. שנית, נטען בעניין חוק טבריה, כי דבר החקיקה מוביל לפגיעה ממשית בזכות לשוויון, אשר לגביה ואך לגביה הוחלה הדוקטרינה, ואילו בענייננו אין עסקינן בפגיעה בזכות לשוויון, ואף מדובר בהסדר משטרי שמכוח מדרגו הנורמטיבי כלל לא יכול לסתור נורמה חוקתית, ובכל מקרה ההסדר החוקתי בפועל גם אינו סותר נורמה חוקתית כלשהי. שלישית, עניין חוק טבריה עסק בחוקי הבחירות, לגביהם ניתן לטעון כי הוכרה דוקטרינת "שינוי כללי המשחק תוך כדי המשחק", ואילו ביחס להסדרים משטריים המעוגנים בחקיקת היסוד, כבענייננו, תחולת

דוקטרינה זו דווקא נדחתה פעם אחר פעם [כמו למשל בפסק דינו של בית משפט נכבד זה בהרכב מורחב בבג"ץ ממשלת החילופים].

102. על בסיס נימוקים אלו, עולה אם כן כי הפיכת הצו על תנאי לצו מוחלט והכרזה על דחיית תחולת התיקון החוקתי, אינה בגדר פרשנות – וכמוה כהתערבות בחקיקת היסוד של הכנסת. התערבות כאמור בחקיקת היסוד – אינה בסמכות בית משפט נכבד זה.

ב.3.ד. התחולה בזמן אינה מקימה עילה להתערבות שיפוטית ואינה פוגעת במעמדו החוקתי של התיקון

103. אף אם נתעלם משאלת הסמכות, הרי שהתחולה בזמן כלל אינה מקימה עילה להתערבות שיפוטית. אף לו היה מדובר בתיקון רטרואקטיבי, המשנה לכאורה את המצב המשפטי - וכפי שנפרט להלן מדובר בתיקון מבהיר והתיקון החוקתי לא השפיע רטרואקטיבית על מצבו המשפטי של ראש הממשלה - בכל מקרה הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת ומכוננת מוסמכת לחוקק דברי חקיקה אף אם הם רטרואקטיביים. לאור האמור, גם אם היה מדובר בדבר חקיקה רטרואקטיבי, אין 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 רטרואקטיבית..."; 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)].

104. הקביעה המבוקשת בצו על תנאי, לפיה הוראות חוק היסוד לא יחולו בתחולה מיידית או באותה הכנסת אשר חוקקה, לא רק שאינה מעוגנת בדין הישראלי כלל ועיקר, הרי שהיא אף נוגדת את הדין החוקתי הנוהג בישראל – לפיו התיקון החוקתי נכנס לתוקפו בעת פרסומו ברשומות, ואף עמדה כאמור נדחתה זה מכבר בפסיקת בית משפט נכבד זה. פעם אחר פעם, נפסק כי אין מקום להצר את פועלה של הרשות המכוננת בהעדר הוראות חוקתיות מפורשות לכך. כפי שלמשל קבעה כב' הנשיאה בייניש בבג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל, סד(3) 275 (2011):

"במצב דברים אידיאלי, בו קיים מנגנון מוסדר ונוקשה לשינוי ותיקון החוקה, ספק אם שינוי החוקה על דרך של הוראת שעה היה אפשרי... ספק אם גישה נוקשה זו הייתה מתאימה לתפיסת היסוד החוקתית בישראל. מכל מקום, לפי המצב בישראל כיום, אין לתפיסה הקשיחה ביחס להליכי החקיקה מסגרת הולמת. כאמור, בהיעדר חוק יסוד: החקיקה, ההגבלות על הליכי החקיקה או השינוי של חוקי יסוד הן מצומצמות, וכדי לחוקק חוק יסוד בישראל אין צורך בהליכים מיוחדים בכנסת".

105. אין זה מקרה שהעותרים לא הצליחו להפנות את בית המשפט הנכבד לתקדים כלשהו שבו נקבע כי חקיקת היסוד של הכנסת לא תחול על אותה הכנסת שחוקקה אותה, זאת, משום שכאמור הדין החוקתי הישראלי אינו מכיר במגבלה כאמור, ודווקא להיפך – כנסות ישראל למיניהן, לאורך שנותיה של המדינה, עשו שימוש בחקיקת היסוד גם לצרכים פוליטיים.

106. למען הדוגמה, 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-24). **תיקונים אלו הוחלו כמונח באופן מידי על הכנסת ה-24, אשר היא הכנסת שתיקנה את אותם חוקי היסוד לצרכי שעה נקודתיים.**

107. באופן ספציפי נציין את תיקון מס' 51 לחוק יסוד: הכנסת שכוננה הממשלה ה-36 על מנת לשמור על היציבות הקואליציונית. 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** – כך שלמעשה שונה מנגנון חוקתי, הופחתה אפשרות הפיקוח הפרלמנטרי של הכנסת על הממשלה ונמנעה אפשרות חוקית ליציאה לבחירות במועד המקורי שנקבע בחוק היסוד. **למרות השינויים הקונסטיטוציוניים המהותיים ולמרות ששינוי כביכול את "כללי המשחק" וזאת "תוך כדי משחק" (אם נלך על פי שיטת העותרים והמשיבה 3), התיקון האמור נכנס לתוקף באופן מידי וחל על הכנסת ה-24.** למען שלמות התמונה ראוי לציין ולהדגיש כי הכנסת ה-25 ביטלה את התיקון לענין פרישת 4 חברי כנסת. 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.

108. פרקטיקה זו נהוגה במשפט הקונסטיטוציוני הישראלי מזה שנים רבות. ביום 21.8.1968 הכנסת, בכובעה כראשות מכוננת, חוקקה לראשונה את חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח 540. בין יתר התיקונים החוקתיים לחוק יסוד הממשלה משנת 1968, כוננה הכנסת את תיקון מס' 2, וזאת בשל צורך פוליטי נקודתי באותה העת, ונקבע בהסדר החוקתי, כי תתאפשר כהונתם של שניים משרי הממשלה להיות סגני ראש הממשלה. התיקון החוקתי חל על אותה הכנסת שכוננה את התיקון החוקתי, ואף נקבע כי "תחילתו של חוק זה עם קבלתו בכנסת" – שמונה ימים לפני מועד פרסומו ברשומות [ס"ח תש"ס מס' 945 מיום 14.11.1979 עמ' 6 – תיקון מס' 2; תחילתו ביום 6.11.1979]. בקשר לתיקון מס' 2, כתב כב' השופט רובינשטיין במאמרו (אליקים רובינשטיין, "חוק-יסוד: הממשלה במתכונתו המקורי – הלכה למעשה" **משפט וממשל** ג התשנ"ו, 571 (להלן: "**רובינשטיין**")), כי כל תכליתו היתה "לפצות" את השר שמחה ארליך על העברתו מתפקיד. בהמשך, ביום 13.9.1984 (יום לאחר הגשת הצעת החוק הממשלתית וערב השבעת הממשלה ה-21) התקבל בכנסת תיקון מס' 4, בו כוננה הכנסת האחת עשרה את ההסדר של ממלא מקום ראש הממשלה. תכלית התיקון האמור הייתה לאפשר את הקמת ממשלת הרוטציה הספציפית שעמדה בפני חברי הכנסת באותה העת, וההסדר החוקתי שכונן חל על אותה הכנסת שכוננה את התיקון ועל אותם האישים אשר עבורם כונן למעשה ההסדר החוקתי [ס"ח תשמ"ד מס' 1124 מיום 21.9.1984 עמ' 220 תיקון מס' 4]. ביום 5.2.1991 נתקבל בכנסת תיקון מס' 5 לחוק יסוד הממשלה משנת 1968 ובו הוקמה ועדת שרים לענייני ביטחון לאומי, ונקבע בתיקון החוקתי כי "**הוראות סעיף 1 יחולו גם על הממשלה המכהנת ביום תחילתו של חוק-יסוד זה...**" [ס"ח תשנ"א מס' 1344 מיום 15.2.1991 עמ' 86 – תיקון מס' 5]. תיקון חוקתי נוסף לחוק יסוד הממשלה משנת 1968, נחקק בשנת 1991 ונקבע בו הוראות שונות בדבר פרישת חברי כנסת מסיעתם, גם תיקון זה נבע בשל אירועים פוליטיים נקודתיים שקיבלו את הכינוי "התרגיל המסריח" [ס"ח תשנ"א מס' 1345 מיום 22.2.1991 עמ' 91].

³ זמין לצפיה באתר הכנסת: <https://main.knesset.gov.il/mk/government/Documents/CA36-Yemina.pdf>

109. בהקשר לאמור לעיל, כתב **רובינשטיין** במאמרו שלעיל כי בספר החוקים הישראלי אין זה מראה נדיר למצוא דבר חקיקה שתכליתו לשרת גורם מסוים, שלרוב חקיקתו מונעת משיקולים פוליטיים או אירועים ספציפיים, ושלאחר מכן אותו הסדר נותר בספר החוקים:

“את התיקונים ניתן לחלק לכאלה שהיו בעלי אופי קונסטיטוציוני מסוים, התואם את מטרת הבסיס של החוק, ושהיתה בהם חשיבות לתפקוד הממשלה, גם אם היוזמה לחקיקתם נבעה לעתים מנסיבות פוליטיות; ולכאלה שכל כולם קניינוקטורליים, שנחקקו בכורח סיטואציה פוליטית בת זמנה, ונשארו בספר החוקים.”

110. אם כן, שינויים חוקתיים, אשר פעמים לא מעטות נובעים ממניעים פוליטיים ומוחלים על אותה הכנסת והממשלה שיזמו את התיקון החוקתי, אינם פסולים או פגומים כשלעצמם, אלא דווקא זוהי הפרקטיקה החוקתית הנהוגה בישראל, כאשר פעמים רבות המניעים הפוליטיים הם אשר מניעים את הליכי החקיקה ותיקון החוקה כאשר הדברים נדרשים. לאור כל האמור לעיל, אין לקבוע בענייננו כי התיקונים החוקתיים הינם בגדר שימוש לרעה בהליך חקיקת היסוד, ואין שום מקום או סמכות להורות כי תחולת התיקון החוקתי תידחה, כאשר התערבות שכזו תהווה למעשה חריגה מסמכות בית המשפט הנכבד וכניסה לתחום סמכותה של הרשות המכוננת.

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

111. 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.

112. כך **בארצות הברית**, שאלת הביקורת על תיקוני חקיקה הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון הפדרלי פעמים אחדות בראשית שנות העשרים. שם 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 [U.S. Const. art. V]. בית המשפט העליון גידר את סמכותו שלו בעצמו 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. כדברי בית המשפט:

“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 amendment becomes part of the Constitution, and is not subject to judicial guidance, control, or interference at any point. [Coleman v. Miller 307 U.S. 433 (1939) 459]”

113. נציין גם את פסיקתו של בית המשפט העליון של ארצות הברית, בקובעו כי בהיעדר הסמכה מפורשת בחוקת ארצות הברית הוא **נעדר סמכות** לדון 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**, בקובעו בדעת רוב (כבי' 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.” [Rucho Et Al. V. Common Cause Et Al 588 U. S. (2019)].

114. גם חוקת צרפת כוללת פסקת נצחיות האוסרת על שינוי אופייה הרפובליקני של המדינה.⁴ 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.⁵ גישה דומה נהוגה בנורבגיה, אשר גם חוקתה כוללת פסקת נצחיות.⁶ בית המשפט בסלובניה⁷, 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, קבע בית המשפט באירלנד שבה תיקוני חוקה מתקבלים במשאל עם,⁸ עת קבע בית המשפט, כי אינו מוסמך להעביר את הטקסט החוקתי תחת ביקורתו.

115. 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 הקבוע בחוקה עצמה [אוסטריה⁹, איטליה¹⁰, גרמניה¹¹, צ'כיה¹², ברזיל¹³, טורקיה¹⁴, אוגנדה¹⁵]. ודוק, במקרים אלו החלטות בתי המשפט נבעו מהסדרתו של הליך ייעודי בלשון החוקה, ובוודאי שלא הוטלו על הרשות המכוננת מגבלות שלא נכללו בחוקה עצמה.

116. 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.

⁴Article 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

⁵ 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' ברוסר 293. Denis Baranger, The Language of Eternity: Constitutional Review of the Amending Power in France (or the Absence Thereof), 44 ISR. L. REV. 389 (2011).

⁶ 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.

⁷ Slovenian Constitutional Court's decision of 11 April 1996, number U-I-332/94.

⁸ Article 26 CONSTITUTION OF IRELAND Enacted by the People 1st July, 1937

⁹ Constitutional Court G12/00 (11 October 2001), available at: ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_09988989_00G00012_00/JFT_09988989_00G00012_00.html

¹⁰ Article 139, Constitution of Italy, 22 December 1947 ; Italian Constitutional Court decision n. 1146 15/12/1988.

¹¹ 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.

¹² Czech Republic Constitutional court Judgement 2009/09/10 - Pl. ÚS 27/09 –Czech Republic: Constitution of the Czech Republic [Czech Republic], 16 December 1992.

¹³ ADIN 939-7 DF ; Juliano Zaiden Benvindo, 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ Mabilirizi v Attorney General, [2018] UGCC 4 (26 July 2018).

5.ב.א. התפתחותה הפסיקתית של דוקטרינת 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת'

117. המונח "שימוש לרעה" בהקשר של חוקי היסוד, עלה לראשונה בדבריו של כב' השופט (כתוארו דאז) א' ברק בפרשת **בנק המזרחי**, כחלק מבחינת הקשיים **שבמבחן הצורני** לזיהוי נורמה חוקתית, כשהביע חשש שבחקיקה עתידית של הכנסת, יעשה "שימוש לרעה" **בדיבור חוק יסוד** כאשר זה, יוצמד לחקיקה **רגילה במהותה**, וכדבריו:

"מה דין חקיקה עתידה של הכנסת, אשר תעשה "שימוש לרעה" בדיבור "חוק-יסוד" תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום?" [פסקה 58 לפסק דינו של כב' השופט א' ברק, בפרשת בנק המזרחי].

118. בבג"ץ 4908/10 ח"כ **רוני בר-און נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד(3) 275, (להלן: "**פרשת בר-און**") נבחן המונח "שימוש לרעה" בקשר לחוק יסוד: תקציב המדינה (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (תיקון) שנתקבל בכנסת בשנת 2010. בדומה לענייננו, גם בפרשת **בר-און** נטען כי הממשלה מבקשת לנצל את הרוב בכנסת כדי לשנות את כללי המשחק, שחברי הכנסת לא שקלו שיקולים שבטובת הדמוקרטיה אלא נוחות והישרדות הממשלה, וכי היה ראוי שהתיקון יוחל החל מהכנסת הבאה:

"שאלה נפרדת היא האם נעשה במקרה שלפנינו שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד". העותרים טענו בהרחבה כי לא ניתן להפקיע עיקרון חוקתי המעוגן בחוקי היסוד בהוראת שעה שמשך תחולתה נקבע אך ורק למשך תקופת כהונתה של הממשלה הנוכחית. לפי הטענה, ממשלת ישראל מבקשת לנצל את הרוב שיש לה בכנסת כדי לשנות את כללי המשחק הפרלמנטרי, תוך ניצול לרעה של הרוב האוטומטי הנתון היום לממשלה בבית הנבחרים, על מנת לשנות חוק יסוד באופן זמני ומגמתי – עד תום כהונת הממשלה הנוכחית בלבד" (עתירה מיום 3.6.2010, עמ' 2-3). עוד טענו העותרים כי "לא שיקולים של טובת המשטר הפרלמנטרי או של טובת הדמוקרטיה עמדו לנגד עיני אדריכלי החוק, כי אם שיקולים של נוחות והישרדות הממשלה (גם על חשבון עקרונות יסוד)" (שם, עמ' 3). לטענת העותרים, אילו היו חברי הכנסת מבקשים לערוך ניסוי "אמיתי" בניהול תקציב דו-שנתי, היה עליהם לקבוע כי התקציב הדו-שנתי יחול מהכנסת הבאה ואילך.

בהתייחס לטענות העותרים ביחס למניעי הכנסת בכינון ההסדר החוקתי, בהוראת שעה, קבעה כב' הנשיאה ביניש כי מניעים לחקיקת חוק יסוד אינם מהווים בפני עצמם עילה לביקורת שיפוטית המובילה להתערבות בחקיקת היסוד:

"ייאמר תחילה כי ככלל, "ספק רב אם מניעים לחקיקת חוק יסוד – אף אם ניתן לטעון שאינם ראויים – עשויים כשלעצמם להוות פגם משפטי המהווה עילה לביקורת שיפוטית" ... גם אם מוכנה הייתי להניח כי המניע לחקיקת החוק היה, כטענת העותרים, רצון של הקואליציה להימנע מהצורך לאשר את חוק התקציב אחת לשנה, אין בנימוק זה כשלעצמו כדי להצדיק ביקורת שיפוטית; בפרט מקום בו הסעד המבוקש הוא להורות על בטלות של חוק יסוד."

בסופו של דבר, ביישום המבחנים שהותוו ביחס ל'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת', נקבע בהרכב מורחב כי אין מקום להתערבות החריגה וחסרות התקדים של בית משפט נכבד זה בחקיקת חוקי היסוד של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת, בפרט נוכח העובדה כי המאטריה בה עסק התיקון החוקתי בעניין תקציב המדינה – חוקתית באופייה.

119. מאוחר יותר, בפסק הדין בבג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל**, (להלן: "**עניין המרכז האקדמי**") נשען בית המשפט הנכבד על 'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת', היינו רתימת ה'כותרת' של

חוק יסוד לפעולה שבמהותה איננה חוקתית. לאחר שכבי' 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? לבסוף נקבע, כי תצא התראת בטלות אשר לעיגון תקציב דו-שנתי בהוראת שעה, זאת נוכח העובדה שהכנסת כוננה את ההסדר באמצעות הוראת שעה חמש פעמים ברציפות.

120. ודוק: דוקטרינת השימוש לרעה בחקיקת היסוד אינה באה בבחינת שיקול דעתה של הכנסת בבואה לחוקק חקיקת יסוד ואינה נוגעת למעשה בתוכנו של חוק היסוד, אלא נוגעת אך ורק להתאמתו של ההסדר החוקתי למארג החוקתי המקובל בישראל.

121. כך הובהר גם למעשה בפסק דינו המנחה של בית משפט נכבד זה בבג"ץ 5969/20 סתיו שפיר נ. כנסת ישראל (23.05.2021) (להלן: "בג"ץ שפיר"), בו נבחנה הוראת שעה שנחקקה במסגרת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה). על אף שנקבע שנעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, קרי זוהתה נורמה שאינה חוקתית "בתחפושת" של נורמה חוקתית, גם שם, הסתפק בית המשפט ב"התראת בטלות". כך, לדברי כבי' הנשיאה חיות:

"דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת עניינה בזיהוי הנורמה העומדת לדין כנורמה מסדר הנורמות החוקתיות... הנחה זו, לפיה הסמכות המכוננת ניתנה לכנסת לצורך קביעת הסדרים "קונסטיטוציוניים במהותם – היא העומדת ביסוד דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. ואכן, לא אחת נמתחה על מבחן זה ביקורת ונטען כי הוא מאפשר את חדירתן של נורמות שאינן מצויות במדרג מתאים לתוך החוקה המתגבשת... לפיכך הוסיפה הפסיקה וקבעה כי "דוקטרינת השימוש לרעה נועדה לגשר על מקרים שבהם מופרת [ה]הנחה [שהמחוקק לא יעשה שימוש לרעה בסמכותו המכוננת]. ולתוך המארג החוקתי חודרת חקיקה העושה צורה של חקיקת יסוד מטעמים שאינם ממין העניין" ... מרכז הכובד של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת מצוי, כאמור, בשאלה אם הנורמה שעוגנה בחוק היסוד היא אכן נורמה המצויה במדרג חוקתי, על פי המבחנים הנוהגים עמנו לזיהוי הסדרים מסוג זה. ... במסגרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת "אין אנו בוחנים את חקיקת היסוד לגופה, ואין אנו נדרשים למשמעותם ולרציותם של ההסדרים המנויים בה. תכלית ביקורת זו אינה אלא לוודא כי טיבם של הסדרים אלה אינו סותר את הכתרם כחקיקת יסוד ואת המעמד הנורמטיבי הייחודי השמור להם" ... 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 כמעמדם של חוקי היסוד." [פסקאות 29 - 31 לפסק דינה של כבי' הנשיאה א' חיות בבג"ץ שפיר].

בהמשך פסק הדין, התוותה כבי' הנשיאה חיות את מבחני 'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת', תוך שהדגישה שוב ושוב, כי הדוקטרינה אינה בוחנת את טיב הנורמה או חוקתיותה, אלא אך ורק אם ראויה היא להשתייך למדרג הנורמטיבי של חוקי היסוד, מבחינת המטאריה בה עוסקת הנורמה. כלשון בית משפט נכבד זה בפסק הדין:

"כפי שכבר הודגש – במסגרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, ענייננו אינו בשאלת חוקתיותה של הנורמה מבחינת תוכנה, אלא בשאלה אם סוג הנורמה, מבחינת מאפייניה, עולה בקנה אחד עם עיגונה בחוקה. בהקשר זה ניתן להצביע על מספר מבחני עזר שיוכלו לסייע לבית המשפט בכיצוע מלאכתו: הראשון, מבחן היציבות של הנורמה, לפיו תיבחן השאלה אם הנורמה נושאת אופי זמני שתחולתה קצובה מראש בזמן או שמא לפנינו הסדר קבע יציב, הצופה פני עתיד; השני, מבחן הכלליות, לפיו תיבחן השאלה אם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית-כללית או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונאליים (ראו והשוו: עניין המרכז האקדמי, פסקה 6

לחיות דעתו של השופט הנדל); השלישי, מבחן המארג החוקתי שבו משתלבת הנורמה, לפיו תיבחן השאלה אם הנורמה עולה בקנה אחד עם אופיים של אותם נושאים שהוסדרו בחוק-יסוד אחרים או בחוק-היסוד שאליה מתווסף התיקון. " [פסקה 37 לפסק דינה של כב' הנשיאה א' חיות בבג"ץ שפיר].

"בשונה מהדוקטרינה של תיקון חוקתי לא חוקתי, שעניינה אינו עומד כעת להכרעה, הדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד לא יוצאת חוצץ כנגד תוכנו של ההסדר שנכלל בחוק היסוד, אלא אך כנגד עצם עיגונו בחוק יסוד, על כל המשמעויות הנלוות לכך. זאת ועוד: באותם מקרים שבהם חלה הדוקטרינה של תיקון חוקתי לא חוקתי (וכאמור, מבלי לנקוט עמדה ביחס למעמדה בשיטתנו) משמעות החלתה היא שתוכנו של חוק היסוד אינו יכול להיות בר-תוקף כלל. לעומת זאת, במקרים שבהם חלה הדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד – עומדים בפני הכנסת ערוצי פעולה אחרים לחקיקתו המחודשת של ההסדר. כך, לעתים תעמוד בפניה האפשרות לשוב ולחוקק את ההסדר בדרך של תיקון קבוע לחוק היסוד (במצבים שבהם החריגה מן הסמכות המכוננת נעוצה רק בעובדה שההסדר עוגן בהוראת שעה זמנית). במקרים אחרים, אף הערוץ החוקתי פתוח בפניה לרווחה, במובן זה שניתן לעגן את ההסדר בחוק "רגיל" על כל הכרוך בכך. במילים אחרות, החלתה של דוקטרינת השימוש לרעה בחוק יסוד יוצרת רק הכוונה לפעולה בערוץ הנכון. היא מחייבת את הכנסת "לקחת ברצינות" את ההליך של חקיקת חוקי יסוד. " [פסקה 10 לפסק דינה של כב' השופטת ד' ברק-ארז בבג"ץ שפיר].

122. אם כן, מבלי לגרוע מעמדות המשיב 2 ביחס לגדרי סמכותו של בית משפט נכבד זה כמפורט לעיל, הרי שעד כה, בית משפט נכבד זה עשה שימוש ב'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת' אך ורק ביחס להוראות שעה ביחס לחקיקת היסוד, וזאת לאחר שהוראות השעה החוקתיות כוננו פעם אחר פעם כהוראות שעה (חמש פעמים ברציפות) ולא כהסדר חוקתי קבוע. למעשה, הפיכת הצו על תנאי לצו מוחלט, חריג וקיצוני גם בפסיקתו של בית משפט נכבד זה – שעד היום, ובצדק, לא הורה על אי חוקתיותו של הסדר חוקתי קבוע או על דחיית תחולתו.

123. בכל מקרה, אף אם נעשה שימוש ב'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת' בניגוד לעמדת המשיב 2, ברי כי יש לשמור על גדריה של 'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת' ולעשות בה שימוש במשורה – אך ורק לשם תכליתיה של הדוקטרינה לשמן נפסקה. מקומה, לשיטת הדוגלים בה, רק במצבים שבהם באופן מובהק השתמש הפרלמנט בסמכותו המכוננת לכינון דבר חקיקה שאינו שייך במהותו למדרג הנורמטיבי המוענק לחקיקת היסוד בישראל. כאמור, אין הדוקטרינה עוסקת בביקורת שיפוטית תוכנית או ערכית על תוכן חוק היסוד, על טיבו, על השאלה אם ראוי או לא ראוי, אלא אך ורק בשימוש בכותרת "חוק היסוד" כתחפושת לנורמה שלכאורה אין מקומה בחוק יסוד. בעניין דנן, לא יכולה להיות מחלוקת אמיתית, שההסדר החוקתי של נבצרות ראש הממשלה הוא עניין לכינון במסגרת חקיקת היסוד ולכן אין מקום לבחון את התיקון על בסיס 'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת'.

ב.5.ב. הביקורת על דוקטרינת 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת'

124. ביקורת ביחס להרחבת דוקטרינת 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת' ובפרט ביחס לסמכותו של בית משפט נכבד זה לעשות אבחנה מהותית בין מה שראוי להיכלל בחוקה לבין מה שאינו ראוי להיכלל בה, נמצאת כבר בגלגוליה המוקדמים של הדוקטרינה, עוד בפסק דינו של כבוד השופט (כתוארו אז) מ' חשין בפרשת בנק המזרחי:

"לו נתנה האסיפה המכוננת חוקה לישראל, כי אז ידענו חוקת ישראל מהי על דרך עיון במסמך החוקה. ואולם עתה, שחוקה לא ניתנה לנו, כיצד נדע מה נושאים "ראוי" להם להיות בחוקה ומה נושאים אין זה ראוי לחוקה כי תכלול אותם (והכללתם בחוקה או בחוק יסוד יהווה "שימוש לרעה" בסמכות)? הכרעה בשאלה זו חשובה עד למאוד, שכן אם תאמר הכנסת לשריין חוק שאינו חוק חוקה - או שתקרא שם של "חוק יסוד" על חוק שאינו "ראוי" לכך - אפשר,

על-פי הנטען, כי תחרוג במעשה זה סמכותה, ובית המשפט יוכל להכריז על אותו מעשה כבטל מעיקרו. ואולם: היעלה על הדעת כי בית המשפט הוא שיתווה מסגרות ל"חוקה ראויה", וכי על-פי אותן מסגרות יחליט איזה שריון חוקי הוא ואיזה שריון אינו חוקי? ...

ואולם, האומנם נאמר כי בית-משפט הוא שיקבע מה ראוי לה לחוקה שתכלול - ומה אין ראוי לה לחוקה שתכלול - ומתוך שחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים אין הוא "ראוי" שייכלל בחוקה, יוסיף בית המשפט ויקבע כי שריונו נעשה שלא כדין ובחריגה מסמכות אך מטעם זה בלבד? איסור שתיית משקאות אלכוהוליים (PROHIBITION) נכלל בתיקון לחוקת ארצות-הברית. כך ביקש 'מחוקק החוקה' לעשות - וכרצונו עשה. חוק זה, אליבא דכולי עלמא, אין הוא ממשפחת חוקי חוקה. האם נאמר כי מתקן החוקה חרג מסמכותו? (עמוד 516).

125. על אף שבעתירות דנן נעשה שימוש במונח "השימוש לרעה בסמכות המכוננת", בזיקוק הטענות, ההתמקדות היא דווקא **במניעי המכונן, שיקוליו, תכלית, ולמעשה תוכן התיקון החוקתי** והאם ראוי להיכלל בחוקי היסוד בישראל תיקון שנטען כי הינו פרסונלי.

126. כבר נקבע מכבר בפסיקת בית משפט נכבד זה, שאין מקום ליישם בשלב זה במערכת המשפט הישראלי את דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", ולא בכדי [ר' את דברי כבוד הנשיאה א' חיות בפסק דינה **בפרשת חוק ההדחה**; בפסק דינה בבג"ץ **ממשלת החילופים** בפסקה 3; וכן בפסק דינה בעניין **חוק-יסוד: 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. כפי שכתבה כב' הנשיאה א' חיות בעניין **חוק-יסוד: 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."

