

בבית-המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8948/22
בג"ץ 8949/22
בג"ץ 8982/22
קבוע לדין: 5.1.2023

אילן שינפלד ו-16 נוספים

באמצעות ב"כ עוה"ד דפנה הולץ-לכנר
מגדל המוזיאון, רח' ברקוביץ 4, תל אביב-יפו
טל: 077-2040881 : פקס: 077-2040882

העותרים בבג"ץ 8948/22

התנועה למען איכות השלטון בישראל

באמצעות עוה"ד אליעד שרגא ו/או תומר נאור ו/או
אריאל ברזילי ו/או הידי נגב ו/או אחרים
רח' יפו 208, ירושלים
טלפון: 02-5000073, פקס: 02-5000076

העותרת בבג"ץ 8949/22

התנועה לטוהר המידות

באמצעות עוה"ד בעז ארד ו/או אביה אלף
מרח' רמב"ן 32, ירושלים 92268
טלפון: 02-5662211 ; פקס: 02-5666222

העותרת בבג"ץ 8982/22

- נ ג ד -

1. הכנסת

2. היועצת המשפטית לכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת
קרית בן גוריון, ירושלים
טל: 02-6408636 ; פקס: 02-6408650

3. היועצת המשפטית לממשלה

באמצעות פרקליטות המדינה, מחלקת הבג"צים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טלפון: 02-6466194 ; פקס: 02-6467011

4. סיעת ש"ס

5. סיעת הליכוד

6. חה"כ בנימין נתניהו – יו"ר הליכוד

7. חה"כ אריה דרעי – יו"ר מפלגת ש"ס

8. סיעת הציונות הדתית

9. סיעת עוצמה יהודית

10. סיעת יהדות התורה

משכן הכנסת

קרית בן גוריון, ירושלים

טלפון: 026408997, פקס: 02-6408328

המשיבים בבג"ץ 8948/22

1. הכנסת

2. חה"כ אריה דרעי – יו"ר מפלגת ש"ס

3. היועצת המשפטית לממשלה

4. חה"כ בנימין נתניהו – יו"ר הליכוד

המשיבים בבג"ץ 8949/22

1. חה"כ בנימין נתניהו

2. היועצת המשפטית לממשלה

3. חה"כ אריה דרעי

4. מפלגת ש"ס – התאחדות ספרדים העולמים שומרי

תורה

המשיבים בבג"ץ 8982/22

1. פרופ' איל בנבישתי

2. פרופ' גילה שטופלר

3. פרופ' פרנסס רדאי

4. פרופ' דוד קרצמר

באמצעות עוה"ד גלעד ברנע ו/או עידן סגר
רח' קומפרט 11/21, תל אביב יפו, 6684927
טלפון: 03-6135135 ; פקס: 03-6135135

המבקשים להצטרף כידידי בית המשפט

כתב תשובה מטעם הכנסת

בהתאם להחלטות כב' השופט עמית מיום 27.12.2022, מתכבדות המשיבות 1 ו-2 בבג"ץ 8948/22 והמשיבה 1 בבג"ץ 8949/22 (להלן: **הכנסת**) להגיש כתב תשובה מטעמן, כדלקמן:

1. עניינן של העתירות בחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11), שהתקבל בכנסת ביום 27.12.2022 ופורסם ברשומות בו ביום. במסגרת התיקון האמור נערך בין היתר תיקון בסעיף 6 לחוק היסוד הקובע את תנאי כשירותם של השרים (סעיף 2 לתיקון לחוק יסוד; להלן: **התיקון לחוק היסוד**).

במצב החוקי עובר לתיקון חוק היסוד נקבע כי לא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר, וביום מינויו טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל או מיום מתן פסק הדין, לפי המאוחר. זאת, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות העניין, משום קלון. תיקון חוק היסוד שינה את תנאי הכשירות כך שהגבלת הכשירות האמורה למינוי אדם לשר בשל הרשעתו בעבירה תתקיים רק אם אותו אדם נידון לעונש מאסר **בפועל**.

העתק חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11), מצורף ומסומן **מש/1**.

2. בעתירה בבג"ץ 8948/22 **שיינפלד נ' הכנסת** התבקש בית המשפט הנכבד להורות כי סעיף 2 לתיקון חוק היסוד "לא יחול באופן פרסונלי ורטרוספקטיבי", וזאת בהתבסס על הטענה שהחלתו המיידית למען שיפור מצבו המשפטי של אדם אחד, חה"כ אריה דרעי, מגלמת שימוש לרעה בסמכות המכוננת. זאת מאחר שחה"כ דרעי הורשע בעבירות מס שיוחסו לו על פי הודאתו בהסדר טיעון, ועל יסוד ההסכמות בהסדר, גזר עליו בית משפט השלום, בין היתר, עונש מאסר על תנאי לתקופה של 12 חודשים (ת"פ 56231-12-21, מיום 1.2.2022).

בנוסף התבקש ביטולו של סעיף 8 לתיקון לחוק היסוד, סעיף התחילה, שקבע כי "תחילתו של חוק-יסוד זה ביום קבלתו בכנסת". זאת, נוכח פגמים נטענים בהליך החקיקה לגביו, וכן בשל כך שהוא מורה על תחילת החוק בטרם פרסומו ברשומות (סעיף ב). עוד התבקש בית המשפט הנכבד להורות על בטלותו של התיקון לחוק היסוד או על השבת הדיון בתיקון לחוק היסוד לכנסת "בהתאם לדוקטרינת הבטלות היחסית" לשם קיום הליך חקיקה תקין וראוי. זאת, לפי הטענה, בשל הליך החקיקה החפוז של התיקון לחוק היסוד בכללותו, אשר לא אפשר לחברי הכנסת למצות את הדיון בהצעת תיקון חוק היסוד (סעיף ג).

3. בעתירה בבג"ץ 8949/22 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, התבקש מטענות דומות (אשר נעמוד עליהן בפירוט בהמשך) צו על תנאי שיורה על ביטול התיקון לחוק היסוד כולו (אשר כולל גם את התיקון לגבי שר נוסף במשרד).

4. בנוסף יצוין, כי במסגרת העתירה בבג"ץ 8948/22 והעתירה המתוקנת בבג"ץ 8949/22 (וכן במסגרת העתירה בבג"ץ 8982/22 אשר הדיון בה אוחד עם העתירות דנן והכנסת אינה משיבה לה) התבקשו סעדים שונים אשר אינם מצויים לפתחה של הכנסת הנוגעים ככלל לאופן הפעלת שיקול הדעת בהחלטת ראש הממשלה למנות את חה"כ דרעי לשר.

5. ביום 27.12.2022 ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד בבג"ץ 8948/22 ובמסגרתה הוצא צו על תנאי "בהתאם לסעדים א-ו בכתב העתירה". עוד באותו היום ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד בבג"ץ 8949/22 ובמסגרתה ניתן גם כן צו על תנאי "בהתאם לסעד המבוקש בסעיף ב.1. לכתב העתירה". ומכאן כתב תשובה זה.

6. **בתמצית, לעמדת הכנסת דין העתירות להידחות.**

7. **ראשית**, תטען הכנסת בפתח הדברים, כי עמדתה המסורתית, כפי שהובאה בפני בית המשפט הנכבד במספר הליכים, היא כי אין לבית המשפט הנכבד מקור סמכות במשפט החוקתי להפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, וזאת גם במסגרת דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת". זאת משום שהעקרונות על בסיסם מתבקשת הפעלת הביקורת השיפוטית, לא נקבעו על-ידי הרשות המכוננת ואף לא עוגנה סמכותו של בית המשפט הנכבד לבטל חוקי יסוד מכוחם.

הכנסת ערה לכך שעמדתה זו לא התקבלה בפסיקת בית המשפט הנכבד, אשר בדעת רוב אימץ את דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" כמסגרת כללית להפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד, על בסיס זיהויה של נורמה כנורמה בעלת מאפיינים חוקתיים (וראו: בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (23.5.2021) (להלן: **עניין שפיר**)). מכל מקום, בית המשפט הנכבד יישם עד כה את הדוקטרינה האמורה בשני מקרים בלבד, במקרים שבהם תיקון חקיקת היסוד נעשתה בדרך של הוראת שעה אשר נועדה "לעקוף" את הסדר הקבע המעוגן בחוקי היסוד.

לעמדת הכנסת, הרחבת יישומה של דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת", כמבוקש בעתירות שלפנינו, ביחס לחקיקת קבע, תחייב את בית המשפט הנכבד לדיון מורכב הרבה יותר משאלת זיהויה של הנורמה, המערב הלכה למעשה שאלות הנוגעות לתוכנה של החקיקה ומניעי המכונן באופן שיוביל להרחבה משמעותית של שיקול הדעת השיפוטי, תוך חריגה מהתשתית

העיונית שבבסיס הדוקטרינה. כך, במסגרת העתירות דנן, העותרים מבקשים כי בית המשפט הנכבד יתערב בחקיקת יסוד על בסיס טענות בדבר המניעים, הכוונות ותום לבו של המכונן, וכן על בסיס טענות כנגד תוכנו הערכי של תיקון חוק היסוד – **והכל בחסות דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת"**.

8. **שנית**, הכנסת תטען, כי גם בחינת הטענות לגופן מעלה כי הכנסת לא עשתה "שימוש לרעה" בסמכותה המכוננת, בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסיקה.

העותרים מבקשים להתבסס על דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" בהתאם למבחן הדו-שלבי שהותווה בפסק הדין בעניין **שפיר** ובהמשך יושם גם בבג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל** (12.7.2021) (להלן: **עניין ממשלת החילופים**). בהתאם לפסקי דין אלה, השלב הראשון במסגרת המבחן הדו-שלבי הוא "שלב הזיהוי", בו נבחן אם תיקון חוק היסוד נושא את מאפייני ההיכר של נורמות חוקתיות. רק ככל שהחוק היסוד אינו נושא מאפיינים אלו, בשלב השני – עובר הנטל אל כתפי המשיבים להצביע על "צידוק" לקביעת ההסדר במסגרת חוקי היסוד דווקא.

עמדת הכנסת היא כי תיקון חוק היסוד צולח את "שלב הזיהוי" בהתאם לשלושת מבחני המשנה שהותוו בעניין שפיר: הכלליות, היציבות והשתלבותו במארג החוקתי. לפיכך, אין צורך לבחון את "הצידוק" לקביעת ההסדר במסגרת חוק יסוד.

תיקון חוק היסוד הוא **תיקון קבוע ובעל המשכיות**, אשר יחול באופן כללי על כל מינוי של שר בעתיד, ולא רק על שרים המתמנים לממשלה ה-37. כמו כן, חוק היסוד מבקש לתקן את אחד מתנאי הכשירות המצויים בסעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה, ומשכך **עוסק במטאריה הנוגעת באופן מובהק לחקיקת יסוד**, ולמעשה לא ניתן היה לעגנו בדרך אחרת.

9. טענות העותרים התמקדו בעיקרן בעמידת תיקון חוק היסוד במבחן הכלליות. הגם שאין חולק, כעולה מנסיבות חקיקתו של תיקון חוק היסוד כי עניינו של חה"כ דרעי עמד ברקע התיקון, ועל אף הקשיים בחקיקה משטרית העוסקת בתנאי כשירות שלא מאחורי "מסך בערות", כפי שיפורט להלן, עמדת הכנסת היא כי **אין בכך כדי להוביל למסקנה שהתיקון אינו עומד במבחן הכלליות לפי דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת"**. חוק כללי, החל מכאן ואילך, על מספר בלתי מסוים של מקרים הוא חוק העומד במבחן הכלליות ואין בכך שמקרה פרטי עמד ברקע החקיקה כדי להשפיע על מסקנה זו. זאת, גם אם תחולתו של ההסדר מיידי. וממילא, טענות העותרים בהקשר זה מתמקדות בעיקרן **במניעי המכונן וטיב שיקוליו**, אשר בהתאם להלכה הפסוקה אין מקום לבחינתם.

כמו כן, בניגוד לנטען, תיקון חוק היסוד בעל תחולה **"אקטיבית"** ואין בכך כדי ללמד על חריגה ממבחני הזיהוי ועל "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת.

נוכח האמור, לא הונחה עילה להתערבות שיפוטית בתיקון חוק היסוד.

10. **שלישית**, אשר לטענות במישור הפרוצדוראלי, לא נפל כל פגם היורד לשורש הליך החקיקה. הליך החקיקה התקיים בהתאם להוראות תקנון הכנסת ונמשך קרוב לשבועיים, במהלכו

הוועדה המיוחדת הקדישה להצעת החוק דיונים ארוכים, בהם ניתנה לחברי הכנסת הזדמנות לגבש דעתם ביחס לתיקון המוצע ו"עיקרון ההשתתפות" מומש. **אשר על כן, גם במישור זה, אין עילה להתערבות שיפוטית בתיקון חוק היסוד.**

11. נפתח אם כן בתיאור הליך החקיקה של התיקון לחוק היסוד. לאחר מכן נפרט בקצרה את עמדתה המסורתית של הכנסת בדבר מקור הסמכות של בית המשפט הנכבד לבקר את תוצרי הפעולה של הרשות המכוננת, ובהמשך נבחן את טענות העותרים באשר לכך שהתיקון נושא העתירות מגלם "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת, ולבסוף נעמוד על תקינות הליכי החקיקה.

רקע עובדתי

הליכי החקיקה של התיקון

12. התיקון לחוק היסוד הוא פרי הצעת חוק פרטית שיזם חה"כ משה ארבל. הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – כשירותם של שרים) (פ/91/25), הונחה של שולחן הכנסת ביום 12.12.2022. לפי ההצעה יתוקן סעיף 6(ג1) לחוק יסוד: הממשלה כך שלא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר **בפועל**, וביום מינויו טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל.

13. בדברי ההסבר להצעת החוק צוין כי "לעמדת חבר הכנסת המציע, תנאי הכשירות שבסעיף 6(ג1) לחוק היסוד, שנוקט בלשון "לעונש מאסר", עניינו בריצוי מאסר בפועל ולא במאסר על תנאי". בדברי ההסבר פורטו הטעמים השונים בבסיס עמדה זו, ובהמשך לכך צוין כי חרף האמור לא נקבעו עד כה מסמרות בדבר פרשנות הסעיף וכי כתוצאה מכך קיים חוסר בהירות שפוגע בצפיות הנדרשת מהוראה בתחומים אלה ובזכותו של מועמד לכהונת שר לדעת מהו הסטטוס המשפטי הנוגע לו.

בנוסף צוין כי ההסדרים המקבילים בעניין הכשירות לכהן כחבר כנסת ובעניין הכשירות לכהן כחבר מועצת רשות מקומית קובעים הגבלה על הכשירות רק במקרה שהמועמד נידון לעונש **מאסר בפועל** לתקופה העולה על שלושה חודשים וטרם חלפו 7 שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל. בהתאם לכך, צוין בדברי ההסבר כי התיקון המבוקש "ייצור ודאות ובהירות חוקית ויביא להרמוניה חקיקתית נדרשת ורצויה לאור הוראות חוקים אלו" ויבטיח באופן מיטבי את הזכות להתמנות לשר אשר מינויו נעשה באישור הכנסת.

העתק הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – כשירותם של שרים) (פ/91/25), מצורף ומסומן **מש/2**.

14. בהתאם להוראות סעיף 76(ד) לתקנון הכנסת, בדיון מיום 13.12.2022 החליטה הוועדה המסדרת (המכהנת עד להקמתה של ועדת הכנסת, כאמור בסעיף 2א לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994) על קיצור תקופת ההנחה של הצעת החוק, קרי: התקופה שבה הצעת חוק פרטית צריכה להמתין מהרגע שהונחה על שולחן הכנסת ועד שניתן להעלות אותה לדיון המוקדם (לקריאה הטרומית). חה"כ ארבל ציין כי "ישנו צורך בבהירות חוקתית ברורה לחברי הכנסת כולם, הן מהקואליציה והן מהאופוזיציה, בבואם להצביע בעד הקמת ממשלה לכשתוגש בפני הכנסת, ולטובת אותה בהירות נדרש תיקון החקיקה הזה וזו הסיבה לדחיפות" (שם, בעמ' 130).

לאחר דיון בבקשת קיצור תקופת ההנחה אישרה אותה הוועדה המסדרת, ברוב של 10 תומכים ו-9 מתנגדים (שם, בעמ' 221).

15. באותו יום אושרה הצעת החוק בדיון המוקדם במליאת הכנסת, ברוב של 62 תומכים ו-53 מתנגדים (שם, בעמ' 46). בדיון זה אמר יו"ר הכנסת, חה"כ יריב לוין: "חברות וחברי הכנסת, טרם שאודיע את תוצאות ההצבעה, אני מבקש להודיע כי חבר הכנסת אריה מכלוף דרעי מבקש לעשות גילוי נאות שייתכן שבנסיבות מסוימות יש בהצעת החוק השפעה לגבי" (פרוטוקול מליאת הכנסת מיום 13.12.2022, בעמ' 46).

16. לאחר אישורה בדיון המוקדם, הועברה הצעת החוק לוועדה המסדרת, לשם קביעת הוועדה שתדון בה. מאחר שבשלב זה טרם הוקמו ועדות הכנסת הקבועות, הוועדה המסדרת המליצה למליאת הכנסת על הקמת ועדה מיוחדת שתדון בהצעת החוק האמורה וכן בהצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – שר נוסף במשרד) (פ/81/25), בראשות חה"כ שלמה קרעי (וזאת בהתאם לסעיף 108 לתקנון הכנסת; פרוטוקול הדיון בוועדה המסדרת מיום 13.12.2022 בשעה 22:00, בעמ' 25). המלצת הוועדה המסדרת אושרה במליאה, ובהתאם לכך הוקמה ועדה מיוחדת לדיון בהצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון – שר נוסף במשרד) (פ/81/25) ובהצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון – כשירותם של שרים) (פ/91/25) (להלן: **הוועדה המיוחדת**)¹.

17. כבר עתה יצוין, כי למרות לחץ הזמנים שנבע מהרצון להשלים את הליך החקיקה עד למועד האחרון לכינון ממשלה, הוועדה המיוחדת הקדישה שישה ימי דיונים להצעת החוק, שנפרשו על גבי שעות רבות. בדיוני הוועדה השתתפו חברי כנסת רבים, מכל הסיעות, כמו גם נציגי הממשלה הרלוונטיים וכן נציגים של ארגוני החברה האזרחית. כמו כן, דיוני הוועדה לוּוּ על-ידי צוות הייעוץ המשפטי של ועדת החוקה, אשר בנוסף להתייחסות בעל-פה לסוגיות השונות במהלך הדיונים, הניח בפני חברי הכנסת מסמך הכנה שבו נפרשו פרטי ההסדר המוצע, ההיסטוריה החקיקתית שלו, ונקודות לדיון (להלן: **מסמך ההכנה**).

18. פרוטוקולי דיוני הוועדה המיוחדת בהצעת החוק נפרשים על פני מאות עמודים, ועל כן בתיאור הליך החקיקה שלהלן נעמוד על תמצית עיקרי הסוגיות שעלו במהלכו, תוך מתן דגש לסוגיות שעולות בעתירה.

להלן קישור להליך החקיקה ובו מצויים הפרוטוקולים של דיוני הוועדה המיוחדת, הוועדה המסדרת וכן מליאת הכנסת:

https://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=law_suggestionssearch&lawitemid=2198130

העתק מסמך ההכנה של צוות הייעוץ המשפטי לוועדה מיום 14.12.2022 אשר הונח בפני חברי הוועדה, מצורף ומסומן **מש/3**.

¹ יוער כי בדיון מיום 6.12.2022 דנה הוועדה המסדרת בבקשת יו"ר הוועדה המסדרת, חה"כ יואב קיש, להציע הקמת ועדות מיוחדות לדיון בחקיקה לקראת כינון הממשלה. בדיון זה ציינה היועצת המשפטית לוועדה, עוה"ד ארבל אסטרך, כי ועדת הכנסת ככלל לא דנה בקביעת ועדה מיוחדת לדיון בהצעת חוק שטרם עברה אליה לקביעת ועדה (שם, בעמ' 53), ובהמשך לאמור לא התקיימה הצבעה בנושא זה. פרוטוקול הדיון בוועדה זמין בקישור: <https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Pages/AllCommitteesAgenda.aspx?Tab=3&ItemID=2198092>

הכנת הצעת החוק בוועדה המיוחדת לקריאה הראשונה

19. ביום 14.12.2022 ערכה הוועדה המיוחדת את ישיבתה הראשונה בהצעת החוק. בפתח הדיון, יו"ר הוועדה, חה"כ קרעי, ציין כי נשמעו טענות כי קיים קושי בדיון בחקיקה פרטית בתקופה שבין השבעת הכנסת להשבעת הממשלה. בתגובה לכך אמר כי אין מדובר בפעולה תקדימית וכי אף התיקון הנרחב של חוק יסוד: הממשלה בעניין ממשלת החילופים שנחקק בכנסת ה-23, החל כהצעת חוק פרטית, שחקיקתה הושלמה לפני כינון הממשלה (שם, בעמ' 4). לאחר דברים אלה הציג חה"כ ארבל, יוזם הצעת החוק, את הטעמים בבסיסה (שם, בעמ' 8-11):

"לעמדת תנאי הכשירות שבסעיף 6(ג)(1) לחוק היסוד שנוקט בלשון לעונש מאסר עניינו דווקא בריצוי עונש מאסר בפועל ולא במאסר על תנאי.

