

הפרדת רשויות ודיני דמוקרטיה

הלכת דרעי-פנחסי: הגשת כתב אישום ופסלות לכהונה

בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993)

בג"ץ 4267/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993)

דורית ביניש

בשיח המשפטי, בשיח הציבורי ובשיח החברתי התקבע המושג הלכת דרעי-פנחסי בתור אבן דרך משמעותית בפיתוח הנורמות של המשפט הציבורי.

ההלכה בעניינו של השר דרעי ובעניינו של סגן השר פנחסי יצאה מלפני בית המשפט העליון בשני פסקי דין שניתנו בשנת 1993 בהרכב מורחב של חמישה שופטים. מאז ועד היום זכתה ההלכה לפרשנות ולהתייחסות בפסקי דין שבהם נדונו סוגיות של פסילה מכהונה ציבורית. החידוש המרכזי של שני פסקי דין אלה נוגע ליצירת נורמות במרחב הציבורי בכל הקשור להפסקת הכהונה של נושאי תפקידים שסטו מהשורה ושהתגבשו ראיות מנהליות נגדם באופן שאפשר לייחס להם עבירה פלילית ולהעמידם לדין בגינה.

כדי לרדת לעומקה של ההלכה מן הראוי לעמוד בתכלית הקיצור על העובדות שהיו ברקע אותה פסיקה. הימים היו ימי ממשלת רבין, והשר דרעי כיהן בה בתפקיד שר הפנים מטעם מפלגה שותפה לקואליציה. נגד השר דרעי הוכן כתב אישום שייחס לו עבירות של קבלת שוחד והפרת אמונים ועבירות נוספות הנוגעות לטוהר המידות. כתב האישום הוגש לכנסת לשם הסרת חסינותו. התנועה לאיכות השלטון עתרה לבית המשפט הגבוה לצדק בטענה כי "הנורמות המשפטיות והציבוריות הראויות מחייבות הפסקתה על אתר של כהונתו של השר". עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה דומה לזו של העותרת, ובשמו נטען בבית המשפט שעד לתום המשפט הפלילי של השר יהיה מנוגד לעקרונות יסוד של משפט וממשל כי דרעי יוסיף לכהן בתפקיד שר בממשלה.¹ העמדה של היועץ המשפטי לממשלה הובאה לידיעת ראש הממשלה בטרם התקיים הדיון בעתירה, אבל ראש הממשלה סירב לקבל עמדה זו. לשיטתו של ראש הממשלה, הוא קיבל התחייבות בכתב מדרעי בעת הרכבת הממשלה כי אם יוגש כתב

1 הכותבת שימשה באותה עת בתפקיד פרקליטת המדינה וייצגה את המדינה בשתי העתירות.

אישום נגדו לבית המשפט הוא ישעה עצמו מהממשלה. ראש הממשלה מצידו התחייב שלא להפעיל את סמכותו ולהפסיק את כהונת השר, אלא אם כן ימולאו התנאים שנקבעו במכתב של דרעי, היינו אם – ועם – הגשת כתב האישום לבית המשפט. ראש הממשלה ביקש למסור את עמדתו זו לבית המשפט והוסיף כי יש בעמדתו כדי להגן על נורמה ציבורית בעלת חשיבות, והיא האמינות של ראש הממשלה המקיים את התחייבותו. עוד העלה ראש הממשלה טענה משפטית ולפיה יש להבדיל בין נבחרי ציבור לעובדים אחרים שחל עליהם חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963. מטעמו נטען עוד כי חוק יסוד: הממשלה אינו מסדיר את נושא ההעברה מתפקיד של שרים או סגני שרים עקב חקירות או הרשעות פליליות. לפיכך, לטענתו, ההסדר שבחוק הוא הסדר שלילי ואין הוראת דין מחייבת בעניין זה.

במרכז הדיון עמד הסעיף המסמיך את ראש הממשלה להעביר שר מכהונתו, שקבע באותה עת: "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו".² לעניין סגן שר היה סעיף בנוסח דומה, וזה נדון בעניינו של פנחסי.³

העתירה בעניינו של דרעי התבררה כאשר הדיון בכנסת בהסרת חסינותו טרם הסתיים. את פסק הדין בעתירה זו כתב הנשיא שמגר והוא התמקד בשני נושאים: ראשית, התוקף המשפטי של ההתחייבות שקיבל על עצמו ראש הממשלה כלפי השר דרעי; שנית, מהות הסמכות של ראש הממשלה לפי הסעיף בחוק יסוד: הממשלה הן בהעברת שר מתפקידו (בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993), המכונה כאן פרשת דרעי).

בנושא הראשון קבע בית המשפט מפי הנשיא שמגר כי התחייבות להגביל מראש את הסמכות להעביר אדם מתפקידו בכנסת, בממשלה, בשירות המדינה, בתאגיד שהוקם בחוק, בחברה ממשלתית או בכל גוף ציבורי אחר, נוגדת את ההוראות המפורשות והברורות של סעיף 13 לחוק יסוד: הממשלה ואינה מתיישבת עם העקרונות הכלליים של המשפט המנהלי: "כבילת הסמכות נוגדת את התכלית החקיקתית של הענקת הסמכות, לפיה נמסרת לראש הממשלה הסמכות להעביר מתפקיד, כאשר הנסיבות העולות לפניו מצדיקות או אף מחייבות זאת, ואין עליו סייג ואין לגביו תנאי, אלא הצורך הענייני להשתמש בסמכותו למטרתה" (עמ' 416).

עוד קבע הנשיא שמגר כי החוק השאיר לבעל הסמכות הסטטוטורית את חופש שיקול הדעת כדי שיוכל להפעיל את סמכותו בדבר העברת אדם מתפקידו, למטרתה ולשם הפעלתה כאשר הדבר נדרש, לפי שיקולים לגוף העניין. בהפעלת כוחו למנות ובהפעלת כוחו להעביר מן התפקיד פועל בעל הסמכות בתור נאמן הציבור. משמעות הדבר היא כי סמכות המינוי או

2 סעיף 21 לחוק יסוד: הממשלה בנוסחו באותה עת. כמפורט בהמשך, בשנת 2001 נכנס לתוקף נוסח חדש של חוק יסוד: הממשלה.

3 סעיף 36 לחוק יסוד: הממשלה, גם כן בנוסחו באותה עת.

ההעברה מהתפקיד, מן הראוי שתופעל בהגינות, ללא שיקולים זרים ולטובת הציבור. זו מהות שיקול הדעת המסור לראש הממשלה למנות ולהעביר מכהונה. כך, בית המשפט פירש את סמכות ראש הממשלה בנושא הפיטורין בתור סעיף הקובע סמכות שבשיקול דעת.

אבל גם סמכות שבשיקול דעת אינה נטולת מסגרת נורמטיבית, וחלים על השימוש בה כל הכללים הנוגעים להפעלת שיקול דעת מנהלי. עם הענקת הסמכות לבעל התפקיד קמה החובה להפעילה. לפיכך גם כאשר הסעיף המסמך נוקט לשון "רשאי", משמעות הדבר כי בעל הסמכות "חייב" להפעילה בנסיבות מסוימות. לענייננו סמכות הרכות הופכת לסמכות חובה כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את אי הפעלת הסמכות לבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין.

לפיכך נקבע שהבטחה שלטונית שלא להשתמש בסמכות להעביר נושא משרה מהתפקיד, אין לה תוקף. ליבת ההחלטה היא כי על בעל הסמכות להפעילה למטרתה ולהימנע משיקולים זרים: "שיקולים פרלמנטריים-פוליטיים יכול שיהיו לגיטימיים בנסיבות נתונות, אך יש לבחון אותם תוך איזון נאות עם יתר השיקולים; כאשר בין יתר השיקולים כלולה העובדה שיש ראיות לכאורה כי בוצעה עבירה על-ידי חבר בממשלה, יש רלוואנטיות לחומרתה של העבירה. ככל שהעבירה חמורה יותר, פוחת משקלם של כל השיקולים האחרים" (עמ' 423).

אי הפעלת הסמכות יכולה להיחשב בנסיבות מסוימות לבלתי סבירה: "העבירות המיוחסות לשר דרעי הן מפליגות בחומרתן, ואי הפעלת הסמכות להעבירו מתפקידו עולה כדי אי-סבירות קיצונית... הפגיעה באמינות השלטון עקב אי-העברה מהתפקיד של מי שמואשם בעבירות חמורות של שחיתות, היא חמורה בהרבה מן הפגיעה באמינות עקב אי-קיום הבטחה שהחוק אסר מעיקרו את נתינתה" (עמ' 424).

אשר על כן נפסק על דעת ההרכב כולו כי יש להצהיר שמן הדין שראש הממשלה יפעיל את סמכותו לפי חוק-יסוד: הממשלה ויעביר את השר דרעי מכהונתו.

עניינו של סגן השר פנחס נדון לפני אותו הרכב שופטים. הדיון התקיים כמה ימים לאחר הדיון בעניין דרעי והיה בבחינת דיון המשך. הסוגיות המשפטיות היו דומות ועל כן היה מכנה משותף לשני המקרים (בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993), המכונה כאן פרשת פנחסי). נגד פנחסי, שהיה חבר כנסת וסגן שר, גובש כתב אישום שייחס לו עבירות של רישום כוזב במסמכים והגשת דוחות כוזבים למבקר המדינה. העבירות היו נגועות במרמה אבל לא בנטילת כספים לכיסו. הכנסת סירבה להסיר את החסינות של פנחסי⁴ ולפיכך היה ברור שבתקופת כהונתו בכנסת לא יוגש נגדו כתב אישום שיאפשר לקבוע אם הוא אשם.

את פסק הדין כתב השופט ברק, שעמד על הדמיון והשוני בין הפרשה שלפניו לעניין דרעי. ברק עמד על כך שהעבירות במקרה זה חמורות פחות, ועם זאת קבע כי בשני המקרים נפגע

אמון הציבור מהמשך הכהונה. הנסיבות המבדילות את עניינו של פנחסי מעניינו של דרעי הן בכך שלא נטל כספים לכיסו, ובכך שהוא אינו צפוי להרשעה באותו שלב כיוון שחסינותו לא הוסרה. אבל לחומרה, בהיותו נושא משרה ציבורית בכירה פעל פנחסי להונאת מבקר המדינה, וזו מעילה באמון ובאמינות. בנסיבות אלה על הגורם בעל הסמכות לשקול את מגוון השיקולים הרלוונטיים, ובהם בעיקר השפעת המשך הכהונה על אמון הציבור בשלטון.

פסק הדין עמד על ההבחנה בין כהונה בתור חבר כנסת לכהונה שהיא חלק מהרשות המבצעת. בהתחשב בחוסר האפשרות הדיונית לברר בבית המשפט את הטענות הנוגעות לעבירות שיש עימן קלון, נפגם אמון הציבור במוסדות השלטון ואין עוד הצדקה להמתין לתום הכהונה לאחר זמן ממושך. בפסק דינו התייחס בית המשפט גם למצב שנחשף לפניו ובו עמדתו של ראש הממשלה, כפי שהובאה לידיעתו, לא עלתה בקנה אחד עם עמדת היועץ המשפטי לממשלה. בעניין זה קבע בית המשפט כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את ראש הממשלה, ולפיכך היא גם העמדה המייצגת אותו בבית המשפט. הטעם לגישה זו נעוץ בהשקפה כי היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת. טענותיו לפני בית המשפט מבטאות את תפיסתו המשפטית. עם זאת, בהיותו רשות שלטונית גם היועץ המשפטי לממשלה כפוף לחוק ונתון לביקורת שיפוטית (עמ' 473).

על יסוד כל אלה ובהתאם לנורמות שנקבעו בעניין דרעי, הגיע בית המשפט למסקנה דומה ולפיה על ראש הממשלה להפעיל את סמכותו ולהפסיק את הכהונה. כל שופטי ההרכב הצטרפו למסקנה וניתן צו החלטי.

לפסקי הדין ולהנמקה ניתנו במשך השנים פרשנויות שונות. הנורמה שנקבעה בהם נדונה בשורה של פסקי דין, גם אלה הנוגעים למינוי לכהונה או להפסקתה ולא רק בהקשר של סעיף ההסמכה בחוק יסוד: הממשלה. כך למשל כאשר בית המשפט דן בתפקידים שאינם בממשלה עצמה, כמו ראשי ערים נבחרים ואחרים.⁵ עם זאת, נמתחה גם ביקורת על משמעות ההלכה ותוקפה מצד אלה שמבקשים לצמצם את עילת הביקורת המנהלית של אי סבירות.

מנקודת מבטי אפשר לומר שהשימוש בעילת הסבירות בביקורת השיפוטית בנסיבות הלכת דרעי-פנחסי אינו מרכז הכובד של ההלכה. הנשיא שמגר והשופט ברק הבחינו בין תנאי הסף הנוגעים לכשירות למינוי, לבין הפעלת שיקול הדעת באופן שלא ניתן משקל הולם לשיקולים הענייניים תוך העדפת שיקולים פוליטיים שאינם מבטאים נכונה את הערכים הרלוונטיים. אין מדובר בעילה משפטית עמומה אלא באי סבירות קיצונית, עילה מוכרת משכבר הימים. נקבע כי כאשר שיקול דעת מנהלי מופעל, יש לשאול מהו המשקל הראוי שיש לתת לשיקולים השונים המובאים בחשבון כאשר בוחנים המשך כהונה של מי שגובש נגדו אישום פלילי: "איוון הוא פעולה נורמאטיבית. היא נועדה לשקף את ערכם החברתי של ערכים ואינטרסים במכלול

5 בג"ץ 4921/13 אומ"ץ – אורחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ראש עיריית רמת השרון, פ"ד סוז (3) 135 (2013).

הערכים החברתיים. אין היא פרי תפישותיו הסובייקטיביות של השופט. היא ביטוי לתפישותיה האובייקטיביות של החברה" (פרשת פנחסי, עמ' 465-466).

הערכים והאינטרסים שיש להביא בחשבון הם חלק מהמשפט גם כשאננם מופיעים מפורשות בחקיקה. במסגרת האזון בין השיקולים השונים יש לתת משקל רב לשיקול בדבר אמון הצבור במערכת השלטון ובערכים שעליהם בנויה שיטת השלטון והמשפט. פסקי הדין אינם קובעים ערכים מוחלטים. נקבע בהם כי יש לפעול מתוך רגישות למהות התפקיד, לאפיונו ולתכונותיו. השופט ברק הדגיש שהשיקול של אמון הציבור אינו השיקול היחיד. בין היתר הוא ציין שלא הרי תפקיד שהציבור בחר באדם למלאו, כגון תפקיד של חבר כנסת, כהרי משרה שאדם התמנה לה כחלק ממעשה השלטון.

פסקי הדין נעים סביב הציר של שמירה על אמון הציבור, שמשמעותו במובן הרחב היא האמון במוסדות השלטון. אמון הציבור במובן זה אינו נמדד בפופולריות ובמשאלי דעת קהל. הכוונה לערך של נאמנות הציבור לעקרונות הממשל וחוקיותם כשהוא מבוסס על נאמנות רשויות השלטון ומנהיגיו לתפקידם בתור שליחי ציבור המקיימים את חובת הנאמנות בינם לציבור שנושא אליהם את עיניו. אמון הציבור, מושג שאנו מרבים להשתמש בו בלי להגדירו, מבוסס על הכרה בערך האובייקטיבי של האמינות והמהימנות, שהן חלק בלתי נפרד ממערכות שלטוניות וממסדיות בשיטת המשטר שלנו.⁶

נראה כי אפשר לראות בפסקי הדין מסר ולפיו, מוסדות השלטון אינם יכולים לתפקד ולמלא את שליחותם הציבורית שעה שעבירות שעל פי טיבן יש בהן קלון מיוחדות לנושאי התפקידים ברשות המבצעת. בית המשפט, המופקד על השלטת ערכי המשפט, אינו יכול להשלים עם מציאות שבה יש אישור לכהונה של נושא משרה שיש ראיות מנהליות מספיקות להיותו מעורב במעשה שחיתות או בעבירה שיש עימה קלון, והכול על דעת הגורם הממנה.

מאז פסקי הדין שקבעו את ההלכה, שבה ועולה שאלת תחולתה על נסיבות שונות על פי מהות התפקיד: שרים בממשלה, סגני שרים, ראשי רשויות מקומיות – בנסיבות של ראיות מנהליות לקיומן של עבירות, תוך בחינת הסמכות להפסקת כהונה או למינוי.

לאחר שנתינו פסקי הדין נחקק בשנת 2001 נוסח חדש של חוק יסוד: הממשלה, ובו נכלל הסדר מפורש שעניינו אי כשירות לכהונה עקב הרשעה שיש עימה קלון. בעקבות תיקון החוק התעוררה השאלה האם מכך שהחוק שותק בנוגע למצב שבו נושא המשרה טרם הורשע, אפשר ללמוד כי שָׁנָה המצב המשפטי שנקבע בהלכת דרעי-פנחסי.

בסופם של הדיונים בנושא הדעה שהתקבלה על דעת רוב שופטי בית המשפט העליון היא שהלכת דרעי-פנחסי לא בוטלה והיא בתוקף. המחלוקות בפסיקה בעניין זה מתייחסות רק לנסיבות המצדיקות את החלתה. השאלה עלתה גם בעתירה שהוגשה נגד האפשרות של הטלת

6 הרחבתי בעבר על גישתי בעניין זה: דורית ביניש "אמון הציבור במערכת המשפט – הרצאה בכנס השנתי לזכרו של אמנון ליפקין־שחק" *ICON-S-IL Blog* (27.6.2021).

הרכבת הממשלה על נאשם בפלילים (בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (6.5.2020 ו-27.5.2020)). באותו עניין נקודת המוצא לדיון הייתה שההלכה עומדת על כנה, אלא שהחלטה על תפקיד ראש הממשלה, שמשליך על המערכת הפוליטית באופן אחר, אמורה להיות שונה. כך הנשיאה חיות התייחסה לסוגיה זו: "לא למותר לציין כי בניגוד לטענות שהועלו בפנינו במהלך הדיון, הלכה זו בכל הנוגע למינוי ולהעברה של שרים מתפקידם, ממשיכה לחול גם לאחר חקיקת חוק יסוד: הממשלה החדש משנת 2001" (פסקה 9 לפסק דינה). וכן השופט עמית: "אקדים ואומר כי אני מסכים עם חברתי הנשיאה, כי הלכת דרעי-פנחסי עדיין חיה ובוועטת... חזקה על המחוקק המכונן כי אילו ביקש לבטל את הלכת דרעי-פנחסי, היה עושה זאת במילים מפורשות" (פסקה 6 לפסק דינו).

אם כן, אפשר לומר כי להלכת דרעי-פנחסי שמור מקום מרכזי בהתוויית הנורמות המשטריות והציבוריות שלנו. לצד זאת, נוכח מכלול השאלות העולות בנסיבות שונות מתעורר צורך בביסוס הנורמות הציבוריות הראויות. בעניין זה התבטאה השופטת דפנה ברק-ארז בפסק הדין שעסק בעניינו של ראש הממשלה: "טוב יהא אם המצב המשפטי בסוגיה שבמחלוקת יובהר באמצעות תיקון מתאים לחוק יסוד: הממשלה. החלה של תיקון כזה באופן שצופה פני עתיד בלבד... יכולה להעביר מסר ערכי חשוב... מכל מקום, אף ללא תיקון כזה, ניתן לצפות ולקוות שחברי הכנסת יביאו בחשבון גם שיקולים ערכיים הנוגעים להתאמתו של מועמד לתפקיד ראש הממשלה. ההתחשבות בכך היא חלק ממערכת הערכים של המשפט הישראלי והחברה הישראלית כולה" (פסקה 23 לפסק דינה).

גם אני בדעה כי נותר מקום לפיתוח ההלכה בידי בית המשפט ולהתאמתה לנסיבות השונות והמשתנות. אבל חשוב מכול, ראוי שהמחוקק ייתן דעתו לצורך בקביעת הנורמות בחוק יסוד: הממשלה ויגדיר את שיקול הדעת, את היקף פריסתו ואת תחולתו.

שפיט או לא שפיט? גם זו שאלה

בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה 801 (1951)

בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988)

נעם סולברג

בסבך "עילות הסף" שהלכו ונשתרשו במשפטנו, ושעל סמכן עשוי בג"ץ לדחות עתירה על הסף מבלי לקיים בה דיון לגופו של עניין – נחבאת אל הכלים, מבוישת קמעא, עילת אי השפיטות. השימוש בה הולך ופוחת מדור לדור.

ניכרת לעין הבחנה בין עילת סף זו לעילות הסף ה"רגילות". בשונה מאלה האחרונות, שעניינן בפגמים שנפלו בעתירה גופה או בהתנהלות העותר (למשל שיהוי, אי ניקיון כפיים, אי מיצוי הליכים), קביעה שיפוטית כי העתירה לא שפיטה, אינה מעידה בהכרח על פגם שנפל בהתנהלות העותר או באופן שבו ניסח את עתירתו; מרכז הכובד איננו שם, אלא בבית המשפט: העדר נכונות מצד בית המשפט לדון בסוגיה נושא העתירה, אם נמצא כי היא נוגעת בהכרעות פוליטיות, מדיניות, חברתיות-ציבוריות, המסורות במובהק לשיקול דעתן של רשויות המדינה האחרות, דוגמת הממשלה, הכנסת או נשיא המדינה. במילים אחרות, אם מתקיימות עילות הסף ה"רגילות", אזי עשויה העתירה להידחות מבית המשפט והלאה מחמת פגמיה; לעומת זאת, אם נמצא כי עניינה אינו שפיט, בית המשפט ייסוג לאחור, ירחיק עצמו ממנה, גם אם בה כשלעצמה לא נפל פגם; וזאת לשם שמירה על עקרון הפרדת הרשויות ובהתאם לתפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית.

אבקש אפוא לתור אחר אותה עילה חמקמקה שכמעט שנשתכחה, אנסה לתהות על קנקנה. עילת אי השפיטות – ימיה כימי המדינה. לראשונה נדרש בית המשפט העליון לעילה זו בראשית שנות ה-50, בעתירה נגד נשיא המדינה אז, ד"ר חיים וייצמן; כנסת ישראל הראשונה הביעה אי אמון בממשלת ישראל השנייה. ראש הממשלה, דוד בן-גוריון, נאלץ להגיש לנשיא המדינה הודעה בדבר התפטרות הממשלה. לאחר שהוגשה, נועץ הנשיא עם נציגי הסיעות בכנסת וביקש מראש הממשלה "לעשות מאמץ חדש על מנת למצוא פתרון יציב ונאות במסגרת הכנסת הנוכחית ולהקים ממשלה חדשה, שתיהנה מתמיכת הרוב בכנסת זו. יודע אני שלא קל התפקיד הזה לך במצב הנוכחי, אולם משוכנע אני, שמחובתי לבקש זאת מידך. אני מבקשך להעביר פנייתי זו לידיעת שאר הגורמים, שעמם תבוא בדברים ולהביע את תקוותי, שישתפו פעולה עמך למען השגת הסדר בריקיימא ונאות – ואני תפלה שתצליח". ראש הממשלה

השיב: "אם אתה, אדוני הנשיא, רואה סיכוי להקמת ממשלה, שתיהנה מאימון הרוב בכנסת, הרי עליך לפנות לאחד מנציגי הסיעות שהצביעו נגד הממשלה הנוכחית. אם יצליח איש מהם להקים ממשלה, אמסור לו מקומי בנפש חפצה ואאחל לו מקרב לב הצלחה בעבודתו. אם דבר כזה לא ייתכן... הרי פועל הסעיף 11(ד) של חוק המעבר, תש"ט-1949, המחייב את הממשלה הנוכחית, שיש לי הזכות לעמוד בראשה, להמשיך בתפקידיה עד היכון ממשלה חדשה לאחר הבחירות". נוכח תשובה זו הודיע הנשיא ליושב ראש הכנסת, יוסף שפרינצק, כדברים האלה: "לאחר תשובתו של מר בן-גוריון ולאור התוצאות של ההתיעצויות עם נציגי הסיעות בכנסת הגעתי לידי מסקנה שהממשלה שהתפטרה תמשיך בתפקידיה בהתאם לחוק המעבר עד היכון ממשלה חדשה לאחר הבחירות".

שניים מחברי הכנסת הראשונה – עֲרִי ז'בוטינסקי והלל קוק – עתרו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ וטענו כי הנשיא הפר את חוק המעבר ופגע פגיעה קשה בכנסת בקובעו כי הממשלה היוצאת תוסיף לכהן עד לאחר הבחירות, מבלי לנסות להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חברי כנסת אחרים זולת בן-גוריון. הגם שניתן לאפשר לממשלה יוצאת לכהן עד לאחר שתיבחר כנסת חדשה, הרי שלפי סעיף 9 לחוק המעבר: "לאחר התיעצות עם נציגי סיעות בכנסת יטיל נשיא המדינה על אחד מחברי הכנסת את התפקיד להרכיב את הממשלה". בעתירה נטען כי יש להבחין בין מצב דברים רגיל, שבו הכנסת והממשלה ממלאות את ימיהן, והממשלה היוצאת מוסיפה לתפקד עד לאחר הבחירות, למקרה שבו הופע אי אומון בממשלה היוצאת, שאז אין לאפשר לה להוסיף לכהן, אף לא עד למועד הבחירות. מאחר שכך, היה על הנשיא להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על ח"כ אחר מן הכנסת הנוכחית. לדבריהם, הותרת ממשלה זמנית שכוז על מכונה שוללת מן הכנסת אפשרות להביע בה אי אומון, שהרי כבר "זכתה" לאי אומון. המשך כהונתה מעניק לה היתר משתמע לפעול כראות עיניה, מבלי להתחשב בדעת הכנסת.

חיים כהן, היועץ המשפטי לממשלה אז, התייצב בבג"ץ וביקש להשמיע את עמדתו בסוגיה, משום שהדין בעתירה נוגע לזכויות של הממשלה ועלול לפגוע באינטרס הציבורי. טענה מקדמית טען, כי בית המשפט איננו מוסמך לעסוק בסוגיה נושא העתירה; כי היא אינה מתאימה להכרעה שיפוטית.