127. בפסק דינה המנחה של כב' הנשיאה א' חיות בבג"ץ **שפיר**, עת התייחסה לדוקטרינת השימוש לרעה בחוקי יסוד, הבהירה כב' הנשיאה כי אין מדובר בדוקטרינה הבוחנת את **תוכן חקיקת היסוד** או את **ההסדרים שנקבעו בחקיקת היסוד לגופם**. בניגוד למבוקש בעתירה דנן, דוקטרינת "השימוש לרעה בחקיקת היסוד" אינה באה לבחון את שיקול דעתה של הכנסת בבואה לכוון חקיקת יסוד או תיקון לחוק יסוד, והדוקטרינה אינה נוגעת למעשה בתוכנו של חוק היסוד, או בכוונות, שיקולים או מטרות חברי הכנסת ואף לא אם תכלית חוק היסוד ראויה. מטרת הדוקטרינה לבחון אך ורק את התאמתו של חוק היסוד למארג החוקתי בישראל. בעתירה שבפנינו, אין חולק כי ההסדר החוקתי מתאים מבחינת מדרגו הנורמטיבי. חרף כן, מבוקשת התערבות שיפוטית ביחס לתכלית חוק היסוד, באצטלה של דוקטרינת "השימוש לרעה בחקיקת היסוד". זהו דווקא ניסיון לעשות שימוש לרעה ב'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת' ולעקוף למעשה את המבחנים שהתווה בית משפט נכבד זה בפסיקתו, תוך ניסיון לעקוף את אי קבלתה של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי במשפט החוקתי הישראלי, במטרה להתערב לבסוף בחוק יסוד שיצא תחת ידה של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת.

128. אין אפוא כל מקום לאפשר "מעקף" וליצור דוקטרינות עמומות המרחיבות דה פקטו את הביקורת השיפוטית, על בסיס **תוכן חקיקת היסוד או בחינה תכליתית של חקיקת היסוד**. בהתאם לעמדה זו, במשך השנים, לצד התפתחות הדוקטרינה, היו משופטי בית משפט נכבד זה שהזהירו כבר מפני "מעקפים" שכאלה, המבקשים להשתמש לכאורה בדוקטרינות פרוצדורליות לביקורת שיפוטית תוך יישומה על התוכן של חקיקת היסוד ובכך לבצע ביקורת שיפוטית מהותית לגופו של חוק היסוד.

בין היתר, בבג"ץ **ממשלת החילופים** שם נדחו טענות בדבר אי חוקתיותו של תיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה, כתב כבי' השופט ד' מינץ על 'דוקטרינת 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 כבי' השופט מינץ];

עוד באותו פסק דין, הזהיר כבי' השופט סולברג מפני **המדורן החלקלק** שעלול להיגרם מביקורת שיפוטית על בסיס **דוקטרינות עמומות ורחבות**, ובפרט בהתייחס ל'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת', עת הדגיש:

"... 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 ובתחומת 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 'התראת בטלות' – ממחיש היטב מדוע הפעלת מבחנים מהותיים לצורך זיהויים של חוקי-יסוד – הרידי 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..."

129. אף במסגרת פסק הדין, שהתווה את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת ומבחינה, הוא בג"ץ **שפיר**, נכתבו ביקורות שיפוטיות אשר לשימוש בדוקטרינה כנגד חקיקת היסוד של הכנסת. היו אף חלק משופטי הרוב, שתמכו בהחלת הדוקטרינה בעניין הנדון בפניהם בבג"ץ **שפיר**, אך תוך הסתייגות מחלקים מהדוקטרינה, מכלליות המבחנים, ותמכו בהחלתה אך במקרים קיצוניים בלבד.

בפסק דינו של כבי' השופט הנדל בבג"ץ **שפיר**, שהצטרף באותו עניין לעמדת הרוב, נקבעה הסתייגות ממבחני הדוקטרינה **"מבלי לקבוע מסמרות"**, וכך נכתב:

"די בכך כדי לקבוע שסעיף 2 אינו נהנה ממעמד חוקתי – מבלי לקבוע מסמרות באשר למבחנים הכלליים להפעלת דוקטרינת השימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד" בכלל, ובמסגרת הוראת שעה בפרט. [פסקה 12 לפסק דינו של כבי' השופט נ' הנדל בבג"ץ שפיר]."

גם בפסק דינה של כב' השופטת ברון, שאף היא הצטרפה לעמדת הרוב בבג"ץ שפיר, הזהירה כב' השופטת ברון מפני פתיחת פתח רחב מדי לבחינת הצידוק, ועמדה על כך שיש לעשות שימוש בדוקטרינה לאי הכרה בנורמה כחוקתית אך במקרים חריגים, קיצוניים וייחודיים. כלשונה:

"אוסף ואבהיר כי לטעמי הפתח שנפתח בשלב הצידוק להכרה בנורמה כמכוננת הגם שהיא נעדרת איזה מדין המאפיינים האלמנטריים של חוק יסוד, הוא פתח צר עד מאוד ואין לעבור בו אלא במשורה. בהינתן מעמדה הרם של חקיקת היסוד, אין להכיר בנורמה "שמתחפשת" לנורמה חוקתית ככזו – אלא ב"מקרים חריגים, קיצוניים וייחודיים"... [פסקה 4 לפסק דינה של כב' השופטת ע' ברון בבג"ץ שפיר].

130. עוד באותו עניין בבג"ץ שפיר, שופטי המיעוט, כב' השופטים סולברג, מינץ ואלרון, ביקרו את עצם השימוש בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת על ידי בית משפט נכבד זה, בעיקר מכוח עקרון הפרדת הרשויות ושאלת עצם סמכותו של בית המשפט הנכבד להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקת היסוד של הכנסת.

בפסק דינו של כב' השופט סולברג בבג"ץ שפיר, כתב כב' השופט סולברג "הערת אזהרה" לגבי הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת, וכתב כי מדובר למעשה בהשגת גבולה של הרשות המכוננת – ללא הסמכה, וקרא לכך אקט שעשוי להתפרש בתור "שימוש שלא לטובה בסמכות הביקורת השיפוטית". בלשונו של כב' השופט סולברג:

"הערת אזהרה" לגבי הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת

לפני חתימה, ועל מנת שלא תתפרש שתיקתי כהסכמה, אעיר עוד זאת: דברים חשובים ומעוררי מחשבה, כתבה חברתי הנשיאה על אודות הדוקטרינה של 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת'. להבנתי, צעדה חברתי צעד נוסף לעבר ביקורת שיפוטית מהותית על חוק-היסוד.

קביעת מבחנים מהותיים לצורך זיהוי של חוק-יסוד, הריהי חידוש מפליג. מגרעתו בכך שיש בו כדי לערב את בית המשפט במלאכת גיבוש חוק-היסוד ובכינונם; אם למראית-עין, אם בפועל ממש. מאז ומקדם נהג עמנו המבחן הצורני, הפשוט...

המבחן הצורני אמנם איננו כליל השלמות; הוא אינו מונע חדירתן לחוק-יסוד של הוראות-חוק רגילות, שלפי טיבן וטבען, אינן ראויות לשכון אחר כבוד בחוק-יסוד דווקא. אך יתרונותיו של המבחן הצורני – ניכרים: הפשטות, הוודאות, תוכו פשוט, ובעיקר – מבטיח הקפדה על הפרדת הרשויות: "השימוש במבחן מהותי או במבחן משולב כלשהו אינו חף מקשיים. טמונה בו, בראש ובראשונה, מידה לא מבוטלת של חוסר וודאות לגבי חקיקה קיימת ועתידית בשאלה אם מהווה היא חלק מן החוקה. טמון במבחן המהותי גם קושי ממשי אשר, כלשונו של הנשיא ברק, יורד לשורש היחסים בין הסמכות המכוננת (של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט)", בידיה תופקד הסמכות לקבוע אם דבר חקיקה, מבחינת תוכנו, מתאים להיכלל בחוקה" (שם, פסקה 13). הנה כי כן, חוששני, כי מעתה, על-פי המבחן הדו-שלבי החדש, כינון חקיקת-יסוד על-ידי הכנסת עלול להחשב כ'קריאה ראשונה בלבד'; לאחריה ידון בית המשפט ב'קריאה שניה ושלישית', אם חוק-היסוד שעל הפרק נאה לשמו' ו-שמו נאה לו', ואם ראוי הוא לעטרה שעטרה לו אמו.

אם נשיג את גבולה של הרשות המכוננת, ונקיים – ללא הסמכה מפורשת – ביקורת שיפוטית על החלטותיה, הדבר עשוי להתפרש כשימוש שלא לטובה בסמכות הביקורת השיפוטית, אשר כל קיומה, בהסמכה המשתמעת שהעניק לנו המכונן-המחוקק בגדרי חוק-היסוד (ראו: פסק דינו של הנשיא (בדימ') מ' שמגר בעניין בנק המזרחי). שומה עלינו להבטיח הפרדת רשויות, למנוע עירוב תחומין. כל רשות וגדרי תפקידה, כל פקיד וסמכויותיו-הוא, "איש איש על עבודתו, ואף משאו" (במדבר ד, יט). אלמלא הפרדת רשויות זו, איש את רעהו – סמכותו בלעז.

כבי' השופט אלרון ביקר אף הוא את השימוש בדוקטרינת השימוש לרעה במסכות המכוננת, ובין היתר, עמד על כך "שאין זה מתפקידו של בית משפט זה לעמוד על מניעתם של חברי הכנסת בחקיקת דבר חוק, ודאי חוק-יסוד – וגם לא על ה"צידוק" וסבר ששאלות בדבר חקיקת היסוד ראוי שיתבררו בספירה הציבורית – על ידי הבוחר. ואלו היו דברי כבי' השופט אלרון בבג"ץ שפיר :

"כידוע, עקרון הפרדת הרשויות מחייב כי כל אחת מרשויות השלטון תימנע מלהסיג את גבולה של האחרת: על המחוקק מוטל לקבוע את ההסדרים הראשוניים שבגדרם תוכרע סוגיה משפטית מסוימת; על הרשות המבצעת לפעול למימוש מדיניותה בכפוף למגבלות הדין; ואילו תפקידו של בית המשפט לקבוע אם הרשות אכן פעלה בתוך המסגרת המשפטית הרלוונטית – ובמסכותו לקבוע את פרשנותה המחייבת

"אם כל נושא ... יוכרע בפורום השיפוטי לפי מבחני החוקיות הפורמאלית או לפי מבחני סבירות שבית המשפט חורץ את הדין לגביהם, יהיה בכך כדי ליצור ריכוז סמכויות, שיבטל, הלכה למעשה, את יכולת התיפקוד של הרשויות האחרות" (בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 519, 441 (1988)).

אכן, האיזון בין רשויות השלטון והדרישה מכל אחת מהן – ובפרט מבית המשפט – שלא להסיג את גבולה של האחרת, הכרחי למניעת ריכוז כוח עודף בידי אחת הרשויות ונחוץ לשם הגשמת תכליות המשטר הדמוקרטי.

בהתאם לכך, לטעמי, אל לו לבית המשפט להיכנס לזירה הפוליטית ולקבוע הסדרים ראשוניים המצויים באחריות נבחרי הציבור החבים הסברים לבחוריהם.

על דברים אלו אוסיף גם כי אני סבור שאין זה מתפקידו של בית משפט זה לעמוד על מניעתם של חברי הכנסת בחקיקת דבר חוק, ודאי חוק-יסוד – וגם לא על ה"צידוק" לכך – וזאת מכמה טעמים... מבלי לפקפק בכנות דבריו של חבר כנסת אחד, הרי שאין הם משקפים בהכרח את מניעיו של חבר כנסת אחר... על פני הדברים, דומה כי אף עומדת לזכות חברי הכנסת חזקת תקינות שלפיה החלטותיהם לחוקק דבר חוק מסוים נועד לשרת את טובת הציבור, ואין להסתפק באמרותיהם של חברי כנסת אלו או אחרים כבסיס להפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות הכנסת... לגישתי, טוב נעשה אם נימנע מלמנות עצמנו לבחון את מניעתם, הצדקותיהם וטיב כוונותיהם של חברי הרשות המכוננת.

זאת ועוד, אני סבור כי הביקורת האפקטיבית העיקרית לבחינת ה"צידוק" להחלטות חברי הכנסת היא זו המופעלת כלפיהם על ידי בוחריהם – ולא על ידי בית המשפט. ציבור הבוחרים אינו אדיש לפעולות חברי הכנסת, ומודע היטב להחלטותיהם הכרוכות בפשרות פוליטיות שונות. בכוחו להשפיע על חברי הכנסת הן באופן ישיר על ידי פניה אליהם, הן באופן עקיף ביום הבחירות.

מנגד, דומה כי המנדט הנתון לבית משפט זה לבחון את ה"צידוק" להחלטות חברי הכנסת מוגבל למדי – אם בכלל. זאת, שכן יש התוהים מדוע ראוי לבכר את דעתם של שופטי בית משפט זה באשר לצידוק לחקיקת חוק-יסוד על פני דעתם של חברי הכנסת.

קושי זה מקבל משנה תוקף לאור החסר החוקתי והחוקי במסגרתו אנו עדיין פועלים. מחד גיסא, אין בחוקי היסוד של המדינה קביעה באשר לאופן שבו הכנסת רשאית להפעיל את סמכויותיה לחוקק חוק-יסוד. מאידך גיסא, דוקטרינת ה"שימוש לרעה" מעוגנת רק בפסיקת בית משפט זה. לכאורה, דוקטרינה זו מקנה סמכויות נרחבות לבית המשפט, באופן שיש בו כדי להביא להתערבות בשיקול דעת חברי הכנסת אף כאשר אין בהחלטותיהם כדי לערער את ערכי היסוד של שיטת המשטר. בהעדר נורמה מפורשת המגבילה את סמכויות הכנסת לחוקק חוק-יסוד, או קובעת כיצד יש להפעילן – הרי שבהמשך פיתוחה של דוקטרינת ה"שימוש לרעה" במסגרת ההלכה הפסוקה יש

משום היפוך היוצרות: בית המשפט הוא שמתווה את גבולות סמכות החקיקה, במקום שהמחוקק יתווה את גבולות סמכות השיפוט.

קשיים אלו במבחנים שהציעה חברתי הנשיאה קיימים, בעוצמה זו או אחרת, בכל אחת מגרסאותיה ופרשנויותיה של דוקטרינת ה"שימוש לרעה" שהוצעו עד כה. זאת, שכן בעיקרו של דבר, דורשת הדוקטרינה כי בית המשפט יעמוד על תום ליבם של המחוקקים בעת השימוש בסמכויותיהם לחוקק חוק-יסוד, או לכל הפחות יבחן אם ראוי לאמץ נורמה מסוג מסוים במסגרת חוק-יסוד, בלי שיהא לכך כל עיגון חוקתי כתוב.

כתוצאה מכך, הדוקטרינה אינה קובעת באופן ברור את הגבולות הפורמאליים שבמסגרתם רשאים חברי הכנסת לעשות שימוש בסמכותם לחוקק חוקי-יסוד – ולמעשה מותירה לבית המשפט שיקול דעת מוחלט לקבוע את סוג הנורמות אותן ניתן יהיה לקבוע בחוקת המדינה באופן שאינו הולם לגישתי את תפקיד הרשות השופטת.

כב' השופט מינץ נמנה גם הוא על דעת המיעוט תוך כתיבת ביקורת על השימוש ב'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת', ובין היתר, סבר שעל בית המשפט הנכבד "להימנע מהעברת ביקורת על חוקי היסוד או על תיקונם ולו בדרך עוקפת על ידי מציאת פגמים ב"מעטפת" החקיקתית" וביקר את המצב בו "דווקא חוק יסוד, לעומת חוק "רגיל", יהיה נתון לביקורת שיפוטית רחבה יותר". כדברי כב' השופט מינץ בבג"ץ שפיר :

"אין מדובר בשאלה [שאלת סמכות בית המשפט הנכבד, הח"מ] שניתן לדלג עליה, כלאחר יד. הננו מצווים להיזהר, כמו כל רשות אחרת, מפעולה החורגת ולו בנימה מהסמכות הנתונה לנו בדין. עלינו להימנע מהעברת ביקורת על חוקי היסוד או על תיקונם ולו בדרך עוקפת על ידי מציאת פגמים ב"מעטפת" החקיקתית. חברתי השופטת ברק-ארז, הדגישה בחוות דעתה, כי אין לה לכנסת יותר מאשר קיבלה מידי של הריבון. אין מנוס מלומר כי גם לנו, הרשות השופטת, אין סמכות מעבר למה שהכתיב לנו הדין.

ההכרה בקיומה של סמכות מכוננת (ובסמכות הנתונה לרשות זו להגביל את כוחה של הרשות המחוקקת) מכוח הסכמה חברתית רחבה ועל פי רצון העם משמעה מיניה וביה הכרה בכוח הכמעט בלתי-מוגבל הנתון בידי הרשות המכוננת (ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל ו (התשס"ג)).

גם המבחנים המוצעים על ידה [כב' השופטת ברק-ארז, הח"מ] "זולגים" אל עבר בחינה מהותית של תכני חוקי-היסוד (וכך גם מגיעה חברתי למסקנה כי ענייננו "בתוכן מובהק שמקורו לא יכירנו בחוק יסוד" (פסקה 34)) וממילא, חורגים בהרבה מהמבחן הצורני.

זאת ועוד. להשקפתי, לא ניתן בעצם ההחלטה "להנמיך" את קומתה הנורמטיבית של הוראת חוק יסוד, לכדי חוק "המתחזה" לחוק-יסוד, כדי להביא להתראת בטלות "אוטומטית". לא ניתן להשלים עם מצב שבו דווקא חוק יסוד, לעומת חוק "רגיל", יהיה נתון לביקורת שיפוטית רחבה יותר, כך שמן הרגע שבו "ייחשף" כי אין מדובר ב"חוק יסוד", הרי שדינו להתבטל מעצם חשיפת ה"תחפושת", אם יתגלה כי לא הייתה הצדקה לקבעו כ"חוק יסוד". לכל הפחות, מדובר בחוק. גם אם מסיבה מסוימת "יופחת" מעמדו ויורד כתר "היסוד" שעיתרו. לא במעשה מנהלי רגיל עסקינן שניתן לבטלו תוך קביעה שהוא נעשה תוך שימוש לרעה בסמכות.

שעה שהוכרה סמכותה המכוננת של הכנסת, כוחנו להגביל את גדר סמכותה של הרשות המכוננת, מוטל בספק רב עד בלתי אפשרי. גם אם מדובר ב"הוראת שעה". הגבלה גורפת וקשה מעין זו על סמכותה של הרשות המכוננת, לא רק שהיא נעדרת היגיון פנימי נוכח ה"מנדט" הרחב והאמון שניתן לכנסת בכובעה כ"רשות מכוננת", אלא שהיא, במידה רבה, כאמור נעדרת כל מקור סמכות.

ועוד הערה אחת לקראת סיום. **אינני סבור כי תפקידנו "לחלק ציונים" לכנסת, במיוחד כאשר מדובר בדבר חקיקה חוקתי אשר יצא מפיה בכובעה כרשות המכוננת. השאלה איננה האם מדובר בהסדר מיטיב, או אידיאלי. גם לא אם מדובר בהסדר בעייתי או ראוי לביקורת.**"

131. בין הביקורות האקדמיות הבולטות על אימוצה של דוקטרינת שימוש לרעה בסמכות המכוננת היא **גמישותה** הרבה של הדוקטרינה, המשקל הניתן לשיקול דעת בית המשפט ביחס להסדר החוקתי וסיווגו כנורמה חוקתית או לאו, **אי הוודאות** במעמד הנורמטיבי של חקיקת היסוד המקודמת באמצעות אימוץ המבחן הצורני, **הבטלות** "האוטומטית" של הסדר חוקתי שלכאורה אינו "חוקתי" במהותו, וכן פתיחת פתח לביקורת שיפוטית על בסיס **תוכן** חקיקת היסוד, במסווה של דוקטרינה פרוצדורלית.

ב.5.ג. ביקורת שיפוטית בהעדר פגיעה חוקתית?

132. אף לשיטת אלו התומכים בביקורת השיפוטית של בית משפט נכבד זה על עבודת החקיקה של הכנסת, בכובעה כרשות המחוקקת, הרי שתנאי מקדמי להפעלתה, הוא קיומה של פגיעה חוקתית. בענייננו, וכמובן מבלי לגרוע מעמדת חוסר הסמכות לדון בחוקתיותו של תיקון לחוק יסוד, הרי שכלל לא קיימת כל "פגיעה חוקתית", ככל שיכולה להתקיים "פגיעה חוקתית" באמצעות תיקון לחוק יסוד עצמו, ומשכך – הרי שכלל אין כל מקום (ובכלל זה הסמכות) לדיון בחוקתיות התיקון החוקתי.

133. הלכה פסוקה היא כי פגיעה חוקתית קמה בעקבות פועלה הנוגדת את חקיקת היסוד. **שינויו של חוק יסוד על ידי הכנסת, בכובעה כרשות מכוננת, כלל לא יכול להיחשב כפגיעה חוקתית.** ראו בעניין זה את דברי בית המשפט הנכבד בבג"ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.05.2012):

"... מקובלת במשפטנו התפיסה לפיה שינוי של חוק יסוד יכול שיעשה רק בחוק יסוד אחר. שינוי של חוק יסוד משמעו 'צמצומה או הרחבה, הוספה עליה או ביטולה' של זכות המוגנת בחוק היסוד (שם, עמ' 274; הנשיא (בדימ') שמגר). חוק משנה את חוק היסוד כשהוא סוטה מהותית ממנו בעניין מרכזי, עד כי נאמר שהחוק מכוון לשנות מעיקרו את ההסדר החוקתי. שינוי של חוק יסוד הוא למעשה קביעה של הסדר חדש תחת ההסדר הקבוע בחוק היסוד עצמו. לעומת השינוי, פגיעה בחוק יסוד תוכר מקום בו אין שינוי של הנורמה החוקתית, אלא אך סטייה ממנה לעניין מסוים...".

134. **בתיקון חוקתי לא יכולה למעשה להתקיים פגיעה בזכות חוקתית** משום מעמדו הנורמטיבי העליון של חוק היסוד, ולכן ביקורת על חוק היסוד יכולה להיעשות רק על בסיס דוקטרינות חיצוניות לחוק היסוד או על פי דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי – שלא התקבלו עד כה בשיטת משפטנו, ובצדק (ואף כל אין מחלוקת כי דוקטרינות שכאלה אינן חלות על ענייננו). בעניין האבחנה בין הביקורת החוקתית על חקיקה ראשית אל מול חקיקת היסוד ראו את דברי כב' השופט נ' סולברג בפסק דינו בפרשת **חוק ההדחה**, בקובעו כי בעצם חקיקת "חוק ההדחה" באמצעות תיקון לחוק-יסוד: הכנסת אין משום פגיעה חוקתית בשל מעמדו הנורמטיבי:

"ההבחנה בין ביקורת חוקתית על חוק רגיל הסותר חוק יסוד, לבין ביקורת שיפוטית על תיקון בחוקה עצמה, הריהי ידועה וברורה. חוקי היסוד מגדירים את הזכויות החוקתיות. ביקורת חוקתית 'רגילה' עוסקת אפוא בטענות בדבר פגיעה של החוק הרגיל בזכויות חוקתיות, בניגוד לדין. השלב הראשון של הביקורת החוקתית הזו מתמקד בשאלה אם החוק אכן פוגע בזכות חוקתית. לעומת זאת, תיקון לחוק יסוד אינו פוגע – במשמעות המשפטית שאנו מעניקים למונח 'פגיעה' – בזכות החוקתית שבה הוא עוסק. הוא מגדיר אותה מחדש, מצמצם או מרחיב את תחום השתרעותה, תוחם את היקפה. לשון אחר: עסקינן בשינוי היקפן של הזכויות החוקתיות. ביקורת שיפוטית על חוקתיות תיקון לחוקה, מתמקדת אפוא בשאלה אם שינוי היקפן של זכויות היסוד, נעשה תוך פגיעה בעקרונות על-

חוקתיים... ממילא, אין צורך ולא הצדקה להמשיך ולבחון את גבולות הגזרה של דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי, על השאלות וההתלבטויות שהיא מעוררת.

135. כידוע לכל, **אין לבקר חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד בראי פסקת ההגבלה**. לעניין זה, ראו את פסק דינו הקצר והתמציתי של בית משפט נכבד זה בבג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 913, 914 (1994), שם הועלתה הטענה כי חוק-יסוד: חופש העיסוק החדש לא נועד לתכלית ראויה ולא מטעמים של טובת הכלל:

"אכן, עיקר מטרתה של פסקת ההגבלה היא להגביל את המחוקק "הרגיל" (יהא הרוב שהוא פועל בו אשר יהא) בכוחו להגביל את חופש העיסוק או לפגוע בו. פסקת ההגבלה אינה מכוונת כלפי הכנסת המשנה חוקי יסוד בהליך החוקתי שנועד במיוחד לעניין זה. אכן, יש להבחין הבחן היטב בין פגיעה בזכות יסוד או הגבלה של זכות יסוד שאינן נגזרות משינוי חוק היסוד לבין פגיעה בזכות יסוד או הגבלה של זכות יסוד או שינויה בגדריו של שינוי חוק היסוד עצמו."

העתירה הנזכרת לעיל נדחתה מכל וכל, תוך פסיקת הוצאות לטובת המשיבים. לאחר מכן, אותם הדברים אוזכרו גם בפסק דינה של כב' הנשיאה א' חיות בפרשת חוק ההדחה, עת קבעה את המובן מאליו - כי תיקון לחוק היסוד אינו כפוף לתנאי פסקת ההגבלה:

"ואולם בהינתן העובדה כי המעמד הנורמטיבי של חוק ההדחה כתיקון לחוק-יסוד הוא מעמד חוקתי על-חוקי, עניין לנו בשינוי חוקתי. לפיכך, המסלול לבחינת הקשיים שחוק ההדחה מעורר איננו המסלול ה"רגיל" והמוכר לפיו מופעלת ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק, וכפועל היוצא מכך חוק ההדחה אינו כפוף לתנאיה של פסקת ההגבלה..."

136. בבג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה, סה(2) 44 (2012) כב' השופט א' רובינשטיין עמד על מגבלות הסמכות של בית משפט נכבד זה בביקורת שיפוטית ביחס לדבר חקיקה שאינו פוגע בזכויות שעל פי חוק יסוד:

"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)) – מסכיכה את בית המשפט לפסול אך ורק חוקים הפוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה" [...]. סבורני כי אין היא מאפשרת בנסיבות לפסול את הוראת השעה."

137. הבחינה החוקתית (ביישומה על חקיקה רגילה של הכנסת – שאינה מעניינת), כפי שהתווה בית משפט נכבד זה על בסיס הוראות פסקת ההגבלה, נעשית בשלושה שלבים. בשלב הראשון, בוחן בית המשפט אם החוק העומד לביקורת שיפוטית פוגע בזכות יסוד חוקתית כלשהי הנהנית ממדרג נורמטיבי גבוה יותר מדבר החקיקה "הפוגע". **אם התשובה לכך שלילית מסתיימת הבחינה החוקתית** [ראו למשל, בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 12.09.2017) בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 817-816 (הנשיאה ד' ביניש) (2012); בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, (פורסם בנבו) פסקאות 23-24 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (2013.6.26)]. מקל וחומר, מבלי לפגוע בעמדת חוסר הסמכות לבחון חוקתיותו של תיקון חוקתי, בכל מקרה, אם לא קיימת פגיעה חוקתית כלשהי – כבענייננו, הרי ששם אמורה להסתיים הבחינה השיפוטית.

138. בהקשר זה מן הראוי לציין, כי הנחת המוצא בביקורת החוקתית (ביישומה על חקיקה רגילה של הכנסת, ומכוח קל וחומר ביחס לחקיקת היסוד) היא שאין די בפגיעה חוקתית פוטנציאלית בלבד בכדי להביא לביטול חקיקה ראשית

רגילה) של הכנסת וככל שמדובר בפגיעה פוטנציאלית בלבד או חשש ערטילאי מפגיעה או אז אין בכך בכדי להצדיק כל התערבות שיפוטית בדבר החקיקה:

“... אני סבורה כי הנחת המוצא בביקורת החוקתית היא שאין די בפגיעה פוטנציאלית בלבד בזכויות אדם חוקתיות כדי להביא לביטול חקיקה ראשית של הכנסת. אכן, ככל שהוראה מסוימת בחוק הכנסת פוגעת בזכויות אדם חוקתיות באופן שאינו עולה בקנה אחד עם חוקי היסוד, יש לבחון את חוקתיותה על-פי המבחנים המקובלים בפסיקתנו לעניין זה. אולם, ככל שעסקינן בפגיעה פוטנציאלית בזכויות אדם, להבדיל מפגיעה ממשית, הרי ככלל לא יהיה בפגיעה כזו כדי להצדיק התערבות שיפוטית לביטולה של החקיקה. הבחינה החוקתית של דבר החקיקה תתקיים בשלב של הבחינה התוצאתית, ולאחר שיתברר האופן בו הוא מיושם הלכה למעשה...” [דברי כב'הנשיאה בייניש בבג"ץ המרכז האקדמי].

