

בג"ץ 8948/22
בג"ץ 8949/22
בג"ץ 8982/22

תאריך החתימה: 3.1.2022
בבית המשפט העליון
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

העותרים בבג"ץ 8948/22:

1. אילן שיינפלד
2. רבקה כרמי
3. דניאל כרמון
4. יהודה אפק
5. ברוך בינה
6. שמעון ינקלביץ
7. יוסף שילה
8. חגית מסר ירון
9. אביתר מנור
10. מקס הרצברג
11. רות אלון
12. רון כתרי
13. יעל אלעד
14. רון גורה
15. ניב אחיטוב
16. אורה דר
17. תמר פלש

ע"י ב"כ עוה"ד דפנה הולץ-לכנר
מרחוב המעפילים 2, רמת השרון
טל': 077-2040881; פקס: 077-2040882;

העותרת בבג"ץ 8949/22:

התנועה לאיכות השלטון בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד אליעד שרגא ואח'
מרחוב יפו 208, ירושלים
ת.ד 4207 ירושלים 91043
טל': 02-5000073; פקס: 02-5000076;

העותרת בבג"ץ 8982/22:

התנועה לטוהר המידות

ע"י ב"כ עוה"ד בעז ארד ו/או אביה אלף ו/או עומר מקייס
מרחוב רמב"ן 32 ירושלים 92268
טל': 02-5662211; פקס: 02-5662222;

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 8948/22:

1. הכנסת

על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת
כנסת ישראל, ירושלים
טל': 02-6408636; פקס: 02-6753495

2. היועצת המשפטית לממשלה

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

4. סיעת ש"ס

ע"י עוה"ד נדב עשהאל
מרח' בית הפועלים 3
טל': 08-9353486

5. סיעת הליכוד

ממשכן הכנסת, קריית בן-גוריון
ירושלים 9195016

6. ראש הממשלה, חה"כ בנימין נתניהו

על ידי עוה"ד מיכאל ראבילו ו/או רועי שכטר ו/או אופק ברוק
מהגן הטכנולוגי, מלחה, מנחת בנין מס' 1, ירושלים

טל': 02-6490649, פקס: 02-6490659
7. ח"כ אריה דרעי – יו"ר מפלגת ש"ס
 ע"י עוה"ד נבות תל צור
 מרחוב מצדה 7 בניין ב.ס.ר 4, קומה 19
 בני ברק, 5126112
 טלפון: 03-7177700; פקס: 03-7177711;
8. סיעת הציונות הדתית
 ע"י ב"כ עו"ד אלי שמואליאן
 מרחוב הררי רפול 41 א, ירו שלים
 טלפקס: 02-5838383 נייד: 050-8454600
9. סיעת עוצמה יהודית
10. סיעת יהדות התורה

- המשיבים בבג"ץ 8949/22:**
1. הכנסת
 2. חה"כ אריה מכלוף דרעי
 3. היועצת המשפטית לממשלה
 4. ראש הממשלה, חה"כ בנימין נתניהו
- המשיבים בבג"ץ 8982/22:**
1. ראש הממשלה, חה"כ בנימין נתניהו
 2. היועצת המשפטית לממשלה
 3. חה"כ אריה דרעי

תשובה לצווים על תנאי מטעם ראש הממשלה

בהתאם להחלטות בית משפט נכבד זה בדבר איחוד העתירות שבכותרת ומתן צווים על תנאי, ראש ממשלת ישראל חה"כ בנימין נתניהו (המשיב 6 בבג"ץ 8948/22, המשיב 4 בבג"ץ 8949/22 והמשיב 1 בבג"ץ 8982/22) (להלן בתשובה זו: "המשיב" או "ראש הממשלה"), מתכבד בזה להגיש את תשובתו לצווים על תנאי **והתנגדותו** לעשיית הצווים על תנאי לצווים מוחלטים, מן הטעמים שיפורטו בגוף התשובה להלן.

המשיב יטען, כי אין כל מקום להתערבותו **התקדימית והחריגה** של בית המשפט הנכבד **בחקיקת היסוד** של הכנסת בכובעה **כרשות מכוונת. ראשית**, הסמכות העליונה לכינון חקיקת היסוד ניתנה לכנסת בתור הרשות המכוונת. עם כל הכבוד הראוי, בית המשפט הנכבד **נעדר סמכות** להורות על ביטול דבר חקיקת יסוד; כמו כן, לשיטת המשיב הסוגייה שבפנינו הינה סוגיה אשר **אינה שפיטה. שנית**, סבור המשיב, כי אין לעשות שימוש בדוקטרינות השונות המוצעות על ידי העותרים, וכן כי ברור לכל כי התיקונים החוקתיים לחוקי היסוד בוודאי עומדים בקנה אחד עם עקרונות היסוד החוקתיים של מדינת ישראל, ואף מטעם זה אין כל עילה להתערבותו, החריגה, של בית המשפט הנכבד בכינון חקיקת היסוד. **שלישית**, לא התקיים פגם כלשהו, ולמצער לא פגם היורד לשורש העניין העשוי להצדיק התערבות שיפוטית בחקיקת היסוד, גם אם היתה כזו – דבר המוכחש. **רביעית**, אין מקום להתערב בהחלטת חברי הכנסת להביע אמון בממשלה ובהרכב השרים שלה או להפעיל ביקורת שיפוטית על שיקול דעתו הרחב של ראש הממשלה בדבר מינויו של חה"כ דרעי כחבר בממשלה ה-37, וגם אם היה מקום להפעיל ביקורת שיפוטית, הרי ששיקול הדעת סביר ואין מקום להתערבות.

לנוכח המפורט בגוף תשובה זו, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לדחות את שלוש העתירות מכל וכל, לא להפוך את הצווים על תנאי לצווים מוחלטים ולצד כל אלה לחייב את העותרים בתשלום הוצאות ושכר טרחת עורך דין.

כמצוות תקנה 9 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984 תשובה זו לצווים על תנאי נתמכת בתצהירו של ראש הממשלה.

כן מצורף לתגובה זו מכתבו של ד"ר חגי הרוש, עוזר בכיר ליועצת המשפטית לממשלה, לפיו אישרה היועצת המשפטית ייצוג עצמאי לראש הממשלה בעתירות דן.

באשר לבקשת ההצטרפות כידידי בית המשפט - ראש הממשלה מתנגד לבקשה מהנימוקים המפורטים בעמדת ב"כ הכנסת וב"כ חה"כ הרב אריה דרעי.

ואלה נימוקי התשובה:

א. פתח דבר

- עניינן של העתירות שבפנינו הוא בבקשת העותרים להתערבות שיפוטית של בית משפט נכבד זה בעבודת כינון החוקה על ידי הכנסת בכובעה הייחודי והבלעדי של הכנסת וחבריה בפועלם בתור הרשות המכוננת של מדינת ישראל עת כוננו את חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11) (להלן: "תיקון מס' 11" או "התיקון").
- דין העתירות להידחות מכל וכל משום שאין להתערב במפעל חקיקת היסוד של הכנסת, באופן שיהוו התערבות תקדימית וחריגה של בית המשפט הנכבד בתפקידה החוקתי של הכנסת כרשות מכוננת. האדן הראשון המורה על דחיית העתירות הוא סמכותה העליונה של הכנסת בתור רשות מכוננת לכינון חקיקת היסוד בישראל, המובילה, עם כל הכבוד, לחוסר הסמכות של בית משפט נכבד זה להיעתר לסעדים המבוקשים ולהורות על בטלות חקיקת היסוד וחוסר השפיטות שבסוגיה החוקתית-פוליטית שבפנינו. זאת ועוד, אין כל מקום להתערבות שיפוטית בהחלטת חברי הכנסת ליתן אמון בממשלה ה-37 ובהרכבה, לרבות במינויו של השר דרעי כחבר בממשלה, וכן אין גם כל עילה להתערבות שיפוטית בהחלטת ראש הממשלה למינוי השר דרעי נוכח שיקול הדעת הרחב המוקנה לראש הממשלה במינוי שרי ממשלתו. גם אם היה מקום להתערבות שיפוטית הרי שהחלטת ראש הממשלה היתה סבירה והחלטה שלא למנות את הרב דרעי היא שאיננה סבירה בעליל.
- דרך הילוכנו בתשובה זו יהיה כדלקמן: בפרק ב' נדון בתיקון מס' 11 לחוק-יסוד: הממשלה, נעמוד ראשית על סמכותה העליונה של הכנסת לכינון חוקי היסוד, ונדון בסוגיות העדר סמכות בית המשפט וכן אי השפיטות המוסדית. לאחר מכן, נדון בדחיית טענות העותרים בדבר בחינת מניעי החקיקה וכן תחולתו המיידית של התיקון החוקתי ולאחר מכן בהליך החקיקתי הסדור שהתקיים בכנסת בעת חקיקת תיקון מס' 11. לאחר הדיון בתיקון מס' 11 ומשהראינו כי התיקון חל על ענייננו, נדון בפרק ג' במינוי השר דרעי ובמסגרת דיון זה נעמוד על הביקורת השיפוטית על אמון הכנסת ושיקול הדעת הרחב של ראש הממשלה בהרכב ממשלתו וכן נבחן את כשירות השר דרעי וסבירות המינוי.

ב. תיקון מס' 11 לחוק-יסוד: הממשלה

1.1. סמכותה העליונה של הכנסת לכינון חוקי היסוד

4. בתמצית, בצווים על תנאי שניתנו, נתבקשו המשיבים לעתירות לבוא וליתן טעם לבית המשפט הנכבד מדוע לעמדתם לא יקבע כי הוראות **חוק-יסוד: הממשלה** (תיקון מס' 11) – **בטלות** וכן מדוע לא יתערב בית משפט נכבד זה במינויו של השר דרעי בתור שר בממשלה ה-37.

5. כבר בראשית הדברים יציין המשיב כי לדידו מן הראוי היה כי בית המשפט הנכבד היה דוחה את העתירות על הסף מן הנימוק, כי עם כל הכבוד הראוי לבית המשפט הנכבד, לא נתונה לו הסמכות בדין להיעתר לצווים המבוקשים על ידי העותרים ולבטל תיקון **לחקיקת היסוד** של הכנסת בכובעה כרשות מכוונת, ולמצער, לא בשלב זה של מפעל חקיקת היסוד בישראל. יתר על כן, אף אם הייתה סמכות כאמור, הרי שמבחינה מוסדית מדובר בסוגיה אשר מצויה בשדה הפוליטי-ציבורי ואינה שפיטה באופן מובהק – ואשר, שוב עם כל הכבוד לבית משפט נכבד זה, אינה נתונה לביקורתו של בית משפט נכבד זה.

6. בכל הכבוד, אל לו לבית המשפט הנכבד להיעתר לצווים המבוקשים בעתירות משום שאין לו כל סמכות ליתן צו מוחלט המורה על בטלותו של **חוק יסוד**. **אין לבית המשפט הנכבד סמכות לדון בתוקפם של חוקי יסוד מחמת עליונותה של הכנסת כרשות מכוונת, מכוח עקרון שלטון החוק, ומחמת עקרון הפרדת הרשויות. יתר על כן, אין לבית המשפט הנכבד סמכות לדון בתוקפם של חוקי יסוד משום שבית המשפט הנכבד לא יכול להיות עליון על מקור סמכותו.**

7. כידוע לכל, הכנסת בתפקידה כבית הנבחרים במדינת ישראל חובשת מספר "כובעים", ביניהם, מוסמכת הכנסת לכוון את החוקה של מדינת ישראל (סמכות מכוונת), לחוקק חוקים, וכן אמונה הכנסת גם על הפיקוח על פעולות הממשלה. על תפקידה המכוון של הכנסת כתב כב' השופט נ' סולברג בפסק דינו בבג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (נבו 12.07.2021)** בעניין התיקון לחוק-יסוד: הממשלה המכוון את הסדר ממשלת החילופים (להלן: "**עניין ממשלת החילופים**"), כדלקמן:

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

8. הכנסת בתפקידה כבית הנבחרים במדינת ישראל, הינה בעלת הסמכות הבלעדית והייחודית לכוון את החוקה של מדינת ישראל (סמכות מכוונת) והיא אשר מוצבת בראש הפירמידה הנורמטיבית במשפט הישראלי. לפי תאוריית הביקורת השיפוטית שאימץ בית המשפט הנכבד בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, מט(4) 221 (1995) (להלן: "**פרשת בנק המזרחי**"), **חוקי היסוד** מעמדם כשל חוקה, והם עליונים על חוק; ולפיכך ניתן, לפי פרשנותו של בית המשפט הנכבד, לבקר חוק אם הוא סותר את **חוקי היסוד** בלבד. אך אם בית המשפט הנכבד ירחיק לכת בהלכותיו ופרשנותו ויבקר אף את **חוקי היסוד**, מהם הוא יונק את סמכותו, או אם ידון אותם לפי קריטריון חיצוני להם – הרי שאין הוא כפוף לכל חוק והדבר יהווה אפוא פגיעה אנושה בשלטון החוק. בית המשפט הנכבד הוא אשר קבע, כי **חוקי היסוד** עליונים על חוקי הכנסת,

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

9. התערבות שיפוטית בחוק יסוד כמוה כניתוק חבל הטבור שבין הריבון ובין יכולתו להשפיע על גורלו. אין משמעות הדברים כי נבחרו הציבור אינם כפופים לביקורת שיפוטית; אדרבה, החוק מחייב כי רשויות המינהל יצייתו לו, ובית המשפט הנכבד יכול לפסוק על פי החוק אם נהגו כדיון. אך בסוף, בית המשפט פועל מכוח סמכותו החוקתית על פי חוק היסוד. על עקרון זה כתב כב' הנשיא (בדימוס) פרופ' אהרון ברק במאמרו (ברק אהרן, "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ומעמד הכנסת", הפרקליט מ"ז, התשס"ד (להלן: "ברק, חוקתיות החוק ומעמד הכנסת")):

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

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

אכן, יש להבחין בין כנסת המכוננת חוקי-יסוד לבין כנסת המחוקקת חוקים רגילים. כאשר בית-משפט בוחן את חוקתיותו של חוק "רגיל" הוא אינו מבקר את מעשיה המכוננים של הכנסת" הוא מבקר את מעשי המחוקקים. כך נעשה ברוב רובן של

המדינות הדמוקרטיות; כך נעשה בישראל. כאשר בית-המשפט מבטל חוק של הכנסת בהיותו נוגד לחוק-יסוד, הוא אינו שולל מן הריבון את סמכותו הדמוקרטית; הריבון הוא העם; בית-המשפט נותן ביטוי לדברו של הריבון (העם) באמצעות נציגיו בכנסת כפי שמצא ביטוי בחוק-יסוד. ואם פסק-דינו של בית-המשפט, המפרש חוק-יסוד, אינו נראה לכנסת, הרשות בידה לשנות את חוק היסוד ולכונן הסדר חוקתי שונה. שוב: היא יכולה לעשות כן רק באמצעות שינוי בחוק-יסוד ולא באמצעותה של חקיקה רגילה. הנה כי כן, בראש הפירמידה הנורמטיבית ניצבת הכנסת כרשות מכוננת. [...]"

