



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2905/20

בג"ץ 2922/20

בג"ץ 2941/20

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ד' מינץ

העותרת בבג"ץ 2905/20 : התנועה למען איכות השלטון בישראל

העותרת בבג"ץ 2922/20 : סיעת מרצ

העותרים בבג"ץ 2941/20 :
1. עו"ד אביגדור פלדמן
2. משמר הדמוקרטיה הישראלית
3. עמותת "חוזה חדש"

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 2905/20 :
1. כנסת ישראל
2. ממלאת מקום היועץ המשפטי לכנסת
3. היועץ המשפטי לממשלה
4. סיעת כחול לבן
5. סיעת הליכוד

המשיבים בבג"ץ 2922/20 :
1. הכנסת
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. חה"כ בנימין נתניהו, ראש ממשלת המעבר
4. חה"כ בני גנץ, יו"ר כחול לבן
5. סיעת דרך ארץ
6. חה"כ יועז הנדל
7. חה"כ צבי האוזר
8. סיעת הליכוד
9. סיעת כחול לבן

- המשיבים בבג"ץ 2941/20 :
 1. חה"כ בנימין נתניהו
 2. חה"כ בני גנץ
 3. הכנסת ה-23
 4. היועץ המשפטי לממשלה

התנגדות לצו על-תנאי

תאריך הישיבה : כ' בשבט התשפ"א (02.02.2021)

- בשם העותרת בבג"ץ
 2905/20 : עו"ד ד"ר אליעד שרגא ; עו"ד תומר נאור ; עו"ד אביתר אילון
- בשם העותרת בבג"ץ
 2922/20 : עו"ד יונתן ברמן ; עו"ד אורי אדלשטיין
- בשם העותרים בבג"ץ
 2941/20 : עו"ד אביגדור פלדמן ; עו"ד יובל יועז ; עו"ד דורון ברקת ; עו"ד אוהד שפק
- בשם המשיבות 1 ו-2 בבג"ץ
 2905/20 ; המשיבה 1 בבג"ץ
 2922/20 ; והמשיבה 3 בבג"ץ
 2941/20 : עו"ד אביטל סומפולינסקי
- בשם המשיב 3 בבג"ץ
 2905/20 ; המשיב 2 בבג"ץ
 2922/20 ; והמשיב 4 בבג"ץ
 2941/20 : עו"ד ענר הלמן ; עו"ד דניאל מארקס ; עו"ד עמרי אפשטיין ; עו"ד יונתן נד"ב
- בשם המשיבה 4 בבג"ץ
 2905/20 ; המשיבים 4-7 ו-9
 בבג"ץ 2922/20 ; והמשיב 2
 בבג"ץ 2941/20 : עו"ד ערן מרינברג ; עו"ד שמעון בראון
- בשם המשיבה 5 בבג"ץ
 2905/20 ; המשיבים 3 ו-8
 בבג"ץ 2922/20 ; והמשיב 1
 בבג"ץ 2941/20 : עו"ד מיכאל ראבילו ; עו"ד אופק ברוק ; עו"ד רועי שכטר ; עו"ד אבי הלוי

פסק-דין

המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר:

1. לפנינו שלוש עתירות (בג"ץ 2905/20, בג"ץ 2922/20 ו-בג"ץ 2941/20), אשר עוסקות בחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), שהתקבל בכנסת ופורסם ברשומות בתאריך 07.05.2020 (ס"ח, חוברת 2795, עמ' 34). במסגרת אותו תיקון נערכו שינויים שונים בחוק-יסוד: הממשלה ובחוק-יסוד: הכנסת (להלן: התיקון לחוק-היסוד, או: תיקון מס' 8). העתירות ביקשו את ביטולו של תיקון מס' 8 כולו, ואולם הצו על-תנאי שהוצא הגביל את גדרי הדיון, כמפורט בפסקה 4 שלהלן.

2. העתירה ב-בג"ץ 2292/20 עוסקת גם בתיקון מס' 41 לחוק מימון מפלגות, התשל"ג-1973 (להלן: תיקון מס' 41 לחוק מימון מפלגות, או: תיקון מס' 41), שנחקק במסגרת חוק ממשלת חילופים (תיקון חקיקה והוראת שעה), התש"ף-2020 הנ"ל, שהתקבל בכנסת ופורסם ברשומות בתאריך 07.05.2020 (ס"ח, חוברת 2795, עמ' 41) (להלן: חוק ממשלת חילופים).

3. לאחר הגשת העתירות שבכותרת, הוגשו גם בקשות למתן צווי ביניים ולקיום דיון דחוף, שבגדרן העותרים ביקשו כי נורה על הקפאת כניסתם לתוקף של תיקון מס' 8 ושל תיקון מס' 41. בקשות אלו נדחו כולן.

4. בעקבות קיום דיון בעתירות בתאריך 27.10.2020 בהרכב תלתא – הוחלט להיענות לחלק מן הצווים על-תנאי שהתבקשו, ובתאריך 12.11.2020 יצאו מלפנינו צווים שהורו למשיבים להתייבב וליתן טעם כמפורט להלן:

(א) מדוע לא יקבע כי ההוראות בחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה) (להלן: חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8)), המצמצמות את סמכותה של הכנסת להביע אי-אמון בממשלה, ומתנות תנאים לכך – בטלות.

(ב) מדוע לא יקבע כי ההוראות המגבילות את סמכותה של הכנסת לשנות את חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8) ומתנות כוח זה רק בהשגת רוב של 70 מחברי הכנסת – בטלות.

(ג) מדוע לא יקבע כי חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8) וחוק ממשלת חילופים (תיקון חקיקה והוראת שעה), התש"ף-2020 וההסדרים הכלולים בהם – כולם, או חלקם, אשר אמורים לחול בתקופת כהונתה של הכנסת

ה-23 – בטלים, ככל שלא יוחלו רק בתקופת כהונתה של
הכנסת ה-24 ואילך, זאת תוך קביעת הוראת מעבר
מתאימה.”

באותה ההחלטה עשה ההרכב גם שימוש בסמכותו לפי סעיף 26(2) לחוק בתי
המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 והורה על הרחבת ההרכב שידון בהתנגדות לצווים
על-תנאי שהוצאו – להרכב של תשעה שופטים.

5. בתאריך 02.02.2021 שמענו בהרכב מורחב את ההתנגדות לצווים על-תנאי
שהוצאו, ודחינו את התיק לעיון לשם כתיבת פסק הדין.
נביא איפוא עתה את הנתונים הרלבנטיים הנדרשים להכרעה במכלול, בשים לב לצווים
על-תנאי שהוצאו.

רקע עובדתי

6. בתאריך 09.04.2019 התקיימו הבחירות לכנסת ה-21, לאחר שהוקדמו. אחרי
בחירות אלו לא הוקמה ממשלה, ובעקבות זאת – הבחירות לכנסת ה-22 הוקדמו
לתאריך 17.09.2019 בחוק התפזרות הכנסת העשרים ואחת, התשע"ט-2019. גם לאחר
בחירות אלו לא הוקמה ממשלה, והבחירות לכנסת ה-23 הוקדמו בחוק התפזרות הכנסת
העשרים ושתיים והקדמת הבחירות, התש"ף-2019, והתקיימו בתאריך 02.03.2020.

7. בתאריך 16.03.2020 נשיא המדינה הטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר
הכנסת בנימין גנץ, וזאת מכוח סמכותו של הנשיא לפי סעיף 7(א) לחוק-יסוד: הממשלה.
לאחר שהתקופה (כולל אורכה) שניתנה לחבר הכנסת גנץ להרכיב ממשלה תמה בתאריך
16.04.2020, והדבר לא עלה בידו – נשיא המדינה הודיע ליושב ראש הכנסת בתאריך
16.04.2020, מתוקף סמכותו לפי סעיף 9(א) לחוק-יסוד: הממשלה, כי הוא איננו רואה
אפשרות להגיע להרכבת ממשלה.

בהתייחס למצב הדברים המתואר, רוב חברי הכנסת רשאים, מכוח סעיף 10(א)
לחוק-יסוד: הממשלה, לבקש בכתב מנשיא המדינה להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה
על חבר כנסת מסוים, שהסכים לכך בכתב, וזאת תוך 21 ימים מהודעת הנשיא הנ"ל.
לפי סעיף 10(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, אם הוגשה לנשיא בקשה בכתב כאמור – הנשיא
יטיל, בתוך יומיים, את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר הכנסת שצוין בבקשה, כאשר

לרשותו עומדים במקרה כזה 14 ימים לצורך הרכבת הממשלה, וזאת לפי סעיף 10(ג) לחוק-יסוד: הממשלה (עיינו לגבי השימוש שנעשה בחלופה זו – בפסקה 16 שלהלן).

8. בתאריך 20.04.2020 נחתם "הסכם קואליציוני לכינון ממשלת חירום ואחדות לאומית" בין סיעת הליכוד בכנסת ה-23 לבין סיעת כחול לבן בכנסת ה-23 (להלן: ההסכם הקואליציוני). בהסכם זה נקבע, בין היתר, כי במהלך 18 החודשים הראשונים לכהונת הממשלה יכהן חבר הכנסת בנימין נתניהו מסיעת הליכוד כראש הממשלה, ונקבעו גם הסדרים שונים ביחס להקמת הממשלה העתידית – כאשר הכוונה היתה לעגן אותם הסדרים בחקיקת-יסוד ובחקיקה רגילה טרם הקמת הממשלה החדשה.

9. בין התאריכים 20.04.2020 ל-23.04.2020 הוגשו לבית משפט זה שמונה עתירות שעסקו בשאלת האפשרות להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה, מכוח סעיף 10(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, על חבר הכנסת, אשר הוגש נגדו כתב אישום בעבירות של טוהר המידות, וזאת על רקע העובדה שכתב אישום כזה הוגש נגד חבר הכנסת בנימין נתניהו (ראו: בג"ץ 2592/20, בג"ץ 2593/20, בג"ץ 2594/20, בג"ץ 2609/20, בג"ץ 2612/20, בג"ץ 2649/20, בג"ץ 2675/20 ו-בג"ץ 2677/20; להלן: עניין הרכבת הממשלה)). העתירות עסקו גם בהוראות שונות שנקבעו בהסכם הקואליציוני, לרבות ההוראות שתחולנה ביחס להקמתה ולקיומה של ממשלה עתידית, אשר נועדו להיקבע בחקיקת-יסוד, או בחקיקה ראשית טרם הקמת הממשלה החדשה (להלן: הממשלה ה-35).

10. בית משפט זה דן בהרכב מורחב של 11 שופטים בשמונה העתירות הנ"ל במאוחד. בתאריך 06.05.2020 ניתן פסק דין (תמצית נימוקים), שבגדרו העתירות הללו נדחו פה אחד, ובתאריך 27.05.2020 ניתן פסק הדין המשלים, שבו הורחבו ופורטו הטעמים לדחיית העתירות.

11. ביני לבני, בתאריך 23.04.2020, החל בכנסת הליך חקיקה, אשר הסתיים בקריאה שנייה ושלישית בתאריך 07.05.2020 ובפרסום באותו היום ברשומות של תיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה ושל חוק ממשלת חילופים, אשר נזכרו לעיל.

במוקד השינויים שהוכללו בתיקון מס' 8 בחוק-יסוד: הממשלה נמצא סעיף 13א, שכותרתו: "כינון ממשלת חילופים", המעגן את מוסד "ממשלת החילופים" ו"ראש הממשלה החלופי" וקובע את ההסדרים המאפשרים (אך לא מחייבים) הקמת "ממשלת חילופים", לרבות הגדרת השרים וסגני השרים שיכהנו בה כ"בעלי זיקה" לראש

הממשלה, או לראש הממשלה החלופי.

נוכח האמור בסעיף 13א הנ"ל, מוסדות ממשלת החילופים וראש הממשלה החלופי הם **מוסדות משטריים חדשים**, ועל פי הוראה זו, ככל שהכנסת תבחר להביע אמון בממשלה כממשלת חילופים, היא אמורה להביע אמון גם בראש הממשלה החלופי. ראש הממשלה החלופי נדרש להצהיר אמונים כבר במועד כינון ממשלת החילופים (בדומה לראש הממשלה) – הן לגבי תקופת כהונתו כראש ממשלה חלופי לפני החילוף, והן לגבי כהונתו כראש הממשלה לאחר החילוף, ולפיכך הממשלה בראשותו איננה טעונה הבעת אמון נוספת.

בנוסף, נקבע בסעיף 43ח (החדש) לחוק-יסוד: הממשלה כי במצב בו הכנסת החליטה להביע אי-אמון בממשלת חילופים, ולהביע אמון בממשלה אחרת – ראש הממשלה וראש הממשלה החלופי בממשלת החילופים, שבה הובע אי-האמון, **לא יהיו רשאים לעמוד בראשות הממשלה האחרת. על תקפותה של הוראה זו נסב הצו על-תנאי הראשון.**

12. במוקד התיקונים שבוצעו במסגרת תיקון מס' 8 בחוק-יסוד: הכנסת הוכנסו הוראות שקבעו כי הבחירות לכנסת הבאה, הכנסת ה-24, יוקדמו ויתקיימו לאחר תום 3 שנים מיום כינון הממשלה ה-35, וזאת מבלי לגרוע מאפשרותה של הכנסת ה-23, להתפזר לפני כן בדרך של קבלת חוק לפי סעיף 34 לחוק-יסוד: הכנסת (על מה שאירע בפועל – עיינו: בפיסקאות 23 ו-24 להלן).

13. עוד נקבע במסגרת תיקון מס' 8 (בסעיף 7 לתיקון האמור) כי בתקופת כהונתה של הכנסת ה-23 – לא ניתן יהיה לשנות את מרבית הוראות תיקון מס' 8 (לרבות סעיף 7 לתיקון) **אלא ברוב של 70 חברי כנסת (להלן: סעיף השריון). על תקפותו של סעיף השריון נסב הצו על-תנאי השני.**

14. בנוסף לאמור לעיל – נקבע בגדר תיקון מס' 8 כי חוקי-היסוד ששוננו במסגרתו וכן חוק ממשלת חילופים יחולו כבר בתקופת כהונתה של הכנסת ה-23, דהיינו שהשינויים הוכנסו לתוקף באופן מיידי (עם פרסום החוקים ברשומות). **על תקפותה של הוראה זו, ככל שהיא חלה מיידי, נסב הצו על-תנאי השלישי.**

15. כאמור לעיל, בתאריך 07.05.2020 התקבל ופורסם ברשומות גם חוק ממשלת חילופים, שבמסגרתו נערכו תיקונים מסוימים בחוק הממשלה, התשס"א-2001, בחוק מימון מפלגות, ובחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 (השינויים הרלבנטיים לעניין העתירות שבפנינו ואשר גם לגביהם נסב הצו על-תנאי השלישי, יסקרו בהמשך).

16. לאחר שהתקבלו בכנסת תיקוני החקיקה המתוארים לעיל – 72 מחברי הכנסת ביקשו בכתב באותו היום (07.05.2020) מנשיא המדינה להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בנימין נתניהו, ונשיא המדינה עשה כן עוד באותו היום. לפיכך, לחבר הכנסת בנימין נתניהו היתה נתונה תקופה של 14 יום להרכבת הממשלה, קרי עד לתאריך 21.05.2020, והכל לפי סעיף 10 לחוק-יסוד: הממשלה.

17. על רקע האירועים המתוארים לעיל – בתאריך 07.05.2020 הוגשו שתיים מהעתירות המונחות בפנינו (בג"ץ 2905/20 ו-בג"ץ 2922/20). בעתירות אלו התבקש ביטולו של תיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה, וב-בג"ץ 2922/20 התבקש גם ביטולו של סעיף 2 לחוק ממשלת חילופים, שבמסגרתו הוסף סעיף 13(ה) לחוק מימון מפלגות, שעניינו זכאות למימון הוצאות של חלק מסיעה שהתפלג לפני כינונה של הממשלה בכנסת ה-23 – מסיעה שקמה אף היא עקב ההתפלגות. בהקשר זה בית המשפט התבקש לקבוע כי המשיבים 5-7 ב-בג"ץ 2922/20 אינם זכאים למימון הוצאותיה השוטפות של המשיבה 5, לפי סעיף 13(ג) לחוק מימון מפלגות.

18. במסגרת העתירות הנ"ל התבקשו גם צווי ביניים שונים, ובקשות אלו נדחו כאמור על-ידי חברנו, השופט ג' קרא, בתאריך 07.05.2020.

19. בתאריך 10.05.2020 הוגשה העתירה השלישית (בג"ץ 2941/20), שאף במסגרתה התבקש הביטול של תיקון מס' 8. גם עתירה זו כללה בקשות למתן צווי ביניים שונים, ואולם אלה נדחו על-ידי חברנו, השופט ד' מין, בהחלטה מאותו היום. בתאריך 13.05.2020 הוגשה בקשה נוספת ב-בג"ץ 2941/20 לצו ביניים, ואף זו נדחתה על-ידי השופט ד' מין באותו היום.

20. בתאריך 13.05.2020 הודיע חבר הכנסת בנימין נתניהו לנשיא המדינה וליושב ראש הכנסת, לפי סעיף 13(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, כי עלה בידו להרכיב ממשלה (במתכונת של ממשלת חילופים).

21. בתאריך 15.05.2020 הוגשה מטעם העותרים ב-בג"ץ 2941/20 בקשה נוספת לצו ביניים, וזו נדחתה באותו היום על-ידי חברתנו, הנשיאה א' חיות.

22. בתאריך 17.05.2020 כוננה ממשלת חילופים בהתאם לסעיף 13א לחוק-יסוד: הממשלה, לאחר שהכנסת הביעה בה אמון, לפי סעיף 13 לחוק-יסוד: הממשלה, ברוב של 72 נגד 46 מחברי הכנסת.

23. לאחר זמן מה, בתאריך 23.12.2020 התפזרה הכנסת ה-23, וזאת לפי סעיף 36א(א) לחוק-יסוד: הכנסת, בשים לב לעובדה שהממשלה לא הניחה על שולחן הכנסת את תקציב המדינה לשנת 2020, ותקציב זה ממילא גם לא אושר עד לתאריך 23.12.2020, שהיה המועד הקובע לעניין זה (לפירוט בנושא זה והשלכותיו, עיינו גם ב-בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.05.2021) (להלן: בג"ץ התקציב)).

24. כהונת הכנסת ה-23 פקעה איפוא, ונקבע מועד לבחירות לכנסת ה-24, שנערכו בתאריך 23.03.2021.

בעקבות הבחירות לכנסת ה-24, נשיא המדינה הטיל בתאריך 06.04.2021 את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בנימין נתניהו, ואולם בתאריך 04.05.2021 תם המנדט, והדבר לא הסתייע. הנשיא הטיל לפיכך בתאריך 05.05.2021 את תפקיד הרכבת הממשלה, מכוח סעיף 9 לחוק-יסוד: הממשלה על חבר הכנסת יאיר לפיד, ובתאריך 02.06.2021 חבר הכנסת לפיד הודיע כי עלה בידו להרכיב ממשלה כממשלת חילופים (עיינו לעניין זה: בג"ץ 3897/21 עו"ד יוסי פוקס נ' חה"כ יאיר לפיד, יו"ר יש עתיד (07.06.2021) (להלן: עניין פוקס)).

בעקבות זאת הוקמה, כידוע, הממשלה ה-36 כממשלת חילופים, וזו קיבלה את אמון הכנסת בתאריך 13.06.2021 והושבעה באותו היום.

25. טיעוני הצדדים בהקשר למבוקש על ידם וכן בהתייחס להתפתחויות הנ"ל יתוארו עתה בתמציתיות, תוך התמקדות באלו מביניהם שהם רלבנטיים להכרעה בעתירות, קרי לאותן טענות, אשר נוגעות לעניינים שלגביהם הוצאו צווים על-תנאי.

טענות העותרת ב-בג"ץ 2905/20

26. העותרת ב-בג"ץ 2905/20 התבקשה – בפתח הדיון בהתנגדות לצווים על-תנאי – להתייחס לטענה שהועלתה על-ידי המשיבים ולפיה העתירות הפכו לתיאורטיות נוכח פיזור הכנסת ה-23, בנסיבות המפורטות בפיסקה 23 שלעיל. על כך השיבה העותרת כי ההוראות הנוגעות לצמצום סמכויות הכנסת להביע אי-אמון בממשלה, כאמור בראש הראשון לצו על-תנאי אינן בגדר הוראת שעה. לתפיסתה, אלה אמורות

לחול גם לאחר הבחירות לכנסת ה-24, ואף אם תכונן הממשלה ה-36 כממשלת חילופים, ולכן על בית המשפט לדון ולהכריע לגביהן. משכך, לשיטתה – אין מדובר בענייננו בסוגיות תיאורטיות, אלא בשאלות הדרושות הכרעה.

לחילופין, נטען כי אף אם העניינים הנדונים הפכו בינתיים לעיוניים, יש לדון בהם לגופם של דברים, בהתאם להלכה הגורסת כי יש מקום לעשות כך במקרים שבהם מתעוררת סוגיה חשובה שצפויה לחזור ולעלות בפני בית המשפט בעתיד הקרוב.

27. לגופו של עניין, העותרת טוענת כי לבית משפט זה יש סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית גם על **תיקון לחוקי-יסוד**. העותרת מבססת את עמדתה זו על הפניה לחוק-יסוד: השפיטה, שמקנה, לגישה, לבית המשפט סמכות אינהרנטית וטבועה להכריע גם במחלוקות משפטיות שכאלו, וסמכות זו נובעת מעקרונות היסוד של השיטה. העותרת מוסיפה וגורסת כי מעצם העובדה שמלאכת כתיבת החוקה בישראל טרם הושלמה, משתמע כי לא מדובר במצב שבו הוכרע, בידעין, **שלא** לתת סמכות לבית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד.

28. טעם נוסף לסמכות השיפוטית הנטענת נובע, לגישת העותרת, מדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, שהוכרה, לשיטתה, בפסיקתנו זה מכבר, ובגדר כך היא מפרטת כיצד ניתן להחיל את הדוקטרינה הנ"ל על כל אחת מהצווים על-תנאי שהוצאו כאן, כמתואר להלן:

ביחס לצו על-תנאי הראשון, נטען כי התיקון לחוקי-היסוד **מצמצם בפועל** את האפשרות של הכנסת להביע אי-אמון בממשלה, שהובטחה בחוק-יסוד: הממשלה המקורי והיא מעיקרי המשטר הדמוקרטי, כאשר הדבר נעשה כדי לבצר את קיומו של ההסכם הקואליציוני.

באשר לצו על-תנאי השני, העותרת גורסת כי לא התקיימו כאן אותן נסיבות חריגות, אשר מצדיקות עיגון של הוראת שריון על דרך של התנאת שינוי בהשגת רוב מיוחד, ומשכך נפגעים פה עקרונות הכרעת הרוב (הפשוט) והפרדת הרשויות, וכן ריבונותה של הכנסת. בנוסף, נטען כי סעיף השריון נקבע **כהוראת שעה**, וזאת שלא בתום לב וממניעים מזדמנים של סיעות הקואליציה, אשר חתמו על ההסכם הקואליציוני (שבעקבותיו גובשו: התיקון לחוקי-היסוד וחוק ממשלת חילופים). משכך לתפיסתה דינה של הוראה זו בתיקון מס' 8: בטלות.

ביחס לצו על-תנאי השלישי, לשיטת העותרת הכנסת קבעה הוראה בעלת תחולה רטרואקטיבית ופרסונלית, תוך פגיעה בעקרונות הכרעת הרוב והפרדת הרשויות, זאת מאחר והבוחרים ציפו כי קולם בבחירות ישפיע על הרכבת הממשלה ועל נושאים חוקתיים נוספים בהתאם להסדרים שהיו קיימים באותה עת, ולא על פי הסדרים, אשר נקבעו רק בתום הבחירות כדי להתאימם לנוחות הקואליציה (הליך הבחירות נמשך, לפי גישה זו, עד הרכבת הממשלה ועד בכלל). ממילא הסדרים אלה – לא עמדו בפני הבוחרים בעת שהצביעו. לפיכך על ההסדרים (ככל שימצאו חוקתיים) לחול רק מהכנסת ה-24 ואילך, דהיינו לאחר שהסדרים אלה הוצגו בפני הבוחרים לכנסת ה-24 ובהתאם למקובל אצלנו לגבי שינויים חוקתיים שכאלה.

29. בהמשך העתירה – העותרת פרסה תשתית נורמטיבית באשר לשלוש דרכים נוספות, שמקנות, לגישתה, סמכות לבית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על תיקון של חוקי-יסוד:

(א) דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי, שעשויה לשיטתה, לחול כאן, שכן הכנסת גילתה דעתה כי שינוי משטרי לא יכול להיעשות באמצעות תיקון חוק-יסוד בשיטת "טלאי על טלאי", אלא שעל הכנסת לבצע שינוי משטרי מהותי רק באמצעות חקיקת חוק-יסוד חדש מדעיקרא.

(ב) מסלול נוסף אפשרי מתבסס, לשיטת העותרת, על דוקטרינת "האפקט המצטבר", שעניינה בפגיעה רחבה, הנובעת מצירוף כלל הפגיעות "החלקיות" המגולמות במעשי החקיקה, מושאי הצווים על-תנאי.

(ג) מסלול אפשרי אחרון שמציגה העותרת הוא מסלול הפגמים הפרוצדורליים שנפלו, לגישתה, בכינון התיקון לחוקי-היסוד. בתוך כך, נטען כי הליך החקיקה פה, היה נמהר ובלתי מידתי ביחס להשלכותיו החוקתיות הנרחבות.

טענות העותרת ב-בג"ץ 2922/20

30. לשיטת העותרת ב-בג"ץ 2922/20 – תיקון חוקי-היסוד נעשה תוך שימוש לרעה בסמכותה המכוונת של הכנסת. הוא יצר שינוי משמעותי בשיטת המשטר הישראלית, והכל כדי להתאים בדיעבד את מבנה המשטר החוקתי לתוצאות הבחירות. לעמדתה, החלת ההסדרים כבר בכנסת ה-23, על אף שנחקקו רק לאחר הבחירות לאותה כנסת, מחזקת את טענותיה שיש בכך משום שימוש לרעה בסמכות המכוונת של הכנסת.

עוד נטען כי במסגרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, ניתן לבחון גם את תוכן ההסדר הנתקף ולבדוק אם הפעלת הסמכות המכוננת נעשתה בתום לב, תוך שקילת שיקולים ענייניים ולצורך התכלית שלשמה ניתנה הסמכות. בתוך כך, העותרת גורסת כי התכלית האמיתית שלשמה חוקק תיקון מס' 8 (התאמה בדיעבד של המבנה המשטרי לתוצאות הבחירות) – איננה ראויה ואף חותרת תחת מטרתה של הענקת הסמכות המכוננת – לכנסת, מאחר שזו נועדה ליצור הסדרים משטריים קבועים ויציבים, והעובדה שחלק מסעיפי התיקון לחוקי-היסוד הם בבחינת הוראת שעה רק מחזקת טיעון זה.

31. עותרת זו, במסגרת הטענות הנוגעות לצו על-תנאי השלישי, גם יוצאת כנגד סעיף 2 לחוק ממשלת חילופים, שהעניק, לשיטתה, למשיבים 5-7 (סיעת דרך ארץ וחברי הכנסת: צבי האוזר ויועז הנדל) הטבה פרסונלית ומפלה. טעם הדבר נעוץ בכך שמדובר בהוראת שעה שחלה רק בכנסת ה-23 ותחולתה על סיעה שהתפלגה מתוך סיעה שהתפלגה במסגרת זמן של שבועות בודדים (ממועד השבעת חברי הכנסת ועד למועד הקמת הממשלה ה-35 בכנסת ה-23) (להלן: הסדר המימון). בהקשר זה נטען איפוא כי הסעיף "נתפר למידותיהם" של המשיבים 5-7 ויצר הפליה בין הסיעות השונות בקבלת מימון, באופן אשר פוגע בעיקרון השוויון הקבוע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, וזאת שלא לפי תנאי "פיסקת ההגבלה השיפוטית" (אפילו שהתיקון עבר ברוב של למעלה מ-61 מחברי הכנסת).

32. באשר לטענות בדבר היותן של העתירות עיוניות:

העותרת גורסת כי ביחס לצו על-תנאי הראשון, הוראות תיקון מס' 8 ימשיכו לחול גם בכנסות הבאות, ולכן אין מדובר בסוגיה תיאורטית.

באשר לצו על-תנאי השני, נטען כי על אף שהוא אכן מתייחס להוראת שעה שחלה רק בכנסת ה-23, הוא מחייב הכרעה נוכח חשיבות הדברים והשלכותיהם לעתיד. באשר לצו על-תנאי השלישי, נטען כי התפזרות הכנסת ה-23 איננה מייתרת את ההכרעה, שכן ההסדרים הנתקפים אמורים לחול גם בתקופת כהונתה של הכנסת ה-24 ואילך, ככל שמדובר בממשלת חילופים.

33. עוד נטען ביחס לצו על-תנאי הראשון כי תיקון מס' 8 צימצם את יכולתה של הכנסת להביע אי-אמון בממשלה, שכן במקרה של הצעת אי-אמון קונסטרוקטיבית –

לא תהיה אפשרות להציע את ראש הממשלה, או את ראש הממשלה החלופי המכהנים כראש ממשלה שיעמוד בראשות הממשלה, אם הצעת אי-האמון תתקבל. בהינתן ששניים אלה היו במקרה שלפנינו ראשי שתי הסיעות הגדולות בכנסת, העובדה שנשללה מהם האפשרות לכהן בראשות הממשלה – בממשלה שאמורה להיות מוקמת לאחר הצבעת האי-אמון – משמעותה היא **ריקון למעשה של סמכות הכנסת להביע אי-אמון**, וכבילתם לממשלת החלופים שהקימו.

34. באשר לצו על-תנאי השני, נטען כי סעיף השריון הינו פסול, והוא נועד לשרת צרכים פוליטיים ומידיים (הנפקת מעין "תעודת ביטוח" הדדית לסיעות הקואליציה מפני הפרת ההסכם הקואליציוני). מכאן שאף הוא נופל לגדר הקטגוריה של: **שימוש לרעה בסמכות המכוננת**. בהקשר זה הודגש כי השאלה היא לא האם לכנסת יש סמכות, כרשות מכוננת, לשריין חקיקת-יסוד ברוב העולה על 61 חברי כנסת, שהרי הדיון כאן יוצא מנקודת הנחה שקיימת סמכות כזו, אלא שהקושיה היא אם הכנסת **עשתה שימוש לרעה בסמכותה זו**. באשר להשגה שגרסה שסוגיה זו הפכה בינתיים לעיונית – נטען כי שריון הוראות חוקתיות ברוב מיוחד העולה על 61 חברי כנסת, למשך תקופת כהונה של כנסת אחת בלבד, היא תופעה העשויה לחזור על עצמה בהסתברות גבוהה, וכי גם לאחר תום כהונת הכנסת ה-23 מדובר בסוג מקרים המצדיקים הכרעה, גם אם השאלה אכן הפכה בינתיים לעיונית, מכוח פיזור הכנסת ה-23.

35. ביחס לצו על-תנאי השלישי, העותרת טוענת כי סיום כהונתה של הכנסת ה-23 – אין משמעו בהכרח הפסקת כהונת ממשלת החלופים עד להקמת ממשלה חדשה, ולכן צו על-תנאי זה איננו תיאורטי. בנוסף, צו זה מתייחס גם להוראות חוק ממשלת חלופים, והטענות ביחס לצורך בביטול סעיף 2 לחוק זה (שיש לו גם השלכות כספיות נכבדות) – ממשיכות להיות אקטואליות אף לאחר פיזור הכנסת ה-23.

36. בנוסף, נטען כי התיקון לחוקי-היסוד משנה בדיעבד את משמעות ההצבעה בבחירות לכנסת זו, כך שמדובר ב"שינוי כללי המשחק", תוך כדי "המשחק". עוד הודגש כי הסעד המבוקש איננו מסוג של: "Reading in", או מתן הוראה לכנסת לחוקק, אלא שהעותרת מבקשת לקבוע כי החלת התיקון לחוקי-היסוד על הכנסת ה-23, לאחר שכבר נערכו הבחירות לכנסת זו, מהווה **שימוש לרעה בסמכות המכוננת**, ולפיכך תיקון מס' 8 צריך להתבטל למצער ביחס לכנסת ה-23, ולכנסת שמורה הזכות, אם תרצה בכך, לחוקק מחדש הסדר כזה, שיחול רק על הכנסת הבאה ואילך.

37. ליבת טענות העותרים ב-בג"ץ 2941/20 היא כי ממשלת החילופים הוקמה עוד טרם שהושלם הליך הבחירות, שנמשך, לשיטתה, עד הרכבת הממשלה שבאה בעקבות הבחירות, כך שתיקון חוקי-היסוד הוא **בפועל רטרואקטיבי**. בכך, לטענת העותרים, נגרמה פגיעה בזכות הבחירה, שכן בפני הבוחר לא היתה מונחת כלל האפשרות להקמת ממשלת חילופים. לפיכך נעשה פה שינוי של "כללי המשחק" טרם השלמת ההליך, באופן אשר מנוגד לדין. לטענת העותרים, חברי הכנסת נבחרים בתנאים נתונים וידועים מראש, והמנדט שניתן להם הוא לפעול על פי הכללים שהיו קיימים **בעת הבחירות**, ואסור לשנות את הכללים הללו "תוך כדי תנועה", לפני כינון ממשלה חדשה.

38. באשר לטענות כי העתירות הפכו בינתיים לתיאורטיות, העותרים גורסים כי אין הדבר כך, שכן פיזור הכנסת ה-23 והבחירות לכנסת ה-24 – לא העלימו מן העולם את הממשלה ה-35, או את קיומה כממשלת חילופים, ואף אינם מוחקים מספר החוקים את תיקון מס' 8. הדברים נכונים ביתר שאת, לשיטת העותרים, שכן לא היתה ודאות כי גם לאחר שהתקיימו הבחירות לכנסת ה-24 אכן תוקם ממשלה חדשה שתושבע במליאת הכנסת ותתחיל לכהן, ואף אם כך יקרה (מה שהתרחש בפועל, כידוע) יש מקום להכריע בהשגות החוקתיות שהועלו, כי הן במוקד חיינו הדמוקרטיים.

39. העותרים מוסיפים וטוענים כי גם אם נאמר שהעתירות הפכו לתיאורטיות – אנחנו מצויים ב**חריג הצורך**, המוכר בפסיקה, אשר מחייב דיון בהן בעיתוי הנוכחי. זאת משום שבמישור הזמן, ניתן להעריך כי בכל פעם שיעלו סוגיות כגון אלו שבפנינו, יעמוד לרשות בית המשפט זמן קצר מהדרוש כדי לדון בהן בניחותא, וכשל דיוני זה עלול לגרום לכך שלא יהיה עיתוי שבו ניתן יהיה בכלל לדון בעתירות. הרצון להימנע מאותו כשל דיוני מהווה הצדקה לדון בעתירות, אף אם הן תיאורטיות, זאת על פי הפסיקה הישראלית והמשווה (בעיקר בארצות-הברית).

40. לבסוף, העותרים גורסים כי תיקון מס' 8 לוקה בכך שהוא גם בבחינת **תיקון חוקתי לא חוקתי**, אשר בוצע כאמור **תוך שימוש לרעה** בכוחה של הכנסת כרשות מכוננת.

41. היועץ המשפטי לממשלה טען בתגובתו המקדמית, שהוגשה בתאריך 27.05.2020, כי דין העתירות להידחות על הסף בשל אי מיצוי הליכים, שכן שתיים מתוכם (בג"ץ 2905/20 ו-בג"ץ 2922/20) הוגשו באותו היום שבו התקבלו בכנסת ופורסמו ברשומות תיקון מס' 8 וחוק ממשלת חילופים, והעתירה השלישית (בג"ץ 2941/20) הוגשה שלושה ימים לאחר מכן. העתירות הללו הוגשו, כפי שנטען, מבלי שהיתה פנייה מוקדמת לגורמים הרלבנטיים השונים, וליועץ המשפטי לממשלה בפרט. היועץ המשפטי לממשלה גורס כי לפי ההלכה הפסוקה – הדרישה למיצוי הליכים חלה גם ביחס לעתירות התוקפות דברי חקיקה, ומקל וחומר כך לגבי עתירות התוקפות חקיקת-יסוד. בנוסף, נטען כי דין הסעדים שהתבקשו ב-בג"ץ 2922/20 הנוגעים לתיקון חוק מימון מפלגות להימחק על הסף, שכן אין לכרוך נושא זה (ביקורת שיפוטית על חוק רגיל) יחד עם תקיפת תיקון מס' 8, המעורר שאלות מסוג אחר לגמרי (ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד).

42. הכנסת טענה בתגובתה המקדמית מתאריך 07.06.2020 כי העתירות אינן מבססות עילה להפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, וכי אין כאן גם עילה להתערבות שיפוטית בחקיקה הרגילה.

43. באשר לטענות המקדמיות – הכנסת גרסה כי היא איננה עומדת על מיצוי ההליכים מולה, אך לטענתה יש טעם לפגם בכך שהעתירות הוגשו בסמיכות כה רבה למועד אישור התיקונים, מושאי העתירות. הכנסת גם הצטרפה לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה באשר לטענה כי יש להפריד בין תקיפה חוקתית של חוק-יסוד לבין זו של חוק רגיל.

44. סיעת כחול לבן, דרך ארץ וחברי הכנסת בנימין גנץ, יועז הנדל וצבי האוזר הגישו תגובה מקדמית מטעמם בתאריך 09.06.2020, שבגדרה טענו כי יש לדחות את העתירות על הסף, ולחלופין – לגופן, מטעמים דומים לאלו שהעלו המשיבים, שעמדתם נסקרה לעיל.

45. סיעת הליכוד וחבר הכנסת בנימין נתניהו (להלן: הליכוד ונתניהו, בהתאמה) הגישו גם הם בתאריך 09.06.2020 תגובה מקדמית מטעמם, ובגדרה נטען כי יש לדחות את העתירות על הסף ולגופן, בין היתר בשל היותה של הסוגיה בלתי שפיטה לגישתם, וכיוון שלטענתם – לבית המשפט אין סמכות להיעתר לצווים שנתבקשו על ידי העותרים.

46. לאחר שהוגשו השלמות טיעון שונות מטעם הצדדים, ולאחר שהתקיים כאמור דיון בתאריך 27.10.2020 והוצאו הצווים על-תנאי שפורטו בפיסקה 4 שלעיל בתאריך 12.11.2021 – המשיבים הגישו כתבי תשובה מטעמם, ואלה יתוארו להלן.

47. הכנסת, שהגישה את כתב התשובה מטעמה בתאריך 17.12.2020, טענה במסגרתו כי אין לבית משפט זה מקור סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על תיקון מס' 8 לחוק-יסוד הממשלה ככזה. בתוך כך נטען גם כי לא ניתן לאמץ אל המשפט הישראלי את דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי, וכי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, שאמנם היו לה הדים בפסיקה – לא יכולה להוות, במקרה זה, מקור לבחינת טענות העותרים.

48. הכנסת הוסיפה וטענה כי יש לדחות את טענות העותרים גם לגופן. במסגרת זו נטען כי הרשות המכוננת רשאית לשנות את ההסדרים המשטריים המעוגנים בחוקי-היסוד, כולם או חלקם, בכל עת, וכי מניעי חברי הכנסת אינם מספקים עילה להפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד.

49. ביחס לצו על-תנאי הראשון, נטען על-ידי הכנסת כי ההוראה האמורה רק מתאימה ומעדכנת את מנגנון אי-האמון הקונסטרוקטיבי – למתכונת של ממשלת חילופים, וכי הסעיפים שבתיקון מס' 8, מושאי הצו על-תנאי הראשון – אינם מונעים מכל אחת מסיעות הכנסת להביע אי-אמון בממשלה ולהציע כי תוצב במקומה ממשלה אחרת, אשר בראשה יעמוד אחד מ-118 חברי הכנסת המכהנים האחרים (מלבד ראש הממשלה וראש הממשלה החלופי). משכך נטען כי סוגיית האי-אמון בתיקון מס' 8 – לא פוגעת משמעותית ביחסי הכוחות בין הקואליציה לבין האופוזיציה, ולכן לא מדובר בפגיעה בליבה של המשטר הדמוקרטי.

באשר לצו על-תנאי השני, נטען כי הכנסת, כרשות מכוננת, מוסמכת להגביל או להרחיב את כוח הרוב להכריע בעניינים מסוימים, וכי סעיף השריון מעוגן ממילא כהוראת שעה לכנסת ה-23 בלבד, ומשכך הדבר הוא שונה ממקרה שבו הכנסת כובלת את ידיהן של הכנסות הבאות אחריה, שזו אכן סוגיה מורכבת.

לבסוף, ביחס לצו על-תנאי השלישי – הכנסת גורסת כי הדין הקיים איננו מונע מלשנות את חוקי-היסוד אד-הוק ולהחיל שינוי משטרי באופן מיידי, או לחוקק אותו בשלב שלפני הקמת הממשלה לאחר הבחירות. גם מבחינת תוכן ההסדר – הכנסת

סבורה כי מדובר רק בהעמדת **חלופה** לממשלה רגילה בדמות ממשלת החילופים, ולא בשינוי **שמחייב** הקמת ממשלת חילופים בכל מקרה. לטענת הכנסת, גם רצון הבוחר לא נפגע כאן, שכן יותר מ-70 חברי הכנסת, שנבחרו לתפקידם זה על-ידי הבוחרים, החליטו שיש מקום להסדיר חוקתית את מודל ממשלת החילופים. בנוסף נטען כי בישראל כבר כיהנו בעבר "ממשלות רוטציה", או "ממשלות אחדות" והן היו דומות, במהותן, לממשלת החילופים.

50. סיעת כחול לבן ומי שכינה כראש הממשלה החלופי וכשר הביטחון, חבר הכנסת בנימין גנץ (להלן גם: כחול לבן וגנץ) הגישו את תצהירי התשובה מטעמם בתאריך 17.12.2020. במסגרת זו הם טענו כי אין פה מקום להתערבות שיפוטית מכוח **דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי**. זאת, בין היתר משום שהתיקון לחוקי-היסוד מעגן את שיטת ממשלת החילופים **כאפשרות בלבד**, וכי שיטת ממשלת חילופים איננה חדשה **למעשה** במדינתנו, אלא שבעבר ממשלה מעין זו היתה מבוססת רק על הסכמים קואליציוניים, ואילו עתה עוגנו ההסדרים בחקיקת-יסוד ובחקיקה רגילה. פרטנית לגבי הצווים על-תנאי שהוצאו נטען כך:

באשר לצו על-תנאי הראשון, נאמר כי מטרת ההוראה **שהרחיבה** את הסדר אי-האמון הקונסטרוקטיבי היא להבטיח את קיום הרוטציה שהוסכמה בין מרכיבי הממשלה בהסכם הקואליציוני, ובכך לבסס את היציבות הפוליטית של הממשלה. בנוסף נטען כי לא נפגעה כאן עקרונית סמכות הכנסת להביע אי-אמון בממשלת החילופים.

ביחס לצו על-תנאי השני, כחול לבן וגנץ גרסו כי בהיעדר מתווה חקיקתי המסדיר את הדרך לתיקון ולשינוי חקיקת-יסוד – הכנסת, כרשות מכוננת, רשאית לקבוע הוראות שריון. בנוסף, סעיף השריון לא פוגע, לשיטתם, ממשית בזכויות האופוזיציה בכנסת, וממילא מדובר בהוראת שעה שחלה רק על הכנסת ה-23.

לגבי הצו על-תנאי השלישי, כחול לבן וגנץ הסבירו כי לתפיסתם – אין מניעה להחיל דברי חקיקה, לרבות חקיקת-יסוד, באופן מיידי. בנוסף, לא מדובר, לגישתם, בפגיעה ברצון הבוחר, שכן שיטת הרוטציה כבר הופעלה במדינתנו בעבר, ולכן לא מדובר בשינוי משטרי שהוא בבחינת "יש מאין", שבוחר סביר לא יכול היה לצפות אותו מראש. יתר על כן, לו היתה הממשלה מוקמת על בסיס הסכמים קואליציוניים בלבד, כפי שהיה נהוג בעבר, הטענה ל"שינוי כללי המשחק תוך כדי המשחק" לא יכולה היתה לעלות, לגישתם של כחול לבן וגנץ. ממילא לטענה כזו אין מקום, שכן מבחינת הציפייה של הבוחרים – אין הבדל בין עיגון הפרקטיקה בחקיקה, או הסדרתה

בהסכם קואליציוני (פוליטי) בלבד. שתי צורות הפעולה הנ"ל אולי פוגעות בציפייה, ואולם אין הן אסורות.

כחול לבן וגנץ טוענים עוד כי אין מקום לאמץ כאן גם את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת. בין היתר, נטען בהקשר זה כי תיקון חוקי-היסוד נעשה בעיצומה של מגפת הקורונה ובשיאו של משבר פוליטי, לאחר שהתקיימו כבר שלוש מערכות בחירות רצופות שהסתיימו ללא הכרעה פוליטית ברורה, ולא הובילו להקמת ממשלה. משכך, המקרה איננו נופל בגדר המצבים המיוחדים והנדירים שבהם בית משפט זה נדרש לשקול אם להתערב בחקיקת-יסוד מכוח דוקטרינה זו.

51. הליכוד ונתניהו הגישו תצהירי תשובה מטעמם בתאריך 17.12.2020. בגדרם של אלה נטען על-ידם כי לבית משפט זה אין סמכות להורות על ביטול חקיקת-יסוד של הכנסת במעמדה כרשות מכוננת, ואף אם היתה סמכות כאמור, מדובר בסוגיה שאיננה שפיטה. בתוך כך, נטען כי דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי טרם יושמה במשפט הישראלי, וכי אין אף מקום להחילה בעתירות שבפנינו. עוד נטען על-ידי הליכוד ונתניהו כי יש לדחות את טענות העותרים באשר לתחולת דוקטרינת "האפקט המצטבר", שלטענתם לא התקבלה גם היא במשפט הישראלי, ובפעמים הבודדות שבהן היא אוזכרה – הדבר נעשה באמרות אגב, שנסכו על ביצוע ביקורת שיפוטית ביחס לחוק "רגיל", ולא ביחס לחקיקת-יסוד.

באשר לטענות ל"שינוי כללי המשחק" – הליכוד ונתניהו גורסים כי תיקון חוקי-היסוד לא שינה מהליכי הבחירות, שכן מהרגע שנבחרו 120 חברי הכנסת – "משחק הבחירות" נגמר. לטענתם, הקשר הנטען בין בחירות לכנסת לבין הליך הרכבת הממשלה הוא מלאכותי, ולכן אין בהכרח זיקה בין המצג שהוצג לציבור הבוחרים ערב הבחירות לבין הליך הרכבת הממשלה, אשר לתפיסתם הוא הליך חוקתי חדש ובלתי תלוי במה שקדם לו, שכן הממשלה מוקמת מכוח אמון הכנסת. לסיכום נקודה זו, הליכוד ונתניהו טוענים כי התיקון לחוקי-היסוד לא עסק בסדרי הבחירות, אלא בכינון הממשלה שנעשה אחרי הבחירות.

לחלופין, נטען כי ככל שאכן יש בתיקון לחוקי-היסוד משום "שינוי כללי המשחק" בדיעבד, הרי שלכנסת, כרשות מכוננת, נתונה הסמכות לעשות כן. זאת שהרי אם למחוקק יש סמכות להחיל חוקים למפרע, או אקטיבית, מקל וחומר שלמחוקק-המכוון יש סמכות לעשות זאת. לשיטת הליכוד ונתניהו, הכנסת במעמדה המכוון פעלה

מספר פעמים בעבר באופן, אשר "משנה את כללי המשחק" בדיעבד, וחלק מתוצרי החקיקה הנ"ל נדונו בפני בית משפט זה בעתירות שנדחו.

52. ביחס לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת – הליכוד ונתניהו טוענים עוד כי דוקטרינה זו מתאימה רק למצבים שבהם הפרלמנט השתמש בסמכותו כדי לחוקק הסדר שאיננו מתאים לחקיקת-יסוד ככזו, ולא לשם קיום ביקורת על תוכן חוק-היסוד עצמו. בהקשר זה נטען בנוסף כי הסדרת מבנה השלטון בישראל היא עניין, אשר מיקומו הטבעי הוא במסגרת חוקי-יסוד, ולפיכך תיקון חוקי-היסוד לא היה בו משום שימוש לרעה בסמכות המכוננת. משכך, נטען כי דוקטרינה זו איננה משמשת לבחינת שיקול הדעת של הכנסת בבואה להסדיר נושא הראוי להיחשב כטקסט חוקתי, ולפיכך עליה להיות מוגבלת, אם בכלל, להליך הכינון עצמו ולא לתוכן הדברים. נוכח השגות אלו הליכוד ונתניהו הבהירו מדוע אין להחיל את הדוקטרינה בענייננו, כמבואר להלן:

באשר לצו על-תנאי הראשון, נטען על-ידי הליכוד ונתניהו כי הכנסת, במעמדה כרשות מכוננת, מוסמכת ורשאית לכונן הוראות הנוגעות לסדרי הצבעת אי-אמון בממשלה.

ביחס לצו על-תנאי השני, לשיטת הליכוד ונתניהו, בהיעדר חוק-יסוד: חקיקה, הסמכות להחליט בנוגע לשריון של הוראה מסוימת מצויה בידי הכנסת במעמדה כרשות מכוננת, ולפיכך אין לבית משפט זה סמכות לקבוע כי שריון הוראות חוקתיות בחוק-יסוד ברוב מיוחס הוא בלתי חוקתי. הליכוד ונתניהו לא העלו טענות פרטיקולריות ביחס לצו על-תנאי השלישי.

53. היועץ המשפטי לממשלה, בתשובה שהוגשה מטעמו בתאריך 18.01.2021, טען כי דין העתירות להידחות, שכן אין מקום להתערבות השיפוטית המבוקשת לגבי התיקון לחוקי-היסוד. במסגרת זו נטען כי הפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד מעוררת קשיים רבים ומורכבים ומצריכה הידרשות לשאלות כבדות משקל, במיוחד לנוכח העובדה שהמפעל החוקתי בארצנו טרם הושלם. עוד נטען כי יש להחיל, על דרך של קל וחומר, את עקרונות הריסון השיפוטי שנקבעו בפסיקה ביחס לביקורת שיפוטית על חקיקה "רגילה" – גם ביחס לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, וביתר שאת.

בנוסף, נטען על-ידי היועץ המשפטי לממשלה כי תיקונים משטריים דומים לאלה שנעשו כאן כוננו גם בעבר, בדרך כלל על רקע של משבר חוקתי ופוליטי, ומשכך יש לקבל פה את האפשרות שנוצרה בתיקון לחוקי-היסוד ואשר היא בגדר חלופה בלבד

– **להקמת ממשלת חילופים.** לפיכך לא מדובר כאן, לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, בשינוי היורד לשורשו של המבנה המשטרי בישראל, ובפרט כך כשדנים בהסדרים הספציפיים שלגביהם הוצאו הצווים על-תנאי. על כן אין עסקינן בענייננו במקרים החריגים ויוצאי הדופן שנסקרו בפסיקה ביחס לאפשרות של קיום ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, מכוח הדוקטרינות שאוזכרו.

עוד נטען על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, ביחס לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, כי עד לדיון טרם נקבעה הלכה פסוקה באשר לשימוש בדוקטרינה זו כעילה לקיום ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד. בנוסף נטען כי מושאי העתירות אינם רלבנטיים לדוקטרינה הנ"ל, שכן התיקון לחוקי-היסוד **עונה על המבחן הצורני** לזיהוי חוק-יסוד, והמאטריה בה הוא עוסק היא חוקתית לעילא ולעילא. לפיכך, לאחר בדיקת תוכנו של התיקון לחוקי-היסוד – אין לקבוע, לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, כי התיקון איננו מתאים להיכלל במסגרת חוקי-היסוד. באשר לטענות העותרים כי התיקון לחוקי-היסוד נוצר ממניעים פוליטיים מזדמנים, נאמר כי על-פי הפסיקה – אין בטענות בדבר מניעים שונים שהביאו לחקיקת חוק-יסוד כדי להוות, כשלעצמן, פגם משפטי המצדיק קיום ביקורת שיפוטית. לאחר מכן באה התייחסות פרטנית, שתובא מיד בסמוך.

54. ביחס לצו על-תנאי הראשון – היועץ המשפטי לממשלה גורס כי כל שהתיקון לחוקי-היסוד קבע כי ראש הממשלה וראש הממשלה החלופי בממשלת חילופים אינם יכולים לעמוד בראש ממשלה שתקום במקום אותה ממשלת חילופים, בה מבקשים להביע אי-אמון – הרי שיש אמנם בהוראה זו הגבלה מסוימת של מרחב התמרון בקשר להקמת ממשלה אחרת במקום ממשלת החילופים. יחד עם זאת הוא הדגיש כי נותרה בעינה האפשרות שהכנסת תביע אמון בממשלה אחרת שבראשה יעמוד כל אחד מ-118 חברי הכנסת הנוספים, ולפיכך לשיטתו, הוראה זו איננה מצדיקה התערבות שיפוטית בחוק-היסוד. בהקשר זה נטען גם כי תכלית ההוראה בדבר הרחבת המוסד של אי-האמון הקונסטרוקטיבי היא שמירת היציבות של ממשלת החילופים.