בפסק הדין שניתן הידוע כעניין ז'בוטינסקי (בג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה' 801 (1951)) השווה הנשיא זמורה בין הדין הנוהג בישראל, לזה שבארצות הברית והביא מדברי השופט פרנקפורטר: "בית-דין פדרלי ייזקק לסכסוך רק, אם זה 'ניתן להכרעה שיפוטית'... פנייה אל הרשות השיפוטית של בתי-הדין הפדרליים אפשרית רק במסיבות אשר לפי חוש המומחיות של המשפטן מהוות 'ענין או סכסוך'. ההיקף והתוצאות של הבקורת המופקדת בידי הרשות השיפוטית, על פעולה אקסקוטיבית ולגיסלטיבית מחייבים אותנו לשמור את התחומין האלה בקפדנות יתרה". הנשיא זמורה ציין: "אני מוצא כאן ביטוי מוצלח ביותר להגדרת התחומין של הכח השיפוט. אין לשאוב את התשובה לשאלה, מה הם העניינים

שהנהלת הצדק דורשת הכרעה בהם, מן הים הגדול של יחסים פילוסופיים, דתיים ומוסריים, כי זה ירחיב את התחומין לכל דבר הדרוש לתיקון העולם. מצד שני אין להגדיר כאן תחומין לפי שיטה גיאומטרית טהורה. יש הודאה כנה מצד השופט המלומד בחוסר האפשרות השכלית של הגדרה מדויקת ומוחלטת, בהשליכו את יהבו על מה שהוא קורא... **חוש המומחיות של המשפטן**... בהכרתנו המשפטית-השיפוטית נצטרך למצוא את התשובה לשאלה, אם נדרשנו להכריע בענין שהוא תוך תחום השיפוט או מחוצה לו" (עמ' 813; ההדגשה הוספה). בהתאם נקבע כי "הבקשה הנדונה יוצאת לגמרי מן התחומין הקבועים לרשות השיפוטית. בכלל, כל דבר התפקיד להרכיב ממשלה... כשמפעילים כלפיו את 'חוש המומחיות של המשפטן' – נמצא לא justiciable, אינו ניתן להכרעה שיפוטית. יש כאן יחסים שלפי טיבם הם מחוץ לתחום השיפוט; הם שייכים ליחסים בין נשיא המדינה, הממשלה והכנסת, היינו לרשויות האקסקוטיביות והפרלמנטריות... אילו נענינו לבקשת המבקשים, היינו עוברים את התחומים של הרשות השופטת והיינו דורכים על שטח פוליטי ואקסקוטיבי... 'לבית משפט זה אין כל שאיפה לכוח כזה'" (עמ' 814-815). נפסק אפוא כי "השאלה שהובאה לפנינו נוגעת לסמכויות האקסקוטיביות והפוליטיות של הנשיא ואינה בתחום הרשות השופטת. אנו דוחים איפוא את הבקשה מחוסר סמכות" (עמ' 815).

לימים שבה עילת **אי השיפוט** ונבחנה לעומקה באחד מפסקי הדין שניתנו לגבי פטור מגיוס לבני ישיבות, הידוע כעניין **רסלר** (בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441 (1988)). לדעת השופט ברק, הגישה המשתמעת מעניין **ז'בוטינסקי**, שלפיה אי שפיטות משמעה **העדר סמכות** – יסודה בטעות. בית המשפט נדרש לבחון אם, אף שישנה **סמכות** לדון בה, העתירה **ראויה** לדיון שיפוטי בשני מובנים: שפיטות נורמטיבית ושפיטות מוסדית. "השפיטות הנורמטיבית באה להשיב על השאלה, אם קיימות אמות מידה משפטיות להכרעה בסכסוך העומד לפני בית המשפט", קרי – היא נועדה לבחון אם לבית המשפט נתונים כלים משפטיים מתאימים המאפשרים לו לדון בסכסוך שהובא לפניו; לעומת זאת, "השפיטות המוסדית באה להשיב על השאלה, אם בית המשפט הוא המוסד הראוי להכרעה בסכסוך, או שמא ראוי לו לסכסוך שיוכרע בידי מוסד אחר, כגון הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת", אף שיש בכוחו של בית המשפט לעשות כן באמצעות הכלים שברשותו (עמ' 474). הווי אומר, שאלה אחת היא מה **אפשרי** מבחינה משפטית, ושאלה אחרת היא מה **ראוי** לעשות. הלכה למעשה, כך השופט ברק, המובן הראשון מתקיים תמיד: "אין פעולה, שהמשפט לא חל עליה. כל פעולה נתפסת בעולם המשפט... כל דבר הוא 'עניין משפטי', במובן זה שהמשפט קובע לגביו עמדה, אם מותר הוא או אסור" (עמ' 477). לשיטתו, מאחר שעל השלטון לפעול **בסבירות**, הרי שחריגה ממתחם **הסבירות** עשויה להיות נתונה לביקורת שיפוטית, גם כאשר מדובר בהחלטה הדורשת מלאכת איזון מורכבת, דוגמת הכרעה פוליטית, מקצועית וכיוצא באלה. אליבא דשופט ברק, גם יציאה למלחמה או עשיית שלום הן החלטות שפיטות, שכן גם אלה מונהגות בידי נורמה כלשהי שאפשר לבחון באמות מידה משפטיות.

בהתייחס למוכן השני – השפיטות המוסדית – מציין השופט ברק כי השאלה מה ראוי לבירור משפטי, ומה איננו ראוי, אינה פשוטה כלל ועיקר. משום שבית המשפט מוסמך לפרש את החוק ואת גבולותיו, מחובתו גם לבחון את חוקיות פעולות הרשות השלטונית: "השאלה החשובה אינה כבודה של רשות זו או כבודה של רשות אחרת. השאלה החשובה היא כיבודו של החוק. כשלעצמי, אני יכול לראות כיצד העמדת רשות שלטונית על כיבוד החוק יש בה כדי לפגוע ברשות זו או לשבש את היחסים בינה לבין הרשויות האחרות" (עמ' 490). השופט ברק התייחס לאפשרות שבית המשפט יתערב בהכרעות הכרוכות בעניינים פוליטיים: "אין דבר בעקרון הפרדת הרשויות שיש בו כדי להצדיק שלילת ביקורת שיפוטית על פעולות שלטון, יהא אופיין אשר יהא, ויהא תוכנו אשר יהא. נהפוך הוא: עקרון הפרדת הרשויות הוא המצדיק ביקורת שיפוטית על פעולות השלטון, גם אם הן בעלות אופי פוליטי, שכן הוא מבטיח, כי כל רשות תפעל כדיון ברשותה שלה, ובכך תובטח הפרדת הרשויות" (עמ' 491-492). גם אין בכך משום פגיעה בדמוקרטיה, שכן במשטר דמוקרטי נדרש לאזן בין שלטון הרוב לזכויות היחיד, וכזאת יעשה באמצעות בית המשפט. אשר לחשש מפני פוליטיזציה של המשפט: "כאשר שופט בוחן את חוקיותה של הכרעה פוליטית, אין הוא נותן ידו – לא לחיוב ולא לשלילה – לגופה של אותה הכרעה... הוא בודק אך את חוקיותה על-פי אמות מידה משפטיות. בכך הוא ממלא את תפקידו הקלאסי... לא את האידאולוגיה שלו מביע השופט, אלא את תפיסתו המשפטית באשר לחוקיותה של האידאולוגיה. עיסוק כזה באידאולוגיה לגיטימי הוא לרשות השופטת" (עמ' 492-493). אליבא דשופט ברק, הימנעות בית המשפט ממילוי תפקידו, מחשש לפוליטיזציה, היא שמביאה עימה היבטים פוליטיים, ושעלולה לפגוע בשלטון החוק ובאמון הציבור בו. עילת אי השפיטות המוסדית בעייתית מאוד, לשיטתו, יסודותיה רעועים, והשימוש בה יעשה "רק במקרים מיוחדים, שבהם החשש מפני פגיעה באמון הציבור בשופטים יעלה על החשש מפני פגיעה באמון הציבור במשפט". רשימת המקרים האפשריים אינה סגורה, והיא נקבעת "על-פי ניסיון החיים השיפוטי ועל-פי חוש המומחיות של השופט" (עמ' 496). עד כאן דבריו.

ההבחנה בין השפיטות הנורמטיבית לשפיטות המוסדית מקובלת על הנשיא שמגר חרף הסתייגותו מדברי השופט ברק, שלפיהם "אין לך נושא שאינו שפטי, וכל נושא יכול להיות נדון בבית-משפט" (עמ' 518). אומנם באמצעות תורת הסבירות אפשר להעביר תחת שבת הביקורת השיפוטית כל פעולה של הרשות השלטונית, גם הכרעות גורליות מתחום יחסי החוץ והביטחון; אך אליה וקוץ בה, שכן גישה זו עלולה לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות, ולהפך את האיזון העדין ביניהן: "אם התיאוריה, המאפשרת דיון בערכאות השיפוט בכל עניין, תתממש באופן תדיר... יהיה בכך כדי ליצור ריכוז סמכויות, שיבטל, הלכה למעשה, את יכולת התיפקוד של הרשויות האחרות" (עמ' 519). אומנם גם הנשיא שמגר סבור כי "הפיקוח השיפוטי לעולם עומד" (עמ' 519), אך לא בכל מקרה קיימת הצדקה להפעילו. הדבר תלוי באופי הדומיננטי של הנושא: לעיתים ימצא כי ראוי שהסוגיה תוכרע בידי הרשות השיפוטית, ולעיתים יתברר כי יש להותירה בידי הרשות המחוקקת או המבצעת. בדומה, ייתכנו מקרים שמקצתם יתבררו בידי

רשות זו, ומקצתם בידי אחרת. אם כן, לא לחינם בא לעולם מבחן השפיטות המוסדית, "שהרי המבחן הנורמאטיבי היה חובק הכול בלי לפתור מאומה, ואין צריך לומר, שהיה גורר את בית המשפט להכרעות פוליטיות מובהקות" (עמ' 521). במצב דברים זה, כך הנשיא שמגר, "חוש המומחיות של המשפטן צריך להגן על בית המשפט – ועל יתר רשויות השלטון – מפני תוצאה מעין זו... כאשר חוש המומחיות של המשפטן מלמד, כי הנושא, כולו או מקצתו, הוא באופן ברור וגלוי בעל אופי פוליטי או בעל איפיון אחר, המכוון לכך כי ההכרעה בו תימסר לידיה של רשות אחרת, הרי אותו חלק שהוא בעל אופי כאמור... מן הראוי שיופנה אל מי שמופקד עליו לפי חלוקת התחומים בין הרשויות... וחזקה על בית המשפט, כי יידע להתייחס לנושאים שיובאו לפניו לפי איפיונם, כדי לבחור את מה שראוי להכרעה שיפוטית וכדי לא להיתפס להכרעות משפטיות, המכסות על בעיה שאופיה האמיתי והמכריע הוא פוליטי" (עמ' 521 ו-524).

בתום הבחינה המעמיקה בעניין רסלר לגבי עילת אי השפיטות, נותרנו למעשה עם אותו מבחן עמום – חוש המומחיות של המשפטן – וגבולותיו מטושטשים אף יותר מבעבר נוכח צמצומו, הן לגישתו המחמירה של השופט ברק, הן לגישת הנשיא שמגר. אם כן, תועלתו מוגבלת בהיותו פלואידי, הכרעה על פיו לא תמיד צפויה ולא בהכרח נהירה. הסתמכות על תחושותיו של השופט איננה מספיקה כדי לשכנע בנכונותו של פסק דין, בפרט כשהיא עשויה להשתנות משופט לשופט, איש איש לפי שיקול דעתו. אומנם, בהסתמך על גישת הנשיא שמגר דלעיל, נעשה בפסיקה שימוש באופי הדומיננטי של העניין העומד על הפרק לשם בחינת שפיטותו, אך זאת במידה ובמשורה וביד קפוצה.¹

ברבות השנים ניטשטשו אותם גבולות שגבלו ראשונים, מושכלות יסוד שהוצבו בשנת 1951, עד אשר כיום עילת סף זו – העדר השפיטות – הלכה ונדחקה לקרן זווית, השימוש בה

1 למשל, בבקשה להכרה בלאום ישראלי (ה"פ (מחוזי י"ם) 6092/07 אורנו נ' משרד הפנים (15.7.2008)) מסקנתי הייתה כי הסוגיה איננה שפיטה, משום שאופייה הדומיננטי הוא ציבורי, אידאולוגי, חברתי, היסטורי ופוליטי. הלכה למעשה התבקש לקבוע כי התגבש לאום חדש במדינת ישראל – משותף לכל תושביה ואזרחיה – בין שהשתייכו עד כה ללאום היהודי, הערבי והדרוזי, ובין שהשתייכו לכל לאום אחר. סברתי כי אומנם הנושא שפיט מבחינה נורמטיבית, אבל איננו שפיט מבחינה מוסדית, נוכח השלכותיו מרחיקות הלכת והורות הגורל על דמותה של המדינה, על אופייה ועל עתידה, ומאחר שההיבט הדומיננטי בו הוא לבר-משפטי. בנסיבות אלה "שב ואל תעשה" עדיף על פני "קום עשה": "כשם שקבלתי שכר על הדרישה, כך אני מקבל שכר על הפרישה" (בבלי, פסחים כב, ע"ב), כשם שבית המשפט מקבל את שכרו בפסיקת הדין, כך הוא מקבל את שכרו (במטבע של אמן הציבור) בהימנעותו מלפסוק את הדין מקום שבו ראוי להימנע ולחדול. אבל בבית המשפט העליון (ע"א 8573/08 אורנו נ' משרד הפנים, פ"ד (3) 44, 70 (2013)) לצד דחיית הערעור לגופו צוין כי אי אפשר לומר שמדובר בסוגיה לא שפיטה מבחינה מוסדית. זאת אף ש"דיון זה כרוך בשאלות יסוד של מדינת ישראל, של העם היהודי, של הציונות ושל תפיסות שונות של לאום ולאומיות... המקום הטבעי לדיונים הללו אינו בין כתלי בית המשפט, אלא בזירות אחרות של השיח הציבורי והכתובה האקדמית. טוב לו לבית המשפט אם ינהג בריסון רב בסוגיות אלה". עינינו הרואות: גם במקרה מובהק שכזה נמנע בית המשפט מלהצהיר כי הסוגיה איננה שפיטה.

נדיר, שמור למקרי קיצון מובהקים, דוגמת בקשה להתערבות שיפוטית במבצעים צבאיים, בהסכמים בילטרליים, במגעים מדיניים רגישים, וכיוצא באלה.

לטעמי, עניין ז'בוטינסקי, חרף "התיישנותו", מעורר בסוגיית השפיטות כמה שאלות אקטואליות נוקבות שכמעט שנשכחו מלב: האם רצוי שחברי כנסת יגישו עתירות "פרלמנטריות" לבג"ץ, או שמא יש להפנותם לביתם, הוא מבצרים – הכנסת? האם עתירות שכאלה אינן מביאות לעירוב מין בשאינו מינו, להסגת גבול הכנסת והממשלה בידי בית המשפט? האם ראוי לבית המשפט להכניס ראשו בתוככי הקלחת הפוליטית הרוחשת – בין שיוזמי העתירה הם חברי כנסת, בין שלא – או שמא מוטב כי ירחיק עצמו ממנה? האם אמון הציבור יתחזק כתוצאה מכך או ייפגע? האם המומחיות של בית המשפט רלוונטית לשאלות פוליטיות, לברי-משפטיות, כגון דא? האם עמדתו הערכית עדיפה על עמדת נבחרי הציבור?

עניין ז'בוטינסקי לא ללמד על עצמו יצא, אלא על הכלל כולו. שם דובר אומנם בחברי כנסת אשר בחרו לצאת מתחומי המגרש הפוליטי, ולבוא בשערי בית המשפט כדי שיכריע בעניינים מתחום פועלם שלהם; לפיכך היה אפשר לזהות בנקל את אי השפיטות, את המיקום הגאומטרי הבעייתי, ובהתאם נקבע כי בית המשפט לא יכניס ראשו בין ההרים הרמים, וכי הניסיון לערבו בעניין לא לו – לא יצלח. ועדיין, גם כאשר העותר אינו חבר כנסת אלא "סתם" אדם מן השורה הפונה בעניינים פוליטיים, מדיניים וחברתיים-ציבוריים במובהק, מתחום שיקול הדעת של רשויות המדינה האחרות – נדרש השופט היושב בדיון לבחון בקפידה את הסוגיה שלפניו על פי נושאה, האם היא מתאימה לבירור משפטי, או שמא עצם הדיון בה, ודאי ההכרעה, צופנים בחובם תקלה ומכשול. ההכרעה אינה פשוטה – לעיתים גם עיסוק בנושאים משפטיים מובהקים, ובכלל זה זכויות אדם, אינו מנותק מן הזירה הפוליטית – אך היא מתחייבת. כניסה שאינה מוכרחת לזירה הפוליטית, למערכת היחסים המורכבת שבין הממשלה לכנסת, בתחומים המשתייכים לזירה זו במובהק, אינה מתאימה לבירור והכרעה שיפוטיים. סופה ש"תקלקל את השורה". צריך להישמר מפניה, כדי להבטיח את אמון הציבור בשפיטה. "איזהו גיבור? הכובש את יצרו, שנאמר (משלי טז 32): 'טוב ארך אפים מגבור ומושל ברוחו מלוכד עיר'" (משנה, אבות ד, א).

משוואה עם נעלם – הסיפור על חוק יסוד: הלאום

בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021)

דוד חשין

ביום ה' באייר התש"ח בעיר תל אביב התכנסה מועצת המדינה הזמנית. ראש הממשלה הראשון דוד בן-גוריון עמד נרגש במושב המועצה. הוא הישיר את מבטו לקהל הרב שישב בטקס הכרזת העצמאות, שהתקיים במוזיאון תל אביב, והכריז בקול רם ובאופן חגיגי על "הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל, היא מדינת ישראל". הכרזת העצמאות, המוכרת גם בשם מגילת העצמאות, הגדירה את מדינת ישראל בתור מדינתו של העם היהודי, ולצד זאת הבטיחה "שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות". רבים רואים בהכרזת העצמאות את ה"אני מאמין" של החברה בישראל, והדברים שנאמרו בה השפיעו במידה רבה על עיצוב האופי של המדינה – מדינה יהודית ודמוקרטית. רוחה של מגילת העצמאות קיבלה ביטוי גם בחוקים שונים שעיצבו את היותה של המדינה היהודית ודמוקרטית. האופי היהודי של המדינה מעוגן בראש ובראשונה בחוק השבות, התש"י-1950, שקובע את הזכות הטבעית של כל יהודי לעלות לארץ ישראל. אבל חוק זה אינו עומד לבדו, ולצידו ניצבים סמלי המדינה, השפה העברית בתור השפה הרשמית של המדינה, חגי המדינה ויום השבת בתור יום המנוחה, ועוד היד נטויה. לצד זאת, מדינת ישראל הייתה מאז שחר הקמתה מדינה דמוקרטית, וערך חשוב זה עוגן בחוקי היסוד על זכויות האדם משנת 1992: חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר קיבעו את נוסחת האיזון הידועה – "יהודית ודמוקרטית".

המתח בין "יהודית" ל"דמוקרטית" ליווה את המדינה לאורך כל שנותיה, אבל דומה כי שיאו היה ביום 19.7.2018, עם חקיקתו של חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, המוכר בשיח הציבורי בשם "חוק יסוד: הלאום". נוסחו של חוק יסוד זה קבע באופן מפורש כי מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי. אכן בכך אין חדש. כאמור האופי היהודי של מדינת ישראל כבר זכה לביטוי בחוקים קודמים ולהכרה בבית המשפט העליון. אבל לראשונה הוא עוגן בחוק יסוד. הלשון של חוק היסוד עוררה בקרב המיעוט הערבי את השאלות לאן נעלמה הדמוקרטיה, והאם אבד ערך השוויון.

הרקע לשאלות אלו הוא בכך שבשונה מחוקי היסוד על זכויות אדם, שעיצבו את הנוסחה היהודית-דמוקרטית, הנוסח של חוק יסוד: הלאום כלל רק את המרכיבים "היהודיים" של

המדינה, ללא אזכור מפורש של הזכות לשוויון של כלל האזרחים. תומכי חוק היסוד טענו כי הדבר אינו נדרש, לנוכח העובדה שההיבט הדמוקרטי של המפעל החוקתי זוכה לביטוי בחוקי יסוד אחרים, ובראשם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. תשובה זו לא הפיסה את דעת המתנגדים – חלקם ביקרו את רעיון חקיקתו מתחילתו, וחלקם ביקרו אותו בעיקר בשל ההימנעות מאזכור מפורש של הזכות לשוויון. בסופו של דבר חוק היסוד התקבל ברוב של 62 חברי כנסת אל מול 55 מתנגדים ושני נמנעים. הנוסח שהתקבל היה שונה מזה שהוצע תחילה, ו"ריכך" חלק מן ההוראות שנכללו בהצעה. עם זאת, העיקרון של עיגון האופי היהודי של המדינה ללא אזכור מפורש של דמוקרטיה או שוויון נותר על כנו. כך הוויכוח נמשך גם לאחר קבלתו של חוק היסוד.

בעקבות חקיקתו של חוק יסוד: הלאום הוגשו לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לא פחות מ-15 עתירות. את העתירות האלה הגישו ארגוני זכויות אדם ואנשים פרטיים המשתייכים למגזרים שונים בחברה הישראלית. העתירות כוונו נגד הכנסת, הממשלה והיועץ המשפטי לממשלה. בעיקרו של דבר ובלי להידרש לפרטים המשפטיים, מרבית העתירות התמקדו בשלושה סעיפים מסוימים בחוק יסוד: הלאום, שהצדיקו לשיטת העותרים להורות על ביטול חוק היסוד או על תיקונו. הראשון היה סעיף 1(ג) לחוק היסוד, שקבע כי רק לעם היהודי זכות להגדרה עצמית לאומית במדינה. השני היה סעיף 4 לחוק היסוד, שקבע כי שפת המדינה היא עברית (ואילו לשפה הערבית "מעמד מיוחד"). השלישי היה סעיף 7, שנסב על עידוד ההתיישבות היהודית. במישור המשפטי העיוני הדרמה המיוחדת שעמדה ברקע של הדיון הייתה העובדה שהעתירות כוונו נגד תוקפו של חוק יסוד. זאת בניגוד לעתירות "רגילות" של ביקורת שיפוטית המכוונות נגד תוקפו של חוק "רגיל".¹

הדיון בעתירות התקיים ביום 22.12.2020 בבית המשפט העליון בפני הרכב מורחב של 11 שופטים בראשות הנשיאה חיות עם המשנה לנשיאה מלצר והשופטים הנדל, פוגלמן, עמית, סולברג, ברק-ארז, מזוז, ברון, קרא ומינץ. מחמת חשיבותו נכלל הדיון במסגרת "פיילוט" הדיונים שמשודרים בשידור ישיר, וכך הציבור כולו היה יכול לעקוב אחר מהלך הדברים. העותרים טענו בלהט רב שחוק יסוד: הלאום, ולפחות הוראות מסוימות בו, מנוגדים למבנה החוקתי הבסיסי של מדינת ישראל ולערכי היסוד של שיטתה המשפטית. הם מיקדו את טענותיהם בקיומן של מגבלות מהותיות על הסמכות של הכנסת ככובעה כרשות מכוננת, המצדיקות לגישתם קיום ביקורת שיפוטית על התוכן של חוק היסוד. העותרים טענו בכאב כי מדובר באחד מאותם מקרים חריגים ונדירים המצדיקים קיום ביקורת שיפוטית על תוכן של חוק יסוד. ברקע הדברים עמד הדיון המתנהל גם במשפט החוקתי ההשוואתי באשר להיקף של דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי". כוונת הדברים היא לכך שברגיל אין מניעה לתקן את חוקתה של מדינה, אבל נטען כי קיימים מקרים נדירים שבהם תיקון לחוקה שומט את יסודותיה, ולכן אינו תקף.

1 ראו רשימתו של משה סובל בספר זה, עמ' 204.

אקדים את המאוחר ואציין כבר כאן כי בפסק הדין המרכזי, שניתן מפני הנשיאה חיות ובהסכמת כל שופטי ההרכב – למעט השופט קרא – נדחו כל העתירות. בעיקרו של דבר, העיקרון שהתקבל על דעת הרוב היה שאפשר לקיים את חוק יסוד: הלאום באמצעות פרשנות המכונה "פרשנות מקיימת", כלומר כזו הבוחרת בחלופה הפרשנית שעולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה, וכדברי הנשיאה חיות כזו "העולה בקנה אחד עם חוקי היסוד האחרים, ועם העקרונות והערכים שעוגנו בהם זה מכבר" (פסקה 10 לפסק דינה). עיקרי ההנמקה התומכת בכך מפורטים בפסק הדין של הנשיאה חיות, המנומק לעיל ולעילא והמשתרע על פני 63 עמודים. שאר שופטי הרוב, לצד צירוף קולם לפסק הדין של הנשיאה, הוסיפו הארות ותובנות חשובות משלהם בהתייחס לסוגיות שנדונו בפסק הדין. חלקם הדגישו את הקשיים בחוק היסוד, וחלקם סברו שאינו מעורר קשיים של ממש. מכל מקום, כולם הסכימו לגישה המיישבת אותו עם תוכנם של חוקי היסוד האחרים, כך שהמדינה היהודית אינה באה על חשבון המחויבות לדמוקרטיה ולשוויון. לעומתם, השופט קרא סבר בדעת מיעוט כי חוק היסוד כולל תכנים הנמצאים בסתירה חזיתית עם העקרונות העולים מחוקי היסוד האחרים. לכן, לשיטתו, היה מקום להוציא צו על תנאי המכוון אל המדינה והדורש ממנה להתייבב ולתת טעם מדוע סעיפים 1(ג), 4 ו-7 לחוק יסוד: הלאום לא יבוטלו.

בעיקרו של דבר, פסק הדין של בית המשפט העליון עסק בשתי שאלות משפטיות מהותיות: הראשונה, שאלת הפרשנות של חוק היסוד, והשנייה, שאלת הסמכות של בית המשפט העליון לבקר חוק יסוד של הכנסת (הנגזרת משאלה בסיסית יותר והיא האם חלות מגבלות על הכוח של הכנסת בחקיקת חוקי יסוד).

הנשיאה חיות פתחה בהגדרת גבולות הסמכות של הכנסת לפעול בתפקיד הרשות המכוננת, מי שמחוקקת את חוקי היסוד, שאמורים להיות פרקים בחוקה העתידית של ישראל (בהתאם להחלטת הררי משנת 1950). אומנם, חוקי היסוד נתפסים "בתרבות המשפטית ובמסורת הפוליטית והציבורית שלנו כחלק מחוקת המדינה"², אבל תהליך כינון החוקה טרם הושלם, והחוקה הישראלית עודנה מצויה בתהליך של עיצוב וגיבוש.

על רקע האמור הציגה הנשיאה חיות את השאלה האם אפשר לקבוע כבר עתה שקיימים בשיטתנו עקרונות יסוד שאינם ניתנים לשינוי. בהמשך לכך היא קבעה כי בכל הנוגע לעצם הזהות של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – התשובה לשאלה זו היא בחיוב. "זאת, שכן המערך החוקתי בכללותו אינו מותיר מקום לספק כי קיומה ודמותה של מדינת ישראל באו לה מן השילוב – 'יהודית ודמוקרטית' וכי זהו הלב הפועם של 'החוקה נוסח ישראל'. אכן, המבנה החוקתי שלנו אינו שלם ובהחלט ייתכן כי יתווספו לו קומות והסתעפויות בהמשך הדרך, אך שני עמודי התווך הללו – העמוד היהודי והעמוד הדמוקרטי – הוצבו בו זה מכבר. שלילת איזה מהם מובילה להתמוטטות המבנה כולו" (פסקה 18 לפסק דינה).

2 בג"ץ 4908/10 בראון נ' כנסת ישראל, פ"ד סד (3) 275, 299 (2011).