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

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

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

11. הנה כי כן, אף על פי שיטתו שלו, בית המשפט הנכבד יונק את סמכותו ההלכתית לביקורת שיפוטית על החקיקה מהריבון ומכוח חוקי היסוד המכוננים על ידי נציגיו, הם נציגי העם הנבחרים. חברי הכנסת בכובעם כמכוננים הם אפוא אשר מכתבים לבית המשפט את הוראות השמירה (פרפרזה מדברי כב' השופט י' קדמי בפרשת צמח לעיל) ובבואו של בית משפט נכבד זה לבחון דבר חקיקה שומה עליו, אף על פי הלכותיו שלו, ליתן את הבכורה לחקיקת היסוד. אם כן, אין לבית המשפט הנכבד סמכות לדון בתוקפם של חוקי יסוד משום שבית המשפט אינו עליון על מקור סמכותו ומחמת עליונותה של הכנסת כרשות מכוננת ושל חוק היסוד.

12. כפי שכתב פרופ' ברק (ברק, חוקתיות החוק ומעמד הכנסת לעיל) "... בראש הפירמידה הנורמטיבית ניצבת הכנסת כרשות מכוננת." וכן כי "ביקורת שיפוטית זו [על חקיקה "דגילה", הח"מ] היא הגשמתה של הפרדת הרשויות, שכן היא נועדה להבטיח כי הכנסת כרשות מחוקקת לא תפגע בכנסת כרשות מכוננת." וכי "הניגוד אינו בין בית-המשפט למחוקק. הניגוד הוא בין הכנסת כמחוקקת "דגילה", לבין הכנסת כמכוננת את חוקתה של ישראל." בביקורת שיפוטית על חקיקה "דגילה", בית המשפט אפוא נותן ביטוי לעליונות הרשות המכוננת, לחקיקת היסוד. לפי שיטתו שלו, אין בכך משום פגיעה בהפרדת הרשויות משום

שבית המשפט הוא המכריע בסתירה בין הכנסת כמחוקקת לבין הכנסת כמכוננת – ובית המשפט מגן על הרשות המכוננת ועל חוקי היסוד. דא עקא, אם בית המשפט הנכבד ייטול לעצמו סמכויות להתערבות בחקיקת היסוד ולמעשה לביטול הוראות חוקתיות – יעלה הדבר לכדי "...התנגשות חזיתית עם רצון הבוחר..." או "...חלום בלהות חוקתי שעלול לקלוע את בית המשפט לעין הסערה הפוליטית" (פסקה 16 לפסק דינו של כב' השופט עמית בבג"ץ 2592/20 התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (27.5.2020) (להלן: "בג"ץ הטלת המנדט"). עם כל הכבוד הראוי, התערבות בחקיקת היסוד על ידי בית המשפט הנכבד היא ניתוח הפרדת הרשויות וחריגה מסמכותו של בית המשפט הנכבד.

כאן המקום להעיר ולהזכיר, כי נקבע זה מכבר בפסיקת בית משפט נכבד זה, שאין מקום ליישום במערכת המשפט הישראלי את דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", ולא בכדי. כך קבעה כבוד הנשיאה א' חיות בפסק דינה בבג"ץ 5744/16 עו"ד שחר בן מאיר נ' הכנסת (פורסם בנבו, 27.05.2018) (להלן: "פרשת חוק ההדחה"), שם, הוחלט פה אחד בפני הרכב מורחב של תשעה שופטים לדחות את העתירות, תוך שכב' הנשיאה חיות ציטטה בהסכמה את שכתב פרופ' ברק במאמרו בדבר מעמדה של דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" בישראל:

"נראה כי לעת הזו, ובהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי כמשימה שטרם הושלמה, ובפרט משלא נקבעו עד כה ההליכים לכינון ולתיקון של חוקי-יסוד, יש בעייתיות לא מבוטלת באימוץ דוקטרינה מקיפה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי דוגמת הדוקטרינות הנוהגות במשפט המשווה"

13. גם בעניין ממשלת החילופים קבעה כב' הנשיאה א' חיות בהקשר זה, כדלקמן:

"דוקטרינה אחרת שעליה ביססו העותרים את טיעוניהם היא דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, המקובלת במספר לא מבוטל של שיטות משפט ברחבי העולם ואשר מכוחה מוטלות מגבלות מהותיות על הסמכות לתיקון החוקה. דוקטרינה זו נדונה אך לאחרונה בבג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021) (להלן: עניין חוק יסוד: הלאום), ושם ציינתי כי "שאלת אימוצה של דוקטרינה מקיפה לבחינת חוקתיותם של תיקונים לחוקה, מן הראוי שתוכרע עם השלמת מפעל חוקי היסוד לכדי חוקה מלאה" (שם, בפסקה 15). באותו עניין עמדתי על כך שבהינתן השלב שבו מצוי המפעל החוקתי הישראלי, קיימת מגבלה אחת, צרה ביותר, החלה על הכנסת בכובעה כרשות מכוננת והיא כי אין ביכולתה לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית."

14. מן הראוי להזכיר, כי פרופ' ברק כתב דברים דומים, לפיהם בשלב הנוכחי אין לדוקטרינה זו מקום בישראל במאמרו ברק, תיקון של חוקה שאינו חוקתי "אין לדוקטרינה זו מקום בישראל", באומרו:

"...האם משמעות הדבר הינה כי בשלב הנוכחי של ההתפתחות החוקתית בישראל אין מקום לשקול את מקומה של שאלת התיקון של חוקה שאינו חוקתי? אכן, במובן המקיף והשלם שדוקטרינה זו מקובלת במשפט המשווה אין לדוקטרינה זו מקום בישראל. הטעם לכך הוא שהמושג "תיקון" בחוקה הוא עצמו בעייתי בישראל. מפעל החוקה בישראל הוא בהתהוות. המשימה טרם הושלמה. "השלם" טרם

הושלם, וממילא התיקון בו טרם הבשיל. עם זאת, יש לנו תהליך בישראל של כינון חוקי יסוד. לעתים בא חוק יסוד חדש בתחום שטרם היה בו חוק יסוד. לעתים בא תיקון לחוק יסוד קיים בדרך של כינון חוק יסוד מתקן..."

15. ונזכיר גם את עיקרי דבריו של כב' השופט ע' גרוסקופף בבג"ץ החוק הנורווגי שניתן לא מזמן, היפים גם הם ליישום על ענייננו, עת בית משפט נכבד זה דחה, פעם נוספת, את תחולתה של דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" כאשר דחה את העתירה על הסף בלא בסיס להתערבות בית המשפט הנכבד. שם, כתב כב' השופט גרוסקופף כי:

שאלת סמכותו של בית משפט זה לפסול הוראת חוק יסוד מכוח דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי" היא סוגיה חוקתית חשובה מאין כמותה, אשר הגם שנזכרה בפסיקתו של בית משפט זה, לא אחת בהרכבים מורחבים, טרם נקבעה לגביה הלכה מחייבת [...]

זאת ועוד, אף התומכים בהחלטה של דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי" מסכימים כי החלה זו צריכה להיות מצומצמת למצבים חריגים ביותר ויוצאי דופן של שינוי חוקתי ה"פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי" (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 717), ובמקרים של פגיעה ב"עקרונות יסוד העומדים בבסיס קיומנו כחברה וכמדינה" (עניין בר-און, בעמ' 311). [...]

ואולם לא ראינו בעתירה כל הסבר מדוע יש בהיבטים אלה כדי להפוך אותו לכזה ה"מזעזע את אמות הסיפים של המבנה החוקתי והדמוקרטי כולו ומאיים למוטט אותו" (כלשון השופטת (כתוארה אז) אסתר חיות בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 656 (2009) בבואה לתאר את הדרישות לביטול של הסדר חוק, לאו דווקא חוק-יסוד, מכוח עקרונות יסוד של השיטה שאינם מעוגנים בחוקי היסוד). ולראיה, הפוך והפוך בעתירה ולא תמצא בה ולו התייחסות אחת למקור משפטי המבקר את הפעלת "החוק הנורווגי" בשיטתנו, והמצביע על כך שאין זה רצוי לאמצו בשיטתנו. [...]

אין כדי להוות בסיס להתערבות בית משפט זה בעבודתה של הכנסת, לא במקרה של חקיקה רגילה, ומקל וחומר לא במקרה של חקיקת חוקי יסוד."

16. כידוע, סמכותו של בית המשפט הנכבד מקורה בחוק-יסוד: השפיטה, שנחקק על ידי הכנסת בשבתה כאסיפה מכוננת, ואשר מסמך את הערכאות השיפוטיות שסמכות השפיטה נתונה בידיהן, וכן קובע את מרותו של הדין על מי שבידו סמכות שפיטה. לא למותר לציין, כי הכנסת בכובעה כרשות מכוננת, לא הקנתה לבית משפט נכבד זה סמכות לביקורת שיפוטית, בפרט לא בכל הקשור לעניינים חוקתיים. עיון בדברי ההסבר לסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה (אשר הוצע לראשונה כסעיף 19 לחוק-יסוד: בתי המשפט, ה"ח 1348, עמ' 245 14.6.1978) מוביל מפורשות למסקנה האמורה:

¹ זמין לצפייה גם באתר הכנסת: https://fs.knesset.gov.il/9/law/9_ls1_290707.PDF

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

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

לבסוף, לשון הסעיף בחוק-יסוד: השפיטה נקבעה במפורש ככזו אשר תקנה לבית משפט נכבד זה סמכויות נוספות ”בחוק” (סעיף 15(ה)), וכידוע, עד ליום זה, חוק היסוד או כל חוק אחר אינו מקנה לבית המשפט הנכבד כל סמכות דומה. האם ייתכן שבית משפט נכבד זה או בית משפט אחר יבקר סעיף מסעיפיו של חוק יסוד: השפיטה? האם ייתכן שבית משפט נכבד זה יחליט, דרך משל, כי סעיף פלוני המקנה או מגביל את סמכותו-שלו, יש לבטל או לשנות? ככל שכן, נמצא בית המשפט זה מרים את עצמו בשערות ראשו. **כאשר בית המשפט הנכבד מעמיד בסימן שאלה את חוק היסוד הרי שהוא כורת את הענף שעליו נשענת סמכותו שלו.** כשם שביקורת חוק-יסוד: השפיטה אינה אפשרית, כך ביקורת על כל חוק-יסוד אחר, ובוודאי חוק-יסוד משטרי, אינה אפשרית.

17. אם לא די בכך, לא יכולה להיות מחלוקת כי הסוגיה שבפנינו הינה **סוגיה פוליטית** מובהקת, ולשיטת המשיב, סוגיה פוליטית מובהקת שכזו, מטבעה, **אינה שפיטה**. בין היתר, מחמת **עקרון הפרדת הרשויות** ובכדי להבטיח את **אמון הציבור ברשות השופטת**. אך לאחרונה קבע כבי השופט מזוז בבג”ץ הטלת המנדט, כי בעניין דומה (סמכותה החוקתית של הכנסת ברוב חבריה) **שיקול הדעת אינו נתון לביקורתו של בית משפט נכבד זה** (אלא ב-”מצבים חריגים ונדירים ביותר”, אשר אינם מענייננו) **וכי לדעתו חלה דוקטרינת אי-השפיטות המוסדית**, בכותבו:

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

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

לצד זאת הדגיש הנשיא שמגר כי –

ההכרה בקיומו של סייג השפיטות היכול להביא, בנסיבות ראויות, להימנעותו של בית המשפט מן הנכונות לדון בבעיה פוליטית, כלכלית או ציבורית אחרת, איננה

**מחלישה את עקרון הפיקוח והביקורת השיפוטיים אלא מחזקת אותו, כי היא קובעת
לו גבולות סבירים" (שם בעמ' 520, 523).**

ובהקשר דומה קבע כב' השופט מזוז בפסק דינו בפרשת חוק ההדחה, כי סוגיות היורדות לשורש הסמכות והלגיטימיות של הרשות המכוננת ושל בית המשפט – חורגות בחלקן מתחומו של משפט:

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

18. מן הטעמים שפורטו לעיל, עמדת המשיב הינה כי, לא יתכן שהרשות השופטת תתערב באופן כה בוטה בהתנהלותה ובסמכותה, הייחודית והבלעדית, של הרשות המכוננת ותאסור דה פקטו על נציגי העם (הריבון) לכונן את חוקתה של המדינה. התערבות מעין זו, הינה התערבות קשה, תקדימית ומסוכנת, ועשויה לנפץ לרסיסים את הגרעין הקשה של עקרון הפרדת הרשויות ואת אמון הציבור ברשות השופטת.

19. המשיב דוחה מכל וכל את הטענות בדבר המגבלות על כוחה של הכנסת בתור הרשות המכוננת. בעניין זה, נפנה את בית המשפט הנכבד לפסיקתו מהשנים האחרונות בבג"ץ 5555/18 ח"כ אכרם חסון ו-11 אח' נ' כנסת ישראל (נבו 08.07.2021) בעניין חוק יסוד הלאום שם נדחו טענות מהסוג הזה.

באותה פרשה בעניין חוק יסוד הלאום, קבעה הנשיאה א' חיות הנכבדה כי **"בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי קיימת מגבלה אחת, צרה ביותר, החלה על הכנסת בכובעה כרשות מכוננת והיא כי אין ביכולתה לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. [...]** זאת, שכן המערך החוקתי בכללותו אינו מותיר מקום לספק כי קיומה ודמותה של מדינת ישראל באו לה מן השילוב – "יהודית ודמוקרטית" וכי זהו הלב הפועם של "החוקה נוסח ישראל".

כן קבעה כב' הנשיאה א' חיות כי ההבחנה בין סמכות מכוננת מקורית, הפועלת לגיבוש חוקה חדשה, ובין סמכות מכוננת נגזרת, אשר מוסמכת לתקן את החוקה, **לא אומצה בפסיקה הישראלית**, בכותבה כי **"ההבחנה האמורה – שלא אומצה בפסיקה הישראלית – מעוררת מלכתחילה קשיים בשל הנסיבות הייחודיות של שיטתנו, שבה לא ניתן להצביע על סמכות מכוננת מקורית שגיבשה חוקה מלאה והוראות ייחודיות לתיקונה"**. על כך עמד גם כב' השופט סולברג בפסק הדין **"החוקה בישראל – לא הושלמה; סמכותה הראשונית של הכנסת להעמיד חוקה – נותרה אפוא על מכונה. לפיכך, גם בעת שהכנסת מתקנת חוק-יסוד קיים, היא אינה פועלת מכוח הסמכות 'לתקן חוקה', אלא מכוח סמכותה הראשונית לכוננה"**.

לבסוף, על פי קביעת הנשיאה הנכבדה, הגבלה כאמור על כוחה של הכנסת כרשות מכוננת תחול אך ורק בחקיקת חוק-יסוד או תיקון לחוק-יסוד כאשר **"מדובר במצבים שבהם הוראה חוקתית פוגעת פגיעה אנושה באופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה, עד כי אין כל דרך ליישב מבחינה מושגית ופרקטית בין הוראה זו ובין מרכיביה אלה של זהות המדינה"**.