...לטעמי במצב החוקי הקיים כיום אין סמכות ליושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית כלל לדון בסוגית הקלון כי סוגיה זו אך ורק מאפשרת לו על-פי חוק הבחירות סמכות אם היה מאסר בפועל ולא במאסר על תנאי.

עוד יצוין, כי בסעיף המקביל בחוק יסוד: הכנסת, סעיף 6(א), וכן בסעיף המקביל בחוק הרשויות המקומיות, שעניינו בתנאי הכשירות לתפקיד חבר מועצת רשות מקומית, קבוע במפורש כי כשירותו של פלוני להיבחר לכנסת או למועצת רשות מקומית מוגבלת אם נידון לתקופה העולה על שלושה חודשי מאסר בפועל דווקא וטרם חלפו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל. תיקון חוק יסוד: הממשלה ייצור וודאות ובהירות חוקית ויביא להרמוניה חקיקתית נדרשת ורצויה לאור הוראות חוקים אלו.

הזכות לבחור ולהיבחר היא זכות יסוד במשטרנו החוקתי. זכות זו באה לידי ביטוי אף במינוי חבר הממשלה שמינויו מובא להצבעת רוב במליאת הכנסת, כדי בכדי להביא לידי ביטוי את רצון העם ובחירת הציבור באופן מיטבי אשר יביע את אמונו במינוי זה ככל הנראה, ואשר הועמד לבחירת הציבור למרות עונש המאסר על תנאי שהושת עליו - אין זה מן הראוי למנוע את התכלית הרצויה בשל עמימות בנוסח החוק.

אשר על כן מוצע לפיכך לתקן את חוק יסוד: הממשלה ולקבוע גם בו כי קביעת הגבלה כה משמעותית על האפשרות של הכנסת מלבחור אדם מלהתמנות לשר תהיה מותנית בכך שנגזר עליו אך ורק עונש מאסר בפועל, וטרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל. תיקון זה ייצור ודאות ובהירות, יביא להרמוניה חקיקתית בין הוראות הכשירות החלות על שרים ואלה שחלות על חברי כנסת וחברי מועצת רשות מקומית ולהבטיח באופן מיטבי את הזכות להתמנות לשר, שכן מינויו של שר כאמור נעשה באישור רוב חברי הכנסת. הבטחת פרשנותו הנכונה של סעיף הכשירות משרתת את תכלית זו.

...ראיתי את המסמכים של המכון הישראלי לדמוקרטיה והקושי שהעלו בסוגיה פרסונלית. אין מדובר בחקיקה פרסונלית – ראשית, כי הצעת החוק הזו מסדירה לצמיתות באופן קבוע בחוק יסוד: הממשלה לגבי כל מועמד לכהונת שר, הן אם זה בממשלה הבאה עלינו לטובה והן בממשלה אחרת. ...וטיעון מרכזי נוסף בסוגית הטענה כביכול מדובר בחקיקה פרסונלית – היא לא מיועדת לסידור עבודה לאדם כזה או אחר. היא מיועדת עבורנו חברי הכנסת. חברי הקואליציה וחברי האופוזיציה כולם."

בהמשך הדיון ציינה חה"כ טלי גוטליב כי אף היא סבורה כי התיקון אך מבהיר את תנאי הכשירות שנקבע בחוק יסוד: הממשלה (שם, בעמ' 49-50; מנגד, ראו דברי חה"כ שמחה רוטמן בהמשך, שציין כי לעמדתו מדובר בתיקון המשנה את המצב המשפטי הקיים, בעמ' 56).

20. היועץ המשפטי לוועדה, עוה"ד גור בליי, סקר את הסוגיות העיקריות העומדות על הפרק בדיון בהצעת החוק. בפתח דבריו עמד על הקושי הגלום בעריכת שינויים בחוקי יסוד משטריים, בהליך חקיקה מואץ ואמר כי יש להבטיח שגם בתוך לוח הזמנים הנתון ייערך דיון מהותי, רציני וממצה (שם, בעמ' 13).

21. עוד ציין ברקע לדברים כי תנאי הכשירות שנקבעו בחוק היסוד אינם בבחינת "חזות הכל" וזאת בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד לפיה עדיין יכולה לעלות טענה לגבי אופן הפעלת שיקול הדעת בהחלטה למנות אדם לשר (שם, בעמ' 14).

22. אשר לתיקון המוצע, התייחס היועץ המשפטי לוועדה לשלוש נקודות מרכזיות: האם התיקון מבהיר או מחדש; הקושי בחקיקה פרסונלית עם תחולה מיידית; והשיקולים הרלוונטיים לתיקון בעניין תנאי הכשירות של שרים, במנותק משאלת העיתוי.

23. בשאלה אם הצעת החוק כוללת תיקון מבהיר או מחדש ציין היועץ המשפטי לוועדה כי עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת היא כי התיקון המוצע הוא בגדר שינוי של תנאי הכשירות הקבוע בסעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד: הממשלה, ולא הבהרתו, ועמד על ההסברים לכך כפי שפורטו במסמך ההכנה (שם, בעמ' 15-16; ובעמ' 3-4 למסמך ההכנה). היועץ המשפטי לוועדה הוסיף וציין בהקשר זה כי הכנסת סוברנית לשנות את ההסדר הקבוע בסעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד: הממשלה בכובעה כרשות מכוננת, אולם בכל מקרה חשוב שהיא תהיה מודעת לכך שמדובר בשינוי הדין ולא הבהרתו.

24. בהתייחס לנקודה השנייה, שעניינה בתחולה המיידית של התיקון המוצע, ציין היועץ המשפטי לוועדה כי על הכנסת להימנע משינויים תכופים של חוקי היסוד, וכי ראוי ששינויים משטריים יידונו תחת "מסך בערות" ובתחולה עתידית, וזאת כדי שהדיון לא יושפע מזהות הגורמים שהנורמה עשויה להשליך עליהם. הוא הוסיף כי דברים אלו נכונים ביחס לתיקון חוק היסוד בענייננו (שם, בעמ' 17-18):

"כאמור על הכנסת להתייחס בזהירות לכל תיקון בחוקי היסוד ולהימנע משינויים תכופים שלהם, כי המשחק הדמוקרטי כמו כל משחק - אנו רוצים שיהיה יציבות בכללים כמה שאפשר ושהכללים ייקבעו בצורה צופה פני עתיד כמה שיותר. וככל הניתן לא להחיל אותם על אירועים נתונים ברגע מסוים.

במקרה שלפנינו, זה לא מה שקורה. במקרה שלפנינו מדובר בתיקון חוקתי, שרוצה לצמצם מגבלה חוקתית. זו מגבלה חוקתית. לא מדובר במצב כמו מנגנון חדש כמו ממשלת חלופים או שר נוסף במשרד או דברים אחרים. מדובר במגבלה שלא מאפשרת לבן אדם להתמודד, ובעצם במצב שבו המגבלה הזאת עושה מלאכתה, עובדת כשהיא מגבילה אותנו, במצב הזה הכנסת מבקשת לשנות אותה, ולשנות בעצם את הרף מבחינת טוהר המידות של השחקנים במערכת הפוליטית עצמה.

אם הכנסת הייתה סבורה שזו מגבלה לא מוצלחת, ושצריך לשנותה – אפשר להחיל אותה עתידית, לומר: היא תחול מהכנסות הבאות ואז אנחנו במצב הכי נקי.

...כשמקבלים את הכללים האלה במצב עם תחולה מיידית, כשברור על איזה שחקן או שחקנים זה חל, כל הדיון – קשה מאוד להתרחק ולקבוע מהי הנורמה החוקתית הטובה למדינת ישראל. הדיון מושפע מאוד מכל הצדדים, מהזהות של הפרסונות בעניין הזה.

במענה להערות חברי הכנסת בנושא זה, ציין עוה"ד בליי, כי פתרון אפשרי שייתן מענה לקושי האמור יכול להיות בהחלת ההסדר מהכנסת הבאה ואילך (שם, בעמ' 21-22).

25. באשר לנקודה השלישית, תוכן ההסדר המוצע, עמד היועץ המשפטי לוועדה על החשיבות בניסיון לבחון באופן "נקי" ככל הניתן את התיקון המוצע לפיו מאסר על תנאי אינו מונע מאדם לכהן כשר. במסגרת זאת ציין כי יש לאזן בין שיקולי טוהר המידות ואמון הציבור, מצד אחד, מול הרחבת מתחם שיקול הדעת של הגורם הממנה ובעקיפין מתן אפשרות לציבור להשפיע באופן נרחב יותר על מי יתמנה לתפקיד שר, מצד שני. בנוסף, לגבי היחס בין תנאי הכשירות הנדרשים משרים לעומת חברי הכנסת, ציין היועץ המשפטי לוועדה כי עמדתה של הכנסת לאורך השנים הייתה כי יש מקום להבחין בין המקרים, נוכח ההקלה הנדרשת ביחס לחברי כנסת שהם נבחרים הציבור. לעומתם, השרים לא נבחרים ישירות והם גם ממלאי תפקיד ציבורי עם סמכויות ביצוע שלטוניות (שם, בעמ' 22-23).

26. אחר הדברים האלה, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (ציבורי-חוקתי), עוה"ד אביטל סומפולינסקי, הציגה את עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה לגבי הדין הקיים בחוק היסוד לגבי תנאי הכשירות של שרים, וכן לגבי הקשיים שעולים בהתייחס להצעת החוק (שם, בעמ' 27):

"הצעת החוק הזו היא הצעה כפי שנאמר פה, שמבקשת, שעוסקת בתנאי הכשירות, תנאי הסף המינימליים של שרים לכהן בממשלה בהיבטים של טוהר מידות. כמובן, היא פה על השולחן במסגרת הכובע של הכנסת כרשות מכוננת. נקודת המוצא של הדיון הזה, שלכנסת יש פררוגטיבה רחבה לעצב את הוראות חוק היסוד בהתאם לשיקול דעתה. זה נקודת המוצא לדיון כולו. יחד עם זאת לא ניתן להתעלם מהחריגות של הצעת החוק שלה – לא רק בעיתוי שלה; גם במטריה החוקתית שהיא עוסקת, בשינוי של הצעה או בהצעה לשנות את ההסדר הזה ערב הקמת ממשלה זה דבר מאוד לא שגורתי, ודאי לא ביחס להסדר שעומד בתוקפו הרבה מאוד שנים."

27. המשנה ליועצת המשפטית לממשלה התייחסה לשתי ההצדקות המובאות לתמיכה בשינויים המבוקשים בתנאי הכשירות: הראשונה, הסרת עמימות לגבי תנאי הכשירות הקיים בסעיף לפיה התיקון נועד להבהיר את ההסדר; והשנייה, מהותית, לפיה יש מקום להנמיך את רף הכשירות לכהונה כשר לזה הדומה לרף החל על חברי כנסת וראשי ערים.

אשר להצדקה הראשונה, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה ציינה כי גם לעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה עסקינן בתיקון מחדש ולא מבהיר. לעניין זה ציינה כי לא מדובר בפרשנות "פרסונלית" בהתייחס למקרה דנן, אלא ב"פרשנות מסורתית של הייעוץ המשפטי לממשלה והובאה כבר ב-2007 במסגרת השאלה ביחס למינויו לשר של חבר הכנסת חיים רמון כך שלא מדובר בפרשנות חדשה. הדברים כמובן גם עלו במסגרת הדיונים פה בשנת 2014" (שם). עוד

הוסיפה כי אם התיקון היה מתמצה בהבהרה, היה אפשר להוסיף את המילה "בפועל" לאחר המילה "מאסר" ואולם השינוי שמוצע בתיקון מבקש למחוק את התיבה "לרצות את עונש המאסר או מיום פסק הדין, לפי המאוחר" (שם, בעמ' 28).

לגבי ההצדקה השנייה להורדת הרף החל על שרים כך שיהיה קרוב לזה החל על חברי הכנסת, ציינה המשנה ליועצת המשפטית לממשלה כי מדובר בהכרעה מהותית המערבת איזון ערכי, המשתנה בין חברי כנסת לשרים (שם), ושעומדת לפתחה של הוועדה. עם זאת אמרה כי חשוב להביא בפני הוועדה את ההצדקות שהכנסת מצאה בעבר על ההבחנה בין שרים לחברי כנסת: איזון בין עיקרון טוהר המידות ושמירה על אמון הציבור בנבחריה אל מול עיקרון הייצוגיות ועיקרון הזכות לבחור ולהיבחר. בהמשך, הוסיפה ועמדה על ההבחנה בין תנאי הכשירות של חברי הכנסת וראשי ערים אל מול כשירותם של שרים. בנוסף ציינה כי ההסדר הנוכחי היום לא מונע ממי שהוטל עליו עונש מאסר על תנאי לכהן כשר באופן מוחלט, אלא דורש כי במצב זה תיבחן שאלת הקלון שלו בפני יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית.

28. בהמשך דבריה התייחסה המשנה ליועצת המשפטית לממשלה גם לעיתוי הדיון בהצעת החוק ולהחלתו המיידית, וציינה כי הדברים בעלי משמעות לבחינת אופן השימוש של הכנסת בסמכותה המכוננת (שם, בעמ' 29-30):

"אני רוצה לדבר על ההקשר של הדיון בהצעת החוק בנקודת הזמן הזו. ... הצעות חוק שמובאות ערב הקמת ממשלה, כפי שציין יו"ר הוועדה בפתח דבריו, הם לא דבר זר במקומותינו. יש הרבה מאוד מקרים שמביאים, עובר להקמת ממשלה, תיקונים שונים לחוק יסוד: הממשלה, כאלה ואחרים שנועדו לסייע בהקמת ממשלה. אני יכולה רק להניח שביסוד התיקונים אלה לא תמיד עומדת תפיסה משטרית מרשימה במיוחד שממשלה חייבת שיהיה לה שר במשרד אלא השיקולים הם יותר קואליציוניים ופוליטיים בהקשר הזה.

הדברים הללו לא רצויים מבחינת השינויים התכופים של חוקי היסוד אבל התחולה המיידית שלהם מעוררת פחות קושי בהקשרים כאשר הכנסת בכובעה כרשות מכוננת קובעת הסדרים של חוק יסוד: הממשלה שבאים להסדיר מערכת היחסים של הקואליציה ושל הממשלה בינה לבין עצמה. אלה מסוג ההסדרים המשטרניים שאנחנו רגילים לראות עובר להקמת הממשלה. גם בהקשרים אלה, אמר בית המשפט שכאשר יגיע הסדר מאוד משמעותי וישנה מהותית את המשטר, גם הוא יכול להיות שיתעורר לגביו שאלה ביחס לתחולתו המיידית.

בכל מקרה אנו לא מדברים פה על הצעת החוק שמבקשת להסדיר את מערכות היחסים בתוך הרוב. אנו מדברים פה על הצעת חוק שיש לשים אותה על השולחן שמדברת בסוגיה מאוד רגישה של טוהר המידות של שרי הממשלה. זה לא מסוג ההצעות שאנחנו רגילים לערוך בהן שינויים, ודאי לא שינויים לצורך הקמת הממשלה או עובר להקמת הממשלה.

אלה תיקונים שגם כשאנו בוחנים אותם בצורה ניטרלית לחלוטין בלי שאנו מסתכלים על מי השחקנים שהדבר הזה יחול עליהם, שאלת התחולה המיידית שלהם עולה לדיון...

פה הקושי הנוסף לא רק בזה. לא רק שאנו עוסקים בסוג ההוראות של חוק יסוד שלא נהוג לערוך בהן בסוג תכופים, ודאי לא ערב הקמת ממשלה, ודאי לא בסוגיה שעוסקת בטוהר המידות של שרי הממשלה.

פה אנו עוסקים בהצעת החוק כפי שאנו יודעים, כפי שאמר חבר הכנסת ארבל בכנות, אנו יודעים מיהו השחקן שהצעת החוק הזו תשפיע עליו, תסיר לו מגבלה שקיימת ותמנע או תייתר לו את הצורך לבחון את ההרשעה שלו אל מול יו"ר ועדת הבחירות. אלה לא נסיבות שאפשר להתעלם מהן כאשר הכנסת באה להפעיל את הסמכות המכוננת שלה לצרכים שאנו יודעים בדיוק מי השחקן שהדבר הזה ישפיע עליו מיידית. יכול להיות שבעתיד יהיו שחקנים אחרים, אבל מדובר בנסיבות שאי אפשר לא לבחון את השאלה האם לשם כך נועדה הסמכות המכוננת לערוך שינויים משטריים כדי לסדר הרשעה זו או אחרת ומינוי זה או אחר לכהונת שר."

29. בסיכום דבריה ציינה המשנה ליועצת המשפטית לממשלה כי העיקרון לפיו אי אפשר לשנות כללי משחק "תוך כדי תנועה" הוא עיקרון מקובל בכנסת, בפרט כאשר על הפרק עומדים שינויים משטריים, ובמיוחד כאשר מדובר בסוגיה הרגישה של טוהר מידות השרים. עוד אמרה כי הדיון בהצעה לא צריך להתמצות בשאלת מקרה הקצה שאולי בית המשפט יתערב בו, כי אם בדרך הנכונה לעיצוב הכללים בנושא הזה ובמגבלות שהכנסת סבורה שהיא צריכה להחיל על עצמה בבואה להפעיל את הסמכות המכוננת (שם, בעמ' 32-33).

30. לאורך הדיון מוזמנים מארגונים שונים הביעו עמדות בנוגע לפרסונליות של התיקון המוצע וחברי הכנסת הגיבו לדברים. בעניין זה ציין עוה"ד זיו מאור מהאגודה לזכות הציבור לדעת כי בבסיס התיקון עומדת שאלה כללית לגבי קביעת תנאי כשירות החוסמים מי שנבחר על-ידי הציבור מלכהן כשר, ובפרט תנאי סף המגבילים כהונה כאמור על בסיס קביעת קלון בהליך משפטי (שם, בעמ' 37).

31. ד"ר עמיר פוקס, מהמכון הישראלי לדמוקרטיה ציין באשר לעיתוי הדיון בהצעת החוק כי "אתם צריכים להבין איך זה נראה מבחוץ ומה המשמעות של תיקון כזה, כי המשמעות של תיקון כזה, היא שכללי הכשירות לא באמת חלים, כי אם ברגע שמגיע מקרה שכללי הכשירות פוסלים מישהו להתמנות כשר, ואז משנים את הכללים הללו, זה אומר שהכללים הללו לא באמת קיימים. ... זה מה שהכנסת תשדר, את המסר, שהכללים הללו המלצה. ואם הציבור רוצה להתגבר עליהם, הוא יעשה זאת. ... המסר שיוצא מהכנסת כשהיא מחוקקת חוק פרסונלית שחל מיידית במקרה שהיה רק לאחרונה שנגזר גזר דין, משדר לעולם כולו ולאזרחים: כל הכללים האלה שאומרים מה מותר ומה אסור לא חלים עלינו. הרוב יוכל לשנותם בדיעבד, באופן פרסונלי. זה זילות של חוקי היסוד" (שם, בעמ' 39-40; וראו גם דברי עוה"ד תומר נאור מהתנועה לאיכות השלטון, בעמ' 63-64; דברי עוה"ד גיא בוס, בעמ' 65).

32. חה"כ ארבל הגיב לעמדות אלו באומרו כי "העובדות הללו כולן לרבות הסדר הטיעון היו מונחים לפני הציבור. הציבור אמר את דברו וזו בדיוק חובתה ותפקידה שלנו כרשות מכוננת, לבצע את התיקון הזה כדי שיהיה ברור וחד שאריה דרעי יוכל לכהן. וכן, התפיסה שטוענת על קושי בשל פרסונליות אינה נכונה בשל העובדה שהוא מתקן תיקון רוחבי ארוך טווח למשך שנים ארוכות – לא בהוראת שעה כפי שנהגו לעשות פה ממשלות קודמות בחוקי יסוד אלא באופן חד וברור שכן מייצרת אותה הרמוניה חקיקתית" (שם, בעמ' 42).

33. שר המשפטים דאז, חה"כ גדעון סער, התייחס למהות התיקון ואמר שלעמדתו הוא לא ראוי כשלעצמו, "אם אני מתייחס לשאלה המרכזית של הורדת הרף של הכשירות בממשלה בסוגית

טוהר המידות, אני חושב שיותר נכון היה אם בכלל היה צריך שינוי להעלות את הרף לגבי חברי כנסת ולא להוריד את הרף לגבי חברי הממשלה. זו דעתי האישית. לגיטימי שתהיה דעה אחרת" (שם, בעמ' 44). בהמשך ציין כי לעמדתו לב הבעיה החוקתית בהצעה דן היא בנושא התחולה המיידית וכי אם יוחלט על תחולה נדחית של התיקון, יש בכך כדי להסיר את המימד הפרסונלי (שם, בעמ' 44-45). חה"כ חנוך מלביצקי שאל את שר המשפטים מה ההבדל בין הדיון הנוכחי לבין הדיון בהצעת החוק שעייגנה את הסדר ממשלת החילופים, למען הקמת הממשלה באותה עת. שר המשפטים השיב כי החקיקה שהוזכרה לא יצרה תנאי כשירות בממשלה בתחולה מיידית (שם, בעמ' 48-49).