הנשיאה חיות הסבירה כי בחינה של הטקסטים החוקתיים הקיימים ושל "המעטפת" החוקתית שמלווה אותנו לאורך שנות קיומה של המדינה – ובכללם מגילת העצמאות וחוקי יסוד – מאששת את המסקנה כי אף שהפרויקט החוקתי טרם הושלם, היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית הוא חלק בלתי נפרד מזהותה ומשקף את הסיפור של מדינת ישראל. בלי למצות, אסתפק כאן בהבאת אך שתי דוגמאות חשובות. סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע באופן מפורש כי "חוק יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". לכך יש להוסיף את סעיף 7א(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת, הקובע כי רשימת מועמדים או מועמד לא ישתתפו בבחירות לכנסת אם יש במטרותיהם או במעשיהם משום "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

שאלה נפרדת היא, כהבהרת הנשיאה, אם בית המשפט העליון מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד, בהינתן המגבלות הצרות אשר חלות על הסמכות של הכנסת בתור רשות מכוננת, כלומר הרשות שמחוקקת את חוקי היסוד (ולא רק חוקים רגילים). הסמכות של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית נגזרת מהעליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד. לעומת זאת, בקיום ביקורת שיפוטית על התוכן של חוקי היסוד מתעורר לכאורה קושי, הטמון בכך שחוקי יסוד אלה מצויים בפסגת המדרג הנורמטיבי הפוזיטיבי, ומהם שואב בית המשפט עצמו את סמכויותיו. על רקע זה מתעוררת שאלת הסמכות, שיש לה פנים לכאן ולכאן. הנשיאה לא נדרשה להכריע בה, בציינה כי מכל מקום חוק יסוד: הלאום אינו שולל את המאפיינים היהודיים והדמוקרטיים הגרעיניים של המדינה באופן המצדיק התערבות בתוכנו. אומנם אין לחדד, היא הוסיפה, כי חוק יסוד: הלאום מעורר קשיים ושאלות חוקתיות נוקבות. אבל, כאמור, יש להם מענה בדרך של פרשנות מקיימת – הנסמכת על עקרונות וכללים פרשניים של הרמוניה חקיקתית הנוהגים בשיטתנו המשפטית, שחלה הן על ההיבטים הדמוקרטיים של המדינה, הן על היבטיה היהודיים.

באשר להעדרו של עקרון השוויון מסעיף 1 לחוק היסוד, שבו הוגדרה מדינת ישראל ויוחדה בתור מדינת הלאום של העם היהודי, קבעה הנשיאה חיות כי אכן היה מוטב אם ערך השוויון היה מעוגן בחוק יסוד זה. עם זאת היא הבהירה כי מלאכת הביקורת השיפוטית אינה עוסקת בתבונתו של החוק אלא בחוקתיותו, וכי בית המשפט אינו מחליף את המחוקק. חוק יסוד: הלאום הוא רק פרק אחד בחוקה העתידית של מדינת ישראל, ולפיכך העובדה שעקרון השוויון אינו מופיע בחוק יסוד זה אינה מכרעת. עוד הוסיפה הנשיאה חיות כי חוק יסוד: הלאום מנוסח בלשון הצהרתית, מה שמעיד על כך שאינו פוגע בזכויות אישיות של אזרחים שאינם יהודים, וגם אינו מקנה זכויות עודפות לפרטים שמשתייכים ללאום היהודי.

בעניין המעמד של השפה הערבית, הנשיאה חיות עמדה על כך כי גם טרם חקיקת חוק יסוד: הלאום הדין בישראל העניק מעמד בכורה לשפה העברית על פני השפה הערבית. לפיכך, סעיף 4 לחוק היסוד נועד לשקף את המצב הקיים, ולא לגרוע מהמעמד של השפה הערבית.

התכלית בדבר ביצור המעמד של השפה העברית היא תכלית חשובה שאינה כרוכה בפגיעה במעמד של השפה הערבית. בנסיבות אלה נקבע כי גם בהקשר זה יש לבחור בפרשנות מקיימת של חוק היסוד באופן שלא יפגע במעמד של השפה הערבית הן להלכה, הן למעשה. אשר על כן, נקבע כי אפשר ואף מן הראוי לפרש את סעיף 4 לחוק יסוד: הלאום "כך שלצד היותה של השפה העברית שפתה העיקרית של המדינה, לשתי השפות – העברית והערבית – מעמד רשמי" (פסקה 80 לפסק הדין של הנשיאה חיות).

בעניין ההתיישבות יהודית, הנשיאה חיות קבעה כי אין לשלול ערך חוקתי אחד רק משום שהוא עלול להימצא במובן מסוים במתח עם ערך אחר. על כן אין לשלול את ערך ההתיישבות היהודית, אף שהוא עלול להיות במתח עם ערכים אחרים, ובפרט עם עקרון השוויון. כך בייחוד משום שסעיף 7 לחוק יסוד: הלאום מנוסח באופן כללי ואינו קובע הסדרים מפורטים שעולים כדי פגיעה מוחשית בשוויון.

מנגד, השופט קרא סבר בדעת מיעוט שיש מקום לקבוע כי קיים קושי חוקתי בסעיפים שצינו בחוק יסוד: הלאום, מכיוון שהם שוללים את ליבת הזהות הדמוקרטית של ישראל "ומזעזעים את אמות הסיפים של המבנה החוקתי" (כפי שציין בפתח פסק דינו).

במישור הסמכות השופט קרא קבע כי הסמכות של הכנסת בחקיקת חוקי יסוד מוגבלת, ועל כן בית המשפט העליון מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית על השימוש בה. בהמשך לכך הוא סבר שאין להשלים עם כך שחקיקת חוק יסוד: הלאום מבקשת להכפיף את הזהות הדמוקרטית של המדינה לזהותה היהודית. לשיטתו, חוק יסוד: הלאום הוא חוק מפלה הלוקה בחסר מהותיים, בהתעלמותו מעקרון השוויון ומהזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל. את דבריו הוא חתם בדברים הכואבים הבאים: "המיעוט (הערבי והדרוזי) בישראל – מיעוט ילידי, שאינו גר תושב או זר, הרואה במדינת ישראל את מולדתו בה מבקש הוא לחיות את חייו כשווה בין שווים, מתקומם על הדרתו ועל שלילת היותה של מדינת ישראל גם מדינתו. יוזמי החקיקה ומוביליה, מעצם היותם קבוצת הרוב במדינה, אינם חשים 'על בשרם' את הפגיעה הקשה שהם גורמים למיעוטים במדינה. כמאמר הפתגם הערבי הידוע: 'אין דומה מי שידו במים למי שידו באש'. ובשפת המקור: *اللى ايده فى الميه مش زى اللى ايده فى النار*" (פסקה 57 לפסק דינו).

פסק הדין בעניין חוק יסוד: הלאום הוא מהחשובים שניתנו מאז הקמת המדינה, אולי דווקא משום שהוא משאיר גם שאלות פתוחות. בית המשפט העליון קבע כי מה שנעלם מהלשון של חוק יסוד: הלאום לא הביא לשינוי ממשי בתוכן של הזכות לשוויון שמוקנית לכל אחד מתושבי המדינה ובהיקפה. ומה תהיה המשמעות המעשית של חוק יסוד: הלאום – רק הזמן יגיד. נדמה שהתשובה לכך תימצא בזירה הציבורית ובהמשך הדיאלוג החוקתי בין הרשויות, ולא רק בין כותלי בית המשפט.

התערבות בג"ץ בהליכים פנימיים של הכנסת: משריד ועד אדלשטיין

בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982)
בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת
(23.3.2020)

יגאל מרזל

אחד מעקרונות היסוד החשובים של המשפט הוא העיקרון של שלטון החוק. זהו העיקרון שלפיו חייבת כל רשות מרשויות השלטון לפעול על פי חוק. כולם כפופים לחוק בלא יוצא מן הכלל. כולם – כל הרשויות: הרשות המחוקקת (הכנסת), הרשות המבצעת (הממשלה) והרשות השופטת (בתי המשפט). כיצד חל עיקרון זה על הכנסת? זוהי השאלה שבה נעסוק בהמשך הדברים.

במציאות החיים הפרלמנטריים בכנסת ובנוגע להחלטות שמתקבלות במסגרתה, מועלית לפעמים טענה שהכנסת או נושא תפקיד בה – כגון יושב ראש הכנסת או יושב ראש ועדה מוועדות הכנסת – לא פעלו לפי הדין, כלומר קיבלו החלטה שלא לפי הכללים המחייבים בדיון. כך, למשל, כאשר הדיון בתהליך החקיקה היה צריך להתנהל בצורה מסוימת לפי התקנון, אבל לא כך קרה בגלל החלטה שהתקבלה בניגוד לו. או דוגמה אחרת: כשלפי התקנון צריך להיקבע דיון בנושא מסוים, אך זה לא נקבע. רוב הטענות מסוג זה הן חלק מהוויכוח הפוליטי בכנסת וכלי ניגוח בידי צד אחד נגד הצד האחר. אבל לעיתים טענות כאלה מוצאות את דרכן לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. כך למשל טענה של חבר כנסת שביקש שתתקיים הצעת אי אמון בממשלה לפי התקנון, אבל יושב ראש הכנסת קבע את הדיון בה לשעה מאוחרת יותר מהקבוע בתקנון לדיון בהצעות מעין אלה, והוא עשה זאת, לפי הטענה, כדי להבטיח רוב לממשלה – רוב שלא היה אם ההצעה הייתה נדונה במועד המחייב.

לכאורה, מקרה פשוט. עקרון שלטון החוק – שחל גם על המחוקק – מחייב שבית משפט שאליו מגיעה טענה כזו, יפסוק שיושב ראש הכנסת פעל בניגוד לדין. ומעבר לכך, לכאורה מתבקש גם שבית המשפט ייתן סעד בדמות צו אופרטיבי לקיים את הצבעת אי האמון במועד. אבל בפועל בתי משפט רבים בעולם אינם ממהירים להתערב בהחלטות פנימיות של המחוקק. הם נוקטים ריסון וזהירות, תוך שניתן מרחב פעולה אוטונומי למחוקק בניהול ענייניו הפנימיים. כך גם בישראל. בית המשפט העליון מוכן לשמוע טענות על הפרת הדין בניהול

העניינים הפנימי של הכנסת, אבל ההתערבות בהחלטות עצמן במצבים כאלה היא נדירה. כיצד אפשר ליישב גישה זו עם עקרון שלטון החוק? והאם יש מקרים שבהם מוצדק ונכון לבית המשפט להתערב בעניינים פנימיים של ניהול הכנסת?

כדי לנסות לתת תשובה לשאלות הללו, נחזור לדוגמה שהבאנו קודם, מקרה שבו מוגשת הצעת אי אמון בממשלה אבל יושב ראש הכנסת קובע את הדיון בה לשעה מאוחרת מהמועד המקורי הנדרש. מקרה כזה אירע במציאות בשנת 1981, והוא הגיע לבית המשפט העליון בפרשה המכונה פרשת שריד (בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982)). סיעת המערך הגישה הצעת אי אמון בממשלה ביום מסוים. לפי תקנון הכנסת, הצעת אי אמון תידון "בישיבה הרגילה הקרובה". ביום המוחרת הייתה קבועה ישיבת כנסת לשעה 11:00 ולכן סיעת המערך ביקשה – וציפתה – שהצעת אי האמון תידון במועד זה. אבל יושב ראש הכנסת אז, חבר הכנסת מנחם סבידור, קבע את הדיון בהצעת אי האמון לשעה 17:00 באותו היום. הטעם לכך, לטענתו, היה שבאותו יום התקיימה אזכרה לדוד בן-גוריון. בהמשך באו גם טעמים נוספים, כמו מחלה של ראש הממשלה והיות שר הביטחון בחוץ לארץ. ח"כ יוסי שריד, חבר בסיעת המערך, עתר לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ עוד באותו הערב. הוא טען שיש להתערב בהחלטת יושב ראש הכנסת, שהתקבלה בניגוד לתקנון, ותוך שיושב ראש הכנסת משמש "מכשיר בידי הממשלה" ולכן קובע את שעת ההצבעה לפי נוחותה שלה. בג"ץ שמע את העתירה בבוקר שלמוחרת, ובפסק הדין דחה את העתירה בלי להתערב בהחלטת יושב ראש הכנסת.

מדוע נדחתה העתירה בפרשת שריד? ובכן, תחילה קבע בית המשפט העליון, בהרכב של שלושה שופטים בראשות השופט ברק, שיש לו הסמכות לדון בשאלות מעין אלה, לפי החוק הקובע את סמכות בית המשפט עצמו. לכן השאלה אינה שאלה של סמכות בית המשפט אלא שאלה של שיקול הדעת בהתערבות של בית המשפט במקרה שכזה. היקף הביקורת השיפוטית על הפעולות השונות של הכנסת משתנה בהתאם לסוג הפעילות שבה מדובר. בהמשך לכך עמד בית המשפט על האופי המיוחד של תפקיד יושב ראש הכנסת ושל הכנסת עצמה.

ומהו היקף ההתערבות כאשר מדובר בהחלטות לעניין סדרי העבודה של הכנסת? בית המשפט ציין שפועלים כאן שני שיקולים נוגדים: השיקול האחד הוא עקרון שלטון החוק, שעמדנו עליו כבר. עיקרון זה חל גם על הליכים פנימיים של הכנסת. על המחוקק לכבד את החוק, במיוחד במתן הזדמנות לחברי הכנסת למלא את שליחותם (כגון להגיש הצעת אי אמון). אשר על כן, נפסק כי הביקורת השיפוטית של בית המשפט על הפרת התקנון בעניין זה חיונית, שאם לא כן "בלא דיין אין דין" (עמ' 202). השיקול השני, העומד אל מול עקרון שלטון החוק, הוא עקרון הפרדת הרשויות, שלפיו לכנסת אוטונומיה על סדרי עבודתה וחופש פעולה לנהל את ענייניה. מכוח עקרון הפרדת הרשויות והיכולת של הכנסת לבדוק את החלטותיה שלה, "מן הראוי הוא, על-כן, כי הרשות השופטת תכבד את ענייניו הפנימיים של הגוף המחוקק ולא תתערב בהם" (עמ' 203). נוסף על כך, החלטות רבות מעין אלה, שעניינן בפעילות הפנימית של

הכנסת, הן החלטות הנוגעות ליחסי הקואליציה והאופוזיציה ולכן יש להן "מטען פוליטי כבד" (עמ' 203). גם בשל כך ראוי שהרשות השופטת תיזהר בהתערבות בעניינים אלה.

לאחר שמנה בית המשפט העליון את השיקולים לכאן ולכאן, הוא קבע אמת מידה להתערבותו – המוכרת כיום בכינוי הלכת שריד. לפיה, בית המשפט צריך לבדוק מקרים כאלה לפי מבחן שמתחשב "במידת הפגיעה הנטענת במירקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי" (עמ' 204). בעניין זה קבע בג"ץ כי אם הפגיעה היא קלה ואין בה השפעה על יסודות המשטר הפרלמנטרי, בית המשפט ימשיך את ידו ותהיה בכורה לעצמאות הכנסת וייחודה; ולעומת זאת אם הפגיעה היא ניכרת ויש בה פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי, הצורך בהבטחת שלטון החוק יגבר על כל שיקול אחר. מבחן זה הוא מעין "מקבילית כוחות", כלומר ככל שהפגיעה הצפויה בעקרונות היסוד של השיטה היא מהותית וגדולה יותר, כך תגבר הנטייה להתערב בהחלטה, וההפך.

ומה עלה בגורלה של הצעת אי האמון של סיעת המערך? כבר גילינו את תוצאת פסק הדין שלפיה העתירה נדחתה. מוסבר בפסק הדין כי בשינוי שעת ההצבעה באותו המקרה לא היה מדובר בפגיעה מהותית. מדובר לכל היותר בסטייה קלת ערך. אין מדובר למשל בשלילה רצינית של האפשרות לקיים הצבעת אי אמון בממשלה – שהיא למשל הייתה מצדיקה התערבות של בית המשפט.

לפני שננוע קדימה על ציר הזמן מאז 1981 והלכת שריד ועד ימינו אנו, כדאי לשים לב לכמה נקודות חשובות: ראשית, בית המשפט העליון הכיר בכך שלכנסת יש מעמד מיוחד. לכנסת יש אוטונומיה משל עצמה, ויש לנהוג כבוד בהחלטותיה ובעצמאותה כחלק מעקרון הפרדת הרשויות. שנית, אף שיש לכנסת מעמד מיוחד, היא אינה חסינה מביקורת שיפוטית על החלטותיה. עקרון שלטון החוק חל גם עליה והיא חייבת לפעול לפי חוק גם בענייניה הפנימיים. שלישית, אמת המידה להתערבות שכזו, כעולה מהלכת שריד, מביאה בחשבון את מירקם החיים הפרלמנטריים בחלק הראשון של הנוסחה ומאפשרת מרווח תמרון נרחב לכנסת ולנושאי התפקיד בה. זאת נוכח הייחודיות במעמדה והצורך לאפשר לה תפקוד תקין. אבל חלקו השני של המבחן שנקבע, שעניינו מידת הפגיעה בעקרונות היסוד של השיטה, הוא חשוב לא פחות. וכאן להלכה ולמעשה הבהיר בית המשפט שיש לו תפקיד חשוב בשמירה על כללי המשחק הפרלמנטריים כדי למנוע פגיעה בעקרונות היסוד של המשטר. בית המשפט הבהיר בפרשת שריד, כאמור, שאם הייתה נשללת או נפגעת פגיעה רצינית האפשרות לקיים הצבעת אי אמון בכנסת – הייתה קמה עילת התערבות.

נחזור אל שעון הזמן ואל קורותיה של הלכת שריד. בשנים שחלפו הוגשו לבג"ץ רק לעיתים רחוקות עתירות בטענות נגד החלטות שעניינן הניהול הפנימי של הכנסת. ולא רק שהיו מעט עתירות – ההתערבות של בג"ץ בהחלטות עצמן הייתה נדירה ביותר. ידועות בהקשר זה ההתערבויות בהגנה על הזכויות של חבר הכנסת כהנא וסיעתו (בשנת 1985)¹ ובפסק

1 ראו רשימתו של אמיר לוקשינסקי-גל בספר זה, עמ' 239.

הדין בעניין **אדלשטיין**, שמייד נעסוק בו. אם כן, אפשר להניח שהכנסת ונושאי המשרה בה נוהגים בריסון, באחריות ובזהירות, מכבדים את הוראות הדין והתקנון, וכך ראוי הוא. ואפשר גם להניח, וכך ראוי הוא גם כן, שגם אם ישנן סטיות מהכללים במקרים אלו או אחרים, הן מוצאות פתרון במסגרת השיג והשיח הפוליטיים והתחרות הפוליטית בכנסת.

לכן המקרה הנוסף של התערבות בג"ץ בהחלטות הכנסת שכבר ציינו – פרשת **אדלשטיין** (בג"ץ 2144/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת** (22.3.2020)) – הוא חריג הן בעצם ההתערבות, הן בנסיבותיו. זאת בשל טעמים של הבטחת רצון הרוב והעברה מסודרת של השלטון.

השנה היא 2020, כמעט 40 שנה אחרי פרשת **שריד**. מדינת ישראל חווה אי יציבות שלטונית, שבאה לידי ביטוי בקיום שלוש מערכות בחירות רצופות בלא הקמת ממשלה. לאחר מערכת הבחירות השלישית נקבע מועד להשבעת הכנסת. טרם הורכבה ממשלה. חברי כנסת מכמה סיעות, שמנו יחד 61 חברי כנסת, פנו אל יושב ראש הכנסת בפועל אז, ח"כ יולי אדלשטיין, בבקשה להניח על סדר יומה של הכנסת במועד השבעתה הצעה למינוי יושב ראש קבוע לכנסת הנכנסת. יושב ראש הכנסת סירב לעשות כן. הנימוק שנתן לסירובו היה הצורך, ורצון העם, לאפשר הקמת ממשלת אחדות רחבה ולהימנע ממהלכים פוליטיים חפזים.

המקרה הגיע לפתחו של בג"ץ במסגרת כמה עתירות – חלקן הוגשו בידי סיעות וחברי כנסת וחלקן הוגשו בידי תנועות ציבוריות. הטענות נגד יושב ראש הכנסת היו, בין היתר, שהוא פועל בהחלטתו בניגוד לתקנון הכנסת, בחוסר סמכות ובחוסר סבירות ושהחלטתו נגועה בשיקולים זרים. זאת שעה שהוא עצמו נותר בתפקידו מן הכנסת הקודמת רק מכוח עקרון רציפות הכנסת. בג"ץ דן בעתירות בתיק זה בהרכב של חמישה שופטים בראשות הנשיאה חיות וקיבל אותן פה אחד.

בפתח פסק הדין הנחה עצמו בית המשפט לפעול לפי המבחן שנקבע בעניין **שריד** ולפסוק לפיו, כלומר לבדוק אם החלטת יושב ראש הכנסת במקרה זה פגעה במרקם החיים הפרלמנטריים או בעקרונות היסוד של משטרנו החוקתי. תשובת ההרכב כולו לכך הייתה בחיוב. נקבע שאומנם תקנון הכנסת מאפשר מרווח פעולה בקביעת מועד בחירת יושב ראש הכנסת, אבל היות שיושב הראש מכהן רק מכוח רציפות הכנסת ומדובר בעניין שנוגע בו ישירות, שיקול דעתו בנדון מצומצם ביותר. יושב ראש הכנסת מחזיק בתפקידו "כפיקדון זמני" (פסקה 9). מתוקף תפקיד יושב הראש עליו לנהוג באי תלות ובממלכתיות. זאת ועוד: באי העלאת בקשת 61 חברי הכנסת לדיון ישנו חשש לסיכול רצון הבוחר. הרצון להקים ממשלת אחדות, שעלה בתור טעם להחלטה, אינו יכול להצדיק אותה, שכן מדובר בריבונות הכנסת ובפעולתה, ולא בפעילות הממשלה. לכן זהו שיקול פוליטי של יושב ראש הכנסת שאין לו מקום בנסיבות המקרה. בית המשפט נסמך בהנמקתו גם על הנהוג והמקובל, שלפיו במרבית הכנסות יושב ראש הכנסת נבחר כבר ביום כינוס הכנסת.

סיכם בית המשפט העליון את דבריו בקביעה זו: הסירוב של יושב ראש הכנסת במקרה זה "חותר תחת יסודות התהליך הדמוקרטי. הוא פוגע במובהק במעמדה של הכנסת כרשות

עצמאית וכן בתהליך המעבר השלטוני" (פסקה 15). לפיכך המסקנה היא שמדובר באחד מאותם מקרים חריגים שבהם נדרשת ההתערבות של בית המשפט כדי למנוע פגיעה בשיטת המשטר הפרלמנטרית. ועוד הוסף בפסק הדין שבמקרה זה יש בהתערבות גם משום חזוק המעמד של הכנסת בתור רשות נפרדת מהממשלה.

פסק הדין בעניין **אדלשטיין** הוא חריג. חריג בנסיבות שמתוארות בו, בראש ובראשונה. אבל לענייננו חריג גם היות שמדובר במקרה שבו בית המשפט העליון התערב בהחלטה פנימית של הכנסת.

למעשה, חריגות פסק הדין לא התמצתה בכל אלה. גם הסעד שנתן בית המשפט – ומה שקרה בעקבות פסק הדין – היו חריגים. בג"ץ קבע כאמור שמדובר במקרה המצדיק התערבות לפי המבחן שנקבע בפרשת **שריד**, אבל הסעד האופרטיבי שנקבע היה צו מוחלט המורה ליושב ראש הכנסת לכנס את מליאת הכנסת בהקדם האפשרי לצורך בחירת יושב ראש קבוע לכנסת, "ולא יאוחר מיום רביעי, 25.3.2020". זאת כאשר פסק הדין עצמו ניתן ביום 23.3.2020 (כלומר תוך 48 שעות). עצם ההחלטה לקבוע מועד מסוים לכינוס הכנסת ולא להסתפק בחובה לקבוע מועד "בהקדם האפשרי", היא חריגה. אפשר להסבירה בזמן שחלף מאז הבקשה ליושב ראש הכנסת, בזמן שחלף בבירור העתירה, וגם במתואר בפסק הדין בדבר פנייה שנעשתה ליושב ראש הכנסת לפני פסק הדין וסירובו להביא את ההצעה לדיון במועד מדויק זה או אחר. ועדיין, מדובר בצעד חריג ואף דרמטי שככל הנראה לא היה ממנו מנוס בנסיבות שתוארו.

אבל גם נסיבות ההמשך לפסק הדין היו דרמטיות: סמוך לפקיעת המועד שקצב בית המשפט (48 שעות), התפטר יושב ראש הכנסת **אדלשטיין** מתפקידו. הוא סירב, בפומבי, לקיים את צו בית המשפט. בית המשפט נדרש להליך נוסף, של ביזיון בית המשפט, ובמסגרתו קבע שמדובר בהפרה בוטה של שלטון החוק ונתן סעד חריג נוסף שאפשר את קיום הדיון בבחירת יושב ראש לכנסת בדרך אחרת וחרף ההתפתחות. בהתייחס לאי קיום פסק דינו כתב בית המשפט מילים מהדהדות אלה: "אכן, ידענו בעבר מקרים שבהם רשויות השלטון 'גררו רגליים' בקיום צווי בית משפט וכן מקרים שבהם לא מילאו אחר צווים אלה בשל טענות לקושי ביישומם או באכיפתם או בשל הצורך בהתארגנות. אך מעולם עד היום לא אירע בדברי ימי המדינה שגורם שלטוני סירב בריש גלי ובהתרסה לקיים צו שיפוטי באומרו כי צו מצפוננו אינו מאפשר לו לקיים את פסק הדין... אם כך נוהג בעל השררה, מדוע ינהג אחרת האזרח מן השורה?" (החלטה מיום 25.3.2020, פסקה 4).

ולבסוף: הלכה למעשה, לא נדרש מימוש החלטת בג"ץ בשני ההליכים, שכן הוקמה ממשלת אחדות ונבחר יושב ראש לכנסת ברוב אחר.

הינה כי כן, הנסיבות והפסיקה בעניינים פנים-פרלמנטריים – מפרשת **שריד** לפרשת **אדלשטיין** ומה שביניהן – מדגימות עד כמה מדובר בסוגיה רגישה במארג היחסים העדינים שבין הרשויות בישראל. אכן, יש לסוגיה "פתרון בית ספר" בדמות המבחן שנקבע לפני 40 שנה בפרשת **שריד**. זהו מבחן שהיוונו בצידו ושהוכיח את עצמו לאורך השנים במיעוט העתירות,

בחריגות ההתערבות ובהתערבות במקרים החריגים שבחריגים שבהם בית המשפט אומנם נקלע למחלוקת הפוליטית הגועשת, אבל מצא מקום להתערב לשם שמירה על כללי המשחק הדמוקרטיים. בדומה לתחומי משפט אחרים, בתחום זה – אף ביתר שאת – הזהירות, האיפוק והריסון של הרשויות כולן עדיפים הם על פני ההכרעה; אבל כל זאת רק במסגרת עקרון שלטון החוק והשמירה עליו. מאחר שבאין דיין אין דין, יש לבית המשפט תפקיד חשוב בשמירה על כללי המשחק הדמוקרטיים.

חוקה שהגיעה לפרקה: מהחלטת הררי לביקורת שיפוטית חוקתית

ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4)
221 (1995)
בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4)
367 (1997)

משה סובל

ימיו של המשפט החוקתי בישראל כימיה של המדינה. בהכרזה על הקמת המדינה מיום 14 במאי 1948 נקבע, בדומה למקובל ברוב רובן של המדינות הדמוקרטיות, כי לישראל תהיה חוקה כתובה. ההכרזה הטילה את קביעת החוקה על "האספה המכוננת הנבחרת" והורתה על השלמת התהליך עד ליום 1 באוקטובר 1948.