20. מעבר לצורך נבקש להבהיר, כי גם אם היתה סמכות התערבות בחוקי יסוד – דבר המוכחש- הרי שהמשיב יטען, כי שומה על בית משפט נכבד זה לפעול בצמצום ובמשנה זהירות בהפעלת ביקורת שיפוטית על עבודתה של הכנסת, בית המחוקקים של ישראל, ובפרט בכובעה כרשות מכוננת עת היא מחוקקת חוקי יסוד. בהלכות

בית המשפט הנכבד נקבע זה מכבר, כי בהתערבות שיפוטית בהחלטות הכנסת (בכובעה כרשות מחוקקת) ינהג בית המשפט הנכבד באיפוק ובריסון, ומקל וחומר הוא הדין עת עסקינן בחקיקת היסוד וברשות המכוננת – הריבון. קביעה זו מתחייבת ממודל הפרדת הרשויות הנהוג בשיטתנו, ומעקרון האיזונים והבלמים הנובע ממנו. על הריסון והאיפוק בביקורת השיפוטית על הרשות המחוקקת ("הוגילה") עמד כבי' השופט (כתוארו דאז) ברק כבר בבג"ץ 953/87 פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 322 (1988), ודבריו יפים בשינויים המחויבים וביתר שאת על פעולות הרשות המכוננת:

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

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

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

22. אם נניח את שלל פעולותיה של הכנסת על גבי "סקאלת" הביקורת השיפוטית, נדמה שאין חולק כי חקיקת היסוד אותה מחוקקת הכנסת בכובעה העליון כרשות המכוננת של מדינת ישראל, מצויה בראש הפירמידה ובמעלה "הסקאלה", היכן שנהוגים משנה איפוק וריסון שיפוטיים, וביקורת, גם לשיטת אלה הסבורים בניגוד לעמדת המשיב, שניתן למתוח ביקורת, שמורה רק למקרים נדירים וקיצוניים ביותר, אשר כמותם – טרם נולד במשפט הישראלי – ולא יכול להיות ספק כי ענייננו אינו עולה לכדי מקרה כה נדיר וקיצוני. ודוק: מקרים נדירים וקיצוניים אלו, הם "מקרים מיוחדים ויוצאי דופן שבהם השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי" [דברי כבוד הנשיא ברק בפסקה 74 לפסק דינו בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2002)]. בהידרשו לסוגיה זו, סיכם כבוד השופט מזוז וקבע, בפסקה 11 לפסק דינו בפרשת חוק ההדחה, כך:

"...ככל שקיימת מגבלה בלתי-כתובה על תיקון חוקה, הרי שזו מוגבלת למצבים חריגים ביותר ויוצאי דופן של שינוי חוקתי ה"פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי"... או בניסוח אחר: מקרים של

פגיעה ב"עקרונות יסוד העומדים בבסיס קיומנו כחברה וכמדינה"... או: "פגיעה בעקרונות יסוד אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד, עצמם מושתתים עליהם..."

23. בטרם נתייחס פרטנית לדוקטרינות המוצעות על ידי העותרים כבסיס לפסילת חקיקת היסוד של הכנסת בכובעה כרשות המכוננת, שדין להידחות, ראוי להביא את דבריו של כב' השופט סולברג בפסק דינו בעניין ממשלת החילופים:

"... כעמדת חברי, אף מבלי להידרש לשאלת סמכותנו לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, ברי כי אין בהסדר הנדון כדי לפגוע באופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל – רחוק מכך. אולם, על אף שתוצאה זו ברורה בעיני ואינה מצריכה הנמקה נוספת, לא אוכל להחריש נוכח מגמת התעצמותה של הביקורת השיפוטית המהותית על חקיקת-יסוד. ביקורת זו נסמכת על דוקטרינות שיפוטיות עמומות ובלתי-גדורות. מציאות זו, אינה מניחה את הדעת. מחמת דוחק הזמן, משהעיתות הפכו בעיקרן תיאורטיות, ואף המעט שנותר אינו מצדיק כל התערבות שיפוטית, גם לדעת המחמירים – אסתפק כאן בקריאת כיוון ראשונית; את ההרחבה הנדרשת בסוגיה נכבדה זו – אותיר לימים אחרים; לכשירווח, וככל שיצטרך."

24. המשיב דוחה כאמור את הניסיונות לייחס לרשות השופטת סמכויות אבסולוטיות באמצעות ביקורת שיפוטית על החוקה עצמה ולהפוך את בית המשפט הנכבד לשחקן במגרש הפוליטי בהליך של מעין "קריאה רביעית" לחוק היסוד. על נקודה זו בדיוק, ביחס לדוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת", עמד כב' השופט סולברג בפסק דינו בעניין ממשלת החילופים כדלקמן:

"אקדים אחרית לראשית ואומר, כי לשיטתי, כעניין של מדיניות משפטית, בעוסקו בגבולות הגזרה של החוקה הנרקמת, בזיהויו של חוק-יסוד, יסתמך בית המשפט על מבחן צורני בלבד; על כללים קשיחים אשר אינם מצריכים הפעלת שיקול דעת מהותי. קביעת כללי זיהוי מהותיים, אשר ישומם מצריך הפעלת שיקול דעת שיפוטית רחב, תהפוך את בית המשפט לשותף פעיל ביצירת החוקה ובתחימת גבולותיה. מלאכה זו נמסרה לכנסת ישראל; לא לנו השופטים. כינונה של חוקה המעגנת את ערכיה היסודיים של המדינה, את סדרי-המשטר, ואת כללי המשחק – טעונה הסמכה, ומצריכה הסכמה ציבורית רחבה. עיסוק של בית המשפט בשאלה – איזו נורמה ראויה להיכלל בחוקה ואיזו לא, חורג מן השורה, פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. תפקידם של המחוקק והמכונן – לקבוע את הנורמה; תפקידו של בית המשפט – לפרשה. אין זה מתפקידו של בית המשפט לקבוע, אם יאה היא אותה נורמה להיכלל בחוקה המתגבשת. [...]"

חשוב להדגיש, כטענת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, כי בעניין בר-און ובעניין המרכז האקדמי, שבהם דן בית המשפט בדוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת' לעומקה, "לא נקבעה הלכה פסוקה בעניין אימוצה כעילה לביקורת שיפוטית על חוקי-היסוד [...]. בית המשפט הנכבד לא ביטל עד כה דבר חקיקת-

יסוד מכוח העילה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת" (פסקה 96 לתשובת היועץ המשפטי לממשלה)

לבסוף עמד כב' השופט סולברג על עמדתו לפיה אין מקום לעשות שימוש בדוקטרינה מעין זו עת הדגיש כי:

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

25. אף לפי הדוקטרינות שהוצעו לביקורת שיפוטית שכזו על חוקי יסוד, שהמשיב, עם כל הכבוד, לא מסכים להן, העתירה דנן אינה מצביעה על כל עילה להתערבות כה קיצונית של בית המשפט הנכבד במשטר החוקתי ובהכרעתו העליונה של הציבור באמצעות נבחריו. אדרבה, הקלות שבה מבקשים העותרים להפוך דוקטרינות של התערבות שיפוטית במקרים קיצוניים המקעקעים את יסודותיה הערכיים של המדינה, למעין "קריאה רביעית" שיפוטית לחוק יסוד (משום שאין הם מרוצים מחקיקתו ברוב חברי הכנסת בקריאה שלישית בידי נבחר הציבור המוסמכים, יהיו הסיבות והנסיבות להתנגדותם אשר יהיו), רק חוזרת ומדגישה מדוע אין כל מקום לקבל דוקטרינות שמייחסות לרשות השופטת סמכות ביקורת על חוקי היסוד, ומכך נגזרת המסקנה הברורה כי יש לדחות את העתירות דנן.

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

27. ודוק: דוקטרינת "השימוש לרעה בחקיקת היסוד" אינה באה בבחינת שיקול דעתה של הכנסת בבואה לחוקק חקיקת יסוד ואינה נוגעת למעשה בתוכנו של חוק היסוד, או בכוננת או מטרת חברי הכנסת בעת חקיקת חוק היסוד. מטרת הדוקטרינה לבחון אפוא את התאמתו של חוק היסוד במארג החוקתי בישראלי. בכל מקרה, לדעת המשיב, עם כל הכבוד, מבלי לפגוע בטענת הסמכות והשפיטות שנסקרו לעיל, אין מקום כלל להחלתה של דוקטרינת השימוש לרעה בחקיקת היסוד, בכלל, ובפרט לא על ענייננו.

28. לאור כל האמור לעיל, לכנסת הסמכות העליונה בהיותה הרשות המכוננת ועם כל הכבוד, אין כל סמכות לבית המשפט הנכבד להתערב בתיקון מס' 11 לחוק-יסוד: הממשלה.

2. ב. יש לדחות את טענות העותרים בדבר בחינת מניעי החקיקה

29. על אף טענות העותרים ביחס ל"פרסונליות" אשר תיקון מס' 11 מתאפיין בה לכאורה, "הדין הנוהג אינו רואה במניעיו הפוליטיים של המחוקק עילה לשלילת מעמדה החוקתי של נורמה שהרשות המכוננת עיטרה בכותרת "חוק יסוד" (דברי כב' השופט הנדל בעניין ממשלת החילופים).

30. ככלל, ההלכה הפסוקה קבעה פעם אחר פעם כי שינויים משטריים חוקתיים הנובעים ממניעים פוליטיים, אינם פסולים או פגומים כשלעצמם. על כך עמדה כב' השופטת (כתוארה דאז) ד' דורנר כבר בבג"ץ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה חוק ומשפט**, נג(4) 92 (1999), בקשר לתיקון לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 9), אשר בגדרו בוטלה המגבלה על מספר חברי הממשלה ובעניין מספר חברי ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, שאין במניעים לתיקון החוקתי בכדי לפגום בתוקפו של התיקון, ויש ליישם דברים אלה גם על ענייננו:

"...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."

31. על הלגיטימיות של שיקולים פוליטיים כמניע לתיקוני חקיקה או חקיקת היסוד נכתב גם על ידי כב' הנשיאה א' חיות בבג"ץ 8612/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פסקה 16 לפסק דינה של כבוד הנשיאה (17.8.2016):

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

32. כך גם סבר כב' השופט פוגלמן בבג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל** בעניין התקציב הדו-שנתי עת קבע כי שיקולים פוליטיים כשלעצמם אינם עולים לכדי עילת התערבות (אף אם הייתה סמכות לעשות כן) עת כתב:

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

33. וכך קבע בית משפט נכבד זה בעניין **ממשלת החילופים** עת נקבע כי הוראות תיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה היו **כלליות דיין ואינן פרסונליות**, על אף שכוננו בעקבות צורך פוליטי נקודתי ופרסונלי לכאורה. על כך כתב כב' השופט מינץ כתב בפסקה 14 לפסק דינו, כדלקמן:

"עיון בהתפתחות חוקי היסוד המשטריים מבהיר שהחוקה הישראלית רוויה הסדרי קבע חוקתיים משטריים שנוצרו עקב צורך פוליטי נקודתי, ואינה מייחסת להם "פרסונליות" פסולה" [...]

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 מיידי 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. [...]

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

מכאן ועד לקביעה גורפת כי חוק יסוד שבא לעולם משיקולים פוליטיים, אינו ראוי למעמד חוקתי, ארוכה הדרך – ולטעמי, בלתי עבירה. [...]

גישתה זו של הפסיקה, המכירה במעמד החוקתי של הסדרי קבע כלליים שנוצרו גם על רקע אילוצים פוליטיים, מעוגנת היטב בחוקה המשטרית הישראלית, כפי שהתפתחה בפועל.

ראו לעניין זה גם את דברי כב' השופטת ברון:

"הגם שהסדר זה נולד במקור במטרה לאפשר כינונה של ממשלת אחדות מסוימת, אין לומר כי הוא משרת אינטרסים צרים או זמניים של שחקנים פוליטיים מסוימים."

ויפים ליישום על ענייננו, בשינויים המחויבים, גם דברי כב' הנשיאה חיות, שקבעה כך:

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

34. שינוי בהסדרים חוקתיים עם כינון הממשלה אינו פסול כשלעצמו, וכן כלל אינו תקדימי וייחודי לעניין המונח בפנינו. כך פועלים נבחרי הציבור, וכך פעלו ממשלות שונות במרוצת הזמן, ולצורך ההמחשה, במסגרת הסכמים קואליציוניים שונים הוסכם בעבר כי יתוקנו חוקי יסוד לצורך כינון הממשלה: כך למשל, במסגרת ההסכם קואליציוני לכינון הממשלה העשרים ותשע בראשות אריאל שרון הוסכם, כי יתוקן חוק יסוד: הממשלה בעניין תקציב המדינה; וגם בדומה, במסגרת ההסכם הקואליציוני לכינון הממשלה השלושים ואחת בראשותו של אהוד אולמרט נקבע, כי יתוקן חוק-יסוד: הכנסת כך שיועלה אחוז החסימה. וראו גם פסיקתו של בית משפט נכבד זה בבג"ץ 3234/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 09.07.2015, (להלן: "בג"ץ מפלגת יש עתיד"), שם דחה בית המשפט הנכבד עתירה של מפלגת יש עתיד כנגד הרחבת הרכב הממשלה באמצעות תיקון חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 3 והוראת שעה לכנסת ה-20) במסגרת כינון הממשלה באותה העת. כך גם בעת הקמת ממשלת החילופים בתקופת כהונת הממשלה ה-35,

הוסכם במסגרת ההסכמים הקואליציוניים על כינון מוסד ממשלת החילופים בחקיקת היסוד – הסכמה שיצאה אל הפועל בתיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה, ואשר עתירות כנגדה – נדחו.

35. בהסתכלות אל העבר החקיקתי של חוק-יסוד: הממשלה, "את התיקונים ניתן לחלק לכאלה שהיו בעלי אופי קונסטיטוציוני מסוים, התואם את מטרת הבסיס של החוק, ושהיתה בהם חשיבות לתפקוד הממשלה, גם אם היוזמה לחקיקתם נבעה לעתים מנסיבות פוליטיות; ולכאלה שכל כולם קוניונקטורליים, שנחקקו בכורח סיטואציה פוליטית בת זמנה, ונשארו בספר החוקים." כך כתב כבוד השופט אליקים רובינשטיין במאמרו (אליקים רובינשטיין, "חוק-יסוד: הממשלה במתכונתו המקורי – הלכה למעשה" משפט וממשל ג התשנ"ו, 571, להלן: "רובינשטיין, חוק-יסוד הממשלה"). כפי שעולה מניתוחו של כבוד השופט רובינשטיין, ניכר כי החלק הארי של התיקונים לחוק-יסוד: הממשלה נבע משיקולים פוליטיים ובפרט שיקולים קואליציוניים לצורך הקמת ממשלה פלונית. כך למשל, תיקון מס' 2 לחוק המקורי, אשר השופט רובינשטיין כותב כי כל תכליתו היתה קוניונקטורלית במטרה "לפצות" את השר שמחה ארליך על העברתו מתפקיד. כך גם תיקון מס' 4 לחוק המקורי אשר יצר את מוסד ממלא מקום לראש הממשלה לצורך כינונה של ממשלת האחדות הלאומית הרוטציונית. כך תכליתו של תיקון מס' 6 לחוק המקורי היתה קוניונקטורלית אשר "יסודו במשבר הקואליציוני הקשה והמכוער של מרס-יוני 1990, שחשף סדרת תופעות שליליות לכל הדעות במערכת הפוליטית, ושהיה במידה רבה הזרז להצעת השינויים הקונסטיטוציוניים שנתקבלו בחוק-יסוד: הממשלה החדש." כך גם היה במסגרת תיקון מס' 8 שכונן את מוסד ממשלת החילופים, ועתירה כנגדו – נדחתה בהרכב מורחב של תשעה שופטי בית משפט נכבד זה בבג"ץ 2905/20.