34. חה"כ רוטמן אמר, בקשר להיבט הפרסונלי בהצעת החוק כי "במצב המשפטי הנוכחי הגורם שמכריע הוא יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית. ... צריך לבקש ממנו שיקבע קביעה, ורק אחריה יהיה אפשר למנות את השר אריה דרעי. לעומת זאת, עכשיו הכנסת אומרת שהיא רוצה ספציפית בנוגע לאנשים מסוגו של אריה דרעי, דהיינו, אנשים שנדונו למאסר על התנאי, אני רוצה שהגורם המכריע יהיה אני, הכנסת. אנחנו לא מחוקקים חוק עכשיו שאומר חקיקה פרסונלית, אריה דרעי הולך להיות שר, אנחנו מחוקקים עכשיו שאריה דרעי יכול להיות שר. ההחלטה אם אריה דרעי יהיה שר, כן או לא, תהיה תלויה בשאלה האם הכנסת תביע אמן בממשלה, שכוללת אותו, כן או לא" (שם, בעמ' 56).

35. בהמשך, התפתח דיון בין חברי הכנסת בעניין הורדת רף הכשירות לשרים. כך למשל חה"כ טטיאנה מזרסקי ציינה כי אין מקום להקל את תנאי הכשירות באופן המוצע, הפוגע באיכות השלטון ובמאבק בשחיתות (שם, בעמ' 70). חה"כ ולדימיר בליאק אמר "ה...הציפייה שלי לגבי הרף לנבחר ציבור היא שהרף הזה יהיה הרבה יותר גבוה, הרבה יותר גבוה מכל אדם מן היישוב. ולצערי הרב, מה שאתם עושים עכשיו – במקום להעלות את הרף לנבחר ציבור, אתם מורידים את הרף לנבחר ציבור" (שם, בעמ' 176).

36. כן התבטאו חברי הכנסת באשר לעיתוי החקיקה ולכך שהכרעות ערכיות כלליות מוכרעות על רקע שיקולים פוליטיים הנוגעים לענייניו של חה"כ דרעי ולהרכבת הממשלה (ראו למשל, דבריה של חה"כ מיכל סגמן שיר בעמ' 77; דבריה של חה"כ אפרת רייטן מרום, בעמ' 154; ודברי חה"כ רם בן ברק, בעמ' 187-190). כך, חה"כ משה טור פז ציין כי התיקון פרסונלי ורטוראקטיבי וכי קידומו נעשה בעיתוי בלתי סביר רגע לפני הכרזת ממשלה, וכתנאי להקמתה (שם, בעמ' 120-119). חה"כ יוסף טייב אמר, בתגובה לדברים אלה "זה שהחלטתם לשייך את החוק הזה לאריה לא אומר שזו העובדה... החוק הזה בא להכשיר את העניין של השרים. אתה עכשיו מכניס, זו בעיה שלך" (שם, בעמ' 122), ואילו חה"כ גלעד קריב אמר "החוק הזה נולד, הוגש ומקודם על רקע ההרשעה של חבר הכנסת דרעי בעסקת טיעון ועל רקע הכוונה למנות אותו לשר בכיר בממשלת ישראל... אפשר לדבר בהצעת החוק הזו ולא לשחק משחקים ולומר: זה לא קשור. נו, באמת. הכול, מראשיתו ועד סופו, החוק הזה קשור לענייניו של חבר הכנסת דרעי" (שם, בעמ' 128). עוד הוסיף חה"כ קריב כי הגישה העולה מההנמקה של התיקון היא כי אין צורך לקבוע תנאי כשירות למשרת שר, וכי התיקון יוצר תקדים לפיו ניתן יהיה לשנות את תנאי הכשירות לפי ענייניו של אדם קונקרטי (שם, בעמ' 135-137).

37. מנגד, חה"כ אוריאל בוסו אמר כי לעמדתו התיקון מגשים את רצון הבוחרים: "וכפי שאמרתי, זה לא 400,000 מצביעי ש"ס, זה מיליון מצביעי הליכוד, זה 500,000 מצביעי הציונות הדתית, 300,000 מצביעי יהדות התורה, כשהם הלכו לבחירות הם ידעו שאריה דרעי יהיה שר בכיר בממשלה הבאה, וכולם סמכו את ידם. כולם היו חשופים לעסקת טיעון וידעו שהוא פרש מתי שהוא היה צריך, והוא נבחר כרגע בבחירות דמוקרטיות" (שם, בעמ' 95).

38. בדיון זה חה"כ יוליה מלינובסקי שאלה אם חה"כ ארבל לא נמצא בניגוד עניינים המונע ממנו להיות יוזם הצעת החוק, וזאת נוכח רצונו להכשיר את כהונת ראש המפלגה שלו להיות שר (שם, בעמ' 138-139). עוה"ד אלעזר שטרן, מצוות הייעוץ המשפטי לוועדה השיב כי נושא זה נבחן על-ידי היועצת המשפטית לכנסת ועמדתה היא כי אין מניעה שחה"כ ארבל או חבר כנסת אחר מסיעת ש"ס יגיש את הצעת החוק, זאת בהתאם לכללי ניגוד העניינים החלים על חברי הכנסת ומאחר שלח"כ ארבל אין רווח אישי מהצעה זו (שם, בעמ' 148-150).

יצוין, כי בעניין זה התקיימה תחלופת מכתבים בין כמה חברי כנסת ליועצת המשפטית לכנסת, עוה"ד שגית אפיק.

העתק פניית חה"כ מלינובסקי מיום 12.12.2022 והמענה מטעם היועצת המשפטית לכנסת מיום 14.12.2022, מצורף ומסומן **מ/ש/4**.
העתק פניית חה"כ בועז טופרובסקי מיום 12.12.2022 והמענה מטעם היועצת המשפטית לכנסת מיום 15.12.2022, מצורף ומסומן **מ/ש/5**.

39. בסוף חלק זה של הדיון, הקריא היועץ המשפטי לוועדה את נוסח התיקון המוצע. יו"ר הוועדה הודיע כי לאחר ההפסקה תתקיים הצבעה על מיזוג הצעת החוק דן עם הצעת החוק בעניין התיקון לחוק יסוד: הממשלה, שעניינו במינוי שר נוסף במשרד. בהמשך לכך, ולאחר דיון בנושא, מיזגה הוועדה את שתי הצעות החוק האמורות.

בעקבות כך, עברה הוועדה לדון בתיקון העוסק במינוי שר נוסף במשרד.

40. למחרת, ביום 15.12.2022, המשיכה הוועדה לדון בחלק הנוגע לתיקון שר נוסף במשרד. באותו דיון הוקרא נוסח הצעת החוק לאחר המיזוג והוועדה אישרה אותה לקריאה הראשונה (שם, בעמ' 142). בהמשך אותו יום התקיים דיון ממושך במליאת הכנסת והצעת החוק אושרה בקריאה הראשונה ברוב של 63 תומכים מול 52 מתנגדים, והיא הוחזרה לדיון בוועדה המיוחדת לשם הכנתה לקריאה השנייה והשלישית (פרוטוקול הדיון מיום 14.12.2022, בעמ' 354-355).²

העתק הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 14) (שר נוסף במשרד וכשירותם של השרים) (כ/942), מצורף ומסומן **מ/ש/6**.

41. לשלמות התמונה יוער כי חה"כ יוראי להב הרצנו, חה"כ בליאק וחה"כ רון כץ פנו ביום 15.12.2022 במכתבים ליועצת המשפטית לכנסת, עוה"ד שגית אפיק, בעניין דרך ניהול דיוני הוועדה המיוחדת. ביום 19.12.2022 ענתה היועצת המשפטית לכנסת לפניות האמורות, ובין היתר ציינה כי תקנון הכנסת מקנה ליו"ר ועדה סמכות לקרוא לסדר ואף להוציא חבר ועדה

² יוער כי הדיון התקיים ביום 16.12.2022, אך מאחר ששיבת המליאה החלה ביום 14.12.2022 ולא ננעלה, פרוטוקול הדיון הרלוונטי לענייננו הוא מיום 14.12.2022.

שמפר את כללי ההתנהגות בישיבת ועדה. עוד ציינה כי היועץ המשפטי לוועדה נכח לאורך כל דיוני הוועדה ואף הנחה את יו"ר הוועדה באשר לצורך להבטיח את השתתפותם של כלל חברי הכנסת בדיון, וכי לאורך כל הדיון ניתנה אפשרות ביטוי לכל חבר כנסת שרצה בכך, ולנציגים נוספים שונים.

העתק פניות חה"כ להב הרצנו, חה"כ בליאק וחה"כ כץ ומכתבי התשובה מטעם היועצת המשפטית לכנסת מיום 19.12.2022 מצורף ומסומן **מש/7**.

הכנת הצעת החוק בוועדה המיוחדת לקריאה השנייה והשלישית

42. ביום 18.12.2022, החלה הוועדה המיוחדת לדון בהצעת החוק לשם הכנתה לקריאה השנייה והשלישית. במהלך ישיבה זו חזרה הוועדה ודנה בסוגיות שעלו גם במהלך הדיון לפני הקריאה הראשונה, וחברי הכנסת השמיעו עמדות שונות בסוגיה.

43. בפתח הדיון, במענה לשאלות חברי הכנסת, חזר היועץ המשפטי לוועדה על המורכבות בקיום הליכי חקיקה מהירים בתיקון המוצע. הוא ציין כי הליך החקיקה בענייננו אינו הליך מיטבי נוכח סד הזמנים הקצר לקיומו, אך הוסיף כי אין מדובר בפגם היורד לשורש ההליך שכן ניתנה לחברי הכנסת הזדמנות להביע עמדותיהם ביחס לתיקון המוצע (שם, בעמ' 4-5).

44. אשר לתוכנו של ההסדר המוצע לעניין תנאי הכשירות לשרים, היועץ המשפטי לוועדה חזר ועמד בפירוט על משמעות התיקון וביקש למקד את הדיון בשאלות העקרוניות העומדות בבסיסו, בעניין סטנדרט הכשירות הנדרש משרים (שם, בעמ' 5-6):

"...שתי נקודות מרכזיות בנושא של כשירות שרים. נכון לעכשיו, בהעדר הוראת תחולה ספציפית שמשנה מההסדר הבסיסי, יש כאן תחולה מיידית - זאת אומרת, זה יכול לחול כבר על הממשלה שמושבעת בקרוב. מכיוון שזה מעורר את הקשיים של הפרסונליות שדיברנו עליהם, ההצעה שלנו בישיבה הקודמת הייתה להחיל את זה מהכנסת הבאה, או להחיל את זה רק על הרשעות עתידיות.

...ההמלצה שלנו לא התקבלה, לכן הדיון בוועדה מאוד מושפע מהפרסונליות. אנחנו בכל זאת ממליצים לוועדה לנסות להתנתק מהמקרה הספציפי - בסוף זה שינוי משטרי שיהיה איתנו באופן עתידי - ולשאול אם באופן מהותי, בלי קשר לשאלות של מה שקורה עכשיו, כדאי לשנות את נקודת האיזון בין שמירה על טוהר המידות במערכות השלטון מצד אחד, לבין הרצון לאפשר שיקול דעת רחב לראש הממשלה במינויים מצד שני.

...אנחנו שוב מזכירים את הפער מול הסטנדרט שחל על חברי הכנסת. מצמצמים פה את הפער בין שרים לחברי כנסת, זאת למרות שלגבי חברי כנסת יש שיקולים משמעותיים הרבה יותר לא להגדיל את הכשירות שלהם כמו שרים בגלל שהזכות להיבחר לכנסת היא זכות יסוד חוקתית ובגלל שח"כ נבחר על ידי העם לייצג ציבור באופן ישיר. ברור שלשר שמקבל לידי סמכות ביצוע שלטוניות יש גם אלמנט ייצוגי, רק הוא פחות משמעותי. ההיבט המרכזי אצל שר הוא יותר ההיבט שלו כחלק מהשלטון והצורך הרב יותר להבטיח את אמון הציבור בטוהר המידות שלו."

45. בהמשך לאמור, התקיים דיון בסוגיות שונות שעלו הן בתיקון לעניין כשירות שרים והן בתיקון לעניין שר נוסף במשרד. גם בדיון זה ציינו חברי כנסת שונים כי קיים קושי לעמדתם בהורדת

רף הכשירות לשרים. כך, חה"כ יסמין פרידמן ציינה כי לעמדתה אין מקום להקל בדרישות הכשירות משרים "... במקום להעלות את הרף אנחנו מורידים אותו, זה נשמע לך הגיוני? אתה יו"ר הוועדה, אתה אמור לשמש דוגמה. כולנו כאן תחת ביקורת, כולנו צריכים לשמש דוגמה הרבה יותר מכל אזרח אחר" (שם, בעמ' 9; וראו גם דברי חה"כ בליאק, בעמ' 20-21; חה"כ אלעזר שטרן, בעמ' 31; וחה"כ מזרסקי, בעמ' 42). חה"כ להב הרצנו ציין כי לשיטתו היה מקום להחמיר את תנאי הכשירות, ובין היתר להרחיב את האפשרות לפנות ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית בשאלת הקלון (שם, בעמ' 10-11; היועץ המשפטי לוועדה ציין בתגובה כי נושא פרטני זה מוסדר בחוק הממשלה, ולכן לא ניתן לתקנו במסגרת התיקון לחוק היסוד, שם).

יו"ר הוועדה, חה"כ קרעי, השיב "אנחנו בדמוקרטיה מנסים להביא לאיזון המיטבי, האופטימאלי, שלא תמיד אנחנו מגיעים אליו, בין הדרישה לטוהר המידות וניקיון הכפיים לבין הזכות היסודית, החשובה כל כך, לתת לציבור את היכולת לבחור באדם שהוא רוצה לבחור בו, כשאותו ציבור מאמין, אולי, שהייתה כאן רדיפה אישית" (שם, בעמ' 9).

46. גם בדיון זה ציינו חלק חברי הכנסת לגבי הקושי לבחון את התיקון בראייה ניטרלית וצינו כי מדובר בחוק פרסונלי (שם, בעמ' 9-10, 19-20, 29-31, 33-34).

47. המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, עוה"ד סומפולינסקי, חזרה על הקושי בדיון בתיקון על רקע מקרה קונקרטי בנקודת הזמן שלפני הקמת הממשלה, ועל כך שהכרעותיה הקודמות של הכנסת מלמדות כי כשהיא בחנה את ההסדר במבט רחב מבלי שהיה בפניה מקרה קונקרטי, היא מצאה לנכון ליצור פער בין תנאי הכשירות לכהונה כחבר כנסת לבין תנאי הכשירות לכהונה כשר, מכיוון שכהונה של שר מחזיקה סמכויות מורכבות ומשמעותיות יותר מתחום המשפט המינהלי. היא הוסיפה "השאלה היא לא רק אם נכון להעמיד את הרף במקום כזה או אחר, אלא גם אם נכון לשנות את הרף הזה בנקודת הזמן הזאת. אנחנו סבורים שצריך לבחון את הסוגיה הכל כך רגישה ומורכבת הזאת של טוהר המידות לשרים מנקודת מבט נקייה. אנחנו חושבים שצריך להחיל את זה מהכנסת הבאה ובדרך הזאת לנקות את הנסיבות של הזמן והמקום עכשיו שמקשות מאוד לעשות את החקיקה הזאת" (שם, בעמ' 11).

48. לאחר התייחסויות חברי הכנסת, הקריא היועץ המשפטי לוועדה את נוסח הצעת החוק. בסמוך לאחר הדיון נשלח לחברי הוועדה נוסח להגשת הסתייגויות, ובעקבות כך הוגשו קרוב ל-1700 הסתייגויות להצעת החוק כולה (כולל התיקון שעוסק בשר נוסף במשרד).

49. למחרת, בדיון שהחל בבוקר של יום 19.12.2022 התחילה הוועדה המיוחדת לדון בהסתייגויות שהגישו חברי הכנסת להצעת החוק - חברי הכנסת המסתייגים נימקו את הסתייגויותיהם ואז הוועדה הצביעה עליהן.

50. בישיבה נוספת של הוועדה בהמשך אותו יום (משעה 15:00) הציג יו"ר הוועדה, תיקון של הצעת החוק - הוספת סעיף תחילה לפיו "תחילתו של חוק-יסוד זה ביום קבלתו בכנסת". יו"ר הוועדה ציין כי ניתן יהיה להגיש הסתייגויות על סעיף זה עד למחרת בבוקר. חה"כ מלינובסקי טענה כי מדובר בנושא חדש.

היועץ המשפטי לוועדה, עוה"ד בליי, הסביר את משמעות הסעיף והתייחס לשאלות חברי הכנסת לגבי סעיפי תחילה דומים (שם, בעמ' 9-11). כך, הוא אמר כי הכלל שהוא שחוקים נכנסים לתוקף בעת פרסומם ברשומות וכי זו דרך המלך והדרך הרצויה. עם זאת ציין כי היו בעבר מקרים דומים למוצע כאן, בהם נקבע שהכניסה לתוקף תהיה במועד שהחוק עובר קריאה שלישית במליאת הכנסת. עוד ציין, כי מבחינה פורמלית פרסום ברשומות יכול להתבצע עד 10 ימים מהמועד של חקיקת החוק, אולם בפועל הפרסום נעשה תוך יום-יומיים.

עוה"ד איל זנדברג, מהייעוץ המשפטי לממשלה, הסכים לדבריו של היועץ המשפטי לוועדה והוסיף כי לא מדובר בסעיף שכיח אך היו לכך תקדימים.

51. עוד ציין היועץ המשפטי לוועדה כי תקנון הכנסת קובע בסעיף 85(ג) כי הוועדה לא תסיים את הדיון בתיקון המוצע אלא לאחר החלטת ועדת הכנסת בטענת נושא חדש, ועל כן ניתן להמשיך ולדון בהסתייגויות בעניין אבל לא ניתן לקיים הצבעה סופית על הסעיף בטרם הוכרעה טענת הנושא החדש (שם, בעמ' 11). לאחר דברים אלה העלו חלק מחברי הכנסת טענות לגבי המשך הדיון בסעיף המוצע בטרם התקבלה החלטת הוועדה המסדרת בטענת נושא חדש.

52. לאחר הדיון בוועדה המיוחדת, פנו מספר חברי כנסת ליועצת המשפטית לכנסת בעניין הזמן שניתן לדיון בסעיף התחילה. בהמשך לכך, התקיימה פגישה אצל היועצת המשפטית לכנסת, בהשתתפות היועץ המשפטי לוועדה וחה"כ מלינובסקי, חה"כ מטי צרפתי הרכבי, חה"כ שיר וחה"כ להב הרצנו, ובה נמסר ליועצת המשפטית לכנסת מכתב בנושא זה. במהלך הפגישה הובהר לחברי הכנסת על ידי הייעוץ המשפטי לכנסת כי יש הצדקה להשלים את הדיון בעניין הסעיף הנוסף ולהגיש הסתייגויות נוספות ביחס אליו, אך ניתן לאפשר הצגת הסתייגויות לסעיף בעל פה ולא רק בכתב. עוד צוין כי ליושב ראש הוועדה שיקול דעת לעניין קביעת זמן סביר להצגת ההסתייגויות, לדיון והצבעה עליהן.

במקביל, התגבשה הסכמה בין חברי הכנסת שהוזכרו לעיל, לבין יו"ר הוועדה המיוחדת, לפיה ביום 20.2.2022 בשעה 8:00 תדון הוועדה המסדרת בטענת נושא חדש ואם טענה זו תידחה, תדון הוועדה המיוחדת בסעיף התחילה במשך שעה, ולאחר מכן יוקצו שעות נוספות בהן יוכלו חברי הכנסת להציג הסתייגויות לסעיף זה בעל פה, לנמקן ולהצביע עליהן. בהמשך לכך נשלחה לחברי הוועדה הודעה המסכמת את סדרי הדיון בסעיף התחילה בהתאם להסכמות שהתקבלו.

במאמר מוסגר יוער כי הסכמות אלו הועלו בהמשך על הכתב במכתב התשובה של היועצת המשפטית לכנסת לפנייה מחברי הכנסת בנושא זה, בו צוין כי לעמדתה לא נפל פגם בהתנהלות הוועדה בכל הנוגע להוספת סעיף התחילה, וממילא ההסכמות שאליהן הגיעו חברי הכנסת ויו"ר הוועדה עלו בקנה אחד עם הנהוג בכנסת ועם ההליך הקבוע בתקנון הכנסת.

העתק הפנייה של חברי הכנסת להב הרצנו, בליאק וסגמן מיום 19.12.2022 ו המענה מטעם היועצת המשפטית לכנסת מיום 26.12.2022, מצורף ומסומן **מש/8**.

53. ביום 20.12.2022 קיימה הוועדה המסדרת ישיבה לגבי טענת נושא חדש שהועלתה לגבי סעיף התחילה. חברי הכנסת מלינובסקי ולהב הרצנו הציגו את הטענה, ולאחר מכן התייחסו לדברים

השר המקשר בין הממשלה לכנסת ויו"ר הוועדה המיוחדת (פרוטוקול דיון הוועדה המסדרת מיום 20.12.2022, בעמ' 13-17). היועצת המשפטית לוועדה המסדרת, עוה"ד ארבל אסטרון, ציינה כי לעמדת הייעוץ המשפטי לכנסת קביעת מועד תחילה היא חלק מהותי מהדיון על החוק ולכן לא ניתן לומר כי מדובר בנושא חדש (שם, בעמ' 17). בתום הישיבה החליטה הוועדה המסדרת לדחות את הטענה בדבר נושא חדש.