139. ענייננו עוסק כאמור בשינוי חוקתי באמצעות תיקון חוקתי לחוק-יסוד: הממשלה, שמדרגו הנורמטיבי על-חוקי. בשל כך, ונוכח מעמדו הנורמטיבי של התיקון החוקתי אין בו משום 'פגיעה חוקתית'. מעבר לצורך נציון, כי אף בחינה מהותית של הוראות התיקון מעלה כי התיקון החוקתי כלל אינו פוגע בשום זכות יסוד, ואף לא נטען כך בשום שלב. אם כן, יישום כל האמור בפרק זה על ענייננו מעלה כי גם אם הייתה סמכות לביקורת שיפוטית על חקיקת היסוד, בניגוד לעמדת המשיב 2, הרי שבענייננו אין כל מקום להפעיל ביקורת חוקתית כלשהי, בין היתר, הואיל ופגיעה חוקתית כלל אינה מתקיימת, ואף לא יכולה להתקיים נוכח מעמדו הנורמטיבי של התיקון החוקתי.

140. לא ייתכן כי 'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת' תיצור "מסלול עוקף" ותבוצע בפועל ביקורת שיפוטית על החוקה שהתקבלה כדין בהחלטות הכנסת בכובעה כרשות המכוננת והעליונה – וזאת ללא כל פגיעה חוקתית כלשהי. לא יעלה על הדעת שהדוקטרינה לבחינת חוקתיות חקיקה ראשית (ואף החלטה מנהלית) תהא קשיחה יותר מהדוקטרינה לבחינתו של תיקון חוקתי. עם כל הכבוד הראוי, 'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת' שפותחה בפסיקתו של בית משפט נכבד זה, אינה בגדר עקרון על חוקתי.

141. בכל מקרה, נדמה כי דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות מכוננת' כלל אינה ישימה במקרה דנן, ומבחינה אף הם אינם מתאימים למקרים כגון המקרה שבפנינו, שבו לא מתקיימת כל פגיעה חוקתית ואין כל מחלוקת שההסדר החוקתי שכוון – חוקתי הוא.

ב.5.7. בחינת המניעים והתכליות הסובייקטיביות של מכונן היסוד: הרחבת דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות מכוננת' בדוקטרינה לבחינת חוק היסוד כאילו היה החלטה מנהלית

"There is a wise and ancient doctrine that a court will not inquire into the motives of a legislative body or assume them to be wrongful." [United States v. Constantine 296 U.S. 287 (1935) Justice Cardozo].

142. בעצם הכניסה לדיון אם מניעי הרשות המכוננת וחברי הכנסת ראויים הם, או אם התכלית הסובייקטיבית של חוק היסוד פרסונלית, או אם התכוונו חברי הכנסת כאלה ואחרים כך או אחרת, או אם אמרו או לא אמרו המכוננים דבר כזה או אחר – לא רק שבכך יש משום הסגת גבולותיה של הרשות המכוננת, אלא שבכך למעשה "משנמד" בית משפט נכבד זה את מעמדה של הרשות המכוננת למעמד הנמוך מזה הניתן בדין לרשות המנהלית הרגילה! בכך, מוחלת למעשה ביקורת שיפוטית מוגברת על עבודת מכונן חוקי היסוד ביחס לכל רשות מנהלית אחרת.

143. כפי שהציג את הבעייתיות כב' השופט נ' סולברג בפסק דינו בעניין ממשלת החילופים:

“ביקורת שיפוטית מעין מנהלית על חקיקת-יסוד

41. בפסקי הדין שצוינו לעיל, היו מן השופטים שגרסו, כי במסגרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, יבחן בית המשפט את מעשי המכונן, כדרך שבה הוא בוחן החלטה מנהלית. בתוך כך יבדוק: אם שיקולי המכונן היו ענייניים, או שמא שיקולים פוליטיים הם שהביאוהו לתקן את חקיקת-היסוד. ניכר, כי חברי המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר הילך בדרך זו. לדבריו, מתעורר חשש שמא התיקון לחוק-היסוד “נעשה בכדי לקדם את האינטרסים הפוליטיים קצרי-המועד של מי שהתקשרו בהסכם הקואליציוני – ונועד להתגבר על חוסר האמון האישי ההדדי שהיה קיים בין ראש הממשלה לבין ראש הממשלה החלופי המיועדים” (פסקה 143). דא עקא, ביקורת שיפוטית מעין מנהלית על שיקול הדעת של המחוקק, על עניינותו – היא חידוש מפליג, אשר לא הוכר במקומותינו; ובדין לא הוכר.”

144. הלכות ידועות הן כי בכל הנוגע להחלטות המנהל, שהתקבלו על ידי רשות מרשויות המנהל השונות, לא בנקל יתערב בית המשפט הנכבד ובכל מקרה הלכה פסוקה שרירה וקיימת היא כי בית משפט נכבד זה לא יחליף שיקול דעתו שלו בשיקול הדעת של הרשות שקיבלה את ההחלטה. מושכלות יסוד של המשפט המנהלי הן כי רשויות המנהל נהנות מחזקת התקינות [דפנה ברק-ארז, משפט מינהלי - משפט מינהלי דיוני (כרך ד, 2017) עמ' 24]. פרופ' ברק-ארז מציינת, כי על אחת כמה וכמה שהוא הדין גם על “דבר שפורסם ב”רשומות” חזקה שנעשה כראוי”, וזאת בין היתר גם מכוח הסדר חקיקתי ספציפי הקבוע בסעיף 34 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל”א-1971. לצד זאת, מציינת פרופ' ברק-ארז כי חזקת התקינות אינה ראייתית גרידא, אלא מדובר בחזקה מהותית וכן פונקציונאלית. זאת ועוד, נכתב כי חזקת התקינות חיונית אף ביתר שאת כאשר דנים בכוונותיה ומניעיה של הרשות בקבלת ההחלטה:

“במקרים שבהם מועלות טענות הנוגעות במידה רבה לכוונותיה ולמניעיה של הרשות בקבלת ההחלטה, השימוש בחזקת התקינות הוא חיוני מטעם נוסף: קיים קושי טבוע בדרישה להוכיח היעדרו של מניע פסול, דהיינו יסוד שלישי. כך למשל, שימשה החזקה לשם הדיפת הטענה שהרשות המוסמכת לא הפעילה שיקול דעת עצמאי, פעלה בחוסר תום לב, הונעה משיקולים זרים, או הייתה נגועה בהפליה. [עמ' 32]”

145. כבי' השופט נ' סולברג במאמרו “על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים”, השילוח 18 (התש”ף – 2020) הזהיר מפני התחקות אחר שיקולי מקבל ההחלטה, בפן המנהלי, בייחוד אם מדובר בשיקולים פוליטיים, וביתר שאת מפני החלפת שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו של בית משפט נכבד זה. כך כתב כבי' השופט סולברג במאמרו האמור:

“ההתחקות אחר משקל השיקולים, בפרט בהחלטות פוליטיות, נחזית להיות שחזור תהליך קבלת ההחלטה, באמצעות ‘הנדסה חוזרת’ (Reverse Engineering). הפועל היוצא הוא, שלמרות שבית המשפט מצהיר השכם והערב, כי אינו בא בנעלי - הרשות, ולא ממיר את שיקול דעתה בשיקול דעתו - שלו, בפועל נראה, על פני הדברים, כי כך ממש נעשה; בית המשפט חורג מתפקידו הטבעי, ונכנס לתחומי פעולתה של הרשות המבצעת.”

הדברים שלעיל נכונים אף ביתר שאת בהחלה על החלטות הרשות המכוננת – שאין להחיל את אותו סטנדרט בחינה על החלטות הרשות המכוננת כאילו הייתה זו החלטת מנהל.

146. הכנסת אינה כשאר רשויות השלטון, הכנסת הינה השותף הבכיר מבין רשויות המדינה, ובפרט בכל הקשור לחקיקה. על כך כתב, לא אחת, פרופ' ברק במאמריו “המחוקק הוא השותף הבכיר. השופט כפרשן הוא שותף זוט” [ברק, הפרלמנט ובית-המשפט העליון]. על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בכנסת בכובעה כמכוננת חקיקת היסוד.

147. ואכן, בהלכות בית המשפט הנכבד נקבע זה מכבר, כי בחינת פעולות החקיקה של הכנסת לא תיעשה באספקלריה מנהלית – ואין להפוך את 'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת' כמעין דוקטרינה מנהלית לבחינת חוקתיות חוקי היסוד. כפי שנפסק לא אחת בפסיקת בית משפט נכבד זה:

"נחזור ונדגיש כי הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אינה בוחנת אם עמד המחוקק באמות המידה שנקבעו לפעולתה של רשות מנהלית" [פסקה 7 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו דאז) ע' פוגלמן בבג"ץ 1111/12 ענת קם נ' יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת ח"כ דוד רותם (נבו) 15.04.2012].

"...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 כבירות ביותר..." [דברי כב' הנשיאה א' חיות בבג"ץ הטלת המנדט (שניתן בהסכמה פה אחד בהרכב מורחב של 11 שופטים)].

"...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. כרי, שבית המשפט יתערב בהחלטה מן הסוג השני, אך במקרים קיצוניים ביותר..." [דברי כב' השופט גרוניס בג"ץ 5838/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, אהוד אולמרט, פ"ד סב(3) (516-517) 2007], שצוטטו בפסק דינה של כב' הנשיאה א' חיות בבג"ץ הטלת המנדט].

148. על היקף הביקורת השיפוטית להיות צר ומצומצם אף יותר **בהתאם לתפקיד** אותו ממלאת הכנסת במסגרת הפעולה שבעניינה מתבקשת ההכרעה השיפוטית – יש להבחין בין החלטה מעין שיפוטית, מנהלית, חקיקתית וחוקתית. אם נניח את שלל פעולותיה של הכנסת על גבי "סקאלת" הביקורת השיפוטית, נדמה שאין חולק כי חקיקת היסוד אותה מכוננת הכנסת בכובעה העליון כרשות המכוננת של מדינת ישראל, מצויה בראש הפירמידה ובמעלה "הסקאלה". דהיינו – החלטה חוקתית אינה כהחלטה מנהלית. וככזו, על היקף הביקורת השיפוטית, ככל שקיימת, להיות צר ביותר.

149. כן נקבע חזור ושנה, כי בעת בחינת הצורך בהתערבות שיפוטית בהחלטות של הכנסת, על כל איבריה, ינהג בית משפט נכבד זה בצמצום, באיפוק ובריסון:

"...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..." [כב' השופט (כתוארו דאז) ברק בבג"ץ 953/87 פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 322 (1988)].

"[יש לנקוט, הח"מ] 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..." כב' השופט (כתוארו דאז) חשין, בבג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 140 (2002)].

[ראו 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); בג"ץ 9156/06 עו"ד אהרן פולק נ' חברי הכנסת ה-17 (פורסם בנבו, 14.11.2006); בג"ץ 652/81 ח"כ יוסי שריד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982); בג"ץ 2136/95 ח"כ גוטמן נ' יושב-ראש הכנסת, מט(4) 854, פס' 9-10 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (1995)].

150. חרף כך, בעתירות מסוג זו שבפנינו, באמצעות 'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת', מנסים העותרים להחיל למעשה ביקורת שיפוטית מוגברת על עבודת המכונן ביחס לכל רשות מנהלית אחרת, וזאת בין היתר, בעצם הכניסה לדיון אם מניעי הרשות המכוננת וחברי הכנסת ראויים ותוך בחינה סובייקטיבית של תכלית החקיקה, שלא על פי פרשנות לשון חוק היסוד ותכליתו הפרשנית-אובייקטיבית.

151. אין זו הפעם הראשונה שבית משפט נכבד זה דן בטענות כי עבודת החקיקה של הכנסת לקתה בפגמים בשל המניעים או התכליות שעמדו לנגד עיניו של המחוקק. ואולם, באופן כללי, טענות מסוג זה נדחו ונקבע בהלכה הפסוקה כי מניעי המכונן אינם סוגיה לבחינה שיפוטית.

152. עמדה זו קיבלה ביטוי כבר בפסיקתו המוקדמת של כב' הנשיא מ' שמגר עוד בבג"ץ 620/85 ח"כ מוחמד מיעארי נ' יו"ר הכנסת, ח"כ שלמה הלל, מא(4) 169 (1987):

"כפי שנראה בהמשך הדברים, אכן קיים שם כלל מנחה, שהוא סביר במהותו, לפיו אין להיכנס לחקר כליות ולב של המחוקקים כדי לעמוד על הטעמים לחקיקתו של חוק פלוני. מקובל עלי, שבית המשפט, הדין כפרשנותו של דבר חקיקה, אינו בוחן את שיקוליהם האישיים של חברי המוסד המחוקק או את מניעיהם בעת שהם עסקו בפעולות החקיקה לשלביה. משמע, בית המשפט בוחן אם הפעולה החקיקתית היא במסגרת דל"ת האמות של הסמכות שהוקנתה למוסד המחוקק, אך למטרה זו איננו נכנס לפני ולפנים כדי לחטט אחר שיקוליהם הסמויים או הגלויים של חברי הרשות המחוקקת".

153. בבג"ץ 669/85 הרב מאיר כהנא, חבר-כנסת נ' שלמה הלל, יו"ר הכנסת, מ(4) 393 (1986) כב' השופט (כתוארו דאז) מ' אלון, הציג עמדה דומה לפיה אל לבית המשפט לפשפש אחר מניעיו ושיקול דעתם של חברי הכנסת בעת הפעלת סמכותם החקיקתית:

"נראה לי, כי כאשר על פני הדברים קיבלה רשות מרשויות בית המחוקקים החלטה שבסמכותה, בהליך אשר נתקיים על-פי הוראת החוק ושהוא לכאורה תקין, לא יתערב בית המשפט בשיקול-דעתם של חברי בית הנבחרים, על-פי אותן עילות המקובלות עליו להתערב בשיקול-דעתם של פקידי הרשות המבצעת לשלוחותיה. ריסון זה מקבל בית המשפט על עצמו מראש, ובכל מקרה של עתירה נגד הכנסת או נגד רשות מרשויותיה אין עליו אלא לבדוק, אם הייתה חריגה מסמכות או אם נתקיים ההליך במסגרת הסמכות הנתונה, ואזי לא יפשפש אחר המניעים, שעמדו מאחורי שיקול-דעתם של חברי הכנסת, ולא יהרהר, שמא נפל במניעים אלה פסול של חוסר הגינות, חוסר תום-לב וכיוצא בהם פגמים, המצויים בסוגיית הביקורת על החלטות הרשות המבצעת. ודאי, גם אם הייתה חריגה מסמכות, רשאי בית המשפט שלא להתערב במעשי בית הנבחרים, אם בעיניו מדובר בעניין קל ערך ושל מה בכך. אך אם לא הייתה חריגה מסמכות, לא יתערב בית המשפט במעשי רשות של בית הנבחרים, גם אם לדעת בית המשפט, ובעיניו, פגיעה קשה היא במירקם החיים הפרלמנטריים ובמבנה החוקתי של המשטר... בדיקה מעין זו קשה לתאר כיצד תבוצע; וכי יושב-ראש הכנסת וחבריה יגישו תצהירים על מניעיהם ושיקוליהם, כמקובל בבדיקת מניעיהם של מקבלי החלטות ברשות המבצעת, ואולי אף יחקרו עליהם? ואין צריך לומר, כי בדיקה מעין זו יש בה משום ערעור חמור ביחס כבוד שאנו מצויים כלפי הרשות המחוקקת. בדיקה-דרישה מעין זו אף מופרכת, לדעתי, מיסודה. שהרי מידת הסבירות, ההגינות ותום הלב הראויים והנדרשים מאת גופים פוליטיים המתנצחים זה עם זה, שונה היא במהותה ממידת הסבירות, ההגינות ותום הלב הראויים והנדרשים מרשות מנהלית ביחסיה עם האזרח."

154. מספר שנים לאחר מכן, במסגרת פסק הדין החוקתי המכונן של בית משפט נכבד זה, בפרשת בנק המזרחי, הבהיר הנשיא מ' שמגר את האבחנה שבין תכלית החקיקה – הנלמדת מלשון החוק בבחינה אובייקטיבית, ובין מניעי המחוקק – שכלל אין לבחון את המניעים הסובייקטיביים של חבר כנסת זה או אחר, בכותבו כדלקמן:

“העיון המפורט כמובא לעיל מעלה, כי מבחינת מבנהו וסממניו מכיל חוק היסוד בשמו, בתוכנו ובצורתו קבוצת סימני היכר, המקנים לו מעמד חוקתי מיוחד בהשוואה לחוקי היסוד המוסדיים. אך מובן שאין כל בסיס לתיזה אשר גורסת כי אין לחוק היסוד כל שיוך לרובד הנורמאטיבי העליון, מאחר שנעדרים ממנו הסממנים הנוספים של הצהרה על עלינות או שריון. זהו גם מה שעולה בעקבות מתן הדעת לתכלית החקיקתית במובנה המשפטי המקובל (היינו מה שעולה מנוסחו ותכליתו של החוק, להבדיל מן המניעים הסובייקטיביים של חבר זה או אחר של הרשות המחוקקת)” [פסקה 63 לפסק דינו של הנשיא לשעבר מ' שמגר בפרשת בנק המזרחי].

155. ובכן, גם בפסיקה עדכנית בת זמננו, פעם אחר פעם, נקבע כי שינויים חוקתיים, אף אם נובעים ממניעים סובייקטיביים פוליטיים, הם אינם פסולים או פגומים בשל התכלית הפוליטית הנקודתית העומדת בבסיס החקיקה.

156. כפי שעמד על כך כב' השופט (כתוארו דאז) פוגלמן בעניין המרכז האקדמי :

“...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. יפים לעניין זה דבריה של הנשיאה ד' ביניש בפרשת בר-און :

“ככלל, ספק רב אם מניעים לחקיקת חוק יסוד – אף אם ניתן לטעון שאינם ראויים – עשויים כשלעצמם להוות פגם משפטי המהווה עילה לביקורת שיפוטית” (בג”ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ’ ועדת החוקה, חוק ומשפט [2], בעמ’ 96, להלן: פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל). גם אם מוכנה הייתי להניח כי המניע לחקיקת החוק היה, כטענת העותרים, רצון של הקואליציה להימנע מהצורך לאשר את חוק התקציב אחת לשנה, אין בנימוק זה כשלעצמו כדי להצדיק ביקורת שיפוטית; בפרט מקום בו הסעד המבוקש הוא להורות על בטלות של חוק יסוד” (שם, בעמ’ 295-296).. [פסקה 5 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו דאז) פוגלמן בעניין המרכז האקדמי].

157. בעניין ממשלת החילופים, כתב כב' השופט הנדל כי הרקע לחקיקה אינו פוסל את דבר החקיקה וכי דווקא תכליתה של הסמכות המחוקקת היא לעיתים לפתור בעיות באופן מיידי, כדלקמן :

“ודוקו, אני נכון להניח כי הנסיבות הפוליטיות ששררו ערב הקמת הממשלה ה-35 הניעו את גלגלי תיקון 8, שסעיף 43 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, ולחקן באופן מיידי כשלים שנחשפו, מצויה בארגו 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 הנוהג אינו רואה במניעו 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 המכוון שהועלו על ידי העותרים (לרבות העותרת כאן), וכן נקבע כי הוראות תיקון מס’ 8 לחוק-יסוד: הממשלה היו כלליות דיין ולא פרוסונליות, על אף שכוננו בעקבות צורך פוליטי נקודתי ופרסונלי לכאורה.

158. אף אם תאמר כי יש לבצע בחינה סובייקטיבית, באמצעות ההסתמכות המוחלטת ו”העיוורת” על דברי חברי הכנסת ארבל וסעדה (בין היתר על ידי העותרים והיועצת המשפטית לממשלה), הרי שעם כל הכבוד לחברי הכנסת האלה – הם אפילו אינם בין מציעי החוק, ובכל מקרה עמדתם אינה משקפת את עמדות הקואליציה בכללותה ואת מניעי כל חבר וחבר כנסת בבואם להצביע בעד חקיקתו של התיקון החוקתי לחוק היסוד. נבקש לצטט בשנית את דברי

כב' השופט אלרון בבג"ץ שפיר ביחס להסתמכות בית משפט נכבד זה על דברי מעטים מחברי הכנסת כבסיס להתחקות אחר מניעיהם או תכליות החקיקה שיוצאת תחת ידם של חברי הכנסת:

"על דברים אלו אוסיף גם כי אני סבור שאין זה מתפקידו של בית משפט זה לעמוד על מניעיהם של חברי הכנסת בחקיקת דבר חוק, ודאי חוק-יסוד – וגם לא על ה"צידוק" לכך – וזאת מכמה טעמים... מבלי לפקפק בכנות דבריו של חבר כנסת אחד, הרי שאין הם משקפים בהכרח את מניעיו של חבר כנסת אחר... על פני הדברים, דומה כי אף עומדת לזכות חברי הכנסת חזקת תקינות שלפיה החלטותיהם לחוקק דבר חוק מסוים נועד לשרת את טובת הציבור, ואין להסתפק באמרוניהם של חברי כנסת אלו או אחרים כבסיס להפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות הכנסת... לגישתי, טוב נעשה אם נימנע מלמנות עצמנו לבחון את מניעיהם, הצדקותיהם וטיב כוונותיהם של חברי הרשות המכוננת."

ואכן, כב' הנשיאה א' חיות העירה בצדק במסגרת הדיון בבג"ץ 6654/22 פורום קהלת נ. ראש הממשלה לב"כ העותרים, כי אין לייחס אמירה כזו או אחרת, של לא אחר מאשר ראש הממשלה (דאז- יאיר לפיד), לשאר חברי ממשלתו, משום שהממשלה מורכבת מ-23 שרים, וכי יש לבחון לבסוף אך את החלטת הממשלה במליאתה – ולא אמירות כאלה ואחרות [לדבריה המלאים של כב' הנשיאה, שלא השתקפו היטב בפרוטוקול הדיון, ראו את הדיון המוקלט "דיון בבית המשפט העליון בעתירות שעניינן החתימה על הסכם מדיני עם לבנון", דוברות הרשות השופטת, דק' 1: 19: 00 – 1: 19: 47].¹⁶¹ כפי שדברי כב' הנשיאה השתקפו (בחלקם) בפרוטוקול הדיון:

"כבוד הנשיאה א' חיות: הטיעון לא שוקל הרבה מפני שמה שעומד לדיון האם החליטה הממשלה נכון על כל שריה למעט שרה אחת ואחת שמנע אחרי דיון, כולם החליטו את שהחליטו. לייחס 20 להם את מה שאמר ראש ממשלה, מוצלח יותר או פחות." [שור' 19 – 21 עמ' 13 לפרוטוקול הדיון מיום 20.10.2022 בבג"ץ 6654/22].

159. דא עקא, שחלף הלכות ברורות אלו, הניסיון להרחיב את 'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת' ולעשות בה שימוש, ולהחילה על הסדר חוקתי קבוע, על בסיס טענות המתיימרות להתחקות, לכאורה, אחר דברים כאלה ואחרים של חברי הכנסת – הנטען כי מעידים הם על כוונתו הסובייקטיבית של מכוון התיקון החוקתי, או על "תכליתו האמיתית" של התיקון החוקתי כנטען, שאילו הייתה זו החלטה מנהלית רגילה (ואף במעמד פחות ממנה) - סותרים מניה וביה את יסודות המשפט החוקתי בישראל.

160. היועצת המשפטית לממשלה מבקשת לטעון כי "בעת פרשנותו את הנורמה, בית המשפט אינו עורך פסיכואנליזה של המחוקק אלא אנליזה של החוק" וטענה זו נתמכת בפסק הדין בבג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, לה (4) 001 (1981) ("דרך ארץ"), על קביעות בית משפט נכבד זה, שקבע:

"כשלעצמו הייתי מגיע למסקנה אליה הגעתי, גם אם היה מתברר כי חברי כנסת ציינו כי לדעתם השינוי אינו פוגע ברשימות החדשות, ויש בו כדי לשמור על שוויון הסיכויים של הרשימות החדשות. בסופו של דבר, ההכרעה צריכה לפעול, על פי האנאליזה של החוק ולא על פי הפסיכואנליזה של המחוקק."

כלומר – גם אם חברי הכנסת סברו שהשינוי אינו פוגע בזכות השוויון אך בפועל קיימת פגיעה בשוויון, עמדות חברי הכנסת ודבריהם אינם מעלים ואינם מורידים שכן אין בית המשפט הנכבד מבצע פסיכואנליזה של המחוקק, אלא בוחן את תכלית החקיקה לפי לשון החוק ויבחן אם אכן מתקיימת פגיעה כאמור בחיי המעשה.

¹⁶ זמין לצפייה בקישור בעמוד דוברות הרשות השופטת, בקישור שלהלן:

<https://www.youtube.com/live/cv8WvAgnO4?si=R5rM6mPDUOKLeTAf&t=4740>

כך, בפרפרזה, ניתן ליישם את קביעותו בית משפט זה בעניין **דרך ארץ** האמור לעיל, בשינויים המחויבים לענייננו: גם אם היה מתברר כי חברי כנסת ציינו כי לדעתם השינוי משנה את מצבו המשפטי של ראש הממשלה. בסופו של דבר, ההכרעה צריכה לפעול, על פי האנאליזה של החוק ולא על פי הפסיכואנליזה של המחוקק.

כמה שנים לאחר עניין **דרך ארץ** נפסק מפי כב' השופט (כתוארו דאז) א' ברק בבג"ץ 428/86 **יצחק ברזילי נ' ממשלת ישראל**, מ(3) 505 (1986), כך:

"כשלעצמי, אין אני מוכן לייחס לכך, במקרה שלפנינו, משקל ניכר. כפי שראינו, ההיסטוריה החקיקתית של חוק המעבר דלה ביותר ואינה מקדמת אותנו בהרבה. אשר לחוק יסוד: נשיא המדינה, יודעים אנו את דעותיהם של חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט. אין אנו יודעים מה סברה הכנסת עצמה. אכן, תפקידנו כפרשני החוק הנאמנים הוא "לפעול על-פי האנאליזה של החוק ולא על-פי הפסיכואנליזה של המחוקק" (בג"צ 260, 246/81 [30], בעמ' 17). אין לנו לחפש בהיסטוריה החקיקתית את עמדתו של חבר-כנסת זה או אחר באשר לבעיה הספציפית המטרידה אותנו. פתרונה של בעיה זו מוטל עלינו, ועלינו בלבד (בג"צ 306/81 [31], בעמ' 141; בג"צ 73/85 [1], בעמ' 141). כפי שאמרתי במקום אחר: "השפט אינו מחפש בהיסטוריה החקיקתית תשובה קונקרטיית לבעיה המעשית העומדת להכרעתו. בית המשפט אינו מעוניין בתמונות הספציפיות ובדימויים הקונקרטיים, שהיו לנגד עיניו של המחוקק. אנו מחפשים בהיסטוריה החקיקתית את תכלית החקיקה. אנו מחפשים את האינטרסים והמטרות, אשר הפשרה והאיזון שביניהם הביאו למדיניות, העומדת ביסוד הנורמה שאותה יש לפרש. אנו מחפשים את התפיסה העקרונית ולא את היישום האינדיווידואלי. אנו מחפשים את ההפשטה, העיקרון, המדיניות והתכלית... אנו מעוניינים ב-concept של המחוקק באשר למטרת החוק, ולא ב-conception שלו באשר לפתרון הסכסוך הספציפי העומד להכרעת בית המשפט"

הלכה זו מצאה את מקומה גם בפסיקה מאוחרת יותר בבג"ץ 2311/11 **אורי סבח נ' הכנסת** (נבו 17.09.2014) וכן בת"מ (מחוזי תל אביב-יפו) 102/07 **בן ארי איתי נ' מדינת ישראל - משרד האוצר ורשות המיסים** (נבו 09.07.2009), שם נכתב כי "בטיעון זה אפשר ונתעלמה מהמשיבה הלכה פסוקה הגורסת כי שעה שבוטאה כוונתו של המחוקק בדבר חקיקה, הריהו עומד בפני עצמו". דברים אלו יפים גם לגבי תגובת המשיבה 3 בענייננו כאן.

דהיינו, המובא בתגובת המשיבה 3, בהסתמך על עניין **דרך ארץ**, וכן בפסיקה מאוחרת המאמצת את קביעות פסק הדין בעניין **דרך ארץ**, דווקא סותר, עם כל הכבוד, את עמדתה של היועצת המשפטית לממשלה אשר תומכת את כל טענותיה בדבר "תכלית החקיקה" וזאת באמצעות ביצוע פסיכואנליזה של המחוקק. בכל הכבוד הראוי, היועצת המשפטית לממשלה לא הראתה בתשובתה לצו על תנאי כי אנליזה של התיקון החוקתי גופו – במנותק מדברי ואמרות חברי הכנסת (ולהבדיל מפסיכואנליזה של המחוקק מכונן), מעלה "תכלית חקיקתית" פסולה כנטען. יתר על כן, נדמה שעמדה זו נדחתה לכאורה עת בית משפט נכבד זה גידר את הצו על תנאי רק באשר לתחולה המיידית של התיקון החוקתי.