בדיעבד התברר כי משימה זו הייתה מורכבת בהרבה ממה שנצפה מלכתחילה. הבחירות לאספה המכוננת נערכו רק ביום 25 בינואר 1949 בשל התמשכות מלחמת העצמאות. האספה המכוננת (הכנסת הראשונה) קיימה במשך כשנה דיונים על קביעת החוקה, אבל לא הצליחה להגיע להסכמה בנושא. חברי הכנסת שהתנגדו לכך טענו, בין היתר, כי אין למהר לאשר חוקה בשעה שהייתה צפויה הגעת מיליוני עולים ממדינות ותרבויות שונות, וכי מצב החירום הביטחוני ששרר במדינה יקשה על הענקת הגנה חוקתית לזכויות האדם. המפלגות הדתיות גרסו שתורת ישראל היא החוקה הבלעדית של העם היהודי. הרתיעה של מפלגת השלטון באותם הימים (מפא"י) מחוקה שתצר את הכוח של הממשלה, שימשה כר נוח לטיעונים של מתנגדי החוקה. כך גם העובדה ששיטת המשפט באנגליה, שעליה נסמך המשפט הישראלי בראשית דרכו, תפקדה ללא חוקה כתובה.

בהעדר אפשרות לגבש הסכמה רחבה במחלוקות העמוקות שהתגלעו, החליטה הכנסת הראשונה ביום 13 ביוני 1950 שלא לאמץ חוקה שלמה אלא לבנות את חוקת המדינה בצורה הדרגתית של "פרקים פרקים" שכל אחד מהם יהיה חוקי יסוד בפני עצמו. החלטה זו קרויה "החלטת הררי" על שם חבר הכנסת יזהר הררי, שיזם אותה. היא ביטאה פשרה פוליטית שמצד אחד הכירה בסמכות הכנסת להתקין חוקה, ומהצד האחר אפשרה לכנסת לאשר כל אחד מפרקי החוקה בנפרד לאחר שתושג לגביו הסכמה.

הכנסות שבאו לאחר "החלטת הררי" לא מיהרו ליישם אותה. חוק היסוד הראשון התקבל רק בידי הכנסת השלישית בשנת 1958 (חוק־יסוד: הכנסת). מאז ועד לשנת 1988 אישרה מליאת הכנסת שמונה חוקי יסוד נוספים, שעסקו בעיקר בעקרונות היסוד של הממשל ובמוסדות המדינה. תשעת חוקי יסוד אלו היו רחוקים מלהגשים את מפעל כינון החוקה, בראש ובראשונה משום שנעדר מהם אזכור של זכויות האדם היסודיות ואופן ההגנה עליהן כמקובל בחוקות הכתובות של הדמוקרטיות המודרניות. בהעדר חוקי יסוד בנושא זכויות האדם פיתח בית המשפט העליון את ההגנה עליהן בדרך פסיקתית תוך הסתמכות על הזכויות הטבעיות, על מהות הדמוקרטיה ועל הערכים המופיעים בהכרזת העצמאות. הדבר אפשר לבתי המשפט להגן על זכויות האדם מפני פגיעה מצד הרשות המבצעת, אבל לא להגביל את הכנסת מלפגוע בזכויות האדם באמצעות חוק. מרכיב חשוב נוסף שהיה חסר בתשעת חוקי היסוד הנזכרים הוא שפרט לכותרת שהבדילה אותם מיתר החוקים ("חוק־יסוד" ללא ציון שנת החקיקה) לא עלה מתוכם כי מוקנית להוראותיהם עדיפות נורמטיבית גורפת על פני חוקים רגילים. כתוצאה מכך לא הייתה מניעה לכך שחוק רגיל יבטל הוראה שבחוק יסוד או יסייג אותה. כמו כן, לא נכללה בתשעת חוקי היסוד הוראה שהכירה בסמכות של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת ולקבוע כי חקיקה ששינתה מהסדר שנקבע בחוקי היסוד בטלה.

במהלך השנים פורסמו והוגשו הצעות שונות לחוקי יסוד שיעניקו הגנה חוקתית לזכויות האדם ושישמשו "מגילת הזכויות" הרשמית של ישראל. בסופו של דבר אחת מההצעות הבשילה בחודש מרץ 1992 לשני חוקי יסוד במסגרת מהלך שקידמה קבוצת חברי כנסת בתמיכת שר המשפטים דן מרדור. הכנסת אישרה ביום 3 במרץ את חוק־יסוד: חופש העיסוק, וביום 17 במרץ את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. הקו שהנחה את המהלך היה פשרה הדומה במהותה ל"החלטת הררי". במטרה לעקוף את המחלוקות, שלא פחתו עם השנים, בנוגע להענקת מעמד חוקתי לזכויות אדם מסוימות, נבחרו זכויות אדם שהיה אפשר לגבש הסכמה לגביהן, ואילו זכויות אדם "רגישות" יותר נותרו חוסות תחת ההגנה הפסיקתית שהעניק להן בית המשפט.

חוקי היסוד משנת 1992 טמנו בחובם חידושים מהותיים ברמה החוקתית שלא נמצאו בתשעת חוקי היסוד שקדמו להם. בשניהם נקבע כי "כל רשות מרשויות השלטון" חייבת לכבד את זכויות האדם המוגנות על פיהם, מה שכוונה בספרות המשפטית בשם "פסקת הכיבוד". נוסף על כך, נכללה בהם הגדרה של התנאים ההכרחיים לכך שפגיעה בזכויות האדם המוגנות תיחשב לפגיעה מותרת. תנאים אלה כונו בספרות המשפטית בשם "פסקת ההגבלה" בהגדירם את מסגרת ההגבלה המותרת של הזכויות: "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הגדרש" (כך בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1992, וכך בנוסח מעודכן של חוק־יסוד: חופש העיסוק משנת 1994; הניסוח של פסקת ההגבלה בחוק־יסוד: חופש העיסוק המקורי משנת 1992 היה שונה, אם כי המהות הייתה דומה). כמו כן, בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו נכלל סעיף שכותרתו "שמירת דינים", המבהיר כי אין בהוראותיו "כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק־היסוד". הצד השני של

המטבע הוא שחוק היסוד פוגע בתוקפו של דין (ובכלל זה חוק) שנחקק לאחר מועד תחילתו ושמפר את הוראותיו. חוק-יסוד: חופש העיסוק כלל גם הוא סעיף שהתייחס לתנאים הנדרשים לכך שחוק או תקנה הפוגעים בחופש העיסוק בסתירה להוראותיו יוסיפו לעמוד בתוקף.

מהוראות אלו עולה שאף הכנסת חייבת לכבד את הזכויות הקבועות בחוקי היסוד, ותוכל להגבילן רק אם החוקים המגבילים יעמדו בתנאים שנקבעו. אבל כך רק לכאורה. מלוא המשמעות של הדברים הובהרה לראשונה כאשר ניתן פסק הדין בעניין **בנק המזרחי (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995))**.

ברקע האירועים שעמדו ביסוד ההתדיינות באותו עניין עמדה חקיקה מיוחדת שהעניקה למגזר החקלאי הסדרים של פריסת חובות והפחתתם, תוך הקמת מנגנון ייחודי של דיון בחובות המגזר לפני "משקם". הסדרים אלו נקבעו בחוק שזכה לכינוי "חוק גל" על שם יוזמו, חבר הכנסת גדליה גל (חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ"ב-1992). החוק עצמו נחקק בתחילת חודש מרץ 1992, שבועיים לפני אישורו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בחודש אוגוסט 1993 התקבל תיקון לחוק שהרחיב את זכויות החייבים.

פסק הדין בעניין **בנק המזרחי** עסק בשלושה הליכים משפטיים אזרחיים שנושים של גופים ואנשים המשתייכים למגזר החקלאי, הגישו לשם גביית חובות שחקלאים אלו צברו. בהליך הראשון הגיש בנק המזרחי לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו תביעה כספית נגד תשע אגודות חקלאיות למימוש ערבותן כלפי הבנק לחוב של חברה שנכנסה להליכי פירוק. בהליך השני הוגשה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו תביעה כספית נגד מושב העובדים "גבעת יואב" ותשעה מחבריו בגין דמי השכרת ציוד שלא נפרעו. בהליך השלישי פתחה אגודה חקלאית תיק הוצאה לפועל נגד שניים מחבריה בגין חוב כספי, אבל ראש ההוצאה לפועל סגר את התיק והאגודה החקלאית ביקשה מבית המשפט המחוזי בחיפה רשות לערער על ההחלטה. בכל שלושת ההליכים החייבים הסתמכו על זכויות שהוקנו להם בתיקון לחוק גל. מנגד חלק מהנושים טענו שהחייבים אינם רשאים להיבנות מההגנה הנוספת שהקנה להם התיקון, באשר תיקון זה בטל. הבטלות נובעת מהעובדה שהתיקון, שהתקבל בכנסת כמה חודשים לאחר אישור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, פוגע בזכות הקניין של הנושים, המוגנת על פי סעיף 3 לחוק היסוד, והפגיעה אינה עומדת בדרישות של פסקת ההגבלה.

בשניים מן ההליכים ניתנו החלטות שקבעו כי התיקון לחוק גל בטל, ועל ההחלטות הוגשו בקשות רשות לערער. באחד מההליכים לא נקבע כך, מאחר שהטענה לבטלות התיקון לא הועלתה, ועל ההחלטה הוגש ערעור. מחמת החשיבות העקרונית של הנושא ניתנה רשות לערער ובית המשפט העליון דן בכל הערעורים בהרכב מורחב של תשעה שופטים בראשות הנשיא מאיר שמגר. כמו כן, היועץ המשפטי לממשלה מיכאל בן-יאיר התייצב כצד נוסף לדיון. פסק הדין העקרוני של ההרכב המורחב ניתן בחודש נובמבר 1995, לאחר הפרישה של הנשיא שמגר (בתקופת שלושת החודשים שבהם היה מוסמך לחתום על פסקי דין) ולאחר שהנשיא אהרן ברק נכנס לתפקידו.

התוצאה המעשית של פסק הדין התקבלה פה אחד בידי כל תשעת השופטים. הקביעה של שניים מבתי המשפט המחוזיים בדבר בטלות התיקון לחוק גל נהפכה, והדיון הוחזר אליהם כדי שיבררו את טענות ההגנה של החייבים על פי החוק המתקן. כל השופטים הסכימו כי החוק המתקן, על אף פגיעתו בזכות הקניין של הנושים, עומד בדרישות של פסקת ההגבלה: שמיטת חובות חלקית המיועדת להביא לשיקומו של החייב הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; שיקום המגזר החקלאי מגשים תכלית ראויה; ומידת הפגיעה של החוק המתקן בקניין הנושים אינה עולה על הנדרש לשם הגשמת התכלית.

לכאורה, בית המשפט העליון היה יכול להתחיל ולסיים את פסק הדין בקביעות אלו. הוא נהג אחרת מאחר שנדרשה הבהרת כוונתה של הכנסת בעת שאישרה שלוש שנים קודם לכן את שני חוקי היסוד המגינים על זכויות האדם. בית המשפט העליון קיבל את ההנחה החוקתית שעמדה ביסוד שתיים מההחלטות של בתי המשפט המחוזיים. הוא הבהיר כי אילו הפגיעה בזכות הקניין של נושי המגזר החקלאי לא הייתה עומדת בדרישות של פסקת ההגבלה, היה מקום לקביעה שיפוטית שתיקון החוק בטל, אף שהחוק המקורי נותר בתוקפו משום שנחקק לפני חוק היסוד.

זה היה הבסיס לכתיבת פסק דין מונומנטלי, אחד הארוכים (אם לא הארוך ביותר) בתולדות בית המשפט העליון (339 עמודים). רוב רובו (כ-90%) הוקדש לפריסת ניתוח משפטי, היסטורי והשוואתי סדור ומקיף שלכאורה לא נדרש לביסוס התוצאה המעשית שנפסקה.

את חוות הדעת העיקריות כתבו הנשיא היוצא שמגר, הנשיא הנכנס ברק והשופט מישאל חשין. הדיון שנערך בפסק הדין בשאלות החוקתיות שהתעוררו אגב הדיון בערעורים, חשף הסכמות לצד מחלוקות בקרב השופטים.

החלק הראשון של פסק הדין עסק בשאלת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת מכוח חוקי היסוד. בשאלה זו הסכימו כל השופטים כי שני חוקי היסוד משנת 1992 העניקו לבית המשפט סמכות להצהיר על בטלות של חוק המאוחר להם בזמן, אם אותו חוק פוגע בזכויות האדם המוגנות בהם שלא בהתאם לדרישות של פסקת ההגבלה. הפקדת סמכות זאת בידי בית המשפט הייתה בגדר חידוש מהפכני בממשק המתקיים בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת. אומנם בית המשפט העליון ביטל בשנת 1969 בעניין **ברגמן** חוק רגיל שעמד בסתירה להוראה בחוק יסוד: הכנסת משנת 1958 שלפיה רק רוב של חברי הכנסת מוסמך לשנות את יסודות שיטת הבחירות, ובהם עקרון השוויון (בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969)). אלא שאז דובר ב"שריון פורמלי" שניתן לחוק היסוד, כלומר בדרישה **הטכנית** הנוגעת למספר חברי הכנסת שיש בכוחם לחוקק חוק המשנה הוראה שנקבעה בחוק היסוד.¹ לעומת זאת, חוקי היסוד משנת 1992 הפקידו בידי בית המשפט את סמכות ההגנה על זכויות האדם באמצעות "שריון מהותי" המתבטא באמות מידה **תוכניות** הנדרשות על פי פסקת ההגבלה מחוק הפוגע בזכות האדם.

1 ראו רשימתה של מיכל שרביט בספר זה, עמ' 222.

החלק השני של פסק הדין דן בשאלה האם מוקנה לחוקי היסוד מעמד חוקתי עליון בהשוואה לחוקים רגילים. בשאלה זו התגלתה מחלוקת בין שמונה שופטים לשופט חשין. רוב השופטים סברו כי קיים הבדל מעמד בין חוק יסוד לחוק רגיל. חוק רגיל נתון לשינוי בידי הכנסת בכל עת. לעומתו, חוק יסוד הוא מסמך נורמטיבי עליון שבאמצעותו הכנסת יוצרת הגבלות לא רק כלפי חוץ (כמו בחוק רגיל) אלא גם כלפי עצמה בתור רשות מחוקקת. לכן אין בכוחו של חוק רגיל לסתור הוראה של חוק יסוד. השופט חשין גרס מנגד כי מאז פיזור הכנסת הראשונה, שכינה גם בתפקיד אספה מכוננת, הכנסת נעדרת סמכות לכונן חוקה לישראל. לפיכך מבחינה עקרונית המעמד של חוק יסוד אינו גבוה מהמעמד של חוק רגיל, אם כי פסקת הגבלה בחוק יסוד תיאכף כל עוד חוק אחר לא ביטל אותה באופן מפורש.

נוסף על כך, שופטי הרוב נחלקו ביניהם לגבי התאוריה המבססת את המעמד החוקתי העל-חוקי של חוקי היסוד: הנשיא הנכנס ברוך, שלדעתו הצטרפו שופטים נוספים, צידד בתאוריית "שני הכובעים" של הכנסת. לפי תאוריה זו, קביעת חוקי יסוד נעשית בתוקף הסמכות של הכנסת בתור רשות מכוננת, הנשמרת ברציפות לאורך השנים מאז ההוראה שבהכרזת העצמאות, בשונה מחוקים רגילים הנקבעים בידי הכנסת בתור רשות מחוקקת. הנשיא היוצא שמגר העדיף את תאוריית הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת בתחום החקיקה, שממנה נגזרת הסמכות של הכנסת לכונן חוק יסוד במעמד חוקתי הניצב מעל חוק רגיל. המשותף לשתי התאוריות של שופטי הרוב הוא בתפיסה שכל חוקי היסוד הם פרקים בחוקה הכתובה והפורמלית של המדינה על פי "החלטת הררי".

פסק הדין בעניין **בנק המזרחי** סלל את הדרך לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, אבל, כפי שהוסבר, בפסק הדין עצמו אותה ביקורת לא הופעלה. בחלוף כשנתיים קיבלה ההלכה שנקבעה בו לבוש מעשי ראשון בפסק הדין בעניין **לשכת מנהלי ההשקעות** (בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997)). במקרה זה עמדה במרכז הדיון "הוראת מעבר" בחוק שאושר בשנת 1995 ושהסדיר את העיסוק בניהול תיקי השקעות. הוראת המעבר אפשרה לתת רישיון למי שעסק בתחום במשך שבע שנים, אבל זו הייתה דרישה נוקשה יחסית, שפגעה בחופש העיסוק של רבים שכבר היו "מושקעים" בתחום. לכן בית המשפט קבע כי מדובר בהוראת מעבר שאינה עומדת בדרישת המידתיות הנכללת בפסקת ההגבלה.

עניין **לשכת מנהלי ההשקעות** היה המקרה הראשון שבו בית המשפט העליון התערב בתוכן של חקיקת הכנסת על בסיס חוקי היסוד משנת 1992. ההתערבות הייתה בעניין פעוט לכאורה: הוראת מעבר בהקשר של רישוי מקצוע. עם זאת, היא הבהירה שהעקרונות שנקבעו בעניין **בנק המזרחי** אינם רק על ספר. כמו כן, היא הבהירה כי ביקורת שיפוטית על חקיקה אינה עוסקת רק בעניינים העומדים ברומו של עולם אלא בהגנה על זכויות הפרט, במקרה זה אנשים שעמדו בפני סכנת פגיעה במשלח ידם באופן שלא נתן משקל מספיק, לצד חשיבות תכליתו של החוק החדש, למסלול חייהם. מאז נתן בית המשפט העליון פסקי דין נוספים שהכריזו על

בטלות הוראות חוק מחמת פגיעתן בזכויות האדם המוגנות בחוקי היסוד משנת 1992. אבל האמת צריכה להיאמר: מספר פסקי הדין שבהם נדחו טענות בדבר בטלות חוקים בשל פגיעה בזכויות אדם מוגנות, גדול עשרת מונים. הזהירות היתרה והאיפוק הרב שבית המשפט מגלה טרם קבלת טענה המבוססת על הלכת בנק המזרחי, מגשימים את המהות, החדשנות והמרכזיות של הלכה זו בהבטחת האיזון הראוי בין עקרון הפרדת הרשויות וכיבוד ריבונות הכנסת בתור הרשות המחוקקת, לתפקיד שהוטל על הרשות השופטת בחוקי היסוד להגן על זכויות האדם מפני פגיעה בלתי חוקתית בהן.

"דרך קצרה שהיא ארוכה": חקיקה מזורזת וביקורת שיפוטית

בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ
נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004)
בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017)

שמואל מנדלבום

השנה היא 2016. בהתאם לנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שפורסמו באותה שנה, מחירי הדירות בישראל השלימו מאז שנת 2008 עלייה בשיעור ממוצע של 110%. ממשלת ישראל יזמה תוכניות וצעדים שמטרתם הייתה לבלום את עליית מחירי הדירות. במסגרת זו גיבש שר האוצר אז משה כחלון הצעה להטיל מס הידוע בשם "מס הדירה השלישית". על מטרתו אפשר ללמוד מדברי ההסבר להצעת החוק שבה נכלל המס, ובהם צוין: "כדי להתמודד עם העלייה במחירי הדירות, מוצע להטיל מס על מי שהוא בעלים של שלוש דירות או יותר... המס נועד בעיקרו לתמרץ את מי שמחזיק בכמה דירות לשם השקעה, למכור דירות אלה או את חלקן... בכך יוגדל היצע הדירות בשוק המשני באופן שיתמוך בירידה של רמת מחירי הדירות".¹

המס המוצע עורר ביקורת רבה כבר מראשית דרכו הן בשל טיעונים כלכליים של חוסר יעילות וחשש שבעלי הדירות "יגלגלו" את המס על שוכרי הדירות, הן מטעמים משפטיים של פגיעה לא מידתית בזכות הקניין, שהיא זכות יסוד במשפט הישראלי, של בעלי הדירות. על אף הביקורת שר האוצר היה נחוש לאשר את המס המוצע, שבו ראה את "ספינת הדגל" במאבק להורדת מחירי הדירות, ובהתאם הושקעו מאמצים מרובים בקידום מהיר של הליך החקיקה שנועד להביא לאישורו.

הליך החקיקה החל בקבלת החלטת ממשלה שבה נקבעו עקרונות המס החדש, ונמשך בהצעת חוק מפורטת במסגרת מה שמכונה "חוק ההסדרים". הכוונה היא לחוק מפורט הכולל תיקונים ורפורמות שנדונים בדרך כלל לצד הצעת חוק התקציב השנתי ושאמורים לגבות את המדיניות המשתקפת בחוק התקציב.

1 הצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו-2018), התשע"ז-2016.

נציין כי לאורך השנים נמתחה ביקורת על השימוש שעשתה הממשלה ב"חוק ההסדרים" לעריכת שינויים מרחיקי לכת במשק ובחברה. נטען כי בכך נגרמת פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ואף בהליך הדמוקרטי התקין.

כידוע, על פי עקרון הפרדת הרשויות במתכונתו ה"מסורתית", הרשות המחוקקת – הכנסת – היא שאחראית על הכנת החוקים השונים, על גיבושם ועל אישורם, ואילו הרשות המבצעת – הממשלה – פועלת ליישומם.

אלא שבפועל, את מרבית הצעות החוק מכינה ויוזמת הממשלה. בהתאם, קיימת חשיבות מרובה בכך שבכנסת יתקיים לכל הפחות דיון מעמיק בהצעות החוק הממשלתיות המובאות לאישורה, כדי להבטיח שלציבור, באמצעות נציגיו בכנסת, יהיה חלק משמעותי בעיצוב "ספר החוקים" בישראל.

מתכונת "חוק ההסדרים" מטבעה יוצרת קושי מהותי בקיום דיון ראוי בכנסת, בשל העובדה שמרוכזים בחוק אחד מספר רב של נושאים סבוכים ומורכבים שחבר כנסת "סביר" יתקשה מאד להתמצא בהם. נוסף על כך, הצורך באישור חוק ההסדרים עם חוק התקציב מוביל בדרך כלל ללחצים על חברי הכנסת (במיוחד חברי הקואליציה) לאשר את החוק בלוחות זמנים קצרים ואינטנסיביים שאינם "תורמים" לאפשרות התעמקות בחקיקה המוצעת. בנסיבות אלו הובע חשש שחברי הכנסת והכנסת בכללותה יהפכו ל"חותמת גומי" המאשרת מהלכים מרחיקי לכת של הממשלה ללא בדיקה ראויה.

הביקורת החלה להותיר את חותמה בהתדיינות שנסבה על חוק ההסדרים לשנים 2003-2004 ושהולידה את התקדים הידוע בכינוי עניין מגדלי העופות (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004)). באותו מקרה נדונה רפורמה חקיקתית משמעותית שעיקרה ביטול מועצות חקלאיות, דוגמת מועצת הפירות. מועצות שחלקן פעלו במשך עשרות שנים, אוחדו למועצה חקלאית אחת.

העותרים טענו כי החופזה שבה אושר החוק מלמדת שלא התקיים דיון של ממש בהשלכות מרחיקות הלכת של ביטול המועצות החקלאיות הקיימות. בפסק הדין העקרוני שנתנה השופטת ביניש (בהסכמת הנשיא ברק והשופט חשין) הותוו העקרונות הנוגעים לפיקוח על הליך החקיקה. הוסברה בו הבעייתיות הרבה של חקיקת "חוק הסדרים". עם זאת הובהר כי אין מקום לביטול דבר חקיקה רק בשל השימוש ב"חוק ההסדרים" או בשל הפרה כלשהי של תקנון הכנסת, אלא נדרש שהפגם שנפל בהליך החקיקה יהיה כזה שפוגע בעקרונות היסוד של הליך החקיקה.

השופטת ביניש פירטה את עקרונות הליך החקיקה וקבעה כי נכללים בהם שמירה על "עקרון הכרעת הרוב"; עקרון השוויון הפורמלי, שלפיו לכל אחד מחברי הכנסת קול אחד בכל הצבעה; עקרון הפומביות, שלפיו כל הליכי החקיקה יהיו שקופים וגלויים לציבור; ו"עקרון ההשתתפות", שלפיו לכל חבר כנסת ישנה הזכות להשתתף בהליך החקיקה. חידוש חשוב שנבקע היה כי "עקרון ההשתתפות" מחייב לא רק שתיתן לכל חבר כנסת האפשרות להיות

נוכח פיזית בהצבעה על כל חוק, אלא גם ש"תינתן לחברי הכנסת אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק" (עמ' 50). כמו כן הובהר כי בית המשפט רואה בכל אחד מחברי הכנסת מי שאמור להצביע מתוך עמדה שגיבש לאחר שבחן כל חוק מוצע.

היה אפשר לחשוב כי עמדה זו עשויה לפתוח פתח משמעותי להתערבות בג"ץ בהליכי חקיקה במקרים שבהם יהיה ברור כי חברי הכנסת לא באמת הבינו את החוק שהם אישרו, או לא באמת הכירו אותו. אלא שבית המשפט העליון "צינן" מחשבות כאלו בשתי קביעות עקרוניות. האחת, בית המשפט הגביל את אפשרותו להתערב בהליכי חקיקה רק במקרים חריגים ונדירים שבהם נשללה מחברי הכנסת "כל אפשרות מעשית" לדעת על מה הם מצביעים (עמ' 51), ובית המשפט עצמו ציין כי הוא מתקשה לראות מתי יתרחש מקרה קיצוני כזה. נוסף על כך, בית המשפט הבהיר היטב כי הצדקה להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה תהיה רק כאשר נמנעה מחברי הכנסת האפשרות לגבש עמדה בנוגע לחוק העומד להצבעה, אבל אם חברי הכנסת בחרו שלא להתעמק בחוק המוצע, אזי בית המשפט לא יתערב בהליך החקיקה.

בהקשר זה הודגש כי, בשונה מכל גוף מנהלי, על הכנסת לא חלה החובה לקיים "הליך חקיקה נאות", הכולל איסוף עובדות רלוונטיות וקיום דיון ראוי בטרם קבלת ההחלטה. בהתאם, בג"ץ לא יתערב בהליכי החקיקה גם במקרה שבו יתברר שהכנסת בחרה לאשר חוק מסוים ללא דיון ראוי וללא בדיקה נאותה של העובדות. לגופו של עניין בית המשפט קבע כי השימוש ב"חוק ההסדרים" הוא מופרז וכי הליך החקיקה החפוז פגע באפשרות חברי הכנסת לגבש עמדה מושכלת בנוגע לסוגיות המהותיות שהועלו. אבל מכיוון שאי אפשר לקבוע כי נמנעה מחברי הכנסת אפשרות כלשהי לדעת על מה הם מצביעים, אין מדובר במקרה שהוא קיצוני במידה המצדיקה התערבות בהליך החקיקה, ובית המשפט הותיר על כנו את חוק ההסדרים שאושר. עם זאת, הזרע להתערבות נטמן.

לאחר עניין ארגון מגדלי העופות הוגשו עתירות רבות לביטול חוקים בשל פגיעה ב"עקרון ההשתתפות", אבל לנוכח המבחן המחמיר שנקבע להתערבות בג"ץ בהליך החקיקה, נדחו כל העתירות. כך עד לדיון בעניין קוונטינסקי (בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל 6.8.2017), שנסב על הליך חקיקת מס דירה שלישית.

כאמור לעיל, המס נכלל כפרק ב"חוק ההסדרים" לשנים 2017-2018, אשר אושר בכנסת בקריאה שנייה ושלישית ביום 22.12.2016 בסיום הליך חקיקה מהיר ואינטנסיבי שארך פחות מחודשיים. עוד "טרם יבשה הדיו" על חוק ההסדרים שאושר וכבר הוגשו כמה עתירות שכוונו באופן ספציפי למס הדירה השלישית וביקשו לבטלו. הטענה העיקרית של העותרים הייתה כי הליך החקיקה בנושא זה היה לקוי ופגום באופן קשה המצדיק את ביטולו.