55. באשר לצו על-תנאי השני, היועץ המשפטי לממשלה גורס כי לא נפסקה עד כה כל הלכה השוללת את סמכות הכנסת כרשות מכוננת – לשריין הוראות בחוקי-יסוד, כך שיהיה ניתן לשנות אותן ברוב העולה על 61 חברי הכנסת. בנוסף, נטען כי העתירות לא מניחות תשתית עיונית מספקת בנושא, וכי סוגיה זו כלל לא עומדת בליבה של סוגיית השריון הקלאסית. יתר על כן, נטען כי בנסיבות העניין, סעיף השריון – **שהיה תקף לכנסת ה-23 בלבד** – איננו מהווה מקרה נדיר ויוצא דופן הפוגע ביסודות הדמוקרטיה,

ולפיכך הוא לא מצדיק התערבות שיפוטית, או קביעת מסמרות באשר לשאלה האם יש לכנסת סמכות לכלול הוראות שריון שמצריכות שינוי רק ברוב העולה על 61 חברי כנסת.

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

57. לסיום, ביחס לטענות ל"שינוי כללי המשחק תוך כדי המשחק", היועץ המשפטי לממשלה סבר כי גם אחרי התיקון לחוקי-היסוד – "כללי המשחק" הבסיסיים נותרו כפי שהם. בהקשר זה הוא הדגיש כי הליך הרכבת הממשלה הוא **הליך נפרד**, אשר מתחיל רק לאחר שמסתיימות הבחירות לכנסת החדשה, או מתקיימות נסיבות אחרות שבהן יש צורך להקים ממשלה חדשה. עוד נטען כי גם "כללי המשחק", הנוגעים להרכבת ממשלה, התקיימו כאן במלואם ביחס לממשלת החילופים. משמעות הדברים היא, לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, כי ממשלת החילופים כוננה תוך שנשמרו הכללים והמועדים ביחס להליך הרכבת ממשלה.

באשר לטענות בדבר פגיעה ברצון הבוחר, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי רצון הבוחר בא לידי ביטוי, בנסיבות המקרה שבפנינו, בכך שחברי הכנסת שנבחרו לכנסת ה-23 העבירו, במעמדם כחברי הרשות המכוננת, את התיקון לחוקי-היסוד, ברוב של למעלה מ-70 חברי כנסת.

58. בעיקרי הטיעון מטעם היועץ המשפטי לממשלה, שהוגשו בתאריך 28.01.2021, נטען עוד כי בשים לב לפיזור של הכנסת ה-23, שניים מהצווים על-תנאי שניתנו בעתירות (השני והשלישי) התייתרו ממילא והפכו לתיאורטיים עם תום כהונת הכנסת

ה-23. זאת משום שהצו על-תנאי השני עסק בהוראת שעה שנקבע כי תוקפה יחול רק לגבי תקופת כהונת הכנסת ה-23, ועניינו של הצו על-תנאי השלישי הוא תחולת התיקון לחוקי-היסוד כבר בכנסת ה-23 ולא רק החל מהכנסת ה-24, ועם תום כהונת הכנסת ה-23 – צו על-תנאי זה ממילא איננו רלבנטי עוד.

בנוסף נטען כי ייתכן שגם הצו על-תנאי הראשון לא יהיה עוד בעל נפקות מעשית, שכן ההוראה הנוגעת לאי-אמון בהקשר לממשלת חילופים רלבנטית רק לממשלת חילופים, ככל שזו קיימת, ובהינתן ששיטה זו היא בבחינת אפשרות בלבד שאיננה מחייבת, לא בטוח שבכנסת ה-24 או אחריה תקום ממשלת חילופים, מה גם שבעת שמכהנת ממשלת חילופים כממשלת מעבר – לא ניתן ממילא להציע אי-אמון בממשלה המכהנת (המציאות לימדה, כאמור, כי גם הממשלה ה-36 שקמה היא ממשלת חילופים).

59. גם כחול לבן וגנץ, בעיקרי הטיעון שהוגשו מטעמם בתאריך 29.01.2021, טענו כי לאור ההתפתחויות הפוליטיות, לרבות פיזור הכנסת ה-23 והכרזה על בחירות לכנסת ה-24 – הדיון בצווים על-תנאי השני והשלישי הפך לתיאורטי. בנוסף, נטען ביחס לצו על-תנאי הראשון כי היות שההוראה בדבר אי-האמון תופעל למעשה רק בכנסת ה-24 ואילך (וגם זאת רק אם תוקם שוב לאחר הבחירות ממשלת חילופים) – הדבר מאיין בפועל את טענות העותרים, ככל שהן היו רלבנטיות למצב שהשתרר בעקבות ההסכם הקואליציוני.

נוכח העיוניות של הסוגיות שנותרו, והשינוי שחל בתשתית העובדתית, שעליה נסמכו העתירות – כחול לבן וגנץ גרסו כי עתה יש לדחות ממילא את העתירות.

60. לטענות הנ"ל הצטרפו גם הליכוד ונתניהו, שטענו בעיקרי הטיעון מטעמם, שהוגשו בתאריך 31.01.2021 כי היות והכנסת ה-23 התפזרה (נוכח אי העברת חוק תקציב לשנת 2020) – העתירות הפכו לתיאורטיות ויש לדחותן, ולו בשל כך.

לטענות הנ"ל, בדבר עיוניות העתירות, הצטרפה גם הכנסת בדיון שהתקיים בפנינו בתאריך 02.02.2021.

הדיונים שהתקיימו ומשמעותם

61. לאחר שבתאריך 27.10.2020 התקיים דיון ראשון בעתירות, שבו נשמעו טענות הצדדים – בתאריך 12.11.2020 הוחלט כאמור להוציא צווים על-תנאי ולהרחיב את ההרכב שידון בהתנגדות לצווים על-תנאי שהוצאו, הכל כפי שפורט בפיסקה 4 שלעיל. בהמשך לכך, בתאריך 02.02.2021 התקיים כאמור דיון שני בפני הרכב מורחב

בעתירות, במתכונת של התנגדות לצווים על-תנאי שהוצאו, ובסופו – התיק נדחה לעיון לצורך כתיבת פסק דין.

הנה כי כן לאחר שהצגנו עד הנה את: הרקע העובדתי, טענות הצדדים וההתפתחויות שחלו – הגיעה העת לליבון הדברים, ולכך אפנה עתה.

דיון והכרעה

62. אקדים ואומר כי בעקבות עיון במכלול החומר הרב שבתיק ושמיעת טיעוני באי-כוח הצדדים בדיונים שהתקיימו בפנינו – הגעתי לכלל מסקנה כי בכפוף להוצאת התראת בטלות עתידית ביחס לעניינים, נושאי הצו על-תנאי הראשון והשלישי – דין העתירות להידחות.

נימוקיי למסקנה זו יובאו מיד בסמוך. הילוך הדברים יהיה כזה שראשית אדון ואכריע בטענות המקדמיות שהועלו בפנינו, ולאחר מכן אפנה לדיון בטענות המהותיות לגופן. עם זאת, טרם שאנו מגיעים אפילו לפרוזדור של הטענות המקדמיות יש לסלק מן הדרך ניסיון שעשו העותרים להרחיב את הדיון מעבר לצווים על-תנאי שהוצאו.

63. כפי שנאמר לעיל – בעתירות שבכותרת הוצאו צווים על-תנאי רק לגבי חלק מהנושאים שהועלו. בכך, למעשה, נדחו כל יתר העניינים המופיעים בעתירות השונות, שגם לגביהם התבקשו צווים על-תנאי, שכן לא נמצא מקום ליתן צווים-על תנאי לגביהם (ראו: בג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים בישראל (ע"ר) נ' כנסת ישראל, בפסקה 64 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור, ובפסקה 9 לפסק דיני שם (29.09.2016)). בהקשר זה נקבע כבר בעבר:

"כאן עלינו להעיר כי העותר, בכללו בעיקרי הטיעון שלו את הטענה (שלא בא זכרה בעתירה) כי תקנה 26 (לתקנות סוכני המכס, התשכ"ה-1965 – תוספת שלי – ח"מ) חורגת מהסמכות, חרג הוא עצמו מגדרי המותר לפי תקנה 14א(ב) לתקנות סדר הדין בבית-המשפט הגבוה לצדק, תשכ"ג-1963. לפי תקנה זו רשאי כל צד לכלול בעיקרי הטיעון שלו רק אותן הנקודות הנובעות מהצו-על-תנאי, המבוסס, כמובן, על היסודות והטענות שבעתירה." (בג"ץ 185/70 קבלו נ' מנהל המכס והבלו, פ"ד כד (2) 781, 783 (1970) (ההדגשות הוספו – ח"מ)).

טעם הדבר נעוץ, בין היתר, גם בכך שהאפשרות שיינתן צו מוחלט בעניין שלא הוצא לגביו צו על-תנאי, ומבלי שהתאפשר למשיבים להתייחס אליו בתצהירי התשובה מטעמם – חורגת מסדרי הדיון, ויש בה משום קיפוח של זכויותיהם הדיוניות של המשיבים (ראו: בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר-שבע, בפסקה 6 לחוות דעת המיעוט של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (22.06.2011)); לדיון על פסק דין זה בהקשר שלפנינו ראו: גרשון גונטובניק "סובלנות במדינה יהודית ודמוקרטית בראי פסיקתה של השופטת אילה פרוקצ'יה" משפט ועסקים יח 83, 129-132 (2014)); השוו גם: בג"ץ 4517/18 נץ-צנגוט נ' ראש הממשלה, בפסקה 4 (11.07.2018); עע"מ 9682/06 עיריית ראשון לציון נ' בנק הפועלים (13.07.2008), והאסמכתאות המופיעות שם).

64. הקביעות הנ"ל נתמכות אף בספרות המשפטית, ואביא מספר מובאות:

"בית המשפט עשוי להעניק לעותר כל אחד מהצווים על-תנאי שאותם ביקש, או חלק מהם. לחלופין, עשוי בית המשפט לנסח את הצווים על-תנאי בעצמו (צו אחד או יותר). בדרך זו מגביל בית המשפט את המחלוקות בין בעלי הדין. בין שבית המשפט ניסח בעצמו את הצווים, ובין שהעניק את הצווים המבוקשים בגוף העתירה, הרי שמרגע שהוצאו הצווים על-תנאי יתנהל הדיון בגדרם של אותם צווים".

(אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי – סדרי הדיון והראיות בבג"ץ, 148-149 (2010) (להלן: שרגא ושחר; ההדגשות שלי – ח"מ)).

וכן:

"הוצאת צו מוחלט מחייבת מתן הזדמנות קודמת למשיבים בעתירה להציג את עמדתם במלואה בפני בית המשפט. על כן הוצאת צו מוחלט חייבת להיות מבוססת על החלטה קודמת של בג"ץ להוציא "צו על-תנאי"... עקרונית, קבלת העתירה אמורה לחפוף את תוכנו של הצו על-תנאי"

[...]

"אין לקבל עתירה שלא הוצא בה צו על-תנאי, וכביטוי של אותו כלל עצמו אין לקבל אותם היבטים בעתירה שבעניינם לא הוצא צו על תנאי" ((דפנה ברק-ארז משפט מינהלי – משפט מינהלי דיוני כרך ד' 436 (2017) (להלן: ברק-ארז, משפט מינהלי דיוני; ההדגשות שלי – ח"מ)).

ראו גם:

"אולם עד שמגיעים לשלב של הגשת עיקרי טיעון יכולה המחלוקת להצטמצם לפחות בשתי דרכים דיוניות.

[...]

הדרך האחרת היא שבית המשפט בתיתו את הצו על תנאי יגביל אותו לענין או עניינים מסוימים, אף על פי, שהמחלוקת בעתירה כללה גם עניינים נוספים. אומנם הצו על תנאי קשור לעתירה וניתן על יסוד האמור בה, אולם נראה, שבית המשפט אינו חייב להעניק את הצו כפי שהבקשה מנוסחת בעתירה והוא רשאי לנסח את הצו כך שיבטא את המחלוקת האמיתית בין הצדדים.

[...]

מקום שהצו על תנאי הצר את המחלוקת, רשאי כל צד לכלול בעיקרי הטיעון את הטענות לפי המסגרת שקבע הצו על תנאי ולא יורשה לטעון טענות נוספות". (רענן הר-זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק 80 (1991) (להלן: הר-זהב; ההדגשה שלי – מ"מ).

65. אין צורך לומר כי כל האמור לעיל מבוסס על לשון תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין בבג"ץ). כך תקנה 1 לתקנות סדר הדין בבג"ץ קובעת כי בקשה לצו על-תנאי תוגש לבית משפט זה בדרך של עתירה. הנה כי כן, העתירה היא הבקשה לצו על-תנאי, ומשהוחלט ליתן צו על-תנאי רק ביחס לחלק מהנושאים המבוקשים בעתירה, הרי שאין עוד כל דרך להיענות לנושאים שלא נכללו בצו על-תנאי, ודינם להידחות. תקנה 9 לתקנות סדר הדין בבג"ץ קובעת כי מקום בו המשיב רוצה להתנגד לעשיית הצו על-תנאי למוחלט, הוא יגיש תצהיר תשובה לצו על-תנאי. תצהיר התשובה לא מכוון איפוא לכל הנושאים שעלו בעתירה, אלא רק לצו על-תנאי שהוצא במסגרת זו בלבד. כך, גם עיקרי הטיעון שמוגשים, לפי תקנה 16 לתקנות סדר הדין בבג"ץ, אמורים לכלול את טענות הצדדים בנקודות שהם רשאים לטעון "על פי הצו על-תנאי", ובדיון כל צד יהיה רשאי לטעון על סמך עיקרי הטיעון בלבד (שנסמכים על מה שנכלל בצו על-תנאי, כאמור), להוציא מקרים חריגים מיוחדים המפורטים בתקנה זו (ראו: הר-זהב, בעמ' 78-79; שרגא ושחר, בעמ' 191-192).

זאת ועוד – תקנה 14 לתקנות סדר הדין בבג"ץ, שכותרתה: "הוראות בית

המשפט" קובעת כי:

"ראה בית המשפט או הרשם שאין הפלוגתה ברורה די הצורך כדי שיוכל בית המשפט לדון בה בנוחות, רשאי הוא להורות על ניסוח הפלוגתה, או כל הוראה אחרת שתיראה לו נחוצה לבירור הענין; הסכימו בעלי הדין לפני בית המשפט או הרשם על נוסח הפלוגתה תהיה היא הענין שעל בית המשפט להכריע בו."

הנה כי כן, בית המשפט יכול, מכוח התקנה הנ"ל, לתחום ולהגדיר את המחלוקות המשפטיות העומדות על הפרק, ובכך להניח את המתווה הדיוני שישמש את הדרך להכרעה השיפוטית. הדבר נעשה, לעיתים, בדרך של הוצאת צו על-תנאי אחד, או כמה מבין הצווים על-תנאי שהתבקשו בעתירה, או באמצעות כך שבית המשפט מנסח בעצמו את הצווים על-תנאי שבהם הוא חפץ שהעתירה תמשיך לעסוק, ובכך מתחדדות הסוגיות שבלב המחלוקת (שרגא ושחר, בעמ' 183).

66. המסקנה המתקבלת מכל האמור לעיל היא כי הדיון בעתירות שבפנינו תחום איפוא לגדרי האמור בצווים על-תנאי שהוצאו בלבד. הנה כי כן לאחר שהבהרנו זאת – ניתן לעבור עכשיו לפרוזדור, טרם שאנו נכנסים לטרקלין, וכך יעשה מיד בסמוך.

התייחסות לטענות הסף הגורסת שהעתירות הפכו לעיוניות

67. כלל ידוע הוא כי בית משפט זה בעקרון לא יידרש לדיון בעתירות תיאורטיות לגופן, וזאת גם אם העתירות הפכו לעיוניות רק לאחר הגשתן (ראו: בג"ץ 1273/20 משמר הדמוקרטיה הישראלית נ' הכנסת ה-22, והאסמכתאות המובאות שם (09.09.2020) (להלן: עניין משמר הדמוקרטיה הישראלית); בג"ץ 4380/07 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' משרד הבריאות, בפיסקה 7 (30.08.2009); בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, בפיסקה 30 (28.04.2011); ע"מ 5933/05 אוליצקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, בפיסקה 10 (03.08.2006) ולאחרונה: בג"ץ התקציב – לגבי הצו על-תנאי שהוצא ביחס לאי-העברת חוק התקציב במועד הנדחה. עיינו גם: ברק-ארז, משפט מינהלי דיוני, בעמ' 390-392; שרגא ושחר, בעמ' 241 ואילך).

כלל זה יובא אל שיטתנו מהדוקטרינה האמריקאית המוכרת שם בשם:

"The Mootness Doctrine" (ראו: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, בפיסקה 10 (11.02.2010) (להלן: עניין פלוני); חוות דעתי בפסק הדין החלקי ב-בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל (23.08.2015) (להלן: עניין יש עתיד); בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל, בפיסקאות 9-10 לפסק דיני שם (04.04.2021); עיינו גם: חנן מלצר ואוריאל רוזנברג

"התראת הבטלות: דוגמה לדרך האמצע של השופט א' רובינשטיין" ספר אליקים רובינשטיין 1175, 1211-1213 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, מרים ביטון ורינת סופר עורכים, 2020) (להלן: מלצר ורוזנברג)).

כלל זה דומה, במידה מסוימת, גם לעיקרון לפיו בית משפט זה לא ידון בעתירות מוקדמות, אשר אינן מבוססות על מצב עובדתי קיים, אלא עוסקות בתרחיש תיאורטי בלבד (עניין משמר הדמוקרטיה הישראלית; בג"ץ 2655/06 נועם נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפסקה 5 (27.03.2006)).

68. כפי שצוין לעיל, מכוח הוראות סעיפים 36א(א)-(ב) לחוק-יסוד: הכנסת – ראו את הכנסת ה-23 כאילו החליטה על התפזרותה לפני גמר תקופת כהונתה החל מתאריך 23.12.2020, וזאת משלא התקבל חוק התקציב לשנת 2020 עד לתאריך 22.12.2020. כאמור בעקבות התפתחות זו הבחירות לכנסת ה-24 התקיימו בתאריך 23.03.2021. בשים לב לכך נטען כי הצו על-תנאי השני הפך לעיוני בנסיבות, והוא אינו בעל נפקות מעשית עוד.

69. הצו על-תנאי השני עוסק כזכור בסעיף השריון, שהוא הוראת שעה, שתוקפה נקבע לתקופת הכנסת ה-23 בלבד (ראו: סעיף 7(ב) לתיקון לחוקי-היסוד). לפיכך הוראה זו פקעה למעשה עם בחירת הכנסת ה-24, והדיון בה אכן הפך לתיאורטי ממועד זה ואילך. מכאן שאין צורך לקבוע מסמרות בסוגיה זו, שהיא גם מורכבת ותוכל להתברר בעתיד, ככל שיהיה בכך צורך (השוו: בג"ץ התקציב – לגבי הראש הראשון לצו על-תנאי שם, ועיינו: ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל ו' 509 (תשס"ג); Yaniv Roznai UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS – THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS (2017) (להלן: Roznai UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS); סוזי נבות "על סעיף השריון ב'ממשלת החילופים'" (ICON-S-IL-BLOG (25.04.2020)).

70. שונים הדברים באשר לצו על-תנאי הראשון ובאשר לצו על-תנאי השלישי, ובכך אדון בהמשך על פי סדר הצווים הנ"ל.

71. ביחס לצו על-תנאי הראשון: המשיבים גרסו כי ההסדר שחל ביחס להצבעת אי-אמון בממשלת חילופים, שעליו נסוב הצו על-תנאי הראשון, הפך לתיאורטי ביחס לכנסת ה-23, וכי העתירות הן מוקדמות ביחס לתחולת ההסדר הנ"ל על הכנסת ה-24,

שכן לא היתה ודאות שהממשלה ה-36 שתוקם (אם בכלל) תהיה ממשלת חילופים (בפועל המציאות לימדה אותנו כאמור שהממשלה ה-36 אף היא ממשלת חילופים, ולפיכך האפשרות שנחזתה בהקשר זה – לא התממשה).

טענות אלה אין איפוא בידי לקבל. ההוראות המצמצמות את סמכות הכנסת להביע אי-אמון בממשלת חילופים אינן בגדר הוראות שעה, שחלות רק על הכנסת ה-23, אלא שתחולתן מעת חקיקתן ואילך על כל הכנסות שתיבחרנה בעתיד – כך שהוראות אלו יישארו עלי ספר החוקים, והן חלות גם לאחר הבחירות לכנסת ה-24. אמנם הסעיף חל רק ביחס לממשלת חילופים, שהיא בגדר חלופה אפשרית בלבד שאיננה מחייבת, ואולם כבר עתה נוכחנו לדעת שהממשלה ה-36 שכוונה היא ממשלת חילופים, וייתכן שגם בעתיד תקומנה ממשלות חילופים נוספות, כך שקושיית הצו על-תנאי הראשון שהוצא – בעינה עומדת.

ההסדר הנורמטיבי שנקבע בתיקון חוקי-היסוד רלבנטי איפוא גם לממשלה הנוכחית וגם ביחס לממשלות עתידיות. מכאן שכוחה של הכנסת להביע אי-אמון בממשלה בעקבות התיקון לחוקי-היסוד ממשיך להיות מצומצם, בהשוואה למה שנהג בעבר, ומשכך אין מדובר בסוגיה תיאורטית שחלה רק לגבי הכנסת ה-23.

72. זה המקום להדגיש כי הצבעת אי-האמון היא כלי מהותי ומרכזי במשטרנו הפרלמנטרי (ראו: בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141 (1985) (להלן: עניין כך); יגאל מרזל "חובות האמון של הממשלה כלפי הכנסת" חובות אמון בדין הישראלי 185 (2016)). התיקון הנ"ל לחוק-יסוד: הממשלה, נושא הראש הראשון לצו על-תנאי, משנה את מוסד אי-האמון ומעלה שאלות כבדות משקל אודות עקרון הפרדת הרשויות, שהוא עיקרון בסיסי בכל משטר דמוקרטי, שכן התיקון מגביל את יכולתה של רשות אחת מרשויות השלטון – הרשות המחוקקת – לפקח על רעותה – הרשות המבצעת, ולהביע בממשלה אי-אמון. בהערת אגב אוסיף כי אף הבעת האמון בראש הממשלה החליפי כבר בעת כינון ממשלת החילופים, ולא בזמן החילופים, **מצמצמת את מוסד האמון והאי-אמון.**

73. למעלה מן הצורך, אעיר עוד כי אף לו הייתי מוכן לקבל את הטענה שהעתירות, בכל הנוגע לצו על-תנאי הראשון, הן תיאורטיות, או מוקדמות – סבורני כי המקרה שבפנינו נכנס לגדר החריגים שהוכרו בפסיקה באשר למצבים, שבהם אף שהעתירות הפכו לתיאורטיות לאחר שהוגשו, או ביחס לעתירות שנטען לגביהן שהן מוקדמות מדי – יש בכל זאת לשומען, בהינתן שמתקיימים בהן החריגים ל-"Mootness

Doctrines" (עיינו והשוו: בג"ץ התקציב באשר לראש השני של הצו על-תנאי שהוצא שם).

74. באשר לצו על-תנאי השלישי: צו זה עוסק כאמור בהוראות לעניין התחולה של התיקון לחוקי-היסוד כבר על הכנסת ה-23 (בניגוד לתחולה עתידית החל מהכנסת ה-24 ואילך). לכאורה גם צו זה הפך בינתיים לתיאורטי משתמה כהונת הכנסת ה-23, אולם סבורני כי העניין עליו הוא נסב – נכנס במפורש לגדר החריגים לדוקטרינת ה-"Mootness", ועל כן יש לדון בו לגופו. דוקטרינה זו אומצה אל שיטתנו בעניין פלוני, בו תוארה הבעיה שהולידה את החריגים לדוקטרינה הנ"ל כך:

"הכלל הוא שבית המשפט אינו נוהג לדון בסוגיה תיאורטית ומבכר להמתין בקביעת הלכות עד-בוא מקרה פרטי מתאים. אולם במקרים מסוימים ייזקק בית המשפט בכל זאת לעתירה בעלת אופי תיאורטי. עמד על כך השופט י' זמיר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999) [...] באותו מקרה נדונה שאלת חוקתיותה של הוראה בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, הקובעת את תקופת המעצר של חייל בידי שוטר צבאי עד שהוא מובא בפני שופט צבאי. נקבע כי חרף הפך התיאורטי של העתירות יש לדון בהן לאור חשיבותה של השאלה הנוגעת לעקרונות היסוד של שלטון החוק, לאור השכיחות שבה מתעוררת השאלה ולאור "אורך החיים הקצר" שלה: "היא עולה כאשר חייל נעצר על ידי שוטר צבאי; היא קיימת במשך ימים ספורים בלבד, עד שהחייל משתחרר או מובא בפני בית דין צבאי להארכת המעצר; ואז היא גוועת" (שם, בפסקה 9).

הנה כי כן, אחד מהחריגים הבולטים לדוקטרינה הנ"ל הוא מקרה שבו השאלה המשפטית הנדונה צפויה להתעורר שוב בעתיד, אך שאלה זו, בשל אופייה הזמני – תהפוך לתיאורטית במהלך כל התדיינות משפטית, כך שעד שבית המשפט יגיע למצב שיוכל לקיים דיון ראוי בה לגופה, היא כבר לא תהיה רלבנטית, ולא תיוותר שהות להכריע בה בזמן אמת. כך היה, למשל, בפרשת Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973), שבה נדונה הזכות להפלה. באותו מקרה נקבע כי אמנם ההכרעה לא תשפיע על זכויות המערערת שם, שכבר הספיקה ללדת עקב התמשכות ההליכים המשפטיים, אך משום שהשאלה המשפטית היא כזו שההליכים כמעט לעולם לא יהיו רלבנטיים לגבי הצדדים הקונקרטיים בה (שכן משך כל הריון הוא כ-9 חודשים) – אין לדחות את הערעור על בסיס דוקטרינת ה-"Mootness" (ראו עוד: תב"כ 8/21 עו"ד בן מאיר נ' מפלגת הליכוד (27.02.2019) (להלן: עניין בן מאיר)). הנה כי כן, כשמדובר בסוגיה חשובה שצפויה

לחזור ולעלות בפני בית המשפט, ויש חשש שהיא לא תצליח להבשיל גם בעתיד כסוגיה מעשית – יש לדון בה לגופה. דוגמא נוספת לכך עניינה בהחלטה שלטונית שמשך תחולתה הוא קצר מועד (ברק-ארז, משפט מינהלי דיוני, בעמ' 392).

75. חריג נוסף שבהתקיימו – בית המשפט ידון בגוף העתירה, על אף היותה תיאורטית, או מוקדמת, הוא מקרה של עתירה שהושקעו בה משאבים רבים, ואשר מעוררת שאלה בעלת חשיבות גבוהה (אם כי אין די בשיקול זה כשלעצמו). חריג אחר הוא מקרה בו קיים צורך להרתיע את אחד מהצדדים מפני הישנות של התנהגותו הפסולה בעתיד. ראו עוד לעניין החריגים: עניין פלוני, בפיסקה 10; חוות דעתי בפסק הדין החלקי בעניין יש עתיד; חוות דעתי ב-בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (06.09.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי); עניין בן מאיר. כן השוו לפסיקה מהעת האחרונה בארצות הברית: *Roman Catholic Diocese v. Cuomo*, 141 S. Ct. 63 (2020); *Republican Party of Pa. v. Degraffenreid*, Nos. 20-542, 20-574, U.S. 592 (2021).

בהקשר האמור נקבע על-ידי השופט (כתוארו אז) א' ברק כדלקמן:

"אמת הדבר, בית-משפט זה אינו דן בשאלות שאינן אקטואליות, ואין הוא נותן חוות-דעת אקדמית גרידא בשאלות בעלות עניין תיאורטי, אך כלל זה אינו חל במקום שטבעו של האירוע, שעליו סבה העתירה, הוא כזה, שההכרעה השיפוטית בו עשויה לבוא לאחר שהאירוע התרחש, אך תוך קיום הסתברות סבירה, שאירועים דומים יתרחשו בעתיד... במקרים הללו, מן הראוי הוא שבית המשפט ידון בעתירה, שאם לא כן לא ידון בה לעולם, שכן מעצם מהותה היא תהא לעולם מוקדמת מדי, או מאוחרת מדי. אל לו לבית המשפט לנעול דלתותיו בפני מקרים אלה בטענה של חוסר אקטואליות, שאם ינהג כן, יהא תחום שלם של עניינים קונסטיטוציוניים חשובים חסין בפני ביקורת שיפוטית. אכן, בשאלה חוקתית חשובה "מוטב שיווצרו נסיבות דיוניות, המאפשרות את הכניסה לטרקלין, והוא כל עוד לא ברור וגלוי, כי הנושא אינו נתון לשיפוטו של בית המשפט... המקרה שלפנינו נופל למסגרתה של אותה קטיגוריה, ש"כלל האקטואליות" לא צריך לחול בה... החלטת המשיב היא בעלת אופי עקרוני והיא תופעל הלכה למעשה גם במצבים עתידיים, בהם תתבקש הצבעת אי-אמון על-ידי סיעת יחיד. הסתברות התרחשותה של בקשה כזו בחיים הפרלמנטריים היא סבירה. מטעם זה ניכנס נא לטרקלין של הדיון לגוף העניין." (עניין כן, בעמ' 147; ההדגשות שלי – ח"מ).

סבורני כי דברים חשובים אלה יפים גם לענייננו. הטעם לדבר נעוץ בכך שקיימת הסתברות סבירה שאירועים דומים יתרחשו בעתיד – ממשלת החילופים הוקמה לאחר מספר ניסיונות להקמת ממשלה שלא צלחו, ועל כן ניסיון העבר הפרלמנטרי מלמד כי לא מן הנמנע שסיטואציה דומה, של החלת שינוי משטרי משמעותי בתחולה מיידית, עשויה לקרות גם בעתיד. יתר על כן, מדובר בענייננו בסוגיה קונסטитуציונית בעלת משקל רב, כאמור, וייתכן שגם בעתיד משך הזמן שיהיה נתון בידי בית המשפט לדון בה לגופה לא יהיה רב. בנוסף, בעתירות שבפנינו הושקעו משאבים רבים והן מעוררות שאלות בעלות חשיבות נעלה. כל האמור מהווה טעם לדון בעתירות כבר כעת.

מטעמים אלה יש, לשיטתי, לדון כאן **לגופם של דברים** ביחס לצווים על-תנאי הראשון והשלישי, וזאת אעשה בהמשך.

דחיית טענת הסף בדבר אי מיצוי הליכים

76. כפי שצוין לעיל, היועץ המשפטי לממשלה גרס בתגובתו המקדמית כי יש לדחות את העתירות על הסף, גם בשל **אי מיצוי הליכים**. סוגיה זו איננה בליבת הדברים בענייננו, אך הנני רואה לנכון להתייחס גם אליה, ולו בקצרה.

77. מהותה של דרישת מיצוי ההליכים היא כי על העותר לפנות לרשות הרלבנטית טרם שיפנה לבית המשפט, וזאת כדי שהרשות תדון בבקשתו ותשקול אם לשנות את החלטתה, או להסיר את מחדלה (ברק-ארז, משפט מינהלי דיוני, בעמ' 346).

78. לדרישה למיצוי הליכים קיימים מספר טעמים שונים (עיינו: אדם שנער "על חוסר הגיונה של הדרישה למיצוי הליכים בעתירות חוקתיות" ICON-S-IL BLOG (24.08.2020) (להלן: שנער)), שיאוזכרו להלן:

הטעם הראשון הוא כי הפניה לבית המשפט צריכה להיות המוצא האחרון, וכל עוד ענייננו של העותר יכול להיות מטופל בדרכים אחרות – יש למצות אותן, וזאת כדי לחסוך במשאבים שיפוטניים, ולקדם יעילות (ברק-ארז, משפט מינהלי דיוני, בעמ' 347).

טעם שני לדרישה למיצוי הליכים הוא כי הליכים מקדמיים שננקטים בטרם הגשת העתירה עשויים לתרום לפריסת התשתית העובדתית המלאה בפני בית המשפט (עיינו: בג"ץ 6917/17 לביא נ' המפקח על הביטוח באגף שוק ההון הביטוח

(10.06.2018); בג"ץ 5746/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (30.08.2020) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח); בג"ץ 7505/10 ראש מועצת הכפר חרבתא בני-חארת נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, בפסקה 5 (25.07.2011)).

בנוסף לאמור, גם אם מיצוי ההליכים לא יביא לפתרון המחלוקת מחוץ לכותלי בית המשפט, ויחייב הגשת עתירה – הרי שהאמצעים שננקטו כדי למצות הליכים יש בהם כדי לסייע למיקוד המחלוקת בפני בית המשפט, ולצמצם אותה לאותן סוגיות שונתרו, ואשר מצריכות את הכרעת בית המשפט (עניין האגודה לזכויות האזרח).

יתר על כן, יש לבצע מיצוי הליכים כדי ליתן לרשות הזדמנות להפעיל את סמכותה ולגבש את עמדתה, בטרם שמבקשים מבית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על מעשיה, וכחלק ממערכת יחסים בין הרשות לבין האזרח המושתתת על אמון ושיתוף פעולה (ברק-ארוז, משפט מינהלי דיוני, בעמ' 347-348).

79. לצד האמור, יש לציין כי לעילת הסף של מיצוי הליכים נקבעו בפסקה מספר חריגים, אשר בהתקיימם בית המשפט לא ידחה עתירה על הסף רק מעצם העובדה שהעותר לא מיצה הליכים בטרם שהגיש אותה. כך, נקבע, למשל, כי במקרים בהם הסעד החלופי איננו יעיל, או שהנסיבות מחייבות התערבות מיידית של בית המשפט כדי למנוע עוול, או כאשר שיקולי צדק מחייבים היעדרות לבקשת העותר – לא יהיה מקום לדחות את העתירה על הסף בגין הדוקטרינה של החובה למיצוי מוקדם של הליכים (ראו: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, בפסקה 122 (2005) (להלן: עניין חוף עזה); בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, בפסקה 11 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (18.01.2006); שנער, בעמ' 2).

כפי שהמלומד שנער מציין במאמרו, המקרים הקלאסיים בהם נעשה שימוש בעילת מיצוי ההליכים לשם מחיקה, או דחיה של עתירה הם כאשר רשות מינהלית מקבלת החלטה בעניינו של העותר, וזה הגיש עתירה לבית המשפט, מבלי לפנות אל הרשות לפני כן (שנער, בעמ' 2).

80. לאחרונה, במספר פסקות של בית משפט זה, נדחו אמנם על הסף גם עתירות חוקתיות, שנסבו על תקיפת חוקתיותו של חוק, נוכח אי-מיצוי הליכים. כך, לדוגמא, ב-בג"ץ 4819/20 עדאלה נ' הכנסת (04.08.2020) נמחקה העתירה נוכח העובדה שבכנסת התקבל חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף קורונה החדש

(הוראת שעה), התש"ף-2020, שקבע הסדרים שהחליפו את החוק, נשוא אותה עתירה, ונקבע (בפסק דין קצר) כי:

"ככל שיש לעותר טענות הנוגעות לחוק סמכויות הקורונה, מקומן בעתירה החדשה ולאחר מיצוי הליכים".

בדומה לאמור, גם ב-בג"ץ 4762/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (28.07.2020), שעסק בחוק הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצם התפשטות נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (להלן: חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי), נמחקה העתירה, תוך שנקבע כי:

"ככל שיש בפי העותרות טענות הנוגעות לחוק במתכונתו הנוכחית מן הדין שאלה תועלינה בעתירה חדשה ולאחר מיצוי הליכים".

בנוסף, גם ב-בג"ץ 5261/20 בן מאיר נ' הכנסת (20.08.2020), שנסב אף הוא על חוק הסמכת שירות הביטחון הכללי, נפסק כדלקמן:

"אין להלום אפוא הגשת עתירה נגד החוק, ימים ספורים בלבד לאחר קבלת הנוסח הסופי והמתוקן שלו בכנסת, בלא שקדמה לעתירה פניה כלשהי למשיבים; לא למותר לציין כי אין בעצם הנוכחות בישיבות של ועדות הכנסת במסגרת הליכי חקיקה כדי להוות מיצוי הליכים".

לבסוף, בעניין האגודה לזכויות האזרח, שעסק גם הוא בחוק הסמכת שירות הביטחון הכללי, סוגיית החלתה של הדרישה למיצוי הליכים בעתירות חוקתיות נדונה באופן מעמיק יותר, והעתירה נדחתה על הסף מחמת אי מיצוי הליכים. ההכרעה שם נסובה, בין היתר, על כך שהעותרים הגישו עתירה חדשה, תוך התעלמות מהוראות ברורות שניתנו להם על-ידי בית משפט זה בשני פסקי דין שונים בנדון, לפיהן קמה להם חובה למצות הליכים בטרם הגשת עתירה חדשה נגד החוק המתוקן. וכך נפסק שם מפי חברנו, השופט מ' מזוז:

"גם בעמדת העותרים ובטענותיהם באשר לתחולת ההלכה בדבר חובת מיצוי הליכים על עתירות חוקתיות, אין כדי להצדיק התעלמות מהוראה מפורשת של בית משפט זה, באותו ענין ממש, לרבות בהליך בו העותרים היו צד. אוסיף, כי הטלת חובת מיצוי הליכים בהליך של תקיפת תוקפו של חיקוק בהליכים הקודמים אינה בגדר חידוש בפסיקתו של בית משפט זה.

[...]

אכן, עשויים להיות הבדלים בהחלת הכלל בדבר מיצוי הליכים בין עתירות המכוונות נגד מעשי מינהל לעתירות התוקפות את תוקפו של דבר חקיקה, נוכח התכליות השונות של כלל זה. ואולם אין לקבל כי לכלל בדבר החובה למצות הליכים בטרם פניה לבית משפט זה – אין תחולה בעתירה התוקפת תוקפו של חיקוק.

אחת התכליות המרכזיות של הכלל בדבר מיצוי הליכים היא לתרום "למיקוד המחלוקת ולצמצום גבולותיה עוד בטרם הפנייה לבית-המשפט", גם אם הפניה המוקדמת לא תחסוך את הצורך בהתדיינות משפטית, וכי "הפנייה לרשות המוסמכת והתשובה המתקבלת בעקבות כך, תורמים לגיבוש תשתית עובדתית ומשפטית המאפשרת לבית-המשפט להפעיל את ביקורתו השיפוטית לפי אמות-המידה החלות על העניין" ... תכליות אלה מתקיימות, כמובן, גם כאשר מדובר בעתירה נגד תוקפו של דבר חקיקה."

ראו עוד: בג"ץ 2264/12 יצחק נ' שר המשפטים (08.05.2012); בג"ץ 1381/19 בן-חיים נ' כנסת ישראל (16.07.2019); בג"ץ 2305/20 חברת שוזפו סחר בע"מ נ' ראש הממשלה, בפסקה 3 (16.04.2020); בג"ץ 267/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר האוצר (24.01.2021) – בקשה לדיון נוסף נדחתה – עיינו: דנג"ץ 912/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר האוצר (21.04.2021), שם נקבע על-ידי הנשיאה א' חיות כדלקמן:

"כידוע, על המבקש סעד מבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק מוטלת חובה מקדמית לשטוח את טענותיו והשגותיו בפני הרשות המוסמכת הנוגעת בדבר, טרם הגשת העתירה. חובה זו – כך פסק בית משפט זה – חלה גם בעתירות המכוונות נגד חקיקה ראשית... בעתירות שעניינן תוקפו של דבר חקיקה – להבדיל מפרשנותו – לכאורה אין לרשות שיקול דעת שלא לפעול לפי החוק. על כן אין, למעשה, סעד אחר זולת פנייה לבית המשפט... עם זאת, בהחלט יתכנו מקרים שבהם פנייה מוקדמת לרשות המוסמכת או ליועץ המשפטי לממשלה, יש בה כדי להועיל. כך, למשל, כאשר שאלת חוקתיות החוק קשורה באופן הדוק לשאלת פרשנותו... יש לבחון, אפוא, בכל מקרה לגופו האם נכון לעמוד על הדרישה למצות ההליכים בעתירות שבהן נתקף דבר חקיקה ראשית, ואין להקפיד בכך הקפדה יתרה, שאינה הכרחית, מקום שדרישה כזו אין בה תועלת..."

81. על אף הפסיקות שתוארו לעיל בהקשר לעילת מיצוי ההליכים, ומבלי לטעת מסמרות בדבר, שכן כאמור הסוגיה של אי-מיצוי הליכים איננה עומדת בלב העתירות

שבפנינו – לשיטתי יש קושי בדרישה למיצוי הליכים בעתירות חוקתיות המופנות כנגד חוקתיות של חוק, ומקל וחומר בעתירות המכוונות כלפי חקיקת-יסוד של הרשות המכוננת. מכל מקום, סבורני כי נסיבות המקרה שבכאן אינן כאלה, אשר מצדיקות החלת דרישה של מיצוי הליכים בטרם הגשת העתירות (ובהקשר זה יוזכר כי הכנסת טענה בכתובים כי היא איננה עומדת על הדרישה למיצוי הליכים מולה).

הסיבה לכך היא שרוב הטעמים המבססים את עילת מיצוי ההליכים, שעליהם עמדתי לעיל – אינם מתקיימים, לרוב, ביחס לעתירות חוקתיות בכלל, וביחס לחוקי-יסוד בפרט. כך, למשל, הטעם לפיו מיצוי הליכים עשוי לייתר, או למקד את המחלוקת – איננו מתקיים, שכן אין זהות בין הגורם שחוקק את החוק (הרשות המחוקקת, באשר לחקיקה רגילה, או המכוננת, ביחס לחוקי-יסוד, כפי ענייננו כאן) לבין הגורם שלכאורה צריך לפנות אליו בטרם הגשת העתירה (היועץ המשפטי לממשלה, או היועץ המשפטי לכנסת). שני בעלי תפקידים רמי-מעלה אלה אינם יכולים לבטל חקיקה, או חקיקת-יסוד, שכן סמכויות אלה מסורות בעקרון לכנסת ולבית המשפט במסגרת הביקורת השיפוטית שהוא מפעיל. היועץ המשפטי לממשלה גם איננו יכול לסייע במציאת פתרון שייתר את העתירה, ואף במקרים בהם הוא סבור שחוק מסוים איננו חוקתי – הוא איננו יכול לבטל את החוק, או את חוק-היסוד, אלא שבסטיואציה חריגה שכזו – עליו לעתור לבית משפט זה לשם כך (שנער, בעמ' 4-5), או להחליט שיש מניעה משפטית להגן על החוק (ראו למשל: בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (09.06.2020) ועיינו: בג"ץ 4287/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 474 (1993)).

82. גם הנימוק לפיו מיצוי ההליכים מעניק לרשות הזדמנות להפעיל את סמכותה, או לגבש את עמדתה טרם שבית המשפט מעביר עליה ביקורת שיפוטית – איננו חל במקרים מסוג זה. זאת, שכן מדובר בענייננו בחוק-יסוד – ולא במדיניות שצריך לגבש עמדה ביחס אליה. לאמור יש להוסיף כי אין טעם רב במיצוי הליכים לגבי חוק, או חוק-יסוד, שהתקבלו משום שהרשות המחוקקת, או המכוננת אמורים היו לבחון את חוקתיות ההסדרים הנדונים כבר בעת הליך החקיקה, והחליטו בכל זאת לכווננם, או לחוקק אותם. גם סביר להניח שהטענות המועלות על-ידי העותר הרלבנטי כבר נבדקו על-ידי משרד המשפטים והייעוץ המשפטי של הכנסת בהקשרים הנדונים במסגרת הליכי החקיקה (שנער, בעמ' 5).

83. לבסוף, אציין כי להשקפתי – השתתפות בדיונים בכנסת והבעת עמדה במסגרת זו לפני כינון חוק-היסוד, או חקיקת החוק הרלבנטי עשויות לעלות כדי מיצוי הליכים,

בנסיבות. באמצעות אלה – העותר מביא לידיעת הרשות המכוננת, או המחוקקת את הקשיים הקיימים, לשיטתו, בעמדתה, כדי שתשקול אותם לגופם. במקרה בו העותר הביא את טענותיו ביחס להסדר החקיקתי אל מול הכנסת – אין היגיון לדרוש ממנו לעשות כן לפני הגשת העתירה גם בפני הרשות המבצעת, שכאמור, ממילא איננה בעלת הסמכות לשינוי ההסדר החקיקתי הנתקף (שנער, בעמ' 5).

84. הנה כי כן, אף אילו הייתי מצטרף לקביעות כי הדרישה למיצוי הליכים חלה גם בנסיבות שבפנינו, הרי שבענייננו דרישה זו מולאה, לתפיסתי, ועל כן עילה זו ממילא איננה יכולה להוות טעם לדחיית העתירות על הסף. בהקשר זה יש להזכיר כי העותרת ב-בג"ץ 2905/20 ליוותה את הליכי גיבוש הצעת החוק מראשיתם, לרבות פנייה לגורמים הרלבנטיים בנושאים, שלטענתה יש בהם פגמים חוקתיים. בתוך כך, למשל, העותרת פנתה בתאריך 02.04.2020 ליועץ המשפטי לממשלה ולממלאת-מקום היועץ המשפטי לכנסת בבקשה כי יפרסמו חוות דעת בעניין קידום התיקון לחוק-יסוד: הממשלה.

בתאריך 21.04.2020, יום לאחר חתימת ההסכם הקואליציוני, העותרת פנתה גם למשיבים 2-4 בדרישה לבטל סעיפים מסוימים בהסכם הקואליציוני. בתאריך 28.04.2020 נעשתה פנייה נוספת מטעם העותרת ובגדרה נטען כי לא ראוי לתקן חקיקת-יסוד שמשנה את סדרי המשטר בישראל בדרך שבה נעשה הדבר.

כך גם העותרת 2 ב-בג"ץ 2941/20 שלחה בתאריך 26.04.2020 מכתב ליועץ המשפטי לממשלה ולממלאת-מקום היועץ המשפטי לכנסת ובו דרשה שאלה יגישו חוות דעת אודות הקשיים המשפטיים הגלומים בהצעת החוק שהועלתה בפני הוועדה המיוחדת שדנה בהצעת החוק שעניינה שינוי שיטת המשטר (להלן: הוועדה). מכתב זה נענה בתאריך 30.04.2020 על-ידי ממלאת-מקום היועץ המשפטי לכנסת, תוך שנמסר כי הייעוץ המשפטי לוועדה העניק לחברי הוועדה ייעוץ לפני הדיון – בכתב ובעל-פה. בהמשך לאמור, בתאריך 01.05.2020 העותרת 2 שלחה מכתב נוסף לממלאת-מקום היועץ המשפטי לכנסת, ובו דרשה בשנית כי יינתנו חוות דעת משפטיות ביחס להצעת החוק. למכתב נוסף זה לא התקבל מענה.

85. מן האמור עד הנה עולה כי העותרות לא המתינו כדי לשטוח את טענותיהן כנגד התיקון לחוקי-היסוד עד ליום הגשת העתירות, אלא שהן ביצעו פניות שונות ונשנות למספר גורמים רלבנטיים עוד לפני שהתקבל סופית התיקון לחוקי-היסוד, ובכך, לשיטתי, הן קיימו את הדרישה למיצוי הליכים, ככל שהיא קיימת בענייננו, כאמור.

86. היועץ המשפטי לממשלה טען כאמור בתגובתו המקדמית כי היה על העותרות לפנות אליו **לאחר** שהתקבל בכנסת התיקון לחוקי-היסוד, אולם, כפי שציינתי לעיל – לא ברור מה היתה התועלת בפניה שכזו, שכן הוא ממילא איננו הגורם המוסמך לשנות, או לבטל את התיקון לחוקי-היסוד.

87. משנדחתה עילת הסף של מיצוי הליכים שהעלו המשיבים, בשלה איפוא העת להכריע לגופם של דברים, ולפיכך אני עובר עתה מהפרוזדור לטרקלין, ולליבון הסוגיה כבדת המשקל של החלת ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד.

ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד

88. בעת שהיא מכוננת חוקי-יסוד ותיקונים להם – הכנסת פועלת, כידוע, במעמדה כרשות המכוננת. סמכות זו של הכנסת מצומצמת בראש ובראשונה על ידי הוראות הנוקשות המופיעות בחוקי-היסוד עצמם, ולא מכוח פסקאות ההגבלה הקבועות בחוקי-היסוד, אשר מכוונות אל סמכותה **המחוקקת** של הכנסת (עיינו: בג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 913, 914 (1994); אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3, 9 (2004); יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" ספר אליקים רובינשטיין 1349, 1353 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, מרים ביטון ורינת סופר עורכים, 2020) (להלן: רוזנאי, שימוש לרעה); יניב רוזנאי ביקורת חוקתית – התפתחות דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל (2021) (להלן: רוזנאי, ביקורת חוקתית).

בפרקים המתהווים של חוקתנו לא נכתב עדיין הפרק הקובע את גבולות סמכותה המכוננת של הכנסת, או את גבולות הביקורת השיפוטית על חקיקת-יסוד שאותה היא מכוננת בכובעה זה (עיינו: ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" עיוני משפט מד (צפוי להתפרסם ב-2021)). גם בפסיקה לא נקבעה עדיין הלכה מפורשת המקיפה סוגיות כבדות משקל אלה **במלואן** (וראו לאחרונה: בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (08.07.2021) (להלן: עניין חוק-יסוד: הלאום)), אולם פסקי דין רבים הניחו תשתית לכך, שאותה אסקור בתמצית להלן.

89. על קיומן של נורמות קונסטיטוציוניות, המצויות מעל הדין הפוזיטיבי ומגינות על ערכיה המכוננים של האומה, עמד בית משפט זה עוד בשנות ה-60 בהלכת ירדור (ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט

365, פסק דינו של הנשיא ש' אגרנט, בעמ' 386 מול האות א' (1965). עיינו גם: רות גביון "עשרים שנה להלכת ירדור: הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" גבורות לשמעון אגרנט 145 (רות גביון ומרדכי קרמניצר עורכים, התשמ"ז); ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב 327 (2005).

90. האפשרות העקרונית לפיה בית משפט בחברה דמוקרטית רשאי להצהיר על בטלותו של חוק-יסוד, או חוק הנוגד את עקרונות היסוד של השיטה, גם אם אלה אינם מעוגנים בשריון או בחוקה נוקשה – הועלתה בזמנו על-ידי השופט (כתוארו אז) א' ברק, בדעת מיעוט ב-בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990) (להלן: עניין לאו"ר). אולם, לעמדתו, לא ראוי היה באותה עת לסטות מהגישה המקובלת במסורת המשפטית-פוליטית הישראלית, לפיה בית המשפט לא נוטל לעצמו סמכות להכריז על בטלות של חוק הסותר עקרונות-על של השיטה (עניין לאו"ר, פסקה 30 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' ברק).

בהלכת בנק המזרחי, אבן דרך מרכזית במשפטנו החוקתי, הנשיא (בדימוס) מ' שמגר תמך בהכרה בסמכותה המכוננת של הכנסת, והותיר בצריך עיון את השאלה מה המידה שבה רשאית הכנסת כאסיפה מכוננת לפגוע בזכות יסוד על דרך של חוק-יסוד, ומה היקפה של הביקורת השיפוטית על כך (ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 327 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי)). באותה פרשה הכיר הנשיא א' ברק ברעיון של תיקון חוקתי לא חוקתי, וזאת, לכל הפחות, אם השינוי החוקתי התבצע שלא בדרך של שינוי החוקה, הקבועה בחוקה (עניין בנק המזרחי, בעמ' 408).

השופט (כתוארו אז) מ' חשין הוסיף דברים באותו עניין (בדעת המיעוט שלו) ועמד על קיומם של "עקרונות על", שחריגה מהם עלולה להיחשב כתיקון לא חוקתי, וכתב בהקשר זה כדלקמן:

"יש עקרונות-על - אם תרצה: עקרונות-מסד - הטבועים בעצם קיומה של הכנסת; יש תכונות אופי השוכנות בגנים של הכנסת - בהיותה מה שהיא - ומאותם עקרונות, מאותן תכונות, לא תוכל הכנסת להשתחרר. אותן תכונות הן-הן הכנסת. אחד מאותם עקרונות הוא עקרון הרוב, ועיקרון זה ילמדנו כי מוסמכת היא הכנסת לכבול את סמכותה לשנות חוקים עד לכדי 61 חברי-כנסת. עד כאן - ולא עוד. אכן, עקרון הרוב - למעלה ולמטה - הינו מרכיב יסוד בשלטון החוק ובקיומו של משטר דמוקרטי. בלעדיו יפרע עם ובהיעדרו לא תיכון

ממלכה. איש לאוהליך ישראל. עקרת את שלטון הרוב מגופו של משטר וידעת כי נטלת את נשמתה של הדמוקרטיה. עקרון הרוב שולט בכנסת אף היא והוא בבחינת "גבוה מעל גבוה שומר". שלטון החוק ישלוט גם במחוקק. חוק כי תחקוק הכנסת - חוק הוא לישראל, ובלבד שלא יפגע בלבתה של הדמוקרטיה, בעקרון הרוב; והכול, כמובן, בכפוף להוראות חוקה שנתקבלה כדין" (עניין בנק המזרחי, בעמ' 545).