54. בהמשך אותו יום התקיימה ישיבה נוספת של הוועדה המיוחדת. בפתח הדברים עמד היועץ המשפטי לוועדה על סדר הדיון בסעיף התחילה, בהתאם להסכמות שגובשו יום קודם לכן. חה"כ קריב ציין כי ההסכמות לא התקבלו על דעת סיעתו (שם, בעמ' 4-6; וראו גם דברי חה"כ השכל, בעמ' 86). עוד הוא אמר כי ניתן לקצוב זמן להסתייגויות רק אם מאפשרים להגיש אותן בכתב, וזאת רק לאחר סיום הדיון ולאחר שניתן זמן מספק להכנתן (שם, בעמ' 3). היועץ המשפטי לוועדה הוסיף, במענה לדברי חברי הכנסת, כי יום קודם לכן הוקצב מועד להגשת ההסתייגויות, בהתאם לתקנון הכנסת ולהסכמה שהתגבשה, והודעה על כך נשלחה לחברי הוועדה (שם, בעמ' 8; וראו סעיף 86(א) לתקנון).

55. לאחר שהוועדה קיימה דיון כללי בסעיף התחילה, התקיים דיון בהסתייגויות שהועלו לגביו. חברי הכנסת העלו כ-60 הסתייגויות ביחס לסעיף התחילה וכולן נדחו על-ידי הוועדה. בתום אותו דיון הודיע יו"ר הוועדה כי יינתן זמן נוסף להשלמת הצגת ההסתייגויות לסעיף התחילה והצבעה עליהן בישיבת הוועדה הבאה.

ואכן, בישיבה למחרת ביום 21.12.2022 המשיכה הוועדה בדיוני ההכנה לקריאה השנייה והשלישית. בתחילת הדיון, הוצגו כ-30 הסתייגויות נוספות לגבי סעיף התחילה, ואלו נדחו על-ידי הוועדה. במהלך הדיון בהסתייגויות, בתום הזמן שסוכם, ציין יו"ר הוועדה כי יאפשר בדקות הקרובות הגשת הסתייגויות נוספות, לרבות לחברי הכנסת שהביעו הסתייגות מההסכמות הדיוניות שהוזכרו לעיל, אולם אלה לא היו נוכחים בחדר הוועדה. בהמשך לכך ניתנה הזדמנות לכל חבר כנסת שרצה בכך להציג בשם הסתייגויות נוספות (שם, בעמ' 26-27). לאחר מכן המשיכה הוועדה לדון בהסתייגויות לסעיפים אחרים בהצעת החוק ודחתה אותן.

בישיבת הוועדה המיוחדת מיום 22.12.2022 בצהריים השלימה הוועדה את הדיון בהסתייגויות המועטות שנתרו, וכן דנה הוועדה ודחתה מאות בקשות לדיון מחדש (רביזיה) בהסתייגויות שנדחו ודחתה את כולן. בתום הדיונים אישרה הוועדה המיוחדת את הצעת החוק לקריאה השנייה והשלישית (ודחתה בקשה לדיון מחדש (רביזיה) בהצעה עצמה) (שם, בעמ' 3).

56. לקראת הדיון במליאה בקריאה השנייה והשלישית, הודיעו נציגי האופוזיציה על הסרת הרוב המכריע של ההסתייגויות שהגישו, כך שנתרו בסופו של דבר 63 הסתייגויות (מתוך כ-1800 הסתייגויות שהוגשו בסך הכל לנוסח הצעת החוק).

57. בישיבת הוועדה המסדרת מיום 25.12.2022 התקיים דיון בהצעת החלטה לקבוע סדרי דיון מיוחדים בהצעת החוק בקריאה השנייה והשלישית לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת, וזאת רק לעניין מספר ההצבעות השמיות. כפי שהוסבר בהזדמנויות שונות על ידי היועצת המשפטית לכנסת, זהו השימוש "הרך" ביותר שישנו ביחס לסעיף 98 לתקנון, שכן מדובר במגבלה רק של

מספר ההצבעות השמיות (4 לכל צד) ביחס להצעה קצרה יחסית. עוד הוצע לפטור את הצעת החוק מחובת ההנחה לפי סעיף 88(ב) לתקנון הכנסת. למחרת, בישיבה מיום 26.12.2022 החליטה הוועדה המסדרת לקבוע סדרי דיון מיוחדים, וכן לפטור את הצעת החוק מחובת ההנחה.³

החלטת הוועדה המסדרת מיום 26.12.2022 צורפה לעתירה בבג"ץ 8949/22 וסומנה ע/25.

58. הדיון בהצעת החוק בקריאה השנייה והשלישית החל בסביבות השעה 21:30 ביום 26.12.2022, נמשך ברצף כל הלילה, והושלם בסביבות השעה 7:00 בבוקר יום 27.12.2022. בסיום הדיון אישרה הכנסת את הצעת החוק בקריאות השנייה והשלישית, ברוב של 63 תומכים ו-55 מתנגדים (שם, בעמ' 456).

59. בהמשך אותו היום, **שעות ספורות לאחר אישור החוק במליאה, פורסם התיקון לחוק היסוד ברשומות.**

60. כאן המקום להעיר כי יש לדחות על הסף את הסעד המבוקש בעתירה בבג"ץ 8948/22 לפיו בית המשפט הנכבד יורה על בטלותו של סעיף התחילה לתיקון לחוק היסוד.

סעיף התחילה הקובע כי מועד תחילתו של התיקון לחוק היסוד עם פרסומו ברשומות. ואולם בענייננו, **סעד זה הפך לתיאורטי**, מאחר שכשלוש שעות לאחר אישור המליאה פורסם התיקון ברשומות ועל כן **בפועל לא הייתה לסעיף התחילה כל נפקות מעשית.**

למעלה מן הדרוש, יצוין כי אף לגוף הדברים לא הונחה כל עילה להתערבות שיפוטית בסעיף זה מחמת פגמים בהליך חקיקתו. כמפורט לעיל, מדובר בסעיף תחילה פשוט, שנדון בוועדה לאחר שניתנה לחברי הכנסת שהות להציג הסתייגויות לגביו ולאחר שהושגה הסכמה עם נציגי האופוזיציה לגבי לוחות הזמנים לדיון בו, ואף בפועל לא נמנעה מחברי הכנסת הזדמנות להציג הסתייגויות בעניין זה.

זאת ועוד, לגופם של דברים, עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת, כפי שהוצגה בוועדה המיוחדת, היא כי הגם שדרך המלך היא שמועד התחילה של חוקים יהיה עם הפרסום ברשומות, ניתן לקבוע הוראות תחילה אחרות כזו שבענייננו והדבר נעשה בעבר, כאשר בנסיבות שפורטו לא נמצאה בעיה מהותית בהחלטה לכלול הוראה כאמור בתיקון לחוק היסוד.

על כל פנים, די בהפיכת הסעד האמור לתיאורטי כדי להביא לדחייתו על הסף.

³ בהחלטתה נקבע כי יתקיימו לא יותר מ-4 הצבעות שמיות שיתבקשו על-ידי הממשלה או חברי כנסת מסיעות הקואליציה בכנסת ה-24 וסיעת ח"ש-תע"ל, ולא יותר מ-4 הצבעות שמיות שיתבקשו על-ידי חברי כנסת מסיעות אחרות בקריאה השנייה והשלישית יחד. עוד הוחלט כי יו"ר הכנסת רשאי לאשר מספר מקסימלי גדול יותר של הצבעות שמיות, במספר זהה לשני הצדדים.

עיקרי ההסדר שהתקבל

61. אם כן, בתיקון חוק היסוד מושא העתירה נקבע כי לא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר בפועל, וביום מינויו טרם עברו 7 שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל. זאת, אלא אם קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות העניין, משום קלון (הגשת הבקשה ליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית מוסדרת בסעיף 3 לחוק הממשלה, התשס"א-2001, אשר קובע כי היא תוגש על-ידי ראש הממשלה או חבר הכנסת שהוטל עליו התפקיד להרכיב ממשלה, לגבי מי שמועמד להיות שר).

עוד נקבע כי לעניין סעיף זה "מאסר בפועל" הוא גם מאסר על תנאי שהופעל, וכי "עבירה" לצורך תנאי זה היא כל אחת מהעבירות שעליהן נידון לעונש של מאסר בפועל. כלומר, אם ההרשעה הייתה בכמה עבירות שבגינן נגזר מאסר בפועל, הפנייה ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית בעניין הקלון צריכה להתייחס לכל אחת מהעבירות.

62. הסדר זה "מקרב" את תנאי הכשירות של שרים לתנאי הכשירות של מועמדים לכנסת, לפי חוק יסוד: הכנסת.

סעיף 6(א) לחוק יסוד: הכנסת קובע כי מועמד לכנסת לא יכול להיות מי שנידון בפסק דין סופי לעונש מאסר בפועל לתקופה העולה על שלושה חודשים, וביום הגשת הרשימות טרם עברו 7 שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל.⁴

63. כמפורט לעיל, עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת – שהוצגה לחברי הכנסת הן במסמך ההכנה המקדים לגבי הצעת החוק מטעם הייעוץ המשפטי לוועדה והן בדיונים עצמם, היא כי התיקון דן לחוק יסוד: הממשלה הוא תיקון שיש בו משום שינוי הדין, ולא תיקון מבהיר. כעולה מהדיונים, זו הייתה אף עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה. עמדה זו מתבססת בראש ובראשונה על לשונו של הסעיף עובר לתיקון, וכן על השוואת ההסדר האמור לזה שנקבע בחוק יסוד: הכנסת, ועל דינוי ועדת החוקה בהצעת חוק לתיקון חוק יסוד: הממשלה משנת 2014, שביקשה להחמיר את תנאי הכשירות לשרים בנסיבות מסוימות (וראו מסמך ההכנה, בעמ' 3-4).⁵

עמדה זו תהיה נקודת המוצא לדיון בטענות בעתירות שבפנינו.

הטיעון המשפטי

64. בשתי העתירות שלפנינו התבקשו סעדים חריגים הנוגעים לתוקפו של חוק יסוד, ובהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד הוצאו צווים על-תנאי כמבוקש בראש זה של העתירות.

65. העותרת בבג"ץ 8949/22 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת מבקשת את ביטולו של תיקון חוק היסוד (סעיפים ב.1.א ו-ב.1.ב לכתב העתירה), בטענה כי בחקיקתו עשתה הכנסת

⁴ אם עונש המאסר בפועל הוא בגין עבירות טרור או ביטחון חמורות ועונש המאסר הוא לתקופה של למעלה מ-7 שנים, נדרש כי ביום הגשת הרשימות טרם עברו 14 שנים מסיום ריצוי העונש, אלא אם יו"ר ועדת הבחירות המרכזית קבע כי אין עם העבירה קלון (ראו סעיף 6(א) סיפה לחוק יסוד: הכנסת).

⁵ תיקון זה אושר במליאת הכנסת אך לא ברוב הדרוש (61) ולכן נקבע כי לא אושר כדיון.

"שימוש לרעה" בסמכותה המכוננת. לטענתה, תיקון חוק היסוד "פוגע בשיטת המשטר הישראלית, באשר הוא נועד לפגוע בטוהר המידות ובסטנדרט הערכי שנקבע במסגרת הלכת "דרעי-פנחסין". כן נטען כי תיקון חוק היסוד נחקק שלא מאחורי "מסך הבערות", לשם צרכים קואליציוניים ושיקולים פרסונליים הנוגעים להכשרת כהונתו של חה"כ דרעי כשר בממשלה, וכשחברי הכנסת מהקואליציה היו מצויים "בניגוד עניינים מוסדי". העותרת הוסיפה וטענה כנגד החלתו המיידית של תיקון חוק היסוד, אשר שינתה לטענתה את כללי המשחק "תוך כדי המשחק".

66. העותרים בבג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, טוענים גם הם כי הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, המתבטא בהחלה המיידית של תיקון חוק היסוד. לטענתם, ההסדר אינו בעל מאפיינים כלליים, ומדובר בהסדר פרסונלי שמטרתו להיטיב עם חה"כ אריה דרעי ולאפשר לו לכהן כשר בממשלה ה-37, מבלי להביא את עניינו בפני יושב ראש ועדת הבחירות. כן נטען כי תיקון חוק היסוד הוא בעל תחולה רטרואקטיבית ופרסונלית באופן המהווה "הפרה מוחלטת של כללי האמון שחבה הרשות המכוננת כלפי הציבור". בכלל כן, נטען כי הכנסת שקלה שיקולים פוליטיים זרים ופעלה בחוסר תום לב ובניגוד עניינים.

נוכח האמור, מבקשים העותרים שבית המשפט הנכבד יצהיר כי תיקון חוק היסוד לא יחול בעניינו של חה"כ דרעי ביחס לגזר דינו בת"פ 56231-12-21, אשר ניתן קודם למועד תיקון חוק היסוד (סעיף א לכתב העתירה).

קרי, לפנינו סעד מרחיק לכת המבקש מבית המשפט הנכבד להורות הלכה למעשה על תיקונו של ההסדר שנקבע בתיקון לחוק היסוד בכל הנוגע לקביעת מועד התחילה. סעד של תיקון חוק יסוד הוא סעד מובהק של "ייזום חקיקה", אשר בהתאם לעקרון הפרדת הרשויות, וכפי שעולה באופן ברור מפסיקתו העקבית של בית המשפט הנכבד, אינו ניתן במסגרת ביקורת שיפוטית על חוקים (ראו למשל: בג"ץ 8940/14 א.פ.ט אדוונסד פאואר טכנולוגי בע"מ נ' כנסת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של כב' השופט עמית וההפניות שם (18.1.2015)). קל וחומר, סעד זה אינו הולם במסגרת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, וכבר מטעם זה יש לדחותו.

67. עוד התבקש בעתירות (וכן בבג"ץ 8982/22) כי בית המשפט הנכבד יקבע כי מינויו של חה"כ דרעי לשר בממשלה יבוטל בטענה לחוסר סבירותו. כאמור לעיל, טענה זו נוגעת לשיקול דעתו של ראש הממשלה במינוי שרים, והיא אינה מצויה לפתחה של הכנסת. מכאן שתשובת הכנסת תתייחס לטענות כלפי התיקון לחוק היסוד בלבד.

68. **כפי שיפורט להלן, עמדת הכנסת היא כי דין העתירות להידחות בהעדר עילה להתערבות שיפוטית בתיקון חוק היסוד.**

דרך הילוכנו תהיה כדלקמן: תחילה, נעמוד בתמצית על עמדתה המסורתית של הכנסת בדבר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד; בהמשך לכך, נסקור את התפתחות הדוקטרינה לגבי "שימוש לרעה בסמכות המכוננת" מכוחה מבוקש ביטולו של תיקון חוק היסוד, ונעמוד על המבחנים אותם התווה בית המשפט הנכבד בעניין **שפיר**, והאופן בו יושמו עד כה. לאחר מכן נפרט את עמדת הכנסת לפיה תיקון חוק היסוד אינו בא בגדר "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת בהתאם

לאמות המידה ששורטטו בפסיקה. לבסוף, נשיב לטענות נוספות של העותרים, ובכלל זה לטענותיהם בדבר הפגמים שנפלו לכאורה בהליך החקיקה.

א. הערות מקדמיות - ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד

69. בליבת העתירות עומדת הנחת המוצא לפיה **חוק יסוד** שהתקבל על ידי **הכנסת** בכובעה **כרשות המכוננת**, יכול לעמוד לביקורת שיפוטית למרות שהתקבל ברוב הדרוש ובהתאם לכללים שנקבעו בחוק היסוד.

בעניין זה, הכנסת, בהתאם לעמדה המסורתית שהציגה בהליכים קודמים לפני בית המשפט הנכבד, תטען כי בהעדר מקור סמכות מפורש, הפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד אשר התקבלה על ידי הכנסת בכובעה כרשות המכוננת מובילה לפגיעה של ממש בעיקרון ריבונות העם, עיקרון הפרדת הרשויות ועיקרון שלטון החוק, והיא עומדת בסתירה לתשתית המשפטית שעל בסיסה עוגנה סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית חוקתית על חוקים "רגילים" של הכנסת – הכרעתה של הכנסת עצמה בכובעה כרשות המכוננת. **נוכח האמור, העמדה המסורתית של הכנסת, היא כי אין לבית המשפט הנכבד מקור סמכות להפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. זאת, משום שהעקרונות העל-חוקתיים על בסיסם מתבקשת הפעלת הביקורת השיפוטית, לא נקבעו על-ידי הרשות המכוננת ואף לא עוגנה סמכותו של בית המשפט הנכבד לבטל חוקי יסוד מכוחם.**

70. בהעדר מקור הסמכה מפורש להפעלת ביקורת שיפוטית על תוצרי הרשות המכוננת, לאורך השנים נדונו בפסיקה שתי דוקטרינות מכוחן התבקש בית המשפט הנכבד להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד: דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי" ודוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת".

דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי" עוסקת בסמכותה של הרשות השופטת להכריז על תיקון לחוקת המדינה כנוגד את עקרונות היסוד של החוקה, המעוגנים באופן מפורש או משתמע בחוקת המדינה עצמה נוכח **תוכנו** של התיקון החוקתי. בפסיקת בית המשפט הנכבד שאלת ההכרה בדוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי טרם הוכרעה במישרין ובית המשפט עמד על הקשיים המשמעותיים באימוצה בישראל טרם השלמת מפעל חוקי היסוד לכדי חוקה מלאה. בבג"ץ 5555/18 **חסון ואח' נ' הכנסת** (8.7.2021), בעניין חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, קבע בית המשפט הנכבד, בדעת הרוב, כי אין מקום לאמץ בעת הזו אל שיטת המשפט הישראלית את דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, אך נפסק - מבלי שנדרש להכריע בדבר - כי בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי קיימת מגבלה אחת, צרה ביותר, בדבר תוכן חקיקת היסוד, והיא כי אין ביכולתה של הרשות המכוננת לשלול בחוק יסוד את מאפייניה הגרעיניים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. עם זאת, באותו המקרה נמנע בית המשפט הנכבד מלקבוע כי בית המשפט הוא הגורם האמור לאכוף מגבלה זו, והותירה ב"צריך עיון".

למותר לציין, כי תיקון חוק היסוד נושא העתירות שלפנינו אינו מתקרב כדי שלילת המאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ועל כן דוקטרינה זו אינה רלוונטיות לבחינת ענייננו, ולא בכדי אף העותרים בעתירות דגן לא ביקשו את החלטה.

בעוד שבית המשפט לא אימץ עד כה את דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי", הוא הכיר באפשרות להגביל את כוחה של הרשות המכוננת בהיבט היכולת של הכנסת לסווג נורמה מסוימת כ"חוק יסוד", וזאת באמצעות דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת". במסגרת דוקטרינה זו בוחן בית המשפט האם חוק היסוד נושא מאפיינים צורניים וסימני היכר של נורמה חוקתית, וזאת כדי למנוע כניסתן של נורמות אשר אינן "חוקתיות" לחוקה העתידית. קרי, הביקורת השיפוטית על פי דוקטרינה זו אינה נוגעת למהותו ותוכנו של חוק היסוד, אלא מתוחמת לבחינת המאפיינים הפורמאליים של הנורמה בלבד.

71. **עמדת הכנסת לפיה אין לבית המשפט מקור סמכות לבקר חקיקת יסוד תקפה גם באשר לשימוש בדוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת".** הקשיים העיוניים העומדים ביסוד עצם ההכרה בסמכות של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, מתקיימים גם בהקשר של דוקטרינת "השימוש לרעה" בסמכות המכוננת עצמה. בהמשך לכך הרחבת השימוש בדוקטרינה זו למסגרת כללית להפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד עלולה להוביל את בית המשפט לקבל הכרעות שיפוטיות באשר להגבלות - הפרוצדוראליות והמהותיות - על סמכויותיה של הרשות המכוננת, תוך "גלישה" אל עבר ביקורת שיפוטית על תוכנו של ההסדר החוקתי ועל מניעי המכונן. כל זאת בהעדר עיגון להגבלות אלה בחוק-יסוד: חקיקה או בכל מקור חקוק אחר. כאמור, לעמדת הכנסת, אין מקום לעשות כן בהינתן המערך החוקתי הקיים.

72. יובהר, כי הכנסת ערה לכך שעמדתה לפיה אין במשפט החוקתי הישראלי מקור סמכות לביקורת שיפוטית על חוקי היסוד לא התקבלה בפסיקת בית המשפט הנכבד. יחד עם זאת, עמדת הכנסת קיבלה ביטוי משמעותי בחוות דעתם של שלושת שופטי המיעוט בעניין שפיר וכן על ידי חלק משופטי ההרכב בעניין ממשלת החילופים, אשר סברו כי אין בנמצא מקור המסמך את בית המשפט לבקר חוקי יסוד, וכי יש בדוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות מכוננת", על עמימותה, כדי לפגוע בעיקרון הפרדת הרשויות (ראו את פסקי הדין של כב' השופטים סולברג, אלרון ומינץ בעניין שפיר; ואת פסקי הדין של כב' השופטים סולברג ומינץ בעניין שפיר).