פרק ג': תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה

1.ג. הסדר הנבצרות שנקבע בתיקון מס' 12

161. תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה מבהיר את הכללים החלים על נבצרות ראש הממשלה. הוא מגדיר באופן מדויק מהן העילות לנבצרות ומגדיר באופן מדויק מי מוסמך לקבוע נבצרות כאמור. התיקון הגדיר את עילות הנבצרות בתור **אי מסוגלות פיזית או נפשית** בלבד. לצד זאת, נקבעו שני מנגנונים לפיהם תיקבע נבצרות כאמור. נבצרות זמנית תיקבע באחת משתי דרכים: בהודעת ראש הממשלה ובאישור ועדת הכנסת; או בהחלטת הממשלה ברוב של שלושה רבעים מחבריה ובאישור ועדת הכנסת ברוב שני שלישים מחבריה. הארכת הנבצרות טעונה את החלטת הכנסת, על פי הצעת ועדת הכנסת, בהחלטה שתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת. וזוהי לשון סעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה:

”**(כ1) (1) נבצרות ראש הממשלה למלא את תפקידו כאמור בסעיף קטן (ב) תהיה בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית בלבד, ותיקבע באחד משני אלה בלבד:**

(א) (1) אם ראש הממשלה הודיע לממשלה וליושב ראש הכנסת כי נבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית וועדת הכנסת אישרה את הודעתו ברוב של שני שלישים מחבריה;

(2) הודיע ראש הממשלה כאמור בפסקת משנה (1), רשאי הוא להודיע לממשלה וליושב ראש הכנסת על משך הנבצרות באותה הודעה או בהודעה נפרדת;

(3) יושב ראש הכנסת יודיע לכנסת על הודעות ראש הממשלה לפי פסקאות משנה (1) ו-(2);

(ב) (1) אם הממשלה החליטה, ברוב של שלושה רבעים מחבריה, כי נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית; ראש הממשלה יכנס את הממשלה לעניין זה לבקשת שלוש חמישיות מחברי הממשלה בתוך שלושה ימים ממועד הגשת הבקשה או במועד מאוחר יותר אם התבקש בבקשה לעשות כן; לא כונסה ישיבת הממשלה במועד כאמור, יכנס מזכיר הממשלה את הממשלה באופן מיידי וממלא מקום ראש הממשלה ינהל את הישיבה, וסעיף קטן (ג) יחול בשינויים המחויבים;

(2) החליטה הממשלה כי נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו כאמור בפסקה (1), תעמוד ההחלטה בתוקפה שלושה ימים ותובא לאישור ועדת הכנסת; ועדת הכנסת תאשר את החלטת הממשלה ברוב של שני שלישים מחבריה, ואם החלטת הממשלה ניתנה מטעמי בריאות, תהיה החלטת ועדת הכנסת גם על יסוד חוות דעת רפואית שניתנה על פי כללים שקבעה ועדת הכנסת; אישרה ועדת הכנסת את החלטת הממשלה, רשאית היא לקבוע שהנבצרות לא תימשך יותר משבעה ימים מיום החלטת הוועדה;

(3) לא הגיש ראש הממשלה חוות דעת רפואית בהתאם לכללים שקבעה ועדת הכנסת, יראו אותו כאילו הודיע על נבצרותו לפי פסקת משנה (א); הנבצרות לפי פסקה זו לא תימשך יותר משבעה ימים;

(4) הארכת הנבצרות מעבר לאמור בפסקאות (2) או (3) טעונה את החלטת הכנסת, על פי הצעת ועדת הכנסת, שהתקבלה ברוב של שמונים חברי הכנסת; הכנסת תהיה רשאית לקבוע שהנבצרות לא תימשך יותר מ-21 ימים בכל פעם, ובלבד שסך התקופות לא יעלה על האמור בסעיף קטן (ב);

(2) ועדת הכנסת רשאית לקבוע את סיום הנבצרות של ראש הממשלה שנקבעה לפי פסקה (1)(ב)(2) או (4) בהחלטה של רוב חברי הוועדה, ואם נקבעה הנבצרות מטעמי בריאות – על יסוד חוות דעת רפואית שניתנה לפי כללים שקבעה הוועדה; יושב ראש ועדת הכנסת יודיע לכנסת על החלטת הוועדה;

(3) הוראות סעיף 31 לחוק-יסוד: הכנסת או לפיו לא יחולו על המועדים הקבועים בסעיף קטן זה.

(ג) לא היה ממלא מקום לראש הממשלה או שנבצר ממלא מקום ראש הממשלה למלא את תפקידיו לפי סעיפים קטנים (א) ו-(ב), תקבע הממשלה שר אחר, שהוא חבר הכנסת, למלא תפקידים אלה.

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

163. נבצרות היא מצב כפוי הנגרם בשל גורם חיצוני בלתי נשלט. 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, ובוודאי שאין המדובר בסנקציה כלשהי.

164. נדמה שיש צורך לשוב ולומר גם דברים ברורים מאליהם: נבצרות לא אמורה להיות נתונה במחלוקת ובוודאי שאיננה אמורה לפגוע בהכרעת העם בדבר העומד בראשו. אין בנבצרות בכדי לתת ליועץ המשפטי לממשלה, עם כל הכבוד, אפשרות להדיח ראש ממשלה מכהן ללא הכרעה של הבורח וללא כל סמכות חוקית. נבצרות איננה כלי משפטי הנותן שיקול דעת ליועץ המשפטי לממשלה או לבית המשפט הנכבד לפגוע קשות בזכות לבחור ולהיבחר או להחליף את שיקול הדעת של הכנסת במתן או אי מתן אמון בממשלה ואת ההסדרים החוקתיים הנוגעים להבעת אי אמון בממשלה. במילים אחרות, נבצרות, גם לפי ההסדר החוקתי הקודם, שמורה למקרים כמו היעדרות או מחלה קשה, והיא אינה כלי ביקורת פוליטי-משפטי על תפקודו של ראש הממשלה.

165. נבצרות היא מצב כפוי. יש לה גורם חיצוני בלתי נשלט. היא אינה חוות דעת או מסקנה ערכית. נבצרות לפיכך, אינה יכולה להיות סנקציה או תגובה למהלך שנתפס בעיני דרג לא-נבחר כלא ראוי. אם מנהיג מפר את הדין המנהלי או הפלילי קיימת לגביו סנקציה של הדחה על ידי דרג לא-נבחר ויהיה מכובד ככל שיהיה. ברור, שלעולם לא תיתכן הדחת מנהיג ולא יתכן ביטול בחירות בהחלטה של דרג לא-נבחר (ללא הסמכה חוקתית מפורשת). למעשה, אפילו כשמורשע ראש ממשלה בעבירה פלילית, אחרי הליך שיפוטי ראוי בבית משפט מחוזי, אפילו אז, אין בהרשעה כדי להדיחו אלא לאחר הדחה בהחלטת רוב חברי הכנסת (סעיף 18(א) לחוק יסוד הממשלה). אם הדחה בעקבות ההרשעה פלילית אחרי הליך שיפוטי לא אפשרית ללא החלטה של 61 חברי כנסת, על אחת כמה וכמה שהמחוקק המכונן לא העלה בדעתו אפשרות הדחה על ידי דרג מנהלי בודד.

166. הנבצרות היא מצב דברים עובדתי אובייקטיבי עם נפקויות משטריות אשר חוק-יסוד: הממשלה מסדיר אותן. כשם שאין מנגנון משפטי ל"הכרזה" על פטירה חס וחלילה כך לא היה בחוק יסוד הקודם 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 סובייקטיביים כלשהם. כל קריאה שיפוטית של עמדה נורמטיבית לסיטואציה עובדתית היא מעשה שאינו מתקבל על הדעת.

167. 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 קיצוניות או מונע כליל, פיזית או נפשית, את יכולת התפקוד של ראש הממשלה. עניין זה בא לידי ביטוי בדברי ההסבר להצעת החוק הראשונית, שם נכתב, כי "הצעת חוק זו אינה משקפת שינוי של הדין הקיים אלא הבהרת הליך היישום שלו". ממילא ברור שהכנסת ביקשה תחולה מיידית להבהרה של חוק היסוד, לפי הדין הקיים. למען הסר ספק, אף אם לא היה בתיקון אך משום הבהרה אלא שינוי ההסדר החוקתי, הרי שהכנסת מוסמכת לפעול כן בכובעה כרשות המכוננת והתיקון אמור להיכנס לתוקף באופן מיידי.

168. 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 הרשות המכוננת ביקשה לעגן, לפרט ולהבהיר בחוק היסוד.

169. נזכיר שוב, כי נסיבות המתייחסות להליכים פליליים, ולהגשת 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, מוסדרת 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 חלילה בעבירה שיש עימה קלון כשפסק-הדין אינו סופי, אלא החוק מסמיך אך ורק את הכנסת להעבירו במקרה כזה מתפקידו בהליך מורכב 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.

170. ודוק: אין להכניס באופן מלאכותי תחת הכותרת "נבצרות", מקרים ושיקולים אשר כלל אינם ממין העניין, מקרים 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 ל**לשון חקיקת היסוד** (אף זו שהייתה קיימת לפני תיקון מס' 12).

171. בשל ההשלכות החוקתיות-משטריות הנלוות לקיומה של נבצרות, קביעת קיומה, בניגוד לדעת ראש הממשלה המכהן, כאשר הוא כשיר פיזית ונפשית למלא תפקידו, **משמעותה הקשה והקיצונית הינה הדחתו של מנהיג מכהן שנבחר על ידי נציגי העם ובעודו זוכה לאמון הכנסת**. מדובר 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.

172. לאור הפרשנות האמורה לעיל, באשר לדין הקודם, ברור שגם אם היתה סמכות לבית המשפט הנכבד לקבוע שתחולת חוק היסוד לא תהיה מיידית – דבר המוכחש - לא היה כל מקום לקבוע תחולה מאוחרת לתיקון החוקתי במקרה דנן. אין מקום לתחולה מאוחרת גם אם היה צדק בטיעוני העותרים – דבר המוכחש מכל וכל – וזאת הן משום שהתיקון לא שינה את הדין הקיים כאמור לעיל אלא הבהיר אותו והן ובמיוחד משום שכל פרשנות אחרת לדין הקודם חותרת תחת היסודות הבסיסיים של משטרנו החוקתי, פוגעת קשות בדמוקרטיה, לא יכולה להיות פרשנות תכליתית ראויה ואין כל מקום לקבלה.

173. 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 ולכונן הסדר חוקתי אחר תחתיו.

174. 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 לקביעתה של נבצרות ראש הממשלה.

175. 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 שכונן, 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.

176. 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 בקיומן של נסיבות אובייקטיביות שאינן תלויות בשיקול דעת. הסדרה של כללי נבצרות נגד רצונו של בעל התפקיד לא נדרשה מהטעם הפשוט – לכנסת עומדת סמכות "הדחה" של ראש ממשלה באמצעים פרלמנטריים שונים: החלטת אי-אמון קונסטרוקטיבי, אי העברת תקציב הכנסת, או קבלת חוק לפיזור הכנסת.

177. 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 רק את הגוף הנבחר להוציא לנבצרות, 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." [פ/25/2560].

178. 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. 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 של חבריה. הארכת הנבצרות, מפעם לפעם, טעונה את החלטת הכנסת על פי הצעת ועדת הכנסת, ברוב של שמונים חברי כנסת.

179. במאמר מוסגר ורק למען הסר ספק, מובן שאין בהסדר חוקתי זה בכדי לגרוע מסמכויות הכנסת להביע אי אמון בממשלה ולהדיח את ראש הממשלה מטעמים פוליטיים, בהתאם להוראות סעיף 28(ב) לחוק יסוד: הממשלה או לחוק חוק להתפזרות הכנסת בהתאם להוראות סעיף 34 לחוק יסוד: הכנסת. כפי שהובהר בדברי ההסבר לתיקון מס' 12: "מובן שהחלטה על נבצרות לא מחליפה אי אמון קונסטרוקטיבי או אפשרות להקדמת בחירות בהצבעות של 61 חברי הכנסת". למעשה, 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 כאשר לא מאושר תקציב המדינה (סעיף 36א לחוק-יסוד: הכנסת) או בנסיבות ספציפיות של הרשעת ראש

ממשלה בפסק דין שאיננו סופי ברוב חברי הכנסת (סעיף 18 לחוק-יסוד : הממשלה), או אף באמצעות חקיקתו של חוק פיזור הכנסת ברוב חברי הכנסת (סעיף 34 לחוק-יסוד : הכנסת).

ג.2. התיקון החוקתי עומד בקנה אחד עם הסדרים חוקתיים מקבילים

ג.2.א. התיקון החוקתי תואם למארג החוקתי הישראלי ועומד בקנה אחד עם הסדרים מקבילים בדין הישראלי

180. הסדר הנבצרות שעוגן במסגרת תיקון מס' 12 לחוק-יסוד : הממשלה הוא תיקון חוקתי מובהק, העוסק במטריה חוקתית מן המעלה הראשונה – הסדר שמשמעותו הדחת ראש ממשלה נבחר והתפטרות הממשלה בסופו של דבר. למעשה, אף לא ניתן היה לעגן את התיקון החוקתי בכל דרך אחרת אלא אך ורק במסגרת חוק היסוד שקבע עוד קודם לכן את הסדרי הנבצרות כהוראה נורמטיבית חוקתית – אותה ניתן לשנות באמצעות תיקון באותו המדרג בלבד, דהיינו בתיקון חוקתי.

181. לא יכולה להיות מחלוקת כי התיקון החוקתי תואם את המארג החוקתי של מדינת ישראל וראוי להיות מוסדר במסגרת חקיקת היסוד. למעשה, אין כזו מחלוקת. אף לעמדתה המקדמית של היועצת המשפטית לממשלה, שסברה (בעמדה שנדחתה על ידי בית משפט נכבד זה) כי יש להורות על בטלות התיקון החוקי - "מדובר בנורמה המתאימה מבחינת מאפייניה לעיגון חוקתי" [הדגשות במקור]. עמדה זו קיבלה ביטוי גם בתשובת היועצת המשפטית לממשלה לצו על תנאי.

182. אם כן, 'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת' – כלל אינה יכולה לחול בענייננו, במצב דברים בו מדובר בתיקון חוקתי מובהק שכלל אין מחלוקת על מקומו במארג החוקתי הישראלי.

183. לעניין זה יפים דבריה של כב' הנשיאה א' חיות, עוד טרם התוותה את מבחני 'דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת' בבג"ץ שפיר, כאשר דחתה טענות בדבר השימוש לרעה בכותרת "חוק-יסוד" ואי מתן מעמד חוקתי על חוקי לתיקון חוקתי מובהק בפרשת חוק ההדחה :

"הטענה שהעלה בהקשר זה העותר בבג"ץ 5744/16, לפיה אין לראות את חוק-יסוד : הכנסת כבעל מעמד חוקתי על-חוקי, אין בה ממש. חוק-יסוד : הכנסת, והתיקון שנעשה בו על-פי חוק ההדחה, עונה על המבחן הצורני הנוהג עמנו לזיהוי חוקי-יסוד ... אותה מסקנה מתבקשת גם על-פי המבחן המשולב, הכוחן בנוסף לצורה גם את תוכנו של חוק היסוד ואת המטאריה שבה הוא עוסק... משכך הטענה שהעלו העותרים כאילו נעשה במקרה דנן שימוש לרעה בכותרת "חוק-יסוד", דינה להידחות... [פסקה 21 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות בפרשת חוק ההדחה]."

184. בהתאם למבחנים שהתוותה כב' הנשיאה א' חיות בבג"ץ שפיר, מבחן המארג החוקתי בוחן "אם הנורמה עולה בקנה אחד עם אופיים של אותם נושאים שהוסדרו בחוקי-יסוד אחרים או בחוק-היסוד שאליו מתווסף התיקון".

185. בין עיקרי תיקון מס' 12, הוגדרו עילות הנבצרות ונקבע בחוק היסוד כי נבצרות ראש הממשלה תיתכן מטעמים פיזיים או נפשיים בלבד, ואם מטעמי בריאות הקביעה תלויה בחוות דעת רפואית. כמו כן, נקבע כי תידרש החלטה של גוף נבחר – הכנסת ו/או ועדת הכנסת, וזאת אף ברוב מיוחד בוועדה, לשם קבלת החלטה עם השפעות חוקתיות. כפי שנראה להלן, מעבר לעובדה, כי קביעות מעין אלו ראויות להיות מוסדרות במדרג חוקתי, הן אף עומדות בקנה אחד עם שלל הסדרים חוקתיים הקבועים זה מכבר בחקיקת היסוד הישראלית.

186. ראשית, במסגרת אותו חוק היסוד שאליו מתווסף התיקון, נעשתה כבר חלוקה בין נבצרות בריאותית לנבצרות אחרת והובהר כבר בתיקון מס' 8 לחוק-יסוד : הממשלה, בסעיף 43א(א)(4), כי בתקופת ממשלת חילופים לא ייראו בממשלה כמי שהתפטרה אם נבצר מראש הממשלה דרך קבע למלא את תפקידו מסיבות בריאותיות בלבד :

"43א (א) חדל ראש הממשלה בממשלת חילופים לכהן בתפקידו בתקופה שעד מועד החילופים, יראו את הממשלה כאילו התפטרה, ויחולו לעניין כהונת הממשלה וראש הממשלה הוראות הרציפות בסעיף 30 (ב); ואולם בכל אחד מהמקרים שלהלן, לא יראו את הממשלה כאילו התפטרה ויחולו יתר הוראות סעיף זה: ... (4) נבצר מראש הממשלה, דרך קבע, למלא את תפקידו, **מסיבות בריאותיות בלבד**, וחלפו 100 ימים שבהם מכהן ממלא מקום במקומו, לפי סעיף 20 (ב);"

187. **שנית**, במסגרת תיקון מס' 12 ביקשה הכנסת בכובעה כרשות מכוונת להבהיר כי נבצרות אינה מטעמים שאינם אי מסוגלות פיזית או נפשית. בין היתר, הובהר, שלא קיימת כל אפשרות להוצאה לנבצרות מסיבות שאינן פיזיות או נפשיות. ודוק: נסיבות המתייחסות לקיומם של הליכים פליליים, כנגד ראש ממשלה מכהן הוסדרו כאמור בהסדר משפטי ספציפי, מפורש, נפרד ומובחן מההסדר החל על נבצרות, וזאת במסגרת סעיפים 17 ו-18 לחוק יסוד: הממשלה, הקובעים מפורשות שגם לאחר שראש ממשלה מכהן מורשע חלילה בעבירה שיש עימה קלון בפסק דין שאיננו חלוט – דבר שכמובן לא חל במקרה דנן – ניתן להעבירו מתפקידו אך ורק בהצבעה 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. כל הוראה אחרת במסגרת סעיף 16 לחוק היסוד, שתאפשר למעשה הדחת ראש ממשלה בגין קיומם של הליכים פליליים כנגדו – תחטא קשות לתכלית ההסדרים החוקתיים המקבילים שהוסדרו בחוק היסוד, תשנה את "כללי המשחק" ותעמוד בסתירה מוחלטת למארג החוקתי הישראלי.

188. **שלישית**, חוק-יסוד: נשיא המדינה מסדיר שני מסלולים אפשריים לנבצרות נשיא המדינה. בפועל, הדרך היחידה שבה גורם כלשהו (במקרה זה ועדת הכנסת) יכול לקבוע כי נבצר מנשיא המדינה מלמלא את תפקידו, הינה **מטעמים בריאותיים בלבד או על פי הודעתו** של נשיא המדינה. הסדר דומה, נקבע במסגרת תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה, הקובע כי נבצרות ראש הממשלה תהיה מטעמים של אי מסוגלות פיזית או נפשית בלבד. המסלול הראשון הוא מסלול של נבצרות של קבע וזאת תחת סעיף 21 לחוק-יסוד: נשיא המדינה "התפנות המשרה מטעמי בריאות". על פי הוראות סעיף 21 לחוק-יסוד: נשיא המדינה, החלטה בדבר **נבצרות דרך קבע** של נשיא המדינה יכולה להיעשות **מטעמי בריאות בלבד**, וזאת על יסוד חוות דעת רפואית וברוב של **שני שלישים** מחברי ועדת הכנסת ובפיקוח הכנסת **ברוב חבריה** במליאתה. מסלול הנבצרות השני הוא נבצרות זמנית, הקבוע תחת סעיף 22 לחוק-יסוד: נשיא המדינה "הפסקה זמנית", שתיכנס לתוקף באחת משלוש דרכים: אם הנשיא **יצא את גבולות המדינה**, או אם **הודיע בעצמו** לוועדת הכנסת כי נבצר ממנו מלמלא את תפקידו, או על **יסוד בריאותי** על פי חוות דעת רפואית ובהחלטת שני שלישים מחברי ועדת הכנסת.

189. **רביעית**, הסדר נבצרות נוסף הקבוע בחקיקת היסוד הוא הסדר הנבצרות של יושב ראש הכנסת, בהתאם להוראות סעיף 20 לחוק-יסוד: הכנסת. בדומה להסדר החל על נשיא המדינה, נקבע כי נבצרות ארעית תיכנס לתוקף כל אימת שיו"ר הכנסת יצא את גבולות המדינה, וכן **על פי הודעתו** או בהחלטת ועדת הכנסת **מטעמי בריאות**. אשר לנבצרות קבועה, קובע סעיף 20א(ג) כי פינוי משרת יושב ראש הכנסת תיתכן בשלושה מצבים בלבד: התפטרות, פטירה, או מפני שקבעה ועדת הכנסת כי **מטעמי בריאות** נבצר ממנו דרך קבע למלא תפקידו.

190. **חמישית**, הכרזה על ראש ממשלה הנבצר דרך קבע משולה למעשה להדחת ראש ממשלה מכהן. משכך, בתיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה נקבע, כי החלטת הכנסת בדבר נבצרות ראש הממשלה, שלא על פי הודעתו, טעונה רוב מיוחד של **80 חברי הכנסת**. בהקשר להדחת בעלי תפקידים נבחרים ברשויות מדינת ישראל, קיימים מספר הסדרים מקבילים מהם ניתן ללמוד לענייננו, הדורשים רוב מיוחד של 80 או 90 מחברי הכנסת.

ההסדר המקביל הקרוב ביותר לענייננו, הוא זה **שהיה קיים כבר בחקיקת היסוד בישראל**, במסגרת סעיף 27 לחוק-יסוד: הממשלה [התשנ"ב] (שהיה בתוקף בכנסת ה-14 וה-15). אותו הסדר חוקתי הסדיר מנגנון של העברת ראש

ממשלה מכהן מכהונתו שלא מחמת עבירה, וקבע כי החלטה תהא נתונה בידי בית הנבחרים – **הכנסת**. החלטת הכנסת בדבר העברת ראש ממשלה מכהן מכהונתו כאמור, הייתה דרושה הצעה מטעם 40 חברי הכנסת לפחות שתוגש ליו"ר הכנסת שיעבירה לדיון בוועדת הכנסת, ועל החלטה חוקתית כאמור בדבר העברת ראש ממשלה מכהן מתפקידו - להתקבל במליאת הכנסת ברוב מיוחד של **80 חברי הכנסת**.

הסדר מקביל נוסף, הוא ההסדר הקבוע בסעיף 20(א) לחוק-יסוד: נשיא המדינה בדבר "העברת הנשיא מכהונתו", וזאת: "עקב קובלנה שהובאה לפני ועדת הכנסת על ידי עשרים, לפחות, מחברי הכנסת ולפי הצעת ועדת הכנסת שנתקבלה ברוב של **שלושה רבעים מחברי הוועדה**; החלטת הכנסת על העברת הנשיא מכהונתו טעונה אף היא רוב של **שלושה רבעים מחבריה**". כלומר, על מנת להעביר את נשיא המדינה מכהונתו, **שלא בשל טעמי בריאות או על פי הודעתו**, נדרשת הכנסת לקבל החלטה ברוב מיוחד של **90 חברי הכנסת**. ודוק: לגבי נשיא המדינה קיימת חובה לקבוע הוראה מעין זו לאור העובדה שאין סעיפים המתייחסים לאי אמון וכיוב' והמאפשרים סיום כהונה בדרך אחרת.

נוסף על האמור לעיל, הסדר נוסף שניתן להשוות אליו, הוא ההסדר שנקבע במסגרת סעיף 42א (ג) לחוק-יסוד: הכנסת בדבר הפסקת חברות של חבר הכנסת, בו נקבע כי החלטה כאמור תתקבל ברוב מיוחד של 90 חברי הכנסת, וזאת על בסיס בקשה של 70 חברי הכנסת, שמתוכם 10 לפחות חברי כנסת בסיעות שאינן צדדים להסכמים המחייבים תמיכה בממשלה. כלומר, המחוקק המכוון קבע בדין החוקתי הקיים בחוקי היסוד בישראל, עוד לפני התיקון החוקתי דנו, כי לא ראוי להדיח או להפסיק כהונה של חבר כנסת, אלא ברוב של 90 חברי הכנסת. על אחת כמה וכמה שכך צריך להיות הדין עת עסקינן בנבחר ציבור העומד בראש המדינה (כמובן, לצד מנגנוני הפיקוח הפרלמנטריים הקיימים בדין החוקתי הקיים).

191. הנה כי כן, תיקון מס' 12 ראוי להיות מוסדר כהסדר חוקתי קבוע, בשל כך שמדובר בתיקון להסדר חוקתי קיים, התיקון מסדיר הוראות בדבר אקט חוקתי מהמעלה הראשונה, וההסדר עומד בקנה אחד עם שלל הסדרים חוקתיים שמצאו את מקומם כבר בחקיקת היסוד הישראלית. מדובר אפוא בתיקון חוקתי התואם למארג החוקתי הישראלי, ומשכך – דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת' כלל אינה יכולה לחול על התיקון החוקתי האמור כבסיס לביקורת שיפוטית.

ג.2.ב. הסדר הנבצרות המקביל בתיקון 25 לחוקה האמריקאית

192. בין יתר הטענות – **כנגד תוכנו של חוק היסוד** – עומדת הטענה כי ההסדר החוקתי שנקבע אינו ראוי נוכח קשיחותו ודרישת רוב של 80 מחברי הכנסת. בהקשר זה, הרבה מעבר לצורך הואיל ובית משפט נכבד זה אינו שם עצמו בנעלי מכוון החוקה תוך התערבות בתוכנו של חוק היסוד, ולמען סבר האוזן נציין, כי ההסדר החוקתי שכוון במסגרת תיקון מס' 12, מאמץ הסדר הדומה במהותו לתיקון 25 לחוקה האמריקאית בדבר נבצרות הנשיא [U.S. Const. amend. XXV] (להלן: "תיקון 25").

193. בתמצית, תיקון מס' 25 קובע כדלקמן:

"כאשר היוזמה להרחקת הנשיא מהכהונה היא של סגן הנשיא, הנשיא יכול להצהיר בכתב בפני נשיא הסנאט ויו"ד בית-הנבחרים על ביטול המניעה, והוא יחזור לתפקידו. אם יש אי-הסכמה בעניין אי-כשירותו למלא את התפקיד, העניין יובא להכרעת הקונגרס. אם הקונגרס יכריע ברוב של שני-שלישים בשני הבתים שאכן נבצר מהנשיא למלא

את תפקידו, ימשיך סגן הנשיא לכהן במקום הנשיא. [סקירה משפטית משווה מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת "נבצרות של ראש ממשלה (או לחילופין נשיא)", 21.3.2023].¹⁷

כך, תיקון 25 קובע כי הליכי הנבצרות מתחילים בהצהרת הנשיא בדבר נבצרותו, שתוגש לנשיא הסנאט וליו"ר בית הנבחרים, הצהרה כאמור תהיה בתוקף עד אשר יעביר הנשיא הצהרה נגדית, וכל עוד היא בתוקף סגן הנשיא ימלא את תפקיד הנשיא כנשיא בפועל:

"Section 3

Whenever the President transmits to the President pro tempore of the Senate and the Speaker of the House of Representatives his written declaration that he is unable to discharge the powers and duties of his office, and until he transmits to them a written declaration to the contrary, such powers and duties shall be discharged by the Vice President as Acting President."