השופט מ' חשין הניח איפוא, בדעת המיעוט שלו, תשתית לאפשרות קיומן של הגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת, והוא חזר על כך באמרות אגב נוספות, בכותבו: "גם חוקי-היסוד אינם בפסגת הפירמידה... נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיננו" (ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 579 (1997)). גם בפרשה מוקדמת יותר הוא התבטא כך: "יימצאו מי שיאמרו – ולא נפרט – כי אף חוק הכנסת אין די בו. היו מי שיוסיפו ויאמרו, כי גם חוק-יסוד לא יסכון. גם לכוחה של הכנסת הושמו גבולות" (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 542 (1998)). מאוחר יותר הוא אף הגדיל לעשות והביע עמדה לפיה חוק-יסוד היפותטי, שיקבע כי מי שרכש השכלה גבוהה יזכה בשני קולות בבחירות – יש לפסלו:

"משום שסותר הוא עיקר מעיקרי המישטר הדמוקרטי שאנו חיים בו ובחסותו. הדמוקרטיה כמו תבקע ממעמקי האדמה, תפרוץ את החוקה, את חוקי-היסוד ואת החוקים מן המניין, תאחז בגרוננו בחוזקה ותודיענו במפגיע כי החוק שנתקבל היה כחרס הנשבר" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 101 (2006)).

זה המקום לציין כי עוד ארחיב בנושא זה בהמשך (ראו פסקאות 98-110 שלהלן), ואולם לא אציע לקבוע מסמרות כאן (השוו: עניין חוק-יסוד: הלאום), שהרי לענייננו די בדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת ושאר הדוקטרינות שהוצעו ממילא אינן ישימות פה, ולכן ניתן להשאירן בצריך עיון.

91. הדיון בדבר גבולותיה של הסמכות המכוננת והאפשרות העקרונית להפעיל גם עליה ביקורת שיפוטית פותחה לאחר מכן ב-בג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: עניין בר-און). בעניין זה נפסק כי כל עוד לא חוקק חוק-יסוד: החקיקה – ההגבלות על הליכי הכינון או השינוי של חוקי-יסוד הן מצומצמות, אף כי בנסיבות מסוימות וחריגות – חקיקת חוק-יסוד, או שינוי של חוק-יסוד (בהוראת שעה) עלולה להיות שימוש לרעה בסמכות המכוננת, אשר תקים עילה

להתערבות שיפוטית.

הנשיאה ד' ביניש התוותה שם שלושה היבטים, שעליהם יש לתת את הדעת, בבחינה אם חקיקה של חוק-יסוד בהוראת שעה מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת:

- (1) קיומן של נסיבות חריגות המצדיקות עריכה של הסדר זמני;
 - (2) המאטריה שאותה מסדיר חוק-היסוד;
 - (3) מידת הפגיעה בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות.
- (ראו: פסקאות 24-25 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש, שם).

עתה ארחיב ואפרט.

92. **דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת** יושמה לראשונה במשפטנו בעניין המרכז האקדמי, שם נקבע כי העברתו של תקציב דו-שנתי בפעם החמישית, באמצעות תיקון חוק-יסוד: משק המדינה על דרך של הוראת שעה, היא שימוש לרעה בכוחו של הרוב בטקסט חוקתי. בחוות הדעת העיקרית באותה הפרשה, כתב המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין כהאי ליסנא:

השימוש לרעה יכול שיהא שימוש לרעה בסמכות המכוננת כשלעצמה. דוקטרינת השימוש לרעה, אף שהיא במתחם החוקתי, שאובה בבסיסה, כך נראה, מכללי היסוד של המשפט המינהלי, אשר להם מחויבים הרשות המבצעת וגופי המינהל מגשימי מדיניותה; כמו כל כוח שלטוני, גם סמכותה של הרשות המכוננת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה הסמכות... לא הרשות המבצעת, וגם לא המחוקקת או המכוננת, פטורות מכללי היסוד של המתחם והמרקם החוקתי. לטעמי, משמעות הדברים, בלשון פשוטה, היא כי במקום שמזוהה שימוש לרעה בכוח הרוב בטקסט חוקתי, נסוג הצורך הפוליטי מפני "הליכה החוקתית" ו"קדושתה", חשיבותה המשפטית והערכית" (שם, בפסקה ל).

בהמשך לדברים אלה, נקבע בעניין המרכז האקדמי כי הריסון שאותו אמורה לנקוט הרשות המכוננת בתיקון החוקה מחייב גם ריסון מצד בית המשפט בביקורת השיפוטית, ולהיפך: ככל שהרשות המכוננת איננה נוקטת ריסון של ממש בתיקון העקרונות החוקתיים, נכונותו של בית המשפט לבקר אותה תהיה רחבה יותר – גם אם היא עדיין תהא מצומצמת יותר מאשר הביקורת כלפי חקיקה במעמד נורמטיבי רגיל (שאף היא, מלכתחילה, מצומצמת כמובן; ראו גם: רוזנאי, שימוש לרעה, בעמ' 1383).

על חשיבותה של הביקורת השיפוטית על חוקי-היסוד גם בהיעדר הסדרה שלה בחוקה המתהווה, עמד גם השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן באותה פרשה, בכותבו בזו הלשון:

"אל לבית משפט זה לשקוט על שמריו בהיעדר חקיקת יסוד זו, ואין בחסר הנורמטיבי הקיים כדי לחסן את רשויות השלטון מפני ביקורת שיפוטית, מקום שזו נדרשת... ככל רשויות השלטון, מחויב בית משפט זה להגן על חוקי היסוד המצויים בליבת שיטתנו המשפטית... ולהכריע בסוגיות המובאות לפניו לאור ערכי היסוד הראויים למשטר דמוקרטי חוקתי – יהיו הם כתובים עלי ספר, או לאו" (עניין המרכז האקדמי, פסקה 3 לפסק דינו).

93. **בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת**, כפי שיושמה בעניין המרכז האקדמי, ניתן לראות אם כן ביטוי לתפקידו של בית המשפט **כמגן על הכנסת**, במעמדה כרשות מכוננת וכרשות המפקחת על הממשלה. דוקטרינת התערבות זו אמורה לחזק את מעמדה המוסדי של הכנסת אל מול כרסום בו מצד הרשות המבצעת, וזאת על ידי החזרה למקומו של האיזון החוקתי העומד בבסיס עיקרון הפרדת הרשויות (רוזנא, שימוש לרעה, בעמ' 1374).

94. גישה דומה באה לידי ביטוי באחרונה גם בבג"ץ התקציב. הנשיאה א' חיות עמדה בחוות דעתה שם על כך שמשימת זיהויה של נורמה כנורמה משפטית במדרג נורמטיבי מסוים, מצויה בליבת תפקידו של בית המשפט. הנשיאה קבעה כי בהקשר זה, ובגדר **דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת**, תפקידו של בית המשפט הוא **להגן על החוקה המתגבשת מפני חדירה של נורמות שאינן מצויות במדרג המתאים לכך לחוקה**, באופן שעלול להוביל לשחיקה במעמדו של חוקי-היסוד. בעניין זה, היא התוותה מבחן דו-שלבי לבחינת תחולתה של **דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת**, אשר בגדרו:

השלב הראשון הוא **זיהוי המאפיינים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות**, תוך הסתייעות, בין היתר, בקריטריונים של: יציבות הנורמה, כלליותה (האם מדובר בתיקון שאינו פרסונלי), והמארג החוקתי הכולל שבו היא משתלבת. הודגש כי אין מדובר ברשימה סגורה של שיקולים (שם, בפסקה 37).

ככל שהנורמה העומדת לבחינה **איננה מקיימת את אחד המאפיינים הנ"ל** – בא השלב השני, ואז עובר הנטל אל המשיבים להצביע על **צידוק לעיגון הנורמה בחוק-יסוד**. במסגרת זו יש לקחת בחשבון נסיבות מיוחדות העשויות להצדיק את השימוש בסמכות המכוננת וכן את מידת הפגיעה בעקרונות ובזכויות יסוד אחרות. בהקשר זה, הודגש כי

מבחן הצידוק איננו עוסק **במניעים** לכינון חוק-היסוד, או התיקונים לו, אלא בקיומו של טעם ראוי לעיגון ההוראה בחוק-יסוד, חרף הבעייתיות שהתגלתה בשלב הראשון (ואשר הוא זה שעומד במרכז הכובד של הבחינה).

על פי מבחן דו-שלבי זה, הנשיאה הגיעה לתוצאה לפיה תיקון מס' 50 לחוק-יסוד: הכנסת, שהגדיל את תקרת התקציב ההמשכי לשנת 2020 בסכום של 11 מיליארד שקלים, וזאת, בין היתר, לצורך חלוקת כספים קואליציוניים וכספי תמיכות – **מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת**. לתוצאה ולהנמקה הצטרפו (תוך הוספת הערות) חברינו, השופטים: נ' הנדל, ע' ברון, ו-ג' קרא.

95. השופטת ד' ברק-ארז הצטרפה אף היא לתוצאה, ואולם הדגישה בחוות דעתה כי הביקורת השיפוטית במקרה שבו מועלית טענה של **שימוש לרעה בחוק-יסוד** איננה צריכה לכלול יסוד של שיקול דעת מהותי ביחס להצדקה שהובילה לתיקון, או לתוכנו של ההסדר, אלא יש להפעיל רק מבחנים פורמאליים יותר בשאלת היקפה של הסמכות המכוננת. לגישה, בחינה של התאמה למארג חוקתי בשלב הראשון, ומבחן הצידוק בשלב השני, מתקרבים לבחינה תוכנית-מהותית של הנורמה. לכן הציעה חברתנו, השופטת ד' ברק-ארז, להסתפק במבחן חד-שלבי – **מבחן הזיהוי**, הדומה בעיקרו לשלב הראשון שקבעה הנשיאה, אולם תחת מבחן ה"התאמה למארג החוקתי" שם, הוצעה על ידה אמת מידה של: "מובחנות מתפקידן של הרשויות האחרות", אשר, לגישה, מהווה מבחן מצומצם יותר, על אף החפיפה האפשרית בין המבחנים.

חברנו, השופט י' עמית, הצטרף לתוצאה, מבלי להכריע בין שני המבחנים.

96. חברינו, השופטים: נ' סולברג, י' אלרון ו-ד' מין, סברו בדעת מיעוט כי העתירה תאורטית, ושאין כלל הצדקה בנסיבות להחלת **דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת**, או לקביעת מבחנים לצורך זה. דעות המיעוט הדגישו כי התערבות בנושאים אלה עלולה להתפרש כ"שימוש שלא לטובה" בסמכות הביקורת השיפוטית ולגרור פגיעה באמון במערכת המשפט.

97. בהשקפתי משייך אני עצמי למחנה הרוב הנ"ל, שצידד באפשרות להפעיל את הדוקטרינה של **שימוש לרעה בסמכות המכוננת** באמצעות המבחן הדו-שלבי. דוקטרינה זו היא עתה גם בבחינת הלכה, ולפיכך הניתוח בהמשך הדברים יערך על פיה. עם זאת אתייחס קצרות, מיד בסמוך, גם לחלופות הנוספות שהעלו העותרים להצדקת התערבות שיפוטית אפשרית.

98. באשר לדוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, יש לציין כי זו טרם אומצה כאמור במשפטנו מעבר לאיזכורה באמרות האגב הנ"ל וכן בדיון שנערך לגביה בעניין חוק-יסוד: הלאום, ואף נקבע כי יש בעייתיות בקבלת דוקטרינה מקיפה בהקשר זה, נוכח העובדה שמפעל חוקי-היסוד טרם הושלם.

השאלה אם הכנסת מוסמכת לכלול בחוקי-יסוד נורמות שמבחינת תוכן אינן נורמות חוקתיות, או שהן "לא חוקתיות", נותרה איפוא בצריך עיון בעניין בנק המזרחי וגם ב- בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון נגד ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, פ"ד נג(4) 92, 95 (1999) (עיינו גם: אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" 90 גבריאלי בר 361 (2011) (להלן: ברק, תיקון של חוקה)).

עם זאת בית המשפט הבהיר מפורשות כי אין לשלול את האפשרות שדוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי תאומץ ותיושם בעתיד, בנסיבות חריגות ביותר המצדיקות זאת (שיש לקוות שלא תתרחשנה) – ושאלה זו נותרה בצריך עיון לפי שעה (ראו, למשל: עניין בר-און, בפיסקה 34; עניין המרכז האקדמי, בפיסקה ל"ה; בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקה 25 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (27.05.2018) ולאחרונה: עניין חוק-יסוד: הלאום), ועיינו: מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" חוקים יב 173, 202-205 (2018) (להלן: טמיר)).

99. תימוכין לעמדה לפיה ישנן הגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת, מלבד פסקאות הנוקשות בחוקי-היסוד עצמם, ואשר בית המשפט מוסמך, בזהירות המתבקשת ובנסיבות המתאימות, לזהותן ואף לבקר חריגה מהן – ניתן למצוא גם בספרות האקדמית. הסמכות המכוננת אמנם עליונה היא ביחס לסמכויות אחרות, כמו הסמכות המחוקקת, והיא ניזונה מכוחו של העם לעצב לעצמו הסדר חוקתי, אולם גם היא מוגבלת לצרכי עיצוב החוקה, ולא לצרכים אחרים (Carl Joachim Friedrich, 'THE PHILOSOPHY OF LAW IN HISTORICAL PERSPECTIVE' 221 (1963); עיינו גם: רחנאי, ביקורת חוקתית, בעמ' 56-59). יש הסבורים כי במובנים מסוימים, כמו חקיקה רטרוספקטיבית של נורמות חוקתיות – על הסמכות המכוננת חלות מגבלות מחמירות אפילו יותר מאשר על מחוקק המשנה במשפט המינהלי, שכן היא מנועה מלפגוע בעקרונות היסוד של השיטה שממנה היא שואבת את כוחה (איל גבאי "שינוי רטרוספקטיבי בחוק יסוד: הממשלה – חוקתיותו" הפרקליט מד 151, 167-168 (1998) (להלן: גבאי)).

100. לפי עמדתו של פרופ' יניב רחנאי, סמכות התיקון החוקתי חייבת להיות מוגבלת, מכיוון שהסמכות לתקן חוקה היא סמכות שמועברת מהעם, שהוא בעל

הסמכות המכוננת המקורית – למכונן. מכך נובע שהאורגן המתקן את החוקה פועל **בנאמנות** בשם העם, וכנציג האומה. סמכות התיקון על פי רחנאי, מצויה אמנם בדיוטה העליונה, אך מי שיש לו אותה פועל כאמונאי (Fiduciary) – כדי להגשים את התכליות שלשמן ניתנה לו הסמכות. מכאן שהכנסת בכובעה כרשות המכוננת, מחויבת לציית לכללי האמון ולהגשים את התכלית שלשמה ניתנה לה הסמכות – לכונן, או לתקן את החוקה, ומכוח כללים אלה היא מוגבלת (רחנאי, שימוש לרעה, בעמ' 1375; על נציגי העם בסמכות המכוננת כנאמנים ראו גם: Raymond Ku, *Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional Change*, 64 FORDHAM L. REV. 535, 568 (1995)).

101. ההגבלות הנ"ל כוללות הגבלות מפורשות הקבועות בחוקה, כמו פסקאות נוקשות. לצידן רחנאי מונה שלוש הגבלות נוספות, משתמעות, שלשיטתו אף אליהן כפופה החוקה (רחנאי, שימוש לרעה, בעמ' 1375-1377):

הגבלה ראשונה היא שלא ניתן להשתמש בסמכות התיקון החוקתי על מנת לאיין את החוקה, שכן הגוף המתקן לא יכול להשתמש בסמכות שניתנה לו כדי לחתור תחת האמצעי שממנו נובעת סמכותו. מי שנוהג בניגוד למגבלה הראשונה פועל למעשה נגד עצמו, וזוהי, לפי רחנאי, הפרה של האמון.

הגבלה שנייה, הנובעת גם היא מההגבלה הראשונה, היא כי סמכות התיקון החוקתי איננה יכולה להיות מופעלת כדי לפורר את עקרונות היסוד של החוקה, שכן הרס ליבת החוקה מביא למעשה להחלפתה בחוקה חדשה (עיינו גם: ברק, תיקון של חוקה, בעמ' 379-380).

הגבלה שלישית, החלה על כל מוסד שלטוני בתחום הקונסטיטוציוני, היא החובה לפעול בתום לב. הגבלה זו נלמדת לפי רחנאי מעצם רעיון החוקתיות, שמשמעו הגבלה של הכוח השלטוני. הגבלה זו שימשה, לעמדתו, בסיס לסעד "התראת הבטלות" לעתיד, שעליו הוחלט בפסק הדין בעניין המרכז האקדמי (ראו פסקה 8 לחוות דעתי, שם; ועיינו: אביגדור קלגסבלד "חוק יסוד סותר (הוראת שעה): תקציב דו-שנתי, שימוש לרעה בסמכות הכינון, ושני רעיונות חדשים" בעמ' 3-4, אמור להתפרסם בשנת 2021) (להלן: קלגסבלד, חוק יסוד סותר).

102. האם בית המשפט הוא הגוף המוסמך לשרטט את גבולותיהן של אותן הגבלות על הסמכות המכוננת? לשיטתי, בנסיבות מסוימות התשובה לשאלה זו היא חיובית;

ביקורת שיפוטית יכולה להגן על הסדר חוקתי מפני הפרה שלו על ידי אינטרס פוליטי רגעי, בייחוד במצב החוקתי בישראל, שבה השינויים בהסדרים חוקתיים הם תכופים, ושבה קל, באופן יחסי, לכוננם או לשנותם. בהיעדר הליך תיקון חוקה מורכב ומובנה, (כמו בארה"ב, או בקולומביה למשל), ניתן לכאורה לשנות אצלנו הסדרים חוקתיים בהתאם לרצון של רוב פוליטי חולף (עיינו: David Landau "Abusive Constitutionalism" 47 U.C. DAVIS L. REV. 189, 234-35 (2013) בארה"ב הרשות המכוננת מוגבלת להצעת שינויים בלבד, ראו: William Partlett, *The American Tradition of Constituent Power*, 15 Int'l J. Const. L. 955 (2017)).

לקלות היחסית של שינוי החוקה בישראל מצטרפת העובדה כי ישראל היא דמוקרטיה צעירה, שאינה בעלת מסורת חוקתית מפותחת (אביגדור קלגסבלד "פירוש העדכני של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת" משפט ועסקים יד 183, 197 (2012)). זאת ועוד – הרשות המבצעת בישראל מעורבת בהליכי חקיקה ויש לה השפעה רבה עליהם, והפרלמנט מורכב מבית מחוקקים אחד בלבד – עובדה שהופכת תהליכי חקיקה חוקתיים לפשוטים יותר, מבחינה פרוצדורלית (רוזנאי, שימוש לרעה, בעמ' 1388).

103. נימוקים הרלבנטיים לביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה יפים לפיכך, בשינויים המחוייבים, גם הם לענייננו, שכן כשל בפעולה של המוסדות הדמוקרטיים יכול שיתרחש גם בתיקון של חוקה. העובדה שהסמכות המכוננת והסמכות המחוקקת נתונות לאותו הגוף עלולה אף היא להביא לעירוב אינטרסים אסור, וזאת בניגוד לעיקרון לפיו תכנון חוקתי ארוך טווח – אל לו להסתמך על אינטרסים פוליטיים קצרי טווח (רוזנאי, שימוש לרעה, בעמ' 1381-1384).

104. בטרם שאיישם את האמור על נסיבות העניין שבפנינו, אפנה לסקירה קצרה של המשפט הנוהג במדינות אחרות בעולם, בנוגע לביקורת שיפוטית על תיקונים חוקתיים.

105. במבט על, בחלק ממדינות העולם – החוקה עצמה מסמיכה את בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית מהותית על תיקונים, או שינויים חוקתיים. בכמה ממדינות העולם קיימות "פיסקאות נצחיות" בחוקותיהן, שמטילות הגבלות מפורשות על הסמכות לתקן, או לשנות חלקים בחוקה. כך, למשל, בגרמניה מצויה הוראה בחוקה לפיה שינויים הנוגעים, בין היתר, לסדר החוקתי ולעקרונות הדמוקרטיים הבסיסיים שקבועים בחוקה – אין להם תוקף (Article 79(3) of the German Basic Law).

חוקות במדינות אחרות בעולם "שותקות" באשר לשאלת ההסמכה המפורשת של בית המשפט, אולם שתיקה זו לא התפרשה בהכרח ככזו השוללת את הסמכות של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על הסדרים חוקתיים (ראו: Roznai (UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS, p. 197-212).

106. בחלק אחר ממדינות העולם (למשל בהודו), נקבע בחוקה כי תיקון חוקתי – לא יהיה נתון לביקורת שיפוטית. בתגובה לכך, בית המשפט בהודו פיתח את דוקטרינת "המבנה הבסיסי", אשר מקנה לו סמכות לקיים ביקורת שיפוטית חוקתית. על פי דוקטרינה זו, סמכות הפרלמנט לתקן את החוקה היא מוגבלת – ואיננה מאפשרת לפרלמנט לשלול, או לשנות את זהותה של המדינה, או את המבנה הבסיסי של החוקה (עיינו: Kesavananda Bharati v. State of Kerala, AIR 1972 SC 1461). ברקע לכך, עמד תיקון בחוקה ההודית, שנעשה בשנת 1977, וקבע כי הסמכות המכוננת של הפרלמנט היא בלתי מוגבלת, וחסינה גם מפני ביקורת שיפוטית. כשתיקון זה עמד לביקורת שיפוטית, נקבע כי הוא איננו חוקתי, ועל כן דינו בטלות. בתוך כך, נפסק כי סמכות הפרלמנט, לרבות סמכותו לחקיקה חוקתית, היא מוגבלת – וכי סמכות מוגבלת זו לא יכולה להפוך את עצמה לסמכות בלתי מוגבלת (Minerva Mills Ltd. v. Union of India, A.I.R. 1980 S.C. 1789, 198).

(עיינו עוד: יניב רוזנאי "מבט השוואתי על שלילת סמכות הביקורת השיפוטית על תיקונים לחוקה" בלוג המרצים למשפטים של המרכז הבינתחומי (27.11.2020) (להלן: רוזנאי, מבט השוואתי)).

107. מדינה נוספת שאימצה את דוקטרינת "המבנה הבסיסי" היא קניה. בפסק דין שניתן רק לאחרונה בבית המשפט הגבוה בניירובי (David Ndii & Others v. Attorney General & Others (2021) H.C.K (Kenya)) (יצוין כי ערעור בעניינו נדון בימים אלה בבית המשפט לערעורים במדינה).

העתירות שם הופנו כנגד תיקון מקיף לחוקת קניה, שכלל, בין היתר: הקמה של 70 מחוזות חדשים במדינה, הגדלה של מספר חברי הפרלמנט מ-290 ל-360, יצירת תפקידים חדשים של ראש ממשלה, סגני ראש ממשלה וראש אופוזיציה, וקביעת ייצוג לממשלה בפרלמנט.

תיקון החוקה היה תולדה של ועדה שהוקמה על ידי נשיא קניה, אשר כתבה דו"ח על שינויים דרושים בתחומי המינהל, החקיקה והחוקה. הוועדה הניעה תהליך של איסוף חתימות, הדרוש לשם "יוזמה אזרחית" (Popular Initiative) לתיקון החוקה. בית המשפט הגבוה בניירובי קבע כי יוזמה אזרחית של שינוי חוקה יכול שתיעשה על ידי הפרלמנט, או ביוזמת אזרחים, אך לא על ידי הנשיא (אשר מינה את הוועדה), שכן

סמכות כזו איננה נתונה לו והדבר גורר גם מצב של ניגוד עניינים. על פי סעיף 257(5) לחוקת קניה, לנשיא יש סמכות להורות על משאל עם ביחס לתיקונים מסוימים לחוקה, ולכן נקבע שלא ייתכן כי הנשיא יהיה הן בעל הסמכות להציע תיקונים, והן בעל הסמכות לקבוע מה יעלה בגורלם.

לצורך כך ערך בית המשפט הגבוה בניירובי דיון בהיבטים שונים של הסמכות המכוננת, המתחלקת, על פי מאפיינים שונים, לשלושה מרכיבים:

א. סמכות מכוננת ראשונית – לכונן את החוקה.

ב. סמכות מכוננת נגזרת – לתקן את החוקה באופן שלא משנה את המבנה הבסיסי שלה (תוך שיתוף העם, בין היתר, על דרך של משאל עם).

ג. סמכויות תיקון נקודתיות שנתונות בידי הפרלמנט, על פי מה שהואצל לפרלמנט בחוקה.

לפי פסק הדין הנ"ל, דוקטרינת "המבנה הבסיסי" נועדה להגן על מאפייניה הבסיסיים של המדינה מפני הסמכות המכוננת הנגזרת, כך שסטייה מ"המבנה הבסיסי" תוכל להיעשות רק על ידי הסמכות המכוננת הראשונית (עיינו: Yaniv Roznai, *The Basic Structure Doctrine arrives in Kenya*, VERFASSUNGSBLOG (19.05.2021)).

108. בטאיוואן, בית המשפט החוקתי קבע כי התיקון החמישי לחוקת המדינה שנעשה שם איננו חוקתי (2 (2000/03/24) J.Y. Interpretation No. 499). אותו מקרה עסק בתיקון שנחקק (בהצבעה חשאית) בתאריך 04.09.1999 והאריך את כהונת חברי האסיפה הלאומית בשנתיים נוספות. בית המשפט החוקתי שם פסל את החוק האמור, משום שנקבע שהוא מפר עקרונות חוקתיים בסיסיים, שעליהם מבוססת החוקה (יניב רוזנאי "ביקורת שיפוטית על נורמות חוקתיות והגנה על הדמוקרטיה" ICON-S-IL Blog (09.12.2020) (להלן: רוזנאי, ביקורת שיפוטית)).

109. בקולומביה, בית המשפט החוקתי פסל בשנת 2010 משאל עם בשאלה אם לתקן את החוקה באופן שיאפשר לנשיא להתמודד לכהונה שלישית ברציפות. הקביעה התבססה, בין היתר, על כך שכהונה שלישית ברציפות תפגע באיזונים ובבלמים המוסדיים שהושתו על כוחו של הנשיא, ומשכך הסדר חוקתי מוצע מעין זה הוא בלתי חוקתי (Decision C-141 of 2010; רוזנאי, ביקורת שיפוטית).

110. רוזנאי מעיר במאמרו הנ"ל, ביחס למדינות הנ"ל, כי אמנם אין מדובר בדמוקרטיה-ליברליות מערביות, אך סמכותם של בתי המשפט לבקר, ואף לפסול תיקונים חוקתיים – מקנה להם יכולת להגן על הדמוקרטיה במתכונת הקיימת באותן

מדינות, ומקל וחומר יש לנהוג כך במדינה דמוקרטית כשלנו (עיינו: רוזנאי, ביקורת שיפוטית).

111. משהצגנו בתמציתיות את העקרונות האפשריים לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד בשיטתנו, ואף הפנינו מבטנו אל עבר הספרות האקדמית ואל תקדימים ממדינות אחרות בעולם – בשלה העת להחיל את הדברים על הסוגיה שבפנינו.

112. אקדים ואומר כי לשיטתי, הצו על-תנאי הראשון הוא מקרה פרטי של החלת התיקון לחוקי-היסוד באופן מידי, שבו עוסק למעשה הצו על-תנאי השלישי. לכן, ראיתי לנכון לאחד את הדיון המהותי בשני צווים אלה בהמשך. לעמדתי, החלה של תיקונים חוקתיים משמעותיים באופן מידי, או למפרע, כפי שנעשה בענייננו, כך שהם התייחסו לתוצאות הבחירות לכנסת ה-23 – איננה עומדת בקריטריון הכלליים שהותווה במבחן הדו-שלבי בבג"ץ התקציב. אולם, כיוון שמצאתי שהמשיבים עמדו חלקית בנטל של הצגת צידוק לכך, במסגרת השלב השני במבחן דו-שלבי זה, ראיתי לנכון להציע כי נסתפק כאן רק בהוצאת התראת בטלות הצופה פני עתיד, כפי שנעשה בבג"ץ התקציב.

כעת אפנה איפוא לביאור הדברים, ראשון-ראשון, ואחרון-אחרון.

ישום המבחן הדו-שלבי בענייננו

113. סעיף 13א לחוק-יסוד: הממשלה, אשר חוקק במסגרת התיקון לחוקי-היסוד, כונן הסדרים משטריים חדשים: מוסד ממשלת החילופים וראש הממשלה החלופי. בדברי ההסבר לתיקון מס' 8, הדבר נוסח באופן שאינו משתמע לשני פנים, כדלקמן:

”מוצע לקבוע הסדר משטרי חדש שלפיו ממשלה יכול שתהיה ממשלת חילופים (ממשלת רוטציה), שהיא ממשלה שמכהנים בה ראש ממשלה וראש ממשלה חלופי...” (ה"ח הכנסת 16, 840. ההדגשה שלי – ח"ח).

סעיף 43ח לחוק-יסוד: הממשלה, אשר נחקק אף הוא בתיקון לחוקי-היסוד, מצמצם את יכולתה של הכנסת להביע אי-אמון בממשלת חילופים, וקובע כדלקמן:

”החליטה הכנסת להביע אי-אמון בממשלת חילופים ולהביע אמון בממשלה אחרת, לפי סעיף 28, לא יהיו ראש הממשלה וראש הממשלה החלופי בממשלת

החילופים שבה הובע אי-האמון רשאים לעמוד בראשות הממשלה האחרת."

114. אקדים ואומר, כי אני סבור שהנורמות שנקבעו בהסדרים הנ"ל עומדות לכאורה במבחני היציבות וההשתלבות במארג החוקתי, שנקבעו במסגרת מבחן הזיהוי בבג"ץ התקציב. ההסדר המשטרי החדש שכונן איננו נושא אופי זמני ואיננו קצוב בזמן, אלא הוא הסדר חוקתי אופציונלי ויציב, הצופה פני עתיד.

ברי גם כי כינון הסדר משטרי חדש, עולה בקנה אחד עם אופיו של חוק-יסוד: הממשלה, והוא מסדיר עניין הנוגע לליבת המשטר החוקתי במדינת ישראל. אמנם, מדובר בהסדר מפורט יחסית, אשר רמת ההפשטה שלו עלולה להעלות חשש בדבר התאמתו למארג החוקתי הכולל, אולם מבחינה של רמת ההפשטה של נורמות חוקתיות אחרות הקבועות בחוק-יסוד: הממשלה, אני סבור כי התיקון משתלב במסגרת המארג החוקתי וצולח מאפיין זה. אולם לא כך הדבר, ביחס למבחן הכלליות.

115. על פי מבחן הכלליות שנקבע בבג"ץ התקציב – על בית המשפט לבדוק אם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית-כללית, או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונליים. לעמדתי, במסגרת בחינה זו יש לבחון גם את הכלליות במישור הזמן. בשונה ממבחן היציבות במישור הזמן, אשר מבטיח כי לא מדובר בהטבה נקודתית על פני מישור הזמן שתתאייד לאחר מכן (שכן מבחינה צורנית, תחולתו של התיקון לחוק-היסוד היא מכאן ולהבא על כל כנסת, אשר תבקש לעשות שימוש בתשתית של "ממשלת חילופים") – הכלליות במישור הזמן תובעת תחולה עיוורת, ונועדה להבטיח כי נקודת הזמן הספציפית שממנה והלאה קמה התחולה, איננה פרסונלית ואיננה מעוררת קשיים (השוו: קלגסבלד, חוק יסוד סותר, פרק ז').

116. אם נרחיק את עדותנו – דוגמה לכך ניתן להביא מקפריסין, שם בית המשפט העליון דן לאחרונה בשאלה פרשנית בדבר תחולתו בזמן של תיקון לחוקה Supreme (Court, Electoral Application No. 1/2019), וקבע כי יש לפרש את התיקון החוקתי כך שתחולתו תהיה פרוספקטיבית בלבד, ולא רטרואקטיבית (יניב רוזנאי "מרמה חוקתית" ICON-S-IL-BLOG (31.01.2021) (להלן: רוזנאי, מרמה חוקתית). באותו עניין בית המשפט קבע שם, בין היתר, כדלקמן:

"The right of the constitutional legislator to amend the provision of the Constitution as an expression of the representative capacity of the people of the

Parliament, is limited by the fact that he cannot intervene in fundamental structures of the Constitution."

משכך, אפנה תחילה לבדיקה של שני היבטים במבחן זה: רטרוספקטיביות, ופרסונליות.

רטרוספקטיביות התיקון לחוקי-היסוד

117. הליך החקיקה של התיקון לחוקי-היסוד נעשה לאחר הבחירות לכנסת ה-23, ובטרם הורכבה ממשלה – ותחולתו היתה **מיידית**. נשיא המדינה הטיל כאמור את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בנימין נתניהו רק **לאחר** שהתיקון לחוקי-היסוד אושר בכנסת, בתאריך 07.05.2021, ובתאריך 13.05.2021 הודיע חבר הכנסת בנימין נתניהו לנשיא כי עלה בידו להרכיב ממשלת חילופים.

118. אזרחי ישראל שלשלו את פתקיהם בקלפי אם כן, כאשר חוק-יסוד: הממשלה קבע הסדרים נתונים ביחס לאופנים שבהם ניתן להרכיב ממשלה ולהביע אי-אמון בה – ואולם הסדרים אלה **שוננו בסמוך לאחר הבחירות, ועוד בטרם הורכבה** הממשלה ה-35. התיקונים נעשו בראש ובראשונה כדי **שיתאימו** להרכבת הממשלה, אשר היתה מתוכננת לקום על פי ההסכם הקואליציוני, שנחתם בין המפלגות שהרכיבו את הממשלה האמורה. שינוי זה נעשה **טרם** שהושלם הליך הקמת הממשלה (הבא ברגיל בעקבות הבחירות), על אף ששני ההליכים שלובים זה בזה, שכן הנפקויות של מעשה הבחירה אינן מסתיימות עם פרסום תוצאות הבחירות (גבאי, בעמ' 161). עתה ארחיב ואסביר.

119. את הבחירות לכנסת ונפקויותיהן ניתן לחלק, לתפיסתי, לשלושה שלבים:

ראשית – ההצבעה, שבה בוחרים האזרחים את נציגיהם לבית הנבחרים.

שנית – ספירת התוצאות וחלוקת המושבים בכנסת, על פי כללי החלוקה הקבועים בחוק הבחירות לכנסת, התשכ"ט-1969.

שלישית – הרכבת ממשלה, אשר עליה לקבל את אמון נציגי המפלגות, אשר נבחרו לכנסת.

אמנם, ישנן מערכות של בחירות לכנסת, אשר מסתיימות, מבלי שיושלם השלב השלישי (של הרכבת הממשלה), כפי שאירע, למשל, רק באחרונה, לאחר הבחירות לכנסות ה-21 וה-22. לעתים תיתכן אף הרכבת ממשלה מבלי שנערכו בחירות לכנסת קודם לכן, כמו במקרה שבו מתקבלת הצבעת אי-אמון לפי סעיף 28 לחוק-יסוד: הממשלה. אולם הליך הרכבת הממשלה הוא במהותו לרוב – המשך ישיר, טבעי ומתבקש של הבחירות לכנסת, גם אם לעתים הוא איננו מתממש, או יכול אף להתרחש באופן בלתי תלוי בהן.

120. המסקנה לפיה הליך הרכבת הממשלה קשור בטבורו אל הבחירות לכנסת, מתבקשת גם נוכח ההסדרים הקבועים בסעיפים 7-11 לחוק-יסוד: הממשלה, אשר קוצבים מועדים שונים לניסיון להרכיב ממשלה. בייחוד חשוב לענייננו סעיף 11(ב) לחוק-יסוד זה, אשר קובע כי אם נכשלו ניסיונות ההרכבה של ממשלה – יראו את הכנסת כאילו החליטה על התפזרותה לפני תום תקופת כהונתה, וקובע מועד לבחירות חדשות לכנסת. הסדר זה, המעוגן בחוק-היסוד, מלמדנו כי אחת התכליות החשובות של הבחירות לכנסת היא סיומן המוצלח על ידי הקמתה של רשות מבצעת, שתזכה לאמון הכנסת הנבחרת – ואם תכלית זו איננה מתממשת, התהליך כולו מתחיל מחדש, וחוזר חלילה, עד אשר התהליך מושלם, או שנערכות בחירות חדשות.

121. שינוי הכללים החוקתיים ביחס לאופן הרכבת הממשלה ולהצבעת אי-אמון בה, לאחר הבחירות ובטרם הורכבה הממשלה – התיימר להיות אם כן שינוי חוקתי **רטרוספקטיבי** (ככל שהוא חל על הכנסת ה-23), אשר קובע הסדר חדש להשלמת התהליך, ומחיל אותו **בדיעבד** על תוצאות הבחירות שכבר נערכו קודם לכן. שינוי רטרוספקטיבי שכזה מעלה קשיים רבים (השוו ודוקו: בג"ץ 141/82 ח"כ אמנון רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983)), הן מאחר שהוא מנוגד לעקרונות תום הלב וההגינות ביצירתם של הסדרים חוקתיים-מוסדיים, הן בשל חריגתו מהמקובל והן בשל אופיו הפרסונלי. ארחיב ואבאר מיד בסמוך.

122. ההסדרים הקובעים את שיטת הבחירות לכנסת ואת שיטת הממשל, הם נורמות חוקתיות מוסדיות, שייחודן טמון בכך שהן קובעות עקרונות שנועדו להבטיח כי הכרעות שלטוניות יהיו הוגנות וראויות. לפיכך, נורמות מוסדיות אלה משקפות, לרוב, את כללי ההכרעה הראויים והמוסכמים, כלומר את **סוג השיקולים** שיש לשקול ואת האופן שבו יש לשקול אותם – ובמידה פחותה יותר את **התוכן** של אותן ההכרעות (ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם?" עיוני משפט מ 595, 604 (תשע"ח) להלן: מדינה ויצמן). ההגנה על כללי ההכרעה, או "כללי המשחק"

המוסדיים, נועדה, בין היתר, כדי למנוע מנציגי הציבור לפעול למען קידום האינטרסים האישיים שלהם, או של מפלגותיהם, חלף האינטרס הציבורי הכללי, או האינטרסים של בוחריהם (רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגימה את עצמה?" משפטים כח 21, 65 (1997)). גם הנורמות המוסדיות נדרשות להיקבע במנותק, עד כמה שניתן, מהאינטרסים האישיים של קובעיהן; או כפי שהגדירו זאת מלומדים, מאחורי "מסך של בערות" (ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל ו 509 (2003); מדינה וויצמן, בעמ' 602).

"מסך הבערות" הוא מושג שטבע הפילוסוף הפוליטי ג'ון רולס, במסגרת פיתוחה של תיאוריה חשובה ורחבה יותר של: "צדק כהוגנות". רולס עסק בליברליזם פוליטי ובניסיון לעמוד על הכללים הבסיסיים הדרושים להתקיימותה של דמוקרטיה ליברלית, שיוויונית וצודקת. לשם כך הציג את הניסוי המחשבתי של "המצב המקורי", שבו נציגי העם נדרשים להסכים על כללי המשחק הדמוקרטיים "מאחורי מסך של בערות", כלומר מבלי שהם יודעים דבר אודות האזרח, או האזרחית, שאותם הם מייצגים – ובכלל כך הם אינם יודעים דבר אודות: גילם, מינם, מעמדם החברתי, אמונותיהם, הכנסתם וכישרונותיהם. מסך זה נועד להבטיח קבלת החלטות נקיה מפניות, מאינטרסים אנוכיים צרים ומדעות קדומות (John Rawls, POLITICAL LIBERALISM, 24-25 (2005) (להלן: רולס)).

"מסך הבערות" מסיט את המיקוד מן השאלה מה הם תנאים הוגנים לשיתוף פעולה בין אזרחים חופשיים ושווים, אל עבר השאלה – מה הם התנאים לשיתוף פעולה שכזה, שאזרחים חופשיים ושווים היו מוכנים להסכים עליהם תחת תנאים הוגנים. כלומר, מה התנאים ההוגנים לצורך השגת ההסכמה מצד האזרחים לנורמות החוקתיות. הכללים שעליהם מסכימים הנציגים צריכים לעמוד בדרישת הפומביות, כלומר שיהיו גלויים. פומביות, לפי רולס, מבטיחה כי אזרחים יוכלו לדעת אודות השלכות המבנה הבסיסי של המדינה על חייהם ולקבלן, וזהו תנאי לחירותם הפוליטית. בנוסף, על פי רולס, לא ניתן לעשות מקצה תיקונים או שיפורים לאחר ש"מסך הבערות" הוסר, והנציגים מגלים את מי הם מייצגים (רולס, בעמ' 67-68).

אמנם, הניסוי המחשבתי של רולס הוא ניסוי תיאורטי ואידיאלי, ואולם ניתן לשאוב ממנו הבנה של עיקרון ההוגנות במסגרת עיצוב הכללים הדמוקרטיים, ובכלל כך את הדרישה שאלה יהיו: כלליים, פומביים, ושלא ניתן יהיה לשנותם בדיעבד.

123. גם הפילוסוף החשוב יוסף רז טען כי על חוקים להיות צופי פני עתיד, כנגזרת של עיקרון הבסיס הדמוקרטי של שלטון החוק. זאת, על מנת שיוכלו להגשים את התכלית של הכוונת התנהגות:

"All laws should be prospective, open, and clear. One cannot be guided by a retroactive law. It does not exist at the time of action... The law must be open and adequately publicized. If it is to guide people they must be able to find out what it is. For the same reason its meaning must be clear" (Joseph Raz, THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY (1979)).

124. על הדרישה כי כללי המשחק הדמוקרטיים המוסדיים ישונו בהליך ראוי, עמד גם חברי, השופט נ' הנדל לא מזמן, והנני סבור כי דבריו יפים גם לענייננו:

"על הרשות המכוננת לכבד את הנורמות שאותן היא יוצרת בכובעה זה, ולהבטיח כי שינויים בכללי המשחק שמתווה החוקה יבוצעו בהליך ראוי, תוך שקיפות ואחריות כלפי הציבור. קביעת עובדות בשטח, נוסח 'עוד דונם ועוד עז', אינה מכבדת את החוקה הישראלית, ואף לא את מכונייה" (עניין המרכז האקדמי, בפסקה 5 לחוות דעתו).

חשיבותו של ההליך הראוי בחקיקת חוקי-היסוד בישראל גבוהה במיוחד, נוכח העובדה שכתובת החוקה היא מלאכה שטרם הושלמה, והמגבלות על עריכת שינויים בה, אינן מוסדרות במלואן. שיטתנו המשפטית איננה כמו השיטה האמריקאית, למשל, שבה יש בחוקה "פיסקת תיקון" נוקשה, ונערכו בה תיקונים מעטים יחסית בטווח של יותר ממאתיים שנה.

125. נורמה חוקתית של קביעת כללים כלליים, צופים פני עתיד ויציבים, שאינם ניתנים לשינוי בקלות על פי האינטרסים הצרים והזמניים במערכת הפוליטית, שומרת אם כן על כבודן של הנורמות החוקתיות ועל עקרון ההוגנות בעיצוב כללי המשחק הדמוקרטיים בישראל (אריאל בנדור "חוקי-היסוד כבסיס לחוקה – הצעה לחוקת ישראל" משפט וממשל ה' 15, 18 (תש"ס); מדינה וויצמן, בעמ' 604).

כך ניסחו זאת מדינה וויצמן במאמרם:

"נדרש שתחולתו של ההסדר תהיה רחבה וכללית, ולא פרסונלית, ושהוא יוחל באופן פרוספקטיבי – תוך קביעת הוראות-מעבר מתאימות – ולא באופן מיידי. דרישות אלה מיועדות להבטיח שקביעת 'כללי המשחק' תיעשה במידה שתהא קרובה ככל האפשר להימצאות מאחורי 'מסך בערות', כלומר, בתנאים שבהם יש מידה מספקת של אי-ודאות באשר להשפעתו של ההסדר הנדון על אינטרסים אישיים או סיעתיים של חברי הכנסת. בהתאם לכך, הרוב בכנסת רשאי לקבוע, למשל, כי כהונה כראש הממשלה אפשרית במשך שתי קדנציות רצופות לכל-היותר, אך אין בכוחו של הרוב להחיל הסדר זה באופן מיידי, לשם מניעת היבחרו מחדש לתפקיד של מי שכבר מכהן במשרה זו בעת קביעת ההסדר החדש" (מדינה וויצמן, בעמ' 645, ההדגשות שלי – ח"מ).

126. לקביעה כי אין להחיל שינוי חוקתי מהותי באופן מיידי – יש אצלנו גם הצדקה קונסטיטוציונית-היסטורית וכן מעשית, ואבהיר זאת להלן.

הצדקה קונסטיטוציונית-היסטורית – על שום מה?

שהרי מגילת העצמאות צפתה כינון חוקה על-ידי האסיפה המכוננת (שלאחריה היו אמורות להתקיים בחירות חדשות לכנסת על פי החוקה שכווננה). "החלטת הררי", ששינתה מתודולוגיה זו (ובעקבותיה האסיפה המכוננת הפכה לכנסת הראשונה מכח חוק המעבר, תשי"ט-1949; עיינו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – כרך א' עקרונות יסוד, 36-37 (2005)) דיברה בחוקה שתהיה בנויה "פרקים-פרקים", באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה.

המפעל של חוקי-היסוד, שטרם בא לסיומו, כידוע, יצר פרקטיקה שבמקום לפזר את הכנסת לאחר כינון החוקה – שינויים קונסטיטוציוניים מהותיים נכנסים לתוקף רק לאחר הבחירות בכנסת העוקבת (תיאור ופירוט יבוא בפיסקאות שלהלן). בכך יש התאמה והשלמה לעיקרון שנקבע במסמכים שהביאו להקמת המדינה (והוא מקובל גם במדינות דמוקרטיות אחרות בעולם) כי לאחר כינון חוקה נערכות בחירות. הנה כי כן סטיה מפרקטיקה חוקתית נכונה ומבוססת זו – יש בה משום שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

לתחולה מיידיית – אין גם הצדקה מבחינה מעשית

תחולה מיידיית אף לא מוצדקת מעשית, שכן היא תורמת לשינויים חוקתיים תכופים ומזדמנים (מתוך הנחה מוטעית שבהתבטל האילוץ – ניתן יהיה לשנות שוב את ההסדר החוקתי).

לפיקך גם מעשית אין מקום לאפשר שינוי חוקתי מהותי כך שיחול באופן מיידי – וזאת על שום מה?

שהרי אם יקבע שהדבר אסור ללא תחולה פרוספקטיבית (לאחר הבחירות לכנסת העוקבת) – בשל השימוש לרעה בסמכות המכוננת – הדחף לשינויים קונסטורליים יפחת, אם לא יתבטל כליל, והמשטר החוקתי שלנו ימצא רק נשכר. בדרך זו תתבטל התופעה השלילית, עליה התריעו רבים, ואותה תיאר לאחרונה ד"ר עמיר פוקס כך:

" הכנסות האחרונות שוברות שיאים של תיקון חוקי יסוד שוב ושוב לפי גחמות פוליטיות. התיקון הקיצוני ביותר היה "ממשל החליפים" ששינה ממש את שיטת המשטר בישראל, וזאת תוך מספר ימים של דיונים וללא מתן אפשרות אמיתית לחשיבה על משמעויותיו. אבל זו שיאה של מגמה שנמשכת שנים, של תיקונים בלתי פוסקים, שקשורים לסמכויות הממשלה, לענייני התקציב, חוק יסוד הכנסת, הבחירות ועוד. כל זה נובע משום שבישראל כדי לתקן חוק יסוד מספיק רוב רגיל (או רוב של 61 ח"כים) וניתן לתקנו ב-3 קריאות ביום אחד. זה מצב שאין לו תקדים והוא מעמיד, כל הזמן, בסיכון את כל השיטה ואת כל זכויות היסוד שלנו, תחת איום שכל רוב רגעי של 61 ח"כים יחליט להפוך את השיטה על פיה" (ד"ר עמיר פוקס השינויים התכופים בחוקי היסוד" המכון הישראלי לדמוקרטיה, 17.01.2021).

127. עדות להשתרשותה של נורמה זאת במשפטנו החוקתי ביחס לשינויים משטריים משמעותיים, ניתן לראות בכמה דוגמאות לשינויים שכאלה, אשר חוקקו באופן פרוספקטיבי. כך למשל, בחוק-יסוד: הממשלה (תיקון), ס"ח 2440, 346 (2014) (להלן: תיקון מס' 1), אשר קבע את הסדר אי-האמון הקונסטרוקטיבי, וכוונן על ידי הכנסת ה-19, נקבע, בסעיף 9, כי השינוי יחול "החל מהבחירות לכנסת העשרים", קרי, תחולה צופת פני עתיד, אל הכנסת הבאה.

128. הצו על-תנאי הראשון נסוב בעיקרו אודות מנגנון אי-האמון החדש שנקבע בסעיף 43 לחוק-יסוד: הממשלה, לפיו אם הכנסת החליטה להביע אי-אמון בממשלת חילופים, ולהביע אמון בממשלה אחרת לפי סעיף 28 לחוק-יסוד: הממשלה – ראש הממשלה וראש הממשלה החלופי בממשלת החילופים שבה הובע אי-האמון לא יהיו רשאים לעמוד בראשות הממשלה האחרת. מן האמור לעיל עולה שתיקון זה, ככל שהוא חל על מה שהתרחש בכנסת ה-23 ועל הממשלה ה-35, הכביד מאוד על המנגנון הקיים, שהוא ממילא מגביל ומוקשה בשל כך (ראו: טל לנטו "מתחת למכ"ם: אי-אמון קונסטרוקטיבי בישראל" עיונים כרך 33 280 (2020)). יתר על כן אם היתה מבוטלת

לחלוטין האפשרות להביע בכנסת אי-אמון בממשלה, יתכן שהייתי גורס שמדובר לא רק בשימוש לרעה בסמכות המכוננת, אלא בתיקון חוקתי לא חוקתי. דא עקא שפה לא נשללה אפשרות זו לחלוטין, ולכן רק החלתו המיידית של התיקון (לאחר הבחירות וטרם הקמת הממשלה החדשה) היתה פגומה, ונגועה בליקוי של שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

עם זאת נוכח העובדה שהכנסת ה-23 סיימה ממילא את כהונתה – ניתן איפוא להסתפק בהתראת הבטלות לגבי תיקון מסוג זה בעתיד, ובכך התוצאה תידמה לזו שננקטה בחקיקה ביחס לתיקון מס' 1 הנ"ל (עיינו גם בפיסקאות 128-129 שלהלן).

129. בתיקון מס' 1 הנ"ל נקבעו גם הגבלות על מספר השרים וסגני השרים, אשר יכולים לכהן בממשלה, וכן בוטל התפקיד של "שר בלי תיק", וגם שינויים אלה הוחלו באופן צופה פני עתיד. הוראת שעה, אשר השהתה את תחולת ההגבלות הנ"ל בכנסת ה-20 חוקקה אמנם באופן דומה לתיקון לחוק-היסוד בפרק הזמן שבין כינון הכנסת לבין הקמת הממשלה (חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 3 והוראת שעה לכנסת ה-20)), אולם יודגש כי הוראת שעה זו נועדה לדחות את כניסתו לתוקף של תיקון מס' 1, כלומר להותיר את המצב החוקתי הקיים על כנו בפועל, ונקבע כי אין בה פגיעה בזכויות אדם ואף לא בעקרון יסוד של משטרנו הדמוקרטי (עניין יש עתיד, בפיסקה 13). לא ניתן, אם כן, לראות בהוראת שעה זו משום שינוי משמעותי של "כללי המשחק" (יצוין במאמר מוסגר, כי ההגבלות על מספר השרים בוטלו באופן קבוע בתיקון לחוק-היסוד).

130. גם חוק-יסוד: הממשלה בגרסתו הקודמת, אשר כונן בשנת 1992, וקבע הסדר של בחירה ישירה לראשות הממשלה הוחל באופן פרוספקטיבי. סעיף 63(א) לאותו חוק קבע כי: "הוראות חוק-יסוד זה יחולו על בחירת ראש הממשלה ועל כינון הממשלה, החל מהבחירות לכנסת הארבע עשרה ואילך".

131. נוסחו של חוק-יסוד: הממשלה, אשר חוקק בשנת 2001 על ידי הכנסת ה-15, ואשר ביטל את הבחירה הישירה לראשות הממשלה, חוקק אף הוא במבט צופה פני עתיד. סעיף 47(א) לחוק הנ"ל מורה כי: "הוראות חוק-יסוד זה יחולו על הבחירות ועל כינון הממשלה, החל בבחירות לכנסת השש עשרה".