למעשה, מראשית הדיון בעתירות היה ברור כי אכן נפלו פגמים מהותיים בהליך אישור מס הדירה השלישית בכנסת. יותר מכך, חלק נכבד מהטענות הועלו כבר "בזמן אמיתי" תוך כדי הליך החקיקה הן בידי חברי כנסת, הן בידי היועצים המשפטיים שליוו את ההליך. הן התמקדו בדיון שהתקיים בנושא בוועדת הכספים.

ביום 21.11.2016 התקיים דיון ראשון במסגרת החדש בוועדת הכספים, ובעקבות השגות שעלו בו התקיים שיח בין נציגי משרד האוצר לנציגי הייעוץ המשפטי, ובמהלכו העבירו נציגי האוצר כמה טיוטות של פרק מס הדירה השלישית. במקביל נקבע דיון בוועדת הכספים ליום 15.12.2016. כבר ביום 2.12.2016 התריע היועץ המשפטי של הכנסת על הקושי בלוחות הזמנים שנקבעו לאישור חוק ההסדרים, שאינם מאפשרים דיון ראוי במסגרת הדירה השלישית, והוא הציע לפצל את הדיון או לדחות את האישור של כל חוק ההסדרים למועד מאוחר יותר. מועד הדיון בוועדת הכספים נותר על כנו, אבל רק ב-15.12.2016 בשעה 21:00 העבירו נציגי משרד האוצר נוסח עדכני של פרק מס הדירה השלישית. הוא הופץ בין חברי הוועדה בזמן שהם דנו בנושאים אחרים בחוק ההסדרים. לאחר חצות החל בוועדה הדיון במסגרת המוצע, וכבר בתחילתו ביקשו חלק מחברי הוועדה לדחות את הדיון תוך שהם מציינים כי מדובר בהצעת חוק מורכבת, כי לא ניתנה להם אפשרות סבירה לעיין בה, וכי הם מצויים בדיונים משעה 9:00 בבוקר, ולפיכך יתקשו לקיים דיון ענייני. טענותיהם זכו לתמיכה של היועצת המשפטית של הוועדה, שציינה כי "אני חושבת שההליך פה הוא הליך מאד בעייתי", בין היתר מאחר שגם צוות הייעוץ המשפטי לא הספיק להתעמק בנוסח העדכני של פרק מס הדירה השלישית, ושמע לראשונה עם חברי הכנסת על שינויים מהותיים שהוכנסו בנוסח החוק המוצע. על אף כל הטענות וגם לאחר שחברי הוועדה מהאופוזיציה נטשו את הדיון, החליט יושב ראש ועדת הכספים להמשיך בדיון. נציגי האוצר הסבירו בו את הסעיפים השונים, תוך שנציגי הממשלה מאיצים בחברי הכנסת שנכחו בדיון שלא להערים קשיים ולא לשאול "שאלות מיותרות". לאחר כמה שעות, בבוקר ה-16.12.2016 (יום שישי), אושרה בוועדת הכספים לקריאה שנייה ושלישית הצעת חוק ההסדרים, ובכלל זה פרק מס הדירה השלישית.

כבר ביום ראשון (18.12.2016) פנה היועץ המשפטי של הכנסת אל יושב ראש ועדת הכספים וקבע כי מכלול הנסיבות מצביע על פגם מהותי היורד לשורש הליך החקיקה. במקביל פנה יושב ראש הכנסת ליושב ראש הוועדה וביקשו לקיים דיון נוסף בנושא, אלא שכל הפניות לא הועילו, והכנסת אישרה כאמור את הצעת חוק ההסדרים בשלמותה, כולל מסגרת הדירה השלישית, ארבעה ימים לאחר מכן.

לנוכח כל העובדות שתוארו, נדרש בית המשפט העליון להכריע אם הפגמים שהתגלו בהליך החקיקה מצדיקים את ביטול הפרק בחוק ההסדרים שעניינו מסגרת הדירה השלישית. את פסק הדין העיקרי כתב השופט סולברג (שאליו הצטרפו הנשיאה נאור והשופטים חיות והנדל), שעמד בפסק דינו על הריסון השיפוטי הנדרש מבג"ץ כאשר הוא בא להפעיל ביקורת שיפוטית על פעילות הכנסת, בהתחשב במעמדה הריבוני ובעקרון הפרדת הרשויות. עם זאת, במקרה מיוחד זה סבר השופט סולברג בדעת רוב כי דין העתירה להתקבל.

לפני השופטים בעניין קווינטינסקי עמדה השתלשלות העניינים בוועדת הכספים שפורטה. בין שופטי הרוב שררה תמימות דעים על כך שהנסיבות מחייבות התערבות של בית המשפט, וכדברי הנשיאה נאור: "לדעתי, מה שהתרחש באותו לילה בוועדת הכספים אסור שיתרחש" (פסקה 6 לפסק דינה).

ההתעלמות של יושב ראש ועדת הכספים מאזהרות היועצים המשפטיים ומפניית יושב ראש הכנסת לקיום דיון נוסף, החלטתו לקיים דיון ב"כל מחיר" בהצעת החוק בעניין מס הדירה השלישית בנסיבות שבהן היה ברור כי קיימת פגיעה מהותית באפשרות של חברי הכנסת לבחון את המס המוצע ולגבש עמדה עניינית כלפיו, בתוספת הלחצים שהופעלו תוך כדי הדיון על חברי הכנסת להביא לאישור מהיר של החוק – כל אלו יצרו תשתית עובדתית מתאימה לקבלת החלטה על ביטול פרק החוק בעניין מס הדירה השלישית.

אלא שבפני בית המשפט עמד קושי משפטי בכך שלמרות כל הפגמים עדיין אי אפשר לקבוע כי נשללה מחברי הכנסת אפשרות כלשהי לגבש עמדה בנוגע לחוק המוצע.

השופט סולברג, שהיה ער לקושי האמור, הציע "עדכון וליטוש" של המבחן שנקבע בעניין ארגון מגדלי העופות, כך "שבית משפט זה יתערב בהליכי חקיקה ראשית רק כאשר נשללה מחברי הכנסת אפשרות מעשית כלשהי לקיים דיון מינימלי בהצעת החוק ולגבש עמדה מושכלת לגביה" (פסקה 69 לפסק דינו). יישום מבחן זה על נסיבות הדיון בוועדת הכספים הצביע, לדעת הרוב, על כך שלא היה אפשר לקיים דיון מינימלי בחוק המוצע, ובכך נפל פגם מהותי בהליך החקיקה. בהתאם הוחלט על ביטול הפרק בחוק ההסדרים שעניינו "מס הדירה השלישית", תוך שניתנה לכנסת האפשרות לחזור להליך החקיקה משלב הדיון בוועדת הכספים.

כל שופטי הרוב הדגישו כי הם אינם משנים את ההלכה שנקבעה בעניין ארגון מגדלי העופות, אלא רק מיישמים אותה בהרחבה מסוימת על הנסיבות החריגות שהוצגו לפנייהם.

לעומתם סבר השופט מוזס בדעת מיעוט כי אין מקום להתערבות בית המשפט בהליך החקיקה, מאחר שהפגמים שנפלו בו אינם מהווים עילה לפסילת חוק על פי ההלכה הקיימת, וכי החלטת הרוב מהווה שינוי מהותי של ההלכה הפסוקה. בין השאר, ציין השופט מוזס בדעת המיעוט כי הדיון בוועדת הכספים ארך בסיכומו של דבר כשמונה שעות. בהתאם לכך אי אפשר, לעמדתו, לטעון כי לחברי הכנסת לא ניתנה אפשרות כלשהי לגבש עמדה. עוד הצביע השופט מוזס על כך שההצבעה במליאת הכנסת על אישור חוק ההסדרים התקיימה כשבוע לאחר הדיון בוועדת הכספים, כך שלפני כל חברי הכנסת עמדה אפשרות מעשית להבין כנדרש את החוק המובא לאישורם.

בראי השנים שחלפו, החשיבות העיקרית של פסק הדין בעניין קוונטינסקי היא במציאת "נקודת הכיל" הרגישה של הביקורת השיפוטית על הליכי החקיקה בכנסת. מצד אחד, אסור לשכוח שהכנסת היא בית המחוקקים, ומעמדה הרם מצריך ריסון ניכר בהפעלת הביקורת השיפוטית על התנהלותה הפנימית. מצד אחר, נודעת חשיבות מרובה לקיום דיון פרלמנטרי בוועדות ובמליאת הכנסת בטרם תאושר הצעת חוק ותהפוך להיות דבר חקיקה. הביקורת השיפוטית באה לחזק את המעמד של חברי הכנסת בהליך החקיקה מול הלחץ הממשלתי. עם זאת, התערבות בהליכי חקיקה נותרה חריג שבחריג, ובית המשפט הדגיש כי אין מקום להתערבותו במקום שבו הכנסת בוחרת שלא לקיים דיון ראוי בחוק המובא לאישורה. גם

במישור המעשי פסק הדין נותר דוגמה בודדת לפסילת חוק של הכנסת בשל פגמים בהליך החקיקה. יש לציין כי בהמשך נדחתה הבקשה לקיום דיון נוסף בפסק הדין (דנג"ץ 6571/17 היועץ המשפטי לממשלה נ' קוונטינסקי (19.5.2021)).

וכיצד כל זה נגמר? פסק הדין שניתן לא מנע כמובן מן הכנסת לחזור ולדון בחקיקת חוק מס דירה שלישית. אבל המומנטום הפוליטי כבר היה שונה והנושא נזנח. בפועל גם לא נעשה ניסיון נוסף כלשהו של הממשלה או הכנסת לחדש את הליך החקיקה בעניין מס הדירה שלישית שבוטל. נושא זה חלף ובטל מן העולם – אבל הותיר תקדים משפטי בעל חשיבות שנועד לוודא כי יתאפשר לחברי הכנסת לקיים דיון, ולו בסיסי, בהסדרים שמביאים עימם חוק ההסדרים בפרט והליכי החקיקה בכלל.

הכול שפיט?! תרומתו של "התרגיל המסריח" למשפט הישראלי

בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353 (1990)
בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991)

רמי חיימוביץ'

ביום 12.4.1990 התכנסו חברי הכנסת ה-12 במליאה. המתח היה בשיאו. לא בכל יום מתרחשת דרמה פוליטית שעשויה להסתיים במהפך ובממשלה חדשה או במפח נפש ל"טוענים לכתר". ראש הממשלה המיועד, ח"כ שמעון פרס, עד לא מזמן שר האוצר ומי שיזם את הפלת ממשלת האחדות הלאומית, המתין דרוך בכיסאו. רעייתו סוגיה השקיפה בהתרגשות מיציע האורחים. לצידו ח"כ יצחק רבין בפנים מכורכמות. הישיבה אמורה להתחיל, אבל משהו – או ליתר דיוק משהו – חסר. שני חברי כנסת ממפלגת "אגודת ישראל", שחתמה על הסכם קואליציוני עם מפלגת העבודה בראשות פרס, נעדרו מן המשכן ובלעדיהם אין לממשלה המיועדת רוב. פניו של פרס נפל. גורלה של הממשלה המיועדת נחרץ. ההצבעה בוטלה והישיבה פוזרה. פרס לא אמר נואש והמשא ומתן הקואליציוני נמשך עוד כמה שבועות, אך בסופו דווקא יצחק שמיר, ראש הממשלה המכהן, הוא שהצליח שוב להרכיב קואליציה.

אירוע דרמטי זה, שיצחק רבין (בין השאר, קופירייטר מוצלח) כינה "התרגיל המסריח", היה חלק מסדרת מהלכים פוליטיים שכללו התפרקות והתאחדות של סיעות, מעבר חברי כנסת מסיעה לסיעה בהבטחה לתפקידי שרים וסגני שרים, ואפילו הבטחות כספיות תמורת תמיכה בקואליציה. כל אלה יצרו תחושות קשות בציבור הישראלי. עמד על כך השופט מנחם אלון בפתח פסק הדין בעניין ז'רז'בסקי (בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991)): "גבולות האסור והמותר הפוליטיים נפרצו, ועלתה 'אידיאולוגיה' שהמטרה הפוליטית, הנשגבה בעיני זה או אחר, מקדשת את כל האמצעים, ולא דווקא אלה שהם פוליטיים. תופעות אלה נתקלו בביקורת חריפה של הציבור, רובו ככולו, שהגיב עליהן בדרכי התרעה ומחאה המקובלים במשטרנו הדמוקרטי" (עמ' 760). מערכת הבחירות הבאה, ב-1992, התנהלה תחת רישומה של הסיסמה "מושחתים נמאסתם", ובסופה אכן התרחש מהפך שלטוני ויצחק רבין הפך לראש ממשלה.

זהו הרקע לפסקי דין מכוננים שבהם נדרש בית המשפט העליון לעסוק במעמד המשפטי של הסכמים פוליטיים. אגב כך הוא חידד ויכוח משפטי ויכוח ציבורי שמלווים אותנו עד היום באשר להיקף הביקורת השיפוטית על רשויות השלטון האחרות.

כדי להבין את התהליך המשפטי שהוביל לפסקי דין אלה, את תוכנם ואת השפעתם, נתחיל בהסבר קצר על המושג הבסיסי שאנו עוסקים בו: "הסכם קואליציוני" או "הסכם פוליטי". שיטת הבחירות בישראל היא "שיטה יחסית". בבחירות לפרלמנט הישראלי (הכנסת) מתמודדות רשימות רבות, המציגות לציבור מצע של רעיונות שברצונן לקדם ואת שמות המועמדים מטעמן. הבחירות הן ארציות, והציבור נדרש לבחור פתק ובו שם אחת המפלגות. בסופו של תהליך הבחירות מיוצגות הרשימות בכנסת בהתאם לחלק היחסי של הבוחרים שבחר בהן, כפוף לאחוז החסימה. כך מספר המושבים היחסי בכנסת משקף את אחוז המצביעים היחסי בבחירות. הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת וזקוקה לרוב של חברי כנסת שיתמוך בה. שיטת הבחירה היחסית מובילה למצב שבו לאף רשימה אין רוב מוחלט שיאפשר לה להקים ממשלה לבדה, ועליה לחבור לרשימות אחרות ולגבש "קואליציה" (יְחֻדָּה) שתכלול רוב של חברי כנסת. מאחר שכל רשימה מבקשת לקדם ערכים ומטרות משלה ולייצג את הציבור שבחר בה, מתקיים משא ומתן "קואליציוני" לגבי חלוקת התפקידים ולגבי המדיניות שהממשלה תנקוט (קווי היסוד). תוצאות משא ומתן זה הן "ההסכמים הקואליציוניים", שמשקפים את ההסכמות והפשרות שהרשימות הגיעו אליהן. אומנם נקטנו את המונח "הסכמים קואליציוניים", שכן הם בעלי החשיבות הרבה ביותר, אבל ההסכם הפוליטי אינו מוגבל לקואליציה, והוא יכול להקיף כל הסכמה בכתב בין מפלגות, רשימות וחברי כנסת. למעשה, הסכמים מסוג זה אינם מוגבלים לכנסת או למישור הארצי. הם נמצאים גם בגופים אחרים שמתקיימות בהם בחירות: רשויות מקומיות, ההסתדרות, לשכת עורכי הדין ועוד.

ההסכמים הקואליציוניים קובעים את מדיניות הממשלה ואת הרכבה ונוגעים לכל אזור במדינה. על רקע זה מעורר מעמד המשפטי שאלות כבדות משקל. האם ההסכם מחייב? האם מדובר בחוזה שחלים עליו דיני החוזים ושהצדדים לו (המפלגות) רשאים לפנות לבית המשפט ולבקש אכיפה או פיצוי על הפרתו? ואולי מדובר בחוזה לטובת צד שלישי (הציבור), והוא שרשאי לבקש את אכיפתו או לתקוף אותו? או שבכלל זו הסכמה חסרת תוקף משפטי ומעמדה ציבורי בלבד – הציבור ישפוט בקלפי? ומעבר לכל אלה, עד כמה ראוי לו לבית המשפט לעסוק בכלל בנושא ציבורי ופוליטי שכזה?

היה מצופה כי סוגיות כבדות משקל אלו, שנוגעות לליבת העיסוק הפוליטי והעיסוק הציבורי, יזכו למענה בחקיקת הכנסת, אבל היא נמנעה מלעסוק בהן. כך הן הגיעו לבתי המשפט בלי שזכו להסדרה בחוק, ובית המשפט העליון הוא שנדרש לפתח את הדין בנוגע אליהן. במשך שנים רבות בית המשפט לא עסק כלל בהסכמים קואליציוניים בכנסת, אבל נדרש במשורה להסכמים בגופים קטנים יותר: ברשויות המקומיות, בתוך מפלגות ובגופים ציבוריים. כך, למשל, פסק הדין הראשון שבו נבחן בהרחבה המעמד החוקי של הסכם קואליציוני, עסק בכלל בלשכת עורכי הדין (בג"ץ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73 (1987)). נקבע בו שעל הסכם מסוג זה אין חלות נורמות המשפט הפרטי (חוק החוזים ודומיו) אלא נורמות של המשפט הציבורי, ושיש קושי להורות על אכיפתו.

המשבר הפוליטי-ציבורי בשנת 1990 האיץ את התהליך, וכך בית המשפט נדרש לעסוק בהסכמים פוליטיים במישור הארצי. אבל טרם שנדרש לתוכן של ההסכמים הקואליציוניים ולמעמדם המשפטי, בית המשפט העליון היה צריך להחליט בשאלת גילויים לציבור. שאלה זו עמדה במרכז פסק הדין בעניין שליט (בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353 (1990)). כבר הוסבר שההסכמים הקואליציוניים נוגעים לכל אזרח במדינה. אבל במשך שנים רבות הם "הוצנעו... כאילו היו מכתבים אינטימיים" (בלשונו של השופט יצחק זמיר בבג"ץ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פתח תקווה, פ"ד מח(5) 630, 639 (1994)). גילוי ההסכמים לא היה נוח לאלו שחתמו עליהם, שכן הם שיקפו פשרות, חזרה מהבטחות והצהרות שניתנו בתקופת הבחירות, וניתורים על חלק מעקרונות היסוד של המפלגה – וכל אלו עשויים לעורר כעס אצל הבוחרים, לחץ ציבורי, אובדן תמיכה ואי שקט בתוך המפלגה עצמה. כך היה עד לאותו משבר אמון שתואר למעלה. אבל בעקבותיו ביקש הציבור לדעת מהם התפקידים, התקציבים והערכים שעליהם הסכימו או ויתרו נבחריו. רצון זה הוליד עתירות לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בדרישה שיורה על חשיפת ההסכמים.

בהליך נדונו כמה עתירות מכל קצות הקשת הפוליטית שאוחדו יחד, וכולן עסקו בשאלה אחת ויחידה: האם סיעות של הכנסת שעורכות ביניהן הסכמים קואליציוניים לקראת כינון ממשלה, חייבות לפרסם הסכמים אלה ברבים? בדין ישבו הנשיא שמגר והשופטים ברק וגולדברג.

קריאת פסק הדין מלמדת כי גם השופטים וגם בעלי הדין הסכימו שהנושא ראוי להסדרה בחקיקה ראשית או בחוק יסוד – ושגם בהעדר הסדר מפורש על בית המשפט העליון להכריע בעתירות. איש לא כפר בסמכות בית המשפט להורות על הגילוי. לגוף הדברים נקבע, וזה העיקר, שיש לגלות את ההסכמים משלושה טעמים מרכזיים. ראשית, תומכת בכך זכות הציבור לדעת. הסכם קואליציוני אינו חוזה פרטי. חברי הכנסת הם נאמני הציבור, חובתם לפעול למען הציבור, וההסכמים פוליטיים מגדירים את אופן ביצוע תפקידם הציבורי או אף מגבילים אותו. טבעי שהאזרחים שהצביעו לחברי הכנסת על בסיס המצע שהציגו יהיו מודעים לתוכן של ההסכמים אלה, שלעיתים קרובות יש בהם סטייה מהמצע שהוצג או תוספת לו. שנית, הזכות של הציבור לפקח על נבחריו. משטר דמוקרטי בנוי על שיתוף מתמשך של הציבור במידע על מערכות השלטון ועל פועלם של הנבחרים. פרסום ההסכמים נדרש כדי שהציבור יוכל לפקח על פעילותם של הנבחרים ולכלכל את צעדיו בהכרעות פוליטיות עתידיות. שלישית, הפרסום יבטיח שהנבחרים פועלים לטובת הציבור. אור השמש הוא המטהר הטוב ביותר, ואור המגורה הוא השוטר היעיל ביותר. הידיעה שההסכם ייחשף ברבים ויהיה נתון לביקורת, תשפיע על תוכנו ותבטיח שישרת את טובת הציבור.

על יסוד קביעות אלו הורה בג"ץ לפרסם ברבים את ההסכמים, וקרא למחוקק להסדיר בחקיקה ראשית את הנושא על פרטיו. נקפוץ שנים מספר קדימה וגולה כי המחוקק אכן נענה לקריאה זו. תחילה עוגן הנושא בחוק יסוד: הממשלה, וכעת הוא מוסדר בסעיף 1 לחוק

הממשלה, התשס"א-2001, שכולל חובת גילוי רחבה של כל הסכם בכתב בקשר לכינון של ממשלה, למינוי שרים וסגני שרים, להצבעה על חוק התקציב ועוד. במישור הפרטני הוא מחייב להעביר את ההסכם המלא למזכיר הכנסת מבעוד מועד, לפני יום הבחירות או ההצבעה על כינון הממשלה בכנסת.

פסק הדין בעניין שליט היה פסק דין מכוון בנוגע למעמד המשפטי של הסכמים פוליטיים ולסמכות של בית המשפט לדון בהם, אבל עסק בסוגיה הצרה יחסית של גילויים לציבור. עתה, משגולו ההסכמים, נדרש בית המשפט העליון למשימה גדולה בהרבה של בחינת מעמדם החוקי, מעמדם המשפטי וסמכות בית המשפט להתערב בהם. בכך עוסק פסק הדין בעניין ז'רז'בסקי. על כובד משקלה של המשימה אפשר ללמוד גם מהפער בהיקפם של שני פסקי הדין (16 עמודים בעניין שליט מול 119 בעניין ז'רז'בסקי).

ומעשה שהיה כך היה. במקביל למאמצים של שמעון פרס ומפלגת העבודה להקים קואליציה, ניהלו יצחק שמיר והליכוד מאמצים לגבש קואליציה משלהם. ביום 11.4.1990 חתמו הליכוד וסיעה נוספת, הסיעה לקידום הרעיון הציוני, על הסכם. במכוון לא כינינו את ההסכם "קואליציוני", שכן מלבד כינון הממשלה וחלוקת התפקידים הוא עסק גם בשיתוף פעולה בין הסיעות אם יישארו באופוזיציה, ובמיזוג עתידי של הרשימות בבחירות הבאות, כולל שריון לחברי סיעת הרעיון הציוני ברשימת הליכוד. יוסף ז'רז'בסקי, חבר מרכז הליכוד שהשתתף בבחירות לכנסת מטעם המפלגה, לא היה מרוצה. הוא סבר שההסכם פוגע בו ובליכוד ועתר לבג"ץ בדרישה שזה יקבע כי ההסכם אינו חוקי ויבטלו.

זו הפעם כלל ההרכב את המשנה לנשיא אלון ועימו השופטים ברק וגולדברג, שישבו לדין גם בעניין שליט. שלושת השופטים הסכימו על התוצאה: לקיים את ההסכם, כפוף לפסילה של הוראות מסוימות בו. אבל הדרך שבה הגיעו לתוצאה הייתה שונה בתכלית, ובאופן חריג השופטים גם ענו זה לחוות דעתו של זה. כך התחדדו בפסק הדין מחלוקות משפטיות וציבוריות המלוות אותנו עד היום, בעיקר בנוגע לתפקיד של בית המשפט וליחסים בינו לרשויות השלטון האחרות.

המשנה לנשיא אלון פתח את דבריו באזהרה: בית המשפט חייב לנהוג זהירות ואיפוק בעתירות בעלות אופי פוליטי. זאת, מאחר שהתערבותו מחלישה את המערכת הפוליטית ועלולה לגרום ל"פוליטיזציה" של השיפוט ולפגיעה באמון הציבור באובייקטיביות השיפוטית. הוא הוסיף וקבע קביעות שהיו מקובלות על הכול: שהסכם פוליטי הוא שפיט – כלומר שבית המשפט רשאי, וחייב, לעסוק בו כדי להגן על הציבור, ושאין מדובר בחוזה רגיל שחלים עליו דיני החוזים של המשפט הפרטי, אלא בחוזה ציבורי שחלים עליו כללי המשפט הציבורי. אבל כאן נפרדות הדרכים. המשנה לנשיא אלון סבר שכל עוד המחוקק הישראלי לא קבע מהם כללי המשפט הציבורי, אין מקום לשימוש נרחב במושגים כלליים כמו סבירות או מתחם הסבירות (שהיו מרכזיים בפסיקתו של השופט ברק, שישב עימו במושב), זאת, מאחר שאין בידי בית המשפט קני מידה משפטית לבדיקת הסבירות של הסכמים פוליטיים. אם כן, לפי

המשנה לנשיא אלון, לא מתפקידו של בית המשפט להכריע בסבירות של התחייבות פוליטית, וכל בדיקה מעין זו תהיה כרוכה בפוליטיזציה מובהקת של מערכת השיפוט. המשנה לנשיא אלון פנה בהקשר זה למשפט העברי ולמורשת ישראל. בחינה של אלו הובילה אותו למסקנות שלהסכמים פוליטיים תוקף מחייב, ושאפשר לפסול הסכמות הסותרות הסדר חקיקתי מפורש. הוא הבהיר עוד כי בשל האופי המיוחד של ההסכם הפוליטי אי אפשר להורות על אכיפתו או לפסוק פיצוי בשל הפרתו, והסעד היחידי הוא ביטול הסכם או תניה שנוגעים באי־חוקיות. על רקע קביעות עקרוניות אלו אלון בחן את סעיפי ההסכם נושא העתירה, וקבע, למשל, כי הסכמה על הפקדת ביטחונות וערבויות כספיות שעניינם אופן הפעלת שיקול דעת שלטוני, אסורה משום שהיא מנוגדת לחוק, ואילו הסכמה על שריונים ברשימה לכנסת מותרת שכן אין בחוק הישראלי הוראה הקובעת כיצד תגובש רשימת המועמדים.

