

התנועה למען איכות השלטון בישראל, ע"ר 580178697
ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר אליעד שרגא ו/או תומר נאור ו/או אריאל ברזילי
ו/או שקד בן עמי ו/או אביתר אילון ו/או הידי נגב ו/או גילי גוטוירט
רח' יפו 208 ירושלים, ת.ד. 36054 ירושלים 91043
טל': 02-5000073 ; פקס: 02-5000076

העותרת

- נ ג ד -

1. **כנסת ישראל**
2. **ממלאת מקום היועץ המשפטי לכנסת**

ע"י ב"כ מהלשכה המשפטית בכנסת
משכן הכנסת, ירושלים
טל': 02-6408636 ; פקס: 02-6753495

3. **היועץ המשפטי לממשלה**

ע"י ב"כ עוה"ד מפרקליטות המדינה
רח' צאלח א-דין 29 ירושלים
טל': 02-6466590 ; פקס: 02-6467011

4. **סיעת כחול לבן**

ע"י ב"כ עוה"ד ערן מרינגברג ו/או שמעון בראון ואח'
רח' אבא הלל 14 רמת גן, ממשרד מרינגברג בראון ושות'
טל': 03-6135559 ; פקס: 03-6135558

5. **סיעת הליכוד**

ע"י ב"כ עוה"ד אבי הלוי
כנרת (מושב) ד.נ. עמק הירדן 15105
טל': 04-6709330 ; פקס: 04-6709443

המשיבים

עתירה דחופה למתן צווים הצהרתיים,

צווים על תנאי, צו ביניים

ובקשה לקיום דיון דחוף

מוגשת בזאת עתירה לבית משפט נכבד זה, למתן צווים הצהרתיים, צווים על תנאי וצו ביניים כנגד המשיבים 1-5, והכל כדלקמן:

א. צווים הצהרתיים

1.א. צו הצהרתי הקובע כי תיקון חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה) אשר עבר בקריאה שלישית ונתקבל, הינו בטל מיסודו, וזאת לנוכח התגבשות הסיבות שלהלן, במצטבר ובנפרד:

א.1.א. התיקון עומד כתיקון חוקתי לא חוקתי, באשר הוא עולה כדי שינוי "המבנה הבסיסי" של הדמוקרטיה הפרלמנטרית בישראל אגב כינון ממשלה "דו ראשית" – ולמעשה "החלפת חוקתית"; ובאשר הוא מעקר את מקור סמכותו של ראש הממשלה ומפשיטו מן ה"כוח החוקתי" המיועד לו.

א.1.ב. התיקון הוא תיקון חוקתי שנתקבל תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת, הפוגע אנושות בשיטת המשטר הישראלית, באשר הוא נועד לפגוע בטוהר המידות ובסטנדרט הערכי שנקבע במסגרת הלכת "דרעי-פנחסי"; וכן להחליש את מעמדה של הכנסת בפיקוח על פועלה של הממשלה; והכל על רקע שיקולים פרסונליים אסורים, צרכי שעה קואליציוניים, ובאמצעות הוראות הנעדרות כל תכלית ראויה עצמאית מחקשר פוליטי חולף – ולפיכך אין מקומו בין הנורמות החוקתיות במדינת ישראל.

א.1.ג. לנוכח הפגמים הקשים שנפלו בהליך חקיקת התיקון לחוק יסוד, ובהם הפגיעה בעקרון השתתפות חברי הכנסת בהליך החקיקה, העדרו של פרק זמן ראוי לדיון בשינוי המשטרי הנרחב ובהשלכותיו, העדר תשתית עובדתית ומשפטית ראויה ומלאה, ובאופן החורג מן הדרך בה התקבלו חוקי יסוד בעבר.

2.א. לחלופין, תבקש העותרת מבית המשפט הנכבד ליתן צו הצהרתי הקובע כי סעיפים 13א, 13א(ו), 43ד, 43ז, 43ח לתיקון חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה) בטלים מיסודם, באשר הם עולים כדי תיקון חוקתי לא חוקתי, שנתקבל תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת, והכל לנוכח הטעמים המפורטים לעיל בסעיפים א.1.א, א.1.ב ו-א.1.ג.

3.א. כן תבקש העותרת מבית המשפט הנכבד ליתן צו הצהרתי הקובע כי תיקון חוק יסוד: הכנסת – הוראת שעה, אשר עבר בקריאה שלישית ונתקבל, הינו בטל מיסודו, וזאת לנוכח התגבשות הסיבות שלהלן, במצטבר ובנפרד:

א.3.א. התיקון עומד כתיקון חוקתי לא חוקתי, באשר הוא עולה כדי שינוי "המבנה הבסיסי" של הדמוקרטיה הפרלמנטרית בישראל, מקום בו הרשות המבצעת מכתיבה לכנסת קיצור של תקופת כהונתה, וזאת בניגוד למסד החוקתי שבהוראות חוק יסוד: הכנסת, שעל בסיסן נערכו הבחירות לכנסת ה-23.

א.3.3. **התיקון הוא תיקון חוקתי שנתקבל תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת,** אשר ביסודו פגיעה קשה בעצמאות הכנסת, תחת הכותרת של "הוראת שעה" - אשר מעצם טיבה הינה תיקון חוקה פגום מן היסוד, המנוגד לרעיון הבסיסי לפיו הוראות החוקה נועדו לבסס נורמות משטריות קבועות ויציבות.

א.3.3.ג. **לנוכח הפגמים הקשים שנפלו בהליך חקיקת התיקון לחוק יסוד, ובהם הפגיעה בעקרון השתתפות חברי הכנסת בהליך החקיקה, העדרו של פרק זמן ראוי לדיון בשינוי הנרחב ובהשלכותיו, העדר תשתית עובדתית ומשפטית ראויה ומלאה, ובאופן החורג מן הדרך בה התקבלו חוקי יסוד בעבר.**

ב. צווים על תנאי

ב.1.1. **צו על תנאי כנגד הכנסת, היא המשיבה 1 לעתירה, המורה לה לבוא ולנמק מדוע לא יבוטל תיקון חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), וזאת לנוכח התגבשות הסיבות שלהלן, במצטבר ובנפרד:**

ב.1.1.א. **התיקון עומד כתיקון חוקתי לא חוקתי, באשר הוא עולה כדי שינוי "המבנה הבסיסי" של הדמוקרטיה הפרלמנטרית בישראל אגב כינון ממשלה "דו ראשית" – העולה אף כדי "החלפה חוקתית"; ובאשר הוא מעקר את מקור סמכותו של ראש הממשלה ומפשיטו מן ה"כוח החוקתי" המיועד לו.**

ב.1.1.ב. **התיקון הוא תיקון חוקתי שנתקבל תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת, הפוגע אנושות בשיטת המשטר הישראלית, באשר הוא נועד לפגוע בטוהר המידות ובסטנדרט הערכי שנקבע במסגרת הלכת "דרעי-פנחסני"; וכן להחליש את מעמדה של הכנסת בביקוח על פועלה של הממשלה; והכל על רקע שיקולים פרסונליים אסורים, צרכי שעה קואליציוניים, ובאמצעות הוראות הנעדרות כל תכלית ראויה עצמאית מהקשר פוליטי חולף – ולפיכך אין מקומו בין הנורמות החוקתיות במדינת ישראל.**

ב.1.1.ג. **לנוכח הפגמים הקשים שנפלו בהליך חקיקת התיקון לחוק יסוד, ובהם הפגיעה בעקרון השתתפות חברי הכנסת בהליך החקיקה, העדרו של פרק זמן ראוי לדיון בשינוי המשטרי הנרחב ובהשלכותיו, העדר תשתית עובדתית ומשפטית ראויה ומלאה, ובאופן החורג מן הדרך בה התקבלו חוקי יסוד בעבר.**

ב.2. **לחילופין, צו על תנאי כנגד הכנסת, היא המשיבה 1 לעתירה, המורה לה לבוא ולנמק מדוע לא יבוטלו סעיפים 13א, 13א(ו), 43ד, 43ז, 43ח לתיקון חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), באשר הם עולים כדי תיקון חוקתי לא חוקתי, שנתקבל תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת, והכל לנוכח הטעמים המפורטים לעיל בסעיפים א.1.א, א.1.ב ו-א.1.ג.**

3.ב. צו על תנאי כנגד המשיבה 1 לעתירה, המורה לה לבוא ולנמק מדוע לא יבוטל תיקון חוק יסוד: הכנסת – הוראת שעה, וזאת לנוכח התגבשות הסיבות שלהלן, במצטבר ובנפרד:

3.ב.א. התיקון עומד כתיקון חוקתי לא חוקתי, באשר הוא עולה כדי שינוי "המבנה הבסיסי" של הדמוקרטיה הפרלמנטרית בישראל, מקום בו הרשות המבצעת מכתובה לכנסת קיצור של תקופת כהונתה, וזאת בניגוד למסד החוקתי שבהוראות חוק יסוד: הכנסת, שעל בסיסן נערכו הבחירות לכנסת ה-23.

3.ב.ב. התיקון הוא תיקון חוקתי שנתקבל תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת, שביסודו פגיעה קשה בעצמאות הכנסת, תחת הכותרת של "הוראת שעה" - אשר מעצם טיבה מהווה תיקון חוקה פגום מן היסוד, המנוגד לרעיון הבסיסי לפיו הוראות החוקה נועדו לבסס נורמות משטריות קבועות ויציבות.

3.ב.ג. לנוכח הפגמים הקשים שנפלו בהליך חקיקת התיקון לחוק יסוד, ובהם הפגיעה בעקרון השתתפות חברי הכנסת בהליך החקיקה, העדרו של פרק זמן ראוי לדיון בשינוי המשטרי הנרחב ובהשלכותיו, העדר תשתית עובדתית ומשפטית ראויה ומלאה, ובאופן החורג מן הדרך בה התקבלו חוקי יסוד בעבר.

ג. צו הביניים

1.ג. כמו כן, מתבקש בית משפט נכבד זה להוציא צו ביניים המקפא את כניסת התיקונים לתוקף, וזאת עד אשר תידון ותוכרע העתירה.

2.ג. הכלל הוא כי צו ביניים נועד לשמר את המצב הקיים ולמנוע נזקים בלתי-הפיכים [ר' לעניין זה למשל ספרו של א' סאמרלי, **סעדים זמניים**, הוצאת "אוצר המשפט" כרך א', עמ' 3 (2005)].

3.ג. מטרתה של הבקשה למתן צו הביניים היא למנוע מצב בו ייכנסו לתקפם תיקוני חוק יסוד שאינם חוקתיים ואשר התקבלו בהליך שאינו תקין, ואשר כניסתם לתוקף עשויה להוביל לפגיעה חמורה במרקם הדמוקרטי הישראלי, ולקבוע עובדות בלתי הפיכות בשטח.

4.ג. כידוע, בבואו לבחון את השאלה האם להעניק צו ביניים אם לאו, מאזן בית המשפט הנכבד בין שני שיקולים עיקריים - מאזן הנוחות, וסיכויי העתירה, כאשר למאזן הנוחות מעמד בכורה ברור בין שני אלה. כך נקבע בבר"מ 8777/06 מפעלי תחנות בע"מ ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה טבריה ואח' (פורסם בנבו, 19.11.2006): "על בית המשפט לשקול בבואו להכריע בבקשה למתן צו ביניים את סיכויי העתירה ואת "מאזן הנוחות" ... שני השיקולים משפיעים האחד על השני... ואולם, אבן הבוחן העיקרית בסופו של יום היא בשיקולי "מאזן הנוחות"."

- ג.5. העותרת סבורה כי נסיבות העניין מחייבות מתן צו הביניים המבוקש, וזאת על מנת למנוע פגיעה קשה אף יותר בכנסת ובשיטת המשטר הישראלית.
- ג.6. בקשה זו עומדת בכפיפה אחת עם הבקשה לקיום דיון בהול, אשר קיומו יבטיח כי צו ביניים, ככל שיינתן, יעמוד לזמן קצר בלבד.

ד. בקשה לקיום דיון דחוף

ד.1. כן מתבקש בזאת בית המשפט הנכבד להורות על קיום דיון בהול בעתירה, על רקע הצורך לברר בהקדם האפשרי את השאלות העומדות בבסיס העתירה, ונוכח העובדה כי ההכנות להשבעת הממשלה צפויות להסתיים בתוך שבועיים ימים לכל היותר, וצפויה השבעת הממשלה על בסיס אותו שינוי משטרי פסול מן היסוד הקבוע בהוראות החקיקה, מושא העתירה הנוכחית.

א. הצדדים לעתירה

העותרת

העותרת היא עמותה, רשומה כדין, תנועה עצמאית א-פוליטית ובלתי מפלגתית, המציינת בימים אלו 30 שנים של עשייה ציבורית ומשפטית בהן חרטה על דיגלה שמירה על טוהר המידות בשירות הציבורי, עידוד ערכי שלטון החוק, שירוש נורמות בלתי ראויות במנהל הציבורי והשרשת נורמות ראויות של מנהל ציבורי תקין. העותרת היא ארגון אזרחי המונה כ-52,000 חברים ופעילים, ולמעלה מ-200,000 עוקבים ברשתות החברתיות.

המשיבים

1. המשיבה 1 היא כנסת ישראל, אשר על פי סעיף 13(ד) לחוק יסוד: הממשלה, היא הגורם האמון על אישור קווי היסוד של הממשלה.
2. המשיבה 2 היא ממלאת מקום היועץ המשפטי לכנסת, מי שאמונה על ההנחיה המשפטית אצל הכנסת ועל הנחיית חברי הכנסת לפעול על פי חוק.
3. המשיב 3 הוא היועץ המשפטי לממשלה, העומד בראש המערכת המשפטית של הרשות המבצעת מחד, והעומד בראש המערכת המשפטית והשירות המשפטי הציבורי מאידך. בתפקידו אלו הוא גם מייצג את האינטרס הציבורי ושומר על קיום הדין, וכן על הנחיית הממשלה לפעול על פי הדין.
4. המשיבה 4 היא סיעת כחול לבן, המונה 15 מנדטים ואשר ביום 20.04.2020 חתמה הסכם קואליציוני לכינון "ממשלת חירום ואחדות לאומית" עם המשיבה 5, ומתוך הסכם זה נולדו תיקוני החקיקה שבמוקד העתירה הנוכחית. בראשותה של המשיבה 4 עומד חה"כ בנימין גנץ, אשר על פי ההסכם הקואליציוני עתיד לשמש כראש ממשלה "חלופי", ולאחר מכן ראש הממשלה.

5. המשיבה 5 היא סיעת הליכוד, המונה 36 מנדטים, ובראשה עומד ראש הממשלה בנימין נתניהו הנאשם בעבירות של שוחד, מרמה והפרת אמונים. ביום 20.04.2020 חתמה על ההסכם הקואליציוני לכינון "ממשלת חירום ואחדות לאומית" עם המשיבה 4, ומתוך הסכם זה נולדו תיקוני החקיקה שבמוקד העתירה הנוכחית. בראשותה של המשיבה 5 עומד ח"כ בנימין נתניהו, אשר על פי ההסכם הקואליציוני עתיד לשמש כראש הממשלה, ולאחר מכן ראש הממשלה "החלופי".

ב. פתח דבר

6. תמצית עניינה של העתירה כולה, בקושיה הבאה המונחת לפני בית משפט נכבד זה: **עד היכן נמתחים גבולות חליפת חוקי-היסוד, כך שיתאימו למבנה גופו של נאשם בפלילים?**
7. כפי שיפורט בהרחבה להלן, מהתיקון לחוק היסוד שבמוקד עתירה זו, עולה שמדובר בשינוי "המבנה הבסיסי" המשטרי; שאף עולה כדי "החלפה חוקתית" של שיטת הממשל של הדמוקרטיה הפרלמנטרית הקיים בישראל. המדובר בתיקון לחוק יסוד המשנה באופן בסיסי ויסודי את מעמדו של ראש הממשלה כפונקציה מוסדית – כלומר, כמי שעומד בראשות הממשלה והרשות המבצעת.
8. כך, התיקון לחוק היסוד מעקר את מקור סמכותו של ראש הממשלה ומפשיטו מן ה"כוח החוקתי" המאפשר לו את ביצוע תפקידו. הוא יורד לשורש מעמדו של ראש הממשלה כ"ראשון בין שווים"; ופוגם באפשרות המעשית לקיים ממשלה.
9. כוח חוקתי זה יורד לשורש המבנה המשטרי בישראל, ועומד ביסוד מארג ההסדרים החוקתיים המקימים אותו – במובן זה, שמעמדו של ראש הממשלה משליך על יציבות הממשלה, ועל יכולתה של הממשלה לפעול לשם קידום קווי-היסוד אותם הציגה לפני הכנסת, ואשר על בסיסם ניתן לה מלכתחילה אמון הכנסת.
10. התיקון לחוק היסוד בעצם מציג לפנינו משטר שלטוני וחוקתי חדש: כנסת אחת. רשות שופטת אחת. ואילו, ממשלות – שתיים. ובראש כל אחת מהן – ראש ממשלה אחר: האחד מכונה "ראש הממשלה", והשני מכונה "ראש הממשלה החלופי". כל אחד מהם מחזיק ב"כוח החוקתי" ביחס לממשלתו-שלו, והוא אפוא מוסמך לבצע חילופי-גברי בממשלתו שלו, כראות עיניו. כל שר וכל סגן-שר ממונה בידי "ראש ממשלתו-שלו" באמצעות כך שהוא "מסומן" כ"בעל זיקה" כשייד לאחת מן הממשלות – והוא באופן מעשי אחראי כלפי ראש ממשלתו שלו.
11. **תיקון חוקתי זה – בלתי חוקתי הוא.** שהרי אין ספק שהמדובר בשינוי המבנה הבסיסי של המשטר החוקתי או מאפייניו הבסיסיים; יצירה בפועל של חוקה "חדשה" המחליפה את השיטה המבוססת של הדמוקרטיה הפרלמנטרית הקיימת בישראל, ומקימה מבנה משטרי חדש. עובדה זו מספיקה כדי לקבוע שדין התיקון לחוק היסוד – בטלות.
12. בצד זאת, יש מקום להורות על ביטול התיקון לחוק היסוד גם בשל "השימוש לרעה" שנעשה בו בידי בנימין נתניהו המבקש ליצור משטר חוקתי חדש להגנה מפני אישומים פליליים; ובנימין גנץ המבקש לערוך תיקון חוקתי-משטרי זה מטעמים פוליטיים קצרי-מועד הנובעים מחוסר-

אמון בבנימין נתניהו. עירוב השיקולים – האישי והציבורי; הפוליטי והחוקתי – עולה כדי שימוש לרעה בסמכות שניתנה לכנסת כ"נאמן" העם.

13. לבסוף, יש מקום להורות על ביטול התיקון לחוק היסוד גם בשל הפגמים הפרוצדורליים החמורים שליוו את הליך הבזק לחקיקתו, תוך רמיסת מעמד הכנסת בידי הממשלה; ופגיעה חמורה בעקרון הפרדת הרשויות.

14. ברי אפוא שהתערבות הרשות השופטת נחוצה להשיב על מכונם עיקרי יסוד של השיטה המשטרית בישראל, שיסודם בדמוקרטיה הפרלמנטרית; את כיבוד הפרדת הרשויות והשבת כבוד הכנסת – הן כרשות מכוננת, והן כרשות מחוקקת; ואת יציבות הרשות המבצעת, והבטחת יכולתה לקיים את עצמה, ולקדם את מדיניותה, שעל בסיסם ניתן לה מלכתחילה אמון הכנסת.

15. אשר על כן תתכבד העותרת לבקש מבית משפט נכבד זה ליתן את הצווים המופיעים ברישא לעתירה ולעשותם למוחלטים. כן תבקש העותרת מבית משפט נכבד זה לקבוע את העתירה לדיון דחוף.

16. כל זאת, מן הטעמים המפורטים להלן.

ג. רקע עובדתי לעתירה

ג.1. ההליכים הפליליים כנגד חה"כ בנימין נתניהו ועיקרי האישומים כפי

שהם מופיעים בכתב האישום

17. ביום 21.11.2019 הודיע המשיב 3 על הגשת כתב אישום כנגד חה"כ בנימין נתניהו העומד בראש הממשלה בתיקים 1000, 2000 ו-4000. ביום 2.12.2019 מסר המשיב 3 ליו"ר המשיבה 1 דאז, את כתב האישום המעודכן, ובו צוין כי ככל שלא תוענק לחה"כ נתניהו חסינות יוגש כתב האישום לבית המשפט המחוזי בירושלים.

18. עוד צוין, כי במסגרת פרשת התביעה יזומנו 333 עדים. בין העדים עליהם הודיעה התביעה נמנים שרים וחברי כנסת מכהנים, ובהם השרים זאב אלקין, צחי הנגבי, יריב לוין וגלעד ארדן.

19. בשל חשיבותם הרבה של הדברים, תבקש העותרת לעמוד בקצרה על עיקרי האישומים כפי שהם מופיעים בכתב האישום החמור נגד חה"כ בנימין נתניהו העומד בראש הממשלה ומי שניהל יחד עם העומד בראש המשיבה 4 את המשא ומתן הקואליציוני במסגרתו באו לעולם תיקוני החקיקה העומדים במרכז של עתירה זו.

תיק 1000

20. פרשת האישום בתיק 1000 מגוללת את סיפורן של מערכות היחסים בין חה"כ נתניהו לבין אנשי העסקים ארנון מילצין וגיימס פאקר, במסגרתן קיבלו לכאורה נתניהו ורעייתו טובות הנאה משני אנשי העסקים המתבטאים ב"קו אספקה" של סיגרים ושמפניות, וכן במקרה אחד – תכשיטים.

21. על פי כתב האישום, טובות התנאה ניתנו לנתניהו בזיקה לתפקידיו הציבוריים, וכן למעמדו כראש ממשלת ישראל, והיקפן הצטבר לכדי כ-690,000 ש"ח.

22. בהתייחס לחומרת המעשים בהם מואשם חה"כ נתניהו בתיק 1000 שנעשו בזיקה לתפקידיו הציבוריים ומעמדו כראש ממשלת ישראל, ופגיעתם הקשה באמון הציבור ובטוהר המידות, נכתבו בכתב האישום הדברים הקשים הבאים:

"במעשיו אלה עשה הנאשם נתניהו מעשי הפרת אמונים הפוגעים פגיעה מהותית באמון הציבור ובטוהר המידות. זאת, בכך שקיים במשך שנים מערכת יחסים פסולה עם מילצין ופאקר במסגרתה קיבלו מהם הנאשם נתניהו ורעייתו טובות הנאה בהיקפים גבוהים מאוד, בזיקה לתפקידיו הציבוריים של הנאשם נתניהו ולמעמדו כראש ממשלת ישראל. כן עשה הנאשם נתניהו מעשי הפרת אמונים הפוגעים פגיעה מהותית באמון הציבור, בטוהר המידות ובתקינות המעשה המינהלי בכך שפעל במילוי תפקידיו הציבוריים בניגוד עניינים חריף ומתמשך בין מחויבותו האישית למילצין לבין מחויבותו לציבור." (עמוד 5 לכתב האישום).

23. לאור האמור, החליט המשיב 3 להעמיד את חה"כ נתניהו לדין, בגין חשד לעבירת מרמה והפרת אמונים על פי סעיף 284 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").

תיק 2000

24. בתיק 2000, מגולל כתב האישום שלוש סדרות של פגישות שערך נתניהו עם מר ארנון (נוני) מוזס, העורך האחראי של עיתון "ידיעות אחרונות". בפגישות אלו, על פי כתב האישום, נדונה בין היתר עסקה לפיה מוזס יביא לשינוי ניכר לטובה באופן סיקורו של חה"כ נתניהו בכלי התקשורת מקבוצה זו, בתמורה לכך שחה"כ נתניהו יפעל במסגרת תפקידו על מנת לקדם חקיקה שתגביל את תפוצת מתחרהו "ישראל היום".

25. כפי שמוסבר בכתב החשדות, המסר המשתמע ממעשיו של נתניהו התייחס לכך שאין פסול בקידום אינטרסים הדדיים של נבחר ציבור בכירים ואנשי עסקים, הגם שמנגד עומדים אינטרסים ציבוריים כבדי משקל:

"במעשים המתוארים לעיל, הנאשם נתניהו נטע אצל הנאשם מוזס את הרושם לפיו ישנה אפשרות של ממש שהוא – ראש ממשלת ישראל – ייקח שוחד. בכך גם העביר הנאשם נתניהו מסר לפיו הצעות שוחד הן כלי שניתן לעשות בו שימוש לשם קידום אינטרסים הדדיים של נבחר ציבור בכירים ואנשי עסקים, וכי אין פסול בעסקאות שוחד. זאת, אף כשמצויים על הפרק אינטרסים ציבוריים כבדי משקל בדמות טוהר הבחירות וחופש העיתונות. התנהלות זו של מי שמשמש בתפקיד הרם ביותר ברשות המבצעת, פוגעת באופן עמוק ויסודי בשלטון החוק, בטוהר המידות ובאמון הציבור." (עמ' 33 לכתב האישום).

26. לעניין חומרת המעשים בהם מואשם נתניהו בתיק 2000 תוך ניצול מעמדו כראש הממשלה ונושא משרה ציבורית, ופגיעתם הקשה באמון הציבור בעובדי הציבור ובנבחריו, נכתב בכתב האישום כי:

"במעשיו אלה עשה הנאשם נתניהו מעשה הפרת אמונים הפוגע פגיעה מהותית באמון הציבור בעובדי הציבור ובנבחריו ובטוהר המידות של האחרונים. בכך שניצל את מעמדו ואת כוח המשרה על מנת לקבל טובת הנאה אישית ובכך שבהיותו נבחר הציבור הבכיר ביותר העביר מסר לפיו הצעות שוחד הן כלי

שניתן לעשות בו שימוש לשם קידום אינטרסים הדדיים של עובדי ציבור בכירים ואנשי עסקים וכי אין פסול בעסקאות שוחד." (עמוד 5 לכתב האישום).

27. לאור האמור החליט המשיב 3 להעמיד את נתניהו לדין, בחשד לביצוע עבירת מרמה והפרת אמונים בהתאם לסעיף 284 לחוק העונשין.

תיק 4000

28. בתיק 4000, מגולל כתב האישום מערכת יחסים שוחדית, לכאורה, בין נתניהו לבין איש העסקים, שאול אלוביץ'. מר אלוביץ' היה בתקופה הרלוונטית בעל השליטה בקבוצת יורוקום, אשר החזיקה בשליטה על חברת בזק, ובכך, שלט גם על חברת "וואלה! תקשורת בע"מ", חברת בת של בזק. על פי כתב האישום, בין נתניהו לאלוביץ' נרקמה מערכת יחסים של "תן וקח", במסגרתה התערב חה"כ נתניהו בעניינים רגולטוריים לטובת אלוביץ', ובתמורה – קיבל נתניהו סיקור אוהד באתר "וואלה!".

29. לא זו אף זו, מכתב האישום עולה כי חה"כ נתניהו הסתיר את מערכת היחסים בינו לבין אלוביץ' ורעייתו באופן שיטתי ועקבי מפני שורה של גורמים רשמיים, להם מסר מידע חלקי ומטעה על אודות טיב יחסיו עם אלוביץ'.

30. על חומרת המעשים בהם מואשם נתניהו בתיק 4000, שהם הקשים והחמורים ביותר בהם מואשם חה"כ נתניהו במסגרת כתב האישום, נאמרו הדברים הבאים, המתייחסים לפגיעה הקשה של מעשיו באמון הציבור בעובדי הציבור ונבחריו ולכך שביצע את המעשים ממעמדו השלטוני הרם:

"[במעשיו] פעל הנאשם נתניהו בניגוד עניינים חריף, לעיתים תוך סטייה מן השורה, וכן תוך הטעיית הגורמים שפורטו לעיל ובכללם הגורמים האמונים על הסדרת ניגודי העניינים שלו כעובד ציבור בכיר. בכך ביצע הנאשם נתניהו מעשים של מרמה והפרת אמונים הפוגעים פגיעה מהותית בתקינות פעולותיו של המנהל, בטוהר המידות של עובדי הציבור ובאמון הציבור בעובדי הציבור ... פן מחמיר בהתנהלות הנאשם נתניהו ובפעולותיו נובע ממעמדו השלטוני הרם; מאופי הפעולות השלטוניות בהן נקט הנאשם נתניהו; מהעובדה שחלק מפעולותיו עלו לכדי סטייה מן השורה; מכך שהפעיל עובדי ציבור בכירים ביותר, שהיו כפופים לו, על מנת שיקדמו את האינטרסים של הנאשם אלוביץ'; מההיקף העצום של האינטרסים הכלכליים שבהם עסקו פעולותיו השלטוניות של הנאשם נתניהו; ומן ההשלכות רחבות ההיקף שהיו לפעולותיו הרגולטוריות של הנאשם נתניהו בשדה התקשורת." (עמוד 22 לכתב האישום).

31. לאור האמור החליט המשיב 3 בתיק זה להעמיד את נתניהו לדין, בגין לקיחת שוחד, בהתאם לסעיף 290 לחוק העונשין, ובגין מרמה והפרת אמונים, לפי סעיף 284 לחוק העונשין.

2.ג. עתירות הרכבת הממשלה – חוסר כשירות מוסדית

32. העותרת הגישה ארבע עתירות שעניינן אי כשירותו המוסדית של חה"כ בנימין נתניהו, לצורך עמידה ברשות הממשלה, לאחר הגשת שלושה כתבי אישום כנגדו.

33. ביום 24.11.2019 הגישה העותרת, מיד לאחר פרסום דבר הגשת כתבי האישום כנגד ראש הממשלה, עתירה לבית משפט נכבד זה בבג"ץ 7773/19 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, שר הבריאות, שר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים, שר התפוצות

וממלא מקום שר החקלאות ופיתוח הכפר, חה"כ בנימין נתניהו ואח' (פורסם בנבו, 24.11.2019); (להלן: "העתירה הראשונה") בבקשה כי יורה לו להתפטר מתפקידו או לחילופין לצאת לנבצרות בעקבות ההחלטה על הגשת כתב אישום כנגדו. בית המשפט הנכבד בחר לדחות את עתירתה זו על הסף עוד באותו היום מחמת אי-מיצוי הליכים.

34. משהבינה כי אין בכוונתו של חה"כ בנימין נתניהו להתפטר מתפקידו, ולאחר שמיצתה את ההליכים, הגישה העותרת עתירה נוספת בבקשה כי בית המשפט הנכבד יורה לחה"כ בנימין נתניהו להתפטר מתפקידו כראש ממשלה ומתפקידו המיניסטריאליים, ולחילופין, כי נשיא מדינת ישראל, רובי ריבלין יודיע כי אינו כשיר לכהן כראש ממשלה, ועליו לצאת לנבצרות זמנית.

35. עתירה זו, בבג"ץ 7928/19 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, שר הבריאות, שר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים, שר התפוצות וממלא מקום שר החקלאות ופיתוח הכפר, חה"כ בנימין נתניהו (להלן: "העתירה השנייה"), הוגשה ביום 28.11.2019 לבית משפט נכבד זה.

36. במהלך ניהול העתירה השנייה, קבע כב' השופט אלרון כי על חה"כ בנימין נתניהו להודיע עד לאותו המועד האם בדעתו להגיב לעתירה. והנה, בהמשך לכך הודיע חה"כ בנימין נתניהו כי בכוונתו להתפטר מכל תפקידו המיניסטריאליים עד ליום 1.1.2020. בכך, למעשה, חה"כ בנימין נתניהו אימץ – לכל הפחות במנהגו בפועל – את עמדת העותרת במלואה בכל האמור לתפקידו המיניסטריאליים.

37. הנה, אף חה"כ בנימין נתניהו הבין ונהג בהתאם להלכה המושרשת היטב בפסיקה הישראלית עוד מימי בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 8.9.1993) (להלן: "הלכת דרעי-פנחסי") שנקבעה על ידי בית משפט נכבד זה, קרי, במעשיו אלה, חה"כ בנימין נתניהו אימץ הלכה למעשה את הלכת דרעי-פנחסי, והכיר בה כנורמה הנהגת והמחייבת.

38. בעקבות הודעת חה"כ בנימין נתניהו כאמור, ונוכח התפזרות הכנסת ה-22, נתן בית משפט נכבד זה את פסק דינו בעתירה השנייה ביום 12.12.2019. הגם שהעתירה השיגה את אחד מן הסעדים העיקריים המבוקשים בה, הוא התפטרותו של חה"כ בנימין נתניהו מתפקידו המיניסטריאליים, קבע בית המשפט הנכבד בפסק דינו (פורסם בנבו 12.12.2019), כי לנוכח אי-מיצוי הליכים מספק (בשעתו) ובנסיבות בהן בחירות חדשות תיערכנה במועד קרוב, וכן לאור התייתרות חלקית של הסעד המבוקש, העתירה נדחתה אף היא על הסף.