132. הנה כי כן, כאשר ביקשה הרשות המכוננת לערוך שינויים משמעותיים בשיטת המשטר, היא עשתה זאת בחקיקת-יסוד פרוספקטיבית. מכאן גם עולה שאם תהיה כוונה לעבור שוב לשיטת בחירה ישירה של ראש הממשלה – יש לעשות זאת רק בתחולה

פרוספקטיבית, בצמוד לאחר הבחירות הבאות לכנסת, ולא קודם לכן, זאת כפי שהיה נהוג בסוגיות אלו אף בעבר (השוו גם לפסק הדין הקפריסאי שנזכר בפסקה 116 שלעיל).

133. גם בחוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44) משנת 2016, אשר הסמיך את הכנסת להחליט, בתנאים מסוימים, על הפסקת חברותו של חבר כנסת שיש במעשיו משום הסתה לגזענות, או תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל, נקבע בסעיף 2 כי בקשה להפסקת חברות מעין זו תוגש רק בעקבות מעשים שנעשו לאחר תחילתו של התיקון הנ"ל (עיינו בהקשר זה: בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.05.2018)).

134. זה המקום לציין כי לאורך השנים חוקקו גם תיקונים לחוקי-יסוד שהם בעלי תחולה מיידית, אולם תיקונים אלה לא עסקו בשינויים משטריים רחבי היקף, כגון יצירת המוסד של **ממשלת החילופים**. כך, למשל, חוק-יסוד הממשלה (תיקון מס' 2) משנת 1979 היה בעל תחולה מיידית, וקבע כי אחד או שניים מהשרים יכולים להיות סגני ראש הממשלה; חוק-יסוד הממשלה (תיקון מס' 3) משנת 1981 איפשר לראש הממשלה להעביר שר מכהונתו; חוק-יסוד הכנסת (תיקון מס' 12) משנת 1991 הטיל הגבלות על חבר כנסת הפורש מסיעתו; חוק-יסוד הממשלה (תיקון מס' 10) משנת 2000 קבע כי ניתן להטיל את הרכבת הממשלה על מועמד מטעם מפלגה, גם אם הוא איננו חבר כנסת מכהן (בעת שהיתה נהוגה שיטת הבחירה הישירה).

135. גם חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 ו-2010 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) משנת 2009, אשר קבע תקציב דו-שנתי, הוחל באופן מידי, כבר ביחס לתקציב של שנת 2009. ואולם, בשונה מהתיקון לחוקי-היסוד, אשר קבע את המנגנון המשטרי של ממשלת חילופים **כתיקון חוקתי קבוע**, הוראת השעה הנ"ל, כשמה כן היתה – תחומה בתחולתה. משהועבר תקציב דו-שנתי בפעם החמישית על דרך של הוראת שעה – בית משפט זה קבע כי מדובר לכאורה בשימוש **לרעה בסמכות המכוננת** (עיינו: עניין בר-און).

136. יש לאבחן מענייננו גם את חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 42 והוראת שעה) (להלן: החוק הנורבגי הקטן), שהוחל באופן מידי, והתיר לחבר הכנסת שמונה לשר או סגן שר להתפטר מהכנסת, למשך תקופת כהונתו בממשלה, כשבמקום השר או סגן השר שהתפטר ייכנס לכנסת הבא בתור מתוך רשימת המועמדים לכנסת שבה נכלל השר או סגן השר המתפטר, כפי שזו התמודדה בבחירות לכנסת. הסדר זה עוגן, בשינויים מסוימים, כהסדר קבוע, בחוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 49) (להלן: ישום החוק הנורבגי).

לשיטתי, ההסדרים הקבועים בחוק הנורבגי הקטן וכישום החוק הנורבגי – לא ערכו שינוי משטרי משמעותי בשיטת המשטר בישראל, אלא היו תחומים לשינוי הזהות הפרסונלית של חברי הכנסת, תוך שמירה על הייצוג היחסי של הסיעות בכנסת ושל רצון הבוחר או הבוחרת, אשר הנציג הבא ברשימה שאותה בחרו לכנסת, מייצג אותם זמנית, במקום השר, או סגן השר, באותה רשימה, שהתפטר. לכן, לו היינו בוחנים הסדרים אלה במשקפי המבחן הדו-שלבי של בג"ץ התקציב, ניתן להעריך שהם היו צולחים את שלב הצידוק.

137. מבין המשיבים, היו שהצביעו גם על שינוי שהם טענו שהוא דומה לכאורה לזה שנערך בתיקון לחוק-היסוד, נושא העתירות שבפנינו, ואשר הוכנס ב-חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 4) משנת 1984, אשר הוחל באופן מיידי. בתיקון זה נוסף סעיף 5(ד) לחוק, שקבע כי: "אחד השרים שהוא חבר הכנסת יכול שיהיה ממלא מקום ראש הממשלה", והוא חוקק ערב השבעתה של הממשלה ה-21 ("ממשלת האחדות"), כדי ליצור מוסד של ממלא מקום ראש הממשלה, אשר יאויש על ידי חבר הכנסת יצחק שמיר בעת שחבר הכנסת שמעון פרס מכהן כראש הממשלה (שטרית, בעמ' 330). שינוי זה הניח אמנם תשתית לממשלת הרוטציה, אולם ברי כי הסדר זה היה מצומצם בהיקפו ועיגן בחקיקת-יסוד רק את תפקידו של ממלא מקום ראש הממשלה, בהשוואה לשינוי רחב ההיקף שנעשה בתיקון לחוק-היסוד בענייננו, אשר קבע מנגנון משטרי רחב, חדש ומפורט בחקיקת-יסוד (יש לציין בהקשר זה כי העובדה שממשלות חילופים, או רוטציה, הוסדרו בעבר באמצעות הסכמים קואליציוניים, ולא על-ידי חקיקת-יסוד, תומכת לכאורה גם היא במסקנה כי לא מדובר במאטריה שראויה להיכלל באופן טבעי בחקיקת-יסוד).

138. הנה כי כן, דומה כי בשיטתנו הכתה שורש הנורמה החוקתית-מוסדית לפיה שינוי משמעותי בכללים החוקתיים (ובכלל זה הכמות, לעתים, הופכת לאיכות מהותית – עיינו: עניין המרכז האקדמי, בפסקה 7 לחוות דעתי) – ייעשה רק באופן פרוספקטיבי. ביטוי לגישה זו נתתי גם בעניין הרכבת הממשלה, שם סברתי כי הודעת המיועד להרכיב את הממשלה על-פי סעיף 13(ב) לחוק-יסוד: הממשלה כי עלה בידו להרכיב ממשלה – צריכה להתבסס על המצב המשפטי הקיים, ולעניין זה יש לראות, לדעתי, את המצב המשפטי הקיים, כפי שזה שרר בעת קיום הבחירות לכנסת (עיינו בפסקה 7 לחוות דעתי שם).

באותו עניין אף הבעתי עמדה לפיה במדינה דמוקרטית, שינוי של תוצאות הבחירות לאחר הבחירות – אסור. גרסתי שם, ביחס לאפשרות כי יחוקק חוק נורבגי

"מדלג", שיחול על הממשלה המכהנת, כי חוק כזה, במידה ויתאשר, עלול להיות מוכרז כבטל הן בשל רטרואקטיביות פסולה והן בשל היותו לוקה בפרסונליות ובסלקטיביות אסורות, שכן תיקון שכזה מתיימר לשנות בדיעבד ובאופן פרסונלי את תוצאות הבחירות לכנסת (פיסקה 14 לחוות דעתי שם. עיינו והשוו גם: גבאי, בעמ' 161-170; טמיר; אסף שפירא "על חוסר היציבות של כללי המשחק הפוליטיים: תיקון מס' 41 לחוק מימון מפלגות" ICON-S-IL BLOG (07.02.2020) (להלן: שפירא), שם נכתב כך:

"אחד התנאים לקיומה של דמוקרטיה הוא כללי משחק פוליטיים קבועים המנחים אותה ומארגנים את התחרות הפוליטית. ללא כללי משחק קבועים, השחקנים הפוליטיים לא יוכלו לדעת כיצד עליהם להתארגן ולפעול בצורה המיטבית מבחינתם כדי להשיג את מטרותיהם הפוליטיות, והציבור לא יידע במי לבחור (ובאופן כללי כיצד להשתתף בפוליטיקה) כדי למקסם את העדפותיו. מצב העניינים חמור במיוחד כאשר שחקנים בעלי עוצמה במערכת הפוליטית משתמשים בכוחם כדי לשנות את כללי המשחק לטובתם..."

הנה כי כן, לו חוק כזה היה עובר, דומה, לשיטתי, שהוא היה נפסל, אפילו הדבר היה נעשה באמצעות חוק-יסוד, או מקבל רוב של חברי הכנסת, וזאת מכוח כל אחת משתי הדוקטרינות הנ"ל, הרלבנטיות לצורך זה.

פרסונליות התיקון לחוק-היסוד

139. נימוק נוסף המהווה טעם לקביעתי שהתיקון לחוק-היסוד איננו עומד במבחן הכלליות, הוא כי התיקון הוא **תיקון פרסונלי**. אנמק הדברים מיד בסמוך.

140. כידוע, כל חוק, או תיקון לחוק, ומקל וחומר חקיקת-יסוד, או תיקונים חוקתיים – צריכים להיות **כלליים** (השוו: בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, בפיסקה 35 (02.04.2013)), וזאת כנגזרת מעקרון שלטון החוק במובנו המהותי (ראו: בג"ץ התקציב; טמיר). דרישות אלו נועדו להבטיח שההסדר הנורמטיבי ייעשה, כאמור, במידה קרובה ככל האפשר, מאחורי "מסך הבערות" – בתנאים בהם אין ודאות באשר לשאלה עם מי יטיב החוק הרלבנטי (מדינה וויצמן, בעמ' 645; וראו בהקשר זה גם את האמור בפיסקה 122 שלעיל).

בהקשר האמור, חברנו, השופט נ' הנדל קבע בעניין המרכז האקדמי דברים שאני סבור שהם יפים אף לענייננו, וכך הוא התבטא:

"נוחות פוליטית ודילוג על משוכות פוליטיות עשויים להיות חלק מכללי המשחק. והמשחק עדין הוא. עם זאת, יש להכיר במעמד המיוחד של חוק יסוד. נורמה המיועדת והמאפשרת לשחקן A (קרי, הממשלה המכהנת) להתגבר על משוכות פוליטיות, אך מציבה רף גבוה יותר בפני שחקן B (ממשלה עתידית שלא תיהנה מהוראת השעה ותידרש להתמודד עם פיקוח פרלמנטרי מחמיר), נושאת, במובנים מסוימים, אופי פרסונאלי. משום כך, היא מעוררת קושי, ולא ניתן לייחס לה אופי ומעמד חוקתיים... קושי זה אף מתעצם במידה מסוימת נוכח שני הכובעים שחובשת הכנסת, ומעוררים סוגיה מעניינת של ניגוד עניינים: הכנסת ה-34, בכובעה כרשות מכווננת, "מכווננת לעצמה" נורמה ייעודית שתסדיר אך ורק את יחסיה שלה, בכובעה כרשות מחוקקת, עם הממשלה (לדיון במגבלות אפשריות על "חקיקה עצמית" – בין היתר, בשל ניגוד עניינים ופגיעה בהפרדת הרשויות – ראו יואב דותן "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים לא 771 (2001) (להלן: דותן, חקיקה עצמית); איל גבאי "שינוי רטרופקטיבי בחוק-יסוד: הממשלה – חוקתיותו" הפרקליט מד 151, 172-170 (1998)).

ונבהיר – הביקורת העניינית שבמונח חקיקה פרסונאלית עשויה להיות נכונה לא רק לאישי (חקיקה המופנית כלפי אדם פרטי) אלא גם לאישיות המשפטית. לא רק פרסונאלית, אלא גם כזו העוסקת ב"פרסונה" מוסדית... (עניין המרכז האקדמי, בפסקה 6 לחוות דעתו שם, וראו גם פסקה 10 לחוות דעתי שם; ההדגשות הוספו – ח"מ)).

הנה כי כן, חקיקה, וחקיקת-יסוד פרסונליות – פוגעות בשלטון החוק ובעיקרון הפרדת הרשויות. זאת, מאחר שהרשות המחוקקת גולשת לתחומה של הרשות המבצעת, שתפקידה הוא ליישם נורמה כללית על מקרים פרטניים ("תפקיד המחוקק הוא לקבוע נורמות כלליות, ולא לעסוק במקרים בודדים ומסוימים, אשר הטיפול בהם מסור לרשות המבצעת", כפי שנאמר ב-ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695 (1957)). לעיתים אף מוסג גבולה של הרשות השופטת, שכן הרשות המחוקקת משתמשת בכוחה כדי "לשפוט", לחובה או לזכות, אנשים מסוימים (טמיר, בעמ' 185). בכך חקיקה שכזו לוקה גם באמת המידה של המובחנות, הוא הקריטריון המקובל על חברתנו, השופטת ד' ברק-ארז, בבג"ץ התקציב.

141. ניתן גם לומר כי כלליות ההסדר הנורמטיבי שואפת להגיע אף להתאמה עם עקרונות המוסריות והצדק (עיינו: חיים גנז "על כלליותן של נורמות משפטיות" עיוני משפט טז 579 (תשנ"א-תשנ"ב)). יתר על כן, קיים קשר בין רטרואקטיביות של נורמה, לבין מידת הכלליות שלה, שכן החלת ההסדר הנורמטיבי באופן רטרואקטיבי מגדירה

מראש על מי הוא יחול, ובפרט מי הגורמים שעומדים החוק ייטיב (ראו: טמיר, בעמ' 180).

142. בנוסף לאמור, סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת קובע כי: "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה", וסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה מורה כי: "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". מהוראות חוקתיות אלה, אף שהן הצהרות בעיקרן, נגזרת החובה על רשויות אלו לפעול למען האינטרס הציבורי, אשר בעבור שמירה עליהם ניתנו להן הסמכויות האמורות. מכך נובע כי הכנסת והממשלה אינן רשאיות להפעיל את סמכויותיהן לצורך קידום אינטרסים פוליטיים צרים של בעלי התפקידים המכהנים במוסדות הללו (מדינה וויצמן, בעמ' 623-624). התופעה הפסולה של שימוש בחקיקת-יסוד כדי לשרת תכלית פרסונלית הוכרה בספרות כ"שימוש לרעה בחוקתיות זמנית" (עיינו: רוזנאי, שימוש לרעה, בעמ' 1386; קלגסבלד, חוק יסוד סותר, בפרק ז').

בהמשך לאמור, מדינה וויצמן עומדים במאמרם הנ"ל על הקושי המתעורר במקרים בהם חברי הכנסת קובעים נורמות חוקתיות-מוסדיות, המסדירות את שיטת הבחירות והמשטר, במטרה לקדם את אינטרס הרוב (הקואליציוני, למשל) שהשיגו (מדינה וויצמן, בעמ' 644-648). וכך נכתב על-ידם בהקשר זה:

"הדין הוא שהרוב בכנסת אינו רשאי לקבוע הסדרים שתכליתם העיקרית היא קידום אינטרסים שלו, כגון הגדלת סיכוייהם של חברי הכנסת המכהנים להיבחר מחדש, או הנצחת סטטוס-קוו מסוים.

[...]

הכנסת אינה רשאית לקבוע הסדרים בתחום הבחירות לכנסת שתכליתם העיקרית היא קידום אינטרסים של הרוב בכנסת, תהא התועלת הציבורית שנובעת מהסדרים אלה אשר תהא" (שם).

143. בענייננו, התיקון לחוק-היסוד, בכל הנוגע לצווים על-תנאי הראשון והשלישי, מעורר חשש שמא הוא נעשה בכדי לקדם את האינטרסים הפוליטיים קצרי-המועד של מי שהתקשרו בהסכם הקואליציוני – ונועד להתגבר על חוסר האמון האישי ההדדי שהיה קיים בין ראש הממשלה לבין ראש הממשלה החלופי המיועדים, כדי להבטיח שכל אחד מהם יהיה מנוע מלהחליף את האחר במקרה של הבעת אי-אמון מצד הכנסת בממשלה (השוו: פסקה 19 לחוות דעתו של חברי, השופט י' עמית בפסק הדין המשלים בעניין הרכבת הממשלה); וראו גם: רוזנאי, מרמה חוקתית). בכך נוצר, למעשה, "מאזן אימה" בין ראשי הסיעות הגדולות, שמטרתו למנוע את פירוק הממשלה בשל

הצבעת אי-אמון, ולסכל בפועל כמעט לחלוטין את כוחה של הכנסת להביע אי-אמון בממשלה.

נוכח חשיבות מוסד הבעת אי-האמון, הרי שמדובר בפגיעה בנורמות המוסדיות מטעמים פוליטיים-צרים. ברור איפוא מיהם הגורמים שהתיקון לחוקי-היסוד יטיב עימם, ומשכך הוא איננו עומד, ככזה, במבחן "מסך הבערות". בנוסף לאמור, החלת ההסדר בדבר הצבעת אי-האמון כבר על הכנסת ה-23 מחזקת את הסברה לפיה התיקון לחוקי-היסוד לא נעשה, בהקשר האמור, מתוך שאיפה לעגן מודל שלטוני יציב, רצוי ומשופר לעתיד (מה שמותר בעקרון החל מהכנסת העוקבת), אלא בראש ובראשונה כדי להתאים בדיעבד את שיטת המשטר לתוצאות הבחירות שהיו, כשברקע הדברים, כאמור, שורר חוסר האמון בין ראשי הסיעות הגדולות, והרצון להבטיח את קיום ההסכם הקואליציוני שנחתם ביניהם.

זה המקום לשוב ולהזכיר את שנכתב בספרות כי:

"חוקי היסוד הממשליים בחלקם מתוקנים כמעט כאילו היו חוק עזר משני ברשות מקומית, טלאי על גבי טלאי, הכל לפי צרכי שעה פוליטיים... זילות חוקי היסוד החלה מכבר. אך המגמה מתעצמת והולכת למגינת הלב, והגיעה לשפל חדש בתיקון חוק-יסוד: הממשלה בהסכם הקואליציוני האחרון" (אליקים רובינשטיין "החוקתיות במדרון: זילות ודורסנות, והניתן להעלות את אבנו של סייפוס לפסגת ההר" ICON-S-IL BLOG (להלן: רובינשטיין)). (24.01.2021)

שיקולים אישיים אלה, אשר מערבבים בין המאטריה החוקתית המשטרית (הנורמות המוסדיות), לבין אינטרסים פוליטיים, מפרים את דרישת הכלליות, במסגרת אמות המידה שהותוו על ידי חברתנו הנשיאה בבג"ץ התקציב.

144. ניתן לדלות דוגמאות המובילות למסקנות דומות אף מהמשפט המשווה, ואליהן אתייחס להלן.

145. ניתן לציין, בהקשרים אלה, את פסיקתו של בית המשפט החוקתי של צ'כיה משנת 2009, אשר עסקה בחוק חוקתי (מספר 195/2009), שנחקק אד-הוק, והורה על קיצור של כהונת אחד מבתי הפרלמנט. בית המשפט החוקתי שם קבע כי החוק איננו חוקתי, שכן הוא מפר את החוקה (ראו: Czech Constitutional Court 2009/09/10 Case PI US 27/09). וכך נקבע, בין היתר, שם:

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

נוכח האמור, נקבע באותו מקרה כי יש לבטל את החוק החוקתי עקב היותו פרסונלי, ובשים לב לכך שהיה מנוגד לפיסקאות הנצחיות שמגנות על שלטון החוק בדמוקרטיה (ועיינו עוד בהקשר זה: Yaniv Roznai, "Legisprudence Limitations on Constitutional Amendments? Reflections on the Czech Constitutional Court's Declaration of Unconstitutional Constitutional Act" 8(1) VIENNA J. ON INT'L (CONST. L. 29, 32 (2014)).

הנה כי כן, בית המשפט החוקתי בצ'כיה קבע כי אפילו מכוון החוקה איננו יכול לחוקק חוק זמני פרטיקולרי, הנוגע לנסיבות ספציפיות. יתר על כן, באותו פסק דין נקבע כי לא רק שהחוק החוקתי הוא פרסונלי, ומשכך איננו חוקתי, אלא שיש בו גם פגיעה בזכות הבוחר לבחור ולהיבחר, שכן הוא בעל מאפיינים רטרואקטיביים, וכך נאמר שם:

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

146. בהמשך לאמור, גם בית המשפט האירופי לזכויות אדם קבע בפסק דין, שניתן לאחרונה בעניין Selahattin Demirtas v. Turkey (No. 2) כי תיקון חוקתי חד-פעמי עולה כדי שימוש לרעה בהליך התיקון החוקתי – נוכח העובדה שמדובר היה בשינוי פרסונלי. להרחבה נוספת אודות פסקי הדין הזרים הנ"ל – ראו: רזנאי, מרמה חוקתית; לבחינת המקרה הישראלי, עיינו: Nadav Dishon "Temporary Constitutional Amendments as a Means to Undermine the Democratic Order - Insights from the Israeli Experience," ISRAEL L. REV. 51(3) 389 (2018).

147. משמצאתי כי התיקון לחוקי-היסוד איננו עומד במבחן הזיהוי, שכן הוא איננו כללי דיו – יש לעבור לשלב השני במבחן הדו-שלבי, הלא הוא מבחן הצידוק, שהותווה בבג"ץ התקציב, ובמסגרתו יש לבחון אם יש צידוק לעגן את הנורמה במסגרת חקיקת-יסוד, חרף הקשיים שזוהו בשלב הראשון.

מבחן הצידוק

148. כבואנו לבחון את הצידוק לעגן נורמה בגדר חקיקת-יסוד, על אף שהיא איננה עומדת בדרישת הכלליות, יש לקחת בחשבון את דבר קיומן של נסיבות חריגות, העשויות להצדיק את השימוש בסמכות המכוננת, ואת מידת הפגיעה בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות (בג"ץ התקציב, בפסקה 43 לחוות דעתה של חברתנו, הנשיאה א' חיות). הנטל המוטל על כתפי המשיבים בשלב זה מושפע במידה רבה מהפגמים שזוהו בשלב הראשון, ומיחסי הגומלין בין פגמים אלה ובין הצידוק שמוצע להם. ואולם, אין לתור אחר מניעיו של המכונן, אלא אחר קיומו של טעם עקרוני אובייקטיבי להצדקת הפגיעה שיוצרת עצם ההכרה בנורמה חורגת כנורמה בעלת מעמד חוקתי.

149. הנטל המוטל על המשיבים בנסיבות שבפנינו הוא מצומצם יותר, בהשוואה למה שנדון בבג"ץ התקציב, שכן התיקון לחוקי-היסוד – עמד בשני מבחני המשנה של מבחן הזיהוי: יציבות והתאמה למארג החוקתי. לעמדתי, המשיבים עמדו רק חלקית בנטל זה.

150. התיקון לחוקי-היסוד כונן בשיאו של משבר בריאותי חסר תקדים במדינת ישראל נוכח מגיפת הקורונה, לאחר שהתקיימו כבר שלוש מערכות בחירות רצופות שהסתיימו ללא הכרעה פוליטית ברורה, ולא הובילו להקמת ממשלה. נסיבה זו של מגפה עולמית

היתה ללא ספק בבחינת **טעם אובייקטיבי**, אשר היה בו משום הצדקה לרצון להחיל את התיקון לחוקי-היסוד באופן מיידי, על אף שהדבר לקה בפרסונליות וברטרנספיקטיות.

151. יציבותה של המערכת השלטונית, והשאיפה להגיע להסכמה בין הסיעות השונות האמורות להרכיב את הקואליציה הממשלתית אף הן שיקולים נכבדים שיש להביאם בחשבון, בנסיבות, במסגרת בחינת ההצדקה לשינוי, או תיקונו של הטקסט החוקתי. למעשה, התערבות שיפוטית בתיקון לחוקי-היסוד במקרה שלפנינו עלולה לפגוע בעצמאותן של שתי רשויות שלטון: הכנסת, במעמדה כרשות המכוננת את חוקי-היסוד, והממשלה, אשר השמירה על מעשה היצירה של הרכבתה, היא ערך עצמאי ונפרד. עוד יש להוסיף, כי על אף שהשגת אמון מהכנסת מהווה תנאי הכרחי לכינונה ולתפקודה של ממשלה, הרי שלא מצאתי, בנסיבות העניין שלפנינו, כי התיקון לחוקי-היסוד **ככזה פגע באופן משמעותי ומאיין** במקומו של ערך זה, כמושכל ראשון במערכת הדמוקרטית, בשונה מהנושאים הפרטניים לגביהם הוצאו הצווים על-תנאי, ואשר נדונו לעיל.

זה המקום להשמיע הערה נוספת.

152. הסדרים החוקתיים שלגביהם הוצאו הצו על-תנאי הראשון והשלישי, עולים בקנה אחד עם המבחנים לעריכתה של ביקורת שיפוטית בהתאם **לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת**. הקשיים שנמנו לעיל בהקשר עם ההסדרים החוקתיים הנוגעים למישור הכלליות, והתקופה בה אנו מצויים, שבה הטקסט החוקתי הופך "חומר ביד היוצר", מצריכים לעמדותי אמירה מפורשת והצהרתית.

כפי שיפורט להלן, קביעתם של הסדרים שאינם עולים בקנה אחד עם היבט הכלליות ותחולתו בזמן ('רטרוספקטיביות') ובמרחב התחולה העניינית ('פרסונליות'), עלולה בעתיד, אם יהפכו לחזון נפרץ, להוות שיקול משמעותי עוד יותר בבואו של בית משפט זה לערוך את האיזון בין השלבים השונים במסגרת **דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת**.

בהקשר זה הנני רואה מקום להזכיר דוגמה שהעליתי בפני הצדדים בעת הדיון ולפיה אם היתה מתקבלת לפני הקמת הממשלה, אבל לאחר הבחירות, הוראה האוסרת – בתחולה מיידי – על מי שהוגש נגדו כתב אישום לעמוד בראשות ממשלה, או ממשלת חילופים (בשונה מתחולה של הוראה כזו לאחר הבחירות הבאות לכנסת, כאשר העם הבוחר מודע לאפשרות כזו) – הדבר היה קרוב לוודאי נפסל, אפילו היה נכלל בתיקון לחוק-יסוד.

153. בנסיבות העניין שבפנינו, סבורני כי במבט צופה פני עתיד, יש איפוא מקום להורות על הוצאה של התראת בטלות (במובנה ה"מרוכך") באשר לנושאים שעליהם נסבו הצו על-תנאי הראשון והשלישי, ולקבוע כי שינויים משמעותיים מסוג זה, אפילו אם הם יעשו בחוק-יסוד – לא יוכלו לחול מיידית, אלא לאחר הבחירות לכנסת שאחרי התקבלותם.

אנמק את עמדתי מיד בסמוך, וזו תתנתב כך: ראשית, אעמוד בקצרה על התשתית העיונית של התראת הבטלות, ולאחר מכן אסביר מדוע, להשקפתי, יש מקום להוציא פה אזהרה כזו לעתיד לבוא, בשים לב לנסיבות המתוארות בעתירות שבפנינו.

על התראות בטלות

154. כפי שקבעתי במספר מקומות בעבר, קיימת חשיבות לדיאלוג חוקתי בין-מוסדי בין בית משפט זה לבין רשויות השלטון השונות, וזה מתפרס גם על שלב מתן הסעד החוקתי המתאים (ראו: חוות דעתי ב-בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (27.02.2020); פסקאות 5-8 לחוות דעתי ב-בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (03.08.2017); בג"ץ 8665/14 דסטח נ' הכנסת, חוות דעתי שם (11.08.2015); ועיינו: אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301, 329 (2017) (להלן: ברק, תורת הסעדים); בל יוסף "הדיאלוג החוקתי בישראל: שתי נקודות מבט משפט ועסקים כב 327 (2019) (להלן: יוסף)).

155. התראת בטלות היא הוראת אזהרה היוצאת מאת בית המשפט, אשר מכוונת אל הרשות השלטונית הרלבנטית, ומורה לה כי ההסדר הנתקף בעתירה מסוימת עלול להתבטל בעתיד, אם ימשיך ויתקיים באותה מתכונת, או במתכונת דומה (ראו: בג"ץ התקציב ועיינו: יוסף, בעמ' 377-379).

התראת הבטלות מבטאת, למעשה, דיאלוג בין בית המשפט לרשויות השלטון השונות, ואת התפיסות בדבר היחסים הראויים בין אלה (עיינו: בג"ץ 2996/17 ארגון העיתונאים בישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' ראש הממשלה (23.01.2019); סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דו-שיח בכלים מוסדיים" משפטים על-אתר 99 י"ב, 130 (2018) (להלן: סוזי נבות). התראת הבטלות מסמנת איפוא לרשות השלטונית את גבולות ההתערבות השיפוטית, תוך תקווה כי לא יהיה צורך לממשה

ולתפועל ביקורת חוקתית מלאה (מלצר ורוזנברג; עניין המרכז האקדמי, בפיסקה 11 לחוות דעתי שם: "הנני מקווה שהתראת הבטלות לעתיד, אותה הוצאנו כאן – תרתיע, ולא יהיה צורך לממשה...").

156. הניסיון לערוך טיפולוגיה של האמצעי השיפוטי של "התראת בטלות" מגלה כי ניתן לסווגה, לשיטתי, לשני מופעים עיקריים:

(א) הסוג הראשון הוא "התראת בטלות מובהקת", שהיא סעד חוקתי או מינהלי לכל דבר ועניין, לפיו בית המשפט מורה על קבלת העתירה, וקובע כי הרשות השלטונית רשאית להמשיך ולקיים את הפעולה הנתקפת בעתירה, בשל שיקולים חוקתיים כבדי משקל, אך אם תמשיך ותפעל כך לאורך זמן ללא שינוי – בית המשפט יורה על בטלות ההוראה הנתקפת, לפי ההתראה שניתנה (ראו: עניין המרכז האקדמי; מלצר ורוזנברג). מטרת התראת הבטלות המובהקת היא להביא, בסופו של דבר, לבטלות ההסדר הנורמטיבי הנתקף, אך נוכח טעמים שונים, שביניהם עיקרון הכיבוד ההדדי שבין הרשויות – בית המשפט בוחר שלא לפסול באופן מיידי את המצב הקיים, תוך מתן אזהרה כי אין להמשיך ולקיים הסדר זה לאורך זמן.

(ב) הסוג השני כונה במאמר הנ"ל: "התראת בטלות מדוככת", שהיא אמצעי דיאלוגי, בגדרו בית המשפט מורה על דחיית העתירה, תוך מתן הערת אזהרה לרשות השלטונית כי אם תמשיך לפעול באותו אופן – בית המשפט עשוי להעניק בעתיד סעד של בטלות. במצב כזה אין מדובר במתן סעד שיפוטי, אלא בהתראה מפני סעד אופרטיבי עתידי אפשרי. התראה כזו מהווה איתות חוקתי ליתר רשויות השלטון הרלבנטיות, במטרה להביא לריפוי מוסדי-מערכתי. התראת בטלות מדוככת היא לפיכך מעין "הנחיה שיפוטית" חריפה, מסוג של "אזהרה שיפוטית", לפיה בית המשפט מאיר את עיניו של המאסדר המתאים (המכונן, המחוקק, או הרשות המינהלית) כי יש צורך בשינוי מצב דברים מסוים בעתיד הקרוב (ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית המשפט העליון" עיוני משפט לד 437 (2011)).

157. התראת בטלות ניתנה בפסיקתנו בפעם הראשונה באופן מפורש ב-בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל מר בנימין נתניהו (09.06.2009), שעסק במעמדו של "סגן שר במעמד שר". בעניין זה נקבע כדלקמן:

"בסופו של יום נאמר דברינו במבט צופה פני עתיד, ואכנה זאת "התראת בטלות" ... על המערכת הממשלתית ליתן דעתה כי פסק דין זה, אף אם לא הביא להתערבות שיפוטית נוכח הרקע שתואר, מהווה תמרור לעתיד" (שם, בפסקה מ"א לחוות דעתו המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין).

באותו מקרה היה מדובר בהתראת בטלות מרוככת, שכן בית המשפט הורה על דחיית העתירה, לצד מתן ההתראה האמורה (עיינו עוד: סוזי נבות, שם, שם).

158. לעומת זאת, דוגמא למקרה בו ניתנה התראת בטלות מובהקת ניתן למצוא בעניין המרכז האקדמי, בו העותרים עתרו כנגד חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה), שבמסגרתו הוחלט על תיקון זמני בחוק-יסוד: משק המדינה. התיקון הנ"ל קבע כי תקציב המדינה לשנים המדוברות יאושר במסגרת חוק תקציב דו-שנתי, למרות ההוראה המחייבת אישור תקציבי מדי שנה בנפרד. בית המשפט הורה על קבלת העתירה באופן חלקי, תוך מתן התראת בטלות מובהקת, בזו הלשון:

"סבורני... כי אין להורות על ביטול התיקון שלפנינו, אלא להוציא "התראת בטלות" שמשמעותה מובהקת... דהיינו, לקבוע כי לדעת בית המשפט אין עוד מקום לתקן את חוק היסוד ולכונן תקציב שאינו חד-שנתי על דרך הוראת שעה; וככל שכך ייעשה, צפוי הוא לביטול על פי התראה זו... ואולם, אל יטעה איש: עסקינן בהתראת בטלות, שמשמעה כי הבטלות הייתה על הסף, והיא עשויה להיות בעלת משמעות עתידית בת-פועל, נוכח כל האמור מעלה, אם ייחקק חוק יסוד נוסף על דרך של הוראת שעה של תקציב דו-שנתי" ... בענייננו – משהסוגיה כבר נדונה בבג"ץ בר-און – מבקשים אנו להוציא "כרטיס אדום"; יהא בחינת נורית אזהרה מהבהבת, בשעה שהמערכת תשקול דרכיה בסוף הוראת השעה הנוכחית, והכל נוכח הקושי בבטלות מיידית בהקשר נשוא העניין... בלשון פשוטה: תם עידן הוראות השעה נשוא ענייננו. יקוים חוק היסוד כלשונו, או – ולשיטתי ראוי ורצוי מאוד שלא – יתוקן קבע, לאחר דיון ציבורי ראוי..." (עניין המרכז האקדמי, בפסקה ל"ד לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין)).

השופט י' דנציגר קבע באותו עניין כדלקמן:

"עתה מבקש חברי לעשות, בפעם השלישית, שימוש באותה "התראת בטלות", שפירושה במקרה דנן כי הוראת השעה נשוא העתירה לא תוכרז כבטלה ולא תבוטל, עם זאת, הוראת שעה דומה שתחוקק בעתיד –

גורלה נגזר מראש" (עניין המרכז האקדמי, בעמ' 47 לפסק דינו של השופט י' דנציגר; ההדגשה שלי – ח"מ).

159. הנה כי כן, בשונה מהתראת הבטלות ה"מרוככת", שאין בה כדי לקבוע מסמרות לעתיד, התראת הבטלות המובהקת משמעותה היא כי אם הנורמה הנתקפת בעתירה תשוב ותחודש באותה מתכונת לאורך זמן – הרי ש"גורלה נגזר מראש". דוגמה נוספת להתראת בטלות מובהקת ניתן למצוא לאחרונה בבג"ץ התקציב, לגבי מה שנמצא לא תקין שם.

160. העולה מן המקובץ מלמד כי עיקר ההליכים שבהם ניתנה התראת בטלות בעבר נגעו לפרקים המוסדיים בחוקה ולמערכת היחסים בין רשויות השלטון. כך, התראת הבטלות מתרה מפני רשויות השלטון שמא ינקט בעתיד אמצעי חריף יותר על-ידי בית המשפט, מצד אחד, אך היא נושאת גם אופי דיאלוגי-שיתופי, מן הצד השני, אשר מחזיר את הכדור לידי הרשויות הרלבנטיות הנתקפות, כאמצעי לקיום איזון מערכתי ושמירה על ריסון שיפוטי. בהקשר זה נכתב במאמר הנ"ל כך:

"... הבסיס הרעיוני לקיומה של התראת בטלות מצוי בגישה שלפיה מערכת היחסים בין הרשויות היא מערכת של שותפות ודיאלוג מתמידים. הצדדים כולם: בית המשפט, הכנסת והממשלה, הם שותפים פעילים ליצירה הנורמטיבית ולגיבוש מדיניות על בסיס של אדנים דמוקרטיים. הדיאלוג החוקתי איננו מתמצה עוד בביקורת שיפוטית על המעשה המינהלי או על הליך החקיקה. שותפות זו מחייבת את בית המשפט למלא את תפקידו ולהתריע בפני יתר הרשויות מפני 'אירוע חוקתי' מתקרב. הולדתה של 'התראת הבטלות' שיכללה את הדיאלוג הבין-מוסדי בשיטתנו והיא אף מבססת, במובן מסוים, את האמון והכבוד ההדדי שאמורות רשויות השלטון לרחוש זו לזו." (מלצר ורוזנברג, בעמ' 1194).

יצוין כי לפני שהתראת הבטלות הוצאה באופן מפורש, כמתואר לעיל – היא ניתנה בפסקי דין שונים באופן משתמע (ראו: בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (12.09.2017); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, בפיסקה 11 לפסק דינו של השופט א' לוי (2006); עיינו גם: סוזי נבות, שם, שם).

מן הכלל אל הפרט – הוצאת התראת בטלות מרוככת

161. המסקנה שהגעתי אליה בנסיבות המקרה שבפנינו, נוכח כל האמור לעיל, היא כי התיקון לחוקי-היסוד נעשה באותם נושאים שבהם הוצאו הצווים על-תנאי באופן שאיננו עומד בדרישת הכלליות, בכל הנוגע לתחולה הרטרואפקטיבית והפרסונלית. על אף ההצדקות שנמנו לעיל, זהו מצב עניינים שאיננו רצוי מבחינות רבות: יציבות המערכת השלטונית, מעמדם הקונסטיטוציוני של חוקי-היסוד והשמירה על עקרונות שלטון החוק והדמוקרטיה. לפיכך יש להוציא התראת בטלות מרוככת ביחס לנושאים שטופלו בצווים על-תנאי הראשון והשלישי (השוו: עניין יש עתיד מתאריך 13.04.2016, בפסקאות 52-53 לחוות דעתי).

הטעמים אשר הובילו אותי למסקנה זו הם אלו:

(א) מתן התראת בטלות מרוככת כאמצעי שיפוטי במקרה שבפנינו עשוי **למנוע חיכוך בין-מוסדי** בין בית משפט זה לבין הרשות המכוננת. מעיקרון הפרדת הרשויות נגזר כי על בית המשפט להתחשב במערכת היחסים בינו לבין רשויות שלטוניות אחרות בעת שהוא קובע את הסעד החוקתי הראוי במקרה מסוים (ברק, תורת הסעדים, בעמ' 328-331). כך גם בענייננו, יש ליתן משקל למערכת היחסים בין הרשות השופטת לבין הרשות המכוננת, ולהסתפק במתן התראת בטלות מרוככת, לפיה בנסיבות אחרות (בעיקר בכל הנוגע למישור הציודק) – התוצאה האופרטיבית עלולה להיות שונה.

(ב) הדיון שקיימתי לעיל, באשר לדוקטרינת העתירה התיאורטית והחריגים לה ("Mootness Doctrine"), מתקשר גם הוא למסקנתי בעניין התוצאה הרצויה במקרה שבפנינו. זאת שכן השתיים מתבססות על ההכרה בכך שמבט צופה פני עתיד עשוי להצדיק, במקרים מסוימים, התערבות שיפוטית – חרף העובדה כי המחלוקת הפרטנית הסתיימה להלכה, או למעשה. במצבים מעין אלה, ניתן להשתמש באמצעים שיפוטיים שגם הם צופים פני עתיד – כגון התראת בטלות – שיש בהם כדי להבהיר לצדדים את המצב הראוי לעתיד. התראת בטלות מרוככת מעניקה איפוא בידי בית המשפט אמצעי הולם ומידתי במקרים כאלה (מלצר ורוזנברג, בעמ' 1211-1212).

162. טרם סיום מתחייבות עוד מספר הערות:

(א) אין מקום לקבל את טיעוניהם של העותרים ב-בג"ץ 2922/20 ביחס לצו על-תנאי השלישי, ככל שהוא נוגע לסעיף 2 לחוק ממשלת חילופים, שהעניק

לשיטתם – למשיבים 5-7 באותה עתירה (סיעת דרך ארץ וחברי הכנסת: צבי האוזר ויועז הנדל) הטבה פרסונלית ומפלה. אכן הסדר המימון פגע פה בדרישת השוויון, הקבועה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ואולם התיקון בו מדובר התקבל ברוב של למעלה מ-61 מחברי הכנסת בכל שלבי החקיקה, ובכך שונה העניין ממה שנפסק ב-בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983), שם התיקון לא קיבל את הרוב הדרוש האמור. זאת ועוד – בנסיבות שבהן התקבל התיקון האמור, ובהתחשב בכך שמדובר במעשה עשוי, אין מקום להפעיל פה "פיסקת הגבלה שיפוטית" (השוו לגבי תוצאה זו – למה שנפסק, מטעמים דומים, בבג"ץ התקציב).

(ב) התוצאה אליה הגעתי מייתרת את הצורך להכריע כאן בתחולה ובנפקויות של דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי על הסתעפויותיה (השוו: עניין חוק-יסוד: הלאום), והיא נובעת גם מהפרשנות הנדרשת לגבי הוראות חוקתיות מוסדיות, שאמורה להיעשות מתוך "מבט רחב" (ראו: בג"ץ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז 430 (1962); בג"ץ 7510/19 אור-הכהן נ' ראש הממשלה (09.01.2020); עניין פוקס). מנגד, החלת הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת פה, על פי המתווה שנפסק בבג"ץ התקציב, מדגימה את הקביעה שם בכך שאין מדובר ב"רשימה סגורה" של שיקולים, אלא במבחני עזר בלבד, וכי יש לבחון כל מקרה (קיים או עתידי) לגופו (ראו: דברי הנשיאה ד' ביניש בעניין בראון, וכן דברי חברתנו הנשיאה א' חיות בבג"ץ התקציב).

163. לסיכום סוגיה זו, אם תישמע דעתי – יש לקבוע, ביחס לנושאים שנדונו בצווים על-תנאי הראשון והשלישי שהוצאו בעתירות שבפנינו, כי אם ישונו בעתיד "כללי המשחק" באופן משמעותי תוך כדי "המשחק", ותוך הפרה של דרישת הכלליות, בדומה לעניינים שהיו נושאי הצווים על-תנאי הנ"ל – ייתכן כי נפקותו של שינוי זה יהיה בטלות, גם אם הוא יעשה באמצעות תיקון, או כינון של חוק-יסוד, ולפיכך ראוי להוציא כאן התראת בטלות, כאמור בפיסקה 161 שלעיל.

164. לבסוף, אציין כי כולי תקווה שלא יתעורר בעתיד הצורך לממש את התראת הבטלות הנ"ל, וכי ההתראה תהווה תמריץ מספק להימנע מהפגם הקונסטיטוציוני שנפל פה באקטים הנורמטיביים, שהיו נושאי הצווים על-תנאי: הראשון והשלישי.

לחתימת דבריי, אחזור על אשר נקבע בפרשת בנק המזרחי:

"... תיקון בחוקה אל לו שייעשה כדבר שבשגרה, חלילה לה לחוקה ולערכים החוקתיים הגלומים בה שיכופו ראש וישתנו עם כל רוח מצויה. יציבות החוק, ועל אחת כמה וכמה יציבות החוקה, הן ערך כשלעצמו. לכך ייתן המחוקק את הדעת בטרם יקבל חוק, שהרי החוק, ועל אחת כמה וכמה החוקה, באים לקבוע כללים ועקרונות אשר צריכים לכוון את דרכו של האזרח לאורך ימים ושנים שיבואו" (שם, בעמ' 456).

סוף דבר

165. נוכח כל האמור לעיל, אציע לחברותיי ולחבריי כי נדחה את העתירות, אך נוציא התראת בטלות מרוככת, כאמור בפסקאות 153 ו-161 שלעיל, באשר לסוגיות הנכללות בצו על-תנאי הראשון והשלישי. נוכח חשיבות הדברים, אציע עוד כי לא נעשה הפעם צו להוצאות.

אחרי הדברים האלה

166. לאחר עיון בחוות הדעת של חבריי – תגובות רבות לי, ואולם אשאיר אותן לפיתוח פסיקתי עתידי (שבו לא אוכל ליטול חלק כשופט בשל פרישתו) וכן לדיון אקדמי. לפיכך אסתפק רק בשלוש הערות:

(א) חברי, השופט נ' הנדל, הוא שפיתח בעניין המרכז האקדמי את עילת הפסלות החוקתית של פגם מוסדי-פרסונלי בהליכי הכינון, ולא ברור לי מדוע הוא מסתייג מעילה זו כאן.

(ב) חברי, השופט ד' מין, מפנה בחוות דעתו למשפט משווה ומציין (שם בפסקה 4) כי בבלגיה עם קבלת החלטתה על בחינת הצורך בתיקון החוקה – שני בתי הפרלמנט מתפזרים באופן אוטומטי, והדיון בתיקון החוקה נערך במקרה כזה לאחר בחירות, כאשר לבסוף ההחלטה על תיקון החוקה מצריכה רוב מיוחד של שני שלישים בשני הבתים (ההדגשות שלי – ח"מ).

התנהלות חוקתית שכזו – קיצונית הרבה יותר מהתראת הבטלות המרוככת המוצעת על ידי, ולכן מסקנתו כי דין העתירות להידחות ללא סייג איננה עומדת בקנה אחד עם הדוגמאות שהוא עצמו מביא.

(ג) האבחון בין התראת הבטלות שהוצאה בעניין המרכז האקדמי ובבג"ץ התקציב לבין התראת הבטלות המוצעת על ידי כאן – מוקשה בעיניי.

167. עמדתי הנ"ל נותרה לפיכך בעתירות שלפנינו בבדידות. יחד עם זאת לדעת מיעוט, או לדעת יחיד יש חשיבות רבה בשיטתנו המשפטית וכן במשפט העברי (ראו: יעקב אבי ברוך טירקל "ועל דעת היחיד" מחקרי משפט יט 413 (2003); Ruth Badar Ginsburg, The Role of Dissenting Opinions, 95 (MINNESOTA LAW REVIEW 1 (2010)).

עמדת מיעוט מזמינה את דעת הרוב להתמודד עם קשיים בנימוקים שבבסיס גישה ולחדדם. זאת ועוד – היא מבטאת את העיקרון החשוב של עצמאות שיפוטית. זאת ועוד – לעיתים בדעת היחיד טמונים זרעי תיקון ההלכה בעתיד בכך שתהפוך לדעת הרוב (עיינו למשל: דעת המיעוט שלי ב-רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני (18.07.2011), שהפכה לדעת הרוב ב-דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני (15.01.2015)), או שתפנה את תשומת ליבו של המכונן, או המחוקק לצורך בתיקון. הנני תקווה שזה יהיה אף גורלה של דעת היחיד שלי כאן – ותהא זו תרומתי למשפט החוקתי הישראלי.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופט נ' הנדל:

1. במוקד העתירות שלפנינו ניצב חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), ס"ח התש"ף, 34 – אשר הביא לעולמו של המשפט החוקתי בישראל את מוסד ממשלת החילופים (להלן: תיקון 8). בהתאם לצו על תנאי שניתן בעתירות ביום

12.11.2020 (הנשיאה א' חיות, המשנה לנשיאה ח' מלצר, והשופט נ' הנדל), עלינו להכריע כעת במעמד של:

(1) סעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה, השולל את יכולתם של "ראש הממשלה וראש הממשלה החלופי בממשלת החלופים שבה הובע אי-האמון" לעמוד בראש "הממשלה האחרת", שהוקמה לפי סעיף 28 לחוק היסוד (להלן: הסדר אי האמון).

(2) הוראת השעה, לפיה בתקופת כהונתה של הכנסת ה-23 ניתן יהיה לשנות את הוראותיו המרכזיות של תיקון 8, אך "ברוב של שבעים חברי הכנסת" (סעיף 7 לתיקון) (להלן: הוראת הרוב המיוחס (70)).

(3) תיקון 8 וחוק ממשלת חלופים (תיקון חקיקה והוראת שעה), התש"ף-2020, "והסדרים הכלולים בהם – כולם, או חלקם", לגבי תקופת כהונת הכנסת ה-23, אשר יצרה נורמות אלה והעניקה להן תחולה מיידית (להלן: סוגיית התחולה).

סוגיית התחולה והוראת הרוב המיוחס – עתירות תיאורטיות

2. די בתיאור קצר זה של הסוגיות העומדות לפנינו, כדי להבהיר שההכרעה בשתי האחרונות נטולת ערך מעשי, וכי הדיון בהן נושא אופי תיאורטי. הכנסת ה-23 התפזרה ביום 23.12.2020 – בהתאם להוראת סעיף 36 לחוק יסוד: הכנסת, כנוסחו באותה עת (ראו בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021); להלן: עניין שפיר) – והכנסת ה-24 תפסה את מקומה, בעקבות הבחירות הכלליות שהתקיימו ביום 23.3.2021. הכנסת הנוכחית אף הביעה, ביום 13.6.2021, את אמונה בממשלת ישראל ה-36, ובכך באה אל קיצה כהונתה הקצרה של הממשלה ה-35, שפעלה כממשלת חלופים מכוח אמון הכנסת ה-23.

בנסיבות אלה, אין להידרש לשתי הסוגיות התיאורטיות שמעוררות העתירות, שהרי "בית המשפט אינו יועץ ואינו פילוסוף, אף לא פילוסוף של המשפט, ואל לו לכתוב מאמרים או להכריע בשאלות משפטיות אקדמיות או תיאורטיות. עת לפסוק ועת להימנע מפסיקה" (בג"ץ 1273/20 משמר הדמוקרטיה הישראלית נ' הכנסת ה-22, פסקה 10 לחוות דעתי (9.9.2020)). מעבר לשיקולים המעשיים הניצבים מאחורי כלל זה – שכוחו יפה גם כאשר העתירות הפכו תיאורטיות רק לאחר הגשתן, וגם אם הן מעוררות

שאלות משפטיות "חשובות ועקרוניות" (שם, פסקה 7) – מדובר, בראש ובראשונה, בנגזרת של עקרון הפרדת הרשויות ומקומו של בית המשפט במסגרת זו:

"התפקיד המובהק של בית המשפט הוא להכריע במחלוקות ממשיות ולמצוא להן פתרון. הכרעה בעתירה תיאורטית עלולה באופן עקרוני להסיג את גבולן של רשויות שלטון אחרות [...] כך ביתר שאת שעה שעסקינן בנושא רגיש הנוגע ללב הזירה הפרלמנטרית-פוליטית" (שם; ראו גם בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סד(3) 204, פסקאות 30-31 לחוות דעת השופטת א' פרוקצ'יה (2011); להלן: עניין בר-אילן).

לפיכך, אני מצטרף לעמדת חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר, כי אין להידרש עוד להוראת הרוב המיוחס (70) – אך, בניגוד אליו, סבורני כי דין דומה גם לעתירות בסוגיית התחולה. זאת, אף ביחס להסדר המימון שנקבע כהוראת שעה בסעיף 2 לחוק ממשלת חילופים (תיקון חקיקה והוראת שעה), התש"ף-2020, ולגביו נטען כי הוא משקף הטבה פרסונלית ומפלה לסיעת דרך ארץ וחברי הכנסת צבי האוזר ויועז הנדל.

3. חברי סבור כי סוגיית התחולה באה בגדרי החריגים לכלל השולל בירור עתירה תיאורטית, הואיל ו"לא מן הנמנע שסיטואציה דומה, של החלת שינוי משטרי משמעות בתחולה מיידית, עשויה לקרות גם בעתיד. יתר על כן, מדובר בענייננו בסוגיה קונסטитуציונית בעלת משקל רב, כאמור, וייתכן שגם בעתיד משך הזמן שיהיה נתון בידי בית המשפט לדון בה לגופה לא יהיה רב. בנוסף, בעתירות שבפנינו הושקעו משאבים רבים והן מעוררות שאלות בעלות חשיבות נעלה" (פסקה 75 לחוות דעתו). ברם, דברים אלה תומכים, לטעמי, דווקא במסקנה ההפוכה, משום שהם מבליטים את ההבחנה – העומדת בבסיס הכלל השולל הכרעה בעתירות תיאורטיות – בין הכרעה שיפוטית קונקרטית, הנעוצה בעובדות המקרה, לחוות דעת "אקדמית".

אסביר: העתירות שלפנינו תוקפות את תחולתו המיידית של השינוי המשטרי הקונקרטי המעוגן בתיקון 8, ומשום כך הן התאימו, בעת הגשתן, לבירור שיפוטי. אולם, בנקודת הזמן הנוכחית, ברי כי סוגיה תיאורטית זו אינה צפויה להתעורר בעתיד הנראה לעין – שהרי אין צורך לשוב ולעגן את מוסד ממשלת החילופים, לאחר שכבר קנה את מקומו בחוק יסוד: הממשלה. על כן, אין מקום להשוואה בין המקרה שלפנינו למקרים שבהם נמצאה הצדקה לבירור עתירות תיאורטיות בשל הסבירות שהשאלות שהן מעוררות ישובו ויתעוררו בעתיד. כך, למשל, בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 250 (1999) הובהר כי יש לדון בעתירה לגבי תקופת המעצר המרבית

של חייל עובר להבאתו בפני שופט צבאי, משום שאותה שאלה עצמה "עולה חדשות לבקרים, שנה אחר שנה, לגבי חיילים רבים". באופן דומה, נקבע כי אחת ההצדקות לדיון במעמד חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה) נעוצה באפשרות "שהתנהלות מעין זו" – קרי, פריצת מסגרת התקציב ההמשכי באמצעות הוראת שעה – "תחזור על עצמה" בעתיד (עניין שפיר, פסקאות 26-27 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות). הערך המעשי שיוחס באותם מקרים להכרעה בעתירות התיאורטיות, אינו רלוונטי, אפוא, בענייננו.