השופט ברק הצטרף כאמור לתוצאה, אבל לא לדרך. מנקודת מבט, על רשויות השלטון לפעול בהתאם לחוק בכל פעולותיהן, ולכן במישור העיוני "הכול שפיט", שכן בית המשפט הוא הגורם המוסמך לבחון אם פעולה חוקית או לא (גם אם יש מקום לכך שבמקרים מתאימים, לא שכיחים, בית המשפט ימנע מהכרעה מטעמים שנוגעים להפרדת רשויות). פועל יוצא הוא שגם ההסכם הפוליטי שפיט, וזוהי אף תוצאה רצויה שכן באין דיין אין דין, והביקורת השיפוטית מבטיחה שנבחרי הציבור ינהגו ביושר, בהגינות ובסבירות בכל פעולותיהם וגם בכריתת הסכמים פוליטיים שעוסקים בתפקידם הציבורי. אומנם בסופו של דבר את מעשי נבחרי הציבור ישפוט הציבור בקלפי, אבל משפט הציבור אינו תחליף לבחינת חוקיות ההסכמים והפעולות בבית המשפט. הוסכם שהסכם פוליטי אינו חלק מהמשפט הפרטי ושהוא נשלט בידי המשפט הציבורי. אך, בניגוד לשופט אלון, סבר השופט ברק שקיימים הסדרים חוקיים מתאימים במשפט הישראלי ואין צורך לפנות למשפט העברי. עם הסדרים אלה נמנים, למשל, הסבירות, חובת נבחרי הציבור לפעול כנאמני הציבור ולטובתו, תקנת הציבור והוראות חוקיות מסוימות. יישום הסדרים אלה מחייב לקיים הבטחות ולכבד הסכמים פוליטיים, שכן הפרתם פוגעת באמון הציבור ברשות, והם מאפשרים לבית המשפט לקבוע כי כאשר ההסכם נוגד את הדין או את החובות השלטוניות של הרשות, יש לבטלו. השופט ברק הסכים שהתרופה העיקרית היא ביטול הסכם או תנאים הנוגדים את הדין, אבל לא שלל אפשרות להורות על אכיפתו במקרים נדירים, והמבחן המכריע הוא מבחן הסבירות. בתוצאה הסופית – כיבוד רוב ההסכם וביטול חלק ממנו – הוא הצטרף, כאמור, לתוצאה שהשופט אלון הגיע אליה.

השופט גולדברג הסביר בפסק דין קצר ומעשי כי מכיוון שהעותר ביקש לבטל את ההסכם בטענה שאינו חוקי, אין צורך לעסוק בשאלות עקרוניות בנוגע לדינים החלים על הסכם פוליטי, ודי לבדוק אם התחייבויות הצדדים נוגדות את החוק ואת העקרונות ה"חוקתיים". הוא הצטרף לתוצאה ששני חבריו הגיעו אליה, בצינו כי "ההנמקות בדברינו לעיל חלוקות ושונות הן, שופט שופט ונימוקיו עמו. אך כולן מובילות לאותה מסקנה בעתירה שלפנינו" (עמ' 867), ובכך הסתפק.

התוצאה בעניין ז'רז'בסקי הושגה פה אחד, אבל לא שיקפה הסכמה בסוגיות היסוד. בפן המעשי לא נקבעה נורמה ברורה בעניינם של הסכמים פוליטיים, ובשונה מסוגיית הגילוי, המחוקק נמנע בשנים הבאות מלעסוק בהיבטים הנוספים שקשורים בהסכמים מסוג זה. בית המשפט העליון נדרש גם בהמשך לבחינת החוקיות של ההסכמים הפוליטיים והקואליציוניים, כל מערכת בחירות ושאלותיה וכל קואליציה והסכמותיה. נוסף על כך, הדעות השונות בנוגע לשפיטות של ההסכמים הפוליטיים הפכו לסמל למחלוקת הציבורית בנוגע לתפקיד של בית המשפט, מחלוקת שהשתקפה כבר בעמדות שהובעו בפסק הדין. דווקא משום כך כדאי לזכור שכל שופטי ההרכב – ללא קשר לחלוקת תוויות של "שמרנים" ו"ליברלים" – הסכימו שתפקידו של בית המשפט הוא להגן על הציבור במדינת ישראל, ושכולם ראו לנכון להתערב בהסכם פוליטי שהוראותיו מנוגדות לחוק ולטובת הציבור.

על שוויון בבחירות לכנסת והולדתה של הביקורת השיפוטית על חקיקה

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)

מיכל שרביט

האם הכנסת רשאית לחוקק חוק שמבחין בין רשימות המיוצגות בכנסת הקיימת לרשימות חדשות שעתידות להתמודד בבחירות לכנסת הבאה? בפועל, אימוץ של הבחנה זו בהקשר לזכות לקבל מימון להוצאות הבחירות הוליד את פסק הדין בעניין ברגמן (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969)), אחד מפסקי הדין החשובים שבית המשפט העליון נתן מאז הקמתו.

הילוכנו מתחיל בתקופה שקדמה לבחירות לכנסת השביעית ולרשויות המקומיות בחודש אוקטובר 1969. המצב הכלכלי הרעוע של המפלגות, ובעיקר משבר כספי עמוק שאליו נקלעה מפא"י, מפלגת השלטון, הביא את ראשי המפלגות לגבש תפיסה חדשה למימון פעילות המפלגות מקופת המדינה. אין להתפלא שההצעה זכתה להסכמה רחבה. היא הולידה חוק שהעניק לכל המפלגות שנבחרו לכנסת השישית מימון מקופת המדינה על פי גודל הסיעות המייצגות אותן, ושלמעשה שלל לחלוטין מימון לרשימות מועמדים חדשות לכנסת השביעית.¹ נגד הבחנה זו כוונה העתירה של ד"ר אהרן ארתור ברגמן, עורך דין במקצועו, מי שבעברו נשא בתפקידים בכירים בשירות המדינה, בין היתר הממונה על הכנסות המדינה ונציב מס הכנסה הראשון.

ברגמן החליט שלא להבליג על מה שנראה בעיניו שימוש לא ראוי בכספי ציבור, ועל כן עתר לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ כדי לסכל את החוק שהתקבל בכנסת. טענתו המהותית הייתה כי שלילת המימון מרשימות חדשות לכנסת עומדת בסתירה לעקרון השוויון בבחירות הקבוע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, שלפיו "הכנסת תיבחר בבחירות... שוות...". חוק היסוד "שריין" את עקרונות היסוד של שיטת הבחירות בכך שהורה כי את סעיף 4 אפשר לשנות רק בחוק שיתקבל ברוב של 61 חברי כנסת בכל שלבי החקיקה (סעיף 46 לחוק היסוד). ברגמן עתר לפסול את חוק המימון החדש, שלשיטתו פגע בשוויון בבחירות, ובהתחשב בכך שלא הייתה מחלוקת כי החוק לא עמד בדרישה הפורמלית לקבלתו ברוב הנדרש בכל שלבי חקיקתו. הדיון

1 חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת), התשכ"ט-1969.

בבית המשפט התמקד במשמעות הדרישה לבחירות "שוות". ברקע הדברים עמדה שאלה נכבדה לא פחות: האם בית המשפט מוסמך לפסול את התוקף של חוק של הכנסת אם זה מנוגד למצוות סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת? בשל החשיבות העקרונית של הדיון הוא נערך בהרכב מורחב של חמישה שופטים בראשות הנשיא אגרנט. את פסק הדין כתב השופט לנדוי, לימים גם הוא נשיא, ולדעתו הצטרפו שאר ארבעת שופטי ההרכב.

היועץ המשפטי לממשלה אז, מאיר שמגר, טען במענה לעתירה שסעיף 4 לחוק היסוד דן רק בשיטת הבחירות במובנה הטכני, כך שעקרון השוויון פירושו אך ורק שלכל בוחר קול אחד בעל משקל שווה: "קול אחד לכל אחד". בית המשפט העליון דחה עמדה זו. בפסק הדין נקבע שיש לתת למילה "שוות" משמעות רחבה המכוונת גם ליזכות לבחור וגם ליזכות להיבחר, ושזו האחרונה חייבת להתבטא גם בשוויון הסיכויים של רשימות המועמדים השונות המתחרות בבחירות לכנסת. בית המשפט עמד על כך שפרשנות זו עולה בקנה אחד עם עקרון היסוד של שוויון הכול בפני החוק. גם אם עיקרון זה אינו מעוגן בסעיף מפורש, לא בחוקה כתובה ואף לא בסעיף "משוריין" של חוק יסוד, הרי ש"הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (עמ' 698). מכאן הגיע בית המשפט למסקנתו ששלילה מוחלטת של המימון לרשימות חדשות היא הפרה ממשית של שוויון הסיכויים בין הרשימות ונוגדת את עקרון השוויון שבסעיף 4 לחוק היסוד, ושאינן להצדיקה.

בהמשך לכך הורה בית המשפט לשר האוצר לפעול לפי חוק המימון "רק אם הוראות המימון שבחוק יוחקו מחדש ברוב הדרוש, או אם יתוקן החוק על-מנת להסיר את חוסר השוויון שבו" (עמ' 700). במובן הצר המשמעות של הסעד הייתה הוראה לשר האוצר להימנע מלפעול בהתאם לחוק. אבל המשמעות המשתמעת של סעד זה הייתה הכרה בכך שבהשוואה לחקיקה רגילה של הכנסת יש כוח עודף לחוקי היסוד, לפחות כאשר מדובר ב"סעיף משוריין", כלומר סעיף שקובע כי אין לשנותו אלא ברוב מיוחד, כפי שהורה חוק יסוד: הכנסת בנוגע לסעיף 4. במובן זה החשיבות של פסק הדין בעניין ברגמן חורגת מהסוגיה של דיני הבחירות לכנסת, והוא חלק מהתשתית החוקתית של המשפט הישראלי. זו הפעם הראשונה שבה בית המשפט העליון, הרשות השופטת, מצא לפסול חוק שחוקקה כנסת ישראל, היא הרשות המחוקקת; וכל זאת בנושא המצוי בליבת המשטר הדמוקרטי, שהוא הרצון להבטיח אפשרות לכניסת סיעות חדשות לכנסת, כחלק מן הזכות להיבחר. במיוחד הדברים אמורים שעה שהמפלגות הקיימות בכנסת המכהנת הן שקבעו את "כללי המשחק" לכניסת רשימות חדשות לכנסת הבאה, דבר שחזק את הצורך בשמירה של בית המשפט מפני פגיעה אפשרית בדמוקרטיה. על כן יש שרואים בפסק דין זה את תחילת המהפכה החוקתית, שהמשכה בין היתר בחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק בשנת 1992. בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995),² שבו נדרש בית המשפט העליון

2 ראו רשימתו של משה סובל בספר זה, עמ' 204.

בהרכב מורחב של תשעה שופטים למעמד של חוקי היסוד ולביקורת השיפוטית על פיהם, השופט יצחק זמיר פתח את פסק דינו כך: "המהפכה החוקתית לא התחוללה עכשיו, כשנחקקו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. היא התחילה לפני שנות דור, בפרשת **ברגמן**" (עמ' 468).

פסק הדין התקדימי בעניין **ברגמן** התקבל בהפתעה גמורה בממשלה ובכנסת בהינתן שהמיון למפלגות הוקפא ושעה שהיה עליהן להיערך לבחירות הממשמשות ובאות. את הפתרון המעשי מצא היועץ המשפטי לממשלה שמגר, שבתקופה קצרה עמל על קידום חוק מתקן לחוק המיון על פי הערות בית המשפט העליון. חשש נוסף שהתעורר היה שמא ההצלחה של ברגמן תעודד הגשת עתירות נוספות לפסילת חוקי בחירות קיימים על בסיס הפרשנות החדשה שנתן בית המשפט העליון לעקרון השוויון בבחירות. על כן, בבחינת הקדמת תרופה להתערבות שיפוטית נוספת, הזדרזה הכנסת לחוקק חוק ברוב של 61 חברי כנסת שנועד "לחסן" את כלל חקיקת הבחירות שאושרה עד אז, מפני טענה לפגיעה בשוויון שלא ברוב הדרוש בהליך החקיקה. חוק זה הוא חוק הבחירות (אישור תקפם של חוקים), התשכ"ט-1969, שמכונה גם "חוק התשריר". בין חוקי הבחירות ש"חוק התשריר" חל עליהם נכלל גם חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959, שבו נקבעו הסדרים לזמני תעמולת בחירות בשידורי הרדיו והטלוויזיה למפלגות המשתתפות בבחירות לכנסת. תיקון לחוק זה, שקבע למפלגות חדשות זמני תעמולה קצרים יותר ביחס למפלגות המיוצגות בכנסת, עמד ביסוד פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת **אגודת דרך ארץ** (בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(4) 1 (1981)). כאן יש להוסיף כמה מילות הסבר.

עד לשנות התשעים של המאה הקודמת פעל בישראל ערוץ שידורי טלוויזיה ישראלי יחיד, הערוץ הממלכתי שהפעילה באותה עת רשות השידור, שאותה "ירש" לימים תאגיד השידור הציבורי. לא היו ערוצי טלוויזיה מסחריים, ולא הייתה זירה תקשורתית באינטרנט. בפסק הדין בעניין **אגודת דרך ארץ** תיאר הנשיא לנדוי את ההשפעה האדירה שיש לתעמולת הבחירות בערוץ הטלוויזיה הממלכתי על הציבור "היושב כשבוי מול תיבת הטלוויזיה (שבה בעיקר המדובר), כאשר זו משדרת בערוץ היחיד, שאין לצופה מפלט ממנו (אלא אם רוחו עומדת בו לסגור את המכשיר)" (עמ' 7). לכן השאלה כמה זמן תעמולה תקבל כל רשימה בערוץ הממלכתי, הייתה קריטית.

בנוסח של החוק שזכה ל"תשריר" ניתנו לכל רשימה 25 דקות שידור ברדיו ו-10 דקות בטלוויזיה. נוסף על כך, החוק קבע שמפלגות המיוצגות בכנסת היוצאת יזכו לתוספת של 4 דקות ברדיו ושל 4 דקות בטלוויזיה עבור כל חבר כנסת שלהן המכהן בכנסת היוצאת. תיקון נוסף לחוק משנת 1981³ חרג מכך. הוא הפחית 2 דקות מזמן השידור של כל הרשימות ברדיו ובטלוויזיה והוסיף 2 דקות לשידורי הרדיו והטלוויזיה לכל חבר כנסת של מפלגה שמיוצגת בכנסת היוצאת. משמעות התיקון הייתה שהזמן של כל המפלגות, ובכללן הרשימות החדשות,

3 חוק הבחירות (דרכי תעמולה) (תיקון מס' 6), התשמ"א-1981.

קוצץ, אבל המפלגות הקיימות קיבלו זמן נוסף. בניגוד לנוסח הקודם של החוק, אשר אושרר ב"חוק התשריר", התיקון לחוק התעמולה לא היה מוגן בחוק התשריר ולא התקבל ברוב הדרוש בכל שלבי החקיקה. כך חזרה ושבה שאלת שוויון הסיכויים בבחירות לכנסת אל פתחו של בית המשפט העליון בעתירה בעניין **אגודת דרך ארץ**. גם לצורך כך התכנס הרכב מורחב של חמישה שופטים.

בניגוד לחוק המימון שנדון בעניין **ברגמן** ושהתיימר שלא לתת לרשימות החדשות דבר, הפגיעה של התיקון לחוק דרכי התעמולה ברשימות החדשות הייתה פחותה שכן הוא השאיר להן זמני שידור מסוימים. הבדל זה הוליד שוני בפרשנויות שנתנו שופטי ההרכב לעקרון השוויון, אף שהייתה ביניהם תמימות דעים באשר לתוצאה הסופית של פסק הדין.

נאמן לעמדתו כפי שהובעה בעניין **ברגמן**, קבע הנשיא לנדוי כי השוויון שבו מדבר סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת הוא שוויון מהותי תוך התחשבות ראויה בנתונים המבדילים בין רשימה חדשה למפלגה קיימת. נקודת מוצא זו הייתה מוסכמת גם על השופט ברק, אשר קבע כי בקביעת שוויון הסיכויים בין הרשימות השונות, גדולות כקטנות, ותיקות כצעירות, אין לנקוט אמת מידה שלפיה שוויון פירושו זהות. לעמדתו, הענקת פרק זמן זהה לכל רשימה ורשימה מביאה בוודאי לזהות, "שוויון פורמאלי", אך אינה יוצרת שוויון מהותי, "שוויון מטריאלי" (עמ' 11). זו הייתה גם הדעה של השופט בייסקי. עם זאת, הנשיא לנדוי והשופט ברק נחלקו בשאלה כיצד על בית המשפט לבחון אם בתיקון לחוק התעמולה הופר השוויון המהותי. לאמור, האם הגדלת זמן השידור ב־2 דקות לכל חבר כנסת של המפלגות הקיימות לעומת הפחתת 2 דקות מזמן השידור היחיד שעומד לרשות הרשימות החדשות, מפירה את השוויון המהותי בין כלל הרשימות המתמודדות לכנסת?

הנשיא לנדוי בחן את שלבי החקיקה השונים של התיקון לחוק ומצא שהכנסת כלל לא התייחסה בדיוניה לצורך לשמור על שוויון הסיכויים של רשימה חדשה. מאחר שהכנסת לא נתנה דעתה לעניין זה, הוא סבר שאין להעמיד את הכנסת בחזקת הכשרות שעומדת לה בדרך כלל ושלפיה לא חרגה מהוראת חוק משוריינת. לעומתו, השופט ברק סבר שאין להעמיד את ההכרעה בשאלה האם נפגע עקרון השוויון, על בחינת ההיסטוריה של אופן קבלת החוק בשלבי חקיקתו בכנסת. לעמדתו, "ההכרעה צריכה לפעול על-פי האנאליזה של החוק ולא על-פי הפסיכואנליזה של המחוקק" (עמ' 17). לגישת השופט ברק, יש לפנות לשכל הישר, לניסיון החיים ולחוש המומחיות של המשפטן, שיש בכוחם להציב גבול בין אסור למותר, בין שווה ללא שווה. השופט ברק היה ער לכך "כי בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי אין אנו פועלים בצורה מדעית ומדויקת, אך חושש אני, כי דרך טובה ממנה אין" (עמ' 16). בנוגע לתיקון לחוק התעמולה מסקנתו הייתה כי הזמן שהוקצב בו לרשימות השונות אין בו כדי להבטיח שוויון סיכויים. ראשית, לשיטתו זמן של 8 דקות אינו מספיק לרשימות חדשות להציג כראוי לציבור את מועמדיהן ואת המצע שלהן, להבהיר במה הן נבדלות מאחרות ולהשיב לביקורת שמופנית כלפיהן. שנית, ובזה היה העיקר לדעתו, לרשימות הוותיקות והגדולות ניתן זמן שידור שעולה

בהרבה על המינימום הדרוש להן להצגת עמדתן כראוי. זמן נוסף זה הן ניצלו בדרך כלל לתגובות שוטפות על אירועי הבחירות ולשידור חדשות ששידורן אסור במהדורות הרגילות בשל האיסורים על תעמולה, עד כי רישומן של הרשימות החדשות או הקטנות הטשטש בתודעת הבוחר. גם השופט בייסקי הצטרף בדגשים שונים לאותה מסקנה תוך התייחסות לעיקרון של שוויון הסיכויים.

גישה שונה לפרשנות עקרון השוויון הביע השופט שמגר, במידה רבה ברוח העמדה שהציג בפרשת **ברגמן**, בעת שעוד היה יועץ משפטי לממשלה. לגישתו, המילים "בחירות... שוות" שבסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת מתייחסות לשוויון הפורמלי, כלומר לקביעת אמת מידה בסיסית ופשטנית ככל האפשר, אשר בנסיבות העניין מתבטאת בזמן שידור שווה לכל רשימה. השופט שמגר הכיר בכך ששיקולי הגינות וצדק מחייבים לעיתים סטייה מן השוויון הפורמלי המוחלט כך שלא כל מתחרה יהיה זכאי לנתח זהה בתחרות על הקול של הבוחר. אלא שלגישתו, כדי ליצור בהירות חוקתית שתוכל לשמש למחוקק קו מנחה מראש, נכון לקבוע שכל סטייה משוויון אבסולוטי, גם כזו שהיא מוצדקת וסבירה בעיני בית המשפט, תיחשב לפגיעה בשוויון ותחייב רוב של 61 חברי כנסת בהליך החקיקה. בדרך זו גם כל אזהר ידע שהייתה סטייה מעקרון השוויון ולא יזו מטרם נעשה הדבר. לדעתו, "עדיף בעיניי, שלא נטשטש את מושג השוויון במאניפולאציות מספריות, שאינן מעוגנות בסופו של דבר אלא בתחושתו של מי שעוסק בכך, ואשר מוליכות למבוי הסתום של העדר כל אמת מידה ברורה וגלויה וידועה מראש" (עמ' 23). ברוח דומה קבעה השופטת בן-פורת ששוויון פורמלי אין משמעו בהכרח זמן זהה לכל רשימה, ושאפשר לקבוע מדד אחד אחר, דוגמת קביעת זמן פרוגרסיבי. במובן זה השופטת בן-פורת סברה שאפשר לקבוע מדד שיענה הן על השוויון הפורמלי, הן על השוויון המהותי.

בסיכומי של דבר, בשני פסקי הדין הנזכרים בית המשפט העליון פסל חקיקה של הכנסת. מעניין שלמרות הנופך המהפכני שיוחס לפסיקה זו, למעשה בית המשפט לא דן בה בשאלות יסוד חוקתיות שנוגעות לסמכות של בית המשפט לדון בחוקיות של חקיקה ראשית של הכנסת או בחוקתיותה, ולמעמד של חוקי היסוד. הטעם הרשמי לכך הוא שבשני המקרים היועץ המשפטי לממשלה לא ביקש לעורר שאלות נכבדות אלה, מאחר שסבר כי נכון וראוי שלא לחסום את הדיון בעתירות לגופן. הדיון בשאלות אלה הפציע רק שנים רבות לאחר מכן.

מעבר לפן החוקתי, שני פסקי הדין חידדו את המורכבות של הזכות לשוויון ואת מובניה הרבים. הם אימצו פרשנות מהותית וערכית לעקרון השוויון, כזו המדגישה את ההזדמנות השווה ואת השוויון בסיכויים. הם עשו כן אגב דיון בעתירות ששייכות לזירה הפוליטית, אבל תפיסת השוויון שאומצה בהן – שאינה מסתפקת בשוויון פורמלי – היא נכס של המשפט הישראלי גם בדיון בשאלות הנוגעות למהלך החיים של כל אחד ואחת מאיתנו במגוון רחב של הקשרים.

חסינות חברי הכנסת בכנסת בלתי חסינה

בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מח(4) 492 (1993)

בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (1995)

בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 865 (2005)

אלעזר נחלון

שני חברי כנסת, שני כתבי אישום, חמישה פסקי דין ותיקון חוק אחד. פסקי הדין שבית המשפט העליון נתן בעניין חסינותם של חברי הכנסת רפאל פנחסי ומיכאל גורלובסקי, בהפרש של כעשור, כללו התערבות בהחלטות הכנסת והיו מרובי פנים: הם תרמו תרומה מהותית לפיתוח דיני החסינות, ובה בעת יצרו חיכוכים ממשיים בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת.

רפאל פנחסי היה ממקימי תנועת ש"ס וכיהן כחבר כנסת, כסגן יושב ראש הכנסת, כסגן שר וכשר. במקביל שימש פנחסי גם גזבר התנועה. בשנת 1993, לאחר חקירה ממושכת, החליט היועץ המשפטי לממשלה להעמיד את פנחסי לדין בעבירות כזב ומרמה. נטען כי פנחסי ואחרים נמנעו מלרשום בספרי תנועת ש"ס תשלומים לפעילי בחירות, כדי שלא לחשוף כי הפעילים עבדו בניגוד להצהרות שנתנו בהליכי פטור משירות צבאי. במקביל, לשם קבלת כספי מימון מפלגות, הגישו פנחסי ואחרים הצהרות כוזבות, שבהן העלימו את התשלומים. בהיותו חבר כנסת היה פנחסי בעל "חסינות", והוא ביקש להשתמש בה כדי להימנע מהעמדה לדין. מהי אותה "חסינות"?

העיקרון של חסינות חברי הכנסת נקבע בסעיף 17 לחוק יסוד: הכנסת, והפרטים נקבעו בחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, שלעיתים מכונה חוק החסינות. לענייננו חשובים במיוחד שני מרכיבים של החסינות: זו המכונה "עניינית", וזו המכונה "דיונית". החסינות העניינית משמעה שחבר כנסת חסין מפני כל פעולה משפטית בגין הבעת דעה או מעשה שהיו "במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו" (סעיף 1 לחוק). על פי החוק אז, מעשה או הבעת דעה כאלה לא יכלו להקים עילה לדין פלילי או לתביעה אזרחית.¹ החסינות

1 בשלב מאוחר יותר חוק החסינות תוקן, וכיום החסינות העניינית אינה חלה על מעשים הדומים בעיקרם לאלה שמראש מונעים התמודדות לכנסת. בין היתר החסינות אינה כוללת מעשים שיש בהם שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, שלילת אופייה הדמוקרטי של המדינה, הסתה לגזענות ותמיכה בטרור.

העניינית עומדת לחבר הכנסת לעולם, ואי אפשר לנוטלה ממנו. החסינות הדיונית, לעומתה, צרה יותר מבחינות מסוימות ורחבה יותר מבחינות אחרות: היא מתייחסת לדין הפלילי בלבד ומונעת העמדה לדין רק בעת הכהונה, אך המניעה קיימת גם בהעדר זיקה כלשהי בין המעשים לתפקיד. על פי החוק אז, כדי להעמיד חבר כנסת לדין נדרש היועץ המשפטי לממשלה לבקש ליטול את חסינותו הדיונית, וזו הייתה ניטלת רק באישור ועדת הכנסת, ובעקבותיה המליאה. היועץ המשפטי לממשלה ביקש אפוא ליטול את חסינות פנחסי, ועדת הכנסת קיבלה את הבקשה, וכך גם המליאה. מדובר בהחלטה המתיישבת עם האינטואיציה המוסרית והמשפטית, שכן קשה להצדיק הבחנה בין פנחסי לכל אדם המואשם במעשי מרמה חמורים, אשר אמור להילחם על חפותו בבית המשפט. פנחסי לא חשב כך, ועתר לבג"ץ כדי לבטל את ההחלטה. פנחסי טען, בין היתר, שהמעשים המיוחסים לו נעשו "במילוי תפקידו", ומכוח חסינותו העניינית אי אפשר להעמידו לדין בגינם, וכן שחסינותו הדיונית ניטלה בלא שהכנסת בחנה את מידת ההצדקה להעמידו לדין. נוסף על כך טען פנחסי שנפלו פגמים בהליך.

בית המשפט העליון דן בעתירת פנחסי בהרכב מורחב של חמישה שופטים. בשל דחיפות העניין ניתנה תחילה ההכרעה בלוויית נימוקים קצרים, ורק בחלוף כשנה וחצי ניתנו הנימוקים בהרחבה. שני החלקים יכוננו בהמשך: פסק הדין הראשון.

בחלק שפורסם תחילה דחה בית המשפט, מפי השופט ברק, כמעט את כל הטענות שהעלה פנחסי נגד ניטלת חסינותו. טענה אחת בלבד התקבלה, ברוב דחוק של שלושה מול שניים: בית המשפט קבע כי בהליך נפל פגם, משום שלחברי הכנסת לא הייתה הזדמנות מספקת לעיין בכתב האישום ובפרוטוקולי הדיונים קודם להצבעתם. בשל כך השיב בית המשפט את הדיון למליאת הכנסת, כדי שתתקן את הפגם ותקבל החלטה חדשה (בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מח(4) 492 (1993); השופטים ברק, שלמה לזין ורב לזין מול הנשיא שמגר והשופט גולדברג).

בחלק שפורסם בהמשך ניתנו הנימוקים לדחיית כל יתר טענות פנחסי בעניין חסינותו, והוא שתרם את התרומה המשמעותית ביותר לפיתוח דיני החסינות בישראל (בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (1995)). פסק הדין נכתב בידי השופט ברק, שבינתיים הפך למשנה לנשיא, וכלל דיון רחב במוסד חסינות חברי הכנסת. דיון זה הביא לצמצום החסינות, וכן לצמצום של שיקול דעת הכנסת לגבי ניטלתה.