אם לא די באמור, הרי שרק לאחרונה הממשלה היוצאת הסכימה במסגרת ההסכמים הקואליציוניים, מתוך מניעים קואליציוניים ופוליטיים, לתקן מספר חוקי יסוד, וביניהם חוק-יסוד: הממשלה, חוק-יסוד: הכנסת, וחוק-יסוד: משק המדינה (ראו נספח ה' להסכם הקואליציוני להקמת הממשלה ה-36 שנחתם ביום 11.6.2021 בין סיעת ימינה וסיעת יש עתיד בכנסת ה-24²). תיקונים אלו הוחלו כמובן באופן מידי על הכנסת ה-24, אשר היא הכנסת שתיקנה את אותם חוקי היסוד. באופן ספציפי נציין את תיקון מס' 51 לחוק יסוד: הכנסת³. במסגרת התיקון נקבע, כי פרישה של 4 חברי כנסת תחשב כהתפלגות ולא כפרישה אסורה, וזאת אך ורק בשל המחשבה המוטעית של הקואליציה בזמנו, שתוכל להיווצר אופציה כזו במהלך כהונת הכנסת ה-24, שתייצב את הממשלה ה-36. באותו תיקון, בעקבות ההסכמות הקואליציוניות הנקודתיות, תוקן גם המועד שיחול להעברת תקציב המדינה. כאמור, התיקון האמור נכנס לתוקף באופן מידי וחל על הכנסת ה-24, למען שלמות התמונה ראוי לציין ולהדגיש כי תיקון זה בוטל בכנסת ה-25. כך גם, נציין פרטנית גם את חוק יסוד- הממשלה (תיקון מס' 10)⁴, במסגרתו עיגנה הממשלה היוצאת את ההסדרים הקואליציוניים שהוסכמו "אד-הוק", כגון הוספת סגן שר נוסף במשרד ראש הממשלה וכן קביעת הוראות בדבר חילופי ראש הממשלה וראש הממשלה החליפי.

² הסכם הקואליציוני להקמת הממשלה ה-36 שנחתם ביום 11.6.2021 בין סיעת ימינה וסיעת יש עתיד בכנסת ה-24 זמין לצפייה באתר הכנסת: <https://main.knesset.gov.il/mk/government/Documents/CA36-Yemina.pdf>

³ ס' י"ח מס' 2914 מיום 7.7.2021 עמ' 368

⁴ ס"ח 2920 מיום 28.7.2021 עמ' 382

36. אם כן, שינויים משטריים חוקתיים הנובעים ממניעים פוליטיים, אף אם נראים בתור "פרסונליים" לאור אירוע כזה או אחר, הם אינם פסולים או פגומים כשלעצמם, אלא דווקא הם אשר פעמים רבות מניעים את הליכי החקיקה ותיקון החוקה כאשר הדברים נדרשים. לאור כל האמור לעיל, אין לקבוע בענייננו כי התיקונים החוקתיים הינם בגדר "שימוש לרעה" בחקיקת היסוד, מה גם שהמשיב לא מסכים, עם כל הכבוד, לסמכות לבטל חוק יסוד בהעדר הסמכה מפורשת לכך בחוק.

3. בתולתו המיידית של התיקון החוקתי

37. העותרים מלינים, בין השאר, על אופיו הרטרופקטיבי של הוראות תיקון מס' 11. דא עקא, מושכלות ראשונים הם, כי בחקיקה רטרופקטיבית כשלעצמה, **אין שום פסול**, ובלבד שאופייה הרטרופקטיבי **נקבע מפורשות** בידי המחוקק, על גבי דבר החקיקה עצמו.

38. חוק הוא רטרופקטיבי אם הוא משנה לגבי העתיד את המעמד המשפטי, את התכונות המשפטיות ואת התוצאות של פעולות שנעשו לפני מועד היכנסו לתוקף. לצד זאת, חוק הוא רטרופקטיבי אם הוא מוחל על מצב דברים המתקיים ביום כניסתו לתוקף (ראו דברי כב' השופט לנדוי בע"א 27/64 **בדר נ' לשכת עורכי הדין בישראל**, פ"ד יח(1) 295, 300 (1964); וגם אהרן ברק, **פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה**, (התשנ"ג) עמ' 631); וכן יניב רוזנאי "רטרופקטיביות – יותר מאשר "רק עניין של זמן"! מחשבות על ניתוח חקיקה רטרופקטיבית בעקבות בג"ץ גניס" **משפט ועסקים ט**, התשס"ח (ספטמבר 2008), 458-395).

39. חרף טענות העותרים בעניין זה, הכנסת, בכובעה כרשות מחוקקת ומכוונת, **מוסמכת** לחוקק דברי חקיקה רטרופקטיביים ואין בכך בכדי לפגום בתוקפו של דבר החקיקה, ובוודאי שאין בעצם הרטרופקטיביות של החקיקה בכדי לבטל את דבר החקיקה או להקנות לבית משפט נכבד זה עילה כלשהי להתערבות. על כך עמד בית משפט נכבד זה בשורה של פסקי דין, כך למשל קבע כבוד מ"מ הנשיא (כתוארו דאז) זוסמן, בפסקה 4 לפסק דינו בבר"ע 3/73 **גלעד נ' סופר**, פ"ד כז(1) 596 (1973):

"...כוחו של המחוקק לחוקק חוק בר-תוקף למפרע אינו מוטל בספק, ומקום שהדבר לא נאמר במפורש, אך משתמע ממטרת תחיקה, חייב בית-המשפט לפסוק על-פי הדין החדש לגבי עיסקה שנעשתה קודם לכן..."

ובדומה לכך, קבע כבוד השופט וייס בע"א 730/83 **מנהל מס שבח מקרקעין נ' אלקוני**, פ"ד לט(3) 169 (1985), בפסקה 5 לפסק דינו:

"...אין חולק, שהמחוקק רשאי לחוקק חוקים בעלי תחולה רטרופקטיבית, אך במקרה שהמחוקק אינו מגלה, לא במפורש ולא מכללא, את רצונו להעניק להוראת חוק כוח רטרופקטיבי, אזי צריך לחפש את הפתרון בכללי הפרשנות הרגילים..."

40. דקדוק בהלכות בית משפט נכבד זה ובדעות מלומדי המשפט מורה, כי "עיקרון" אי-התחולה הרטרופקטיבית מהווה **חזקה פרשנית הניתנת לסתירה, ותו לא**. לדברי המלומד וכבוד הנשיא (בדימ') פרופ' אהרון ברק:

"...מחד גיסא עומדת החזקה הכללית בדבר אי-תחולה רטרופקטיבית. מאידך גיסא עומדת תכלית סובייקטיבית של המחוקק, שלפיה דבר החקיקה החדש הוא

בעל תחולה רטרוספקטיבית. כפי שראינו, במצב דברים זה יד התכלית הסובייקטיבית על העליונה...] [אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 644 (1993)].

ביטוי לגישה זו ניתן ללמוד גם מדברי כבוד הנשיאה ביניש, בפסקה 4 לפסק דינה בבג"ץ 10323/07 עזבון המנוח אבו שלהוב ז'אן נ' קצין התגמולים (פורסם בנבו, 4.12.2008):

"...הכלל הרגיל בפרשנות חוקים הינו, כי אלא אם מהוראת החוק ניכרת באופן ברור כוונה להחילו למפרע, הרי שחזקה על הוראת החוק שהיא חלה אך לעתיד לבוא..."

(ר' לעניין זה גם את דברי כבוד השופט (כתוארו דאז) מלצר בפסקה 27 לפסק דינו בע"מ 5854/11 רוסטוביץ' נ' עיריית חולון (פורסם בנבו 4.9.2015); ע"א 216/74 ויגל נ' אצט מפיצים (1965) בע"מ, פ"ד (כט) 1, 141, פסי 8 לפסק דינו של כבוד השופט קיסטר (1974); ע"א 410/76 ציפר נ' טורקניץ, פ"ד לב(2) 589, פסי 9 לפסק דינו של כבוד השופט (כתוארו דאז) אלון (1978); ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, פסי 8 לפסק דינו של כבוד השופט (כתוארו דאז) ברק (1992)).

41. ממגוון המקורות שאוזכרו לעיל נמצאנו למדים כי, לא רק שאין כל פסול או פגם בחקיקה רטרוספקטיבית, אלא אף עולה המסקנה כי על שופטי בית משפט נכבד זה לדורותיו מקובלת העמדה, לפיה **המחוקק, וקל וחומר בכובעו כמכונן, מוסמך להחיל חוקים למפרע. ללמדך – אין ברטרוספקטיביות שלעצמה בכדי לפגום בדבר החקיקה ובטח שאין בה בכדי לבטלה.**

42. באופן פרטני, בכל הקשור לתיקון חקיקה או חקיקת יסוד לצורך הקמת הממשלה, ולאחר הבחירות לכנסת, ראוי לציין כי הכנסת, בוכבעה כרשות מכוננת, פעלה כן מספר פעמים בעבר, באופן אשר מוחל על אותה הכנסת, ויש לציין כי חלק מדברי חקיקה אלו אף מצאו עצמם נדונים בפני בית משפט נכבד זה **בעתירות שנדחו לבסוף.**

כפי שפירטנו לעיל, **בג"ץ מפלגת יש עתיד** תקף את התיקון לחוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 3 והוראת שעה לכנסת ה-20), אשר דחה את תחולת המגבלה על מספר השרים וסגני השרים בממשלה **לצורך הקמת הממשלה** והרחיב למעשה את הרכב הממשלה וכן השיב את הסמכות למנות שר בלי תיק, הכל בהוראת שעה חוקתית אשר **חלה על אותה הכנסת** אשר חוקקה את הוראת השעה (הכנסת ה-20). בית המשפט הנכבד דחה את העתירה והעיר (כב' הנשיאה (בדימ') נאור) כי התיקון האמור אינו עולה לכדי פגיעה חוקתית.

כך גם לפני שנים, בתיקון מס' 4 לחוק יסוד: הממשלה המקורי אשר יצר את מוסד ממלא מקום לראש הממשלה וזאת **לצורך יישום הוראות ההסכם הקואליציוני** על מנת לאפשר את הקמת ממשלת האחדות הרוטציונית באותה העת ובאופן אשר חל כבר על אותה הכנסת שחוקקה את התיקון (ס"ח 1124 עמ' 220 13.9.1984 וראו גם **שטרית** לעיל). עוד ראוי לציין כי, מבחינת ההליך החקיקתי, הצעת חוק זו, פורסמה ביום 12.9.1984 ונתקבלה **ביום למחרת** ב-13.9.1984 והוחלה כאמור באופן מיידי על ממשלת האחדות שהוקמה.

באופן דומה פעלה הכנסת בכוננה את חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 42 והוראת שעה) ועת חוקקה את חוק הפסקת חברות בכנסת של חבר הכנסת המכהן כשר או כסגן שר (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2015 (ס"ח 2500 6.8.2015) ובמסגרתם קבעה הכנסת העשרים כי הוראות התיקונים יחולו בתקופת כהונתה של הכנסת אשר חוקקה את התיקון, היא הכנסת העשרים.

כך גם עשתה הכנסת בכינון הסדר הדחת חברי הכנסת במסגרת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44) אשר נכנס לתוקף ותחולה כבר במהלכה של כהונת הכנסת העשרים – היא הכנסת אשר חוקקה את ההסדר החוקתי החדש. בית משפט נכבד זה במסגרת פסק דינו **בפרשת חוק ההדחה** שהוזכר לעיל, "אישר" למעשה את התיקונים לחקיקת היסוד על אף תחולתם על אותה הכנסת שחוקקה את התיקונים ואשר "שינתה את כללי המשחק" לאחר היבחרה.

זאת ועוד, רק בשנת 2021, כונן תיקון מס' 8 לחוק-יסוד הממשלה, באופן אשר החיל באופן רטרואקטיבי את הוראותיו כך שנכנס לתוקפו באותה הכנסת שכוננה את התיקון החוקתי. בעניין זה חשוב לציין ולהזכיר, כי טענות דומות נשמעו מפי העותרים, ונדחו ברוב שמונה שופטי בית משפט נכבד זה. כך למשל כתב על כך כב' השופט נ' הנדל: **"אין בדין הנוהג בסיס לנטילת מעמדו החוקתי של תיקון משטרי בעל תחולה מיידיית – אלא אם דחיית התחולה מתחייבת מתכליתו, כפי שקרה בהקשר של חוקי יסוד הממשלה האחרונים. [...]** אין לייחס לסעיף 43 ח לחוק יסוד: הממשלה "רטרוספקטיביות" הנוטלת את מעמדו החוקתי – וזאת, ללא צורך ב"הצדקות" כלשהן". (לעמדה זו היה שותף גם השופט ג' קרא - ר' פסקה 5 לפסק דינו).

יתר על כן, כפי שצוין לעיל, רק לאחרונה הממשלה היוצאת העבירה את תיקון מס' 51 לחוק יסוד: הכנסת. במסגרת התיקון נקבע, כי פרישה של 4 חברי כנסת תחשב כהתפלגות ולא כפרישה אסורה. התיקון האמור נכנס לתוקף מיידית וחל על הכנסת ה-24 וכאמור ראוי לציין ולהדגיש כי תיקון זה בוטל בכנסת ה-25. כך גם, הממשלה היוצאת תיקנה את חוק יסוד- הממשלה (תיקון מס' 10)⁵, במסגרתו עיגנה הממשלה ה-36 את ההסדרים הקואליציוניים, כגון הוספת סגן שר נוסף במשרד ראש הממשלה וכן קביעת הוראות בדבר חילופי ראש הממשלה וראש הממשלה החליפי. התיקון האמור נכנס לתוקף מיידית וחל על הכנסת ה-24. התיקון האמור נכנס לתוקף מיידית וחל על הכנסת ה-24.

43. מהליך החקיקה בענייננו ובכלל זה מדיוני הוועדות והצגת התיקונים החוקתיים במליאת הכנסת לקראת הקריאה השלישית, לא יכול להיות ספק, כי כוונת הכנסת בתור המחוקק-מכוון הייתה כי התיקונים החוקתיים בענייננו יחולו רטרואקטיבית וכי כוחם יהא יפה בתחולתם כבר על הכנסת הנוכחית, באופן שיאפשר את הקמת הממשלה ה-37. לראיה, סעיף 8 לתיקון מס' 11 הקובע **מפורשות** כי **"תחילתו של חוק-יסוד זה ביום קבלתו בכנסת"**.

ברי, כי מכונן תיקון מס' 11 נתן דעתו לשאלת מועד כניסת הוראות התיקון לתוקף והכריע באופן חד משמעי ושאינו משתמע לשתי פנים כי התיקונים החוקתיים נשוא ענייננו יחולו באופן מיידית, על הכנסת הנוכחית, וזאת מ"יום קבלתו בכנסת".

44. לפיכך, משעהכנסת נתנה דעתה מפורשות למועד כניסת התיקון לתוקף, והייתה מוסמכת לפעול כן, יש לדחות גם את טענות העותרים בדבר הפגם בחקיקה הנובע מאופיין הרטרואקטיבי של הוראות החקיקה ובית המשפט הנכבד מתבקש שלא ליתן צווים מוחלטים בעניין זה. כל זאת כאמור, מבלי לפגוע בכלליות עמדת המשיב בדבר חוסר הסמכות, אי השפיטות, והיעדר תחולתן של הדוקטרינות המוצעות על ידי העותרים.