עם זאת, חברי סבור שיש הצדקה לבירור העתירות, משום שההכרעה עשויה לתרום בסיטואציה "דומה, של החלת שינוי משטרי משמעותי בתחולה מיידית". דא עקא, "הדין נגזר מן העובדות" (בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פסקה 4 לחוות דעת הנשיא א' גרוניס (17.9.2014)), כך שקשה לייחס להכרעה לגבי תיקון 8 תרומה משמעותית למניעת תחולה מיידית של שינויים משטריים היפותטיים, שהם בגדר ביצה חוקתית שטרם נולדה – ומטבע הדברים, תוכנם, פרטיהם ונסיבות כינונם לוטים בערפילי העתיד. אדרבה, הכלל הפוסל בירור עתירות תיאורטיות נובע, בין היתר, מהעדך "תיחום קונקרטי של ענין שיש להכריע בו" (עניין בר-אילן, פסקה 30), ונדמה שההתייחסות לסכסוך הקונקרטי כ"מצע" לקביעות תיאורטיות כוללניות ממחישה היטב את הקושי הכרוך בכך. נכון בעיני כי בית המשפט יגביל את עצמו לדיון במעמד שינוי חוקתי ספציפי, ולא בנושא מופשט וכללי יותר בדבר גורלם של "שינויים משטריים משמעותיים".

על זאת אוסיף, כי – בניגוד לחקיקה תקציבית, שם חלוקת הכספים עלולה ליצור במהרה "מעשה עשוי בסכומים לא מבוטלים" (עניין שפיר, פסקה 27 לחוות דעת הנשיאה) – אין סיבה להניח שלא תהיה שהות לברר לגופן עתירות כלפי שינויים משטריים עתידיים. בכל מקרה, דיון כוללני ביחס לתחולתו המיידית של "שינוי משטרי משמעותי", מונח שעל עמימותו ניתן ללמוד גם מן ההבחנה שערך חברי בפסקאות 134-137 לחוות דעתו, אינו יכול להוביל אלא להכרעה כוללנית שתועלתה מוטלת בספק. ואכן, השוני בין התראת הבטלות המרוככת שמציע חברי לתת בענייננו, ובין התראות בטלות קודמות, בולט. כך, למשל, התייחסה ההתראה שניתנה בבג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (9.6.2009) באופן ברור ומוגדר לסוגיית כהונתו של סגן שר "הממלא את פונקציות השר עד קצה גבול היכולת הפורמלית" (פסקה מא לחוות דעת המשנה לנשיאה א' רובינשטיין). זוהי התראה המספקת לרשויות תמונה ברורה, ומאפשרת להן לכלכל את צעדיהן בתבונה – לרבות עריכת תיקונים חקיקתיים וחוקתיים נחוצים. הרשות המכוננת פעלה בהתאם, ובמסגרת

חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 5), ס"ח התשע"ח 112, הסמיכה את ראש הממשלה המכהן כשר הממונה על משרד לאצול את סמכויותיו לסגן שר באותו משרד. לעומת זאת, ההתראה בענייננו אינה משרטטת בבירור את גבולות המותר והאסור, ומעוררת חוסר ודאות לגבי כל תיקון משטרי עתידי. היא אינה מייתרת, אפוא, בירורים משפטיים עתידיים, ואף פוגעת בשיח בין בית המשפט לרשות המכוננת. יתרה מכך, דווקא לאור חשיבות ורגישות סוגיית התחולה, המחייבת בחינה נחשונת של גבולות סמכות הרשות המכוננת, סבורני שיש להימנע מהכרעות אקדמיות רחבות ועקרוניות, ולדון בכל תיקון משטרי לגופו, אם וכאשר יתעורר בכך הצורך. מטעמים אלה, דין העתירות כלפי הוראת הרוב המיוחס (70) וסוגיית התחולה להידחות על הסף, בשל אופיין התיאורטי.

הסדר אי האמון

4. לא נותר, אפוא, אלא לדון בראשו הראשון של הצו על תנאי, המופנה, כאמור, כלפי הסדר אי האמון הקבוע בסעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה, על פיו –

"החליטה הכנסת להביע אי-אמון בממשלת חילופים ולהביע אמון בממשלה אחרת, לפי סעיף 28, לא יהיו ראש הממשלה וראש הממשלה החלופי בממשלת החילופים שבה הובע אי-האמון רשאים לעמוד בראשות הממשלה האחרת".

שלילת האפשרות להעמיד את ראשי ממשלת החילופים בראש "הממשלה האחרת", נמנית עם הוראות הקבע של תיקון 8, ונועדה לחול לגבי כל ממשלת חילופים שתוקם בעתיד. לפיכך, ומאחר שממשלות ישראל ה-35 וה-36 מוכיחות שממשלת חילופים רחוקה מלהיות בן סורר ומורה שלא היה ולא עתיד להיות (בבלי, סנהדרין עא, ע"א), הרי שהדיון בהגבלה זו אינו תיאורטי או אקדמי (ראו והשוו, בג"ץ 4300/20 האגודה לשמירת זכויות הפרט (ע"ר) נ' הכנסת (16.12.2020)) – וההכרעה נדרשת. ודוק, בהתאם לקביעתי לגבי אופייה התיאורטי של סוגיית התחולה, בה עסק ראשו השלישי של הצו על תנאי, יש למקד את הדיון בשלב הנוכחי במהות ההסדר הקבוע בסעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה, להבדיל משאלת התחולה המיידית. על רקע הבהרה זו, אומר כבר עתה כי דין העתירות כלפי סעיף 43 להידחות, בהעדר עילת התערבות.

5. אכן, ממשלת ישראל מכהנת מכוח אמון הכנסת (סעיף 3 לחוק יסוד: הממשלה), וזה מכבר נקבע כי כוחה של הכנסת להביע אי-אמון בממשלה, הוא "ערך מהותי ומרכזי במשטר הפרלמנטרי (להבדיל מהנשיאותי)" (בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 165 (1985)). אולם, כפי שצינתי בעבר, בעשורים שחלפו

מאז כינון חוק יסוד: הממשלה בשנת 1968 (להלן: חוק יסוד הממשלה הראשון), התרחש "תהליך מתמשך של צמצום סמכות הכנסת להביע אי אמון בממשלה" (בג"ץ 8260/20 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פסקה 2 לחוות דעתי (6.9.2017); להלן: עניין התקציב הדו שנתי). סעיף 24 לחוק היסוד הראשון, לא הטיל מגבלות כלשהן בעניין, וקבע כי "הביעה הכנסת לממשלה אי-אמון, יודיע על כך יושב-ראש הכנסת לנשיא המדינה, ורואים את הממשלה כאילו התפטרה ביום הבעת אי-האמון". לעומתו, חוק יסוד: הממשלה משנת 1992 (להלן: חוק יסוד הממשלה השני) – שאימץ את שיטת הבחירה הישירה לראשות הממשלה, ושילב אלמנטים של משטר נשיאותי ופרלמנטרי – סייג את סמכות הכנסת, וקבע כי היא רשאית להביע אי אמון בראש הממשלה רק "ברוב של חבריה" (סעיף 19(א) לחוק).

החזרה למשטר פרלמנטרי, עם כינון חוק יסוד: הממשלה הנוכחי, בשנת 2001, לא שינתה מגמה זו. אדרבה, סעיף 28 לחוק היסוד הבהיר, בנוסחו המקורי, כי "הבעת אי אמון בממשלה תיעשה בהחלטה של הכנסת, ברוב חבריה, לבקש מנשיא המדינה להטיל את הרכבת הממשלה על חבר הכנסת פלוני, שהסכים לכך בכתב". ביסוד עמדה זו ניצבו הרצון "לספק יציבות פוליטית רבה יותר ולהקשות על הבעת אי אמון בממשלה" (שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק יסוד: הממשלה כרך א 135 (יצחק זמיר עורך, 2018); להלן: שטרית), והתפיסה לפיה על האופוזיציה לפעול בצורה קונסטרוקטיבית; משמע, להעמיד אלטרנטיבה לממשלה הקיימת, ולא להסתפק בסיכול יוזמותיה (יגאל מרזל "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית" משפטים לח 217, 244 (2009); לתפיסת המיעוט כשותף אינטגרלי בהליך קבלת ההחלטות במשטר דמוקרטי, ולחשיבות הנגזרת של "הידברות ושכנוע" בין המחנות, ראו ע"ע 1207/15 רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק, פסקה 9 לחוות דעתי (18.8.2016) ובג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים, פסקאות 11-13 לחוות דעתי (1.2.2017); להלן: עניין אבירם). תכליות אלה עצמן הובילו לשינוי נוסף של האיזון, ולאימוץ מודל אי האמון הקונסטרוקטיבי ה"מלא" (שטרית, 502), המעוגן בסעיף 28 לחוק יסוד: הממשלה במתכונתו הנוכחית. כעת, ניתן להביע אי אמון בממשלה, רק "בהחלטה של הכנסת, ברוב חבריה, להביע אמון בממשלה אחרת שהודיעה על קווי היסוד של מדיניותה, על הרכבה ועל חלוקת התפקידים בין השרים כאמור בסעיף 13(ד)".

לא למותר לציין כי למרות החשיבות העקרונית של מנגנון אי האמון, כפי שעולה מן השינויים וההתאמות שהרשות המכוננת טרחה לבצע בו, משמעותו המעשית, לפחות הישירה, אינה רבה: הוא הביא לנפילת ממשלה אחת בלבד, ואף זאת, בטרם עוגנה דרישת הרוב המוחלט בחוק יסוד: הממשלה משנת 1992 ("למרבה

האירוניה", יצחק שמיר, שעמד בראש ממשלה זו, הרכיב גם את הממשלה שהחליפה אותה). המעבר למודל של אי אמון קונסטרוקטיבי "מלא", כמו גם הסמכות שניתנה לראש הממשלה להקדים ולפזר את הכנסת אם מצא שקיים בה "רוב המתנגד לממשלה, ושעקב כך נמנעת אפשרות לפעולה תקינה של הממשלה" (סעיף 29(א) לחוק יסוד: הממשלה), הוסיפו והרחיקו בפועל מוסד זה ממרכז הבמה (שטרית, בעמ' 501-500 ו-506-507).

עוד ראוי להזכיר כי מלבד מנגנון אי-האמון, מסורים לכנסת כלים נוספים לסיום כהונת הממשלה – אם כי אלה כרוכים גם בהתפזרותה שלה: אפשרות אחת, שנעשה בה שימוש רב, היא לקבל חוק בדבר התפזרות מוקדמת של הכנסת, וזאת "ברוב חברי הכנסת" (סעיף 34 לחוק יסוד: הכנסת; לדוגמה, ראו חוק התפזרות הכנסת השמונה עשרה, התשע"ג-2012, ס"ח 2, וחוק התפזרות הכנסת העשרים ושתיים והקדמת הבחירות, התש"ף-2019, ס"ח 334). אפשרות שנייה היא למנוע את קבלת חוק התקציב השנתי במועד הקבוע בסעיף 36א לחוק יסוד: הכנסת. לצורך מימוש חלופה זו – הנתקלת גם היא באתגרים וניסיונות כרסום שונים, כפי שמעידים הוראות השעה שעמדו במוקד עניין התקציב הדו שנתי ועניין שפיר, וסעיף 6(2) לתיקון 8 שבמוקד ההליך דנן – די בהתנגדות של 60 ח"כים לממשלה, שכן בכוחם למנוע את אישור חוק התקציב ולהביא להתפזרות הכנסת.

6. הנה כי כן, מערכת היחסים בין הכנסת לממשלה, לרבות יחסי הכוחות בין הרשויות ועיצוב מנגנוני הפיקוח הפרלמנטרי השונים, ידעה תנודות ותמורות – ויש לבחון אותה "בפרספקטיבה רחבה, תוך התייחסות למציאות הפוליטית ולמכלול ההסדרים החוקתיים הרלוונטיים. נוכח המורכבות, הרגישות וריבוי המודלים של הפרדת הרשויות, מן ההכרח לתת את הדעת על מערכת האיזונים והבלמים המלאה שיצרה הרשות המכוננת – מבלי לבודד הסדר יחיד ולהוציאו מהקשרו" (עניין התקציב הדו שנתי, פסקה 4 לחוות דעתי).

7. די בכך כדי לחזק את המסקנה שלא הוצגה עילת התערבות בהסדר אי האמון הקבוע בסעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה. כפי שמלמדת ההיסטוריה החקיקתית, הגבלה זו – שלא "נתפרה" כהוראת שעה למידותיהן של הכנסת ה-23 והממשלה ה-35, ומהווה חלק מליבת הסדר הקבע שיצר תיקון 8 – נועדה להגביר את יציבות הממשלה (פרוטוקול ישיבה 2 של הוועדה המיוחדת בנושא חוק יסוד: הממשלה (תיקון – ממשלת חליפים) 385-387 (26.4.2020); להלן: פרוטוקול 2). הן תכלית זו, והן האמצעי שנבחר לשם כך – הכבדה מסוימת על מוסד אי האמון – עולים בקנה אחד עם

מגמה חוקתית ארוכת שנים, כאמור. אמנם, הגבלת הכהונה של ראשי ממשלת החילופים מניחה מכשול נוסף בדרכה הקשה ממילא של האופוזיציה להבעת אי אמון. אולם, בהתחשב בתמונה המלאה שהוצגה לעיל, לא מדובר בכרסום משמעותי דיו במעמד האופוזיציה, ובאפקטיביות הפיקוח הפרלמנטרי על הממשלה, כדי להצדיק דיון ממשי בתחולת דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי (והשוו, פסקה 4 לחוות דעתי בעניין התקציב הדו שנתי ופסקאות 3-4 לחוות דעתי בבג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021)). למעלה מן הצורך, אוסיף כי ההגבלה על ראשי ממשלת החילופים תקפה רק לגבי הממשלה המחליפה, ולא מונעת כהונה בממשלה המחליפה את המחליפה – מה שמאפשר "לעקוף" את ההגבלה, ומצמצם את הפגיעה במנגנון אי האמון (פרוטוקול 2, בעמ' 386-387).

דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת אף היא אינה רלוונטית ביחס לחלקו המהותי של סעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה, העומד בכל המבחנים הצורניים שהוזכרו בפסיקה (ולהלן ארחיב לגבי סוגיית התחולה).

8. לסיום חלק זה, אציין כאנקדוטה כי במהלך הוועידה הרפובליקנית בשנת 1980, שקל מועמד המפלגה לנשיאות (ולימים, הנשיא ה-40 של ארצות הברית), רונלד רייגן, להציג "Dream ticket" שבו יופיע הנשיא ה-38 של ארצות הברית, ג'רלד פורד, כסגנו. אולם, הלה, שכבר עמד בראש הפירמידה, התנה זאת בקיום מעין "Co-presidency", שבמסגרתה יינתנו לסגן הנשיא סמכויות ביצוע ממשיות ורחבות מכפי שהיה נהוג. הרעיון ירד עד מהרה מעל סדר היום, על רקע סירובו של רייגן לחלוק בסמכות והקושי הכרוך בקידום תיקון חוקתי מתאים (Richard V. Allen, *Georg Herbert Walker Bush; The Accidental Vice President* NEW YORK TIMES (30.7.2000)). יודגש כי הרעיון כשלעצמו אינו בלתי אפשרי, אך נדרש תיקון לחוקה. הואיל ונותרו כשלושה חודשים בלבד בין מועד העלאת הרעיון לתאריך הבחירות, זהו פרק זמן קצר מדי מכדי לערוך בו תיקון לחוקה בהתאם לפרוצדורת השינוי המורכבת הקבועה בחוקה האמריקנית. אנקדוטה זו מוזכרת כי מומחים משפטיים לא שללו את האפשרות על הסף, אלא רק התנו אותה בתיקון החוקה. ואילו בענייננו, מוסד ממשלת החילופים עוגן במסגרת תיקון 8 בחוק יסוד: הממשלה. יש לזכור כי המשטר הדמוקרטי אינו מוגבל למודל אחד; כללי השלטון באנגליה שונים מאלה שבארצות הברית, ואלה בתורם שונים מאלה המקובלים במדינת ישראל. אין בכך כדי לשלול אפשרות שתקון מסוים במבנה השלטון יפגע בעקרונות יסוד דמוקרטיים. ממשלה המבקשת להאריך את כהונתה לתקופה בת 10 שנים, היא דוגמה מובהקת לכך. עם זאת, בנושאים רבים ומגוונים קשה עד מאוד למצוא אמות מידה שיבחינו בין החוקתי

והלגיטימי ובין הלא חוקתי. כפי שכבר הזכרתי, מדינת ישראל עצמה התנסתה בהמרת המשטר הפרלמנטרי במשטר הבחירה הישירה, המשלב אלמנטים פרלמנטריים ונשיאותיים. אימוץ מודל משטרי חדש, ובהמשך חזרה אל השיטה הקודמת, אינם נגועים, כשלעצמם, בפגמים השוללים את הלגיטימציה החוקתית של השינוי. הדברים נכונים בקל וחומר ביחס להסדר אי האמון שבסעיף 43ח, לנוכח היקפו ומהותו.

הסדר אי האמון – סוגיית התחולה

9. האם יש בתחולתו המיידית של סעיף 43ח לחוק יסוד: הממשלה כדי לשנות את התמונה, ולהצדיק התערבות שיפוטית? כאמור, עמדתי היא כי נוכח סיום כהונתה של הממשלה ה-35, שכינה מכוח אמון הכנסת ה-23, היבט זה הפך תיאורטי ביחס לתיקון 8 כולו – וממילא גם ביחס להסדר אי האמון.

עם זאת, ובגדר למעלה מן הצורך, אומר כי גם לו היה מקום לדון בהיבט זה, הרי שלא היה בו כדי לשלול מסעיף 43ח את מעמדו החוקתי ולשנות את תוצאת ההליכים שבכותרת. חברי, המשנה לנשיאה, גורס כי התחולה המיידית של סעיף 43ח אינה עונה על דרישת הכלליות, המהווה אחד מרכיבי "שלב הזיהוי" – וכוללת גם את "הכלליות במישור הזמן". על פי השקפתו, הליך הרכבת הממשלה מהווה "המשך ישיר, טבעי ומתבקש של הבחירות לכנסת", כך ששינוי הכללים "ביחס לאופן הרכבת הממשלה ולהבעת אי-אמון בה, לאחר הבחירות ובטרם הורכבה הממשלה – הוא [...] שינוי חוקתי רטרואקטיבי". לדידו, השתרשה במשפט החוקתי הישראלי נורמה ראויה לפיה שינויים משטריים "משמעותיים" יבוצעו רק מאחורי "מסך בערות", באופן הצופה פני עתיד ומנותק מן האינטרסים המידיים של יוצריהם. נוכח חשיבותו של סעיף 43ח, המכביד על הבעת אי אמון בממשלה, ומהווה חלק מתיקון 8, "אשר קבע מנגנון משטרי רחב, חדיש ומפורט" (ראו פסקאות 137 ו-138 לחוות דעת חברי), סבור, אפוא, חברי כי "החלתו המיידית של התיקון (לאחר הבחירות וטרם הקמת הממשלה החדשה) היתה פגומה, ונגועה בליקוי של שימוש לרעה בסמכות המכוננת" (פסקה 128 לחוות דעתו). מעבר לכך, חברי סבור כי סעיף 43ח לחוק יסוד: הממשלה לוקה גם ב"פרסונליות", מאחר שביסודו עמדו שיקולים "אישיים" ו"פוליטיים-צרים", הקשורים בהקמת הממשלה ה-35. לדבריו, "ברור איפוא מיהם הגורמים שהתיקון לחוק-היסוד יטיב עימם, ומשכך הוא איננו עומד, ככזה, במבחן 'מסך הבערות'" (פסקה 143 לחוות דעתו). אף על פי כן, חברי רואה במשברים, הפוליטי והבריאותי, שעמם התמודדה מדינת ישראל באותה עת משום הצדקה "חלקית" לשימוש בסמכות המכוננת –

ומסתפק, אפוא, במתן "התראת בטלות (במובנה ה'מרוכך') באשר לנושאים שעליהם נסבו הצו על תנאי הראשון והשלישי", כמצוטט לעיל (פסקה 153 לחוות דעתו).

לעמדה זו לא אוכל להצטרף. להשקפתי, התחולה המיידית של סעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה אינה חורגת מ"מבחן הזיהוי" ומעקרונות היסוד של השיטה. זהו נימוק נוסף השולל מתן "התראת בטלות" בנוסח שהגדיר חברי – מעבר לכוללניות הכרוכה בכך, כאמור לעיל.

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.

פרסונליות

11. אשר לסוגיית הפרסונליות – הנחת המוצא היא כי "מתן 'פטור' מפיקוח פרלמנטרי לממשלה מסוימת, במצבים שבהם ממשלות עתידיות יהיו כפופות לו, מהווה נורמה פרסונלית מובהקת (במובן המוסדי של המונח) – וממילא, לא ניתן לסווג אותה כנורמה חוקתית, במקום שבו היא מבקשת לעקוף הוראות יסוד של המשטר הדמוקרטי בישראל" (עניין שפיר, פסקה 8 לחוות דעתי, ופסקה 40 לחוות דעת הנשיאה א' חיות). אולם, זה רחוק מלהיות המצב בענייננו, שכן 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 תיהנה 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 שכונן אותה יזכה ליהנות ממנה בטווח הארוך – או שהיוצרות הפוליטיות יתהפכו, ואת פירות הכרסום במוסד אי האמון יקטוף דווקא המיעוט-דהיום.

כמובן, חקיקת קבע אינה חסינה מפני הטיות פרסונליות, וניתן לחשוב על הסדרים המשרתים במובהק את אינטרס המחוקק העכשווי – למשל, באמצעות העדפה לא מידתית של רשימות המכהנות בכנסת המחוקקת בכל הקשור למימון מפלגות או שידורי תעמולה (ראו בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969); בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981)). אולם, סעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה אינו נמנה על חריגים אלה, הואיל ומדובר בנורמה כללית שלא ניתן היה לנבא בזמן אמת את השפעותיה ארוכות הטווח. למעשה, כבר כעת – מעט יותר משנה מאז כינונו – ניתן לחזות בתוצאותיה הבלתי צפויות של יצירתו מאחורי מסך בערות: רשימות שנטלו חלק בממשלה ה-35, ובכינון תיקון 8 לחוק יסוד: הממשלה, נותרו מחוץ לממשלת החילופים ה-36, וההסדר שקבעו מציב בפניהן משוכה גבוהה יותר בדרך להבעת אי אמון בממשלה זו. בנסיבות אלה, אין כל עילה להתערב בשיקול הדעת של הרשות המכוננת וליטול מסעיף 43 את מעמדו החוקתי.

12. ודוקו, אני נכון להניח כי הנסיבות הפוליטיות ששררו ערב הקמת הממשלה ה-35 הניעו את גלגלי תיקון 8, שסעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה נמנה על הוראותיו, ולמצער השפיעו על תוכנו. ברם, הרקע לחקיקה אינו פוסל אותה. חקיקה נועדה, בין היתר, לפתור בעיות שהתרחשו במציאות. היכולת להגיב בצורה דינמית, 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 (ראו מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" חוקים יב 173, 179-180 (2018); ונדיב מרדכי, מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס מדריך למחוקק 65-66 (2015)).

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

"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" (בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פסקה 17 לחוות דעת הנשיאה ד' ביניש (7.4.2011); להלן: עניין בר-און).

בעשור שחלף מאז נכתבו דברים אלה, 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. אדרבה, הובהר כי "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" (פסקה 5 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן; ראו גם בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 16 לחוות דעת חברתי הנשיאה א' חיות (17.8.2016)). 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. כך, ביתר שאת, על פי גישתי באותו עניין, ששמה דגש על מאפייניו הייחודיים של חוק יסוד: משק המדינה. זאת, במובן שהתיקון נעשה בהוראת שעה, ותוכנו הקונקרטי אינו משתלב עם הוראות אחרות של חוק היסוד.

13. 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. על קצה המזלג, אזכיר את חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 2) משנת 1979 (להלן: תיקון 2 לחוק יסוד הממשלה הראשון), שהתיר למנות שני סגנים לראש הממשלה, ובא לעולם על רקע הרחקתו של שמחה ארליך ממנוח מתפקיד שר האוצר. במהלך הדיון בהצעת התיקון בקריאה ראשונה, טען ח"כ יעקבי מהמערך כי "חוק ארליך" המוצע כאן היום [...] אינו אלא נסיון להנשמה מלאכותית לממשלה [...] תוך התעלמות ממהותו של חוק יסוד, לצרכים אישיים וקואליציוניים" (פרוטוקול ישיבה 265 של הכנסת ה-9, 271 (5.11.1979)). ח"כ אולמרט, איש הליכוד, לא הכחיש זאת, אך הדגיש כי "זה נסיון להצטעצע לומר כאילו זו הפעם הראשונה בתולדות מדינת ישראל שהוצע חוק המשנה את הרכב הממשלה או מתכונת פעולת הממשלה בהתאם למצב פוליטי" (שם, בעמ' 272).

מניע דומה, והשפעה דומה, היו גם לחוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 4) משנת 1981 (להלן: תיקון 4 לחוק יסוד הממשלה הראשון). התיקון כונן את תפקיד "ממלא מקום ראש הממשלה", ושר המשפטים משה נסים, שהציג אותו למליאת הכנסת, לא הסתיר את ההקשר הפוליטי המובהק שלו: "אדוני היושב ראש, הוראה זו יש לה תוקף וזכות לעמוד בפני עצמה. אין בה כדי לשנות סדרי בראשית. היא איננה משנה מהות. היא רצויה בפני עצמה בכל עת ובכל שעה, אבל תוקפה היום הוא כפול ומכופל משום שהיא באה בעת שאנחנו עומדים לכוון, ברצות השם, ממשלת אחדות לאומית, המבוססת על שוויון ואיזון בין שני המחנות הגדולים במדינת ישראל. לכן ראוי לתת ביטוי למעמד של שני האישים העומדים בראש המחנות הללו – האחד ראש הממשלה והאחר ממלא מקום ראש הממשלה – ולתת בידיהם סמכויות נאותות" (פרוטוקול ישיבה 6 של הכנסת ה-11, 55-56 (13.9.1984)).

עוד אזכיר את חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8) משנת 1994, בו נקבע כי ההוראה המונעת מחבר כנסת שפרש מסיעתו לכהן כשר בתקופת כהונתה של אותה כנסת לא תחול במקרה של התפלגות מסיעה. למרות ביקורת חריפה של חברי האופוזיציה, שסברו שמדובר בחקיקה פרסונלית שתכליתה לאפשר את צירופם המיידית של חברי הכנסת גונן שגב ואלכס גולדפרב לממשלה (ראו דברי חברי הכנסת לוי, רביץ, מרידור וזנדברג, בפרוטוקול ישיבה 233 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-13, 3-4 (24.10.1994), ובפרוטוקול ישיבה 235 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-13, 3-4, 8-9, 12 ו-14 (31.10.1994)), התקבל התיקון ובו הוראה מפורשת לפיה "אין נפקה מינה אם הפרישה או ההתפלגות היו לפני תחילתו של חוק זה או לאחריו" (סעיף 3 לתיקון). גם תיקון זה משקף, אפוא, את התפיסה לפיה אין מניעה לעגן בחוק יסוד הסדר קבע שתכליתו ראויה – הבחנה בין פרישה פסולה להתפלגות לגיטימית – אף אם שורשיו נעוצים בצורך פוליטי ספציפי.

דוגמה נוספת מספק חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44), המסמיך את כנסת ישראל להפסיק את חברותו של חבר כנסת שיש במעשיו משום הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל (להלן: חוק ההדחה). גם במקרה זה, ההיסטוריה החקיקתית מעידה כי ה"תמריץ" לכינון התיקון (שעתירות לפסילתו נדחו; בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.5.2018)) היה קונקרטי מאוד. כך, למשל, ציין שר המדע, הטכנולוגיה והחלל דאז אופיר אקוניס, כי "אם בית-המשפט העליון היה פועל לפי חוק-יסוד: הכנסת, סעיף 7א, ופוסל, למשל, את חברת כנסת זועבי שהייתה ב'מרמרה' – במצב הזה לא היה צריך את חוק ההשעיה" (פרוטוקול ישיבה 120 של

הכנסת ה-20, 87 (28.3.2016). זאב אלקין, שר העלייה והקליטה דאז, תקף את התנגדות האופוזיציה לתיקון, והאשים כי "תכף נראה פה את כולם – גיוס המוני, למען מי? למען חנין זועבי. עוד לא זכתה חנין זועבי לכזאת תמיכה בכנסת ישראל – כמו מה שאתם מארגנים לה היום" (שם, בעמ' 211). במקרה זה, תחולת התיקון הוגבלה אמנם למעשה שנעשה "לאחר תחילתו" (סעיף 2 לתיקון), אך הוא שב ומוכיח כי הרשות המכוננת לא מצאה פגם בקיומו של תמריץ קונקרטי לעיגון הסדר קבע חוקתי-משטרי.

14. לטעמי, די בדוגמאות אלה כדי להבהיר שאין במניעים הפוליטיים המיוחדים לתיקון 8 כדי ליטול את מעמדו החוקתי של סעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה בעוון "פרסונליות", שעה שמדובר בהסדר קבע שתכליתו ראויה. אכן –

"יש להימנע מכפייתן הר כגיגית של תפיסות חוקתיות מופשטות על החוקה הישראלית, תוך התעלמות מן הצביון הייחודי שפיתחה [...] עקרונות יסוד מסוימים אמנם קנו להם אחיזה בשיטת המשפט הישראלית, והפכו לחלק מגרעין אופייה היהודי-דמוקרטי [...] אך 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'" (עניין התקציב הדו שנתי, פסקה 3 לחוות דעתי; ראו גם עניין שפיר, פסקאות 9-10 לחוות דעתי).

על בית המשפט, בכובעו כפרשן המוסמך של החוק, לדלות, אפוא, את עקרונות היסוד של החוקה הישראלית מתוכה, ולהעניק משקל רב לאופן שבו התפתחה חוקה בלתי גמורה זו במהלך העשורים האחרונים – בין אם מדובר בעיניו במודל ראוי של חוקה ובין אם לאו. כאמור, עיון בהתפתחות חוקי היסוד המשטריים מבהיר שהחוקה הישראלית רוויה הסדרי קבע חוקתיים משטריים שנוצרו עקב צורך פוליטי נקודתי, ואינה מייחסת להם "פרסונליות" פסולה.

רטרופקטיביות

15. למעשה, נימוקים דומים שומטים את הקרקע גם מתחת לרגל הראשונה שבה תומך חברי את מסקנתו בדבר התראת הבטלות, קרי, תחולתו המיידית וה"רטרופקטיבית" של תיקון 8.

בהקשר זה, חברי מבקש להבחין בין שינויים משטריים "משמעותיים", שלגביהם השתרשה, כביכול, נורמה לפיה תחולתם תהיה רק מהכנסת הבאה – ובין שינויים משטריים משמעותיים פחות, שאותם ניתן להחיל לאלתר. לטעמו, תיקון 8, ובכללו סעיף 43 ח לחוק יסוד: הממשלה, מייצג שינוי משטרי "משמעותי", כך שתחולתו המיידית הייתה עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת אלמלא נמצאה לה "הצדקה חלקית".

דא עקא, עיון בהיסטוריה החוקתית מטיל ספק רב בקיומה של נורמה כזו – ובכל מקרה, אינו מאפשר לקבוע כי תיקון 8 משתייך לאותם תיקונים "משמעותיים" שעקרונות היסוד של השיטה עשויים לשלול, על פי הקו שמציג חברי, את תחולתם המיידית. אכן, צודק חברי כי חוק יסוד הממשלה השני וחוק יסוד: הממשלה הנוכחי הוחלו רק מן הכנסת הבאה, אך – מן הטעמים שאבהיר להלן – קשה לראות בהם עדות לתפיסה כללית לגבי מועד תחולתם של שינויים משטריים. כך, במסגרת הדיון בשאלת תחולתו של חוק יסוד הממשלה השני, שאימץ, כזכור, את מודל הבחירה הישירה, ציין ח"כ רובינשטיין כי "צריך להיות ברור שהסמכויות וכל האמור בחוק זה חלים רק לאחר בחירות שהתקיימו לפניו". יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ח"כ לין, הסכים, והבהיר כי:

"לא ניתן לראש ממשלה שנקבע בהסכם קואליציוני את הכוחות שיש לראש ממשלה שנבחר בבחירה דמוקרטית ישירה ואמיתית על ידי העם" (פרוטוקול ישיבה 273 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 34 (25.6.1991))

למקור כוחה של הממשלה השפעה משמעותית על יחסי הגומלין בינה ובין הכנסת. לכן, מובן שאין לערב מין בשאינו מינו ולהחיל על הממשלה שכינה בעת כינון חוק יסוד הממשלה השני – אשר פעלה מכוח אמון הכנסת – הסדרים המתאימים לממשלה השואבת את כוחה מן הבחירה הישירה של הציבור בראש הממשלה. כמובן, חוק היסוד משנת 2001, שביטל את הבחירה הישירה והשיב על כנו את המשטר הפרלמנטרי הקלאסי, מהווה תמונת מראה לכך: כל עוד כיהנה ממשלה השואבת את כוחה מן הציבור עצמו, וזה היה המצב בעת קבלת גרסה זו של חוק היסוד, לא היה מקום לכוול אותה בסד המתאים לממשלה הפועלת מכוח אמון הכנסת – על כל המשתמע מכך. כל שניתן להסיק, אפוא, מתחולתם העתידית של שני חוקי יסוד הממשלה האחרונים הוא כי יש צורך בבחינה מהותית של ההסדר, על מנת לקבוע האם ניתן להעניק לו תחולה מיידית, או שתחולה כזו תחתור תחת תכליתו ואינה ראויה.

אינדיקציה להעדר נורמה גורפת של תחולה בכנסת הבאה, מספקת הוראת התחולה ביחס לחוק יסוד הממשלה הראשון, לפיה "הממשלה המכהנת ערב תחילתו של חוק יסוד: הממשלה רואים אותה כמכהנת לפי אותו חוק יסוד" (סעיף 1 לחוק הממשלה (הוראות מעבר), התשכ"ח-1968, ס"ח 232). הוראה זו עוגנה אמנם בחקיקה נפרדת – בנימוק שאין לכלול הוראות מעבר בתוך "מסגרת של חוק יסוד שנועד להיות באחד הימים פרק בחוקת המדינה" (פרוטוקול ישיבה 210 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-6, 3 (24.7.1968)) – אך אין בכך כדי לשנות את מהותה: תחולה מיידית של הסדר משטרי משמעותי חדש. ודוקו, חוק היסוד הראשון שימר, אמנם, את "עיקרי המשטר שלנו כפי שהוא קיים עד עכשיו", אך הובהר כי "בעניינים שונים יש שינויים חשובים לעומת המצב הקיים" (דברי יו"ר ועדת המשנה לחוקי יסוד, ח"כ צדוק, במהלך הדיון במליאת הכנסת לקראת אישור חוק היסוד בקריאה שניה ושלישית (פרוטוקול ישיבה 319 של הכנסת ה-6, 3095-3098 (6.8.1968)); ההדגשה אינה במקור. ראו והשוו, שטרית, בעמ' 124). אף על פי כן, ולמרות שעצם העלאת "עיקרי המשטר" אל ראש פירמידת הנורמות מהווה, לכאורה, שינוי משטרי מהותי, החליטה הכנסת להחיל את חוק היסוד על הממשלה המכהנת. לטעמי, יש בכך כדי לתמוך בעמדה לפיה התחולה העתידית של שני חוקי יסוד הממשלה המאוחרים נעוצה במהות ההסדרים, המבוססים על מקור כוחה של הממשלה, ולא בתפיסה כללית לגבי מועד תחולת שינויים משטריים.

16. חברי תומך את יתדותיו גם בחוק ההדחה – תיקון 44 לחוק יסוד: הכנסת שכבר הוזכר לעיל, בו נקבע כי בקשה להפסקת חברות בכנסת מכוחו תוגש רק "בעקבות מעשה שנעשה לאחר תחילתו של חוק יסוד זה". דא עקא, תיקון זה מוכיח, לטעמי, דווקא את ההפך: הרשות המכוננת הסתפקה בתחולת חוק היסוד על מעשה שבוצע לאחר כניסתו לתוקף, ודחתה בפה מלא הצעה להחיל את מנגנון ההדחה רק מן הכנסת הבאה, כפי שהיה עליה לנהוג, לכאורה, לפי עמדת חברי. משמע, מדובר בנורמה שנועדה להגן על אינטרס הציפיה של חברי הכנסת, ולהבטיח כי לא יודחו בגין מעשה שאי אפשר היה לצפות את תוצאותיו בעת ביצועו. לעומת זאת, היא אינה רואה צורך להגן על "ציפיות הבוחר" ולעכב את כניסת התיקון לתוקף עד כינוס הכנסת הבאה, לאחר עריכת בחירות (ראו פרוטוקול ישיבה 213 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 84-85 (21.6.2016), ופרוטוקול ישיבה 233 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 89-90 (12.7.2016)).

17. על רקע תמונה נורמטיבית זו – כמו גם שינויים נוספים בחוקי היסוד המשטריים, שרשימה חלקית שלהם הוצגה בחוות דעת חברי (פסקאות 134-137 לחוות דעתו) – אין בחוק יסוד: הממשלה (תיקון), ס"ח התשע"ד, 346 (להלן: תיקון 1), כדי להוביל למסקנה שונה. אכן, בתיקון זה נקבע כי הוראותיו יחולו רק "מהבחירות לכנסת העשרים", ולא במהלך חיי הכנסת ה-19 שכוננה אותו. אולם, בהתחשב בכך שהוראות אלה כללו, בין היתר, את הגבלת מספר השרים וסגני השרים (סעיפים 1 ו-2 לתיקון), ספק רב האם דחיית התחולה מעידה על "תודעת חיוב" – אם לשאול מונח שנעשה בו שימוש בהקשר של "המנהג החוקתי" (ראו, למשל, עניין אבירם, פסקאות 6 ו-8 לחוות דעתי, ובג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקאות 15 ו-29 לחוות דעת חברי, השופט י' עמית (20.8.2020)) – או נובעת משיקולים פוליטיים ומעשיים, כגון קושי ליישם את הוראות התיקון באופן מיידי.

יתר על כן, תחולתו העתידית של התיקון האמור חושפת את הקושי בהבחנה שעורך חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר, בין שינויים משטריים שונים. לא מצאתי טעם לכך שהגבלת מספר השרים (מושא תיקון 1 צופה פני העתיד) נתפסת כשינוי "משמעותי", בעוד הגדלת מספר סגני ראש הממשלה או יצירת תפקיד ממלא מקום ראש ממשלה (במסגרת תיקונים 2 ו-4 לחוק יסוד הממשלה הראשון) היא עניין "מצומצם" שניתן להחיל באופן מיידי. קושי זה ממחיש אף הוא את העדר "תודעת חיוב" לגבי תחולתם העתידית של הסדרים משטריים, ומחזק את המסקנה כי לא ניתן לקבוע שתנאי הפרוספקטיביות – במובן המוצג על ידי חברי – מהווה תנאי לזיהוי של נורמה כבעלת מעמד חוקתי. הקושי מתעצם כאשר בכל מקרה סבור חברי כי יש לדחות את העתירה, ומטרת ההנמקה היא קביעת התראת בטלות כללית מרוככת. על כך ארחיב בסמוך.

לאור הסקירה דלעיל, אינני סבור שיש בתפקיד המיוחד והחד פעמי שביקשה הכרזת העצמאות להעניק לאספה המכוננת, כדי ללמד על כך שכנסת ישראל – החובשת כיום שני כובעים, ועוסקת בתהליך מתמשך של יצירת פרקי חוקה – נדרשת "להתפזר" על מנת לאפשר לכל חוק יסוד משטרי, או תיקון לו, להיכנס לתוקף. זאת ועוד, אין ביתרונות המעשיים שחברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר, מוצא בדחיית מועד התחולה של נורמות משטריות יסודיות כדי לשנות את הדין המצוי, ולאפשר, בשל כך, התערבות שיפוטית בהחלטות הרשות המכוננת.

18. אסכם, כי לשיטתי אין בדין הנוהג בסיס לנטילת מעמדו החוקתי של תיקון משטרי בעל תחולה מיידי – אלא אם דחיית התחולה מתחייבת מתכליתו, כפי שקרה

בהקשר של חוקי יסוד הממשלה האחרונים. תיקון 8, כמוהו כתיקונים משטריים רבים שהוחלו כבר במהלך חיי הכנסת שכוננה אותם, אמנם מכיל חידוש חוקתי, אך אין בעצם קיומו של חידוש כזה כדי לחייב את דחיית התחולה.

ודוקו, שינוי כללי המשחק באופן הפוגע בציפיות הסבירות של הבוחרים, ובזכות לבחור ולהיבחר, עשוי לעורר קושי. כך, ניתן לחשוב כי תיקון המורה על קיום בחירות ישירות לראשות הממשלה לאחר שכבר התקיימו בחירות כלליות לאותה כנסת אינו ראוי, משום שההיסטוריה הקרובה תומכת בהשערה לפיה פיצול פתקי ההצבעה עשוי להשפיע באופן מהותי על שיקולי הבוחר (ראו, למשל, איל גבאי "שינוי רטרופקטיבי בחוק יסוד: הממשלה – חוקתיותו" הפרקליט מד 151, 155-157 (1998)). במקרה זה, התחולה המיידית של התיקון פוגעת, אפוא, בזכות האזרח לבחור ולהיבחר, ואפשר שיש בה מאפיינים פרסונליים ורטרופקטיביים בעייתיים.

לעומת זאת, שינוי במבנה הממשלה ובחלוקת הסמכויות הפנימית בין מרכיביה אינו כה משמעותי. ראשית, כפי שציין גם חברי המשנה לנשיאה, "ממשלות חילופים, או רוטציה, הוסדרו בעבר באמצעות הסכמים קואליציוניים" (פסקה 137 לחוות דעתו). כמובן, אין דין הסכם כדין חוק יסוד, אך די בעובדה היסטורית זו כדי להקהות את עוקץ הטענה לפגיעה בציפיית הבוחר. הרי ממילא ניתן היה להגיע לתוצאה באותו כיוון מבחינת הממשלה שתקום, גם אם באמצעות הסכם קואליציוני ולא באמצעות שינוי החוק. כך, למשל, הסכמים קואליציוניים מאפשרים מתן "כוח הצבעה" שווה לרכיבים השונים של הממשלה, באמצעות מינוי מספר שווה של שרים, באופן המגשים את יסוד הפריטטיות (סעיף 13א(ד) לחוק יסוד: הממשלה). שנית, חלק לא מבוטל מהשינויים שעוגנו במסגרת חלופת ממשלת החילופים אינו אלא התאמה של הסדרים קיימים, או כאלה שאינם "משמעותיים" כשלעצמם: כך, למשל, כהונת ממלא מקום ראש ממשלה (סעיף 43ב) כבר הוסדרה עקרונית (סעיף 5(ד)), והכפפת סמכות ראש הממשלה לפטר שרים להיבט ה"זיקה" (סעיף 43ד לחוק יסוד: הממשלה), בוודאי אינה משמעותית יותר מעצם עיגונה של סמכות זו – שניתנה לה תחולה מיידית בתיקון 3 לחוק יסוד הממשלה הראשון (אותו הזכיר חברי, בפסקה 134 לחוות דעתו). בל נשכח כי על פי שיטת הממשל בישראל, העם בוחר בכנסת, והכנסת מביעה אמון בממשלה. עולה כי הכנסת שקלה שיקולים כגון מגפת הקורונה והכישלון המתמשך בהקמת ממשלה. שיקולים לגיטימיים כשלעצמם. לכן, גם אם הווריאנט של הממשלה הפריטטית (סעיף 13א(ד)) מהווה חידוש, הוא אינו כזה השולל תחולה מיידית. תיקון 8 אינו עוסק בשינוי המשטר, ואין להקיש לגביו מחוקי היסוד שהמירו את המודל הפרלמנטרי בבחירה ישירה, ולהפך.

משכך, אין לייחס לסעיף 43 ח לחוק יסוד: הממשלה "רטרופקטיביות" הנוטלת את מעמדו החוקתי – וזאת, ללא צורך ב"הצדקות" כלשהן.

עוללות

19. אשר לחובת מיצוי ההליכים במסגרת עתירות חוקתיות, עילה שלטענת המשיבים די בה כשלעצמה כדי לחרוץ את גורל העתירות הנוכחיות, אומר רק כי מקובלת עלי עמדת חברתי, הנשיאה א' חיות, לפיה יש לבחון "בכל מקרה לגופו האם נכון לעמוד על הדרישה למצות ההליכים בעתירות שבהן נתקף דבר חקיקה ראשית, ואין להקפיד בכך הקפדה יתרה, שאינה הכרחית, מקום שדרישה כזו אין בה תועלת" (דנג"ץ 912/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר האוצר, פסקה 7 (21.4.2021)). בעיני ברור כי יש שוני בין פנייה מוקדמת לעתירה נגד רשות מינהלית ובין עתירה חוקתית. אין טעם בפנייה מוקדמת שכל תכליתה לצאת ידי חובת הפנייה המוקדמת, ולחובה כזו אף עלול להיות אפקט מצנן. אף על פי כן, גם בעתירות חוקתיות ישנם מקרים שבהם הפנייה המוקדמת עשויה להועיל, אך עדיין יש לשקול שיקולים מעשיים. בכל מקרה, אין לקבוע כלל גורף שיהווה תנאי להגשת עתירה חוקתית.

20. כשלעצמי, התקשיתי למצוא טעם בהבחנה בין התראת בטלות להתראת בטלות מרוככת. מכל מקום, כפי שכבר הערתי לעיל, תרומה ממשית לאיכות הדיאלוג בין בית המשפט לכנסת ישראל בכובעיה השונים מחייבת מתן התראות ברורות וממוקדות. אמירה כללית לגבי עננה משפטית מרחפת עלולה להקשות על הכנסת להבין את המסר, וליצור זילות בהתראותיו של בית משפט זה. בענייננו, היקפה הרחב של ההתראה המוצעת, והתייחסותה הכוללנית ל"שינויים משטריים משמעותיים", מעצימים קושי זה – ולטעמי, די בכך כדי להסיר מעל הפרק את סעד התראת הבטלות (ראו לעיל, פסקאות 3 ו-9 לחוות דעתי).

סוף דבר

21. לו תישמע דעתי, נדחה על הסף את העתירות לגבי הוראת הרוב המיוחס (70) וסוגיית התחולה, אשר הפכו תיאורטיות עם התפזרות הכנסת ה-23 וסיום כהונת הממשלה ה-35. כמו כן, נדחה את העתירה לגבי הסדר אי האמון, בהעדר עילת התערבות בפעולותיה של הרשות המכוננת – לרבות במישור התחולה המיידית של

סעיף 43 ח לחוק יסוד: הממשלה. אין מקום להתראת בטלות כלשהי, מהנימוקים שפורטו לעיל.

בהתחשב בנסיבות בהן בא הדיון אל קיצו, ובחשיבות הסוגיות שעוררו העתירות, אציע כי לא יהיה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

1. שלוש מערכות בחירות שהסתיימו פעם ועוד פעם ועוד פעם בחוסר הכרעה והיעדר יכולת להקים ממשלה, הביאו במהלך השנים 2019 ו-2020 למשבר פוליטי חריף וחוסר תקדים. אם לא די בכך, במהלך תקופה זו פרצה מגפת הקורונה ועם התפשטותה עשתה שמות ברחבי תבל והכניסה לסחרור את מערכת הבריאות בישראל ואת המשק הישראלי בכללותו. על הרקע הזה נולדה "ממשלת חילופים", היא ממשלת ישראל ה-35, כפתרון יצירתי שמטרתו להתגבר על השסע הפוליטי העמוק ולאפשר ניהול תקין של המדינה בעיתות משבר מסוג שכמותו טרם חווינו (להלן: ממשלת חילופים).

עניינן של העתירות שלפנינו בחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה) (ס"ח התש"ף, 34) (להלן: תיקון מס' 8), שבו עוגנו אותם הסדרים שאפשרו את הקמת הממשלה ה-35 כממשלת חילופים. ויובהר: הסדרים אלה לכתחילה נועדו לשמש כמוצא מדרך ללא מוצא שאליה נקלע השלטון בישראל, ומשכך נקבע בתיקון מס' 8 כי תחולתו היא מיידית.

2. בהתאם לצו על תנאי מיום 12.11.2020 שניתן בעתירות, בשלב זה עומדות לבחינתנו שלוש סוגיות: ראשית, הטענה לבטלותן של הוראות בתיקון מס' 8 המצמצמות את סמכותה של הכנסת להביע אי-אמון בממשלה, ומתנות תנאים לכך (להלן: סוגית אי האמון). שנית, הטענה לבטלותן של הוראות המגבילות את סמכותה של הכנסת לשנות את תיקון מס' 8 ומתנות כוח זה בהשגת רוב של 70 מחברי הכנסת (להלן: סוגית הרוב המיוחד). ולבסוף, הטענה כי תיקון מס' 8 וחוק ממשלת חילופים

(תיקון חקיקה והוראת שעה), התש"ף-2020 וההסדרים הכלולים בהם, כולם או חלקם, שנועדו לחול כבר בתקופת כהונתה של הכנסת ה-23 – בטלים ככל שלא יוחלו רק החל מתקופת כהונתה של הכנסת ה-24 ואילך (להלן: סוגית התחולה).

כידוע, ממשלת החילופים לא האריכה ימים – וזאת בשל פיזורת של הכנסת ה-23 ביום 23.12.2020 משלא התקבל חוק התקציב לשנת 2020. פיזור הכנסת אירע כחודש ומחצה בלבד לאחר שניתן הצו על תנאי, ועוד לפני שנקבע דיון לפנינו בהתנגדויות לצו. בנסיבות אלה מתעוררת שאלה אם יש לדחות על הסף את העתירות, בהיעדר משמעות מעשית להכרעה.

3. אני תמימת דעים עם חברי המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר, כי יש לדחות על הסף את טענות העותרים בסוגית הרוב המיוחס משזו הפכה לתיאורטית גרידא. כך, בנסיבות שבהן הוראת הרוב המיוחס נקבעה בהוראת שעה שתוקפה לתקופת הכנסת ה-23 בלבד – והוראה זו פקעה עם פיזורת של הכנסת ה-23 ובחירתה של הכנסת ה-24.

אשר לסוגית התחולה – דעתי כדעתו של חברי השופט נ' הנדל, כי גם סוגיה זו דינה להידחות על הסף. טענות העותרים בסוגית התחולה אינן מופנות כלפי הסדר ממשלת החילופים כשלעצמו, אלא כלפי החלתו המידית כבר על הכנסת ה-23; וברי אפוא שעם פיזורת של כנסת זו שאלת התחולה הפכה לעיונית. משההוראות המעגנות את הסדר ממשלת החילופים בחוק-יסוד: הממשלה הן הוראות קבע, אף אין הצדקה לברר באופן חריג את סוגית התחולה חרף היותה עיונית – בהיעדר סבירות כי שאלת התחולה של הוראות אלה תשוב ותתעורר בעתיד.

את סוגית אי האמון, לעומת זאת, אין מקום לדחות על הסף. במוקד סוגיה זו ניצב סעיף 43 לחוק-יסוד: הממשלה, המורה כי ראש הממשלה וראש הממשלה החלופי לא יוכלו לעמוד בראשות ממשלה שתקום בעקבות הצבעת אי אמון בממשלת חילופים (להלן: הוראת אי האמון). טענות העותרים בעניין זה אינן מתמצות בתחולתו המידית של הסעיף, אלא גם במהותו, ומשכך יש ערך מעשי בבירורן. לכך אפנה עתה.

4. את הביקורת השיפוטית על סוגית אי האמון יש לבחון במשקפי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת (להלן: דוקטרינת השימוש לרעה). דוקטרינה זו עמדה לבחינה אך לאחרונה בהרכב מורחב, במסגרת עתירות שהופנו כלפי תיקון מספר 50 לחוק-יסוד: הכנסת – שעניינו בדחיית המועד האחרון להעברת חוק תקציב שנתי ובהגדלת "התקציב ההמשכי" (בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021); להלן:

עניין שפיר). בפסק הדין שניתן שם התוותה הנשיאה א' חיות מבחן דו-שלבי להפעלת דוקטרינת השימוש לרעה – כאשר השלב הראשון הוא שלב הזיהוי, בגדרו בוחן בית משפט אם התיקון לחוק היסוד נושא מאפיינים צורניים וסימני היכר של נורמות חוקתיות; וככל שהתיקון אינו נושא מאפיינים אלה, השלב השני הוא שלב הציודוק ובגדרו עובר הנטל לכתפי המשיבים להראות כי יש הסבר המצדיק הכרה בתיקון לחוק היסוד כבעל מעמד חוקתי הגם שמבחינת מאפייניו איננו כזה. כפי שציינתי בעניין שפיר, סברתי ועודני סבורה כי המבחן הדו-שלבי הוא ראוי ונכון, ומכל מקום בשלב זה מדובר בהלכה נוהגת שלאורה יש לשקול הפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד.