39. ביני לביני, הוגשה ביום 9.12.2019 העתירה בבג"ץ 8145/19 ד"ר ארנה ברי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.1.2020) (להלן: "עתירת ה-67"), בשמם של 67 עותרים, ובה מבקשים העותרים כי בית המשפט ייתן צו הצהרתי המורה כי אין להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חה"כ שכנגדו הוגש כתב אישום בעבירות שיש עמן קלון, וכן כי בית המשפט יודיע כי על נשיא המדינה לתת חוות דעתו בשאלה האם ניתן להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חה"כ בנימין נתניהו, לאור הגשת כתבי האישום נגדו.

40. ביום 24.12.2020, לאחר שמיצתה את ההליכים, הגישה העותרת עתירה בבג"ץ 8559/19 **התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'** (להלן: "**העתירה השלישית**"), בה ביקשה כי המשיב 3 יביע עמדתו בשאלת כשירותו של חה"כ בנימין נתניהו לכהן כראש ממשלה וליטול את תפקיד הרכבת הממשלה וכן, כי בית המשפט הנכבד יורה לחה"כ בנימין נתניהו להסיר את מועמדותו לתפקיד הרכבת הממשלה, נוכח כתב האישום החמור נגדו.

41. ביום 2.1.2020 דחה בית המשפט העליון את עתירת ה-67 משהגיע למסקנה שהיא מוקדמת ותיאורטית. לאחר מתן פסק הדין בעתירת ה-67, ביקשה העותרת למחוק את העתירה השלישית תוך שהיא שומרת על זכויותיה להגישה בשנית וככל שישתנו הנסיבות. ביום 7.1.2020 קיבל בית המשפט הנכבד את הבקשה והעתירה השלישית נמחקה.

42. לאחר שמיצתה את ההליכים, ומאחר שהתוצאות הסופיות של הבחירות לכנסת ה-23 פורסמו כבר בכל כלי התקשורת - הוגשה ביום 9.3.2020 פעם נוספת העתירה בבג"ץ 1853/20 **התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'** (פורסם באתר הרשות השופטת, 10.3.2020) (להלן: "**העתירה הרביעית**") שם ניתן פסק הדין ביום 10.3.2020, מפי כב' השופט מזוז אשר קבע, כי:

"משטרם פורסמו תוצאות הבחירות, ומשטרם החלו ההתייעצויות של נשיא המדינה עם הסיעות, וממילא גם טרם הוחלט על מי תוטל מלאכת הרכבת הממשלה, השאלות המועלות בעתירה הן מוקדמות ותיאורטיות לעת הזאת. בכך אין כדי למצות את הקשיים שמעלה העתירה, אך די באלה כדי להוביל לדחייתה על הסף".

43. זה המקום להדגיש, כי על רקע הגשת כתב האישום נגד חה"כ נתניהו, התחולל (ועודו מתחולל) בישראל משבר משטרי וחוקתי חסר תקדים. את המשבר מנהל ביד רמה ראש ממשלת מעבר שנייה, אשר אינו כשיר כלל לכהן כראש הממשלה.

44. חה"כ נתניהו **לא כשיר נורמטיבית** (משום שהוא אינו יכול להוות מודל לזוגמא ודמות לחיקוי, ואינו דמות המנהיג הראוי, ומשום שהוא מסכסך בין חלקי האוכלוסייה, על ידי העצמת השסעים בחברה הישראלים והעמקתם - ולרבות בין ימין ושמאל, אשכנזים ומזרחיים, יהודים וערבים, דתיים וחילוניים). **לא כשיר מוסדית** (מרסק את מערכת אכיפת שלטון החוק ומוסדותיה, ופוגע ישירות במרכיבי השיטה הדמוקרטית). וכן, **לא כשיר פונקציונאלית** (משום שהוא סחיט, לחיץ, מנוגד עניינים, ועתותיו אינם בידו, לאור העובדה שהחל מיום 24.5.2020 יחל משפטו הפלילי בבית המשפט המחוזי בירושלים ושם יהיה חייב להיות נוכח).

45. ביום 10.3.2020 פורסמו ברשומות התוצאות הרשמיות של הבחירות לכנסת ה-23. בתום קיום חובת התייעצות נשיא המדינה עם סיעות הבית, הוטל תפקיד הרכבת הממשלה על חה"כ בני גנץ.

46. והנה ביום 13.4.2020, דקות לפני מועד תום המנדט להרכבת הממשלה בקשו יו"ר המשיבה 4 ויו"ר המשיבה 5 כי יוארך המנדט שניתן. הנשיא לפי סמכותו מכוח סעי' 13 (ג) לחוק יסוד הממשלה האריך ליו"ר המשיבה 4 את המנדט ב-48 שעות נוספות, עד ליום 15.4.2020.

47. ואולם, לאחר שלא עמדו אף ביעד זה, השיב נשיא המדינה את המנדט אל הכנסת, והורה לה להביא לפניו המלצה על מועמד להרכבת הממשלה מבין חבריה. והנה, נודע כי נחתם ההסכם הקואליציוני בין המשיבה 4 למשיבה 5 (להלן: "ההסכם" או "ההסכם הקואליציוני"), ונסללה הדרך להענקת המנדט לנאשם בפלילים חבר הכנסת בנימין נתניהו, להרכיב את הממשלה.

48. לפיכך, לאחר שמיצתה את ההליכים, ביום 22.4.2020, הגישה העותרת לבית משפט נכבד זה את עתירתה בבג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון נ. היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, מיום 27.4.2020) (להלן: "עתירת הרכבת הממשלה"). בעתירה זו, ביקשה העותרת מבית המשפט הנכבד להטיל על המשיב 3 ועל היועצת המשפטית של בית הנשיא, להכין חוות דעת המפרטת על התבחינים והתזקיקים הנדרשים בשאלה מהם הכישורים והכשירות הנדרשת מחבר כנסת על מנת שניתן יהיה להטיל עליו את מלאכת הרכבת הממשלה. כמו כן, ביקשה העותרת כי יינתן צו הצהרתי כי נאשם בשלושה כתבי אישום חמורים בהם שוחד, מרמה והפרת אמונים, אינו יכול להיות חבר הכנסת המומלץ על ידי סיעות בית הנבחרים לתפקיד הרכבת הממשלה, וכי לא ניתן להצביע על אמון בממשלה שבראשה הוא עומד, לאור העובדה שאותו חבר כנסת, אינו כשיר נורמטיבית, פונקציונלית ומוסדית לכהן כראש ממשלת ישראל. בנוסף, ביקשה העותרת שיוטל צו על חה"כ בנימין נתניהו, כי זה יכריז על נבצרות זמנית מתפקידו כראש ממשלה.

49. בית המשפט נכבד נעתר לדון בעתירה החמישית, ואף צירף לעתירה זו את העתירות בבג"ץ 2593/20 ד"ר ארנה ברי ו-122 אח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', בג"ץ 2594/20 עמותת "חוזה חדש" נ' ח"כ בנימין נתניהו ואח', בג"ץ 2609/20 עו"ד שפיק רפול נ' חה"כ בנימין נתניהו ואח', בג"ץ 2612/20 התנועה לטוהר המידות נ' חה"כ בנימין נתניהו ואח' ובג"ץ 2649/20 סיעת יש עתיד – תל"ם נ' סיעת הליכוד ואח'.

ג.3. עתירת ההסכם הקואליציוני בין המשיבה 4 למשיבה 5

50. ביום 20.4.2020 נערך ונחתם בין המשיבה 4 למשיבה 5 ההסכם הקואליציוני, אשר בהתאם לאמור בסעיף 1(א) לחוק הממשלה, התשס"א-2001 הוגש לכנסת ביום 23.4.2020. ההסכם מעגן את תקנון וחלק מקווי היסוד הזמניים לממשלה ה-35.

51. ההסדרים הללו שנקבעו בהסכם הקואליציוני, מביאים לכבילת שיקול דעתה של הכנסת ואיסור חקיקה בחצי השנה הקרובה; כבילת שיקול דעתה של כנסת עד כדי התפרקותה מסמכות מקום בו יפסוק בג"ץ כי נאשם בפלילים אינו יכול להרכיב ממשלה; מתן זכות וטו על החלטות הבאות לפני הממשלה – ולרבות החלטות הנוגעות למינויים; פגיעה קשה בוועדה למינוי שופטים – לרבות חריגה ממנהג חוקתי רב שנים; ופגיעה קשה בחלוקת הוועדות בין הקואליציה לאופוזיציה בכנסת.

52. עיון בהסכם מגלה כי הוא טומן בחובו רמיסה מובנית ושיטתית של שיטת המשטר הישראלית הדמוקרטית, פגיעה חסרת תקדים בעצמאותה של הכנסת ובשיקול דעתה, תוך הכפפתה באופן כמעט מלא לרצון הממשלה, עד כדי אבדן גמור של סמכויות החקיקה והפיקוח – שהן נשמת אפה של הרשות המחוקקת, ותפקידה החשוב ביותר במארג הפרדת הרשויות.

53. ביצור מעמדה של הממשלה כגורם השלטוני היחיד הנותר ללא פיקוח ובקרה ממשיך אף תוך גגיעה בעצמאות הרשות השופטת, בעצמאות שומרי הסף והממונים על אכיפת שלטון החוק במדינת ישראל, ובוועדה למינוי שופטים.

העתק ההסכם הקואליציוני כפי שנחתם על ידי המשיבות 4 ו-5 ביום 20.4.2020, מצורף ומסומן כנספח ע/1.

54. לפיכך, ביום 23.4.2020 לאחר שמיצתה את ההליכים, הגישה העותרת עתירה המבקשת מבית המשפט הנכבד צו הצהרתי כי ההסכם הקואליציוני שנערך ונחתם בין המשיבה 4 לבין המשיבה 5 ביום 20.4.2020, הינו בטל מיסודו מאחר שהוא כולל בתוכו, הסדרים העומדים בניגוד לתקנת הציבור; אינם חוקיים; שוללים את אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל ופוגעים אנושות בשיטת המשטר שלה, בעודה כובלים את שיקול דעתן העיתי של הכנסת ושל הממשלה; מרסקים את מבנה הפרדת הרשויות במדינת ישראל; עומדים בניגוד למנהגים חוקתיים רבי שנים; פוגעים בעקרונות השתתפות המיעוט וזכויות ייצוג המיעוט; פוגעים בעצמאות הרשות השופטת ובהליך בחירת השופטים; ואינם חפים מחשד לפגיעה בטוהר המידות מקום שבו הם מעניקים זכות וטו לנאשם בפלילים במינוי פרקליט מדינה, מפכ"ל המשטרה ויועץ משפטי לממשלה וכן במינוי שופטים.

4.ג. הליך החקיקה בכנסת

55. לצורך יישום ההסכם הקואליציוני, הוקמה הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון – ממשלת חילופים) כאחת מוועדות הכנסת (להלן: "הוועדה המיוחדת"). ביום 24.4.2020 נבחר חה"כ איתן גינזבורג מטעם המשיבה 4 לכהן כיו"ר הוועדה.

56. ביום 26.4.2020 נערך דיון הכנה לקריאה ראשונה לקראת הצבעה בהצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – ממשלת חילופים) (להלן: "הצעת החוק" או: "התיקון לחוק היסוד").

העתק עמודים רלוונטיים מתוך פרוטוקול דיון ההכנה לקריאה ראשונה בוועדה המיוחדת, מיום 26.4.2020, מצורף ומסומן כנספח ע/2.

העתק נוסח הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון - ממשלת חילופים), כפי שהועלה לדיון בוועדה המיוחדת, מצורף ומסומן כנספח ע/3.

57. כתומר רקע לקראת הדיון, ביום 25.4.2020, העביר הייעוץ המשפטי של וועדת החוקה, חוק ומשפט לחברי הוועדה המיוחדת, מסמך הכנה לדיון המשיבה בעניין הצעת החוק. במסמך זה, הביע הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט מורת רוח מכך שהליך חקיקה בעל חשיבות רחבת היקף בדרגה כזו, מבוצע באופן רדוד ומקוצר. כמו כן, הודגש שלכל הפחות ראוי היה לדון בצורה ממצה בכל ההיבטים הרלוונטיים ובהשלכותיהם, וכי ישנה חשיבות רבה בכך שתינתן לחברה האזרחית ולחברי הכנסת הזדמנות להביע הסתייגויות מהתיקונים המוצעים:

"אנו סבורים כי בשל אופייה האמור של הצעת החוק, היה ראוי שהליך חקיקה מסוג זה יהיה הליך מקיף, המשתרע על פני פרק זמן שמאפשר שקילה וחשיבה מעמיקה ביחס למכלול ההיבטים הנוגעים לעניין. בפועל, נוכח לוחות הזמנים הקצרים הקבועים בחוק-יסוד: הממשלה באשר להליך הקמת הממשלה, הכוונה היא לדון בהצעת החוק בהליך מזורז שיאפשר את

כינון הממשלה בהקדם. מכל מקום, לעמדתנו, יש להכטיח כי גם בסד הזמנים הקצר שבו מדובר, הוועדה תדון בצורה ממצה בכל אחד מההיבטים הרלוונטיים לתיקונים המוצעים ובהשלכותיהם. כמו כן, יש חשיבות רבה שתיתן אפשרות לחברי הכנסת ולמוזמנים חיצוניים ולהביא בפני הוועדה את עמדתם (הסתיוגיוותיהם) באשר להסדרים המוצעים" (שם, בעמ' 1)

העתק מסמך הכנה לדיון הוועדה המיוחדת מטעם הייעוץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 25.4.2020, מצורף ומסומן כנספח ע/4.

58. כחומר רקע לדיון, הובאה גם עמדתו של המכון הישראלי לדמוקרטיה מיום 25.4.2020. אף עמדה זו מתנגדת בחריפות להצעת החוק. עמדה זו מוחה על השימוש שעושה הכנסת בסמכות המכוננת, תוך שינוי כללי המשחק הדמוקרטיים-משטריים, באופן היוצר שיטת ממשל שונה במהותה, חסרת-תקדים; וכל זאת, תוך שינוי שיטת המשטר באופן מהותי, במהירות ותוך דיון ציבורי מוגבל ביותר. בנוסף, מחה המכון הישראלי לדמוקרטיה, על השינויים הדראסטיים בחוקי היסוד, תוך החלתם הרטרואקטיבית על כנסת מכחנת, שנבחרה על פי שיטת הממשל הנהוגה עד כה, באמצעות תיקונים המכוונים להיטיב עם שחקנים פוליטיים ספציפיים ועל רקע נסיבות ספציפיות.

העתק "נייר עמדה מהמכון הישראלי לדמוקרטיה" מיום 25.4.2020 שהועבר כחומר רקע לוועדה המיוחדת, מצורף ומסומן כנספח ע/5.

59. היועץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט, עו"ד גור בליי, הלין על הזמן הקצר שיועד לצורך חקיקת שינויים כה משמעותיים במשטר הישראלי, שמשכו אינו מאפשר, בין השאר, בחינה מושכלת של משמעות השינויים על פני זמן:

"אין חולק שראוי היה שהליך חקיקה מהסוג הזה של חוק יסוד היה מתבצע על פני קבועי זמן ארוכים יותר ובדיון ממושך יותר ומפורט יותר. אני חושב שאי אפשר לחלוק על כך שהליכים חוקתיים רציניים ומשמעותיים רצוי שיתנהלו על פני זמן ועם זמן לעכל את הדבר הזה על פני זמן. כל עשו בתיקוני המשילות או בתיקונים אחרים" (שם, בעמ' 23) (ההדגשות אינן במקור)

60. גם חברי הכנסת הנוכחים הלינו המהירות הקיצונית בה מתעתדים לבצע שינויי משטר כה משמעותיים. כך למשל, ח"כ אלכסנדר קושניר מרשימת ישראל ביתנו טען בוועדה כי מדובר בקוצר זמן חריג ביותר לשינויים בסדר גודל מעין זה, אף ברמה הבינלאומית:

"אני לא חושב שיש תקדים כזה בעולם המערבי של שינוי שיטת המשטר בשבוע או אני לא יודע כמה זמן זה ייקח..." (שם, בעמ' 5).

61. ביום 27.4.2020, נערך דיון הכנה נוסף לקראת הצבעה על הצעת החוק בקריאה ראשונה. גם במהלך דיון זה, חברי הכנסת התרעמו על הזמן הקצר שהוקצה להם ללמוד את הצעת החוק שכאמור, משנה את שיטת המשטר בישראל באופן דרמטי. על כך למשל, הרחיב ח"כ עידן רול מרשימת יש עתיד-תל"ם:

"אני רוצה להזכיר למי שלא נכח אתמול קצת על הקשיים הפרוצדורליים שהיו פה, וגם על הקשיים המהותיים שיורדים לשורש הליך החקיקה. אנחנו פתחנו אתמול את הבוקר עם הצעת חוק ששוגרה אלינו בשעה 06:00 באותו בוקר לטלפונים הניידים. היה לנו זמן בחטף, להורים לילדים קטנים לא היה זמן כלל, לעבור על הצעת החוק, בטח לא הצעת חוק שמתיימרת לשנות שיטת משטר, שמטרתה לתת גיובים וגיובות לכל החפץ. בין אם זה ההנדלים

וההאזורים ובין אם זה כחול לבן. הגענו למצב שבו הייעוץ המשפטי אמר לנו בבוקר שלא היה לו זמן לכתוב את חוות הדעת, לא היה זמן להדפיס. נגיד אותה בעל פה וחברי הוועדה אמורים להדפיס חומר משפטי מורכב בעל פה.

זה המשיך בזה שלכל אורך היום לא היה שום סדר יום ברור. לא ניתן זמן לענות על שאלות, לא ניתן זמן להתייעץ עם מומחים חוקתיים" (שם, בעמ' 8) (ההדגשות אינן במקור).

62. חברי כנסת נוספים הלינו על החליך, שאינו מתקרב לרף הראוי והמעמיק המתחייב עבור שינויי חקיקת יסוד מהותית. כך למשל, אוסמה סעדי מסיעת "הרשימה המשותפת" הלין על כל שלא היה דיון מעמיק בהצעת חוק שמשנה סדרי שלטון, בהליך שאין לא אח ורע בעולם כולו:

"צריכים לקחת בחשבון שכאשר דנים בהצעת חוק חסרת תקדים שהיועצים המשפטיים של הוועדה וגם היועץ המשפטי לממשלה הגדירו אותה "הצע חוק שמשנה סדרי שלטון, הצעה תקדימית שאין לה אח ורע בעולם כולו", אדוני היושב-ראש, אז מן הראוי שכאשר מדברים על הפיכת סדרי שלטון במדינה אז לפחות לקיים את זה באופן ראוי ומעמיק" (שם, בעמ' 10).

63. בנוסף, חברי הכנסת התריעו על הקשיים סביב הדיונים, שהתאפיינו בתוסר ודאות ובלוחות זמנים מעורפלים. כך למשל, ח"כ תמר זנדברג מסיעת מר"צ הלינה על סדרי הדיון העמומים, ובפרט בנוגע להכרזה על ההצבעה על נוסח לחקיקה, שעה שלרבים כלל לא היה ברור מהו אותו הנוסח:

"הקרקס הזה שמגיעים לכאן חברי כנסת ולא יודעים מה מסגרת הדיון. מאתמול בשעה 09:00 בבוקר, לפני 25 שעות, ביקשנו לדעת מה מסגרת הדיון, כמה שעות מוקדשות לכל דבר. אתם לא מעכלים איך מתנהלת הצעת חוק בכנסת. חברי הכנסת שבויים, לא יודעים מתי מסתיים הדיון, לא יודעים מתי תהיה הצבעה. בשעה 02:17 לפנות בוקר אנחנו מקבלים הודעה שהיום ב-09:30 תהיה הצבעה. על מה ההצבעה? מה שינויי הנוסח שהתקבלו? עלו כאן אלף בעיות חוקתיות" (שם, בעמ' 17).

64. אף במעמד דיון זה, הלין היועץ המשפטי של וועדת החוקה, חוק ומשפט, על כך שהדיון בהצעת החוק לא היה מיושב דיו, והזהיר מפני השהות הקצרה באופן קיצוני לצורך תיקונים חוקתיים כה רגישים:

"לגבי הדיון, אנחנו אמרנו וחזרנו ואמרנו: ראוי היה שהדיון יהיה מיושב יותר, על פני לתקופה ארוכה יותר. אלה תיקונים חוקתיים רגישים. והיה הרבה יותר ראוי ויותר רצוי, בעינינו, שהדברים האלה לא היו נעשים בלחצי זמנים כל כך גבוהים. אנחנו אמרנו את זה לא פעם ולא פעמיים" (שם, בעמ' 171) (ההדגשות אינן במקור).

העתק עמודים רלוונטיים מתוך פרוטוקול דיון ההכנה הנוסף לקריאה ראשונה בוועדה המיוחדת, מיום 27.4.2020, מצורף ומסומן כנספח ע/6.

65. ביום 29.4.2020, הועברה חוות דעת נוספת מטעם הייעוץ המשפטי של וועדת החוקה, חוק ומשפט לחברי הוועדה המיוחדת. בחוות דעת זו הוטעם כי "התיקונים המוצעים הם שינויים משמעותיים ביותר בחוקי היסוד המשטרניים המסדירים את מבנה השלטון במדינת ישראל ונהוגים מזה עשרות שנים" (שם, בעמ' 2). כמו כן, הובע חשש לא מבוטל על רקע המהירות והרדידות שבהם מתקיימים דיונים הרי גורל עבור שיטת הממשל הישראלית.

העתק מסמך הכנה מעודכן לדיון בוועדה המיוחדת מטעם הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק

66. ביום 30.4.2020, אושרה בקריאה ראשונה, הצעת חוק יסוד הממשלה (ממשלת חילופים) ברוב של 72 תומכים מול 40 מתנגדים. לאחר ההצבעה בקריאה ראשונה התקיימו דיונים נוספים בוועדה המיוחדת, ביום 30.4.2020, וכן ביום 3.5.2020. דיון אחרון בוועדה המיוחדת התקיים ביום 4.5.2020, במהלכו נערכה הצבעה על הנוסח המוסכם לקראת ההצבעה על התיקון בקריאה שנייה ושלישית.

67. וכך, ביום 5.5.2020 הונחה הצעת החוק על שולחנה של מליאת המשיבה 1. והנה, הועלתה ההצעה להצבעה בקריאה שנייה ושלישית, וברוב חברי הכנסת אושר התיקון לחוק היסוד.

העתק נוסח הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), כפי שהועלתה להצבעה בקריאה שנייה ושלישית במליאת המשיבה 1 ואושרה, מצורף ומסומן כנספח ע/8.

5.ג. תיאור תמציתי של שינויי החקיקה בחוק היסוד

68. בתיקון לחוק היסוד, מצויים תיקוני חקיקה שונים לחוק יסוד: הממשלה וחוק יסוד: הכנסת, ואשר כפי שיפורט להלן, תוכנם מתנגש חזיתית באופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל ופוגע אנושות בשיטת המשטר שלה. כל זאת שעה שהם כובלים את שיקול דעתם העתידי של הכנסת ושל הממשלה ומרסקים את מבנה הפרדת הרשויות במדינת ישראל.

69. כך למשל, סעיף 13א מתוך התיקון לחוק יסוד: הממשלה מציג **מוסד חדש למבנה המשטרי בישראל – "ראש הממשלה החלופי"**. המדובר בחבר הכנסת המיועד לכהן כראש הממשלה בממשלת חילופים וחבר הכנסת שיכהן באותה ממשלת חילופים כראש ממשלה עובר לחילופים. לכך יש משמעויות מרחיקות לכת מבחינת שיטת המשטר בישראל, עליהן תעמוד העותרת בהרחבה במורד העתירה הנוכחית.

70. עוד ממשיך התיקון לחוק היסוד וקובע, בסעיף 13א(ו): "ראש הממשלה החלופי יצהיר בפני הכנסת הצהרת אמונים זו לגבי תקופת כהונתו כראש ממשלה חלופי לפני מועד החילופים, ולגבי תקופת כהונתו כראש הממשלה לאחר מועד החילופים", ובסמוך נקבע נוסח ההצהרה האמורה. מתוך הוראת סעיף זה נועד להתממש מעמד בדיוני בו שני אנשים **נשבעים אמונים בעת ובעונה אחת, למלא נאמנה את תפקידם כראש הממשלה** – ועוד טרם תידרש העותרת לפגיעה בעקרונות היסוד הטמונה בכך, תציין כבר עתה כי יש בכך כדי לדלל באופן משמעותי את מעמד ראש הממשלה.

71. הוראת סעיף 143 לתיקון לחוק יסוד: הממשלה קובעת כי **דין ראש הממשלה החלופי בממשלת חילופים כדין ראש הממשלה לפי סעיף 18**, הקובע כי "הכנסת רשאית, בהחלטה ברוב חבריה, להעביר מכהונתו את ראש הממשלה שהורשע בעבירה ובית המשפט קבע בפסק דינו שיש עמה משום קלון". כלומר, חה"כ בנימין נתניהו ייהנה ממנעמי הפרוצדורה הנדרשת להעברת ראש ממשלה מתפקידו, גם אם ישמש כראש ממשלה חלופי בלבד, ובתוך כך יתאפשר לו להימנע מלהיחשב חלילה חבר כנסת במעמד שר, לעניין הלכת דרעי-פנחסי.

72. סעיף 43ד על הוראותיו קובע, כי ראש הממשלה אינו רשאי לפטר שרים "בעלי זיקה" לראש הממשלה החלופי, כי הוא אינו רשאי לפטר סגני שרים "בעלי זיקה" לראש הממשלה החלופי, וכי הוא אינו רשאי למנות שר מקום בו נפנתה משרתו של שר אשר אינו "בעל זיקה" אליו.
73. כך מוצע כי יחלקו בכוחם כלפי שרי הממשלה, ראש הממשלה וראש הממשלה החלופי, כאשר כל אחד מהם מוסמך לבצע חילופי-גברי ביחס לממשלתו שלו. כל שר וכל סגן-שר ממונה בידי ראש ממשלתו "שלו" באמצעות כך שהוא "מסומן" כ"בעל זיקה" השייך לאחת מן הממשלות.
74. יתרה מזאת, לפי סעיף 43ח שנתקבל על פי התיקון, אם הכנסת תביע אי אמון בממשלת חילופים, הן ראש הממשלה והן ראש הממשלה החלופי לא יהיו רשאים לעמוד בראשות הממשלה האחרת. מכאן נובע כי האפשרות המעשית לתחלפת הממשלה באמצעות הצבעת אי-אמון תצטמצם עד מאוד, ועל כך תרחיב העותרת את הדיבור בהמשכה של עתירה זו.
75. בנוסף, מוצע להכניס בסעיף 5 לחוק יסוד הממשלה "הוראת שעה", וגם זאת, כפי שיפורט בהמשך, בניגוד מפורש לדין הישראלי.
76. לצד שורת התיקונים הדרמטיים לחוק יסוד: הממשלה, שעיקרם הובא לעיל, הועבר במסגרת ההצעה תיקון חוק ליסוד הכנסת – הוראת שעה. בהתאם להוראת שעה זו נקבע כי כהונת הכנסת העשרים ושלוש תהיה שלוש שנים מיום כינון הממשלה השלושים וחמש, וזאת לאחר שהציבור הישראלי סבר שהוא בוחר את נציגיו לארבע שנים.
77. יתרה מזאת, למרות שמוצעים שינויים מהותיים בשיטת משטרנו, מוצע לשנות את סעיף 8 כך שהשריון לשינוי חוק היסוד יהיה "נוקשה" באופן משמעותי, כך שלא יהיה ניתן לשנות חוק יסוד זה אלא ברוב של שבעים חברי כנסת בכל הקריאות השונות; ובמקביל לכך לערוך תיקון (אשר הוצע בשעות הלילה המאוחרות שבין יום רביעי לחמישי), אשר מאפשר להאריך את תקופת כהונתה של הכנסת ברוב של שבעים חברי כנסת (לאחר שהוחלט על קיצור התקופה), כך: החליטה הכנסת העשרים שלוש לבטל את סעיף 8א לחוק-יסוד: הכנסת כנוסחו בחוק-יסוד זה [קרי, תקופה של שלוש שנים – הערתנו], יהא הרוב הדרוש לחוק יסוד הקובע ביטול כאמור הרוב הקבוע בסעיף קטן (א) [קרי, שבעים חברי-כנסת – הערתנו]; ביטול כאמור יכול שיחוקק לא יאוחר משישה חודשים לפני מועד הבחירות לפי סעיף 8א(1) לחוק-יסוד: הכנסת [ראו, סעיף 7(ג) להצעת תיקון חוק היסוד];
78. וכל זאת, יש להדגיש בשעה שתוק יסוד הכנסת מורה כי ככלל הארכת תקופת הכהונה של הכנסת חייבת להתקבל ברוב של שמונים חברי-כנסת, ובשל נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן... [ראו, סעיף 9א(א) לחוק יסוד הכנסת].
79. כל אלו הם תמצית השינויים חסרי התקדים הטמונים בתיקוני החקיקה מושא עתירה זו.

6.ג. מיצוי הליכים מטעם העותרת

80. ספק רב אם יש צורך במסגרת עתירה חוקתית כזו המונחת לפני בית המשפט הנכבד, להשלים מיצוי הליכים מנהלי, קודם להגשת העתירה; ואולם מאחר שהעותרת מלווה כאמור את הליכי

גיבוש הצעת החוק כבר מראשיתם, ולרבות פנייה לכלל הגורמים הרלוונטיים בנושאים השונים הנוגעים להסדרים הפוגעים הקבועים בו, נפרט בתמצית את עיקרי פניות העותרת להשלמת התמונה העובדתית.

81. ביום 30.3.2020 פנתה העותרת בדרישה להימנע מהרחבת הממשלה מעבר למגבלות חוק יסוד: הממשלה, וזאת, לאור הפרסומים בתקשורת, לפיהם המגעים הקואליציוניים להרכבת הממשלה בראשות תה"כ בנימין נתניהו, כוללים התחייבות להרחבה משמעותית של מספר השרים וסגני השרים בממשלה. וביום 6.4.2020 אף פנתה היא בתזכורת למשיבים בעניין זה.

העתק פניית העותרת מיום 30.3.2020 בעניין הרחבת הממשלה, מצורף ומסומן כנספח ע/9.

העתק פניית העותרת בתזכורת מיום 6.4.2020 בנושא הרחבת הממשלה, מצורף ומסומן כנספח ע/10.

82. ביום 30.3.2020 פנתה העותרת בקריאה דחופה להימנע מקידום תיקון חוקתי פרסונאלי ופסול לחוק יסוד: הממשלה. זאת לאור דיווחים שונים בתקשורת לפיהם במשא ומתן מתגבשת הכוונה לחוקק תיקון במטרה "לעקוף" את ההלכה המכונה הלכת דרעי-פנחסי שנקבעה בבג"ץ 4287/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו 8.9.1993) וזכתה לעיגון בעניינם של שרים במסגרת בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו 8.9.1993).

העתק פניית העותרת בקריאה דחופה להימנע מתיקון חוקתי פרסונאלי ופסול לחוק יסוד: הממשלה, מיום 30.3.2020, מצורף ומסומן כנספח ע/11.

83. ביום 2.4.2020 פנתה העותרת אל המשיבה 2 והמשיב 3 בבקשה דחופה לפרסם את חוות דעתם בעניין קידום תיקון חוקתי פרסונאלי ופסול לחוק יסוד: הממשלה, שעניינו "לעקוף" את הלכת דרעי-פנחסי.

העתק פניית העותרת למשיבה 2 ולמשיב 3 בקריאה דחופה לפרסם את חוות דעתם בעניין קידום תיקון חוקתי פרסונאלי ופסול, מיום 30.3.2020, מצורף ומסומן כנספח ע/12.

84. בערבו של יום 20.4.2020 נחתם כאמור ההסכם הקואליציוני לקראת הקמת הממשלה ה-35. על כן, ביום 21.4.2020 פנתה העותרת בדרישה לבטל סעיפים בהסכם הקואליציוני אשר אינם חוקיים ואינם עומדים בתקנת הציבור; הסדרים בהסכם השוללים את אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל; הסדרים הכובלים את שיקול דעתה של הכנסת ושל בית המשפט; והסדרים בהסכם שנכללו שלא בתום-לב ועולה מהם חשש לשחיתות או פגיעה בטוהר המידות.

העתק פניית העותרת מיום 21.4.2020, מצורף ומסומן כנספח ע/13.

85. ביום 28.4.2020 נערכה פנייה נוספת במסגרתה העותרת חזרה והבהירה, כי אין זה ראוי לתקן חקיקה ראשית וחוקי יסוד המשנים את סדרי המשטר הדמוקרטי הבסיסי בישראל, אך ורק לשם התאמתם לצרכים פוליטיים רגועים הנגזרים מההסכם הקואליציוני. העותרת ציינה בפנייתה כי תיקון חוקתי של חוק יסוד, אשר כחוק יסוד כן הוא, תפקידו לקבוע את הנורמות

החוקתיות הבסיסיות במשטר הדמוקרטי, ולכן עליו להיעשות תוך דיון ציבורי, ובהליך ממושך ויסודי.