45. בשולי הדברים בעניין זה נציין כי העותרים טוענים לאי חוקיות הסעיף הקובע תחולה מיידיית של התיקון ביום קבלתו בכנסת, הואיל ולטענתם העדר פרסום ברשומות פוגם בתוקפו של החוק. דא עקא, שלטעון זה

אין רגליים. תיקון מס' 11 לחוק-יסוד: הממשלה נתקבל ברוב של 63 חברי הכנסת בישיבת מליאת הכנסת מיום 27.12.2022, **וכבר באותו היום**, בתאריך 27.12.2022, פורסם דבר חקיקתו של התיקון בספר החוקים ברשומות (ס"ח 3011 עמ' 4 מיום 27.12.2022).⁶ התיקון פורסם כדין והינו תקף לכל דבר ועניין ולא נפל כל פגם בהליך חקיקתו ופרסומו. על כן, דין טענות העותרים בעניין זה – **להידחות**.

4. הליך חקיקת תיקון מס' 11

46. טענה נוספת אותה מעלים העותרים נוגעת להליך החקיקה, המהווה לשיטתם כבילת הכנסת בלוחות הזמנים, לדידם לא יתאפשר דיון רציני ובפרט בשים לב כי מדובר בחוק יסוד. **דין טענה זו להידחות**.

47. ראשית – עם כל הכבוד, אין סמכות לבית משפט נכבד זה לבטל חוק יסוד גם אם הנסיבות היו כדברי העותרים. שנית – גם לשיטת אלה שלא דוגלים בעמדת ראש הממשלה הרי שטענה מסוג זה נדונה זה מכבר בעיקרה בפני בית משפט נכבד זה במסגרת בג"ץ 3234/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יו"ר הכנסת** (פורסם בנבו, 09.07.2015), ועל עניין זה בדיוק עמדה כב' הנשיא מ' נאור בפסק 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. ביום 11.5.2015 הודיע יושב-ראש הכנסת לכנסת כי עלה בידי ראש הממשלה המיועד להרכיב ממשלה. משכך, היה על ראש הממשלה המיועד להציג את ממשלתו בפני הכנסת עד ליום 18.5.2015 לצורך כינונה (ראו: סעיף 13(ב) לחוק-יסוד: הממשלה). 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 היושב לשורשו של ההליך.

אכן, מעמדם של חוקי היסוד מחייב את "מירב שיקול הדעת האפשרי בכינונם של חוקי יסוד או בתיקונם" (בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685, 714 (2004)), **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**

⁶ זמין לצפייה באתר הכנסת: https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_lsr_1443312.pdf

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.”

48. בדומה לעניין מפלגת יש עתיד שלעיל, גם בענייננו, על אף שהתקיים הליך חקיקתי מזורז בנסיבות ענייננו, ולאור הצורך הדחוק להציג את הממשלה בפני הכנסת בהתאם ללוחות הזמנים הסטטוטוריים הקבועים בחוק-יסוד: הממשלה, תיקון מס' 11 לחוק-יסוד: הממשלה, אכן כונן בהליך חקיקתי מזורז, אך בעודו היה מזורז, ההליך היה סדור ומקיף ובאופן העומד על תכליותיו הדמוקרטיות והציבוריות של הליך החקיקה בכנסת, תוך כיבוד זכות ההשתתפות של חברי הכנסת בהליך החקיקה.

49. בתמצית, נעמוד על ההליך החקיקתי שהתקיים. כך, ביום 12.12.2022 - הונחה הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – כשירותם של שרים) (פ/91/25) על שולחן הכנסת לדיון מוקדם. ביום 13.12.2022 - הונחה הצעת החוק על שולחן הכנסת לדיון מוקדם בוועדה המסדרת בכנסת וכן לדיון מוקדם במליאה והוחזרה על פי החלטה מליאת הכנסת לטיפול הוועדה המטפלת – הוועדה המסדרת. ביום 14.12.2022 – נדונה הצעת החוק במליאת הכנסת לקראת הקריאה הראשונה וכן הצעת החוק נדונה בוועדה המיוחדת 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"). ביום 15.12.2022 - נדונה הצעת החוק בהכנה לקריאה הראשונה בוועדה המיוחדת. בימים 18.12.2022, 19.12.2022, 20.12.2022, 21.12.2022, 22.12.2022, 25.12.2022 ו-26.12.2022 - נדונה הצעת החוק בהכנה לקריאה שנייה-שלישית בוועדה המיוחדת. ולבסוף, ביום 26.12.2022 - הונחה הצעת החוק על שולחן הכנסת לקריאה שנייה-שלישית – ונתקבלה ברוב של שישים ושלושה (63) חברי הכנסת בעוד שמנגד חמישים וחמישה (55) חברי הכנסת התנגדו (בישיבת מליאת הכנסת מיום 27.12.2022 שהחלה ביום 26.12.2022).

50. זה המקום להזכיר כי משמדובר בתיקון לחוק-יסוד: הממשלה, חלות עליו הוראות סעיף 44 לחוק-יסוד: הממשלה האמור הקובעות הוראות יציבות לחוק היסוד, כך: "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא ברוב חברי הכנסת; הרוב הדרוש לפי סעיף קטן זה יהא דרוש להחלטות מליאת הכנסת בקריאה הראשונה, בקריאה השנייה ובקריאה השלישית; לענין סעיף זה, "שינוי" - בין מפורש ובין משתמע." אך כאמור לעיל, התיקון התקבל במליאת הכנסת ברוב חברי הכנסת, בכל אחת מהקריאות.

51. במהלך דיוני הוועדות בכנסת הועלו טענות בדבר הליך החקיקה המזורז. אולם, הייעוץ המשפטי לוועדה, מצא לנכון לציין כי על אף קיומו של הליך מזורז, מתקיים הליך סדור וראוי, במסגרתו ניתנת לחברי הכנסת ההזדמנות לדון בחוק, כדלקמן:

”גור בליי:

לשאלתו של חבר הכנסת בליאק – יש ליו"ר הוועדה שיקול דעת רחב בקביעת סדרי הדיון. אנחנו חושבים שההליכים בהקשר הזה הם בוודאי לא הליכים מיטביים - מספר שעות זה לא הפרמטר היחיד, יש גם שאלה של זמן לדיון ציבורי וכן הלאה -

אבל אנחנו חושבים שבנסיבות האלו אי אפשר להגיד שנפל פגם שיווד לשורש ההליך. אני חושב שכן הייתה פה הזדמנות [...]

אנחנו לא חושבים שבהינתן הנסיבות האלו זה ברמה שמצדיקה התערבות. לאורך הדיונים כן ניתנה לחברי הכנסת הזדמנות להביע דעתם, וגם היו גורמים חיצוניים שהגיעו. ברור שזה לא הליך מיטבי, כי בהליך מיטבי גם יש זמן עיכול בין הדיונים.
[...]

אני לא חושב שבהקשר הזה יש פגם, לכן לא מצאנו מקום להתערב בשיקול הדעת הרחב."

52. ודוק: להבדיל מבג"ץ 10042/16 צחי קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו 06.08.2017), אין המדובר בחקיקה שנעשתה באישון ליל או בהליך בו התקיימה פגיעה בזכות ההשתתפות של חברי הכנסת בהליך החקיקה וברי כי אין המדובר בדבר חקיקה כה ארוך סבוך ומסובך כדמות חוק ההסדרים. דווקא להיפך, מדובר בהליך חקיקה שארך כשבועיים ימים, במהלכם, התקיימו דיונים רבים בוועדה המיוחדת הדנה בהצעת החוק, נשמעו עמדות הקואליציה והאופוזיציה, עמדות הייעוץ המשפטי לכנסת, וכן גורמים חיצוניים כאלה ואחרים, כאשר לשיטת המשיב בכל מקרה לא ניתן לבטל חוק יסוד בהעדר סמכות חוקית.

53. אשר לטענות בדבר השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת, הקובע "בדיון בהצעת חוק תקציב המדינה ובמקרים אחרים יוצאים מן הכלל, רשאית ועדת הכנסת לקבוע סדרי דיון מיוחדים, לרבות קביעת מסגרת הדיון וזמני הדיבור." נשיב כי הוועדה המסדרת הייתה מוסמכת ורשאית לעשות שימוש בסעיף זה ולקבוע סדרי דיון מיוחדים, והדבר נעשה לאור הצורך לעמוד בלוחות הזמנים הסטטוטוריים שעמדו לרשות הכנסת עד להקמת הממשלה ה-37, וזאת תוך שניתנה לחברי הכנסת ההזדמנות להגיש את הסתייגויותיהם להצעת החוק ולבקש את רשות הדיבור (ראו הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית)⁷ ותוך שניתנו לחברי הכנסת לא פחות מ-10 שעות דיבור (ראו דברי יו"ר הוועדה דיון בוועדה המסדרת מיום 26.12.2022⁸ בעמ' 10).

בעניין זה, נבקש להפנות את בית המשפט הנכבד למסמך סקירה של מחלקת המידע והמחקר (ממ"מ) של הכנסת בעניין "השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת שכותרתו: 'סדרי דיון מיוחדים' בנימוק של 'מקרים יוצאים מן הכלל'⁹, שם נסקר השימוש בסעיף האמור והמסקנה היא כי במרוצת השנים הכנסת עשתה בסעיף זה שימוש מספר לא מבוטל של פעמים (וזאת מעבר לשימוש תכוף בסעיף לגבי חקיקת חוק התקציב או חוק ההסדרים), בפרט כאשר היה עליה לעמוד בסד זמנים דוחק, לרבות בחקיקתם של חוקי יסוד, ובפרט הצ"ח יסוד: הממשלה (תיקון מס' 10 מועמד לראש הממשלה בבחירות מיוחדות), הצ"ח יסוד: משאל עם, הצ"ח יסוד: הממשלה (תיקון מס' 3 והוראת שעה לכנסת ה-20), הצ"ח יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה) (ממשלת חילופים) הצ"ח ממשלת חילופים (תיקון חקיקה והוראת שעה, התש"ף 2020), הצ"ח יסוד הכנסת (תיקון מס' 49).

⁷ זמין לצפייה באתר הכנסת: https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_ls2_1436950.pdf

⁸ זמין לצפייה באתר הכנסת: https://fs.knesset.gov.il/25/Committees/25_ptv_1457837.doc

⁹ זמין לצפייה באתר הכנסת:

https://fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/62bd4e2c-b7af-ea11-8116-00155d0af32a/2_62bd4e2c-b7af-ea11-8116-00155d0af32a_11_16214.pdf

בהקשר זה, לא ניתן שלא להזכיר את התנהלותה של הקואליציה היוצאת בכנסת ה-24 בשימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת, ובפרט את ישיבת ועדת הכנסת מיום 7 במרץ 2022, במהלכה יו"ר הוועדה דאז, אישר את השימוש בסעיף 98 לתקנון הכנסת, ביחס לשורה של חוקים (וזה חלק מסדר היום של הוועדה באותה הישיבה: קביעת סדרי דיון לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת בהצעת חוק זכויות נפגעי עבירה (תיקון מס' 15), התשפ"ב-2022, קביעת סדרי דיון לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת בהצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 76), התשפ"ב-2022, קביעת סדרי דיון לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת בהצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 130), התשפ"ב-2022, קביעת סדרי דיון לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת בהצעת חוק הניקוז וההגנה מפני שטפונות (תיקון מס' 7), התשפ"ב-2022, קביעת סדרי דיון לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת בהצעת חוק הדואר (תיקון מס' 13), התשפ"ב-2022, קביעת סדרי דיון לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת בהצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 19), התשפ"ב-2021, קביעת סדרי דיון לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת בהצעת חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 229) (נגיף הקורונה החדש – הוראת שעה), התשפ"ב-2022¹⁰. באותו הדיון אמרה היועצת המשפטית לכנסת כי "סעיף 98 הוא סעיף שנועד למקרים חריגים במיוחד. בכנסת הזאת [הכנסת ה-24, הח"מ] הוא הופעל יותר פעמים מאשר הופעל בכל יתר הכנסת וגם במקרים שפחות הכרנו".

ג. מינוי השר דרעי

1.ג. ביקורת שיפוטית על אמון הכנסת ושיקול הדעת הרחב של ראש הממשלה בהרכב ממשלתו

54. אין מקום להתערבות שיפוטית בהחלטת חברי הכנסת ליתן אמון בממשלה ה-37 ובהרכבה וכן אין כל עילה להתערבות שיפוטית נוכח שיקול הדעת הרחב המוקנה לראש הממשלה במינוי שרי ממשלתו.

55. ביום 29.12.2022 הציג חה"כ נתניהו (כתוארו דאז) בפני הכנסת את הרכב הממשלה ה-37 בהתאם להוראות סעיף 13 לחוק-יסוד: הממשלה. בין יתר שרי הממשלה, נמנה השר דרעי בתור משנה לראש הממשלה ושר בממשלה ה-37. בהמשך אותו היום, קיבלה הכנסת החלטה ברוב של שישים ושלושה (63) חברי הכנסת להביע אמון בממשלה שהוצגה בפניה. ההחלטה על מינוי שר בממשלה, מקבלת את תוקפה המשפטי באישור הכנסת במליאתה בעת מתן אמון הכנסת בממשלה הנכנסת, וכפי שנקבע בסעיף 13 לחוק-יסוד: הממשלה – "הממשלה תיכון משהביעה הכנסת אמון, ומאותה שעה ייכנסו השרים לכהונתם".

56. משהכנסת מביעה אמון בממשלה ומעניקה תוקף למינוי, היקף הביקורת השיפוטית המופעלת על אותה ההחלטה הוא צר ומצומצם – אם בכלל קיים. ממילא, מדובר בהחלטה שעוברת ביקורת ציבורית באפיקי הפיקוח הפרלמנטריים. זו אם כן אחת מהסיבות שבגינן בית משפט נכבד זה גילה לאורך השנים גישה זהירה במיוחד מקום שבו מינוי טעון אישור של הכנסת.