אני צועדת כברת דרך עם המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר, בהגיעו למסקנה שסעיף 43 לחוק-יסוד: הממשלה צולח שניים מתוך שלושת מבחני העזר העיקריים בשלב הזיהוי – "מבחן היציבות" ו"מבחן ההשתלבות במארג החוקתי". שלא כמותו, אני סבורה כי הסעיף צולח גם את מבחן העזר השלישי – הוא "מבחן הכלליות"; ומשכך דעתי היא שאל לנו לקבוע כי התיקון מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

5. כפי שהיטיבה לבאר הנשיאה א' חיות בעניין שפיר, תפקידו של בית המשפט בבואו להפעיל את דוקטרינת השימוש לרעה הוא "להגן על החוקה המתגבשת מפני חדירה של נורמות, שאינן מצויות במדרג המתאים לכך, אל תוך המארג החוקתי באופן שעלול לגרום לשחיקה וזילות במעמדם של חוקי היסוד" (שם, בפסקה 31). במוקד מבחן הכלליות, שהוא כאמור אחד ממבחני העזר הנוהגים בשלב הראשון של הדוקטרינה, עומדת תפיסת יסוד שלפיה נורמה משפטית ראוי שתהא בעלת תחולה כללית ומופשטת, ושתחול על קבוצה בלתי מסוימת של פרטים. הדברים מקבלים משנה תוקף שעה שעסקינן בחקיקת יסוד – האמורה לשקף קונצנזוס חברתי רחב, להבדיל מאינטרסים הייחודיים לקבוצת רוב כזו או אחרת (ראו: עניין שפיר, בפסקה 40; אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" ספר ברנזון כרך שני: בני סברה 119, 164 (אהרון ברק וחיים ברנזון עורכים, התש"ס)).

תיקון מס' 8 שהסדיר את מוסד ממשלת החילופים בחוק-יסוד: הממשלה נערך סמוך לאחר הבחירות לכנסת ה-23 וזמן קצר לפני הקמתה של הממשלה ה-35, ותחולתו היתה מיידית. עצם העיתוי מעורר לכאורה חשד כי מדובר בהוראה פרסונלית במהותה שהוחלה באופן רטרואקטיבי, ועל כן אינה צולחת את מבחן הכלליות ואינה ראויה למעמד של נורמה חוקתית. אלא שעיתוי תיקון החקיקה אינו חזות הכל, ויש לתת מקום בגדרו של מבחן הכלליות למאפיינים נוספים של התיקון – שבענייננו מובילים בראייתי למסקנה הפוכה. ואפרט.

6. הסדר ממשלת החילופים אמנם עוגן בחוק-יסוד: הממשלה רק לאחר הבחירות לכנסת ה-23, ואולם לא ניתן לומר כי במועד זה מדובר היה בהסדר משטרי חדש שבא אל העולם. הרעיון של ממשלת אחדות המבוססת על רוטציה בין מפלגות איננו חדש בפוליטיקה הישראלית; הממשלה ה-21 של מדינת ישראל היתה ממשלת רוטציה; וערב כינונה של הממשלה ההיא תוקן חוק-יסוד: הממשלה באופן שעיגן את מוסד ממלא מקום ראש הממשלה, שהיווה נדבך חשוב בהסדר הרוטציה בין המפלגות (תיקון מספר 4 משנת 1984). ויצוין כי אותו תיקון של חוק היסוד הוחל אף הוא באופן מיידי בתקופת כהונתה של הכנסת שחוקקה את התיקון.

הנה כי כן, הגם שבדברי ההסבר לתיקון מס' 8 צוין כי ממשלת החילופים מהווה הסדר משטרי חדש – ניכר כי החידוש מתייחס לעיגון ההסדר בחקיקת יסוד, ולא לעצם הרעיון של ממשלת רוטציה. מבחינה זו תיקון מס' 8 איננו יצירת יש מאין במהותו, ומשכך אין לראות בו ובהוראת אי האמון שבכללו, ככזה שפוגע באינטרס ההסתמכות של הבוחרים. אמת הדבר – מוסד ממשלת החילופים נוצר ככורח של חוסר הכרעה פוליטית, שחזר על עצמו בבחירות לכנסת בפעם השלישית ברציפות בתוך תקופה של שנה; ומוסד זה איפשר את הקמתה של הממשלה ה-35, דבר שהיה נראה חסר כל סיכוי עד סמוך לפני כינונה. מבחינה זו, תיקון מספר 8 אכן נושא גם אופי פרסונלי. ואולם לא זה העיקר; ויש לטעמי לשים את כובד המשקל לעניין מבחן הכלליות על כך שעיגון ההסדר של ממשלת חילופים בחקיקת יסוד אין בו משום שינוי של כללי המשחק המוסדיים עד כדי שמצדיק את התערבותנו (ראו והשוו: איל גבאי "שינוי רטרופקטיבי בחוק-יסוד: הממשלה – חוקתיותו" הפרקליט מד 151, 162-167 (תשנ"ח-תש"ס)).

7. זאת ועוד. לא רק שהקמת ממשלת חילופים אינה מהווה שינוי של כללי המשחק תוך כדי משחק – אלא שנכון יותר לומר כי היא מהווה מימוש של המנדט שניתן למפלגות על ידי הבוחר; וגם אם איננו שבע רצון מהממשלה שהוקמה. כפי שכבר נזדמן לי להתבטא, "ראשיתו ואחריתו של מינוי ראש הממשלה הוא בהחלטת הבוחר המשלשל פתק לקלפי. תוצאות הבחירות מתורגמות באמצעות הסכמים קואליציוניים למציאות שלטונית קונקרטית ולכינונה של ממשלה. בתוך כך, כאשר רוב חברי הכנסת מבקשים את הטלת מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת מסוים, הם עושים כן כאמור מתוקף ייפוי הכוח שניתן להם בקלפי מאת הבוחרים. תוצאות הבחירות אף מייפות את ידי הכנסת להצביע אמון בממשלה ובעומד בראשה" (בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (27.5.2020), פסקה 5 לפסק דיני). יפים

לעניין זה גם דברי השופט י' עמית באותו עניין, בדבר "ייפוי כוח בלתי חוזר" שניתן לחברי הכנסת בקלפי מאת הבוחר:

"על פי כללי השיטה הפוליטית הנוהגת במדינה מאז הקמתה, ציבור הבוחרים מייפה את כוחם של חברי הכנסת ברשימות השונות לייצג אותו. 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." (שם, בפסקה 16 לפסק דינו).

ועוד יש להביא בחשבון במסגרת מבחן הכלליות את העובדה שהסדר ממשלת החילופים אינו הסדר כופה, אלא מוסד אופציונלי העומד לרשות נבחרים העם. נוסף על כך, 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. מבחן הזמן מלמד כבר כיום כי תיקון מס' 8 הוא בעל תחולה מבנית כללית, המתפרשת אל מעבר לממשלה ה-35. ולא רק זאת, אלא שמאז חקיקת התיקון היוצרות התהפכו באופן שאין כמעט זיהוי בין הגורמים הפוליטיים שהביאו לחקיקתו, ובין אלה שנהנים מפירותיו בממשלה הנוכחית. אמנם מבחן הזיהוי של חקיקת יסוד אינו נבחן כ"חכמה שלאחר מעשה", ואולם עובדה זו מהווה אינדיקציה נוספת לכלליותה של הנורמה.

8. בהתייחס להוראת אי האמון – הוראה זו היא נדבך מנדבכיו של הסדר ממשלת החילופים, ומטרתה ליצור "מאזן אימה" בין ראש הממשלה לראש הממשלה החלופי, שימנע את פירוק הממשלה בדרך של הצבעת אי אמון. הוראה זו מהווה כרסום מסוים ביכולת הפיקוח של הכנסת על הממשלה; ואולם, יש להשקיף על תיקון חקיקה זה ברקע הגבלות נוספות ומשמעותיות הרבה יותר שכבר הוטלו על מנגנון אי האמון בעבר – ובראשן קביעת הסדר אי האמון הקונסטרוקטיבי. יתרה מזאת, אני שותפה לעמדתו של חברי השופט נ' הנדל כי המניע לחקיקתה אינו פוסל אותה; והעיקר לענייננו הוא שהוראת אי האמון מהווה חלק אינטגרלי מהסדר ממשלת החילופים – שכאמור מהווה נורמה חוקתית הצולחת גם את מבחן הכלליות. עם זאת יובהר כי אין באמור כדי

להכשיר הגבלות נוספות על הצבעת אי אמון בממשלה, ככל שיהא בהן כדי לרוקן מנגנון זה מתוכן ולפגוע באופן ממשי ביכולת של הכנסת לפקח על הממשלה.

אכן, במדינת ישראל ידו של המחוקק קלה על ההדק בתיקון חקיקת יסוד, לא פעם מתוך צורך השעה הפוליטי, והמגמה בהקשר זה יוצרת חשש אמיתי מפני זילות של הנורמות החוקתיות. ואולם ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד יש להפעיל במשנה זהירות, תוך שמירה על עקרון הפרדת הרשויות, ולייחודה למקרים חריגים של שימוש לרעה בסמכות המכוננת. כמפורט לעיל, תיקון מס' 8, על הוראת אי האמון שבו, צולח את מבחן הזיהוי בדוקטרינת השימוש לרעה – ועל כן אינו מקים עילה להתערבותנו.

9. סופו של דבר, אם תישמע דעתי נדחה את העתירות על הסף ככל שהן מכוונות כלפי סוגית הרוב המיוחס וסוגית התחולה; ואת העתירות בסוגית אי האמון נדחה לגופן. לנוכח התוצאה שאליה הגעתי, אינני רואה מקום להורות על התראת בטלות.

ש ו פ ט ת

השופט ד' מין:

מצטרף אני לעמדת חבריי הסוברים כי דין העתירות להידחות ללא סייג. העתירות אינן מגלות כל עילה להתערבותנו בחוק יסוד ודי בכך כדי לדחותן. בנוסף כפי שהצביע חברי השופט נ' הנדל בחוות דעתו המקיפה, הכרעה בשתיים מתוך שלוש הסוגיות העומדות על הפרק אינה נדרשת שכן הדיון בהן נושא אופי תיאורטי מובהק. באשר להוראת סעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה, גם זו אינה מגלה כל עילה להתערבות. מנגד, חוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר ממחישה את הבעייתיות עליה עמדתי לאחרונה, בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר) ובבג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021), ואשר יגורתי – סריקתם של חוקי יסוד במסרקות ברזל ללא כל עיגון חוקתי – בא גם בא וחוששתני כי יקנה לו שבת במשטר החוקתי של מדינתנו.

1. שאלת סמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על הוראות חוק יסוד הינה שאלה מורכבת וסבוכה. מדובר בשאלה היורדת "לשורש הלגיטימיות של הרשות המכוננת לקבל הסדרים חוקתיים המשנים את אופיים של חוקי היסוד, ולשורש הסמכות של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על תוצרי פעולתה של הכנסת כרשות מכוננת" ((בג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 310 (2011) (להלן: עניין בר-און)). כבר עתה ייאמר כי עניין זה שלפנינו אינו מעורר סוגיות מסוג זה במלוא כובד משקלן. זאת, שכן הוראות חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה) רחוקות כמרחק מזרח ממערב מגדרי המקרים החריגים והנדירים שלגביהם יכולה הייתה להתעורר שאלת התערבות בית משפט זה בחוק יסוד. תמרוני ה"עצור" המרחיקים אותנו במקרה זה, מדיון על בטלות חוק יסוד, רבים הם מספור. לא בחוק רגיל עסקינן כי אם בחוק יסוד שמעמדו, על פי התפיסה שהשתרשה במשפטנו, על-חוקי. עצם הדיון בסוגיה חותר לטעמי תחת מושכלות יסוד, ביניהם עקרון הפרדת הרשויות. אולם נוכח צורך השעה, כמו גם חוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ'), אין מנוס מלהוסיף מספר הערות משלי שיש בהן כדי לשרטט קווים כלליים לעמדתי בסוגיה, מבלי שיהיה בכך כדי למצות דיון חשוב זה, שאינני סבור כאמור כי מתעורר הצורך לקיימו על פרטיו ודקדוקיו, בענייננו.

מעמדם של חוקי היסוד – מבט מלמעלה

2. ניתן היה לחשוב כי ענייננו איננו חורג מעבר ל-דל"ת אמותיה של דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות מכוננת" ואיננו נדרשים להידרש לשאלת הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד במבט רחב יותר. ברם, מלאכתנו לא תהא שלמה אם לא נרחיק ונביט בתמונה בכללותה ולו "ממעוף הציפור". זאת, שכן חברי המשנה לנשיאה (בדימ') אף כי התמקד רק ביישומה של דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות מכוננת", ולא בשאלה אם יש בכוחן של עקרונות יסוד כדי לפתוח פתח לביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, נדמה כי אין מנוס מלפתוח בשאלה יסודית זו – כלום יש "עיקרון-על" שיש בו כדי לגבור על "חקיקת-על", בדמות חקיקת יסוד?

שאלת קיומם של "עקרונות יסוד", או "עקרונות-על", שמהם נובעת התורה כולה, מצאה לה ביטוי לא פעם במאמרי חז"ל. ידועה היא אמרתו של שמעון הצדיק, מתקופת התנאים הקדומה כי: "על שלושה דברים העולם עומד: על התורה, ועל העבודה ועל גמילות חסדים" (משנה, אבות א' ב'). דוגמה נוספת מצויה בדרשה ארוכה בתלמוד הבבלי, בה מפרש האמורא רבי שמלאי פסוקים מהנביאים והכתובים ככאלו שנועדו לתמצת את מצוות התורה ולהעמידן על מספר עקרונות יסוד ("שש מאות ושלוש עשרה מצוות נאמרו לו למשה... בא דוד והעמידן על אחת עשרה... בא ישעיהו

והעמידן על שש... בא מיכה והעמידן על שלש... חזר ישעיהו והעמידן על שתיים... בא עמוס והעמידן על אחת... (בבלי, מכות כג ע"ב - כד ע"א). ביטוי נוסף לשאלת קיומם של "עקרונות יסוד" החולשים על כל היתר, ניתן למצוא גם בברייתא המפורסמת הבאה:

"מעשה בנכרי אחד שבא לפני שמאי אמר לו: גיירני על מנת שתלמדני כל התורה כולה כשאני עומד על רגל אחת. דחפו באמת הבנין שבידו. בא לפני הלל. גייריה [גייר אותו]. אמר לו: דעלך סני, לחברך לא תעביד, זו היא כל התורה כולה, ואידך - פירוש הוא; זיל גמור! [אמר לו: מה ששנוא עליך, לא תעשה לחברך, והשאר – רק פירוש, לך ולמד!]" (בבלי, שבת לא ע"א).

הברייתא מהדהדת את שאלת הבסיס. כלום יש "עיקרון-על" שחולש על הכל, שכוחו בלתי מוגבל, שהוא מתכלל הכול והכל נובע מתוכו? האם אפשר לדחוס הכל "על רגל אחת", לעיקרון-על, שהכל יהיה כפוף לו? בעוד שמאי דוחף את המעז לשאול על אפשרות כזו, הלל מקרבו. אם כי גם העיקרון הפשוט עליו מצביע הלל ("מה ששנוא עליך, לא תעשה לחברך") יכול שנושא הוא אופי כפול (רש"י על אתר, "לחברך לא תעביד": "זה הקדוש ברוך הוא"). מתח זה ילווה את דיוננו.

נתחיל מההתחלה.

3. אין חולק כי אין בישראל מסמך שלם שניתן לכנותו חוקה פורמלית. במובן זה, ה"חוקה" בישראל היא חריגה מחוקות העולם. אמנם, אין מודל חד-משמעי המגדיר מהי "חוקה". ל"חוקה" מובנים רבים. הוראות חוקה עשויות ליהנות מ"עליונות", היינו ממעמד נורמטיבי עליון ביחס לחקיקה רגילה; ומ"נוקשות", היינו נדרשת פרוצדורה מיוחדת לצורך שינויין (ראו למשל: יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 157 (1997); רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 34-35 (1997) (להלן: גביון, המהפכה החוקתית); אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט ח 291, 296 (2003) (להלן: רובינשטיין ומדינה, החוקה של מדינת ישראל)). הסדרה של כל "חוקה" משתנים מחברה לחברה: מהו המנגנון האוכף את עליונות החוקה ומבטל או מסייג חקיקה העומדת בניגוד לה; מהם המנגנונים המיוחדים שנקבעו לשינוי חוקה, בשונה מחקיקה רגילה; האם נדרש רוב מיוחד לצורך שינוי החוקה, האם יש צורך לקיים משאל עם או לכנס ועדה מיוחדת ועוד. גוף שבידיו סמכות מכוונת הוא אפוא גוף רב עוצמה אשר יש בידו להכריע

בשאלות אלה, ולמעשה בדרך זו לקבוע את "כללי המשחק" של השיטה המשפטית (רובינשטיין ומדינה, החוקה של מדינת ישראל, עמ' 320).

4. כך למשל בחלק מחוקות העולם הגדרת עליונותה של החוקה על פני חוקים רגילים באה לידי ביטוי מפורש. בחוקת קנדה (Constitution Act 1982, Article 52(1)) החוקה מוגדרת כחוק "עליון" וככל שהוראת חוק אינה עולה בקנה אחד עמה, לא יהיה לה תוקף. גם בחוקת בולגריה (Chapter I, Article 5) החוקה מוגדרת באופן דומה ואף חוק לא יכול לעמוד בסתירה לה. בדומה מוגדרת חוקת דרום אפריקה (Chapter 1, article 2) כאשר חוק שאינו מתיישב עמה אינו תקף. רבות מהחוקות הן חוקות "משוריינות", במובן זה שהן נוקשות ותיקונן מותנה ביישום פרוצדורה יוצאת דופן. כך למשל, שינוי של החוקה האמריקנית מצריך הליך רב שלבי, הכולל: בשלב ראשון, הצעת תיקון – המצריכה רוב של שני שלישי בשני בתי הקונגרס, או לחלופין רוב של שלישי מבתי המחוקקים המדינתיים; ובשלב השני, הליך אשרור – בו נדרש רוב של שלושה רבעים מבין המדינות השונות (באחד משני הליכי אשרור חלופיים, לפי קביעת הקונגרס (Article V)). בבלגיה, עם קבלת החלטה על בחינת הצורך בתיקון החוקה, שני בתי הפרלמנט מתפזרים באופן אוטומטי, והדיון בתיקון החוקה נערך במקרה כזה לאחר בחירות מחודשות, כאשר לבסוף, ההחלטה על תיקון החוקה מצריכה רוב מיוחד של שני שלישים בשני הבתים (Title VII, Article 195). החוקה הצרפתית מבחינה בין הצעת חוק ממשלתית לתיקון החוקה לבין הצעת חוק פרטית; הצעת חוק פרטית לתיקון החוקה מצריכה אישור במשאל עם, ואילו הצעת חוק ממשלתית לתיקון החוקה ניתן להעביר, לבקשת הנשיא, ברוב של שלוש חמישיות (Article 89). בדרום אפריקה, שינוי החוקה מצריך אישור של שני בתי הפרלמנט ברוב מיוחד (Article 74). החוקה הצרפתית והחוקה הדרום אפריקנית קובעות גם הוראות מיוחדות המבטיחות מתן שהות מספקת לדיון ציבורי קודם להצעת התיקון ובמהלך הדיון הפורמלי לגביו. חוקות רבות כוללות בתוכן "פסקאות נצחיות", כפי שצוין לעיל.

5. בישראל, אין חולק כי חוקי היסוד נעדרים אמירה מפורשת הקובעת את עליונותם. כפי שציין גם הנשיא א' ברק בעניין ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 403 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי): "חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינם כוללים כל הוראה מפורשת – בדמות פסקת עליונות – באשר לגורלו של חוק, הפוגע בזכות אדם המוגנת על-ידיהם ואשר אינו מקיים את דרישות חוקי היסוד" (עמ' 427). כמו כן, הוראת שריון מפורשת קיימת רק במקצת חוקי היסוד, ואף קיימת חוסר עקביות בעניין אופי השריון, בהיעדר סכימה ברורה לחוקי היסוד (וראו למשל נסיבות השמטת סעיף השריון שנכלל בהצעת

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ברגע האחרון בשלב ההצבעה: אוריאל לין "תשתית לחוקה כתובה בישראל" המשפט א 87 (1993); יהודית קרפ "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו: ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א 323, 344 ה"ש 78 (1992); אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה 339, 347 (1999).

6. אכן, בעניין בנק המזרחי סמכותה של הרשות המכוננת לכונן "חוקה" הוכרה לראשונה. כפי שציינתי לאחרונה בעניין שפיר, הנחת היסוד שעמדה בבסיס ההכרה בחוקי היסוד כבעלי מעמד של עליונות נורמטיבית, הייתה כי קיים אמון ברשות המכוננת ולצידו הסכמה חברתית רחבה לכוחה של הכנסת לפעול כרשות מכוננת ולכונן חוקי יסוד המהווים "חוקה", שמבטאת את רצון העם (שם, בעמ' 398-399). מתוך כך, נוצר הבסיס להכרה בביקורת שיפוטית על חוקים "רגילים" מכוח חוקי היסוד, וזאת בעיקר על סמך ההכרה בחוקי היסוד כ"חוקה", גם אם בלתי שלמה.

7. ברם, אפשרות צמיחתה של סמכות לבטל דבר חקיקה (ולו חקיקה "רגילה"), בהיעדר אמירה מפורשת כאמור, אינה פשוטה (וראו: משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג 697, 702 ו-705 (1996) (להלן: לנדוי)). שכן, סמכות בית המשפט העליון להורות על בטלותו של חוק אינה נגזרת בהכרח מתוך ההכרה בסמכותה של הכנסת לפעול כרשות המכוננת. חוקה – לחוד; וביקורת שיפוטית – לחוד (וראו: אהרן ברק "החוקה של ישראל: עבר, הווה ועתיד" הפרקליט מג 5, 7 (1996)). מה גם, ש"שתיקת" המחוקק בהקשר זה לא צמחה בחלל ריק, אלא על רקע ניסיונות שכשלו לקידום הצעת חוק יסוד: החקיקה שהיה בה כדי להסדיר את אופן כינון החוקה, ובכלל זה להסמיך את בית משפט זה, באופן מפורש, להכריז על בטלות חוק או הוראה שבו (וראו בקשר להצעת חוק יסוד זה: דן מרידור "עיקרים בהצעת חוק יסוד: החקיקה" משפט וממשל א 387 (1992) (להלן: מרידור); יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" משפט וממשל א 395, 404 (1992)) ועל רקע ניסיונות שנכשלו לקידום חוק יסוד: זכויות האדם (וראו: אוריאל לין ושלומי לוי "כיצד הצליחה ועדת החוקה בכנסת השתים-עשרה במקום שבו נכשלו אחרים: דגשים והרהורים לגבי העתיד" משפט ועסקים יד 261, 262-267 (2012)).

8. לעניין זה יצוין כי היו שסברו כי במדינה שאין בה חוקה "נוקשה", ראוי שכלל לא תהיה אפשרות להעמיד את החלטות המחוקק לביקורת על ידי בית המשפט (ראו למשל: גביון, המהפכה החוקתית); וכי גם אם ישנן מגבלות החלות על כוחה החקיקתי של הכנסת, אין למעשה מגבלות משפטיות הניתנות לאכיפה באמצעות בתי המשפט

(רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" אקטביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 69, 95 (רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן, 2000) (להלן: גביון, מעורבות ציבורית של בג"ץ)). עוד לתפיסה זו, מתבקשת הפרדת רשויות אמיתית בין הרשות המחוקקת לרשות המכוננת כאשר חוקה צריכה לייצג הליך הכרעה המנותק ממאבקי הכוח הפוליטיים היומיומיים המאפיינים את הליכי החקיקה ה"רגילים" (עלי זלצברגר אלכסנדר (סנדי) קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" משפט וממשל ד 489, 499 (1998)). היו שביקרו את עצם העמקת הביקורת השיפוטית בעניינים חוקתיים, בטענה כי זו מפחיתה את תחושת האחריות של המחוקקים, מדכאת את התמריץ של הרשות המחוקקת לפתח "עמוד שדרה ערכי עצמאי" וסופה שהיא פוגעת באיכותו של הליך החקיקה (וראו עוד בהקשר זה: גביון, מעורבות ציבורית של בג"ץ, 107-115; JAMES BRADLEY THAYER, The Origin And Scope of The American Doctrine of Constitutional Law 30-29 (1893); גדעון ספיר המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד, 252-253 (2010)).

9. בכל מקרה, כפי שציינתי בחוות דעתי בעניין שפיר, שאלת סמכותו של בית משפט לבקר חוקים אינה מושגת על יסודות ברורים. וזאת על אף שאין מדובר בשאלה משנית כי אם בשאלה יסודית שהיה ראוי לה לקבל מענה ברור, בהתחשב בכללים הנהוגים בשיטת משפטנו על פיהם פגם של חוסר סמכות נתפס כחמור ביותר. מכל מקום, ביקורת שיפוטית על חוקים מכוח חוקי היסוד היא מציאות שקנתה לה שבת, גם אם היא לא מובנת מאליה (ראו למשל: לנדוי, בעמ' 702; יוסף מ' אדרעי "מהפכה חוקתית: האומנם?" משפט וממשל ג 453, 460 (1996); רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט (3) 169 (1995); יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט'" מאזני משפט ה 125 (2006); גדעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" משפט וממשל יא 571 (2008)). אולם, משהועמדה סמכותה של הרשות המכוננת לכוון "חוקה", על פניו מבלי לקבוע מסמרות בעניין, אין כל לגיטימציה לכך שבית משפט זה ייטול לעצמו את המושכות להכרה בביקורת שיפוטית שיש בה כדי להתגבר על אותה "חוקה". לא ניתן לאחוז בחבל משני קצותיו. אבהיר.

10. הכרה בסמכותה המכוננת של הכנסת לחוקק חוקי יסוד טומנת בחובה מיניה וביה את ההנחה כי בית המשפט העליון מקבל עליו את מרותה של "הרשות המכוננת". עלינו לקבל מרות זו בהכנעה. הפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, בהיעדר עוגן

לכך בחוק יסוד כלשהו, ובהיעדר "הוראת נצחיות", יש בה אף משום סדיקת יסודותיה העמוקים של "המהפכה חוקתית", ואף משום היפוך היוצרות. "הקביעה כי בצד הוראות חוקי-היסוד יש גם נורמות חוקתיות שנובעות מעקרונות בלתי-כתובים עלולה לחתור תחת עקרון-יסוד של המהפכה החוקתית, שלפיו הכנסת, בכובעה כרשות מכוננת, היא שקובעת את הנורמות החוקתיות." (ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ' 595, 606 (2017); וראו גם: ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" עתיד להתפרסם בעיוני משפט מד' 40). הבחירה להכיר ב"חוקה" לא הייתה מובנת מאליה. בהמשך לבחירה זו, בית המשפט אינו יכול לתור לו כרצונו אחר נורמות שונות, על מנת להרחיב את סל הכלים שברשותו. ברצותו מכנה את חוקי היסוד "חוקה", ברצותו מכנה אותם בשם אחר.

11. זאת ועוד. אם ביקורת שיפוטית "רגילה" טומנת בחובה מורכבות ביחס לאיזון בין הרשויות השונות, הרי שביקורת חוקתית בעייתית במיוחד מבחינה "דמוקרטית". כך, לעתים נשמעים קולות, במסגרת הדיון על שאלת היקפה של הביקורת השיפוטית, כי הטענות נגד סמכויות שנוטל לעצמו בית משפט אינן במקומן, שכן הכנסת רשאית להגיב על פסיקה שאינה לשביעות רצונה, בדרך של תיקון חקיקה (ראו למשל טענה זו המיוחסת לנשיא ברק במאמרו של פרופ' פרידמן: דניאל פרידמן "היש לישראל חוקה ומי כותב אותה?" משפט ועסקים יד' 117, 142 (2012)). מבלי להידרש לנכונותו של טיעון מסוג זה, המתעלם ממורכבות הליך החקיקה, הרי שיש בו כדי להדגיש ביתר שאת את הבעייתיות הטמונה בהתערבות בתיקון חוקתי. שכן, ההתערבות על ידי בית המשפט בנורמה מכוננת – אשר אין מחלוקת מי היא הרשות המוסמכת לכוונה – הופכת את בית המשפט הלכה למעשה לבעל "המילה האחרונה" (רבקה וייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטי של חוקת הכלאיים הישראלית" עיוני משפט לח' 501, 564 (2016)). העתירות שלפנינו מבטאות במלוא חריפותו פרדוקס זה. הנחת היסוד היא כאמור של הכרה במעמדם החוקתי של חוקי היסוד, מכוח סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת. על כן, ככל שמדובר בנורמה מכוננת, גבוהה, עליונה, על-חוקית, יציר הרשות המכוננת, איננו רשאים לבטלה כלאחר יד. עלינו לכבד את מעמדה הנורמטיבי העליון, כפי שהתעצב בשיטת משפטנו. הדבר מחייב אותנו להימנע מזליגה ממצב של "דיאלוג" חוקתי בין בית המשפט לבין הכנסת, ל"מונולוג" שבו בית המשפט מכתוב את כללי המשחק ואת נורמות היסוד במקום הרשות המכוננת.

12. ישאל השואל, האם אין לדבר גבול? האם אין להעלות על הדעת מקרה קיצוני, חריג וחמור במיוחד אשר בית המשפט לא יוכל לעמוד מנגד נוכח עיגונן של נורמות על-חוקיות ועל-חוקתיות בלתי מתקבלות על הדעת על יד הרשות המחוקקת או המכוננת? האם לא ייתכנו מצבים בהם חוקי הכנסת "הרגילים" או חוקי היסוד יסתרו באופן ישיר את העקרונות הדמוקרטיים-היהודיים של המדינה? גם במצבים כאלה אין מקום להתערבות בית המשפט? אין מקום לבסס דוקטרינה שלמה על בסיס תרחישי אימים קיצוניים הכוללים את אובדן רכיבי היסוד הבסיסיים ביותר של שיטת משפטנו. כפי שחזקה על בית משפט זה שלא יחתור תחת ערכי היסוד, לא יקבל החלטה הפוגעת בערכי היסוד השורשיים של שיטת משפטנו (אף כי באופן "טכני" היכולת לעשות כן מסורה בידו), חזקה על הכנסת, כי לא תביאנו לכדי תרחיש בלהות מעין זה אשר "מוטב אם לא יתרחש לעולם" (עניין בר-און, עמ' 312). על כגון דא נאמר על ידי השופט האמריקני לרנד הנד:

"A society so riven that the spirit of moderation is gone, no court can save"

(Learned Hand, The Contribution of an Independent Judiciary to Civilization, in)
The Spirit of Liberty 155, 164-165 (Irving Dilliard ed. 1953 [1942]) ; צוטט בתוך :
אורי אהרונסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו כקושי אנטי רובני" עיוני משפט 509, 538 (2016) (להלן: אהרונסון)).
ואין צריך לומר כי אף קיים קושי משמעותי לומר כי בית משפט הוא המוסד המשמש כמצפן ערכי לקביעת הנורמות של הרשות המכוננת. לא בידנו הדבר.

13. על כך יש להוסיף כי את ההתייחסות לתרחישים דמיוניים הרי-אסון יש לבחון על רקע התנאים המוסדיים שבהם הכנסת פועלת. בכלל זה, יש למנות את תהליכי החקיקה המורכבים הכוללים שלוש קריאות במליאה ודיון בוועדה מוועדת הכנסת המקשה על יכולתו של רוב מקרי להעביר חקיקה בחטף; העובדה שהכנסת היא גוף הטרוגני ובלתי מתואם אשר מרכיב משמעותי בעיצוב הישגיו כולל משא ומתן להשגת פשרות שמונעות מימוש מלא של אידיאולוגיה מסוימת, בוודאי אידיאולוגיה קיצונית; רשת עניפה של ייעוץ משפטי המלווה את הליך החקיקה ועוד (ראו: אהרונסון, עמ' 555-557). בכל אלה ועוד די כדי להרחיק מעלינו את הדיון אליו מבקשים העותרים "לגרור" אותנו אליו בשעה זו. בענייננו אין מדובר במקרה הקרוב לקצה קצם של המקרים המצדיקים העלאת הדיון בשאלה. אין בטענות העותרים כדי להצדיק הידרשות לבחינת ביטולו של חוק יסוד. אף אם היה מדובר בעניין "המנוגד לעקרונות תום הלב"

(פסקה 121 לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ')), אין הדבר מצדיק דיון בדבר ביטולו של דבר חקיקה, קל וחומר ביטולו של חוק יסוד, כאשר נחמה פורתא מוצא אני במנגנון "התראת הבטלות" "המרוככת", שמשמעותו טרם הובהרה.

שימוש לרעה בסמכות מכוננת

14. משהגענו עד הלום, אוסיף מספר מילים נוספות לעניין דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות מכוננת" והאופן שבה יושמה על ידי חברי המשנה לנשיאה (בדימ') בענייננו. כביכול, בעת שימוש בדוקטרינת "שימוש לרעה בסמכות מכוננת" לעומת "תיקון חוקתי שאינו חוקתי", נשמרת ההבחנה בין התערבות בית משפט באופן בו נחקק חוק יסוד לבין התערבות שעניינה בתוכן חקיקת חוק יסוד. אולם דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות מכוננת" פרשה כנפיה, ואין היא מסתפקת עוד בשאלות הקשורות לאופן ההליך, אלא מתייחסת באופן ישיר גם למהותו ולתוכנו של ההסדר החוקתי. גם חברי המשנה לנשיאה (בדימ') מציין בפסקה 98 לחוות דעתו דכאן כי קיים קושי באימוץ מלא של דוקטרינת ה"תיקון החוקתי שאינו חוקתי" בהינתן העובדה שטרם הושלם מפעל חוקי היסוד במדינתנו. אלא שהקושי הקיים בביקורת שיפוטית על חוקי יסוד אינו נעלם על ידי שימוש בכותרת של "שימוש לרעה בסמכות מכוננת" חלף "תיקון חוקתי שאינו חוקתי". "שימוש לרעה בסמכות מכוננת" איננו שם קוד המכשיר קפיצה ו"דילוג" מעבר לשאלות סמכות בסיסיות. בוודאי לא בהינתן המבחן שאומץ על ידי חברי, המתבסס על בחינת "זיהוי" של נורמה חוקתית, ו"גולש" בקלות אל עבר מאפיינים מהותיים שונים תוך הותרת פתח רחב מאוד לשיקול דעת שיפוטי (וראו חוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז בעניין שפיר, ביחס למבחנים שהוצעו על ידי הנשיאה באותו עניין).

15. אדרבה, בעוד שדוקטרינת ה"תיקון החוקתי שאינו חוקתי" (הנתפסת, וכך גם על פי חוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ')), כמוקשית יותר ופחות מובנית מאליה) מתבססת לפחות על מסגרת אובייקטיבית מסוימת – "החוקה" עצמה, הרי שלפנינו הדגמה כיצד דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות מכוננת" עשויה לשמש פתח רחב לשיקול דעת שיפוטי בלתי מוגבל. זאת מבלי שהתקיים דיון זהיר בגדריה המדויקים והשלכותיה מרחיקות הלכת של דוקטרינה זו. כך למשל, לא נערך כלל הדיון מדוע יש לפסול דבר חקיקת-יסוד בשל התקיימות יסודותיה של דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות מכוננת" מבלי שניתן להסתפק בסעד על פיו ניתן יהיה לראות בחוק-יסוד שכזה, כדבר חקיקה "רגיל" (וראו למשל דיון מצומצם בסוגיה זו: אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" 119, 141 (התש"ס)). לא נקבעו מנגנונים ברורים אשר יגדרו את תחולתה כך שלא "תזלוג" אל עבר בחינת "המניע" העומד

מאחוריי דבר חקיקה, כפי שלמעשה נעשה בענייננו בחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ'), וזאת על אף שבחינת מניע לדבר חקיקה אינה אמורה לעמוד בבסיס ביטולו של דבר חוק, בוודאי לא חקיקת יסוד (וראו למשל: בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, פ"ד נג(4) 92, 96 (1999)). החשש כי דוקטרינה זו תשמש כ"צינור קסמים" להזרמת "עקרונות 'החוקה הראויה'" כפי שניסח זאת חברי השופט הנדל בפסקה 10 לחוות דעתו, מתממש אפוא לנגד עינינו, אולי אף מוקדם ממה שיכולים אנו לשער.

16. לגופו של עניין – אף בהניח יסודותיה של דוקטרינה זו כפי שעוצבה בעניין שפיר – מצטרף אני לדברי חברי השופט נ' הנדל כי אין במאפייניה של הוראת סעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה כדי לערער את מעמדה החוקתי. כפי שפירט חברי בהרחבה, חוק יסוד: הממשלה כלל בתוכו, מימים ימימה, הוראות שאינן אך ורק עניינים קונסטיטוציוניים יסודיים (ראו גם: מרידור, עמ' 390). תיקונים על רקע נסיבות פוליטיות-נקודתיות ליוו את חוק יסוד: הממשלה ממש למן יומו הראשון. השינויים התכופים בחוק יסוד: הממשלה אף שימשו לתמיכה בטענה כי חוקי היסוד אינם "בשלים" להיות חוקה, שכן "הפירוט והגמישות, המאפיינים את חוקי-היסוד, פוסלים אותם מלמלא את הייעוד שנקבע להם בהחלטת הררי" (יצחק זמיר "חוקי היסוד בדרך לחוקה" חוק יסוד: הכנסת 14-15 (התשנ"ג)).

17. חברי השופט הנדל סקר בהרחבה תיקונים שונים בחוק יסוד: הממשלה והרקע הפוליטי-נקודתי שקדם להם ואין טעם שאחזור על דבריו. אוסיף רק ואציין כי הדוגמאות בעניין זה רבות (וראו עוד בהקשר זה: אליקים רובינשטיין "חוק יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית – הלכה למעשה" משפט וממשל ג 571 (התשנ"ה-התשנ"ו)). זוהי אפוא ה"החוקה" שלנו. איננו רשאים לבחור לנו "חוקה" מושלמת יותר או "לסנן" מתוך "החוקה" הסדרים שאינם לרוחנו. כאמור לעיל, התיקונים בחוק יסוד: הממשלה מושא העתירות שלפנינו אינן בגדר חידוש מהפכני. אין המדובר כלל בשינוי יסודי של שיטת המשטר, כפי שניתן להבין מחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ'). מדובר בהסדר אופייני לתיקונים שנערכו בעבר במסגרת חוק יסוד זה. העובדה שקדמה להסדר התדיינות פוליטית או כי ההסדר הוא בעל תחולה מיידית אינה מעלה או מורידה. מעבר לכך ובבחינת הרבה למעלה מן הצורך, המציאות מוכיחה כי התיקון מושא הוראת סעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה אף שימש לבסוף להרכבת ממשלה נוספת, ל"שחקנים" נוספים. הטענה כי הוא "נתפר" למערכת אינטרסים צרה ספציפית, מאבדת אפוא מעוקצה כליל.

מיצוי הליכים בעתירות חוקתיות

18. ולסיום אוסיף הערה באשר לחובת מיצוי ההליכים במסגרת עתירות חוקתיות. חברי המשנה לנשיאה (בדימ') מוצא קושי בדרישה למיצוי הליכים בעתירות חוקתיות המופנות נגד חוקתיות חוק, ובוודאי כאלה המופנות נגד חקיקת יסוד, ומכל מקום הוא לא מצא כי נסיבות העניין מצדיקות החלת דרישה זו. אינני סבור כי בעת הזו, משהגענו עד הלום, נותר מקום לדיון בשאלה אם נסיבות מקרה זה מצדיקות את החלת הדרישה של מיצוי הליכים אם לאו. ברם, אציין כהערה כללית כי גם בעתירות חוקתיות ישנה תוחלת לכלל בדבר מיצוי הליכים, בעיקר לצורך צמצום ומיקוד המחלוקת בין הצדדים עובר לפנייה לבית המשפט (וראו: בג"ץ 5261/20 ע"ד שחר בן מאיר נ' הכנסת, פסקה 6 (20.8.2020) (להלן: עניין בן מאיר); בג"ץ 267/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר האוצר (24.1.2021); ובקשה לדיון נוסף שנדחתה: דנג"ץ 912/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר האוצר (21.4.2021)). העיקרון על פיו אין להלום ניסיון "להתכתב" עם רשויות השלטון דרך בית משפט נכון ותקף אפוא גם בעתירות חוקתיות (וראו למשל: עניין בן מאיר, שם). חובת מיצוי ההליכים אינה נטולת חריגים, אולם אין מקום לפטור גורף בעתירות מסוג זה או אחר.

מצטרף אני אפוא לעמדה כי דין העתירות להידחות.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם ההסדר החוקתי בנושא של "ממשלת חילופים" כפי שהונהג בחוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה) (להלן: תיקון ממשלת החילופים או התיקון), בחלק מהיבטיו, עלה כדי "שימוש לרעה" בחוק יסוד? ואם כן – מהן התוצאות הנובעות מכך? באופן קונקרטי, התשובות לשאלות אלה נגזרות מהדיון בשלושה היבטים מרכזיים של תיקון ממשלת החילופים, אלה שכנגדם הוצאו צווים על-תנאי: הראשון – צמצום סמכותה של הכנסת להביע אי-אמון בממשלה (להלן: הסדר אי-האמון); השני – הוראת השעה שהגבילה את סמכותה של הכנסת ה-23 לשנות את

התיקון אלא ברוב של 70 חברי כנסת (להלן: הסדר השריון הזמני); השלישי – תחולתו המיידית של תיקון ממשלת החילופים גם על תקופת כהונתה של הכנסת ה-23, להבדיל מהחלתו רק על כנסות עתידיות (להלן: סוגיית התחולה המיידית).

2. חברי המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר סבור כי במקרה זה – הגם שיש לדחות את העתירות בעיקרן – יש לתת סעד במתכונת שהוגדרה על-ידו "התראת בטלות מרוככת" ביחס להיבט התחולה המיידית של התיקון. זאת, בהסתמך על הדוקטרינה של "שימוש לרעה" בחוק יסוד כפי שהותוותה בפסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר). סעד זה ניתן על-ידו הן בהקשרו של הצו על-תנאי הראשון שעניינו הסדר אי-האמון בממשלה (בהיבט שנוגע להחלתו כבר החל מתקופת כהונתה של הכנסת ה-23) והן בהקשרו של הצו על-תנאי השלישי שהתמקד בסוגיית התחולה המיידית של ההסדר כולו. לצד זאת, חברי המשנה לנשיאה (בדימ') מסביר כי לא נדרש דיון בהסדר השריון הזמני, מאחר שהפך לתיאורטי עם תום תקופת כהונתה של הכנסת ה-23.

3. לעומת זאת, חברי השופט נ' הנדל סבור כי דין העתירות להידחות על כל חלקיהן. לתוצאה זו הצטרפו, בדגשים שונים, גם חברי השופטים ע' ברוך ו-ד' מין.

4. בכלליות אומר כבר עתה, כי כמו חברי המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר, ובשונה מחברי השופט הנדל, אני נוטה לדעה שהעתירות שבפנינו אינן תיאורטיות בעיקרן. עם זאת, לגוף הדברים, כמו חברי השופטים הנדל, ברוך ו-מין אני סבורה שדין להידחות.

5. קודם שאגש לפרטי הדברים, חשוב להבהיר, כי שאלת חוקיותו של הסדר ממשלת החילופים בכללותו – דהיינו עצם האפשרות לכונן ממשלת חילופים – לא נבחנה על-ידינו, מהטעם הפשוט שהצווים על-תנאי כלל לא עסקו בה. הוצאת הצווים על-תנאי בהליך זה הייתה קו פרשת מים שהבהיר, כבר ביום 12.11.2020, בעת שהוצאו, כי בית משפט זה לא יתערב בתוכנו של הסדר ממשלת החילופים. מאז ואילך ההליך הוסיף לעסוק בהיבטים מסוימים, חשובים כשלעצמם, של ההסדר – כמפורט לעיל.

6. ועוד הערה אחת: בפסק דינו בעניין שפיר הבהרנו כי הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד תעשה בצמצום רב ואך במקרים חריגים. בשלב זה אנו מצווים על נאה דורש ונאה מקיים. חברי השופט מין מציינ בפסק דינו כי עמדתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') מהווה "הוכחה" לחשש מפני הכרה בסמכותו של בית משפט זה לזהות ולפסול

שימוש לרעה בסמכות המכוננת. אני אינני סבורה כך. מנקודת מבטי, אין מקום להימנע מהכרה בעיקרון משפטי חשוב, אך בשל החשש מפני "מדרון חלקלק". הדרך הנכונה להתמודד עם סכנת המדרון החלקלק היא פשוט לא להחליק בו.

שאלת הסף: עתירות תאורטיות

7. נקודת המוצא לענייננו היא כי בנקודת הזמן הנוכחית פקעה תקופת כהונתה של הכנסת ה-23 אשר חוקקה את תיקון ממשלת החילופים. בהמשך לכך, אף ממשלת ישראל ה-35, אשר זכתה לאמון הכנסת ה-23 כממשלת חילופים בהתאם לתיקון האמור, חדלה מלפעול עם הקמתה של ממשלת ישראל ה-36 המכהנת עתה. בנסיבות אלו, ברי כי מבחינה מעשית התייתר הדיון בהוראת השריון הזמני – שהוגבלה כאמור מלכתחילה לתקופת כהונתה של הכנסת ה-23 – כמו גם בסוגיית החלתו המיידית של התיקון על הכנסת ה-23.

8. לצד זאת, חברי המשנה (בדימ') סבור כי הדיון בסוגיית התחולה המיידית נופל לגדר החריגים לכלל של הימנעות מדיון בעתירה שלא ניתן לתת בה סעד אופרטיבי. אני נוטה לקבל את דעתו בעניין זה – בהתחשב בהיסטוריה החקיקתית הקיימת, ממנה עולה כי תיקונים של חוקי היסוד במתכונת "מיידית" הם תופעה החוזרת על עצמה, ועל כן ניתן לצפות כי היא תשוב ותישנה. כזכור, רק לאחרונה, בעניין שפיר, אחת ההצדקות המרכזיות לחריגה מן הכלל האמור נגעה לאפשרות כי פרקטיקה דומה של חקיקת הוראות שעה בנסיבות של משבר תקציבי תחזור ותישנה גם בעתיד (ראו: פסקה 3 לחוות דעתי ופסקאות 26-27 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות באותו עניין). זאת, בין היתר, בהתחשב בהיסטוריה החקיקתית ובניסיון העבר באשר לתיקונים שנערכו בחוקי יסוד בהקשרים הנוגעים לתקציב המדינה ובפרט בדרך של הוראות שעה. כשלעצמי, לא מצאתי כי נסיבות המקרה דנן מצדיקות להבחין בין המקרים.

9. מכל מקום, בהתחשב בתוצאה הסופית שהגעתי אליה, ההכרעה בשאלה האם העתירות הפכו תיאורטיות היא פחות חשובה. כאמור, השתכנעתי כי עליהן להידחות לגופן.

10. אוסיף ואציין כי אלמלא נדונה כבר השאלה של חקיקת חוקי יסוד כהוראת שעה – בעניין שפיר, ועוד קודם לכן בבג"ץ 4908/10 ח"כ בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011) ובבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) – הייתי סבורה כי הייתה הצדקה דומה לדון בסוגיה זו במקרה שבפנינו,

בגדרו של החריג להימנעות מדיון בעתירות תיאורטיות. אולם, נושא זה כבר התחדד, ולכן בקשר לכך – להבדיל מאשר בסוגיית המיידיות – אף לטעמי לא נדרשת הכרעה לגוף הדברים ואסתפק במספר הערות שיפורטו להלן.

הסדר אי-האמון בממשלת חילופים

11. הנושא הראשון שאליו אדרש, על-פי סדר הדברים, הוא סעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה הקובע כי במקרה שבו החליטה הכנסת להביע אי-אמון בממשלת חילופים ולהביע אמון בממשלה אחרת – לא יהיו רשאים ראש הממשלה וראש הממשלה החליפי בממשלת החילופים לעמוד בראש אותה "ממשלה אחרת". בהקשר זה, כאמור, הצו על-תנאי הראשון לא הוגבל אך להיבט הדיוני של תחולתו המיידית של הסדר אי-האמון אלא נסב גם על תכניו המהותיים של הסדר זה. הטענה המרכזית שהועלתה בעתירות בהקשר זה היא כי מדובר בהסדר המצמצם את כוחה של הכנסת להביע אי-אמון בממשלה ולפיכך פוגע במנגנון הדמוקרטי.

12. על מנת לעסוק בטענות אלה ראוי לחזור ולעמוד על המסגרת העיונית הנוגעת לביקורת השיפוטית ביחס לחוקי היסוד. הלכה למעשה, הטענות המועלות בעתירות בהיבט זה מופנות בעיקרן כלפי תכניו המהותיים של הסדר אי-האמון והמשמעויות הנלוות להם. הכרעה בהן מעוררת על פני הדברים את שאלת ההכרה בדוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי, להבדיל מהדוקטרינה של "שימוש לרעה" בחוק יסוד. כידוע, שאלת ההכרה בדוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי טרם הוכרעה במישרין בפסיקתו של בית משפט זה (ראו: בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021)). מכל מקום, אני סבורה כי הסדר אי-האמון כקביעתו בסעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה, אף בהנחה שכרוכה בו פגיעה מסוימת בכוחה של הכנסת, אינו נופל, ואף אינו מתקרב, לגדר המקרים החריגים והקיצוניים ביותר אשר בהם תתעורר במלוא עוזה שאלת ההתערבות בתוכנו המהותי של חוק יסוד. זאת, בין היתר, בהתחשב בהיקפן המצומצם של המגבלות שנקבעו בסעיף 42 לחוק יסוד: הממשלה, בהינתן ההיסטוריה החקיקתית והמגבלות שנקבעו כבר בעבר ביחס להבעת אי-אמון בממשלה, ובשים לב לקיומם של כלים פרלמנטרים אחרים המסורים בידי הכנסת בעת שזו מבקשת לסיים את כהונת הממשלה (כמפורט בפסקאות 4-8 בחוות דעתו של חברי השופט הנדל).

13. אף אין מקום להתערבות שיפוטית בהקשר זה גם על יסוד דוקטרינת השימוש לרעה בחוק יסוד. כאמור, מרכז הכובד של דוקטרינה זו אינו מכוון לביקורת על תוכנו

המהותי של ההסדר, כי אם על עצם זיהויו כנורמה חוקתית. ממילא, אציין כי לעמדת הסדר אי-אמון בכללותו עומד בדרישות מבחן הזיהוי כפי שהותוו בעניין שפיר.

14. הדברים אמורים מבלי להמעיט בחשיבות הנודעת לקיומו של מנגנון אי-האמון בשיטת המשטר בישראל. זאת, בהיותו מרכיב חשוב במסגרת יחסי הכוחות שבין הכנסת לממשלה. אכן, מדובר בכלי פרלמנטרי מרכזי המאפשר להביא לידי ביטוי את עקרון הכרעת הרוב במשטר דמוקרטי, ונועד לבטא את התפיסה לפיה ממשלת ישראל פועלת מכוח אמונו של העם, כפי שבא לידי ביטוי באמצעות נציגיו בכנסת. אולם אין בכל זאת כאמור כדי להקים עילה להתערבות בענייננו.

תחולה מיידית כשימוש לרעה בחוק יסוד?

15. סוגיה נפרדת היא כאמור שאלת התחולה המיידית של הסדר ממשלת החילופים בכללותו (וממילא גם של הסדר אי-האמון שנקבע במסגרתו). עיקר הטענות שעלו בעניין זה נגעו ליישומה של דוקטרינת השימוש לרעה בחוק יסוד בהתייחס לקריטריון הכלליות, כאחד המאפיינים של חקיקת יסוד תקינה, בהתאם למבחן הזיהוי שנקבע בעניין שפיר.

16. חברי המשנה לנשיאה (בדימ') צידד ביישומו של קריטריון הכלליות במתכונת מרחיבה במידת מה. לשיטתו, תיקון ממשלת החילופים (הן בכללותו והן באופן קונקרטי לעניין הסדר אי-האמון) אינו ניתן לאפיון ככללי בהתחשב בכך שנחקק "תוך כדי המשחק", כך שיחול גם על הכנסת ה-23 בעת שתוצאות הבחירות כבר היו ידועות. דעתי שונה. אני מבקשת לחלוק על חברי המשנה לנשיאה (בדימ') קודם כול ביחס לדרך שבה הוא מיישם (ומרחיב) את קריטריון הכלליות שנקבע בעניין שפיר.