ככל שנבצר מהנשיא מהגשת הצהרה בדבר נבצרותו כאמור בסעיף 3 לעיל, אזי סעיף 4 לתיקון 25 קובע, כי הליכי הנבצרות מתחילים בהצהרת סגן הנשיא והמזכירים (principal officers of the executive departments) שתוגש לנשיא הסנאט וליו"ר בית הנבחרים. אם הוגשה הצהרה כאמור, והנשיא מגיש לנשיא הסנאט וליו"ר בית הנבחרים הצהרה כי לא נבצר ממנו למלא את תפקידו, הנשיא ישוב למלא את תפקידו. ככל שסגן הנשיא והשרים יגישו לנשיא הסנאט וליו"ר בית הנבחרים הצהרה כי עדיין נבצר מהנשיא למלא את תפקידו, חרף הודעתו בדבר אי נבצרותו, העניין יועבר להכרעת הקונגרס (בשני הבתים), ברוב של שני שלישים, בכל אחד מהבתים:

"Section 4

Whenever the Vice President and a majority of either the principal officers of the executive departments or of such other body as Congress may by law provide, transmit to the President pro tempore of the Senate and the Speaker of the House of Representatives their written declaration that the President is unable to discharge the powers and duties of his office, the Vice President shall immediately assume the powers and duties of the office as Acting President.

Thereafter, when the President transmits to the President pro tempore of the Senate and the Speaker of the House of Representatives his written declaration that no inability exists, he shall resume the powers and duties of his office unless the Vice President and a majority of either the principal officers of the executive department or of such other body as Congress may by law provide, transmit within four days to the President pro tempore of the Senate and the Speaker of the House of Representatives their written declaration that the President is unable to discharge the powers and duties of his office. Thereupon Congress shall decide the issue, assembling within forty-eight hours for that purpose if not in session. If the Congress, within twenty-one days after receipt of the latter written

declaration, or, if Congress is not in session, within twenty-one days after Congress is required to assemble, determines by two-thirds vote of both Houses that the President is unable to discharge the powers and duties of his office, the Vice President shall continue to discharge the same as Acting President; otherwise, the President shall resume the powers and duties of his office."

ג.2.ג. נבצרות במשטר פרלמנטרי – אך ורק בשל "physical or mental incapacity" (אי מסוגלות פיזית או נפשית)

194. בבחינת מנגנוני הנבצרות בעולם נמצא, כי המנגנון המקובל לקביעת נבצרות ראש המדינה הינו מנגנון פוליטי, וככלל, על ההחלטה בדבר נבצרות של ראש מדינה להתקבל על ידי הגוף המוסמך ברוב מיוחד. כמו כן, במדינות בהן נהוג משטר פרלמנטרי, כמו ישראל, בה הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת, העברת ראש מדינה מתפקידו יכולה להיעשות על פי עילות נבצרות מוגדרות - בשל אי מסוגלות פיזית או נפשית; ואילו העברת ראש מדינה מתפקידו מנסיבות שאינן בשל אי מסוגלות פיזית או נפשית, יכולה להיעשות אך ורק באמצעות הבעת אי אמון בפרלמנט. כזה הוא הסדר הנבצרות שעוגן במסגרת תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה (ותואם כאמור לשיטתנו גם את הדין הקודם).

195. בסקירות משפטיות משוות שהוכנו על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת בהכנה לדיוני הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה, צוין כי בעת בחינה השוואתית של מנגנוני נבצרות שונים, יש צורך באבחנה בין המנגנונים הנהוגים במשטר 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. כן הודגש כי בכל מקרה, יש לאבחן בין הדחה לבין נבצרות, כאשר נבצרות משמעה אי-כשירות בריאותיות (physical or mental incapacity). ובמילים אחרות ומדויקות יותר - אי מסוגלות פיזית או נפשית, כפי שנקבע בתיקון מס' 12.

בלשון נייר מרכז המחקר והמידע של הכנסת בדבר "נבצרות של ראש ממשלה (או לחילופין נשיא)", שאוזכר לעיל:

"ראשית יצוין, כי קיימת הבחנה בין נבצרות - ככלל, אי-כשירות למלא את התפקיד מסיבות בריאותיות (physical or mental incapacity) – לבין הדחה על סמך אישום בהתנהגות בלתי הולמת חמורה, שחיתות או הפרות של החוק או החוקה (impeachment). דברינו כאן מתייחסים רק לסוגיית הנבצרות ולא להליכי הדחה.

שנית, בכל הנוגע להכרזה על נבצרות של מי שעומד בראש הרשות המבצעת (ראש ממשלה או נשיא, בהתאם לסוג המשטר), נהוג להבחין בין משטרים פרלמנטריים למשטרים נשיאותיים (או חצי-נשיאותיים).

כך, על-פי דו"ח של ספריית הקונגרס של ארצות הברית, שפורסם באוקטובר 2020 (להלן: "דוח ספריית הקונגרס"), במשטרים פרלמנטריים, ראשי הממשלה נבחרים בדרך כלל לפי הייצוג היחסי של מפלגתם בפרלמנט, וניתן להביא לסיום כהונתם בהליכים פנימיים של המפלגה או בהצבעת אי אמון בפרלמנט (כך למשל בבריטניה). לעומת זאת, במשטרים נשיאותיים, שבהם ראש הרשות המבצעת נבחר בדרך כלל בבחירות ישירות על ידי הציבור, קיימים אמצעים שנועדו להבטיח כי נבחרי הציבור לא יודחו מתפקידם על סמך טענות לא מבוססות בדבר אי כשירות גופנית או נפשית, המונעות ממניעים פוליטיים."

וכן בלשון 'סקירה משווה בסוגיית הכרזה על נבצרות של ראש ממשלה (או נשיא), לרבות סוגיית מעורבותו של בית משפט בהליך'¹⁸ 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. כבלוג שפרסם בספטמבר 2020 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 כזה, 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."

עוד צוין בסקירות מרכז המחקר והמידע 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.

196. כמו כן, בהסתמך על דוח (IDEA) International Institute for Democracy and Electoral Assistance, נכתב בסקירה המשווה כי "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)."

"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.

197. ואכן עיון מדוקדק בדוח ה-IDEA שאוזכר בסקירת מרכז המידע והמחקר של הכנסת¹⁹, מעלה את המסקנה החד משמעית שהדחת ראשי מדינות יכולה להיעשות בשלוש דרכים בלבד. הראשונה, באמצעות הליכי הדחה פוליטיים (impeachment) במשטר נשיאותי; השנייה, הדחה פוליטית באמצעות הבעת אי אמון בראש המדינה במשטרים פרלמנטריים לרוב; או השלישית, באמצעות מנגנוני נבצרות, ובמשטרים פרלמנטריים זאת אך ורק בשל אי מסוגלות

¹⁸ זמין לצפייה בקישור הבא:

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

¹⁹idea.int/sites/default/files/publications/removal-of-presidents.pdf

פיזית או נפשית (removal on grounds of physical or mental incapacity). עוד מצוין בדוח ה-IDEA האמור, כי בשל ההשלכות החוקתיות מרחיקות הלכת של הליכי הדחת נשיאים, על הדין החוקתי להיות ברור ביחס לעילות ה'הדחה' ולפרוצדורה החוקתית, והדברים יפים ליישום על ענייננו ביחס לראש הממשלה, עילות הנבצרות, קביעת גורם מוסמך באופן מפורש, והפרוצדורה הנדרשת להכרזה על נבצרותו של ראש ממשלה. כך נכתב בדוח ה-IDEA:

"Contestations over the removal of a president have serious implications for short- and long-term political stability. Constitutional regulation of and clarity regarding the grounds for removal, as well as the process and procedures for removal, are therefore paramount. [page 32]"

198. אשר לוודאות בגורם המוסמך להכרזה על נבצרותו של ראש ממשלה, נפנה לדברים שהוצגו בוועדה המיוחדת על ידי פרופסור טליה איינהורן [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: "מסקנותי הן שבאף אחת ממדינות אלה אין אפשרות להדחת ראש הממשלה, או הנשיא, בידי פקיד או בידי בית המשפט. יתר על כן, בכל הדמוקרטיה הפרלמנטריות לא קיימת כלל אפשרות להדיח את ראש הממשלה ...".

כמו כן, בנייר עמדה לעניין הצעת חוק יסוד: הממשלה (נבצרות ראש הממשלה), שהוצגה כחומר רקע לדיון בוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה ביום 209.3.2023²⁰, 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 מסקנותי הן כמפורט להלן – באף אחת ממדינות אלה אין אפשרות להדחת ראש הממשלה, או הנשיא, בידי פקיד או בידי בית המשפט.

יתר על כן, בכל הדמוקרטיה 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 חברי הסנאט. הליך דומה קיים בצרפת מאז 2007 מאותו הטעם שאין דרך לסיים את תפקידו של הנשיא שמעל בתפקידו באמצעות הצבעת אי אמון."

²⁰ ר' גם דבריה בוועדה המיוחדת ביום 9.3.2023 בעמ' 10 - 12, וכן חומר רקע – פרופ' טליה איינהורן נייר עמדה הצח נבצרות רחמ 08 03 2023 – זמין לצפייה באתר הוועדה בכנסת: https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_ls_bk_1961798.docx

199. בטרם נעילת פרק זה ובאמרת אגב, נציין כי הלשכה המשפטית של הכנסת ערכה סקירה משווה בנושא ההשלכות המשפטיות של ניהול הליכים פליליים נגד ראש ממשלה [ראו מרכז המחקר והמידע של הכנסת, **מעמדו של ראש ממשלה שמתנהלים נגדו הליכים פליליים - סקירה משווה**, 8 במאי 2018]. 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 הוא כי הגשת כתב אישום כנגד ראש ממשלה לא מהווה עילה לסיום כהונת ראש ממשלה, להשעייתו או לצמצום סמכויותיו (בדומה לדין החל בעניינינו הקבוע בסעיפים 17 - 18 לחוק-יסוד: הממשלה). ביישום לעניין הנדון דגן - מתבקשת המסקנה, כי נסיבות שכאלה גם בהכרח לא יובילו לנבצרות המובילה למעשה לסיום כהונת ראש הממשלה.

200. אם כן, בדמוקרטיה פרלמנטרית כמו מדינת ישראל, בה "הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת", **אין להרחיב את עילות הנבצרות (המשולה להדחת ראש ממשלה מכהן) מעבר לתחולה על נסיבות אובייקטיביות מטעמי בריאות, מוות חס וחלילה או מניעים פיזיים אובייקטיביים, 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. ההסדר האמור מקובל בהסדרי נבצרות מקבילים ברחבי העולם, ואף אם היה מקום או סמכות לביקורת שיפוטית בדבר תוכן חוק היסוד - דבר המוכחש - מדובר בהסדר ראוי, מקובל ואף נדרש לצורך היציבות השלטונית בדמוקרטיה הישראלית ואין כל מקום להחילו בתחולה מאוחרת אלא יש להחילו באופן מיידי.**

3.ג. התיקון החוקתי הינו הסדר חוקתי כללי, כוללני ויציב שגובש בהליך חקיקה ראוי ומקיף

201. כפתיח לפרק זה, ראוי לצטט את דברי ח"כ אופיר כץ (יו"ר הוועדה המיוחדת ויוזם חקיקת התיקון החוקתי) מתוך דברי הכנסת במליאתה [ישיבה מס' 56 22.3.23 עמ' 371 – 375]:

"חבריי חברי וחברות הכנסת, אני מתכבד להציג בפניכם את הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) לקריאה השנייה והשלישית. הצעת חוק זו היא הצעת חוק פרטית שיזמנו חברי הכנסת ינון אזולאי, שמחה רוטמן, יצחק פינדרוס, יצחק קרויזר ואנוכי. כיום ישנו חלל מהותי בהסדר הנבצרות הזמנית של ראש הממשלה בחקיקה הנוכחית. מטרת ההצעה לקבוע הליך מסודר שמבטיח ודאות והמשכיות במצבים שבהם לא מסוגל ראש הממשלה למלא את תפקידו באופן זמני מבחינה נפשית או פיזית. בכך תתאפשר יציבות שלטונית גם בסיטואציות רגישות ומקרי קצה. רבים מכם בוודאי זוכרים שהיעדרו של הסדר מעין זה בחוק-היסוד גרם לחוסר בהירות באשר לאופן שבו ניתן להכריז על נבצרות, לדוגמה בעניינינו של ראש הממשלה המנוח אריאל שרון, זיכרונו לברכה.

בעת הכנת הצעת החוק לקריאות השונות הוועדה דנה בכובד ראש באפשרויות השונות להסדרת נושא הנבצרות. אני שומע את הטענות שעולות לעתים על הקלות שבתיקונים הנערכים בחוק-היסוד ועל הבעייתיות הכרוכה בכך, אך זה לא המצב בעניינינו. במקרה של הצעת החוק הזו אכן התעורר צורך להסדיר סוף-סוף את החלל החוקתי ועבדו על כך גם מהייעוץ המשפטי לממשלה וגם מהייעוץ המשפטי לכנסת. הוועדה קיימה לא פחות משמונה דיונים בהצעת החוק, ובהם פעלנו בהירות הנדרשת לייצוב וכינון ההסדר בחקיקת-יסוד. שמענו עמדות שונות והיינו קשובים להערות חברי הוועדה.

אני מודה על השתתפותם הערה של חברי האופוזיציה בעיצוב ההסדר המוצע ועל הערותיהם המועילות, שהובילו לשינויים...

הצעת החוק מציעה הסדרים כלליים שיש בחלקים מהם דמיון להסדר הנבצרות הזמנית המעוגן כיום בחוק-יסוד: נשיא המדינה. לתפקידו המורכב של ראש-הממשלה ישנם מאפיינים ייחודיים, כמי שמכהן כחבר כנסת תוך כדי שהוא עומד בראש הרשות המבצעת, המרכוזת תחתיה כוח רב, וכמי שנדרש לקבל החלטות הרות גורל במהירות ותוך הפעלת שיקול דעת נרחב. לכן ערכנו בהצעת החוק גם התאמות הכרחיות בעניינו לעומת הסדר הנבצרות הזמנית של נשיא המדינה. מאז הגשתה של הצעת החוק הפרטית היא עברה מספר גלגולים תוך התחשבות והתייחסות בכובד ראש להערות חברי הכנסת, הייעוץ המשפטי לכנסת והייעוץ המשפטי לממשלה.

כיושב-ראש הוועדה וכאחד מיוזמי הצעת החוק אני מעיד כי עשינו את כלל המאמצים לשמוע את הדעות וההצעות השונות ולהתחשב במכלול השיקולים שהונחו בפנינו בדיונים ובחוות הדעת הכתובות. כך למשל, בעקבות הערות של חברי הכנסת וגם של הייעוץ המשפטי, וכדי ליצור בהירות, הורדנו את הסעיף שהופיע בקריאה הטרונית שקבע שלא תהיה ביקורת שיפוטית בעניין זה. לא במהות, כמובן.

בסופו של יום, ההסדר שבפניכם הוא הסדר שלם וראוי, שאפרט כעת. ראשית, אדגיש כי מדובר בהסדרת ההליך בכל הנוגע לנבצרות הזמנית של ראש הממשלה ב-100 הימים הראשונים, שבהם הוא מוחלף על ידי ממלא מקומו. ביום ה-101 חלה נבצרות קבועה, ורואים את הממשלה כאילו התפטרה. כמו כן, ואני אומר זאת במפורש, לא מדובר בהסדר הדחה. לשם כך קיים בחוק המנגנון של הצבעת אי-אמון, שנועד כדיק לשם החלפת הממשלה. בהצעת החוק מוצע לקבוע כי הסמכות להכריז על נבצרות זמנית תהיה במקרים שבהם לא מסוגל ראש הממשלה למלא את תפקידו מבחינה פיזית או נפשית בלבד. ...

הצעת החוק מסדירה שני מסלולים להכרזה על נבצרות: על ידי ראש הממשלה או על ידי שלושה-רבעים מחברי הממשלה. בשל הרגישות שקיימת בהליך נבצרות, לצד הצורך שעלול להיות מידי, הצעת החוק מסדירה גם את ההליך שבו תכונס הממשלה לשם קבלת ההחלטה על נבצרות. אם ראש הממשלה מכריז על נבצרות, נדרש גם אישור של ועדת הכנסת ברוב של שני שלישים מחבריה להכרזה זו. במקרה שהנבצרות מוכרזת על ידי הממשלה, קיימות שתי מדרגות של פיקוח הכנסת: באחת, יידרש אישור של ועדת הכנסת ברוב של שני שלישים מחבריה בתוך שלושה ימים מיום החלטת הממשלה; אם הנבצרות מוכרזת על ידי הממשלה מטעמי בריאות, תידרש ועדת הכנסת לתת את החלטתה גם על יסוד חוות דעת רפואית, טרם החלטתה.

ועדת הכנסת יכולה גם להאריך את הנבצרות בשבעה ימים נוספים. במקרה שראש הממשלה לא הגיש חוות דעת רפואית לוועדה, הנבצרות תיכנס לתוקף באופן מידי לשבעה ימים. כך, ההסדר בהצעת החוק מבנה את שיקול הדעת של הממשלה ושל הכנסת ואת ההליך להחלטה על נבצרותו של ראש הממשלה באופן שבו ההחלטה מתבססת גם על מידע אובייקטיבי ומהימן ככל הניתן בנסיבות העניין.

על מנת לייצר מנגנון מאוזן המותיר את ההכרעה הסופית בידי הכנסת, וכדי למנוע ניצולו לרעה של מנגנון חשוב זה, לאחר שבעה ימים, הכנסת, ברוב של 80 חברי הכנסת, תוכל להאריך את נבצרותו של ראש הממשלה לתקופה של עד 21 ימים בכל פעם, וזאת עד 100 ימים, ולאחריהם יראו את הממשלה כאילו התפטרה.

לפני סיום אציין כי כיושב-ראש ועדת הכנסת וכיושב-ראש הקואליציה אני שומע טענות על העומס הגדול של הצעות החוק שנדונות בשבועות האחרונים בוועדות ובמליאה, לרבות תיקונים לחוק-יסוד. אולי אני לא מאוד ותיק בכנסת כמו חלק מהחברים המכובדים כאן – רק ארבע שנים באפריל הקרוב – אבל אני יודע שבכל כנסת חדשה ישנו רצון עז של חברי הכנסת והממשלה לקדם כמה שיותר חקיקה שמסדירה עניינים שלעיתים לא היה הזמן המתאים להסדירם, במיוחד אחרי שנים ארוכות של סבבי בחירות. החקיקה הזו היא מהסוג הזה, ומטרתה להסדיר הליך בהיר

202. תיקון מס' 12 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 שתחול כלפי כל ממשלה וכל ראש ממשלה בישראל. לא יכול להיות ספק כי תיקון מס' 12 עומד במבחן היציבות. כדברי כב' הנשיאה חיות בבג"ץ שפיר יימבחן היציבות של הנורמה, לפי תיבחן השאלה אם הנורמה נושאת אופי זמני שתחולתה קצובה מראש בזמן או שמא לפנינו הסדר קבע יציב, הצופה פני עתיד". ביישום מבחן היציבות על ענייננו, מדובר בתיקון קבוע לחקיקת היסוד. ההסדרים החוקתיים שכוננו במסגרת התיקון יחולו כלפי כל ממשלה וכל ראש ממשלה בישראל (בהווה ובעתיד). מנגד, ברי כי אין עסקינן בהסדר זמני. לא קיימת הוראה כלשהי בתיקון החוקתי המגבילה את תחולתו, ובפרט לא כזו שתחילו אך על הממשלה הנוכחית, על ראש הממשלה הנוכחי, או בתקופת הכנסת הנוכחית בלבד. כמו כן, גם לא מדובר בכינון הסדר חוקתי על דרך של הוראת שעה, כפי שנעשה בפעמים האחרות (והיחידות!) שבת משפט נכבד זה קבע כי נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. מדובר אפוא בתיקון חוקתי קבוע ויציב, שנעשה לאחר קיום הליך סדור ומקיף.

ג.3.א. התכלית הציבורית והלא פרסונלית שבבסיס התיקון החוקתי

203. המשיבה 3 טוענת, כי תיקון מס' 12 לחוק היסוד ביקש לספק מענה מידי לשתי תכליות השלובות זו בזו: מניעת הדיון בעתירות הנבצרות שהוגשו נגד המשיב 2 והשתחררות מחוות הדעת בעניין ניגוד העניינים [ראו למשל סעיף 116 לתשובת המשיבה 3]. ואולם, אין כל בסיס לטענה בדבר שתי התכליות המלאכותיות והמופרכות הנ"ל. הצעת החוק הוכנה לפני שבכלל הוגשו העתירות בעניין הנבצרות, ותיקון מס' 12 לא משנה כהוא זה את חוות הדעת בעניין ניגוד העניינים ולמיטב בדיקתנו לא נזכר בזמן הליכי החקיקה כי התיקון משחרר את ראש הממשלה מהסדר ניגוד העניינים, כפי שנפרט ביתר הרחבה להלן.

204. יתר על כן, בטיעונים שבבסיס העתירות דנן, מיוחסת לכאורה פרסונליות לדבר החקיקה בשל עניינו האישי של ראש הממשלה. דא עקא, שבאופן מפליא, ובצער רב, בעתירות ואף בעמדת המשיבה 3 - ישנה התעלמות גורפת ומוחלטת מהאינטרס הציבורי-משטרי המצוי בטבורו של התיקון החוקתי.

205. ביחס לטענות מסוג זה, ראשית נציין, כי על אף הטענות ביחס ל"פרסונליות" פסולה אשר תיקון מס' 12 מתאפיין בה לכאורה, שומה על בית משפט נכבד להימנע באופן כללי מלהיכנס בעליו של מכוון חוקי היסוד ולבחון את שיקול דעתו כאילו הייתה זו החלטה מנהלית רגילה, כפי שפורט לעיל.

206. חרף הנטען, תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה, ביקש להסדיר את סוגיית נבצרות ראש ממשלה מכהן, על מנת למנוע אי ודאות משפטית-שלטונית, ומניעת הדחת ראש ממשלה מכהן ודה פקטו הפיכה שלטונית שלא באמצעות המנגנונים המקובלים בדמוקרטיה הפרלמנטרית בישראל. ויובהר, כי התיקון החוקתי לא נועד לקידום תכלית אישית של ראש הממשלה בנימין נתניהו כאדם פרטי, אלא תכלית התיקון החוקתי היתה תכלית ציבורית לגיטימית והכרחית העומדת בבסיס כל משטר דמוקרטי.

207. ואכן, תכלית ציבורית-משטרית זו באה לידי ביטוי כבר ביום 23.1.2023 בהודעה מיוחדת של ראשי מפלגות הקואליציה שנשלח אל היועצת המשפטית לממשלה [נספח מש/3 לתגובה המקדמית מטעם היועצת המשפטית לממשלה]. בין יתר דברי ראשי מפלגות הקואליציה במכתבם האמור:

“לאחרונה התפרסמו בתקשורת מספר ידיעות לפיהן את מנהלת דיונים ביחס לאפשרות של “הוצאת” ראש ממשלת ישראל ל”נבצרות”. לתדהמתנו לא הכחשת את הפרסומים על לרגע זה.

ניסיון להכרזה או הכרזה על נבצרות של מנהיג מכהן, מהווים ניסיון בלתי חוקי בעליל להדיחו ולהפיל ממשלה נבחרת וחוקית, ללא שביר של הסמכה בחוק.

שום תעתוע משפטי לא יעמוד מול הכרזת מאליו בכל המדינות המתוקנות: ראש ממשלה נבחר על ידי רוב העם ונציגיו. רוב אזרחי ישראל בחרו במפלגות הקואליציה ובראש הממשלה רק לפני חודשים ספורים. הכנסת, כנציגת הריבון, נותנת אמון בממשלה ובראש הממשלה. ולכן, לאף גורם אין סמכות להדיח את ראש הממשלה ולהפיל את הממשלה החוקית, למעט לעם ולנציגיו ועל פי חוק מפורש. כל קביעה אחרת, היא בלתי חוקית בעליל ודגל שחור מתנוסס מעליה...”

מכתב ראשי מפלגות הקואליציה האמור, מדגיש את החשיבות הציבורית שבבסיס התיקון להסדר החוקתי בעניין נבצרות ראש ממשלה מכהן. ודוק: מעבר לצורך אך למען שלמות התמונה, יובהר ויודגש כי מכתב ראשי הקואליציה האמור לעיל, נשלח כאמור **כבר ביום 23.1.2023**, וזאת הרבה טרם תחילתו של ההליך השיפוטי בבג”ץ 1158/23 שהוגש **רק ביום 9.2.2023**, ולפיכך מובן גם שהמכתב והאינטרס הציבורי האמור שהובע פומבית קדם אף להחלטת בית משפט נכבד זה (מפי כבי’ השופטת ד’ ברק-ארז) **מיום 10.2.2023** בדבר הגשת תגובות המשיבים לעתירה זו.

208. זאת ועוד, בניגוד לעולה מתגובת המשיבה 3, עוד טרם הגשת העתירות בעניין הנבצרות, וממילא בטרם התקבלה החלטת בית המשפט הנכבד בדבר הגשת תגובות המשיבים, ביום 8 בפברואר 2023 השתתף חבר הכנסת אופיר כץ, מיוזמי החוק, בישיבה בכנסת בה גובשה ההצעה הסופית שהוגשה על ידו לחוק לתיקון מס’ 12 לחוק יסוד: הממשלה. **נוסח הצעת החוק הועלה על ידו עוד באותו היום, 8 בפברואר 2023, למערכת החקיקה הממוחשבת של הכנסת “הסנהדרין”** [ראו העתק מתדפיס מערכת הסנהדרין בו מופיע שהצעת החוק הועלתה למערכת “הסנהדרין” ביום 8.2.2023 - צורף **כנסת 1** לתשובה זו]. דא עקא, שבאותה העת לא ניתן היה לקדם את הנוסח למזכירות הכנסת, משום שבאותו היום לא היו בידי חה”כ כץ מלוא החתימות מטעם ראשי סיעות הקואליציה – אשר הם יחד עם ח”כ אופיר כץ יוזמי החוק. כידוע, בימים חמישי – ראשון (9.2.2023 - 12.2.2023) לא מתקיימים דיונים במליאה, ולכן עלה בידי מציעי החוק להחתים את כל ראשי סיעות הקואליציה רק ביום שני שלאחר מכן – היינו ביום 13 בפברואר 2023. עוד באותו היום הוגשה הצעת החוק למזכירות הכנסת והועברה לטיפול. לאחר הגשת הצעת החוק למזכירות הכנסת, ביום 20 בפברואר 2023 ההצעה נכללה ברשימת הצעות החוק הפרטיות, שהביאה הלשכה המשפטית של הכנסת בפני נשיאות הכנסת, ובאותו היום הונחה על שולחן הכנסת.

העולה מהאמור, כי הצעת החוק לא הוכנה בתגובה לעתירות או בתגובה להחלטת כבוד השופטת דפנה ברק ארז. היא הועלתה למערכת הממוחשבת של הכנסת עוד לפני הגשת העתירות ולא ניתן לטעון כי היא באה בתגובה לעתירות או להחלטה (גם אם חבר כנסת כזה או אחר התבטא בענין).

209. אם לא די בכך, העמדה הציבורית האמורה, אף הובאה מפורשות במסגרת הצעת החוק המקורית:

“בשל ההשלכות של קביעת קיומה של נבצרות של ראש הממשלה, כאשר הקביעה מתקבלת בניגוד לדעתו, כאשר הוא כשיר פיסית ונפשית לתפקידו, משמעותה הדחתו של מנהיג מכהן שנבחר על ידי נציגי העם ובעודו זוכה לאמון הכנסת. כלומר, קביעת נבצרות ראש הממשלה היא כפועל מעשה ביטול של תוצאות הבחירות וההליך הדמוקרטי. 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.

כלומר, הצעת חוק זו אינה משקפת שינוי של הדין הקיים אלא הבהרת הליך היישום שלו. [הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – נבצרות ראש הממשלה) פ/25/2560].

210. כך, תכלית ציבורית זו, קיבלה ביטוי גם בזמן הליכי החקיקה בוועדה המיוחדת שעסקה בתיקון מס' 12. חלק מדברי חברי הכנסת בוועדה המיוחדת הובאו בעמדות העותרים או היועצת המשפטית לממשלה, אך אלו בחרו דווקא להתעלם מתכלית ציבורית חשובה זו – חרף העובדה שתכלית ציבורית זו שומרת על יסודות המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל, היציבות השלטונית והוודאות הפוליטית.

כך למשל, בתשובה לצו על תנאי, היועצת המשפטית לממשלה מבקשת ללמוד מדברי חה"כ ארבל (כתוארו אז) בוועדה המיוחדת, כי מדובר לשיטתה בתכלית פרסונלית שנועדה לקדם את האינטרס האישי של ראש הממשלה. דא עקא, שדווקא מדברים אלו, עולה שוב האינטרס הציבורי המובהק העומד בבסיס התיקון – הוא מימוש רצון העם.

גם דבריו של חה"כ כץ (יוזם החוק), המובאים על ידי היועצת המשפטית לממשלה בתגובתה המקדמית תומכים בכך שמדובר באינטרס ציבורי, שכן לשיטתו מאחר שהדין אינו ברור הקואליציה לא יכולה לקבל מצב של לקונה חקיקתית ואי וודאות ובכלל זה מצב בו "תפעל להדחת ראש ממשלה? זה לא משהו שאפשר לשחק בו. זה לא משהו שאפשר להקל בו ראש. זה לא משהו להמר עליו. זה ראש ממשלה". לא מדובר בענין פרסונלי כלל וכלל. מדובר בראש הממשלה כמוסד. עוד נוסף שדבריו של יוזם החוק חה"כ כץ דווקא מנתקים את הקשר שבין הגשת הצעת החוק להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 10.2.2023, ושמים את הדגש על החלל החקיקתי וחוסר הוודאות ששרר ביחס להסדר הנבצרות.