מכל מקום, אף אם האפשרות לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד במקרים בהם נעשה "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת הוכרה בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, נוכח הקשיים הדמוקרטיים המתעוררים בהפעלתה, בית המשפט הנכבד חזר והדגיש כי ביקורת על תוצרי הרשות המכוננת תיעשה רק במקרים חריגים ביותר. ואכן, דרך היישום של דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" מלמדת כי בית המשפט הנכבד פסק כי נעשה "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת בשני מקרים בלבד. מקרים אלו התאפיינו בנסיבות חריגות, ובשניהם הפגם שנמצא בשימוש בסמכות המכוננת היה תיקונה של חקיקת יסוד בדרך של הוראת שעה – אשר נועדה "לעקוף" את הסדר הקבע המעוגן גם הוא בחוקי היסוד במקרה מסוים ונקודתי. יתר על כן, גם במקרים אלו לא ניתן סעד אופרטיבי המורה על ביטולה של חקיקת יסוד, ובית המשפט הסתפק ב"התראת בטלות" בלבד.

73. הכנסת סבורה כי על אף שהביקורת השיפוטית על חוקי היסוד הנחקקים על דרך של הוראת שעה אינה חפה מקשיים, כאמור לעיל, לפחות במצבים מסוג בהם יושמה הדוקטרינה בעבר, יישום הדוקטרינה מתמקד במאפיין **פרוצדוראלי מובהק** של חקיקת יסוד ואינו מחייב בחינה של תוכן הנורמה ומהותה.

לעומת זאת, הרחבת יישומה של דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת", כמבוקש בעתירות שלפנינו, ביחס ל**תיקון המעגן הסדר קבע**, אשר מעצם טבעו מבטא נורמה יציבה, המשכית וכללית, תחייב את בית המשפט הנכבד לדיון מורכב הרבה יותר המערב שאלות הנוגעות לתוכנה של החקיקה ומניעה באופן שיוביל להרחבה משמעותית של תחום הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, ויעורר ביתר שאת את הקשיים העומדים בבסיסה של דוקטרינה זו. כך, דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" עלולה להפוך "לצינור קסמים להזרמת עקרונות החוקה הראויה" (ראו עניין **ממשלת החילופים**, פס' 15 לפסק דינו של כב' השופט מינץ ופס' 10 לפסק דינו של כב' השופט הנדל).

74. יתר על כן, הרחבתה של דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" כמסגרת לביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד כמבוקש על-ידי העותרים - על בסיס מניעי המכונן - עלולה להוביל לכך שבאופן פרדוקסלי, חוק יסוד יהיה חשוף יותר לביקורת שיפוטית מאשר חוק "רגיל". כך, **בעוד שבית המשפט הנכבד שב והדגיש בפסיקתו כי מניעי המחוקק אינם עלה לביקורת שיפוטית חוקתית "רגילה", בעת בחינת "השימוש לרעה" בסמכות המכוננת עלול בית המשפט הנכבד הלכה למעשה, לדון במניעי המכונן ובטיב שיקוליו**. כך, בעוד שהמשוכה לביטול חוק "רגיל" היא משוכה משמעותית במסגרתה יש לבחון פגיעה בזכות חוקתית מוגנת ואי-עמידה במבחני פסקת ההגבלה ואין די בהעלאת טענות בדבר מניעי המחוקק, קבלת טענות העותרים והרחבת הדוקטרינה בהתאם, תוביל לכך שניתן יהיה להורות על בטלותו של חוק יסוד בשל פגמים מסוג זה בדיוק. בכך למעשה דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" עלולה להפוך לכלי לביקורת שיפוטית "מעין מנהלית" על חוקי היסוד (לעניין זה, ראו: פס' 42-41 לפסק דינו של כב' השופט סולברג בעניין **ממשלת החילופים**).

75. מכאן תוסיף הכנסת ותפרט להלן את עמדתה לפיה יש לדחות את טענות העותרים בדבר שימוש לרעה בסמכות המכוננת בענייננו. אך קודם לכן, נעמוד בתמצית על התפתחות דוקטרינה זו על מבחניה בראי הפסיקה.

ב. דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" בראי הפסיקה

76. ניצניה של הדוקטרינה מצויים בפסק הדין בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 399 (1995) (להלן: **עניין בנק המזרחי**), שם הועלה ספק באשר לסמכותה של הכנסת לעגן בחוקי היסוד הוראות אשר אינן מתאימות להיכלל בחקיקת יסוד, ושאלת ה"שימוש לרעה" בכותרת חוק יסוד הושארה באותה העת בצריך עיון (ראו דברי כב' הנשיא ברק, בעמ' 406).

77. בשלב מאוחר יותר, בפסקי הדין בנושא התקציב הדו-שנתי נדונה האפשרות להכיר במצב נוסף שבו חקיקת חוק יסוד יעלה לכדי "שימוש לרעה" בשל עצם השימוש בנורמה ברמה של "חוק

יסוד" והוא מצב שבו חקיקת היסוד נעשתה בדרך של הוראת שעה. כך בבג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: **עניין בר-און**). דן בית המשפט הנכבד בשאלת הנפקות של חקיקת תיקון לחוק-יסוד כהוראת שעה. לא נמצא מקום להתערב במקרה זה בתיקון חוק היסוד, אך צוין כי חקיקת חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות לכדי "שימוש לרעה" בכותרת "חוק יסוד", "בבחינת כל מקרה לגופו".

בהמשך, דן בית המשפט הנכבד פעם נוספת בהוראת שעה אשר נועדה לאפשר אישורו של תקציב דו-שנתי, בבג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (6.9.2017) (להלן: **עניין המרכז האקדמי**). באותו עניין נמצא "שימוש לרעה" בעיקר בכך שמדובר **בהוראת שעה זמנית, חמישית במספר**, אשר הובילה ל"שחיקה" של ההסדר הקבוע. יוער, כי בית המשפט הנכבד לא מצא מקום ליתן סעד אופרטיבי של בטלות הוראת השעה, בין היתר נוכח התקדימיות שבהתערבות בחקיקת יסוד של הרשות המכוננת ולכן ניתנה "התראת בטלות" (פסי' ל"ד לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין).

78. חקיקת יסוד על דרך של הוראת שעה בתחום תקציב המדינה הובאה לפתחו של בית המשפט הנכבד פעם נוספת בעניין **שפיר**, אשר עסק בתיקון מס' 50 לחוק-יסוד: הכנסת, אשר כלל הוראות שעה ביחס לתקציב המדינה לשנת הכספים 2020. בית המשפט הנכבד החליט, בדעת רוב, להוציא "התראת בטלות" לפיה לא ניתן לתקן את חוק יסוד: משק המדינה לשם הגדלת תקרת התקציב ההמשכי ללא צידוק מספק.

בפסק דינה קבעה כב' הנשיאה חיות כי עניינה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת "בזיהוי הנורמה העומדת לדיון כנורמה מסדר הנורמות החוקתיות" (שם, פס' 29), ומניעת חזרה של נורמות שאינן מצויות במדרג המתאים אל החוקה המתהווה.

בהמשך לכך, התוותה כב' הנשיאה בפסק דינה **מבחן דו-שלבי** לבחינת התחולה של הדוקטרינה, תוך שהודגש כי מבחן זה עולה בקנה אחד עם מהותה של דוקטרינת השימוש לרעה במובן זה שמרכז הכובד שלו הוא בשאלת זיהוי וסיווג הנורמה כנורמה חוקתית ולא בבחינת תוכנה.

לפי פסק הדין, השלב הראשון של המבחן הדו-שלבי הוא "**שלב הזיהוי**", במסגרתו על בית המשפט לבחון האם חוק היסוד או התיקון לו נושאים את "המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות" (שם, פס' 36). בהקשר זה נקבעו שלושה מבחני עזר: **מבחן היציבות** – במסגרתו תיבחן השאלה האם חוק היסוד או התיקון לו נושא אופי זמני או שמא מדובר בהסדר קבע; **מבחן הכלליות** – במסגרתו תיבחן השאלה האם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית כללית או נורמה בעלת מאפיינים פרסונליים; ו**מבחן ההתאמה למארג החוקתי** שבו משתלבת הנורמה – במסגרתו תיבחן השאלה האם הנורמה עולה בקנה אחד עם נושאים שהוסדרו בחוקי יסוד ונועדה להסדיר עניינים הנוגעים לליבת המשטר החוקתי. כן צוין כי מבחני עזר אלו אינם בגדר "רשימה סגורה" של שיקולים.

עוד נקבע כי ככל שחוק יסוד נעדר אחד ממאפיינים אלו, ישנו קושי להגדירו כנורמה חוקתית. בנסיבות אלו, יש לעבור אל השלב השני – "**שלב הצידוק**", במסגרתו "עובר הנטל אל כתפי המשיבים להצביע על הצדקה לעיגון הנורמה בחוק-יסוד דווקא". בשלב זה, נבחנת הצדקת

חקיקתו של חוק היסוד או התיקון לו, לרבות "קיומן של נסיבות חריגות" וכן "מידת הפגיעה בעקרונות משטרתיים ובזכויות יסוד אחרות" (שם, בפס' 43). בהקשר זה, הודגש כי מבחן הצידוק **לא עוסק במניעים לכינון חוק היסוד**, או התיקונים לו, אלא בקיומו של טעם מבורר לעיגון הנורמה במסגרת חקיקת יסוד.

על פי מבחן דו-שלבי זה, הגיע בית המשפט לתוצאה לפיה תיקון מס' 50 לחוק-יסוד: הכנסת, שהגדיל במסגרת הוראת שעה את תקרת התקציב ההמשכי לשנת 2020 **בסכום ספציפי – 11 מיליארד שקלים**, מגלם מקרה חריג של שימוש לרעה בסמכות המכוננת אשר אינו עומד באף אחד ממבחני המשנה שתוארו. נקבע כי מדובר **בנורמה זמנית ופרסונלית, אשר נחקקה כהוראת שעה כדי להיטיב עם הממשלה ה-35 בלבד ולאפשר לה "לעקוף" את הפיקוח הפרלמנטרי הקבוע בחוק היסוד, בעוד שממשלות עתידיות יהיו כפופות לו; וכן נקבע כי נורמה זמנית זו אינה משתלבת במארג החוקתי**. בבחינת "הצידוק" לחקיקת הוראת השעה נמצא כי לא הייתה הצדקה בנסיבות המקרה לשימוש בסמכות המכוננת לשם הוספת 11 מיליארד שקלים לתקציב המשכי, תוך עקיפת מנגנון הקבע שבחוק היסוד.

רוב חברי ההרכב הצטרפו לפסק דינה של הנשיאה, תוך הוספת הערות ודגשים שונים. במסגרת זאת כב' השופטת ברק-ארז ציינה כי לעמדתה יש להחיל מבחן חד-שלבי הבוחן את "זיהוי" הנורמה בלבד, עוד קבעה כי במבחן המשנה השלישי יש לבחון אם "פלשה" הרשות המכוננת לתפקידן של רשויות השלטון האחרות – וזאת כדי למנוע את הרחבת מתחם שיקול הדעת השיפוטי הנדרש בעת יישום הדוקטרינה. גם כב' השופט הנדל הסתייג מהתוויית המבחנים האמורים וביסס את מסקנתו על פסקי הדין הקודמים בעניין התקציב הדו-שנתי.

מנגד, עמדת שופטי דעת המיעוט (כב' השופטים סולברג, אלרון ומינץ) הייתה כי יש לדחות את העתירות מאחר שהפכו לתיאורטיות, וכי אין הצדקה להחלת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת או לקביעת מבחנים לצורך זה. בהקשר זה צוין כי התערבות בחקיקת יסוד עשויה להסיג את גבולה של הרשות המכוננת, ללא הסמכה מפורשת, תוך פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות ובאמון במערכת המשפט.

79. כחודשיים לאחר מתן פסק הדין בעניין **שפיר**, ניתן פסק הדין **בעניין ממשלת החילופים**, בו נידונו עתירות נגד תיקון מס' 8 לחוק יסוד: הממשלה, אשר עיגן בחוק היסוד את מוסד ממשלת החילופים ובמסגרתו גם את אופן הצבעת אי-האמון בממשלת חילופים.

בפסק הדין דן בית המשפט הנכבד, בהרכב מורחב של תשעה שופטים, בתחולתה של דוקטרינת "השימוש לרעה" ויישב את המבחנים אשר הוטו בעניין **שפיר**, כאשר עיקר הדיון התמקד בשאלה האם נפל פגם בכך שההסדר הוחל באופן מיידי על הכנסת ה-23. יצוין, כי לראשונה דן בית המשפט הנכבד בשאלה האם נעשה "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת בחקיקת יסוד שאינה על דרך הוראת שעה.

בית המשפט הנכבד, בדעת הרוב (בניגוד לעמדת היחיד של כב' המשנה לנשיאה מלצר אשר סבר כי יש מקום להוצאת "התראת בטלות מרוככת"), **דחה את העתירות** תוך שהובהר כי ההלכה שיצאה תחת ידיו של בית המשפט בעניין **שפיר** קבעה כי הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד

מכוח דוקטרינת השימוש לרעה תעשה **בצמצום רב ואך במקרים חריגים** (ראו למשל, פס' 10 לפסק דינו של כב' השופט הנדל; פס' 8 לפסק דינה של כב' השופטת ברון; פס' 20 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז).

בדעת הרוב נקבע כי הסדר ממשלת החילופים צולח את שלושת מבחני העזר של "שלב הזיהוי" ולכן אין צורך לבדוק את "הצידוק" לכינונה של הנורמה החוקתית. נקבע כי ההסדר - כהסדר קבע - הוא יציב, המשכי וכללי, שלא נועד לשרת ממשלה מסוימת או כנסת מסוימת. כן נקבע כי ההסדר עולה בקנה אחד עם תיקונים קודמים בחוק היסוד ולכן הוא אינו עומד בסתירה למארג החוקתי הקיים. נוכח האמור, נמצא כי אין קושי בזיהוי ההסדר ככזה המצוי במדרג החוקתי. דעת הרוב שבה וחיידה כי אין לבחון את המניעים הפוליטיים אשר היו ברקע החקיקה כדי ללמוד על היעדר כלליותו של ההסדר.

באותה פרשה הוקדש דיון נרחב לשאלת תחולתו המיידית של תיקון מס' 8 לחוק יסוד: הממשלה. דעת הרוב (בניגוד לעמדתו החולקת של כב' המשנה לנשיאה מלצר) קבעה כי אין בהחלה מיידית, על אף הקשיים שהיא יכולה לעורר, כדי לחרוג מ"מבחן הזיהוי" באופן המבסס את נטילת מעמדה החוקתי.

יצוין, כי בהמשך לפסקי דינם בעניין **שפיר**, כב' השופטים מינץ וסולברג סברו כי התפתחותה של דוקטרינת "השימוש לרעה" בפסיקה, כפי שיושמה בדעת המיעוט של כב' המשנה לנשיאה, מתייחסת באופן ישיר גם למהותו ותוכנו של ההסדר החוקתי, תוך הותרת פתח רחב לשיקול דעת שיפוטי וללא מנגנונים ברורים אשר יגדרו את תחולתה.

80. מכאן לעתירות שלפנינו.

העותרים מבקשים להסתמך על פסקי הדין אשר נסקרו לעיל לענייננו, אולם בפועל, כפי שיפורט להלן, מבוקשם הוא להרחיב באופן ניכר את אמות המידה שהותוו בפסיקה ביישום דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת". כפי שיפורט להלן, לעמדת הכנסת יש לדחות טענות אלה.

ג. תיקון חוק היסוד אינו עולה לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת

81. טרם בחינת טענות העותרים לגופן, תציין הכנסת כי הקשיים עליהם עמדנו לעיל בכל הנוגע להרחבת דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" מעבר לגבולות הדוקטרינה שכבר הוכרו בפסיקה, מודגמים היטב בעתירות שלפנינו. כפי שיפורט להלן, העותרים מבקשים כי בית המשפט הנכבד יתערב בחקיקת יסוד על בסיס טענות בדבר המניעים, הכוונות ותום לבו של המכונן, וכן על בסיס טענות כנגד תוכנו של תיקון חוק היסוד אשר אינו משקף לדעתם סטנדרט ערכי ראוי לכשירותם של שרי הממשלה. כל זאת – **תחת הכותרת של "שימוש לרעה בסמכות המכוננת"**. הכנסת תטען כי די בכך שטענות אלו אינן הולמות את התשתית העיונית שבבסיס הדוקטרינה כדי לדחותן.

82. כאמור, בעניין **שפיר** נקבע כי תכליתה של דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" היא **זיהוי הנורמה החוקתית** כדי להגן על החוקה המתגבשת מפני חדירה של נורמות שאינן מצויות במדרג החוקתי.

בפתח הדברים, תציין הכנסת את המובן מאלי. תיקון חוק היסוד נחקק על ידי הכנסת בכובעה כרשות המכוננת. תיקון חוק היסוד עומד **במבחן הצורני** שנקבע עוד בעניין **בנק המזרחי**, שכן ניתן לו ביטוי חיצוני בדמות ציון הכותרת "חוק-יסוד", ללא אזכור שנת החקיקה. מעבר לכך, כמפורט להלן, התיקון לחוק היסוד נושא את סימני ההיכר של נורמות חוקתיות ועל כן צולח גם את שלושת מבחני המשנה של "**שלב הזיהוי**" אשר הותוו על ידי בית המשפט הנכבד בעניין **שפיר**, לפנינו הסדר יציב, כללי אשר הולם את המארג החוקתי. לפיכך, אין בענייננו צורך לבחון את "הצידוק" לקביעת ההסדר במסגרת חוק יסוד דווקא.

נפנה אפוא לבחינת מבחני "שלב הזיהוי", כאשר תחילה נעמוד על עמידתו של התיקון לחוק היסוד בקריטריון הכלליים שבו התמקדו עיקר טענות העותרים.

מבחן הכלליות

83. מבחן זה עניינו בכך שנורמה המעוגנת בחוק היסוד צריכה להיות בעלת "תחולה כללית, מופשטת ולהתייחס לקבוצה בלתי מסוימת" להבדיל מנורמה בעלת מאפיינים פרסונליים החלה על שחקנים מוגדרים (עניין **שפיר**, פס' 40 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות).

בעניין **שפיר**, עמדה כב' השופטת ברק-ארז על החפיפה בין מבחן היציבות למבחן הכלליות, שכן הוראת שעה שאינה מקיימת את דרישת היציבות, עשויה להיות מכוונת להסדרת עניינו של אדם או מוסד מסוים ובכך להיחשב גם כנורמה פרסונלית. בהמשך לכך, בעניין **ממשלת החילופים** הציעה כב' השופטת ברק-ארז מאפיין נוסף לבחינת עמידתו של חוק יסוד בקריטריון הכלליות – **שאלת המשכיותו**, והוסיפה כי ככל שחוק היסוד אינו בגדר הוראת שעה חזקה כי הוא אינו פרסונלי. ראו בפס' 21-22 לפסק דינה:

"... ככל שהסדר, אשר בבסיסו מעגן נורמה שהיא כשלעצמה כללית (בשונה מנורמה שהיא מלכתחילה פרטנית או אישית), לא נחקק כהוראת שעה, ניתן להניח לטובת מחוקקיו כי הוא אינו פרסונלי. לעומת זאת, הסדר שמלכתחילה נועד לחול לאורך תקופת זמן מוגבלת מעורר מטבעו חשש כבד יותר כי "נתפר למידותיו" של אדם או מוסד מסוים, באופן שמחייב נקיטת חשדנות רבה יותר ביחס לעמידתו בקריטריון הכלליות (זאת, בנוסף לקושי הכרוך בהקשר זה מהיבטו של קריטריון היציבות).

במובן זה, לשיטתי, ניתן לומר כי מתקיימים יחסי הדדיות בין קריטריון היציבות לקריטריון הכלליות. חשוב להבהיר: **מאפיין המשכיות אינו יכול לשמש קריטריון יחיד לבחינה אם מדובר בהסדר פרסונלי. אולם, הוא יוצר חזקה התומכת בכך שמדובר בהסדר כללי.**

באופן דומה, גם כב' השופט הנדל בעניין **ממשלת החילופים** הצביע על כך שהוראת קבע, גם אם השפעתה המידית ברורה, היא כללית במהותה, ראו בפס' 11 לפסק דינו:

"ההגבלה שהטיל סעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה על ראשי ממשלת החילופים אינה מהווה הוראת שעה, "המיועדת והמאפשרת לשחקן A (קרי, הממשלה המכהנת) להתגבר על משוכות פוליטיות, אך מציבה רף גבוה יותר בפני שחקן B (ממשלה עתידית שלא תינה מהוראת השעה ותידרש להתמודד עם פיקוח פרלמנטרי מחמיר)" (פסקה 6 לחוות דעתי בעניין התקציב הדו שנתי). אדרבה, מדובר בהוראת קבע, שגם אם ניתן להעריך את השפעתה המיידית, אין לדעת האם הרוב הרגעי שכוון אותה יזכה ליהנות ממנה בטווח הארוך."