ראשית, המשנה לנשיא ברק התייחס להיקף הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת בעניין החסינות, כלומר למידת הנכונות של בית המשפט להתערב בהן. בשנים קודמות נושא זה היה נתון במחלוקת עמוקה בין שופטים שדגלו בביקורת צרה לאלה שדגלו בביקורת רחבה, אולם בינתיים פרשו תומכי הגישה המצמצמת והמחלוקת הוכרעה כאילו מאליה. זאת ועוד: נוסח פסק הדין מעלה אפשרות שהיקף הביקורת הורחב עוד יותר מבעבר.

שנית, המשנה לנשיא ברק קבע, על יסוד עמדה שהובעה בפסיקה קודמת, כי החסינות הדיונית מפני העמדה לדין נועדה למנוע התנכלות לחבר כנסת מצד גורמי האכיפה. על כן כאשר מבקש

היועץ המשפטי לממשלה לנוטלה, השאלה היחידה שרשאית הכנסת לשאול היא האם הבקשה נובעת משיקולים פוליטיים. אם התשובה שלילית, חייבת הכנסת ליטול את החסינות ואינה רשאית לשקול אף שיקול אחר, לרבות מידת ההצדקה להעמדה לדין. במקרה של פנחסי לא הוכחו שיקולים פוליטיים כלשהם, ולפיכך היה על הכנסת להיעתר לבקשת היועץ.

שלישית, המשנה לנשיא ברק עשה ניסיון ראשון לדון באופן סדור ומקיף בגבולותיה של החסינות העניינית. חסינות זו חלה כאמור על פעולות שעשה חבר הכנסת במילוי תפקידו או למענו, והשאלה הייתה כיצד ייתכן שפעולה בלתי חוקית תיחשב לחלק מתפקיד חבר כנסת. ברק עמד על התכליות שבבסיס החסינות, ובכללן הבטחת חופש הפעולה של חברי הכנסת, ומנגד על ערכי היסוד שהחסינות פוגעת בהם, ובהם שלטון החוק והשוויון. על יסוד איוון בין אלה קבע ברק שהחסינות העניינית נועדה להגן רק על פעולות בלתי חוקיות המבוצעות ב"מיתחם הסיכון שהפעילות החוקית... יוצרת מטבעה ומטיבה" (עמ' 685). מהגדרה זו עולה שהמוקד הוא בהגנה על חבר הכנסת מפני גלישה בלתי מתוכננת אל מעשים בלתי חוקיים. זאת להבדיל מביצוע מודע ומתוכנן של מעשים כאלה, אשר אינו חוסה תחת החסינות גם אם חבר הכנסת סבור שהוא חלק מתפקידו.

לפסק הדין של המשנה לנשיא ברק הצטרפו השופטים שלמה לוי ודב לוי, ואילו הנשיא שמגר והשופט גולדברג הציעו מבחנים כלליים יותר להיקפה של החסינות העניינית. מכל מקום, כל השופטים סברו שמעשי המרמה והכזב שיוחסו לפנחסי – אשר היו מחושבים ומתוכננים – אינם חוסים תחת חסינות זו.

כפי שכבר צוין, על אף שפסק הדין דחה את מרבית טענות פנחסי, ההחלטה על נטילת חסינותו בוטלה בשל פגם בהליך. באותה עת ההנחה הרווחת הייתה שמדובר בעניין שולי ובר תיקון, ואחת הכותרות בעיתונים אף העריכה ש"פנחסי הרוויח מקסימום שבועיים" (אמנון לוי **חדשות** 19.7.1993, 6). אלא שלמרבה ההפתעה לא כך היה, ובהצבעה החוזרת הצביעו רוב חברי הכנסת נגד נטילת החסינות. "תדהמה, זעזוע וגינויים חריפים במערכת הפוליטית", כתב בעקבות ההצבעה עיתונאי צעיר בשם גדעון סער (**חדשות** 30.7.1993, 12). אחד מחברי ועדת הקלפי סיפר כי כאשר נתגלו התוצאות "היינו המומים", וגם חבר כנסת בשם בנימין נתניהו הגדיר את השינוי בהחלטה "תמוה" (שם, 11).

מה עמד בבסיס השינוי? אפשר שהיה מדובר, בין השאר, ב"הצבעת מחאה" כלפי התערבות יתר של בית המשפט בעבודת הכנסת. השערה זו נתמכה בביקורת החריפה, ויש שיאמרו מוצדקת, אשר נמתחה על אותה התערבות מקשת רחבה של חברי כנסת, ממרצ ועד הליכוד (**חדשות: השבוע** 23.7.1993, 10-11).

עד מהרה הוגשה נגד ההחלטה עתירה נוספת. על רקע פסק הדין הראשון היה מצופה שעתירה זו תתקבל, שהרי בית המשפט כבר קבע שהמעשים אשר יוחסו לפנחסי לא נעשו כחלק מתפקידו, ושההחלטה להעמידו לדין נתקבלה משיקולים ענייניים. אלא שגם כאן נכונה הפתעה: העתירה נדחתה בפסק דין בן פחות מעמוד אחד. זאת ועוד: בית המשפט נמנע

מלהתייחס באופן כלשהו לנסיבות הקונקרטיות, והסתפק בהפניה אל "[ה]מדיניות השיפוטית... בכל הנוגע למידת התערבותו של בית משפט זה בנושאים שהם בסמכותה של הכנסת" (בג"ץ 4281/93 התנועה לשינוי שיטת הממשל בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה 3 (18.4.1994)). קשה להלום את הפער בין פסק דין זה לפסק הדין הראשון הן מבחינת התוצאה, הן מבחינת תיאור היקף הביקורת השיפוטית על הכנסת. נראה שפסק הדין שיקף מאמץ של בית המשפט להימנע מהמשך החיכוך עם הכנסת, אולי גם על רקע חיכוך משמעותי אחר שהתעורר באותם ימים עם הממשלה, בעקבות פסק דין נוסף שהורה על הפסקת כהונת פנחסי בתפקיד סגן שר.²

בכך לא בא העניין לסימו. בשנת 1996 נבחרה כנסת חדשה, והיועץ המשפטי לממשלה ביקש לשוב וליטול מפנחסי את חסינותו. פנחסי טען שאי אפשר להגיש בשנית בקשה שנדחתה, והעניין הובא שוב לפתחו של בית המשפט העליון. השופט ברק, שבינתיים הפך לנשיא, דחה את טענת פנחסי, תוך שהוא נשען על התשתית הרעיונית שהונחה בפסק הדין הראשון, בדבר פגיעת החסינות בערכי שלטון החוק והשוויון (בג"ץ 5368/96 פנחסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 364 (1996)). בעקבות פסק הדין חזר היועץ והגיש את הבקשה, זו הפעם פנחסי לא התנגד לה, חסינותו ניטלה, והוגש נגדו כתב אישום. בהמשך הגיע פנחסי להסדר טיעון עם המדינה, הודה בעיקר המעשים שיוחסו לו, והורשע. כחלק מן ההסדר נגזר על פנחסי עונש של מאסר על תנאי וקנס, אשר אֶפְשָׁר לו להמשיך בכהונתו כחבר כנסת.³ ואכן, פנחסי המשיך ואף נבחר ללא פחות מיושב ראש ועדת הכנסת, שדנה כזכור בבקשות לנטיילת חסינות. אומנם בית המשפט העליון הביע הסתייגות מהבחירה, אבל לא ביטל אותה, ופנחסי כיהן בתפקידו עד לשנת 1999 ואז פרש מן הכנסת (בג"ץ 7367/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(4) 547 (1998)).

בחלוף שנים אחדות שב בית המשפט העליון ונדרש לנושא החסינות.⁴ היה זה בעקבות בקשת היועץ המשפטי לממשלה ליטול את החסינות של חבר הכנסת מיכאל גורלובסקי, אשר בשתי הצבעות הצביע גם בשם חבר כנסת אחר. ועדת הכנסת דחתה את בקשת היועץ, שכן חלק מחבריה סברו כי המעשים אינם מצדיקים העמדה לדין פלילי, מה גם שגורלובסקי כבר נענש קודם לכן בהרחקה זמנית מפעילות בכנסת (פרוטוקול הוועדה מיום 23.12.2003). נגד ההחלטה הוגשה עתירה לבג"ץ. מעניין שדווקא היועץ המשפטי לממשלה – אשר ביקש ליטול את החסינות – טען כי דחיית בקשתו נעשתה כדין ואין לבטלה. בית המשפט

2 ראו רשימתה של דורית ביניש בספר זה, עמ' 181.

3 הדין אז אֶפְשָׁר לחבר כנסת להמשיך בכהונתו כל עוד לא הוטל עליו עונש מאסר בן שנה לפחות. בינתיים שונה הדין, וכיום הוא קובע כי הרשעה סופית בעבירה שיש עימה קלון מביאה לפגיעת כהונה (סעיף 42 לחוק יסוד: הכנסת).

4 יצוין כי סוגיית החסינות העניינית נדונה גם בשנת 1996, אבל פסק הדין לא שיקף פיתוח ממשי של ההלכה מעבר למה שנקבע בפרשת פנחסי, ועל כן לא אתעכב עליו (בג"ץ 5151/95 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 245 (1996)).

העליון בהרכב של שבעה שופטים, גם הפעם מפי הנשיא ברק, דחה פה אחד את עמדת היועץ וביטל את ההחלטה, תוך חזרה על העקרונות שנקבעו בפסק הדין הראשון בפרשת פנחסי ויישומם: ההיקף הרחב של הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת בענייני חסינות; שיקול הדעת המצומצם של הכנסת, אשר רשאית לבחון רק אם שיקולי היועץ היו פוליטיים; וקביעה לגוף העניין כי על פי המבחנים שפותחו בפרשת פנחסי, ההצבעה הכפולה אינה חוסה תחת החסינות העניינית. המשמעות הייתה שעמדתו של הנשיא ברק בעניין חסינות חברי הכנסת הפכה להלכה המחייבת, ורוב מוחלט של השופטים אימץ אותה בכל העניינים שעל הפרק⁵ (בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5), 865 (2005)). כמו בפרשת פנחסי, גם הפעם הולידה התערבות בית המשפט תגובת נגד של הכנסת. אלא שכעת הייתה התגובה חריפה עוד יותר: בניגוד לעולה מפסק הדין, שבה ועדת הכנסת והחליטה שלא ליטול את חסינות גורלובסקי (פרוטוקול הוועדה מיום 1.6.2005). "ועדת הכנסת מצפצפת על בג"ץ", הייתה הכותרת באחד מעיתוני הערב (גלובס 1.6.2005).

לא זו בלבד, אלא שבניסיון מובהק לשנות את המצב המשפטי שיצר פסק הדין, תיקנה הכנסת את חוק החסינות בתוך פחות מחודשיים. התיקון היה בעל שני פנים: מצד אחד, הוא צמצם את החסינות הדיונית, שאינה עומדת עוד לחברי הכנסת כברירת מחדל ועליהם לבקשה. מצד שני, הוא הרחיב את אפשרות הכנסת לקבוע חסינות הרבה מעבר למה שאפשר בית המשפט. ניכר גם שאחת העילות לקביעת חסינות נוסחה על יסוד העניין הקונקרטי של גורלובסקי (סעיף 4(א)(3)(ג) לחוק החסינות).

כיצד הגיב בית המשפט להחלטה השנייה בעניין גורלובסקי, שלמעשה עמדה בניגוד לפסק דינו? כמו בפרשת פנחסי, גם הפעם הצליח בית המשפט להימנע מהמשך העימות עם הכנסת, ואישר הסכמה בין הצדדים שייתרה את הצורך להכריע בשאלת חוקיות ההחלטה. על פי ההסכמה, יהיה אפשר לשוב ולפעול בעניין גורלובסקי בהתאם למצב החוקי החדש, תוך התעלמות מן ההליכים שנקטו עד אז. כך, היועץ יודיע על כוונתו להגיש כתב אישום כנדרש על פי חוק החסינות המתוקן, גורלובסקי יוכל לבקש לקבוע לו חסינות, וועדת הכנסת תידרש לבקשתו על יסוד העילות החדשות שבחוק (בג"ץ 5372/05 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת (9.10.2005)). אומנם ההסכמה אפְּשָׁה לקבוע לגורלובסקי חסינות ללא קושי, על יסוד העילה החדשה שנוסחה כאילו עבורו, אבל בסופו של דבר הוא עצמו נמנע מלבקש זאת. בתוך זמן קצר סיים גורלובסקי ממילא את כהונתו בכנסת, הועמד לדין, ובמסגרת הסדר טיעון הורשע ונענש.

גם בפרשת פנחסי וגם בפרשת גורלובסקי ביטל בית המשפט העליון החלטה של הכנסת או של ועדת הכנסת. פסקי דין אלה פיתחו ממשית את דיני חסינות חברי הכנסת ותרמו

5 אימוץ זה משקף תהליך רחב יותר, שבו עמדות שהביע השופט ברק בשנים מוקדמות הפכו בהמשך, וביתר שאת בעידן נשיאותו, לעמדה המקובלת ולהלכה המשפטית המחייבת.

משמעותית להבהרת מוסד משפטי זה. עם זאת, במבט לאחור ספק אם הם הביאו לתוצאות רצויות, הן בענייניהם של פנחסי וגורלובסקי הן במישורים רחבים יותר.

אפשר להרהר מה היה קורה לו בפסק הדין הראשון בפרשת פנחסי הייתה מתקבלת דווקא דעת המיעוט, ובית המשפט היה נמנע מלהתערב בהחלטת הכנסת ליטול את החסינות הדיונית, שאין חולק על נכונותה. לצד מניעת חיכוך עם הכנסת, במצב זה היה פנחסי עומד לדין כשלוש שנים מוקדם יותר, ובית המשפט לא היה נדרש לתת את פסק הדין השני באותה פרשה, אשר השלים עם הותרת החסינות על כנה ויצר מתח עם פסיקתו הקודמת. אפשר גם להרהר מה היה קורה לו בפסק הדין הראשון בפרשת גורלובסקי הייתה מתקבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה, ובית המשפט היה נמנע מלהתערב בהחלטה שלא ליטול את החסינות הדיונית, אשר טעמיה היו עימה. לצד מניעת חיכוך עם הכנסת, במצב זה היה גורלובסקי עומד לדין לאחר סיום כהונתו, כפי שממילא קרה, ובית המשפט לא היה נדרש לתת את פסק הדין השני באותו עניין, שהשלים עם האפשרות שגורלובסקי ייהנה מחסינות, בניגוד לעמדתו הקודמת.

מנגד, פסק הדין בפרשת גורלובסקי הביאה לתיקון חוק החסינות, ובסופו של דבר אולי תהיה בכך ברכה: מצד אחד התיקון תורם לקידום שלטון החוק והשוויון בכך שכעת ברירת המחדל היא העדר חסינות ולא קיומה, ומצד שני הוא מאפשר לקבוע חסינות בעילות רחבות יותר מבעבר, ייתכן שבצדק. ימים יגידו.

"דמוקרטיה מתגוננת": על פסילת רשימות ומועמדים לכנסת

- ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3)
365 (1965)
- ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת־עשרה, פ"ד לט(2)
225 (1985)
- ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים־עשרה, פ"ד מב(4)
177 (1988)
- א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה־21 נ' כסיף (18.7.2019)

גלעד הס

השנה הייתה 1933. גרמניה בסופה של תקופה המכונה "רפובליקת ויימאר", ומצבה בכי רע: הכלכלה בשפל חסר תקדים, האינפלציה משתוללת והממשלות שנבחרות באופן דמוקרטי אינן מצליחות לבסס שלטון יציב. על רקע זה נערכה מערכת הבחירות של מרץ 1933. בסופה זכתה המפלגה הנאצית בהנהגת אדולף היטלר ב־43.9% מהקולות, ובהתאם לכך ב־288 מושבים בפרלמנט הגרמני. בתוך פחות משנה ממועד הבחירות היטלר ניצל את הישגיו הדמוקרטיים לחיסול הדמוקרטיה על כל מוסדותיה וכונן דיקטטורה אכזרית אשר תוצאותיה האיומות ידועות. לא לשווא נפתח הדיון העוסק בפסילת רשימות ומועמדים לכנסת במדינת ישראל, דווקא באזכור של תפיסת השלטון בידי המפלגה הנאצית בשנות ה־30 של המאה הקודמת. הקריסה הטראומטית של רפובליקת ויימאר הדמוקרטית משמשת בסיס לנרטיב "הדמוקרטיה המתגוננת" שעמד במידה רבה ביסוד פסילת מפלגות ומועמדים מלהשתתף בבחירות. לא מוגזם לומר כי הסוגיה של פסילת רשימה או מועמד מלהשתתף בבחירות לכנסת מצויה בלב ליבן של ההתחבטויות שמעוררת השיטה הדמוקרטית, ומחייבת איוון בין האינטרסים המרכזיים ששיטת המשטר הדמוקרטית מקדשת. מהצד האחד ניצבות הזכות לבחור והזכות להיבחר. ברור מאליה כי הזכויות לבחור ולהיבחר עומדות בבסיס הדמוקרטיה ומאפשרות את קיומו של הליך בחירה דמוקרטי. זכויות אלו הן גם אמצעי מהותי למימוש של זכויות אזרח ואדם בסיסיות נוספות, כגון חופש הביטוי, עקרון השוויון והזכות להתאגד. אם כך, מה מצדיק את הפגיעה החמורה בזכויות האדם והאזרח הטמונה בפסילת מועמדים ומפלגות? התשובה המסורתית קשורה לאותה קריסה טרגית של רפובליקת ויימאר ולרצון

לשמור על קיום המדינה ועל שלמותה. כך, במקרה שבו השתתפות מפלגה או מועמד בבחירות עלולה לסכן את הקיום של המדינה עצמה, מעשה הפסילה משמעותו הגנה על המדינה. בדומה, כאשר המטרה של מפלגה או מועמד היא לשלול את המשטר הדמוקרטי במדינה, קמה הצדקה למנוע מהם להשתתף באותו הליך דמוקרטי שהם שוללים.

הברירה שמציבה פסילת הרשימות היא ברירה קשה. האם נפסול רשימה ובכך נפגע בזכות המועמדים מטעמה להיבחר לכנסת ובזכות האזרחים לבחור במועמדים אלו? או שמא נימנע מפסילת הרשימה ונסתכן באובדן המדינה או הדמוקרטיה? כמו כן, האם עלינו לבחון פגיעה נוספת, שאינה רק פגיעה במדינה או בדמוקרטיה, כתוצאה מאי פסילת הרשימה?

הסיפור של ההתמודדות עם שאלות אלה התחיל בישראל בשנת 1965. בראשית שנות ה-60 של המאה הקודמת הקימה קבוצת אזרחים, רובם ערבים, את אגודת "אל־ארד" (אדמה, בערבית). רשם האגודות העותמניות קבע כי מטרת ההתאגדות היא לפגוע במדינת ישראל ובשלמותה, ולכן סירב לרשום אותה. העתירה שהוגשה נגד החלטה זו נדחתה לאחר שבית המשפט העליון קבע כי מטרת האגודה היא "שלילה גמורה ומוחלטת את קיום מדינת ישראל בכלל, וקיום המדינה בגבולותיה דהיום בפרט" (בג"ץ 253/64 ג'ר'ס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח (4) 673, 677 (1964)). אנשי קבוצת "אל־ארד" לא אמרו נואש וביקשו להתמודד בבחירות במסגרת רשימה שכונתה "רשימת הסוציאליסטים".

וכך הובאה הדילמה של פסילת הרשימות במלוא הדרה לפתחו של המשטר במדינת ישראל הצעירה יחסית. קבוצת אנשים שבית המשפט העליון עצמו קבע כי במטרתה שוללת היא שלילה גמורה את הקיום של מדינת ישראל, ביקשה להשתתף בבחירות לכנסת ישראל.

כיצד תוכרע דילמה זו? החקיקה באותה עת לא התייחסה במפורש לסוגיה של פסילת רשימות. עובדה זו היוותה קושי ממשי, שכן לפי עקרון היסוד של המשפט הציבורי הישראלי, רשות מנהלית אינה יכולה להפעיל כוח שלטוני ללא הסמכה בחקיקה. זהו עקרון "חוקיות המנהל".¹ ואם הכוח השלטוני פוגע בזכויות יסוד, על ההסמכה להיות מפורשת יותר. ועדת הבחירות, הכפופה לעקרון חוקיות המנהל, החליטה לפסול את "רשימת הסוציאליסטים" מלהשתתף בבחירות לכנסת, בטענה כי זאת שוללת את קיומה של מדינת ישראל. נציג הרשימה, יעקב ירדור, הגיש על כך ערעור בחירות לבית המשפט העליון.

בפסק דין מכונן וחשוב, שניתן בדעת רוב של הנשיא שמעון אגרנט והשופט יואל זוסמן נגד דעת המיעוט של השופט חיים כהן, נקבע באופן תקדימי כי הדמוקרטיה בישראל היא "דמוקרטיה מתגוננת". לכן גם כאשר אין הסמכה מפורשת בחוק, אפשר לפסול רשימה מלהשתתף בבחירות כאשר מטרת המפלגה היא שלילת הקיום של מדינת ישראל (ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365 (1965)).

1 ראו רשימתו של אליעד וינשל בספר זה, עמ' 63.

אפתח דווקא בדעת המיעוט. בעולם המשפט בכלל, ובמלאכת כתיבת פסקי הדין בפרט, במקרים רבים האופן שבו מוצגת המחלוקת שעומדת להכרעה מוביל להכרעה במחלוקת. כך, בעניין ירדור השופט חיים כהן – בפסק דין שהנשיא אגרנט כינה מאלף ואמיץ – קבע כי השאלה שלפניו היא שאלה של סמכות: האם ועדת הבחירות מוסמכת לפסול רשימה לכנסת? כלומר, לעמדת השופט כהן, השאלות בנוגע לאיזון אינטרסים חוקתיים או בעניין הדמוקרטיה המתגוננת אינן במרכז הדיון כלל. השאלה המתעוררת אינה אלא שאלה פרשנית מוגדרת ומתוחמת של סמכות. כאשר מגדירים כך את המחלוקת המרכזית, הדרך קלה לקביעה כי נושא פסילת רשימות מלהשתתף בבחירות מחייב הסדרה בחקיקה ראשית, וכי בהעדרה ולאור עקרון חוקיות המנהל אין לוועדת הבחירות סמכות לפסול רשימות.

דעתם של שופטי הרוב הייתה כאמור שונה. הנשיא אגרנט לא דחה את הגישה העקרונית של השופט כהן. אבל, בניגוד לו, הוא סבר שאפשר, גם על סמך החוק הקיים, להגיע לתוצאה הפרשנית שלפיה קיימת סמכות לוועדת הבחירות לפסול רשימות. הנשיא אגרנט קבע כי פרשנות של דבר חקיקה בישראל יש לערוך לאור העקרונות החוקתיים (הקונסטיטוציוניים בלשונו) של מדינת ישראל. לשיטתו התוצאה של פרשנות זו במקרה הנדון היא פסילת הרשימה. בשונה מכך, השופט זוסמן בפסק דין יוצא דופן אינו משתתף ב"משחק" הפרשנות של עמיתיו. כבר בפתח פסק דינו הוא קבע ברורות כי ועדת הבחירות אינה מוסמכת בחוק, לרבות בדרך של פרשנות החוק, לאשר – או לפסול – רשימות מועמדים לפי שיקול דעתה. עם זאת, מייד לאחר מכן הציב השופט זוסמן במרכז הבמה המשפטית את הנרטיב המרחף על כלל הסוגיה: הקריסה של רפובליקת ויימאר. המראה הברור של רפובליקת ויימאר קורסת תחת מגפיו של היטלר, אשר נבחר בדרך דמוקרטית, הוא שאפשר לשופט זוסמן לסטות מהנתיב שצעדו בו חבריו להרכב, ולקבוע כי גם בהעדרו של חוק פוזיטיבי המאפשר את פסילת הרשימות, הזכות להגנה עצמית של המדינה מפני השמדתה יוצרת "דין טבעי" (Natural Law) המאפשר את פסילת הרשימה.

אם כן, פסק הדין בעניין ירדור הוא פסק דין מכונן בתולדות מדינת ישראל. ראשית, במישור של רשימה זו דעת הרוב כוננה את דוקטרינת "הדמוקרטיה המתגוננת" אף ללא עיגון מפורש בחקיקה. שנית, במישור תורת הפרשנות פסק הדין של הנשיא אגרנט הנהיג עקרון יסוד בפרשנות החוק הישראלי, שעל פיו יש לפרש דבר חקיקה לאור עקרונות היסוד של השיטה. שלישית, פסק הדין מציג באופן נאה את המתח בין "אקטיביזם שיפוטי", שהתבטא בפסקי הדין של השופטים אגרנט וזוסמן, לבין הגישה הפורמליסטית של השופט כהן. מתח זה מלווה אותנו עד ימינו. הוא גם מלמד כי "אקטיביזם שיפוטי" עשוי להתבטא בתוצאה שאינה נוטה דווקא לכיוון הליברלי.

וכעת להמשך גלגוליו של הנושא. בשנת 1984 ביקשו להתמודד לכנסת שתי רשימות מהקצוות השונים של הקשת הפוליטית. הראשונה – תנועת "כך" אשר נוסדה בידי הרב כהנא, והשנייה – "הרשימה המתקדמת לשלום" מהצד השמאלי של המפה הפוליטית. על רקע התקדים בעניין ירדור פסלה ועדת הבחירות המרכזית את שתי הרשימות מלהתמודד בבחירות.

החלטה זו של ועדת הבחירות הובאה לפתחו של בית המשפט העליון בפסק דין שידוע כיום בכינוי עניין ניימן הראשון (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד למ"ד (2) 225 (1985)). באופן כללי, שופטי הרוב צעדו בעקבות הלכת ירדור כלשונו, במובן זה שהוכרה הסמכות של ועדת הבחירות לפסול רשימה לכנסת. עם זאת, בפסק הדין נקבע כי הואיל ושתי הרשימות אינן מבקשות לשלול את עצם קיום המדינה, יש לבטל את החלטות הפסילה. חשוב לציין בהקשר זה כי השופט אהרן ברק, לימים נשיא בית המשפט העליון, הוסיף באמרת אגב כי לשיטתו ראוי להרחיב את הלכת ירדור כך שתאפשר פסילת רשימה גם כאשר מטרת הרשימה היא לשלול את האופי הדמוקרטי של המדינה, ולא רק את עצם קיומה.

תוצאה זו של פסק הדין התקבלה באי נחת והובילה בסופו של דבר להכרה מפורשת של המחוקק באפשרות לפסול רשימות, ובמתכונת רחבה יותר מכפי שנקבע בהלכת ירדור עצמה. בשנת 1985, כעשרים שנה לאחר הלכת ירדור וזמן לא רב לאחר פסק הדין בעניין ניימן הראשון, תיקנה הכנסת את חוק יסוד: הכנסת והוסיפה בו את סעיף 7א, אשר מורה כי ועדת הבחירות תהיה רשאית לשלול את הזכות להתמודד בבחירות ממפלגות אשר במטרותיהן או במעשיהן נכללים אלו: שלילת קיומה של מדינת ישראל בתור מדינת העם היהודי; שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה; או הסתה לגזענות. בכך הכנסת הלכה כמה צעדים רחוק יותר מאשר בית המשפט העליון. היא לא הסתפקה עוד בעילת "הדמוקרטיה המתגוננת" במובנה הצר, כלומר בפסילה עקב סכנה לקיום המדינה, אלא הרחיבה את טעמי הפסילה גם לעילת "הדמוקרטיה המתגוננת" במובנה הרחב כפי שהציע השופט ברק בעניין ניימן הראשון, ואף קבעה עילה נוספת של הסתה לגזענות. בכך נפתחה הדלת לדיונים חוזרים ונשנים בבקשות פסילה, שכעת היה להן ענף מפורש להיתלות בו. למעשה, במהלך השנים הכנסת שבה ותיקנה את סעיף 7א, תוך שהיא מוסיפה עילת פסילה נוספת בנוגע לתמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור; ותוך מתן אפשרות לפסול רשימות או מועמדים בודדים מתוך הרשימה.