211. ודוק: יש לאבחן ולהבחין היטב בין הפרסונליות או ניגוד העניינים האישיים הנטענים של ראש הממשלה עצמו, כאדם פרטי, לבין ייזום דבר חקיקה לתכליות פוליטיות וציבוריות, שכלל אין בכך משום ניגוד העניינים כלשהו. הסדר הנבצרות אינו עוסק במר בנימין נתניהו, אלא עוסק בראש הממשלה נתניהו – כמי שנבחר על ידי 64 חברי הכנסת ועל פי רצונם החד משמעני של 2,304,964 מאזרחי ישראל.

212. המשיבה 3 מנסה לטעון, כי בעיצוב הסדר חוקתי מעין זה, יש צורך שחקיקת היסוד תיעשה מאחורי "מסך בערות" ומתוך בחינה ערכית ורוחבית של הסוגיה. דא עקא, כפי שמפורט בתגובה זו, הבחינה של המחוקק-המכוון אכן הייתה כללית, ערכית ורוחבית. כמו כן, עם כל הכבוד, המחוקק-המכוון לא סבר שהצורך המובן מאליו לקבוע שנבצרות תיעשה רק על ידי הכרעה של גורמים נבחרים ומסיבות פיזיות ונפשיות בלבד דורשת "מסך בערות" – משום שמדובר בהכרעה ברורה ומובנת מאליה התואמת את יסודות משטרנו הדמוקרטי החוקתי. הדבר משול לטענה שיש לקבוע כי יש צורך ב"מסך בערות" כדי לקבוע שבחירות יהיו כלליות, שוות וחשאיות.

213. באשר לטענת המשיבה 3, כי יש ללמוד על הפרסונליות מהעובדה שכבר בעבר הוגשו עתירות בעניין נבצרות ראש הממשלה והרשות המכוננת לא סברה אז כי נדרש תיקון לחוק-יסוד: הממשלה, הרי שטענה זו אינה מובנת בלשון המעטה. הרי ביחס לכל דבר חקיקה ניתן לתהות מדוע כנסות קודמות לא מצאו לנכון לתקן את אותו דבר החקיקה קודם לכן. האם זה מעיד על תכלית לא ראויה של דבר חקיקה שלא תוקן בעבר?.

214. העותרים והמשיבה 3 טוענים, כי בחקיקת תיקון מס' 12 קיים "ניגוד עניינים" מוסדי של הכנסת וחבריה. דא עקא, שכבי הנשיאה חיות בפס"ד בענין ממשלת החילופים, התייחסה לניגוד עניינים מוסדי של הכנסת וקבעה, כי יש להחילו במקרי קיצון, כמו הארכת תקופת כהונת הכנסת או שינוי מספר חבריה. ברור לכל בר בי רב, כי המקרה דנן אינו מקרה קיצון מעין זה, ולכן גם לפי הגישה בפסיקה שניתן לבטל דבר חקיקה בשל ניגוד עניינים מוסדי, לא ניתן לטעון כי המקרה דנן נכלל בכך ולא ניתן לבטל את תיקון מס' 12 בשל ניגוד עניינים מוסדי כביכול.

אם לא די באמור, כפי שפורט לעיל, עת כונן הסדר ממשלת החילופים בחוק-יסוד: הממשלה, בחר המחוקק-המכונן להגביל את האפשרות של ראש הממשלה החלופי להיכנס לתפקיד ראש הממשלה מטעמי נבצרות רפואית בלבד. יתר על כן, במהלך כהונת הכנסת ה-24 (בתיקון מס' 51 לחוק-יסוד: הכנסת) החליטה הכנסת להאריך את המועד להעברת תקציב המדינה. בחקיקה זו נמנעה האפשרות לפיזור הכנסת במועד המקורי המוקדם יותר שהיה קבוע בחוק היסוד. בעקבות תיקון חוקתי זה, הגישה העותרת דן – התנועה למען איכות השלטון בישראל – עתירה כנגד התיקון החוקתי (בג"ץ 4819/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ. ראש הממשלה (29.07.2021)), שם נטען, בין היתר, כי נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, לצד טענות ביחס לדוקטרינות נוספות, לחקיקה שלא מאחורי "מסך הבערות", טענות מוסדיות, כי מדובר בפועל בהארכה אסורה של כהונת הכנסת, ובפרט כי התיקון החוקתי לא צריך לחול על הכנסת שכוננה את אותו התיקון. לבסוף, לאור הערות השופטים (הנשיאה א' חיות, וכב' השופטות ד' ברק-ארז וי' וילנר) העתירה נמשכה. בסופו של דבר, נותר התיקון החוקתי האמור בספר החוקים ונכנס לתוקף באותה הכנסת. הדבר אפשר, למרות ניגוד העניינים המוסדי כביכול, את הארכת כהונת אותה הכנסת שכוננה את התיקון החוקתי, דבר שהשפיע מוסדית על חברי הכנסת לא פחות ואף יותר מתיקון מס' 12.!

למען שלמות התמונה יצוין, כי אם בניגוד עניינים מוסדי עסקינן, הרי שניתן לטעון, עם כל הכבוד, כי דווקא מוסד היועץ המשפטי לממשלה מצוי בניגוד עניינים משום שלשיטתו (המוכחשת) נלקח ממנו כלי לאכיפת נבצרות מסיבות שאינן פיזיות או נפשיות.

215. יתר כל כן, כידוע שאלת ניגוד העניינים של חברי הכנסת בוחנת את גודל הקבוצה המושפעת מהליך החקיקה. במקרה שלנו – אין קבוצה הגדולה ממנה – כל עם ישראל, ולכל הפחות כל מצביעי מפלגות הקואליציה המבקשות לעגן את היציבות השלטונית ולמנוע הדחת מנהיג מכהן. בעניין זה ראו גם את שכתב פרקליט המדינה לשעבר עוה"ד שי ניצן, כי "כל עוד ענייניו של הח"כ עולה בקנה אחד עם ענייניו של סקטור זה או אחר שניתן לומר שהוא נציגו בכנסת, אין המעשה עולה כדי ניגוד עניינים" [שי ניצן, "ניגוד עניינים של חברי-כנסת" משפטים, 58 466 (תשנ"א)]. בדומה, בהחלטה 37/20 של וועדת האתיקה של הכנסת בענייניו של חה"כ מיקי זוהר עלתה שאלת ניגוד העניינים המובנה של חבר כנסת, והוחלט כי "המבחן המרכזי לבחינת השאלה האם מתקיים ניגוד עניינים בפעילותו של חבר הכנסת, הוא שאלת "גודל הקבוצה" הנהנית מיוזמותיו או מהצבעותיו של חבר הכנסת, וככל שהקבוצה בה נכלל חבר הכנסת היא גדולה, לא יראו בפעילותו משום ניגוד עניינים אסור". על עניין זה כתב גם עו"ד איל ינון היועץ המשפטי לכנסת (דאז):

"...לכנסת ולחברי הכנסת, להבדיל מנושאי תפקידים ברשויות אחרות, מאפיינים ייחודיים שיש בהם כדי "להקל" על סוגיית ניגוד העניינים, וביניהם - העובדה שמדובר בגוף ש"ידו בכל" ושמהויב לקבל החלטות בקשת רחבה מאד של נושאים שלא ניתן להעבירן לגורם אחר; ההכרעות בכנסת הן תוצר של הצבעה קולקטיבית ולא החלטה של אדם יחיד; הדיונים וההצבעות מתאפיינים ברמת שקיפות גבוהה בהרבה מזו המקובלת ברשויות אחרות; והצבעות רבות מוכרעות לפי משמעת סיעתית ולא לפי עמדה אישית של חבר הכנסת... המבחן המרכזי שפותח במהלך השנים ... הוא עד כמה גדולה הקבוצה שחבר הכנסת או מקורבו נמנים עליה, ואשר תהנה מיוזמתו או מהצבעתו של חבר הכנסת. נקבע כי ככל שמדובר בקבוצה גדולה יותר, לא יראו את חבר הכנסת כמצוי בניגוד עניינים, וככל שהיא קטנה יותר כך הנטייה תהיה לקבוע כי מדובר בניגוד עניינים אסור... מן הכלל אל הפרט - ממשרד האוצר נמסר לנו כי על פי הנתונים שבידם, הצעת החוק בעניין "מס ריבוי דירות" יש בה כדי להשפיע על קבוצה המונה כ-54,000 משקי בית. מדובר איפוא בקבוצה גדולה יחסית, שעל פי המבחנים המקובלים כאמור, ההשתייכות אליה אינה עונה על ההגדרה של "עניין אישי" המעמיד את חברי הכנסת בניגוד עניינים אסור או כזה המטיל עליהם מגבלות, לרבות חובת דיווח. יפים לעניין זה דבריו של השופט מישראל חשין באחת הפרשות שעסקה בשאלת ניגוד עניינים של חברי הכנסת: "לא נתקשה להבחין כי מצבו של חבר-הכנסת מצב מובנה הוא של ניגוד עניינים. כך, למשל, חוק המטיל מס; חוק זה אמור לחול על חברי הכנסת אף-הם. הוא הדין בחוקים המיטיבים, למשל, עם הנגב, וחבר-הכנסת הוא

איש הנגב. אלא שעם ניגודי עניינים אלה למדנו להשלים. מובנים הם בתפקידיו של חבר-הכנסת (בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת ואח', פסקה 48 לפסק הדין) "חוות דעת היועץ המשפטי לכנסת עו"ד איל ינון, 20 בנובמבר 2016].

216. בכל מקרה, ענייננו עוסק אפוא בדבר חקיקה בעל **תכלית ציבורית**, שבבסיסה שיקולים פוליטיים לגיטימיים, המבקשים לקדם את הוודאות המשפטית, היציבות השלטונית, ולחזק את הדמוקרטיה הפרלמנטרית הישראלית.

217. על הצורך האמיתי בתיקון ההסדר החוקתי בדבר נבצרות ראש הממשלה, עמד גם המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי) בחוות דעת ששלח אל שר המשפטים ביום 26 בפברואר 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 סוכס 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 יקבע מצב של נבצרות."

יתר על כן, מצאנו לציין, כי 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 באלה) [ראו: הצי"ח פ/17/2463 ; פ/17/3315 ; פ/17/3837 ; פ/18/285 ; פ/18/616].

218. ברור, שכל הצעת חוק שעניינה יכולת ההדחה של ראש ממשלה, תתייחס בטווח הזמן המידי לראש ממשלה מסוים, שהרי ראש ממשלה יש רק אחד. הניסיון לגזור מכך מסקנה שכל הבהרה משטרית קריטית בענייניו של ראש ממשלה – כל ראש ממשלה – תידחה תמיד בשנים, הוא מופרך ואף לא תואמת את פסיקת בית משפט נכבד זה, בין היתר, בענין **ממשלת החילופים**. במקרה המסוים שבפנינו הוצגה בפני חברי הוועדה המיוחדת מפורשות עמדת היועצת המשפטית לממשלה, לפיה היא אינה מבקשת להכריז על נבצרות ראש הממשלה – כלומר, שאין הוא מצוי עובדתית או משפטית בנבצרות לפי פרשנותה. כדבריו של המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי), ד"ר גיל לימון [פרוטוקול ישיבת הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה (20 במרץ 2023) עמ' 36 - ר' הערת שוליים 1].

219. ואולם, לנגד עיני חברי הכנסת עמדה **התכלית הציבורית** שבבסיס התיקון החוקתי, וחרף העובדה שהיועצת המשפטית לממשלה סברה שאין מקום להכריז על נבצרות בנסיבות העניין של המשיב 2 באופן פרטני, הרי שעדיין 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 המנוגד לחלוטין לשיטת המשפט הדמוקרטי בדמות הדחה של מנהיג נבחר מכהן והפלתה של הממשלה בעילות שאינן מפורשות בחוק היסוד ובידי גורם שלא הוסמך חוקתית. זאת, מתוך מטרה למנוע פגיעה ברצון הבוחרים, למנוע פגיעה בשיטת המשטר הדמוקרטי, למנוע אי ודאות משפטית וכן לקדם את היציבות הפוליטית והשלטונית.

220. אמנם חברי האופוזיציה, משיקוליהם, ניסו להסיט את הדיון מדיון ענייני בדבר הסדר חוקתי כוללני, מסודר וראוי, לדיון פרטני בענייניו של אדם אחד, אך הובהר פעם אחר פעם, בין היתר גם על ידי מציע החוק, שעל חברי הכנסת להתמקד בכלליות הדיון ולדון בהסדר באופן אובייקטיבי:

“היו”ר אופיר כץ: גם הסדרים טובים שרוצים לעשות פה - אתם לא מסוגלים להיות אובייקטיביים. הראייה שלכם היא סובייקטיבית. אתם כל דבר - כן ביבי, לא ביבי. ישרת את ביבי, לא ישרת את ביבי. אנחנו עושים פה משהו אובייקטיבי וטוב ומסדרים משהו שכל מי שהיה בחדר הזה אמר שצריך לסדר אותו. בגלל שהראש שלכם חושב רק כן ביבי, לא ביבי. אתם לא יכולים שנייה להיות אובייקטיביים ולהיכנס לדיון רציני כי יש לכם כל היום ביבי, ביבי בראש.” [פרוטוקול מס’ 12 משיבת הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה (19 במרץ 2023), עמ’ 18 - ר’ הערת שוליים 1].

221. ובכן, חרף הערות חברי האופוזיציה והניסיון להפוך את הדיון לפרסונלי גרידא, במהלך דיוני הוועדה המיוחדת סברה היועצת המשפטית לכנסת בזמן אמת, כי בפעולות הוועדה מדובר בהחלט בניסיון ליצור הסדר כללי ושאינו פרסונלי:

“שגית אפיק: ... האם קיומה של עתירה יכול למנוע חקיקה. זה מכניס אותנו יותר לשאלות של עד כמה ההסדר הוא אכן פרסונלי ולא כללי ובמקרה הזה יש פה לפחות להבנתי ניסיון לייצר הסדר שהוא יחסית כללי. היו”ר אופיר כץ: בהחלט כללי.” [פרוטוקול מס’ 12 משיבת הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה (19 במרץ 2023), עמ’ 28 - ר’ הערת שוליים 1].

222. אם כן, ענייניו עוסק אפוא בהסדר כללי שגובש בעקבות צורך ציבורי. אף אם תתקבל עמדת העותרים (המוכחשת) כי גלגלי התיקון החוקתי הונעו בשל קרות אירוע ספציפי – שאך הבהיר לרשות המכוננת את הצורך בחקיקה – אין בכך בכדי לפגום בכוח זה בדבר החקיקה, ובכלל זה כאשר מדובר בחקיקת היסוד, וברי כי אין בכך כדי לפסלו (אף אם הייתה סמכות, שלא כעמדת המשיב 2).

ג.3.ב. התיקון החוקתי לא השפיע רטרואקטיבית על מצבו המשפטי של ראש הממשלה

223. בתיקון מס’ 12 לחוק-יסוד: הממשלה, לא שונה הדין, ובכלל זה, לא שונה כלל ועיקר מעמדו המשפטי של ראש הממשלה.

224. לא יכול להיות ספק, כי בשום שלב לא נקבע, כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו בשל הליכוי המשפטיים. מבלי לדון כעת בשאלת הסמכות – קביעה שכזו מעולם לא התקבלה, לא על ידי ראש הממשלה, לא על ידי הממשלה, לא על ידי הכנסת, לא על ידי ועדת הכנסת, לא על ידי בית המשפט העליון, ולא על ידי היועצת המשפטית לממשלה.

225. אם לא די באמור, מן הבחינה העובדתית, נציגי היועצת המשפטית לממשלה, הבהירו פעם אחר פעם, כי “היועצת המשפטית לממשלה לא מבקשת להכריז נבצרות של ראש הממשלה” – כלומר, שהלכה למעשה, לעמדתה ראש הממשלה אינו מצוי בנבצרות. זה אפוא היה המצב העובדתי עוד לפני חקיקת תיקון מס’ 12, ואותו מצב עובדתי שורר אף לאחר התיקון – ולמעשה עד היום.

כך, ביום 20 במרץ 2023, בפני חברי הוועדה המיוחדת שדנה בתיקון מס’ 12, הוצגה עמדת היועצת המשפטית לממשלה לפיה היא אינה מבקשת להכריז על נבצרות ראש הממשלה, כדבריו של המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מנהל), ד”ר גיל לימון: “חשוב לי להדגיש שבניגוד לנטען בוועדה, היועצת המשפטית לממשלה

לא מבקשת, לא מבקשת להכריז נבצרות של ראש הממשלה... [פרוטוקול ישיבת הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה (20 במרץ 2023) עמ' 36 - ר' הערת שוליים 1].

במכתב היועצת המשפטית לממשלה מיום 24 במרץ 2023, שנשלח לאחר חקיקתו של תיקון מס' 12, כתבה היועצת המשפטית לממשלה לראש הממשלה, כי תיקון החקיקה בעניין הנבצרות **אינו משנה את המצב המשפטי** ביחס להסדר ניגוד העניינים [נספח מש/7 לתגובה המקדמית מטעם היועצת המשפטית לממשלה בעתירה דנן].

עמדה דומה לפיה התיקון החוקתי לא שינה את מצבו המשפטי של ראש הממשלה הוצגה על ידי היועצת המשפטית לממשלה גם לאחר שתוקן הסדר הנבצרות תחת תיקון מס' 12, וזאת ביום 3 באפריל 2023, במסגרת תגובה לבקשת הביזיון בבג"ץ 3056/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, שם כתבה היועצת המשפטית לממשלה כדלקמן:

"תוקפה המחייב של חוות הדעת בעניין ניגוד העניינים של ראש הממשלה מושתת על שני אדנים נורמטיביים שונים, שאינם תלויים בהסדרים החוקתיים העוסקים בעניין נבצרות ראש ממשלה. כך היה לפני תיקון מס' 12 לחוק יסוד: הממשלה, וכך לאחריו [סעיף 51 לתגובה לבקשת בזיון בית המשפט מטעם המשיבה 1 בבג"ץ 3056/20]"

פעם נוספת שהבהירה היועצת המשפטית לממשלה כי אין במצבו המשפטי של ראש הממשלה משום נבצרות או עילה כלשהי להפסקת כהונתו, הייתה בתגובתה המקדמית מיום 27 ביוני 2023 בבג"ץ 3618/23 **דן חלוץ נ' היועצת המשפטית לממשלה**, שבו נתבקשו סעדים המורים למעשה על סיום כהונת ראש הממשלה בשל הפרה נטענת של הסדר ניגוד העניינים. שם, עמדת היועצת המשפטית לממשלה הייתה כי אין מקום להורות על סעדים קיצוניים בדמות סיום כהונת ראש הממשלה, וכי מכתביה בעניין ניגוד העניינים אינם מבססים עילה שכזו. כך נכתב מטעמה:

"...לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, בנסיבות הקיימות ובמצב דברים זה, אין עילה לדרוש מבית המשפט הנכבד להתערב ולהעניק את הסעדים מרחיקי הלכת שהתבקשו בעתירה דנן, ביניהם סיום כהונתו של ראש הממשלה, ואף אין במכתביה של היועצת המשפטית לממשלה מיום 1.2.23 ומיום 24.3.23 כדי לבטל עילה שכזו." [פסקה 14 לתגובה מקדמית מטעם המשיבות 1 ו-3 בבג"ץ 3618/23].

עמדה זו, לפיה היועצת המשפטית לממשלה אינה סבורה כי נסיבותיו של ראש הממשלה עולות לכדי נבצרות, הובהרה פעם נוספת ואף חוזקה והודגשה גם בדיון נשוא העתירות דנן, שהתקיים בבית משפט נכבד זה ביום 3 באוגוסט 2023, שם ב"כ היועצת המשפטית לממשלה הצהיר בפני בית משפט נכבד זה, כדלקמן:

"עו"ד להב: בדיוני הכנסת בהליך החקיקה הזה הובהר שהיועצת לא סבורה שצריך [ל]הוציא את ראש הממשלה [במקור] לנבצרות. ... לפני חודש וחצי הגשנו תשובה מקדמית. כתבנו במפורש שסעד של העברת ראש הממשלה הוא סעד מרחיק לכת. מה צריך להגיד יותר מזה? ... היועצת המשפטית לא עשתה דיונים בנוגע לנבצרות." [עמ' 25 לפרוטוקול הדיון מיום 3.8.2023]

226. **אם כן, מבחינה עובדתית וכן משפטית ראש הממשלה לא היה במצב עובדתי של נבצרות בשל ניגוד העניינים או הליכוי המשפטיים בטרם חקיקת התיקון החוקתי, כיצד אם כן ניתן לטעון כי מדובר בתיקון רטרואקטיבי המשנה את מצבו המשפטי?!**

227. מן האמור נמצאנו למדים, כי תיקון מס' 12 אינו תיקון רטרואקטיבי, 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)]. מאחר שבמועד כניסת התיקון

לתוקף המשיב 2 גם לשיטתה (המוכחשת) של היועצת המשפטית לממשלה לא היה מצוי בנבצרות, מבחינה משפטית או עובדתית, ועל כך אין מחלוקת, הרי שמדובר בתיקון פרוספקטיבי, הצופה פני עתיד. לכל היותר, מדובר בתיקון אשר חל על מצב דברים נתון ביום היכנסו לתוקף, ולכן לכל היותר זהו תיקון אקטיבי. [לאבחנה וניתוח ר' דברי כב' השופט ברק בפסקה 11 בעע"א 1613/91 אורית ארביב נ' מדינת ישראל, מו(2) 765 (1992)].

228. אין חולק, כי ביום 23 במרץ 2023, נשא ראש הממשלה דברים לציבור. מדובר בדברים שלא נאמרו במהלך הליך החקיקה (השוו בהקשר זה לדברי כב' הנשיא חיות המפורטים לעיל בסיפא של סעיף 158 לתשובה זו לעיל) ובכל מקרה לא ניתן ללמוד מהם על תכלית החקיקה בעיני 61 חברי כנסת. יתר על כן, כפי שזכר לעיל, המוקד בנאומו של ראש הממשלה היה שהוא נכנס לאירוע להרגעת הרוחות בקרב הציבור, לאיחוי הקרע בעם, למציאת פתרון שיתקבל על ידי רוב הציבור או חלק גדול ממנו. זוהי זכותו ולמעשה חובתו של ראש הממשלה למצוא פתרון למשבר. להבנת הח"מ, דבריו אלה עמדו בקנה אחד עם פרשנותה של היועצת המשפטית לממשלה, שהבהירה, כי גם לשיטתה הוא יכול לפעול להרגעת הרוחות, כפי שפורט במכתב מיום 19.2.2023. שאזכר לעיל, לפיו גם לשיטת היועצת המשפטית לממשלה, הסדר ניגוד העניינים אינו מגביל את ראש הממשלה בהתבטאויות פומביות שעניינן הרגעת הרוחות בקרב הציבור.

החלטה על נבצרות על פי הדין שהיה קיים לפני התיקון החוקתי

229. התיקון החוקתי לא היטיב את מצבו המשפטי של ראש הממשלה אף ביחס לגורם המוסמך להכריז על נבצרות ראש הממשלה, שכן, אף על פי הדין שהיה קיים ערב התיקון החוקתי, הסמכות להכריז על נבצרות ראש ממשלה הייתה נתונה בידי בעל התפקיד עצמו או הממשלה והכנסת בנסיבות אובייקטיביות בהן לא יכול ראש הממשלה עצמו להודיע על נבצרותו.

230. עוד בשנת 1977, היועץ המשפטי לממשלה דאז אהרן ברק, דן בפרשנות הסדר הנבצרות הקיים בחוק-יסוד: הממשלה (סעיף 19 לחוק היסוד שהיה קיים באותה העת). במכתבו מיום 12 לאפריל 1977 שמוען לראש הממשלה דאז יצחק רבין, היועץ המשפטי לממשלה ברק עמד על כך כי נסיבות הנבצרות אינן בהירות ואינן חד משמעיות, אך לצד זאת ציין כי לבסוף מדובר בסוגיה להכרעת הממשלה:

"... השאלה העיקרית לענייננו היא, אימתי "נבצר" מראש הממשלה... זמנית למלא" את תפקידו. יהיו שיאמרו כי יש ליתן לביטוי זה פירוש מצמצם, לאמור: רק נסיבות השוללות באורח אובייקטיבי אפשרות של מילוי תפקידים עשויות לבוא בגדר המושג "נבצר". לעומת אלה יאמרו אחרים שמבחן סובייקטיבי הוא שיכריע בשאלה אם נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו. בין שני אלה עשויות להמצא דרכי ביניים שתדגשנה בהדגש שונה את המשקל היחסי של היסוד הסובייקטיבי או היסוד האובייקטיבי בשאלה אם נוצר מצב שבו נבצר מראש הממשלה למלא זמנית את תפקידו. על כל אלה ניצבת ועומדת השאלה בדבר היחס הראוי והנאות, בנסיבות נתונות, בין סברתו של ראש הממשלה כי נבצר ממנו זמנית למלא תפקידו, לבין עמדתה של הממשלה באותה שאלה, וכל זאת נוכח חובתה של הממשלה לקבוע ממלא מקום לראש הממשלה, בהתמלא התנאים האמורים בסעיף 19. התשובות לשאלות אלו כולן אינן חד משמעיות, וטרם זכו להארה בפסיקת בית המשפט העליון. ... בסופו של דבר נתון הדבר להכרעת הממשלה על פי נסיבותיו הספציפיות של כל ענין וענין, תוך בחינת הטעמים המועלים לתמיכה בטענה כי נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו" [סעיף 11 בנספח מ/ש4 שצורף לתגובה המקדמית מטעם היועצת המשפטית לממשלה בעתירות דנן].

231. ואכן, דה פקטו, עד כה, כל אימת שהוכרו על נבצרות של ראש ממשלה או שר מכהן, התקבלה ההחלטה בדבר נבצרות אותו גורם מכוח חוק-יסוד: הממשלה, על פי החלטת הממשלה:

הכרזה על נבצרות של קבע של ראש ממשלה מכהן, מכוח סעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, קרתה בהיסטוריה של מדינת ישראל פעם אחת בלבד, בעקבות מצבו הרפואי המצער של ראש הממשלה אריאל שרון ז"ל. מאחר 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. בהמשך, בחלוף 100 הימים, החליטה הממשלה, בהחלטה מס. 4778 של הממשלה מיום 11.04.2006, על "קביעת ממלא-מקום ראש הממשלה, השר אהוד אולמרט, לכהונה כראש הממשלה בפועל עד שתיוון הממשלה החדשה".

הכרזה על נבצרות זמנית של ראש ממשלה מכהן, מכוח סעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, הינה שכיחה מעט יותר, ונעשה שימוש בסמכות זו של הממשלה, בהחלטת ממשלה על פי הודעת ראש הממשלה, פעמים ספורות. כך למשל נקבע בהחלטה מספר 2064 של הממשלה מיום 17.11.2016: "בהתאם לסעיף 16(ב) ו-16(ג) לחוק יסוד: הממשלה, לקבוע כי השר יובל שטייניץ ימלא את מקום ראש הממשלה ביום 18.11.2016 משעה 09:00 עד שעה 11:00 מחמת נבצרות זמנית עקב טיפול רפואי"; בהחלטה מספר 2064 של הממשלה מיום 17.11.2016: "בהתאם לסעיף 16(ב) ו-16(ג) לחוק יסוד: הממשלה, לקבוע כי השר זאב אלקין ימלא את מקום ראש הממשלה מיום 25.5.2017 בשעה 22:00 ועד ליום 26.5.2017 בשעה 08:00 מחמת נבצרות זמנית עקב טיפול רפואי"; בהחלטה מספר 9 של הממשלה מיום 05.01.2023 החליטה הממשלה: "בהתאם לסעיף 16(ב) ו-16(ג) לחוק יסוד: הממשלה, לקבוע כי השר אריה מכלוף דרעי ימלא את מקום ראש הממשלה מחמת נבצרות זמנית עקב בדיקה רפואית ביום 06.01.2023 משעה 08:00 עד שעה 11:00 או עד לסיום הבדיקה, לפי המאוחר." [לשלמות התמונה יצוין כי החלטה כאמור התקבלה גם לאחר חקיקתו של תיקון מס' 12 בהחלטה מספר 813 של הממשלה מיום 23.07.2023 שבה הוחלט על "הנבצרות הזמנית של ראש הממשלה ביום 23.7.2023 נמשכה משעה 02:40 עד שעה 04:00"]

הוא הדין גם בקשר להחלטות בדבר נבצרות שרי הממשלה לפי סעיף 24(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, המוכרזת למעשה גם היא על פי החלטת הממשלה, ראו: החלטה מספר 313 של הממשלה מיום 11.08.2020; החלטה מספר 2434 של הממשלה מיום 01.02.2015; החלטה מספר 2624 של הממשלה מיום 17.10.2004.