84. ואכן, יישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת בפסיקה, מעלה כי עד כה מצא בית המשפט הנכבד כי חוק יסוד אינו עומד בתנאי הכלליות אם נחקק בהוראת שעה באופן אשר נועד להטיב עם ממשלה מסוימת ולהקנות לה יתרון שאינו מצוי בידי ממשלה עתידית (ראו בעניין שפיר וכן בעניין המרכז האקדמי).

85. בענייננו, תיקון חוק היסוד הוא תיקון קבוע ובעל המשכיות, אשר יחול באופן כללי על כל מינוי של שר בעתיד, ולא רק על שרים המתמנים לממשלה ה-37. על כן, יישום מבחן הכלליות בענייננו, מלמד כי בפנינו חקיקה העומדת בתנאי זה.

86. ואולם, העותרים מבקשים לטעון טענה מרחיבה יותר, ולפיה גם אם התיקון חל באופן כללי גם על מינוי שרים בעתיד, החלתו המיידית, לצד עיתוי החקיקה, מלמדים כי מדובר בהסדר פרסונלי אשר "נחזה" להסדר כללי. נטען כי תכליתו של התיקון היא שיפור מצבו האישי של חה"כ אריה דרעי, כך שיעמוד בתנאי הכשירות לכהונה כשר בממשלה, באופן אשר יקל על מלאכת הרכבת הממשלה. נוכח האמור, נטען כי תיקון חוק היסוד אינו עומד במבחן הכלליות.

לעמדת הכנסת, הגם שאין חולק כי מנסיבות חקיקתו של תיקון חוק היסוד עולה כי עניינו של חה"כ דרעי עמד ברקע התיקון, ועל אף הקשיים בחקיקה משטרית העוסקת בתנאי כשירות שלא מאחורי "מסך בערות", שנדונו בהרחבה בהליכי החקיקה, בכך אין כדי להוביל למסקנה שהתיקון אינו עומד במבחן הכלליות כפי שעוצב בפסיקה.

87. ראשית, חוק כללי, החל מכאן ואילך, על מספר בלתי מסוים של מקרים הוא חוק העומד במבחן הכלליות ואין בכך שמקרה פרטי הוא תמריץ לחקיקה כדי להשפיע על מסקנה זו.

בדיוני החקיקה הוצגה עמדת הייעוץ המשפטי לוועדה (והייעוץ המשפטי לממשלה) לפיה תיקונים של חוקי היסוד ובפרט תיקונים מסוג זה שעניינם בקביעת תנאי כשירות מעולם טוהר המידות ראוי שיחוקקו מאחורי "מסך בערות", ולא על רקע סיטואציה פוליטית ספציפית. כמו כן, כעולה מהפרוטוקולים של הדיונים, היה קושי לדון בהסדר העומד על הפרק "בתנאי מעבדה" וחלקים רבים מהדיון הוקדשו לענייני הפרטני של חה"כ דרעי. יחד עם זאת, אף אם המניע מאחורי דבר החקיקה נגע לסיטואציה קונקרטי, נקודת המפתח ביישום דוקטרינת "השימוש לרעה" היא האם במבחן התוצאה תחולתו של חוק היסוד היא כללית כך שהוא יחול על כל אדם הנמצא בסיטואציה אותה ביקש החוק להסדיר.

ראו לעניין זה את דברי כב' השופט הנדל בעניין ממשלת החילופים, בפס' 12:

"ודוק, אני נכון להניח כי הנסיבות הפוליטיות ששררו ערב הקמת הממשלה ה-35 הניעו את גלגלי תיקון 8, שסעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה נמנה על הוראותיו, ולמצער השפיעו על תוכנו. ברם, הרקע לחקיקה אינו פוסל אותה. חקיקה נועדה, בין היתר, לפתור בעיות שהתרחשו במציאות. היכולת להגיב בצורה דינמית, ולתקן באופן מידי כשלים שנחשפו, מצויה בארגז הכלים של המחוקק. כל עוד החקיקה מציעה פתרון כללי לבעיה כללית, אין פסול בכך שאירוע ספציפי הוא שהעלה את הבעיה על שולחנו של המחוקק (ראו מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" חוקים יב 173, 179-180 (2018); ונדיב מרדכי, מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס מדריך למחוקק 65-66 (2015))."

כן ראו את דבריה של כב' השופטת ברק-ארז, שם בפס' 20 :

"יש להימנע מאימוץ פרשנות המרחיבה את תחולתו של קריטריון הכלליות יתר על המידה. זאת ועוד, יש להדגיש כי מרכז הכובד בעת בחינתו של קריטריון הכלליות אינו צריך להיות המניעים הסובייקטיביים של חברי הכנסת בעת חקיקתו של חוק היסוד או התיקון לו. חלף זאת, הבחינה אמורה להתמקד בתוצאה הנורמטיבית של ההסדר שעומד לדיון, ובשאלה האם, ועד כמה, הוא נושא מאפיינים פרסונליים או פרטניים." (עוד ראו: שם, פס' 12 לפסק דינו של כב' השופט הנדל; פס' 17 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות; מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" חוקים יב 173, 179-180 (2018)).

בענייננו, מהרקע לתיקון חוק היסוד ומהליך החקיקה אכן עולה כאמור כי עניינו של חה"כ דרעי היווה תמריץ לשינוי ההסדר, ובכך לא פעלו חברי הכנסת מאחורי "מסך הבערות". ואולם, מהדיונים גם עלה כי חלק מחברי הכנסת סברו כי עניינו של חה"כ דרעי מלמד כי ישנה הצדקה לצמצום הפער בין תנאי הכשירות של חברי הכנסת לבין אלו של שרי הממשלה, וזאת כדי למנוע מצב שבו אדם זוכה לתמיכה ציבורית גדולה ונבחר לכנסת, אך תנאי הכשירות הסטטוטוריים יימנעו ממנו להתמנות לתפקיד של שר במטרה להגשים את רצון הציבור שבחר בו (וראו בדיון מיום 14.12.2022 את דברי חה"כ ארבל בעמ' 42, ואת דברי חה"כ אוריאל בוסו בעמ' 95; וכן בדיון מיום 18.12.2022 את דברי יו"ר הוועדה, חה"כ קרעי, בעמ' 9).

בהתאם לכך, תוקן חוק היסוד בהוראה כללית, באופן המקל את תנאי הכשירות של שרים ומרחיב את קשת האפשרויות הקיימות בכל הנוגע למינוי שרים, במקרהו של חה"כ דרעי ובכל מקרה נוסף שיתעורר בעתיד.

88. **שנית, בהתאם לפסיקתו של בית המשפט הנכבד, אין מקום לבחינת מניעי המכונן ושיקוליו בעת בחינת כלליותה של הנורמה (ובכלל).**

כאמור, אין בכך שסיטואציה פוליטית קונקרטיית עמדה ברקע תיקון חוק היסוד כדי להוות בסיס להפעלת ביקורת שיפוטית ככלל, ולקביעה כי ההסדר בחוק היסוד אינו עומד בדרישת הכלליות בפרט. למעשה, ההיסטוריה החוקתית מלמדת כי נערכו לאורך השנים תיקונים בחוקי היסוד על רקע משבר פוליטי קונקרטי או "לצרכים קואליציוניים".

כך למשל:

חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 2), משנת 1979, אשר אפשר למנות שני סגנים לראש הממשלה, על רקע צרכים קואליציוניים, והיה בעל תחולה מיידית; חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 4), משנת 1984, אשר עיגן את מעמדו של "ממלא מקום ראש הממשלה", על רקע ממשלת הרוטציה שהוקמה; חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 17), משנת 1994, אשר קבע כי חברי כנסת אשר התפלגו מסיעתם אינם מנועים מלשמש כשרים בממשלה, וכי לא תחול לגביהם המגבלה החלה על מי שפרש מסיעתו; תיקון חוק-יסוד: הממשלה, משנת 2000, אשר קבע כי ניתן להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה לא רק על חבר כנסת מכהן אלא גם על מי שמפלגה המיוצגת בכנסת קבעה כמועמד לראשות הממשלה (תיקון זה הוחל באופן מידי בעת הליכים להרכבת ממשלה); חוק התפלגות סיעה (תיקוני חקיקה), התשס"ט-2009, אשר איפשר לשליש סיעה להתפלג ממנה

ללא שזו תיחשב לפרישה; חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 3 והוראת שעה לכנסת ה-20), משנת 2015, שאיפשר מינוי של שרים בלי תיק וביטל את מגבלת מספר השרים וסגני השרים, ונחקק קודם להקמת הממשלה (תיקון זה נדון על ידי בית המשפט הנכבד בבג"ץ 3234/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יו"ר הכנסת** (9.7.2015) (להלן: **עניין יש עתיד**), שדחה את העתירה); חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 42 והוראת שעה), משנת 2015, אשר במסגרתו נחקק "החוק הנורווגי הקטן", בסמוך למועד הקמת הממשלה; חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 5), משנת 2018, אשר אפשר אצילת סמכויות סטטוטוריות הנתונות לשר, לידי סגן שר שהשר הממונה עליו והוא ראש הממשלה (כנגד תיקון זה הוגשה העתירה בבג"ץ 3345/18 **התנועה לטוהר המידות נ' שר הבריאות** (27.4.2018)), שנמשכה על ידי העותרת לאחר קיום דיון בה); חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44), המכונה "חוק ההדחה", אשר הוחל באופן מיידי (בג"ץ 5744/16 **בן מאיר נ' הכנסת** (27.5.2018)); וחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), משנת 2020, אשר עיגן בחוק היסוד את מוסד ממשלת החילופים על רקע המאמצים להרכבת הממשלה ואשר העתירות לגביו נדחו כאמור.

טענת העותרים לפיה די בקיומם של מניעים פוליטיים "פרסונליים" כדי להביא להחלת דוקטרינת "השימוש לרעה" ולהתערבות בחוק יסוד, אינה תואמת אפוא את המציאות הפוליטית בישראל, וגם לא את עמדת הפסיקה אשר לאורך השנים חזרה ודחתה את הטענה כי המניעים העומדים בבסיס חוק יסוד מהווים עילה להפעלת ביקורת שיפוטית חוקתית, מכוח דוקטרינת "השימוש לרעה" או מכוח כל דוקטרינה אחרת.

89. כך, בעת שדן בית המשפט הנכבד בעתירה שהוגשה נגד הוספת פסקת ההתגברות לחוק יסוד: חופש העיסוק בשנת 1994, נטען כי הוא נחקק רק כדי לענות על "צרכי שעה קואליציוניים" (החשש מפסילת חוקים שאסרו על יבוא בשר לא כשר). עוד נטען, כי חוק-היסוד החדש אינו חוקתי משום שהוא "לא נועד לתכלית ראויה ולא מטעמים של טובת הכלל". בית המשפט הנכבד, מפי כב' הנשיא ברק, דחה טענה זו והבהיר כי אם הכנסת פעלה בהתאם להוראות הנוקשות הפורמליות בחוק-היסוד וחוקקה את התיקון ברוב הנדרש, הרי מדובר בשינוי חוקתי לגיטימי ואין מקום לבחינה מהותית של השינוי בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה, אשר אחד מהם הוא בחינת התכלית של ההסדר (בג"ץ 1368/94 **פורת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נז(5) 913, 914 (1994)).

90. בדומה, כאשר דן בית המשפט הנכבד בתיקון לחוק-יסוד: הממשלה בעניין הגדלת מספר השרים בממשלה (בג"ץ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת החוקה, חוק ומשפט**, פ"ד נג(4) 92, 96 (1999)), טענו העותרים כי תיקון זה נחקק באופן מזוהז ביותר ולצרכים קואליציוניים זמניים, ואינו משקף תפישה חוקתית. בית המשפט דחה את הטענה וקבע כי היא אינה מגלה עילה להתערבות שיפוטית:

"אין זה רצוי שחוקי יסוד – המהווים פרקים של חוקת המדינה – יתקבלו או יתוקנו לצורך סיפוק צורכי שעה קואליציוניים [...] [אולם] **ספק רב אם מניעים לחקיקת חוק יסוד – אף אם ניתן לטעון שאינם ראויים – עשויים כשלעצמם להוות פגם משפטי המהווה עילה לביקורת שיפוטית**. על-כל-פנים, במניעי החקיקה במקרה זה, כמו גם בתוכן הפוליטי של התיקון, אין סתירה של עקרונות-על של שיטתנו. והלוא גם אלה שאינם שוללים על הסף את האפשרות מרחיקת הלכת

של ביקורת שיפוטית על תוכן חוק יסוד וחוקים שאינה מבוססת על טענה להפרת חוקי יסוד, מגבילים את האפשרות למקרים של פגיעה בעקרונות-על כאלה."

91. גם בעניין **בר-און** בית המשפט הנכבד קבע כי מניעו הפוליטיים של המכונן אינם עילה להפעלת ביקורת שיפוטית (בעמ' 295-296):

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

92. כך נפסק גם בעניין **המרכז האקדמי** (וראו פסק דינו של כב' השופט פוגלמן באותו עניין, פס' 5). באותה פרשה, בחינת הטעמים שבבסיס הוראת השעה, נעשתה אך ורק כדי לבחון את עצם ההצדקה לעגן את ההסדר החוקתי **בהוראת שעה**, ולא כבחינה עקרונית של "תכלית החקיקה". לפיכך, גם בפסק דין זה אין גושפנקא לבחינת מניעיו של המכונן.

93. במסגרת פיתוח הדוקטרינה שנעשה לאחרונה בפסיקה בעניין **שפיר**, חזר והדגיש בית המשפט כי אין מקום לבחינת מניעיו של המכונן במסגרת דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" (ובפרט במסגרת "שלב הצידוק").

94. בעניין **ממשלת החילופים** חזר בית המשפט על הלכה זו. ראו לעניין זה את פסק דינו של כב' השופט הנדל, בפס' 12:

"[...] חשוב מכך, **הדין הנוהג אינו רואה במניעיו הפוליטיים של המחוקק עילה לשלילת מעמדה החוקתי של נורמה שהרשות המכוננת עיטרה בכותרת "חוק יסוד".** [...]"

מאז... התרחב והתמסד השימוש שנעשה במשפטנו החוקתי בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, שאף הצמיחה פארות – אך נראה שבהיבט זה לא חל שינוי. התראת הבטלות שניתנה בעניין התקציב הדו שנתי, התבססה על השימוש החוזר ונשנה בכלי הוראת השעה, ולא על עצם קיומו של מניע פוליטי לאימוץ מודל של תקציב דו-שנתי. [...] **אף בהכרעתנו בעניין שפיר אין כדי לשנות את התמונה, שכן המבחן שהציעה חברתי הנשיאה מתייחס להיבט הכלליות במובן זה שנורמה "המכוונת כל כולה לפתרון קשיים ספציפיים של ממשלה מסוימת וכנסת מסוימת" כושלת במבחן הזיהוי (פסקה 50 לחוות דעת הנשיאה, ופסקאות 21 ו-26 לחוות דעת חברתי, השופטת ד' ברק-ארז). מכאן ועד לקביעה גורפת כי חוק יסוד שבא לעולם משיקולים פוליטיים, אינו ראוי למעמד חוקתי, ארוכה הדרך – ולטעמי, בלתי עבירה."**

עוד ראו את דבריו של כב' השופט סולברג אשר הבהיר כי דוקטרינת "השימוש לרעה" לא נועדה לבחון את שיקוליו של המכונן (שם, בפס' 41):

"בפסקי הדין שצוינו לעיל, היו מן השופטים שגרסו, כי במסגרת דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת', יבחן בית המשפט את מעשי המכונן, כדרך שבה הוא בוחן החלטה מנהלית. בתוך כך יבדוק: אם שיקולי המכונן היו ענייניים, או שמא שיקולים פוליטיים הם

שהביאוהו לתקן את חקיקת-היסוד. ניכר, כי חברי המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר הילך בדרך זו. [...] דא עקא, **ביקורת שיפוטית מעין מנהלית על שיקול הדעת של המחוקק, על עניינותו – היא חידוש מפליג, אשר לא הוכר במקומותינו; ובדין לא הוכר**.

מהאמור עולה כפי שבית המשפט הנכבד חזר וקבע, כי המניעים אשר עמדו בבסיס דבר החקיקה אינם יכולים לבסס עילה למתן סעד שיפוטי כנגד חוקי יסוד, וזאת גם כאשר נקודת המוצא הייתה כי החקיקה שנבחנה הייתה בעלת מאפיינים פרסונליים.

95. **מעבר לכך**, הטענות בדבר מניעי המכוון והשיקולים שעמדו בבסיס החקיקה מצויות בכלל במישור המינהלי, ואכן בית המשפט הנכבד קבע בפסיקתו העקבית בנושא כי הן אינן עילה להפעלת ביקורת שיפוטית גם על חוקים רגילים (ראו למשל, בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 15 לפסק דינה של כב' השופטת חיות וההפניות שם (17.8.2016)). בבחינת קל וחומר, דוקטרינת "השימוש לרעה" אינה יכולה להוות פתח להרחבת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, מעבר לגבולותיה של הביקורת השיפוטית החוקתית "הרגילה" (ראו, גם פס' 13 לפסק דינו של כב' השופט מינץ בעניין שפיר).

96. **שלישית**, אין בעיתוי החקיקה ובתחולתו המיידית של תיקון חוק היסוד כדי ללמד על אי-עמידתו במבחן הכלליים.

97. העותרת בבג"ץ 8949/22 טוענת כי התחולה המיידית של התיקון טרם כינונה של הממשלה היא בגדר "תקדים חדש ומסוכן" (ראו סעיף 198 לכתב העתירה). אין חולק כי תחולה מיידית של תיקון לחוק יסוד, במובן של החלתו על הכנסת שמכוננת אותו, איננה רצויה, וזאת בהתאם לתפיסה כי שינויים משטריים יסודיים צריכים להיעשות במנותק מתנאים פוליטיים ספציפיים (וראו לעניין זה: פרוטוקול הדיון מיום 14.12.2022, עמ' 21-22).

98. ואולם, טענה זו של העותרים כבר נדחתה למעשה בפסיקתו של בית המשפט הנכבד בעניין **ממשלת החילופים** שדן בפרקטיקה לפיה הכנסת מחילה באופן מידי שינויים חוקתיים משטריים. באותו עניין קבעה דעת הרוב (בניגוד לעמדתו החולקת של כב' המשנה לנשיאה מלצר) כי אין בתחולה המיידית של חקיקת יסוד ובעיתוי חקיקתה, כדי ללמד על כך שלא ניתן לזהותה כנורמה חוקתית, ואף הוסיפה יש להימנע מהרחבת יתר של תחולת קריטריון הכלליים (ראו: פס' 18 לפסק דינו של כב' השופט הנדל; פס' 5 לפסק דינה של כב' השופטת ברון; פס' 18-20 לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז; פס' 3 לפסק דינו של כב' השופט עמית).

בפועל, לאורך השנים, נערכו תיקוני חקיקה רבים – בחקיקת יסוד ובחקיקה רגילה – בשלב שלפני הקמת הממשלה או אחרי הקמתה שהיו בעלי תחולה מיידית ונועדו להתאים את הדין הקיים לממשלה שעתידה לקום או לממשלה הקיימת, ונחקקו על רקע צרכים פוליטיים קונקרטיים (לסקירה, ראו עניין **ממשלת החילופים**, פס' 134-137 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה מלצר; פס' 13 לפסק דינו של כב' השופט הנדל). על רקע האמור, קשה לומר כי קיימת פרקטיקה לפיה הכנסת בכובעה כרשות המכוננת מחילה תיקונים משטריים בתחולת פרוספקטיבית בלבד. העולה מן האמור הוא כי הכנסת אינה מוגבלת במישור העקרוני בסמכות החקיקה שלה בשלב שלפני הקמת הממשלה ואינה מנועה מלשנות את חוקי היסוד כך שיחולו

באופן מיידי, ומבחן המציאות מלמד כי ההיסטוריה החוקתית רוויה בשינויי חקיקת יסוד בעלי תחולה מיידי, לרבות שינויים ש"הסירו מגבלות" (וראו פירוט בסעיף 88 לכתב תשובה זה). על כן, אין בפנינו כל חידוש בהיבט זה.

99. אין בתיקון חוק היסוד שלפנינו כדי לשנות מסקנה זו. בענייננו, אכן ישנה רגישות מיוחדת הנובעת מתחולתו המיידי של התיקון נושא העתירות העוסק במגבלות בתחום טוהר המידות. יחד עם זאת, בהינתן שהתיקון מעגן נורמה בעלת תחולה כללית, ומשעסקין בדוקטרינה "שימוש לרעה" אשר נועדה לזהות נורמה חוקתית בהתאם למאפייניה הפורמליים ולא בתוכנה, יש קושי בקביעת מגבלה על אפשרותה של הרשות המכוננת לקבוע תחולה מיידי של חוקי היסוד על בסיס תוכן ההסדר, כפי שמבוקש בענייננו.