57. בשונה מסמכות ראש הממשלה להעביר שרים מתפקידם, שהיא סמכות הנתפסת בפסיקה כסמכות מעין-מינהלית, הרי שמינוי שר בממשלה טעון אישור של הכנסת ואינו נתון לשיקול-דעתו הבלעדי של ראש הממשלה. ואכן, בבג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, אהוד אולמרט,

¹⁰ זמין לצפייה באתר הכנסת: https://fs.knesset.gov.il/24/Committees/24_ptv_623398.doc וגם: <https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/knesset/Pages/CommitteeAgenda.aspx?Tab=3&FromDate=07%2f03%2f2022+00%3a00%3a00&ToDate=07%2f03%2f2022+23%3a59%3a59>

סב (3) 445 (2007) (להלן: "עניין אמונה") ייחס בית-המשפט העליון, בדעת רוב, משקל כבד, ובמידה רבה אף מכריע, לכך שמינוי אדם לתפקיד שר אושר על-ידי הכנסת. וכך כתב כב' השופט גרוניס בפסק-דינו:

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

"בעתירה שבפנינו מועלית טענה של חוסר סבירות לגבי החלטה של מליאת הכנסת, שנתנה את אישורה להחלטה של ראש הממשלה והממשלה לצרף שר לממשלה הקיימת... האם על בית משפט זה לקבוע כי החלטתה של הכנסת באישור המינוי הינה בלתי סבירה? עונה אני בשלילה לשאלה זו. הגוף שקיבל את ההחלטה שהשלימה את הליך המינוי הינו בית הנבחרים. ההחלטה לאשר את המינוי הינה בעלת אופי פוליטי מובהק. כמובן, שעל חברי הכנסת חובה הייתה להתחשב אף בעובדה שהשר החדש הורשע בדין, ובעבירת מין. אין בידינו לומר כיצד עמד שיקול זה מול שיקולים רלוונטיים אחרים. הפגם שדבק בהחלטה, על פי הנתעון, אינו זה של חוסר סמכות. הפגם עליו סומכים העותרים אינו נוגע לכשל דיוני בהליך בו קיבלה הכנסת את החלטתה. אף אין מדובר בשאלה של פרשנות חוק. גם אין עסקינן בהחלטה שהפרה זכות קיימת של מיעוט אופוזיציוני. הטענה היא שהחלטה לצרף את חבר הכנסת רמון היא בלתי סבירה. כאמור, עילה זו הינה אמורפית ביותר, בשל רמת ההפשטה הגבוהה שלה. בהקשר המסוים בו מדובר, אין לבית המשפט יתרון על פני כל אזרח במדינה בשאלת סבירותה של החלטה. אין עסקינן בסוגיה בה דרושה מומחיות משפטית. על יסוד כל האמור מסקנתי היא שעל בית המשפט להימנע מהתערבות בהחלטה."

אף כב' השופטת פרוקצ'יה (בפסקה 25 לפסק דינה) שתמכה גם היא בדחיית העתירה שעמדה בפניה – הטעימה את הריסון המיוחד הנדרש בהטלת מגבלות על הכנסת בעת שהיא מאשרת צירוף שרים לממשלה:

"צירוף שר לממשלה... טעון הודעה לכנסת ואישור הכנסת. מהלך זה מעמיד למבחן ציבורי – פוליטי ופרלמנטרי את החלטת ראש הממשלה והממשלה בעניין צירוף שר לממשלה, ואת זהותו של השר המתמנה. החלטת הכנסת מתקבלת לאחר דיון, והיא ניתנת במסגרת מעמדה של הכנסת כמפקחת על פעולות הממשלה. אישורה של הכנסת להחלטת הממשלה בדבר צירופו של שר לממשלה משקף אישור פרלמנטרי של הגוף הנבחר להחלטת מינוי שנתקבלה על ידי הרשות המבצעת... הביקורת השיפוטית משתרעת על כל רשויות השלטון, ובתוכן גם הכנסת... אולם מעמדה של הכנסת כרשות הנבחרת, כפי שעוגן בחוק היסוד, וכעולה ממבנה המשטר הדמוקרטי, מחייב כי בית המשפט יפעיל את ביקורתו השיפוטית כלפי החלטותיה בזהירות ובריסון. ככלל, בית המשפט יימנע מלהתערב בהחלטות הכנסת, ואמת

המידה הבסיסית על פיה נקבע מרחב התערבותו נעוצה באופייה של החלטה מבחינת מידת הפגיעה הכרוכה בה בעקרונות המשטר המדיני, ובתפיסות הבסיסיות המונחות ביסודו.

להרחבה על הריסון והאיפוק בביקורת השיפוטית על הרשות המחוקקת ראו דברי כב' השופט (כתוארו דאז) ברק בבג"ץ 953/87 פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 322 (1988); בג"ץ 2136/95 ח"כ גוטמן נ' יושב-ראש הכנסת, מט(4) 854, פס' 9-10 לפסק דינו של הנשיא ברק (1995); דברי כב' השופט (כתוארו דאז) חשין, בבג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 140 (2002); בג"ץ 9070/00 חברת-הכנסת לבנת נ' חבר-הכנסת רובינשטיין, פ"ד נה(4) 800, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק (2001).

58. על משקל החלטת הכנסת להביע אמון במינויו של שר והשפעת החלטה זו על סבירות המינוי במישור שיקול הדעת, כתבה כב' הנשיאה א' חיות בבג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (נבו 13.08.2015), עת דחתה את העתירה שבפניה, וכתבה כדלקמן:

"העובדה שהכנסת הביעה אמון בממשלה שהוצגה בפניה ביום 14.5.2015, נושאת אף היא משקל בבואנו לבחון את סבירות מינויו של דרעי לשר. כידוע, אין לנבחר ציבור "זכות קנויה" להיות שר (ראו והשוו לעניין תפקיד חבר כנסת: בג"ץ 7367/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(4) 547, 558-557 (1998); ס' נבות "מפרשת גנוסר לפרשת פנחסי: על כשירות ושיקול דעת" המשפט ה 85 (2000), אך העובדה שכהונתו של מועמד לתפקיד שר קיבלה גושפנקה פרלמנטרית עם הבעת האמון של הכנסת בממשלה לפי סעיף 13(ד) לחוק יסוד: הממשלה, יש בה כדי להחליש במידת מה את עוצמת הטיעון שהמינוי פוגע באמון הציבור במערכות השלטוניות..."

59. אך לא מזמן ניתן פסק דין עקרוני בסוגיה דומה בבג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 06.05.2020) (להלן: "בג"ץ הטלת המנדט") מפי כב' נשיאת בית המשפט הנכבד השופטת אסתר חיות (שניתן בהסכמה פה אחד בהרכב מורחב של 11 שופטים), שם, קבעה כב' הנשיאה, כי נוכח הסמכות הייחודית המוענקת לחברי הכנסת מכוח הסדרים חוקתיים ובפרט בעת מתן אמון הכנסת בממשלה חדשה ובהרכבה אין מקום להתערבותו של בית משפט נכבד זה, וככל שכן הרי שמתחם הביקורת השיפוטית הוא צר, עד מאוד:

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

על אחת כמה וכמה שכך הוא הדין בכל הנוגע להפעלת סמכותה החוקתית של הכנסת לכינון (או תיקון) חקיקת היסוד וכן בעניין מתן אמון הכנסת בממשלה חדשה ובהרכבה."

60. עוד באותו עניין, בבג"ץ הטלת המנדט, כתב כב' השופט י' עמית על בדבר הקושי המתעורר בהתערבות בית משפט נכבד זה בהחלטת הכנסת ליתן אמון בממשלה הניצבת בפניה, ופסק כי התערבות שיפוטית בהליך הדמוקרטי של מימוש רצון הבוחר, כמוהו כחלום בלהות חוקתי אשר יש להימנע ממנו:

"על פי כללי השיטה הפוליטית הנוהגת במדינה מאז הקמתה, ציבור הבוחרים מייפה את כוחם של חברי הכנסת ברשימות השונות לייצג אותנו. מדובר בייפוי כוח בלתי חוזר, הגם שתוקפו מוגבל בזמן עד לבחירות הבאות. משנבחרו חברי הכנסת על פי רשימות המפלגות, קיימת חזקה חלוטה כי עמדותיהם ופעולותיהם מבטאות את רצון הבוחר. "הממשלה תיכון משהביעה בה הכנסת אמון", כלשון סעיף 13(ד) לחוק יסוד: הממשלה. השעה שבה למעלה מ-60 חברי כנסת מרימים את ידם בתמיכה ובמתן אמון בממשלה שהורכבה זה-עתה, היא המועד הקובע שבו חברי הכנסת מבטאים את רצון רוב הבוחרים על-פי יפוי הכוח הבלתי חוזר שהופקד בידיהם. התערבות בית המשפט בנקודת זמן זו ובהליך דמוקרטי זה, כמוה כהתנגשות חזיתית עם רצון הבוחר כפי שבא לידי ביטוי בהצבעת נציגיו בכנסת. התערבות מעין זו מנוגדת לריסון שבית המשפט נוקט בהתערבות בהחלטות הכנסת, "ריסון הנובע ממעמדה המיוחד של הכנסת במשולש הרשויות" (עניין ראשי הערים, דברי המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור בפסקה 41). התערבות מעין זו משמעה, הלכה למעשה, הדחה על ידי בית המשפט של מי שזכה להיבחר כראש ממשלה על פי רוב קולות חברי הכנסת, חלום בלהות חוקתי שעלול לקלוע את בית המשפט לעין הסערה הפוליטית (רבקה וייל "האם הדחה שיפוטית של ראש ממשלה בישראל היא חוקתית?" משפט וממשל כא (2020) (עתיד להתפרסם))."

61. רואים אנו אם כן, כי לאישורה של הכנסת ומתן אמונה בממשלה ובהרכבה, לרבות במינויו של השר דרעי בתור חבר הממשלה, נתונה אפוא משמעות משפטית כבדת משקל. הואיל שמדובר בהחלטה הנתונה לפיקוח פרלמנטרי של הכנסת, ובשים לב לאופי הפוליטי-ציבורי של החלטה, היקף שיקול דעת הגורם הממנה רחב, מחד גיסא, ואילו היקף הביקורת השיפוטית, מצומצם, עד מאוד(!), מאידך גיסא.

62. לחלופין בלבד, אף אם יש מקום לבחון את שיקול דעת ראש הממשלה (חרף העובדה כי מינויו של השר דרעי אינו החלטה מנהלית המתקבלת על ידי ראש הממשלה, אלא החלטת רוב חברי הכנסת להביע אמון בממשלה ובהרכבה), ואף שידועות ומוכרות הלכות דרעי-פנחסי שקבעו 'כשירות לחוד, ושיקול דעת לחוד' (בג"ץ 4287/93 אמיתי – אזרחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל (08.09.1993) ובג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, מז(5) 404 (1993)), אך אין מקום ליישמן בענייננו. עלינו לדייק בהקשר זה: שיקול דעתו של ראש הממשלה בדבר מינוי שרים בממשלה - שיקול דעת רחב הוא והתערבות בהחלטת בית המחוקקים קשה ואינה אפשרית.

63. סמכות ראש-ממשלה הנוגעת להרכב הממשלה היא מיוחדת במינה, הן נוכח אופיה הפוליטי-ציבורי של החלטה, והן בשל מעמדו הרם של מקבל החלטה – העומד בראש אחת משלוש הרשויות – ראש הממשלה. מעמד מקבל החלטה לצד חשיבות ההחלטה ואופיה הפוליטי-ציבורי, מעידים, כל אחד בנפרד ובוודאי שבמצטבר, על היקף שיקול הדעת הרחב הנתון לראש הממשלה בעת קבלת החלטה על מינוי שר בממשלתו.

בעניין שיקול הדעת נקבע זה מכבר על ידי בית משפט נכבד זה בבג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה (להלן: "עניין הנגבי") אגב מינויו של השר צחי הנגבי לתפקיד השר לביטחון פנים, כי שיקול הדעת רחב עד מאוד והוא כולל מטבע הדברים גם שיקולים ציבוריים ופוליטיים, כדלקמן:

"למקרא חוות-הדעת השונות ניתן לקבוע כי ברמה העקרונית, אין מחלוקת של ממש בין שופטי ההרכב בנוגע לטיבה ולאופייה של הסמכות המסורה בידי ראש-הממשלה על-פי חוק-יסוד: הממשלה למנות שרים ולהעבירם מכהונתם. כך אף בכל הנוגע להיקף הביקורת השיפוטית שבית-משפט זה מפעיל על הסמכות האמורה. שיקול-הדעת המסור לראש-הממשלה, על-פי חוק, במינוי שרי ממשלתו ובהעברת שר מכהונה, הינו רחב ביותר. כבר נאמר בפסיקתנו, ואיש לא יחלוק על כך, כי במגוון השיקולים שרשאי ראש-הממשלה לשקול לעניין מינוי שר או הפסקת כהונתו יבואו, בין היתר, שיקולים פוליטיים שעניינם יציבות הממשלה, הקמת קואליציה בת-קיימא ושיקולים נוספים בעלי אופי פוליטי שהם שיקולים לגיטימיים, ואף חיוניים, בהליך של הרכבת ממשלה ומינוי שרים."

64. כך נקבע גם מאוחר יותר בבג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (נבו) (13.08.2015):

"אחר שמנינו את מכלול השיקולים הצריכים לעניין ראוי להוסיף ולציין עוד כי בכל הנוגע לענייני הרכבת ממשלה מסור לראש הממשלה שיקול דעת רחב. עמד על כך השופט (כתוארו אז) א' ריבלין בעניין הנגבי 2003 באומרו: "כאשר בית-המשפט בוחן את סבירותו של החלטותיו של ראש-הממשלה בענייני הרכבת הממשלה, מכיר הוא בכך שרק במקרים חריגים ונדירים יוחלפו מאזניו ומשקלותיו של ראש-הממשלה במאזניו ובמשקלותיו של בית-המשפט" (עמ' 859)".

65. על כן, כנגזרת מרוחב שיקול הדעת הנתון לראש הממשלה, היקף הביקורת השיפוטית על שיקול-הדעת של ראש הממשלה בנוגע לשאלת הרכב ממשלתו, לרבות מינויו של שר בממשלה, הוא מצומצם ביותר. למעשה, השאלה היחידה העומדת בפתחו של בית המשפט הנכבד, היא אם המינוי לכהונה כשר בממשלה ה-37 בלתי חוקי באופן המצדיק התערבות שיפוטית חריגה. כפי שנקבע בעניין זה בעניין הנגבי:

"כבר אמרנו: השיקולים הממלאים תפקיד בהחלטה על מינוי שר לתפקיד מסוים בממשלה הם רבים ומגוונים. חלקם, הלא מבוטל, הוא שיקולים פוליטיים. בית-המשפט אינו שם עצמו בנעלי ראש-הממשלה בעניין זה. אין הוא בוחן את תבונתה של ההחלטה. הוא בוחן את חוקיות ההחלטה, ובנסיבות שבפנינו, על-פי הדין כפי שנתפרש בהלכה הפסוקה, יקשה עלינו להצביע על פגם של אי-חוקיות."

66. בדומה, כב' הנשיא א' ברק קבע בבג"ץ 194/93 ח"כ גונן שגב נ' שר החוץ, מט(5) 057 (1995) (להלן: "עניין שגב") כי בית המשפט הנכבד אינו מחליף את שיקול דעת הרשות הממנה וכי למעשה כל החלטה של הרשות שהתקבלה במסגרת שיקול הדעת הרחב הנתון לרשות היא החלטה שהתקבלה כדין:

"לעתים, המקרה הוא מקרה גבול. העבר הפילי מתאזן כנגד מכלול השיקולים האחרים. במקרה זה כל החלטה של הרשות הציבורית הממנה היא כדין, ובית-משפט זה לא יחליף את שיקול-דעת הרשות הממנה בשיקול-דעתו שלו".

67. יתר על כן, רק לאחרונה נקבע על ידי בית משפט נכבד זה בבואו לבחון את סבירות ההחלטה על חתימת "ההסכם הימ"י" עם לבנון, (בג"ץ 6654-22 פורום קוהלת נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 13.12.22)), כי:

"באשר למהות הפעולה נקבע כי [...] מתחם הסבירות שעומד לרשות הממשלה בתחום ניהול יחסי החוץ והביטחון – גם כאשר מדובר בממשלת מעבר – הוא רחב; ולפיכך ההתערבות השיפוטית בהחלטות בתחום זה, שמרכיביו הדומיננטיים הם פוליטיים, תיעשה רק במקרים חריגים"

68. בהקשר זה נציין, כי בחינת "סבירות המינוי", אשר היא פרי הלכות דרעי-פנחסי הידועות, אינה חפה מביקורות וקשיים. על הבעייתיות הרבה שבעילת הסבירות, ובאופן ספציפי בהקשר של מינוי שרים, כתב לא אחת שופט בית המשפט העליון הנכבד השופט סולברג, בפסיקותיו ובמאמרו. בין היתר, כב' השופט סולברג כתב לאחרונה במאמרו נעם סולברג "הלכת דרעי - פנחסי בראי עילת הסבירות" **בלוג רשות הרבים** (16.1.2022) (וראו גם נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים", **השילוח** 18 (התש"ף – 2020)), כך:

"אני לא סבור שהשעה כשרה לביטול עילת הסבירות לחלוטין, אבל המגמה צריכה להתהפך: לא שימוש גובר, גורף, כברירת - מחדל, גם כשהדבר איננו מתחייב. הצמצום והמיקוד, הכרחיים. [...]"

בשונה מעילות ההתערבות המסורתיות במשפט המינהלי, שבהן נהנה בית המשפט מיתרון מובהק על פני הרשות המינהלית, נוכח מומחיותו, כאשר על הפרק שאלה ערכית (דוגמת ביטול מינוי פוליטי מטעמים של צדק, מוסר, הגינות), בית המשפט אינו נהנה מאותם יתרונות, וספק אם גישתו עדיפה על גישות אחרות. לבטח כך, כאשר כל השיקולים הרלבנטיים נשקלו על - ידי הרשות, והפגם שנפל נוגע אך למשקל שניתן על - ידה לשיקולים השונים. יתר על כן. ההתחקות אחר משקל השיקולים, בפרט בהחלטות פוליטיות, נחזית להיות שחזור תהליך קבלת ההחלטה, באמצעות 'הנדסה חוזרת' (Reverse Engineering). הפועל היוצא הוא, שלמרות שבית המשפט מצהיר השכם והערב, כי אינו בא בנעלי - הרשות, ולא ממיר את שיקול דעתה בשיקול דעתו - שלו, בפועל נראה, על פני הדברים, כי כך ממש נעשה; בית המשפט חורג מתפקידו הטבעי, ונכנס לתחומי פעולתה של הרשות המבצעת."

69. דהיינו, רואים אנו, כי גם בהלכה וגם במעשה, לא בנקל יתערב בית משפט נכבד זה בשיקול דעתו של ראש הממשלה ושל הכנסת במינוי אדם לכהונה כשר בממשלה. לעמדת ראש הממשלה, ענייננו אינו מנוי בין אותם מקרי קצה חריגים בהם יתערב בית המשפט הנכבד, בפרט נוכח העובדה שבמערכת הבחירות היה ברור שמפלגות הקואליציה ילכו כגוש אחד אם ינצחו בבחירות, כאשר הרב דרעי יהיה חבר בכיר בממשלה ונוכח עמדת הכנסת להביע אמון בממשלה ה-37 ובמינויו של השר דרעי כחבר הממשלה, ובשים לב לעמדת הכנסת במסגרת תיקון מס' 11 ותנאי הכשירות הסטטוטוריים שנקבעו בדין.

ג.2. כשירות השר דרעי וסבירות המינוי

70. לאחר קבלת תיקון מס' 11, אין מחלוקת שלא מתקיימות עילות הפסלות החלות על כהונת שרים, הקבועות בסעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה, והשוללות את כשירותו של אדם מלכהן כשר בממשלה. המסקנה היא, אם כן, כי חה"כ הרב אריה דרעי כשיר לכהן כשר בממשלה.
71. לאחר שנשיא המדינה הנכבד הטיל על ראש הממשלה את המנדט להרכבת הממשלה, ולאחר קיומו של משא ומתן קואליציוני אינטנסיבי עם סיעות הקואליציה המיועדות (הנתמכות על ידי 64 חברי הכנסת), החליט ראש הממשלה להביא לאישור הכנסת את מינויו של הרב אריה דרעי כמשנה לראש ממשלה ושר הפנים והבריאות.
72. ודוק: לדעת ראש הממשלה, לא רק שמדובר במינוי סביר אלא שאם לא היה מביא את מינויו של חבר הכנסת דרעי כשר, היה מדובר בפעולה בלתי סבירה וזאת, בין השאר, מהסיבות דלקמן:
73. **ראשית** – כידוע, החל משנת 2019 אנו מצויים בתקופה של חוסר יציבות שלטונית, במהלכה התקיימו 5 מערכות בחירות בתוך ארבע שנים. **בנסיבות חסרות תקדים אלה, השיקול המרכזי שצריך להנחות את ראש הממשלה הוא השבת היציבות השלטונית, ובנסיבות העניין, אין כל דרך להביא ליציבות שלטונית ללא מינויו של מנהיג סיעת ש"ס הרב דרעי כשר.** בהקשר זה נציין כי בית משפט נכבד זה קבע זה מכבר כי שקילת שיקולים ציבוריים ופוליטיים בעת מינוי שר הוא שיקול לגיטימי שיש ליתן לו משקל רב בהפעלת שיקול הדעת.
74. **שנית** – סיעת ש"ס היא הסיעה השנייה בגודלה בקואליציה. כ- 400,000 בוחרים תמכו בסיעת ש"ס בבחירות האחרונות, שהתקיימו אך לפני כחודשיים מתוך תמיכה במנהיגותו של הרב דרעי ומתוך רצון שישמש כשר. למעלה מ- 2.3 מיליון בוחרים תמכו במפלגות הקואליציה מתוך ידיעה ברורה שהן יקימו קואליציה כגוש אחד והרב דרעי ישמש כשר בממשלה. התעלמות מהרצון הברור של הבוחרים האמורים תהווה התנהגות בלתי סבירה בעליל. **האם יעלה על הדעת שסבירות בעיני העותרים או גורמים אחרים, מכובדים ככל שיהיו, תוכל לבוא במקום מה שנראה סביר בעיני למעלה מ- 2.3 מיליון בוחרים ובעיני למעלה מחצי העם!?**
- לעניין זה נפנה למשקל שניתן לבחירת הציבור במועמד לתפקיד כחבר בממשלה לאחר הרשעתו כפי שזה נקבע בהלכות בית משפט נכבד זה " ... **זומה שיש ליתן משקל מסוים לעובדה כי בזמן שחלף מאז הורשע הנגבי הוא נבחר שוב לכנסת על-ידי הציבור.** " (בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ (נבו 12.02.2015)) דברים אלה, יפים לענייננו.
75. **שלישית** – כבוד נשיא המדינה הטיל על ראש הממשלה את התפקיד להרכיב את הממשלה לאחר ששמע את המלצות הסיעות השונות. בשיטת הממשל שלנו, כפי שנשיא המדינה מתחשב בעמדת הסיעות כך ראש הממשלה אמור להתחשב ברצון הסיעות השונות בדרך להרכבת הממשלה.
76. **רביעית** – ובעל חשיבות עליונה - השר אריה דרעי הוא השר הוותיק בממשלה, שכיהן עוד בזמן ממשלת רבין. הוא בעל ניסיון רב כשר במשרד הפנים, במשרד לפיתוח הפריפריה הנגב והגליל, במשרד הכלכלה ובמשרד לענייני דתות. **ראש הממשלה רואה בו עוגן של ניסיון, חכמה ואחריות וחשוב בעיניו שהוא ישמש כשר וחבר הקבינט הבטחוני בממשלתו, שם יוכל להשפיע מניסיונו וכישוריו הרבים.**

77. אם לא די באמור, הרי שלא ניתן להתעלם מהעובדה, שאם ש"ס היתה מסכימה להקים ממשלה עם סיעות האופוזיציה, סביר להניח שהן היו ממהרות להקים ממשלה כאשר השר דרעי היה מכהן בתפקידים לא פחות בכירים. הערכה זו משליכה אף היא על כך שמדובר בהחלטה סבירה.

78. יתר על כן, בענייננו, יש לקחת בחשבון את עצם העובדה שהכנסת בכובעה כרשות מכוונת, אמרה את דברה והביעה עמדתה הנחרצת בעניין תנאי הכשירות למינויו של שר בממשלה, באופן שמתווה את שיקול הדעת והסבירות בהחלטה למנות לכהונה כשר מי שהורשע והושת עליו מאסר על תנאי. תיקון מס' 11 לחוק-יסוד: הממשלה קבע מפורשות כי "בסעיף קטן (ג)(1), אחרי "לעונש מאסר" יבוא "בפועל" והכנסת הגדירה את המונח "מאסר בפועל - לרבות מאסר על-תנאי שהופעל", וזאת באופן השולל מפורשות את תחולת הסעיף על מאסר על תנאי – דבר המחזק אף הוא את סבירות ההחלטה. וכך נומקה הצעת החוק (הצעות חוק הכנסת – 942, 15.12.2022):

"מוצע לקבוע כי הגבלת הכשירות האמורה למינוי שר בממשלה תחול רק אם העונש שנגזר על המועמד הוא עונש מאסר בפועל לרבות מאסר על-תנאי שהופעל, במקרה כזה אותו אדם לא יתמנה לשר לפני שחלפו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונשו. ההוראות לעניין הפנייה ליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ולקביעת בית המשפט לעניין הקלון יחולו כבעבר.

התיקון יביא לצמצום הפער בין הרף הנדרש למינוי השרים הקבוע בסעיף 6 לחוק היסוד ובין הרף הקבוע בסעיף 6(א) לחוק-יסוד: הכנסת לעניין הזכות להיבחר, כחבר הכנסת. בהתאמה מוצע למחוק את החלופה שלפיה, תקופת הגבלת הכשירות למינוי שרים תתחיל "מיום מתן פסק הדין" שאינה קבועה בסעיף האמור בחוק-יסוד: הכנסת."

לאחר תיקון מס' 11 הנדון לעיל, סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה קובע את תנאי הכשירות לשרים, באופן שההגבלות מכוחו חלות על מי שהורשע ונידון למאסר בפועל בלבד, כדלקמן:

(1) לא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר בפועל וביום מינויו טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות הענין, משום קלון;

(2) יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לא יקבע כאמור בפסקה (1), אם קבע בית המשפט, לפי דין, כי יש עם העבירה שבה הורשע משום קלון. [...]

(ו) לעניין סעיף זה –

"מאסר בפועל" – לרבות מאסר על-תנאי שהופעל;

"עבירה" – כל אחת מהעבירות שעליהן נידון לעונש של מאסר בפועל.

79. על ההשלכות של תנאי הכשירות הסטטוטוריים על התוויית סבירות שיקול הדעת עמד בית משפט נכבד זה בעניין אמונה וכן בבג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (נבו) (13.08.2015), בקובעו:

"המגבלות הסטטוטוריות משקפות את אמות המידה שהמחוקק ראה כראויות להבטיח את סף הכניסה הערכי של אדם לממשלה. עמידה בתנאי הכשירות הנובעים מקיום מגבלות אלה אמנם אינה שקולה כתו-הכשרה ערכי אוטומטי למינוי, ועל הרשות לבחון בחינה רחבה את התאמתו של המועמד לתפקיד, בראש וראשונה מבחינת מידותיו הערכיות (פרשת אייזנברג, 7-256). עם זאת, למגבלות הסטטוטוריות למינוי ישנה הקרנה על אמות המידה הערכיות הנדרשות בעיני המחוקק לצורך מינוי, והקרנה זו משפיעה בכיוון להרחבת שיקול דעת הגורם הממנה מקום שהמועמד מקיים את תנאי הסף הסטטוטוריים למינוי".

80. ואכן, בין יתר השיקולים, שקל ראש הממשלה את העמדה הפרשנית לפיה הוראות סעיף 6 לחוק יסוד: הממשלה, עוד לפני תיקון מס' 11, חלות על מאסר בפועל בלבד וכי התיקון המוצע במסגרת תיקון מס' 11 בא על מנת להבהיר את המצב המשפטי בלבד וכי אין בו שינוי מהותי. דהיינו, שהשר דרעי עומד בתנאי הכשירות הסטטוטוריים (ממילא, לא יכול להיות ספק כי המצב המשפטי בדבר התנאים הסטטוטוריים נכון לערב מינויו של השר דרעי, היה כזה אשר קבע כי השר דרעי עומד בתנאי הכשירות). ראו לעניין זה את דברי מציעי החוק בהצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – כשירותם של שרים) (91/25/פ):

"לעמדת חבר הכנסת המציע, תנאי הכשירות שבסעיף 6(ג)(1) לחוק היסוד, שנוקט בלשון "לעונש מאסר", עניינו בריצוי מאסר בפועל ולא במאסר על תנאי, וזאת מהטעמים הבאים: ראשית, לשון סעיף 6(ג)(1) לחוק היסוד מדברת על תום ריצוי עונש וברור שעניינה בריצוי עונש מאסר בפועל שכן עונש מאסר מותנה אינו מרוצה כלל. שנית, חיזוק לעמדה זו ניתן למצוא בהוראות סעיף 52 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 שעניינו "מאסר על תנאי", ובו מובהר כי מאסר על תנאי לא נועד לריצוי, ומי שנדון למאסר על תנאי "לא יישא את עונשו", אלא אם עבר תוך תקופת התנאי עבירה נוספת שנקבעה בגזר הדין והורשע בגינה. שלישית, חיזוק נוסף לעמדה זו ניתן למצוא בלשון סעיף 19(א) לחוק המידע הפלילי ותקנת השבים, תשע"ט – 2019, אשר כוללת גם היא את המונח "מאסר" מבלי לציין אם כוונתה למאסר מכל סוג שהוא או למאסר בפועל, אולם ברור מהקשר הדברים, מהאמור בסעיף 19(ב) לאותו חוק, ומהאופן בו פורש הסעיף כי כוונת החוק היא למאסר שרוצה, מאסר בפועל וכן מאסר על-תנאי שהופעל. רביעית, אף פסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817 (2003) מעלה כי עניינו של סעיף 6(ג)(1) לחוק היסוד במאסר בפועל דווקא, ולא במאסר מותנה, מסקנה העולה מדבריו של כב' השופט בדימוס מישאל חשין ז"ל ביחס לסעיף שבנדון: "ובכן, הרשעה (בת-קלון) אשר שילחה את פלוני לבית הסוהר וטרם עברו שבע שנים מיום גמר ריצוי העונש (או מיום מתן פסק-הדין), הרשעה מעין-זו, תמנע את מינויו של פלוני להיותו שר בממשלה" (עמ' 896 לפסק הדין)."

81. מעיון בהלכות בית משפט נכבד זה בקשר לשיקול דעת ראש הממשלה במינוי שרי ממשלתו, למדים אנו כי אמנם יש להתחשב בעבר פלילי של מועמד אך אין מדובר בשיקול בלעדי, וקיומו של עבר פלילי כלשהו אינו פוסל כשלעצמו את המינוי באופן אוטומטי. כך למשל נקבע בבג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (נבו 13.08.2015), "מחד גיסא יש להתחשב בעברו הפלילי של המועמד ובחומרת מעשיו ומאידך גיסא יש ליתן את הדעת לפרק הזמן שחלף מאז ביצוע העבירה וסיום ריצוי העונש וכן להתנהלותו של המועמד מאז ועד היום, והשאלה שיש להכריע בה היא האם יש בו בחלוף הזמן כדי להקהות מעוקצו של העבר הפלילי של המועמד באופן שיאפשר למנותו לכהונה ציבורית." כמו כן, יש לבחון את חומרת העבירות, ואת זיקתן של העבירות למשרה הציבורית, כאשר מטבע הדברים, משקלן של עבירות של שחיתות שלטונית יהיה גבוה מאשר עבירות שנעדרות כל קשר או זיקה לתפקיד הציבורי. זאת ועוד, נקבע זה מכבר כי חלוף הזמן ממועד ביצוע העבירות עד למועד המינוי, הוא שיקול לגיטימי העשוי להשפיע על סבירות המינוי, כפי שנקבע "פרקי הזמן הארוכים שחלפו מאז נושאים אף הם משמעות בבואנו לבחון את סבירות מינויו של דרעי לשר בשנת 2015".

לעניין זה ראו גם את שנקבע בבג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ (נבו 12.02.2015):

"בהלכה הפסוקה נקבע, כי בהחלטה על מינוי (או על הפסקת כהונה) של מועמד שנפל דופי בעברו, על בעל הסמכות להפעיל "שיקול דעת סביר" המשקלל מספר נתונים. בין נתונים אלו על בעל הסמכות לשקול, למשל, את חומרת העבירות המיוחסות למועמד והאם מדובר בעבירות אשר נועדו להגן על טוהר המידות ועל אמון הציבור ברשויות השלטון. נתון נוסף הוא האם מדובר בעבירות מתמשכות או בארוע חד-פעמי. כן יש ליתן משקל לחלוף הזמן ממועד ביצוע העבירות ועד למינוי. עוד יש לשקול האם מדובר במקרה שבו המשרה הציבורית שימשה ככלי לביצוע העבירה (ראו, עניין רוכברגר, פסיקה 37 לחוות-דעתה של המשנה לנשיא מ' נאור; בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 262-263 (1993) (להלן – עניין אייזנברג); בג"ץ 4668/01 שריד נ' ראש-הממשלה, פ"ד נו(2) 265, 280 (2001)). בפסיקה נמנו שיקולים רלוונטיים נוספים, ובהם, האם הביע המועמד חרטה, האם נועדו המעשים לקדם את עניינו האישי, והאם בוצעו המעשים במתכוון או בהיסח הדעת (ראו, בג"ץ 5757/04 הס נ' סגן הרמטכ"ל, [פורסם בנבו] פסיקה 11 (26.1.2005) (להלן – עניין הס)). שיקולים אפשריים נוספים הם, למשל, חיוניותו של המועמד לתפקיד והאם ניתן למנות אחר תחתיו (ראו, עניין אייזנברג, בעמ' 263). מובן, שגם השאלה כלום יש קלון במעשים הנדונים היא בעלת משקל (עניין אמונה, בעמ' 470 (השופטת א' פרוקצ'יה)). מנגד, יש ליתן משקל גם לאינטרס בדבר שיקום העבריון והשתלבותו המחודשת בחברה (עניין אייזנברג, בעמ' 263)".

יישום האמור על ענייננו, כפי שיפורט להלן, מעלה את המסקנה כי המינוי סביר, הן נוכח בחינתן של חומרת העבירות והעובדה כי מדובר בעבירות מסוג שלרשות ישנו שיקול דעת בדבר המרתן ל"כופר כסף" שמטיבן ומטבען אינן נושאות עימן קלון על פי הפסיקה, עצם העובדה שמדובר באירוע חד פעמי, שחלף זמן רב

(כעשור) בין מועד ביצועו לבין המינוי, המשרה הציבורית לא שימשה ככלי לביצוע עבירה, המועמד הביע חרטה, האירועים לא נעשו בכוונה וחלקו של השר דרעי היה פאסיבי.

82. יתר על כן, בהלכה הפסוקה נקבע כי עבירה שדינה כופר על פי החלטת הרשות המנהלית היא עבירה שמטבעה אין עמה קלון, וזאת בין אם הרשות המנהלית החליטה להמירה בכופר כסף או לא. כך קבע בית-המשפט העליון הנכבד בעש"מ 6/77 יהושע מזרחי נ' מדינת ישראל, לא(3) 265 (1977):

"לענין העבירות הנדונות כאן, ועבירות "כלכליות" אחרות, הסמיך המחוקק רשות מינהלית להמר אותן בכופר כסף. בכך גילה המחוקק את דעתו שאין העבירות הללו, מטבע ברייתן, חמורות עד כדי הצדקת הליכים שיפוטיים רגילים בכל מקרה ומקרה. אמת נכון הדבר שיש ומשום חומרתה של עבירה פלונית לא תשתמש הרשות המינהלית בסמכותה אלא תעמיד את העבריין בפלילים; אבל שיקול-דעת זה אין לו ולא כלום עם טיבה וטבעה של העבירה, כי אם יש לו אך עם היקפה או נסיבות ביצועה. מבחינת טיבה וטבעה - עבירה היא שהמחוקק ראה אותה ראויה לכופר כסף מטעם הרשות המינהלית; וחזקה על המחוקק שלא יעשה כן בעבירה שמטיבה ומטבעה יש עמה קלון. כללו של דבר: עבירה שבמעשה ללא היתר, כשההיתר יכול וינתן למפרע להכשיר את המעשה, עבירה היא שמטבע ברייתה אין עמה קלון, בין אם ניתן ההיתר למפרע ובין אם לא ניתן; וכן עבירה שדינה כופר כסף על-פי שיקול-דעת רשות מינהלית, עבירה היא שמטבע ברייתה אין עמה קלון, בין אם הומרה בכופר כסף ובין אם לאו".

כאמור לעיל, חומרת העבירות הינו שיקול המנוי בין אותם השיקולים שעל ראש הממשלה לבחון על מנת להגיע למסקנה שמא ראוי וסביר למנות מועמד לתפקיד שר. ברי כי ענייננו אינו עוסק באותן עבירות שחיתות שלטונית חמורות, ואין בענייננו כל זיקה או קשר בין התפקיד הציבורי לבין העבירות או האירועים. לא זו אף זו, העבירות בהן הורשע השר דרעי, מנייות בין אותן עבירות שלרשות המסים נתון מלוא שיקול הדעת שמא לפתוח בהליך פלילי או להטיל כופר כסף (סעיף 101 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), תשכ"ג-1963 וסעיף 221 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]). אם כן, מדובר אפוא בחזקה שאין המדובר בעבירה שיש עמה קלון. לשיקול זה, בדבר חומרת העבירה והחזקה כי אינה נושאת עמה קלון, יש ליתן משקל רב במסגרת הפעלת שיקול הדעת ביחס למינויו של השר דרעי ובחינת סבירות המינוי, ככל שיוחלט על ידי בית המשפט הנכבד שיש לבחון את שיקול הדעת והסבירות שבמינוי – בניגוד לעמדת ראש הממשלה.

83. לא למותר להזכיר, כי בגזר הדין (ת"פ (שלום י-ם) 56231-12-21 מדינת ישראל נ' אריה דרעי (נבו) 01.02.2022)) נכתב ביחס לחומרת העבירות, בין היתר, כי יש לתת משקל להיעדר כוונת זדון או כוונה להונות כפי שנכתב בגזר הדין "העבירות המיוחסות לנאשם אינן כוללות זדון או כוונה להונות שלטונית מס"; את חלקו הפאסיבי של השר דרעי באותם האירועים, כפי שנכתב "חלקו של הנאשם בביצוע העבירות המיוחסות לו הינו פאסיבי..." [הדגשות במקור]; וכן את הימצאות העבירות ברף התחתון של משפחת "עבירות מיסים מינוריות", כפי שכתב בית המשפט בגזר הדין כדלקמן: "עוד יש לציין את החלטתו של מר אביחי מנדלבלטי, היועץ המשפטי לממשלה, מיום 8.1.21, המלמדת כי התיק דנן החל תוך חשד רחב היקף

לעבירות של שחיתות שלטונית, והסתיים בעבירות מיסים מינוריות המצויות ב**רף התחתון** של משפחת עבירות זו" [הדגשות במקור].

84. כאן המקום לציין, כי העותרים מנסים להסתמך בעתירותיהם גם על אירועים שאירעו לפני מספר עשורים, אשר בגינם השר דרעי ריצה זה מכבר את עונשו וסיים לרצותו לפני למעלה מעשרים שנה (בשנת 2002), כאשר הוא מונה לאחר מכן לשר בממשלות ישראל השונות ועתירות כנגד מינויו נדחו (בג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (נבו 13.08.2015)). יתר על כן, הרישום הפלילי ביחס לאותם האירועים התיישן זה מכבר והרישום הפלילי אף נמחק לחלוטין. בהקשר זה יש לזכור את הוראות חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, תשע"ט-2019 בדבר התיישנות ומחיקתו של רישום פלילי, ועל כן – בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על מחיקת עובדות העתירות המתייחסות לאירועים אלו שהתיישנו ונמחקו מהמרשם הפלילי ושאינן להביאם בחשבון לא ביחס לכשירות ולא ביחס למינוי השר דרעי. כמו כן, יש לזכור כי אף לאחר שהשר דרעי גמר לרצות את עונשו בגין אותן ההרשעות שנזכרו בעתירות, הכריע בית משפט נכבד זה כי מינויו של השר דרעי כשר בממשלה – סביר ונדחו עתירות כנגד מינויו.

85. לפני סיום נציין, כי היועצת המשפטית לממשלה הנכבדה הסבה את תשומת לב ראש הממשלה לבעיה שהייתה לשיטתה בכשירות המינוי. בעיה שחייבה לשיטתה פניה ליו"ר וועדת הבחירות. היועצת המשפטית לממשלה לא טענה לפני המינוי (גם לאחר קבלת התיקון לחוק היסוד בכנסת), כי המינוי לשיטתה לא סביר ועם כל הכבוד הראוי, גם העדר אמירה זו אומרת דרשני, היות שחזקה שאם היה מדובר לשיטת היועצת הנכבדה בחוסר סבירות היורד לשורש הענין, היא היתה דואגת להפנות את תשומת לב ראש הממשלה לעמדתה מבעוד מועד.

86. שיקולים אלה שנסקרו לעיל, ובכלל זה תנאי הכשירות הסטטוטוריים שנקבעו בחוק-יסוד: הממשלה, חומרת העבירות והחזקה הפסיקתית כי בעבירות מסוג זה אין עימן קלון, משך הזמן שעבר בין האירועים נשוא העבירות לבין המינוי, היות האירועים נקודתיים ולא מתמשכים ולצד לקיחת האחריות על המעשים, השיקולים הציבוריים בצורך במינוי, לרבות שיקולים פוליטיים וקואליציוניים, וכן שיקולים בדבר כישוריו הפרטניים וניסיונו הרב של השר דרעי, לצד התמיכה הציבורית הגדולה במינוי, כל אלה מובילים למסקנה כי מינויו של השר דרעי לכהונה בתור שר בממשלה, הינו מינוי סביר ונראה אף כי לא היה סביר לנהוג אחרת ודווקא לא יהיה זה סביר אם בית המשפט יחליף את שיקול דעת ראש הממשלה בשיקול דעתו שלו. זה המקום להזכיר שוב את דברי כב' הנשיא ברק שהובאו בעניין שגב דלעיל: "לעתים, המקרה הוא מקרה גבול. העבר הפלילי מתאזן כנגד מכלול השיקולים האחרים. במקרה זה כל החלטה של הרשות הציבורית הממנה היא כדין, ובית-משפט זה לא יחליף את שיקול-דעת הרשות הממנה בשיקול-דעתו שלו".

87. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לפסוק כמבוקש ברישא לתשובה זו.


אופק ברוק, עו"ד


רועי שכטר, עו"ד


מיכאל ראבילו, עו"ד

מדינת ישראל

משרד המשפטים

לשכת היועצת המשפטית לממשלה

ירושלים, י' טבת תשפ"ג

03 ינואר 2023

מס' מסמך: 004-99-2023-000171

(בתשובה נא לציין מספרנו)

לכבוד

מר צחי ברורמן

ראש הסגל בלשכת ראש הממשלה

שלום רב,

הנדון: תיקי בג"ץ 8948/22, 8949/22 ו-8982/22

בעתירות שבנדון נטענו טענות ביחס למינויו של הרב אריה דרעי לכהן כשר בממשלה.

אמש מסר לי עו"ד ראבילו כי לאור עמדת היועצת המשפטית לממשלה ביחס לטענות בדבר מינוי השר הרב אריה דרעי, ראש הממשלה מבקש להיות מיוצג באופן עצמאי בעתירות שבנדון.

לאחר בחינת הדברים, ונוכח נסיבות העניין החריגות והייחודיות, אישרה היועצת המשפטית לממשלה ייצוג עצמאי לראש הממשלה כמבוקש.

הודעתי לעו"ד ראבילו על האישור.

בברכה,



ד"ר חגי הרוש, עו"ד

עוזר בכיר ליועצת המשפטית לממשלה

העתק:

המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי – מנהל), ד"ר גיל לימון
מנהל מחלקת הבגצים בפרקליטות המדינה, עו"ד ענר הלמן
היועצת המשפטית למשרד ראש הממשלה, עו"ד שלומית ברנע פרגו
היועצת המשפטית למשרד המשפטים, עו"ד לאה רקובר

בג"ץ 8948/22
בג"ץ 8949/22
בג"ץ 8982/22

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

תצהיר

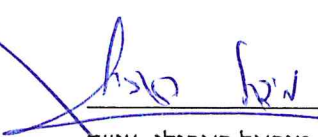
אני הח"מ, ראש ממשלת ישראל, חה"כ בנימין נתניהו, נושא ת.ז. שמספרה 000090555 לאחר שהוזהרתי כי עלי להצהיר את האמת, שאם לא כן אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, מצהיר בזאת, כדלקמן:

1. אני עושה תצהירי זה כתצהיר תשובה לצו על תנאי מטעמי בפני בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק בעתירות שבכותרת (בג"ץ 8948/22 ; בג"ץ 8949/22 ובג"ץ 8982/22) בעניין תיקון מס' 11 לחוק-יסוד: הממשלה ומינויו של השר אריה מכלוף דרעי לכהונה כחבר הממשלה ה-37.
2. העובדות המפורטות בתשובה לצו על תנאי הינן נכונות לפי מיטב ידיעתי ואמונתי ועל פי בדיקות שנערכו עבורי והנימוקים המשפטיים הכלולים בתשובה לצו על תנאי הינם נכונים על פי ייעוץ משפטי שקיבלתי.
3. מן הנימוקים שפורטו בתשובה לצו על תנאי, מתבקש בזה בית המשפט הנכבד לדחות את שלוש העתירות.
4. זה שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי - אמת.


חה"כ בנימין נתניהו

אישור

אני הח"מ, מיכאל ראבילו, עו"ד, מאשר בזה כי ביום 3/1/2023 הופיע בפני ראש הממשלה חה"כ בנימין נתניהו המוכר לי אישית, ואחרי שהוזהרתי כי עליו להצהיר את האמת, וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות הצהרתו דלעיל וחתם עליה בפני.


מיכאל ראבילו, עו"ד