232. בבג"ץ 2655/06 עו"ד לאור נועם נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו, 27.03.2006) נתבקש בית משפט נכבד זה להורות ליועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרות של קבע של ראש הממשלה דאז שרון בשל מצבו הבריאותי, אך באותו עניין נדחתה העתירה תוך שבית משפט נכבד זה כלל לא נדרש לשאלת הגורם המוסמך לקביעה כאמור.

233. מאוחר יותר, בבג"ץ 6231/08 יואב יצחק נ' ראש ממשלת ישראל אהוד אולמרט (נבו 04.08.2008) (להלן: "בג"ץ אולמרט"), התבקש בית משפט נכבד זה על ידי העותר 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, הח"מ] מכוח סעיף 16(ב) לחוק יסוד: הממשלה."

באותו עניין בבג"ץ אולמרט, עמדת היועץ המשפטי לממשלה (דאז - מני מזוז) 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)."

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 בפועל לדיון מעמיק, ובכלל זה להכרעה, בסוגיה זו. וכאמור לעיל, בפועל, הייתה זו הממשלה שקיבלה החלטות בדבר נבצרות זמנית או קבועה של ראשי הממשלה (וכן השרים).

234. אם לא די בדברים שהובאו לעיל, אף בדיון נשוא העתירות דנן שהתקיים בבית משפט נכבד זה ביום 3.8.2023, הבהיר ב"כ היועצת המשפטית לממשלה כי היועצת המשפטית לממשלה אינה בעלת סמכות "הכרזה" אלא כל סמכותה מתמצית בכינוס הממשלה, על מנת שהחלטה תתקבל על ידי הממשלה, בנסיבות המתאימות, וכן צוין באותו הדיון שהתיקון לא שינה למעשה את הדין. כך בלשון ב"כ היועצת המשפטית לממשלה:

"עו"ד להב: בשום מקום היועצת המשפטית לממשלה לא מכריזה על נבצרות, אלא מה שהיא עושה זה להגיד למזכיר הממשלה בהתאם להוראת סעיף 30 לחוק יסוד הממשלה, עליך לכנס את הממשלה שתחליף את ראש הממשלה. זה מה שעשה השופט מזוז [בכובעו כיועצ"ש, הח"מ] במקרה של אריאל שרון ... התיקון הזה לא שינה את המצב בסוף". [עמ' 25 לפרוטוקול הדיון מיום 3.8.2023]

ואכן, בדיון מיום 3.8.2023 הכיר הרכב השופטים הנכבד, כי הלכה פסוקה כאמור מעולם לא נפסקה עד היום, וכי הכל היה תחת הנחה, כדלקמן:

"כבוד המשנה לנשיאה ע' פוגלמן: עד היום הכל היה בהנחה ולא נפסק להלכה" [שור' 17 עמ' 37 לפרוטוקול הדיון מיום 3.8.2023].

עילות הנבצרות על פי הדין שהיה קיים לפני התיקון החוקתי

235. התיקון החוקתי לא שינה את הדין ובכלל זה גם את מצבו המשפטי של ראש הממשלה ביחס לנסיבות המקימות עילות נבצרות. הדין הישראלי שהיה קיים ערב התיקון החוקתי טרם הכיר, לא בחקיקה ולא בפסיקה, בנבצרות ראש ממשלה בשל קיומם של הליכים פליליים או בכלל זה בשל נסיבות שאינן נובעות מאי מסוגלות פיזית או נפשית.

236. הערות בית משפט נכבד זה בבג"ץ אולמרט שלעיל, לפיהן תיתכן אפשרות לקבוע נבצרות "במגוון נסיבות", נכתבו בתור הנחה. אף בעניינו של המשיב 2, הרעיון של קיומה של נבצרות ראש ממשלה בשל הליך פלילי נכתב בתור הנחה בלבד, תוך שהעתירות נדחו, ונכתב:

"אף אם נניח כי נסיבות של ניהול הליך פלילי נגד ראש ממשלה עשויות להביא להחלטה על נבצרות תפקודית". [בג"ץ 2268/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ. ראש הממשלה (22.04.2021)].

237. נציין, כי דברי כבי המשנה לנשיאה ח' מלצר בבג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ. היועץ המשפטי לממשלה (01.05.2023) שעסק בהסדר ניגוד העניינים של המשיב 2, בפסקה 3(ב) לפסק דינו, עם מלוא הכבוד הראוי, נכתבו בהערות כבי המשנה לנשיאה כאוביטר, ובניגוד לדרכו של כבוד המשנה לנשיאה הן לא נכתבו

באופן מנומק או מוסבר, ובכל מקרה, שלא לצורך ההכרעה בעניין שבפניו. העניין שם עסק בהסדר ניגוד העניינים וכלל לא נדון הסדר הנבצרות או פרשנותו (לרבות שאלות בדבר נסיבות הנבצרות או הסמכות של היועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרות) – משכך, אין באמירותיו האגביות בכדי להוות משום קביעה מחייבת או הלכה פסוקה.

238. עוד נוסף, מעבר לצורך בעניין דיונו כאן אך למען שלא נימצא חסרים בטיעונו, כי מתן סמכות כאמור למוסד הייעוץ המשפטי לממשלה, לא רק שאינו נעשה מכוח חוק כלשהו (לפני או אחרי התיקון החוקתי), הוא אף אינו ראוי ויוביל לריכוז בלתי מאוזן של סמכויות היועץ המשפטי לממשלה, ובפרט עת עסקינן בהחלטות חוקתיות מהמעלה הראשונה שמשמעותן פיטורי הממשלה ופיזור הכנסת. נקודה זו מתעצמת משום שמתן סמכות הדחת מנהיג וביטול בחירות על ידי דרג לא נבחר אינה מתקבלת על הדעת בכל מקרה. היא הופכת קיצונית במיוחד, בשעה שאותו דרג ממונה גם קובע את הנורמה וגם קובע את תוצאות הפרתה. מגיש כתב אישום בזרוע אחת, קובע כללים כתוצאה ממנו בזרוע שניה ובזרוע השלישית, קובע הדחה על בסיס הכללים. המשמעות היא, שאם מחליט חליטה יועץ משפטי מסוים להדיח ראש ממשלה ולבטל בחירות, כל מעגל ההחלטה מצוי בידי – ובידיו בלבד. בזה, הופך הבלתי מתקבל על הדעת לפגיעה קשה בדמוקרטיה [השוו: מחקר מדיניות מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה, גד ברזילי, **היועץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית - פיצול מוסדי?** (מחקר מדיניות 84, 2010)].

ג.ג.ג. סמכותה העליונה של הכנסת לתיקון עיוותים בדין ולחוקק הסדרים גם אם פרסונליים

“הזהירות מתבקשת בהגדרת חוק פרסונאלי, שכן לעיתים הניסיון של מקרה מסוים מביא לעיגון לגיטימי של נורמה כללית – או שיש צידוק יוצא דופן לקביעת נורמה פרטנית.” [פסקה 6 לפסק דינו של כב' השופט נ' הנדל בבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ. כנסת ישראל (06.09.2017)].

239. יפים הם הדברים שלעיל ביישום על עניינו.

240. כפי שהראינו לעיל, שינויים חוקתיים, אשר פעמים לא מעטות נובעים ממניעים פוליטיים לצרכים פרטניים ומוחלים על אותה הכנסת והממשלה שיזמו את התיקון החוקתי, כמו בעניינו, אינם פסולים או פגומים כשלעצמם ואין בעצם הכרתם כ"פרסונליים" בכדי לפגום במעמד הנורמטיבי – ובפרט עת עסקינן בחוק יסוד. להיפך, במשך השנים, זו דווקא הייתה הפרקטיקה החוקתית הנוהגת בישראל, כאשר פעמים רבות המניעים הפוליטיים של הכנסות השונות, לאורך כל חיי המדינה, הם אשר הניעו לא אחת את הליכי החקיקה ותיקון החוקה כאשר נדרשו הבהרות, שינויים או תיקונים.

241. לא זו אף זו, הרי שכפי שסקרנו לעיל, בהלכותיו ארוכות השנים קבע מפורשות בית משפט נכבד זה, כי אין כל עילה לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, ובכלל זה חקיקת היסוד של הרשות המכוננת, על בסיס טענות המבוססות על המניע או הכוונת העומדים לכאורה מאחורי דבר החקיקה.

242. הפרסונליות של חוק אינה נמדדת במספר הגורמים המושפעים מן החוק. בעניינו, מכורח המציאות ואך בשל טיבו של התיקון החוקתי הוא מסדיר הדחה על בסיס מסוגלות של בעל תפקיד מסוים – ראש הממשלה. כב' השופט נ' הנדל בבג"ץ 6971/11 **איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל** (נבו 02.04.2013), בהתייחסו לחקיקה פרסונלית עמד על כך שאין החוק נפסל אוטומטית בשל כך:

“לכך אשיב כי ישנו הסבר ענייני להכוונת החוק כלפי איתנית לבדה. זו איננה שאלה של מספר, דהיינו: כמה גורמים כלולים בתחולת החוק, וככל שהתשובה נסובה סביב מספר קטן ביותר - דבק בה פגם של חוק פרסונאלי. תחת זאת, יש לברר האם קיימת סיבה עניינית מדוע החוק יחול על קבוצה מצומצמת. הבדיקה תיעשה בזהירות במספרים קטנים, ודאי כאשר החוק חל על מפעל אחד בלבד. מהו ההקשר של סעיף 74? מתברר כי אין מדובר בשרירות לב,

*בגחמה או ברדיפה נקודתית... הדבר הוא כי הייחודיות של איתנית איננה פרי החקיקה אלא פרי המציאות... גורם זה אמנם יחיד הוא, אך הצדק בדבר לא נפגם עקב כך. **אגב, לספר החוקים של ישראל כבר הוכנסו בעבר חוקים שלמים שהינם בעלי אופי פרסונאלי מובהק.** למשל, **חוק הנשיא חיים ווייצמן (גימלה ועוזבו), התשי"ג-1953**, קובע את גובה הגמלה שתשולם לאלמנתו של הנשיא הראשון. דוגמא אחרת היא **חוק המניות הבנקאיות שבהסדר (הוראת שעה), התשנ"ד-1993**, אשר טיפל בהליכי ההלאמה וההפרטה של ארבעת הבנקים הגדולים דאז (לאומי, הפועלים, דיסקונט ומזרחי), בעקבות משבר מניות הבנקים של שנות ה-80'. נראה כי דוגמאות אלו ממחישות את הטענה כי **מצב מיוחד דורש חוק מיוחד, ואף עשוי להצדיק חוק בעל מאפיינים פרסונאליים.** ... אפילו אם מדובר היה בחוק רטרואקטיבי לעילא - וכך ודאי לא המצב כאן - אין פירושו של דבר שהוא נפסל אוטומטית."*

243. ואכן, הכנסת הוציאה תחת ידיה מספר לא מבוטל של דברי חקיקה פרסונליים, באופן מובהק, שחלקם אף נדונו בפסיקתו של בית משפט נכבד זה – בעתירות שנדחו.

244. לדוגמה, בעקבות תיקון מס' 67 תשע"ב-2012 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, שתכליתו הייתה אחת – להכשיר את מינויו של השופט (כתוארו דאז) א' גרוניס לכהונה כנשיא בית משפט נכבד זה, הוגשה עתירה כנגד החוק המתקן. בעתירה בבג"ץ 85/12 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 16.01.2012) (להלן: "עניין הנשיא גרוניס"), נטענו טענות הדומות לנטען בענייננו, בין היתר, כי מדובר בחקיקה פרסונלית, שהרי החוק נועד לקידום אדם אשר זהותו הייתה ידועה בעת מעשה החקיקה ומעשה החקיקה לא נעשה, לכאורה, מאחורי מסך הבערות. בשל הפרסונליות האמורה, נטען כי דין התיקון בטלות או לכל הפחות תחולה מאוחרת – כך שלא יחול על הנשיא גרוניס. כפי שסוכם טענות העותרת בפסק הדין בעניין הנשיא גרוניס:

"העותרת טוענת כי נסיבות חקיקת התיקון מ-2012 מלמדות כי מדובר בחקיקה פרסונלית "הסותרת את עקרונות היסוד של השיטה", ו"הפוגעת בעצמאות הרשות השופטת וכאמון הציבור ברשות זו", וכן ברשויות השלטון האחרות – הרשות המחוקקת שחוקקה את התיקון והרשות המבצעת שקידמה אותו. לשיטתה יש להורות על בטלות התיקון משנת 2012 או לחילופין: לקבוע כי הוא יחול רק ממועד בחירתו של נשיא בית המשפט העליון בקרנציה שאחרי זו הקרובה."

חרף הטענות בדבר תכליתה הפרסונלית של החקיקה, בית המשפט הנכבד דחה פה אחד את כל טענות העותרת, אחת אחת, ובנימוקים היפים גם לענייננו, כפי שפורט לעיל. נקבע, כי התיקון אינו פוגע בזכות יסוד כלשהי והרי בית המשפט הנכבד אינו אמור לעשות שימוש בסמכותו לבטל חוק אלא במקרה בולט של פגיעה מהותית בעקרונות יסוד חוקתיים, כי דבר החקיקה שיצא תחת הכנסת עומד בחזקת כשרות חוקתית, וכי בית המשפט חייב כבוד לחוק כביטוי של רצון העם. זאת ועוד, בית המשפט הנכבד קבע כי החוק מקדם את הוודאות המשפטית בעצם חקיקתו. כך בלשון המשנה לנשיאה א' ריבלין בפסק דינו (שניתן בהסכמת כב' השופטים ארבל ורובינשטיין):

"העתירה משיגה על חוקתיותו של חוק בתי המשפט (תיקון מס' 67), התשע"ב-2012... ביקשנו, במהלך הדיון, לקבל פרטים על העילה החוקתית העומדת ביסוד העתירה; לא שמענו כי התיקון מ-2012 פוגע בזכויות אדם יסודיות או בהוראה ידועה באחד מחוקי היסוד. נראה כי עיקר התרעומת שבפי העותרת היא כי "נוכח השפעתה הישירה של [הוראת החוק המתקן מ-2012] על מינויו של נשיא בית המשפט העליון... זכתה הצעת [כך] החוק לכינוי 'חוק גרוניס'". החקיקה, כך טוענת העותרת, "מבקשת לקבוע ישירות ופרסונלית את זהות נשיא בית המשפט העליון". כלשונה ועל-פי נימוקיה, אין העתירה מגלה עילה ודינה להידחות... נפסק כבר כי "בהקשר זה יש לשקול את מעמדו של הגוף המבוקר, את מקומו במערך השלטוני, את הסמכויות המוקנות לו – היקפן ומהותן – את השאלה אם מדובר בגוף נבחר או שמא ממונה, וכיצא כאלה שיקולים. כך למשל, בעת שבא בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו בבחינת החלטותיה של הכנסת, מביא הוא בחשבון את מעמדה המיוחד של זו ונהוג בהזירות ובריסון המתחייבים

מכך. שהרי הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה. היא נבחרת על-ידי אזרחי המדינה, "בידה הכוח לחוקק את חוקי הארץ ובידה הסמכות לכונן את פרקי החוק" (בג"ץ 1993/03 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 836, 817; בג"ץ 971/99 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117). אמנת המידה המנחות את הביקורת השיפוטית נגזרות לא רק מזהות הגוף הנתון לביקורת כי אם גם ממאפייניה של ההחלטה מושא הבחינה... כאשר המדובר במעשי חקיקה שהושלמו, בית המשפט חייב כבוד לחוק כביטוי של רצון העם (בג"ץ 1993/03 הנ"ל בעמ' 839). בית המשפט אינו אמור לעשות שימוש בסמכותו לבטל חוק אלא במקרה בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נד(3) 485). כאשר מדובר בבחינת חוקתיות של חוק הכנסת – חייבת החקיקה הרגילה לכבד את זכויות האדם שבחוקי היסוד ואינה יכולה לפגוע בהן אלא על-פי האמור בס. דבר החקיקה עומד עם זאת בחזקת כשרות חוקתית כפועל יוצא של הצורך להימנע מטשטוש הגבולות בין הרשויות (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, בעמ' 574). כאמור, בענייננו, לא נמצאה לנו עילה לערער על חוקתיות החוק המתקן מ-2012. אין הוא פוגע בזכויות האדם שבחוקי היסוד ואין הוא פוגע בערכים בסיסיים המוגנים בחוקי היסוד. בפועל, החזיר החוק המתקן עטרה ליושנה – מינוי הנשיאה ומינוי הנשיא, כמו מינוי המשנה לנשיאה ומינוי המשנה לנשיא על-פי כבודותם: ודאות הבאה למנוע פזילה אל עבר הלא-נודע – על כל מגרעותיה.

245. עוד ניתן לציין את חוק שלילת תשלומים מחבר הכנסת ומחבר הכנסת לשעבר בשל עבירה, התשע"א-2011 [פורסם ס"ח תשע"א מס' 2277 מיום 17.2.2011 עמ' 350], הידוע בכינויו "חוק בשארה", אשר תכליתו הייתה אחת - שלילת תשלומים מחבר הכנסת לשעבר עזמי בשארה, ואותו העניין הספציפי של בשארה עמד בפני המחוקקים והיווה תמריץ לחקיקה. חרף כך, הכנסת חוקקה את החוק, החוק חל באופן מיידי עוד בתקופת אותה הכנסת, וכך, ימים מספר לאחר חקיקת החוק האמור, ביום 14.3.2011 התכנסה ועדת הכנסת לדיון בעניין, כאשר על סדר יום הוועדה: "שלילת תשלומים מחבר הכנסת לשעבר עזמי בשארה, לפי חוק שלילת תשלומים מחבר הכנסת ומחבר הכנסת לשעבר בשל עבירה, התשע"א-2011" [פרוטוקול מס' 166 מישיבת ועדת הכנסת (14 במרס 2011)].²¹

246. עוד נטען בענייננו כי התיקון החוקתי לוקה בפרסונליות, בין היתר, בטענה כי תכלית החקיקה למנוע הליך משפטי תלוי ועומד (בג"ץ 1158/23) ונטענת פגיעה לכאורית בהליך השיפוטי. טענה זו, מושתתת בעיקרה על "סמיכות הזמנים" הנטענת לכאורה בין הגשת הצעת החוק והעתירה בבג"ץ 1158/23 וכן "מבוססת" עובדתית על דברי שניים מחברי הכנסת בדיוני הוועדה. דא עקא, שתשתית עובדתית זו – שגויה לחלוטין. כפי שפירטנו בסעיף 208 לתשובה זו לעיל, כבר ביום 8 לפברואר 2023 (עוד לפני הגשת העתירה בבג"ץ 1158/23) התגבש נוסח סופי של הצעת החוק שהיה מוסכם על מציעיה וזו הועלתה למערכת "הסנהדרין" של הכנסת. עוד נוסף, כי בכל מקרה, אין בסמיכות הזמנים לבדה בכדי לבסס תשתית ממשית לטענות העותרים, כפי שנפסק מפי כב' הנשיאה א' חיות בבג"ץ 8612/15 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ. כנסת (17.08.2016):

"טענותיהם של העותרים נסמכות בעיקר על קידומה של הרפורמה בסמיכות זמנים להתנגדות שהעלתה רשות החשמל למתווה הגז... טענות אלה אף שהן מעוררת תהיות כאלו ואחרות לגבי הצורך בפיקוח חברי רשות החשמל, אינן מניחות "תשתית ממשית"... והעותרים – שעליהם נטל הראיה – לא הניחו תשתית ראייתית מתאימה הסותרת עמדה זו והסתפקו בטענה כללית..."

247. ובכל זאת, כפי שכבר כתבנו לעיל, אין להסתמך באופן מוחלטת ו"עיוור" על דברי חברי הכנסת, שעם כל הכבוד לחברי הכנסת סעדה וארבל, או כל חבר כנסת אחר – הם אינם בין מציעי החוק ובכל מקרה עמדתם אינה משקפת את עמדות הקואליציה בכללותה ואת מניעי כל חבר וחבר כנסת בבואו להצביע בעד חקיקתו של התיקון החוקתי

²¹ זמין לצפייה באתר הכנסת, בקישור שלהלן: https://fs.knesset.gov.il/18/Committees/18_ptv_169017..doc

לחוק היסוד. ממילא, משיצא החוק תחת ידה של הכנסת ונכנס אל ספר החוקים של מדינת ישראל - אין בית המשפט עושה פסיכואנליזה למחוקק אלא עליו לבחון את הוראות החוק – על פי תכליתו האובייקטיבית.

248. יתר על כן, אין זה פלא שהעותרים לא יכלו להצביע ולו על אסמכתא אחת התומכת בטענה מופרכת זו. אין זה מתקבל על הדעת שבעת שעות, נכבד ככל שיהיה, יפנה לבית משפט כלשהו בהליך משפטי, יהווה הדבר מעין 'צו עיכוב הליכי חקיקה' אף אם אינו פורמלי. הדבר מקבל משנה תוקף נוכח זכות העמידה הרחבה הניתנת לעותרים פעמים רבות בפני בית משפט נכבד זה. מדובר בטענה אבסורדית חסרת כל יסוד המשבשת את כל משטר הפרדת הרשויות בישראל. בהינתן זכות העמידה הבלתי מוגבלת ובהינתן התמשכות ההליכים המשפטיים, אם תתקבל חלילה הטענה כאן, יוצר תמריץ להגיש עתירת סדרתיות כך שתהיה עתירה בנושא מסוים "תלויה" כל העת. כך, ייווצרו בכל עת תקופות המונעות חקיקת הכנסת באמצעות עתירות של אדם או ארגון ועבודת הכנסת תשותק.

249. לא רק שהעותרים לא הניחו כל תשתית נורמטיבית המונעת מן הכנסת לפעול לתיקון עיוותים חקיקתיים אף אם קיים הליך תלוי ועומד (עובדה המוכחשת כשלעצמה), הרי שהעותרים אף מתעלמים מהכרעות קודמות בעניין זה, שהכנסת ריבונית וכלל אינה מוגבלת כאמור, "אפילו באה הצעת החוק במגמה להימנע מהתמודדות בבית המשפט על חוקיות הדין המצוי" אין בכך משום פגיעה ברשות השופטת או בבית משפט נכד זה:

"ריבונות הכנסת לקבל הצעת חוק אינה נשללת עקב הגשת העתירה, כשם שאין בהליך השיפוטי כדי להצדיק הקפאת הליכי החקיקה (ראה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה 3, תשמ"א) 230). אפילו באה הצעת החוק במגמה להימנע מהתמודדות בבית המשפט על חוקיות הדין המצוי, אין בכך כדי לחסום את הדרך לשינויו של הדין ולהחלתו של הדין החדש, מראש או למפרע, שהרי ברור הוא, כי אין לאיש זכות קנויה לכך כי התחיקה לא תשונה, ומה לי אם שונה הדין במהלך הדיון או לאחריו ועקב תוצאותיו? אין על-כן בידינו למנוע את חקיקת החוק, אם זה רצונה הריבוני של הכנסת." [פסקה 8 לפסק דינו של כב' השופט גולדברג בבג"ץ 780/83 ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל, לח"א (2) (1984) 273].

"אין ממש בטענה, לפיה ניתן לפסול את ניסיון החקיקה בשל עצם העובדה שיש לחוק המוצע השלכות על הליך משפטי התלוי ועומד, ולפיה יש לראות בהגשת הצעת חוק כזו משום ניסיון, הנוגד את החוק, להכשלת אותו הליך או לסיכולו. אין בניסיון החקיקה משום סיכול בלתי חוקי של ההליך המשפטי, אפילו הוא מייתר הליך זה. כאשר, לדוגמה, מתעורר ספק לגבי פירושו של חוק פיסקאלי, והשאלה מועמדת לדיון בהליך משפטי, אזי אין פגם בכך שמשרד האוצר יזום חקיקה, אשר תתקן את הנוסח ותסיר את אי הבהירות, אפילו יהיה בכך כדי לסתום את הגולל גם על גורל המשפט התלוי ועומד." [פסק דינו של כב' השופט כן בבג"ץ 780/83 ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל המוזכר לעיל].

250. ראוי לציין בהקשר זה, כי הכנסת אף מוסמכת כמובן 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. כפי שנקבע בפסיקה:

"חזקה על המחוקק-המכוון כי אילו ביקש לבטל את הלכת דרעי-פנחסי, היה עושה זאת במילים מפורשות." [השופט עמית בבג"ץ הטלת המנדט];

“וידוגש – לרשות המכוננת הסמכות לכונן חוק-יסוד אשר יבהיר מהם גבולות סמכותה המכוננת ומהם גבולות הביקורת על השימוש בסמכות זו.” [כב' הנשיאה א' חיות כבג"ץ שפיר]

“ ואם פסק-דינו של בית-המשפט, המפרש חוק-יסוד, אינו נראה לכנסת, הרשות בידה לשנות את חוק היסוד ולכונן הסדר חוקתי שונה” [הנשיא ברק במאמרו שאזכר לעיל].

על היחסים שבין הרשות המחוקקת – המכוננת ובית המשפט, ובפרט בקשר לתפקידה החשוב של הכנסת לעקוב אחר פסיקת בית המשפט לפעול באמצעות הליכי החקיקה על מנת לתקן פרשנויות שאינן מקובלות על ידי הכנסת, עמד כב' הנשיא א' ברק בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט וכתב דברים דומים במאמרו ברק, הפרלמנט ובית-המשפט העליון בדברים שצוטטו לעיל. וכך אמר בדבריו בוועדת החוקה, חוק ומשפט בפני חברי הכנסת:

“בסופו של דבר, אקט החקיקה איננו אקט מקרי אלא אקט מכוון של הרשות המחוקקת שרצתה לבצע מדיניות מסוימת, ואת המדיניות הזאת אכן צריך להגשים. לאחר שבית המשפט מפרש את החוק, מתחיל השלב השני באותו שיתוף פעולה והוא שהענין חוזר לכנסת, ואם הכנסת מרוצה היא לא עושה דבר, ואם הכנסת איננה מרוצה מן הפירוש, כלומר היא חושבת שהפירוש איננו רצוי לה, הרי היא יכולה לשנות את החוק. אני בין אלה הגורסים שחלק מהתפקיד, מהחובה והמוטל על הכנסת הוא לעקוב אחרי הפסיקה שלנו, ובכל מקום שהפסק לא נראה ... במובן זה שהתוצאה המתקבלת איננה נראית רצויה – לא לזה התכוונו, לא בכך רצינו, השתנו הנסיבות וכיוצא באלה ... הכנסת צריכה לראות עצמה חופשית, לחוקק את החוק מחדש. הלילה לנו לומר, מכיוון שבית המשפט אמר מה שאמר, על כן אנחנו לא נתן את הסעיף, אין שום פגיעה בבית המשפט אם הכנסת מתקנת סעיף שפורש על ידי בית המשפט. ... זה תפקיד חשוב שלכם וחלילה מלחוש שמכיוון שפרשנו סעיף הדרך חסומה בפני תיקון הסעיף הזה. נהפוך הוא.” [דברי נשיא בית המשפט העליון א' ברק בוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, פרוטוקול מס' 424 מיום 19.12.1995 עמ' 223].

251. היות שהכנסת מוסמכת לתקן את הדין ביחס להליכים משפטיים שהתבררו במלואם והוכרעו בפסיקות בית משפט נכבד זה, ועל כך אין מחלוקת, הרי שמכוח קל וחומר הכנסת מוסמכת לתקן את הדין למניעת עיוות דין חרף קיומם של הליכים משפטיים תלויים ועומדים באותו העניין. למען סבר האוזן ייאמר, כי הכנסת אכן פעלה כן במספר הזדמנויות, תוך שחוקקה חוקים פרסונליים אשר תכלית החקיקה הייתה מניעת קיומו של הליך משפטי מסוים שנתפס על ידי חברי הכנסת כבלתי ראוי וכאשר זהות נושאי החוק הייתה ידועה וברורה לחברי הכנסת, והכנסת אף פעלה לא אחת לשינוי הדין באופן שישנה את מצבו המשפטי של פלוני. ואף עתירות כנגד חקיקה שכזו – נדחו.

דוגמה בולטת לשימוש בסמכותה של הכנסת לתיקון עיוות דין בזמן קיומם של הליכים משפטיים, הוא חוק העונשין (תיקון מס' 98), התשס"ח – 2008, שקיבל את הכינוי “חוק דרומי” הואיל ונחקק תוך כדי הליכו המשפטי הפלילי של מר שי דרומי בבית המשפט המחוזי בבאר שבע (ת"פ (מחוזי באר שבע) 1010/07 מדינת ישראל נ' שי דרומי (נבו), 15.07.2009)). כפי שהובהר בהכרעת הדין:

“לאחר סיום שמיעת הראיות בפרשה הנדונה ועוד בטרם סיכמו הצדדים טענותיהם, התקבל בכנסת, ביום כ"א בסיוון, התשס"ח (24.6.08), תיקון מס' 98 לחוק העונשין, במסגרתו הוסיף המחוקק את הוראת סעיף 34 י"א לחוק העונשין הנושאת את הכותרת “הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי ומגודר”... היה מי שכינה את התיקון האמור לחוק העונשין “חוק דרומי”...” [הדגשות במקור, פסקה 6 לפסק דינה של כב' השופטת ר' ברקאי בהכרעת הדין].