בהקשר זה, תבקש הכנסת להפנות לדבריו של כב' השופט הנדל בעניין ממשלת החילופים, אשר הדגיש את מידת הזהירות המתחייבת בדיון על מגבלות החלות על השימוש בסמכות המכוננת, והתריע על הזרמת עקרונות של "חוקה ראויה", עקרונות של משפט חוקתי רצוי בעיני העותרים, הנעדרות כל בסיס במשפט החוקתי המצוי, וזאת באמצעות שימוש בדוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" (שם, בפס' 10):

"לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת – שהוזכרה לראשונה בפסיקה לפני כעשור, והתבססה מאז – תפקיד חשוב בהגנה על החוקה הישראלית המתהווה, אך הפעלתה מחייבת זהירות רבה, ויש לשמור אותה למקרים קיצוניים. לא מדובר בצינור קסמים המאפשר להזרים את עקרונות "החוקה הראויה", כפי שהם נתפסים על ידי מלומדים או שיטות משפט אחרות, לעולמה של החוקה הישראלית – לבטח במישור התוכן, אך גם במישור הצורה. יש להתחקות בזהירות אחר האופן שבו עיצבה החוקה הישראלית את עצמה, ולהימנע מהתערבות יתר בשיקול הדעת של הרשות המכוננת, על סמך "דין ראוי" שטרם נקלט בשיטתנו אפילו ביחס לחקיקה ראשית – שלא לדבר על חקיקת יסוד. ניתוח זהיר של מאפייני ה"רטרוספקטיביות" וה"פרסונליות" שעליהם הצביע חברי, מגלה, לטעמי, שאין בהם כדי לערער את מעמדו החוקתי של סעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה".

100. יוער כי בפסק דינה של כב' הנשיאה חיות בעניין ממשלת החילופים צוין כי תחולתה המיידי של נורמה חוקתית על הכנסת שכוננה אותה עלולה, במקרים חריגים, לעורר קושי בכל הנוגע למבחן הכלליות במצבים בהם הכנסת שכוננה אותה עלולה, בניגוד עניינים מוסדיים בין כובעה כרשות המכוננת לבין "אינטרסים פרטיקולריים" של חברי הכנסת בכנסת הספציפית (פס' 15 ו-17 לפסק דינה). לשם המחשת "ניגוד העניינים המוסדיים" תואר בפסק הדין תרחיש שבו "כנסת פלונית מתקנת את חוק-יסוד: הכנסת וקובעת כי תקופת כהונת הכנסת תעמוד – החל מאותה הכנסת – על 8 שנים, חלף 4 שנים". לגבי דוגמא זו, ציינה כב' הנשיאה חיות כי "העובדה שגם הכנסות הבאות יוכלו ליהנות מ"הטבה" זו אינה מפחיתה מניגוד העניינים של הכנסת שחוקקה את ההוראה החוקתית והחילה אותה באופן מיידי".

לעמדת הכנסת תיקון חוק היסוד שלפנינו אינו מעורר את הקושי מהסוג שתואר בפסק דינה של כב' הנשיאה, וענייננו רחוק עד מאוד מאותו מקרה קצה שהובא. תיקון חוק היסוד מקל את תנאי הכשירות לכהונה כשר, וענייננו בשינוי האיזון בין מתחם שיקול הדעת של הגורם הממנה לבין שיקולים של טוהר המידות. תיקון זה מצומצם מבחינת היקפו ומהותו המשטרית ואין בו

שינוי של "כללי המשחק" היסודיים המאפיינים את שיטת המשטר ואת דיני הבחירות. לפיכך, התיקון דן אינו בא בגדר "ניגוד העניינים המוסדי" המובהק הדומה במאפייניו לדוגמה שהוזכרה (וראו יישום מבחן זה בפס' 17 לפסק דינה של כב' הנשיאה).

101. נוכח כל האמור לעיל, התיקון עומד במבחן הכלליות, ויש לדחות את הטענות לפיהן הרקע הפרסונלי לתיקון מביא לבטלותו על פי דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת".

מבחן היציבות

102. מבחן היציבות נועד לבחון האם הנורמה המעוגנת בחוק היסוד "נושאת אופי זמני שתחולתה קצובה מראש בזמן או שמא לפנינו הסדר קבע יציב, הצופה פני עתיד" (עניין שפיר, פס' 37 לפסק דינה של הנשיאה חיות). מבחן זה פורש בעניין שפיר כמבחן פשוט ליישום – האם חוק היסוד או תיקונו מהווה הסדר קבע או שמא חקיקת יסוד במתכונת של הוראת שעה (פס' 2 לפסק דינה של כב' השופטת ברון, פס' 5 לפסק דינו של כב' השופט קרא, פס' 21 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז).

בהתאם לאמור נפסק בעניין ממשלת החילופים, פה אחד כי תיקון חוק היסוד הנדון, אשר נחקק כהסדר קבע, צולח את מבחן היציבות.

103. בענייננו, תיקון חוק היסוד הוא תיקון קבוע ולא הוראת שעה, הוא אינו נושא אופי זמני ואינו קצוב בזמן, אלא הסדר חוקתי יציב אשר יחול גם בעתיד. על כן, תטען הכנסת כי תיקון חוק היסוד עומד במבחן היציבות.

מבחן ההתאמה למארג החוקתי

104. מבחן זה בוחן האם ההסדר המעוגן בחוק היסוד נועד להסדיר עניינים הנוגעים לליבת המשטר החוקתי של מדינת ישראל, כאשר במסגרתו יש לבחון "את האופן שבו חוק היסוד או התיקון תואמים את סוג הנושאים שהוסדרו בחוקי היסוד; את ההיגיון הפנימי שלהם ותכליתם; ואת השינויים שנערכו בהם בעבר. ודוקו – השאלה שאותה נועד מבחן עזר זה לברר איננה אם התיקון או ההוראה ראויים מבחינת תוכנם. עניינו בשאלה מושגית-רעיונית והיא: האם מדובר בנורמה המתאימה מבחינת מאפייניה לעיגון חוקתי, המשתלבת ככזו במארג ההוראות הרלוונטיות המצויות באותה סביבה חוקתית?" (עניין שפיר, פס' 41 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות).

105. בענייננו, תנאי כשירותם של שרים מוסדרים בסעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה. משהתיקון לחוק היסוד דן מבקש לתקן תנאי מתנאי הכשירות, המצוי בסעיף 6(ג) לחוק היסוד, הרי כי הוא עוסק במאטריה הנוגעת באופן מובהק לחקיקת יסוד, ולמעשה לא ניתן היה לעגנו שלא בדרך של תיקון לחוק יסוד. נוכח האמור, תטען הכנסת כי ההסדר צולח באופן ברור מבחן זה.

106. העותרת בבג"ץ 8949/22 טוענת כי תיקון חוק היסוד אינו צולח את מבחן ההתאמה למארג החוקתי, בטענה כי "הורדת הכשירות הנורמטיבית של שרים תפגע במארג החוקתי הקיים", שכן לשיטתה האיזון בנוסחו הקודם של הסעיף הוא עדיף מבחינה מהותית נוכח ההבדלים בין

חברי כנסת לשרים. עוד מוסיפה וטוענת כי מאחר שתיקון חוק היסוד שינה את האיזון הקודם הוא "סותר את כוונת המכונן" ואינו משתלב במארג החוקתי הקיים (ראו בעמ' 39-41 לכתב העתירה).

הכנסת תטען, בכל הכבוד, כי אין לטענות אלו כל רלוונטיות למבחן ההתאמה, והן מופנות כולן למישור **התוכני-מהותי** של תיקון חוק היסוד וחסרונותיו הנטענים. כבר מטעם זה יש לדחותן.

כמו כן, אין בכך שחל שינוי בחוק היסוד כדי ללמד על היעדר התאמתו למארג החוקתי. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט הנדל בעניין **המרכז האקדמי**, בפס' 3: "הרשות המכוננת עודנה מתחבטת באשר לדמות המעשית שעליהם ללבוש. הישן טרם התקדש, והחדש איננו בהכרח בגדר חידוש. המסע לכינון החוקה הישראלית בעיצומו, ולמצער **בשלב זה בהתפתחותו אסור לומר כי 'החדש אסור מן התורה'**". כך גם בפסק הדין בעניין **שפיר**, הבהירה כב' הנשיאה חיות בהתייחסה למבחן ההתאמה למארג החוקתי, כי משמעותו של מבחן זה אינה כי המכונן כבול להוראות חוק היסוד הקיימות ואין ביכולתו לשנותן (שם, בפס' 60).

107. למען שלמות התמונה, תתייחס הכנסת גם למבחן "המובחנות מתפקידן של רשויות האחרות" שהוצע בעניין **שפיר** על ידי כב' השופטת ברק-ארז חלף מבחן ההתאמה למארג החוקתי (שם, פס' 23). מבחן זה בוחן האם הכנסת כרשות מכוננת "פולשת" באופן מובהק לתחומיה של אחת משלושת רשויות השלטון האחרות (הרשות המבצעת, הרשות השופטת והרשות המחוקקת). בענייננו, ההסדר שהתקבל לא מבטא חריגה לתחום פעילותה של רשות אחרת, שהרי הרשות המכוננת היא זו שאמורה לקבוע את תנאי הכשירות של השרים, כמו גם תנאי הכשירות של חברי הכנסת.

מישור התחולה בזמן – תיקון חוק היסוד בעל תחולה "אקטיבית" ואין בכך "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת

108. העותרים בשתי העתירות שלפנינו טוענים כי תיקון חוק היסוד בעל תחולה **רטרוספקטיבית** בשני היבטים: האחד, בטענה כי תיקון החוק משנה בדיעבד את מעמדו המשפטי של חה"כ דרעי ואת התוצאה המשפטית של הרשעתו וגזר דינו בכל הנוגע לכשירותו להתמנות לשר; השני, בטענה כי תיקון זה משפיע באופן רטרואקטיבי על הבחירות לכנסת, מאחר שנטען כי ככל שהיה ידוע לבוחר בדבר שינוי חוק היסוד ייתכן והיה מצביע מתוך מארג שיקולים שונה. לטענת העותרים, היבטים אלו מלמדים על "שימוש לרעה בסמכות המכוננת". אין זה ברור לחלוטין מטעוניהם של העותרים האם לעמדתם הקשיים האמורים משליכים על "יציבותה" של הנורמה או על "כלליותה". מכל מקום, כמפורט להלן, לעמדת הכנסת בכל מקרה אין בטענות אלו כדי להשליך על תוקפו של התיקון או על תחולתה של דוקטרינת "השימוש לרעה".

109. הכנסת תטען כי יש לדחות את טענות העותרים בהקשר זה מכמה טעמים: **ראשית ועיקר**, עובדת היותו של חוק רטרוספקטיבי או אקטיבי אינה מהווה כשלעצמה עילה להתערבות שיפוטית בו, קל וחומר כאשר עסקינן בחוק יסוד; **שנית**, התיקון לחוק היסוד הוא בעל תחולה **אקטיבית** ולא רטרוספקטיבית; **שלישית**, אין בהחלתו האקטיבית של תיקון החוק כדי להצביע על "שימוש לרעה" מן הסוג המצדיק סעד שיפוטי בעניינו. ונפרט.

110. **ראשית**, נקודת המוצא לעניינו היא כי טענות בדבר מישור התחולה בזמן של דבר חקיקה אינן יכולות להיבחן אלא במסגרת עילות הביקורת החוקתיות המוכרות (ראו לעניין זה דברי כב' השופט פוגלמן בבג"ץ 3734/11 **דודיאן נ' כנסת ישראל**, פס' 1 לפסק דינו (15.8.2012)). לכך יש להוסיף, כי בהתאם לפסיקה, עובדת היותו של החוק רטרואקטיבי או אקטיבי אינה עילה המצדיקה כשלעצמה התערבות שיפוטית בו (ראו: בג"ץ 4406/16 **איגוד הבנקים בישראל נ' כנסת ישראל**, פס' 48 לפסק דינה של כב' הנשיאה נאור וההפניות שם (29.9.2016)). קביעה זו נכונה, מקל וחומר, ביחס לחוקי יסוד (עניין **ממשלת החילופים**, פס' 14 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות).

111. **שנית**, לגוף העניין, תחולתו של תיקון חוק היסוד היא תחולה אקטיבית.

כידוע, שאלת תחולתו של חוק בזמן היא שאלה פרשנית ביסודה, כאשר מקובל לחלק את שאלת תחולתה בזמן של נורמה בין מספר מצבים – ראו לעניין זה את דברי כב' הנשיא ברק בע"א 1613/91 **ארביב נ' מדינת ישראל**, מו(2) 765, 778-782 (1992) (להלן: **עניין ארביב**):

"[...] על רקע זה ניתן לומר, כי חקיקה היא **רטרואקטיבית**, אם היא משנה לגבי העתיד את המעמד המשפטי, התכונות המשפטיות או התוצאות המשפטיות של מצבים אשר נסתיימו או של פעולות או אירועים (מעשים או מחדלים) שנעשו או שהתרחשו לפני מועד כניסתו של החוק לתוקף. על היבט חלקי של הגדרה זו עמדתי בפרשה אחת, בצייני... 'חיקוק הוא רטרואקטיבי אם הוא משנה את מעמדה המשפטי, תכונותיה המשפטיות או תוצאותיה המשפטיות של פעולה, שנעשתה לפני שאותו חיקוק נכנס לתוקפו...' [...]"

[...] דבר חקיקה הוא בעל **פועל אקטיבי** מקום שהוא חל על מצב דברים נתון הקיים ביום היכנסו לתוקף ופועל לשנותו מאותו שלב ואילך... החלת החוק היא אקטיבית, אם היא מוחלת על מצב דברים המתקיים ביום כניסתו של החוק לתוקף... הוא תופס ברשותו כל מי שמקיים את דרישות החוק ביום חקיקתו... תכליתה של חקיקה זו לא הייתה לשנות את מהותן של פעולות שנעשו בעבר. מרכז הכובד של חקיקה זו הוא המצב הקיים בהווה, ולא הפעולות שנעשו בעבר [...]"

ראינו, כי חוק הוא רטרואקטיבי, אם הוא נועד לשנות, והלכה למעשה משנה, את פועלה המשפטי של התנהגות שהתרחשה בעבר או משנה מצב שהתקיים בעבר ואינו קיים עוד בהווה. חוק הוא אקטיבי (ולא רטרואקטיבי), אם הוא נועד לשנות, והלכה למעשה משנה, את האפקט המשפטי של מצב קיים. ההבחנה בין פעולה (בעבר) לבין מצב (בהווה) היא לעתים קשה."

112. ויודגש, כי לסיווג המדויק של תחולת הנורמה במישור הזמן חשיבות לעניינו, שכן בהתאם לפסיקה, על אף שתחולה אקטיבית אינה חפה מקשיים, היא מקובלת במחוזותינו ונחשבת כלגיטימית וסבירה יותר מתחולה רטרואקטיבית:

"בקצה אחד של 'ציר הלגיטימיות' נמצאת תחולה פרוספקטיבית. זו התחולה ה'מקובלת' ביותר, שכן היא איננה משפיעה כלל על פעולות או מצבים שמקורם בעבר. בקצה השני של הציר נמצאת תחולה רטרואקטיבית. זו התחולה הקשה ביותר לעיכול, שכן היא שומטת את הקרקע מתחת לפעולות שכבר הסתיימו ומשנה בדיעבד את הגדרתן המשפטיות. בתווך מצויה התחולה הרטרואקטיבית, אשר משפיעה רק על תוצאותיהן של פעולות שהסתיימו בעבר. התחולה האקטיבית מצויה בין התחולה הרטרואקטיבית לבין התחולה הפרוספקטיבית,

מכיוון שהיא חלה על מצב שאמנם שורשיו מצויים בעבר אך הוא נמשך גם בהווה. לכן, במובן מסוים, היא יותר "מקובלת" וסבירה מאשר תחולה רטרוספקטיבית, שכל כולה נוגעת לפעולות שהסתיימו כבר בעבר. מכאן חשיבותה היחסית של השאלה שניצבת לפנינו, ביחס לסיווג התחולה של סעיף 74: רטרוספקטיבית, או אקטיבית. (בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 38 (2.4.2013) (להלן: עניין איתנית)).

113. בהתאם להבחנות אלו, הרי שהתיקון לחוק היסוד בעל תחולה אקטיבית, שכן עניינו בהסדרת תנאי הכשירות למינויים של שרים מיום תחילתו ואילך.

בניגוד לנטען, תיקון חוק היסוד אינו "מותח" את הוראותיו אחורה בזמן באופן רטרואקטיבי על ההליך הפלילי עצמו. הוא אינו משנה את התוצאה המשפטית של פעולה שהתרחשה בעבר – גזר דין שניתן במשפט מסוים או העונש שהוטל על אדם כזה או אחר, ועל כן אין בו כדי לשנות את תוצאות ההליך הפלילי עצמו. התיקון חל על מצב עניינים מסוים בהווה – על תנאי הכשירות למינוי לתפקיד שר, ועל האופן שבו ההליך שהסתיים בעבר (או כל הליך עתידי) ישליך על מינוי כזה (ראו והשוו: עניין איתנית, פס' 37). לפיכך, על פי ההבחנות המקובלות בפסיקה, חקיקה מסוג זה אינה רטרוספקטיבית (ראו והשוו לדוגמא אשר ניתנה על ידי כב' הנשיא ברק בעניין ארביב, בעמ' 782).

לשם ההמחשה, תבקש הכנסת להקביל את ענייננו לדברי חקיקה אחרים אשר משנים את השלכותיו של גזר דין פלילי, ולהבהיר כי אין בהם כדי לשנות את תוצאות ההליך הפלילי עצמו, קרי אין בהם כדי לשנות באופן רטרוספקטיבי תוצאותיהם של אירועים שנעשו בעבר והסתיימו לפני מועד כניסתו של החוק לתוקף. כך למשל, חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, התשע"ט-2019 אשר מסדיר את ניהול המרשם הפלילי החליף את חוק המרשם הפלילי הקודם והגדיר מחדש את נקודת האיזון בין הצורך לקיים מאגר פלילי ולשקול מידע שכלול בו לבין עידוד שיקומו של בעל הרישום הפלילי. לשם כך, שונו תקופות ההתיישנות והמחיקה באופן המקל במצבים רבים את אפשרותו של אדם אשר הורשע בעבר בפלילים להשתלב, למשל, בשוק העבודה. מובן כי אין בשינוי החקיקה האמור, על אף שמשנה הוא את השלכותיו העתידיות של גזר דין שניתן עובר לכניסתו של החוק לתוקף כדי לשנות את תוצאותיו של ההליך הפלילי עצמו, אשר הסתיים.

מכאן, כי לא ניתן לראות בשינוי חקיקה בעל השלכות עקיפות על הרשתות של אדם בפלילים כבעל תחולה רטרוספקטיבית אשר משנה מצב שהתקיים בעבר. מדובר אם כך בתחולה אקטיבית, המשנה את האפקט המשפטי של מצב קיים.

114. זאת ועוד, גם בהתייחס ל"הסתמכות הבוחר", תיקון חוק היסוד אינו בעל זיקה ישירה וברורה להצבעה בבחירות ואין בו כדי להשפיע, כנטען, על הבחירות. די בעניין זה כדי להפנות לקביעות דעת הרוב בעניין ממשלת חילופים, שבו נדחה קו טיעון זה. בפסק דינה קבעה כב' הנשיאה בהתייחס לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (אשר היה בדעת יחיד) לפיו שינוי הכללים בעניין הרכבת הממשלה לאחר הבחירות הוא שינוי רטרוספקטיבי המוחל בדעיבד על תוצאות הבחירות שכבר נערכו, כי תחולתו של הסדר ממשלת החילופים היא אקטיבית, ולכך הוסיפה (פס' 18 לפסק דינה):

”בשיטת הבחירות הנוהגת בישראל מצביע הבוחר לאחת מן המפלגות המתמודדות בבחירות לכנסת. כפי שציינה חברתי השופטת ברון, מלאכתו של הבוחר מסתיימת עם ההצבעה בקלפי (בפסקה 7 לחוות דעתה). **מטרת ההצבעה היא להשפיע על הרכב הסיעות בכנסת; וחברי הכנסת בתורם, כנציגי ציבור הבוחרים, הם שמופקדים על הבעת האמון בממשלה.** לפיכך, שינויים חוקתיים בעלי זיקה ישירה וברורה להצבעה בבחירות, אשר שומטים את הקרקע מתחת לכללי המסגרת החוקתיים שעל בסיסם מימש הבוחר את זכות הצבעתו – דוגמת שינוי בדיעבד של אחוז החסימה ביחס לבחירות שכבר נערכו – אכן מהווים שינויים רטרואקטיביים העלולים לעורר קשיים משמעותיים בכל הנוגע למבחן היציבות (ראו והשוו: גבאי, בעמ’ 164, 175-176). **לעומת זאת, הטענה כי שינוי ההוראות הנוגעות למבנה הממשלה – אשר מוקמת בהתבסס על תוצאות הבחירות כפי שבאו לידי ביטוי בהרכב הסיעות לכנסת – הוא שינוי רטרואקטיבי, היא בעיני טענה מוקשית.**”

דברים ברורים אלה, שהתייחסו לתיקון משטרי רחב היקף בדבר עיגון האפשרות לכינון ממשלת חילופים, יפים גם לעניין התיקון שבפנינו (וראו גם פסק דינה של כב' השופטת ברון, בפס' 7). בהמשך לאמור, ספק רב אם יש בתיקון האמור כדי להשפיע בזיקה "ישירה וברורה" על ההצבעה בבחירות. יתרה מכך, דומה כי ממילא הבוחר רואה את המתמודדים בבחירות ככאלו המבקשים להתמנות לאחר הבחירות לשרים, ועל כן אין כל פגיעה בציפיותיו. ראו לעניין זה את החלטתו של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-25, כב' השופט עמית, בפ"מ 3/25 **התנועה לאיכות השלטון נ' דרעי** (20.9.2022), שם צוין:

”לבסוף, אזכיר כי אנו מצויים במהלך מערכת הבחירות לכנסת ה-25. **בחירות, כשמן כן הן, בחירות לכנסת ולא לממשלה.** המבקשת האריכה בבקשתה על הטעמים המצדיקים דיון בסוגיה כבר כעת, לנוכח החשיבות בשמירה על חופש ההצבעה, המחייב להציג בפני ציבור הבוחרים תמונה בהירה ושקופה של המתמודדים בבחירות לטענת המבקשת, העובדה כי המשיב מצהיר בריש גלי על כוונתו להתמנות לשר יש בה משום ניסיון להשפיע על הבוחרים תוך "גניבת דעת ציבורית בדרכי עורמה". ברם, **דומני כי הבוחר הסביר יודע שהמתמודדים בבחירות מקווים להיות אלו שישתתפו בהרכבת הממשלה הבאה ושואפים להתמנות לתפקיד שרים בה.** אין הדבר בגדר סוג או "גניבת דעת"”.