סמוך לאחר התיקון שעיגן את הסמכות לפסול רשימות בגדרי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, הוא עמד למבחן במערכת הבחירות העוקבת. בשנת 1988 חזרו וביקשו הרב כהנא ותנועת "כך" להשתתף בבחירות לכנסת. בשלב זה ועדת הבחירות פסלה פעם נוספת את רשימת "כך". גם החלטה זו הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון, בהליך שהוליד את פסק הדין הידוע בכינוי עניין ניימן השני (ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177 (1988)). הפעם דרכו של בית המשפט להכרעה הייתה קלה יותר. בית המשפט לא נזקק עוד לעקרונות "על-חוקתיים", למשפט טבע או לפרשנות לאור עקרונות היסוד. כל שנזקק לו בית המשפט הוא יישום הוראות החוק החדש יחסית על העובדות שלפניו. בעשותו כן קבע בית המשפט העליון כי מאחר שהמאפיינים המרכזיים של רשימת "כך" שוללים את האופי הדמוקרטי של המדינה ומסיתים לגזענות, יש מקום לפסול את הרשימה מלהשתתף בבחירות. בית המשפט העליון אף הטעים כי מאחר שמדובר בפגיעה בזכות יסוד, כדי לפסול רשימה נדרש

כי הראיות המנהליות נגד אותה הרשימה יהיו ברורות וחד־משמעיות, וכי פעולה נקודתית של המפלגה או פעולה יחידנית של פעיל מפלגה, אין די בהם כדי לבסס פסילת רשימה. לצורך כך יש להציג ראיות על דפוס פעולה שיטתי המעיד על כוונה לשלילת האופי הדמוקרטי או על הסתה לגזענות. בנסיבות העניין דפוס כזה הוצג לגבי רשימת "כך" וזו כאמור נפסלה.

משלב זה ואילך הותרה הרצועה. בכל מערכת בחירות מוגשות בקשות פסילה לרוב, בהיקף שנראה רחוק מרחק רב מן הזהירות שאפיינה את תפיסת "הדמוקרטיה המתגוננת" בראשית דרכה. במהלך השנים ניתנו פסקי דין נוספים בסוגיה.² עם זאת, עד לשנת 2019 בקשות הפסילה לא אושרו ובית המשפט נמנע מלפסול רשימות או מועמדים.

בשנים האחרונות שב ונדרש בית המשפט לסוגיית פסילת מועמדים ורשימות. לקראת הבחירות לכנסת ה־21 נדונה החלטת ועדת הבחירות לפסול את ד"ר עופר כסיף ואת רשימת רע"ם-בל"ד מלהתמודד בבחירות לכנסת, לצד החלטותיה שלא לפסול את רשימת חד"ש-תע"ל ואת מיכאל בן ארי ואיתמר בן גביר. בית המשפט העליון החליט בהרכב של תשעה שופטים ברוב דעות לאשר את ההשתתפות של כל המועמדים והרשימות בבחירות לכנסת, למעט השתתפותו של מיכאל בן ארי, אשר נפסלה בשל סדרת התבטאויות שעולות כדי הסתה לגזענות כלפי הציבור הערבי בכללותו. יש לציין כי על רקע ההלכה הדורשת קיומן של ראיות חד־משמעיות המלמדות על דפוס פעולה של הסתה לגזענות, הוצגו לפני בית המשפט העליון כ־40 ראיות המתייחסות למעשים והתבטאויות של מיכאל בן ארי נגד הציבור הערבי בכללותו (א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה־21 נ' כסיף (18.7.2019)). זמן קצר לאחר מכן, בסבב הבחירות לכנסת ה־22, שהתקיימו כמה חודשים לאחר מכן, נדרש שוב בית המשפט העליון לשאלת פסילת רשימות ומועמדים לכנסת. בפסק דין זה קבע בית המשפט העליון כי בנצי גופשטיין וברוך מרזל פסולים מלהשתתף בבחירות, לאחר שהוצגו בעניינם עשרות ראיות, שמתפרסות על פני תקופה ארוכה, ושמהן אפשר ללמוד באופן משכנע וחד־משמעי על הסתה עקבית ובוטה לגזענות נגד ערביי ישראל. לעומת זאת, נקבע כי איתמר בן גביר, רשימת "עוצמה יהודית" ו"הרשימה המשותפת" כשירים להתמודד לכנסת ואין מקום לפסול אותם, נוכח העדר מצע ראייתי מספק לכך שהתקיימו בהם עילות הפסילה (ע"ב 5487/19 סגל נ' בן גביר (25.8.2019)). לעומת זאת, לקראת הבחירות לכנסות ה־23 וה־24 הדיונים בהחלטות פסילה הסתיימו בביטול של החלטות כאלה בבית המשפט העליון ברוב דעות, כך שלא נפסלו רשימה או מועמד כלשהו.³

2 למשל א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003); ע"ב 561/09 בל"ד – המפלגה הלאומית הדמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה־18 (7.3.2011); א"ב 9255/12 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע עשרה נ' זועבי, פ"ד סו(2) 813 (2013); א"ב 1095/15 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' זועבי (10.12.2015).

3 א"ב 852/20 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה־23 נ' יזבק (9.2.2020); א"ב 1156/21 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה־24 נ' מראענה (28.2.2021).

אי אפשר להתייחס כאן לכל המקרים שפורטו. עם זאת, במבט כללי עולות כמה מסקנות. ראשית, ברור כי הורחב עד לבלי הכר תחום ההגנה של "הדמוקרטיה המתגוננת". במאה הקודמת, החל מעניין ירדור ועד עניין ניימן השני, האיזון נערך בין זכויות היסוד לבחור ולהיבחר אל מול הסכנה לקיום המדינה ולאחר מכן גם הסכנה לדמוקרטיה. והינה, התיקונים לחוק יסוד: הכנסת והפסיקה בעקבותיו הרחיבו את העילות שמכוחן אפשר לשלול את הזכויות לבחור ולהיבחר: לא עוד עילה קיצונית של סכנה לקיום המדינה או סכנה לדמוקרטיה, אלא עילות נוספות המאפשרות פסילת הרשימה, ובהן הסתה לגזענות ותמיכה במאבק מזוין. שנית, ניכר כי נושא פסילת הרשימות הפך לכלי משחק מקובל ונפוץ במגרש הפוליטי הישראלי. מקום המדינה ועד סוף המאה העשרים היינו עדים למקרים בודדים בלבד של פסילת רשימות או של דיון משפטי בנושא, ואילו רק בארבע מערכות הבחירות שהתקיימו בשנים 2019-2021 נדרשה ועדת הבחירות לדון בבקשות לפסילה של כ-20 (!) מועמדים ורשימות, ובית המשפט העליון נדרש לכמה הליכים בנושא.

התחלנו את מסענו זה ברפובליקת ויימאר וקריסתה. לאחר מכן בחנו איך אימץ בית המשפט הישראלי בפסק דין יוצא דופן את דוקטרינת "הדמוקרטיה המתגוננת", ופסל רשימה כאשר זו שללה את קיומה של מדינת ישראל. המשכנו וראינו כיצד הפסיקה של בית המשפט העליון הולידה בסופו של דבר תיקונים בחוק יסוד: הכנסת שהרחיבו את העילות לפסילת רשימות ומועמדים. כמו כן ראינו כי דיונים בפסילת רשימות והליכים משפטיים בגין פסילה שכזו נעשו נפוצים, וכי יש הרואים בהם חלק בלתי נפרד מהמשחק הפוליטי. על כך יש להצטער.

כהנא בכנסת: דמוקרטיה בצל הגזענות

בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85 (1985)
בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141 (1985)
בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393 (1986)

אמיר לוקשינסקי-גל

התשמ"ד, שנת 1984. ישראל נתונה במשבר. האינפלציה דוהרת לשיא של 440% בשנה וגורמת לרבים לאבד את הונם ולעמוד בפני סכנת עוני. צה"ל שקוע בעומק לבנון לאחר מלחמת לבנון הראשונה וסופג אבדות קשות כמעט מדי יום. זה לא כבר פרש במפתיע ראש הממשלה מנחם בגין, והמדינה נכנסה למערכת בחירות. תוצאות הבחירות לא הובילו להכרעה בין הגושים. לכנסת נכנס מספר שיא של סיעות (15), ולראשונה מוקמת בישראל ממשלת אחדות לאומית. תוך הסכמה לחילופים בין ראשי הממשלות, שמעון פרס ויצחק שמיר. ודבר נוסף מתרחש. הרב מאיר כהנא, מנהיג תנועה גזענית בשם "כך", זוכה לתמיכה של 25,907 בוחרים ועובר במעט את רף אחוז החסימה באותם ימים (1%). לאחר כמה התמודדויות הוא מצליח להיבחר לכנסת.

כחודש ימים קודם לכן פסלה ועדת הבחירות המרכזית את רשימת "כך" מלהתמודד בבחירות, בנימוק שהיא "דוגלת בעקרונות גזעניים ואנטי דמוקרטיים העומדים בסתירה להצהרת העצמאות של מדינת ישראל". אולם נוכח העדר הסמכה בחוק באותה עת לפסילת רשימות בשל מצען (כפוף לחריג שנקבע בפסיקה בנוגע לרשימות שמתנגדות לקיום המדינה) ביטל בג"ץ את החלטת הוועדה והתיר לרשימה להתמודד.¹

ההישג של כהנא עורר חששות בקרב חוגים שונים. נשיא המדינה חיים הרצוג ביטא זאת בישיבה הראשונה של הכנסת (דברי הכנסת 13.8.1984, 2): "אנו משתבחים, ובדין, במשטר הדמוקרטי הנאור שלנו... אבל הדברים אינם מובנים מאליהם. ההיסטוריה יודעת משטרים דמוקרטיים רבים שקרסו בעתות משבר. אף אנחנו איננו חסינים בפני תופעות המעמידות את הבית הזה בסכנה".

1 בית המשפט העליון החליט על כך בשנת 1984, סמוך לבחירות. נוכח הצורך להחליט בדחיפות נקבע שנימוקים יינתנו בהמשך. פסק הדין המנומק ניתן בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225 (1985). ראו רשימתו של גלעד הס בספר זה, עמ' 233.

חברי הכנסת הביעו שאט נפש מהרעיונות הגזעניים של כהנא בדרכים מגוונות. רבים נהגו לצאת מהמליאה בעת שנאם, כך שהשמיע את דבריו לפני כנסת כמעט ריקה. ח"כ מיכאל איתן ערך טבלה שהמחישה את הדמיון הרב בין הצעות חקיקה של כהנא לחוקי נירנברג. יושב ראש הכנסת שלמה הלל ביקש גם הוא להפעיל את סמכויותיו כדי להצר את צעדיו של כהנא בכנסת. בין השאר, הוא קיבל שתי החלטות משמעותיות שנדון בהן כאן: הוא סירב להניח על שולחן הכנסת שתי הצעות חוק גזעניות של כהנא, משום שהיו מנוגדות לערכי המדינה (כפי שנפרט מייד); הוא הוסיף וקבע שכהנא אינו ראוי להעלות הצעת אי אמון בממשלה, בשל היותו "סיעת יחיד".

כהנא עתר לבג"ץ נגד ההחלטות וביקש לבטלן. חרף ההסתייגות העזה מהעמדות של כהנא בית המשפט קיבל את עתירותיו מטעמים שחשוב להסביר.

כאן יש לעצור לרגע ולשים לב כי פניית חבר כנסת לבית המשפט כדי שיתערב בעבודת הכנסת, אינה מהלך מובן מאליו. לכנסת מעמד רם ומיוחד. היא בית הנבחרים של המדינה והגוף המוסמך לחוקק חוקים. הכנסת מוסמכת בחוק יסוד: הכנסת לקבוע בתקנון הכנסת את סדרי עבודתה. מדוע יתערב בית המשפט במערך היחסים הפנימי שבין הכנסת לחבריה? האין בכך משום "הסגת גבול" הכנסת ופגיעה בעקרון הפרדת הרשויות?

אולם כהנא ביסס את עתירותיו על פסק דין תקדימי של בג"ץ שניתן כשלוש שנים קודם לכן. פסק הדין הכיר באפשרות שבית המשפט יתערב בהחלטות הכנסת ובסדרי עבודתה במקרים חריגים שיש בהם פגיעה ניכרת במרקם החיים הפרלמנטריים וביסודות המבנה של המשטר החוקתי.²

בעתירה הראשונה (בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט (4) 85 (1985)) נדונה ההחלטה של יושב ראש הכנסת למנוע מכהנא להניח שתי הצעות חוק, "מאחר וכלולים בהם דברי גזענות שיש בהם עלבון, אשר מקומם לא יכירם בחוק, ומאחר שהם פוגעים בערכים שעליהם מושתתת מדינת ישראל ואופיה הדמוקרטי ובכבוד הכנסת". דובר בהצעות חוק מקוממות וגזעניות שכוונו בעיקר נגד הציבור הערבי. כך למשל הוצע שרק יהודי יורשה להיות אזרח המדינה, ואילו לא יהודי יהיה במעמד של "גר תושב" ויטלו עליו חובות של "מסים ועבודות". אם לא יסכים – יגורש בכוח. יישללו מגר תושב הזכויות להשתתף בהליכים פוליטיים, לבחור ולהיבחר לתפקיד שררה. יוקמו חופי ים נפרדים ליהודים וללא יהודים, ועוד.

הקושי היה שתקנון הכנסת בנוסחו אז לא הסמיך את יושב ראש הכנסת לפסול הצעת חוק בשל כך שתוכנה הפוליטי אינו ראוי. התקנון, שהכנסת עצמה קובעת, מסדיר את "כללי המשחק" הפרלמנטריים. בלי שמירה על כללים אלה עלול הרוב לקפח את המיעוט ולפגוע בייצוג הנאות בכנסת של אוכלוסיות שלמות. עקרון שלטון החוק מחייב כי גם הכנסת תהיה

2 בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לו (2) 197 (1982). ראו רשימתו של יגאל מרזל בספר זה, עמ' 198.

כפופה לכללים שהיא קובעת. האם הסלידה מהצעות כהנא והזיכרונות הקשים שהן מעוררות, מצדיקים לסטות מעיקרון זה? בג"ץ ביכר את השמירה על שלטון החוק על פני המחיר שנלווה להעלאה להצבעה של הצעות חוק גזעניות, וביטל את החלטת יושב ראש הכנסת. נפסק כי החריגה מהליכי החקיקה הקבועים בתקנון פוגעת עמוקות ביסודות המבנה של המשטר החוקתי ובחיים הפרלמנטריים.

בעתירה השנייה (בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141 (1985)) נדונה ההחלטה למנוע מהסיעה של כהנא להגיש הצעת אי אמון, בנימוק שסיעה של חבר כנסת יחיד מנועה מלעשות כן. אבל תקנון הכנסת קבע בפשטות ש"כל סיעה רשאית להציע לסדר היום סעיף על הבעת אי-אמון לממשלה", ומכאן שגם החלטה זו לא הייתה על פי התקנון. גם כאן חזר בית המשפט על העיקרון שיושב ראש הכנסת כפוף לתקנון הכנסת. נקבע כי חרף מסגרת ההתערבות המצומצמת בהחלטות הכנסת נדרש לבטל את ההחלטה, מאחר שהיא פוגעת משמעותית בתפקיד עיקרי של הכנסת: פיקוח על הממשלה בהצעות אי אמון.

בשני המקרים כתב את פסק הדין השופט ברק, לימים נשיא בית המשפט העליון. הוא הדגיש מצד אחד את עקרון שלטון החוק, שמחייב גם את רשויות השלטון ובראשן הכנסת, בבחינת "שלטון החוק במחוקק". כך הובהר: "ובראש ובראשונה חייבת הכנסת עצמה בכיבוד חוקיה שלה. הכנסת היא 'בית הנבחרים של המדינה'... ומשמשת היא בפעולתה דוגמה לכל אזרחי המדינה ורשויותיה. כשם שדורשת היא מהם לכבד את חוקיה שלה, כן חייבת היא לדרוש מעצמה לכבד את חוקיה שלה" (בג"ץ 73/85, בעמ' 157). מן העבר האחר הודגשו המעמד הרם של הכנסת, אופייה בתור גוף נבחר ופוליטי והחשיבות בכך שיאפשרו לה לנהל את ענייניה הפנימיים ללא התערבות שיפוטית "הן בשל חוסר הרצון לשפוט את הפוליטיקה והן בשל חוסר הרצון לפוליטיזאציה של השפיטה" (שם, בעמ' 157). עוד עמד ברק על עקרון הפרדת הרשויות, אבל הבהיר ש"הפרדה זו אין משמעותה, שכל רשות היא לעצמה, בלא כל התחשבות ברשות האחרת. תפיסה כזו תפגע עמוקות ביסודות הדמוקרטיה עצמה, שכן משמעותה דיקטטורה של כל רשות במסגרתה שלה. נהפוך הוא: הפרדת רשויות משמעותה איזון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות. לא חומות בין הרשויות אלא גשרים מאזנים ומפקחים" (שם, בעמ' 158). ברק הסביר שיש לאזן בין השיקולים הנוגדים ולמצוא את "שביל הזהב" ביניהם. תם ולא נשלם.

בג"ץ לא מיצה את תפקידו השיפוטי בפרשנות תקנון הכנסת ובקביעת אמת המידה להתערבותו בהחלטותיה, אלא הוסיף וציין בפסקי הדין שהכנסת רשאית לשנות את תקנונה. בג"ץ הבהיר שאם פירוש שבית המשפט נותן אינו מקובל על הרשות המחוקקת, אזי "בכוחה לשנות את הדין, בדרך החקיקה, ואין בכך כל חוסר כבוד לרשות השופטת" (בג"ץ 73/85, בעמ' 163-164). הוא הדגיש שדווקא כך מתקיימת הפרדת הרשויות הראויה. כל רשות מבצעת את תפקידה החוקתי: הרשות המחוקקת מחוקקת; הרשות השופטת מפרשת את דבר החקיקה; ואם הרשות המחוקקת אינה מרוצה מהתוצאה, בכוחה לשנות את הדין. אין במעשי הרשות

האחת משום "פגיעה" באחרת או "חוסר כבוד" כלפיה, אלא "נהפוך הוא: משתזרים הם זה בזה, ובכך קובעים הם את כלליה של שיטתנו המשפטית, שבה משמשים יחדיו חקיקה ושפיטה, שפיטה וחקיקה" (שם).

יושב ראש הכנסת קיבל את פסק הדין ברגשות קשים. לפי דיווח בעיתונות, הוא אמר שאינו "מסוגל מבחינה נפשית להעלות על שולחן הכנסת הצעות חוק גזעיות של ח"כ כהנא" (יהושע ביצור "הלל: אינני מסוגל נפשית להניח הצעת החוק של ח"כ כהנא" מעריב 8.11.1985, 2). הפתרון שמצא היה לפעול במתווה שהוצע בפסקי הדין, ולהביא לתיקון תקנון הכנסת. לאחר דיונים מרתוניים אישרה הכנסת תיקון לתקנונה, ולפיו יושב ראש הכנסת וסגניו לא יאשרו הצעת חוק "שהיא, לדעתם, גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי". התיקון הוחל על כל הצעת חוק שטרם הונחה על שולחן הכנסת, ולפיכך הוא מנע גם את ההצעות של כהנא. יושב ראש הכנסת סיכם את הדיון בציינו: "אני חושב שהכנסת מילאה היום את חובתה, ואת הציפייה של כלל עם ישראל ממנה, בכך שבהצבעתה ובקבלת התיקון הזה היא קבעה נורמה חדשה, נורמה ברורה וחד־משמעית, שאנחנו איננו מוכנים לתת לחוקים שיש בהם גזענות, שיש בהם כדי להכתים את שם המדינה... מהלכים בתוכנו" (דברי הכנסת 13.11.1985, 444).

כהנא הגיש הצעות חוק גזעניות נוספות, ושוב מנע יושב ראש הכנסת להעלותן, על יסוד ההוראה החדשה בתקנון. כהנא עתר פעם נוספת לבג"ץ וטען שהגבלת האפשרות להגיש הצעת חוק צריכה להיעשות בחוק ולא בתקנון. העתירה נדונה לפני הרכב מורחב של חמישה שופטים, וכל החברים בו הסכימו כי יש לדחותה (בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393 (1986)). עם זאת התגלעה מחלוקת מהותית בנוגע להנמקת התוצאה, מחלוקת ששיקפה את המתח הקיים בסוגיית ההתערבות השיפוטית בהחלטות הכנסת.

הנשיא שמגר, שאליו הצטרפו המשנה לנשיא בן-פורת והשופט ברק, פסק שהאפשרות הפתוחה לפני חבר כנסת יחיד ליזום הצעת חוק אינה זכות יסוד חוקתית. הוסבר שפרלמנטים רבים בעולם מגבילים את הזכות של חבר יחיד להעלות הצעות חוק ודורשים תמיכה ראשונית של מספר מסוים של חברים. זאת מתוך הבנה שממילא כדי שהצעת חוק תתקבל יש צורך להשיג רוב. לכן אפשר להגביל את הזכות גם בתקנון הכנסת.

שני השופטים הנוספים בהרכב הסכימו לתוצאה, אבל מטעמים שונים כאמור.

השופט דב לוין ציין שלטעמו יש לדחות את העתירה על הסף. לדבריו, גם אם הפר יושב ראש הכנסת את תקנונה (ולטעמו של השופט לוין לא הייתה הפרה כזו) אין מקום שבג"ץ יושיט סעד למי שמבקש לכפות על הכנסת לדון בהצעות חוק גזעניות שנוגדות את ערכי היסוד של המדינה. לגישתו, "בעצם פתיחתו של הליך חקיקתי בכל אחד מהחוקים המוצעים יש משום פגיעה קשה ומבישה בתדמיתה של מדינת ישראל כמדינה נאורה ודמוקרטית" (עמ' 407).

השופט מנחם אלון, לימים המשנה לנשיא, ביקר בחריפות את פסקי הדין הקודמים שפתחו פתח להתערב בהחלטות הכנסת. השופט אלון הסכים כי "שלטון החוק, והחלתו גם על מחוקקו,

ערך עליון הוא" (עמ' 420). עם זאת, לתפיסתו, המבחן המשפטי שנקבע בפסקי הדין הוא עמום ומותיר שיקול דעת נרחב מדי לבית המשפט. השופט אלון הציע לאמץ מבחן אחר, שנועד לבטא ריסון שיפוטי רב יותר. לפיו בית המשפט יבדוק רק "אם הייתה חריגה מסמכות או אם נתקיים ההליך במסגרת הסמכות הנתונה, ואזי לא יפשפש אחר המניעים, שעמדו מאחורי שיקול-דעתם של חברי הכנסת, ולא יהרהר, שמא נפל במניעים אלה פסול" (עמ' 416). לדבריו, ריסון זה חיוני לשמירה על איזון הולם בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת ועל יחסי כבוד הדדיים ביניהן, "ולא זו בלבד שריסון עצמי זה אין בו משום פגיעה, כביכול, בשלטון החוק, אלא ריסון עצמי זה הוא המבטיח שלטון זה, כפשוטו וכמשמעו" (עמ' 416).

חילוקי הדעות העזים בין השופטים לא הובילו לשינוי המבחן המשפטי שנקבע. עם זאת, אפשר שהיה בהם כדי להשפיע על אופן יישומו, והמחלוקת כשלעצמה משקפת את התפיסה המכילה של בית המשפט העליון כלפי דעות מיעוט ואת ההכרה בחשיבותן. במהלך השנים מאז פסקי הדין הנדונים שמר בג"ץ על ריסון רב בעתירות נגד החלטות הכנסת בסדרי עבודתה. מתוך כ-20 עתירות שהוגשו בעניין זה מאז עתירות כהנא, התקבלו שתיים בלבד. בשנת 1991 התערב בג"ץ כאשר יושב ראש הכנסת הפר התחייבות שנתן ושעוגנה בפסק דין, להעלות להצבעה הצעה לתיקון חוק יסוד: משק המדינה (בג"ץ 5711/91 פורז נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מו(1) 299 (1991)). כשלושים שנים לאחר מכן, במרץ 2020, התערב בג"ץ פעם נוספת כאשר לאחר מערכת בחירות סירב יושב ראש הכנסת היוצאת להעלות להצבעה את בחירת יושב הראש הקבוע של הכנסת החדשה, חרף בקשה של רוב חברי הכנסת לעשות כן (בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (23.3.2020)).

פסקי הדין בעניין כהנא הם בראש ובראשונה ביטוי להתמודדות הנמשכת עם המאבק בגזענות. הם מלמדים על הצורך לפעול מולה בנחישות וללא מורא, אך זאת באמצעות שמירה על המסגרות החוקיות ולא בחריגה מהן. ביסוד גישה זו ניצבת התפיסה שהדמוקרטיה הישראלית חזקה דיה להתמודד עם תופעות גזענות, ואל לה להיות מונעת רק מפצעי הזיכרון המר של רפובליקת ויימאר, שכידוע התמוטטה לאחר שהמפלגה הנאצית תפסה את השלטון. בדברי הסיום של פסק הדין בעניין הצעות החוק הגזעניות כתב בית המשפט: "מבינים אנו ללבם של יושבי-ראש הכנסת וסגניו. כמוהם סבורים, אף אנו, כי שתי הצעות החוק של העותר פוגעות בעקרונות יסוד של משטרנו החוקתי, מעוררות זיכרונות מחרידים ויש בהן כדי לפגוע באופי הדמוקרטי של מדינת ישראל. אם סבורים אנו, בכל זאת, כי יש להעמידן על סדר יומה של הכנסת, הרי בא דבר זה דווקא משום אותם ערכי הדמוקרטיה, היקרים ללבם של יושבי-ראש הכנסת וסגניו, ואשר העותר בא לפגוע בהם" (בג"ץ 742/84, בעמ' 96).

נוסף על כך, פסקי הדין הם ביטוי להגשמה ראויה של עקרון הפרדת הרשויות ולשיח מכבד ומפרה ביניהן המחזק את יסודות הדמוקרטיה הישראלית. המשמעות העמוקה של עקרון הפרדת הרשויות, כפי שהבהיר השופט ברק, אינה חומות בין הרשויות, אלא גשרים מאזנים ומפקחים. הגשר הנורמטיבי בין הרשויות, שביטוי אדריכלי לו מצוי בשביל המקשר בין משכן

הכנסת לבית המשפט העליון, התגשם בפרשות כהנא הלכה למעשה. בית המשפט הגן על עקרון שלטון החוק והקפיד על החלתו גם על המחוקק. הכנסת הגיבה כראוי. היא לא הפרה את החוק, אלא תיקנה אותו כך שימנע ממפלגות גזעניות דוגמת "כך" להיבחר לכנסת, וכך שיאפשר לה לחסום הצעות חוק גזעניות. מפרשה זו יצאה הדמוקרטיה של מדינת ישראל נשכרת ומחוזקת לעתיד לבוא.