²² זמין לצפייה באתר הכנסת, בקישור שלהלן: https://fs.knesset.gov.il/13/Committees/13_ptv_476200.PDF

דוגמה בולטת נוספת לחקיקה שכזו ניתן למצוא בחוק להפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תוכנית ההתנתקות, התש"ע - 2010, שהתקבל בכנסת ביום 25.1.2010, שתכליתו הייתה הפסקת הליכים משפטיים מסוימים, כאשר נושאי החוק אשר מצב המשפטי ישונה עמדו לנגד עיניהם של המחוקקים. בין היתר, נתקף החוק בשל טענות שהוא סותר לכאורה את עקרון הפרדת הרשויות משהמחוקק נוטל לעצמו, לכאורה, "סמכויות שיפוט". כנגד חוקתיות דבר החקיקה הוגשה עתירה, בה בית משפט נכבד זה דן בחוקתיות החוק, וקבע שדבר החקיקה נועד לתכלית ראויה תוך שדחה את העתירה [בג"ץ 1213/10 אייל ניר נ' יו"ר הכנסת (נבו 23.02.2012)].

חקיקה נוספת שנועדה לשנות מצב משפטי באופן רטרואקטיבי ואשר תכליתה המוצהרת הייתה תחולה לגבי אדם בודד, הוא "חוק יגאל עמיר", שנועד למנוע את האפשרות של מתן חנינה או קיצור המאסר של יגאל עמיר על ידי ועדת השחרורים, וזאת במסגרת חוק שחרור על-תנאי ממאסר (תיקון), התשס"ב-2001 [ס"ח 1817, עמ' 47, מיום 30.12.2001]. בעת חקיקת החוק, לא הייתה מחלוקת כי מדובר בחקיקה פרסונלית, וחה"כ יוסף (טומי) לפיד, שסיעתו התנגדה לעצם חקיקת החוק באופן פרסונלי, התבטא בנושא ואמר: "כי הסיעה מתנגדת לחוקים פרסונליים באופן עקרוני, אך היא בהחלט מצדדת בכוונת החוק הזה להשאיר לכל ימי חייו את יגאל עמיר בכלא. על כן נמנענו מהצבעה" [דברי הכנסת הישיבה המאתיים-ושישיים-ושתיים של הכנסת החמש-עשרה 19.12.2001 עמ' 2336]. ואולם, דבר החקיקה הפרסונלי, חרף התכלית הפרסונלית הברורה שעמדה בטבורו, אושר בסופו של דבר בכנסת, עבר בקריאה השלישית ונכנס לספר החוקים בישראל.

252. אף עיון במשפט המשווה מעלה את המסקנה כי פרסונליות אינה פוסלת את מעמדו הנורמטיבי של דבר חקיקה. מסקנה זו מובאת היטב בעבודת המחקר שערך עו"ד גיל ברינגר 'ההגבלות החוקתיות על חקיקה פרסונלית בארצות הברית: תיאוריה והיסטוריה משפטית' (עבודת תזה במסגרת מסלול ישיר לתואר שלישי במשפטים שהוגשה לפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית (טרם פורסם)), במסגרתה חקר את היבטי החקיקה הפרסונלית בארצות הברית ואנגליה [ולהרחבה על חקיקה פרסונלית בארצות הברית ראו גם Private Bills in Congress Harvard Law Review Vol. 79, No. 8 (Jun., 1966), pp. 1684-1706 The Harvard Law Review Association].

מהמחקר הסטטיסטי עולה, כי חקיקה פרסונלית בקונגרס בארצות הברית וחקיקה פרסונלית באנגליה דווקא אינן בגדר חריג היוצא מן הכלל, וכך שאף בתקופות מסוימות בעבר חקיקה פרסונלית היוותה את רוב החקיקה בבחינה מספרית. מסקנתו מהבחינה המשפטית הינה, כי חוקת ארצות הברית אינה אוסרת חקיקה פרסונלית, למעט מגבלות ספציפיות המפורטות בחוקה עצמה בקשר לחקיקה פרסונלית בנסיבות מיוחדות המתקיימות כאשר זכות יסוד חוקתית מסוימת נפגעת (ובפרט בהליך פלילי או הפקעה קניינית), וזאת להבדיל מחקיקה המטיבה עם אדם או גורם מסוים, שאינה מוגבלת. אך זאת, להבדיל מחוקת המדינות שבארצות הברית, אשר לרוב חוקת המדינות עצמן מגבילה בצורה מסוימת חקיקה פרסונלית. אשר להתייחסות בית המשפט בארצות הברית לחקיקה פרסונלית פדראלית מטעם הקונגרס נכתב, כי בית המשפט אינו רואה בעיה עקרונית בעצם השימוש בכלי החקיקתי של חקיקה פרסונלית, ופרסונליות בחקיקה אינה פוגמת במעמדו של החוק. בלשון המחקר:

"שתי פנים, אם כן, ליחסו של בית המשפט לחקיקה פרסונלית מצד הקונגרס: פן עקרוני ופן ספציפי. בפן העקרוני מבהיר בית המשפט כי אין כל מניעה מצד הקונגרס לחוקק חוק פרסונלי הסוטה מן ההסדר הכללי וקובע הסדר מסוים למקרה יחיד ומיוחד. לדעת בית המשפט אין בכך כל קושי, לא מצד הזכות לשוויון ולא מצד הפגיעה כשלעצמה בעקרון הפרדת הרשויות וכניסת המחוקק בעלייה של הרשות השופטת. לעומת זאת, בפן הספציפי, עשויות בהחלט להתקיים מגבלות בתחומים ספציפיים, אותן מפרטת החוקה ביחס לנסיבות מיוחדות, ואשר עשויות למנוע מן הקונגרס לחוקק חקיקה המתמקדת במקרה פרטי. בין אלה מנינו את האיסור על ענישה ללא משפט והאיסור

²³ זמין לצפייה באתר הכנסת, בקישור שלהלן: https://fs.knesset.gov.il/15/Plenum/15_ptm_532988.docx

על נטילת רכושו של אדם באופנים המפורטים בפסיקה ומתייחסים למטרת הנטילה [הדגשות של הח"מ, עמ' 17]. המגבלות על חקיקה המתייחסות לפגיעה שעלולה להיווצר באמצעות חוק הממוקד במקרה פרטי, בניגוד לאלה המתייחסות להטבה שעשויה להיווצר באמצעות חוק הממוקד במקרה פרטי כלל אינן נתפסות כחלק מהקטיגוריה של "חקיקה פרסונלית" [הדגשות במקור, עמ' 18].

ובסיכום המחקר נכתב, כך :

"מאז ראשית ימיה של ארצות הברית, הופיעו חוקים פרסונליים בדפיו של ספר החוקים האמריקאי. רוב השנים הם הופיעו ברוב דפיו. למעשה, בתקופות מסוימות, לרבות במעמקי המאה הקודמת, **היוותה החקיקה הפרסונלית 80% - 90% מכלל החוקים שעברו בקונגרס ובכתי המחקקים של מדינות ארצות הברית. מן הבחינה הסטטיסטית חקיקה מסוג זה לא נחשבה לחריג, אלא דווקא לכלל.** היא זכתה להערכה רבה וקידומה של זו נתפס כמימוש של זכות חוקתית בסיסית הנתונה לכל אזרח. חוקת ארצות הברית אינה אוסרת על חקיקה פרסונלית, למעט במקרים מיוחדים, והפסיקה הקפידה שלא להטיל עליה מגבלות. חרף זאת, ובמקביל לעליית המדינה המנהלית, הפכה חקיקה זו לחריג סטטיסטי בכל הנוגע לחקיקה מטעם הקונגרס." [עמ' 89]

ג.3.ג. גיבוש התיקון החוקתי בהליך חקיקה ראוי ומקיף

253. בבחינת הרבה מעבר לצורך, אך בשל העובדה כי הועלו טענות, אף אם באמרות אגב בדיון מיום 3.8.2023, לעצם קידום התיקון החוקתי החקיקה בהליך חקיקה "מזורז", יצוין כי דווקא התקיים דיון מעמיק ורציני, הן מבחינה מהותית ואף מן הבחינה הפרוצדורלית.

254. מבחינה מהותית, במהלך הליך החקיקה נשמעו בצורה עניינית עמדות המשתתפים השונים, חברי האופוזיציה, מומחים בתחומים הרלוונטיים, הייעוץ המשפטי לממשלה והייעוץ המשפטי לכנסת.

ביניהם, נשמעו ונשקלו בכובד ראש הערות חברי האופוזיציה, וחלק מהערותיהם אף יושמו בנוסח הסופי של התיקון החוקתי, כגון הערות בדבר **הפחתת הרוב הדרוש** מ-90 חברי הכנסת ל-80 חברי הכנסת, **מחיקת הסעיף בדבר היעדרה של ביקורת שיפוטית**, וכן התקבלה הערה ויושמה בדבר **קביעת מגבלת זמנים** לכינוס הממשלה לדיון בנבצרות.

נשמע גם ייעוץ מטעם הייעוץ המשפטי לכנסת ולוועדה, וגם הערותיהם הוטמעו בנוסח הסופי שהתקבל, כמו למשל **מחיקת הסעיף בדבר היעדרה של ביקורת שיפוטית**, המנגנון שקבע את הצורך **בחוות דעת רפואית** כאשר הנבצרות היא מטעמים בריאותיים, לצד הצורך **בהתקנת כללים** בדבר.

בדיוני הוועדה המיוחדת נשמעו ונשקלו גם עמדות הייעוץ המשפטי לממשלה, והוועדה המיוחדת אימצה חלק מהערות הייעוץ המשפטי לממשלה בנוסח הסופי. בחוות הדעת שהוגשה לוועדה המיוחדת מטעם המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי), 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). **ראשית**, הקושי המרכזי שהוצג היה הסעיף שמנע ביקורת שיפוטית בעניין. **סעיף זה לא מופיע בחוק שאושר בסופו של דבר על ידי הכנסת** (וזאת מבלי לגרוע מעמדתנו שבית המשפט הנכבד אינו מוסמך לדון בשאלות כגון אלה שבין היתר גם אינן שפיטות, וזאת אף ללא קשר לאמור או למה שאינו אמור בחוק). **שנית**, 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 שהגבלות המספריות הופכות את ההסדר המוצע לכזה שאינו רלוונטי בחיי המעשה. למרות מחלוקות ביחס

להערכתו באשר להעדר רלוונטיות בחיי המעשה, בסופו של דבר **דרישת הרוב רוככה** כך שבמקום 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). **שלישית**, 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 דוגמה של מדינה כלשהי שבה נהוגה ההצעה המופיעה בחוות הדעת (וראו בעניין זה בהרחבה את דברינו באשר למשפט המשווה).

במאמר מוסגר נציין, אשר לסעיף הביקורת השיפוטית, שכאמור הוחלט לבסוף להסירו מנוסחו הסופי של התיקון החוקתי, 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, [ר' 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:

"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".

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 היועץ המשפטי לממשלה ואף לא את בית המשפט הנכבד 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.

255. לסיכום ביניים של חלק זה, ראוי לצטט את דברי יו"ר הוועדה המיוחדת, חה"כ אופיר כץ, עת עמד על התיקונים שנתקבלו נוכח הערות המשתתפים בדיוני הוועדה:

"היו"ר אופיר כץ: ... תנו לי לסיים את התיקונים. אני חוזר – ראש הממשלה יכנס את הממשלה לבקשת 60% מחבריה בתוך שלושה ימים. זה נותן מענה לצורך במידיות. ככל שיש 75% מחברי הממשלה שיבקשו להכריז על נבצרות זמנית, תחול נבצרות זמנית לשלושה ימים בלבד. בתוך שלושה ימים החלטת הממשלה תצטרך לקבל אישור ועדת הכנסת ברוב של שני שלישי מהחברים, ואם העילה היא בריאותית ההחלטה של ועדת הכנסת תהיה על פי חוות דעת רפואית שתיעשה בהתאם לכללים של ועדת הכנסת. הסדר דומה יש בנבצרות זמנית בעילה של בריאות לנשיא. ועדת הכנסת תהיה רשאית לקבוע נבצרות של 10 ימים מיום החלטת הממשלה ברוב שני שלישי מהחברים. הארכת התקופה מעבר לעשרה ימים תהיה על ידי הכנסת לפי הצעת ועדת הכנסת ברוב של 80 במקום 90 – הורדנו את זה – שהיה בנוסח הקודם. כל פעם ל-21 ימים עד 100 ימים לכל היותר, שאז זו כבר נבצרות קבועה. כלומר פה נתנו מענה למספר סוגיות שהעליתם וגם הייעוץ המשפטי לממשלה וגם שגית ואייל העלו ..." [פרוטוקול מס' 12 מישיבת הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה (19 במרץ 2023) עמ' 5 - ר' הערת שוליים 1].

"היו"ר אופיר כץ: [הסעיף בדבר היעדר ביקורת שיפוטית, הח"מ] זה מה שהוגדר על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה החור השחור שהופך את זה לחוק לא חוקתי ושזה סעיף שהחלטנו לאחר דיונים וגם אתם חברי האופוזיציה, כפי שאמרת גם עכשיו, מספר פעמים על האי אפשרות הזו – זה סעיף שהחלטנו להורידו. אנחנו נוריד את הפסקה הזו."

256. הכנסת, וכן הוועדה המיוחדת, אף נתנה דעתה באופן פרטני גם לשאלת התחולה בזמן (היא השאלה שבמוקד עתירות אלו לנוכח הצו על תנאי שניתן). בהחלטה מודעת ומכוונת, הכנסת הכריעה לבסוף, כי ככל דבר חקיקה, תחולת ההסדר החוקתי תהיה **מיידי**. כפי שצינו לעיל, ראו למשל את הצעת חלק מחברי הכנסת לתחולה מאוחרת של התיקון החוקתי, אשר לא התקבלה ולמעשה **נדחתה** בדיון הוועדה המיוחדת מיום 21.3.2023 בהכנה לקריאה השנייה והשלישית [פרוטוקול מס' 14 מישיבת הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה (21.3.2023) עמ' 92 - ר' הערת שוליים 1].

257. אם כן, הכנסת, בסמכותה כרשות מכוננת, נתנה דעתה לשאלות כבדות המשקל נשוא התיקון החוקתי, ותיקנה את הצעת חוק היסוד בהתאם לצורך, על פי שיקול דעתה ובהתאם למנדט והסמכות שניתנו לה לשם כך בדין הקונסטיטוציוני הישראלי. לבסוף, הכנסת בכובעה כרשות המכוננת של מדינת ישראל הכריעה כי הדין הראוי לחול במשפט החוקתי הישראלי, באשר לכל ממשלה וביחס לכל ראש ממשלה באשר הוא, הוא אותו ההסדר החוקתי הקבוע שכוון במסגרת תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה, והחליטה כי הסדר זה ראוי שיחול בתחולה מיידי, אף בתקופת הכנסת הנוכחית, שכן ההסדר מהווה את ההסדר החוקתי הראוי שעל פי תפיסתה של הרשות המכוננת צריך לחול על ממשלות ישראל.

258. אף אם לעמדת העותרים ישנו קושי מסוים בעצם הפעלת הסמכות המכוננת בנסיבות דנן, הרי שיפיים ליישום על ענייננו דברי כב' הנשיאה ביניש בבג"ץ **בר-און**, לפיהם יש לקחת בחשבון את העובדה כי הכנסת הפעילה את סמכותה המכוננת **תוך התייחסות למורכבות הכרוכה בהפעלת הסמכות ומתוך הכרעה מכוונת** בדבר:

*"הבאנו בהרחבה את הדברים שהושמעו בפני הוועדה המשותפת משום שלגישתנו, יש בדיון המקצועי והמפורט שנערך בוועדה המשותפת כדי להצביע על כך שחקיקת חוק היסוד בדרך של הוראת שעה הייתה **מודעת**, ובהליך החקיקה התקיים **דיון רציני** וניתנה תשומת הלב לשאלת האפשרות לחוקק את חוק היסוד כהוראת שעה. יש להביא נתון זה בחשבון בעת בחינת חוקתיות החוק, שכן יש בו כדי ללמד על כך שהכנסת פעלה מתוך הבנה שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת תוך התייחסות למורכבות הכרוכה בדבר."*

259. עוד נציין, למען הזהירות ומבחינת הרבה מעבר לצורך, גם מבחינה פרוצדורלית התקיים הליך חקיקתי ראוי, שהסתיים בגיבוש ההסדר החוקתי, ברוב המיוחד הדרוש בחוק-יסוד: הממשלה. הליך החקיקה כלל שמונה דיוני הכנה בוועדה המיוחדת. חרף הרושם אשר ייתכן שנוצר, כי מדובר לכאורה בהליך חקיקה מזורז, דווקא בדיקה השוואתית של התיקון החוקתי אל מול שאר התיקונים הקודמים לחוק יסוד: הממשלה, מעלה שבממוצע, הכנסת דנה בתיקונים החוקתיים לחוק-יסוד: הממשלה כשישה דיוני הכנה בוועדה. ואילו בענייננו, הוועדה המיוחדת דנה אף ביותר דיוני הכנה מהממוצע, ואף הזמן שחלף בין הנחת הצעת החוק על שולחן הכנסת ועד לקבלתה בקריאה השלישית במליאת הכנסת – אינו חריג כלל ועיקר²⁴. על עניין זה יפיים ליישום דברי כב' השופטת (כתוארה דאז) א' חיות ביחס לדחיית טענות בדבר הליך החקיקה:

²⁴ נתוני ההשוואה מבוססים על מידע המפורסם באתר הכנסת בקישור הבא ואשר מסוכם בטבלה שלהלן:

התיקון	ס"ח	עמ'	מועד הנחת הצ"ח	מועד קבלת התיקון	ימי דיוני הכנה
חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12)	3031	72	20/02/2023	27/03/2023	8
חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11)	3011	4	12/12/2022	27/12/2022	9
חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 10)	2920	382	28/06/2021	28/07/2021	5
חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 49)	2800	70	18/05/2020	16/06/2020	4
חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה)	2795	34	23/04/2020	07/05/2020	7
חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 7)	2744	900	18/06/2018	26/07/2018	2
חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 6)	2715	636	01/01/2018	02/05/2018	5

“כפי שתואר לעיל, הוועדה המיוחדת דנה במשך **חמש או שש ישיבות** ברפורמה ברשות החשמל בהשתתפות פעילה של גורמים שונים ובהם חברי הכנסת; עו”ד פרקש-הכהן; יו”ר דירקטוריון חברת חשמל; נציגי הממשלה; נציגים שונים של ארגונים חברתיים ובהם העותרים שבפנינו. במהלך אותן ישיבות ניתנו הסברים על הסעיפים השונים שמוצע לכלול ברפורמה, הוצגו הטעמים העומדים ביסודה, וכן נשמעו ההסתייגויות של הגורמים אשר התנגדו לרפורמה. בעקבות הערות חברי הכנסת אף קיימו נציגי הממשלה ביום 21.10.2015 ישיבה עם היועצת המשפטית של הוועדה המיוחדת (המשמשת גם כיועצת המשפטית של ועדת הכלכלה) ולאחר אותה ישיבה העבירו נציגי הממשלה לוועדה נוסח מעודכן אשר נדון בוועדה המיוחדת לאורך שלושה דיונים נוספים שקיימה בימים 3.11.2015 ו-4.11.2015. **בניסיונות אלה לקבל את הטענה בדבר פגיעה בנוחות ההשתתפות של חברי הכנסת בהליך החקיקה... מאותם טעמים אף אין לקבל את הטענות שהעלה העותר בדבר אי מיצוי הדיון בסוגיות שונות שעלו בפני הוועדה.**” [פסקה 13 לפסק דינה של כב’ השופטת (כתוארה דאז) א’ חיות בג”ץ 8612/15 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ. כנסת (17.08.2016)].

260. בשולי הדברים נציין, כי אין כל בסיס לטענות וטרוניות שעלו בהליך זה כנגד כינון התיקון החוקתי לחוק-יסוד: הממשלה באמצעות הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה שהוקמה בכנסת. בית משפט נכבד זה פסק זה מכבר כי זהות הוועדה בכנסת העומדת מאחורי כינונו של ההסדר החוקתי איננה משנה את אופיו החוקתי של דבר החקיקה או את מדרגו הנורמטיבי. כך, לדברי כב’ הנשיאה מ’ נאור בבג”ץ 3234/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ’ יו”ר הכנסת** (נבו 09.07.2015):

“אין לקבל את טענותיה של העותרת לפיהן הוועדה המיוחדת אינה מוסמכת לדון בתיקון חוק היסוד... דינה של ועדה מיוחדת “כדין ועדה קבועה לכל דבר, פרט לתקופת כהונתה” (שם). זאת ועוד: אף שחוקי היסוד הם ככלל תחומי עניינה של ועדת החוקה, חוק ומשפט (ראו: סעיף 100(6) לתקנון הכנסת), מוסמכת ועדת הכנסת – וכל עוד לא נבחרה, הוועדה המסדרת – לפסוק בחילוקי דעות בעניין זהות הוועדה שתטפל בהצעת חוק מסוימת (ראו: סעיף 101(ב) לתקנון הכנסת) ולהעביר הצעות חוק לטיפולן של ועדות שונות שלא בהתאם לחלוקה הנושאת הקבועה בסעיף 100 לתקנון הכנסת. מכוח הוראה זו נדונו, למשל, תיקונים לחוק-יסוד: הכנסת בוועדת הכנסת, ולא בוועדת החוקה, חוק ומשפט. על כן, איני סבורה כי ניתן לראות בהכנת הצעת התיקון לקריאה שנייה ושלישית בוועדה המיוחדת משום פגם, ובוודאי לא פגם היורד לשורש ההליך” [פסקה 10 לפסק דינה של כב’ הנשיאה מ’ נאור].

1	14/01/2018	01/01/2018	112	2682	חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 5)
2	06/08/2015	20/01/2015	248	2500	חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 42 והוראת שעה)
1	13/05/2015	11/05/2015	188	2491	חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 3 והוראת שעה לכנסת ה-20)
2	22/05/2014	11/11/2013	554	2452	חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 41)
27	19/03/2014	29/04/2013	346	2440	חוק-יסוד: הממשלה (תיקון)

main.knesset.gov.il/activity/legislation/laws/pages/lawprimary.aspx?t=lawlaws&st=lawlaws&lawitemid=2000040

סוף דבר

261. דין העתירות שבכותרת להידחות.

262. הפיכת הצו על תנאי למוחלט, במובן שתידחה תחולתו, **משולה למעשה להתערבות תקדימית וחריגה בחקיקת היסוד של הרשות המכוננת בהסדר חוקתי קבוע** – התערבות שבכל הכבוד אינה במסגרת סמכותו של בית משפט נכבד זה, ובכלל מדובר בעניין שאינו שפיט מבחינה מוסדית, שכן המוסד הראוי לדון בחקיקת חוקי היסוד הוא – הכנסת בכובעה כרשות מכוננת.

263. בכל מקרה, דחיית תחולתו של התיקון החוקתי **אינה בגדר אקט פרשני** – בפרט בנסיבות העניין בהן הכנסת נתנה דעתה מפורשות לשאלת התחולה בזמן ועשתה שימוש בסמכותה המכוננת לכינון **הסדר חוקתי קבוע, כללי, כוללני ויציב**, שתחולתו במועד פרסומו ברשומות, ככל דבר חקיקה אחר. **לא מדובר ב'קריאה לתוך החוק' אלא 'כתיבה לתוך החוק'**, פעולה שאינה במסגרת סמכותו של בית המשפט הנכבד.

264. דוקטרינת 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת' אינה ישימה בענייננו על תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה, שכן ביקורת שיפוטית לחוק יסוד אינה אפשרית **בהעדר 'פגיעה חוקתית'**, אין בסיס לביקורת שיפוטית ואין כל מקום **לבחון סובייקטיבית את המניעים והתכליות של מכונן היסוד**. בכל מקרה, אין חולק שהתיקון **תואם למארג החוקתי הישראלי** וככזה ראוי להוות נורמה חוקתית והוא אף עומד בקנה אחד עם הסדרים חוקתיים מקבילים, הן בדין הישראלי והן במשפט המשווה. מדובר כאמור בתיקון חוקתי **כללי, כוללני, קבוע ויציב** שהתקבל בגדרי סמכותה העליונה של הכנסת כרשות מכוננת ברוב חברי הכנסת, **בהליך חקיקה ראוי ומקיף**, מתוך **תכלית ציבורית ופוליטית**, למען ביסוס המשטר הדמוקרטי, היציבות השלטונית והוודאות המשפטית במערכת הקונסטיטוציונית הישראלית.

265. התיקון החוקתי **לא השפיע רטרוספקטיבית על מצבו המשפטי של ראש הממשלה**; ראשית, עובדה שאינה במחלוקת היא כי ראש הממשלה לא נבצר מלמלא את תפקידו מטעמים הקשורים בהליכיו הפליליים או ניגודי העניינים הנטענים ומעולם לא התקבלה החלטה אחרת. שנית, החלטה על נבצרות ראש ממשלה על פי הדין הקיים לפני התיקון החוקתי התקבלה על ידי הממשלה עצמה; שלישית, עילות הנבצרות על פי הדין שהיה קיים ערב התיקון החוקתי היו בשל טעמי מניעות אובייקטיביים ומעולם לא נקבע כי קיומם של הליכים פליליים או ניגודי עניינים למיניהם הם בגדר נבצרות. כך או אחרת, מדובר בתיקון חוקתי המצוי בסמכותה של הכנסת, המוסמכת לכל דעות לתיקון עיוותים בדין ולחוקק הסדרים, גם אם פרסונליים.

266. לבסוף, הרבה מעבר לצורך, יש לתת משקל לכך שמדובר **בתיקון חוקתי שגובש בהליך סדור ומקיף**, שעמדות רבות נשמעו במסגרתו, והערות רבות, הן מצד הייעוץ המשפטי לוועדה, הייעוץ המשפטי לממשלה, והן מצד חברי הכנסת מטעם האופוזיציה, יושמו לבסוף בנוסח הסופי שהתקבל. כך שבסופו של דבר התקבל הסדר חוקתי מאוזן וראוי.

267. העובדות המהוות בסיס לנימוקי ההתנגדות לצו על תנאי המפורטות ב-פרק א': הרקע העובדתי הנדרש, נסמכות בעיקרן על מידע פומבי שפורסם, על מסמכים המצויים בתיק בית המשפט בעתירות, ונתמכות בתצהיר המשיב 2.


אופק ברוק, עו"ד


רועי שכטר, עו"ד
ב"כ המשיב 2

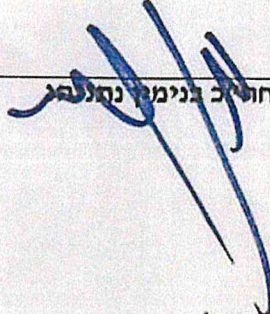

מיכאל ראבילו, עו"ד

היום, 21 ספטמבר 2023

תצהיר

אני הח"מ, ראש ממשלת ישראל, חה"כ בנימין נתניהו, נושא ת.ז. שמספרה 000090555, לאחר שהוזהרתי כי עלי להצהיר את האמת, שאם לא כן אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, מצהיר בזאת, כדלקמן:

1. אני עושה תצהירי זה כתצהיר תשובה לצו על תנאי מטעמי בפני בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק בעתירות שבכותרת בעניין תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה.
2. העובדות המפורטות בפרק א': הרקע העובדתי הנדרש לתשובה לצו על תנאי נכונות לפי מיטב ידיעתי ואמונתי ועל פי בדיקות שנערכו עבורי. הנימוקים המשפטיים הכלולים בתשובה לצו על תנאי הינם נכונים על פי ייעוץ משפטי שקיבלתי.
3. מן הנימוקים שפורטו בתשובה לצו על תנאי, מתבקש בזה בית המשפט הנכבד לדחות את העתירות.
4. זה שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי - אמת.


ח"כ בנימין נתניהו

אישור

אני הח"מ, מיכאל ראבילו, עו"ד, מאשר בזה כי ביום 23/12/2023 הופיע בפני ראש הממשלה חה"כ בנימין נתניהו המוכר לי אישית, ואחרי שהוזהרתי כי עליו להצהיר את האמת, וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות הצהרתו דלעיל וחתם עליה בפני.


מיכאל ראבילו
עו"ד - 16673

נספח 1

**העתק מתדפיס מערכת
הסנהדרין בו מופיע שהצעת
החוק הועלתה למערכת
"הסנהדרין" ביום 8.2.2023**