17. במישור העקרוני, הסדר ממשלת החילופים, על פרטיו השונים, מעגן נורמה משטרית כללית. במובן זה, עסקינן בתיקון לחוק יסוד שנועד לכוון מודל שלטוני נוסף וקבוע המאפשר את הקמתה של ממשלה "מסוג חדש" – ממשלת חילופים – כחלופה למודל "הרגיל" לכינונה של ממשלה. באותו אופן, אף את הסדר אי-האמון, כשלעצמו, יש להבין ככזה שמעגן נורמה כללית בעיקרה, המסדירה באופן קבוע ולטווח רחוק את המגבלות על יכולתה של הכנסת להביע אי-אמון בממשלת חילופים. זאת, כחלק ממארג האזונונים והבלמים שנקבעו בגדרי התיקון. למעשה, אף לשיטת חברי המשנה (בדימ') הקושי הטמון בתיקון ממשלת החילופים ובהסדר אי-האמון מהיבט הכלליות

אינו נעוץ בפרטיהם, אלא אך בעובדה כי אלו הוחלו באופן מיידי, כבר ביחס לכנסת ה-23.

18. אכן, תיקון שתחולתו היא מיידית עלול להיות בלתי רצוי במישור של התרבות הפוליטית ואף לעורר קשיים שונים. אולם, איני סבורה כי עובדה זו כשלעצמה הופכת אותו בהכרח לפרסונלי ועל כן לכזה שאינו עומד בקריטריון הכללי, כמובנו בהקשר של דוקטרינת השימוש לרעה בחוקי יסוד.

19. כפי שצינו בהרחבה חבריי המשנה לנשיאה (בדימ') והשופט הנדל, לאורך השנים נחקקו תיקונים רבים לחוקי היסוד במתכונת שנועדה לקדם פני מציאות ידועה ולחול באופן מיידי (פסקאות 134-137 לחוות דעתו של המשנה (בדימ') מלצר; פסקה 23 לחוות דעתו של חברי השופט הנדל). די בכך שאחזור ואזכיר כי אלה היו פני הדברים ביחס לתיקונים שונים שנערכו בחוק יסוד: הממשלה ועסקו, בין היתר, ביכולתם של שרים לכהן גם כסגני שרים, בסמכותו של ראש הממשלה להעביר שר מתפקידו ובהסדרת מעמדו של ממלא מקום ראש הממשלה (ראו בהתאמה: חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 2) משנת 1979; חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 3) משנת 1981; חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 4) משנת 1984). בשים לב לכך, לא ניתן לומר כי החלה מיידית של הסדר חוקתי, על אף מגרעותיה, מהווה צעד חריג דיו בהיסטוריה החוקתית המתפתחת של מדינת ישראל. חברי סבור כי המקרה של תיקון ממשלת החילופים הוא חריף יותר – מאחר שהוא נסב על נדבכים בסיסיים יותר של הקמת הממשלה. כך לשיטתו, ניתן לומר כי התגבשה נורמה חוקתית-מוסדית לפיה שינוי משמעותי בכללים חוקתיים יעשה רק באופן פרוספקטיבי. אני, לעומת זאת, מבקשת להיזהר מהבחנות אלה.

20. לשיטתי, בהתחשב בעיקרון הפרדת הרשויות ובשים לב למידת הזהירות המתחייבת בעת שעסקינן במגבלות המבניות החלות על השימוש בסמכות המכוננת, ראוי לנקוט במשנה ריסון בעת יישומה של דוקטרינת השימוש לרעה בחוקי יסוד. על רקע זה, יש להימנע מאימוץ פרשנות המרחיבה את תחולתו של קריטריון הכללי יותר על המידה. זאת ועוד, יש להדגיש כי מרכז הכובד בעת בחינתו של קריטריון הכללי 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. על כן, אני מצטרפת בהקשר זה לניתוחו המפורט של חברי השופט הנדל (פסקאות 9-18 לחוות דעתו) ואף להערותיהם בנקודה זו של חבריי השופטים ברון ו-מינץ.

21. כשלעצמי, אוסיף בקצרה כי אני סבורה שמאפיין חשוב שמסייע לבחון אם חוק יסוד עומד בקריטריון הכלליות הוא שאלת המשכיותו. 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).

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

הערות ביחס למבחן הצידוק והשלכותיו

23. ככל שתיקון ממשלת החילופים אינו פגום מהיבטה של דרישת הכלליות, כפי שאני סבורה, הדיון במבחנים שנקבעו בעניין שפיר יכול להסתיים כאן. עם זאת, מאחר שחברי המשנה לנשיאה (בדימ') הגיע בסופו של דבר למסקנה "מרוככת" במידת מה – לפיה דינו של התיקון לא נחרץ לבטלות, בין השאר, משום שהיה "צידוק" חלקי לחקיקתו בנסיבות הפוליטיות והבריאותיות המיוחדות שלרקען נחקק, מצאתי לנכון להעיר גם על כך.

24. הדיון בשאלת הצידוק קשור בעבותות במבחנים שנדונו בעניין שפיר. כזכור, באותה הפרשה הציגה חברתי הנשיאה חיות בפסק דינה מבחן דו-שלבי לבחינת תחולתה של דוקטרינת השימוש לרעה בחוק יסוד. חלקו הראשון של המבחן הוא שלב של "זיהוי" המשמש לסממנים המאפיינים חוק יסוד. ככל שהסדר שנקבע בחוק היסוד אינו מקיים את אחד הסממנים האמורים, כך קבעה הנשיאה, מרכז הכובד עובר לחלקו השני של המבחן הבוחן האם אפשר "להציל" את תוקפו של תיקון שהיה נגוע באחד מאותם פגמים, בהתקיים צידוק לקבלתו. דעתי שלי בעניין שפיר הייתה שונה בכמה פרטים בהשוואה לפסק דינה של הנשיאה. בפרט, על-פי גישתי חוק יסוד שאינו מקיים את תנאי ה"זיהוי" כחוק יסוד אמור להיות מוכר כשימוש לרעה בחוק יסוד שאין לו תקנה, כלומר מבלי לדון באפשרות לקיומו של צידוק לחריגה זו.

25. חברי המשנה לנשיאה (בדימ') הלך בדרכה של הנשיאה בעניין שפיר. אמנם, תחילה הוא הציג בפסק דינו גישה מרחיבה לשלב הראשון במבחן הדו-שלבי, אך כאמור בסופו של דבר "פדה" את תיקון ממשלת החלופים מחריצת דין לשבט הודות לכך שלשיטתו המשבר הבריאותי והפוליטי חריף שבו נחקק תיקון חוקתי זה יכול לשמש צידוק, ולו חלקי, לקבלתו במתכונת המיידית שבה התקבל. דעתי שונה אף בעניין זה. כפי שהסברתי בפסק דיני בעניין שפיר, יש מקום לחשוש ממבחן המזמין את בית המשפט להעריך האם נסיבות פוליטיות קשות כאלה או אחרות יכולות לשמש צידוק לחקיקתו של תיקון לחוק יסוד שאינו עומד בדרישות בסיסיות לתוקפו (שם, בפסקה 27 לחוות דעתי). דיון שכזה עלול לגרור את בית המשפט, על כורחו, לזירה הפוליטית ובדרך זו להוביל לפגיעה באמון הציבור בו.

26. במלים אחרות: אילו הכנסת הייתה מחוקקת חוק יסוד פרסונלי ממש, אינני סבורה שניתן היה להציל את תוקפו אך בשל משבר פוליטי חריף כזה או אחר. מכל מקום, אינני סבורה שעל בית המשפט להעריך אם משבר מסוים הוא חריף דיו כדי להסכין לחריגה מן הסטנדרטים החוקתיים שלנו. סוגיה זו מעוררת מטבעה קשיים של ממש באשר לאמות המידה שעל-פיהן ניתן לקבוע כי בנסיבות מסוימות קם צידוק כאמור, או למצער צידוק חלקי. הדברים אמורים ביתר שאת במקרים, כבענייננו, שברקעם עומד משבר פוליטי בעיקרו, להבדיל ממצב חירום חיצוני – כגון מצב מלחמה. כשלעצמי, לא מצאתי מענה ברור לתהיות אלה בחוות דעתי של חברי המשנה לנשיאה (בדימ'), אשר סבר כאמור כי חוסר היציבות הפוליטי טרם חקיקתו של תיקון ממשלת החלופים, כמו גם הקשיים סביב התפרצות נגיף הקורונה, עלו כדי צידוק חלקי בלבד בנסיבות העניין.

27. זאת ועוד: לאמיתו של דבר, אני סבורה שמבחן של הנורמות החוקתיות היסודיות הוא דווקא בעתות משבר. אם משבר פוליטי חריף יכול לשמש "צידוק" לחריגה מנורמות אלה – אנה אנו באים? כפי שצינתי בעניין שפיר, ככלל המענה למצבי חירום ולנסיבות חריגות אחרות אמור להיעשות במתכונת של קביעת הסדר קבע עקרוני בחוקי היסוד, המסדיר מנגנונים ייעודיים על פיהם יש לנהוג במצבים אלו. זאת, בצד האפשרות, במקרים המתאימים, לקבוע הסדרים זמניים בדרך של חקיקה רגילה, בכפוף למגבלות הנוגעות לתוקפו של חוק בהתאם לחוקי היסוד.

28. לקראת סיום, אתייחס בקיצור נמרץ לסוגיה שהפכה תיאורטית במקרה זה – עיגון הסדרים חוקתיים בדרך של הוראות שעה. למעלה מן הצורך, אני מוצאת לשוב על עמדתי, כפי שהובעה בפסק דיני בעניין שפיר, ולפיה ככלל חקיקת חוק יסוד במתכונת של הוראת שעה היא מעשה אשר חורג מסמכותה המכוננת של הכנסת לחוקק חוקי יסוד שישמשו כפרקים בחוקתה העתידית של ישראל. כפי שצינתי שם, זמניות שכזו חותרת תחת התפיסה העקרונית לפיה הוראות החוקה נועדו לעגן נורמות על-זמניות ולהוות יחדיו מסגרת קבועה ויציבה לתפקוד המדינה ולכינון מערכת היחסים בינה לבין אזרחיה. אני סבורה שהמקרה שבפנינו הוא דוגמה מצוינת לחשש שהסדרים שנחקקים רק לצורך השעה, כמו החלת דרישה לרוב מיוחד רק בכנסת הנוכחית ולא באלה שאחריה, אינם תיקונים חוקתיים "אמיתיים", אלא ביטוי לקוניוקטורה פוליטית, ואולי אף פרסונלית. ברי כי צעד שכזה אינו מכוון לשמש כפרק בחוקתה של מדינת ישראל, ואפילו אינו מנסה להתכסות באצטלה של "ניסוי חוקתי" זמני, כפי שנטען במקרים קודמים בעבר. על כן, אני מבקשת להטעים כי בנסיבות רגילות היה מקום לקבל את העתירות בראש זה שלהן. אולם, כאמור, משהכנסת ה-23 התפזרה זה מכבר, אכן העתירות התייתרו ככל שהתייחסו להיבט זה.

מיצוי הליכים בעתירות חוקתיות

29. לבסוף, אני מבקשת לצרף את דעתי לעמדתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') בכל הנוגע לגישה המצמצמת שיש לאמץ באשר לדרישה למיצוי הליכים קודם להגשת עתירה חוקתית בעניינם של חוק או חוק יסוד, עמדה שלה היה שותף אף חברי השופט הנדל. מטבע הדברים, פנייה לכנסת לאחר שנשלם הליך החקיקה אינה יכולה להוביל לתיקון המצב. לכן, הגם שהיא עשויה לסייע במקרים מסוימים ומוגבלים, ככלל אינני סבורה שהימנעות מפנייה כזו אמורה לחרוץ את גורלה של עתירה חוקתית שהונח לה בסיס מבחינות אחרות.

סוף דבר

30. על כן, מכל הטעמים שפורטו, אני סבורה שדין העתירות להידחות על כל חלקיהן.

ש ו פ ט ת

השופט י' עמית:

1. הבוחר הישראלי קם בבוקר יום הבחירות, ויפן כה וכה וירא כי קרובה הקלפי למקום מגוריו, וילך למלא את חובתו האזרחית וישלשל פתק לתיבת הקלפי. למחרת בבוקר, בעלות השחר, התברר לבוחר כי זכה בכפל מבצעים – אמנם בחר בפתק אחד ברחל אך קיבל גם את רחל וגם את לאה – שני ראשי ממשלה, האחד עיקרי והשני חלופי. העותרים טוענים בנוסח "וַיֹּאמֶר אֶל-לֵבָן מֶה-זֹּאת עָשִׂיתָ לִּי הֲלֹא בָרַחֵל עֲבַדְתִּי עֹמֶד וְלָמָּה רָמִיתָנִי" (בראשית כט, כה). לגישת העותרים, התיקון לחוק יסוד: הממשלה, יצר ממשלה דו-ראשית תוך שינוי מהותי של כללי המשחק בתקופה שבין פרסום תוצאות הבחירות לבין הקמת הממשלה.

2. בהתאם לצו על תנאי שניתן ביום 12.11.2020 על ידי ההרכב המקורי שבפניו הובאה העתירה, הוסרה מהשולחן הטענה המרכזית שהועלתה על ידי חלק מהעותרים, הנוגעת לעצם האפשרות לכוון ממשלה דו-ראשית. הצו על תנאי שניתן מיקד את הסוגיות שהובאו לפתחנו בשלוש סוגיות, ואלה פורטו בפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') השופט ח' מלצר. חברי סבור כי שינוי משטרי מעין זה, מצריך "התראת בטלות מרוככת" תוך שהוא עושה שימוש בדוקטרינת השימוש לרעה בחוק יסוד. דעתי שונה ואני מצטרף בהסכמה לדברי חברי השופט נ' הנדל, ולדברי חברותיי השופטת ע' ברון והשופטת ד' ברק-ארז. משכך, איני רואה לחזור על הדברים ואסתפק במילים אחדות.

3. התיקון לחוק יסוד: הממשלה עומד יציב ואיתן במבחן הזיהוי שהותווה בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021), ואיני רואה מקום ל"פירוק" של קריטריון "הכלליות" כפי שנעשה על ידי חברי המשנה לנשיא. ענייננו בנורמה כללית, לא חד-פעמית, וגם אם יוזמי התיקון לחוק היסוד לא התכוונו ולא שיערו כי התיקון ישמש גם בעתיד, הרי שהמציאות הוכיחה כי גם בכנסת ה-24 אומץ המודל של ממשלה דו-ראשית.

4. אכן, אין לכחד כי קיים פער בין המודל של ממשלת חילופים לבין מודל הרוטציה בתפקיד ראש הממשלה כפי שנעשה בעבר בממשלת האחדות בשנת 1984. ברם, הפער בין השניים אינו כזה שניתן לומר כי מדובר בשינוי קיצוני ומידי של כללי המשחק.

5. סיכומו של דבר, שאין מקום להפעיל במקרה דנן את דוקטרינת השימוש לרעה בחוק יסוד.

הנשיאה א' חיות:

אני מסכימה עם חבריי השופטים נ' הנדל, ע' ברון, ד' מינץ, ד' ברק-ארז וי' עמית שדין העתירות להידחות, וזאת מן הטעמים שאפרט להלן.

1. בשלוש העתירות שלפנינו נתבקש בית המשפט, בין היתר, להורות על ביטול חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה) (להלן: תיקון מס' 8 או התיקון; וחוק היסוד), אשר במסגרתו נוסף סעיף 13א לחוק היסוד ועניינו כינון מוסד ממשלת החילופים. צווים על תנאי הוצאו ביחס לשלושה רכיבים בהסדר: השינוי שנערך במנגנון אי-האמון (סעיף 43ח לחוק היסוד; להלן: הצו על תנאי הראשון); שריון חלק מסעיפי התיקון, אשר נעשה בדרך של הוראת שעה החלה בתקופת כהונתה של הכנסת ה-23 (סעיף 7 לתיקון; להלן: הצו על תנאי השני); ותחולתו המיידית של התיקון (להלן: הצו על תנאי השלישי).

2. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה (בדימ') בחוות דעתו, העותרים העלו שלל טענות נגד חוקתיותו של תיקון מס' 8, ומיקדו את טענותיהם במסלולים אפשריים לקיום ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. דוקטרינה אחת שעליה עמדו העותרים היא דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, אשר הוכרה ואף יושמה בשיטתנו המשפטית (ראו: בג"ץ 4908/10 ח"כ בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: עניין בר-און); בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי), ולאחרונה בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר)). בעניין שפיר עמדנו, בין היתר, על כך שדוקטרינה זו מתמקדת "בזיהוי הנורמה העומדת לדיון כנורמה מסדר הנורמות החוקתיות", או, במילים אחרות – בשאלה אם ההסדר מתאים, מבחינת מאפייניו, לעיגון במדרג חוקתי (פסקאות 29 ו-41 לחוות דעתי). עוד צוין שם כי "תפקידו של בית המשפט בהקשר זה הוא להגן על החוקה המתגבשת מפני חדירה של נורמות, שאינן מצויות במדרג המתאים לכך, אל תוך המארג החוקתי באופן שעלול לגרום לשחיקה וזילות במעמד של חוקי היסוד" (בפסקה 31 לחוות דעתי).

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 מכוונת והיא כי אין ביכולתה לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. עם זאת, סברתי כי חוק היסוד שנבחן באותו עניין לא הצריך הכרעה בשאלה המורכבת הנוגעת לסמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד.

כפי שאפרט להלן, לגישתי, גם במקרה דנן אין אנו נדרשים להכריע בשאלה זו, שכן תיקון מס' 8 אינו עולה כדי שלילת המאפיינים הדמוקרטיים הגרעיניים של מדינת ישראל. אף חברי המשנה לנשיאה (בדימ') לא נדרש להכריע בשאלת סמכותו של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד, והמחלוקת בינינו נוגעת, למעשה, ליישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוונת על הסוגיות שלפנינו ולכך אדרש להלן.

הצו על תנאי הראשון: מנגנון אי-האמון

3. סעיף 43 לחוק היסוד קובע כי כאשר הכנסת מביעה אי-אמון בממשלת חילופים "לא יהיו ראש הממשלה וראש הממשלה החלופי בממשלת החילופים שבה הובע אי-האמון רשאים לעמוד בראשות הממשלה האחרת". לגישת חברי המשנה לנשיאה (בדימ'), תיקון זה – ככל שהוא חל בתקופת כהונתה של הכנסת ה-23 והממשלה ה-35 – "הכביד מאוד על המנגנון הקיים, שהוא ממילא מגביל ומוקשה בשל כך" (פסקה 128), אך לגישתו בנסיבות העניין די במתן התראת בטלות "מרוככת", תוך דחיית העתירות בהיבט זה.

אף שסוגיית הגבלת כוחה של הכנסת להביע אי-אמון בממשלה אכן עשויה לעורר שאלות קשות ומורכבות, אני מסכימה בהקשר זה עם המסקנה שאליה הגיעו חבריי השופטים הנדל, ברון וברק-ארז ועם נימוקיהם כי יש לדחות את העתירה בראש זה וכי אין מקום להתראת בטלות כלשהי לגביה. לפיכך אדרש לסוגיה זו בתמצית בלבד.

4. בשיטה הפרלמנטרית הנהוגה בישראל מוסד אי-האמון מהווה את אחד מכלי הפיקוח והביקורת המרכזיים הנתונים בידי הכנסת. הוא ממלא תפקיד חשוב במערך

האיוונים והבלמים בין רשויות המדינה וכן בעיגון אחריותה של הממשלה כלפי הכנסת, בהיותו ה"אמצעי הפרלמנטרי החריף ביותר, שעומד לרשותה של סיעה אופוזיציונית" (בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 164 (1985); וראו גם: יגאל מרזל "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית" משפטים לח 243, 217 (התשס"ח); סוזי נבות "הצעת החוקה: שלוש הערות על פרק הכנסת" משפט וממשל י 593, 607-613 (התשס"ז); קלוד קליין "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריזם הישראלי" משפטים ה 308, 312-313 (התשל"ג)). חשיבותו של מנגנון זה נובעת גם מהיותו "כלי ביטוי למחאה של סיעות האופוזיציה על מחדלים שונים של הממשלה" (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב: רשויות השלטון והאזרחות 745 (מהדורה שישית, 2005)).

5. לאורך השנים צומצם בישראל היקפו של מוסד אי-האמון ובאופן הדרמטי ביותר בשנת 2001, עם המעבר לשיטת אי-האמון הקונסטרוקטיבי, המחייב החלטה של הכנסת לבקש מנשיא המדינה להטיל את הרכבת הממשלה על חבר כנסת פלוני שהסכים לכך בכתב. בשנת 2014 חל צמצום נוסף במוסד אי-האמון, כשנקבע כי לצורך הבעת אי-אמון בממשלה על הכנסת לקבל החלטה, ברוב חבריה "להביע אמון בממשלה אחרת שהודיעה על קווי היסוד של מדיניותה, על הרכבה ועל חלוקת התפקידים בין השרים [...]..." (סעיף 28(ב) לחוק היסוד; חוק-יסוד: הממשלה (תיקון), ס"ח 2440, 346). במובן זה, יש ממש בטענת העותרים לפיה סעיף 43 לחוק היסוד מהווה חוליה נוספת בשרשרת צעדים השוחקים את כוחה של הכנסת למול כוחה של הממשלה (ראו גם: עניין המרכז האקדמי, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט הנדל; שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק יסוד: הממשלה כרך ב 499-503 (יצחק זמיר עורך, 2018) (להלן: שטרית)).

ואולם, כחבריי השופטים הנדל וברק-אדו אני סבורה כי אף מבלי להכריע בשאלות הנוגעות לסמכותו של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד, ההסדר שנקבע בסעיף 43 לחוק היסוד אינו שולל, ולו בקירוב, את אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל (ראו: עניין חוק ההדחה, בפסקה 36 לחוות דעתי; עניין חוק יסוד: הלאום, בפסקה 31 לחוות דעתי).

6. סעיף 43 לחוק היסוד מטיל אומנם הגבלה על זהות הגורם שרשאי לעמוד בראשות הממשלה המוקמת מכוח אי-האמון בממשלה המכהנת. עם זאת, הדבר נעשה כחלק ממכלול של הוראות שנועדו להסדיר את מנגנון ממשלת החילופים ולהבטיח את יציבותה. התכלית שבבסיס סעיף 43 לחוק היסוד עולה בקנה אחד עם תכלית

התיקונים שמכוחם הוטלו לאורך השנים מגבלות על יכולתה של הכנסת להביע אי-אמון בממשלה – שמירה על יציבותה של הממשלה (ראו בהקשר זה: דברי הסבר להצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון) (הגברת המשילות) ה"ח הכנסת 45, 47 (22.7.2013); שטרית, כרך א', בעמ' 135; טל לנטו "מתחת למכ"ם: אי-אמון קונסטרוקטיבי בישראל" עיונים 33, 280, 293-295 (2020); יגאל מרזל "חובת האמון של הממשלה כלפי הכנסת" חובות אמון בדיון הישראלי 209 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016)). ובמילים אחרות, במסגרת מערך האיזונים והבלמים בין הרשויות הגיעה הרשות המכוננת פעם אחר פעם למסקנה שיש לבכר את יציבותה של הממשלה גם אם הדבר כרוך בפגיעה מסוימת בכוחה של הכנסת לפקח על פעילות הממשלה.

לכך יש להוסיף כי מתגובות המשיבים לעתירות שלפנינו עולה שהצורך ביציבות שלטונית מתעורר ביתר שאת בממשלת חילופים, בהינתן התמריצים והאתגרים הייחודיים שמציב מנגנון זה. עוד יש להדגיש כי בפועל המגבלה שהוטלה על כוחה של הכנסת בהוראת סעיף 43 לחוק היסוד, היא מצומצמת ביותר בהיקפה, שכן ביכולתה של הכנסת להביע אמון בממשלה אחרת, בראשות כל אחד מ-118 חברי הכנסת שאינם ראש הממשלה או ראש הממשלה החלופי.

7. בשולי הדברים יצוין כי מסקירה משווה שערך מרכז המחקר והמידע של הכנסת, עולה שהטלת מגבלות על יכולתו של הפרלמנט להביע אי-אמון בממשלה נהוגה גם במדינות אחרות (יהודית גלילי סקירה משווה בנושא: הגבלות על הבעת אי-אמון בממשלה (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2005)). מנעד המגבלות הקיימות בעולם מעיד על ניסיון לאזן בין השמירה על כוחה של האופוזיציה הפרלמנטרית ובין הרצון למנוע פגיעה ביציבות הממשלה ובתפקודה התקין. כך, למשל, באיטליה ובצרפת נקבע כי דיון בהצעת אי-אמון יתקיים רק אם הוגשה בקשה החתומה בידי מספר מינימלי של חברי פרלמנט (סעיף 94 לחוקת איטליה; סעיף 49 לחוקת צרפת); בספרד נקבע כי אם הצעת אי-אמון אינה מתקבלת, חברי הפרלמנט החתומים עליה אינם רשאים להגיש הצעה נוספת באותו מושב (סעיף 113 לחוקת ספרד); ובמדינות נוספות נהוג מנגנון של אי-אמון קונסטרוקטיבי, שבמסגרתו הצעת אי-אמון חייבת לכלול מועמד חלופי לתפקיד ראש הממשלה (ראו למשל: סעיף 67 לחוקת גרמניה; סעיף 21 ל-Fundamental Law of Hungary).

8. אשר לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת: כפי שהובהר בעניין שפיר, במסגרת המבחן הדו-שלבי ליישומה של דוקטרינה זו יש לבחון תחילה אם ההסדר

הנדון צולח את "שלב הזיהוי", דהיינו אם הוא נושא את המאפיינים הצורניים של נורמות חוקתיות ובהם יציבות, כלליות, והתאמה למארג החוקתי הכולל. ככל שההסדר אינו מקיים איזה ממאפיינים אלו יש להידרש לשלב השני של המבחן, הוא "שלב הצידוק".

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

9. היבט נוסף שרלוונטי לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת הוא תחולתו המיידית של סעיף 43 כבר בתקופת כהונתה של הכנסת ה-23. עניין זה נכלל בגדר שאלת תחולתו המיידית של הסדר ממשלת החילופים בכללותו, שאליה אדרש בהמשך במסגרת הדיון בצו על תנאי השלישי. ואולם, בכל הנוגע לצו על תנאי הראשון, די לדידי במסקנה שסעיף 43 לחוק היסוד צולח, מבחינת מאפייניו, את שלושת מבחני-העזר של שלב הזיהוי.

הצו על תנאי השני: הוראת השריון

10. הוראת השריון בתיקון מס' 8 קבעה, בהוראת שעה, כי בתקופת הכנסת ה-23 ניתן יהיה לשנות את הוראותיו המרכזיות של התיקון ברוב של 70 חברי כנסת, ותמימת דעים אני עם כלל חבריי כי משעה שהכנסת ה-23 התפזרה והוראת השריון פקעה, הפך הדיון בהוראה זו לתיאורטי וניתן להותיר סוגיה זו לעת מצוא.

הצו על תנאי השלישי: תחולה מיידית של הוראות התיקון

11. שונים הם פני הדברים בנוגע לצו על תנאי השלישי, שעניינו תחולתן המיידית של הוראות תיקון מס' 8 בתקופת כהונתה של הכנסת ה-23. אומנם, עם התפזרות

הכנסת ה-23, הפכה לכאורה גם שאלה זו לתיאורטית. ואולם, לא ניתן להתעלם ממגמה מסתמנת של שינויים משטריים משמעותיים המבוצעים אד-הוק, לעתים בדרך של הוראת שעה, בתחולה מיידית (ולעתים בלעדית) לכנסת שביצעה אותם. כך למשל, בתקופת כהונתה הקצרה של הכנסת ה-23 תוקנו חוקי היסוד 13 פעמים בדרך של הוראות שעה, אשר היו, מטבע הדברים, בעלות תחולה מיידית (עניין שפיר, בפסקה 21 לחוות דעתי), ותיקון מס' 42 לחוק-יסוד: הכנסת – המכונה "החוק הנורבגי" – אשר אפשר את התפטרותם של שרי הממשלה וסגני השרים מהכנסת על מנת לאפשר למועמדים הבאים ברשימותיהם להיכנס לכנסת, נחקק והוחל אף הוא מיידית בתקופת כהונתה של הכנסת ה-20. חלק מאותן הוראות אף הובאו לפתחו של בית משפט זה בשנים האחרונות (ראו: עניין שפיר; בג"ץ 4076/20 שפירא נ' הכנסת, פסקה 10 (22.7.2020); בג"ץ 3234/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יו"ר הכנסת (9.7.2015)). מן הטעמים המפורטים לעיל, סוגיית התחולה המיידית מצדיקה התייחסות, ולהלן אפרט על כן מספר הערות בנושא זה אשר אין בהן כדי למצותו.

12. נוסח הצו על תנאי השלישי אינו מתייחס לתוכנו של תיקון מס' 8, אלא למאפיינים הפורמליים-פרוצדורליים של ההסדרים שנכללו בו ובפרט לשאלת תחולתו בזמן. כידוע, לכל נורמה משפטית, ובכלל זאת גם לנורמה חוקתית, יש מועד תחולה. הנורמה עשויה לחול באופן פרוטפקטיבי – רק על אירועים ופעולות שיתרחשו בעתיד; היא עשויה לחול באופן רטרופקטיבי – ביחס לאירועים ופעולות שהתרחשו בעבר; והיא עשויה לחול באופן אקטיבי – על מצב עניינים שהחל בעבר אך טרם הסתיים (בג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה 47 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (29.9.2016) (להלן: עניין איגוד הבנקים); בפסיקה נזכרו בעבר הבחנות נוספות במישור התחולה בזמן, וראו למשל בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (2.4.2013) (להלן: עניין איתנית) – אך לצורך הדיון בענייננו די בהבחנות האמורות).

13. מכיוון שעסקינן במאפיינים הפורמליים של הנורמה ולא בתוכנה, האספקלריה הראויה לבחינת הצו על תנאי השלישי היא דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת (ראו: עניין שפיר, בפסקה 58 לחוות דעתי). השאלה שיש לשאול היא על כן, האם תחולתו המיידית של התיקון לחוק-יסוד: הממשלה מעידה, כשלעצמה, על כך שהתיקון במתכונתו הנוכחית אינו נושא את סימני ההיכר של נורמה חוקתית, מבלי שהוצג צידוק מספק לכך?

נקודת המוצא העקרונית היא כי חקיקה רטרוספקטיבית מעלה קושי, וכי יש להצביע על אינטרס ציבורי שיצדיק תחולה רטרוספקטיבית של דבר חקיקה (ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 785 (1992) (להלן: עניין ארביב)). זאת, שכן החלת חוק למפרע עומדת בסתירה לעקרון שלטון החוק, נוגדת "מושגים מקובלים של צדק", פוגעת בוודאות המשפטית ואינה מאפשרת תכנון התנהגות מראש (שם, בעמ' 776). בהתאם לכך נקבעה חזקה פרשנית לפיה, במידת האפשר, יש לפרש חוק ככזה שאינו פועל למפרע (ע"א 27/64 בדר נ' לשכת עורכי-הדין בישראל, פ"ד יח(1) 295, 300 (1964)). ואולם, חזקה זו ניתנת לסתירה בהינתן קביעה – מפורשת או משתמעת – של המחוקק (עניין ארביב, בעמ' 775). תחולה אקטיבית גם היא אינה חפה מקשיים, אולם היא נתפסת כלגיטימית יותר שכן היא "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" (עניין איתנית, בפסקה 38).

14. בפסיקה נקבע כי "עובדת היותו של חוק רטרוספקטיבי או אקטיבי אינה מכריעה כשלעצמה בשאלה אם ראוי שבית המשפט יתערב בו" (עניין איגוד הבנקים, בפסקה 48 לפסק דינה של הנשיאה נאור; ראו גם: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 350, 358 (2010)), וקביעה זו נכונה מקל וחומר ביחס לנורמה שהוגדרה על-ידי הרשות המכוננת כ"חוק יסוד". עם זאת, אין להוציא מכלל אפשרות כי בנסיבות מסוימות, החלה רטרוספקטיבית או אקטיבית של חוק יסוד לא תעמוד באחד ממבחני הזיהוי של נורמות חוקתיות, שעליהם עמדנו בעניין שפיר.

15. כך למשל, תחולתה הרטרוספקטיבית או האקטיבית של הוראה חוקתית עלולה לעורר קושי בכל הנוגע למבחן הכלליות. בעניין שפיר צוין כי מבחן זה "נגזר מעיקרון שלטון החוק ועניינו בכך שנורמה משפטית, בהבדל מנורמות אחרות, צריכה, ככלל, להיות בעלת תחולה כללית, מופשטת ולהתייחס לקבוצה בלתי מסוימת [...] משכך הם [חוקי היסוד] אינם צריכים לשקף את האינטרסים הפרטיקולריים המשתנים של רוב זה ואחר" (שם, בפסקה 40 לחוות דעתי; ההדגשה הוספה). בהקשר זה כבר צוין כי נורמה החלה רק ביחס לכנסת או לממשלה ספציפית נושאת במובהק אופי פרסונאלי, ומשכך היא "מעוררת קושי, ולא ניתן לייחס לה אופי ומעמד חוקתיים" (עניין המרכז האקדמי, בפסקה 6 לחוות דעתו של השופט הנדל).

קושי מעין זה עלול, לשיטתי, להתעורר כאשר ההוראה מוחלת גם על הכנסת המכוננת אותה, ומאפשרת לאותה כנסת ליהנות מ"הטבות" מיוחדות בשל אימוץ

הנורמה. מצבים מסוג זה מאופיינים בניגוד עניינים מוסדי בין כובעה של הכנסת כרשות מכוננת, אשר אמורה לקבוע נורמות כלליות שיעצבו את דמותה של המדינה לאורך זמן, ובין אותם "אינטרסים פרטיקולריים" של חברי הכנסת בכנסת הספציפית (ראו: איל גבאי "שינוי רטרופקטיבי בחוק יסוד: הממשלה – חוקתיותו" הפרקליט מד 151, 171-172 (1998) (להלן: גבאי)). טלו למשל מקרה שבו כנסת פלונית מתקנת את חוק-יסוד: הכנסת וקובעת כי תקופת כהונת הכנסת תעמוד – החל מאותה הכנסת – על 8 שנים, חלף 4 שנים (ראו והשוו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 544 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 152-153 (התשנ"ז)). העובדה שגם הכנסות הבאות יוכלו ליהנות מ"הטבה" זו אינה מפחיתה מניגוד העניינים של הכנסת שחוקקה את ההוראה החוקתית והחילה אותה באופן מיידי, וניגוד עניינים זה מעורר חשש כי מדובר בהוראה פרסונלית שנועדה בראש ובראשונה להיטיב עם חברי הכנסת המכהנים.

16. דוגמה אחרת היא הוראה חוקתית המוחלת באופן אקטיבי או רטרופקטיבי – ומשנה מן היסוד את התוצאות המשפטיות של פעולות ואירועים שהתרחשו בעבר. הוראה כזו עלולה לעורר קושי גם בכל הנוגע למבחן היציבות. כידוע, אחד מהמאפיינים המרכזיים של נורמות חוקתיות הוא מעמדן היציב והבלתי-משתנה (עניין שפיר, בפסקה 38 לחוות דעתי). פגיעה ביציבות חוקי היסוד נגרמת, למשל, כשהוראה חוקתית נחקקת כהוראת שעה (שס, בפסקה 39), אך בכך אין כדי למצות את כלל המצבים שעלולים להוביל לפגיעה ביציבות חוקי היסוד, והוראה רטרופקטיבית שיש בה משום שינוי משמעותי של "כללי המשחק" בדיעבד עלולה לפגוע פגיעה קשה ביציבות המפעל החוקתי, גם אם היא מוחלת כתיקון של קבע. זאת, שכן מרכיב מרכזי ביציבותה של חוקה – אולי המאפיין המרכזי ביותר שלה – הוא הביטחון שהיא מקנה לאזרחי המדינה שכללי המסגרת המעצבים את חייהם לא ישתנו למפרע. כך למשל, הכפלת תקופת כהונת הכנסת והחלתה על הכנסת המכהנת באופן מיידי כמתואר לעיל, שומטת את הקרקע מתחת לכללי המסגרת הבסיסיים אשר בהתאם להם הצביעו אזרחי המדינה בבחירות לכנסת.

היטיב לתאר זאת השופט (כתוארו אז) מ' חשין בהתייחסו למקרה דומה:

"כנסת פלונית מבקשת לחקוק חוק שלפיו יצומצם מספר חברי הבית ויעמוד על תשעים חברים. תחולת החוק אמורה להיות לאלתר, ולפיו יסולקו מן הכנסת שלושים חברים בהתאם להשתייכותם לסיעות PRO RATA

(דהיינו, אין 'הפליה' בין הסיעות ואין השתלטות של רוב על מיעוט). נמצא לנו אפוא, כי העם בחר במאה ועשרים חברים – אלה ואלה – והנה באה הכנסת ומורדת במנדט שקיבלה מן העם" (עניין בנק המזרחי, בעמ' 545).

חברי המשנה לנשיאה (בדימ') ציין כי מצבים כאלה מעוררים קושי בכל הנוגע ל"כלליות במישור הזמן" (פסקה 115 לחוות דעתו). כשלעצמי אני סבורה כי מצבים כאלה, שבהם חל שינוי משמעותי של "כללי המשחק" בדיעבד, נוגעים לליבת מבחן היציבות – שכן הקושי העיקרי הנובע מתחולה רטרואקטיבית הוא הפגיעה באינטרס שבביטחון וביציבות המשפטיים (עניין אדביב, בעמ' 776). בהתאם לכך, ככל שמועד התחולה של נורמה חוקתית גורר פגיעה גדולה יותר ב"וודאות החוקתית", כך ניתן יהיה לקבוע באופן מובהק יותר כי החלתה במועד זה סותרת את מבחן היציבות (ראו והשוו: גבאי, בעמ' 166).

17. האם תיקון מס' 8 המצוי במוקד העתירות שלפנינו נמנה עם אותם הסדרים חריגים שמועד תחולתם מצביע על כך שלא ניתן לזהותם כנורמה חוקתית?

אני סבורה כי התשובה לשאלה זו היא בשלילה. לגישתי, תחולתם המיידית של ההסדרים המעוגנים בתיקון אינה מעוררת את הקשיים מן הסוג שתוארו לעיל ביחס למבחן הכלליות ולמבחן היציבות וזאת מן הטעמים שאפרט להלן.

אשר למבחן הכלליות. חברי המשנה לנשיאה (בדימ') סבור כי תיקון מס' 8 "מעורר חשש שמא הוא נעשה בכדי לקדם את האינטרסים הפוליטיים קצרי-המועד של מי שהתקשרו בהסכם הקואליציוני", ובפרט הרצון להבטיח את קיום ההסכם הקואליציוני על רקע "חוסר האמון בין ראשי הסיעות הגדולות" (פסקה 143 לחוות דעתו). משכך, לגישתו, מדובר בתיקון פרסונאלי שאינו עולה בקנה אחד עם מבחן הכלליות.

אינני שותפה למסקנה זו. ראשית, אף אם התיקון שבמוקד העתירות נחקק בשל מניעים הנוגעים לחוסר אמון בין הצדדים להסכם הקואליציוני, כלל נקוט עמנו ועליו עמד גם המשנה לנשיאה (בדימ') בחוות דעתו, שהמניעים לחקיקת חוק יסוד, כשלעצמם, אינם מהווים עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (עניין בר-און, בעמ' 255-256; עניין שפיר, בפסקה 43 לחוות דעתו). שנית, אף אם מקרה פרטי שימש תמריץ לחקיקת חוק היסוד, בענייננו ניכר כי תכלית ההסדר נוגעת לקושי כללי שעשוי להתעורר גם בעתיד – חוסר יציבות שלטונית והיעדר מנגנונים שיפיגו את חוסר האמון

בין צדדים פוליטיים (ראו והשוו: מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" חוקים יב 173, 197 (2018)). ההסדר שגובש קובע מנגנון משפטי אופציונאלי. הוא מרחיב את קשת האפשרויות הקיימות בכל הנוגע למבנה הממשלה, ובכך הוא עשוי להקל על תהליך הקמתה. ואכן, אף שמדובר בחוכמה שבדיעבד, הקמתה של הממשלה ה-36 על בסיס מנגנון אופציונאלי זה מלמדת כי הסדר ממשלת החילופים, שנטען כי הוא "נתפר" למידותיה של כנסת וממשלה ספציפיים, משמש עתה גם שחקנים אחרים בזירה הפוליטית. הנה כי כן, בהינתן העובדה שמרבית ההסדרים שנקבעו בתיקון לא יוחדו לתקופת כהונתה של הכנסת ה-23 בלבד, ומשלא ניתן להצביע על ניגוד עניינים מובהק מן הסוג שתואר לעיל, אני סבורה כי תיקון מס' 8 צולח את מבחן הכלליות.

18. אשר למבחן היציבות: לגישתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ'), הליך הרכבת הממשלה מהווה המשך ישיר של הבחירות לכנסת, ומשכך הוא קובע כי "שינוי הכללים החוקתיים ביחס לאופן הרכבת הממשלה ולהבעת אי-אמון בה, לאחר הבחירות ובטרם הורכבה הממשלה – התיימר להיות אם כן שינוי חוקתי רטרוספקטיבי (ככל שהוא חל על הכנסת ה-23), אשר קובע הסדר חדש להשלמת התהליך, ומחיל אותו בדיעבד על תוצאות הבחירות שכבר נערכו קודם לכן" (פסקה 121 לחוות דעתו).

דעתי בעניין זה שונה. לשיטתי, תחולתו של תיקון מס' 8 איננה רטרוספקטיבית, אלא אקטיבית, ולמסקנה זו השפעה ניכרת על שאלת עמידת התיקון במבחן היציבות (ראו והשוו: עניין איתניתי, בפסקה 38). 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 רטרוספקטיביים 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 רטרוספקטיבי, היא בעיני טענה מוקשית.

אומנם, מבחינת ציבור הבוחרים, יתכן שעצם האפשרות להקים ממשלת חילופים פריטטית עשויה הייתה להשפיע במידה כזו או אחרת על הצבעתם בבחירות לכנסת. אך בהקשר זה יש לזכור כי, עקרונית, הקמת ממשלת רוטציה הייתה ממילא אפשרית גם ללא שינוי חוקי היסוד, וזאת בדרך של עיגון ההסדר בהסכמים קואליציוניים. ואוסף: בהחלט יתכן כי בשיטת בחירות אחרת – למשל, זו שנקבעה בחוק-יסוד: הממשלה הקודם משנת 1992, ואשר במסגרתה התקיימו גם בחירות ישירות לראשות הממשלה לצד בחירות לכנסת – שינוי חוקתי מהסוג שנקבע בתיקון מס' 8, היה בו משום שינוי משמעותי של כללי המשחק בדיעבד באופן הפוגע ביציבות חוקי היסוד (השוו: שם, בעמ' 160-161). זאת, משום שהצבעה לראשות הממשלה מבוססת על ההנחה כי במהלך תקופת כהונת הממשלה יכהן ראש ממשלה אחד, ואילו מוסד ממשלת חילופים מבוסס על כך שלאורך תקופת כהונת הממשלה יכהנו בה שני ראשי ממשלה. אך בענייננו, אף אם קיימים היבטים רטרופקטיביים כאלה ואחרים בתחולתו המיידית של תיקון מס' 8, הם אינם משמעותיים דיים עד כי לא ניתן לזהות את ההסדרים הקבועים בו כנורמות חוקתיות בשל מועד תחולתם.

19. סיכומם של דברים – בניגוד לעמדת חברי המשנה לנשיאה (בדימ'), אני סבורה כי החלת תיקון מס' 8 בתקופת כהונתה של הכנסת ה-23 אינה מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. משהגעתי למסקנה זו, דין העתירות להידחות ואיני רואה מקום להוצאת התראת בטלות "מרוככת" כפי שהציע חברי המשנה לנשיאה (בדימ'), לפיה "אם ישונו בעתיד 'כללי המשחק' באופן משמעותי תוך כדי 'המשחק', ותוך הפרה של דרישת הכלליות [...] ייתכן כי נפקותו של שינוי זה יהיה בטלות" (בפסקה 163 לחוות דעתי; ההדגשה במקור). זאת, שכן ממילא בכל מקרה עתידי יהיה צורך לבחון בהתאם לנסיבות העניין אם ההוראה החוקתית מקיימת את המבחן הדו-שלבי שנקבע בעניין שפיר, ובמובן זה התראת הבטלות המוצעת אך משקפת את המצב החל בדין הקיים. יתר על כן, הנוסח העמום של התראת הבטלות יוצר חוסר ודאות שאינו רצוי בנוגע לאופן שבו על המכונן להדריך עצמו בבואו לחוקק חוקי יסוד או תיקונים בהם לעתיד לבוא. על כן, לגישתי, נזקה של התראת הבטלות המוצעת עולה על תועלתה.

סוף דבר

20. בעניין שפיר עמדתי על המגמה המטרידה לפיה מתקנים חוקי היסוד לעיתים תכופות מדי על-ידי הכנסת, תוך הפיכתם ל"כלי משחק" בשדה הפוליטי (שם, בפסקה 67). עם זאת, בשונה מההסדר שנבחן בעניין שפיר, אינני סבורה כי בענייננו נפל פגם

בתיקון מס' 8, אשר מצדיק את התערבותו של בית משפט זה. אשר על כן, לגיشتי דינן של העתירות להידחות.

ה נ ש י א ה

השופט נ' סולברג:

1. ביום הרביעי לבריאת העולם – "וַיַּעַשׂ אֱלֹהִים, אֶת-שְׁנֵי הַמְּאֹרֹת הַגְּדֹלִים: אֶת-הַמְּאֹר הַגְּדֹל לְמַשְׁלַת הַיּוֹם, וְאֶת-הַמְּאֹר הַקָּטָן לְמַשְׁלַת הַלַּיְלָה, וְאֶת הַכּוֹכָבִים" (בראשית א, ט"ז). היקשה האמורא הארץ-ישראל, רבי שמעון בן פזי: "כתיב ויעש א-להים את שני המאורות הגדולים, וכתיב את המאור הגדול ואת המאור הקטן" (בבלי, חולין ס, ע"ב). ברישא של הפסוק דובר בשני מאורות גדולים; בסיפא נכתב כי המאור האחד – גדול, והאחר – קטן. את המבוכה ישב רבי שמעון בן פזי כך: "אמרה ירח לפני הקב"ה ריבונו של עולם אפשר לשני מלכים שישתמשו בכתר אחד? אמר לה לך ומעטי את עצמך". אכן כן, בתחילה, נבראו שני מאורות גדולים, אולם משתהה הירח, כלום "אפשר לשני מלכים שישתמשו בכתר אחד?", השיב ריבונו של עולם – "לך ומעטי את עצמך". הירח פעל בהתאם למצוות קונו, ומיעט עצמו. משעשה כן, שוב אין שני מאורות גדולים, כי אם מאור גדול לממשלת היום, ומאור קטן לממשלת הלילה. כזאת ידענו אפוא מאז ומקדם: אין שני מלכים יכולים לשמש בכתר אחד.

2. העתירות שלפנינו מלמדות, כי תהיית הירח איננה נוגעת לגרמי-שמיים בלבד, אלא גם לבשר ודם, ולא רק לתקופות קדמוניות שהיו ואינן. גם בימינו-אנו, מתקשים השליטים היושבים בארץ לחלוק ביניהם את ההנהגה, ונדרשים לפתרונות יצירתיים ומורכבים, על מנת לשמש בכתר ראש הממשלה. פעם, פעמיים ושלוש, נקראו אזרחי ישראל להצביע, והכרעה ברורה – אין. בתווך, החלה מגפת הקורונה להתפשט במקומותינו, לפגוע בבריאות, בכלכלה; באדם היחיד ובחברה כולה. בנסיבות הללו, חריגות וקיצוניות, נתכנסו ראשי שתי המפלגות הגדולות, והחליטו לחלוק ביניהם את ההנהגה. לשם כך, יצרו בריאה חדשה, כמעט יש מאין, ויקרא שמה בישראל – 'ממשלת החילופים'. האמת ניתנת להאמר: אין זו הפעם הראשונה, שבה החליטו ראשי שתי המפלגות הגדולות בישראל, לחלוק ביניהם את ראשות הממשלה. כדבר הזה ארע גם ב'ממשלת הרוטציה' שנהגה בין השנים 1984-1988. ברם, בפעם הזאת, נרתמה למשימה גם כנסת ישראל, בכובעה כרשות מכוננת, ותיקנה את חוק-יסוד: הממשלה

(תיקון מס' 8 והוראת-שעה), לשם הסדרת דרכי הנהגתה של בריאה זו. במסגרת התיקון הוגדרה "ממשלת החילופים" באופן הבא: "ממשלה אשר בתקופת כהונתה יעמדו בראשה, לסירוגין, חבר הכנסת שהרכיב את הממשלה וחבר כנסת נוסף" (סעיף 2). פרטים וגדרים שונים נקבעו בתיקון, על מנת שתוכל 'ממשלת החילופים' לתפקד ביציבות, תוך מתן שוויון לשני הגושים המרכיבים אותה בעת קבלת החלטות, מטעמי שקילות (פריטטיות).

3. בתיקון מספר 8 לחוק-יסוד: הממשלה, הוסדרה בין היתר האפשרות להביע אי-אמון בממשלת החילופים. בסעיף 43 לחוק-היסוד נקבע כך: "החליטה הכנסת להביע אי-אמון בממשלת חילופים ולהביע אמון בממשלה אחרת, לפי סעיף 28, לא יהיו ראש הממשלה וראש הממשלה החלופי בממשלת החילופים שבה הובע אי-האמון רשאים לעמוד בראשות הממשלה האחרת". הנה כי כן, במסגרת אי-אמון 'קונסטרוקטיבי', לא ניתן יהיה להציע ממשלה אלטרנטיבית שבראשה יעמדו ראש הממשלה המכהן או ראש הממשלה החלופי. מלבדם, יהיו רשאים לעמוד בראשות הממשלה האחרת, כל אחד מ-118 חברי הכנסת הנותרים. הוראה זו הוחלה באופן מיידי.

4. חברי, המשנה לנשיאה (בדימוס) ח' מלצר, קובע כי בהחילה את סעיף 43 לחוק-יסוד: הממשלה – באופן מיידי, ולא החל מן הכנסת שתבוא לאחריה – עשתה הכנסת 'שימוש לרעה בסמכותה המכוננת'. לדבריו, "שינוי הכללים החוקתיים ביחס לאופן הרכבת הממשלה ולהבעת אי-אמון בה, לאחר הבחירות ובטרם הורכבה הממשלה – התיימר להיות אם כן שינוי חוקתי רטרופקטיבי (ככל שהוא חל על הכנסת ה-23), אשר קובע הסדר חדש להשלמת התהליך, ומחיל אותו בדיעבד על תוצאות הבחירות שכבר נערכו קודם לכן" (פסקה 121). לדידו, דרך פעולה זו, שבה מחילה הכנסת "תיקונים חוקתיים משמעותיים באופן מיידי, או למפרע, כפי שנעשה בענייננו, כך שהם התייחסו לתוצאות הבחירות לכנסת ה-23 – איננה עומדת בקריטריון הכלליות שהותווה במבחן הדו-שלבי בבג"ץ התקציב" (פסקה 112), ועל כן עולים אותם תיקונים כדי 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת'. על אף האמור, הוסיף חברי, כי כיוון שמצא "שהמשיבים עמדו חלקית בנטל של הצגת צידוק לכך, במסגרת השלב השני במבחן דו-שלבי זה", די "בהוצאת התראת בטלות הצופה פני עתיד, כפי שנעשה בבג"ץ התקציב", ואין צורך להגיע עד כדי ביטולו של הסעיף.

5. לא אוכל להצטרף למסקנת חברי, המשנה לנשיאה (בדימוס) ח' מלצר, בדבר הצורך בהתראת בטלות, אפילו בגרסתה ה'מרוככת'. מקובלות עלי בהקשר הזה קביעותיו של חברי השופט הנדל, כי העתירות הפכו תיאורטיות, וזאת גם בנוגע

לתחולתו המיידית של סעיף 43 לחוק-יסוד: הממשלה. מאז חקיקת הסעיף – נבחרה כנסת חדשה; הוקמה הממשלה ה-36; והטענות בנוגע לתחולתו המיידית של הסעיף אינן רלבנטיות עוד. אמנם, בכל הנוגע לחלקו המהותי של סעיף 43 לחוק-יסוד: הממשלה (סוגיית אי-האמון), נראה כי העתירה איננה תיאורטית; ברם, 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, משהעתירות 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.

6. 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 שיפוטי רחב, תהפוך את בית המשפט לשותף פעיל ביצירת החוקה ובתחימת גבולותיה. מלאכה זו נמסרה לכנסת ישראל; לא לנו השופטים. כינונה של חוקה המעגנת את ערכיה היסודיים של המדינה, את סדרי-המשטר, ואת כללי המשחק – טעונה הסמכה, ומצריכה הסכמה ציבורית רחבה. עיסוק של בית המשפט בשאלה – איזו נורמה ראויה להיכלל בחוקה ואיזו לא, חורג מן השורה, פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. תפקידם של המחוקק והמכונן – לקבוע את הנורמה; תפקידו של בית המשפט – לפרשה. אין זה מתפקידו של בית המשפט לקבוע, אם יאה היא אותה נורמה להיכלל בחוקה המתגבשת.