115. **שלישית, אין בתחולתו האקטיבית של תיקון חוק היסוד כדי להשפיע על מבחני הזיהוי וללמד על "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת.**

כאמור, בהתאם לנקודת המוצא עליה עמדנו לעיל, אין במישור התחולה בזמן כדי לגבש עילה עצמאית להתערבות שיפוטית, ואף העותרים אינם מבססים עילה משפטית שכזו. למעשה, עיון בטענותיהם מלמד כי לעמדתם התחולה האקטיבית (הרטרוספקטיבית לשיטתם) אינה אלא אינדיקציה בדבר מניעי המכוון. כפי שציינו בהרחבה לעיל, אין בכוונתם של חברי הכנסת כדי לגבש עילה לביקורת שיפוטית.

בהקשר זה, נתייחס לפסק דינה של כב' הנשיאה בעניין **ממשלת החילופים** בו צוין כי תיקון חוקתי בעל תחולה אקטיבית "המשנה מן היסוד את התוצאות המשפטיות של פעולות ואירועים שהתרחשו בעבר" עלול לעורר קושי מבחינת כללי המסגרת החוקתיים הבסיסיים ולעורר קושי מבחינת מבחן היציבות (שם, פס' 16). הדוגמאות שניתנו על-ידי כב' הנשיאה

למצבים בהם עשוי להתעורר קושי שכזה, עוסקות גם הפעם בסיטואציות מרחיקות לכת - כנסת המאריכה את תקופת כהונתה מכאן ואילך או כנסת המשנה לאלתר את מספר חברי הכנסת המכהנים בה. דומה כי הנימוק שבבסיס דוגמאות אלו אינו נוגע בהכרח לשאלת יציבות ההסדר, כי אם לחשש שמא הכנסת תכונן **הסדרים משטריים מהותיים** בחריגה משמעותית מן המנדט שניתן לה מטעם הציבור (ראו והשוו: עניין **בר-און**, פס' 34 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש; בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006)), פס' 74 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק)). מכל מקום, לא אלה פני הדברים בענייננו. התיקון נושא עתירות **מצומצם מבחינת היקפו ומהותו המשטרית** ועל כן אינו "שומט את הקרקע מתחת לכללי המסגרת הבסיסיים אשר בהתאם להם הצביעו אזרחי המדינה בבחירות לכנסת" (עניין **ממשלת החילופים**, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה).

116. **אשר על כן, ומשהטענות על תחולתו של תיקון חוק היסוד בזמן אינן מבססות חריגה ממבחני הזיהוי שנקבעו על-ידי בית המשפט הנכבד, גם במישור זה אין עילה להתערבות שיפוטית בתיקון מכוח דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.**

סיכום – חוק היסוד עומד במבחני "שלב הזיהוי" ואינו מגלם "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת

117. נוכח כל המפורט לעיל, תטען הכנסת כי תיקון חוק היסוד שלפנינו צולח את שלושת מבחני המשנה של "שלב הזיהוי". **לפנינו הסדר קבוע ויציב, הקובע נורמה כללית, והולם את המארג החוקתי.**

אכן, לא ניתן להתעלם מההיבט הפרסונלי שעמד ברקע התיקון נושא העתירות, שהוא אינו רצוי כשלעצמו בבואה של הכנסת להפעיל את סמכותה המכוננת. כעולה מהליך החקיקה, משמעות התיקון לעניין מינויו של חה"כ דרעי כשר הועמדה במוקד הדיון והיה קושי להתנתק מהקשר זה ולדון בהסדר רק מהבחינה העקרונית, מאחורי "מסך בערות". יחד עם זאת, הנורמה שהתקבלה עומדת במבחנים שהתווה בית המשפט לזיהוי נורמה חוקתית ואין בה כדי לבסס עילה משפטית להתערבות בחקיקת יסוד לפי אמות המידה אשר נקבעו בפסיקה. נשוב ונזכיר, כי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת אינה בוחנת את מניעי המכונן, ולכן הסיטואציה הפרטנית שהולידה את תיקון החקיקה אינה מבססת עילה להתערבות בהסדר.

מאחר שתיקון חוק היסוד שלפנינו מקיים את כל סימני ההיכר של הנורמה החוקתית יש לזהותו כנורמה המצויה במדרג החוקתי ואין כל צורך להידרש "לשלב הצידוק".

נוכח האמור, לא הונחה עילה להתערבות שיפוטית בתיקון חוק היסוד.

ד. מענה לטענות נוספות של העותרים

יש לדחות את הטענות בדבר "איסור חקיקה עצמית"

118. העותרים בבג"ץ 8948/22 מבקשים להציע דוקטרינה חדשה, העומדת לשיטתם כמגבלה חוקתית בפני עצמה המצדיקה ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד – **"איסור חקיקה עצמית"**. העותרים מניחים בעניין זה את המבוקש וטוענים - ללא כל הפנייה לפסיקה - כי קיימת בפסיקה

"הסכמה רחבה" לפיה במקרים בהם "הכנסת מחוקקת לעצמה" נדרשת ביקורת שיפוטית על תוצריה – וזאת נוכח "עקרונות היסוד של השיטה" ולשם מניעת ניגוד עניינים בין כובעיה השונים של הכנסת (עמ' 42-43 לכתב העתירה).

119. **ברם, טענות אלו לא מבססות כל עילה משפטית מוכרת לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (או על חקיקה בכלל) בהתאם לפסיקתו של בית המשפט הנכבד.** וממילא דומה כי טענות אלו מכוונות גם הן הלכה למעשה לבחינת תוכנו של ההסדר, מהותו ומניעי המכונן. בעוד שכפי שהורחב לעיל, לא נמצא לכך מקום בדין הנוהג.

בהליך חקיקת התיקון לחוק היסוד לא נפל פגם היורד לשורשו

120. לבסוף נבקש להתייחס לטענות העותרים בשתי העתירות כי בהליך חקיקת התיקון נפל פגם היורד לשורשו, באופן המצדיק ביטולו (ובעניין זה מבוקש למעשה לבטל גם את התיקון הנוגע לשר נוסף במשרד, הגם שהעתירות כלל לא מתייחסות לנושא זה).

121. העותרים בבג"ץ 8948/22 מבקשים כי בית המשפט הנכבד יורה על בטלות התיקון לחוק היסוד נוכח טענותיהם להליך חקיקה "חפוז" שלא אפשר לחברי הכנסת למצות את הדיון בהצעת החוק. בעתירה זו נטען כי הליך החקיקה של התיקון קודם במהירות "במטרה למנוע כל אפשרות להיערכות ציבורית ופרלמנטרית אמיתית" להתמודדות עם תוכן החקיקה וכדי למנוע מחברי הרשות המכוננת שאינם נמנים על הקואליציה המתגבשת להשמיע את דבריהם. עוד נטען כי לחברי הכנסת לא ניתנה אפשרות לנמק את הסתייגויותיהם לתיקון לחוק היסוד כמתחייב "והאיצו בהם לכל אורך ההליך" וכי מהירות הליך החקיקה מעידה על פגמיו הרבים של התיקון, משלא התקיים שיח ציבורי מקיף ונרחב בסוגיות הנדונות.

בעתירה בבג"ץ 8949/22 הועלו טענות דומות לגבי הליך החקיקה, ובה נטען כי לא היה פרק זמן ראוי לדיון בתיקון לחוק היסוד ובהשלכותיו, עקב הצמדתו לסד הזמנים של כינון הממשלה; כי הדיון התבסס על מסד נתונים חסר וההחלטה לכרכו עם הדיון בהסדר שר נוסף במשרד לא אפשרה העמקה באף סוגיה. עוד נטען כי בתיקון חוקי היסוד יש לעמוד ביתר שאת על עקרונות הליך החקיקה וכי השימוש בסמכות המכוננת לתיקון נורמות חוקתיות בסיסיות צריך שיעשה תוך דיון ציבורי רב ככל הניתן, ובהליך ממושך ויסודי.

122. כידוע, בהתאם להלכה הפסוקה, כשמדובר בטענות הנוגעות להליך החקיקה, הרי שהתערבותו של בית המשפט הנכבד מוגבלת למצבים שבהם הוכח כי נפל "פגם היורד לשורש הליכי החקיקה" (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, -42-41 (2004) (להלן: **עניין מגדלי העופות**)).

בית המשפט הדגיש כי התערבות מסוג זה מוגבלת רק לאותם פגמים בהליך החקיקה המגיעים לכדי "פגמים קשים ונדירים שיש בהם פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי" (שם, בעמ' 42). העקרונות עליהם עמד בית המשפט הנכבד בהקשר זה הם **עקרון ההשתתפות, עקרון הפומביות, עקרון הכרעת הרוב ועקרון השוויון בהליך החקיקה** (שם, בעמ' 43-51).

בעניין **מגדלי העופות** עמד בית המשפט על תוכנו של עקרון ההשתתפות: "אמור מעתה כי עקרון ההשתתפות בהליך החקיקה מחייב הליך חקיקה שבו תינתן לחברי-הכנסת **אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק**..." (שם, בעמ' 50).

123. בבג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (6.8.2017),⁶ עמד כב' השופט סולברג על כך שעקרון ההשתתפות משמעו זכותם של חברי הכנסת לקיים דיון פרלמנטרי במסגרתו יוכלו להשמיע עמדתם לאחר גיבושה (ראו פס' 60 ואילך לפסק דינו). הובהר כי "שומה להדגיש: אין מוטלת חובה על הכנסת לקיים דיון בדומה ל'הליך הנאות' שרשויות מנהליות מחוייבות בו" (בפס' 68), וכי "**איננו בוחנים את איכות הדיון** שקיימו חברי הכנסת; אנו מגינים על זכותם של חברי הכנסת להשתתף בדיון, הא ותו לא" (פס', 106; והשוו לפסק דינו של כב' השופט מזוז, בדעת מיעוט, באותו עניין).

124. מן הכלל אל הפרט: מיישום של פסקי הדין האמורים על ענייננו עולה בבירור כי הגם שהליך החקיקה של התיקון היה הליך קצר יחסית, והדבר עלול לעורר קושי בפרט משמדובר בתיקון לחוקי היסוד, לא נפל בו פגם היורד לשורשו.

125. **ראשית** יש לציין, כי האופי המואץ של הליך החקיקה, המאפיין לעתים רבות חקיקה הנוגעת לפיזור הכנסת, בחירות או הקמת ממשלה, נבע מהמועדים הסטטוטוריים המעוגנים בחוקי היסוד. ובענייננו, המועד האחרון לכינון הממשלה, הכתיב את לוח הזמנים שכן התיקון שבפנינו קודם לצורך הקמת הממשלה בכנסת ה-25 (ראו והשוו בג"ץ 429/20 **שדה נ' כנסת ישראל**, פס' 13 (4.2.2020)). עוד יצוין, כי הגם שהצעת החוק מושא העתירות מעוררת עניין ציבורי רב, היא אינה ארוכה או מורכבת להבנה, ומהות התיקון הובהרה לחברי הכנסת והייתה נהירה להם כפי שעולה בבירור מפרוטוקולי הדיונים.

126. **שנית**, כפי שפורט לעיל בפרק העובדתי, על אף הליך החקיקה הקצר יחסית, הליך החקיקה כלל ארבע קריאות ונמשך קרוב לשבועיים, ובמהלכו, הוועדה המיוחדת הקדישה להצעת החוק שישה ימי דיונים, אשר כללו שעות רבות של התדיינות. בהליך החקיקה השתתפו חברי כנסת רבים, נציגי משרד המשפטים וכן נציגים של החברה האזרחית, לרבות נציג העותרת בבג"ץ 8949/22. הליך החקיקה לווה על-ידי צוות הייעוץ המשפטי של ועדת החוקה, אשר הניח בפני חברי הכנסת מסמך הכנה מפורט בעניין תיקון תנאי הכשירות של שרים והסוגיות הנוגעות אליו, ואף היועצת המשפטית לכנסת נדרשה לטענות חברי הכנסת שפנו אליה בנושא ניהול דיוני הוועדה, כמפורט לעיל.

127. **שלישית**, בניגוד לטענות שעלו בעתירות, הדיון בהצעת החוק התקיים בהתאם להוראות תקנון הכנסת המקנות ליו"ר הוועדה סמכויות שונות הנוגעות לניהול הדיון, ובמסגרת זאת לקבוע את מסגרת הדיון ולקצוב את זמן הדיבור, ובלבד שייתן זמן דיבור הולם לכל אחד מחברי הוועדה (ראו סעיפים 113(ב) ו-122 לתקנון הכנסת). למרות הדיונים הסוערים לעיתים, לאורך הדיונים

⁶ בקשה לקיים דיון נוסף בפסק הדין נדחתה בהחלטת כב' המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר בדנג"ץ 6571/17 מיום 19.5.2021.

נשמרה זכותם של חברי הכנסת להתבטא ולהשתתף בדיון. הדברים נכונים גם בהתייחס לדיונים בהסתייגויות הרבות שהוגשו להצעת החוק (כ-1,800), שנדונו בוועדה שעות ארוכות.

בפרט בנושא ההסתייגויות לסעיף התחילה – הדיון בהן התקיים **בהתאם להסכמות** שהושגו בין יו"ר הוועדה לנציגים מסיעות האופוזיציה, להן חשיבות רבה בהתנהלותה של הכנסת (וממילא הסכמות אלו עלו בקנה אחד עם הוראות תקנון הכנסת המקנות ליו"ר הוועדה שיקול דעת לעניין קביעת זמן סביר להצגת הסתייגויות ולדיון והצבעה עליהן; וראו סעיף 86(א) לתקנון הכנסת). מכל מקום, אף בתום מסגרת הזמנים כאמור, יו"ר הוועדה אפשר להוסיף הסתייגויות לסעיף זה, כך שבסוף הדיון בנושא זה, לא נותרו חברי כנסת שביקשו להסתייג ולא קיבלו זכות לעשות כן (וראו פרוטוקול הדיון מיום 21.12.2022, בעמ' 26-27).

לא למותר לציין בהקשר זה כי לקראת הקריאה השנייה והשלישית במליאת הכנסת, נמשכו כאמור רוב מוחלט של ההסתייגויות כך שנותרו 63 הסתייגויות בלבד. לפיכך, הגם שזכותם של חברי הכנסת לקיים "פיליבסטר" באמצעות הגשת הסתייגויות רבות היא כלי פרלמנטרי לגיטימי ל"משיכת זמן", הצמצום הניכר בהסתייגויות שנותרו להצעת החוק בסופו של יום מעיד על כך שרובן המוחלט לא היו הסתייגויות מהותיות, וגם לכך יש לתת משקל בבחינת הטענות לפגיעה בעקרון ההשתתפות של חברי הכנסת בהליך החקיקה.

128. **רביעית**, בניגוד לטענות בעתירות, ההחלטה על קיום סדרי דיון מיוחדים במליאת הכנסת בהצעת החוק מושא העתירה לפי סעיף 98 לתקנון, שהיא אכן החלטה השמורה למקרים יוצאים מן הכלל, התקבלה **לגבי הגבלת מספר ההצבעות השמיות בה בלבד** (4 לכל צד בקריאה השנייה והשלישית), שהוא כאמור השימוש "הרך" ביותר שניתן לעשות בסעיף 98 לתקנון. עוד יוער בעניין זה כי הפטור שניתן להצעת החוק מתקופת ההנחה בקריאות השונות נעשה בהתאם להוראות אחרות בתקנון הכנסת ואין מדובר בהליך חריג בכנסת, בפרט בהצעות חוק אשר מעוררות דחיפות.

129. אכן, הייעוץ המשפטי לוועדה המיוחדת עמד על הקושי לקיים הליך חקיקה מיטבי בנורמה חוקתית משטרית, בלוחות זמנים הנגזרים ממועד הקמת הממשלה. יחד עם זאת, כפי שעולה בבירור מהפסיקה, בשלב הביקורת השיפוטית לא נבחנת השאלה האם הליך החקיקה היה ראוי או מיטבי, אלא רק האם "ניתנה האפשרות לקיים מהלך מחשבתי של גיבוש עמדה מושכלת, ולו באופן מינימלי". בחינת הפרוטוקולים של דיוני הוועדה המיוחדת מעלה כי התקיים במקרה זה "עקרון ההשתתפות", ועל כן יש לדחות את הטענה כי נפל בהליך פגם היורד לשורשו.

ראו לעניין זה את דברי כב' הנשיאה נאור בעניין **יש עתיד**, פס' 12 לפסק דינה:

"דומני כי המחלוקת האמיתית בין הצדדים נעוצה בפרק הזמן הקצר שבמסגרתו עבר התיקון. העותרת טענה נגד בהילות ההליך החקיקתי. אין חולק כי התיקון נחקק בהליך מזורז, אשר ככלל אינו רצוי, ובפרט כאשר מדובר בחוק-יסוד. המשיבים טוענים כי הקצב המהיר שבו הושלם ההליך נבע מרצונו של ראש הממשלה המיועד להציג את ממשלתו על כל שריה בבואו לקבל את אמונה של הכנסת, וזאת בהינתן סד הזמנים הקבוע להצגת הממשלה בפני הכנסת... היות וראש הממשלה המיועד ביקש לקבל את אמון הכנסת לממשלה המונה 21 שרים (ולא 19 שרים, כהוראת תיקון מס' 1), התעורר צורך דחוף כי

התיקון מושא העתירה יאושר בכנסת טרם הצגת הממשלה וכינונה. לאחר עיון בטענות הצדדים, **איני סבורה כי במקרה שלפנינו המהירות שבה נחקק התיקון מהווה פגם היורש לשורשו של ההליך**. אכן, מעמדם של חוקי היסוד מחייב את "מירב שיקול הדעת האפשרי בכינונם של חוקי יסוד או בתיקונם"... **אך יש לתת את הדעת גם לאילוצי חוסר הזמן האמורים** ואין זה ברור כלל כי הצגת ממשלה חלקית לאמון הכנסת הייתה עדיפה בענייננו.

לא זו אף זו: בתגובת המשיבים 1-3 פורט בהרחבה הליך החקיקה שעבר התיקון, וצורפו הפרוטוקולים הרלוונטיים. עיון בהם מלמד כי חרף פרק הזמן הקצר, התנהלו לגבי התיקון – הכולל שני הסעיפים – דיונים ערים וארוכים בוועדה המסדרת, בוועדה המיוחדת ובמליאת הכנסת. במסגרת דיונים אלה נשמעו עמדותיהם של חברי הכנסת שהתנגדו לתיקון, כמו גם עמדותיהם של הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט ושל הייעוץ המשפטי לכנסת. **לא ניתן לומר כי בענייננו לא הייתה לחברי הכנסת אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת התיקון** (ראו והשוו: עניין ארגון מגדלי העופות, עמוד 50; עניין לשכת רואי החשבון, פסקה 9 לפסק דיני). ואחרי ככלות הכל – אין המדובר בדבר חקיקה מורכב וסבוך.

והדברים נכונים גם למקרה שבפנינו.

130. אשר על כן, גם במישור הפרוצדורלי, טענות העותרים אינן מבססות עילה להתערבות שיפוטית בתיקון.

סוף דבר

131. נוכח כל המפורט לעיל, לעמדת הכנסת יש לדחות את טענות העותרים, משאין בעתירותיהם כדי לבסס עילה להתערבות שיפוטית בתיקון חוק היסוד, משהוא עומד במבחן הזיהוי בהתאם לדוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" כפי שעוצבה על ידי בית המשפט הנכבד. לפנינו, הסדר יציב, כללי אשר מתאים למארג החוקתי.

אשר על כן, לעמדת הכנסת דין העתירות שבפנינו להידחות בהעדר עילה להתערבות שיפוטית בחוק יסוד.

היום: 3 בינואר, 2023
י' בטבת, התשפ"ג

שירה גרטנברג, עו"ד
ב"כ הכנסת

ענת גולדשטיין, עו"ד
ממונה (בפועל) על ייצוג הכנסת בערכאות