העתק פניית העותרת מיום 28.4.2020 לעניין חקיקת תיקון פסול לחוקי יסוד, מצורף ומסומן כנספח ע/14.

86. משתוקק התיקון לחוק היסוד, ומשלא נותרה בידי העותרת כל ברירה זולת פנייה לבית משפט נכבד זה, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הסעדים המבוקשים ברישא לעתירה, וזאת מן הטעמים המשפטיים המפורטים להלן.

ד. הטיעון המשפטי

ד.1. מקור הסמכות המכוננת – מפעל חוקי היסוד

87. יסודה של הסמכות המכוננת של כנסת ישראל מצוי כבר בהכרזה על הקמת מדינת ישראל, הידועה כ"מגילת העצמאות", ואשר התייחסה אל "חוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת".

88. בהמשך, נקבע בחוק המעבר, תשי"ט-1949, שהכנסת תשמש כבית המחוקקים, וכי האסיפה המכוננת תהא "הכנסת הראשונה". ביום 13.6.1950 התקבלה "החלטת הררי", שלפיה: "החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו לפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה". הכרזת העצמאות אפוא איננה "החוקה של ישראל", אם כי היא יכולה לשמש לה כמקור פרשני (ראו, א' ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת", **חוקים** יא 9, 18 (2018)).

89. ביום 9.11.1995 הובהר בהלכת בנק המזרחי (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: "**הלכת בנק המזרחי**")) מעמדה החוקתי "הכפול" של הכנסת, ולפיה היא פועלת הן כרשות מכוננת עליונה; והן כרשות מחוקקת רגילה. יחד עם זאת, התנמקות העיוניות – כמו גם משמעותיהן בפועל – נותרו במחלוקת (ראו, ק' קליין "בעקבות פסק הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית המשפט העליון", 341 **משפטים כ"ח** (תשנ"ז); א' בנדור "המעמד המשפטי של חוקי היסוד" **ספר ברנזון** כרך ב 119 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000) (להלן: בנדור, "המעמד המשפטי של חוקי היסוד").

90. משהתבהר מקור-סמכותה המכוננת של הכנסת; החלו להתבהר גם יסודות-מגבלותיה.

ד.2. הצורך החיוני בביקורת שיפוטית על הסמכות המכוננת

ד.2.א. האיום על המבנה החוקתי בישראל וציבותו

91. האירועים המכוננים בדברי ימיה החוקתיים של מדינת ישראל – קרי, "החלטת הררי", חקיקת חוקי היסוד וההכרעות שבמסגרת פרשת בנק המזרחי – **לא הותירו אחריהם "הוראות הפעלה"**

מפורטות להתנהלותה של ישראל כדמוקרטיה חוקתית (א' רובינשטיין "על צמיחת המשפט החוקתי" ספר שמגר 3-8 (2003)).

92. בעוד שקשה להפריז בבשורה שבהתפתחות החוקתית בישראל, אשר הביאה לביסוסה של ישראל כדמוקרטיה מהותית היונקת כוחה מערכים, ותרמה לביצור זכויות האדם בתחומה, יש להכיר בכך שבמבנה החוקתי הישראלי קיימים פגמים בולטים לעין, וניתן אף לומר כי מבנה זה עודנו עדין ושברירי (אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב 443 (תשנ"ד-תשנ"ה) (להלן: בנדור, "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד").

93. קשיים אלה, נחוג לייחס לכך שמלאכת החקיקה המכוננת הועברה מכנסת לכנסת, כבמרוץ שליחים, כאשר הנורמות החוקתיות נכתבו פרק אחר פרק, ובראש ובראשונה לכך שהפרויקט החוקתי בישראל טרם הושלם. נראה כי על פגמים אלה הצטער כב' המשנה לנשיאה (דאז) רובינשטיין באומרו:

"צר לי מאוד על כך, כמשרת ציבור ותיק, כשופט ובראש וראשונה כאזרח שנולד בארץ ערב תקומת המדינה וחי בה כל ימיו. מדינה שומרת חוק, שוחרת זכויות אשר מבקשת לקיים משטר דמוקרטי תקין, ראוי שתהא לה חוקה אשר תעגן את ערכי היסוד, שהם נר לרגליה, במדרג נורמטיבי עליון, עלי ספר." (בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 06.09.2017) (להלן: "פרשת המרכז האקדמי")

94. שעה שהכנסת מוסיפה לאחוז בסמכותה המכוננת, המתירה לה לחוקק חוקי יסוד חדשים, ולהוסיף ולתקן את אלה הקיימים, והכל באמצעות הליכי חקיקה שאינם מוסדרים דיים – נראות באופן התמודדויות רבות עבור שיטת המשטר הישראלית, התנגשויות ושאלות מורכבות שידרשו מענה. הדברים אמורים, בין היתר, במצבים של התנגשות בין חוקי יסוד, חיקוק חוקי יסוד שאינם ראויים למעמד חוקתי, וניסיונות מחטף של נורמות יסוד בהליכי חקיקה חפוזים.

95. כך, דומה כי נותרו שאלות רבות, ומעט תשובות. שאלה מטרידה במיוחד, וזו הניצבת במוקד העתירה הנוכחית, עניינה באי-יציבות הנורמות החוקתיות, עד כדי קושי לעקוב אחר תהליכים של שינוי ותיקון של חוקי היסוד – בהיעדר עקרונות המושלים במלאכת החקיקה המכוננת.

96. בעיה זו, ראשיתה במבחן שאומץ לזיהוי הנורמות החוקתיות ביחס לחקיקה הרגילה, המכונה המבחן ה"צורני". מכאן נובע, בהמשך לאימוצו של מבחן זה, כי כל אשו נדרש על מנת לכונן נורמה חוקתית הוא להעבירה בהליך חקיקה רגיל ולהכתירה במילים "חוק יסוד":

"בכפיפות לחקיקה עתידה (כגון חוק-יסוד: חקיקה), הרי שינוי של חוק היסוד נעשה מבחינת שלבי החקיקה וצורתם כדרך שינוי של חוק רגיל, היינו הצעת חוק יסוד מתפרסמת באותה צורה שבה מתפרסמת הצעת חוק רגילה. חוק היסוד מתקבל בשלוש קריאות. כל חבר-כנסת יכול להציע חוק יסוד כהצעת חוק פרטית, כפי שכל חבר-כנסת יכול להציע חוק רגיל." (הלכת בנק המזרחי, 221)

97. עוד הובהר, אף זאת במסגרת פרשת בנק המזרחי, כי שינוי או תיקון לחוק יסוד נדרש להיעשות באמצעות חוק יסוד – תנאי אשר עומד לכדו, בהעדר הוראה מיוחדת אחרת. כך, הליך השינוי של נורמות חוקתיות מתבצע באמצעות אותו נתיב פשוט בו מתבצעת חקיקת חוק יסוד, אשר למעשה זהה בעיקרו להליך חקיקתו של חוק רגיל, וללא בחינת עמידתו המהותית.

98. תופעה זו זכתה לתיאור "הקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי היסוד ותיקונם" (בנדור "פגמים בחקיקת חוקי היסוד" 444-447). כמו כן, אף מעיניהם של שופטי ההרכב בפרשת בנק

המזרחי, הגם שעמדו רק על מפתנו של העידן החוקתי, לא נעלמה האפשרות לשימוש מעין זה בסמכות המכוננת:

"שינוי תכוף ותדיר של חוקי יסוד הוא תופעה בלתי רצויה. מדינה מתוקנת איננה מתקנת את המסגרות הנורמטיביות העקרוניות שלה חדשות לבקרים" (פסקה 62, כב' השופט שמגר)

"אולם תיקון בחוקה אל לו שייעשה כדבר שבשיגרה, חלילה לה לחוקה ולערכים החוקתיים הגלומים בה שיכופו ראש וישתנו עם כל רוח מצויה. יציבות החוק, ועל אחת כמה וכמה יציבות החוקה, הן ערך לכשעצמו". (פסקה 13, כב' השופט ד. לוי)

99. והנה, אשר יגורנו בא לנו. אנו עדים לשימוש תכוף שעושה הכנסת בסמכותה המכוננת, חדשות לבקרים, לשם שינויים שעניינם מענה נקודתי לכורח פוליטי זמני. כפי שציין כב' השופט אי רובינשטיין בבג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011), חוק-יסוד: הממשלה "נחקק, תוקן (לא בהכרח בהוראת שעה), והוחלף, בחלק ניכר על-פי מצבים מתחלפים של צרכים קואליציוניים שבינם לבין כבוד חוקתי אין על פי רוב ולא כלום" (פס' ד').

100. ולעניין זה יוזכרו התיקונים לעניין התפטרות שרים מהכנסת, וההגבלות על מספר השרים בממשלה (על השימוש, למשל, בהוראות שעה חוקתיות לשם שיקולים פוליטיים צרים ראו Nadav Dishon, 'Temporary Constitutional Amendments as a Means to Undermine the Democratic Order: Insights from the Israeli Experience', 51(3) Israel Law (Review) 389-425 (2018)).

101. דוגמא נוספת להליך בזק לשינוי נורמה חוקתית ניתן למצוא בתיקון מס' 5 לחוק-יסוד: הממשלה בעניין סגני השרים, תיקון לחוק יסוד שמלאכת חקיקתו הושלמה בפחות מיומיים בלבד. את הפסול שבכך תיאר היטב ד"ר עמיר פוקס בכתבתו "רק בישראל משנים חוקה באופן הזוי" הארץ (17 בינואר 2018):

"נסו לספר לאזרח של דמוקרטיה חוקתית על תיקון חוקתי שכלל קריאה ראשונה ביום שני בבוקר לאחר דיון זריז בשמונה בבוקר בוועדת חוקה, חוק ומשפט (שנקבע בהחלטות יום קודם לכן), וקריאה שנייה ושלישית למחרת אחר הצהריים. בית המחוקקים (ובכובעו זה הרשות המכוננת) תיקן את החוקה אך ורק בשל צורך פוליטי פרסונלי, בתוך יום וחצי כמעט ללא דיון רציני בכנסת לא כל שכן דיון ציבורי"

102. הנה כי כן, עוד בתחילת דרכה של ישראל כדמוקרטיה חוקתית, סומנו תמרורי אזהרה מפני תופעה פסולה זו. עינינו הרואות, כי התופעה שמפניה הזהירו שופטי ההרכב בפרשת בנק המזרחי, לא זו בלבד כי התממשה, אלא הפכה חזון נפרץ במחוזותינו.

ד.2.ב. השיקולים המצדיקים הפעלתה של ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד

103. אף מבלי להתחשב במידה שבה נפוצה תופעה זו בשיטתנו, אלא באופן מושגי וכמודל חוקתי ראוי – כאשר עניינו בשימוש בסמכות המכוננת אשר אין איש חולק על עוצמתה, סמכות בלתי מרוסנת של הכנסת ממילא איננה דבר רצוי. יפים לעניין זה דברי המלומד אי' בנדור:

"למרות הקושי שבכך, הדעת נותנת שיש ערכים שגם האספה המכוננת כפופה להם. הכוונה היא, בעיקרו של דבר, למושכלות יסוד המגלמות את המדינה עצמה, במובן זה שביטולן שקול לפירוקה של מדינת ישראל. שום מוסד משפטי של מדינה – אף לא האספה המכוננת, ולא כל שכן האסיפה מכוננת הנגזרת –

אינו מוסמך לבטל את המדינה. קיומה של מדינת ישראל הוא "נתון על-קונסטיטוציוני", המגביל את כוחן של כל רשויותיה, לרבות את כוחה של הכנסת בפועלה כאספה המכוננת. ביטול המדינה אינו יכול להיעשות במסגרת משפטה. הוא דורש מהפכה, כלומר, שינוי הנורמה הבסיסית" בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-היסוד", 132-136

104. אשר על כן, יש להניח שמקובל על כל בר דעת שבנקודה כלשהי תפגוש הסמכות המכוננת של הכנסת במגבלות כלשהן, יהא אשר יהא מיקומה של אותה נקודת גבול.

105. סכנה נוספת עליה הצביעו מלומדים טמונה בכך שהכנסת שמחזיקה בשני כובעים אשר באמצעותם תוכל לעשות עצמה חסינה מביקורת שיפוטית, בקלות ועל ידי סימון החקיקה בכותרת "חוק יסוד". מטבע הדברים, חשש זה מתקיים במיוחד בשיטת משפט בה הרשות המחוקקת אוזנת בסמכות מחוקקת ומכוננת, בעת ובעונה אחת, בצירוף הליך שינוי חוקתי גמיש שעשוי להפוך את חוקי היסוד "קורבן" לשיקולים פוליטיים צרים וקצרי-טווח, בדיוק כאלו שחוקה אמורה להגביל. כפי שצינו פרופ' סוזי נבות ופרופ' יניב רוזנאי:

"An extremely flexible amendment procedure, where a dominant executive controls the amendment process, coupled with short-term political interests and temporary majorities increases the fear of abuse of the amendment power. Indeed, the risk of abuse of the amendment power arises especially when the constitutional amendment body is the same body that decides the everyday political decisions. The identity of bodies causes the mingling of longer-range issues of constitutional planning with short-term interests of political power. In Israel, where the legislature is composed of a single chamber, when basic laws are easily amended, coupled with the dominance of the government in the legislative process, there is a greater fear of an abuse of constituent power. Judicial review of basic laws, especially in the absence of any supra-national court, seems necessary. Otherwise, the Knesset that possesses two hats – the ordinary legislature and the constituent authority – would practically be omnipotent and would be able to render immune any law from judicial review simply by labelling it as a 'basic law'".

[Suzie Navot and Yaniv Roznai, 'From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel', 21(3) European Journal of Law Reform 403, 421-422 (2019)]

106. לכל האמור מצטרפת העובדה כי בשנים האחרונות בישראל הרשות המבצעת מחזקת את דריסת רגלה בהליך החקיקה, וכל העת מוסיפה לבסס את שליטתה ברשות המחוקקת (על השקיעה המתמשכת במעמדה ובכוחה של הכנסת, והעלייה בכוחה של הממשל ראו מתן גוטמן, "יחסי הגומלין בין הכנסת לממשלה והחוקה המינהלית המוסדית" (חיבור לתואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשע"ט) (להלן: "גוטמן החוקה המנהלית")). דומה כי אין צורך להכביר במילים על מנת להבהיר את הסכנה שבהפקרת השליטה בחוקי היסוד לחסדי ברשות המבצעת.

107. כידוע, חוקי היסוד זכו בישראל למעמד בעל עליונות נורמטיבית, באשר הם מבססים את יסודות שיטת המשטר והמבנה השלטוני בישראל, ולפיכך, נודעת חשיבות רבה ליציבותן של הנורמות החוקיות, ולכך ששינויים בהן ייעשו באופן זהיר וקפדני, המבטא הסכמה רחבה. כפי שציין המשנה לנשיאה (בדימו') ס' גובראן, באשר לאפשרות לאמץ תקציב דו-שנתי:

"שומה על היושבים על המדוכה לתת את הדעת לכובד משקלה של הסוגיה המונחת לפתחם, ולקיים דיון ציבורי אשר יבטיח ליבון מעמיק והסכמה רחבה

ככל הניתן, ביאה לנורמה חוקתית" [פס' 8 בבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 06.09.2017)].

108. כאשר חוקי יסוד מוכפפים לשירות הנסיבות הפוליטיות הרגעיות, הדבר מהווה ניצול לרעה של סמכותה המכוננת של הכנסת, באופן שיש בו כדי לשחוק את המבנה החוקתי אשר נועד לייצג על-זמניות ויציבות משטרית. עמד על כך כב' השופט ג'ובראן, שם: "שיקולי הנוחות הפוליטית אינם יכולים להוסיף ולמשול בכיפה, ואין זה ראוי כי משטר דמוקרטי חוקתי יוכפף לצורכי השעה".

109. הנה כי כן, חשיבות נסיבותינו המיוחדות של המבנה המשטרי בישראל, לצד בחינת אופן השימוש עד כה בסמכות לתיקון הנורמות הבסיסיות – אלה התגלו כגורמי מפתח לעניין שאלת הביקורת שיפוטית של חוקי-יסוד ותיקונם:

"עוד יצוין, כי מטבע הדברים, תכיפות התיקונים החוקתיים על ידי הרשות המכוננת יש בה כדי להשפיע על מידת התערבותו של בית המשפט. כפי שציינה הנשיאה ביניש בבג"ץ בר-און, מרבית אומות העולם בעלות החוקה ממעטות לשנותה; בשונה מכך, הרשות המכוננת הישראלית מבצעת תיקונים רבים ותכופים בחוקי היסוד, באופן שיש בו, בכל הכבוד, הקלת ראש בחוקתיותם של חוקי היסוד, שלא לומר זילותם. בא כוח הכנסת דיבר על "יום הדין" בתקציב שמעל לשנתיים; לטעמי "יום הדין הראוי" הוא גם בתקציב בן שנתיים, על דרך הכלל. כפי שציין המלומד רוזנאי, ועל כך עמדנו מעלה, הריסון אותה נוקטת הרשות המכוננת בתיקון החוקה מחייב גם ריסון מצד בית המשפט; ואולם נדמה שההמשך הטבעי לדברים אלה, הוא שככל שהרשות המכוננת אינה נוקטת היא עצמה ריסון של ממש בבואה לתקן את עקרוניתה החוקתיים של המדינה, נכונותו של בית המשפט לבקרה – רחבה יותר" (פרשת המרכז האקדמי, פס' ל"ח)

ד.2.ג. נכונות הרשות השופטת להעברת ביקורת על הסמכות המכוננת

110. ואכן, בית המשפט הנכבד לא הותיר תופעה זו בחלל הריק. מגמת הנכונות במשפט הישראלי להתערבות החלה בכך שקנתה לה אחיזה במשפט התפיסה לפי קיימות מגבלות לסמכות המכוננת. וראו לעניין זה הערה חשובה של כב' הנשיא ברק מתוך בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, סא(1) 619 (2006):

"על כן, יש מקום לתפיסה כי חוק או חוק-יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם".

111. לצד ההכרה במגבלות אפשריות אשר מפניהן ראוי כי תיסוג הסמכות המכוננת, התפתחה מגמה נוספת בפסיקה המשקפת אי-נוחות מודגשת לנוכח תופעה הולכת וגוברת של תיקון חוקי היסוד במהלכי חקיקה נמהרים, תוך פגיעה במבנה החוקה ובמעמדה. וראו למשל דברים מתוך בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה חוק ומשפט, נג(4) 92 (1999):

"אין זה רצוי שחוקי יסוד – המהווים פרקים של חוקת המדינה – יתקבלו או יתוקנו לצורך סיפוק צורכי שעה קואליציוניים"

112. בהמשך אי הנוחות גברה והפכה לחשש ממשי שמא אופן השימוש ותדירות השימוש בסמכות המכוננת מאיימים לחתור תחת המבנה החוקתי כולו. בבג"ץ 4908/10 ח"נ רוני בר-און נ' כנסת

ישראל, סדן(3) 275 (2011) (להלן: "עניין בר-און") נשמעה אזהרה ברורה עבור הרשות המחוקקת מפני המשך השימוש בפרקטיקה הפסולה:

"כללם של דברים. אנו סבורים כי חוק יסוד הוראת השעה הוא חוק יסוד לכל דבר ועניין. בנסיבות המקרה שלפנינו, אין בשימוש בהוראת שעה כשלעצמה, כדי להצדיק קביעה כי חוק היסוד בטל מעיקרו או כי יש להורות על בטלותו. יחד עם זאת, מוטב יהיה אם בעתיד תימנע הכנסת מלעשות שימוש בהוראות שעה לתיקון הוראות חוקתיות. מכל מקום, כל עוד לא נקבע המתווה לחקיקה, לתיקון ולשינוי של חוקי יסוד, יש להותיר הליך חקיקה מסוג זה למקרים חריגים, קיצוניים וייחודיים, וזאת משום מעמדם של חוקי היסוד".

113. ובמורד הדרך, בגלגולו של אותו עניין, לבסוף ראה לנכון בית המשפט הנכבד במסגרת פסק דין תקדימי להתערב בתוצרי הסמכות המכוננת, בבג"ץ 8260/16 המרכזי האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 06.09.2017):

"ואכן, זווית התבוננות שונה אל הסוגיה מציעה דוקטרינת השימוש לרעה, המעוררת את השאלה האם עצם העובדה שהחוק נחקק על דרך של הוראת שעה מהווה "שימוש לרעה בסמכות המכוננת, באופן הפוגם בתוקפו של חוק יסוד הוראת השעה כחוק יסוד" (בג"ץ בר-און, בפסקה 17). שאלה זו העסיקה את בית המשפט בבג"ץ בר-און וגם אנו נידרש אליה, והפעם ביתר שאת, משלא הופקו לקחים בעקבות אותה פרשה."

114. בהמשך העתירה הנוכחית תעמוד העותרת בהרתבה על אמות המידה שנקבעו בפסק דין מכונן זה, אשר בהצטרפותם עשויה להתגבש הקביעה בדבר "שימוש לרעה בסמכות המכוננת", וכמו כן, תעמוד על הגישות השונות הקיימות ביחס לאופייה והיקפה של הביקורת השיפוטית על חקיקת היסוד.

115. אך מן הראוי להתעכב כבר עתה על תוצאות פסק הדין החשובות. אמור מעתה: **סמכותה של הכנסת לשנות את הנורמות החוקתיות, עוצמתית ככל שתהיה אינה חפה ממגבלות, והרשות השופטת בהיתן נסיבות מסוימות תידרש לביקורת השיפוטית על תוצרי הסמכות המכוננת.**

3. ד. מגבלות הסמכות המכוננת: ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד – מכוח

אילו נורמות?

3. ד. א. עקרונות הליבה

116. כפי שהוטעם בהרחבה, סמכותה המכוננת של הכנסת – על אחת כמה וכמה על רקע ההקשר הייחודי בו התפתחה החוקה בישראל – ראוי לה כי תהיה מבוקרת באמצעות ביקורת שיפוטית, בשם השמירה על המבנה החוקתי והדמוקרטי.

117. כאמור לעיל, בית משפט נכבד זה אמר את דברו באשר לאפשרות הנתונה בידי לבחון את תוצרי הסמכות המכוננת. עם זאת, נותר בעינו הצורך בביאור מנגנון ביקורת זה – אמות המידה, אופן הפעולה והיקפה של הבחינה השיפוטית.

118. על פי גישה מרכזית אשר צמחה בשיטות המשפט השונות שבהן הוכרה הביקורת השיפוטית על נורמות חוקתיות, ביקורת זו שואבת את חיותה מן העקרונות הבסיסיים של השיטה. הגם שעשויה להישאל השאלה, כיצד יתכנו עקרונות יסוד בעלי שורשים עמוקים יותר מאלה החוקתיים – הרי שגישה זו גורסת כי ישנם ערכי גרעין לשיטה המשטר, אותם ערכים אשר לא ניתן לגרוע ממנה.

119. דברים ברוח דומה מאוד ניתן למצוא בדבריו של המשנה לנשיא חשין (ז"ל) בבג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, סא(1) 619 (2006) (להלן: **"פרשת דחיית השירות"**), אשר נוגעים במקומם של עקרונות יסוד אלה במארג המשפטי, ואף משתמעת מהם הכוונה כי הכנסת **כבולה ביכולתה לשנות מהם, אף בשימוש בכובעה המכונן:**

"הפירמידה המשפטית בנויה אפוא על ערכי-העומק של התברה והמדינה. אותם ערכים מזינים בשורשיהן את הנורמות השוררות במדינה, ובלעדיהם לא תיכון המדינה. וגם הכנסת - שהיא עצמה חיה מכוחם - תכוף ראשה לפני אותם ערכים"

120. הגישה לביקורת הדוגלת בעקרונות היסוד מעניינת במיוחד מבחינת השיטה הישראלית שכן זו מחזיקה, זה שנים רבות, בקיומם של עקרונות יסוד בלתי כתובים. כך, התפיסה לפיה מתקיימים עקרונות יסוד שבליבת הדמוקרטיה הישראלית, הינה תפיסה מבוססת אשר שורשיה קודמים בהרבה לעידן החוקתי.

121. נקודת ציון ראשונה אשר ראוי להזכיר בהקשר זה מסומנת בפסק הדין ע"ב 1/65 **ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד (3) 365, 387-390 (1965) (להלן: **"עניין ירדור"**):

"משמעותו של אותו "אני מאמין" הוא שדבר המשכיותה - ואם תמצא לומר: "נצחיותה - של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית" אשר חלילה לה לרשות כל שהיא של המדינה - בין רשות מינהלית ובין רשות שיפוטית או מעין שיפוטית - להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה" (עמ' 385)

122. הרי לנו עיסוק בעקרונות יסוד, אשר כוחם יפה בין אם כתובים הם ובין אם בלתי כתובים. לא זו בלבד, אלא שהמדובר בעקרונות המנחים בפעולתה כל רשות מרשויות המדינה, כ"עובדת יסוד קונסטיטוציונית" שאין להתכחש אליה.

123. דברים חשובים אלה זוכים להדהוד בפסק-הדין בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529 (1990) - שם הדיון אינו מסתפק בזיהוי עקרון יסוד, אלא ממשיך ודן באפשרות **ביטול חקיקה של הכנסת על סמך עקרונות יסוד בלתי-כתובים**. ההכרה באפשרות זו משליכה על ענייננו, על אף שאין בפסק הדין אימוץ של אותה אפשרות, משנמצא כי הכרעה בעניין זה לא נדרשת.

"מהי המסקנה העולה מניתוח זה? לדעתי, שלוש הן המסקנות המתבקשות: האחת, כי באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסודיות אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין, אין כל דבר אקסיומטי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו. בפסילת חוק על-ידי בית המשפט בשל פגיעתו הקשה בעקרונות יסוד אין משום פגיעה בעקרון ריבונות המחוקק, שכן הריבונות היא לעולם מוגבלת. אין בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, שכן עיקרון זה בנוי על איזונים וריסונים, המגבילים כל אחת מהרשויות. אין בכך פגיעה בדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה היא איזון עדין בין שלטון הרוב לבין זכויות האדם ועקרונות יסוד, ובאיזון זה, שמירה על זכויות האדם ועקרונות יסוד אינה יכולה להתפס, כשלעצמה, כעניין בלתי דמוקרטי".

124. ומה דינם של אותם עקרונות ליבה, לאחר האירועים החוקתיים שהגיעו לשיאם במהלך שנות התשעים? **עיון בפסיקה מאוחרת יותר מגלה כי לא נס ליחם, וכי הפסיקה מוסיפה לעסוק בעקרונות אלה**. ולמעשה, מתיישב עם ההיגיון כי עקרונות יסוד אלה - באשר הם עוצמתיים

דיים כדי לשמש כלי בביקורת שיפוטית על התקיקה שמקורה בכנסת, שלא על סמך חוקה כתובה – אינם נעלמים אך משום שנתגבשה חוקה. ואף יש מקום להניח כי חוקי היסוד עצמם נוצרו סביב אותם עקרונות, שהם לב ליבה של הדמוקרטיה הישראלית. כפי שציין, הש' מ' חשין:

"גם חוקי-היסוד אינם בפסגת הפירמידה, שמא נאמר: בתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי-היסוד יונקים מהם את חיותם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדמוקרטיה היהודית. אלה הם ה"גבוה מעל גבוה שומר". אלה הם הגנים היוצרים את חיינו... מטרתם של חוקי-היסוד הינה לעגן, לקבע, לנטוע בתוכנו את ערכי המדינה; ערכים אלה – ערכים הקיימים לבר-תוק-היסוד – הם המזינים את חוק-היסוד ומהם חיותו של החוק." (יא 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629–630 (1997)).

125. אכן, בספרות המשפטית ההשוואתית מוכרת העמדה כי קיימים עקרונות חוקתיים הקשורים להוראות החוקה ואף עקרונות חוקתיים עצמאיים ('freestanding') שלהם עליונות על הוראות החוקה, וקל וחומר על חקיקה רגילה (ראו, לאחרונה: Han-Ru Zhu, 'Legal Principles, Constitutional Principles, and Judicial Review', 67 American Journal of Comparative Law 889, 908 (2020)).

126. התייחסות לרעיון דומה ניתן למצוא במסגרת מישראל בגי'ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, נ(5) 015 (1996) (להלן: "עניין מישראל"):

"שאלה זו יפה היא. עם זאת, הגענו לכלל מסקנה כי אין לנו צורך להכריע בה. אכן, גם אם נניח בלא להכריע בדבר - כי קיימים עקרונות יסוד ומטרות אשר חוק חורג אינו יכול לפגוע בהם, הרי אלה הם בוודאי עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם."

127. ומכאן לפסק הדין בפרשת דחיית השירות הנזכר בתחילתו של חלק זה – מתוך תמסרים המהדהדים בדעת המיעוט ניתן לשרטט קו ברור בין עניין ירדור לבין פרשה זו, ומעניין כיצד נשמעים הדברים בבירור בעידן החוקתי שלאחר חקיקת חוקי היסוד:

"חוק הוא העומד בסתירה משוועת לכל עקרונות היסוד תארוגים בחיינו, לכל האמיתות, לכל השאיפות, לכל התקוות שמדינת ישראל המתחדשת בנויה עליהן. ואין אני מדבר אך בעקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מגיע אני עד לעיקרים שהמדינה עצמה בנויה עליהם, עד לאותם ערכים הנותנים חיים לחקיקת הכנסת - החל בחוקי-היסוד וכלה בחוקים מן-המניין: עד לעקרון האב המורנו כי תנאי ראש וראשון לכל שאר זכויות הוא עצם קיומה של המדינה; עד להכרה שבאין מדינה אין זכויות ואנו פְּרִיק; עד לעקרון-האב של הקיום וההישרדות, עיקרון שעליו וממנו יקומו אדם ועם"

128. חרף העובדה כי מדובר בדעת מיעוט, מעיון בפסק הדין ניכר כי השופטים אינם מתנגדים להנחת פסק הדין בדבר עקרונות היסוד, אלא אינם רואים צורך בקביעת מסמרות בשאלה ואך חולקים על ההכרעה הפוזיטיבית בעניין שבנדון.

129. הנה כי כן, עקרונות יסוד מלווים את שיטת משפטנו זה שנים רבות - מאז נפסק בעניין ירדור ועד פסקי דין מאוחרים הנזכרים. כפי שציינה הנשיאה ביניש:

"השאלה, אם בית המשפט בישראל מוסמך לפסול חקיקת יסוד משום שהיא עומדת בסתירה לעקרונות- על של שיטתנו, היא שאלה שבוכה היורדת לשורש הלגיטימיות של הרשות המכוננת לקבל הסדרים חוקתיים, המשנים את אופיים של חוקי היסוד, ולשורש סמכותו של בית המשפט לערוך ביקורת

שיפוטית על תוצרי פעולתה של הכנסת כרשות מכוננת. עם זאת, הכירו בתי המשפט בישראל בקיומם של עקרונות על שאינם ניתנים לשינוי. גם חוקי היסוד שלנו הניחו את העיקרון החוקתי העיקרי, שספק אם הוא ניתן לשינוי, המתייחס לאופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה... אף אני סבורת כי קיים עקרונות יסוד העומדים בבסיס קיומנו כתברה וכמדינה אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות, ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה. במקרה כזה – ומוטב שלא יתרחש לעולם – יידרש בית המשפט להכריע אם חרזה הכנסת מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות בסיסיים של המדינה כיהודית ודמוקרטית." פס' 34-33 בעניין בר-און.

ד.3.ב. סמכותה המכוננת של הכנסת מוגבלת מכוח היותה סמכות "נגזרת"

130. גישה נוספת למגבלות על הסמכות המכוננת, עניינה בהבחנה בין סמכות מכוננת מקורית לבין סמכות מכוננת נגזרת: מתוך שנפנה לשורש הסמכות המכוננת, נובעת הכרה במגבלות הסמכות המכוננת, ואף בכללים המושלים בהפעלתה.

131. ולמען ההגינות תציין העותרת כי היא מבססת כר לביקורת שיפוטית שהוא צר ביחס לזה הנובע מהגישה המתוארת בפרק שלעיל, שכן היא מבטאת עיסוק פורמאליסטי למדי בשרשראות מסירה של סמכויות, ובחינה מדוקדקת של תוכן הסמכויות שנמסרו דרכן. עם זאת, ייאמר כי אין מדובר בהבחנה חדה בין מהות לפרוצדורה.

132. גישה זו מבוססת על ההנחה המקובלת ולפיה סמכותה המכוננת של הכנסת נגזרת מתוך סמכותו של הגוף המכונן הראשוני. כמפורט לעיל, בפרק 1.ד, גרעין של הסמכות המכוננת המסורה לכנסת מצוי כבר בהכרזה על הקמת מדינת ישראל, כפי שניתן למצוא בהתייחסות ההכרזה אל "חוקה שתקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת". לאחר מכן, כאמור, באמצעות "החלטת הררי" בצירוף חוק המעבר וחוק המעבר לכנסת השניה, תשי"א-1951, הועברה מלאכת יצירת החוקה יחד עם הסמכות לעשותה – היא הסמכות המכוננת לכנסות הבאות.

133. במאמרו, "המעמד המשפטי של חוקי-היסוד" מבסס פרופ' בנדור את ההבחנה בין סמכות נגזרת למכוננת, בעמ' 132-136. ראשית, מוטעם כי מקור כל הנורמות המשפטיות כולם הוא ברצון הריבון – קרי, במדינה דמוקרטית, העם.

134. כך, הריבון הוא זה שנתן למועצת העם את כוחה להכריז את הכרזת העצמאות ובמסגרתה לקבוע כי תיקבע חוקה, אשר בכוחה יהיה להנחיל נורמות משטריות ראויות ויציבות, ובתוך כך אף נתן לה את הכוח לקבוע נורמות שיהיה בהן כדי לכבול את נבחריו העם בעתיד לבוא.

135. ולמן אותו גוף שקיבל את סמכותו באופן בלתי אמצעי מהעם, הלוא הוא הריבון, הלאה בשרשרת המסירה של הסמכות המכוננת, הסמכות המועברת איננה סמכות מכוננת מקורית כי אם סמכות מכוננת נגזרת:

"אך האספה המכוננת שנבחרה לפי הוראה זו, ובעקבותיה הכנסת, במהותה כבר אינה אספה מקורית. שכן, היא פעלה ופועלת מכוח קביעתו של מוסד משפטי ולא ישירות מכוח רצונו של הריבון. זוהי אפוא אספה מכוננת נגזרת." (בנדור בעמ' 135)

136. מתוך הבחנה דרמטית זו נובעות באחת מספר משמעויות מעניינות, ובראשן פתרון לשאלת הבסיס לביקורת השיפוטית על נורמות חוקתיות:

"גישה זו אף עשויה לפתור את קושי הניכר – במישור הדין המהותי ובמישור "השפיות המוסדית" גם יחד – שבהגבלת האספה המכוננת, שלכאורה מקור הנורמות המשפטיות כולן הוא בה עצמה. שכן הכנסת היא אספה מכוננת נגזרת, וסמכותה נגזרת מהכרזת העצמאות." (עמ' 143)

137. כמו כן, להכרה בכך שלכנסת כיום סמכות מכוננת נגזרת נודעת משמעות לעניין התערבות מהותית בנורמות החוקתיות ובאשר לשאלה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת:

"נראה לי, כי סמכותה המכוננת של הכנסת מוגבלת לעניינים חוקתיים. הדעת נותנת כי מועצת העם, כאשר הורתה בהכרזת העצמאות כי תיקבע "חוקה", התכוונה למסמך שיעסוק בעניינים קונסטיטוציוניים במהותם. כאמור הכנסת אינה האספה המכוננת המקורית אלא אספה מכוננת נגזרת, ובתור שכזו סמכויותיה מוגבלות. כשם שאין לראותה כמוסמכת לעסוק בביצוע או בשפיטה, כך אין לראותה מוסמכת לעסוק בתחומים שמטבעם נועדו להסדרה בחוק "רגיל". (עמ' 141).

138. לא זו אף זו. יתכן ובתפיסה זו ניתן לתלות את הרעיון לפיו הסמכות המכוננת איננה טומנת בחובה את הסמכות לפגוע בערכי הליבה, ובייחוד בהגדרתה של המדינה כיהודית וכדמוקרטית:

"מועצת העם בוודאי לא ראתה כאפשרות לגיטימית כי האספה המכוננת תקבע חוקה שתנתק כל זיקה בין מדינת ישראל לבין העם היהודי, או שהיא תקבע למדינה שיטת ממשל בלתי דמוקרטית. הקמת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה אך "המלצה" או "חזקה פרשנית". מדובר במהות הבסיסית והמחייבת שנקבעה למדינה על ידי מייסדיה." (עמ' 143).

כלומר, לפי שיטה זו "הסמכות המכוננת, בהיותה נגזרת מהכרזת העצמאות, מוגבלת לקבלת נורמות חוקתיות, הנדרשות להלום את מושכלות היסוד של המדינה שנקבעו בהכרזה, והם זיקה של המדינה לעם היהודי והיותה דמוקרטית" (עמ' 125).

139. פרופ' בנדור תופס את הכנסת, בין אם היא מכוננת חוק יסוד חדש או מתקנת חוק יסוד קיים כפועלת מכח סמכות מכוננת נגזרת. עם זאת, גם לפי גישה מרחיבה יותר, לפיה הכנסת עודנה אוהזת כיום אף בסמכות מכוננת מקורית, סמכותה של הכנסת לתקן חוקי יסוד מוגבלת להישאר בגדרי גבולות הגזרה של חוקי-היסוד אותם היא מתקנת.

140. כך, פרופ' קלוד קליין הציע להבחין בין שלושה כובעי הכנסת: סמכות מכוננת מקורית, סמכות מכוננת נגזרת (או הסמכות המתקנת) וסמכות מחוקקת: "הסמכות המכוננת המקורית ממשיכה להתקיים לגבי הנושאים שבהם עדיין לא נחקקו חוקי יסוד, ואילו באותם הנושאים שבהם נחקקו כבר חוקי היסוד מצתה הכנסת את סמכותה המכוננת המקורית. כמרכן הסמכות המכוננת המקורית הטילה על הכנסת להיות הגוף המוסמך לצורך הסמכות המכוננת הנגזרת". קלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון" משפטים כ"ח, 341, 357 (תשנ"ז).

141. היות שסמכותה של הכנסת לתקן את חוקי היסוד היא סמכות משפטית הנגזרת מחוקי היסוד עצמם, זוהי סמכות מוגבלת. כפי שפרופ' קליין ציין: "סמכותה של הרשות המכוננת הנגזרת קבועה ומוגבלת על-ידי המסגרת המשפטית שניתנה לו בחוקה דהיינו לרשות המכוננת הנגזרת יש סמכות מוגבלת ... אם עשתה כנסת שימוש בסמכותה, הסמכות מתרוקנת ועוברת לרשות הנגזרת (דהיינו: הרשות שקיבלה את הסמכות לשנות את החוקה). הרשות הנגזרת מוגבלת

באותן הגבלות שנקבעו על-ידי הרשות המכוננת המקורית" (קלוד קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב 51, 52, 54 (1969-1970)).

142. כלומר, בענייננו הכנסת פועלת – הן לפי גישת פרופ' בנדור והן לפי גישת פרופ' קליין – מכוח סמכות מכוננת נגזרת ומוגבלת. מכך, נטען, נגזרות שתי הגבלות מהותיות (קרי, לא של פרוצדורה): האחת, שלא לפגוע במושכלות ועקרונות היסוד של ישראל כיהודית ודמוקרטית; השנית, בתקנה את חוק-יסוד: הממשלה, הכנסת מפעילה סמכות מוגבלת המחויבת לפעול בגדרי גבולות הגזרה של חוק היסוד ולשמור על מבנהו ומאפייניו הבסיסיים. באמצעות תיקון חוק היסוד אין הכנסת יכולה להחליף את חוק היסוד – מהותית – בחוק-יסוד חדש.

143. שינוי משטרי כפי שמוצע לעיל מהווה אפוא שינוי חוקתי אסור. הגבלות אלו, כפי שנטען, משקפות דוקטרינות קיימות במשפט ההשוואתי: דוקטרינת "המבנה הבסיסי" או "מאפייני הבסיסי" ודוקטרינת "ההחלפה החוקתית", הרלוונטיות לתפישת התיקון החוקתי שאינו חוקתי.

144. לפירוט זה נפנה כעת.

ד.4. במישור המהותי – דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא-חוקתי"

145. כאמור לעיל, סוגיית אופייה והיקפה של הסמכות המכוננת היא מורכבת ומעוררת שאלות עיוניות ומעשיות רבות [ניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד", בתוך ספר אליקים רובינשטיין (מרים מרקוביץ'-ביטון ואח' עורכים, 1245 (עתיד להתפרסם 2020) (להלן: "רוזנאי, שימוש לרעה"). דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי עניינה בהיקף הביקורת השיפוטית על תיקונים חוקתיים, בשל היותם פוגעים בעקרונות היסוד של השיטה.

146. כך, בצד המגבלות הפרוצדורליות (Procedural) שעניין הפרוצדורה שבה מתקבל התיקון לחוק יסוד, ובראשן דרישת הרוב הנדרש להעברת התיקון, כמו גם ההליך הנדרש בכללותו – הרי שלפי דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, עשויות אף לחול מגבלות מהותיות (Substantive) על האפשרות לתקן חוקי יסוד, וזאת כאשר התיקון המבוקש פוגע בזכויות יסוד או בעקרונות יסוד שעליהם מבוססת השיטה המשפטית – וזאת בין בהתנגשות מפורשת ("פסקת נצחיות") ובין משתמעת [לסקירה משווה של התיקון החוקתי הלא חוקתי ראו עוד: אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בך 361 (2011) (להלן: "תיקון של חוקה שאינו חוקתי")].

147. דוקטרינה זו כהגשמה מסוימת של הביקורת השיפוטית על חקיקה מכוננת על-בסיס עקרונות יסוד יש לה אחיזה מסוימת בתפיסה החוקתית בישראל – במובן זה שהזין החוקתי הישראלי מכיר בקיומם של עקרונות-יסוד בסיסיים, "על-חוקתיים"; אך זאת מבלי שהוכרעה סוגיית פסילתם של חוקי-יסוד לאורם של עקרונות-על-חוקתיים אלו.

148. אולם לצד זאת, נאמר על הדוקטרינה כי נראה "לעת הזו, ובהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי כמשימה שטרם הושלמה, ובפרט משלא נקבעו עד כה ההליכים לכינון ולתיקון של חוקי-יסוד, יש בעייתיות לא מבוטלת באימוץ דוקטרינה מקיפה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו

חוקתי דוגמת הדוקטרינות הנוהגות במשפט המשווה" (בג"ץ 5744/16 עו"ד שחר בן מאיר נ' הכנסת (פורסם בנבו, 27.05.2018)); ברק תיקון של חוקה שאינו חוקתי, בעמ' 379-380)

149. יחד עם זאת, שני מופעים דוקטרינרים של "התיקון החוקתי הלא-חוקתי", רלוונטיים לענייננו, ויש בהם כדי להבהיר את חשיבות הביקורת השיפוטית החוקתית בהקשר לדיונו. הראשון, דוקטרינת "המבנה הבסיסי" או "המאפיינים הבסיסיים"; והשני, דוקטרינת "התחלפה החוקתית". נעמוד בקצרה על שניהם.

ד.4.א. דוקטרינת "המבנה הבסיסי" או "המאפיינים הבסיסיים"

150. בחוקה ההודית מוכרת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, אולם אין בה "פסקאות נצחיות". בפרשת Kesavananda Bharati v. State of Kerala (1973) 4 SCC 225 נפסק שתיקונים מסוימים שנערכו בחוקה (אשר קבעו כי חרף האמור בכל הוראה בחוקה, הפרלמנט רשאי לשנותה בדרך של תוספת, שינוי או ביטול) – אינם חוקתיים. הובהר שם שהגם שהתנאים הפורמליים הקבועים לתיקון החוקה התקיימו הלכה למעשה, הרי שתיקונים אלו אינם חוקתיים בהיותם פוגעים ב"מבנה הבסיסי של החוקה" (להלן: "פרשת קסוונדה").

151. גישתם של חלק מהשופטים הייתה שבצד ההוראות המפורשות בחוקה קיימות ההוראות המשתמעות. מהן עולה התפיסה שלפיה סמכות השינוי החוקתי אינה כוללת את הסמכות לבטל את לשנות את המבנה הבסיסי של החוקה או מאפייני החוקה הבסיסיים באופן שישנה את זהותה.

152. בהמשך, ערך הפרלמנט את תיקון 42 לחוקה. תיקון זה הוסיף לסעיף בחוקה הקובע את התנאים הפורמליים לתיקוני החוקה (סעיף 368) סעיפים הקובעים כי תיקון בחוקה אינו נתון לביקורת שיפוטית, וסעיף נוסף הקובע שאין כל מגבלה על כוחו של הפרלמנט לתקן את החוקה. בפרשת Minerva Mills LTD. v. Union of India (1980) נפסק שתיקון 42 אינו חוקתי, שכן מרכיב בסיסי של החוקה ההודית הוא שסמכות התיקון היא אכן מוגבלת, ומרכיב זה אינו ניתן כלל לשינוי חוקתי.

153. דוקטרינת המבנה הבסיסי או המאפיינים הבסיסיים אומצה והוחלה במדינות שונות, בעיקר בדרום מזרח אסיה ובאמריקה הלטינית.

154. כך, למשל, בפרו, הטריבונאל החוקתי הכריז כי בסמכותו לבטל תיקונים חוקתיים הסותרים עקרונות דמוקרטיים בסיסיים המקנים לחוקה את זהותה, ובמיוחד כבוד האדם, שיטת המשטר הרפובליקנית, ושלטון החוק (Opinion No 0024-2005-PL/TC, 02.11.2005); מובא אצל Yaniv Roznai, 'Constitutional Unamendability in Latin America Gone Wrong?', in Constitutional Change and Transformation in Latin America 93, 108 (Richard Albert, Justice Carlos Bernal, and Juliano Zaiden Benvindo eds., 2019).

155. ולאחרונה, בהחלטה משנת 2017 קבע בית המשפט הפדראלי של מלזיה לראשונה כי סמכות הפרלמנט לתקן את החוקה אינה משתרעת על שלילה או ערעור של מאפייני המבנה הבסיסי, וציין כי אמצעות דוקטרינה זו נשמר עקרון עליונות החוקה (Semanyih Jaya Sdn Bhd v

Wilson Tay Tze Vern, 'Basic Structure וראו PTD Hulu Langat [2017] 3 MLJ 561 Revisited: The Case of Semenyih Jaya and the Defence of Fundamental 14(1) Asian Journal of Comparative Law 113-, Constitutional Principles in Malaysia' (2019) 145. השוו לפסק-דין מאוחר יותר בו נקבע שסמכות הביקורת השיפוטית אינה רגנטית במבנה הבסיסי של החוקה ולא ניתן לשלול אותה באמצעות תיקון חוקתי: Gandhi Indira ; Mutho v Pengarah Jabatan Agama Islam Perak and Others, [2018] LNS 86 Yaniv Roznai, 'Constitutional Amendability and Unamendability in South-East (Asia)', 14(1) Journal of Comparative Law 188, 192 (2019).

156. מקרה נוסף הוא פסיקתו של בית המשפט החוקתי בטאיוואן (משנת 2000) אשר ללא סמכות מפורשת וללא "פסקת נצחיות" – ביטל תיקונים לחוקה שהאריכו את כהונת האספה הלאומית (Interpretation No. 499 (2000), מהטעם שתיקונים אלו פוגעים ב"טבע הבסיסי של הממשל", והם יורדים לשורש "המבנה הבסיסי" של החוקה עצמה):

"Although the Amendment to the Constitution has equal status with the constitutional provisions, **any amendment that alters the existing constitutional provisions concerning the fundamental nature of governing norms and order and, hence, the foundation of the Constitution's very existence destroys the integrity and fabric of the Constitution itself.** As a result, such an amendment shall be deemed improper. Among the constitutional provisions, principles such as establishing a democratic republic under Article 1, sovereignty of and by the people under Article 2, protection of the fundamental rights of the people under Chapter Two as well as the check and balance of governmental powers are some of the most **critical and fundamental tenets of the Constitution as a whole.**" David S. Law and Hsiang-Yang Hsieh, 'Judicial Review of Constitutional Amendments: Taiwan', in *Constitutionalism in Context* 41-42 (David S. Law ed., forthcoming 2020), available at: <https://ssrn.com/abstract=3359520>

157. דוקטרינת "המבנה הבסיסי" או "המאפיינים הבסיסיים" מוצאת את ביטוייה גם באירופה ושימשה רק לאחרונה (30.1.2019) את בית המשפט החוקתי של סלובקיה, כאשר פסל תיקון לחוקה – שעניינו בדרישה לאישור בטחוני מטעם רשות הביטחון הלאומית לשופטים ולמועמדים לשפיטה – בהיותו "לא-חוקתי":

"the Constitution contains an implicit **substantive core, which consists of the principles of democracy and rule of law, including the principle of separation of powers and the related independence of judiciary.**" Moreover, "not even constitutional laws **may violate this implicit substantive core** of the Constitution". Also, "the Constitutional Court has the power to examine constitutional laws for possible violations of the implicit substantive core of the Constitution and if it finds a violation, it has the power to declare unconstitutionality of the respective constitutional law with the implicit core of the Constitution."

158. כפי שמסבירים השופט בדימי פרופי Lech Garlicki ופרופי יניב רוזנאי במאמר העורכים של (2019) 217 European Review of Law Reform 21(3) (אשר משם נלקח הציטוט האמור לעיל); להלן: "European Review", זוהי הפעם הראשונה שמדינה אירופאית שבתוקחה אין

"פסקת נצחיות" (כאמור, מרבית החוקות האירופיות כוללות ממילא "פסקאות נצחיות" המגינות מפורשות על עקרונות היסוד), מאמצת ומיישמת את הרעיון שקיימת ליבה חוקתית מהותית המגבילה תיקונים לחוקה גם בהיעדר הוראה מפורשת, ובסמכות בית המשפט לאכוף הגבלה זו (בעמ' 218).

159. גישה זו מצאה ביטוי מסוים גם בפסיקת בית המשפט החוקתי באיטליה (1988) אשר קבע שבנוסף לפסקת הנצחיות שמגינה על ה-republican form of government קיימות גם הגבלות משתמעות נוספות, הנובעות מ"המבנה הבסיסי" עליו מושתת יסודות החוקה האיטלקית (אולם אלו לא שימשו עד כה לפסילת תיקונים חוקתיים):

"The Italian Constitution contains some supreme principles that cannot be subverted or modified in their essential content, either by laws amending the Constitution, or by other constitutional laws. These include both principles that are expressly considered absolute limits on the power to amend the Constitution, such as the republican form of State (Art. 139) as well as those principles that even though not expressly mentioned among those principles not subject to the procedure of constitutional amendment, belong to the essence of the supreme values upon which the Italian Constitution is founded." [Pietro Faraguna](#) "Unamendability and Constitutional Identity in the Italian Constitutional Experience" *European Review*, בעמ' 336 למאמר).

160. למעשה, כפי שמציין פרופ' י' רוזנאי בספרו "Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers" (2017) (להלן: "תיקונים לא חוקתיים") אחד מהעקרונות המוסכמים ברובן המוחלט של חוקות העולם, ואשר אף חוסה תחת הגנת "פסקאות נצחיות" הוא ההגנה על "The form and system of government" וכן בולטת החשיבות של "States political or governmental structure" (בעמ' 23 ; 42-70).

161. ואולם קיומן של "פסקאות נצחיות" המבקשות לשריין את המבנה הבסיסי של המשטר אינן מחויבות. על בית המשפט מוטל לפעול להגן על שינויים ב"מבנה הבסיסי", כפי שמבהיר היטב הנשיא ברק במאמרו "תיקון של חוקה שאינו חוקתי":

"תפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית הוא להגן על החוקה והדמוקרטיה. ההגנה על החוקה אינה אך הגנה כלפי חוקים הפוגעים בו. ההגנה על החוקה אינה גם כלפי תיקונים בה הפוגעים בה בבסיסה. אלה כאלה אינם עולים בקנה אחד עם רעיון החוקה ועם הסמכות לשנותה. מי שמבקש להביא שינוי במבנה הבסיסי של חוקה צריך לעשות כן לא בדרך של תיקון החוקה, אלא בדרך של כינון חוקה חדשה. הסמכות המכוננת חייבת לפעול בגדריהם של עקרונות היסוד ובגדריו של מבנה היסוד של החוקה הקיימת. שעה שהן משנות את עקרונות היסוד ואת המבנה הבסיסי הן משמיטות את הקרקע החוקתי עליו הן נשענות. תפקידו של בית המשפט הוא להגן על המבנה הבסיסי ועל עקרונות היסוד של החוקה. על כן מוצדק הוא להכיר בסמכותו לבחון אם תיקון החוקה הוא חוקתי." [בעמ' 377]

"... כמובן, לא כל שינוי בחוקה נופל למסגרת זו. עניין לנו בשינויים חוקתיים עמוקים, המשנים את זהותה של החוקה ואת אופיו הדמוקרטי של המשטר. נכללים במסגרת זו שינוי עמוק באופי הרפובליקני של המשטר, פגיעה קשה בהפרדת הרשויות, בשלטון החוק בעצמאות השפיטה ובזכויות האדם הבסיסיות ביותר. כל חוקה ויסודות המאפיינים את המבנה הבסיסי שלה." [בעמ' 378].

162. הגם שכפי שצוין לעיל, עמדתו של פרופ' ברק היא שמשעה שמפעל חוקי-היסוד טרם הסתיים – הביקורת השיפוטית היא "צרה" יותר מהמקובל במשפט המשווה, הרי שלא יכולה להיות מחלוקת כי ההגנה על היסודות המשטריים על בסיס המאפיינים המארגנים את המדינה והחברה מוכרת בתפיסה החוקתית ברחבי העולם; וכי יש באותם "מאפיינים בסיסיים" או "מבנה בסיסי" כדי להגביל את הסמכות המכוננת מפגיעה בה בעת "תיקון חוקתי".

163. "המאפיינים הבסיסיים" או "המבנה הבסיסי" עולים מלשון החוקה כולה, הנקראת באופן הוליסטי יחד עם המבוא לחוקה והרקע ההיסטורי. כפי שציין בי המשפט העליון ההודי בפרשת קסוונדה:

"The basic structure of the Constitution is not a vague concept ... If the historical background, the Preamble, the entire scheme of the Constitution, the relevant provisions thereof including Article 368 are kept in mind there can be no difficulty in discerning [what] ... can be regarded as the basic elements of the constitutional structure" (para. 620) (מובא אצל "תיקונים לא חוקתיים", בעמ' 215-214) (2014).

164. בישראל, המשטר החוקתי כאמור מבוסס על מפעל חוקי היסוד והרקע ההיסטורי כפי שבא לידי ביטוי בהכרזה על הקמת המדינה ואשר איגודם יחדיו באופן כולל – יוצר את "מאפייני הבסיס" או "המבנה הבסיסי" שהיא-היא הדמוקרטיה הפרלמנטרית הישראלית. כמו מדינות אחרות, הפרויקט החוקתי-הדמוקרטי בישראל, על אף שעודנו בהכנה וטרם הושלם, מבוסס על מאפיינים בסיסיים, ביניהם המבנה המשטרי. אלו הם עמודי התווך של החוקה הישראלית. ואלו מגבילים, למצער במשתמע, את הסמכות לתיקון חוקתי. כפי שציין פרופ' א' ברק ביחס ל"דוקטרינת המבנה הבסיסי":

"בסיס מתודולוגי אפשרי לדוקטרינה זו הוא ההשתמעות החוקתית. פירושה של החוקה כמכלול מוביל למסקנה כי ההוראות בניין שינויים בחוקה מניחים את קיומו של השלם. המובן המשתמע של הטקסט החוקתי אינו מכיר אפוא בשינויים חוקתיים הפוגעים במבנה הבסיסי של החוקה. גישה ברוח זו ניתן למצוא גם בפסקיה של בית המשפט החוקתי בדרום-אפריקה ושל בית המשפט העליון בישראל." (אהרן ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה" משפטים מה 573, 591 תשע"ו).

165. יש אפוא מקום להכיר בכך שסמכותה של הכנסת לבצע שינויים חוקתיים אינה משתרעת על שינויים חוקתיים שמערערים את מאפייני היסוד החוקתיים המקנים לדמוקרטיה הישראלית את זהותה.

ד.4.ב. דוקטרינת "ההחלפה החוקתית"

166. דוקטרינה נוספת המבהירה את המוגבלות המהותית החלה על הכנסת בעת תיקון חוקתי לא חוקתי, היא "ההחלפה חוקתית" ("Constitutional Replacement/Substitution Doctrine").

בספרו תיקונים לא חוקתיים מציג פרופ' רוזנאי דוקטרינה זו אשר התפתחה בקולומביה. החוקה הקולומביאנית משנת 1991 אינה כוללת פסקאות נצחיות ומגבילה את סמכות הביקורת השיפוטית על תיקונים חוקתיים לביקורת פרוצדוראלית בלבד. על אף זאת, בית המשפט החוקתי (C-551/03) קבע שהליך ומהות אינם ניתנים להפרדה מלאכותית ופירוש בהרחבה סמכותו לביקורת פרוצדוראלית באופן שחלה על בחינת עוצמת ההשפעה של השינוי החוקתי.

167. כך קבע בית המשפט, **שסמכות "התיקון" החוקתית אינה עולה עד כדי החלפתה של החוקה בחוקה "חדשה"**. כלומר, כאשר המחוקק מתקן את החוקה באופן שמהווה – מבחינה תכנית – יצירה בפועל של חוקה "חדשה", הרי שהמחוקק מבצע "החלפה חוקתית" ולכן יש לראות בפעולה זו כפעולה בחוסר סמכות – ועל כן, יש סמכות לבית המשפט לפעול ולבטל תיקוני-חוקה העולים כדי "החלפה חוקתית".

168. כך, למשל, בשנת 2010 פסל בית המשפט (C-141/2010) תיקון מוצע לחוקה שאמור היה לאפשר לנשיא להתגבר על מגבלת הכהונה, ולהתמודד בפעם השלישית ברציפות. תיקון כזה, כך לטענת בית המשפט, מפר את הבסיס הדמוקרטי, ומשפיע על הסדר החוקתי הכללי במדינה. המדובר אפוא ב"החלפה חוקתית", ולא בתיקון [ראו עמ' 65-67 בתיקונים לא חוקתיים. לדוגמאות נוספות, ראו: Carlos Bernal, 'Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine' (2013) 11 International Journal of Constitutional Law 339; Mario Alberto Cajas Sarria, 'Judicial review of constitutional amendments in Colombia: a political and historical perspective, 1955-2016' (2016) 3 The Theory and Practice of Legislation 245].

169. לפי פסיקת בית המשפט החוקתי, **שינוי הוראה חוקתית יסודית הנופכת את אופי המשטר החוקתי תיחשב "החלפה חוקתית"** – שינוי חוקתי שיכול להתבצע רק על-ידי מנגנונים יוצאי דופן כמו אסיפה מכוננת המתכנסת כדי לבחון את שינוי המשטר החוקתי בכללותו. אמנם בקולומביה החוקה כוללת הליך נפרד לכינון אסיפה מכוננת, אך הרצינל זהה לזה של הדוקטרינה ההודית: **סמכות המחוקק לתקן את החוקה נגזרת מהחוקה עצמה ולכן מוגבלת. כפי שבית המשפט ציין:**

"Congress derives its power to reform the Constitution from the constitution itself. It has a derivative or secondary status as a constituent force. Therefore, it can reform or amend the Constitution, but it cannot replace it or substitute it for another constitution."
(Opinion C-1040/05)

170. משמעות הדברים היא אפוא ברורה. **מקום שבו התיקונים החוקתיים עולים כדי שינויים משטריים יסודיים, הרי שאין המדובר ב"תיקונים", אלא ב"החלפה חוקתית" שבה מוטלת החובה על בית המשפט הנכבד להתערב. בהיקש למשפט הישראלי, היות שסמכות הכנסת לתקן את חוק-יסוד: הממשלה היא סמכות הנגזרת מחוק היסוד עצמו, היא מוגבלת ואין באפשרות התיקון להביא ל"החלפה חוקתית" של חוק היסוד עם חוק יסוד חדש.**

ד.5. דוקטרינת "השימוש לרעה"

171. בעוד שטרם נקבעו מסמרות בפסיקה הישראלית בדבר דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי" המבוססת על הפגיעה בעקרונות יסוד של השיטה, הרי שבדוקטרינה בדבר "השימוש לרעה" כבר נעשה שימוש בפסיקה והיא הולכת ומתפתחת כמקור חוקתי לביקורת שיפוטית על הסמכות המכוננת של הכנסת [ראו: "רוזנאי, שימוש לרעה"].

172. כבר בפרשת בנק המזרחי נאלץ לקבוע בית המשפט העליון מבחני זיהוי לנורמה חוקתית. כבי הנשיא א' ברק הציע את המבחן הצורני, קרי הכותרת 'חוק-יסוד' והיעדרה של שנת תקיקה שעה שהכנסת עושה שימוש בסמכותה המכוננת. ואולם, כבר אז הועלתה התחייה: "מה דין חקיקה עתידית של הכנסת אשר תעשה שימוש לרעה' בדיבור 'חוק יסוד', תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולו כלום..." [פרשת בנק המזרחי, בפסקה 57 לברק]. תחייה זו הותרה ללא מענה משך תקופה ארוכה [ראו, בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת החוקה, פ"ד נג(4) 92, 95 (1999)].

173. בפרשת בר-און [בג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011)] עמדה השאלה האם ניתן להפקיע עיקרון חוקתי המעוגן בחוקי היסוד (הוא הנוקציב השנתי הקבוע בחוק יסוד משק המדינה) וזאת באמצעות תיקון בהוראת שעה, המאפשרת תקציב דו-שנתי. העתירה נדחתה פה אחד. ואולם, הנשיאה ביניש ציינה כי "קביעת הסדר חוקתי זמני אכן פוגעת במעמד של חוקי היסוד ומוטב שיעשה בה שימוש במשורה, אם בכלל. במקרים מסוימים, שאין ניתן לקבוע מהם מראש, ייתכן כי חקיקת חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות כדי שימוש לרעה' בכותרת 'חוק-יסוד'", וביחס למידת הפגיעה ב"עקרונות משטריים", והיא מוסיפה:

"יש לתת את הדעת, בין היתר, לקיומן של נסיבות חריגות המצדיקות עריכת הסדר זמני על פני הסדר קבוע; יש לבחון את המאטריה אותה מסדיר חוק היסוד; ויש להעריך את מידת הפגיעה של חוק היסוד הזמני בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות. חשוב לציין כי החלת המבחנים הללו על בחינת חוקתיות הוראה זמנית מעצם טיבה כרוכה בשאלת החלתו של מבחן מהותי לזיהוי חוקי יסוד. יחד עם זאת, שאלה זו גם עומדת על רגליה כשאלה עצמאית. כאמור, בנסיבות מסוימות וחריגות, עשוי עצם השימוש בהוראת שעה להצדיק התערבות בחקיקת היסוד" [בפסקה 24 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש].

174. היה זה, כפי שמציין פרופ' רוזנאי במאמרו "שימוש לרעה" בבחינת "כרטיס צהוב" לכנסת. "הכרטיס האדום" הוצא לכנסת בפרשת המרכז האקדמי [בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 06.09.2017) (להלן: "פרשת המרכז האקדמי")]. כבי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין מציין "כי במישור הערכי יש בישראל מקום ל"הנצחת" ערכים חוקתיים בסיסיים; לדוגמה, יסודות כמו הבסיס היהודי – והדמוקרטי – של המדינה על פי הכרזת העצמאות וחוקי היסוד שלזכויות, או פגיעה בליבת זכויות האדם". תוך שהוא מסתמך על עמדתו של המלומד י' רוזנאי לפיה "על בתי המשפט לנסות לפרש תיקונים חוקתיים באופן העולה בקנה אחד עם החוקה והערכים שביסודה, והתערבות שיפוטית מוצדקת אך כאשר נעשה שימוש שאינו ראוי בסמכות לערוך תיקונים בחוקה, או

כאשר התיקון משנה את מהותה היסודית של החוקה ומאיים על המבנה הבסיסי שלה" (פרשת המרכז האקדמי, בפסקה כ"ז).

175. המלומד י' רוזנאי אף מבהיר את הבסיס העיוני להגבלה מכוח "שימוש לרעה". לשיטתו, הסמכות לתקן חוקה, היא פעולה בנאמנות – משעה שהאותו בסמכות התיקון (הכנסת, בענייננו) שואב את סמכותו מהעם, שהוא בעל הסמכות המקורית – הרי שבהכרח קיימת מגבלה על הכנסת, שלא לעשות "שימוש לרעה" באותה הסמכות שנמסרה לה (עמ' 1268-1269). וזאת מבהיר כב' המשנה-לנשיאה רובינשטיין:

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

... לטעמי, משמעות הדברים, בלשון פשוטה, היא כי במקום שמוזהה שימוש לרעה בכוח הרוב בטכסט חוקתי, נסוג הצורך הפוליטי מפני "הליכה החוקתית" ו"קדושתה", חשיבותה המשפטית והערכית. (פסקה ל).

176. העולה מן המקובץ הוא שכאשר הכנסת עושה שימוש לרעה בכוח שנמסר לה בנאמנות לכוון את הטקסט החוקתי בישראל; כלומר, כאשר בהפעילה את הסמכות המכוננת פוגעת הכנסת פגיעה קשה בעקרונות יסוד חוקתיים משטריים, שלא בתום-לב או משיקולים ענייניים ("אם התיקון נעשה שלא בתום לב, במשמעותו ובנפקותו המשפטית העמוקה של מושג זה" (כלשונו של כב' השופט ח' מלצר, שם בסעיף 8(ג) לפסק-דינו)) או שלא לשם התכלית שהוענקה לה, שהם הגנה על היסודות היהודיים והדמוקרטים של המדינה או הגנה על "ליבת הזכויות" של האדם – הרי שיש מקום לומר שהכנסת עושה "שימוש לרעה" בסמכותה המכוננת, ויש לקבוע שדין אותה פעולה – פסלות.

177. טרם חתימת פרק זה, לא למותר להדגיש שהעובדה שהדיון בפרשת המרכז האקדמי נערך סביב "הוראת-שעה", אין משמעה שדוקטרינת השימוש לרעה מוגבלת למקרים אלו בלבד; וחשוב להבהיר שהיא ישימה גם למקרים של תיקון "קבע" (שם, בפסקה ל"ח).

178. כפי שאף מציין המלומד י' רוזנאי במאמרו את הרקע הנסיבתי שהוביל לשימוש לרעה באותה הוראת-שעה נעשתה על רקע של "נוחות פוליטית, באופן שהביא לדילוגי על הדיון הציבורי" וכי הדבר נעשה אך כדי להתגבר על "משוכות פוליטיות"; ואולם, עיקר העניין איננו "רק בזמניות התיקון, אלא בשילוב של הוראות שעה המתמשכות אשר שחקו את הכלל החוקתי של התקציב הדו-שנתי עד ריקונו מתוכן", הוזה אומר – "הכלל החוקתי של אישור התקציב, שהוא מרכיב משמעותי במערכת היחסים שבין הכנסת לממשלה, משחק פקטור משמעותי בניתוח החוקתי" (בעמ' 1265).

סיכום ביניים:

179. עד לשלב זה, העותרת בחנה את יסודות הסמכות המכוננת של הכנסת; ההצדקות להפעלת ביקורת שיפוטית על הוראות חוקתיות, ובפרט על תיקונים חוקתיים "נגזרים"; ועמדה על

היסודות העיוניים והמנגנוניים החוקתיים, שבאמצעותם נוהגת הביקורת החוקתית – ראשית, ביחס לדוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי, והמופעים הרלוונטיים לענייננו, קרי דוקטרינת "המבנה הבסיסי" או "המאפיינים הבסיסיים" ודוקטרינת "ההתלפה החוקתית" – אשר מעמדם בדין הישראלי נותר עומד ותלוי; ושנית, ביחס לדוקטרינת "השימוש לרעה" – אשר התקבלה והיא מוכרת בשיטתנו החוקתית בישראל.

180. **בסמוך להלן, העותרת תעמוד על מבנה הבסיסי של שיטת המשטר בישראל.** בפרט היא תדגיש את משמעותו המוסדית של תפקיד "ראש הממשלה" בדמוקרטיה הישראלית ובמארג הקשרים החוקתיים המתקיימים במסגרת מוסד חוקתי זה.

181. **בהמשך, תפנה להוראות התיקון לחוק היסוד, ותבחן את משמעות כל הוראה בנפרד; ואת משמעות הצטברותם יחדיו באופן כולל – ותדגיש את מהלך הרמיסה של עקרונות היסוד החוקתיים והמשטריים של שיטת הממשל הישראלית, עד כדי ריסוק "המבנה הבסיסי" עצמו; וכל זאת על רקע שיקולים "חיצוניים" למשטרנו החוקתי, הנובעים רק מאינטרסים פוליטיים ומניעים אישיים, והם כולם זרים לנורמות חוקתיות – ואשר דינם פסלות מוחלטת.**

182. **בסוף אף תעמוד העותרת על האופן המחפיר בו התקיים ההליך הפרוצדורלי להעברת אותו תיקון לחוק היסוד, תוך רמיסת כל ערך חוקתי ודמוקרטי מוגן – ואשר אף בו, לבדו, יש כדי להביא לבטלות התיקון לחוק היסוד.**

183. **וכעת, ראשון – ראשון; ואחרון – אחרון.**

ה. השינויים והפגמים המשטריים המחייבים ביטול התיקון

ה.1. יסודות הבסיס המשטרי בישראל

ה.1.א. המשטר בישראל – דמוקרטיה פרלמנטרית

184. **כידוע, שיטת המשטר בישראל היא דמוקרטיה פרלמנטרית (ראו, בין היתר, בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (פורסם בנבו, 23.03.2020); בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, בפסקה י"א (פורסם בנבו, 06.09.2017); בג"ץ 10042/16 צחי קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 06.08.2017); בג"ץ 1601/90 משולם שליט נ' ח"כ שמעון פרס, פ"ד מד(3) 353 (1990)).**

185. **העם בוחר במפלגות או ברשימות, אשר מועמדיהן נבחרים כחברים בכנסת. וכך, "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה" (לשון סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת). הכנסת היא בעלת סמכות החקיקה (המכוננת והרגילה).**

186. **ביסוד שיטה משטרית זו עומדת זכות הבחירה של אזרחי המדינה, הבוחרים באמצעות הרשימות או המפלגות – את בית הנבחרים (ראו בג"ץ 5744/16 עו"ד שחר בן מאיר נ' הכנסת, בפסקה 17 (פורסם בנבו, 27.05.2018); דברי כב' השופט ד' לויין ע"פ 71/83 שמואל פלאטו שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 757, 767 (1985)). המפלגות הפוליטיות הן המכשיר "החוקתי",**

אשר באמצעותו מתגבש הרצון הפוליטי של אזרחי המדינה, ובעקבות שיטת בחירות זו מתקיים בישראל משטר רב-מפלגתי. משטר כזה מבוסס, מטבעו, על עריכתן של קואליציות שלטוניות.

187. קואליציות אלו של סיעות הכנסת מקוממות את הממשלה: "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה" (סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה). הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת; והיא אחראית לפני הכנסת (סעיפים 3-4 לחוק יסוד: הממשלה). בתוך כך, מתפקידה של הממשלה להוציא לפועל את המדיניות המותווית בידי הכנסת. מכאן, שהכנסת היא אפוא המקימה והמפילה את הממשלה (עיינו: י' מרזל "חובת האמון של הממשלה כלפי הכנסת" **חובות אמון בדין הישראלי** 185 (רות פלאטו-שרון וד"ר יהושע שגב עורכים, 2016).

188. הכנסת והממשלה הם שני אורגנים של המדינה, ויחד עם בית המשפט הם מהווים את שלוש הרשויות המרכזיות של המדינה, תוך איזון ובלמים ביחסיהם ההדדיים [ראו, בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 82 (2004); ק' קליין, "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריזם הישראלי" **משפטים** ה', 308 (תשל"ד)].

ה.1.ב. מעמדו המיוחד של ראש הממשלה בשיטה המשטרית בישראל

189. כידוע, בראש הרשות המבצעת עומד ראש הממשלה, והוא שר מיוחד במינו. הוא "ראש וראשון לשרים" (ראו, בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 446, (2004) להלן: "עניין פוקס"); אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של ישראל – רשויות השלטון ואזרחות** 834 (מהדורה שישית, 2005).

190. כך אף יותד מעמדו של ראש הממשלה מהשרים בחוק יסוד: הממשלה – "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים" (ראו, סעיף 5(א) לחוק יסוד: הממשלה; ועיינו בנוסף, בג"ץ 3132/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל**, בסעיף 4 לדברי הנשיאה מ' נאור (פורסם בנבו, 13.04.2016).

191. כפי שמבחר הנשיא ברק בעניין פוקס, ייחודו של מעמד ראש-הממשלה נובע מהוראות אחדות שבחוק-יסוד: הממשלה. כך למשל, העובדה שראש-הממשלה הוא המנהל את ישיבות הממשלה (ראו והשוו סעיף 16(א) לחוק-יסוד: הממשלה); כך למשל, התפטרותו, או פטירתו, של ראש-הממשלה דינה כהתפטרות הממשלה כולה (סעיפים 19 ו-20 לחוק-יסוד: הממשלה); כך, אם חדל שר לכהן, או שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו, ממלא את מקומו ראש-הממשלה או שר אחר שקבעה הממשלה (סעיף 24(ב) לחוק-יסוד: הממשלה); וכך גם הסמכות המצויה בידי ראש-הממשלה להביא בנסיבות מסוימות ובהסכמת נשיא המדינה לפיזור הכנסת כולה (סעיף 29(א) לחוק-יסוד: הממשלה).

192. ואולם, מעמדו המיוחד של ראש הממשלה בישראל כ"ראשון בין שווים", נובע במישורן מסמכותו "לעצב את הרכב הממשלה וחלוקת התפקידים בה". כוח זה הוא בבחינת אחד מעקרונות היסוד החוקתיים במשטר הדמוקרטי הישראלי; ומעמד זה הוא אף שיקוף של עקרון הפרדת הרשויות. מעמד זה נובע מלשון הטקסט החוקתי ומערכי היסוד של השיטה; והוא מבוסס בהלכה הפסוקה.

"אחת התכליות האובייקטיביות המונחות בבסיס חוק היסוד הנוכחי היא מעמדו של ראש הממשלה במסגרת ממשלתו כ"ראשון בין שווים" ... **וכבעל הסמכות לעצב את הרכב הממשלה וחלוקת התפקידים בה. זוהי תפיסת יסוד במשטרנו הדמוקרטי, המשקפת גם את הערך החוקתי של הפרדת רשויות.** תכלית זו נלמדת מלשון הטקסט החוקתי ומערכי היסוד של השיטה (ראו ברק פרשנות תכליתית, בעמודים 447, 449). היא נלמדת גם מההלכה הפסוקה [ראו, בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל, בפסקאות 15-17 לדברי הנשיאה מ' נאור (פורסם בנבו, 13.04.2016)]

193. כך, עיקר מעמדו וסמכותו של ראש הממשלה במשטרנו החוקתי נובע מהעובדה ש**ראש-הממשלה הוא המרכיב את הממשלה** (ראו סעיפים 7(א) ו-13(ג) לחוק-יסוד: הממשלה): "...בידי ראש-הממשלה נתונה הסמכות העיקרית בנוגע להרכבת הממשלה, קביעת זהות השרים המכהנים בה והתפקידים שהם נושאים בהם..." (דברי השופט ריבלין בבג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נו(6), 817, 833).

194. מכך אף נגזר, בין היתר, שהממשלה אחראית אמנם באחריות משותפת לפני הכנסת, אולם **השרים עצמם אחראים לפני ראש-הממשלה על התפקידים שעליהם הם ממונים** (סעיף 4 לחוק-יסוד: הממשלה). זוהי אחריות אישית של כל שר ושר כלפי ראש-הממשלה באשר למילוי תפקידו כשר.

"הנה-כי-כן, ראש-הממשלה הוא אמנם חבר בממשלה, אך מעמדו הוא מעמד מיוחד. הוא ראשה של הממשלה. הוא המרכיב אותה. הוא המעצב את הרכבה ואת חלוקת התפקידים בה, והוא המנווט את פעילויותיה ואת יעדיה העיקריים" [עניין פוקס, בעמ' 461]

195. סמכות זו של מינוי השרים נועדה להבטיח את יכולתה של הממשלה לפעול בצורה אפקטיבית, להגשים את המנדט שניתן לה ולהוציא לפועל את מדיניותה, והיא מקפלת בתוכה שיקולים פרלמנטריים ומפלגתיים (ראו: בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת אי' פרוקציה (2007); בג"ץ 232/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 08.05.2016)).

196. בשל כך אף נפסק כי **"מתחם שיקול הדעת הרחב נובע מאופייה של סמכות ראש הממשלה לקבוע את הרכב הממשלה, כסמכות "מיוחדת במינה, הן בשל המעמד של ראש הממשלה בנוגע להרכב הממשלה והן בשל האופי הפוליטי של הממשלה. היא חובקת מגוון רב של שיקולים, ומשתרעת על מיתחם רחב של סבירות"** (ראו, בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46, 58 (1997); בג"ץ 9223/10 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, סעיף 24 (פורסם בנבו, 19.11.2012)).

197. סמכות זו של מינוי או פיטורי שרים משתלבת אפוא במארג ההסדרים בחוק היסוד הממשלה, המכוונים את מעמדו המיוחד של ראש הממשלה. עניין זה גוזר מתחם שיקול דעת רחב ביותר לראש הממשלה בעת מינוי או פיטורי שרים; וכנגזרת מכך – היקף ביקורת שיפוטית צר.

"הנה כי כן, הסמכות הקבועה בסעיף 22(ב) לחוק-יסוד: הממשלה משתלבת במארג ההסדרים בחוק היסוד הנ"ל, המכוונים את מעמדו המיוחד של ראש הממשלה, והיא נועדה, בין השאר, להבטיח את יכולתו להרכיב את הממשלה, לקבוע את זהות השרים המכהנים בה ואת תפקידיהם, וכן לנווט את

פעילויותיה ואת יעדיה העיקריים ... לפיכך, כבר נקבע בפסיקתנו כי שיקול הדעת הנתון לראש הממשלה מכוח סעיף 22(ב) לחוק היסוד, כמו גם מתחם הסבירות בגדרו הוא פועל במסגרת זו, הינם רחבים ביותר, וחובקים מגוון רב של שיקולים. ביסודם של אלו מצוי, בין היתר, הרצון להבטיח את יציבותה של הממשלה ויכולתה לתפקד כרשות המבצעת של המדינה. [בג"ץ 3059/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' בנימין נתניהו, ראש ממשלת ישראל, סעיפים 22-24 לכבוד השופט ח' מלצר (פורסם בנבו, 10.11.2015)]

198. הנה כי כן, מעמדו החוקתי של ראש הממשלה במשטר הפרלמנטרי מבוסס על תפיסת היסוד במשטרנו הדמוקרטי, המשקפת גם את הערך החוקתי של הפרדת רשויות, לפיה ראש הממשלה הוא "ראש וראשון לשרים". יכולתו של ראש הממשלה לנווט את פעילותיה ואת יעדיה העיקריים של הממשלה; להבטיח את יציבותה ואת יכולתה לתפקד כרשות המבצעת בישראל – נובעת בראשונה מיכולתו להרכיב את הממשלה, לקבוע את זהות השרים המכהנים בה ואת תפקידיהם.

199. זהו אפוא "הכוח החוקתי" שמקנה מעמד מיוחד לראש הממשלה, בעצם – מגדיר אותו. בלעדיו, אין לו ולא כלום. יוצא מכאן שמ"כוח" זה אין ראש הממשלה יכול להתפרק. במילים אחרות, ללא הכוח למנות ולפטר שרים – אין כל משמעות לתפקיד ראש הממשלה.

200. יתרה מזו, ביסוד הדמוקרטיה הפרלמנטרית הישראלית – ביסוד שיטת משטרנו – ניתן הכוח בידי ראש הרשות המבצעת לפעול להשגת יעדיה העיקריים של הממשלה; שעל בסיסם ניתן לממשלה בראשותו אמון הכנסת. הכלי החוקתי המשמעותי ביותר הוא שליטתו של ראש הממשלה בהרכב הממשלה. אם אין בידי ראש הרשות המבצעת את "הכוח" להבטיח את קידום קווי היסוד שעל בסיסם ניתן אמון הכנסת, וזאת באמצעות שליטתו על הרכב הממשלה שבראשה הוא עומד – הרי שאין כל אפשרות מעשית לקדם את אותם קווי יסוד – ואם כך, מה משמעות האמון שניתן? למי הוא ניתן? ועבור מה הוא ניתן?

201. יוצא מכאן שהסמכות הנתונה בידי ראש הממשלה לקבוע את הרכב הממשלה – איננו "מאפיין" נוסף לתפקידו; אלא הוא-הוא ה"כוח החוקתי" המאפשר לו את ביצוע תפקידו. הוא המגדיר אותו, כ"ראשון בין שווים"; ומאפשר לקיים ממשלה. מכוח זה נשאב מעמדו של ראש הממשלה, מכוח זה נשאב מקור הסמכות החוקתי של ראש הממשלה; וכוח זה יורד לשורש המבנה המשטרי בישראל, ועומד ביסוד מארג ההסדרים החוקתיים המקימים אותו. בלעדיו – אין לראש הממשלה, ולא כלום; בלעדיו – אין תוכן למחויבות הממשלה להגשים את קווי היסוד שעל בסיסם ניתן אמון הכנסת.

202. כפי שנפרט בסמוך להלן, הצעת חוק יסוד: ממשלת החילופים – איננה ממשלת חילופים כלל וכלל; אלא הצעת חוק המבקשת ליצור שתי ממשלות נפרדות שבראש כל אחת מהן עומד ראש ממשלה המחזיק בידו את "הכוח החוקתי" להשפיע על ממשלתו-שלו.

203. שיטה זרה ומוזרה, אשר יכול והייתה אפשרית בימי הרפובליקה הרומית בה עמדו בראשה שני קונסולים במקביל, שאמורים היו לאזן זה את כוחו של זה; ואולם יש לזכור ששיטת ממשל "דו-ראשית" זו הביאה לקיפאון הרפובליקה, שיצר קרקע פורייה לשחיתות – ובסופה מלחמת אזרחים ודיקטטורה קיסרית. כך הפכה רומא מרפובליקה לקיסרות; אולם בוודאי שאינה

מתאימה היא לשיטת המשטר הדמוקרטי בישראל – והיא מהווה החלפה חוקתית פסול, ותוך שימוש רעה בסמכות המכוננת.

ה.2. משמעות התיקונים – חוק יסוד: הממשלה

204. הצעת החוק שבמוקד העתירה הנוכחית, מכילה סט שינויים דרמטיים בנורמות הקבועות בחוק יסוד: הממשלה, החוברים יחדיו למכלול מורכב ורב מימדי אשר "הוצנח" כולו אל לב חוק היסוד – והותיר סביבו עיוות של ממש ביסודות הבניין של שיטת המשטר הישראלית.

205. ראשית מבשרת הצעת החוק, בסעיף 13א, **על מוסד חדש במבנה המשטרי בישראל, "ראש הממשלה החלופי"** – אותו ממלא חבר הכנסת המיועד לכהן כראש הממשלה לאחר החילוף המיועד, אז יכנס לנעליים אלה ראש הממשלה אשר הרכיב את הממשלה.

206. בהוראה זו, ובייחוד בהצטרפותה לשורת הוראות תריגות ומשונות שבאות אחריה, נקבע הסדר משטרי חדש של ממשלה דו-ראשית. התיקון לחוק היסוד מציג לפנינו משטר חוקתי חדש: כנסת אחת. רשות שופטת אחת. ממשלות – שתיים. ובראש כל אחת מהן – ראש ממשלה אחר: האחד מכונה "ראש הממשלה", והשני מכונה "ראש הממשלה החלופי".

207. שיטה זו מציעה "פתרון" למשבר הפוליטי בדמות קו שבר עמוק אשר עובר לכל אורכה של הממשלה המיועדת, ודינה מהפכה שלטונית ממש, ניסוי חריג המותח את גבולות קיומה של ישראל כמשטר דמוקרטי. נדמה כאילו העם בישראל הלך לישון, וקם למחרת על מנת לגלות כי נעלמה כליל שיטת המשטר המוכרת, והוחלפה באחרת. ולא רק "התעורר" למציאות זרה לו, אלא "למציאות" שכלל לא בחר בה. "מציאות" שנכפתה עליו – לאחר שבחר באחרת.

208. עוד ממשיכה ההצעה וקובעת, בסעיף 13א(ו): "נוסף על הצהרות האמונים כאמור בסעיף 14, יצהיר ראש הממשלה החלופי בפני הכנסת הצהרת אמונים בנוסח הצהרת האמונים של ראש הממשלה כאמור בסעיף 14."

209. שוו בנפשכם את אותו מעמד בדיוני בו שני אנשים נשבעים אמונים בעת ובעונה אחת, למלא נאמנה את תפקידם כראש הממשלה – לקראת מעמד מעין זה דבר לא הכין את אזרחי ישראל. אין זאת אלא שהמוסד החדש שנוצר בעקבות התקיקה מדלל באופן משמעותי את מעמד ראש הממשלה, ושואב לתוכו מעמד וסמכות אשר נועדה להישמר עבור ראש הממשלה, ועבורו בלבד.

210. ואולם, וכפי שהובהר לעיל, מעמדו המיוחד של ראש הממשלה בישראל כ"ראשון בין שווים" הוא בבחינת אחד מעקרונות היסוד החוקתיים במשטר הדמוקרטי הישראלי; ומעמד זה הוא אף שיקוף של עקרון הפרדת הרשויות:

"ראש-הממשלה הוא שר מיוחד במינו. הוא ראש וראשון לשרים (...) ראש-הממשלה הוא אמנם חבר בממשלה, אך מעמדו הוא מעמד מיוחד. הוא ראש של הממשלה. הוא המרכיב אותה. הוא המעצב את הרכבה ואת חלוקת התפקידים בה, והוא המנווט את פעילויותיה ואת יעדיה העיקריים" [עניין פוקס].

211. מעמד זה נובע מלשון הטקסט החוקתי ומערכי היסוד של השיטה; והוא מבוסס בהלכה הפסוקה.

"אחת התכליות האובייקטיביות המונחות בבסיס חוק היסוד הנוכחי היא מעמדו של ראש הממשלה במסגרת ממשלתו כ"ראשון בין שווים" ... וכבעל הסמכות לעצב את הרכב הממשלה וחלוקת התפקידים בה. זוהי תפיסת יסוד במשטרנו הדמוקרטי, המשקפת גם את הערך החוקתי של הפרדת רשויות. תכלית זו נלמדת מלשון הטקסט החוקתי ומערכי היסוד של השיטה (ראו ברק פרשנות תכליתית, בעמודים 447, 449). היא נלמדת גם מההלכה הפסוקה [ראו, בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל, בפסקאות 15-17 לדברי הנשיאה מ' נאור (פורסם בנבו, 13.04.2016)]

212. ומלכתחילה, על שום מה נדרשים אנו לקיומם של שני ראשי ממשלה לישראל? התשובה פשוטה. התיקון לחוק היסוד מבוסס כולו צרכיהם הפוליטיים-זמניים של שני הגורמים שהקימו את הממשלה: מצד אחד, בנימין נתניהו שמבקש להבטיח את העובדה שמעמדו יישאר זהה של ראש ממשלה כדי למלט עצמו מענייניו המשפטיים; ומצד שני, בני גנץ שמבקש להבטיח את כניסתו לתפקיד ראש הממשלה בשל חוסר אמון בכך שנתניהו יפנה את התפקיד במועד שסוכם.

213. המדובר בתיקון לחוק יסוד שהוא פרסונלי משעה שהוא מזהה מיהם האנשים שעתידיים ליהנות ממנו, למעשה הוא הותאם לעניינם כ"כפפה ליד" – ויש בכך כדי לפגוע ב"מוסריות הפנימית והחיצונית" של המשפט החוקתי; ואף לחתור תחת עקרון הפרדת הרשויות.

214. חוק המנוסח "באופן שהמחוקק יכול היה לזהות מראש מי האדם או האנשים עליהם החוק יחול" – גם אם אינו נוקב במפורש בשמם – חוטא, על פניו, לדרישת הכלליות, הנתפסת על ידי מלומדים כתנאי להבטחת "מוסריותו הפנימית" והחיצונית של המשפט, ואף כנגזרת של עקרון שלטון החוק המהותי. [...] בין היתר, נאמר כי "בבואו לחוקק חוק על המחוקק להעמיד לנגד עיניו עיקרון המשרת לתפיסתו את האינטרס הציבורי הכללי.

215. אסור למחוקק לעצב את הנורמה כאשר טובתו של אדם ספציפי עומדת לנגד עיניו ולתפור אותה למידותיו" (מדריך למחוקק, עמ' 64-63), וכי במצבים מסוימים חקיקה פרסונאלית, או "סלקטיבית", עלולה אף לחתור תחת עקרון הפרדת הרשויות (טמיר, חקיקה סלקטיבית). [דברי השופט הנדל בסעיף 6 לפרשת המרכז האקדמי; וראו הצטרפות השופט מלצר בפסקה 10 לפסק דינו שם]

216. התכלית המונחת אפוא בבסיס התיקון לחוק היסוד נועדה אפוא לצרכים פוליטיים בלבד, ועיקרה בצרכי שעה זמניים המופנים כלפי "פרסונה מוסדית" – הוא מוסד ראש הממשלה. תיקונים אלו נושאים אופי "פרסונלי", הנעדר אופי חוקתי [השוו להחלטת בית המשפט החוקתי של צ'כיה Czech Constitutional Court 2009/09/10, Case Pl ÚS 27/09 (להלן: "החלטת פיזור בית הנבחרים")¹, שקבע כי חוק חוקתי שנחקק אד-הוק ופיזר את בית הנבחרים עבור נסיבות ספציפיות אינו תיקון חוקתי כי אם הפרה של החוקה:

¹ תרגום באנגלית של פסק הדין נגיש בכתובת הבאה:

“An ad hoc constitutional act (for an individual instance) is not a supplement or amendment to the Constitution. ... Constitutional Act no. 195/2009 Coll. Is a constitutional act only in form, but not in substance. In substance it is an individual legal act affecting not a generally defined circle of addressees and situations, but a specifically designated subject... and a specific situation...”

217. באותו מקרה, ביטל בית המשפט החוקתי את החוק התוקף הפרסונלי שכן הוא סתר את פסקאות הנצחיות שמגנות על שלטון החוק בדמוקרטיה, וקבע:

“If the Constitutional Court is forced to answer the question of whether Art. 9 par. 1 of the Constitution also authorizes Parliament to issue individual legal acts in the form of constitutional acts (e.g. to issue criminal verdicts against specific persons for specific actions, to issue administrative decisions on expropriation, to shorten the term of office of a particular official of a state body, etc.), the answer is – no!”

Yaniv Roznai, ‘Legisprudence Limitations on אצל
Constitutional Amendments: Reflections on the Czech Constitutional Court’s Declaration of Unconstitutional Constitutional Act’, 8(1)
(Vienna Journal on International Constitutional Law 29, 32 (2014)

218. תיקונים חוקתיים לא נועדו להבטיח אינטרסים פוליטיים זמניים; קצרי-מועד; וצרי-אופק, שביסודם הניסיון למלט ראש ממשלה מכהן מהתמודדות משפטיות אל מול כתבי אישום חמורים, באמצעות השוואת מעמד “ראש ממשלה תלופי” לזה של ראש ממשלה; ומהעבר השני – להתגבר על חוסר האמון אישי שבין שני ראשי המפלגות ביחס למועד ביצוע החילוף בתפקיד ראש הממשלה. שיקולים אלה הם שיקולים זרים למשטר החוקתי. כפי שצינה פרופי מיכל טמיר במאמרה “חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית? חוקים יב 173 (2018):

“תיקון [חוקתי] יכול שיהא לא חוקתי בשל הסלקטיביות שבו, שהרי אם שלטון החוק ועקרונות הפרדת הרשויות מחייבים כלליות של נורמות חקיקתיות, הדברים חלים מקל וחומר באשר לנורמות החוקתיות, אשר אמורות לכלול את עקרונות היסוד הבסיסיים ביותר של השיטה המשפטית שלנו. הרציונל לעגון ערכים אלו בחוקה (או אצלנו בחוקי יסוד) הוא בין היתר הרצון להגן עליהם מפני פגיעה באמצעות פגיעה פוליטית” (עמ’ 203).

219. לדעת פרופי טמיר חקיקת תיקונים חוקתיים סלקטיביים “עד כדי פגיעה בכללי המסגרת שעליהם מושתתת האמנה החברתית שלנו”, היא שימוש לרעה בכח לבצע תיקונים חוקתיים ו”במקרה כזה על בית המשפט לא לנקוט ריסון שיפוטי, שכן חזקת החוקתיות מופרכת” (עמ’ 205).

220. שני ראשי ממשלה מושבעים בעת ובעונה אחת, תוך ביטולו של יסוד משטרי המעגן את מעמדו החוקתי המיוחד של ראש הממשלה, והכל לשם השגת תכלית פרסונלית – דומה כי בדיוק עבור מקרים כגון דא נועד התיאור מתוך פרשת המרכז האקדמי: “תוספת מסורבלת ללא מסר חוקתי, שמטרתה להציל את הנוחות הפוליטית”.

221. ואם בחקיקה בעלת אופי פרסונלי עסקי, יושם אל לב סעיף 43 להצעת החוק "מעמדו של ראש הממשלה החלופי", לפיו דין ראש הממשלה החלופי בממשלת חילופים כדין ראש הממשלה לפי סעיף 18, שעניינו "הפסקת כהונה של ראש הממשלה מחמת עבירה". ניתן היה שסעיף זה יישא את שמו של ראש הממשלה בנימין נתניהו, שכן הוא נועד למנוע דבר אחד בלבד, והוא למנוע כי ייחשב חלילה לחבר כנסת במעמד שר, וייכלל בגדרי הלכת דרעי-פנחסי עת יעבור לתפקיד ראש הממשלה החלופי.

222. תיקון חוק היסוד כמוצע יפגע קשות בטוהר המידות בשירות הציבורי, באשר הוא יכשיר את כהונתו של מי שנאשם בכך שהציב את האינטרסים האישיים שלו מעל האינטרס הציבורי, בניגוד לכל תכלית ראויה, ולא זו בלבד כי יתאפשר לו להמשיך ולכהן בתפקידו אלא נוצר עבורו תפקיד חדש שתכליתו לשמש לו "עיר מקלט".

223. בקביעת הלכת דרעי-פנחסי, זיהה בית משפט נכבד זה עקרון יסוד במשפט הציבורי בישראל, ובשם ההגנה עליו קבע סטנדרט ערכי לכהונתם של נושאי משרה ציבורית – והנה, תחת אשר לרומם את הסטנדרט שנקבע, נבחרינו עוסקים בהחרגת בעלי תפקידים נוספים מתחולתו, ואם לא די בכך, הם עושים זאת במסגרת חוק יסוד.

224. כך, מבקשת הצעת החוק להכפיף את ההגיונות והנימוקים החשובים שעמדו בבסיס הלכת דרעי-פנחסי – שעניינם קיום עקרונות שלטון החוק, הנאמנות השלטונית ואמון הציבור – לנסיבות הפוליטיות הנוכחיות, בשם מטרה נקודתית שעניינה הגשמת הסכם קואליציוני שבאמצעותו תוכל המשיבה 4 להצטרף לממשלה בראשותו של נאשם בפלילים.

225. סעיף 34ד. על הוראותיו קובע, כי ראש הממשלה אינו רשאי לפטר שרים "בעלי זיקה" לראש הממשלה החלופי (ס' 43ד(א)), כי הוא אינו רשאי לפטר סגני שרים "בעלי זיקה" לראש הממשלה החלופי (ס' 43ה(ב)), וכי הוא אינו רשאי למנות שר שאינו שייך לקבוצת "בעל זיקה" של שר שחדל לכהן (ס' 43ד(ד) להצעה).

226. מלבד השסע העמוק המשתקף בהוראות אלה, כפי שהתייחסה לכך העותרת לעיל, הוראות אלה מבהירות כי עסקינן בהתפרקות מן הכוח הנתון בידי ראש הממשלה במסגרת יחסיו עם שרי ממשלתו. כל אחד מהם מחזיק ב"כוח החוקתי" ביתס לממשלתו-שלו, והוא אפוא מוסמך לבצע חילופי-גברי בממשלתו שלו, כראות עיניו. כל שר וכל סגן-שר ממונה בידי "ראש ממשלתו-שלו" באמצעות כך שהוא "מסומן" כ"בעל זיקה" כשייך לאחת מן הממשלות – והוא באופן מעשי אחראי כלפי ראש ממשלתו שלו.

227. עיקר מעמדו וסמכותו של ראש הממשלה במשטרנו החוקתי נובע מהעובדה שראש-הממשלה הוא המרכיב את הממשלה (ראו סעיפים 7(א) ו-13(ג) לחוק-יסוד: הממשלה): "...בידי ראש-הממשלה נתונה הסמכות העיקרית בנוגע להרכבת הממשלה, קביעת זהות השרים המכהנים בה והתפקידים שהם נושאים בהם..." (דברי השופט ריבלין בבג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נז(6), 817, 833).

228. מכך אף נגזר, בין היתר, שהממשלה אחראית אמנם באחריות משותפת לפני הכנסת, אולם השרים עצמם אחראים לפני ראש-הממשלה על התפקידים שעליהם הם ממונים (סעיף 4

לחוק-יסוד: הממשלה), קרי, אחריות אישית של כל שר ושר כלפי ראש-הממשלה באשר למילוי תפקידו (עניין פוקס, בעמ' 461).

229. ובהמשך לכך, כביטוי מעשי לעקרון זה, לא בכדי ניתנה בידי ראש הממשלה אותה סמכות להעביר שר בממשלתו מתפקידו:

"הוקנתה בחוק-יסוד: הממשלה סמכות לראש-הממשלה להעביר שר מכהונתו. זו סמכות מיוחדת במינה המשמיעה את כוחו של ראש-הממשלה לעצב את הרכב ממשלתו. היא מבטאת את מעמדו המיוחד של ראש-הממשלה ואת שימור יכולתו לנהל את הממשלה ולאפשר לה לעמוד ביעדיה" (עניין פוקס).

230. סמכות זו של מינוי השרים נועדה להבטיח את יכולתה של הממשלה לפעול בצורה אפקטיבית, להגשים את המנדט שניתן לה ולהוציא לפועל את מדיניותה, והיא מקפלת בתוכה שיקולים פרלמנטריים ומפלגתיים (ראו: בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הזתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת א' פרוקציה (2007); בג"ץ 232/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 08.05.2016)).

231. הנה כי כן, מעמדו החוקתי של ראש הממשלה במשטר הפרלמנטרי מבוסס על תפיסת היסוד במשטרנו הדמוקרטי, המשקפת גם את הערך החוקתי של הפרדת רשויות, לפיה ראש הממשלה הוא "ראש וראשון לשרים". יכולתו של ראש הממשלה לנווט את פעילותיה ואת יעדיה העיקריים של הממשלה; להבטיח את יציבותה ואת יכולתה לתפקד כרשות המבצעת בישראל – נובעת בראשונה מיכולתו להרכיב את הממשלה, לקבוע את זהות השרים המכהנים בה ואת תפקידיהם.

232. יוצא מכאן שהסמכות הנתונה בידי ראש הממשלה לקבוע את הרכב הממשלה – איננו "מאפיין" נוסף לתפקידו; אלא הוא-הוא ה"כוח החוקתי" המאפשר לו את ביצוע תפקידו. הוא המגדיר אותו, כ"ראשון בין שווים"; ומאפשר לקיים ממשלה. מכוח זה נשאב מעמדו של ראש הממשלה, מכוח זה נשאב מקור הסמכות החוקתי של ראש הממשלה; וכוח זה יורד לשורש המבנה המשטרי בישראל, ועומד ביסוד מארג ההסדרים החוקתיים המקימים אותו. בלעדיו – אין לראש הממשלה, ולא כלום.

233. המטרה של מנסחי החוק ברורה: לדאוג בראש ובראשונה להביא לי"מאזן אימה" בין השחקנים הפוליטיים ולשמר את מעמדם. זאת עושים הם באמצעות שינוי נורמות יסוד, והחלפתן בהוראות אשר נעדרות כל תכלית אובייקטיבית הניתנת להבנה במנותק מהקשרן הפוליטי, ומנסיבות ספציפיות ובנות חלוף. המטרה, כאמור, ברורה ואולם התוצאות הצפויות כלל אינן ברורות, והציבור נדרש לקבל ניסוי תמוה זה בשיטת המשטר אשר אין לדעת לאן יוביל.

234. ולבסוף יש להידרש לסעיף 43 המוצע, לפיו אם הכנסת תביע אי אמון בממשלת חילופים, הן ראש הממשלה והן ראש הממשלה החלופי לא יהיו רשאים לעמוד בראשות הממשלה האחרת.

המשמעות היא שהאפשרות המעשית להחלפת הממשלה באמצעות הצבעת אי-אמון תצטמצם עד מאוד. זאת תוך פגיעה מהותית במנגנון חשוב זה, המצוי בלב שיטת הממשל הפרלמנטרית ומהווה כלי פיקוח מרכזי של הכנסת על הממשלה.

235. בהוראה זו יש כדי לפגוע בנורמה החוקתית המתנה את המשך כהונת הממשלה באמון הכנסת. הפגיעה הגלומה בסעיף זה היא ללא ספק קשה במיוחד שכן עסקינן בהוראה קרדינלית המבטאת עוגנים בחקיקה לעקרונות בסיס בדבר היחס שבין הרשויות, ומערכת האיזונים והבלמים השוררת ביניהן.

236. פגיעה זו אינה אלא תסמין נוסף של החלשת הכנסת והפיכתה לזרועה הארוכה של הממשלה, העושה שימוש פסול בשיטת המשטר הפרלמנטרית קואליציונית, עד כדי הפיכת הכנסת ל"להקת המעודדות" של הממשלה, כלשונו הצורנית של כבי' המשנה לנשיאה א. רובינשטיין בבג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל, פסי' קמב (27.03.2016).

ה.3. משמעות התיקונים – חוק יסוד: הכנסת

237. כידוע, שיטת המשטר בישראל (ובדומה לשיטות משטריות דמוקרטיות אחרות) קובעת שכהונת הכנסת תהיה ארבע שנים מיום היבחרה (סעיף 8 לחוק יסוד: הכנסת). כבי' הנשיא ברק כבר הדגיש כי "ביסוד גישתי זו מונחת התפיסה כי בעיניי ההוראה הבסיסית בחוקי היסוד היא זו הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: הכנסת, ולפיה: **"תקופת כהונתה של הכנסת תהיה ארבע שנים מיום היבחרה"**. זהו הביטוי המובהק של הדמוקרטיה הישראלית" (בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש – תע"ל נ' יושבת-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, כבוד השופטת דליה דורנר, פ"ד נח(6) 685, 710-709 (2004)).

238. על-אף זאת, לפי הצעת החוק יתוקן חוק יסוד: הכנסת – באופן שבו תקבע בו "הוראת שעה". ולפיה יתווסף סעיף 8א, כך:

"על אף האמור בסעיף 8, תקופת כהונתה של הכנסת העשרים ושלוש תהיה שלוש שנים מיום כינון הממשלה השלושים וחמש".

239. כלומר, הצעת החוק של הממשלה המיועדת, פועלת לשנות את תאריך הגמר המאוחר ביותר של כהונת הכנסת העשרים ושלוש באופן רטרואקטיבי, ולקצר אותה בשנה אחת. המדובר בתקדים שלא היה כמותו בעבר.

240. אמנם נכון הוא שבסמכות הכנסת לקצר את תקופת כהונתה (ראו סעיפים 34-37 לחוק יסוד הכנסת), אבל הדבר נעשה תמיד בחוק ועל רקע נסיבות מסוימות שיכול שתתקיימנה במועד תהחלטה על פיזור הכנסת, וכל זאת בהתאם לשיקול דעת הכנסת, ולא כתכתיב מראש של הרשות המבצעת. עניין זה הוא ליבת התקדים.

241. ראוי לציין, שתכתיב זה נובע מקיומו של הנוהג המוכר כ"משמעת קואליציונית" אשר מאפשר לכפות את עמדת הממשלה על חברי הכנסת (באמצעות השליטה ברוב הקואליציוני) להצביע בעד הצעות החוק הממשלתיות, והיא זו אשר גורמת לכפיית "הר כגיגית" של קיצור תקופת

כהונת הכנסת בידי הממשלה. משמעת קואליציונית זו היא העומדת בבסיס אותו "בשל שוק חוקתי" (ראו: גוטמן – החוקה המנהלית). לעניין זה, התייחס בית המשפט הנכבד בבג"ץ 8260/16 המרכזי האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, מיום 6.9.2017) (להלן: "בג"ץ המרכזי האקדמי"):

"מכאן, כי באופן אינהרנטי לשיטת הממשל הישראלית, הממשלה נתמכת בידי מרבית חברי הכנסת הבאים מקרב סיעות הקואליציה, ומכאן שהאפשרות הפוליטית שבידי הכנסת לחוקק חוקים בניגוד לעמדת הממשלה מעיקרא פתוחה, ובמיוחד נוכח הנוהג שהשתרש של "משמעת קואליציונית", במסגרתו מונעת הממשלה מחברי הקואליציה לתמוך בהצעות חוק מסוימות של חברי האופוזיציה – או להיפך, היא מחייבת אותם לתמוך בהצעות חוק ממשלתיות, כתנאי להמשך השתייכותם לקואליציה ולחברותם בממשלה" (שם, בפסקה יד לפסיקתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין) (ההדגשות אינן במקור).

242. וכבר נפסק שההכרה בפרקטיקה זו של "משמעת קואליציונית", מוגבלת מקום בו מדובר ב"כרסום מהותי בעצמאותה של הכנסת". יפים לעניין זה, גם דבריה של הנשיאה חיות בבג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (25.3.2020):

"אכן, בשיטת המשטר הנהוגה בישראל נהנית הממשלה מרוב בכנסת, ויש לה יכולת ניכרת להשפיע על פעילותה בשל כך וכן בשל הפרקטיקה בדבר משמעת קואליציונית. אך משמעות הדבר אינה בשום אופן כי בשל כך ניתן לנקוט צעדים אשר יש בהם משום כרסום מהותי בעצמאותה של הכנסת" (שם בפס' 11) (ההדגשות אינן במקור).

243. דומה שאין מחלוקת כי שימוש באמצעי של "משמעת קואליציונית" כדי להביא לפיזור מוקדם של הכנסת, סוגיה חוקתית שאמורה להימצא בליבת שיקול-דעת הכנסת, כך שבפועל ניטל שיקול-דעת הכנסת ביחס למועד פיזור – היא רמיסה גסה של עצמאות הכנסת בידי הממשלה. היא אפוא מהווה פגיעה חמורה בעקרון הפרדת הרשויות, שביסוד המשטר הדמוקרטי.

244. זאת ועוד. קיצור תקופת כהונתה של הכנסת היא מעשה רטרואקטיבי, במובן זה – שהבחירות לכנסת נעשו לכנסת שכהונתה היא לארבע שנים (בהתאם לקבוע בסעיף 8); ורק לאחר שנבחרה הכנסת, והחלה בכהונתה – מבוקש לתקן את חוק היסוד בהוראת שעה, כך שתקוצר תקופת הכהונה, שעל-יסודה נבחרה הכנסת בידי העם.

245. לא נכחד שקיצור תקופת כהונה איננה נושאת משמעות זהה להארכת תקופת כהונה (ראו, הוראת סעיף 9א(א) לחוק יסוד: הכנסת). הרי אין דין הארכת הכהונה מעבר לארבע שנים – כדין קיצור הכהונה בשנה. אך יחד עם זאת, נושאת היא משמעויות דמוקרטיות חמורות אחרות.

246. כך, תיקון הצעת החוק והוספת סעיף 8 לחוק יסוד: הכנסת, פוגעת פגיעה משמעותית בזכות לבחור ולהיבחר. זכויות המהוות זכויות חוקתיות מובהקות העומדות בבסיס המשטר הדמוקרטי (ראו, בג"ץ 5744/16 עו"ד שחר בן מאיר נ' הכנסת, בפסקה 26 (פורסם בנבו, מיום 27.5.2018) (להלן: "בג"ץ ההדחה"))

247. משעה שהממשלה מנציחה לכנסת קיצור של תקופת הכהונה, וזאת בניגוד למסד החוקתי שהתווה חוק יסוד: הכנסת, באותה עת שבה נערכו הבחירות לכנסת – נפגעת הזכות החוקתית

להיבחר. במילים אחרות, נפגעת זכותו של הנבחר לקדם באופן ראוי את עמדותיו ואת האידיאולוגיה שלו באמצעים פרלמנטריים.

248. אין ספק שקיצור תקופת הכהונה של הכנסת משמעה בהכרח קיצור תקופת כהונתו של הנבחר לכנסת. עובדה שיש בה להביא לפגיעה משמעותית ביכולתו של הנבחר להביא לקידום אותם המהלכים שאותם הוא מבקש להוביל, למעשה – נבחר להוביל. קיצור הכהונה של הכנסת משמעה פגיעה ישירה בזכותו של הנבחר לפעול; פגיעה חמורה אפוא במשמעות היסודית והמהותית של הזכות להיבחר – עקרון דמוקרטי יסודי בשיטה המשטרית.

249. כמו כן, פגיעה זו גוררת לפגיעה בזכות לבחור. מאחר שהבוחר ביסס ציפייה על מסד חוק היסוד הקיים בעת הבחירה שלפיה נציגיו-הנבחרים יכהנו במשך ארבע שנים, קיצור שנה שלמה בכהונתם, פוגעת באופן רטרואקטיבי ובאופן משמעותי בזכותו של הפרט לבחור בנציגים שיקדמו את האידיאולוגיה והעמדות שאותן קיווה לממש בזכות בחירתו. ראו לעניין זה, את קביעתו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ ההדחה:

"כן, עניין לנו בצעד קיצוני וחרג. בראש ובראשונה, פוגעת הפסקת הכהונה בזכות החוקתית להיבחר, קרי בזכותו של הפרט להתמודד על מקום בבית הנבחרים במטרה לקדם את עמדותיו ואת האידיאולוגיה שלו באמצעים פרלמנטריים. פגיעה זו גוררת, מניה וביה, פגיעה בזכות לבחור – זכותו של הפרט להשתתף בהליך הבחירות ולבחור באופן חופשי את הנציגים המקובלים עליו. על היותן של הזכויות לבחור ולהיבחר מאושיות המשטר הדמוקרטי דומה כי אין מי שיחלוק" (שם) (ההדגשות אינן במקור).

250. כך, למשל, בהחלטת בית המשפט החוקתי בציכיה בעניין פיזור מוקדם של בית הנבחרים, קבע בית המשפט כי המדובר לא רק בחוק חוקתי פרסונלי אלא גם בחוק חוקתי הפוגע בזכות לבחור ולהיבחר ובעל מאפיינים רטרואקטיביים:

"The Constitutional Court considers such circumvention of fundamental constitutional principles to be incompatible with the principle of the prohibition on retroactivity, in connection with the principles of protecting justified confidence by the citizens in the law and the right to vote freely, i.e. – among other things – the right to vote with knowledge of the conditions for creating the democratic public authorities resulting from the elections, including knowledge of their term of office. The Constitutional Court considers violation of these constitutional principles arising from Art. 1 par. 1 of the Constitution to be interference with the essential requirements for a democratic state governed by the rule of law, enshrined in Art. 9 par. 2 of the Constitution." (בפסקה VI./b) (לפסק-הדין).

251. מעבר לכך, המנגנון הנוגע לשינוי כהונת הכנסת עלול ליצור תקדים מסוכן, וליצור פתח שבו הכנסת גם תוכל להאריך את ימיה לאחר שכבר קיצרה אותם. התיקון לחוק היסוד, שבו הכנסת תהיה רשאית לכאורה להאריך את משך כהונתה אף בחוק רגיל, וזאת לאחר שהחליטה על קיצור תקופת כהונתה לשלוש שנים – עלול להוות תקדים מסוכן ביותר. לכך התייחסה, חוות הדעת של המכון הישראלי לדמוקרטיה (נספח 5 לעיל):

"אין מחלוקת כי כנסת רשאית באופן חוקי לקצר את ימיה. אך הניסיון לקבוע כאן פתח שבו הכנסת רשאית להאריך את ימיה לאחר שקיצרה אותם כבר בחוק (ואפילו בחוק יסוד) הוא תקדים מסוכן. מצב בו הרוב הפוליטי בכנסת,

בשל סקרים או כל סיבה קונייקטוראלית אחרת, יחליט כי הבחירות המתקרבות אינן מתאימות לו ולכן יש להאריך את ימיה של הכנסת – הוא מצב בלתי מתקבל על הדעת. הוא פוגע בעקרון היסוד הדמוקרטי של מתן אפשרות לחילופי שלטון (או חידוש המנדט שניתן) לפי כללי משחק יציבים, ופותרת פתח לרוב להנציח את שלטונו. לא בכדי חוק יסוד הכנסת חוסם זאת, גם באמצעות תנאי פרוצדורלי כבד של רוב של 80 חברי כנסת וגם באמצעות תנאי מהותי של נסיבות מיוחדות המונעות את קיום הבחירות בעיתו" (שם, בפס' 11).

252. לא למותר לציין בהקשר זה את הוראת סעיף 9א(א) לחוק יסוד הכנסת, הקובע כי: "הכנסת לא תאריך את תקופת כהונתה אלא **בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת ואם נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתו"...**" והקביעה שלפיה ניתן להסתפק כעת (במסגרת התיקון לחוק היסוד) ברוב של שבעים חברי-כנסת בלבד – שעה שבאופן מעשי המדובר בהארכת כהונת הכנסת, לאחר שנקבע בחוק יסוד על קיצור תקופת כהונתה לשלוש שנים – אינה עולה בקנה אחד עם הוראה זו: לא מבחינה מהותית ("נסיבות מיוחדות") ולא צורניות (רוב של שמונים חברי כנסת).

253. שהרי כבר הובהר כי "אם הכנסת מבקשת לשנות מההסדר הקבוע בסעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת הנ"ל ולהאריך את תקופת כהונתה (באיזו מן החלופות הקובעות את כהונתה ומוסדרות בחוק-יסוד: הכנסת) – עליה לעשות כן ברוב של שמונים חברי כנסת, ואפילו אם מדובר בדרך של תיקון חוק היסוד [דברי כב' השופט ח' מלצר, בפסקה 10 בפרשת המרכז האקדמי]. בענייננו – התיקון מהווה למעשה ניסיון פסול "לעקוף" את המגבלות הצורניות והמהותיות, וגם מטעם זה פסול הוא.

254. כמו כן, התיקון בחוק יסוד תחת כותרת של "הוראת שעה" המבטאת המשמש הסדר זמני בלבד, במסגרת חוק יסוד היא פגומה מן היסוד, מאחר שהיא **מנוגדת לרעיון הבסיסי לפיו הוראות החוקה הן קבועות, ויש שיאמרו אף נצחיות**. עמד על כך בית המשפט הנכבד, בבג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' **כנסת ישראל**, פ"ד סד(3) 275 (פורסם בנבו, מיום 7.4.2011):

"דומה כי אין מי שיחלוק על כך שהוראת שעה עומדת בניגוד לרעיון הבסיסי לפיו הוראות החוקה הן קבועות, ויש שיאמרו אף נצחיות" (שם, בפס' 24 לפסיקתה של הנשיא ביניש) (ההדגשות אינן במקור).

255. אין ספק שחוק יסוד בשילוב של כותרת "הוראת שעה" טומנת בחובה סתירה פנימית. ולמעשה, בענייננו אף קיימת סתירה כפולה – משעה שהוראת השעה עצמה באה לשריין את "נצחיות החוק" – וזאת תחת הכותרת "יציבות החוק" (הוראת שעה), והקובעת כי "אין לשנות הוראות חוק זה אלא ברוב של שבעים חברי כנסת". אכן, דומה שג'ורג' אורוול בעצמו לא היה מנסח זאת טוב יותר.

"הכותרת 'חוק יסוד' [...] הוראת שעה' טומנת בחובה סוג של סתירה פנימית. גם אם יש הצדקה עקרונית לשימוש במנגנון הוראת השעה במישור החוקתי, אין זה אומר כי ניתן להשתמש בו לרעה" ... יש במאפייניה הפרסונאליים של הוראת השעה התקציבית כדי להעצים את הפגם שבשימוש בכותרת 'חוק יסוד' – ולתמוך במסקנה כי מדובר בנורמה שאינה עומדת במבחן המהותי, ואינה נהנית ממעמד חוקתי מוגן. " (בג"ץ המרכז האקדמי, בפס' 5-6 לפסיקתו של השופט הנדל) (ההדגשות אינן במקור)

256. זאת ועוד – אחרת: כל הוראת שריון בחוק יסוד הוא בעצם הטלת מגבלה לפעול, גם כאשר מתגבש רוב, ועל-כן מדובר ב"חריג דמוקרטי" (עיינו ודוקו, ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל ו (תשס"א-תשס"ב), 421). בענייניו המדובר בשיריון "נוקשה" הדורש רוב של 75 חברי כנסת לשינויו; ואינו מסתפק ברוב של 61 חברי כנסת.

257. כידוע, חקיקת היסוד הישראלית כוללת מספר בודד של הוראות משוריינות ברוב מיוחס ואלו שמורות לליבת הסדר החוקתי (למשל, ההגבלה על הארכת כהונת הכנסת). בענייניו, לא ברורה כלל התכלית העומדת מאחורי שריון נוקשה זה, ואשר מעצים את החשש כי מדובר בשימוש לרעה. כפי שציין כב' הנשיא מ' שמגר בפסק-הדין בנק המזרחי "בכוחה של הכנסת... לשריין בחקיקה (בהיבט הצורני או התוכני) ערכי יסוד של מדינת ישראל" שהינם "ערכים אשר מתאפיינים בקונצנזוס חברתי רחב" (עמ' 289).

258. ואולם, קשה לדבר על קונצנזוס חברתי רחב על חקיקת יסוד שתכליתה אינטרסים פוליטיים צרים הנחקקים בהליך בזק. הנשיא שמגר אף הוסיף והדגיש כי "[סמכות] הכבילה איננה בלתי מוגבלת. הדעת נותנת כי לכבילת בית המחוקקים יהיו גבולות" (עמ' 293). נדמה כי הפעם הכבילה חצתה את הגבול.

259. לסיכום גם התיקון המבוקש בחוק יסוד הכנסת הוא בבחינת – תיקון חוקתי בלתי חוקתי: זאת בהיותו שינוי של המבנה הבסיסי המשטרי בשינוי משך כהונת הכנסת; ולמעשה בהיותו "החלפה חוקתית". התיקון פוגע בעקרון הפרדת הרשויות בהיותו התערבות גסה בליבת שיקול הדעת המשטרי של הכנסת.

260. התיקון אף עולה כדי "שימוש לרעה" – במובן זה שהמניעים לקיצור כהונת הכנסת, אינם נובעים מצורך "חוקתי" ממשי ואמיתי – אלא נובעים מאתגרים וקשיים פוליטיים ומשפטיים העומדים לפני ח"כ בנימין נתניהו, ורצונו להימלט מהם; ורצונו של ח"כ בנימין גנץ להבטיח את מינויו בתקדימים חוקתיים שונים, הנובעים אך מחוסר האמון האישי שקיים בין שתי הדמויות הפוליטיות האמורות.

ה.4. דוקטרינת "האפקט המצטבר"

261. כאן המקום להזכיר שכל האמור לעיל נמדד על בסיס "האפקט המצטבר" ולא כל הוראה בפני עצמה, לא ניתן להרשות ששינוי הנורמות יעבור לידנו, הוראה אחרי הוראה, נדרש אפוא לבחון את המכלול.

262. כידוע, המבנה החוקתי של הדמוקרטיה הפרלמנטרית הישראלית בנוי "פרקים פרקים" (כהחלטת הררי בשעתה); והבסיס של שיטת המשטר הישראלית נפרש על פני מארג שלם של חוקי-יסוד, אשר מהווים יחדיו ובמחבור את "שיטת-היסוד הישראלית".

263. עניינה של עתירה זו עוסק בעצמו באגרגציה של המשטר החוקתי כפי שהוא משתף ומורכב במארג חוקי היסוד; כאשר בליבת הטיעון עומדת עובדת היותה של מדינת ישראל דמוקרטית פרלמנטרית, וכנגזרת מכך מעמדו המוסדי של ראש הממשלה במארג היחסים שבינו לבין הממשלה ובין הכנסת. מארג יחסים חוקתיים זה הוא אפוא מצטבר – כך, הם גם הקשיים

העולים מתוך הצעת חוק היסוד; ומסיבה זו יש לבחון גם את התיקון לחוק היסוד באופן של השפעה מצטברת על השיטה החוקתית כולה.

"חוק – ובוודאי חוק יסוד, המתיימר לעגן נורמות חוקתיות רחבות – לעולם אינו בגדר אי בודד, המוקף במים ניטראליים. חוק מטבעו שייך למשפחת החוקים האחרים של המדינה. יתרה מזו, חוק שייך למרחב חברתי. ככל מרחב, החוק תופס זמן ומקום ויש לבחון אותו על פי ארבעת מימדיו. לכל חוק יש קונטקסט ורקע. כשם שאין לפרש או לבחון חוק רק על פי הקשרו, כך אין לראותו כ"רובינון קרוזו" המנותק מהקשרו [בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 06.09.2017), בפסקה 5 לדברי כב' השופט נ' הנדל]."

264. ביסודה של דוקטרינת "האפקט המצטבר" עומדת הביקורת החוקתית על חוק, בשים לב לקשייו במצטבר. כאשר ניתן ללמוד על קיומו של "אפקט מצטבר" של פגיעות חוקתיות, הרי שיש בהן כדי להביא לביטול החסדר החוקי כולו. בפרשת פלוני, נקבע כי ניתן להורות על ביטול הוראת חוק מסוימת, לא רק בשל פגיעתה, כשלעצמה, בזכות חוקתית מוגנת, אלא אף בשל הבאתם בחשבון של הסדרים חוקיים נוספים, אשר פוגעים בזכויות יסוד "בכמה היבטים, או באופן הדרגתי" (וראו בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג (3) 500, 540 (2010) (המשנה לנשיאה א' ריבלין) (להלן: "פרשת פלוני"); זמר בלונדהיים וגדיב מרדכי "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרגציה בביקורת שיפוטית חוקתית" משפטים מד 569 (2014) (להלן: "בלונדהיים ומרדכי").

265. את בסיסה של דוקטרינה זו, ניתן לראות ברעיון שלפיו "הכמות עושה את האיכות". במאמר Yaniv Roznai, "The Straw that Broke the Constitution's Back? Qualitative Quantity in Judicial Review of Constitutional Amendments", in *Colombian Constitutional Court in a Comparative Perspective* (Alejandro Linares Cantillo et al eds., forthcoming 2021) (להלן: "הקש ששבר את גב החוקה") מציג המלומד י' רוזנאי את הבחינה המצטברת בתחומי מחקר שונים, פילוסופיה ומדע המדינה ומדעי הטבע והחיים, ואף מציין את העובדה שתפיסה זו איננה זרה גם למשפט הישראלי, במובן של "יש מצבים בהם "הכמות עושה איכות" (כדברי השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 505 מול האות (1988); וראו עוד, דברי כב' השופט י' עמית בבג"ץ 7146/12 נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717 (2013); פרשת המרכז האקדמי, לעיל).

266. כך, למשל כבר בפסק הדין הראשון שבו נפסלה הוראת חוק בהן הנשיא ברק את השפעת ההסדרים שבחוק בבחינה "מצטברת", וקבע כי: "בצד הבחינה האינדיווידואלית של כל הוראה פוגעת, יש מקום לבחינה מצטברת של מכלול ההוראות. השאלה הינה אם התמהיל המולל של ההסדר החקיקתי הוא מידתי. כל הסדר אינדיווידואלי יכול שיהיה מידתי. אך הצטברותם הכוללת עשויה שלא להיות מידתית..." [בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997), בפסקה 46]

267. כפי שמסבירים בלונדהיים ומרדכי דוקטרינת "האפקט המצטבר" באה להתמודד עם בעיית "הגירעון הדוקטרינרי". אמנם הדיון הנערך במאמרם מתייחס למקרה של הצטברות פגיעות של חוקים בזכויות מוגנות בחוק יסוד, וענייננו – העוסק בתיקונים "חוקתיים" – שונה, אולם היסוד העיוני המסביר את הצורך בדוקטרינה זו הוא דומה. לשיטתם, הבחינה הדוקטרינרית

החוקתית המקובלת "מנתבת את בית המשפט לבחינת הפגיעה הספציפית של סעיף חוק אחד בזכות חוקתית אחת, כאשר למעשה מדובר בשאלה פוליטית יותר... הגירעון הדוקטרינרי מוביל את מקבל החלטה להתעלם ממידע רלוונטי..." [בעמ' 583-584]. זוהי גם הסיבה בגינה המתבררים קוראים "לשימוש באגרזיה שיפוטית [ש]משקפת לטעמנו הכרה נכונה בגירעון האינהרנטי שקיים בדוקטרינה המשפטית", וזאת על אף קיומה של ביקורת [עמ' 594-595].

268. במילים פשוטות, ובהקשר לענייננו, דוקטרינת האפקט המצטבר באה לבחון את הנפקות המשפטית של מכלול הסדרים חקיקתיים ואת משמעותן האגרזטיבית על המשטר החוקתי. ייתכן שכל הסדר חקיקתי יכול לעמוד בפני עצמו, משעה שפגיעתו היא בבחינת "De Minimis", או שעוצמתו אינה עולה על הנדרש, ואולם, צבר ההסדרים החקיקתיים יוצר "אפקט מצטבר" בלתי חוקתי.

במילים אחרות, התייחסות נפרדת לכל הסדר, מחמיצה את העיקר; **רואים את העצים – מחמיצים את היער.**

269. זאת ועוד, כפי שצינו המלומדים Tom Ginsburg ו-Aziz Huq בספרם *How to Save a Constitutional Democracy* (2018) **כמות מספקת של שינויים הדרגתיים החורגים מקווי יסוד דמוקרטיים יכולה להביא לשינוי איכותי באופייה המשטרי של המדינה.** בדיוק כדי להגן מפני שינוי חוקתי איכותני כאמור באמצעים הדרגתיים, הציעו לאחרונה המלומדים יניב רוזנאי ותמר הוסטובסקי ברנדס במאמרם, Yaniv Roznai and Tamar Hostovsky Brandes, 'Democratic Erosion, Populist Constitutionalism and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine', *Law & Ethics of Human Rights* (forthcoming 2020), לאמץ ביקורת שיפוטית אגרזטיבית הבוחנת את השפעתה המצטברת של תיקונים חוקתיים על הסדר החוקתי, שכן לעתים רבות השלם גדול מסך חלקיו (וראו בפרט עמ' 22-26).

270. מעבר לכך, השימוש בדוקטרינת "האפקט המצטבר" אותו הגדירה כב' השופטת (כתוארה אז) מ' נאור כ"חדשני" בפרשת פלוני לא נעשה תמיד באופן מפורש, אלא לעיתים רק במשתמע (ראו, למשל הערתו של כב' השופט נ' סולברג בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל, בפסקה 59 לפסק-דינו (פורסם בנבו, 27.03.2016); וכן, דברי הנשיא א' גרוניס בבג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל, בפסקה 43 (פורסם בנבו, 22.09.2014)).

271. ייתכן שהסיבה לשימוש המשתמע בדוקטרינה זו נובע מהביקורת הזדוקטרינרית שעיקרם הקשיים העקרוניים שהציגה השופטת נאור בפרשת פלוני (בעמ' 551-552).

272. אותם קשיים עקרוניים בפרשת פלוני הם שלושה: **הראשון**, הוא הקושי הנובע מהעובדה שהאפקט המצטבר מחייב לכאורה בדיקה אמפירית-תוצאתית; **השני**, ענייננו נטל ההוכחה – הטענה היא שהעותרים כלל לא טענו לפגיעה של "אפקט מצטבר", והנטל הוא על הטוען לאי-החוקיות; **והשלישי**, נוגע לקושי שבפסילה השרירותית של האמצעי שאותו בחר העותר לתקוף, שכן שני האמצעים שננקטו בפרשת פלוני מצויים יחד בבסיס טענת "האפקט המצטבר".

273. עמדת העותרת היא שקשיים אלו העומדים בבסיס הביקורת כנגד דוקטרינת "האפקט המצטבר" אינם מעוררים כל קושי בענייננו. הטענה הראשונה דומה במהותה לסוגיה חוקתית מוכרת והיא "אם יש לבחון חוקתיותו של חוק באופן אבסטרקטי, או שמא ראוי שהבחינה תעשה לנוכח מקרה קונקרטי... לדוגמא, אפשר שמעולם לא נעשה שימוש באופן סימולטני בהוראות החוק... לכן לטענת השופטת נאור אין אפשרות לבחון את הפגיעה באופן ערטילאי ומופשט אלא רק על רקע מקרה קונקרטי שבו יוצגו נתונים קונקרטיים בשאלת אופן השימוש באמצעים" [בלונדהיים ומרדכי, בעמ' 576]. ואולם בענייננו, כלל אין מדובר במקרה "מופשט" אלא בשינוי חוקתי קונקרטי וקיים, שתוצאתו שינוי משטרי. אין ספק שהחשש שהובע בעמדת כב' השופטת נאור נובע מהעובדה שבמקרה פלוני מדובר במקרה של סתירה לחוק-יסוד; ואין זה ענייננו-אנו, העוסק בליבת המשטר החוקתי הישראלי.

274. גם הקשיים הנוספים אינם רלוונטיים לענייננו – שעה שבעתירה זו עולה במפורש הטענה לפגיעה ב"אפקט מצטבר" בשיטת המשטר החוקתי המוכר בישראל, ועניין זה עומד במוקד העתירה; וכן, משעה שאין מבוקשת פסילה "שרירותית" אחת (אלא רק באופן חלופי), אלא התיקון החוקתי כולו, והכל כפי שיפורט בהרחבה להלן. אין אפוא כל מניעה "דוקטרינרית" מהתייחסות לתיקון חוק היסוד בכללותו, ולפגיעה הנגרמת בגינו באופן "מצטבר".

275. למשמעות הנובעת מהאפקט המצטבר של התיקון לחוק היסוד, נעבור עתה.

ו. מן הכלל אל הפרט: הפגמים מצדיקים בטלות התיקון לחוק

ו.1. בשלה העת לקומם גם בישראל דוקטרינת "התיקון הלא-חוקתי"

276. כפי שהובהר לעיל, הסמכות המכוננת איננה "מוחלטת", אלא מוגבלת. מוגבלות זו שזורה כחוט השני בדין הישראלי; ובענייננו – היא אף כפולה: פעם אחת, במובן של עקרונות יסוד של השיטה שיש בכוחם להגביל את הסמכות המכוננת; ופעם שנייה, במובן זה שמדובר ב"תיקון" לחוק יסוד, ולפיכך הכנסת אינה עושה שימוש בסמכותה המכוננת "המקורית", אלא בסמכותה המכוננת "הנגזרת" (או "המתקנת"). סמכות נגזרת היא אפוא מוגבלת והיקף הביקורת השיפוטית ביחס אליה מוגבר, שעה שתיקון חוק יסוד מתייחס למצב משטרי קיים. שינויים תכופים מביאים לאי-יציבות של נורמות חוקתיות.

277. ואולם, עיקר חשיבות הביקורת השיפוטית בענייננו מצוי בעובדה שתיקון חוק היסוד עולה כדי שינוי "המבנה הבסיסי" המשטרי; ואף כדי "החלפה חוקתית" של שיטת הממשל של הדמוקרטיה הפרלמנטרית הקיים בישראל. מנקודת מבט אגרגטיבית, המתכללת את המארג החוקתי הישראלי שיוצר את שיטת המשטר הישראלית – אין ספק שהוא משנה באופן בסיסי ויסודי את מעמדו של ראש הממשלה כפונקציה מוסדית – כלומר, כמי שעומד בראשות הממשלה והרשות המבצעת.

278. התיקון לחוק היסוד מעקר את מקור סמכותו של ראש הממשלה ומפשיטו מן ה"כוח החוקתי" המאפשר לו את ביצוע תפקידו. הוא יורד לשורש מעמדו של ראש הממשלה כ"ראשון בין

שוויים"; ופוגם באפשרות המעשית לקיים ממשלה. ותשוב להדגיש: כוח חוקתי זה יורד לשורש המבנה המשטרי בישראל, ועומד ביסוד מארג התסדרים החוקתיים המקימים אותו.

279. התיקון לחוק היסוד בעצם מציג לפנינו משטר משטרי וחוקתי חדש: כנסת אחת. רשות שופטת אחת. ממשלות – שתיים. ובראש כל אחת מהן – ראש ממשלה אחר: האחד מכונה "ראש הממשלה", והשני מכונה "ראש הממשלה החלופי". כל אחד מהם מחזיק ב"כוח החוקתי" ביתס לממשלתו-שלו, והוא אפוא מוסמך לבצע חילופי-גברי בממשלתו שלו, כראות עיניו. כל שר וכל סגן-שר ממונה בידי "ראש ממשלתו-שלו" באמצעות כך שהוא "מסומן" כ"בעל זיקה" כשייד לאחת מן הממשלות – והוא באופן מעשי אחראי כלפי ראש ממשלתו שלו.

280. תיקון חוקתי זה הוא בלתי חוקתי. שהרי אין ספק שהמדובר בשינוי מאפייני הבסיס או המבנה הבסיסי של המשטר החוקתי; של יצירה בפועל של חוקה "חדשה" המחליפה את השיטה המבוססת של הדמוקרטיה הפרלמנטרית הקיימת בישראל, ומקימה מבנה משטרי חדש. עובדה זו מספיקה כדי לקבוע שדין התיקון לחוק היסוד – בטלות.

2.1. התיקון לחוק היסוד הוא בבחינת "שימוש לרעה" – ודינו פסלות

281. אך אם לא די בכך, הרי שיש לחורות על ביטול התיקון לחוק היסוד גם בשל "השימוש לרעה" שנעשה בו וגם בשל הפגמים הפרוצדורליים שליוו את הליך הביק לחקיקתו.

282. התיקון לחוק היסוד עולה לכדי שימוש לרעה בהיותו מבוסס על צרכיהם הפוליטיים-זמניים של שני הגורמים שהקימו את הממשלה: מצד אחד, בנימין נתניהו שמבקש להבטיח את העובדה שמעמדו יישאר זהה של ראש ממשלה כדי למלט עצמו מענייני המשפטיים; ומצד שני, בני גנץ שמבקש להבטיח את כניסתו לתפקיד ראש הממשלה בשל חוסר אמון בכך שנתניהו יפנה את התפקיד במועד שסוכם.

283. ודוקו. אין המדובר בתיקונים "קוסמטיים" בלבד לחוק מסוים; אלא בתיקונים "יסודיים", משטריים לחוקה.

284. תיקונים חוקתיים לא נועדו להבטיח אינטרסים פוליטיים זמניים; קצרי-מועד; וצרי-אופק, שביסודם הניסיון למלט ראש ממשלה מכהן מהתמודדות משפטיות אל מול כתבי אישום חמורים, באמצעות השוואת מעמד "ראש ממשלה חלופי" לזה של ראש ממשלה; ומהעבר השני – להתגבר על חוסר האמון אישי שבין שני ראשי המפלגות ביחס למועד ביצוע החילוף בתפקיד ראש הממשלה. שיקולים אלה הם שיקולים זרים למשטר החוקתי; וכאשר מתערבבים התחומים – הפוליטי והמשטרי; האישי והציבורי – הם עולים כדי פעולות בחוסר תום-לב.

285. המדובר בשימוש לרעה גם במובן זה שמדובר בתיקון לחוק יסוד שהוא פרסונלי משעה שהוא מזהה מיהם האנשים שעתידיים ליהנות ממנו (ואיננו נעשה מאחורי "מסך בערות"), למעשה הוא הותאם לעניינם כ"כפפה ליד" – ויש בכך כדי לפגוע ב"מוסריות הפנימית והחיצונית" של המשפט החוקתי; ואף לחתור תחת עקרון הפרדת הרשויות [ראו, דברי השופט הנדל בסעיף 6 לפרשת המרכז האקדמי; וראו הצטרפות השופט מלצר בפסקה 10 לפסק דינו שם]

286. מעבר לכך, התכלית המונחת אפוא בבסיס התיקון לחוק היסוד נועדה אפוא לצרכים פוליטיים בלבד, ועיקרה בצרכי שעה זמניים המופנים כלפי "פרסונה מוסדית" – הוא מוסד ראש הממשלה. תיקונים אלו נושאים אופי "פרסונלי", הנעדר אופי חוקתי.

287. בבסיס הדברים, העניין פשוט – הכנסת היא נאמנו של העם בישראל. בנאמנות זו מחזיקה היא בסמכותה המכוננת כדי לכונן חוקה לישראל, אשר תגן על היסודות היהודיים והדמוקרטיים של המדינה או על "ליבת הזכויות" של האדם. התיקון לחוק היסוד העומד במוקד עתירה זו – אין לו דבר וחצי-דבר עם תכליות חוקתיות אלה. להיפך, הוא מביא לפגיעה בעקרונות משטריים, בשל צרכים קצרי-מועד ואינטרסים של הישרדות "פוליטית" ו"משפטית" של דמויות פוליטיות. משכך, חוטאת הכנסת לנאמנותה, היא עושה "שימוש לרעה" בסמכותה; ודין פעולותיה – פסלות.

288. כפי שעמד על כך המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, יש בדוקטרינת השימוש לרעה ולהיבטים הפרוצדורליים שמתוכם נוצרת חקיקה – "תובנות משותפות" (ראו, פרשת המרכז האקדמי, בפסקה ל"ז). המשותף להם הוא הדגשת הסאה ביחס ל"עקרון ההשתתפות" החיוני לדמוקרטיה. חציית הקווים האדומים נובעת לשיטתו מ"אותו מקור כללי, של יחס הממשלה לכנסת"; שהרי "הכנסת אינה תותמת גומי של הממשלה" (שם, בפסקה ל"ח).

289. ואם דברים נכוחים אלו נאמרו ביחס לשתי עתירות שונות שההכרעה בהן בשלה במקרה באותה עת; הרי שבעניינו – התרחש צירוף זה יחדיו באותו הנושא (ושלא במקרה). ולהלן הרחבתנו.

3.1. במישור הדיוני – מוגבלות פרוצדורלית

3.1.א. סמכותו של בית המשפט לערוך ביקורת על הליך החקיקה

290. כפי שנקבע לא אחת בפסיקתו של בית משפט נכבד זה, הרי שאף אם לא נעשה שימוש לרעה בהליך החקיקה, או שזה לא הצדיק כשלעצמו מעורבות שיפוטית, הרי שפגמים בעצם הליך החקיקה עשויים להצדיק ביקורת שיפוטית כאמור.

291. מוסכם על הכל כי אף שלמחוקק נתון מרחב פעולה ניכר, הוא אינו כל-יכול, ויכולתו לחוקק כפופה לעמידתו במגבלות פרוצדורליות מסוימות. כך, אף על פי גישות פוזיטיביסטיות מובהקות למשפט, כגישתו של הארט, רשאי המחוקק לקבוע הסדרים סובסטנטיביים רק באם הם עומדים ב"כללי הכרה" פרוצדורליים מסוימים (H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd ed. 2012). אף אם אין המחוקק מוגבל מבחינת תוכן החקיקה (גישה שלא התקבלה בשיטתנו) הוא מוגבל בוודאי על ידי כללי הפרוצדורה הנהוגים והראויים.

292. מקום בו לא עמד המחוקק בכללי הפרוצדורה של הליך החקיקה, או כאשר אותה הפרוצדורה גרמה לפגיעה ניכרת בערכי משטרנו החוקתי, יוכל בית המשפט להתערב בהליכי החקיקה הפנימיים בכנסת.

293. עמדה עקרונית זו הכתה שורש גם בשיטתנו החוקתית. כפי שקבע בית משפט נכבד זה בעניין מיעארי (בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868 (1989)):

"הליכי החקיקה מתבצעים על-פי דין, והאורגנים של הכנסת העוסקים בחקיקה ממלאים תפקיד ציבורי על-פי דין. מכאן, שגם פעילות החקיקה נתונה לסמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק" (שם, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט ברק, כתוארו אז).

294. כך, ביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה עשויה להיות הכרחית לשם שימור עקרון הפרדת הרשויות, במובנו כאיזונים ובלמים של הרשות האחת על רעותה. במציאות המשטרית בישראל, בה הכנסת נשלטת, הלכה למעשה, על ידי הרוב הקואליציוני ונציגיו בממשלה, עשוי להתעורר צורך במעורבות שיפוטית על מנת לשמור על עצמאות הכנסת. כפי שקבע השופט סולברג בפסק דינו בפרשת קוונטינסקי בעניין החקיקה למיסוי דירה שלישית (בג"ץ 10042/16 צחי קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו 6.8.2017)):

"נדבך מהותי בעבודתה של הכנסת – וממנו נגזר הצורך בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה – הוא תפקידה בפיקוח על פעילות הממשלה... על כן, נדרשת הרשות השופטת להבטיח כי הכנסת אכן ממלאת את תפקידה זה בנאמנות ובאחריות, בין היתר באמצעות קיומו של הליך חקיקה תקין ופורה. דברים אלו נכונים ביתר שאת בשיטת המשטר הפרלמנטרית הנהוגה בישראל, שבה מחזיקה הרשות המבצעת ברוב מקרב חברי הרשות המחוקקת; כפועל יוצא מכך, בדרך כלל ישולטת הממשלה בכנסת הלכה למעשה. במצב דברים זה גוברת החשיבות שבפיקוח על תקינותו של הליך החקיקה... או אז ניכר הצורך בתיחום הגבולין ובהגנה על הפרדת הרשויות, במישור יחסי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת (עניין ההסתדרות הרפואית בישראל, בפסקה ה' לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין)". (פסקה 39 לפסק דינו של השופט סולברג)

295. והוסיפה והדגישה הנשיאה נאור, בקבעה כך:

"הרשות המחוקקת איננה משמשת כ"חותמת גומי" של הרשות המבצעת. לא הכל מותר בהליכי החקיקה ואין להפוך את היוצרות ולעשות את הרשות המבצעת למפקחת על הרשות המחוקקת, המכתיבה לה את קצב עבודתה. במקום שבו מתערערת הפרדה בין רשויות השלטון, תפקידו של בית המשפט הוא "לשמור על כך כי כל רשות תפעל אך במסגרתה שלה" (שם, בפסקה 5 לפסק דינה של הנשיאה נאור).

296. העברת שבט הביקורת על פעולת הכנסת בפעולתה כמחוקק הינה חיונית אף לשם הכוונת התנהגות והבהרת הליך החקיקה הראוי. כך, באמצעות "איתות" שיפוטי למחוקק בדבר ההליך הראוי לחקיקה – אפשר שייטיב את הליך החקיקה, ויקפיד על תקינותו באופן עצמאי בשגרה. שמירת הדין הפרוצדורלי כאמור, מלבד הבטחת עקרון שלטון החוק במחוקק, בכוחה להיטיב את התוצאה הסובסטנטיבית של החליך – את החוק עצמו. הקפדה על סדרי הדין והדיון בחקיקה מבטיחה כי לכל הפחות יתאפשר דיון מעמיק בחוק, תיקונו כראוי, ואף תורמת להגברת הלגיטימיות הציבורית של הכנסת וחוקיה תוצריו (בג"ץ 4927/06 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, (פורסם בנבו 25.9.2007), בפסקה א' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (25.9.2007)).

3.1. ב. היקף הביקורת השיפוטית על הליכי החקיקה

297. לבית משפט נכבד זה עומדת, לפיכך, הסמכות להתערב בהליכי החקיקה בכנסת ואף להורות על בטלותם של חוקים שבהליך חקיקתם נפל פגם חמור. בשל הכרה במעמדה הרם של הכנסת בין שלוש הרשויות והכבוד הראוי לכנסת כבית המחוקקים של המדינה, נקבע כי בית המשפט

יפעיל סמכותו זו בשיקול דעת ובצמצום, ויתערב בהליכי חקיקה פנים-פרלמנטריים בצמצום, ורק נוכח הפרת הדין או נוכח פגיעה ניכרת בערכיו המהותיים של משטרנו החוקתי. עוד נקבע, כי מעורבות כאמור, בדמות הצהרה שיפוטית על בטלותה של חקיקה ראשית, תיעשה רק במקרים נדירים של "פגם היורד לשורשו של עניין בהליך החקיקה" (בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, 36 (1998)).

298. הליך חקיקה אשר נפגם גם "היורד לשורשו של עניין", כך נקבע, הינו הליך אשר פוגע בערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי המונחים ביסוד הליך החקיקה (בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577 (2003)), ובהם "ערכיה של מדינת ישראל הם ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית" (שם). לעניין זה, כך נקבע, חשובים הערכים הבאים:

"אלה הם ערכיה של הדמוקרטיה הפורמאלית והמהותית גם יחד. לעניין הדמוקרטיה הפורמאלית יש להדגיש את עקרון הייצוגיות ואת העיקרון בדבר הגשמת רצון הרוב. העם בחר את נציגיו. הנציגים פועלים בבית המחוקקים. חבר-הכנסת הוא 'יחידה חוקתית' [...] הוא מציע הצעות; יש לו נגישות להליכי הבית; הוא משתתף בדיון. ניתנת לו האפשרות המעשית לגבש את רצונו. על יסוד המידע הנמסר לו הוא מביע את עמדתו ומנסה לשכנע את חבריו".

299. ודוק, הערכים הללו, שבכוחם להביא לביקורת שיפוטית על הליך החקיקה בכנסת, אינם כתובים עלי ספר. אין הם מנויים בתקנון הכנסת או בחוק, והם נובעים ישירות מאופייה של ישראל כדמוקרטיה פרלמנטרית.

300. כידוע, בשל מחדל הכנסת מלקבוע במפורש את הליכי החקיקה אשר יגשימו את אותם הערכים, נדרש לכך בית משפט נכבד זה בפרשת מגדלי העופות (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, (2004) (להלן: **מגדלי העופות**)). בפסק הדין בעניין מגדלי העופות, נקבע כי "פגם היורד לשורש ההליך" הוא פגם הפוגע בעקרונות היסוד של הדמוקרטיה בישראל, והליכי החקיקה בה, והם עקרון הכרעת הרוב, עקרון השוויון הפורמאלי, עקרון פומביות החקיקה ועקרון ההשתתפות. ואולם, על אף פירוט העקרונות שעליהם נועד ההליך התקין להגן, לא נקבעו מבחנים טכניים לשאלת הליך החקיקה המצדיק מעורבות שיפוטית. המבחן, כך נקבע, הינו מהותי:

"השאלה מהו 'פגם היורד לשורש ההליך' אינה נקבעת על-פי סיווגו של הפגם כפגם מסוג חריגה מסמכות או כהפרה פורמאלית של סעיף מסוים בתקנון הכנסת, אלא על-פי עוצמת הפגיעה שפגם זה פוגע 'בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי' או בערכים הבסיסיים של משטרנו החוקתי המונחים ביסוד הליך החקיקה... על בית-המשפט לבחון בכל מקרה לגופו אם נפל בהליכי החקיקה 'פגם היורד לשורש ההליך' אשר יצדיק התערבות שיפוטית, ורק פגם שיש בו פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי יצדיק התערבות שיפוטית בהליך החקיקה".
(פרשת מגדלי העופות, בעמ' 41. הדגשות הוספו).

301. הלכה זו זכתה לעידון ולחידוד בפסק הדין התקדימי בעניין קוונטינסקי, בו נפסל לראשונה חוק בשל פגיעתו החמורה בעקרון ההשתתפות של חברי הכנסת בהליך החקיקה. עיקרון זה, נקבע, מהווה את יישומה של תפיסת הדמוקרטיה הייצוגית במשפט הפרלמנטרי. על כן, פגיעה חמורה בעקרון ההשתתפות של חברי הכנסת ובהליך הדיון הראוי בחוק בכוחה להצדיק מעורבות שיפוטית. עקרון ההשתתפות, נקבע בהלכת קוונטינסקי, מחייב דיון רציני ומעמיק בסוגיה

נשואת החקיקה, שתאפשר לחבר הכנסת לממש את תפקידו הדמוקרטי ולהצביע כמצופה ממנו כנבחר ציבור, לאחר שבתן את הדברים כדבעי:

"עקרון ההשתתפות איננו מתמצה במתן אפשרות לחברי הכנסת לנכוח פיזית בדיוני מליאת הכנסת או הוועדה. עקרון ההשתתפות משמעו מתן אפשרות אמיתית, רצינית והוגנת לחברי הכנסת לעיין ולדון, להעיר ולהאיר, לשאול ולשקול – הכל על מנת שיהיה סיפק בידם לגבש עמדה מושכלת בסוגיה שעל הפרק". (פרשת קוונטינסקי, בפסקה 52 לפסק דינו של השופט סולברג).

302. לפיכך, אין די בהבטחה כי לא תישלל כליל יכולתם של חברי הכנסת "כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים", כפי שנקבע בעבר בפרשת מגדלי העופות. המדובר במבחן מחמיר יתר על המידה, שאינו מגן דיו על זכויותיהם של חברי הכנסת ועל עצמאותה למול הממשלה.

303. על כן, נקבע, על המחוקק להבטיח הליך חקיקה אשר יאפשר לחברי הכנסת 'לגבש עמדה' לגבי הצעת החוק הנדונה:

"הליך החקיקה צריך לאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מהותית, ולו באופן המצומצם ביותר, בנוגע להצעת החוק המונחת לפניהם. גיבוש עמדה איננו אקט 'פסיבי' גרידא, אלא דורש מהלך מחשבתי מסוים, עיבוד עצמאי של המידע הנמסר לחבר הכנסת, וקבלת החלטה מושכלת בעד או נגד הצעת החוק. רק כאשר תינתן לחברי הכנסת אפשרות מעין זו, ניתן יהיה לומר כי היתה להם הזדמנות להשתתף, באופן פעיל ואמיתי, בהליך החקיקה" (שם, בפסקה 59).

304. לפיכך, נדרש הליך דיון פרלמנטרי מינימלי ראוי בכדי לממש את עקרון ההשתתפות כדין. מצב בו לא מתקיים דיון מספק, מצב בו על חברי הכנסת לקבל את הצעת החוק המונחת לפניהם מטעם הממשלה כפי שהיא, מבלי שתינתן לחברי הכנסת הזדמנות אמיתית וכנה להתבטא לפני חבריהם בניסיון לשכנעם, ובלב הפתוח להשתכנע, אין לומר כי מומש בו עקרון ההשתתפות. מצב בו הליך החקיקה מתנהל באופן "אוטומטי", מכוח זיקה קואליציונית גרידא, ובלא דיון מספק בשינויי החקיקה, אינו מממש את תפקידם של חברי הכנסת כנבחר ציבור, וחותר תחת תשתיות הדמוקרטיה הייצוגית. יפות לעניין זה מילותיו של השופט סולברג בפסק הדין:

"מבלעדי דיון מינימלי, לא יוכלו חברי הכנסת לגבש עמדה מהותית, מושכלת, לחכוך בדעתם ולהחליט אם לתמוך בהצעת חוק, לעשות לתיקונה, או להתנגד לה. ללא אפשרות לקיים דיון – השתתפותם של חברי הכנסת בהליך החקיקה תרוקן מתוכו, ותצטמצם אך להכרה בסיסית ו'פסיבית' של הצעת החוק שלפניהם. במצב מעין זה ישנו חשש לא מבוטל כי הכנסת תהפוך ל'חותמת גומי' של יוזמי הצעות החוק – פעמים רבות, של הרשות המבצעת, אשר כאמור, נהנית מרוב בכנסת. עקרון הפרדת הרשויות מחייבנו אפוא לעמוד על המשמר, לבל תאפיל הממשלה על הכנסת". (שם, בפסקאות 62-63 לפסק הדין).

305. בכך הביע בית משפט נכבד זה את דעתו, לפיה הגם שאין לדרוש מהמחוקק דרישה מחמירה להוכחת קיומו של "הליך חקיקה נאות" ומלא (וראו לעניין זה מאמרו של איתי בר-סימן-טוב, "בג"ץ קוונטינסקי נ' הכנסת בעניין מס דירה שלישית: החלטה מתבקשת או "סטייה רבת" בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה? מחקרי משפט לב 401 (2019)), הרי שפטור בלא כלום אי אפשר. על בית המשפט, כך נקבע, להבטיח כי ניתנה לכנסת ולחבריה אפשרות לקיים דיון פרלמנטרי בסיסי קודם לאישור החוק.

ו.3.ג. מהו דיון ראוי בסיסי?

306. בעוד שלא ניתן לקבוע מסמרות בשאלה מהו הליך פרלמנטרי בסיסי, הדרוש לשם הבטחת עקרון ההשתתפות, נתן בית המשפט הנכבד תבחינים והצביע על מספר מדדים אפשריים לקיומו של הליך ראוי. בית המשפט, בבואו לבחון את חוקיות הליך החקיקה, יתחשב בכלל נסיבות העניין, ובתוך כך ייתן דעתו בפרטים הבאים: **משך הדיון, ומידתיות משכו ביחס למורכבות הצעת החוק ולהיקף השלכותיה**; פרק הזמן שניתן לחברי הכנסת לעיין בהצעה; השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק, על נוסחה ועל תוכנה; ועוד שיקולים כהנה וכהנה (עניין קוונטינסקי, בעמ' 42).

307. עוד הציע כב' השופט סולברג להיעזר בקריטריונים אותם התווה המלומד Goldfed במאמר *Victor Goldfed, Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation Through Judicial Review of Congressional Processes*, 79 N.Y.U.L. Rev. 367, 378 (2004). בתוך כך, על בית המשפט לשאול עצמו אם השלכותיה של החקיקה קיבלו די התייחסות על ידי המחוקק; האם הוקמו וועדות או קוימו שימועים על מנת לדון באותן השלכות; האם נבחנו די הצורך אמצעים חלופיים להשגת מטרות החקיקה; האם הצעת החוק עליה קובלים העותרים הוגשה כחלק מ"חבילת חקיקה" המערכת נושאים שונים ובלתי קשורים, או שנידונה בנפרד; וכו'. בסופו של דבר, נקבע, **"השאלה הניצבת לפתחנו אחת היא: האם ניתנה לחברי הכנסת אפשרות לגבש עמדה מושפלת לגבי הצעת החוק"** (פרשת קוונטינסקי, פסקה 81 לפסק דינו של השופט סולברג).

308. בכך, הצטרף פסק הדין בעניין קוונטינסקי למגמה הפסיקתית בשנים האחרונות, לפיה פגמים בעקרונות היסוד הדליברטיביים בגופים נבחרים יכולה להוות פתח למעורבות שיפוטית, לשם הגנה על פעולתו הראויה והעצמאית של הגוף הנבחר (ראו גם עע"מ 1207/15 רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק (פורסם באר"ש, 18.8.2016); בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (פורסם באר"ש, 1.2.2017).

ו.3.ד. דיון בסיסי ראוי בהליכי עיצוב משטר חוקתיים

309. עולה השאלה, מהו הדיון הפרלמנטרי הבסיסי הדרוש במסגרת הליך החקיקה של הסדרים חוקתיים בכלל, ובחסדרים חוקתיים המשנים את סדרי המשטר ואת השיטה החוקתית בכללותה, בפרט. אף שבית המשפט טרם נדרש לסוגיה זו במישרין (יוצאת דופן היא הכרעת בית המשפט בפרשת **המרכז האקדמי**, בה ניתנה התראת בטלות לתיקון חוק יסוד בהוראת שעה חוזרת, אולם שם שיחקה תפקיד מרכזי היות התיקון ה"חוקתי" בדרך של הוראת שעה), אולם בית המשפט הנכבד חזר ועמד על כך שעל היקף הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה להיגזר, בין היתר, מסוג החקיקה ומהשפעותיה העתידיות. כך, בהתייחסו לצורך בביקורת שיפוטית לשם הקפדה על הפרדת הרשויות, קבע השופט סולברג כי:

"... ואם כך בהליך חקיקה 'רגיל', על אחת כמה וכמה כאשר בהליך חקיקה 'חריג' דוגמת חוק החסדרים עסקינן"

310. קרי, היותו של הליך החקיקה הנתקף הליך "חריג", יש בה כדי להצדיק את הרחבת היקף הביקורת השיפוטית עליו. משכך, תטען העותרת, הרי שהדבר נכון שבעתיים כאשר המדובר בהליך כינון של סדרי משטר תקדימיים על ידי תיקון חוקי היסוד.

311. למסקנה דומה יש להגיע אף מבחינת השלכותיה של החקיקה דנו. כאמור, ענייננו בתיקון יסודי ועמוק בחוקי היסוד הקובעים את מבנה שיטת המשטר בישראל, ובה הגבלת סמכויותיו של ראש הממשלה, ויצירת מוסד מהפכני של "ראש ממשלה חלופי", עיגון חוקתי לזיקותיהם הפוליטיות של השרים בממשלה, חריגה מהלכות מבוססות של בית משפט נכבד זה, ועוד כהנה וכהנה. שינוי חוקתי המאמץ מודל חדשני של ממשלת חילופים עשוי להביא עימו השלכות עתידיות ורוחביות בלתי צפויות:

"even more significant than the adoption of legislation, bureaucratic policy, or judicial rulings that turn out to have unintended consequences is the establishment of constitutional provision with unexpected outcomes. Once a formal constitutional amendment is put in place its removal presents an exceptional challenge." [David E. Kyvig, Introduction', in David E. Kyvig ed., *Unintended Consequences of Constitutional Amendment* 1, 2 (2000)].

312. הסכנות של תוצאות בלתי-צפויות מתעצמות כאשר ההוראה החוקתית מלווה בסעיף נוקשות שיקשה על החלפתה בעתיד, כפי שמוצע בענייננו. המדובר אפוא בתיקון משטרי משמעותי ושנוי במחלוקת, אשר מצדיק ליבון ודיון מעמיק וממושך.

313. עמד על כך פרופ' רוזנאי בספרו, בציינו את החשיבות הרבה הידועה לאופי הדיון הפרוצדורלי בשאלות של תיקון חוקתי (ספר רוזנאי, בעמ' 173). בין היתר, נמצא כי במדינות בהן התקיים הליך כינון חוקה שהתאפיין בשיתוף הציבור ובדיונים מעמיקים, נשמרו זכויות האדם בצורה קפדנית יותר, ויש להניח כי הדבר נכון אף להליכי תיקון החוקה. כמו כן, בכוחם של הליכי שיתוף ציבור בתיקוני החוקה, הכוללים מעורבות של המיעוט הפרלמנטרי, בכוחם להגביל את הפגיעה שתגרום החקיקה למיעוטים.

314. אכן, ברבות מן המדינות הדמוקרטיות, הליך התיקון החוקתי כולל מנגנונים טמפוראליים הקובעים לוחות זמנים המחייבים דיון פוליטי וציבורי ראוי לפני קבלת שינויים חוקתיים.

315. כך, לשם הדוגמה, חוקת איטליה קובעת שיש להמתין לפחות שלושה חודשים בדיוני חקיקה על הצעות לתיקון החוקה: "Laws amending the Constitution and other constitutional laws shall be adopted by each House after two successive debates at intervals of not less than three months, and shall be approved by an absolute majority of the members of each House in the second voting" (Italy Const. tit VI, s II, art 138 (1947)).

316. ואילו חוקת דרום קוריאה קובעת כי על הנשיא לתת לציבור זמן מינימאלי להעריך ולשקול תיקונים לחוקה: "Proposed amendments to the Constitution shall be put before the public by the President for twenty days or more" (South Korea Const. ch X, art 129 (1948)).

317. מודל אחר המאמץ את עקרון זה הוא המודל הסקנדינבי (הקיים בדנמרק, נורבגיה ושבדיה), לפיו אסור לאותו פרלמנט להציע ולחוקק תיקון לחוקה בהיעדר בחירות לאומיות בין צעדים אלו. כלומר, על הפרלמנט הבא הנבחר לאשר הצעת התיקון החוקה שהוצעה על-ידי הפרלמנט הקודם. התערבות זו של בחירות מבטיחה דיון ציבורי בשאלת השינוי החוקתי המוצע [ראו Richard Albert, 'Temporal Limitations in Constitutional Amendment', 21 *Review of Constitutional Studies* 37, 43 (2016)].

318. תפקיד כללים אלו הוא לוודא ששינויים חוקתיים מתקבלים אחרי דיון ציבורי ופוליטי ראוי ואינם משקפים רצון או קפריזה של רוב רגעי. כפתגם האנגלי, "מדוד פעמיים, חתוך פעם אחת." הגם שאין בישראל הוראות מפורשות כגון אלו – בהיעדר חוק-יסוד: חקיקה שיסדיר את הליכי החקיקה – ברי כי רציונאליים אלו יפים גם לשינויים חוקתיים בישראל. יש לוודא שאלו נעשים אחר חשיבה ותכנון ראויים.

319. עקרון זה, וחשיבותו של הליך ראוי לתיקון חוקי היסוד, אף זכו לעיגון בפסיקתו של בית משפט נכבד זה. כך, השופט הנדל קבע בעבר כי:

"על הרשות המכוננת לכבד את הנורמות שאותן היא יוצרת בכובעה זה, ולהבטיח כי שינויים בכללי המשחק שמתווה החוקה יבוצעו בהליך ראוי, תוך שקיפות ואחריותיות כלפי הציבור. קביעת עובדות בשטח, נוסח 'עוד דונם ועוד עז', אינה מכבדת את החוקה הישראלית, ואף לא את מכונייה". (בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 6.9.2017), הדגשות שלנו).

320. ניתן ללמוד על הצורך הניכר בהליך חקיקה ראוי לחוקי היסוד ותיקונייהם מתוך עיון בהיסטוריה החקיקתית של תיקונים משמעותיים לשיטת המשטר בישראל, שעוגנו בחוקי יסוד. כך, לשם השוואה (ובהמשך הדברים נרחיב) ניתן לבחון את ההליכים שקדמו לתיקונו של חוק יסוד: הממשלה בשנת 1992, שבמוקדו המעבר לשיטת בחירה ישירה לראשות הממשלה. השינוי המשטרי האמור, שלא היה בהכרח שינוי חד ויסודי יותר מהשינוי המשטרי שבמוקד עתירה זו, עבר לאחר תהליך ארוך של דיונים ושיתוף הציבור. כך, חוק היסוד שעיגן את הבחירות ישירות כונן לאחר שנים ארוכות בהן ארגוני חברה אזרחית, אקדמאים ונבחרי ציבור פעלו לשינוי שיטת המשטר, וועדות ציבוריות הוקמו לשם כך (בין היתר, ניתן למנות את הוועדה בראשותו של השר גד יעקבי, אשר פעלה במשך שנתיים תמימות בניסיון לגבש מתווה ראוי לשינוי שיטת המשטר). גם לאחר שגובשו מתווים שונים לחוק יסוד: הממשלה החדש, תיקונו של חוק היסוד עבר בקריאה טרומית למעלה מחודשיים קודם להצבעה עליו בקריאה ראשונה. לאחר דיונים ארוכים בנושא, בין פוליטיקאים ובמעורבות הציבור, הובאה הצעת חוק היסוד לקריאה שניה ושלישית רק כשנה וחצי לאחר מכן.

321. בדומה, גם לביטולו של חוק הבחירה קדמו חודשים ושנים, בהם עמלו ארגוני חברה אזרחית לקדם את עמדתם בנושא, נפגשו עם חברי כנסת ושרים, קמפיינים ציבוריים קודמו (וזכורה היטב הסיסמה "בחירה ישירה זה רע" שעיתרה מכוניות רבות בישראל בראשית המילניום) (וראו בהרחבה, אריק כרמון "ביטול הבחירה הישירה - מאחורי הקלעים" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (19.12.2010), www.idi.org.il/articles/9889).

322. אם כן, נראה שנוכח הלכת קוונטינסקי, וכן נוכח השלכותיו מרחיקות הלכת של התיקון לחוקי היסוד נשוא עתירה זו, יהיה מקום למעורבות שיפוטית לשם הגנה על מעמד הכנסת ותפקידה כנציגת העם, שעה שנפל פגם מהותי בחקיקת חוקי היסוד. יפים לעניין זה דבריו של פרופ' בנדור, אשר קבע לאחר פסק הדין בעניין קוונטינסקי כי "נראה שמעתה בית-המשפט העליון יתקשה לדחות על הסף עתירות נגד חוקים, ואף נגד חוקי-יסוד, שיתבססו על טענה כי תוכנם, ולא דווקא הליכי חקיקתם, פוגע באופן חמור בהפרדת הרשויות" (אריאל בנדור, **הליכי חקיקה והפרדת הרשויות**, (ICON-S-IL Blog, 20.3.2017). ואם כך הדבר באשר לתוכנו של חוק היסוד, הרי שמקל וחומר יש להתיר ביקורת שיפוטית על הליך חקיקתו.

323. בהליך החקיקה שבענייננו נפלו פגמים קשים וחמורים. פגמים אלו, תטען העותרת, יורדים לשורשו של הליך החקיקה (לא כל שכן הליך כינונו של הסדר חוקתי חדש ונרחב) ומצדיקים את פסילתו. זאת, נוכח סד הזמנים המקוצר והחפוז שניתן לחברי הכנסת ולציבור שבחרם להעמיק בהצעת חוקי היסוד ולבחנה; נוכח השינויים הנרחבים והמהותיים בשיטת המשטר בישראל שהחוקים מורים עליהם; ונוכח הלחץ הממשלתי על המחוקק שליווה את הליך החקיקה, ואשר פגם קשות בעקרון ההשתתפות של חברי הכנסת.

324. כל אלו הובילו ליצירת הליך חקיקה וכינון פסול, שאינו מכבד את חברי הכנסת ותפקידם, מזלזל בכנסת כרשות מכוננת, אינו מגלה אחריות ואחריותיות כלפי הציבור שהיא נציגתו, ואינו תואם את השלכותיו מרחיקות הלכת.

3.ה. הפגמים שנפלו בהליך חקיקת התיקון לחוק יסוד

325. כאמור לעיל, הלכה היא כי בית משפט נכבד זה יעביר תחת שבט הביקורת את הליכי החקיקה בכנסת, מקום בו לא התקיים דיון פרלמנטרי בסיסי, המאפשר לחברי הכנסת למלא את תפקידם ולגבש עמדה מהותית ומושכלת ביחס להצעת החוק, באופן המאיים להפוך את הכנסת ל"חותמת גומי" של הממשלה (עניין קוונטינסקי, בסעיפים 62-63 לפסק דינו של השופט סולברג). אף שלא נקבעו כללים ברורים באשר לאופיו של אותו דיון פרלמנטרי בסיסי, הרי שבהליך החקיקה שביסוד עתירה זו, הופרו כל הסטנדרטים שהותוו בפסיקה לאפיונו של הליך ראוי.

משך הדיון היה קצר באופן חריג ולא הלם את השינוי המשטרי הנרחב

326. יוזכר, כי ביום 24.4.2020 הוקמה הוועדה המיוחדת, לצורך תיקונם החפוז, תוך ימים ספורים, של חוק יסוד: הממשלה, חוק יסוד: הכנסת, חוק הממשלה וחוק מימון מפלגות. כבר ביום 26.4.2020 נערך דיון ההכנה לקריאה ראשונה של הצעת החוק, לאחר שניתן לחברי הכנסת זמן מועט ביותר להתכונן בפועל לדיון, וכמעט ולא ניתן זמן לציבור להגיב על הצעת החוק. על כן, הבהיר הייעוץ המשפטי לוועדה, כבר למחרת, ביום 25.4.2020 כי נוכח השינויים המשמעותיים המוצעים ביסודות המשטר ומבנה השלטון בישראל, הנהוגים מזה עשרות שנים, תידרש הוועדה לדון בהצדקות לשינויים המוצעים, באופן השתלבותם במבנה המשטרי הקיים ובהשלכות האפשריות שלהם (עמ' 1 במסמך ההכנה לדיון הוועדה המיוחדת ביום 26.4.2020 בעניין – הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – ממשלת חילופים) מיום 25.4.2020, נספח 4/ע' לעתירה זו). לא

בכדי הביע הייעוץ המשפטי לוועדה דאגה מכך שסד הזמנים הקצר שיועד לחקיקה אינו מספק בכדי לדון בצורה ממצה בכל אחד מההיבטים הרלוונטיים לתיקונים המוצעים ולהשלכותיהם.

327. ימים ספורים לאחר מכן, ביום 29.4.2020 (כאשר בתוך נמנו גם ימי הציון הלאומיים, יום הזיכרון ויום העצמאות), פרסם הייעוץ המשפטי לוועדה את מסמך ההכנה המעודכן לדיון בוועדה (נספח 7/ע לעתירה זו, להלן "המסמך המעודכן"), בהתאם לכוונת יו"ר הוועדה המיוחדת להביא לאישור הצעות החוק בקריאה ראשונה ולכנס את הוועדה לקראת קריאה שנייה ושלישית – **עוד באותו היום (!)**. במסמך המעודכן ציין הייעוץ המשפטי וציין אף בו כי הצעת החוק מציבה "קשיים המתעוררים בכל הנוגע להסדרים המוצעים... [וכן] בכל הנוגע להתאמת ההסדרים המוצעים לדוקטרינות המשטריות הקיימות והאופן שיש בהם כדי להשליך על ניהול הממשלה בצורה יעילה".

328. על סד הזמנים הנמהר והלחץ בו עמדו חברי הכנסת העיד חבר הוועדה המיוחדת, חבר הכנסת מיקי לוי:

"שמונה שנים אני בכנסת ומעולם, מעולם, לא ראיתי בריון חקיקתי כמו יו"ר הוועדה... זה כנראה נובע או מחוסר ניסיון או מהלהט הבלתי מוסבר לטפל בחוקי יסוד... משנים סדרי משטר בסיוע שינוי מהותי בחוקי יסוד שמחייבים דיון מעמיק. זה פשוט טירוף מערכות! אתמול [ערב יום הזיכרון] ישבנו... כ- 17 שעות וביקשנו כל פעם להפסיק... כדי לעשות שיחות זום עם משפחות שכולות, כדי לעלות לקבר של שני האחים שלי... כל זה נמנע"

329. נראה, אם כן, כי ענייננו בהליך חקיקה מהיר במיוחד, אשר לוח הזמנים לניהולו נקבע מראש, ללא תלות בדיון הפרלמנטרי של חברי הכנסת, ומשכו הפוטנציאלי, וללא תלות בדעתם של נציגי ציבור. הוועדה המיוחדת הציגה נחישות יוצאת דופן לכוון שינוי חוקתי נרחב בשיטת המשטר בישראל, ולמעשה לשנותה ללא היכר, תוך ימים ספורים בלבד, ומבלי שהתאפשר לחברי הכנסת לגבש דעתם על הצעת החוק כדין. התמונה העולה מהפרטים שלעיל ושהובאו בהרחבה בפרק העובדתי בעתירה זו היא של הליך חקיקה נמהר באופן חסר תקדים, שאינו עומד בשום מדד לאפיון הליך חקיקה ראוי, לא כל שכן הליך כינונה של "חוקה חדשה".

330. באשר להיקף השינויים בהם נוגעת הצעת החוק והשלכותיהם, הרי שהמדובר בתיקונים שעניינם שינויים קיצוניים בחוקי היסוד המשטריים ובעקרונות החוקתיים של מבנה השלטון במדינה, הנהוגים זה עשרות שנים. שינויים משטריים אלו, כפי שציין הייעוץ המשפטי לוועדה, כוללים קיצור משמעותי ורטוראקטיבי בתקופת כהונתה הייעודית של הכנסת, "נגיסה בסמכויותיו של ראש הממשלה, שעד עכשיו הייתה לו את הפררוגטיבה לנהל את הרשות המבצעת", יצירת "ממשלה דו-ראשית" עד למצב בו מתאפשר חוסר בהירות באשר לזהות ראש הממשלה (ראו בעמ' 7 למסמך המעודכן), יצירת שתי "קבוצות זיקה" של שרים – המהוות למעשה שתי ממשלות נפרדות, התרת מצב בו יכהנו שני שרים במשרד אחד (ראו בעמ' 9 למסמך המעודכן), הגבלת מנגנון הצבעת אי-האמון בממשלה, ועוד.

331. שינויים אלו כמוהם כיצירת משטר חדש לישראל, המורכב משתי ממשלות ומכנסת מוחלשת ומוגבלת. כמעט שלא ניתן להפריז בתיאור מורכבות השינוי האמור, והיקף השלכותיו על

שיטת המשטר בישראל, התנהלות הממשלה ויחסי הרשויות במדינה. שינויים אלו, הראויים לדיון ציבורי ופרלמנטרי מקיף וממושך, ושאינם יכולים להתקבל בצוק העיתים ונוכח משברים חולפים (חמורים ככל שיהיו), התקבלו בהליך רשלני במהירותו, מבלי שעמדו לפני חברי הכנסת די פרטים אודותיו. המדובר בחקיקה בלתי מידתית באופן בוטה, באורכה ובמידת הרצינות שהושקעו בה, ביחס למורכבות הצעת החוק והשלכותיה הנרחבות.

עקרון השתתפות חברי הכנסת בהליך החקיקה נפגע קשות

332. יתר על כן, נראה כי מחברי הכנסת נשללה, הלכה למעשה, יכולתם להשפיע על הליך החקיקה. כך, מעבר לסד הזמנים הדוחק בו הוצבו חברי הכנסת (במהלכו נדרשו לבחור בין ציון יום הזיכרון ויום העצמאות להעמקה, שאפשרותה מוגבלת ממילא, בהצעת החוק), במסמך המעודכן צוין כי אף שבדיון ביום 25.4.2020 הוצפו קשיים חוקתיים ניכרים הנוגעים במספר סוגיות העומדות בלב-ליבה של הצעת החוק (ובהם ביטול המגבלה על מספר השרים וסגניהם, קביעת הסדר ממשלת הרוטציה וחלוקת השרים לשתי "קבוצות זיקה" ועוד), סוגיות אלו לא עברו כל תיקון לקראת הקריאה הראשונה. זאת, למרות חוות דעתו הביקורתית של היעוץ המשפטי לוועדה, למרות מחאתם של חברי הכנסת, ולמרות חוות הדעת הביקורתית שהגיש המכון הישראלי לדמוקרטיה (נספח ע/5 לעתירה זו). זאת, באופן המדגים כי לחברי הכנסת לא היה כוח ממשי להשפיע על נוסח החוק, השלכות החקיקה המוצעת לא קיבלו די התייחסות בדיוני הוועדה.

333. ממילא, נראה כי דרכם של חברי הכנסת להשפיע על החוק קשתה, משהוגש לידיהם אוסף מאוחד של הצעות חקיקה שונות, שעניינן היבטים שונים ומשונים בשיטת המשטר בישראל, שאוגדו מ-2 חוקי יסוד ו-2 חוקים "רגילים". אלו אוגדו לכדי "חבילת חקיקה" מורכבת, הדורשת ניתוח משפטי מפורט ומעמיק בכדי להבינה ולהעמיק בסוגיות השונות המוצפות בה.

334. מיותר לציין כי לאורך הליך החקיקה לא נבחנו אמצעים חלופיים לחקיקה המוצעת, שבכוחם לפגוע פחות במשטר החוקתי הקיים בישראל ובערכי הדמוקרטיה, והשלכותיה לא נבחנו די הצורך. ככל שאמצעים חלופיים שכאלו נידונו אי-פעם, הרי שהדבר נעשה במחשכי חדרי הדיונים במגעים הקואליציוניים שבין הליכוד לבין כחול-לבן, ותעותרת, ככל העם בישראל, לא נתשפה אליהם. זאת ועוד: ממילא, הגורמים שאמורים להיחשף לאמצעים חלופיים, לבקר לשקול, להציע ולהעריך אותם הם חברי-הכנסת היושבים בוועדה המיוחדת, ואשר אף מהם לא הוצג כל מתווה אחר לדיון.

335. סיכומו של דבר, הליך החקיקה שקדם לחקיקה מושא עתירה זו היה הליך נמהר ובלתי מידתי ביחס להשלכותיו, שלא קיבלו התייחסות מספקת בפרק הזמן הקצר שניתן לחברי הכנסת לדון בו. כך, לא התאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מושכלת לגבי הצעת החוק, והם נאלצו לקבלה באופן אוטומטי כ"מצוות אנשים מלומדה". בכך, נפגעה אנושות זכותם וחובתם של חברי הכנסת להשתתף בהליך החקיקה ולייצג כראוי את בוחריהם. בכך, התפרקה הכנסת מליבת תפקידה כמייצגת רצון העם ונעשתה ל"חותמת גומי" בלבד של יוזמי הצעת החוק, ועשתה בכך למרמס את תפקידה כרשות המכוננת ושמה ללעג את הערכים הדמוקרטיים והיהודיים של דיון כנה ואמיתי, שמטרתו טובת הכלל.

1.3.1. הליכי החקיקה בשינויי משטר קודמים

336. על האופי החריג והקיצוני של הליך החקיקה החפוז שבענייננו ניתן ללמוד על השוואה פשוטה להליך שקדם לשינויי משטר חוקתיים קודמים שעברה ישראל בעבר, עת הונהגה בישראל בחירה ישירה לראשות הממשלה, ועת בוטלה הבחירה הישירה. עיון קצר בפרטי החקיקה דאז מלמד כי על אף שהיה מדובר בשינויי משטר נרחבים פחות מאשר אלו העומדים במוקד עתירה זו, קדמו לחקיקתם שנים של דיונים ציבוריים ופרלמנטריים.

337. כך, לשם השוואה, ניתן לבחון את ההליכים שקדמו לתיקונו של חוק יסוד: הממשלה בשנת 1992, שבמוקדו המעבר לשיטת בחירה ישירה לראשות הממשלה. שיטת הבחירה הישירה של ראש הממשלה אומצה בישראל בשנת 1992, הופעלה לראשונה בבחירות 1996 ובוטלה מייד לאחר הבחירות לראשות הממשלה בשנת 2001. שיטה זו מבוססת על משטר פרלמנטרי, שבו הציבור בוחר בו בזמן – אך בנפרד – פרלמנט וראש ממשלה.

338. השינוי המשטרי האמור עבר לאחר תהליך ארוך של דיונים ושיתוף הציבור. כך, חוק היסוד שעניגן את הבחירות ישירות כונן לאחר שנים ארוכות בהן ארגוני חברה אזרחית, אקדמאים ונבחר ציבור פעלו לשינוי שיטת המשטר, וועדות ציבוריות הוקמו לשם כך (בין היתר, ניתן למנות את הוועדה בראשותו של השר גד יעקבי, אשר פעלה במשך שנתיים תמימות בניסיון לגבש מתווה ראוי לשינוי שיטת המשטר). גם לאחר שגובשו מתווים שונים לתוק יסוד: הממשלה החדש, תיקונו של חוק היסוד עבר בקריאה טרומית למעלה מחודשיים קודם להצבעה עליו בקריאה ראשונה. לאחר דיונים ארוכים בנושא, בין פוליטיקאים ובמעורבות הציבור, הובאה הצעת חוק היסוד לקריאה שניה ושלישית רק כשנה וחצי לאחר מכן.

339. כך למשל, כבר ביום 20.12.1988, הונחה לפתחה של הכנסת הצעת חוק יסוד: הממשלה (פ/87/12), אשר לפי סעיף 7 להצעת חוק זו, ישונה החוק לכך שייערכו במקביל לכנסת, בחירות ישירות לראשות הממשלה.

340. עוד קודם להעברת היוזמה לבחירה ישירה לערוץ הפרלמנטרי, פרסמה קבוצת הוגים בראשות פרופ' אוריאל רייכמן טיוטת חוקה, שנכללו בה עיקרי התיקון המשטרי שהוסדר בחוק הבחירה הישירה. פרופ' רייכמן גם יזם את הקמת הוועד הציבורי למען חוקה לישראל, שעמד מאחורי הצעת החוק לשינוי שיטת הבחירות בכנסת ה-11 וההצעה בדבר בחירה ישירה של ראש הממשלה במהלך כהונת הכנסת ה-12 (ראו ספרו של גיא בכור חוקה לישראל – סיפורו של מאבק (1996)).

341. נציין כבר בשלב הזה, שההליך עד להעברת החוק ארך יותר משלוש שנים, לאחר עשרות רבות של דיונים, הן במליאת הכנסת והן בוועדת החוקה, חוק ומשפט, אשר היא הוועדה המקצועית שקמה לצורך דיונים בחוקי היסוד.

העתק של הצעת חוק יסוד: הממשלה (פ/87/12) שהוגשה על שולחן הכנסת ביום 20.12.1988, מצורף ומסומן כנספח ע/15.

342. ביום 26.3.1990, הדיון עבר לוועדה הראויה לדון בתיקון חוק יסוד בכונן ראש הראוי לו – וועדת החוקה, חוק ומשפט.

העתק עמודים רלוונטיים מתוך פרוטוקול מס' 126 של וועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 26.3.1990, מצורף ומסומן כנספח ע/16.

343. לאחר דיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט, ביום 28.3.1990, תיקון חוק היסוד הנוגע לשינוי שיטת הבחירה בישראל הוגש לשולחן הכנסת לקריאה ראשונה. סעיפים 6 ו-7 להצעת חוק זו, נוגעים לכינון בחירות ישירות לראשות הממשלה.

העתק של פרוטוקול הישיבה ה-170 של הכנסת השתים עשרה מיום 28.3.1990, מצורף ומסומן כנספח ע/17.

העתק של עמודים רלוונטיים מהצעת חוק 1985, הנוגעים לתיקון חוק יסוד: הממשלה, מיום 28.3.1990 מצורף ומסומן כנספח ע/18.

344. רק לאחר שלושה דיונים ארוכים במליאה שהשתרעו על-פני שבועיים שלמים, מיום 15.5.1990, בואכה יום 22.5.1990 ועד יום 28.5.1990, עבר תיקון חוק היסוד: הממשלה בקריאה ראשונה, המשנה את שיטת הבחירות לבחירה ישירה לראשות ממשלה במקביל לבחירות לכנסת.

העתק של פרוטוקול הישיבה ה-181 של הכנסת השתים עשרה מיום 28.5.1990, מצורף ומסומן כנספח ע/19.

345. רק לאחר 35 דיונים בוועדת החוקה חוק ומשפט אשר השתרעו במשך שנה וחצי מיום 26.6.1990 עד ליום 21.10.1991, הונחה על שולחן הכנסת הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית לתיקון חוק יסוד: הממשלה.² כך, הובטח לתיקון חוק היסוד את היראה הראויה לו, ולא הליך מתיר שכלל לא נידון בוועדה שהוקמה לצורך גיבוש חוקי היסוד.

346. לאחר מכן, הדיון חזר בהכנה לקריאה שניה ושלישית לוועדת החוקה, חוק ומשפט לשלושה דיונים נוספים שהשתרעו מיום 3.12.1991 עד ליום 30.12.1991.

347. בשלב הבא, הדיון חזר למליאת הכנסת לקראת קריאה שניה-שלישית, אשר דנה בו משך ארבעה דיונים מיום 2.1.1992 עד ליום 13.1.1992. בסוף הדיון במליאה ביום 13.1.1992 הוחלט להחזיר את הדיון לוועדת החוקה, חוק ומשפט.

העתק של עמודים רלוונטיים לפרוטוקול הישיבה ה-317 של הכנסת השתים עשרה מיום 13.1.1992 מסומן ומצורף כנספח ע/20.

² ראו את הליך תיקון החוק ב:

<https://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=LawReshumot&lawitemid=152147>

348. רק לאחר 9 דיונים נוספים בוועדת החוקה, חוק ומשפט, שהשתרעו במשך חודשיים, מיום 15.1.1992 עד ליום 18.3.1992, הדיון בהצעת החוק הגיע לכדי מליאת הכנסת לצורך קריאה שניה ושלישית לתיקון חוק היסוד.

349. וכך, רק ביום 18.3.1992, לאחר יותר משלוש שנים מרגע הצעת החוק, ולאחר עשרות דיונים במליאת הכנסת ובוועדת החוקה, חוק ומשפט, עברה הצעת החוק המשנה את שיטת הבחירות, לבחירה ישירה לראשות הממשלה במקביל לבחירות לכנסת. כך אמר על הצעת חוק היסוד חבר הכנסת אוריאל לין, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט דאז:

"חברי הבית. כולנו יודעים באיזה חוק אנו עוסקים עתה, וכולנו יודעים מהי הפרובלמטיקה שליוותה ומלווה את החוק הזה עד היום. מאות מאמרים נכתבו בעיתונות, הפולמוס הציבורי בקשר לחוק זה היה כפי שלא היה בקשר לשום דבר חקיקה שכנסת ישראל העבירה עד היום... חוק זה נותח ונבחן במליאת הבית על כל צדדיו ועל כל היבטיו. לא היה סעיף שהמליאה לא ניתחה ולא בחנה אותו מכל כיוון אפשרי... כנסת ישראל הקדישה לילות כימים, ולא רק כמאמר בפתגם, אלא באמת הקדישה לילות כימים כדי לדון בחוק זה... החוק הזה הוכן בעמל רב, בשקידה, בהשקעת עבודה אדירה של קבוצת חברי כנסת" (מתוך דבריו בישיבה ה-399 של הכנסת ה-12 מיום 18.3.1992).

העתק עמודים רלוונטיים מפרוטוקול הישיבה ה-399 של הכנסת השתים עשרה מיום 18.3.1992, מצורף ומסומן כנספח ע/21.

350. בדומה, גם לביטולו של התיקון המשטרי של חוק הבחירה – קדמו חודשים ושנים, בהם עמלו ארגוני חברה אזרחית לקדם את עמדתם בנושא, נפגשו עם חברי כנסת ושרים, קמפיינים ציבוריים קודמו (וזכורה היטב הסיסמה "בחירה ישירה זה רע" שעיטרה מכונניות רבות בישראל בראשית המילניום) (וראו בהרחבה, אריק כרמון "ביטול הבחירה הישירה - מאחורי הקלעים" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (19.12.2010)). שלושה ראשי ממשלה בישראל נבחרו בבחירה ישירה: בנימין נתניהו בשנת 1996, אהוד ברק בשנת 1999 ואריאל שרון בשנת 2001, קודם לביטולה. יודגש כי אף ביטולה של שיטת הבחירה הישירה, אשר היווה בעיקרו חזרה לשיטת משטר מוכרת וידועה, הוקדם על ידי שנים של דיונים מעמיקים בכנסת. כך, הצעת החוק לביטול הבחירה הישירה הונחה לראשונה על שולחן הכנסת כבר בשנת 1997, ונדונה באופן אינטנסיבי בוועדת החוקה, חוק ומשפט עד חודש מרץ 2001 – בחלוף 4 שנים – עד לאישורה. על התהליך הראוי לשינוי משטרי שכזה עמד יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט דאז, תה"כ חנן פורת:

"...מכיוון שאנחנו עוסקים כאן בחוק מאוד מאוד כבד וטעון, אז לא נוכל למצות את הדיון כאן במסגרת ישיבה אחת ונצטרך לשמוע גם עמדות שונות, ונצטרך לאפשר לנציגי ציבור, ולא רק מתוך הכנסת, להביע את עמדתם, כאשר חלקם מצויים עמנו כאן היום. נזדקק גם לשמוע בחוק הזה את עמדת הציבור... אני מתכוון מצד אחד לקיים דיון רציני על הסוגייה, לא להשהות אותה, אבל מצד שני לא לעשות את הדברים בצורה חפוזה. זה הקו שינחה אותנו במסגרת הוועדה" (דבריו מישיבת הוועדה ביום 29.6.1998).

העתק עמודים רלוונטיים של פרוטוקול מס' 211 של ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-14, מיום 29.6.1998, מצורף ומסומן כנספח ע/22.

351. ברי, לפיכך כי אף שנעשו בעבר שינויים משמעותיים בשיטת המשטר בישראל, היו אלו שינויים תחומים יותר מהשינוי העומד במוקד עתירה זו. גם לשינויים התחומים שנעשו בשיטת המשטר בישראל בעבר, קדמו שנים ארוכות של דיונים בכנסת, באקדמיה ובציבור הרחב, והם נעשו לאחר דין-ודברים מעמיק.

352. השוואת הליך החקיקה דנן להליכי החקיקה שקדמו לשינויי משטר קודמים, מעמידה את הכנסת ה-23 באור אפל; כמחוקק אשר שם עצמו למרמס תחת הממשלה ויוזמי הצעת החוק, ואשר אינו מכבד את עצמו, את חוקיו ואת הציבור שבחרו. אשר איננו פועל בנאמנות לתפקידו, ובנאמנות לשולחיו – העם.

353. הליך החקיקה שקדם לתיקון חוקי היסוד הנוכחי נעשה באופן נמהר ורשלני, מבלי לאפשר לחברי הכנסת (לא כל שכן לציבור) להשתתף ולו בדיון פרלמנטרי בסיסי, ומבלי להתיר לאיש לגבש דעה מושכלת על-אודות הצעת החוק. משכך, עומדת לבית המשפט הנכבד לא רק הסמכות אלא החובה – להשיב לכנסת את כבודה הנרמס תחת מכבש הממשלה – להתערב בהליך החקיקה הפסול, ולהורות על בטלותו.

ז. לסיכום

354. הנה כי כן, הונחה עתירה בעלת חשיבות עליונה לפני בית משפט נכבד זה.

355. כפי שפורט בהרחבה לעיל, מהתיקון לחוק היסוד עולה שמדובר בשינוי "המבנה הבסיסי" המשטרי; שאף עולה כדי "החלפה חוקתית" של שיטת הממשל של הדמוקרטיה הפרלמנטרית הקיים בישראל. אין ספק שמדובר בתיקון לחוק יסוד המשנה באופן בסיסי ויסודי את מעמדו של ראש הממשלה כפונקציה מוסדית – כלומר, כמי שעומד בראשות הממשלה והרשות המבצעת.

356. התיקון לחוק היסוד מעקר את מקור סמכותו של ראש הממשלה ומפשיטו מן ה"כוח החוקתי" המאפשר לו את ביצוע תפקידו. הוא יורד לשורש מעמדו של ראש הממשלה כ"ראשון בין שווים"; ופוגם באפשרות המעשית לקיים ממשלה. וחשוב להדגיש: כוח חוקתי זה יורד לשורש המבנה המשטרי בישראל, ועומד ביסוד מארג ההסדרים החוקתיים המקימים אותו.

357. התיקון לחוק היסוד בעצם מציג לפנינו משטר משטרי וחוקתי חדש: כנסת אחת. רשות שופטת אחת. ממשלות – שתיים. ובראש כל אחת מהן – ראש ממשלה אחר: האחד מכונה "ראש הממשלה", והשני מכונה "ראש הממשלה החלופי". כל אחד מהם מחזיק ב"כוח החוקתי" ביחס לממשלתו-שלו, והוא אפוא מוסמך לבצע תילופי-גברי בממשלתו שלו, כראות עיניו. כל שר וכל סגן-שר ממונה בידי "ראש ממשלתו-שלו" באמצעות כך שהוא "מסומן" כ"בעל זיקה" כשייד לאחת מן הממשלות – והוא באופן מעשי אחראי כלפי ראש ממשלתו שלו.

358. תיקון חוקתי זה הוא – בלתי חוקתי. שהרי אין ספק שהמדובר בשינוי המבנה הבסיסי של המשטר החוקתי; של יצירה בפועל של חוקה "חדשה" המחליפה את השיטה המבוססת של הדמוקרטיה הפרלמנטרית הקיימת בישראל, ומקימה מבנה משטרי חדש. עובדה זו מספיקה כדי לקבוע שדין התיקון לחוק היסוד – בטלות.

359. בצד זאת, יש מקום להורות על ביטול התיקון לחוק היסוד גם בשל "השימוש לרעה" שנעשה בו בידי בנימין נתניהו המבקש ליצור משטר חוקתי חדש להגנה מפני אישומים פליליים; ובנימין גנץ המבקש לערוך תיקון חוקתי-משטרי זה מטעמים פוליטיים קצרי-מועד הנובעים מחוסר-אמון בבנימין נתניהו.

360. לבסוף, יש מקום להורות על ביטול התיקון לחוק היסוד גם בשל הפגמים הפרוצדורליים החמורים שליוו את הליך הבזק לחקיקתו, תוך רמיסת מעמד הכנסת בידי הממשלה; ופגיעה חמורה בעקרון הפרדת הרשויות.

361. ברי אפוא שהתערבות הרשות השופטת נחוצה להשיב על מכונס עיקרי יסוד של השיטה המשטרית בישראל, שיסודם בדמוקרטיה הפרלמנטרית; את כיבוד הפרדת הרשויות והשבת כבוד הכנסת – הן כרשות מכוננת והן כרשות מחוקקת; ואת יציבות הרשות המבצעת, והבטחת יכולתה לקיים את עצמה, ולקדם את מדיניותה, שעל בסיסם ניתן לה מלכתחילה אמון הכנסת.

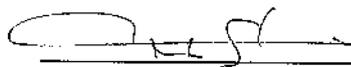
362. אשר על כן, העותרת מתכבדת לבקש מבית משפט נכבד זה ליתן את הצווים כמבוקש ברישא לעתירה זו, ולעשותם למוחלטים.

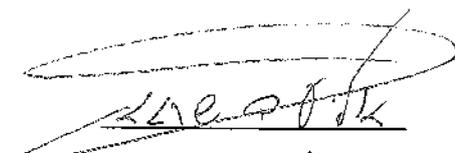
363. העותרת תבקש לקיים דיון דחוף בעתירה נוכח הצורך לברר במהרה את הסוגיות החוקתיות והמשטריות הניצבות ביסוד עתירה זו.

364. עתירה זו נתמכת בתצהירו של ד"ר שחף גל, מנכ"ל העותרת.

365. מן הדין ומן הצדק להיעתר למבוקש בעתירה זו.


א/אריאל ברזולי, עו"ד


תומר נאור, עו"ד


ד"ר אליעד שרגא, עו"ד


אביתר אילון, עו"ד


א' שקד בן עמי, עו"ד

ב"כ העותרת

התנועה למען איכות השלטון בישראל, ע"ר 580178697

העותרת

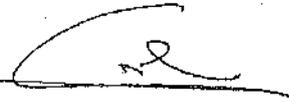
- נגד -

1. כנסת ישראל
2. ממלאת מקום היועץ המשפטי לכנסת
3. היועץ המשפטי לממשלה
4. סיעת כחול לבן
5. סיעת הליכוד

המשיבים

תצהיר מטעם העותרת

אני הח"מ די"ר שחף גל, מס זהות 053438974, מנכ"ל העותרת מתכבד להגיש תצהירי זה בתמיכה בעובדות המפורטות בעתירה שבכותרת. הריני מצהיר בזאת כי העובדות המפורטות בעתירה זן נכונות לפי מיטב ידיעתי ואמונתי.



חתימת המצהיר

אישור

אני עו"ד שקד בן עמי, מ.ר. 79308, מאשרת בזאת כי ביום 7.5.2020 הופיע לפניי די"ר שחף גל בנושא ת"ז שמספרה 053438974, שזוהה על ידי והמוכר לי אישית. החופעה לפניי בוצעה באמצעות היועדות חזותית, ולאחר שהזרתיו כי עליו להצהיר אמת, וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות הצהרתו וחתם עליה בפניי.

שקד בן עמי

עורכת דין

מ.ר. 79308