7. 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. ההיסטוריה הפסיקתית אשר תתואר להלן מלמדת, כי מאז שהוזכרה לראשונה דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת' – חלו בה שינויים מפליגים, והיא יושמה באופנים שונים. גמישות זו המתגלה בדוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת', אינה הולמת דוקטרינה המתיימרת לבקר חוקי-יסוד. 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; והפועל היוצא מי? שוֹרְנוֹ? אבקש לסקור להלן את גלגוליה של הדוקטרינה, את התפתחותה ואת התגמשותה, מאז פסק הדין ברע"א 1908/94 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 285 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי) ועד עתה. סקירה זו, מצביעה לדעתי על הסכנה הגלומה בהפעלת שיקול דעת שיפוטי-מהותי לצורך זיהויו של חוק-יסוד.

זיהויו של חוק-יסוד

8. להווי ידוע, כי במדינת ישראל קיימת תופעה כמעט יחודית, שבה "הכנסת מוסמכת לחוקק בשני מידרגים חקיקתיים, בין זה החוקתי (חוקה שלמה או חוקי יסוד) ובין זה של החקיקה הרגילה" (פרשת בנק המזרחי, עמוד 285). הסמכות המכוננת והסמכות המחוקקת הופקדו שתיהן בידי אותו מוסד – כנסת ישראל. משזכתה כנסת ישראל בכתר ה'מכונן' ובכתר ה'מחוקק', הרי שהליכי-חקיקה דומים אשר נעשים בכנסת, על-ידי אותם נבחרים ציבור, עשויים להביא עמהם תוצאות נורמטיביות שונות בתכלית: לאחד – יִקָּרָא 'חוק-יסוד'; לאחר – 'חוק'. בנסיבות הללו, מתעוררת השאלה: כיצד נזהה כי בפעם הזאת השתמשה הכנסת בסמכותה החוקתית, ולא בכוחה ליצור חקיקה 'רגילה'? כיצד נדע, כי דבר-החקיקה שלפנינו הריהו 'חוק-יסוד'?

9. כבר בפרשת בנק המזרחי, נדרש בית המשפט לשאלה נכבדה זו, וכך השיב:

"הכנסת מוסמכת להעניק חוקה למדינה. כיצד היא עושה זאת? מתי נורמה הנוצרת על ידה היא בעלת מעמד חוקתי, ומתי נאמר כי הנורמה היא חוק 'רגיל'? לדעתי, התשובה הינה, כי הכנסת משתמשת בסמכותה המכוננת כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה ורואה בו 'חוק-יסוד' (ללא ציון שנת החקיקה). אמת מידה צורנית זו תואמת את הנסיון הפרלמנטרי. הכנסת לא כינתה כ'חוק-יסוד' דברי חקיקה שעל פי מהותם אינם בעלי אופי חוקתי. הכנסת השכילה בעבר לייחד הדיבור 'חוק-יסוד' אך לפרקיה של החוקה, על פי 'החלטת הררי' (דברי הנשיא ברק, בעמוד 403).

10. השיבנו אפוא הנשיא ברק, כי המבחן שבאמצעותו נזהה אם חוק-יסוד לפנינו, אם חוק 'רגיל', יהא מבחן צורני. שני סימנים צורניים ניתנו בדבר: האחד – הכתרת דבר החקיקה בשם חוק-יסוד; השני – אי-ציון שנת חקיקתו. הנשיא ברק עמד על יתרונותיו של

המבחן הצורני: "לחקיקה החוקתית שלנו יש עיגון צורני. מבחן צורני זה – השימוש בדיבור 'חוק-יסוד' – הוא פשוט להפעלה. הוא מעניק בטחון וודאות" (עמוד 406). פשטות הפעלה, בטחון, ודאות, יציבות – הריהם שיקולים משפטיים כבדי-משקל, אשר הובילו להעדפת המבחן הצורני-הקשיח, על פני מבחנים מהותיים, המצריכים הפעלת שיקול דעת שיפוטי נרחב.

11. יחד עם זאת, כבר בפרשת בנק המזרחי נתעורר חשש, כי זיהוי חוקי-יסוד על סמך המבחן הצורני לבדו, יכול להביא לכך שלקהל חוקי-היסוד יסתפחו חוקים שאינם ראויים למעמד נכבד זה. אם תרצה הכנסת להעניק לחוק מסוים מעמד עליון-נורא, די בכך שתכתירהו בשם 'חוק-יסוד', מבלי שתצוין שנת חקיקתו. בעשותה כן, יהפוך אותו חיקוק לחלק מן החוקה המתגבשת; בין אם יהיה ראוי לכך על-פי תכניו, בין אם לאו. אשר על כן, תהיה בית המשפט בפרשת בנק המזרחי: "מה דין חקיקה עתידה של הכנסת, אשר תעשה 'שימוש לרעה' בדיבור 'חוק-יסוד' תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום?" (עמוד 406). הנשיא ברק נמנע מלהכריע בשאלה חשובה זאת, בצינו כי היא "אינה פשוטה כלל ועיקר, והתשובה לה יורדת לשורשי היחסים בין הסמכות המכוננת (של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט)". אשר על כן, ביקש להשאירה שם בצריך עיון. אכן, זוהי שאלה חמורה, נוקבת; וכדברי הנשיא ברק, יורדת לשורשי היחסים בין הסמכות המכוננת לסמכות השופטת. מאז ועד היום, עסק בית המשפט לא אחת בסוגיה נכבדה זו, והילך בדרכים שונות בניסיון ליישבה.

עניין בר-און

12. בבג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: עניין בר-און), קבעה הנשיאה ביניש, כי מבחן הזיהוי הצורני, הוא זה שהושרש בשיטתנו, והוא אשר הנחה את כנסת ישראל לדורותיה, בבואה לכוון חוקי-יסוד (שם, עמוד 291). יחד עם זאת, נוכח החשש מפני השתלבותן של נורמות שאינן ראויות לבוא בקהלה של 'חוקה', העירה הנשיאה ביניש, כי "השאלה אם יש מקום להחיל בישראל מבחן משולב (הכולל בחינה מהותית – נ' ס') היא שאלה מורכבת שאני סבורה שניתן להותירה בצריך עיון ואין הכרח להכריע בה במסגרת העתירה שלפנינו" (עמוד 294). לצד זאת, מצאה לנכון הנשיאה ביניש להדגיש, כי החלתו של מבחן זיהוי מהותי, טומנת בחובה גם קשיים בלתי-מבוטלים: "טמונה בו, בראש ובראשונה, מידה לא מבוטלת של חוסר ודאות לגבי חקיקה קיימת ועתידית בשאלה אם מהווה היא חלק מן החוקה. טמון במבחן המהותי גם קושי ממשי אשר, כלשונו של הנשיא ברק, יורד 'לשורש היחסים בין הסמכות המכוננת (של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט)', בידיה תופקד הסמכות לקבוע אם דבר חקיקה, מבחינת תוכנו, מתאים להיכלל בחוקה" (עמוד 293). מכל מקום, כאמור,

הכרעה בשאלה זו – לא נצרכה באותו עניין, ופתרונה נדחה לימים אחרים. המבחן הצורני נותר על מכונו.

שימוש לרעה בסמכות המכוננת

13. לבד משאלת דרכי הזיהוי של חוק-היסוד, בחנה הנשיאה ביניש, כשאלה נפרדת, אם יש מקום להחיל בפסיקה את דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת'. הנשיאה ביניש עמדה על שני היבטים של הדוקטרינה, שאליהם התייחסו העותרים באותה פרשה:

האחד, נוגע לתיקון חוק-יסוד בהוראת-שעה, במגמה לשנות את כללי המשחק, לטובת צרכיה העכשוויים, המזדמנים, של ממשלה מכהנת. היבט זה מתמקד במניעים, שהביאו את הכנסת להשתמש בסמכותה המכוננת. במוקד היבט זה ניצבת התפיסה, כי הכובע המכונן הוענק לכנסת למען תעמיד חוקה לישראל; לא כדי שישרת את הכנסת בעת מילוי תפקידה כרשות מחוקקת.

היבט שני של 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת' שאליו התייחסו העותרים בעניין בר-און, מתמקד בתוצאה הפגומה שתתקבל, אם יתוקן חוק-היסוד בדרך של הוראת-שעה: "הניסיון להגדיר הוראת שעה כחוק יסוד הוא 'תרת' דסתרי הגורם לזילות של חקיקת היסוד ושל מעמדה של הכנסת כרשות מכוננת" (שם, עמוד 296). העותרים שם טענו, כי גם בהתעלם מהמוטיבציה שהניעה את הכנסת לתקן את חוק-היסוד, תיקונו בהוראת-שעה – פסול מצד עצמו, שכן הוא מביא לזילותם של חוקי-היסוד.

14. ההיבט הראשון – שימוש בסמכות המכוננת ממניעים בלתי-ענייניים – נדחה על-ידי הנשיאה ביניש: "ספק רב אם מניעים לחקיקת חוק יסוד – אף אם ניתן לטעון שאינם ראויים – עשויים כשלעצמם להוות פגם משפטי המהווה עילה לביקורת שיפוטית" [...] בפרט מקום בו הסעד המבוקש הוא להורות על בטלות של חוק יסוד" (עמודים 296-295). רוצה לומר, לשיטת הנשיאה ביניש, ביקורת שיפוטית על תיקון חוק-יסוד – לא יכולה להסתמך על טענה בדבר המניעים שעמדו בבסיס התיקון; אפילו ימצא כי מניע פסול עמד מאחוריו – אין בכך כדי להביא לביטולו.

15. בהתייחסה להיבט השני – השימוש בסמכות המכוננת, בהוראת-שעה, באופן המוזיל את חקיקת-היסוד – קבעה הנשיאה ביניש כדברים הבאים: "אין לומר כי העובדה שחוק היסוד נחקק על דרך של הוראת שעה פוסלת אותו מעיקרו או מעמידה אותו במדרג נורמטיבי נמוך מזה של חוק רגיל" (עמוד 301). לצד זאת הוסיפה, כי הפרקטיקה הזו אינה חפה מקשיים, וייתכן שבמצבים מסויימים היא יכולה לעלות כדי 'שימוש

לרעה בסמכות המכוננת': "קביעתו של הסדר חוקתי זמני אכן פוגעת במעמד של חוקי היסוד ומוטב שייעשה בה שימוש במשורה, אם בכלל. במקרים מסוימים, שאין ניתן לקבוע מראש מהם, יתכן כי חקיקתו של חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות כדי 'שימוש לרעה' בכותרת 'חוק יסוד'. בבחינתו של כל מקרה לגופו, יש לתת את הדעת, בין היתר, לקיומן של נסיבות חריגות המצדיקות עריכתו של הסדר זמני על פני הסדר קבוע, יש לבחון את המאטריה שאותה מסדיר חוק היסוד ויש להעריך את מידת פגיעתו של חוק היסוד הזמני בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות. חשוב לציין כי החלת המבחנים הללו על בחינת חוקתיותה של הוראה זמנית כרוכה, מעצם טיבה, בשאלת החלתו של מבחן מהותי לזיהויים של חוקי יסוד. עם זאת, שאלה זו גם עומדת על רגליה כשאלה עצמאית. כאמור, בנסיבות מסוימות וחריגות, עשוי עצם השימוש בהוראת שעה להצדיק התערבות בחקיקת היסוד" (עמוד 301).

16. הנה כי כן, תיקון חוק-יסוד בדרך של הוראת-שעה, כשלעצמו, אינו פגום, ומעמדו אינו נחות מחוקי-היסוד האחרים. יחד עם זאת, הותירה הנשיאה ביניש פתח צר לביקורת שיפוטית 'בנסיבות מסוימות וחריגות', שבהן יתוקן חוק-יסוד בדרך של הוראת-שעה. בהקשר הזה, התייחסה הנשיאה ביניש למספר שיקולים שעל בית המשפט להביא בחשבון: נסיבות חריגות המצדיקות הסדר זמני והעדפתו על-פני הסדר קבוע; המאטריה שאותה מסדיר חוק-היסוד; ומידת פגיעתו של חוק-היסוד בעקרונות משטריים ובזכויות אחרות. מכל מקום, נושא זה – החלתה של דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת' – נותר בצריך עיון, מבלי שהוכרע.

עניין המרכז האקדמי

17. בבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי), ישם בית המשפט, לראשונה, את דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת'. בדומה לעניין בר-און, גם בעניין המרכז האקדמי עסקה העתירה בתיקונו של חוק-יסוד: תקציב המדינה, בדרך של הוראת-שעה. באותה פרשה קבע המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין, כי יש להורות על 'התראת בטלות', המכוונת למקרה שבו תבקש הכנסת, בכובעה המכונן, לתקן פעם נוספת את חוק-יסוד: תקציב המדינה בהוראת-שעה, באופן שמשמעו חריגה ממתכונת של תקציב חד-שנתי. ביסוד הכרעתו-זו, ניצבה הקביעה כי כנסת ישראל בכובעה כרשות מכוננת, עשתה 'שימוש לרעה בסמכותה המכוננת', כאשר שבה ותיקנה את חוק-יסוד: תקציב המדינה בדרך של הוראת-שעה. לדבריו, התנהלות זו של הכנסת מלמדת "על שבריריותה ורעיונותה של ההתייחסות הממשלתית והפרלמנטרית לתקציב", שכן "חוק יסוד, כשמו כן הוא, חוק יסוד, מסמך חוקתי"; אל לה, לכנסת, להתייחס אליו "כאסקופה הנדרסת שכל

רוח מצויה, אם כלכלית ואם פוליטית, מרוקנת אותו מתוכנו לעבר ניסויים ותעיות, ובמובן התוצאה יותר תעיות מאשר ניסויים" (פסקה ל"ב).

18. באותו עניין נדרש המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין למקור הסמכות, שמכוחו רשאי בית המשפט לבטל חוק-יסוד אשר נחקק 'תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת': "דוקטרינת השימוש לרעה, אף שהיא במתחם החוקתי, שאובה בבסיסה, כך נראה, מכללי היסוד של המשפט המינהלי, אשר להם מחויבים הרשות המבצעת וגופי המינהל מגשימי מדיניותה; כמו כל כוח שלטוני, גם סמכותה של הרשות המכוננת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה הסמכות. לא הרשות המבצעת, וגם לא המחוקקת או המכוננת, פטורות מכללי היסוד של המתחם והמרקם החוקתי" (דברי המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין, פסקה ל').

19. הנה כי כן, לפי גישה זו, הסמכות לבטל תיקון לחוק-יסוד שנחקק כהוראת-שעה, מכוח דוקטרינת ה'שימוש לרעה בסמכות המכוננת', יונקת את כוחה מכללי המשפט המנהלי. כשם שעל-פי כללי המשפט המנהלי, החלטה שקיבלה רשות שלטונית תוך שקילת שיקולים שאינם רלבנטיים לתכלית שלשמה ניתנה הסמכות – דינה להיבטל; כך שימוש של הכנסת בכובעה המכונן, שלא למען התכלית השלטונית שלשמה ניתן – עשוי גם הוא להיבטל. מכאן, שעל-פי המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין, בבוחנו אם עשתה הרשות המכוננת 'שימוש לרעה בסמכותה', בית המשפט אינו עוסק במלאכת זיהוי, כי אם בביקורת שיפוטית, מעין-מנהלית, על מעשה החקיקה של כנסת ישראל בכובעה המכונן. בית המשפט בוחן אם הגשימה הרשות המכוננת את התכלית שלשמה הוענקה לה הסמכות לחוקק חוק-יסוד ולהעמיד חוקה לישראל.

20. לגופם של דברים, פסק המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין, כי בקובעה מנגנון של תקציב דו-שנתי, פעם אחר פעם, באמצעות תיקון חוק-היסוד בדרך של הוראת-שעה, "שמטרתה להציל את הנוחות הפוליטית" (פסקה כ"ה), עשתה הכנסת 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת', בכך ששקלה שיקולים שאינם רלבנטיים להפעלת סמכותה המכוננת. בנסיבות הללו, הוצא לכנסת "כרטיס אדום", תוך שנקבע כי אם תחזור על מעשיה אלו, יבוטל אותו תיקון חוקתי (פסקה ל"ד).

21. כאן המקום להעיר, כי על פני הדברים, בעניין המרכז האקדמי הביע בית המשפט עמדה שונה מזו שהובעה בעניין בר-און. בניגוד לעמדתה של הנשיאה ד' ביניש, כי מניעיו של המכונן בעת תיקון חוק-היסוד לא יכולים לשמש עילה להתערבות שיפוטית, פסיקתו של המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין הושתתה על כך

ששיקולים בלתי-לגיטימיים הם אשר הניעו את הכנסת לעשות שימוש בסמכותה המכוננת, ומשכך הרי שחרגה מגדרי סמכותה.

עניין שפיר

22. בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר), אשר נדון לאחרונה, ועסק גם הוא בסוגיית תקציב המדינה, הורתה חברתי הנשיאה א' חיות, בדעת רוב, על 'התראת בטלות' מכוחה של דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת'. ברם, דומה, כי בפעם הזאת נשתנה אופיה של הדוקטרינה מזו ששורטטה בעניין המרכז האקדמי; נשתנה גם היקפה. אשר לאופיה: בעניין שפיר, בניגוד לפרשות הקודמות, לא דובר עוד באפשרות להתערב בחקיקת-יסוד, במצבים חריגים ונדירים שבהם עולה חשש כי המכונן חרג מן הסמכות שהוענקה לו, ו'הוזיל' את חוקי-היסוד. באותה פרשה, נשתלבה דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת', כחלק אינטגרלי ממבחני הזיהוי המשמשים להבחנה בין חקיקת-יסוד לחוק רגיל. לפי דבריה של חברתי הנשיאה, "דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת עניינה בזיהוי הנורמה העומדת לדיון כנורמה מסדר הנורמות החוקתיות" (ההדגשה שלי – נ' ס'). רוצה לומר, בעוד שבעבר קבעה ההלכה הפסוקה, כי זיהוי של חוק-יסוד יעשה באופן בלעדי באמצעות מבחן צורני, חד ופשוט, מעתה קבעה חברתי הנשיאה חיות מבחנים נוספים – מהותיים, גמישים ומורכבים. בתוך כך קבעה, כי לצורך זיהוי של חוק-יסוד, יש להידרש למבחן היציבות, למבחן הכלליות, ולמבחן ההתאמה למארג החוקתי הכולל. אלו הם מבחנים כלליים, אשר לצורך ההכרעה בהם, נדרש בית המשפט להפעיל שיקול דעת שיפוטי רחב. ודוק: בעוד שבעניין בר-און התייחסה הנשיאה ביניש לשאלת הזיהוי ודוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת' כעניינים נפרדים (שם, פסקה 16), הרי שבעניין שפיר, דבקו השניים והיו למבחן אחד, שעיקרו בזיהוי מעמדו הנורמטיבי של מעשה החקיקה, ולא במקרים שבהם תתאפשר ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד.

23. בצד תתי-המבחנים שקבעה לצורך זיהוי חוקי-יסוד, הוסיפה חברתי הנשיאה נדבך, והוא – 'הצידוק'. לדבריה, במצבים שבהם יקבע בית המשפט כי הנורמה שהוכתרה כ'חוק-יסוד', אינה מקיימת אחד או יותר ממבחני הזיהוי – "עובר הנטל אל כתפי המשיבים להצביע על הצדקה לעיגון הנורמה בחוק-יסוד דווקא" (פסקה 43). שלב 'הצידוק', מעניק לרשות המכוננת 'הזדמנות נוספת' להצדיק את טענותיה, בטרם תבוטל חקיקת-היסוד שכווננה. לכאורה, שלב זה מיטיב עם הכנסת: הוא מאפשר לה לבוא, ליתן טעם, ולהסביר מדוע עשתה את אשר עשתה בכובעה המכונן, הגם שמעשה החוקה-חקיקה שכווננה-חוקקה אינו עומד במבחני הזיהוי. דא עקא, כאשר באה הכנסת בשערי בית המשפט, ונדרשת להצדיק את פעולותיה, ולהסביר מדוע חיקוק מסוים ראוי

להיכלל בחוקה, נדרש אז בית המשפט לעמוד על יחסי-הגומלין שבין פגמים של יציבות, כלליות והתאמה למארג החוקתי, אשר נתגלו בשלב הראשון, לבין הצידוק שהוצע להם בשלב השני – ולהכריע בינותם. הנה כי כן, לא עוד הסתייגות מעיסוק ב"שורשי היחסים בין הסמכות המכוננת (של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט)" (פרשת בנק המזרחי, עמוד 406); נעלמה ונאלמה מעתה ההתחבטות בשאלה "אם מניעים לחקיקת חוק יסוד [...] עשויים כשלעצמם להוות פגם משפטי המהווה עילה לביקורת שיפוטית [...] מקום בו הסעד המבוקש הוא להורות על בטלות של חוק יסוד" (עניין בר-און, עמודים 295-296). הבחינה המהותית הדו-שלבית שקבעה חברתי הנשיאה בפרשת שפיר, דורשת מבית המשפט להפעיל שיקול דעת מהותי רחב בשאלת זיהויים של חוקי-היסוד. צעדים רבים אפוא צעדנו, מן המבחן הצורני אשר נתקבע בתחילה בשיטתנו, מאז ועד עתה.

24. בעניין שפיר התייחסה חברתי הנשיאה גם לשאלת מקור סמכותו של בית המשפט, להידרש לכל אותם מבחני-זיהוי מהותיים, ולדון בצידוק להם, והבהירה כי סמכות זו "מצויה בליבת תפקידו של בית המשפט", כאשר "יסודה בעיקרון שלטון החוק" (פסקה 31). נמצא, כי בעוד שבעניין המרכז האקדמי, נסמכה דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת' על כללי המשפט המנהלי, הרי שבפרשת שפיר נסמכה הדוקטרינה על סמכותו הטבועה של בית המשפט העליון, על עקרון 'שלטון החוק'.

25. ההבחנה שבין שתי ההתייחסויות לדוקטרינה – הגישה המנהלית שנוסחה בעניין המרכז האקדמי, אל מול גישת הזיהוי שנוסחה בפרשת שפיר – אינה סמנטית גרידא. הגישה המנהלית, כפי שהוצגה על-ידי המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין, והגישה שתוארה קודם לכן על-ידי הנשיאה דאז ביניש בעניין בר-און, מזהות, כנקודת מוצא, את חוק-היסוד, בהסתמך על מאפייניו הצורניים בלבד. דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת' משמשת לשיטתם את בית המשפט במצבים חריגים בלבד, מצבים שבהם מתעורר חשש כי הרשות המכוננת חרגה מגדרי סמכותה, בכך שתיקנה חוקי-יסוד בדרך של הוראת-שעה. לעומת זאת, גישת הזיהוי, אשר אותה הציגה חברתי הנשיאה בעניין שפיר, עשויה לשמש את בית המשפט תדיר, כמבחן ראשוני, כל אימת שתבוא לפניו עתירה נגד נורמה שעל ראשה מתנוססת הכותרת 'חוק-יסוד'. לפי גישת הזיהוי, דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת' אינה מסתכמת בבחינה *ex post*, אם יש להתיר על כנו מעשה מכונן של כנסת, כאשר נתגלה ספק אם אכן נועד לשמש כחוקה לישראל. לפי גישה זו, בית המשפט קנה לו סמכות לאשר את חוקי-היסוד, בטרם יקנו שביתה בחוקה, ולקבוע *ex ante*, כבר במישור הבסיסי, אם לפניו מעשה מכונן. נמצאנו למדים, כי לא רק אופיה של הדוקטרינה נשתנה, אלא גם היקפה.

ממשלת החילופים

26. עלילות התפתחותה והתרחבותה של דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת' – לא תמו. לא חלפו אלא חודשים ספורים מאז ניתן פסק הדין בפרשת שפיר, ולפנינו ניסיון להרחיב עוד את יריעות אוהלה של הדוקטרינה, למתוח את מיתריה. חברי המשנה לנשיאה (בדימוס) ח' מלצר, מבקש ליישם את הדוקטרינה, בפעם הראשונה, על תיקון לחקיקת-יסוד שלא בדרך של הוראת-שעה. בנוסף, וזה העיקר: חברי מקרב את דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת' לדוקטרינת 'התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי', שעד עצם היום הזה – לא נתקבלה בשיטתנו. אסביר.

27. אחד המבחנים שקבעה חברתי הנשיאה בעניין שפיר, לצורך זיהוי חוק-יסוד, הוא 'מבחן הכלליות': "מבחן זה נגזר מעיקרון שלטון החוק ועניינו בכך שנורמה משפטית, בהבדל מנורמות אחרות, צריכה, ככלל, להיות בעלת תחולה כללית, מופשטת ולהתייחס לקבוצה בלתי מסוימת [...] הסדר הנושא מאפיינים פרסונאליים חוטא לעקרון הכלליות ואינו עולה בקנה אחד עם אופייה ומעמדה של נורמה משפטית, ועל אחת כמה וכמה עם אופייה ומעמדה של נורמה חוקתית" (פסקה 40). חברי המשנה לנשיאה (בדימוס) מוסיף, כי במסגרת מבחן 'הכלליות', "יש לבחון גם את הכלליות במישור הזמן" (פסקה 115). לדידו, בגדרי בחינת 'הכלליות', יש להתייחס הן לתחולתו הרטרואפקטיבית של חוק-היסוד, הן להיבט הפרסונלי.

28. בעומדו על הקשיים המתעוררים מהחלתו המיידית-רטרואפקטיבית של חוק-יסוד מוסדי, קובע חברי המשנה לנשיאה (בדימוס) את הדברים הבאים: "שינוי הכללים החוקתיים ביחס לאופן הרכבת הממשלה ולהבעת אי-אמון בה, לאחר הבחירות ובטרם הורכבה הממשלה – התיימר להיות אם כן שינוי חוקתי רטרואפקטיבי (ככל שהוא חל על הכנסת ה-23), אשר קובע הסדר חדש להשלמת התהליך, ומחיל אותו בדיעבד על תוצאות הבחירות שכבר נערכו קודם לכן. שינוי רטרואפקטיבי שכזה מעלה קשיים רבים [...], הן מאחר שהוא מנוגד לעקרונות תום הלב וההגינות ביצירתם של הסדרים חוקתיים-מוסדיים, הן בשל חריגתו מהמקובל והן בשל אופיו הפרסונלי" (פסקה 121). תחולה מיידית של כללים מוסדיים המשנים את מבנה המשטר, לבטח אינה חפה מקשיים. יחד עם זאת, מימים-ימימה נהגה הכנסת לתקן חוקי-יסוד מוסדיים, ולהחילם באופן מידי, ואין פוצה פה ומצפצף. עובדה זו לא נעלמה מעיני חברי: "לאורך השנים חוקקו גם תיקונים לחוקי-יסוד שהם בעלי תחולה מיידית". ברם, לדידו, בשונה מן העניין הנדון לפנינו, "תיקונים אלה לא עסקו בשינויים משטריים רחבי היקף" (פסקה 134).

29. מדבריו של חברי המשנה לנשיאה (בדימוס) למדנו, כי לא כל אימת שתחוקק חקיקת-יסוד מוסדית שתחולתה מיידית – יהא מקום לבטלה; רק "שינוי משטרי משמעותי" בשיטת המשטר בישראל" (ההדגשה במקור; פסקה 136) – יצדיק את ביטולה של חקיקת-היסוד שהוחלה באופן מידי. תת-המבחן שיוצר חברי לצורך זיהויה של נורמה 'כללית' במישור הזמן, הוא מבחן מהותי מובהק. בגדרו של תת-מבחן זה, ניתן לבית המשפט שיקול דעת רחב כדי לקבוע איזו חקיקת-יסוד תיוותר במקומה, על אף תחולתה המיידית; ואיזו תוסר מן הדרך, משום שהיא מחוללת שינוי משמעותי בשיטת המשטר.

30. בהחילו את מבחן 'הכלליות' במישור הזמן, על הנדון דידן, קובע חברי, כי החלתו המיידית של סעיף 43 לחוק-יסוד: הממשלה – "פגומה, ונגועה בליקוי של שימוש לרעה בסמכות המכוננת", שכן "תיקון זה [...] הכביד מאוד על המנגנון הקיים, שהוא ממילא מגביל ומוקשה בשל כך" (פסקה 128). חברי מציין, כי מדובר בתיקון אשר הכביד מאד על המנגנון הקיים, אך כשלעצמי לא שוכנעתי מדוע השינוי שבסעיף 43 לחוק-יסוד: הממשלה הריהו שינוי מהותי ומשמעותי יותר מתיקונים אחרים שנעשו בעבר. חברי מוסיף, כי "אם היתה מבוטלת לחלוטין האפשרות להביע בכנסת אי-אמון בממשלה, יתכן שהייתי גורס שמדובר לא רק בשימוש לרעה בסמכות המכוננת, אלא בתיקון חוקתי לא חוקתי. דא עקא שפה לא נשללה אפשרות זו לחלוטין, ולכן רק החלתו המיידית של התיקון (לאחר הבחירות וטרם הקמת הממשלה החדשה) היתה פגומה, ונגועה בליקוי של שימוש לרעה בסמכות המכוננת" (שם). מן הדברים הללו ניתן להסיק, על פני הדברים, כי לשיטתו של חברי, ההבחנה שבין 'התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי', לבין 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת' – אינה אלא עניין של מידה. שינוי משטרי מובהק – יצדיק את התערבות בית המשפט מחמת 'התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי'; ואילו שינוי משטרי מובהק פחות – יצדיק התערבות מחמת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת'.

31. מסעה של דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת' מלמדנו כי הרחקנו נדוד מן הכוונה המקורית שעמדה ביסוד היווצרותה. אין מדובר עוד בדוקטרינה שנועדה לסנן חוקי-יסוד שאינם ראויים לאותה עטרה; גם לא בניפויים של חוקי-יסוד שנחקקו בחוסר תום לב, או תוך שקילת שיקולים בלתי-רלבנטיים. אליבא דגישתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימוס), דוקטרינה זו, משמשת לצורך ביקורת שיפוטית תוכנית על חוקי-יסוד העומדים בסתירה לעקרונות משטריים רמים יותר. כך, חוששני, ב'דלת האחורית', תעשה דוקטרינת 'התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי' את דרכה למשטרנו, הגם שעד היום נקבע, כי בטרם כינונה של החוקה כולה – לא יהיה מקום להחילה. בטרם הושלמה החוקה – עדיין לא ניתן לדון בתיקוניה. כל חקיקה של חוק-

יסוד, כל תיקון שנעשה בו, הם חלק מעיצוב החוקה גופה; תיקונים לה – ידונו ויבחנו רק לאחר שתושלם המלאכה כולה. בהקשר הזה הדגיש פרופ' ברק: "פסקי הדין במשפט המשווה אשר הכירו בדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי, עשו כן בהקשר של חוקה מלאה ושלמה ובה פסקת תיקונים שניתן לה, לא רק מובן מפורש, אלא לצדו גם מובן משתמע. היסודות הללו אינם מתקיימים במסגרת מפעל חוקי היסוד" (אהרן ברק "הכנסת כרשות מכוונת ושאלת התיקון החוקתי שאינו חוקתי" 31 (8.4.2021) <https://ssrn.com/abstract=3808990>; למגרעותיה של דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי נדרשתי תמול-שלשום בבג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021)).

32. חשוב להדגיש, כטענת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, כי בעניין בר-און ובעניין המרכז האקדמי, שבהם דן בית המשפט בדוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוונת' 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 המכוונת" (פסקה 96 לתשובת היועץ המשפטי לממשלה). את דעתי-שלי, הבעתי בתמצית בעניין שפיר, כי לא ניתנה בידינו סמכות להשיג את גבולה של הרשות המכוונת, באמצעות ביקורת שיפוטית על החלטותיה. אך דומה, כי גם חברי לא יחלקו על כך שבעניינים הנזכרים לעיל, ובכלל זה גם עניין שפיר – הורה בית המשפט על 'התראת בטלות', מבלי שניתן לעותרים סעד ממשי, כי אם במבט צופה פני עתיד; יש להסתפק אפוא אם נכון לכנותם 'הלכה פסוקה', קרי, כזו המיוסדת על תשתית קונקרטית ומסכת עובדתית נתונה (זאת בשונה מדעת חברי, המשנה לנשיאה (בדימוס) בפסקה 97, שלשיטתו מדובר ב'הלכה'; ראו והשוו: בל יוסף "הדיאלוג החוקתי בישראל: שתי נקודות מבט" משפט ועסקים כב 327, 377 (התש"ף); חנן מלצר ואוריאל רוזנברג "התראת הבטלות: דוגמה לדרך האמצע של השופט אליקים רובינשטיין" ספר אליקים רובינשטיין כרך ב 1175, 1200-1209 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים 2021)).

שימוש לרעה בסמכות המכוונת – עמימות הדוקטרינה

33. הארכת בתיאור התפתחותה של דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוונת', התעכבתי בתחנות בהן עברה ונתגבשה; ולא בכדי. פסקי דין ספורים עסקו עד כה בדוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוונת', וכמתואר לעיל, בכל פסק דין נשתנה טעמה של הדוקטרינה, נשתנו גם ממדיה. תחילה, בפרשת בנק המזרחי ובעניין בר-און, תהה בית המשפט על מקומה של הדוקטרינה במשפטנו; בהמשך, בעניין המרכז האקדמי יושמה הדוקטרינה ביחס להוראת-שעה אשר תוקנה פעמים הרבה; בעניין שפיר הפכה

הדוקטרינה לחלק מסדרת המבחנים המזהים חוק-יסוד באשר הוא; בעניין דנן, הוסיף חברי המשנה לנשיאה (בדימוס) ח' מלצר עוד כהנה וכהנה, ישם את הדוקטרינה על חקיקת-יסוד שתוקנה שלא בדרך של הוראת-שעה, וקירב בינה לבין דוקטרינת 'התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי'. דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת', ממחישה היטב, את הסכנה הגלומה בניכוסו של שיקול דעת רחב, ובלתי-גדור בעת שעוסקים אנו בזיהויים של חוקי-יסוד. תחילתו – בהתערבות שיפוטית אשר נועדה לסתום פרצה נקודתית, לאיין חשש מסוים; אחריתו – מי ישורנה.

34. נמצאנו למדים, כי מחשבות ראשונות שהעלה הנשיא ברק בכל הנוגע להסתפחותן של נורמות שאינן ראויות לבוא בקהלה של חוקה – הפכו במהלך השנים לדוקטרינה שיפוטית רבת אנפין; הערותיו בנוגע לפגיעה בשורשי היחסים שבין הסמכות המכוננת לסמכות השופטת – נדחקו לקרן זוית. פסיקתו של בית משפט זה ביפרה בעקביות את ההגנה על הדרה של החוקה הנרקמת, על פני שמירת הפרדת הרשויות, כיבוד הכרעת נציגי הרוב, ויצירת כללים המבטיחים ודאות משפטית.

35. דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת' לא באה לעולם, אלא כדי להתמודד עם החשש, שמא יסופחו לחוקי-היסוד נורמות שאינן ראויות להיכלל בחוקה. דא עקא, הגם שהקושי שהביא להורתה ולידתה של הדוקטרינה – ברור, התוצאה שנוצרה – עמומה ומעורפלת. דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת', כפי שהוצגה בפסקי הדין שנסקרו לעיל, רחוקה מלהיות בהירה, סדורה ומובנית. תהיות רבות מתעוררות ביחס לאופייה והיקפה: האם מדובר בדוקטרינה עצמאית, או שמא היא נכללת במבחני הזיהוי של חוקי-היסוד? כלום עוסקת הדוקטרינה במניעיהם של חברי הכנסת בעת כינונו של חוק-היסוד, או שמא בתוצאות פעולתו? עד היכן היא משתרעת – על הוראות-שעה לבדן, או גם בחקיקה לדורות? ומקור סמכותה מניין – מכללי המשפט המנהלי, או מסמכותו הטבועה של בית המשפט? השאלות הללו, ועוד אחרות כמותן, מותירות את אחד העם במבוכה, ואת המכונן לאנחה. הצורך בקביעת כללים ברורים נכון תמיד, וביתר שאת בכל הנוגע להתערבות שיפוטית בנושאים חוקתיים, עקרוניים, המייצגים את ערכי-היסוד של האומה, את אבני-הבניין המוסדיים של המדינה. כיצד זה תדע הכנסת לכוון חוק-יסוד, כשתוצאות מעשיה לוטים בערפל, וכשספק אם בידי היועצים המשפטיים להושיע, לעוץ עצה, להכווין ולהדריך?

שימוש שלא לטובה בסמכות הביקורת השיפוטית

36. אמת נכון הדבר, ריבוי של חקיקת-יסוד, שינויה לעיתים תכופות, קביעתה בהוראת-שעה ולא לדורות – פוגעים במעמד חקיקת-היסוד, מוזילים את הדרה של

החוקה הנרקמת, מפיגים לעיתים מזומנות את טעמה. גם לא נעלם מעיני החשש, כי העמדת זיהוי חוק-יסוד על הבחינה הצורנית לבדה – יכולה להביא לכך שהמכון יקשור את כתר 'חוק-היסוד', לראשן של הוראות שלפי טיבן וטבען, אינן ראויות לאותה מעלה ושבח. יחד עם זאת, על אף הקושי הגלום בחקיקת-יסוד העשויה טלאים-טלאים, המשתנה חדשים לבקרים – לא לבית המשפט פתרונים. יפים לעניין זה תהיותיו הנוקבות של השופט (כתוארו אז) מ' חשין בפרשת בנק המזרחי:

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

37. שאלות אלו במקומן הן עומדות. הסמכות להעמיד חוקה לישראל, איננה עוד סמכות שנמסרה לרשות מרשויות המדינה: "הסמכות ליצור חוקה היא בידי העם. קביעה זו נובעת מן האימוץ של התפיסה כי הריבונות שוכנת בעם. החקיקה החוקתית היא פרי החלטתו של העם באמצעות נציגותו הנבחרת, היינו הכנסת הריבונית" (מדברי הנשיא (בדימוס) שמגר בפרשת בנק המזרחי, עמוד 271). העם בחר את נציגיו, והם בתורם מחוקקים-מכוננים את חוקי-היסוד, מגילות-מגילות, למען תיכון חוקה בישראל. חוקי-היסוד שנקבעים על-ידם הם שירכיבו בבוא היום את חוקתה של מדינת ישראל, הם שיעצבו את ערכיה היסודיים. אל לו לבית המשפט ליטול לעצמו סמכות כבירה זו, מבלי שניתנה לו. מוטב שיהיה חוק-היסוד כחומר ביד יוצרו-מכוננו, משיעשה כן בית המשפט, אשר לא נועד לכך, ולא זכה להסמכה הנדרשת.

38. כמתואר לעיל, מגמת ההרחבה בביקורת השיפוטית על חקיקת-יסוד – בתנופה. אין מדובר עוד בבחינת תום-הלב של המכון, או בשאלה אם ראוי לו לתיקון שכזה לשכון בקרב חוקי-היסוד; בבחינה תוכנית-מהותית מובהקת עסקינן. נדמה, כי הביקורת השיפוטית על חוקי-היסוד הגיעה אל נקודת קצה. מצב דברים זה, הביאני להרחיב את היריעה, על אף שהעתירות הפכו בעיקרן תיאורטיות. הפלגה זו, היא שהובילה אותי למסקנה כי גבולות גזרתה של החוקה הנרקמת צריכים להיקבע

בהסתמך על כללים צורניים-קשיחים, אשר אינם מערבים שיקול דעת שיפוטי מהותי. בעיסוק בעניינים הנוגעים למרקם היחסים העדין שבין רשויות השלטון השונות, יש לנהוג בריסון, באיפוק, להסתמך על כללים ברורים ככל הניתן: "יחסי הרשות המחוקקת והרשות השופטת נמנים עם אחת הסוגיות הנכבדות והחשובות ביותר בתחום המשפט הקונסטיטוציוני, והדעת נותנת והמציאות מחייבת, כי יחסים אלה יושתתו, לפחות במידה מסוימת, על אמת מידה אובייקטיבית, שתאפשר לרשות המחוקקת לכלכל את הליכותיה בלי להיות צפויה להתערבות בלתי צפויה ובלתי רצויה במירקם החיים הפרלמנטריים [...]. עם כל הכבוד וההערכה ליכולת ולמאמץ המרובים של בית המשפט לשמור על מידה מירבית של אובייקטיביות ומומחיות בנושא הבא לפניו - כיצד ועל-פי מה יונחה בית המשפט בהפעלת מבחן חוש המומחיות של המשפטן, מבחן שאינו כולל קביעה אובייקטיבית כלשהי? אמנם כן, אין מנוס מלהיזקק לחוש מומחיות זה בדין מדיני נזיקין וחובים ואף בענייני משפט מינהלי. אך קשה שבעתיים ומאוד לא רצוי להיזקק למבחן זה – כשהוא לבדו הוא ואין עמו מבחן נוסף כלשהו – בשאלה מן השאלות הצפות ועולות בנושא שלפנינו, ושבהן השקפות פוליטיות, בעיות חברתיות ואסכולות משפטיות כרוכות ושלובות זו בזו" (דברי השופט אלון (כתוארו אז) בבג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393, 418-419 (1986)).

אכן, כפי שיפורט להלן, בהתייחסו לחקיקה ראשית 'רגילה' גזר על עצמו בית המשפט ריסון; על אחת כמה וכמה, ראוי שיעשה כן בהתייחסו לחקיקת-יסוד, שכוננה הכנסת בכובעה כרשות מכוננת (ראו, יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריות – מבט השוואתי" משפט וממשל י 489 (התשס"ז)).

זיהויה של חקיקה 'רגילה'

39. ביחס לחקיקה ראשית 'רגילה', הסתפק בית המשפט במבחני זיהוי צורניים-קשיחים בלבד, בקבלת החוק במספר קריאות בכנסת, בפרסומו ברשומות; על מבחנים מהותיים – לא שמענו. יפים לעניין זה דברים שאמר בימים עברו השופט ברנזון: "אחרי שחוק נתקבל בכנסת ופורסם ברשומות, עלינו להרכין ראש בפניו ולא להרהר אחרי הוראותיו, קביעותיו והנחותיו. הכנסת נוסכת את יינה לתוך קנקן החוק, ובית המשפט יכול רק לומר, בדרך של פירוש החוק, מהו טעמו של היין. הוא אינו יכול לומר שהקנקן ריק מין בניגוד לאמור בחוק עצמו" (בג"ץ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט 337, 349 (1965)). אמנם, לא אחת דיברה הפסיקה על כך, שמבחינה מהותית, חייב דבר החקיקה להתאפיין בכלליות, כי אינו יכול להיות 'פרסונלי'. ברם, כפי שצוין בעבר, הלכה למעשה, חוקים רבים בספר החוקים הריהם 'פרסונליים'; ולמרות זאת בתוקפם הם עומדים: "לספר החוקים של ישראל כבר הוכנסו בעבר חוקים שלמים שהינם בעלי אופי פרסונאלי מובהק. למשל, חוק הנשיא חיים וייצמן (גימלה ועזבון), התשי"ג-1953, קובע את גובה הגמלה שתשולם לאלמנתו של הנשיא הראשון [...] נראה כי דוגמאות אלו ממחישות

את הטענה כי מצב מיוחד דורש חוק מיוחד, ואף עשוי להצדיק חוק בעל מאפיינים פרטונאליים" (בג"ץ 6971/11 איתנית נ' מדינת ישראל, פסקה 35 (2.4.2013)). בית המשפט נוהג בריסון רב בעת שהוא עוסק בזיהוי חקיקה 'רגילה' שחוקקה הכנסת. משנכלל החיקוק בספר החוקים, הריהו כמעט בבחינת 'כזה ראה וקדש'. משעה שנתקבל, יכול בית המשפט להידרש לפרשנותו, אך לא לתהות על עצם היותו חוק. אם יעשה כן, ירד לאומנותה של הרשות המחוקקת ויעשה בה כבתוך שלו.

40. אם כלל נוקשה שכזה נקבע ביחס לחקיקה 'רגילה' – מדוע יתרכך ויתגמש, כאשר עולים אנו במדרג הנורמטיבי, ועל הפרק מונח חוק-יסוד? שומה על בית המשפט לנהוג בחוקי-היסוד, לכל הפחות, כדרך שבה הוא נוהג בחקיקה ראשית 'רגילה' של הכנסת. זיהוי חוקי-יסוד נדרש שיסתמך על מבחנים צורניים, ברורים וודאיים; לא על בחינה מהותית. מסמך הנושא בכותרתו את המילים חוק-יסוד, ואשר בצדו לא מופיעה שנת החיקוק, הריהו חוק-יסוד, אשר בבוא העת יהא חלק מן החוקה הישראלית. כך יהיה בין אם תוכנו של חוק-היסוד תואם את תפיסתנו לגבי חוקה, בין אם לאו. ככל שתחליט הכנסת להרבות בחוקי-יסוד בדרך של הוראת-שעה, ותצטרף לקהל חוקי-היסוד נורמות הפוגעות בכבודה – יפחת מעמדה של החוקה בעיני הבריות; על כך יש להצר. אולם, דומני, כי המכשלה שתיגרם מפאת התערבותנו בחקיקת-יסוד של הכנסת גדולה יותר, ונוגעת למרקם העדין שבין הרשויות. אין הצר שווה בנזק המלך.

ביקורת שיפוטית מעין מנהלית על חקיקת-יסוד

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

42. ביקורת שיפוטית-מנהלית על שלביה ומבחניה, מופעלת ביחס לפעולותיה של הרשות המבצעת; לא ביחס למעשיה של הרשות המחוקקת או הרשות המכוננת. "ההגדרה הכללית ביותר של המשפט המנהלי קשורה לשמו – זהו משפט העוסק במנהל,

כלומר, ברשות המבצעת על כל דרגיה [...] המשפט המנהלי התפתח באופן היסטורי מתוך הצורך לפקח על המנהל ולוודא שהוא פועל במסגרת החוק, באופן תקין, הגון, שקוף וראוי, במיוחד ככל שסמכויותיו התרחבו ואפשרו לו לפגוע בזכויות ובאינטרסים של הפרט" (ערו פורת "המנהליזציה של המשפט החוקתי" עיוני משפט 713, 731 (2016)). מטרת הביקורת המנהלית לבחון, אם הרשות פעלה במסגרת ההסמכה שניתנה לה בחוק, ולוודא כי לא חרגה מגבולותיה. בחינה זו אינה רלבנטית למחוקק או למכונן, אשר אמונים על יצירת החוק גופו. אשר על כן נקבע, כי "הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה אינה בוחנת אם עמד המחוקק באמות המידה שנקבעו לפעולתה של רשות מינהלית" (מדברי השופט פוגלמן בבג"ץ 1111/12 ענת קס נ' ח"כ דוד רותם, פסקה 8 (15.4.2012); ראו גם: בג"ץ 975/89 Nimrodi נ' דב שילנסקי, פ"ד מה(3) 154, 159-158 (1991)). כזאת השמיע השופט פוגלמן גם ביחס לביקורת על חקיקת-יסוד: "להשקפתי, 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" (עניין המרכז האקדמי, פסקה 5).

אחרית דבר

43. דינן של העתירות – להידחות על הסף, בהיותן, רובן ככולן, תאורטיות, ומשהסוגיה היחידה שנותרה 'פתוחה', רחוקה עד מאוד מלפגוע באופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל, אף לא בקירוב. על רקע זה, מוטב שלא לבוא ל'שדה-מוקשים' של ביקורת שיפוטית על חוק-יסוד, על מנת ליתן סעד של "התראת בטלות מרוככת", שנפקותו מסופקת. בהעדר הסמכה מפורשת, מטעמים של מדיניות משפטית, ובשל הצורך בכיבוד הרשויות – בית משפט זה אינו צריך להושיב עצמו כשומר פתחה של חוקה. ראשית, כמתואר בהשתלשלות הפסיקה לעיל, ניכוס שיקול דעת שכזה – תחילתו בצמצום; סופו בלי מִצְרִים. שנית, כינון חוקה מצריך הסכמה ציבורית רחבה. מוטב שהדבר יעשה על-ידי נציגי הציבור, נבחריו, הגם שהתוצאות שיתקבלו, לא יניחו בהכרח את דעת הכל. שלישית, אין זה ראוי, כי בית המשפט יבקר חקיקה ראשית וחקיקת-יסוד כדרך שבה הוא מבקר החלטה מנהלית; פשיטא כי לא הרי זה כהרי זה. בית המשפט גם אינו רשאי לעמוד על מניעי המחוקק והמכונן, וספק אם בכוחו לעשות כן.

44. דעתי היא אפוא, כי יש לשוב אל המבחן הצורני, הפשוט, הוודאי, מבלי לפנות לדוקטרינות שיפוטיות עמומות, המותירות לבית המשפט שיקול דעת רחב בעיצובם של חוקי-היסוד. מוטב, דומני, כי ניסוג מדוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת'

ומדומותיה, ונותיר בידי המכונן לבדו – הכנסת – את האפשרות לצור את צורתה של החוקה המתגבשת.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מצטרף למסקנת חבריי – הנשיאה א' חיות והשופטים נ' הנדל, י' עמית, נ' סולברג, ד' ברק-ארז, ע' ברון וד' מין – כי דין העתירות להידחות. חבריי העמיקו ופירטו בהרחבה את הנימוקים השונים לכך, ולכן אסתפק בדברים אחדים.

1. בכל הנוגע לצו על תנאי הראשון, אני סבור, כדעת חברתי, השופטת ברק-ארז, כי הטענות שהועלו ביחס להסדר אי-האמון שבתיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה, מופנות הלכה למעשה כלפי תכניו המהותיים ומצריכות, לשם בחינתן, להיזקק לדוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי (פסקאות 12-13 לחוות דעתה). ואכן, שותף אני לדעה כי במקרה הנוכחי, הסדר אי-האמון שנקבע בסעיף 43 לחוק-יסוד: הממשלה, אינו מתקרב לגדר המקרים החריגים והקיצוניים שבהם מתעוררת שאלת ההתערבות בחוק-יסוד על בסיס דוקטרינה זו. גם בבחינת ההסדר האמור על בסיס דוקטרינת שימוש לרעה בסמכות, נמצא שהוא עומד בדרישות מבחן הזיהוי, כפי שנקבע בענין שפיר.

2. ביחס לצו על תנאי השני, מצטרף אני בהסכמה לדעת כל חבריי להרכב כי הדיון בהוראת השריון שנקבעה כהוראת שעה לכנסת ה-23 בלבד, הפך תיאורטי, ואין להידרש לו.

3. אשר לצו על תנאי השלישי, חברי, המשנה לנשיאה, מוצא את עיקר הפגם בהסדר ממשלת החילופים בכך שהתיקון לחוק-היסוד נעשה לאחר הבחירות לכנסת ה-23; בטרם הורכבה הממשלה; בכך שתחולתו הייתה מיידית; ואופיו – פרסונלי.

לשיטתו, תיקון זה התיימר להיות שינוי חוקתי רטרוספקטיבי, משום שהוא קובע הסדר חדש ומחיל אותו על תוצאות הבחירות שכבר נערכו (פסקאות 117-121 לחוות דעתו).

4. בנקודה זו, שותף אני למסקנת חברתי – הנשיאה חיות כי ההסדר איננו בעל תחולה רטרוספקטיבית (פסקה 18 לחוות דעתה). העותרים טענו כי החלת הסדר ממשלת החילופים באופן מיידי מהווה "שינוי של כללי המשחק תוך כדי המשחק", אולם כפי שציינה השופטת ברון, נכון יותר לומר כי "כללי המשחק" מתמצים בזכות הבחור לבחור את נציגיו לכנסת, ואלה בתורם מממשים את המנדט שניתן להם על ידו (פסקה 7 לחוות דעתה). שינוי הוראות הנוגעות למבנה הממשלה שתקום, להבדיל משינוי כללי הבחירה שעל בסיסם מימש הבחור את זכות הצבעתו, אינו מהווה שינוי רטרוספקטיבי.

5. כמו כן, מצטרף אני לנימוקי חברי, השופט הנדל, המסביר מדוע הסדר ממשלת החילופים אינו פרסונלי, אלא מהווה נורמה כללית, אשר לא העניקה הטבה נקודתית לשחקן אחד על פני שחקן שני (פסקה 11 לחוות דעתו).

6. נוכח כל האמור, אני סבור כי דין העתירות להידחות.

ש ו פ ט

הוחלט פה-אחד לדחות את העתירות. המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר סבר בדעת יחיד כי לצד דחיית העתירות יש להוציא התראת בטלות למשיבים לבל יזמו בעתיד תיקונים חוקתיים משטריים משמעותיים (כמו אלה שעמדו בבסיס העתירות), שתחולתם מיידית, להבדיל מתחולה שלהם לאחר הבחירות לכנסת העוקבת.

ניתן היום, ג' באב התשפ"א (12.07.2021).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ')

ה נ ש י א ה

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת